

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

המבקשים: 1. **מר אלנבי**

ע"י ב"כ גב' נגה אושעיה, גב' זיו שקדי, ומר עמרי מיכאלי
כנפי נשרים הרצליה

2. **מר בזל**

ע"י ב"כ גב' נגה אושעיה, גב' 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 גב' לי חודק, גב' שני שחר ומר אורי סגל

תשובת המשיבה לבקשת רשות ערעור

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מתכבדת המשיבה להגיש כתב תשובה מטעמה לבקשת רשות הערעור.

א. הקדמה - תמצית ההליכים עד כה

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 מאישום בעבירה לפי החוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998, בע"פ 11/15.

בד בבד, עותר מר בזל, סגנו של המבקש 1 (להלן: "המבקש 2"), אשר נתן עדותו בפני הערכאה הדיונית במסגרת ההליך העיקרי בעניינו של מבקש 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.

ואלו העובדות הצריכות להליך:

1. 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.
 2. פרקליטות מחוז תל-אביב (פלילי) הגישה ערעור על הכרעת הדין. הערעור נשמע ביום 6.3.2015, במסגרתו טענה, כי שגה בית המשפט הנכבד קמא, בקובעו 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.
 3. כאמור, בבית המשפט המחוזי נחלקו דעות השופטים, בעוד שופט המיעוט תמך בפסק הדין קמא המזכה זיכוי מוחלט, קבעו שופטות הרוב כי יש לשנות את טיב הזיכוי לזיכוי מחמת הספק.
 4. 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.
 5. אשר לעדות סגנו של המבקש 1, הפרקליט בזל, בפני חוקרי נציבות שירות המדינה, מצאו שתי השופטות בפסק דינו 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.
 6. 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.
- 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.

7. 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 הוטרה 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.

8. 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 נעטרה לחיזוריו.

9. אל בית המשפט הנכבד, מוגשת בזאת תשובת המשיבה לבקשת רשות הערעור שהגישו המבקשים.

- רצ"ב כתב אישום ופירוט ההליכים עד לרע"פ: מסומן כנספח 1

ב. נימוקים לאי מתן רשות הערעור

10. המשיבה תטען, כי על בית המשפט הנכבד לדחות את בקשת רשות הערעור של המבקש. המשיבה תבסס את נימוקיה להלן על שני טעמים עיקריים - האחד, מן הטעם הפרוצדורלי. השני, ולמעלה מן הצורך, מטעמים מהותיים הנוגעים לטיב הבקשה.

ג. הנימוקים לדחיית הבקשה - "בקליפת האגוז"

11. המשיבה תטען, כי בקשת רשות הערעור לא מעלה שאלה משפטית עקרונית ואינה נופלת בגדרי הלכת "חניון חיפה", וככזו, אינה מצדיקה רשות ערעור. בית המשפט העליון, בשבתו כערכאת ערעור, בפסקי דין רבים, קבע כי הזיכוי "מחמת הספק" הינו זיכוי לכל דבר, ואף לא הסכים לקבל בקשות רשות ערעור, המבקשות להשיג על זיכוי מחמת הספק, ו/או עתירות, בשבתו כבג"ץ.

12. אשר לבקשת המבקש 1, כי בית המשפט הנכבד יורה על ביטולו של מוסד הזיכוי מחמת הספק, תטען המשיבה, כי הזיכוי מחמת הספק הינו מוסד משפטי משמעותי המושרש עמוקות בשיטת המשפט בישראל. למעשה, חובת ההנמקה של ערכאות השיפוט המעוגנת בדין, מייתרת את הצורך בדיון בזיכוי "מחמת הספק", שהרי, ככל שבגוף פסק הדין כותבים השופטים את מסכת הראיות והדיון המשפטי הנלווה לה שהוביל לזיכוי, ניתן להבחין בנקל כי מסקנת הזיכוי של השופטים הגיעה לאור הספק שעלה בליבם תוך בחינת חומר הראיות בתיק. ויוצא אפוא כי, אין כל משמעות בשינוי ה"שורה התחתונה" בסיפא של פסק הדין.

13. המשיבה תטען, כי שינוי הלכה עקבית, ותיקה ומושרשת בשיטת המשפט הישראלי, אינה צריכה להעשות באמצעות בקשת רשות ערעור אשר מוגשת על ידי אדם פרטי. שינוי הלכה כה ברורה ומושרשת בדין הישראלי, ראוי שיעשה על ידי המחוקק, או, לחילופין, בדרך של עתירה ציבורית אל בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ.

14. המשיבה מכירה בכך שמוסד הזיכוי "מחמת הספק" עשוי לכרוך עימו פגיעה בשמו הטוב של אדם שזוכה מחמת הספק. אולם, פגיעה זו בדין יסודה שכן הינה מוכשרת בגדרי פסקת ההגבלה הקבועה בחוק-יסוד: **כבוד האדם וחירותו**.

15. אשר לעתירתו של המבקש 1 מבית המשפט הנכבד, כי תינתן זכות ערעור על פסק דין המזכה נאשם מחמת הספק, ולמצער, ערעור ברשות, תטען המשיבה, כי אין לאפשר זכות ערעור לאדם שזוכה מחמת הספק. לא ניתן לאפשר לאדם שזוכה בדינו לערער על פסק דין מזכה הן מכוח כוונת המחוקק והן מכוח הלכה פסוקה הקיימת לאורך שנים. אימוץ פרקטיקה המאפשרת לנאשם לערער על פסק דין מזכה, עלולה לגרום ל"מדרון חלקלק" ולהביא להצפת בית המשפט בערעורי סרק. זאת ועוד, טעמים של תיקון טעויות שופטים, בכל הכבוד, וכפי שיפורט להלן, אין בהם כדי להצדיק, וודאי לנוכח האיזון הנדרש בין מכלול הערכים והאינטרסים המתנגשים והתועלת המצרפית לחברה (ובהם, בין היתר, יעילות ההליך השיפוטי וסופיות הדיון), מתן זכות ערעור לנאשם שזוכה.

16. המשיבה תטען כי אין להשוות בין הדין הקיים בארצות המשפט המקובל - אנגליה וארה"ב, שם אין אפשרות ערעור לתביעה על זיכוי, לאור ההבדל המשמעותי בין שיטות משפט אלו ובין שיטת המשפט הישראלי, בה לא קיים חבר מושבעים.

17. עוד תטען המשיבה, כי יש לדחות את עתירת המבקש 2, כי תנתן לעד הזכות להשיג על אמירות וקביעות בעניינו במסגרת הליך שיפוטי שבו לא היה צד, שכן, הלכה ידועה בשיטת המשפט הישראלי הינה, כי מי שאינו מהווה צד להליך שיפוטי ולא נפגעה זכותו ההופלדיאנית, אינו זכאי להשיג על ההליך, ולפיכך, על בית המשפט לדחות את עתירתו של המבקש 2 כי תשונה הלכה זו.

ד. נימוקים לדחיית הבקשה - פרוצדורה

18. ראשית, נטען כי המבקש 1 לא מעלה שאלה משפטית עקרונית המצדיקה רשות ערעור בעניינו.

19. בפסקי דין רבים [ראו: רע"פ 4178/07 דהאן נ' מדינת ישראל, (לא פורסם, 16.5.07); רע"פ 1568/99 גלעד נ' מדינת ישראל, (לא פורסם, 25.5.99); רע"פ 89/89 אשר נ' מדינת ישראל, (לא פורסם, 8.8.89)], מדגיש בית המשפט העליון 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 זיכוי.

20. כך, בהחלטה קצרה (2 עמודים בלבד) של בית המשפט העליון - בג"ץ 6541/07 שוורץ נ' בימ"ש השלום טבריה, 2 (פורסם בנבו, 2.8.2007) [להלן: "עניין שוורץ"], דחה הרכב השופטים פה אחד אחד (כב' השופטים - לוי, גרוניס ואלון) עתירה לשינוי הזיכוי "מחמת הספק" ל"זיכוי מלא" שניתן בבית משפט השלום בטבריה:

"...מתוך כך שמהות הליך הערעור בפלילים יוחד לערעור המכוון כנגד תוצאה מרשיעה [ע"י הנאשם] או מזכה [ע"י המאשימה] שבפסק הדין של הערכאה הדיונית." (התוספות והדגשות הוספו)

21. בפסיקה זו, מצטט כב' השופט אלון הלכה מוקדמת של בית המשפט העליון, ברע"פ 89/89 מיכאל אשר נ' מדינת ישראל, 1, 1 (1989) [להלן: "עניין אשר"], בו דחה בית המשפט העליון בקשת רשות ערעור לשינוי מהות הזיכוי:

**"ההלכה בסוגיה זו נפסקה בלשון שאיננה משתמעת לשני פנים בע"פ 43/77 כהאי ליסנא:
'ערעור זה דינו להידחות. מי שזוכה בדינו בפלילים אינו יכול לערער נגד ממצאים של הערכאה ששמעה את המשפט, לבקש להמירם באחרים, להוסיף עליהם או לגרוע מהם. הזיכוי בדין מסיים מבחינת הנאשם את ההליכים המשפטיים." (ההדגשות הוספו)**

22. בעניין אשר לעיל ממשיך כב' השופט מלץ וכותב:

"הבעיה שעורר ב"כ המלומד של המבקש היא אולי בתחום הציבורי או בתחום הפילוסופיה המשפטית, אך הכתובת לכך איננה בבתי המשפט. מבחינה משפטית אין למבקש זכות ערעור ובדין נדחה ערעורו." (ההדגשות הוספו)

23. וכן, ברע"פ 6034/07 אוריאל נ' מדינת ישראל, 3 (פורסם בנבו, 8.11.2007) [להלן: "עניין אוריאל"], דוחה בית המשפט נסיון לערער על סיווג הזיכוי. כך כותב כב' השופט ג'ובראן:

"המבקש מעלה שאלה אשר נידונה בפני בית משפט זה מספר פעמים וההלכה בנושא זה הינה עיקבית וחד משמעית – אין להתיר ערעור על זיכוי מחמת הספק (ראו: רע"פ 1568/99 גלעד נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (1999); רע"פ 89/89 אשר נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (1989); רע"פ 4178/07 דהאן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) (2007)). **הטעם לכך הוא כי אין כל נפקא מינה משפטית בין סוגי הזיכויים.**" (ההדגשו הוספו)

24. הנה כי כן, נמצאנו למדים כי בית משפט נכבד זה, רואה בזיכוי "מחמת הספק", ככל זיכוי - ה"מסיים מבחינת הנאשם את ההליכים המשפטיים". בית המשפט אינו רואה בזיכוי זה "קטגוריה נפרדת" המשנה את מצבו המשפטי של הנאשם [ער"מ 1518/99 שוהם נ' עיריית תל אביב יפו, תק-על 99(2) 935, 936 (1999) [להלן: "עניין שוהם"]]. זאת ועוד, בית המשפט אף לא מאפשר קיומו של משפט חוזר בעילה של שינוי מהות הזיכוי [ראו: מ"ח 7420/03 דגן נ' מדינת ישראל, תק-על 03(3) 1070 (2003)].

25. ככלל, 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 שהוצג לעיל ואף יפורט להלן.

ההלכה בעניין מתן רשות ערעור "בגלגול שלישי"

26. ברע"א 103182 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור בע"מ, פ"ד לו(3) 123, (1982) [להלן: "חניון חיפה"], נקבעו אמות המידה לקבלת רשות ערעור על פסק דין "בגלגול שלישי". טענות המבקש 1, כפי שיפורט להלן, אינן עומדות בגדרי הלכת חניון חיפה ועל בית המשפט הנכבד לדחות את בקשת רשות הערעור. נבאר.

27. בעניין חניון חיפה, התעוררה השאלה מתי יעניק בית המשפט העליון סעד לצד בדין המבקש מבית המשפט לדון שוב בפסק דין אשר כבר נידון על ידי שתי ערכאות דלמטה - בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי. 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."

28. בענייננו, לאחר שהמבקש 1, מר אלנבי, זוכה בבית משפט שלום - ולאחר מכן אושר פסק הדין של בית משפט השלום בבית המשפט המחוזי, עת נותרה הכרעת הדין המזכה - נראה כי המקרה שלפנינו משתייך בדיוק לאותם מצבים בהם - **"ההליכים הגיעו לסיימם"**, ואין להטריח את בית המשפט העליון בבקשת רשות ערעור נוספת.

29. בנוסף, ממשיך כבי השופט שמגר לעיל וקובע (פס"י 1 לפסה"ד 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, והוא היה מבקש להביא עניינו לדיון ולעיון נוספים, כדי שטענותיו יישמעו שוב, והכרעתה של ערכאת הערעור תועבר תחת שבת הביקורת של בית המשפט העליון." (ההדגשות הוספו)

כלומר, קובע כבי השופט שמגר, כי וודאי שיוכלו להיות מצבים, בהם לא "תנוח דעתם" של כל המתדיינים גם לאחר הכרעת ערכאת הערעור, ובכל זאת, בית המשפט לא יוכל לתת סעד לכל מבקש להביא את עניינו אל בית המשפט העליון לדיון "בגלגול שלישי".

30. המלומדים חמי בן נון וטל חבקין, בספרם - **"הערעור האזרחי"** (מהדורה 3, 2012) [להלן: **"בן נון וחבקין"**], 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 וחבקין ואשר נידונו בפסיקה.

31. 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. בעניין זה, קבע בית המשפט העליון לעיל **(במספר פסקי דין)**, כי אין להתערב ולשנות את סיווג הזיכוי [למקרים נוספים, שלא עולים אף הם בגדרי ענייננו, ראו: **בן נון וחבקין**, עמ' 217-218].

ה. **נימוקים לדחיית בקשת רשות הערעור - מהות**

32. **למעלה מן הצורך**, ובאם ימצא בית המשפט הנכבד כי אין די בתגובת המשיבה מהפן הפרוצדורלי כדי להביא לדחיית עתירת המבקשים למתן רשות ערעור, תבקש המשיבה לטעון, כי אין להיעתר לבקשה ליתן רשות ערעור מטעמים שבמהות, כפי שיפורטו להלן. המשיבה תבחן להלן את טענותיו של המבקש - "ראשון ראשון ואחרון אחרון", ותראה מדוע דין הטענות, וכפועל יוצא, בקשת רשות ערעור המבקש להתמך בה, להידחות.

מבוא

33. נפתח תחילה בדיון קצר במקורותיו של מושג הספק הסביר וביישומו בבתי המשפט בישראל. בדיון קצר זה, נבחן, כיצד בתי המשפט בישראל יישמו בעקביות את היותו של הזיכוי מחמת הספק זיכוי לכל דבר, ובמילותיו של כבי' השופט זמיר - "זיכוי הוא זיכוי ואין דרגות לזיכוי" [עניין שוהם, עמ' 936].

34. ברוב שיטות המשפט, הכרעת הדין במשפט הפלילי מבוססת על חלוקה דיכוטומית לפיה המשפט חייב להביא להרשעה או לזיכוי. הרשעה - כאשר ההוכחה הינה מעבר לספק הסביר, וזיכוי - כל היתר.

35. בארץ, המושג "מעבר לספק הסביר" נזכר במאות פסקי דין ונדון בעשרות מאמרים משפטיים. שאלת נחיצותו של סטנדרט ההוכחה "מעבר לספק הסביר" וחשיבות קיומו בהליך הפלילי, אינם מוטלים בספק שכן, מעבר ליישומו בדיני הראיות, הוא מייצג תפיסה חברתית עמוקה ויסודית, לפיה החברה שואפת לצדק ולחקר האמת במשפט הפלילי. בשונה מכך, יישומו של מושג זה, והבנת תחומי השתרעותו וגבולותיו, הלכה למעשה, בעייתיים מאוד.

על פי הגישה המסורתית, אין חולק, כי משמעותו של רף ההוכחה "מעבר לספק סביר" הינה הוכחה ברמת וודאות גבוהה באשר לאשמתו של הנאשם, אך לא ביטחון וודאי. וכן, כי זהו רף ההוכחה הגבוה ביותר בכל הליך פלילי. אולם שאלות כמו תיחומו המדויק של רף ההוכחה ומדוע הוא חל באופן זהה בכל הליך פלילי, לא הובהרו בדין ולא זכו לקבלת תשובה נאותה, על אף מהותו בהכרעת דין בהליך פלילי (ראו: יניב ואקי "סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש" הפרקליט מט 463 (2007)). [להלן: "מאמרו של ואקי"].

השיטה האדוורסרית בישראל מול השיטה האינקוויזיטורית

36. מקובל כי המושג "שיטה אדוורסרית" מאופיין, בין היתר, בתפקיד פסיבי של השופט, ואילו ב"שיטה האינקוויזיטורית", נועד לשופט תפקיד פעיל [מרדכי קרמינצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" משפטים יז 475, 477 (תשמ"ז-תשמ"ח) (להלן: "קרמינצר")]. נדמה, כי הרציונל שליווה את התהוותה של השיטה האדוורסרית היה, שיריבות ועימות בין גרסאות תאפשרנה את בירור העובדות וחקר האמת. משמע, אם יציג כל אחד מן הצדדים היריבים את גרסתו, תהא לבית המשפט היכולת לעמוד על האמת, הטמונה בהכרח באחת מהן [עמנואל גרוס "שיטת הדיון האדוורסרית בהליך הפלילי - האם היא מאפשרת אקטיביזם שיפוטי?", עיוני משפט יז 867, 872 (1993) (להלן: "גרוס")].

37. ואילו בשיטה האינקוויזיטורית, בית המשפט מברר, מכוח תפקידו, את הנתונים העובדתיים ואין הוא מוגבל בעניין זה על ידי הצדדים. כך, מבחינה מעשית, מנוהל המשפט באורח אקטיבי על ידי השופט וחקירת העדים נעשית תחילה ובעיקר על ידי השופט. האמת שאליה חותר השופט בשיטה האינקוויזיטורית היא "אמת מטריאלית", להבדיל מ"אמת פורמלית" שהיא יעדה של השיטה האדוורסרית. לא כך הדבר בהליך שתכליתו האמת המהותית. שהרי ברור כי עניינה של החברה הוא בהרשעת האשמים בלבד ובזיכוי החפים מפשע, אך תכלית זו מותנית ביכולת לחשוף את האמת - במשמעותה של האמת העובדתית, המנוגדת, לעיתים, לאמת המשפטית.

38. ביסוד השיטה האדוורסרית מונח יחס ספקני כלפי היכולת לגלות את האמת ואף בעצם קיומה של אמת כזו. יחס זה בא לידי ביטוי ברעיון שהכרעת הדין היא הכרעה בתחרות ואינה משקפת בהכרח אמת אובייקטיבית [גרוס, עמ' 870]. בהמשך, התברר שתפיסה זו אינה אלא מדומה, זאת משום שהמציאות הוכיחה שאותה יריבות היא אינה בהכרח עימות בין הגרסאות, לשם קידום האמת, אלא כדי "לנצח" בקרב המשפטי, ולו גם במחיר הסתרת האמת. כתוצאה מכך, עוצבה השיטה האדוורסרית מחדש, כשהיריבות בין הצדדים נמשכת, אך תוך פיקוח הדוק יותר של בית המשפט על מהלכי הצדדים והקניית סמכות ושיקול דעת רחבים יותר לבית המשפט, זאת במטרה לאפשר לו להשיג מידע רלוונטי, מקום שהצדדים נמנעו מלהביאו [גרוס, עמ' 874].

39. ניתן אפוא, לדבר היום על הליך יריבותי כאשר לבית המשפט שמורה הזכות לפעול באופן אקטיבי בהתערבות בהליך, במהלכי הצדדים, בהשגת המידע וביכולת להעריכו. הלכה למעשה, כיום ניתן לכנות את שיטת המשפט בישראל כ"שיטה אדוורסרית צרופה", היינו התאמת השיטה האדוורסרית למודרניות בנוסח ישראל [גרוס, עמ' 884]. הדבר מוצא את ביטויו בהשמת דגש ביתר שאת, על ערך האמת ואקטיביזם שיפוטי בניהול המשפט, בשאיפה להוציא את האמת לאור.

40. כוונת המחוקק היא, לאפשר לבית המשפט לעמוד על המחלוקת בין בעלי הדין ולהתרחק מהתפיסה לפיה על התביעה לבדה להוכיח את טענותיה וכי לנאשם אין צורך לנקוט כלל עמדה. כך למשל, כבר בתחילת המשפט, מעודד המחוקק את הנאשם לנקוט עמדה אקטיבית ולהביע את התייחסותו לכתב האישום ואף מבחינה פרקטית, השופטים מנסים לכפות כפירה מפורטת ולא מסתפקים בכפירה כללית. כך הבהיר כב' השופט ברנזון בע"פ 24/73 מייזל נ' מ"י, פ"ד כז(2) 421, 429 (1974):

"יושב על כסא רם אולימפי, נפרד ונבדל ממה שמתרחש בזירת המשפט, אשר לא אכפת לו כיצד מתנהלות מעגלות המשפט שלפניו. לשופט יש תפקיד ככלל בניהול המשפט, תוך שמירה על כללי הדיון הוא צריך מצד אחד למנוע עיוות דין, ומצד שני לראות שיעשה משפט צדק, הן מבחינת הנאשם והן מבחינת הציבור."

41. מסקירה תמציתית זו, לגבי הליכי המשפט בישראל לאור השיטה האדוורסרית, עולה כי מטרת ההליך, יחד עם המעורבות של השופט, להגיע אל חקר האמת ולעשות צדק עד כמה שניתן. ברי, כי בשיטת משפט שכזו, מוסד הספק הינו מוסד חשוב ובסיסי שמשמעותו מקיפה כל הליך משפטי. **נמשיך ונבחן להלן את עשיית הצדק כמטרת הדין בישראל ואת חשיבותו של מרכיב הספק בעשייה זו.**

עשיית צדק כמטרת המשפט הישראלי

42. חובתו היסודית והראשונית של בית המשפט היא עשיית צדק [ראו: מזרחי כפיר "מה בין צדק, חקר האמת והסדרי טיעון?" **המשפט** ח 627, 641 (2003)]. כך, תפקיד השופטים הוא להכריע בסכסוכים, כששאיפתם היא לעשות צדק בין הצדדים ובכלל [ראו: אהרון ברק "על משפט שיפוט וצדק" **משפטים** כז (1996)]. עמד על כך כבי' השופט זוסמן בע"א 398/65 **רימון נ' הנאמן לנכסי שפסלס, פושט רגל**, פ"ד (1) 401, 408 (1966), בצינונו כי:

"התפקיד לתרגם את הלכת המחוקק למעשה צדק מופקד בידי השופט, ובכך ניתנה לו ההזדמנות הסופית לעשות צדק בין הצדדים."

וכך גם, כבי' השופט ברק, בדבריו בטקס השבעת שופטים חדשים בבית הנשיא בשנת 1995 [פורסם בגיליון כז בכתב העת **משפטים** [להלן: "ברק"]]:

"עתה, עם מינוייכם לערכאות שונות, מי יתן ותעשו צדק: צדק בגדרי המשפט. אם בפסק דינכם תגיעו לתוצאה הנוגדת את תחושת הצדק שלכם, חזרו על עקבותיכם, שמא טעיתם במשפט. שכן שאיפת המשפט היא להיות צודק, ושאירת השופט היא לעשות צדק. על פי שנשבעתם היום "לשפוט משפט צדק". עשו צדק במשפט. "צדק צדק תרדוף." (ההדגשות הוספו)

43. יתרה מכך, גם כשחוק לכאורה תקף, על אף היותו "לא צודק", עליו להתפרש על רקע עקרונות היסוד של השיטה. עמד על כך גם כבי' השופט חיים כהן בבג"ץ 301/63 **שטרייט נ' הרב הראשי לישראל**, פ"ד יח(1) 598, 612 (1964), בצינונו כי:

"בית המשפט יעמיד את המחוקק הישראלי תמיד בחזקתו שאין הוא מתכוון לפגוע, על ידי מעשי חקיקתו, בעקרונות יסודיים של שוויון, חירות וצדק, אשר הם נחלתן של כל המדינות המתקונות והנאורות."

האמת במשפט - מטרת ההליך ובירור האמת

"אמר רבי סימון: בשעה שבא הקב"ה לבראת אדם הראשון, נעשו המלאכים כתות כתות, מהם אומרים: יברא, ומהם אומרים: אל יברא. חסד אומר: יברא, שהוא גומל חסדים. אמת אומר: אל יברא, שכלו שקר. צדק אומר: יברא, שהוא מלא צדקות ושלוס אומר: אל יברא, דכוליה קטטה. מה עשה הקב"ה? נטל אמת והשליכו לארץ. הדא הוא דכתיב: אמת מארץ תצמח". [מדרש בראשית רבה, ח, ה] (ההדגשות הוספו)

44. נאמר בספר זכריה פרק ז, פסוק ט - "משפט אמת שפטו". הכלי המרכזי במשפט הפלילי לעשיית צדק הוא חקר האמת [ברק, עמ' 5]. בפסיקה ובספרות הובעה לא אחת העמדה, לפיה מטרתו של ההליך הפלילי הינה בירור וחשיפת האמת. בהתאם לגישה זו, תפקידו של ההליך השיפוטי הוא להביא לחשיפת האמת העובדתית, ועל ההכרעה הפלילית לשקף את ההתרחשות העובדתית [ראו והשוו: יניב ואקי ומאיה רוזנשטיין "בין זיכוי 'מחמת הספק' לזיכוי 'מחמת הספק הסביר' ספר דיויד וינר - על משפט פלילי ואתיקה 502, 489 (2009) [להלן: "ואקי ורוזנשטיין"]]. עמדה מקובלת היא כי: "האינטרס, העומד ביסוד ההליך הפלילי כולו, [...] הוא גילוי האמת" [ב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729, 733 (1984)]. וכן: "תכלית ההליך הפלילי להגיע לחקר האמת" [ע"פ 2112/03 ברזילי נ' מדינת ישראל, 1, 2 (24.8.2003)].

45. הוצאת האמת לאור היא ערך, מטרה ותנאי בכל שיטה משפטית לעשיית צדק. כך נאמר בע"פ 153/60 שפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו(1) 263, 271 (1961), כי תפקידו של השופט הוא "לעשות כדי שהאמת תצא לאור העולם". כן יפים בעניין זה דבריו של כב' השופט ברק בע"פ 951/80 קניר נ' מ"י, פ"ד לה(3) 505, 516 (1981):

"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."

46. הנה כי כן, מחויב שופט בישראל, בהיכנסו לתפקיד, לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה - "לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים" [סעיף 6 לחוק-יסוד: השפיטה תשמ"ד [להלן: "חוק-יסוד: השפיטה"]]. מבחנו של השופט הוא ביכולתו לקבוע את האמת, כלומר את המציאות כמות שהיא, ולאורה להגשים את הצדק.

47. אמנם, יש להכיר בקיומה של המציאות, לפיה, כל הכרעה שיפוטית עוברת לפחות שתי מסננות אנושיות: האחת של העד שראה וחווה, והשנייה של השופט, אשר קלט את חוויות העד. במסגרת מסננות אלו, עשויה המציאות להתעוות. בנוסף, כל קביעת המציאות היא ניסיון של ההווה לשחזר את העבר, אך ההווה לא חי בעבר וכל שחזור הוא שינוי. מכאן, מתבקש הדבר כי האמת לא תיחשף במלואה, אך המשפט מסתפק במירב [ראו והשוו: **ברק**, עמ' 11], על ידי השוואת המציאות (המצוי) אל מה שצריך להיות (הרצוי). דהיינו, השוואת המציאות כפי שבית המשפט קבע אותה ("האמת המשפטית") אל המציאות כמות שהיא ("האמת העובדתית"), תוך שאיפה לקירוב "האמת המשפטית" במלוא האפשר אל "האמת העובדתית".

48. שנית, אין האמת ערך מוחלט, ואינה הערך היחיד אשר ההליך השיפוטי צריך להגשימה. חשיפת האמת כמטרה, משתקללת ומתאזנת עם מטרות ועקרונות אחרים בהליך הפלילי, ולעיתים אף נסוגה מהם אפריורית במקרים רבים. ישנם מצבים בהם מוכן המשפט להתחשב בערכים או אינטרסים נוספים, ויש בהם כדי להצדיק אי גילוי אמת. למשל, הגנה על העד, על הנאשם, על התביעה או על צדדים אחרים הנובעים מהגנה על זכויות, כמו - כבוד האדם, חופש הביטוי, פרטיות, שלום הציבור וביטחונו. יתרה מזאת, לעיתים מטרת חשיפת האמת נסוגה מעצם הבחירה בכלל ההכרעה שבמסגרתו מצומצמות טעויות מסוג אחד - **הרשעת חפים מפשע**, על דרך נכונות להגדיל את הסיכוי לטעות מסוג השני - **אי הרשעת החייבים**. כך, מתבצע איזון בין הערכים והאינטרסים המתנגשים, לצד הכרה בחשיבותו של ערך האמת, אך גם ביחסיותו של ערך זה [ואקי ורוזנשטיין, עמ' 503].

49. ניתן להיווכח במצבים בהם ערכי הפרט וערכי הכלל גוברים על גילוי האמת. לדוגמה, חשיפת קטין להיותו ממזר - עשויה לפגוע אנושות במעמדו בישראל, לכן בית המשפט מתחשב בטובת הקטין ואינו דורש עריכת בדיקת רקמות, שעלולה לאשש ממצא של ממזרות, ובכך מונע בית המשפט את גילוי האמת בכדי להגן על טובת הקטין [ע"א 1354/92 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד מח(1) 711, 738 (1993)]. בנוסף, בניהול משפט מסוים, כאשר כוחות הביטחון נדרשים לחשוף את שיטת עבודתם, והדבר עלול לפגוע באינטרס ציבורי, במצב זה, מידע זה יוגדר כמסווג וחסוי ולא ייחשף לציבור [סעיפים 44-45 לפקודת הראיות (נוסח חדש)], תשל"א-1971].

50. יתרה מזאת, ההליך הפלילי, בהיותו מצומצם ותחום בזמן ובמשאבים אחרים, יוצר מגבלות ברורות בכל הנוגע לירידה לעומקן של סוגיות עובדתיות מורכבות [ואקי ורוזנשטיין, עמ' 503]. מתווספת לכך, העמדה הספקנית שהובעה בספרות ובפסיקה באשר להתאמת השיטה האדוורסרית למטרה של גילוי האמת [קרמניצר, עמ' 477]. לפי טענה זו, בשיטה משפטית בה השופט ממלא תפקיד פסיבי בעיקרו, והוא כבול למסגרת הראיות שהביאו לו הצדדים, אין אפשרות מעשית לברר את האמת לאשורה בהיעדר יכולת להבטיח את הבאת כל הנתונים הרלוונטיים בפני בית המשפט.

51. מן המקובץ נמצאו למדים, אודות הקשיים הניצבים בפני השופטים בהגיעם אל האמת וביצירת ה"אמת המשפטית" כפי שנקבעה על ידם. לאחר שנקבעה "אמת משפטית" זו, הופכת היא להיות הכרעה המחייבת את כלל האזרחים ורשויות המדינה. לעניין זה, יפים הדברים שנאמרו בתלמוד הבבלי אודות המחלוקת בין רבי אליעזר בן הורקנוס ורבי יהושע בעניין "תנורו של עכנאי". לדעת רבי אליעזר - אין התנור מקבל טומאה ולכן טהור, ולדעת רבי יהושע - התנור מקבל טומאה והוא טמא. וכך מתאר התלמוד במסכת בבא מציעא, דף נט עמוד ב את המחלוקת:

"תנא: באותו יום השיב ר' אליעזר כל תשובות שבעולם - ולא קיבלו הימנו, אמר להם: אם הלכה כמותי חרוב זה יוכיח; נעקר חרוב ממקומו מאה אמה; ואמרי לה [ויש אומרים] ארבע מאות אמה; אמרו לו: אין מביאין ראיה מן החרוב. חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי - אמת המים יוכיחו; חזרה אמת המים לאחוריהם; אמרו לו: אין מביאין ראיה מאמת המים. חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי - כתלי בית המדרש יוכיחו; הטו כתלי בית המדרש ליפול, גער בהם ר' יהושע ואמר להם: אם תלמידי חכמים מנצחים זה את זה בהלכה - אתם מה טיבכם? לא נפלו [כתלי בית המדרש] מפני כבודו של ר' יהושע, ולא זקפו מפני כבודו של ר' אליעזר; ועדיין מטין ועומדין. חזר ואמר להם אם הלכה כמותי - מן השמים יוכיחו, יצתה בת קול ואמרה: מה לכם אצל ר' אליעזר שהלכה כמותו בכל מקום.

עמד ר' יהושע על רגליו ואמר: לא בשמים היא! מאי לא בשמים היא? אמר רבי ירמיה: שכבר ניתנה תורה מהר סיני, אין אנו משגיחים בבת קול שכבר כתבת בהר סיני בתורה: "אחרי רבים להטות"...

אשכחיה [פגש] רבי נתן לאליהו [הנביא]; אמר ליה: מאי עביד קודשא בריך הוא בהיה שעתא [מה עשה הקדוש ברוך הוא אותה שעה, בשעת דין ודברים זה בין ר' אליעזר ור' יהושע וחבריו]? אמר ליה, קא חייד [חייד] ואמר: נצחוני בני, נצחוני בני." (התוספות וההדגשות הוספו)

סיפור זה, מתאר מחלוקת בין הפוסקים בתלמוד, ומסקנתו - כי האמת ההלכתית היא כדעת הרוב - אף במחיר שזו תהיה שגויה. כלומר, ה"אמת המשפטית", כפי שיצאה תחת ידי בית המשפט - הופכת להיות "האמת", על אף מורכבותה.

שורשיו של הספק הסביר

52. משכבר הימים, המושג "ספק סביר" היה אחד מאבני דרכה של מערכת המשפט. בראשיתה, שימש כקו התיחום הרעיוני של נטל השכנוע במשפט הפלילי. במהלך ההיסטוריה, שופטים ניסו למצוא נוסחה נכונה שתאזן מחד גיסא, בין החשש מלהרשיע חפים מפשע, לבין חוסר הרצון לזכות עבריינים, מאידך גיסא. ניסיונות אלו, הולידו שלל תוצאות שונות ומגוונות במערכות המשפט השונות.

53. אף שקיימת אי בהירות באשר למועד המדויק, נראה כי התהוותו של הספק והכרת המשפט האנגלו-אמריקאי בקיומו ובמקומו בהליך המשפטי הפלילי, וניסוחו, בין היתר, על דרך אותו כלל המחייב "מעבר לספק סביר" היו בשלהי המאה ה-18. בעת הזו, ניתן בבית המשפט העליון האמריקאי פסק דין "In Re Winship" המעגן את רף ההוכחה הפלילי - "Beyond Reasonable Doubt" כזכות חוקתית, וציון, כי ימיו של רף הוכחה זה "לפחות כימי האומה" [In Re Winship, 397 U.S. 358, 372 (1970)].

54. במהלך המאה ה-19, נקבע הסטנדרט של "מעבר לספק הסביר" כרף ההוכחה הפלילי של ארצות המשפט המקובל, המגדיר את קו הגבול בין זיכוי להרשעה. ומאז, הפך להיות, ללא שינוי, אחד ממאפייניה העיקריים של השיטה [מאמרו של ואקי, עמ' 473].

55. ההתייחסות ל"ספק סביר" בשיטת המשפט בישראל, מצאה ביטוי נכבד ומעמיק בשורת פסקי דין, שניתנו על ידי בית המשפט העליון בסמוך ולאחר קום המדינה. פסקי דין אלה רלוונטים אף לעת הזו, וההלכות שנפסקו בהן משמשות נר לרגלינו גם היום [מיכה לינדנשטראוס על הספק הסביר - סוגיות נבחרות 263 (מהדורה שנייה 2009) [להלן: "לינדנשטראוס"]]. השימוש הרווח בפסיקה הישראלית בראשית דרכה, כפי שיוצג להלן, היה בדרך של "ספק המתקבל על הדעת".

56. בערעור הפלילי הראשון של בית המשפט העליון בעניין סילווסטר, עלתה סוגיית הספק. שם, הדגיש כב' השופט אולשן את "העיקרון המשפטי שאשמת נאשם צריכה להיות מוכחת ללא ספק המתקבל על הדעת, וכמו כן שלנאשם הזכות ליהנות מהספק" [ע"פ 1/48 סילווסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד א(5) 36, 5 (1948)].

57. בע"פ 20/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה(1) 1187, 1221 (1951) מדגיש כב' השופט חשין, כי בעניין חובת ההוכחה של התביעה:

"לעולם אינה זזה ואינה עוברת במהלך המשפט משכמה של הקטגוריה לשכמו של הנאשם, ואין הקטגוריה יוצאת ידי חובתה זו, אלא מששכנעה את בית המשפט, במידה העולה על כל ספק המתקבל על הדעת, באשמתו של הנאשם." (ההדגשות הוספו)

58. פסק הדין בע"פ 134/52 הרסון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ז(3) 39, 47 (1953) נתן ביטוי ל"מהות הספק הסביר": כי עליו להיות רציני, בעל משקל, בעל שורשים, משמעותי, ולא בגדר "ייתכן", "אפשרי הדבר" ו - "לא מן הנמנע הוא".

59. עיבוד מעמיק שעשו שופטי בית המשפט העליון, סמוך לקום המדינה, בסוגיית "הספק הסביר", בכל הנוגע להיקפו, עומקו, משמעותו ופירושו, בהתייחס לראיות התביעה, עולה בקנה אחד עם "חזקת החפות" המוקנית לכל אדם העומד לדין. וכפי שכתב המלומד (שופט בית המשפט המחוזי ומבקר המדינה לשעבר) לינדנשטראוס בספרו:

"חזקת החפות" היא צדו האחד של המטבע בעוד שצדו השני משמעו: הועמד נאשם לדין פלילי, חובת ההוכחה מוטלת תמיד על שכמה של התביעה. מידת ההוכחה ומשקלה, בראיות התביעה, צריכה להיות מעל לכל ספק סביר. [לינדנשטראוס, עמ' 32]

עיגון של הספק בחקיקה

60. כיום, מאז תיקון 39 לחוק העונשין, מוסדרת נפקותו של הספק במשפט הפלילי בחוק החרות. סעיף 34כב לחוק העונשין תשל"ז-1977 ס"ח 2534 [להלן: "חוק העונשין"] קובע לעניין זה כי:

34כב. נפקותו של ספק

(א) "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן הוכחה מעבר לספק הסביר.
(ב) התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג."

61. עקרון יסודי בשיטת המשפט הפלילי בישראל הוא, כי נדרשת מהתביעה מידת הוכחה כדי שכנועו של בית המשפט מעבר לכל ספק סביר בדבר אשמתו של הנאשם על מנת להרשיעו. זאת, בשונה מהמשפט האזרחי, בו חיוב או זיכוי בדין הוא רק על פי נטיית מאזן הסתברויות לטובת צד אחד.

62. אמת מידה המחמירה, לפיה אין הרשעה בפלילים אלא אם כן יש ראיות לאשמה שמידתן מעבר לכל ספק סביר, נובעת מחומריתה היתרה של ההרשעה בפלילים, המלווה בענישה קשה ובתיוג חברתי שלילי לאורך שנים, ומשקפת את התפיסה כי "יותר טוב ויותר רצוי לפטור אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים" [ספר המצוות לרמב"ם, תרגום י" קפאת, מצוות לא תעשה רצ].

63. בהיותו הוראה מהוראות החלק הכללי בחוק העונשין, תחולתו של הסעיף האמור, משתרעת גם על עבירות פליליות שמחוץ לחוק העונשין, כלשונו של סעיף 34 כגון לחוק העונשין ולפיו "באין בחוק הוראה לסתור, יחולו הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי גם על עבירות שלא לפי חוק זה". ראוי לציין, כי החידוש בחקיקה היה דקלרטיבי באופיו. כך נאמר בדברי ההסבר [הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 114, 140]:

"סעיף זה מבטא מושכלות יסוד במשפט הפלילי, המושרשים היטב בפסיקת ארצנו אך עד כה לא קיבלו ביטוי בחוק החרות."

64. עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הועלה מעמדו הנורמטיבי של סטנדרט זה, שעה שנקבע בפסיקה שמדובר ב"דרישה בעלת אופי חוקתי", המשתלבת בסעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" [ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל, תק-על 2007 (1) 14, 18 (2007) [להלן: "עניין וקנין"]]. עקרון יסוד זה נמנה בין עקרונות היסוד של השיטה, אף בטרם נחקק כחוק יסוד. עקרון זה, כולל בחובו, בין היתר, עקרונות כמו חזקת החפות, דיני ראיות, וכן אף את ה"ספק הסביר" שבנוכחותו, לא תהיה הרשעה בפלילים [עמנואל גרוס ומיכל עורקבי "מעבר לספק הסביר" קרית המשפט א 229, 229 (2001) [להלן: "גרוס ועורקבי"]].

עמימות המושג - "ספק סביר"

65. במהלך המשפט, הכרעת הדין נדרשת מבית המשפט. שכן, תפקידו להכריע, בין היתר, באשר לעובדות שהוכחו בפניו האם מהוות הן עבירה על פי החוק אם לאו. שעה שהחוק מתפרש בכמה פירושים סבירים לפי תכליתו, על השופטים לפסוק לפי הפירוש המקל עם העומד לדין [סעיף 34 לחוק העונשין]. כך גם, המושג "ספק סביר" שלא ניתנה לו פרשנות אחידה, ובחינת קיומו נעשית בהתאם לנסיבות ולשופט היושב בדין.

66. אמנם, ברי כי שופט היושב בדין הוא מקצועי, נייטרלי ואובייקטיבי, העומד מעל המחלוקות והמוכשר לחלץ את האמת בכל סיטואציה. אולם, דרישה זו היא בגדר "אידיאל" וחלק מן האתוס שיוצר בית המשפט כדי לבסס את הלגיטימיות של הכרעותיו ולרכוש את אמון הציבור [יששכר (איסי) רון-צבי "האם שופטים הם בני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" משפט וממשל ח 49, 49 (תשס"ה)].

67. למעשה, השופטים הם בני אדם הנתונים להשפעות חיצוניות. גדולתו של שופט הינה בכך שהוא מכיר את מגבלותיו כאדם ואת מגבלותיה של השיטה המשפטית אשר בה הוא פועל [עמנואל גרוס "בשולי הפסיקה, פס"ד דמיאניוק וחקר האמת" פלילים ד 299, 303 (1994)].

68. כך מציין בית המשפט העליון, עת פתח את פסק הדין בע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מ"י, פ"ד מז(4) 221, 253 (1993) [להלן: "עניין דמיאניוק"]:

"...שופט אינו נימנה על מלאכי מרום, הוא אינו אלא בשר ודם. כבני העם היהודי חלחלה אחזתנו בזכרנו את השואה ומוראותיה. זכור ניזכרנה לא תשכח אך ידענו נאמנה, כי ביושבנו על מדין מצווים אנו לדון ולבחון את חפותו או אשמתו של המערער על פי הדין, וסידרי הדיון, המקובלים עלינו בפלילים, לא לעשות עוול במשפטו, לא להטות משפטו ולא להכיר פניו. קשה היא, קשה מאוד מלאכת שיפוטנו בפרשת השואה, אך נעמוד בחובותנו, נדון דין אמת לאמתנו, ללא משוא פנים, והיה משפטנו נכון."

וכך גם בע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, טז 2033, 2081 (1961):

"...דברים שכוחם יפה בכל מערכת שיפוט הראויה לשמה, כי אכן בשבתו על כס המשפט אינו חדל השופט להיות בשר ודם, בכל רגשות ויצרים. אולם הוא מצווה על פי החוק לכבוש רגשות ויצרים אלה. שאם לא כן לא יהיה שופט כשר לעולם לדון באישום פלילי, המעורר רגשות וסלידה, כגון בגידה, רצח או כל פשע חמור אחר. אמת נכון הדבר שזכר השואה מזעזע כל יהודי עד עומק ליבו, אולם משהובא משפט זה לפנינו חובה עלינו לכבוש אף רגשות אלה שעה שאנו יושבים לדין. בחובה זו נעמוד."

69. כך, הלכה למעשה, השופטים היושבים בדין יוצקים לתוך החלטותיהם את ניסיון חייהם כמו גם דעותיהם שהתגבשו משך השנים בנושאים אלו ואחרים. השופט מגיע עם מטען אישי, ידע וניסיון, ופועל יוצא, בענייננו, הוא ש"טיבו וטבעו של ה"ספק הסביר" יכול שיהיה אחר משופט אחד למשנהו [גרוס ועורקבי, עמ' 229].

70. בפסק דינו של כב' השופט זמיר בפרשת רייש, ניתן להסיק כי ישנם ביטויים עמומים במשפט, שהמחוקק עיצב אותם כך לא בכדי, אלא במטרה שהם ישארו כפי שהם - מושגים עמומים. מהכלל ניתן להשליך אל הפרט, ייתכן שתכליתו של המחוקק דאז היתה שהמושג "ספק סביר" ישאר עמום.

באותו אופן גרס כב' השופט זמיר, שעה שפירש את הביטוי "נסיבות אחרות" שבסעיף 80 לחוק העונשין בעניין פיצויים [ע"פ 7826/96 רייש נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 481, 496 (1998)]:

"לא בכדי בחר המחוקק, בעניין הנדון, ביטוי עמום, שאין לו צורה ואין לו מידה, כמו "נסיבות אחרות". הביטוי נולד עמום על מנת שיישאר עמום. הוא נמנה על משפחה של ביטויים עמומים, כמו צדק, מוסר, תקנת הציבור, סבירות, משמעת, קלון ועוד. יש הקוראים להם בשם מושגי שסתום. העמימות של ביטויים אלה היא טעם החיים שלהם. הם אמורים לרחף, בלתי מוגדרים, מעל הכללים. אסור לקצץ את כנפיהם ולכלוא אותם בכלוב של כלל נוקשה. כלל כזה עלול להרוג אותם." (ההדגשות הוספו)

71. בפסיקה ובספרות, נעשו ניסיונות רבים בכדי למצוא נוסחה, אשר תקל על היושבים בדין ובידיהם החלטה, להגדרת אותו ספק סביר. וכן, לא אחת, נעשה דיון סביב תחומו והגדרתו, כפי שצינו לעיל.

72. אמירות אלו, אפשר שהן מצביעות על כיוון ללכת בו, וייתכן ויש בהן כדי לסייע לבית המשפט בבחינת האשמה [עש"מ 4123/95 אור נ' מדינת ישראל - נציב שירות המדינה, פ"ד מט(5) 184, 189 (1996)]:

"אולם עדיין, [הן] אינן נותנות הגדרה ממצה או מבחן ברור. ייתכן שאי אפשר אחרת, ואולי אף עדיף כך. ידוע כי בתחיקה מפוזרים מושגים עמומים, כמו צדק ותום לב, שאין זה ראוי להקים סביבם חומה נוקשה של הגדרה, גם אם הדבר אפשרי. עדיף להשאיר בהם קצוות פתוחים, כדי שניתן יהיה להכניס דרכם גם נסיבות מיוחדות של מקרים בלתי צפויים." (ההדגשות והתוספות הוספו)

ניסיונות להגדרתו של ה"ספק הסביר"

73. סוגיית היכולת והצורך בהגדרת הספק הסביר התעוררו פעמים רבות במשפט האנגלו-אמריקאי. ואולם, חרף שורשיו ההיסטוריים של הספק, טרם נמצאה הגדרה בהירה, אשר נתנה מענה קוהרנטי ואחיד לטיבו של הספק ולנפקותו. כך גם, לא הובהרו דיין דרכי זיהוי קיומו של ספק אצל השופטים והמבחנים הננקטים לשם כך בהליך ההכרעה השיפוטי (מאמרו של ואקי, עמ' 465). הגדרתו וניסוחו המדויקים הם, כשלעצמם, משימה סבוכה אם לא בלתי אפשרית. בעיית הגדרת הספק הובאה לדיון כבר במאה ה-19, בידי נשיא בית המשפט העליון של מסצ'וסטס, השופט Shaw, בקובעו כי:

"What is reasonable doubt? It is a term often used, probably pretty well understood, but not easily defined." [Commonwealth v' Webster, 59 Mass. 295 (1850)]

74. לא זו אף זו, לא אחת ביקר בית המשפט העליון האמריקאי, ואף פסל, הנחיות שניתנו על ידי בתי המשפט המדינתיים למושבעים, מהטעם שהניסוחים באמצעותם ניסו להסביר את מידת ההוכחה הפלילית, הנם שגויים ומוטעים [מאמרו של ואקי, עמ' 481].

75. גישה זו לא התקבלה בפסיקה בארץ. בפרשת "דמיאניוק" [עניין דמיאניוק, עמ' 647], קובע כב' השופט שמגר, כי חרף הקשיים התיאורטיים והמעשיים בהגדרת רף ההוכחה הפלילי, נדרשת התייחסות לסוגיה זו. לדבריו:

"יש המבקשים להימלט עצמם מהגדרתו של המושג המשפטי האמור ומזהירים מפני הקושי שבקביעת הגדרה ברורה ומנחה, [...] באזהרות מפני קשיי ההגדרה, אין כמובן, כדי לפטור את השופט מגיבושה של תפיסה מנחה או כדי לפתור את הקושיה הניצבת בפני כל ערכאה שיפוטית." (ההדגשות הוספו)

76. בע"פ 6251/94 בן ארי נ' מ"י, פ"ד מט(3) 45, 120 (1995), קבע כב' השופט חשין, כי אין מקום לאמץ בארץ את עמדתם של בתי המשפט באנגליה ובארצות הברית, שכן עמדה זו מיוחסת, לטענתו, לשיטת חבר המושבעים הנהוגה שם:

"לא יהא זה ראוי כי נייבא ארצה - כמות שהן - הלכות שנקבעו להדרכתו של חבר מושבעים ונורה שופטים אנשי מקצוע במקומו כי ינהגו לפיהן. הנה לפנינו 'שינויים הנובעים מתנאי הארץ ותושביה', והרקת הלכות מכלי-אל-כלי לא תהא במקומה. הנוסחה תישאר על מכונה - 'ספק סביר' אך לא נחשוש לפרשה ולבארה" (ההדגשות הוספו)

77. בהמשך, נעשו אף ניסיונות לא מעטים לכמתו ולתארו במודלים מעין מתמטיים. הסתברותיים, מחד גיסא, ולפרשו באמצעים הכרתיים - תודעתיים מאידך גיסא. חרף כל הניסיונות, נראה כי תוכנו של המונח כיום נותר חמקני, כפי שהיה בתחילת דרכו, ומשמעותו חובקת דיסציפלינות שונות [לינדנשטראוס, עמ' 7]:

”[הספק הסבירי הינו] מושג שעיקרו בתחום ההרגשה, המחשבה, הסבירות, ההיגיון הבריא [...] מכל מקום, אין הוא מושג מוחשי.”

78. כך גם התבטא כב' השופט עמית בת"פ (מחוזי חי') 230/03 פרקליטות מחוז חיפה נ' שאמי, תק-מח 3)04, 5132, 5153 (2004), באמרות שיש בהם כדי לחמוק מהגדרה פוזיטיבית של המונח:

”קשה להגדיר מהו 'ספק סביר' אך קל יותר להגדירו על דרך השלילה. מתי נאמר כי אין לפנינו ספק סביר? (ההדגשות הוספו)

היקפו ותיחומו של "הספק הסביר"

79. סוגיית היקפו ומידתו של ה"ספק הסביר" שיש בכוחו להביא לזיכוי של הנאשם מן האישומים המיוחסים לו, התעוררה, כמו גם היכולת להגדירו, לא פעם בפסיקה ובספרות. לא כל ספק, אשר זרוע בחומר הראיות יביא לזיכוי של הנאשם, אלא רק ספק המוגדר "סביר". בהתאם, לא די לו לנאשם להעלות גרסה סתם, אשר לכאורה אין בה כדי לעלות בקנה אחד עם הראיות שהביאה התביעה כנגדו, שעמדו במבחן בית המשפט להיותן נכונות.

80. בפרשת בן ארי, אימץ בית המשפט העליון את עמדתו של פרופ' הרנון לפיה, לשם הוכחת אשמתו של נאשם מעבר לספק הסביר, לא נדרש כי מידת ההוכחה תגיע "עד כדי הוכחה מלאה ובטוחה במאת האחוזים - אם דבר כזה בכלל אפשרי. על התובע לשכנע מעבר לכל ספק סביר, אך לא מעבר לכל ספק שהוא, אף אם הוא רחוק ביותר ובלתי מתקבל על הדעת" [א' הרנון, דיני הראיות (הוצאת המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, 1985 כרך א') 213-214].

81. לאורך השנים הקפידה הפסיקה כי ספק נדרש, לא יהיה מצב דברים אשר מרוחק ודמיוני ושאין לו כל אחיזה בחומר הראיות שהובא לפני בית המשפט. אל מול חומר הראיות, על הנאשם להציג קו הגנה ממשי, הגיוני, מתקבל על הדעת ושאינו פרי הדמיון בלבד. כך תיאר זאת כב' השופט גולדברג בע"פ 3126/96 עמיר נ' מזינת ישראל, פ"ד נ(3) 638, 644 (1996):

”...במשפט פלילי נדרש 'ספק סביר' כדי שיזוכה הנאשם. ספק כזה אינו קם על דרך העלאת השערות מצוצות מן האצבע. צריך הוא להיות הגיוני ואחוז בראיות. עלילה בסיפור בלשי, שבו ממריא הסופר ביצירתו על כנפי דמיונו ולש בעובדות כאוות נפשו, אינה אמת מידה ליצירת ספק סביר במשפט.”

82. כמו כן, שאלת מידתו ומשקלו של הספק הסביר, נדונה בע"פ 5302/03 מדינת ישראל נ' טל יצחקי, פ"ד נט(1) 71 (2004) [להלן: "עניין טל יצחקי"]. בפרשה זו, הואשם הצעיר בהריגת ארבעת חבריו שחזרו עמו מבילוי, כשרכבם התנגש בעמוד. כתב האישום ייחס את הנהיגה ברכב לצעיר. אולם, הערכאה הדיונית זיכתה את המשיב בקובעה, כי גרסתו של הנאשם כי בשעת התאונה ישב במושב האחורי ולא נהג ברכב, לא הופרכה מעבר לספק סביר. בערעור שהגישה המדינה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי נחלקו הדעות.

83. בעניין זה, לגישתו של כב' השופט לוי יש להרשיע את המשיב. כב' השופט לוי קובע, כי משקלו של ה"ספק הסביר", אינו תיאורטי ואין בסיסו בהרהורי לב או בתיאוריה שלא הוכחה. לפיכך, לשיטתו, העתקת מקומותיהם של נוסעי הרכב עובר לתאונה, זהו תרחיש תיאורטי בלתי אפשרי, מנוגד לחוקי הטבע ונעדר היגיון. וכלשונו, בעמ' 76:

"להשקפתי, ערעור זה בדין יסודו. כידוע הלכה היא שהתביעה נדרשת להוכיח את אשמתו של נאשם מעבר לספק הסביר, ולפיכך היא אינה נדרשת להפריך כל ספק, ובוודאי לא כזה שבסיסו בהרהורי לב או בתיאוריה שלא הוכחה..." (ההדגשות הוספו)

84. כב' השופט טירקל, החזיק בדעה אחרת, לפיה יש לזכות את המשיב מחמת הספק והתייחס למחלוקת עם כב' השופט לוי:

"...למרות כוח השכנוע שבחוות דעתו של חברי, איני יכול שלא לחלוק עליו. ה'היגיון' שעליו אנו משתיתים את מסקנותיו הוא בדרך כלל תולדה של ידע, של ניסיון, של שכל ישר וגם של אינטואיציה [...], ואף-על-פי-כן מלמד אותנו הניסיון כי מציאות החיים יש שהיא מולידה מצבים מוזרים, בלתי צפויים ובלתי הגיוניים. מכאן שכאשר יש ממצאים שבעובדה הסותרים את המסקנה ה'הגיונית' או שאינם מתיישבים אתה, יש בהם, לפחות, כדי לקבוע שהמסקנה מוטלת בספק."

בהמשך, שואל כב' השופט טירקל, האם שישה ממצאים שסותרים את המסקנה 'ההגיונית', אין בהם כדי להעלות ספק המצדיק את זיכויי של המשיב 'מחמת הספק'? ומציין, כי כחלק מדיון מקיף בבחינת שיעורו של הספק הסביר, המבחן הרווח הוא:

"מבחן של שכל ישר ושל ניסיון חיים [...]. כך נאמר גם שהאמת העובדתית נדחית מפני האמת שיפוטית, שהיא משפט צדק אשר בו זוכה כל נאשם מצל-צלו של כל ספק."

85. כבי' השופטת פרוקצ'יה מצטרפת לגישה של כבי' השופט טירקל בעניין **טל יצחקי** (ושל כבי' השופט שמגר בעניין **דמיאניוק**). אף אם הספק מרוחק ודמיוני ככל שיהא, עליו להעלות תהייה אמיתית ביחס לאשמתו של הנאשם, על רקע מכלול הראיות הקיים נגדו. היא מוסיפה:

”הדרישה כי הספק יהיה ספק סביר ולא ספק כלשהו היא המציבה באורח ראוי את האיזון הנדרש בין ההגנה על חירותו של האדם מפני הרשעה פלילית שלא נמצא לה די ביסוס בראיות, לבין החובה להגן על בטחון החברה מפני עבריינים הפוגעים בשלום הציבור. כשם שלצורך הרשעה נדרשת תשתית ראיתית מפלילה מוצקה, כך לשם זיכוי נדרש ספק בעל ממשות, שסבירותו עומדת במבחן המציאות, ואין הוא אך ספקולציה חסרת עיגון בהיגיון ובהוויות החיים. ואכן, על הספק הסביר להיות רציני, הגיוני, ובעל אחיזה מעשית במציאות. לא כל השערה או אפשרות רחוקה יקימו ספק שיש בו כדי להצדיק פטור מאחריות. נדרשת סבירות לקיומו של ספק, המשליכה על משמעותו, רצינותו, ומשקלו. [...] 'הספק הסביר' הוא ספק שאדם סביר כמושג נורמטיבי היה נותן לו משקל ממש...”
(ההדגשות הוספו) [עניין וקנין, עמ' 18]

86. בעניין טיבו של הספק הסביר, מסבירה כבי' השופטת פרוקצ'יה, שהספק המדובר, עליו להיות “ספק ממשי שיש לו עוגן ואחיזה בחומר הראיות”, ולא ספק שההסתברות לקיומו היא תאורטית בלבד. בהתייחסותה למשקלו של הספק, לגישתה - עליו להיות בעל משקל כזה “שיש בו כדי לזעזע את המערך העובדתי - נסיבתי כפי שהוצג על ידי התביעה”, עד שכבר לא ניתן יהיה להסיק מראיות התביעה מסקנה חד משמעית בדבר אשמתו של הנאשם. הספק הסביר מתקיים כאשר ההסתברות לחפות, נוכח הראיות, היא ממשית ואינה אך בגדר אפשרות רחוקה תיאורטית. כלומר, הספק יתקיים כאשר ניתן להסיק מחומר הראיות מסקנה המתיישבת עם חפות הנאשם, מסקנה שהסתברותה “אינה אפסית אלא סובסטנטיבית”.

87. בכל מקום, הוכחת אשמה מעבר לכל ספק סביר אינה הוכחת אשמה מעבר לכל ספק, כאשר ישנה אפשרות שמתיישבת עם חפותו של הנאשם, אולם היא רחוקה ואין לה אחיזה בחומר הראיות, על בית המשפט להתעלם מאפשרות זו, גם אם במקרים נדירים התעלמות זו תביא להרשעת חפים מפשע. שכן, זהו הכרח המציאות ובלעדיו לא נוכל לשמור על הסדר החברתי [גרס ועורקבי, עמ' 234].

וכלשונו של כבי השופט זילברג בפסק דינו בעניין דמיאניוק בעמ' 648 :

"כנגד השקפתם של התנאים, הסוברים כי יש לשחרר את הנאשם בכל מקרה בו קיים אפילו ספיק-ספיק-ספיקא באשמתו. סבור הוא, וויליאמס, וזו היא דעתה של כל הפסיקה המודרנית, כי מכיוון שיש צורך בהליכי שיפוט, כדי להעניש עבריינים, מן הנחוץ הוא להתעלם מ'נסיבות רחוקות', כלומר: אירועים יוצאי דופן ורחוקים מן המציאות כאלה, על-על-פי שייתכן ויגרם על-ידי כך עיוות דין. זאת אומרת: המחוקק ראה לפניו את הסיכון, אך מצב שיש בו הכרח, כי אחרת לא יסופקו אף פעם צרכי השיפוט, וההכרח לא יגונה."

88. כלומר, משתמע מדברי כבי השופט זילברג, כי המחוקק קבע שרף ההוכחה בפלילי היא "מעל ספק סביר" **ולא וודאות מוחלטת**, ושעה שקבע זאת, היה מודע לסיכוי הנמוך שישועו חפים מפשע. שהרי, כאשר ההוכחה היא מעל ספק סביר אך לא בוודאות מוחלטת, המשמעות היא שקיים שיעור גבוה שהנאשם אכן ביצע את העבירה, אולם, עדיין, קיים אף שיעור נמוך שהנאשם חף מפשע.

89. לכן, ייתכן ובמקרים נדירים, התביעה תציג ראיות, שלדעת השופט היושב בדיון, הן מספיקות להרשעת הנאשם, על-אף שבפועל הוא חף מפשע. אילו המחוקק חפץ למנוע זאת, היה דורש רף הוכחה של וודאות מוחלטת. אולם, כפי שהבהיר כבי השופט זילברג, **מצב עניינים זה הכרחי ובלעדיו לא יסופקו צרכי המשפט, וכאשר לא ניתן להשיג את הטוב במיטבו (וודאות מוחלטת), יש לשאוף לרע במיעוטו (מעל ספק סביר).**

90. מסקירה תמציתית זו נמצאנו למדים, כי קיימת חוסר אחידות וחוסר קוהרנטיות של המערכת המשפטית באשר להגדרת המונח "ספק סביר", ועל כמיהתה לפתור קושי זה בשלל גישות שכוללות משוואות, נוסחאות, עקרונות לוגיים ואף אמוציות. ואולם, חרף הניסיונות, עדיין לא נמצאה "נוסחת קסם", אשר יש בה להגדיר ולתחום את היקפו של רף ההוכחה "מעבר לספק הסביר", כמו גם להבין את מהותו (מאמרו של ואקי, עמ' 516).

91. נראה אם כן, כי הזיכוי מחמת הספק הוא ביטוי של קשיים אינהרנטיים בשיטת המשפט הפלילי, היוצרת מתח בין החתירה לאמת מחד גיסא, (שכאמור, מהווה את הבסיס ליצירת משפט צדק), ובין מגבלותיו של ההליך בבירורה של אמת זו, ובביטוייה ההולם במסגרת הדיכטומית המוגבלת של ההכרעה הפלילית, מאידך גיסא.

92. כפי שהוצג והודגם בהרחבה לעיל, על מנת להרשיע נאשם, על התביעה לשכנע את בית המשפט בדבר אשמתו - מעבר לספק סביר. לא ניתן לנתק את מוסד הספק מהכרעת דין במשפט הפלילי. טענת המבקש 1, כי ניתן לרפא את הפגיעות הנובעות מהכרעה המזכה "מחמת הספק" על ידי שינוי ה"שורה התחתונה" בסוף פסק הדין, לא תשנה דבר מהתרשמות בית המשפט במסגרת התייחסותו לראיות שהוצגו בפניו כי נותר ספק ולכן הוחלט לזכותו "מחמת הספק". בשיטת המשפטית, השופטים היושבים בדין מחוייבים לנמק את פסק דינם, ובנימוקי פסק הדין יהיו מחוייבים לציין את הספק שעלה מניתוח העובדות והראיות המוצגות על ידי התביעה וההגנה ומהניתוח המשפטי, בדרכם אל ההכרעה.

93. נפנה כעת לדיון בַּדָּבָר חובת השופטים לנמק את פסק הדין ואת ההשלכות של חובה זו על מהותו של הזיכוי מחמת הספק המופיע, בדרך כלל, בשורה התחתונה של פסק הדין.

הספק הסביר - הנמקת פסק הדין

94. כפי שיפורט להלן, היעדרותו של בית המשפט הנכבד לעתירת המבקש 1, כי יורה על ביטולו של מוסד הזיכוי מחמת הספק תפגע בצורה קשה באחת מאבני היסוד של שיטת המשפט הישראלי - חובת הנמקה. מקובל לראות את ההליך הפלילי כמערכת קוטבית של הכרעה בין שתי תוצאות משפטיות - הרשעה וזיכוי, המקיימות ביניהן, לפיכך, יחס פשוט של השלמה: אדם יזוכה בדין, אלא אם כן בית המשפט "מצא אותו אשם".

95. על פי התפיסה הרווחת, ישנן רק שתי קטגוריות הכרעה במשפט הפלילי - זיכוי והרשעה. ואולם, לנוכח מחוייבותו של בית המשפט לנמק את הכרעת הדין, נוצר מצב בו בית המשפט מבחין בין הנמקה לפיה חומר הראיות אינו מותיר ספק באשר לחפותו של הנאשם, במילים אחרות - זיכוי מוחלט, לבין הנמקה לפיה חומר הראיות מותיר ספק בחפותו של הנאשם, משמע - זיכוי מחמת הספק [דורות מנשה ואיל גרונר "הקטגוריזציה של הזיכוי: זיכוי מחמת הספק וזיכוי מוחלט - עיון מחודש" מחקרי משפט כז 7, 11 (2011) [להלן: "מנשה וגרונר"]].

96. כאמור, ההנמקה המובילה את הכרעת הדין הספציפית למסקנה של זיכוי אינה מעלה ואינה מורידה לעניין תוקפו המשפטי של הזיכוי. בהתאם לכך, אין נפקא מינה אם זיכוי של הנאשם הינו מחמת הספק, או אם מדובר בזיכוי מוחלט על בסיס ממצאי בית המשפט, או בשל קבלת טענת "אין להשיב אשמה". תוקפו המשפטי של הזיכוי בכל אחת מן האפשרויות דלעיל, הינו זהה לחלוטין. יתרה מזאת, מבחינה לשונית, המונח זיכוי "מחמת הספק" מצביע על שימוש בלשון של הנמקה בנוגע לקשר בין ההנחה, לפיה עולה ספק מחומר הראיות בדבר אשמתו של הנאשם, למסקנה המשפטית שהיא הזיכוי [מנשה וגרונר, עמ' 11].

97. אמנם, עשויות להיות משמעויות ציבוריות וחברתיות שונות לסוגים שונים של זיכוי. עם זאת, אין למשמעות הציבורית או החברתית של זיכוי כדי להשליך על המשמעות המשפטית האופרטיבית של הזיכוי. יש להבחין, משמעויות ציבוריות, ככל שיהיו, הינן סובייקטיביות לחלוטין ומשתנות מאדם לאדם. לא ניתן למדוד פגיעה סובייקטיבית באדם מסוים אל מול אדם אחר, גם אם ייתכנו פגיעות בשניהם לאור אותה סיטואציה. לא ניתן לבטל את מעמדו של מוסד הספק הסביר, אך בשל פגיעה סובייקטיבית כזו או אחרת של נאשם שאינה ניתנת למדידה.

98. משמעותה של חובת ההנמקה היא חובתו של שופט לנמק את פסק דינו, ושל נושא משרה ציבורית לנמק את החלטתו. חשיבותה של חובת ההנמקה מתבטאת בכך שמכאן ניתן ללמוד על מהותו של כל ההליך השיפוטי. כך נאמר בבג"ץ 1986/06 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, 1, 10 (2008), מפי כב' השופטת ארבל:

"כאמור, חובת ההנמקה הוכרה זה מכבר בפסיקת בית משפט זה כאחד מכללי הצדק הטבעי המחייבים את כלל הערכאות השיפוטיות, תהיינה הן אשר תהיינה, ואשר חריגה מהם עלולה לעלות לכדי חריגה מסמכות המצדיקה את ביטול ההחלטה."
(ההדגשות הוספו) [וכן ראו: בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האיזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד (מח) 2, 491, 502 (1994); רע"א 1982/05 מקומון כל הצפון נ' פלוני, 1, 4 (2005)]

99. שחרורו של שופט מן הצורך לנמק את פסק דינו, עשוי ללמד על מידה מסוימת של עצמאות המוקנית לשופט המאפשרת לו לא להיות כבול לחלוטין על ידי החוק הכתוב. לעומת זאת, הטלת חובת הנמקה, עשויה ללמד על מגמה הפוכה - לכבול את ידיו של השופט, ולא לאפשר לו לסטות מן המשפט הכתוב. קיומה או אי קיומה של חובת ההנמקה עשויים ללמד גם על חשיבותו של פסק הדין כמקור משפטי במערכת המשפט. הטלת חובת הנמקה יש בה כדי ללמד על החשיבות שמייחסת שיטת המשפט לפסק דין כמקור משפטי, ואילו אי הטלת החובה יש בה כדי להצביע על כך שבאותה שיטת משפט אין מייחסים חשיבות רבה לפסק הדין כמקור משפטי [אליאב שוחטמן חובת ההנמקה במשפט העברי "שנתון המשפט העברי" ו-319, 321 (תשל"ט) [להלן: "שוחטמן"]].

100. חובת ההנמקה חלה במשפט הישראלי לכל תחומיו, אולם, נראה כי מקורה מגיע מהמשפט העברי. לעניין זה, יפים דבריו של הרמב"ם במשנה תורה, הלכות סנהדרין, פרק ו, הלכה ו:

"שנים שנתעצמו בדין, אחד אומר: 'נדון כאן', ואחד אומר: 'נעלה לבית הדין הגדול, שמא יטעו אלו הדיינים ויוציאו ממך שלא כדין' - כופין אותו ודן בעירו. ואם אמר: 'כתבו ותנו לי מאי זה טעם דנתוני שמא טעיתם' - כותבים ונותנין לו ואחר כך מוציאים ממנו." (ההדגשות הוספו)

101. הלכה זו מצויה בפרק הדין בדיון שטעה בדין, אין ספק כי היסוד לדרישתו של בעל הדין למתן הנמקה ולהלכה המחייבת את הדיין להיענות לדרישה זו, נעוץ בחשש לטעותו של הדיין [שוחטמן, עמ' 332]. יתרה מכך, חובת הנמקה עצמאית מוטלת על הדיין גם בנסיבות בהן עלול פסק דינו לעורר חשד, גם בלא בקשה מיוחדת מצד בעלי הדין. נקבע מפי בעלי התוספות, בבא מציעא, סט, ב, ד"ה "כי האי גוונא":

"משמע דווקא הכא, לפי שהיה לו פתחון פה לחשדו, אמר דצריך לאודיעו, משם 'והייתם נקיים מה' ומישראל', אבל בעלמא – לא."

כלומר, במקום שהדיין סבור כי פסיקתו עלולה לעורר חשד בקרב המתדיינים, עליו להודיע מיזמתו מה הטעם לפסק הדין.

102. חובת ההנמקה במשפט הפלילי מתחייבת מסעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 [להלן: "חוק סדר הדין הפלילי"] בדבר הכרעת דין, שם נקבע כי:

"בתום בירור האשמה יחליט בית המשפט בהחלטה מנומקת בכתב (להלן - הכרעת הדין) על זיכוי הנאשם או, אם מצא אותו אשם, על הרשעתו; [...] (ההדגשות הוספו)

103. באשר למטרותיה של חובת ההנמקה נאמר על ידי כב' השופט שמגר בע"א 84/80 **כמאל קאסם נ' ד"ר נאדים קאסם** פ"ד לז(3) 60, 70 (1983) כי:

"המטרה הראשונה של חובת ההנמקה מעוגנת ברצון להבטיח כי עשיית המשפט תתבטא גם במראית פני הדברים. מטרה שנייה פניה לערכאת הערעור, ועניינה יצירת האפשרות להעביר את הנמקתה של הערכאה הראשונה תחת שבט הביקורת של ערכאת הערעור." (ההדגשות הוספו)

104. משמעות הדבר, כי לפי הדין, החובה לנמק הכרעות דין בפלילים נועדה לאפשר פיקוח על פסק הדין על ידי ערכאת הערעור, לוודא כי כל הנתונים הרלוונטיים נלקחו בחשבון וקיבלו את משקלם הראוי ולהביא לשקיפות פסק הדין והגיונו לצדדים ולציבור. היקפה של חובה זו אינו מוגדר ומשתנה מסוגיה לסוגיה בהתאם לנסיבות. לנוכח הדרישה הראייתית להוכחת האשמה מעבר לספק סביר, מתחזקת דרישת ההנמקה. פועל יוצא מכך, הוא שבמשפט הפלילי ישנן תכליות ייחודיות לחובת ההנמקה. שימוש בהנמקה במשפט הפלילי מבטיח שההחלטה להרשיע נאשם נתנה ביטוי מלא לכלל הספק הסביר לצד שמירת זכויות הנאשם.

105. עוד נאמר על חובת ההנמקה, על ידי פרופ' גביון [רות גביון "בית המשפט וחובת ההנמקה (בג"ץ 36/68) משפטים ב 89, 92-93 (תש"ל-תשל"א)]:

"הסיבה הראשונה, והחשובה ביותר, המחייבת הנמקת החלטות שיפוטיות, צוינה כבר לעיל, בראשית הדברים: בית המשפט צריך לפרט את נימוקי החלטתו כדי שלא ידבק בהחלטה אבק של שרירות, וכדי שיהיה אפשר לבקר את ההחלטה ביקורת עניינית ... שיקול נוסף המחייב הנמקה שיפוטית של החלטות עולה מתוך המבנה של השיטה המשפטית ומתוך המקום אשר תופשות החלטות בתי המשפט בתוך שיטת המשפט. שיטת המשפט מורכבת מנורמות כלליות, המיועדות לכוון את התנהגותם של הכפופים לה... אולם, כידוע, אין האדם יכול לצפות את כל המקרים, ואין המחוקק מספיק לכסות את כל השטחים, ולכן השופט, פרט לתפקידו הראשוני כמחיל הנורמות החקוקות על מקרים פרטיים תוך פירושן, הוא גם משלים את הוראות החוק בדרך של "חקיקה שיפוטית"... כלל משפטי זה צריך להיות מנוסח בבהירות ובדייקנות ממש כשם שצריך להיות מנוסח חוק, שכן טעם הפסק של החלטה שיפוטית מהווה חלק ממערכת המשפט של המדינה, חלק שעליו יסתמכו פרקליטים ואזרחים, ואשר ייתכן כי יהיה צורך בפעולה מפורשת של המחוקק כדי לבטלו מן העולם." (ההדגשות הוספו)

106. נראה אם כן, שחובת ההנמקה בדין הישראלי מהווה חלק אינטרגלי ובלתי נפרד משיטת המשפט. לכן, כאשר מחוייב השופט לנמק את פסק דינו, אף אם תוסר האמירה באשר לטיב הזיכוי בסיפא של פסק הדין, לנוכח העובדה שההנמקה מלווה את פסק הדין לאורכו, לא יהא בכך כדי להבטיח כי תמנע הפגיעה, ולפיכך, אין באמור כדי להפיס דעתו של המבקש 1 אף לשיטתו הוא. דברים אלו זוכים למשנה תוקף בפסק דינה 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 שנותר בלבו של בית המשפט, לא ישלים גם עם מסקנה כאמור המובאת בגוף פסק הדין להבדיל מסופו." (ההדגשות הוספו)

107. כאן המקום להדגיש, כי אף המבקש מודע למקומה הבסיסי והעקרוני של חובת ההנמקה בדין הישראלי והביא (פסקה 117 לבקשת רשות הערעור), את דברי כב' השופט זמיר בעניין שוהם, עמ' 936, שהובאו לעיל, כי - "נאשם שזוכה מוחזק חף מעבירה תהיה ההנמקה לזיכוי, או הסיבה לזיכוי אשר תהיה".

108. המשיבה אינה מקבלת את הטענה כי הזיכוי "מחמת הספק" מהווה קטגוריה נוספת ונפרדת של הכרעת דין [ראו: מנשה וגרוניר, עמ' 17-19; טליה פיישר "ענישה הסתברותית" עיוני משפט לב 515, 527 (תשע"א)]. כאמור לעיל ולהלן בהרחבה - "זיכוי הוא זיכוי" ואין לייצר קטגוריית זיכוי נפרדת המהווה הכרעת דין שונה מהזיכוי המלא. ואולם, גם לשיטת הטוענים כי הזיכוי "מחמת הספק" מהווה קטגוריית זיכוי נפרדת, תטען המשיבה כי הלכה למעשה, וכפי שיפורט להלן, קיומו של הזיכוי "מחמת הספק" מיטיב עם נאשמים ומגדיל את ההסתברות לזיכוי וביטולו עלול להגדיל את אחוז ההרשעות ולפגוע בנאשמים.

109. כאמור לעיל, המשיבה מכירה בכך כי עשויה להיווצר פגיעה באדם שזוכה "מחמת הספק". אולם, ככל שתתרחש פגיעה שכזו, על המבקש לרפא את הפגיעה, לעשות כן במסגרת הליכים חיצוניים להליך הפלילי. וכן, וכפי שיבואר להלן בהרחבה, הפגיעה עומדת בגדרי פסקת ההגבלה ובמבחני המידתיות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

קטגוריות הזיכוי כקטגוריות של הנמקה

110. כאמור לעיל, הלכת הזיכוי מחמת הספק מתחייבת מן החובה לנמק במשפט הישראלי, ובפרט במשפט הפלילי. בית המשפט מחויב לנמק את הכרעת דינו - לרבות הכרעת דין מזכה - על בסיס חומר הראיות.

111. פועל יוצא מחובה זו הוא הבחנה בין הנמקה, לפיה חומר הראיות מצביע על ספק באשמה וספק בחפות, להנמקה, שלפיה חומר הראיות אינו מצביע על ספק בחפות הנאשם. בהתאם לזאת, נטען ש"הזיכוי מחמת הספק" אינו אלא נימוק להכרעת הדין המזכה.

112. הנמקת הזיכוי - "מחמת הספק" אינה עושה זיכוי זה כקטגוריית זיכוי נפרדת. אין מניעה כי ההצהרה על הכרעת הדין, אף אם הובלטה כיחידה טקסטואלית נפרדת, תכלול גם הנמקה. העובדה כי הכרעת הדין נומקה כבר לפני כן אינה מונעת, מלצרף להכרעת הדין את "כותרת ההנמקה". אם לא כך הדבר, כיצד מתפקד המונח "מחמת" וכיצד מתפקדת ההקדמה שלפני מונח זה ביחידה הטקסטואלית של הכרעת הדין? על הגורס אחרת, מוטל הנטל הפרשני להסביר זאת, שכן המונח "מחמת" הוא מונח היסקי הנמקתי, ולא ברור מהו תפקידו, שעה ששוללים את המרכיב הנמקתי מהכרעת הדין [מנשה וגרוניר, עמ' 13].

113. המונח זיכוי "מחמת הספק" הוא אפוא, ביטוי מתבקש, לאור מידת ההוכחה "מעבר לספק

סביר". הבחינה נעשית על גבי ציר הסתברות היפוטטי, אשר בקצהו האחד - וודאות בדבר האשמה ובקצהו השני וודאות בדבר החפות. הואיל והרשעה צריכה להיקבע לאחר שהוסרו כל הספקות הסבירים, הרי שאם ספק סביר כלשהו לא הוסר - יש לזכות את הנאשם מחמת אותו ספק, ומכאן שהנאשם "זכאי מחמת הספק". לפיכך, הביטוי "זכאי מחמת הספק" נובע ישירות מלוגיקת ההנמקה, לאור אי היכולת לקבוע אשמה מעבר לספק הסביר [מנשה וגרוניר, עמ' 33].

114. כמו כן, את מסקנת הזיכוי "מחמת הספק" אפשר לחלץ מהנמקת הכרעת הדין גם ללא הכרזה מפורשת ופורמלית. ומשכך, ביטול השורה התחתונה המכריזה על זיכוי מחמת הספק והסתפקות באמרה לקונית לפיה הנאשם מזוכה, אין בה כדי להועיל למבקש 1 ולבעלי הדין במצבו. יפים דברי כב' השופטת רובינשטיין שהובאו לעיל: "הפגיעה בכבוד האדם נובעת לעיתים מן הכתוב בפסק הדין בו מתואר הספק, ולא דווקא מן המשפט האחרון של פסק הדין".

115. אף אם נבחן מצב היפותטי, בו בית המשפט מתעלם משאלת ההסתברות לחפות, ומתמקד רק בשאלת ההסתברות לאשמה. העובדה שהאשמה לא הוכחה מעבר לספק סביר, יכול היה להביא לכך, שלמעשה, כל הנאשמים יזוכו מחמת הספק בלבד ללא בחינת חפותם. כיוון שלא ניתן יהיה לחלץ מהכרעת הדין את המסקנה של היעדר ספק בתרחיש החפות (היות והבחינה נעשית, רק לאור תרחיש האשמה). מצב זה עלול לגרור פגיעה קשה יותר בנאשמים שזוכו אל מול הפגיעה הקיימת במצב המשפטי הנוכחי, שכן, צל הספק ילווה את כל הנאשמים שמא הם ביצעו את העבירה אך התביעה לא הצליחה להוכיח את אשמתם [מנשה וגרוניר, עמ' 33].

116. כעת, נפנה לבחינת טענות המבקש בנוגע לבעייתיות החוקתית שיוצרת ההלכה הפסוקה בעניין הזיכוי "מחמת הספק".

טענת הפגיעה בזכות לשם טוב

117. נפנה אפוא לבחון את טענת המבקש 1 באשר לפגיעות הכרוכות בהכרעת דין המזכה נאשם מחמת הספק.

118. בפתח הדברים נציין, כי אין אנו חולקים על חשיבותה של הזכות לשם טוב, כטענת המבקשים. זכות זו הוכרה כזכות יסוד חוקתית במשפט הישראלי הנגזרת מכבוד האדם:

"שתי זכויות יסוד אלה (הזכות לחופש הביטוי והזכות לשם טוב)

נגזרות מהערך החוקתי של כבוד האדם". (התוספות וההדגשות

הוספו) [ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' אילון לוני הרציקוביץ,

נח(3) 558, 565 (2004)]

וכן :

"היום ניתנה בכורה בחוק חרות לזכותו של אדם לחירותו ולכבודו... אין הוראה מפורשת בעניין חופש הביטוי או החופש לשם טוב, אולם במונח "כבוד האדם" כלולים שני אלה כאחד."
(ההדגשות הוספו) [ת"א (ת"א) 1561/91 הראל נ' "דבר" בע"מ, תקדין מחוזי 94(3) 265, 268 (1992)]

119. באשר לטענת המבקש 1, הגורסת כי הזיכוי "מחמת הספק" מהווה פגיעה בזכותו החוקתית של אדם לשם טוב, יש לומר, כי ההליך הפלילי, מטיבו וטבעו, בישראל, ובכל מקום, כרוך בפגיעה בשמו הטוב של האדם. מרגע שנפתחת חקירה פלילית על ידי המשטרה כנגד אדם פלוני ובסיומו מוגש נגדו כתב אישום (ואף אם לא מוגש כתב אישום), נפגע שמו הטוב.

120. כדבריו של חבר המותב, כב' השופט ד"ר אביגדור קלגסבלד, בספרו ועדות חקירה ממלכתיות 389 (2001), פגיעה בשמו הטוב של האדם היא סיכון "טבעי" לפרט שעניינו נדון בפני בחינת אשמתו בהליך הפלילי. לא ניתן לשלול פגיעה זו מכול וכול והיא אחת מהתוצאות הצפויות מעצם הגשת כתב אישום.

121. 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, לא ניתן יהיה להימנע מהפגיעה בשמו הטוב של נאשם שזוכה, כפי שצוין לעיל, אלא לכל היותר, הפגיעה תצטמצם באופן שולי.

122. כמו כן יש לומר, כי הפגיעה, ככל שתהיה, נתונה אך להשערות ולבחינה אינדיבידואלית. הפגיעה באדם מסוים, אינה כמו הפגיעה באדם אחר, ו"עוצמת" הפגיעה וודאי משתנה מאדם לאדם. פגיעה בשמו הטוב של עו"ד בכיר או איש ציבור, אינה כמו הפגיעה באדם מן היישוב. עם זאת, לא ניתן לטעון כי האדם מן היישוב לא נפגע אף הוא. נמצא אם כן, כי עוצמתה של הפגיעה משתנה מאדם לאדם, ולא ניתן, באמצעות ערעור לבית המשפט העליון "לרפא" פגיעה זו שיכולה להיות, בכל אדם, בדרגות עוצמה שונות.

123. וכמו שצויין לעיל, גם אם יוסר הנימוק "מחמת הספק", אין בכך כדי למנוע באופן מוחלט, את הפגיעה בשמו הטוב של הנאשם, לאור נימוקי השופטים המצויים בהרחבה בגוף פסק הדין והמפורסמים לציבור. ואכן, מעיון חטוף בפסקי דין, ניתן להיווכח בכך שהשופטים מנמקים היטב את פסק דינם, לעיתים אף בנימוקים ארוכים ויסודיים. במסגרת נימוקם, ניתן להבחין היטב בהתלבטויות שליוו את השופט לקראת הכרעת הדין, קל וחומר שעה שכותב השופט את הספקות שעלו בו לקראת זיכוי של הנאשם.

124. אמנם, ניתן יהיה לטעון כי אזרח מן השורה, שאינו משפטן, לא קורא את כל נימוקי השופטם בגוף פסק הדין, אולם, נראה כי התקשורת "עושה את עבודתה", ועיתונאי המשפט מתרגמים לציבור היטב את הנאמר בגוף פסק הדין.

125. מסקנת הדברים איפוא הינה, כי הפגיעה בשם הטוב הינה פוטנציאלית, ואינה מתחייבת דווקא מעצם השורה התחתונה בפסק הדין המציין שהחלטה לזכות נבעה מתמת הספק, כי אם מגוף פסק הדין והאמירות והקביעות המצוינות לארכו כחלק מההנמקה. נמצאנו למדים, כי הערך היסודי של זכות האדם לשמו הטוב נמצא בעימות מתמיד עם הצורך החברתי הבסיסי - **שגם לו משמעות ערכית** - לגונן על החברה מפורעי חוק ועבריינים.

טענת המבקש 1 לפגיעה בהוצאות הגנה ופיצויים

126. הטענה המרכזית של מבקש 1, פגיעה הנובעת מהכרעת דין המזכה זיכוי מחמת הספק שביטויה, אי מתן פיצויים לאדם שזוכה מחמת הספק (פסקה 79 לבקשת רשות הערעור), בכל הכבוד, אינה מדויקת. יודגש מן הראשית כי, ה"שורה התחתונה" **אינה הגורם המכריע בפסיקת הפיצויים** לפי סעיף 80 לחוק העונשין, ואף אם ישנם מקרים בודדים אשר נתנו משקל מכריע בעת הידרשותם לסוגיית הפיצוי - לאופי הזיכוי, אין להורות על ביטול הלכה אשר קנתה לה שבייתה בשיטת המשפט הישראלית. ובפרט, שבאותם מקרים שמורה לבעל הדין שנפגע מהחלטה של בית המשפט, להגיש ערעור על החלטה וההנמקה השגויה (סעיף 80ג) לחוק העונשין).

127. בעניין זה ראוי להדגיש, כי אכן נקבע בפסיקה, שזיכוי מחמת הספק הינו אחד מהשיקולים לשלילת זכאותו של הנאשם לקבלת פיצויים. אולם, **אין בשיקול זה כשלעצמו, בהכרח, לשלול פיצויים אלה**. לא אחת, נקבע כי סיווג הזיכוי אינו תנאי להכרעה בדבר פיצויים. כך ציין כבוד השופט חשין בע"פ 4466/98 **דבש נ' מדינת ישראל** פ"ד נו(3) 73, 130 (2002) [להלן: "עניין דבש"]:

"...אינני מוצא הצדק לכלוא את שיקול דעתו של בית המשפט בכלובים של זיכוי "מוחלט" (זיכוי "מלא") או זיכוי "סתם", זיכוי "מן הספק" וזיכוי "טכני". אין החוק מכתוב לנו לא קטגוריזציה בינארית... הכל נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, והרשות נתונה." (ההדגשות הוספו)

וכך גם כב' השופט מצא, בעניין דבש לעיל:

"...הייתי נמנע מכבילת משיקול-דעתו של בית המשפט על-ידי חיובו לפעול על-פי אמות-מידה מוגדרות ומותוות מראש. כשלעצמו, אני אף מפקפק אם הגדרתו של אמות-מידה כאלה היא אפשרית..." (ההדגשות הוספו)

כך גם כב' השופטת בייניש בע"פ 7115/04 בן ברוך נ' מדינת ישראל, 14 (2005):

"כאשר עסקינן בזיכוי מחמת הספק, עובדה זו, כשלעצמה, אינה שוללת בהכרח את האפשרות לפיצוי הנאשם על מעצרו..."
(ההדגשות הוספו)

128. להמחשת הדברים, מופנה בית המשפט הנכבד לע"פ 700/00 טוויל נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 450, 460 (2002), שם נפסקו פיצויים לאדם שהואשם בהצתה, על אף שזוכה מחמת הספק. להלן דברי כב' השופטת בייניש, בנוגע להלכת דבש (שתוארה לעיל):

"הנה-כי-כן, הפסיקה שהתפתחה בסוגיה מלמדת בבירור כי בגישתו של בית-משפט זה קנתה לה שביתה הגישה המביאה בחשבון לעניין הוצאות ופיצויים את טיב הזיכוי ואת הנסיבות הקשורות בהליך."

בהמשך, מוסיפה כב' השופטת בייניש, כי על-אף שנקבע בשיטות משפט שונות כי אופי הזיכוי הוא בעל משקל בהכרעה בשאלת פסיקת הוצאות לנאשם שזוכה, אין משמעות הדבר כי הכרעת דין המזכה את הנאשם מחמת הספק שוללת כשלעצמה מתן פיצוי, ולבית המשפט ישנו שיקול דעת רחב:

"ודוק, משאמרו כי טיב הזיכוי יש בו כדי להיות שיקול מרכזי לעניין הזכות לפיצוי, לא אמרנו כי זיכוי מחמת הספק כשלעצמו שולל מכול וכל פיצוי לנאשם. כבר ציינו כי המאפיין את ההכרעה בעניין פיצוי ושיפוי הוא שיקול-דעת רחב וגמיש המקיף את מכלול נסיבות העניין שיש בהן כדי לתרום לעשיית צדק."
(ההדגשות הוספו)

נדמה אפוא, כי הדברים לעיל מדברים בעד עצמם וכל המוסיף גורע.

129. הנה כי כן, נמצאנו למדים כי יש להבחין בין עצם הזכאות לפיצויים אל מול היקפם. אלו שני שלבים, העומדים כל אחד בפני עצמו, כאשר השיקולים הנבחנים בשלב הראשון (הזכאות לפיצויים) עומדים לנגד עיני בית המשפט גם בשלב השני (היקף הפיצויים). המבקש 1 ציטט אמירות נקודתיות שנאמרו בעת"מ 4582-10-09 ינוביץ נ' משרד הפנים ואח', (14.1.2010), אולם בעשותו כן, נראה כי התעלם ממבט על התמונה הכוללת ולא דק פורתא ולכן, בכל הכבוד, הגיע למסקנה מוטעית. אכן, נפסקו פיצויים חלקיים מסך הפיצויים המירבי, ואכן, אחד השיקולים היה אופי הזיכוי, אולם, כפי שראינו לעיל, שיקול זה אינו היחיד ואינו המכריע, הוא אחד מיני רבים, הכוללים, בין היתר, אף את התנהגות המערער, אשר במקרה דנו, בחר שלא לשתף פעולה עם רשויות אכיפת החוק, שיקר במצח נחושה בבית המשפט והעלה גישה בלתי מתקבלת על הדעת. משכך, הטענה כי הזיכוי מחמת הספק, כשלעצמו, מהווה שיקול מרכזי בפסיקת פיצויים או בקביעת גובהם, הינה טענה שאינה נשענת על קרקע יציבה.

130. כמו כן, המבקש 1, לא נתן את דעתו לכך, כי עיון מדוקדק בפסיקה מלמד, כי בשורת פסקי דין נקבע שגם כאשר הזיכוי הוא מוחלט, אפשר שלא ייפסק פיצוי לנאשם, היות שלא בכל זיכוי מוחלט נקבע פוזיטיבית כי הנאשם לא ביצע את העבירה. למשל, נקבע בע"פ 4492/01 עשור נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 734, 735 (2003):

“הגדרת זיכוי של נאשם כ”מוחלט” אינה גוררת בהכרח זכאות לפיצוי ולשיפוי.. התנהגותו של נאשם במהלך החקירה במשטרה או במהלך משפטו אף היא נכללת בגדר מכלול השיקולים שיבואו לעניין החזר הוצאות ותשלום פיצויים. אדם המבקש להקים לעצמו זכות לפיצוי או שיפוי צריך להראות, בין היתר, כי התנהגותו שלו לא גרמה למצב שנקלע אליו בחקירתו או במשפטו ולא תרמה לו.” (ההדגשות הוספו)

131. כך גם, בע"פ 1767/94 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 505 (1999), על אף זיכוי של הנאשם זיכוי מלא, נדחתה בקשתו לקבלת פיצויים. ראוי להזכיר כי במקרה זה, זוכו המערערים כתוצאה מכך שהורשע אדם אחר (סימון בן ארי) בביצוע הרצח. ניתן היה להניח, כי משהורשע אחר ברצח, אין עילה לפסול פיצויים לנאשמים שלבסוף הוחלט לזכותם זיכוי מוחלט. ובכל זאת, בית המשפט, מפי כב' השופט ברק, בחן את התקיימותם של שתי העילות לעיל, ושולל את זכאותם של המערערים לפיצויים. לטעמו, במקרה דנן, היה יסוד לאשמה במובן זה, שהחלטה להעמיד את המערערים לדין הייתה סבירה.

132. פסק דין זה, מאשש את הטענה, כי בית המשפט, בבואו לבחון את זכאות הנאשם לפיצויים, אינו מעניק משקל בלעדי או מכריע לסיווג הזיכוי, ואינו מתמקד דווקא בשורה התחתונה, אלא בוחן לגופו של עניין את נימוקי השופטים תוך הסתמכות על הממצאים שנקבעו.

133. בהתאם לזאת, ראוי לציין את דברי הסיום של כב' השופט ברק [עניין יוסף, עמ' 527], עת הוא דוחה את טענת בא כוחו של המערערים, לפיה דחיית הפיצויים דומה להרשעתם של המערערים בעבירה שממנה זוכו, והטלת כתם בל יימחה על שמם הטוב. לדידו, אילו טענה זו נכונה, אזי:

“משמעותה המעשית הינה, כל בכל מצב שבו אדם יצא זכאי בדינו, יש הכרח בפסיקת פיצויים, שאם לא כן, תאמר כי הוא הורשע למרות זיכוי. אין זו העמדה הקבוע בחוק בסעיף 80 (א). אכן, חפותם של המערערים מוצאת את ביטויה בקביעה אחת היא הזיכוי במשפטם. בת בעת, דחיית בקשתם לפיצויים והחזר הוצאות המשפט אינה קובעת כי הם אשמים ברצח המנוח או כי הם בהכרח נטלו חלק בביצועו. דחיית הבקשה עניינה אי-התקיימותן במקרה דנן של אותן עילות כפי שנקבעו בסעיף 80 (א) לחוק, שיש בהן כדי להביא לפיצוי הנאשם שזוכה.”

נראה אם כן, שוב, כי לא אך שאין בסיווג הזיכוי כשלעצמו, בכדי לשלול פיצויים לנאשם מכוח סעיף 80 (א) לחוק העונשין, אלא שהחלטה למתן פיצויים נסמכת ברובה על הנימוקים המצויים בגופו של פסק הדין.

134. כמו כן, בעניין **זבש** לעיל, זוכה המערער מעבירת אינוס בנסיבות מחמירות והטעמים לזיכוי היו שטענת האליבי הפכה ליותר מבוססת ולכן חזרה בה התביעה מן האישום. פועל יוצא מכך, הנאשם זוכה **זיכוי מוחלט**, ובכל זאת, דעת הרוב קבעה לנאשם פיצויים חלקיים. הטעם לשלילת פיצויים מלאים נבע מאופיו של הזיכוי (ולא מסיווגו ב"שורה התחתונה"), שכן, בית המשפט קבע כי לאור חומר הראיות המצב היה "כמעט הרשעה". בית המשפט מנמק את שלילת הפיצויים המלאים בכך שהוא אינו התרשם כי המערער דובר אמת, ואף אם טענת האליבי של הנאשם בנסיבות אלה מתקבלת, אין משמעותה בהכרח כי הנאשם לא ביצע את העבירה, וכן, אין משמעותה שהנאשם נקי מכל רבב.

135. הנה כי כן נמצאנו למדים, כי הגישה העולה מפסק הדין בנוגע לפיצויים היא, כי אין נפקא מינה לסיווג הזיכוי, בין אם הזיכוי הינו מוחלט או בין אם הזיכוי הינו מחמת הספק. לעולם בוחן בית המשפט את גוף פסק הדין, את התרשמותו מהנאשם ואת נסיבות המקרה ונסיבות העמדה לדין, ובהתאם קובע את מתן הפיצויים והיקפם.

136. 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 יזוכה זיכוי מלא, אלא שתתקיימנה אחת משתי העילות: העדר יסוד לאשמה או "נסיבות אחרות".

137. כך גם, בסעיף 81 לחוק העונשין, נראה כי הדרישה היא שבית המשפט יזכה את הנאשם, וכן כי הוגשה התביעה - "בקלות ראש, או לשם קנטור או ללא יסוד". בהתאם ללשון החוק, ברי כי כוונת המחוק שהנאשם יזוכה. **ומשעמדנו על כך כי זיכוי מחמת הספק הינו זיכוי לכל דבר, "זיכוי הוא זיכוי הוא זיכוי", אין נפקא מינה מהי הנמקת הזיכוי.** משזוכה, תבחן הדרישה הנוספת לתלונת שווא, ואם יצלח הנאשם דרישה זו, יזכה לפיצויים כנגד המתלונן.

138. אמנם, כאשר מוגש כתב האישום לאור תלונה של אדם ספציפי שאפשר לפנות אליו, על מנת לחייבו בהוצאות ניהול המשפט (לנאשם או אף למדינה בגין ניהול התביעה) בחבות אישית, יהיה צורך בזיכוי מלא. אולם, בסעיף 80, כשמדובר בפיצויים המשולמים על ידי המדינה - שלה ה"כיס העמוק", הזיכוי המוחלט אינו תנאי בלעדי לפסיקת הפיצויים, אלא נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. נראה אם כן, כי סיווג הזיכוי לאור סעיף 81 מהווה איזון בין אינטרסים מנוגדים. מחד, הרצון להימנע מתלונות שווא כנגד נאשמים ומהוצאת משאבים מיותרים והטרחת רשויות אכיפה כחוק, ומאידך, החשש שמא מתלוננים יימנעו מהגשת תלונה, לאור החשש כי יתבעו בנקל לממן את הוצאות המשפט (של הנאשם או של המדינה).

139. נבחן את טענת המבקש 1, כי הפסיקה פירשה את עילת "נסיבות אחרות" דלעיל, כחלק מהשאלה - האם נאשם זוכה זיכוי מלא או זוכה מחמת הספק (פסקה 80 לבקשת רשות הערעור). כך כב' השופט מצא בעניין עשור, בעמ' 740:

"חשוב להטעים כי בשקילת הנסיבות המקימות זכות לפיצוי כנגד הנסיבות המצדיקות שלילת הפיצוי או הפחתתו, נתון לבית- המשפט שיקול-דעת רחב. ובצדק ציין חברי השופט ריבלין כי בהפעלת שיקול-דעתו האמור עשוי בית-המשפט לייחס משקל גם לשיקולים כלליים של מדיניות משפטית שאינם מיוחדים למקרהו של הנאשם המבקש, כגון "...שיקולים חוקתיים, ותקציביים מוסדיים או השיקול שלא לרפות את ידי התביעה מלבחון מחדש את המשך ניהולו של ההליך הפלילי..." (ההדגשות הוספו)

140. יוצא אפוא, כפי שהוצג בהרחבה, שבקביעת שיעור הפיצויים אין להתחשב באופי הזיכוי גרידא, כך התקיימותו של הזיכוי מחמת הספק אינו שיקול מכריע בעילת "הנסיבות אחרות". כאמור, ישנן נסיבות אחרות שביכולתם לשלול את הפיצויים על אף שהנאשם זוכה זיכוי מלא.

141. יתרה מזאת, המבקש 1 ציטט קטע מפסק הדין בעניין חגי יוסף שהוזכר לעיל (פסקה 80 לבקשת רשות הערעור). אולם, בכל הכבוד, גם כאן, לא עמד על סוף דעתם של השופטים. אכן, קבעו השופטים בפסק הדין כי זיכוי מחמת הספק הינו שיקול בהחלטה לדחות מתן פיצויים, אך שיקול זה אינו עומד כשלעצמו ונראה אף שאינו שיקול מכריע. וכאמור, כפי שאוזכר לעיל, כי על אף זיכויים המוחלט של המערערים, נדחתה בקשתם לקבלת פיצויים בעקבות ההחלטה לזכותם. כך שניתן להיווכח, שזיכוי מחמת הספק אינו אלא שיקול אחד מיני רבים, ודאי לא כפי שהציג המבקש 1, ולפיכך אין מקום להיעתר לבקשתו מרחיקת הלכת, כי בשל טענה זו יש מקום להורות על ביטולו של מוסד הזיכוי מחמת הספק.

142. כאן המקום לציין, כי מלבד המסלול של הגשת בקשה לפיצויים מכוח סעיף 81 לחוק העונשין שהוזכרה לעיל, עומדת בפני הנאשם היכולת לפתוח הליך אזרחי, מכוח דיני הנזיקין, כנגד המתלונן, שגרם לפתיחת ההליך הפלילי נגדו. ויודגש, 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 [ראו: ת"א (עפ') 5531-05-08 עידית אליטוביץ-רזון נ' מדינת ישראל פרקליטות מחוז צפון (2.6.2013)].

143. כך, עומדות לנאשם מספר אפשרויות מתחום דיני הנזיקין:
אחת האפשרויות הינה לתבוע פיצויים בעוולת נגישה לפי סעיף 60 לפקודת הנזיקין, שעה שלדידו של הנאשם, הוגשה התביעה בזדון, ובלא סיבה סבירה ומסתברת [ראו: בש"פ 3503/91 אבי שוברט נ' שאול צפרי, פ"ד מו(4) 136 (1992.6.16)].

אפשרות נוספת הינה, להגיש תביעת פיצויים בעוולה של הפרת חובה חקוקה מכוח סעיף 63 לפקודת הנזיקין, כאשר חוקי היסוד מהווים את המקור הסטוטורי לחובה [ראו: דפנה ברק-ארז עוולות חוקתיות - ההגנה הכספית על הזכות החוקתית הוצאת בורסי, תל אביב, (תשנ"ד)].

144. כמו כן, באפשרותו של הנאשם לתבוע בעוולת הרשלנות מכוח סעיף 35 לפקודת הנזיקין.

מסקנת הדברים

145. מסקנת הדברים הינה, כי דחיית בקשה למתן פיצויים אינה מתחייבת דווקא מעצם השורה התחתונה בפסק הדין המציינת שהחלטה לזכות נבעה מחמת הספק, כי אם מגוף פסק הדין והאמירות והקביעות המצויות לאורכו כחלק מההנמקה. נמצאנו למדים, כי מסעיף 80 דלעיל, עולה כי טיב הזיכוי אינו מהווה קריטריון בלעדי לבחינת מתן פיצויים, כי אם שיקול מיני רבים תחת הקריטריון של "נסיבות אחרות". כמו כן, הצגנו אף מספר חלופות מחוץ לדין הפלילי שבאמצעותן יכול המבקש 1 לקבל את הסעד המבוקש.

"הזיכוי מחמת הספק" כראיה מנהלית - האמנם! ?

146. המבקש 1 טוען, כי מבחן הראיה המנהלית מכרסם בחזקת החפות (פסקה 88 לבקשת רשות הערעור). ואולם, קיימת אף גישה מצמצמת אשר מחילה את חזקת החפות בהליכים פליליים גרידא. כך, סעיף 6 (2) לאמנה האירופאית לזכויות אדם וחירויות בסיסיות, המחילה את חזקת החפות על נאשמים בלבד. הצ'רטר הקנדי מתייחס, בשורה של פסקי דין לנאשם בעבירה בכלל, לאו דווקא פלילית, ומחיל את חזקת החפות גם על עבירות מעין פליליות. וכן, קובע כי חזקת החפות צריכה לחול מקום שמדובר בסנקציה בעלת אופי פלילי ואינה חלה כאשר תוצאת ההליך המשמעתי הינה פיטורין או הפסקת עיסוק [ראו: רינת קיטאי "פגיעה במשרתו של אדם בשירות הציבורי בשל חשד לביצועה של עבירה פלילית" עלי משפט ב (תשס"ב)].

147. אף בבג"ץ 497/88 שכשיר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(1) 529, 536 (1989), קבע בית המשפט העליון כי חזקת החפות אינה משתרעת על ההליך המנהלי, אין ביכולתה לכבול את הרשות שיטענו כי חזקת החפות אינה משתרעת על ההליך המנהלי, אין ביכולתה לכבול את הרשות המנהלית בעת קבלת החלטתה. אף על פי כן, הלכה פסוקה היא, כי בית המשפט העליון, הכיר באופן כללי בתחולתה של חזקת החפות בהליך המנהלי, אולם התייר את סתירתה בהליך זה על יסוד תשתית ראייתית שאינה מחייבת הרשעה פלילית דווקא.

148. עמד על כך כבי השופט ברק בבג"ץ 4267/93 אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז(5) 441, 463 (1993):

"חזקת החפות - העומדת לכל נאשם - אינה מונעת הפסקת כהונתו של נושא משרה שלטונית, ובלבד שלפני הרשות השלטונית המחליטה מצויה ראיה, אשר בשים לב לנסיבותיה היא כזו "אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה..."

149. במסגרת זו, עמדת המשיבה בהליך לעיל, מאמצת את גישתם של המלומדים מנשה וגרונו, כי מקום שמתקבלות החלטות מנהליות נגד נאשם שזוכה מחמת הספק, הרי מדובר בהחלטות שמטרתן מניעתית, לאור המידע בעניינו של הנאשם. מקבל ההחלטה המנהלית אינו אמור מלכתחילה לוודא את סתירתה של חזקת החפות על פי דיני הפרוצדורה והראיות במשפט הפלילי. שכן, קבלת החלטות מנהליות מסוג זה אינה תלויה מלכתחילה בדין משפטי על פי הפרוצדורה הפלילית, שבסיומו צריך להינתן פסק דין שיוכיח את אמיתות המידע מעבר לכל ספק סביר [מנשה וגרונו, עמ' 45].

150. פועל יוצא מהדרישה, כי כל החלטה מנהלית נגד אדם חייבת לעמוד, הלכה למעשה, בדרישות פרוצדורליות על מנת לסתור חזקת חפות בפלילים הוא, שכל החלטה מנהלית נגד הנאשם דינה מבחינה פרוצדורלית וראייתית כדין החלטה בדבר אשמתו של הנאשם. תפיסה זו מבטלת את ההבחנה בין החלטות מנהליות להכרעות דין בפלילים, והיא בעלת השלכות מרחיקות לכת על יכולת הרשויות לקבל החלטות מנהליות [מנשה וגרונו, עמ' 45].

151. באשר לטענת הפגיעה בנושא משרה ציבורית או אדם המיועד לכך - תטען המשיבה, כי לנוכח החשיבות הייחודית להבטחת אמון הציבור בשירות הציבורי ובטוהר המידות של עובדיו ומניעת פגיעה בהם ולו למראית עין, עברו של נושא משרה ציבורית, מהווה שיקול מכריע בהחלטה על העסקתו כעובד. הערכה כי אמון הציבור בשירות הציבורי נפגע בשל העסקת חשוד או נאשם בתפקיד ציבורי מספיקה לשם פגיעה במשרתו, ואין בה כשלעצמה כל התיימרות לקבוע ממצא בשאלת אשמתו או חפותו של נושא המשרה. לעיתים עצם החשדות כלפי אדם ביכולתם לפגוע בתפקודו ולהצדיק את פיטוריו, גם אם אינם מבוססים [בג"ץ 126/58 אשר נ' שרת החוץ, פ"ד יג 144, 157-158 (1958)].

לעיתים, אף אם נושא משרה זוכה, ללא קשר לטיב הזיכוי, עצם קיומם של החשדות כלפיו ועצם העובדה כי הואשם, נחקר והועמד לדין, הם אלה שמבעוד מועד, הכתימו את שמו וגרמו לציבור לפקפק ביושר דרכיו, עוד בטרם ניתנה הכרעה לגביו.

152. 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 לא תקינה מהווה עבירה פלילית. ניקוי אדם מחדש במישור הפלילי, בין שמלכתחילה לא הניבה החקירה בעקבותיה כתב אישום ובין לאחר זיכוי במשפטו, אינה יכולה להקנות לו "חסינות" מפני מתן הדין במישור הציבורי על ליקויים שהתגלו (בהנחה שהתגלו) בעבודתו, ומפני בחינה של מידת התאמתו לתפקיד. כך, יש יסוד להניח כי נושא משרה ציבורית לא נהג בזדון ולפיכך אינו נושא באחריות פלילית, אך נהג ברשלנות, בזלזול ובחוסר קפדנות כסיבה מספקת לפיטוריו [ראו: בג"ץ 24/58 ארביב נ' שר הביטחון, פ"ד יב, 651 (1958)].

153. 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. וכך ציין כב' השופט חיים כהן בבג"ץ 94/62 גולד נ' שר הפנים, פ"ד ט"ז 1856, 1857 (1962):

"הכלל האמור המעמיד אדם בחזקת זכאי וחרף מפשע, באין ראיה לסתור, אינו קובע - ולא ידעתי גם כל כלל משפטי אחר הקובע - כי רשות מנהלית החייבת להשתכנע בעברו של אדם אינה מוסמכת לקבוע שיש לו עבר פלילי אם הורשע בדין.
הנפסול את סירובו של הנציב למנות מועמד לעובד המדינה כשהסירוב מבוסס על ראיות המוכיחות באופן סביר את עברו הפלילי, מהטעם שראיות אלו לוקות בחסר פסק-דין מרשיע? נניח שהמבקש דנא חפץ להתקבל לשירות המדינה והנציב מסרב לקבלו מהנימוק האמור, האם היינו כופים על הנציב לקבלו, ופוסלים את הסירוב מחמת העדר של הרשעה בדין... אם נמסרה ההכרעה בעניין עברו של אדם בידי רשות מנהלית שאינה מוסמכת להשביע עדים ולגבות ראיות בדרך שראיות נגבות בבית-המשפט, די לה לרשות המנהלית אם הכרעתה מבוססת על ראיות שיש בהן כדי לשכנע אדם סביר בעברו של המבקש, אפילו לא היו הראיות קבילות בבית-המשפט ואפילו היה משקלן חסר בהליך שיפוטי." (ההדגשות הוספו)

154. יש להדגיש, כי רמת הוודאות הנדרשת לצורך הרשעה בפלילים מובדלת מרמת וודאות לצורך ביסוס ראיה מנהלית. לעניין זה יפים דברי כב' השופטת ביניש בע"פ 9993/03 חמדאן נ' מדינת ישראל פ"ד נט(4) 1, 3 (2004) [להלן: "עניין חמדאן"]:

"בית המשפט קבע עוד כי רמת הוודאות הנדרשת לשם קביעת קיומה של מניעה "מטעמים פליליים" ליתן מעמד של תושבות קבע בארץ, פחותה מרמת הוודאות הנדרשת לשם הרשעה בפלילים." (ההדגשות הוספו)

155. כידוע, כדי לעמוד בדרישת הביסוס העובדתי, בהליך המנהלי לא חלים דיני הקבילות. כך שהרשות מנהלית רשאית להסתמך על ראיות אשר נפסלו בהליך הפלילי ומעצם כך, יכולה לבסס את החלטתה על אף הזיכוי בהליך הפלילי.

156. בעניין זה יודגש, כי ראוי להבחין בין "עבר פלילי" במובנו הצר - שמתהווה כתוצאה מהרשעה בפלילים, לבין "עבר פלילי" במובנו הרחב, הטומן בחובו, מלבד ל"עבירה הפלילית", 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) [להלן: "מאמרו של קלגסבלד"]].

157. כך, בהתאם לדברי ד"ר קלגסבלד בחיבורו (עמ' 94), רשות מנהלית רשאית לבסס החלטה נגד אדם על יסוד ראיה מנהלית למעשה פסול, אך אל לה לקבוע על יסוד ראיה מנהלית שלאדם יש עבר פלילי. משמע, **הרי היא מוסמכת לקבוע כי אדם הוא בעל "עבר פסול" לצרכים מנהליים על יסוד ראיה מנהלית**, כשם שישנם מעשים פסולים שאינם מגבשים עבירות פליליות. כך, ישנן עבירות פליליות שביצוען אינו מכתים בפסול תפקיד מסוים או מינוי לתפקיד [ראו: בג"ץ 799/80 שלם נ' פקיד הרישוי, פ"ד ל"ו(2) 317, 324-325 (1981)].

158. על בסיס עניין חמדאן לעיל, טוען המבקש 1 (פסקה 99 לבקשת רשות הערעור), כי ניתן להשתמש בהכרעה של פסק דין מזכה כדי לקבוע שלאדם יש "עבר פלילי" לצורך קבלת החלטות מנהליות. אולם, בכל הכבוד, ההסתמכות על פסק דין זה שגויה, היות שבטיעונו זה, התעלם מהמשך הדברים המובאים, אשר מבהירים קביעה זו [עניין חמדאן, עמ' 141]:

"...ניתן אפוא לקבוע באופן עקרוני כי זיכוי בפסק דין פלילי אינו חוסם בהכרח את דרכה של הרשות המינהלית לייחס עבר פלילי לאדם המבקש לקבל מעמד בישראל. מסקנה זו מתבקשת מן השוני בין רף ההוכחה ודיני הראיות במשפט הפלילי לבין התשתית הראייתית הנדרשת לשם קביעת עובדות לצורך החלטה מינהלית.

כידוע, רשות מינהלית איננה כפופה לדיני הראיות הרגילים, ולפיכך, להבדיל מבית-המשפט, רשאית רשות מינהלית לקבל כל ראיה "אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה" [...]. עם זאת נראה כי בנסיבות שבהן ניתן פסק-דין מזכה בהליך פלילי, להבדיל מנסיבות שבהן יש מידע וראיות שלא עמדו במבחן שיפוטי, אין הרשות רשאית להתעלם ממסקנות ההליך הפלילי, אף כי כאמור המסקנה המזכה אינה מחייבת את הרשות לעניין זה. על הרשות ליתן בהחלטתה משקל הולם לקיומו של פסק-דין מזכה.

כך רשאית וחייבת היא ליתן דעתה על מימצאיו של בית-המשפט, לנימוקי הזיכוי, לעוצמתן של הראיות המינהליות, כמו גם לשאלה אם אין בפסק-הדין מימצאים הסותרים את הראיות המינהליות או מקימים ספק משמעותי באשר לתוקפן.” (ההדגשות הוספו)

159. משכך, כפי שנטען לעיל, השימוש בהכרעה של פסק דין מזכה לצורך קבלת החלטות מנהליות, אינו נובע דווקא מחמת ה”שורה התחתונה”, קרי - מעצם הזיכוי, אלא מנימוקי השופטים ומהמימצאים עליהם הסתמך בית המשפט. ייתכן אפוא מצב, בו הראיות אינן מספיקות לצורך הוכחת אשמה מעל לכל ספק סביר ועל כן הנאשם יזוכה, אך משהבהרנו כי קיים רף הוכחה שונה לצורך החלטה מינהלית, סביר כי אותן ראיות, יספיקו לצורך החלטה במישור המנהלי והמשמעותי.

160. ברצוננו להבליט, כי חרף העמדה שהובאה לעיל באשר לפסק דין מזכה, בעניין חמדאן, בית המשפט העליון קבע, כי בנסיבותיו המיוחדות של חמדאן אין לקבל את עמדת המשיב באשר להסתמכות על הראיות לצורך ההחלטה המנהלית. נקבע כי גם אם קיימות ראיות מנהליות כנגד המערער, יש להתחשב בסוג העבירה שיוחסה לו, בחומרתה ובנסיבות ביצועה. וכן בעובדה כי מלבד אותה תביעה, אשר כשלה התביעה בהוכחתה, לא ניתן להוכיח כי נשקפת סכנה לציבור מן המערער.

161. המשיבה אינה חולקת על טענת המבקש 1, כי לא ראוי שמקבלי החלטות השיפוטיות והמנהליות יסתפקו רק בקביעה הסופית של ”הזיכוי מחמת הספק”, אלא ראוי שיחלצו מההנמקה בפסק הדין תמונה מדויקת יותר. מה גם, שנראה כי הלכה למעשה, זהו המצב כיום. כך, בכל הכבוד, שגה המבקש שעה שטען כי הלך הרוח של הרשות המנהלית הינה להסתפק רק בקביעה הסופית (פסקה 93 לבקשת רשות הערעור), לצורך טיעון זה, היה על המבקש לעגן טענה כבדת משקל זו. אולם, לא רק שלא הובאה בפנינו, ולו ראיה אחת, המוכיחה כי השופטים פוסקים שעצם הזיכוי ”מחמת הספק” כשלעצמו, מהווה ראיה להחלטה במישור המנהלי והמשמעותי, אדרבא, מעיון בפסקי הדין, לא נאמר, אף לא פעם אחת, כי עצם הנמקת הזיכוי - ”מחמת הספק” מהווה ראיה מנהלית. לא כל שכן, הובהר כי על אף הזיכוי, ייתכן כי הראיות שנבחנו, די בהן להוות ראיה מנהלית לצורך החלטה מנהלית.

162. כמו כן, כך נאמר על ידי המלומדת רות גביוזן ”עבירה שיש עמה קלון כפסול לכהונה ציבורית” משפטים א 176, 180 (תשכ”ט):

”הקלון שבהתנהגות מסוימת אינו נובע מן העובדה שהתנהגות הזו מהווה עבירה פלילית. הקלון נובע מכך, שהתנהגות הזו נראית כבלתי מוסרית. והמוסר בניגוד למשפט, אינו בוחן יסודות מסוימים, שנראו חשובים למחוקק, אלא צופה על ההתנהגות על כל נסיבותיה המיוחדות.” (ההדגשות הוספו)

163. משכך, לטעמנו, "אות הקלון" המתהווה, לטענת המבקש 1, עקב הזיכוי מחמת הספק, אינו נובע מזיכוי זה, אלא מעצם ה"שפיטה של הציבור" בהתאם לנסיבות, עוד בהגשת כתב האישום. וכידוע, השקפת הציבור, בדומה למוסר, אינה מגבילה עצמה ליסודות שנקבעו על ידי המחוקק. כך שייכת, מבחינה מוסרית - ציבורית, כי לדעת הציבור הנסיבות מוליכות להכרעה בדבר אשמתו של אדם מסוים, על אף זיכוי.

164. מעבר לכך, לגישתנו, בכדי שרשות מנהלית תוכל לבסס את החלטתה על ראיות, עליה לעבור מסכת שלבים שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון. בבג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת הגב' שלומית אלונז, 412, 424 (1994), קבע כב' השופט זמיר ארבעה מבחנים לקבילתה של "הראיה המנהלית":

"הרשות המינהלית צריכה לאסוף את הנתונים הנדרשים לקבלת החלטה... באיסוף הנתונים חייבת הרשות המנהלית להבדיל בין נתונים שייכים לעניין לבין נתונים שאינם שייכים לעניין... לא כל נתון שייך לעניין ראוי לבוא בחשבון שיקוליה של הרשות המינהלית. כדי שרשות מינהלית תוכל להתבסס על נתון, צריך שהנתון יעמוד במבחן הראיה המינהלית. זהו מבחן גמיש. הוא מאפשר לרשות המינהלית לקחת בחשבון גם ראיות שאינן קבילות בבית-המשפט, כגון עדות שמיעה... זהו, אם כן מבחן של סבירות: הרשות המינהלית רשאית לסמוך על נתונים הנוגעים לעניין שאדם סביר (ואולי יותר נכון לומר: רשות סבירה) היה סומך עליהם לצורך קבלת החלטה בעניין העומד על הפרק. הנתונים הנוגעים לעניין, שבהם גם נתונים העומדים במבחן הראיה המינהלית, הם התשתית לקבלת החלטה." (ההדגשות הוספו)

165. אם כן, לצורך החלטה, תוך שימוש ב"ראיה מנהלית" צריכה הרשות לעמוד בתנאים אלו לעיל: **איסוף נתונים** - על הרשות לעשות זאת באורח סביר לאור נסיבות העניין; **שייכות לעניין** - סינון ומיון הנתונים הרלוונטיים, וכן, הערכת העובדות. זהו שלב קריטי, לפיו, לאחר שסיננה הרשות נתונים שאינם שייכים לנושא, עליה לתת את המשקל הראוי לכל נתון או עובדה; **אמינות הנתונים** - לפי "מבחן הראיה המנהלית" - היינו לפי האדם הסביר. הבחינה היא האם רשות סבירה אחרת הייתה מסתמכת על אותם הנתונים לצורך קבלת החלטה [ראו: בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כ"ו(2) 337 (1972) [להלן: "עניין לנסקי"]]; **ראיות מהותיות** - ההחלטה צריכה להתבסס על ראיות מוצקות ולא על שמועות בעלמא.

166. מכאן למדים אנו, כי לצורך יצירת תשתית עובדות כבסיס להחלטה מנהלית, על הרשות לעמוד בארבעת המבחנים הללו, ולא על מבחן הראיה המנהלית שנקבע בעניין **לנסקי** גרידא - "כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה", כפי שטען המבקש 1. בטיעונו זו, עולה כי הדרך לקביעת ראיה כראיה מנהלית הינה פשוטה ומהירה. עם זאת, בעניין יורונט, שהוא פסק דין מאוחר יותר לפסק דין לנסקי, נראה כי ישנה ביקורת שיפוטית להחלטה מנהלית ועל הרשות המנהלית כאמור, לצלוח ארבעה מבחנים לצורך קבלת החלטה תוך שימוש ב"ראיה המנהלית". בכל הכבוד, ביסוס טענת המבקש 1 על מבחן הסבירות גרידא, הנכלל בשלב (ג) - אמינות הנתונים, אינה מדויקת ולוקה בחסר, שכן מלבד למבחן זה כאמור, על הרשות מוטלת החובה לעמוד בשלושה תנאים נוספים.

167. יתרה מזאת, הישענות המבקש 1 (פסקה 93 לבקשת רשות הערעור) על מאמרם של המלומדים **מנשה וגרונו** בעניין זה, אינה מבססת את טענתו. שכן, בפרק המצוטט, דנים המלומדים בהבחנה הקיימת בבחינת הזיכוי "מחמת הספק" בין החלטה מנהלית לבין מתן פיצויים. בעוד ההחלטה הראשונה - החלטת המינוי המנהלית, דורשת טווח ביטחון רחב באשר להתנהגותו הטובה והנקייה מרבב של המועמד למשרה. הרי ההחלטה השנייה - מתן פיצויים, אינה דורשת טווח ביטחון שכזה. **מנשה וגרונו** מסכימים עם הטענה כי די בכך שישנו ספק סביר באשר לניקיון כפיו של המועמד, כדי להעדיף מועמד מתחרה שאין לגביו ספק כזה. וכן מקבלים, כי ניתן במצב כזה לקבל החלטה על אי מינוי אף אם רוב הסיכויים הם שהמועמד חף, אולם ישנו ספק סביר שמא הוא אשם.

מכאן ברור אפוא, כי הטענה לחשש מיצירת קולקטיביזציה של נאשמים נאמרה באשר לפיצויים, ולא באשר לראיה מנהלית [מנשה וגרונו, עמ' 42].

168. המבקש 1 טוען, כי זיכוי מחמת הספק עלול למנוע מנאשם להתמנות למשרה בשירות הציבורי ומצטט את דעתו של כב' היועץ המשפטי לממשלה מני מזוז, בעניינו של מר חיים רמון (פסקה 98 לבקשת רשות ערעור). עם זאת, נראה כי מדובר באמירה שניתנה **טרם מתן פסק הדין**, ודבריו של מזוז אינם אלא **דעה** המשקפת **עמדה ציבורית שאינה קביעה או הלכה משפטית מחייבת**. בכל הכבוד, אילו היה המבקש סוקר את הנושא לעומקו, היה נפעם לגלות כי לא רק שמר חיים רמון הורשע, כי אם חזר לכנסת ולממשלה, לאחר שסיים לרצות את עונשו, ומונה, בין היתר, לתפקיד המשנה לראש הממשלה. אם כך, נראה כי אף לאחר הרשעה ניתן להתמנות בישראל למשרה ציבורית, קל וחומר שהדברים נכונים לאחר זיכוי מחמת הספק, המהווה, כפי שפורט בפסיקותיו של בית משפט נכבד זה והערכאות דלמטה, זיכוי במלוא מובן המילה.

סעדים לפגיעה הנובעת מהחלטה מנהלית

169. על מנת להפיס את דעתו של המבקש 1, ולמעלה מן הצורך יוזכר ויודגש, כי לנפגע מעצם ההחלטה המנהלית, עומדת אפשרות להגשת עתירה מנהלית. עתירה מנהלית, היא כלי בידי האזרח לקבל סעד בהליך כנגד רשות שלטונית. במצב עניינים זה, הרשות המנהלית נתונה לביקורת שיפוטית על ידי בתי המשפט המנהליים, היות ותפקידם הוא לבחון את תקינות המעשה המנהלי ולוודא שהסמכות הופעלה על ידי הרשות בגדרי סמכותה, משיקולים ענייניים ובמתחם הסבירות המוקנה לה. כך, שאם אכן הפגיעה אינה מוצדקת, בית המשפט לעניינים מנהלים יתערב בהחלטה.

170. יתרה מזאת, עומדת לנפגע אף זכות ערעור על העתירה המנהלית, לבית המשפט העליון. מכאן, סבורה המשיבה, כי אף אם מתקיימת פגיעה כטענת המבקש 1, שהורתה טמונה במוסד הזיכוי מחמת הספק, ואשר מובילה להחלטה הדוחה או מונעת קבלת משרה ברשות מנהלית מסוימת, פגיעה זו נתונה לביקורת שיפוטית ובהימצא שפגיעה זו אינה כדוין, יינתן לנפגע סעד בהתאם.

סיכמו של דבר

171. לאור המתואר בהרחבה, סבורה המשיבה כי יש לדחות את טענת המבקש 1 כי הפגיעה הנלווית למוסד הזיכוי מחמת הספק ואשר ביטויה בהחלטה מנהלית הנובעת ממנה, מהווה טעם לביטול מוסד הזיכוי מחמת הספק. הובהר לעיל, כי שיקולים רבים נשקלים לצורך קבלת החלטה על ידי רשות מנהלית, וכי לנפגע ישנן חלופות ראויות למניעת פגיעה זו. יתרה מזאת, הצגנו כי הפגיעה אינה גורפת ומתחייבת ישירות מעצם קיומו של מוסד זה, אלא נובעת מבחינת הראיות על ידי הרשות המנהלית, ברף הוכחה השונה מרף ההוכחה הפלילי.

מדוע אין הפגיעה בחופש העיסוק מצדיקה את ביטולו של מוסד הזיכוי מחמת

הספק

172. נשיב לטענות המבקש 1, באשר לפגיעה בחופש העיסוק (פסקה 72 לבקשת רשות הערעור). לאחר בחינת הראיה המנהלית דלעיל, שכן, נראה כי הפגיעה בחופש העיסוק הינה נלוות לראיה המנהלית, או לכל הפחות, נובעת מהשימוש במהותה של הראיה המנהלית.

173. מן הראשית יודגש, כי המשיבה תמימת דעים עם עמדת המבקש 1 באשר לחשיבותו של חופש העיסוק. ידוע לכל, כי חופש העיסוק היה מאז ומתמיד זכות יסוד בישראל. בעניין זה, אמר כב' השופט בך בבג"ץ 338/78 מרגליות נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מב(1), 112, 114 (1988):

"...חופש העיסוק במקצוע לפי בחירתו של כל אזרח הינו אחת מהזכויות הבסיסיות במשטר דמוקרטי, ורק חקיקה ברורה, מוסמכת ומפורשת, יש בה כדי להגביל חופש זה."

174. בפסק דין זה, ורבים אחרים, ניתן להיווכח בעמדת בית המשפט המבטאת הכרה בחשיבותה של הזכות לחופש העיסוק, קל וחומר כיום, שחופש העיסוק מעוגן בחוק-היסוד: חופש העיסוק, התשנ"ב-1992 [להלן: "חוק-יסוד: חופש העיסוק"]. לפי חוק יסוד זה, כל רשות שלטונית מחויבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב (סעיף 3 לחוק).

175. עם זאת, ככל שעסקינן בחופש העיסוק, הרי שיש לזכור כי זכות זו אינה מוחלטת כי אם זכות יחסית, אשר יש לאזנה מול אינטרסים אחרים. כך למשל, קבע בית המשפט המחוזי בעניין איסור הלבנת הון על נושאי משרה [עתמ (י-ם) 473/07 ש.י. דייט שבע"מ נ' מדינת ישראל, 1, 18 (23.09.2007)]:

"הזכות לחופש העיסוק אינה מוחלטת, והפגיעה בה הכרחית

בנסיבות מסוימת בהן נפגעים ערכים מוגנים אחרים...

(ההדגשות הוספו)

176. לטעמנו, אין מדובר בפגיעה הכרחית וקונקרטי, הנלווית לזיכוי "מחמת הספק" כשלעצמו. פגיעה זו אינה אלא בגדר אפשרית, ובמקרים שהפגיעה הינה אכן מוחשית, באפשרותו של הנפגע לעתור לבג"ץ לצורך עשיית צדק. מפסקי דין שיובאו להלן, ניתן לראות בביור, כי בית המשפט שוקל בכובד ראש את הפגיעה בחופש העיסוק ואינו נחפז לאפשר פגיעה זו.

177. לקידום דיונו הקונקרטי, נבחן את הפגיעה בחופש העיסוק של נושא משרה ציבורית, שכן, מר אלנבי מכהן כפרקליט בכיר בפרקליטות המדינה. עם זאת, ולמעלה מן הצורך, נשיב אף לטענת המבקש בעניין הפגיעה בחופש העיסוק בעסקים פרטיים ועצמאיים.

178. באשר לפגיעה הנלווית לראיה מנהלית, ניתן לראות, כי לא רק שנקבעו תנאים לביסוס הראיה ככזו, אלא שבית המשפט אף בוחן את הפגיעה בחופש העיסוק בהתאם לפסקת ההגבלה. בעניין יורונט, קבע בית המשפט כי אין לפגוע פגיעה ממשית בחופש העיסוק, אלא על יסוד תשתית ממשית של עובדות. עמדת בית המשפט אינה מבחינה בין רשות מנהלית לבין רשות אחרת או אזרח, לטעמה, אין לפגוע בזכות היסוד לחופש העיסוק ללא הצדקה מפורשת לכך. לעניין זה, נקבע בבג"ץ יורונט, בעמ' 425:

"החלטה מנהלית צריכה להיות מבוססת על תשתית של עובדות.

מכאן שאין לפגוע פגיעה ממשית בחופש העיסוק של העותרות,

אלא על יסוד תשתית ממשית של עובדות."

179. ובהתאם, אף מתן שיקול הדעת, הניתן לרשות המנהלית כתוצאה ממבחן הראיה המנהלית, שיקול דעת זה מוגבל ככל שישנה פגיעה בזכות יסוד חוקתית. כך קובע כב' השופט זמיר בעניין יורנט, בעמ' 425:

”... מידת הסבירות מחייבת כי המשקל של הנתונים שלפני הרשות יהיה כבד יותר ככל שהחלטה המנהלית מורכבת יותר או פגיעתה קשה יותר. פגיעה קשה במיוחד בזכות יסוד צריכה להתבסס על נתונים מהימנים ומשכנעים במיוחד.”

180. לאורך פסק הדין בעניין יורנט, ניתן לראות, כי מלבד זאת שכב' השופט זמיר בוחן את ארבעת המבחנים שהובאו לעיל לעניין בסיס ראיה כראיה מנהלית, הוא בוחן אף את מידת הפגיעה בחופש העיסוק, כדבריו (עמ' 24):

”גם אם הפגיעה בחופש העיסוק של העותרות הייתה נתמכת על-ידי שיקולים ענייניים ומבוססת על תשתית ראויה של עובדות, עדיין צריך היה לדרוש מן המשיבה כי הפגיעה תהיה רק במידה הראויה, כלומר, במידה שאינה עולה על הנדרש. דרישה כזאת משקפת את היחס הראוי בין אמצעי לבין המטרה: אל לה לרשות מינהלית לנקוע אמצעי שפגיעתו קשה מעבר לנדרש כדי להשיג את המטרה. זוהי דרישת המידתיות (proportionality).”

181. כב' השופט זמיר מוסיף, כי מפאת העובדה שדרישת המידתיות זכתה, בכל הנגוע לחופש העיסוק, אף ל"גושפנקא חוקתית" מכוח סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, דרישה זו חלה לא רק על המחוקק ומחוקק המשנה, אלא גם על הרשות המנהלית. לאחר בחינת הטעמים של המשיבה אל מול טענות העותרות לפגיעה בחופש העיסוק, קובע כב' השופט זמיר, כי קיימת פגיעה בחופש העיסוק מעבר למידה הנדרשת ולפיכך, דין העתירה להתקבל.

182. מפסק דין זה, נמצאנו למדים כי שעה שקיימת פגיעה בחופש העיסוק, 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.

183. איננו רואים אפוא, בכל הכבוד הראוי, כל ביסוס לטענת המבקש 1 כי זיכוי מחמת הספק עשוי להוביל גם להחלטה על פיטורין. בפסק הדין שאיזכר המבקש 1 (פסקה 75 לבקשת רשות הערעור) [ע"ע 300178/98 **ביבס נ' שופרסל בע"מ** תק-אר 2001 (3), 59 (2002)] להלן: **”עניין ביבס”**], העובד פוטר טרם מתן פסק הדין ואף טרם הגשת כתב אישום, וזאת בשל חשדות המעסיקה כי העובד גנב מהעסק ולא עקב ההחלטה לזכותו מחמת הספק.

184. הנה כי כן נוכחנו לראות, כי פיטורי העובד בעניין **ביבס** לא נבעו מעצם זיכוי מחמת הספק, אלא מעצם חשדות המעסיקה כלפיו ואין נפקא מינה אפוא, אם זוכה או זוכה מחמת הספק, שכן המעסיקה איבדה את אמונה בעובד עוד קודם להגשת כתב האישום. למעסיקה ניתנת הפררוגטיבה הניהולית לבחור את עובדיה. וככל שעובד נחשד בגניבה, ונותר ספק סביר באשר לניקיון כפיו, אין מניעה שתעדיף מועמד מתחרה שאין לגביו ספק כזה.

185. כאמור, רף ההוכחה בפלילי גבוה מרף ההוכחה הנדרש במשפט האזרחי. אמנם, החלטת המעסיקה אינה החלטה שיפוטית, אך גם בהחלטה זו ניתן לומר כי קיים רף הוכחה "מעין אזרחי". המעסיקה בוחנת בראות עיניה את החשדות העולים כלפי הנאשם, ללא כל קשר לבחינה המקבילה בבית המשפט. ואם לטעמה, נותר ספק בחפותו, ואף לו קטן, זכאית היא לחופש פעולה נרחב באשר לפיטוריו, וכפי שהבהיר כב' השופט אדלר בעניין **ביבס**, בעמ' 502:

"...מציאות זו מחייבת הענקת גמישות מרבית למעסיק המנהל את מפעלו. למעשה, כל עוד המעסיק שומר על כבוד העובד, על זכויותיו החוקתיות, על הזכויות שנקבעו בהסכם הקיבוצי ובחווה העבודה בינו לבין העובד, אין מקום להגביל את הדרך שבה המעסיק בוחר לנהל את מפעלו." (ההדגשות הוספו)

משאיבדה המעסיקה את האמון בעובד, אין כל סיבה לכפות עליה את המשך העסקתו, שהרי:

"מפעל פרטי חייב לדאוג לרווחיותו, שאם לא כן יאלץ לסגור את שערו, ובעלי המפעל יאבדו את הונם והעובדים את מקום עבודתם. ניהול המפעל באופן שיבטיח את רווחיותו מחייב את הנהלתו לסמוך על יושרם של העובדים." (ההדגשות הוספו)

[**"ביבס"**, עמ' 501]

סיכומם של דברים

186. מן הראוי, לדחות את עמדת המבקש 1 כי מוסד הזיכוי "מחמת הספק" פוגע בחופש העיסוק, הן בתחום הציבורי והן בתחום הפרטי. ציינו לעיל, כי הטעמים לפגיעה בחופש העיסוק, אינם עצם קיומו של מוסד הזיכוי "מחמת הספק", אלא אובדן האמון של המעסיק בעובד, עוד משלב החשד בעובד. למעסיק נתונה הפררוגטיבה הניהולית לנהל את עסקו כראות עיניו, וזיכוי הנאשם מעבירה פלילית, אינו בהכרח מסיר את החשדות כלפיו בשדה האזרחי. כל מקרה נבחן לגופו ובהתאם לנסיבותיו הפרטניות.

זכות להליך הוגן

187. אף בעניין הזכות להליך הוגן, אין המשיבה חולקת במאומה על חשיבותה ומרכזיותה כזכות דיונית, הנמנית בגדרו של **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**. בעניין זה, כתבה כב' השופטת דורנר במ"ח 3032/99 **עמוס ברנס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 354, 375 (2002):

"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנתקבל בשנת 1992, הקנה מעמד של זכות יסוד חוקתית לזכותו של אדם להליך פלילי הוגן, בעיקר מכוח סעיף 5 לחוק היסוד הקובע זכות לחירות, ומכוח סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד הקובעים זכות לכבוד האדם."

188. בכל הכבוד, באשר לטיעוני המבקש 1, לביטול מוסד הזיכוי מחמת הספק בשל היותו פוגע בזכות להליך הוגן - לשיטת המשיבה, נראות טענות אלו כטענות המועלות **"מן הגורן ומן היקב"** [ראו: "פְּדָגָן מִן הַגֶּרֶן וְכַמְלָאָה מִן הַיָּקֵב" (ספר במדבר, יח, כז)] ומהוות ביטוי לצדקנות שאינה ראויה. **בסופו של יום, אל נא נשכח, הנאשם יוצא זכאי (!) ונבאר.**

189. הזכות להליך הוגן הינה זכות טבעית רחבה, הכוללת בחובה שלל זכויות ספציפיות, שתכליתן להקנות לנאשם הליך ראוי. כגון: זכות ההיוועצות, זכות השתיקה, זכות השוויון, זכות לייצוג על ידי עורך דין, זכות הטיעון והזכות לעיון בחומר הראיות.

190. כמו כן, זכות זו כוללת אף את הזכות להנמקת פסק הדין. כך לפי סעיף 6(1) לאמנה האירופית לזכויות אדם, הקובעת כי חובת ההנמקה השיפוטית היא נגזרת מהזכות להליך הוגן.

191. במבט כולל, הפגיעה בזכות זו הינה פגיעה בזעיר אנפין שכן, הנאשם מיצה את זכויותיו להליך הוגן - היה מיוצג, קיבל את זכות הטיעון והעיון, זכה לפסק דין מנומק ואף קיבל את זכות הערעור.

192. אף אם ישנן פגיעות הנובעות **מהנמקת הזיכוי**, לא ניתן לרפאן באופן מוחלט. כך, ניתן לומר שכאשר זכות נפגעת, הדרישה היא לבחון את מידתיות הפגיעה בזכות זו, ואם פגיעה זו מידתית ומוצדקת, היא תיוותר בעינה או שתצומצם ככל שניתן. כאמור, הפגיעה במקרה דנן, הינה בטלה בשישים אל מול מיצוי הזכות ככל הניתן וכן אל מול חובת ההנמקה של השופט הקבועה בחוק. **הזכות להליך הוגן אינה כוללת את התגוננות הנאשם בפני נימוק השופט.**

193. כאן המקום לציין, כי הטענה שהנאשם "מתפשר", על מנת להיות מזוכה מחמת הספק (פסקה 111 לבקשת רשות הערעור), וצריך לחשוש משני תרחישים אפשריים (זיכוי, וזיכוי "מחמת הספק"), הינה טענה מרוקנת מתוכן המוסוות בשפה מליצית. הנאשם יצא זכאי, וזיכוי כולל בחובו אף את הזיכוי מחמת הספק. ניתן לומר, כי ישנן פגיעות רבות בזכויות הנאשמים, ובפרט בזכות להליך הוגן, כבר מעצם הגשת כתב האישום. אך כפי שנאמר לעיל, זכויות אלו יחסיות הן, ובאיזון בין פגיעה הנטענת על ידי המבקש אל מול חובת ההנמקה של השופט, חופש ביטוי, השאיפה לחשיפת האמת והעובדה כי בסופו של דבר, יצא זכאי, יוצא אפוא, כי פגיעה זו מידתית ובלתי נמנעת לאור חובת ההנמקה.

194. ביטול מוסד הזיכוי "מחמת הספק", רק כדי למנוע מהנאשם "להימנע משני תרחישים אפשריים" (פסקה 111 לבקשת רשות הערעור), לא ימנע את הפגיעה, שהרי, כטענת המשיבה החוזרת ונשנית, מקור הפגיעה אינו בקביעה הסופית, אלא בהנמקת השופט הנפרסת לגופו של פסק הדין. ואדם שנפגע מנימוקי השופט בהכרעת הדין, יפגע אף מנימוקי השופט בגוף פסק הדין. אם כך, היעלה על הדעת, כי על הנאשם לחשוש אף מתרחיש אפשרי בו לא התכונן כראוי לנימוקי השופטים?! בכל הכבוד, תטען המשיבה, כי נימוק זה הינו "גוֹזֵמָא בַעֲלֵמָא" [ראו: בבלי, בבא מציעא, דף קד, ע"ב] ובמאזן עלות מול תועלת, עלות ביטול מוסד זה אינו מצדיק את התועלת שלכאורה תושג בכך (כאמור הראינו לעיל מדוע ולא היא!).

195. באשר לטענה כי לנאשם לא ניתנת אפשרות סבירה להתגונן (פסקה 116 לבקשת רשות הערעור), תטען המשיבה, כי טעות היא מעיקרא. ראשית, האשמה והחפות הן קטגוריות דיכוטומיות המכסות את כלל המצבים האפשריים בהם הנאשם יכול להימצא. מכך, יוצא כי כל מצב אשמה הינו המצב השיורי למצב החפות, ולהפך. קרי, בירור שאלת אשמתו של הנאשם היא, מניה וביה גם בירור שאלת חפותו, שהרי שאלת אשמת הנאשם, היא שאלה האם נסתרה חפותו. שנית, אין זה מוצדק לטעון כי זיכוי מחמת הספק חותר תחת רף ההוכחה הנוקשה בכך שהוא מטיל מום ופגיעה בנאשם שלא הוכחה אשמתו. נפקות הזיכוי מחמת הספק אינה הרשעה, פועל יוצא הוא שרף ההוכחה הנוקשה באשר לקריטריון ההרשעה נותר בעינו. עדיין, קיים הבדל משמעותי (גם מבחינת הסטיגמה הציבורית) בין הזיכוי מחמת הספק להרשעה, למרות פוטנציאל לפגיעה המתלווה לזיכוי מחמת הספק.

196. כך גם, לשיטת המשיבה, אין לקבל את טענת המבקש 1 לעניין החקירה הנגדית של עדי ההגנה (פסקה 115 לבקשת רשות הערעור). בסופו של דבר, וכפי שנטען לעיל בהרחבה, זיכוי "מחמת הספק" הוא זיכוי לכל דבר ואין לטעון כי סיווג הזיכוי ישפיע על אפשרות החקירה של העדים אותם מביא הנאשם.

197. נוסף על כך, גדר המחלוקת בהליך הפלילי אינו מוגבל לאשמה הספציפית הנכתבת בכתב האישום גרידא, אלא לחומר הראיות ולכל מסקנה משפטית העולה ממנו, בכפוף להליך הוגן. כך, ביכולתו של בית המשפט להרשיע את הנאשם בכל עבירה שניתן להסיקה מחומר הראיות, בכפוף לכך שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן. זיכוי מחמת הספק הוא בגדר מסקנה העולה מחומר הראיות, ולכן, בכפוף להזדמנות סבירה להתגונן אין בו משום חריגה מהפלוגתא הפלילית [מנשה וגרוניר, עמ' 51].

זיכוי מחמת הספק - מדוע לא מתקיימת הפגיעה בזכות לשוויון

198. המבקש 1, טוען (פסקה 117 לבקשת רשות הערעור) לפגיעה בשוויון בין נאשמים שזוכו זיכוי מוחלט ובין נאשמים שזוכו "מחמת הספק". לעמדת המשיבה, בכל הכבוד, לא ניתן לבסס פגיעה בשוויון אך על הבדלי תחושות סובייקטיבים של נאשמים שזוכו. ויותר מכך, בין נאשם שזוכה זיכוי מלא, ובין נאשם שזוכה "מחמת הספק", מתקיימת הבחנה ברורה. בית משפט החליט לזכות נאשם מסוים זיכוי מלא, לאור חומר הראיות שהוצג במסגרת פרשת ההגנה והתביעה. ואולם, נאשם אחר, החליט בית המשפט לזכות זיכוי "מחמת הספק", שוב, לאור חומר הראיות שהוצג במסגרת פרשת התביעה וההגנה. טענת הפגיעה בשוויון אינה שייכת כאן. שהרי, בכל פסק דין, "נפגע" כביכול צד אחד אל מול צד אחר, היעלה על הדעת ש"הצד האחר" יטען לפגיעה בשוויון?! נימוקי השופטים לתוצאה אליה הגיעו, לא יכולים לשמש בסיס לטענה של פגיעה בשוויון.

199. לעמדת המשיבה, יש לעמוד על ההבדלים בין הבחנה מותרת להפליה פסולה. עצם קיומה של הבחנה בין אדם שנפגע בזכויותיו לאדם שלא נפגע בזכויותיו, אינה מעידה בהכרח על הפליה, אם מתקיים צידוק ענייני להבחנה הזו לאור מצבם השונה של אנשים אלה.

כפי שמעצר אינו אמור להיחשב מפלה בין חשודים, מפני שכנגד עצור ישנן ראיות למסוכנותו (ולפיכך קיימת הצדקה להגביל חירותו ולהבחין בינו לחשוד אחר שהוחלט שלא לעוצרו), 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 [מנשה וגרוניר, עמ' 47].

מוסד הזיכוי מחמת הספק עומד בתנאי "פסקת ההגבלה"

200. אשר לטענתו העיקרית של המבקש 1 (פסקה 119 לבקשת רשות הערעור), כי מוסד הזיכוי מחמת הספק מלווה בפגיעות חוקתיות, אשר אינן עומדות במבחני פסקת ההגבלה, 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 המבחנים שבפסקת 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, פ"ד סג(2) 545 (2009).19.11.2009]. [להלן: "המרכז האקדמי"].

סעיף "שמירת דינים"

201. תחילה יש לומר, כי מהות הזיכוי "מחמת הספק" נקבע בפסיקה בישראל כבר בשנות החמישים, הרבה לפני חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו [ראו: עניין פדמסקי; ואקי ורוזנשיין, עמ' 490 ובהערת שוליים 2 שם]. סעיף 10 בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף שמירת הדינים, קובע כי אין בהוראותיו כדי לפגוע בתוקפם של דינים שנתקבלו לפניו:

"אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד."

202. טוען המבקש 1 (פסקה 120 לבקשת רשות הערעור), כי מוסד זה אינו תואם את רוח חוקי היסוד, ולכן לא חלה עליו פסקת שמירת הדינים. עם זאת, לגישת המשיבה, בכל הכבוד, וכפי שנטען בהרחבה לעיל, לא הוכיח המבקש 1 כי הפגיעה בחוקי היסוד מתחייבת מהקביעה הסופית של הזיכוי "מחמת הספק". לא אחת, קבע בית המשפט הנכבד כי:

"זיכוי הוא זיכוי הוא זיכוי"

[ראו לדוגמא ע"פ 5140/05 משה זגורי נ' מדינת ישראל 1, 9 (24.6.2007); עניין דבש, עמ' 110; ע"פ 481/12 פלוני נ' מדינת ישראל 1, 20 (30.12.2014); רע"פ 3243/09 אליהו הרבסט נ' מדינת ישראל 1, 3 (7.5.2009); ע"א 3143/00 חנה אופק נ' מרדכי בן-אור, 1, 8 (21.11.2002); עפ"ת (ת"א) 8300-09-15 ישראל דנציגר נ' מדינת ישראל 1, 2 (17.9.2015)]

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

204. מלאכת האיזון נעשית באמצעות פסקת ההגבלה המצויה בסעיף 8 שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו [בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842, 846 (2004)]. פסקת ההגבלה מבטאת את הרציונל, כי זכויות האדם אינן מוחלטות, הן יחסיות וניתן לפגוע בזכותן של הפרט כדי לקיים את הכלל [בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים 1, 54 (2006) [להלן: "עניין עדאלה"] וכך מורה אותנו סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו."

205. כלומר, דרישת פסקת ההגבלה לעיל היא, כי יתקיימו שלושה תנאים על מנת שניתן יהיה "לאפשר" את הפגיעה. הדרישה הראשונה - הסמכה בחוק. השנייה - הולם את ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית (לתכלית ראויה). והשלישית - במידה שאינה עולה על הנדרש. נפנה כעת לבחינת תנאים אלו בענייננו.

התנאי הראשון - הסמכה מפורשת בחוק

206. כפי שצוין לעיל בהרחבה, הזיכוי "מחמת הספק" הינו נימוק כחלק מחובת ההנמקה של השופט היושב בדיון. וכן, חובת ההנמקה מתחייבת מכוח חוק מפורש - סעיפים 182-183 לחוק סדר דין פלילי. אם כן, נראה כי מתקיים התנאי הראשון - הסמכה מפורשת.

207. לחלופין, תטען המשיבה כי אף אם יקבע בית המשפט הנכבד כי השימוש במוסד הזיכוי מחמת הספק מקורו בפסיקה, אזי, קובע פרופ' ברק בחיבורו, כי יש והלכה של בית המשפט העליון תהווה "חוק" כמובנו בפסקת ההגבלה [אהרון ברק מידתיות במשפט - הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 164 (2010)]:

"על פי השקפתי, "חוק" בפסקת ההגבלה משמעותו נורמה משפטית מכוח חוק יסוד. על פי גישה זו "חוק" כולל גם משפט מקובל." (ההדגשות הוספו)

208. משכך, הלכה שניתנה בעבר על ידי בית המשפט העליון, ומושרשת היטב בדיון הישראלי, יכול שתמלא את הדרישה הראשונה בפסקת ההגבלה - דרישת ההסמכה בחוק. הנה כי כן, מוסד זה נקבע מכוח הסמכה מפורשת, בין אם בחוק חרות ובין אם בפסיקה מוקדמת ואיתנה, ומשום כך מקיים הוא את הדרישה הראשונה בפסקת ההגבלה.

התנאי השני - "לתכלית ראויה"

209. התנאי השני המופיע בפסקת ההגבלה שבחוק היסוד מופיע בהמשכו של סעיף 8 הנ"ל לחוק-יסוד: **כבוד האדם וחרותו**:

"ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה"

210. על מנת לעמוד בתנאי זה, יש לאתר את התכלית בעניין הנידון לפנינו, וכן, לבחון האם תכלית זו היא ראויה [עניין עדאלה, עמ' 57]. בחינתה של התכלית נעשית לאור הפגיעה בזכות האדם המוגנת, התכלית תקיים את דרישת "התכלית הראויה" אם היא מעניקה ציודק מספיק לאותה הפגיעה בזכות [בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 548 (2005)]. מאפייניה של "התכלית הראויה" נידונו בפסיקה של בג"ץ.

211. יפים לענייננו דבריו של כב' השופט ברק, בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 434 (1995):

"תכלית היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות חשובות לקיומה של מסגרת חברתית שמכירה בחשיבותן החוקתית של זכויות האדם, ובצורך להגן עליהן."

212. כאמור לעיל בהרחבה, מוסד זה, נשוא רשות הערעור, משקף את ערכי המשפט במדינת ישראל החותרים לשקיפות, חופש הביטוי וחובת ההנמקה. ערכים אלו וודאי מתיישבים עם ערכי המדינה, היות וללא הנמקה וללא מתן חופש ביטוי לשופט היושב בדין, תפגע תשתית מערכת המשפט בישראל.

213. הזיכוי "מחמת הספק" הוא לא יותר מאשר נימוק להכרעת הדין, ברי, כי נועד הוא לתכלית ראויה. להלן נעמוד בקצרה על כמה מתכליות חובת ההנמקה המגולמות בשימוש במוסד הזיכוי מחמת הספק מעצם היותו נימוק.

214. ראשית, חובת ההנמקה מקדמת שקיפות ציבורית של המערכת השיפוטית. כידוע, היותה של הרשות השופטת כרשות שלטונית בעלת עוצמה, טומנת בחובה חשש לשרירותיות. כך, הנמקתם של בתי המשפט מסייעת לאזרחים בהבנת הגיונה של התוצאה המשפטית, אליה הגיע השופט. וכן, מקדמת היא את מראית פני הצדק בפני הצדדים שפנו לבית המשפט.

215. שנית, הטלת חובת ההנמקה על שופטים היא חובה בעלת ערך מחנך עצמי, המדרבנת אותם לבסס את החלטותיהם. חובת ההנמקה תביאם לשקול ביתר יסודיות את העניין אשר הובא בפניהם, תוך מודעות לעובדה כי עליהם להעניק הסבר משכנע לשיקוליהם ולנימוקיהם. עמד על כך פרופ' ברק [אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 46 (1987)]:

"החלטתו [של שופט] צריכה להיות מנומקת. חובת ההנמקה חשובה במיוחד. כל מי שהתנסה בכתיבה יודע זאת. דבר אחד הוא רעיון המשתלט על המחשבה. דבר אחר הוא העברתו של הרעיון בכור היתוך של ההתמודדות האינטלקטואלית המבקשת לתמוך בו, תוך מודעות לתוצאותיו. רבים הם הרעיונות אשר הצורך לנמקם הביא לחדלונם, שכן היה בהם אך הדר חיצוני שלא ניתן היה לבססו. חובת ההנמקה היא מהחשובים שבאתגרים שבפניהם חייב שופט, המפעיל שיקול דעת לעמוד." (ההדגשות והתוספות הוספו)

216. קיימות תכליות נוספות, אשר מצדיקות את הנמקת הכרעת הדין, ובפרט הנמקת הזיכוי "מחמת הספק" [ראו: דורון מנשה "תכליתה ומהותה של חובת ההנמקה העובדתית במשפט הישראלי" עלי משפט יא 399, 403 (2014)].

217. נראה אם כן, כי מוסד הזיכוי "מחמת הספק" עומד בדרישה השניה של פסקת ההגבלה, אינו פוגע בערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ונועד לתכלית ראויה.

התנאי השלישי - "במידה שאינה עולה על הנדרש"

218. בפסיקת בית המשפט העליון נקבעו שלושה מבחני משנה לצורך בחינת מידתיות הפגיעה בזכות חוקתית מוגנת ["המרכז האקדמי", עמ' 597].

219. כפי שנראה להלן, בחינת מוסד הזיכוי "מחמת הספק" לאורם של שלושת מבחני המשנה כאמור, מובילה למסקנה ברורה כי מדובר בהלכה מידתית, סבירה וראויה. נבאר.

220. מבחן הקשר הרציונאלי - במבחן זה, נשאלת השאלה האם קיימת התאמה בין השימוש במוסד הזיכוי "מחמת הספק" לבין התכלית שהוא נועד להגשים. תכלית מוסד זה ברורה - הנמקת הכרעת דין של בית המשפט, מכוח חובתו המפורשת בדין לנמק את פסק דינו. שימוש במוסד זה מתחייב מכוח חובה זו והתועלת המצרפית לחברה שבקיומה של הנמקה, לפיכך ישנה אפוא התאמה מלאה בין מוסד זה לבין תכליתו.

221. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה - מבחן משנה זה בודק האם מבין האמצעים האפשריים להגשמת התכלית, נבחר האמצעי שפגיעתו בזכויות היסוד היא הקטנה ביותר. במקרה דנן, טוען המבקש 1 (פסקה 126 לבקשת רשות הערעור), כי ניתן להגשים את התכלית תוך פגיעה פחותה יותר בזכויות היסוד. בכל הכבוד, המשיבה אינה יכולה להסכים עם טענה זו. כאמור לעיל, הפגיעה בזכויות היסוד לא נובעת מהקביעה הסופית, אלא מנימוקי פסק דין.

ביטול מוסד זה, לא ימנע את הפגיעה בזכויות היסוד של הנאשמים, וכאמור לעיל, ייתכן ואף יחמיר פגיעה זו. היות וביטול מוסד זה, משמעו הגבלת חופש הביטוי של השופט והגבלת חובת ההנמקה בדרך הנראית לו הולמת, נראה כי הגבלה זו תרתיע שופטים מלנמק את פסק דינם ותפגע לבסוף בנאשמים בזכותם להליך הוגן ולפסק דין מנומק.

222. מבחן המידתיות במובן הצר - מבחן זה מברר האם קיים יחס סביר בין הזכות החברתית המוגנת לבין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה ["המרכז האקדמי", עמ' 610]. גם כאן התשובה בענייננו תהיה חיובית. כאמור לעיל, גם אם קיימת פגיעה נלווית להכרעת הדין בזכויות החוקתיות, הרי שהיא פועל יוצא בלתי נמנע מחובת ההנמקה והתועלת המצרפית של החברה בהקיומה 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 הלכה רבת שנים המושרשת במשפט הישראלי.

223. הנה כי כן, נמצאנו למדים כי הפגיעה הנלווית למוסד הזיכוי מחמת הספק, נעשית במשורה ובכפוף למבחני פסקת ההגבלה. קרי, הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, נועדה לתכלית ראויה ועיקר העיקרים, אינה במידה העולה על המותר. ולפיכך, דין טענת המבקש 1 לפיה יש להורות על ביטולו של מוסד הזיכוי מחמת הספק בשל הפגיעה בזכויות יסוד, להידחות.

קיומו של מוסד מקביל בשיטות משפט אחרות

224. טוען המבקש 1 (פסקה 128 לבקשת רשות הערעור), כי מוסד הזיכוי מחמת הספק הוא בלעדי לשיטת המשפט בישראל. בכל הכבוד, טענה זו אינה מדויקת. נבאר.

225. נסב את תשומת ליבו של בית המשפט הנכבד, להליך אשר צמח במדינת קליפורניה בארצות הברית (אשר ראוי להדגיש, כי המבקש בעצמו העלה שיטה זו כחלופה ראויה), שעיון מעמיק בהליך זה, מלמד כי הוא דומה עד מאוד לנהוג בשיטת המשפט הישראלית.

226. במדינת קליפורניה, מהותו של הליך טיהור השם, כפי שהציע המבקש 1, חופף למהותה של פרוצדורת ההליך הפלילי בשיטת המשפט בישראל. משמעות הליך זה הינה, בין היתר, שכאשר נאשם יוצא זכאי, רשאי הוא לבקש מהשופט שזיכה אותו, שיצהיר כי הוא אינו רק "Not Guilty" אלא שהוא "Innocent". לשון אחר, ישנה הבחנה בין אדם ה"חף מפשע", קרי, חומר הראיות אינו מותיר ספק באשר לחפותו של הנאשם, לבין אדם שהוא - "לא אשם", קרי חומר הראיות מותיר ספק בחפותו. בהשוואה לשיטת המשפט בישראל, "חף מפשע" הינו אדם שמזוכה זיכוי מוחלט, ואילו "לא אשם" הינו אדם שמזוכה מחמת הספק. כפי שבשיטת המשפט בישראל, קיימים שתי הכרעות דין - זכאי או מורשע, אך לאור ציר ההסתברויות הרחב, ולאור חובת ההנמקה, בית המשפט מנמק את הכרעת הדין המזוכה, ביחס למיקומה על ציר ההסתברויות.

כך, בקליפורניה, קיימים שתי הכרעות דין, כאשר אדם שמזוכה, בית המשפט רשאי למקם את חפותו על ציר ההסתברויות ובהתאם להכריע האם הלה "לא אשם" או שמא הוא "חף מפשע".

227. עמדת המשיבה היא, כי המצב בקליפורניה אף גרוע יותר ואינו מתאים לשיטת המשפט בישראל. שכן, הנחת המוצא הינה "לא אשם" היינו, חומר הראיות מותיר ספק באשר לחפותו (בניגוד לשיטת המשפט בישראל בה הנחת המוצא כי הנאשם זכאי, עד שלא הוכחה אשמתו). לאחר שנקבע כי הנאשם "לא אשם", רשאי הוא לבקש מהשופט שיצהיר כי הוא "חף מפשע", וזאת רק לאחר שהוכיח, כי לא רק שהתביעה לא עמדה בנטל ההוכחה, אלא שמאזן ההסתברויות נוטה ברובו לכך שהוא חף מפשע מאשר לכך שהוא אשם. אם כך, הליך זה סותר את חזקת החפות ואינו מניח מראש כי הוא חף מפשע כל עוד לא הוכחה אשמתו.

חלופות ראיות

228. הליך "טיהור השם" המוצע על ידי המבקש 1 (פסקה 139 לבקשת רשות הערעור), התקבל במדינת קליפורניה שבארצות הברית. שאלה שצריכה לעלות לדיון בפני עצמה, היא האם ניתן או צריך בכלל להשוות בין שתי שיטות המשפט לאור השוני ביניהן? לגישת המשיבה, ראוי להבחין בין שיטת המשפט בישראל לשיטת המשפט בארה"ב לאור העובדה כי בשיטת המשפט בארה"ב קיים חבר מושבעים וההליך הפלילי מתנהל בצורה שונה מההליך הפלילי בשיטת המשפט בישראל. כך, הליך "טיהור השם" הינו תולדה של העדר חובת ההנמקה בארצות הברית. בעניין זה הסביר פרופ' לייפולד במאמרו [Leipold, Andrew D. "The Problem of the Innocent, Acquitted Defendant" (2000). Nw. UL Rev. 94: 1297] כי:

"if the problem is that we don't know why cases are dismissed and defendants are acquitted, the solution is to ask."

229. כאשר פסקי הדין לא מנומקים ונאשם מזוכה, הוא אינו יודע מה הייתה סיבת הזיכוי - האם חבר המושבעים מאמין שהנאשם ביצע את הפשע אך הראיות לא מספיקות לצורך הרשעתו. או, שחבר המושבעים מאמין שהנאשם אשם אך מכוח הסמכות הנתונה למושבעים (jury "nullification"), קיים אינטרס ציבורי לפיו הם מחליטים לזכותו. או שמא הם אכן מאמינים כי הוא זכאי. כתרופה לבעיה זו, פותח הליך שנקרא **"Declaration of Factual innocence"**.

230. כלומר, היות ורוב פסקי הדין אינם מנומקים, אין ביכולתו של אדם שזוכה להוכיח כי הוא אכן חף מפשע. בניגוד לשיטת המשפט בישראל, אשר ללא קשר להכרעת הדין הסופית, מעיון בנימוקי השופטים בגוף פסק הדין, ניתן יהיה להבין מהו הטעם לזיכוי.

231. לפי הליך זה, הדרישה היא, כי לאחר שהשופט קבע שהנאשם זכאי, יוטל עליו להוכיח פוזיטיבית כי הראיות שהוצגו על ידי התביעה אינן תקפות. לשון אחר, על הנאשם להוכיח כי הוא חף מפשע! דבר אשר בשיטת המשפט בישראל פוגע בחזקת החפות.

232. כפי שהובהר לעיל בהרחבה, לעמדת המשיבה, הליך זה פוגע בערכי היסוד של שיטת המשפט בישראל. היות והנחת המוצא הינה כי נאשם "לא אשם" ורק אם צלחה דרכו להוכיח כי התביעה שגתה בכך שהאשימה אותו, הוא ייתפס כ"חף מפשע". ניתן לומר כאמור, כי במהותו הליך זה דומה לשיטת המשפט בישראל, בכך שישנה הבחנה בין המסקנה העולה מחומר הראיות באשר לחפותו, אך ככלל, הליך זה יפגע עוד יותר בנאשמים.

הנה כי כן ולאור הטעמים שפורטו בהרחבה לעיל, יש לדחות את עתירת המבקש 1 כי בית משפט נכבד זה יורה על ביטולו של מוסד הזיכוי מחמת הספק ולהותיר את ההלכה על כנה.

ז. זכות הערעור על זיכוי מחמת הספק

233. אשר לבקשת המבקש 1 כי אם ידחה בית המשפט הנכבד את עתירתו להורות על ביטולו של מוסד הזיכוי מחמת הספק, כי למצער תינתן לו זכות ערעור על פסק הדין בו זוכה מחמת הספק, תדגיש המשיבה בפתח הדברים, כי בהתאם לסקירת הדין הקיים שהציג המבקש, אין נאשם רשאי לערער על פסק דין מזכה, כפי שאין רשאית המדינה לערער על פסק דין מרשיע, למעט על גזר הדין [ע"א 140\56 מוגרבי נ' ורדימון, פ"ד יא 1242 (1957); ע"א 53/74 בריסטול מייארס קומפני נ' ביצ'ם גרופ לימיטד, פ"ד כט(1) 372, 377 (1974); בג"ץ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית-משפט השלום בחדרה השופט עמירם שרון פ"ד נב(3) 721, 742 (1998) [להלן: "עניין צירינסקי"]]. חרף זאת, מעוניין המבקש 1 לתהות על הקיים ולשנותו, שלא מטעמים המצדיקים זאת. המדינה דוחה מכל וכל הצעה לפיה, יש ליתן זכות ערעור על פסק דין מזכה, ובפרט זיכוי שהוכרע עקב הספק של בית המשפט, ותציג להלן מדוע דין טענות המבקש להידחות.

234. יוער, כי אין המשיבה מבקשת להותיר על כנו את הדין הקיים רק מפני שכבר קיים, ובכל עת פניה של המדינה לטובת שיפור וקידום שיטת המשפט, באופן אשר ישרת את החברה. אולם, לאחר ליבון ובחינה מעמיקה, נראה שאין בנמצא סעד שיטיב עם מצבם של נאשמים, ועדיין, ידור בכפיפה אחת עם היעדר אפשרות לערער על זיכוי והצדקותיו. אין שיטת משפט שחפה מפגמים ונקייה מכל רבב, שכן אין המציאות עצמה מושלמת - ולעיתים, עלינו לקבל הסדרים שתועלתם רבה מחסרונם, כפי שראוי לעשות בסוגיה דנא.

אין בעל דין רשאי לערער לאחר שיצא זכאי בדינו - ההצדקות לדין המצוי

235. לטענת המבקש 1, זכות הערעור, נכון לעת הנוכחית, היא זכות חוקתית, למרות שלדידם של מלומדים ושופטים רבים ישנם קשיים רבים להכרתה ככזו [ראו הרחבה בחיבורו של המלומד שלמה לויין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב 451 (1995) ובמאמרו של המלומד יגאל מרזל "זכות הערעור או ערעור בזכות? סעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה ומהותו של הערעור" ספר שלמה לויין 141 (אשר גרוניס אליעזר ריבלין ומיכאיל קרייני עורכים, 2013)].

236. אף במבט השוואתי על שיטות משפט אחרות, ניתן לראות כי רק חלק מצומצם מהמדינות מכיר בזכות ערעור כזכות חוקתית (Poland CONST. art. 78. § 2.; Slovenia CONST. art. 25. § 2.), ובמדינות בהן קיימת הכרה בזכות הערעור בחוקה, מדובר רק בזכות הערעור של נאשם לערער על הליך שהסתיים בהרשעה (למשל Russia CONST. art. 50(3) § 2; Swiss Confederation CONST. art. 32(3) § 1).

237. לצורך הדיון ולשם התמקדות בעיקר, נניח כי גם אם זכות הערעור היא חוקתית, היא איננה קמה במצב בו נאשם מזוכה.

אגב אורחא יצוין, כי אם כבר עסקינן בסוגיה בדבר מעמדה של זכות הערעור וגדריה, ראוי כי במסגרת הליך זה יבאר בית המשפט הנכבד את הבלבול הקיים בקרב הפסיקה והאקדמיה באשר לאופיה של זכות הערעור, ולקבוע הלכה חד משמעית בעניין. קביעה זו תשליך על הדיון בענייננו, ותסייע ליישב את העובדה כי לא קמה זכות ערעור כנגד כל רכיב מפסק הדין, אף אם בעיניי בעל הדין מדובר ברכיב שפגע בו.

238. 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 כב' 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 או לאו (כפי שנידון מעלה), אלא ממשיכה לשאלת מקור עיגונה. 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. לצורך המשך הדיון, תוכיח המשיבה כי גם אם זכות הערעור הינה "זכות בת" של זכות הגישה לערכאות, הפגיעה הנובעת מהגבלתה (בהנחה שמתקיימת) היא מידינית, אינה עולה על הנדרש, והתועלת הנובעת ממצב דברים זה עולה על הטענה לנזק פוטנציאלי שעשוי לנבוע ממנה.

239. מכאן כי, דעת המיעוט של כב' השופט גרוס בעניין סופיוב בה נאחז המבקש 1, לפיה היעדר זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק פוגעת פגיעה בלתי מוצדקת בזכות היסוד של האדם לכבודו כאדם, היא לשיטתנו, בכל הכבוד הראוי, תולדה של יישום מרחיק לכת ולקוי של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

240. כאן המקום להדגיש, כי חרף המחלוקת בדבר מעמדה החוקתי של זכות הערעור, הלכה פסוקה היא, כי זכות הערעור נולדת אך מכוח הוראה מפורשת שבחוק, ובהיעדרה אין היא זכות קנויה הניתנת לבעל דין 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)].

"אכן, זכות הערעור היא זכות מהותית, ויש לה חשיבות רבה בשיטת המשפט הישראלית, כמו גם בשיטות משפט נוספות. יש אף הסוברים כי בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מתעלה מעמדה של זכות הערעור לדרגה של זכות חוקתית. עם זאת, וכפי שנפסק לא פעם, זכות הערעור אינה מוענקת אלא בגזירת החוק. היא נולדת אך ורק מכוחה של הוראה מפורשת בחוק, היוצרת אותה ומגדירה את תחומיה.
לשון אחר, הזכות לערער תלויה בקיומו של חוק המקים אותה, וגבולותיה של זכות זו אינם מנותקים מהגיונו של החוק ומן התכלית העומדת ביסודו. על-כן יש לבחון את תוכנה ואת היקפה על-פי ההקשר שבו היא מתקיימת." (ההדגשות הוספו)

241. כאשר אין החוק אשר מסדיר את הסכסוך המשפטי הרלוונטי קובע זכות ערעור, יש לפנות לדין הכללי, שלענייננו, הוא סעיף 17 לחוק-יסוד: השפיטה שקובע, כי על פסק דין של ערכאה ראשונה ניתן לערער בזכות למעט פסק דין של בית המשפט העליון. כמו כן, אליו נלווה סעיף 52(א) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, המעניק זכות ערעור על פסק דין של בית משפט שלום לבית משפט מחוזי, וסעיף 41(ב) לאותו חוק, המאפשר בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון על פסק דין של בית משפט מחוזי בערעור. בנוסף לאלו, קובע סעיף 213 לחוק סדר הדין הפלילי את סמכותיו של בית המשפט בשבתו כערכאת ערעור.

242. על פי הפרשנות המשפטית המקובלת בפסיקה להוראות חוק אלו, הערעור יכול שיסוב על ההכרעה המשפטית המהותית, קרי ההרשעה בדין או הזיכוי או על גזר הדין, אך אין ערעור על פרטי ההנמקה אם אין משיגים על התוצאה הסופית. בגדר הטענות נגד ההכרעה ניתן כמובן, להסתייע בביקורת על ההנמקה, הניסוח או סדר הדברים, אך הכל בתנאי שהכוונה להוביל לשינוי ההכרעה [עניין סופיוב, עמ' 5; ע"פ 10425/05 מדינת ישראל נ' פרידמן, 27 (פורסם בנבו, 18.11.2007)]. יפים לענייננו דבריו של כב' השופט זמיר בעניין שוהם, עמ' 936:

"אכן, נראה כי הדין הוא, שאין לנאשם זכות ערעור על זיכוי מחמת ספק, שכן מבחינת המהות זהו ערעור על הנמקה ולא על תוצאה. זיכוי הוא זיכוי ואין דרגות לזיכוי. נאשם שזוכה מוחזק חף מעבירה תהיה ההנמקה לזיכוי, או הסיבה לזיכוי אשר תהיה. כך גם המערער במקרה זה. הוא זכאי לראות עצמו זכאי ללא סייג." (ההדגשות הוספו)

וכן דבריה של כב' השופטת דורנר, בעניין צירינסקי, עמ' 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"** (ההדגשות
הוספו)

ואם לא די בכך, אף קביעותיה של כב' השופטת בנוגע לזכות ערעור של מי שלא היה צד
פורמלי להליך, המתקשרות, מקל וחומר, לערעור של מי שהיה צד פורמלי בהליך, אך זוכה :

**"במקרה שלפנינו, לא נפגעה זכות "הופלדיאנית" של העותר - בין
זכותו במובן "הצר", ובין חירות, כוח או חסינות הנתונים לו -
ולפסק-הדין של בית-משפט השלום אין כל נפקות משפטית-
אופרטיבית לגביו. שכן, פסק-הדין לא שינה את מערך הזכויות
שהיו נתונות לעותר או החובות שחלו עליו עובר לנתינתו. אשר-על-
כן, אין בדברים שנאמרו בפסק- הדין כדי להקנות לעותר זכות
ערעור."** (ההדגשות הוספו)

ובהקשר לענייננו, זכות הופלדיאנית של אדם שיצא זכאי בדינו, ואין נפקא מינה מה הנימוק
שהוביל לזיכוי, לא נפגעת. כלומר, לפסק הדין המזכה אין כל נפקות משפטית אופרטיבית
לגביו.

243. עיון מדוקדק מלמד, כי לא נמצאה ולו אסמכתה אחת בפסיקה הישראלית או מן הפסיקה
בארצות בעלות שיטת משפט דומה, המצביעה על קיום זכות ערעור על ההנמקה של פסק
הדין. כפועל יוצא מכך, כל אדם שיצא זכאי בדינו אינו רשאי לערער על זיכוי, או על חלקים
מפסק הדין שבסופו זוכה. לא הוצבע על הלכה כלשהי המפרשת את ההוראות העקרוניות של
זכות הערעור באופן המאפשר טענה לפיה, המבקש אינו חולק על התוצאה, אולם מבקש
מבית המשפט לשוב ולדון בקטע נבחר מדברי ההנמקה.

244. עלינו לזכור, כי ערכאת הערעור אינה שומעת את המשפט מחדש, אלא דנה אך ורק בטענות
המופנות נגד התוצאה המשפטית, כביטוייה בהכרעה המסכמת. אף בקשר לכך, פיתחה
הפסיקה סייגים בעניין מידת ההתערבות בשיקול דעת בית המשפט ששמע את העדים, ראה
אותם והתרשם מהם, שאין כאן המקום לשוב ולפרטם [ראו הרחבה בע"פ 1258/03 פלוני נ'
מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 625, (2004)].

245. לאחר שהציגה המשיבה מדוע הזיכוי מחמת הספק אינו הכרעת דין כי אם נימוק שמוביל לזיכוי, נמצא כי אין לאפשר זכות ערעור בגינו, ואכן, אין פלא אפוא, כי כל נסיון לערער על פסק דין שהסתיים בזיכוי מחמת הספק נכשל [ע"פ 43/77 ברי נ' מדינת ישראל (לא פורסם), ע"פ 426/87 שוקרי נ' מ.י., פ"ד מ"ב(1) 738, 735 (1988); עניין אשר, עמ' 1; עניין סופיוב, עמ' 5; רע"פ 1568/99 גלעד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 25.5.1999); עניין שוורץ; רע"פ 3655/12 צדקה נ' עיריית באר שבע (פורסם בנבו, 18.7.2012); עניין אוריאל; רע"פ 4178/07 דהאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.3.2007)].

לענייננו, יפים דבריו של כב' השופט לוי ברע"פ 1568/99 גלעד נ' מדינת ישראל, 1-2 (לא פורסם, 25.5.1999), אשר קבע כי ההלכות בעניין היעדר זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק לא שונן עקב חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"נימוקי פסק הדין בעניין פילי (זיכוי מחמת הספק) [...] חסרים הם כל תוצאה משפטית אופרטיבית לגבי הנאשם או פסק-הדין [...] משמעותו של זיכוי מחמת הספק זהה למשמעותו של זיכוי מוחלט, כשהתוצאה המשפטית היא שאין לזקוף לחובתו של הנאשם את ביצוע העבירה שממנה הוא זוכה. אכן לו צדק פרקליט המבקש בטענתו לא היה ניתן למנוע בעד המדינה מלערער על פסק-דין של זיכוי מוחלט מן הטעם שהיה מקום לזכות את הנאשם מחמת הספק. ענין זה הנוגע להיקף פרישתה של זכות הערעור אין לו כלום עם חוק היסוד." (ההדגשות הוספו)

וכן, דבריו של כב' השופט ג'ובראן בעניין אוריאל, עמ' 3:

"המבקש מעלה שאלה אשר נידונה בפני בית משפט זה מספר פעמים וההלכה בנושא זה הינה עקבית וחד משמעית – אין להתיר ערעור על זיכוי מחמת הספק (ראו: רע"פ 1568/99 גלעד נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (1999); רע"פ 89/89 אשר נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (1989); רע"פ 4178/07 דהאן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) (2007)). הטעם לכך הוא כי אין כל נפקא מינה משפטית בין סוגי הזיכויים." (ההדגשות הוספו)

246. כאמור, וכפי שטוען המבקש 1, אין הוראת חוק המפרטת באילו נסיבות עומדות לבעל דין זכות ערעור. החוק דן בהצהרה על קיומה של זכות ערעור, באופן כללי ובלשון ניטרלית, ובפירוט סמכויותיו של בית המשפט בשבתו כערכאת ערעור. בתוך כך טוען, כי היעדר האפשרות לערער על זיכוי מחמת הספק הוא פרי פרשנותו של בית המשפט הנכבד. למשל, כך קבעה כב' השופטת דורנר בעניין צירינסקי (פס' 7, עמ' 742):

"הגדרתו של "פסק-דין" בהליך ה"עיקרי" - נותרה כשהייתה, כלומר הכרעה משפטית סופית בדבר המצב המשפטי בין צדדים."

247. לשיטת המשיבה, פרשנות זו של בית המשפט היא הכרחית, מקום בו המחוקק השתמש במילים כלליות וגורפות, שספק אם כוונתן היתה 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 [דנ"א 3962/93 מינץ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"ד נ(4) 817 (1996)], שכן כפי שקבע פרופ' ברק בספרו פרשנות תכליתית במשפט, 273, 275 (2003):

"מטרת הפרשנות במשפט היא להגשים את המטרה - כלומר, את התכלית - של המשפט. תפקידה של שיטת פרשנות במשפט היא לבחור מבין האופציות הלשוניות של טקסט נתון את המובן המגשים בצורה הטובה ביותר את התכלית של הטקסט."

248. להלן שלבי הבחינה לבחינת התכלית של סעיפי החוק:

א. תכלית סובייקטיבית - סעיפי החוק העוסקים במתן זכות ערעור, כוללים לשון רחבה בנוגע לסמכותה של ערכאת הערעור ולזכות הערעור:

- **"פסק דין של בית משפט בערכאה ראשונה ניתן לערעור בזכות, להוציא פסק דין של בית המשפט העליון"** [סעיף 17 לחוק-יסוד: השפיטה]
- **"פסק דין של בית משפט שלום ניתן לערעור לפני בית משפט מחוזי"** [סעיף 52(א) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב)], התשמ"ד-1984]
- **"פסק דין של בית משפט מחוזי בערכאה ראשונה ניתן לערעור לפני בית המשפט העליון"** [סעיף 41(א) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב)], התשמ"ד-1984]
- **"בית המשפט רשאי, בפסק דינו, לעשות אחת מאלה:**
 - (1) לקבל את הערעור, כולו או מקצתו, ולשנות את פסק הדין של הערכאה הקודמת או לבטלו וליתן אחר במקומו, או להחזיר את המשפט עם הוראות לערכאה הקודמת;
 - (2) לדחות את הערעור;
 - (3) ליתן בקשר לפסק הדין כל החלטה אחרת שהערכאה הקודמת היתה מוסמכת לתתה." [סעיף 213 לחוק סדר הדין הפלילי]

כפי שניתן להבחין על נקלה, לא ניתן להסיק מנוסח הסעיפים בלבד מהי כוונת המחוקק. האם מדובר בהסדר שלילי, קרי ניתן לערער על כל חלק בפסק דין, או שמא מדובר בשתיקה מכוונת מצדו של המחוקק על מנת לאפשר לבית המשפט לצקת לתוכה תוכן.

זאת ועוד, הואיל וההוראה הכללית הנוגעת לערעור מעוגנת בחוק-יסוד, משקלה של התכלית הסובייקטיבית מוגבל, בניגוד למשקלה המכריע של התכלית האובייקטיבית [ראו הרחבה בספרו של פרופ' ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 85-90 (2010) [להלן: "**מידתיות במשפט**"]].

ב. תכלית אובייקטיבית - תכלית זו משקפת את רצונו של היוצר הסביר ואת ערכי היסוד של השיטה, היינו, ההבנה של הטקסט על בסיס התפקיד והפונקציה שהוא ממלא [ע"א 10233/04 עיריית יהוד נ' י.ר.א.ב שירותי נוי, פ"ד ס(4) 254 (2006); מידתיות במשפט, עמ' 70].

המשיבה תטען, כי אין זה סביר שכוונתה של הרשות המחוקקת להעניק זכות ערעור נטולת רסן, אשר תאפשר לערער על כל נימוק שאינו מניח את דעתו ומיישב את 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 דיי בכך כדי להעניק זכות ערעור לאדם שיצא זכאי בדין, משמע, לא דבקה בו כל חבות בפלילים. כלומר, הטעות בדין (אם וכאשר התקיימה) לא גררה הרשעה, אלא זיכוי. זכות ערעור גורפת זו, תהווה "מדרון חלקלק" אשר אין לדעת היכן סופו.

249. 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 השיפוטי לדיון בערעורים במכלול אין סופי של השגות על ניסוח והנמקה, ואם נכון הדבר – מן הראוי כי שינוי הפרשנות הקיימת תעשה על ידי המחוקק במפורש. יפים לענייננו דבריו של בית משפט נכבד זה, ברע"א 1560/06 לוי נ' רמי שקלים, 5-6 (פורסם בנבו, 17.4.2007):

"אין לכחד, הקביעות והממצאים הנכללים בהחלטה בדבר "האחריות" עלולים להיות לצנינים מבחינתו של בעל-דין, אף אם זה זכה במשפט 'בשורה התחתונה'. ואולם, עצם העובדה שפסק-דין כולל בחובו ממצאים שאין דעתו של בעל-דין נוחה מהם, אינה מקימה כשלעצמה זכות ערעור, אם הוא לא "נפגע" מתוצאת פסק-הדין. לא אחת נכללות בפסק-דין אמירות ואף קביעות הפוגעות בבעל-דין, במוניטין שלו ובשמו הטוב, וזאת, מבלי שיש לכך השפעה אופרטיבית על המסקנה הסופית." (ההדגשות

הוספו)

עקרון סופיות הדיון ויעילות מערכת המשפט מטים את הכף לעבר דחיית

אפשרות ערעור על זיכוי מחמת הספק

250. לטענת המבקש 1, עקרון סופיות הדיון מתיישב עם אפשרות הערעור 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 (פסקה 209 לבקשת רשות הערעור). לגישתו של המבקש 1, הזיכוי מחמת הספק, בשל הפגיעות הנלוות לו, מהווה המשך סכסוך בין הנאשם לבין המדינה.

251. המשיבה תטען, כי בטענה זו 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. לשיטתנו, מקום בו אינטרס סופיות הדיון גובר על האינטרסים שהערעור נועד לקדם, כמו תיקון טעויות ופיתוח המשפט, אין לאפשר ערעור בזכות. המשיבה תדגיש, כי למרות שלרוב, "עיקרון פרוצדורלי" 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.

אל לנו לשכוח, כי למרות תדמיתו הנחות של עקרון סופיות הדיון בעיני המבקש 1, מדובר בעקרון יסודי בשיטת המשפט הישראלית וכדברי כב' השופט ברק במ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1), 354 (1997):

"פתיחת שערי בתי - המשפט לתקיפה שאין לה סוף של פסקי דין שעברו את מלוא ההליך הפלילי, סופה ערעור מוחלט של הביטחון והיציבות במשפט."

252. 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 קורא את נימוקי השופטים בגוף פסק הדין, היה רואה את שענינו ראו – כי שיקולי יעילות הינם הכרחיים לצורך קיום מערכת משפט צודקת והוגנת.

למרות שעיקר הדיון בפסק הדין נסוב על אפשרות הערעור של מי שלא היה צד להליך, מצא בית המשפט לנכון להתייחס אף למצב דברים בו יבקש אדם שזוכה להשיג על פסק הדין שניתן בעניינו. לכך התייחס, בעניין זה, כבי' השופט קדמי (פס' 4 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)

253. נוסף על כך, נאחז המבקש 1 בקביעתו של כבי' השופט גרוס בדעת המיעוט בעניין סופיוב, כי טענת יעילות וסופיות אינה יכולה לעמוד לעולם בפני טענה לפגיעה בזכות יסוד (עמ' 8):

"הנימוק של יעילות שיפוטית אין די בו כשלעצמו כדי להצדיק פגיעה בזכות היסוד של שמירה על כבוד האדם."

נראה כי קביעה רחבה וגורפת זו, אינה מדויקת ואינה יכולה להתקיים בחיי המעשה. פועל יוצא טבעי מן ההכרה בזכות הנאשם לערער נגד ההנמקה בדבר הזיכוי מחמת הספק בשל הפגיעה בזכותו לשם טוב, הוא העלאת 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].

254. 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:

"כי בהיות להם שופטים רבים, ילך העשוק אצל השופט בכל עת שירצה, וימצאנו מזומן... כי עתה [כשמשתרך תור ארוך מהבוקר עד הערב], מפני שלא יוכלו לגשת אליך למשפט בכל עת, לא ינוחו בשלום, כי זה פתח לגוזלים לעשוק חמס ולעושקים לעשות מריבה." (התוספות הוספו)

כמו כן, וכפי שכבר הציגה המשיבה, הפגיעה הנטענת בזכויות המהותיות הן **בשולי הזכויות** ולא בגרעינו, ובאופן טבעי, גם הפגיעה בזכות הערעור כדי "לרפא" את הפגיעה בהן, היא שולית ביותר והכרחית.

255. 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 (פסקה 204 לבקשת רשות הערעור). באשר לכך תטען המשיבה, כי גם בעניין זה טועה המבקש 1 לדאבון לב, טעות מרה.

לשון הרע היא תביעה בה אדם טוען כי שמו הטוב נפגע בעקבות ביטויים שפירסם אדם אחר בגנותו. במסגרת תביעת לשון הרע, הזכות לשם טוב לא מוגנת באופן מוחלט, אלא היא מאוזנת אל מול הזכות החוקתית לחופש הביטוי, ובתוך כך כוללת הגנות רבות שמונעות מאדם להגיש תביעה.

256. האם אדם שזוכה מחמת הספק, ומעוניין שהנימוק של השופט שהוביל לזיכוי יושמט, הוא כשם מי שטוען שנפגע שמו הטוב בגין פרסום של אדם אחר??:

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; סעיף 8 לפקודת הניזקין (נוסח חדש), תשכ"ח-1968]. אילו כבר פוסע המבקש 1 בדרך זו, אם אדם שיצא זכאי בדינו חש שזיכוי מחמת הספק הוא שפגע בו, יכול הוא להלין בפני הגוף הרלוונטי - נציבות תלונות הציבור על השופטים (ככל שהפגיעה אכן חמורה), ואין דרך הערעור מתאימה לכך.

257. נוסף על כך, אפשרות בית המשפט לדחות על הסף תביעות של לשון הרע שאינן עומדות בקריטריונים, מאזנת את החשש מהצפת בית המשפט לשווא, ומונעת פגיעה ביעילות המערכת כולה.

258. מעבר לדברים האמורים, תכליתה של תביעת לשון הרע שונה מהתכלית שעומדת בבסיסה של זכות הערעור. תכליתה של תביעת לשון הרע נועדה לספק מענה להתנגשות זכויות שנוצרת בעקבות פרסום הכרוך בלשון הרע. מחד גיסא, נועדה התביעה להבטיח את כבוד האדם ואת שמו הטוב של הנפגע מן הפרסום, ומאידך גיסא, נועדה היא להבטיח גם את הזכויות והאינטרסים הטמונים בפרסומים שונים, וזאת בדגש על חופש הביטוי וחופש העיתונות [ראו הרחבה בדני"א 2121/12 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין-אורבך (פורסם בנבו, 18.9.2014)]. לעומת זאת, תכליות הערעור הן רבות, בין היתר קידום אינטרס של שפיטה הוגנת, קביעת הלכה אחידה וברורה ואפשרות לתקן טעויות [ראו הרחבה בבג"ץ 87/85 ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(1) 353 (1988)].

259. מן המקובץ לעיל עולה בבירור, כי עקרון סופיות הדיון ויעילות השיטה, אשר בהיעדרם המערכת לא תצליח לקיים משפט וצדק, מצדיקים את הגבלת גדריה ותחולתה של זכות הערעור כך שהיקפה לא יתפרס על הנימוקים שהובילו להכרעה מזכה.

מתן זכות ערעור על זיכוי אינו הפתרון לנטרול טעויות שופטים

260. 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.

261. מן הראשית ככלל, ראוי כי בית המשפט הנכבד יתן דעתו לכך, שהממצאים שהציג המבקש 1 מתבססים על מחקרים שבחנו את התנהגותם של חברי חבר המושבעים, ולא את התנהגותם של שופטים. האם חשש זה, המתייחס לשיטה בה מבוסס השיפוט הפלילי על חבר מושבעים, רלוונטי גם לשיטת משפט המבוססת על שופטים מקצועיים? נראה שיש להשיב על שאלה זו בשלילה.

262. לשיטת המשיבה, לא בנקל ניתן להשליך מחקרים שהתבססו על נחקרים בעלי מאפיינים של חבר מושבעים (אין דרישה למומחיות כלשהי), על אוכלוסיית השופטים המקצועית והמנוסה יותר.

263. כמו כן, בכל המחקרים, למעט המחקר שהתבצע באוניברסיטת קולורדו Hope L, Greene J, 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. [להלן: "המחקר באוניברסיטת 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. אפשרות זו, היתה יכולה להטות את תוצאות המחקרים, ובשל כך, נסיונו של המבקש להיתלות בכך ולהקיש לשיטת המשפט הישראלית אינו נכון.

264. מעבר לכך 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)]

265. בכל אופן, הטייות קוגניטיביות אשר מחבלות בקבלת החלטות לא פוסחות על שופטים, שכן ברור שאין הם בעלי שריון המקנה להם חסינות מפני כל. אותן הטייות שהוצגו במחקר של המלומדים אייל זמיר ודורן טייכמן "ניתוח התנהגותי של החלטות שיפוטיות" **משפט ועסקים** יג 57 (2015), אכן עלולות לגרום לשופטים לטעות. אולם, כאשר אדם יצא זכאי בדין, המערכת נאלצת "לספוג" את טעות השופט, שכן הטעות לא הובילה להרשעתו - מצב אותו לא תוכל לסבול שיטת משפט תקינה. במקרה של זיכוי, תיקון טעויות השופטים, שמהווה אחת מן התכליות שעומדות בבסיסו של מוסד הערעור, אינו גובר על התכלית של סופיות הדיון ויציבות המערכת.

הפתרון לניטרולן של הטייות אלו בפסקי דין מזכים, אינו טמון במתן זכות ערעור על נימוק, אלא הוא מצוי במחוזות אחרים:

א. ראשית, על מערכת המשפט לספק לשופטים הדרכות מקצועיות ואף פגישות קבוצתיות המונחות על ידי פסיכולוג מומחה בתחום, כדי לנסות להעלות למודעות, ככל שניתן, את כל אותם גורמים לא רלוונטים שעלולים להשפיע על הכרעתם. בתוך כך, יש לאפשר דיון ציבורי פתוח ומושכל בהשפעות הזרות על השופטים, ולזכור כי השופטים נבחרו בין היתר בזכות, ולא למרות, מרכיבי האישיות השונים.

ב. שנית, יש לקרוא למחוקק, בשיתוף נציגי השופטים, לחוקק חוקי פסלות שעולים בקנה אחד עם יכולתם של השופטים לשפוט בניטרליות ובאובייקטיביות מרבית מחד גיסא, ועם ההשקפות הנורמטיביות של החברה באשר לשאלה מתי ראוי ומתי אין זה ראוי לפסול שופט מאידך גיסא (פסילה מטעמים נורמטיביים אף שאנו יודעים בוודאות שיש בהם כדי להשפיע על השופט, למשל פסילת שופט דתי מלדון בנושאי דת ומדינה). כללי פסלות רחבים יותר יחזקו את השופטים, כיוון שהציבור יחוש כי שופטים אשר עשויים להיות נגועים במשוא פנים, נפסלים [ראו הרחבה במאמרו של המלומד ישכר רוזן-צבי "האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" **משפט וממשל** ח, 49, 117 (תשס"ה)].

ג. שלישית, נימוק הזיכוי לא מתמצה בספק, אלא בגוף פסק הדין מסביר השופט מדוע לאור הראיות והעדויות נמצא, כי אין להרשיע את הנאשם וכי חזקת החפות לא נסתרה. כלומר, שמירה על שקיפות נימוקי השופטים תסייע להפחית את ההטיות. אם נגביל את השופטים בנימוקם, ייתכן שאף נגביר את ההטיות (כפי שהוסבר בבחינת פסקת ההגבלה במסגרת התכלית הראויה של מוסד הזיכוי מחמת הספק).

266. לסיום נקודה זו, ברצונה של המשיבה להסב את תשומת לבו של בית המשפט הנכבד למחקר שהתבצע באוניברסיטת קולרדו שהובא במסגרת בקשת רשות הערעור זו (פסקה 168), 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 זיכוי non guilty יורד, כאשר בפני הנחקרים אפשרות לזכות גם על ידי not proven, אולם, לדאבון לב, שכח המבקש 1 לציין, כי המחקר מצביע על כך שבד בבד שיעור ההרשעות יורד. אם מחליט המבקש 1 להסתמך על מחקר זה, שחקר את אופן הכרעתו של חבר המושבעים באמצעות סטודנטים שרשאים לכהן כחבר מושבעים (הגדרה רחבה), ראוי כי ישאל עצמו האם כמערכת משפט עדיף אחוז זיכויים גבוה יותר, אף שרובם יהיו מחמת הספק, או אחוז הרשעות גבוה יותר?

	Not Guilty	Not Proven	Guilty
2 verdicts	39%	-	61%
3 verdicts	7%	42%	51%

שוב, נראה אפוא, כי מחוייבים אנו כחברה להשיב תשובה אחת בלבד. מוסד הזיכוי מחמת הספק מיטיב עם הנאשמים ומשרת את אינטרס החברה בכללותה.

תימרוץ שיקול דעת זהיר של הערכאה הדיונית אינו מצדיק מתן זכות ערעור

על פסק דין מזכה

267. המבקש 1 מבקש לתמוך את טענתו בעד מתן זכות ערעור על פסק דין מזכה בכך שזו תתמרץ את הערכאות הדיוניות להפעיל שיקול דעת בצורה זהירה בשל קיומה של ביקורת שיפוטית של ערכאת הערעור, וכפועל יוצא מכך אף תגביר את אמון הציבור במערכת. בתגובה לכך תטען המשיבה, כי אין הדברים האמורים נכונים, על אחת כמה וכמה, אינם מצדיקים זכות ערעור על פסק דין מזכה.

268. לרוב, הספק בליבו של השופט שבגיננו 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.

269. 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 לא חזק דיו בשביל להצדיק מתן זכות ערעור בגינו.

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

271. 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. לא די בכך, אלא שטמונה בכך סכנה חמורה אף יותר. אם יידעו השופטים כי גם נימוקיי פסק דינם עוברים תחת שבט הביקורת של ערכאת הערעור, עלולים הם לנמק לחומרא. מצב דברים זה, עלול לערער את המערכת כולה, ולפגוע בעבודת השופט. 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.

היעדרה של זכות ערעור לאדם שזוכה מחמת הספק, אינה פוגעת בזכותו לשוויון

272. 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 (פסקה 183 לבקשת רשות הערעור).

הייתכן כי משווה המבקש בין אדם שיצא זכאי בדיו לבין אדם שהורשע בפלילים?! האם ראוי להשוות בין המקרים?! האם כלל קיים הצורך להסביר מדוע השניים נבדלים זה מזה?!

הבוחר את הדברים בראיה רחבה יגלה בנקל, כי מדובר בהבחנה מותרת, קרי, שהיחס השונה המתבטא בהענקת זכות ערעור רק לנאשם שהורשע בדיו, נובע משונות רלוונטית. בעוד הזכאי בדיו 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.

בעניין זה, רצוי שנזכור את דבריו של כב' השופט מצא בפסק דינו הידוע, בבג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 109 (1995):

"הכלל הוא כי שונות רלוואנטית עשויה להצדיק הבחנה. הלוא בכך טמון שורש ההבדל בין הפליה פסולה לבין הבחנה כשרה."

אנלוגיה שאינה במקומה - מה בין זיכוי מחמת הספק לבין העילות הקיימות

לסגירת תיקים

273. המבקש 1 טוען, כי קיים דימיון רב בין נאשם שזוכה מחמת הספק לבין חשוד שתיקו נגנז שלא בעילת חוסר אשמה (פסקה 184 לבקשות רשות הערעור). למרות דמיון זה, לחשוד שתיקו נסגר, יתרון רב על נאשם שזוכה מחמת הספק, שכן לראשון קיימת אפשרות להשיג על עילת סגירת התיק בעניינו (סעיף 62(ב) וסעיף 64 לחוק סדר הדין הפלילי), בעוד לשני לאו. המבקש 1 כמנהגו בבקשת רשות ערעור זו, אמנם עומד על הדמיון, אך לא על השוני המהותי שמצדיק את ההבדל.

274. בעניין זה תטען המשיבה, כי אין העננה, שלטענת המבקש 1 רובצת מעל ראשם של הנאשמים הזכאים מחמת הספק, זהה לעננה שרובצת מעל לראשו של החשוד שנפתח תיק בעניינו, וזאת מן הטעמים הבאים:

א. ראשית, אין דינו של אדם שנפתח תיק בעניינו ונסגר לאחר חקירת המשטרה ללא אפשרות מלאה לעיין בחומר הראיות שהוגש כנגדו (סעיף 14(א)(9) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998), 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 (סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי), להיות מיוצג על ידי עורך דין, והרשימה עוד ארוכה.

ב. שנית, החלטה על סגירת תיק בשלב מקדמי זה מהווה החלטה מנהלית, בניגוד לזיכוי מחמת הספק שמתקבל לאור הספק שהתברר במסגרת הליך שיפוטי מובהק. החוקר הפלילי אינו כשופט מקצועי, ומכאן שהחלטות רשויות התביעה במסגרת הליך מנהלי גרידא, צריכות להיבחן במשקפיים פנימיות נוספות.

ג. שלישית, נימוקי סגירת התיק, למעט תיקים שנסגרו מחוסר אשמה, מופיעים במרשם המשטרתי הפנימי ומספר גופים המנויים בתוספת השלישית לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981, רשאים לעיין בו. 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 [ראו הרחבה בבג"ץ 7256/95 פישלר נ' מפכ"ל המשטרה, פ"ד נ(5) 1 (1995)].

להמחשת הדברים, אין לנו אלא להפנות לדבריו של כב' השופט עדיאל, בבג"ץ 10271/02
פריד נ' משטרת ישראל מחוז י-ם, פ"ד סב(1) 106, 119 (2006):

**"מצבו של מי שתיק החקירה נגדו נסגר מחוסר ראיות, או מחוסר
עניין לציבור גרוע אף ממצבו של מי שהחקירה בעניינו הניבה כתב
אישום, אך הוא זוכה בדין." (ההדגשות הוספו)**

דעת מיעוט מזכה בהרכבים פליליים, אינה מעלה ספק כשלעצמה

275. 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 (פסקה 187 לבקשת רשות הערעור). המשיבה תטען, כי קשה ללמוד גזירה שווה מטיעוניו של המבקש 1 המתבססים על דעת מיעוט מזכה במצב בו הנאשם הורשע בערכאת הערעור, לענייננו בו עסקינן בשתי ערכאות שזיכו את הנאשם.

276. 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?!

ההשוואה בין שני מצבים שונים בעיקרם לא ברורה, ונראה כי לא בכדי. אין השאלה האם הרשעה צריכה להתקבל פה אחד, וזה לשאלה האם זיכוי צריך 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 נקייה מקשיים. מכאן שתטען המשיבה, כי אין לאפשר השוואה שכזו, ונראה שהדיון בשאלה האם דעת מיעוט מזכה יוצרת ספק סביר בהרשעה וההשלכה על שאלה רחבה מכך, האם יש להרשיע בדעת רוב או פה אחד, מהווה חריגה מהדיון בסוגיות שבלב בקשת ערעור זו.

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

277. לעניין טענת המבקש 1 לפיה, בשל "מזל בשפיטה" יש לאפשר ערעור על זיכוי מחמת הספק, תטען המדינה כי דינה להידחות (פסקה 197 לבקשת רשות הערעור). כל עוד לא נעבור לעולם בו יכהנו מכוונות במקום שופטים, שיבטיחו שפיטה אחידה נטולת כל הבדלים שרירותיים, לא נוכל למנוע לחלוטין את אלמנט המזל. וכידוע, אין חולק כי עולה התועלת של שפיטה אנושית על התועלת של שפיטה מכנית בעלת קריטריונים מובנים וסגורים.

278. 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!

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 במותב יגיע להחלטותיו באופן עצמאי, בהתאם לעמדתו של המלומד מאוטר בספרו **משפט ותרבות** פרק חמישי, 178 (תשס"ח) שאוזכרה על ידי המבקש 1 עצמו.

279. 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) 734, 741 (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 להלן, ולא דרך זכות הערעור. מכאן, שאין לאפשר ערעור על זיכוי מחמת הספק בשל העובדה שערעור זה יאפשר לצמצם את מרכיב המזל בהנמקה.

מתן זכות ערעור על פסק דין מזכה יפגע בחובת הנימוק של השופט

280. 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). 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 לזיכוי הנאשם. המלומד קדמי, התייחס לכך בספרו **על סדר הדין בפלילים** חלק שני - ספר שני, 1107 (מהדורה משולבת, תשנ"ח):

"אין מגבלות על נושאי הערעור בהקשר זה: כל רכיבי הכרעת הדין וכל רכיבי גזר הדין נתונים לערעור; וזאת, הן מטעם התביעה והן מטעם הנאשם.

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." (ההדגשות הוספו)

פשט דבריו של המלומד קדמי הוא, כי אין כל מניעה לערער על כל רכיב ורכיב בהכרעת הדין, ובלבד שאין מדובר בהנמקה גרידא.

281. על אף שלשיטת המשיבה לא קמה זכות ערעור מקום בו אין השגה על הכרעת הדין, אף אם יכריע בית המשפט הנכבד כי היא מתקיימת, זכות חוקתית איננה זכות מוחלטת אלא יחסית, 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. למעלה מן הצורך, נבחן את היעדר זכות הערעור משל לא היה קיים סעיף שמירת הדינים.

282. אף אם עסקינן בחוק-יסוד שאין בו פסקת הגבלה מפורשת, קובעת פסיקתנו כי יש לקיים בחינה אל מול פסקת ההגבלה השיפוטית [ע"ב 92/03 **מופז נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה**, פ"ד נז(3) 793 (2003)]. כאמור, הלכה השוללת את זכות הערעור במצב של דיון שיפוטי ראשון, נדרשת לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה השיפוטית כתנאי לחוקיותה.

השלב הראשון - ככל שקיימת פגיעה בזכות הערעור, הרי שמדובר בפגיעה בשולייה של הזכות

283. כפי שהציגה המשיבה במסגרת הסוגיה דנן, הפגיעה בזכות הערעור במקרה זה איננה וודאית ומובנת מאליה. כפי שצוין מעלה בפירוט, היעדר אפשרות לערער, כאשר בעל הדין זוכה, מהווה פגיעה בשולי זכות הערעור. פגיעה זו אינה מתיימרת לשנות את תוכן הזכות, אלא מצמצמת אותה באופן ספציאלי רק למקרים של זיכוי, ומכאן שלא מתקיימת פגיעה בזכות. אולם, וכפי שצוין מעלה, תמשך המשיבה בבחינה ככל שבית המשפט הנכבד יחליט כי הפגיעה קיימת וכי עליה לעמוד במבחניה של פסקת ההגבלה.

פגיעה בזכות הערעור עומדת בפסקת הגבלה

284. בחינת השלבים תיעשה באופן תמציתי, שכן דיון במתכונת רחבה ומפורטת כבר נערך בסוגיה הראשונה (מוסד הזיכוי מחמת הספק):

א. **היעדר זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק הינו מכוח הסמכה מפורשת בחוק** - ראו דיון תחת בחינת חוקתיות מוסד הזיכוי מחמת הספק, וכן דיון בפסקה 248 לכתב התשובה בדבר הפרשנות התכליתית של כוונת המחוקק.

ב. **היעדרה של זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית** - המשיבה תטען, כי כדי לקיים משטר דמוקרטי יש צורך ברשות שלטונית שופטת, אשר תצליח להסדיר משפט במדינה. מקום בו יפתחו 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.

ג. היעדר זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק נועד לתכלית ראויה - המבקש 1 מסכים, כי התכלית נועדה לשמור על מערכת משפט תקינה, שמירה על עקרון סופיות הדיון, מניעת הליכי סרק ומניעת הטרדתם של המשיבים והבטחת הוצאותיהם. מעבר לכך, הציגה המדינה מדוע אף כוונת החוק עצמו מונעת ערעור על זיכוי.

לאור דברים אלו, תטען המשיבה כי סופיות הליכים, שאחד ממאפייניה מתבטא בהיעדר אפשרות לערער על זיכוי, היא תכלית ראויה והכרחית כדי להצליח לקיים מערכת משפט הוגנת, צודקת ואפקטיבית. כאמור, עקרון סופיות הדיון איננו אך בגדר סיסמה, כי אם עקרון שמטרתו לשמור על המערכת המשפטית כולה, כדברי כב' השופט ברק במ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1), 354, 356 (1997):

"משהתבררו זכויות וחובות הצדדים בהליכים המשפטיים השונים, ונתקבלה החלטה סופית, הרי שאין לשוב ולהידרש לעניין מחדש. הדבר מערער את היציבות המשפטית. הדבר פוגע בזכויות המתדיינים עצמם. הדבר פוגע ביעילות המערכת המשפטית. קשה עד בלתי אפשרי לקיים מערכת משפטית ללא עקרון הסופיות. מי שהיה לו יומו בבית-המשפט, ודינו הוכרע, צריך לראות בכך סוף פסוק." (ההדגשות הוספו)

אימרה אשר חזרה על עצמה בפסקי דין רבים, ובפרט בפסקי דין פליליים [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)].

ד. גם אם הייתה פגיעה, אין היא במידה העולה על הנדרש

(1) **מבחן הקשר הרציונאלי** - ללא כל ספק, וכפי שאף טוען המבקש 1 בעצמו (פסקה 214 בבקשת רשות הערעור), היעדרה של זכות ערעור על פסק דין מזכה אכן מגשימה את התכלית העומדת ביסודה - סופיות הדיון ויעילות ההליך המשפטי. אדם אשר יצא זכאי בדין אינו צריך לשוב ולהתדפק על דלתות בית המשפט, שכן אם יעשה כך, מערכת המשפט לא תוכל לעמוד בעומס ודיונים ימשכו זמן רב. עומס על ערכת הערעור לא יאפשר לשופטים לקיים דיון במקרים אשר מחייבים בחינה מחודשת וביקורת מעמיקה לשם מניעת משגה ועיוות דין.

(2) **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה** - אין בנמצא אמצעי שיפגע בזכות הערעור במידה פחותה יותר, ובאותה עת, יגשים את האינטרסים האמורים. נראה כי שיטת המשפט הצרה את גבולות השתרעות הזכות בנקודת האיזון בה האמצעי מגשים את המטרה, אך פגיעתו בזכות, כלל שקיימת, היא הפחותה ביותר. המבקש 1 טוען, כי יש לאפשר ערעור בזכות על כל זיכוי מחמת הספק. ברור לכל, וגם למבקש 1 עצמו, כי אפשרות זו לא תגשים את התכלית. כמו כן, אף אפשרויות חלופיות שהוצעו כמו רשות ערעור בלבד או סעד הצהרתי לא יפגעו פחות בזכות, כי אם ייתכן שאף יותר.

אפשרויות להשיג על הנימוק בצורה זו או אחרת, יצרו את המדרג המלאכותי בין אדם שיצא זכאי מחמת הספק ובין אדם שיצא זכאי ללא כל ספק. מדרג זה יוליד שתי הכרעות דין, מקום שמדובר באותה הכרעת דין - הלוא "זיכוי הוא זיכוי הוא זיכוי". לעיתים, יצירת טלאי על טלאי, רק מסבכת את המערכת ויוצרת בלבול בקרב הקהילייה המשפטית ואף בקרב הציבור הרחב, במקום לחדד את הקיים - **אדם שיצא זכאי בדינו הוא זכאי, ואין נפקא מינה אם זוכה הוא מחמת הספק, מחמת חוסר ראיות או מחמת כל הסבר אחר.**

מעבר לכך, אף האפשרות של מתן רשות ערעור 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, יידרשו משאבים רבים וזמן לא מבוטל.

(3) **מבחן המידתיות במובן הצר** - התוספת לתועלת הציבור במניעת אפשרות ערעור על פסק דין מזכה, גוברת על תוספת הנזק לפרט שזוכה מחמת הספק. למרות האיזון האנכי בין האינטרס הציבורי לבין הזכות החוקתית, הרי שידה של האחרונה על התחנתה. על ההגנה על הזכות לשם הטוב להתמקד בקיומו של הליך ראוי, ולא במתן זכות ערעור על זיכוי.

מדיניות משפטית אינה נקבעת רק דרך משקפיו של הפרט היחיד, אלא בנוסף לכך, מאוזנת דרך שיקולי מאקרו, שבסופו של יום, מועילים לפרט כחלק מהתועלת המצרפית לחברה בכללותה בהיותו חבר בה. הפגיעה באינטרסים הציבוריים של סופיות הדיון וקיום מערכת משפט יעילה וצודקת, אל מול הפגיעה בשולי זכות הערעור (אם בכלל), היא ממשית ובוודאות קרובה [בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 37 (1996)]. זאת ועוד, מתן זכות ערעור על נימוק לא רק שיפגע באינטרסים ציבוריים, אלא גם בזכות הגישה לערכאות, בשל העומס שיוטל על בית המשפט (כל עוד המחוקק מותיר על כנו את המצב הקיים, ולא כורך הענקת זכות ערעור על נימוק עם הקצאה מתאימה של שופטים).

לסיכום הסוגיה

285. אכן, ביסודה של זכות הערעור מונחים שיקולים בעלי עוצמה כשם תיקון טעויות, יצירת תקדימים וקידום צדק פרוצדורלי. אולם, 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 הסופיות מתגשם 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.

286. המשיבה תטען, כי דין בקשתו של המבקש 1 להתיר זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק להידחות מכל וכל. זכות ערעור על נימוק שמוביל לזיכוי, אינה מתיישבת עם מגמת הפסיקה מאז ימיה הראשונים של מערכת המשפט הישראלית ועד היום, וכן אף לא עם כוונת המחוקק בהתאם לפרשנות התכליתית שהוצגה לעיל. היעדר ערעור על זיכוי אינו תולדה של עומס המוטל על בית המשפט, אלא פועל יוצא מכך שאדם זוכה, ולכן יומו בבית המשפט תם. אימוץ זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק, תוביל ל"מדרון חלקלק", שלא ניתן יהא לשלוט בו. בעלי דין יוכלו לערער על כל חלק בפסק הדין ככל העולה על רוחם בטענה, כי לא יכלו לצפותו ולהתגונן בפניו או כי הוא פוגע בהם וברגשותיהם.

287. למעלה מכך, כדי לאפשר את מה שלא היה קיים במשך עשרות שנים, שאין לו כל אח ורע בשיטות משפט דומות בעולם, וליצור זכות ערעור "יש מאין" על נימוק, שלאחרית דבר, הוביל לזיכוי - יש למצוא טעמים כבדי משקל. טעמים אלה, ראוי שישקלו גם במאזינו של המחוקק, שכן בהתאם לפרשנות תכליתית, ושתיקה כה ממושכת, נראה אפוא, כי כוונתו היא אחרת.

ח. אפשרות הערעור של מי שלא היה בעל דין בהליך המקורי

288. במסגרת הבקשה דנן, המבקש 2, מר בזל, מבקש לערער על אמירות וקביעות מפי שופטות הרוב בערכאת הערעור. שופטות הרוב, קבעו בפסק דינן כי מר בזל העיד עדות שאינה אמינה, וכי ניכר היה כי העדיף להגן על חברו, גם במחיר של פגיעה בשלטון החוק. בנוסף, ביקרו השופטות את אמרותיו של מר בזל ביחס למתלוננת אשר נגעו להופעתה החיצונית ולכך שהרבתה ברמיזות בעלות אופי מיני כלפי הסובבים.

289. לטענת המבקש 2 (פסקה 222 לבקשת רשות הערעור), שלא היווה צד להליך העיקרי, קביעות ואמרות אלו של השופטות פוגעות בו פגיעה חמורה. לטענתו, שמו הטוב כפרקליט בשירות הציבורי, הוכתם והוא נשאר פגוע וחבול ללא אפשרות לערער על האמירות לגביו.

290. כאמור לעיל, ולאחר הדיון בהתנגדות המשיבה לקבלת רשות הערעור של המבקש 1 על הסרתה של ה"שורה התחתונה" בפסק הדין המציינת את ההנמקה שהובילה לתוצאה, תבחן המשיבה להלן את בקשתו של המבקש 2. נראה, כי הדברים הינם בבחינת "כלים שלובים" הדומים באופיים, ואשר אינם מאפשרים שינוי של הלכות יסוד בשיטת המשפט הישראלי.

291. העד, שאינו צד להליך המשפטי, הוא גם בעל זכויות. על כן, כללי סדר דין פלילי צריכים להבטיח כי תישמרנה זכויותיהם של העדים. הן משום שהעדים הם פרטים בחברה והן משום שההגנה על זכויותיהם של העדים תעודד אחרים להעיד בבית משפט.

292. ואולם, בעניין זה, הפסיקה קבעה את התנאים לקיומו של הליך נוסף לאדם שרואה עצמו כנפגע מהחלטה שיפוטית בהליך שבו לא היה בעל דין או צד. המבחן שאימצה הפסיקה לעניין זה הוא "המבחן הפונקציונלי" [ראו: בן נון וחבקין, עמ' 458], אשר נקבע לראשונה על ידי כב' השופט ברק בבש"פ 658/88 חסון נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 670, 694 (1991), ואומץ גם בפסיקתו של כב' השופט קדמי בעניין צירינסקי, עמ' 729:

"שניים הם אפוא התנאים לקיומה של זכות ערעור למי שנפגע מהחלטה שיפוטית גם אם אין הוא "צד פורמאלי" להליך שבמסגרתו נעשתה ההחלטה, ואלה הם: ראשית - צריך שיתקיים בעניינו "הליך", ושנית - צריך שהליך זה יסתיים בהכרעה שיפוטית הפוגעת בזכות ההופלדיאנית שלו. לשון אחר: מקום שבמסגרתם של הליכים המתנהלים על פי כתבי - הטענות הפורמאליים - לרבות כתב אישום - מתנהל "הליך נוסף", המהווה, למעשה, "משפט נלווה", ובמסגרתו של הליך כזה מוכרעות זכויותיו של מי שאינו צד ל"משפט העיקרי", רואים את ההכרעה בעניינו של האחרון כ"פסק-דין" שניתן במשפט שהוא "צד" לו. בתור שכזה, קנויה למי שעניינו הוכרע ב"משפט נלווה" זכות ערעור מכוח ההוראה הכללית שבחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, המקנה זכות ערעור לכל מי שניתן בעניינו פסק-דין". (ההדגשות הוספו)

293. אם כן, קובע ה"מבחן הפונקציונאלי" שני תנאים מצטברים לשם מתן זכות ערעור למי שלא היה צד להליך המקורי אך טוען שבמסגרתו ניתנה החלטה הפוגעת בו:

א. שיתקיים בעניינו "הליך", כלומר, שתינתן "החלטה משפטית הקובעת סופית את המצב המשפטי בין צדדים בשאלה מסוימת אחרי שצד אחד טען, מקודם, שיש לו זכות לקבל את ההחלטה הזו" [ע"א 165/50 אפשטיין נ' זילברשטיין, פ"ד ו 1201, 1210 (1952)].

ב. ההליך הסתיים בהכרעה שיפוטית הפוגעת "בזכות הופלדיאנית" שלו. כלומר, פסק הדין "שינה את מערך הזכויות שהיו נתונות ל[נפגע] או החובות שחלו עליו עובר לנתנתו" [עניין צירינסקי, עמ' 742].

294. בעניין צירינסקי, נדונה השאלה האם אדם שלא היה צד להליך, אך נפגע מהתבטאות של הערכאה השיפוטית, רשאי להשיג עליה באמצעות הגשת ערעור. בפרשה זו, קבעה הערכאה הדיונית קביעות קשות במיוחד בנוגע לאמינותו של העד, באופן שפגע בשמו הטוב ובכבודו כאדם. הפרשה התגלגלה עד לבית המשפט העליון, שם אימץ כב' השופט קדמי בפסק דינו את המבחן הפונקציונלי שהציע כב' השופט ברק בפרשת חסון לעיל. כב' השופט קדמי קבע, כי לא יפתח פתח לערעור לכל אדם שנפגע מהחלטה שיפוטית, אלא אך ורק למי שהיה בפועל "צד" להליך שבמסגרתו ניתנה ההחלטה, בין שהיה צד פורמאלי "בהליך העיקרי" ובין שהיה צד בפועל "בהליך נלווה".

295. על רקע דברים אלו, ההלכה העולה מעניין **צירינסקי** היא, כי עד שלא היה צד להליך, ושמם הטוב נפגע כתוצאה מהתבטאות של בית המשפט בענייננו, אינו יכול לערער על ההחלטה הפוגעת וככלל, גם לא יוכל להגיש עתירה לבג"ץ [**בן נון וחבקין**, עמ' 451].

296. מן האמור לעיל עולה, כי, בכל הכבוד, שגה המבקש 2 בהשוואה שביקש לעשות (פסקה 222 לבקשת רשות הערעור) בין זכות הערעור לאדם שזוכה "מחמת הספק" ובין עד להליך שאך נפגע מאמרותיו של בית המשפט לגביו בפסק הדין. נראה, כי העד כלל אינו צד להליך המשפטי ובית המשפט כלל לא פותח את דלתותיו בפניו. בקשת רשות ערעור, יכולה, במקרים מסויימים, שכאמור לעיל, אינם באים בגדרי בקשה זו, לפתוח את שערי בית המשפט לדיון בסוגיה עקרונית או עקב טעות של בית משפט קמא.

297. 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) [להלן: "**עניין אורי פרץ**"] (פסקה 236 לבקשת רשות הערעור). אמנם, במקרה זה קבעה הרשמת שושנה ליבוביץ כי אכן נפגעה זכותו ההופלדיאנית של הבורר. אולם, **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**.

העד, לא יפסיק לעבוד במקום עבודתו. ככל שהייתה פגיעה בו, הפגיעה הינה **סובייקטיבית ולא מחויבת המציאות**. העד לא הוכיח כי עבודתו תופסק לאור הערות השופטים בפסק הדין. ואולם, ברי כי בורר, לגביו נטען כי קיים קשרים עסקיים פסולים עם אחד הצדדים להליך הבוררות, לא יוכל להמשיך ולשמש כבורר. אף צד לא יסכים לגשת להליך בוררות בפני בורר שכזה, וקביעת בית המשפט לגביו - עלולה אכן לפגוע בו פגיעה ממונית משמעותית. אם כן, דוחה המשיבה את הניסיון לטעון לגזירה שווה בין המקרה שלפנינו לעניין **אורי פרץ**.

298. לעמדת המשיבה, בכל הכבוד, שגה שוב המבקש 2 עת הפנה (פסקה 237 לבקשת רשות הערעור) לע"א 6779/00 **אליעזר וולובסקי - עו"ד נ' הכונס הרשמי** (פורסם בנבו, 15.10.2002). במסגרת בקשה זו, מפרט המבקש 2 אודות תביעה כספית בסך של 10.000.000 ₪ (!) שהוגשה נגד המבקש דשם (סעיף 4 לפסה"ד), בעקבות אישור ההסכם על ידי בית המשפט קמא. אין מחלוקת בין הצדדים בעניין הנ"ל אודות התביעה הכספית שהוגשה כנגד המבקש, ולכן, וכמו שכותב כב' הרשם עודד שחם - מתקיימת בו פגיעה אישית ממונית ויש לאפשר לו לערער על פסק הדין של בית המשפט קמא. ואולם, כפי שהודגש, **לא הוכחה פגיעה אישית במבקש 2**, וככל שנפגע מאמירות כאלו ואחרות של בית המשפט קמא, הרי שזוהי פגיעה סובייקטיבית, שאינה עומדת בגדרי המבחנים שנקבעו בפסיקה ולא מצדיקה מתן רשות ערעור.

299. נראה כי, בכל הכבוד, גם ההפנייה שעשה המבקש 2 (פסקה 238 לבקשת רשות הערעור) לע"ע (ארצי) 311/09 פלאפון תקשורת בע"מ נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 15.08.10) [להלן: "עניין פלאפון"] אינה מתאימה כלל לענייננו. בעניין זה תבעה הגב' לילך אלול, עובדת חברת פלאפון תקשורת, את חברת פלאפון תקשורת על כך שלא מנעה (החברה) את מעשי ההטרדה המינית של מר קרקו ופיטרה אותה שלא כדין. בעניין זה, אכן מקבל כבי' השופט אדלר את בקשתו של מר קרקו להתגונן בפני הטענות שהועלו נגדו בדבר הטרדות מיניות כנגד הגב' לילך אלול, על אף שהיה רק עד ולא היה צד פורמלי להליך.

300. עוד יש להדגיש כי בעניין פלאפון, בית הדין הארצי - קיבל את ערעורו של מר קרקו וקבע כי הגב' לילך אלול לא הוכיחה כי מר קרקו אכן הטריד אותה מינית. כלומר, בית הדין חורג ממנהגו ומתערב בממצאים עובדתיים שקבע בית הדין האזורי כנגד מר קרקו וקובע כי תלונת הגב' אלול אינה עולה בקנה אחד עם חומר הראיות (עמ' 14 לפסה"ד). ברי, כי אין ללמוד מהליך זה, בו הוגשה תלונה בגין הטרדה מינית כלפי אדם מסוים לענייננו, בו היה המבקש 2, אך עד בהליך העיקרי ולא הוגשה נגדו כל תלונה.

301. בכל הכבוד, המשיבה אינה מקבלת את טענת המבקש 2 בדבר הרתעת עדים מלהעיד (פסקה 251 לבקשת רשות הערעור). לשיטת המשיבה, לא ניתן לטעון לקיומה של תופעה מסוימת - "תיווצר הרתעת יתר של העדים" שעלולה לקרות בעתיד והמצדיקה שינוי הלכה של בית המשפט העליון בהווה. ואולם, ההלכה שלא מאפשרת לעד שלא היה צד להליך לערער על קביעות בית המשפט אודותיו קיימת בהווה! המבקש 2 לא הביא נתונים עדכניים להוכחת טענתו בדבר הפגיעה בנכונות האזרחים להעיד. כיצד ניתן לטעון לפגיעה עתידית, באם לא תשונה ההלכה, בעוד שההלכה קיימת, ופגיעה שכזו, כעת, לא הוכחה??

302. בפסקה 239 לבקשת רשות הערעור, כותב המבקש 2 כי - "העובדה שהינו נבחר ציבור...". נראה, כי יש בידי ארבע מילים אלו כדי להעיד על הבקשה כולה. בכל הכבוד, עו"ד בשירות הציבורי אינו "נבחר ציבור", אף "ציבור" לא הלך לקלפיות על מנת לבחור בו.

נראה, כי כפי הנטען לעיל בהרחבה, מנסה המבקש לצייר "סיפור" חוקתי מסוים - לעיתים, כך נראה, גם תוך ניסיון לסלף מעט את העובדות והמציאות ולהטעות את בית המשפט הנכבד. ויש לומר, כל "מעשיות" אלו, אינן אלא - על מנת לנסות ולהידפק על שערי בית המשפט, וכל זאת, אך על מנת לרפא פגיעה סובייקטיבית לאדם שזוכה (!) בדינו. לכך אין להסכים.

303. לשיטת המשיבה, אין לקבל את התנגדות המבקש 2 (פסקאות 245-246 לבקשת רשות הערעור) לשימוש בסעד הצהרתי. בכל הכבוד, 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 - תצהירי העדים, פרוטוקול הדיונים, סיכומי הצדדים והחלטות קודמות של בית המשפט הנוגעות להליך העיקרי.

ברי, כי בית המשפט יפעיל שיקול דעת בטרם יתן את הסעד המבוקש הניתן כנגד מותב אחר בגין קביעותיו העובדתיות. אמנם, אין זה הליך אדוורסרי קלאסי, בו שני הצדדים מביאים את טענותיהם לבית המשפט, אך וודאי כי לבית המשפט חומר רב ושיקול דעת האם לקבל את הבקשה לסעד הצהרתי מכוח ההליך הקודם שהתנהל בעניינם של הצדדים.

304. וכן, גם טענתו השניה של המבקש 2, כי השינוי שמבקש העד שלא היה צד להליך, יכול להשפיע על תוצאת ההליך - כמו בענייננו, ולזכותו "זיכוי מוחלט", ולא זיכוי "מחמת הספק", בכל הכבוד, אינה יכולה לעמוד. כאמור לעיל בהרחבה לאורך כתב תשובה מפורט "זיכוי הוא זיכוי", המשיבה לא מקבלת את הטענה כי קבלת הבקשה של העד יכולה להביא "לשינוי התוצאה בהליך המקורי". ב"הליך המקורי", המבקש 1 זוכה! שינוי התוצאה, יכול להיות אך הרשעה. אמנם, יכול להיות מצב בו אדם יורשע בדינו ואזי, אכן, שינוי הקביעות העובדתיות שנעשו לגבי עד מסוים בערכאה קמא יכול לשנות את התוצאה - מהרשעה לזיכוי. כאמור, אין זה המצב בענייננו.

305. אם כן, לשיטת המשיבה, ניתן יהיה להשתמש בסעד הצהרתי על מנת לרפא, ולו במעט, פגיעה בעד שלא היה צד להליך, ככל שהייתה.

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

א. 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), הגיש שמאי מקרקעין ששימש מומחה מטעם בית המשפט, עתירה לבג"ץ וכן ערעור אזרחי על אמירותיו של בית משפט קמא עקב החשש שזו תתפרש כי אין למנותו כמומחה בתחום. בית המשפט פתר סוגיה זו, מבלי להכריע האם קמה למערער זכות ערעור בנסיבות המקרה או הזכות לעתור לבג"ץ - על ידי הערה לפיה לא הייתה בכוונת בית המשפט למנוע מינויו כמומחה.

ב. פניה בתלונה לנציבות תלונות הציבור על שופטים - חוות דעת שפירסמה הנציבה, כב' השופטת טובה שטרסברג כהן עולה, כי הנציבות מוסמכת לברר תלונה נגד שופט בעניין התבטאות בפסק דין המכוונת לאדם שלא היה צד להליך ופוגעת בו [ראו: "ביקורת על עורך דין בפסק דין", (חוות דעת 1/04 של נציבות תלונות הציבור של שופטים 31.12.2003) נציבות תלונות הציבור על שופטים, דין וחשבון לשנת 2004 (2005)], אף על פי שהנציב אינו מוסמך להורות על שינוי של פסק דין, הינו מוסמך לברר את התלונה, ליתן לנפגע זכות טיעון, ולכלול בממצאי בדיקתו הערה מתאימה שעשויה להניח את דעתו של הנפגע.

307. לסיכום הדיון בסוגיה זו עולה, כי על פי ההלכה הפסוקה, לא ניתן לאפשר לעד, שאינו צד להליך משפטי, לערער על אמירות השופטים בגוף פסק הדין שהיו חלק מהנימוקים שהולכו אל התוצאה המשפטית אליה הגיעו. עם זאת, המשיבה מכירה בצורך ליתן מענה לטענותיו של המבקש 2, שהינו עו"ד בכיר בשירות הציבורי ועל כן הציעה לעיל מספר חלופות אחרות המקובלות בדין הישראלי, ושניתן באמצעותן לרפא את הפגיעה בו, ככל שהייתה.

308. כאמור לעיל, המשיבה מתנגדת לשינוי הלכה פסוקה של בית המשפט העליון במסגרת הליך של בקשה של אדם פרטי. אשר על כן ולאור האמור לעיל, על בית המשפט הנכבד לדחות את בקשת המבקש 2 ולהותיר את הדין הקיים על כנו.

ט. ערעור המדינה על זיכוי

309. המבקש 1 קורא לבטל כליל את הפרקטיקה לפיה, רשאית התביעה לערער על פסק דין מזכה של נאשם. המשיבה תטען מנגד, כי כדי להצדיק שינוי פרקטיקה משמעותית ועתיקת יומין זו, יש להציג אינטרסים כבדי משקל הגוברים על אלה שלאורם המדינה יכולה לערער מאז ראשית הקמתה. לשיטת המשיבה גם בעניין דנא, לא עלה בידי המבקש 1 להוכיח את עמדתו, ועל כן יש להותיר פרקטיקה זו בעינה. למעלה מן הצורך, יוצגו לבית המשפט הנכבד הטעמים מדוע מוצדק וראוי להתיר למדינה לערער גם במקרה של זיכוי.

310. כהערה מקדמית, ייתכן וטענתו החוזרת ונשנית של המבקש 1, כי ערעור המדינה על זיכוי הוא בגדר "פרקטיקה משפטית", אינה מדוייקת, שכן קיימים איזכורים בחקיקה מהם ניתן ללמוד דווקא אחרת. כך למשל, סעיף 63 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1966, במסגרתו מכיר המחוקק בזכות הערעור של המדינה על זיכוי:

"זוכה נאשם, בוטל האישום או הופסקו הליכי המשפט, ישוחרר מיד ממעצרו, אם הוא עצור; ואם שוחרר בערובה, ובכלל זה אם נעצר במעצר בפיקוח אלקטרוני בצירוף קביעת ערובה, יופטרו הוא וערביו מערבותם ויוחזר הערבון הכספי, הכל לפי הענין; ואולם, אם הודיעה התביעה כי בדעתה להגיש ערעור, רשאי בית המשפט לשחררו בערובה מטעמים שיירשמו, או להורות על מעצרו לתקופה שלא תעלה על 72 שעות לשם הגשת הודעת הערעור, ואם היה עצור בפיקוח אלקטרוני – להורות על המשך מעצרו בפיקוח אלקטרוני לתקופה האמורה." (ההדגשות הוספו)

311. כך או אחרת, לטענת המשיבה, אין מדובר בהתנהלות ארכאית שאיננה רלוונטית עוד לימינו אנו, תקופה בה חוקי היסוד חגים ומנחים את מערכת המשפט כולה, אלא בכזו שחשיבות הותרתה על כנה והצורך בהגנה עליה ממשיכים לחול גם כיום, ולראיה דבריה של נשיאת בית המשפט העליון, כב' השופטת נאור, בבג"ץ 2732\15 המרכז הישראלי לנפגעי כתות בע"מ נ' פרקליטות המדינה, 11 (פורסם בנבו, 3.6.2015):

"...נזכור גם את משקלו של עקרון סופיות הדיון במשפט הפלילי, ואת ציפייתו של נאשם שלא להיגרר להליכים משפטיים נספים (לרבות גישת המשפט העברי לפיה בדיני נפשות "מחזירין לזכות ואין מחזירין לחובה"...) כמובן, אין בעיקרון זה כדי למנוע הגשת ערעור על ידי הפרקליטות שעה שהיא סבורה כי נפלה טעות בפסק דין המצדיקה ערעור..." (ההדגשות הוספו)

פערי הכוחות בין הנאשם לבין המדינה

312. אכן, וכפי שהציג המבקש 1, בין המדינה לבין הנאשם ישנו פער כוחות משמעותי שנובע ממאפיינים הטבעיים השונים של שני השחקנים. בין מאפיינים אלו, קיים הפער הכלכלי בין המדינה לבין האזרח הממוצע, וכן הניסיון הרב שיש למדינה בזירה המשפטית כ"שחקן חוזר", אל מול האזרח. ואולם, על פערים אלו מגשר המשפט בדרכים אחרות, ואין לנסות לחפות על פערים אלו באופן מלאכותי ואשר אינו משרת את האינטרס הציבורי באמצעות הגבלת זכות הערעור של המדינה, ובפרט לנוכח חשיבותה, כפי שנסקר בע"פ 6522/10 זהבי נקד נ' מדינת ישראל, 13 (פורסם בנבו, 2.5.2013):

"אחד המאפיינים הבסיסיים של המשפט הפלילי: פערי הכוחות המובנים בין המדינה לבין הנאשם. לפערים משמעותיים אלה ניתן משקל בפסיקה בהקשרים שונים, למשל, בהקשר של הסדרי טיעון [...] בנושא של זכות העיון בחומר חקירה [...], בהקשר של חיסיון מפני הפללה עצמית [...] ולעניין פרשנותן של תניות בהסכמי עד מדינה [...]. פערי הכוחות בין המדינה לנאשם צריכים להיות בעלי משמעות גם לעניין מה שמצופה מהתביעה, ככל שעסקינן בהצגת ראיות לבית המשפט." (ההדגשות הוספו)

מעבר לאלו, קיימים כלים משפטיים נוספים אשר מאזנים את הפער בין המדינה לבין הנאשם, כגון חזקת החפות שחלה החל מחקירת הנאשם, נטל השכנוע המוטל על שיכמה של המדינה והרשימה עוד ארוכה.

313. ברוח הטענה בדבר פערי הכוחות האינהרנטיים בין הצדדים, מציג המבקש 1 את המדינה כמי שהינה "שיכורה מכוחה", ומשתמשת באפשרותה לערער על מנת להתעמר ולהטריד את האזרח, הצגה אשר אינה מייצגת את המציאות לאשורה בלשון המעטה. אמנם, אין המדינה אומרת כי אין על האזרחים לפקח על פעולותיה ולצאת מנקודת הנחה עיוורת כי היא חפה מטעויות וכי על כל צעד והחלטה בהם היא נוקטת יש לראות בהם כזה ראה וקדש, אולם לאור מנגנוני הפיקוח והביקורת הקיימים כיום (פנימיים וחיצוניים כאחד), לא ניתן, בכל הכבוד הראוי, להאשים את המדינה בהגשת ערעורים שרירותיים, נטולי רסן ובלתי מוצדקים.

314. בהתאם לממצאי "הוועדה לבחינת הרשעה בדעת רוב וערעור על זיכוי במשפט פלילי" [להלן: "ועדת אנקר"], ערעורים על זיכוי הם על פי רוב, ערעורים בסוגיות עקרוניות, שמטרתם להעמיד הלכה על מכונה ולא להעניש את הנאשם. כן יש להביא בחשבון, שערעורים אלו אינם בבחינת "חזון נפרץ". אף הפסיקה עמדה על הצורך בזהירות שעל התביעה להפעיל טרם מימוש זכותה לערער על זיכוי [בע"פ 6304\11 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 26 (פורסם בנבו, 20.9.12) (להלן: "עניין פלוני")].

לענייננו, נכון להזכיר פסק דין המציג את זהירותה של המדינה בהגשת ערעור, וביתר שאת בהגשת רשות ערעור על פסק דין מזכה. במקרים אלו, המדינה שוקלת את מכלול השיקולים והאינטרסים העומדים בבסיס הערעור, ולא מושפעת ממניעיו של הקורבן. ואלו הם דבריו של כב' השופט הנדל, בבג"ץ 8150/13 כרסנטי נ' פרקליטות המדינה - המחלקה הפלילית, 18 (פורסם בנבו, 6.8.2014) (להלן: "עניין כרסנטי"):

"במשפט הישראלי קיימת אפוא האפשרות לערער על פסק-דין של זיכוי – אפשרות שהתביעה נוקטת במשורה. כך גם ניתן להגיש בקשת רשות ערעור נגד פסק-דין מזכה של ערכאת הערעור. הדבר אינו בגדר "הלכה ואין מורים כן". ואולם כאמור, ראוי לה, לאפשרות זאת, להישמר למקרים חריגים. אכן, [...]
במשך 5 השנים האחרונות הגישה הפרקליטות בסך הכל 15 בקשות רשות ערעור בתיקים פליליים (לא נמסר כמה מתוכן התייחסו להכרעת הדין וכמה לחומרת העונש)". (ההדגשות הוספו)

315. לאורך השנים, אימצה המדינה מדיניות ערעורים מצמצמת וצרה למדי, תוך הפעלת ריסון עצמי ושיקול דעת מוקפד, בטרם קבלת החלטה על פנייה לערכאת הערעור. בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים, אף הכיר בכך לאחרונה בצויו כי הפרקליטות מערערת על פסקי דין של זיכוי בפלילים "במשורה", בעניין פלוני (פס' 26):

"בניגוד למשפט העברי ולדין הנהוג בארצות הברית ובדומותיה, מאפשר המשפט הישראלי לתביעה הכללית לערער על פסקי דין של זיכוי בפלילים, אם כי על פי שיקול דעתה עושה זאת פרקליטות המדינה במשורה..." (ההדגשות הוספו)

316. לפיכך, מסקנת הדברים הינה, כי יש להמשיך ולאפשר למדינה לערער על פסק דין מזכה, כפי שנהגה מקדמת דנא. מאחר שברי, שהיא עושה כן תוך שיקול דעת אחראי, במקרים מתאימים ובמשורה. בד בבד, תדגיש המשיבה את מחויבותה של מערכת התביעה להמשיך להקפיד על יישומן של ההנחיות פנימיות לעניין הגשת ערעור ותפקודם הנאות של מנגנוני ביקורת, כך שבקבלת ההחלטה לערער, ישקלו רק וכל השיקולים הראויים.

דוקטרינת הסיכון הכפול

317. כפי שקבע ראש מותב נכבד זה, כב' השופט דנציגר, בפס' 2 לפסק דינו בעניין פלוני:

"שיטת המשפט הישראלית לא הכירה בתחולתה של דוקטרינת 'הסיכון הכפול'"

אולם בישראל, כפי שטען המבקש 1, מאפיינינה באים לידי ביטוי באופן חלקי ומרוכך בסעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי:

"5. אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה שבו; אולם אם גרם המעשה למותו של אדם, דנים אותו על כך אף אם הורשע קודם לכן בשל עבירה אחרת שבאותו מעשה;
"הרשעה", לעניין סעיף זה – לרבות העמדה למבחן ללא הרשעה תחילה."

כאמור, 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 בדין מניעה למדינה לערער על זיכוי של אדם מן הטעם של הסיכון הכפול, שכן זה אינו מתקיים.

318. יש הטוענים, כי בארצות הברית הסיכון הכפול לו חשוף הנאשם במקרה של ערעור על זיכוי, מובא כטעם לכך שאין בידי התביעה לערער על זיכוי זה. יחד עם זאת, לטענת המדינה היעדר אפשרות לערער על זיכוי נעוץ בטעם אחר, שענייננו 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 העקרון המסורתי, לפיו חבר המושבעים שנמצא במעמד דומה לנאשם, הוא שיכריע האם יצא הנאשם זכאי או אשם בדין.

כאמור, אחד מתפקידיו ההיסטוריים של חבר המושבעים הוא להוות גורם מרסן נגד השלטון, אשר נקי מכל השפעה פוליטית [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)]. בניגוד לשופטים שהיו פקידי המלך, המושבעים הם "בני מעמדו" (peers) של הנאשם, ולכן יגנו עליו משרירות ליבו של המלך. אפשרות ערעור על החלטת חבר המושבעים תהא רק כאשר זו תטיב עם הנאשם, כלומר ערעור על הרשעתו.

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

319. בהקשר זה, למרות שהמבקש 1 מציג את הדין בארצות הברית ככזה שאינו מאפשר לתביעה לערער על פסק דין מזכה, ואף רואה בכך משום פגיעה בתיקון החמישי לחוקה, תעיר המדינה כי 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", וכך נאמר בפסק הדין האמריקאי Tibbs v. Florida, 457 U.S 31 (1982):

"[...] when a reversal rests upon the ground that the prosecution has failed to produce sufficient evidence to prove its case, the Double Jeopardy Clause bars the prosecutor from making a second attempt at conviction.

As we suggested just last Term, these policies do not have the same force when a judge disagrees with a jury's resolution of conflicting evidence [...] A reversal on this ground, unlike a reversal based on insufficient evidence, does not mean that acquittal was the only proper verdict [...] A deadlocked jury, we consistently have recognized, does not result in an acquittal barring retrial under the Double Jeopardy Clause. Similarly, an appellate court's disagreement with the jurors' weighing of the evidence does not require the special deference accorded verdicts of acquittal.”

320. בנוסף על הדין בארצות הברית, מציג המבקש 1 את הדין האנגלי, ככזה שאוסר על סיכון הכפול כך שאינו מאפשר העמדה לדין של אדם שזוכה. אמנם ציין המבקש 1 את שני החריגים לכך – האחד, במקרה בו מוכח מעבר לספק סביר כי הזיכוי הושג באמצעים של אלימות או איומים נגד חבר המשובעים, ניתן להורות על עריכת משפט חוזר. השני, שנחקק בשנים האחרונות, מתיר עריכה של משפט חוזר במידה שהתגלתה ראייה חדשה ומשכנעת, ומדובר בעבירה חמורה.

321. ואולם, המבקש 1 לא השכיל 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. לשיטת המדינה, מדובר בהבדל מהותי שאין להתעלם מקיומו ואשר לאורו הניסיון לבסס באמצעותה נקודת אחיזה נכשל.

322. כמו כן, מעבר לשני החריגים המאפשרים לתביעה לערער על זיכוי, קיימת דרך נוספת. ככלל, ניתן לפנות בשאלה משפטית לבית המשפט הגבוה (High Court) על מנת שישב מהו המשפט הנכון, אותו יש ליישם על מערכת עובדות אשר נקבעה על ידי בית משפט שלום (Case Stated). לאחר שישב בית המשפט הגבוה, רשאי הוא 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.

323. המבקש 1 ממשיך להציג את ביטויו של עקרון הסיכון הכפול גם במשפט העברי (פסקה 282 לבקשת רשות הערעור). לשיטת המשיבה, אין מקום להסיק מן הדין העברי לענייננו בסוגיה זו, שכן בדיני ממונות המשפט העברי אינו מכיר בעקרון סופיות הדיון מה שמסביר מדוע אינו מכיר בערכאת ערעור [אליאב שוחטמן סדר הדין – לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדין ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל, 443 (1988)].

324. באשר לסופיות הדיון בדיני נפשות (המשפט הפלילי), מבחין המשפט העברי בין זיכוי להרשעה. אף אם הורשע הנאשם ונגזר דינו, כל זמן שלא בוצע גזר הדין ניתן לחזור ולדון בתיק מחדש, כל אימת שמאן דהוא טוען שיש לו ללמד זכות על הנאשם. לעומת זאת, אם זוכה הנאשם, אין חוזרים ודנים בעניינו [לדוגמה, **ספרי דברים**, פסקא קמד].

325. למרות מקורות שורשיים אלו, המשיבה תטען כי אין להתעלם מהעובדה שבימי המשפט העברי, דינו של הנאשם היה לרוב גזר דין מוות. לא זו אף זו, מערכת המשפט המודרנית שונה לחלוטין ממערכת המשפט, ככל שניתן לכונתה כך, בימי קדם. אין המשיבה טוענת כי הדין העברי אינו משפיע כלל על שיטתנו המשפטית, אולם תטען, כי אין לגזור עקרונות משיטה לשיטה בנקל ללא כל בחינה יסודית וניטרול גורמים שאינם רלוונטים עוד לימנו.

הרשעה מעבר לספק סביר

326. לטענת המבקש 1, ערעור המדינה על זיכוי פוגע בעקרון היסוד במשפט הפלילי לפיו, נאשם יורשע רק אם תוכח אשמתו מעבר לכל ספק סביר. לדידו, כאשר ערכאת הערעור תהפוך את פסק הדין המזכה של הערכאה הדיונית, הרשעת הנאשם תסתור עקרון בסיסי זה. טענה מרחיקת לכת זו, לא בוססה והוסברה כדבעי, ועל כן תשיב המשיבה באופן תמציתי על הטענות שהועלו ותוסיף בקצירת האומר מילים מספר אף לטיעונים שלא הועלו.

327. למעלה מן הצורך תטען המשיבה, כי כידוע להלכה הפסוקה בדבר אי התערבותה של ערכאת הערעור בממצאים העובדתיים, בעת הדיון השני בעניינו של נאשם, ערכאת הערעור מאמצת לרוב את קביעותיה של הערכאה הדיונית [בע"פ 1258/03 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(6) 625, 631-632 (2004)]. כלומר, הממצאים והראיות שהובילו את הערכאה הדיונית לזכות את הנאשם, הם הבסיס לבחינתה של ערכאת הערעור.

יחד עם זאת, לכלל זה קיים חריג – מקום בו יתרונה של הערכאה הדיונית בקביעת ממצאי עובדה ומהימנות מתבטל או מצטמצם, עשויה ערכאת הערעור להתערב ביתר קלות בממצאים אלו. ודוק, שעה שמדובר בעבירות מין, גובר משקל ההתרשמות הבלתי אמצעית מהעדים, במיוחד מקום שפרט לעדויות המעורבים, לא הוצגו לבית המשפט ראיות נוספות, או שהראיות הנוספות אינן בעלות משקל רב לצורך קביעת ממצאי עובדה בנוגע להתרחשות הפלילית [ע"פ 3250/10 **פלוני נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 12.1.2012)]. לאור חריג זה, לא בכדי ערערה המדינה על זיכוי של המערער במקרה דנא, שכן בראות עיניה, סיכויי ההרשעה והפיכת החלטות הערכאות דלמטה גבוהים.

חשיבות קיומה של זכות ערעור למדינה

328. ערכאת הערעור חשובה היא, בהיותה ערכאת בקרה על הערכאה הדיונית. כאמור, לתוצאה שגויה של פסק דין ישנן עלויות, הן למערער והן לחברה כולה. תוצאה שגויה זו פוגעת בהרתעה של עבריינים פוטנציאליים, מעודדת תביעות סרק ופוגעת בלגיטימציה של המערכת השיפוטית. בהקשר זה, תטען המשיבה כי האפשרות לערער על זיכוי בפני ערכאה גבוהה יותר היא חיונית, לנוכח העובדה ששופטים, ככל בן אנוש, עלולים לטעות בניתוח העובדות, בהסקת המסקנות או בהכרעה. משכך, צריכה להיות אפשרות לפנות לערכאה נוספת לשם בחינה ובקרה. במקרים אלו, יכולה הטעות "לשחק" לטובתו של נאשם שביצע עבירה, וכך התחמק מאחריות! איך יהיה ניתן לטעון, במצב דברים בו נשללת מהמדינה האפשרות לערער, כי התביעה הכללית מבצעת את תפקידה ושומרת על ביטחונו של הציבור?

329. מכאן, תטען המשיבה שאין לבטל את אפשרותה של התביעה הכללית לערער על זיכוי, ואף לא להגבילה לערעור ברשות. אכן, אין להתעלם מבעייתיות שעלולה להיווצר במצב בו המדינה תשתמש באפשרות זו באופן לא מבוקר, אולם עם כך יש להתמודד בדרך אחרת והיא 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.

330. כאן המקום להעיר ולהדגיש, כי הצעת חוק המבקשת לשלול את זכות הערעור של המדינה על זיכוי, כבר נידונה ונדחתה בכנסת החמש-עשרה. בהקשר זה, הבהיר שר המשפטים דאז מ' שטרית כי (עמ' 3 לדו"ח ישיבת ה-250 של הכנסת):

"מובן שאנחנו לא יכולים להסכים להצעה הזאת, כיוון שכולם טועים וגם בתי משפט יכולים לטעות. לא יכול להיות שתשלל האפשרות מהתובע המשטרתי והמפרקליטות להגיש ערעור אם הם חושבים שאדם עשה עבירה חמורה זוכה בגלל פגם זה או אחר או בגלל החלטה מוטעת של השופט. מותר לנו לערער, ולא לתת לאנשים לצאת נקיים בלי לתת את הדין על מעשיהם, אם באמת הם יורשעו בערכאה השנייה. לכן, אין אפשר להסכים להצעת חוק הזאת". (ההדגשות הוספו)

331. עד כאן סקרנו ונתנו את דעתנו על זוית הראיה של החברה, של הנאשם ושל המערכת השיפוטית בכללותה, אך לא נעשה מלאכתנו נאמנה אם ייפקד מקומו של הקורבן בהליך הפלילי. אחד המאפיינים הבולטים בהליך הוגן וצודק, הוא הצורך להתחשב בנקודת מבט של יותר מצד אחד. לא בכדי קיימת הכפילות בלשון הציווי – "**צדק צדק תרדוף**" [ספר **דברים**, טו, כ]. לאור עליית המודעות למעמדו של הקורבן במשפט הפלילי, כשם שיש להתחשב בנאשם וזכויותיו בהליך הפלילי, אסור להתעלם מהקורבן.

על חשיבות מעמדו של הקורבן, כתב כב' השופט שמגר בדנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 621, 630 (1994):

"בזמננו נשכח לא אחת, כי כבוד האדם הוא לא רק כבודו של הנאשם אלא גם כבודם של המתלונן, העד, הקורבן; ההגינות בהליך [...] היא לא רק הגינות כלפי הנאשם, אלא גם כלפי מי שמבקש את עזרתה של החברה כדי שתסיק מסקנות מביזויו ומהשפלתו כאדם."

332. בהתאם לדין הקיים, ובפרט לרוח חקיקת חוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001, אשר הסדיר את זכויותיו של הקורבן, אין הקורבן נחשב צד פורמלי להליך, למרות שהשלכותיו כלפיו משמעותיות.

333. יפים לענייננו דבריו של בית משפט נכבד זה, בע"פ 2393/06 חמוד ז"ל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.6.2006). שם, קבע בית המשפט כי לקורבן (או למשפחתו) לא ניתנת זכות לערער אלא אם המדינה, לאור שיקולים ראויים, קבעה כי יש לכך מקום:

"ספק אם היה מקום להכיר בזכותה [משפחת הקורבן] לערער בהתאם לחריג המאפשר מתן זכות ערעור לבעל דין שלא היה בעל דין בהליך המקורי. זאת, שכן המאשימה היא שאמורה לייצג בהליך מעין זה את מגוון האינטרסים העומדים על הכף, ובכלל זה את זכויות קורבן העבירה ובני משפחתו." (ההדגשות והתוספת הוספו)

334. כידוע, על פרקליט המדינה לייצג את המדינה בבית המשפט, תוך הקפדה על זכויות הנאשם, וזאת בד בבד תוך שמירה על האינטרס של הקורבן והציבור. למרות שהקורבן אינו צד פורמלי להליך הפלילי, הרי שלמעשה הוא שעומד במוקד ההליך ומהווה את הסיבה והגורם המניע לקיומו ולהליכים הנלווים לו, בין היתר - הליך הערעור מטעם המדינה.

335. לשיטת המשיבה, שמירת האינטרס של הקורבן מהווה הצדקה נוספת להתיר למדינה את הזכות לערער 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 גם את ענייניו של הקורבן.

חלופה ראויה

336. באשר להצעת המבקש 1 אשר מבוססת על הצעת הסנגוריה במסגרת ועדת אנקר, לפיה המדינה תהיה רשאית לערער על זיכוי הנאשם ברשות בלבד, רק בנוגע לשאלות משפטיות, זו כבר נדחתה לאחר שנידונה ונבחנה באופן מעמיק ויסודי על ידי אותה ועדה. במסגרת השיקולים לדחייה, נקבע כי קיים קושי מעשי בהבחנה בין שאלות משפטיות לשאלות עובדתיות. ולאחר שהדברים נבחנו ולובנו, המליצה הועדה כי יש להותיר בעינו את המצב המשפטי הקיים ולא לשלול את זכותה של המדינה לערער על זיכוי.

337. כאמור, ערכאת הערעור הינה חשובה, בהיותה ערכאת בקרה על הערכאה הדיונית, ועל כן, עומדת המשיבה בפני בית המשפט הנכבד לשלול חלופה זו, ובהמלצת הועדה להותיר את המצב על כנו.

ערעור המדינה על זיכוי - "הכצקתה"?! קיומו של מנגנון ריכוך

338. ברצונה של המשיבה להזכיר, כי במקרה קיצוני בו נופל פגם מהותי בהחלטה המדינה לערער על זיכוי, הנאשם לא עומד בפני שוקת שבורה. להלן שני נתיבים המצויים בפניו:

ביקורתו של בג"ץ אינה פוסחת על החלטותיה של התביעה

339. המשיבה תטען, כי ברור שנתביב הפנייה לבג"ץ לא ישקיט את רצונו של המבקש 1 לבטל את אפשרותה של המדינה לערער על זיכוי, אולם אל לו לשכוח, כי שבט ביקורתו של בג"ץ חל גם על החלטתה של התביעה לערער. במקרים בהם החלטתה של התביעה להגיש ערעור תהווה כלשונו, התעמרות באזרח, יוכל אותו אזרח לבקש את הפעלת ביקורתו של בג"ץ. על כך כתבה המלומדת דפנה ברק-ארז בספרה **משפט מינהלי**, כרך ב 751, 755-756 (2010):

"בית המשפט הרחיב את ביקורתו מן התחום המקורי שבו היא החלה – ביקורת על החלטות שעניינן אי פתיחה בחקירה או הימנעות מהגשת כתב אישום – לביקורת על החלטות אחרות המתקבלות על ידי גורמי התביעה [...] או אף החלטה המתייחסת לשלב מאוחר יותר בהליך."

340. בעניין **כרסנטי**, טען המבקש כי החלטתה של התביעה שלא להגיש רשות ערעור לקתה בחוסר סבירות קיצוני. בפסק הדין, נתן בית המשפט דעתו לכך ששערי בית המשפט פתוחים לעתירה בגין עילת חוסר סבירות המועלית נגד החלטת הפרקליטות. לשיטת המשיבה, נאשם שסבור כי ערעור המדינה מבוסס על שיקולים שאינם ראויים, ועולים כדי חוסר סבירות קיצוני, יוכל להגיש עתירה לבג"ץ. אמנם, המשיבה מודעת לכך שמדובר באמצעי שהנכונות לאפשר שימוש בו מצומצם ביותר, אך לשיטתה כך ראוי שיהא (להרחבה אודות השיקולים לצמצום ההתערבות השיפוטית כאשר מדובר בשאלה של הגשת ערעור ראה בעניין **כרסנטי** שלעיל, עמ' 10-13).

פיצוי אוטומטי בשל זיכוי שני

341. אשר להצעת המבקש 1 בדבר מתן פיצוי אוטומטי בגין זיכוי שני, המשיבה סבורה כי דומה שמדובר במתווה ראוי, ואולם כפי שכבר ציינה המשיבה, זהו עניין שבו על המחוקק לומר את דברו ולעגנו מפורשות במסגרת חקיקה. המשיבה תפנה לעיקרי הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון – פיצוי בשל זיכוי שני), התשס"ב-2001 שהוגשה לכנסת החמש-עשרה. 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.

342. ואולם, בה בעת, מציעה המשיבה להכניס מספר שינויים בהצעה (שחלקם שאובים מהפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט על ההצעה האמורה). האחד, הסעיף לא יתווסף לחוק סדר הדין הפלילי אלא יהווה "נסיבה מיוחדת" במסגרת סעיף 80(א) לחוק העונשין. השני, כי ברירת המחדל תהא מתן פיצוי בשל זיכוי שני, אך תשאר סמכות שבשיקול דעת לבית המשפט במקרים חריגים להימנע מהענקת הפיצוי וזאת לאחר שינמק זאת מטעמים מיוחדים בלבד, מדוע מצא כי יש לשלול את הפיצוי ("ייתן בית המשפט [...] אלא אם כן מצא נסיבות אחרות שאותן יפרט"). השלישי, כי יש לקבוע תקרת הוצאות.

343. כמו כן, 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 עילת הנגישה – סעיף 60 לפקודת הנזיקין.

לסיכום הסוגיה

344. המשיבה תטען, כי יש להותיר בעינה את אפשרות המדינה לערער על פסק דין מזכה, אפשרות שניתנה למדינה מאז ראשית ימיה של מערכת המשפט הישראלית. כאמור, אין משמעות הדבר בגדר היתר למדינה להשתמש בזכות זו באופן לא מבוקר, וברי, כי עליה לקבל החלטה זו רק כאשר כל השיקולים מטים את הכף לעבר שימוש בה.

345. הוסבר להלן מדוע יש לדחות את טיעונו של המבקש 1 בדבר היותה של אפשרות זו פוגעת שלא לצורך באזרח, ומדוע אין מקום לטענת "הסיכון הכפול" כמשמעותה בשיטות משפט אחרות. בד בבד, הוצגה חשיבותה של אפשרות התביעה לערער על פסק דין מזכה, וכי בהיעדרה לא יהיה ניתן לקיים, בכפוף למאפייניה של שיטת המשפט הישראלית, מערכת הוגנת וצודקת.

346. מכל האמור לעיל, תבקש המשיבה מבית המשפט הנכבד לדחות את טענות המבקש 1 כי יש להגביל את סמכותה ושיקול דעתה של התביעה להגיש ערעור על הכרעת דין מזכה, ולהותיר על כנו את הסדר המשפטי הקיים.

י. אקטיביזם שיפוטי

347. כאמור לעיל, המבקש 1 מנסה להכניס עצמו תחת יריעתם הרחבה מני ים של שאלות משפטיות משמעותיות, הנוגעות בעקרונות חוקתיים וביסודות ההליך המשפטי בישראל 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, וזאת במחיר של יצירת שינוי משמעותי שאינו מוצדק ואשר אינו משרת את האינטרסים של החברה בכללותה, אשר לו זיקה והשפעה על יסודות שיטת המשפט הישראלי. משמעות קבלת בקשת רשות הערעור בענייננו, וערעורה של ההלכה המאפשרת זיכוי מחמת הספק, מהווה חקיקה שיפוטית ובגדר התערבות בית המשפט הנכבד בפרוצדורה משפטית נהוגה שלא בחקיקה ראשית. ברי, מהשיקולים שפורטו בהרחבה לעיל, כי זו אינה ראויה במקרה דנן.

348. מהותו של ה"אקטיביזם השיפוטי" לא ברור ומוגדר, כך נאמר על ידי כב' השופט ברק, בחיבורו על השקפת עולם בְּדָבָר - משפט, שיפוט ואקטיביזם שיפוטי **עיוני משפט** יז 475, 476 (1993):

"הדיבור "אקטיביזם שיפוטי" הינו רב משמעי ומעורפל. חוקרים ושופטים נותנים לו משמעות שונה. טרם נמצאה הגדרה טובה לדיבור זה ואין הגדרה המקובלת על הכל. בהיעדר נקודת-מוצא משותפת, "מתפזר" העיון המשפטי ואינו מצליח להתמקד בנושא הבחינה והעיון. טול שופט של בית המשפט העליון, אשר קבע בפסק-דינו, כי חוק של הכנסת בטל בשל סתירת הוראה משוריית בחוק-יסוד. האם שופט זה הוא בהכרח אקטיביסט? והאם חברו להרכב, שפסק כי החוק תקף, בהכרח אינו אקטיביסט, אלא שומר על ריסון שיפוטי? והאם שופט שלישי, המחליט לאחר זמן שפסק הדין הקודם מוטעה, הוא בהכרח אקטיביסט? היש חשיבות, לעניין זה, לשיקולים שאותם הביא השופט בחשבון, או שמא רק התוצאה היא הקובעת? ואם התוצאה היא הקובעת - מהי אותה תוצאה אשר תו האקטיביזם דבק בה."

349. אמנם כן, מאבקי כוחות הענק בישראל בין בית המשפט העליון ובין הרשות המחוקקת, ידעו עליות ומורדות במרוצת השנים האחרונות. בעשורים האחרונים, התחוללו שני שינויים מרכזיים בפסיקת בית המשפט העליון - האחד, המעבר מפורמליזם לערכים, והשני, גידול בנכונותו של בית המשפט לעסוק בשאלות פוליטיות ומוסריות - הרחבת זכות העמידה [להרחבה ראו: מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503 (תשנ"ג); אהרון ברק "עם סיומה של תחילת הדרך" עיוני משפט טז 209 (1991); דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים - בטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" המשפט יא 9 (התשס"ז)].

350. בית משפט נכבד זה בנשיאות מאיר שמגר, הרחיב בשנות השמונים את "זכות העמידה" ופתח את שערי בית המשפט לעותרים ציבוריים בנושאים שונים העומדים על הפרק בציבוריות הישראלית. בהמשך, בתחילת שנות התשעים, ולאחר שנחקקו חוק-יסוד: כבוד האדם, וחוק-יסוד: חופש העיסוק, הכריז נשיא בית המשפט העליון דאז, פרופ' אהרון ברק, על - "המהפכה החוקתית" [ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 352 (1995)]. מאז, ובשנים האחרונות, ממשיך בית משפט נכבד זה במאבק בלתי פוסק אל מול הרשות המחוקקת והמבצעת בבחינה חוקתית של הוראות חוק ותקנות.

351. ניתן אמנם לטעון כי בבג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע, סא(3), 1 (2006) [להלן: "עניין קינזי"], ביטל בית המשפט העליון את הלכת "קינזי" שהייתה נהוגה בפרקטיקה המשפטית כשלושים שנה. אולם, נראה כי קשה ההשוואה בין המקרים רחבה. בעניין קינזי, נאמר על ידי כב' השופט אדמונד לוי כי:

"נוכח כל אלה נמצא כי דווקא אותה הלכה שנועדה לקדם את אינטרס עשיית הצדק - על-ידי מניעתה של עדות שבמהימנותה מוטל ספק - היא אשר עלולה להוביל לפגיעה בו, או למצער להקל עם נאשמים שחטאו בקשות שבעבירות, ודומה כי לכך כיוון השופט מ' חשין, בדמותו את הלכת קינזי "לתערובת כימית שבכוחה להמיס צדק" (ההדגשות הוספו).

כלומר, בית המשפט העליון מבטל הלכה, אשר לדידו - "פג תוקפה", ומהלכה - שנועדה לקדם את אינטרס עשיית הצדק" - "היא אשר עלולה להוביל לפגיעה בו".

352. ועוד, בעניין קינזי, היו תלויות ועומדות שתי הצעות חוק בכנסת שביקשו לבטל את ההלכה, אך לא הבשילו לידי חקיקה מלאה (עמ' 25):

"לנוכח קשיים אלה, הוגשו שתי הצעות חוק אשר ביקשו להביא לביטולה של הלכת קינזי (ראו: הצעת החוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 10), תשנ"ב-1992, ה"ח 170; הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (תיקון מס' 13) (עדות שותף), תשנ"ט-1999, ה"ח 314)."

353. 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 ע"י בית המשפט העליון בפסקי דין קצרים הקובעים כי לא ניתן לערער על זיכוי.

354. וכן, אין זו מדיניות שיפוטית ראויה, כי במסגרת בקשת רשות ערעור שהגיש אדם פרטי, לאחר שזוכה (!) בדין ומבקש כעת להשיג על ההנמקה, תבוטל ההלכה ותיקה, מושרשת ועקבית בשיטת המשפט בישראל.

355. כפי שנדון לעיל, בקשת רשות הערעור להלן אינו עומד בגדרי הלכת "חניון חיפה", לאמור - בקשת הערעור אינה מעלה שאלה לה היו הכרעות סותרות בבתי משפט שונים, או דיונים בפסקי דין קודמים מבלי שניתנה הלכה ברורה בעניין. ענייננו ידוע ומוכר בכל בתי המשפט בישראל ולא היה אף מקרה אחד (!) בו ניתן סעד למבקש לערער על זיכוי. אולם, לא כך היה בעניין קינזי, שם קדמה התלבטות ארוכה של בתי המשפט בשאלת נחיצותה של ההלכה, ורק לאחר מכן, ולאחר שנים ארוכות, ביטל בית המשפט את ההלכה (עמ', 27):

"בשורה ארוכה של החלטות, צומצמה תחולתה של הלכת קינזי, כאשר בתי-המשפט לא ראו לנכון להחילה בכל מצב בו נדרשת עדותו של מי שהיה שותף לעבירה. כך, נקבע בהלכת קינזי עצמה כי היא אינה חלה במקרה של שותף שהוא עד מדינה, מאחר ואין לראותו כעד אשר מצפה לטובת הנאה שתבוא לידי ביטוי בגזר-הדין, ועל כן לא מתקיים לגביו חשש כי ינסה למזער את חלקו על חשבון הנאשם (ראו ע"פ 67/85 עביד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 391, 395-396). במקרה אחר סייג בית-המשפט את תחולתה של הלכת קינזי, כאשר קבע כי אין די בכך שהעד הוא שותפו של הנאשם לדבר עבירה, ואף לא די בכך שמתקיימת נגדו חקירה משטרתית, אלא נדרש, כתנאי לתחולתה של ההלכה, כי בעת מתן העדות כבר הוגש כנגד העד כתב-אישום או, למצער, קיימת כוונה מוכחת להגשתו." (ההדגשות הוספו)

356. ואף יותר מכך, הדרישה לבטל את אפשרות הזיכוי "מחמת הספק", תפגע במהותו של ההליך השיפוטי, כאשר תבטל את נימוקי השופטים מפסק הדין. אולם, הלכת קינזי, הייתה **"פרקטיקה שראוי לנהוג על פיה"**:

**"כל שביקשה הלכת קינזי לעשות - ודבר זה עולה במפורש
מלשונו של פסק-הדין שבמסגרתו היא ניתנה - הוא להצביע על
פרקטיקה שראוי לנהוג על-פיה, מבלי לפגוע בשיקול-הדעת
המסור לשופטי הערכאה הדיונית לסטות מדרך זו במקרים בהם
ימצאו כי ראוי לעשות כן."** (ההדגשות הוספו) [עניין קינזי, עמ' 28]

כלומר, 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 הישראלי.

357. אמנם, בית המשפט העליון, כשנצרך לכך, ובוהירות הנדרשת, יודע לבטל חקיקה ראשית של הרשות המחוקקת. כך לאחרונה, בבג"ץ 7146/12 **נג'ט סרג' אדם נ' הכנסת**, 1, 4 (פורסם בנוב, 16.9.2013), ביטל בית המשפט העליון, בהרכב מורחב, את התיקון השלישי ל"חוק המסתננים" וקבע כי החוק, במתכונת הנוכחית, אינו חוקתי ועליו לעבור הליכי חקיקה נוספים של הרשות המחוקקת:

**"על דעת כל תשעת שופטי ההרכב נקבע שתקופת משמורת של
שלוש שנים, כאמור בחוק למניעת הסתננות, אינה חוקתית בשל
כך שהינה עומדת בסתירה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו."**
(ההדגשות הוספו)

358. עם זאת, נראה כי בענייננו, שינויה של ההלכה המאפשרת זיכוי של אדם מחמת הספק, אינו מהווה שינוי של **חוק שניתן לאחרונה** על ידי הרשות המחוקקת ובית המשפט נדרש לבחינתו. אלא, המדובר כאן בהליך משפטי הקשור בקשר בלתי נפרד לשיטת המשפט הישראלי, והקיים בפסיקה עשרות רבות של שנים, מבלי שעלה בפסיקה לבחינה מחודשת של נחיצותו ויוצא איפוא, כי מדובר במדיניות שיפוטית ראויה. **שינוי שכזה, ככל שיידרש, צריך להיעשות בדרך של חקיקה ראשית ולא באמצעות חקיקה שיפוטית על ידי בית המשפט בעניין פרטי הנידון בפניו.**

יא. אחרית דבר

359. בסיכומם של דברים, ולאחר כתב תשובה ארוך ומפורט, תטען המשיבה כי דין עתירות המבקשים להידחות מכל וכל, הן בשל אי עמידה במבחני הסף המצדיקים את פתיחת דלתותיו של בית המשפט הנכבד, והן בשל דיון לגופו של עניין.

360. ראשית, מוסד הזיכוי מחמת הספק נוצר בשיטת המשפט הישראלית לא בכדי, ובמסגרת תשובת המשיבה ניתנה סקירה רחבה מדוע אין מקום לקבל את טענות המבקש 1 לביטולו. אין לדמיין את שיטת המשפט הישראלית, המושתתת על שיטת המשפט המקובל, ללא החובה של השופטים לנמק את פסק דינם. למרות ששאיפתו של המשפט היא לנטרל כל פגיעה שנובעת מהסדריו, אין זו שאיפה שיכולה להתממש. ככל פרקטיקה משפטית, נלוות לזיכוי מחמת הספק פגיעות הכרחיות, שככל אשר מתקיימות, הן מידתיות לאור התועלת שצומחת לחברה בכללותה מההסדר השיפוטי המאוזן הקיים.

361. שנית, כשם שבעל דין לא 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.

362. 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 משפט וצדק. על מערכת המשפט לקבוע גבול, אשר מעבר לו, אין לאפשר למי שנפגע מפסק הדין זכות ערעור במטרה לרפא את הפגיעה. דווקא בימים בהם זכויות האדם חשובות לאין שיעור, וכללים משפטיים נבחנים מחדש, על המערכת לשמור על עצמה פן תיחרב. במקרה דנא, מתבקשת חצייתו של קו הגבול הראוי באופן שעשוי להיטיב עם עניינו של פרט מסוים במחיר של פגיעה בעניינה של החברה בכללותה, מצב שהדעת אינה סובלת. על כן, אין לאפשר אפוא, למי שלא היה צד להליך, להשיג על אמירותיו וקביעותיו של בית המשפט כלפיו, במטרה לשנותן.

363. 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 הפשיעה ויצירת קרקע פוריה לעבריינים.

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

הגב' לי חודק, ב"כ המשיבה הגב' שני שחר, ב"כ המשיבה מר אורי סגל, ב"כ המשיבה