

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

המבקשים:

1. מר אלנבי

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

2. מר בזל

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

- נגד -

המשיבה:

מדינת ישראל

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

עיקרי טיעון מטעם המבקשים

בהתאם להחלטת כבוד בית המשפט, מוגשים בזאת עיקרי טיעון מטעם המבקשים, לקראת הדיון הקבוע בפני כבוד ההרכב ליום 6.6.16 לשמיעת בקשת רשות הערעור.

עניינו בבקשת רשות ערעור שהגיש מר אלנבי (להלן: "המבקש 1"), פרקליט בכיר בשירות הציבורי, כנגד ההחלטה לזכותו "מחמת הספק" בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, בשבתו כערכאת ערעור, מאישום בעבירה לפי החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, בע"פ 11/15. במסגרת בקשתו, עותר המבקש 1 כי בית המשפט הנכבד יורה על ביטולו של מוסד הזיכוי מחמת הספק וכפועל יוצא על זיכוי המוחלט. לחלופין, עותר המבקש 1, כי תוענק לנאשם שזוכה מחמת הספק זכות ערעור ולמצער, רשות לערער על הכרעת הדין המזכה, וכפועל יוצא כי תינתן לו רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

לחלופי חילופין, עותר המבקש 1, כי תוגבל אפשרות המשיבה לערער על הכרעת דין אשר מזכה את הנאשם, כפי שאירע בעניינו, וכפועל יוצא של קבלת בקשתו, כי בית המשפט הנכבד יקבע כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי בשבתו כערכאת ערעור בטל.

בד בבד, עותר מר בזל (להלן: "המבקש 2"), סגנו של המבקש 1, אשר נתן עדותו בפני הערכאה הדיונית במסגרת ההליך העיקרי בעניינו של המבקש 1, במסגרת בקשת רשות הערעור שהגיש, כי יותר לו להשיג על הביקורת שהופנתה כלפיו במסגרת פסק הדין על ידי חלק משופטי ערכאת הערעור, ובפרט הקביעות כי הינו עד לא אמין וכי האמת לא הייתה נר לרגליו, בטענה כי פגעה בו.

במידה ותינתן רשות ערעור, מתבקש בית המשפט הנכבד לראות בבקשת הרשות לערער כערעור.

למען הסדר הטוב יוער כבר כעת, כי לבית המשפט הנכבד הוגשה בקשת רשות ערעור המשתרעת על פני יותר משישים עמודים, הכוללת נימוקים מפורטים ביותר, אשר נוגעים בכל נקודות החולשה שבפסק הדין קמא, וכוללים הפניה לאסמכתאות משפטיות רלוונטיות. המבקשים פעלו ועשו מאמץ, לרכז ולפרט את עיקרי טענותיהם ונימוקיהם על הנייר הכתוב, וזאת במגמה לחסוך בזמן שיפוטי יקר, ולצורך ייעול הדיון בבית המשפט הנכבד.

כך ובהתאם, נוסחו נימוקי בקשת רשות הערעור בלשון מרחיבה ובשפת טיעון משפטי, על מנת להקל את עבודתו של בית המשפט הנכבד. משכך, עיקרי טיעוני המבקשים המובאים להלן, הם בבחינת "תרכיז" החומר הכתוב, ובהתאם לכך הם כוללים הפניות מתאימות למיקום המדויק בנימוקי בקשת רשות הערעור, שם מתוארים הדברים ביתר פירוט. ברי, כי אין בעיקרי הטיעון כדי למצות את הדיון, ונדרש לקראם בצוותא עם האסמכתאות המדוברות.

א. מהלך הדיונים בבית משפט קמא

המבקש 1, שהינו פרקליט בכיר מן השירות הציבורי, זוכה בת"פ 551234-02-14 בפסק דינו של בית משפט השלום שניתן ביום 7.12.2014, זיכוי מלא מעבירת הטרדה מינית. 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 פסק הדין של הערכאה 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 מהמבקש 2, שהינו סגנו של המבקש 1, ואשר העיד כעד הגנה למבקש 1 בפני חוקרי נציבות שירות המדינה ובפני הערכאה הדיונית. השופטות הנכבדות ביקרו את העובדה שהתמקד בעדותו בתיאורי הופעתה החיצונית המתירנית, כלשונו, 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.

ב. 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. 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 (1982) (להלן: "הלכת חניון חיפה"). בהתאם לכללים שנקבעו, 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. יתר על כן, הסוגיות חוסות תחת המקרים המעלים **שאלות בעלות חשיבות חוקתית**, ואף **חשיבות ציבורית**, אשר לא זכו בכל הכבוד הראוי לליבון דיו.

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

ג. טיעוני המבקשים בקליפת האגוז

ג.1. מדוע יש להורות על ביטולו של מוסד הזיכוי מחמת הספק

4. המבקש 1 יטען, כי המוסד "זיכוי מחמת הספק", המהווה תוצאה משפטית יצירת פסיקה ומובחן מזיכוי מוחלט, אינו משרת נאמנה את המטרות שלשמן נוצר, באופן בו מיושם בדין הישראלי.

5. הלכה למעשה, בתי המשפט מתקשים להגדיר ולתחום את מושג "הספק הסביר" ובחינת פסיקותיהן של הערכאות השונות מלמדת, כי היישום הבלתי קוהרנטי מוביל לפגיעות קשות בזכויות יסוד חוקתיות של נאשם המזוכה מחמת הספק.

6. בראש ובראשונה יפנה המבקש 1 לפגיעה בזכותו של הנאשם לשם טוב, כאשר הוא נותר עם עננה כבדה הרובצת מעל ראשו. הדברים נכונים ביתר שאת כאשר מדובר באיש ציבור, דוגמת המבקש 1.

7. לא זו אף זו, נפגע חופש העיסוק וכנגזרת גם הזכות לקניין, שעה שהמזוכה מחמת הספק, ובמקרה שלפנינו המבקש 1, שהינו עובד ציבור, יתקשה להמשיך לעבוד בשירות הציבורי.

8. כמו כן, עולות פגיעות אופרטיביות בנאשם, ובעיקר בסיכויי לקבל הוצאות הגנה ופיצויים.

9. עוד פוגע הזיכוי מחמת הספק, פגיעות בערכי יסוד של שיטת המשפט בארצנו ובעיקר בחזקת החפות לאור השימוש בו כראייה מנהלית.

10. פגיעה נוספת הינה בזכות להליך ההוגן, שעה שהנאשם חסר את הכלים המשפטיים להתמודד עם תוצאה משפטית זו.

11. הזיכוי מחמת הספק פוגע אף בזכות לשוויון, שעה שמתקיימת הבחנה פסולה בין המזוכים מחמת הספק לבין המזוכים זיכוי מוחלט.

12. המבקש 1 יטען, כי הפגיעות הרבות הכרוכות בזיכוי מחמת הספק אינן עומדות במבחנים החוקתיים של פסקת ההגבלה.

13. המבקש 1 יטען, כי היעדרו של המוסד מרוב שיטות המשפט, לצד הביקורות המופנות כלפיו בשיטות משפט מהן יונק הדין הישראלי את ערכיו ועקרונותיו, אומרת דרשני, ואף טעמים אלו תומכים בטענות המבקש כי הגיעה העת להורות על שינוי ההלכה שהולידה את המוסד בשיטתנו.

14. לאורך של הפגיעות הרבות שיפורטו, עוצמתן והכשלים הנובעים ממוסד "הזיכוי מחמת הספק" במשפט הפלילי, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על ביטולו, ולחלופין, להביא להסדרתו של המוסד, כך שלמצער, תמוזער הפגיעה הנובעת ממנו בנאשמים.

2.ג מדוע יש ליתן זכות ערעור ולמצער, רשות ערעור על זיכוי מחמת הספק

15. לחלופין, ככל שבית משפט נכבד זה ימצא לנכון להותיר את המוסד על כנו, יתבקש בית המשפט הנכבד לבחון מחדש את היעדר האפשרות של נאשמים המזוכים בזיכוי מסוג זה, לערער על הכרעת הדין.
16. היעדר האפשרות לערער על הכרעת דין אשר מזכה נאשם מחמת הספק, מונעת מן הנאשמים את האפשרות לטהר את שמם, ובכך מעמיקה ביתר שאת את הפגיעות בזכות לשם טוב, לחופש העיסוק, לקניין ולשוויון.
17. במצב הקיים נחסמת בפני נאשמים שזוכו מחמת הספק זכות הגישה לערכאות, שהוכרה כזכות חוקתית, ופגיעה זו איננה עומדת במבחני פסקת ההגבלה.
18. כמו כן, יעמוד המבקש 1 על מספר מחקרים המאששים קיומן של הטיות קוגניטיביות העלולות להשפיע על הכרעותיהם של שופטים, והמחדדים אפוא את הצורך בקיומה של האפשרות לערער, עת עסקינן בדיני נפשות.
19. טעם נוסף המצדיק מתן האפשרות לערער על זיכוי מחמת הספק, הינו העובדה כי מתן רשות ערעור עשוי דווקא לתמרץ את הערכאות דלמטה להפעיל שיקול דעת בצורה זהירה.
20. המבקש 1 יטען, כי יש ללמוד מהפרוצדורה הנהוגה בעניין עילת גניזת תיק פלילי, לפיה מוקנית לחשודים הזכות להשיג על עילת הגניזה, ועל ידי כך לטהר את שמם, לעניין הצורך והחובה ליתן זכות ערעור לנאשם שזוכה מחמת הספק.
21. המבקש 1 יטען, כי בעניינו מתקיימות נסיבות מיוחדות וחריגות המצדיקות מתן זכות ערעור בגלגול שלישי, הלכה למעשה, כפות המאזניים מעוינות כאשר שני שופטים החליטו לזכותו זיכוי מוחלט (שופט הערכאה הדיונית ושופט המיעוט בערכאת הערעור), וזאת אל מול שתי שופטות אשר זיכוהו מחמת הספק, ואף טעם זה מצדיק דיון בעניינו בגלגול שלישי.
22. המבקש 1 ידגים כיצד נשללות טענות המשיבה מדוע אין ליתן זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק, הנוגעות להצפת בתי המשפט, פגיעה בסופיות הדיון, הטענה לפיה לנאשם חלופות מחוץ לדין הפלילי כגון תביעה בנויקין, וכיצד נשללת הטענה בדבר הפגיעה בעצמאות ביטוי השופט.
23. מטעמים אלו, עותר המבקש 1 בפני בית המשפט הנכבד, כי יתיר לנאשמים שזוכו מחמת הספק, להשיג על התוצאה הפוגעת בהם באמצעות ערעור בזכות, ולמצער ערעור ברשות, על מנת שתתאפשר בחינה מחודשת של ההכרעה בעניינם.

3.ג מתן זכות ערעור למי שלא היה צד להליך העיקרי, אך נפגע מאמרות וקביעות במסגרתו

24. אשר לעניינו של המבקש 2, יטען המבקש כי שמו הוכתם, כך גם מהימנותו ונאמנותו לשירות הציבורי, והוא נותר פגוע וחבול, אולם ללא אפשרות להשיג על הדברים שנאמרו כלפיו.
25. המבקש 2 יוסיף ויטען, כי היעדר זכות ערעור של מי שלא היה צד להליך העיקרי, אך נפגע כתוצאה מאמירות וקביעות שנאמרו כלפיו במסגרתו וסוגיית הערעור על זיכוי מחמת הספק, הן בבחינת כלים שלובים, כך ששתיהן יחד ואף לחוד, ממחישות את הצורך והחובה לאפשר לצד שנפגע במסגרת ההליך המשפטי להשיג על קביעות שנקבעו לגביו.
26. זכותו של מי שלא היה צד להליך העיקרי לערער על אמרות וקביעות שהופנו כלפיו, הוכרה זה מכבר בפסיקה מקום שנפגעה זכותו ההופלידיאנית, וזהו המקרה בעניינו של המבקש 2.

27. זכותו של המבקש 2 נפגעה בעקבות האמירות הקשות שהופנו נגדו בבית המשפט, ופגיעה זו בשמם הטוב של עדים אף הוכרה כבר ע"י בית המשפט.
28. פגיעה נוספת הינה פגיעה בחופש עיסוק, ופגיעה זו אף מתעצמת שעה שמדובר בעובד ציבור שלשמו הטוב ולדימויו ערך עליון בעבודתו. כנגזרת מכך נפגעת גם הזכות לקניין.
29. זאת ועוד יטען המבקש 2, כי מצב דברים זה אף עלול להוביל להרתעת עדים ממתן עדות בבתי משפט, שעה שיחששו מאמירות של בתי המשפט שיפגעו בהם ובמהימנותם.
30. המבקש 2 יוסיף ויטען, כי הקביעות לגבי שונות מערכאה לערכאה, דבר המבסס את הצורך לבררן בפני בית המשפט הנכבד, עד תום במסגרת השגתו עליהן.
31. המבקש 2 ידגים כיצד נשללת טענת המשיבה בדבר הצפת בתי המשפט והפגיעה בסופיות הדיון. כן, יצביע מדוע אין בחלופה של מתן פסק דין הצהרתי, אשר מוצעת ע"י המשיבה, כדי להוות מענה אפקטיבי לפגיעה שהוסבה לו.
32. המבקש 2 יטען, כי מניעת אפשרות לקבלת סעד במצב דברים זה, משקפת מדיניות משפטית שאינה ראויה עוד. על כן, בית משפט נכבד זה מתבקש לסלול נתיב בו יוכל אדם שלא היה בעל דין או צד פורמלי בהליך העיקרי, להשיג על אמירות פוגעניות שנאמרו כלפיו, כאשר זכויותיו החוקתיות נפגעו. נתיב זה ראוי שיהיה במקרה שלפנינו, במסגרת ערעור על פסק הדין.
- 4. מדוע יש להגביל את אפשרות התביעה מלהגיש ערעור על זיכוי**
33. לחלופי חלופין, יטען המבקש 1 כי יש להגביל את אפשרות התביעה לערער על הכרעת דין מזכה, וכפועל יוצא לקבוע כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי בשבתו כערכאת ערעור בטל.
34. המבקש 1 יטען, כי יש לתהות על קנקנו של נוהג זה, המעצים את פערי הכוחות בין הנאשם למדינה, וזאת במקום לחתור לצמצום.
35. על אף שדוקטרינת "הסיכון הכפול" לא אומצה במלואה בדיון הישראלי, בית משפט נכבד זה הכיר בחשיבות העיקרון, וההצדקות העומדות בבסיסו מטות את הכף להגבלת זכותה של המשיבה לערער על זיכוי.
36. המבקש 1 יטען, כי העובדה שהערכאה הדיונית דנה בעובדות המקרה והחליטה לבסוף לזכותו, היא כשלעצמה מבססת ספק סביר באשמתו. ספק זה לא יוסר אף אם ערכאת הערעור תחליט להרשיעו.
37. דברים אלו נכונים ביתר שאת במקרה שלפנינו, מקום בו הערכאה הדיונית זיכתה את המבקש 1 זיכוי מוחלט, ואף בערכאת הערעור מצא חלק משופטי ההרכב לעשות כן בשנית.
38. בעניין זה יוסיף ויטען המבקש 1, כי ברוב שיטות המשפט ככלל, אין למאשימה אפשרות לערער על זיכוי, וכך גם ראוי שיקבע בשיטתנו המשפטית.
39. מטעמים אלו, בית משפט נכבד זה מתבקש לצמצם את גודרי סמכותה של המאשימה לערער על הכרעת דין המזכה את הנאשם, כפי שאירע בענייננו, וכפועל יוצא של קבלת בקשתו של המבקש 1, לקבוע כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי בשבתו כערכאת ערעור, בטל.
40. לחלופין, יתבקש בית המשפט הנכבד לאפשר ערעור על הכרעת דין מזכה ברשות בלבד.

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

א. כללי – "הדין המצוי"

41. 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".
42. במשך יותר משישים שנה שגור מושג זה במאות פסקי ודין ומצטייר כעוסק במקרים אפלוליים, העומדים בצילה של קטגוריית הזיכוי המוחלט, ומתואר כזיכוי "מוחלש", ואף כ"פסע" מהרשעה. זאת אל מול הזיכוי המוחלט, המנקה את הנאשם מכל רבב. ההבחנה בפסיקותיהן של הערכאות השונות, ממחישה כי קיים הבדל תהומי בין זיכוי מוחלט לזיכוי מחמת הספק המובן היטב גם למשיבה.
43. המשיבה סוברת, כי ההצדקה העיקרית 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. דינה של טענה זו להידחות. 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.
44. כאן המקום לציין, כי כב' השופט הנדל הביע ביקורת על דפוס חוזר זה בע"פ 7653/11 ראובן ידען נ' מדינת ישראל, פסקה י"ח לפסק דינו של כב' השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 26.7.2012):

"לטעמי אין מקום כי בשורה התחתונה הנועלת את הכרעה, יזכה בית המשפט מחמת הספק, תוך ציון אשמתו בעצמה זו או אחרת. [...] 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).

- ואף בע"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".

45. כאן המקום לציין, כי המשיבה טוענת שאין הפגיעה נובעת מהשורה התחתונה של פסק הדין אלא מהנמקת השופטים לאורכו, המשיבה מסתמכת בדבריה על דברי כב' השופטת רובינשטיין המצוטטים בפסקה 114 לטענותיה בכתב התשובה, אך בחינה מדוקדקת של הדברים תעלה ראשית, כי כב' השופטת מציינת בדבריה שכך הדבר לעיתים בלבד. בנוסף, אין בהסרת השורה התחתונה של פסק הדין, בכדי לפגוע בעצמאות השופטים לנמק את החלטתם, מכיוון שממילא עושים זאת לאורך כל פסק הדין, ועל כן לא נראית לעין סיבה מהותית אשר תסתור את ההצדקות להסרת שורה פוגענית זו.

46. טעם נוסף לשלילת הטענה לפיה הזיכוי מחמת הספק הינו חלק מהנמקת בית משפט גרידא, הינה העובדה שלהבחנה בין זיכוי "מוחלט" לזיכוי "מחמת הספק" יש **השלכות ממשיות מבחינת זכויות המתדיין, המביאות לשינוי מצבו ומעמדו המשפטי לרעה, אלו יוצגו בהרחבה על ידי המבקש 1.**

47. ניתן להעלות על הדעת את החשש, כי בעולם בו קיימות שתי הכרעות בינאריות בלבד בדין הפלילי יגדל מספרם של הרשעות שווא. המבקש 1 יטען, כי אין לחשש זה בסיס מוצק, 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. להמחשת הדברים, ירחיב המבקש טיעונו בפסקה 117.

ב. על הספק הסביר - הקושי בהגדרתו ויישומו

1. כללי:

48. המבקש 1 יטען, כי תיחומו הבעייתי של מושג "הספק הסביר" והקושי בהגדרתו, מוסיפים לבעייתיות הרבה הגלומה במוסד "הזיכוי מחמת הספק" ומצדיקים את היעדרותו של בית משפט נכבד זה לבקשת רשות הערעור.

49. 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. 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.

50. ואולם, לדאבון לב, כפי שהודגם בהרחבה בפסקאות 33-47 לבקשת רשות הערעור, 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 (פסקה 39 לבקשת רשות הערעור), משתמשים השופטים באופן שגוי 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).

51. המבקש 1 יטען אפוא, כי במוסד הזיכוי מחמת הספק ישנה אפלוליות 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.

2.ב. ניסיונות המודלים להגדיר את הספק הסביר

52. עיון בפסיקותיהן של הערכאות השונות, מלמד כפי שהודגם בהרחבה בפסקאות 33-50 לבקשת רשות הערעור, כי 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? 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).

53. 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. זאת, **בעקבות היעדר הנחיות, נורמות או כללים ברורים למאפייני "הספק הסביר"**, שמשמעותם מבחינת נאשמים רבים לא תסולא בפז, ועשויים להשתנות בין שופט לשופט (כך אף מציינת המשיבה בפסקה 69 לכתב התשובה).

54. מודלים רבים ומגוונים ניסו לעמוד על טיבו וגדרו של הספק הסביר וברי, כי עסקין במלאכה מורכבת (להרחבה באשר למודלים השונים, ויישומם בדין הישראלי, ראו פסקאות 56-63 לבקשת רשות הערעור). אולם, עסקין 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". כתימוכין לאמור, ראו דברי כב' השופט שמגר בע"פ 347/88 **דמיאניוק נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(4) 617, 648 (1993) (להלן: "פרשת דמיאניוק").

55. בעניין זה ממש מציין בחיבורי כב' השופט לינדנשטראוס (מיכה לינדשטראוס, **על הספק הסביר – סוגיות נבחרות** (2004) 9, 35), כי :

"דווקא הקושי בהגדרה נראה לי מצדיק ותואם את המאמץ לגלות [...] כל התעלמות ביוזעין מפרשנותו של המושג, היא נטישת שדה הקרב המשפטי שבו נלחם הפרט, האזרח, על חירותו ועל זכויותיו" (ההדגשות אינן במקור).

56. כאן המקום להתייחס לפסקאות 70-72 לטענות המשיבה בכתב התשובה, שם הפנתה לע"פ 7826/96 **יוסף רייש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(1) 487, 492 (1997), כתימוכין לכך שישנם מושגים שנולדו עמומים, על מנת שיישאר עמומים. אין המבקש 1 חולק על טענה זו, עם זאת, אין זה ראוי שמושג שלו תפקיד אקוטי בבחינת עמידתה של המאשימה ברף הראייתי הדרוש לשם הרשעה בפלילים, יותר עמום, ובפרט לאור חשיבותו ומשקלו בהכרעת דינם של נאשמים רבים. **בל נשכת, שעסקין בדיני נפשות**. כב' השופט זמיר מציין בפרשה זו, כי ביטוי עמום עשוי להתבהר במשך הזמן, ושימוש חוזר בו מקנה לו תוכן. ואולם, בעניין הספק הסביר, איפכא מסתברא, ובחלוף השנים דומה כי עמימותו מתחזקת, ועמימות זו מובילה לעיתים, ליישום שגוי ולמשגה שיפוטי.

57. מודלים רבים ניסו להתוות את הדרך להגדרת ה"ספק הסביר", אולם מדובר במודלים סותרים, כאשר טרם אומצה בפסיקה הדרך הנכונה ביותר. ואין תמה אפוא, כי גם המשיבה מכירה בקשיים אלו בפסקה 90 לכתב התשובה. משכך, יטען המבקש 1, כי לא ניתן לקבוע בתוצאה משפטית "זיכוי מחמת הספק", כשטרם אנו יודעים מהו אותו ספק, המאבחן בין זיכוי של הנאשם זיכוי מלא, ובין כזה שהינו זיכוי מחמת הספק.

ג. על הפגיעות הנובעות מזיכוי מחמת הספק

ג.1. הפגיעה בזכות לשם טוב

58. המבקש 1 יטען, כי המוסד "זיכוי מחמת הספק" כורך עימו פגיעות רבות בנאשמים, ובאופן המובהק ביותר פוגע בזכות לשם טוב. נאשם אשר זוכה מחמת הספק נאלץ לחיות 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.

59. 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"):

"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 בכבוד [...] אדם שכזה ודאי שלא ייחשב לטלית שכולה תכלת ששמו טוהר לחלוטין, אלא בדרך כלל ייראה כמי שבפועל אכן ביצע את העבירה שיוחסה לו, אם כי הצליח להתחמק מהרשעה בדיון ע"י טכסיסים שונים". (ההדגשות אינן במקור).

60. נראה אפוא, כי זיכוי מחמת הספק מצמיד אות קלון למצחו של הנאשם, ובכך פוגע ישירות בכבוד האדם ובזכותו לשם טוב. יודגש, כי הטלת קלון ע"י בית המשפט נעשית רק במקרה בו הנאשם מורשע בפלילים, ומכאן ברי שאין זה ראוי לאפשר פגיעה, ואף אם זו פחותה מזו שנגרמת במקום שמוטל קלון, במקרים בהם הנאשם מזוכה מחמת הספק. יתרה מזו, אבסורד הוא המצב בו הנאשם אשר זוכה מחמת הספק, סובל מפגיעות קשות בזכויותיו ומסנקציות אופרטיביות, אשר דומות במהותן לאלו הנובעות מהטלת קלון על נאשם שהורשע.

61. אשר לטענת המשיבה בפסקאות 123-124 לכתב התשובה, לפיה הסרת השורה התחתונה בפסק הדין תהיה חסרת תועלת ולא תמנע לחלוטין את הפגיעה בשמו הטוב של הנאשם, ולטענה, כי גם אזרח מן השורה, אשר לא ייקרא את נימוקי השופטים בפסק הדין, ייחשף אליהם, כי "התקשורת עושה את עבודתה", הרי שטענות אלה ריקות מתוכן, שהרי התקשורת עוסקת בעיקר במקרים מתוקשרים ולא במקרים של אדם מן היישוב. ויוצא אפוא, כי ברוב המקרים תצומצם הפגיעה משמעותית למצער, על ידי הסרת השורה התחתונה מפסק הדין.

ג.2. הפגיעה בזכות לחופש העיסוק ובזכות לקניין

62. המבקש 1 יוסיף ויטען, כי 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.

63. 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.

64. במקרים בהם מדובר בבעלים של עסק עצמאי או בכל בעל מקצוע חופשי, פגיעה בשמו הטוב ובמוניטין של הפרט, אשר נקשר באופן ישיר עם המוניטין של העסק בבעלותו (או העסק בו הוא עובד), עלולה להוביל עד מהרה לפגיעה בלתי נמנעת בהצלחת העסק. כמו כן, פגיעה מסוג זה עלולה להיות בעלת משמעות הרסנית, שעה שמדובר באיש ציבור ששמו הולך לפניו.

65. זאת ועוד יטען המבקש 1, כי 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)). בעניין זה ראוי לחדד, כי כפי שציינה המשיבה בפסקאות 183-185 לכתב התשובה, החלטת הפיטורין התקבלה טרם מתן פסק הדין, אך לאחריו, סירב המעסיק לקבל חזרה את העובד לעבודתו לנוכח העובדה שזוכה מחמת הספק. בנסיבות אלו יטען המבקש 1, כי ברור לכל בר בי רב, כי במידה והיה מזוכה זיכוי מוחלט, סיכויי העובד לחזור לעבודה היו גדלים משמעותית. במכלול השיקולים שנסקלו ע"י ביהמ"ש בבואו להכריע בשאלה האם היה יסוד סביר לאובדן האמון והפיטורין של העובד, ביהמ"ש ייחס בדיעבד חשיבות לזיכוי העובד מחמת הספק, וקבע על בסיס זה כי היה יסוד לאובדן האמון והפיטורין מצב המעסיק.

66. כתימוכין לעמדת המבקש 1 לעניין הפגיעות הכרוכות במוסד זה והצורך בשינוי ההלכה הקיימת, ייפנה המבקש 1 לחיבורם של המלומדים דורון מנשה ואייל גרונר (הקטגוריזציה של הזיכוי: "זיכוי מחמת הספק וזיכוי מוחלט – עיון מחודש" מחקרי משפט כז 7 (2011)), (להלן: "מנשה וגרונר") לקביעה לפיה, בית המשפט אינו רשאי להתעלם מפגיעות אלו אף אם הן רק פוטנציאליות ולא מכוונות.

ג.3. הוצאות הגנה ופיצויים

67. המבקש 1 יטען, כי פגיעה אופרטיבית ובעלת משקל מהותי, הינה העובדה שזיכוי מחמת הספק עלול לשלול מן הנאשם הוצאות הגנה ופיצויים, ולמצער, לפגוע בהיקפם. סעיף 80 לחוק העונשין קובע אימתי על המדינה לשלם לנאשם הוצאות על הגנתו, ובאיזה תנאים הנאשם זכאי לפיצוי בגין מאסר, מעצר או נסיבות אחרות.

68. עיון מדוקדק בפסקאות של הערכאות השונות מלמד, כי הפסיקה פרשה את עילת "נסיבות אחרות המצדיקות זאת" בסעיף האמור כחלק מהשאלה - האם נאשם זוכה או זוכה מחמת הספק. באם נקבע זיכוי מחמת הספק מתקיימת עילה לאי מתן פיצויים. פגיעה אופרטיבית דומה, עולה אף מסעיף 81 לחוק העונשין, אשר פורש בפסיקה כקובע, כי לא ניתן לחייב את המתלונן בהוצאות ההגנה על הנאשם, אלא אם זוכה זיכוי מוחלט (להמחשת הדברים ראו פסקאות 80-84 לבקשת רשות הערעור).

69. כאן המקום להתייחס לטענה אפשרית לפיה, סיווג הזיכוי הוא טעם בלבד לשלילת הפיצויים, אך אין לראות בסיווג זה כתנאי מספיק להכרעת עניין הזכאות לפיצויים. לעמדת המבקש 1, וכפי שעולה מהפסיקה, בית המשפט מקנה משקל מכריע בשיקולין לעניין הזכאות לפיצויים והוצאות הגנה לשאלה מהו סוג הזיכוי שלפניו, ובעשותו כן פוגע משמעותית בסיכויו של המזוכה מחמת הספק אל מול נאשם המזוכה זיכוי המוחלט. להבחנה זו אין מקום, שכן מדובר בשני המקרים במי שהינם זכאים מאחר שאשמתם לא הוכחה.

70. בפסקה 130 לכתב התשובה, טוענת המשיבה כי הטענה שהזיכוי מחמת הספק מהווה שיקול מרכזי בפסיקת פיצויים, אינה נשענת על קרקע יציבה. לביסוס הטענה, הפנתה המשיבה לדברי כב' השופטת בייניש בע"פ 7115/04 יוסף בן ברוך נ' מדינת ישראל בפסקה 12 לפסק דינה (פורסם בנבו, 2.5.2007). למרבה הצער, נראה כי המשיבה לא דייקה, והחמיצה את התמונה הנשקפת מפסק הדין במלואה, שהרי קודם לכן, בפסקה 12 לפסק דינה, מציינת כב' השופטת בייניש, כי:

"בפסיקתנו נקבע לא אחת כי לטיב הזיכוי, היינו לשאלה האם עסקינן בזיכוי מוחלט או זיכוי מחמת הספק, ישנו משקל בלתי מבוטל בהכרעה בדבר זכותו של הנאשם שזוכה לפיצוי" (ההדגשות אינן במקור).

ממשיכה המשיבה ומציינת דברים ברוח דומה שנאמרו בע"פ 700/00 מאיר טוויל נ' מדינת ישראל, נו(4) 450. גם כאן בכל הכבוד הראוי, לא עשתה מלאכתה נאמנה והתעלמה מאמירת כב' השופטת בייניש בפסקה 6 לפסק דינה, לפיה:

"הנה-כי-כן, זיכוי מחמת הספק כשלעצמו אינו שולל בהכרח פיצויים, אך הוא משמש שיקול חשוב כנגד מתן הפיצוי." (ההדגשות אינן במקור).

ג.4. הראייה המנהלית וחזקת החפות

71. המבקש 1 יטען, כי 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 הנובעים ממוסד זה, ומצדיקים את עתירתו בפני בית המשפט הנכבד, כי יורה על ביטול המוסד ולמצער, על הסדרתו, לנוכח האופן שבו הוא מיושם.

72. על אף חשיבותה הרבה של חזקת החפות, נראה שזיכוי מחמת הספק פוגע ומערער 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".

73. המבקש 1 יפנה לחיבורם של המלומדים מנשה וגרוןר בעמודים 42-43, הסוקרים, כי 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 והחנה עניינית בין נאשמים המזוכים מחמת הספק, כל קביעה שיפוטית ומנהלית פוגעת בכבוד, בשם הטוב ובזכויות נוספות. באופן זה, יטען המבקש 1, כי לא ראוי שמקבלי החלטות השיפוטיות והמנהליות יסתפקו רק בקביעה של "זיכוי מחמת הספק", אלא ראוי שהם יחלצו מההנמקה בפסק הדין תמונה אפיסטמית מדויקת יותר ואולם, ספק אם יש להם את הכלים המתאימים לעשות כן.

74. 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 חשש, כי נוצרו שתי מערכות נפרדות, שבהן ישנה אפשרות להצביע על ביצוען של מעשים פליליים, וכך להפריך את חזקת החפות.

75. 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)). 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)).

76. יתר על כן, זיכוי מסוג זה אף עלול למנוע מנאשם, להתמנות למשרה בשירות הציבורי (כתימוכין לאמור, ראו עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה מני מזוז (כיום שופט בית המשפט העליון) שלפיה, אם מר 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)).

77. המבקש 1 יטען, כי בכל הכבוד הראוי, אין בנימוק של שמירה על אמון הציבור, כדי להצדיק כשלעצמו פגיעה באדם חף מפשע, אף אם האמון אכן נפגע בפועל. לתמיכה בטיעונו, יפנה המבקש 1 לכך שבשורה של פסקי דין (ראו והשוו: בש"פ 5700/91 **אבידן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(1) 677, 691 (1992)), פוסק בית משפט נכבד זה, כי אין להקריב אדם חף מפשע בשם אמון הציבור.

78. בנוסף, ישנו חשש, כי צמצומה של חזקת החפות לתחום הפלילי גרידא, ייתן פתח למדינה לעקוף את ההגנה המוענקת לפרט על ידי חזקה זו, באמצעות פגיעה במשרתם של חשודים ונאשמים. לעניין זה יפנה המבקש 1 לדבריו 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 גם מביאה להגנתו מפני הרשויות המנהליות המטילות בו דופי, בשל זיכוי מחמת הספק.

79. בעניין זה יוסיף המבקש 1, כי כפי שמציינת במאמרה המלומדת רינת קיטאי ("פגיעה במשרתו של אדם בשירות הציבורי בשל חשד לביצועה של עבירה פלילית" **עלי משפט** ב 107 (תשס"ב)), אין פסול בכך שהרשות תסתמך בהחלטותיה על מעשיו של הנאשם שאינם עולים כדי עבירה פלילית, אך הינם בגדר פגיעה בטוהר המידות של השירות הציבורי (למשל). מנגד, אין זה ראוי שהרשות המנהלית תסתמך על החשד לפיו הנאשם אשם בביצועה של עבירה מסוימת. ובהיקש לענייננו, אין ראוי זה שהרשות המנהלית תסתמך על החשד לביצועה של עבירה שנתר עת שהנאשם מזוכה מחמת הספק.

5.ג. פגיעה בהליך ההוגן

80. פגיעה מהותית נוספת המתקיימת 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, המחייב, 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 לנפקויות והשלכות הנובעות ממנה. כך, נאשם עלול שלא לנצל משאבים דיוניים וראייתיים, מפני שאינו יודע שעליו לחשוש מפני תוצאה אחרת זולת ההרשעה, בדמות זיכוי מחמת הספק.
81. יתר על כן, מבנהו, הבלתי סימטרי, של ההליך הפלילי אינו מאפשר לנאשם הזדמנות הוגנת להתגונן. בנוסף, שאלת אופיו של הזיכוי לא עומדת לבירור של ממש, ולמעשה בית המשפט חורג ומכריע בסוגיה שהצדדים לא העלו לפתחו, ולכן, לא ברור אם בידי הכלים לבירור סוגיה זו.
82. 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 להיתקל 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.
83. במצב זה, ניסיון לקעקע את העדות אשר מרחיקה את הנאשם מהזיכוי המוחלט בה בעת תפגע בסיכויי שלילת קיומה של אשמה, אשר נתמכת בעדות העד. כל ניסיון שכזה לקעקע אמינות עד (לטובת התקרבות לגרסה שתומכת בזיכוי מוחלט), תגרום לפגימה וכרסום במהימנות וכפועל יוצא ייחוס משקל נמוך לעדות כולה.
84. טענה נוספת שעניינה במחסום דיוני, נובעת מהעובדה שנאשם רשאי לחקור בחקירה נגדית את עדי התביעה או עדים עוינים בלבד, למעט חריגים. עדים רבים קשים לדיבוב, ולכן בפרקטיקה זו, בה קיים הצורך להוכיח תרחיש חפות מוחלט בהיעדר האפשרות לבצע חקירה נגדית, יש בכדי להקשות על הנאשם להוכיח את זיכוי המוחלט.
85. הנה כי כן, יטען המבקש 1, 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 סיכוייו לזיכוי (כלשהו), במחיר של העלאת הסיכוי להרשעתו, בשל הפגיעה במהימנות עדי ההגנה.
86. כך, נאשם חף שנמצא בנסיבות מחשידות, יתקשה להתגונן מפני הטלת ספק בחפותו תוך דבקותו בתרחיש החפות האמיתי שלו. לעיתים, יתכן ואף מוטב לנאשם לנקוט בדפוסי פעולה אשר מנמיכים את סיכוייו להיות מזוכה באופן מוחלט, אך מגדילים את סיכוייו להימנע מהרשעה.

87. לאור טענות אלו, עותר המבקש 1 בפני בית המשפט הנכבד, כי יתן דעתו לחוסר הסימטריה והמחסומים הפרוצדורליים שמתקיימים בהליך הפלילי ואשר אינם מאפשרים לנאשם להתגונן כראוי מפני התוצאה המשפטית של זיכוי מחמת הספק. טעמים אלו מצדיקים את ביטולו של מוסד הזיכוי מחמת הספק במתכונתו הנוכחית, ולמצער עריכת שינויים מתחייבים, אשר יבטיחו צמצומן של הפגיעות.

ג.6. הפגיעה בזכות לשוויון

88. המבקש 1 יטען, כי הפגיעות האופרטיביות והחוקתיות שהצגו לעיל, מביאות להפרת עקרון השוויון בין נאשמים שונים שזוכו, בין אלו שזוכו זיכוי מלא, לעומת אחרים שעניינם הסתיים בזיכוי מחמת הספק. בל נשכח שאשמתם של כל המזוכים 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.

ג.7. מבחני פסקת ההגבלה – מדוע לא ניתן להכשיר את הפגיעות בזכויות יסוד הנובעות מזיכוי מחמת הספק

89. לאחר שהוצגו הפגיעות הברורות בזכויות האדם, שהינן פועל יוצא של הכרעת דין המזכה מחמת הספק, ידגים המבקש 1 מדוע לא ניתן להכשיר פגיעות אלו בזכויות היסוד בפסקת ההגבלה החוקתית הקבועה בחוקי היסוד (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק).

90. תחילה, ישלול המבקש 1 את הטענה, כי על חוק יסוד כבוד האדם וחירותו חלה פסקת שמירת הדינים, דבר המכשיר את הפגיעה. ראשית, לאחר חקיקת חוק היסוד נקבע בדנ"פ 2316/95 ג'נימת נ' מדינת ישראל מט(4) 589, כי בית המשפט יפרש את הדינים כעולים בקנה אחד עם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. בכל הכבוד הראוי יטען המבקש 1, כי הפירוש הנוכחי המאפשר את מוסד הזיכוי מחמת הספק במתכונתו הנוכחית, לוקה בעניין זה. שנית, קיימות פגיעות גם בחוק יסוד: חופש העיסוק כפי שהוצג בהרחבה, ובו לא קיימת פסקת שמירת דינים.

91. הזיכוי מחמת הספק, הינו יציר פסיקה, על כן אינו עומד לכאורה במבחן הראשון של פסקת ההגבלה, היות והפגיעה לא נעשית בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו. אולם, יש הסבורים כי מוסד זה הינו חלק מהנמקת פסק הדין. (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 לטעון (כפי שמבקשת לטעון המשיבה), כי הפגיעה הינה "לפי חוק". בעניין זה יטען המבקש 1, כי אף אם מקבלים עמדה זו, ספק אם בסעיפים אלו ישנה הסמכה מפורשת כפי שנדרש במצבים בהם עוצמת הפגיעה כה גדולה.

92. כאן המקום לבחון 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).

93. 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 מספקת למקומן של זכויות אדם, יתרה מזו, נראה דווקא כי במתכונת הנוכחית הן פוגעות בהן בצורה חריפה.

94. לבסוף, על מנת לקבוע האם ניתן להכשיר את הפגיעות בזכויות המתאורות, יש לבחון את **שלושת מבחני המידתיות**. ראשית, נראה כי קיים קשר רציונאלי בין עקרון ההנמקה לבין המטרות אותן הזכרנו לעיל. ואולם, בבחינת האמצעי שפגיעתו פחותה, נראה שניתן להגשים את התכלית גם ללא הפגיעה הנוכחית בזכויות. כל עוד קיימת ה"חותמת" בסוף פסק הדין "מזוכה מחמת הספק", זכויותיו של הנאשם נפגעות מעבר לנדרש.

95. נבחן את התוספת לנוק מול התוספת לתועלת. נראה, כי בעת הזו, שעה שזכויות היסוד של נאשם הן בעלות חשיבות עליונה, שיעור הנזק של נאשם המזוכה מחמת הספק עולה על שיעור התועלת. ניתן כמו כן, להעלות חלופות עדיפות שפגיעתן פחותה, שיוצגו בהרחבה בהמשך.

ד. זיכוי מחמת הספק – משפט משווה

96. מסקירה וחיפוש מדוקדק אחר קטגוריה מקבילה לזיכוי מחמת הספק בשיטות המשפט האחרות, עולה כי קטגוריה כזו אינה שכיחה כלל וכמעט בלעדית לשיטתנו. ניתן לאתר מצב משפטי דומה, בשיטת המשפט הסקוטית, הכרעה הקרויה בדין הסקוטי "Not proven", וניצבת כקטגוריה שלישית בין הרשעה וזיכוי.

97. ואולם, אף בסקוטלנד ישנן ביקורות רבות שהתעוררו בגנות המוסד, כפטריות לאחר הגשם. ואף ניתן לאתר על נקלה, מספר הצעות חוק המבקשות להדיר קטגוריה זו משיטת המשפט הסקוטית, וזאת מן הטעמים של פגיעה בחזקת החפות, פגיעה בשמו של הנאשם, פגיעה בקורבן שחש כי הדין לא מוצה, אי בהירות המוסד לציבור ולמושבעים. מרבית צידוקים אלה עולים בקנה אחד עם עתירתו של המבקש 1, כי בית משפט נכבד זה יורה על ביטולו של המוסד, ולמצער, על עריכת שינויים אלמנטריים, אשר יובילו לצמצום הפגיעות הנובעות ממנו.

98. בדין האמריקאי לא קיים מוסד מקביל לזיכוי מחמת הספק, ואף ניסיונות שצצו מעת לעת להעלות אפשרות זו לדיון, נדחו על הסף. שופט בית המשפט העליון סקאליה הזהיר מפני שינוי הדין לשיטה הסקוטית, בקובעו כי הוא רואה בה דרך להרוס את שמו הטוב של האדם מבלי לומר שהוא אשם כלל. יתרה מכך, "הארגון האמריקאי לחירויות האזרח" גרס, כי מהלך זה יהווה סטירה בפניה של חזקת החפות, ובנוסף שהמזוכים בדרך זו יישאו עמם אות קין.

99. הצדקות אלו, שהובילו להיעדר קליטתו של מוסד הזיכוי מחמת הספק, או מוסד דומה לו בדין האמריקאי ואף במשפט האנגלי, שהינן כאמור, שיטות משפט אשר מהן יונקת שיטתנו המשפטית את ערכיה ועקרונותיה, מוסיפות משנה תוקף לעתירתו של המבקש 1 בפני בית משפט נכבד זה, כי יש להורות על ביטולו של המוסד, ובפרט במתכונתו הנוכחית.

100. נוכח כל אלו, לא ברור מדוע במדינת ישראל, המבקשת לשים את זכויות האדם כנר לרגליה, ממשיכה להתקיים קטגוריית זיכוי פוגענית זו, ואף נעשה בה שימוש נרחב. המבקש 1 יטען, כי הגיעה העת שהדין הישראלי יתאים עצמו ליתר מדינות העולם המפותחות בכל הנוגע לעמידה דוקנית על זכויותיהם של הנאשמים, ובתוך כך יפעל להדרתו של זיכוי מחמת הספק משיטתנו המשפטית.

101. לאור הטעמים שהוסברו בהרחבה, עותר המבקש 1 בפני בית 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 המוסד, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על זיכוי המוחלט של המבקש 1.**

ה. חלופה ראויה

102. היה ותידחה עתירת המבקש 1 בפני בית המשפט הנכבד להורות על ביטולו של מוסד הזיכוי מחמת הספק, תוצענה חלופות ראויות, אשר יש בהן כדי לתת מענה לפגיעות ולפגמים הנובעים מהמוסד, ולמצער למתנם.

103. ראשית, יפנה המבקש 1 את בית המשפט הנכבד **לחלופה אשר מצויה בדין האמריקאי. במדינת בקליפורניה** קיים הליך המאפשר לנאשם לטהר את שמו, לאחר שנמצא לא אשם, או לחלופין כאשר נעצר ושוחרר. במסגרת הליך זה הקרוי "**Declaration of Factual innocence**", ניתן להגיש לבית המשפט בקשה להכרזה על חפות מוחלטת. (לפירוט נוסף על הליך זה ראו פסקה 140 לבקשת רשות ערעור).

104. ככל שחלופה זו לא תאומץ, ניתן להציע כי למצער, הזיכוי מחמת הספק לא יהווה תוצאה משפטית בעלת נפקויות והשלכות אופרטיביות, אשר מרעות את מצבו של הנאשם. כך יתבקש בית המשפט להורות על הסרת האמירה בשורה התחתונה של פסק הדין לפיה, הנאשם מזוכה מחמת הספק, והחלפתה בהכרעה לפיה, הנאשם מזוכה בדין. למותר לציין, כי הסדר זה אינו פוגע בחובת הנימוק וחופש הביטוי של השופט, שכן אף לשיטת המשיבה, בית המשפט ממילא מנמק את הכרעתו לכל אורך פסק הדין.

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

105. באם ידחה כבוד בית המשפט את עתירת המבקש לביטולו של מוסד הזיכוי מחמת הספק, או אז יטען המבקש 1, כי לכל הפחות יש למזער את פוטנציאל הפגיעה בנאשם ע"י פתיחת נתיב בפניו להשגה על קביעות בית המשפט, וזאת על ידי קביעת זכות ערעור, או למצער, בקשת רשות ערעור.

א. היעדר האפשרות לערער על הזיכוי מחמת הספק – הדין המצוי

106. בפתח הדברים ידגיש המבקש 1, כי בתי המשפט רואים בזכות הערעור זכות יסוד מהותית, ולא דיונית (להרחבה, ראו פסקאות 144-147 לבקשת רשות הערעור). משכך ברי, כי מדובר בזכות בעלת מעמד רם ומתחזקת המסקנה, כי המצב המשפטי הקיים בו לא קיימת דרך המאפשרת לנאשם שזוכה מחמת הספק (ונפגע מכך) לערער, אינו משקף מדיניות משפטית ראויה והגיעה העת לשנותו.

107. למרות זאת, הלכה קצרה של בית המשפט העליון שמקורה בשנות השבעים ואשר נקבעה בע"פ 43/77 **ברו נ'** **מדינת ישראל** (טרם פורסם בנבו) שרירה וקיימת עד היום, ולפיה כאשר ניתן זיכוי, מסתיימים ההליכים המשפטיים. גם בפרשת **סופיוב**, נקבע בדעת רוב של כב' 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 שזיכוי נקבע מחמת הספק, והוא מבקש להשיג על החלטה, כך שיקבע כי יש לזכותו זיכוי מוחלט.

108. כאן המקום לציין, כי פסק הדין של דעת הרוב (השולל אפשרות לערער על זיכוי מחמת הספק), ניתן על דרך של פרשנות, 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).

109. אם בכך לא די כדי להצדיק את עתירתו של המבקש 1, כי בית משפט נכבד זה, יקיים דיון וליבון מעמיק בצורך לאפשר ערעור על הכרעת דין אשר מזכה מחמת הספק, יפנה המבקש 1 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 בג"ץ 188/96 צירנסקי נ' נשיא בית משפט השלום חדרה פ"ד נב(3) 721 (1998) (להלן: "פרשת צירנסקי"), שעסקו בעניינו של עד ולא בנאשם. הנה כי כן, דומה שלא ניתן יהא לחלוק על כך שבעת הזו, וודאי לאחר השינוי שחל באקלים המשפטי בשיטתנו, יש צורך בדיון מקיף וממצה בסוגיות העומדות על הפרק על ידי בית משפט נכבד זה, ובכלל זה בחינה מחודשת של מתן אפשרות ערעור לנאשמים שזכו מחמת הספק, כדוגמת המבקש 1.

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

1. הפגיעה בזכות הגישה לערכאות

110. המבקש 1 יטען, כי חוסר האפשרות לערער על זיכוי מחמת הספק פוגע באופן המובהק ביותר בזכות הגישה לערכאות של הנאשם, הידועה כאבן הפינה של שלטון החוק, וזאת מאחר שדלתות בית המשפט נסגרות בפניו.

111. נראה, כי חוסר אפשרותו של נאשם לערער במקרה של הכרעת דין המזכה מחמת הספק, הטרידה את כבי השופט גרוס בפרשת סופיוב בציינו בפסקה 2 לפסק דינו:

"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 בכנפיו 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 כבי השופט גרוס:

"אין גם כל סתירה בין הענקת זכות הערעור לבין חיקוק כלשהו [...] 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).

112. בית המשפט הנכבד מתבקש אפוא, ליתן זכות ערעור כנגד החלטה המזכה נאשם מחמת הספק, מקום בו זו אינה נשללת מפורשות בחוק, וזאת בשל הפגיעות הכרוכות בתוצאה משפטית זו, והעובדה כי ההלכה הנוהגת כיום פוגעת אנושות בזכות הגישה לערכאות.

ב. הצורך בקיומה של זכות ערעור לנוכח הטיות קוגניטיביות וטעויות שיפוטיות

113. המבקש 1 יוסיף ויטען, כי טעם נוסף המצדיק קיומה של זכות ערעור (ומתן רשות ערעור בעניינו), הינו העובדה כי שופטים הינם בשר ודם, העלולים לטעות בפסיקתם, כך **שהענקת אפשרות לערער מקטינה את הסיכוי למשגה שיפוטי**. האפשרות לערער מהווה **מנגנון בקרה**. 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.

114. להמחשת הדברים, יפנה המבקש 1 **לממצאי פרויקט החפות**, אשר מלמדים, כי קיימות טעויות בהכרעות שופטים. יתרה מכך, מחקרים שונים שבחנו את נושא ההטיות בהכרעות שופטים מצאו, כפי שפורט בבקשת רשות הערעור בפסקה 163, כי שופטים עלולים להיות מושפעים מגורמים שונים החורגים מהרצון להתוות מדיניות שיפוטית ראויה. זאת ועוד, **שופטים הם בשר ודם ומסיבות שונות עלולים לקבל החלטות שיפוטיות שגויות**. נתונים אלו מצדיקים ביתר שאת את הצורך לאפשר בחינה ובדיקה נוספת ע"י ערכאת הערעור, גם במקרה שמדובר בזיכוי מחמת הספק.

115. בעניין זה יפנה המבקש 1 את בית המשפט הנכבד אל מחקרים העוסקים ב"אפקט הפשרה", הבוחן בחירה בין אפשרויות ודן בנטייה של אנשים להעדיף אפשרות ביניים על פני אפשרויות קיצוניות. החוקרים קלמן ושותפיו הראו, כי האפקט עשוי להשפיע על החלטות שיפוטיות. 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**.

116. דוגמא מאלפת נמצאה בניסוי שנערך באוניברסיטת קולרדו, הניסוי ביקש לבחון ולהשוות בין התנהגותם של חברי מושבעים מדומים, כאשר עליהם להכריע בדין במצבים שונים (להרחבה על מהלך הניסוי ראו פסקה 168 לבקשת רשות הערעור). 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.

117. אשר לטענת המשיבה לעלייה באחוז ההרשעות, בפסקה 266, אמנם חלה עלייה של 10% בשיעור ההרשעות, אך נראה כי עלייה משמעותית הרבה יותר של 32% חלה בשיעור הזיכויים. הבדלים תהומיים אלו, לא משתמעים לשתי פנים, והמסקנה המתבקשת הינה, כי ביטולו של הזיכוי מחמת הספק כתוצאה משפטית, יוביל לעלייה משמעותית בזיכויים המוחלטים של נאשמים ומנגד לעלייה מזערית בשיעור ההרשעות. בעלייה זו אין כל פסול, כל עוד אין עסקינן בהרשעות שווא.

118. הטייה נוספת 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** (להטיות נוספות ראו פסקאות 165-166, 171, 173 לבקשת רשות הערעור).

119. **שופטים אל מול הדיוטות** – התוצאות של שופטים ב-"Cognitive Reflection Test" (הבוחר את השפעתם של ההטיות הקוגניטיביות השונות), היו דומות לאלה של נבדקים משכילים אחרים, והוכח שהם אינם חסינים מפני הטיות שונות.

120. עוד בעניין זה יפנה המבקש 1 את בית המשפט הנכבד לשורת דוגמאות בפסיקה **המעידות בבירור**, כי שופטי ערכאות הערעור מסתייגים מקביעתם של השופטים בערכאה התחתונה בדבר זיכוי של הנאשם מחמת הספק חלף זיכוי המוחלט. מקרים אלו ממחישים, כי אם הייתה ניתנת לנאשם האפשרות לערער על סוג הזיכוי, ההחלטה בעניינו ככל הנראה הייתה משתנה (ראו, ע"פ 6621/01 **רוברט בדיליאן נ' מדינת ישראל** (5) 870, 878 (2002) (להלן: "פרשת בדיליאן"); ע"פ 425/88 **איעד אחמד בדיר נ' מדינת ישראל**, מג(2) 204, 206 (1989) (להלן: "פרשת בדיר"); ע"פ 4492/01 **דוד עשור נ' מדינת ישראל**, נז(3) 734, 741 (2003) (להלן: "פרשת עשור")).

121. נדמה, כי לא ימצא חולק על כך שהחלטות השופטים הן בעלות משמעות עתידית חשובה לאין שיעור מבחינת העומד לדין. נראה אם כן, כי החלטות שדנות בשאלה האם הוכחה 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.

3.ב. תמרוץ שיקול דעת זהיר

122. המבקש 1 יפנה לטעם נוסף המצדיק מתן זכות ערעור על הכרעת הדין אשר מזכה נאשם מחמת הספק והוא, כי מתן רשות ערעור עשוי לתמרץ את הערכאות הנמוכות להפעיל שיקול דעת בצורה זהירה יותר, וזאת בשל הידיעה כי יהיו חשופות לביקורת שיפוטית לאחר פסיקתן בערכאות העליונות. עוד ניתן להוסיף, כי מתן רשות הערעור יגביר את **אמון הציבור** במערכת המשפט. ערכאת הערעור נתפסת ככזו, שמקימת ביקורת שיפוטית בתוך המערכת המשפטית עצמה, ובכך מבטיחה את תקינותה ואת אמינות החלטותיה ומקצועיות שופטיה.

4.ב. אנלוגיה לסדרי הדין הקיימים בנוגע לגניזת תיק פלילי

123. כאן המקום להביא דוגמא אשר ממחישה היטב את האנומליה המצויה בדין הפלילי, אשר אינו מאפשר בעת הזו, לנאשם שזוכה מחמת הספק להשיג על תוצאה זו. זאת ע"י הקבלה בין חשודים שתיקם נגנו בשל עילה שאינה היעדר אשמה, לנאשמים שזוכו מחמת הספק.

124. המבקש 1 יטען, כי ישנו דמיון רב בין נאשם שזוכה מחמת הספק לבין חשוד שתיקו נגנו שלא בעילת חוסר אשמה. בשני המקרים, על אף שלא נקבע כי הפרט אשם וכי הוכח החשד המיוחס לו, נותרת עננה מעל ראשם של אלו, ושם הטוב נפגע. **נראה, אפוא כי אין הצדקה וכל בסיס נורמטיבי ומוסרי לאפשר מחד גיסא, לחשוד שתיקו נסגר שלא בעילת היעדר אשמה להשיג על כך, באופן שיסיר סופית כל חשד שנתר רובץ על כתפיו, ומאידך, באותה נשימה, לשלול אפשרות דומה ממי שעניינו נבחן במסגרת ההליך הפלילי ונמצא שאשמתו לא הוכחה, ואף על פי כן נותרה קביעה הפוגעת בשמו הטוב.**

125. המשיבה בפסקה 274 לטענותיה בכתב התשובה, עמדה על מספר הבחנות בין המזוכה מחמת הספק ובין נאשם שתיקו נסגר שלא בעילת חוסר אשמה. המבקש 1 מודע להבדלים אלו, אולם בכל הכבוד הראוי יטען המבקש 1, כי אין בהם כדי להצדיק את ההבדלים התהומיים הנובעים מהפרקטיקה הנוהגת, לפיה לאחד מוענקת הזדמנות לנקות ולטהר את שמו, בעוד האחר נותר עם שלל הפגיעות החוקתיות הנובעות מהכרעת הדין המזכה אותו מחמת הספק, וזאת ללא כל אפשרות להסירן.

5.ב. דעת מיעוט בהרכבים פלייליים המעלה ספק כשלעצמה

126. 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 פליילי מצדד בזיכוי של נאשם, בין אם מחמת הספק ובין בזיכוי מלא, עולה השאלה, האם אין בכך כדי להצביע על קיומו של ספק סביר לפיו יש לזכות את הנאשם, אף אם שני חברי ההרכב האחרים אינם סבורים כמותו ומצדדים בהרשעה? התייחסות לשאלה זו אף מצאה ביטוי בדבריו של חבר המותב כ' השופט דנציגר שהובאו בכנס לשכת עורכי הדין ביום 4.4.16, לפיהם אמון הציבור יגבר במידה ותאומץ גישה המזכה נאשם בשל דעת מיעוט, זאת היות **ועקרון הרוב איננו יכול לגבור על חזקת החפות**, שכאמור מהווה עקרון יסוד במשפט הפליילי.

127. ובהקבלה 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 הכריע השופט בערכאה הדיונית. יוצא אפוא, **שבהסתכלות מהותית כפות המאזניים מעוינות**, משום ששני שופטים סברו כי יש לזכות את המבקש 1 זיכוי מלא ושתי שופטות סברו שיש לזכותו מחמת הספק. מצב דברים חריג זה, די בו כדי להצדיק מתן רשות ערעור בגלגול שלישי. המבקש 1 יוסיף ויטען, כי נותרו סימני שאלה רבים לגבי סוג הזיכוי הראוי בענייננו, בנסיבות אלו, ולו מטעם זה בלבד, הדבר מצדיק בחינה נוספת של המקרה ע"י בית משפט נכבד זה בשבתו כערכאת ערעור.

128. **נפקותה של דעת מיעוט – משפט משווה** - נראה, כי בשיטות משפט אחרות בדרך כלל, די בדעת מיעוט להוביל לזיכוי המלא 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. הסקירה מלמדת, כי **אף מדינה אינה מתירה להרשיע נאשם על חודה של דעה בודדת, כפי שנהוג בישראל למרבה הדאגה והצעור**.

129. המבקש 1 יטען לעניין התוצאה המשפטית שנקבעה בענייננו בסופו של יום כי, **הכרעה ברוב דחוק של שניים מול אחד איננה משכנעת שלא מדובר בביש מזל שפקד את הנאשם**, והיעתרות לבקשה ליתן רשות ערעור בענייננו, תמנע מצב בו נאשם כדוגמת 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.

130. על **מזל בשפיטה** נכתב בספרו של המלומד מאוטר (משפט ותרבות פרק חמישי (תשס"ט)), כי 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.

131. בישום הניתוח המוצג בחיבורו של מאוטנר למקרים מסוג המקרה שלפנינו, המסקנה המתבקשת הינה, כי נכון וראוי לאפשר לנאשם במצבו של המבקש 1, וודאי 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.

6.ב. הביקורת כנגד מתן הזכות לערער על זיכוי מחמת הספק וביקורת שכנגד

132. שלילת החשש לעומס והצפה של בתי המשפט – אשר לטענה בדבר חשש מפני יצירת עומס והצפת בתי המשפט שתגרם עקב מתן זכות ערעור על הכרעת דין המזכה מחמת הספק, יטען המבקש 1 כי טענות בדבר הצפת בתי המשפט במקרים שונים כבר נסתרו בעבר ע"י בית משפט נכבד זה, כך למשל בפרשת צירינסקי. יתרה מזו, אף אם יקבע בית המשפט הנכבד, כי ההסדר הראוי בעניינו של נאשם שמבקש לערער על זיכוי מחמת הספק הינו ערעור ברשות, אזי וודאי שלבית המשפט הנכבד כבועו כבית משפט שלערעור, תהא היכולת לפקח על כמות הערעורים שיובאו לפתחו, ולוודא שיידונו אלו המצדיקים דיון וליבון נוסף.

133. לחיזוק האמור, יפנה המבקש 1 לדבריו של כב' השופט גרוס בפרשת **סופיוב**, אשר שולל את הטענה בדבר חשש להצפת בתי המשפט ואף מציין, כי יש להתמודד עם חשש זה בדרכים שאינן שלילת האפשרות לערער.

134. אין פגיעה בכלל אי ההתערבות – לאור אמירות השופטים בשורת פסקי הדין שהוצגו לעיל, וביניהם פרשת **בדיר, בדיליאן ועשור**, המסקנה המתבקשת הינה, כי גם במגבלות של כלל אי התערבותה של ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים, ניתן להתערב במקרים מתאימים בהחלטת הערכאה הדיונית לזכות מחמת הספק, ולקבוע חלף כך, כי הזיכוי הוא זיכוי מוחלט.

135. יכולת תביעה נזיקית אינה מהווה חלופה ראויה – אין חולק, כי נאשם שזוכה מחמת הספק ובית המשפט דחה את בקשתו לתשלום הוצאות הגנה או פיצוי על מאסר, רשאי לערער על כך בהליך אזרחי, וראו בעניין זה ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון פ"ד (1) 113 (1985). המבקש 1 אף מכיר בכך שיש הטוענים שבכך מתמצה זכותו של הנאשם לתרופה משפטית. אולם, גישה זו מחמיצה את העיקר, שכן **הפגיעה המהותית בנאשם הנוגעת לשמו הטוב נותרת בעינה.**

136. הנה כי כן יטען המבקש 1, כי יש לדחות את הצעת המשיבה לפיה ניתן להסתפק בחלופה של תביעה בעילת הנגישה על הסף, שכן לא זאת בלבד שאין זה ראוי כי ימצא פתרון בדין האזרחי, שעה שהבעיה נובעת מהדין הפלילי, נראה אף כי הלכה למעשה, תביעות אלו לא זכו להתייחסות חיובית מצד בית המשפט (ראו למשל, ת"א (עכו) 2026/00 בוטרוס נסיב זאיד נ' אמאל חאיק עמוד 4 לפסק דינו של כב' השופט שמעון שר (פורסם בנבו, 16.11.2003)). עוד נראה, כי המזוכה מחמת הספק לא יזכה לסעד בדרך של תביעה בעוולת הנגישה, שכן בית המשפט יראה בספק שבזיכוי סיבה מספקת לפיה לא מדובר בהליך נפל, או תביעת סרק כפי שדורשת העוולה.

137. אין פגיעה בעקרון סופיות הדיון – אשר לטענת המשיבה כי במתן זכות ערעור על הכרעת דין מזכה יש בכדי לפגוע בסופיות הדיון, יטען המבקש 1, כי עקרון סופיות הדיון מתיישב עם מתן אפשרות ערעור על זיכוי מחמת הספק. המבקש 1 ידגיש, כי עקרון סופיות הדיון מתמצה במגבלה על מספר הפעמים שבו בעל דין זכאי לתקוף החלטה שיפוטית בעניינו, ולא בכך שהליך שיפוטי מתנהל פעם אחת בלבד ואין לשנות את הכרעתו. על כך יש להוסיף, כי הזיכוי מחמת הספק, בשל הפגיעות הנלוות לו, מהווה המשך סכסוך בין הנאשם לבין המדינה.

138. יודגש כי המקרה שלפנינו, ממחיש מצב דברים בו נאשם כלל לא זכה להשיג על התוצאה המשפטית שנקבעה בעניינו, תוצאה משפטית שכאמור מסבה לו פגיעה בזכויותיו החוקתיות, ואשר נקבעה לראשונה בערכאת הערעור כתוצאה (דווקא) מהשגתה של המדינה על פסק הדין של הערכאה הדיונית המזכה זיכוי מוחלט. נראה אפוא, שמצב זה מצדיק לכל הפחות, מתן רשות ערעור שבה תבחן ההצדקה לאפשר לנאשם שנפגע כתוצאה מהכרעה שיפוטית בעניינו, לראשונה הזדמנות להשיג עליה.

7.ב. הפגיעה בזכות הגישה לערכאות אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה

139. המבקש 1 יוסיף ויטען, כי הפגיעה בזכות הגישה לערכאות, הנובעת מחסימת דרכו של הנאשם המזוכה מחמת הספק לערער, אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. הקושי עולה כבר בשלב הראשון, כשכאמור, מדובר בפרקטיקה שהינה יצירת פסיקה, ולכן ספק אם עומדת בתנאי של פגיעה הקבועה ב"חוק" או מ"מכוח חוק". לבטח שאין לקבל את טענת המשיבה בפסקה 286 לכתב התשובה, כי היעדר האפשרות לערער הינה מכוח הסמכה מפורשת בחוק.

140. נראה, כי אף אם תכליתה ראויה לכאורה, ומתקיים קשר רציונאלי בין האמצעי למטרה של יעילות, עצמאות השופט, וסופיות הדיון, יחד עם זאת, אין עסקינן באמצעי שפגיעתו פחותה וישנן חלופות פוגעניות פחות.

141. עוד יוסיף המבקש 1 בעניין זה, כי אין מדובר באיזון ראוי במבחני המידתיות והנזק מול תועלת בעת הזו, בה יש להקנות לזכויות יסוד של הפרט ערך עליון, ולנוכח השינוי באקלים המשפטי בשיטתנו, התועלת בדמות שיקולי היעילות אינה יכולה לעמוד עוד ולגבור על הפגיעה האקוטית בזכויותיו החוקתיות של הנאשם.

ג. החלופה הראויה

142. לאור המפורט לעיל סבור המבקש 1, כי יש לאפשר זכות ערעור, ולמצער, רשות ערעור, לנאשם המזוכה מחמת הספק בערכאה הראשונה, וכן, לבקש רשות לערער באם זוכה הנאשם מחמת הספק בערכאה שניה. בדרך זו תצטמצם עד תוסר לחלוטין, הפגיעה בזכות הגישה לערכאות של נאשמים אלו, והפגיעות הנובעות מזיכויים 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 כל טענה בדבר חשש מעומס והצפה של בתי המשפט.

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

האמירות והקביעות שהופנו כלפיו

א. כללי

143. בפתח הדברים נציין, כי מתן סעד לעד שנפגע מאמירות וקביעות שנקבעו לגביו בהליך שבו לא היה צד פורמלי, והצורך לאפשר לנאשם שזוכה מחמת הספק להשיג על פסק הדין, הן בבחינת כלים שלובים. זאת מן הטעם, כי בשתי סוגיות אלו מתרחש עיוות דין, 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 לערער, יפות גם לסוגיה זו, ומשכך נחסוך את הדין בהן פעם נוספת.

ב. חשיבות ההגנה על העד

144. חובתו של השופט לשמור על כבודם של עדים ולהימנע מפגיעה מיותרת בהם, מעוגנת בחקיקה בסעיף 2 בחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), תשי"ח-1957. בעניין זה יטען המבקש 2, אם כך קובע החוק בעניין מניעת פגיעה מצד אחרים בעד, הרי שקל וחומר שהדבר חל גם לגבי השופטים. וכך אף מציין כב' השופט שמגר בדנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד מח(4) 621, 630 (1994).

145. חשיבות ההגנה והשמירה על כבודם ושמם של עדים בבית המשפט הינה ברורה ומובנת מאליה. יפים לעניין זה דברי כב' השופט קדמי וכב' השופטת דליה דורנר בפסק הדין בפרשת צירינסקי, בעמוד 741:

"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 בזהירות. אל לבית-המשפט לפגוע בעד מעבר לדרוש להכרעה בדין". (ההדגשות אינן במקור).

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

146. המבחן הפונקציונאלי נקבע ע"י כב' השופט אהרון ברק בש"פ 658/88 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 670, 694 (1991) (להלן: עניין חסן"). הלכה זו אושרה גם בפרשת צירינסקי. כבוד השופטת שטרסברג-כהן בדעת מיעוט סברה בפרשה זו, כי יש לאפשר סעד בעבור הפגיעה החמורה שאירעה, וסקרה שם את המסלולים האפשריים לפנייה לבית המשפט לשם קבלת סעד זה.

147. המבקש 2 יטען, כי הגיעה העת לקבוע מסלול שיאפשר למי שלא היה צד פורמאלי (במקרה שלפנינו מי ששימש כעד) ונפגע מביקורת בית המשפט כלפיו בפסק הדין, להשיג על קביעות אלו, על מנת שיהיה ביכולתו למנוע את הפגיעה בו, ולמצער, למתנה.

ג.1. שלילת מסלול הבג"ץ

148. מסלול הבג"ץ כבר הוכרז ככזה שאינו מועדף ע"י השופטים לליבון ודיון בסוגיות בדמות זו, בבג"צ 206/59 שלמה גילה נ' שופט-השלוט, ירושלים (ח. חיימוביץ), ו-7 אח', יד 1709 (1960), וכן בעניין חסן ועניין צירינסקי, הוחלט ברוב דעות, כי הדרך הנכונה של צד לתקוף החלטה ממנה נפגע, היא באמצעות ערעור ולא עתירה לבג"ץ. ניתן אם כך לסבור כי בעת זו, מסלול הבג"ץ חסום בפני עותרים מסוג זה, ובפרט בפני המבקש 2.

ג.2. ביקורת על החלופה המוצעת ע"י המשיבה - תביעה לפסק דין הצהרתי

149. עיקר הביקורת למסלול זה, שהועלה לראשונה בעניין צירינסקי, ואף יושם בה"פ (ת"א) 847/05 דן אורמן נ' הבנק הבנלאומי הראשון לישראל, (פורסם בנבו, 29.1.2008) (להלן: "עניין אורמן"), היא העובדה שהליך מעין זה לוקה בהעדר אדברסריות. יתכנו שני מצבים כאשר עד פותח בהליך מעין זה – כאשר הרלוונטי לענייננו הוא המצב בו השגותיו של העד עלולות להביא לשינוי התוצאה בהליך המקורי. אפשרות זו, פוגעת בסופיות הדיון ועלולה אף להביא לפסקי דין סותרים באותו עניין. במצב הזה, יטען המבקש 2, כי אין להסתפק במסלול של פסק דין הצהרתי, אשר הוצע ע"י המשיבה כפתרון לעניינו, והדרך הראויה ביותר להתמודדות משפטית הינה באמצעות ערעור על פסק הדין.

150. בעניין זה אף ידגיש המבקש 1, כי אם תישמט הביקורת שהופנתה כלפי עדותו של המבקש 2, המצב המשפטי בעניינו עשוי להשתנות, והדבר עשוי להוביל לצורך ואף חובה לזכותו בזיכוי מוחלט. על כן, יתבקש בית המשפט ליתן למבקש 2 רשות ערעור על פסק הדין, כך שעניינו יידון במאוחד עם עניינו של המבקש 1.

ג.3. מסלול הערעור – יישומה של הלכת חסן בפסיקותיהן של הערכאות השונות

151. המבקש 2 יפנה את בית המשפט הנכבד, להלכת חסן כך שיקבע כי גם בעניינו, בדומה לעניין חסן, נפגעה זכות הופלדיאנית, ועל כן עומדת לו הזכות לערער על פסק הדין, אף אם איננו צד פורמלי להליך העיקרי. כתימוכין לאמור אף יפנה, למספר מקרים בהם נעשה שימוש בהלכת חסן, באופן המלמד כי הלכה זו רלוונטית אף לענייננו.

152. 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)) נקבע, כי זכויותיו ההופלדיאניות של צד שלישי להליך נפגע, ועל כן הוא זכאי לקבל רשות ערעור על פסק הדין הפוגעני. המבקש 2 יטען, כי מבחינת הפגיעות בשם הטוב, בחופש העיסוק ובזכות לקניין, לא קיים כל שוני מהותי בין אדם שעוסק בבוררות, כדוגמת מר פרץ, לפרקליט בכיר בשירות הציבורי, כדוגמתו, שכן פגיעות אלו מסבות לשניים נזק בלתי הפיך.

153. פסק דין נוסף בו הוכרו פגיעות בזכויות הופלדיאניות, 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). בכל הכבוד הראוי, יטען המבקש 2, כי אין פגיעה ממונית כלשהי, כפי שמתוארת בפסק דין זה, עולה בחומרתה על הפגיעות שהוסבו לו ובפרט בשמו הטוב, ועל כן אף עניינו חוסה תחת הלכת חסן. 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).

154. הנה כי כן, יש לראות בפגיעה שהוסבה למבקש 2 ככזו החוסה תחת כנפיה של הלכת חסון, שכן עסקינן בפגיעה ממשית בשמו הטוב, עיסוקו וקניינו. העובדה שהינו פרקליט בשירות הציבורי, רק מעצימה פגיעות אלו ומצדיקה ביתר שאת, בעניין שלפנינו, את הצורך שלא להותירו נטול סעד ראוי. למותר לציין, את דבריה של כב' השופטת שטרסברג-כהן בעניין צירינסקי בפסקה 15 לפסק דינה, היפים לעניינו של המבקש 2 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 [...] נראה כי יש מקום להושיט לעד סעד, שכן זכותו נפגעה פגיעה אנושה, ומקום שבו יש זכות שם גם התרופה". (ההדגשות אינן במקור).

155. בסיכומם של דברים, בית המשפט הנכבד מתבקש להיעתר לבקשת המבקש 2, כי תינתן לו האפשרות להשיג על הקביעות והאמירות שנקבעו ביחס אליו במסגרת פסק הדין של בית המשפט המחוזי, וזאת במאוחד עם השגתו של המבקש 1 על זיכוי מחמת הספק.

ד. ההצדקות למתן סעד לעד שנפגע

156. **פגיעה בשם טוב** – המבקש 2 יטען, כי אמרות כנגד עד פלוני שאינו אמין ושעדותו בלתי מהימנה או מסולפת, פוגעות בשמו הטוב. פגיעה זו הוכרה בעניין צירינסקי. שם נקבע, כי אותו עד עלול להיתפס בקרב הציבור כמי שאין לתת בו, בשירותיו או בכישוריו אמון, שכן בית המשפט מצא בו דופי והסתייג ממנו.

157. המבקש 2 יוסיף ויטען, כי 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.

158. 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 הופלדיאנית. 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.

159. כאן המקום להדגיש, כי במרבית המקרים יוכל אדם ששמו הטוב נפגע, לחסות תחת הגנתו של חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה - 1965, ואולם בכך לא סגי, משום שכאשר הפגיעה נעשית במסגרת פסק דין, לא קיימת לנפגע אפשרות אחרת מלבד הגשת ערעור.

160. **הרתעת עדים מלהעיד** – המבקש 2 יוסיף ויטען, כי אם אין די בפגיעות שצוינו כדי להצדיק מתן סעד לנפגע, פרקטיקה לפיה יוכלו שופטים שלא גילו איפוק, ריסון ומוג שיפוטי, לדבר בגנותם של צדדים שאינם צדדים פורמאליים להליך ללא הצדקה או צורך, עלולה להביא בסופו של יום לתופעה בה תיווצר הרתעת יתר של העדים. קרי, עדים אשר יזומנו להעיד יירתעו מלהעיד כלל בסברם כי בכך יוכלו להימנע מפגיעה אפשרית בהם. לחלופין, בכפוף לחובה להעיד, עדים יחוושו שעליהם להיזהר מאוד בעדותם, ולא לנקוט באמירות שיתכן וייתפסו כשקריות, על אף שהן אמת לאמיתתה.

מהלך שכוה, עלול להביא לסירוסם של העדים ולפגיעה חמורה ביכולתה של מערכת המשפט להגיע לחקר האמת ולעשות צדק. תוצאה שכזו, אין הדעת סובלת, ואף בכך יש כדי להצדיק את הסעד המבוקש ע"י המבקש 2.

161. החשש מהרתעת היתר, אף 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 וטיפול הכרעת הדין.

162. מחלוקת בין הערכאות בנוגע למהימנות העד – בעניין זה יפנה המבקש 2 לכך, שבערכאה הדיונית, לא הוטל כל דופי בעדותו ובהתנהלותו. נהפוך הוא, נראה כי ערכאה זו, אשר ששמעה בפועל את עדותו, נשענה עליה בהכרעתה 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 אינן חד משמעיות ומשתנות מערכאה לערכאה, ומשופט לשופט.

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

ה. לסיכום נקודה זו

164. המבקש 2 יטען, כי יש לתת לעד שנפגע במהלך הליך משפטי מאמירות וקביעות פוגעניות כלפיו מצד בית המשפט, דרך להשיג על קביעות אלו ולקבל סעד. יתכנו מקרים בהם הקביעות לגבי העד הינן רלוונטיות ועלולות להשפיע גם על הקביעות בהליך העיקרי, הדרך הראויה להתמודדות משפטית, היא באמצעות הליך של ערעור בלבד. 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.

165. בנקודה זו חשוב לציין, כי נוכח שורת ההחלטות שהוצגו, בהן נקבע כי נפגעו זכויותיהם ההופלדיאנית של המערערים, מתקבל על הדעת, כי במקרים רבים גם זכויותיו ההופלדיאניות של עד ייפגעו בעקבות אמירות וקביעות לגביו, והחשש מתגבר כאשר מדובר בבעל משרה ציבורית. מסקנת הדברים הינה, כי במקרה שלפנינו, אין להותיר את המבקש 2, אשר מילא את חובתו האזרחית, ללא כל אפשרות לקבלת סעד.

ו. חלופה ראויה

166. על מנת להעמיד דברים על מקומם, יובהר כי חלופה ראויה למצב הקיים בעניינו, הינה 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. חלופה זו מקטינה משמעותית את החשש מהצפת בתי המשפט.

167. עוד יצויין כי החלופות שהובאו ע"י המשיבה בפסקה 306 לכתב התשובה, אינן מניחות את הדעת ואינן מסירות, ולו במעט, את הפגיעות בזכויותיו של המבקש 2.

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

168. בפתח הדברים יודגש, כי המבקשים 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 בכך סתירה, שכן, אין המדינה והאזרח הקטן שווים בכוחם במשאביהם וביכולותיהם, הן אלו החומריות והן תעצומות הנפש הדרושות לשם התמודדות עם ההליך הפלילי. ופערי הכוחות ביניהם ברורים לכל. על כן, שלילת האפשרות לערער מצד המדינה אין בה, בכל הכבוד, כדי להשליך לעניין אפשרות הערעור של הנאשם, שכן הולכים השניים בנתיבים המקבילים זה לזה, ואין דרכם אותה דרך.

א. הדין המצוי אל מול הדין הראוי

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

170. על שאלה זו יטען המבקש 1 כי יש לענות בשלילה. על פערי הכוחות האינהרנטיים שבין המדינה לנאשם עמד בית משפט נכבד זה לא אחת, כך בפסק הדין בע"פ 1421/10 פלוגי נ' מדינת ישראל, פסקה 15 לפסק דינה של כב' השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 18.7.2012). ניתן לראות, כי בית המשפט אף מכיר בצורך להחיל הסדרים משפטיים באופן שונה על המדינה ועל הנאשם, וזאת בשל פערי הכוחות האינהרנטיים בין הצדדים, ראו והשוו ע"פ 8080/12 מדינת ישראל נ' אהוד אולמרט, פסקה 3 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר (פורסם בנבו, 6.7.14).

171. 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. יהיה זה בלתי הוגן ואף אכזרי, לפתוח מחדש הליך שבו הנאשם כבר זוכה. הגם שבדין הישראלי לא חלה דוקטרינת הסיכון הכפול במלואה, ניתן לראות את עקרונותיו הבאים לידי ביטוי בסעיף 5 ו-149(5) לחוק הסדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982.

172. נראה, כי בית המשפט בישראל מכיר בחשיבותו של העקרון בע"פ 8010/07 חזיזה נ' מדינת ישראל תק-על 2009(2), 1720 (2009). התייחסות נוספת בפסיקה 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' פלוגי, פסקה 2 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר (פורסם בנבו, 20.9.2012) (להלן: "פרשת פלוגי"):

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

173. בפרשה זו אף, התייחס כבי' השופט סולברג בפסקה 41 לפסק דינו לסוגייה זו :

“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).

174. המבקש 1 יטען, כי אין זה ראוי שהמדינה תערער על זיכוי של נאשם, גם בשל הסיבה כי הרשעה בערכאת הערער 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 פסק הדין המזכה שניתן ע"י הערכאה דלמטה מבסס ספק סביר בדבר אשמתו, אשר לא יוסר אף אם ערכאת ערער תחליט להרשיעו!?**

175. **המבקש 1 יטען, כי 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), מקרה זה מדגים את התעמרות המדינה בנאשם, נוכח חשיפתו מחדש להליך פלילי וחוסר וודאותו, והן את הספק שמותירה קביעתה הנחרצת של הערכאה הדיונית.

176. עיוות הדין המתואר אף מתרחב, כאשר אדם מזוכה בערכאה הראשונה בבית משפט שלום, ומורשע בערכאת הערער בבית משפט מחוזי. נאשם כזה יוכל לערער על הרשעתו ברשות בלבד. יוצא אפוא במקרה כזה, **כי למדינה הייתה הזכות לערער על פסק הדין ואילו לנאשם עצמו לא.**

177. לא זו אף זו, יכול להיווצר **עיוות גדול יותר**, במקרה שבית המשפט העליון מרשיע את הנאשם לראשונה בשבתו כערכאת ערער. במקרה זה, **נשללת מהנאשם אף האפשרות למצער, לבקש רשות לערער**, ובמצב דברים זה הוא נאלץ לעמוד במבחנים המחמירים והמצמצמים לקיומו של דיון נוסף.

178. בנוסף, ביקורות רבות הושמעו כנגד העובדה שהחלטה האם לערער על פסק דין מזכה מתקבלת ללא בקרה, חרף כוחה וגודלה הרב של מערכת התביעה (פרופ' זאב סגל "פרקליטות ללא ביקורת" הארץ Online חדשות 2.3.2009). **עניין זה אינו מתיישב עם חובתה של רשות מנהלית לקבל החלטה על פי כללי הצדק הטבעי, ולהבטיח את הגינות ההליך.**

ב. משפט משווה

179. המבקש 1 לא עשה עבודתו קלה ולא הסתפק בבחינתו של הדין הנוהג בשיטתנו. המבקש 1 יטען כי סקירת המשפט המשווה מלמדת, כי **בארה"ב** התביעה הכללית אינה רשאית לערער על פסק דין הקובע זיכוי אדם מאשם בביצוע עבירה פלילית. **הדין בארה"ב אף רואה בערער המדינה על זיכוי משום פגיעה בתיקון החמישי לחוקה ובעיקרון הסיכון הכפול.** לא זו אף זו, נקבע כי הערער 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).

180. באנגליה, מהווה העקרון האוסר על סיכון כפול של נאשם בפלילים כלל יסוד במשך 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.

181. במשפט העברי ישנה התייחסות לערעור לאחר זיכוי. בדיני נפשות נקבע, כי גם אם נמצאה טעות בפסק הדין המזכה, אין לחזור ולדון את הנאשם לאחר שזוכה בדין.

182. הנה כי כן יטען המבקש 1 נמצאנו למדים, כי אף אחת משיטות המשפט מהן יונקת שיטת המשפט הישראלית את ערכיה ועקרונותיה, אינן מכירות, לרוב, באפשרות המדינה לערער על זיכוי של הנאשם. משכך הדבר, גם אם דוקטרינת הסיכון הכפול 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.

ג. חלופה ראויה

183. המבקש 1 יפנה לעמדת הסנגוריה הציבורית, מיום 11.2.09, אשר הוגשה לפרופ' אהרון אנקר, יו"ר "הועדה לבחינת הרשעה בדעת רוב וערעור על זיכוי במשפט פלילי" המלמדת, כי הוצע מנגנון אשר יאפשר למדינה ערעור על זיכוי ברשות בלבד. הרשות לערער תינתן רק כאשר השאלה העיקרית היא שאלה משפטית. המבקש יטען כי, יישום מנגנון זה אינו מסובך, מכיוון שיעשה בהתאם לפרוצדורה המקובלת היום של מתן רשות ערעור לפי הלכת חניון חיפה.

184. אימוץ חלופה זו תאפשר לצמצם את מספר המקרים בהם נאשם שזוכה, המאמין כי איימת הדין הפלילי מאחוריו, מוצא עצמו חשוף אליה בשנית, כשעלול להיות מורשע למרות זיכוי ע"י שופטי הערכאה הראשונה.

185. בעניין זה יוסיף ויטען המבקש 1, כי המלצותיה של ועדת אנקר בדבר הגברת הביקורת על הפרקליטות באמצעות הנחיות פנימיות ברורות, לא הביאו לשיפור או שינוי במצב הבעייתי הקיים. על כן, יש צורך במתן פתרון אמיתי בדמות ביקורת חיצונית, ואין להסתפק עוד בפתרונות ביניים המשאירים את שיקול הדעת בידי המדינה.

5. התערבותו של בית המשפט העליון בהלכה שתש כוחה

מענה המבקש 1 לטענות המשיבה בדבר התערבות ביהמ"ש בהלכה נוהגת

186. פטור בלא כלום אי אפשר ולפיכך, יתייחס המבקש 1 לטענת המשיבה בפסקה 13 לכתב התשובה, על פיה שינוי הלכה ותיקה לא ראוי שיעשה במסגרת ערעור פלילי של אדם פרטי. דין טענה זו להידחות, ולו מהטעם שפסק הדין שניתן בע"פ 5121/98 טור' יששכרוב נ' התובע הצבאי, סא (1) 461, 67 (2006), מהווה דוגמא מובהקת לשינויה של הלכה מושרשת, וזאת במסגרת ערעור פלילי של אדם פרטי.

187. המבקש 1 יטען כי, הגיעה העת שבית משפט נכבד זה ייתן דעתו לעיוותי הדין והפגיעות החוקתיות בנאשמים, אשר נגרמים בעטייה של ההלכה הנוהגת בעניין הזיכוי מחמת הספק, באופן המצדיק את התערבותו של בית משפט נכבד זה, 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 שלא היה צד בהליך העיקרי, אך זכויותיו נפגעו, לקבל סעד מהמערכת השיפוטית.

6. אחרית דבר

188. בקשת רשות הערעור שהגישו המבקשים, מניחה על שולחנו של בית המשפט הנכבד, מספר סוגיות יסוד משפטיות, אשר כפי שפורט והודגם בהרחבה, כל אחת מהן לבדה וכולן יחד, מצדיקות מתן רשות ערעור על פסק הדין שניתן בבית המשפט המחוזי.

189. 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], לבחון את החלופות המוצעות, ולהעניק למבקשים את הסעדים הראויים.

190. בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על ביטול מוסד הזיכוי מחמת הספק, וכפועל יוצא להורות על זיכוי המוחלט של המבקש 1. 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 להם, לטהר את שמם לחלוטין ולמצער, ערעור ברשות. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור לגופו בעניין המבקש 1, ולזכותו זיכוי מוחלט.

191. אשר למי שלא היה בעל דין בהליך העיקרי ונפגע מאמרות בית המשפט במסגרת פסק הדין, דוגמת המבקש 2, מתבקש בית המשפט נכבד, להורות כי תינתן לו הזכות לערער, או למצער, 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 שהופנו כלפיו במסגרת פסק דינה של ערכאת הערעור.

192. לחלופי חלופין, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות, כי תוגבל סמכות המדינה להגיש ערעור על פסק דין אשר מזכה את הנאשם, ולמצער לקבוע, כי המדינה תוכל להגיש בקשת רשות ערעור בלבד, וזאת כאשר מדובר בזיכוי שנסיב סביב שאלה משפטית החורגת מעניינו הפרטי של אותו נאשם, ואשר יש בה עניין רב לכלל הציבור. כפועל יוצא מהגבלת זכות הערעור של המדינה, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי בשבתו כערכאת ערעור, אשר מצא כי יש לזכות את המבקש 1 מחמת הספק בלבד, בטל.

מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה.

מר עמרי מיכאלי, ב"כ המבקשים

הגב' זיו שקדי, ב"כ המבקשים

הגב' נגה אושעיה, ב"כ המבקשים