

ע"פ 7704/13 - יעקב מרגולין, דנה בן מאיר, דניאל מאיר נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 7704/13

ע"פ 7734/13

ע"פ 258/14

ע"פ 285/14

לפני:

כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט א' שהם
כבוד השופטת ע' ברון

המערער בע"פ 7704/13: יעקב מרגולין

המערערת בע"פ 7734/13: דנה בן מאיר

המערער בע"פ 258/14
והמשיב בע"פ 285/14: דניאל מאיר

נ ג ד

המשיבה והמערערת בע"פ
285/14: מדינת ישראל

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים
מיום 13.12.2012 בת"פ 2184/06 שניתן על ידי כבוד
השופט צ' סגל

בשם המערער בע"פ 7704/13: עו"ד עפר ברטל; עו"ד דורון ברקת

עמוד 1

בשם המערערת בע"פ 7734/13: עו"ד יעקב קמר; עו"ד מירב זמיר

בשם המערער בע"פ 258/14: עו"ד פרופ' דוד ליבאי; עו"ד דנה וייס
והמשיב בע"פ 285/14:

בשם המשיבה והמערערת בע"פ עו"ד דפנה פינקלשטיין; עו"ד אשרה פטל רוזנברג
:285/14

פסק-דין

3

השופט נ' הנדל:

פרשה עגומה נתגלגלה לפתחנו. מספר אנשי צוות של מחלקה מיוחדת בבית חולים פסיכיאטרי הורשעו בהתעללות במטופלים החוסים בה (להלן: החוסים). בפרשה זו הורשע גם חלק מהנהלת המחלקה ומהנהלת בית החולים, בגין מתן הוראות לאנשי הצוות לביצוע פעולות המהוות התעללות, מודעות להתעללות מבלי לעצרה, או הזנחת החוסים. חלק מאנשי הנהלה אלה הם המערערים שלפנינו.

עגומה - בוודאי שמנקודת מבטם של החוסים ובני משפחותיהם, אך גם מנקודת מבטם של המערערים. נקבע כי כוונתם לא לוותה במניע סדיסטי. מעשיהם היו, ככל הנראה, דרך התמודדות עם האתגר הקשה המאפיין את עבודתם. ברם, כך נקבע, הוראותיהם או התעלמותם לא נשענו על תשתית מקצועית מוכרת ובפועל הובילו לביצוע מעשים אכזריים ומשפילים בחוסים, ולו אכזריות והשפלה שנתפסו בעיני חלק מהמערערים כ"חינוכות". האם מעשיהם, הוראותיהם או מחדליהם עולים לכדי התעללות או הזנחה? אלה השאלות הניצבות בלב הערעורים.

רקע וההליך קמא

1. בבית המשפט המחוזי בירושלים, ת"פ 2184/06 (כב' השופט הבכיר צ' סגל), הוגש כתב אישום כנגד שלושת המערערים וכנגד עובדים נוספים בבית החולים "איתנים" בירושלים (להלן: בית החולים). מערער 1 שימש בתקופה הרלוונטית כמנהל בית החולים. הוא הורשע בשתי עבירות של הזנחת מטופלים לפי סעיף 362 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 והושתו עליו 400 שעות של"צ, מאסר על תנאי וקנס בסך של 10,000 ₪.

מערער 2 שימש בתקופה זו כמנהל המחלקה בבית החולים שבה בוצעו המעשים מושא הערעורים (להלן: המחלקה). מהחומר עולה כי מערער 2 נחשב לאוטוריטה המקצועית במחלקה בכל הנוגע לטיפול בחוסים, בהיותו

עמוד 2

מומחה בעל שם בתחום הפסיכיאטריה של הילד. הוא הורשע בשבע עבירות של התעללות בחסר ישע, לפי סעיף 368ג לחוק העונשין. כן הורשע בעבירה של שימוש פסול באמצעי כפייה לפי סעיפים 34 ו-44 לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991 (להלן: חוק הטיפול) ובעבירה של הזנחת מטופלים לפי סעיף 362 לחוק העונשין. בגזר הדין הושתו עליו 6 חודשי מאסר בפועל, לריצוי בעבודות שירות, מאסר על תנאי וקנס בסך של 15,000 ₪.

מערערת 3 (להלן: המערערת) הייתה האחות הראשית במחלקה, ולפי קביעת בית המשפט המחוזי שימשה כדמות הדומיננטית בה מבחינת הפיקוח על צוות המחלקה (כאן ולהלן יכוננו הן האחים והאחיות שעבדו במחלקה והן כוח העזר הסייעוד שעבד בה בשם צוות המחלקה). היא הורשעה בשמונה עבירות של התעללות בחסר ישע לפי סעיף 368ג לחוק העונשין, בעבירה של שימוש פסול באמצעי כפייה לפי סעיפים 34 ו-44 לחוק הטיפול ובעבירה של הזנחת מטופלים לפי סעיף 362 לחוק העונשין. בעקבות הרשעתה נגזרו עליה 9 חודשי מאסר בפועל לריצוי מאחורי סורג ובריח, מאסר על תנאי וקנס בסך של 15,000 ₪.

2. ניתן לחלק את המעשים בהם הורשעו שלושת המערערים לשתי מסכתות - מסכת ההתעללות ומסכת ההזנחה. נפרט בקצרה את עיקריהן.

מסכת ההתעללות: על פי הכרעת הדין, המערערת הורתה לצוות המחלקה על ביצוען של פרקטיקות מסוימות ב-8 חוסים, העולות לכדי התעללות. מקורן של חלק מההוראות הוא מערער 2. הוא אף ידע על ביצוע חלקן האחר של הפרקטיקות, שעליהן לא הורה, אך לא פעל להפסקתן. מערער 1 לא הורשע בעבירות התעללות אלא רק בעבירות הזנחה.

נפתח נקודה זו עם הצגה כללית קצרה של החוסים ואופן הטיפול בהם. החוסים לוקים בתסמונות שונות, ומרביתם סובלים מאוטיזם קשה ביותר יחד עם פיגור שכלי בינוני או קשה. רובם עלולים לפגוע בעצמם או באחרים במהלך התקף או התפרצות. על פי הידע הרפואי הקיים כיום מצבם אינו בר חלוף. הטיפול בהם נועד ללמדם לדאוג, במידת האפשר, לצרכים הבסיסיים כגון שליטה על הפרשות, שינה, אכילה וניצול מקסימלי של הפוטנציאל התפקודי העומד לרשותם. הטיפול נעשה באמצעים התנהגותיים ותרופתיים. גילם של החוסים במחלקה נע בין 18-45 שנים.

בין היתר, כללה מדיניות הטיפול האמורה בחלק מן החוסים: הצמדת חפצים לגבו של חוסה בכדי שלא יוכל להתנדנד; הטלת איסור על דיבור במשך שעות רבות בכל יום; הטלת עונשים כגון בידוד, מניעת מקלחת או מניעת צחצוח שיניים, או מתן עבודה רבה יותר; מניעת טיפול תרופתי מחוסה שסבל מהתקפים, מתוך הנחה שמדובר ב"הצגות"; אי-סיוע לחוסה שהזדקק לעזרה בהליכתו - ולו במחיר נפילה ופציעה; קריעת בגדיו של חוסה כאשר גילה סימני לחץ, מתוך כוונה לגרום לו סבל ולהשפילו כדי לגרום לו בדרך זו לשנות את התנהגותו; איסור על חוסה לצאת לשירותים ואי-החלפת בגדיו כשעשה בהם את צרכיו, לעיתים במשך שעות ומעלה; הכנסת חוסה מתחת לספסל עד שתירגע והושבתה לאכול מתחת לשולחן האוכל; הקנטה פיזית של חוסה בכדי שיעבוד היטב ומעשים נוספים שיתוארו בדיון שלהלן. להשלמת תמונה זו יוער כי מערער 2 והמערערת זוכו מביצוע חלק מן העבירות שיוחסו להם מסיבות שונות, כגון העדר הוכחה שידעו על המעשים, קביעה שהמעשים אינם מהווים התעללות או הגנה מן הצדק. אין צורך להתייחס לכך בהמשך. פסק הדין מתמקד בעבירות שבהן הורשעו המערערים בלבד.

הקביעות העובדתיות, בדבר ביצוע המעשים על ידי צוות המחלקה ובדבר ידיעת מערער 2 והמערערת על

המעשים או מתן ההוראה לביצועם, התבססו על עדויותיהם של מספר אנשי צוות ובעלי תפקידים נוספים בבית החולים; הוראות שונות שנתלו על קיר המחלקה; דוחות שונים שנערכו בזמן אמת לצורך עדכון וטיפול בחוסים (להלן: הרפורטים); רישומים שנערכו בידי אחד מאנשי הצוות בעת שהודרך על ידי המערערת כיצד לטפל בחוסים; ושיחות שהוקלטו בין אחד מאנשי הצוות למערערת.

בית המשפט המחוזי דחה את אחד מקווי ההגנה המרכזיים של מערער 2 והמערערת, לפיו המעשים שעליהם הורו הם בגדר טיפול רפואי שיש לבחון בראי מצבם החרגי והקשה של החוסים. נקבע, על בסיס חוות דעת שגיבשו שלושה מומחים, כי פעולות אלה ואחרות אינן מהוות "טיפול" בחוסים. עוד נקבע כי רבים מן המעשים נעשו כעונש על התנהגויות שנתפסו כ"הצגות" או "מניפולציות" מצד החוסים, או לשם הפסקת התנהגויות אחרות שלא סיכנו את החוסים או את סביבתם. על כן, ולנוכח ביצוען באורח שיטתי ומתמשך, פעולות אלה - לבדן או בהצטרפן לאחרות - מקיימות את יסודות עבירת ההתעללות. קו הגנה מרכזי נוסף שדחה בית המשפט המחוזי הוא קיומה של הגנת הצידיק. על פי קו זה, המעשים נעשו על פי הוראה מגבוה (כטענת המערערת) או מתוך מחשבה כנה שמדובר בטיפול רפואי (כטענת שניהם).

מסכת ההזנחה: את ההרשעות בהזנחה ניתן לחלק לשתי קבוצות. הראשונה כוללת את הרשעת מערער 1 בהזנחה כללית של החוסים שעברו התעללות, לנוכח העובדה שגם לאחר שהתקבלו דיווחים על התעללות בהם - לא נקט פעולות מספיקות ולא פעל במהירות הראויה. השנייה עניינה תנאי החיים הקשים של שני חוסים ספציפיים: מגורים של חוסה אחד בחדר צר, מוזנח ומטונף במשך כשנתיים, ומדיניות של אי-החלפת בגדיה של חוסה אחרת, אף לאחר שעשתה בהם את צרכיה. ביחס לאחד מן החוסים הורשעו מערערים 1-2, ואילו ביחס לחוסה אחרת הורשעה המערערת.

שלושת המערערים יוצאים כנגד הכרעת הדין. המערערת מלינה אף על גזר דינה. ערעור רביעי הוגש מטעם המדינה, על קולת עונשו של מערער 2.

כך תהיה דרך הילוכנו בפסק הדין: בחלק הראשון נידרש לטענותיה של המערערת. המיקוד בחלק זה יהיה בהרשעותיהבהתעללות, שהן העיקר בהכרעת דינה. בחלק השני נידרש לערעורו של מערער 1. במרכז הדין תעמוד מסכת ההזנחה, העולה בעיקר בעניינו, על אף שגם מערער 2 והמערערת הורשעו בעבירה אחת של הזנחה. לאחר הדין בהרשעותיו של מערער 1 בהזנחה נשלים את ההתייחסות להרשעתה של המערערת בהזנחה ונדון בגזר דינה. בחלק השלישי יידון עניינו של מערער 2, כפי שיובהר. מטבעם של דברים, הדין בעבירת ההתעללות ובעבירת ההזנחה יוצג ברמה הכללית ביחס לנסיבות המקרה. הגם שהפרקים המשפטיים הללו יופיעו בערעור המערערת ומערער 1, הם רלוונטיים גם למערער 2, בכפוף למאפיינים הייחודיים של כל הרשעה והרשעה.

1. חלק ראשון - המערערת, מסכת ההתעללות

3. כאמור, חלקו הראשון של פסק הדין יעסוק במערערת - האם ביצעה מעשי התעללות בחוסים? הסנגור השיב לשאלה זו בשלילה, וטען כי יש להבחין בין שני סוגים של מעשים שבוצעו בחוסים, שעליהם ביסס בית המשפט המחוזי את הרשעותיה של המערערת. ביחס לסוג אחד נטען כי בין אם מדובר בהתעללות ובין אם לאו - לא המערערת היא זו

שהורתה עליהם, אלא הם נעשו על ידי צוות המחלקה תוך חריגה מהוראותיה וללא ידיעתה. נפתח אפוא את הדיון בהתמודדות עם טענה עובדתית זו, התוחמת את יריעת הדיון המשפטי. לאחר מכן נוסף ונבחן את טענות הסנגור ביחס לסוג המעשים השני. הסנגור מודה כי ההוראות לביצוע מעשים אלה ניתנו מפי המערער, אולם לשיטתו יש לפטור מאחריות פלילית בשל שלוש סיבות מרכזיות. ראשית, נטען כי המעשים הללו מהווים טיפול רפואי, ועל כן אין הן בגדר "התעללות". שנית, טוען הסנגור כי אף אם ייקבע שאין המדובר בטיפול רפואי - ההוראות לביצוע מעשים אלה ניתנו מפיו של מערער 2, ראש המחלקה המומחה בתחום, או תוקפו על ידי רופאים אחרים בעבר. על כן, נטען, סברה המערערת כי מדובר בטיפול רפואי. שלישית, נטען כי יש לפטור אותה מאחריות פלילית שכן צייתה להוראותיו של מערער 2. לבסוף נטענו טענות כנגד אופן ניהול המשפט בערכאה קמא, אופן ניסוחו של כתב האישום ואכיפה בררנית.

ההוראות - מפי המערער, או יוזמה של צוות המחלקה?

4. בית המשפט המחוזי קיבל את טענת המדינה לפיה כל המעשים שיידונו להלן בוצעו בהתאם להוראותיה המפורשות של המערער. בכך דחה את טענתה של האחרונה כי חלק מן המעשים בוצע תוך סטייה של צוות המחלקה מן ההוראות שנתנה המערער וללא ידיעתה. מרבית טענותיו של הסנגור במישור זה הופנתה כנגד מהימנות ומשקל עדויותיהם של עדי התביעה, התיעוד שביצעו והשיחות שהקליטו. כן הלין הסנגור על ראיות שלשיטתו היה על התביעה להביא, כגון עובדים נוספים במחלקה, אשר ייתכן שלא היו מאשרים את דברי עדי התביעה.

עיינתי בטענות הכלליות שהעלה הסנגור וכן בטענות הפרטניות ביחס לכל אחת מן העדויות שנשמעו, ולא מצאתי מקום להתערב בקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי. חלק הארי של הממצאים הושתת על קביעת מהימנותם של עדי התביעה. הכרעת הדין נכתבה באופן מקיף ומפורט ביותר. בית המשפט התחשב בקשיים שונים שהעלה הסנגור לגבי עדים אלו, אשר שימשו בתקופה הרלוונטית כחלק מצוות המחלקה וביצעו בעצמם חלק מן המעשים. משקלן של עדויות אלה הוערך בזירות ובקפדנות. נקבע כי ההתייחסות אליהם תהיה כאל עדי מדינה, וכי לא תהיה הרשעה על סמך עדות יחידה של אחד מהם, כמצוות סעיף 54א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971. מהימנותן נקבעה רק על סמך סיוע או חיזוק נוספים, כגון מסמכים, הקלטות או עדויות נוספות. כך נהג בית המשפט המחוזי. מנגד, הסנגור לא הצביע על סתירות משמעותיות, ובטח שלא על סתירות היורדות לשורשו של עניין או כאלה המשפיעות על הכרעת הדין. הסנגור אף לא הצביע על התעלמות מגורמים הרלוונטיים להערכת משקל העדות. אין כאן המקום להאריך בכל טענה וטענה. די בכך שנאמר כי בניגוד לטענות השונות של הסנגור, לא עלה בידו להראות כי בית המשפט המחוזי הוציא דברים מהקשרם או כי העדים לא אמרו אמת. צא ולמד, בחינת טענות הסנגור במישור זה מגלה כי לא מתקיים אחד החריגים לכלל לפיו לא תתערב ערכאת הערעור בקביעות המהימנות וממצאי העובדה של הערכאה המבררת (ראו ע"פ 7141/07 מדינת ישראל נ' טראבין, פסקה 41 (3.11.2008)).

5. מקור ראיתי נוסף שמהימנותו הוטלה בספק באופן גורף הוא ה"רפורטים" - דוחות שכתבו אנשי הצוות שלוש פעמים ביממה, ובהם תועדו אירועי המשמרת החולפת. סנגורה של המערער טען שתי טענות כנגד ההתבססות על האמור ברפורטים. טענתו הראשונה היא פרוצדורלית, ולפיה בית משפט קמא לא קיבל את הרפורטים כראיה בזמן אמת - בעקבות התנגדות כל הסנגורים - אלא קיבלם "על תנאי" מבלי להכריע באשר לתוקפם ומבלי לאפשר לסנגורים לחקור את אנשי הצוות החתומים עליהם. למרות זאת, נטען, התייחס אליהם בית המשפט בהכרעת דינו כאל ראיה מן

המניין. טענה שניה היא באשר לקבילות הראיות. לשיטתו, אף הרפורטים שהוצגו על ידי אנשי הצוות החתומים עליהם מהווים עדות שמועה שאינה קבילה, שכן מי שחתום על הרפורט אינו בהכרח זה שראה את המעשים המתוארים בו.

אשר לטענה הראשונה – הדגש מושם על אי-קבלת הזדמנות לחקור את כותבי הרפורטים. הווי אומר, הטענה היא שבית המשפט המחוזי החליט כי בשלב אחר של המשפט יחליט האם מדובר ב"רשומה מוסדית", יודיע על כך לצדדים, ואז יוכלו לבקש לחקור את העדים הרלוונטיים. זוהי משמעות הטענה שהרפורטים התקבלו "על תנאי". במענה על כך יצוין כי הטענה הועלתה באופן כללי, מבלי להפנות להחלטה הנטענת של בית המשפט בדבר קבלת הרפורטים "על תנאי" בלבד במובן שהוסבר. מנגד, הצביעה באת-כוח המדינה על כך שבמהלך חקירתו הנגדית של מערער 2 אכן הוגש מספר רפורטים שלא על ידי החתום עליהם. סנגורו של מערער 2 התנגד לכך, אולם הובהר על ידי בית המשפט כי בשלב זה במשפט אין מניעה להציגם. זאת, אף אם נניח שהם אינם ראייה לאמיתות תוכנם, שכן הם בכל מקרה ראייה למה שהובא לידיעתו של מערער 2, אשר העיד שהשתדל לקרוא את מרבית הרפורטים (ראו פרוטוקול הדיון מיום 10.1.2010, עמודים 610-611). עוד הוסיף בית המשפט, על רקע אי-הגשתם של הרפורטים על ידי כותביהם, כי הסנגור רשאי להתנגד להגשתם בסיכומיו והתובעת ציינה כי היא מתכוונת להסתמך עליהם בסיכומיה. עולה כי ניתן להעלות את הטענה שהרפורטים לא הוגשו על ידי עורכיהם לגבי קבוצה מצומצמת של רפורטים בלבד. בנוסף לכך, מפרוטוקול הדיון ברור שלו היה סנגורו של מערער 2 חפץ להזמין את כותבי הרפורטים לעדות, בהתאם לסעיף 36(ד) לפקודת הראיות, היה עליו להגיש בקשה בעניין. לא נוצר מצג לפיו תחילה יחליט בית המשפט בדבר קבילות הראייה, ורק אם זו תימצא קבילה – ניתן יהיה להוסיף ולחקור את כותב הרשומה. לבסוף, מהפרוטוקול עולה שעסקינן ברפורטים אשר שימשו כחיזוק בלבד לעדויות ישירות, מסמכים נוספים ורפורטים שכן הוגשו באמצעות כותביהם, כך שמשקלם ממילא אינו רב.

טענה שנייה של הסנגור נוגעת, כאמור, לכלל הרפורטים, שרובם הוגשו על ידי עורכיהם. לטענת הסנגור, הללו לא ראו במו עיניהם את המתועד ברפורטים. אין זה ברור על מה מבוססים הדברים. מעיון בחקירותיהם של עדי התביעה, עולה בבירור כי האירועים המתועדים ברפורטים שכתבו נצפו על ידם. כך התייחסו לרפורטים גם הסנגורים בעת החקירות הנגדיות, מבלי לפקפק בכך. יש אפוא לדחות טענה זו. אעיר כי בית המשפט המחוזי קיבל את הרפורטים כרשומה מוסדית. לא השתכנעתי שנפלה בכך טעות. עסקינן ב"מוסד" כהגדרתו בסעיף 35 לפקודת הראיות, המספק שירות לציבור. אף עולה כי רפורט מהווה "רשומה מוסדית" – "מסמך... אשר נערך על ידי מוסד במהלך פעילות הרגילה של המוסד". בנוסף, מהחומר עולה כי שני התנאים לקבילות רשומה מוסדית מעין זו התמלאו. הוצג בסיס לכך שבית החולים נוהג לערוך, במהלך ניהולו הרגיל, רישום כזה בסמוך להתרחשותו. הצוות הרפואי התבסס על הרפורטים כדבר שבשגרה לצורכי טיפול והערכה. הדבר מעיד על אמיתות תוכנם (ראו סעיפים 36(א)(1), 36(א)(2) לפקודת הראיות). כאמור לעיל, לא נמנעה מן הסנגורים האפשרות להזמין לעדות את העדים הדרושים להם, ולא נוצר מצג כאילו לא יעשה שימוש ברפורטים בלא החלטה מקדימה (ראו והשוו לע"פ 4229/14 סופיאן סעאידה נ' מדינת ישראל, פסקאות 3-4 (6.7.2015)). אך הדברים הם, כאמור, מעבר לנדרש.

6. טענה נוספת העולה מדברי הסנגור היא שהיה על התביעה להוכיח כי המערערת נתנה הוראה ישירה ביחס לכל אחד מן המעשים הספציפיים שהוכחו, וביחס לכל אחד מן המעשים המתוארים ברפורטים. זאת לא הוכח. ברם, טענה זו הופכת את היוצרות, ומבקשת להצר את היקף ההליך לכל מקרה ספציפי שנטען. זאת, אכן, דרך אחת למלא אחר הרכיב העובדתי של עבירת ההתעללות. אך לא היחידה. בפועל, מהלך הדברים היה הפוך: מהחומר עולה כי מוקד ההרשעה הוא בהוראה הכללית של המערערת, שהובילה לביצוע מעשים שבכל יום, גם מבלי שהיא הייתה נוכחת

במהלך ביצועם או נתנה את ההוראות באופן ישיר בכל מקרה ומקרה. המעשים הספציפיים הובאו כדי ללמד על כך שצוות המחלקה ביצע מעשי התעללות בעקבות ובהתאם להוראות המערערת. על התביעה מוטל היה להוכיח שהמערערת נתנה את ההוראות ושהן בוצעו בפועל. לא נדרש היה להוכיח ביחס לכל מקרה ספציפי כי המערערת הייתה נוכחת במקום, או כי נתנה הוראות באופן ספציפי באותו מקרה, להבדיל מהוראת המדיניות הכללית.

מסקנת הדיון בממצאי העובדה והמהימנות היא כי אין מקום להתערב בקביעותיו של בית המשפט קמא. הוכח באמצעות עדויות ישירות וחיזוקים נוספים כי המערערת היא שהורתה על המעשים שבוצעו בחוסים ושעליהם התבססה הרשעתה, אשר יתוארו להלן. כשנתון זה באמתחתנו, ראוי לבחון האם המעשים מהווים התעללות, ואם התשובה לכך חיובית – האם יש לפטור את המערערת מאחריות מסיבה אחרת.

1.א. ביצוע "מעשה התעללות"

7. עבירת ההתעללות בקטין או בחסר ישע קבועה בסעיף 368ג לחוק העונשין:

"העושה בקטין או בחסר ישע מעשה התעללות גופנית, נפשית או מינית, דינו - מאסר שבע שנים; היה העושה אחראי על קטין או חסר ישע, דינו - מאסר תשע שנים".

עבירה זו ממוקמת בפרק י' בחוק העונשין – פגיעות בגוף – המקיף את סעיפים 298-382א. באופן מפורט יותר, העבירה מופיעה בסימן ו'1 המקיף את סעיפים 368א-368 לחוק העונשין – פגיעה בקטינים ובחסרי ישע – אשר הוסף במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 26), התש"ן-1989. המחוקק לא הגדיר "התעללות" מהי. זאת בניגוד לדרכו בעבירות אחרות (ראו למשל את עבירת האינוס, עבירת התקיפה והעבירה של קבלת דבר במרמה, הקבועות בסעיפים 345, 378 ו-415 לחוק העונשין, בהתאמה). העדרה של הגדרה חקוקה מקשה על מלאכת הפרשנות. ברם, בעשרים וחמש השנים שעברו מאז תיקון החוק, ובעקבות הפסיקה, קרמה העבירה עור וגידים. נתקדם בהתאם ובזהירות הנדרשת.

מן הסעיף ניתן ללמוד כי היסוד העובדתי כולל את ההתנהגות – עשיית מעשה התעללות, ואת הנסיבות הרלוונטיות לענייננו – עשיית המעשה בקטין או חסר ישע על ידי האחראי עליו. עוד עולה מן הסעיף כי הוא אינו כולל יסוד תוצאתי וכי השלמת העבירה אינה מותנית בגרימת נזק לחסר הישע או הקטין. סעיף ההגדרות של סימן ו'1 מגדיר "אחראי על קטין או חסר ישע". "חסר ישע" מוגדר באופן הבא: "מי שמחמת גילו, מחלתו או מוגבלותו הגופנית או הנפשית, ליקויו השכלי או מכל סיבה אחרת, אינו יכול לדאוג לצרכי מחייתו, לבריאותו או לשלומו". יושם אל לב כי העבירה של התעללות בסעיף זה קיימת כלפי קטין או חסר ישע בלבד. אין מחלוקת כי החוסים עונים על ההגדרה של "חסר ישע". מנגד, שאלה שזכתה לדיון נרחב היא האם בחוסים בוצעה "התעללות". יש לתור אם כן אחר המיוחד בעבירה זו.

על פי החוק, יש שלושה סוגי התעללות – נפשית, גופנית או מינית. ההבחנה בין הסוגים אינה תמיד נקייה. התעללות גופנית או מינית תעלה פעמים רבות לכדי התעללות נפשית (ראו ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד

נד(1) 145, 167 (2000) (להלן: עניין פלונית)). התייחסות נפרדת לאחרונה נועדה, בין היתר, למקרים שבהם ההתעללות אינה מלווה במגע פיזי העולה כדי התעללות גופנית. מכל מקום, לא רק שהמחוקק לא הגדיר בחוק העונשין התעללות מהי, הוא אף לא נתן אמות מידה למונחים המתארים אותה - "פיזית", "נפשית" או "מינית". גם בפסיקה קשה למצוא הגדרה חתוכה וברורה. ואולם, ה"יש" שבחוק וההתפתחות בפסיקה עשויים לסלול יחד דרך פרשנית.

במקרה אחד נקבע כי "התעללות" פירושה התנהגות קשה ואכזרית כלפי הזולת, השפלתו של הזולת, עשיית רע לזולת" (ראו רע"א 1684/96 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מפעלי נופש חמת גדר בע"מ, פ"ד נא(3) 832 (1997)). בפרשה אחרת נקבע כי התעללות היא התנהגות "הטומנת בחובה אכזריות, הטלת אימה או השפלה... [ה]מקנה לה את התווית הסטיגמטית הבלתי מוסרית, שאינה נלווית בהכרח לכל מעשה עבירה הכרוך בהפעלת כוח" (עניין פלונית עמוד 168). וכן ראו ע"פ 405/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 247, 251-250 (2004). בפרשה נוספת נאמר כי "הרואה מעשה התעללות יזהה אותו מיד בשל הסלידה שהוא מעורר, ובשל מאפייניו המובהקים - האכזריות וחוסר האנושיות המטביעים בו כתם מוסרי" (ראו ע"פ 1752/00 מדינת ישראל נ' נקאש, פ"ד נד(2) 72, 79 (2000) (להלן: עניין נקאש)). מנגד, הפסיקה הכירה בכך שלא תמיד התעללות ממעשים תזעק. יתכנו מקרים גבוליים, בהם יהיה על בית המשפט לבחון את קיומם של מספר פרמטרים לשם הכרעה (שם).

כדי לעמוד על אופיים של מעשי התעללות, ניתן להיעזר בכך שהתעללות יכולה להיות על פי הגדרתה גם גופנית או מינית. קמה ומזדקרת השאלה - הרי פגיעות מיניות או פיזיות מהוות עבירות כשלעצמן. אף קיימת עבירה מיוחדת של "תקיפת קטין או חסר ישע" (ראו סעיף 368 לחוק העונשין). מהו, אם כך, המבדיל התעללות פיזית או מינית מעבירות אלה? ההגדרה המילונית של התעללות היא "התנהגות קשה ואכזרית; יחס בלתי אנושי" (אברהם אבן־שושן המלון החדש כרך א' 319 (התשמ"ח)). המונח "התעללות" מופיע אף במקורות המשפט העברי. כך, בסיפור פילגש בגבעה: "וידעו אותה ויתעללו בה כל הלילה" (שופטים י"ט, כ"ה). זהו מקרה של התעללות שבאה לאחר ביצוע עבירת מין. כפירושו של מצודת דוד על הפסוק: "וידעו אותה - במשכב. ויתעללו בה - בשאר ענייני ניאוף". אורך הזמן משפיע גם הוא - "כל הלילה".

המילה "התעללתי" מוזכרת גם בספר שמות, בשיחה בין האל לבין משה אודות פרעה. מאלף פירושו של הרב שמשון רפאל הירש, מגדולי רבני גרמניה במאה ה-19: "התעללתי - משורש עלל. עוד משורש זה: 'עולל' = הילד המתפתח, ומכאן 'עלילה', לא מעשה נפרד ו-'עלל' לא עשייה בודדת, אלא שרשרת מתפתחת של מעשים או עשיות ו-'עולל': לגרום למישהו באמצעות שרשרת רצופה של פעולות. 'התעלל': להיראות מתוך שרשרת פעילויות רצופה. 'להתעלל ב': במישהו, כלומר התייחס לזולת כחומר, כאמצעי לחשוף כוח... מכאן לגבי יחסים בין אדם לחברו. לפעול בזדון לב כשאין נזהרים בכבוד אדם" (פירוש לספר שמות, י', ב'. ההדגשות אינן במקור).

נדמה כי מעשה ההתעללות חוצה קו וטומן בחובו דבר מה נוסף המוסיף לו ממד חדש ומשנה את אופיו. ההתעללות מקיפה התאכזרות, השפלה, רמיסת הכבוד, דיכוי. כמובן, כל עבירת אונס, לדוגמא, כוללת את השפלת הקורבן. אך ברי כי גם כאשר מדובר באינוס קטינה, קיומה של עבירת התעללות דורשת "דבר מה נוסף" - ממשי - במובן השלילי. כאן ניתן להתייחס לסוג השלישי של התעללות - התעללות נפשית. בניגוד לזו הגופנית או המינית, אין עבירה עצמאית של "תקיפה נפשית". נתון זה מלמד, לדעתי, על מאפיין חשוב של כל עבירת ההתעללות בקטין או חסר ישע - מרכיב הפגיעה הנפשית. גם בעבירות התקיפה הגופנית או המינית ניתן לפגוע בנפש באיכות ובעוצמה כאלו, שהיא הופכת את המעשים מיניה וביה לעבירה עצמאית של התעללות. דהיינו, אפשר לרמוס את כבודו של הנפגע באופן מובהק, בולט ועצמאי. יוזכר שעסקינן בקטין או חסר ישע שאינם יכולים להגן על עצמם. הם מהווים טרף קל

להתעללות דווקא בשל העדר יכולתם לבטא את האוטונומיה האישית שלהם ולעצור את המתעלל. זהו ממד חשוב של העבירה. לא בכדי העושה בקטין או בחסר ישע מעשה התעללות דינו שבע שנות מאסר, אך אחראי על אותו קטין או חסר ישע העושה מעשה דומה - דינו תשע שנות מאסר.

8. חשוב לתת סימנים בעבירת ההתעללות, בשל העדר הגדרה של המחוקק וכדי לסייע לבית המשפט להכריע במקרה הגבולי והחדש. ניתן להתרשם שאף הפסיקה צעדה בנתיב זה. נפסק כי קיומם של סימנים שונים יכול ללמד על התעללות, על אף שהעדרו של אחד או כמה מהם אינו שולל את התרחשותה. ראשון, התעללות מאופיינת בפוטנציאל לגרימת סבל או נזק לקורבן. סבל זה נבחן מנקודת מבטו של המתבונן מן הצד, ולא דווקא מנקודת מבטו של הקורבן - אשר פעמים רבות תלוי בנאשם ומאמץ את נקודת מבטו הפסולה (עניין פלונית, עמוד 169). שני, התנהגות המאופיינת באכזריות, בהטלת אימה משמעותית על הקורבן, בביזוי, השפלה או דיכוי (ראו ע"פ 4698/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (24.09.2007) (להלן: עניין פלוני)). שלישי, לעיתים קרובות תאופיין התעללות בסדרת מעשים מתמשכת. במקרה כזה, יתכן שכל מעשה כשלעצמו אינו עולה לכדי התעללות, אולם הצטרפותם יכולה להפכם לכזו (עניין פלונית, עמוד 169; ראו והשוו לפירושו של הרב הירש דלעיל). רביעי, מידת פער הכוחות, יחסי התלות וטיב הקשר בין הקורבן לנאשם, מהווה שיקול רלוונטי (ראו והשוו לעניין נקאש, עמוד 80). חמישי, פעמים רבות מטרת ההתעללות היא להטיל את מרות המתעלל על קורבנו, להענישו או להפחידו (עניין פלונית, עמוד 169). שישי, עוצמת חוסר הישע של הקורבן יכולה להוות אינדיקציה נוספת לקיומה של התעללות. כך, לדוגמא, צוין כי "אינה דומה הכאת ילד בן שתיים עשרה להכאת ילד בן שנתיים" (ע"פ 6274/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 293, 303 (2000)). רשימה זו אינה סגורה וממצה. היא מצביעה על כיוון לאיתור מקרי ההתעללות. יוער כי בעניין פלוני הובעה עמדתו של השופט י' אלון שהיסוד העובדתי שלוב במעין יסוד נפשי - "הלוך נפש פסול מצד העושה" הנתפס בעיני המתבונן מן הצד כבלתי מוסרי. לדעתי יש לשים דגש על מושכלות יסוד, והן כי היסוד הנפשי הנדרש בעבירה זו הוא מחשבה פלילית - מודעת לטיב המעשה ולקיום הנסיבות (ראו סעיף 20(א) לחוק העונשין; ע"פ 5224/97 מדינת ישראל נ' רחל שדה אור, פ"ד נב(3) 374, 383 (1998); עניין פלונית, עמוד 171).

וריאציות עובדתיות שונות שהובאו בפסיקה יועילו להמחשת העניין. בעניין פלונית המערערת - אשר הורשעה בהתעללות לפי דעת הרוב - הכתה את ילדיה באופן שיטתי ותדיר, במקומות שונים בעורף, בישבן, בידיים ובראש, זרקה עליהם נעליים במספר הזדמנויות או הכתה אותם באמצעות קבקב. במקרה אחר הורשע המערער בחמישה מקרים של התעללות בקטין, בגין הכנסתו לחדר מקלחת לשם ענישתו; מתן הוראה לצעוד ברחוב כשתלויה עליו הכתובת "אני שקרן"; הכנסת ראשו לאסלה כעונש; תקיפתו באמצעות חגורה; וכיבוי סיגריה על גופו (ראו ע"פ 8538/00 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד נו(4) 774 (2002)). בפרשה נוספת הורשע המערער בהתעללות בביתו הקטינה, בגין מעשים שנמשכו במשך שנה או שנתיים: הטחת עלבונות על כך שאינה יודעת לקרוא; איום כי יעבירה לפנימייה אם לא תלמד להתלבש ולהתארגן מהר; הנחה של מחדד או ספר על ראשה ואיום כי יבעיר אש תחת צווארה, על מנת שתלמד לקרוא (הקטינה ידעה כי מדובר באיום שלא ימומש); הצלפה בחגורה לידה. באחד המקרים קצה החגורה אף פגע בה מעט; הכאתה שתיים או שלוש מכות מפני שאחרה להתלבש בבוקר (ע"פ 405/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 247 (2004)). במקרה אחר זיכו השופט י' אלון והשופט ס' ג'ובראן את המערער מהתעללות, בגין טלטול ביתו התינוקת בשתי הזדמנויות שונות כדי שתחדל לבכות, תוך גרימת שברים בצלעותיה. על פי גישת הרוב, לא בוצעה תקיפה שיטתית ולא נלוו אליה האלמנטים של הטלת פחד או אימה. בדעת המיעוט קבעה השופטת ע' ארבל כי מדובר בהתעללות, לנוכח האכזריות שבמעשים, פוטנציאל הנזק שבהם וחוסר הישע של הפעוטה (ראו עניין פלוני דלעיל). במקרה נוסף הורשע המערער בהתעללות בגין אירוע בודד - גזיזת שערות ראשה של ביתו בת ה-12, אשר "שרכה את דרכיה", תוך הפעלת כוח במהלך הגזיזה ופציעת רקמת גולגולתה. הסיבה לכך הייתה ניסיון "לחנכה" (ע"פ 295/94 פלוני נ' מדינת ישראל (14.02.1994)). הרשעה דומה כללה מעשה התעללות בודד של המערער, אשר גזר לכל אחד משני ילדיו את

אחת הפאות בעת שיטתו, על רקע "חינוכי" (ע"פ 2696/96 פלוני נ' מדינת ישראל (28.11.1996)).

מן הפסיקה עולה כי מדובר בעבירה רחבה הכוללת מגוון של התנהגויות, כיד הדמיון הרעה. לעיתים מדובר במעשה אחד, הכולל אלמנט בולט של ביזוי, השפלה או דיכוי. בפעמים אחרות, כאשר אלמנטים אלה אינם דומיננטיים, מדובר בגילויי אכזריות יוצאי דופן. בקבוצה נוספת של מקרים, כאשר אלמנטים אלה אינם בולטים, מדובר במעשים הנמשכים לאורך תקופה ארוכה ונעשים באורח שיטתי. למרבה הצער, רבים מן המקרים משלבים בתוכם את אלה כְּאֵלֶּה.

נקודה נוספת עולה מפסקי הדין שהובאו. "מעשה התעללות" הוגדר מבחינת מעשה העבירה, תוך בדיקה האם הנאשם היה מודע לטיב המעשים. העובדה שההורה רצה להיטיב עם ילדו כאשר חינוכו בדרך-לא-דרך - לא היוותה הגנה. במובן זה, ובשונה ממובנים אחרים כפי שיובהר, המבחן אובייקטיבי.

מן הכלל אל הפרט

9. להלן יפורטו המעשים שבוצעו בחוסים. בשלב זה תעשה הערכת טיבם של המעשים מבלי להתחשב בטענה שהם נעשו בהקשר טיפולי - בכך נדון בשלב הבא. יחד עם זאת, ההערכה תעשה על פי הקשרה, דהיינו בנסיבות הכלליות שבהן בוצעו המעשים: ביחס לחוסים ועל הרקע של מצבם המיוחד והקשה. עוד נקדים כי המעשים ייבחנו בשלושה רבדים - על מה? באיזה אופן? ו-עד כמה? המסקנה - אם מדובר בהתעללות אם לאו - נובעת מהחומרה העולה משלושה רבדים אלה.

מחוסה 1 (המכונה בהכרעת הדין י"ו) נמנעה האפשרות להתנדנד בעת העבודה, באמצעות הצמדת חפצים, כגון כדור או כוס מים, בין גבו לבין הקיר. נפילת החפצים בעקבות התנדנדות גררה בידוד או שפיכת מים; נמנעה ממנו האפשרות לקום מכסאו או להתנדנד בעת היציאה לחצר; דיבורו הוגבל, ככלל, במשך חלקים נרחבים של היום. דיבור בניגוד לכללים גרר בידוד, מניעת מקלחת או הגדלת כמות העבודה שהיה עליו לבצע; התקשורת עמו נעשתה פעמים רבות במחוות גוף, ולא בדיבור; לעיתים ננקטו נגדו צעדים כגון מניעת מקלחת או צחצוח שיניים, בתגובה להתנהגות המבטאת אי-שקט ולחץ. צעדים נוספים שנקטו כנגדו, אם חלם או דיבר בשעת ה"עבודה" היומית, היו שליחה לחדר הבידוד והטלת עבודה רבה נוספת; הוא חויב לסיים את כל האוכל שבצלחתו, ואף חתיכות שנפלו מפיו, כל עוד לא נלעסו קודם לכן; אם לא סיים את ארוחתו בזמן, נמנעו ממנו תוספות מזון, דיברו אליו כאל תינוק, חילקו את מזונו לחוסים אחרים או שהושיבו אותו לאכול על הרצפה, עד שסיים את הארוחה.

לגופם של מעשים, צדק בית המשפט המחוזי בקבעו כי הם עולים לכדי התעללות. הדגש הושם על מכלול הצעדים שנקטו כלפי החוסה. טול מגבלות בשלושה תחומים: ההתנדנדות, האכילה והדיבור. ברובד הראשון - "על מה" - ננקטו הצעדים לא רק כאשר חוסה 1 השתולל, התפרץ או כאשר היה סיכון שיפגע בעצמו או בסביבתו, אלא גם כאשר דיבר דיבורים שגרתיים, התנדנד באופן שאינו בעייתי כלל או כשלא אכל כראוי. ברובד השני - "אופן הביצוע" - המעשים חמורים. אין המדובר בסנקציה קלה או שגרתית, אלא באיסור לדבר במשך פרקי זמן ארוכים, אילוץ להישאר צמוד לקיר או לכיסא כשחפץ צמוד לעורפו ו"מתריע" על כל נפילה, ואכילה על הרצפה כבעל חיים. יוער כי לעיתים נקט הצוות באופנים שאינם פוגעניים כלל כדי לשכנעו לאכול, כגון מתן פרס בדמות מעדן חלב אם יאכל כראוי. ברובד

השלישי - "עד כמה" - התמונה המצטיירת היא של חוסה שנגזר עליו לשתוק במשך שעות ולהיות צמוד לקיר או לכסא במשך כל זמן העבודה או השהייה בחצר. כל עת שהוא בין כותלי המחלקה מרחף מעליו ענן הפחד פן יכשל חלילה בנדנד או בדיבור ויישא בסנקציה קשה. כפי שאמרה המערערת, לפי עדותו של אחד מעדי התביעה אשר נמצאה מהימנה: "[חוסה 1] צריך לדעת שהוא צריך תמיד לפחד, ואם הוא עושה מניפולציה, טכס, המוטו כלפיו זה להיות עוד יותר חזקים ממנו, להראות לו שאתה מעליו". כזה היה מוטיב מרכזי של אורח חייו במשך חודשים ארוכים, יום יום.

זאת ועוד, לצד קיומם המובהק של ממדי הדיכוי, הביזוי וההשפלה, יתר הסימנים לקיומה של התעללות מצביעים אף הם על כך שהיא זו העומדת לנגד עינינו. מדובר באדם חסר ישע, שהתנהגותו, לפי הנטען, הן כשל ילד בן שנתיים או שלוש. אלמנט יחסי התלות עוצמתי אף הוא. המערערת ואנשי הצוות הם האחראים על חוסה 1. אליהם היה עליו לפנות בעת שחש מצוקה, והם אלה שאיימו עליו פן ידבר, יתנדנד או לא יסיים את ארוחתו. אשר לקיומו של סבל - הריהו עולה מעצם טיבה של מסכת המעשים. כל הגיונה של זו טמון במנגנון של הטלת פחד בכדי שיעשה מעשים שאינו אוהב, וגרימת סבל והשפלה אם הפר את ההוראות שניתנו לו. מעקב אחר אורח חייו, שעה שעה מדי יום, אינו מותר אי-בהירות באשר לטיבן של הפעולות. השתלבותן, לכל הפחות, מהווה התעללות, וזאת מבלי לטעת מסמרות באשר לשאלה האם כל אחד מהם בפני עצמו היה מספיק לשם כך. הפעולות הגופניות הפכו לפגיעה בנפש, באיכות ובעוצמה שהפכו את המעשים מיניה וביה לעבירה עצמאית של התעללות נפשית.

ידגש כי אף אחת מן ההוראות לא נבעה מרצון מובהק להשפיל ולבזות. מטרת האיסורים שהוטלו עליו הייתה להכחיד באופן עקיף דפוסי התנהגות בלתי רצויים. לדוגמא, לעיתים היה חוסה 1 מתנדנד באופן שהוביל בסופו של דבר להתפרצות, או אומר דברים מסוג מסוים שהובילו לבסוף להתקף. כאמור, האכילה על הרצפה נועדה לגרום לו לאכול, מטרה לגיטימית כשלעצמה. הסבל וההשפלה היו אפוא מכשירים-אינסטרומנטליים, לשם השגת מטרה ראויה בסופו של דבר. כמוכן, המטרה אינה מקדשת את האמצעים - אלה צריכים להיות סבירים. ליתר דיוק, מידתיים למטרה. ובכל מקרה, כאשר האמצעים נשענים על גרימת סבל והשפלה, על המבצע להיזהר ולדקדק בבחינתם עשרת מונים. לכן יש משמעות למהות האיסור והקשרו. למשל, נאסרה כל התנדדות, שמא תביא בעקיפין להתפרצות של ממש. אך זאת מבלי שהוצג כל רקע בדבר עוצמת ההתנהגות והשלכותיה, בהעדר התערבות מיידית למשל, שעשויה להצדיק או אפילו להסביר את דרכי המשמעת והטיפול.

10. המערערת הורשעה בהתעללות בחוסה 1 גם בגין ביצועו הישיר של אירוע בודד. נקבע כי הניחה שני כסאות על גבו ואיימה עליו כי יונח עליו שולחן בנוסף לכך, בכדי שלא יתנדנד. בית המשפט המחוזי דחה את טענתה כי עשתה כך בכדי להגן על עצמה ועל חוסה אחר, וקבע כי הדבר נעשה בכדי למנוע ממנו מלהתנדנד, וככל הנראה בעקבות איבוד שליטה חד פעמי שגרם לה "לצאת מכליה". אין מקום להתערב בקביעה עובדתית זו, אשר התבססה, בין היתר, על שיחה מוקלטת של המערערת עם אחד מאנשי הצוות, שבה אמרה: "לשים כסא כדי למנוע נדנד... לא נחמד, לא טריוויאלי... אבל זה לטובתו". כן ניתן דגש על קשיים בגרסאות השונות שמסרה.

האם מעשה חד פעמי זה - אשר לגביו אין מחלוקת כי לא נעשה כחלק מהוראות הטיפול הרפואי - הוא בגדר התעללות? בעבר נפסק, כאמור, כי מעשים בודדים, כגון גזירת השערות או גזיזת פאה אחת, עלולים להוות התעללות. כן נקבעו קריטריונים לזיהוייה של התעללות "חד פעמית", המייחדים אותה מתקיפה: אכזריות, הטלת פחד ואימה משמעותיים על הקורבן, השפלה וביזוי בולטים שלו או פוטנציאל חמור במיוחד של פגיעה פיזית או נפשית (ראו עניין פלונית, עמוד 169 והאסמכתאות שם). במקרה שלפנינו בולטים ממדי האכזריות וההשפלה. אלה מועצמים על ידי הקריטריונים הכלליים לזיהוייה של התעללות - חוסר הישע ויחסי התלות המשמעותיים. די בתיאורו של חוסה, מוגבל

ביכולותיו הקוגניטיביות, שניצב מול אחת מן הדמויות החזקות במחלקה, המערימה עליו כסא ולאחר מכן כסא נוסף, מבלי שהוא מסוגל לזוז או להתנגד. נדמה כי האמצעי - הפסול בפני עצמו - הפך למטרה פסולה בתכלית הפסלות: לעצור את ההתנדנדויות בכל מחיר, יהא אשר יהא. אין המדובר בפעולה "לא נחמדה", כלשון המערערת. מדובר בפעולה שהיא חברה של חוסר-כבוד במסדר הפעולות ה"יצירתיות" והמשפילות שנקבעו בפסיקה כהתעללות, כגון גזיזת שערות, נשיאת שלטים מבזים ועוד. גם פעולות אלה היו, כך נטען בידי הנאשמים שם, "לטובת" הקורבנות. אוי לו לחוסה שזוהי טובתו, אוי לה לאחות שסבורה כך. במעשה זה אף יש משום מענה, ולו במעט, לתמיהתו של הסנגור: הכיזד אפשר להעלות על הדעת שאחות, המסורה למטופליה, תבצע בהם מעשה התעללות? למרבה הצער, שאלה זו שוברה בצידה. אפשר גם אפשר, ועיננו הרואות. ודוק, אינני מתעלם מהלחץ המופעל על אדם שזוהי עבודתו הרגילה, גם הוא יום ויום ושעה שעה. ועדיין, התעללות לפנינו.

11. חוסה 2 (אשר כונה א"א) סבל מהתקפים ממושכים, המלווים בנפילה על הרצפה, בהקשתת הגב ובגלגול העיניים. במהלך ההתקפים נהג לפגוע בעצמו פגיעות פיזיות חמורות. ההתקפים נבעו מסיבות שונות, כגון אפילפסיה או כתופעת לוואי של תרופות שנטל החוסה. בחלק מהמקרים הייתה ההנחיה של מערער 2 להעניק לו טיפול תרופתי באופן מיידי ולקרוא לרופא. ביחס לסוגים אחרים של התקפים הייתה ההוראה להמתין פרק זמן מסוים ולראות האם ההתקף עובר ללא תרופות. על פי עדותו של מערער 2, בכל המקרים היה צורך להעניק לחוסה 2 טיפול תרופתי אם ההתקף לא חלף מעצמו לאחר פרק זמן מסוים. חרף הנחיה זו, לאורך התקופה המדוברת הונחה צוות המחלקה, ככלל באופן גורף וללא סייגים, שלא להתייחס להתקפיו של חוסה 2 ולא להעניק לו טיפול תרופתי. זאת, בעקבות הסברה כי ההתקפים הם סוג של "הצגה" או מניפולציה להשגת מטרות שונות, ומתוך מגמה "חינוכית". לעיתים, כך נקבע, התפתל חוסה 2 במשך שעות ארוכות בהתקפיו, פגע בעצמו וסבל סבל רב, מבלי שניתן לו טיפול כלשהו ובניגוד להנחיות של מערער 2.

ההשפלה והאכזריות זועקות. חוסה 2 נאלץ להתפתל על הרצפה בהתקף, לעיתים במשך שעות, מבלי לזכות לתרופה המתאימה שתפסיק את ההתקף. זאת על רקע ההנחה כי יתכן שמדובר ב"הצגה", והרצון ללמדו שהצגותיו לא יועילו לו. לצד ממד ההשפלה, בולט במיוחד ממד האכזריות שבמניעת תרופה מאדם המתפתל על הרצפה, פוגע בעצמו ומתענה. הדברים מועצמים על ידי חוסר הישע המוחלט של חוסה 2 ויחסי התלות. ושוב נזכיר כי אין המדובר במעשה חד פעמי, אלא בשגרת חייו של חוסה 2 במשך חודשים ארוכים. המסקנה היא שמדובר בהתעללות - לכאורה ובכפוף להעדרה של הצדקה טיפולית-מקצועית למעשים.

12. חוסה 3 (אשר כונה י"ש) סבל בתקופה המדוברת מקשיי הליכה שהתדרדרו עם הזמן, עד לחוסר יכולת ללכת. כן סבל, בסופה של התקופה, מקושי להשתמש בידיו. לפחות בחלק מהמקרים נבעו קשיים אלה ממחלה נוירולוגית או ממחלת האפילפסיה ממנה סבל. כתוצאה מקשיים אלה היה נופל על הרצפה ונחבל בכל גופו, לעיתים באופן קשה. נקבע כי הצוות נמנע מלסייע לו במשך פרק זמן ארוך ונתן לו לנסות "להסתדר לבד", גם במחיר נפילתו ופציעתו. ביסוד התנהלות זו עמדו שני טעמים מרכזיים - התפיסה שסיוע ימנע ממנו להיות עצמאי ויוביל להתדרדרות ביכולותיו המוטוריות, והסברה שבחלק מן הפעמים מדובר ב"הצגה" גרידא. בנוסף לכך נמנע צוות המחלקה מלסייע לו לקום, לאחר שכבר נפל. בפועל הובילה פרקטיקה זו לכך שחוסה 3 שכב על הרצפה במשך שעות, לפחות בחלק מהמקרים. עוד נקבע כי לא ניתנה הוראה לחבוש לראשו קסדה או להסיעו בכסא גלגלים. כן נקבע כי הצוות לא סייע לו באופן מיידי לאכול ולשתות כאשר הוא התקשה בכך. זאת, על אף שלעיתים הוא נאלץ, בגין קשייו המוטוריים, לאכול בדרך של נבירה בצלחתו באמצעות פיו, והחזקת כוסו בשיניו - לעיניהם של אנשי הצוות, שלא טרחו לסייע לו.

מסכים אני למסקנת בית המשפט המחוזי כי אף מסכת זו עולה לכדי התעללות. כפי שנקבע בפסיקה, זו יכולה

להיעשות במחדל: "ההתעללות הגופנית יכולה להתבצע על ידי מעשה אקטיבי, אולם יכולה היא לשאת אופי של מחדל (כך, למשל, ניתן לתאר מצב שבו הרעבה או הזנחה יגיעו לכדי התעללות גופנית)" (עניין פלונית, עמוד 168). יחסי התלות ההדוקים מקימים כלפי צוות המחלקה חובה לדאוג לצרכים הגופניים של החוסים, ובמיוחד לצרכים שהתעלמות מהם עלולה להוביל בקלות רבה לסכנה גופנית. עולה כי חובה זו לא מולאה. השילוב שבין חוסר הסיוע בהליכה ואי-הסיוע לקום לאחר הנפילה יוצר מציאות של אכזריות וביזוי. החוסה מנסה ללכת ואינו מצליח. האח או האחיות הסמוכים אליו עומדים ומביטים מן הצד מבלי לסייע לו. הוא נופל ומוטל חסר אונים על הרצפה, אך גם במצב כזה לא מושטת לו יד מצד מי שאמור לסייע לו, לתמוך בו ולשמש כמשען לו. לעיתים במשך שעות. גופו מלא פציעות וחבלות כתוצאה מנפילות אלה. אין המדובר במחזה חד פעמי, אלא בנוהג הנמשך זמן רב.

במחדל זה משתלבת ההימנעות מלסייע לחוסה 3 לאכול. תמונה מכמירת לב עולה מדברי עדת התביעה, שנמצאו מהימנים: "הוא התחיל לאכול כמו בעל חיים... פשוט הוא היה אוכל עם הפה בתוך הצלחת... רק עם הפה כן. אחר כך הוא גם במרכאות שכלל את עצמו ככה הצוות הגדיר את זה. הוא היה תופס הכוס עם השיניים ומרים אותה אז הכל היה נשפך עליו כדי לשתות...". - ואין מציל. מעשים אלה, אשר על פי העדויות שנשמעו לא נעשו באופן חד פעמי, מבליטים את ממד ההשפלה והביזוי. אמנם סופק לחוסה 3 מזון, אך לא ניתן לו סיוע לאכול. אין לנו צורך להכריע האם כל אחד משני המחדלים הוא התעללות בפני עצמה. די בקביעה שההתעללות עולה מהתמונה הכוללת.

13. חוסה 4 (שכינויו י"י) סבל מנטייה להכאה עצמית, ובין היתר נהג להטיח את ראשו בחפצים ובקירות. על פי הכרעת הדין, ניתנה הוראה לסגור אותו בעת התקף הכאה עצמית בחדר שאינו מרופד. הסְבֵכָה שהובילה לכך היא שמדובר במניפולציה, שתיפסק אם חוסה 4 ייווכח שהוא אינו משיג בפעולה זו את התוצאה שבה חפץ - סגירתו בחדר מרופד. כתוצאה מכך שלא נסגר בחדר מרופד הוא סבל מנזקים פיזיים ניכרים, ובעיקר פגיעות בראשו, שהיה חבול ונפוח במשך תקופות ארוכות ביותר.

כבנסיבות האיטום המתייחס לחוסה 3, גם כאן קיימת חובת אחריות על צוות המחלקה, לדאוג לכל צרכיו הגופניים של חוסה 4, ובפרט אלה ששלומו הגופני תלוי בהם. ניתן לקבוע בבירור כי חובה זו לא מולאה. לנוכח העובדה שפרקטיקה זו נהגה במשך תקופה ארוכה של למעלה משנה וחצי, ולנוכח הנזק והסבל החמורים - אלה הפוטנציאליים ואלה שהתממשו בפועל - סבור אני כי גם כאן נחצה רף ההתעללות.

14. לחוסה 5 (אשר כונה ש"ע) היה יחס מיוחד לבגדיו, ולבישת בגדים קרועים הסבה לו עוגמת נפש מיוחדת. על רקע זה, נקבע שמספר אנשי צוות נהגו לאיים עליו בגזירת בגדיו או בהלבשת בגדים קרועים כאמצעי להשפיע על התנהגותו. לעיתים אף ביצעו את האיום כעונש על גילוי סימני לחץ או אי-שקט. עוד נקבע כי כאשר חוסה 5 לא ביצע את העבודה שהוטלה עליו במהירות הראויה, נהגו אנשי הצוות, לרבות המערערת, להטיל עליו "עבודה" נוספת, בדמות הרכבת תצרפים נוספים. לעיתים הוא נאלץ להישאר בחדר העבודה לצורך סיום המטלות במשך שעות ארוכות - כ-12 שעות - או עד שעות הלילה המאוחרות. באחד המקרים הוא המשיך לעבוד יחד עם המערערת עד לשעה 02:00 לפנות בוקר, לאחר שלא סיים את עבודתו בערב.

את קריעת הבגדים או הלבשת חוסה 5 בבגדים קרועים יש לבחון על רקע מצבו המיוחד. לחוסה זה היו "טקסים" רבים הקשורים לבגדיו, שתוארו כ"נקודת חולשה" או "אובססיה" שלו. לדוגמא, כאשר הולבש בבגד שאינו אוהב, ניסה להוריד או לקרוע אותו, ולעיתים היה הדבר מוביל להתפרצות אלימה. בראי זה, ההשפלה והאכזריות

שבמעשים גדולים במיוחד - איתור נקודת החולשה המיוחדת של החוסה ולחיצה מתמדת עליה. כפי שהעידה אחת מעדות התביעה שעדותה נמצאה מהימנה, מטרת הפעולה, לפי המערערת, הייתה: "לפגוע במקום שהכי, שהכי קשה לחניכים להתמודד איתו. [חוסה 5] אהב לראות תמונה שלמה לגזור לו את הבגדים לפגוע, זה היה לעשות מה שהוא הכי לא אהב שעושים לו". מעדות נוספת עולה כי לפי המערערת, שיטת הטיפול בחוסה 5 כללה טיפול התנהגותי באמצעות החלפת בגדיו, שנועדה ליצור "אלמנט של השפלה". זוהי אפוא הדרך שבה טופל חוסה 5: טיפול באמצעות השפלה. כך עשו מי שהיו אמונים על שמירת שלומו. אשר להטלת העבודה הרבה - על פי הממצאים שנקבעו, לעתים אולץ חוסה 5 לעבוד בהרכבת תצרפים אפילו תריסר שעות, בעמידה. הדבר נעשה, בין השאר, כעונש על כך שגילה "עצלנות יתרה" או שעבד "באופן לא מספק". אם כן, הנתון המטריד אינו רק אמצעי הענישה שננקטו, אלא גם הרובד של "על מה". הפעולות נעשו כשהחוסה לא סיים את העבודה, כשנפנף בידיו או ביצע "טקס" אחר שצוות המחלקה רצה למנוע - פעולות שאינן מזיקות ואינן מהוות איום מידי. המסקנה העולה, למצער מן השילוב של קריעת הבגדים או הלבשה בבגדים קרועים והאילוץ לעבוד שעות רבות כעונש, היא כי מדובר בהתעללות נפשית.

15. חוסה 6 (אשר כונה א"ק) ביקש לעיתים לצאת לשירותים בשעת העבודה. עקב הסברה שהדבר נעשה כדי להתחמק מעבודה ולעסוק בפעילויות אחרות, ניתנה הוראה לאנשי הצוות שלא להתיר לו לצאת לשירותים. פעמים רבות הובילה הוראה זו לכך שחוסה 6 עשה את צרכיו במכנסיו. במקרה כזה הייתה ההוראה להשאירו בבגדיו המלוכלכים עד לתום שעת העבודה - פרק זמן שעלה לעיתים על שעתיים תמימות. מטרתה של הוראה זו הייתה ללמדו שעליו לבצע את העבודה המוטלת עליו. עוד נקבע שבגין עשיית צרכיו בבגדיו הוטלה עליו סנקציה נוספת - שלילת ממתק או חטיף שחולק לחוסים.

המחדל שביצעו אנשי הצוות מתמקד, מבחינת חומרת המעשים, באי-החלפת הבגדים. בית המשפט המחוזי הדגיש את העובדה שההימנעות מהחלפת הבגדים לא נבעה מאילוץ לוגיסטי, כגון מחסור בבגדים להחלפה. מטרתו של המחדל הייתה להוליך את החוסה בתלם העבודה. האמצעי שנקט לשם כך אינו משפיל בלבד, אלא כרוך בסבל ואי-נוחות רבים. נדגיש שוב כי אין המדובר באירוע חד פעמי, אלא במדיניות טיפולית שנקטה כלפי חוסה 6 במשך כשנה וחצי. המסקנה היא שמדובר בהתעללות.

16. לחוסה 7 (המכונה בהכרעת הדין פ"ב) נאמר, על פי הוראתו של מערער 2, להיכנס מתחת לספסל כאשר היא הראתה סימנים המעידים על כך שהיא עלולה "להתפרץ", במטרה להרגיע אותה. לצוות המחלקה הוקנה שיקול דעת רחב מאוד, מתי להכניסה אל מתחת לספסל ומתי לנקוט בדרכים אחרות להרגיעה. ההוראה להיכנס אל מתחת לספסל ניתנה לה גם כאשר היא התנגדה לכך, ובפועל היא הוכנסה מתחת לספסל לפרקי זמן ארוכים, העולים על מחצית השעה. בחלק מהמקרים היא גם "טורטרה" - הצוות הורה לה להיכנס אל מתחת לספסל ולצאת מספר פעמים, בכדי לעייפה. הוראה נוספת של מערער 2 היתה לתת לחוסה 7 לאכול בישיבה על הרצפה, מתחת לשולחן, בעת שגילתה חוסר שקט בשעת הארוחה.

טענת ההגנה, שלא נסתרה, היא שהפרקטיקה של הכנסה אל מתחת לספסל החלה בעקבות אירוע שבו נכנסה לשם חוסה 7 מרצונה החופשי ונרגעה. המסקנה שהוסקה מכך היא כי הכניסה אל מתחת לספסל מרגיעה אותה, וכי ניתן להשתמש בשיטה זו חלף שיטות אחרות, כגון הכנסתה לבידוד, בעת שהיא מגלה סימני התפרצות. הבעיה בהוראה שניתנה נעוצה בהבדל שביניה לבין אותו אירוע חד פעמי. לא נאמר לצוות המחלקה להציע לחוסה 7 להיכנס אל מתחת לספסל מרצונה החופשי, אלא להורות לה להכנס לשם - גם בניגוד לרצונה. בנוסף לכך לא ניתנו כל הנחיות המגבילות את ביצוע הפעולה - היא הושארה לשיקול דעתם המוחלט של הצוות. בפועל חוסה 7 הוכנסה אל מתחת לספסל

לפרקי זמן ארוכים. הסנגור טען כי אין המדובר בהכנסתה בכוח, אלא בבקשה שתיכנס אל מתחת לספסל מעצמה. אולם לנוכח מצבה הקוגניטיבי, וההתנגדות שניסתה לגלות לעיתים, הוראה כזו מצד איש צוות שקולה להכנסתה אל מתחת לספסל בכוח. דברים אלה אמורים גם ביחס להוראה לאכול על הרצפה, מתחת לשולחן.

אכן, עיון בעדויות עדי התביעה ובמוצגיה מעלה כי חומריתה של ההרשעה הנוכחית חמורה פחות מחומריתן של יתר ההרשעות שנדונו לעיל. זאת בעיקר לנוכח העובדה שהכנסת חוסה 7 אל מתחת לספסל או אל מתחת לשולחן נעשתה בעיקר כאמצעי להרגעתה, לאחר שנקטה באלימות או איימה בכך, ולא כדי למנוע התנהגויות שאינן רצויות גרידא או כדי להשפילה באופן מובהק. יחד עם זאת, בחינת צעדי המשמעת השונים - "על מה", "באיזה אופן" ו"עד כמה" - מעלה כי גם ביחס לחוסה 7 חצו המעשים את הרף הפלילי של התעללות בחסר ישע. על מה: על אף שככל הנראה במרבית המקרים ההכנסה של חוסה 7 אל מתחת לספסל נעשתה לאחר אקט אלים - מחומר הראיות עולה כי שיטה זו ננקטה לעיתים גם כאשר חוסה 7 לא הייתה רגועה, שוחחה עם חוסה אחר או קמה ממיטתה לאחר שהושכבה לישון. הדברים אמורים גם ביחס להכנסה אל מתחת לשולחן בשעת האוכל. זו נעשתה גם במקרים שבהם גילתה החוסה חוסר שקט או לחץ, ולא רק בשעת התפרצויות אלימות.

באיזה אופן: יש צדק רב בקביעתו של בית המשפט המחוזי שהכנסה אל מתחת לספסל או אל מתחת לשולחן משפילה ומבזה יותר מהכנסה בכוח אל חדר בידוד או הזרקת תרופות בכוח. אף אם ההכנסה אל מתחת לספסל לא נעשתה כאקט שמטרתו הסובייקטיבית להשפיל את חוסה 7, הרי שאין חולק על כך שיש בו משום השפלה וביזוי מבחינה אובייקטיבית. המחוקק הסדיר את האופן המדויק שבו יש לטפל באדם הסובל מהפרעתה של חוסה 7 ואת התנאים המדויקים שבהם יש לבצע את הטיפול. הכנסה של אדם אל מתחת לספסל היא מבזה ומשפילה הרבה יותר מאשר סגירה בחדר, מה גם שלפי עדותה של המערערת חוסה 7 הייתה "פשוט נשכבת ונרדמת" כאשר היו מכניסים אותה לחדר הבידוד - ולא אל מתחת לספסל. כך גם ביחס אל ההאכלה מתחת לשולחן. ואחרון - עד כמה: נסתפק בהערה כי הצעד, מבחינת אופיו ואורכו, מגיע לרף הפלילי, בדומה לצעדים שננקטו כנגד חוסים אחרים. המעשים נעשו בתדירות גבוהה ולאורך זמן, וממד זה תורם באופן משמעותי לגיבוש עבירת ההתעללות. יוער כי כל האמור נכון ביחס למערערת. חומרה רבה יותר מצויה ב"טרטורים" שעברה לעיתים חוסה 7, אשר לא נקבע כי המערערת הורתה עליהם או הייתה מודעת אליהם - בניגוד למערער 2.

כללו של דבר, יש בהבדלים בין ההתעללות בחוסה 7 להתעללות ביתר החוסים שנדונו כדי להקנות מעט את חומרת המעשים, אולם די בחומרה הרבה שישנה כדי להצדיק את הרשעת המערערת בהתעללות בחוסה זו. הפסול המוסרי זועק. המחשבה על החוסה המוחזקת מתחת לספסל או מתחת לשולחן בעל כורחה היא קשה ומקוממת. באחד המקרים המערערת אף ישבה על הספסל בעת שהחוסה שכבה מתחתיו כחלק מן העונש שהוטל עליה. אקט סמלי זה ממחיש ומחדד את אלמנט ההשפלה של החוסה, את ההתייחסות אליה באופן שאינו אנושי. כך המצב לגבי ההתנהגות החוזרת והנשנית של הכנסת החוסה אל מתחת לספסל או לשולחן. העובדה שלעיתים החוסה נרגעה לאחר השכיבה מתחת לספסל או השולחן אין בה כדי להצדיק את המעשים, בפרט לנוכח תדירותם והתקופה הממושכת שבמהלכה נעשו.

17. חוסה 8 (אשר כונה ז"ש) סבל מאיומי אנשי הצוות, כי אם לא יעבוד היטב יוקנט באופן פיזי, כגון דגדוגים (השנואים עליו), נגיעות בעורפו, תפיסה בכתפיו, משיכה באוזניו, "טרטורים" בדמות הרצתו ודחיפתו או החזקת ידו מאחורי גבו. לעיתים האיומים אף מומשו. נקבע כי התנהגות זו נבעה מהתפיסה שחוסה 8 הוא עצלן ומניפולטיבי. עבירה נוספת שבה הורשעו מערערים 2-3 היא סגירתו של חוסה 8 בחדר הבידוד, בניגוד להוראות סעיף 34 לחוק הטיפול,

העוסק באופן שבו יש לבצע שימוש באמצעי כפיה כגון בידוד. לבסוף, נקבע כי מערער 2 - אך לא המערערת - ידע כי אנשי הצוות מאיימים על חוסה 8 בשפיכת מים אם לא יסיים את ארוחתו; וכי המערערת - אך לא מערער 2 - הורתה לאנשי הצוות ללחוץ את גופו של חוסה 8 לקיר באמצעות השולחן, על מנת לגרום לו לאכול, ואף נהגה כך בעצמה. בהתאם, המערערת ומערער 2 הורשעו בעבירת ההתעללות, אם כי על בסיס תשתית עובדתית שונה.

סבורני כי אף במקרה זה הוכחה עבירת ההתעללות במידה הדרושה. הצטברותן של כלל ההוראות עולה לכדי התנהגות מבזה ומשפילה היוצרת ממד עצמאי של התעללות נפשית. בדומה לחוסה 5, ולקריעת בגדיו, גם כאן נוצלה נקודת חולשה מיוחדת של החוסה, הרגיש למגע פיזי. זאת לא כמניעת איום מיידית כגון התפרצות קרובה, אלא כחלק משיטה כללית לטפל במה שכונה "עצלנותו". נקל לתאר את ההשפלה ועוגמת הנפש הנגרמת מנגיעות בעורף, דגדוגים, משיכות באוזניים ואף "טרטורים", על בסיס קבוע במשך חודשים רבים. על כגון דא נאמר כי "במקרים שבהם מדובר בהכאה המתמשכת על פני תקופה ארוכה, ייתכן כי כל מקרה בפני עצמו אינו עולה כדי התעללות, אך שרשרת המקרים כולה יוצרת דרגת אכזריות והטלת אימה על הקורבן שעולות כדי התעללות, מעין 'כמות עושה איכות'" (ע"פ 6274/98 דלעיל, עמודים 302-303). מסקנה זו מתחזקת כאשר נלקחת בחשבון הצמדתו של חוסה 8 לקיר באמצעות השולחן, על אף שאין זה העיקר.

כאמור, המערערת הורשעה בהזנחתו של חוסה נוסף. לכך אתייחס בפרק הדן במערער 1 שעניינו עבירת ההזנחה.

לסיכום, דעתי היא כי המעשים בהם הורשעה המערערת ביחס לחוסים 1-8 יכולים לעלות, על פניהם, לכדי התעללות בנסיבות ביצועם. נזכיר כי עד עתה לא התעמקנו בהכרח בסיטואציות הייחודיות של מטפל-מטופל. לאמור, האם המערערת רשאית להתגונן בטענה שפעלה על פי הוראות טיפוליות של רופא. כעת נעבור לדון בנפקותו של ההקשר הטיפולי ביחס להגדרת המעשים כ"התעללות".

טענת הטיפול הרפואי

18. בטרם נתייחס לגוף טענת הטיפול הרפואי, נעיר הערה באשר למקום הגיאומטרי שבו יש לדון בה. שאלה יפה היא האם הטיפול הרפואי מהווה סייג למעשה התעללות או שמא הוא שולל את עצם הגדרת המעשה כ"התעללות". דרך אחת היא לומר כי המעשים שנדונו לעיל אכן עולים לכדי התעללות, אלא שבשלב שני יש לבדוק האם קם סייג לאחריותה הפלילית של המערערת בדמות הסייג של טיפול רפואי. לפי דרך זו, יש לפנות לסעיף 34ג לחוק העונשין שכותרתו היא "צידוק". סעיף 34ג(3) מקים סייג "אם המעשה היה דרוש באופן מיידית לשם הצלת חיי אדם, שלמות גופו או למניעת נזק חמור לבריאותו". סעיף 34ג(4) מכיר בצידוק מקום שבו "המעשה נעשה בהסכמה כדין, תוך פעולה או טיפול רפואיים, שתכליתו טובתו או טובת הזולת". הצידוק מופיע כאחד מהסייגים ל"פליליות המעשה", כהגדרת סימן ב' לפרק ה'1 של החלק המקדמי לחוק העונשין.

מוכרת ההבחנה בין הצדק (justification) לבין פטור (excuse, המכונה לעיתים גם הפטר) (ראו Miri Gur- Arye, *Should a Criminal Code Distinguish Between Justification and Excuse?* 5 Can. J. L. & Jur. 215 (1992)). החלק המקדמי של חוק העונשין אינו עוסק בהבחנה זו אלא מסתפק בקביעת סייגים לאחריות הפלילית.

סייגים אלו כוללים, לדוגמה, הגנה עצמית והגנת בית מגורים (סעיפים 34 ו-134). ובכל זאת, ניתן לשבץ את הסייגים על הספקטרום של פטור-הצדק. למשל, הסייג של אי-שפיות הדעת, הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, מאיין את האחריות הפליליות ובכוחו להביא לזיכוי (ראו רע"פ 2675/13 מדינת ישראל נ' רן רפאל וחנון (03.02.2015)). אך אין ספק כי המצב של אי-שפיות הדעת אינו אידיאלי כפי שהשכרות - סייג לפי סעיף 34 לחוק העונשין - אינה אידיאלית. לעומת זאת, צידוק בדמות טיפול רפואי הוא התנהגות שהמחוקק חפץ בעידודה. טיפול רפואי נחוץ שניתן ללא הסכמת המטופל, בשל העדר יכולת להשיג את ההסכמה, אף הוא מצב שהמחוקק רוצה לעודד. המלומדים רבין וואקי אף חילקו את הסייגים השונים לקבוצת "פטורים" וקבוצת "הצדקים", כאשר הצידוק נמצא בקבוצה השנייה (ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך ב 711 (מהדורה שלישית, 2014) (להלן: רבין וואקי)).

זוהי, כאמור, דרך אחת לנתח את הדברים. עם זאת, לשיטתי יש לנתחם בדרך שנייה. על פי דרך זו, הדגש אינו על הסייג אלא על העבירה. קשה המסקנה שרופא "התעלל" בחולה בעת מתן טיפול רפואי, אלא שיש לו צידוק לכך. זאת משום שהמונח "התעללות" אינו נייטרלי. הוא קשור ברשת של קונוטציות שליליות. בפסיקה הובעה העמדה שלפיה יסוד ה"התעללות" טומן בחובו קביעה ערכית שלילית, אשר באופן מעשי שוללת מיניה וביה את סייג הצידוק (ראו עניין פלונית, עמודים 171 ו-178). הדבר נובע מצד אחד מהמשמעות השלילית של המונח "התעללות", ומצד שני מאופיו העמום. כפי שהוזכר לעיל, בניגוד לעבירות בהן היסוד העובדתי מוגדר על ידי חוק העונשין, כגון אינוס או תקיפה, המונח "התעללות" לא זכה לכך. היסוד העובדתי של עבירת ההתעללות הוא רחב ומגוון, ודורש התייחסות לנסיבות שונות ולמידת ה"מוסריות" של ההתנהגות - ובכלל זאת לשאלה האם המעשים נעשו כחלק מטיפול רפואי. לא זו אף זו, ניתן להעלות על הדעת מצבים שבהם ביצוע המעשים במסגרת טיפול רפואי מאיין את יסוד ההתעללות, על אף שהטיפול ניתן ללא הסכמה - אחד התנאים לתחולת סעיף 34(ג). נוטה אני אפוא לדעה לפיה כאשר מוכח שעסקין בטיפול רפואי, הגדרת התנהגות הרופא כ"מעשה התעללות" נשללת. כך, בעיניי, במישור העובדתי וכך גם במישור הנפשי. כתוצאה מכך יובהר כי מסקנת הניתוח דלעיל - כי המעשים שעליהם הורתה המערערת יכולים לעלות לכדי התעללות בנסיבות ביצועם - היא מסקנת ביניים. מדובר בתנאי הכרחי לשם הרשעת המערערת בהתעללות, אולם בכך לא די. מדובר במסקנה שקיימת "התעללות לכאורה" בלבד, בהיבט של המעשים שבוצעו. יש להוסיף ולבחון, במסגרת היסוד העובדתי של עבירת ההתעללות, את ההקשר המדויק של ביצועם - האם המעשים בוצעו כחלק מטיפול רפואי?

19. חוק העונשין אינו מכיל הגדרה כללית למונח "טיפול רפואי", על אף שזה מוזכר בסעיפים שונים בחוק. בהקשר אחד - טיפול במשתמשים בסמים - מופנה הקורא להגדרת המונח בחוק הפיקוח על מוסדות לטיפול במשתמשים בסמים, תשנ"ג-1993, אולם זאת לעניין סעיף 85 לחוק העונשין בלבד. מן ההגדרה המופיעה בחוק הפיקוח על מוסדות לטיפול במשתמשים בסמים לא ניתן לדלות מידע רב: "טיפול רפואי" - טיפול רפואי פיסי או נפשי, לרבות חלוקת סם תחליפי". יצוין כי סעיף 85 מהווה חריג נקודתי המאפשר הארכת תנאי פעם נוספת בעבירת סמים. דבר חקיקה מרכזי נוסף המגדיר "טיפול רפואי" הוא חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996. סעיף 2 קובע כי "טיפול רפואי" - לרבות פעולות איבחון רפואי, טיפול רפואי מונע, טיפול פסיכולוגי או טיפול סיעודי". אף הגדרה זו עוסקת בקטיגוריות כלליות, ואינה מקדמת את הדיון בשאלת זיהוייה המדויק של פעולה ספציפית כטיפולית.

סנגורה של המערערת הציע שני ניירות לקמוס אפשריים לבחינתן של פעולות כטיפול רפואי. הראשון - יעילותן של השיטות שנגקטו. לטענתו, מצבם של החוסים הוטב בעקבות חלק מן הפעולות שתוארו לעיל. האם יש בכך לשלול מן המעשים את טיבם המתעלל? דומני שהתשובה לכך שלילית. ראשית, לא הונחה תשתית לבסס מסקנה לפיה השיטות הועילו. שנית, תוצאות "מוצלחות" יכולה להשיג גם התעללות "מוצלחת", ככל שתוצאות אלה הן שינוי דפוסי התנהגות.

ואף אם השיטות היו מועילות, דהיינו מפחיתות את כמות ההתקפים של החוסים - השגת שיפור אמיתי אינה מקנה בפני עצמה תוקף טיפולי לפעולה, שכן יש לבחון באיזה מחיר נקנה השיפור. המבחן השני שהציע הסנגור הוא "מבחן המומחה". לשיטתו, מכיוון שמערער 2 הוא המומחה היחיד המכיר כל חולה - הוא היחיד המסוגל לקבוע מהו נכלל בגדר "טיפול". אין בידי לקבל טענה זו. טיפול, וגם בחוסים מיוחדים אלה, אינו בלתי ניתן לביקורת. מהו אם כן המבחן שבו ניתן להעזר לשם קביעתן של פעולות כ"טיפול רפואי"?

20. בטרם נפנה לענות על שאלה זו, נגדיר את יריעת המחלוקת ובחין בין שני סוגים של הוראות שנתנה המערערת לחוסים, על פי מקור ההוראות. סוג אחד של הוראות נתנה המערערת לאחר שקיבלה אותן מפיו של מערער 2. לגבי סוג זה מתחדדת השאלה הטיפולית במלוא עוצמתה, שכן עסקינן בהוראות שניתנו מפיו של רופא. סוג זה של הוראות ניתן ביחס לחוסים 1, 3, 6 ו-7. אשר לחוסים 1 ו-3, מדובר בחלק שולי יחסית של ההוראות, ולא בהוראות המרכזיות שנדונו לעיל ושעליהן ביססתי את מסקנת הביניים שהמעשים יכולים לעלות לכדי התעללות. על כן נכון אני להניח לטובת המערערת כי ניתן להגדיר מעשים אלה כטיפול רפואי. כך לגבי ההוראות לתקשר עם חוסה 1 באמצעות מחוות גוף ולהכריחו לסיים חתיכות אוכל שלמות שנפלו מפיו, וההוראה שלא להושיב את חוסה 3 בכסא גלגלים ושלא לחבוש קסדה לראשו. זאת על אף שגם לגבי סוגיות אלה עולים סימני שאלה רבים ומטרידים, כגון התועלת הטיפולית שבאי-חבישת קסדה, סבירות היחס שבין תועלת עלומה זו לנזק שנגרם לו או האופן שבו מדד מערער 2 את הצלחת ה"טיפול". נותרו אפוא חוסה 6 וחוסה 7, אשר רק בעניינם אכן נפרשת מחלוקת מקצועית אמיתית הנוגעת ללב המעשים המהווים התעללות.

21. שלושה מומחים בתחום האוטיזם העידו מטעם התביעה והציעו תשובה לשאלה הטיפולית. לפי שיטתם, ניתן לזהות טיפול לפי מספר מאפיינים המאפשרים להעריכו: על הטיפול להיות מובנה, יש להגדיר באופן מדויק את המטרה, את הדרך להשיגה ואת האופן שבו יש להעריך את הצלחת התוכנית או את כישלונה. עוד יש להתחשב בסביבת העבודה, ולהעריך את האופן שבו ניתן להשתמש, במסגרת התוכנית, בכלים טיפוליים מוכרים. בצד התיאורטי הכללי, הטיפול ותיארו המומחים את דפוס התוכניות המקובל לטיפול בחולים מסוגם של החוסים. דגש מיוחד ניתן על הצורך לפעול, ככלל, באמצעות חיזוקים חיוביים, ולהמעט, ככלל, בנקיטת שיטות של ענישה טיפולית. עוד נכתב על האופן הזהיר שבו יש לנהוג, כאשר אין מנוס מענישה טיפולית. לצד התווית הקריטריונים הכלליים, בחנו המומחים את הפעולות הפרטניות שבוצעו ביחס לכל אחד מן החוסים. המסקנה אותה הסיקו המומחים ביחס לכל אחד מן האישומים היא כי הפעולות שבוצעו אינן עומדות באמות המידה הכלליות שהותוו. מנגד, לא הובאה כל חוות דעת מקצועית התומכת באופן הטיפול שניתן לחוסים, או עדות על אופן טיפול דומה במחלקה מקבילה בארץ או בעולם.

סנגורה של המערערת העלה טענות רבות כנגד חוות דעת המומחים. נטען כי הם אינם מומחים בתחום האוטיזם; כי חומרים רלוונטיים לא נחשפו לעיונם וכי חומרים אחרים שעליהם התבססו לא הוכחו בסופו של דבר; כי הם לא התרשמו באופן ישיר מהחוסים אלא התבססו על עדויות ועל התיקים האישיים שלהם בלבד; כי הם הונחו על ידי אינטרסים זרים; וכי מחוות דעתם ועדותם ניתן ללמוד דווקא כי ההוראות שנתן מערער 2 הן בגדר טיפול לגיטימי.

לאחר עיון בחוות הדעת ובעדויות המומחים, נחה דעתי כי דין הטענות להידחות. אחד המומחים, פרופ' שמואל טיאנו הוא מומחה בתחום הפסיכיאטריה של הילד והמתבגר, וניהל בעבר מחלקה בבית החולים הפסיכיאטרי "גהה", שבה שהו גם מטופלים הסובלים מהפרעות מן הסוג שממנו סובלים החוסים. ידיו רב לו אף בכתיבה אקדמית בתחום האוטיזם. ד"ר תמר מוזס וד"ר גדעון אבידן, שני המומחים הנוספים, אף הם עוסקים בתחום זה. ד"ר מוזס ניהלה מחלקה בבית החולים הפסיכיאטרי בנס-ציונה ובה מטופלים מסוגם של החוסים. לד"ר אבידן, מנהל מחלקה בבית

החולים "אברבנאל", ניסיון בייעוץ וטיפול בהפרעות אלה.

טענה שיש בה צדק היא כי המומחים ביססו את חוות דעתם על כל העובדות שנטענו בבית המשפט, בעוד שבסופו של דבר הוכרע כי מערער 2 והמערערת לא הורו על ביצוע חלק מן החמורות שבהן. עם זאת, בית המשפט המחוזי התייחס בפסק דינו גם להבדל בין המסד העובדתי שעליו ביססו המומחים את חוות דעתם והמסד העובדתי שהוכח בסופו של דבר. הדיון נערך לגופן של קביעות עובדתיות באופן ענייני. הפעולות שעל פי קביעת בית המשפט המחוזי בוצעו בהוראת מערער 2 או המערערת נסקרו בחוות דעת המומחים, ולא נמצא להן כל בסיס מקצועי. זהו העיקר. לא הוצבע על שימוש כלשהו שעשה בית המשפט המחוזי בקביעות המומחים שהתבססו על ממצאים שנדחו. טענות נוספות נטענו, כאמור, ביחס לחומרים שלא עמדו בפני המומחים. לדוגמה, "ספר ישיבות" שנעלם מן המחלקה עם פתיחת החקירה ובו מסוכמות ההחלטות הטיפוליות, העדרן של פגישות עם מערער 2 או התרשמות ישירה מהחוסים. אלא שהמקום לליבון של טענות מסוג זה הוא החקירה הנגדית למומחה, כפי שקרה גם במקרה דנן. כך, הסנגור עימת את המומחים עם ההנחות הטיפוליות של מערער 2, כגון ההנחות בדבר עדיפות הטיפול ההתנהגותי על פני מתן תרופות בתרחישים שונים, ההיסטוריה של החוסים הספציפיים ועוד. עיון בתשובות המומחים מעלה כי גם לאחר עימות עם תפיסות אלה החזיקו בדעותיהם והסבירו מדוע אין הדברים בגדר טיפול. יוצא שמשקל חוות הדעת לא נפגע. המומחים נותרו איתנים בדעתם גם לאחר העימות עם השגותיו של הסנגור.

22. לצד ה"יש" הראייתי אשר הוצג על ידי התביעה, בולט לא פחות ה"אין" הראייתי לתמיכה בעמדה שמדובר בטיפול. למעשה, האסמכתא המשמעותית היחידה שהובאה היא דבריו של מערער 2 עצמו, שלא נתמכו על ידי מומחה נוסף. לא הונחה תשתית מקצועית על ידו לביסוס היות הפעולות שבוצעו בחוסים בגדר טיפול. בסוגיות כה רגישות, לא די בכך שמומחה אומר "טיפול הוא". ארחיק ואומר שגם אם בדבריו יש היגיון מסוים, אין עובדה זו בלבד הופכת את הפעולות לטיפול. בכל מקרה, נחזור ונזכיר שוב שמדובר באמצעי משמעת קשים אשר בוצעו במשך חודשים רבים. לכך נוסיף שהם אף חסרי תקדים, ובגדר חידוש שלא נוסה במקומות אחרים. חידוש שלא הוסבר על פי אמות המידה המדעיות ולא עוגן בספרות. לכן קשה לקבוע, בסופו של דיון, שאף קיימת מחלוקת מקצועית בין מערער 2 מן הצד האחד לבין יתר המומחים מן הצד האחר.

זאת ועוד – אחרת. קו הגנתו של מערער 2 עצמו תומך במבחני המומחים שהוצעו. כך למשל ביחס לחוסה 6. כלפי חוסה זה ננקטה מדיניות של ענישה טיפולית, בדמות אי-החלפת בגדיו לאחר שעשה בהם צרכים, בכדי שילמד כי עליו לעבוד בחריצות. קו ההגנה של מערער 2 היה כי הוא אכן הורה על כך, אולם דובר על תכנית מובנית, הכוללת מעקב ומועדי יעד לבחינת הצלחתה או כשלונה. בית המשפט המחוזי דחה גרסה עובדתית זו, בהתבסס על סתירות בעדותו של מערער 2 ועדויות נוספות, שמהן עלה כי מדיניות זו ננקטה במשך כשנה וחצי, ללא מעקב טיפולי וללא כל תגובה לכשלונה החרוץ. איני מוצא לנכון להתערב במסקנה עובדתית זו, שהתבססה באופן ישיר על ממצאי מהימנות העדויות שנשמעו לפניו. עולה כי מערער 2 יודע היטב טיפול מהו, ומטענותיו ניתן ללמוד שאף לפי שיטתו הפעולות שננקטו – על פי הקביעה העובדתית – כלל אינן בגדר "טיפול רפואי", אף אם נניח שזו הייתה מטרתן בתחילת הדרך.

23. ומה באשר לפעולות שבוצעו ביתר החוסים, שעליהן לא הורה מערער 2 במפורש? האם אלו יכולות בכל זאת להיקרא "טיפול רפואי"? הוראות אלו נחלקו למספר סוגים – ביצוע פעולות שלהן היה מערער 2 מודע מבלי לעשות דבר, פעולות שלהן התנגד לאחר שלמד עליהן או פעולות שלהן לא היה מודע כלל. בית המשפט המחוזי לא הכריע בשאלה האם מקור הפעולות הללו היה הוראה מקורית של המערערת או שהן נלקחו מ"ספר ישיבות" שהיה קיים

במחלקה. כך או כך, לא הובאו כל מקור רפואי או רצינול טיפולי מובנה ומתוקף לפעולות אלה. בהקשר זה טען בא-כוח המערער שתיים: אחת, כי ההוראות שנתנה המערערת תוקפו בדיעבד, לכל הפחות, על ידי מערער 2. בית המשפט המחוזי דחה את הטענה, על בסיס עדויות עדי התביעה ועדויות המערערים, ואיני מוצא מקום להתערב בקביעות אלה מן החומר הראייתי עולה כי ידיעתו של מערער 2 על הפעולות לא הייתה ידיעה שניתן להסיק ממנה כי הוא סבור שיש תוקף רפואי להוראות. לחלקן התנגד במפורש. על חלק אחר למד ככל הנראה רק באמצעות הרפורטים - לא מאת המערער ולא באופן היכול להתפרש כתיקוף בדיעבד (ראו למשל עדותו של עד התביעה בלר, בדבר תגובתו של מערער 2 למדיניות הטיפולית שהנהיגה המערערת בחוסה 1). שתיים, כי כל הפעולות שעליהן הורתה ושלא ניתנו על ידי מערער 2 נלקחו מ"ספר הישיבות" שנעלם, וכי האמור בספר זה אושר בחתימת רופא. אלא שהמקור לפעולותיה של אחות צריך להיות הוראת הרופא, כפי שהעידו המומחים. לא הוראות ישנות הכתובות בספר, שלא ברור כיצד נוסחו, מה מטרתן, כיצד לפרשן ושלא קיבלו את אישורו של הרופא האחראי על הטיפול בחולה. כתיבת הפעולות עלי ספר ישיבות יכולה להעיד, לכל היותר, שבנקודת זמן מסוימת בעבר - אולי לפני מספר שנים - הייתה הוראה כזו. יתכן שהטיפול נכשל והופסק או שמלכתחילה דובר בהוראה זמנית. והעיקר - לא בכדי הכללים מחייבים הוראה מפורשת של רופא ומעקב שוטף, ולא התבססות על כתבים ישנים תוך התעלמות מהרופא האחראי.

בנקודה זו נבהיר את הרקע למתן מרבית ההוראות על ידי המערערת אף בניגוד לעמדתו של מערער 2. מצב זה נראה חריג ומתמיה. ואכן, מן הראיות עולה כי בין מערער 2 למערערת שררה מערכת יחסים עכורה. מעדויות שונות שנשמעו עולה כי במקרים שונים המערערת זלזלה במערער 2 באופן מופגן לעיני אנשי צוות המחלקה ואנשי הצוות הבכיר של בית החולים. זהו הרקע לעצמאות שבה נקטה המערערת ביחס לטיפול בחוסים. עוד יוער כי חלק מן ההוראות שנתנה מערערת 2 מיוזמתה לא היו "קלוטות מן האוויר", אלא התבססו, באופן רופף ומעוות, על הוראות שנתן מערער 2. למשל, מערער 2 הורה שאין צורך להזריק לחוסה 2 תרופה מיד עם תחילתו של כל התקף, אלא רק כאשר ההתקפים אפילפטיים או כשהם תופעת לוואי של תרופות. במקרים אחרים יש להמתין פרק זמן מסוים ולראות האם ההתקף חולף לבד. אלא שהמערערת נטלה הוראה זו, ועל רקע הסברה שרבים מהתקפיו של חוסה 2 הם בגדר מניפולציות, הורתה שלא לתת לו תרופה באף התקף וללא הגבלת פרק הזמן. הדבר נתפס מבחינתה כ"טיפול התנהגותי", ללא כל ביסוס הולם. כאמור, לעיתים יישומה של הוראה זו הוביל לכך שחוסה 2 התפתל בכאביו על הרצפה במשך שעות. הנה כך התנהלו העניינים במחלקה.

המסקנה היא שאין מקום לסטות מחוות דעת המומחים באשר לטיבן של הפעולות שבוצעו בחוסים. המעשים לא התבססו על כל מקור חיצוני (כגון מחקרים או מקומות אחרים בארץ או בעולם העוסקים בטיפולים אלה) או מקור פנימי (כגון מחקרים שיטתיים שערך לשם בדיקת הפעולות שנעשו). העדר זה זועק במיוחד לנוכח הודאת מערער 2 והמערערת כי מדובר בטיפולים חדשניים וחלוציים שאין כדוגמתם. אם זהו המצב, ולנוכח פוטנציאל הפגיעה שלהם, מוטלת הייתה על מערער 2 ואף על המערערת חובה כפולה ומכופלת לוודא שלא יוצא דבר תקלה מתחת לידיהם. בפועל לא נעשה דבר.

24. סופו של חשבון: קו ההגנה של "טיפול רפואי" דורש מענה. אך בדיקת גרעין הטענה מעלה כי אין לה יסוד במקרה דנן. כאן המקום להעיר הערה כללית הנוגעת לעובדי מערכות הבריאות. חשוב להבין את המציאות בשטח. האחריות על מטופלים החוסים בבית חולים כבדה היא. אי אפשר להותיר את צוות בית החולים ללא כלים. מצד שני, לא נכון להעניק לו "שיק פתוח". דווקא מפני שהצוות מספק שירות רפואי עליו לפעול לפי אמות מידה מקצועיות. כשם שטענת הטיפול הרפואי דורשת יחס ראוי - כך היא דורשת שהצד הרוצה לחסות תחת מטריה זו יקפיד להיות נאמן לכללי המקצוע, לרבות אימוץ שיטות שעברו את כור ההיתוך של המומחים והניסיון. אין לשלול גישות מקצועיות חדשות - אך

ושמא ישאל השואל: מה לקח יכולים רופאים ועובדי סיעוד ללמוד מניתוח עבירת ההתעללות דלעיל? כיצד ישפיע פסק הדין על עבודתם המיידית? על כך נענה כי על פי האמור למעלה, התעללות אינה מתגבשת באבחת פעולה, למעט מקרים מיוחדים בהם ההשפלה או האכזריות זועקת מנסיבות המקרה ואילו האלמנט הטיפולי אינו משמעותי. אין זהו המצב, בדרך כלל, כאשר עסקינן בניסיון לפתח טיפול התנהגותי. ניתן להציע מספר פרמטרים מרכזיים להערכתה של מדיניות טיפולית. האחד, מידת הבנייתו של הטיפול. בכלל זה יש לבחון האם מטרת הפעולה הוגדרה באופן ברור, האם נעשה ניסיון ממשי לאזן בין הנזק שבה והתועלת הצפויה ממנה, האם נקבעו דרכים ומועדים להערכתה וכיוצא באלה. השני, באיזו מידה נערכה התייעצות עם גורמי רפואה או אתיקה מחוץ לחומות המחלקה. השלישי, מידת הסבל או הנזק שהפעולה מסבה לחולה באופן אקטואלי או פוטנציאלי. הרביעי, עד כמה הפעולה מבזה או משפילה אותו. החמישי, רגישות להבחנות הכרחיות - טווח קצר מול טווח ארוך; טיפול במחלה מול בעיות משמעת; ענישה מול מניעה - ועוד. השישי, כל חולה בעל מטען משלו. לצד הכללים יש צורך להכיר את החולה ולהתאים את הטיפול לצרכיו, יכולותיו וקישיו. ששת הפרמטרים שלובים זה בזה, כך שחולשה רבה של אחד מהם עשויה להצריך עוצמה חזקה במיוחד של היתר. ולצד הכל - כלל גדול שהמאושפז בבית חולים פסיכיאטרי אדם הוא, שנברא בצלם וזכאי לכבוד.

כמובן, ניתן לומר כי האתגר הניצב לפתחו של צוות בית החולים, המצוי בין המטופלים לבית המשפט, הוא בגדר משימה בלתי אפשרית. ברם, מעיון במלוא החומר, מסקנתי היא שלא כצעקתה. תפקידים שונים דורשים שיקול דעת, רגישות וחכמה מתמידים. לא קל להיות שוטר, מורה בבית ספר, מאבטח בבית משפט ועוד הרשימה נטויה. אלא שתפקידים כאלו - ושל צוות העובדים בבית חולים בכלל ובית חולים פסיכיאטרי בפרט - צו השעה הם. המשימות חיוניות לחברה. באשר לצוות העובדים בבית חולים פסיכיאטרי, מתברר מחוות דעת המומחים שיש דרכי התמודדות מוכרות ושימויות. בנוסף, על פי החומר שהוגש נלמד כי ישנם מגננוני בקרה, למשל הוועדה לניהול סיכונים הפועלת בבית החולים, ועדה של הלשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל, הפסיכיאטר המחוזי וכיוצא באלה (ראו בהקשר זה סימן ב' לפרק ו' בחוק זכויות החולה, המונה גופים שונים: ועדת בדיקה, ועדת בקרה ואיכות, ועדות אתיקה ואחראי לזכויות המטופל שתפקידו לקבל תלונות של מטופלים).

הכתמת המקרים הפרטניים בפלילים אינה פורצת את הסכר. כמובן שאין הכוונה לפגוע באיכות הטיפול בחולים. במקרים "אפורים", בהם יש לגורם רפואי ספק, אין הוא צריך להימנע באופן מיידי ממתן הטיפול. ניתן להמשיך בו בזהירות, תוך הערכה מתמדת והתייעצות עם גורמים מתאימים, מבלי להסתכן, אפילו במעט, בהרשעה מיידית בהתעללות. הצורך במתן טיפול נאות ויעיל הוא, כאמור, אינטרס ציבורי. כך גם לגבי פיתוח שיטות חדשות. אך יש הבדל בין רמזור אדום ורמזור כתום. ואף בינו לבין רמזור ירוק, בנסיעה איטית ושקולה. אלא שהמעשים שבוצעו בחוסים, בנסיבות בהם בוצעו - ובפרט לנוכח אורך תקופת ביצועם והעדר כל הערכה טיפולית ממשית - אינם "אפורים". אף לא קרובים לכך. לא עסקינן ברשלנות ואף לא ב"ניסיון וטעייה". הקו נחצה. אין לשכוח כי החוסים הם בגדר "חסרי ישע". גילם הכרונולוגי מטעה. המציאות היא שהם רחוקים מעין הביקורת. מחובתו של בית המשפט להגן עליהם, גם באמצעות הכלים של המשפט הפלילי, במקרה המתאים. נושא זה דורש אף הוא, כנראה, התקדמות ותשומת לב. כך יאה לשיטה חוקתית.

תם תת הפרק העוסק בטענת המערערת כי לא בוצעה בחוסים התעללות. יש לקבוע שהוכח כי עיקר הפעולות הרלוונטיות להרשעות המערערת אינן בגדר טיפול רפואי. לנוכח אופיין המבזה, המשפיל או האכזרי וביצוען השיטתי, הן עולות כדי "התעללות". עסקינן בהתעללות בנפש ולעיתים אף בגוף. עוד הוכח כי המערערת היא שנתנה את ההוראות

העולות לכדי התעללות לצוות המחלקה, הכפוף לה, ולעיתים אף בוצעו על ידה. בכך מתקיים היסוד העובדתי של עבירת ההתעללות.

1.ב. סברת המערערת כי מדובר בטיפול רפואי

25. טענה נוספת של המערערת היא כי אף אם אין המעשים בגדר טיפול רפואי – היא חשבה, מבחינה סובייקטיבית, שזהו המצב. היות שניתחנו לעיל את טענת הטיפול הרפואי כחלק מן היסוד העובדתי של עבירת ההתעללות, הרי ששאלת הידיעה או אי-הידיעה על כך עולה במסגרת הדיון ביסוד הנפשי של העבירה. הסוגיה המרכזית המתעוררת במישור היסוד הנפשי היא מודעות המערערת לטיב המעשה – האם הייתה המערערת מודעת לכך שמעשיה מעשי התעללות הם? עיקרו של הדיון הנוכחי אינו עובדתי אלא משפטי. המסד העובדתי נקבע כבר לעיל. המערערת הייתה מודעת למעשים – שכן היא זו שהורתה עליהם. עוד הייתה מודעת לכך שמרבית המעשים, למעט אלה שבוצעו בחוסה 6 ובחוסה 7, לא ניתנו מפיו של מערער 2, אלא הם פרי המצאתה או נלקחו מ"ספר השיבות" מבלי לקבל את אישור של הרופא האחראי. השאלה, אם כן, היא האם מודעות לנתונים אלה עולה למחשבה הפלילית הנדרשת להרשעה.

המחשבה הפלילית

26. סעיף 20(א) לחוק העונשין, שעניינו המחשבה הפלילית, קובע כי לשם נשיאה באחריות פלילית בעבירות התנהגות, על המבצע להיות מודע לקיום היסוד העובדתי, קרי, ל"טיב המעשה, [ו]לקיום הנסיבות". לפי סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, ניתן להוכיח, כתחליף מהותי למודעות, עצימת עיניים מצד המבצע – התעוררות חשד בדבר טיב ההתנהגות או קיום נסיבה, והימנעות מבירור אותו חשד. אין מחלוקת על כך שהמערערת הייתה מודעת לנסיבות העבירה – חוסר הישע של החוסים ואחריותה כלפיהם. אף אין חולק על כך שהייתה מודעת לטיבם האכזרי, המשפיל או המבזה של הפעולות והסבל שהן עלולות לגרום לחוסים. לא עלתה הטענה כי היא סברה שהמעשים שגרתיים או שאינם פוגעים בהם. כך עולה בבירור מן השיחות המוקלטות שניהלה עם אחד מאנשי הצוות ומעדויותיהם. היא ידעה כי המעשים משפילים או כואבים, אלא שלשיטתה היה ביצועם נחוץ לשם השגת מטרות מסוימות.

כאמור לעיל, יסוד ההתעללות הוא רחב ועמום, ובגדרו יש להידרש אף להקשר הרחב שבו נעשו הפעולות. היות שההקשר הטיפולי רלוונטי ליסוד העובדתי בעבירת ההתעללות, יש להראות מודעות מצד המערערת גם לכך שהפעולות לא נעשו כחלק מטיפול. האם היא הייתה מודעת לכך שמעשיה אינם בגדר טיפול או לפחות חשדה בכך מבלי לברר זאת? בכך נדון כעת.

27. נפתח עם המעשים שבוצעו בכל החוסים מלבד חוסים 6 ו-7, אשר הוראות הטיפול בהם ניתנו במפורש מפיו של מערער 2. אין זה סביר להניח שהמערערת סברה שהמעשים הם בגדר טיפול רפואי, במובן הזה שהוא ניתן על ידי הגורם הרפואי המוסמך לתתו או שהם עומדים באמות המידה המדעיות הדרושות. נדגיש כי בבחינת היסוד הנפשי עניין לנו במה שעבר בפועל במוחה של המערערת. השאלה היא סובייקטיבית. אולם הדרך להעריך מה ידעה היא גם באמצעות שימוש בראיות נסיבתיות על רקע פרטי המקרה (ראו והשוו לע"פ 9723/03 מדינת ישראל נ' שי בלזר, פ"ד נט(2) 408, 416 (2004)).

המערערת, בתור אחות, מכירה את ההיררכיה המקצועית בבית חולים בין רופא למי שאינו רופא. היא מודעת לכך שאין היא בגדר "רופא". היא אף מנסה דיה לדעת כי טיפול רפואי עליו מורה אחות אמור להיות מאושר על ידי רופא. בנוהג שבעולם, הרופא הוא המורה עליו באופן ישיר. עוד נוהג שבעולם הרפואה, כי הרופא מבצע מעקב ומוודא שהטיפול נערך כיאות. העידו על כך שלושת מומחי התביעה - אשר ניהלו או עבדו במחלקה שבה חולים מסוגם של החוסים. אם כן, אחות המורה על טיפול שאותו לא שמעה כלל מפיו של רופא, ומבלי שהביאה אותו אל הרופא האחראי לשם אישור ותיקוף - יודעת כי אין המדובר ב"טיפול רפואי". לכל הפחות יודעת היא שקיימת אפשרות כי אין המדובר בטיפול המיטיב עם החולה. הדבר נכון כפליים כאשר מדובר ב"טיפולים" חדשניים, אינדיבידואליים, שאין להם אח ורע בעולם הרפואה. ההוראות היו מקיפות. לא מדובר בזוטי דברים, הוראות מינהליות-פנימיות של הצוות, אלא בהוראות שמתעמתות באופן ישיר עם רצונותיהם או צרכיהם של החוסים. הוראות שנוגעות לליבת חיי היומיום שלהם. עמדת הרופא בכגון דא מתבקשת ומחויבת.

לא עלה בידי המערערת לפרוך את המסקנה שהיא ידעה כי אין המדובר בטיפול רפואי. להפך - חומר הראיות מבסס את המסקנה, שכן חלק מן ההוראות ניתנו על אף התנגדותו של מערער 2. מכך נלמד שלא התוקף הרפואי הוא שעמד בראש מעייניה של המערערת, כי אם שיטותיה שלה, המבוססות על סברותיה שלה באשר לטובת החוסים. והכל, תוך שהיא יודעת שאין לה כשירות מקצועית לפתח טיפולים, וכי ממילא שיטותיה אינן בגדר "טיפול" אשר עולם הרפואה מכיר בו. לא זו אף זו - חלק מן הפעולות שעליהן הורתה המערערת נועדו למנוע מן החוסים לבצע פעולות שאינן מזיקות להם או לסביבתם, כגון מניעת דיבור או נדנוד של חוסה 1, שלא היו כרוכים באיום מיידי כלשהו. בכך ודאי שאין כל ערך טיפולי מובהק, כפי שעלה מעדויות המומחים שנשמעו. לבסוף, בחלק מהמקרים המערערת אף חלקה באופן ישיר וחזיתי על רופאים. כך, רופאים תורנים ש"העזו" לתת לחוסה 2 תרופה בעת שהתפתל על הרצפה בהתקף זכו לנזיפה על כך שהם "מתערבים" ופוגעים במדיניות הטיפולית - המדיניות שאותה קבעה המערערת.

ומה בדבר ההוראות שניתנו מפיו של מערער 2, בעניינם של חוסים 6 ו-7? לכאורה אלה אכן ניתנו מפיו של הגורם הרפואי המוסמך והמומחה. ניתן לסבור שאחות סומכת על הגורם הרפואי המתאים בכגון דא. אולם גם כאן - מדובר בשאלה ראייתית התלויה בנסיבות המקרה ובראיות שהוצגו. המערערת היא אחות בעלת ניסיון, היודעת מהו טיפול. היא אף ידעה שמדובר בשיטות "חדשות" וניסיוניות, ולא בטיפול הנלקח מספרי הלימוד - כפי שעולה מכתבי טענותיה. גם אם בתחילה ניתן היה להניח, בעקבות הוראות מערער 2, כי מדובר בטיפול - עם חלוף הזמן ניתן היה לדעת בעליל ואף בבירור שאי-החלפת בגדיו המטונפים של חוסה 6 אינה משיגה את מטרתה. במקום ללמדו שעליו לסיים את עבודתו ללא הפרעות, הוא המשיך לעשות את צרכיו במכנסיו, מבלי שאלה יוחלפו עד לסיום העבודה - במשך כשנה וחצי. כאשר ברור כי למעשה משפיל ומציק כזה אין כל תכלית, הטענה כי עדיין יכולה אחות מוסמכת לחשוב שמדובר בטיפול רחוקה מאוד מלהיות סבירה. כפי שנראה להלן, אחות אחרת בבית החולים שמונתה לחקור את המתרחש בין כתלי המחלקה הכינה דו"ח על אופן הטיפול בחוסים, ובו קבעה: "על חובת הצוות לבחון כל פעם מחדש ולהתייחס לכל פתרון טיפולי כשלב או אמצעי להשגת פתרון טוב יותר בעתיד. מה הם אמצעי ההגבלה המינימליים המאפשרים למטופלים לתפקד ולמנוע פגיעה עצמית ופגיעה בסביבה?". הנה כי כן, גם אחות יודעת כי טיפול טמון בהערכה מתמדת ובאיזון בין נזק ותועלת. ניתן לקבוע שבחלוף חודשים רבים, לכל הפחות, ידעה המערערת שאין המדובר בטיפול רפואי, בהינתן העדר-התועלת והנזק הרב שבהנחיית מערער 2. חיזוק לראיה זו ניתן למצוא בקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי, לפיהן במקרים רבים חלקה המערערת על עמדתו המקצועית של מערער 2. כלומר, היא לא קיבלה את דבריו כאורים ותומים. בכך מתחזקת הסברה שבחנה גם "טיפול" זה במשקפיים ביקורתיות, וידעה בדיוק מה טיבו.

הדברים יפים גם ביחס לטיפול בחוסה 7. אמנם מערער 2 הוא שהורה על הכנסתה אל מתחת לספסל ולשולחן או לפחות אישר זאת במפורש לאחר שהצוות פיתח את הפרקטיקה; אולם המערערת הייתה מודעת היטב לאופן שבו "פותח" טיפול חדשני זה: ללא כל מחקר, מעקב והפקת לקחים. היא אף ידעה על כך שניתן שיקול דעת כמעט מוחלט לאנשי הצוות, מבלי שיהיו צריכים להתייעץ בגורם בכיר יותר בדבר הטיפול המבזה והמשפיל שניתן לחוסה. לא ניתן אפוא לקבל את הטענה כי המערערת סברה כי מדובר בטיפול רפואי כפי שהוגדר לעיל.

ביצוע המעשים "לטובת החוסים"

28. עד כאן עסקנו בשאלה הקוגניטיבית של "מודעות". כאמור, עבירת ההתעללות אינה כוללת יסוד חפצי מיוחד בדמות רצון להרע לקורבן. יסוד חפצי של רצון לפעול לטובתו, ככל שהוא קיים מבחינה סובייקטיבית, נסוג בפני המודעות. המבחן של המחשבה הפלילית בעבירות התנהגות מרכז בשאלה למה הנאשם מודע בפועל. לדוגמא, גנב אינו יכול לזכות בפטור מפני שהוא סבור שבמקרה מסוים מותר ורצוי לגנוב משכנו העשיר, כדי לחלק את הכסף לשכנו העני. על כן די במבחן המודעות כדי לקבוע שהתקיים היסוד הנפשי הדרוש בעבירת ההתעללות. עם זאת, הסגור האריך לטעון במישור החפצי - מה חפצה המערערת להשיג במעשיה - ולא ראוי להשאיר את הדברים ללא מענה. לנוכח אופי הטענה וחשיבות הסוגיה, אף מתבקש להרחיב.

בית המשפט המחוזי קבע כי לא הוכח, כפי שטענה התביעה בתחילה, שהמערערת פעלה רק לשם השגת "שקט תעשייתי". נקבע כי ככלל היא סברה שמעשיה נעשו לטובת החוסים ופעלה לשם כך. בהקשר זה נהיה נאמנים לכלל לפיו לא תתערב ערכאת הערעור בממצאים שבעובדה, בהעדר חריג המצדיק זאת. מתחדדת אפוא השאלה - מה משמעות המטרה שהציבה לעצמה המערערת? האם יש במטרה כדי לשלול את פליליות כוונותיה?

היסוד החפצי זכה להתייחסות בעבירת ההתעללות במקרים רבים, ולא בכדי. לא פעם נטען כי הורה התעלל בילדו ל"טובתו". כך בראייה חינוכית של הורה הממונה על גידול ילדיו. טענת הנאשמים הייתה כי גם אם הדבר אינו נכון מבחינה אובייקטיבית - יש במטרה כדי למנוע הרשעה בפלילים. בע"פ 295/94 דלעיל, בו הורשע המערער בהתעללות בגין גזירת שערות ראשה של ביתו, נטען כי הוא עשה את הפעולה מתוך מגמה חינוכית וכדי "להגן" עליה. בית המשפט דחה טיעון זה באופן נחרץ. לאמור, אין לאפשר להורה להנות מהגנה של "פעולה לטובת הילד". ההתחשבות באמונתו הסובייקטיבית בצדקת דרכו קיבלה את ביטויה רק בעונש המתון שקיבל המערער באותו עניין. במישור האחריות - בניגוד למישור הענישה - אין נפקות להשקפת העולם של המתעלל. בע"פ 405/03 דלעיל הורשע המערער בהתעללות בגין השפלה ואיום על ביתו בכדי לשפר את הישגיה הלימודיים והתנהגותה. השופט מ' חשין קבע:

"אין בכל אלה כדי להוציא את התנהגותו של המערער כלפי בתו מכלל היותה התעללות. אין ולא כלום בטענת המערער כי אוהב הוא את בתו כנפשו, וכי נהג לפנקה כפנקא אב את בתו הצעירה. מעשיו מעשי התעללות הם" (עמוד 254).

האב ידע והבין את משמעות מעשיו. אין בסברתו שהדבר נעשה לטובת ביתו הקטינה כדי להוציא את המעשה ממעגל הפלילים. דעתו באשר לטובת המעשה אינה עניין למחשבה הפלילית אלא להגדרת מרכיבי העבירה ולשאלה האם כל שיטה חינוכית לגיטימית היא. כך גם ביחס למערערת. התאכזרות והשפלה, ולו מתוך מטרה סובייקטיבית להיטיב לקורבן

באופן פרטני או קולקטיבי, התעללות ייקרא לה. הדין הוא אשר יקבע גבול לצעדי המשמעת שאפשר להטיל על חוסה בבית חולים. המבחן של מעשה ההתעללות הוא אובייקטיבי. מבחן המחשבה הפלילית של מודעות הוא סובייקטיבי. על פי סעיף 20(א), יש לבחון את המודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות, ומודעות זו קיימת.

להשלמת התמונה, יצוין כי טענה מעין זו לא מלווה את כל מעשי ההתעללות של המערער. היא הורשעה גם במעשה התעללות חד פעמי, שבמסגרתו ככל הנראה "יצאה מכליה", כלשונו של בית המשפט המחוזי, והניחה שני כסאות על גבו של חוסה 1. אף ניתן לומר, במישור הכללי, כי מופע קיצוני כזה של איבוד שליטה מדגים את החשש מכך שהתאכזרות והשפלה "חינוכיים" יהפכו להרגל, ולאמצעי ענישה כללי.

המסקנה היא שהמערערת הייתה מודעת לכך שההוראות שנתנה לאנשי הצוות והמעשים שביצעה בעצמה הם משפילים, מבזים ואכזריים. היא ידעה, או לפחות חשדה, שאין המדובר בטיפול רפואי. זאת גם ביחס להרשעה במעשים כלפי חוסה 6 וחוסה 7, שבוצעו לפי הוראתו של מערער 2. היא אמנם גרסה ברוב המקרים שהתאכזרות זו היא לטובת החוסים, אולם מניע זה אינו מעלה או מוריד בשאלת האחריות הפלילית. בנקודה זו יש להזכיר שהסנגור העלה טענות נוספות במישור היסוד הנפשי, כגון הטענה שבהקשר של יחסי מטפל-מטופל יש לדרוש כוונה להתעלל, ולא רק למחשבה פלילית. עוד נטען שנדרשת ידיעה כי ההתעללות גורמת לנזק, בהתאם לשיטתו שעסקין בעבירת תוצאה. טענות אלה סותרות פסיקה ענפה, אינן מתיישבות עם לשון סעיפי החוק הרלוונטיים ובהמשך לדברים שהובאו לעיל בחלק הכללי אין לנו צורך לדון בהן באריכות (ראו למשל ע"פ 5224/97 דלעיל, עמוד 383-384; ע"פ 5598/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד 1(5), 7 (2000); ע"פ 1752/00 דלעיל, עמודים 78-79; ע"פ 405/03 דלעיל, עמוד 254; ע"פ 5986/08 אהובה כחלון נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (10.11.2008); יעקב קדמי על הדין בפלילים חלק שלישי, 1483-1481 (מהדורה מעודכנת, 2006) (להלן: קדמי)).

1.ג. סייג הצידוק מכוח צו של רשות מוסמכת

29. סייגי הצידוק הקבועים בסעיף 34ג לחוק העונשין נוגסים בהגדרת העבירה. תחולתם מוציאה מתחומה מעשים שפליליותם נשללת בעקבות נורמה משפטית או נורמה המקובלת בחברה (ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב 487 (1987) (להלן: פלר)). סייג הצידוק כולל חמישה סעיפי משנה. ניתן לחלק את הרציונלים הניצבים בבסיס סייגי הצידוק השונים לשלושה סוגים מרכזיים. הראשון, סייגים לאחריות הפלילית כאשר המעשה מבוצע מכוח הסמכה או חובה חוקית. דוגמא לכך קבועה בסעיף 34ג(1), לפיו "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה ש... הוא היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו". השני, סייגים שעניינם עשיית המעשה על פי הוראה מגבוה. כך פוטר סעיף 34ג(2) מאחריות פלילית, בתנאים מסוימים, ממעשים שנעשו על פי צו של רשות מוסמכת. השלישי, סייגים שבהם המעשה נעשה על פי נורמה חברתית מקובלת. סעיף 34ג(5), לדוגמא, שולל פליליות של מעשים אשר נעשים "תוך פעילות ספורטיבית או משחק ספורטיבי, שאינם אסורים לפי דין ואינם נוגדים את תקנת הציבור, ובהתאם לכללים הנהוגים בהם" (ראו והשוו לפלר, עמודים 488-489).

נכון לציין כי מתוך חמשת הסעיפים להקמת צידוק, שניים מהם מתייחסים לפעולות רפואיות או מצילות חיים. אף על פי כן קיים ביניהם הבדל. סעיף 34ג(3) מתייחס ל"מעשה הטעון לפי דין הסכמה, כאשר המעשה היה דרוש באופן מידי לשם הצלת חיי אדם, שלמות גופו, או למניעת נזק חמור לבריאותו, ואם בנסיבות הענין לא היה בידו להשיג את ההסכמה", ואילו סעיף 34ג(4) עוסק במעשה אשר "עשהו באדם בהסכמה כדין, תוך פעולה או טיפול רפואיים,

שתכליתם טובתו או טובת הזולת". יושם אל לב כי הסעיף הראשון מתייחס להצלת חיי אדם או שמירה על הבריאות, לא דווקא על ידי רופא. המבצע יכול להיות אדם מן הציבור. לעומת זאת, הסעיף השני מתמקד בטיפול רפואי. אנו, לפי דרכנו, הגענו למסקנה שהמעשים לא נעשו במסגרת טיפול רפואי, ועל כן סייג הטיפול הרפואי ממילא אינו מתקיים. יוער, מעבר לנדרש, כי בית המשפט המחוזי קבע כי אין כל ראייה לכך שהטיפולים נעשו בהסכמה כדין, וכי בערעור שלפנינו לא נסתרה קביעה זו. בכל מקרה, ולנוכח יתר הקביעות, לא היה בהסכמה של אפוטרופוס אחד מן החוסים - אפילו ניתנה - כדי לפטור את המערערת מאחריות.

30. סייג אחר שלתחולתו טען הסנגור הוא לפי סעיף 34ג(2). החלופה דנה במעשה "[ש]עשהו על-פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה, זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין". סוגיה זו רלוונטית, בשלב זה של הדיון, רק להרשעה ביחס לחוסה 6 ולחוסה 7, שהמעשים כלפיהם בוצעו בהוראתו של מערער 2. שאלה יפה היא האם חלופה זו נועדה לחול על מערכת הבריאות. יודגש כי סעיף זה כולל שלושה תנאים, נוקשים באופיים. הם מבליטים את כוחה של הרשות. התנאי הראשון הוא "צו של רשות מוסמכת". השני, חיוב "לפי דין לציית לה". השלישי, "זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין". מילות המפתח הן "צו", "רשות מוסמכת" שיוצרת חיוב לפי דין לציית לה, ו"בעליל שלא כדין". נראה כי המסגרת שמתאימה לסעיף זה היא שדה הקרב הצבאי. הממד ההיררכי כולל חשיבות עליונה לפיקוד, סדר, משמעת וביצוע מיידי של ההוראות. מחיר של סטייה על ידי הפרט הוא גבוה. כל אלה ועוד דורשים איזון מהסוג המופיע בסעיף.

האם ניתן להרחיב את העניין לרשויות נוספות? מצד אחד, לשון הסעיף - "צו של רשות מוסמכת" - אינה מגבילה את תחולתו לשירות הצבאי. מצד אחר, מצרף התנאים למילוי הסעיף מגבילים את תחולתו. יתכן שמלשון הסעיף ותכליתו ניתן ללמוד על תחולתו גם באשר למערכות בטחון אחרות, שבהן יש דגש מיוחד על מיידיות ומשמעת (ראו סקירה של הרקע לחקיקת הסעיף ותחולתו בהקשרים שונים אצל זיו בורר "כן, אדוני השר": על חובתו של עובד ציבור לציית להוראות בלתי-חוקיות שניתנו לו מגבוה, ועל ההגנה בפלילים עקב ציות כזה" עיוני משפט לה 185, 187-197 (2012) (להלן: בורר)). הפסיקה הכירה בעבר, בטרם חקיקת נוסחו הנוכחי של הסעיף, בהגנה הקמה לאדם המציית לשוטר בנסיבות מסוימות, גם כאשר הוראת השוטר היא לבצע מעשה בלתי חוקי. בפרשה אחת שאל אדם שוטר היכן יוכל לחנות והלה הורה לו לחנות במקום האסור לחניה. בית המשפט העליון קבע כי למערער היה מותר להניח כי מותר לחנות במקום זה לנוכח הוראת השוטר, על אף שמקום זה אסור בדרך כלל לחנייה (ראו ה"מ 510/71 משה ליפקה נ' מדינת ישראל, פ"ד כה (2) 797 (1971)). באשר למוסדות אחרים אין צורך לקבוע מסמרות בתיק זה. נעיר כי בשיטות משפט שונות הוחלה הגנת הצידוק של ציות להוראה מגבוה רק במערכות צבאיות או "מעין-צבאיות". כך למשל באנגליה, שם נשללת מעובדי ציבור אזרחיים הגנה מפני ביצוע הוראות בלתי חוקיות, מכוח עקרון שלטון החוק (ראו John Gardner, *Justification Under Authority* 23 Can. J.L. & Jur. 71, 97-95 (2010)). בשיטות משפט אחרות חל הסעיף על צו של "רשות מוסמכת", אולם דיבר זה פורש כך שאינו מקיף רשויות אזרחיות (בורר, עמודים 195-196, מצביע על כך שזהו המצב בקווינסלנד שבאוסטרליה).

מודע אני לכך שהסוגיה של חובת ציות להוראות בלתי-חוקיות במערכת האזרחית זכתה להתייחסות באמרת אגב בבית משפט זה ולכתיבה אקדמית (ראו והשוו לעש"מ 318/04 אפרים מנוס נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נח(3) 470, 478-479 (2004) (להלן: עניין מנוס); עש"מ 11196/07 אברהם מיכאלי נ' נציבות שירות המדינה, פסקה ז'(1) (24.03.2008); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב' 933-929 (מהדורה שנייה, 2011); בורר, עמודים 217-228). יחד עם זאת, על פי מרבית הגישות שהובעו, אם לא כולן, התנאי לחובת הציות במערכת האזרחית זו אינו אי-חוקיות "בעליל". אם כך המצב, הייתי מסתייג מתליית סוגיה זו ב"סייג" לסייג הצידוק לפי סעיף 34ג(2). הדוגמא שהובאה בעניין מנוס מאלפת וממחישה את הקושי. השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש קבעה:

"מוכנה אני לקבוע כי כאשר מדובר במשמעת בשירות המדינה, להבדיל למשל מהצבא, ניתן להסתפק באי-ציות כשמדובר בהוראה בלתי חוקית באופן ברור וגלוי; מוכנה אני להניח גם כי הרף לעניין זה עשוי בנסיבות מסוימות להיות נמוך מהרף בהוראה בלתי חוקית בעליל" (עניין מנוס, עמודים 478-479).

המעין בפסק הדין ייווכח שאין בו התייחסות לסייג הצידוק הקבוע בסעיף 34ג(2) דווקא, אלא לחובת הציות באופן כללי. אף השופטת ביניש אינה טוענת כי עובד בשירות המדינה, החייב לשיטתה לציית להוראה שאי-חוקיותה היא מדרגה נמוכה, יחסה תחת כנפי סעיף 34ג(2). למעשה, ניתן להבין בדיוק את ההפך - הרף שונה באופן מוצהר מאי-חוקיות "בעליל". לאמור, יתכן שישנן הצדקות לפטור מאחריות פלילית, בנסיבות מסוימות, כאשר המעשה נעשה על פי הוראה מגבוה גם במערכת שאינה בטחונת או צבאית. אולם ספק אם סעיף 34ג(2), לפי לשונו והרקע לחקיקתו, הוא האכסניה המתאימה להגנה כזו, שהיקפה שונה בעליל. על פני הדברים, הייתי נזהר מהאפשרות של ערבוב מין בשאינו מינו בתחום כה רגיש עד כדי יישום תנאי הסעיף במציאות של מערכות אזרחיות באופן כללי. יש להדגיש שוב כי החריגות שבסעיף באה לידי ביטוי בכך שעל פי לשונו חובה לציית לצו גם אם הוא ניתן שלא כדין, ובתנאי שהוא אינו בלתי חוקי בעליל.

דעתי היא כי הפתרון לגבי מערכות אזרחיות מצוי בהוראות אחרות, ולא בסעיף 34ג(2). ניתן לשער מצב בו אחות או רופא הנוטשים את בית החולים יכולים להיות אחראים על מעשה רשלנות ואפילו על יצירת סיכון בפלילים. מגוון הכלים המשפטיים הקיימים עשיר הוא. הניסיון רב וקיימים דברי חקיקה, נוהגים, נהלים ופיתוח פסיקתי. ביכולתו של הדין להכריע במקרה הקונקרטי בצורה צודקת מנקודת המבט המשולשת של רופא-אחות-מטופל. יתרום של כלים אחרים הוא בגמישותם הרבה, וביכולתם להתייחס לנסיבות העניין מעבר למבחן מופשט וכללי של "בעליל שלא כדין". לדוגמא, הכלים של יסוד נפשי, טעות במצב דברים או טעות במצב משפטי מאפשרים להתייחס באופן קונקרטי לסוג יחסי המרות, מהות התפקיד, דחיפות ההוראה וכיוצא באלה (ראו והשוו לבורר, עמודים 217-218).

31. אף אם נניח שבאופן עקרוני סעיף 34ג(2) חל על מערכות אזרחיות, ספק רב אם יש להחילו על בתי חולים. תנאי לתחולת הסעיף הוא צו שחובה לציית לו לפי דין. הסנגור לא הצביע על הוראת דין מיוחדת העוסקת בחובת אחות לציית להוראות רופא או בהיקפה של חובה כזו. החקיקה המסדירה את עבודתם של עובדי סיעוד בבתי החולים מצויה במקורות שונים, כגון פקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976, תקנות הרופאים (כשירותיות לביצוע פעולות חריגות), התשס"א-2001, תקנות בריאות העם (צוות סיעודי בבתי חולים), התשמ"א-1981 ותקנות בריאות העם (עוסקים בסיעוד בבתי חולים), התשמ"ט-1988. בכל אלה אין התייחסות ישירה לחובתם של אחים ואחיות כלפי הרופא וכלפי מילוי הוראותיו, על אף שיחסי רופא-אחות העסיקו לא מעט את המחקר הרפואי והרפואי-היסטורי (ראו על כך באופן כללי שושנה ריב"א "העברת פעולות מרופאים לאחיות" רפואה ומשפט 25, 386 (2001); חיה באליק "העברת סמכויות אבחון וריפוי במצבים שכיחים ובלתי מורכבים מרופאים לאחיות - למה כן?" רפואה ומשפט 38, 81 (2008)).

ניתן לטעון כי בבתי חולים בהם העובדים הם עובדי מדינה קמה, במקרים מסוימים, חובת ציות מכוח סעיף 17(2) לחוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963, הקובע: "עובד מדינה... אשם בעבירת משמעת: [אם] לא קיים את המוטל עליו כעובד המדינה על פי... הוראה כללית או מיוחדת שניתנו לו כדין...". מכל מקום, זוהי חובה כללית המקימה עבירת משמעת, ולא חובה ספציפית לעובדי מערכת הבריאות המקימה עבירה פלילית לפי חוק העונשין. דווקא טענה לקיומה של חובת ציות על פי חוק שירות המדינה מחדדת את הקושי שבהחלת סעיף 34ג(2) על עובדי מערכת הבריאות: האם יהיה דין שונה בפלילים לאחות העובדת בבית חולים פרטי ולאחות העובדת בשירות המדינה, בנסיבות

זהות של ציות לרופא? שאלה זו מדגימה כי תכליתו של סעיף 34ג(2) היא להגן על פעולתן של רשויות ציבור ספציפיות, שבהן אלמנט הציות והמשמעת הוא קריטי. המטרה של הסעיף אינה לספק הגנה כללית במקרים של ציות להוראה, בכל מקרה ובכל הקשר של השירות הציבורי.

בנוסף, ולכך משקל מכריע, מקובלת עלי מסקנת בית המשפט המחוזי כי הסעיף בכל מקרה לא חל בתשתית העובדתית הקיימת. לטעמי ניתן להסתפק לצורך מסקנה זו בכך שהמערערת ידעה כי אין המדובר בטיפול רפואי. מסקנה זו אף שוללת את קיומו של צידוק לפי סעיף 34ג(1). ושוב נדגיש כי בהתחשב באורך תקופת ביצוע המעשים, ואף בהתחשב בדינמיקה ובמעמדה של המערערת - נראה כי היא הייתה חייבת להעלות את הנושא, כפי שהיא נהגה בנושאים אחרים, גם מכוח תפקידה.

המסקנה היא שבנסיבות המקרה לא קמה למערערת הגנה מפני אחריות פלילית מכוח אחד מסייגי הצידוק הקבועים בסעיף 34ג לחוק העונשין.

1.ד. טענות נוספות

32. נחתום את הדיון במסכת ההתעללות שביצעה המערערת בבחינת יתר הטענות שהעלה הסנגור. טענה אחת היא כי הגנת המערערת נפגעה לנוכח ניסוחו הכללי של כתב האישום. נטען כי מרבית האישומים בדבר מעשי ההתעללות כוונו כלפי מעשים כלליים, להבדיל ממעשים ספציפיים שבוצעו, באופן הפוגע בהגנתה. הדגש בעיקרי הטיעון הושם על טענת אליבי שיכלה להעלות ביחס לכל אחד מן האירועים הספציפיים שהוכחו. על פי סעיף 85(4) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, כתב האישום צריך לכלול את "תיאור העובדות המהוות את העבירה, בציון המקום והזמן במידה שאפשר לבררם" (וכן ראו י' קדמי על סדר הדין בפלילים חלק שני 915-916 (מהדורה מעודכנת, 2009); ע"פ 3948/92 סיריה רפאל נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 176 (1992)). בענייננו, כתב האישום המתוקן מתייחס במקרים רבים למועד המדויק שבו בוצעו מעשים ספציפיים. נכון הוא שלעיתים נאמר כי למאשימה לא ידועים המקום והזמן המדויקים. יתכן אף שבחלק מן המקרים הללו היה ניתן לאתר, באמצעות רפורט מסוים וביחס לאירוע ספציפי מסוים, מועד שלא צוין בכתב האישום במדויק. אולם מהתמונה הכוללת עולה שצוינו המועדים המדויקים ככל שהיה הדבר אפשרי (ראו ע"פ 3948/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (13.11.2006)). זאת ועוד, אין לומר שהגנת המערערת נפגעה מכך שחלק ממועד הביצוע של מעשים ספציפיים לא צוין. כפי שהוסבר, היסוד ההתנהגותי המרכזי בעניינה היה מתן ההוראות שהובילו למעשים יומיומיים. התביעה לא נדרשה להוכיח שניתנו הוראות פרטניות ביחס לכל מעשה ספציפי. אין זה ברור אפוא כיצד הייתה טענת אליבי ביחס למעשים הספציפיים שהוכחו במהלך המשפט יכולה לסייע לה.

הסנגור הוסיף וטען להגנה מן הצדק. הוא הצביע על מספר קבוצות שביחס אליהן הופלטה המערערת, לשיטתו, בדרך של אכיפה בררנית. נטען כי המערערת הושמה בראש פירמידת האחריות, על אף שמנהלי המחלקה ובית החולים, אחים נוספים והצוות הסייעודי היו כולם שותפים לכל הנעשה במחלקה. נקודת המוצא של הסנגור היא כי המערערת הייתה רק "אחד מן העובדים". כפי שפורט לעיל, הנחת מוצא זו נסתרה. המערערת לא הייתה אחת מבין רבים שבסך הכל מילאה הוראות, כפי שטענה. ההוראות שנתנה בפועל לצוות המחלקה - אלה העולות לכדי התעללות - לא יצאו ברובן מפי מערער 2. הן ככל הנראה נבעו מיוזמתה או נשאבו מנוהג קיים, מבלי שהיא ידעה את מערער 2 על יישומו

או שקיבלה אישור לכך. היא זו שאכפה בחומרה את ההוראות כאשר אנשי הצוות העזו לסטות מהן. אם כן, חלקה בוודאי גדול מזה של יתר החברים בצוות המחלקה. היא מצויה בחלקה העליון של פירמידת האחריות. גם אם גורמים נוספים היו מודעים למצב במחלקה, מידת האחריות של המערערת על ביצוע המעשים עצמם גדולה יותר. כן יוער כי המערערת זוכתה בבית המשפט המחוזי מאחת מן העבירות שנקבע שביצעה, בעקבות אכיפה בררנית, לאחר שנקבע כי אחרים במעמדה לא הועמדו לדין בגין אישום זה.

העולה מן המקובץ הוא כי יש להרשיע את המערערת בעבירות ההתעללות שבהן הורשעה ביחס לחוסים. באשר להרשעתה בעבירה אחת של ההזנחה, נראה כי מבחינה עניינית מוטב לערוך את הדיון הכללי בעבירה זו יחד עם מערער 1. כפי שעבירת ההתעללות תפסה מקום מרכזי בהרשעותיה של המערערת, כך נערך עיקר הדיון בעבירת ההזנחה בעניינו של מערער 1. לאחר הדיון בעבירה זו נדון בערעור של המערערת על העונש.

2. חלק שני - מערער 1, מסכת ההזנחה

33. מערער 1, כפי שפורט בפתח הדברים, שימש כמנהל בית החולים בתקופה הרלוונטית. הוא הורשע בשתי עבירות של הזנחת מטופלים לפי סעיף 362 לחוק העונשין. המרכזית שבהן היא זו שתיבחן בראשיתו של החלק הנוכחי. עניינה - האופן בו טיפל במסכת ההתעללות שנפרשה בחלק הראשון של פסק הדין. על פי קביעותיו של בית המשפט המחוזי, הוא קיבל דיווח על חלק מן המעשים שתוארו לעיל וכן על קיומה של אלימות מצד חלק מאנשי הצוות כלפי החוסים. נקבע כי בעקבות התלונות והבירור שנערך, הייתה למערער 1 מודעות מלאה לחלק ממעשי ההתעללות, ואילו לגבי חלק אחר של המעשים - נפסק כי חשד אך נמנע מבירור. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי בכך לא סיפק מערער 1 "צורכי חיים חיוניים" לחוסים בניגוד לחובה המוטלת עליו, כך שמחדלו עולה לכדי הזנחה כמובנה בסעיף 362 לחוק העונשין. לבסוף הוכרע כי הפעולות בהן נקט לשם טיפול במצב, לנוכח ידיעותיו וחשדותיו, לא היו "אמצעים סבירים לפי הנסיבות", בשים לב לתוכן התלונות וחומרן.

טענותיו של מערער 1 כנגד הרשעה זו מופנות כלפי קביעות שבעובדה וקביעות שבדין. על פי קו הטענות המשפטיות, מניעת התעללות ואלימות אינה "צורך חיים חיוניים" כמובנו בסעיף 362 לחוק העונשין. עוד נטען כי בעבירת ההזנחה לא ניתן להסתפק ביסוד נפשי של "עצימת עיניים" גרידא. אחרון, נטען כי לא ניתן לייחס למערער 1 "אחריות שילוחית" על המעשים שביצעו אנשי צוות המחלקה. על פי קו הטענות העובדתיות, נטען כי לא הוכחה ידיעה סובייקטיבית של מערער 1 על המעשים שבוצעו. עוד עמד הסנגור על כך שבשלבם שבהם כן חשד בקיום ההתעללות או האלימות - ניסה לברר זאת עד להפרכת החשד או עד לפנייה אל המשטרה, שאותה ביצע בסופו של דבר. כן נטען לאכיפה בררנית. מנגד סומכת המדינה את ידיה על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי, על הפן העובדתי ועל הפן המשפטי שבה.

בדומה לעבירת ההתעללות שבה הורשעה המערערת, וביתר שאת, בית משפט זה לא הרבה לדון בעבירת ההזנחה שבה הורשע מערער 1. כך בכלל, וכך במיוחד בשדה של אחראים לטיפול בחוסים בבית חולים פסיכיאטרי. משכך, יהיה צורך להרחיב בדבר יסודות העבירה ומשמעותם. נציג באופן כללי את הדרך שבה נצעד בבירור הסוגיות: נפתח בהצגה ראשונית של הסעיף. לאחר מכן נדון בשאלת קיומו של היסוד העובדתי של העבירה. שלישית, נדון בשאלה מהו היסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההזנחה, והאם היה אותו למערער 1 בעת ביצוע המחדל. רביעית, ולאחר ליבון הסוגיות העקרוניות אשר מעוררת עבירת ההזנחה, נדון בהרשעתו של מערער 1 בעבירת ההזנחה הפרטנית. חמישית,

נדון בהרשעתה של המערערת בהזנחה. לאחר מכן נדון גם בהרשעתה בשימוש פסול באמצעי כפייה ובגזר דינה.

2.א. עבירת ההזנחה - הקדמה כללית

34. כותרתו של סעיף 362 לחוק העונשין היא "הזנחת ילדים ומושגחים אחרים". הסעיף מורכב משלושה תתי סעיפים. סעיפים (א) ו-(ב) עניינם קטין או מושגח שהוזנח על ידי הוריו. הסעיף הרלוונטי לענייננו הוא סעיף (ג). זו לשון הסעיף:

"(א) בסעיף זה ובסעיף 363, 'מושגח' -

(1) קטין שלא מלאו לו שש עשרה שנים;

(2) קטין שמלאו לו שש עשרה שנים או בגיר שאינם מסוגלים לדאוג לצורכי חייהם.

(ב) הורה של מושגח, אשר אינו מספק מזון, לבוש, צורכי לינה וצורכי חיים חיוניים אחרים במידה הדרושה לשמירת שלומו ובריאותו, דינו - מאסר שלוש שנים, זולת אם הוכיח שנקט אמצעים סבירים לפי הנסיבות להשגת הדרוש כדי לספק את הצרכים ואין בידו לספקם.

(ג) המחויב על פי דין או הסכם לדאוג לצורכי חייו של קטין או של מי שאינו מסוגל לדאוג לצורכי חייו, הנתון להשגחתו, למעט הורה, אשר אינו מספק מזון, לבוש, צורכי לינה וצורכי חיים חיוניים אחרים במידה הדרושה לשמירת שלומו ובריאותו, דינו - מאסר שלוש שנים, זולת אם הוכיח שנקט אמצעים סבירים לפי הנסיבות להשגת הדרוש כדי לספק את הצרכים ואין בידו לספקם".

כאמור, פרק י' בחוק העונשין, העוסק בפגיעות בגוף, כולל את סימן ו' - עבירות כלפי קטינים ונכים, שבתוכו מצויה עבירת ההזנחה. יוער כי באחד מנוסחיה הקודמים של העבירה היא הוכתרה בכותרת "הזנחת ילדים ונכים", וחלף הדיבר "מי שאינו מסוגל לדאוג לצורכי חייו, הנתון להשגחתו" הופיע הדיבר "נכה שאינו מסוגל לדאוג לצורכי חייו" (ראו תיקון מספר 12 לחוק העונשין, התש"ם 968, 112). סימן ו' מתפרש על פני סעיפים 361-368 לחוק העונשין. בסעיפים אלה קבועות עבירות המיוחדות להקשר של יחסי הורה וקטין, או אחראי ומי שנמצא תחת אחריותו ואינו מסוגל לדאוג לעצמו. חלק מן העבירות הן בעלי אופי מחדלי, כגון הזנחה, השארת ילד ללא השגחה או נטישת מושגחים. בכך שונה סימן ו' מסימן ו'1 שנדון לעיל, אשר כותרתו היא "פגיעה בקטינים ובחסרי ישע". עניינו של הסימן האחרון בעבירות שניתן לבצען גם כלפי בגירים, אלא שבנסיבות ביצוען הקורבן הוא קטין או חסר ישע, למשל תקיפה והתעללות. כפי שעולה מדברי ההסבר המלווים את הצעת החוק, סימן ו'1 נחקק כדי לייחד את ההתייחסות לפגיעה במי שאין בכוחו להגן על עצמו, כגון קטינים או חסרי ישע (ראו דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 26), התש"ן-1989, ה"ח 146). הדבר מעיד על רגישות המחוקק לחומרה הטמונה בפגיעה באדם שאינו מסוגל לדאוג לצרכיו.

עבירת ההזנחה לפי סעיף 362(ג) כוללת התנהגות, וליתר דיוק מחדל - "אינו מספק". בנוסף לכך כולל היסוד העובדתי של הסעיף ארבע נסיבות: הראשונה, שהנפגע הוא קטין, כפי שמוגדר בסעיף, או מי שאינו מסוגל לדאוג לצורכי חייו. השנייה, כי עובר העבירה מחויב על פי דין או הסכם לדאוג לצורכי נפגע הנתון להשגחתו. השלישית, כי הוא אינו

עמוד 30

מספק לו "צורך חיים חיוני". הרביעית, כי המידה שבה לא סופק צורך החיים החיוני היא מידה הדרושה לשלום הנפגע ובריאותו. בנוסף, כוללת העבירה הגנה המעניקה פטור מאחריות פלילית לנאשם אם יוכיח שנקט אמצעים סבירים לספק את הצרכים.

בענייננו, אין עורר על כך שהחוסים עונים להגדרה "מי שאינו מסוגל לדאוג לצורכי חייו". הסנגור אף אינו מתמקד בתנאי של "המידה הדרושה" או טוען נגד הממצאים העובדתיים שנקבעו בדבר המעשים שנעשו כלפי החוסים. המחלוקת באשר לקיום היסוד העובדתי של העבירה נפלה בשני עניינים: האחד, האם מניעת התעללות היא "צורך חיים חיוני הדרוש לשמירת שלומו ובריאותו" של מטופל. לשיטת הסנגור, יש לפרש את הסעיף כך שהתעללות או אלימות אינן פגיעה בצורך חיים חיוני. השני, האם מנהל בית חולים מחוייב לדאוג לצורכי חייהם של מטופלים בבית חולים על פי סעיף 362. טענתו של הסנגור הייתה כי הטלת האחריות על מערער 1 בגין מעשיהם של צוות המחלקה ושל יתר המערערים היא למעשה הטלה של "אחריות שילווחית". נפנה להתמודד עם שתי הסוגיות כסדרן.

2.ב. היסוד העובדתי של עבירת ההזנחה

סיפוק צורכי חיים חיוניים

35. סעיף 362(ג) מטיל אחריות בגין אי-סיפוק של אחד מבין שלושת הפריטים ברשימה המוגדרת של "מזון, לבוש וצורכי לינה". עוד מוטלת האחריות על מי שאינו מספק "צורכי חיים חיוניים אחרים". את כל אלה יש לספק במידה הדרושה. המשנה לנשיאה א' ריבלין התייחס לנסיבה זו בע"פ 8488/07 מדינת ישראל נ' סלבה שיפריין, פסקה 8 (17.11.2008) (להלן: עניין שיפריין):

"הדרישה בדבר סיפוק צרכי חיים חיוניים במידה הדרושה לשמירת שלומו ובריאותו של אדם, היא תלוית הקשר. כך למשל, אין דין ילד רך בשנים כדין נער מתבגר ואין דינם של אלה כדין קשיש סיעודי (השוו לע"פ 1280/06 כרמלי נ' מדינת ישראל (1.3.2007)). הצרכים אינם זהים ומשמעות המונח "שמירת שלומו ובריאותו" אינה בהכרח זהה. גם מידת התלות באחראי עשויה להשתנות".

במובן זה, הנסיבה של "המידה הדרושה" דורשת בחינה קונקרטיית. הרי צרכיו של תינוק אינם כצרכיו של ילד בן שש שנים. ברם, אין בכך לגרוע מהכלל שביסוד סעיף 362(ג), לפיו המיקוד הוא בגורם שאינו מספק את הצרכים. לא התוצאה אלא ההתנהגות מכריעה. אף ניתן לתאר מצב שבו גורם משגיח אינו מספק מזון לילדיו, וללא ידיעתו גורם אחר משלים את החסר. על פני הדברים נראה כי הנתון האחרון אינו מהווה בהכרח הגנה לנאשם בדוגמא כזו. מכל מקום, כאמור, הדגש בערעור זה לא הושם על הנסיבה של "המידה הדרושה".

השאלה הראשונה המונחת לפתחנו בנקודה זו מתייחסת לנסיבה החלופית של "צורכי חיים חיוניים אחרים". המרקם הפתוח של חלופה זו עשוי ליצור מחלוקת בדבר תוכנה. האם אי-מניעת התעללות היא "צורך חיים חיוני" במובנו של סעיף 362(ג)? עמדת הסנגור, לפיה יש להשיב לשאלה זו בשלילה, התבססה על הכלל הפרשני של

eiusdem generis, דהיינו "הליכה אחר העניינים הקודמים". לפי גישה זו, יש לפרש את הכלל כעין רשימת הפרטים המופיעים לפניו בסעיף 362(ג) - "מזון, לבוש, צורכי לינה וצורכי חיים חיוניים אחרים". לשיטתו, רשימה זו מתייחסת לצרכים פיזיים, ולא להגנה על הערך המופשט של "כבוד האדם". פרשנות זו נתמכת, לפי הנטען, בהיסטוריה החקיקתית של הסעיף ובקיומן של עבירות אחרות שבהן ניתן להרשיע מי שלא מנע התעללות. לכל הפחות, כך נטען, הפרשנות המוצעת אפשרית, ומשכך יש לפרש את הסעיף באופן המקל עם הנאשם.

אין בידי לקבל קו פרשני זה. מוכן אני להסכים כי הדוגמאות הקונקרטיות של מזון, לבוש ולינה רלוונטיות להבנת הכלל - צורכי חיים חיוניים. מכאן אני למד כי הרף גבוה. מדובר בפגיעה בליבת הקיום של הנפגע. ואולם, המעבר מרשימה סגורה של פגיעות מוחשיות לרשימה פתוחה נועד להרחיב, ולא בהכרח לצמצם לאותו סוג של דוגמאות. התכלית היא הגנה מפני אי-סיפוק צורכי חיים חיוניים. מטרתו של הסעיף היא למנוע מהורה או אחראי להתנער מחובותיו כלפי הקטין או המושגח, באופן שיגרום לפגיעה משמעותית ובסיסית בהם. התעללות היא פגיעה מובהקת באדם. מניעת התעללות אינה צריכה להיות בבחינת לוקסוס השמור למי שגורלו שפר עליו. לא בהעדר מותרות עסקינן אלא בהעדר צרכים חיוניים. לא בכדי המחוקק קבע את ההזנחה כעבירה פלילית, בפרק י' של חוק העונשין שעניינו "פגיעות בגוף". ודוק, מדובר באישומים הרלוונטיים להתעללות קשה, מבזה ושיטתית על פני ציר הזמן. הסנגור לא הצביע על כל נימוק שבמדיניות משפטית כדי להצדיק את הפרשנות שהציע.

מעבר לניתוח התכליתי, גם פשט הלשון - התוחם את גבולות פרשנות הסעיף - תומך בפרשנות המגדירה מניעת התעללות או אלימות כצורך חיים חיוני. המחוקק לא הסתפק בקביעת צרכים שהעדרם יביא לפגיעה פיזית מיידית, כגון אוכל. הוא הוסיף ומנה צורכי לבוש ואף צורכי לינה. כלום ניתן לקבוע כי האחרונים עדיפים בהכרח על מניעת התעללות מבחינת שמירה על שלום הקטין? עסקינן בצורך גופני ונפשי מובהק, שהעדרו הוא בעל פוטנציאל לפגוע באורח קשה בשלומו של הקטין. לא יהיה מוגזם לומר כי כבוד האדם של החוסים לא "נפגע" אלא נרמס בגסות. אין עסקינן בזכות מופשטת אלא בעניין שכולל פגיעה פיזית או נפשית קשה. נזכיר כי לפי גישתו הגורפת של הסנגור הסעיף אינו כולל, לכאורה, אף התעללות גופנית או מינית. וכי מניעת פגיעה גופנית או מינית חמורה אינה צורך חיים חיוני? וכי תרופה אינה דרושה לחולה אפילפסיה - כגון חוסה 2 - בעת התקף לכל הפחות כמו "צורכי לינה"? ואם יענוני כי יש להבחין בהקשר זה בין התעללות גופנית לנפשית, אשיב כי המחוקק לא ראה להבחין ביניהן. פרשנות המפרידה בין סוגי ההתעללויות לצורך הסעיף היא מלאכותית ואף אינה תואמת את הנחת המחוקק שקיבצן יחדיו.

הסנגור נתלה בע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג(5) 69, 81 (1999), שם הביע השופט י' אנגלרד "ספקות מסוימים" באשר לפרשנות מרחיבה של המונח "צורכי חיים חיוניים אחרים". ברם, השופט אנגלרד לא נדרש לסוגיה זו, ולא נכנס לעובי הקורה הפרשנית. לא נערך כל ניתוח תכליתי של הסעיף, מעבר לכלל הפרשני הלשוני של *eiusdem generis*, שבו בלבד לא די. יודגש כי הכלל האמור אף עומד בסתירה לסעיף 7 לחוק הפרשנות התשמ"א-1981, הקובע כי "המלים 'או', 'אחר' או ביטוי דומה להן - להבדיל מן המפורט שלפניהן הן באות ולא להקיש לו, זולת אם יש עמן המלים 'דומה' או 'כיוצא בזה' או ביטוי אחר שמשמעו היקש". הלשון אצלנו היא "וצורכי חיים חיוניים אחרים". בנוסף לכך, בפרשה זו דובר על צרכים שאינם חומריים - חינוך, לימודים, הכשרה וכדומה. אף אם נקבל לצורך הדיון את ההנחה לפיה צרכים מעין אלה אינם מסוגם של "מזון", "ביגוד" ו"לינה", יש הבדל משמעותי בינם לבין מניעת התעללות. האחרונה קרובה להעדר מזון, ביגוד הולם וצרכי לינה הרבה יותר מאשר להעדר הכשרה, חינוך או לימודים.

המסקנה היא ש"צורכי חיים חיוניים" כוללים מניעת התעללות מהסוג הרלוונטי למקרה שלפנינו. לכן יש להוסיף ולבחון את הסוגיה השניה שכנגדה הלין הסנגור.

אחריותו של מערער 1

36. האם, כטענת הסנגור, הטיל בית המשפט המחוזי על מערער 1 אחריות בגין מעשיהם של אחרים, באופן הנוגד את עקרונות האחריות הפלילית? האם אחריותו שילוחית היא? אם קיים מערער 1 בעצמו את היסוד העובדתי של הסעיף, יש להשיב לשאלות אלה בשלילה. הכלל המשפטי המחייב בפלילים הוא איש איש באחריותו יישא. לעיל ראינו שמתקיימות הנסיבות "מי שאינו מסוגל לדאוג לצורכי חייו", "צורכי חיים חיוניים אחרים" ו"במידה הדרושה". כך גם ההתנהגות - "אשר אינו מספק", שכן מערער 1 לא הגן על החוסים מפני ההתעללות בהם, אף אם לטענתו ניסה ככל יכולתו לעשות זאת. נותר לבחון את הנסיבה "מחויב על פי דין או הסכם לדאוג למי שאינו מסוגל לדאוג לצורכי חייו... הנתון להשגחתו".

על פי הסכם: לא הוצגו בפנינו ההסכמים או הטפסים שעליהם חתם מערער 1 מתוקף תפקידו ביחס לאחריותו. אולם בנסיבות שבהן מדובר במנהל בית חולים, ברי לכולי עלמא כי הוא הכתובת לדיווח על מעשי התעללות המתרחשים בין כותלי בית החולים. הדבר ברור למטופלים ולקרוביהם והוא אף ברור למערער 1, כפי שניתן ללמוד מהשתלשלות העניינים בהליך דנן. בעת שהתקבלו התלונות על התעללות לא התנער הלה והפנה אותן לכתובת אחרת, אלא לקח את האחריות לטיפולן על עצמו. לכן האחריות קמה, לכל הפחות, מכוח הסכם מכללא (ראו ע"פ 1280/06 רועי כרמלי נ' מדינת ישראל, פסקאות יג-יז (1.3.2007) (להלן: עניין כרמלי)). על פי דין: ניתן לגזור ממהות התפקיד של מנהל בית חולים כי מערער 1 הוא אחד מהגורמים שתפקידו להשגיח על החוסים. אין הוא משגיח יחידי ואין עליו למלא את התפקיד של כל אחד מאנשי הצוות. אך מנהל, בהגדרה, אחראי על ניהול. ניהולו של בית חולים מהווה נטילת אחריות כזו בפועל. כך מכוח ההסכם, מכוח מהות התפקיד ומכוח הדין בהתאם (ראו והשוו לסעיף 322 לחוק העונשין; עניין כרמלי, פסקה ט"ו). למעשה, מערער 1 לא חלק על כך אלא הצר את האחריות לתפקידו כמנהל. לטעמי די בסטנדרט זה כדי לבחון את התנהגותו. הרי אין מחלוקת על כך שכאשר חשד בקיומה של התעללות - ניסה לברר זאת ולטפל בכך. מדובר בנטילת אחריות בפועל לשלומם של המטופלים, המתבטאת בפיקוח על עבודתם של אנשי הצוות ובטיפול במקרים בהם עולה חשש להתעללות. טיעון זה אף עומד בלב הגנתו - "עשיתי ולא התעלמתי". כמובן, עסקינן בביצוע הפעולות הנדרשות מן הדרג הניהולי, ולא דווקא סיפוק צרכי החיים באופן ישיר.

ניתן להוסיף ולשאל מה מעמדן של המילים "הנתון להשגחתו" בסעיף 362(ג) לחוק העונשין. האם מדובר בנסיבה נוספת, נפרדת, מעבר להתנהגות ולארבע הנסיבות שנמנו לעיל? ניתן לטעון כי אין די בקיומה של חובה על פי דין או חוזה, וכי יש צורך גם בכך שהקטין או המושגח ישהו בפועל תחת השגחתו של האחראי. תימוכין לעמדה זו ניתן למצוא בכך שסעיף 362(ב), העוסק בחובת הורה של מושגח - להבדיל מאחראי אחר - אינו כולל את הדרישה שהמושגח יהיה "נתון להשגחתו". כשלעצמי, מסופקני אם נתכוון המחוקק ליצור הבחנה מהותית בין היקף אחריותו של הורה והיקף אחריותו של אחראי אחר. הדיבר "נתון להשגחתו" אינו אלא מסננת אחרונה לוודא זיקה בין המחוייב על פי דין לבין החוסה או הקטין (למעט הורה). מעבר לאמור, איני סבור ששאלה זו עולה במקרה דנן. ככל שמערער 1 אחראי על החוסים מכוח תפקידו כמנהל בית החולים - וזוהי המסקנה המתבקשת - הרי שבעת שהותם בבית החולים הם נתונים להשגחתו.

הפועל היוצא מכל האמור הוא שהיסוד העובדתי של העבירה התקיים. מערער 1 מחוייב לדאוג לצרכי החיים החיוניים של החוסים במידה מספקת, ובכלל זה לדאוג שלא יעברו התעללות. בכך לא הצליח. מעשיו נמדדים לפי תפקידו ולא בגדר "אחריות שילוחית" על תפקידים שלא לו. המחדל העובדתי קיים. עתה נפנה לבחינת קיומו היסוד

2. ג. היסוד הנפשי של עבירת ההזנחה

37. סעיף 20 לחוק העונשין מציג את הכלל של היסוד הנפשי של העבירה, שהוא קיומה של "מחשבה פלילית". עיקרו של מונח זה, שנותח לעיל, הוא רכיב המודעות. בכך הוא ניצב כנגד הגדרת הרשלנות, אשר רכיב מרכזי בה הוא "אי-מודעות" (סעיף 21 לחוק העונשין). סעיף 19 מלמדנו מתי הדין יכיר ברשלנות כיסוד נפשי מספיק לשם הרשעה בעבירה:

- "אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם -
- (1) נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה; או
 - (2) העבירה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה".

בשני מצבים די ברשלנות. האחד, הופעת יסוד נפשי זה בהגדרת העבירה. השני, היות העבירה מסוג של אחריות קפידה. מכאן הפסיקה לפיה יש לשלול את האפשרות לקרוא יסוד נפשי של רשלנות לתוך עבירה "שותקת", שאינה נוקבת ביסוד הנפשי הדרוש להרשעה (ראו ע"פ 7295/95 עידו דיסנצ'יק נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 193, 198 (1997)). בעבירת ההזנחה לא מצוין יסוד נפשי ופשיטא שאין היא עבירה של אחריות קפידה. על כן, על פני הדברים חל הכלל הרגיל לפיו מדובר בעבירת מחשבה פלילית. עם זאת, בעבר הובעה בפסיקת הערכאות הדיוניות הדעה כי די ביסוד נפשי של רשלנות לשם הרשעה בעבירת ההזנחה (ראו ת"פ (חי') 368/02 מדינת ישראל נ' א. ג., פסקה 8 (21.07.2004); קדמי, בעמוד 1459). עמדה זו מבוססת על לשון ההגנה הקבועה בעבירה זו, לפיה פטור נאשם מאחריות "אם הוכיח שנקט אמצעים סבירים לפי הנסיבות להשגת הדרוש כדי לספק את הצרכים ואין בידו לספקם". ואכן, ההגנה מפני אחריות על פי לשון סעיף 362(ג) מכילה רכיב אובייקטיבי - "אמצעים סבירים". סבירות מעין זו מזכירה את מבחן ההתרשלנות שבסעיף 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. דהיינו, כדי לזכות בהגנה לא די בכך שעובר העבירה סבר מבחינה סובייקטיבית כי נקט באמצעים סבירים. העניין ייבדק גם מבחינה חיצונית. על בסיס זה הוסקה בעבר המסקנה כי יש לקרוא את כל העבירה כדורשת רשלנות.

פרשנות זו לא התבססה על דיון מפורט ומנומק, מעבר לפרשנות הלשונית האמורה. בהתאם יש שפקפקו בנכונותה. באמרת אגב נאמר בבית משפט זה כי על פי לשונו של הסעיף ניתן לסווגו כעבירת מחשבה פלילית, אולם עניין זה לא הוכרע או נדון בפרוטרוט (ראו עניין שיפריין, פסקה ט' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין). בדרך זו צעדו בשנים האחרונות הערכאות הדיוניות, אשר דרשו מחשבה פלילית כתנאי להרשעה בעבירת ההזנחה (ראו פסקה 80 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי; ע"פ (ת"א) 51257-01-11 מיכאל ביום נ' מדינת ישראל, פסקאות 21-25 (12.09.2011)). אף המדינה הסכימה לצורך הדיון בערעור זה כי היסוד הנפשי הנדרש הוא מחשבה פלילית, ובכל מקרה לא העלתה טענות כנגד קביעה זו בעיקרי טענותיה או בדיון שנערך.

38. מאזן הדברים מגלה כי אין פסיקה ברורה מפיו של בית משפט זה בסוגיה. בעניין שיפריין אף שוררת אי-בהירות. האפשרות של מחשבה פלילית הועלתה על פי סעיף 20 לחוק העונשין, תוך ציון כי עסקינן בעבירת התנהגות לצד האפשרות של פזיזות ובתוכה אדישות (ראו שם). ואולם, סעיף 20 מתייחס לפזיזות ואדישות לעניין התוצאה בלבד ולא

לקיום הנסיבות. דעתי היא כי נכון יהיה לפסוק בסוגיה. סבורני כי על מנת להרשיע בעבירת ההזנחה לפי סעיף 362, שהיא עבירת התנהגות, נדרשת מחשבה פלילית. לא די ברשלנות. זאת מחמישה טעמים מרכזיים.

ראשון, מן ההיבט הלשוני מדובר בעבירה השותקת בנושא היסוד הנפשי. העבירה כוללת יסוד עובדתי בלבד, המורכב מהתנהגות ונסיבות. לא נקבע כי על מנת להרשיע מספיק שאדם סביר היה מודע לטיב ההתנהגות ולקיום הנסיבות. אין ביסודות העבירה, בניגוד להגנה הקבועה לצידה, אחיזה לשונית לפרשנות לפיה עסקינן בעבירת רשלנות. כידוע, נקודת המוצא של פרשנות דבר חקיקה היא לשונו.

שני, יסודות העבירה לחוד והגנה הקבועה בה לחוד. ההגנה אינה חלק מגרעין העבירה, דבר המתבטא גם בהטלת נטל השכנוע בנכונותה על הנאשם. העובדה שהמחוקק קבע הגנה בה נדרש סטנדרט "אובייקטיבי" אינה מחייבת, מבחינה לוגית ומשפטית, לפרש את העבירה עצמה כעבירת רשלנות גם בהיבט של מודעות לקיום הנסיבות ולטיב ההתנהגות. ההגנה אינה חייבת להקרין על העבירה עצמה (ראו והשוו לעבירה של פרסום ידיעות כוזבות הגורמות פחד ובהלה, לפי סעיף 159 לחוק העונשין). לאמור, לאחר קביעת המסקנה בדבר קיומה של מחשבה פלילית כלפי היסוד העובדתי, ישנן נסיבות שבהן יזכה נאשם בהגנה על פי מבחן אובייקטיבי. כך, מבלי שהעניין ישליך על הסתפקות ברשלנות כלפי כל יסודות העבירה.

שלישי, הסביבה של העבירה. בפרק שבו מופיעה עבירת ההזנחה יש עבירה אחרת, בה כתוב בצורה מפורשת כי ניתן לעברה גם תוך יסוד נפשי של רשלנות - השארת ילד בלא השגחה או במטרה לנטשו לפי סעיף 361 לחוק העונשין:

"המשאיר ילד שטרם מלאו לו שש שנים בלא השגחה ראויה, ובכך מסכן את חיי הילד או פוגע או עלול לפגוע פגיעה ממשית בשלומו או בבריאותו, דינו - מאסר שלוש שנים; עשה כן ברשלנות, דינו - מאסר שנה; עשה כן במטרה לנטוש את הילד, דינו - מאסר חמש שנים".

זוהי דוגמא מובהקת התואמת את האמור בסעיף 19 לחוק העונשין, בדבר דרישה לקביעה מפורשת של הרשלנות בהגדרת העבירה. המחוקק מציין בתוך הסעיף את האפשרות של הרשעה על יסוד רשלנות. ההבדל בין סעיף זה לבין עניינו בולט. בסעיף 362 אין, כאמור, כל אזכור של הרשעה ברשלנות.

רביעי, פרשנות לפיה עבירת ההזנחה דורשת הוכחה של מחשבה פלילית תואמת את העקרון לפיו אין מקום לקביעת עבירות רשלנות מבלי לקבוע עבירות של מחשבה פלילית לצידן (ראו מרדכי קרמניצר "על הרשלנות בפלילים - יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם גם יחד" משפטים כד 71, 74 (1994)). עקרון זה משקף יסודות של משפט ראוי, ולא נשען על סעיף מפורש בחלק הכללי של חוק העונשין. ברם, עיון בחוק העונשין מראה כי המחוקק הקפיד ליישמו. כך למשל העבירות של פגיעה ברכוש המשמש כוח מזוין ברשלנות, מסירת ידיעה לאויב ברשלנות, גרימת מוות ברשלנות, הגורם חבלה ברשלנות או גרימת שריפה ברשלנות, לפי סעיפים 108, 111, 304, 340א, 449 לחוק העונשין בהתאמה. בסעיפים אלה ניתן לראות בבירור את תפיסת המחוקק, לפיה עבירות הרשלנות קבועות בצמוד ולאחר עבירות מחשבה פלילית בעלות יסוד עובדתי זהה. זוהי אינדיקציה פרשנית לכך שעבירת ההזנחה, שאינה כוללת מדרג של עבירת קולא ועבירת חומרה, היא עבירת מחשבה פלילית.

חמישי, עניין העונש. בהמשך לנימוק הרביעי, כאשר יש הפרדה בתוך סעיף בין עבירת הרשלנות ועבירת המחשבה הפלילית - היא באה לידי ביטוי גם בשוני בין העונשים בשני המקרים. דוגמא ברורה לכך היא השוני בין עבירות ההמתה השונות - רצח, הריגה וגרימת מוות ברשלנות. דוגמא נוספת להפרדה בין עונשים היא סעיף 361 דלעיל, שעניינו השארת ילד בלא השגחה או במטרה לנטשו. הסעיף קובע כי העונש המקסימלי בגין עבירת הרשלנות לפי סעיף זה הוא שנה, ואילו העונש על עבירת המחשבה הפלילית הוא 3 שנים. התוצאה של עונש זהה לשני סוגי היסוד הנפשי - מחשבה פלילית ורשלנות - אף עשויה להיות מעוותת. כדי להבהיר זאת נערוך השוואה בין העונשים הקבועים בשלושת הסעיפים 361-363. בחינה זו תחזק את המסקנה שסעיף 362 אינו מטיל אחריות פלילית על הרשן. סעיף 363 לחוק עוסק בנטישת מושגח על ידי הורה או אחראי. בסעיפי העבירה נדון, בין היתר, מצב בו ההורה או האחראי נוטשים את המושגח. דינם הוא שלוש שנות מאסר. עבירה זו היא עבירה של מחשבה פלילית, בהיותה שותקת. כבר ציינו כי בעבירה לפי סעיף 361, העונש בגין עבירת המחשבה הפלילית הוא 3 שנות מאסר, ואילו העונש על עבירת הרשלנות הוא שנה. היה ונקבל פרשנות לפיה עבירת ההזנחה לפי סעיף 362 - שהעונש המקסימלי הקבוע בה הוא 3 שנות מאסר - היא עבירת רשלנות, יוצר מדג המתנגש עם עקרון ההלימה ביחס לעבירות השונות. נימוק זה אינו עומד לבדו, אך יש בכך חיזוק למסקנה שאין מקום להרשיע בגין הזנחה ברשלנות.

לסיכום, היסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההזנחה הוא מחשבה פלילית - מודעות. רשלנות אינה עוברת את משוכת היסוד הנפשי. ההשלכה על ענייננו היא כי יש לבחון האם חשב מערער 1 מחשבה פלילית בעת שחדל מלספק לחוסים צרכי חיים חיוניים. לשון אחר, בדיקת מודעותו, כהגדרתה בחוק העונשין, ליסוד העובדתי של עבירת ההזנחה.

39. כדי לבחון את סוגיית היסוד הנפשי שהיה למערער 1 נפרט בתמצית את נקודות הציון הרלוונטיות בהתפתחות הפרשה, על פי הכרעת הדין. התשתית העובדתית שתואר להלן אינה שנויה במחלוקת בין הצדדים, והיא מבוססת על עדויות ומסמכים רבים שהוצגו. לשם הנוחות נחלק את האירועים לארבעה שלבים שונים.

שלב ראשון: תחילתה של הפרשה במכתב תלונה שנשלח למערער 1 מאת איש צוות המחלקה ששמו בלר בפברואר 2003. במכתב נטען כי במחלקה קיימת "מדיניות ענישה" אשר גובלת בהתעללות. עוד נאמר כי "חלק מהמצוקה קשור [מערת]". טענה נוספת שנכתבה במכתב היא כי צוות המחלקה מפעיל אלימות כלפי חוסים, כגון אגרופים, בעיטות וסטירות. במאמר מוסגר נעיר כי בהליכים בבית המשפט המחוזי הוכח קיומם של מעשי אלימות מסוג זה, תוך הרשעת חלק מאנשי צוות המחלקה בביצועם. בעקבות מכתב זה נשלחו למערער 1 שני מכתבי תגובה, מאת המערער ומאת מספר אנשי צוות המחלקה. בשניהם הוכחשו טענות בלר בדבר שימוש באלימות כלפי החוסים גם כשהדבר אינו נדרש לשם שמירה על שלומם ושלומו אחרים. המערער הוסיפה כי בהעדר מידע על זהות הנוקטים באלימות, אין ביכולתה לברר את התלונה באופן פרטני. לבסוף טענה כי מטרתו של בלר זדונית - לפגוע במרקם המחלקה. תגובתו של בלר, במכתב נוסף, לא בוששה לבוא. הוא עמד מאחורי טענותיו הקודמות, והבהיר כי האלימות עליה הלין היא מצד מספר אנשי צוות בלבד. עוד הסביר כי אין המדובר בשגרה יומיומית.

חילופי המכתבים הובילו לעריכת מספר ישיבות בהשתתפותו של מערער 1. בסיכומן נקבע על ידי המשתתפים כי אחות מפקחת בשם מריאל - סגניתה של האחיות הראשית של בית החולים - תלווה ותבדוק את התנהלות המחלקה. עוד נקבע כי תחודש הדרכת צוות המחלקה בפיקוחו של מערער 2.

שלב שני: שלב זה מתחיל עם קבלת הדו"ח שחיברה מריאל, בהתאם לסיכום דלעיל ובתום החקירה שערכה

בעקבות מכתביו של בלר (להלן: דו"ח מריאל). הדו"ח הוגש ביוני 2003, כשלושה וחצי חודשים לאחר קבלת מכתבו הראשון של בלר. לדו"ח זה יש חשיבות רבה לדיון ולכן נביאו כמעט בשלמות:

"הנדון: מדיניות טיפולית במחלקת ההמשך - רציונל ודרכי טיפול"

באמצעות הסתכלות במחלקה ובשיחות שלי עם דנה אחות אחראית מחלקה וד"ר מאיר מנהל המחלקה, עקב מכתבו של מיכאל בלר, להלן התרשמתי והבנתי. המדיניות הטיפולית של מחלקת המשך הינה - לקדם כל מטופל לפי יכולתו, למנוע התדרדרות והתקפים אלימים בקרב המטופלים... ידוע שבאוטזים קיימים סימפטומים הנחווים כאלימות פיזית כלפי הסביבה או כלפי עצמם בעוצמות קשות מאוד, לכן כחלק מהטיפול, הצוות על פי ניסיון וידע, מנסה למצוא דרכים מגוונות ויצירתיות למניעת התפרצויות והתקפי אלימות, אצל מטופלים אשר נמצאים בקבוצת סיכון. אופן הטיפול במחלקת אוטיסטים שונה ממחלקות פסיכיאטריות בביה"ח, הטיפול מבוסס על שיטה חינוכית יותר, על הצבת גבולות ומסגרות טיפוליות לכל מטופל ומטופל. העבודה מבוססת על מודל התנהגותי-קוגניטיבי... באמצעות חיזוקים שליליים, כגון: משאירים מי שלא סיים את כמות העבודה שלו עד שהוא מסיים ורק אז מצטרף לכולם, וחיזוקים חיוביים. החיזוקים במחלקה הם קונקרטיים בהתאם ליכולת ההבנה של המטופלים.

הצבת גבולות ומסגרות, עלולות להתפרש כהתעללות - אם זה נתפס כענישה, אך במידה וקיים רציונל טיפולי חינוכי, ובנוסף, שמירה והגנה של הצוות והמטופלים, נבין שזה טיפול לכל דבר. חשוב לציין שכל המדיניות הטיפולית, נקבעת ע"י הצוות המטפל, ד"ר מאיר אחים/יות ומדריכיות/ות בשיבות צוות מחלקתיות.

נקודות למחשבה: מטופל נקשר בידיים בקשר רופף, למשענת הכסא בזמן הארוחות על מנת שיאכל, אחרת הוא כחלק 'מטקס' מקפיץ את כל האוכל ומסרב לאכול, האם ניתן לקרוא לזה אלימות? או שימוש באמצעי הגבלה כעונש?

למטופל אחר נקבעה מדיניות טיפולית של מיעוט דיבור ומתן הוראות פשוטות מצד אנשי הצוות, על מנת למנוע תחילתו של 'מעגל' של אי שקט אצלו, שמתעצם ככל שמדברים אליו יותר ועלול להגיע לאלימות פיזית כלפי הסובבים אותו, האם זה עונש?

מטופלת אחרת הסובלת לעיתים קרובות מאלימות כלפי הסובבים אותה, כשהצוות מזהה סימני תוקפנות אצלה, היא מתבקשת להיכנס מתחת לספסל במחלקה, דבר המרגיע אותה ומונע, לרוב, תגובות אלימות מצידה, זאת לאחר ניסיונות חוזרים להרגיעה בדרכים מקובלות יותר כגון בידוד או קשירה. האם זאת הגבלה מוגזמת?

מקרה נוסף, מטופל הסובל מהיפראקטיביות קיצונית, מתבקש לעיתים להכניס את ידיו בכיסים, ולשבת כדי להירגע, ובמידה ולא מצליח להפסיק את המעגל הזה, מכניסים לו את הראש מתחת למים ושוטפים לו את הפנים, מכיוון שמאוד אוהב מים ובצורה הזו מצליחים להרגיעו, האם זאת התעללות? האם היינו פועלים כך במח' אחרת?

שאלות אתיות ומוסריות מסוג זה מעסיקות אותי בקשר לטיפול במחלקת המשך. על חובת הצוות לבחון כל פעם מחדש ולהתייחס לכל פתרון טיפולי כשלב או אמצעי להשגת פתרון טוב יותר בעתיד.

מה הם אמצעי ההגבלה המינימליים המאפשרים למטופלים לתפקד ולמנוע פגיעה עצמית ופגיעה בסביבה? בנוסף הפעלת כוח כלפי מטופלים הינה מוצדקת אך ורק במקרה של הגנה עצמית והגנת המטופלים אחרים, דבר הברור באופן חד משמעי לכל הצוות המטפל.

מכל האמור לעיל, נובע הצורך לליווי אינטנסיבי של הצוות, המורכבות של המטופלים האוטיסטיים והקונפליקטים הנוצרים עקב כך, דורשים לוו צמוד ומעמיק. הלוו מתבצע ע"י פיקוח קליני מטעם משרד אחות ראשית והדרכה אישית המיועדת לכל אנשי הצוות, ע"י גורם חיצוני ע"מ לעבד את הקשיים

המתעוררים במהלך המפגש עם המטופלים הללו" (ההדגשות והשיבושים במקור).

במשך מחצית השנה שלאחר קבלת דו"ח מריאל אין כל תיעוד של פעולה שנקט מערער 1 בעניין זה.

שלב שלישי: במהלך חודש נובמבר 2003 התקבלה תלונה אנונימית נוספת על אלימות כלפי החוסים מצד ארבעה אנשי צוות ספציפיים, וביניהם המערערת. בתגובה לכך ערכה האחות הראשית של בית החולים מפגש עם צוות המחלקה וראשיה. במפגש זה תמכו רוב הנוכחים במדיניות המחלקה והתלונות הוכחו. כן נשלח למערער 1 מכתב מצד אנשי הצוות שהואשמו, ובו הכחשה של התלונה וטענה כי מדובר בשקרים ובעלילות שמטרתם לפגוע במחלקה. לאחר מספר ישיבות שבהן השתתף מערער 1, נקבע כי יהיה ליווי צמוד של המחלקה על ידי הפיקוח הסיעודי של מריאל וכי מערער 1 וסגנו ייפגשו עם מערער 2 ועם המערערת. עוד נקבע כי המערערת תקבל הדרכה מוגברת מצד האחות הראשית של בית החולים. שלב זה נמשך עד לאפריל 2004, ובמהלכו התקיימו פגישות וישיבות בין גורמי המחלקה השונים והנהלת בית החולים, בניסיון לתגבר את הדרכת צוות המחלקה, ליישר את ההדורים שגבהו בין מערער 2 למערערת ולהשיג סיוע נוסף למחלקה.

שלב רביעי: באפריל 2004 פנתה נציבת תלונות הציבור בבית החולים למערער 1 ועדכנה אותו על קבלתן של תלונות נוספות מצד מספר אנשי צוות במחלקה. בעקבות פנייה זו מינה מערער 1 ועדת בדיקה. בסופו של דבר היו מסקנות הוועדה כי יש חשד להתעללות בחסרי ישע. בהתאם לכך פנה מערער 1 לפקידת סעד, ובהמשך נערכה פנייה למשטרה.

40. בית המשפט המחוזי קבע, לנוכח התמונה שהוצגה, כי הוכחו במידה הדרושה מודעות או חשד שלא בורר בדבר ההתעללות מצדו של מערער 1. יוער כי הלה העיד באריכות בפני בית המשפט המחוזי וטען כי לא התקיים בו היסוד הנפשי הדרוש. כאמור, הכלל הוא כי לא על נקלה תתערב ערכאת הערעור בממצאים שבעובדה שנקבעו על ידי הערכאה המבררת. עם זאת, בארבעה מצבים נפתח הפתח לבחינת הממצאים העובדתיים מחדש בערכאת הערעור, כחריג לכלל האמור (ראו ע"פ 2439/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (06.06.2012)). הראשון, כאשר הממצאים מתבססים על מסמכים בכתב ולא על עדות בעל פה. במקרה כזה יתרונה של הערכאה המבררת על ערכאת הערעור מצומצם יותר (ראו ע"פ 398/89 מנצור נ' מדינת ישראל (19.1.1994)); השני, מקרים בהם ממצאי הערכאה המבררת מתבססים על שיקולים טהורים שבהגיון, להבדיל משיקולים המבוססים לגמרי או בחלקם על התרשמותה הישירה מן הראיות (ראו: ע"פ 6147/07 שמעון אביסידריס נ' מדינת ישראל (2.7.2009)); השלישי, מקום בו נפלו טעויות מהותיות בהערכת מהימנות העדויות על ידי הערכאה המבררת, כגון התעלמות מסתירות בעדות היורדות לשורשו של עניין או מגורמים רלבנטיים להערכה של משקל העדות (ראו ע"פ 4977/92 ג'ברין נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 690 (1993)); הרביעי, הכרעה המבוססת על מסקנות שהוסקו מן העובדות, ובמיוחד כאשר אלה עומדות בלב בדיקת מרכיבי העבירה (ראו למשל: ע"א 9784/05 עיריית תל אביב-יפו נ' עו"ד ידידיה גורן (12.8.2009)).

דחייתו של בית המשפט המחוזי את גרסת מערער 1 לא התבססה על סתירות או קשיים בעדותו, על אותות האמת או השקר שנתגלו בה במהלך המשפט, ואף לא קביעה כי העדות נמצאה חסרת מהימנות. הדחייה התבססה על ראיות אובייקטיביות שהוצגו, כגון דו"ח מריאל, מכתבי התלונה שנשלחו ותיעודים שונים של פעולות או אמירות של מערער 1. היסוד הנפשי שלו הוסק ממקבץ ראיות נסיבתיות אלה. זהו אחד המצבים המאפשרים גמישות רבה יותר בהתערבות ערכאת הערעור בממצאים העובדתיים שנקבעו. כך במיוחד לנוכח מורכבות הסוגיות שהתעוררו, בניגוד

למצב של הכרעה עובדתית גרידא. נפנה אם כן לבחינת הראיות שמהן הסיק בית המשפט המחוזי את קיומו של היסוד הנפשי של מחשבה פלילית אצל מערער 1.

מודעות בפועל לקיום הנסיבות

41. נפתח בשאלת המודעות בפועל לפי סעיף 20(א). רכיב המודעות הוא תנאי להרשעה בעבירת מחשבה פלילית. כזכור, נקבע בחלק הראשון שהחוסים סבלו ממעשי התעללות. עוד נקבע בבית המשפט המחוזי כי חלק מאנשי הצוות נקטו בפעולות אלימות כגון בעיטות וסטירות. האם הייתה למערער 1 מודעות לכך בשלב כלשהו? כזכור, מכתבו של בלר התייחס לשני סוגי תלונות - על אלימות ספורדית ועל מדיניות טיפולית הגובלת בהתעללות. אשר לאלימות, מערער 1 היה מודע לתלונותיו של בלר, אולם תלונות אלה הוכחשו. המודעות לתלונות אינה מודעות לביצוע המעשים, אלא לכך שיש אפשרות שהם בוצעו, כלומר חשד. על כן, בנסיבות העניין לא ניתן לייחס למערער 1 מודעות בפועל לקיומה של אלימות כלפי החוסים אלא לכל היותר חשד.

אשר לתלונות בדבר התעללות - ניתן לחלק בין הפעולות שהוזכרו בדו"ח מריאל לבין יתר הפעולות שתוארו בתלונות השונות שהתקבלו. לא הייתה מודעות לפעולות שכלל לא נזכרו בדו"ח. לעומת אלה, ידע מערער 1 על הדוגמאות שהובאו במפורש בדו"ח: קשירת ידיים לשם האכלת חוסה, מדיניות של מיעוט דיבור ומתן הוראות פשוטות לחוסה אחר, בקשה מחוסה נוספת להכנס אל מתחת לספסל כאשר היא מגלה תוקפנות - דבר המרגיע אותה, והכנסת ראשו של מטופל אל מתחת למים - שאותם הוא אוהב. האם די במודעות לפעולות אלה כדי לקבוע קיומה של מודעות לכך שיש התעללות בחוסים? לשיטתי התשובה לכך היא שלילית. בדו"ח נאמר במפורש כי המדיניות הטיפולית נקבעת על ידי מערער 2 או תחת פיקוחו המלא. בית המשפט המחוזי קיבל את טענת מערער 1 שהאמין לכך בעת קריאת הדו"ח. אם זהו המצב, הרי שרק חלק קטן מן התמונה נגלה לעיניו. אף לא נודע לו על פרק הזמן המלא שבו בוצעו המעשים ועל כך שיעילותם הטיפולית לא נמדדה כלל. אם כן, ברי כי לא ניתן לומר שהיה מודע לקיומה של התעללות על סמך לשון הדו"ח, אלא לכל היותר כי חשד שהאמור בדו"ח אינו נכון או אינו מייצג את התמונה המלאה.

המסקנה היא שלא הוכחה מודעות בפועל למעשי האלימות או למדיניות הכוללת מעשי ההתעללות. השאלה הבאה שיש לברר לשם בחינת היסוד הנפשי היא שאלת החשד, שאליה נפנה כעת.

עצימת עיניים, חשד והימנעות מבירור - הכלל

42. כאמור, סעיף 20 לחוק העונשין מגדיר את המונח "מחשבה פלילית" וכולל דרישה ל"מודעות" לטיב המעשה ולקיום הנסיבות. אולם הסעיף מוסיף וקובע כי ישנו תחליף מהותי למודעות, אשר בהתקיימו רואים אדם כאילו היה מודע לטיב המעשה ולקיום הנסיבות:

"לענין סעיף זה - רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם" (סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין).

לכאורה הוראה זו היא כללית ומקיפה כל עבירת מחשבה פלילית באשר היא, ואף עבירות בהן מופיעה דרישה מפורשת למודעות. מסקנה כזו עולה גם מסעיף 90א(3) לחוק העונשין. סעיף אחרון זה נחקק בשנת 1995, במסגרת תיקון 43 - לאחר חקיקת סעיף 20 במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, בשנת 1994. הסעיף נועד להתאים בין נוסחן של עבירות שונות שנחקקו קודם לתיקון 39, לבין הוראות החלק הכללי של חוק העונשין (ראו חוק העונשין (תיקון מס' 43) (התאמת דיני העונשין לחלק המקדמי ולחלק הכללי), התשנ"ה-1995). על פי סעיף 90א(3), המונח "ביודעין" או מונח בעל משמעות דומה המופיע בחיקוקים פליליים יתפרש כמחשבה פלילית כאמור בסעיף 20א(א) לחוק. מכאן ניתן להסיק שגם בעבירות שבהן נאמר במפורש שיש צורך ב"ידיעה" - הריהי מחשבה פלילית הכוללת גם את החלופה של חשד ואי-בירור (להלן: עצימת עיניים). על אף האמור, ההלכה הפסוקה היא כי ניתן לדחות את תחולתה של ההוראה הכללית שבסעיף 20ג(1) מפני הוראות ספציפיות בחוק העונשין או מחוצה לו, כאשר על פי מהותן, לשונן ומאפייניהן ניתן לראות בהן הוראות חוק "מיוחדות". נקבע כי החלופה של עצימת עיניים אינה חלה על העבירה של אי-מניעת פשע (ראו ע"פ 3417/99 הר שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735 (2001) (להלן: עניין הר שפי). גישה זו גם זכתה לביקורת בספרות - ראו למשל מרדכי קרמניצר "החובה להלשין או החובה לדווח - על העבירה של אי-מניעת פשע" המשפט יא 55, 72-78 (2005)). בע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 873, 897 (2001) (להלן: עניין אזולאי) הרחיבה הנשיאה ד' ביניש את היריעה וקבעה כי "תיתכנה עבירות של מחשבה פלילית אשר נוכח מהותן ומאפייניהן אין זה ראוי להסתפק במסגרתן בחשד ממשי כתחליף למודעות בפועל".

הסנגור טען כי בעבירת ההזנחה יש לדרוש מודעות כתנאי להרשעה, מבלי להסתפק בחשד ואי-בירור. עמדה זו, לפיה אין להסתפק בחלופה של עצימת עיניים ביחס לעבירת ההזנחה, מבוססת על כך שמדובר בעבירת מחדל, המטילה חובה לפעול. על פי שיטה זו, החובה לפעול משותפת לעבירת ההזנחה ולעבירה של אי-מניעת פשע, שם נקבעה בעניין הר-שפי אי-תחולת הסעיף. טענה זו אין לקבל. המקרה שלפנינו כלל אינו גבולי. זאת מארבעה נימוקים עיקריים.

43. ראשון, העבירה לפי סעיף 362 אינה כוללת את המונחים "מי שידע" (כבעבירה של אי-מניעת פשע) או "כשהוא יודע" (כבעבירה של קבלת נכסים שהושגו בפשע). על כן לשון העבירה אינה תומכת בפרשנות לפיה מדובר בהוראת חוק מיוחדת, הדורשת דווקא מודעות, הגוברת על הוראת החוק הכללית של סעיף 20ג(א) לחוק העונשין. יוער כי אפילו בעבירה של קבלת נכסים שהושגו בפשע לפי סעיף 411 לחוק העונשין נקבע (בדעת רוב ובניגוד לדעתיה) כי ניתן להרשיע על בסיס החלופה של חשד והימנעות מבירור (ראו ע"פ 5529/12 אהרון אוהב ציון נ' מדינת ישראל (9.11.2014) (להלן: עניין אוהב ציון)).

שני, בעניין הר שפי נטען כי חובת הבירור הקשה המוטלת על החושד תומכת בפרשנות המצמצמת את תחולת החלופה של עצימת עיניים. הדגש הושם על החובה הכללית, לחייב אדם לפנות למשטרה ולנקוט בכל האמצעים הסבירים במצב שבו הוא חושד בתכנון לבצע פשע. ברם, בענייננו החובה האקטיבית המוטלת על המבצע אינה קשה כבעבירה של אי-מניעת פשע, בשל מספר סיבות: החובה ממוקדת בדאגה לצורכי החיים החיוניים של קטינים וחסרי ישע בלבד, ואינה מתפרשת על פני אינספור מקרים ותרחישים. בנוסף, החובה אינה מוטלת על כל אדם וכלפי כל אדם, אלא רק על מי שחלה עליו חובת אחריות מיוחדת מכוח דין או הסכם, כלפי חסר ישע או קטין. לבסוף, בפסק הדין בעניין הר שפי עמד השופט מ' חשין על כך שהבירור הנדרש בעבירה של אי-מניעת פשע הוא פעמים רבות בירור של כוונות. בענייננו הבירור הנדרש פשוט יחסית ושונה ברמת הקושי מבירור של כוונות. הדרישה היא לבירור נתונים אובייקטיביים. למשל, סיפוק של צורכי חיים חיוניים.

שלישי, תכלית העבירה הולמת חובת בירור גם כאשר ישנו חשד בלבד שמצבם של הקטין או המושגח בכי רע.

הדברים ברורים. ניתן להניח שכל מנהל בית חולים החושד בהתעללות יכיר בכך שמתפקידו לברר את החשד, כמי שאחראי על שלומם של החוסים. נסיבות העניין יוכיחו. מהתנהגותו של מערער 1 עולה כי ידע "בזמן אמת" שמחובתו לברר את נכונות התלונות שהתקבלו. זוהי, בין השאר, תכלית האחריות המוטלת עליו.

רביעי, מערער 1 לא הצביע על אינטרס נגדי מיוחד. דהיינו, כזה המצדיק דרישה לחשד כבד וממשי או פטור מאחריות במקרים של עצימת עיניים, בניגוד לאינטרסים המיוחדים הקיימים בהקשרים של אי-מניעת פשע (עניין הר שפי, עמודים 30-31, לעניין החשש לפגיעה ביחסי שכנות ומרקם החיים התקין) או אפילו קבלת נכסים שהושגו בפשע (ראו עניין אוהב ציון פסקאות 3-5 לחוות דעתי, לעניין החשש לפגיעה בחיי המסחר התקינים. חוות דעת זו נותרה במיעוט. וראו גם ראו יצחק קוגלר "על דרישת המודעות כלפי הנסיבות בחלק הכללי החדש של חוק העונשין" פלילים ה' 149, 179-184 (1996) (להלן: קוגלר)).

המסקנה העולה מארבעת הנימוקים היא שגם אם יש מקום להרחיב את אי-התחולה הפסיקתית של סעיף 20(ג)1 מעבר למקרה של אי-מניעת פשע - העבירה הנדונה אינה מועמדת ראוייה לכך. מסקנת הביניים היא כי באופן עקרוני ניתן להרשיע את מערער 1 על פי הקונסטרוקציה של עצימת עיניים. לשם כך יש לבחון את מהותה של חלופה ז.

היקף חובת הבירור

44. בפתח הדברים נציין כי הפסיקה דלה בהתייחסות להיקף חובת הבירור במסגרת החלופה של עצימת עיניים לפי סעיף 20(ג)1. נדמה כי הסיבה לכך היא כי ברוב המקרים בהם נעשה שימוש בחלופה זו - נאשם מורשע בשל חשד שנמנע מלברר כלל. במצב כזה אין קושי להחיל את החלופה הקבועה בסעיף. בענייננו שילוב של שני נתונים מחייב דיון מפורט יותר. הראשון, עבירת ההזנחה היא עבירת מחדל. סעיף 362 דורש מעשה - סיפוק צורכי חיים חיוניים. העבירה מבוצעת באי-עשייה. נשווה זאת לדוגמא של עבירת מעשה. טול את העבירה של אינוס לפי סעיף 345(א)3, העוסק בבעילת קטינה שטרם מלאו לה 14 שנים - אף בהסכמתה, שהדין אינו מכיר בה. בהתקיים חשד לרכיב העובדתי של גיל הנערה, החושד רשאי לבחור שלא לבצע כלל את המעשה. כך הוא יוצא מרשת החלופה. בניגוד לכך, בעבירת מחדל אין הוא רשאי לנהוג בשב ואל תעשה. זוהי משמעותה של חובת האחריות המוטלת עליו. הנתון השני שמאפיין את המקרה שלנו הוא אורך התקופה והשלבים השונים שבה. סיפור המעשה מתפתח, משתנה ומשתרע על פני תקופה של כשנה. ההתפתחות נובעת אף ממעשי מערער 1. מכוח סעיף 362 חלה עליו חובה לספק צורכי חיים חיוניים לחוסים. כפי שעולה מהחומר, היו תקופות של בירור ותקופות של אי-בירור. מעשה העבירה נמדד לאורך כל התקופה, על השלבים השונים שבה. יתכן שבמשך חצי שנה נהג מערער 1 כהלכה ובירר כראוי את חשדו, ואילו בתקופה אחרת לא עשה זאת. לכן נדרשת התייחסות פרטנית לגבי התקופה.

שילוב שני הנתונים - עבירת המחדל, ואורך התקופה ושלביה השונים - מלמד מדוע בתיק זה יש צורך להרחיב בבחינת החלופה של עצימת עיניים. יובהר כי רבים המקרים בהם בדיקה בהיקף כזה אינה נדרשת כדי להחליט האם התנהגות נאשם שוות ערך למודעות.

45. סעיף 20(ג)1 מורכב משני אלמנטים - חשד והימנעות מלברר. הדין קובע כי כאשר שניהם בנמצא יש לנאשם

מחשבה פלילית של מודעות. ניתן לשאול מה ההצדקה של דרישות הדין. הספרות והמשפט המשווה הציעו תשובות שונות. למשל, השיטה האמריקאית שמה דגש על "עיוורון מכוון" (willful blindness) ועל הסתברות גבוהה לקיומה של העובדה (לסקירת הפסיקה האמריקאית והאנגלית ראו עניין אוהב ציון, פסקה 25 לחוות דעתה של השופט א' חיות; פסקה 3 לחוות דעת; גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך ב 91-94 (2009) (להלן: הלוי)). דרישה כזו מעלה את הרף ומקרבת בין החלופה של עצימת העיניים לבין מודעות בפועל. נראה כי בספרות הישראלית ישנם מלומדים שרואים גישה זו כדין הרצוי, לפחות בחלק מהמקרים (ראו קרן שפירא-אטינגר "עצימת עיניים - סיפור על שועלים ועל יענים" ספר מנשה שאוה 625, 652-659 (אהרון ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006) (להלן: שפירא-אטינגר); הלוי, עמודים 102-94). לפי גישה אחרת, חשד, בדומה למודעות, טומן בחובו אשם המספיק להרשעה בפלילים. על פי גישה זו, המתייחסת גם לדין הרצוי, המבחן הסופי להרשעה אינו מתרכז בסוג העיוורון - מכוון או שאינו מכוון - אלא בשיקולי מדיניות שונים, כגון רמת החשד, טיבו, מידת הברור הנדרש והערך החברתי שבביצוע הפעולה (ראו קוגלר, עמודים 162-173; מרדכי קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין- חמש שנים לחקיקתו" מגמות בפלילים - עיונים בתורת האחריות הפלילית 55, 62 (אלי לדרמן עורך, 2001)).

דעתי היא כי עצימת העיניים תוצרת הארץ הקבועה בסעיף 20(ג)(1) מקומה במפגש שבין הגישות. נקודת היסוד היא כי חשד מצוי בין הרשלנות (העדר מודעות) לבין המחשבה הפלילית (מודעות). אכן, קיומו של חשד לבדו אינו מקיים את דרישת המחשבה הפלילית. לשם כך יש צורך במודעות בפועל. ואולם, קיומו של חשד יוצר חובה. החושד מצוי במצב ביניים. מצבו הסובייקטיבי מחייב אותו לברר. דרישה זו נאמנה בעיני לעקרונות המשפט הפלילי, המבחינים בין דרגות שונות של אחריות וחובות על סמך מצבים סובייקטיביים שונים.

יוצא כי אדם המתרשל אחראי לחוסר המודעות שלו. זאת כאשר היה עליו להיות מודע. לעומתו, אדם בעל מודעות אחראי בפלילים בהיותו בעל מחשבה פלילית. לעומתם, החושד מחויב לברר. תוצאה אחרת לגבי החושד - פטור מכל חיוב מחד גיסא או נשיאה באחריות בשל עצם קיום החשד מאידך גיסא - אינה ראויה. הראשונה מפני שהיא מתעלמת ממצבו הסובייקטיבי, ואילו השנייה אינה נותנת משקל ראוי להבדל שבין החושד לבין המודע. חלופת עצימת העיניים מופיעה בפרק של היסוד הנפשי שבעבירה. יש להגדירה בהתאם.

46. משאלות עיוניות לדין בכללים המשפטיים של החלופה. נציג חמש נקודות. הראשונה, טיב החשד הנדרש כדי להיכנס לגדרי הסעיף הוא "חשד ממשי" (עניין אזולאי, עמוד 896; עניין אוהב ציון, פסקה 22 לחוות דעתה של השופטת א' חיות; רבין וואקי, כרך א', עמודים 398-401). גישת האמצע רלוונטית אף כאן. לא כל חשד בעלמא מחד גיסא, ולא חשד כבד בהסתברות גבוהה או הקרוב מאוד למודעות, בדומה לפסיקה האנגלית והאמריקאית דלעיל, מאידך גיסא. השנייה, היקף הברור תלוי בנסיבות. נזכיר שוב את הדוגמא של עבירת האינוס לפי סעיף 345(א)(3). אדם חושד שהקטינה מתחת לגיל 14. הוא שואל את הנערה בדבר גילה והיא עונה שהיא בת 17. האם די בכך? בדוגמא נוספת היא מציגה תעודה שאינה רשמית, המאשרת את טענתה בדבר גילה. דוגמא אחרת היא מקרה בו הקטינה נראית צעירה מאוד והאדם מקבל מידע ממנו ניתן להבין שהיא לומדת בבית ספר יסודי. נדמה, מבלי לקבוע נוסחה, כי ככל שיש נתונים נגדיים, רמת החשד גבוהה יותר וחובת הברור תגדל בהתאם. אף כאן יש לזכור כי הבחינה סובייקטיבית. לכך אתייחס בהמשך. הנקודה השלישית, המבחן האובייקטיבי עשוי להיות כלי עזר לבדיקת קיומו של חשד ולבחינת טיבו של הברור, אך הוא בכל מקרה אינו תחליף מהותי לחשד הסובייקטיבי. הרביעית, אין דרישה כי הברור יסיר את החשד בביטחון מוחלט.

הנקודה החמישית, נכון להבחין בין ברור רשלני מבחינה אובייקטיבית לברור שאינו ממצה מבחינה סובייקטיבית.

בירור לקוי אינו שולל בהכרח את התואר "בירור" מן הפעולות שבוצעו. השאלה היא האם הנאשם מודע, מבחינה סובייקטיבית, לכך שפעולות הבירור שנקטות על ידו הן לוקות בחסר. הדגש הוא על היסוד הסובייקטיבי, ולא על השאלה האם אדם סביר היה יודע שנדרשות פעולות נוספות (ראו דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 125: "עצימת עיניים פירושה, כמקובל, חשד בדבר קיום מציאות פלונית, והימנעות מדעת מנקיטת צעדים כדי לברר אם קיימת אותה מציאות ומה טיבה...") (ההדגשה אינה במקור); וכן ראו רות קנאי "האמנם תמיד דין אחד לחושד וליודע (סעיף 20 לחוק העונשין, כפי שתוקן בתיקון מס' 39 וסעיף 90(א)(3) לחוק העונשין, כפי שתוקן בתיקון 43)?" מחקרי משפט יב 433, 437 (1995) (להלן: קנאי); קוגלר, עמוד 166). כאמור, החלופה מצויה בפרק של יסוד נפשי בחלק הכללי של חוק העונשין, בסעיף העוסק במחשבה פלילית. כך לגבי החשד וכך לגבי הבירור.

47. ומן הכללים המשפטיים אל מלאכת היישום. לתכלית זו נציג חמש דוגמאות העוסקות בהיקף הבירור הנדרש בעת חשד. הראשונה, הבירור מאמת את החשד. במצב זה החשד הפך למודעות בפועל והיסוד הנפשי של עצימת עיניים מתחלף במחשבה פלילית. ביצוע העבירה יביא להרשעה. השנייה, הבירור מוביל למסקנה כי אין ממש בחשד. פשיטא כי במקרה זה האדם אינו בעל מחשבה פלילית ואין מקום להרשיעו. החושד הפך למי שאינו חושד. שתי דוגמאות אלה, הגם שההכרעה בהן ברורה ומתבקשת, נועדו להראות כי יש משמעות לתוצאות הבירור. הוא אינו פעולה לשם הפעולה בלבד. מטרתו לקבל מידע בעקבות החשד. השלישית, הבירור אינו כן. המברר עושה "כאילו-בירור" כדי לעמוד באופן פורמלי בדרישת הבירור. במאמרה המעניין של שפירא-אטינגר היא מבחינה בין "שועלים" ל"יענים". הראשונים מתוחכמים ועורכים מניפולציות. לגביהם נאמר כי ככל שהבירור לא נערך בכנות מבחינה סובייקטיבית, אין החושד יוצא ידי חובה (ראו שפירא-אטינגר, עמוד 652 ואילך). לשון אחר, אין החושד יוצא מידי חשדו. על כן ניתן להרשיעו.

הרביעית, הבירור אינו מצליח להוסיף מידע, הגם שנערך בכנות. ככלל, במקרה בו הבירור לא משפיע על מידת המידע - החושד אינו יכול "להינות" ממנו. נחזור לדוגמא של קיום יחסי מין בהסכמה עם קטינה, כאשר קיים חשד בדבר היותה בגיל בו ניתן להסכים ליחסים. החושד מנסה לברר אך לא מקבל תשובה. למשל, מפני שהנשאלים אינם יודעים מהו גיל הקטינה, היכן היא לומדת או באיזו כיתה. בפועל הוא ניסה לברר. אך עדיין - בשל נתונים שאינם בהכרח בשליטתו נמנע, למעשה, מבירור החשד. אם החשד קיים, קשה לראות כיצד השאלות שלא זכו למענה מתירות לו לבצע את המעשה. החמישית, הבירור אינו מניב תוצאות ברורות או מלאות. מבלי לקבוע מסמרות, נראה כי הסיווג של הדוגמא תלוי בשאלה הבאה: האם מבחינה סובייקטיבית החשד הממשי של מבצע העבירה נשאר על כנו. אם התשובה חיובית, יתכן שניתן להרשיעו, הגם שנערך בירור מסוים, מה שאין כן אם התשובה לכך שלילית. הדוגמא האחרונה, כאשר התשובה חיובית, מציגה מקרה שאינו קל. נחזור פעם נוספת לנערה שגילה - מעל או מתחת ל-14 שנים - אינו ברור לאדם הרוצה לקיים עמה יחסי מין. הוא מקבל מידע סותר. הואיל ועסקינן ביסוד נפשי, נדמה כי זוהי הנקודה שיש לברר כדי להחליט אם להרשיעו. יהיה צורך לבחון מהו מצבו הסובייקטיבי ובאיזו מידה נותר לו חשד ממשי. כאמור, אין דרישה לבטחון מלא בהסרת החשד. אינני מתעלם מכך שבמקרה הגבולי, ובמיוחד בדוגמאות הרביעית והחמישית, שיקולי מדיניות יכולים להיות רלבנטיים (ראו קוגלר, עמודים 168-170; השוו גם לקנאי, עמוד 437). שיקולים אלה יכולים לכלול את טיב העבירה וחומרתה, ואת נסיבות שלב הבחירה לבצע את המעשה או המחדל המהווים את העבירה.

כאמור, יש צורך במסגרת תיק זה, על נסיבותיו, להרחיב בהצגת הכללים ויישומם. עצימת עיניים כוללת שני מרכיבים - חשד ו"נמנע מלברר". הפסיקה שהובאה לעיל הגדירה את החשד כממשי. אלמנט הבירור לא זכה להתייחסות רבה. כפי שנאמר, זאת מפני שבמרבית המקרים נקבע כי אדם שחשד ועצם את עיניו נמנע באופן מוחלט מבירור הנתונים. בכל הקשור לבירור הנדרש דעתי היא, בהתאם לרציונלים שהוצגו לעיל, כי המיקוד הוא בכך שמיקום

החלופה הוא בפרק היסוד הנפשי. ככל שהנאשם חשד, חובה עליו לברר את החשד. אם הברור הסיר את החשד רשאי הוא לפעול. אם עולה כי החשד נותר באותה עוצמה, או לפחות בדרגה של חשד ממשי, נראה שככלל החושד אינו רשאי לבצע את מעשה העבירה מבלי לשאת באחריות מכוח החלופה של עצימת עיניים. מנגד, רשלנות בעת פעולת הברור או הסקת המסקנות אינה קובעת באשר לחלופה של עצימת עיניים. אכן, בסיום הבדיקה עצימת עיניים עשויה להיות שוות ערך למודעות. המפגש מצוי בצומת זו, ולא בצומת שבין עצימת עיניים ורשלנות.

בירור החשד - מן הכלל אל הפרט

48. בחינת בירור החשד של מערער 1 מסתעפת לשני נתיבים. האחד חיובי והשני שלילי. הנתיב החיובי עוסק בשאלה האם די בפעולות שביצע מערער 1 על סמך חשדו. השאלה המשפטית היא האם פעולות אלה עולות כדי "בירור", כמובנו בסעיף 20(ג) (1) לחוק העונשין. הנתיב השלילי דן בתקופות שבהן מערער 1 נמנע מלברר את התלונות שהתקבלו. הצדקה לכך יכולה להימצא בטענה שבאותם שלבים הוא כלל לא חשד בקיומן של התעללות או אלימות. טענתו היא כי בנקודות זמן אלה סבר, בעקבות דו"ח מריאל (בשלב השני של ההתפתחויות) והפגישה שערכה האחות הראשית עם צוות המחלקה (בשלב השלישי של ההתפתחויות), כי החוסים זוכים לקבל את כל צורכיהם.

נפתח עם הנתיב הראשון. התיאור העובדתי שהוצג לעיל מלמד כי מערער 1 לא ישב בחיבוק ידיים. הוא פעל. האם פעילות זו עונה על דרישת הברור? האם הברור העצים את החשד או החליש אותו, עד שלא היה חשד ממשי? בדיקה זו תערך על ציר הזמן הרלוונטי, תוך הכרה בשלבים השונים. אין לשלול מראש את האפשרות שבתקופה מסוימת מערער 1 בירר ובתקופה אחרת נמנע מכך ללא הצדקה משפטית. נאמר כבר עתה - בחכמה שלאחר מעשה וכאשר עולה כי החוסים נפלו קורבן להתעללות - השאלה איננה האם התרשל מערער 1 בבירור. הבחינה היא סובייקטיבית ולא אובייקטיבית-נורמטיבית. הנושא - היסוד הנפשי, ולא מה היה על מערער 1 להבין ולהסיק. עולה מן החומר כי הוא חשד וזהו ממצא עובדתי שאין להתערב בו. האם במהלך התקופה נוצר מצב לפיו ידע מבחינה סובייקטיבית כי אין די בפעולות שננקטו כדי להפיג את החשד? השאלה כעת היא, בין היתר, האם היה הברור שערך כנה. בירור שאינו כנה לאו שמיה בירור. מנגד, מסקנה שהברור כנה עשויה לסייע במתן מענה לשאלה האם החשד נותר על כנו. בשלב זה הבדיקה היא עובדתית.

49. כדי להתקדם בבירור העובדתי האמור, נבחן את הצעדים אשר נקט מערער 1 במהלך הברור. צעדים אלה, שננקטו בשלושה מישורים, עשויים לשמש כלי עזר לבדיקה העובדתית.

מישור ה"חקירה". לאורך השלבים השונים שבהם התקבלו תלונות על התעללות או אלימות, נערכו ישיבות רבות לשם בירור וקביעת דרכי ההתמודדות עם התלונות. הוחלט על מינוי מריאל כמעין "ועדת חקירה" (ביחס לתלונות בלר), עריכת מפגש של האחות הראשית עם צוות המחלקה ומנהליה (ביחס לתלונה האנונימית) ומינוי ועדת חקירה לאחר קבלת התלונות מאת נציבת תלונות הציבור בבית החולים. מישור ה"פיקוח". נערכו פגישות בין מערער 1 וסגנו לבין מערער 2 והמערערת. כן נקבע בשלב מסוים כי הפיקוח הסייעודי ילווה באופן צמוד את המחלקה. מישור ה"מניעה". נעשה נסיון לתגבר את כוח האדם במחלקה, לצרף פסיכולוג נוסף ולתת הדרכות מאת פסיכולוגים לאנשי הצוות. כן נעשו נסיונות רבים להבהיר את מערכת היחסים העכורה שבין המערערת ומערער 2, לנוכח הסברה שעכירות זו פוגעת בתפקוד המחלקה. בסופו של דבר, ולאחר קבלת מסקנות ועדת החקירה שמינה, פנה מערער 1 למשטרה, מהלך שהוביל להגשת כתב האישום. מן המכלול עולה שמערער 1 לא בחר ב"שב ואל תעשה". הוא הגיב להתפתחויות

בשלבם השונים ואף ניכר כי ניסה לתקן את המצב תוך בירור התלונות. הוא בירר את הנסיבות בצעדים שונים ומגוונים. הוחלט על טיפול, חקירה ופיקוח. מעורבותו נפרשה על פני ארבעת השלבים השונים שהוזכרו לעיל. הוא פעל בכל פעם שהתקבלה תלונה. ההתייחסות הייתה מקצועית.

האם ניתן להסיק ממכלול זה כי מערער 1 ידע באופן סובייקטיבי שפעולותיו אינן מספיקות לשם בירור החשדות שעלו בו, כך שנתר בו חשד שלמעשה לא זכה לבירור? נדמה כי יש להשיב לשאלה זו בשלילה. זאת ועוד, עסקינן במשפט פלילי, בו יש להוכיח קיומן של עובדות מעבר לספק סביר. סבורני כי במשקפיים אלה, ולנוכח הפעולות הרבות שננקטו, לא הוכח במידה הדרושה כי מעשיו היו חסרי כנות.

ומה באשר למיידיותן של הפעולות שננקטו? גם לאלמנט זה יש חשיבות רבה. טול מצב בו היה מערער 1 שוקט על שמריו, ופותח בבירור רק כעבור מספר חודשים, או אפילו שבועות, שבמהלכם לא היה נעשה דבר. במצב כזה ניתן היה להסיק, בהעדר ראיות סותרות, שידע באופן סובייקטיבי כי אופן הבירור אינו הולם את חומרת החשדות וטיבם. ברם, מן החומר עולה כי תגובתו של מערער 1 להתפתחויות השונות ניתנה בתוך ימים ספורים לכל היותר. כך למשל נשלח מכתב תגובה לתלונתו הראשונה של בלר בתוך כשבוע. עוד נראה שבתוך נערכו התייעצויות ובדיקות ראשוניות. כעבור כשבועיים וחצי - ארבעה ימים לאחר מכתב ההבהרה השני של בלר ולאחר עריכת מספר פגישות ובירור ראשוני - מונתה מריאל לבדיקת העניין וכן נקבע כי צוות המחלקה יעבור הדרכות בפיקוח צמוד של מערער 2. דפוס זה חוזר גם בהמשך הדברים. בנסיבות אלה לא ניתן לקבוע כי הוכח מעבר לספק סביר שמערער 1 נמנע מדעת מלברר את החשד כנדרש לצורך החלופה. נדגיש שוב כי בכך אין לומר בהכרח שהוא נהג כפי שהיה ראוי שינהג. דומה כי יש צדק רב בדבריו של בית המשפט המחוזי שלנוכח חומרת החשדות ואופיים החוזר, היה עליו לברר את התלונות באופן מקיף ו"אגרסיבי" יותר. אולם סוף כל סוף אין זה מקרה של אי-פעולה אלא של הפעלת שיקול דעת שגוי בשאלת אופן הפעולה. בכגון דא, טעות בשיקול דעת או אפילו רשלנות אינן שוות ערך לאי-בירור החשד. יש להדגיש ולהדגיש שוב כי המסגרת הדיונית היא משפט פלילי, ולא הליך משמעתי או אזרחי. אין בכך לקבוע שמערער 1 נכשל באחרונים אלא להבהיר כי גם אם זה היה המצב - פער תלוי בין הליכים מעין אלו למשפט הפלילי.

לסיכומה של נקודה זו, לא הוכח כי מערער 1 נמנע באופן מודע מבירור ראוי, כך שבירורו אינו שקול בנסיבות העניין ל"אי-בירור". בלשון סעיף 20(ג)(1), הוא אינו מי ש"נמנע מלברר".

קיומו והמשך קיומו של חשד סובייקטיבי

50. נעמיק עוד בבירור העובדתי, ולו מן הטעם שהמקרה מורכב וקשה. נתייחס ל"איים" של העדר עשייה, בהם שקט מערער 1 על שמריו, מבלי לנקוט פעולות בירור. ניתן לשאול - האם בשלבים אלה של הפרשה נותר בליבו חשד שאותו לא הוסיף לברר? או שדו"ח מריאל ומכתבה של האחות הראשית גרמו להסרתו של החשד לחלוטין? ניתן היה לטעון שמכיוון שהאמין שהוא מברר את התלונות כהלכה - די בכך כדי להסיק שהאמין לתוצאות הבירור, וכי חשדו סר לנוכח ממצאי הבדיקות שנערכו. עם זאת, המדינה טענה כי מסקנות אלה - בצורת דו"ח מריאל ומכתבה של האחות הראשית - אינן חד משמעיות. לכן, נטען, הוסיף מערער 1 לחשוד בכונות התלונות מבחינה סובייקטיבית. נפנה לבדוק האם כך הוא. נתייחס אל המסקנות שהתקבלו אצל מערער 1, לאחר הבירור שנערך, ביחס לשלוש תלונות - תלונת בלר על התעללות, תלונתו על אלימות והתלונה האנונימית על קיומה של אלימות.

תלונת בלר על התעללות. דו"ח מריאל כלל התייחסות למדיניות הטיפול במחלקה. הוסבר הרציונל הטיפולי של אופן הטיפול בחוסים והדרך שבה הוא בא לידי ביטוי. הועלו סימני שאלה ביחס לפרקטיקות מסוימות, אולם בצידי הודגש כי כל המדיניות הטיפולית נקבעת על ידי מערער 2. הדו"ח כולל מענה נוסף לסימני השאלה. נקבע בו כי ההתמודדות עם סימני השאלה מצריכה בחינה מתמדת של הטיפול באמצעות ליווי צמוד ומעמיק, וכי ליווי כזה אכן ניתן על ידי גורמים שונים, כגון הפיקוח הקליני מטעם משרד האחות הראשית והדרכה אישית של כל אנשי הצוות על ידי גורם חיצוני נוסף. כל אלו עשויים לכוון את קורא הדו"ח - מערער 1 - לכך שהמחלקה נתונה להדרכה ופיקוח צמודים, הן של גורמי סיעוד והן של גורמי רפואה כגון מנהל המחלקה. לצד ה"יש" המרגיע, נדגיש את ה"אין" שבדו"ח - העדרן של מרבית פעולות ההתעללות. כאמור, בדו"ח נכללה רשימה מצומצמת יחסית של פעולות "בעייתיות". לא נאמר שבפועל יעילותן הטיפולית לא נמדדת או מהו פרק הזמן שבהן הפעולות מבוצעות. התמונה החלקית שהוצגה, כשלעצמה, אינה מדליקה נורת אזהרה כזו שלא ניתן לראות במענה כמספק. אף המומחה מטעם התביעה, פרופ' טיאנו, העיד כי תתכנה סיטאוציות שבהן הפעולות שהוזכרו בדו"ח תהיינה חלק מטיפול רפואי לגיטימי. לא ניתן לשלול אפוא מעבר לכל ספק סביר, על בסיס לשון הדו"ח בלבד, את טענתו של מערער 1 כי סבר שהמדיניות הטיפולית ראויה.

תלונת בלר על אלימות. מריאל מציינת כי "הפעלת כוח כלפי מטופלים הינה מוצדקת אך ורק במקרה של הגנה עצמית והגנת המטופלים אחרים, דבר הברור באופן חד משמעי לכל הצוות המטפל" (ההדגשה במקור). ניתן להבין את הדו"ח במלואו כך שמריאל מתייחסת לתלונותיו של בלר ושוללת אותן. אין מחלוקת על כך שתלונותיו של בלר בדבר אלימות היו אמורות לזכות להתייחסות בדו"ח מריאל, כפי שאף מצוין בפתח הדו"ח עצמו. מכאן שניתן להניח שהתייחסות לאלימות בדו"ח מכוונת לתלונות אלה. חיזוק למסקנה כזו הוא מיקומה של ההתייחסות בדו"ח לאלימות - לאחר הדיון במדיניות הטיפולית. בנסיבות העניין, ובהעדר ראיות אחרות בדבר קיומן של תלונות נוספות באותה תקופה, יש די אינדיקציות התומכות בטענת מערער 1 שלנוכח הדו"ח סר חשדו.

התלונה האנונימית על אלימות. בעקבות התלונה ערכה האחות הראשית של בית החולים פגישה עם אנשי הצוות, שבסיכומה יידעה את מערער 1 על כך ש"במפגש בלטה תמיכה מירבית כלפי מדיניות המחלקה מצד רוב הנוכחים, הכחשה של אלימות כלפי מטופלים והצבעה על קשיים תוך צוותיים המוצאים ביטויים בהאשמות הנ"ל". ההמלצה של האחות הראשית הייתה כי "יש לתת את מירב התמיכה ההדרכתית לצוות הנ"ל ולעומדים בראשו". לנוכח הדברים לא שבת מערער 1 מכל מעשה, אלא פעל לשיפור היחסים הפנימיים במחלקה והדרכת הצוות. אמנם לא ננקטו פעולות שנועדו לחקור קיומה של אלימות, אולם מן התכתובות וסיכומי הישיבות עולה כי מערער 1 סבר שהגורם לתלונות ההדדיות הוא סכסוכים פנימיים שקיימים בין אנשי הצוות. הדבר מתיישב עם האמור במכתבה של האחות הראשית ותואם את התגובות שניתנו לתלונותיו הקודמות של בלר. אם זה היה חשדו, וסבורני שלא הוכח אחרת, הברור הולם הוא.

לסיכום: מסכת הראיות הנסיבתיות אינה מוכיחה במידה הדרושה חשד סובייקטיבי של מערער 1 בהתעללות או באלימות כלפי החוסים, במסגרת השלבים השני והשלישי של התפתחות האירועים שבהם נמנע מלברר את התלונות שהתקבלו. ביתר השלבים הוא חשד בכך באופן סובייקטיבי אך פעל לברור העניין. כאמור, אף אם ניתן היה לערוך בירורים נוספים, לא מדובר בסוגיית התרשלות אלא במחשבה פלילית. היסוד הנפשי הוא תנאי להרשעת מערער 1. לשם כך יש להציג תשתית עובדתית שאינה בנמצא. יודגש כי מקום עבודתו הרגיל איננו במחלקה. הוא ניהל את כל בית החולים. לא הוכח כי הייתה לו מודעות לנעשה ואף כי נמנע מבחינה עובדתית מלברר את חשדו. עולה מהראיות כי הברור והצעדים שבהם נקט מערער 1 הביאו להסרת החשד מבחינה סובייקטיבית. ישנה קורלציה בין קיומו של חשד לבין פעולות הברור, ולהפך. אציע אפוא לחברי לזכות את מערער 1 מעבירת ההזנחה הראשונה בה הורשע.

2.ד. מערער 1, עבירת הזנחה נקודתית

51. מערער 1 הורשע בעבירת הזנחה נוספת. על פי הכרעת הדין, חוסה 9 (המְכָּנָה בהכרעת הדין אש"ק) סבל מפרצי אלימות, והיה עליו להיות תחת השגחה תמידית ובבידוד. הוא הוחזק במשך כשנתיים בחדר קטן וצר, אשר בקושי ניתן להכניס אליו מזון - פריט הריהוט היחיד בחדר. הוא שהה בחדר במרבית שעות היממה. פעמים רבות הוא עשה את צרכיו על רצפת החדר. עוד נקבע כי בחדר נמצאו מקקים לפחות במקרה אחד. לחדר הקטנטן לא היה חלון חיצוני או פתח אוורור, מלבד אשנב בדלת. מערער 1 עצמו הגדיר את החדר כ"טינופת". יוער כי אין מחלוקת על כך שהתנאים בהם שהה חוסה 9 נבעו מן המחסור בכוח אדם ובאמצעים. במחלקה לא היה חדר פנוי גדול יותר, לא היה די כוח אדם להוציאו מן החדר לפרקי זמן ארוכים יותר או כוח אדם מספיק כדי להוציאו לשירותים בכל פעם שנצרך לכך. על אף האמור, הורשעו מערערים 1-2 בהזנחת חוסה 9, בעקבות הקביעה שלא עשו די מאמצים בכדי לשפר את התנאים הקשים בהם היה שרוי במשך תקופה ארוכה זו.

בית המשפט המחוזי ביסס את הרשעתו של מערער 1 על שני נדבכים. הראשון - דחיית טענתו העובדתית כי ידע על כך שחוסה 9 יוצא לעיתים מחדרו לטיולים או לחוגים. נעיר כי יציאות אלו הוכחו כעניין עובדתי באמצעות עדויות ורפורטים, לפחות במקרים שבהם היה די כוח אדם כדי ללוות את החוסה. בית המשפט המחוזי קבע כי "מעדותו של [מערער] 1 בפני עולה, כי אותה 'ידיעה' באשר ליציאות מן החדר כלל לא הייתה מבוססת, ולמירב עלתה כדי הנחה, או תקווה, שנבעה מכך שאף אחד מאנשי הצוות לא ידע את נאשם 1 כי החוסה שוהה בחדרו". ברם, על אף מורכבות הנושא, עלינו לזכור כי נטל ההוכחה רובץ על התביעה. לא הובאו ראיות לכך שנאמר למערער 1 בפירוש או ברמז כי חוסה 9 אינו יוצא כלל מן החדר הקטן. אף לא הובאה ראיה ישירה אחרת, כגון מכתב שכתב מערער 1 או שיחה שערך, מהם עולה בבירור כי ידע שחוסה 9 מצוי כל היום בחדרו מבלי לצאת. אם לא נאמר לו דבר - לא כי החוסה יוצא לטיולים ופעילויות ולא כי הוא אינו יוצא אליהן - לא הרימה התביעה את נטל ההוכחה לעניין זה. נזכור כי יתר החוסים יצאו לפעילויות שונות, ואף חוסה 9 עצמו, ואין סיבה להניח שמערער 1 טעה לחשוב שהוא כלוא כל היום בחדרו בהעדר ראיה לכך. ונציין שוב כי זו עבירה של מחשבה פלילית - מודעות.

52. הנדבך השני שעליו התבססה ההרשעה היא הטענה שמגורים - דרך קבע - בחדר כמו זה שחוסה 9 גר בו, במשך שנתיים, מונעת מן החוסה צורך חיים חיוני. זאת, אף אם היו ימים בהם חוסה 9 היה יוצא לטיול התאווררות יומי ומערער 1 ידע על כך. הבעייתיות בנדבך זה איננה במישור המשפטי. היא טמונה בטענתו של מערער 1, שלא נסתרה. נקבע כי "עיקר טענתו [של מערער 1] בהקשר זה הינה, כי לא ידע [שחוסה 9] שוהה בחדר זה במשך כל שעות היום, אלא סבר שהוא שוהה בו ברוב שעות היום, וביתר שעות היום הוא יוצא לטייל ולעבוד (עדותו בעמ' 3676 לפרוט'; סיכומים בעל-פה, עמ' 10285-10283 לפרוט'; סיכומים בכתב בעמ' 33-34, 560-572)" (פסקה 573 להכרעת הדין. ההדגשות במקור). דא עקא, טענתו של מערער 1 אינה כי סבר שחוסה 9 שוהה בחדר במשך רוב שעות היום, ולא כולן. הטענה היא כי סבר שהחדר המדובר אינו מקום מגוריו הקבוע של החוסה. כך, למשל, בעמ' 3767 לפרוטוקול, שממנו מצטט בית המשפט המחוזי (בטעות צוין בהכרעת הדין עמוד 3676), טוען מערער 1 בפירוש:

"ת. ...מאחר ולא הייתי מודע [שחוסה 9] נמצא כל הזמן באותו מצב.
ש. לא הייתי מודע [שחוסה 9] נמצא כל הזמן?
ת. לא כל הזמן.
ש. כי מקודם הסכמת איתי?"

- ת. לא.
- ש. שהיית מודע מתוך התכתובות על המצב הקשה
- ת. בזמן אמיתי סברתי, וגם לא אמרתי את זה, בזמן אמיתי סברתי שאם הוא נמצא בחדר הזה, זה בזמן שיש חרפה במצבו ובזמן אחר שמצבו טוב יותר, כמו זה שהוא יכול לטייל בחצר או ללכת לטיול בהר הטייסים אז הוא יוצא לחדר אחר.
- ש. איך ידעת את זה?
- ת. מה?
- ש. איך ידעת את זה?
- ת. לא ידעת, הנחתי את זה.
- ש. איך הנחת את זה?
- ת. מה זאת אומרת איך הנחת את זה?
- ש. איך הנחת את זה? יש לך עובדות מסוימות. השאלה איך הנחת את זה ד"ר מרגולין, זה איך אתה מגיע לדברים כל כך מרחיקי לכת, שאין להם שום ביסוס. מישהו אמר לך? מישהו אמר לך תשמע ד"ר מרגולין תנוח דעתך, [חוסה 9] נמצא במצב קשה רק כאשר הוא באיזשהו התפרצות ובזמן אחר הוא מטייל בהר הטייסים?
- ת. אף אחד לא אמר לי ש[חוסה 9] נמצא כל הזמן באותו חדר, באותו מצב באותה טינופת.
- ש. ולכן אתה הנחת לטובתו שהוא נמצא במקום אחר?" (ההדגשות אינן במקור).

הטענה שבפי מערער 1 אינה נסובה, כאמור, על כך שחוסה 9 שהה בחדר רק ברוב שעות היום; הטענה היא כי סבר שבדרך קבע, כאשר מצבו טוב (ובתקופות אלה ניתן להוציאו לחצר או לטיולים), חוסה 9 כלל אינו מתגורר בחדר זה אלא בחדר אחר. רק בתקופות שמצבו קשה, עד שיש להחזיקו בבידוד מתמיד, מתגורר החוסה בחדר הצר. טענה זו נטענה על ידו בהזדמנויות נוספות, למשל בעמוד 3319 לפרוטוקול הדין מיום 2.5.2009:

"ש. תראה, אנחנו יודעים מכתב האישום שהטענה היא ש[חוסה 9] היה סגור כל הזמן בחדר. מה יש לך לומר על זה?

ת. אני לא ידעתי שהוא סגור כל הזמן בחדר. כאשר נכנסתי למחלקה וראיתי אותו אני ידעתי שזה חולה קשה שאם הוא סגור הוא סגור לפרקי זמן קצרים בגלל המצב שלו, בגלל האלימות שלו. לא ידעתי שהוא סגור כל הזמן בחדר, וכל מה שמתואר בכתב האישום לא היה ידוע לי. יחד עם זאת, אני מוכרח להגיד שאני מודע למגבלות הטיפול באשר באמצעים של המחלקה" (ההדגשות אינן במקור).

גם בסיכומיו בבית המשפט המחוזי או בבית משפט זה לא נטען על ידי מערער 1 כי סבר שחוסה 9 סגור בחדר ברוב שעות היום. הגרסה לפיה סבר שחוסה 9 לא מתגורר דרך קבע בחדר לא הופרכה באופן פוזיטיבי. אין ראיות אובייקטיביות המלמדות על כך שידע שהמצב בפועל שונה מגרסה זו. ההפך הוא הנכון, מן העדויות עולה כי הייתה תקופה ארוכה, בתחילת שהותו של חוסה 9 במחלקה, בה אכן התגורר בחדר יחד עם חוסים אחרים (ראו למשל עדותו של עד התביעה מארק מיום 19.11.2007, בעמודים 498-499 לפרוטוקול). עובדה זו, יחד עם ידיעתו של מערער 1 על כך שחוסה 9 יוצא לעיתים לטיולים או לחוגים, תומכת באפשרות שסבר כי החוסה שוהה בחדר רק לתקופות קצרות שבהן מצבו מתדרדר. התוצאה היא שמן הראיות הנסיבתיות - שעליהן בלבד התבסס בית המשפט המחוזי כדי להסיק

את היסוד הנפשי של מערער 1 - לא מוכחת מעל לספק סביר מודעות לכך שחוסה 9 גר בחדר הצר דרך קבע.

אף יש מקום להרחיב בתשתית העובדתית. כך, למשל, בתחילה הוכנסה לחדר מיטה, אולם חוסה 9 שבר את המיטה ופגע בעצמו באמצעותה, ועל כן ניתן לו מזרן בלבד. הוא הוצא לשירותים כאשר כוח האדם היה מספיק כדי ללוותו לשם. אשר למקקים - הוכח כי נמצאו שם לפחות במקרה אחד, אך אין זה ברור מה היה המצב בחדר במרבית התקופה. ולבסוף - מערער 1 פנה לגורמים המתאימים וביקש להוציא את חוסה 9 מהמחלקה, בטענה שהוא אינו מתאים לה לנוכח אלימותו. אמנם לא הוכח כי פנייה זו נעשתה בעקבות התנאים הסניטריים בהם שהה, אולם מערער 1 ידע כי אם תענה בקשתו תיפתר גם בעיה זו. כלומר, לא דובר על מצב קבוע מבחינתו, אלא הוא קיווה שהבעיה תיפתר עם העברת חוסה 9 למוסד אחר בו אין מצוקת מקום. כמובן שיש להעניק משקל לאמצעים שנקט מערער 1 כדי לעמוד על מודעותו. מהתמונה עולה כי הרף הפלילי לא נחצה לנוכח התמונה השגויה שלה היה מערער 1 מודע.

אציע אפוא לחבריי לזכות את מערער 1 גם מעבירת ההזנחה השנייה שבה הורשע, שכן לא הוכח כדבעי כי היה מודע לתנאים שבהם הוחזק חוסה 9. ספק אם הנתונים שלהם הוכח שהיה מודע מקיימים את היסוד העובדתי של עבירת ההזנחה, ואף אם כן - לנוכח העובדה שלא ידע כי מדובר במגורי קבע, הפעולות שננקטו גורעות מפליליות המעשה.

2.ה. המערער

53. בנוסף להרשעות המערער בשמונה עבירות של התעללות - אשר הגעתי למסקנה כי יש לזכותה מאחת מהן - היא הורשעה בעבירת הזנחה אחת ובעבירה אחת של שימוש פסול באמצעי כפייה לפי חוק הטיפול. בטרם נידרש לגזר דינה, ולאחר הדיון הכללי בעבירת ההזנחה שעניינה העיקרי הוא מערער 1, נשוב ונידרש להרשעותיה הנוספות של המערער.

עבירת ההזנחה

חוסה 10 (אשר כונתה בהכרעת הדין ר"א) נהגה לקרוע את בגדיה ולעשות בהם את צרכיה, אפילו פעמים רבות ביום ורגעים ספורים לאחר החלפת הבגדים. כתוצאה מכך, ולנוכח המחסור בבגדים, ניתנה הוראה להגביל את מספר הפעמים שבהן יוחלפו בגדיה בעקבות עשיית הצרכים בהם. למעשה הסתובבה חוסה 10, פעמים רבות, עם בגדים מטונפים או קרועים. המערער הורשעה בהזנחתה, לאחר שנקבע כי לא עשתה די בכדי לדאוג למזעור הפגיעה שנגרמה לחוסה. מסכים אני עם מסקנתו של בית המשפט המחוזי כי הותרתה של חוסה, אשר אינה מסוגלת לדאוג לעצמה, בבגדים ספוגי שתן בדרך קבע - עולה כדי הזנחה. בגדים נקיים ויבשים, בוודאי למשך תקופה של חודשים רבים, הם צורך חיים חיוני (ונזכיר כי סעיף 362 לחוק העונשין מונה אף "לבוש"). כפי שפורט לעיל, כאשר נסיבות הותרתו של חוסה בבגדים ספוגי שתן הן של "דרך חינוכית", ולא מתוך אילוצ, המעשים יכולים לעלות אף לכדי התעללות. המורכבות ביחס להרשעה זו עולה דווקא ביחס להגנה הקבועה בה - האם הוכחה המערער כי נקטה אמצעים סבירים לפי הנסיבות, אולם לא היה בידה לספק די בגדים יבשים ושלמים לחוסה 10?

המערערת הסבירה את הקשיים הכרוכים בדאגה לנקיונה של חוסה 10, ובית המשפט המחוזי קיבל את גרסתה העובדתית בנקודה זו. נקבע כי בתקופת ווסתה של חוסה 10 היא קולחה בתדירות גבוהה יותר. עוד נקבע כי לא הייתה הוראה גורפת שלא להחליף לחוסה 10 את הבגדים בכל מקרה - אלא הוחלפו מעת לעת, כאשר הדבר היה אפשרי. המערערת אף התריעה על מחסור באנשי צוות בהקשר זה של החלפת הבגדים, שכן חלק מן הקושי בשמירה על ההגינה של חוסה 10 - מעבר למחסור בבגדים - היה הצורך לקלחה בכל פעם שעשתה את צרכיה בבגדים. לשם כך היה צורך להצמיד אליה איש צוות מיוחד, שכן תדירות עשיית הצרכים הייתה לעיתים גבוהה מאוד. עוד קיבל בית המשפט את גרסת המערערת לפיה:

"... היו תקופות שהיינו ש[מערער 2] היה נותן מהכסף של המחלקה היינו הולכים לקנות לה סרייה של בגדים. והייתה תקופה שהייתה לה, והיינו משתדלים לקנות לה בגדים בכמות נכבדה. ואחרי כמה זמן היא הייתה או שהיא קורעת אותם, או שזה לא חוזר מהכביסה. אמרתי לך ניסינו לכבס את זה במחלקה כדי שזה לא תהיה בעיה. לפעמים זה הולך לאיבוד. לפעמים מטופל אחר קורע את זה. אבל אחת ל... ציינו אותה שוב פעם בבגדים. ניסינו".

המערערת ניסתה לקנות לחוסה בגדים מדי פעם בפעם, אולם הבגדים נקרעו או אבדו בכביסה. אף נעשה ניסיון לכבס את הבגדים במחלקה, ולא לשלחם למקום אחר, כדי למנוע את אבדנם. עוד נעיר כי חוסה 10 היא אישה כבדת גוף, הנזקקת לבגדים במידה גדולה במיוחד אשר יש צורך לקנותם במיוחד, ולא ניתן לשאול בגדים מחוסה אחרת כאשר כל בגדיה קרועים או מצויים בכביסה.

בית המשפט המחוזי קבע כי לנוכח חומרת הפגיעה שבלבישת בגדים עם שתן, אין המדובר בצעדים מספקים. למשל, המערערת לא הראתה בשום שלב שנעשה ניסיון לקנות עבור חוסה 10 חיתולים למבוגרים. אף אין זה מחזור מדוע ניתנה הוראה שלא לקלחה לאחר עשיית הצרכים. אם נוצרה בעיה לוגיסטית אין לזקוף את הדבר בהכרח לרעת המערערת, אולם בעיה לוגיסטית אינה מצדיקה בהכרח הוראה שלא לקלחה ולהחליף את בגדיה. בהקשר זה הייתי מזכיר שנטל הוכחת ההגנה של "אמצעים סבירים", לאחר שהוכחו יסודות עבירת ההזנחה, מוטל על המערערת. האם נטל זה הורם?

לטעמי, המקרה גבולי. מצויים אנו בתחום של אחריות פלילית, על כל המשתמע מכך. זאת הדרך לבחון את התנהגות המערערת. מסכים אני עם רגישותו של בית המשפט המחוזי, כי הפגיעה בחוסה פגיעה היא. עם זאת, המערערת נקטה פעולות רבות ועמדה בפני בעיות אמיתיות של כוח אדם ותקציב. לנוכח תדירות התופעה המתוארת של פעולת חוסה 10, יתכן שניתן היה לבצע פעולות רבות יותר. אך ככלל, מרבית הפעולות שניתן היה לעשות דורשות כוח אדם או תקציב שלא ברור אם היה בנמצא. גם אם המערערת הייתה יכולה לנקוט אמצעים נוספים, נוצר ספק האם יש להרשיע בפלילים בגין המחדל, שאינו עומד במרכז העניין. השאלה באיזו מידה יש להטיל אחריות על עובד סיעוד בגין התנאים של המוסד שלא הוא קובע אותם מורכבת מאוד. אמת המידה היא סבירות. השאלה היא האם נקטה המערערת "אמצעים סבירים בנסיבות העניין". במכלול הדברים, ניתן להשיב לשאלה זו בחיוב. היא לא התעלמה מהמצב. היא פעלה ופעלה שוב בצורות מגוונות. ויודגש, הליך זה מצוי בשדה של המשפט הפלילי, ולא במשפט האזרחי או המשמעתי. מקרה זה אף אינו שקול, למשל, למקרים האחרים שנדונו. בנסיבות אלה, הייתי מציע לחבריי לזכות מחמת הספק את המערערת מן העבירה במקרה זה.

שימוש פסול באמצעי כפייה

54. כפי שפורט לעיל, חוסה 8 סבל מהקנטות פיזיות רבות, שבגינן הורשעה המערערת בהתעללות. בנוסף לכך, הורשעו המערערת ומערער 2 בסגירתו בחדר בידוד בניגוד להוראות סעיף 34 לחוק הטיפול, העוסק באופן שבו יש לבצע שימוש באמצעי כפייה כגון בידוד. על פי לשונו של הסעיף, שכותרתו היא "אמצעי כפייה":

- "(א) בסעיף זה, "אמצעי כפייה" - בידוד או קשירה.
(ב) שימוש באמצעי כפייה לגבי חולה מאושפז ייעשה רק במידה הדרושה לצורך הטיפול הרפואי בו או כדי למנוע סכנה לעצמו או לזולתו.
(ג) הוראה בדבר שימוש באמצעי כפייה תינתן בכתב בידי רופא לזמן מוגבל; במקרה חירום ובהעדר רופא רשאית אחות לתת הוראה כאמור."

שימוש בבידוד - שהוא אמצעי כפייה - צריך להיעשות רק במידה הדרושה לצורך הטיפול הרפואי ולא יותר מכך. בנוסף לכך צריכה להינתן הוראה בכתב מאת רופא לשם ביצוע הבידוד, תוך הגבלת ההוראה בזמן, למעט מקרי חירום. עונשו של העובר על האמור קבוע בסעיף 44(ג) לחוק הטיפול: "המשתמש בבית חולים או במרפאה כלפי חולה באמצעי כפייה שלא על פי הוראות חוק זה, דינו - מאסר שלוש שנים". בית המשפט המחוזי קבע כי לפי הוראתו של מערער 2, ניתן היה לסגור את חוסה 8 בחדר ללא צורך ברישום בגין קשייו להרדם, הסתובבות במחלקה או כאשר היה חשש להפרעת מנוחת יתר החוסים ועשיית רעש. ההיתר ניתן באופן קבוע וגורף, ללא צורך בקבלתו מראש בכל פעם. לעיתים נסגר חוסה 8 בחדר למשך שעות ארוכות. בכך נעשה שימוש נגד חוסה 8 באמצעי כפייה גם שלא למניעת סכנה ולא רק במידה הדרושה לצורך הטיפול הרפואי בו, ללא הוראה בכתב לזמן מוגבל מרופא ואף שלא במקרי חירום.

הסנגור של המערערת העלה טענות שונות כנגד הרשעה זו. טענה מרכזית כוונה כנגד הקביעות העובדתיות שנמנו לעיל. ברם, קביעות אלה התבססו על רפורטים רבים ועל עדויות שונות שנשמעו, ואין אני מוצא מקום להתערב בהן. טענה נוספת כוונה כלפי הקביעה שחוסה 8 בודד מעבר לדרוש לצורך הטיפול הרפואי בו. מוכן אני להניח, לצורך הדיון, שיש ממש בטענה זו, וכי לא הוכח מעל לספק סביר שהנסיבות בהן נסגר חוסה 8 בחדר לא היו דרושות לצורך הטיפול בו. אולם אין בהנחה זו כדי לסייע למערערת. לשם הרשעתה די בממצאים שנקבעו כדי לקבוע שלא התקיימה דרישת סעיף 34(ג) לחוק הטיפול, למתן הוראות בכתב לזמן מוגבל מאת הרופא. אף עולה מן העדויות - כולל של עדים מצוות המחלקה - כי המערערת הייתה מודעת לאי-החוקיות שבכך. יוער כי מערער 2 העלה טענות נוספות בקשר להרשעתו בעבירה זו, כגון הטענה שהסגירה בחדר אינה מהווה בידוד או כי החוק אינו חל על חוסה 8. ברם, סנגורה של המערערת מיקד את טענותיו בטענה שהסגירה הייתה נחוצה ובטענות עובדתיות שונות - בעיקר אלה הנוגעות לידיעתה של המערערת. איני מוצא מקום לדון אפוא באריכות בטענותיו של מערער 2, שתידונה בפרק העוסק בהרשעותיו. בשלב זה רק אציין כי מסכים אני למסקנתו המשפטית של בית המשפט המחוזי, לפיה סגירתו של חוסה 8 מהווה, בנסיבות העניין, שימוש פסול באמצעי כפייה בדמות בידוד.

מערער 1 יזוכה משתי עבירות ההזנחה בהן הורשע.

ערעורה של המערערת על הרשעתה בעבירות ההתעללות יידחה, וכך גם ערעורה על הרשעתה בעבירה של שימוש פסול באמצעי כפייה. מנגד, הצעתי היא לזכותה מעבירת ההזנחה שבה הורשעה. מהי התוצאה העונשית הכוללת?

בית המשפט המחוזי גזר על המערערת 9 חודשי מאסר בפועל לריצוי מאחורי סורג ובריח; 18 חודשי מאסר על תנאי, לבל תעבור בתוך 3 שנים עבירה של התעללות לפי סעיף 368 לחוק העונשין; 5 חודשי מאסר על תנאי, לבל תעבור בתוך שנתיים עבירה של הזנחת מושגחים או שימוש פסול באמצעי כפייה; וקנס בסך של 15,000 ₪ או שלושה חודשי מאסר תמורתם. הוענק משקל לחומרה לאופן הביצוע השיטתי של המעשים; לחלקה המרכזי בפרשה, כמי שהייתה הדמות המרכזית במחלקה ושליטתה על אנשי הצוות; ולחומרתם הרבה של המעשים. מן הצד השני התחשב בית המשפט בכך שפעולותיה של המערערת נעשו מתוך תפיסה שרק שיטה טיפולית-התנהגותית נוקשה תגרום לשיפור במצבם של החוסים - ולא מתוך סדיזם או רצון להסב להם סבל גרידא. עוד ניתן משקל למצבה המשפחתי - מפרנסת עיקרית של שלושה קטינים צעירים - והפנמת חומרת מעשיה. כן ניתן משקל לכך שאין לה כל עבר פלילי. לבסוף, ציין בית המשפט המחוזי שמדובר במי שבחרה להקדיש את חייה לטיפול במטופלים שמצבם כה קשה ומורכב.

עסקינן במסכת קשה וחמורה. צמרמורת אוחזת בקורא על המעשים שבוצעו בחוסים. חומרה זו מתעצמת שבעתיים לנוכח היקף המעשים ופרק הזמן הארוך שבו בוצעו - במשך למעלה משנה. לו היה נקבע כי מטרת המעשים הייתה להסב סבל או השפלה לחוסים ללא כל תועלת טיפולית, ראוי היה לגזור עונש חמור בהרבה. קביעה זו נכונה גם לו היה נקבע שמטרתה של המערערת הייתה לייצר "שקט תעשייתי", כמעין "רס"ר משמעת" הרוצה לחנך את החוסים לנהוג בשקט ובאיפוק. אולם נקבע, כאמור, כי ככלל פעלה המערערת לשם התכלית של הבאת תועלת לחוסים. תכלית זו הוצאה אל הפועל בצורה שלא ניתן להגדירה אלא כמעוותת; אולם היא עשויה להיות שיקול המצדיק הקלה מסוימת בעונש ביחס למי שביצע את מעשיו מתוך רוע לב ואכזריות לשמה (ראו למשל ע"פ 295/94 דלעיל). בראי זה, סבור אני כי עונש המאסר בפועל בבית הסוהר שהושת על המערערת הולם את חומרת המעשים.

יחד עם זאת, וחרף ההלימה האמורה, אציע לחבריי להקל בעונשה של המערערת. ארבע סיבות לכך. הראשונה - זיכוייה של המערערת מעבירת ההזנחה. בהתחשב בעבירות השונות בהן הורשעה המערערת וחומרתן, הזיכוי הוא אמנם בעל משקל מסוים אך אין להפריז בכך. השנייה - חלופי הזמן. טרם אתיחס לכך, יובהר כי אין באמור בהמשך להוות ביקורת על הדרך בה ניהל בית המשפט המחוזי את הדיון. ההפך הוא הנכון. בשל הייחוד שבאישומים, הן ביחס לסעיפים והן ביחס לרקע, נדרש בירור מקיף, לרבות שמיעת מומחים בנושאים שלא התעוררו בעבר. מספר הנאשמים היה רב. תפקידם השונה הצריך התייחסות ייחודית לכל אחת מן הקבוצות. יש לומר כי בית המשפט המחוזי ניהל את העניין בקפדנות, במקצועיות ובענייניות. ועדיין, הנתונים הם אלה: גזר הדין ניתן בשנת 2013, בעוד שהחקירה הפלילית

נפתחה בשנת 2004 וכתב האישום הוגש בשנת 2006. כיום, בשנת 2015, עומדים אנו למעלה מעשר שנים לאחר חשיפת הפרשה. זוהי תקופה ארוכה מאוד.

עתה, וזוהי הסיבה השלישית, יש לבחון נתון זה של חלוף הזמן על רקע העונש שנגזר. נאמר בפשטות כי לו היה מקום להטיל על נאשם מספר שנות מאסר בגין תיק מסוים, ומשפטו התארך זמן רב ביותר – נכון היה בדוגמא זו, ככלל, לתת משקל מסוים לתקופה, אך לא לסטות באופן מהותי מהעונש המתאים. כמובן, הכל תלוי נסיבות. בענייננו, נגזרו על המערערת 9 חודשי מאסר בפועל. קיים פער בין עונש זה לבין עונש מאסר בפועל בן שישה חודשים, שניתן לרצותו בעבודות שירות. אך ניתן לומר כי מדובר בפער של כמות ולא של איכות. בהקשר זה יש משמעות מסוימת לזיכוי מעבירת ההזנחה. שוב, אין זה אומר כי אין מקום להטיל עונש של 9 חודשי מאסר במקרה בו חלף זמן רב עד למועד גזר הדין. עם זאת, ישנם נימוקים שפועלים לטובת המערערת. העיקרי שביניהם – התרשמותו של בית המשפט כי "ככלל... [המערערת] פעלה לתכלית של הבאת תועלת לחוסים". מנקודת מבט זו אף יש משקל לכך שהמערערת היא היחידה מבין המערערים שנדונה לעונש מאסר בפועל מאחורי סורג ובריא. חשיבות העניין היא שמערער 2 משמש בתפקיד בכיר מן המערערת, על אף שגם תפקידה היה בכיר. בנסיבות אלה, ובעיקר בגין השילוב שבין התקופה הממושכת והתרשמותו של בית המשפט בדבר המניעים של המערערת, נראה לי שיש מקום להיעתר לבקשתו החלופית של הסנגור ולגזור עונש מאסר של 6 חודשים בעבודות שירות וזאת בכפוף לקבלת חוות דעת מטעם הממונה על עבודות שירות בתוך 30 ימים ממועד מתן פסק הדין. בנוסף לכך, ולנוכח זיכוייה של המערערת מכל עבירה של הזנחה, יש לבטל את עונש המאסר על תנאי לבל תעבור עבירה של הזנחת מושגחים. יתר רכיבי גזר דינו של בית המשפט המחוזי יותרו על כנם.

56. נסיים חלק זה של הכרעת הדין באשר פתחנו. צוין כי פרשה עגומה לפנינו. כך ביחס לחוסים ומשפחותיהם, אך לא רק. העניין משאיר כתם על החברה. כלל הוא כי חברה נמדדת על פי התייחסותה לחלשים ולחסרי ישע. אכן, החוסים סובלים מבעיות פסיכיאטריות קשות. הטיפול בהם מהווה אתגר רב-מערכתי. המציאות היומיומית היא קשה, עקבית ומצטברת. באופן פרדוקסלי, אף נקבע כי המערערת פעלה מתוך דאגה לטובת החוסים, על פי הבנתה. עם זאת, ולאחר התוצאה אליה נגיע בפסק הדין, נותרה מציאות הדורשת בדיקה, פיקוח ותיקון. די לומר כי אין להשלים עם מציאות כזו במאה העשרים ואחת. החוסה, יהיה מצבו קשה ככל שיהיה, אדם הוא. אין בחוסר השליטה שלו, גם בפונקציות בסיסיות, כדי לגרוע מן העובדה שהוא נברא בצלם. הכרה בכבודו איננה בגדר מותרות חברתיות. זהו צו השעה הנוכחית והשעה הבאה. תורת הענישה, וכאן הסיבה הרביעית להקלה בעונש, עשויה להצדיק אי-מיצוי הדין במקרה ראשון מסוג זה, כאשר לא עסקינן בעבירה של תקיפה אלא בהתעללות במסגרת טיפול. זאת מהסוג שנובע לא מסדזים, אכזריות או רצון ליצור שקט תעשייתי – אלא אך מאמונה סובייקטיבית מוטעית. חובה על המטפלים בעניין, כאשר טיפול ראוי הוא בגדר מלאכת קודש, להפנים את מעמדו הערכי של החוסה ואת היותו אדם. הפתרון יבוא מהפנמה כי יש להתייעץ, לשקף ולדון שוב ושוב בעניינים אלה כדי שמעשים ממין זה לא יישנו.

עיינתי בחוות דעתו הבהירה והיסודית של חברי, השופט א' שהם, ואני מצטרף אליה.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

1. בחלק זה אעמוד על חלקו של מערער 2 בפרשת ההתעללות וההזנחה, כפי שזו נקבעה בהכרעת דינו המקיפה של בית משפט קמא, ואבחן את טענותיו של מערער 2 בנוגע להרשעתו בדין.

לאחר זאת, ובמידה שההרשעה תעמוד על כנה, אדון בערעורה של המשיבה על קולת העונש שנגזר עליו.

העבירות בהן הורשע מערער 2

מערער 2, יליד 1952, הינו מומחה בפסיכיאטריה של הילד, אשר ניהל בתקופה הרלבנטית לכתב האישום את "מחלקת ההמשך" בבית החולים הפסיכיאטרי "איתנים", השוכן בהרי ירושלים. "מחלקת ההמשך" (להלן: המחלקה), יועדה למטופלים בגירים שברובם סבלו מאוטיזם קשה ביותר, וכפי שציין בית משפט קמא, רמת תפקודם היתה נמוכה במיוחד וחלקם סבל מפיגור שכלי בינוני עד קשה, לעיתים ללא יכולת דיבור ותוך נטייה לפגיעה עצמית. בתקופה הרלבנטית היו במחלקה 20 חוסים, כאשר כתב האישום עוסק ב-11 חוסים מתוכם.

מערער 2 הורשע בשבע עבירות של התעללות בחסר ישע על-ידי אחראי, לפי סעיף 368 סיפא לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) (במסגרת האישומים השלישי, הרביעי, החמישי, השמיני, התשיעי, העשירי והאחד עשר). כמו כן, הורשע מערער 2 בעבירה של שימוש פסול באמצעי כפיה, לפי סעיפים 34 ו-44 לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991 (להלן: חוק הטיפול), בגדרי האישום האחד עשר. בנוסף, הורשע מערער 2 בעבירה של הזנחת מושגחים, לפי סעיף 262 לחוק העונשין (אישום שנים עשר).

בית משפט קמא גזר על מערער 2 ששה חודשי מאסר שירוצו בדרך של עבודות שירות, מאסר על תנאי, וקנס בשיעור של ₪ 15,000 או 3 חודשי מאסר תמורתו. כזכור, המשיבה מערערת על קולת העונש, היה וידחה ערעורו של מערער 2 לענין ההרשעה.

2. העובדות שנקבעו על-ידי בית משפט קמא בנוגע לאישומים בהם הורשעו מערער 2 והמערערת בע"פ 7734/13 (להלן: המערערת), סוכמו בהרחבה על-ידי חברי, השופט נ' הנדל, ואדרש אליהם, במידת הצורך, ככל שהדבר נוגע למערער 2.

כמו כן, אני מצטרף לניתוח המקיף והמעמיק שערך חברי לגבי יסודות עבירת ההתעללות בקטין או בחסר ישע, וכן בעבירה שעניינה הזנחת מושגחים, ואוסיף משלי רק במידה שהדבר ידרש, לצורך דיון בערעורו של מערער 2.

במבט על, ניתן לציין, כי בית משפט קמא חילק את האירועים שהתרחשו במחלקה, אותם ראה כהתעללות בחסרי ישע, ככל שהדבר נוגע למערער 2, לשלושה חלקים: החלק האחד עניינו במעשי התעללות שמערער 2 לא הורה

עליהם ולא ידע על עשייתם; החלק השני נוגע למעשים שהיו בידיעתו של מערער 2, שעה ששימש כמנהל המחלקה, אך הוא לא אישר אותם ולא הורה על ביצועם; החלק השלישי דן במעשי התעללות עליהם הורה מערער 2 או שהוא אישר לצוות המחלקה לבצעם.

מטבע הדברים, זוכה מערער 2 מאותם מעשים שעליהם לא ידע, ואף לא ניתן לייחס לו עצימת עיניים בגינם. לגבי הקטגוריה השניה קבע בית משפט קמא, כי יש לראות את מערער 2 כמבצע בצוותא של אותם מעשי התעללות, שכן:

"תרומתו להמשך ביצועם של מעשים אלה הייתה מהותית וקריטית, ובמובן זה הוא שלט שליטה פונקציונאלית מוחלטת בהמשך ביצוע המעשים על ידי אנשי הצוות השונים, הגם שלא נטל חלק אקטיבי בביצועם. מכוח מעמדו של [מערער 2] - מנהל המחלקה, איש המקצוע הבכיר ביותר במחלקה והאחראי העיקרי והראשי על דרכי הטיפול המקצועיות בחוסים במחלקה - היו בידיו היכולת והסמכות ההיררכית והמקצועית להביא להפסקת ביצועם של כל המעשים הפסולים שנעשו במחלקה" (עמ' 229 להכרעת הדין).

אשר למעשים מהסוג השלישי, קבע בית משפט קמא כי ברי שיש לראותו כמבצע בצוותא "בהיותו מקור ההוראות והיוזם".

הטענה העיקרית לגבי הקטגוריה השניה, היא שאין לראות את מערער 2 כמבצע בצוותא של אותם מעשים שהוא רק ידע על קיומם, אך לא הורה או אישר את ביצועם, וזאת בהעדר חובה שבדין המחייבת אותו לפעול. ועוד נטען, כי "בהיבט החוקי אין לומר שעל האחראי חובה למנוע עבירות של אחרים בחוסים בגדרי המחלקה רק בשל היותן עבירות הפוגעות בחוסים" (סעיף 207 להודעת הערעור).

לגבי הקטגוריה השלישית, נטען כי המעשים אושרו על-ידי מערער 2 משום שמדובר בדרכי טיפול לגיטימיות, ואין עסקין במעשי התעללות בחסרי ישע.

3. נפנה, אפוא, לבחון את הדברים כסדרם.

האישום השלישי של כתב האישום נוגע לחוסה י"ו (אליו התייחס חברי כ"חוסה 1"). חוסה 1 הינו יליד 1966, אשר מאושפז במחלקה מאז היותו נער, בהיותו סובל מפיגור שכלי ומהפרעה התפתחותית רחבת היקף הנקראת PDD.

אין חולק, כי לגבי חוסה זה נתלו, על גבי לוח המודעות שבמחלקה, חמישה דפים (להלן: "הפלקט"), שבהם הוראות והסברים כיצד לנהוג בחוסה 1 במצבים שונים, כאשר הפלקט נרשם בכתב ידה וביזמתה של המערערת. בין הנושאים הכלולים בפלקט, ניתן למצוא את דרכי הפעולה הבאים, ביחס לחוסה 1: תגובה להתנהגותו בזמני מנוחה ומדיניות ענישה כלפיו, לרבות ביחס לדיבור מצידו של החוסה; ההתנהגות כלפיו בחדר האוכל, בזמן העבודה, ובמקלחת; וכיצד באלה דברים. בית משפט קמא ציין, בצדק, כי אין די בהוראות שהופיעו בפלקט ועדיין יש לבחון את השאלה, האם אנשי הצוות פעלו בהתאם להוראות, ויישמו אותם הלכה למעשה. לאחר בחינת כלל הראיות, הגיע בית משפט

קמא למסקנה כי הפלקט שימש מקור לפעילותם של כל אנשי הצוות במחלקה, בבואם לטפל בחוסה 1, כאשר אנשי הצוות "מילאו אחר ההוראות וביצעו את האמור בפלקט הלכה למעשה".

אשר למדיניות ההאכלה של חוסה 1, הוכח כי בוצעה ההנחיה, לפיה על החוסה לסיים את כל האוכל שהונח בצלחתו, ונאסר על אנשי הצוות לתת לו תוספות מזון. היה והחוסה לא סיים לאכול את כל המזון שהיה בצלחתו, הורתה המערערת "לדבר אליו בטון של תינוק, לחלק מהמזון שאהב ושנותר עדיין בצלחתו לחוסים אחרים, ולא לצו לאכול מתחת לשולחן". במידה שהחוסה עמד בסירובו לאכול, הוא היה נשלח, בהוראתה של המערערת, לבידוד, שם נאלץ לסיים את ארוחתו. עוד נקבע, כי ההנחיה בעניין זה ניתנה על-ידי מערער 2 שהעיד, כי החוסה קיבל מנות אוכל קטנות, אך את המנה הקטנה והבסיסית שהונחה בצלחתו, היה עליו לסיים "בכל מחיר". רבים מעדי התביעה תיארו כיצד הנחיה זו הובילה לעיתים לפליטת האוכל מפיו של חוסה 1, ולא אחת להקאה של ממש, וכפי שקבע בית משפט קמא "גם עובדה זו מחזקת את המסקנה [שחוסה 1] אולץ, לעיתים, לאכול בניגוד לרצונו".

אשר להנחיה שלא לתת לחוסה 1, בשום מקרה, תוספות מזון, קבע בית משפט קמא, כי בניגוד לאמור בסיכומיו של פרקליטו דאז של מערער 2, כאילו המערער הוא שהורה על כך, הרי ש"לא הוכח [שמערער 2] הוא שהורה לתת תוספות מזון [לחוסה 1]". ומה ארע כאשר חוסה 1 עמד במריו וסרב לאכול? בהתאם להנחיה בפלקט, היה צריך לפנות אליו בטון של תינוק "ולומר לו למשל 'בוא תינוקי, בוא נאכיל אותך'", ואם הוא היה עדיין עומד במריו, יש "להכניס לפיו ביס מהמזון ושוב לדבר אליו כאל תינוק עד שיתחיל לאכול בעצמו". מערער 2, שידע על ההנחיה, הגם שעל פי קביעת בית משפט קמא הוא לא היה המקור לנתינתה, ניסה להסביר את הרציונל העומד מאחוריה, באומרו כי חלק ניכר מהתנהגותו של חוסה 1 "מתאימה לילד בגיל שנתיים או שלוש", ולפיכך מותר היה לדבר אליו בהתאם לגילו השכלי, "כפי שכל הורה מדבר אל ילדו הקטן על מנת לשכנעו לאכול, ואין לראות בכך דיבור משפיל". עמדה זו נדחתה, מכל וכל, על-ידי בית משפט קמא בקובעו, כי "דיבור מעין זה נועד להקניט את [חוסה 1] במטרה לגרום לו לרצות להוכיח לאנשי הצוות שהוא איננו תינוק ושהוא מסוגל לאכול בעצמו ללא עזרה". יצוין, כי מערער 2 אמר בחקירתו במשטרה, בהתייחס לאמור בפלקט, כי "זה חמור מאד להתייחס למטופלים כתינוק".

בהתייחס לאיום שהופנה אל חוסה 1, כי אם לא יאכל, מזונו יחולק לאחרים, קבע בית משפט קמא, כי הנחיה זו לא ניתנה על-ידי מערער 2, אך הוא ידע עליה ואף טען כי מותר היה לומר לחוסה 1 כי אם לא יסיים את מנת המזון היא תחולק לאחרים, והוא גם לא יקבל מנה אחרונה. עם זאת, טען מערער 2, כי בפועל לא נלקח מחוסה 1 אוכל, והוא אף העיד בבית המשפט: "אני לא שמעתי על דבר כזה. זו לא הייתה ההוראה שלי. היה לו את האוכל שלו ולא נתנו מהאוכל שלו למישהו אחר".

הנחיה נוספת בנוגע לחוסה 1 היתה, כי אם הוא עדיין לא אוכל, יש לקחת ממנו את הכסא על מנת שיישב לאכול על הרצפה, ואז להאכילו במנות קטנות ובמקביל "יש לדבר אליו בטון של תינוק". מערער 2 לא הכחיש כי חוסה 1 אולץ לאכול מתחת לשולחן, ונדחתה טענתו, לפיה הדבר נעשה רק במצבים שבהם החל חוסה 1 להתפרץ ולצעוק בזמן הארוחה. הוכח, כי כל אימת שחוסה 1 לא אכל כפי הנדרש, הוא נאלץ לאכול מתחת לשולחן "כסוג של עונש". עוד נקבע, כי דווקא אילוצו של חוסה 1 לאכול מתחת לשולחן הוא שעורר אצלו לחץ וצעקות. יצוין, כי בסיכומיו טען מערער 2 כי הוא זה שנתן את ההנחיה, אך בית משפט קמא דחה גרסה זו וקבע כי הוא ידע על ההנחיה ואף נתן הסכמה לתוכנה, אך הוא לא "הגה, יצר או אישר את ההוראה אשר נכתבה בפלקט".

עוד נאמר בפלקט, כי במקרים קיצוניים, שבהם חוסה 1 גורם לאי שקט בחדר האוכל ואינו נרגע, הוא יועבר עם צלחתו לחדר בידוד (שכונה בפלקט "חדר 505"). זאת, כאשר איש צוות יושב בפתח החדר מבלי לדבר, ולא מאפשר לחוסה לדבר בעצמו. עוד נאמר, כי אם החוסה ינסה לדבר או לזרוק את האוכל "איש צוות יקח את המזלג ויכניס אוכל לפיו של [חוסה 1] (לא כמות שיחנק ממנה!), עד שיבין שעליו לאכול". בהתייחס להוראה זו, אישר מערער 2, כי "במקרה [שחוסה 1] מתפרץ, צורח או מכה את עצמו במהלך הארוחה, או אז יש להוציא אותו לחדר בידוד, ולאחר שנגע היה עליו לסיים את ארוחתו". בית משפט קמא סבר, על יסוד הראיות שהובאו בפניו, כי לא ניתן "לקבוע ממצא לפיו [חוסה 1], נשלח לחדר בידוד גם שעה שהתנהג בצורה רגועה ושקטה, כשהעילה היחידה לבידודו הייתה סירובו לאכול". עם זאת, הוסיף וקבע בית משפט קמא, כי ההוראה "מעוררת קושי בכל הנוגע לשאלת חוקיות השמתו של [חוסה 1] בחדר בידוד, על פי החלטתו של איש צוות, זוטר ככל שיהיה".

בהמשך, התייחס בית משפט קמא להנחיה שלא נכללה בפלקט והיא, כי כאשר חוסה 1 פולט את מזונו, יש להאכיל אותו בקיאו. בית משפט קמא שוכנע, כי היו לפחות שלושה "אירועים קשים ביותר", כאשר חוסה 1 הקיא "ואנשי צוות מסויימים אילצוהו לאכול את קיאו". המערער וכן מערער 2, הכחישו קיומה של הוראה מעין זו, אך שניהם "אישרו שהיתה הנחיה להאכיל את [חוסה 1] באוכל שפלט בטרם עבר עיכול, היינו - לשיטתם, מותר היה להאכילו באוכל שנכנס לפיו ונפלט עוד טרם בליעתו". מערער 2 טען, כי לא הנחה להחזיר לפיו של חוסה 1 אוכל לעוס "אלא רק אוכל שנפל מהפה", אך בית משפט קמא קבע, בהקשר זה, כי:

"אינני רואה הבדל מהותי, מבחינת הפגיעה בכבוד האדם של החוסה, בין האכלה ב'ביסים שלמים' שנפלו מפיו, לבין האכלתו באוכל שנפל מפיו וכבר הוחל בלעיסתו, בשני המקרים נאלץ החוסה לאכול מזון שיצא מתוך פיו, כאשר לגודל הנגיסות, בכל הכבוד, אין נפקות ממשית" (עמ' 169 להכרעת הדיון).

עם זאת, קבע בית משפט קמא, כי למרות שהוכחו מקרים שבהם אולץ חוסה 1 לאכול את קיאו, הדבר לא היה בדיעתם של המערער ושל מערער 2, אלא שמדובר ביוזמה פרטית של אנשי צוות מסויימים.

4. נושא אחר, הנוגע אף הוא לחוסה 1, עניינו במניעת התנדדות של החוסה. על פי ההוראה המיוחסת למערער, נאסר על חוסה 1 להתנדד, לאורך כל שעות העבודה במחלקה. לשם אכיפת האיסור, הונחו בין גופו של חוסה 1 לבין הקיר חפצים שונים, כגון: קופסאות פלסטיק, כוס, מקל או מסרק, ושעה שהחוסה היה מתנדד, וכתוצאה מכך נפל החפץ, היה החוסה נענש. לעיתים, הוצמדה לגבו של חוסה 1 כוס מלאה במים, כך שאם הלה הוסיף להתנדד, נפלה הכוס והמים נשפכו. לא היתה מחלוקת כי חוסה 1 נהג, מאז תקופת ילדותו, לנדנד את גופו קדימה ואחורה, בעיקר בזמן ישיבה, ומערער 2 אישר כי תנועה מעין זו מאפיינת, בין השאר, אנשים הסובלים מפיגור שכלי או אוטיזם. המערער, כמו גם מערער 2, אינם מכחישים כי נאסר על חוסה 1 להתנדד, כמו גם את השיטה שננקטה למנוע זאת, היינו "הנחת חפץ מאחורי גבו או עורפו", אך טענו כי האיסור היה מצומצם לזמנים ומצבים מסויימים.

המערער ומערער 2 טענו, כי מניעת התנדדות נעשתה רק במקרים שבהם היתה התנדדות מהירה וחזקה, כאשר היתה אינדיקציה להתפרצות הולכת וקרבה של חוסה 1. טענה זו נדחתה על-ידי בית משפט קמא, ונקבע כי נמנעה מהחוסה כל צורה של התנדדות, ולא רק כזו המעידה על התפרצות אפשרית-עתידיה.

עוד נקבע, כי במשך כשנה ננקטו הפעולות למניעת ההתנדדות (מחודש אוק' 2002 ועד לתחילת שנת 2004), ללא ידיעתו של מערער 2, אך לאחר מכן הוא היה מודע לביצוע המעשים, כאשר לגרסתו מדובר בהנחת כדור בין גופו של חוסה 1 לבין הקיר. בית משפט קמא קבע, בהקשר זה, כי:

"אין מחלוקת כי למצער לאחר תחילת 2004 היה [מערער 2] מודע לשיטה זו, ואין חשיבות של ממש האם נעשה שימוש בכוס או בכדור, מסרק או כל חפץ אחר, ולא הובאו ראיות לכך [שמערער 2] הורה לאנשי הצוות לחדול מכך, או כי בירר או וידא שלא נעשה שימוש בשיטה זו. מכאן, שניתן לראותו כמי שקיבל ואישר במשתמע, בהתנהגותו, את השיטה של הנחת חפץ למניעת התנדדות, החל מן המועד בו נודע לו עליה, ואילך" (עמ' 177 להכרעת הדין).

יצוין, כי האיסור על מניעת התנדדות חל גם כאשר החוסים שהו בחצר בית החולים. על חוסה 1 נאסר להתנדד, וניתנה הוראה לאנשי הצוות להושיבו בכיסא מיוחד, כאשר כוס צמודה לגבו. מערער 2 אישר בסיכומיו כי הוא היה מודע לכך שאיסור ההתנדדות חל גם בחצר.

5. נושא כאוב נוסף בהתנהלות כלפי חוסה 1, עניינו בהנחיה האוסרת על חוסה 1 לדבר במהלך שעות היום. על פי הפלקט, נאסר עליו לדבר בשעות המנוחה, והובהר כי אם ידבר יענש בהשמה בחדר הבידוד. יצוין, כי החל מהשעה 16:00 נאסר עליו לדבר "ולו מילה אחת", והפרה של כלל זה עשויה לגרור אחריה עונשים שונים. הכרעת הדין מפרטת בהרחבה את הראיות שהובאו, בעניין זה, כאשר אנשי צוות שונים קיבלו הנחיה זו בצורה קשה ביותר. כך, למשל, העיד אחד מאנשי הצוות בשם מליק, כי חוסה 1 היה מסוגל לדבר לעניין, אך נאסר עליו לומר אפילו משפטים כמו "אני רוצה תפוח" או "אני רוצה ללכת לשירותים".

ומה באשר למערער 2? גרסתו היתה, כי לא נאסר על חוסה 1 לקיים תקשורת בסיסית, אשר הוגדרה על-ידי כ"תקשורת מינימאלית מאד קצרה". ואולם, כך נטען על-ידי מערער 2, נאסר עליו לקיים דיבור "מתפרץ" שעשוי להוביל למצבים של איבוד שליטה. עם זאת, אישר מערער 2, כי לא התאפשר לחוסה 1 "לדבר יותר מדי", ונמנע ממנו לקיים שיחות ארוכות, כדי שלא יגיע, כך נטען, למלל שאינו נשלט על-ידי. מערער 2 אישר בנוסף, כי אם חוסה 1 דיבר יתר על המידה, הוא נשלח לחדר בידוד לדקה, ובמידה שהדבר חזר על עצמו הוא הוחזר לחדר הבידוד לשתי דקות.

על יסוד מכלול הראיות, קבע בית משפט קמא, כי "זכות הדיבור של [חוסה 1] הוגבלה בצורה ניכרת במהלך שעות היממה". ועוד נקבע, כי הגבלה זו התקיימה "במידה רבה, דרך קבע, במצבים שונים במהלך היום, אף ללא קשר למצבו הנפשי [של החוסה] באותו רגע". בית משפט קמא קיבל כמהימנים את דבריו של מערער 2, לפיהם הנחייתו היתה למעט בדיבור עם חוסה 1 ושלא לפתח עימו שיחות ארוכות, מעבר לכמה משפטים קצרים ופשוטים. עם זאת, הוכח כי הוגבלה זכות הדיבור של חוסה 1 בצורה רחבה בהרבה "תוך חריגה מגבולות ההוראה שתוארה על-ידי [מערער 2]": "הנחייתו זו של מערער 2 עמדה בניגוד גמור להוראות שהופיעו בפלקט, באשר לאיסור הדיבור שנכפה על חוסה 1 ובאשר לסנקציות הקשות שיש לנקוט נגדו במקרה של הפרה. אין חולק כי מערער 2 היה מודע היטב לתוכנו של הפלקט שניתלה על לוח המודעות במחלקה, ובית משפט קמא קבע, בהקשר זה, כי מערער 2 ידע "למצער ברמה של עצימת עיניים, כי צוות המחלקה נדרש לבצע בפועל את ההוראות שנרשמו בפלקט, החורגות מהוראותיו שלו, והוא אף קרא את הרפורטים השונים, מהם יכול היה ללמוד אודות יישום ההוראות בפועל" (עמ' 195 להכרעת הדין).

6. הנושא הבא, בהקשר לחוסה 1, נוגע להטלת עונשים שונים, ונתמקד בסקירתנו לנושאים שהם רלבנטיים למערער 2 בלבד.

שלילת מקלחת ומניעת צחצוח שיניים כעונש - אשר לנושא הראשון, הוכח כי המערערת השתמשה באמצעי של שלילת מקלחת כדי להעניש את חוסה 1 בגין התנהגות שנראתה לה כבלתי ראויה. ואולם, כך נקבע, לא הוכח במידה הנדרשת כי מערער 2 "ידע שאמצעי זה ננקט כעונש חינוכי". שונים הם פני הדברים לגבי מניעת צחצוח שיניים, שכן לא היתה כל סיבה למנוע מחוסה 1 לצחצח את שיניו, אלא אם מדובר באמצעי עונשי, ומערער 2 לא התמודד עם השאלה, מדוע נמנע מחוסה 1 לצחצח שיניים, אף לאחר שיצא מחדר בידוד, כשאז יש להניח כי הוא כבר נרגע. מערער 2, כך נקבע, העביר את שיקול הדעת לגבי מניעת צחצוח השיניים לידי אנשי הצוות, ונתן להם גיבוי, בעת שהם הפעילו אמצעי עונשי זה.

מכסת עבודה רבה, מכבידה ושנואה, כעונש - בית משפט קמא ראה בכך משום אמצעי ענישה בלתי לגיטימי, אך לא התייחס לחלקו של מערער 2 בנושא זה.

כליאה ב"חדר חירום", כעונש - בית משפט קמא קבע, כי במרבית המקרים בהם נסגר חוסה 1 בחדר הבידוד, המדובר באמצעי ענישה, והדבר לא נועד כדי להרגיעו "לשם הגנה במצב בו הוא עלול לפגוע בעצמו או בזולתו". חוסה 1 נשלח לחדר הבידוד כדבר שבשגרה, למשל כאשר דיבר, וגם אם היה שקט יחסית, או אם "חלם" בעבודה. נושא זה נדון, בהקשר לחוסה 1, בהתייחס לנאשמים אחרים שבכתב האישום, ואין דיון באשר למערער 2.

בהמשך נדונו עונשים ספציפיים שננקטו נגד חוסה 1, חמורים בפני עצמם, אך הם אינם מיוחסים למערער 2.

7. ומכאן אעבור לאישום הרביעי, המתייחס לחוסה א"א (להלן: חוסה 2). אישום זה מופנה כלפי המערערת והמערער 2 בלבד. חוסה 2 הינו יליד 1981, הסובל מאוטזים ומאושפז במחלקה מאז חודש יוני 2003. חוסה זה לוקה, בין היתר, במחלת הכפיון ובתקופה הרלבנטית לכתב האישום הוא סבל מהתקפים חוזרים ומומשכים, המלווים בהקשתת הגב וגלגולי עיניים, כאשר במהלך ההתקפים הוא נהג לפגוע בעצמו, לעיתים פגיעות פיזיות חמורות.

כפי שנטען בכתב האישום, בתקופה של מספר חודשים, נמנע צוות המחלקה, ובכללם המערערת ומערער 2, להגיש לחוסה 2 טיפול רפואי, כאשר הוא סבל מהתקפים. היעדר הטיפול נבע בחלקו מהתפיסה שראתה בהתקפים אלו כתוצר של מניפולציה התנהגותית מצידו של חוסה 2, כך שהגישה היתה כי אין לטפל בהם בדרך של טיפול רפואי. עוד נטען בכתב האישום, כי גישה זו ננקטה, חרף הפגיעות הקשות שנגרמו לחוסה 2 בעת ההתקפים, במהלכם הוא "נהג לא אחת להכות את עצמו עד זוב דם, לנשוך את לשונו עד היווצרות פצעים וכיבים, ולפגוע בגופו בחפצים שונים".

אף כאן נתמקד, בעיקר, בעניינו של מערער 2. מערער 2 הבהיר בעדותו, כי מקורם של ההתקפים, מהם סבל חוסה 2, עשוי להיות: כתוצאה ממחלת האפילפסיה שבה לקה; כתוצאה מתופעות לוואי לתרופות אותן צרך; על רקע מצבו הפסיכואטי של חוסה 2; וכתופעה קונגרסיבית, היינו תגובה גופנית בלתי מודעת של חולה למצב בו הוא מצוי.

מערער 2 אישר, כי היה קושי באבחון מקורו של כל התקף, והוא עצמו, כמו גם יתר אנשי הצוות, התקשו לאבחן את העילה לכל התקף. עוד הובהר, כי הטיפול בהתקפים משתנה בהתאם לסוג ההתקף, כאשר שני סוגי ההתקפים הראשונים צריכים להיות מטופלים בעזרת ואליום או טיפול תרופתי אחר, ואילו שני הסוגים האחרונים אמורים להיות מטופלים באמצעות בידוד למשך כחצי שעה, ובמידה שההתקף אינו חולף, יש להזעיק גורם רפואי. מערער 2 הנחה, לגבי שני סוגי ההתקפים האחרונים, כי בנוסף לבידוד יש להלביש את חוסה 2 במכנסי ג'ינס הפוכים ולעטות כפפות על ידיו, כדי להגן על עצמו מפני פגיעה עצמית. בפועל, הוברר כי הנחיותיו של מערער 2 הופרו בריש גלי, כאשר הוא היה מודע לכך. הוכח, כי המערערת סברה שחלק מההתקפים מהם סבל חוסה 2 היו מבויימים, כחלק ממניפולציה שביצע על מנת להשיג רווח משני, ולכן היא מנעה מאנשי הצוות ליתן לחוסה טיפול תרופתי, ואף איימה להעניש אנשי צוות שהפרו את הנחייתה בעניין זה.

ד"ר קטי לוי, רופאה פסיכיאטרית בבית החולים, מסרה בעדותה, כי היא גילתה, לעיתים, כי חוסה 2 נתון בהתקף, כאשר הוא היה מוטל על הרצפה. לשאלתה, מדוע לא מטפלים בו השיבו אנשי הצוות "שלא צריך להתייחס, שיש להם תוכנית התנהגותית וטיפולית והם עובדים לפי תוכנית זו". באחד המקרים, התקשרה ד"ר לוי אל מערער 2, על מנת להתייעץ עמו כיצד לנהוג, והוא אמר לה: "שבינתיים לא צריך להתייחס כי זה מטופל וזו תוכנית שמקובלת במחלקה". בית משפט קמא ציין, כי באותו אירוע לא ניתן לחוסה 2 "כל טיפול רפואי שהיה עשוי לסיים את ההתקף, והוא נותר בסבלו ללא קבלת סיוע". במקרה אחר, שבו הבחינה ד"ר לוי בחוסה 2 כשהוא נתון בהתקף, היא החליטה על דעת עצמה, ליתן לו טיפול בואליום, דבר שסייע להפסקת התכווציותיו. לאחר אירוע זה, היא פגשה באקראי במערערת, אשר לא הסתירה את כעסה עקב הטיפול וטענה, כי "אנחנו הרופאים התורנים מקלקלים את התוכניות ההתנהגותיות והטיפוליות שהם עושים במחלקה".

גם העד פרטוש, ששימש כאח כללי בבית החולים, נתקל באחד ההתקפים של חוסה 2, שהיה מכווץ על הרצפה, ולשאלתו מדוע לא מטפלים בחוסה, ענה אחד מאנשי הצוות, כי "לא נותנים התייחסות עכשיו להתכווציות של [חוסה 2] משום שחושבים שהוא עושה הצגות". העד, שהיה מלווה על-ידי רופא, החליט ליתן לחוסה 2 זריקת ואליום, ומספר ימים לאחר האירוע ניגשה אליו המערערת והביעה את מורת רוחה על הטיפול. גם מהרפורטים שהוגשו במחלקה, ואשר הובאו לידיעתו של מערער 2, עולה, כי חוסה 2 לא זכה, במקרים רבים, לקבל טיפול רפואי בשעת התקף. בית משפט קמא ציין, ולא ארחיב בעניין זה, כי "כמה מן הרפורטים מתארים מצבים קשים ומכמירי לב".

ומה עשה מערער 2, כאשר עיין ברפורטים הקשים הללו? לרוב, טען מערער 2 כי אינו זוכר את תוכן הרפורטים, הגם שמדובר בדיווחים דומים, אשר חזרו על עצמם במקרים נוספים. אחד הרפורטים (ת/217) מתאר 13 שעות רצופות של התקף, שבמהלכן חוסה 2 לא ישן ואף פגע בעצמו בצורה קשה. יצוין, כי לאחר אותו התקף, שבמהלכו חוסה 2 "נחבל ונפצע, הזיע מאד ... וסבל סבל רב", הוא ביקש לאפשר לו לנוח, אך החוסה סורב ונשלח לחדר העבודה, "משל לא אירע כל דבר חריג במהלך הלילה". בהמשך אותו יום, נסגר חוסה 2 בבידוד עקב התקף נוסף. לשאלה מדוע הצוות לא נתן לו ואליום, ומדוע לא הוזעק רופא תורן, השיב מערער 2 "אני לא יודע", והוסיף כי כשהגיע למחלקה בבוקר הוא נתן לו ואליום. בית משפט קמא, קבע בעניינו של מערער 2, כי הוא ידע שהמערערת אינה מיישמת את הנחיותיו ליתן לחולים, ולחוסה 2 בכלל זאת, טיפול רפואי, "אך לא עשה דבר על מנת למנוע את מעשיה ולאצלה לפעול בהתאם להנחיותיו הטיפוליות. מכאן, שהתנהגותו זו שיצרה הסכמה שבשתיקה למעשיה, והיוותה למצער, הנחיה משתמעת כי כך מותר לנהוג כלפי [חוסה 2]" (עמ' 316 להכרעת הדין). בהמשך, אומר בית משפט קמא, כי "בגין אי התערבותו [של מערער 2] התאפשר מצב מכמיר לב וחמור, שבו [חוסה 2] היה נתון בהתקפים קשים במשך שעות ארוכות ללא התערבות רפואית, תוך שהוא סובל וכואב, משקיע מאמץ גופני רב, פוצע את עצמו, נחבל וניזוק ..." (עמ' 317

8. האישום החמישי, שאף הוא מיוחס למערערת ולמערער 2, נוגע לחוסה יו"ש (להלן: חוסה 3). חוסה זה סובל מאוטיזם קשה וממחלת אפילפסיה והוא מאושפז במחלקה מאז שנת 1985. נטען בכתב האישום, כי למרות שהיה ידוע על הפרעת הליכה קשה שממנה סבל חוסה 3, אסרה המערערת על אנשי הצוות לסייע לו בהליכה, משום שלדעתה נפילותיו היו בגדר מניפולציה התנהגותית. המערערת חזרה ואמרה לאנשי הצוות כי הוא יכול ליפול גם חמישים פעם, ובלבד שבדרך זו הוא ילמד ללכת. כתוצאה מגישה זו, כך נטען, נפל חוסה 3 פעמים רבות ארצה, ונחבל בראשו ובגבו. במקרים אלה, הורתה המערערת להותירו על הרצפה ושלא לסייע לו, והוא נאלץ לזחול בכוחות עצמו לחדרו. במקרים אחרים, נגרר חוסה 3 על ידי מי מאנשי הצוות בכוח, והיו מקרים בהם הורתה המערערת למנוע מחוסה 3 ארוחות, על מנת לאלצו ללכת בכוחות עצמו. עוד נטען, כי למרות נפילותיו החוזרות ונשנות אסרה המערערת על הצוות לספק לו קסדה או כסא גלגלים. בנוסף, נאסר על אנשי הצוות לסייע לחוסה 3 באכילה ובשתיה, על אף בעיותיו הניורולוגיות שהקשו עליו לתפקד באופן עצמאי.

אשר למערער 2 נטען, כי למרות שהוא ידע כי חוסה 3 סובל מבעיה ניורולוגית קשה הוא נמנע מלהבהיר לאנשי הצוות את מצבו הרפואי, וחרף מודעותו לאופן שבו טופל החוסה, נמנע מערער 2 מלפעול, כדי לשנות את הוראותיה של המערערת, גם אם אלו היו מנוגדות לדעתו.

בית משפט קמא ציין, לאחר סקירת התשתית הראייתית בנוגע לאישום זה, כי הן המערערת והן מערער 2, אישרו בעדויותיהם, כי "למצער במשך תקופה מסויימת" ניתנה הוראה לאנשי הצוות שלא לתמוך בחוסה 3 באופן פיזי, חרף קשיי הליכתו, ולהסתפק בתמיכה והכוונה מילולית. עוד נקבע, כי הוראה זו היתה קבועה ומתמשכת, ולמעשה "זו היתה המדיניות בהא הידיעה כלפי [חוסה 3]". נקבע בנוסף, כי המערערת יצאה מתוך הנחה כי מדובר בנפילות מבויימות מצידו של חוסה 3, והיא "לא ייחסה חשיבות של ממש לסיכון הנובע מנפילותיו של [חוסה 3], ואף לא לחבלות שנגרמו לו בפועל". לטעמה של המערערת, גם אם יהיה צורך להובילו לחדר מיון, עדיין מדובר בסיכון מחושב.

בית משפט קמא ציין, כי מהרפורטים עולה תמונה קשה ביותר באשר להתייחסות לחוסה 3, עד כדי שימוש באלימות, והרגזתו על מנת "לשכנעו" ללכת באופן עצמאי לחדרו. צוין באחד הרפורטים (ת/54א'), כי בעקבות המאמצים שהופעלו כלפיו, עשה חוסה 3 חלק מצרכיו בדרך, ולבסוף נגרר לכיוון המקלחות, כדי לעבור מקלחת נוספת. בית משפט קמא הוסיף עוד, כי מהעדויות ומהרפורטים "מצטיירת תמונת אדם אומלל, אשר אינו מסוגל ללכת בכוחות עצמו, אך נדרש לעשות כן. לא זו בלבד שאולץ ללכת, למרות העדר מסוגלות פיזית לכך, אלא שהוא גם ספג הקנטות ומכות מאנשי הצוות, מאותם אנשים אשר אמורים היו לטפל בו ולדאוג לו" (עמ' 331 להכרעת הדין).

חרף נפילותיו החוזרות ונשנות של חוסה 3, ועל אף שהתבקשו לכך על-ידי אנשי הצוות, התנגדו המערערת ומערער 2 לספק לחוסה 3 כסא גלגלים או קסדה, להגנה על ראשו. הסברו של מערער 2, לפיו הכוונה היתה לשמר את עצמאותו של חוסה 3 ושלא לאפשר לו "פתיח נסיגה", נדחה על-ידי בית משפט קמא. ראשית, ציין בית משפט קמא, כי שימוש בכסא גלגלים אינו אמור לפגוע בתפקודי הידיים וביכולת הדיבור של חוסה 3, כפי שטען מערער 2. שנית, ובאשר לרצון לשמר את "עצמאותו" של חוסה 3, קבע בית משפט קמא, כי לא היתה לכך כל תוחלת שכן מדובר בחוסה חלש מאוד שאינו מסוגל ללכת בכוחות עצמו, נופל ללא הפסקה, ונחבל לעיתים קרובות, ולכן הושַׁבְּתוּ על כסא גלגלים היתה מסייעת לו להימנע מכל החבלות והנזקים, שנגרמו לו. ואם יש הגיון מסויים בהימנעות מלספק כסא גלגלים, לא

הובהר מדוע התנגד מערער 2 לאספקת קסדה שתגן על ראשו של חוסה 3. בית משפט קמא ציין, כי הסברו של מערער 2 בדבר רצונו לשמר את עצמאותו של חוסה 3 הינו מופרך ביותר, ככל שמדובר בקסדה, שהיתה מונעת את מרבית הפציעות שנגרמו לחוסה 3. למעשה, הניח מערער 2 לחוסה 3 "לחזור ולהיפצע שוב ושוב מבלי למנוע את הסכנה הכרוכה בכך, את הכאב והסבל שנגרמו [לחוסה 3] כתוצאה מן הפגיעות הפיזיות שנפגע, והפר את חובתו לשמור על בריאותו הפיזית של החוסה" (עמ' 335 להכרעת הדין).

לסיכום, נקבע כי חוסה 3 נחבל לעיתים קרובות בפניו ובראשו, ואף נזקק בשל כך לקבלת טיפול רפואי, כאשר המערער ומערער 2 היו מודעים לפציעותיו אלו, אך לא עשו את המינימום הנדרש על מנת למנוע את הדבר.

אשר לטענה בדבר איסור על הגשת סיוע לחוסה 3 בעת אכילה ושתייה, הוכח כי חוסה 3 לא זכה לסיוע מאנשי הצוות, וכאשר ביקש לשתות הוא נאלץ להרים את כוס השתייה באמצעות שיניו, או לאכול ישירות מהצלחת, מבלי להשתמש בידים. באחד המקרים, בעת קבלת שבת, קיבל חוסה 3 כדור שוקולד, אותו לא הצליח לאחוז בידיו, וכאשר כדור השוקולד נפל, הוא החל לבכות. לגבי מערער 2 נקבע, כי הוא היה מודע למקרים בהם חוסה 3 לא זכה לקבל סיוע מאנשי הצוות בשעת אכילה או שתייה, "עד שנאלץ לאכול או לשתות ללא שימוש בידיו". אירועים אלה תועדו ברפורטים, אותם קרא מערער 2 "באופן שגרתי". עם זאת, לא הוכח, כך קבע בית משפט קמא, כי היתה הנחיה של מערער 2 שלא לסייע לחוסה 3, אך כשהדברים הגיעו לידיעתו, הוא "לא עשה דבר, שתק, ועבר על כך לסדר היום".

9. נעבור לאישום השמיני הנוגע לחוסה ש"ע (להלן: חוסה 5). יצוין, כי במסגרת האישום השביעי, שבו מדובר בחוסה 4, הורשעה המערער בלבד בעבירה של התעללות בחסר ישע, ואילו מערער 2 זוכה מאשמה זו.

חוסה 5 הינו יליד 1978, הסובל מפיגור שכלי בינוני ומסכיזופרניה. כנטען בכתב האישום, הורתה המערער על דרכי הטיפול בחוסה 5, כמפורט להלן: כאשר חוסה 5 נמצא ב"מצבי לחץ" יש לגזור את בגדיו, וזאת בדיעה כי הוא אוהב מאד את בגדיו, או "להשכיבו על הרצפה כשידיו מאחורי גבו"; במקרים שבהם חוסה 5 מתפרץ, הורתה המערער להענישו בהחלפת בגדיו והלבשתו בפיז'מה; במקרים בהם חוסה 5 התעצל בעבודתו, היה על אנשי הצוות להענישו, בכך שהוא נדרש לעבוד לאורך שעות ארוכות יותר, על חשבון שעות המנוחה שלו, ולעיתים על חשבון ארוחות מסודרות. עולה מהעדויות, כי הוראתה של המערער לגזור את בגדיו של חוסה 5 בוצעה בפועל, וכפי שתיאר זאת איש הצוות מליק, היו הרבה מקרים שבהם נהגו העובדים להשכיב את חוסה 5 על הרצפה, ולגזור את בגדיו. לדבריו, "המון פעמים ראיתי את [חוסה 5] מסתובב במחלקה כשבגדיו קרועים או גזורים".

מערער 2 הכחיש קיומה של הוראה לגזור את בגדיו של חוסה 5 או להלבישו בבגדים קרועים, ולדבריו אין הסבר מקצועי שיכול להצדיק מתן בגדים קרועים לחוסה. עם זאת, סתר מערער 2 את עצמו באומרו, כי כאשר חוסה 5 קיבל, במספר מקרים, בגדים קרועים "אנחנו גם רואים שהוא נרגע". בית משפט קמא ציין, כי תופעה זו, של גזירת בגדיו של חוסה 5 והלבשתו בבגדים קרועים, עלתה בבירור מהרפורטים שנרשמו, והכחשתו של מערער 2 מעוררת תמיהה, שכן הוא "קרא דרך קבע את הרפורטים". בית משפט קמא הוסיף וקבע, כי מערער 2 היה מודע למעשים אלה, אך חרף חובתו ויכולתו לאסור את גזירת בגדיו של חוסה 5 או הלבשתו בבגדים קרועים, הוא לא נקט בפעולה כלשהיא, על מנת "להביא להפסקת נוהל פסול וקשה זה", וגם אם הוא לא הורה עליו, יש לראותו כמבצע בצוותא ביחד עם המערער. על המעשה עצמו, נאמר בהכרעת הדין, כי "גם ביחס לאדם נורמטיבי, שאינו בעל רגישות מיוחדת וחריגה לבגדים, מדובר במעשה משפיל ומבזה, קל וחומר לחוסה הסובל מפיגור שכלי והפרעה נפשית, המייחס חשיבות מיוחדת לבגדיו".

(עמ' 371 להכרעת הדין).

אשר לטענה, כי חוסה 5 הוכרח לבצע עבודה ממושכת, על חשבון זמני מנוחה או ארוחות, נשמעו עדויות רבות והוצגו רפורטים לא מעטים מהם עולה, כי חוסה 5 "אולץ להמשיך בעבודתו גם לאחר שעות העבודה המוגדרות של החוסים". כך שבעוד שכל יתר החוסים המשיכו בסדר היום הנהוג במחלקה, נותר חוסה 5 לעבוד. רק כשסיים את עבודתו התאפשר לו לאכול ולשתות, אך הוא "לא קיבל מקלחת". במקרים חמורים יותר, המתועדים במספר רפורטים, נותר חוסה 5 לעבוד שעות ארוכות ורבות, לעיתים אל תוך הלילה. ברפורט אחד נאמר כי החוסה עבד עד 23:45, וברפורט אחר נמסר, כי החוסה "עבד עד השעה 02:00 לאחר שלא סיים את העבודה בערב". מערער 2 טען, כי אינו זוכר רפורטים אלה, אך בהמשך הוסיף כי הפעולה מקובלת עליו, שכן "עדיף שיגמור את העבודה ואז הוא יהיה רגוע, הוא יישן יותר טוב והוא לא יפריע לאנשים אחרים". עם זאת, אישר מערער 2 כי אין סיבה שחוסה 5 יעבוד עד לשעה 02:00 לפנות בוקר.

בית משפט קמא ציין, כי גם אם ניתן היה לקבל תוספת קצרה לשעות העבודה, הרי שבמקרה דנן הגבול נחצה, ו"אין כל צל ספק כי אילוץ להמשיך לעבוד ברציפות במשך 12 שעות (!) או אל תוך שעות הלילה המאוחרות, שעה שכל יתר החוסים סיימו זמן רב קודם לכן את יומם ופנו לנוח את שנתם, עולה ללא ספק כדי התעללות בו" (עמ' 378 להכרעת הדין).

בית המשפט הוסיף וקבע, כי מערער 2 ידע שחוסה 5 אולץ לעבוד שעות עבודה רבות, ואף בשעות המאוחרות והקטנות של הלילה, מבלי שנקט בכל פעולה לשם "הפסקת נוהל פסול ואכזרי זה".

10. באישום התשיעי מדובר בחוסה א"ק (להלן: חוסה 6), יליד 1965, הסובל מאוטיזם, פיגור שכלי, ושיתוק מוחי קל. בכתב האישום הועלו טענות שונות, שלדעת המאשימה יש בהן משום התעללות בחוסה 6, שהוא חסר ישע. מאחר שהמערערת, כמו גם מערער 2, זוכו מכל הפריטים הנטענים, פרט לאחד, אתיחס להלן אך ורק לנושא שלגביו נקבע כי מדובר בהתעללות.

נטען בכתב האישום, כי המערערת ומערער 2 הורו לאנשי הצוות, כי אין להתיר לחוסה 6 לצאת לשירותים בזמן העבודה, גם אם הוא ביקש זאת, ואם עשה את צרכיו בבגדיו בזמן העבודה, כי אז היה עליו להישאר בבגדים מלוכלכים. בית משפט קמא ציין, כי שני המערערים הודו מפורשות במתן הנחיה זו, כאשר מערער 2 הסביר זאת בכך שמדובר "בתכנית חינוכית" שנועדה למנוע מחוסה 6 להתחמק מעבודה שהוטלה עליו. לשאלה, האם הוא התייעץ עם גורם כלשהו, טרם שנקט בפעולה זו, השיב מערער 2, "אני לא ביררתי כי לא היה צורך כי אני מומחה ואני יודע [שחוסה 6] כשהוא רוצה משהו אז הוא מבטא את זה".

עם זאת, טען מערער 2, כי במידה שחוסה 6 הטיל את מימיו בבגדיו תוך כדי העבודה, הוחלפו הבגדים לאחר שעה. בית משפט קמא דחה את דבריו אלה של מערער 2, שכן עולה בברור מהרפורטים שחוסה 6 נותר עם בגדים ספוגי שתן "במשך שעתיים ואף למעלה מכך". בגדיו של חוסה 6 לא הוחלפו בתום העבודה, ולעיתים הוא נותר עם בגדים ובהם צואתו, לפרק זמן ממושך. אלעד, אחד מאנשי הצוות, העיד, בהקשר זה, כי כאשר חוסה 6 עשה את צרכיו באמצע העבודה "הוחלט לתת לו ללכת לאכול עם זה בארוחת צהריים, שיאכל עם החרא שלו במכנסיים". בנוסף, דחה בית משפט קמא את דבריו של מערער 2, לפיהם "התכנית החינוכית" הוגבלה בזמן, ונקבע כי היא נמשכה כשנה וחצי

לפחות. עוד הובהר, כי לא זו בלבד שחוסה 6 נאלץ לעבוד כשבגדיו ספוגי שתן, אלא שבגין עשיית הצרכים הוטלה עליו סנקציה נוספת, שהיא שלילת קנטינה. לבסוף, קבע בית משפט קמא, כי גם אם מערער 2 לא נתן את ההוראה, אין ספק כי הוא ידע עליה וקיבל דיווחים על ביצועה, באמצעות הרפורטים ודיווחים בישיבות צוות. מערער 2 לא התנגד למעשים, ובכך הוא אישר אותם, "למעט באופן משתמע".

בית משפט קמא ראה במעשים אלה משום התעללות בחסר ישע, שכן מדובר במעשים אכזריים, שאליהם נלווים גם "השפלה ופגיעה בכבודו" של חוסה 6. בית משפט קמא הוסיף עוד, כי כל אירוע מעין זה "טורד את הדעת ונושא בחובו פסול מוסרי", והלב נכמר כאשר חוסה 6 ביקש להחליף את בגדיו ספוגי השתן ונענה בשלילה. חמור יותר, כאשר חוסה 6 הוריד בעצמו את בגדיו המלוכלכים, הוא "נדרש ללבשם מחדש ולהישאר עמם עד לסיום העבודה".

11. ומכאן לאישום העשירי הנוגע לחוסה פ"ב (להלן: חוסה 7), ילידת 1982, אשר סובלת מאוטיזם ומפיגור שכלי בינוני. התנהגותה של חוסה 7, בתקופה הרלבנטית לכתב האישום, התאפיינה באלימות פיזית כלפי אנשי הצוות והחוסים, וכללה, לעיתים, השמעת אימים או הנפת ידיים בצורה מאיימת. בית משפט קמא קבע, כי לעיתים חצתה חוסה 7 את גבול האיום והאלימות "הפכה לממשית: הכאות, דחיפות, בעיטות ונשיכות". על פי הנטען בכתב האישום, כל אימת שחוסה 7 התפרצה ותקפה אנשי צוות, הורתה המערערת להושיבה מתחת לספסל, לפרקי זמן ממושכים ביותר. בנוסף, כאשר חוסה 7 סירבה לאכול, הורתה המערערת להענישה בכך שהיא אולצה לאכול מתחת לספסל. לגבי מערער 2 נטען, כי הוא ידע אודות הוראה זו ואישר אותה.

בית משפט קמא ציין, כי "למעשה אין כמעט מחלוקת עובדתית לגבי קיומה של ההוראה, באישורו של [מערער 2]", לפיה הוכנסה חוסה 7 אל מתחת לספסל, כל אימת ש"התפרצה", או רק כאשר "עמדה להתפרץ". עוד הובהר, כי מדובר בשכיבה מתחת לספסל ולא בישיבה תחתיו, כנטען בכתב האישום. מערער 2 הודה, כי אישר את הדבר, לאחר שהוברר לו כי במקרה אחד נכנסה חוסה 7 ביוזמתה מתחת לספסל, "ולאחר מכן נצפתה רגועה בהתנהגותה". ואולם, כך הדגיש בית משפט קמא, בעוד שבמקרה עליו הסתמך מערער 2 נכנסה חוסה 7 מתחת לספסל מרצונה, הרי שבכל יתר המקרים היא אולצה להכנס אל מתחת לספסל, חרף התנגדותה לכך. ועוד הובהר, כי כאשר רצתה חוסה 7 לצאת מתחת לספסל, נמנעה יציאתה. עיון ברפורטים מלמד, כי חוסה 7 הוכנסה מתחת לספסל בתדירות גבוהה "שנעה בין אחת לכמה ימים לבין מספר פעמים באותו יום". העילות להכנסתה מתחת לספסל היו רבות ומגוונות, ולעיתים נעשה הדבר רק משום שהיא "הסתובבה במחלקה בצורה לא רגועה או שוחחה עם חוסה אחר". במקרים אחרים כלל לא ברורה העילה לכך, כפי שעולה מהרפורט, ת/172, שבו נאמר, בין היתר, "הוכנסה מתחת לספסל עם הפנים לקיר למשך חצי שעה, נרגעה ונכנסה למיטה".

מערער 2 טען כי מדובר בהכנסה אל מתחת לספסל לפרק זמן שאינו עולה על עשר דקות, אך בית משפט קמא ציין, בהקשר זה, כי ניתן ללמוד מהרפורטים כי מדובר בפרקי זמן ארוכים יותר, אך למרות זאת נמנע מערער 2 מלהורות לאנשי הצוות לחדול מלהשתמש בשיטה זו. כך, במקרה אחד העיד איש הצוות בלר, כי ראה את המערערת יושבת על הספסל ומתחתיו שוכבת חוסה 7. לשאלתו, כמה זמן היא מצויה במקום במצב זה השיבה המערערת "שקרוב ל-4 שעות". לגבי הסיבה לכך, אמרה המערערת כי הדבר נעשה משום שחוסה 7 יצאה מהחדר. בית משפט קמא הדגיש, כי מדובר בתמונה "גרוטסקית ומבזה מאין כמוה". לא זו בלבד שחוסה 7 נאלצה לשכב מתחת לספסל, אלא שהמערערת מצאה לנכון, באותה העת, לשבת על אותו ספסל, ויש בכך "זלזול בוטה ומחפיר בכבודה של [חוסה 7] כאדם, והשפלה קשה ופסולה בתכלית שאין לקבלה".

במקרים אחרים, התווסף לאלמנט המשפיל של שכיבה מתחת לספסל גם אלמנט של התעללות גופנית בחוסה 7, בכך שהיא אולצה להיכנס ולצאת מתחת לספסל, שוב ושוב, תוך מאמץ פיזי רב. אירוע מעין זה מתואר ברפורט, ת/169, המדבר בעד עצמו. ברפורטים אחרים נאמר מפורשות, כי ההכנסה מתחת לספסל נעשית כעונש בגין התנהגות בלתי רצויה של חוסה 7.

בית משפט קמא הוסיף וקבע, כי מערער 2 היה מודע לכל ההיבטים והצורות של ההכנסה מתחת לספסל, כיון שהדברים נאמרו מפורשות ברפורטים הכתובים, אך הוא לא פעל למנוע את הדבר, ולמעשה נתן יד חופשית לאנשי הצוות, "נטולי השכלה רפואית", להמציא שיטות שונות ומשפילות כיצד לנהוג בחוסה 7. מערער 2 המשיך, כך נקבע, לסמוך על אנשי הצוות "בעיניים עצומות", וזאת גם כאשר קיבל דיווחים כי חלקם סוטים, סטייה של ממש, מהקו הטיפולי שהכתיב, ובכך חשף את חוסה 7 "בכוח ובפועל", למעשי התעללות מצד אנשי הצוות, דברי בית משפט קמא.

בית משפט קמא התייחס בחומרה רבה להתנהלות זו כלפי חוסה 7 בציינו, כי "אילוץ של אדם לשכב בניגוד לרצונו על הרצפה, מתחת לספסל, כמעין 'כלא צפוף', מהווה פעולה אכזרית, חמורה ומשפילה, הפוגעת קשות בכבודו כאדם, בחירותו ובזכותו לנוע" (עמ' 404 להכרעת הדין). המדובר במעשה התעללות, קל וחומר כאשר לפעולה פסולה זו התווספה הוראה להיכנס ולצאת מתחת לספסל מספר פעמים, פעולה שדרשה מחוסה 7 "גיוס מאמץ פיזי רב". עוד הובהר, כי לשיטת פעולה זו לא נמצאו "סימוכין ותימוכין כשיטת טיפול רפואית מוכרת ומקובלת".

נושא נוסף, שבגיניו הורשע מערער 2 בהתעללות בחוסה 7, נוגע לאילוץ של החוסה לאכול בישיבה מתחת לשולחן. מערער 2 אישר את הדבר, וטען כי אין מדובר בעונש אלא בדרך טיפול, שאותה למד ואימץ מתוך הספרות המקצועית. בית משפט קמא דחה, מכל וכל, הסבר זה וקבע כי מדובר בהוראה פסולה על פניה, "משפילה ומתעללת", מבלי שהוצגה אסמכתה לכך שמדובר בשיטת טיפול מוכרת ומקובלת. לדידו של בית משפט קמא, יש באילוץ של חוסה לשבת ולאכול על הרצפה, ואף מתחת לשולחן, כאשר יתר חברו יושבים על כסאותיהם מסביב לשולחנות, משום "היבט משפיל ומבזה ... המגלם רמיסה קשה וצורבת של כבודה הבסיסי [של חוסה 7] כאדם, באופן שאין לקבלו" (עמ' 409 להכרעת הדין).

12. במסגרת האישום האחד עשר יוחסו למערער בלבד עבירות של התעללות בחסר ישע על-ידי אחראי, לפי סעיף 368 סיפא לחוק העונשין; והפעלת אמצעי כפייה, לפי סעיפים 34 ו-44 לחוק הטיפול. ואלם, הובהר על-ידי בית משפט קמא כי, למרות שאישום זה אינו מיוחס למערער 2, הרי שהמאשימה ביקשה להרשיעו בעבירות אלה, מכוח סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ).

אישום זה עוסק בחוסה ז"ש (להלן: חוסה 8), יליד 1974, הסובל מאוטיזם ומפיגור שכלי. חוסה 8 סבל מהפרעות שינה ניכרות וכמעט מידי לילה התקשה להירדם. נטען בכתב האישום, כי המערערת הורתה לטפל בחוסה 8 כמפורט להלן: החוסה חייב לאכול את כל האוכל שקיבל, בזמן הארוחות, גם אם כרוך הדבר בהפעלת כוח פיזי; על מנת להרגיע את חוסה 8, נדרשו אנשי הצוות לאיים עליו בנשיכת פניו או אוזנו; כאשר חוסה 8 הסתובב במחלקה, נדרשו אנשי הצוות להחזירו לחדרו ולסגורו שם, כאשר סגירות אלה נעשו ללא רישום ב"מחברת הסגירות". כמו כן, נהגו אנשי הצוות לנעול את חוסה 8 בחדרו, מאחר שהוא התקשה להירדם ונהג להסתובב במחלקה. אשר לאילוץ של חוסה 8 לאכול את כל האוכל שהוגש לו, עולה מהרפורטים כי דובר, בדרך כלל, על פעולות דרבון, שהוגדרו כדרבון "קל", "בינוני" או "כבד". בית משפט קמא הבהיר, כי ככל שעלתה רמת הדרבון, הלך הלחץ שהופעל על חוסה 8 לאכול ללא

שיר, וגבר "עד כדי אילוצו לאכול חרף רצונו".

במספר רפורטים דווח כי הדרבון כלל איום על חוסה 8 בשפיכת מים עליו, אם ימאן לאכול (ת/165 ו-ת/238). בית משפט קמא ציין, כי מערער 2 היה מודע לאיומים אלה מצד אנשי הצוות "למצער מתוקף קריאת הרפורטים", והוא אף אישר בעדותו כי מדובר בפעולה תקינה לחלוטין. לדבריו, "ידעו שהוא לא אוהב את זה, אז שמים לו כוס מים ואומרים אם אתה לא תגמור אז ישימו לך קצת מים". בית משפט קמא הביע את תמיהתו לשמע דברים אלה בצינו, כי:

"על מנת להשיג מטרה של אכילה - ללא כל ספק מטרה חשובה כשלעצמה - מוכן היה [מערער 2] שיינקטו אמצעים פוגעניים, משפילים ומאיימים כלפי [חוסה 8] כאילו היה כבודו ערך שולי זניח לעומת הערך המרכזי והנעלה - אכילה" (עמ' 414 להכרעת הדין).

ועוד צוין, כי בניגוד לדברי מערער 2, לפיהם דובר באיום להרטיב את החוסה בכמה טיפות מים, הרפורטים מתארים במפורש איום בשפיכת מים על חוסה 8, והסתבר כי איום זה היה יעיל, כיוון שהדבר הפחיד את החוסה דיו, על מנת להביאו לידי אכילה.

אשר למערערת, קבע בית משפט קמא, כי בניגוד למערער 2 - היא לא ידעה על קיומה של פרקטיקה זו ואף ציינה כי מדובר במעשה שאינו ראוי. עם זאת, הוכח לגבי המערערת, כי היא ידעה על קיומו של נוהג להצמיד את חוסה 8 אל הקיר באמצעות שולחן, כאמצעי לחץ על מנת לגרום לו לאכול. נושא זה לא היה, כפי הנראה בידיעתו של מערער 2, כיוון שהדבר לא דווח ברפורטים שהוצגו בפניו.

לסיכום, לגבי ראש פרק זה קבע בית משפט קמא, כי יש בהתנהגותם של המערערת והמערער 2, כל אחד לפי חלקו, משום התעללות בחוסה 8.

בנושא השמעת איומים כלפי חוסה 8 בדבר נשיכת פניו או אוזניו, נקבע כי הדבר נעשה על פי הנחייתה של המערערת, כאשר מערער 2 לא היה מודע לכך, והמאשימה לא טענה אחרת בסיכומיה.

ומכאן לנושא סגירת חוסה 8 בחדרו, כשימוש באמצעי כפיה, בניגוד לחוק הטיפול. סעיף 34 לחוק הטיפול מאפשר שימוש באמצעי כפיה - היינו בידוד או קשירה של חולה מאושפז, "רק במידה הדרושה לצורך הטיפול הרפואי בו או כדי למנוע סכנה לעצמו או לזולתו". עוד נקבע, כי הוראה בדבר שימוש באמצעי כפיה תינתן בכתב, בידי רופא ולזמן מוגבל, ורק במקרה חירום ובהעדר רופא "רשאית אחות לתת הוראה כאמור". בית משפט קמא ציין, כי מערער 2 אישר בעדותו כי נעשה שימוש באמצעי כפיה, בניגוד לאמור בחוק הטיפול ובתקנותיו. מערער 2 הודה, כי הוא אישר לאנשי הצוות: לסגור את חוסה 8 בחדרו; ללא צורך ברישום; כאשר העילות לסגירה הן - קושי להירדם, הסתובבות במחלקה, וחשש כי הוא יעשה רעש ויפריע את מנוחת יתר החוסים; ההיתר היה קבוע "גורף ולמפרע".

עוד הובהר, כי, בכל ההיבטים שפורטו לעיל, "הוראתו של [מערער 2] עומדת בניגוד למתווה הקבוע בחוק ובתקנות הטיפול". מהרפורטים הרבים שהוגשו בעניין זה עולה בבירור, כי חוסה 8 נסגר בחדרו לפרקי זמן ממושכים,

וזאת בניגוד לטענת מערער 2 כי מדובר בסגירה למשך דקות ספורות. מכאן יש להסיק, כי הוראתו של מערער 2 לא כללה כל מגבלת זמן, וגם אם כן - הוא לא עשה דבר כדי למנוע את הפרת ההוראה, שעה שמדובר בסגירות ממושכות "בנות מספר שעות". עוד צוין, כי חוסה 8 נסגר בחדרו ולא בחדר בידוד המיועד לכך, בניגוד לתקנה 27 לתקנות הטיפול.

אשר למערערת, נקבע כי היא היתה מודעת להפרת הוראות חוק הטיפול בנוגע לשימוש באמצעי כפיה, וחרף זאת היא פעלה ביחד עם אנשי הצוות לסגירתו הבלתי חוקית של חוסה 8 בחדרו.

לאור האמור, החליט בית משפט קמא להרשיע את המערערת ואת מערער 2 בשימוש באמצעי כפיה נגד חוסה 8, שלא על פי הוראות חוק הטיפול, בניגוד לסעיף 44(ג) לחוק הטיפול.

13. האיטום השנים עשר נוגע לחוסה אש"ק (להלן: חוסה 9), ומייחס למערערים 1 ו-2 עבירה של הזנחת מושגים, לפי סעיף 362 לחוק העונשין. יצוין, כי מלכתחילה יוחסה עבירה זו גם לשני נאשמים נוספים, אך המאשימה זנחה איטום זה נגדם.

חוסה 9 סובל מפיגור שכלי, אוטיזם ואפילפסיה. אפיינו אותו פרצי אלימות, כאשר היו אירועים שבהם גם אנשי צוות נפגעו מנחת זרועו. עם זאת, ציין בית משפט קמא כי ברפורטים רבים נאמר, כי חוסה 9 "התנהג למופת" או שהיה "שקט ורגוע", ולכן תיאורו במהלך המשפט "כדמוי חיית אדם" או "סכנת נפשות מהלכת", היה, לדידו של בית משפט קמא, "ככל הנראה, מוגזם".

על פי הנטען בכתב האיטום, במשך כשנתיים, הוחזק חוסה 9 במחסן קטן נטול חלון, ללא אוורור או פתח חיצוני כלשהו, למעט צוהר קטן בדלת, שפנה לעבר המחלקה. בחדר זה היה מזרן בלבד, כאשר חוסה 9 הסתובב בו כשהוא עירום, ולעיתים קרובות הוא עשה את צרכיו בפינת החדר. באירוע אחד לפחות, נמצאו מקקים רבים בחדר. לפי כתב האיטום, חרף תת תנאים אלה, הורתה המערערת לאנשי הצוות לסגור את חוסה 9 בחדר, לאורך כל שעות היום והלילה, וכל פעילות נאסרה עליו למעט ארוחות, שירותים ומקלחת. אלה העובדות שבגינם יוחסה למערערים 1 ו-2, כאמור, עבירה של הזנחת מושגים. אציין כבר עתה, כי מאחר שחברי דן באיטום זה, ככל שהוא נוגע למערער 1, אתמקד, ככל הניתן, בעניינו של מערער 2 בלבד.

בית משפט קמא ציין בהכרעת דינו, כי לא היתה מחלוקת לגבי ממדיו ומאפייניו של החדר, שהיה לפי העדויות "יותר צינוק מאשר חדר", ללא כל אוורור חיצוני, פרט לצוהר קטן כלפי המחלקה. כמו כן, לא היתה מחלוקת כי האביזר היחידי בחדר היה מזרן. מערער 2 טען, כי הדבר נעוץ בכך שחוסה 9 נהג לשבור ולהשחית כל דבר שהוכנס לחדרו, ואף ניסה לפגוע בעצמו באמצעות מיטה שהיתה בחדר. אשר להיותו של חוסה 9 עירום בחדרו, טען מערער 2, כי הוא נהג לקרוע את בגדיו, ולכן הוא שהה "לפרקי זמן קצרים בלבד" ללא בגדים.

בית משפט קמא הוסיף עוד, כי חוסה 9 יצא מהחדר רק לארוחות, לשירותים ולמקלחת, כאשר במרבית שעות היממה היה חדרו נעול. ועוד צוין, כי סגירתו של חוסה 9 בחדר לא נרשמה במחברת הסגירות ולא נערך מעקב מסודר אחר מספר השעות, בהן היה חוסה 9 סגור ומבודד בחדרו. הובהר עוד, כי יש בסיס בחומר הראיות לכך שחוסה 9 עשה, לעיתים, את צרכיו על רצפת חדרו, הגם שלא נמנעה ממנו האפשרות לצאת לשירותים. עוד צוין, כי עשיית הצרכים

גרמה לצחנה בחדרו של חוסה 9, שהיה נטול אוורור ממילא, ולעיתים חלף זמן עד שהחדר נוקה. גם לגבי הימצאות מקקים בחדר היו ראיות למכביר. אשר לטענה כי המערערת הורתה על בידודו של חוסה 9 בחדר בתת תנאים אלה, הבהיר מערער 2 כי ההוראה היתה שלו, ולא של המערערת. נקבע, בהקשר זה, כי אין חשיבות לשאלה מי נתן את ההוראה, אלא שיש לבחון את השאלה, האם מערער 2 (וכן המערער 1) היה מודעים לתנאים הפיזיים בהם הוחזק חוסה 9, היינו שהותו בתנאי מחייה בהם לא סופקו לו צרכי חיים חיוניים, והאם הם נקטו בפעולות כלשהן, כדי להעבירו למסגרת אחרת, המתאימה למצבו המורכב או לשפר את התנאים בהם הוחזק. לא היתה מחלוקת כאמור, כי מערער 2 היה מודע היטב לתנאים הפיזיים בהם הוחזק חוסה 9. לבד מטענתו, כי הוא פעל ככל יכולתו על מנת למצוא לחוסה 9 מוסד חלופי, אשר יקלוט אותו אל בין שורותיו, טען מערער 2, כי "התנאים הפיזיים בבית החולים אינם חלק מן הטיפול, ואינם בתחום אחריותו". במילים אחרות, טען מערער 2 כי תפקידו היה לספק לחוסים, ששהו במחלקתו, טיפול רפואי בלבד, כאשר התנאים הפיזיים בהם הם הוחזקו אינם בתחום אחריותו.

בית משפט קמא דחה טענה זו של מערער 2, בהתבסס על האמור בסעיף 322 לחוק העונשין, שכותרתו "אחריות לחסרי ישע". מלשון הסעיף עולה קיומה של חובה שבדין לדאוג לצרכי המחייה של חסר ישע ולבריאותו, בין אם מקור האחריות הוא בדין, בחוזה, או "מחמת מעשה". בית משפט קמא קבע, בהקשר זה, כי במציאות שהיתה במחלקה, נוצרה זיקת אחריות בין מערער 2 לבין כלל החוסים, וחוסה 9 ביניהם.

בית משפט קמא הוסיף וקבע, כי ניתן לראות את מערער 2 כמחוייב לדאוג לצרכי חייהם של החוסים במחלקה גם מכוח הסכם, כדרישת סעיף 362 לחוק העונשין "הוא ההסכם אשר מכוחו מונה כמנהל המחלקה והאחראי על הנעשה בה". מכוח תפקידו, היה עליו לדאוג, כך נקבע, לכך שלמטופלים חסרי הישע יסופקו צרכי המחייה הבסיסיים, ואין להשלים עם מצב שבו, מי שעומד בראש המחלקה מעלים את עינו מכך שקיימת הזנחה פושעת של חוסה או חוסים הנתונים להשגחתו.

אשר לטענה, כי נעשה כל שניתן כדי למצוא מקום חלופי לחוסה 9, קבע בית משפט קמא כי לא ננקטו אמצעים סבירים לשם כך, לרבות נסיון לשפר את תנאי המחייה הקשים והמבזים שבהם הוחזק חוסה 9. לאור האמור, הורשע מערער 2 בעבירה של הזנחת מושגחים, לפי סעיף 362 לחוק העונשין.

עיקרי טענותיו של מערער 2 כלפי הרשעתו

14. מערער 2 החליף את ייצוגו ובהודעת הערעור מטעמו, הוא העלה טענות רבות בנוגע להכרעת דינו של בית משפט קמא. יצוין, כי בפתח דבריו, הבהיר בא-כוחו של מערער 2, עו"ד פרופ' דוד ליבאי, כי אין כל מחלוקת בנוגע לממצאיו העובדתיים של בית משפט קמא, ולכן ערעורו אינו מכוון כנגד ממצאים אלה. אשר להרשעתו של מערער 2 בעבירות ההתעללות, עומד ערעורו של מערער 2 על שלושה אדנים מרכזיים:

ראשית, נטען כי לא היה מקום להרשיע את מערער 2 בעבירות ההתעללות. לשיטתו של מערער 2, לא הוכח כי במעשיו ובמחדליו יש משום התנהגות הטומנת בחובה אכזריות כלשהי, הטלת אימה, או השפלה, כנדרש, לשם הוכחת עבירת ההתעללות. נטען, בהקשר זה, כי נקבע עובדתית שמערער 2 לא הורה, בכל שלב שהוא, לבצע מעשים שהם

בגדר התעללות במי מן החוסים, ואין בְּכַלל ההנחיות, ככל שאלה ניתנו על-ידו, משום קריאה או הנחייה לביצוע מעשי התעללות בחוסים.

לפיכך, סבור מערער 2 כי בית משפט קמא נפל לכלל שגגה כאשר הרשיעו בביצוען של עבירות אלו, בין על דרך של מעשה ובין בדרך של מחדל. נטען, על-ידי מערער 2 בהרחבה, כי ככל שמדובר באי נקיטת אמצעים או במחדל, הרי שהמשיבה לא השכילה להצביע על כל מקור חובה חקיקתי, ממנו עולה כי חלה על מערער 2 חובה כלשהי למנוע את ההתעללות. לטענת מערער 2, אין לראות בסעיף 322 לחוק העונשין - אשר עניינו באחריות לחסרי ישע - משום מקור חובה למניעת התעללות, כבמקרה דנא. זאת, במובחן מסעיף 323 לחוק העונשין - הנוגע לאחריות הורה על קטין - המקים חובה למנוע מעשי התעללות, כאשר חובה זו מופיעה באופן מפורש בסעיף 323 לחוק העונשין. עוד טען מערער 2, כי אף לא ניתן למצוא מקור חובה, למניעת ההתעללות הנוטענת, מכוח הפסיקה. מכל מקום, כך גורס מערער 2, בהתאם לעקרון החוקיות, יש לפרש את דבר קיומו של מקור חובה לפעול, על דרך הצמצום.

נוסף על היעדר מקור חובה לפעול, טען מערער 2 כי לא הוכח שהמחדל או המחדלים המיוחסים לו, כשלעצמם, מהווים מעשה של התעללות. לגישתו של מערער 2, מחדלו אינו מהווה עבירה ככל שמדובר באי-מניעת התעללות בידי אחר, אלא שנדרש כי במחדל עצמו תהא גלומה התעללות. מערער 2 הדגיש, בהקשר לכך, כי על מנת להוכיח קיומה של התעללות הטמונה במחדל, יש לאתר באותו מחדל עצמו אלמנט של השפלה, ביזוי או התאכזרות, הנלווה למחדל. אלמנט זה, כך נטען, לא התקיים במקרה דנן. עוד סבור מערער 2, כי הקביעה, לפיה מדובר בהתעללות על דרך של מחדל מייטרת את העבירה של אי-דיווח על מעשה התעללות, לפי סעיף 368ד(ד) לחוק העונשין. התוצאה תהא, אם תתקבל גישת המשיבה, כי כל אחראי על חסר ישע אשר ידווח על התעללות עליה נודע לו, מיד ימצא אשם בעבירת התעללות במחדל. לכל אלה יש להוסיף, כך נטען, את ההבחנה הקיימת בין עבירות בעלות רכיב התנהגותי אקטיבי, לבין העבירה שעניינה אי-מניעת פשע.

טעם נוסף, עליו הצביע מערער 2, לכך שלא היה מקום להרשיעו בעבירת ההתעללות, נעוץ בקביעת בית משפט קמא כי כל מטרתו של מערער 2 היתה להיטיב עם החוסים, ולא היתה לו כל כוונה להרע להם. נטען, בהקשר זה, כי קיים הבדל משמעותי בין עבירת ההתעללות המתבצעת באופן אקטיבי, לבין עבירה כזו הנעשית על דרך של מחדל. כאמור, בעבירת ההתעללות על דרך המחדל, יש לאתר את אותה אכזריות המאפיינת, על-פי הפסיקה, את הסממנים הגלומים במעשה ההתעללות האקטיבי. מערער 2 הוסיף וטען, כי באף שלב הוא לא ראה במו עיניו את אנשי הצוות כשהם מבצעים מעשי ההתעללות בחוסים, שבגינם הוא הורשע, אלא שהוא למד על אודות המעשים באופן עקיף בלבד. לפיכך, לשיטתו של מערער 2, קיים ספק אם התגבש אצלו יסוד המחשבה הפלילית, לפיו המעשים שהובאו לידיעתו, ואותם לא ראה, במו עיניו, מהווים התעללות. עוד בהקשר ליסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירות אלו, נטען כי יסוד זה לא התקיים במערער 2, מאחר שהוא לא היה מודע לקיומה של התעללות בחוסים בידי אחרים, ולא היה מודע לחובתו למנוע מעשים כגון דא.

שנית, נטען כי בית משפט קמא נפל לכלל טעות בקובעו כי מערער 2 היה בגדר שותף עיקרי לביצוע עבירות ההתעללות, ויש לראותו כמבצע בצוותא. זאת שכן, מבצע בצוותא עשוי להיחשב כשותף לדבר עבירה במחדל, אך ורק אם הוא מהווה חלק מהגרעין הפנימי של ביצוע העבירה. ואולם בענייננו, כך נטען, מערער 2 לא היה שותף לתכנון מעשי ההתעללות, ולכן אין לראותו כמי שמצוי בגדרי הגרעין הפנימי של הביצוע. משכך, והגם שלא היתה מחלוקת כי בידי מערער 2 היתה שליטה פונקציונלית ויכולת למנוע את הימשכות המעשים, לא ניתן לקבוע כי יש לראותו כמבצע בצוותא. קביעה מעין זו, כך לטענת מערער 2, תיצור מצב משפטי לפיו כל אדם אשר יכול היה למנוע ביצוע עבירה ולא

עשה כן, ייחשב למבצע בצוותא של אותה עבירה. עוד טען מערער 2, כי אין לייחס לו שותפות ספונטנית למעשי ההתעללות. לגישתו של מערער 2, החזרתיות של מעשי ההתעללות מצביעה על היעדר מודעותו למעשים, ועל אי-רצונו לקחת בהם חלק, ומכל מקום היא מלמדת על היעדר ספונטניות בביצועם. לכך יש להוסיף, כך נטען, את הממצאים העובדתיים שנקבעו על-ידי בית משפט קמא, המלמדים כי לא גובשה בין המעורבים במעשי ההתעללות הנטענים, כל תכנית עבריינית משותפת, לשם ביצועם. לבסוף, טען מערער 2 כי גם אם היה שותף, בדרך זו או אחרת, למעשי ההתעללות, יש לראותו בגדר משדל בלבד, להבדיל ממבצע בצוותא.

שלישית, טען מערער 2 כי ההוראות וההנחיות אותן נתן בעצמו לצוות המטפלים אינם מבטאים אישור לביצוע מעשי התעללות. חיזוק לכך ניתן למצוא, כך נטען, בחוות הדעת אשר הוגשה מטעם המשיבה (ת/125), ממנה עולה כי הוראותיו הטיפוליות של מערער 2 עולות בקנה אחד עם מאפייני התנהגותם של חולים אוטיסטיים. כך הוא הדבר למשל, באשר להוראות שניתנו בעניינו של חוסה 3, לגביו היה הרציונל הטיפולי לעודדו ללכת עצמאית, כל עוד הוא מסוגל לעשות כן, על מנת שלא יאבד את כושר ההליכה שלו. ועוד, בנוגע לחוסה 7, סבור מערער 2 כי אין לראות בשיטת הטיפול בה – שכללה, הכנסתה אל מתחת לספסל בשעת התפרצות מצידה – כמעשה אכזרי, מבזה ומשפיל. לשיטתו של מערער 2, קיים ספק אם יש לראות את המעשים עליהם הוא רק ידע (ולא הורה בעצמו לפעול על-פיהן), בגדר מעשי התעללות. כך, נטען כי קיימת תכלית טיפולית ממשית העומדת בבסיס הטיפול שבוצע על-ידי צוות המטפלים בחוסים 1-3 ו-5-8.

לאור האמור, התבקשנו לזכות את מערער 2 מעבירות ההתעללות בהן הורשע. לחלופין, טען מערער 2 כי יש לזכותו מעבירות אלה, ותחת זאת להרשיעו בעבירת אי-הדיווח, לפי סעיף 368ד(ב) לחוק העונשין, ככל שלא תתקבל טענתו, לפיה הוא לא היה מודע להתעללות המבוצעת בחוסים.

15. עוד נטען, בהקשר להכרעת הדין, כי שגה בית משפט קמא בהרשיעו את מערער 2 בעבירה של שימוש פסול באמצעי כפיה כלפי חוסה 8, לפי סעיף 34 ו-44 לחוק הטיפול בחולי נפש, במסגרת אישום 11. לטענת מערער 2, בית משפט קמא הרשיעו בעבירה זו, חרף כך שאותה עבירה לא יוחסה לו בכתב האישום. כפועל יוצא מכך, סבור מערער 2, כי לא ניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן מפני האישום האמור. עוד טען מערער 2, כי לא היה מקום להרשיעו בעבירת הזנחת מושגחים, לפי סעיף 362 לחוק העונשין, במסגרת אישום 12. לטענת מערער 2, קיים פער ממשי בין תיאור תנאי שהותו של חוסה 9 בחדר הבידוד לבין אופי החזקתו במקום, בפועל. כמו-כן, נטען כי מערער 2 נקט באמצעים סבירים, בנסיבות העניין, כדי לספק את צרכיו של חוסה 9, ולנסות להעבירו למקום אחר, שבו התנאים יהיו טובים הרבה יותר.

דין והכרעה

16. אקדים תוצאה להנמקה ואומר, כי לשיטתי יש לדחות את ערעורו של מערער 2 על ההרשעה, ואשר לערעורה של המשיבה על קולת עונשו של מערער 2, הגעתי למסקנה, כפי שיובהר בהמשך, כי יש לדחותו. להלן אפרט את הטעמים העומדים ביסוד עמדתי זו.

הרשעת מערער 2 במעשי ההתעללות, כמבצע בצוותא

17. פרק נכבד בערעורו, הקדיש מערער 2 לטענה כי לא ניתן היה להרשיעו בעבירות ההתעללות, מאחר שאין לראותו בגדר שותף למעשים אלו. בין היתר, נטען כי לא נרקמה "תכנית עבריינית" משותפת בין מערער 2 למערערת (או עם אחרים) לביצוע מעשי ההתעללות. אדרבא, כך לגישתו של מערער 2, מן הממצאים העובדתיים שנקבעו על-ידי בית משפט קמא עולה כי במקרים רבים התעוררו חילוקי דעות בין המערערת לבין מערער 2 לגבי ביצוע הנחייה מסויימת, וזאת על רקע היחסים העכורים שהיו בין השניים, דבר שאינו מתיישב עם האפשרות שגובשה ביניהם תכנית כגון דא. לכך יש להוסיף, כי מערער 2 נתפס על-ידי צוות המטפלים, כדמות פחות דומיננטית ומרכזית בהיררכיה הארגונית, בהשוואה למערערת, אשר היתה "הרוח החיה" של העשייה העבריינית. עוד נטען, כי לא התקיים במערער 2 היסוד הנפשי הדרוש לשם ביצוע בצוותא של מעשי העבירה שיוחסו לו. לבסוף, טען מערער 2, כי גם אם היה שותף למעשי ההתעללות, הרי שיש לראותו, לכל היותר, כמשדל.

לשיטתי, דין טענותיו אלו של מערער 2 להידחות. כפי שאפרט להלן, סבורני כי יש לראות במערער 2 ובמערערת כמבצעים בצוותא חדא של מעשי ההתעללות, ואין נפקא מינה לכך שמערער 2 לא ביצע בעצמו, באופן פיזי, את המעשים.

18. סעיפים 29-31 לחוק העונשין, המופיעים תחת סימן ב' לפרק י', שעניינו "צדדים לעבירה", מסווגים את דרכי ההשתתפות השונות בביצוע העבירה, בין אם מדובר במבצע עיקרי, במבצע בצוותא, במשדל או במסייע. סעיף 29(ב) לחוק העונשין מגדיר את המבצעים בצוותא, בזו הלשון: "המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקא מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר". משמעותו של סעיף זה נדונה, לא אחת, בפסיקתו של בית משפט זה. ההלכה שנקבעה היא, כי המבצע בצוותא מצוי בגדרי "המעגל הפנימי" של מבצעי העבירה, וזאת גם כאשר התנהגותו אינה מקיימת את הרכיב ההתנהגותי המוגדר בעבירה (ע"פ 5706/11 רון נ' מדינת ישראל (11.12.2014) (להלן: עניין רון); ע"פ 2652/95 רז נ' מדינת ישראל (21.2.1996); ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239 (1996); ע"פ 2796/95 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388 (1997) (להלן: עניין פלוני)). עוד נקבע, כי מעשיו של כל מבצע בצוותא בנפרד אינם חייבים להיות חיוניים להצלחת העבירה, ודי בכך שמעשים אלו משולבים בתכנית שנועדה לביצוע העבירה, ומהווים שותפות מלאה בביצועה. בין יתר המעשים, אותם ניתן לראות כחלק מהביצוע, מנתה הפסיקה את תכנון העבירה; מתן ההנחיות לשם ביצועה; כמו גם חלוקת התפקידים בין המשתתפים במסגרתה (ע"פ 3/10 אוחנה נ' מדינת ישראל (27.12.2012) (להלן: עניין אוחנה)). ניתן, אפוא, לדמות את המבצעים בצוותא למעין "גוף מרובה זרועות" (ע"פ 7477/08 גץ נ' מדינת ישראל (14.11.2011)), שגם אם כל זרוע פועלת בנפרד, נעשה הדבר, ככלל, באופן מתואם.

במרוצת השנים, נקבעו בפסיקה מספר מבחנים עיקריים לשם זיהויו של המבצע בצוותא, במובחן מיתר המשתתפים בביצוע העבירה. על מבחנים אלו עמדתי בע"פ 4428/13 שיטריט נ' מדינת ישראל (30.4.2014):

"א. מבחן השליטה מאפיין את המבצע בצוותא כמי ששולט, ביחד עם אחרים, על ביצוע העבירה. המבצע על-פי מבחן זה, מהווה חלק מן התוכנית המשותפת לביצוע העבירה, והוא פועל בצוותא חדא עם אחרים להגשמתה ([עניין פלוני]); ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481 (1997) (להלן: עניין מרקדו)).

ב. מבחן הקירבה, שבמסגרתו בוחן בית המשפט את מידת הקירבה של כל אחד מהמשתתפים לביצוע העבירה, ועד כמה מהווה המשתתף חלק מהמעגל הפנימי של המשימה העבריינית (ע"פ 3390/98 רוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 871 (1999)).

ג. המבחן הפונקציונאלי, לפיו המבצע בצוותא הוא מי שנוטל חלק מהותי בביצוע העבירה, וכפי שנקבע בע"פ 5206/98 עבוד נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(4) 185 (1998):

"המבצעים בצוותא אינם רק אלה המשתתפים בעשיית 'מעשה' העבירה גופו; אלא נמנה עליהם כל מי ש'נוטל חלק' בביצועה של העבירה, במובן הרחב של המושג 'ביצוע'... ההבחנה בין הנמנים עם ה'מעגל הפנימי' - 'המבצעים בצוותא' - לבין הנמנים עם ה'מעגל החיצוני' - 'המסייעים' נעוצה, איפוא, בטיב ואופי מעורבותם בביצוע: אם 'נטלו חלק' - בביצוע - קרי: אם היה להם 'תפקיד' בביצוע הריהם 'מבצעים בצוותא'; ואילו אם אך 'תרמו' לו מבחון - הריהם 'מסייעים בלבד' (שם, בעמ' 190).

ד. המבחן המשולב, המאזן בין היסוד ההתנהגותי ליסוד הנפשי, ולפיו ככל שהיסוד הנפשי של עושה העבירה גבוה יותר (מבחינת מידת העניין בביצוע העבירה), כך ניתן להסתפק בדרגה נמוכה יותר של העשייה מבחינת היסוד העובדתי, ולהיפך. מבחינה זו מדובר במעין "מקבילית כוחות", היוצרת זיקת גומלין בין שני הרכיבים (ע"פ 4188/93 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 539, 550 (1995); עניין מרקדו, בעמ' 553).

לצד המבצע בצוותא, מוגדר המשדל בסעיף 30 לחוק העונשין, כמי ש"מביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ". תכלית השידול הינה לעודד אחרים לקראת גיבושה של ההחלטה לבצע את העבירה, אשר עשויה להתממש על-ידי אדם אחר (ע"פ 8466/99 אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 65 (2001) (להלן: עניין אסקין); ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב 228 (1987)). המשדל עושה מעשה, בין באמירה ובין בהתנהגות, שיש בו כדי לעודד את מושא השידול לצאת ולבצע את העבירה. נקבע, בהקשר זה, כי: "העיקר הוא כי התנהגות המשדל תהיה בעלת 'אפקטיביות פוטנציאלית' העשויה להשפיע על המשדול לבצע את העבירה נושא השידול, כך שמתקיים קשר סיבתי בין ההתנהגות המשדלת לתחילת ביצוע העבירה" (עניין אסקין, בעמ' 79). נקבע בפסיקה בנוגע לעבירת השידול, כי אין הכרח שיוזם הרעיון לביצוע העבירה יהיה דווקא המשדל. בהחלט יתכן, כי המשדול הוא שהגה במוחו את המחשבה לבצע את העבירה, אלא שההחלטה לבצע טרם התגבשה בקרבו. בשל כך נקבע, כי המשדול נחשב לאדם אשר טעון הנעה מנטלית, לצורך ביצוע העבירה (שם; עניין פלוניס, בעמ' 44; ע"פ 7894/03 ג'אבר נ' מדינת ישראל (18.2.2008)).

ההבחנה בין הצדדים השונים לדבר העבירה הינה, לעתים, מלאכה לא פשוטה, מאחר שקיימים גבולות דקים בין הסיווגים השונים (עניין רון, בפסקה 154; ע"פ 8653/10 פלונית נ' מדינת ישראל (28.7.2011)). עם זאת, בהקשר להבחנה שבין המבצע בצוותא למשדל, נקבע בע"פ 4720/98 כהן נ' מדינת ישראל (6.7.1999) (להלן: עניין כהן), כי:

"מנהיג של 'חבורה' שחברה לביצועה של עבירה, אינו 'משדל' של חבריו לחבורה, אלא מי שעומד בראשם ו'מוביל' אותם להגשמת מזימתם המשותפת. המשדל מצוי מחוץ למעגל הפנימי של ה'ביצוע'; ומעשה השידול הינו שידול 'נטו', לאמור: מעשה עצמאי ונפרד מן המאמץ הכולל של הביצוע. מי ש'משתתף' בביצוע - ולשיטתי, כמתחייב מן האמור לעיל, יש ליתן למושג 'שותפות' בהקשר זה משמעות רחבה - אינו יכול להיות 'משדל'" (שם, בפסקה 4, וראו גם, דנ"פ

ועוד נקבע:

"נראה, כי קשה להלום מצב בו המנהיג, נותן הפקודה והנהנה העיקרי מביצוע העבירות יוגדר כמשדל בלבד. בית המשפט, כפרשן החוק הפלילי, אמנם ער למגבלות - אך גם אינו שוטה שבעולם, שיוריד את הראש המתכנן, ראש הנחש, לדרגה משנית כיון ש'ידיו הפיסיות' נותרו נקיות כביכול, והוא לא ליכלך אותן במגע המתכת או כלי ממית אחר או באבק שריפה" (עניין אוחנה, בפסקה 123).

19. על רקע התשתית הנורמטיבית שנסקרה דלעיל, ברי כי מערער 2 הינו בגדר מבצע בצוותא של מעשי ההתעללות מן הסוג השני, קרי אלו שהוא ידע עליהם או שיכול היה לדעת עליהם, אך לא הורה על הפסקתם (כפי שיובהר בהרחבה בהמשך), כמו גם של מעשי ההתעללות מן הסוג השלישי, עליהם הנחה או אישר אותם במפורש. ראשית לכל, אין ספק, כי אין לראות במערער 2 כמשדל בלבד לביצוע עבירות אלו. זאת שכן, מעשיו אינם מסתכמים ב"שידול נטו" של המערערת או של אנשי צוות אחרים לבצע את המעשים, אלא שיש לו חלק ישיר ובלתי אמצעי בהוצאתם של מעשי ההתעללות מן הכוח אל הפועל (עניין כהן, בפסקה 4). אף אם נניח, כי מערער 2 לא היה בגדר "נותן הפקודה", "המנהיג" או "הנהנה העיקרי" מביצוע העבירות (עניין אוחנה, בפסקה 123), שכן, המערערת ביצעה, על דעת עצמה, חלק נכבד ממעשי ההתעללות, הן באמצעות מתן הוראות למטפלים אחרים (למשל, לגבי אופן הטיפול בחוסה 1, כפי שפירט חברי לעיל), והן בפעולות שעשתה במישרין (כגון, שישבה על הספסל לאחר שהורתה לחוסה 7 לשבת מתחתיו), עדיין אין לראות את מערער 2 כמי שפעל כמשדל בלבד. זאת שכן, אין לראות את מערער 2 כמי שפעל באופן עצמאי ונפרד מהמערערת, באשר השניים פעלו במסגרת מטרה משותפת, להשליט סדר ומשמעת במחלקת ההמשך. משכך, הטענה לפיה מערער 2 היווה אך משדל למעשי ההתעללות אינה יכולה להתקבל, ודין טענתו של מערער 2, בהקשר זה, להידחות (השוו: עניין רון).

לטעמי, יש לראות את מערער 2 כמבצע בצוותא של עבירות ההתעללות בהן הורשע. לא ניתן לחלוק, על כי למערער 2 היתה שליטה על ביצוע מעשים אלו, וכפי שקבע בית משפט קמא כממצא עובדתי, מערער 2 שלט באופן ממשי על ביצוע המעשים, כך שהיה יכול בנקל, בכל רגע נתון, להביא להפסקתם של מעשים אלו, בין על-ידי מתן הנחיות ברורות לאנשי הצוות, ובמידת הצורך אף לערוך שינויים פרסונליים במחלקה. יש לזכור, כי מערער 2 היה הדמות המקצועית הבכירה ביותר במחלקת ההמשך, והוא עמד בראש המחלקה, מבחינה היררכית, ומטבע הדברים, היו באמתחתו כלים רבים - ניהוליים ומקצועיים כאחד - על מנת להפסיק את מעשי ההתעללות. כך, נקבע, כי מערער 2 יכול היה לאסור במפורש על שיטות הטיפול האמורות; לנקוט בסנקציות כלפי מי מבין העובדים, אשר ממשיכים לנקוט בשיטות אלו; ולשתף גורמים נוספים מתוך בית החולים, או מחוצה לו, על מנת להפסיק את התופעה הקשה. אשר למבחן הקירבה, אין כל ספק כי, כמי שאמון על דרכי הטיפול בחוסים במחלקה, היה מערער 2 מצוי בגדרי המעגל הפנימי של המשתתפים בביצוע מעשי ההתעללות. מערער 2 היה, כאמור, מקור הידע הרפואי והוא היה הגורם המקצועי אליו יש לפנות, על מנת לאשר מדיניות טיפולית כלשהי, במי מבין החוסים. עוד יש להזכיר, כי ברשות הצוות הטיפולי עמדו אמצעים רבים לשם עדכונו ולשם קבלת אישורו של מערער 2, וזאת, בין היתר, באמצעות הרפורטים, הפלקטים ושיבות הצוות. אין זה מתקבל על הדעת, כי הגורם המקצועי והניהולי הבכיר, שיש לעדכנו בכל דבר ולקבל את אישורו לביצוע דרכי טיפול כאלה ואחרות, לא ימצא במעגל הפנימי של המבצעים העיקריים, וסבורני כי טענה מעין זו אינה ראויה להישמע. גם יישומו של המבחן הפונקציונאלי, מוביל למסקנה כי יש לראות במערער 2 כמבצע בצוותא של עבירות אלו. נקבע עובדתית, כי מערער 2 תרם תרומה ממשית להמשך ביצוע המעשים, ומשכך היה לו תפקיד מרכזי

בביצועם. אשר ליסוד הנפשי, נדרש ממבצע בצוותא כי תהא לו מודעות בנוגע לכל אחד מרכיבי העבירה, וכן לעצם היותו מבצע בצוותא (ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל (31.12.2008); ע"פ 1301/06 אלזם נ' מדינת ישראל (22.6.2009)). כפי שנקבע בעניין פלונית:

"על דבר היחס הנפשי ניתן להסיק במישור הראייתי מביטויים חיצוניים לו, הכרוכים גם במישור הפיסי, ובפרט ממידת קרבתו של השותף למעגל המבצעים ומידת השפעתו על גורל הביצוע [...]. המדד הנפשי מתייחס ליחס החפצי של השותף כלפי העבירה ולתפישתו הכללית של השותף את עצמו באופן כללי וביחס לאירוע העברייני. לשון אחר: שותף הרואה עצמו חלק מן המעגל העברייני הראשון, את מעורבותו באירוע כישירה ומכוננת ואת האירוע עצמו כאירוע 'אישי' שלו, ייחשב למי שנוטל חלק בביצוע העבירה כמבצע בצוותא. לעומתו, שותף הרואה עצמו כגורם נלווה לעבירה הנעשית על-ידי אחרים, כמי שהעבירה אינה 'עניינו האישי' וכמי שמעורבותו בה עקיפה ומשנית, ייחשב מסייע."

בענייננו, קבע בית משפט קמא כי במערער 2 התקיים היסוד הנפשי בנוגע לרכיבי עבירות ההתעללות אותם אישר, וכאלה שהוא ידע על ביצוען, או שיכול היה לדעת, מבלי שעשה דבר כדי למונעם. מסקנתו זו של בית משפט קמא מקובלת עליי, ואיני רואה כל הצדקה להתערב בה. אשר למודעותו של מערער 2 לגבי עצם היותו מבצע בצוותא, דומני כי הוא היה מודע ליכולת שליטתו על ביצוע המעשים, ליכולתו למונעם לחלוטין, וביתר שאת אמורים הדברים לגבי המעשים מן הסוג השלישי, בהם היה מערער 2 מי שנתן את ההנחיות והיוזם של מעשים אלו, שגם אותם יכול היה להפסיק בכל עת. ניתן לקבוע, אם כן, כי במערער 2 התקיים היסוד הנפשי הדרוש לשם הרשעתו בעבירות אלו, כמבצע בצוותא. מבחינה זו, נראה כי מתקיים גם המבחן המשולב, בעניינו של מערער 2.

20. כאן המקום להידרש לטענתו של מערער 2, לפיה בינו לבין המערערת לא התקיימו יחסים "נורמליים" - של ממונה בכיר, מבחינה ניהולית ומקצועית, לבין אחת מבין אנשי הצוות, בכירה ומנוסה ככל שתהיה - כך שאין לראותם כמבצעים בצוותא של מעשי ההתעללות. בית משפט קמא עמד בפירוט על מערכת היחסים המורכבת ששררה בין השניים, ואינני רואה מקום לחזור על הדברים במלואם. אציין רק, כי בית משפט קמא התרשם כי המערערת אכן נהגה במערער 2 בזלזול, הטיחה בו אמירות בוטות, ופגעה בסמכותו באופן מופגן, לעיני אנשי צוות המחלקה וחברי הצוות הבכיר בבית החולים. אחד ההסברים להתנהגותה זו של המערערת, מצא בית משפט קמא באופיו המאופק של מערער 2. די להזכיר, בהקשר זה, את הדברים שאמרה המערערת מעל דוכן העדים: "אני בן אדם של אש [...]. הוא בן אדם של מים. והטמפרמנט שלנו אחר לחלוטין [...]. הוא מאוד מנומס ומאוד רגוע, ואני לא" (עמ' 7174 לפרוטוקול).

דומה, כי במערכת היחסים שהתנהלה בין מערער 2 למערערת, היתה האחרונה, ככל הנראה, הדמות הדומיננטית, כאשר במרבית העימותים שהתעוררו בין השניים, ידה היתה על העליונה. ואולם, לשיטתי, אין די בכך כדי להוביל למסקנה כי אין לראות במערער 2 כמבצע בצוותא למעשי ההתעללות. העובדה, לפיה מערער 2 היה דומיננטי פחות מהמערערת, במערכת היחסים הפנימית שבין השניים, אין משמעה, מניה וביה, כי סמכותו של מערער 2 התערעה עד כדי כך שהוא לא יכול היה להשליט את סמכותו ואת מרותו, לנוכח מעשי ההתעללות הקשים שהתבצעו לנגד עיניו, או שהוא ידע על קיומם. מערער 2 נותר עדיין מקור הסמכות הבכיר מבין השניים - הן מבחינה היררכית-ארגונית, בהיותו מנהל המחלקה, והן מבחינה מקצועית, בהיותו המומחה הרפואי היחיד במחלקה - ואין נפקא מינה לכך שהוא העדיף, ככל הנראה משיקולי "שקט תעשייתי", שלא להתערב בנעשה ושלא להשליט את מרותו, גם במחיר של שינויים פרסונליים. בידי מערער 2 נותרו כלים רבים להחזיר את סמכותו המקצועית והניהולית אל מקומם הטבעי והראוי, לו רצה בכך. הוא יכול היה, בכל שלב, ליתן הוראות ברורות ומפורשות למערערת ולאנשי הצוות האחרים, להעביר אותה מתפקידה במחלקת ההמשך, או אף לדרוש את פיטוריה. לפיכך, בחירתו של מערער 2 שלא לעשות

דבר, והימנעותו מלהפעיל את סמכותו, אינה משנה את מצבו המשפטי, שכן מדובר בבחירה אישית שלו, שלא לעשות שימוש בסמכות שהוקנתה לו בפועל. בנסיבות אלה, אין לקבל את הטענה כי מערער 2 היה משולל כל סמכות, הלכה למעשה, להפסיק את מעשי ההתעללות הנמשכים במחלקתו, וכאמור חלק מהמעשים הקשים בוצעו באישורו ועל-פי הנחיותיו. יפים, בהקשר דומה, דברי השופט ע' פוגלמן, בעניין פלונית:

"גם בחששו של המערער מן המערערת נוכח האלימות שהפגינה כלפיו, אין כדי לשנות מאופי מעשיו. אכן, פעמים רבות אין הביצוע בצוותא מורכב משותפים שווי מעמד ושווי כוח. ואולם בכך בלבד אין כדי לשלול את אחריותו המלאה של שותף אשר ביצע את מעשהו בהשפעת גורם דומיננטי המטיל אימתו עליו. מתן פטור לאותו שותף בסיטואציה מעין זו יתאפשר רק אם ניתן יהיה לראות בגורם הדומיננטי משום מבצע באמצעות אחר, לפי סעיף 29(ג) לחוק העונשין, ובשותף - 'אחר' שמצבו מפחית מאחריותו הפלילית או מבטלה כליל (להרחבה ראו שחר אלדר כלי אדם - שימוש בבני אדם והנהגת ארגוני פשיעה 47-35 (2009)). כזה הוא למשל מקרה שבו צד לעבירה מצוי במצב של כורח המונע ממנו בחירה חופשית לבצע את המעשים או להימנע מכך, והוא מבטל את רצונו באופן מלא או כמעט מלא מפני רצונו של מנהיג דומיננטי. ברי כי אין זה המצב בענייננו. יתרה מכך, אף אם ניתן היה לתלות בחששו של המערער מפני המערערת את הימנעותו לחלץ את הקטין מידיה (וכאמור איני סבור שכך הם פני הדברים), אין בחשש זה כדי להסביר את המשך שהייתו במקום לאורך כל הדרך - שהיה בה כדי לעודד את המערערת להמשיך במעשים".

21. ומכאן אעבור לדון בטענתו של מערער 2, בדבר היעדרה של תכנית עבריינית מוקדמת לביצוע המעשים. ככלל, ביצוע בצוותא הינו תולדה של מספר פעולות מקדימות, ובכללן: תיאום מוקדם בין המבצעים, חלוקת תפקידים, הכנה, ותכנון מקדים:

"הגדרת הביצוע בצוותא מאפשרת הטלת אחריות פלילית על אדם בגין ביצוע העבירה כשותף ישיר לדבר-עבירה, גם אם הלה לא ביצע את היסוד העובדתי (על כל רכיביו, או חלקם) שבעבירת אובייקט הגזירה. ההנחה הטמונה בדברים היא כי הביצוע בצוותא מניח תיאום בין הצדדים, קואורדינציה, חלוקת תפקידים מוקדמת, הכנה מוקדמת או 'תכנון מוקדם'" (גבריאל הלוי השותפות לדבר עבירה 624 (2008) (להלן: הלוי); וראו גם: ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל (12.1.2011) (להלן: עניין ימיני); ע"פ 846/10 בדוי נ' מדינת ישראל (14.7.2014)).

אשר למערער 2, קבע בית משפט קמא כי הוא, אכן, לא נטל חלק בתכנון מוקדם כלשהו, כאשר לחלק ממעשי ההתעללות הוא נחשף רק בדיעבד, ולאחר שהם בוצעו בפועל. חרף זאת, נקבע על-ידי בית משפט קמא, כי ניתן לראות במערער 2 משום מבצע בצוותא, על יסוד קיומה של "שותפות ספונטנית", אליה הוא הצטרף, מבלי שקדם לכך תכנון מקדים כלשהו (ע"פ 5686/07 בסטיקר נ' מדינת ישראל (17.2.2011); ע"פ 4693/01 מדינת ישראל נ' בביזאיב, פ"ד נו(5) 580 (2002) (להלן: עניין בביזאיב)). לשיטתו של בית משפט קמא, אין להתעלם מהעובדה, כי המעשים חזרו ונשנו לאורך זמן, כך שהעבירות התחדשו, מידי יום, באופן רפטטיבי.

לטעמי, אין קושי של ממש בקביעה כי מערער 2 הינו מבצע בצוותא לעבירות ההתעללות, גם בהיעדר תכנון מוקדם, ותכנית מפורטת שהתגבשה בין המבצעים. מעשי ההתעללות השתרעו על פני זמן רב, ובוצעו באופן דומה, פעם אחר פעם, גם לאחר שמערער 2 נחשף להם, מבלי שעשה דבר כדי להפסיקם. די בכך, כדי ללמדנו כי מעשי ההתעללות לא נעשו באופן אקראי, בלתי מתוכנן, ובלתי נשלט מבחינתו של מערער 2. אכן, אין מדובר בתכנון מוקדם "מלא"

לעבירות אלה, אשר קדמה לו הסכמה מוקדמת, אך נראה כי מדובר בתכנון והסכמה שהלכו והתגבשו, ממעשה התעללות אחד למשנהו. במילים אחרות, המדובר בתכנון שהתגבש בין המבצעים, לאורך הזמן. זהו, אפוא, מצב ביניים שבין התכנון המוקדם לבין שותפות בהיעדר תכנון כלל, שהיא שותפות ספונטנית:

"קיימים שני מצבים קיצוניים אולטימטיביים, מבחינת העיתוי, ביחס להבחנת התכנון המוקדם. המצב האחד הוא התכנון המוקדם המלא, אשר השותפים בו מקיימים ביניהם הסכמה עקרונית והחלטה על ביצועה הפיסי של העבירה. נוסף על כך, מסכימים הם גם על הפרטים הטכניים של ביצוע העבירה, חלוקת התפקידים ביניהם, קביעת עיתוי הביצוע וכיוצא באלה - הכל טרם תחילת ביצועה הפיסי של העבירה. המצב הקיצוני האחר מתייחס למשתתף בביצועה הפיסי של העבירה, אשר לא היה לו כל חלק בתכנון המוקדם והוא הזדמן למקום האירוע לאחר תחילת ביצועה הפיסי של העבירה ונטל בה חלק כלשהו [שהוא השותף הספונטני - א.ש.]. [...]"

בין שני מצבים קיצוניים וקוטביים אלה של תכנון מוקדם אולטימטיבי לעומת היעדרו המוחלט אצל אחד המשתתפים (או יותר) קיימים גם מצבי ביניים [...] ("הלוי, בעמ' 242-243).

על יסוד הדברים הללו, מתבקשת המסקנה כי נרקמה בין מערער 2 למערערת שותפות, גם בהיעדר תכנית עבריינית קודמת. השותפות התגבשה ממקרה אחד למשנהו, כאשר "הדלק" שהוביל להמשכה של השותפות נעוץ בשתיקתו של מערער 2, שתיקה אשר היוותה, הלכה למעשה, משום מתן תוקף רפואי ומקצועי להמשך ביצוע המעשים, ועל כך אעמוד בהמשך. השותפות בין מערער 2 למערערת נרקמה, בין היתר, באמצעות המידע שהוחלף ביניהם, מעת לעת, בנוגע לאופן הטיפול בחוסים, ובאמצעות הדיווחים השוטפים שהתקבלו, וידיעתו של מערער 2, אל נכון, מה מתרחש במחלקתו. שתיקתו של מערער 2 והימנעותו מלהפסיק את שיטות הטיפול הנלוות אשר דווחו לו, אותתו למערערת וליתר חברי הצוות כי אין כל פגם באופן הטיפול הננקט על-ידם. לסיכום, תכנון מעשי ההתעללות לא הוכח, אמנם, ואין מדובר בתכנית סדורה ומוסכמת, אך אין כל קושי להגיע למסקנה כי התכנון וההסכמה המוקדמת הלכו והתגבשו לאורך הזמן, מדיווח אחד למשנהו, וממעשי ההתעללות החוזרים ונשנים בחוסים האומללים.

22. על יסוד האמור, יש לדחות את טענותיו של מערער 2, לפיהן הוא לא היה בגדר מבצע בצוותא למעשי ההתעללות מן הסוג השני והשלישי. נותר, אפוא, לדון בשאלה, באיזה אופן ביצע מערער 2 את עבירות ההתעללות המיוחסות לו, והאם יש לקבל את הטענה כי המעשים מן הסוג השני, אינם יכולים לשמש בסיס להרשעתו של מערער 2 בעבירות ההתעללות.

שתיקתו של מערער 2 כ"שתיקה מדברת"

23. במוקד ערעורו של מערער 2, ניצבת הטענה כי לא ניתן להרשעו בעבירות ההתעללות על דרך של מחדל. בין היתר, טען מערער 2 כי לא קיים בעניינו מקור חובה לפעול, על-פיו היה עליו למנוע את מעשי ההתעללות שבוצעו על-ידי המערערת וצוות המטפלים. נטען, בהקשר זה, כי סעיף 322 לחוק העונשין, הן מבחינה מילולית והן מבחינה נורמטיבית, אינו יכול לשמש מקור חובה למניעת מעשי ההתעללות. זאת, במובחן מסעיף 323 לחוק העונשין, העוסק באחריותם של מבוגרים על קטינים, שם מופיעה במפורש החובה למנוע התעללות בהם. במצב דברים זה, סבור מערער 2 כי אין בנמצא מקור חובה לפעול, וביתר שאת אמורים הדברים, על רקע "ההלכה המיוסדת, לפיה את קיומן של חובות עשה המקימות אחריות בדין הפלילי יש לפרש בצמצום".

כפי שיפורט להלן, דעתי היא כי אין כל מניעה, בנסיבות המיוחדות של המקרה, להרשיע את מערער 2 בעבירות ההתעללות כמבצע בצוותא, ולטעמי אין מדובר במחדל אלא במעשה. זאת שכן, יש, לשיטתי, לראות בשתיקתו של מערער 2 משום מעשה, להבדיל ממחדל. משכך, אין צורך, בגדרי הערעור שלפנינו, להידרש לטענותיו של מערער 2 בנוגע להרשעתו בעבירת ההתעללות, על דרך של מחדל, ויש להותיר סוגייה מעניינת זו להכרעה, לעת מצוא.

24. כידוע, הרכיב ההתנהגותי של העבירה יכול להתגבש בשני אופנים, היינו במעשה או במחדל. הדבר עולה מלשונו של סעיף 18(ב) לחוק העונשין, המגדיר את המעשה, באופן שהוא חל, במקרים המתאימים, גם על מחדל. הגדרת המחדל מופיעה בסעיף 18(ג) לחוק העונשין, הקובע כי מחדל הינו "הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה". כפועל יוצא מהגדרה זו, על מנת לייחס לנאשם כלשהו ביצוע עבירה על דרך של מחדל, יש לתור אחר מקור חובה לפעול. במילים אחרות, יש להראות כי הנאשם נמנע מלבצע מעשה מסויים, שעה שחלה עליו חובה לעשותו (ע"פ 6522/10 נקר נ' מדינת ישראל (2.5.2013); ע"פ 6811/01 עלי אחמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 26 (2002); רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 187 (2002) (להלן: עניין ויצמן); ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996); יצחק קוגלר "דרישת החובה לפעול בדיני המחדל הפלילי - הצדקת הדרישה, היקף חלותה, והעיגון הפורמלי של החובות לפעול" מחקרי משפט כ 201, 206-207 (2003) (להלן: קוגלר)).

משכך, קיימת חשיבות רבה להבחנה בין התנהגות המהווה מעשה אקטיבי לבין התנהגות מחדלית, באשר הרשעה במחדל מחייבת, כאמור, קיומו של מקור חובה לפעול. ההבחנה בין המעשה למחדל מתבצעת, על-פי רוב, באמצעות האינטואיציה והשכל הישר (קוגלר, בעמ' 226; יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 206 (מהדורה שלישית, 2014) (להלן: רבין וואקי); עניין ימיני, בפסקה 40). כך, לדוגמה, "כאשר ירה הנאשם בקורבן בראשו, ובכך גרם למותו המידי, קל לזהות שהוא גרם למותו באופן אקטיבי. כאשר מציל שיושב בעמדת המציל רואה אדם שעומד לטבוע, ואינו זז ממקומו כדי להצילו, אזי נאמר (במקרה שהוא יכול היה להצילו אילו קפץ למים) שהוא גרם למותו במחדל" (קוגלר, שם). דא עקא, שלא בכל המצבים ניתן להבחין בנקל, תוך שימוש באינטואיציה ושכל ישר, בין מעשה אקטיבי לבין מחדל. במקרי גבול, הוצע בספרות לערוך את ההבחנה האמורה, באמצעות "מבחן התנועה הגופנית" (או מבחן הוצאת האנרגיה הפיזית):

"מבחינת צורתה, עשויה ההתנהגות אפוא להיות, אקטיבית או פסיבית. התנהגות אקטיבית באה לידי ביטוי עקב הוצאת אנרגיה פיזית כלשהי מטעם עושה העבירה [...] זוהי עשייה, פעולה הדורשת הפעלת גוף האדם תוך הוצאת אנרגיה פיזית, הגורמת כשלעצמה לשינוי כלשהו בעולם הפיזי. לכן, תרומה זו של האדם להיווצרות העבירה מתבטאת בהתנהגות שהיא אקטיבית. [...] התנהגות שבאה לידי ביטוי בהימנעות מהפעלת אנרגיה פיזית לעניין מסוים, באפס-מעשה, במחדל, היא התנהגות פאסיבית לגבי אותו עניין" (ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 385 (1984); ראו גם: רוני רוזנברג בין מעשה למחדל במשפט הפלילי 215-216 (2014) (להלן: רוזנברג)).

הפסיקה יישמה, לא אחת, את מבחן התנועה הגופנית שהוצע, על מנת להבחין בין מעשה אקטיבי לבין מחדל (ראו, למשל: עניין ויצמן, בפסקה 68 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין; ע"פ 115/77 לב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 505, 518 (1978); ע"פ 684/87 אברמוב נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(2) 146, 150-151 (1989)). כך, בע"פ 7832/04 פלוני נ' מדינת ישראל (4.5.2006), נדון עניינו של המערער שם, אשר הורשע בביצוע עבירות מין בקטינה כבת 10 שנים. המערער התגונן בטענה, כי חלק מן המעשים בוצעו על-ידי הקטינה בגופו, ללא התנגדות מצידו. לפיכך, הוסיף המערער כי הוא לא ביצע את אותן עבירות באופן אקטיבי, אלא שמדובר בביצוע על דרך של מחדל, קרי בכך שהוא לא פעל למנען. השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין, קבע כי לו היה המערער בגדר צופה מן הצד במעשים

מיניים המתרחשים בין הקטינה לאדם אחר, הוא יכול היה להיבנות מן הטענה, כי הוא "לא ביצע כל מעשה שיש בו להביא 'לשינוי כלשהו בעולם הפיזי' ביחס לעבירות המין שביצע האחר בקטינה". במצב דברים זה, כך נקבע, היה ניתן לתאר את התנהגותו של המערער, כהתנהגות מחדלית. ואולם, לשיטתו של השופט רובינשטיין, המעשים המיניים בוצעו בין הקטינה למערער עצמו, ואף לדבריו, הוא שיתף פעולה עם הקטינה וחש הנאה מאותם מעשים. כפועל יוצא מכך, המערער ביצע אף הוא מעשים פיזיים, כך שעבירותיו בוצעו על דרך של מעשה, ובאופן אקטיבי, ולא בדרך של מחדל.

לעתים, בית המשפט אינו בוחר ליישם את מבחן התנועה הגופנית לצורך הבחנה בין מעשה אקטיבי למחדל, כאשר ההבחנה נעשית בדרכים אחרות (ראו: ד"נ 7/69 אליאס נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 561 (1969); ע"פ 201/79 הלמר נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 97 (1980); ראו גם את דברי השופט י' עמית, בעניין ימיני, בפסקה 40; לגבי שורש המחלוקת בין המקרים המיישמים את המבחן לבין מקרים אחרים, ראו: רוזנברג, בעמ' 229-232). דרך אחרת להבחנה בין מעשה אקטיבי למחדל, אשר הוצעה בספרות, מיושמת על-ידי "מבחן הדומיננטיות", על-פיו יש לבחון את התנהגותו של הנאשם לאור שקלול המאפיינים המבדילים, על דרך העיקרון, בין מעשה למחדל, כמפורט להלן:

"ראשית, התנהגות אקטיבית גורמת לתוצאה, ואילו התנהגות פאסיבית מתבטאת באי-מניעתה של התוצאה הפוגעת באינטרס חברתי המוגן.

שנית, התנהגות אקטיבית מתבטאת, ככלל, בהרעת מצבו של אינטרס חברתי מוגן, ואילו מחדל מתבטא בהימנעות משיפור המצב.

שלישית, התנהגות אקטיבית מתבטאת, ככלל, ביצירת מצב מסוכן, ואילו התנהגות מחדלית בהימנעות מלהציל אינטרס חברתי הנתון בסכנה." (מרדכי קרמניצר ושגב ראם "המחדל בדין העונשין" ספר תמיר 197, 208 (1999); ראו גם: רבין וואקי, בעמ' 214-217).

25. מקרה גבול שנידון בפסיקה, המצוי בין מעשה אקטיבי למחדל, מתעורר כאשר נאשם כלשהו נכח "באפס מעשה" ובשתיקה, אל מול ביצועה, או היתכנות ביצועה, של עבירה מסוימת. כך, בעניין ויצמן, הפך בית משפט זה את קביעתו של בית המשפט המחוזי באותו מקרה (ע"פ (ת"א) 70297/00 ויצמן נ' מדינת ישראל (1.3.2001)), באשר לסיווג אחריותן של שתי נוסעות ברכב, אשר נותרו באפס מעשה לנוכח ביצועה של תאונת "פגע וברח", שארעה במהלך הנסיעה. בית המשפט המחוזי קבע, כי נוכחותן של שתי הנוסעות ברכב, בחוסר מעש, במהלך ההימלטות מזירת התאונה, "איננה רק נוכחות סתמית, אלא נוכחות שיש בה משום תרומה ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה". בשל כך, נקבע כי יש לראות בנוסעות הרכב משום מסייעות, באופן אקטיבי, לעבירה של הפקרה לאחר פגיעה. בית משפט זה, קבע מנגד, מפי השופט (כתוארו אז) מ' חשין, כי אין לראות בשתיקתן של הנוסעות, במהלך ההימלטות מזירת התאונה, משום מעשה אקטיבי. לשיטתו של השופט חשין: "אני מתקשה למצוא בהתנהגותן של [שתי הנוסעות] התנהגות 'אקטיבית' ולא אך התנהגות פסיבית. אמת נכון הדבר, השתיים הסכימו - בשתיקה - להימלטות, אך לדעתי אין הסכמה זו עולה כדי מעשה". שתי הנוסעות הורשעו, אמנם, בסופו של יום, בעבירת הסיוע להפקרה, אך הדבר נעשה רק לאחר שנמצא בעניין מקור חובה לפעול (להרחבה על ההבחנה בין קביעתו של השופט חשין אל מול עמדת בית המשפט המחוזי, ראו: רוזנברג, בעמ' 219-220).

במקרה אחר, קבע בית משפט זה כי ניתן לראות בנאשם, שרק נכח בזירת רצח (מבלי שביצע דבר מה), משום מסייע, באופן אקטיבי, למעשה:

"כאשר נוכחותו של אדם במקום העבירה משמשת, בנסיבות המקרה, עידוד - ולכן, סיוע - למבצע העיקרי, כי אז מן הדין, לדעתי, לראות בעובדת הנוכחות משום התנהגות פיסית, להבדיל מאפס-מעשה. הטעם לדבר הוא: הגורם המשפיע על העבריין האחר לבצע את מעשה העבירה ומעודדו לכך, הוא, בין השאר, גורם הנוכחות הפיסית של המסייע. רמז, אם לא ראייה, להשקפתי זו יימצא בקטע [...] [שבו נאמר] 'Any physical act other than the fact of his mere presence'. לאמור: 'נוכחות היא בכלל 'מעשה פיסית' (ע"פ 78/71 עמר נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 442, 421 (1972) (התוספת שלי - א.ש.)).

ומנגד, במקרה אחר, ציין השופט צ' טל כי אין לראות בנער שנכח באקראי, ביחד עם קבוצת נערים שיידו אבנים, בסמוך למחנה הפליטים שועפאת בירושלים, משום מסייע, באופן אקטיבי, להשלכת האבנים (ע"פ 6202/95 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 685 (1996)). לגישתו של השופט טל: "אם אכן נקלע [הנער] למקום באקראי, הרי המעשה הפלילי שלו מתבטא בכך שהוא לא פרש מן החבורה, אלא נשאר בתוכה. הווה אומר, ש'המעשה' הפלילי הוא בעצם מחדל" (שם, בעמ' 688). יצוין, כי השופט טל נותר בדעת מיעוט ביחס לתוצאה זו, באשר השופטים א' מצא וט' שטרסברג-כהן קבעו כי נוכחותו של הנער באיזור לא היתה נוכחות "תמימה", ולכן אין לקבל את הטענה כי הנער הגיע לזירה באקראי. השופט מצא ציין, בהקשר לכך, כי "בנסיבות אלו היה בנוכחותו המוכחת של [הנער] בזירת העבירה משום ראייה לכאורה להיותו שותף (למצער פאסיבי) של המבצעים" (שם, בעמ' 691).

הנה כי כן, ההבחנה בין מעשה אקטיבי למחדל אינה מלאכה פשוטה, בנסיבות בהן מדובר בנאשם שפעולתו הסתכמה בשתיקה ובאפס מעשה, לנוכח פני עבירה המבוצעת על-ידי אחר. כפי שציין השופט י' עמית, בעניין ימיני:

"יש הגורסים כי ייתכנו מצבים מסוימים בהם גם הנוכחות באפס מעשה תיחשב כמעשה אקטיבי ולכן לא תידרש חובת עשייה בצידה. הפסיקה לגבי שתיקה ונוכחות באפס מעשה אינה אחידה. [...] בפסיקה אין אפוא תמימות דעים בשאלה אם לסווג את השתיקה כמעשה או כמחדל, וניתן לומר כי סיווגה של שתיקה תלויה נסיבות היא, ואין שתיקה אחת דומה לחברתה. יש שתיקה שהיא בבחינת מעשה ויש שתיקה שהיא מחדל טהור, וכלל אחד לכל המקרים עלול להחטיא את המטרה" (שם, בפסקה 40).

26. המסקנה החשובה לענייננו מן הדיון דלעיל, היא כי שתיקה ואפס מעשה עשויים, בנסיבות מסוימות, להוות מעשה אקטיבי ממשי. מסקנה זו אינה ייחודית רק להבחנה בין מעשה אקטיבי למחדל, אלא שהיא מאפיינת תחומים נוספים במשפט הפלילי. כך, למשל, מורה סעיף 162(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי), כי הימנעותו של נאשם מלהעיד עשויה לשמש כראיית חיזוק או סיוע לראיות התביעה. סעיף זה משמעו, הלכה למעשה, כי לשתיקת הנאשם יש נפקות במישור המעשי. ההנחה הגלומה בדבר היא, כי לא זו בלבד שאדם חף מפשע יהיה מוכן להעיד, אלא שהוא ישאף לעשות כן (רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי, פ"ד סב(1) 378 (2006); ע"פ 196/85 זילברברג נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 485 (1990)). משכך, שתיקתו של הנאשם מלמדת, כי הנאשם בחר שלא לדבר, ובחירתו זו מרמזת על תחושת אשמה מצידו, ומבחינה זו מדובר בשתיקה "מדברת" (ע"פ 139/52 היועץ המשפטי לממשלה נ' קינן, פ"ד ז(1) 619 (1953)).

מסקנה זו אינה נחלתו של המשפט הפלילי בלבד. גם במשפט האזרחי והציבורי מהווה השתיקה, לעתים, משום מעשה אקטיבי. כך, נקבע כי כאשר חוזה קובע הסדר מסויים לגבי מספר מצבים, ואינו מתייחס למצבים נוספים, הרי

שיכול ומדובר בהסדר שלילי ביחס לאותם מצבים נוספים: "כאשר חוזה קובע הסדר פלוני למצבים מספר, הרי שמכך משתמע כי לגבי המצבים שלא הוסדרו על-ידי, ההסדר הפלוני אינו חל" (ע"א 9609/01 מול הים (1978) בע"מ נ' שגב, פ"ד נח(4) 106 (2004); ראו גם: ע"א 9551/04 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל (12.10.2009); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי - פרשנות החוזה 140 (2001)). עוד קבעה הפסיקה, כי בשלב המשא ומתן הטרום חוזי, שתיקה לגבי עובדות מסויימות, מקום שנדרש גילויין, עשויה להוות בסיס לטענת מרמה (ע"א 11085/08 עזבון המנוח מראד נ' רשות הפיתוח (9.10.2011); ע"א 531/92 נזאל נ' דווירי, פ"ד מז(4) 824 (1993); ד"נ 7/81 פנידר חברה להשקעות פיתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673 (1983)). ביטוי נוסף לכך, מצוי בדיני השליחות, ולפיו שתיקתו של השולח עשויה להיחשב, במצבים מסויימים, כמקנה לשלוח הרשאה לביצוע פעולה. יפים, בהקשר לכך, הדברים שנאמרו בע"א 8098/09 כהן נ' בנק איגוד לישראל בע"מ - סניף חדרה (3.1.2012):

"לעיתים גם שתיקה או מחדל של השולח לעשות מעשה יכולים להימצא כמקנים הרשאה, באחת משתי דרכים: אישור בדיעבד או הרשאה מלכתחילה. המבחן הוא האם היה על השולח, המבקש לשלול את ההרשאה לביצוע פעולה מסוימת, כאדם סביר, לקום ולעשות מעשה, ובמחדל אי העשייה הוא גרם לשלוח או לצד שלישי להאמין כי ניתנה לשלוח הרשאה לפעול. אם התשובה לכך חיובית, הרי שניתן לראות את הפעולה כאילו ניתנה לגביה הרשאה. ודוק, לא כל שתיקה תתפרש כיוצרת הרשאה. על בית המשפט להסיק ממכלול הנסיבות כי אדם סביר היה פועל ומביע את רצונו אם לא היה מעוניין להקנות את השליחות. משלא פעל השולח, אף על פי שהיה מצופה לעשות כן, עשויה ההתנהגות להתפרש כיוצרת הרשאה לביצוע מעשה השליחות".

מעמדה האקטיבי של השתיקה מצא את ביטויו גם בגדרי המשפט הציבורי, שם נקבע, לא אחת, כי שתיקת המחוקק בעניין מסויים עשויה להתפרש כהסדר שלילי. דהיינו, כי המחוקק, לעתים, שותק "מדעת", ומדובר בשתיקה מדברת ולעתים אף מהדהדת (בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (27.2.2006); בג"ץ 8600/04 שמעוני נ' ראש הממשלה (16.1.2005)).

27. בדרך דומה הלכו גם בתי המשפט באנגליה, שם הוכרה השתיקה כבעלת נפקות אקטיבית. כך, נקבע כי הימנעותו של בעל סמכות מלנקוט בפעולה, עשויה, במקרים מסויימים, להיתפס כעידוד לביצוע המעשים, בידי מי שכפוף לבעל הסמכות. כפי שנאמר בספרות:

Where A has the right to control the actions of another and deliberately refrains from doing so, his inactivity may amount to actual encouragement" (Michael Allen Textbook on Criminal Law 228 ((11th ed., 2011)).

כך, באחד המקרים (R v JF Alford Transport LTD [1997] 2 Cr App R 326), נידונה אחריותם של שני בכירים בחברת הובלות, למעשי מרמה שביצעו מספר נהגים בחברה. נהגים אלו הורשעו בעבירות של דיווח כוזב של שעות נסיעה, במכשיר הקרוי tachograph (מודד נתוני נסיעה), בניגוד להוראות ה-Transport Act 1968. בית המשפט לערעורים זיכה, אמנם, את שני הבכירים מאחריות למעשי המרמה של הנהגים, מן הטעם שלא הוכחה מודעותם לאותם מעשי מרמה. ואולם, בית המשפט לערעורים קבע, כי:

If the prosecution could show that the individual defendants, or either of them, knew that the"

drivers were illegally falsifying tachograph records, and if it could be shown that the individual defendants took no steps to prevent misconduct it was open to the jury in the absence of any alternative explain, to infer that the individual defendant whom they happened to be considering, ".and thus the company, was positively encouraging what was going on

במקרה אחר (Wilcox v Jeffery [1951] 1 All ER 464), הורשע עורך ראשי ובעלים של עיתון הסוקר מוזיקת ג'אז, בסיוע להפרת אשרת שהייה שניתנה לאדם אחר, בכך שעודד אותו לבצע את ההפרה. האדם האחר, מוזיקאי מארצות הברית, קיבל אשרת שהייה באנגליה לתקופה מסויימת, אשר הותנתה בכך, שבכל משך שהותו במדינה, לא יועסק ולא יעבוד, בתמורה או בחינם, בשטחי המדינה. עם זאת, באחד הימים במהלך שהותו, הופיע המוזיקאי בתיאטרון מקומי, כנגן סקסופון. הנאשם, אשר הכיר את המוזיקאי מבעוד מועד, קיבל את פניו בשדה התעופה, והכיר את תנאי אשרת שהייה שלו באנגליה, קנה כרטיס ונכח בהופעה, לצורך הכנת סיקור במגזין שבבעלותו. על רקע זה, קבע בית המשפט לערעורים כי הנאשם ידע על אי החוקיות שבהופעתו של המוזיקאי, והתנהלותו, לפיכך, מהווה עידוד עבור המוזיקאי וסיוע להפרת אשרת שהייה שלו.

במקרה נוסף (R v Clarkson [1971] 3 All ER 344), נדון ערעורם של מספר חיילים בריטיים ששירתו בגרמניה, אשר הורשעו בסיוע לשלושה מעשי אונס שביצעו חיילים אחרים בבחורה מקומית. הרשעתם של החיילים בערכאה הראשונה, נעשתה משום שהם נכחו במהלך חלק ממעשי האונס, בחדר בו הם בוצעו, והיא התבססה על ההנחה, שלא הוכחה, כי נוכחותם בעת האונס עודדה את המבצעים העיקריים. בערעור, קבע בית המשפט לערעורים כי:

It is not enough, then, that the presence of the accused has, in fact, given encouragement. It must be proved that the accused intended to give encouragement; that he willfully encouraged".

ועוד, ראו, בהקשר זה, את דבריו המפורסמים של השופט Hawkins:

Encouragement does not of necessity amount to aiding and abetting, it may be intentional or" unintentional, a man may unwittingly encourage another in fact by his presence, by misinterpreted words, or gestures, or by his silence, or non-interference, or he may encourage intentionally by expressions, gestures, or actions intended to signify approval. In the latter case he aids and abets, in the former he does not. It is no criminal offence or stand by, a mere passive spectator of a crime, even of a murder. Non-interference to prevent a crime is not itself a crime. But the fact that a person was voluntarily and purposely present witnessing the commission of a crime, and offered no opposition to it, though he might reasonably be expected to prevent and had the power so to do, or at least to express his dissent, might under some circumstances, afford cogent evidence upon which a jury would be justified in finding that he willfully encouraged and

.(so aided and abetted." (R v Coney [1882] 8 QB 534).

28. בארצות הברית, נוהגת תפיסה דומה ביחס לשתיקה והימנעות מעשייה, בנסיבות מסוימות. נקבע, אמנם, כי נוכחות אקראית במקום עבירה ("mere presence") אינה, כשלעצמה, מספיקה לצורך הרשעה על דרך של שותפות לביצועה של העבירה (ראו, מיני רבים: Fleming v. State, 187 Ariz. 282 (Ariz. Ct. App., 1996); State v. Noriega, 373 Md. 426 (Md. Ct. App., 2003); Hall v. Commonwealth, 225 Va. 533 (Va. Sup. Ct., 1983); Kelley v. State, 279 Ga. App. 187 (Ga. Ct. App., 2006)). ואולם, לצד זאת נקבע כי כאשר אדם נוכח בזירת עבירה על מנת לעודד אחר לביצוע העבירה, גם בנסיבות בהן הוא אינו עושה פעולה כלשהי, ובלבד שהתנהגותו מספקת תמיכה ואישור לביצוע המעשים, כי אז יש לראותו כשותף לביצועה של העבירה:

When a defendant encourages another, he or she is more than merely present at the scene of a crime. [...] 'encouraged' indicates a sufficiently active role in the criminal act such that criminal liability may validly be imposed; it is the equivalent of conduct that 'by any means countenances or approves' the criminal actions of another, thereby warranting that the actor in law be 'deemed an aider and abettor, and liable as a principal' (State v. Richardson, 923 S.W.2d 301 (Mis. Sup. Ct., 1996).

כך, באחד המקרים, תקפה אמו של תלמיד את מורתו. בעלה של התוקפת, אביו של התלמיד, אשר אך ורק נכח בעת התקיפה, הורשע, אף הוא, בתקיפת המורה. נקבע, כי האב ידע על כוונתה של האם לתקוף את המורה; הוא ראה את המקל באמצעותו היא התכוונה לבצע את התקיפה; ובמהלך התקיפה עצמה, הוא נמנע מלהתערב. בכך, עודד האב את האם לבצע את מעשה התקיפה, אף שלא תקף את המורה בעצמו (Stone v. State, 133 Tex. Crim. 527 (Tex. Crim. Ct. App., 1937)).

במקרה אחר (State of Kansas v. Brown, 782 P.2d 1259 (Kan. App. Ct., 1989)), הורשע אדם במספר עבירות של סיוע לתקיפה, בכך שנכח בזירת קטטה שהתרחשה בין שתי קבוצות. זאת, על אף שנקבע כי הנאשם לא לקח כל חלק במעשי התקיפה במהלך הקטטה. הנאשם התגונן בטענה, כי במהלך משפטו לא הובהר למושבעים שהרשיעו אותו, כי, כצופה מהצד שאינו מעורב בקטטה באופן פיזי, לא חלה עליו חובה כלשהי למנוע את מעשי התקיפה שהתרחשו לנגד עיניו. בית המשפט לערעורים במדינת קנזס, ציטט את שנקבע ב (Moblely v. State, 227 Ind. 335 (Ind. Sup. Ct., 1949): 85.N.E.2d 489).

While it is true that the mere presence of a person at the scene of a crime is insufficient to constitute him a principal therein, in the absence of anything in his conduct showing a design to encourage, incite, aid, abet or assist in the crime, the trier of the facts may consider failure of such person to oppose the commission of the crime in connection with other circumstances and conclude therefrom that he assented to the commission of the crime, lent his countenance and approval thereto and thereby aided and abetted it.

על רקע זה, קבע בית המשפט בקנזס כי לא נפל פגם בכך שלא הובהר למושבעים שלא הוכח, במקרה זה,

מקור חובה לפעול, ולא היתה מניעה להרשיע את הנאשם, בנסיבות אלה.

29. עולה מן המקובץ, כי שתיקה עשויה להיחשב, לעתים, כמעשה אקטיבי ממש, ואז היא מהווה מעין שתיקה "מדברת", כשאז לשתיקה מעין זו קיימת נפקות מעשית בעולם המשפט. השותק חָדל, אמנם, ונמנע מלפעול ולהגיב, אך שתיקתו המדברת משפיעה על המוטיבציה של אחרים, ומניעה אותם לפעול בעצמם. אין מדובר בשתיקה שמשמעותה היא, אך ורק, אי-מניעתה של עבירה המבוצעת על-ידי אחר. השתיקה המדברת משמשת מעין עידוד, תמיכה והנעה של אדם אחר לפעולה. משכך, ניתן להשוות את השתיקה המדברת להסכמה, תוך אמירה מפורשת, או להסכמה על דרך של התנהגות, למשל בתנועת גוף, כגון: הנהון, הנדת ראש, סימון באמצעות הידיים, וכיוצא באלה. אין שונה השתיקה המדברת מכל אמירה מפורשת אחרת, או התנהגות אשר מביעה הסכמה. ראו, בהקשר זה, את שנאמר בעש"מ 6713/96 מדינת ישראל נ' בן אשר, פ"ד נב(1) 650 (1998):

"טענה רגילה היא, מפי המואשם בהטרדה מינית, כי התנהגותו, אף שהיא עלולה להיראות הטרדה, התקבלה בהסכמה, אולי אפילו הוזמנה, על-ידי המתלונן. אם אמנם כך, אין זו הטרדה. חוסר הסכמה יבוא לידי ביטוי, בדרך-כלל, באופן מפורש או באופן נרמז, אם במילים ואם בהתנהגות. שפת הגוף יכולה לצעוק כמו לשון מדוברת. זוהי התנגדות אקטיבית. בנסיבות מסוימות נדרשת התנגדות אקטיבית, שכן אחרת משתמעת מן הנסיבות הסכמה. אולם לא תמיד נדרשת התנגדות אקטיבית. הנסיבות עצמן יכולות להצביע בבירור על חוסר הסכמה. יש גם שתיקה רועמת. זוהי התנגדות פסיבית. בנסיבות מיוחדות אפשר כי התנהגות, הנראית כהסכמה, לא תיחשב הסכמה: הנסיבות מלמדות כי התנהגות פסיבית אינה מצביעה על הסכמה, אלא היא מכסה על התנגדות פסיבית. אם הייתה או לא הייתה התנגדות כזאת, הרי זו שאלה של עובדה, וכרגיל אפשר לקבוע את העובדה על יסוד ראיות נסיבתיות." (על חוזים הנוצרים על דרך של התנהגות, ראו למשל: ע"א 2825/97 אבו זייד נ' מקל, פ"ד נג(1) 402 (1999)).

ניתן לחדד מסקנה זו באמצעות הדוגמה שלהלן: נניח, כי פלוני הוא עד למעשה אלימות שמבצע חברו באדם אחר (להלן: האחר). בהיעדר מקור חובה לפעול, החל עליו, נראה כי פלוני אינו מחוייב למנוע את מעשה האלימות המתרחש לנגד עיניו. כעת, נניח כי במהלך האירוע פונה החבר לפלוני ושואל אותו האם להמשיך להכות את האחר, פלוני מהנהן בראשו להסכמה, וחברו ממשיך בביצוע מעשה האלימות. בהינתן שתשובה שלילית של פלוני לשאלת חברו, היתה גורמת להפסקת מעשה האלימות, נראה כי במצב דברים זה, ניתן יהיה להרשיע את פלוני, לכל הפחות, כמסייע למעשה האלימות, על רקע העובדה שהביע בהתנהגותו הסכמה ותמיכה בהמשך ביצוע המעשים על-ידי חברו. תוצאה זו תתקבל, כאמור, גם ללא מקור חובה לפעול החל על פלוני, ומבלי שפלוני תקף בעצמו את האחר. ראו, בהקשר זה, את דברי השופט חשין בעניין ויצמן:

"בסמוך לאחר שהמכונת פגעה בשוטר מורי, ותוך שוויקטור מנסה להשתלט על הרכב ולייצבו, צעק שלומי אל ויקטור: 'סע' (או, לגירסה אחרת: 'סע, סע'). בתימשפט קמא מצאו בהתנהגותו זו של שלומי סגולה של סיוע למחדלו של ויקטור, ואני תמים דעה עמהם. למותר לומר כי מטרתו של שלומי הייתה לסייע לוויקטור ולחזק את ידו בהימלטות מן המקום [...] קרובים אנו לומר כי שלומי היה מבצע בצוותא עם ויקטור - יהיו מי שיאמרו כי שלומי היה משדל - ואולם בוודאי יש לראות בו, למצער, מסייע למחדלו של ויקטור [...] נמצא לנו אפוא כי התנהגותו של שלומי ניחנה בסגולה של סיוע, כנדרש בעבירת הסיוע; ניתן אף להרחיק לכת ולומר, כי התנהגותו של שלומי חיזקה את רוחו של ויקטור ועל דרך זו סייעה לו בפועל לעת ההימלטות. יתר-על-כן, בחינת העובדות תלמדנו כי שלומי חייב עצמו לא אך במחדל אלא במעשה ממש. כן ידענו כי שלומי עשה את אשר עשה וחדל את אשר חדל מתוך מטרה לסייע לוויקטור בהימלטות מן המקום. שלומי עשה עצמו אפוא צד לעבירת ההפקרה לאחר פגיעה, ובדין חויב כפי שחויב בבתי-משפט קמא" (שם,

כעת נניח, כי פלוני הגיב לשאלת חברו באמצעות שתיקה בלבד, כאשר שתיקה זו שימשה - מבחינתם של פלוני וחברו - כהסכמה לכל דבר ועניין, ולכן החבר המשיך במעשי האלימות כלפי האחר. האם התוצאה המתקבלת בתרחיש האחרון - בו פלוני הביע את הסכמתו באמצעות שתיקה בלבד - ראויה לדין שונה, מאשר במצב הדברים הקודם, בו הסכמתו של פלוני בוצעה בהתנהגות פיזית, על דרך של הנהון? סבורני, כי התשובה לכך היא בשלילה. ככל ששתיקתו של פלוני שימשה, בנסיבות העניין, כאיתות להמשך המעשים עבור חברו, אין כל הצדקה להבחין בין שתיקה זו לאמירה מפורשת או למעשה התנהגות, שמשמעותם, מבחינתם של פלוני וחברו, זהה. לפיכך, לטעמי יש לראות בשתיקה מדברת, בנסיבות המתאימות, משום מעשה אקטיבי לכל דבר ועניין, ויש להרשיע את מי ששותק, באופן שניתן לפרש את הדברים כשתיקה מדברת, כשותף לדבר העבירה, גם ללא מקור חובה לפעול החל עליו.

30. נשאלת השאלה, מהן אותן נסיבות מיוחדות שבהן נאמר כי שתיקה לנוכח ביצועה של עבירה מהווה שתיקה מדברת? ברי הוא, כי מדובר במצבים חריגים ביותר, אותם יש לפרש, ככל הניתן, על דרך הצמצום. מבלי לקבוע מסמרות, אציין כי, לשיטתי, שתיקה מדברת מתרחשת כאשר הן השותק והן המבצע בפועל מפרשים את שתיקתו של השותק כתמיכה, עידוד או הוראה לביצוע הפעולה, וכאשר המבצע אכן פועל בעקבות אותה שתיקה מדברת. כלומר, באותן הנסיבות, לו היה השותק מתנגד לפעולת המבצע, הרי שדבר העבירה לא היה מתרחש. ויובהר, כי אופן סיווג פעולתו של השותק, קרי כסיוע, שידול או ביצוע (בצוותא או באמצעות אחר), ייעשה בהתאם למבחנים הרגילים שנקבעו בפסיקה, לשם סיווגם של השותפים לדבר עבירה (ראו, למשל, פסקה 18 לעיל). לכן, אין לקבוע, א-פריורי, כי שתיקה מדברת מהווה, בהכרח, כסיוע לדבר עבירה או כשידול, והסיווג יהא תלוי בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה (עניין ויצמן, בפסקה 40).

31. מהתם להכא. בנסיבותיו החריגות של המקרה שלפנינו, אין כל ספק, לטעמי, כי שתיקתו של מערער 2 לנוכח מעשי ההתעללות, מן הסוג השני (ובוודאי שאלו הם פני הדברים לגבי הסוג השלישי), שבוצעו במחלקת ההמשך מהווה שתיקה מדברת ואף "רועמת". מערער 2 שימש כמנהל המחלקה, וכסמכות המקצועית הבכירה, כאשר תחום ההתמחות העיקרי שלו, הוא מטופלים כדוגמת אלו ששהו בה. במשך כשנה וחצי, קיבל מערער 2 דיווחים שוטפים על הנעשה במחלקתו, ומדובר במעשים קשים ואכזריים, שגלומה בהם השפלה ופגיעה בצלם האנוש של החוסים, והוא כבעל הסמכות הניהולית, ובר-הסמכא והאוטוריטה מבחינה מקצועית, לא נקף אצבע ולא עשה דבר וחצי דבר, כדי להפסיק את המעשים. לפיכך, שתיקתו של מערער 2, לנוכח המעשים שבוצעו במחלקה, מהווה, על-פי כל אמת מידה, שתיקה מדברת, שמשמעותה היא מעשה אקטיבי, לכל דבר ועניין. שתיקתו המדברת של מערער 2 שימשה כתמיכה, עידוד והסכמה ברורה וחד משמעית למעשי ההתעללות שבוצעו במחלקה, שכאמור היו בידיעתו לאורך תקופה ארוכה. יש לראות בשתיקה זו משום אמירה פוזיטיבית, לפיה שיטות "הטיפול" הננקטות הינן לגיטימיות ואף רצויות. כאמור, מסקנה זו מתבקשת גם אם מערער 2 לא נתן אישור, באמירה או בהתנהגות אחרת, למעשי ההתעללות החמורים. אין כל מקום, מבחינת התוצאה המשפטית המתחייבת, להבחנה שמבקש מערער 2 לערוך בין מעשים שעליהם הוא הורה בפועל, או אישר את ביצועם, לבין מעשים עליהם הוא רק דוח וידע (או, לכל הפחות, עצם עיניים לגביהם), כי הם מתבצעים בפועל במחלקה הנתונה לניהול ולסמכותו המקצועית. משאלה הם פני הדברים, דעתי היא, כי יש לראות במערער 2 משום מבצע בצוותא לעבירות ההתעללות בהן הורשע, גם אם הוא לא הורה או אישר את ביצועם, וזאת אף אם אצא מנקודת הנחה (ואיני קובע כי כך הוא הדבר), כי לא קיים מקור חובה בדין (בחוק או בהלכה הפסוקה) למנוע מעשים אלה, כטענת סנגורו. זאת, כאשר הוא ידע, כמו גם יתר אנשי הצוות, כי שתיקתו משמשת כמקור עידוד, תמיכה

ואישור למעשי ההתעללות הקשים שבוצעו במחלקה, כמפורט בחלק העובדתי של פסק דיני.

טענת הטיפול הרפואי

32. טענתו הנוספת של מערער 2, נוגעת לשיטות הטיפול שנהגו במחלקה, כאשר לגישתו מדובר בטיפול רפואי לגיטימי. נטען, כי מאחורי כל שיטות הטיפול האמורות, עמד רציונל רפואי-חינוכי, ומשכך אין לראות בשיטות אלו משום מעשי התעללות. ראיה לכך ניתן למצוא, לשיטתו של מערער 2, בחוות הדעת מטעם המשיבה (ת/125) (להלן: חוות הדעת), ממנה עולה כי מאפייני התנהגותם של חולים אוטיסטים עולה בקנה אחד עם שיטות הטיפול שנקטו במחלקה. עוד נטען, כי המומחים שכתבו את חוות הדעת בענייננו, לא שמעו את הסברי מערער 2 על אודות שיטות הטיפול שנקטו, ו"יתכן שאם היו שומעים אותן - היו מבינים את הרציונל מאחוריהן ומשנים את חוות דעתם". טרם שאדרש לטענותיו של מערער 2 בנוגע לרציונל הרפואי-חינוכי, כביכול, העומד מאחורי שיטות הטיפול בכל אחד מהחוסים בנפרד, אציין כבר עתה, כי אין בידי לקבל את טענתו של מערער 2 לגבי משמעותה של חוות הדעת. בית משפט קמא בחר לאמץ, כממצא עובדתי, את דבריהם של שלושת המומחים, ומסקנתו מקובלת עליי. נקבע, כאמור, כי יש ליתן משקל רב לדבריהם של המומחים "הן בשל העובדה כי לשלושתם ידע וניסיון טיפולי באוטיזם, הן בשל העובדה כי תוכן חוות הדעת מוסכם ומקובל על שלושתם פה אחד". לכך יש להוסיף, כי מערער 2 לא הציג כל חוות דעת אחרת, מטעמו, אשר יש בה כדי לספק תמונה שונה, לגבי אופיין של שיטות הטיפול שנקטו במחלקתו.

אשר לשיטות הטיפול בחוסים, התייחסו המומחים, באופן כללי, להבחנה בין תכניות טיפול המתנהלות על דרך של חיזוקים חיוביים, לעומת שיטות טיפול המהוות אמצעי ענישה, דבר המאפיין את הפעולות שנקטו על-ידי צוות המחלקה בענייננו. באשר לשיטות הטיפול האחרונות, נאמר בחוות הדעת כי יש לנקוט בהן "רק לאחר כישלון טיפולי בשיטות אחרות", ולפי אחד המומחים "יש להשתמש בשיטות אלו רק באותם מקרים בהם קיימת סכנה קיומית. בטיפולים מסוג זה יש לנהוג במשנה זהירות". ועוד נאמר בחוות הדעת, כי "גם כשניתן טיפול מסוג זה, חשוב שהוא יינתן... באווירה כללית תומכת ומחזקת". אין כל ספק בעיניי, כי שיטות הטיפול שנקטו בענייננו, ואשר סווגו כמעשי התעללות, אינן מתיישבות עם הדברים האמורים בחוות הדעת, ואין כל צורך, לטעמי, להציג בפני המומחים את הסברו המפורט של מערער 2 לגבי הרציונל שעומד מאחורי שיטות אלה.

סבורני, כי המעשים שבוצעו בחוסים, לגביהם הורשע מערער 2, אינם מותרים כל ספק בדבר אופיים המשפיל, המבזה והאכזרי. יפים, בהקשר זה, דברי השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש, בע"פ 1752/00 מדינת ישראל נ' נקאש, פ"ד נד(2) 72 (2000), מהם הביא גם חברי: "הרואה מעשה התעללות יזהה אותו מיד בשל הסלידה שהוא מעורר, ובשל מאפייניו המובהקים - האכזריות וחוסר האנושיות המטביעים בו כתם מוסרי הדבק בו". דומני, כי אין כל צורך להיות רופא מומחה בתחום בו עסקינן, על מנת להתרשם כי מדובר במעשי התעללות חמורים ביותר, באוכלוסיה שאין מוחלשת ממנה, וכי הטיעון בדבר טיפול רפואי לגיטימי, הינו טיעון סרק, שמוטב היה אלמלא הועלה על-ידי מערער 2. למסקנה זו שותפים, כמובן, גם ההגיון והשכל הישר, כמו גם המוסר הפשוט והבסיסי, ואודה ולא אבוש כי המעשים היו כה חמורים בעיניי, עד כי היה בהם כדי להדיר שינה מכל אדם בעל מוסר ומצפון אנושי. נראה, אפוא, כי מערער 2, כרופא מומחה בתחום זה, הבין, ללא כל ספק, כי קיים פסול רב במעשים אלו, ואין כל דרך להצדיק את הימנעותו מלפעול כדי להפסיקם, בתואנה כי מדובר בטיפול רפואי לגיטימי והולם.

33. להלן, אדון בקצרה ביתר טענותיו של מערער 2, בנוגע לכל אחד מן החוסים בנפרד.

עמוד 85

בנוגע לחוסה 1, נטען כי הרציונל שעמד מאחורי אי-מתן תוספת המזון לאותו חוסה, הוא הרצון להבטיח שהחוסה יאכל את ארוחותיו כסדרן. לגבי ההוראה לאיים על החוסה שמנת האוכל שלו תתחלק עם חבריו, טען מערער 2 כי הוראה זו נועדה לשכנע את החוסה לאכול. בהתייחס להוראה לאסור על חוסה 1 לדבר לפרקי זמן במהלך היום, סבור מערער 2 כי הרציונל העומד בבסיסה, היה למנוע מן החוסה "להגיע למצב של איבוד שליטה שנבע מאקסטזה שמקורה בדיבור". אין בידי לקבל טענותיו של מערער 2, בהקשר לחוסה 1. אין פסול, אמנם, ברצון להבטיח כי החוסה יאכל את ארוחותיו כסדרן, לעודד אותו לאכול, ולמנוע ממנו לאבד שליטה, ואולם אינני רואה כל דרך להצדיק את שיטות הטיפול שננקטו לגביו בפועל, לצורך הגשמתן, כביכול, של מטרות אלה. צוות המטפלים נהג, בין היתר, לפנות אל חוסה 1 כאל תינוק וקרא לעברו: "בוא תינוקי, בוא נאכיל אותך"; איים עליו, שאם לא יאכל, מזונו יחולק לאחרים; ונהג לאסור עליו, באיומים שונים, לדבר במהלך שעות היום, עד כי נאסר עליו אפילו לומר משפטים כדוגמת "אני רוצה תפוח" או "אני רוצה ללכת לשירותים". אין צריך לומר, כי שיטות אלו אינן מהוות טיפול רפואי לגיטימי, על-פי כל אמת מידה.

אשר לחוסה 2, נטען כי ההוראה להמתין לפני מתן טיפול תרופתי לחוסה זה, ניתנת להצדקה בכך שההתפרצות היתה עשויה לחלוף מעצמה, מבלי צורך "להעמיס" על החוסה תרופות מיותרות. דין טענתו זו של מערער 2 להידחות, ודי לי אם אזכיר כי עקב אי מתן הטיפול התרופתי לחולה, נגרמה תוצאה שהדעת מתקשה להלום, כאשר החוסה היה שרוי בהתקפים קשים במשך שעות ארוכות, ללא כל טיפול רפואי, תוך שהוא נאנק מכאבים, משקיע מאמץ גופני נכבד, פוצע את עצמו בניסיונו להיאבק בסבלו, נחבל וניזוק. האם אכן ניתן לטעון, ברצינות, כי מדובר בטיפול רפואי לגיטימי?

בהקשר לחוסה 3, לגישתו של מערער 2, מטרת הטיפול היתה לעודדו ללכת באופן עצמאי "כל עוד הוא יכול", על מנת שלא יאבד את כושר ההליכה שלו. בשל כך, הוחלט שלא להושיבו בכסא הגלגלים ולהפכו לסייעודי, ושלא לספק לו קסדה "שתנתק אותו מהסביבה ותפגע בתפיסת העצמי שלו". עוד טען מערער 2, בהקשר לאי-מתן הקסדה לחוסה 3, כי תקינותה המקצועית והרפואית של פעולה זו נתמכת בעדותו של המומחה מטעם המשיבה, פרופ' טיאנו. לבסוף, נטען כי יש להקיש בין זיכוי של מערער 2 ממעשי ההתעללות בחוסה 4, למעשים הנטענים ביחס לחוסה 3, באשר "אין הבדל ממשי בין האישומים". עוד גרס מערער 2 כי ההנחיה, לפיה אין לסייע לחוסה זה לאכול ולשתות, נבעה מן הרצון לעודד את החוסה לאכול בכוחות עצמו, ועל מנת שלא יוותר לעצמו, חרף קשייו. הנני תמים דעים עם בית משפט קמא, כי כלל המעשים שבוצעו בחוסה 3 אינם בגדר טיפול רפואי, ואינני מוצא ממש בהשגותיו של מערער 2, בהקשר זה, ודין להידחות. די לי אם אזכיר, כי לא היתה כל תוחלת מקצועית להניח כי חוסה 3 יחל להלך על רגליו, דבר שמנע הנפקת כיסא הגלגלים לחוסה, ועוד יותר לא היתה הצדקה למנוע ממנו קסדה, במטרה להגן על ראשו מפני התקלות בקירות וספיגת חבטות, עד זוב דם. בנוסף, נמנעה מחוסה 3 עזרה באכילה ושתייה, והוא נאלץ לאכול ולשתות ללא שימוש בידיו, דבר שהיה בידיעתו של מערער 2. האם ניתן להצדיק את ההתעללות הפיזית והנפשית, שהיתה מנת חלקו של חוסה 3, מן הטעמים שהציג מערער 2? תמהני.

בנוגע לחוסה 5, נטען כי גזירת הבגדים של חוסה זה, על אף שבגדיו היו יקרים לליבו, אינה מהווה התעללות, באשר "העונשים אפקטיביים במיוחד כשהם נוגעים למשהו חשוב ויקר". דין הטענה להידחות. מקובלת עליי קביעתו של בית משפט קמא, לפיה גם עבור כל אדם שאינו בעל רגישות מיוחדת וחרגיגה לבגדים, גזירת בגדיו עשויה להיתפס כאקט משפיל, מבזה ואכזרי, וביתר שאת נכונים הדברים ביחס לחוסה הסובל מפיגור שכלי, המייחס חשיבות רבה לבגדיו.

בהתייחס לחוסה 6, טען מערער 2, כי ההנחיה לאסור על החוסה לצאת לשירותים בזמן העבודה ושלא להחליף את בגדיו לאחר מכן, נבעה מן הרצון לחנך את החוסה להיגמל מן הנהוג לעשות את צרכיו בזמן העבודה. וכן, מתוך התחשבות במגבלת כוח האדם הפנוי במחלקה, לשם ליווי של החוסה לשירותים. לטעמי, אין כל דרך להצדיק את

המעשים הקשים והמשפילים שבוצעו בחוסה זה – ובין היתר, את העובדה שהוא נאלץ להסתובב במשך כשעתיים ואף למעלה מכך, כשהוא לובש בגדים ספוגי שתן וצואה. ובוודאי שאין דרך להצדיק זאת, באמצעות תכלית חינוכית כלשהי, כפי שמבקש מערער 2 לעשות, בשלב זה.

אשר לחוסה 7, נטען על-ידי מערער 2 כי אין לראות באופן הטיפול בה כצעד אכזרי ומבזה, וזאת, לשיטתו, מאחר ש"אין להשוות בין מה שאולי הוא אכזרי, מבזה ומשפיל לאדם מהשורה, לבין שיטות טיפול בחולה אלימה ולא מתקשרת". גם בהקשר זה, טען מערער 2, כי דבריהם של המומחים מטעם המשיבה בחוות הדעת, אינם לוקחים בחשבון את הרציונל הרפואי, העומד בבסיס הטיפול. עוד ציין מערער 2, כי הכנסתה והוצאתה של החוסה מהספסל, באופן חוזר ונשנה, נעשתה בלא ידיעתו. אין בידי לקבל את טענותיו אלה של מערער 2, אף בנוגע לחוסה זו, ודעתי, בעניין זה, כדעתו של בית משפט קמא. אופן הטיפול בחוסה זו נבחר, אמנם, על-ידי מערער 2 לאחר שהחוסה נכנסה ביוזמתה אל מתחת לספסל, על מנת להרגיע את עצמה, והדבר אכן סייע לה בכך. יחד עם זאת, קיים פער ממש, לשיטתי, בין הפנייתו של החוסה אל מתחת לספסל בעת התפרצות, ולמשך זמן מוגבל בלבד, לבין שליחתה אל מתחת לספסל בשלבים המוקדמים של התפרצויות הזעם, ולמשכי זמן ארוכים. דומה, אפוא, כי אין כל צורך בחוות דעת מומחים, כדי להגיע לכלל מסקנה, כי לא קיימת הצדקה רפואית לאופן הטיפול האמור. זאת ועוד, חוסה 7 נאלצה לאכול את ארוחותיה, לעתים קרובות, מתחת לשולחן, וגם בכך ראה בית משפט קמא, בצדק, משום התעללות חמורה ומשפילה, הפוגעת בכבודו של החוסה כיצור אנושי. לכך יש להוסיף, את ידיעתו של מערער 2 לגבי סוג של "טרטורים" שהופעל כאמצעי ענישה כלפי חוסה 7, אשר נאלצה לצאת ולהיכנס אל מתחת לספסל, כדי להתיש אותה פיזית. האם בטיפול רפואי מדובר? דומה, כי התשובה לכך ברורה מאליה.

לבסוף, נטען כי יש לזכות את מערער 2 גם באשר לעבירת ההתעללות בחוסה 8, לגביו ניתנה הוראה להתיז על פניו טיפות מים על מנת שישכים לאכול. לגישתו של מערער 2, "מדובר בחוסה שהרעיב את עצמו מאוד, רזה, שסבל מאנורקסיה, והיה הכרח לעודד אותו שיאכל". דין הטענה להידחות. אין חולק, אמנם, כי הרצון לעודד את חוסה 8 לאכול הוא בגדר מטרה ראויה ולגיטימית, ואולם, לא נובע מכך שהמטרה מקדשת את האמצעים, ובוודאי שלא היה מקום לפגוע בכבודו של החוסה, ולהשפילו בשם הגשמתה של מטרה זו, ובכך אני תמים דעים עם בית משפט קמא.

הרשעת מערער 2 בעבירה של שימוש פסול באמצעי כפיה

34. לטענת מערער 2, שגה בית משפט קמא בכך שהרשיעו בעבירה של שימוש פסול באמצעי כפיה, כלפי חוסה 8, במסגרת אישום 11. נטען, כי לא ניתנה למערער 2 הזדמנות סבירה להתגונן מפני אישום זה, באשר העובדות המבססות את העבירה לא הופיעו בכתב האישום שהוגש נגדו; הוא כלל לא נחקר או מסר את גרסתו במשטרה לגביו; וכי, הפעם הראשונה בה נדרש להגיב להאשמה זו היתה בתום חקירתו הנגדית. לגופו של עניין, טען מערער 2 כי מעשיו אינם מהווים שימוש פסול באמצעי כפיה, "אלא קביעת מקום מגוריו במחלקה" של חוסה 8. לכך יש להוסיף, כך לעמדתו של מערער 2, את העובדה שהחוסה אינו עונה על הגדרת "חולה נפש" כנדרש, בין יסודותיה של עבירה זו.

בית משפט קמא פירט את טעמיו לצורך דחיית טענותיו של מערער 2, בהקשר זה, ומסקנותיו מקובלות עליו.

הגם שכתב האישום לא ייחס למערער 2 ביצועה של עבירה זו, קבע בית משפט קמא כי: "במקרה דנא, הודיעה באת-כוח [המשיבה] מפורשות על כוונתה לבקש מבית המשפט לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי, עוד בטרם נחקר [מערער 2] בחקירה נגדית על-ידה בהקשר לאישום זה, ולאחר [שמערער 2] כבר התייחס, ביוזמתו, לכמה מן הטענות העובדתיות המצויינות באישום, במהלך עדותו הראשית". על רקע זה, סבר בית משפט קמא, ובצדק, כי לא נפגעה זכותו של מערער 2 להתגונן כנגד האשמות שהועלו נגדו במסגרת אישום זה, ולא נגרם לו כל עיוות דין, המצדיק את זיכוי, בנסיבות העניין.

לגופו של עניין, אין בידי לקבל את הטענה כי סגירתו של חוסה 8 בחדרו, ללא רישום השעות, כאשר ההיתר לכך היה קבוע, "גורף ולמפרע", אינה מהווה שימוש פסול באמצעי כפיה, אלא שהיא מהווה "קביעת מקום מגורים" במחלקה. טענה זו, על רקע הטעמים שעמדו ביסוד סגירתו של חוסה 8 בחדר מלכתחילה - קרי, קשייו להירדם, הסתובבותו במחלקה, והחשש כי הוא יעשה רעש ויפריע למנוחת חבריו - אינה מתקבלת על הדעת. אשר לסיווגו של חוסה 8 כ"חולה נפש", כנדרש ברכיבי העבירה, אינני רואה כל מניעה להחיל את הוראות חוק הטיפול בחולי נפש על מערער 2 שלפנינו, באמצעות פרשנות תכליתית, לפיה החוסה נמנה על הגדרת "חולה נפש", מטעמים של נזקקותו לטיפול דומה, תלותו במטפלו, כמו גם ההגיון והשכל הישר (להרחבה בדבר הפרשנות התכליתית, ראו: רע"פ 5166/14 קרופצקי נ' מדינת ישראל (5.5.2015)).

הרשעת מערער 2 בעבירת ההזנחה

35. טענה נוספת אותה העלה מערער 2, נעוצה בהרשעתו בעבירת הזנחת מושגחים, במסגרת אישום 12. לגישתו של מערער 2, לא היה מקום להרשיעו בעבירה זו, מאחר שהוא נקט באמצעים סבירים, בהתאם לנסיבות, לספק את צרכיו של חוסה 9. תנאיו של חוסה זה, כך נטען, "נבעו ממצבו הנפשי ונועדו להגן עליו ולשמור על שלומו, בהתחשב באילוצי המחלקה".

אציין, בפתח הדברים, כי חברי הציע לזכות את מערער 1 מעבירה זו ואני תמים דעים עמו. בנוגע למערער 1, נקבע, כאמור, כי הוא לא ידע, באופן קונקרטי, על מעשי ההזנחה בחוסה 9, וגם אם היו לו חשדות כלשהם, אלה לא עלו כדי עצימת עיניים שהצדיקה, בנסיבות העניין, את הרשעתו. שונים הם פני הדברים, לטעמי, בנוגע למערער 2, אשר אין כל ספק שהיה מודע היטב לתנאים הקשים והמבזים, בהם הוחזק חוסה 9. בנסיבות אלה, מתחייבת המסקנה כי חובתו של מערער 2 היתה למנוע את המשך החזקתו של חוסה 9 בחדר, בתנאים המחפירים שבהם הוחזק. בנוסף, ומשלא הוכיח מערער 2 אחרת, אין לקבל את טענתו, כי הוא נקט באמצעים סבירים למציאת מקום חלופי עבור שהותו של החוסה.

ערעור המשיבה על גזר דינו של מערער 2

36. המשיבה הגישה, ביום 12.1.2014, ערעור על קולת עונשו של מערער 2. לגישת המשיבה, העונש אשר הושת על מערער 2, אינו משקף כדבעי את חומרת ההתעללות שבוצעה בחוסים, שעל שלומם הוא הופקד. חומרה זה מתבטאת, כך נטען, במשך הזמן בו נמשכה הפרשה, מספר החוסים שנפגעו ממעשי ההתעללות, אופי ההתעללות, חוסר האונים של הקורבנות, ומעל לכל מעמדו ותפקידו הבכיר של מערער 2, כמנהל המחלקה. המשיבה הוסיפה וטענה, כי

מערער 2 יכול היה, בנקל, למנוע את מעשי התעללות, אך הוא בחר שלא לעשות כן. לכך יש להוסיף, כך נטען, את העובדה שחלק ממעשי התעללות בוצעו בעקבות הוראה מפורשת מפיו. בשים לב למתחם הענישה שנקבע בעניינו של מערער 2, טענה המשיבה כי לא ניתן ביטוי הולם לכך שהעבירות בוצעו כלפי חוסים שונים, ובית משפט קמא כלל לא הבהיר "מדוע העונש הכולל שהטיל על [מערער 2] נמצא ברף התחתון של מתחם העונש שהוא מצא כהולם לאישום אחד בהתעללות". עוד נטען, כי אין לזקוף לזכותו של מערער 2 את יחסיו העכורים עם המערערת, באשר הימנעותו מלנקוט מעשה נבעה מ"נוחיותו האישית", להימנע מעימות כלשהו עמה. לצד זאת, הדגישה המשיבה כי קשה ליישב בין קביעתו של בית משפט קמא, לפיה מטרת המעשים שביצע מערער 2 היתה להיטיב עם החוסים, לבין חומרת מעשי התעללות שבוצעו בפועל. ביתר שאת אמורים הדברים, כך נטען, לנוכח העובדה שמערער 2 נחשב למומחה בעל ניסיון רב ועשיר, בתחום הטיפול באוטיסטים ששהו במחלקת ההמשך.

37. במענה לטענותיה של המשיבה, טען מערער 2, כי אין מקום להיעתר לערעור המשיבה על קולת העונש. נטען, בהקשר זה, כי עצם הותרת הרשעתו של מערער 2 על כנה, מהווה "מכת מוות" על המשך עיסוקו במקצועו. די בזאת, כך נטען, כדי לשמש רכיב ענישתי חמור ביותר, למי שהקדיש את חייו לחולים קשים במיוחד. עוד הדגיש מערער 2, כי בשום שלב הוא לא ביצע התעללות אקטיבית במי מן החוסים, וממילא, כפי שנקבע על-ידי בית משפט קמא, לא היתה לו כל כוונה לפגוע בהם, והוא הונע, אך ורק, מן הרצון להיטיב עמם.

יצוין, כי מערער 2 לא הגיש ערעור על חומרת העונש אשר הושת עליו, במסגרת ערעורו על הכרעת הדין.

38. מאחר שיש קשר הדוק בין עונשה של המערערת לבין העונש הראוי למערער 2, אפתח תחילה בהתייחסות להצעת חברי לקבל את ערעורה ולהעמיד את עונשה על 6 חודשי מאסר בפועל, שיכול וירוצו בעבודות שירות. בפתח הדברים, רואה אני לציין כי התלבטתי רבות באשר לעמדתו של חברי להקל בעונשה של המערערת, באופן שהיא לא תרצה עונש מאסר מאחורי סורג ובריח. לבסוף, החלטתי, לא בלי היסוס, להצטרף לעמדתו, מן הנימוקים שפורטו על-ידו, בדגש על השיקולים הבאים: ראשית, חלוף הזמן מאז תחילת הפרשה. יש להזכיר, כי המעשים בהם הורשעה המערערת התרחשו לפני למעלה מ-13 שנים, וחרף העובדה שבית משפט קמא עשה את מלאכתו נאמנה, ההליכים המשפטיים החלו לפני למעלה מ-11 שנים. משכך, במשך תקופה ארוכה ביותר נותרה המערערת במצב של חוסר וודאות, ויש בכך כדי להשפיע במידה ניכרת, על עונשה, ולהצדיק, בנסיבות דנא, הקלה בעונש והמרתו למאסר שירוצה על דרך של עבודות שירות. כפי שנקבע בבית משפט זה, לא אחת:

"הרשעה על עבירה לאחר עבור עשר שנים מאז ביצועה - כאשר כלהשנים האלה מתנהלים הליכים משפטיים - שמה ללעג ולקלס את המושג של שפיטה, של עשיית צדק ושל ענישה [...]. בית-משפט זה כבר פסק לא אחת, כי עינוי דין כגון זה יש בו כדילהשפיע במידה ניכרת על העונש, המושת על הנאשם, עד כדי הימנעות מהטלת מאסר בפועל, אלא אם כן הנאשם הוא אשר גרם לכך [...]. וטעם רב יש בכך. מצד אחד, עונש הניתן בריחוק זמן מביצוע העבירה מאבד הרבה מאוד מכוח ההרתעה שלו, ומאידך גיסא - הנאשם כבר נטל חלק לא קטן מעונשו, כאשר חרב הדין התהפכה מעל לראשו - והוא במצב שאינו יודע מה גורלו - במשך תקופה החורגת מכל מידה סבירה; ועוד נימוקים אחרים בכיוצא באלה. נימוקים אלה כוחם יפה, בעיקר ובמיוחד, בעבירות, שאינן נמנות עם מעשי אלימות והטלת אימה פסיים כלפי הציבור או עם גרימת סכנה ביטחונית לשלומו" (ע"פ 2848/90 אסא נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 837 (1990); ראו גם: ע"פ 8090/10 זכאי נ' מדינת ישראל (20.1.2011); ע"פ 8994/08 פלוני נ' מדינת ישראל (1.9.2009); ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל (31.12.2008)).

שנית, יש לזקוף לזכותה של המערערת את העונשים הלבר-משפטיים שנלוו להליכים המשפטיים שהתנהלו נגדה, ובין היתר מדובר בכך שהיא פוטרה מעבודתה ונקלעה לקשיים כלכליים בלתי מבוטלים. שלישית, יש לזכור כי המערערת הורשעה במעשי ההתעללות, תוך שנקבע כי מעשיה בוצעו מתוך מטרה להיטיב עם המטופלים, ולא ממניעים סדיסטיים גרידא. טעמים כבדי משקל אלו הביאו למסקנה, כי יש להקל בדינה של המערערת, ולכן הנני מצטרף לעמדתו של חברי כי יש להפחית בעונשה של המערערת, ולהעמידו על 6 חודשי מאסר לריצוי על דרך של עבודות שירות.

39. משאלה הם פני הדברים, דומני כי קיים קושי להחמיר בעונשו של מערער 2 מעבר לעונש שנגזר על המערערת, מטעמי שוויון ומניעת אפליה. אין כל ספק, כי חומרת מעשיו של מערער 2, על אף בכירותו מבחינה היררכית ומקצועית, אינה עולה על חומרת מעשיה של המערערת. לגבי המערערת קבע בית משפט קמא, כי היא היתה "הרוח החיה" של מעשי ההתעללות. משכך, אין זה צודק, בנסיבות העניין, כי יוטל על מערער 2, בסופו של יום, עונש חמור יותר מהעונש אשר הושת על המערערת. בנוסף, הטעמים שהצדיקו הקלה משמעותית בעונשה של המערערת נכונים גם בנוגע למערער 2, אשר אף הוא פוטר מעבודתו, על רקע ההליכים המשפטיים שהתנהלו נגדו. עוד יש לזקוף לזכותו של מערער 2, את האמור בתסקיר המשלים שהוגש בעניינו, לפיו מדובר באדם נטול עבר פלילי, אשר במשך שנים לא מעטות עסק בעשייה רפואית ובנתינה למטופלים. שירות המבחן התרשם, כי עצם ההליכים הפליליים שהתקיימו בעניינו של מערער 2, גרמו לו לפגיעה רגשית משמעותית. עוד צויין, כי מערער 2 "מגלה הבנה לקשיים שעלול סביב אחריותו הניהולית כמנהל המחלקה". מטעם זה, בא שירות המבחן בהמלצה שלא להחמיר בעונשו של מערער 2, להימנע מעונש מאסר בפועל, ולאפשר לו לשקם את חייו.

אשר על כן, אציע לדחות את ערעור המשיבה על קולת עונשו של מערער 2.

סוף דבר

40. לו תישמע דעתי, אציע לחבריי את התוצאה שלהלן:

- א. ערעורו של מערער 2 יידחה לעניין ההרשעה.
- ב. ערעור המשיבה על קולת העונש יידחה אף הוא.
- ג. אני מצטרף בהסכמה לתוצאה שאליה הגיע חברי לגבי המערערת, לרבות קבלת ערעורה לעניין העונש.
- ד. אני מצטרף בהסכמה לתוצאה שאליה הגיע חברי לגבי זיכוי של מערער 1 מעבירת ההזנחה.

השופטת ע' ברון:

אמת של אורית/חגמרטון אני נכה, רק נכה, לא גוף של אשה בכסא גלגלים. אם אעמד - לא ישאוני בגלי, אם אפסע צעד - אעמד, אם אחרק בשני דבורי לא יהפך לכהוטי. אני רק נכה, כיום בת נכה, כלואה בצינוק חיי, רועדת מחם, השפלה וכאב, מצפה לשוא לקול אדם. יוני 2004 (מתוך ספר השירים להיות כלואה בגופי, עמ' 37)

מסכת ההתעללות שגוללו חבריי בחוות דעתם המקיפות והיסודיות, מתרחשת מאחורי דלתות נעולות וחלונות מוגפים של מחלקה סגורה בבית חולים פסיכיאטרי בירושלים. אך זהו לא כלאם היחיד של קורבנות הפרשה האומללה שבה עסקינן. כל אחד מן החוסים כלוא קודם כל בגופו שלו פנימה, מאחורי מגבלות שכליות, פסיכיאטריות, לשוניות ותפקודיות שונות. התעללות כמשמעותה בסעיף 368 לחוק העונשין, יכולה לדאבוננו ללבוש מגוון צורות ופנים - ולא פעם נדרש בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו אם בנסיבות המקרה חל הסעיף אם לאו. בענייננו, המעשים שבוצעו בחוסים הם אכזריים, חסרי אנושיות ומבזים, וההתעללות זועקת מתוכם. עם זאת, בית המשפט המחוזי שוכנע, וכך גם אנחנו, כי המניע להתעללות לא היה סדיסטי. מטרתו ככלל היתה לסגל לחוסים דפוסי התנהגות רצויים, להוליכם בתלם, ולהשיג עצמאות בפעילות יומיומית. ברי כי המטרה, רצויה ככל שתהא, אינה מקדשת את האמצעים. על אותו משקל, טיפול רפואי לא ידור בכפיפה אחת עם התעללות, ולכן הגנת הצידוק לא תיסקון. עם זאת, לא ניתן להתעלם מהמציאות המורכבת במקום שבו בוצעו העבירות גם מנקודת מבטו של הצוות המטפל, מהקשיים הניכרים הכרוכים בטיפול היומיומי בחוסים, ומתרבות העבודה שהתגבשה במחלקה. בגזירת העונש יש בכל זאת משמעות גם לתכלית שלשמה ננקטו שיטות הטיפול המצמררות, ולחלוף הזמן מאז שבוצעו העבירות.

מכל הטעמים הללו גם אני סבורה, כחבריי, כי יש להורות על זיכוי של המערער 1; לדחות את ערעורו של המערער 2 בגין הרשעתו וכן לדחות את ערעורה של המשיבה על קולת עונשו; לזכות את המערערת מעבירה אחת של הזנחה, ולדחות את ערעורה בנוגע להרשעתה בעבירות ההתעללות ושימוש פסול באמצעי כפייה, ולהקל מעונשה כפי שהוצע על ידי השופט הנדל.

שופטת

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסקי דינים של השופט נ' הנדל (פס' 55) והשופט א' שהם (פס' 40). הממונה על עבודות שירות תחווה את דעתה בדבר התאמת המערערת לריצוי עונש המאסר בן 6 החודשים שנגזר עליה בדרך של עבודות שירות. באשר למערער 2, הוגשה בהליך קמא חוות דעת חיובית בדבר התאמתו לעבודות שירות, ונותר לקבוע עבורו שיבוץ ראוי בתקופה הקרובה. המזכירות תעדכן אודות הוראה זו את הממונה, אשר תזמין את המערערת ומערער 2 בהתאם לאמור, באמצעות באי כוחם. חוות דעתה של הממונה תישלח ישירות לבית משפט זה בתוך 30 יום.

ניתן היום, כ"ו בכסלו התשע"ו (8.12.2015).

שופטת

שופט

שופט
