

# אין ספק סביר אלא על רקע קיומם של חסמים – תשובה לתגובת בועז סנג'רו

דורון מנשה\* ואיל גרונר\*\*

- א. מבוא
- ב. חלק ראשון – הגנה על אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת וארבעת החסמים
  1. תמצית אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת וארבעת החסמים
  2. הביקורת הפורמלית לביקורתו של סנג'רו: החסמים – חלק מהגדרת הספק הסביר ולא חיצוניים להגדרה
  3. הביקורת המהותית לביקורתו של סנג'רו: ההצדקה העניינית לחסמים
    - 3.1 הרשעה למרות היעדרם של חסמים
    - 3.2 זיכוי למרות קיומם של חסמים
  4. ספק סביר לפי הדין הנוהג
- ג. חלק שני: המקור התיאורטי של שיטת החסמים – גישת ההסתברות האינדוקטיבית
- ד. סיכום

## א. מבוא

ברשימתו "בהחלט, נפלה טעות! על ספרם של דורון מנשה ואיל גרונר 'אולי נפלה טעות? התיאוריה של המשפט החוזר וניתוח פרשת זדורוב'",<sup>1</sup> הציג פרופ' בועז סנג'רו את עיקרי הדברים לשיטתו בספרנו זה,<sup>2</sup> וכן מעלה דברי ביקורת. ביקורת זו בכללה אוהדת ומשבחת ואנו מודים לסנג'רו על שהקדיש רשימה להצגת הספר ועל דברי השבח שהרעיף עליו.

---

\* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

\*\* דוקטור למשפטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

<sup>1</sup> הפרקליט נה(1) 301 (2022) (להלן: רשימת הביקורת).

<sup>2</sup> דורון מנשה ואיל גרונר אולי נפלה טעות? התיאוריה של המשפט החוזר וניתוח פרשת זדורוב (2021) (להלן: הספר).

כאמור, הספר מחולק לשני חלקים: חלק ראשון מוקדש לתיאוריה חדשה על הליך המשפט החוזר ובפרט הליך הבקשה למשפט חוזר וקבלת ההחלטה לגביה; החלק השני מוקדש לניתוח פרשת זדורוב. את הדיון בשני החלקים קיימנו על בסיס תיאוריה שפיתחנו בספרנו הראשון "מהות הספק הסביר"<sup>3</sup>. תיאוריה זו כונתה על ידינו: אסטרטגיית ההכרעה במשפט הפלילי. אסטרטגיה זו מתחלקת לאסטרטגיה כללית ולאסטרטגיה מצומצמת.

הליך הבקשה למשפט חוזר מנותח לפי אסטרטגיית ההכרעה הכללית, שלפיה בכל נקודה בהליך הפלילי ואף לאחר הרשעה חלוטה (כלומר, בהליך הבקשה למשפט חוזר) יש לקבל החלטות לפי הקצאת סיכוני המשגה במשפט הפלילי. הקצאה זו מטילה את מירב סיכוני המשגה על המדינה כחלק מעקרון ההגנה על חפים מפני הרשעות שווא. לשיטתנו, הגנה זו מתקיימת עד לצעד אחד לפני הגבול שבו אי אפשר לקיים משפט פלילי אפקטיבי. רק מגבול זה ואילך יש להטיל את סיכוני המשגה על החשוד, הנאשם, או הנידון (כאשר בהליך הבקשה למשפט חוזר מדובר כמוכן בנידון).

את ניתוח פרשת זדורוב קיימנו לפי אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת המתמקדת בשלב הקצה של ההליך הפלילי שבו נקבעת חפות או אשמה, לרבות תקיפת קביעת האשמה באמצעות בקשה למשפט חוזר. אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת משמעה שקביעה זו אף היא צריכה להיות מוסקת לפי הקצאת סיכוני המשגה הממקסמת את עקרון ההגנה על חפים עד גבול האפקטיביות של המשפט הפלילי, וזו, במילים אחרות, המשמעות של סטנדרט ההוכחה "מעבר לספק סביר".

ברשימתו מעלה סג'רו הסתייגות מאסטרטגיית ההכרעה המצומצמת שזו לשונה:

"סיבה נוספת היא שלא השתכנעתי בכך שאסטרטגיית ההכרעה המצומצמת היא טובה ונחוצה. לא ברור לי מדוע עלינו לקבל ארבעה 'חסמים' המאפשרים לדחות ספק סביר המעוגן בחומר הראיות; ומדוע אנו זקוקים לחסמים שכאלה בשיטת משפט ששיעור הזיכויים בה, גם ללא החסמים, הוא רק שבר אחוז (זיכוי – במובן הטבעי של זיכוי הנאשם מכל העבירות המיוחסות לו; ולא במובנים אחרים שנועדו לטשטש את תמונת היעדר הזיכויים [...])"<sup>4</sup>.

3 דורון מנשה ואיל גרונר מהות הספק הסביר (2017).

4 רשימת הביקורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 306-307, ה"ש 22.

ברשימה זו נציג את גישתנו לכך שבכל זאת יש לקבל את אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת. בחלקה השני של הרשימה נדון במקור התיאורטי לגישת החסמים.

## **ב. חלק ראשון – הגנה על אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת וארבעת החסמים**

1. **תמצית אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת וארבעת החסמים**  
סנ'רו היטיב להציג את תמצית אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת בזו הלשון:<sup>5</sup>

"תמציתה של 'אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת' החדשנית שמציעים מנשה וגרוןר היא שלשם יישומה של מידת ההוכחה 'מעבר לספק סביר', יש לבחון ארבעה חסמים להשערות החפות: **החסם השיטתי**, שלפיו יש לחסום השערת חפות אם היא ניתנת להכללה לכל מקרה דומה, כך שקבלתה לא תאפשר איכפה סבירה של המשפט הפלילי; **החסם ההסתברותי**, שלפיו יש לחסום השערת חפות כאשר ההסתברות לחפות היא מזערית עד כדי כך שאפשר להתעלם מאפשרות קלושה זו; **החסם הטבעי**, שלפיו יש לחסום השערת חפות שאינה רציונלית ומתנגשת בחוקי הטבע; **והחסם הפרוצדורלי**, שלפיו יש לחסום השערת חפות שבידורה מצריך הקצאת משאבים שאי אפשר לעמוד בה או שלגיטימי לא לעמוד בה בהתאם להכרעה דמוקרטית באשר לחלוקת המשאבים במשק".

2. **הביקורת הפורמלית לביקורתו של סנ'רו: החסמים – חלק מהגדרת הספק הסביר ולא חיצוניים להגדרה**

סנ'רו מניח כי גישתנו היא שספק סביר מוגדר בנפרד מהחסמים. כלומר, אפשר לזהות ספק סביר מעוגן בראיות ללא תלות בחסמים, ואז אחרי שמזהים ספק סביר מעוגן בראיות אנו מציעים להוסיף עליו את מבחן החסמים להשערת חפות כלומר משוכה נוספת כדי להתבסס על ספק סביר.

אולם זו אינה גישתנו. גישתנו היא שעצם המושג "ספק סביר" מלכתחילה מוגדר ומומשג אך ורק לפי החסמים. איננו מציעים להגדיר ספק סביר מעוגן בראיות שלא דרך החסמים ורק לאחר מכן להחיל את החסמים. אנו טוענים כי אין הצדקה להגדיר ספק סביר מעוגן בראיות שלא דרך החסמים. החסמים הם חלק

<sup>5</sup> שם, בעמ' 306 (ההדגשות במקור).

ממושגו של הספק הסביר, חלק מהגדרתו. אנו מציעים להתייחס ליחס שבין חסמים לספק הסביר כמו היחס בין ה-"עגול" לבין "הכדור" או כמו היחס בין ה-"לא נשוי" לבין "הרווק". כשם שלא ייתכן מושגית כדור שאינו עגול או רווק שהוא נשוי כך אנו מציעים לראות את היחס שבין החסמים לבין הספק הסביר. סנג'רו סבור שהיחס שבין החסמים לספק הסביר הוא כמו היחס בין "כדור" לבין "אדום". כדור יכול להיות אדום אך אינו בהכרח אדום. כך, ספק סביר יכול לכלול חסמים אך אין הכרח שכך יהיה. לעומת זאת אנו מציעים לראות ביחס שבין חסמים לספק הסביר יחס של תכונה הכרחית ולא תכונה אפשרית.<sup>6</sup>

כל הרעיון בהצעתנו להמשיג את הספק הסביר הוא להציע מובן ופשר לספק הסביר. המובן והפשר שהצענו הוא באמצעות החסמים. סנג'רו מציע להמשיג את הספק הסביר ללא החסמים. אולם אם מוצע להמשיג את הספק הסביר ללא החסמים כיצד מוצע לתת לו מובן? הטענה שיש לנקות את הספק הסביר מהחסמים היא טענה מה לא צריך להיות כלול בספק הסביר. אך מכך שסנג'רו טוען שחסמים לא צריכים להיות כלולים בו (הטענה השלילית) לא ברור מה לפי סנג'רו כן צריך להיות כלול בו (הטענה החיובית)? הרי כל השאלה היא איך ראוי לתת פשר למונח ספק סביר. אם הפשר אינו החסמים יש להציג פשר חלופי. אולם, סנג'רו לא מציג פשר חלופי לטענתו שיש להימנע מפשר החסמים.

אנו סבורים כי הצעת סנג'רו להסתפק רק בספק סביר ללא החסמים דומה להצעה להסתפק בכדור ולא להוסיף לו את תכונתו העגולה או להסתפק ברווק ולא להוסיף לו את תכונת היותו לא נשוי. כמו כן אין ההצעה להסתפק בספק סביר ולא להוסיף לו חסמים מסבירה מה זה בכלל אותו "ספק סביר" שסנג'רו טוען שיש להסתפק בו? הרי אם המטרה היא לפרק את המושג ספק סביר ולהבהיר את תכונתו ברור שצריכה להיות תוספת מבהירה ומגדירה למונח שאותו רוצים להבהיר ולהגדיר. הגדרה של מונח אף פעם אינה תוספת מיותרת לאותו מונח. טענת סנג'רו דומה לטענה שמיותר להוסיף הגדרה למונח כי יש להסתפק במונח עצמו ללא ההגדרה. אולם, המונח ללא הגדרתו יישאר חסר פשר ומובן. אם הטענה היא שלא ראוי להבהיר ולהגדיר באמצעות החסמים יש להציע מובן אחר חלף החסמים. אולם, אין סנג'רו מציע מובן כזה אלא מציע להסתפק בספק הסביר ללא מובנו וללא הגדרתו.

**3. הביקורת המהותית לביקורתו של סנג'רו: ההצדקה העניינית לחסמים בעינינו ספק סביר ללא חסמים יוצר שתי מכשלות: מכשלה אחת היא הרשעה אף**

<sup>6</sup> עמנואל קאנט כינה את היחס ההכרחי כגון היחס שבין הכדור לבין עגול כיחס אנליטי ואילו את היחס הלא הכרחי כגון בין כדור לבין היותו אדום כיחס סינתטי. עמנואל קאנט ביקורת התבונה הטהורה 33-34 (שמואל הוגו ברגמן ונתן רוטנשטרייך מתרגמים 1954).

על פי שאין חסמים; מכשלה שנייה היא זיכוי אף על פי שיש חסמים. נדון במכשלות אלה אחת לאחת.

### 3.1 הרשעה למרות היעדרם של חסמים

לשיטתנו די שהשערת החפות נחסמת בחסם אחד מתוך ארבעת החסמים כדי להצדיק הרשעה. כדי להצדיק זיכוי צריך להיות מצב שבו אף חסם לא מתקיים. מכאן, ששלילת שיטת החסמים שהצענו תאפשר הרשעה אף על פי שלא מתקיים חסם כלשהו להשערת החפות: לא חסם שיטתי, לא הסתברותי, לא טבעי ולא פרוצדורלי. הצעה זו מרבה הרשעות יותר מאשר בשיטתנו ומסכנת חפים בהרשעת שווא יותר מבשיטתנו.

נניח השערת חפות שמעלה נאשם. אם השערת החפות לא נחסמת בחסם כלשהו אזי מתקיימים המצבים הבאים: (1) דוחים את השערת החפות ומרשיעים אף על פי שקבלת השערת החפות לא תפגע באפקטיביות המשפט הפלילי אם נקבל השערה דומה במקרים דומים; (2) דוחים את השערת החפות ומרשיעים אף על פי שאי אפשר לראות בהשערת האשמה כבעלת הסתברות מוחצת כך שהשערת החפות היא השערה שהסתברותה היא כזאת שאי אפשר להתעלם ממנה מפאת הסיכוי הזעיר להתממשותה; (3) דוחים את השערת החפות ומרשיעים אף על פי שהשערת החפות לא עומדת בסתירה לרציונליות או חוקי טבע; (4) דוחים את השערת החפות ומרשיעים אף על פי שברור השערת החפות לא כרוך בעלות שהמדינה לא יכולה לעמוד בה ואין החלטה דמוקרטית לגיטימית שלא לעמוד בה.

אם השערת החפות לא נתקלת בכל החסמים (1) עד (4) יחד, לא ברור מהי ההצדקה לדחות אותה ולהרשיע. השערת חפות שלא נחסמה בחסם כלשהו לא מסכנת את אפקטיביות אכיפת המשפט הפלילי; עומדת בסטנדרטים של רציונליות כללית ורציונליות אפיסטמית; עומדת בסטנדרט של שיקולים כלכליים ושיקולים של הכרעות דמוקרטיות ועם זאת נותנת ביטוי להקצאת סיכוני המשגה ולמקסום ההגנה על חפים מפני הרשעות שווא עד הגבולות שהזכרנו לעיל. החסמים בהיבט של זיכוי לגיטימי מבטאים את הגבולות של כוח המדינה לפגוע את הפגיעה הקשה ביותר שמדינה דמוקרטית רשאית לפגוע באזרח – פגיעה באמצעות הטלת קלון וענישה הפוגעת בזכויות יסוד.

### 3.2 זיכוי למרות קיומם של חסמים

זיכוי למרות חסם שיטתי – זיכוי למרות חסם שיטתי חותר תחת הנחות השיטה ואפשרות הפעולה. כאשר מקימים מערכת של משפט פלילי, הנחת יסוד היא כי השיטה נועדה לפעול ביעילות ולא נועדה שלא לפעול או לפעול באופן כשהיא נתקלת במכשולים והופכת בלתי יעילה. זו הנחת יסוד לגבי כל שיטה וחלק

מהגיון הקמתה. אם מזוכים על בסיס השערת חפות העקיבות הלוגית מחייבת אותנו לזכות בכל מקרה דומה מהבחינות הרלוונטיות. אם זיכוי בכל מקרה דומה, לא יאפשר הרשעות או יאפשר הרשעות במספר כה נמוך כך שהמשפט הפלילי לא ייאכף באפקטיביות מינימלית, נביא עצמנו למצב שאנו כורתים את הענף עליו אנו יושבים. כאשר התקבלה החלטה להקים משפט פלילי יהא זה בלתי קוהרנטי שכללי המשפט הזה יכשילו את עצם ההחלטה להקימו ולהפעילו.

**זיכוי בהנחה שאין חסם שיטתי אך יש חסם הסתברותי** – בהנחה שאין חסם שיטתי קבלת השערת חפות וזיכוי לא מסכנת את אפקטיביות המשפט הפלילי. אבל אם ההסתברות לכך שהשערת החפות קיימת היא כה מזערית וההסתברות להשערת האשמה כה אסטרונומית אז קבלת השערת חפות לא עומדת בסטנדרט מינימלי של רציונליות אפיסטמית. היות שעל הפרק עומד ערך חשוב של ערכים מוגנים במשפט הפלילי והגנה על קורבנות פשיעה מפני המעשים החמורים ביותר שהאנושות יכולה לבצע, אזי לאפשר לפשיעה חופש כזה בשל הסתברות כה מזערית שמא נפלה טעות, זו פרדיגמה של חוסר רציונליות בשקילות ובאיזון של מה שעומד על כפות המאזניים. נוסף על כך, התעלמות מחסם הסתברותי גוררת עימה התקלות בחסם שיטתי היות שאם אנו מתעלמים מהסתברויות מזעריות לחפות ואם הסתברויות מזעריות כאלה קיימות בכל מקרה ומקרה אז לא ברור מתי ניתן להרשע.

**זיכוי למרות חסם טבעי** – זיכוי למרות חסם טבעי הוא מקרה מובהק של זיכוי בלתי רציונלי בשל התעלמותו מעקרונות בסיסים של רציונליות והנחות בדבר חוקי טבע המקובלים על האנושות ועל החברה כהנחות לכל תחומי החיים. מעבר לכך שהתעלמות כזאת אינה רציונלית לגופה היא גם תוליך אותנו לחסם שיטתי היות שזיכוי המתעלם מרציונליות הוא זיכוי אפשרי בכל מקרה ומקרה.

**זיכוי למרות חסם פרוצדורלי** – החסם הפרוצדורלי מתייחס לכך שבירור חפותו או אשמתו של נאשם אינו נטול עלות והוא עלול להגיע לעלויות גבוהות מאוד. העלויות הגבוהות יכולות להיות כרוכות בעלות הפרוצדורות הספציפיות (למשל בדיקות פורנזיות) אבל גם בעצם העובדה שתמיד אפשר להוסיף עוד ועוד הגנות מפני הרשעת שווא. למשל, לקבוע שכל הליך משפטי יתנהל פעמיים, או שלוש וכן הלאה, או שכל הרכב שופטים ימנה חמישה או עשרה שופטים ויותר וכי הרשעה תהיה רק פה אחד. היות שהמשאבים מוגבלים והיות שקיימים עוד צרכים שחובת המדינה לספק בין בתוך המשפט ובין מחוצה לו, מכאן נובע שאין זה רציונלי להשקיע הכול בהגנה מפני הרשעות שווא. במצב זה קיים גבול כלשהו שמעבר לו ההשקעה במניעת הרשעות שווא תהא חסרת פרופורציה לסדר העדיפות הלאומי במבט מאקרו כלכלי. זיכוי למרות חסם פרוצדורלי לוקה בחוסר פרופורציה כאמור.

כמו כן, השאלה מהו סדר העדיפויות הלאומי נקבעת במדינה דמוקרטית על ידי הרשות המחוקקת, נציגי העם שהם הריבון במדינה דמוקרטית. הדרך לטפל במחוקק שלא קבע סדר עדיפות שנראה ראוי הוא לקיים בחירות דמוקרטיות שבהן המחוקק עומד לבחירת הציבור. אין זה תפקידו של בית המשפט להיות מבקר-על לגבי התקצוב הציבורי. זיכוי למרות חסם פרוצדורלי אינו מכבד את ההכרעה הדמוקרטית בדבר קביעת התקציב.

**לסיכום** – אם נכונה טענתנו שאין להרשיע בהיעדר חסמים, ואין לזכות על אף קיום החסמים, אזי ספק סביר שלא מתפרש לפי החסמים אינו פרשנות שיש לקבל עבור המונח ספק סביר.

#### 4. ספק סביר לפי הדין הנוהג

ייתכן שכאשר סנג'רו טען שבמקום חסמים יש להתבסס על ספק סביר מעוגן בראיות, משמעות הדברים היא ספק סביר על פי הדין הנוהג (כלומר על פי גישת הפסיקה). אבל מהו ספק סביר על פי הדין הנוהג? הפסיקה הגדירה מה לא יכול להיות ספק סביר: אירוע רחוק ומאורע יוצא דופן, ספקות שאין אחריהם אלא פלפול ריק, השערה קלוטה מן האוויר, ספקולציות נעדרות תשתית.<sup>7</sup>

קושי אחד עם פרשנויות אלה למונח ספק סביר הוא עמימותם. המונח "ספק סביר" הוא חלק ממה שנהוג לכנות ביטויי שסתום או ביטויי רקמה פתוחה. מונח מופשט המבטא נורמה מסוג סטנדרט. פרשנות הפסיקה מחליפה את המונח ספק סביר בביטויי שסתום אחרים. אולם, כל השאלה היא מתי לפנינו פלפול ריק? מתי לפנינו השערה קלוטה מן האוויר? המונחים "פלפול ריק" או "השערה קלוטה מן האוויר" אינם אלא "מסקנות" שמסיק בית המשפט בסיום התהליך של שיקול הדעת. אין כאן כל הנחיה לגבי שיקול הדעת עצמו.

נוסף על כך, כפי שנכתב בספר, אם בית משפט סבור שהשערת חפות אינה אלא פלפול ריק או השערה קלוטה מן האוויר, אך היא לא נחסמת בחסם כלשהו, לגישתנו עדיין צריך לזכות. אם סנג'רו סבור שיש לאמץ את הפסיקה, משמעות הדבר שיש להרשיע למרות קיומם של חסמים. לכן, הצעתנו מגינה על חפים מפני הרשעות שווא באופן חזק יותר. לעומת זאת, אם השערת חפות אינה פלפול ריק או השערה קלוטה מן האוויר אך היא נחסמת באחד החסמים אז, לדעתנו, יש להרשיע. אבל במקרה כזה אין משמעות הדבר שלמרות ספק סביר הנאשם הורשע. לדעתנו במצב כזה מושגית לא התקיים ספק סביר. אפשר לטעון שהנאשם הורשע למרות ספק סביר "על פי הפסיקה" אולם אנו בכל הכבוד, מציעים המשגה שונה לספק הסביר.

7 הספר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 221.

אנו סבורים כי היתרון של גישתנו הוא שאנו הולכים אל מעבר להחלפת ביטוי שסתום אחד (ספק סביר) בביטוי שסתום אחר. אנו מפרטים את שיקול הדעת כדי לבחון באילו תנאים ספק סביר קיים ובאילו תנאים אינו קיים. אנו טוענים שיש לבחון מה קורה כאשר מכלילים את הספק סביר לכל מקרה דומה? עד כמה הראיות המפלילות מוחצות כך שהספק הסביר הוא כה מזערי, שהוא חסר משמעות מעשית? האם הספק הסביר עומד באמות מידה של רציונליות והלימה עם חוקי הטבע? האם עלות הבדיקה אינה גבוהה מדי? האם הוא לא מנוגד להכרעה דמוקרטית בדבר תקצוב? כל הבחינות הללו לא יכולות להיות מובהרות בהחלפת ביטויי שסתום אלה באלה.

נקודה נוספת היא שהפסיקה מתמקדת בספק הסביר בהיבט של ראיות מזכות והשערות חפות. אולם, שאלה שיש לתת עליה את הדעת היא מתי ראיות מפלילות חזקות מספיק כדי להסיק אשמה לכאורית? כלומר, עוד לפני שאנו שואלים את הנאשם מהי השערת החפות שלו ובוחנים אם היא "פלפול ריק", נשאלת השאלה לפני שהנאשם מסר גרסה או נשאל לגרסתו – באילו תנאים יש טעם לבקש ממנו גרסה? אם הראיות המפלילות לא מספיקות, אזי הזיכוי לא יכול להתקיים, לא כי הנאשם מסר גרסה שהיא פלפול ריק, אלא כי התביעה לא הציגה מספיק ראיות לאשמה לכאורית.

גם אם נניח שהפלפול הריק חל על השאלה הבאה: "בהנחה שאלה הראיות המפלילות האם ההשערה שהנאשם לא ביצע את העבירה למרות קיומן היא פלפול ריק?" אזי הפלפול הריק לא נותן לנו הדרכה מעשית.

נניח, לדוגמה, שכל הראיות נגד זדורוב הן רק הודאה למשטרה ולמדובב וכן השלכת מכנסיו סמוך למועד הרצח. הנאשם טוען: ההודאות הן הודאות שווא שכן המשטרה פיתתה אותי להודות לשם אישום בעבירה קלה יותר; ההודאה למדובב היא כי הוא איים עלי שאם לא אודה בפניו הוא ידווח שרצחתי ואת המכנסיים השלכתי בצירוף מקרים באותו יום כי הם היו קטנים מדי.

עכשיו נניח כי: א' טוען שגרסה זאת היא פלפול ריק; ב' טוען שהיא לא פלפול ריק. איך נכריע? מהו הקריטריון לפלפול ריק? אין לנו קריטריון כזה יותר מאשר אין לנו קריטריון לספק סביר.

אבל לגישתנו, יש לשאול אם נקבל את השערת החפות האם זה יחייב זיכוי בכל מקרה כך שלא יתקיים משפט פלילי אפקטיבי? האם הראיות המפלילות האלה כה מוחצות כך שהסתברות לחפות היא כה מזערית כך שאפשר להתעלם ממנה וקבלתה היא עלבון לאינטליגנציה? לא תמיד קריטריונים אלה קלים להפעלה אבל יש בהם צעד נוסף להדרכת שיקול הדעת מעבר לביטוי שסתום חסר קריטריון לקיומו.



## ג. חלק שני: המקור התיאורטי של שיטת החסמים – גישת ההסתברות האינדוקטיבית

את המקור התיאורטי של שיטת החסמים יש למצוא בגישת ההסתברות האינדוקטיבית של ג'ונתן כהן. לפי גישה זו המבחן לקבלתן של השערות באופן כללי הוא עד כמה יש להשערה תמיכה אינדוקטיבית. לשם כך ההשערה צריכה לעמוד במבחנים וככל שהיא עומדת במבחנים מורכבים יותר כך עולה התמיכה באותה השערה. כהן מדגים את גישתו בניסוי מדעי של פון פריש בדבר המסוגלות של דבורים להבחין בצבעים.<sup>8</sup> המתודה היא אלימינציה של חלופות. הנתון הוא שדבורים חוזרות שוב ושוב לכרטיס כחול מבין כרטיסים בצבעים שונים. בכרטיס הכחול יש מי סוכר שקופים. מבחן שני בודק את החלופה שדבורים אינן מזהות צבע אלא צל של אפרוריות. ההסבר הופרך על ידי הכנסת כרטיסים בעלי גוון אפרורי. הדבורים עדיין חזרו לכרטיס הכחול אף על פי שבכרטיס היה כלי קיבול למזון אבל ללא מזון. המבחן הבא בדק את ההשערה שהדבורים מזהות את המזון לפי מיקומו. הסבר זה הופרך על ידי שינוי מקום המזון ושינוי סדר הכרטיסים. המבחן הבא בדק את ההשערה שהדבורים מזהות את המזון לפי הריח. ההשערה הופרכה כי הדבורים חזרו למזון גם כשהמזון והכרטיס היו מכוסים בצלחת זכוכית. המבחן הבא בדק את ההשערה שהדבורים מזהות רק צבע כחול. השערה זו הופרכה על ידי כך שמי הסוכר הושמו על כרטיסים בצבעים אחרים. לאחר שהדבורים צלחו את כל המבחנים אפשר היה להסיק שההשערה שדבורים מבחינות בצבעים קיבלה דרגת תמיכה אינדוקטיבית גבוהה.<sup>9</sup>

בשיטה זו המקבילה להקשר המשפטי להשערה בדבר הדבורים כמבחינות בצבעים היא השערת חפות הנאשם. המקבילה לחסמים היא אותם מבחנים שבוצעו לבדיקת ההשערה. כל מבחן הוא סוג של חסם. כך המבחן להרשעה הוא ניסוח השערת חפות לנאשם והעמדת ההשערה בחסמים שהוצעו על דינו. כאשר השערת החפות צולחת את החסמים אז יש ספק סביר באשמה. כאשר השערת החפות אינה צולחת חסם כלשהו אז האשמה הוכחה מעבר לספק סביר. המבחן לסבירותו של הספק הוא עמידות השערת החפות במבחני החסמים.

לפי הצעת סנג'רו יש לבדוק את השערת החפות ללא החסמים כלומר ללא המבחנים להשערת החפות. אם כן, מה הוא להצעת סנג'רו המבחן החלופי להשערת החפות? סבירותה של השערת החפות ללא בדיקת החסמים כמוה כהכרעה לגבי סבירותה של השערת החפות בלי להעמיד אותה למבחן. כמו

<sup>8</sup> LAURENCE JONATHAN COHEN, THE PROBABLE AND THE PROVABLE 266 (1977).

<sup>9</sup> מהות הספק הסביר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 169.

שהחסמים אינם אלא מבחן להשערת החפות. הכיצד אפשר יהיה לקבוע את סבירות השערת החפות אם אין מעמידים אותה למבחן כלשהו? כהן מציע להבחין בין סיטואציה אבנורמלית (abnormal) לאפשרות דמיונית (fanciful possibility). טענה שיש לקבל השערת חפות בסיטואציה אבנורמלית היא אפשרית. לפעמים מתרחשים מקרים חריגים אלא אם כן התביעה מראה כי אין תמיכה אינדוקטיבית לכך שהתרחש מקרה חריג. אולם, לא תיתכן סיטואציה של "אפשרות דמיונית". זו סיטואציה שאין לה רלוונטיות אינדוקטיבית כי אין הכללה ידועה שעומדת בבסיס האפשרות הזאת.<sup>10</sup>

במונחי אסטרטגיית ההכרעה שלנו האפשרות הדמיונית מקבילה לחסם הסתברותי או לחסם טבעי. ייתכן שהאפשרות היא דמיונית מפני שההסתברות להתרחשותה היא, נניח, אחד למיליון או שהאפשרות דמיונית מפני שהיא מנוגדת לחוקי הטבע (אפשרות שכוח המשיכה לא פעל בכדור הארץ) או הלוגיקה (התקיים אירוע ולא התקיים בעת ובעונה אחת ומאותה בחינה) או המטפיזיקה (לא חל עיקרון הסיבתיות הפועלת).

כהן מציג את הדוגמה הבאה: נניח נאשם בהחזקת רכוש גנוב מפני שתכשיטים נמצאו בבקתה שלו. התובע טוען שבאופן רגיל אנשים שחיים בבקתה לא יכולים לקנות חפצים יקרי ערך ואין להם חברים שנותנים להם מתנות יקרות. כמו כן בני אדם שמוצאים פריטים יקרי ערך לא מתכוונים להחזיק בהם, אלא מחזירים אותם לבעליהם או מוסרים אותם למשטרה. ההכללה הראשונה מטרתה לשלול את האפשרות שהנאשם קנה את התכשיטים או קיבל אותם במתנה. ההכללה השנייה מטרתה לשלול את האפשרות שהנאשם מצא את התכשיטים והתכוון להחזיר אותם לבעלים או למוסרם למשטרה. הטענה שלפיה ייתכן בכל זאת שהנאשם קנה את התכשיטים, קיבל במתנה או התכוון להחזירם או למסור למשטרה צריכה להיבחן בשיטה שלנו במבחן החסם ההסתברותי (אם ההסתברות לכך לא מזערית מאוד) או החסם השיטתי (אם אפשר להרשיע בהחזקת רכוש גנוב אם בנסיבות כאלה נקבל את השערות החפות). אם השערת החפות היא שמא עורב לקח את התכשיטים והפיל אותם ישר לכיס של הנאשם, השערה כזאת תחסם לפי שיטתנו בחסם טבעי ולפי שיטת כהן היא תידחה מפני שפעילות של ציפורים אינה נחשבת הכללה סבירה המסבירה מדוע תכשיטים אינם במקום הרגיל שלהם. לפי כהן אם השערות החפות של הנאשם לא צולחות את המבחנים אז אין להן תמיכה אינדוקטיבית. זו המקבילה לגישתנו בדבר השערת חפות שנחסמת בחסמים.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Cohen, לעיל ה"ש 8, בעמ' 250-251; שם, בעמ' 171.

<sup>11</sup> Cohen, שם; מהות הספק הסביר, שם, בעמ' 171-172. בכל זאת גישתנו שונה מגישת כהן בהיבטים שלא כאן המקום לפרטם. ראו הדיון בספרנו מהות הספק הסביר, בעמ' 172-179.

אולם, לפי גישת סנג'רו את ההכללה אין להעמיד במבחנים כי אם יש ספק סביר שמעוגן בראיות אז אין צורך במבחנים נוספים. אולם, עצם השאלה אם יש ספק סביר מעוגן בראיות היא שאלה שצריכה להיבחן באמצעות חסמים.

#### ד. סיכום

אנו שבים ומודים לסנג'רו על שהקדיש לספרנו רשימת ביקורת ועל דברי השבח שלו לספר.

חלקה הראשון של רשימה זו הוקדש לביקורתו של סנג'רו כלפי גישתנו, גישת אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת על ארבעת החסמים הכלולים בה. סנג'רו טען כי אינו רואה טעם לא להסתפק בספק סביר מעוגן בראיות וחלף זאת להוסיף מבחן של חסמים. אנו טענו כי ביקורת זו מניחה טעות קונצפטואלית באשר לשיטתנו. במישור הפורמלי, איננו מציעים מבחן נוסף על מבחן הספק הסביר המעוגן בראיות, אלא שמושגית המונח ספק סביר המעוגן בראיות כולל בתוכו את החסמים. אנו מציעים דרך להבין את מושג הספק הסביר עצמו. ללא ההמשגה של הספק הסביר בחסמים, יש להציע המשגה חלופית לספק הסביר ואי אפשר להסתפק ב"ספק סביר" כי הספק הסביר לא יכול להיות מוסבר באמצעות חזרה טאוטולוגית על המונח ספק סביר עצמו.

במישור המהותי אנו סבורים כי אין הצדקה לוותר על החסמים וזאת מפני שאין הצדקה להרשיע בהיעדרם של החסמים ואין הצדקה לזכות כאשר החסמים מתקיימים.

בחנו חלופה אחת לגישתנו והיא גישת הפסיקה. לדעתנו גישת הפסיקה נגועה בחולשות: היא מאפיינת את הספק הסביר באמצעות החלפת ביטוי השסתום "ספק סביר" בביטויי שסתום אחרים שאינם מספקים מידע של ממש כדי להפחית את העמימות. גישתנו מפרטת פירוט משמעותי את תכונות הספק הסביר מעבר להחלפה בביטויי שסתום אחרים. כמו כן, גישת הפסיקה מתמקדת בראיות המזכות ובתשובת הנאשם המנסה להטיל ספק בראיות המפלילות וזנחת את השאלה מתי יש לפנינו ראיות מפלילות לכאוריות שמצדיקות פנייה לנאשם כדי שיטיל ספק סביר. נוסף על כך, גישת הפסיקה מתעלמת מהחסמים ולכן מאפשרת הרשעה גם אלמלא החסמים ומאפשרת זיכוי למרות קיומם של חסמים, אם יש תחולה למונחי השסתום החלופיים.

בחלק השני של הרשימה פרטנו את המקור התיאורטי של גישת החסמים והוא גישת ההסתברות האינדוקטיבית של ג'ונתן כהן. פרוט זה ממחיש עד כמה גישת החסמים היא חלק מההמשגה של הספק הסביר בעוד ספק סביר בניכוי החסמים הוא מושג ריק, מונח בלתי מומשג.