

כשרותו להעיד של הלקוי בנפשו או בשכלו

מאת

גבריאל הלוי*

כשרותו להעיד של אדם לקוי בנפשו או בשכלו הייתה מוטלת בספק זמן רב. החשש מפני הכשרת עדות אדם לקוי בנפשו או בשכלו היה מרוכז בחמישה גורמים עיקריים: היעדר מוחלטת בין מציאות ובין דמיון, בעיות זיכרון, הבנה מוגבלת של המציאות, הבנה מוגבלת של מעמד מסירת העדות ופוטנציאל גבוה להיפגע נפשית ממסירת העדות. מטעמים אלה ואחרים העדיפו שיטות המשפט בעולם שלא להטיל על בתי המשפט את המשימה של בחינת עדות אדם לקוי בנפשו או בשכלו כאשר סבירות היותה לא מהימנה היא גבוהה למדי. עם זאת לא היה בכך כדי ליתן מענה למקרים של פגיעה באוכלוסיית הלוקים בנפשם או בשכלם באופן המוסתר מעיני הציבור, כאשר האדם נפגע העברה הוא העד היחיד לעצם התרחשותה. ברשימה זו תוצגנה הכשרות להעיד של הלקויים בנפשם או בשכלם וההשפעות של כשרות זו להעיד על דיני הראיות המודרניים. במסגרת זו יובחנו הליקויים השכליים מן הנפשיים, יובחן שלב הכשרות להעיד משלבי הקבילות והמשקל בדיני הראיות המודרניים, תיבחן התפתחות הכשרות להעיד בעניין הלקויים בנפשן או בשכלם, יתוו הקווים לעיצובה המודרני של כשרותם להעיד של הלקויים בנפשם או בשכלם בשיטות המשפט השונות, ולבסוף תיבחן העדות בפועל בישראל.

פתח דבר. א. ליקוי שכלי וליקוי נפשי. ב. הכשרות להעיד לעומת הקבילות והמשקל בדיני הראיות המודרניים. ג. התפתחות כשרותו להעיד של הלקוי בנפשו או בשכלו. ד. העיצוב המודרני של הכשרות להעיד של הלקוי בנפשו או בשכלו; 1. שיטת המשפט האנגלית; 2. ארצות הברית; 3. שיטות המשפט הקונטיננטליות; 4. המשפט העברי; 5. ישראל. ה. העדות בפועל בישראל; 1. העדת אדם לקוי בשכלו; 2. העדת אדם לקוי בנפשו. סוף דבר.

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. תודה מסורה לקוראים האנונימיים של רשימה זו על הערותיהם המועילות וכן למערכת כתב העת על הכנת המאמר לדפוס.

פתח דבר

כשרותו להעיד של אדם לקוי בנפשו או בשכלו הייתה מוטלת בספק זמן רב. החשש מפני הכשרת עדות אדם לקוי בנפשו או בשכלו היה מרוכז בחמישה גורמים עיקריים: ראשית, החשש היה כי העד אינו מבחין הבחנה מוחלטת בין מציאות ובין דמיון, ובעת מסירת עדותו הוא עשוי להעיד על עובדות שהן פרי דמיונו; שנית, זיכרונו של העד עשוי שלא להיות מפותח כשל אדם בריא בנפשו ובעל התפתחות שכלית תקינה, ועל כן הוא עשוי שלא לזכור פרטים עובדתיים מהותיים או להשלים את הפרטים החסרים באמצעות דמיונו; שלישית, הבנתו של אדם לקוי בנפשו או בשכלו את המציאות העובדתית מוגבלת, ויש בכך כדי להשפיע על הבנתו את העובדות ועל מסירת עדות מטעמו עליהן. רביעית, אדם לקוי בנפשו או בשכלו אינו מבין בהכרח את משמעותה ואת חשיבותה של העדות, והוא אינו מבין את משמעות הסנקציה במקרה של עדות שקר. כאשר הוא מוגן בסייגים לאחריות הפלילית בדיני העונשין (לדוגמה אי־שפיות־הדעת),¹ הוא אינו כפוף כלל לסנקציות אלה, ועל כן אין הוא מורתע מפני מסירת עדות שקר; חמישית, עדות אדם לקוי בנפשו או בשכלו עשויה לפגוע בו ברמה הנפשית, לגרום לו לשחזור אירועים טראומטיים מבחינתו ולהותיר את חותמה עליו זמן רב לאחר סיומה. מטעמים אלה ואחרים העדיפו שיטות המשפט בעולם שלא להטיל על בתי המשפט את המשימה של בחינת עדות אדם לקוי בנפשו או בשכלו באשר סבירות היותה לא מהימנה היא גבוהה למדי.

עם זאת לא היה בכך כדי ליתן מענה למקרים של פגיעה באוכלוסיית הלוקים בנפשם או בשכלם באופן המוסתר מעיני הציבור, כאשר האדם נפגע העברה הוא העד היחיד לעצם התרחשותה. כמו כן היה צורך להבחין בין סוגים שונים של ליקויים נפשיים ושכליים לצורך בחינת הכשרות להעיד, שכן ליקויים שונים עשויים להצביע על יכולות שונות להעיד. בשיטות המשפט בעולם מקובל כי אוכלוסיית הלקויים בנפשם או בשכלם טעונה התייחסות דינונית מיוחדת במסגרת סדרי דין מיוחדים שיש בהם כדי ליתן מענה הולם לקשיים הדינוניים המלווים את שילובו של אדם לקוי בנפשו או בשכלו בהליך המשפטי (כבעל דין, כחשוד, כנחקר, כנאשם, כעד וכיוצא באלה). אפשר שבשיטות המשפט השונות תהיינה הגדרות שונות לאוכלוסייה זו, לפי התפישות החברתיות הרלוונטיות הרווחות בהן. ברשימה זו תוצגנה הכשרות להעיד של הלקויים בנפשם או בשכלם וההשפעות של כשרות זו להעיד על דיני הראיות המודרניים. במסגרת זו יובחנו הליקויים השכליים מן הנפשיים, יובחן שלב הכשרות להעיד משלבי הקבילות והמשקל בדיני הראיות המודרניים, תיבחן התפתחות הכשרות להעיד בעניין הלקויים בנפשם או בשכלם, יתוו הקווים לעיצובה המודרני של כשרותם להעיד של הלקויים בנפשם או בשכלם בשיטות המשפט השונות, ולבסוף תיבחן העדות בפועל בישראל.

1 סייג אי־שפיות־הדעת מעוגן בישראל במסגרת הוראות סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז–1977, ס"ח 226.

א. ליקוי שכלי וליקוי נפשי

ככלל, ההנחה הרווחת בבסיס ההתחשבות באוכלוסיית הלקויים בשכלם או בנפשם היא כי הקושי האישי המאפיין אוכלוסייה זו מחייב בחינה מעמיקה של שילובה בהליך המשפטי. התייחסות זו של המשפט לאוכלוסייה זו קיימת בשיטות המשפט בעולם משחר האנושות, כפי שיובהר להלן.² עם זאת יש להבחין לעניין זה בין בעלי ליקוי שכלי לבעלי ליקוי נפשי, שכן התפקוד הפונקציונלי של ליקויים אלה לעניין הוראות דין ספציפיות עשוי להיות תפקוד שונה.

אדם הלקוי בשכלו הוא מי שגילו השכלי צעיר מגילו הביולוגי.³ בכל אדם חלה התפתחות של כושרו השכלי מראשית חייו. התפתחות תקינה נעשית בקצב מקביל להתבגרותו הביולוגית. התאמת הגיל השכלי לגיל הביולוגי של האדם מאפשרת להניח יכולות תפקודיות של האדם ברמה האישית וברמה החברתית בתחום הנורמלי. כאשר התפתחותו השכלית של אדם הנה גבוהה בשיעור ניכר מגילו הביולוגי, רואה החברה בו כמצוי מעל התחום הנורמלי, ולכך אין השלכות לעניין הדיון הפלילי או האחריות הפלילית.⁴ לעומת זאת לעתים בשל פגיעה ביולוגית או חברתית התפתחותו השכלית של אדם לקויה, וגילו השכלי צעיר מגילו הביולוגי.

לא בכל מקרה של גיל שכלי הצעיר מהגיל הביולוגי יהיו השלכות לעניין הדיון הפלילי או השלכות משפטיות בכלל. עם זאת כאשר הפער בין הגיל השכלי לגיל הביולוגי נושא אופי תפקודי (פונקציונלי), כי אז פער זה עשוי להיות בעל משמעות משפטית. כאשר התפתחותו השכלית של האדם נעצרת או מואטת האטה ניכרת בשלב שבו אין האדם מסוגל לכלכל את צעדיו בעצמו ובאופן מושכל, הרי שהפער בין הגיל השכלי לגיל הביולוגי נושא אופי תפקודי. פער מסוג זה מכונה לעתים גם "פיגור שכלי". אדם בעל פיגור שכלי הוא אדם בעל גיל שכלי צעיר מן הגיל הביולוגי באופן שבו אין הוא מסוגל לכלכל את צעדיו בעצמו ובאופן מושכל.

ככלל, בחינת ליקויו השכלי של אדם מבוססת כיום על מדידת מנת המשכל שלו (I.Q.). מנת משכל 100 מייצגת היעדר פער בין הגיל הביולוגי לגיל השכלי, והיא מתייחסת לממוצע. כאשר מנת המשכל של אדם נופלת מן הערך 70, מקובל לראות בו לוקה בפיגור שכלי. את הפיגור השכלי מקובל לחלק לארבע רמות כדלהלן:

1. פיגור שכלי קל (מנת משכל של 55–69);
2. פיגור שכלי בינוני (מנת משכל של 40–54);
3. פיגור שכלי חמור (מנת משכל של 25–39);
4. פיגור שכלי עמוק (מנת משכל הנמוכה מן הערך 24).

2 להלן בפרק ג.

3 לאפיונה של אוכלוסייה זו לעניין הדיון הפלילי ראו את גבריאל הלוי תורת הדיון הפלילי כרך ד, פרק ח, פס' 2.4 (2011).

4 על חוסר ההתאמה בין הגיל הביולוגי לגיל השכלי של האדם מבוססת מדידת I.Q. ראו לעניין זה את STEPHEN MURDOCH, IQ: A SMART HISTORY OF A FAILED IDEA (2007).

לרמות אלה של פיגור שכלי משמעות תפקודית.⁵ בעלי פיגור שכלי קל עשויים לקיים אורח חיים קרוב לנורמלי מן הבחינה התעסוקתית וללמוד את מרביתן המכרעת של המיומנויות היום-יומיות. בעלי פיגור שכלי בינוני עשויים להשתלב בתעסוקה פשוטה ולקיים אורח חיים מאורגן, אך במאמץ רב. בעלי פיגור שכלי קשה אינם מסוגלים בדרך כלל להשתלב בתעסוקה, אינם מסוגלים לקיים אורח חיים עצמאי ומאורגן ונתקלים בקושי רב ברכישת מיומנויות לימודיות. בעלי פיגור שכלי עמוק נתונים במצב של תלות מוחלטת בסביבתם המטפלת, והם זקוקים לטיפול ולהשגחה מתמידים. לבד מתגובה לגירויים בסיסיים באמצעות חושיהם נתקלים בעלי הפיגור השכלי העמוק בקשיים להגיב לגירויים מורכבים יותר.

המחוקק הישראלי בחר להקביל את הליקוי השכלי לאינטליגנציה כהתנהגות מסתגלת והגדיר את המונח "מפגר": "אדם שמחמת חוסר התפתחות או התפתחות לקויה של כשרו השכלי מוגבלת יכלתו להתנהגות מסתגלת והוא נזקק לטיפול".⁶ לפיכך המבחן לזיהוי אדם הלקוי בשכלו הוא מבחן תפקודי (פונקציונלי) המתייחס ליכולתו לכלכל את צעדיו בעצמו ובאופן מושכל ביחס לגילו הביולוגי.⁷ ההתנהגות המסתגלת נבחנת בהיבטים של עצמאות אישית בתפקוד היום-יומי בהתייחס לגילו הביולוגי של המתנהג. המיומנויות הנבחנות בהקשר זה הן שליטת האדם בגופו, שליטתו בתקשורת עם סביבתו החברתית, היכולת לקשור קשרים חברתיים והיכולת לנהל פעילות שגרתית מאורגנת.

לעניין זיהוי של הלקוי בשכלו יש להבחין בין הלקוי בשכלו מצד אחד ובין הלקוי בנפשו או קטין מצד אחר. להבחנה זו השלכות משפטיות רחבות.⁸ הלקוי בשכלו אינו בהכרח קטין. אף כי התפתחותו השכלית וגילו השכלית עשויים להיות כשל קטין, לפי הפרשנות המקובלת קביעת קטינותו של אדם נעשית בדרך כלל על פי גילו הביולוגי ולא על פי גילו השכלי. לפיכך הלקוי בשכלו אינו בהכרח קטין.

5 יעקב בוק משפט ופסיכיאטריה – אחריותו המשפטית של הלקוי בנפשו 191–193 (2006); ע"פ 406/88 עקארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 840 (1989); ע"פ 8800/96 שמאלנה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 150 (1997).

6 בהתאם להגדרת המונח "מפגר" במסגרת הוראות הרישא של סעיף 1 לחוק הסעד (טיפול במפגרים), התשכ"ט–1969, ס"ח 132.

7 ע"פ 5495/96 חאגי' יחיא נ' מדינת ישראל (1.12.1997); רע"פ 2111/93 אבנרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 133 (1994).

8 בעיקר לעניין הדיון הפלילי והאחריות הפלילית. ככלל, קטין המצוי מתחת לגיל האחריות הפלילית אינו נושא באחריות פלילית בהתקיים סייג הקטינות לגביו. אדם הלקוי בנפשו אינו נושא באחריות פלילית בהתקיים סייג אי-שפיות-הדעת לגביו. לעומת זאת, ביחס לבעל הליקוי השכלי לא הוכר כל סייג פורמלי ייחודי לאחריות הפלילית, ואין בליקוי שכלי כשלעצמו כדי להוות פטור מאחריות פלילית. לו סייג הקטינות בישראל היה נבחן בהתאם לגילו השכלי של האדם, כי אז היה ניתן לכוון יחד את הקטינים ואת בעלי הליקוי השכלי לעניין תחולתו של סייג הקטינות על האחריות הפלילית. עם זאת אם סייג הקטינות בישראל נבחן בהתאם לגילו הביולוגי של האדם ולא בהתאם לגילו השכלי, כי אז לא ניתן לכוון יחד את אחריותם הפלילית של הקטין ושל בעל הליקוי השכלי. מנגד, סייג אי-שפיות-הדעת אינו מתאים לאוכלוסייה זו, מאחר שאין היא עומדת במבחני היעדר השפיות. בהתאם לכך, יש לבחון היטב לעניין זה את התאמתו של סייג הקטינות לבעלי ליקוי שכלי.

כמו כן הלקוי בשכלו אינו בהכרח לקוי בנפשו. מחלת נפש או ליקוי נפשי אינם תנאי לקיומו של ליקוי שכלי, ואפשר שבליקוי שכלי ילקה אדם שאינו נושא כל ליקוי נפשי או מחלת נפש מכל סוג שהוא.⁹ אמנם כי כן, ליקוי נפשי או מחלת נפש עשויים להיות הטעם לקושי בהתפתחותו השכלית של אדם, אולם אין הכרח בכך. גם קיומם של מצבים מעורבים של לקות שכלית ונפשית אינו יוצר חפיפה בין המצבים. למשל, מצבים קליניים מעורבים שבהם פגיעה מוחית אורגנית עשויה להוביל להפרעת התנהגות, לדיכאון או למחלת נפש אשר יש בהם כדי לפגוע בתפקודים ההכרתיים של האדם. נדרש כי מצבים אלה ייבחנו כלקות שכלית או כלקות נפשית לפי הרלוונטיות הוראות הדין.

כאשר הוראות הדין מתייחסות לליקוי שכלי ולליקוי נפשי בנפרד, כי אז מצבים מעורבים אלה יידרשו להיבחן לפי הליקוי הנדרש בהוראות הדין. כך למשל סכיזופרניה, המובילה לירידה בתפקוד ההכרתי של החולה, תיבחן כליקוי נפשי לעניין הוראות חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א–10,1991 אך לעניין הוראות חוק הסעד (טיפול במפגרים), התשכ"ט–1969 – תיבחן כליקוי שכלי.¹¹ הגדרת הליקוי הנפשי עברה שינויים ותהפוכות במאה העשרים עם התפתחותה של הפסיכיאטריה הדינמית.¹² הגישה המודרנית היא גישה פונקציונלית, ולפיה יש לבחון את ההשפעות התפקודיות על בעל הליקוי במישור ההכרתי (היעדר מסוגלות להבין את התנהגותו) או החפצי (וולטיביץ) היעדר מסוגלות לשלוט בדחפיו הנפשיים הפנימיים).

החלטתה על ההכרה המשפטית בליקוי נפשי או בליקוי שכלי היא החלטה שיפוטית. החלטה זו עשויה להישען על תשתית עובדתית של ראיות מומחים (חוות דעת מומחה פסיכיאטרי או חוות דעת הוועדה לאבחון מפגרים, לדוגמה), אך בסופו של דבר היא החלטה שיפוטית. הערך הראייתי של חוות דעת אלה אינו שונה מן הערך הראייתי של כל חוות דעת מומחה אחרת. לפיכך אין מניעה מלהשתמש בחוות דעת מומחים, כאמור לעיל,

9 בהגדרת המונח "מפגר" במסגרת הוראות הסיפא של סעיף 1 לחוק הסעד (טיפול במפגרים) צוין כי "חולה נפש כמשמעותו בחוק לטיפול בחולי נפש, תשט"ו–1955, אינו בבחינת מפגר לענין חוק זה".

10 ס"ח 58.

11 ס"ח 132.

12 ראו לעניין זה את גבריאל הלוי "בחינה מודרנית של סייג אי שפיות הדעת בדיני העונשין לאור התפתחותה של הפסיכיאטריה הדינאמית – מקטגוריזציה לפונקציונליות" משפט רפואי וביו-אתיקה 11 3 (2010) (להלן: הלוי "בחינה מודרנית") וכן את פסק דינו של השופט עמית בע"פ 5417/07 בונר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.5.2013): "בהקשר זה אציין כי כיום הולכת ורווחת הדעה כי 'הכותרת' או הסיווג – אם מחלת נפש או הפרעה נפשית – אינם הקריטריון הקובע בשאלה אם יש להכיר בפטור מאחריות לפי סעיף 34 לחוק העונשין או בענישה מופחתת לפי סעיף 300א לחוק. הנטייה כיום היא לעבור מקטגוריזציה, קרי, סיווג המחלה או ההפרעה, לפונקציונליות, קרי, עד כמה המחלה או ההפרעה פוגעת ומשפיעה על האדם קוגניטיבית ורצונית [...] במילים אחרות, איננו שמים דגש על האטיולוגיה אלא על הסימפטומולוגיה, על הסימנים והתוצאה הנובעת מהמחלה או מההפרעה הנפשית. הדברים כבר באו לידי ביטוי בפסיקה, אשר עמדה על כך שעם התרופפות הדיכוטומיה בין מחלות וליקויים שנהוג היה לסווגם בספרות הפסיכיאטרית כ'מחלת נפש' לבין כאלה שלא נהוג היה לתייגם ככאלה, עיקר החשיבות היא לעוצמת התסמינים של המחלה או ההפרעה".

לצורך בחינת התקיימותם של ליקויים נפשיים או שכליים גם לצורך בחינת כשרותו להעיד של עד אשר קיים חשש לקיומו של ליקוי מליקויים אלה בו.

ב. הכשרות להעיד לעומת הקבילות והמשקל בדיני הראיות המודרניים

הכשרות להעיד היא השלב הראשון בבחינתן של ראיות במסגרת דיני הראיות המודרניים.¹³ נדרש כי בחינתה של כל ראיה תיפתח במסגרת בחינת שלב הכשרות. בחינת הכשרות להעיד עברה שינויים ותפוכות רבים במרוצת השנים בשיטות המשפט השונות בעולם עד לעיצובה המודרני כשלב ראשוני של בחינת הראיה, אשר במסגרתו מועדפת הסרת המחסומים של היעדר הכשרות ככל הניתן, כדי לאפשר בחינה עניינית של הראיה בהמשך ההליך המשפטי. בחינת הכשרות להעיד היא שלב בלתי נפרד משלבי בחינתה של הראיה, והכשרות נבחנת על בסיס כלל הכשרות.

ככלל, דיני הראיות המודרניים כוללים שלושה סוגים של הוראות דין, בין שהם מצויים בשימוש בהליכים משפטיים בין כותלי בית המשפט ובין שהם מצויים בהליכים משפטיים מחוץ לכותלי בית המשפט. הסוג האחד של הוראות הדין הוא בדבר כשרות, הסוג השני הוא בדבר קבילות, והסוג השלישי הוא בדבר משקל. שלושה סוגים אלה של הוראות דין הם סודרים ועוקבים, ועל כן הם יוצרים יחד את המבנה הכללי של דיני הראיות המודרניים. סדר זה של שלבי בחינת הראיה נובע ישירות מן המבנה הכללי של דיני הראיות, כפי שהוא בא לידי ביטוי מובהק בעיקר בהליכים משפטיים המתקיימים בבית המשפט בערכאה הדיונית הנדרשת להכריע בשאלות עובדתיות, אולם מבנה כללי זה מתקיים גם במסגרת הליכים משפטיים אחרים, בין שהם בין כותלי בית המשפט ובין שהם מחוצה להם. בדיני הראיות המודרניים הכרעה בשאלות עובדתיות היא בדרך כלל חלק משיקולי המשקל, לאחר בחינת שאלות הכשרות והקבילות של הראיות, והכרעה זו נעשית גם במסגרת שאלת נטל ההוכחה כאשר מדובר בקיומן של מחלוקות עובדתיות בין הצדדים.

ככלל, במסגרת שלב ההוכחות בפני הערכאה הדיונית דיני הראיות הרלוונטיים ביותר הם אלה הכוללים את כללי הכשרות והקבילות של ראיות, ואילו הסטנדרטים בדבר משקלן של ראיות רלוונטיים יותר במסגרת הכרעת הדין הנדרשת לכלול גם הערכה איכותנית של הראיות שהוגשו לבית המשפט. למעשה, כל ראיה שבית המשפט עשוי לבסס עליה ממצאים עובדתיים נדרשת לעבור את שלושת השלבים הללו במסגרת דיני הראיות, לפי המבנה הכללי של דיני הראיות המודרניים. השלב הראשון הוא שלב הכשרות, ורק לאחר מכן נבדקים השלב השני, הוא שלב הקבילות, והשלב השלישי, הוא שלב המשקל. שלבים אלה נבדלים זה מזה בעיתוי בחינתם ובסטנדרט בחינתם.

13 למהותם של דיני הראיות המודרניים ראו את גבריאל הלוי תורת דיני הראיות כרך א, פרק א, פס' 1.3 (2013).

לצורך ביסוסם של ממצאים עובדתיים על ראיות נדרשות כל הראיות הרלוונטיות לעבור את שלושת השלבים דלעיל. מעבר כל שלב הוא תנאי מוקדם לבחינתו של השלב העוקב. כך, רק ראיה שעברה את מבחני הכשרות יכולה להיבחן לאור כללי הקבילות, ורק ראיה שעברה את מבחני הקבילות יכולה להיבחן לאור הסטנדרטים של המשקל. עיתוי שלבי בחינתן של הראיות כרוך ביכולותיו ובאפשרויותיו האובייקטיביות של בית המשפט בערכאה הדיונית לבחון את המבחנים הרלוונטיים. מאחר שכללי הכשרות הם קטגוריים וכלליים ואינם נדרשים לתוכן של הראיות, הרי שאין צורך בבחינה עניינית של תוכן העדות או הראיה כדי לקבוע את כשרותה. כך למשל אין בעל חיים כשר להעיד, יהא תוכן העדות אשר יהא.¹⁴

מטעם זה יש באפשרותו של בית המשפט בערכאה הדיונית לבחון את כשרות הראיה עוד טרם הצגתה בבית המשפט (טרם עלייתו של העד לדוכן העדים), וזהו אכן המועד הרלוונטי לבחינת כשרות הראיות. הבחינה בשלב זה היא בחינה אובייקטיבית-בינרית, כלומר או שקיימת כשרות או שאין קיימת כשרות. אין בנמצא מצבי ביניים להגדרת כשרותה של הראיה או להגדרת כושר ההעדה של עד. לקביעה העניינית בעניין הכשרות בשלב זה השלכה רחבה ומקיפה על המשך בחינתה של הראיה במסגרת ההליך המשפטי. אם הקביעה היא כי אין קיימת כשרות להעיד באותו עניין, הרי שהעד ייפסל מלהעיד והראיה לא תוגש, יהא תוכנה אשר יהא ותהא חשיבות דבריו ואמתותם אשר תהא. גם אם ברור לחלוטין כי דברי העד הם אמת לאמתה, הוא לא יישא כלל את דבריו אם אין הוא בעל כשרות להעיד. לעומת זאת מאחר שכללי הקבילות מתייחסים לתוכן הראיה, אך באופן קטגורי וכולל, הרי שיש צורך בהצגתה של הראיה ובבחינתה העניינית כדי לקבוע את קבילותה. כך למשל כדי לקבוע אם עדותו של עד היא עדות מפי השמועה, יש צורך בשמיעת העדות ובבחינת תוכנה כדי לקבוע אם תוכן העדות הוא עדות מפי השמועה, ועל כן אינו קביל. מטעם זה יש באפשרותו של בית המשפט בערכאה הדיונית לבחון את קבילות הראיה בעת הצגתה או הגשתה לבית המשפט (בעת עדותו של העד על דוכן העדים), וזהו אכן המועד הרלוונטי לבחינת קבילות הראיות. הבחינה בשלב זה היא אובייקטיבית-בינרית, כלומר או שהראיה קבילה או שאינה קבילה. אין בנמצא מצבי ביניים להגדרת קבילותה של הראיה.

מן הבחינה העניינית בחינת הראיה בסטנדרטים של משקל היא שונה. לצורך בחינת משקלה של הראיה נדרשת בחינת תוכנה הענייני של הראיה כשלעצמה עם בחינת מכלול הראיות באשר לתוכן. משקלה של הראיה הוא בדרך כלל משקל יחסי ביחס לראיות אחרות, והדבר כפוף לאמצעים האדוורסריים לבחינת המשקל, ובהם חקירות נגדיות של הצד היריב, ראיות מטעם הצד היריב ובחינת הגרסה הכוללת העולה מראיות הצדדים. שלב זה אינו ניתן לבחינה טרם סיומו של שלב ההוכחות במשפט, ובייחוד בתום הצגת ראיות ההגנה ועריכת החקירה הנגדית לעדי התביעה בידי הנאשם, כאשר מדובר בבחינתן של ראיות התביעה.

14 בעל החיים עצמו עשוי להיחשב ראיה חפצית ולהיות מוגש באמצעות עד מגיש (כלב המזהה סמים מסוכנים כראיה חפצית באמצעות מפעילו שהוא עד במשפט, לדוגמה), אך אין בעל החיים כשר לשמש עד בעצמו.

לפיכך בחינת משקלן של ראיות נעשית במסגרת הכרעת הדין ולא במהלך הדיון המשפטי עצמו.

הבחינה בשלב המשקל היא סובייקטיבית-רב-מצבית, שכן בטווח שבין הענקת משקל מלא לראיה (אמון מלא ומוחלט) ובין הענקת משקל אפס לראיה (דחייה מלאה ומוחלטת) קיימת קשת רחבה של מצבים אפשריים. קביעת המשקל נתונה לשיקול דעתו הסובייקטיבי הסביר של בית המשפט בערכאה הדיונית ואינה מודרכת בידי כללים אובייקטיביים וחד-משמעיים.¹⁵ ודוק, בחינת משקלה של הראיה מותנית בהתקיימותם של הכשרות להעיד ושל הקבילות באשר לאותה ראיה באופן ענייני, יהא תוכנה אשר יהא.

בשלב הכשרות להעיד בחינת הערכאה הדיונית היא אובייקטיבית, כאמור. לצורך ההכרעה בשאלת הכשרות בית המשפט אינו נדרש להתרשם מן העד, אלא מדובר בהכרעה קטגורית. מאחר שזהו אופי הבדיקה, אין למעשה כל הבדל בין הכרעה בעניין זה בערכאה הדיונית, בין הכרעה בעניין זה בערכאת הערעור ובין הכרעה בעניין זה בהליכים משפטיים מחוץ לכותלי בית המשפט. כך למשל לצורך כשרות העדתו של אדם בעל ליקוי נפשי, אין הבדל מהותי בין עדות בבית המשפט (בשני סוגי הערכאות) ובין עדות על גבי תצהיר המוגשת לרשות המקומית בהליך רלוונטי. בית המשפט (בשני סוגי הערכאות) או הרשות המנהלית אינם נדרשים להתרשם סובייקטיבית מן העד כדי לקבל את ההכרעה.¹⁶

בשלב הקבילות המצב דומה. בשלב זה בחינתה של הערכאה הדיונית היא אובייקטיבית, כאמור. לצורך ההכרעה בשאלת הקבילות בית המשפט אינו נדרש להתרשם מן העד, אלא מדובר בהכרעה על בסיס תוכן הראיה. מאחר שזהו אופי הבדיקה, אין למעשה כל הבדל בין הכרעה בעניין זה בערכאה הדיונית, בין הכרעה בעניין זה בערכאת הערעור או מחוץ לכותלי בית המשפט (רשות מנהלית, לדוגמה). בית המשפט אינו נדרש להתרשם סובייקטיבית מן העד כדי לקבל את ההכרעה. כך למשל כאשר עד מוסר אמרה שהיא עדות מפי השמועה, אין הבדל מהותי לעניין זה בין מסירת האמרה בבית המשפט בערכאה הדיונית, למסירתה בערכאת הערעור או מחוץ לכותלי בית המשפט.¹⁷

בשלב המשקל המצב שונה. בשלב זה בחינתה של הערכאה הדיונית היא סובייקטיבית ומבוססת גם על התרשמות לא אמצעית מן העד או מהראיה. למי שאינם פוגשים את העדים ואין להם הזדמנות להתרשם מהם כך, אין הכלים הדרושים להעריך את משקלן הראוי של הראיות. מטעם זה למשל לערכאת הערעור אין הכלים לבקר את קביעת ממצאי המהימנות שנעשתה בידי הערכאה הדיונית. עם זאת מאחר שתהליך הערכת המשקל מבוסס גם על

15 ראו לעניין זה את הוראות סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, נ"ח 421, הקובעות לעניין "משקלה של עדות" כי "ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם ענין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט".

16 New Hampshire v. Hungerford, 697 A.2d 916 (N.H. 1997); McFarlane v. Thain, [2009] C.S.I.H. 64 2010 S.C., 7 S.C. No. 2.

17 Pendleton, [2001] U.K.H.L. 66, [2002] 1 All E.R. 524, [2001] U.K.H.L. 66, [2002] 1 W.L.R. 72; Cash, [2004] E.W.C.A. Crim. 666, (2004) 148 S.J.L.B. 416.

פרמטרים אובייקטיביים של קוהרנטיות פנימית ושל התאמת העדות לעדויות אחרות, הרי שערכאת הערעור עשויה לבחון את התקיימות הפרמטרים האובייקטיביים לאור הנמקתה של הערכאה הדיונית. בחינה זו נעשית לפי סטנדרט כללי של סבירות (כמו גם abuse of discretion standard).¹⁸

בחינת שלב הכשרות היא תנאי מוקדם לבחינת שלב הקבילות, ובחינת שלב הקבילות היא תנאי מוקדם לבחינת שלב המשקל. רק לאחר שהעד כשר להעיד, ייבחן תוכן עדותו במונחים של קבילות. רק חלקיה הקבילים של עדותו עשויים להישקל כדי להגיע לידי הכרעה עובדתית או הכרעה בממצאים עובדתיים רלוונטיים. בחינת כשרות העדים מתייחסת לכושר העדתם. בחינת קבילות עדויות מתייחסת לקבילות הודעות, לקבילות הודאות, לקבילות ראיות חפציות, לקבילות פרטי מידע מקצועיים או רשמיים ולקבילות ראיות חסויות. בחינת המשקל מתייחסת להערכת משקלן של ראיות לכלל תמונה עובדתית כוללת, המאפשרת הכרעה עובדתית וקביעת ממצאים עובדתיים רלוונטיים.

יש לציין כי למבנה סדור זה של דיני הראיות המודרניים נפקות משפטית-מעשית מלבד ערכה העיוני בתורת דיני הראיות. למשל, עלתה לא אחת שאלת נחיצותן של התוספות הראייתיות בפלילים (סיוע, דבר לחיזוק ודבר-מה נוסף) לצורך עמידה ברף הראייתי הנדרש בפעולות מסוימות בהליך הפלילי הטעונות "ראיות לכאורה". בפעולות אלה כלולות, לדוגמה, הגשת כתב האישום,¹⁹ מעצר עד תום ההליכים,²⁰ קבלת טענת "אין להשיב

18 Ladd v. Marshall, [1954] 3 All E.R. 745, [1954] 1 W.L.R. 1489; United States v. Kristiansen, 901 F.2d 1463, 1465 (8th Cir. 1990): "We review evidentiary rulings under the abuse of discretion standard"; Alfrey, [2005] E.W.C.A. Crim. 3232 את ע"פ 465/65 היועץ המשפטי לממשלה נ' לרר, פ"ד כ(1) 437 (1966); ע"פ 141/65 רחביה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(2) 376 (1966).

19 United States v. הרף הראייתי הנדרש במסגרת הגשת כתב אישום והעמדה לדין ראו United States v. Crowthers, 456 F.2d 1074 (4th Cir.1972); United States v. Armstrong, 517 U.S. 456, 116 S.Ct. 1480, 134 L.Ed.2d 687 (1996); United States v. Bass, 536 U.S. 862, 122 S.Ct. 2389, 153 L.Ed.2d 769 (2002); United States v. Ojala, 544 F.2d 940 (8th Cir.1976); McCleskey v. Kemp, 481 U.S. 279, 107 S.Ct. 1756, 95 L.Ed.2d 262 (1987); Oyler v. Boles, 368 U.S. 448, 82 S.Ct. 501, 7 L.Ed.2d 446 (1962); United States v. Robinson, 311 F.Supp. 1063 (W.D.Mo.1969); People v. Acme Markets, Inc., 37 N.Y.2d 326, 372 N.Y.S.2d 590, 334 N.E.2d 555 (1975); United States v. Steele, 461 F.2d 1148 (9th Cir.1972); United States v. Sacco, 428 F.2d 264 (9th Cir.1970); Snowden v. Hughes, 321 U.S. 1, 64 S.Ct. 397, 88 L.Ed. 497 (1944) התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(1) 199 (2004); בג"ץ 11221/05 נאסר נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 19.4.2007); בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 39 (1997); הלוי תורת הדין הפלילי, לעיל ה"ש 3, כרך א, פרק ב, פס' 3.2.2.2.

20 לעניין הרף הראייתי הנדרש במסגרת מעצר עד תום ההליכים ראו את הוראות ס"ק 21(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, ס"ח 338; בש"פ 135/89 קידר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.2.1989); בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד 584/88 (1996) 133 (2); בש"פ 661/88 מדינת ישראל נ' דנן, פ"ד מב(3) 875 (1988); בש"פ 584/88

לאשמה" או דחייתה²¹ ואחרות. ככלל, הרף הראייתי בדבר הראיות לכאורה מתייחס למכלול הראיות שעברו את שלבי הכשרות והקבילות אך טרם נבחן משקלן. התוספות הראייתיות הן חלק משלב המשקל, כפי שמעידה בישראל גם כותרת פרק ד לפקודת הראיות, המתייחס בין היתר גם לתוספות הראייתיות.

לפיכך בבחינת התשתית הראייתית הקיימת בתיק לצורך עמידה ברף הראיות לכאורה אין צורך להתייחס לתוספות הראייתיות או לשיקולי המשקל, ויש להניח, היפותטית, כי ינתן לראיות הקיימות מלוא המשקל. כך למשל הודאת חוץ של נאשם הטעונה תוספת ראייתית מסוג "דבר-מה נוסף" לצורך הרשעה לפיה כראיה יחידה, עשויה לשמש בסיס להגשת כתב אישום ולפעולות אחרות הטעונות "ראיות לכאורה", אף אם אין במסגרת התשתית הראייתית הרלוונטית הקיימת כל תוספת ראייתית מאמתת מסוג "דבר-מה נוסף". אמנם כי כן, אם יוותר מצב ראייתי זה על כנו עד לסיומו של המשפט הפלילי בעניין, לא יהיה אפשר לבסס על הודאת החוץ של הנאשם הרשעה, אם מדובר בראיה יחידה, שכן בשלב הכרעת הדין נדרשת התחשבות בשיקולי המשקל, לרבות לעניין התוספות הראייתיות. העולה מן האמור הוא כי שלב הכשרות הוא השלב הראשון בבחינתה של הראיה במסגרת שלבי בחינתן של ראיות בדיני הראיות המודרניים. בחינה זו היא תנאי הכרחי להמשך בחינתה של הראיה במסגרת ההליך המשפטי, והמשך הבחינה מותנה בקביעת הכשרות. הכשרות להעיד נבחנת טרם מסירתה של הראיה בפועל, והיא מתייחסת לכושר העדתו של העד ולהתאמתו לסוגי העדים שעדותם מותרת במסגרת הליכים משפטיים. בחינה זו נעשית בדרך כלל באופן קטגוריאלי גורף ולא באופן נקודתי בעניין נסיבותיו האישיות של העד הספציפי. תוצאות בחינת הכשרות במסגרת זו עשויות להיות הכשרתה של הראיה או אי-הכשרתה, ואין בנמצא מצבי ביניים המתייחסים לתוצאות בחינת הכשרות.

ביאטריני מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.10.1988); הלוי תורת הדיון הפלילי, לעיל ה"ש 3, כרך ב, פרק ג, פס' 2.4.2.1.

21 לעניין הרף הראייתי הנדרש במסגרת טענת "אין להשיב לאשמה" ראו את הוראות ס' 158 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 43 (להלן: חסד"פ); ע/98/240 (ערעורים צה"ל) מורזחנוב נ' התובע הצבאי הראשי, פד"ץ 1998, 265 (1998); ע/98/50 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' סמלדיין, פד"ץ 1998, 65 (1998); ע/74/167 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' מזור, פד"ץ 1974, 231 (1974); ע/12/67 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' גולן, פד"ץ 1967, 101 (1967); ע/57/285 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' אבינדב, פד"ץ 1958, 47 (1958); ע"פ 141/84 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד לט(3) 596 (1985); ע"פ 732/76 מדינת ישראל נ' כחלון, פ"ד לב(1) 170 (1977); ע"פ 405/80 מדינת ישראל נ' שדמי, פ"ד לה(2) 757 (1981); בש"פ 825/98 מדינת ישראל נ' דחלה, פ"ד נב(1) 625 (1998); בש"פ 153/95 רחאל נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(2) 221 (1995); ע"פ 318/79 אנגל נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 98 (1980); ע"פ 638/85 מדינת ישראל נ' בוטרוס, פ"ד מ(2) 658 (1986); הלוי תורת הדיון הפלילי, לעיל ה"ש 3, כרך ב, פרק ד, פס' 4.3.2.4.

ג. התפתחות כשרותו להעיד של הלקוי בנפשו או בשכלו

מן הבחינה ההיסטורית, התפתחותה של הכשרות להעיד של בעלי ליקוי נפשי או שכלי הושפעה מאוד מן האפשרות להטיל עליהם אחריות פלילית, שכן הבנת הסנקצייה הפלילית בגין מסירת עדות שקר הייתה אחד הגורמים לבחינת כשרותו של אדם להעיד, כאמור. עם זאת במאות התשע-עשרה והעשרים נפרדה התפתחות כשרותו להעיד של אדם הלקוי בנפשו או בשכלו מהתפתחות האחריות הפלילית של אדם הלקוי בנפשו או בשכלו והמשיכה בכיוון התפתחות עצמאי, המשקף תפישות משפטיות מתקדמות יותר.²² נוסף על כך, בעבר נדרשה התייחסות לבעלי מחלת נפש או לחולי נפש, אולם עם ההתפתחות הרפואית והמשפטית בתחום ועם המעבר מקטגוריזציה של מחלות נפש לבחינה פונקציונלית של הליקוי הנפשי על האדם,²³ מסגרת ההתייחסות רחבה יותר בהקשר זה והיא כוללת את בעלי הליקוי הנפשי, בין שהם לוקים במחלת נפש ובין בליקוי נפשי שאינו מגיע כדי מחלת נפש. התפתחותם של ההסדרים הדיוניים המיוחדים המתייחסים לבעלי הליקוי הנפשי, לרבות לעניין הכשרות להעיד, חלה בד בבד עם התפתחותו של סייג אי-שפיות-הדעת במסגרת דיני העונשין, כאמור.²⁴ לצורך זיהויה של אוכלוסיית בעלי הליקוי הנפשי כאוכלוסייה מיוחדת הטעונה תחולה של סדרי דין מיוחדים, לרבות לעניין העדתם, נדרשת בחינת ההתפתחות הרפואית וההתפתחות המשפטית של אי-שפיות-הדעת. ההכרה באדם כלוקה בנפשו לעניין דיני הראיות היא משפטית ולא דווקא רפואית. לא מן הנמנע כי ההכרה המשפטית תהא מבוססת על בחינה רפואית, אך עדיין מדובר בהכרה משפטית.

הניסיון הראשון הידוע לאדם בדבר סיווג מחלות הנפש נעשה במצרים העתיקה בסוף האלף הרביעי לפני הספירה.²⁵ סיווג זה היה קשור בטבורו לתפישת החטא הדתי, שלפיה אפשר שאדם חוטא ייענש בדרך של השתלטות רוח רעה על נפשו.²⁶ בדתות

22 לאחריות הפלילית של הלקוי בשכלו ראו את גבריאל הלוי "השוואת דינו של בעל הליקוי השכלי לדינו של הקטין – תחולת סייג הקטינות על האחריות הפלילית של בעלי ליקוי שכלי (פיגור שכלי)" משפט רפואי וביור-אתיקה 5, 13 (2013).

23 ראו לעניין זה את הלוי "בחינה מודרנית", לעיל ה"ש 12, וכן את ע"פ 8653/10 פלונית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.7.2011); ע"פ (מחוזי חי') 11620-09-10 מדינת ישראל נ' צבישב (פורסם בנבו, 24.2.2011); עניין בונר, לעיל ה"ש 12; רע"פ 5340/12 צבישב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.6.2013).

24 לסייג אי-שפיות-הדעת בדיני העונשין ראו את גבריאל הלוי תורת דיני העונשין, כרך ג, פרק ו, פס' 2.4 (2010).

25 KARL MENNINGER, MARTIN MAYMAN & PAUL PRUYSER, THE VITAL BALANCE 420-489 (1963); George Mora, *Historical and Theoretical Trends in Psychiatry*, 1 COMPREHENSIVE TEXTBOOK OF PSYCHIATRY 1, 8-19 (Alfred M. Freedman, Harold Kaplan & Benjamin J. Sadock eds., 2nd ed. 1975).

26 MICHAEL MOORE, LAW AND PSYCHIATRY: RETHINKING THE RELATIONSHIP 64-65 (1984); Anthony Platt & Bernard L. Diamond, *The Origins of the "Right and Wrong" Test of Criminal Responsibility and Its Subsequent Development in the United States: An*

המונותאיסטיות האמונה הרווחת הייתה כי מחלת הנפש היא העונש המושת על האדם בשל חטאיו, ועל כן אין טעם לחקור את טיבה לצורך מציאת מרפא.²⁷ על אף התנגדותם של מלומדים מועטים לתפישה זו היא הייתה התפישה השלטת בתחום זה עד לאמצע המאה השמונה-עשרה. חברתית, לא נתפש חולה הנפש בשל מחלתו זו כאדם חולה אלא כאדם המרצה את עונשו, כאמור.

רק מאמצע המאה השמונה-עשרה החלו להתפתח גישות שונות למחלת הנפש המנותקות מן התפישה הדתית של חטא ועונש אשר מחלת הנפש היא ביטוי בה לעונש בגין חטאי האדם.²⁸ המחקרים החלוציים בתחום נעשו בדרך של תיעוד התסמינים (סימפטומים) של מחלות נפש תוך ניסיון לסווגם לדפוסים ספציפיים. עם זאת האמונה הדתית הייתה כה מושרשת, עד כי ההבחנות באותם מחקרים שימשו בעיקר את אנשי הדת להסביר את סוגי העונשים המושתים על האדם החוטא בדרך זו.²⁹ כפועל יוצא כאשר ניסתה החברה להתמודד עם מחלות הנפש בתקופה זו, נעשה הניסיון אך כדי להקל את סבלו של חולה הנפש, והטיפול הרפואי היה למעשה טיפול דתי.³⁰

ההתמודדות הייתה כרוכה בתקשורת עם העולם העל-טבעי. על כן אנשי המקצוע לטיפול בחולי נפש היו אנשי הדת ולא אנשי הרפואה.³¹ רק בשנת 1775 נעשה ניסיון ראשון של Mesmer להסביר את מחלת הנפש במונחים רפואיים של "משיכה חיתית".³² מנקודה זו ואילך החלה להתפתח הפסיכיאטריה הדינמית כענף רפואי, הרואה במחלת הנפש מחלה אנושית ולא עניין דתי. למעשה, התפתחו שתי מגמות מרכזיות בפסיכיאטריה: המגמה האחת זיהתה את הגורמים למחלת הנפש כפיזיולוגיים גופניים, הכרוכים במצבו הפיזיולוגי של המוח;³³ המגמה השנייה זיהתה את הגורמים למחלת הנפש כרגשיים, והמשפיעים על

- Historical Survey*, 54 CAL. L. REV. 1227 (1966); WOLF WOLFENSBERGER, .NORMALIZATION: THE PRINCIPLE OF NORMALIZATION IN HUMAN SERVICES 12–25 (1972) 27
SANDER L. GILMAN, SEEING THE INSANE (1982); JOHN BIGGS, THE GUILTY MIND 26
(1955). ראו לדוגמה את דברים כח 28.
WALTER BROMBERG, FROM SHAMAN TO PSYCHOTHERAPIST: A HISTORY OF THE 28
.TREATMENT OF MENTAL ILLNESS 63 (1975)
GEORGE ROSEN, MADNESS IN SOCIETY: CHAPTERS IN THE HISTORICAL SOCIOLOGY OF 29
MENTAL ILLNESS 33, 82 (1969); EDWARD NORBECK, RELIGION IN PRIMITIVE SOCIETY 215
(1961).
JUDITH S. NEAMAN, SUGGESTION OF THE DEVIL: THE ORIGINS OF MADNESS 55 (1975); 30
Seymour L. Halleck, *A Critique of Current Psychiatric Roles in the Legal Process*, 1966
.Wis. L. Rev. 379, 383 (1966)
.MICHAEL L. PERLIN, THE JURISPRUDENCE OF THE INSANITY DEFENCE 40–41 (1994) 31
HENRI F. ELLENBERGER, THE DISCOVERY OF THE UNCONSCIOUS: THE HISTORY AND 32
.EVOLUTION OF DYNAMIC PSYCHIATRY 53–69 (1970)
FRANZ G. ALEXANDER & SHELDON T. SELESNICK, HISTORY OF PSYCHIATRY: AN 33
EVALUATION OF PSYCHIATRIC THOUGHT AND PRACTICE FROM PREHISTORIC TIMES TO THE
PRESENT 151–152 (1966); GEORGE ZILBOORG, A HISTORY OF MEDICAL PSYCHOLOGY 437
(1941).

תחושותיו של האדם.³⁴ במסגרת המגמה השנייה האדם הלא שפוי הוכר לראשונה ככזה כאשר יכולות הרגש והרצון שלו היו לא מאוזנים.

בצד שתי מגמות אלה טבע הרופא האנגלי Prichard בשנת 1835 את המונח "אי־שפיות מוסרית" (moral insanity) כדי לתאר מצבים שבהם האדם היה חסר התמצאות מוסרית או שהיה בעל תפישה מוסרית לקויה אף על פי שהיה בעל מודעות לערכים מוסריים מקובלים.³⁵ התפישה המוסרית הלקויה הייתה כרוכה בעיקרה בסטייה התנהגותית, ובעיקר בסטייה מינית. התפישה הרווחת באשר להתנהגות הסוטה הייתה כי התנהגות מינית לא מוסרית עלולה להביא לאי־שפיות־הדעת.³⁶ בסוף המאה התשע־עשרה החלה השפעתן של המגמות דלעיל ושל גישת אי־שפיות המוסרית דועכת. הסיבה המרכזית לדעיכתה הייתה השפעה דתית אמריקאית שחששה כי קבלת המגמות הרפואיות בתחום אי־שפיות־הדעת תביא לפגיעה באמונה הדתית האמריקאית ולפגיעה בסטנדרטים המוסריים ובפרקטיקה המשפטית בארצות הברית.³⁷

השפעה אמריקאית זו על חקר אי־שפיות־הדעת שררה עד שנות השמונים של המאה העשרים והייתה נקוטה בידי המתנגדים להכללתו של סייג לאחריות הפלילית בדבר אי־שפיות־הדעת³⁸ או ליצירת סדרי דין מיוחדים במקרי העמדה לדין של לא שפויים, ומקורה של ההתנגדות היה מקור דתי, כאמור. עם זאת למן שלהי המאה התשע־עשרה נעשה המחקר המדעי בתחום הפסיכיאטריה מקצועי יותר ומדויק, ומרכזו היה באירופה. למשל, פותח המודל הרציונלי הראשון של מחלת הנפש בידי Kraepelin, פותחה התאוריה המדעית הראשונה של הסכיזופרניה בידי Bleuler, פותח המודל הנירולוגי הראשון של הפסיכיאטריה בידי Jackson, התפתחו תחומים ותתי־תחומים של הפסיכולוגיה המינית, של הפסיכופתולוגיה, של מחקר החלומות, של מחקר תת־המודע, בהשפעת Freud, וכך החלה הפסיכיאטריה המודרנית להתגבש.³⁹

- ELLENBERGER, לעיל ה"ש 32, בעמ' 284. 34
- JAMES COWLES PRICHARD, A TREATISE ON INSANITY AND OTHER DISORDERS AFFECTING 35
THE MIND (1835); ARTHUR E. FINK, CAUSES OF CRIME: BIOLOGICAL THEORIES IN THE
UNITED STATES, 1800–1915 48–76 (1938); Janet A. Tighe, *Francis Wharton and the*
Nineteenth Century Insanity Defense: The Origins of a Reform Tradition, 27 AM. J.
LEGAL HIST. 223 (1983)
- Peter McCandless, *Liberty and Lunacy: The Victorians and Wrongful Confinement,* 36
MADHOUSES, MAD-DOCTORS, AND MADMEN: THE SOCIAL HISTORY OF PSYCHIATRY IN THE
VICTORIAN ERA 339, 354 (Scull ed., 1981); VIEDA SKULTANS, ENGLISH MADNESS: IDEAS
ON INSANITY, 1580–1890 69–97 (1979); MICHEL FOUCAULT, MADNESS AND CIVILIZATION
24 (1965)
- ELLENBERGER ; HARRY ELMER BARNES, THE REPRESSION OF CRIME 248–259 (1926) 37
לעיל ה"ש 32, בעמ' 171–174.
- EDWIN FULLER TORREY, THE DEATH OF PSYCHIATRY 92 (1975) 38
- ELLENBERGER, לעיל ה"ש 32, בעמ' 284–289, 290–318. 39

הפסיכיאטריה הדינמית המודרנית מתחה בקביעות ביקורת חריפה על המודלים התאולוגיים של ההתנהגות ועל התובנות של נפש האדם המושתתות על כוחות על-טבעיים ועל אמונות דתיות בדבר היותן של מחלות הנפש בגדר ענישה בשל חטאי האדם.⁴⁰ ביקורת זו הזינה גם את ההתפתחויות המקבילות בתחומי מדעי החברה והמשפט.⁴¹ הגם שהביקורת של הפסיכיאטריה המודרנית כלפי ההסברים של התאולוגיה למחלות הנפש הייתה אחידה, הפסיכיאטריה עצמה לא הייתה אחידה בתובנותיה ובזרמיה באשר למהותן של מחלות הנפש ובאשר לדרכי הטיפול בהן.

כך למשל ההבחנה בין הפסיכיאטריה המושתתת על תובנות גופניות ובין הפסיכיאטריה המושתתת על תובנות פסיכולוגיות ונפשיות מקורה בשתי המגמות המרכזיות של הפסיכיאטריה מסוף המאה השמונה-עשרה, והיא תקפה גם במאה העשרים ואחת. גישות שונות אלה מספקות הסברים שונים למחלות הנפש כמו פתרונות שונים לריפוי אותן מחלות.⁴² זרמים חדשים ומודרניים בפסיכיאטריה הדינמית מאיינים הסברים קודמים, ושיטות חדשות לריפוי מחלות נפש מחליפות את השיטות הישנות. עם זאת השיח הפסיכיאטרי הוא שיח מדעי בעיקרו, המושתת על התפתחויות מדעיות. כפועל יוצא מזה התובנות הפסיכיאטריות של מחלות הנפש כפופות להתפתחויות המדעיות בתחום, ותובנות אלה משפיעות גם על ההתפתחויות המשפטיות של אי-שפיות-הדעת.

ההתפתחות המשפטית של אי-שפיות-הדעת אינה מנותקת מן ההתפתחות הרפואית של אי-שפיות-הדעת שנדונה לעיל. בעת העתיקה לא היה מקובל להטיל אחריות משפטית על חולי הנפש, ולעתים הושמו חולי הנפש בהשגחה ציבורית,⁴³ ורק למן המאה השתיים-עשרה התעורר צורך בקביעת התייחסות כוללת ומדויקת באשר למהותה של אי-שפיות-הדעת כדי לפטור את הסובל ממנה מאחריות משפטית.⁴⁴ בחינתה המשפטית של מחלת הנפש לא ייחסה חשיבות לסיבה להתרחשותה של מחלת הנפש אלא לתסמינים (סימפטומים) הגלויים

Henry Weihofen, *The Metaphysical Jargon of the Criminal Law*, 22 A.B.A.J. 267, 270 40
(1936).

Seymour L. Halleck, *The Historical and Ethical Antecedents of Psychiatric Criminology*, PSYCHIATRIC ASPECTS OF CRIMINOLOGY 8 (Seymour L. Halleck & Walter Bromberg eds., 1968); FRANZ G. ALEXANDER & HUGO STAUB, THE CRIMINAL, THE JUDGE, AND THE PUBLIC 24–25 (1931); FRANZ G. ALEXANDER, OUR AGE OF UNREASON: A STUDY OF THE IRRATIONAL FORCES IN SOCIAL LIFE (rev. ed., 1971) 41

AUGUST B. HOLLINGSHEAD & FREDRICK REDLICH, SOCIAL CLASS AND MENTAL ILLNESS 42
(1958).

Digesta, 21.1.23.2; Digesta, 1.18.13.1; OLIVIA F. ROBINSON, THE CRIMINAL LAW OF 43
ANCIENT ROME 16 (1995).

Benjamin B. Sendor, *Crime as Communication: An Interpretive Theory of the Insanity Defense and the Mental Elements of Crime*, 74 GEO. L. J. 1371, 1380 (1986); Joseph H. Rodriguez, Laura M. LeWinn & Michael L. Perlin, *The Insanity Defense Under Siege: Legislative Assaults and Legal Rejoinders*, 14 RUTGERS L.J. 397, 406–407 (1983); Homer D. Crotty, *The History of Insanity as a Defence to Crime in English Common Law*, 12 CAL. L. REV. 105 (1924) 44

שלה לצורך קביעת היקף האחריות המשפטית של חולה הנפש. עם הזמן התפתחו מבחנים משפטיים שונים לזיהוי של חולה הנפש לצורך קביעת היקף אחריותו המשפטית, ומבחנים אלה שיקפו את התפישות החברתיות, הדתיות, התאולוגיות והמדעיות של אי-שפיות-הדעת. עד לאמצע המאה התשע-עשרה התפתחו שלושה מבחנים מרכזיים לאבחון של חולה הנפש, והם הוחלפו בכללי *M'Naghten* בשנת 1843, כדלהלן:

1. מבחן הדעת טוב ורע;

2. מבחן חיית הפרא;

3. מבחן המותר והאסור.

מבחנים אלה יידונו להלן.

המבחן האחד היה מבחן הדעת טוב ורע (good and evil). מבחן זה הופיע לראשונה במשפט המקובל האנגלי בשנת 1313 במקרה שבו היה הנאשם גם קטין מתחת לגיל שבע שנים, אשר היה מקובל כגיל האחריות המשפטית.⁴⁵ מבחן זה שיקף את התפישה התאולוגית שרווחה בעניין בימי הביניים. חולי הנפש, כמו גם הקטינים, נתפשו כבלתי מסוגלים לחטוא נגד רצונם מאחר שחירותם לבחור נבצרה מהם, והם אינם יודעים להבחין בין טוב לרע, ועל כן אינן מסוגלים לבחור בחירה חופשית בין טוב לרע.⁴⁶ הטרמינולוגיה של מבחן הדעת טוב ורע היא טרמינולוגיה תאולוגית, השאובה מן הסיפור המקראי על גירוש האדם מגן עדן.⁴⁷

באשר להיקף אחריותו המשפטית של האדם הלא שפוי, ובייחוד באשר לעניין אחריותו הפלילית, התפישה הכללית הייתה כי בעצם היותו לא שפוי הוא נענש, ויש בכך כדי לספק את הצורך בענישה בפלילים. לפי גישה זו, הענשה נוספת של האדם הלא שפוי כמוה כענישה כפולה.⁴⁸ מבחן זה היה המבחן הדומיננטי לזיהוי של האדם הלא שפוי במשפט המקובל האנגלי במאות הארבע-עשרה עד השמונה-עשרה תוך הצדקתו כמבחן אשר מקורו הוא בכתבי הקודש.⁴⁹ בשנת 1616 נוסח מבחן זה כמתייחס לחולה נפש אשר אינו מסוגל לספור עד עשרים או אינו מסוגל להעריך את המשמעות הכמותית של המספר עשרים, אינו מסוגל לזהות את הוריו ואינו מבחין בין עניינים מועילים לו לעניינים מזיקים לו, אך אם הוא יודע קרוא וכתוב, אין הוא חולה נפש.⁵⁰

45 .Y.B., 6 & 7 Edw. II (1313)

46 DAN MICHEL, AYENBIT OF INWYT, OR ; 1233–1231 בעמ' 26, לעיל ה"ש 26, Platt & Diamond

.REMORSE OF CONSCIENCE 86 (1340, Morris ed., 1866)

47 בראשית ב 9, 16; בראשית ג 1–21.

48 Stephen L. Golding, *Mental Health Professionals and the Courts: The Ethics of*

Expertise, 13 INT'L J. L. & PSYCHIATRY 281, 287 (1990)

49 Platt & Diamond, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1234–1233.

50 Crotty, לעיל ה"ש 44, בעמ' 108–107 מצטט את הגדרתו של Fitzherbert למונח "idiot"

מתוך מהדורת שנת 1616 של החיבור NOVEL NATURA BREVIUM כדלהלן: "And he who shall be said to be a Sot and Idiot from his Birth, is such a person who cannot account or number Twenty-pence, nor can tell who was his Father, or Mother, nor how old he is, &c. so as it may appear that he hath no understanding of Reason what shall be for his

אדם שזוהה כחולה נפש על פי מבחן זה לא נחשב אדם, ולכן לא היה מתאים להטלת אחריות משפטית עליו, ולא כל שכן להשתת ענישה עליו. חוסר ההבנה של הערך המוסרי של מעשיו מנע את השתת הענישה עליו. מעשית, רק מקרים קיצוניים של אי-שפיות-הדעת אובחנו ככאלה במסגרת מבחן זה, ומקרים רבים של אי-שפיות-הדעת לא הגיעו לכלל זיהוי ככאלה.⁵¹ מבחן זה עבר עידונים נוספים כדי לנסות להתאימו למציאות עובדתית שונה, אולם בשנת 1724 פינה את מקומו למבחן חיית הפרא.

המבחן השני נקבע בשנת 1724 כמבחן חיית הפרא במסגרת פסיקת המשפט המקובל האנגלי. השופט הנחה את חבר המושבעים כי עליהם לזכות את הנאשם מטעמי אי-שפיות-הדעת אם הנאשם הוא לא שפוי, נטול הבנה או זיכרון, אינו מבין את אשר הוא עושה ואינו יותר מאשר חיית פרא. לדידו של השופט, אדם זה אינו עשוי לשאת בענישה פלילית.⁵² מבחן זה היה תוצר של עירוב הדוקטרינות של המאה השבע-עשרה בדבר האחריות הפלילית והאחריות המשפטית בכלל לצד התפישה הדתית שרווחה באנגליה באותה עת באשר למהותה של אי-שפיות-הדעת. למעשה, בהגדרת מבחן זה היה גם שיבוש לשוני של תיאור בלטינית מן המאה השלוש-עשרה.⁵³

המונח "חיית פרא" מעולם לא הופיע קודם לכן בתיאור כלשהו של אי-שפיות-הדעת, אך יש לציין כי בתקופה זו של תחילת המאה השמונה-עשרה המונח "חיית פרא" התייחס בעיקר לחיות המשק ולחיות האחו כגיריות, שועלים, צבאים ושפנים.⁵⁴ הפועל היוצא של אימוץ מבחן חיית הפרא היה צמצום קיצוני של המקרים שהוכרו כאי-שפיות-הדעת בפני בתי המשפט באנגליה.⁵⁵ הדגש במבחן זה הושם על היכולות השכליות של האדם יותר מאשר על הדחפים היצריים שלו אשר הדימוי "חיית פרא" עשוי להוליד.⁵⁶ מבחן זה עמד בתוקפו עד לשנת 1812, שבה פינה את מקומו למבחן המותר והאסור.

Profit, or what for his loss: But if he have such Understanding that he know and understand his Letter, and do read by teaching or Information of another Man, then it seemeth he is not a Sot, nor a natural Idiot"

.VALERIE P. HANS & NIGEL VIDMAR, JUDGING THE JURY 187-188 (1986) 51

בעניין Arnold, (1724) 16 How. St. Tr. 695 צוין כדלהלן: "[A] mad man... must be a man that is totally deprived of his understanding and memory, and doth not know what he is doing, no more than a brute, or a wild beast, such a one is never the object of punishment"

Anthony Platt & Bernard L. Diamond, *The Origins and Development of the "Wild Beast" Concept of Mental Illness and Its Relation to Theories of Criminal Responsibility*, 1 J. HIST. BEHAV. SCI. 355, 360 (1965); HENRY DE BRACON, DE LEGIBUS ET CONSUEUDINIBUS ANGLIAE (1260; G. E. Woodbine ed., S.E. Thorne trans., 1968-1977).

Jacques M. Quen, *Isaac Ray and Charles Doe: Responsibility and Justice*, LAW AND THE MENTAL HEALTH PROFESSIONS: FRICTION AT THE INTERFACE 235, 237 (Barton & Sanborn eds., 1978)

בזק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 56.

PERLIN, לעיל ה"ש 31, בעמ' 76.

היסודות למבחן השלישי, מבחן המותר והאסור (right and wrong), הונחו בשנת 1812 במסגרת פסיקת המשפט המקובל האנגלי. מבחן המותר והאסור היה הצעד המקדים לקראת קבלתם של כללי *M'Naghten* בשנת 1843. במסגרת מבחן המותר והאסור קבע בית המשפט האנגלי כי אדם לא יוכר כלא שפוי אם הוא בעל הבנה מספקת להבחין בין טוב לרע ובין מותר לאסור.⁵⁷ המותר והאסור שאליהם התייחס המבחן התייחסו למישור המוסרי ולא בהכרח למישור הפלילי. פסיקה מאוחרת יותר התעלמה מן הצורך להבחין בין טוב לרע ונותרה עם ההבחנה בין מותר לאסור בלבד.⁵⁸ השוני המרכזי בין מבחן המותר והאסור ובין מבחן הדעת טוב ורע הוא המעבר מאמות המידה המוסריות המושפעות מן התפישה הדתית של המוסר (מבחן הדעת טוב ורע) לעבר אמות מידה משפטיות של מותר ואסור, אם כי לא בהכרח מוסרי. מבחן זה היה פתח להכרה רחבה יותר של מקרי אי-שפיות-הדעת כמזכים בפטור מאחריות משפטית, לרבות מאחריות פלילית.

כאמור, מבחן המותר והאסור שימש גם צעד מקדים לקראת קבלתם של כללי *M'Naghten*, המהווים את הבסיס לסייג אי-שפיות-הדעת במתכונתו המודרנית. הביקורת המרכזית על מבחן המותר והאסור הייתה כי אין בו כל התייחסות להתפתחויות הרפואיות והמדעיות בתחום זה.⁵⁹ ביום 20 בינואר 1843 ירה Daniel M'Naghten במזכירו הפרטי של ראש ממשלת בריטניה Edward Drummond כי טעה בו וחשב שהוא ראש ממשלת בריטניה Robert Peel Drummond. נפטר מפצעיו ביום 25 באפריל 1843. M'Naughten סבל מתסמינים של פרנויה, שלפיהם הוא חש כי הוא נרדף בידי מפלגת השלטון, ועל כן ניסה להתנקש בראש המפלגה אשר תפקד גם כראש ממשלת בריטניה.

לאחר שמיעת עדויות מומחים בעניין מחלת הנפש ולאחר שבית המשפט השתכנע כי זיכוי של הנאשם יוביל לאשפוזה בבית חולים פסיכיאטרי, זיכה בית המשפט את הנאשם מחמת אי-שפיות-הדעת תוך הסתמכות עיקרית על מבחן המותר והאסור דלעיל. זיכוי של הנאשם עורר סערה בבריטניה, ובעידודה של המלכה ויקטוריה נערך דיון מיוחד בעניין בבית הלורדים. שם הוחלט להציג לבית המשפט הגבוה חמש שאלות עקרוניות בדבר השפעת אי-שפיות-הדעת על הטלת האחריות הפלילית. תשובותיו של בית המשפט לשאלות אלה הן כללי *M'Naghten*, המהווים את הבסיס המשפטי המודרני לתפישת אי-שפיות-הדעת במשפט המהותי ובמשפט הדיוני.⁶⁰

חמש השאלות שהוצגו לבית המשפט הגבוה בידי בית הלורדים היו כדלהלן:

1. האם ניתן להטיל אחריות פלילית על אדם הלוקה במחלת נפש, בדלוזיה של טירוף לדוגמה?

GEORGE D. COLLINSON, IDIOTS, LUNATICS, AND OTHER PERSONS NON COMPOS MENTIS 57
477, 636, 671 (1812)

.Oxford, (1840) 9 Car. & P. 525, 173 Eng. Rep. 941 58

Herbert Hovenkamp, *Insanity and Responsibility in Progressive America*, 57 N.D. L. 59
.REV. 541, 552 (1981)

.M'Naghten, (1843) 10 Cl. & Fin. 200, 8 Eng. Rep. 718 60

2. מהן השאלות שיש להציג למושבעים בעניין אחריותו הפלילית של חולה הנפש?
3. באיזה נוסח יש להציג שאלות אלה באשר למצבו הנפשי של האדם בעת ביצוע העברה?
4. האם אדם פטור מאחריות פלילית אם טעה בעובדות בשל מחלת הנפש?
5. האם ניתן להסתמך על חוות דעת רפואית באשר למצבו הנפשי של האדם גם אם הרופא לא בדק אותו טרם המשפט?

התשובות של בית המשפט הגבוה לחמש שאלות אלה היו כדלהלן:

1. אדם יישא באחריות פלילית גם אם פעל מתוך מחלת נפש, אם בעת ביצוע העברה ידע כי התנהגותו אסורה.
 - 2-3. יש להבהיר למושבעים כי כל אדם הוא בחזקת שפוי בדעתו עד כי יוכח אחרת. כדי שתתקבל טענת אי-שפיות-הדעת יש להוכיח כי בעת ביצוע העברה הפלילית פעל האדם בהשפעת מחלת הנפש ומתוכה, עד כי לא הבין את מהותה ואת טיבה של התנהגותו או עד כי לא הבין שהוא פעל פעולה אסורה. הדרך הנאותה להציג את השאלה לפני המושבעים היא אם הבחין הנאשם בין מותר לאסור בעת ביצוע העברה.
 4. יש לדון את האדם לפי העובדות שהוא דימה בנפשו.
 5. ניתן להסתמך על חוות דעת רפואית רק כאשר השאלה שבמחלוקת היא שאלה מדעית גרידא. בשאלות של עובדה על המושבעים להכריע גם אם השאלה אינה מדעית גרידא.
- כללי *M'Naghten* היוו את הבסיס המשפטי להתייחסות לאי-שפיות-הדעת בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות.⁶¹ במסגרת כללים אלה נעשה שימוש במונחים שלא היו נהירים כל צורךם, אך בכל זאת נעשה בהם שימוש משפטי במסגרת כללים אלה. מונח בולט ודומיננטי בהקשר זה הוא "מחלת נפש". המונח "מחלת נפש" פורש בתחילה בהקשר זה פירוש מצומצם, והוא כלל רק סוגים מסוימים של פסיכוזות.⁶² עם זאת בשלב מאוחר יותר הורחב המונח גם לבעיות נפשיות נוספות, ובכלל זאת גם יתר הפסיכוזות, הנירוזות ואף מצבים של מנת משכל (IQ) נמוכה או פיגור שכלי, וזאת כל עוד היה בכך כדי להביא את האדם הספציפי לידי מצב שבו הוא אינו מבחין בין מותר לאסור.⁶³ מצב זה אינו מצמצם את הגדרת מחלת הנפש לסוג מסוים של מחלות נפש או תופעות נפשיות, אלא עיקרו הוא בבחינת השפעתו של הליקוי הנפשי הספציפי על האדם הספציפי במונחים של הבחנה בין מותר לאסור.

Jodie English, *The Light Between Twilight and Dusk: Federal Criminal Law and the Volitional Insanity Defense*, 40 HASTINGS L.J. 1 (1988); United States v. Freeman, 804 F.2d 1574 (11th Cir.1986); State v. Holder, 15 S.W.3d 905 (Tenn. Crim. App.1999); Hunter v. State, 489 So.2d 1086 (Miss.1986); State v. Smith, 256 Neb. 705, 592 N.W.2d 143 (1999); Finger v. State, 117 Nev. 548, 27 P.3d 66 (2001); State v. Hartley, 90 N.M. 488, 565 P.2d 658 (1977); State v. Bonney, 329 N.C. 61, 405 S.E.2d 145 (1991); Vann v. Commonwealth, 35 Va. App. 304, 544 S.E.2d 879 (2001)

.Abraham S. Goldstein, *The Insanity Defense* 48 (1967) 62
 State v. Elsea, 251 S.W.2d 650 (Mo.1952); State v. Johnson, 233 Wis. 668, 290 N.W. 63
 159 (1940); State v. Hadley, 65 Utah 109, 234 P. 940 (1925); HENRY WEIHOFFEN,
 MENTAL DISORDER AS A CRIMINAL DEFENSE 119 (1954)

הפועל היוצא האמפירי של הדגשת השפעתו של הליקוי הנפשי על הבנת המותר והאסור הוא כי חלק ניכר מן הליקויים הנפשיים הספציפיים לא יוכרו כמחלת נפש לפי כללים אלה.⁶⁴ לפיכך הנדרש בהקשר זה במסגרת כללי *M'Naghten* הוא כי האדם הספציפי אינו מבחין בין מותר לאסור בשל ליקוי נפשי הגורם לכך. הקשר הסיבתי העובדתי בין אי-ההבחנה בין המותר והאסור ובין מחלת הנפש עומד במרכזם של כללים אלה והוא הבסיס בהכרה באי-שפיות-הדעת. טיבה של ההבחנה בין מותר לאסור פורש כמתייחס ליכולות ההכרתיות של האדם להבין את מערכת השליטה החברתית המשפטית כלפיו. יכולות אלה מתמצות בעיקרן במודעות באשר לטיבו הכללי של האיסור.⁶⁵

בבתי משפט בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות פורשו היכולות ההכרתיות של הפרט בהקשר זה כיכולות להבין את טבעה של התנהגותו ואת איכותה לאור האיסור הפלילי, כלומר הבנה כללית כי התנהגותו הספציפית אסורה.⁶⁶ אדם הנעדר יכולות אלה נתפש כלא כשיר מן הבחינה הנפשית (*Non Compos Mentis*). גם המונח "אסור" בהתייחס להתנהגות האסורה ולהבחנה בין מותר לאסור עורר קשיים. ניטשה מחלוקת אם מדובר ב"אסור" במובן המשפטי או שמא מדובר ב"אסור" במובן המוסרי.⁶⁷ כך למשל אדם מצוי במצב של דלוזיה, שבה הוא מצווה בידי האל להעלות בתי בושת באש מתוך הבנה כי כך תגיע הגאולה, בידעו כי הצתת בתי בושת היא התנהגות אסורה מן הבחינה המשפטית, אך לדידו היא התנהגות מותרת מן הבחינה המוסרית.⁶⁸

בכללי *M'Naghten* לא הובהרה במפורט פרשנות המונח "אסור" בהקשר זה. במשפט האנגלי פורש המונח בהקשר משפטי ולפיו ההתנהגות האסורה נבחנת באמות מידה משפטיות ולא באמות מידה מוסריות או אחרות.⁶⁹ במשפט האמריקאי לא הוכרע בעניין זה, והמושבעים אינם מונחים בידי בתי המשפט לעניין זה. בחלק מן המקרים הוכרע לפי אמות מידה משפטיות,⁷⁰ ובחלק אחר לפי אמות מידה מוסריות.⁷¹ למעשה, רק שלוש התשובות הראשונות מתוך חמש התשובות הן רלוונטיות לאי-שפיות-הדעת. התשובה הרביעית מתייחסת לטעויות עובדתיות, ואין נפקא מינה אם הגורם לטעות העובדתית הוא ליקוי נפשי של הטועה או גורם אחר, שכן הטעות העובדתית אינה מוגבלת בסיבת הטעות.

- THE AMERICAN LAW INSTITUTE, MODEL PENAL CODE – OFFICIAL DRAFT AND EXPLANATORY NOTES (1962, 1985), נספח A לסימן 4.01. 64
- WAYNE R. LAFAVE, CRIMINAL LAW 382–383 (4th ed. 2003). 65
- Montgomery v. State, 68 Tex. Crim. App. 78, 151 S.W. 813 (1912); Jessner v. State, 202 Wis. 184, 231 N.W. 634 (1930); Cochran v. State, 65 Fla. 91, 61 So. 187 (1913); State v. McGee, 631 Mo. 309, 234 S.W.2d 587 (1950). 66
- JAMES FITZJAMES STEPHEN, A HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND 149 (1883, 1964). 67
- ראו לעניין זה לדוגמה את ע"פ 8220/02 ברוכים נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(5) 724 (2004). 68
- Windle, [1952] 2 Q.B. 826, [1952] 2 All E.R. 1, 36 Cr. App. Rep. 85, [1952] W.N. 283. 69
- State v. Hamann, 285 N.W.2d 180 (Iowa 1979); State v. Boan, 235 Kan. 800, 686 P.2d 160 (1984); State v. Andrews, 187 Kan. 458, 357 P.2d 739 (1960); State v. Crenshaw, 98 Wash.2d 789, 659 P.2d 488 (1983). 70
- People v. Schmidt, 216 N.Y. 324, 110 N.E. 945 (1915). 71

עם זאת יש בכך כדי להקל ראייתית על נאשם לטעון להתקיימות סייג הטעות העובדתית בעניינו, אם אכן קיים גורם של ליקוי נפשי בו לטעותו. התשובה החמישית מתייחסת עקרונית לכלל עדויות המומחים, ואין היא ייחודית לאי־שפיות־הדעת. בשלוש התשובות הראשונות יש כדי ליתן ביטוי נרחב למבחן המותר והאסור שהיה נוהג במשפט המקובל האנגלי משנת 1812 כאמור, ובמסגרת כללי *M'Naghten* מבחן זה הובהר ופורש לצורך יישומו במקרים עתידיים. כמו כן לכאורה שופטי בית המשפט הגבוה לא נדרשו ליצור מבחן חדש אלא להבהיר מצב משפטי קיים. הביקורת על אימוץ כללי *M'Naghten* התרכזה בשלוש טענות מרכזיות.

הטענה האחת היא כי כללים אלה מבוססים על תפישות ותובנות שאבד עליהן הכלח מן הבחינה המדעית. הליקוי הנפשי אינו נתפש כמשפיע אך על היכולות ההכרתיות של האדם, אלא עשוי להשפיע על מכלול רכיבי אישיותו של האדם, לרבות על רצונו, על תחושותיו ועל רגשותיו, אשר גם לאלה ביטוי במסגרת הפעילות העבריינית של הפרט.⁷² טענה שנייה של ביקורת כלפי כללים אלה הייתה כי אין הם תואמים את המטרות המרכזיות של ההליך הפלילי. על פי ביקורת זו, כללי *M'Naghten* אינם מתאימים במדויק כדי לברור את הפרטים הספציפיים בחברה אשר אין צורך או טעם בהטלת אחריות פלילית עליהם. ההבחנה בין מותר לאסור אינה מספקת כדי לכלול את כל הפרטים שאין להטיל עליהם אחריות פלילית.⁷³

הטענה השלישית בביקורת הייתה כי השאלות המוצגות במסגרת כללי *M'Naghten* אינן שאלות אשר יש בידי פסיכיאטרים ורופאים מומחים כדי להשיב עליהן. ההבחנה בין מותר לאסור אינה עניין לרפואה בלבד או בכלל, שכן יש בה גם רכיבים מתחומי החברה והרוח.⁷⁴ בעקבות טענת הביקורת הראשונה דלעיל על כללי *M'Naghten* כי כללים אלה מתייחסים אך להיבטים ההכרתיים של נפש האדם, וכי הליקוי הנפשי עשוי להשפיע גם על רצונו, על תחושותיו ועל רגשותיו של האדם, הוצע בחלק משיטות המשפט בעולם להרחיב את ההכרה באי־שפיות־הדעת אל מעבר לכללי *M'Naghten* בדרך של הוספת מבחן מקביל להכרה באי־שפיות־הדעת. מבחן זה נודע בכינויו מבחן הדחף הלא־בר־כיבוש (irresistible impulse).

מבחן הדחף הלא־בר־כיבוש התייחס דווקא להיבט החפצי (ווליטיבי) שבנפש האדם, ולפיו אם מחלת הנפש גרמה לאדם שלא לשלוט בהתנהגותו, הרי שמדובר באי־שפיות־הדעת, המונעת הטלת אחריות פלילית על אדם.⁷⁵ מצב זה הוכר כאי־שפיות־הדעת גם אם

72 Royal Commission on Capital Punishment, 1949–53 Report 80 (1953).
 73 SAMUEL J. BRAKEL & RONALD S. ROCK, THE MENTALLY DISABLED AND THE LAW 386 (1971); MANFRED S. GUTTMACHER & HENRY WEIHOFFEN, PSYCHIATRY AND THE LAW 420 (1952).
 74 הצעת הקוד הפלילי לדוגמה בארצות הברית, Model Penal Code, לעיל ה"ש 64, נספח A לסימן 4.01; Francis A. Allen, *The Rule of the American Law Institute's Model Penal Code*, 45 MARQ. L. REV. 494, 498 (1962).
 75 George E. Dix, *Criminal Responsibility and Mental Impairment in American Criminal Law: Responses to the Hinckley Acquittal in Historical Perspective*, 1 LAW AND MENTAL

האדם הספציפי הבין את המתרחש, הבחין בין מותר לאסור והבין כי התנהגותו היא בתחום האסור. כפועל יוצא מבחן הדחף הלא-בר-כיבוש הוביל להכרה במצבים של היעדר שליטה ברצון, בתחושות וברגשות כמצבים של אי-שפיות-הדעת, גם אם למחלת הנפש לא הייתה השפעה ישירה על ההיבטים ההכרתיים של האדם.

למעשה, שורשיו של מבחן הדחף הלא-בר-כיבוש במשפט המקובל האנגלי נעוצים בתקופה שקדמה להכרה בכללי *M'Naghten*, ובית המשפט האנגלי פסק בפועל לפי מבחן מעין זה טרם קבלתם של הכללים.⁷⁶ כשהתבקשו שופטי בית המשפט הגבוה באנגליה להשיב לחמש שאלות בית הלורדים בעניין *M'Naghten* דלעיל, לא אוזכר מבחן הדחף הלא-בר-כיבוש אף על פי שהוכרע על פיו שלוש שנים לפני כן בעניין *Oxford*, אשר עסק באי-שפיות-הדעת לפי בסיס חפצי זה.⁷⁷ הסיבה להיעדר האזכור של מבחן הדחף הלא-בר-כיבוש הייתה נעוצה ככל הנראה בהקשר הספציפי של דלוזיות, אשר עמד במרכזו של עניין *M'Naghten*. הדלוזיות התייחסו בעניין זה בעיקרן להיבט ההכרתי של מחלת הנפש ולא להיבטיה החפציים, ועל כן לא ראו שופטי בית המשפט הגבוה באנגליה צורך להידרש לכך. עם זאת בעקבות ההכרה בכללי *M'Naghten* נדחה השימוש במבחן הדחף הלא-בר-כיבוש כמבחן מסוכן מאוד (most dangerous).⁷⁸

השימוש החוזר במבחן הדחף הלא-בר-כיבוש נעשה בעקבות ההכרה בביקורת שנמתחה על כללי *M'Naghten* דלעיל בדבר אי-התייחסותם להיבטים החפציים של מחלת הנפש. אימוץ המבחן בצדם של כללי *M'Naghten* כמבחן אחיד נעשו בשל התאמת מבחן הדחף הלא-בר-כיבוש לתפישה המשפטית שנהגה לאחר אימוץ כללי *M'Naghten*. כחלק מן ההתאמה נדרש כי הדחף הלא-בר-כיבוש ינבע ממחלת הנפש, וכן כי יהיה בדחף זה כדי לשלול מן האדם את אפשרות הבחירה החופשית בביצועה של העברה או בהימנעות מביצועה, גם אם אין מדובר בדחף פתאומי ורגעי אלא בתוצאה של פעולה מתוכננת בקור רוח.⁷⁹ התאמה זו מעקרת מן המבחן את המשמעות המילולית של "דחף", אולם פרשנות זו הולמת חלק ניכר מן התסמינים (סימפטומים) של מחלות הנפש המשפיעות על הרצון, על התחושות ועל הרגשות של הפרט.⁸⁰

HEALTH: INTERNATIONAL PERSPECTIVES 1, 7 (Weisstub ed., 1986); State v. Hartley, 90 N.M. 488, 565 P.2d 658 (1977); Vann v. Commonwealth, 35 Va.App. 304, 544 S.E.2d 879 (2001); State v. Carney, 347 N.W.2d 668 (Iowa 1984)

ISAAC RAY, THE MEDICAL JURISPRUDENCE OF INSANITY 263 (1838); FORBES WINSLOW, THE PLEA OF INSANITY IN CRIMINAL CASES 74 (1843); SHELDON S. GLUECK, MENTAL DISORDERS AND THE CRIMINAL LAW 153, 236-237 (1925)

Edwin R. Keedy, *Irresistible Impulse as a Defense in the Criminal Law*, 100 U. PA. L. REV. 956, 961 (1952); Oxford, (1840) 9 Car. & P. 525, 173 Eng. Rep. 941

Burton, (1863) 3 F. & F. 772, 176 Eng. Rep. 354

State v. Thompson, Wright's Ohio Rep. 617 (1834); Clark v. State, 12 Ohio Rep. 483 (1843); Commonwealth v. Rogers, 48 Mass. 500 (1844); Parsons v. State, 81 Ala. 577, 2 So. 854 (1887)

State v. Davies, 146 Conn. 137, 148 A.2d 251 (1959); Commonwealth v. Harrison, 342 Mass. 279, 173 N.E.2d 87 (1961)

הביקורת המרכזית שנמתחה על השימוש במבחן הדחף הלאו-בר-כיבוש המותאם כשלעצמו וכן על השימוש בו עם כללי *M'Naghten* יחד רוכזה בעיקרה בעניין אופייה הלא נשלט של ההתנהגות שהיא הפועל היוצא של מחלת הנפש. ככלל, נדרש ליקוי כולל של היכולות החפציות של האדם. כאשר אדם אינו בעל ליקוי גורף של כלל יכולותיו החפציות, מבחן הדחף הלאו-בר-כיבוש אינו מזהה אותו כלא שפוי.⁸¹ נטען כי בכך מגביל מבחן זה את אי-שפיות-הדעת לסוג מצומצם ביותר של מקרים, הנדירים ביותר בקרב האדם.⁸² מנגד נטען כי מבחן הדחף הלאו-בר-כיבוש מרחיב את גבולות אי-שפיות-הדעת יתר על המידה הראויה, שכן הוא מתאים כשיקול בקביעת גזר הדין יותר משהוא מתאים כהיבט של האחריות הפלילית, של הכשרות לעמוד לדין או של הכשרות להעיד, מאחר שבגדרו נכללים גם פרטים המבחינים בין מותר לאסור.⁸³ נימוק זה שימש בתי משפט להימנע מלהשתמש במבחן הדחף הלאו-בר-כיבוש כבסיס משפטי להכרה במצבים של אי-שפיות-הדעת.⁸⁴ עם זאת השימוש במבחן זה במסגרת סייג אי-שפיות-הדעת ובמסגרת בחינת הכשרות לעמוד לדין לא הוביל לפגיעה בהרתעה.⁸⁵ בעקבות הביקורת על כללי *M'Naghten* ועל מבחן הדחף הלאו-בר-כיבוש בשיטות משפט שונות נקטו שיטות המשפט השונות עמדות שונות באשר לשימוש במבחנים אלה.

ד. העיצוב המודרני של הכשרות להעיד של הלקוי בנפשו או בשכלו

1. שיטת המשפט האנגלית

במשפט האנגלי כללי *M'Naghten* הם הבסיס המשפטי להכרה באי-שפיות-הדעת בתחומי המשפט המהותי והמשפט הדיוני.⁸⁶ אמנם השימוש בטענת אי-שפיות-הדעת בכריטיניה כפטור מאחריות משפטית אינו נפוץ בשל ההכרה באפשרות של אחריות מופחתת.⁸⁷

81 Herbert Wechsler, *The Criteria of Criminal Responsibility*, 22 U. CHI. L. REV. 367, 375 (1954).

82 הצעת הקוד הפלילי לדוגמה בארצות הברית, Model Penal Code, לעיל ה"ש 64, נספח A לסימן 4.01; 17 C.M.R. 346 (1954); *United States v. Kunack*.

83 John Barker Waite, *Irresistible Impulse and Criminal Liability*, 23 MICH. L. REV. 443, 454 (1925).

84 בעניין *People v. Hubert*, 119 Cal. 216, 51 P. 329 (1897): "We do not know that the impulse was irresistible, but only that it was not resisted. Whether irresistible or not must depend upon the relative force of the impulse and the restraining force, and it has been well said to grant immunity from punishment to one who retains sufficient intelligence to understand the consequences to him of a violation of the law, may be to make an impulse irresistible which before was not".

85 Edward D. Hoedemaker, "*Irresistible Impulse*" as a Defense in Criminal Law, 23 WASH. L. REV. 1, 7 (1948).

86 ראו לעניין זה לדוגמה את 29 B.M.L.R. 120, [1995] Crim. L.R. 314, [1995] Thomas.

87 למהותה של האחריות הפלילית המופחתת ראו את הלוי תורת דיני העונשין, לעיל ה"ש 24, כרך ג, פרק ו, פס' 2.1.2.

(diminished responsibility) לבעלי ליקוי נפשי, אך היא עדיין משמשת בבתי המשפט. מבחן הדחף הלא-בר-כיבוש נדחה בבריטניה כמבחן מסוכן מאוד (most dangerous),⁸⁸ ובחינת אי-שפיות-הדעת נותרה מסתמכת בעיקרה על ההיבטים ההכרתיים של הליקוי הנפשי ללא התייחסות להיבטים החפציים. ההכרעה בשאלת קיומה של מחלת נפש נתפשת כהכרעה משפטית ולא רפואית.⁸⁹

הקביעה המשפטית הכללית היא כי כל ליקוי נפשי עשוי להיות מחלת נפש לצורך החלת כללי *M'Naghten*, אם אכן היה בליקוי הנפשי הספציפי כדי לשבש את תודעתו של הפרט בהתייחס להבחנה בין מותר לאסור.⁹⁰ זיהויו של הליקוי הנפשי השפיע על סיווג כשרותו של העד להעיד. הקביעה הגורפת עד למאה התשע-עשרה הייתה כי העד בעל הליקוי הנפשי אינו ניחן בכשרות להעיד. לפיכך העד בעל הליקוי הנפשי היה פסול לעדות, תהא חשיבות עדותו אשר תהא ויהא תוכנה אשר יהא. התפישה הכללית הייתה כי מדובר בעד אשר הקשיים התודעתיים שלו מעיבים על יכולותיו להעיד עדות מהימנה, ולכן יש למנוע מלכתחילה את עדותו בבית המשפט או בפני מושבעים לכל ישגו בקביעת ממצאים עובדתיים.

תפישה זו שונתה בהדרגה בתהליך שהגיע לשיאו באמצע המאה התשע-עשרה. בשנת 1851 ניתנה ההלכה בעניין *Hill*, אשר קבעה קביעה גורפת כי ליקוי נפשי כשלעצמו אינה טעם מספק לצורך קביעת היעדר כשרותו להעיד של עד.⁹¹ בית המשפט העדיף בחינה תפקודית של השפעת הליקוי הנפשי על יכולותיו האישיות של העד הספציפי להבין את משמעות דבריו, את משמעות החובה להעיד אמת ואת משמעותה הדתית של השבועה. אם העד הספציפי אכן מבין את המשמעויות הללו, הרי שיש לסווגו כבעל כשרות להעיד, אף אם הוא סובל מליקוי נפשי מסוים הפוגע ביכולות אחרות שלו. הלכת *Hill* מהווה את הבסיס המשפטי העקרוני באשר לכשרות עדים בעלי ליקוי נפשי בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות. בשנת 1999 החיל המחוקק הבריטי את תפישת הכשרות הכללית להעיד גם על הלוקים בנפשם, גם על הלוקים בשכלם וגם על הלוקים בגופם, בדומה לתחולתה על קטינים.⁹²

Burton, (1863) 3 F. & F. 772, 176 Eng. Rep. 354; Kopsch, (1925) 19 Cr. App. Rep. 50; True, (1922) 16 Cr. App. Rep. 164; Sodeman, [1936] 2 All E.R. 1138; Attorney-General for the State of South Australia v. Brown, [1960] A.C. 432, [1960] 1 All E.R. 734, Creighton, [1960] 2 W.L.R. 588, 44 Cr. App. Rep. 100; עוד ראו לעניין זה גם בקנדה, (1909) 14 C.C.C. 349.

Sullivan, [1984] 1 A.C. 156, [1983] 2 All E.R. 673, [1983] 3 W.L.R. 123, 77 Cr. App. Rep. 176, 148 J.P. 207.

Kemp, [1957] 1 Q.B. 399, [1956] 3 All E.R. 249, [1956] 3 W.L.R. 724; Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland, [1963] A.C. 386, [1961] 3 All E.R. 523, [1961] 3 W.L.R. 965, 46 Cr. App. Rep. 1.

Hill, (1851) 5 Cox C.C. 259, 2 Den. 254, 169 Eng. Rep. 495

Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, c.23, s.16(2) הוראות החוק החרות : "The circumstances falling within this subsection are – (a) that the"

לפיכך נקודת המוצא היא כשרותם להעיד של עדים אלה אלא אם הליקוי הרלוונטי (נפשי, שכלי או גופני) מונע מן העד למסור עדות אמת בשל תפקודו.⁹³ חקיקה זו שיקפה את המצב המשפטי שהיה קיים בפועל בבתי המשפט האנגליים במישור האזרחי ובמישור הפלילי.⁹⁴ במסגרת זו על בית המשפט להתרשם מיכולותיו הרלוונטיות של העד למסור עדות אמת. התרשמות זו אפשר שתיווצר ישירות או באמצעות ראיות אחרות, לרבות חוות דעת מומחים בעניין. בהליך פלילי רשאי הנאשם להתנגד להצגתן לחבר המושבעים של ראיות לעניין מצבו הנפשי או לעניין כושרו השכלי של עד.⁹⁵ עם זאת במקרים אלה יתיר בית המשפט להגנה לחקור את עד התביעה באשר למצבו הנפשי או השכלי טרם שמיעת עדותו העניינית בעניין הנדון בבית המשפט.⁹⁶ מצבים של אי-שפיות זמנית או חלקית נבחנים גם הם על פי התפקוד ללא קשר לתיוגם ככאלה. גם במשפט האנגלי נקבעו הסדרים דיוניים מיוחדים לגביית עדויות בעלי ליקוי נפשי או שכלי, אך הם נבחנים במסגרת קבילותן של הראיות ולא במסגרת הכשרות להעיד.

2. ארצות הברית

במשפט האמריקאי נתקבלה הביקורת על כללי *M'Naghten* ועל מבחן הדחף הלא-אור-בר-כיבוש באהדה. בשנת 1871 נדחו כליל כל כללי *M'Naghten* ועמם מבחן הדחף הלא-אור-בר-כיבוש במדינת ניו המפשייר בשל ביקורת זו, ונקבע מבחן עזר תחתיו, שלפיו אם העברה הייתה תוצר (product) של מחלת הנפש שבה הוא לוקה, הרי שהוא יהא פטור מאחריות משפטית.⁹⁷ מבחן עזר זה לא התקבל מחוץ למדינת ניו המפשייר.⁹⁸ רק בשנת 1954 שימש נוסח זה בעניין *Durham* כדי למלא את החלל שבדחיית כללי *M'Naghten* ומבחן הדחף

witness – (i) suffers from mental disorder within the meaning of the Mental Health Act 1983, or (ii) otherwise has a significant impairment of intelligence and social functioning; (b) that the witness has a physical disability or is suffering from a physical disorder”

Phillip v. Symes, [2006] E.W.H.C. (Admin.) 2081; Cash, [2004] E.W.C.A. Crim. 666, 93
(2004) 148 S.J.L.B. 416; D., [2002] E.W.C.A. Crim. 990, [2003] Q.B. 90, [2003] Crim.
L.R. 274. עוד ראו לעניין זה בקנדה את Bilawchuk v. Wawryko, (2002) 215 D.L.R. (4th)
385; Peepeetch, (2003) 177 C.C.C.3d 37; Morrissey, (2003) 177 C.C.C.3d 428; A.A.,
(2001) 155 C.C.C.3d 279.

.Dunning, [1965] Crim. L.R. 372 94
.Deakin, [1994] 4 All E.R. 769, [1995] 1 Cr. App. Rep. 471, [1995] Crim. L.R. 411 95
.Griffin, [2001] 3 N.Z.L.R. 577 ראו לעניין זה לרוגמה בניו זילנד את 96
State v. Jones, 50 N.H. 369 (1871); State v. Pike, 49 N.H. 399 (1870); State v. Cegelis, 97
138 N.H. 249, 638 A.2d 783 (1994); ISAAC RAY, MEDICAL JURISPRUDENCE OF INSANITY
.39 (5th ed., 1871)

State v. Peel, 23 Mont. 358, 59 P. 169 (1899); State v. Keerl, 29 Mont. 508, 75 P. 362 98
(1904); State v. Narich, 92 Mont. 17, 9 P.2d 477 (1932); People v. Hubert, 119 Cal. 216,
51 P. 329 (1897); State v. Craig, 52 Wash. 66, 100 P. 167 (1909); Eckert v. State, 114
.Wis. 160, 89 N.W. 826 (1902)

הלא-בר-כיבוש.⁹⁹ בעניין *Durham* נקבע בבית המשפט לערעורים של מחוז קולומביה כי לא תוטל אחריות משפטית על אדם בשל התנהגותו, אם התנהגותו זו הייתה תוצר (product) של מחלת נפש או של ליקוי נפשי (mental disease or defect). מבחן זה יועד להחליף את השילוב של כללי *M'Naghten* עם מבחן הדחף הלא-בר-כיבוש והתיימר להיות חלופה תאורטית הולמת. עם זאת הלכת *Durham* לא פירשה את המושגים הרלוונטיים הכלולים במבחן המוצע ובכך הערימה קושי רב על כל ניסיון ליישמה. למשל, הלכה זו לא קבעה קווים מנחים להכרה במחלת נפש או בליקוי נפשי, ומתוך הנוסח המילולי של ההלכה ניתן להסיק כי מדובר בכל ליקוי נפשי שהוא, ולו הקל ביותר. כמו כן לא נקבעה פרשנות מדויקת למונח "תוצר". לפיכך נשאלה השאלה אם כל תוצר עשוי להיחשב ככזה לצורך המבחן המוצע, גם אם מדובר בתוצר לוואי הנובע משילוב של כמה תופעות אשר רק אחת מהן היא הליקוי הנפשי.

המבחן שהוצע בעניין *Durham* גרר תגובות מעורבות של משפטנים ושל רופאים מתחום הפסיכיאטריה.¹⁰⁰ הביקורת המרכזית התייחסה להיעדר הגדרות מדויקות ל"מחלת הנפש" ול"תוצר", כאמור. במקרים ספציפיים ניסו בתי משפט לקבוע פרשנות נקודתית למונחים אלה,¹⁰¹ אולם בסופו של דבר נדחה מבחן זה כליל בשנת 1972 נוכח הביקורת דלעיל.¹⁰² בהצעת הקוד הפלילי לדוגמה, Model Penal Code, הוצע לחזור ולהשתמש בכללי *M'Naghten* ובמבחן הדחף הלא-בר-כיבוש בניסוח מודרני, אשר התייחס בעיקרו ליכולות הנפשיות המהותיות (substantial capacity) של הפרט.¹⁰³

- 99 *Durham v. United States*, 214 F.2d 862 (D.C.Cir.1954)
- 100 Edward de Grazia, *The Distinction of Being Mad*, 22 U. CHI. L. REV. 339 (1955); Warren P. Hill, *The Psychological Realism of Thurman Arnold*, 22 U. CHI. L. REV. 377 (1955); Manfred S. Guttmacher, *The Psychiatrist as an Expert Witness*, 22 U. CHI. L. REV. 325 (1955); Wilber G. Katz, *Law, Psychiatry, and Free Will*, 22 U. CHI. L. REV. 397 (1955); Jerome Hall, *Psychiatry and Criminal Responsibility*, 65 YALE L. J. 761 (1956).
- 101 *Carter v. United States*, 252 F.2d 608 (D.C.Cir.1957); *Blocker v. United States*, 288 F.2d 853 (D.C.Cir.1961); *Wright v. United States*, 250 F.2d 4 (D.C.Cir.1957); *Washington v. United States*, 390 F.2d 444 (D.C.Cir.1967); להתייחסות בתי המשפט למונח "תוצר" (product) ראו את *Blocker v. United States*, 274 F.2d 572 (D.C.Cir.1959); (disease or defect) ראו את *McDonald v. United States*, 312 F.2d 847 (D.C.Cir.1962).
- 102 *United States v. Brawner*, 471 F.2d 969 (D.C.Cir.1972)
- 103 בהצעת הקוד הפלילי לדוגמה בארצות הברית, Model Penal Code, לעיל ה"ש 64, בעמ' 61-62, הוצע להגדיר במסגרת סיי"ק 4.01 כדלהלן: "(1) A person is not responsible for criminal conduct if at the time of such conduct as a result of mental disease or defect he lacks substantial capacity either to appreciate the criminality [wrongfulness] of his conduct or to conform his conduct to the requirements of law; (2) As used in this Article, the terms 'mental disease or defect' do not include an abnormality manifested only by repeated criminal or otherwise antisocial conduct"

היסודות המרכזיים של כללי *M'Naghten* התקבלו בהצעה זו במסגרת בחינת היכולת להעריך את אופייה של ההתנהגות תוך שימוש במונחי מבחן המותר והאסור דלעיל. היסודות המרכזיים של מבחן הדחף הלא-בר-כיבוש התקבלו גם הם בהצעה זו במסגרת החלופה בדבר היכולת להתאים את התנהגותו לדרישות המשפט. ההצעה מיועדת ליתן מענה גם להיבטים ההכרחיים של הליקוי הנפשי וגם להיבטים החפציים של הליקוי. המבחן שהוצע בקוד הפלילי לדוגמה אומץ אימוץ גורף בבתי המשפט לערעורים ברחבי ארצות הברית.¹⁰⁴ אף הקונגרס האמריקאי אימץ מבחן המבוסס על כללי *M'Naghten* בשנת 1984 באופן חקוק,¹⁰⁵ וכללי *M'Naghten* בצירוף מבחן הדחף הלא-בר-כיבוש בניסוחם המודרני מהווים את המבחן הגורף לזיהוי אי-שפיות-הדעת במשפט האמריקאי.¹⁰⁶

כללי הראיות הפדרליים בארצות הברית אינם כוללים כל מגבלה על כשרות עדותם של בעלי ליקוי נפשי או שכלי, ובכך הותירו כללים אלה את שיקול הדעת בעניין לכללי הראיות המדיניות. מבחינת כללי הראיות הפדרליים, קיומו של ליקוי נפשי או שכלי בשלעצמו אינו בסיס רחב דיו כדי לשלול את כשרותו להעיד של העד.¹⁰⁷ דיני הראיות של חלק מן המדינות מאפשרים את פסלות עדותו של אדם הלקוי בנפשו או בשכלו במסגרת בחינת שלב הכשרות, וכך אותו עד ייחשב נטול כשרות להעיד.¹⁰⁸ עם זאת כאשר הבסיס לטענת היעדר כשרות להעיד הוא של ליקוי נפשי או שכלי, אין די בהצבעה על הליקוי אלא כי נדרשת השפעה תפקודית של הליקוי על היכולת להעיד.

- United States v. Freeman, 357 F.2d 606 (2nd Cir.1966); United States v. Currens, 290 104
F.2d 751 (3rd Cir.1961); United States v. Chandler, 393 F.2d 920 (4th Cir.1968); Blake
v. United States, 407 F.2d 908 (5th Cir.1969); United States v. Smith, 404 F.2d 720 (6th
Cir.1968); United States v. Shapiro, 383 F.2d 680 (7th Cir.1967); Pope v. United States,
372 F.2d 710 (8th Cir.1970); Wion v. United States, 325 F.2d 420 (10th Cir.1963);
Beltran v. United States, 302 F.2d 48 (1st Cir.1962)
.18 U.S.C.A. §17 105
- Commonwealth v. Herd, 413 Mass. 834, 604 N.E.2d 1294 (1992); State v. Curry, 45 106
Ohio St.3d 109, 543 N.E.2d 1228 (1989); State v. Barrett, 768 A.2d 929 (R.I.2001);
State v. Lockhart, 208 W.Va. 622, 542 S.E.2d 443 (2000)
- Hooks v. Workman, 2012 U.S. App. LEXIS 16150 (10th Cir.2012); United States v. 107
Rickert, 685 F.3d 760, 2012 U.S. App. LEXIS 14772 (2011); United States v.
Ernst, 2012 U.S. App. LEXIS 14707, 110 A.F.T.R.2d (RIA) 5247 (2012); United States
v. Gutierrez, 443 Fed. Appx. 898, 2011 U.S. App. LEXIS 20631 (5th Cir. 2011); United
States v. Cobb, 432 Fed. Appx. 578, 2011 U.S. App. LEXIS 16572 (6th Cir. 2011);
United States v. Johnson, 2011 U.S. Dist. LEXIS 21290 (2011); Dorrough v. Ricks, 2012
Ala. Civ. App. LEXIS 140 (Ala. Civ. App. 2012); *In re Ana C.*, 204 Cal. App. 4th 1317,
2012 Cal. App. LEXIS 414 (Cal. Ct. App. 2012); Ellis v. State, 2012 Ga. App. LEXIS
.560 (Ga. Ct. App., 2012)
- Mich. R. Evid. 601; Ohio R. Evid. 601 (A); Tex. R. Evid. 601(a)(1); Ga. Code O.C.G.A. 108
§ 24-9-7 (2002); Code of Ala. § 12-21-165 (2003)

במסגרת זו נדרשת הצבעה לכאורית על קיומו של הליקוי, ונטל ההוכחה יוטל על בעל הדין המבקש להעיד את העד להוכיח כי על אף קיומו של הליקוי הנפשי או השכלי העד עומד בשני תנאים מצטברים כדלהלן: ¹⁰⁹

1. העד מבין את משמעות החובה להעיד עדות אמת;

2. העד מסוגל לבטא את מחשבותיו באופן הניתן להבנה.

אם התרשם בית המשפט כי יכולותיו השכליות והנפשיות של העד עומדות בתנאים אלה, כי אז על אף קיומו של הליקוי הנפשי או השכלי יוכר העד כבעל כשרות להעיד. ברי כי עובדת קיומו של הליקוי הנפשי או השכלי תהא חלק ממערכת שיקולי הערכת המשקל, אך לא יהיה בה כדי לפסול את כשרותו של העד להעיד.

3. שיטות המשפט הקונטיננטליות

בשיטות המשפט הקונטיננטליות כל ליקוי נפשי או נירולוגי עשוי לשמש בסיס להכרה באי-שפיות-הדעת, ובלבד שליקוי זה שלל מן הפרט את כושר ההבחנה (בין מותר ואסור) או את השליטה בהתנהגותו. ¹¹⁰ אין מגבלה בהקשר זה לסוגים ספציפיים של ליקוי נפשי אלא התייחסות להשפעת הליקוי הנפשי הספציפי על האדם הספציפי בהיבט של הבחנה בין מותר לאסור ובהיבט של שליטה בהתנהגותו. ¹¹¹

הדגש בשיטות המשפט הקונטיננטליות בהתייחס לאי-שפיות-הדעת הוא על אפשרות הבחירה החופשית של הפרט בין המותר לאסור. ¹¹² אדם הפועל בהשפעת הליקוי הנפשי האמור נתפש כנכפה וכמשולל יכולת לבחור בחירה חופשית, ועל כן אין להטיל עליו אחריות משפטית בשל התנהגותו הכפויה. הכפייה בהקשר זה היא פנימית, ומקורה בנפש האדם. ¹¹³ אין בליקוי נפשי כדי לפסול כשרות להעיד אלא כי הליקוי יהא חלק משיקולי הערכת משקלה של העדות. בחינת הליקוי הנפשי נעשית במועד מסירת העדות. ¹¹⁴

109 Mich. R. Evid. 601; Minn. Stat. Ann. § 595.02(1)(f); N.C. R. Evid. 601(b)

110 הוראות הרישא של סימן 1-122 לקוד הפלילי הצרפתי קובעות כדלהלן: "N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes"

111 הוראות סימן 20 לקוד הפלילי הגרמני קובעות כדלהלן: "Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinn oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln"

112 לפי הוראות סימן 21 לקוד הפלילי הגרמני.

113 עוד ראו לעניין זה את (2001) 120 French Criminal Law Catherine Elliott.

114 RG 21, 131; RG 73, 121; BGH 3, 194; BGH 7, 238; BGH 7, 325; BGH 8, 113; BGH 11, 20; BGH 14, 30; BGH 19, 201; BGH 23, 133; BGH 23, 176; BGH 23, 356; BGH 28, 357; BGH 34, 22; BGH 35, 143; OGH 3, 19; OGH 3, 80; MDR 1983, 447; VRS 61, 261.

4. המשפט העברי

במשפט העברי התפתח כלל פסלות באשר לעדותם של בעלי ליקוי נפשי או שכלי כבר בשלב מוקדם. בעלי ליקוי נפשי או שכלי היו בדיני הראיות במשפט העברי חלק מקבוצת העדים חסרי הדעת, אשר כללה את החירש, השוטה והקטן. מאחר שתפישת הכשרות להעיד במשפט העברי מבוססת על ההערכה הסבירה ("אומדן") של כלל האוכלוסייה מאותו סוג להעיד עדות אמת, נפסלה עדותם של אלה, שכן חלק ניכר מאוכלוסיית "החירש, השוטה והקטן" לא נתפש כבעל מסוגלות גורפת להעיד עדות אמת. המשפט העברי לא פסל את האפשרות שעדים מסוג זה, שהם דוברי אמת ומסוגלים להבין את משמעותה, יעידו, אולם מאחר שמדובר במיעוט מקרב כלל העדים מאוכלוסייה זו, העדיפו דיני הראיות במשפט העברי שלא להכשיל את בתי הדין בעדויות בעלות סבירות גבוהה להיות עדויות לא מהימנות.

מבחינת דיני הראיות במשפט העברי לא הייתה בהקשר משמעות לשאלה אם העד משקר או טועה. די היה בעצם העובדה שעדותו של העד הספציפי אינה משקפת את המציאות העובדתית כהווייתה כדי לפסלה.¹¹⁵ היעדר כשרותם של עדים אלה להעיד התבטא באופן גורף בכלל תחומי המשפט, לרבות תחומי המשפט האזרחי והפלילי (דיני ממונות ודיני נפשות). מועד בחינת יכולותיו של העד היה בשתי נקודות בזמן במצטבר: הנקודה האחת היא בשעת היותו עד לאירוע העובדתי, והנקודה השנייה היא בשעת מסירת העדות בפני בית הדין.¹¹⁶ די בכך שבאחת מנקודות אלה בזמן נחשב העד הספציפי לפסול כדי לפסול את כשרותו מלהעיד. כך, לקוי בנפשו (בעת האירוע מושא העדות) שהחלים (בשעת העדות), כמו גם קטן או חירש (בעת האירוע) שבגרו או שהחלימו, לפי העניין (בשעת העדות), לא היו כשרים להעיד.

גישה זו של המשפט העברי הייתה גישה גורפת. המשפט העברי לא נטה לקבל עדויות מקבוצה זו של עדים גם אם היה בידי בית הדין הרושם בדבר מסוגלות להעיד עדות אמת במקרה הספציפי מפי העד הספציפי. כך, כאשר היה מדובר בעובדות פשוטות שאין העדות בהתייחס אליהן טעונה יכולות שכליות מורכבות, עדיין לא נטה המשפט העברי להסיג את היעדר כשרותם של "חסרי הדעת". הטעם המרכזי לכך היה היעדר יכולת ההבנה של העדים חסרי הדעת באשר לצורך להעיד עדות אמת בפני בית הדין.¹¹⁷

5. ישראל

בישראל הגדרת אי־שפיות־הדעת מהווה אך את הבסיס הראשוני והלאאורי באשר לבחינת העדות. בעבר התייחסה הגדרה זו לבחינת כשרותו של העד להעיד, אך משנת 1999 מתייחסת הגדרה זו להערכת משקלה של העדות ולא לבחינת כשרותה. למעשה, הכשרות

115 משנה, שבועות ד; תוספתא, שבועות פרק ג, הלכה ז; חידושי הריטב"א, שבועות ד, ל.

116 בבלי, בבא בתרא קכח, ע"א.

117 משנה, כתובות ב, י.

להעיד של עדים לקויים בנפשם או בשכלם בישראל עברה שני שינויים מרכזיים. המצב הראשוני ששרר בישראל נבע מרציפות הוראות הדין של שלטון המנדט הבריטי על ארץ ישראל, והוראות אלה שיקפו את תפישות היסוד של המשפט האנגלי בעניין, כפי שבאו לידי ביטוי בהלכת Hill דלעיל.¹¹⁸ במסגרת זו אימצה פסיקת בית המשפט העליון בישראל את הקביעה כי העד בעל הליקוי הנפשי יהא בעל כשרות להעיד אם הוא עומד בשלושת התנאים המצטברים כדלהלן:¹¹⁹

1. העד מבין את משמעות החובה להעיד עדות אמת בהליך המשפטי;
 2. העד מבין את המשמעות הדתית של השבועה לומר את האמת;
 3. העד מסוגל למסור דיווח התואם את המציאות על העובדות שקלט בחושי.
- אם העד מקיים את שלושת התנאים המצטברים, הרי שעל אף היותו לקוי בנפשו הוא בעל כשרות להעיד, ועדותו נשמעת בבית המשפט. לעדות זו היו גם השלכות משפטיות במישורי הקבילות והמשקל, אולם הכשרות להעיד כשלעצמה הייתה מאושרת בעצם העמידה בשלושת התנאים המצטברים דלעיל. מרכז הכובד של בחינת יכולותיו אלה של העד היה נעוץ בתנאי השני, אשר התייחס להבנתו של העד את המשמעות הדתית של השבועה לומר את האמת. מאחר שהליך השבועה טרם מסירתה של העדות בפועל נתפש כגורם המרתיע האפקטיבי מפני העדת עדות שקר, כי אז הבנתה של משמעות השבועה עמדה במוקד התייחסותו של בית המשפט לליקוי הנפשי של העד. בחינת התקיימותם של תנאים אלה נעשתה בעת מסירת העדות ולא בעת קליטת האירוע בחושי של העד.

השינוי המרכזי הראשון בהסדר משפטי זה באשר לכשרות להעיד של בעלי ליקוי נפשי התחולל עם חקיקתו של החוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה), התש"ם—1980, אשר ביטל את הסדרי השבועה כתנאי לעדות וקבע תחתיו את האזהרה למעט במקרים שבהם תיחשב השבועה לאפקטיבית לפי שיקול דעתו של בית המשפט בעניין הקונקרטי שבפניו.¹²⁰ שינוי זה שמת את הבסיס מתחת לחלוקה לתנאי השני דלעיל, שכן תנאי זה התבסס על הבנת המשמעות הדתית של השבועה. את מקומה של השבועה החליפה האזהרה, כאמור, למעט במקרים שבהם תיחשב השבועה לאפקטיבית, לפי שיקול דעתו של בית המשפט בעניין הקונקרטי שבפניו. האזהרה החליפה את ההרתעה הדתית שבשבועה

118 לעיל ה"ש 91.

119 ע"פ 507/62 בשארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז(1) 675 (1963); ע"פ 186/55 מיזאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא(1) 769 (1957); ע"פ 229/78 סעדיה נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 256 (1978); ע"פ 774/78 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 228 (1979); ע"פ 684/80 עבד נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 606 (1981); ע"פ 800/85 ברדה נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 266 (1986); ע"פ 795/85 עמר נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 294 (1988); ע"פ 5614/92 מדינת ישראל נ' מסיקה, פ"ד מט(2) 669 (1995); ע"פ 2864/01 מסילתי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 315 (2001).

120 ס"ח 202.

להרתעה מפני ההליך הפלילי, האחריות הפלילית והענישה שבביצוען של העברות הפליליות הרלוונטיות, ובראשן עדות השקר.¹²¹ מאחר שמרכז הכובד של ההרתעה מפני העדת שקר במסגרת בחינת הכשרות להעיד של הלקוי בנפשו עבר בשל חקיקתו של החוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה), התש"ם-1980 לבחינת הבנתה של משמעות החובה להעיד אמת בהליך המשפטי, הרי שאחריותו הפלילית של העד (בגין עדות השקר) קנתה לה מעמד מרכזי במסגרת בחינת הכשרות להעיד. אם העד הלקוי בנפשו אינו נושא באחריות פלילית בשל הליקוי הנפשי, כי אז משמעות האזהרה לומר את האמת מתאינת כלפיו. רק כאשר העד עשוי לשאת באחריות פלילית, כי אז נושאת האזהרה משמעות אפקטיבית כלפיו. בחינת אחריותו הפלילית של האדם הלקוי בנפשו נעשתה על בסיס בחינת סייג אי-שפיות-הדעת שבדיני העונשין.

ככלל, סייג אי-שפיות-הדעת בדיני העונשין בישראל התקבל במסגרת הוראות סימן 14 לפקודת החוק הפלילי, 1936 עם חזקת השפיות בסימן 13 לפקודה.¹²² חזקה זו ניתנת להפרכה באמצעות סייג אי-שפיות-הדעת. סייג אי-שפיות-הדעת שהוכר במסגרת הוראות סימן 14 דלעיל הוא שילוב תמציתי של כללי *M'Naghten* עם מבחן הדחף הלא-בר-כיבוש מתוך כוונה לכלול התייחסות, הן להיבטים ההכרתיים של הליקוי הנפשי הן להיבטיו החפציים. עם זאת פסיקת בתי המשפט בישראל נטתה לצמצם מאוד את ההתייחסות להיבטים החפציים שבמבחן הדחף הלא-בר-כיבוש, וזאת בהשראת המשפט המקובל האנגלי, אשר דחה לחלוטין את מבחן הדחף הלא-בר-כיבוש, כאמור.

פסיקה זו ייחסה חשיבות רבה יותר לכללי *M'Naghten* והשתמשה בהם כבסיס העיקרי להכרה באי-שפיות-הדעת.¹²³ המחוקק הישראלי קיבל את עמדת פסיקתם של בתי המשפט ובמעבר מפקודת החוק הפלילי, 1936 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 לא שעתק המחוקק את סימן 14 לפקודה למסגרת הוראות חוק העונשין, אלא יצר הוראה חדשה. ההוראה החדשה נקבעה בסעיף 19 לחוק העונשין, והוראה זו ביטלה כליל כל אזכור למבחן הדחף הלא-בר-כיבוש.¹²⁴ ההסתמכות בהוראות חוק העונשין, התשל"ז-1977 הייתה על כללי

121 לפי הוראות סעיף 237 לחוק העונשין.

122 ע"ר תוס' 1, 263, 268-269; הוראות סימן 14 לפקודת החוק הפלילי, 1936 קבעו כי "לא ישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה או אי מעשה אם בשעת עשותו או אי עשותו את המעשה היה בלתי-מוכשר להבין את אשר עשה, או לדעת שאסור היה לו לעשות את המעשה או להמנע מעשותו מחמת מחלה שפגעה בצלילות דעתו. אך יתכן שיהא אדם אחראי אחריות פלילית בשל מעשה או אי מעשה גם אם נפגעה צלילות דעתו ע"י מחלה, אם אין המחלה הזאת מולידה באמת ברוחו אחת התוצאות הנזכרות לעיל ביחס לאותו המעשה או אי המעשה".

123 ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י' (1) 281 (1956); עניין מיזאן, לעיל ה"ש 119; ע"פ 175/64 בן-יעקב נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט (4) 143 (1964); ע"פ 247/66 סעדה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ' (4) 32 (1966); ע"פ 219/68 סנדרוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב' (2) 286 (1968).

124 הוראות ס' 19 לחוק העונשין, כנוסחו טרם כניסתן לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין קבעו כי "אין אדם נושא באחריות פלילית למעשהו או למחדלו, אם בשעת מעשה לא

M'Naghten באופן מוחלט, וכך לצורך הכרה באי־שפיות־הדעת נדרש ליקוי נפשי הפוגע ביכולות ההכרתיות של האדם להבין את התנהגותו או להבין שהתנהגותו אסורה. הוראות חוק העונשין בהקשר זה לא התייחסו לפגיעה ברצון, ובכך לא היה ביטוי להיבט החפצי של הליקוי הנפשי. בהשראת הצעת הקוד הפלילי לדוגמה בארצות הברית ובהשראת שיטות המשפט הקונטיננטליות שונה מצב זה במסגרת הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין. סעיף 34 לחוק. סעיף זה מקבל את השילוב שבין כללי *M'Naghten* לעניין ההיבטים ההכרתיים של הליקוי הנפשי ובין מבחן הדחף הלא־בר־כיבוש לעניין ההיבטים החפציים של הליקוי הנפשי.¹²⁵ הוראות ס"ק 34(1) לחוק העונשין מתייחסות להיבטים ההכרתיים לפי התפישה הכללית שבכללי *M'Naghten*, ואילו הוראות ס"ק 34(2) מתייחסות למבחן הדחף הלא־בר־כיבוש.

ככלל, על הפגיעות ההכרתיות או החפציות לנבוע מליקוי נפשי בעל תסמינים ברורים של פגיעות מסוגים אלה.¹²⁶ הליקוי הנפשי אינו מוגבל אך למחלות נפש מסוג מסוים. כל ליקוי נפשי עשוי להוות בסיס לאי־שפיות־הדעת אם אכן יש בו כדי לפגוע ביכולות ההכרתיות או החפציות כאמור.¹²⁷ בכך דמה הדין הישראלי בעניין למשפט האמריקאי ולשיטות המשפט הקונטיננטליות. בחינת אי־שפיות־דעתו של העד הייתה להיעשות בידי בית המשפט ישירות או באמצעות חוות־דעת מקצועיות, וההחלטה הייתה החלטה משפטית.¹²⁸ כושר ההעדה של העד (אם הוא מסוגל למסור דיווח התואם את המציאות על העובדות שקלט בחושיו) נבחן נוסף על אפשרות הטלת האחריות הפלילית על העד לאור תנאי הבנת החובה לומר אמת (אם העד מבין את משמעות החובה להעיד עדות אמת בהליך המשפטי).

הקושי המשפטי שהתעורר במסגרת זו היה היעדר הסימטרייה ביחס לבעלי ליקוי שכלי. אדם הלקוי בנפשו אינו נושא באחריות פלילית בהתקיים סייג אי־שפיות־הדעת לגביו, ואילו אשר לבעל הליקוי השכלי לא הוכר כל סייג לאחריות הפלילית, ואין בליקוי שכלי כשלעצמו כדי להיות פטור מאחריות פלילית. לו סייג הקטינות בישראל היה נבחן על פי גילו השכלי של האדם, כי אז היה ניתן לכרוך יחד את הקטינים ואת בעלי הליקוי השכלי לעניין תחולתו

היה מסוגל, מחמת מחלה שפגעה בשפיותו או מחמת ליקוי בכושרו השכלי, להבין את שהוא עושה או לדעת שאסור לו לנהוג כפי שנהג".

125 ראו לעניין זה את דברי ההסבר להוראות סעיף 44 להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב–1992, ה"ח 115, 135, כי "לעניין סייג אי שפיות הדעת או הליקוי השכלי, ההצעה מבטאת את האמור בסעיף 19 לחוק העונשין בתוספת הרחבתו על ידי הפסיקה לעניין הדחף הפנימי החולני הבלתי־נשלט" וכן את ע"פ 4473/03 שטרייטנר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.10.2007).

126 ע"פ 5031/01 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 625 (2003).

127 בוק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 191–193.

128 ע"פ 4091/90 סבג נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.7.1993); ע"פ 4186/93 בן נעים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.4.1994); ע"פ 5605/96 לב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.10.1997).

של סייג הקטינות על האחריות הפלילית. עם זאת מאחר שסייג הקטינות בישראל נבחן לפי גילו הביולוגי של האדם ולא לפי גילו השכלי, כי אז אי אפשר לכרוך יחד את אחריותם הפלילית של הקטינים ושל בעל הליקוי השכלי. למשל, אין מניעה להטיל אחריות פלילית על אדם בגיר לקוי בשכלו ואינו לקוי בנפשו בעת ביצועה של העברה.

אם החליט בית המשפט כי העד בעל הליקוי הנפשי ניחן בכשרות להעיד, הייתה עדותו נשמעת ונבחנת לפי שלבי הקבילות והמשקל.¹²⁹ הגם שהמחוקק לא הגביל פורמלית את קביעת הממצאים העובדתיים על סמך עדותו של לקוי בנפשו (לא נדרשה תוספת ראייתית להסתמכות על עדות מסוג זה), קבעה פסיקת בית המשפט העליון כי יש להתחשב בליקוי הנפשי של העד בעת הערכת משקלה של העדות.¹³⁰ בחינת כושר ההעדה של העד הסתמכה בעיקרה על שלוש יכולות אישיות של העד כדלהלן:¹³¹

1. היכולת להבין את המתרחש (לצורך קליטתן בחושים של העובדות);
2. היכולת לזכור את שהתרחש (לצורך נשיאת העובדות עד למסירת העדות);
3. היכולת ליצור תקשורת ברורה עם הזולת (לצורך מסירתה של העדות).

מצב משפטי זה שרר בדיני הראיות בישראל עד לשנת 1999.¹³² בשנת 1999 התחולל השינוי המרכזי השני בהסדר משפטי זה באשר לכשרות להעיד של בעלי ליקוי נפשי ושל בעלי ליקוי שכלי בדרך של שינוי ההלכה הפסוקה בידי בית המשפט העליון.¹³³ במסגרת זו התקבלה תפיסת הכשרות הכללית בעניינם עדים בעלי ליקוי נפשי או שכלי ונקבעה כשרותם להעיד באופן גורף. במסגרת זו דין בעלי ליקוי נפשי או שכלי כדין כל עד אחר לעניין הכשרות להעיד. עצם קיומו של הליקוי הנפשי או השכלי, אם קיים, עשוי להשפיע אך במסגרת הערכת משקלה של העדות. למשל ליקוי נפשי או שכלי אינם עוד גורם לגיטימי לפסלות כשרותם של עדים להעיד.¹³⁴ לעניין זה אין כל הבדל בין בעלי ליקוי נפשי לבעלי ליקוי שכלי, ובין הליכים אזורחיים להליכים פליליים.

לפיכך רשאי בית המשפט להתרשם, בין ישירות ובין תוך הסתייעות בחוות דעת מקצועיות או בראיות אחרות,¹³⁵ מקשייו הנפשיים או השכליים של העד טרם מסירת עדותו או במהלך מסירת עדותו, אך לא כדי לפסול את העדות מטעמים של כשרות או של קבילות, אלא אך כדי ליצור תשתית ראייתית רחבה יותר לצורך הערכת משקלה של העדות במסגרת

129 ע"פ 264/81 (ערעורים צה"ל) סבג נ' התובע הצבאי הראשי, פד"ן 1981, 239 (1981).
 130 ע"פ 712/94 ג'בארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(2) 332 (1995).
 131 עניין סבג, לעיל ה"ש 128.
 132 ע"פ 6066/94 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 326 (1997).
 133 ע"פ 5339/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 769 (1999).
 134 ע"פ 10009/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 769 (2004); ע"פ 3215/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.8.2008); ע"פ 10166/09 פלונית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.10.2010); ע"פ 2406/09 אלבו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.9.2010); ע"פ 7220/05 נימר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.5.2007).
 135 ראו לעניין זה את יוסף אלרון "חוות דעת פסיכיאטריות מנוגדות: השיקולים שבבסיס ההכרעה השיפוטית" סוגיות יישומיות בפסיכולוגיה משפטית 181 (דוד יגיל ומשה זכי עורכים, 2011).

בחינת שלב המשקל.¹³⁶ בחינת היכולת להבין את המתרחש, היכולת לזכור את שהתרחש והיכולת ליצור תקשורת ברורה עם הזולת עשויה לסייע בידי בית המשפט להעריך ביתר דיוק את משקלה של העדות בנסיבות העניין, אך אין בחינה זו משמשת לפסלות כשרותו של העד להעיד או לפסלות קבילותה של העדות.¹³⁷ ככלל, הערכת משקלה של עדות אדם הלקוי בנפשו או בשכלו¹³⁸ כפופה לדרכי הערכת המשקל של כלל הראיות, ובחינת היכולת דלעיל עשויה אך לסייע בכך.

בכך ניתן גם הקשר בין האחריות המשפטית של הלקוי בנפשו או בשכלו, במישור המהותי (נשיאה באחריות פלילית או באחריות אזרחית) או במישור הדיוני (כשירות לעמוד לדין או לבצע פעולות משפטיות), ובין כשרותו להעיד.¹³⁹ הכשרות להעיד רחבה בהרבה מן האחריות המשפטית לעניין בעלי ליקוי נפשי או שכלי. שינוי זה בפסקת בית המשפט העליון מתיישב היטב עם מגמת ההתאיינות של דיני הראיות, ובמסגרת זו עובר גם מרכז הכובד של בחינת הראיות אל הערכת משקלן של הראיות.

ה. העדות בפועל בישראל

1. העדת אדם לקוי בשכלו

העדת אדם לקוי בשכלו בבית המשפט טעונה התאמות של הליכי ההעדה ליכולותיו השכליות ולמזעור הפגיעה בו תוך איזון התאמות אלה עם הצורך בחקר האמת ובמיצוי הדין. בשלב ראשון טרם מסירת העדות נדרשת אזהרתו של העד, או שבועתו במקרים הרלוונטיים, כפי שנדון לעיל.¹⁴⁰ אם התרשם בית המשפט כי אין ביכולותיו השכליות של העד כדי להבין את מהותן של האזהרה או של השבועה לעניין החובה להעיד עדות אמת, רשאי בית המשפט לוותר על הליכי האזהרה או השבועה כלפי העד. לעניין זה על בית המשפט להשתכנע כי אין באזהרתו של העד או בהשבועתו כדי לסייע לחקר האמת באותו עניין.¹⁴¹ בכך אין כדי לפסול את כשרותו של בעל הליקוי השכלי מלהעיד אך יש כדי להשפיע על הערכת משקלה של העדות.

136 עוד ראו לעניין זה Henry Weihofen, *Testimonial Competence and Credibility*, 34 GEO. WASH. L. REV. 53 (1965).

137 ע"פ 2480/09 פד'לון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.9.2011).

138 ע"פ 5382/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.5.2012); ע"פ 10059/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.8.2010); ע"פ 7169/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.3.2009).

139 ע"פ 2445/98 מלכה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.8.1999).

140 לפי הוראות החוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה), התש"ם-1980, ס"ח 202, התשמ"ד 53.

141 לפי הוראות ס"ק 18(א) לחוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005, ס"ח 42 (להלן: חוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות).

לכן אי אפשר להרשיע את הנאשם בהתבסס על עדותו של עד בעל מוגבלות שכלית כעדות יחידה, אם העד לא הוזהר או לא הושבע כדבעי. לצורך הרשעה בסוג זה של מקרים נדרשת תוספת ראייתית מאמתת מסוג "דבר לחיזוק".¹⁴² ודוק, ניתן להרשיע את הנאשם בהתבסס על עדותו של עד בעל מוגבלות שכלית כעדות יחידה במשפט, אך זאת בתנאי שהעד הוזהר או הושבע כדבעי טרם מסירת עדותו להנחת דעתו של בית המשפט. התוספת הראייתית המאמתת נדרשת אך כאשר מדובר בעדות יחידה של עד זה, אשר לא הוזהר או לא הושבע בשל התרשמותו של בית המשפט מיכולותיו השכליות להבין את פשר ההליך ואת החובה להעיד עדות אמת. דרישת התוספת הראייתית המאמתת נדרשת במקרה זה ללא קשר לתוכנה של העדות אלא אך בהתייחס להיעדר הליכי האזהרה או השבועה. לצורך קבלת החלטה מאוזנת בעניינו של בעל המוגבלות השכלית רשאי בית המשפט לקבל בעניין כל ראיה קבילה, שכן יש במידע זה כדי להשפיע על הערכת משקלה של העדות. נוסף על כך, בהליכים פליליים רשאים בעלי הדין להגיש לבית המשפט חוות דעת מומחה המתייחסת אל מוגבלותו של העד ואל השפעתה האפשרית של המוגבלות על טיבה של עדותו או על תפקודו כעד.¹⁴³ חוות הדעת עשויה לשמש ראיה עצמאית במסגרת התשתית הראייתית באותו תיק, אף שאין בה בהכרח כדי להוכיח טענה עובדתית מסוימת, שכן היא משפיעה על הערכת משקלה של עדותו של העד בעל המוגבלות השכלית. עם זאת אין בכוחה של ראיה זו לשמש תוספת ראייתית מאמתת או מסבכת, לרבות באשר לעדותו של אותו עד, שכן היא עצמה אינה מגלה פרטים עובדתיים על האירוע העובדתי הנדון בבית המשפט.¹⁴⁴

עדותו של בעל מוגבלות שכלית בבית המשפט עשויה לפגוע בו נפשית, וייתכן כי דרכי ההעדה הקיימות ביחס לעדים שאינם בעלי מוגבלות פנימית עשויות לפגוע באיכותה של עדותו מן הבחינה האובייקטיבית. לפיכך העניק המחוקק לבית המשפט שיקול דעת בעת עדותו של עד בעל מוגבלות שכלית או טרם תחילת עדותו לנקוט אמצעים דיוניים המיועדים למזער את הפגיעה הנפשית בעד וכן למזער את הפגיעה באיכות עדותו. היוזמה לנקיטת אמצעים אלה עשויה להיות יזמתו של בית המשפט או יזמתם של בעלי הדין הפונים לבית המשפט בבקשה לנקיטת אמצעים דיוניים אלה. בית המשפט נדרש להפעילם, לפי שיקול דעתו, במשורה ובחריגה מועטת ככל הניתן מסדרי ההעדה הכלליים.¹⁴⁵

האמצעים הדיוניים העומדים לרשות בית המשפט בעניין זה הם העדתו של העד שלא בנוכחות הנאשם או המזיק, העדתו של העד מאחרי פרגוד לצורך מניעת קשר עין ישיר עם הנאשם המזיק או עם אחרים, העדתו של העד במקום אחר, העדתו של העד בסביבה פורמלית פחות מסביבת בית המשפט, העדתו של העד תוך הסתייעותו של בעל הדין החוקר ביועץ המומחה בתקשורת עם בעלי מוגבלות מן הסוג המתאים אשר יסייע בחקירת העד כדי

142 לפי הוראות ס"ק 18(ב) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

143 לפי הוראות ס"ק 21(א) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

144 לפי הוראות ס"ק 21(ב) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

145 לפי הוראות הרישא של ס"ק 22(א) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

למזער את הפגיעה בעד, העדתו של העד תוך שימוש בעזרי תקשורת עם העד וכן העדתו של העד בנוכחות אדם מלווה.¹⁴⁶ נוסף על כך, רשאי בית המשפט לנקוט אמצעים דיוניים אחרים לשם הגנתו של העד מפני פגיעה נפשית בו תוך הימנעות מעיוות דין כלפי הנאשם בהליך פלילי.¹⁴⁷ ובכפוף לראיה מקצועית באשר למוגבלותו של העד.¹⁴⁸

השימוש באמצעים דיוניים אלה במסגרת העדת אדם בעל מוגבלות שכלית אינו מצומצם להליכים פליליים בלבד, אף שהוא עשוי להידרש בעיקר במסגרת הליכים פליליים שבהם מעיד העד בעל המוגבלות השכלית כנפגע העברה או כעד לביצועה.¹⁴⁹ השימוש באמצעים אלה עשוי להתייחס גם להליכים שאינם פליליים. כך למשל בתובענה אזרחית בנוזקין נגד מבצע העברה בגין הנזקים שנגרמו מביצועה של העבירה עשוי העד בעל המוגבלות השכלית, בין שהוא הניזוק ובין שהוא עד להתרחשות העובדתית שאינו ניזוק, להידרש להעיד על האירוע העובדתי, ויש בכך כדי להסב לעד פגיעה נפשית, שכן הוא נדרש לשחזר בתודעתו אירועים שאינם בגדר אירוע פשוט מבחינתו מן הבחינה הנפשית. כמו כן אין השימוש באמצעים דיוניים אלה מוגבל למערכת המשפט הכללית בלבד, אלא הוא עשוי להיות רלוונטי לכל טריבונל משפטי.

בהליכים פליליים רשאי בית המשפט לנקוט אמצעי דיוני נוסף לשם מניעת פגיעה בעד בעל המוגבלות השכלית. כאשר הנאשם במשפט הפלילי אינו מיוצג, חקירת עדי התביעה בדרך של חקירה נגדית נעשית בידי הנאשם עצמו בדרך כלל. כאשר עד מעדי תביעה הוא בעל מוגבלות שכלית, קיים חשש כי הנאשם ינצל את החקירה הנגדית לפגיעה בו, להשפלתו ולחקירתו בנושאים שאינם ממין העניין במסווה קעקוע מהימנותו, וכל זאת מתוך כוונה לפגוע בעד. כמו כן מאחר שהנאשם הוא בעל דין המעורב בעניין עצמו, קיים חשש שהקרבה האישית של הנאשם לעניין תוביל לחקירה אגרסיבית יותר של העד הפוגעת בעד בדעבד, גם אם אין תכליתה לפגוע בעד מלכתחילה.

בסוג זה של מצבים רשאי בית המשפט לנקוט אמצעי דיוני נוסף לשם מניעת פגיעה בעד בדרך של איסור חקירתו הנגדית של העד ישירות בידי הנאשם אלא באמצעות סנגורו בלבד. בית המשפט רשאי להורות כן כאשר העד אינו נפגע אלימות ומין באותו משפט, מיזמתו או לבקשת בעל דין (התביעה או נאשם אחר), והחלטתו עשויה להתקבל טרם תחילת העדות או במהלכה.¹⁵⁰ החלטתו זו של בית המשפט מצויה בתחום שיקול דעתו השיפוטי לאור טענות הצדדים בעניין, רצונו של העד הטעון הגנה, התנהלות הנאשם בהליך, קיומה של היכרות מוקדמת בין הנאשם לעד ופגיעה אפשרית בנאשם ובחקר האמת בשל שלילת זכותו של

146 לפי הוראות ס"ק 22(א)(9)–(1) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

147 לפי הוראות ס"ק 22(א)(10) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

148 לפי הוראות ס"ק 22(ג) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

149 לפי הוראות ס"ק 22(ב) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

150 לפי הוראות ס"ק 19(א)(1) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

נאשם לחקירתו הנגדית של העד בעצמו ושלא בידי סנגור.¹⁵¹ לא מן הנמנע כי יהיה צורך לאזן שיקולים אלה גם עם היתרונות הדיוניים הצפויים לנאשם במסגרת ייצוגו בידי סנגור. לעומת זאת כאשר העד בעל המוגבלות השכלית הוא נפגע עברת אלימות ומין במשפט פלילי, אין בידי בית המשפט שיקול דעת באשר לנקיטת אמצעי דיוני זה. בסוג זה של מקרים מוטלת על בית המשפט החובה למנוע את חקירתו הנגדית של העד בידי הנאשם ישירות.¹⁵² לצורך יישומן של החלטות בית המשפט בעניין זה מוטלת על בית המשפט החובה למנות לנאשם סנגור בהסכמתו.¹⁵³ סירובו של הנאשם למינוי סנגור אינו פוסל את שלילת זכות החקירה הנגדית מטעמו כלפי העד. במקרה של סירוב תיעשה החקירה הנגדית בידי "מתווך", שהוא חוקר מיוחד או בעל הכשרה מיוחדת לעניין זה.¹⁵⁴ אם סירב הנאשם גם לכך, הרי שיש להתחשב בו כבעל דין שוויתר מרצונו על חקירתו הנגדית של העד. למשל, כאשר ההחלטה היא לגבות את עדותו של בעל המוגבלות השכלית בפועל, המחוקק הסתפק ביצירתם של הסדרים דיוניים המיועדים למזער את הפגיעה בעד, וזאת ללא צורך בשינוי כללי הקבילות באשר להודעות.

2. העדת אדם לקוי בנפשו

העדת אדם בעל מוגבלות נפשית בבית המשפט טעונה התאמות של הליכי ההעדה ליכולותיו הפנימיות ולמזעור הפגיעה בו תוך איזון התאמות אלה עם הצורך בחקר האמת ובמיצוי הדין. ככלל, לצורך קבלת החלטה מאוזנת בעניינו של בעל המוגבלות הנפשית רשאי בית המשפט לקבל בעניין כל ראייה קבילה, שכן יש במידע זה כדי להשפיע על הערכת משקלה של העדות. נוסף על כך, בהליכים פליליים רשאים בעלי הדין להגיש לבית המשפט חוות דעת מומחה המתייחסת אל מוגבלותו של העד ואל השפעתה האפשרית של המוגבלות על טיבה של עדותו או על תפקודו כעד.¹⁵⁵ חוות הדעת עשויה לשמש ראייה עצמאית במסגרת התשתית הראייתית באותו תיק אף שאין בה בהכרח כדי להוכיח טענה עובדתית מסוימת, שכן היא משפיעה על הערכת משקלה של עדותו של העד בעל המוגבלות הנפשית. עם זאת אין בכוחה של ראייה זו לשמש תוספת ראייתית מאמתת או מסבכת, לרבות כאשר לעדותו של אותו עד, שכן היא עצמה אינה מגלה פרטים עובדתיים על האירוע העובדתי הנדון בבית המשפט.¹⁵⁶ עדותו של בעל מוגבלות נפשית בבית המשפט עשויה לפגוע בו נפשית, וייתכן כי דרכי ההעדה הקיימות בעניינם של עדים שאינם בעלי מוגבלות פנימית עשויות לפגוע באיכותה של עדותו מן הבחינה האובייקטיבית. לפיכך העניק המחוקק לבית המשפט שיקול דעת בעת עדותו של עד בעל מוגבלות נפשית או טרם תחילת

151 לפי הוראות ס"ק 19(א)(2) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

152 לפי הוראות ס"ק 19(ב)(1) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

153 לפי הוראות ס"ק 19(א)(3), (ב)(2) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

154 לפי הוראות ס"ק 19(ג) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

155 לפי הוראות ס"ק 21(א) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

156 לפי הוראות ס"ק 21(ב) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

עדותו לנקוט אמצעים דיוניים המיועדים למזער את הפגיעה הנפשית בעד וכן למזער את הפגיעה באיכות עדותו. היזמה לנקיטת אמצעים אלה עשויה להיות יזמתו של בית המשפט או יזמתם של בעלי הדין הפונים לבית המשפט בבקשה לנקיטת אמצעים דיוניים אלה. בית המשפט נדרש להפעילם, לפי שיקול דעתו, במשורה ובחריגה מועטת ככל הניתן מסדרי ההעדה הכלליים.¹⁵⁷

האמצעים הדיוניים העומדים לרשות בית המשפט בעניין זה הם העדתו של העד שלא בנוכחות הנאשם או המזיק, העדתו של העד מאחרי פרגוד לצורך מניעת קשר עין ישיר עם הנאשם המזיק או עם אחרים, העדתו של העד במקום אחר, העדתו של העד בסביבה פורמלית פחות מסביבת בית המשפט, העדתו של העד תוך הסתייעותו של בעל הדין החוקר ביועץ המומחה בתקשורת עם בעלי מוגבלות מן הסוג המתאים אשר יסייע בחקירת העד כדי למזער את הפגיעה בעד, העדתו של העד תוך שימוש בעזרי תקשורת עם העד וכן העדתו של העד בנוכחות אדם מלווה.¹⁵⁸ נוסף על כך, רשאי בית המשפט לנקוט אמצעים דיוניים אחרים לשם הגנתו של העד מפני פגיעה נפשית בו תוך הימנעות מעיוות דין כלפי הנאשם בהליך פלילי.¹⁵⁹ ובכפוף לראיה מקצועית באשר למוגבלותו של העד.¹⁶⁰

השימוש באמצעים דיוניים אלה במסגרת העדת אדם בעל מוגבלות נפשית אינו מצומצם להליכים פליליים בלבד, אף שהוא עשוי להידרש בעיקר במסגרת הליכים פליליים שבהם מעיד העד בעל המוגבלות הנפשית כנפגע העברה או כעד לביצועה.¹⁶¹ השימוש באמצעים אלה עשוי להתייחס גם להליכים שאינם פליליים. כך למשל בתובענה אזרחית בנוזקין נגד מבצע העברה בגין הנזקים שנגרמו מביצוע העברה עשוי העד בעל המוגבלות הנפשית, בין שהוא הניזוק ובין שהוא עד להתרחשות העובדתית שאינו ניזוק, להידרש להעיד על האירוע העובדתי, ויש בכך כדי להסב לו פגיעה נפשית, שכן הוא נדרש לשחזר בתודעתו אירועים שאינם בגדר אירוע פשוט מבחינתו מן הבחינה הנפשית. כמו כן אין השימוש באמצעים דיוניים אלה מוגבל למערכת המשפט הכללית בלבד, אלא הוא עשוי להיות רלוונטי לכל טריבונל משפטי. למשל, כאשר ההחלטה היא לגבות את עדותו של בעל המוגבלות הנפשית בפועל, הרי שהמחוקק הסתפק ביצירתם של הסדרים דיוניים המיועדים למזער את הפגיעה בעד, וזאת ללא צורך בשינוי כללי הקבילות באשר להודעות.

סוף דבר

חרף הקשיים שבהעדת בעלי ליקוי שכלי או ליקוי נפשי העדיפו שיטות המשפט המודרניות, ובהן גם שיטת המשפט הישראלית, להכפיף את עדותם של בעלי ליקוי אלה לכלל הכשרות

157 לפי הוראות הרישא של ס"ק 22(א) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

158 לפי הוראות ס"ק 22(א)(9)–(1) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

159 לפי הוראות ס"ק 22(א)(10) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

160 לפי הוראות ס"ק 22(ג) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

161 לפי הוראות ס"ק 22(ב) לחוק ההתאמה לאנשים עם מוגבלות.

הכללי בדיני הראיות המודרניים. במסגרת זו לא נחסמה גישתם של בעלי הליקוי השכלי או הליקוי הנפשי למסירת עדות בבית המשפט. מאחר שהקושי המרכזי הוא בייחוס מהימנות לעדות ובהערכת משקלה, הרי שההתמודדות עם קושי זה יוחדה לשלב הערכת המשקל. לפיכך העד הלקוי בשכלו והעד הלקוי בנפשו ניחנים בכשרות להעיד, עדותם כפופה לכללי הקבילות לאור תוכנה הענייני, והערכת משקלה של העדות תתחשב גם בליקוי הנפשי או השכלי, אם יש בו כדי להעיב על כישוריו ההכרתיים של העד בעניין הנדון.