

כב' הרכב השופטים: ד"ר יורם דנציגר, ד"ר אביגדור קלגסבלד, פרופ' טליה פישר

המבקשים:

1. מר אלנבי

ע"י ב"כ גבי נגה אושעיה, גבי זיו שקדי, ומר עמרי מיכאלי

כנפי נשרים הרצליה

2. מר בזל

ע"י ב"כ גבי נגה אושעיה, גבי זיו שקדי, ומר עמרי מיכאלי

כנפי נשרים הרצליה

- נ ג ד -

המשיבה:

מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות המדינה - המחלקה הפלילית

רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

ע"י ב"כ גבי לי חודק, גבי שני שחר ומר אורי סגל

עיקרי טיעון המשיבה לבקשת רשות ערעור

1. בהתאם להחלטת כבוד בית המשפט, מוגשים בזאת עיקרי טיעון מטעם המשיבה לקראת הדיון הקבוע בפני כב' ההרכב ליום 6.6.16 בבקשת הערעור שהגישו המבקשים.
2. ענייננו בבקשת רשות ערעור שהגיש מר אלנבי, פרקליט בכיר בשירות הציבורי [להלן: "המבקש 1"], כנגד ההחלטה לזכותו "מחמת הספק" בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, בשבתו כערכאת ערעור, מאישום בעבירה לפי החוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998, בע"פ 11/15. במסגרת בקשתו עותר המבקש 1 כי בית המשפט הנכבד יורה על ביטולו של מוסד הזיכוי מחמת הספק וכפועל יוצא על זיכוי המוחלט. לחלופין, עותר המבקש 1 כי תינתן לנאשם שזוכה מחמת הספק זכות ערעור, ולמצער, רשות לערער על הכרעת הדין המזכה. לחילופי חלופין, עותר המבקש 1, כי תוגבל אפשרות המשיבה לערער על הכרעת דין אשר מזכה את הנאשם, כפי שאירע בעניינו, וכפועל יוצא של קבלת בקשתו, כי בית המשפט הנכבד יקבע כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי בשבתו כערכאת ערעור בטל.

3. בד בבד, עותר מר בזל, סגנו של המבקש 1 [להלן: "המבקש 2"], אשר נתן עדותו בפני הערכאה הדיונית במסגרת ההליך העיקרי בעניינו של המבקש 1, במסגרת בקשת רשות הערעור שהגיש, כי יותר לו להשיג על הביקורת שהופנתה כלפיו במסגרת פסק הדין, על ידי חלק משופטי ערכאת הערעור בטענה כי פגעה בו.
4. לבית המשפט הנכבד הוגשה תגובת המשיבה המשתרעת על פני כמאה עמודים, וכוללת נימוקים מפורטים ביותר, הפניה לאסמכתאות משפטיות רלוונטיות ולמובאות רבות. המשיבה לא עשתה מלאכתה קלה, ריכזה פירוטה וגיבתה את טענותיה ונימוקיה על הנייר הכתוב, על מנת לייעל את הדיון ולחסוך בזמן שיפוטי יקר.
5. משכך, עיקרי טיעוני המשיבה המובאים להלן הם בבחינת זיכוכ החומר הכתוב, ובהתאם לכך הם כוללים הפניות מתאימות למיקום המדויק בנימוקים שהובאו בהרחבה בכתב התשובה, שם מתוארים הדברים ביתר פירוט.
6. ברי, כי אין בעיקרי הטיעון כדי למצות את הדיון, ונדרש לקראם בצוותא עם האסמכתאות המדוברות.
7. לאור הטעמים שיפורטו להלן, דין בקשת רשות הערעור להידחות, וכך מתבקש בית המשפט הנכבד להורות.

א. ואלה טיעוני המשיבה בקליפת האגוז

- א.1. **דחיית בקשת המבקש 1 כי בית המשפט יורה על ביטולו של מוסד הזיכוי מחמת הספק**
8. המשיבה תטען, כי בקשת רשות הערעור אינה מעלה שאלה משפטית עקרונית, אינה נופלת בגדרי הלכת "חניון חיפה", ועל כן אינה מצדיקה מתן רשות ערעור.
9. לגופו של עניין, תטען המשיבה, כי זיכוי שנבע מחמת הספק הוא זיכוי לכל דבר, כלומר, הספק שנלווה לזיכוי מהווה אך הנמקה להכרעת הדין.
10. המשיבה תטען, כי ככל שמתקיימת פגיעה בזכות לשם הטוב, פגיעה זו הינה מידתית ומוכשרת בדין.
11. כמו כן, תטען המשיבה כי הזיכוי מחמת הספק כשלעצמו, אינו פוגע באופן הכרחי וקונקרטי, בחופש העיסוק.
12. באשר לפסיקת פיצויים והוצאות הגנה על ידי בית המשפט, תטען המשיבה כי אין במוסד הזיכוי מחמת הספק כלשעצמו, בהכרח, לשלול פיצויים אלו - כל מקרה נבחן לגופו.
13. עצם קיומו של הזיכוי מחמת הספק לא מהווה ראייה מנהלית ואינו פוגע בחזקת החפות.

14. אשר לטענה בדבר הפגיעה בהליך הוגן, ככל שזו מתקיימת, הרי שהינה מידתית ובלתי נמנעת לאור חובת ההנמקה.

15. המשיבה תטען, כי לא ניתן לבסס פגיעה בזכות לשוויון רק על הבדלי תחושות סובייקטיבים של נאשמים שזכו.

16. פגיעות אלו, ככל שמתקיימות, עומדות בתנאיה של "פסקת ההגבלה".

17. ייחודו של הזיכוי מחמת הספק נובע מייחודה של שיטת המשפט בישראל, ואולם עדיין, קיימים מודלים דומים בשיטות משפט בעולם, וכאלו שאף הולכים ומתפתחים.

18. לשיטת המשיבה, החלופה אותה מציע המבקש 1 אינה מתאימה לשיטת המשפט בישראל, ואף עלולה להרע את מצבם של הזכאים בדין.

2.א. דחיית בקשת המבקש 1, כי תוקנה לו למצער, זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק

19. המשיבה תטען, כי בהתאם לפסיקה רבת שנים וכן לאור כוונת המחוקק, אין לערער על פרטי ההנמקה, אם אין משיגים על התוצאה הסופית.

20. ככל שתקבל טענת המבקש 1 כי זכות הערעור נגזרת מזכות הגישה לערכאות, תטען המשיבה כי הפגיעה בזכות זו נמצאת בשולי הזכות ולא בליבתה.

21. מתן זכות ערעור על זיכוי אינו הפתרון לנטרול טעויות שופטים וכן לא יתמרץ שיקול דעת זהיר של הערכאה הדיונית.

22. המשיבה תטען, כי לא מתקיימת פגיעה בזכות לשוויון, שכן אין להשוות בין אדם שזוכה בדין לבין אדם שהורשע בפלילים לעניין זכותו של האחרון לערער.

23. עמדתה של המשיבה, כי אין להסיק מהאפשרות המוקנית לחשוד להשיג על עילת סגירת התיק בעניינו, לעניין מתן זכות ערעור לנאשם על זיכוי מחמת הספק.

24. המשיבה תטען, כי קשה ללמוד גזירה שווה מטיעונו של המבקש 1, המתבססים על דעת מיעוט מזכה במצב בו הנאשם הורשע בערכאת הערעור, למצב בו הנאשם זוכה בשתי ערכאות.

25. טענת ה"מזל בשפיטה" של המבקש 1, אינה מהווה טעם למתן זכות ערעור על פסק דין מזכה.

26. עקרון סופיות הדיון ויעילות מערכת המשפט מטים את הכף לעבר דחיית האפשרות לערער על זיכוי מחמת הספק.

27. לשיטת המשיבה, מתן זכות ערעור על פסק דין מזכה, בניגוד לטענתו של המבקש 1, אך יפגע בעצמאות הביטוי של השופט לאור היותו של הזיכוי מחמת הספק נימוק בלבד.

28. פגיעה בזכות הערעור, ככל שמתקיימת, עומדת בגדר התנאים של "פסקת ההגבלה".

א.3. דחיית עתירתו של המבקש 2 בדבר מתן זכות ערעור למי שלא היה צד להליך העיקרי

29. לטענת המשיבה, הלכת צירינסקי שרירה וקיימת ואינה מאפשרת זכות ערעור למי שלא היה צד להליך העיקרי, במקביל, תציע המשיבה מספר חלופות לריפוי פגיעתו מחוץ להליך הפלילי.

א.4. דחיית עתירתו של המבקש 1 כי תוגבל זכות הערעור של המדינה על הכרעת דין מזכה

30. אשר לחשיבותה של זכות ערעור המדינה על זיכוי, תטען המשיבה כי צמצום פערי הכוחות בין הנאשם לבין המדינה אינו צריך להיעשות על ידי הגבלת אפשרות המדינה לערער על זיכוי.

31. כמו כן, דוקטרינת הסיכון הכפול אינה קיימת בשיטת המשפט הישראלית, ולכן אין היא מהווה טעם לשלילת זכותה של המדינה לערער על זיכוי.

32. המשיבה תטען, כי ככל שמתקיימת פגיעה מהותית בגין ערעור המדינה על זיכוי, קיימים לכך מנגנוני ריכוך.

33. לבסוף, תדגיש המשיבה, כי שינוי הלכה עקבית, ותיקה ומושרשת בשיטת המשפט הישראלית, אינה צריכה להיעשות באמצעות בקשת רשות ערעור המוגשת על ידי אדם פרטי.

34. לאורן של טענות אלה יתבקש בית המשפט הנכבד להורות על דחייתה של בקשת רשות הערעור.

ב. תמצית העובדות

35. ביום 7.12.2014 זיכה בית משפט השלום את המבקש 1, זיכוי מוחלט תוך שקבע כי האמירות וההצעות מטעמו כלפי המתלוננת לא נשאו כל גוון מיני, וכי לא היה בהן כדי להוות עבירה של הטרדה מינית.

36. פרקליטות מחוז תל-אביב (פלילי) הגישה ערעור על הכרעת הדין. הערעור נשמע ביום 6.3.2015, במסגרתו טענה, כי שגה בית המשפט הנכבד קמא, בקבעו כי הדברים שאמר המבקש 1 והצעותיו, לא נשאו כל גוון מיני. עוד שגה, בקבלת גרסת הנאשם לפיה דובר באמירות ובהצעות על רקע ידידותי מתוך חיבה והערכה מקצועית למתלוננת, הא ותו לא.

37. כאמור, בבית המשפט המחוזי נחלקו דעות השופטים, בעוד שופט המיעוט תמך בפסק הדין קמא המזכה זיכוי מוחלט, קבעו שופטות הרוב כי יש לזכות את המבקש 1 מחמת הספק ולא זיכוי מוחלט.

38. שופטות הרוב סברו, כי באמירות ובהצעות שהשמיע המבקש 1 כלפי המתלוננת ניתן לגלות סממנים בעלי גוון מיני. שופטות הרוב הדגישו, כי לאור יחסי המרות שבין הפרקליט הבכיר לבין המתלוננת, אף לא נדרש כי זו תביע כל התנגדות, מחאה או מורת רוח בתגובה לאמירותיו או להצעותיו. ואולם, מאחר שהוכח בראיות שהוצגו בפני בית המשפט קמא, כי דובר בפרקליט אשר נהג בפתיחות יחסית ובאופן מאוד ידידותי בהתנהלותו אל מול כל עובדי המחלקה, תוך שימוש באמירות מחמיאות ובהצעות שונות, כלפי מספר לא מבוטל של פרקליטים שעבדו תחתיו, גברים כנשים, נותר בלב שופטות הערעור ספק האם אותן אמירות והצעות שהשמיע כלפי המתלוננת אכן היו בעלות כוונה מינית.
39. אשר לעדות סגנו של המבקש 1, הפרקליט בזל, בפני חוקרי נציבות שירות המדינה, מצאו שתי השופטות בפסק דיין לבקר את העובדה שהפרקליט בזל התמקד בעדותו בתיאורי הופעתה החיצונית המתירנית, בלשונו, של המתלוננת, ובאמירות כי זו חיפשה תשומת לב ללא הרף, הרבתה ברמיזות בעלות אופי מיני כלפי הסובבים וכי ניכר שבהתנהלותה יצרה בעצמה אווירה מתירנית.
40. לדעתן של שופטות הרוב בערעור, יש לבקר באופן מיוחד את התנהלותו של הפרקליט בזל, אשר באותם מקרים שדברי הנאשם נשוא האישום הושמעו בנוכחותו, לא מצא לנכון, לכל הפחות, להעיר לו, כל שכן לדווח על הדברים לפרקליט המחוז.
41. זאת, על מנת למנוע ספק ספיקה של פגיעה במתלוננת ולשם השמירה על טוהר השירות הציבורי, תדמיתו ותפקודו הנאות, כפי שמצופה מכל פרקליט בשירות הציבורי, קל וחומר מפרקליט בכיר במעמדו.
42. עיקר ביקורתן של השופטות נגעה להתנהלותו של הפרקליט בזל כשנשאל לגבי דברי המתלוננת כי פנתה אליו וציינה בפניו שהתנהלותו של הפרקליט אלנבי מביכה אותה. הפרקליט בזל השיב לחוקריו כי לא זכור לו כי המתלוננת פנתה אליו בעניין זה, וכי לבטח לא השמיעה בפניו כל טענה רצינית כי הוטרדה או נפגעה מאמירות או מהצעות של הפרקליט אלנבי. הפרקליט בזל הוסיף, כי התרשם שהמתלוננת דווקא הוחמאה ונהנתה מיחסו של הפרקליט אלנבי כלפיה, שכן היה ברור לה, כמו לעמיתיה לצוות, שהדברים נאמרים תמיד על רקע חברי ונובעים מאופיו המיוחד והשונה של הפרקליט אלנבי, ומהערכתו למסירות ולמקצועיות של כל חברי הצוות.
43. שופטות הרוב אף מצאו להסתייג מדבריו של הפרקליט בזל מהם עלה כי המניע האמיתי להגשת התלונה היה אכזבתה של המתלוננת מאי-קידומה במחלקה ומהעדפת אחרים על פניה. זאת, ביודעה כי להמלצותיו של הפרקליט אלנבי משקל רב בהחלטת פרקליט המחוז בכל הנוגע לקידום, וכי לדעתה הוא נמנע מלהמליץ על קידומה מאחר שלא נעתרה לחיזוריו.
44. חרף התוצאה האופרטיבית, פסק דיין המזכה את המבקש 1, פנה המבקש 1 לבית המשפט הנכבד במסגרת בקשת רשות ערעור, על מנת שעניינו יובא לדיון בגלגול שלישי. בד בבד, הגיש המבקש 2 בקשת רשות ערעור בה הליו כנגד הקביעות שיוחסו לו, וזאת חרף העובדה שלא היה צד להליך בבית המשפט המחוזי.

ג. מדוע אין לקבל את בקשת רשות הערעור של המבקשים

1. הבקשה אינה מעלה שאלה משפטית עקרונית ואינה עומדת בגדרי הלכת "חניון חיפה"
45. בית המשפט העליון, בפסקי דין רבים [ראו: רע"פ 4178/07 דהאן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 16.5.2007); רע"פ 1568/99 גלעד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 25.5.1999) [להלן: "עניין גלעד"]; רע"פ 89/89 אשר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.8.1989) [להלן: "עניין אשר"]], מדגיש את היותו של הזיכוי "מחמת הספק", זיכוי לכל דבר, ללא משמעויות אופרטיביות הנוגעות לזכויות הנאשם. בית המשפט אינו מאפשר לנאשם שזוכה "מחמת הספק" לערער על הכרעת הדין המזכה.
46. נקבע בפסיקה, כי על המבקש לבוא בפתחו של בית משפט נכבד זה, בבקשת רשות ערעור בגלגול שלישי, להצביע על חשיבות משפטית או ציבורית שיש למקרה נשוא הבקשה. המבקש 1 מציג לבית המשפט מקרה בו עולות שאלות עקרוניות החורגות לכאורה מעניין הצדדים בהליך, אולם, רצונו האמיתי של המבקש הוא לצאת במסע לטיהור שמו תוך שהוא מטריח את מערכת המשפט לדון פעם נוספת בסוגיות חוקתיות שכבר נידונו בבית משפט נכבד זה וזכו למענה ולליבון כפי שצוין לעיל ופורט בהרחבה במסגרת פסקאות 25-31 לכתב התשובה.
47. ברע"א 103\82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982) [להלן: "הלכת חניון חיפה"], נקבעו אמות המידה לקבלת רשות ערעור על פסק דין בגלגול שלישי. בעניין זה, התעוררה השאלה מתי יעניק בית המשפט העליון סעד לצד המבקש לדון שוב בפסק דין אשר כבר נידון על ידי שתי ערכאות דלמטה. כך קבע כב' השופט שמגר (עמ' 124 לפסק הדין):

"הכוונה העולה מדברי המחוקק היא, כי אין לכל מתדיין זכות מוקנית לכך שעניינו יובא בשלב כלשהו לדיון לפני בית המשפט העליון דווקא, שהרי יכול שההליכים יגיעו לסיומם לפני בית המשפט המחוזי בשבתו כערכאת ערעור, ואין אחרי הכרעתו של זה ולא כלום." (ההדגשות הוספו)

כך, ממשיך כב' השופט שמגר לעיל וקובע (פסקה 1 לפסק הדין לעיל):

"למותר להוסיף, כי קביעתו המתוארת של המחוקק אינה מצטמצמת לאותם מקרים, אשר בהם נחה דעתם של כל המתדיינים מן ההכרעה של ערכאת הערעור, אלא היא חלה גם על אותם מקרים, בהם אין צד מן הצדדים שבע נחת מן ההכרעה השיפוטית של בית המשפט המחוזי בשבתו כערכאת ערעור." (ההדגשות הוספו)

48. המלומדים חמי בן נון וטל חבקיין, בספרם - "הערעור האזרחי" (מהדורה 3, 2012) [להלן: "בן נון וחבקיין"], מפרטים רשימה של מקרים ותנאים, לאור הפסיקה העדכנית, בהם עשויה להינתן רשות ערעור בגלגול שלישי. לשיטת המשיבה, עניינו של המבקש 1 אינו עומד באף אחד מהתנאים שהציגו **בן נון וחבקיין** ואשר נידונו בפסיקה. בענייננו, לא עסקינן בשאלה עקרונית המצריכה הכרעה מיידית, לא נראה (ואף לא נטען) כי יש טעות בפסק הדין קמא, ערכאת הערעור לא התעלמה ממסמכים שהוגשו לה או מטענה שנטענה, לא קיים חשש לעיוות דין ואי צדק המצריך התערבות.

ד. הצדקות להמשך קיומו של מוסד הזיכוי מחמת הספק - מדוע יש להורות על דחיית הבקשה לביטול

- ד.1. "זיכוי הוא זיכוי ואין דרגות לזיכוי" – התיבה "מחמת הספק" מהווה הנמקה להכרעת דין מזכה
49. המשיבה טוען כי מוסד "הזיכוי מחמת הספק" אינו אלא נימוק להכרעת דין מזכה המתחייב מן החובה המוטלת על השופט לנמק את פסק דינו במשפט הישראלי ובפרט במשפט הפלילי. בית המשפט מחויב לנמק את הכרעת דינו - לרבות הכרעת דין מזכה - על בסיס חומר הראיות.
50. פועל יוצא מחובה זו הוא הבחנה בין הנמקה, לפיה חומר הראיות מצביע על ספק באשמה, וספק בחפות, להנמקה שלפיה חומר הראיות אינו מקים כל ספק בחפות הנאשם. בהתאם לזאת, נטען ש"הזיכוי מחמת הספק" אינו אלא נימוק להכרעת הדין המזכה.
51. הנמקת הזיכוי - "מחמת הספק" אינה הופכת זיכוי זה לקטגוריית זיכוי נפרדת. המונח "מחמת" הוא מונח היסקי הנמקתי, ושעה ששוללים את המרכיב ההנמקתי מהכרעת הדין לא ברור מהו תפקידו של מונח זה.
52. הסרת השורה התחתונה הנממקת את היותו של הנאשם מזוכה מחמת הספק, והסתפקות באמירה לקונית לפיה הנאשם מזוכה, אין בה כדי להבטיח כי תמנע הפגיעה, לנוכח העובדה כי ההנמקה מלווה את פסק הדין לאורכו. בעניין זה יפים וחשובים דבריה של כב' השופטת רובינשטיין בע"פ (ת"א) 1974/93 סופיוב נ' מדינת ישראל, 4 (פורסם בנבו, 19.11.1996) [להלן: "עניין סופיוב"]:

"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. מי שכבודו נפגע מן הספק שנתר בלבו של בית המשפט, לא ישלים גם עם מסקנה כאמור המובאת בגוף פסק הדין להבדיל מסופו." (ההדגשות הוספו)

53. משכך ובהתאם לזאת, המשיבה אינה מקבלת את הטענה כי הזיכוי "מחמת הספק" מהווה קטגוריה נוספת ונפרדת של הכרעת דין. "זיכוי הוא זיכוי" ואין לייצר קטגוריה נפרדת המהווה הכרעת דין שונה מהזיכוי המלא. קל וחומר, שסעיף 182 לחוק העונשין תשל"ז-1977 [להלן: "חוק העונשין"] קובע כי קיימות בדין הישראלי שתי הכרעות דין - זיכוי והרשעה.

54. אמנם, עשויות להיות משמעויות ציבוריות וחברתיות שונות להנמקות שונות של הכרעת דין מזכה. עם זאת, אין למשמעות הציבורית או החברתית כדי להשליך על המשמעות המשפטית האופרטיבית של הזיכוי. המשיבה תטען כי אין לבטל את מעמדו של מוסד הזיכוי מחמת הספק, אך בשל פגיעה סובייקטיבית של נאשם, המשתנה מאדם לאדם ואינה ניתנת למדידה.

2.ד. עמימות המושג "ספק סביר", ולא בכדי

55. המשיבה תטען, כי המחוקק עיצב את המושג "ספק סביר" כמושג שסתום ולא בכדי, אלא במטרה שיישאר עמום. מושג זה אין הוא מוחשי ותוכנו חמקני, דבר המונע את הגדרתו כמוצקה ובהירה.

56. במרוצת השנים, ניסו להגדיר ולתחום מושג זה, אך לא נקבעו קריטריונים נוקשים ולא נקבעה "נוסחת קסם", אשר יש בהם כדי להגדיר ולתחום את היקפו של רף ההוכחה "מעבר לספק סביר", כמו גם להבין את מהותו. וזאת ככל הנראה, מחמת העובדה כי הדבר בלתי אפשרי ולא ישים.

57. אף על פי כן, הספק הסביר, למרות שאינו מוגדר בקריטריונים נוקשים, הותווה על ידי הפסיקה לאורך השנים, ולא נותר בבחינת מושג פרוץ ללא מסגרת. כך, הובהר כי על הספק הסביר להיות ספק ממשי בעל עוגן ואחיזה בחומר הראיות, ולא רק ספק שההסתברות לקיומו היא תיאורטית בלבד (ראו הרחבה בפסקאות 79-92 לכתב התשובה).

58. אכן ייתכן כי קיים סיכוי נמוך שיורשעו חפים מפשע, וזאת לנוכח קביעת רף ההוכחה הפלילי "מעבר לספק סביר" ולא וודאות מוחלטת. אך אילו המחוקק חפץ למנוע זאת, היה קובע רף הוכחה של וודאות מוחלטת כאמור. כך, המשיבה תטען כי מצב עניינים זה הכרחי ובלעדיו לא יסופקו צרכי המשפט, וכאשר לא ניתן להשיג את הטוב במיטבו (וודאות מוחלטת), יש לשאוף לרע במיעוטו (מעבר לספק סביר).

3.ד. מידתיות הפגיעה בזכות לשם הטוב

59. המשיבה תטען, כי הפגיעה בשמו הטוב של הנאשם, ככל שתהיה, הינה פוטנציאלית, ואינה מתחייבת דווקא מעצם השורה התחתונה בפסק הדין המציין שהחלטה לזכות נבעה מחמת הספק, כי אם מגוף פסק הדין והאמירות והקביעות המצוינות לאורכו כחלק מההנמקה.

60. אין המשיבה חולקת על חשיבותה של הזכות לשם טוב, אולם יש לומר, כי ההליך הפלילי, מטיבו ומטבעו, כרוך בפגיעה בשמו הטוב של האדם, עוד מפתיחת חקירה פלילית על ידי המשטרה כגד אדם פלוני.

61. אמנם, ברי כי הסרת הנימוק "מחמת הספק" יכול, ולו במעט, להקל ולעמעם את הפגיעה בשמו הטוב של פלוני שהועמד לדין ונמצא בסופו זכאי. אולם, **הנזק הכרוך בביטולו של נימוק זה, קרי, הגבלת חופש ההנמקה של השופטים, עולה על התועלת אשר תצמח מהסרתו.** שכן, אין בהסרת השורה התחתונה כדי למנוע פגיעה בשמו הטוב של נאשם שזוכה, כפי שצוין לעיל, ולכל היותר, הפגיעה תצטמצם באופן שולי.

ד.4. הזיכוי "מחמת הספק" כשלעצמו, אינו פוגע בחופש העיסוק

62. המשיבה דוחה את עמדת המבקש 1 כי מוסד הזיכוי מחמת הספק, כשלעצמו, פוגע בחופש העיסוק, הן בתחום הציבורי והן בתחום הפרטי.

63. אין המשיבה חולקת על חשיבותה של הזכות לחופש העיסוק, שהייתה מאז ומתמיד זכות יסוד בישראל וכיום מעוגנת בחוק-יסוד: **חופש העיסוק**. אולם, ככל זכויות היסוד, זכות זו אינה מוחלטת כי אם זכות יחסית, אשר יש לאזנה מול אינטרסים וערכים אחרים.

64. לגישת המשיבה, ככל שמתקיימת פגיעה, אין מדובר בפגיעה הכרחית וקונקרטית, הנלווית לזיכוי "מחמת הספק" כשלעצמו. פגיעה זו אינה אלא בגדר אפשרית, ובמקרים שמתקיימת פגיעה, אין בית המשפט מנער חוצנו, אלא בוחן האם פגיעה זו מידתית, וכל אימת שישנה פגיעה מעבר למידה הנדרשת, בית המשפט מתערב בתוכן ההחלטה המנהלית עד כדי ביטולה.

65. הטעמים לפגיעה בחופש העיסוק, אינם עצם קיומו של מוסד הזיכוי "מחמת הספק", אלא אובדן אמון המעסיק בעובד, ולרוב הדבר קורה עוד בשלב החשדות בעובד.

66. בכל הכבוד הראוי, המשיבה אינה מקבלת את טענת המבקש 1 כי היותו של זיכוי מחמת הספק עלול להוביל לפיטורין. הישענות על פסק דין ע"ע 300178/98 **ביבס נ' שופרסל בע"מ**, תק-אר 2001 (3), 59 (2002), לצורך אישוש טענה זו לוקה בחסר. בעניין זה, פיטורי העובד לא נבעו מעצם הזיכוי מחמת הספק, אלא מעצם חשדות המעסיק כלפיו ואין נפקא מינה מהי הכרעת הדין, שכן פוטר עוד טרם הגשת כתב האישום.

67. המשיבה תדגיש, כי למעסיק נתונה הפררוגרטיבה הניהולית לנהל את עסקו כראות עיניו והכרעה המזכה נאשם מעבירה פלילית, אינה בהכרח מסירה חשדות כלפיו בשדה האזרחי וכך גם טענות בדבר פגמים שנפלו בהתנהלותו. שכן, רף ההוכחה בפלילי גבוה מרף ההוכחה אזרחי ואם לטעמו, נותר ספק בחפותו, ואף לו קטן, ולחלופין באם נותרו טעמים שיש בהם כדי להוביל לאובדן אמון בו, בכישוריו או בהתאמתו, זכאי הוא לחופש פעולה נרחב באשר לפיטוריו.

5.ד. פסיקת פיצויים והוצאות הגנה על ידי בית המשפט - כל מקרה לגופו

68. לגישת המשיבה, דחיית בקשה למתן פיצויים לפי סעיף 80 לחוק העונשין, אינה מתחייבת דווקא מן השורה התחתונה בפסק הדין המציינת שהחלטה ליזכות נבעה מחמת הספק, כי אם מגוף פסק הדין והאמירות והקביעות המצויות לאורכו כחלק מההנמקה.
69. אף אם ישנם מקרים בודדים בהם העניקו השופטים משקל מכריע בעת הידרשותם לסוגיית הפיצוי, לאופי הזיכוי ובכך שגו, אין להורות בגינם על ביטול הלכה אשר קנתה לה שבייתה במשפט הישראלי. ובפרט, שבאותם מקרים שמורה לבעל הדין שנפגע מהחלטה ומהיישום השגוי של בית המשפט שהוביל למסקנה זו, להגיש ערעור על החלטה וההנמקה השגויה (סעיף 80(ג) לחוק העונשין).
70. אכן, נקבע בפסיקה, שזיכוי מחמת הספק הינו אחד מהשיקולים לשלילת זכאותו לקבלת פיצויים, אולם אין בשיקול זה כשלעצמו, בהכרח, לשלול פיצויים אלה. אם בכך לא סגי, ניתן להיווכח בפסקי דין רבים, בהם הנאשם זוכה זיכוי מוחלט, ובכל זאת נקבע כי הוא אינו זכאי לפיצויים ואף ההפך, פסקי דין בהם נפסקו פיצויים על אף שהנאשם זוכה מחמת הספק [ראו הרחבה בפסקאות 126-132 לכתב התשובה].
71. בכל הכבוד, המשיבה חולקת על טענת המבקש 1 כי בעת"מ 4582-10-09 ינוביץ' נ' משרד הפנים ואח' (פורסם בנבו, 14.10.2010), פסיקת פיצויים חלקיים נבעה מהקביעה הסופית שהנאשם דשם זוכה מחמת הספק. לדידה, שיקול זה היה אחד מיני רבים, הכוללים, בין היתר, אף את התנהגות הנאשם דשם, אשר בחר שלא לשתף פעולה עם רשויות אכיפת החוק, שיקר במצח נחושה בבית המשפט והעלה גרסה בלתי מתקבלת על הדעת.
72. מהגישה העולה בפסקי הדין שהוצגו בהרחבה בפסקאות 129-135 לכתב התשובה, נמצאו למדים, כי אין נפקא מינה לסיווג הזיכוי. לעולם בית המשפט בוחן את גוף פסק הדין, את התרשמותו מהנאשם ואת נסיבות המקרה ונסיבות העמדה לדין, ובהתאם קובע את הזכאות לפיצויים והיקפם.
73. אף מלשונו של סעיף 80(א) לחוק העונשין, ניתן להשתכנע, כי עצם הזיכוי כשלעצמו אינו מבסס את זכאותו של הנאשם לפיצוי. שכן, אין דרישה שהנאשם יזכה זיכוי מלא, אלא שתתקיימנה אחת משתי העילות: היעדר יסוד לאשמה או "נסיבות אחרות".
74. בכל הכבוד, המשיבה חולקת על טענת המבקש 1 כי הפסיקה פירשה את עילת "נסיבות אחרות" דלעיל, כחלק מהשאלה - האם נאשם זוכה זיכוי מלא או זוכה מחמת הספק. בפסקאות 139-141 לכתב התשובה, מובהר היטב כי אין להתחשב באופי הזיכוי גרידא. כאמור, זיכוי מחמת הספק הינו שיקול בהחלטה לדחות מתן פיצויים, אך שיקול זה אינו עומד כשלעצמו ונראה אף שאינו שיקול מכריע.
75. באשר לסעיף 81 לחוק העונשין, שעניינו השתתפות הוצאות הגנה על המתלונן - מעיון בלשון החוק, נראה כי סיווג הזיכוי אינו רלוונטי כלל לפסיקת הוצאות הגנה. הדרישה בחוק היא בחינת התנהגותו של המתלונן ולא של הנאשם - קרי, האם הגיש את התביעה "בקלות ראש, או לשם קינטור או ללא יסוד".

76. כאן המקום לציין, כי מלבד המסלול של הגשת בקשה לפיצויים מכוח סעיף 81 לחוק העונשין, עומדת בפני הנאשם היכולת לפתוח הליך אזרחי, מכוח דיני הנזיקין, כנגד המתלונן, שגרם לפתיחת ההליך הפלילי נגדו. יודגש, כי קיומו של דיון על פי סעיף 81 לחוק העונשין, אינו יוצר השתק פלוגתא, ואינו מונע הגשת תביעה אזרחית בהתחשב באופיו של ההליך, כאינצידנטלי להליך הפלילי [ת"א (עפ"י) 5531-05-08 **עידית אליטוביץ-רזון נ' מדינת ישראל פרקליטות מחוז צפון** (פורסם בנבו, 2.6.2013)].

77. כמו כן, לגישת המשיבה, עומדות לנאשם מספר אפשרויות מתחום דיני הנזיקין: תביעת פיצויים בעוולת נגישה לפי סעיף 60 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש), תשכ"ח-1968 [להלן: "**פקודת הנזיקין**"]; תביעה פיצויים בעוולה של הפרת חובה חקוקה, מכוח סעיף 63 לפקודת הנזיקין; וכן, תביעת פיצויים בעוולת הרשלנות מכוח סעיף 35 לפקודת הנזיקין.

6.ד. הזיכוי מחמת הספק, כשלעצמו, אינו מהווה ראיה מנהלית ואינו פוגע בחזקת החפות

78. ראשית, המשיבה חולקת על טענת המבקש 1, כי מבחן הראיה המנהלית מכרסם בחזקת החפות. הלכה פסוקה היא, כי בית המשפט העליון הכיר באופן כללי בתחולתה של חזקת החפות בהליך המנהלי, אולם התיר את סתירתה בהליך זה על יסוד תשתית ראייתית שאינה מחייבת הרשעה פלילית דווקא.

79. המשיבה תטען, כי מקבל ההחלטה המנהלית אינו אמור מלכתחילה לוודא את סתירתה של חזקת החפות. שכן, קבלת החלטות מנהליות אלו, אינה תלויה מלכתחילה בדיון משפטי על פי הפרוצדורה הפלילית, שבסיומו צריך להינתן פסק דין שיוכיח את אמיתות המידע מעבר לכל ספק סביר.

80. פועל יוצא מתפיסת המבקש 1 באשר לתחולתה הבלתי מסוייגת של חזקת החפות בהליכים מנהליים, הינה כי כל החלטה מנהלית כנגד הנאשם, דינה מבחינה פרוצדורלית וראייתית כדין החלטה בדבר אשמתו של הנאשם. תפיסה זו מבטלת את ההבחנה בין החלטות מנהליות להכרעות דין במשפט הפלילי, והיא בעלת השלכות מרחיקות לכת על יכולת הרשויות לקבל החלטות מנהליות.

81. שנית, באשר לטענת הפגיעה בנושא משרה ציבורית או מועמד לה - תטען המשיבה לחשיבות הייחודית להבטחת אמון הציבור בשירות הציבורי ובטוהר המידות של עובדיו, כך שעברו של נושא משרה ציבורית (או מועמד לה), מהווה שיקול משמעותי בהחלטה על העסקתו, וכך גם בעת בחינת כשרותו וכשירותו.

82. לשיטת המשיבה, הערכה כי אמון הציבור בשירות הציבורי נפגע או עשוי להיפגע בשל העסקת חשוד או נאשם בתפקיד ציבורי דיי בה כדי להצדיק פגיעה במשרתו, ואין בה כשלעצמה, כל התיימרות לקבוע ממצא בשאלת אשמתו או חפותו.

83. מתקבל על הדעת כי התנהגות בלתי הולמת של נושא משרה ציבורית שאינה מהווה עבירה פלילית, יש בה כדי להעיד על אי התאמתו לתפקיד ציבורי מסוים. הרי לא כל התנהגות בלתי הולמת מהווה עבירה פלילית. ניקוי אדם מחשד במישור הפלילי, אינה יכולה להקנות לו "חסינות" מפני מתן הדין במישור הציבורי.

84. באשר לסוגיית ההודאה לצורך הוכחת "עבר פלילי", אכן, לצורך סבירות החלטתה של הרשות השלטונית הממנה, ברי כי הרשעה בפלילים מהווה "הוכחה" ראויה, אך תיתכנה דרכי הוכחה אחרות, כגון הודיה בפני רשות מוסמכת.
85. יש להדגיש, רמת הוודאות לצורך ביסוס ראיה מנהלית פחותה מרמת הוודאות הנדרשת לצורך הרשעה בפלילים. כדי לעמוד בדרישת הביסוס העובדתי, בהליך המנהלי לא חלים דיני הקבילות. כך שהרשות המנהלית רשאית להסתמך על ראיות, אשר נפסלו בהליך הפלילי ומעצם כך, יכולה לבסס את החלטתה על אף הזיכוי בהליך הפלילי.
86. לגישת המשיבה, ראוי להבחין בין "עבר פלילי" במובנו הצר - שמתהווה כתוצאה מהרשעה בפלילים לבין "עבר פלילי" במובנו הרחב, הטומן בחובו, מלבד "לעבירה פלילית", את הנסיבות האופפות את ביצועה. לפיכך, ייתכן שגם הודאה כדין מהווה הוכחה מספקת לקיומו של "עבר פלילי" [ובעניין זה ראו דברי חבר מותב נכבד זה, כב' השופט ד"ר אביגדור קלגסבלד "תפקיד ציבורי "עבר פלילי" וראיה מנהלית" המשפט ב 93, 93-94 (תשנ"ה)].
87. כך, בהתאם לדברי ד"ר קלגסבלד בחיבורו, רשות מנהלית מוסמכת לקבוע כי אדם הוא בעל "עבר פסולי" לצרכים מנהליים על יסוד ראיה מנהלית, כשם שישנם מעשים פסולים שאינם מגבשים עבירות פליליות.
88. המשיבה תטען, כי טענת המבקש 1 באשר לשימוש בהכרעה של פסק דין מזכה לשם קביעת "עבר פלילי" לצורך קבלת החלטות מנהליות, בכל הכבוד, הינה שגויה. כפי שהמשיבה טוענת לאורך כל כתב התשובה, השימוש בהכרעה של פסק דין מזכה ככלל, ובפרט לצורך קבלת החלטות מנהליות, אינו נובע דווקא מחמת ה"שורה התחתונה", קרי - מעצם הזיכוי, אלא מנימוקי השופטים ומהמצאים עליהם הסתמך בית המשפט.
89. מעבר לכך, לגישת המשיבה, בכדי שרשות מנהלית תוכל לבסס את החלטתה על ראיות, עליה לעבור מסכת שלבים שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון [בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת הגב' שלומית אלוני, 412, 424 (1994)]. ארבעת השלבים הינם: איסוף נתונים; שייכות לעניין; אמינות הנתונים - על פי "מבחן הראיה המנהלית"; וראיות מהותיות.
90. ובכן, למדים אנו כי הדרך ליצירת תשתית עובדת כבסיס להחלטה מנהלית אינה פשוטה ומהירה כפי שטען המבקש 1 כשהסתמך על שימוש במבחן הסבירות גרידא. כי אם על הרשות המנהלית לצלוח מלבד למבחן זה, עוד שלושה מבחנים לצורך שימוש בראיה כראיה מנהלית.
91. לגישת המשיבה, הסתמכות המבקש 1 על מאמרם של מנשה וגרונר באשר ליצירת קולקטיביזציה של נאשמים לוקה בחסר, שכן הדיון שם הינו באשר למתן פיצויים ולא בנוגע להחלטה מנהלית. יתר על כן, דווקא לעניין הראיה המנהלית גורסים המלומדים כי דיי בכך שישנו ספק סביר באשר לניקיון כפיו של המועמד, כדי להעדיף מועמד מתחרה שאין לגביו ספק כזה [דורון מנשה ואיל גרונר "הקטגוריזציה של הזיכוי: זיכוי מחמת הספק וזיכוי מוחלט - עיון מחדש" מחקרי משפט כז 7, 11 (2011)].

92. כאן המקום להדגיש שגיאה נוספת של המבקש 1 באשר לשלילת מינוי למשרה ציבורית עקב הכרעת דין מזכה מחמת הספק, כשביקש להסתמך על דעתו של כב' היועץ המשפטי לממשלה מני מזוז, בעניינו של מר חיים רמון.

93. יש לבאר, כי דבריו של מר מזוז נאמרו טרם מתן פסק הדין ומהווים דעה המשקפת עמדה ציבורית שאינה קביעה או הלכה משפטית מחייבת. סקירת הנושא לעומקו מלמדת, כי לא רק שחיים רמון הורשע, כי אם חזר לכנסת ולממשלה, לאחר שסיים לרצות את עונשו, ומונה, בין היתר לתפקיד המשנה לראש הממשלה.

94. למעלה מן הצורך, ראוי להדגיש כי ככל שמתקיימת פגיעה בנאשם, עומדות בפניו חלופות ראויות לבר-פלילות לריפוי פגיעה זו. קרי, עומדת אפשרות להגשת עתירה מנהלית. כך, שאם אכן הפגיעה אינה מוצדקת, בית המשפט לעניינים מנהליים יתערב בתוכן ההחלטה. יתרה מזאת, אם בכך לא סגי, עומדת לנפגע אף זכות ערעור על העתירה המנהלית, לבית המשפט העליון.

7.4. מידתיות הפגיעה בהליך ההוגן

95. המשיבה תטען, כי אין לקבל את טענת המבקש 1 לביטול מוסד הזיכוי מחמת הספק בשל היותו פוגע בזכות להליך הוגן. לשיטת המשיבה, נראות טענות אלו כטענות המועלות "מן הגורן ומן היקב" ומהוות ביטוי לצדקנות שאינה ראויה. **בסופו של יום, אל נא נשכח, הנאשם יוצא זכאי (!)**.

96. אין המשיבה חולקת במאומה על חשיבותה ומעמדה החוקתי של הזכות להליך הוגן כזכות דיונית הנובעת מזכותו של הפרט לחירות וכבוד - המעוגנות בחוק-יסוד: **כבוד האדם וחירותו**. אך ככל הזכויות, זכות זו יחסית, ובמבט כולל, הפגיעה בזכות זו היא בזעיר אנפין, שכן הנאשם מיצה את זכויותיו להליך הוגן (ייצוג על ידי עו"ד, זכות טיעון ועיון, פסק דין מנומק, זכות ערעור).

97. אף אם ישנן פגיעות הנובעות מהנמקת הזיכוי, לא ניתן לרפאן באופן מוחלט. הדרישה היא למידתיות הפגיעה וצמצומה ככל שניתן. וכך, המשיבה תטען כי הפגיעה במקרה דנן, הינה בטלה בשישים אל מול מיצוי הזכות ככל הניתן, וכן אל מול חובת ההנמקה של השופט הקבועה בחוק.

98. בכל הכבוד, הטענה כי הנאשם "מתפשר" על מנת להיות מזוכה מחמת הספק, וצריך לחשוש משני תרחישים אפשריים, הינה טענה מרוקנת מתוכן המוסוות בשפה מליצית. הנאשם יוצא זכאי וזיכוי כולל בחובו אף את הזיכוי מחמת הספק.

99. יוצא אפוא, כי הפגיעה בהליך הוגן, ככל שמתקיימת, הינה מידתית ובלתי נמנעת לאור חובת ההנמקה של השופט, השאיפה לחשיפת האמת והעובדה כי לבסוף הנאשם יוצא זכאי.

100. המשיבה תמשיך לטעון כי ביטול מוסד הזיכוי "מחמת הספק", לא ימנע את חשש הנאשם "להימנע משני תרחישים אפשריים", שהרי, מקור הפגיעה אינה בקביעה הסופית, כי הינו זכאי מחמת הספק, אלא בהנמקת השופט הנפרסת לאורכו של פסק הדין.

101. המשיבה שוללת את טענת המבקש 1 כי זיכוי מחמת הספק חותר תחת רף ההוכחה הנוקשה. נפקות הזיכוי מחמת הספק אינה הרשעה. מכאן, שרף ההוכחה הנוקשה הנדרש לשם הרשעה נותר בעינו. עדיין ישנו הבדל משמעותי (גם מבחינת הסטיגמה הציבורית) בין הזיכוי מחמת הספק להרשעה, למרות כל פוטנציאל לפגיעה הנובע מזיכוי מחמת הספק.

102. לבסוף, תטען המשיבה כי זיכוי מחמת הספק הוא בגדר מסקנה העולה לאחר בחינתו של חומר הראיות, ולכן, בכפוף להזדמנות סבירה להתגונן אין בו משום חריגה מהפלוגתא הפלילית.

8.ד. הבחנה מותרת בין הזכאים

103. המשיבה תטען, כי לא ניתן לבסס טענה בדבר פגיעה בשוויון אך על הבדלי התחושות הסובייקטיביים של נאשמים שזוכו.

104. לא זו אף זו, לעמדת המשיבה, ההבחנה בין נאשם שזוכה זיכוי מלא לבין נאשם שזוכה "מחמת הספק", הינה הבחנה מותרת שכן מתקיים צידוק ענייני. זאת לאור ההבחנה בין הנמקה, לפיה חומר הראיות מצביע על ספק שנוותר בחפות, להנמקה שלפיה חומר הראיות אינו מצביע על ספק.

105. וברי אפוא, כי נימוקי השופטים לתוצאה אליה הגיעו, אינם יכולים לשמש בסיס לטענה של פגיעה בשוויון.

106. משכך, תטען המשיבה כי כפי שמעצר אינו אמור להיחשב מפלה בין חשודים, מפני שכנגד עצור ישנן ראיות למשל, למסוכנותו, כך אין הצדקה להסיק כי זיכוי מחמת הספק מפלה בין חפים, כאשר המצב הראייתי של זכאים מחמת הספק שונה ממצבם הראייתי של זכאים באופן מוחלט.

9.ד. זיכוי מחמת הספק עומד בתנאי "פסקת ההגבלה"

107. כפי שיובהר להלן, תטען המשיבה כי אין מקום להורות על ביטולו של מוסד הזיכוי מחמת הספק, שכן אף אם נצא מן ההנחה, ולו לצורך הדיון בלבד, בדבר פגיעות המתחייבות מעצם קיומו של מוסד זה, הרי שפגיעות אלו עומדות בגדרי מבחני פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: **כבוד האדם וחירותו** וכן בחוק-יסוד: **חופש העיסוק** [ראו: בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, סג(2) 545 (2009)].

108. ראשית, באשר לטענת המבקש 1 כי מוסד הזיכוי "מחמת הספק" אינו הולם את רוח חוקי היסוד ולכן לא חלה עליו פסקת "שמירת הדינים", המשיבה תטען, בכל הכבוד, וכפי שטענה בהרחבה לעיל, כי לא הוכיח המבקש 1 שהפגיעה בחוקי היסוד מתחייבת מהכרעת הדין המזכה "מחמת הספק". לא אחת קבע בית המשפט הנכבד כי **"זיכוי הוא זיכוי הוא זיכוי"** [ראה הרחבה בפסקה 202 לכתב התשובה].

109. למעלה מן הצורך, ומטעמי זהירות בלבד, תדרש המשיבה להלן למבחני פסקת ההגבלה.

110. באשר לתנאי הראשון, הסמכה מפורשת בחוק, תטען המשיבה כי מוסד הזיכוי "מחמת הספק" נקבע מכוח הסמכה מפורשת בחוק, בין אם בחוק חרות ובין אם בפסיקה מפורשת ואיתנה, ומשום כך מקיים הוא את הדרישה הראשונה בפסקה ההגבלה.

111. באשר לתנאי השני, "לתכלית ראויה", תטען המשיבה כי מוסד זה, נשוא רשות הערעור, משקף את ערכי המשפט במדינת ישראל החותרים לשקיפות, חופש הביטוי וחובת ההנמקה, אשר זו, בין היתר, מקדמת את השקיפות הציבורית של המערכת השיפוטית, בעלת ערך מחנך עצמי, המדרבנת את השופטים לבסס את החלטותיהם. ובהיעדר ערכים אלו, תפגע תשתית מערכת המשפט בישראל.

112. באשר לתנאי השלישי, "במידה שאינה עולה על הנדרש", תטען המשיבה כי בחינת מוסד זה, לאורם של שלושת מבחני המשנה להלן, מובילה למסקנה ברורה כי מדובר בהלכה מידתית, סבירה וראויה.

לפי מבחן הקשר הרציונאלי, לגישת המשיבה, קיימת התאמה בין השימוש במוסד הזיכוי "מחמת הספק" לבין התכלית שהוא נועד להגשים, קרי - הנמקת הכרעת דין של השופט, מכוח חובתו המפורשת לנמק את פסק דינו.

לפי מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, תטען המשיבה, כי לנוכח טענתה החוזרת ונשנית כי הפגיעה בזכויות היסוד לא נובעת מהקביעה המופיעה בסוף פסק הדין, אלא מנימוקי פסק הדין, ביטול מוסד זה לא ימנע את הפגיעה וייתכן ואף יחמירה. ביטול מוסד זה, משמעו הגבלת חופש הביטוי של השופט, דבר שירתיע שופטים מלנמק את פסק דינם ויפגע לבסוף בנאשמים בזכותם להליך הוגן.

לפי מבחן המידתיות במובן הצר, המשיבה תטען כי גם אם קיימת פגיעה נלווית להכרעת הדין המזכה "מחמת הספק" בזכויות החוקתיות, הרי שהיא פועל יוצא בלתי נמנע מחובת ההנמקה ומהתועלת המצרפית של החברה בקיומה של הנמקה. פגיעות אלו הינן פוטנציאליות, אינן גורפות ותלויות בנסיבות של כל מקרה לגופו. אין בפגיעה האפשרית אפוא, כדי להגביל את חופש ביטוי של בית המשפט הנכבד וכדי להצדיק ביטולה של הלכת רבת שנים המושרשת במשפט הישראלי.

ד.10. ייחודו של הזיכוי מחמת הספק נובע מייחודה של שיטת המשפט בישראל

113. טענת המבקש 1 כי מוסד הזיכוי מחמת הספק הוא בלעדי לשיטת המשפט הישראלית, בכל הכבוד, אינה מדויקת.

114. מעבר להכרעת דין "Not proven" שבסקוטלנד, הדומה במהותה למוסד הזיכוי מחמת הספק, זולת העובדה ש"Not proven" מהווה הכרעת דין, ואילו הזיכוי מחמת הספק הינו הנמקה. ברצוננו להסב את תשומת ליבו של בית המשפט הנכבד, לשיטה הנהוגה במדינת קליפורניה שבארצות הברית (אשר ראוי להדגיש, כי המבקש בעצמו הביא שיטה זו כחלופה ראויה). עיון מעמיק בשיטה זו, מלמד כי היא דומה עד מאוד, לשיטת המשפט הישראלית.

115. כך, בדומה לשיטה במשפט בישראל, קיימת במדינת קליפורניה, הבחנה בין אדם שהינו "חף פשע" ("Innocent"), קרי חומר הראיות אינו מותר ספק באשר לחפותו של הנאשם, לבין אדם שהוא - "לא אשם" ("Not guilty"), קרי חומר הראיות מותר ספק בחפותו.

116. ניתן לומר, כי היעדר קיומו של מוסד מקביל ברוב שיטות המשפט בעולם, נובע מייחודה של שיטת המשפט הישראלית בהיותה שילוב של מספר שיטות. לנוכח השוני בין שיטות המשפט השונות, אין מקום להשוואה ביניהן, שכן הבסיס להן שונה.

ד.11. הצעתו של המבקש 1 לא תואמת את שיטת המשפט בישראל, ואף עלולה להרע את מצבם של הזכאים בדין

117. המבקש 1 הציע כחלופה ראויה את הליך "טיהור השם" הנהוג במדינת קליפורניה (כפי שהוצג בהרחבה בפסקה 226 לכתב התשובה), אך ראשית, לטענת המשיבה, ראוי להבחין בין שיטת משפטינו לבין שיטת המשפט בארצות הברית לאור העובדה כי בשיטת המשפט בארצות הברית קיים חבר מושבעים וההליך הפלילי מתנהל אפוא, בצורה שונה מההליך הפלילי בישראל.

118. במסגרת זו, ראוי להדגיש כי הליך "טיהור השם" הינו תולדה של היעדר חובת הנמקה בדין האמריקאי. היות ורוב פסקי הדין אינם מנומקים, אין ביכולתו של אדם שזוכה להוכיח כי הוא אכן חף מפשע. זאת בניגוד לדין הישראלי, שבו עיון בנימוקי השופטים בגוף פסק הדין, מגלה מהו הטעם לזיכוי.

119. המשיבה טוען כי הליך זה, המוצע על ידי המבקש 1 כחלופה ראויה, דווקא פוגע בחזקת החפות בישראל, שכן מוטל על נאשם שהוכרע כי הוא "Not guilty", להוכיח פוזיטיבית כי הראיות שהוצגו על ידי התביעה אינן תקפות, קרי - להוכיח שהוא חף מפשע.

120. זאת ועוד, החלופה האחרת המוצעת על ידי המבקש 1, כי תוסר השורה תחתונה, בכל הכבוד, מרוקנת מתוכן ואין בחלופה זו כשלעצמה, להקל על פגיעות של הנאשם. לאורך כל הדרך, המשיבה שבה על עמדתה שהובעה חזור ונשנה, כי הפגיעה אינה מתחייבת מעצם השורה התחתונה, קרי, מהתיבה המופיעה בסוף פסק הדין המציינת כי הזיכוי נבע מחמת הספק, כי אם מנימוקי השופטים בגופו של פסק הדין. הסרת השורה התחתונה אפוא, לא תרפא את הפגיעה, והעלות הכרוכה בכך - שביטוייה בהגבלת חופש הביטוי של השופט, עולה עשרות מונים על התועלת.

ה. אין לאפשר ערעור על הכרעת דין מזכה

121. זכות הערעור נחשבת כיום כחלק מהזכויות המהותיות, ויש האומרים אף מהזכויות החוקתיות, שיש לאדם בהליך משפטי ובפרט בהליך הפלילי. כדי להשיב לטענות המבקש 1, המבקש להרחיב את גבולותיה של זכות זו גם למקרים בהם אדם זוכה בדין, ישנה חשיבות אפריורית להבין את שורשיה ותכליותה של הזכות. לעניין הטעמים והתכליות העומדים בבסיסה, יופנה בית המשפט הנכבד לפסקאות 248, 265, 268-269 ו-285 לכתב התשובה, כך בין היתר, ניתן לציין טעמים של תיקון טעויות, מקצועיות מערכת המשפט ומניעת הרשעות שווא. המשיבה טוען, כי במקרה של הכרעת דין מזכה, ואין נפקא מינה באשר לנימוק הנלווה אליה, תכליות אלה אינן חזקות דין כדי להצדיק מתן זכות ערעור. כפי שיופרט להלן, תשיב המשיבה לטענותיו של המבקש 1, ותציג לאור תכליותיה של זכות הערעור מדוע אין זכות זו קמה, ואף אינה צריכה לקום, במקרה של זיכוי.

ה.1. אין ערעור על פרטי ההנמקה, אם אין משיגים על התוצאה הסופית

122. המבקש 1 מציג כהלכה את מעמדה הרם של זכות הערעור בפסיקה ובכתיבת מלומדים, אולם לדאבון לב, שכח לציין, כי גם אם זכות הערעור נגזרת מזכות הגישה לערכאות (שכן הדעות חלוקות), הלכה פסוקה היא כי זכות הערעור נולדת אך מכוח הוראה מפורשת שבחוק. כלומר, בהיעדרה של הוראה כזו, אין לבעל דין זכות קנויה, אשר ניתנת לו באופן אוטומטי [ראו: ע"פ 522/69 אוחנה נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 400 (1970); בש"פ 658/88 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 670 (1991); בג"ץ 87/85 ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(1) 353 (1988); בש"פ 3049/95 אבו עדרה נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 146 (1995)].

123. כפי שצוין בכתב התשובה המפורט (פסקאות 247-248), הוראות החוק העוסקות בערעור דנות בהצהרה על קיומה של זכות ערעור באופן כללי ובלשון ניטרלית, ואין הן מפרטות באילו נסיבות עומדות לבעל דין זכות ערעור. ואולם, הלכה פסוקה ידועה היא, כי אין לאפשר ערעור בגין הזיכוי מחמת הספק, שכן מדובר בנימוק שהוביל להכרעת דין מזכה. יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת דורנר בעניין צירינסקי, בעמ' 742:

"לעיתים עשויה הנמקת פסק-הדין לפגוע בזוכה פגיעה של ממש, אך עדיין לא תקום לו זכות ערעור בניסיון לשנותה, למשל, במצב שבו נאשם זוכה זיכוי מחמת הספק ולא זיכוי מוחלט"

יוער, כי עיון מדוקדק בפסיקה מלמד, כי כל ניסיון לערער על פסק דין שהסתיים בזיכוי "מחמת הספק", נדחה [ע"פ 43/77 ברי נ' מדינת ישראל (לא פורסם), ע"פ 426/87 שוקרי נ' מ.י., פ"ד מ"ב(1) 735, 738 (1988); עניין אשר, עמ' 1; עניין סופיוב, עמ' 5; עניין גלעד; בג"ץ 6541/07 שוורץ נ' בימ"ש השלום טבריה (פורסם בנבו, 2.8.2007); רע"פ 3655/12 צדקה נ' עיריית באר שבע (פורסם בנבו, 18.7.2012); ברע"פ 6034/07 אוריאל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.11.2007); רע"פ 4178\07 דהאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.3.2007)].

124. המשיבה תטען, כי פרשנות זו של בית משפט נכבד זה, היא הכרחית, מקום בו השתמש המחוקק במילים כלליות וגורפות, שספק אם כוונתן הייתה להעניק זכות ערעור בלתי מוגבלת. משכך, ולא כטענתו הפשטנית של המבקש 1, יש לבחון האם כוונת המחוקק היא ללשון רחבה זו על ידי **פרשנות תכליתית**.

בהתאם לשלב הראשון, שלב התכלית הסובייקטיבית, הראתה המשיבה כי לא ניתן להסיק מנוסח הסעיפים בלבד מהי כוונת המחוקק - הסדר שלילי או שתיקה מכוונת [סעיף 17 לחוק-יסוד: **השפיטה**; סעיף 52(א) וסעיף 41(א) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב)], התשמ"ד-1984; סעיף 213 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב)], תשמ"ב-1982 [להלן: "**חוק סדר הדין הפלילי**"]. באשר לשלב השני, שלב התכלית האובייקטיבית, עולה כי אין זה סביר שכוונתה של הרשות המחוקקת להעניק זכות ערעור נטולת רסן, אשר תאפשר לערער על כל נימוק שאינו מניח את דעתו ומתיישב עם רצונו של בעל הדין, מבלי שזה ישיג על ההכרעה.

למרות שאחת ממטרות מוסד הערעור היא תיקון טעויות, גם אם נפלה טעות בנימוקיו של בית המשפט, אין די בכך כדי להעניק זכות ערעור לאדם שיצא זכאי בדין, משמע, שלא דבקה בו כל חבות בפלילים. כלומר, הטעות בדין (אם וכאשר התקיימה) לא גררה הרשעה, אלא חרף קיומה נתקבלה הכרעת דין מזכה. **זכות ערעור גורפת זו, תהווה "מדרון חלקלק" אשר אין לדעת היכן סופו.**

125. לשיטת המשיבה, על בית המשפט הנכבד להמשיך ולדבוק במהלך הפרשני האמור, לפיו ניתן לערער על ההכרעה המטריאלית בלבד, להבדיל מערעור על קטע הנמקה זה או אחר, או על ממצא פלוני, ללא השגה על התוצאה. התמקדות בערעור שכזה היא בגדר הכרח בל יגונה, אשר מונע את "פריצת הסכרים". **ספק אם כוונת המחוקק היא לתעל את הכוח והזמן השיפוטי לדיון בערעורים במכלול אין סופי של השגות על ניסוח והנמקה, ואם נכון הדבר - מן הראוי כי שינוי הפרשנות הקיימת יעשה על ידי המחוקק באמצעות הוראה מפורשת.**

ה. 2. אף אם מתקיימת פגיעה בזכות הגישה לערכאות, מדובר בפגיעה בשולי הזכות

126. המבקש 1 טוען, כי לאור עליית קרנם של חוקי היסוד, היעדר אפשרות לערער על זיכוי מחמת הספק איננה ראויה עוד, ופוגעת היא בזכות הגישה לערכאות. המבקש 1 נתמך בדעת המיעוט של כבי' השופט גרוס בעניין **סופיוב**, לפיה (עמ' 8):

"...אין כל הצדקה לשלול את זכות הערעור לגבי זיכוי מחמת הספק, דבר שתהא בו פגיעה בלתי מוצדקת בזכות היסוד של האדם לכבודו כאדם"

יצוין, כי המחלוקת לעניין מעמדה של זכות הערעור אינה מסתיימת בשאלה האם היא, חוקתית אם לאו, אלא היא ממשיכה לשאלת מקור עיגונה. ויודגש כי, טרם נקבעה בשיטתנו הלכה חד משמעית באשר לשאלה האם זכות הערעור היא זכות פרטיקולרית הנגזרת מזכות הגישה לערכאות, או שמא זכות עצמאית המעוגנת בסעיף 17 לחוק-יסוד: **השפיטה**.

אף בהנחה כי זכות הערעור הינה "זכות בת" של זכות הגישה לערכאות, הפגיעה הנובעת מהגבלתה (בהנחה שמתקיימת) היא מידתית, אינה עולה על הנדרש, והתועלת הנובעת ממצב דברים זה עולה על הטענה לנזק פוטנציאלי שעשוי לנבוע ממנה.

127. מכאן כי, דעת המיעוט של כב' השופט גרוס בעניין **סופיוב** בה נאחז המבקש 1, היא לשיטתנו, בכל הכבוד הראוי, תולדה של יישום מרחיק לכת ולקוי של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, יישום שלא בכדי לא נתקבל בפסיקתו של בית משפט נכבד זה.

ה.3. מתן זכות ערעור על זיכוי אינו הפתרון לנטרול טעויות שופטים

128. לנוכח העובדה ששופטים, ככל בני אנוש, עלולים לטעות, טוען המבקש 1 כי יש לאפשר זכות לערער על זיכוי מחמת הספק. לצורך כך, מבסס המבקש 1 את טיעונו על מודלים קוגניטיביים ומחקרים אמפיריים שונים, אשר לשיטת המשיבה, לא ניתן להסיק מהם בנקל (אם בכלל) לשיטת המשפט בישראל.

ראשית, המשיבה הסבה את תשומת לבו של בית המשפט הנכבד במסגרת פסקה 261 לכתב התשובה לכך שהממצאים שהציג המבקש 1, מתבססים על מחקרים שבחנו את התנהגותם של חברי חבר המושבעים (אין דרישה למומחיות כלשהי), ולא את התנהגותם של שופטים (בעלי ניסיון ומקצועיות).

שנית, בכל המחקרים, למעט המחקר שהתבצע באוניברסיטת קולורדו J, Hope L, Greene E, Memon A, Gavisk M, Houston K. 2008. A third verdict option: exploring the impact of the not proven verdict on mock juror decision making. Law Hum. Behav. **קולורדו**], לחבר המושבעים לא ניתנה אפשרות לנמק את הכרעתם (כידוע בשיטות משפט אלו), או אף לא לזכות בשל "Not proven" אלא באמצעות "Not guilty" בלבד, אשר אפשרות שכזו, הייתה יכולה להטות את תוצאות המחקרים.

שלישית, יש להודות, כי אפילו ניסויים בהם נוטלים חלק שופטים מקצועיים, אותם שופטים מתנהלים באופן שונה למדי מן האופן שבו פועלים במציאות, ולכן יש להיזהר בגזירת מסקנות ממצאי הניסויים לעולם האמיתי [ראו הרחבה Neil Vidmar, The Psychology of Trial Judging, 20 Current Directions in Psychological SCIENCE, 58 (2011)]

129. כך או אחרת, חרף קשיים אלו, הטיות קוגניטיביות אשר מחבלות בקבלת החלטות לא פוסחות על שופטים, שכן ברור שאין הם בעלי שריון המקנה להם חסינות מפני כל. ואולם, כאשר יצא אדם זכאי בדיון, המערכת נאלצת, לדאבון לב, "לסבול" את טעות השופט, שכן הטעות לא הובילה להרשעתו - מצב אותו לא תוכל לסבול שיטת משפט תקינה. במקרה של זיכוי אפוא, תיקון טעויות השופטים, אשר מהווה אחת מן התכליות העומדות בבסיסו של מוסד הערעור, אינו גובר על התכלית של סופיות הדיון ויציבות ווודאות מערכתית.

130. יודגש, כי אין המשיבה חולקת על הצורך לפעול לצמצום של הטיות השופטים (בשאיפה לנטרלם), וזאת אף במקרים בהם פסקי הדין הסתיימו בזיכוי. אולם, לשיטתה, **הפתרון לכך אינו טמון במתן זכות ערעור על נימוק, אלא מצוי הוא במחוזות אחרים.**

131. לצורך ביסוס הטענה, הציגה המשיבה לבית המשפט הנכבד מספר פתרונות שהוסברו בהרחבה בפסקה 265 לכתב התשובה, כשם הדרכות מקצועיות ואף פגישות קבוצתיות המונחות על ידי פסיכולוג לשופטים, קריאה למחוקק לחקיקת כללי פסלות רחבים יותר ושמירה על שקיפות ההליך על ידי הקפדה על נימוקי השופטים גם בפסקי דין מזכים לאורך כל פסק הדין.

132. בסיכומה של נקודה זו, תבקש המשיבה להסב את תשומת לבו של בית המשפט הנכבד **למחקר שהתבצע באוניברסיטת קולרדו** שהובא במסגרת בקשתו של המבקש 1 (פסקה 168 לבקשת רשות הערעור), לאורו הציג המבקש 1 כי כאשר קיימת אפשרות לזכות מחמת הספק, אחוז הזיכויים המוחלטים יורד. בעניין זה לא למותר לציין, כי אמנם, נכונה הטענה כי שיעור זיכויי "Non guilty" יורד, כאשר בפני הנחקרים אפשרות לזכות גם על ידי "Not proven", אולם, שכח המבקש 1 לציין (משיקוליו), כי המחקר מצביע על כך שבד בבד אף שיעור ההרשעות יורד.

133. המבקש 1 אשר בוחר להסתמך על מחקר זה, שחקר את אופן הכרעתו של חבר המושבעים באמצעות סטודנטים שרשאים לכהן כחבר מושבעים, ראוי כי ישאל עצמו האם כמערכת משפט נעדיף אחוז זיכויים גבוה יותר, אף שרובם יהיו מחמת הספק, או אחוז הרשעות גבוה יותר? שוב, נראה אפוא, כי מחוייבים אנו כחברה להשיב תשובה אחת בלבד. **מוסד הזיכוי מחמת הספק מיטיב עם הנאשמים ומשרת את אינטרס החברה בכללותה.**

ה. תימרוץ שיקול דעת זהיר של הערכאה הדיונית אינו מצדיק מתן זכות ערעור על פסק דין מזכה

134. המשיבה תטען, כי בקשתו של המבקש 1 לתמוך את טענתו בעד מתן זכות ערעור על פסק דין מזכה בכך שזו תתמרץ את הערכאות הדיוניות להפעיל שיקול דעת זהיר בשל קיומה של ביקורת שיפוטית של ערכאת הערעור, אינה נכונה, על אחת כמה וכמה, אינה מצדיקה זכות ערעור על פסק דין מזכה.

135. לרוב, הספק בליבו של השופט שבגינו זיכה את הנאשם מכל אשמה, מוסק לנוכח ממצאי העובדות והמהימנות שבחן מתוקף תפקידו כערכאה דיונית. מתן זכות ערעור על פסק דין מזכה של הערכאה הדיונית לא בהכרח יבטיח את מקצועיות המערכת השיפוטית, שכן במקרים מסוג זה, אין יתרון לערכאת הערעור על פני הערכאה הדיונית, אדרבה, הערכאה הדיונית היא ששמעה את העדים, בחנה את הראיות ושמעה את הצדדים, ולכן במצב בו על בסיס אלו הערכאה הדיונית החליטה לזכות את הנאשם (בניגוד למצב בו החליטה להרשיעו), אין להעניק לו זכות ערעור.

136. אכן, לנאשם שהורשע תינתן זכות ערעור למרות הקושי האמור של ערכאת הערעור, בין היתר מן הטעם שהדבר יגביר שיקול דעת זהיר ויתמרץ שופטים לפעול בזהירות כדי למנוע הרשעת שווא, ובכלל זה הרשעה שלא הושגה מעל לכל ספק סביר. בניגוד לכך, כאשר הנאשם זוכה, טעם זה אינו חזק דיו בשביל להצדיק מתן זכות ערעור בגינו.

137. כמו כן, ראוי לציין, כי זיכוי על ידי הערכאה הדיונית אינו חסין מפני ביקורת שיפוטית במקרים חריגים ונדירים אשר יצדיקו זאת, ועל כן פיקוחו של בית המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק, חג מעליו באופן תמידי.

138. בשקלול הדברים, נראה אפוא, כי מתן זכות ערעור על הנמקה יביא לתוצאה לא ראויה - במקום שיקול דעת זהיר, יגרור הוא לשיתוק של שופטי הערכאה הדיונית ול"חשיבת יתר" בנוגע לכל נימוק ונימוק. ואף חמור מכך, אם ידעו השופטים כי גם נימוקי פסק דינם עוברים תחת שבט הביקורת של ערכאת הערעור, עלולים הם לנמק לחומרא. מצב דברים זה, עלול לערער את יציבות המערכת כולה, ולפגוע בעבודת השופט.

139. **מערכת המשפט לא תוכל לסבול תוצאה שכזו,** ועל כן, עומדת המשיבה בפני בית משפט נכבד זה על העמדה לפיה אין להיעתר לעתירת המבקש 1 בדבר מתן זכות ערעור על זיכוי שהתקבל מחמת הספק, ונכון וראוי להותיר את המצב על כנו.

ה. אין להשוות בין אדם שזוכה בדין לבין אדם שהורשע בפלילים, ולכן לא מתקיימת פגיעה בשוויון

140. המבקש 1 טוען, כי הזכות לשוויון לא יכולה לסבול מצב שלבעל דין שזוכה מחמת הספק לא תינתן אפשרות ערעור, בניגוד לבעל דין שהורשע, שעה ששניהם נפגעים ואינם מרוצים מתוצאת פסק הדין. **הייתכן כי משווה המבקש 1 בין אדם שיצא זכאי בדין לבין אדם שהורשע בפלילים?! האם ראוי להשוות בין המקרים?! האם כלל קיים הצורך להסביר מדוע השניים נבדלים זה מזה?!**

141. הבוחן את הדברים בראיה רחבה יגלה בנקל, כי היחס השונה, אשר מתבטא בהענקת זכות ערעור רק לנאשם שהורשע בדין, נובע משוננות רלוונטית, ועל כן מדובר בהבחנה מותרת [בג"ץ 4541/94 **אליס מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94, 109 (1995)]. בעוד הזכאי בדין לא רשאי לערער מפני שהתוצאה המשפטית הוכרעה לטובתו ולא נסתרה חפותו, לאדם שהורשע מעניקה השיטה אפשרות נוספת להוכיח כי מעשיו אינם מקימים אשמה, ואינם מהווים התנהגות אנטי-חברתית אשר מצדיקים שימוש בשוט הפלילי. הרי שהבדל זה, מייצר מצבים השונים זה מזה שמרחקם כמרחק מזרח ממערב, ועל כן השוואה ביניהם אינה ראויה.

ה.6. אנלוגיה שאינה במקומה - מה בין זיכוי מחמת הספק לבין העילות הקיימות לסגירת תיקים

142. לעניין טענתו של המבקש 1, לפיה "אין כל בסיס נורמטיבי ומוסרי" לאפשר מחד גיסא, לחשוד שתיקו במשטרה נסגר לערער על עילת הסגירה, ולשלול מאידך גיסא, את אפשרותו של נאשם לערער על הכרעת דין המזכה אותו מחמת הספק, תטען המשיבה כי גם כאן לצערה, אין ההשוואה במקומה. אין העננה, שלטענת המבקש 1 רובצת מעל ראשם של הנאשמים שזוכו מחמת הספק, זהה לעננה שרובצת מעל לראשו של חשוד שנפתח תיק בעניינו, וזאת ממספר טעמים שהוצגו בהרחבה בפסקה 274 לכתב התשובה.

143. בין יתר הטעמים, העובדה כי אין דינו של אדם שנפתח תיק בעניינו ונסגר לאחר חקירת המשטרה ללא אפשרות מלאה לעיין בחומר הראיות שהוגש כנגדו, כדינו של אדם שניתן לו יומו בפני בית המשפט, התקיים הליך הוגן בעניינו, במסגרתו ניתנה לו הזכות להתגונן, הזכות לקיים חקירה נגדית, הזכות להביא ראיות ולעיין בחומר הראיות שהובאו כנגדו, להיות מיוצג על ידי עורך דין, והרשימה עוד ארוכה. כמו כן, החלטה על סגירת תיק בשלב מקדמי זה (לאחר החקירה) מהווה החלטה מנהלית, בניגוד לזיכוי מחמת הספק שמתקבל לאור הספק שהתברר במסגרת הליך שיפוטי מובהק. וכן, עילת סגירת התיק, למעט תיק שנסגר מחוסר אשמה, מופיעה במרשם המשטרתי הפנימי, זאת בניגוד לאדם שנוקה מאשמה ויצא זכאי בדין, וכן רישומו הפלילי נמחק מרישומי המשטרה ואיננו מופיע במרשם הפלילי.

כלומר, מצבו של מי שתיק חקירה נגדו נסגר מחוסר ראיות, או מחוסר עניין לציבור גרוע ממצבו של מי שהחקירה בעניינו הניבה כתב אישום אך זוכה בדין [כדבריו של כב' השופט עדיאל בבג"ץ 10271/02 פריד נ' משטרת ישראל מחוז י-ם, פ"ד סב(1) 106, 119 (2006)].

144. מכאן, שאין להסיק מזכות הערעור החקוקה על עילת סגירת תיק לעניינו, ולהעניק זכות ערעור על נימוק של פסק דין מזכה.

ה.7. דעת מיעוט מזכה בהרכבים פליליים, אינה מעלה ספק כשלעצמה

145. המבקש 1 מאריך ומסביר מדוע דעת מיעוט מזכה בערכאה הדיונית מייצרת ספק סביר כשלעצמה (בקיומה של אשמה), וזה אינו יכול "להתפוגג" גם לאחר הרשעתו של הנאשם בערכאת הערעור. המשיבה תטען, כי קשה ללמוד גזירה שווה מטיעונו של המבקש 1 המתבססים על דעת מיעוט מזכה במצב בו הנאשם הורשע בערכאת הערעור, לעניינו בו עסקינן בשתי ערכאות שזיכנו את הנאשם.

האם לטענת המבקש 1 זיכוי נאשם בערכאה הדיונית יוצר ספק בזיכוי הנאשם, מחמת הספק, בערכאת הערעור? מה היא בכלל משמעות הדבר? מה נובע מהטיעון הנ"ל?

146. ההשוואה בין שני מצבים שונים בעיקרם לא ברורה, ונראה כי לא בכדי. אין השאלה האם הרשעה צריכה להתקבל פה אחד, זהה לשאלה האם על זיכוי להתקבל פה אחד. כמו כן, ההשוואה בין הכרעת הדין שניתנת על ידי שופטים בישראל לבין הכרעת הדין שניתנת על ידי חבר מושבעים במדינות השונות, אינה נקיייה מקשיים. **בתוך כך, תטען המשיבה כי אין בסיס להשוואה שכזו, ונראה שהדין בשאלה האם דעת מיעוט מזכה יוצרת ספק סביר בהרשעה וההשלכה על שאלה רחבה מכך, האם יש להרשיע בדעת רוב או פה אחד, מהווה חריגה מהדין בסוגיות שבלב בקשת ערעור זו.**

ה.8. "מזל בשפיטה" אינו מהווה טעם למתן זכות ערעור על פסק דין מזכה

147. לעניין טענת המבקש 1 לפיה, בשל "מזל בשפיטה" יש לאפשר ערעור על זיכוי מחמת הספק, תטען המשיבה כי כל עוד לא נעבור לעולם בו יכהנו מכוונות במקום שופטים, שיבטיחו שפיטה אחידה נטולת כל הבדלים שרירותיים, לא נוכל, לצערנו, למנוע לחלוטין את אלמנט המזל. וכידוע, אין חולק כי עולה התועלת של שפיטה אנושית על התועלת של שפיטה מכנית בעלת קריטריונים מובנים וסגורים.

148. בד בבד, ישנם גורמים רבים שמצמצמים את רכיב המזל למינימום ההכרחי כמו שלטון החוק, מתחם שיקול הדעת של השופטים, כללי האתיקה, הנחיות והדרכות. בכל מקום בו אנו מעניקים אפשרות לשיקול דעת, אין מנוס מהטיות כאלה ואחרות. על כל פנים, לעניין הזיכוי מחמת הספק, אל לנו לשכוח שמדובר בסופו של דבר בזיכוי!

149. על כן, תטען המשיבה שכך או אחרת, הפתרון למזל בשפיטה אינו נעוץ בזכות ערעור על נימוק שהוביל לזיכוי, אלא בהרחבת הרכב המותב בערכאה הדיונית והבטחה כי כל שופט במושב יגיע להחלטותיו באופן עצמאי, בהתאם לעמדתו של המלומד מאוטנר בספרו משפט ותרבות פרק חמישי, 178 (תשס"ח), שאוזכרה על ידי המבקש 1 עצמו.

150. כדוגמה מובהקת לביטוי המזל בשפיטה, הציג המבקש 1 שלושה פסקי דין שעוסקים בפיצויים לנאשם שזוכה, במסגרתם מציינים השופטים כי לא היה על השופט לנמק את זיכוי של הנאשם "מחמת הספק" אלא לזכותו מכל ספק [ע"פ 425/88 אחמד בדיר נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(2) 204, 206 (1989); 6621/01 בדיליאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 870, 878 (2002); ע"פ 4492/01 עשור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 741, 734 (2003)].

בעניין זה תטען המשיבה, כי העובדה שהנימוקים המובילים לזיכוי שונים בין שופט לשופט, לא מקנה לנאשם בשום שיטת משפט בעולם, זכות ערעור. **שמירה על קוהרנטיות ואחידות, ככל שניתן, תתבטא באמצעים אחרים שהוזכרו והודגמו לעיל, ולא דרך זכות הערעור. מכאן, שאין לאפשר ערעור על זיכוי מחמת הספק בשל העובדה שערעור זה יאפשר לצמצם את מרכיב המזל בשפיטה.**

ה.9. עקרון סופיות הדיון ויעילות מערכת המשפט מטום את הכף לעבר דחיית אפשרות ערעור על זיכוי מחמת הספק

151. לטענת המבקש 1, עקרון סופיות הדיון מתיישב עם מתן זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק, שכן העיקרון מתמצה במגבלה על מספר הפעמים שזכאי בעל דין לתקוף החלטה שיפוטית בעניינו, ולא בכך שהליך שיפוטי מתנהל פעם אחת בלבד, ואין לשנות את הכרעתו. לגישתו של המבקש 1, הזיכוי מחמת הספק, בשל הפגיעות הנלוות לו, מהווה המשך סכסוך בין הנאשם לבין המדינה. בתגובה לכך תטען המשיבה, כי נתפס המבקש 1 בכל הכבוד הראוי לכלל טעות, וכי מתן זכות ערעור לבעל דין שזוכה מחמת הספק אכן חותר תחת עקרון סופיות הדיון, שכן בסופו של יום יוצא הוא מדלתות בית המשפט זכאי לכל דבר ועניין.

152. המשיבה תטען, כי מקום בו אינטרס סופיות הדיון גובר על האינטרסים שהערעור נועד לקדם, כמו תיקון טעויות ופיתוח המשפט, אין לאפשר ערעור בזכות. למרות שלרוב, עקרון יסוד זה יסוג מפני זכותו המהותית של אדם כי עניינו ידון בפני יותר מערכאה אחת, אולם לא כך הדבר במקרים בהם לא משתנה ההכרעה האופרטיבית, וברי שבאלו העיקרון האמור יגבור.

153. המבקש 1 טוען בטענה נפרדת, כי טענת היעילות והצפת בית המשפט, לאור פתיחת דלתותיו בפעם השנייה בפני נאשם שזוכה, אינה מחזיקה מים. לדידו, טענות אלו נסתרו בעבר על ידי בית משפט נכבד זה, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בעניין צירינסקי. אולם, אם היה המבקש 1 קורא את נימוקי השופטים בגוף פסק הדין, היה רואה את שענינו ראו - כי שיקולי יעילות הינם הכרחיים לצורך קיום מערכת משפט צודקת והוגנת. לכך התייחס, בעניין זה, כב' השופט קדמי (פסקה ד' לפסק דינו):

"בתחום שבו אנו עוסקים מחייבת "תקנת הציבור" שמירה על שניים אלה [...]. העיקרון של "סופיות ההליכים" שתכליתו – כשמו – לקבוע גבול להתדיינות כעניין שבטובת הציבור, נשמר בדרך-כלל בקפדנות רבה. מכוחו של עיקרון זה ננעלת הדלת אפילו בפני "צד" להליך, אם זכה במשפט, ולא תועלנה לו השגות "צודקות" כנגד קביעות וממצאים בפסק-הדין, שיש בהן כדי לפגוע ב"שמו הטוב".

דלת הערעור הייתה נסגרת בפני אותו צד גם מכוח העיקרון האחר – זה המדבר ב"הימנעות-מהליכים-מיותרים" – שלפיו, אין להטריד ערכאה גבוהה יותר, במקום שאין ב"תיקון" המבוקש בפסק-הדין כדי לשנות את תוצאות הדיון." (ההדגשות הוספו)

154. נוסף על כך, נראה כי היאחזותו של המבקש 1 בקביעתו הרחבה והגורפת של כב' השופט גרוס בדעת המיעוט בעניין סופיוב, כי טענת יעילות וסופיות אינה יכולה לעמוד לעולם בפני טענה לפגיעה בזכות יסוד, אינה מדויקת ואינה יכולה להתקיים בחיי המעשה.

הכרה בזכות הנאשם לערער נגד ההנמקה בדבר הזיכוי מחמת הספק בשל הפגיעה בזכותו לשם טוב, תביא, מטבע הדברים, להעלאת טענה דומה גם מטעם המדינה, למשל על הגנה על כבודו של עד או הגנה על כבודו של הקורבן, או לשם הגנה על כבודו של אחר, אשר לפי הנמקת פסק הדין קושרים את עבירתו של הנאשם בו [ראו הרחבה בעניין **סופיוב**, עמ' 4].

155. לשיטת המשיבה, אין להמעיט בערכם של נימוקי יעילות הכרחיים, בפרט כאשר הם נלווים לאינטרס הציבורי של סופיות הדיון. בהיעדרם של אלו, לא ניתן היה לממש בחיי המציאות, אף זכות מהותית. חשיבות זו נודעת עוד מימי הרמב"ן [**פירוש הרמב"ן**, שמות יח, כב], ובמציאות המודרנית חשיבותה אף מתעצמת.

156. בה בעת טוען המבקש 1, כי לא ברור מדוע קיים חשש מעומס על בתי המשפט, שלא לצורך, כאשר אותו חשש לא מונע הליכים של לשון הרע בפני בית המשפט. באשר לכך טענה המשיבה בהרחבה, בפסקאות 255-258 לכתב התשובה, כי אף **השוואה זו הינה שגויה, שכן אין הנדון דומה לראיה**.

בין יתר הטעמים, טענה המשיבה כי התכליות העומדות בבסיסה של תביעת לשון הרע שונות מן התכליות העומדות בבסיסה של זכות הערעור. כמו כן, ציינה המשיבה כי אם כבר משווה המבקש 1 בין שני המצבים, ראוי לציין כי פרסום של שופט הוא בגדר פרסום מותר שאינו מקים עילה לתביעה או לקובלנה בגין לשון הרע [סעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע התשכ"ה-1965 וסעיף 8 לפקודת הנזיקין]. וכן, אפשרות בית המשפט לדחות על הסף תביעות לשון הרע שאינן עומדות בקריטריונים, מאזנת את החשש מהצפת בית המשפט לשווא, ומונעת פגיעה ביעילות המערכת כולה.

157. מהמקובץ לעיל עולה בבירור, כי **עקרון סופיות הדיון ויעילות השיטה, אשר בהיעדרם לא תצליח המערכת לקיים משפט וצדק, מצדיקים את הגבלת גדריה ותחולתה של זכות הערעור כך שהיקפה לא יתפרס על הנימוקים שהובילו להכרת דין מזכה**.

ה.10. פגיעה בעצמאות הביטוי של השופט

158. לטענת המבקש 1, ובניגוד לדבריו של כב' השופט קדמי בעניין **צירינסקי**, ערעור על זיכוי מחמת הספק אינו התערבות בעצמאות הביטוי של שופט הערכאה הדיונית, כי אם התערבות הנובעת עקב שגיאה משפטית. לדידו, התערבותה של ערכאת הערעור תהא "בהנמקה הנובעת מהממצאים, להבדיל מהתערבות באופן הצגת הממצאים" (פסקה 208 לבקשת רשות הערעור). לכך המשיבה תטען, שהלכה פסוקה היא (ואף לפי פרשנות ראויה של החוק), כי אין בעל דין רשאי לערער על הנמקת פסק הדין, ללא שזה מבקש לשנות את ההכרעה שניתנה בעניינו. הגם שטוען המבקש 1 כי הערעור יהיה על ההנמקה הנובעת מהממצאים, זוהי עדיין הנמקה שהובילה לתוצאה אופרטיבית שהינה, זיכוי של הנאשם.

המלומד קדמי, התייחס לכך בספרו **על סדר הדין בפלילים** חלק שני - ספר שני, 1107 (מהדורה משולבת, תשנ"ח), כאשר קבע כי אין כל מניעה לערער על כל רכיב ורכיב בהכרעת הדין, ובלבד שאין מדובר בהנמקה גרידא "עם זאת, מטבע הדברים, שאין לתביעה זכות ערעור על הרשעה בעבירה שיוחסה על ידה לנאשם, ואין לנאשם זכות ערעור על "זיכוי". ההנמקה כשלעצמה – אינה נתונה לערעור".

ה.11. פגיעה בזכות הערעור עומדת בתנאי "פסקת ההגבלה"

159. על אף שלשיטת המשיבה לא קמה זכות ערעור מקום בו אין השגה על הכרעת הדין, אף אם יכריע בית המשפט הנכבד כי היא קיימת, זכות חוקתית איננה זכות מוחלטת, וככזו היא נסוגה מפני זכויות ואינטרסים אחרים. כמו כן, אף בהנחה כי זכות הערעור היא חיונית להגשמת זכות הגישה לערכאות, והינה בגדר "זכות בת", עולה השאלה היכן מעוגנת האחרונה. במידה שזכות הגישה לערכאות נגזרת מחוק-יסוד: **כבוד האדם וחירותו**, בהתאם לסעיף שמירת הדינים, אין להעביר את ההלכה דרך פסקת ההגבלה אלא יש לפרש אותה לאור חוק היסוד בלבד. ואולם, למעלה מן הצורך, הציגה המשיבה בהרחבה בחינה מקיפה לפיה, הפגיעה בזכות הערעור (בהנחה שקיימת, שכן הפגיעה אינה מתיימרת לשנות את תוכן הזכות, אלא מצמצמת אותה באופן ספציאלי רק למקרים של זיכוי) היא מידתית.

160. היעדר זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק הינו מכוח פרשנות תכליתית לכוונת המחוקק (כפי שהציגה המשיבה בהרחבה בפסקה 248 לכתב התשובה ובקצרה בפסקה 124 לעיקרי הטיעון), ואף אם פרשנות זו לא תתקבל, הציגה המשיבה מדוע גם הלכה פסוקה יכולה לעמוד בתנאי האמור. כמו כן, המשיבה תטען כי מקום בו ייפתחו דלתות בית המשפט לכל מאן דבעי, בגין טענה כי קיימת זכות ערעור על זיכוי (ואין נפקא מינה מה טיבו), לא תצליח מערכת בתי המשפט לעמוד בעומס התביעות. כמו כן, סופיות הדיון ווודאות משפטית הם עקרונות בלתי נפרדים מקיומה של חברה דמוקרטית ותקינה.

161. באשר להיותה של התכלית ראויה, אף המבקש 1 בעצמו מסכים, כי זו נועדה לשמור על מערכת משפט תקינה, שמירה על עיקרון סופיות הדיון, מניעת הליכי סרק ומניעת הטרדתם של המשיבים והבטחת הוצאותיהם. בתוך כך, תטען המשיבה, כי אין חולק שמדובר בתכלית ראויה והכרחית לקיומה של מערכת משפט הוגנת, צודקת ואפקטיבית [במ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1), 354, 356 (1997); ע"פ 7853/05 רחמיאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.11.2006); רע"פ 8273/13 מדינת ישראל (עיריית תל אביב-יפו) נ' חיימוביץ' (פורסם בנבו, 25.12.2014)].

162. ללא כל ספק, וכפי שטוען המבקש 1 בעצמו, היעדרה של זכות ערעור על פסק דין מזכה אכן מגשימה את התכלית העומדת ביסודה - סופיות הדיון ויעילות ההליך המשפטי.

163. כמו כן, הציגה המשיבה מדוע אין בנמצא אמצעי שיפגע בזכות הערעור במידה פחותה יותר, ובאותה עת, יגשים את האינטרסים האמורים, שכן שיטת המשפט הצרה את גבולות השתרעות זכות הערעור בנקודות האיזון בה האמצעי מגשים את המטרה, והפגיעה בזכות, כלל שקיימת, היא הפחותה ביותר.

כאן המקום לציין, כי אף החלופה אותה הציע המבקש 1, לפיה אם לא תינתן זכות ערעור, יש להעניק למצער רשות ערעור, רק תחמיר את הפגיעה ותיצור מדרג מלאכותי בין אדם שיצא זכאי מחמת הספק ובין אדם שיצא זכאי ללא כל ספק. מעבר לכך, אף אפשרות זו אינה מיישבת את החשש לפגיעה בסופיות הדיון והצפת מערכת בתי המשפט, שכן כדי להבחין בין בקשת רשות שתתקבל על ידי בית המשפט לבין כזו שלא, ידרשו משאבים רבים וזמן לא מבוטל.

164. אם כן, נראה שכלל, התוספת לתועלת הציבור במניעת אפשרות ערעור על פסק דין מזכה, גוברת על תוספת הנזק לפרט שזוכה מחמת הספק. לא זו אף זו, מתן זכות ערעור על נימוק לא רק שיפגע באינטרסים ציבוריים, אלא גם בזכות הגישה לערכאות של הפרט המבקש להיתדפק על דלתותיו של בית המשפט במקרים שבהם הפגיעה בו הינה אקוטית, וזאת בשל העומס שיוטל על בית המשפט.

165. אכן, ביסודה של זכות הערעור מונחים שיקולים בעלי עוצמה כשם תיקון טעויות, יצירת תקדימים וקידום צדק פרוצדורלי. ואולם, כל שיטה משפטית חייבת, ואין מנוס מכך, להטיל מגבלות ולתחום את גדרי השתרעותה והיקפה של זכות הערעור. ללא מגבלות אלו, אין אפשרות לקיים מערכת משפט יעילה שעיקרון סופיות הדיון והוודאות המשפטית מתגשמים בה. אמנם, הערעור נועד לקדם תכליות של צדק ושל יעילות, אך הצדק לא יופיע, והיעילות הצומחת מתיקון טעויות תהא חסרת משמעות, אם ההליך המשפטי לא יגיע לכלל סיום, בשל קיומה של זכות ערעור בלתי מוגבלת.

ו. מדוע לא קיימת, באופן טבעי, זכות ערעור למי שלא היה צד להליך

ו.1. הלכת צירינסקי שרירה וקיימת

166. במסגרת הבקשה דנן, עותר המבקש 2, מר בזל, כי תינתן לו זכות לערער על אמירות וקביעות שנאמרו על ידי שופטות הרוב בערכאת הערעור. לטענת המבקש 2, שלא היווה צד להליך העיקרי, קביעות ואמירות השופטות פגעו בו פגיעה חמורה, והכתימו את שמו הטוב כפרקליט בשירות הציבורי.

167. בעניין זה, קבעה הפסיקה מבחנים לקיומו של הליך נוסף לאדם שרואה עצמו כנפגע מהחלטה שיפוטית בהליך בו לא היה בעל דין או צד. המבחן שאימצה הפסיקה לעניין זה הוא "המבחן הפונקציונלי", הקובע שני תנאים לקיומה של זכות הערעור, האחד, שיתקיים "הליך", והשני, שההליך הסתיים בהכרעה שיפוטית הפוגעת בזכות הופלדיאנית [ראו: בן נון וחבקין, עמ' 458]. מבחן זה נקבע לראשונה על ידי כבי' השופט ברק בבש"פ 658/88 חסן נ' מדינת ישראל, מה(1) 670, 694 (1991), ואומץ גם בפסיקתו של כבי' השופט קדמי בעניין צירינסקי.

168. ההלכה העולה מעניין צירינסקי היא, כי עד שלא היה צד להליך, ושמו הטוב נפגע כתוצאה מהתבטאות של בית המשפט בעניינו, אינו יכול לערער על החלטה הפוגעת וכלל, גם לא יוכל להגיש עתירה לבג"ץ. ולכן, לעמדת המשיבה, בכל הכבוד, אין להשוות בין אדם שזוכה מחמת הספק ומבקש כעת לערער על סיווג הזיכוי ובין המבקש 2, שכלל לא היה צד להליך.

169. כך גם, בכל הכבוד, לעמדת המשיבה, שגה המבקש 2 בהפנייתו לרע"א 9124/06 אורי פרץ פרי נ' לוקי ביצוע פרויקטים בניה (1989) בע"מ (פורסם בנבו, 18.7.2007), שכן, וכפי שמאבחנת כב' הרשמת ליבוביץ' לאור השוואה עם פסקי דין אחרים כי, אין להשוות בין עד להליך מסוים, עליו בית המשפט כתב אמירות בעייתיות שונות, ובין בורר - שזהו מקצועו. אם כן, דוחה המשיבה את הניסיון לטעון לגזירה שווה בין המקרה שלפנינו לעניין אורי פרץ שלעיל.

170. המשיבה דוחה, בכל הכבוד, אף את ההפניה לע"א 6779/00 אליעזר וולובסקי - עו"ד נ' הכונס הרשמי (פורסם בנבו, 15.10.2002). שם עסקינן בתביעה כספית בסך של 10.000.000 ₪ (!) שהוגשה נגד המבקש דשם (סעיף 4 לפסק הדין), בעקבות אישור ההסכם על ידי בית המשפט קמא, לא הייתה מחלוקת בין הצדדים אודות התביעה הכספית שהוגשה כנגד המבקש, ולכן, כותב כב' הרשם עודד שחם - מתקיימת בו פגיעה אישית ממונית המצדיקה אפשרות לערער על פסק הדין.

ואולם, אין הנדון דומה לראיה. כפי שהודגש, לא הוכחה פגיעה אישית במבקש 2, וככל שנפגע מאמירות כאלו ואחרות של בית המשפט קמא, הרי שזוהי פגיעה סובייקטיבית, שאינה מהווה פגיעה "אישית ממונית" ישירה ואף אינה עומדת בגדרי המבחנים שנקבעו בפסיקה. משכך, דוחה המשיבה את נסיונו של המבקש 2 ללמוד גזירה שווה מפסק הדין.

171. אם בכך לא סגי, גם ההפניה שעשה המבקש 2 לע"ע (ארצי) 311/09 פלאפון תקשורת בע"מ נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 15.8.10) אינה מתאימה לענייננו. בעניין זה תבעה עובדת פלאפון תקשורת, את חברת פלאפון תקשורת על כך שלא מנעה את מעשי ההטרדה המינית של מר קרקו ופיטרה אותה שלא כדין. בעניין זה, אכן מקבל כב' השופט אדלר את בקשתו של מר קרקו להתגונן בפני הטענות שהועלו נגדו בדבר הטרדות מיניות כנגד העובדת, על אף שהיה רק עד ולא היה צד פורמלי להליך. ברי, כי אין ללמוד מהליך זה, בו הוגשה תלונה בגין הטרדה מינית כלפי אדם ספציפי (והוא האדם המבקש לערער), לענייננו שלנו, בו היה המבקש 2 אך עד בהליך העיקרי ולא הוגשה נגדו כל תלונה.

172. נראה אם כן, כי ההפניות שהביא המבקש 2 אינן תומכות בבקשתו כי תינתן לו זכות לערער בנסיבות המקרה ואין בהן כדי לשכנע מדוע יש לסטות מהלכת צירינסקי, הקובעת כי לא ניתן לאפשר לעד, שלא היה צד להליך, לערער על קביעות עובדתיות שנעשו לגביו, אף אם נפגע מהן.

2.1 מענה המשיבה לטענות המבקש 2

173. בכל הכבוד, המשיבה אינה מקבלת את הטענה בדבר הרתעת עדים מלהעיד, באם לא תוענק להם זכות ערעור מקום שנפגעו לאחר שהעידו בהליך העיקרי. לא ניתן לטעון לחשש מפני קיומה של תופעה מסוימת - "תיווצר הרתעת יתר של העדים" שעלולה לקרות בעתיד והמצדיקה שינוי הלכה של בית המשפט העליון בהווה. שכן, ההלכה שלא מאפשרת לעד שלא היה צד להליך לערער על קביעות בית המשפט אודותיו כבר קיימת בהווה, ואילו המבקש 2 לא הביא נתונים עדכניים להוכחת טענתו בדבר הפגיעה בנכונות האזרחים לכאורה להעיד. לשון אחרת, כיצד ניתן לטעון לפגיעה עתידית, באם לא תשונה ההלכה, בעוד שההלכה קיימת, ופגיעה שכזו, כעת, לא הוכחה?

174. זאת ועוד, אף דוחה המשיבה את התנגדותו של המבקש 2 לאפשרות ה"סעד הצהרתי". הטענה כי הליך זה פוגע בשיטה האדוורסרית אינה מדויקת. שכן, כאשר מותב שופטים מקבל בקשה לסעד הצהרתי, יבחן הוא את הבקשה לאור פסק הדין וההליכים שהובילו אליו בערכאה קמא. לאור הליכים אלו, לא ניתן יהיה לטעון כי העד יטען טענות שווא וחצאי אמיתות, שכן, החומר מההליך הקודם נמצא בידי המותב שיכריע בעניין הבקשה לסעד הצהרתי. ואזי, לא יוכל העד לטעון בניגוד לחומרים מההליך המקורי עליו מבקש להשיג.

175. וכן, בכל הכבוד, גם הטענה השנייה, כי שינוי הקביעות והאמירות שנקבעו ביחס למבקש 2 עשוי להשפיע על תוצאת ההליך (של המבקש 1) ולהביא לזיכוי המוחלט, אינה יכולה לעמוד. כאמור לעיל - "זיכוי הוא זיכוי". לא ניתן לטעון כי ראוי לאפשר למבקש 2 זכות ערעור בשל פוטנציאל ל"שינוי התוצאה בהליך המקורי". ב"הליך המקורי", המבקש 1 זוכה. שינוי התוצאה, יכול להיות אך הרשעה. אמנם, יכול להיות מצב בו תהיה הרשעה ואזי, שינוי בקביעות העובדתיות לגבי עד מסוים בערכאה קמא יכול לשנות את התוצאה - מהרשעה לזיכוי. אך כאמור, אין זה המצב בענייננו.

3.1. חלופות לריפוי פגיעתו של המבקש 2

176. למעלה מן הצורך, תציע המשיבה להלן חלופות אחרות שניתן באמצעותן להקל את פגיעתו של עד שנפגע מאמירות השופטים:

א. הגשת תובענה לסעד הצהרתי - לפיו הקביעות הפוגעות בפסק הדין אינן נכונות. בה"פ (מחוזי ת"א) 847/05 אורמן נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 29.1.2008), קבעה כב' השופטת רונן, כי אין הוא יכול לערער על פסק דין, מאחר שלא היה צד להליך וזכויותיו ההופלדיאניות לא נפגעו. עם זאת, נעתרה לבקשת המבקש דשם לרפא את הפגיעה באמצעות מתן סעד הצהרתי במסגרת התובענה.

ב. הערה של ערכאת הערעור או של בג"ץ, המרככת את הפגיעה בלא להידרש להליך לגופו. בע"א 10033/03 אלוני נ' בוחבוט (פורסם בנבו, 25.1.2005), כתב בית המשפט, מבלי להכריע האם קמה למערער זכות ערעור בנסיבות המקרה, הערה לפיה לא הייתה בכוונת בית המשפט בהליך העיקרי, כדי למנוע מינויו כמומחה.

ג. פניה בתלונה לנציבות תלונות הציבור על שופטים - הנציבות מוסמכת לברר תלונה נגד שופט בעניין התבטאות בפסק דין המכוונת לאדם שלא היה צד להליך ופוגעת בו. על אף שהנציבות אינה מוסמכת להורות על שינוי של פסק דין, היא מוסמכת לברר את התלונה, ליתן לנפגע זכות טיעון, ולכלול בממצאי בדיקתו הערה מתאימה, אשר עשויה להניח את דעתו של הנפגע.

177. הנה כי כן, לאור המפורט לעיל, מתנגדת המשיבה לשינוי הלכה של בית המשפט העליון במסגרת בקשה של אדם פרטי. המשיבה תבקש מבית המשפט הנכבד לדחות את בקשת המבקש 2 ולהותיר את הדין הקיים על כנו.

ז. מדוע יש להתיר למדינה לערער על זיכוי

ז.1. פרקטיקה משפטית - האמנם?

178. לשיטת המשיבה, טענת המבקש 1 כי ערעור המדינה על זיכוי הוא בגדר "פרקטיקה משפטית", היא בכל הכבוד הראוי, אינה מדויקת. כתימוכין יופנה בית המשפט הנכבד לסעיף 63 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו-1966, המכיר בזכות הערעור של המדינה על זיכוי: "...ואולם, אם הודיעה התביעה כי בדעתה להגיש ערעור", אם כן, נראה אפוא, כי אפשרות זו של המדינה אינה אך בגדר "פרקטיקה" אלא מוצאת ביטוי בחקיקה ראשית.

179. חשיבותה של אפשרות הערעור של המדינה והצורך בהגנה עליה קיימת אף בימנו ונלמדת מפסיקתו של בית המשפט העליון. כך נקבע גם לאחרונה בבג"ץ 2732\15 המרכז הישראלי לנפגעי כתות בע"מ נ' פרקליטות המדינה (פורסם בנבו, 3.6.2015), כי על אף העיקרון החשוב של סופיות הדיון, אין למנוע הגשת ערעור על ידי הפרקליטות.

ז.2. צמצום פערי הכוחות בין הנאשם לבין המדינה - לא בדרך של ביטול אפשרות הגשת ערעור על ידי המדינה

180. אמנם, בין המדינה לנאשם קיים פער כוחות משמעותי הנובע מהמאפיינים הטבעיים השונים של השחקנים. ואולם, על פערים אלו מגשר המשפט בדרכים אחרות, ואין לנסות לחפות על פערים אלו באופן מלאכותי באמצעות הגבלת זכות הערעור של המדינה, צעד אשר אינו משרת את האינטרס הציבורי. זאת ועוד, אל לנו לשכוח כי קיימים כלים משפטיים נוספים המאזנים את הפער בין המדינה לבין הנאשם.

181. אף הפסיקה עמדה על הצורך בזהירות שעל התביעה להפעיל טרם מימוש זכותה לערער על זיכוי [ע"פ 6304\11 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 20.9.12)]. ואכן, בהתאם לממצאי "הוועדה לבחינת הרשעה בדעת רוב וערעור על זיכוי במשפט פלילי", ערעורים על זיכוי, הינם על פי רוב, ערעורים בסוגיות עקרוניות, שמטרתם להעמיד הלכה על מכונה ולא להעניש את הנאשם.

182. בחינה מדוקדקת של הדברים מלמדת, כי לאורך השנים אימצה המדינה מדיניות ערעורים מצמצמת וצרה למדי, תוך הפעלת ריסון עצמי ושיקול דעת מוקפד, בטרם קבלת החלטה על פנייה לערכאת הערעור. בית משפט נכבד זה, הכיר בכך לאחרונה בציינו כי הפרקליטות מערערת על פסקי דין של זיכוי בפלילים "במשורה", כך בעניין פלוני לעיל (פס' 26): "...מאפשר המשפט הישראלי לתביעה הכללית לערער על פסקי דין של זיכוי בפלילים, אם כי על פי שיקול דעתה עושה זאת פרקליטות המדינה במשורה [...]".

ז.3. דוקטרינת הסיכון הכפול אינה חלה בשיטת המשפט הישראלית, אלא בצורה מרוכבת

183. המשיבה אינה מקבלת, בכל הכבוד, את ניסיונו של המבקש 1 להיאחז בדוקטרינת הסיכון הכפול, שאומצה בחלק משיטות המשפט השונות בעולם. אין חולק, כי שיטת המשפט הישראלית לא הכירה בדוקטרינת הסיכון הכפול, ובישראל, כפי שטען המבקש 1, מאפייניה באים לידי ביטוי באופן חלקי ומרוכב בסעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי.

184. בהתאם לקביעתו של המחוקק בישראל, התפיסה היא שהסיכון הכפול לא חל באותו הליך. הטענה לסיכון כפול היא טענה מקדמית, לפיה אותו אדם כבר נשפט בגין אותה עבירה והורשע או זוכה בפסק דין חלוט. על כן, אין הדין מונע מהמדינה לערער על זיכוי של אדם מן הטעם של הסיכון הכפול, שכן עיקרון זה אינו חל בשיטתנו המשפטית.

185. המבקש 1 נתמך בהצגת הדין הקיים בארצות הברית ובאנגליה, לפיו אין ביכולתה של המדינה לערער על פסק דין מזכה בשל דוקטרינת הסיכון הכפול שאומצה בשיטות אלה. המשיבה, בכל הכבוד, דוחה את הניסיון לבצע השוואה זו.

186. ראשית, יש הטוענים כי בארצות הברית, היעדר אפשרות המדינה לערער על זיכוי אינו נובע מעקרונותיה של דוקטרינת הסיכון הכפול אלא נעוץ בטעם אחר, שעניינו הרצון לבצר את החלטת חבר המושבעים לזכות את הנאשם ולהגן עליה מפני הפיכתה בערעור. כלומר, שלילת אפשרות המדינה לערער על זיכוי, אינה משום שהנאשם נחשף פעמיים בפני סיכון להרשעה, אלא כי ערעור זה יחתור תחת העיקרון המסורתי, לפיו חבר המושבעים שנמצא במעמד דומה לנאשם, הוא שיכריע האם יצא הנאשם זכאי או אשם בדין [ראו הרחבה במאמרו של המלומד עמנואל גרוס, "חקר האמת והביקורת השיפוטית: התערבות של ערכות ערעור בממצאי עובדה", עיוני משפט כ(3) (ינואר 1997), 331; Vikramaditya S. Khanna Double Jeopardy's Asymmetric Appeal Rights: What Purpose do They Serve?, 82 [B.U.L Rev, 341 (2002)].

187. אמנם, בישראל אין ביטוי לעיקרון הסיכון הכפול כמשמעו בארצות הברית, אך גם לא קיימת אפשרות לתביעה להגיש כתב אישום חדש ולערוד משפט חוזר (retrial) כאשר אדם יצא זכאי בדין (טענת "כבר זוכית"). נוסף על כך, לזיכוי על ידי חבר המושבעים לא מתלווה פסק דין מנומק, ולכך השלכה על יכולת ערכאת הערעור לבחון בקפדנות את ההכרעה.

188. שנית, למרות הצגתו של המבקש 1 את הדין בארצות הברית, ככזה שאינו מאפשר לתביעה לערער על פסק דין מזכה, ואף רואה בכך משום פגיעה בתיקון החמישי לחוקה, תמונה זו אינה שלמה. כבר בשנת 1982 אבחן בית המשפט העליון בארצות הברית בין מצב בו נאשם זוכה בדין עקב חוסר ראיות, לבין מצב בו נאשם זוכה בדין עקב הערכה שגויה של משקל הראיות. במצב הדברים האחרון, ערעור על זיכוי לא יחשב כסותר מניעה חוקתית וחותר תחת דוקטרינת הסיכון הכפול [Tibbs v. Florida, 457 U.S 31 (1982)].

189. **שלישית**, אמנם הציג המבקש 1 כי למרות שבשיטת המשפט האנגלית הסיכון הכפול אינו מאפשר ערעור על פסק דין שזיכה את הנאשם, קיימים לכך שני חריגים מצומצמים. ואולם, לא השכיל המבקש 1 לציין, כי באנגליה הדיון בערעור נעשה על דרך **שמיעה מחודשת של הראיות**. בתוך כך, קיים סיכוי רב יותר כי ערכאת הערעור תהפוך את החלטת הערכאה הדיונית לעומת שיטת המשפט הישראלית, בה ערכאת הערעור מסתמכת, ככלל, על הממצאים שנקבעו בערכאה הדיונית. מדובר אם כן, **בהבדל מהותי** שאין להתעלם מקיומו.

190. כמו כן, מעבר לחריגים אלו, ניתן לפנות בשאלה משפטית לבית המשפט הגבוה (High Court) על מנת שישביח מהו המשפט הנכון, אותו יש ליישם על מערכת העובדות שנקבעה על ידי בית משפט השלום (Case Stated). בית המשפט הגבוה, בתשובתו, רשאי להפוך, לאשר או להחזיר את העניין לבית משפט שלום עם הוראות מתאימות ותוך מתן צו אשר יראה לו לנכון. בהליך זה, **אשר פתוח גם בפני התביעה, מוסמך בית המשפט להרשיע נאשם שזוכה בבית משפט שלום ולגזור את עונשו**.

191. למרות מקורות שורשיים במשפט העברי לעקרון הסיכון הכפול אותם הציג המבקש 1, תטען המשיבה, כי אין להתעלם מהעובדה שבימי המשפט העברי, דינו של הנאשם היה יכול להיות אף גזר דין מוות. וכן, לא זו אף זו, מערכת המשפט המודרנית שונה לחלוטין ממערכת המשפט העברי בימי קדם, בה לא מתקיים עקרון סופיות הדיון ולכן גם אינו מכיר בקיומה של ערכאת ערעור.

4. מענה המשיבה לטענות נוספות של המבקש 1

192. בכל הכבוד, המשיבה אינה מקבלת את הטענה כי ערעור המדינה על זיכוי פוגע בעקרון היסוד במשפט הפלילי לפיו, נאשם יורשע רק אם תוכח אשמתו מעבר לכל ספק סביר. כידוע, בשיטת המשפט הישראלית, העיקרון לפיו נאשם יורשע מעבר לכל ספק סביר **חל בכל ערכאה שיפוטית בפני עצמה**, ואין להשליך מקביעת הערכאה הדיונית לערכאת הערעור. וכן, כידוע, ערכאת הערעור נוהגת שלא להתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו בערכאה קמא, **כך שהממצאים והראיות שהובילו את הערכאה הדיונית לזכות את הנאשם, הם הבסיס לבחינתה של ערכאת הערעור** [בע"פ 1258/03 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(6) 625, 631-632 (2004)].

193. יחד עם זאת, לכלל זה קיים חריג - מקום בו יתרונה של הערכאה קמא בקביעת ממצאי עובדה ומהימנות מתבטל או מצטמצם, עשויה ערכאת הערעור להתערב ביתר קלות. ודוק, שעה שמדובר בעבירות מין ובשאלה משפטית, גוברת האפשרות להתערבותה של ערכאות הערעור [ע"פ 3250/10 **פלוני נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 12.1.2012)]. לאור חריג זה, לא בכדי ערערה המדינה על זיכוי של המבקש 1, שכן בראות עיניה, סיכויי ההרשעה והפיכת החלטות הערכאות דלמטה גבוהים, ואין הדבר סותר את העקרון לפיו יש להרשיע רק מעבר לספק סביר.

ז.5. חשיבות קיומה של אפשרות ערעור המדינה על זיכוי

194. ערכאת הערעור חשובה היא, בהיותה ערכאת בקרה על הערכאה הדיונית. לתוצאה שגויה של פסק דין ישנן עלויות למערער ולחברה. תוצאה שגויה זו פוגעת בהרתעת עבריינים, מעודדת תביעות סרק ופוגעת בלגיטימציה של המערכת השיפוטית. השופטים, ככל בן אנוש, עלולים לטעות בניתוח העובדות, בהסקת המסקנות או בהכרעה, ומשכך, צריכה להיות אפשרות לפנות לערכאה נוספת לשם בחינה ובקרה. במקרים אלו, יכולה הטעות "לשחק" לטובתו של נאשם שביצע עבירה, וכך ייצא שהתחמק מאחריות! במצב כזה, כיצד ניתן יהיה לטעון, כי התביעה הכללית מבצעת את תפקידה ושומרת על ביטחונו של הציבור?

195. אכן, אין להתעלם מבעייתיות שעלולה להיווצר במצב בו המדינה תשתמש באפשרות זו באופן לא מבוקר. אולם, ההתמודדות צריכה להיות על ידי מתן הכוונה לפרקליטי המדינה, שתפקידם קשה ומורכב במיוחד בשיטת משפט אדוורסרית, להשתמש בזכותם לערעור באופן זהיר ושקול - כפי שמתנהל כיום הלכה למעשה, וזאת אף בהתאם לקביעותיה של ועדת אנקר.

196. זאת ואף אחרת, בשנים האחרונות, בפסיקה ובחקיקה עלתה המודעות למעמדו של הקורבן בהליך הפלילי. על הפרקליט מטעם המדינה לייצג את האינטרס הציבורי וכן להיות קשוב לצרכי הקורבן בבית המשפט. למרות שהקורבן אינו צד פורמלי להליך, הרי שלמעשה הוא שעומד במוקד ההליך ומהווה את הסיבה והגורם המניע לקיומו ולהליכים הנלווים לו, ובין היתר - הליך הערעור מטעם המדינה.

197. לשיטת המשיבה, שמירת האינטרס של הקורבן מהווה הצדקה נוספת להשאיר על כנה את אפשרות הערעור של המדינה על פסק דין מזכה. במצבים בהם סבורה המדינה כי נאשם שזוכה, זוכה בטעות, והלכה למעשה, הראיות מלמדות על אשמתו, עליה לפעול להרשעתו כאשר היא רואה לנגד עיניה את טובת הציבור וכן גם את עניינו הספציפי של הקורבן.

198. נדגיש, כי הצעת חוק המבקשת לשלול את זכות הערעור של המדינה על זיכוי, נידונה ונדחתה בכנסת החמש עשרה, כמו גם ועדת אנקר שדנה בנושא והמליצה שלא לשנות את אפשרות הערעור של המדינה. לכן, בכל הכבוד, זוחה המשיבה את הפרקטיקה של בקשת רשות ערעור מטעם אדם פרטי לבית משפט נכבד זה במטרה להביא לדיון מחודש בעניינו באצטלה של צורך בליבון של סוגיות חוקתיות עקרוניות החורגות מעניינו האישי, וזאת לאחר שוועדה מקצועית ישבה על המדוכה, הכריעה כנגד השינוי ולאחר שהליכי החקיקה בעניין זה כבר מוצו.

ז.6. קיומם של מנגנוני ריכוך על אפשרות ערעור המדינה על זיכוי

199. לעמדת המשיבה, במקרים קיצוניים בהם החלטת התביעה להגיש ערעור תהווה כלשונו של המבקש 1, התעמרות באזרח, יוכל אותו אזרח לבקש את הפעלת ביקורתו של בג"ץ [דפנה ברק-ארז משפט מינהלי, כרך ב 751, 755-756 (2010)]. אמנם, המדובר באמצעי שהשימוש בו מצומצם ביותר, אך לשיטת המשיבה, ניתן יהיה באמצעות הליך זה לרפא, במידת הצורך ובמקרים המתאימים (ולא זה המקרה שלפנינו), את הפגיעה באזרח.

200. מנגנון **נוסף** שיכול לסייע לריכוך תחושת המבקש 1, הינו המתווה שהציע בבקשת רשות הערעור, לפיו המדינה תפצה נאשם שזוכה פעמיים באופן אוטומטי (הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון - פיצוי בשל זיכוי שני), התשס"ב-2001).

201. לשיטת המשיבה, לנוכח העובדה שהמדינה שוקלת היטב טרם הגשת ערעור על זיכוי, ולאור העובדה שכמות המקרים בהם נאשם מזוכה בשנית ממילא מצומצמת - אין חשש אמיתי כי מתן פיצוי אוטומטי ירפה את ידי התביעה. בנוסף, ראוי לאפשר לנאשם שנדרש להתייצב בפני הליך פלילי פעמיים ונמצא זכאי, מנגנון שירכך את עוצמת הפגיעה. ואולם, בה בעת, הציעה המשיבה להכניס מספר שינויים בהצעת החוק המקורית שהורחבו בפסקה 342 לכתב התשובה.

202. מעבר לאלו, במקרה של זיכוי שני, הנאשם זכאי לתבוע פיצויים מכוח הדין האזרחי, כפי שהוצע לעיל. קרי, ביכולתו לטעון לרשלנות ולתבוע פיצויים מכוח סעיפים 35-36 לפקודת הנזיקין. יתרה מזאת, באפשרותו לתבוע פיצויים אף מכוח עוולת הנגישה - סעיף 60 לפקודת הנזיקין.

203. באשר להצעת המבקש 1, המבוססת על הצעת הסנגוריה בוועדת **אנקר**, לפיה המדינה תהיה רשאית לערער על זיכוי הנאשם ברשות ועל שאלות משפטיות בלבד, הרי שזו כבר נדחתה לאחר שנידונה על ידי הוועדה. במסגרת השיקולים לדחייה, נקבע כי קיים קושי מעשי בהבחנה בין שאלות משפטיות לבין שאלות עובדתיות. ולבסוף המליצה הוועדה כי יש להותיר בעינו את המצב המשפטי הקיים ולא לשלול את זכותה של המדינה לערער על זיכוי.

204. כאמור, חשיבותה של ערכאת הערעור בהיותה ערכאת בקרה על הערכאה הדיונית אינו מוטל בספק. ועל כן, לאור הטעמים שנידונו לעיל, סבורה המשיבה כי יש לשלול גם חלופה זו, ובהמלצת הוועדה להותיר את המצב על כנו.

ח. אקטיביזם שיפוטי

205. המבקש 1 מנסה להכניס עצמו תחת יריעתן הרחבה של שאלות משפטיות הנוגעות בעקרונות חוקתיים וביסודות ההליך המשפטי בכלל ובהליך הפלילי בפרט. אולם, בקשה זו משמשת אך אצטלה שאינה ראויה לטיפול בפגיעה פרטית, ככל שהייתה כזו, במי - שבסופו של יום, יצא זכאי בדינו. וכל זאת במחיר של שינוי משמעותי שאינו מוצדק ושאינו משרת את האינטרסים של החברה, אשר לו זיקה והשפעה על עקרונות יסוד המושרשים מקדמת דנא בשיטת המשפט הישראלית. משמעות קבלת בקשת רשות הערעור בענייננו, וערעורה של ההלכה המאפשרת זיכוי מחמת הספק, מהווה חקיקה שיפוטית ובגדר התערבות בית המשפט הנכבד בהליכים משפטיים בעלי השלכה רחבה על הציבור שלא בחקיקה ראשית. וברי אפוא, מהשיקולים שפורטו בהרחבה לעיל, כי זו אינה ראויה במקרה דנן.

206. המבקש 1 מפנה לבג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע, סא(3), 1 (2006), במסגרתו ביטל בית המשפט העליון את הלכת קינזי שהייתה נהוגה בפרקטיקה המשפטית כשלושים שנה. ואולם, נראה כי קשה ההשוואה בין המקרים.

ראשית, בעניין קינזי, בית המשפט העליון מבטל הלכה, אשר לדידו - "פג תוקפה", ומהלכה - "שנועדה לקדם את אינטרס עשיית הצדק" - "היא אשר עלולה להוביל לפגיעה בו". בשונה מן הדיון בענייננו, בית המשפט העליון ביטל הלכה שהייתה אך "פרקטיקה" מסוימת, ולא כפי שמתבקש כעת, להורות על ביטולה של הלכה הנוגעת לשורשו של ההליך המשפטי בשיטת המשפט הישראלית.

שנית, בעניין קינזי, טרם ביטולה של ההלכה בפסיקתו של בית משפט נכבד זה, היו תלויות ועומדות שתי הצעות חוק בכנסת שביקשו לבטל את ההלכה, אך לא הבשילו לידי חקיקה מלאה. עם זאת, בענייננו, לא הוגשו הצעות חוק אשר ביקשו לבטל את מוסד הזיכוי "מחמת הספק", או לאפשר הגשת ערעור על הכרעת דין המזכה "מחמת הספק". ואף יותר מכך, כפי שצויין לעיל, ערעורים דומים שהוגשו בעבר, על הכרעת דין אשר מזכה את הנאשם "מחמת הספק", נדחו על ידי בית המשפט העליון בפסקי דין קצרים הקובעים כי לא ניתן לערער על זיכוי.

207. אין זו מדיניות שיפוטית ראויה, כי במסגרת בקשת רשות ערעור שהגיש אדם פרטי, לאחר שזוכה בדין ומבקש להשיג באמצעותה על ההנמקה, תבוטל הלכה ותיקה, מושרשת ועקבית בשיטת המשפט בישראל.

כפי שנדון לעיל, בקשת רשות הערעור אינה עומדת בגדרי הלכת "חניון חיפה", לאמור - בקשת הערעור אינה מעלה סוגיה בה היו הכרעות סותרות בבתי משפט שונים, או שנתקיימו לגביה דיונים בפסקי דין קודמים מבלי שנקבעה הלכה ברורה. ענייננו ידוע ומוכר בכל בתי המשפט בישראל, ולא היה אף מקרה אחד (!) בו ניתן למבקש לערער על זיכוי. אולם, לא כך היה בעניין קינזי, שם קדמה התלבטות ארוכה של בתי המשפט בשאלת נחיצותה של ההלכה, ורק לאחר מכן, עם השתנות העתים והנסיבות, ביטל בית המשפט את ההלכה.

208. הנה כי כן, תטען המשיבה, כי שינויים בסוגיות מרכזיות ומושרשות במשפט הפלילי בישראל - הזיכוי "מחמת הספק" וזכות ערעור בגינו, אפשרות הערעור של מי שלא היה צד להליך העיקרי וערעור המדינה על זיכוי, ככל שיידרשו, צריכים להיעשות בדרך של חקיקה ראשית ולא באמצעות חקיקה שיפוטית על ידי בית המשפט הנקבעת בעניין פרטי הנידון בפניו.

ט. אחרית דבר

209. בסיכומם של דברים, ולאור טיעוניה של המשיבה, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי דין עתירות המבקשים להידחות, הן בשל אי עמידה במבחני הסף המצדיקים את פתיחת דלתותיו של בית המשפט הנכבד לדיון בגלגול שלישי, והן מטעמים מהותיים שלגופו של עניין.

210. **ראשית**, מוסד הזיכוי מחמת הספק נוצר בשיטת המשפט הישראלית לא בכדי, ובמסגרת תגובתה המפורטת של המשיבה ניתנה סקירה רחבה מדוע אין מקום לקבל את עתירת המבקש 1 כי בית המשפט יורה על ביטולו. בדומה לכל פרקטיקה משפטית, נלוות לזיכוי מחמת הספק פגיעות הכרחיות, שככל שמתקיימות, הן מידתיות לאור התועלת שצומחת לחברה בכללותה מההסדר השיפוטי המאוזן הקיים.

211. **שנית**, כשם שבעל דין אינו רשאי לערער על פסק דין אם אין בכוונתו לשנות את ההכרעה האופרטיבית בעניינו, כך אין לאפשר לאדם שזוכה לערער על הנימוק שהוביל לזיכוי. לאור פרשנות תכליתית של כוונת המחוקק, ולאור מגמה עקבית וחד משמעית של הפסיקה, אין להרחיב את היקפה של זכות הערעור ולאפשר לאדם להשיג על כל נימוק ככל העולה על רוחו.

212. **שלישית**, ובהמשך לדיון מעמיק בזכות הערעור בהליך הפלילי, אין לאפשר למי שלא היה צד להליך עיקרי לערער על פסק דין שלא ניתן בעניינו. מערכת המשפט לא יכולה ליישב את דעתם של כולם, ובאותה עת, לעשות צדק ומשפט. על מערכת המשפט לקבוע גבול, אשר מעבר לו, אין לאפשר למי שטוען שנפגע מפסק הדין זכות ערעור במטרה לרפא את הפגיעה.

213. **רביעית**, אפשרותה של התביעה לערער על פסק דין מזכה היא חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט בארצנו. ביטול אפשרות חשובה זו, עלולה להוביל לתחושה של חוסר ביטחון ויציבות בקרב הציבור, של חוסר צדק, של אי אמון במערכת המשפט, וכן להגברת הפגיעה ויצירת קרקע פוריה לעבריינים.

214. **לאור הטעמים והנימוקים שפורטו בהרחבה לעיל, ובנסיבות אלו, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על דחייתה של בקשת רשות הערעור.**

מר אורי סגל, ב"כ המשיבה

הגב' שני שחר, ב"כ המשיבה

הגב' לי חודק, ב"כ המשיבה