

כב' הרכב השופטים: י' דנציגר, א' קלגסבלד, ט' פיישר

המבקשים:

1. מר אלנבי

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

2. מר באזל

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

- נ ג ד -

המשיבה:

מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות המדינה – המחלקה הפלילית
רח' צלאח אדין 29, ירושלים
ע"י ב"כ גבי לי חודק, גבי שני שחר ומר אורי סגל

בקשת רשות ערעור

מוגשת בזאת בקשה למתן רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בע"פ 11/15 אשר זיכה מחמת הספק את המבקש 1, וניתן במעמד הצדדים ביום 6.3.2015, במסגרת ערעור שהוגש על פסק דינו של בית המשפט השלום בתל אביב-יפו בת"פ 551234-02-14, אשר זיכה את המבקש 1 זיכוי מוחלט. במידה ותינתן רשות ערעור מתבקש בית המשפט הנכבד לראות בבקשת הרשות לערער כערעור.

הרקע לבקשה – העובדות הצריכות לבקשת רשות ערעור זו

מר אלנבי (להלן: "המבקש 1"), שהינו פרקליט בכיר מן השירות הציבורי, זוכה בבית משפט השלום ביום 7.12.2014 זיכוי מלא מעבירת הטרדה מינית, עבירה לפי סעיף 3(א)(6)(ג) ביחד עם סעיף 5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. פרקליטות מחוז תל אביב הגישה ערעור על הכרעת-הדין. הערעור נידון ביום 6.3.2015 בבית המשפט המחוזי, שם נחלקו דעות השופטים, בעוד שופט המיעוט אימץ את הכרעת הדין בערכאה הדיונית, המזכה זיכוי מוחלט, קבעו שופטות הרוב כי יש להותיר את הכרעת הדין המזכה על כנה, אך לשנות את טיב הזיכוי לזיכוי מחמת הספק.

שופטות ערכאת הערעור הנכבדות, לא חסכו את שבט ביקורתן ממר בזל (להלן: " **המבקש 2**"), שהינו סגנו של המבקש 1, ואשר העיד כעד הגנה למבקש 1 בפני חוקרי נציבות שירות המדינה ובפני בית המשפט. השופטות הנכבדות ביקרו את העובדה שהתמקד בעדותו בתיאורי הופעתה החיצונית המתירנית, בלשונו, של המתלוננת. בנוסף, ביקרו את אמירותיו כי זו חיפשה תשומת לב ללא הרף, וכי הרבתה ברמיזות בעלות אופי מיני כלפי הסובבים. השופטות קבעו כי הינו עד שאינו אמין בעליל, עדותו מגמתית, האמת לא הייתה נר לרגליו, וניכר כי העדיף להגן על חברו אף במחיר של פגיעה בשלטון החוק. כתוצאה מקביעות פוגעניות אלו כנגדו, מתדפק המבקש 2 על דלתות בית המשפט הנכבד, ומבקש שיתאפשר לו להשיג עליהן.

רצ"ב כתב האישום ופירוט ההליכים עד לרע"פ – **מסומן כנספח 1**.

חשיבות הבקשה

1. בקשה זו, המונחת על שולחנו של בית המשפט הנכבד, מעלה ארבע סוגיות משפטיות-עקרוניות ומרכזיות, אשר כל אחת מהן בפני עצמה מצדיקה מתן רשות ערעור בגלגול שלישי. קל וחומר, כי יש בצירוף של כל הסוגיות גם יחד כדי להצדיק בחינה נוספת של פסק דינו של בית המשפט המחוזי.
2. מן הראשית, ייאמר, כי בקשת רשות ערעור זו באה בגדר השיקולים שנקבעו בפסק הדין המנחה שניתן בבר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר) חיפה בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (להלן: "חניון חיפה"). כידוע, הלכה זו הפכה עם השנים לנכס צאן ברזל של הפסיקה, ומתווה את הכללים באשר לסוג המקרים בהם תינתן רשות לערער בגלגול שלישי:

ראשית, מדובר **בארבע סוגיות משפטיות בעלות חשיבות כללית**, אשר מעצם טיבן ראוי כי הערכאה הגבוהה היא זו שתדון ותחליט בהן. סוגיות אלה, חורגות במובהק מעניינם האישי של המבקשים, באשר הן עשויות להיות רלוונטיות למקרים ונאשמים רבים אחרים.

שנית, הסוגיות שיעלו בבקשת רשות ערעור זו, חוסות תחת המקרים המעלים **שאלות בעלות חשיבות חוקתית**, ואף **חשיבות ציבורית**, אשר לא זכו בכל הכבוד הראוי לליבון דיו, ועליהם נעמוד בבקשת רשות ערעור זו.

לא זו אף זו, בעניין **חניון חיפה** בית המשפט הנכבד קבע, כי אין להגדיר באופן ממצה את מכלול המקרים בהם תוענק רשות ערעור, מפאת חשיבותם, כך שרשימת המקרים איננה רשימה ממצה ומעולם לא התיימרה להיות כזאת.

3. מן הראוי להדגיש, כי הלכת **חניון חיפה** שהתקבלה בהליך אזרחי, אומצה אף במשפט הפלילי. ראייה לכך, ניתן לראות ברע"פ 8963/04 יחיא חמדאן נ' מדינת ישראל, פסקה 6 לפסק דינו של כב' השופט מ' חשין (פורסם בנבו, 3.3.2005):

"מיבחניה של הלכת חניון חיפה היכו שורש זה מכבר בפסיקת בתי המשפט בישראל, ואומצו באופן מלא גם בהליכים פליליים". (ההדגשות אינן במקור).

4. יתר על כן, לעניות דעתנו, מקום בו מדובר בהליך פלילי, בו עוסקים בדיני נפשות ובסוגיות בעלות חשיבות כללית וציבורית, ראוי שתוענק רשות הערעור ביתר נדיבות, ואף בעניין זה כל ספק יפעל לטובת הנאשם.

כתימוכין לכך, ניתן לראות דוגמא ברע"פ 4732/02 סורפין נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לפסק דינה של כב' השופטת שטרסברג-כהן (פורסם בנבו, 31.12.2002):

"קיימים מקרים נדירים ביותר שבהם תחושת הצדק שבקשת רשות לערער מעוררת לפני השופט הדן בה היא כל כך חזקה, עד שהוא יכול ליטול היתר לעצמו, לחרוג מהכללים, לתת לאינטרס הפרט משקל גדול יותר מכפי שמקובל בבקשות מהסוג הנדון, ולתת למבקש רשות לערער".

5. אלה היו פני הדברים מאז ומעולם, ואולם הם קיבלו משנה תוקף שעה שזכויותיו המהותיות והדיוניות של הנאשם בפלילים זכו למעמד של זכויות חוקתיות, ושעה שבית משפט נכבד זה לא הסס לקבוע, כי אין דין אחד למדינה ולנאשם, מקום בו מתבקש בית המשפט להפעיל הליך הנתון לשיקול דעתו, וכי לעולם יעניק בית המשפט לזכויות הנאשם משקל גבוה, לעומת האינטרס הציבורי:

כתימוכין לאמור צוין בבש"פ 537/95 עימאד גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 419 (1995):

"...[ה]יחס בין זכויות האדם לבין האינטרס הציבורי – שונ[ה] בעקבות חוקי היסוד. עם העלאת רמתן הנורמטיבית של זכויות האדם... לרמה חוקתית על-חוקית, עלה משקלן היחסי של זכויות האדם המעוגנות בחוק היסוד לעומת האינטרס הציבורי".

וכן בבש"פ 6353/02 מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ, נז(1) 1, 3-4 (2012):

"ככלל, על בית-המשפט לפרש חוקים הפוגעים בזכויות אדם באורח דווקני ולהפעיל שיקול-דעת שניתן לו לפגוע בזכות אדם באופן שהזכות לא תיפגע אלא במידה המזערית הנדרשת. חובה זו, המעוגנת בסעיף 11 לחוק היסוד – המחייב את כל רשויות המדינה, לרבות בית-המשפט, לכבד את הזכויות המעוגנות בו ככל שהן מתיישבות עם התחיקה שעל-פיה הן פועלות".

6. ברור אם כן, כפי שיפורט בהרחבה להלן, כי הסוגיות נשוא הבקשה, מורכבותן וחשיבותן נכנסות בקהל המקרים המצדיקים מתן רשות לערער בהתאם למבחני הפסיקה המוכרים.

ארבע הסוגיות המצדיקות מתן רשות ערעור בקליפת האגוז

7. ואלה, בקליפת האגוז, ארבע הסוגיות העיקריות המצדיקות, ואף למעשה מחייבות, מתן רשות ערעור בענייננו -

(א) המוסד "זיכוי מחמת הספק", כפי שמיושם כיום בדין הישראלי, אינו משרת נאמנה את המטרות שלשמן נוצר. בתי המשפט בישראל מתקשים להגדיר ולתחום את מושג "הספק הסביר" ובחינת פסיקותיהן של הערכאות השונות מלמדת כי היישום מוביל לפגיעות קשות בזכויות יסוד חוקתיות של נאשם שזוכה מחמת הספק, בראש ובראשונה בזכותו לשם טוב, כאשר הוא נותר עם עננה כבדה הרובצת מעל ראשו. כמו כן, עלולות פגיעות אופרטיביות בנאשם, ובעיקר ביכולת ובסיכויים לקבל הוצאות הגנה ופיצויים, וכן פגיעות בערכי יסוד של שיטת המשפט בארצנו ובעיקר בחזקת חפותו. על כן, נבקש מבית משפט נכבד זה לתת דעתו על הכשלים והפגיעות הנובעות ממוסד "הזיכוי מחמת הספק", להורות על ביטול ולחלופין להביא להסדרתו, כך שתמוזער הפגיעה בנאשמים.

(ב) לחלופין, ככל שבית משפט נכבד זה ימצא לנכון להותיר את המוסד על כנו, נבקשהו לבחון מחדש את היעדר האפשרות של נאשמים המזוכים בזיכוי מסוג זה, לערער על הכרעת הדין. במצב הנוכחי, חוסר אפשרות זו, מונעת מן הנאשמים את האפשרות לטהר את שמם, ובכך מעמיקה ביתר שאת את הפגיעות בזכויותיהם. מדיניות משפטית ראויה היא כזו המותירה לנאשמים אפשרות לקבל סעד במקרה בו הכרעת הדין פוגעת בזכויותיהם. ואולם, במצב הקיים נחסמת בפני נאשמים שזוכו מחמת הספק זכות הגישה לערכאות, שהוכרה כזכות חוקתית. כמו כן, נבקש בבקשת רשות ערעור זו לעמוד על מספר מחקרים המעלים הטיות קוגניטיביות העלולות להשפיע על הכרעותיהם של שופטים והמחדדים אפוא את הצורך בקיומה של האפשרות לערער, עת עסקינן בדיני נפשות. לאור כל זאת, מתבקש בית משפט נכבד זה לאפשר, לנאשמים שזוכו מחמת הספק להשיג על התוצאה הפוגעת בהם באמצעות ערעור בזכות, ולמצער, לאפשר הגשת ערעור ברשות, על מנת שתתאפשר בחינה מחודשת של ההכרעה בעניינם.

(ג) באותה נשימה, נרצה להעלות את טענותיו של המבקש 2, שהינו עד, אשר לא היה צד פורמלי בהליך העיקרי, ונפגע מאמירות בית המשפט שבאו במסגרת פסק הדין. שמו של המבקש 2 הוכתם, כך גם מהימנותו ונאמנותו לשירות הציבורי, והוא נותר פגוע וחבול, אולם ללא אפשרות להשיג על הדברים שנאמרו כלפיו. המצב הנוכחי שבפנינו, מעלה סוגיה מהותית, אשר דורשת ליבון בשל קושיה ומורכבותה, סוגיה זו וסוגיית הערעור על זיכוי מחמת הספק, הן בבחינת כלים שלובים, כך ששתיהן יחד ולחוד, ממחישות את הצורך של צד שנפגע במסגרת ההליך המשפטי להשיג על קביעות שנקבעו לגביו. המבקשים סבורים, בכל הכבוד הראוי, שמניעת אפשרות לקבלת סעד במצב דברים זה, משקפת מדיניות משפטית שאינה ראויה עוד. על כן, בית משפט

נכבד זה מתבקש בנוסף, לסלול נתיב בו יוכל אדם שאינו בעל דין או צד פורמלי בהליך, להשיג על אמירות פוגעניות שנאמרו בגינו. נתיב זה יכול שיהיה במסגרת ערעור שיגיש צד להליך.

ד) סוגיה נוספת שעליה יעמדו המבקשים בבקשת רשות ערעור זו, נוגעת לאפשרות התביעה לערער על פסק דין מזכה. לטעמנו, בכל הכבוד הראוי, יש לתהות על קנקנו של נוהג זה, המעצים את פערי הכוחות בין הנאשם למדינה, וזאת במקום לחתור לצמצום. לפיכך, נבקש מבית המשפט הנכבד לתת את הדעת לגבי השאלה, האם עצם העובדה שהערכאה הדיונית דנה בעובדות המקרה והחליטה לבסוף לזכות את הנאשם, אין היא כשלעצמה מבססת ספק סביר בדבר אשמתו? לדידנו, ספק זה לא יוסר אף אם ערכאת הערעור תחליט להרשיעו. קל וחומר, נכונים הדברים ביתר שאת במקרה שלפנינו, מקום בו בערכאה הדיונית זוכה המבקש 1 זיכוי מוחלט ואף בערכאת הערעור מצא חלק ממותב השופטים לעשות כן בשנית. משום כך, בית משפט נכבד זה מתבקש לצמצם את גדרי סמכותה של המאשימה לערער על זיכוי או למצער, לאפשר ערעור כזה ברשות בלבד.

8. בבקשת רשות ערעור זו נעמוד בהרחבה על סוגיות מרכזיות אלה, וזאת על מנת להבהיר לבית המשפט הנכבד, כי לא ניתן להותיר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי על כנו.

פתח דבר

9. טרם נכנס לעובי הקורה בבקשה זו, ידוע לכל שהמצב המשפטי הנוכחי קובע, כי מוסד הזיכוי מחמת הספק הינו מזה זמן רב חלק מושרש ואינטגרלי במשפט הפלילי הישראלי, וכך גם ההלכה שאינה מאפשרת הגשת ערעור על זיכוי זה. ואולם, שופטי בית המשפט העליון היו מוכנים במקרים המתאימים, ועם שינוי העתים והנסיבות, ללכת כברת דרך לקראת נאשמים בדין הפלילי, וזאת בניגוד להלכות שהם עצמם קבעו.

10. דוגמא מובהקת לכך, הינה היפוך הלכת קינזי (בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע סא(3) 93 (2006)), וזאת על אף שהוצעו בעבר הצעות חוק כנגד הלכה זו, והמחוקק לא ראה לנכון לשנותה בדרכי חקיקה. בית משפט נכבד זה, מצא לעשות כן לנוכח התמורות שחלו באקלים המשפטי מאז שנקבעה הלכה זו לראשונה. בהכרעו כי הגיעה העת לעשות כן, הכיר בית המשפט בכך שמחירה של הלכת קינזי כבד מעצם התמשכות ההליכים, והפגיעה בחירותם של נאשמים, הממתינים תקופה ארוכה במעצר לסיום משפטם, ולפיכך קבע שיש לשנות את ההסדר הקיים ולהתאימו, כך שיעלה בקנה אחד עם מדיניות משפטית ראויה.

11. באותו אופן, התווה בית המשפט הנכבד את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית של ראיות במסגרת פסק הדין בע"פ 5121/98 טור' יששכרוב נ' התובע הצבאי, סא (1) 461, 67 (2006), ונעשה צעד נוסף, משמעותי וחשוב לשם שמירה על זכויותיהם של נאשמים להליך הוגן.

נביא מהדברים שקבע בית המשפט בפסק הדין, באשר הם יפים למקרה שלפנינו :

“רוחם ועקרונותיהם של חוקי היסוד מקרינים בעוצמה כזו או אחרת על כל ענפי המשפט ומשפיעים על מושגי-יסוד ותפיסות-יסוד הנוהגים במסגרתם בין היתר, משפיעים הם על פרשנותה של החקיקה שקדמה לחוק היסוד ועל “המשפט המקובל נוסח ישראל” המתפתח בפסיקתו של בית-משפט זה. שינויים נורמטיבים אלה מחייבים חשיבה מחודשת [...] כיום מתבקשת נקודת איזון גמישה יותר המתחשבת בחובה להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו”. (ההדגשות אינן במקור).

12. פסקי דין אלו, מבית מדרשו של בית המשפט העליון, ממחישים, כי הדין הישראלי משתנה מעת לעת, וכי שופטים רשאים ואף נדרשים לשנות הלכה שהם עצמם קבעו, כאשר היא אינה מתיישבת עוד עם המציאות המשפטית הישראלית וצרכי החברה. המשפט אינו סטטי, אלא דינאמי ומשתנה, ועליו להתאים עצמו לתקופתנו הנוכחית. והיטיב לנסח זאת כב' השופט חשין באומרו בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי** מט(4) 221, 567 (1995):

“החיים משתנים והולכים כל העת ועמהם המשפט. משפט שלא יתאים עצמו לחיים כמוהו כמשפט נסוג אחור. שיטת המשפט ביחסה לחיים נדמית היא לשחקן העומד על בימה נעה ומסתובבת. אם לא ינוע השחקן כי אז ייעלם מעיני הקהל אל מאחורי הבימה. חייב הוא לנוע למצער בקצב תנועה של הבימה ולו כדי שיישאר על מקומו לא כל שכן אם ברצונו להתקדם”.

13. עוד ראו דבריו של כב' השופט חשין בע"א 4949/03 **בולוס גד בע"מ נ' Globe Master Management Ltd** נט(5) 616, 621 (2005):

“נזכור-נא, אל נשכח: כללי-הדיון נועדו לשרת את הליך השיפוט הראוי; לשרת את ההליך ולא להתגדל עליו”. (ההדגשות אינן במקור).

14. הסוגיות שיידונו בפרוטרוט בבקשת רשות ערעור זו, נופלות בגדר אותם מקרים המצדיקים בחינה מחודשת של ההלכה הנוהגת. על כן, הגיעה העת שבית משפט נכבד זה ייתן דעתו לעיוותי הדין והפגיעות החוקתיות בנאשמים במקרים שהבאנו לפתחו, באופן המצדיק את התערבותו של בית משפט נכבד זה במקרה שלפנינו, כך שיבוטל מוסד הזיכוי מחמת הספק במתכונתו הנוכחית, ולחלופין, תקבע הלכה חדשה אשר תאפשר לנאשם להשיג על פסק הדין שניתן, מקום שזה פוגע בזכויותיו החוקתיות ובאותו אופן יתווה מסלול שיאפשר לאדם שנטל חלק בהליך וזכויותיו נפגעו, לקבל סעד מהמערכת השיפוטית.

ואלו נימוקי הבקשה

1. הסוגיה הראשונה – זיכוי מחמת הספק – מדוע יש להורות על ביטולו של מוסד זה

15. כאמור, בית המשפט המחוזי זיכה את מבקש 1 זיכוי מחמת הספק, וזאת לאחר שבבית משפט השלום זוכה המבקש 1 זיכוי מלא. בקשת רשות ערעור זו, עניינה מתן אפשרות להשיג על קביעה זו, וזאת מן הטעם כי לדידנו, יש לבחון מחדש מוסד זה בכללותו במתכונתו הנוכחית. לשיטתנו, בשל יישומו הלא ראוי ופגיעותיו הרבות בנאשמים שזוכו מחמת הספק, הגיעה העת להורות על ביטולו, כך שתיוותר הכרעה בינארית, הרשעה או זיכוי, וכפועל יוצא של האמור, יש להורות על זיכוי המוחלט של המבקש 1.

16. בחלק זה, נפרוס תחילה בפני בית המשפט הנכבד את תמצית התפתחותו של מוסד "הזיכוי מחמת הספק" בשיטת המשפט בישראל. לאחר מכן, נציג כיצד מובחן זיכוי זה מזיכוי מוחלט בדין, ומדוע הוא איננו מיושם בשיטות משפט אחרות. כמו כן, נבקש לעמוד על האופן בו בית המשפט מתקשה לתחום ולהגדיר את מושג ה"ספק הסביר" השלוב במוסד זה, ועל כן מתקשה לעשות בו שימוש עקבי וברור. בהמשך, נבקש לציין את הפגיעות הן החוקתיות והן האופרטיביות בנאשמים, וכן, את הפגיעה בערכים שהינם נכסי צאן הברזל של שיטת המשפט. לאורם של אלו, מסקנת הדברים הינה, וכך אנו מבקשים מבית משפט נכבד זה, כי דינו של מוסד זה במתכונתו הנוכחית להתבטל, ולחלופין מתבקש בית המשפט הנכבד לבחון עבור מוסד זה חלופה משפטית ראויה.

כללי – "הדין המצוי"

17. ההליך הפלילי נתפס לרוב כמערכת קוטבית של הכרעה בין שתי תוצאות משפטיות – הרשעה וזיכוי. אולם, בשנת 1951, נתווספה בע"פ 20/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה(2) 1187, 1196 (1951) לגדרי המשפט הישראלי קטגוריה נוספת, המהווה יציר כלאיים של זיכוי והרשעה, הנקראת "זיכוי מחמת הספק". אלו היו דבריו של כב' השופט חשין האב:

"אין עליו להוכיח את חפותו מפשע; כל מה שמוטל עליו הוא: לתת הסבר להנחה אשר עלתה מתוך הוכחותיה של הקטגוריה. נתן הסבר המתקבל על הדעת, והשופט מקבל הסבר זה, עליו לזכותו. נתן הסבר המתקבל על הדעת, אך השופט אין בידו להחליט אם יקבל דברי הסבר זה או ידחם – כלומר: אינו מוכן להכריע אם דברים אלה נכונים הם או לא – עליו לזכותו מפני הספק". (ההדגשות אינן במקור).

18. במשך יותר משישים שנה שגור מושג זה במאות פסקי ודין ומצטייר כעוסק במקרים אפלוליים, העומדים בצילה של קטגוריית הזיכוי המוחלט, ומתואר כזיכוי "מוחלש", כפי שנכתב בע"פ 6509/97 רחמים חדד נ' מדינת ישראל עמוד 1 לפסק דינה של כב' השופטת שטרסברג-כהן (פורסם בנבו, 15.3.1998):

"מחמת הספק ומחמת הספק בלבד".

19. כך נקבע גם בע"פ 7939/10 רומן זדורוב נ' מדינת ישראל, פסקה 46 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר (פורסם בנבו, 23.12.2015) (להלן: "פרשת זדורוב"):

"זיכוי מחמת הספק, זיכוי שהוא כ"פסע" מהרשעה".

20. זאת אל מול הזיכוי המוחלט, המתואר בע"פ 7826/96 יוסף רייש נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 487, 492 (1997):

"הועמד לדין אדם אשר נקי מכל רבב" ובנוסף "קביעה פוזיטיבית של בית המשפט כי הנאשם לא ביצע את העבירה".

21. בעע"מ 9993/03 דלאל עטא מוחמד חמדאן נ' ממשלת ישראל נט(4) 134, 141 (2005), נכתב על ההבדלים בין שני סוגי הזיכוי:

"לא הרי זיכוי מוחלט המנקה את הנאשם מכל אשמה, כהרי זיכוי מחמת הספק".

22. ועוד, בע"פ 4765/98 נידאל אבו סעדה נ' מדינת ישראל, נג(1) 832, 836-837 (1999), דרשה הפרקליטות שהנאשם יזוכה מחמת הספק ולא זיכוי מוחלט, ואלו היו דבריה:

"...לפיכך, ולנוכח העובדה שאין באפשרות המשיבה להביא את זקזאק לעדות, ולבחון את אמינות גרסתו על פי מכלול אמרותיו, הרי שהתוצאה היא כי על בית המשפט הנכבד לזכות את המערער מן הספק".

ההבחנה בפסיקותיהן של הערכאות השונות, ממחישה כי קיים הבדל תהומי בין זיכוי מוחלט לזיכוי מחמת הספק המובן היטב גם למדינה.

23. נקודה זו אף נתמכה בע"פ זגורי נ' מדינת ישראל, פסקה יי לפסק דינו של כב' השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 24.6.2007):

"הרי אל מול הטענה המשפטית, הנכונה בהרחה הפורמלית, כי זיכוי הוא זיכוי הוא זיכוי, יהא אשר יהא, עומדת מציאות מורכבת יותר, שבית המשפט אינו יכול להיות אדיש כלפיה. אמירת בית המשפט בדבר זיכוי מחמת הספק של פלוני, אינה לשמי תכלת צחים, נטולי עננה. היא אומרת לא אחת כי תחושתו החריפה של בית המשפט היא שישנם דברים בגו, אלא שמצוות המחוקק, וגדרי הצדק, מצווים על זהירות יתרה, שסופה זיכוי". (ההדגשות אינן במקור).

24. מעת לעת עולות הצדקות לקיומו של מוסד זה והיווצרו, אולם נבקש כעת ולהראות, כי המוסד, כפי שמיושם על ידי הערכאות השונות, אינו ממלא נאמנה ומשרת נכונה הצדקות אלו. ישנם מלומדים הסוברים שההצדקה העיקרית העולה מפסקי הדין לקיומו של הזיכוי מחמת הספק היא יכולותיו ועצמאותו של בית המשפט לנמק את החלטותיו, וכי הזיכוי מחמת הספק אינו מהווה תוצאה משפטית נפרדת, אלא הוא חלק מהנמקתו של בית המשפט.

25. התומכים בטענה זו נוטים להישען בדבריהם על אמירות בית המשפט, כגון בע"פ 7653/11 ראובן ידען נ' מדינת ישראל, פסקה י"ח לפסק דינו של כב' השופט אי רובינשטיין (פורסם בנבו, 26.7.2012) (להלן: "פרשת ידען"):

"ואשר לספק, בהביענו אותו עלינו לומר את האמת שבלבנו, והיא אינה לבושה תמיד שחור ולבן, אלא לא אחת גונה אפור, והוא הוא הספק; ואין בכך כדי לגרוע מן הזיכוי המשפטי, מכבודו ומתוצאתו".

וכן, רע"פ 1568/99 רונון גלעד נ' מדינת ישראל, תק-על(2)99, 1072 (1999):

"הטעם לדבר הוא שנימוקי פסק הדין בעניין פלילי (זיכוי מחמת הספק) או בעניין אזרחי (מימצא שלרעתו בעל דין שזכה) חסרים הם כל תוצאה משפטית אופרטיבית לגבי הנאשם או פסק-הדין; לענייננו אין כל הבדל משפטי בין זיכוי לזיכוי שיש בו כדי לקפח את הנאשם. משמעותו של זיכוי מחמת הספק זהה למשמעותו של זיכוי מוחלט, כשהתוצאה המשפטית היא שאין לזקוף לחובתו של הנאשם את ביצוע העבירה שממנה הוא זוכה".

26. נדגיש מן הראשית, כי דינה של טענה זו להידחות מכמה טעמים. ברמה הצורנית, הדיון בסיווג הזיכוי כ"מחמת הספק" אינו חלק מניתוח השופטים ופירוט דעתם בדרך למסקנות אליהם הגיעו, אלא, הזיכוי מחמת הספק מופיע בעקביות בסיום הדברים בשורה התחתונה של פסק דין.

27. לדוגמא בע"פ 6052/97 בנימינוב נ' מדינת ישראל תק-על(2)98, 251, 252 (1998) נאמר בשורה התחתונה של פסק הדין, כי:

"הערעור מתקבל. פסק דינו של בית המשפט המחוזי מתבטל והמעורר מזוכה מן האישום שבו הורשע מחמת הספק".

וכן, בפסקי דין נוספים חזר דפוס זהה. כמו למשל בע"פ 4336/96 מדינת ישראל נ' דיניץ פ"ד נא(5) 97, 129 (1997); ע"פ 6790/97 דוידוב נ' מדינת ישראל תק-על(1)99, 617, 630 (1999).

28. למותר לציין, כי כב' השופט הנדל הביע בהזדמנויות שונות ביקורת על דפוס חוזר זה בפרשת ידען בעמוד 47:

"לטעמי אין מקום כי בשורה התחתונה הנועלת את ההכרעה, יזכה בית המשפט מחמת הספק, תוך ציון אשמתו בעצמה זו או אחרת. הליכה בקו אחרון זה, עשויה להסיט את הגורם המכריע מתפקידו במתווה של ההליך הפלילי. הספק הסביר [...] בשורה התחתונה הנאשם לא הורשע אלא נוקה מאשמה פלילית ואין מקום לטעמי שהמסקנה המשפטית תלווה בקביעות של אשמה למחצה. הגד זאת בצורה אחרת: הספק הסביר אינו חייב לצעוק, דיי באומרו: "הנני". (ההדגשות אינן במקור).

ובע"פ 3751/11 **עלי אבו טראש נ' מדינת ישראל** בעמוד 29 לפסק דינו של כב' השופט הנדל (פורסם בנבו, 2.9.2012):

"בהכרעת הדין על בית המשפט להרשיע או לזכות את הנאשם. אל לו לקבוע כמסקנה או בשורה התחתונה, מעין חבות במשפט האזרחי או אחריות למעשה בדלת האחורית".

29. טעם נוסף לשלילת הטענה לפיה הזיכוי מחמת הספק הינו חלק מהנמקת בית משפט גרידא, הינה העובדה שלהבחנה בין זיכוי "מוחלט" לזיכוי "מחמת הספק" יש תוצאות ממשיות מבחינת זכויות המתדיין, המביאות לשינוי מצבו ומעמדו המשפטי לרעה, על אלו נרחיב בבקשת רשות ערעור זו.

30. כמו כן, הצדקה נוספת הינה הטענה לפיה, היווצרות האפשרות של זיכוי מחמת הספק נועדה להיטיב דווקא עם נאשמים, בשל החשש שבעולם בו קיימות שתי הכרעות בינאריות בלבד בדין הפלילי יגדל מספרם של הרשעות שווא. לטעמנו, וכפי שגם מציג המלומד Duff במאמרו (Peter Duff, "The Scottish Jury – a very peculiar institution", Law and Contemporary Problems, Vol 62, No. 2 (1999) אוחזת במציאות, והדבר מעולם לא נבחן בצורה אמפירית. הרשעות שווא יתקיימו תמיד על אף שיש לצמצמן, אך קיומה של אפשרות ביניים בדמות זיכוי מחמת הספק אינה דרך לעשות זאת.

31. נהפוך הוא, נראה, כי בפועל מוסד הזיכוי מחמת הספק לא רק שאינו מיטיב עם הנאשמים, אלא מרע איתם בעקבות הפגיעות הרבות הכרוכות בו, ויישומו הבלתי עקבי על ידי בית המשפט – על כל אלה, נפרט בהמשך בקשת רשות הערעור.

32. לסיכום נקודה זו, מאז הלכת פודמסקי בה נולד, מוסד "הזיכוי מחמת הספק" משמש את בית המשפט, כאשר קיימת הבחנה ברורה בינו לבין הזיכוי המוחלט. המוסד זיכוי מחמת הספק נשען על הצדקות שהן בבחינת משענת קנה רצוף, ולא די בכך, בית המשפט מתקשה ליישמו באופן אחיד ובכך מייצר פגיעות חמורות בנאשמים. על הקושי ביישום המוסד על ידי בית המשפט נעמוד בפרוטרוט בחלק הבא לבקשה זו.

על הספק הסביר - הקושי בהגדרתו ויישומו

א. כללי:

33. בחלק זה, נבקש לעמוד על טיבו וגדרו של מושג "הספק הסביר", שהינו חלק בלתי נפרד ממוסד זה, וכשלעצמו מעורר תהיות וקשיים רבים בענייננו. זאת, ביחוד כאשר "הוכחה מעבר לספק הסביר" ו"חזקת החפות" (שנעמוד עליה בהמשך), הינן חובות בעלות אופי חוקתי הנגזרות מסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל, תק-על(1)07, 914, 924 (2007)).

34. על כן, תיחומו הבעייתי של מושג "הספק הסביר" והקושי בהגדרתו, מוסיפים לבעייתיות הרבה הגלומה במוסד "הזיכוי מחמת הספק" ומצדיק כפועל יוצא במקרה שלפנינו את מתן בקשת רשות הערעור.

35. רף ההוכחה הנדרש במשפט הפלילי מעוגן בסעיף 34כב(א) לחוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"), קובע כי:

"לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר."

אולם, כיום, חסרה הגדרה מדויקת, חד משמעית ובהירה המספקת מענה אחיד לטיבו של הספק, ואף לא הובהרו דיו דרכי הזיהוי של קיום הספק אצל השופטים והמבחנים הננקטים לשם כך בתהליך ההכרעה.

36. הפסיקה בישראל עסקה במושג הספק כבר בפסק הדין הפלילי הראשון בע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד א 5, 6 (1949) (להלן: "פרשת סילוסטר"), שם נאמר, על ידי כבי' השופט אולשן:

"העיקרון המשפטי, שאשמת נאשם צריכה להיות מוכחת ללא ספק המתקבל על הדעת, וכן שלנאשם הזכות ליהנות מהספק."

37. מאז פרשת סילוסטר, הספק הסביר הינו חלק בפאזל של התפיסה המשפטית עליה מתבססת שיטתנו, לפיה אדם יורשע בפלילים אם בית המשפט ישוכנע כי התביעה הוכיחה את אשמתו מעבר לכל ספק סביר. לכן, לא כל ספק (מרוחק, ערטילאי) אשר עולה מחומר הראיות יביא לזיכוי של נאשם, אלא רק ספק שהוא סביר. רף הוכחה זה, הינו תוצר של איזון אינטרסים בין מחויבות המשפט הפלילי להגן על חפים מפשע מחד, ובין הצורך לאפשר הרשעה של עבריינים מאידך (ראה: Anthony A. Morano, A Reexamination of the Development of the Reasonable Doubt Rule, 55 B.U. L. Rev. 507, 516 (1975)).

38. השימוש במילה "ספק" הן ברף ההוכחה הפלילי "מעבר לכל ספק סביר" והן ב"זיכוי מחמת הספק", נסוב סביב אותו קו של ספק המפריד בין הרשעה לזיכוי. אכן, להשוואה האמורה ניתן להבחין בביטויים שונים

באמירותיו של ביהמ"ש, דוגמת כב' השופט אור בע"פ 6251/94 בן ארי נ' מדינת ישראל פ"ד מט(3) 45, 94 (1995) (להלן: "פרשת בן ארי") המציין כי מדובר ב:

"אותו ספק סביר אשר די בו להביא לזיכויו."

39. מן הקבלה זו ומן השכל הישר, נראה כי הזיכוי מחמת הספק מהלך על החבל הדק של רף ההוכחה הפלילי, כך שיעשה בו שימוש כאשר התביעה אמנם הייתה קרובה, אולם כשלה בהוכחת אשמת הנאשם מעבר לספק סביר. יפים לכך דברי כב' השופט חשין בע"פ 3059/03 בוריס גלובוביץ נ' מדינת ישראל, נח (1) 654, 672 (2003) (להלן: "פרשת גלובוביץ"):

"המדינה הניחה לפנינו ראיות ראויות – ראיות חזקות ומשכנעות – להוכחת אשמתו של המערער, אך לא למעלה מספק סביר. ובסדק צר זה שנבְּעָה בחומת הראיות עומדת לו זכותו של המערער לצאת זכאי מן הספק." (ההדגשות אינן במקור).

40. אולם לדאבונו, שאלת גדרו של הספק עולה אף במקרים אחרים המנוגדים לתזה זו. נראה, כי במקרים רבים גם כאשר ההכרעה בשאלת הספק הסביר ברורה, והיא אינה מהלכת על אותו חבל דק שתיארנו לעיל, משתמשים השופטים בזיכוי מחמת הספק. להמחשת הדברים, יפים דבריה של כב' השופטת דורנר בדנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 736, 854 (1998) (להלן: "פרשת אל עביד"):

"בנסיבות אלה אין בלבי כל היסוס שאשמתו של העותר לא הוכחה כנדרש במשפט הפלילי: המקרה שלפנינו אינו גבולי והספק הסביר הוא ברור [...] יש לזכות את העותר מחמת הספק." (ההדגשות אינן במקור).

41. אף לאחרונה בע"פ 4456/14 אביגדור קלנר נ' מדינת ישראל פסקה 67 לפסק דינו של כב' השופט הנדל (פורסם בנבו, 29.12.2015):

"יש לזכות את אולמרט מחמת הספק. הכוס איננה מלאה, ולדעתי אף לא כמעט מלאה!"

42. לא זאת בלבד, בית המשפט לעיתים אף סוטה מהדרישה להוכחה מעבר לספק סביר, הנדרשת במשפט הפלילי, ומתקרב לדרישת רף ההוכחה האזרחי. כך ניתן לראות לדוגמא בפרשת גלובוביץ בעמ' 672:

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

43. הסטיות לעיל, מהדרישה להוכחת האשמה מעבר לספק סביר, הן חלק מהגורמים המרכזיים להיעדר זיכויים מלאים, כפי שמציינים המלומדים סנגירו וליפשיץ במאמרם. לדידם, הרשעת נאשם ברוב דעות היא **ההצדקה**

של הדרישה להוכחת האשמה מעבר לספק סביר (בועז סנג'רו ואיתי ליפשיץ הרשעה: רק פה אחד **עלי משפט ח** 337, 356 (תשי"ע)).

44. המלומדים חוששים, כי מדי יום מורשעים נאשמים אף בהתקיים ספק סביר באשמתם. ומוסיפים, כי הגדרה נכונה של הספק הסביר המחייב זיכוי מלא איננה כמותית אלא איכותית, כך שאם בסיומו של המשפט נותר בלב השופט ספק המעוגן בחומר הראיות, והתביעה לא הצליחה להסיר ספק זה, אזי השופט חייב לזכות את הנאשם (שם, עמ' 339).

45. יתר על כן, ברי ונהיר, כי לא כל שופטי ישראל מתמחים במשפט הפלילי, בשיטה הנהוגה בארצנו, השופטים מכריעים בסכסוכים משלל ענפי המשפט השונים, תחת עומס עבודה גדול וזמן מוגבל. כאשר שופט מגיע למסקנה, כי הסבירות שהנאשם עבר את העבירה היא גבוהה, למשל 85% - ניכר כי לפי עקרונות המשפט הפלילי, עליו לזכות את הנאשם זיכוי מלא, אך האם אנו בטוחים שכך יפעל השופט? נדרשת הפנמה משמעותית של עקרונות המשפט הפלילי כדי לזכות נאשם במקרה זה.

46. לכן, המלומדים סנג'רו וליפשיץ מעלים את החשש, כי ישנם שופטים המרשיעים נאשמים אפילו במאזן ההסתברויות, כפי שהם רגילים לעשות במשפטים אזרחיים שבהם הם דנים לעיתים תכופות יותר.

47. כל אלו, מצביעים על כך, כי במוסד הזיכוי מחמת הספק ישנה אפלוליות רבה המתבטאת בהיעדר הפנמה נכונה של מהו טיבו וגדרו של הספק הסביר. כל עוד לא יובהר מושג זה, הבעייתיות במוסד הזיכוי מחמת הספק תיוותר על כנה ואף תתחזק.

ב. ניסיונות המודלים להגדיר את הספק הסביר

48. בהמשך לנקודה זו, חוסר הוודאות והערפול הקיים בנוגע למושג הספק מובילים את השופטים להתחבטויות רבות, האם עצם התלבטות בקיומו של ספק סביר בעניין נאשם, מהווה כשלעצמה ספק סביר שמוביל את השופטים לזכות את הנאשם מחמת הספק?

49. לכך, יפים דברי כב' השופט אהרון ברק בפרשת **אל עביד** בעמוד 859:

"יש פעמים בהם עצם ההתלבטות בשאלת קיומו של ספק סביר עולה כדי ספק סביר בעצמה ומביאה לזיכוי של הנאשם מחמת הספק". (ההדגשות אינן במקור).

50. הערפול המושגי של רף ההוכחה הפלילי בא לידי ביטוי אף בדברי כב' השופט רובינשטיין בע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת ישראל, תק-על (2)06, 3068, 3083-3084 (2006):

"הספק עשוי לנבוע מהצטברותם של גורמים, שתוצאתם היא כי ידו של השופט רועדת בבואו לחתום על הרשעה".

51. נראה אפוא, כי הגדרת המושג "הספק הסביר" מעלה סימני שאלה רבים, ויוצרת חוסר וודאות משפטית אצל נאשמים. יתר על כן וחמור מכך, נראה, כי המוסד "זיכוי מחמת הספק" הינו פתרון ביניים שבו "נוח" לבחור, אולם חוסר האפשרות להגדיר בבירור מהו אותו "ספק" אשר מוביל לזיכוי מחמת הספק בניגוד לזיכוי מלא, מעלה קושי מהותי הפוגע בתיחום רף ההוכחה הפלילי ובגורלם של נאשמים רבים שעלולים למצוא עצמם מורשעים ולמחרת מזוכים. זאת, בעקבות היעדר הנחיות, נורמות או כללים ברורים למאפייני "הספק הסביר", שמשמעותם מבחינת נאשמים רבים לא תסולא בפז, ועשויים להשתנות בין שופט לשופט.
52. מודלים רבים ומגוונים ניסו לעמוד על טיבו וגדרו של הספק הסביר וברי, כי עסקינן במלאכה מורכבת כדברי פרופ' פאורר:

"Translating legal concepts into language layperson can understand is more difficult than most judges or lawyers recognize. This statement is especially true of the reasonable doubt standard". (R. C. Power, "Reasonable and Other Doubts: The Problem of Jury Instructions" 67 Tenn. L. (Rev 45 (1999) 48).

53. בבריטניה ובמדינות אחדות בארה"ב, נמנעים מהצעות פרשנויות לסטנדרט ההוכחה הפלילי (ראו *People v* ; *Cagle*, 244 NE 2d 200, 204 (1969) ; ראה גם (R. v. Ching' 63 Crim. App. 7, 10, 11 (Eng. 1976)).

54. אולם, עסקינן ברף ההוכחה בפלילים שהינו בעל אופי חוקתי, כך שאין בפנינו האפשרות לזנוח את מלאכת הניסיונות להגדיר את הספק הסביר שמשפיע ישירות על "הזיכוי מחמת הספק". יפים לכך דברי כב' השופט שמגר בע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 617, 648 (1993) (להלן: "פרשת דמיאניוק"):

"יש המבקשים למלט עצמם מהגדרתו של המושג המשפטי האמור ומזהירים בפני 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 פלילית".

55. כב' השופט לינדשטראוס אף מוסיף, כי:

"דווקא הקושי בהגדרה נראה לי מצדיק ותואם את המאמץ לגלות, בין באמצעות הפסיקה הרבה בנושא ובין באמצעים אחרים העומדים לרשותנו, את המכנה המשותף [להגדרה] [...] הקושי בהגדרה אינו צריך לעצור בעדנו מלנסות ולהגיע לחקר המושג, לתחום את תחומיו, לגזור את גזרותיו ולאפשר לטעון לגביו ביסודיות ראויה [...]". ובהמשך "כל התעלמות ביודעין מפרשנותו של המושג, היא נטישת שדה הקרב המשפטי שבו נלחם הפרט, האזרח, על חירותו ועל זכויותיו" (מיכה לינדשטראוס, על הספק הסביר – סוגיות נבחרות (2004) 9, 35).

56. הניסיונות לפתור את הקושיה רק הוסיפו סימני שאלה, על הקיימים. בפרשת **דמיאניוק** בעמוד 577 נקבע, כי הגדרת הספק הסביר תיבחן לפי:

**"לאמות המידה הראציונאליות המקובלות עלינו" ו"אין המדובר בוודאות [...]
מתמטית [...]. ואין להיתפס למסקנות שאינן מתיישבות עם הערכה ראציונאלית".**

בע"פ 3974/92 **אזולאי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(2) 565, 570 (1993) נאמר, כי:

"על בית המשפט לפסוק על יסוד המודל האינדוקטיבי".

ואילו בפרשת **בן ארי** בעמוד 47, המונח הוגדר בדרך שונה ע"י הוספת פן אמוציונלי לסבירות הספק, כאשר נקבע כי המונח מורכב משני יסודות:

"היסוד הראציונלי-אובייקטיבי" [...]. "היסוד המוסרי-סובייקטיבי".

57. המודלים השונים שהוצגו בספרות ואף בפסיקה, נוקטים בפרשנויות מגוונות לקביעת מהותו של הספק הסביר תוך ניסיונות לתחום ולאפיין את הספק באופנים שונים אם בנוסחאות, נרטיבים, השוואות ותחושות בטן.

58. כך למשל ניתן להבחין במודלים הסתברותיים לכימות הספק, דוגמת תאוריית ההסתברות המתמטית, אולם מובחן קושי לאמץ את התפיסה האמפירית או המתמטית בישראל, הדורשת גמישות ואינה יכולה לעלות בקנה אחד עם נוסחה מתמטית קבועה המסכמת ראיות גרידא. בית המשפט העליון בישראל בפרשת **דמיאניוק**, גורס, כי:

"הערכת מכלול הראיות איננה עניין לחישובים מתמטיים ואינה נעשית כמו סיכום קולות בקלפי" ובנוסף, כי "מידת הוודאות אינה יכולה להתבטא בנתונים מתמטיים".

59. בנוסף, לשיטת בתי המשפט בישראל, סטנדרט ההוכחה הפלילי של "מעבר לספק סביר" הינו איכותי במהותו (ראה לדוגמא את דברי כב' השופט רביד בת"פ (מחוזי ב"ש) 318/84 **מדינת ישראל נ' החישווילי**, תשמ"ז(א) 54, 81 (1984)), כך שכל ניסיון לכמתו לא זאת בלבד שמנמך את נטל השכנוע הנדרש, אלא אף מוביל לבלבול בקרב השופטים בבואם ליישם את הכללים ההסתברותיים. יפים לכך דברי כב' השופט דליה דורנר בדנ"פ 1789/98 **מדינת ישראל נ' בנימין כהנא**, פ"ד נד(5) 145, 188 (2000), לפיהם מבחן הסתברותי אינו עומד בקנה אחד עם הדרישה האיכותית של שכנוע, וכי הוכחה מעבר לכל ספק סביר לפי המבחן ההסתברותי "**קרובה להיות בלתי-אפשרית**".

60. מודל ההסתברות האינדוקטיבית הינו מודל הסתברותי נוסף, שהתקבל חלקית בישראל כמעריך ראיות נסיבתיות בלבד. לפיו, תקן "הספק הסביר" מנוסח "על שלילת הסברים המתיישבים עם חפותו של הנאשם" (ע"פ 6359/99 מדינת ישראל נ' קורמן, פ"ד נד(4) 653, 662-663 (2000)).

61. לצד המודלים ההסתברותיים, ישנם אף מודלים קוגניטיביים המנסים לפצח את "הספק הסביר". מודלים אלה שוללים את ההסתברותיים, בטענה שההליך המשפטי עוסק בדרך כלל באירועים ייחודים ונבדלים, ולכן אינם ניתנים לכימות הסתברותי. ניתן להבחין לדוגמה ב"מודל הסיפור" שגורס כי ההכרעה העובדתית הינה הליך קוגניטיבי של פרשנות והשוואה בין היפותזות אלטרנטיביות להבניית תמונת המציאות ופעולה לפיה. או במודל הפרוטיטיפי, לפיו, נושא איתו כל שופט ארגז כלים קוגניטיבי אשר נאסף בתודעתו במהלך השנים ובו הוא משתמש לשיפוט בסיטואציות החדשות.

62. דוגמה מאלפת לקושי להכריע תוך שימוש במודלים הקוגניטיביים בכלל ומתקשרת למודל הפרוטיטיפי בפרט, נגלית בע"פ 7732/95 מדינת ישראל נ' פלוני פ"ד נ(3) 371 (1996). בפרשה זו, דן בערכאה הראשונה כב' השופט בן זמרה. נראה כי השופט פסח על שני הסעיפים, כאשר הרגיש אי נוחות מקום שבו התמונה שנפרשה בפניו הייתה דומה להרשעה, אך בשל ספקות שכרסמו בו לא חש בטוח לסווגה ככזאת. כדי להימנע מהכרעה של זיכוי, הציע השופט לצדדים הסדר טיעון שעיקרו הרשעה בעבירה חמורה פחות. לאחר שסירבו הצדדים להסדר, ניתנה הכרעת דין המזכה מחמת הספק.

63. מודל קוגניטיבי נוסף מתייחס לפן האמוציונלי שבמשפט, לפיו קביעת השופט לגבי הספק, מושפעת באופן ישיר מההשלכות שעלולות לנבוע מהכרעה כזו או אחרת, ובתוך אלה השפעות מצפוניות ורגשיות. יפים לכך דברי כב' השופט חשין בדנ"פ 3391/95 סימון בן-ארי נ' מדינת ישראל נא(2) 377, 477 (1997):

**"האיש הקטן בתוכי, אותו אישון-מצפון השוכן בליבי, לא רגז ולא רטן; נהפוך הוא;
הוא הורה אותי הדרך, הוא עודדני בדרכי. עתה, לעת הדין הנוסף, נועצתי בו שוב,
ותשובתו עתה הייתה כתשובתו בתחילה".**

64. לסיכום נקודה זו, מודלים רבים ניסו להתוות את הדרך להגדרת ה"ספק הסביר", אולם מדובר במודלים הסותרים אחד את השני, כאשר טרם אומצה בפסיקה הדרך הנכונה ביותר. משכך, לטעמנו לא ניתן לקבוע כתוצאה משפטית "זיכוי מחמת הספק", כשטרם אנו יודעים מהו אותו ספק, הקובע האם יש לזכות את הנאשם בזיכוי מלא, בזיכוי מחמת הספק, או אולי אף להרשיע אותו.

על הפגיעות הנובעות מזיכוי מחמת הספק

א. הפגיעה בזכות לשם טוב

65. המוסד "זיכוי מחמת הספק" גורר עימו פגיעות רבות בנאשמים, ובאופן המובהק ביותר פוגע בזכות לשם טוב. נאשם אשר זוכה מחמת הספק חי עם עננה כבדה מעל ראשו, וזאת משום שנותר ספק כלשהו בחפותו. הציבור רואה אדם זה, כאחד אשר צלח התחמקות מעונש בדרכים תכסיסניות, או בשל סיבה טכנית גרידא.

66. חשוב לציין, כי זכותו של אדם לשם טוב חשובה לאין שיעור, ככזו שנקשרה פעמים רבות לזכות לכבוד למשל בפרשת ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא פ"ד מג(3) 840, 859 (1989):

"כבוד האדם ושמו הטוב חשובים לעיתים לאדם כחיים עצמם. הם יקרים לו לרוב יותר מכל נכס אחר. בתודעתנו החברתית תופס שמו הטוב של האדם מקום מרכזי".

עוד נכתב עליה בהזדמנות נוספת בבג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 832 (1999):

"הזכות לשם טוב של האדם היא ערך יסוד בכל משפט דמוקרטי. היא תנאי חיוני לחברה שוחרת חירות. היא מבוססת בין השאר, על הצורך בהערכה פנימית, בגאווה אישית, ובהכרה אישית בין בני אדם".

67. הפגיעה בזכות לשם טוב של נאשם שזוכה מחמת הספק הוכרה בפסיקה בע"פ (תל-אביב-יפו) 1974/93 סופיוב נ' מדינת ישראל, פסקה 5 לפסק דינו של כב' השופט גרוס (פורסם בנבו, 19.11.1996) (להלן: "פרשת סופיוב"):

"ודאי שלא ייחשב [הנאשם] לטלית שכולה תכלת, ששמו טוהר לחלוטין".

עוד ממשיך כב' השופט גרוס בעניין זה:

"סבורני כי לא ניתן לחלוק על כך, שמקום בו ראוי לו לנאשם להיות מזוכה זיכוי מוחלט ומלא, הרי שאם זוכה מחמת הספק בלבד, כי אז יש בכך משום פגיעה של ממש בכבודו".

68. אם כן, נראה אפוא כי זיכוי מחמת הספק מצמיד אות קלון למצחו של הנאשם, ובכך פוגע ישירות בכבוד האדם ובזכותו לשם טוב כפי שגם מזכירים במאמרם המלומדים ואקי ורוזנשטיין (יניב ואקי ומאיה רוזנשטיין "בין זיכוי מחמת הספק לזיכוי מחמת הספק הסביר" ספר דיויד וינר- על משפט פלילי ואתיקה 489, 537 (דרור ארד-אילון יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009) (להלן: "ואקי ורוזנשטיין"). לכן, נבקש להקביל בנקודה זו את הפגיעה בשם טוב, לזו המתרחשת במקרים בהם מטיל בית המשפט קלון משפטי על הנאשם.

69. המושג קלון אינו מוגדר בחוק באופן מפורש, ולכן מדובר במונח משפטי עמום, הנלווה לחלק מההרשעות בעבירות הפליליות, ומתאר פגם מוסרי שבוצע ע"י עובר העבירה. קלון מכתים נאשם, ושולל ממנו זכויות אופרטיביות, לדוגמא: הוועדה לבחירת שופטים לא תציע מינוי של שופט אם המועמד הורשע בעבירה פלילית שיש בה קלון. בנוסף, לשכת עורכי הדין רשאית לסרב לקבל לשורותיה מי שהורשע בעבירה שיש עמה קלון.

70. נדגיש, כי הטלת קלון ע"י בית המשפט נעשית רק במקרה בו הנאשם מורשע בפלילים, ומכאן נשאלת השאלה, האם ראוי לאפשר פגיעה, ואף אם זו פחותה מזו שנגרמת במקום שמוטל קלון, במקרים בהם הנאשם מזוכה מחמת הספק.

71. לדידנו, אבסורד הוא המצב בו הנאשם אשר זוכה מחמת הספק, סובל מפגיעות קשות בזכויותיו ומסנקציות אופרטיביות, אשר דומות במהותן לאלו הנובעות מהטלת קלון על הנאשם שהורשע.

ב. הפגיעה בזכות לחופש העיסוק ובזכות לקניין

72. הזכות לחופש העיסוק והזכות לקניין אף הן זכויות בעלות מעמד נורמטיבי עליון, המעוגנות בחוק יסוד: חופש העיסוק, התשנ"ב 1992 (להלן: "חוק יסוד: חופש העיסוק") ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב 1992 (להלן: "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו").

73. כפועל יוצא מהפגיעה במוניטין ובשמו הטוב של האדם, נפגעות הזכויות שהוזכרו לעיל פגיעה נלווית, שכן שעה שעל מעסיק לברור בין עובדים פוטנציאלים, כל כתם קטן ככל שיהיה, עלול להרוס לאדם שזוכה מחמת הספק את הסיכוי להתקבל לעבודה.

74. הגם שזיכוי מחמת הספק לא מצוין באף מאגר רשמי של הרשויות, מלבד שימוש בו כראייה מנהלית (עליה נרחיב בהמשך), הלכה למעשה, למעסיקים רבים ישנה גישה למאגרי חיפוש משפטיים פשוטים. מעסיק שיבקש למצוא חומר משפטי על אחד מהמועמדים לעבודה יוכל לעשות זאת בקלות. לא זו אף זו, חלק מפסקי הדין מפורסמים באינטרנט בריש גלי, וכך ניתן לאתרם בחיפוש פשוט.

75. לא זו אף זו, זיכוי מחמת הספק עלול להוביל גם להחלטה על פיטורין בעסקים פרטיים בטענה כי מזוכה כזה אינו אמין (ראו: ע"ע 300178/98 ביבס נ' שופרסל בע"מ לו(2001) 481 (2001)). אין פגיעה בוטה יותר בחופש העיסוק מאשר פיטורין של אדם שזוכה בדין מעבודתו וזאת רק בשל העובדה שזוכה זיכוי "סוג ב".

76. עוד מקרים אותם ניתן להעלות על הדעת, הם פגיעה בזכויות שהוזכרו לעיל של המזוכה מחמת הספק, במקרים בהם מדובר בבעלים של עסק עצמאי או בכל בעל מקצוע חופשי. במקרים אלו, פגיעה בשמו הטוב ובמוניטין של הפרט, אשר שמו נקשר באופן ישיר עם שמו והמוניטין של העסק בבעלותו או העסק בו הוא עובד, עלול להוביל עד מהרה לפגיעה בלתי נמנעת בהצלחת העסק.

77. כמו כן, פגיעה מסוג זה עלולה להיות בעלת משמעות הרסנית, שעה שמדובר באיש ציבור ששמו הולך לפניו והינו נכס יקר לקריירה הציבורית שלו. העניין יורחב בבקשת רשות ערעור זו במסגרת הדיון על השימוש בזיכוי מחמת הספק כראיה המנהלית.

78. כאן המקום לעקור מתוכן טענה כי מכיוון שפגיעות אלו אינן הכרחיות אלא פוטנציאליות ותלויות פרשנות, על בית המשפט לתת להן משקל מועט בבואו להכריע בדין בעניינו של נאשם המזוכה מחמת הספק, ואף כאשר בית המשפט שולל מנאשם זה את האפשרות לערער. לעניות דעתנו, וכפי שמציינים גם המלומדים דורון מנשה ואייל גרונר במאמרם (הקטגוריזציה של הזיכוי: "זיכוי מחמת הספק וזיכוי מוחלט – עיון מחודש" **מחקרי משפט כז 7** (2011)), (להלן: "**מנשה וגרונר**"), בית המשפט אינו רשאי להתעלם מפגיעות אלו אף אם הן רק פוטנציאליות ולא מכוננות.

ג. הוצאות הגנה ופיצויים

79. פגיעה אופרטיבית ובעלת משקל מהותי, הינה העובדה שזיכוי מחמת הספק עלול לשלול מן הנאשם הוצאות הגנה ופיצויים. סעיף 80 לחוק העונשין קובע אימתו על המדינה לשלם לנאשם הוצאות על הגנתו, ובאיזה תנאים הנאשם זכאי לפיצוי בגין מאסר, מעצר או נסיבות אחרות.

80. הפסיקה פרשה את עילת "נסיבות אחרות המצדיקות זאת" בסעיף האמור כחלק מהשאלה – האם נאשם זוכה או זוכה מחמת הספק. באם נקבע זיכוי מחמת הספק מתקימת עילה לאי מתן פיצויים. ולראייה ליישום גישה זאת ע"י בית המשפט יפים דבריו של כב' השופט אהרון ברק בע"פ 1767/94 חגי יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 505, 525 (1999):

"כמו כן נפסק, כי אין לפסוק פיצויים, בדרך כלל, מקום בו זיכוי של הנאשם היה 'טכני' או 'פרוצדוראלי' או 'מחמת הספק' להבדיל מזיכוי 'מלא ומוחלט'."

81. פגיעה אופרטיבית דומה, עולה אף מסעיף 81 לחוק העונשין אשר קובע, כי לא ניתן לחייב את המתלונן בהוצאות ההגנה על הנאשם, אלא אם זוכה זיכוי מוחלט בלבד.

82. להמחשת הדברים, לא נעשה מלאכתנו קלה ונציג מספר מקרים בולטים בפסיקה. ברע"פ 960/99 דני מקמילן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 294, 303 (1999) נאמר, כי:

"בעניין הנידון בבקשה זאת אני סבורה, כי זיכוי מוחלט מהאשמה – להבדילו מזיכוי מחמת הספק – מצדיק, ככלל, תשלום לנאשם של הוצאות הגנה וכן פיצויים בשל מעצר או מאסר."

בת"פ (י-ם) 47944-05-11 מדינת ישראל נ' סעיד סרחאן, פסקה 11 לפסק דינו של כב' השופט רפי כרמל (פורסם בנבו, 22.7.2012), נאמר, כי:

"במקרה דנן זוכה המבקש זיכוי מחמת הספק, שאינו שקול לזיכוי מוחלט מעבר לספק סביר ויש בו כדי להשליך על מידת הפגיעה בזכויותיו של המבקש".

ובע"פ 5923/07 ראשיד שתיאווי נ' מדינת ישראל פסקה 25 לפסק דינה של כב' השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 6.4.2009):

"כבית המשפט קמא סבורני אף אני כי בתוצאת ההליך, ובאופן ספציפי, בזיכוי שכל כולו בשל ספק מה בזיהויו של המערער, יש כדי להמעט ממוטנציאל זכאותו של המערער לפיצוי".

83. לעיתים גם במקרים בהם נפסקו פיצויים לנאשם, זיכוי מחמת הספק עלול להשפיע על היקפם וגובהם. כפי שנאמר בע"פ 700/00 מאיר טוויל נ' מדינת ישראל, נו(4) 469, 450:

"המקרה שלפנינו אינו משאיר ספק בדבר ההצדקה להפחתת סכום הפיצויים. אופי הזיכוי – היותו זיכוי מחמת הספק". (ההדגשות אינן במקור).

84. באופן דומה סוג הזיכוי רלוונטי אף בעת קביעת הוצאות משפטיות של נבחרי ציבור כפי שהתרחש בעניין עת"מ (חי') 4582-10-09 מיכאל ינוביץ נ' משרד הפנים, עמוד 11 לפסק דינו של כב' השופט רון שפירא (פורסם בנבו, 14.10.2010):

"בהחלט ניתן להתחשב במסגרת שיקול הדעת בקביעת סכום מימון [...] בשיקולים הקשורים לאופן שבו הסתיים ההליך המשפטי, כלומר, האם מדובר בזיכוי מוחלט או ברור או שמא מדובר בזיכוי מחמת הספק".

85. כאן המקום להתייחס לטענה אפשרית לפיה, סיווג הזיכוי הוא טעם בלבד לשלילת הפיצויים, אך אין לראות בסיווג זה כתנאי מספיק להכרעת עניין הפיצויים. לטעמנו, וכפי שהצגנו באמירות בית המשפט לעיל, בית המשפט מקנה משקל מכריע בשיקוליו לגביי פסיקת פיצויים והוצאות הגנה לשאלה מהו סוג הזיכוי שלפניו, ובעשותו כן פוגע משמעותית בסיכוייו של המזוכה מחמת הספק אל מול המזוכה המוחלט. להבחנה זו לטעמנו אין מקום, שכן מדובר בשני המקרים במי שהינם זכאים מאחר שאשמתם לא הוכחה.

86. עוד ברצוננו להידרש לטענה לפיה תשלום פיצויים והחזרי הוצאות לנאשמים שזוכו מחמת ספק, ירתיע את רשויות האכיפה מביצוע מעצרים ומהגשת כתבי אישום. לדידנו, על רשויות האכיפה מוטלת החובה לקחת בחשבון ממילא את שיקול זה בעת קבלת החלטות באכיפת החוק, ואין סיבה אמיתית להבדיל בעניין זה בין

סוגי הזיכויים. בנוסף במבחן המעשה, לגישתנו ברור שטענה זו בפועל אינה מחזיקה מים, ואין בפיצויים אלו כדי להרתיע את רשויות האכיפה.

87. לסיכום נקודה זו, נבקש מבית משפט נכבד זה, לתת דעתו על כך ששני הסעיפים הנ"ל ויישומם ע"י בית המשפט פוגעים **באופן ממוני ממשי במזוכה מחמת הספק**. טעם זה מחזק את עתירתנו בבקשת רשות ערעור זו, בדבר ביטול המוסד "זיכוי מחמת הספק" במתכונתו הנוכחית.

ד. הראייה המנהלית וחזקת החפות

88. מוסד ה"זיכוי מחמת הספק" מכרסם בחזקת החפות, ומשמש פעמים רבות כראיה מנהלית כנגד נאשמים שזוכו מחמת הספק בהליכים משפטיים לבר פליליים. אף סיבה זו, מלמדת על הקשיים והפגיעות הנובעות ממוסד זה, ואשר מצדיקים את עתירתנו בפני בית המשפט הנכבד, כי יורה על ביטול המוסד לנוכח האופן שבו הוא מיושם.

89. חזקת החפות הייתה מאז ומתמיד כעיקרון משפטי המוכר במשפט הפלילי בארצנו, עקרון זה הינו יציר הפסיקה ולא נקבע בעבר בחוק, אולם עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חזקת החפות הפכה לזכות יסוד מעוגנת חוקתית - בין אם כחלק מהזכות לכבוד, ובין אם כחלק מהזכות לחירות, כפי שנאמר בבג"ץ 6972/96 **התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד נא(2) 783, 757 (1997)**:

"חזקת החפות העומדת לנאשם כל עוד לא הורשע בדין, נגזרת גם היא מזכות היסוד של האדם לכבוד ולחירות".

90. חזקת החפות והספק הסביר, הינם מושגים המשלימים זה את זה, ולכן בית המשפט קבע בע"פ 28/49 **זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ד 522, 523-524 (1950), כי חזקה היא העומדת לנאשם שהוא חף מפשע, עד שתוכח אשמתו במשפט מעל לכל ספק סביר. כאשר נטל השכנוע בדבר אשמתו של הנאשם מוטל על המדינה.

91. לביסוס העיקרון של חזקת החפות מספר נימוקים. ראשית, בחברה חופשית ודמוקרטית ראוי שסיכויי הטעות באשר לשאלת האחריות הפלילית, לאור התוצאות המשמעותיות הכרוכות בה, יחולקו באופן אשר יקטין את הסיכון להרשעת אדם חף מפשע, אף על חשבון האפשרות שאחוז מסוים של נאשמים יתחמקו מאחריות. שנית, ישנו חוסר איזון בין כוחה הרב של המדינה לבין כוחו של הנאשם, כך שחזקת החפות מצמצמת חוסר שוויון זה. שלישית, האזרחים העבריינים במדינה הינם המיעוט בתוך רוב של שומרי חוק ולפיכך ביצוע עבירות פליליות הוא בגדר חריג, וחזקת החפות נותנת ביטוי משפטי לכך. רביעית, חזקת החפות מבצרת גם את זכות השתיקה.

92. על אף חשיבותה הרבה של חזקת החפות, נראה שזיכוי מחמת הספק פוגע ומערער את חזקה זו ולמצער מכרסם בה. זיכוי זה משתרע בין נקודה הסתברותית הקרובה לרף ההרשעה המינימלי – "אשמה מעבר לספק סביר" – לבין הנקודה ההסתברותית הקרובה לסף הזיכוי המוחלט המינימלי – "חפות מעבר לספק סביר".

93. כפי שמפרטים המלומדים מנשה וגרונו במאמרם, ישנם הליכי קבלת החלטות שיפוטיים ומנהליים, אשר כלל לא מבחינים בין נאשם אשר זוכה מחמת הספק, שההסתברות לאשמתו קרובה לצד של האשמה, לבין נאשם אשר זוכה מחמת הספק שההסתברות לאשמתו נמוכה מ-50%, וכתולדה מכך, יוצרים קולקטיביזציה של נאשמים. כך, כאשר אין הפרדה והבדל בין נאשמים המזוכים מחמת הספק, כל קביעה שיפוטית ומנהלית פוגעת בכבוד, בשם הטוב ובזכויות נוספות. באופן זה, לא ראוי שמקבלי ההחלטות השיפוטיות והמנהליות יסתפקו רק בקביעה הסופית של "זיכוי מחמת הספק", אלא ראוי שהם יחלצו מההנמקה בפסק הדין תמונה אפיסטמית מדויקת יותר.

94. כאשר נאשם מזוכה מחמת הספק, המשמעות היא שלא נסתרה חזקת החפות לגביו, וכך הזיכוי מחמת הספק זהה לזיכוי שהינו מוחלט. ואולם, למרות שחזקת החפות אינה נסתרת באופן זה, זיכוי מחמת הספק הלכה למעשה, מציב את הנאשם, שזוכה מחמת הספק, במצב שבו זכויותיו נחותות מאשר של נאשם שזוכה בזיכוי מוחלט.

95. לטעמנו, בכל הכבוד הראוי, כשיטת משפט החותרת לקדם את זכויות האדם, עלינו להיצמד למודל ה "Due process" בו חזקת החפות היא חלק מהותי, בעודה מהווה את אחד העקרונות המרכזיים שנועדו להבטיח שמירה על זכויות אדם וזכויות נאשמים וחשודים להליך הוגן. ואילו נראה, כי חזקת תקינות המנהל, הנהוגה במשפט המנהלי, מחליפה את ההנחה בדבר חפותו של הנאשם או החשוד, ולכן מובילה למעשה לחזקת האשמה, כלומר מתקרבת ל"Crime control". מונחים אלו לקוחים ממאמרו של המלומד פקר (H.L. Packer) *(The Limits of the Criminal Sanction (U.S., 1968) P. 167.*

96. כאן המקום לציין, כי הרשות המנהלית אינה מקיימת הליך משפטי רגיל, ואינה כפופה לדיני הראיות הרגילים. הרשות אומנם כפופה לעקרונות הצדק הטבעי, אך אינה כפופה לאמות מידה פרוצדורליות וראייתיות מחמירות, כפי שנהוג במשפט הפלילי. על הרשות המנהלית להסתמך על חומר שיכול לשמש בסיס מספיק להחלטתה המנהלית, אך חומר זה אינו צריך להיות עם ערך הוכחתי זהה לחומר הנחוץ להוכחה הפלילית (מעבר לכל ספק סביר).

97. המבחן שנקבע לראייה המנהלית הינו ראייה ש"כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה" (ההדגשות אינן במקור), גם אם אינה מספיקה לצורך הרשעה בפלילים (בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, כ"ו(2) 337, 357 (1972)).

98. ניכר, כי מבחן זה מכרסם בחזקת החפות – ישנן אי בהירויות הנובעות מהניסוח של "אדם סביר", לא ברור מיהו אותו אדם בייחוד שההגדרה היא רחבה בהתקיים המילה "כל". כלל הראייה המנהלית מאפשר לרשויות המנהליות לעקוף את חזקת החפות בהתייחס לממצאים ולראיות שלא נבחנו במבחן המשפטי, או כאשר אותן ראיות נבחנו והוחלט לזכות את הנאשם מחמת הספק. כתוצאה מכך, כפי שמסביר המלומד לינדנשטראוס במאמרו (**חזקת החפות במשפט הישראלי ובמשפט האמריקאי** – סוגיות נבחרות, עמ' 57 (1999)), עולה החשש, כי נוצרו שתי מערכות נפרדות, שבהן ישנה אפשרות להצביע על ביצוען של מעשים פליליים, וכך להפריך את חזקת החפות.

99. לעניין ייחוס עבר פלילי או סטיגמה פלילית - הפסיקה התלבטה רבות בנוגע לאמת המידה הראייתית המתאימה. עלתה השאלה, האם בעניין זה יש לאמץ גישה מחמירה יותר לראיה המנהלית? נקודת המוצא בעבר הייתה כי אין דיי בראיות מנהליות כדי לקבוע שיש לאדם עבר פלילי. אומנם, לא תמיד יש צורך בהרשעה, לעיתים הספיקה הודאה. בהמשך, בג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מז(2) 229 (1993) חולל תפנית בנושא זה, וכיום יכולה הרשות לבסס את ממצאיה בראיה מנהלית גם לצורך התחשבות בה כעבר פלילי. לא זו אף זו, נקבע בפרשת עע"מ 9993/03 **חמדאן נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(4) 134, 141 (2005), כי ניתן להשתמש בהכרעה של פסק דין מזכה כדי לקבוע שלאדם יש עבר פלילי לצורך קבלת החלטות מנהליות:

"ניתן, אפוא, לקבוע באופן עקרוני כי זיכוי בפסק דין פלילי אינו חוסם בהכרח את דרכה של הרשות המנהלית לייחס עבר פלילי לאדם המבקש לקבל מעמד בישראל [...] בהעדר הרשעה, מחייבת ההחלטה בדבר מניעה פלילית למתן מעמד בישראל קיומן של ראיות מינהליות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות; על אחת כמה וכמה מחייב קיומו של פסק דין מזכה הבאה בחשבון של מכלול הנסיבות ובדיקה קפדנית במיוחד של הראיות המינהליות שכשלו במבחן הפלילי. כך למשל, לא הרי זיכוי מוחלט המנקה את הנאשם מכל אשמה כהרי זיכוי מחמת הספק". (ההדגשות אינן במקור).

100. עוד נקבע בעניין זיכוי מחמת הספק, כי על בסיס ראיה מנהלית זו, שר הפנים רשאי לבטל רישיון לישיבת קבע בישראל, ואף לשלול החזר הוצאות משפט של נבחר ציבור ברשות מקומית (בג"ץ 320/96 **גרמן נ' מועצת עיריית הרצליה**, פ"ד נב(2) 222, 236-237 (1998)). הסכום שבו תישא קופת הציבור ייקבע, בין השאר, על סוג הזיכוי. במקרה של זיכוי מחמת הספק, יהיה שיעור ההשתתפות נמוך משמעותית משיעורו במקרה של זיכוי מוחלט.

101. יתר על כן, זיכוי מסוג זה עלול למנוע מנאשם, להתמנות למשרה בשירות הציבורי (ראו דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מני מזוז, שלפיה, גם אם חיים רמון היה מזוכה מחמת הספק, לא יכול היה לחזור ולכהן כשר המשפטים (יובל יועז "שיני הבינה של מזוז" הארץ online חדשות 19.1.2007)).

102. זאת ועוד, זיכוי מחמת הספק כראיה מנהלית, עלול להוביל להעמדה לדין משמעת, ואף לפיטורין ברשות המנהלית בטענה, כי מזוכה כזה אינו אמין (ראו למשל: בג"ץ 13/57 צימוקין נ' בית הדין המשמעתי לעובדי המדינה ואח', פ"ד יא 856 (1957)). כלומר, זיכוי מחמת הספק אינו מהווה מעשה בית דין, ולכן ניתן להעמיד את המזוכה בו לדין משמעתי נוסף. הדבר עלול להוביל לכך שמזוכה מחמת הספק, לאחר שכבר זוכה מאשמה בבית המשפט, יאלץ לעבור הליך נוסף במקום עבודתו, וזאת בניגוד לעקרון הסיכון הכפול.

103. אל מול חזקת החפות וחופש העיסוק של אדם, עומד הצורך בפעילות תקינה של השירות הציבורי ושמירה על אמון הציבור בטוהר מידותיו ותדמיתו. אולם, לשיטתנו, אין בנימוק של שמירה על אמון הציבור, כדי להצדיק כשלעצמו פגיעה באדם חף מפשע, אף אם האמון אכן נפגע בפועל. בשורה של פסקי דין (ב"ש 22/83 קראוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 365, 369 (1983); בש"פ 693/84 מדינת ישראל נ' לויטן ואח', פ"ד מ(1) 544, 550 (1984); ב"ש 15/86 מדינת ישראל נ' אבי צור, פ"ד מ(1) 706, 713 (1986); בש"פ 4510/91 אלתרתור נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 573, 581-582 (1991); בש"פ 5700/91 אבידן נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 677, 691 (1992)), ניתן לראות כי נפסק שאין להקריב אדם חף מפשע בשם אמון הציבור, לפיכך, יש לזכור כי האדם הוא איננו אמצעי, אלא תכלית לעצמו. נדרשת מדיניות ראויה אשר צריכה לחנך את הציבור לקיומה של חזקת חפות ולהכרה בכך, כי אין להכתים אדם כעברייני, כל עוד לא הוכחה אשמתו והורשע בדין.

104. יתר על כן, ישנו חשש, כי צמצום של חזקת החפות לתחום הפלילי גרידא, ייתן פתח למדינה לעקוף את ההגנה המוענקת לפרט על ידי חזקה זאת, באמצעות הפגיעה במשרתם של חשודים ונאשמים, וזאת בעזרת הכוח הרב והסמכויות שיש למדינה. החלת חזקת החפות בהליך המנהלי, תאפשר תפיסה רחבה וראויה של החזקה, שאינה מצמצמת את נפקותה רק להגנה על הפרט מפני הכתמתו בטרם ההרשעה, אלא מגנה עליו גם מפני כל פגיעה אחרת מטעם המדינה, המטילה בו דופי, בשל זיכוי מחמת הספק. ראו דבריו של כב' השופט כהן בעניין בג"ץ 94/62 גולד נ' שר הפנים, פ"ד טז 1846 (1962), לפיהם חזקת החפות איננה מגנה על הפרט דווקא מפני בתי המשפט, אלא בנוסף גם מביאה להגנתו מפני הרשויות המנהליות.

105. לסיכום נקודה זו, מוסד הזיכוי מחמת הספק והקולקטיביזציה שיוצר אצל הנאשמים, בהיותו תוצאה הנובעת אך ורק מהשורה התחתונה בפסק הדין, מכרסם בחזקת החפות, שכאמור הוכרה כחוקתית, ואף מעמיד את הנאשם בפני סכנה להעמדה לדין משמעתי בשנית במסגרת הליכים מנהליים. אף נקודה זו, מחדדת את הצורך לבטל את מוסד הזיכוי מחמת הספק במתכונתו הנוכחית, ולחלופין מחדדת את הצורך במתן זכות ערעור לנאשם שזוכה מחמת הספק.

106. יוער, כי חשיבות העיון של הרשות המנהלית בעברו המשפטי של אדם פלוני ברורה, ואף הסתמכותה עליו בקבלת החלטות מנהליות. עם זאת, אין הרשות המנהלית יכולה להסתפק בשורה התחתונה בלבד של פסק הדין, המזכה את הנאשם מחמת הספק, ללא התחשבות ובחינה מדוקדקת בהנמקת השופטים ובנסיבות השונות מעניין לעניין.

ה. פגיעה בהליך ההוגן

107. פגיעה מהותית נוספת אשר נבקש להציג לבית המשפט הנכבד, מתקיימת כתולדה של זיכוי מחמת הספק ומדגישה את הצורך בביטול מוסד זה, הינה הפגיעה בהליך ההוגן. הזכות להליך הוגן הוכרה בפסיקה כבעלת מעמד נורמטיבי על חוקתי, בפרשת ע"פ 4988/08 איתן פרחי נ' מדינת ישראל פסקה 9 לפסק דינו של כב' השופט לוי (פורסם בנבו, 1.8.2011):

"בית משפט זה הכיר בחשיבותה של הזכות להליך הוגן עוד קודם לחקיקתו של חוק כבוד האדם וחירותו, על מעמדה של זכות זו [...] נשפכו נהרות של דיו בפסיקה ובספרות [...] ורבים סבורים כיום כי הזכות להליך הוגן זכתה למעמד חוקתי. נראה כי אין עוד חולק שלפחות בנסיבות מסוימות, פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן, תעלה כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם".

108. הליך הוגן מחייב, בין היתר, לספק הסברים לנאשם אודות נפקות המצב המשפטי בו הוא מצוי. אולם, נאשמים רבים לא מודעים לקיומה של תוצאה משפטית לפיה יימצאו מזוכים זיכוי "שאינו נקי", ואינם מודעים לכל הנפקויות וההשלכות הנובעות ממנה. כך, נאשם עלול שלא לנצל משאבים דיוניים וראיתים, מפני שאינו יודע שעליו לחשוש מתוצאה אחרת בדמות זיכוי מחמת הספק, מלבד הרשעה.

109. בנוסף, מבנהו של ההליך הפלילי אינו מאפשר לנאשם הזדמנות הוגנת להתגונן, כפי שמתארים במאמרם המלומדים ואקי ורוזנשטיין בעמוד 533:

"אשר למבנהו הבלתי סימטרי של ההליך הפלילי [...] ותבניתו הקיימת, מיועד הליך זה להכריע בשאלת אשמתו של הנאשם, לאור ראיות התביעה ולא בשאלת חפותו, וכי רף ההוכחה הפלילי התוחם את ההרשעה רק למקרים מובהקים ומוכחים של אשמה, מתפשר במודע, לצורך השגת בטחון זה, על מהימנותה ודיוקה של תוצאת הזיכוי".

110. עוד ממשיכים וגורסים המלומדים ואקי ורוזנשטיין בעמוד 534-533, כי שאלת אופיו של הזיכוי לא עומדת לבירור של ממש, ולמעשה בית המשפט חורג ומכריע בסוגיה שהצדדים לא העלו לפתחו. לכן, לא ברור אם בידיו הכלים לבירור סוגיה זו:

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

111. טענה נוספת היא, כי הנאשם עושה ויתורים ומתפשר כדי להיות מזוכה, גם אם מחמת הספק, רק כדי לקבל ודאות גדולה יותר שלא יורשע. הנאשם החותר לזיכוי מוחלט ושאינו מחמת הספק, עשוי להתקל **במחסום דיוני** בעת החקירה הנגדית של עדי ההגנה – זה מתרחש במצב בו **פונקציית המטרה** של זיכוי מוחלט ושל הימנעות מהרשעה סותרות בשל המצב העובדתי. קרי, נאשם צריך לחשוש משני תרחישים אפשריים, הראשון - הרשעה, והשני - זיכוי מחמת הספק. משכך, מטרתו היא להימנע משניהם, אך הלכה למעשה אין באפשרותו לעשות כך באותה נשימה. לעיתים, מטרת הימנעות מהרשעה סותרת את המטרה להיות מזוכה באופן מוחלט.

112. במצב זה, ניסיון לקעקע את העדות אשר מרחיקה את הנאשם מהזיכוי המוחלט בה בעת תפגע בסיכויי שלילת אשמה, אותו מוסר העד. כל ניסיון שכזה לקעקע אמינות עד (לטובת התקרבות לגרסא שתומכת בזיכוי מוחלט), תגרום לירידה במהימנות וייחוס משקל נמוך לעדות כולה.

113. הנה כי כן נמצאנו למדים, כי הצורך בהשגת שתי מטרות דרך חקירה נגדית אחת, שעשויות להיות נוגדות בדרך להשגתן, **מהווה מחסום פרוצדוראלי הפוגע ביכולתו של הנאשם החף להשיג זיכוי מוחלט, ומונע ממנו הזדמנות הוגנת להתגונן מפני הטלת הספק בחפותו** – ככל שאינו מעוניין להקריב את סיכויי זיכוי כלשהו תוך העלאת סיכויי הרשעתו בשל הפגיעה במהימנות עדי ההגנה.

114. נאשם חף שנמצא בנסיבות מחשידות, יתקשה להתגונן מפני הטלת ספק בחפותו תוך דווקנותו בתרחיש החפות האמיתי שלו. לעיתים, יתכן ואף מוטב לנאשם לנקוט בדפוסי פעולה אשר מנמיכים את סיכוי להיות מזוכה באופן מוחלט, אך מגדילים את סיכויי להימנע מהרשעה.

115. טענה נוספת שעניינה במחסום דיוני, נובעת מהעובדה שנאשם רשאי לחקור בחקירה נגדית את עדי התביעה או עדים עוינים בלבד. משמע, הנאשם אינו רשאי לחקור את עדי ההגנה בחקירה נגדית למעט חריגים. בפרקטיקה זו יש כדי להקשות על הנאשם להוכיח את זיכוי המוחלט, ומעודדת את האפשרות שיזוכה דווקא מחמת הספק.

116. לסיכום נקודה זו, נבקש מבית המשפט הנכבד לתת דעתו לחוסר הסימטריה והמחסומים הפרוצדורליים שמתקיימים בהליך הפלילי ואשר אינם מאפשרים לנאשם להתגונן כראוי מפני התוצאה המשפטית של זיכוי מחמת הספק. לאורם של דברים אלו, יוצא אפוא כי, זיכוי מחמת הספק אינו מתיישב עם מדיניות משפטית ראויה, בהיותו מוביל לפגיעות רבות בזכויות חוקתיות, כדוגמת הזכות להליך הוגן, ואף טעם זה מלמד ש הנזק הכרוך בקיומו של מוסד זה רב מן התועלת, באופן המצדיק את ביטולו.

ו. הפגיעה בזכות לשוויון

117. הפגיעות האופרטיביות והחוקתיות שהצגנו לעיל, מביאות להפרת עקרון השוויון בין הנאשמים השונים שזוכו, בין אלו שזוכו זיכוי מלא, לעומת אלו שעניינם הסתיים בזיכוי מחמת הספק. בל נשכח שאשמתם של כל המזוכים הללו לא הוכחה, ועל כן דינם של חפים מפשע צריך להיות זהה, יהיה סוג הזיכוי אשר יהיה, שכן נקבע כי בני האדם הם בחזקת חפים מפשע כל עוד לא הוכח אחרת, ולכן כולם חפים באותה מידה. מדיניות משפטית ראויה נדרשת להבטיח כי הלכה למעשה, כולם יוותרו חפים באותה מידה.

ז. מבחני פסקת ההגבלה – מדוע לא ניתן להכשיר את הפגיעה בזכויות יסוד הנובעות מזיכוי מחמת הספק

118. בבקשת רשות ערעור זו, הצגנו ארוכות את הפגיעות הברורות בזכויות האדם, שנגרמות כפועל יוצא של הכרעת דין אשר מזכה את הנאשם ממוסד הזיכוי מחמת הספק. בהתאם לחוקי היסוד, לא ניתן לפגוע בזכויות היסוד מבלי להכשיר את הפגיעה בפסקת ההגבלה:

סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע:

“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”.

וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק – מורנו:

“אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו”.

119. לכן, נבקש להצביע מדוע לא ניתן להכשיר את הפגיעה הנובעת מקיומו של זיכוי מחמת הספק לאור מבחני פסקת ההגבלה.

120. תחילה, נבקש לשלול את הטענה כי על חוק יסוד כבוד האדם וחירותו חלה פסקת שמירת הדינים, דבר המכשיר את הפגיעה. ראשית, לאחר חקיקת חוק היסוד בדנ"פ 2316/95 ג'נימת נ' מדינת ישראל מט(4) 589 נקבע, כי בית המשפט יפרש את הדינים כעולים בקנה אחד עם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, לגישתנו הפירוש הנוכחי המאפשר את מוסד הזיכוי מחמת הספק במתכונתו הנוכחית לוקה בעניין זה. שנית, קיימות פגיעות גם בחוק חוק יסוד: חופש העיסוק כפי שהצגנו, ובו לא קיימת פסקת שמירת דינים.

121. לפי המבחן הראשון יש לבחון האם הפגיעה נעשתה בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו, בעניינו זיכוי מחמת הספק, הינו יציר פסיקה. ניתן לומר אפוא, שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה כבר בשלב זה. אולם, יש

הסבורים כי הזיכוי מחמת הספק הינו חלק מהנמקת פסק הדין כפי שמציין כב' השופט זמיר ביחס לזיכוי מחמת הספק בער"מ 1518/99 שוהם נ' עיריית תל אביב יפו, תק-על 99(2) 935, 936 (1999):

"זיכוי הוא זיכוי ואין דרגות לזיכוי. נאשם שזוכה מוחזק חף מעבירה תהיה ההנמקה לזיכוי, או הסיבה לזיכוי אשר תהיה".

122. כידוע, בית המשפט שואב את סמכותו לנמק את פסק דינו מסעיפים 182-183 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב 1982. על כן, ניתן יהיה לטעון, כי הפגיעה הינה "לפי חוק". ואמנם, ספק אם בסעיפים אלו ישנה הסמכה מפורשת כפי שנדרש במצבים בהם עוצמת הפגיעה כה גדולה. מכל מקום, נמשיך ונבחן את המוסד לאור יתר המבחנים.

123. נבחן האם החוק הולם את ערכי מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית, והאם נועד לתכלית ראויה. החוק, כפי שמיושם ע"י בתי המשפט, פוגע בעקרונות שהם מאבני היסוד של המשטר הדמוקרטי, למשל עקרון השוויון, שהוכר ככזה ע"י כב' השופט לנדוי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר פ"ד כג(1) 693, 698 (1969) באומרו, כי:

"עקרון השוויון הוא מלבנות היסוד של המשפט ומהווה עמוד השדרה ו'נשמת אפו' של המשטר החוקתי שלנו בכללותו".

124. התכלית הראויה הוגדרה ע"י כב' השופט אהרון ברק בפרשת בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת פ"ד סא(1) 619, 48 (2006):

"אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל".

125. תכלית החוק, הנה קידום ערכים של שקיפות, הנגשת מידע לציבור ולנאשם עצמו, ומתן חופש ביטוי לשופטים. על אף שערכים אלו כשלעצמם נראים ראויים, לא בטוח שמטרות אלו מגלות רגישות למקומן של זכויות האדם, ולהיפך במתכונת הנוכחית הן פוגעות בהן בצורה חריפה.

126. לבסוף, נבקש לבחון את שלושת מבחני המידתיות. ראשית, נראה כי יש קשר רציונאלי בין עקרון ההנמקה לבין המטרות אותם הזכרנו לעיל. אולם, בבחינת האמצעי שפגיעתו פחותה, נראה שניתן להגשים את התכלית גם ללא הפגיעה הנוכחית בזכויות. כל עוד קיימת ה"חותמת" בסוף פסוק "מזוכה מחמת הספק" זכויותיו של הנאשם נפגעות מעבר לנדרש.

127. מבחן המידתיות השלישי בוחן נזק מול תועלת, יש לבחון את התוספת לנזק מול התוספת לתועלת. נראה, כי בעת הזו, שעה שזכויות היסוד של נאשם הן בעלות חשיבות עליונה, שיעור הנזק במקרה של נאשם המזוכה מחמת הספק עולה על שיעור התועלת. ניתן כמו כן להעלות חלופות עדיפות שפגיעתן פחותה, עליהן נדון בהרחבה בפרקים שעניינם החלופה הראויה.

זיכוי מחמת הספק – משפט משווה

128. לאחר שסקרנו בהרחבה את מוסד הזיכוי מחמת הספק, לא נעשה מלאכתנו קלה, ונפנה לבדוק האם ישנה הצדקה וצורך במוסד זה בשיטתנו המשפטית, בהשוואה להסדרים הקיימים בשיטות משפט אחרות. בפתח הדברים נציין, כי מוסד זה כמעט בלעדי לשיטתנו.

129. מסקירה וחיפוש אחר קטגוריה מקבילה לזיכוי מחמת הספק בשיטות המשפט האחרות בעולם, עולה כי קטגוריה כזו אינה שכיחה כלל. בבדיקה מדוקדקת ניתן לאתר מצב משפטי דומה, בשיטת המשפט הסקוטית. קטגוריה דומה הקרויה בדין הסקוטי "Not proven", וניצבת כקטגוריה שלישית בין הרשעה וזיכוי.

130. ואולם, נראה, כי אף בסקוטלנד ישנן ביקורות רבות שהתעוררו במרוצת השנים בגנות המוסד, כפטריות לאחר הגשם. עוד בשנת 1827 כונה המוסד על ידי סר וולטר סקוט, "The bastard verdict", וזאת מפאת חוסר ההיגיון שמצא בו. גל ביקורות נוסף התעורר מחדש בשנת 1992, בהקשר של פרשת אמנדה דפי, בה הנאשם ברצח זוכה לזיכוי "Not proven", וזאת על אף ראיות ענפות נגדו. בעקבות הפרשה, הועלתה על ידי חבר הפרלמנט הסקוטי הצעה שעניינה ביטול של קטגוריית זיכוי זו. טענתו העיקרית נסבה על הכתמתו של פסק דין מסוג זה את המזוכה בו, אולם, ההצעה נדחתה.

131. בשנת 2013, הועלתה הצעה נוספת על ידי חבר פרלמנט אחר, שגם היא דרשה מעבר לשיטה בה שתי תוצאות משפטיות אפשריות גרידא (ראו: Criminal verdicts (Scotland) Bill, 25 June 2014 14/47). עיקרי הצידוקים שהועלו בהצעה היו – פגיעה בחזקת החפות, פגיעה בשמו של הנאשם, פגיעה בקורבן שחש כי הדין לא מוצה, אי בהירות המוסד לציבור ולמושבעים. מרבית צידוקים אלה יפים גם לבקשת רשות ערעור זו, ועליהם נעמוד בהמשך.

132. בדין האמריקאי לא קיים מוסד מקביל לזיכוי מחמת הספק, ואף ניסיונות שצצו מעת לעת להעלות אפשרות זו לדיון, נדחו על הסף. בשנת 1995, עלה הנושא לדיון במהלך משפטו של או ג'י סימפסון, אשר זוכה מאשמה על אף חשדות כבדים לגביו, מהטעם שהתביעה לא הצליחה להרים את נטל ההוכחה. גם בהתרחשות זו, לא היה כדי לשכנע את שופט בית המשפט העליון סקאליה, אשר הזהיר מפני שינוי לשיטה הסקוטית, בקובעו כי הוא רואה בה דרך להרוס את שמו הטוב של האדם מבלי לומר שהוא אשם כלל.

133. באותה שנה, התרחש ניסיון של הסנטור קוונטין קופ בקליפורניה להחיות חקיקה שתאפשר תוצאה שלישית בפסקי דין, אולם "הארגון האמריקאי לחירויות האזרח" גרס, כי מהלך זה יהווה סטירה בפניה של חזקת החפות, ובנוסף שהמזוכים בדרך זו יישאו עמם אות קין. הצעתו של הסנטור נדחתה.

134. הצדקות אלו, שהובילו להיעדר קליטתו של מוסד הזיכוי מחמת הספק, או מוסד דומה לו מבחינה תכליתית בדין האמריקאי, שהינו כאמור, שיטת משפט אשר ממנה יונקת שיטתנו המשפטית את ערכיה ועקרונותיה,

מוסיפות משנה תוקף לעתירתנו בפני בית משפט נכבד זה, כי יש להורות על ביטולו של המוסד, ובפרט במתכונתו הנוכחית.

135. זאת ועוד, כפי שהוצג לבית המשפט הנכבד, מוסדות מקבילים לזיכוי מחמת הספק אינם נפוצים במדינות השונות במשפט המודרני. לא זו אף זו, נראה כי גם בסקוטלנד המתייחדת בקטגוריה דומה, נשמעות ביקורות חוזרות ונשנות, ובעת האחרונה אף נושבות רוחות המבקשות לעבור לשיטה בה יש שתי תוצאות משפטיות אפשריות בלבד. עוד נציין, כי היעדר קטגוריה זו, המאיימת לפגוע בזכויות שונות של הנאשם, דרה בכפיפה אחת עם התפתחות זכויות האדם והפרט, ומעמדם העולה במדיניות המערביות בשנים האחרונות.

136. נוכח כל אלו, לא ברור מדוע במדינת ישראל, המבקשת לשים את זכויות האדם כנר לרגליה, בייחוד לאחר קרות המפכה החוקתית בשנת 1992 וחקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ממשיכה להתקיים קטגוריית זיכוי פוגענית זו, ואף נעשה בה שימוש נרחב. לטעמינו, כפי שיוצג להלן, **מוטב כי הדין הישראלי יתאים עצמו ליתר מדינות העולם המפותחות בכל הנוגע לעמידה דווקנית על זכויותיהם של הנאשמים, ובתוך כך יפעל להדרתו של זיכוי מחמת הספק משיטתנו המשפטית.**

137. לסיכום סוגיה זו, עמדנו על הבעייתיות הרבה הגלומה בדרך בו מיושם כיום מוסד הזיכוי מחמת הספק. חוסר היכולת של בית המשפט להגדיר באופן עקבי את אותו ספק, אינו מאפשר שימוש ויישום ראוי של קטגוריית זיכוי זו. כמו כן, כפי שהצגנו, לשימוש בה נלוות פגיעות משמעותיות בנאשמים, אשר לא ניתנת להן תרופה או מענה במסגרת שיטתנו המשפטית. לא זו אף זו, הראינו כי מוסד מעין זה, כמעט ובלעדי לשיטת המשפט בישראל, ובשיטות משפט אחרות נדחה וסופג ביקורות משלל טעמים הנוגעים לפגיעה בזכויות אדם. בסיכומם של דברים, לאור הטעמים שהוסברו בהרחבה לעיל, נבקש מבית המשפט הנכבד להורות על ביטולו של מוסד הזיכוי מחמת הספק, ולמצער, להורות על הסדרתו בדרך שתצמצם את הפגיעה הנובעת ממנו בנאשמים. כפועל יוצא של ביטול מוסד זה, נבקש כי ייקבע בדין, כי המבקש 1 זוכה זיכוי מלא.

החלופה הראויה

138. היה ותידחה עתירתנו בפני בית המשפט הנכבד להורות על ביטולו של מוסד הזיכוי מחמת הספק, נבקש להציע מספר חלופות ראויות בעייננו, אשר יש בהן כדי לתת מענה לפגיעות ולפגמים הנובעים מהמוסד, ולמצער למתנם.

139. ראשית, נפנה את בית המשפט הנכבד לחלופה אשר מצויה בדין האמריקאי. במדינת בקליפורניה קיים הליך המאפשר לנאשם לטהר את שמו, גם לאחר שזוכה, או לחלופין כאשר נעצר ושוחרר. למרות שמעטים השתמשו בהליך זה עד כה, הוא מבליט לטעמנו את החשיבות והעליונות הניתנת לערך שמו הטוב של הפרט, ולהכרתו של הדין האמריקאי, כשיטת משפט הדוגלת בשמירה על זכויותיו של הנאשם להליך הוגן. במסגרת הליך זה הקרוי "**Declaration of Factual innocence**", ניתן להגיש לבית המשפט בקשה להכרזה על חפות מוחלטת, תוך הבאת ראיות והעלאת טיעונים שיתמכו בבקשה.

140. הליך זה, נועד לאפשר לנאשמים אף כאשר התביעה לא עמדה בנטל הראייה שלה, להביא לאמירה חד משמעית של בית המשפט לגביהם, ובכך לפזר כל צל של ספק בנוגע לחפותם. כאן המקום להדגיש, כי הליך זה מתקיים בשיטת משפט בה ישנן שתי תוצאות משפטיות בלבד. יוצא אפוא, כי בשיטה בה קיימת התוצאה של "זיכוי מחמת הספק" חשיבות הליך מסוג זה מקבלת משנה תוקף. נציין, כי אנו מודעים שהליך מעין זה כרוך בתיקים נוספים שיגיעו לפתח של בתי המשפט, אולם כפי שיטען בהמשך, הטענה בדבר הצפת בתי המשפט אינה מחזיקה מים במבחן המציאות, ובפרט שכבר הוכח בארה"ב שהשימוש בהליך זה נעשה במשורה.

141. ככל שחלופה זו לא תאומץ, ניתן להציע כי למצער, הזיכוי מחמת הספק לא יהווה תוצאה משפטית בעלת נפקויות והשלכות אופרטיביות להרעת מצבו של הנאשם, והפיכתו לנימוק גרידא. למען הסר ספק, חשיבות הנמקת השופטים ידועה לנו, וכל שאנו מציעים בעניין זה הוא ראשית, הסרת האמירה הנחרצת בשורה התחתונה של פסק הדין לפיה הנאשם מזוכה מחמת הספק, והחלפתה בהכרעה לפיה הנאשם מזוכה בדין. ובד בבד, צמצום הפגיעות האופרטיביות עליהן הצבענו לעיל, דוגמת ההשפעה על מתן פיצויים לנאשם. זהו תהליך ארוך שראשיתו בהכרה בפגיעות הקשות בנאשם במצב הקיים, והמשכו ברצון להביא למיגורו.

2. הסוגיה השנייה – מדוע יש לאפשר ערעור בזכות על זיכוי מחמת הספק

ההצדקות לקיומה של זכות הערעור ומעמדה הנורמטיבי

142. באם יכריע כבוד בית המשפט כנגד אפשרות ביטולו של מוסד הזיכוי מחמת הספק, כי אז יש לכל הפחות למזער את פוטנציאל הפגיעה בנאשם ע"י פתיחת נתיב בפניו להשגה על קביעות בית המשפט, קרי מתן אפשרות לערער, וזאת באמצעות קביעת זכות ערעור, או למצער, מתן רשות לערעור.

א. כללי – "הדין המצוי"

נפתח באמירתו של כב' השופט אליקים רובינשטיין בבע"מ 8194/08 פלונים נ' פלוני, פסקה ה' (פורסם בנבו, 10.12.2008):

"לזכות הערעור, בדומה לזכות הגישה לערכאות, משקל מהותי, וכדברי המחבר ח' בן נון 'מקורה של הזכות לערער נעוץ, בין היתר, בתפיסה כי החלטה אנושית עלולה להיות שגויה, וכמוה גם החלטות שיפוטיות. הערעור מהווה מעין רשת ביטחון ומערכת בקרה המקטינים – אף כי לא בהכרח מונעים – פגיעה בבעלי הדין".
(ההדגשות אינן במקור)

143. נראה אם כן, כי הצורך בערכאת ערעור נובע ככלל, מכמה סיבות עיקריות: תיקון טעויות מכיוון שמדובר בהחלטות אנושיות, הסדרת הדין ופיתוחו, קיומה של ביקורת שיפוטית והזדמנות נוספת לבעלי הדין.

144. זאת ועוד, בתי המשפט, רואים בזכות הערעור זכות מהותית ולא דיונית, כך נפסק בע"א 22/56 יצחק כהן נ' קצין תגמולים פ"ד י 1375 (1956), כי:

"הענקת זכות ערעור [...] משמעותה כי למערער ניתן 'כוח', וזו זכות מהותית בעלת ערך [...] 'כוח פירושו כאן סמכות חוקית לשנות, על ידי פעולה רצונית, את היחסים המשפטיים הקיימים בין בעל הסמכות לבין חברו".

145. אשר למעמדה הנורמטיבי של זכות הערעור, ולשאלה האם זכות הערעור עולה כדי זכות יסוד, נראה כי הדעות חלוקות (להעמקה בדיון בשאלה זו ראה "יגאל מרזל, זכות הערעור או ערעור בזכות? סעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה ומהותו של ערעור").

146. אנו מודעים שבעבר, עמד בית המשפט על כך שאין לראות בזכות הערעור כזכות יסוד חוקתית, גישה זו באה לידי ביטוי באופן מובהק בבג"ץ 87/85 ארג'וב נ' מפקד כוחות צהל באיזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(1) 353, 361 (1988):

"זכות הערעור אינה נמנית עם זכויות היסוד המוכרות במשפטנו, אשר יונקות את חיותן וקיומן מתפיסות היסוד המשפטיות שהן חלק מהותי מן המשפט החל אצלנו, כדוגמת חופש הביטוי או חופש העיסוק".

147. עם זאת, הלכת ארג'וב נפסקה עובר למהפכה החוקתית ולחקיקת חוקי היסוד, ועניינה בזכות ערעור בשטחים המחוזקים שהדין הישראלי אינו חל בהם. על כן, אנו סבורים, כי במקרה זה ובעת הזו, יש לראות בזכות הערעור כזכות יסוד, ובהתאם לכך לפרש את החוקים העוסקים באפשרות הערעור של המזוכה מחמת הספק, באופן שמקים אותה. נרצה להביא בנקודה זו, את דברי כב' השופט זמיר בבג"ץ 1520/94 שלם נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מח(3) 227, 233 (1994):

"החשיבות של זכות ערעור, בדומה לחשיבות של זכות יסוד, די בה כדי להטות את הכף לצורך פרשנות: וכיוון שאין זה ברור מלשון החוק אם הערעור [...] מוקנה כזכות או מותנה ברשות, יש טעם להעדיף פירוש המקיים את זכות הערעור". (ההדגשות אינן במקור).

וכן, נאמר על זכות הערעור בהזדמנות נוספת ע"י כב' השופטת שטרסברג-כהן בבג"ץ 5580/98 סופר נ' שר העבודה והרווחה פ"ד נד(4) 319, 329 (2000):

"גם אם אין זכות זו נמנית עם הזכויות הנזכרות בחוקי היסוד (ועל כך קיימים חילוקי דעות), זוהי זכות יסוד במהותה על פי מעמדה במדרג הזכויות המבקרות בשיטתנו המשפטית". (ההדגשות אינן במקור).

148. משכך, לאחר שהובהרה חשיבותה של זכות הערעור והתייחסות הפסיקה אליה כבעלת מעמד רם, כזכות יסוד במהותה, מתחזקת המסקנה, כי המצב המשפטי הקיים בו לא קיימת דרך המאפשרת לנאשם שזוכה מחמת הספק לערער על פסק דינו, אינו משקף מדיניות משפטית ראויה והגיעה העת לשנותו.

ב. היעדר אפשרות לערער על זיכוי מחמת הספק – ההלכה הפסוקה

149. על מנת להבהיר את הדין המצוי לעניין האפשרות לערער על זיכוי מחמת הספק, נציג בתמצית הדברים בפני בית משפט נכבד זה, את התפתחות הפסיקה בנושא.

150. הלכה קצרה של בית המשפט העליון שמקורה בשנות השבעים בע"פ 43/77 ברו נ' מדינת ישראל (טרם פורסם בנבו) שרירה וקיימת עד היום, ולפיה:

"הזיכוי בדין מסיים, מבחינת הנאשם, את ההליכים המשפטיים".

151. שנים לאחר מכן, הגיע לדלתות בית המשפט מקרה בו ביקש הנאשם לערער על זיכוי מחמת הספק. בפרשת **סופיוב**, נקבע בדעת רוב של השופטים רובינשטיין ובן שלמה, כי זכות הערעור מוקנית במקרים של הרשעה בלבד. עם זאת, סבר כב' השופט גרוס בדעת יחיד, כי לנוכח מעמדה של זכות היסוד לשם טוב הנובעת מחקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, יש מקום להכיר בזכותו של נאשם לערער כל אימת שזיכויו נקבע מחמת הספק, והוא מבקש להשיג על ההחלטה, כך שיקבע כי יש לזכותו זיכוי מוחלט.

152. יצוין, כי בפסקי דין מאוחרים, מאשרר בית המשפט הנכבד את עניין **סופיוב** וקובע, כי "צד שזוכה בדין, לרבות נאשם שזוכה מחמת הספק, לא יוכל לערער על פסק הדין" (בג"ץ 188/96 צירינסקי נ' נשיא בית משפט השלום חדרה פ"ד נב(3) 721 (1998) (להלן: "פרשת צירינסקי"); ע"פ 845/97 רונו נ' מדינת ישראל דינים מחוזי כו(10) 621 (1999)).

153. ואולם, יש לציין, כי הלכה זו נקבעה באופן פרשני, חרף העובדה כי סעיפי החוק העוסקים בערעור אינם מונעים הגשת ערעור על זיכוי מחמת הספק (סעיף 213 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב – 1982, סעיף 40(3) לחוק בתי המשפט, וסעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה).

154. ואולם, כאן המקום להדגיש ולהפנות את תשומת ליבו של בית המשפט הנכבד לכך שהדיון בעניין **סופיוב** התרחש בתחילת דרכה של המהפכה החוקתית, עת שהשיח במעמדן של זכויות האדם בכלל והנאשם בפרט עוד היה בחיתוליו. ואילו להכרעה בפסקי הדין המאוחרים, המאזכרים את ההכרעה בעניין **סופיוב**, לא קדם כל דיון מעמיק וליבון משפטי ראוי של הסוגיה, והדברים נאמרו באמרת אגב באופן לקוני. לצד אלו, אף היו פרשות דוגמת **צירינסקי** שעסקו כלל בעד ולא בנאשם עצמו. הנה כי כן דומה שלא ניתן יהא לחלוק על כך שבעת הזו, וודאי לאחר השינוי שחל באקלים המשפטי בשיטתנו, יש צורך בדיון ממצה בעניין על ידי בית משפט נכבד זה, ומתבקשת בחינה מחודשת של מתן אפשרות ערעור לנאשמים שזוכו מחמת הספק, כדוגמת המבקש 1, תוך התחשבות במעמד החדש והרם של זכויות היסוד בעידן המשפטי של ימינו והפגיעה המהותית בהן.

ג. הדין הראוי - ההצדקות למתן זכות ערעור במקרים של זיכוי מחמת הספק

155. הרצון להתנקות לחלוטין מהכתם שהודבק בנאשמים שזוכו מחמת הספק ומהעננה שנתרה לרבוץ מעל ראשם, הינו רצון מובן ולגיטימי. הפגיעות בנאשמים אלו, כפי שעמדנו עליהם בהרחבה לעיל, הינן פגיעות רחבות היקף המצדיקות לכל הפחות לשיטתנו, מתן אפשרות ערעור ובחינה מחודשת של ההכרעה בעניינם. בנוסף, תוצגנה להלן הצדקות נוספות למתן זכות ערעור למבקש 1 ולנאשמים שזוכו מחמת הספק.

ג(1). הפגיעה בזכות הגישה לערכאות

156. נוסף על הפגיעות שתוארו לעיל, חוסר האפשרות לערער על זיכוי מחמת הספק אף פוגע באופן המובהק ביותר בזכות הגישה לערכאות של הנאשם, כאשר סוגר בפניו את דלתות בית המשפט. מעמדה הנורמטיבי של זכות זו, נידון רבות בפסיקה ובין השאר ע"י כב' השופט אהרון ברק בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון פ"ד מב(2) 441, 462 (1988):

"יכולת הפנייה לבית המשפט, היא אבן הפינה של שלטון החוק".

ובנוסף, ע"י כב' השופט חשין בע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תשתיות בע"מ פ"ד נא(3) 577, 629 (1997):

"באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשה הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה... בחסימת הדרך לבית המשפט ייעלם ואיננו הדיין, ובאין דיין ייעלם אף הדין עצמו".

157. במקרים אחדים אף נראה, כי הכיר בית המשפט בזכות זו כזכות חוקתית לדוגמא, ראו דבריו של כב' השופט חשין ברע"א 7608/99 לוקי ביצוע פרויקטים (בנייה) 1989 בע"מ נ' מצפה כנרת 1995 בע"מ, פ"ד נו(5) 156, 163 (2002):

"לאחרונה אף גוברת הנטייה להכיר בהיותה זכות חוקתית".

ובאמירה נוספת של כב' השופטת פרוקצ'יה בע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים פ"ד נו(5) 433, 444 (2003):

"ההלכה הפסוקה הכירה בזכות זו כזכות יסוד אף שאינה כתובה עלי חוק יסוד".

158. זאת ועוד, נראה, כי אפשרותו של נאשם לערער במקרה של הכרעה המזכה מחמת הספק, הטרידה את כב' השופט גרוס בציינו בפרשת סופיוב בציינו בפסקה 2:

"בחינת העקרונות הפרשניים והמדיניות המשפטית הראויה צריכה להובילנו למסקנה כי אין מקום לשלול את זכות הערעור לגבי זיכוי מחמת הספק... בנסיבות אלה סבורני כי מאחר ופסה"ד האמורים ניתנו לפני שנים הרבה, קרי לפני חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהביא עימו בכניפו מהפיכה חוקתית... הרי שלא זו בלבד שאין מניעה, אלא יש הצדקה לחזור ולבחון את הסוגיה לאורו של חוק יסוד זה". (ההדגשות אינן במקור).

עוד ממשיך ומציין כב' השופט גרוס:

"אין גם כל סתירה בין הענקת זכות הערעור לבין חיקוק כלשהו. נהפוך הוא, כפי שצויין הרי שלשון החוק רחבה דיה כדי לאפשר זכות ערעור שכזו. מכל פנים ודאי שיש לפרש את הוראות החוק באופן שלא תפגענה בכבודו של אדם, כשם שברור כי פרשנות הדין הישן צריכה להיעשות ברוח הוראות חוק היסוד החדש. ואשר להלכות שנפסקו בעבר ואשר אינן תואמות את האיזון החדש, אלה אינן צריכות לשמש עוד בפרשנותו של הדין הישן. המסקנה המתבקשת מכל אלה היא כי הפרשנות הנכונה, התואמת לעניות דעתי את מטרת החקיקה ואת כוונת המחוקק, וזאת לאור הוראות חוק היסוד, הינה כי אין כל הצדקה לשלול את זכות הערעור לגבי זיכוי מחמת הספק, דבר שתהא בו פגיעה בלתי מוצדקת בזכות היסוד של האדם לכבודו כאדם". (ההדגשות אינן במקור).

159. בעקבות האנומליה שמייצרת דעת הרוב בפסק הדין שניתן בפרשה זו, והעובדה שלא ניתן למצוא בה פתרון והסדר ראוי למצב הקיים, המלומדים לאון שלף ואסף פורת עמדו במאמרם (לאון שלף ואסף פורת "הלכות בעיתיות במשפט הפלילי – דיון במספר סוגיות שהתעוררו בשנים האחרונות המשפט עמ' 97 (תשס"א)) על הצורך בקריאה למחוקק שיביא לתיקון המצב שבחוק, ע"י חוק ספציפי המקנה זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק.

160. נבקש לטעון לאור הפגיעה הנובעת מזיכוי מחמת הספק, לנוכח השינוי שחל במעמד זכויות אלו, כי הגיעה העת לאמץ את העמדה המוצגת בפסק דינו של כב' השופט גרוס, לאפשר זכות ערעור כנגד החלטה המזכה נאשם מחמת הספק, מקום בו זו אינה נשללת מפורשות בחוק. ההלכה המונעת אפשרות לערער אינה יכולה בכל הכבוד הראוי, לעמוד עוד במציאות משפטית הנוהגת כיום, בה לזכויות היסוד מעמד עליון.

ג2). הצורך בקיומה של זכות ערעור לנוכח הטיות קוגניטיביות וטעויות שיפוטיות

161. טעם נוסף המצדיק מתן רשות ערעור, הינו העובדה כי שופטים הינם בשר ודם, העלולים לטעות בפסיקתם, כך שהענקת אפשרות לערער מקטינה את הסיכוי למשגה שיפוטי. האפשרות לערער מהווה מנגנון בקרה, הדוגל בעשיית צדק והימנעות מטעויות. ניתן להניח, כי בערכאת הערעור יימצאו שופטים מנוסים ומקצועיים יותר, המפעילים שיפוט על בסיס מידע עשיר יותר ולעיתים אף נחוצה ערכאת ערעור שלישית על מנת שהכרעה שיפוטית תיבחן בידי יותר מערכאה אחת.

162. ביטוי לכך, ניתן לראות בפסיקות שונות של בתי המשפט:

בדנ"א 2121/12 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין אורבך בפסקה 26 לפסק דינו של כב' השופט א' גרוניס (פורסם בבנו, 18.9.2014) נאמר, כי:

"האמת המשפטית מתקבלת על ידי שופטים בשר ודם. ככל מעשה אנושי, אף ההכרעה המשפטית אינה חסינה מפני טעויות".

אמירה נוספת לעניין זה מובחנת בבג"ץ 177/50 ראובן נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד ה 737, 751 (1951):

"מטבע הדברים לא קיימת, וטרם נוצרה, באיזו ארץ שהיא, מערכת משפט העשויה לפעול בשלמות וללא תקלה ולעשות צדק מוחלט בכל מקרה ומקרה [...] אף השופטים, בהיותם אך בני אדם, עלולים לטעות מדי פעם בפעם".

163. להמחשת הדברים, נפנה לממצאי פרויקט החפות שנוסד בשנת 1992 בקליניקה באוניברסיטת קרדוזו שבארה"ב, ואשר לימדו, כי קיימות טעויות בהכרעות שופטים. במסגרת הפרויקט, זוכו כשליש מהאסירים שעניינם נבדק מחדש והשווה אל מול ראיות פורנזיות שלא נבדקו בעת מתן הכרעת הדין, ואשר היה בהן כדי ללמד כי הנאשם אינו האדם שביצע את העבירה. משנת 1989 ועד היום, בעקבות פרויקט זה, בוטלו בארה"ב לאחר תום המשפט, כ-900 הרשעות תוך שהנידונים זוכו מהעבירות באופן מלא.

164. יתרה מכך, מחקרים שונים שבחנו את נושא ההטיות בהכרעות שופטים מצאו, כי שופטים עלולים להיות מושפעים מגורמים שונים שאינם הרצון להתוות מדיניות שיפוטית ראויה בלבד. נבקש להציג מספר דוגמאות לתיאוריות קוגניטיביות הבוחנות סוגיה זו. באמצעות עמידה על הטיות קוגניטיביות אלו, נבקש להמחיש ולהראות, כי שופטים הם בשר ודם ומסיבות שונות עלולים לקבל החלטות שיפוטיות שגויות. נתונים אלו מצדיקים ביתר שאת את הצורך בערעור גם במקרה שמדובר בזיכוי מחמת הספק.

165. במאמרם של זמיר וטייכמן (אייל זמיר ודורון טייכמן "ניתוח התנהגותי של החלטות שיפוטיות" **משפט ועסקים** יג 57 (2015) (להלן: "זמיר וטייכמן")) מציגים המלומדים, מספר מודלים קוגניטיביים המבקשים להסביר את אופן קבלת ההחלטות של שופטים.

166. **מודל הסיפור** מצביע על כך שכאשר אין ראיות ישירות שיעידו על התרחשות אירוע מסוים, חלק מהאירועים אשר מרכיבים את הסיפור עשויים להתבסס על היסקים, לכן מערכת הראיות עשויה לתמוך ביותר מסיפור אחד, כך שמקבלי ההחלטות עשויים להעריך סיפורים שונים כמשכנעים יותר או פחות. נמצא שככל שהסיפור שלם יותר, קוהרנטי ומתיישב עם ראיות רבות יותר, כך בטחונו של קובע ההחלטות והעובדות יגבר.

167. עוד נבקש להציג את "**אפקט הפשרה**" הידוע כמנגנון תלוי הקשר בתורת הבחינה הרציונאלית, הבוחנת בחירה בין אפשרויות. אפקט הפשרה, דן בנטייה של אנשים להעדיף אפשרות ביניים על פני אפשרויות קיצוניות. החוקרים קלמן ושותפיו הראו, כי אף אפקט זה עשוי להשפיע גם על החלטות שיפוטיות (Mark kelman, Yuval Rottenstreich & Amos Tversky, Context-Dependence in Legal Decision Making, 25 J. LEGAL STUD. 287 (1996)).

168. בהקבלה לענייננו נראה, כי קיומה של אפשרות ביניים בדמות מוסד הזיכוי מחמת הספק בידיעתם של השופטים עלולה להוביל אותם אפריורית להעדיף אופציה זו, על פני בחירה באפשרויות של אשם או זכאי.

דוגמא מאלפת נמצאה בניסוי שנערך באוניברסיטת קולרדו (Hope L, Greene E, Memon A, Gavisk M, Houston K. 2008. A third verdict option: exploring the impact of the not proven verdict on mock juror decision making. Law Hum. Behav. מושבעים מדומים, כאשר עליהם להכריע בדין. קבוצה אחת של מושבעים עמדה בפני אפשרות למתן שני פסקי דין בלבד, זיכוי והרשעה. לקבוצה אחרת של מושבעים מדומים ניתנו שלוש תוצאות אפשריות, והן: זיכוי, הרשעה והאפשרות של "Not proven" שהנה המקבילה במשפט הסקוטי, לזיכוי מחמת הספק הישראלי. למושבעים המדומים הוסברו המשמעויות של כל אחד מפסקי הדין האפשריים, וכמו כן הוסבר להם כיצד יש להכריע בדין כפי שמתקיים הדבר בבית משפט. לאחר מכן הוצגו להם עובדות המקרה והראיות.

169. **התוצאות הראו באופן מובהק, כי כאשר ניתנה למושבעים המדומים אפשרות אשר מקבילה לזיכוי מחמת הספק, קרי, תוצאה שהינה תוצאת ביניים, רבים מהם נטו לבחור בה**. תוצאות הניסוי מוצגות בטבלה הבאה:

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

ניתן לראות, כי כאשר ישנן שלוש תוצאות ובהן תוצאת ביניים, רבים מהמושבעים (42%) נטו לבחור בה, ורק מעטים נטו לזכות את הנאשם זיכוי מלא (7%). לעומת זאת, כאשר ניתנו למושבעים שתי אפשרויות הכרעה, אחוז גבוה יותר בחר לזכות את הנאשם זיכוי מוחלט (39%). **נתונים אלה מלמדים, כי מתן אפשרות ביניים משנה לחלוטין את אופן החשיבה וההכרעה של מקבל החלטות, ואין הכרח ששינוי זה הוא לטובה.**

170. כאן המקום לציין, עת עסקינן בזיכוי מחמת הספק, כי השופט יודע מראש שכאשר הוא בוחר בזיכוי מחמת הספק, הוא חוסם הלכה למעשה בפני הנאשם את האפשרות לערער, ובכך מקטין את חשיפתו לביקורת שיפוטית של ערכאות גבוהות. אם אכן חוסר האפשרות של הנאשם לערער עומדת לנגד עיני השופט בבואו להכריע את הדין, אזי הכרעתו מושפעת ומוטה בצורה שאיננה ראויה לטעמנו.

171. עוד הטיה המלמדת, ששופטים אינם חסינים מפני השפעות חיצוניות, הינה "**חוכמת הבדיעבד**", לפיה בני אדם נוטים להפריז בהערכת הסתברות חזויה של אירוע בשעה שהם יודעים כי האירוע אכן התרחש. הוכח מחקרית, כי הגם ששופטים הם מקצועיים ויתמודדו עם הטייה זו טוב יותר מהדיוטות, עדיין קיימת עליהם השפעה זו.

172. הטייה נוספת עליה נעמוד הינה הטיית המחדל, שעניינה בנטייה להעדיף אי עשייה על פני עשייה, כשכל אחת מחלופות אלו כרוכה בסיכון או באי וודאות. **הטיית המחדל הוצעה גם כהסבר לנטייה החזקה של ערכאות ערעור לדחות ערעורים**, הטיית המחדל קרובה לתופעה הטיית הסטטוס קוו. אנשים היכולים לדבוק במצב הדברים הנתפס כסטטוס קוו, יעדיפו לעשות זאת מאשר לסטות ממנו. הטיית הסטטוס קוו הוזכרה כהסבר אפשרי לרתיעת ערכאות הערעור להפוך את ההחלטות של הערכאה דלמטה, לדבקותם של בתי המשפט בתקדימים ולנטייה השמרנית של המשפט.

173. נקודה נוספת, הנה קבלת החלטות בקבוצה. נמצא, כי כאשר עסקינן בסוגיה מורכבת הכרוכה בהכרעות ערכיות (כפי שקורה בבתי המשפט), הדיון בקבוצה עלול להוביל דווקא לתוצאה קיצונית שאינה משקפת את עמדות היחיד שבקבוצה (קיטוב קבוצתי) (זמיר וטייכמן, בעמ' 93). במאמר זה מוצגים מחקרים המתעדים את הדרכים שבהן קיטוב בקבוצה עשוי להשפיע על החלטות שיפוטיות. המחקרים מראים, כי התופעה עלולה להוביל לתוצאות הופכיות המשתנות מהקשר להקשר.

174. שופטים אל מול הדיוטות – השאלה העולה ממחקרים אלו, היא עד כמה המומחיות והניסיון של השופטים מפחיתים את השפעת ההטיות הקוגניטיביות לעיל. באופן כללי, מומחיות תורמת במידה מרבית לאיכות ההחלטות בסביבה שתנאיה צפויים וסדירים, ואשר בה מקבלי החלטות יכולים ללמוד ולהכיר תנאים אלו. מחקרים מראים, כי בעוד שמומחים מסוימים מגלים עמידות בפני הטיות מסוימות, אחרים אינם מגלים עמידות זו (John C. Anderson, D. Jordan Lowe & Philip M.J. Reckers, *Evaluation of Auditor Decisions: Hindsight Bias Effects and the Expectation Gap*, 14 J. ECON. PSYCHOL. 711 (1993); Gregory B. Northcraft & Margaret A. Neale, *Experts, Amateurs, and Real Estate: An Anchoring-and-Adjustment Perspective on Property Pricing Decisions*, 39 ORG. BEHAV. & HUMAN. (DECISION PROCESS 84 (1987)).

175. כמו רוב האנשים, שופטים נוטים לבסס החלטותיהם על אינטואיציות מהירות, ולא דווקא על תהליך שקילה מורכב. התוצאות של שופטים ב-"Cognitive Reflection Test" (הבוחן את השפעתם של ההטיות הקוגניטיביות השונות), היו דומות לאלה של נבדקים משכילים אחרים.

176. באופן פרטני, כאשר אנו עוסקים בזיכוי מחמת הספק, ניתן לאתר דוגמאות בפסיקה המעידות בבירור, כי שופטי ערכאת הערעור מסתייגים מקביעתם של השופטים בערכאה התחתונה בדבר זיכוי של הנאשם מחמת הספק ואי זיכוי המוחלט. במקרים אלה אנו סבורים, כי אם הייתה ניתנת לנאשם האפשרות לערער על סוג הזיכוי, ההחלטה בעניינו ככל הנראה הייתה משתנה. נבקש להציג את דבריו של כב' השופט מצא בע"פ 6621/01 רוברט בדיליאן נ' מדינת ישראל (נו(5) 870, 878 (2002) (להלן: "פרשת בדיליאן")):

"דומה שבנסיבות אלה התרחק הזיכוי למדי ממה שמקובל לראות כזיכוי מחמת הספק' והתקרב עד מאוד לזיכוי מוחלט".

177. ובאמרה נוספת ע"פ 425/88 איעד אחמד בדיר נ' מדינת ישראל, מג(2) 204, 206 (1989) (להלן: "פרשת בדיר"):

"אינה נראית לי החלטת השופט, כאשר נימק את זיכוי של המערער בקיומו של ספק סביר באשמתו בלבד [...] הזיכוי התחייב על פי דין ולא היה פה צורך להיזקק להנמקה, לפיה לא הוכחה האשמה מעבר לספק סביר".

178. בע"פ 4492/01 דוד עשור נ' מדינת ישראל, נז(3) 734, 741 (2003) (להלן: "פרשת עשור") נקבע כי:

"בנסיבות אלה לא היה בידי בית המשפט – ועל כן לא היה הוא רשאי – להטיל ספק בחפותו של המערער [...] נמצא כי זיכוי של המערער היה זיכוי 'מוחלט' ולא זיכוי מחמת הספק".

179. לסיכום נקודה זו, ניתן לראות, כי על אף היותם של השופטים מקצועיים בתחומם, ישנן הטיות קוגניטיביות והשפעות חיצוניות שמחקרים מלמדים שאף השופטים אינם חסינים בפניהם. אם כך, נראה אפוא כי קיימת הצדקה וצורך שמא אף חובה, לאפשר ערעור גם כאשר שעסקין בזיכוי.

180. החלטות השופטים הן בעלות משמעות עתידית חשובה לאין שיעור מבחינת העומד לדין. לכן, נראה כי החלטות בעלות משקל משמעותי ובפרט עת שדנים בשאלה האם הוכחו אשמתו של הנאשם מעבר לספק סביר, צריכות להיות נתונות לביקורת מקצועית נוספת. ביקורת זו, יכולה למצוא ביטוי במתן זכות ערעור, ולמצער, רשות ערעור שתאפשר לאתר את אותם המקרים אשר ראוי לאפשר בהם בחינה נוספת וקבלת החלטה ע"י שופטים מקצועיים ומנוסים יותר, היות ובערכאות ערעור יושבים שופטים בעלי ניסיון רב.

181. להמחשת הדברים נביא לסיום טענה זו את דבריו של השופט Holmes המצוטטים במאמרו של המלומד פרנק. דברים אלו מיטיבים להסביר מדוע ראוי לתת זכות ערעור במקרים כדוגמת המקרה שלפנינו. (Jerome Frank, "Are Judges Human?", 80 U Pa.L.Rev. (1931) 17, P.25):

"מרכיב האישיות בהחלטות השיפוטיות הוא בלתי נמנע, בהיותו בלתי נמנע יש להכיר בו ככזה ולא להתייחס אליו כאל גורם זניח וחסר חשיבות. כאן, כמו גם בכל עניין אנושי אחר בעל חשיבות, ההתעלמות מדברים שלא ניתן למנוע אותם והעמדת פנים כאילו הם אינם קיימים, הם מעשה ילדותי, טיפשי ומסוכן. משום שמרכיב האישיות קיים, הדרך הנבונה היא להתמודד עימו ובמידת האפשר לשפר אותו. אכן, כמו בעניינים בלתי נמנעים אחרים, אם נעמוד מולו בצורה אמיצה וחכמה ניתן יהיה להפיק יתרונות".

ג(3). שיקול דעת זהיר

182. טעם נוסף המצדיק מתן האפשרות לערער על זיכוי מחמת הספק הינו העובדה כי מתן רשות ערעור עשוי דווקא לתמרץ את הערכאות הנמוכות להפעיל שיקול דעת בצורה זהירה, וזאת בשל הידיעה כי יהיו חשופים לביקורת שיפוטית לאחר פסיקתם בערכאות העליונות. עוד ניתן להוסיף, כי מתן רשות הערעור יגביר את **אמון הציבור** במערכת המשפט. ערכאת הערעור נתפסת ככזו, שמקיימת ביקורת שיפוטית בתוך המערכת המשפטית עצמה, ובכך מבטיחה את תקינותה ואת אמינות החלטותיה ומקצועיות שופטיה.

ג(4). פגיעה בזכות לשוויון

183. כתוצאה מאי מתן אפשרות לערער נפגעת הזכות לשוויון. נאשם אשר זוכה מחמת הספק, נמצא אשם בסבירות נמוכה בהרבה מאשר נאשם שהורשע, ולכן הזכות לשוויון לא יכולה לסבול מצב שלאחרון תינתן אפשרות לערער ומהראשון תימנע, שעה ששניהם מוצאים עצמם נפגעים ואינם מרוצים מתוצאת פסק הדין.

ג(5). אנלוגיה לסדרי הדיון הקיימים בנוגע לגניזת תיק פלילי

184. כאן המקום להביא דוגמא אשר ממחישה היטב את האנומליה המצויה בדיון הפלילי, אשר אינו מאפשר לנאשם שזוכה מחמת הספק לערער על תוצאה זו. זאת ע"י הקבלה בין חשודים שתיקם נגנו בשל העילות השונות, לנאשמים שזוכו מחמת הספק.

ישנן כידוע, שלוש עילות לגניזת תיק פלילי: חוסר אשמה, חוסר ראיות, וחוסר עניין לציבור. חשוב לציין, כי סגירה מחוסר אשמה אינה מותרת עקבות ברישומי המשטרה, להבדיל משתי העילות האחרות, ומכאן ישנה חשיבות גדולה לעילה בה יגנו התיק. חשוד אשר הוחלט לסגור את התיק בעניינו באחת משתי העילות של חוסר עניין לציבור או חוסר ראיות, יכול להגיש בקשה מנומקת לשינוי עילת סגירת התיק בחוסר אשמה לפי סעיף 64(א) לחוק סדר הדיון הפלילי, והיה ובקשה זו נדחתה אף להשיג על עילת הסגירה בפני הגורם המוסמך. בית

המשפט עמד על החשיבות לאפשר לחשוד להשיג על עילת הגניזה בעניינו וציון בבג"ץ 4539/92 קבלרו נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד נ(3) 50, 52 (1996):

"שמו הטוב של האדם הוא נכס יקר. חשד פלילי שהועלה נגד אדם הוא כתם שהוטל בשם הטוב וכי מי לא ירצה להסיר כתם זה? לעניין זה יש הבדל בין סגירת תיק בשל חוסר ראיות לבין סגירת תיק בשל חוסר אשמה, גם אם לא ניתן לכך פרסום ברבים. אפשר להבין לליבו של אדם, המשוכנע שהוא חף מפשע, כאשר הוא דורש כי חשד שהועלה נגדו יימחק לחלוטין, ובתיק שנפתח נגדו ירשם כי התיק נסגר כיוון שהתברר כי אינו אשם". (ההדגשות אינן במקור).

185. נראה אפוא, כי ישנו דמיון רב בין נאשם שזוכה מחמת הספק לבין חשוד שתיקו נגנז שלא בעילת חוסר אשמה. בשני המקרים, על אף שלא נקבע כי הפרט אשם וכי הוכח החשד המיוחס לו, נותרת עננה כבדה מעל ראשם של אלו, ושם הטוב נפגע. למרות הדמיון הרב, נראה כי לחשוד שנסגר תיקו מוקנה יתרון רב על פני נאשם שזוכה מחמת הספק, לחשוד כזה ניתנת אפשרות להשיג על סגירת תיקו, לפנות בבקשה לשנות את עילת הסגירה, ואף למחוק את רישומיו במשטרה ע"י שינוי העילה לעילת חוסר אשמה.

186. נראה שאין הצדקה וכל בסיס נורמטיבי ומוסרי לאפשר מחד, לחשוד שתיקו נסגר שלא בעילת היעדר אשמה להשיג על כך, באופן שיסיר סופית כל חשד שנוטר רובץ על כתפיו, ומאידך, לשלול אפשרות דומה ממי שעניינו נבחן במסגרת ההליך הפלילי ונמצא שאשמתו לא הוכחה, ובכל זאת נותרה קביעה המתירה עננה של אשם הרובצת מעל ראשו.

ג(6). דעת מיעוט בהרכבים פליליים המעלה ספק כשלעצמה

187. סעיף 80 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, קובע את ההוראה הכללית, שלפיה במקרה שנחלקו דעות השופטים בבית המשפט, תכריע דעת הרוב. אולם, כאשר שופט אחד בהרכב פלילי מצדד בזיכוי של נאשם, בין אם מחמת הספק ובין בזיכוי מלא, עולה השאלה, האם אין בכך כדי להצביע על קיומו של ספק סביר, אף אם שני חברי ההרכב האחרים אינם סבורים כמותו ומצדדים בהרשעה?

188. בפרשת ע"פ 334/02 סיבוני נ' מדינת ישראל, דינים-עליון כרך סג 733 13 (2003) עמד כב' השופט לוי על כך שדעת מיעוט אכן יכולה להעלות חשש בדבר קיומו של ספק סביר, אך סבר כי חשש זה מתפוגג כאשר ניתנת האפשרות לערער, באומרו:

"הסדר זה [זכות ערעור] נותן מענה הולם לחשש מפני פגיעה בזכותו של נאשם כי עניינו יוכרע ברמה הנדרשת בפלילים (מעבר לספק סביר)".

189. בהצעות חוק ובספרות הוצע לאחרונה, להכניס תיקון בחקיקה ולקבוע, כי יש להרשיע נאשם פה אחד. קרי, ללא דעת מיעוט. כך למשל, פרופ' אמנון רובינשטיין (בעקבות פרשת **אל עביד**) הגיש הצעת חוק לתיקון חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (מותב של שניים והרשעה פה אחד), התש"ס-2000. יתר על כן, למרות המלצות דו"ח הוועדה לבחינת הרשעה בדעת רוב וערעור על זיכוי במשפט הפלילי, בראשות פרופ' אהרון אנקר (לפיהן יש להשאיר את המצב על כנו), הסנגוריה הציבורית מחזיקה בעמדתה, כי קביעה לפיה ניתן יהיה להרשיע נאשם אך ורק בהחלטה פה אחד, תצמצם את החשש שמא שופט המיעוט צדק ומרשיעים אדם חף מפשע.

190. בנוסף, פרופ' עמנואל גרוס במאמרו מציין, כי בעבירות חמורות, זכותו של הנאשם להליך הוגן וראוי נפגעת משנקבע כי שאלת הרשעת הנאשם בעבירות כה חמורות עשויה להיות מוכרעת ברוב דעות של שני שופטים כנגד שופט מיעוט (עמנואל גרוס ומיכל עורקבי "מעבר לספק סביר" **קריית המשפט** א 229, 257 (2001)). נציין, כי בימים אלו צפויה חברת הכנסת רויטל סוויד להגיש הצעת חוק, המבקשת לקבוע כי הרשעה בעבירת רצח (שבגינה ישנו עונש מאסר עולם חובה), תהיה רק פה אחד.

191. בהקבלה לענייננו, דעותיהן החלוקות של השופטים בבית המשפט המחוזי, מעוררות קושי כשלעצמן. כאמור, שופטות הרוב זיכו את הנאשם בזיכוי מחמת הספק, ואילו שופט המיעוט זיכה את הנאשם בזיכוי מוחלט כפי שאף הוכרע בבית משפט השלום. יוצא אפוא, שבהסתכלות מהותית כפות המאזניים מעוינות, משום ששני שופטים סברו כי יש לזכות את המבקש 1 זיכוי מלא ושני שופטות סברו שיש לזכות מחמת הספק. מצב דברים חריג זה כשלעצמו, מצדיק מתן רשות ערעור בגלגול שלישי. אנו סבורים, כי נותרו סימני שאלה רבים לגבי סוג הזיכוי הראוי בעניין המבקש 1, והמצב מצדיק ביתר שאת בחינה נוספת מצידו של בית משפט נכבד זה בשבתו כערכאת ערעור.

192. **נפקותה של דעת מיעוט – משפט משווה** - במבט השוואתי נראה, כי בשיטות משפט אחרות בדרך כלל, די בדעת מיעוט על מנת להוביל לזיכוי של הנאשם, אף שלא מדובר בדעתו של שופט מקצועי, אלא בדעתו של מושבע אחד מתוך תריסר. זאת, אף אם אותו מושבע הגיע להכרעה של "לא אשם" מחמת הספק.

193. המלומדים סנגירו וליפשיץ מצביעים על כך **שהדין האנגלי** אמנם מאפשר להרשיע נאשם למרות קיומה של דעה חולקת אחרת, אך עדיין מדובר בדרישה של רוב מיוחס של אחד-עשר מול אחד. ואילו, כאשר חבר המושבעים מונה תשעה בלבד, ניתן להרשיע את הנאשם רק פה אחד.

194. אשר ל**דין האמריקאי**, ב-48 מתוך 50 המדינות המרכיבות את ארה"ב נדרש כי חבר המושבעים יגיע להחלטה פה אחד של שנים עשר מושבעים כדי להרשיע את הנאשם, ובמדינות שבהן נהוגה הרשעה בדעת רוב (אורגון ולואיזיאנה) נדרש רוב מיוחס. גם **בדין הקנדי** נהוגה הרשעה רק פה אחד, ואילו **בניו זילנד** נדרש רוב של לפחות אחד עשר מושבעים מתוך שניים עשר. בחלק ממדינות **אוסטרליה** נדרשת הרשעה פה אחד ובאחרות רוב מיוחס. **בצרפת, ספרד, דנמרק ורוסיה** נדרש רוב מיוחס על מנת להרשיע נאשם. **הנה כי כן, נמצאנו למדים, כי אף מדינה אינה מתירה להרשיע נאשם על חודה של דעה בודדת כפי שנהוג בישראל למרבה הדאגה והצער.**

195. בכל הכבוד הראוי, לדידנו, לדעת המיעוט המזכה ישנה משמעות אמתית, מדובר למעשה בפסק דין של שופט מקצועי שבחן את החומר בתיק, שמע את העדים וטיעוני הצדדים, עיין בראיות ולבסוף הסיק כי יש לזכות את הנאשם זיכוי מוחלט. המחשבה שהערכתו של אחד השופטים – שלפיה צריך לזכות באופן מוחלט את הנאשם – צריכה להוליד תוצאה סופית של זיכוי מוחלט, מתחזקת מאוד כשמדובר בהרכב מצומצם יחסית של שלושה שופטים כבענייננו. בן בנו של קל וחומר שעה שדעת מיעוט זו, חוברת לדעת השופט של הערכאה הדיונית שאף הוא מצא כי יש לזכות את המבקש 1 זיכוי מוחלט.

196. הכרעה ברוב דחוק של שניים מול אחד איננה משכנעת שלא מדובר בביש מזל שפקד את הנאשם, וקבלת בקשת הערעור בענייננו תמנע מצב בו המבקש 1 יחוש כי זוכה מחמת הספק רק משום שמזלו לא האיר לו פנים, ושאלו היה הרכב השופטים אחר אף במעט – התוצאה הייתה שונה, והוא היה מזוכה זיכוי מוחלט.

197. על מזל בשפיטה נכתב בספרו של המלומד מאוטנר (מנחם מאוטנר, **משפט ותרבות** פרק חמישי (תשס"ט)). בפרק זה, עוסק מאוטנר באחד הסודות הגלויים והכואבים במשפט: העובדה שתוצאת ההליך השיפוטי אינה ניתנת לחיזוי מראש, והיא מושפעת מגורמים אקראיים. מאוטנר גורס, כי יש אובייקטיביות במשפט, אבל גם במסגרתה קיימת יותר מתשובה משפטית נכונה אחת למקרה נתון, ומכאן מרכזיותו של מרכיב המזל. לשיטתו, הדרך הראויה להתמודדות עם בעיה זו, הינה הרחבת מספר השופטים שידונו בכל מקרה. בדרך זו, ההסתברות לקבלת תוצאה משפטית ש"אינה נכונה", תקטן ותתקרב למידת האובייקטיביות המיוחלת.

198. ביטוי מובהק לתזה של מאוטנר ניתן למצוא בפרשת **אל עביד**, בה הורשע אל עביד ברוב דעות בבית המשפט המחוזי בעבירות אונס ורצח. אולם, כתוצאה מסתירה בין הממצאים בשטח להודאתו, בוטל פסק הדין והדין הוחזר לערכאה הדיונית על מנת שתכריע בעניינו מחדש. בית המשפט הרשיע את אל עביד בשנית. ערעורו של הלה לבית המשפט העליון התקבל חלקית, כך שאושרה הרשעתו באונס, ובוטלה הרשעתו ברצח. בדיון הנוסף בפסק הדין שבערעורו, השתתפו תשעה שופטים, וכשלבסוף הורשע אל עביד בעבירת הרצח ובעבירת האינוס ברוב דעות. נציין, כי בכל ההליכים שהתנהלו בעניינו, לא הייתה אף ערכאה שהגיעה להכרעה פה אחד. בבית המשפט העליון לדוגמא, בהרכב של תשעה שופטים, הורשע אל עביד ברצח בדעת רוב של שישה מול שלושה.

199. בישום האמור למקרים מסוג המקרה שלפנינו, המסקנה המתבקשת היא, כי במצב דברים זה נכון וראוי לאפשר למבקש 1, נוכח דעות השופטים אשר מצאו כי יש לזכותו זיכוי מוחלט, לערער על התוצאה המסויגת שנתקבלה בעניינו בסופו של יום, כך שיתאפשר לו לטהר את שמו לחלוטין.

200. לסיכום דברים אלו, ברירת מחדל של הכרעה בדעת הרוב עולה בקנה אחד עם המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל, אך עקרון זה אינו עומד לבדו ובוודאי שאינו חזות הכל; נראה אפוא, כי הכרעה בדעת רוב אינה נכונה וראויה בכל המצבים. הכרעת הרוב איננה נוסחת קסם שאמורה לגבור על כל השיקולים והעקרונות, פער הכוחות העצום שבין הנאשם לבין המדינה המאשימה, חזקת החפות, הנזק הגדול שגורמת הרשעה של חף מפשע, מחויבות המדינה כלפי הפרט במסגרת האמנה החברתית ושיקולים, עקרונות וערכים נוספים, מוליכים

לכלל שלפיו יש להוכיח אשמה מעבר לספק סביר. ערכים אלה אינם מוגנים כראוי שעה שישנה אפשרות להרשיע אדם ברוב דחוק במקרים של שניים משלושה שופטים.

201. אי התחשבות בספק בדמות שופטי המיעוט מעלה את הפער העצום שבין הרטוריקה של השכנוע מעל לספק סביר באשמת הנאשם, לפרקטיקה המאפשרת הרשעה למרות קיומו של ספק רב. אף בענייננו, **דעת המיעוט שמזכה את מבקש 1 זיכוי מלא**, ובפרט לאחר שכבר **זוכה זיכוי מוחלט** בערכאה הדיונית, מעלה שאלות חשובות ורלוונטיות בנסיבות העניין והמקרה. זאת, מן הטעם שבסופו של יום, במכלול הערכאות אשר דנו בענייננו, המבקש 1 **זוכה זיכוי מלא ע"י שני שופטים** שונים מול **זיכוי מחמת הספק של שני שופטים** נוספים.

202. על כן, מהטעמים שתוארו לעיל **מתבקש בית המשפט הנכבד לפתוח את דלתותיו בפני המבקש 1 ולאפשר לו לערער על הכרעת הדין בענייננו**. ככל שיעשה כן, יפעיל לשיטתנו, מדיניות ראויה בכך שימזער את הסיכויים לטעות בהכרעת הדין או לביש מזל שפקד את המבקש 1.

ג7). הביקורת כנגד מתן הזכות לערער על זיכוי מחמת הספק וביקורת שכנגד

203. **שלילת החשש לעומס והצפה של בתי המשפט** – טענות בדבר הצפת בתי המשפט במקרים שונים נסתרו בעבר ע"י בית משפט נכבד זה, כמו בפרשת **צירינסקי**. לא זו אף זו, באם בית המשפט הנכבד יקבע כי ההסדר הראוי בענייננו של נאשם שמבקש לערער על זיכוי מחמת הספק הינו ערעור ברשות, אזי וודאי שבית המשפט בכובעו כבית משפט של ערעור יוכל לפקח על כמות הערעורים שיבואו לפתחו, ולוודא שיידונו רק אלו המצדיקים בחינה וליבון נוסף.

204. כמו כן, לא ברור מדוע קיים חשש מהליך זה, ובו בעת אין חשש מהליכים של לשון הרע. במקרים בהם זוכה הנאשם מחמת הספק הפגיעה בו חמורה בהרבה ממקרים בהם מקבלים בתי המשפט תביעות בגין לשון הרע, וזאת מבלי לחשוש מהצפתם בכאלו.

205. כבי' השופט גרוס בפרשת **סופיוב** שלל את החשש להצפת בתי המשפט באומרו בפסקה 6, כי:

"דעתי היא כי אין גם מקום לחשש של ריבוי הערעורים בשל הפתח שייפתח [...] אין ספק כי המקרים בהם ניתן יהיה לערער על הזיכוי מחמת הספק [...] מעטים הם [...] רק במקרים מעטים אפשר יהיה לעשות שימוש של ממש בזכות זו".

וכן, סבור כי בכל מקרה אין בחשש מהצפת בתי המשפט, כדי להצדיק פגיעה בזכות הערעור:

"החשש שמא יתרבו הערעורים במידה ניכרת אינו יכול להצדיק פגיעה כלשהי בזכות האמורה. אם התוצאה תהא סירבול והתארכות דיונים משפטיים, אזי יהא הכרח להתגבר עליה אם ע"י הגדלת תקן השופטים ואם בדרכים אחרות ליעול הדיונים [...] ודאי שסיכון מעין זה אינו מצדיק פגיעה בזכות האדם לשמירה על כבודו".
(ההדגשות אינן במקור).

206. כאן המקום, לשלול עוד את הטענה כי מתן זכור ערעור מייצר חשש לפגיעה בכלל אי ההתערבות – יודגש כי, במקרים בהם בית המשפט קמא מזכה את המערער מחמת הספק, ולאחר מכן תתאפשר הגשת ערעור לערכאה הגבוהה יותר וזו תחליט לזכותו זיכוי מוחלט, אין הדבר פוגע במקרים רבים בכלל אי ההתערבות. עסקינן ברוב המקרים בתיקון טעות משפטית בדיני ראיות החלים על ההליך הפלילי. כמו כן, אין הדבר יציג באור שלילי או חוסר מקצועי את שופטי הערכאה דלמטא. לאור אמירות השופטים בשורת פסקי הדין שהצגנו לעיל, וביניהם פרשת **בדיר**, פרשת **בדליאן** וכן בפרשת **עשור**, המסקנה המתבקשת היא, כי גם במגבלות של כלל אי ההתערבות של ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים, ניתן להתערב במקרים מתאימים בהחלטת הערכאה הדיונית לזכות מחמת הספק ולקבוע כי הזיכוי הוא זיכוי מוחלט. דברים אלו נכונים ביתר שאת במקרה שלפנינו, כאשר עולה שאלה פרשנית האם אמירות המבקש 1 עולות כדי הטרדה מינית, כאשר אלו הופנו כלפי נשים וגברים כאחד ובנימה ידידות גרידא.

207. יכולת תביעה נזיקית אינה מהווה חלופה ראויה – נאשם שזוכה מחמת הספק ובית המשפט דחה את בקשתו לתשלום הוצאות הגנה או פיצוי על מאסר, רשאי לערער על כך בהליך אזרחי, לפי ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון פ"ד לט(1) 113 (1985), ויש שטוענים שבכך מתמצה זכותו של הנאשם לתרופה משפטית. אולם, נבקש לשלול גישה זו, שכן הפגיעה המהותית בו הנוגעת לשמו הטוב נותרת בעינה.

208. פגיעה בעצמאות הביטוי של השופט – כב' השופט קדמי בפרשת **צירינסקי** ציין בין היתר, כי היכולת לערער על זיכוי מחמת הספק תגרור "שכתוב" של ערכאת הערעור לערכאה דלמטה, באשר להנמקה ההולמת. בחירת דרך ההנמקה הינה סובייקטיבית ומשכך לפי כב' השופט קדמי, התערבות הערכאה הגבוהה פוגעת פגיעה רחבה בעצמאות הביטוי של השופט בערכאה הראשונה. מנגד, נבקש לטעון כי לא מתקיימת פגיעה בעצמאות הביטוי של השופט, משום שההתערבות נובעת עקב שגיאה משפטית – ולא, בשל דרך ההצגה בה בחר. קרי, מדובר בהתערבות בהנמקה הנובעת מהממצאים, להבדיל מהתערבות באופן הצגת הממצאים.

209. פגיעה בעקרון סופיות הדיון – אנו סבורים, כי עקרון סופיות הדיון מתיישב עם מתן אפשרות ערעור על זיכוי מחמת הספק. עקרון סופיות הדיון, מתמצה במגבלה על מספר הפעמים שבה בעל דין זכאי לתקוף החלטה שיפוטית בעניינו, ולא בכך שהליך שיפוטי מתנהל פעם אחת בלבד ואין לשנות את הכרעתו. לגישתנו, הזיכוי מחמת הספק, בשל הפגיעות הנלוות לו, מהווה המשך סכסוך בין הנאשם לבין המדינה.

210. יודגש כי המקרה שלפנינו, ממחיש מצב דברים שבו נאשם כלל לא זכה להשיג על התוצאה המשפטית שנקבעה בעניינו, תוצאה משפטית שכאמור מסיבה לו פגיעה בזכויותיו החוקתיות, ואשר התקבלה לאחר שעניינו נדון בערכאת הערעור כתוצאה דווקא מהשגתה של המדינה על פסק הדין המזכה זיכוי מוחלט שהתקבל בערכאה הדיונית. נראה אפוא, שמצב זה מצדיק לכל הפחות, מתן רשות ערעור שבה תבחן ההצדקה לאפשר לנאשם שנפגע כתוצאה מהכרעה שיפוטית בעניינו הזדמנות ראשונית להשיג עליה.

ג(8). הפגיעה בזכות הגישה לערכאות אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה

211. פרופסור ברק מציין בספרו (אהרון ברק, הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010)), כי אף אם זכות הגישה לערכאות הנה יחסית, ונסוגה לעיתים בפני זכויות ואינטרסים אחרים, יש להגביל את הפגיעה בה דרך פסקת ההגבלה שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. עוד מוסיף במאמר אחר (אהרון ברק, "זכות הגישה למערכת השיפוטית" שלמה לוי, ספר שלמה לוי, עמ' 31 2013), כי אף אם לא תעוגן בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, עדין תחול עליה פסקת ההגבלה משתמעת.

212. אומנם חסימת הדרך לערעור בפני נאשם שזוכה מחמת הספק מעוגנת פסיקתית, אך מדובר בפרשנות של חוק (חוק יסוד: השפיטה, סעיף 17), ועל כן עולה השאלה מה מוקנה מכוח החוק, ובאילו תנאים קמה הזכות או הרשות לערער.

213. לגישתנו, אין הפגיעה בזכות הגישה לערכאות, הנובעת מחסימת דרכו של הנאשם המזוכה מחמת הספק לערער, עומדת במבחני פסקת ההגבלה. ראשית, הקושי עולה כבר בשלב הראשון, כשכאמור, מדובר בפרקטיקה שהינה יצירת פסיקה, ולכן ספק אם עומדת בתנאי של פגיעה ב"חוק" או מ"מכוח חוק".

214. נראה, כי אכן תכליתה ראויה לכאורה, ומתקיים קשר רציונאלי בין האמצעי שהוא החוק ופרשנותו, למטרה של יעילות, עצמאות השופט, וסופיות הדיון. עם זאת, אנו סבורים כי אין מדובר באמצעי שפגיעתו פחותה וכפי שנציג בהמשך, ישנן חלופות פוגעניות פחות.

215. עוד נוסיף, כי אין מדובר לשיטתנו באיזון ראוי במבחני המידתיות והנזק מול תועלת, בעת הזו, בה יש להקנות לזכויות יסוד של הפרט ערך עליון, התועלת בדמות שיקולי היעילות אינה יכולה לעמוד עוד ולגבור על הפגיעה האקוטית בזכויותיו החוקתיות של הנאשם.

ד. החלופה הראויה

216. לאור המפורט לעיל סבורים המבקשים, כי יש לאפשר זכות ערעור, ולמצער רשות ערעור, לנאשם המזוכה מחמת הספק בערכאה הראשונה וכמו כן, יכולת לבקש רשות ערעור באם זוכה הנאשם מחמת הספק בערכאה שניה. בדרך זו תצטמצם עד תוסר לחלוטין הפגיעה בזכות הגישה לערכאות של נאשמים אלו, והפגיעות בהם בעקבות מוסד הזיכוי מחמת הספק תוכלנה להיות מתוקנות במקרים שאכן נגרם לנאשם עוול. כמו כן, במתווה שיאפשר ערעור ברשות, יוכל בית המשפט אף לברור את הפניות שבפניו ובכך לבטל את החשש מעומס והצפה של בתי המשפט.

ה. לסיכום הסוגיות שהועלו עד כה

217. הטענה שאין בזיכוי מחמת הספק כדי לפגוע בנאשם או לחרוג מנימוקי פסק הדין, וכי אין למצוא בו משמעויות משפטיות או פרטיביות, ראויה לבחינה מחודשת בשל משמעויותיו הציבוריות, ולאור עליית מעמדן של זכויות נאשם לזכויות יסוד חוקתיות. הדין הקיים, לדאבון לב, אינו מאפשר הושטת סעד למי שנפגע ע"י בית המשפט. האחריות לפתרון מושלכת לפתחו של המחוקק כפי שאירע ברע"פ 89/89 **אשר נ' מדינת ישראל** תק-על 3189 (3) 1601 (1991). בחלוף למעלה מעשרים שנה, לא ניתן עוד להסתפק באמירה לקונית, והגיעה העת כי בית משפט נכבד זה יאמר את דברו.

218. בכל הכבוד הראוי, אנו חולקים על דעתו של כב' השופט בן שלמה בפרשת **סופיוב** הקובע כי יש להותיר את המצב על כנו עד להסדרתו על ידי המחוקק, באומרו בעמ' 10 :

"מן הראוי ששינוי המצב הקיים, ייעשה על-ידי המחוקק ולא על-ידי בית-משפט".

כפי שנאמר בבקשת ערעור זו, ההלכה לפיה אין אפשרות לערער על הזיכוי מחמת הספק, כמו גם יצירתו ויישומו הבלתי קוהרנטי של המוסד "זיכוי מחמת הספק" עצמו, נקבעו בהחלטותיו של בית משפט נכבד זה. כפי שיצר, כך עליו להבטיח הסדר אשר יביא לתיקון הפגמים והפגיעות המתרחשים בעטיו. לא זו אף זו, כפי שצינו, בהתאם לדבריו של כב' השופט גרוס, החוק לא מונע אפשרות זו כלל, ולפיכך, אין הכרח בשינוי חקיקתי על מנת להתאים את פרשנות החוק להצעות שהוצעו לעיל.

219. כתימוכין לצורך בשינוי ההלכה ובהסדרת הפרקטיקה הנהוגה בעניין הזיכוי מחמת הספק נביא את דבריהם של המלומדים **ואקי ורוזנשטיין** במאמרם בעמ' 543 :

"בהיעדר כללים והנחיות ברורים, באשר למקרים המתאימים והראויים להכנס בגדריו של הזיכוי מחמת הספק, לא כל שכן בחסימת האפשרות להעלות סוגיה זו כשלעצמה להכרעת ערכאת הערעור, מתעורר חשש לשרירותיות או למצער לחוסר שיוויון, בהחלטה וביישומה".

יוצא אפוא, כי בית המשפט הנכבד מתבקש למנוע את השרירותיות הנובעת מעצם קיומו של המוסד "הזיכוי מחמת הספק", ולהורות על ביטולו, וכפועל יוצא להורות על זיכוי של המבקש 1 זיכוי מלא. ולחלופין, לאפשר לנאשמים להשיג על הכרעה שיפוטית הקובעת כי יש לזכותם מחמת הספק בלבד, וכפועל יוצא ליתן למבקש 1 רשות ערעור כך שעניינו יבחן ע"י בית המשפט הנכבד בשבתו כבית משפט של ערעור.

3. הסוגיה השלישית – מתן סעד לעד שנפגע: מדוע יש ליתן זכות למבקש 2 להגיש ערעור

א. כללי

220. המבקש 2, לא היה בעל דין בהליך בפני בית הדין קמא, אלא העיד במשפטו של המבקש 1 בערכאה הראשונה. בפסק הדין שיצא תחת ידי ערכאת הערעור אין חולק, כי נאמרו לגביו אמרות, מהן עלה שעדותו הייתה שקרית ובלתי מהימנה וכמו כן, שהתנהלותו בנוגע למתלוננת הייתה בלתי ראויה. באמירות אלו יש כדי לפגוע בשמו הטוב של המבקש 2, ואף יש בהן פוטנציאל פגיעה בחופש העיסוק ובקניינו של המבקש 2 לנוכח תפקידו הציבורי. בנוסף נאמרו לגביו אמירות שהכתימו והותירו בספק את נאמנותו לשירות הציבורי, וכפועל יוצא את התאמתו וכשרותו לכהן בו.

221. צירופו של המבקש 2 להליך זה, נובעת מהעובדה כי לגישתנו, במקרים המתאימים על בתי המשפט לאפשר לעד הנפגע מאמירות או קביעות כלפיו, במהלך הליך משפטי בו הוא אינו צד פורמאלי, להשיג על קביעות או אמירות אלו, ובכך לצמצם את הפגיעה העיקרית בשמו הטוב והפגיעות הנלוות לה.

222. נציין, כי מתן סעד לעד שנפגע, והצורך לאפשר לנאשם שזוכה מחמת הספק להשיג על פסק הדין, הן בבחינת כלים שלובים. זאת מן הטעם, כי בשתי סוגיות אלו מתרחש עיוות בדין, שעה שנשללת האפשרות להשיג על קביעות בית המשפט הפוגעות בזכויות פעם של המזוכה מחמת הספק, דוגמת המבקש 1, ופעם נוספת של עד שאינו צד להליך העיקרי, דוגמת המבקש 2. מכאן, שהטענות שהועלו לעיל בסוגיה השנייה, המצדיקות מתן אפשרות ערעור, יפות גם לסוגיה זו, ומשכך נחסוך את הדיון בהן פעם נוספת.

ב. חשיבות ההגנה על העד

223. חובתו של השופט לשמור על כבודם של עדים ולהימנע מפגיעה מיותרת בהם, מעוגנת הן בחקיקה והן בפסיקה. סעיף 2 בחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), תשי"ח-1957 קובע:

“בחקירת עד בבית משפט, לא ירשה בית המשפט חקירה אשר, לדעת בית המשפט, אינה לעניין הנידון ואינה הוגנת; ובפרט לא ירשה בית המשפט חקירה שיש בה משום עלבון, הפחדה, התעייה או ביוש. שאינם לעניין הנידון ואינם הוגנים”.
(ההדגשות אינן במקור).

224. אם קובע החוק מניעת פגיעה מצד אחרים בעד, הרי שקל וחומר שהדבר חל גם לגבי השופטים. וכך מציין כב' השופט שמגר בדנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד מח(4) 621, 630 (1994), כי:

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

225. חשיבות ההגנה והשמירה על כבודם ושם של עדים בבית המשפט הינה ברורה ומובנת מאליה. הטיבו לדבר על כך כב' השופט קדמי וכב' השופטת דליה דורנר בפסק הדין בפרשת צירינסקי, בעמוד 737-738:

”קביעת מימצאי מהימנות בפסק-דין עשויה להיות קשה וכואבת לאלה שמהימנותם הייתה שנויה במחלוקת. אשר-על-כן, מן הדין הוא שהשופט – שמטלה זו היא חלק אינטגרלי של משימת השיפוט המוטלת עליו – ינהג בעניין זה בצמצום ובאיפוק, ולא ירחיב בעניין זה מעבר לחיוני ולהכרחי לביסוס הכרעתו השיפוטית. לפסוק האומר ש”החיים והמוות ביד הלשון”, משמעות מיוחדת בעניין זה, ועל השופט לשוות זאת תמיד לנגד עיניו. כך לעניין המהימנות, שאין השופט יכול להימנע מלומר דברו לגביה, וכך – על אחת כמה וכמה – לעניין הבעת עמדה ופריסת השקפת עולם, שאינה ממש חיונית להכרעה.

שופט נבחן, בין היתר, ביכולתו לרסן עצמו ולנהוג איפוק בתחום הרגיש של מימצאי מהימנות והבעת דעה על אופיים של אלה המופיעים בפניו, וכישלונות חוזרים בעניין זה עשויים להטיל צל על דמותו כשופט ואפילו – במקרים קיצוניים – להציב בסיס להרהורים שניים בדבר התאמתו לכהונה שלה נבחר”.

ובהמשך פסק הדין, מוסיפה כב' השופטת דליה דורנר באומרה:

”עד במשפט אינו מיוצג על-ידי עורך-דין, אינו זכאי להביא ראיות, ופריסת גירסתו תלויה בשאלות ששואלים אותו הצדדים. בנסיבות אלה, קביעת מימצאי מהימנות העשויה לפגוע בעד חייבת להיעשות בזירות. אל לבית-המשפט לפגוע בעד מעבר לדרוש להכרעה בדין” (שם, עמ' 741).

226. בית המשפט חוזר ומצטט אמירות אלו אף בפסקי דין מאוחרים דוגמת פרשת זדורוב בעמ' 158, פסקה 279.

ג. השגתם של עדים ומי שאינם בעלי דין בהליך העיקרי על הנאמר בגנותם - הדין המצוי

227. המבחן הפונקציונאלי נקבע ע"י כב' השופט אהרון ברק בעניין ש"פ 658/88 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 670, 694 (1991) (להלן: עניין חסן). מבחן זה קובע, כי יש להכריע האם ישות משפטית מסוימת הינה צד להליך, ועל כן האם עומדת לה האפשרות לערער על פסק דין בעניינה:

"צד אינו רק מי שעל פי המסמכים הפורמליים הוא בעל דין. צד הוא גם מי שנתקיים בעניינו הליך אשר הכריע בדבר זכותו ה'הופלדיאנית' [...] גישה זו ראויה היא מבחינת המדיניות המשפטית, שכן היא מאפשרת למי שזכותו נפגעה בהיותו צד להליך שנוהל בעניינו, גם אם אינו צד פורמאלי, לערער על הפגיעה בו".

228. הלכה זו אושרה בפרשת צירינסקי, בו ביקש המערער להשיג על אמירות פוגעניות שנאמרו בגנותו בבית המשפט, בפסק דין בו שימש כעד. בעניין זה קובעים השופטים, כי לא עומדת לצירינסקי האפשרות לערער, חרף הפגיעה בו.

229. כב' השופט קדמי מציין באותו עניין, כי למרות הפגיעה בשמו הטוב של המערער, והעובדה ש"הלב הולך שבי אחר העתירה", יש להכריע לטובת שיקולים של תקנת הציבור, כגון היעדר סופיות הדיון, הימנעות משכתובים של פסקי דין, והעובדה שהנזק כבר נגרם למערער.

230. כב' השופטת דליה דורנר באותו פסק הדין, מבקרת את התנהלות השופט בבית המשפט קמא. ניתן לחוש בדבריה נימת חמלה והתנצלות כלפי העותר, שכן נעשתה פגיעה בשמו הטוב, וכן ביכולתו לעסוק במשרות ציבוריות, דבר שהינו רלוונטי במקרה שלפנינו. בקובעה:

"יש אפוא להצטער על כך שפסק הדין פגע בכבודו ובפרנסתו של אדם שמילא את חובתו האזרחית בהעידו מטעם התביעה".

אולם, חרף ביקורת גלויה זו, עומדת כב' השופטת דורנר בהכרעת הדין לצדו של כב' השופט קדמי, ובבוחנה את העניין, סבורה, כי אין ענייננו ב"פסק דין" שניתן ביחס לעותר, ועל כן אין באפשרותו לערער.

231. בניגוד לדעתם של כב' השופטים קדמי ודורנר, סברה כבוד השופטת שטרסברג-כהן אחרת. בדעת מיעוט סברה, כי יש לאפשר סעד בעבור הפגיעה החמורה שאירעה, והיא סוקרת את המסלולים האפשריים לפנייה לבית המשפט לקבלת סעד זה.

232. נפנה אנו כעת לסקור את המסלולים, אשר מציעה כב' השופטת שטרסברג-כהן. לשיטתנו, הגיעה העת לקבוע מהו המסלול שיאפשר לעד שנפגע מביקורת בית המשפט כלפיו בפסק הדין להשיג על קביעות אלו, על מנת שיהיה ביכולתו למנוע את הפגיעה בו, ולמצער, למתנה.

233. מסלול הבג"ץ כבר הוכרז ככזה שאינו מועדף ע"י השופטים לליבון ודיון בסוגיות בדמות זו, בבג"צ 206/59 שלמה גילה נ' שופט-השלום, ירושלים (ח. חיימוביץ), ו-7 אח', יד 1709 (1960), וכן בעניין חסן, שם נידונה השאלה בדבר הגישה לבג"ץ.

234. הוחלט ברוב דעות, כי הדרך הנכונה של צד לתקוף החלטה ממנה נפגע, היא באמצעות ערעור ולא עתירה לבג"ץ. גם בפרשת צירינסקי אין מחלוקת בין השופטים כי הדרך המועדפת לתקיפה ע"י המערער, היא בערעור ולא דרך עתירה, זאת נוכח המגמה לצמצום את דרכי ההשגה לבג"ץ. לאור אמירות אלה, ניתן לסבור כי בעת זו, מסלול הבג"ץ חסום בפני עותרים מסוג זה, ובפרט בפני המבקש 2.

ג(2). מסלול הערעור – יישומה של הלכת חסן בפסיקותיהן של הערכאות השונות

235. כעבור מספר שנים בפסק הדין שניתן ע"י כב' הרשמת ליבוביץ בבית המשפט העליון (ברע"א 9124/06 אורי פרץ נ' לוקי ביצוע פרויקטים בניה (1989) בע"מ (פורסם בנבו, 18.7.2007)) נעשה שימוש בהלכת חסן, ונקבע, כי זכויותיו ההופלדאניות של צד שלישי להליך נפגעו, ועל כן הוא זכאי לקבל רשות ערעור על פסק הדין הפוגעני.

236. מקרה זה עסק במר פרץ פרי, שהינו בורר במקצועו, כאשר הצדדים הפורמאליים להליך ממנו נפגע פרץ, הגיעו אליו לבוררות. פסיקתו של פרץ בבוררות הייתה למורת רוחו של אחד הצדדים, וזה הגיש בקשה לביטולה לבית המשפט המחוזי בחיפה בטענה, כי לפרץ היו קשרים עסקיים עם הצד השני. בפסק דינו קיבל בית המשפט המחוזי בחיפה את הבקשה לביטול פסק הבורר, וקבע כי אכן הוכח קשר עסקי בינו לבין צד המעורב בסכסוך בו שימש כבורר. על כן, הגיש פרץ בקשה למתן רשות ערעור על פסק דין זה. פרץ טען, כי פסק הדין פוגע אנושות בזכויותיו, בחופש העיסוק שלו, בשמו הטוב, ובזכויותיו הקנייניות. כב' הרשמת אכן קבעה, כי נפגעו זכויותיו ההופלדאניות והוא רשאי לערער על פסק הדין.

237. פסק דין נוסף בו הוכרו פגיעות בזכויות הופלדאניות, וכתוצאה מכך ניתנה רשות לצדדים שלישיים לערער, הינו ע"א 6779/00 אליעזר וולובסקי – עו"ד נ' הכונס הרשמי, פסקה 8 לפסק דינו של כב' הרשם עודד שחם (פורסם בנבו, 15.10.2002) שם קובע כב' הרשם, כי:

"עומד למערער המעמד להגיש את הערעור שבכותרת. פסק הדין מאשר הסכם המשחרר גורמים שונים מאחריות לנזקים או להפסדים, ומותיר את המערער על רקע תביעה שהוגשה נגדו, לבדו לשאת בסיכון כי יחוייב בגין אחריות לאותם נזקים או הפסדים בגובה של מליוני ש"ח".

238. עוד יפה לענייננו ע"ע (ארצי) 311/09, 312/09 פלאפון תקשורת ואריה קרקו (בהתאמה) נ' לילך אלול פסקאות 31-32 לפסק דינו של כב' השופט סטיב אדלר (פורסם בנבו, 16.9.2010), שם נאמר כי:

"בית הדין האזורי קבע ממצאים עובדתיים חמורים הנוגעים ישירות להתנהלותו של מר קרקו, וזאת מבלי שניתנה לו ההזדמנות הנאותה להתגונן בפני הטענות שהופנו נגדו [...] לא התאפשר לו להגיש כתב הגנה מפורט, להביא עדים מטעמו ולהגיש ראיות [...] קביעותיו העובדתיות והמשפטיות של בית הדין האזורי בנוגע למר קרקו, ככל שהיו נותרות על כנו, היו עלולות לפגוע קשות בעתידו המקצועי, כמו גם בחיי משפחתו [...] מהטעם הזה ניתנה למר קרקו הזדמנות להביא את עמדתו בפנינו, כבעל דין בערעור".

239. נראה, כי על אף שהלכת חסן מפורשת בצמצום בפסיקה, ומעטים המקרים בהם ניתנה זכות ערעור לצד שאיננו חלק מההליך העיקרי, אשר נפגע מאמירות בית המשפט, זכות כזאת תינתן כד נראה, במקרים בהם סבור בית המשפט שנפגעו באופן חמור זכויות ההופלדיאניות של צד שאינו חלק מההליך העיקרי. והרי, זהו בדיוק המצב בעניין המבקש 2, יש לראות בפגיעה בו ככזו החוסה תחת כנפיה של הלכת חסן, שכן עסקינו בפגיעה ממשית בשמו הטוב, עיסוקו וקניינו. העובדה שהינו נבחר ציבור, רק מעצימה פגיעות אלו ומצדיקה ביתר שאת, בעניין שלפנינו, את הצורך לא להשאירו נטול סעד ראוי.

240. למותר לציין, את דבריה של כב' השופטת שטרסברג-כהן בעניין צירינסקי בפסקה 15 לפסק דינה, היפים לעניינו ככפפה ליד:

"לדעתי, אין להשאיר פגיעה כה קשה ללא תרופה ואין ליתן תרופה אלא בדרך המלך של הליך מוכר. אני סבורה, כי הדרך הראויה היא הערעור [...] לפנינו מקרה חריג הנמנה עם אותם מקרים חריגים שבהם ראוי לפתוח את שערי בית המשפט בפני הנפגע ולהושיט לו סעד. בפסק דינו של בית משפט השלום יש כדי לפגוע בזכות של העד שלא ליהות 'מורשע' ללא משפט ובזכותו לכבוד ולשם טוב. הפגיעה בו היא ממשית, מוחשית, חמורה, ובלתי נחוצה לצורך ההכרעה בדיון [...] נראה כי יש מקום להושיט לעד סעד, שכן זכותו נפגעה פגיעה אנושה, ומקום שבו יש זכות שם גם התרופה".

241. לסיכום נקודה זו, בית המשפט הנכבד מתבקש לאמץ, בנסיבותיו המיוחדות של המקרה דנן, את הדברים שלעיל ולהחילם בשינויים המתחייבים, אף ביחס לקביעות שנכללו בפסק הדין מושא הערעור, שהן חריגות בחומרתן וספק אם נדרשו לעיקר ההכרעה בדיון. לאור זאת, מתבקש בית המשפט הנכבד לאפשר למבקש 2 להשיג על האמירות שנאמרו כלפיו במסגרת פסק הדין של בית המשפט המחוזי, וזאת במאוחד עם השגתו של המבקש 1 על זיכוי מחמת הספק, בפני בית משפט נכבד זה.

242. מסלול זה, שהועלה לראשונה על ידי כב' השופטת שטרסברג-כהן בעניין צירינסקי, וקיים לכאורה במשפט האנגלי, עלה פעם נוספת מספר שנים לאחר מכן, בה"פ (ת"א) 847/05 דן אורמן נ' הבנק הבנלאומי הראשון לישראל, (פורסם בנבו, 29.1.2008) (להלן: "עניין אורמן"), שם הכיר בית המשפט המחוזי בתל אביב, באופן תקדימי כמעט, בזכותו של עד בכלל, ועד מומחה בפרט, לתקוף ממצאים שנקבעו לגביו בבית המשפט, בדיון בו לא היה צד פורמאלי כמובן, באמצעות הגשת תובענה נפרדת לקבלת סעד הצהרתי שיקבע, כי הממצאים או האמירות שנקבעו לגביו אינם נכונים.

243. כב' השופטת רונן קבעה בעניין אורמן, כי אומנם ע"פ הלכת חסן אין לאורמן זכות ערעור, משום שזכותו ההופלדיאנית לא נפגעה, אך הלה זכאי לפנות בבקשה לסעד הצהרתי. כך, הוא אינו מבקש לשנות את הכתוב בפסק הדין או לשכתבו, ובנוסף אין ביקורת והתערבות בקביעות קודמות, אלא הליך חדש וראיות חדשות.

244. עוד עומדת כב' השופטת רונן, על כך שאין מעשה בית דין בעניינו של אורמן, שכן הוא אינו צד פורמאלי להליך הקודם. היא אף מבדילה את המקרה מפרשת צירינסקי בציינה, כי:

"בפסה"ד צירינסקי, התייחס השופט קדמי לכך שהעותר מבקש למעשה "לשכתב" את פסק הדין הקודם באותו עניין. השופט קדמי ציין כי אם יפתח הפתח לכך, יפגע חופש ההתבטאות של שופטים- דבר שאיננו רצוי. בעניינו לעומת זאת, המבקש איננו עותר לשנות את ניסוח פסק הדין הקודם, והוא איננו מבקש לפגוע בפסק הדין הקודם כלל. כאמור ההליך דנא הוא הליך מקביל להליך הקודם".

245. עיקר הביקורת לפסק דין זה ולמסלול של הגשת תובענה לבקשת פסק דין הצהרתי, היא העובדה שהליך מעין זה לוקה בהעדר אדברסריות. יתכנו שני מצבים כאשר עד פותח בהליך מעין זה - הראשון, הוא מצב בו אין בהשגותיו של העד כדי להשפיע מהותית על ההכרעה בפסק הדין המקורי. במצב דברים זה, אין לאיש עניין להתמודד עם טענותיו של העד והראיות אותם הוא מביא. תוצאה זו אינה מתקבלת על הדעת בשיטת משפט אדברסרית, בה בית המשפט מסתמך על חומר הראיות שמביאים לו הצדדים. בכך העד יוכל להעלות טענות שווא, או חצאי אמיתות, ולא יהיה שום בעל אינטרס להתמודד איתם. על אף הביקורת, יתכן שבמצב דברים זה, הפתרון הראוי אכן יכול שיהיה סעד הצהרתי.

246. המצב השני, הוא מצב בו השגותיו של העד עלולות להביא לשינוי התוצאה בהליך המקורי. אפשרות זו, פוגעת בסופיות הדיון ועלולה אף להביא לפסקי דין סותרים באותו עניין. מהסיבה הזאת, מדגיש בית המשפט בעניין אורמן שמדובר בהליך נפרד לחלוטין מהליך של ערעור על פסק דין. במצב הזה, נראה כי אין להסתפק במסלול של פסק דין הצהרתי, והדרך הראויה ביותר להתמודדות משפטית הינה באמצעות ערעור על פסק הדין.

247. המקרה דנן, כך נראה, משתייך למצב דברים זה, שכן אם נשמטת הביקורת מעדותו של המבקש 2, המצב המשפטי בעניינו של המבקש 1 עשוי להשתנות, והדבר עשוי להוביל לצורך ואף חובה לזכותו בזיכוי מוחלט. על כן, נבקש מבית המשפט ליתן למבקש 2 רשות ערעור על פסק הדין, כך שעניינו יידון במאוחד עם עניינו של המבקש 1.

ד. ההצדקות למתן סעד לעד שנפגע

248. **פגיעה בשם טוב** - על הזכות לשם טוב נכתב רבות בבקשת רשות ערעור זו, על כן אין צורך לפרוס משנה זאת פעם נוספת. ברור, כי אמרות כנגד עד פלוני שאינו אמין ושעדותו בלתי מהימנה או מסולפת, פוגעות בשמו הטוב. פגיעות אלה הוכרו בעניין **צירינסקי**, ואף צוינו מפורשות ע"י כב' השופטת דורנר באותו עניין. אותו עד עלול להיתפס בקרב הציבור כבעל תכונות שליליות וכמי שאין לתת בו, בשירותיו או בכישוריו אמון, שכן בית המשפט מצא בו דופי והסתייג ממנו. וברי, כי יש באמירות מסוג זה כדי לפגוע בו, ובוודאי עת שמדובר באדם אשר משרת במשרה ציבורית.

249. פגיעות מצטברות לפגיעות אלו עלולות להתרחש כאשר שמו הטוב של הנפגע הוא בעל חשיבות יתרה, כמו במקרה בו הנפגע הינו בעל משרה ציבורית, או אף במקרה שמדובר בעד מומחה שמומחיותו הוטלה בספק. במקרים אלו, הפגיעה בשמו הטוב עלולה לגרור עמה גם פגיעה בחופש העיסוק של אותו פרט, וכפועל יוצא מזה אף פגיעה קניינית בו.

250. יש לציין, כי בעת שהתקבלה ההכרעה בעניין **צירינסקי**, לפיה דעת הרוב סברה כי פגיעה בשמו הטוב של העד לבדה אינה מצדיקה כשלעצמה זכות ערעור, הזכות לשם טוב סווגה אז ע"י בית המשפט כאינטרס גרידא ולא כזכות הופלדאנית. אלא, שבחינת הפסיקה העדכנית מבית מדרשו של בית המשפט העליון מראה, כי הזכות לשם טוב עלתה בשנים האחרונות למעמד של זכות יסוד חוקתית, כחלק מזכותו הבסיסית של האדם לכבוד. עמדה זו מובעת בין היתר ברע"א 10520/03 **איתמר בן גביר נ' אמנון זנקנר** פסקה 14, (פורסם בנבו, 12.11.06). במרבית המקרים יוכל אדם ששמו הטוב נפגע לחסות תחת הגנתו של חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה - 1965, אך כאשר הפגיעה נעשית במסגרת פסק דין, לא קיימת לנפגע אפשרות אחרת מלבד הגשת ערעור.

251. **הרתעת עדים מלהעיד** - בית המשפט שואב את סמכותו להזמנת עדים הן מפקודת הראיות (פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א – 1971 סעיף 1), והן מחוק סדר הדין הפלילי (חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב – 1982 פרק ז'). החובה להעיד נתפסת כחובה ציבורית הן במשפט הפלילי והן במשפט האזרחי, וחשיבותה למערכת המשפט ברורה. פרקטיקה לפיה יוכלו שופטים שלא גילו איפוק וריסון במזג השיפוטי לדבר בגנותם של צדדים שאינם צדדים פורמאליים להליך בלא כל צורך הכרחי, עלולה להביא בסופו של יום לתופעה בה תיווצר הרתעת יתר של העדים. קרי, עדים אשר יזמנו להעיד יירתעו מלהעיד כלל בסוברם כי בכך יוכלו להימנע מפגיעה אפשרית בהם. לחלופין, בכפוף לחובה להעיד, עדים יחשו שעליהם להיזהר מאוד בעדותם, ולא לנקוט באמירות שיתכן וייתפסו כשקריות, על אף שהן אמת לאמיתה. מהלך שכזה, עלול להביא לסירוסם של העדים ולפגיעה חמורה ביכולתה של מערכת המשפט להגיע לחקר האמת ולעשות צדק.

252. החשש מהרתעת היתר, מתחזק כאשר מדובר בשחקנים חוזרים בבית המשפט, כגון עדים מומחים. הרתעת עדים אלו מלהציג את עמדתם ללא חשש בהליך המשפטי, עלולה לפגוע קשות ביכולתו של בית המשפט להגיע לחקר האמת ולתוצאה הנכונה, שכן על עדותם של עדים אלו לעיתים, תקום ותיפול הכרעת הדין.

253. **מחלוקת בין הערכאות בנוגע למהימנות העד** - בל נשכח, כי בערכאה הדיונית, לא הוטל כל דופי בעדותו ובהתנהלותו של המבקש 2. נהפוך הוא, נראה כי ערכאה זו, אשר ששמעה בפועל את עדותו, נשענה עליה בהכרעה כאשר זיכתה זיכוי מוחלט את המבקש 1. במצב דברים זה, כאשר הערכאות השונות חלוקות בדבר מהימנותו של העד, הקושי הנובע מהפגיעה בו מתעצם ובולט, ובאותה נשימה אף מתעצמת ההצדקה לתת לאותו עד שנפגע, נתיב לקבלת סעד ולטיהור שמו. שכן, אף הקביעות לגביו אינם חד משמעיות ומשתנות מערכאה לערכאה, ומשופט לשופט.

ה. **הביקורת והמענה לביקורת**

254. נבקש לשלול טענה אפשרית בדבר **פגיעה בסופיות הדיון**, זאת מהסיבה שבמקרים רבים אין צורך כלל להמשיך את הדיון בעניינם של הצדדים, ופנייתו של העד לבית המשפט איננה נסובה כלל על השאלה המשפטית שעמדה בפני בית המשפט עת שדן בתיק בעניינם של בעלי הדין בהליך העיקרי. כל שעומדת בפני בית המשפט שבפניו עותר המבקש בשלב זה, הנה השאלה - האם הדברים הפוגעניים שנאמרו כלפי אותו נפגע הינם נכונים והכרחיים, או שמא, אכן נעשה לו עוול ויש לתת לו סעד בגינם, זאת להבדיל מהמקרים שהצגנו בהם להשגותיו של עד יכולת להשפיע ישירות על קביעות, ומסקנות מכוחן בפסק הדין המקורי עד כדי שינויה של ההכרעה.

255. כמו כן, נבקש לשלול את הטענה בדבר **הצפת בתי המשפט**. כפי שצינו כב' השופט אהרון ברק בעניין **צרינסקי** וכב' השופטת רונן בעניין **אורמן**. מקרים אלו של עדים או צדדים שאינם פורמליים להליך העיקרי, שנפגעו מאמירות בית המשפט ומבקשים תרופה לכך, אינם **חזון נפרץ**. עוד אומרת כב' השופטת שטרסברג-כהן בפרשת **צרינסקי** בעמ' 10, כי טענה זו אינה מחזיקה מים במבחן המציאות:

“המציאות מלמדת שהחשש מפני “שיטפון” של פניות לבית משפט בתחום זה או אחר, אינו מתממש, והפניות לבית משפט במקרה כמו המקרה הנדון הן נדירות”.

256. עוד נבקש להשיב על הטענה כי אין מקום להיעתר לבקשת הנפגע לאחר שניתן פסק הדין בהליך המקורי משום ש- **“הנזק כבר התרחש”**. עם כל הכבוד הראוי, אמירות כאלה ואחרות, אשר פורסמו בפסק דין ופגעו הן בשמו הטוב של האדם, באמינותו או כל פגיעה אחרת, אינן **בלתי הפיכות לחלוטין**. כל אדם כזה מטבעו, ירצה לטהר את שמו. אמירה מפורשת של בית המשפט גם בדיעבד, שתנקה את שמו של אותו עד, יכולה לכפר, ולו על חלק מהנזק גם אם לא על כולו, ובעיקר יכולה להסב נחת ושקט נפשי לאותו עד במקרה שנגרם לו עוול.

ו. לסיכום נקודה זו

257. מכל הטעמים הללו, אנו סבורים, כי יש לתת לעד שנפגע במהלך הליך משפטי מאמירות וקביעות פוגעניות כלפיו מצד בית המשפט, דרך להשיג על קביעות אלו ולקבל סעד. אנו סבורים כאמור, כי יתכנו מקרים בהם הקביעות לגבי העד הינן רלוונטיות ועלולות להשפיע גם על הקביעות בהליך העיקרי, ועל כן, במקרים אלו, לגישתנו, הדרך הראויה להתמודדות משפטית, היא באמצעות הערעור. באופן זה יוכל בית המשפט להתייחס גם להשפעה או לחלופין, לשלול את ההשפעה על ההליך העיקרי, וגם לתת סעד ולבחון את הקביעות הנוגעות לעד, ובכך לצמצם את הפגיעה בו.

258. בנקודה זו חשוב לציין, כי נוכח שורת ההחלטות שהצגנו לעיל, בהן נקבע כי נפגעו זכויותיהם ההופלדיאנית של המערערים (פעם אחת קביעות שחשפו את המערער לסיכונים כספיים, ובפעם אחרת, קביעות שהיה בהם כדי לפגוע בשמו הטוב ובעיסוקו של המערער), מתקבל על הדעת, כי במקרים רבים גם זכויותיו ההופלדיאניות של עד ייפגעו בעקבות אמירות וקביעות לגביו. החשש מתגבר כאשר מדובר בבעל משרה ציבורית, אשר פגיעה בשמו הטוב או במהימנותו, הינה פעמים רבות, דרמטית ואקוטית בנוגע למשרתו הנוכחית בפרט, ולקריירה הציבורית שלו בכלל, כפי שמתרחש במקרה שלפנינו.

259. במקרים בהם אין בהשגתו של העד ממילא כדי להשפיע על ההליך העיקרי, ומדובר בקביעות שאינן עלולות להשפיע על הליך זה, אלא נוגעות לעד ושמו הטוב בלבד, סביר כי הדרך המועדפת לקבלת סעד, תהיה באופן של הליך למתן פסק דין הצהרתי. בדרך זו, לא יהיה צורך כלל לפגוע בסופיות הדיון, או לשכתב את פסק הדין המקורי. אולם, זהו אינו המקרה בענייננו.

260. כך או אחרת, לגישתנו, אין להשאיר אדם שלא היה בעל דין בהליך המקורי אך נפגע כתוצאה מקביעות או אמירות בית המשפט לגביו חסר אוניס, ובעניינו אין להותיר עד, אשר מילא את חובתו האזרחית, ללא כל אפשרות לקבלת סעד או למצער, להביא לבחינה מחודשת של בית המשפט את ההצדקה והצורך מאחורי הדברים שנאמרו בגנותו. פרקטיקה כזו כאמור, מלבד שפוגעת בזכויות יסוד של העד בתור פרט, עלולה גם להביא להרתעת עדים במערכת המשפט, ובכך לתוצאות שליליות במיוחד. אנו סבורים, כי על בית משפט נכבד זה לשקול מחדש את ההלכה הנוהגת, נוכח השינויים שחלו באקלים המשפטי בעניין מעמדן של זכויות האדם ובכלל בהליך הפלילי בפרט מאז נידונה לעומק בפעם האחרונה. כפי שניתן להבין, הפגיעות הפוטנציאליות בעד, חופפות בחלקן לפגיעות שתוארו בסוגיית הנאשם, שזוכה מחמת הספק, ומכאן לטעמנו ראוי ונכון, כי בית המשפט יעסוק בנושאים אלו אשר שלובים זה בזה, במיוחד בהליך דנן.

ז. החלופה הראויה

261. על מנת להעמיד דברים על מקומם, נבהיר כי חלופה ראויה למצב הקיים בעינינו, הנה מתן אפשרות ערעור לעדים ברשות. בדרך זו, בית המשפט יוכל לבחון כל מקרה לגופו, ובכך להכריע אם יש לאפשר לנפגע לערער, או אם אין ממש בהשגותיו. במקרה ובו יסבור בית המשפט כי ערעורו של העד הוא בבחינת פגיעה בסופיות הדיון בהליך העיקרי ללא סיבה, וכי הקביעות לגביו יש שיעשו במנותק מההליך העיקרי, יוכל לדחות את בקשת רשות הערעור שלו, ולהפנות את העד למסלול של הגשת בקשה למתן פסק דין הצהרתי.

262. חלופה זו מקטינה משמעותית את החשש מהצפת בתי המשפט. בית המשפט יוכל לברור ביעילות באיזה מקרים ידון, באילו מקרים יש לפנות לפסק דין הצהרתי, ובאילו מקרים אין ליתן סעד כלל למבקש. כמו כן, עונה חלופה זו על הביקורת הנוגעת לסופיות הדיון, וקובעת שזו תיפגע רק כאשר יש הכרח ממשי לכך. לגישתנו, אין בעקרון סופיות הדיון כשלעצמו, כדי לגבור בכל מצב על פגיעות בזכויות יסוד של הפרט, ובמקרים רבים כף המאזניים צריכה לנטות לכיוון ההגנה על עדים ונפגעים פוטנציאלים.

263. בבקשת רשות ערעור זו שמונחת על שולחנו של בית המשפט הנכבד, הקביעה בעניינו של המבקש 2 קשורה בקשר הדוק להליך העיקרי, קרי לעניין המבקש 1. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את בקשת רשות ערעור זו, ולדון בעניינם של שני המבקשים במאוחד. בדרך זו, יוכל בית המשפט להגיע לתוצאה המשפטית הנכונה ביותר הנוגעת לשני המבקשים. בית המשפט מתבקש לקבל את בקשת רשות ערעורו של המבקש 2, ולקבוע כי לא היה מקום לקביעות שנקבעו כלפיו בערכאת הערעור, ושקביעות אלו יסודם בטעות. בדרך זו, ימוזער הנזק שנגרם למבקש 2 ולשמו הטוב.

4. הסוגיה הרביעית – מדוע יש להגביל את סמכות המדינה לערער על זיכוי

א. כללי

264. בסוגיה זו נבקש להציג באור ביקורתי את הפרקטיקה לפיה יש באפשרות התביעה לערער על זיכוי נאשמים. לדידנו, נוהג זה, מעצים את פערי הכוחות ומגביר את חוסר השוויון בהליך המשפטי בין המדינה הגדולה ובעלת האמצעים הבלתי סופיים, לבין הנאשם הקטן, אשר ברוב המקרים מוגבל באמצעים, וההליך הפלילי מהווה עבורו טלטלה במישורים השונים של חייו. על כן, נבקש מבית המשפט הנכבד כי יאמר את דברו, כי הגיעה העת להגביל את סמכות המדינה לערער על פסק דין מזכה. זאת נעשה, על ידי סקירת הדין המצוי בשיטתנו, שעל אף שלא אימצה את דוקטרינת הסיכון הכפול במלואה, מכירה בעקרונות המנחים העומדים ביסודה. בהמשך נציג נקודת מבט השוואתית, ממנה עולה כי פרקטיקה זו אינה קיימת במדינות מהם שואב הדין הישראלי את ערכיו ועקרונותיו. בסיכומם של דברים, נציג חלופות אפשריות וראויות יותר לשם הסדרתו של המצב המשפטי.

265. ראוי לציין, כי אנו מודעים לעובדה שבקשת רשות ערעור זו מצדדת מחד במתן אפשרות ערעור לנאשמים במקרים בהם זו נמנעת מהם, ומאידך מבקשת להגביל את האפשרות לערער מצד המדינה. בכל הכבוד הראוי, אין אנו רואים בכך סתירה, שכן סבורים אנו, שאין המדינה והאזרח הקטן שווים בכוחם וביכולותיהם, הן אלו החומריות והן תעצומות הנפש הדרושות לא אחת, לשם התמודדות עם ההליך הפלילי, ופערי הכוחות ביניהם ברורים לכל. על כן, שלילת האפשרות לערער מצד המדינה אין בה כדי להשליך לעניין אפשרות הערעור של הנאשם, שכן הולכים השניים בנתיבים המקבילים זה לזה, ואין דרכם אותה דרך.

ב. הדין המצוי אל מול הדין הראוי

266. כאמור, המדיניות הנוהגת בפסיקת בתי המשפט במחוזותינו, אינה מאפשרת לנאשם לערער על פסק דין אשר מזכה מחמת הספק. עולה השאלה אפוא, האם ראוי לאפשר למדינה לערער על הכרעת דין אשר מזכה את הנאשם?

267. על שאלה זו חייבים אנו לענות בשלילה. על פערי הכוחות האינהרנטיים שבין המדינה לנאשם עמד בית משפט נכבד זה לא אחת, כך בפסק הדין בע"פ 1421/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 לפסק דינה של כב' השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 18.7.2012):

"כידוע, מהעבר האחד של המתרחש עומדת התביעה – המדינה, שהיא בגדר "שחקן חוזר" במשפט הפלילי. למדינה כוחות, משאבים וסמכויות רבות בכל הנוגע לאכיפת הדין הפלילי. למדינה מיומנות, נגישות רבה למידע וניסיון בניהול ההליך. מעברו השני של המתרחש מצוי הנאשם שהוא לרוב בגדר "שחקן חד-פעמי" בהליך הפלילי".

268. ניתן לראות, כי בית המשפט אף מכיר בצורך להחיל הסדרים משפטיים באופן שונה על המדינה ועל הנאשם, ראו והשוו ע"פ 8080/12 מדינת ישראל נ' אהוד אולמרט, פסקה 3 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר (פורסם בנבו, 6.7.14):

"פערי כוחות אלו מצדיקים פעמים רבות החלה בלתי-סימטרית של הסדרים משפטיים על הנאשם מחד ועל רשויות התביעה מאידך".

269. לעניין העמדתו של נאשם לדין פעם נוספת על אותה עבירה, הגם שבדין הישראלי לא חלה דוקטרינת הסיכון הכפול, עקרון זה מוזכר בחוק הישראלי, ומוסדר ע"י טענת "כבר נשפטיי" או "כבר זוכיתי" בסעיף 5 ו-149(5) לחוק הסדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982: "אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה שבו...". הסעיף מתנה את החלתו בקיומו של "מעשה בית דין" - פס"ד מזכה או מרשיע.

270. המטרה העומדת בבסיס עקרון זה, היא להגן על הנאשם שכבר נשפט בהליך פלילי, ולמנוע את הטרדתו בהליך נוסף בגין אותו מעשה שעליו נשפט כבר בעבר. לדעתנו, יהיה זה בלתי הוגן ואף אכזרי, לפתוח מחדש הליך שבו הנאשם כבר זוכה. בית המשפט בישראל מכיר בחשיבותו של עקרון זה בע"פ 8010/07 חזיזה נ' מדינת ישראל תק-על 2009(2), 1720 (2009):

"דוקטרינת הסיכון הכפול היא אחד המאפיינים החשובים של ההגנה על זכויות היסוד של נאשם במשפט הפלילי. הרציונל לכלל זה טמון באיסור לחשוף נאשם יותר מפעם אחת למבוכה ובושת פנים, למאבק ולהוצאות הכרוכים בהתדיינות נוספת, ולחיים בצל דאגה, אי וודאות, ואי בטחון. תכלית דוקטרינה זו לקדם את האינטרס הציבורי בקיום משפט צדק." (ההדגשות אינן במקור).

271. התייחסות נוספת בפסיקה הישראלית לעניין עקרון הסיכון הכפול, וההכרה בצורך לפעול ברוח העקרונות העומדים בבסיסו, הגיעה מפיו של ראש מותב נכבד זה, כב' השופט דנציגר בע"פ 6304/11 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 2 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר (פורסם בנבו, 20.9.2012) (להלן: "פרשת פלוני"):

"בין יתר השיקולים שעל המאשימה להביא בחשבון בבואה להחליט אם להגיש ערעור על פסק דין מזכה אם לאו, ניתן להצביע על ציפייתו של נאשם (גם אם אין לו אינטרס הסתמכות בהיעדר פסק דין חלוט או זכות מובהקת בדין), כי לאחר שהתברר עניינו בתום שמיעת ראיות והוכרע על ידי שופטים מקצועיים ובלתי תלויים, לא יאלץ להיגרר להליכים משפטיים נוספים ציפייה זו נתמכת ביתר שאת שעה שהמערער זוכה על ידי שלושה שופטים פה אחד". (ההדגשות אינן במקור).

ובהמשך דבריו של כב' השופט דנציגר :

הגם שבדין הישראלי לא חלה דוקטרינת "הסיכון הכפול", יפים דבריה של המלומדת Poulin המדגישה כי :

"The best way to protect the public interest is to minimize the number of cases in which the prosecution is foreclosed from challenging questionable trial court action [...] However, if jeopardy attaches and the proceeding ends in a genuine acquittal, then the public interest generally must give way to the constitutionally protected interest in freedom from being placed twice in jeopardy. Only if the prosecution proves the corruption beyond a reasonable doubt can it pursue conviction in the face of acquittal."

גם אם בשיטתנו אין מגבלה חוקית דומה הרי ששיקולים אלו צריכים לבוא במניין שיקוליה של התביעה בגדר הפעלת שיקול הדעת המנהלי וכחלק מחובתה של הרשות להפעיל סמכויותיה בסבירות ובמידתיות. (ההדגשות אינן במקור)

272. בפרשה זו אף, התייחס כב' השופט סולברג בפסקה 41 לפסק דינו לסוגיית אפשרות המדינה לערער על זיכוי, באומרו, כי :

"שלושה שופטי בית המשפט המחוזי מרכז פסקו לזכות את המשיב (מחמת הספק). אין זה מובן מאליו שעל זיכוי שכזה יש זכות לערער". (ההגדות אינן במקור)

273. לטעמינו, אין זה ראוי שהמדינה תערער על זיכוי של נאשם, גם בשל הסיבה כי הרשעה בערכאת הערעור תהיה מנוגדת לעקרון ההרשעה מעבר לספק סביר. כאשר נאשם זוכה בערכאה דלמטה, הדנה בעובדות המקרה, מתחזקת חזקת חפותו. נשאלת השאלה - **האם יהיה זה ראוי שהמדינה תערער על זיכוי, כאשר הזיכוי מערכאה דלמטה מבסס ספק סביר בדבר אשמתו, אשר לא יוסר אף אם ערכאת ערעור תחליט להרשיעו?**

274. **לדידנו, בכל הכבוד הראוי, יש להשיב על שאלה זו בשלילה.** הרשעה שכזו תהיה מנוגדת לעקרונות בסיסיים, כגון הגינות ואי התעמרות שלטונות המדינה באזרח. כפי שהתחולל ברע"פ 2135/08 **ישראל ביתן נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם בנבו), במסגרת ההליך בערכאה הדיונית זוכה הנאשם תחילה ולאחר מכן בערכאת הערעור הורשע. מקרה זה מדגים את התעמרות המדינה בנאשם, נוכח חשיפתו מחדש להליך פלילי וחוסר וודאותו, והן את הספק שמותירה קביעתה הנחרצת של הערכאה הדיונית.

275. במקרה שבו הזיכוי הוא על בסיס קביעות עובדתיות, חוסר ההצדקה למתן ערעור למדינה א,, גדול יותר. כידוע, לערכאה הדיונית יש יתרון מובנה בבירור העובדות על פני ערכאת הערעור. לפיכך, ערכאת הערעור לא תוכל להסיר את הספקות העובדתיים שמתעוררים נוכח זיכוי בערכאה התחתונה. מדיניותה המוצהרת של ערכאת הערעור הינה חוסר התערבות בשאלות מהימנות ונכונות מוגבלת ומסויגת ביותר להתערב בשאלות שבעובדה.

276. עיוות הדין אותו תיארונו אף מתרחב, כאשר אדם מזוכה בערכאה הראשונה בבית משפט שלום, ומורשע בערכאת הערעור בבית משפט מחוזי. נאשם כזה יוכל לערער על הרשעתו ברשות בלבד, וכאמור, ערעור ברשות ניתן במשורה ובמקרים חריגים. יוצא אפוא במקרה כזה, כי למדינה הייתה הזכות לערער על פסק הדין ואילו לנאשם עצמו לא.

277. לא זו אף זו, יכול להיווצר עיוות גדול יותר כאשר התיק של הנאשם מוגש ישירות לבית משפט מחוזי, שם הוא מזוכה, ולאחר מכן המדינה מערערת לבית משפט העליון. במקרה שבית המשפט העליון מרשיע את הנאשם לראשונה בשבתו כערכאת ערעור, לא יוכל הנאשם המורשע ליהנות אף מבקשת רשות ערעור, אלא יאלץ לעמוד במבחנים המחמירים והמצמצמים לקיומו של דיון נוסף. המציאות מלמדת, כי המקרים בהם מוענקת אפשרות לדיון נוסף הינם מעטים, והדבר מתרחש בעיקר במקרים שההלכה שנפסקה בביהמ"ש עליון עומדת בסתירה להלכה קודמת, או מפאת חשיבותה וחידושה של הלכה שנפסקה בעניין. כך, נוצר עיוות קשה שלנאשם אין כל אפשרות לערער על הרשעתו בפלילים.

278. אנו מודעים לכך שערכאה עליונה הינה חיונית, נוכח העובדה ששופטים, כאמור, ככל בן אנוש, עלולים לטעות בניתוח העובדות, בהסקת המסקנות ובהכרעה כגופה. אולם, אין בטענה זו כדי להצדיק מתן אפשרות למדינה לערער על זיכוי של הנאשם, זאת כאמור בשל פערי הכוחות בין האזרח הקטן למערכת התביעה. יתר על כן, ביקורות רבות הושמעו כנגד העובדה כי חרף כוחה וגודלה הרב של מערכת התביעה, ההחלטה אם לערער על זיכוי מתקבלת למעשה בלא בקרה. (ראו והשוו: פרופ' זאב סגל "פרקליטות ללא ביקורת" הארץ Online חדשות 2.3.2009). **אין הדבר מתיישב עם חובתה של רשות מנהלית לקבל החלטה על פי כללי הצדק הטבעי ולהבטיח את הגינות ההליך.**

279. לסיכום טענתנו לפיה יש להגביל את סמכות המדינה לערער על הכרעת דין מזוכה, יפים הדברים של ח"כ (בתוארו אז) אפי אושעיה, העומדים מאחורי הצעת חוק משנת 2002, שביקשה לשלול את אפשרות המדינה להעמיד לדין נאשם אשר זוכה:

"...הגשתי הצעת חוק שקובעת שהמדינה לא תוכל להעמיד לדין אדם שזוכה בערכאה נמוכה פעם נוספת. חשבתי שלמדינה יש את הכוחות והיכולות להגיש תביעה נוספת, ולאזרח אין את היכולת להתגונן, בעיקר בשל העלויות הכספיות, אבל גם לפעמים בגלל חוסר יכולת נפשית". (פרוטוקול מס' 529 מיישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום רביעי, י"ז בחשוון התשס"ג (23 באוקטובר, 2002)).

280. משנה תוקף נוסף לטענתנו לפיה יש להגביל את אפשרות המדינה להגיש ערעור על הכרעת דין מזכה מתקבל לאחר בחינה מדוקדקת של הסדרים הנוהגים בעניין זה מחוץ למחוזותינו. מסקירת המשפט המשווה עולה, כי **בארה"ב** התביעה הכללית אינה רשאית לערער על פסק דין הקובע זיכוי אדם מאשם בביצוע עבירה פלילית. אומנם, ישנה אפשרות דחוקה לערער על בסיס שאלה משפטית עקרונית, אשר לא תפתח את הדיון מחדש (ולא תוכל לדון בגזר הדין של הנאשם שוב), אך תוכל להוות פסיקה מנחה בעתיד. הדין בארה"ב אף רואה בערעור המדינה על זיכוי משום פגיעה בתיקון החמישי לחוקה ובעיקרון הסיכון הכפול. (*United States v. Ball*, 163 U.S. 662, 671 (1896) *United States v. Jenkins*, 420 U.S. 358, (1962) *Foo v. United States*, 369 U.S. 141, 370 (1975)). לא זו אף זו, נקבע כי הערעור על זיכוי של אדם לא יתאפשר גם במקום בו נראה כי הזיכוי בטעות יסודו (*Green v. United States*, 355 U.S. 184, 187-188 (1957)).

281. **באנגליה**, מהווה העקרון האוסר על סיכון כפול של נאשם בפלילים כלל יסוד עתיק יומין במשך מאות שנים, לפיכך הדין האנגלי אינו מאפשר העמדה לדין פלילי אדם אשר נשפט קודם לכן בגין אותו מעשה, שהורשע או זוכה. אמנם אין אפשרות לערער על החלטת זיכוי נאשם של חבר מושבעים, אך לכלל זה ישנם שני חריגים מצומצמים ביותר. הראשון, במקרה בו מוכח מעבר לספק סביר כי הזיכוי הושג באמצעים של אלימות או איומים כלפי חבר המושבעים. השני, במקרה שהתגלתה ראייה חדשה ומשכנעת, ומדובר בעבירה חמורה.

282. **במשפט העברי** ישנה התייחסות לערעור לאחר זיכוי. בדיני נפשות באשר לזיכוי מאשמה נאמר:

”מנין ליוצא מבית דין זכאי, שאין מחזירים אותו לחובה? תלמוד לומר: ‘צדק צדק תרדוף’. (ספרי, דברים, קמד).

כלומר, גם אם נמצאה טעות בפסק הדין המזכה, אין לחזור ולדון את הנאשם לאחר שזוכה בדין (הליך של ערעור כלל אינו קיים). זה הביטוי הקדום ביותר לעקרון 'הסיכון הכפול', שלפיו אין לדון אדם פעמיים בפלילים בשל אותה אשמה (פרשת פלוני).

283. כפי שניתן לראות, שיטות המשפט מהן יונקת שיטת המשפט הישראלית את ערכיה ועקרונותיה, אינן מכירות, לרוב, באפשרות המדינה לערער על זיכוי של הנאשם בהסתמך בעיקר על עקרון הסיכון הכפול שהורש בהם. לטעמינו, גם אם דוקטרינה זו לא התקבלה במלואה במשפט הישראלי, יש להכיר בערכים ובעקרונות המהותיים המצויים ביסודה, ואשר יש בהם כדי להצדיק את הגבלת המדינה מהגשת ערעור מקום שנאשם מזוכה בדין.

ד. החלופה הראויה

284. לחלופין, באם בית משפט נכבד זה לא יקבל את הטענה כי יש למנוע מהמדינה את הזכות לערער על הכרעת דין מזכה באופן קטגורי, נבקש להציע מספר אלטרנטיבות שיהיה בהן למזער את פוטנציאל הפגיעה בנאשם ולקיים הסדר ראוי יותר.

285. בחינת עמדת הסנגוריה הציבורית, מיום 11.2.09, אשר הוגשה לפרופ' אהרון אנקר, יו"ר "הועדה לבחינת הרשעה בדעת רוב וערעור על זיכוי במשפט פלילי" מלמדת, כי הוצע מנגנון אשר יאפשר למדינה ערעור על זיכוי ברשות בלבד. הרשות לערער תינתן רק כאשר השאלה העיקרית היא שאלה משפטית. יישום מנגנון זה אינו מסובך, מכיוון שיעשה בהתאם לפרוצדורה המקובלת היום של מתן רשות ערעור. שופט ערכאת הערעור יעיין בתיק ויבחן האם מדובר בשאלה משפטית המצדיקה מתן זכות ערעור. במקרים בהם עולה בעיה בהבחנה בין שאלת משפטית לעובדתית, יוכל השופט להעביר לדיון בפני הרכב בנוגע להבחנה זו. כך, שופטים אשר אינם מעורבים בתיק ונמצאים בעמדה נוחה להכרעה, יקבעו אם מדובר בשאלה עובדתית או משפטית. לאחר מכן, ייבחן הנושא באופן רגיל לפי הלכת חניון חיפה.

286. לעניות דעתנו, אימוץ חלופה זו תאפשר לצמצם את מספר המקרים בהם נאשם שזוכה, המאמין כי איימת הדין הפלילי כבר מאחוריו, מוצא עצמו חשוף אליה בשנית, כשעלול שוב להיות מורשע למרות זיכוי על ידי השופטים בערכאה הראשונה. יתר על כן, חלופה זו תאפשר לערכאת הערעור אפשרות לפקח על ערכאות דיוניות ועל פסקי הדין היוצאים מבית מדרשן.

287. נרצה לציין, כי במקרה בו הנאשם מזוכה בשנית בערכאת הערעור, הובאה הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון - פיצוי בשל זיכוי שני), התשס"ב-2001, במסגרתה נטען כי להליך זה עלויות והוצאות כספיות רבות, ומכיוון שאין המדינה נושאת בהוצאות אלו, הרי שהנטל הכספי וההוצאות הכרוכות בכך מוטלות על נאשם שזוכה. לפי הצעת החוק, במקרים בהם נאשם זוכה בערכאה ראשונה ואף בערעור, על המדינה לפצות את הנאשם על ידי נשיאה בהוצאותיהם ושכרם של הסניגור והעדים, על מנת לצמצם את פערי הכוחות בין המדינה לאזרח הקטן.

288. נבקש להסב את תשומת ליבו של בית המשפט הנכבד לכך, כי המלצותיה של ועדת אנקר בדבר הגברת הביקורת על הפרקליטות באמצעות הנחיות פנימיות ברורות, לא הביאו לכל הטבה או שינוי במצב הבעייתי הקיים. על כן, יש צורך במתן פתרון אמיתי בדמות ביקורת חיצונית, ואין להסתפק עוד בפתרונות ביניים אשר יסתמכו על מדיניות זו או אחרת שתונהג בפרקליטות.

ה. לסיכומם של דברים

289. המצב המשפטי הקיים, בו למדינה ישנה אפשרות לערער על זיכוי של נאשמים בדין, וזאת ללא כל מגבלות ידועות וברורות, ומנגנון פיקוח המבטיח שקיפות לציבור בכלל וודאות לנאשמים בפרט, אינו מתקבל על הדעת במדינה השואפת להגנה על זכויותיו של הנאשם בהליך הפלילי. כמו כן, מצב זה כאמור מעצים את הפער הגדול ממילא שבין הנאשם לתביעה. משום כך, מתבקש בית משפט נכבד זה, להורות על הגבלת זכות הערעור של המדינה על זיכוי ולמצער, לקבוע כי תידרש רשות ערעור למאשימה, מערכת התביעה.

אחרית דבר

290. בקשה זו, מניחה על שולחנו של בית המשפט הנכבד, מספר סוגיות יסוד משפטיות, אשר מן הראוי להעמידן לבחינה נוספת. סוגיות אלו, כל אחת לבדן וכולן יחד, מצדיקות מתן רשות ערעור על פסק הדין שניתן בבית המשפט המחוזי, וכך מתבקש בית המשפט הנכבד להורות.

291. כפי שהוצג והוטעם בהרחבה לעיל, המוסד "זיכוי מחמת הספק" כפי שהינו מיושם כיום בשיטתנו המשפטית, משקף מציאות משפטית קודרת ועגומה. חוסר הבהירות בנוגע לספק העומד בבסיס מוסד זה, מביא לעיוותי דין רבים, ולפגיעה דרמטית בזכויותיהם של נאשמים. בבקשת רשות ערעור זו הוכח, כי כתוצאה מזיכוי מחמת הספק נפגעות הלכה למעשה זכויות יסוד של הנאשם, ובניהן, זכותו לשם טוב, לכבוד, לקניין ולחופש העיסוק. לא זו אף זו, הנאשם אף נחשף לפגיעות אופרטיביות ממוניות בכל הנוגע לפיצויים והוצאות משפט. עוד פוגע מוסד זה בנכסי צאן הברזל של שיטת המשפט, כגון חזקת החפות וההליך ההוגן. פגיעות אלו, מתקיימות באופן דומה במשפט המנהלי, כאשר נעשה שימוש בזיכוי מחמת הספק כראייה המנהלית. בחינה מדוקדקת מלמדת כי בכל הכבוד הראוי לא ניתן להכשיר פגיעות אלו בבחינתן תחת זכויות המגדלת של פסקת ההגבלה. לכל זאת מתווספת העובדה, כי מוסד מעין זה אינו קיים בשיטות משפט מקבילות, מהן הדין הישראלי שואב את זהותו ערכיו ועקרונותיו.

292. **שנית**, היה אם בית משפט נכבד זה ידחה את עתירתנו להורות על ביטולו של מוסד הזיכוי מחמת הספק, מתבקש הוא לפתוח את דלתותיו ולאפשר לנאשמים אשר זוכו בדרך זו להשיג על פסק דינם. באופן זה, תינתן האפשרות לבתי המשפטי לתת את דעתם פעם נוספת על החלטות בעלות משקל משמעותי, שיתכן ונגועות בהטיות קוגניטיביות, העלולות להטות את החלטות בית המשפט. טענות בדבר הצפת בתי המשפט בעניין זה אינן מחזיקות מים, ואף להן ניתן מענה במסגרת החלופות המוצעות.

293. **שלישית**, כשם שאנו סבורים כי יש לאפשר למזוכים מחמת הספק להשיג על פסק דינם, אנו סבורים, כי מכוח אותם עקרונות והצדקות יש לאפשר גם לעדים, ומי שאינם חלק מהווים צדדים להליך העיקרי, להשיג על קביעות פוגעניות לגביהם שנקבעו על ידי בית המשפט במסגרת פסק הדין. מלבד הפגיעות בשמם הטוב ובכבודם של עדים כאלו, חסימת האפשרות לערער עלולה לגרום להרתעת יתר של עדים מלהעיד, ובכך להוביל לפגיעה קשה בהליך דיוני ובהגעה לחקר האמת. עמדנו על הדרכים החלופיות שהוצעו בפסיקה לקבלת סעד במקרה זה, ולדידנו החלופה הראויה ביותר הינה מתן אפשרות ערעור לעדים ברשות, במקרים בהם יש בשינוי הקביעות לגביהם בכדי להשפיע על ההליך העיקרי, או לחלופין במקרים בהן אין השפעה לשינוי הקביעות, ניתן להסתפק במסלול של מתן פסק דין הצהרתי.

294. **רביעית**, אין זה נכון וראוי, כי יתאפשר למדינה לערער על זיכויים של נאשמים. זאת לאור פערי הכוחות האינהרנטיים בין הנאשם למדינה והסיכון שבהעמדת נאשם שזוכה פעם נוספת לדין. לחיזוק עמדתנו זו, ניתן להבחין, כי שיטות משפט רבות אחרות אינן מכירות באפשרות המדינה לערער על זיכוי נאשמים. באם בית

משפט נכבד זה יימצא לדחות עמדה זו, בדבר הצורך לחסום את דרכה של המדינה לערער על הכרעת דין מזכה, הצענו כי יקבע מנגנון אחר שיאפשר לה לערער ברשות בלבד.

295. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד, לקבל את הבקשה ליתן רשות ערעור על פסק הדין, לראות בבקשת רשות הערעור, משום ערעור שהוגש על פסק הדין, כאמור בסעיף 205 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, לבחון את החלופות המוצעות, ולהעניק למבקשים את הסעדים הראויים, כל אחד בעניינו.

296. בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על ביטול מוסד הזיכוי מחמת הספק, וכפועל יוצא להורות על זיכוי המוחלט של המבקש 1 מכל אשמה. לחלופין, במידה וימצא בית משפט נכבד זה לדחות את הבקשה לבטל את המוסד במתכונתו הנוכחית, מתבקש הוא לאפשר לנאשמים דוגמת המבקש 1, המזוכים מחמת הספק, זכות ערעור על פסק הדין, כך שיתאפשר לנאשמים, ובמקרה שלפנינו למבקש 1, כאמור, לטהר את שמם לחלוטין. למצער, מתבקש בית המשפט להורות על זכותם של הנאשמים להגיש בקשת רשות ערעור, וכפועל יוצא לקבל את הערעור לגופו בעניינו של המבקש 1 ולזכותו מכל אשמה.

297. אשר למי שלא היה בעל דין בהליך העיקרי ונפגע מאמרות וקביעות שיצאו מידי בית המשפט במסגרת פסק הדין, דוגמת המבקש 2, מתבקש בית משפט נכבד זה, להורות כי תינתן להם הזכות לערער, או למצער, הזכות להגיש בקשת רשות ערעור על פסק הדין. באשר למבקש 2, בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל את ערעורו, ובכך לתקן את העוול שנגרם לו, ולהשמיט את הקרקע תחת האמירות הפוגעניות שנאמרו כלפיו במסגרת פסק דינה של ערכאת הערעור.

298. כן, בית משפט נכבד זה מתבקש להורות, כי תוגבל סמכות המדינה להגיש ערעור על פסק דין אשר מזכה את הנאשם, ולחלופין לקבוע, כי המדינה תוכל להגיש בקשת רשות ערעור בלבד, וזאת כאשר מדובר בזיכוי שנסוב סביב שאלה משפטית החורגת מעניינו הפרטי של אותו נאשם, ואשר יש בה עניין רב לכלל הציבור.

מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה.