

”בזכות הספק קונה לו הנאשם
את זיכוי המוחלט בדין”¹

בין זיכוי ”מחמת הספק” לזיכוי ”מחמת הספק הסביר”

יניב ואקי, מאיה רוזנשיין*

- א. מבוא
- ב. טיבו וגדרו של הזיכוי מחמת הספק
 1. הזיכוי מחמת הספק כקטגוריה נפרדת לצד ההרשעה והזיכוי
 2. זיכוי מחמת הספק: בין זיכוי מחמת הספק הסביר לזיכוי בשל ספקות אחרים
 - 2.1 זיכוי מחמת הספק הסביר
 - 2.2 זיכוי בשל ספקות אחרים
- ג. האמת במשפט – מטרת ההליך ובירור האמת
 1. מטרת ההליך כבירור האמת
 2. מטרת ההליך כבירור האשמה
- ד. המשפט כאמת – ההכרעה הפלילית כנרטיבת אמת
 1. האמת כתוצאת ההליך להבדיל ממטרתו
 2. תכליתו של כלל ההכרעה במניעת הרשעות שגויות
 3. חוסר התאמתו של הליך ההכרעה הפלילית לבירור חפות
 4. ביקורת נורמטיבית
- ה. הכשל הסימטרי – ההקבלה השגויה בין הרשעה לזיכוי
- ו. מודל דסקריפטיבי-פרשני למהותו ולגדרו של הזיכוי מחמת הספק
 1. התעוררות הספק בנסיבות של ”אי-ודאות”
 2. התעוררות הספק בנסיבות של ”אי-ידיעה”

* יניב ואקי, סגן בכיר לפרקליטת מחוז מרכז; תלמיד מחקר לתואר שלישי, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בר-אילן; מרצה מן החוץ, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, ובית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל.

המאמר מוקדש באהבה וגעגוע לחברי היקר דייוויד וינר.

מאיה רוזנשיין, עו”ד, בוגרת תואר שני, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת תל-אביב.

העמדות המובאות במאמר זה מבטאות את עמדתם הפרטית של המחברים.

¹ ע”פ 10/49 הויעץ המשפטי לממשלה נ’ פתניאב, פ”ד ב 424, 431 (1949) (להלן: עניין פתניאב).

- ז. הזיכוי מחמת הספק וחזקת החפות
 ח. בחינה חוקתית של מוסד הזיכוי מחמת הספק
 ט. אחרית דבר שהיא גם ראשיתו

א. מבוא

על אף היותו מוסד מושרש ורווח במשפט הפלילי הישראלי, המשמש בו כבר עשרות בשנים,² קיימת בפסיקה אי-בהירות של ממש באשר לטיבו, לגדרו ולהצדקותיו של הזיכוי מחמת הספק. כך, באשר לסיווגו העיוני ורב-המשמעות כרכיב בהנמקת פסק הדין, להבדיל מתוצאתו האופרטיבית,³ וכך, וביתר שאת, בשאלת תיחומו וגבולות פרישתו בטווח שבין הרשעה לזיכוי. בניגוד לתפיסה הרווחת והאינטואיטיבית כי הזיכוי מחמת הספק תוחם, את מקרי הקצה של ההכרעה הפלילית המזכה, שבהם נותרת בלתי פתורה שאלת היכולת והזכות להרשיע את הנאשם, מתברר כי המקרה הפרדיגמטי של השימוש בו, הנו דווקא בנסיבות שבהן היה אפילו הנתבע האזרחי זוכה בדינו.⁴ במקרים אלו, שבהם לא מתקיים ספק כלשהו בתוצאה המשפטית המתחייבת מן הראיות והדין, מתעוררת במלוא חריפותה התהייה מהו אותו ספק המנביע את הזיכוי מחמת הספק ומוצב על ידו. יתר על כן, ומאותה סיבה, עולה גם שאלת הצדקתו של השימוש במוסד זה, שהנו יציר פסיקה, וייחודי, כך נראה, למשפט הישראלי⁵ – הן בהיבט הפרגמטי, והן, ובמיוחד, בהיבטים הנורמטיביים והחוקתיים

² במשך יותר מיוכל השנים, מאז טבע השופט ש"ז חשין, לראשונה, כך נראה, את הביטוי "זיכוי מחמת הספק" בע"פ 20/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה(2) 1187 (1951), נזכר זה במאות פסקי דין, נכלל כסימן נפרד בספרו של המלומד יעקב קדמי **על הראיות – הדין בראי הפסיקה** 869 ואילך (1991), וזכה להתייחסות בכמה מאמרים משפטיים וביניהם – עמנואל גרוס ומיכל עורקבי "מעבר לספק סביר" **קריית המשפט** א 229 (2001); עמנואל גרוס "בשולי הפסיקה – פס"ד דמיאניוק וחקר האמת" **פלילים** ד 299 (1994); גד זילברשלג "זכאי מחמת הספק – חף מפשע או אשם?" **הסניגור** 84, 5 (2004). הנושא זכה להתייחסות רחבה גם בספרו של מיכה לינדנשטראוס **על הספק הסביר – סוגיות נבחרות** (2004).

³ לעניין הלכה זו ראו, בין היתר, רע"פ 1568/99 **גלעד נ' מדינת ישראל**, תק-על 99(2) 1072 (1999) וכן דיוננו בפרק ב.1 להלן.

⁴ כפי שנראה בהמשך חיבורנו, הנסיבות המובהקות שבהן יזכה בית המשפט את הנאשם "זיכוי מחמת הספק" הן נסיבות של שקילות ראייתית, שבהן מאזן ההסתברויות אינו נוטה בבירור, אם בכלל, לטובת גרסת התביעה.

⁵ אף שבחינת המשפט המשווה בסוגיה זו חורגת מגדר חיבורנו, לא מצאנו מקבילה תואמת במשפט האנגלי או האמריקני. במשפט הסקוטי, עם זאת, נראה כי קיימת קטגוריה הכרעתית שלישיית לצדן של ההרשעה והזיכוי, זאת של ה-"Not Proven", הניתנת על ידי המושבעים בנסיבות שבהן "Their suspicions have been aroused, although they cannot hold the charge fully proved" – A.S. Pringle, *The Verdict of "Not Proven" in Scotland*, 16

של מטרות ההליך הפלילי וזכויות הנאשם במסגרתו. בתמצית, ההיפותזה שאנו מבקשים להציע הנה כי מקורו ויסודותיו של הזיכוי מחמת הספק נעוצים בשתי פרדיגמות בעייתיות שפשטו בחשיבה השיפוטית הפלילית והמחייבות מצדן התייחסות ביקורתית – זו המציבה את החיפוש אחר האמת כמטרתו של ההליך הפלילי וכבסיס הלגיטימציה של הכרעותיו, וזו המציבה על מישור אחד את ההרשעה ואת הזיכוי משל היו שניהם תוצאות סימטריות ונרטיבים פוזיטיביים של אמת. לשיטתנו, נסב הספק נשוא הזיכוי מחמת הספק לא על התוצאה המשפטית המתחייבת מהדין, אלא על הקושי ליישב אותה תוצאה ולהשלים עמה במישור התודעתי. קושי המתעורר – במקרה הקל – מהצורך ליישב מסקנה עובדתית מבוססת בדבר אשמה, עם ציוויו של המשפט הפלילי לזכות באותן נסיבות, ובמקרה הקשה – מהציפייה מהשופטים להכריע בנסיבות של חוסר ידיעה ובערות שבשלן מסוכלת משימתם הנורמטיבית והתודעית להכנות תמונת מציאות קוהרנטית שבה יוכלו לתת אמון ושעל בסיסה יוכלו לפעול. קושי הנובע, או למצער מתעצם, מהרטוריקות ומהתובנות השגויות בנוגע למטרותיו ולגבולותיו האפשריים של ההליך הפלילי, והמחייב את הטיפול בהן כשלב הכרחי בדרך להסרתו.

במישור הביקורתי נצביע על הצורך הנורמטיבי לפרק ולבטל את מוסד הזיכוי מחמת הספק, מוסד היוצר בדרך פסיקתית, בלתי שוויונית ובלתי מוצדקת, קטגוריה חדשה של זיכוי, המרוקנת את מושג החפות ממשמעות פוזיטיבית ומתוכן נורמטיבי. קטגוריה הכורכת בחובה פגיעה בלתי ניתנת לתיקון בשמו של אדם, בהציבה מעל חפותו ענן ספקות, והעומדת בסתירה חזיתית למושכלות ראשונים שלפיהם בררת המחדל, המופעלת בהיעדר הוכחה פוזיטיבית של אשמה, אינה הספק, כי אם הביטחון והאמונה בחפותו של הנאשם.

ב. טיבו וגדרו של הזיכוי מחמת הספק

1. הזיכוי מחמת הספק כקטגוריה נפרדת לצד ההרשעה והזיכוי

מקובל לראות את ההליך הפלילי כמערכת קוטבית של הכרעה בין שתי תוצאות

JURID. REV. 432, 432–433 (1904) ובמצבים שבהם למושבעים "have some lingering doubts as to the guilt of an accused and who are certainly on the evidence not prepared to say that he is innocent" – McNicol v. HM Advocate (1964) Scots Law Times 151, 152 נסיבות, שכפי שנראה בהמשך חיבורנו, מאפיינות את אחד המקרים הפרדיגמטיים של הזיכוי מחמת הספק בפסיקה הישראלית. לדיון וביקורת על הכרעת ה-Not Proven ראו: LOCKERBIE TRIAL BRIEFING HANDBOOK 13 (John P. Grant ed., 1999); WILLIAM ROUGHEAD, TWELVE SCOTS TRIALS 221 (1913) והמקורות הנזכרים שם.

משפטיות – הרשעה וזיכוי – המקיימות ביניהן, לפיכך, יחס פשוט של השלמה – אדם יזוכה בדין, אלא אם כן בית המשפט "מצא אותו אשם"⁶. אלא שתיאור זה הנו חלקי הן מן ההיבט החיצוני והן מן ההיבט הפנימי.

מן ההיבט החיצוני, ניתוח כזה של הכרעת הדין מתמקד אך במקטע צר ממגוון תרחישיו של ההליך הפלילי, בין שבאותו שלב – כגון ההחלטה שלא להעמיד לדין,⁷ החזרה מהאישום,⁸ התליית ההליכים⁹ או הפסקתם בעקבות פטירת הנאשם,¹⁰ ובין שלאחריו – כגון מתן צו מבחן או צו שירות לתועלת הציבור ללא הרשעה,¹¹ הפסקת ההליכים נגד נאשם חולה נפש שאינו מסוגל לעמוד לדין בתום בירור אשמתו¹² או סמכות נשיא המדינה לחון עבריינים¹³ – שתוצאתם המשפטית שונה.¹⁴

מן ההיבט הפנימי נראה כי לצד הקטגוריות של זיכוי והרשעה יצרה הפסיקה קטגוריה נוספת – זו של הזיכוי מחמת הספק – שלה מאפיינים ייחודיים רבים המבחינים אותה מהותית וטכנית משתי אחיותיה.

מבחינה כרונולוגית נראה כי הולדתו של "הזיכוי מחמת הספק" בפסק דינו של השופט ש"ז חשין בעניין פודמסקי, ששם, בהתייחסו לסוגיה של נטל הבאת הראיה מצד הנאשם, אמר –

"אין עליו [על הנאשם] להוכיח את חפותו מפשע; כל מה שמוטל עליו הוא: לתת הסבר להנחה אשר עלתה מתוך הוכחותיה של הקטגוריה. נתן הסבר המתקבל על הדעת, והשופט מקבל הסבר זה, עליו לזכותו. נתן הסבר המתקבל על הדעת, אך השופט אין בידו להחליט אם יקבל

6 ס' 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982 (להלן: "החסד"פ").

7 ס' 62–63 לחסד"פ.

8 ס' 93 לחסד"פ. חזרה כזו מאישום יש שתביא לזיכוי הנאשם (אם כבר נתן את תשובתו לאישום) שלא "בתום בירור אשמתו" כבס' 182 לחסד"פ, וזאת במסגרת ס' 94(א) סיפא לחסד"פ, ויש שתביא לביטול האישום לפי ס' 94(א) רישא לחסד"פ, אם הנאשם טרם נתן תשובתו, או במסגרת ס' 94(ב) שעניינו ביטול האישום בהסכמת הצדדים.

9 ס' 94 לחסד"פ. על פי סעיף זה התליית ההליכים אפשרית אף לאחר הכרעת הדין ובלבד שהיא "לפני גזר הדין", אלא שסיטואציה כזו אינה מענייננו, שכן היא משליכה על ביצוע העונש בלבד.

10 ס' 236 לחסד"פ.

11 ס' 192א לחסד"פ. צו כזה ניתן בשלב שלאחר ההרשעה ולפני גזר הדין, והוא מבטל את ההרשעה ומחליף אותה. סמכות דומה יש לבית המשפט להורות לתת צו מבחן שבמסגרתו יעבור נידון, משתמש בסמים, טיפול בקהילה. ראו ס' 82 לחסד"פ.

12 ס' 170(ב) לחסד"פ. בירור האשמה כנגד נאשם כזה יעשה או מטעמים מיוחדים שירשמו או לבקשת סנגורו, והוא יכול להוביל לזיכוי או להפסקת הליכים.

13 חוק-יסוד: נשיא המדינה, ס"ח 11(ב).

14 כך, לדוגמה, אין דין ביטול אישום כדין אי-הגשתו מלכתחילה, שכן על פי חלופת הביטול בהסכמת הנאשם והתובע, לא ניתן להגיש את האישום מחדש אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה ומטעמים שיירשמו. ראו ס' 94(ב), (ג) לחסד"פ.

דברי הסבר זה או ידחם – כלומר: אינו מוכן להכריע אם דברים אלה נכונים הם או לא – **עליו לזכותו מפני הספק**" (ההדגשות שלנו – י.ו. ומ.ר.)¹⁵.

פסק דין זה לא היה, כמובן, הראשון שבו הוצג כלל ההכרעה המשפטית המחייב להתיר ספקות לטובת הנאשם.¹⁶ אולם בדברים אלו יש כדי לעצב קטגוריה חדשה של זיכוי מחמת הספק, וזאת משתי בחינות. ראשית, מבחינה סמנטית, תובחן יצירתה של תבנית לשונית נפרדת על דרך הוספת התיבה "מחמת הספק"¹⁷ לדיבור על זיכוי. בסיפא של הדברים, בדונו באותו סוג מקרים שבו אין בידי השופט להכריע בנוגע לנכונות הסברו של הנאשם, אין השופט חשין מורה – "עליו לזכותו", אלא ממשיך ומוסיף "מפני הספק". שנית, עצם תיאורם של שני תרחישים המוליכים לזיכוי יוצק בכל אחד מהם קיום עצמאי משלו ומבחין ביניהם. מעתה אין לך זיכוי סתם, אלא, לפחות,¹⁸ שתי תת-קבוצות של זיכוי שנסיבותיהן וכותרותיהן שונות. היבט נוסף של הדברים שראוי להקדיש לו מחשבה הוא הבחירה בזיכוי כציר הדיון. השופט חשין אמנם דן בשאלה מתי על השופט לחייב את הנאשם בדין¹⁹ – שאלה שדי היה בהכרעה בה כדי להתוות את מסגרתו של הזיכוי בדרך שיוורית.²⁰ אולם הוא אינו מסתפק בכך, אלא דן גם בזיכוי כחטיבה עצמאית, העומדת על רגליה היא. בכך יש כדי לסטות מדרך החשיבה המסורתית של המשפט הפלילי,

¹⁵ עניין פודמסקי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1196.

¹⁶ זכותו של הנאשם ליהנות מהספק נידונה ועוגנה כבר בפסיקה קודמת. ראו, לדוגמה, ע"פ 1/48 סילווסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד א 5 (1949); ע"פ 38/49 קנדיל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב 813 (1949). להתייחסות קודמת בפסיקה המנדטורית ראו Crim. App. 76/40 *Yosef Fares Daoud el Abed v. The Attorney General*, Ann. Supreme Court Judgments (1940, V. II). פסק הדין הראשון בבית המשפט העליון בישראל שבו מוזכר זיכוי מחמת הספק הוא, כנראה, ע"פ 16/49 לוי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב 561, 565 (1949), שם מתייחס השופט חשין להחלטת שופטי הערכאה הדיונית "לזכות את המערער, מחמת הספק, מאשמת רצח".

¹⁷ על מקבילותיה הלשוניות, כאן – "מפני הספק".

¹⁸ הואיל ואין השופט חשין מתייחס לקטגוריה הכוללת של הזיכוי ופולח תת-קבוצות מתוכה, אלא אך מצויר תרחישים מסוימים המובילים אליה, אין בהכרח להסיק כי רשימה זו של תרחישים היא רשימה סגורה המתארת את קבוצת-האם תיאור מלא. ואכן, בהמשך הדברים באותו מקום, מצוין חשין סיטואציות שונות כגון זו שבה נתן הנאשם הסבר שאינו מתקבל על הדעת ואז, לשיטתו, השופט "רשאי – אך אינו מצווה – לחייב את הנאשם בדין".

¹⁹ סוגיה שלה הוא נצרך בהמשך הדברים באותו מקום.

²⁰ על בסיס כלל ההשלמה שלפיו מי שלא הורשע דינו יזוכה. ראו להלן בה"ש 155 והטקסט הצמוד לה. נראה כי זוהי התפיסה המגולמת בדין החרות, הן בס' 182 לחסד"פ, שהובא לעיל, והן בס' 34כב3 (א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"), שלפיו "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר".

כמיועד כל כולו להכריע בשאלה אם הוכחה אשמתו של אדם במידה הדרושה.²¹ פנים אלו קשורים ביניהם באופן הדוק. בניתוקו של הזיכוי מאותו כלל השלמה טכני בעל אופי ראיתי-פרוצדורלי, ובהצגת תרחישים המובילים אליו, יש כדי לצקת בו תכנים נורמטיביים-מהותיים, העשויים שלא לחפוף באופן מלא את גבולות פרישתו של כלל ההשלמה. כך, לצד מקרי "הגרעין" (Core) של הנורמה המשפטית, ייווצרו אותם אזורי "אפלוליות יחסית" (Penumbra) שלה, שבהם מידת התאמתה ותחולתה אינן ברורות,²² והם עשויים להביא לתחמתן של תת-קבוצות נורמטיביות נוספות. במקרה שלנו – תת-קבוצה כזו היא הזיכוי מחמת הספק.

אכן, לאורך הפסיקה הענפה שביססה ועיצבה את הזיכוי מחמת הספק, שורטט זה כעוסק במקרי "אפלוליות יחסית", העומדים בצלה של נורמה גרעינית שיש בה להביא לזיכוי של נאשם – היא ההכרעה הבלתי-מסויגת בדבר חפותו.²³ הזיכוי מחמת הספק מושווה ומובחן מ"זיכוי מלא"²⁴ או מ"זיכוי ברור ומוחלט",²⁵ קרי מאותה "קביעה פוזיטיבית שהנאשם לא ביצע את העבירה",²⁶ שמשמעה "הועמד לדין אדם אשר נקי מכל רבב".²⁷

בניגוד לאותה בהירות ונחרצות, מודגשת חולשתו של הזיכוי מחמת הספק באמירות כגון "החליט השופט לזכות את המערער מפאת הספק בלבד",²⁸ "ולו מחמת הספק"²⁹ או "מחמת הספק ומחמת הספק בלבד".³⁰ אין זה, לכאורה, זיכוי "שהתחייב

21 תפיסה שלפיה תפקיד בית המשפט אינו לחשוף את האמת, אלא אך לדון "בהאשמה המתבררת לפניו". ראו, ע"פ 125/50 **יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד (1) 514, 520 (1952).

22 במונחיו של פרופ' Hart במאמרו: H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 HARV. L. REV. 593 (1958).

23 דרך הולדתה של נורמה זו מוקשת בעינינו, אולם הדים לקו המחשבה שממנו עשויה הייתה לצמוח ניתן למצוא לדוגמה בדברי השופט ברק (כתוארו אז), ולפיהם "מטרתו של ההליך הפלילי היא להביא לזיכוי של החף מפשע ולהרשעתו של האשם [...] מטרת הדיון הפלילי היא לחשוף את האמת" – ע"פ 639/79 **אפללו נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד (3) 561, 575 (1980). תיאור זה יוצר הקבלה בין ההרשעה לזיכוי מבחינת ערכם הדסקריפטיבי, וזאת בניגוד לאמירות בעניין **יעקובוביץ**, לעיל ה"ש 21. לדיון בסוגיה זו יוקדש פרק ה' להלן.

24 להנגדת השניים ראו, לדוגמה, ע"פ 4765/98 **אבו סעדה נ' מדינת ישראל**, תק-על (1) 99, 1380, 1385 (1999), שם קבע בית המשפט כי בנסיבות העניין "ראוי המערער [...] ליהנות מהאפשרות של זיכוי מלא, כנגד זיכוי מן-הספק בלבד".

25 ע"פ 7826/96 **רייש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא (1) 481, 493 (1997).

26 שם.

27 שם.

28 ע"פ 425/99 **בדיר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מג (2) 204, 207 (1989).

29 דנ"פ 3391/95 **בן ארי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא (2) 377, 383 (1997); ע"פ 4729/98 **כלפון נ' מדינת ישראל**, תק-על (4) 98, 709, 710 (1998).

30 השופט סטרשנוב בערכאה קמא בעניין ע"פ 6509/97 **חדד נ' מדינת ישראל**, תק-על (1) 98, 712

על פי הדין,³¹ אלא הוא מוצג כמעין מתת חסד שבית המשפט מחליט לתת לנאשם "ליהנות"³² ממנה.

כאן המקום להתמודד עם טענה אפשרית, המועלית תדיר בפסיקה, ולפיה הזיכוי מחמת הספק אינו מהווה תוצאה משפטית נפרדת, אלא אך חלק מההנמקה, בחינת הטעמים שהביאו לזיכוי.³³

על בסיסה של עמדה זו, הדוחה את אפיונו של הזיכוי מחמת הספק כקטגוריה תוצאתית נפרדת, שב קבע בית המשפט בכמה פרשות, כי אין לנאשם זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק.³⁴ זאת, על יסוד ההלכה המורשת, ולפיה נימוקי פסק דין, בניגוד לתוצאתו האופרטיבית, אינם ניתנים לערעור.³⁵

לשיטתנו, תפיסה זו של הזיכוי מחמת הספק כהנמקה גרידא, התואמת גם, לכאורה, את אותה לשון של "מחמת" או "מפני", המרמזת על קשר סיבתי, אינה מתיישבת עם האופן שבו גודרה ותוחמה קטגוריה זו בפסיקה. ראשית, ברמה הצורנית-טקסטואלית, אין הדין בסיווגו של הזיכוי כ"מחמת

(1998).

³¹ עניין **בדיר**, לעיל ה"ש 28.

³² ניסוח זה חוזר בפסיקה. ראו, לדוגמה, ע"פ 2439/93 **זריאן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(5) 265, 290 (1994).

³³ כך למשל קבע השופט זמיר באחת הפרשות בדחותו טענה של מערער כי זיכוי מחמת הספק הנו תוצאה משפטית השונה מזיכוי מוחלט: "זיכוי הוא זיכוי ואין דרגות לזיכוי. נאשם שזוכה מוחזק חף מעבירה תהיה ההנמקה לזיכוי, או הסיבה לזיכוי אשר תהיה" – ער"מ 1518/99 **שוהם נ' עיריית תל אביב יפו**, תק-על(2) 99, 935, 936 (1999). ובדומה קבע נהרצות המשנה לנשיא (כתוארו אז) ש' לוי כי הזיכוי מחמת הספק נכלל בגדר אותם נימוקי פסק הדין בעניין פלילי אשר: "חסרים הם כל תוצאה משפטית אופרטיבית לגבי הנאשם או פסק-הדין; לענייננו אין כל הבדל משפטי בין זיכוי לזיכוי שיש בו כדי לקפח את הנאשם. משמעותו של זיכוי מחמת הספק זהה למשמעותו של זיכוי מוחלט, כשהתוצאה המשפטית היא שאין לזקוף לחובתו של הנאשם את ביצוע העבירה שממנה הוא זוכה" – עניין **גלעד**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1072.

³⁴ עניין **גלעד**, לעיל ה"ש 3, וכן ראו, רע"פ 89/89 **אשר נ' מדינת ישראל**, תק-על(3) 89, 1601 (1989). כך דחה בג"ץ עתירה של אישה להורות על זיכוייה המוחלט מתקיפה, ולשנות בכך את זיכוייה מחמת הספק: בג"ץ 6541/07 **שוורץ נ' בית משפט השלום בטבריה** (טרם פורסם, 2.8.2007). בדומה, ראו גם את הפסיקה שלפיה לא ניתן לקיים משפט חוזר מקום שהנאשם זוכה מחמת הספק – מ"ח 7420/03 **דגן נ' מדינת ישראל**, תק-על(3) 03, 1070 (2003).

³⁵ עניין **שוורץ**, שם; ע"פ 43/77 **ברו נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 11.4.1977), שם צוין: "מי שזוכה בדינו במשפט פלילי אינו יכול לערער נגד מימצאים של הערכאה ששמעה את המשפט ולבקש להמירם באחרים, להוסיף עליהם או לגרוע מהם. הזיכוי בדין מסיים מבחינת הנאשם את ההליכים המשפטיים [...] מי שיצא זכאי בדינו – אינו יכול לערער נגד מימצאים של הערכאה שזיכתה אותו". לקוח מתוך ע"פ (מחוזי ת"א) 1974/93 **סופיוב נ' מדינת ישראל**, תק-מח(3) 96, 3548, 3555 (1996). הלכה זו, המשותפת למשפט האזרחי, נקבעה עוד בפסיקה המנדטורית. ראו ע"א 140/56 **מוגריבי נ' ורדימון**, פ"ד יא 1242 (1957), והמקורות המובאים שם.

הספק" תחום לחלק האנליטי של פסק הדין שבו פורש בית המשפט את שיקול דעתו בדרך למסקנותיו, אלא הוא מופיע בעקביות בסיומם של הדברים, קרי ב"שורתו התחתונה" של פסק הדין.³⁶ הוא מוכנס תחת כנפי כותרות משנה מפורשות כ"התוצאה"³⁷ או "התוצאה האופרטיבית".³⁸ הנאשם, התביעה ובית המשפט נותנים לו משמעות מיוחדת.³⁹

פרט לכך, ובניגוד לרטוריקה הפסיקתית, להבחנה בין זיכוי "מלא" לזיכוי "מחמת הספק" יש תוצאות ממשיות מבחינת זכויות המתדיין, המביאות לשינוי מצבו ומעמדו המשפטי.

כך נקבע לפי סעיף 80 לחוק העונשין, כי יש להבחין בין מי שזוכה אך מחמת הספק לבין מי שזוכה פוזיטיבית, לעניין החזר הוצאות הגנתו מאוצר המדינה.⁴⁰ עוד נקבע, כי עובדת היותו של זיכוי מחמת הספק, להבדיל מזיכוי מוחלט, מהווה אף שיקול ראוי, בעל משקל בלתי מבוטל, לשלילת זכותו של הנאשם לשיפוי בגין תקופת המעצר שריצה.⁴¹ בכמה פסקי דין, אשר עוסקים בנסיבות המצדיקות פיצוי או שיפוי כאמור, מתייחס בית המשפט העליון מפורשות ל"זיכוי מחמת הספק" כקטגוריה שונה ונפרדת מזו של הזיכוי המוחלט ורואה בתוספת של "מחמת הספק"

³⁶ ראו, לדוגמה, אופן הניסוח בע"פ 6052/97 **בנימינוב נ' מדינת ישראל**, תק-על 251 (2) 98, 252 (1998). לאחר שהסביר בית המשפט את הסיבות שהביאו אותו להחליט כאשר החליט, הוא מסכם בשורה האחרונה לפסק הדין: "הערעור מתקבל. פסק דינו של בית המשפט המחוזי מתבטל והמערער מזוכה מן האישום שבו הורשע מחמת הספק".

³⁷ ע"פ 4336/96 **מדינת ישראל נ' דיניץ**, פ"ד נא(5) 97, 129 (1997).

³⁸ ע"פ 6790/97 **דוידוב נ' מדינת ישראל**, תק-על 617 (1) 99, 630 (1999).

³⁹ ראו, לדוגמה, עניין **אבו סעדה**, לעיל ה"ש 24. בית המשפט החליט לדחות את בקשת התביעה לזכות את הנאשם מחמת הספק וביכר זיכוי מלא.

⁴⁰ ס' 80(א) לחוק העונשין קובע כי "משפט שנפתח שלא דרך קובלנה וראה בית המשפט שלא היה יסוד להאשמה, או שראה נסיבות אחרות המצדיקות זאת, רשאי הוא לצוות כי אוצר המדינה ישלם לנאשם הוצאות הגנתו ופיצוי על מעצרו או מאסרו בשל האשמה ממנה זוכה". ראו, לדוגמה, עניין **רייש**, לעיל ה"ש 25. וראו דברי השופט ריבלין בעניין **חמדאן** ולפיהם אף שאין לעניין סעיף 80, מקום "ליצור דיכוטומיה חדה בין 'זיכוי מוחלט' לבין 'זיכוי מחמת הספק' [...] אין ספק כי האופן בו בא ההליך לסיומו, והסיבות לזיכוי של הנאשם, עשויות להיות בעלות נפקות לצורך קביעת 'מוצדקות' השיפוי והפיצוי" – ע"פ 302/02 **חמדאן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(2) 558, 550 (2003).

⁴¹ בע"פ 4466/98 **דבש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3), 73, 131 (2002), ציינה השופטת דורנר כי "אמת-המידה הראויה לתשלום של הוצאות-משפט ופיצויים לנאשמים שזוכו בדין היא סוג הזיכוי – אם מן הספק הוא, או מוחלט". ראו גם ע"פ 7115/04 **בן ברוך נ' מדינת ישראל**, תק-על 07 (2) 899 (2007); ע"פ 12003/05 **חמודה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 18.9.2008). וכן, ע"פ 5923/07 **שתיאווי נ' מדינת ישראל**, בס' 25 לפסק-הדין (טרם פורסם, 6.4.2009). שם קבעה במפורש השופטת ארבל, כי כאשר המדובר בזיכוי מחמת הספק "יש כדי להמעיט מפוטנציאל זכאותו של המערער לפיצוי".

כנסבה על "סוג הזיכוי"⁴², על "טיב הזיכוי"⁴³, על אופיו⁴⁴ או על הגדרתו.⁴⁵ בדומה, אמת מידה המבוססת על סוג הזיכוי מקובלת אף בהסדרים המנהליים להחזר הוצאות משפט לעובדי מדינה שעמדו לדין בשל מעשה שעשו בעת מילוי תפקידם. כך, על פי חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, שאומצה על ידי בית המשפט העליון, נקבע שהסכום שבו תישא קופת הציבור ייקבע, בין השאר, על פי סוג הזיכוי. במקרה של זיכוי מחמת ספק יהיה שיעור ההשתתפות נמוך במידה משמעותית משיעורו במקרה של זיכוי מוחלט, המבוסס על קביעה כי נבחר הציבור לא ביצע את העברות שיוחסו לו.⁴⁶ בפרשה אחרת קבע בית המשפט העליון כי לעניין שיקול דעתו של שר הפנים בבקשות לקבלת מעמד של תושב קבע לזר בישראל, שם נבחנות, בין היתר, מסוכנותו של המבקש לציבור ועברו הפלילי, "לא הרי זיכוי מוחלט המנקה את הנאשם מכל אשמה כהרי זיכוי מחמת הספק".⁴⁷ כך גם אין בזיכוי מחמת הספק כדי למנוע העמדה לדין משמעתי כנגד הנאשם באותו עניין.⁴⁸ לא זו בלבד, זיכוי מסוג זה, אף עלול למנוע מהנאשם להתמנות למשרה בשירות הציבורי.⁴⁹

⁴² עניין **דבש**, שם, בעמ' 110. עניין **חמורה**, שם, פס' 21 לפסק דינו של השופט לוי.
⁴³ השופטת ביניש בע"פ 700/00 **טוויל נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 460, 450 (2002); השופטת ארבל בעניין **שתיאווי**, לעיל ה"ש 40, ס' 25 לפסק-הדין.

⁴⁴ עניין **טוויל**, שם. עניין **שתיאווי**, שם. וראו גם, ע"פ 5205/04 **גואטה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 3.7.2007), שם, פס' 11, מביעה במפורש השופטת ארבל את דעתה, כי המדובר "באופי זיכוי של הנאשם [ש]הינו **תוצאת ההליך**", וקובעת כי לעניין הכרעה לפי סעיף 80 "אין ספק כי **לתוצאת ההליך** נודעת חשיבות לצורך קבלת ההחלטה האם ראוי לפצות הנאשם" (ההדגשות שלנו – י.ו. ומ.ר.).

⁴⁵ ע"פ 4492/01 **עשור נ' מדינת ישראל**, דינים-עליון סד 333, פס' 7 לפסק דינו של השופט מצא (2003).

⁴⁶ בג"ץ 320/96 **גרמן נ' מועצת עיריית הרצליה**, תק-על 98(2) 924 (1998).
⁴⁷ עע"מ 9993/03 **חמדאן נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(4) 134 (2005). לדעתנו, יש מקום לבקר את עצם ההלכה העומדת ביסוד פסק הדין והמאפשרת לרשות מנהלית לייחס עבר פלילי למי שזוכה בדינו.

⁴⁸ ראו דבריו של השופט ש"ז חשין בבג"ץ 13/57 **צמוקין נ' בית-הדין המשמעתי לעובדי מדינה**, פ"ד יא(1) 856, 861–862 (1957): "במשפט פלילי עשוי הנאשם לצאת זכאי בדינו משום שאחד העדים הראשיים שינה את טעמו [...] או לא הופיע ביום המשפט, או סתר עצמו בפרטים חשובים. כלום ייאמר שבשל כך בלבד חייבים השלטונות להשיב את הנאשם על כנו – כשהוא פקיד ממשלתי – וחשד של שחיתות רובץ עליו כמשא כבד, והציבור הרחב, וביחוד אותו חלק של הציבור הנושא ונותן עמו יום יום ושעה שעה, אינו רוחש לו כל אמון? תשובתי על כך היא: לא ולא. הזיכוי במשפט פלילי אינו משמש בשום פנים, לדעת, מחסום לדין משמעתי, אם מבחינת 'סיכון-כפול', [...] ואם מבחינת העקרון של 'מעשה בית-דין'".

⁴⁹ וראו דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, מני מזוז, שלפיה גם אם חיים רמון היה מזוכה מחמת הספק לא יכול היה לחזור ולכהן כשר המשפטים – יובל יועז "שיני הבינה של מזוז" **הארץ online** **חדשות** 19.1.2007, ניתן לצפייה: www.haaretz.co.il/hasite/pages/arch/ArchSearchResults.

בפן המהותי, על דרך ההבחנה המפורשת שכאמור יוצרת הפסיקה בין זיכוי מחמת הספק ובין הקביעה הפוזיטיבית כי הנאשם "נקי מכל רבב", יוצא הנאשם את שערי בית המשפט וצל כבד של חשד תלוי מעליו.⁵⁰ אין זה "זיכוי מטהר".⁵¹ המסר לציבור הוא שאפשר שהמזוכה נופל בגדר אותם עבריינים שיצאו זכאים בדינם.⁵² בעיני הציבור, אדם שזוכה מחמת הספק, עדיין חשוד בביצוע העברה, אף כי ניצל מהרשעה, אולי בשל סיבה טכנית. אין ספק אפוא כי אין מדובר בהנמקה בלבד, אלא בתוצאה מהותית של פסק הדין אשר יש בה כדי לפגוע בזוכה פגיעה של ממש.⁵³ גם מבחינה לוגית מוקשה השימוש בלשון הסיבתית ככותרתה של תת-קטגוריה זו של זיכוי. הספק האמור, תהא מהותו אשר תהא,⁵⁴ אינו סיבת הזיכוי, אלא נסיבה גרידא.⁵⁵ על נסיבה זו מופעל כלל הכרעה – נורמה משפטית מתווכת, היוצרת את הקשר הסיבתי שבין המסקנה העובדתית בדבר קיומו של הספק, ובין התוצאה האופרטיבית הנגזרת מאותה מסקנה. תוצאה אופרטיבית זו אין לכנות בשם "זיכוי", שהרי הפסיקה, כאמור, מייחדת את הכותרת "זיכוי" סתם לזיכוי מלא ומוחלט, והוא המקרה המנוגד דווקא, שאינו סובל את נסיבת הספק.⁵⁶ כך או כך, גם אם נקבל את העמדה שלפיה הזיכוי מחמת הספק מהווה הנמקה גרידא, עדיין נותרת בעינה שאלת טיבו ומהותו של ספק זה, כמו גם תימוכיו

http://www.jhtml?_DARGS=%2Farch%2Fobjects%2Ffunctions%2FSearchInArchion.jhtml (נבדק לאחרונה ב-13.11.2008).

⁵⁰ ראו, לדוגמה, עניין **בנימינוב**, לעיל ה"ש 36, שם מבחיר בית המשפט מפורשות כי אף שהאשמה לא הוכחה במידה הנדרשת בפלילים, "רובץ על המערער חשד כבד", ולפיכך הוא מזוכה "מחמת הספק".

⁵¹ עניין **דבש**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 98. בית המשפט מבחין באותו עניין בין זיכוי מטהר ובין "זיכוי מהספק", "זיכוי טכני" או "זיכוי בשל נסיבות שאין לתביעה שליטה עליהן".

⁵² ראו במפורש בע"פ 347/88 **דמיאניוק נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(4) 221, 644 (1993).

⁵³ יפים לעניין זה דברי שופט בית המשפט המחוזי בת"א, יהושע גרוס, על השלכותיו של הזיכוי מחמת הספק על המתדיין. לדבריו: "[...] [אם הנאשם] זוכה מחמת הספק בלבד, כי אז יש בכך משום פגיעה של ממש בכבודו. כנגון דא אי אפשר לעצום עין בפני הלך הרוחות בקרב הציבור ולהתעלם מכך שמי שזוכה בשל ספק, נחשד בעיני הבריות כמי שביצע את העבירה, אך עלה בידו להתחמק מהרשעה בדין בדרכי עורמה או התחכמות, או תוך ניצול בעיות טכניות וקשיי הוכחה מצד התביעה. אדם שכזה ודאי שלא יחשב לטלית שכולה תכלת ששמו טוהר לחלוטין, אלא בדרך כלל ייראה כמי שבפועל אכן ביצע את העבירה שיוחסה לו, אם כי הצליח להתחמק מהרשעה בדין" – עניין **סופיוב**, לעיל ה"ש 35, בפס' 5 לפסק דינו של השופט יהושע גרוס. נושא לו יקדש עיקר חיבורנו.

⁵⁴ כך, לדוגמה, בע"פ 993/93 **אבוטבול נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 485, 497 (1993), מציין השופט בן שבאותה פרשה בה הוצגה ראיה פסולה בגין עברו הפלילי של נאשם **בגין ראיה פסולה זו** [...] בוטלה הרשעתו, והוא זוכה מחמת הספק" (ההדגשה שלנו – י.ו. ומ.ר.).

⁵⁶ נראה לנו כי הלכה למעשה מדובר בנסיבות של "ספק", המובילות, מסיבות הכרתיות-ומושגיות, ל"ספק זיכוי".

הנורמטיביים והצדקותיו, סוגיות שאליהן נפנה עתה.

2. זיכוי מחמת הספק: בין זיכוי מחמת הספק הסביר לזיכוי בשל ספקות אחרים

2.1 זיכוי מחמת הספק הסביר

מבחינה אינטואיטיבית, קיימת לכאורה זיקה ברורה, לשונית ומושגית, בין רף ההוכחה הפלילי, התובע כי "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר",⁵⁷ ובין הזיכוי מחמת הספק. שני אלה גם יחד, נראים כנסבים על אותה מידה של ספק סביר באשמת הנאשם, התוחם ומשרטט את קו הגבול שבין הרשעה לזיכוי, ומהווה את "קו ההגנה, לפעמים – האחרון, בפני הרשעה של אדם חף מפשע".⁵⁸

להקבלה זו שבין הספק הסביר ובין הזיכוי מחמת הספק, ניתן למצוא כמה ביטויים בפסיקה. כך מנמק השופט אור את מסקנתו בדבר זיכוי של נאשם מחמת הספק על דרך בחינת "אותו ספק סביר, אשר די בו להביא לזיכוי";⁵⁹ בית המשפט המחוזי בחיפה קובע באחת הפרשות כי יש "לזכות [את] הנאשם, אמנם מחמת הספק הסביר בלבד";⁶⁰ ובמקום אחר מובאים דברי בית המשפט שלפיהם איננו מצליח "להשתחרר מן הספק (הסביר) באשמתו" של הנאשם.⁶¹ בדומה, מקביל לינדנשטראוס בספרו על הספק הסביר בין השניים, כשהוא דן במהותו של הזיכוי מחמת הספק תחת הכותרת "זיכוי 'מחמת הספק הסביר'".⁶²

יתר על כן, בפסיקה קיימים עיגונים רבים למסקנה הנגזרת מהקבלה זו, ולפיה זיכוי מחמת הספק ניצב על ספו ובשוליו של רף ההוכחה הפלילי, בבחינת זיכוי מהוסס, מאולץ, שאינו מתחייב מהדין.⁶³

⁵⁷ ס' 34 כב (א) לחוק העונשין. הסעיף שהוסף בתיקון 39 לחוק העונשין, אינו אלא דקלרטיבי, ביטוי ל"מושכלות יסוד במשפט הפלילי, המושרשים היטב בפסיקת ארצנו". הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב–1992, ה"ח 115. לפירוט אודות אמת המידה הדרושה להוכחה של "מעבר לספק סביר", ראו, יניב ואקי "סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש" הפרקליט מט 463 (2007).

⁵⁸ לינדנשטראוס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 10.

⁵⁹ ע"פ 6251/94 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45, 94 (1995).

⁶⁰ ת"פ (מחוזי חי') 195/99 מדינת ישראל נ' מרדכיב, דינים-מחוזי לב(6) 271, פסק דינו של השופט ג'ובראן (2000).

⁶¹ ע"פ 394/78 מדינת ישראל נ' חזי, פ"ד לד(2) 85, 88 (1979).

⁶² לינדנשטראוס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 264–265.

⁶³ ברמה המושגית ביטוי זה אינו מדויק, שהרי הן רף ההוכחה הפלילי, והן כלל ההכרעה הקובע את התוצאה המשפטית המתחייבת במקרה של ספק, הנם חלק מהדין, ואינם בשל כך עניין

כך, בהתייחסו ללבטיו מבהיר השופט ג'ובראן –

”אודה ולא אבוש כי קשתה עלי מלאכת ההכרעה במקרה הנדון, ואם עומד אני להכריע כפי שאכריע אין זאת אלא משום שהכרעה נוגדת היתה מקשה עלי הרבה מעבר לקושי שאני חש בהכריעי כפי שאני מכריע [...] אילו בהליך אזרחי היינו עוסקים, היה מקום לדחות את הערעור ללא היסוס, אך המערער הצליח לכרסם במידת מה במשקל הראיות שהביאה המדינה לחובתו [...] ובנסיבות אלה, אין מנוס, לדעתי, מזיכויו מחמת הספק”⁶⁴.

במקרים אחרים הדגיש בית המשפט כי זיכה את הנאשם מחמת הספק, אף שמדובר היה ב”מקרה גבול”⁶⁵ או שהיה רחוק ”מלהשתכנע מטענת חפותו”⁶⁶. לעתים קרובות בית המשפט אף מציין במפורש כי הזיכוי הוא ”מחמת הספק הסביר”⁶⁷. בהתייחסו באופן כללי לסוגיה זו באחת הפרשות כותב הנשיא ברק –

”יש פעמים שבהן עצם ההתלבטות בשאלת קיומו של ספק סביר, עולה כדי ספק סביר בעצמה ומביאה לזיכויו של הנאשם מחמת הספק”⁶⁸.

שבשיקול דעת, או ”מתת חסד” של השופט. מדויק יותר לומר כי זיכוי כזה אינו מתחייב מהעובדות.

⁶⁴ ע”פ 10049/03 פלוני נ’ מדינת ישראל, פ”ד נט(1) 385, 405 (2004). ובאותה פרשה מדגיש השופט לוי, לעניין הכרעתו בדבר זיכויו של המערער מחמת הספק כי: ”עם זאת, וכדי להסיר ספק מלב, אני טורח להבהיר, כי אין כוונת הדברים לומר שהמתלוננת בדתה את המעשים המפליילים מלבה, אלא רק זאת שעל פי הכללים הנקוטים בידינו דיני העונשין, לא הוכחה אשמתו של המערער במידה הנדרשת. לסיכום, ואם דעתי תישמע, הייתי מקבל את הערעור ומזכה את המערער מחמת הספק” – שם, בעמ’ 396.

⁶⁵ ע”פ 1787/98 פרידה נ’ מדינת ישראל, דינים-עליון נד 667 (1998).

⁶⁶ ע”פ 7480/01 חסון נ’ מדינת ישראל, דינים-עליון סג 291 (2002).

⁶⁷ כך נקבע למשל בע”פ (מחוזי חי’) 2080/07 אמיר נ’ מדינת ישראל, תק-מח 07(3) 2016, 2022 (2007): ”התוצאה המוצעת: [...] יש בדעתי להציע לחברי, כי נקבע, שנותר ספק סביר לגבי זיהויו של המערער, כמי שחבל בשמשת הרכב ובמקל. ולכן, יש לזכות את המערער מן העבירה המיוחסת לו בכתב האישום, מחמת הספק הסביר”. ראו גם, החלטת בית הדין הצבאי לערעורים בעניין זאהר: ”נותר בלבנו ספק [...] ספק זה, סביר הוא. הוא מדריכנו לקבל את מסקנת שופטי הרוב בדבר זיכויו של המשיב, מחמת הספק” – ע/117/05 התובע הצבאי הראשי נ’ זאהר, דינים-צבאי ב 808 (2006). וכן, ת”פ (שלום חי’) 3509/00 מדינת ישראל נ’ בנבנישתי, תק-של 05(3) 11893 (2005); ת”פ (שלום אשקלון) 3147/03 ברדה נ’ מדינת ישראל, תק-של 04(3) 2489 (2004).

⁶⁸ דנ”פ 4342/97 מדינת ישראל נ’ אל עביד, פ”ד נא(1) 859, 736 (1998).

אלא שאמירה אחרונה זו מפי הנשיא ברק, יותר משהיא מחזקת את אותה אינטואיציה ופסיקה, שעניינן הקרבה והקשר בין הזיכוי מחמת הספק ובין רף ההוכחה הפלילי, תולה מעליהן, כך נראה, סימן שאלה גדול. שהרי אם אכן אין מדובר במקרה הכללי, אלא אך "יש פעמים" שבהן סוגיות אלו חופפות באופן שהאחת – מידת עצמתן של הראיות וסיפוק הדרישה להוכחה "מעבר לספק סביר" – מנביעה את השנייה – בהקימה את אותו ספק שבבסיסו של הזיכוי מחמת הספק, מאליה מתעוררת השאלה מהו עניינו של הספק המתעורר במקרים האחרים.

2.2 זיכוי בשל ספקות אחרים

ואכן, אל מול אותן דוגמאות המאששות את היפותזת הקשר בין שתי הסוגיות, ניצבות דוגמאות אחרות העומדות, כך נראה, בניגוד ובסתירה לפרשנות זאת. עניינן של דוגמאות רבות אלו מנותק במובהק מהתלבטות בשאלת קיומו של הספק הסביר, או בשאלת התוצאה המשפטית המתחייבת באותן פרשות מהעובדות ומהדין. יהא אשר יהא הספק הכרוך בהן, אין הוא חופף את אותה מידה מינימלית של ערעור או כרסום במסקנה המרשיעה, המטה את המאזניים לטובת הנאשם, ומחייבת את זיכוי. כך, לדוגמה, כתבה השופטת דורנר בדיון הנוסף בעניינו של אל עביד –

"בנסיבות אלה אין בלבי כל היסוס שאשמתו של העותר לא הוכחה
 נדרש במשפט הפלילי: המקרה שלפנינו אינו גבולי והספק הסביר
 הוא ברור [...] יש לזכות את העותר מחמת הספק"⁶⁹ (ההדגשה שלנו
 – י.ו. ומ.ר.).

ובאופן כללי קובע השופט חשין, כי –

⁶⁹ עניין אל עביד, שם, בעמ' 854. השופט טירקל במקום אחר כותב כי: "כנגד הסברה המרשיעה עומדים הממצאים המזכים. ראוי שנקבע כי אין בידינו לקבוע מי נהג ברכב בזמן התאונה. ספק גדול אם היה זה המשיב [...] אילו נשמעה דעתי היינו דוחים את ערעורה של המדינה ומזכים את המשיב מחמת הספק" – ע"פ 5302/03 מדינת ישראל נ' יצחק, פ"ד נט(1) 71 (2004) (להלן: עניין יצחק). דעתו של טירקל באותו עניין הייתה דעת מיעוט. ובדומה, מנמק שופט בית המשפט המחוזי בירושלים את החלטתו לזכות את הנאשם מחמת הספק במקרה שלפניו באומרו: "בדיקת נסיבותיו של כל אישום הראו שקיים הסבר סביר לכל מקרה ומקרה. לאור בחינתן של ראיות המאשימה, בהעדר ראיה של ממש, הקושרת את הנאשם לאחד מהמקרים המפורטים בכתב האישום, מצד אחד, ובקיומו של הסבר מטעם הנאשם, חרף התמיהות בהתנהגותו, מצד שני, אין לומר כי ניתן להגיע למסקנה [...] שיש בה כדי להרשיע את הנאשם [...] בכל מסכת הראיות, רחבת ההיקף, אין די כדי להוכיח את התיזה שמאחורי כתב האישום, ברמה הדרושה בהליך פלילי" – ת"פ (מחוזי י-ם) 1074/01 מדינת ישראל נ' בן עמי, דינים-מחוזי לד(4) 778, פס' 25 לפסק הדין (2004).

"במערכת עובדות של תיק"ו [...] יש לזכות את המערער מן הספק".⁷⁰

פסיקה זו, הקובעת תוצאה של זיכוי מחמת הספק בסיטואציות הנראות רחוקות מאלו של רף ההוכחה הפלילי, ומתקרבות, או אף נושקות ממש, לרף ההוכחה האזרחי,⁷¹ מעוררת מצדה כמה תמיהות. ראשית – אין היא תואמת את אותה אינטואיציה ופסיקה אחרת, המאפיינות את הזיכוי מחמת הספק כמצוי על גבולה וספה של ההרשעה הפלילית. שנית, ומאותה סיבה – גם אין זה ברור מהו הספק העומד ביסודן של הכרעות אלו, שעניינן מקרה ש"אינו גבולי" או מסכת ראיות "שאין בה די" כדי להוכיח את האישום כנדרש על פי הדין.

ג. האמת במשפט – מטרת ההליך ובירור האמת

1. מטרת ההליך כבירור האמת

בפסיקה ובספרות הובעה לא אחת העמדה, שלפיה מטרתו של ההליך הפלילי הנה בירור וחשיפת האמת. בהתאם לגישה זו, תפקידו של ההליך השיפוטי הוא להביא לחשיפת האמת העובדתית, ועל ההכרעה הפלילית לשקף את ההתרחשות העובדתית. כך נאמר בפסיקה כי תפקידו של השופט הוא "לעשות כדי שהאמת תצא לאור העולם",⁷² כי "האינטרס – המשותף לנאשם ולחברה – [הוא] בקיומו של הליך הוגן, ובגילוי האמת"⁷³ וכי "היעד המרכזי של ההליך המשפטי (וההליך הפלילי במודגש) הוא [...] לחשוף את האמת העובדתית".⁷⁴ עמדה מקובלת היא כי "האינטרס, העומד ביסוד ההליך הפלילי כולו, [...] הוא גילוי האמת",⁷⁵ כי "תכלית ההליך הפלילי להגיע לחקר האמת",⁷⁶ וכי "ההליך הפלילי – לעולם הוא מכשיר שמטרתו לסייע לבית המשפט לחשוף את האמת".⁷⁷

⁷⁰ ע"פ 3059/03 גלובוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 654, 672 (2003). ובדומה כותב השופט אשר כי: "יש וביית-משפט אינו מוכן להסיק מסקנה חד משמעית, לכאן או לכאן, מהנסיבות שהוכחו בפניו ואז עליו לזכות את הנאשם מחמת הספק" – ע"פ 528/76 צלניק נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(3) 707, 701 (1977).

⁷¹ עניין גרמן, לעיל ה"ש 46, בעמ' 931. בהתייחסה להבחנה שבין זיכוי מוחלט לזיכוי מחמת הספק הדגישה השופטת דורנר כי "נאשם עשוי לצאת זכאי בדין גם אם נמצא כי מאזן ההסתברויות נוטה לגרסה המרשיעה".

⁷² ע"פ 153/60 שפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו(1) 263, 271 (1961).

⁷³ רע"פ 3904/96 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 385, 395 (1997).

⁷⁴ ב"ש 230/86 עצמון נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 356, 353 (1986).

⁷⁵ ב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729, 733 (1984).

⁷⁶ ע"פ 2112/03 ברזילי נ' מדינת ישראל, דינים-עליון סה 30, פס' 4 לפסק הדין (2003).

⁷⁷ ב"ש (מחוזי ת"א) 90132/03 ירון ישעיהו בע"מ נ' מדינת ישראל, דינים-מחוזי לג(8) 232, פס' 232.

אולם האם עמדה זו באשר לתכליתו של המשפט הפלילי ומטרותיו משקפת נכונה את המציאות הפוזיטיבית המשפטית? או ליתר דיוק, ובמילים אחרות, האם המשפט הפלילי הנוהג הוא אכן זירה מתאימה ומכוונת להתחקות אחר האמת העובדתית ולבירורה?

ראשית, יודגש כי חשיפת האמת כמטרה, לא זו בלבד שמשתקללת ומתאזנת עם מטרות ועקרונות אחרים בהליך הפלילי, אלא היא נסוגה מהם אפירורית בקשת רחבה של מקרים. כך במקום שבו עצם האישום הפלילי או היקפן של הסוגיות והראיות המתבררות במסגרתו מוכרעים בשל הצורך בהגנה על העד,⁷⁸ על הנאשם,⁷⁹ על התביעה⁸⁰ או על צדדים אחרים,⁸¹ וכך, וביתר שאת, מעצם הבחירה בכלל הכרעה שבמסגרתו מצומצמות טעויות מסוג אחד – הרשעת חפים מפשע, על דרך נכונות להגדיל את הסיכוי לטעות מהסוג השני – אי-הרשעת החייבים בדינם.

שנית, ברורות מגבלותיו של הליך מצומצם ותחום בזמן ומשאבים אחרים, לרדת לעומקן של סוגיות עובדתיות מורכבות. בנוסף, נראה כי יש בהקשר זה מקום לעמוד

ג' לפסק דינה של השופטת ברלינר (2003). בהתייחסו לסוגיה זו באחת הפרשות תיאר השופט ברק (כתוארו אז) את תפיסת היסוד בדבר מהות ההליך הפלילי במילים הבאות: "ההליך הפלילי הוא מסגרת דינים, הבאים להגשים את המשפט הפלילי, דהיינו, לקבוע חפות או אשמה. לשם כך על ההליך הפלילי לחשוף את האמת, וזו מטרתו העיקרית [...] צורכי החברה, אלה צרכיה האמיתיים להרשעת האשמים ולזיכוי החפים מפשע [...] [על הדיון הפלילי להיות] מערכת מאוזנת ומבוקרת, שנועדה לחשוף את האמת" – ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 505, 516 (1981). ובמקום אחר: "האמת – אותה שואף ההליך השיפוטי לחשוף – היא המציאות כמות שהיא" – אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11 (1996). דברים ברוח זו כותב גם פרופ' מרדכי קרמניצר. לדבריו: "היכולת להרשיע את האשם ולזכות את החף מותנית ביכולת לחשוף את האמת: אמת במשמעות של אמת עובדתית או אמת מטריאלית [...] שלשם גילוייה יש לשחזר את העבר כדי לגלות למשל, אם פלוני (הנאשם) דקר בסכין בזמן ובמקום מסוימים את אלמוני בבטנו – כפי שנטען באישום – אם לאו [...] שמטרתו הראשונה והעיקרית של ההליך הפלילי היא בירור האמת וקביעתה כשלב ראשון והכרחי לפני החלת הדין על האמת כפי שנקבעה. המבחן הקובע של כל כלי או שיטה דיוניים הוא, לכן, מידת התאמתם למטרה של גילוי האמת והחלת החוק עליה" – מרדכי קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" משפטים יז 475, 478 (1987).

⁷⁸ דוגמת המגבלות הפרוצדורליות החלות על העדת ילדים בעברות שונות במסגרת החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955.

⁷⁹ לדוגמה בנסיבות של נאשם שאינו מסוגל לעמוד לדין מחמת מחלתו הנפשית במסגרת ס' 170 לחסד"פ או הפסקת כל הליך פלילי עם מות הנאשם מכוח ס' 236 לחסד"פ.

⁸⁰ עצם הגשת כתב האישום מותנית, בין היתר, בקיומו של עניין לציבור – ראו ס' 62 לחסד"פ.

⁸¹ בעניין זה מזכיר השופט אלון את ההלכה שלפיה בית המשפט עשוי שלא להיזקק לבדיקת רקמות לצורך בירור סוגיית אבהות מקום שהמסקנה העובדתית עשויה לפגוע בקטין כגון על ידי סיווגו כממזר – ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה (1) 736, 748 (1980). ראו לעניין זה גם, ע"א 1354/92 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד מח (1) 711 (1994) (להלן: עניין פלונית).

על האפשרות העומדת בפני התביעה וההגנה, על פי הדיון, להגיע להסכמה על שאלות שבעובדה,⁸² כמו גם על ההלכה לפיה אין זה מחובת התביעה להביא בפני בית המשפט את "הראיה המקסימלית", ודי לה כי תביא "ראיה מספקת".⁸³ אלא מצטרפת העמדה הספקנית שהובעה בספרות ובפסיקה באשר להתאמת השיטה האדברסרית למטרה של גילוי האמת.⁸⁴ על פי טענה זו, בשיטה משפטית שבה השופט ממלא תפקיד פסיבי בעיקרו והוא כבול למסגרת הראיות שהביאו הצדדים, אין אפשרות מעשית לברר את האמת לאשורה בהיעדר יכולת להבטיח את הבאת כל הנתונים הרלוונטיים בפני בית המשפט. זאת ועוד – תאוריית "היד הנעלמה", העומדת, כך נראה, בבסיס השיטה האדברסרית, ולפיה חתירתם של שני צדדים יריבים להציג כל אחד את גרסתו מקדמת את חשיפת האמת, אינה נקייה מביקורת. כך, בין שנקבל את הטענה הספקנית יותר, ולפיה לצדדים, או למצער לנאשם, עשוי לקום אינטרס של ממש בערפול האמת והסתרתה,⁸⁵ ובין שנקבל את זו הספקנית פחות ולפיה העניין שיש לצדדים בתוצאה מסוימת של ההליך עשוי להביא לכך, ומביא בפועל, שראיה חיונית אינה מגיעה כלל לידיעת בית המשפט.⁸⁶

2. מטרת ההליך כבירור האשמה

לצד הביקורת הפרגמטיסטית על חשיפת האמת כמטרה בת-השגה במסגרת ההליך הפלילי, אין היא, לדעתנו, מתארת אל-נכון את גדרו ותפקידיו של הליך זה, המתמקד כל כולו בסוגיה יחידה ונבדלת מזו של בירור המסכת העובדתית – הדיון באשמת הנאשם. ודוק – ההתמקדות בשאלת אשמתו של הנאשם, לא זו בלבד שמפלחת מתוך מכלול הנסיבות והמעורבים במסכת הפלילית מקטע עובדתי צר שעשוי להיות תלוש ובלתי מייצג, אלא יש בה לעתים, ומאותה סיבה ממש, כדי לסכל את היכולת

⁸² על פי ס' 144 לחסד"פ, "לאחר תחילת המשפט ובכל שלב של הדיון, רשאי בית המשפט – אם הנאשם מיוצג על ידי סניגור – לזמן את הנאשם וסניגורו ואת התובע כדי לברר את הסכמתם לשאלות שבעובדה ולקבילות מסמכים ומוציגים, לרבות הגשתם לא באמצעות עדים". לדעת השופט מצא, המשפט האדברסרי אינו רק זירה של יריבות והתמודדות, אלא מובנית בו גם האפשרות של הידברות בין הצדדים "לשם צמצום מחלוקת ולשם איזון יתרונות וחולשות המצויים אצל כל אחד מהם" – ע"פ 4722/92 **מרקוביץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(2) 45, 56 (1993).

⁸³ ע"פ 804/95 **גרינברג נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 200 (1995).

⁸⁴ קרמניצר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 475, וראו דברי הנשיא לנדוי בע"א 79/72 **האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' פולק**, פ"ד כז(1) 772, 768 (1973). צוטט בהסכמה גם על ידי השופט גולדברג בעניין **בן ארי**, לעיל ה"ש 59, בעמ' 67.

⁸⁵ Gary Goodpaster, *On the Theory of American Adversary Criminal Trial*, 78 J. CRIM. L. & CRIM 118, 124 (1987).

⁸⁶ קרמניצר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 483.

להסתמך על אסטרטגיות תודעתיות מקובלות בהליך הבירור והניתוח העובדתי. להבנת נקודה אחרונה זו ניתן להצביע על שני עקרונות אנליטיים מנחים שפותחו בפסיקה הפלילית והמגלמים את ההתמקדות בבירור האשמה להבדיל מבירור האמת ומחשיפתה. העיקרון הראשון – שניתן לכוונתו בשם הוויתור על השלמות הראייתית, עניינו בהלכה שלפיה בית המשפט אינו מנוע מלקבוע כי התביעה עמדה בנטל ההוכחה במידה הדרושה, גם אם חומר הראיות מותר חללים ופרשיות סתומות.⁸⁷ העיקרון השני, המשלים את זה הראשון ובמידה רבה נובע ממנו, עניינו בנכונות לוותר על הקוהרנטיות הראייתית ולהשלים עם קיומן של סתירות בין בתוך עדות או גרסה עובדתית יחידה ובין במסגרת בחינתן ושילובן של עדויות וגרסאות כאלו לכלל מסכת מרשיעה.

דוגמה מאלפת, גם אם יוצאת דופן, ליישומו של עקרון הוויתור על הקוהרנטיות הראייתית הנה פרשת **בן ארי**.⁸⁸ באותו עניין הורשעו על ידי הערכאות הדיוניות שני נאשמים במשפטים נפרדים, על בסיס מסכת ראייתית נפרדת וסותרת, בביצוע אותה עברה, וזאת מבלי שנמצאה ראיה כלשהי שהשניים היו קשורים זה לזה או אף הכירו זה את זה. בערעורו של אחד מהשניים נדרש בית המשפט העליון לטענה כי עצם קיומה של מסכת ראייתית נפרדת וסותרת אשר הוכחה בבית המשפט,⁸⁹ שומט את הבסיס מתחת להרשעה. בית המשפט דחה טענה זו, תוך שהוא קובע כי כל אחת מהכרעות הדין עומדת בפני עצמה, ועליה להיות מושתתת אך ורק על המסכת הראייתית הקבילה שהובאה באותו תיק.

המשפט הפלילי אפוא מגביל עצמו לגרדי מסגרת בחינת האשמה, ומוותר על תפיסת "האמיתי הוא השלם", ועל היומרה לחשוף את "ה'אמת' כפשוטה [ש] היא האמת כולה".⁹⁰

87 עניין **יעקובוביץ**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 520.

88 עניין **בן ארי**, לעיל ה"ש 59, בעמ' 73.

89 לשלמות התמונה יובהר כי הרשעתו של השני, בן-עזרא, בוטלה בסופו של יום בערעור, משום שהתביעה ויתרה על הניסיון להגן בערעור על שתי ההרשעות הסותרות גם יחד והעדיפה את זו של המורשע האחר – בן ארי. עם זאת, על פי ההלכה שנקבעה בעניין **בן ארי**, יכלו שתי ההרשעות הסותרות להמשיך ולעמוד.

90 דנ"א 7325/95 **ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס**, פ"ד (נב) 1, 93 (1998) (להלן: עניין **קראוס**). ראו לעניין זה גם את דבריה של השופטת דורנר ולפיהם "הערכת משקלה של חטיבת ראיות היא אפשרית רק בהקשר של מכלול הראיות. מכאן שקביעת כל מימצא עובדתי [...] על-יסוד חלק מחומר הראיות עלולה להוביל להערכה שגויה של משקל הראיות, וכתוצאה מכך לקביעה מוטעית של עובדות" – עניין **בן ארי**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 461.

ד. המשפט כאמת – ההכרעה הפלילית כנרטיבת אמת

1. האמת כתוצאת ההליך להבריל ממטרותו

הבחנה נוספת העולה מהדברים ולה חשיבות להמשך דיונונו, היא זו שבין האמת כאמצעי וכמסגרת להערכת הראיות ולבחירתן, ובין תפיסתה כתוצאתה של ההכרעה השיפוטית, באותו מובן שהכרעה זו מגלמת אותה ומכריזה עליה. ודוק – אף שהבחנה זו אינה נקייה מהבחנה האנליטית, שכן ברי שמידת יכולתה של התוצאה השיפוטית לשקף את האמת העובדתית נגזרת מהתפקיד שאותה אמת משמשת בעיצובה, יש לה חשיבות לענייננו בהדגשת אופיין של הקטגוריות המשפטיות שלתוכן היא נוצקת, כמו גם בפער האפשרי בין משמעותן הפרובטיבית לתפקידן, ויומרתן – הן במישור המשפטי-נורמטיבי והן כייצוגים סימבוליים ודקלרטיביים בשיח הציבורי.

כך, לדוגמה, במשפט האזרחי, נקל להבחין בין תפקידה של האמת כאבן בוחן ואמת מידה להכרעה במחלוקת בין הצדדים, והתפיסה, המשותפת כאמור למשפט האזרחי ולפלילי, שלפיה "הליך שיפוטי, שמטרתו היא חשיפת האמת",⁹¹ וכי קיים "ההכרח לקדם את הליך חשיפת האמת בסכסוך הקונקרטי",⁹² ובין ההכרה במשמעותה המוגבלת של אותה הכרעה – הנגזרת מאופיו של ההליך, לרבות רף ההוכחה הנקוט בו – כנרטיבת אמת.⁹³

היבט נוסף, המוצא את ביטויו במשפט האזרחי, וגם, ובמיוחד, במשפט הפלילי, הוא עניינה של ההכרעה בשאלות של אחריות ואשם הנחתכות, בין היתר, על פי נורמות משפטיות, החורגות לפיכך מבידור עובדתי "טהור", ואשר גם אינן מתלכדות בהכרח עם תפיסות דומות של אחריות או אשם בקרב הציבור. התקיימותם של איזה מהסייגים לאחריות פלילית, שבחוק העונשין היא דוגמה בולטת למקרה שבו הכרזת המשפט על היעדר אשמה, אינה ממצא שעניינו המעורבות או האחריות הפיזית של העושה למעשה העברה, אלא להפך.⁹⁴ וגם ההפך ייתכן – כאשר בעקבות קונסטרוקציות משפטיות, כזו של האחריות השילוחית, מבסס הדין את אחריותו הפלילית של הנאשם גם ללא

⁹¹ רע"א 7606/01 הראל נ' בנק איגוד לישראל בע"מ, תק-על (2) 1012, 1013 (2002).

⁹² רע"א 5491/01 ארליך נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נו(2) 871, 875 (2002).

⁹³ לעניין זה אמר השופט אגרנט כי: "מה שנדרש מבעל-דין, שעליו הטיל החוק את עול השכנוע במשפט אזרחי, הוא להוכיח עובדות מהן עולה גירסתו כאפשרות קרובה, לאו דווקא קרובה עד מאד; ובדרך כלל יספיק הדבר, שהגירסה, העולה מאותן העובדות, היא יותר קרובה לאמת מזו העולה מהעובדות שהוכחו על-ידי הצד שכנגד" – ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"ד יב(3) 2063, 2017 (1958) (להלן: עניין גרינוולד).

⁹⁴ כל אותן הגנות ענייני, ככותרת סימן ב' לפרק ה' לחוק העונשין, בסייגים לפליליות המעשה. קרי – הגנות אלו חלות משהיסוד הפיזי של העברה (המעשה) התקיים על ידי הנאשם, אולם בשל נסיבות שונות, הדין קובע כי אותו אדם "לא יישא באחריות פלילית למעשה שעשה" – ראו, יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 541–545 (2008).

מעורבותו הפיזית הישירה והממשית באירוע הפלילי.⁹⁵

גם אם נקבל, כדברי פרופ' קרמניצר, ש"בירור האמת וקביעתה" הנן בבחינת "שלב ראשון והכרחי לפני החלת הדין על האמת כפי שנקבעה"⁹⁶, עדיין יש לעמוד על מטרותיה ועל משמעויותיה השונות של התוצאה הנגזרת מאותה "החלת הדין" והמתבטאת בהכרעה השיפוטית.⁹⁷ "האמת השיפוטית", באותו מובן של הכרעה שיפוטית המבוססת על הליך בירור עובדתי אינה פעולה דקלרטיבית, בבחינת הכרזה על ממצאים עובדתיים גרידא, אלא, בין היתר, פעולה קונסטטטיבית, יוצרת: "היא נוצרה כפרי רוחו של השופט לאחר הליכי שפיטה".⁹⁸

לעניין זה יש מקום לציין גם את קיומה של מערכת חוקים המתירה לשופט שיקול דעת אם להרשיע בפלילים נאשם שנמצא כי ביצע את העברות שיוחסו לו או להטיל עליו, לדוגמה, צו מבחן או צו שירות ללא הרשעה, ביוצרה בכך הפרדה בין שאלת קביעת האחריות לשאלת הכרעת הדין וסיווגה.⁹⁹ בדומה, במקרים חריגים מסוימים גם מוסד ההגנה מהצדק מאפשר לבית המשפט לקבוע כי "נאשם לא יועמד לדין פלילי, במנותק משאלת אשמתו או חפותו".¹⁰⁰

⁹⁵ ראו לעניין זה דברי השופט ברק (כתוארו אז) ולפיהם "אחריות שילווחית היא ענף של אחריות מוחלטת [...]. באחריות פלילית-שילווחית מוטלת אחריות מבלי שהאחראי שילווחית פעל כלל ומבלי שנתגבש אצלו יסוד נפשי כלשהו" – ע"פ 3027/90 **חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(4) 379, 364 (1991).

⁹⁶ קרמניצר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 478.

⁹⁷ בצטטו בהסכמה את המלומד *Salmond*, עמד המשנה לנשיא אלון על ההבחנה בין שני אלו. לדבריו: "משפט ועובדות, תיאוריה משפטית ואמיתם של דברים, יכולים לאכזב מבחינת התיאום המלא ביניהם. תמיד שומה עלינו להבחין בין מה שקיים במציאות ובאמת לבין מה שקיים במשפט [...] מבוכה זו שבין המשפט והמציאות יכול שתמצא את ביטוייה ביותר מדרך אחת" – עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 81, בעמ' 745.

⁹⁸ דברי השופט חשין, בצטטו בהסכמה את ספרו של חיים כהן, בעניין **קראוס**, לעיל ה"ש 90, בעמ' 88. כותב לעניין זה חיים כהן: "האמת השיפוטית מתבטאת בצו עשה או בצו לא תעשה, בפסיקת ממון או בהטלת עונש; היא אינה מתיימרת להיות תגלית [מדעית]. לכן הטילו ספק בכך אם בכלל ניתן לומר על פסק-דין כי 'אמת הוא'; ועל-כל-פנים לא 'האמת' של פסק הדין, ולא מידת ה'אמת' שיש בו או שאין בו, יכולות להיות הגורם לנתינתו [...]. [אין] לייחס לקטיגוריות מוסריות, כמו לצדק או ליושר, תכונות של אמת או טעות, כאילו היו דעות או סברות או תגליות [...] גם תוצאה 'מוצדקת' אין בה, כשלעצמה, משום גילוי 'האמת' – חיים כהן **המשפט** 114 (1996).

⁹⁹ ס' 21(2) לפקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט-1969; ס' 71א(ב) לחוק העונשין. ראו לעניין זה, לדוגמה, בג"ץ 3090/97 **עורך דין כהן נ' הממונה על מחוז הדרום, משרד הפנים**, פ"ד נב(2) 721 (1998) (להלן: עניין כהן). ראו גם ס' 170(ב) לחסד"פ, לפיו אם בשלב בירור האשמה של נאשם חולה נפש שאינו מסוגל לעמוד לדין, "לא מצא בית המשפט לזכות את הנאשם, יפסיק את ההליכים נגדו". למשמעותה של הכרעה זו ראו, ע"פ 2947/00 **מאיר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 636 (2002).

¹⁰⁰ על"ע 2531/01 **חרמון נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו**, דינים-עליון סז

2. תכליתו של כלל ההכרעה במניעת הרשעות שגויות

במשפט האזרחי מאמצות שיטות המשפט האנגלו-אמריקניות,¹⁰¹ ובתוכן הישראלית, דרך כלל,¹⁰² את "האמת היחסית" – תוצר מבחן "הטיית מאזן ההסתברויות"¹⁰³ – ולפיו די שגרסת הצד הזוכה תהיה "יותר קרובה לאמת מזו העולה מהעובדות שהוכחו על-ידי הצד שכנגד".¹⁰⁴ במשפט הפלילי המצב נתפס כשונה לחלוטין. בזה האחרון מידת ההוכחה הנדרשת מתוארת על ידי בית המשפט כ"דווקנית",¹⁰⁵ "מחמירה"¹⁰⁶ ו"גבוהה".¹⁰⁷

שוני זה במידת ההוכחה משליך, על פי הנטען, גם על ערך האמת של ההכרעה המשפטית בשני סוגי ההליכים. אם במשפט האזרחי די ב"עודף ראיות [לחייב] את השופט לפסוק לטובת הצד העודף גם כאשר אמיתותה של גרסה זאת מוטלת

252 (2004).

¹⁰¹ נראה כי בשיטות המשפט הקונטיננטליות לא קיימת הבחנה דומה, לעניין רף ההוכחה, בין המשפט האזרחי והפלילי, ועל התביעה, בכל מקרה, לשכנע באמיתות עמדתה מעבר לספק סביר, כתנאי לזכייה במשפט – Kevin M. Clermont & Emily Sherwin, *A Comparative View of Standards of Proof*, 50 AM. J. COMP. LAW. 243 (2002).

¹⁰² הפסיקה הישראלית הכירה בכמה חריגים שבמסגרתם מוטל נטל כבד יותר על התובע גם במשפט אזרחי. כך לדוגמה, לצורך הוכחת טענת "לא נעשה דבר", ע"א 36/99 יפה נ' עזבון גלור, פ"ד נה(3) 272 (2001); או להוכחת טענות המטילות על היריב סטיגמה של ביצוע עברה פלילית, ע"א 475/81 זיקרי נ' כלל" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מ(1) 589, 605 (1986). עם זאת, יש הגורסים כי אין המדובר בשינוי רף ההוכחה, כי אם בשינוי "כמות הראיות שיהא בה כדי לספק את המידה הדרושה" – דבריו של השופט (כתוארו אז) ברק.

¹⁰³ ראו, לדוגמה, ע"א 7623/98 האפוטרופוס הכללי נ' שחורי, דינים-עליון נז 976 (2000); ע"א 4114/96 המאירי נ' הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נב(1) 857, 866 (1998); ע"א 391/89 וייסנר נ' אריה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז(1) 837, 867 (1993).

¹⁰⁴ עניין גרינוולד, לעיל ה"ש 93, בעמ' 2063.

¹⁰⁵ עניין דבש, לעיל ה"ש 41, בעמ' 131.

¹⁰⁶ דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 645 (1995).

¹⁰⁷ עש"מ 2/89 חבר נ' מדינת ישראל, דינים-עליון יח 317 (1990); כדברי בית המשפט העליון בעניין דמיאניוק: "על פי תפיסותינו המשפטיות והחברתיות, איננו שוקלים הרשעה בדין או זיכוי רק על פי נטיית מאזן ההסתברות לטובת צד אחד [...]. נקבעו במשפט הפלילי קריטריונים ייחודיים ומחמירים בעניין חובת ההוכחה ומידתה" – עניין דמיאניוק, לעיל ה"ש 52, בעמ' 644. ובפרשה אחרת אומר הנשיא ברק: "מקובל עלינו כי קיימות שתי רמות של מידת הוכחה, זו הנוהגת במשפט הפלילי (שכנוע מעבר לכל ספק סביר) וזו הנוהגת במשפט האזרחי (נטיה של מאזן ההסתברות). הטעמים העומדים ביסוד ההבחנה לא הובהרו דיים, אך הם קשורים ללא ספק באינטרסים המוגנים. כאשר האינטרס המוגן הוא 'קדושת החיים', יש ליצור שולי בטחון רחבים יותר מאשר כאשר האינטרס המוגן הוא 'קדושת החושים'" – עניין זיקרי, לעיל ה"ש 102, בעמ' 604.

בספק",¹⁰⁸ בפלילים נדרשת, כידוע, הוכחה "מעבר לספק סביר", שאף שאינה מחייבת "שבית-המשפט יפעל על-סמך ודאות גמורה",¹⁰⁹ היא נדרשת להיות "הוכחה [...] כה משכנעת וקרובה לוודאי",¹¹⁰ "הקרובה עד מאד לאמת או לוודאות".¹¹¹ רמת הוכחה דווקנית זו נתפסת כ"נדרשת" לצורך קביעת ממצא בטוח, הגובל באמת".¹¹² טענה זו, לפחות בניסוחה הכללי, מבקשת לייחס, מכוח חומרתו של רף ההוכחה הפלילי, משקל של אמת עובדתית להכרעה שהיא תוצאת הפעלתו של אותו רף. אולם הטענה אינה מדויקת מבחינה דסקריפטיבית, ובלתי ראויה ואף מסוכנת, כסטנדרט פרוסוקריפטיבי-נורמטיבי: בלתי מדויקת – משום שהייחוס האמור ניתן להצדקה לוגית רק מקום שהתוצאה נגזרת פוזיטיבית מעמידה ברף ההוכחה (קרי הרשעה), להבדיל מאי-עמידה בו (זיכוי); פסולה נורמטיבית ופרוסוקריפטיבית – משום שבהציבה את המתאם הגבוה בין ההכרעה המשפטית לאמת העובדתית כמטרה, וכבסיס לגיטימציה, היא עשויה ליצור, וכפי שננסה לטעון בהמשך אכן יוצרת, דיסוננס קוגניטיבי אצל השופטים אשר מעצם טיבה וטבעה של השיטה המשפטית הקיימת מנועים מלבסס את המתאם האמור בחלק ניכר מן המקרים. להבהרת הסוגיה הראשונה – שעניינה מגבלת תוקפה של טענת המתאם בין רף ההוכחה הפלילי לתוצאות הפעלתו יש להדגיש, כי לא זו בלבד שייעודה של דרישת הוכחת האשמה מעבר לספק סביר בצמצום הטעויות הנוגעות להרשעה בלבד – כלומר בחתירה להרשעתם רק של האשמים ולמניעת הרשעתם של החפים,¹¹³ אלא שלצורך הגשמת ייעוד זה מתפשרת השיטה המשפטית במודע על היקף הטעויות הנוגעות לזיכוי, כלומר על האפשרות שאשמים יזוכו. מחויבותה של השיטה המשפטית להימנע מהרשעת החף, מבוססת על התפיסה כי "הרשעת חף מפשע היא פגיעה כה עמוקה ומכאיבה בסדריו של ההליך הפלילי, עד שאין להרשותה בשום תנאי".¹¹⁴ תפיסה זו מחייבת את השיטה המשפטית להתפשר על יכולתה להרשיע את האשמים.¹¹⁵

¹⁰⁸ אליהו הרנון **דיני הראיות** חלק ראשון 213–214 (1985).

¹⁰⁹ ע"פ 401/72 **ויטפילד נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(1) 813, 822 (1974).

¹¹⁰ עניין **דמיאניוק**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 648.

¹¹¹ עניין **גרינוולד**, לעיל ה"ש 93, בעמ' 2063.

¹¹² גרוס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 309. כדברי השופט מרים בן-פורת: "לשון אחרת, אמת יחסית לחוד ואמת מעל לכל צל של ספק לחוד. כדי לייחס לאדם מעשה בשטח האזרחי דינו באמת היחסית. מכאן שהאמת 'האזרחית' פחות אמינה מקנה המידה המחמיר הנקוט בפלילים" (ההדגשה במקור) – בג"ץ 152/82 **אלון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לו(4) 459, 449 (1982).

¹¹³ לנוחיות הדיון אנו משתמשים כאן במושגי אשמה וחפות במשמעותם המקובלת כשיפוטים אווביקטיביים לבר-משפטיים של המציאות. שאלה נפרדת היא אם שימוש מושגי כזה ניתן להצדקה, בין היתר, על בסיס הטענות שהובאו בפרק הקודם.

¹¹⁴ דברי השופט ברק (כתוארו אז) בעניין **ליבני**, לעיל ה"ש 75, בעמ' 738.

¹¹⁵ כדברי השופט ריבלין: "סדריו הדין בפלילים, דיני הראיות והכלל בדבר הוכחת האשמה מעבר

ניסוחה המסורתי של פשרה זו המעדיפה זיכוי אשמים על פני הרשעת חפים מלווה את המשפט האנגלו-אמריקני מאות בשנים.¹¹⁶ בחירה ערכית זאת מהווה את הרציונל המקובל לדוקנות ולחומרתו של רף ההוכחה הפלילי.¹¹⁷ ההטיה של ההליך הפלילי לטובת הנאשם, וההשלמה עם תוצאה של זיכוי בכל אותם מקרים שמאזן ההסתברויות נוטה לרעת הנאשם אולם אינו מגיע עד כדי רף ההוכחה של מעבר לספק סביר, משמעותה אפוא הגדלת מספר הטעויות הכולל בהליך הפלילי וויתור על אידאל החיפוש אחר האמת. כדברי השופטת דורנר, "ההסתברות לתוצאה מוטעית מתעצמת לנוכח דרישת ההוכחה מעל כל ספק סביר".¹¹⁸ יתר על כן, בהיבט זה ניתן

לספק סביר, מגלמים בתוכם את הצורך בקיומו של 'מרחב טעות', הנוטה לטובת הנאשם [...]. את דרכו של המשפט הפלילי מתווה התפיסה, כי יש לנקוט זהירות רבה בטרם הרשעתו של אדם בפלילים, ולהישמר פן יוטבע אות-הקלון הפלילי במצחו של חף-מפשע. זהירות זו, והישמרות זו, שוברן בצדן – אפשרות זיכוי המוטעה של מי שעבר עבירה. אלא שזו בחירתו של המשפט הפלילי, והיא בחירה ראויה" – דנ"פ 4971/02 **זגורי נ' מדינת ישראל**, פ"ד (נח) 583, 615 (2004).

בהסתמכו, בין היתר, על המלומדים Williams & Zuckerman אומר השופט חשין: "אימרת-חכמים היא, כי טוב הוא שעשרה רשעים יצאו זכאים בדינם ולא נרשיע אדם אחד תם וישו; היו שאמרו כי טוב שרשע אחד יצא זכאי ולא נרשיע תם אחד; יש שמדברים על זיכוי עשרים רשעים שמא נגיע להרשעתו של תם אחד; יש הקובעים יחס של המישים לאחד ויש מדברים על יחס של אלף לאחד [...] וכלשונו של הרמב"ם (ספר המצוות, מצוות לא תעשה, מצווה ר"צ): 'ויותר טוב ויותר רצוי לפטור אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן-הימים'" – עניין **בן ארי**, לעיל ה"ש 59, בעמ' 130. השופט חשין מתייחס ל-"GLANVILLE WILLIAMS THE PROOF OF GUILT 186-187 (3rd ed. 1963); A.A.S. ZUCKERMAN, THE PRINCIPLES OF CRIMINAL EVIDENCE 126 (1989); ראו גם דברי השופט בייסקי בע"פ 509/79 **לוזיה נ' מדינת ישראל**, פ"ד (לד) 505 (1980); דברי השופט אריאל בע"פ 6900/98 **אקב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג (3) 126 (1999).

כדברי בית המשפט העליון האמריקני באחת הפרשות:¹¹⁷ "There is always in litigation a margin of error, representing error in fact finding, which both parties must take into account. And where one party has at stake an interest of transcending value, as a criminal defendant his liberty, such margin of error is reduced as *to him by the process of placing on the other party the burden of* [...] persuading the factfinder at the conclusion of the trial of his guilt beyond a reasonable doubt" – Speiser v. Winship, 357 U.S. 513, 525-526 (1958) (ההדגשה שלנו – י.ו. ומר.). ובפרשת *Winship*, שבה עיגן בית המשפט העליון האמריקני את רף ההוכחה הפלילי כזכותו החוקתית של הנאשם אומר השופט Harlan: "I view the requirement of proof beyond a reasonable doubt in a criminal case as bottomed on the fundamental value determination of our society that it is far worse to convict an innocent man than to let a guilty man go free" – *In Re Winship*, 397 U.S. 358, 372 (1970).

עניין **בן ארי**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 461. ובדומה מביעים המשפטים הקנדים Kilback & Tochor את עמדתם כי: "A criminal trial must be *either* a search for truth *or* a systematic testing and evaluation of the evidence presented. It cannot be both [...] A court is either looking for truth or is looking to find proof beyond a reasonable doubt." – Keith D.

לומר שהמשפט הפלילי, בכללותו, מדויק פחות מזה האזרחי.¹¹⁹ גם כללי סופיות הדיון, המגבילים את חקר האמת בשמם של אינטרסים אחרים, אינם מתייחסים באופן סימטרי לנאשם ולמדינה. כך הליך המשפט החוזר מוגבל לבחינת אפשרות של תיקון הרשעה, ולא לאפשרות לתקן זיכוי.¹²⁰ ובדומה קבע בית המשפט כי גם בבקשה להארכת מועד לערעור אין סימטריה באיזון אינטרס עשיית הצדק ובירור האמת עם אינטרס הוודאות המשפטית בין הנאשם למדינה.¹²¹

3. חוסר התאמתו של הליך ההכרעה הפלילית לבירור חפות

תקפותו ועצמתו של הטיעון, המייחס, במפורש או במשתמע, ערך של הכרעה עובדתית-פוזיטיבית לתוצאת הזיכוי במשפט הפלילי, מתערערים לא רק נוכח ההשלמה המוסדית המודעת עם הפיזור הבלתי סימטרי של טעויות, שבו דנו לעיל, כי אם גם, ובעיקר, נוכח מגבלותיו של ההליך כזירה לבירור שאלת חפותו של הנאשם להבדיל משאלת אשמתו.

ראשית, מושכלות ראשונים הם במשפט הפלילי כי בשום שלב "אין עליו [על הנאשם] להוכיח את חפותו מפשע".¹²² ההלכה המנחה, שנוסחה בימי ראשית המדינה על ידי השופט אגרנט (כתוארו אז), היא כי –

"חובת הראיה [...] מוטלת מתחילת המשפט ועד סופו על התביעה

Kilback and Michael D. Tochor, *Searching for Truth But Missing the Point*, 40 ALBERTA L. REV. 333, 337 (2002).

¹¹⁹ לדברי פרופ' Tom Stacy: "Depending on one's definition of 'accuracy', the reasonable doubt standard may be regarded as truth-impairing. As compared with a preponderance of evidence standard [...] it requires that the defendant prevail in cases where the weight of evidence points decidedly but not overwhelmingly towards her guilt. Over the run of cases, fewer errors will occur if the verdict is rendered according to the weight of the evidence" – Tom Stacy, *The Search for the Truth in Constitutional Criminal Procedure*, 91 COLUM. L. REV. 1369, 1405–1406 (1991). טענה זאת, בדבר רף "מאזן ההסתברויות" כרף האופטימלי לצמצום טעויות, אינה נקייה מספקות. בין היתר, אין היא מביאה בחשבון את אחוז הטעויות האובייקטיביות של השופט, את ההסתברות האפריורית של הנאשמים המובאים לדין להיות אכן אשמים או את היחס שבין מספר ההרשעות למספר הזיכויים במערכת המשפטית. לדין כללי בטענה ראו, לדוגמה, Vern. R. Walker, *Preponderance, Probability and Warranted Factfinding*, 62 BROOKLYN L. REV. 1075, 1099 (1996).

¹²⁰ ס' 31 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984.

¹²¹ בש"פ 822/99 שכטר נ' מדינת ישראל, פ"ד נדר (1) 1 (2000).

¹²² דברי השופט ש"ז חשין בעניין פודמסקי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1196. וראו גם עניין בן ארי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 461.

הכללית [...] מתפקידו של בית המשפט, לאחר בחינת כל ההוכחות ביחד, להחליט [...] לא אם הנאשם שכנע שהוא חף מפשע אלא אם התביעה הוכיחה, ובמידה הנעלה מכל ספק – כי הלה אשם בעשיית העבירה שהואשם בה".¹²³

זהו, כדברי השופט ש"ז חשין, "הכלל היסודי והראשי", הכלל שלפיו "חובת ההוכחה רובצת על שכמה של הקטיגוריה עד סוף כל הסופות".¹²⁴ למעשה, על פי הדין, הזכות היא בידי הנאשם להביא או שלא להביא את ראיות ההגנה בפני בית המשפט,¹²⁵ וכן לבחור אם להעיד או להימנע מלהעיד.¹²⁶ עקרון יסוד זה של המשפט הפלילי תקף גם בערעור. אף שאז אין עומדת עוד לנאשם חזקת החפות, ההלכה היא כי הנטל על הנאשם המערער אינו להוכיח את חפותו, כי אם רק להביא ראיות שיש בהן "כדי לשנות מן המסקנה המרשיעה".¹²⁷

שנית – יכולתו וזכותו של הנאשם להוכיח את חפותו מוגבלות למדי. בהגדרתו הפורמלית, כמו גם בתפיסתו המקובלת, מטרתו של ההליך הפלילי הנה לפעול ל"בירור האשמה" כנגד הנאשם לאור ראיות התביעה.¹²⁸ כך כותרתו של סימן ה' בפרק ה' לחוק סדר הדין הפלילי, שעניינו שלב בחינת הראיות במשפט, היא "בירור האשמה",¹²⁹ וכך יוצר הדין הבחנה בין עניינים פורמליים לעניינים שהנם "מהותיים לבירור האשמה" בסוגיות שונות, דוגמת חובת הגילוי החלה על התביעה.¹³⁰ בדומה, סיכומי הצדדים מושמעים "לעניין האשמה".¹³¹

בירור זה נתפס כאינטרס הציבור, המיוצג על ידי התביעה, וככזה, הוא גם נשלט

¹²³ ע"פ 28/49 **ורקא נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ד 504, 523–524 (1950). ובדומה עמד השופט דב לוין על כך כי: "התביעה היא שצריכה להוכיח שהנאשם אשם ולא הנאשם הוא זה שצריך להוכיח את חפותו" – ע"פ 3625/91 **אור נ' מדינת ישראל**, דינים-עליון כט 274 (1993). והשופט גולדברג אומר בעניין אחר כי: "לא באתיקה אנו עוסקים אלא בפלילים, ולא ידענו כי באלה פועל הספק לרעת הנאשם, ולא שמענו כי עליו הנטל להוכיח את חפותו" – ע"פ 5612/92 **מדינת ישראל נ' בארי**, פ"ד מח(1) 302, 385 (1993).

¹²⁴ עניין **פורמסקי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1196.

¹²⁵ ס' 159 לחסד"פ נוקט לשון "רשאי" בדונו בהבאת ראיות ההגנה.

¹²⁶ ס' 161 לחסד"פ.

¹²⁷ רע"פ 5517/93 **לויאן נ' מדינת ישראל**, דינים-עליון ל 756 (1993).

¹²⁸ כדברי בית המשפט העליון הקנדי באחת הפרשות: "In a criminal trial the search for the truth is undertaken to determine whether the accused before the court is, beyond a reasonable doubt, guilty of the crime with which he is charged" – R. v. Nikolovski, [1996] 3 S.C.R. 1197.

¹²⁹ ס' 156–171 לחסד"פ.

¹³⁰ ס' 77(ב) ו-80 לחסד"פ. הסעיפים מסייגים את היקף חובת הגילוי של התביעה בעניינים שאינם מהותיים לבירור האשמה.

¹³¹ ס' 152 לחסד"פ.

בידיה. אף שבית המשפט הכיר בכך כי "לעתים יהיה זה אינטרס החשוד עצמו כי יוגש כתב-אישום, כדי שתיתן לו אפשרות להוכיח בבית-משפט את חפותו",¹³² עצם העברת ההכרעה באשר לטיבו של חשד פלילי למסגרת שיפוטית הנה, ככלל,¹³³ פרוגטיבה של המדינה, המופעלת על ידה בין היתר על בסיס שאלת העניין לציבור בקיום המשפט.¹³⁴ לפיכך בכוחה גם לחזור בה מכתב האישום "בכל עת שלאחר תחילת המשפט" בהיעדר הודאת הנאשם.¹³⁵ לענייננו, חשוב להדגיש, כי אין בידי הנאשם למנוע חזרה כזו מהאישום, בין שמשמעותה היא ביטול משפטו ללא זיכוי, ובין שמשמעותה היא זיכוי מבלי ששאלת אשמתו התבררה במישור העובדתי.¹³⁶

כמו כן יוצר הדין הבחנה לא סימטרית בין המתלונן לחשוד במישור ההחלטה להעמיד לדין. למתלונן הזכות לערער על החלטה שלא לחקור או שלא להעמיד לדין,¹³⁷ אולם לחשוד מוקנית רק הזכות לפנות לרשויות התביעה בבקשה מנומקת להימנע מהגשת כתב אישום או מהגשת כתב אישום בעברה פלונית,¹³⁸ או, במקרה שהוחלט שלא להעמידו לדין, לפנות לתובע בבקשה מנומקת לשנות את עילת הסגירה.¹³⁹ החוק אינו מאפשר אפוא לחשוד לדרוש להאשימו בדין, או לערער על החלטת סגירת התיק נגדו.

לצד בחינת העניין לציבור מותנית הגשת כתב האישום גם במבחן של דיות הראיות. על פי החוק, על התובע להיווכח כי "הראיות מספיקות לאישום אדם פלוני"

¹³² דברי השופט חשין בבש"פ 2305/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 289, 295 (2000).
¹³³ זכויות מסוימות מוקנות גם לנפגע היחיד היכול ליוזם במקרים מסוימים הליכים של קובלנה פרטית, כאמור בס' 68 לחסד"פ, וכן לערור על החלטה שלא להעמיד לדין כאמור בס' 64, 65 לחסד"פ.

¹³⁴ ס' 62 לחסד"פ. כפי שבאים לידי ביטוי גם בדבריו של השופט אגרנט: "העקרון המחייב [הוא], כי השליטה בדיון הפלילי, מבחינת ענין המשכתו או הפסקתו, תהיה נתונה בכל עת – למען הבטיח אי-פגיעה באינטרס הציבורי – בידי הריבון" – בג"ץ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא(1) 285, 300 (1957). כך גם כפי שצויין בפרשה אחרת כי: "הגשתו של אישום פלילי – וקיום חקירה פלילית המובילה אליו – הוא עניין הנתון לשיקול דעת [כעין שיפוט] של היועץ המשפטי לממשלה. שיקול דעת זה מבוסס על 'הכרעה ערכית באשר לתועלת אשר תצמח לקיום המסגרת החברתית על-ידי העמדה לדין לעומת הנזק שייגרם למסגרת זו על-ידי העמדה לדין ולתועלת שתצמח לה באי-העמדה לדין'" – בג"ץ 2644/94 פרצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(4) 343, 341 (1994).

¹³⁵ ס' 93 לחסד"פ.
¹³⁶ ס' 94 לחסד"פ. לכאורה, קיים לעיקרון זה חריג אחד בדין – היא זכות הסנגור לבקש שאשמתו של נאשם חולה נפש שאינו כשיר לעמוד לדין תתברר, כאמור בס' 170 (א) לחסד"פ. עם זאת, גם אז בסמכותו של בית המשפט להורות על הפסקת ההליכים אף לפני תום בירור האשמה (ס' 170(ב) לחסד"פ).

¹³⁷ ס' 64 לחסד"פ.

¹³⁸ ס' 60(ד) לחסד"פ.

¹³⁹ ס' 62(ב) לחסד"פ.

על מנת להעמידו לדין.¹⁴⁰ לעניין זה קבעה הפסיקה כי חובתו של התובע להעמיד לדין לא קמה, אם התוצאה הצפויה באותו משפט היא זיכוי.¹⁴¹ יתרה מכך, אף נקבע כי הימנעות מהגשת כתב אישום מוצדקת לא רק באותם מקרים קיצוניים, וכי "ייתכנו גם מצבים פחות קיצוניים בהם אין לחייב תובע להגיש כתב אישום בניגוד להערכתו כי רב הסיכוי שהנאשם יזוכה על הסיכוי שישורשע בדין".¹⁴² מעניין לציין שלא זו בלבד שההלכה האמורה קובעת למעשה, כי במצב שבו סביר שתיקבע חפותו של הנאשם, אין לנהל את ההליך מלכתחילה, אלא התפיסה היא כי אחד השיקולים לעניין זה הוא הרצון להימנע מאותה "פגיעה בפרט", בנאשם.¹⁴³ את הפגיעה האפשרית בנאשם שממנו נמנעת האפשרות להוכיח פוזיטיבית את חפותו על דרך של ניהול משפט והשגת זיכוי – נראה שאין הדין מביא בחשבון, כפי שעולה, בין היתר, מההלכה הקובעת כי הנאשם אינו רשאי לערער על זיכוי – גם אם זיכוי זה הותיר את שאלת מעורבותו במעשה הפלילי ואחריותו לו פתוחה – בדרישה לקבוע פוזיטיבית את עובדת חפותו.

4. ביקורת נורמטיבית

בפן הנורמטיבי, הביקורת על הצגת ההכרעה השיפוטית הפלילית כנרטיבת אמת, נשענת, בין היתר, על התאוריה הפסיכולוגית של המודלים הפרוטוטיפים (Prototypically Motivated Models). על פי תאוריה זו, מתאפיינות קטגוריות מנטליות רבות בהבנייתן, לא על דרך של הגדרה אנליטית, אלא כקבוצה של אבי-טיפוס, "סכמאטה של המקרים המייצגים ביותר", המשמשת אמת מידה להשוואתם

¹⁴⁰ ס' 62(א) לחסד"פ.

¹⁴¹ כדברי השופט אור: "במסגרת שיקוליו, היועץ המשפטי רשאי לשקול גם את סיכויי הרשעתו של מי שנגדו יוגש כתב-אישום. אם הסיכוי לכך קלוש, הוא רשאי לשקול ולהחליט שאין טעם בהפעלת מנגנון התביעה ובהגשת כתב-אישום לבית המשפט" (ההדגשה במקור) – דנג"ץ 4742/93 פרייברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 367, 359 (1993). בפרשה אחרת הביע השופט כהן אף עמדה נחרצת יותר בקובעו כי "אין להעמיד אדם לדין אם על פי החומר ברור לתובע שהנאשם יזוכה" – בג"ץ 650/82 עורך דין בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(4) 223, 216 (1983).

¹⁴² דבריו של השופט גולדברג בבג"ץ 2534/97 חבר הכנסת יהב נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נא(3) 1, 31 (1997). והשופט אור הצטרף אליו באומרו כי: "רשאי היועץ המשפטי לממשלה, בהחליטו אם להגיש כתב אישום, להעריך את תוצאותיו הצפויות של משפט אם ייערך, ואת הסיכויים להרשעה [...] אין טעם בהפעלת מנגנון התביעה, ואין טעם בפגיעה בפרט הנגרמת על-ידי עצם ההעמדה לדין, אם בסופו של ההליך אין סיכוי סביר שאותו פרט יורשע בדינו".

¹⁴³ שם, בעמ' 12. גם השופט גולדברג, מדגיש פן זה באומרו כי "תוצאותיו של ההליך הפלילי, גם אם אינו מסתיים בהרשעה, גורליות מכדי שיעשה 'ניסוי' בהגשת כתב אישום".

ובחינתם של מקרים חדשים בעת מיונם.¹⁴⁴ בהציבה את הצגת הקביעה הפוזיטיבית בדבר חפותו של הנאשם כמקרה הפרדיגמטי של הזיכוי, ולפיכך כמשמעותו הגרעינית, מחדדת תפיסה זו את הדיסוננס הקוגניטיבי בין מידת אמונתו של השופט, נוכח הראיות שבפניו, בחפות זו, ובין חובתו להכריז עליה בכל מרחב המקרים הנגזר מרף ההוכחה הפלילי. כדברי פרופ' Solan –

“The legal categories are themselves mental models, and the jurors must form ‘a classification in which the best match between the story features and verdict category features is determined [...]’ this task, too, is problematic [...]. We want jurors to convict the defendant of the most serious charged crime that they are sure the defendant committed. They should not convict a defendant of a crime they are not sure he committed, even if the defendant’s conduct looks more like that crime than it does any other choices that the jury has”.¹⁴⁵

במילים אחרות, אם משמעותו של זיכוי נתפסת כקביעה פוזיטיבית של חפות, יקשה גם על השופט המקצועי לסווג זיכוי מצבים הרחוקים מקביעה זאת וקרובים יותר לאפשרות השנייה בדיכוטומיה הבינרית המשפטית – זאת של הקביעה הפוזיטיבית של האשם, כלומר ההרשעה. בנוסף, יש ביצירת המשוואה כאילו זכאי הוא מי ש"יצא צדיק בדין",¹⁴⁶ כדי לאפשר שיפוטם חברתיים-מוסריים של מי שזוכה בדין, על בסיס סטנדרט שאתו, כאמור, אין הוא נדרש, ולעתים רבות אף אינו יכול, להתמודד בהצלחה, בשיטה המשפטית הקיימת.

המתח שבין תפיסת והצגת הזיכוי וההרשעה כקטגוריות מהותיות הניתנות, ואולי אף מחייבות, הצדקה פנימית עצמאית, ובין היותן, על פי הדין קטגוריות משלימות, בלתי סימטריות, באופן שכל מה שאינו הרשעה הוא זיכוי, גם אם אינו תואם את מובנו

¹⁴⁴ Lawrence M. Solan, P.N. JOHNSON-LAIRD, MENTAL MODELS, 190–195 (1983) כמצוטט אצל
Solan, *Refocusing the Burden of Proof in Criminal Cases: Some Doubt about Reasonable Doubt*, 78 TEX. L. REV 105, fn. 165 (1999) וראו גם – Jay M. Feinman, *The Jurisprudence of Classification*, 41 STAN. L. REV 661 (1989); Albert J. Moore, *Trial by Schema: Cognitive Filters in the Courtroom*, 37 U.C.L.A. L. REV 273 (1989) לביבליוגרפיה ערכנית מקיפה בנושא התיאוריה של המודלים המנטליים ראו: www.tcd.ie/ Psychology/Ruth_Byrne/mental_models/index.html (נבדק לאחרונה ב-13.11.2008)

¹⁴⁵ Solan, שם, בעמ' 134, 138.

¹⁴⁶ פירוש זה למילה זכאי, המופיע במילון העברי של יוסף גור, צוטט בהסכמה על ידי השופט טירקל בעניין כהן, לעיל ה"ש 99, בעמ' 738.

הגרעיני של הזיכוי כממצא של חפות, קשה מאוד ליישוב. מתח זה, כך נטען, הוא הוא העומד בבסיסה של קטגוריית הזיכוי מחמת הספק ומבהיר את משמעותה וגדריה.

ה. הכשל הסימטרי – ההקבלה השגויה בין הרשעה לזיכוי

על אף השוני המהותי הקיים בין הרשעה לזיכוי, שעליו עמדנו בפרקים הקודמים – ובכלל זה בהנחות המוצא לגביהם, במידת התמקדותו של ההליך הפלילי בביורם, ברך ההוכחה הנדרש לקביעתם, בעלויות המיוחסות לטעויות בהכרזתם מבחינת הפרט והחברה ובנכונות השיטה המשפטית לוותר על ערכים אחרים, דוגמת ערך הסופיות והוודאות, לצורך בחינתם מחדש ותיקון הליקויים האפשריים שנפלו בקביעתם¹⁴⁷ – חוזרות בפסיקה באופן עקבי נוסחאות לשוניות המעמידות את ההרשעה והזיכוי על מישור רטורי אחד משל היו סימטריים.

רטוריקה זו, הראויה לדעתנו לשם "הכשל הסימטרי", מנסחת את ההכרעה השיפוטית כבחירה בין הרשעה לזיכוי, כאילו מדובר בשתי קטגוריות מהותיות הניצבות על אותו מישור עיוני, במקום כדרישה לבחון שאלה אחת ויחידה – זו של עמידת האשמה ברך ההוכחה הפלילי – כנדרש על פי הדין – אשר הזיכוי נגזר ממנה רק כתוצאה שיורית.¹⁴⁸

כך חוזרת השופטת דורנר בכמה פרשות על הנוסחה שלפיה "מטרת ההליך הפלילי היא לברר את חפותו או אשמתו של הנאשם".¹⁴⁹ השופט מצא בוחן את הצורך בגילויי ראיה במבחן תרומתה האפשרית ל"בירור שאלת אשמתו או חפותו של העותר".¹⁵⁰ השופטת נאור מבטלת את החלטתו של בית המשפט המחוזי לשחרר בערובה נאשם, בין היתר בהנחה "שתוך זמן קצר תינתן הכרעת הדין שתקבע את

¹⁴⁷ כדברי פרופ' Hammer: "The symmetry of the ordinary civil case is wholly absent in the criminal trial". D. Hammer, *Probabilistic Standards of Proof, Their Complements and the Errors that Are Expected to Flow from Them*, 1 U.N.E.L.J 71, 81 (2004).

¹⁴⁸ על פי ס' 34א לחוק העונשין, "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר". על פי ס' 182 לחסד"פ, שעניינו הכרעת הדין: "בתום בירור האשמה יחליט בית המשפט בהחלטה מנומקת בכתב (להלן – הכרעת הדין) על זיכוי הנאשם או, אם מצא אותו אשם, על הרשעתו [...]". ניתן אמנם לטעון שכאן יוצרת לשון החוק מידה מסוימת של סימטריה בין שתי הקטגוריות, ועל דרך דרישת ההנמקה, גם יוצקת בהן תוכן של מהות. אף על פי כן חשובה, לדעתנו, ההבחנה בין חיבור ההרשעה לממצא של אשמה, חיבור שהמחוקק אינו דורש דומה לו בזיכוי.

¹⁴⁹ ע"פ 4977/92 ג'ברין נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 690, 700 (1993); בש"פ 6353/02 מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נז(1) 1, 3 (2002); ע"פ 4006/93 נוריאל נ' מדינת ישראל, דינים-עליון לז 657 (1994).

¹⁵⁰ בש"פ 4078/03 סלאיימה נ' מדינת ישראל, דינים-עליון סד 562 (2003).

חפותו או אשמתו של המשיב".¹⁵¹ ובהתייחסו לשיקוליו של בית המשפט בדונו בבקשת הסגרה ואמר השופט ברק (כתוארו אז) כי –

"השאלה בהליך ההסגרה אינה אם חומר הראיות מצביע על כך כי הנאשם אשם בעבירה המיוחסת לו, אלא אם חומר הראיות מצביע על כך כי יש מקום לנהל משפט אשר בו תוכרע אשמתו או חפותו של הנאשם [...] מה שנדרש הוא, כי [...] בידי התביעה הכללית ראיות קבילות [...] אשר יש בהן להצדיק העמדה לדין ובירור אשמתו או חפותו של נאשם" (ההדגשות שלנו – י.ו. ומ.ר.).¹⁵²

אמירות אלו לא רק שמציבות את שאלת קביעת החפות והאשמה על מישור אחד, כמטרות ההכרעה הפלילית, אלא גם אינן מבחינות לעניין הנזק, בין הטעויות העשויות ליפול בכל אחת מקביעות אלו, בטשטשן את הפשרה המקובלת המעדיפה בבירור סוג אחד של טעויות על משנהו.¹⁵³

יתר על כן, הקבלה זו בין אשמה לחפות עשה בית המשפט העליון, באחת הפרשות גם בפרשנותו לרף ההוכחה הפלילי. לדבריו, "רמת הוכחה זו קשורה בקשר הדוק לשאלת האשמה או החפות עצמה", ומבטאת את "מידת ההוכחה הדרושה

¹⁵¹ בש"פ 5696/01 מדינת ישראל נ' אברמוביץ, דינים-עליון נט 990 (2001).
¹⁵² ע"פ 318/79 אנגל נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 105, 98 (1980). ראו גם את דברי השופט לוי בע"פ 4388/00 וייץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, דינים-עליון נח 389 (2000). ידועים גם דבריו של בית המשפט העליון בערעורו של ג'והן איוון דמיאניוק ולפיהם: "ביושבנו על מדין מצווים אנו לדון ולבחון את חפותו או אשמתו של המערער על-פי הדין, ועל-פי סדרי הדיון המקובלים עלינו בפלילים, לא לעשות עוול במשפטו, לא להטות משפטו ולא להכיר פניו" – עניין דמיאניוק לעיל ה"ש 52, בעמ' 246. דברים דומים אמר השופט ברק (כתוארו אז) גם בפרשה אחרת, בהתייחסו למהותו של ההליך הפלילי. לשיטתו: "ההליך הפלילי הוא מסגרת דינים, הבאים להגשים את המשפט הפלילי, דהיינו, לקבוע חפות או אשמה. לשם כך על ההליך הפלילי לחשוף את האמת [...] יש ועמידה פורמלית על סדר הכללים בעניין מיוחד יהיה בה כדי לגרום לעיוות דין, אם בדרך של הרשעת החף מפשע ואם בדרך של זיכוי הנאשם" – עניין קניר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 516. על הנוסחה לפיה מטרת ההליך הפלילי הנה "חשיפת האמת וקביעת חפות או אשמה" חזר הנשיא ברק גם בבג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 784 (1996). ובדומה גם השופט חשין מביע, בעניין אחר, את עמדתו, לפיה הצורך "לעשות דין וצדק" פירושו "הצורך לחייב בדין נאשמים ולזכות בדין זכאים" – בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 387, 355 (1995).

¹⁵³ כפי שהרחבנו לעיל. כאן המקום להדגיש כי הדיון במוסד הזיכוי מחמת הספק, כפי המובא במאמר זה, נעשה על בסיסן של תפיסות ותיאוריות מקובלות באשר למשפט הפלילי בכלל, ורף ההוכחה הפלילי בפרט. כך, יודגש, כי המדובר בפשרה מקובלת – המבכרת טעות של זיכוי שגוי על-פני טעות של הרשעה שגויה – ולא בהכרח במטרה ראויה ומוצדקת ללא כל הסתייגות – ראו, ואקי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 516–521.

במשפט הפלילי להוכחת אשמה או חפות".¹⁵⁴

אחד ההסברים האפשריים למקורו של הכשל הסימטרי הוא היותו נעוץ באימוץ, מודע או בלתי מודע של תפיסה הסתברותית-מתמטית, "פסקליאנית", להליך הבירור העובדתי במשפט הפלילי. אחד מכללי היסודיים של ההסתברות המתמטית – כלל ההשלמה¹⁵⁵ – גוזר יחס של שקילות מהותית, והשלמה כמותית בין הסתברותו של אירוע, או לעניינו משקלה הפרובטיבי של ראיה, או עצמתה ההסתברותית של מסקנה עובדתית, ובין ההסתברות לאי-קיומו של אותו אירוע, כך ששתי הסתברויות אלו לעולם משלימות זו את זו ומכוסות במלואן את הטווח שבין שני הקטבים – זה של הוודאות החיובית ("הוכח שכן", או הסתברות של 1) וזה של הוודאות השלילית ("הוכח שלא", או הסתברות של 0). ממידת הוכחתה של האשמה, על פי פרספקטיבה זאת, נגזרת אפוא מסקנה מהותית וכמותית בדבר מידת ההוכחה של היעדר האשמה או החפות. בהיותן תוצאות משלימות ומהותיות, נחתכות שאלות אלו במשותף כתמונת ראי האחת של רעותה, באופן המצדיק לכאורה את אותה רטוריקה סימטרית הכורכת בנשימה אחת את בירור אשמתו של הנאשם עם בירור חפתו.

אלא שהתייחסות הסתברותית כזו להכרעה העובדתית המשפטית קשה מאוד להגנה, משום שהליך הבירור הראייתי אינו נשען על כל הראיות הרלוונטיות, או עליהן בלבד. מהעובדה שראיה מסוימת, או מערכת הראיות כולה, אינה תומכת בהוכחת האשמה, לא ניתן לגזור שהיא תומכת בהוכחת היעדר האשמה.¹⁵⁶ גם מבחינה לוגית אין מקום ליצירת שקילות בין תוצאה של "לא הוכח" לתוצאה של "הוכח שלא", וליצירת סימטריה בין תוצאה של אשמה, המהווה קביעה פוזיטיבית מהותית שהאישום "הוכח", לבין החפות כתוצאה שיורית המתחייבת על פי הדין בכל מקום שהאישום "לא הוכח", בלא להוות, על כן, מסקנה או היגד כאילו "הוכח שלא".¹⁵⁷ ההכרעה העובדתית הפלילית איננה אל נכון קביעה דיכוטומית בין שתי

¹⁵⁴ בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 145–147 (1996).

¹⁵⁵ פירוט המושגים וכללי התחשיב ההסתברותי חורגים מגדריו של חיבור זה. לעניינו די לציין כי בהתאם לתורת ההסתברות המתמטית, הסתברותו של מאורע מיוצגת כערך מספרי על הציר שבין 0 (בלתי אפשרי) לבין 1 (ודאי) או באחוזים על הציר שבין 0% לבין 100%, וכי אחד מכללי החישוב העיקריים של ההסתברות הקלאסית הם כלל ההשלמה – הקובע, במקרה הפשוט, כי הסתברותו של אירוע ושליטתו מכסים את המרחב השלם של האפשרויות, ולפיכך חיבור הסתברויות אלו מסתכם לשלם (המיוצג כ-1 או 100%). להרחבה ראו, מאמרו המקיף של פרופ' רון שפירא "המודל ההסתברותי של דיני הראיות חלק א – ביקורות מסורתיות" **עיוני משפט** יט 205, 207 (1995).

¹⁵⁶ לעניין דיונו זה הכוונה היא להיעדר אשמה במישור ה"אמת העובדתית" ולא למשמעויותיה כ"אמת משפטית" במובן של הבחנות אלו כפי שצינו לעיל.

¹⁵⁷ המסקנה הלוגית הנכונה שניתן לגזור מהנחת המוצא A: "כל א' הוא ב'" (כל מי שמורשע אשם) היא המסקנה B: "כל מי שהוא לא ב' הוא לא א'" (כל מי שלא אשם לא מורשע, או – אין מרשיעים חפים מפשע), אולם לשם המסקנה B1: "כל מי שלא א' הוא לא ב'" (כל מי שלא

נרטיבות אמת פוזיטיביות, 158

אסטרטגיה רטורית אחרת, שיש לדעתנו מקום לשקול כחלק מהאמצעים לפתורנו של הכשל הסימטרי, הנה ניסוחה המחודש של ההכרעה הפלילית במונחים של אשמה והיעדר אשמה, להבדיל מאלו של אשמה וחפות או של הרשעה וזיכוי הנוהגים היום. שינוי כזה, התואם את הקטגוריות המקובלות של ה-"Guilty" וה-"Not Guilty" – במשפט האנגלו-אמריקני, יחדד את פעולתו ומשמעותיותו של כלל ההשלמה ואת היותה של ההכרעה הפלילית נסבה על שאלה אחת בלבד – זאת של אשמת הנאשם. ודוק – בריקונה של ההכרעה בדבר היעדר אשמה מתוכן פוזיטיבי עצמאי, אין

מורשע לא אשם, או – אין מזכים אשמים), נדרשת הנחת מוצא חזקה הרבה יותר A1, לפיה: "רק א' הוא ב'" (רק מי שמורשע אשם, או – כל האשמים מורשעים). ברי כי הנחת מוצא זאת לא נכונה, משום שרף ההוכחה הפלילי הדווקני מתפשר, במודע, על הרשעתם רק של חלק מהאשמים, כפי שהראינו לעיל.

158 עומדת על כך ענת שקולניקוב, אשר בהתייחסה לקשייו של המודל ההסתברותי המתמטי, להבדיל מזה האינדוקטיבי, בתיאור הבירור העובדתי המשפטי, כותבת: "The complement of the probability of truth is the probability of falsehood: the sum of them must add up to one. With some types of witnesses, however – for example, eye-witnesses who are passers-by not involved in the issue at the trial – the complement of what we mean by their truth-probability is randomness, and not necessarily falsehood" – Anat Scolnicov, *On the Relevance of 'Relevance' to the Theory of Legal Factfinding*, 34 *ISR. L. REV.* 260, 275 (2000). ובדומה כותב פרופ' Hammer, לעיל ה"ש 147, בעמ' 74, 96: "Recognition of the probabilistic nature of the standard of proof – placing it at a certain position on the unit interval – leads immediately to an instructive corollary. There is, with regard to each issue at trial, not a single standard, but two complementary standards, one for each of the opposing parties [...] probability theory implies that a standard of proof is also applicable to the defendant, the two standards being complementary"

לפתרון בעיה זו מוצע על ידי שקולניקוב, שם, בעמ' 277, להשתמש בלוגיקה תלת-ערכית, כזו הנותנת מקום גם להיעדר ההוכחה, לצדם של ההוכחה החיובית והשלילית. לדבריה: "What is needed is a three-valued rather than a two-valued logic. The relationship between any hypothesis and any evidence can be true, false or unknown. A different trichotomy given to express the possible logical relationships between evidence and hypothesis is true-making, false-making and irrelevant"

לדעתנו, הצעתה של שקולניקוב, לאימוץ לוגיקה תלת-ערכית כאמור, דווקא מחדדת את הבעייתיות של הזיכוי מחמת הספק, בהצדיקה, לכאורה, את העמדתה של קטגוריה זו כפתרון למתח שמקורו בכשל הסימטרי, מתח שאינו מתחייב מלכתחילה. ואכן, בהמשך הדברים היא מודה, כי אימוץ פרדיגמה אחרת, שאינה מבוססת על דיכוטומיה סימטרית, עשויה למנוע את עצם התעוררות הבעיה – שם, בעמ' 278. שקולניקוב מתייחסת לתורת ההסתברות האינדוקטיבית של כהן, שאינה מבוססת על סימטריה דיכוטומית של מושגים. להרחבה, ראו בעניין זה – LAURENCE JONATHAN COHEN, *THE PROBABLE AND THE PROVABLE* (1977); L.J. Cohen, *The Logic of Proof*, 1980 *CRIM. L. REV.* 91 (1980).

בכוונתנו לכרסם באמונה בחפותו של הנאשם שזוכה ובהתייבותו האיתנה של המשפט מאחוריה, כי אם לנתק אמונה זו מהבירור המשפטי ותוצאתו ולהעמידה על מכונה כנגזרת של תפיסות היסוד הנורמטיביות המגולמות בחזקת החפות הפוזיטיבית. חפותו של אדם, על פי תפיסה זאת, היא נקודת המוצא המשפטית, ונקודת הסיום שלה "אלא אם הוכח אחרת מעבר לכל ספק סביר", ואינה נצרכת, לפיכך, לאקט דקלרטיבי, לא כל שכן קונסטיטוטיובי, מצד בית המשפט.

ו. מודל דסקריפטיבי-פרשני למהותו ולגדרו של הזיכוי מחמת הספק

על בסיס הסוגיות השונות שהועלו ונידונו בחלקים הקודמים ננסה עתה להציע מודל דסקריפטיבי-פרשני, שיהיה בו להסביר את מהותו וגדרו של הזיכוי מחמת הספק ולשרטט את המקרים הפרדיגמטיים שבהם הוא מוכרז. לעניין זה יודגש כי, אף שביט המשפט קבע באחת הפרשות כי אפיונו וסיווגו של זיכוי כ"זיכוי מחמת הספק" הוא סוגיה פרשנית-אנליטית שאינה נחתכת על פי הלשון שנקט בית המשפט,¹⁵⁹ הרי ענייננו מתמקד דווקא בלשון זו. זאת, הן בשל אופייה ההצהרתי, על השלכותיו ומשמעותיו האופרטיביות והנורמטיביות, והן באפיינה תת-קבוצה ייחודית של מקרים המציפה וחושפת, כך נטען, דילמות ומתחים בהליך ההכרעה העובדתית במשפט הפלילי, הראויים להתייחסות ביקורתית.

ודוק – על פי הפסיקה, מכסה לכאורה הזיכוי מחמת הספק את כל הקשת הגדולה של המקרים שבהם אין בית המשפט מגיע למסקנה פוזיטיבית בדבר אשמתו או חפותו של הנאשם.¹⁶⁰ ובסדרה של פסקי דין שעניינם הנסיבות המקנות למי שזוכו בהליך הפלילי זכות להחזר הוצאותיהם מאוצר המדינה על יסוד סעיף 80 לחוק העונשין,¹⁶¹ הבחינה הפסיקה הבחנה ברורה בין שניים – הזיכוי המוחלט מהאשמה, והזיכוי מחמת הספק.¹⁶² לכאורה אפוא זיכוי מחמת הספק הוא כל זיכוי שאינו מוחלט.

אלא שהגדרה זו מציבה, כך נראה, תנאי הכרחי אך לא מספיק, שכן אין בה

¹⁵⁹ ע"פ 6621/01 **בדליאן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 870 (2002). באותו עניין קבע השופט מצא כי זיכוי של המערער היה זיכוי מוחלט, וזאת אף שהערכאה הדיונית קבעה כי היא מזכה את הנאשם "מחמת הספק".

¹⁶⁰ כך, לדוגמה, אומר השופט ש"ז חשין בעניין **פודמסקי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1196, כי: "נתן [הנאשם] הסבר המתקבל על הדעת, אך השופט אין בידו להחליט אם יקבל דברי הסבר אלה או ידחם – כלומר: אינו מוכן להכריע אם דברים אלה נכונים הם או לא – עליו לזכותו מפני הספק".

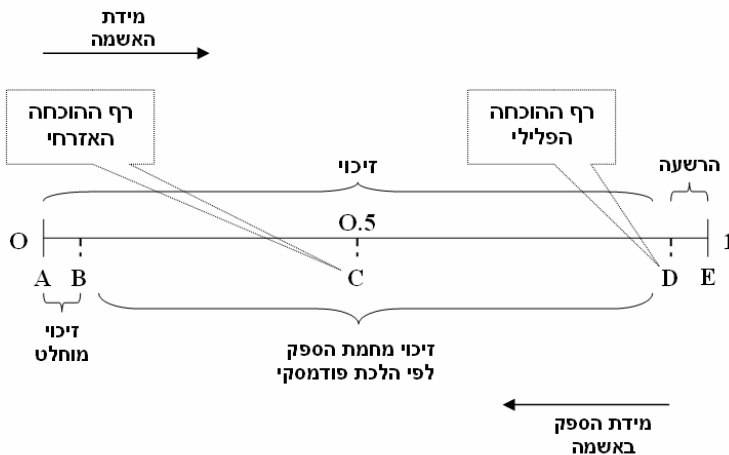
¹⁶¹ ראו לעיל בה"ש 40.

¹⁶² ראו לדוגמה, רע"פ 960/99 **מקמילן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(4) 294, 302 (1999). וכן הפסיקה המובאת לעיל בה"ש 40–41. ובמיוחד, עניין **חמודה**, לעיל ה"ש 41, פס' 21 לפסק-דינו של השופט לוי, אשר מוסיף ומדגיש כי "זיכוי מוחלט נסמך על הוכחת חפותו של אדם [ואילו] זיכוי מחמת הספק, מקורו בחוסר-יכולת להוכיח אשמה" (הדגשה במקור).

להסביר, לא כל שכן לתחום, את אותם תת-מקרים שבהם מוכרז הזיכוי מחמת הספק באופן ברור ומודגש, המקנה לו לעתים, ולו ברמה הרטורית, חזות של תוצאה משפטית, להבדיל מהנמקה בלבד.

יתר על כן, גם אפיונה של קבוצת המקרים האמורה, שאינה נופלת בגדר הכרעה פוזיטיבית של חפות או אשמה, כ"זיכוי מחמת הספק", מוקשה מבחינה אנליטית, בהותירו ללא מענה ברור את שאלת אפיונו ומהותו של הספק. האם הספק נשוא ה"זיכוי מחמת הספק" הוא אותו "ספק סביר" התוחם ומגדיר את רף ההוכחה הפלילי – ביטוי להתלבטות באשר להכרעה המשפטית המתחייבת מהחלתו של אותו רף? או ליתר דיוק, ובמילים אחרות – האם עניינו של ספק זה בשאלת הרשעתו או זיכוי של הנאשם? ואם כן – כיצד ומדוע מתפרשים ספקות אלו הרחק ומעבר לנקודת הגבול של רף ההוכחה הפלילי, שבקרבנו עשויה להתעורר שאלה כזו, תוך חצייה אף של רף ההוכחה האזרחי והשקה עד גבולותיו הרחוקים של הזיכוי המוחלט והפוזיטיבי? מהו הספק היכול לקנן בלבו של שופט אשר הראיות שבפניו מצביעות באופן כמעט מכריע על חפותו הפוזיטיבית והמוחלטת של הנאשם שבפניו? להמחשת הסוגיה, נתבונן על השרטוט הבא המנסה לתאר את ההכרעה הפלילית על ציר עצמתן של הראיות בדבר אשמתו של הנאשם –

ההכרעה העובדתית בשאלת האשמה



לצורך שרטוט זה אנו מניחים כי תחום פרישתו של הזיכוי המוחלט (הטווח בין נקודות A ו-B) מקביל לתחום פרישתה של ההרשעה (הטווח בין נקודות D ל-E), וזאת על בסיס תפיסתו של רף ההוכחה הפלילי כאמת מידה פרובטיבית רציונלית

שהיא בלבד עשויה להצדיק מסקנות פוזיטיביות.¹⁶³ עם זאת, ולענייננו, די בכך שהזיכוי מחמת הספק מכסה את הטווח שבין ההרשעה ("המוחלטת") לזיכוי ("המוחלט")¹⁶⁴ על מנת להצדיק את התהיות שהצגנו לעיל לעניין מהותו ואופיו של ספק זה.

1. התעוררות הספק בנסיבות של "אי-ודאות"

נקודת מוצא מתאימה לדיוננו היא בחינת קרבתו הסמוכה של רף ההוכחה הפלילי (נקודה D בשרטוט שלעיל). אכן, בנקודה זו סביר שיתעוררו ספקות בשאלת הכימות המדויק של עצמת הראיות, ובהתאם – ספקות באשר להכרעה המשפטית המתחייבת במקרה הנדון. ודוק – ספקות אלו הנם בכל מקרה ספקות עובדתיים ולא משפטיים, שכן כלל ההכרעה הפלילי קובע את הזיכוי כתוצאה המתחייבת במקרים אלו.¹⁶⁵ הספק אינו נובע מהזיכוי או מרחף מעליו – כתוצאה משפטית מחייבת – אלא הזיכוי נובע מהספק באשר לעובדות, או ליתר דיוק באשר לשאלת הוכחת אשמתו של הנאשם על ידי התביעה, ברמה המתחייבת ממנה על פי רף ההוכחה הפלילי. זוהי, אם תרצו, משמעותו היסודית והאינטואיטיבית של "זיכוי מחמת הספק" – זיכוי המוכתב כתוצאה משפטית מכלל ההכרעה הפלילי, מקום שמתקיים ספק בתודעתו ובלבו של השופט באשר לסיווגו ההולם של המקרה שבפניו לאחד משני צדדיו של רף ההוכחה. לספק כזה נראה שהתייחס הנשיא ברק בדיון הנוסף בעניין אל עבד באמירה שלפיה –

"יש פעמים שבהן עצם ההתלבטות בשאלת קיומו של ספק סביר, עולה כדי ספק סביר בעצמה ומביאה לזיכוי של הנאשם מחמת הספק".¹⁶⁶

דברים אלו מובילים אותנו לבחינת סוגיה נוספת, היא ההבחנה בין הספק הסביר

¹⁶³ שהרי עניינה הוא בהכרה כי מקום שמתקיים ספק סביר אין אפשרות רציונלית להתעלם ממנו. בדומה, אם בית המשפט מוצא, או קובע, כי קיים ספק סביר בחפותו של הנאשם, אין לומר כי קביעת חפות זאת היא קביעה פוזיטיבית, מוחלטת, שלפיה הנאשם לא ביצע את העברה. במילים אחרות, הזיכוי המוחלט שולל ספק סביר באשמה, במונח של "זיכוי מעבר לכל ספק סביר", ועל כן מצב זה הוא היפוך סימטרי מדויק של סטנדרט ההוכחה בפלילים.

¹⁶⁴ כאשר זיכוי מחמת הספק מתפרש על קשת הסתברותית מסיכוי גבוה לאשמה בצד ספק סביר לחפות (נקודה D) ועד סיכוי גבוה לחפות בצד ספק סביר לאשמה (נקודה B).

¹⁶⁵ משמעות אותו כלל שלפיו יש "ליהנות את הנאשם מהספק" היא שכאשר מתעוררים ספקות אצל השופט באשר לשאלה אם לזכות או להרשיע, עליו להתיר ספקות אלו לטובת הנאשם ולזכותו.

¹⁶⁶ עניין אל עבד, לעיל ה"ש 68, בעמ' 859.

נשוא כלל ההכרעה הפלילי, והספק המוליך בנסיבות האמורות לזיכוי מחמת הספק. הראשון נסב על תכונה מסוימת המיוחסת לראיות – כמידת עצמתן או מידת תמיכתן בפרופוזיציה המרשיעה¹⁶⁷ – ואילו עניינו של האחרון, כך נראה, בהערכתה של מידה זו ובהתערערות הביטחון לגביה בתודעתו של השופט. זהו אפוא ספק מסדר שני שעניינו חוסר הוודאות הפנימית באשר להערכתה ולקביעתה של מידת חוסר הוודאות החיצונית הגלומה בראיות, או המיוחסת להן.

הבחנה זו נראית כתואמת גם את רעיון סדרי-השיח שטבע הפילוסוף Bertrand Russell, המבחין בין הערכות הסתברותיות, אשר מהוות "דיון מסדר ראשון" ובין הערכות בדבר טיבן של הערכות אלו, העוסקות מצדן ב"דיון מסדר שני". כדבריו –

"That a proposition has a certain degree of probability, is a new proposition, which we may believe with any degree of certainty from the highest to the lowest. [...] We are not considering certainty about the probability of a proposition, but uncertainty about the proposition itself".¹⁶⁸

כאן המקום להדגיש כי מבחינה מושגית אין ספקות אחרונים אלו קשורים לרף ההוכחה הפלילי, בהיותם עשויים להתעורר לגבי כל קביעה אחרת שהיא, או אם תרצו, בכל נקודה אחרת על ציר ההכרעה המתואר בשרטוט שלעיל. עם זאת, רק בסמוך לרף ההוכחה הפלילי קל לייחס משמעות רלוונטית לספקות אלו, שכן רק שם מתעוררת שאלת ההכרעה באשר להרשעתו או לזיכוי של הנאשם.¹⁶⁹ בכל מקרה, כפי שכבר הדגשנו לעיל, לשאלה זו אין נפקות מעשית בהיותה נפתרת, כאמור, על ידי כלל ההכרעה המחייב במקרים של ספקות כאלו את זיכוי של הנאשם.¹⁷⁰

¹⁶⁷ מבחינה אנליטית נכון יותר לומר כי אי-הוודאות באשר לראיות אינה תכונה שלהן כי אם מצב תודעתי, או כתיאור של פונקציית האמונה – ההסתברות הסובייקטיבית, או הערכת הספק הסובייקטיבית, כתכונה המיוחסת לראיה בתודעה השיפוטית.

¹⁶⁸ B. Russell, *Theory of Knowledge*, in E.R. EAMES, K. BLACKWELL, THE COLLECTED PAPERS OF BERTRAND RUSSELL 168 (Vol. 7, 1984); Lea Brilmayer, *Second-Order Evidence and Bayesian Logic*, 66 B.U.L 637 (1986)

¹⁶⁹ כך לדוגמה עשוי השופט שלא לבטוח בהערכתו כי משקלן של הראיות עובר את רף ההוכחה האזרחי, אם לאו. עם זאת, השאלה אינה רלוונטית לצורך ההכרעה הפלילית, אשר מבקשת לבחון אם הראיות עומדות ברף שונה, וגבוה בהרבה. אם לשופט ברור כי כך או כך התביעה לא עמדה בנטל ההוכחה, אין משמעות להתלבטותו באשר לשאלה האחרת.

¹⁷⁰ עם זאת, יש לדעתנו מקום לשקול אפשרות לשינוי הדין באופן שייתן ביטוי לספקות, הן מסדר ראשון (מידת הוודאות שהאירוע הדרוש להוכחה אכן התרחש) והן מסדר שני (דרגת השכנוע של השופט בהכרעתו) ככל שאלו נותרים בלתי פתורים – וזאת בשלב שלאחר ההרשעה להבדיל מזה הקודם לזיכוי. בנסיבות כאלו, לשיטתנו, ייתכן שיש מקום, להבחין בין ההרשעות השונות לפי מידת ודאותן, תוך מתן נפקות מעשית למידת הביטחון האפיסטמי של השופט באשר לעצם

הסבר זה מוגבל אפוא בפרישתו להבהרתם של אותם מקרים הסמוכים מאוד לרף ההוכחה הפלילי. יתר על כן, הוא מותיר בעינו תמיהה נוספת, חשובה לא פחות, הנוגעת לתחושות האמוציונליות השיפוטיות ולהבעות מורת הרוח הנלוות לא אחת לזיכוי מחמת הספק. אם כלל ההכרעה הפלילי פותר באופן ברור וחד-משמעי את הספקות והלבטים העשויים להתעורר בתודעת השופט בשלב ההכרעה, כי אז אין להבין במסגרתו את פשרו של הקושי הנלווה אליו.

ההסבר שאנו מבקשים להציע מכוון עצמו לסוגיות שהועלו ונידונו בפרקים הקודמים באשר להצגת מטרתו של ההליך הפלילי כחתירה לחשיפת האמת מחד, ותפיסת תוצאותיו של אותו הליך, הן ההרשעה והן הזיכוי, ולו במשמעותן הנכונה והגרעינית, כנרטיבות אמת מאידך. כישלונן וסיכולן של מסורות אלו, בכל מרחב המקרים שבהם ההכרעה הפלילית אינה מבוססת על קביעה עובדתית פוזיטיבית מוחלטת, כלומר בטווח שבין ההרשעה ובין "הזיכוי המוחלט", יוצר דיסוננס קוגניטיבי וחוסר נחת נורמטיבי בתודעה השיפוטית, המוצאים את ביטויים תחת אותה מטרייה דקלרטיבית של זיכוי מחמת הספק. אין זה אפוא ספק פוזיטיבי באשר לתוצאה המתחייבת מהעובדות ומהדין (מה הדין משמיע לדין), אלא ספק נורמטיבי באשר לדין המחייב את אותה תוצאה (מה משמעו של הדין) ובאשר לעובדות המתחייבות מתוצאתו זו (מה הדין משמיע בדין). או במילים אחרות, הספק אינו באשר לשאלה מהי התוצאה המשפטית המתחייבת (זיכוי), אלא באשר להצדקתה הנורמטיבית של תוצאה זו (מדוע נכון לזכות), כמו גם באשר למשמעויות ולפרשנויות הנכונות שיש לתת לה לפיכך (מה מלמד זיכוי כזה).

להבהרת טענה זו נחזור בשלב ראשון לבחינת סביבתו הקרובה של רף ההוכחה הפלילי (בקרבת נקודה D בשרטוט שלעיל), והפעם לא בפרספקטיבה של הדין הפוזיטיבי, אלא בפרספקטיבה של התאמת תוצאותיו של דין זה לתמונה הפרסקרפטטיבית של חיפוש אחר האמת. ראשית, ברי שיתקיים סמוך לנקודה גאומטרית זו מתח מקסימלי בין הערכת העובדות, כמצביעות ברמה גבוהה של ודאות על אשמתו של הנאשם ובין תביעתו הדווקנית של רף ההוכחה הפלילי, שלא לקבוע שיפוטית אשמה זו על דרך של הרשעה, על אף אותה רמה גבוהה של ודאות, ולהכריז, במקום זאת, שהאשמה לא הוכחה.

מהלך זה, מנתק אפוא בין "האמת העובדתית" כפי שהתחווה לשופט, הגם שלא ברמה של "מעבר לכל ספק סביר", ובין "האמת המשפטית", בחייבו את השופט לזכות את מי, שלהערכתו, ככל הנראה אשם. הקושי התודעתי מתעורר לפיכך לא על אף, אלא דווקא בשל דווקנותו וחד-משמעויותו של כלל ההכרעה, המבטל ומונע את ביטויים של הספקות הכבדים, העובדתיים והנורמטיביים, הנלווים בתודעה

ודאות ההרשעה, במסגרת שיקולי הענישה בהשפעה על סוג הענישה ועל חומרתה. ראו, יניב ואקי "הלימה בין מידת הענישה למידת הוודאות בהרשעה" **המשפט** 26, 79 (2008).

השיפוטית להכרעה האמורה.

מתח נוסף מתקיים בנקודה זו, בין המדרג והרצף של ההכרעה העובדתית, לבין כלל ההכרעה המשפטי המפשיט ומנתק ממושג ההרשעה הגרעיני את משמעויות השוליים שיש באופן רגיל בתודעתנו לכל מושג ומושג. הדרישה מהשופט להבחין באופן חד-משמעי בין הרשעה לבין מה "שדומה מאוד" או "קרוב מאוד" להרשעה, ולגזור הבחנה זו מהכרעה עובדתית שאינה חדה וברורה בשאלת האשם, מערימה קושי נוסף על זה שהצגנו קודם. לא זו בלבד שהשופט נדרש להכריע בין "האמת העובדתית" ובין הקרבתה על בסיס שיקולים של צדק, אלא שבין שתיים אלו מבקש רף ההוכחה הפלילי להעביר גבול חד ובלתי אינטואיטיבי.

שנית, בנקודה הקרובה לרף ההוכחה הפלילי, מתעצם הדיסוננס הקוגניטיבי אצל השופט, בשל תפיסת הזיכוי, ולו במשמעותו הגרעינית, כנרטיבת אמת – תפיסה הנובעת מהכשל הסימטרי ומהעמדת חשיפת האמת כבסיס הלגיטימציה של ההכרעה הפלילית – סוגיות שנידונו בפרקים הקודמים. ביציקת משמעות של הכרזה עובדתית של חפות ואיתה "קונוטציה של הסרת כל כתם מוסרי" לזיכוי של הנאשם,¹⁷¹ הופכת תוצאה זו לקשה מאוד ליישוב עם סיטואציה שבה אשמתו של הנאשם מתגלה לכאורה באופן מובהק למדי מהעובדות שהתבררו במשפטו.

ודוק – מבחינה אינטואיטיבית ורציונלית, נראה כי הכלל המנחה את גיבושה של אמונה, ולו יחסית, במערכת עובדתית כלשהי, הוא כלל ההוכחה האזרחי דווקא – זה של מאזן ההסתברויות. הפעלתו של כלל ניטרלי זה מביאה למזעור טעויות, ומכתיבה, במצבים של אי-ודאות, את הבחירה הרציונלית באפשרות הסבירה והמשכנעת יותר. לא פלא אפוא כי בכמה פסקי דין מוצא את ביטויו המתח שבין רף ההוכחה הפלילי לזה האזרחי. מתח שבין החובה לזכות את הנאשם – הנגזרת מן הדין הפלילי, ובין האמונה – המבוססת על מאזן ההסתברויות האזרחי – שכפות המאזניים נוטות במובהק אל עבר אשמתו.

אם כך, לא זו בלבד שהשופט נדרש שלא להרשיע את הנאשם על אף אשמתו העולה מהראיות, אלא שהאפשרות היחידה הנותרת בידו היא לקבוע את מה שנתפס כשלילתה הקוטבית והיפוכה כמעט של ההרשעה – ולהכריז על זיכוי של הנאשם. קו הגבול החד וההשקה בפועל בין שתי תוצאות משפטיות הפוכות וקוטביות לכאורה, יוצר מתח תודעתי בלתי ניתן לביטול.

הזיכוי מחמת הספק מהווה, כך נראה, דרך להתמודדות עם סוגיות שונות אלו, ומוצא לקשיים עליהם הצבענו לעיל. בהכרזה השיפוטית על נסיבותיו של הזיכוי

¹⁷¹ כדברי השופט שטרסברג-כהן בעניין מאיר, לעיל ה"ש 99, בעמ' 647. באותה פרשה קבע בית המשפט כי אין לראות בנאשם שהיה חולה נפש בעת ביצוע העברה, ולפיכך נקבע שהוא אינו בר-עונשין, כמי שזוכה, וזאת בין היתר משום שלא ראוי להסיר מנאשם כזה, כל כתם מוסרי. לביקורת נוקבת על פסיקה זו ראו יעקב בזק "אשם – אבל אינו אשם..." הפרקליט מז 212 (2003).

והצגתו כ"זיכוי מחמת הספק", מוצפות אל פני השטח ההתלבטיות וחוסר הנחת באשר לגזירתה של ההכרעה המשפטית מהעובדות, ובאשר למשמעויות העובדתיות והנורמטיביות שיש לייחס להכרעה זו.

ואכן, לא אחת מקדימות את הקביעה בדבר הזיכוי מחמת הספק, ונלוות אליה, אמירות בדבר ההתלבטות באשר לתוצאה שהתחייבה באותו מקרה, כמו גם בדבר המתח בין תוצאת הזיכוי לבין המשמעויות שיש לייחס לה, לאור העובדות שהתבררו, לעניין חפותו של הנאשם.

2. התעוררות הספק בנסיבות של "אי-ידיעה"

אם החיפוש אחר האמת העובדתית, ותפיסת קביעתו הנכונה כבסיס לגטימציה וכתוצאה דקלטיבית של המשפט הפלילי מעוררים, כפי שראינו לעיל, מתח קשה בנקודה הסמוכה לרף ההוכחה הפלילי, הרי שמתח זה צפוי להתעצם עוד יותר, אף שמסיבות שונות, בנקודה הסמוכה לרף ההוכחה האזרחי, היא נקודה C בשרוטטנו לעיל.

בתמצית, טענתנו היא כי בנקודה זו קיים קושי ניכר לא בגזירתה של התוצאה המשפטית מההכרעה העובדתית, אלא בהכרעה העובדתית עצמה, הכרעה הנתפסת כשלב ראשוני ומתחייב לצורך ולפני קביעת המסקנות המשפטיות.

להבהרת סוגיה זו נעמוד ראשית על משמעותה של האמירה כי מקרה עובדתי נתון נופל בסמוך לנקודה C בשרוטטנו. אם נאמץ את מודל הסיפור של פרופ' Ronald J. Allen, המציג את הליך הבריור המשפטי כהבניית נרטיב סיפורי-עובדתי,¹⁷² נוכל לומר כי בפני בית המשפט סיטואציה של שתי גרסאות עובדתיות שקולות, או שקולות כמעט – זו של אשמת הנאשם וזו של חפותו – שאין בידי בית המשפט להכריע ביניהן. בדומה, מודל הסתברותי מציג נקודה זו כנקודה של שקילות הסתברותית, במסגרתה אשמתו של הנאשם סבירה לא פחות מחפותו. השאלה, אפוא בדבר חפותו או אשמתו של הנאשם נותרת בלתי פתורה במישור העובדתי בנקודה זו, ומציבה בפני השופט "תיקו עובדתי", שאינו ניתן להכרעה.

ודוק – אין מדובר על חוסר ודאות באשר להכרעה מבוססת ומסתברת, מהסוג שעסקנו בו קודם, בדיון בדבר המתח המתעורר בסמוך לנקודה D, כי אם בערפול וקושי היורד לשורשן של עובדות ואשר עניינו חוסר היכולת להגיע להכרעה עובדתית מבוססת כלשהי. זוהי, אם תרצו, לא נקודת חוסר ודאות, כי אם נקודת חוסר ידיעה, נקודה שהשאלה הנשאלת בקרבתה אינה מידת הביטחון באמת אלא מהי האמת המתגלה מתוך הראיות, אם בכלל.

לכאורה, וכאן אנו חוזרים לסוגיית הצבת גילוי האמת כמטרת ההליך הפלילי כמו

¹⁷² Ronald J. Allen, *The Nature of Juridical Proof*, 13 CARDOZO L. REV. 373 (1991).

גם כאבן בוחן לתוצאותיו, אין בחוסר היכולת לחשוף את האמת העובדתית, ואפילו באותה רמה יסודית הגובלת באי-ידיעה או בערות של ממש, כדי לשנות להכרעה הפלילית. שכן מאי נפקא מינה אם נכשלה התביעה בהצגת גרסה עובדתית מכרעת מאחר שהתעורר ספק סביר בלבד בעניינה או שהועמדה מולה, או התעוררה, גרסה שקולה בעצמתה, שעניינה חפות הנאשם, כמו בענייננו? שהרי כך או כך, ברי שלא הורם נטל ההוכחה הפלילי, וכי דין התביעה ליפול. יתר על כן – על דרך של קל וחומר, ניתן לטעון כי בנקודה C קטנה בהרבה עצמתו של המתח שבין ההרשעה לזיכוי, כמו גם המתח שבין הזיכוי, כתוצאה המתחייבת מן הדין, ובין המשמעות הגרעינית המיוחסת לו כקביעה פוזיטיבית של חפות, לעומת אלו המתעוררים בנקודה D אותם בחנו לעיל.¹⁷³ אם הלבטים בנקודה של תיקו ראייתי מספיקים דיים להכרעה לטובת הנתבע האזרחי, כיצד הם עשויים להותיר ספקות באשר להכרעה לטובתו של הנאשם בפלילים, שם רף ההוכחה, כאמור, גבוה ודווקני בהרבה?

אלא שהחיפוש אחר האמת כן נתפס, כפי שהוצג בפרקים הקודמים, כמרכזי וחיוני להליך הברור העובדתי של המשפט הפלילי, וברי, על כן, שכישלונו, וכישלון השיטה האדברסרית להביא על דרך העימות לחשיפת האמת, עשויים לעורר חוסר נחת בקרב השופטים, הנדרשים מחד להגיע למסקנה משפטית, ומאידך נעדרים יכולת, בנסיבות המקרה, לבסס מסקנה זו על קביעות עובדתיות פוזיטיביות, ולו ברמה המותרת מקום לטעות ולא-ודאות.

אכן, כדבריו של השופט לוי באחת הפרשות, אין זה מתפקידו של בית המשפט "להשלים את 'פאזל' האירועים עד תומו", ודי לצורך ההכרעה הפלילית "התמונה העולה מ'פאזל' לא מושלם זה ברורה לחלוטין".¹⁷⁴ אולם מה אם לא עולה מהפאזל, אם נשתמש בדימויי של השופט לוי, תמונה כלשהי, או שאין בידי בית המשפט כל "נקודת אחיזה ראייתית, שעליה ניתן לסמוך ולבסס הסבר"¹⁷⁵ לצורך הכרעתו? למסקנה דומה ניתן להגיע גם מתוך זווית המבט של "מודל הסיפור", מבית מדרשו של פרופ' Allen, המתארת את הברור העובדתי כהליך של הבניית נרטיב סיפורי במטרה לחלץ מתוכו תמונה של המציאות. אם הבנייתה של תמונת מציאות היא לא רק תכתיב נורמטיבי, אלא, ובעיקר, כלי אפיסטמולוגי ואסטרטגיה קוגניטיבית המנחים את הליך קבלת החלטות האנושי¹⁷⁶ ועומדים בבסיסו,¹⁷⁷ כי אז

¹⁷³ שהראשון אינו מתעורר בכלל, לאור המרחק בין C ל-D, והשני חריף פחות לאור המרחק בין C ל-B.

¹⁷⁴ דברי השופט לוי בע"פ 6864/03 רוקנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 657, 668 (2004).

¹⁷⁵ כדברי בית המשפט בעניין דמיאניוק, לעיל ה"ש 52, בעמ' 663.

¹⁷⁶ ראו, לדוגמה, William Twining, *Narrative and Generalizations in Argumentation About* (1999) 40 S. TEX. L. REV. 351, 358-359. וכן, ואקי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 496-507.

¹⁷⁷ Reid Hastie & Nancy Pennington, *The O.J. Simpson Stories: Behavioral Scientists'*

צפוי כישלונה של אסטרטגיה זו, בסיטואציות כגון אלו של חוסר היכולת להכריע בין גרסאות או סיפורים, להציב בפני השופט בעיה של ממש. קיומן של שתי גרסאות מנוגדות שולל מכל אחת מהן את כוחה הקוהרנטי, ומונע את האפשרות להשתמש בה כבסיס לאמונה.¹⁷⁸ כדברי הפסיכולוגים Pennington & Hastie –

“If more than one story is judged to be coherent, then the stories will lack *uniqueness*, which contributes to confidence in a story and in a decision. If there are multiple coherent explanations for the available evidence, belief in any one of them over the others will be lessened”.¹⁷⁹

בדומה, מתאר גם John Locke בספרו על ההבנה האנושית את המקרה הקשה כמקרה של התנגשות גרסאות.¹⁸⁰ מודל הסיפור עשוי לשמש גם תאוריה פרשנית מאחדת לשני סוגי הספקות שעליהם הצבענו, והמתעוררים, כאמור, בשני מוקדים שונים על ציר הוכחת האשמה – זה של רף ההוכחה הפלילי, וזה של רף ההוכחה האזרחי. הטענה שמעלה לדוגמה Ellen Suni, היא שגם סביב רף ההוכחה הפלילי ניתן לתלות את הדיסוננס הקוגניטיבי, ואתו את הקושי שבזיכוי הנאשם, כדחיית האמונה בגרסתו.¹⁸¹ בשני המקרים גם יחד, נכשל אותו תהליך קוגניטיבי שמתאר מודל הסיפור – בחירת נרטיב אחד של המציאות, האמון על השופט, והמשמש בתורו כבסיס וכהצדקה להכרעתו.¹⁸² יודגש, לעניין זה, כי אין ברף ההוכחה הפלילי או בכללי ההכרעה כדי להתיר את אותה בעייתיות שמוקדה כאמור, לא בפן הרציונלי, ולא בתכתיביו הפוזיטיביים לגבי

Reflections on the People of the State of California V. Orenthal James Simpson, 67 U. COLO. L. REV. 957, 959 (1996). המחברים עומדים על כך כי הבניית הסיפור היא שלב הכרחי שבין בחינת הראיות ובין המסקנה, באופן שמסקנה זו אינה מבוססת ישירות על הראיות והמידע עצמו, אלא על הסיפור במסגרתו שובצו.

PAUL THAGARD, *CONCEPTUAL REVOLUTIONS*, 65 (1992) ¹⁷⁸

Nancy Pennington & Reid. Hastie, *A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model*, 13 CARDOZO L. REV. 519, 528 (1991) ¹⁷⁹

JOHN LOCKE, *AN ESSAY CONCERNING HUMAN UNDERSTANDING* 257 (London, 1965) ¹⁸⁰

Ellen Y. Suni, *Who Stole the Cookie from the Cookie Jar? The Law and Ethics of Shifting Blame in Criminal Cases*, 68 FORDHAM L. REV. 1643, note 45 (2000) ¹⁸¹
 עומדת על כך שנאשם שאינו מעלה גרסה כלל, מקטין בכך באופן משמעותי את הסיכוי לזכיותו בדיון, שכן אינו מספק למושבעים נרטיב מסדר שבו ניתן לתת אמון. המשמעות הנגזרת, לשיטתה, מתובנה זו היא כי בפועל מטשטש בדרך זאת ההבדל בין רף ההוכחה האזרחי ורף ההוכחה הפלילי.

R. Allen & Gerald T.G. Seniuk, *Two Puzzles of Juridical Proof*, 76 CAN. BAR. REV. 65, 76 (1997) ¹⁸²

ההכרעה המשפטית המתחייבת, כי אם בתחושת הביטחון ומידת האמונה הננסכים בהכרעה זו. מקבלי החלטות מתקשים להאמין במה שאינם יכולים לדמיין או לתאר,¹⁸³ וחוסר היכולת להתיר ספקות ולפתור את חוסר הוודאות, מותיר אותם בתחושה קשה של חוסר נחת.¹⁸⁴ מצבים כאלו, של כישלון ההליך הקוגניטיבי-רציונלי, הם מצבים טעונים מאוד רגשית. בהתייחסו להשלכותיה הרגשיות של סיטואציה כזו על מושבעים במשפט, כותב הפסיכולוג Reid Hastie –

“[Where] the evidence is so sparse or so inchoate that the juror is unable to construct a narrative summary. in such cases, the explanation-based story construction process is blocked, and the juror will rely on other means to make a decision [...] Under these circumstances [...] the ultimate decision might be based almost solely on emotional factors”.¹⁸⁵

הגם שניתן לצפות כי שופטים מקצועיים ינהגו ביתר איפוק וריסון עצמי במצבים כאלו מאשר חבר מושבעים, אין לחדד כי סיטואציה כזו של חוסר ידיעה ומתח בלתי פתיר, במישור הרציונלי והקוגניטיבי, בין גרסאות עובדתיות – עשויה להשליך אמוציונלית על מקבלי ההחלטות.

גם על פי התאוריה הפסיכולוגית של אפקט הפירוד (Disjunction Effect) שביססו המלומדים עמוס טברסקי ואלדר שפיר באופן אמפירי, צפוי במקרים כאלו כי חוסר היכולת לנמק את ההכרעה, ישפיע על מידת הנכונות להגיע אליה, ולעמוד מאחוריה. זאת, אף שלהנמקה האמורה, אין לכאורה השפעה מעשית רציונלית על ההכרעה, ובמקרה שלנו – על תוצאת הזיכוי כתוצאה המתחייבת מן הדין. בתמצית, אפקט הפירוד שעליו הצביעו טברסקי ושפיר במחקריהם הפסיכולוגיים משנות ה-90, מפריך את אחת האקסיומות של ההכרעה הרציונלית במצבי אי-ודאות, "עקרון המהלך הבטוח" (Sure thing principle), ולפיו אם תוצאה X עדיפה על תוצאה Y במצב שאירוע A מתקיים, ו-X עדיפה על פני Y גם במצב שאירוע A אינו מתקיים, אזי אי-הוודאות באשר למצבו של המשתנה A אמורה שלא להשפיע על הבחירה בין X ל-Y. על פי טברסקי ושפיר, אי-הוודאות תשפיע מקום שאופן הבחירה ב-Y,

Sunwolf, *Talking Story in Trial: The Power of Narrative Persuasion*, 24 CHAMPION 183
26, 28 (2000).

שם, בעמ' 27. 184

.Reid Hastie, *Emotions in Jurors' Decisions*, 66 BROOKLYN L. REV. 991, 1009 (2001) 185
לדעת המחבר מקרים כאלו צפויים להיות נדירים, אולם מנגד ניתן לטעון כי מצבים של גרסה מול גרסה מאפיינים דווקא רבות מההכרעות השיפוטיות.

ונימוקיה, שונים בתלות ב-A, גם אם התוצאה תהא בכל מקרה אותה תוצאה. לדבריהם –

“The presence of uncertainty [...] tends to blur the picture and makes it harder for people to see through the implications of each outcome. Broadening the focus of attention can lead to a loss of acuity”.¹⁸⁶

ניתן לטעון כי מצב זה מתקיים בנוגע להכרעה הפלילית במצבים של אי-ידיעה מהסוג שבו אנו עוסקים כעת. אכן – התוצאה של זיכוי הנאשם מתחייבת, בין שנכריע לטובת גרסת התביעה, שהרי ברי שהיא רחוקה מאוד מרף ההוכחה הפלילי, ובין שנכריע לטובת גרסת ההגנה. אלא שבניגוד למקרה השני, בו זיכוי של הנאשם יהיה בשל האמונה בחפותו, מתחייב זיכוי במקרה הראשון כתוצאה של רף ההוכחה הפלילי, כלומר למרות חוסר האמונה בחפותו, ובניגוד לה. הבדלים אלו בהנמקה ייתכן, אם נאמץ את ממצאיהם של טברסקי ושפיר, שדי בהם לערפל את התוצאה המתחייבת, ולהטיל עננה של ספק וחוסר נחת מעל ההכרעה הפלילית.

אם כן, נקודה C, נקודת “התיקו הראייתי”, המהווה את רף ההוכחה האזרחי, צפויה אף היא להוות קוטב פרדיגמטי של זיכוי מחמת הספק. ספק – שעניינו חוסר הנחת השיפוטית מהמחסור בראיות, ומכישלון ההליך המשפטי בחשיפת האמת. ספק שעניינו לא חוסר ודאות, אלא חוסר ידיעה. לא חוסר ביטחון בהחלטה, אלא חוסר יכולת להחליט.

בשני פנים נבדלים ושונים אלו של ספק, עוסקת, בין היתר, הספרות הפילוסופית. כך, לדוגמה, עומד נתן סלמון במאמרו על טיבו של הספק על האפשרות להטיל ספק בעובדה נתונה לא רק על ידי פקפוק, או חוסר אמונה, בנכונותה, כי אם גם על ידי אי-הכרעה בעניינה, או כדבריו –

“[T]he disjunction of disbelief with suspension of judgment”.¹⁸⁷

וכן, לדעת הפילוסוף הבריטי Bertrand Russell, יש חשיבות לעמוד על ההבחנה בין הערכה שקולה ויציבה של חוסר ודאות ובין ספק במשמעות של ערעור, חוסר שקט והתנדנדות בין אמונה לבין חוסר אמונה.¹⁸⁸

Amos Tversky & Eldar Shafir, *The Disjunction Effect in Choice Under Uncertainty*, 3 ¹⁸⁶
PSYCHOLOGICAL SCIENCE 305, 306 (1992).

.Nathan Salmon, *Being of Two Minds: Belief with Doubt*, 29 NOÛS 1, 2 (1995) ¹⁸⁷

.Russell, לעיל ה"ש 168, בעמ' 142. ¹⁸⁸

ואכן, כפי שגם הראינו בתחילת חיבורנו זה, הפסיקה התייחסה לא פעם להכרעה בסיטואציה כזו של תיקו ראייתי כסיטואציה של זיכוי מחמת הספק.¹⁸⁹ ודוק – אין זה ספק מהסוג המתעורר בקוטב הפרדיגמטי הראשון שבחנו, ספק של "כמעט הרשעה" על סמך עובדות שהתבררו. זהו מחסור עובדתי המקשה על ההכרעה בדבר העובדות בשלב המקדמי והקודם להכרעה המשפטית הנדרשת על בסיסן. זהו דיסוננס קוגניטיבי בין החתירה לחשיפת האמת ותפיסת האמת המשפטית כנגזרת ממנה, וכמבוססת עליה, ובין החובה להכריע גם בהיעדר האפשרות להגיע לאמת ולצייר תמונה עובדתית של האירועים¹⁹⁰ – חובה העומדת מצדה בניגוד לנטייה הטבעית להימנע מהכרעה במצבים מעין אלו.¹⁹¹ ספק כזה, כך נראה, תיאר האלוף שי אביטל, בפסיקתו בדיון משמעתי בפרשה של הטרדה מינית –

"למעשה, נתבקשתי להכריע במסכת של עובדות כשלמולי, בסופו של דבר, עמדו גרסה מול גרסה (עם חיזוקים ראייתיים לכאן ולכאן) [...] לאור כל האמור לעיל, ולאחר שספק גדול התעורר בי ביחס לשאלה האם אכן ביצע הנאשם את כל מסכת המעשים כפי שיוחסה לו או אף את חלקה, החלטתי לאחר התלבטות קשה מאד שלא אוכל בוודאות להטיל בו דופי מחמת אותו הספק וזיכיתי אותו בלב כבד [...] אדגיש שוב שהזיכוי נבע רק מחמת הספק שניכר לאורך עדויותיהם של כל המעורבים. ברור לי כי המדובר בשתי גרסאות אנושיות. אף צד לא שכנע אותי לחלוטין בכל הדברים שאמר".¹⁹²

¹⁸⁹ ראו למשל, דבריו של השופט חשין, לפיהם: "במערכת עובדות של תיקו [...] יש לזכות את המערער מן הספק" – עניין **גלובוביץ**, לעיל ה"ש 70, בעמ' 672. עומד על כך גם עו"ד גד זילברשלג, ברשימתו על הזיכוי מחמת הספק. לדבריו: "בתיקים פליליים של 'מילה מול מילה', בהם נדרש בית המשפט להכריע בין שתי גרסאות שונות, לעיתים קובע בית המשפט כי אין להעדיף את עדות המתלונן על פני עדות הנאשם, ועל כן מוצא לנכון לזכות את הנאשם. בחלק ממקרים אלו בתי המשפט מזכים את הנאשם זיכוי מלא, ובמקרים אחרים, משום מה, זיכוי מחמת הספק [...] במקרים מסוימים בית המשפט קובע נחרצות כי המתלונן אינו מהימן וכי אין להאמין לגרסתו, אך למרות זאת הזיכוי מחמת הספק הוא" – זילברשלג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 5.

¹⁹⁰ ראו לעניין זה דברי השופט לוי ולפיהם החששות כי בהיעדר ראיות "ממצאים שיקבעו [...] עלולים להחטיא את האמת ולהוביל לתוצאה שגויה [...] אינם פוטרים את בית המשפט מחובת ההכרעה [...] [גם אם] יתקשה לצייר תמונה עובדתית מפורטת ומלאה" – ע"פ 4574/00 **רזילוב נ' מדינת ישראל**, דינים-עליון סב 892 (2002).

¹⁹¹ ראו לעניין זה את מחקריהם של טברסקי ושפיר – Amos Tversky & Eldar Shafir, *Choice Under Conflict: The Dynamics of Deferred Decision*, 3 PSYCHOLOGICAL SCIENCE 358 (1992).

¹⁹² תיאור זה המופיע במכתבו של האלוף אביטל לפרקליט הצבאי הראשי, והמנמק את החלטתו,

בהתייחסה לדברים אלו במסגרת העתירה לבג"ץ שהוגשה נגד החלטתו של האלוף אביטל, כותבת השופטת נאור –

"בענייננו, וכפי שציין האלוף אביטל, בעיקרו של דבר עמדו לפניו שתי גירסאות [...] כמו כן היו לפניו ראיות מסייעות לכיוון זה או אחר [...] גם שופטים מקצועיים היושבים על מדין בערכאות השיפוט הרגילות' בפלילים, לא תמיד יכולים להגיע לכלל מסקנה בטוחה מעבר לספק סביר'. הדברים אמורים בייחוד כשעדות אחת סותרת את האחרת ויש להכריע ביניהן [...] כל מי שתפקידו מחייב אותו להכריע בעניינים שבעובדה במקרה כגון זה בלי להימנע מן הדין – יכול להבין ללבטיו".¹⁹³

שניים הם, לסיכום, המקרים הפרדיגמטיים של הזיכוי מחמת הספק. הראשון – ספק באשר להכרעה בין זיכוי להרשעה – שנקודת מוקדו היא בקוטב "אי-הוודאות" שבקרבת רף ההוכחה הפלילי. במסגרת מקרים אלו נמצא את ה"כמעט הרשעה", את "הספק הקל"¹⁹⁴ ואת לבטיו של השופט באשר לתוצאה המשפטית המתחייבת.¹⁹⁵ השני – עניינו חוסר יכולת לגבש עמדה ולהכריע בין חפות לאשמה ולו באופן יחסי וחלקי – שנקודת מוקדו היא בקוטב "אי-הידיעה" או "הבערות" שבקרבת רף ההוכחה האזרחי. מקרים אחרונים אלו של תיקו ראייתי וגרסה מול גרסה מבטאים את כישלוננו של השופט ושל המשפט לעמוד במשימתם המוצהרת של השיפוט האמת. משימה – שיחד עם הכשל הסימטרי – ראויה עצמה, כאמור, לביקורת.

ז. הזיכוי מחמת הספק וחזקת החפות

בפרק הקודם עמדנו על כך כי הזיכוי מחמת הספק הוא תולדה וביטוי של קשיים אינהרנטיים בשיטת המשפט הפלילי היוצרת מתח בין החתירה לאמת מחד, ובין מגבלותיו של ההליך בבירורה של אמת זאת ובביטויה ההולם במסגרת הדיכטומית המוגבלת של ההכרעה הפלילית, מאידך. הפער בין האמונה בגרסאות התביעה וההגנה – אמונה המבוססת על שקילתן זו מול זו ונובעת ממנה, כבמאזני רף ההוכחה האזרחי – ובין תביעתו של רף ההוכחה הפלילי להרשיע רק בקבוצה מוגבלת של מקרים "מוחלטים", ולזכות בכל המקרים האחרים, קשה ליישוב עם התפיסה כי

צוטט על ידי השופטת נאור בבג"ץ 106/01 סג"מ מועד נ' האלוף אביטל, פ"ד נו(2) 145, 149 – 150 (2001).

¹⁹³ שם, בעמ' 154, 158.

¹⁹⁴ שעניינם ספק מסדר ראשון, הנסב על מידת עצמתן של הראיות.

¹⁹⁵ שעניינם ספק מסדר שני.

הזיכוי וההרשעה מהווים, או אמורים להוות, נרטיבות של אמת. במקרה החריף יותר, על השופט להכריע בין גרסאות שקולות אשר מהן לא עולה, לפיכך, נרטיבת אמת כלשהי. חובתו להכריע בסיטואציה כזו, בניגוד לנטייה ולאיינטואיציות הפסיכולוגיות, הדוחפות להימנעות מהכרעה – יוצרת אף היא דיסוננס קוגניטיבי וחוסר נחת, המתועלים מצדם לתיוג הזיכוי ככזה שאינו נשען על הכרעה פוזיטיבית של חפות.

יתר על כן, הקטגוריה של זיכוי מחמת הספק נראית לא רק כקוהרנטית, ומבוססת במישור האפיסטמולוגי והתאורטי, כי אם גם ניתן לטעון בעניינה שהיא מסווגת ומקטלגת נכון יותר, ברמה העובדתית, את התוצאה המשפטית הפלילית, ונותנת בכך שקיפות יתר להחלטה ולהבנתה, הן בהליך הדיוני והערעורי, והן על ידי הציבור הרחב. עוד ניתן לטעון כי בהבחינו בין זיכוי המבוסס על קביעת חפות פוזיטיבית לזיכויים אחרים, יש במוסד הזיכוי מחמת הספק לאפשר מיצוי יעיל והוגן יותר של משאבים ציבוריים – כפיצוי מי שהואשמו שלא בצדק ונשארו בשל כך בנזק ראוי לפיצוי בהעמדתם לדין, כמו גם באפשרות להביא לניקויים המוצהר ו"בקול רם" של הראויים לכך.¹⁹⁶

אלא שעם נימוקים שונים אלו להצדקת מוסד הזיכוי מחמת הספק, אין בידנו להסכים, וזאת מחמת שני טעמים מרכזיים הכרוכים זה בזה. הראשון – עניינו במבנהו הבלתי סימטרי של ההליך הפלילי והצדקותיו העיוניות של רף ההוכחה הפלילי הקיים, והשני – עניינו המחויבות המוסרית והחוקתית לעיגונה, והגנתה בפני כרסום, של חזקת חפות פוזיטיבית. בנוסף, קיימים לדעתנו טעמים נוספים לשלילת ההכרה הנורמטיבית בזיכוי מחמת הספק, ובהם צמיחתו הפסיקתית של מוסד זה המשליך מהותית על אופיו ועל תפקידו של ההליך הפלילי, וכן ההלכה המונעת מלערער על זיכוי כזה,¹⁹⁷ ובכך אינה מאפשרת את תיקונה של הפגיעה בנאשם.

אשר למבנהו הבלתי סימטרי של ההליך הפלילי – עמדנו קודם על כך כי בתבניתו הקיימת, מיועד הליך זה להכריע בשאלת אשמתו של הנאשם, לאור ראיות התביעה ולא בשאלת חפותו, וכי רף ההוכחה הפלילי התוחם את ההרשעה רק למקרים מובהקים ומוכחים של אשמה, מתפשר במודע, לצורך השגת ביטחון זה, על מהימנותה ועל דיוקה של תוצאת הזיכוי.¹⁹⁸ ההסתייגות השיפוטית מזיכוי במקרה

¹⁹⁶ עמדת אלו מבטא, בין היתר, Samuel Bray, בקוראו ליצירתה של קטגוריה הכרעה שלישית – דוגמת זו של ה-"Not Proven" הנוהגת במשפט הפלילי הסקוטי – במסגרת המשפט הפלילי האמריקני. Samuel Bray, *Not Proven: Introducing a Third Verdict*, 72 U. CHI. L. REV. (2005) 1299. לדיון בקטגוריה ה-"Not Proven" במשפט הסקוטי ראו, לעיל ה"ש 5, והמקורות הנזכרים שם.

¹⁹⁷ ראו לעיל ה"ש 34.

¹⁹⁸ כדברי Lord Devlin: "Trial by jury is not an instrument of getting the truth; it is a process designed to make it as sure as possible that no innocent man is convicted." מצוטט אצל Sir Richard Eggleston, *Sixth Wilfred Fullagar Memorial Lecture 'Beyond*

מסוים בסיווגו או בהנמקתו כזיכוי מחמת הספק, לא זו בלבד שחותרת תחת רף ההוכחה הנוקשה באפשרה הטלת מום ופגיעה בנאשם מקום שאשמתו לא הוכחה כדבעי, אלא גם אינה ניתנת להצדקה מקום ששאלת אופיו של הזיכוי לא עמדה לבירור של ממש, והדרישה לבחינתה אינה מתיישבת עם יכולותיו או זכויותיו של הנאשם. בנוטלו לעצמו את הסמכות להכריע בשאלת חפותו הפוזיטיבית של הנאשם, ולו על דרך שלילתה או הטלת ספקות בה, מכריע בית המשפט בסוגיה שהדין והצדדים לא העלו לפתחו, ואשר, בין היתר מטעם זה ממש, ספק אם ניתנו בידיו הכלים, שהבהרנו לעיל, לבררה.

ודוק – במקרה נתון, לא די שהשופט יקבע כי לא הוכחה פוזיטיבית חפותו של הנאשם – קביעה שאף היא חסרה במקרים רבים שבהם מסתיים הבירור העובדתי במסקנה שיש לזכות "ולו מחמת הספק", הא ותו לא – אלא שיש צורך לבחון האומנם עמדה שאלה זו לבירור וניתנה לנאשם הזדמנות אמיתית והוגנת להתמודד עמה. מבנהו של ההליך הפלילי הקיים מחייב, כך נראה, להשיב במקרה הכללי בשלילה על שאלה זו. ודוק – להוכחה פוזיטיבית לא די כמובן בהעלאת ספקות באשר לראיות התביעה, אלא תידרש הזמתן וקעקוען של ראיות אלו.

חוסר שוויון הכוחות המובנה בין מנגנוני החקירה והתביעה, על משאבי המדינה העומדים לרשותם, לבין הנאשם היחיד, צפוי להתגלות במלוא חומרתו בעת שיועמד הנאשם – לצורך השגת זיכוי פוזיטיבי מוחלט – בפני אותן דרישות מחמירות העומדות בפני התביעה בחפשה אחר הרשעה פוזיטיבית.

כך, לדוגמה, ניתן לתאר כי במצבים רבים ניקוויו הפוזיטיבי והמוחלט של הנאשם מכל ספק סביר, יחייבו פענוח המקרה הפלילי, תוך הצבעה על האשם האמיתי באותה פרשה או, לכל הפחות, הצבעה על מחדלי החקירה של התביעה וכשליה. משימה זו צפויה להיות קשה מאוד, אם לא בלתי אפשרית ממש, דווקא לנאשם החף מפשע. בכל מקרה, סביר שתידרש השקעת משאבים לא מעטים במהלך כזה, משאבים שספק אם יש בידי הנאשם היחיד במקרה הרגיל לגייס.¹⁹⁹

יתר על כן, הכשרת זיכוי מחמת הספק מקום שלא הוכחה חפותו של הנאשם, מטילה עליו, הלכה למעשה, את הנטל הכבד של הוכחת חפותו זו, באופן שלא זו בלבד שאינה מתיישבת עם חזקת החפות, אלא הלכה למעשה הופכת אותה על פניה.

Reasonable Doubt, 4 MONASH U. L. REV. 1, 22 (1977)

¹⁹⁹ יפים לעניין זה דבריו של עו"ד גד זילברשלג שברשימתו על הזיכוי מחמת הספק כתב – "המשפט הפלילי נע [...] על פני ציר האשמה מעבר לספק סביר. הסניגור מרכז מאמציו להטיל ספק בראיות, התביעה עושה כמיטב יכולתה לסלק כל ספק, ובית המשפט מכריע בין שתי חלופות אלה. רק סניגור בעל אמביציית יתר המזיק ללקוחו, ינסה להוכיח את חפות מרשו מעבר לספק סביר, או יוכיח את חפותו על פי מאזן ההסתברויות. אלה מטרות זרות למשפט הפלילי, הפוערות מלכודות וסיכונים לנאשם, המכוון את חיציו הרבה מעבר לתבנית המטרה של ספק סביר" – זילברשלג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 5.

הצגת הזיכוי המוחלט כאפשרות הפתוחה בפני הנאשם, בין על דרך של ערעור ובין בדרך אחרת כגון סעד הצהרתי, כנהוג לדוגמה בקליפורניה,²⁰⁰ מטילה עליו נטל של ממש, ביוצרה חסם ותנאי, בעל השלכות כלכליות ואחרות, להענקתה.²⁰¹ נטל כזה אינו מתיישב עם מושכלות היסוד של המשפט הפלילי, המוצאים את ביטויים בחזקת החפות וברף ההוכחה של "מעבר לכל ספק סביר" ולפיהם זכותו של אדם לאמונה בלתי מסויגת בחפותו, ודרך כך לשמו הטוב, היא זכות קנויה ולא מתנה בנטל. ודוק – אם חזקת החפות משמיעה לנו שכל אדם,²⁰² או כל נאשם,²⁰³ הנו חף מפשע אלא אם הוכחה אשמתו, יש בהכשרת הזיכוי מחמת הספק כדי להביא לתוצאה שלפיה אין נאשם חף מפשע, אלא אם כן הוכחה חפותו. מעל מי שחפותו לא הוכחה פוזיטיבית ירחף ענן של ספק שהשיטה המשפטית אינה מאפשרת לו להסיר.²⁰⁴

בנסיבות כאמור, מצבו של החשוד שאשמתו לא נבחנה מעולם, טוב יהיה מזה של הנאשם שהועמד לדין לצורך בירורה, וזוכה מאחר שהתביעה לא הצליחה להוכיחה. בעוד הראשון ייחנה מחזקת חפות, ובהתיישנותה של העברה הרלבנטית גם ממחסום בפני הפרכתה, ירבוץ על השני, שלא באשמתו, ספק של קבע.²⁰⁵ עם מצב כזה, כמובן

²⁰⁰ על פי הדין הפלילי בקליפורניה, ארצות-הברית, קנויה לנאשם בסיטואציות שונות הזכות להיות מוכרז על ידי בית המשפט באופן פוזיטיבי כ-"factually innocent". זכות כזאת עומדת, בין היתר, למי שזוכה במשפטו, והוא יכול לנקוט לשם כך הליך נפרד של מעין בקשה לסעד הצהרתי. Cal Penal code § 851.8. להרחבה ראו Bray, לעיל ה"ש 196.

²⁰¹ לעניין זה מעניין לציין כי בקליפורניה, שבה מתאפשר לנאשם, כאמור, לזכות בסעד הצהרתי של הכרזת חפותו הפוזיטיבית, נאשמים מעטים נוקטים הליך זה. יש לשער שהדבר נובע, בין היתר, מהנטל הכספי והנפשי שבנקיטת ההליך, כמו גם מהסיכון לעותר שאי-הצלחתו להרים את נטל הראיה ירע את מצבו לעומת נאשם שזוכה בדינו בלא שנקט הליך כאמור. להתייחסות לסוגיית היקף העותרים לסעד בקליפורניה ראו D. Leipold, *The Problem of the Innocent*, *Acquitted Defendant*, 94 NW U. L. REV. 1297, 1325 (2000).

²⁰² ראו לעניין זה, מיכה לינדנשטראוס "חזקת החפות" במשפט הישראלי ובמשפט האמריקאי – סוגיות נבחרות (1999). וראו גם דברי השופט כהן כי "זכות היסוד שבחזקת-זכאי ניתנת לאדם" – בג"ץ 94/62 גולד נ' שר הפנים, פ"ד טז(3) 1846, 1851 (1962); ע"פ 4675/97 רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 369, 337 (1999).

²⁰³ הניסוח המקובל הוא "הנאשם הוא בחזקת חף מפשע עד שלא תוכח אשמתו". ראו לדוגמה רע"פ 7237/03 יצחקי נ' מדינת ישראל, דינים-עליון סה 41 (2003). עם זאת הפסיקה הכירה בחזקת החפות גם למי שלא נאשמו עדיין, כגון עציר מנהלי. ראו, בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 262, 241 (1999).

²⁰⁴ בג"ץ 5699/07 פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה, דינים-עליון פז 341 (2008). באותו עניין אומר השופט לוי: "איש לא יתקע לידינו כי בתום הבירור המשפטי יהיו כל העובדות נהירות. עננה של אי-וודאות עלולה לרחף מעל הפרשה גם בעקבות המשפט, למשל במקרה של זיכוי מחמת הספק".

²⁰⁵ מעניין לציין, לעניין זה, את פסיקתה של השופטת דורנר באחת הפרשות ולפיה "החלטה שלא להגיש כתב-אישום מחמת היעדר סיכוי סביר להרשעה הנה, ככלל, בעלת ערך 'מזכה' העולה על הערך של זיכוי מחמת הספק" – בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש

קשה מאוד להשלים.

יתר על כן, ההבחנה בין הזיכוי הפוזיטיבי לזיכוי מחמת הספק נשענת על בררת המחול הפלילית ככלל הכרעה טכני וכמעין תכתוב מוסדי ואילוץ נורמטיבי, הפועלים במישור שונה ונפרד מזה הפרובטיבי. הקביעה כי זיכוי של הנאשם מבוסס על קיומו של ספק, ולפיכך כי ספק זה מרחף מעליו, מותירה את החפות בגדריה של חזקה בלבד, שהגם שלא הופרכה במשפטו של הנאשם, גם לא נוצק בה ערך של אמת. הנאשם היה בחזקת חף מפשע לאורך כל משפטו ובחזקת חף מפשע, ותו לא, הוא נותר בנסיבות אלו עם סיומו של משפטו זה. חפותו אפוא אינה אלא חזקה משפטית, וזו בתורה אינה מייצגת נרטיב אמת כלשהו. חזקת החפות לפיכך אינה מייצגת מחויבות אמיתית, ונכונות של ממש להאמין בחפותו של מי שלא הורשע, כי אם להפך – נקודת מצב ניטרלית, בלתי מחויבת, שיכולה להתיישב עם אשמתו של הנאשם באותה מידה שהיא מתיישבת עם חפותו.

כדברי פרופ' Tribe, ערך מרכזי במשפט, הנגזר ממחויבותו להגנה על הנאשם

הוא –

“to preserve an atmosphere in which his acquittal, should that be the outcome, will be taken seriously by the community”.²⁰⁶

ובהמשך הדברים, בהתייחסו מפורשות לניסוחו של רף ההוכחה הפלילי בלשון של “ספק סביר”, הוא כותב –

“To some extent, in fact, the concept that conviction is proper only after all real doubt has been dispelled may tend to undercut the purposes served by the presumption of innocence, for that concepts suggest that a defendant’s acquittal signifies only the existence of some doubt as to his guilt, whereas one function of the presumption of innocence is to encourage the community to treat a defendant’s acquittal as banishing all lingering suspicion that he might have been guilty”.²⁰⁷

ואם כך לגבי עצם ניסוחו של רף ההוכחה במשפט הפלילי, וכלל ההכרעה הנוהג בו,

הממשלה, פ”ד נז(6) 817, 951 (2003).

Laurence H. Tribe, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 206

.84 HARV. L. REV 1329, 1370 (1971)

207 שם, בעמ’ 1372, ה”ש 137.

לא כל שכן בהצהרה על היותו של זיכוי הנאשם "מחמת הספק" בלבד. נקודה אחרונה זו, בתורה, מעלה סוגיה נוספת הנוגעת לאופייה, לתפקידה ולניסוחה של חזקת החפות. אף שניתוח נושא מורכב זה חורג ממסגרת דיוננו, יש מקום לדעתנו, לשקול שמא ההתמקדות הרבה בחזקה זו ברטוריקה המשפטית, כמו גם אחדים מניסוחיה המקובלים, הרואים בה כחלה על כל אדם ולא רק על נאשמים בעת משפטם, אין בהם לסכל את הרציונל הבסיסי של ההגנה על הנאשם, ולחתור תחת המחויבות האמיתית לאמץ ולהאמין בחפותו של כל אדם, אלא אם כן הורשע בהליך פלילי. מחויבות אמיתית למושג חפותו של אדם, תובעת את תפיסתה כקטגוריה של אמת ולא כסטטוס משפטי, כעובדה פוזיטיבית, ולא כחזקה סטטיסטית על תנאי. נראה כי יש מקום לאמץ את התפיסה כי אדם שלא הועמד לדין הוא חף מפשע, ולא אך בחזקת חף מפשע, קל וחומר מי שחפותו הועמדה במבחן ההוכחה הייחודי והיחיד, זה של ההליך הפלילי – והוכרעה בו.

ח. בחינה חוקתית של מוסד הזיכוי מחמת הספק

הזיכוי מחמת הספק גם מוקשה מבחינה חוקתית, בעומדו, ולו לכאורה, בהתנגשות עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, על קביעתו שלפיה אין פוגעים בכבודו של אדם או בקניינו, אלא בחוק, הנדרש לעמוד, בין היתר במבחן התכלית והמידיות.²⁰⁸ ודוק – הגם שהזיכוי מחמת הספק אינו כורך בחובו סנקציה עונשית-פלילית מובהקת, כקנס או כמאסר, ודאי שאין הוא משולל "תוצאה אופרטיבית כלשהי" כטענת הפסיקה.²⁰⁹ כפי שהראינו, נפקויותיו של הזיכוי מחמת הספק הנן מגוונות ומשמעותיות. זיכוי מסוג זה, מצמיד אות קלון למצחו של הנאשם,²¹⁰ ובכך פוגע בכבוד האדם ובזכותו לשם טוב.²¹¹ הוא מצדיק שלילת שיפוי ופיצוי על מאסר שווא, תוך פגיעה בזכותו של המזוכה לשוויון, ופגיעה בזכויותיו הקנייניות. בנוסף, הוא עשוי לשמש כעילה לדחיית מועמדותו של אדם למשרה ציבורית,²¹² ואף אין בכוחו לשמש מחסום בפני העמדתו של מי שזוכה כאמור, לדין משמעותי באותו עניין.²¹³

²⁰⁸ ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

²⁰⁹ רע"פ 3226/00 זגורי נ' מדינת ישראל, דינים עליון נז 852 (2000).

²¹⁰ אולי אף בדומה לאות הקלון הנובע מפסק של הרשעה, אם כי במידה וברמת מובהקות שונה.

²¹¹ קיים יחס הדוק בין כבודו של אדם לבין שמו הטוב. ראו למשל רות גביון "הזכות לכבוד לשם טוב ולפרטיות" **זכויות האדם והאזרח בישראל-מקראה** כרך ג 263 (1992); חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הפרקליט – ספר היובל** 9 (ארנן גבריאלי וד"ר מיגל דויטש עורכים, 1993); אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי – פרשנות חוקתית 427 (1994). נכונים הדברים שבעתיים כאשר בשל הפגיעה בשמו הטוב עלול להתקפה מקור פרנסתו.

²¹² ראו, לעיל ה"ש 49.

²¹³ עניין צמוקין, לעיל ה"ש 48.

בזיכוי מחמת הספק יש גם משום פגיעה וכרסום בזכות השתיקה.²¹⁴ יקשה להעלות על הדעת כי יהיה בידי בית המשפט לקבוע ממצאים מוחלטים של חפות בהיעדר גרסה מפורטת מצד הנאשם ועמידתו האיתנה עליה.²¹⁵ הזיכוי מחמת הספק פוגע גם בזכות להליך הוגן, שלה חשיבות חוקתית, ואולי אף מעמד חוקתי.²¹⁶ כפי שהראינו לעיל, ההליך הפלילי מכוון ומיועד לביורר האשמה ולא לקביעת החפות. ממטרתו זו של ההליך נגזרים "כללי המשחק" ובראשם הכלל שלפיו הנאשם יוצא ידי חובתו בהטלת ספק בלבד בתרחיש האשמה הנטען על ידי התביעה,²¹⁷ ואין הוא נדרש להוכיח פוזיטיבית את חפותו. יוצא אפוא כי הנאשם, מחד, פועל רק כדי להטיל ספק בתרחיש האשמה, ואילו בית המשפט, מאידך, נוטל לעצמו חירות להכריע, בין היתר, באשר להסתברות מידת חפותו. בעצם החלטתו לזכות את הנאשם מחמת הספק, מרחיב בית המשפט את החזית העובדתית מעבר לזו שעמדה בפניו לדיון, וזאת מבלי שהיה לאל ידו של הנאשם להתגונן מפני מסקנות אלו, להפריכן, או לערער עליהן.²¹⁸

²¹⁴ זכות השתיקה של נאשם במשפט קבועה בס' 161(א)(2) לחסד"פ. יש הסבורים כי זכות זו של הנאשם הנה חלק מזכותו החוקתית לכבוד – ברק, לעיל ה"ש 211, בעמ' 433; אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" **מחקרי משפט** יג 5, 23 (1996). יש הרואים בה חלק בלתי נפרד מזכותו של הנאשם להליך הוגן – בג"ץ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, תק-על 2006 (2) 1093 פס' 66 לפסק הדין (2006); ע"פ 4596/05 **רוזנשטיין נ' מדינת ישראל**, תק-על 2005 (4) 2085, פס' 53 לפסק הדין (2005); בג"ץ 11339/05 **מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע**, תק-על 2006 (4) 138, פס' 24 לפסק-דינו של השופט לוי (2006). ויש אף הרואים בה, משום היבט של חזקת החפות – רע"פ 4142/04 **מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי**, תק-על 2006 (4) 4022, פס' 7 סיפא לפסק-דינו של השופט לוי (2006).

²¹⁵ מסקנה זו תואמת את מודל הסיפור של Allen, המחייב הבניית גרסה עובדתית קוהרנטית על ידי השופט כתנאי וכבסיס לגזירת מסקנות פוזיטיביות, להבדיל מערעורן או הטלת ספקות בתוקפן ובעצמתן.

²¹⁶ הזכות להליך הוגן היא זכות מזכויות אדם, וככזו היא הוכרה בשיטתנו כזכות חוקתית הנגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **הפרקליט** מא(3) 271, 281 (1993), אשר מדגיש כי זכותו של נאשם להליך הוגן היא חלק מכבוד האדם שלו. על מהותה של הזכות להליך הוגן באופן כללי, ראו: Stefan Trechsel, *Why Must Trials Be Fair?*, 31 *ISR. L. REV.* 94 (1997).

²¹⁷ ויש לדייק ולומר כי אין מדובר בחובה, ואף לא בנטל של ממש, שכן חובות ונטלים אלו, משית המשפט הפלילי על התביעה ועליה בלבד, בדרישתו ממנה להוכיח את האשמה מעבר לכל ספק סביר כתנאי להרשעתו של הנאשם.

²¹⁸ אם בפני אותה הערכאה ואם בפני ערכאת ערעור. ראו בג"ץ 87/85 **ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד מב(1) 353, 362 (1988): "הלכה והתגבשה בשיטות המשפט המודרניות, ובכלל זה גם במשפטנו, ההשקפה, כי הבטחתה של זכות הערעור מקובלת בדרך כלל כמרכיב מהותי של שפיטה הוגנת". ויש הטוענים כי זכות הערעור נמנית עם זכויות היסוד הטבעיות של האדם הניגש לערכאות. ראו, למשל, בג"ץ 5580/98 **סופר נ' שר העבודה ורווחה**, פ"ד נד(4) 319, 328–

אמת, חוק-היסוד מכיר בשימורם של מוסדות שהתפתחו קודם לו,²¹⁹ אולם מחייב שינוי הגישה הפרשנית באשר אליהם.²²⁰ לעניין זה יובהר, כי אף שלשיטתנו שומטים חוקי-היסוד את בסיסיו והצדקותיו של הזיכוי מחמת הספק, הם מחייבים, למצער, את אימוצה של נקודת מבט חדשה לבחינת מסגרתו והסדריו של מוסד זה ועיצובם מחדש. כך, יקשה לדעתנו לחלוק על הטענה כי בנסיבות שבהן ראוי לו לנאשם להיות מזוכה זיכוי מוחלט ומלא, יש בזיכויו מחמת הספק בלבד משום פגיעה של ממש בכבודו, שמשמעה פגיעה בזכות יסוד שלה הוענק מעמד חוקתי מיוחד. בנסיבות כאלו, שלילתה של האפשרות להעמיד את טיב הזיכוי לבחינתה של ערכאת הערעור אינה ניתנת להצדקה,²²¹ ויש בה להעמיד את הנאשם שזוכה מחמת הספק במצב גרוע ממצבם של נאשמים אחרים, ואולי אף מזה של עד שאינו צד להליך.²²² מהלך ביקורתי כזה, לרבות האיזון המתחייב ממנו בין הערכים השונים המתמודדים בזירה בסוגיה זו, טרם נעשה.²²³ מכל מקום, לשיטתנו, ספק אם יש מקום לקיום מוסד החורג והמערער על התפיסות היסודיות של המשפט הפלילי, וזאת כפתרון ליישוב קשיים אפיסטמיים ואנליטיים הנובעים בעצמם, מתפיסות יסוד מוטעות ובלתי ראויות. להבהרת נקודה עקרונית זו, נחזור ונזכיר כי בניתוח מוסד הזיכוי מחמת הספק, לפחות במקרה הפרדיגמטי של קוטב "אי הידיעה", שבו מתעמתות חזיתית שתי גרסאות שקולות של התביעה וההגנה, עמדנו על כך כי מקורה האפיסטמי של ההתלבטות וחוסר הנחת נעוץ בתפיסת ההליך כמכוון לחיפוש אחר האמת. וכי חיפוש זה עצמו, בהתחברו לכשל הסימטרי, נראה כעומד גם ביסודם של המתחים והקשיים

329 (2000); בג"ץ 1520/94 שלם נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מח(3) 227, 233 (1994).

²¹⁹ ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

²²⁰ ראו, לדוגמה, בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695, 701 (2002).

²²¹ מעניין לציין לעניין זה את הביקורת שנמתחה בעניין סופיוב, לעיל ה"ש 35, בעמ' 3555, על מקורותיה ונסיבות היווצרה של ההלכה האמורה. בהתייחסו לפסק הדין המנחה בעניין ברו, לעיל ה"ש 35, אומר השופט יהושע גרוס כי "יש לציין כי הדברים אמורים בפסק-דין קצר ביותר המשתרע על פני משפטים אחדים, כאשר המערער מייצג את עצמו וכאשר ברור כי הסוגיה לא נתלבנה ולא נותחה לגופה".

²²² בה"פ (מחוזי ת"א) 847/05 אורמן נ' הבנק הבנלאומי הראשון לישראל, תק-מח(1) 4291 (2008). הכיר בית המשפט המחוזי בתל אביב באופן תקדימי בזכותו של עד בכלל, ועד מומחה בפרט, לתקוף ממצאים שנקבעו לגביו בבית המשפט, וזאת באמצעות הגשת תובענה נפרדת לקבלת סעד הצהרתי כי הממצאים שנקבעו לגביו בפסק הדין הקודם אינם נכונים.

²²³ אמנם נדון בפסיקה שינוי ההלכה השוללת זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך לטעמנו אף סוגיה זו לא לובנה כדבעי. כך, למשל, בעניין גלעד, לעיל ה"ש 3, דחה המשנה לנשיא, ש' לויך בתמצית האומר את טענת המערער כאילו יש מקום, בעקבות חקיקת חוקי-היסוד, לשינוי ההלכה המונעת ערעור על זיכוי מחמת הספק. עם כל הכבוד היה לדעתנו מקום להקדיש לטענה זו בחינה של ממש ולא לפטור אותה באמירה הלקונית כאילו "משמעותו של זיכוי מחמת הספק זהה למשמעותו של זיכוי מוחלט".

שבסיס הזיכוי מחמת הספק או למצער מעצים אותם במקרה הפרדיגמטי השני – זה של קוטב "אי-הוודאות". לפיכך קודם לשאלת אופן ההתמודדות עם הזיכוי מחמת הספק, צריך להיות הטיפול בשורשיה – הן התפיסות הבעייתיות באשר למטרות ההליך הפלילי, והן, ובעיקר, אותו טשטוש של הפער המהותי בין מושג ההרשעה – כתוצאה מהותית וכשאלה העומדת במוקד הליך הביורור העובדתי של המשפט הפלילי, ומושג הזיכוי – כתוצאה שיווית. טשטוש פער זה ברטוריקה השיפוטית, שכינינו בשם "הכשל הסימטרי" ראוי לביקורת ולשינוי, אשר כשלעצמם עשויים להביא להחלשתה ואולי אף לביטולה של קטגוריית הזיכוי מחמת הספק.

ט. אחרית דבר שהיא גם ראשיתו

אין ספק, לדעתנו, שקשייו ומכשולותיו של מוסד הזיכוי מחמת הספק, מחייבים את עקירתו מהשיח המשפטי והציבורי כאחד. אלא שתנאי להצלחתו של מהלך כזה הוא טיפול בשורשיה האפיסטמיים של הבעיה. כל ניסיון לשנות את הרובד העליון בלבד ולגנות את השימוש במונח עצמו מבלי לתת מענה למתחים ולקשיים העומדים בבסיסו, נראה, על כן, כחסר תועלת.²²⁴

המהלך העיקרי המתחייב לדעתנו לצורך שינוי המצב הקיים, הוא חיזוקה הפוזיטיבי והדקלרטיבי של תפיסת חפותו של הנאשם כעומדת ביסודו של ההליך הפלילי וכמכתיבה את מהלכו ואת תוצאותיו. חזקת החפות אינה חזקה עובדתית, אלא מחויבות נורמטיבית ומוסרית.²²⁵

אמת, "משנקבע כי הוכחה האשמה מעבר לספק סביר, נשללת מן המורשע חזקת החפות".²²⁶ אלא שמאותם טעמים ממש ראוי לחזור ולהדגיש, כי מקום שלא הוכחה האשמה – והנאשם זוכה, הרי שהוא חף מפשע. כלל ההכרעה הפלילי אינו זר או

²²⁴ אכן, כמסקנת שופטת בית המשפט המחוזי בתל אביב, שנדרשה לסוגיית הפגיעה בשמו הטוב של מי שזוכה מחמת הספק, אין טעם רב בניסיון לשנות אך את שורתם התחתונה של פסקי הדין. לדבריה, "שקלתי בעת הדיון בסוגיה שבפנינו שמא ניתן לפתור את הבעיה ע"י קביעת כלל חדש לפיו לא יציינו בסוף פסק הדין מה היא סיבת הזיכוי, היינו כי הזיכוי הוא מחמת הספק או בשל העדר ראיות. מסקנתי היא כי לא תהיה בכך משום תועלת. הפגיעה בכבוד האדם נובעת לעיתים מן הכתוב בפסק הדין בו מתואר הספק, ולא דווקא מן המשפט האחרון של פסק הדין" – עניין סופיוב, לעיל ה"ש 35, פס' 6 לפסק דינה של השופטת מיכל רובינשטיין.

²²⁵ כדברי Tribe – "That presumption, as I have suggested elsewhere, 'represents far more than a rule of evidence' [...] That presumption retains force not as a *factual* judgment, but as a *normative* one – as a judgment that society *ought* to speak of accused man as innocent, and *treat* them as innocent until they have been properly convicted [...] The suspicion that many are *in fact* guilty need not undermine this normative conclusion or Tribe – its symbolic expression." לעיל ה"ש 206, בעמ' 1370–1371.

²²⁶ ע"פ 111/99 שורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241, 255 (2000).

נבדל מחזקת החפות. אלו מושגים משלימים.²²⁷ זיכוי של נאשם בנסיבות של ספק עובדתי אינו, אל נכון, בשל ספקות אלו, אלא בשל ציווי של הכלל הנורמטיבי שאינו מתיר את ערעורה של חזקת החפות, אלא באותה ודאות הנדרשת במשפט הפלילי.²²⁸ הספקות – בין כמצב עובדתי ובין כמצב תודעתי – אינם אלא נסיבה ניטרלית אשר אינה מכתיבה מצדה תוצאה נורמטיבית כלשהי. זיכוי של הנאשם מתחייב מכלל ההכרעה המכוון עצמו לנסיבות אלו, והמכוון על ידי אותה מחויבות נורמטיבית שמגלמת חזקת החפות.

מעניין לציין כי דווקא השופט ש"ז חשין, מי שעומד מאחורי הניסוח הבעייתי של הזיכוי מחמת הספק בעניין פודמסקי,²²⁹ נקט בפסיקתו המוקדמת יותר ניסוחים חד-משמעיים של חפות, מהסוג שלשיטתנו יש מקום לאמץ. כך לעניין נאשם הטוען טענת "אליבי" הוא מבהיר כי –

"מוכיחה – מזכין אותו ללא פקפוק; אך גם אם אין בהוכחותיו אלא לעורר ספק בנכונות דבריו – יש לזכותו. שהרי התביעה הכללית חייבת להוכיח ללא ספק, כי הנאשם עשה את הפשע, ומשקיים ספק מתקבל על הדעת אם הנאשם נכח בשעת מעשה, חוזר ספק זה ומקעקע את הבטחון במציאות היסודות אשר על התביעה הכללית היה להוכיח. בזכות ספק זה קונה לו הנאשם את זיכוי המוחלט בדין." (ההדגשות שלנו – י.ו. ומ.ר.).²³⁰

ובהמשך הדברים הוא כותב –

"נתעורר ספק במוחו של השופט בסופו של משפט, ולאור כל חומר הראיות, אם הוכחו היסודות המהווים את העבירה המיוחסת לנאשם – מזכה השופט". (ההדגשה שלנו – י.ו. ומ.ר.).²³¹

ניסוח יפה נוסף ניתן למצוא בדבריו של השופט ריבלין באחת הפרשות. בהתייחסו לשיקולי הדין הפלילי הוא רואה בו כ –

"חותר להשגת תוצאה צודקת, קרי הרשעת אדם שאשמתו הוכחה

²²⁷ לינדנשטראוס, לעיל ה"ש 202.

²²⁸ המקובלת כיום. אם כי ניתן לסבור כי ייתכן ושיקולי תועלת יכתיבו רף הוכחה פלילי המשתנה על פי חומרת העברה – ואקי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 516–521.

²²⁹ עניין פודמסקי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1196.

²³⁰ עניין פתניאב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 431.

²³¹ שם, בעמ' 435.

במשפטו מעבר לספק סביר, והמנעות מהרשעה מקום בו ההרשעה אינה בטוחה.²³²

יודגש, כי בדבריו אלו נמנע השופט ריבלין הן מהצגת החתירה לגילוי האמת כמטרתו של ההליך – בדברו אך על תוצאה צודקת, והן מפילה בפח "הכשל הסימטרי" – בהתרכזו אך בסוגיית ההרשעה, ובהצגת הזיכוי כתוצאה ישירה של "הימנעות מהרשעה" ולא כתוצאה מהותית בעלת כוח קיום עצמאי. למושכלות ראשונים אלו יש לדעתנו מקום לחזור.

לצד שינויים פרדיגמטיים אלו או במקומם, יש מקום, כאמור, לשקול גם את פתיחת שערי בית המשפט לבחינתם של זיכויים מחמת הספק, בין במסגרת ערעורית ובין בהליכים אחרים כגון מתן סעד הצהרתי.²³³ צעד כזה עשוי לא רק לתת תרופה בידי מי שנפגע בשל זיכוי כאמור, אלא לתרום לשוויון ולאחידות בהחלטה של קטגוריה מעורפלת זו.²³⁴ ואולי גם לריסון ואיפוק מצדן של הערכאות הדיוניות.²³⁵ הטענה כאילו אין בזיכוי מחמת הספק כדי לפגוע בנאשם, או לחרוג מנימוקי של פסק הדין, וכי אין למצוא בו משמעויות משפטיות אופרטיביות, ראויה לבחינה מחודשת ולו בשל משמעויותיו הציבוריות. התנערותו של בית המשפט מהושטת סעד למי שנפגעו על ידו, והפנייתם לאפיקים אחרים,²³⁶ ספק אם ניתנת להצדקה של

²³² עניין זגורי, לעיל ה"ש 115, בעמ' 614.

²³³ בעניין דומה – זכותו של עד שנפגע על ידי אמירות בפסק דין לבקש תרופה משפטית – בוחנת השופטת שטרסברג-כהן את האפשרויות של ערעור, עתירה לבג"ץ וסעד הצהרתי. לשיטתה יש מקום לאפשר ערעור בנסיבות אלו, או לחלופין עתירה לבג"ץ – בג"ץ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית המשפט השלום בחזרה, פ"ד נב(3) 721, 743 (1998), ואולם דעתה נותרה בדעת מיעוט. והשוו, בעניין אורמן, לעיל ה"ש 222, כאמור, הכיר בית המשפט המחוזי בזכותו של עד לתקוף ממצאים שנקבעו לגביו בבית המשפט, באמצעות הגשת תובענה נפרדת לקבלת סעד הצהרתי.

²³⁴ מעניין לציין לעניין זה את הסדרתה של ההבחנה בין סגירת תיקי חקירה נגד חשודים בעילה של "חוסר ראיות" להבדיל מעילה של "חוסר אשמה". הבחנה זו שנועדה "למנוע מראית עין כאילו יש ספק בחפותו" של מי שנקבע חוסר אשמתו, הוסדרה בהנחיות פרקליט המדינה.

²³⁵ לעניין חובתו של השופט לנקוט צמצום ואיפוק בתחום הרגיש של ממצאי מהימנות, יפים דבריו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) שלמה לוי, אודות הנשיא לשעבר השופט יצחק כהן: "כשם שהיה יצחק שקול בהסקת המסקנות, כך גם היה מתון ומדוד בסגנון אותו נקט. מעולם לא כתב בפסק דין, שבעל דין או עד 'שיקר', או כפי שנמצא לפעמים בפסיקה, שפלוגי הוא 'שקרן פתולוגי', ביטויים כאלה לא היו לרוחו של יצחק כהן, ראשית משום שמטבעו היה מתון בדין, ושנית, משום שהוא הכיר במגבלותיה של השפיטה לרדת בביטחון גמור לחקר האמת. מוטב – כך סבר – לכתוב בפסק דין שיש להעדיף גירסה על גירסה ולא להטיל דופי בפלוגי שמסר עדות, ושאינו ביכולתו להתגונן מפני האמירות שבפסק הדין" – שלמה לוי "קווים לדמותו של יצחק כהן" ספר יצחק כהן 13 (מ. אלון, מ. בן זאב, א. ברק, נ. לפשיץ, מ. לנדוי עורכים, התשמ"ט).

²³⁶ בפסק דינו הקצר של השופט מלץ בעניין אשר, לעיל ה"ש 34, שבו התייחס לשאלת זכות הערעור על זיכוי מחמת הספק נכתב כי "הבעייה שעורר ב"כ המלומד של המבקש היא אולי בתחום הציבורי או בתחום הפילוסופיה המשפטית, אך הכתובת לכך איננה בבתי המשפט" –

ממש. בייחוד איננו מסכימים עם התפיסה שהובעה באחד מפסקי הדין ולפיה פתרונה של סוגיה זו, שכל כולה, כאמור, יציר הפסיקה, מצוי בסמכותו של המחוקק בלבד.²³⁷ הזיכוי מחמת הספק מוקשה גם מהבחינה המוסדית והקונסטיטוציונית. מוקשה מוסדית – משום שיצירתו על ידי הפסיקה נעשתה שלא באופן אחיד או קוהרנטי, ומבלי שגבולותיו ומהותו התבררו על ידה באופן סדור.²³⁸ כך, לדוגמה, לצדם של פסקי הדין המכירים בפגיעה הכרוכה בזיכוי מחמת הספק, מתכחשים אחרים לקיומה של קטגוריה זו כקטגוריה תוצאתית מהותית, ובדומה קיים מתח בין התפיסה המייחסת לה משמעויות דקלרטיביות ובין זו המבקשת לראות בה קטגוריה אנליטית שאינה נגזרת מסיווגה ומיונה הרטורי על ידי הערכאה הדיונית. בהיעדר כללים והנחיות ברורים באשר למקרים המתאימים והראויים להיכנס בגדריו של הזיכוי מחמת הספק, לא כל שכן בחסימת האפשרות להעלות סוגיה זו כשלעצמה להכרעת ערכאת הערעור, מתעורר חשש לשרירותיות, או למצער לחוסר שוויון, בהחלטה וביישומה. בדומה, ומאותה סיבה, מעורפלים "כללי המשחק" גם לשחקנים המוסדיים האחרים ובהם הנאשמים, פרקליטיהם והציבור הרחב. יתר על כן, למיטב ידיעתנו, רשימה זאת היא הראשונה להפנות את שימת הלב האקדמית בארץ למאפייניו ובעייתיותו של מוסד זה, ומכאן שאין לומר כי פיתוחו והתבססותו נעשו על יסוד שיח ביקורתי עם הקהילה המשפטית.

במקביל, ומאותם טעמים שהבאנו בפרקים הקודמים, אין מקום להצגתו של הניסיון להגיע לחקר האמת, כבסיס הלגיטימציה של ההליך הפלילי, לא כל שכן לאותו "כשל סימטרי" שבהצבתם של ההרשעה והזיכוי על מישור אחד. מטרתו של ההליך הפלילי היא לברר את שאלת אשמתו של הנאשם – ולא את שאלת חפותו; להרשיע בדין את מי שאשמתו הוכחה בברור ובאופן פוזיטיבי – ולא להבחין ולאבחן בין מי שזוכו בדין; לצקת תוכן וביטחון בחזקת החפות – ולא לקעקע את יסודותיה על ידי הטלת מום וצל של חשד במי שלמענם נועדה.

שם, בעמ' 1601.

²³⁷ ראו דברי השופט בן שלמה, בהתייחסו לשאלת זכות הערעור של נאשם על זיכוי מחמת הספק, ולפיהם "לאור מורכבותה של הסוגיה דנן והשלכותיה, מן הראוי ששינוי המצב הקיים, ייעשה על-ידי המחוקק ולא על-ידי בית-המשפט" – עניין **סופיוב**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 3560.

²³⁸ ראו, לדוגמה, עניין **בדליאן**, לעיל ה"ש 159. שם קובע השופט מצא כי הערכאה הדיונית לא סיווגה נכונה את זיכוי של המערער, וכי זיכוי זה במובנו הנכון, ככל הנראה קרוב יותר ל"זיכוי מוחלט". מעניין לציין כי קשיי סיווג דומים התעוררו עוד בע"פ 122/57 **סלים נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יא(2) 1206 (1957), שם ביקר השופט חשין את קביעת בית המשפט המחוזי כי זיכוי של המערער מרצח היה "מפני הספק" וזאת על אף ש"לא ספק היה כאן באשמתו [...] כי אם בטחון גמור שאינו אשם".