

# טענת "אין להשיב לאשמה" – בחינה מחדש

מרדכי לוי\*

- א. מבוא
- ב. סקירה היסטורית
- ג. המשפט המשווה
  1. המשפט האנגלי
  2. המשפט האמריקני
  3. המשפט הקנדי
  4. השוואת ההלכה הנוהגת בשיטות המשפט הזרות לזו החלה בישראל
- ד. בחינת הסוגיה והבעייתיות של הדין הנוהג במשפטנו
  1. בין חובת ההוכחה לחובת הראיה
  2. מהות הראיות לכאורה ועצמתן
  3. השיקולים והערכים הרלוונטיים והבעייתיות של הדין החל
- ה. מסקנות והצעות
- ו. סיכום

## א. מבוא

סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "הסדר"פ") שכותרתו היא "זיכוי בשל העדר הוכחה לכאורה" (להלן: "הסוגיה"), קובע כי בית המשפט יזכה את הנאשם אם "נסתיימה פרשת התביעה ולא הוכחה האשמה אף לכאורה"<sup>1</sup>. על פי פסיקה רבת־שנים של בית המשפט העליון, די בכך שבפרשת התביעה הוצגו ראיות בסיסיות, גם אם דלות, להוכחת יסודותיה המרכזיים של העברה המיוחסת לנאשם, כדי שיהא חייב להשיב לאשמה;<sup>2</sup> וככלל, בית המשפט אינו מתייחס, בשלב זה, למהימנות הראיות ולמשקלן, אלא אם כן

---

\* שופט בית הדין הצבאי לערעורים ומרצה מן החוץ בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל־אביב ובמכללה האקדמית למשפטים ברמת־גן. תודתי נתונה לפרופ' דן בייז, לד"ר עודד מורדיק, לחברי מערכת "הפרקליט" על הערותיהם המועילות ולעו"ד דני טבקוב על עזרתו בחקר המשפט המשווה.

1 ראו גם ס' 365 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: "חש"ץ"), שכותרתו "טענת חוסר אשמה". שני הסעיפים דנים בזיכוי הנאשם בשל היעדר הוכחה לכאורה, עם סיום פרשת התביעה, ואין הכדל מהותי ביניהם.

2 לאמיתו של דבר, אין מדובר כאן בתשובת הנאשם לאשמה, מאחר שהתשובה לאשמה היא בפתח המשפט עם הקראת כתב האישום (ראו ס' 152 להסדר"פ וס' 354 לחש"ץ), אלא ענייננו הוא בתשובת הנאשם לראיות התביעה, עם תום פרשת התביעה; ראו למשל גרשון אוריון דיני הודאות וחקירה 339, ה"ש 78 (התשמ"ה); לפני, כונתה הטענה בשם "אין על מה להשיב", הדומה למינוח האנגלי no case to answer, ראו, למשל, בג"ץ 6/53 בלבר נ' שו"ש, ת"א, פ"ד ז 1105, 1109-1108 (1953); או שהיא כונתה כטענת "אין מה להשיב"; ע"פ 26/49 היועץ המשפטי לממשלה נ' חמדאן, פ"ד ב 837, 838 (1949), או "אין הוכחות הטעונות תשובה" ע"פ 69/49 לוי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ד 89, 90 (1950); עם זאת, בארץ השתרש המינוח "טענת 'אין להשיב לאשמה'" בנוגע לסוגיה, ועל כן אשתמש בו ברשימה זו.

הנסיבות קיצוניות ונדירות, עד שאף בית משפט סביר אינו יכול ליתן אמון בראיות התביעה.<sup>3</sup> כמו כן, אין צורך לבחון בשלב זה קיומה של תוספת ראיתית, מקום שהיא נדרשת לשם הרשעת הנאשם.<sup>4</sup>

למעשה, הלכה עתיקת-יומין זו, שראשיתה עוד בטרם קום המדינה,<sup>5</sup> נקלטה בעיקרה מהמשפט האנגלי.<sup>6</sup> על הלכה זו נמתחה אמנם ביקורת בספרות,<sup>7</sup> ואף נעשה ניסיון בבית המשפט העליון לבחון אותה מחדש ולשנותה,<sup>8</sup> אולם הניסיון לא צלח, ובית המשפט חזר על ההלכה פעמים אחדות, גם בשנים האחרונות, לרוב ללא דיון ממצה לגופה.<sup>9</sup>

נראה כי הרציונלים העיקריים שבבסיס הסוגיה הנם: ראשית, למנוע את הצורך בהצגת ראיות הגנה כאשר אשמת הנאשם לא הוכחה אף לכאורה בתום פרשת התביעה, ובכך לחסוך בעיקר זמן שיפוטי וכן את זמנם של עדי ההגנה הפוטנציאליים.<sup>10</sup> שנית, למנוע מצב שבו הנאשם יידרש להשיב לאשמה שאין לגביה בעדויות התביעה אף לא ראיות לכאורה, וזאת בניגוד לזכות השתיקה.<sup>11</sup> לטעמי, הגיעה העת לבחון מחדש את הדין החל בענייננו ובמיוחד את השפעתה האפשרית של הקונסטטיטוציונליזציה של המשפט,<sup>12</sup> ואת השפעתו של

3 עניין המדאן, שם בעמ' 838; ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ד 504 (1950); ע"פ 732/76 מדינת ישראל נ' בחלון, פ"ד לב(1) 170 (1977); ע"פ 405/80 מדינת ישראל נ' שדמי, פ"ד לה(2) 757 (1981); ע"פ 141/84 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד לט(3) 596 (1985).

4 ע"פ 318/79 אנגל נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 98, 107-108 (1980); ע"פ 638/85 מדינת ישראל נ' בוטרוב, פ"ד מ(2) 658, 660-661 (1986); כן ראו להלן ה"ש 41 ו-107 ובפרק ה'. (1942) Attorney General v. Levin 9 P.L.R 258 (S.C. 1942).

5 לדוגמה, עניין זרקא, לעיל ה"ש 3; ע"פ 325/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' ירקוני, פ"ד יח(4) 20, 59 (1964); עניין בחלון, לעיל ה"ש 3; וכן ראו פרק ג.1 על המשפט האנגלי.

6 אורי שטרומן "המלך עירום או חבר המושבעים השולט בבית-המשפט בישראל" עיוני משפט יג 175, 206-207 (1988); מרדכי קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" משפטים יז 475, 476 (1988); אסף הרדוף אין להשיב לאשמה (2005).

7 ע"פ 2693/99 מדינת ישראל נ' דהן, פדאור (2)99 287 (1999); דנ"פ 2068/00 דהן נ' מדינת ישראל, תקיעל (2)00 2092 (2000).

8 בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 144-145, 164-165 (1996); בש"פ 825/98 דחלה נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 625 (1998); ע"פ 8418/99 ישפאר חברה אלקטרונית למסחר בע"מ נ' אלירזי ג'נסיס מסחר (1992) בע"מ, תקיעל (4)99 17 (1999); פרשת דהן, שם; ע"פ 5105/02 אבו קישק נ' מדינת ישראל, דינים עליון סג 65 (2002).

9 עניין בחלון, לעיל ה"ש 3; עש"מ 7792/02 צמח נ' מדינת ישראל, פדאור (4)03 373, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ביניש (2003); Williams, *The Application for a Directed Verdict*, 1965 CRIM. L. R. 343, 346.

10 עניין זאדה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 144; Williams, שם בעמ' 347-346. נראה כי במקורה נועדה ההלכה האנגלית, בנוגע לסוגיה, למנוע אפשרות שלפיה חבר מושבעים ירשע נאשם כשאין אף לא ראיות קלושות המוכיחות את יסודות העברה; שטרומן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 206.

11 אהרן ברק "הקונסטטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1996); וראו ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, בעיקר פס' 31 לפסק דינה של השופטת ביניש (טרם פורסם, 4.5.2006).

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: "חוק-היסוד") על הסוגיה. למעשה, עד היום, טרם נבחנה באופן ממצה השפעת חוק-היסוד על ההלכה הנדונה – בשונה מהשפעתו על סוגיות אחרות, וביניהן מדיניות המעצר עד תום ההליכים ורף הראיות לכאורה הנדרש לכך.<sup>13</sup>

בטרם נבחן אם במקרה מסוים מצויות בפרשת התביעה די ראיות לכאורה למתן תשובת הנאשם, יש מקום להבהיר מהן השאלות העקרוניות המתעוררות בנוגע לסוגיה, פרט לשאלה המקדמית מדוע נדרשת הוכחה לכאורה. בנוגע לשאלה המקדמית, הצבעתי לעיל על הרציונלים העיקריים העומדים בבסיס הסוגיה. בנוסף לכך, אעסוק במהלך הרשימה בערכים ובאינטרסים הרלוונטיים המתנגשים בענייננו ובאיזון הראוי ביניהם במישור העקרוני. פרט לכך, יש להבחין בין סוגיות אלה: ראשית, מהות הראיות לכאורה לעניין זה; שנית, הרף התחתון של עצמת ההוכחה לכאורה; שלישית, דיות הראיות לכאורה, מקום שנדרשת תוספת ראיתית לצורך הרשעה; רביעית, אופן בחינת הראיות לכאורה. בסוגיה אחרונה זו ניתן להבחין בין שתי שאלות: האחת, האם יש להתייחס רק לראיות המפלילות, או שמא גם לראיות המזכות שבמסגרת פרשת התביעה; השנייה, האם, ככלל, אין להתייחס למשקל הראיות לכאורה ולמהימנותן, ומהם החריגים לכך. בנוסף, עולה השאלה אם על ערכאת הערעור ליתן דעתה גם לראיות ההגנה, מקום שרחיית הטענה הייתה בלתי מוצדקת; שאלה אחרת היא אם יש מקום להעניק לנאשם שטענתו נדחתה זכות ערעור מידית או אפשרות לבקש רשות ערעור על כך.

ברשימה זו אבקש לעמוד על שאלות אלו ולהצביע על הבעייתיות של ההלכה הפסוקה הנוגעת לסוגיה. כמו כן, אנסה להראות כי הטענה של הנאשם ש"אין להשיב לאשמה" (להלן: "הטענה") אינה טכנית אלא מהותית, וכרוכות בה זכויות יסוד חוקתיות בעיקר זכות השתיקה,<sup>14</sup> חזקת החפות<sup>15</sup> והזכות להליך ראוי.<sup>16</sup>

לגישתי, המבחן הנוהג כיום בפסיקה בנוגע לטענה עלול להביא, בחלק מהמקרים, לפגיעה בלתי מידתית בזכויות היסוד האמורות. על כן, לטעמי, יש לפרש את סעיף 158 לחסד"פ (ואת סעיף 365 לחש"ץ) מחדש, ברוח חוק-היסוד, באופן הנותן נפקות משמעותית לביצורן של זכויות אלה גם בענייננו. בנוסף, אבקש לעמוד על כך, כי בעקבות השינוי שחל למעשה בהלכה

13 לעניין מדיניות המעצר לאחר אישום, ראו דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995); ואילו לעניין רף הראיות לכאורה למעצר, ראו עניין זאדה, לעיל ה"ש 9; מרדכי לוי "הראיות לכאורה הנדרשות למעצר עד תום ההליכים – בחינה נוספת" משפטים לד 549 (2005).

14 על זכות השתיקה ראו להלן בפרק ד.3 ובעיקר ה"ש 140–154, וכן ראו להלן ה"ש 18 ו-22. גם על חזקת החפות ראו להלן בפרק ד.3 ובמיוחד ה"ש 156–161.

16 הזכות להליך ראוי הוכרה כזכות יסוד חוקתית על-יחוקית בישראל, ועוד קודם לכן, בשיטות המשפט של מדינות נאורות רבות. ראו למשל אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 281 (1994); דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, 197 (1998); בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 62, 67 (1997); עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 12, פס' 66–67 לפסק דינה של השופטת ביניש; על הזכות להליך ראוי במשפט הור, ראו להלן ה"ש 73 ו-108.

הפסוקה בעניין רף הראיות לכאורה ה"מספיקות לאישום"<sup>17</sup>, אין כיום התאמה ראויה בין רף זה לבין רף הראיות לכאורה הנדרש כדי שנאשם ישיב לאשמה. על כן אציע כי נאשם לא יידרש להשיב לאשמה אלא אם כן תהיינה, בתום פרשת התביעה, ראיות (לכאורה) ממשיות שתצבענה למצער על אפשרות סבירה להרשעתו. כמו כן, לגישתי, צריך שלשופט יוקנה שיקול דעת להתחשב, במקרים המתאימים, גם בראיות התומכות בחפות הנאשם מתוך ראיות התביעה. כן אציע כי בית המשפט יהא רשאי להתחשב במשקלן הלכאורי של ראיות התביעה ובאייהמהימנות המסתמנת של עדיה, לא רק בנסיבות קיצוניות שבהן אף בית משפט סביר לא היה מאמין לעדי התביעה, אלא גם באותם מקרים שבהם בית המשפט עצמו, אשר שמע את העדים והתרשם מהם באופן בלתי אמצעי, יגיע לכלל דעה כי עדי התביעה אינם מהימנים, וכי התביעה לא הצליחה להציג ראיות המקימות אפשרות סבירה להרשעת הנאשם. וזאת אף בהנחה שאם יחויב הנאשם להשיב לאשמה הוא יבחר להימנע מלהעיד, דבר שלפי החוק עשוי לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה ולשמש סיוע מקום שהוא נדרש לשם הרשעה,<sup>18</sup> או שיבחר להעיד ועדותו לא תהא מהימנה בעיני בית המשפט.<sup>19</sup>

17 ראו ס' 62 לחסד"פ; לפנים, ניתן היה להסיק מהפסיקה כי החלטת רשויות התביעה להימנע מהגשת כתב אישום מהטעם של היעדר תשתית ראייתית מספקת, מוצדקת רק אם סיכויי ההרשעה נמוכים מאוד; ראו דנג"ץ 4742/93 פדרמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 359 (1993); בג"ץ 3425/94 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 1 (1995); בבג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נא(3) 1, 10-12, 31 (1997), נעשה שימוש במבחן חדש שונה במידה ניכרת והוא קיום "אפשרות סבירה להרשעה" או "סיכוי סביר להרשעה". מבחן זה אומץ גם בפסיקה מאוחרת יותר, ראו למשל בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, דינים עליון סח 910 (2004).

18 ראו ס' 162 לחסד"פ וס' 366 לחש"ק; כן ראו להלן ה"ש 22 ר-154; בדומה לכך, גם במשפט האנגלי ניתן כיום להסיק מסקנות לחובת הנאשם מהימנעותו מלהעיד במשפטו מכוח ה-Criminal Justice and Public Order Act, 1994, c.33, § 35 (Eng.) ו-R. v. Cowan [1996] Q.B 373 (Eng. C.A.); לעומת זאת, במשפט האמריקני, שבו מעוגן החיסיון מפני הפללה עצמית בתיקון החמישי לחוקה, אין זה חוקתי להסיק מסקנות לחובת נאשם משתיקתו במשפט ראו: Griffin v. California 380 U.S. 609 (1965); Mitchell v. United States 526 U.S. 314 (1999); גם במשפט הקנדי לא ניתן להסיק מסקנות לחובת נאשם שאינו מעיד במשפטו, לנוכח הוראת ה-Canadian Charter of Rights and Freedoms, Constitution Act, 1982, Part I (Can.), enacted as Schedule B, Canada Act 1982, § 11(c) (U.K.) וזיריות) אשר קובעת כי זכותו של נאשם שלא להעיד נגר, עצמו, ובמיוחד לנוכח הוראתו המפורשת של ה-Canada Evidence Act, § 4(6) (1985), שלפיו השופט או התובע אינם רשאים להתייחס לאימתן עדות מצד הנאשם; ראו גם: R. v. Noble 1 S.C.R. 874 (1997); R. v. Charlebois 2 S.C.R. 674 (2000); עוד על המשפט המשווה בעניין זה, ראו ע/126 מרסינו ורבי"ט מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, פדאור (19)04, 248 פס' 8-11 (2004); בעניין התוספת הראייתית הנדרשת להרשעה, ראו לעיל ה"ש 4 ובהמשך הרשימה.

19 עדות בלתי מהימנה של נאשם אינה מהווה, כשלעצמה, תוספת ראייתית אף לא תוספת מאמתת מסוג דבר מה נוסף; ע"פ 6289/94 דונשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 157, 176 (1998); זאת, בהבדל משקרי נאשם, אשר יכולים להוות סיוע, ובלבד שהם עונים על תנאים אחרים שנקבעו לעניין זה בפסיקה דהיינו, כי מדובר בשקרים ברורים והרמשמעיים בעניינים מהותיים הנעשים כודון על מנת להעלים את האמת מבית המשפט ושאינם נובעים

כמו כן, לטעמי, על בית המשפט לעשות שימוש רחב יותר בסמכותו לעורר את הטענה מיומתו,<sup>20</sup> במקרים המתאימים, במיוחד כאשר הנאשם אינו מיוצג במשפט. כן אציע כי בטרם יחליט בית המשפט אם לקבל את הטענה, ייתן דעתו לשאלה אם בפרשת התביעה הובאה תוספת ראייתית לכאורית, מקום שנדרשת תוספת לצורך הרשעה.<sup>21</sup> אם לא הובאה – ייתן דעתו לשאלה אם קיימת אפשרות סבירה שהתוספת המספקת המתאימה תימצא בהמשך המשפט, לדוגמה בשתיקת הנאשם במשפטו אם יבחר להימנע מלהעיד.<sup>22</sup>

נוסף לכך, מוצע להקנות לנאשם שטענתו נדחתה, אפשרות לבקש באופן תכוף רשות ערעור על דחיית הטענה.

כן מוצע, כי במקרה שבו הטענה נדחתה והנאשם הורשע לאחר שהציג ראיות הגנה ובערעור על ההרשעה מתברר כי דחיית הטענה לא הייתה מוצדקת בשעתה – יהא לערכאת הערעור שיקול דעת להתעלם מראיות ההגנה, בשים לב למכלול הנסיבות.

אפתח בהצגת סקירה היסטורית קצרה של ההלכה הפסוקה בנוגע לסוגיה במשפטנו, ולאחריה אדון במשפט המשווה. לאחר מכן אעמוד על השאלות העיקריות הכרוכות בסוגיה, וכן על הבעייתיות של הדין הנוהג בישראל. לבסוף אפרט את מסקנותיי ואת הצעותיי לשינוי הדין המצוי.

מעילה שאינה קשורה לאשמות והמוכחים מתוך עדויות בלתי תלויות; ע"פ 161/72 סרפור נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 203, 219–221 (1974); דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביר, פ"ד נא(1) 802, 736 (1997).

20 סמכות זו קבועה במפורש בס' 158 לחסד"פ וס' 365(ג) לחש"ץ; ע"פ (מחוי ת"א) 308/97 בני דרור – מושב שיתופי להתיישבות בע"מ נ' אורדן מחשבים ומערכות מידע (1991) בע"מ, תקימה (3) 981, 9481, פס' 15 לפסק דינו של השופט זאב המר (1998); מנגד השוו ע"פ 987/02 מדינת ישראל נ' זביידה, פ"ד נח(4) 880, 886–887 (2004); כמו כן, ראו להלן ה"ש 37 וכן בפרק ה'.

21 ראו לעיל ה"ש 4; ולהלן ה"ש 41, 69, 91, 100, 107 ו-176.

22 ראו ס' 161(א)2 ו-162 לחסד"פ וכן ס' 366(א)2 ו-366 לחש"ץ; השוו לוי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 621–623. ברי כי שתיקת נאשם במשפטו אינה ראייה בפני עצמה, והיא יכולה לחזק את משקל ראיות התביעה, או לשמש להן סיוע, מקום שהוא נדרש, מכוח הוראות ס' 162 לחסד"פ וס' 366 לחש"ץ; ראו למשל ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 328 (1996); על השאלה אם הימנעות נאשם מלהעיד במשפטו יכולה לשמש דבר מה להודאתו בחקירה, קיימות אמרות סותרות בפסיקה של בית המשפט העליון, ונראה כי היא עדיין פתוחה. ראו ע"פ 556/80 עלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(3) 169, 184–185 (1983); ע"פ 915/85 קוזלי נ' מדינת ישראל, תקיעל (2) 91, 1825, 1841 (1991); ע"פ 747/86 אייזנמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 447, 450 (1998); לעומת זאת, בפסיקה של בית הדין הצבאי לערעורים נקבע, כי הימנעות נאשם מלהעיד עשויה במקרים מתאימים לשמש דבר מה להוראה, ראו למשל ע' 41/01 התובע הצבאי הראשי נ' סמל יוסף, פדאור (6) 01 179 (2001); עניין מרפינו ומילשטיין, לעיל ה"ש 18; על פסק דין אחרון זה הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, אך טרם ניתן פסק דין לגוף העניין. עד לאחרונה, מריניות הפרקליטות הצבאית, בשונה מהפרקליטות האזרחית, הייתה כי ניתן להגיש כתבי אישום על סמך הוראה בחקירה גם ללא דבר מה נוסף. ככל הידוע, מריניות זו השתנתה בעקבות סיכום שהושג בין פרקליט המרינה לבין הפרקליט הצבאי הראשי עד להכרעת בית המשפט העליון בעניין.

## ב. סקירה היסטורית

כפי שהוטעם עוד בימי המנדט בעניין *Levin*<sup>23</sup> ומאוחר יותר בעניין *חמדאן*<sup>24</sup> ובפסקי דין נוספים<sup>25</sup> שניתנו לאחר קום המדינה ולפני שנחקק חוק סדר הדין הפלילי (בשנת 1965) – פקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה על פי כתב האשמה)<sup>26</sup> שקדמה לחסד"פ ושהסדירה בשעתה את רוב דרכי הדיון הפלילי, כלל לא דנה באפשרות לזכות נאשם בתום פרשת התביעה. אף על פי כן, נהגו בתי המשפט, עוד לפני קום המדינה וגם לאחר מכן, להידרש לטענות של נאשמים כי "אין על מה להשיב" ואף הובהר כי "נוהג זה דין הוא, ואין משנים ממנו".<sup>27</sup> עם זאת, בעניין לוי, בית המשפט העליון הסיק מכך שאין השמעת הטענה "דבר שבזכות, אשר שרשיה נעוצים בהלכה הכתובה, אלא נוהג", כי מקום שהטענה נדחתה והנאשם הביא הוכחות מטעמו, "לא יעביר בית-משפט זה אותה החלטה תחת שבט הביקורת".<sup>28</sup>

בעניין *Levin* סקר זקן השופטים Gordon Smith את הפסיקה האנגלית, והוסיף כי חרף השתיקה של פקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה על פי כתב האשמה) בענייננו:<sup>29</sup>

"The general rule is, [...], that there must be a prima facie case put forward by the prosecution and which the defence should be required to answer. The difficulty is, what amounts to a prima facie case? This, in my view, means that there must be evidence in proof of the charge as laid. It may be that such evidence may be of a slender nature or that there are essential elements in a charge on which there must be substantial evidence, and if there is no such evidence, then there is no case to answer".<sup>30</sup>

עיקרי הדברים האמורים צוטטו מתוך הסכמה על ידי השופט ש' ז' חשיין בעניין *חמדאן*,<sup>31</sup> ועל ידי השופט (כתוארו אז) אגרנט בעניין *זרקא*<sup>32</sup> וכן בפסקי

23 עניין *Levin*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 262.

24 עניין *חמדאן*, לעיל ה"ש 2.

25 עניין לוי ועניין *בלבר*, לעיל ה"ש 2.

26 פקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה על פי כתב האשמה), חא"א 446.

27 עניין *חמדאן*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 838.

28 עניין לוי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 90 ולהלן בפרק ה'.

29 עניין *Levin*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 262–263.

30 "העיקרון הכללי הוא, עם זאת, כי צריך שתהיה עילה לכאורה שתוצג על ידי התביעה ושההגנה צריכה להידרש להשיב לה. הקושי הוא מה מגיע לכדי עילה לכאורה? לגישתי, משמעות הדבר היא כי מן ההכרח שתהיינה ראיות להוכחת האשמה כפי שהובאה. ראיות אלה יכול שתהיינה קלושות, או שהאשמה תכלול יסודות חיוניים שלגביהם תידרשנה ראיות מהותיות, ובהיעדר ראיות כאלה אין על מה להשיב" (תרגום שלי – מ.ל.).

31 עניין *חמדאן*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 839.

32 עניין *זרקא*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 527.

דין מאוחרים יותר.<sup>33</sup> בעניין זרקא הוסיף השופט אגרנט, כי משמעות דבריו של זקן השופטים Gordon Smith, הנזכרים לעיל, היא ש"אין ספק שכמות העדות הנחוצה בפועל כדי לקיים דרישות אותו מבחן, תלויה בטבע העניין המיוחד שהקטגוריה צריכה להוכיחו".<sup>34</sup>

כמו כן, נקבע כי בשלב זה, ככלל, בית המשפט אינו דן בשאלות של משקל הראיות ושל מהימנות העדים,<sup>35</sup> וכן נקבע כי בית המשפט יתחשב אך ורק בראיות המפלילות את הנאשם ויתעלם מהראיות המדברות בזכותו.<sup>36</sup>

נוסף לכך נפסק כי בית המשפט רשאי להעלות את הטענה גם מיזמתו.<sup>37</sup> וכן נקבע, כי בית המשפט רשאי לדרוש מן הנאשם להשיב לאשמה השונה מזו שיוחסה לו בכתב האישום, שהוכחה לכאורה לביצועה עולה מן הראיות שהובאו בפרשת התביעה.<sup>38</sup>

על ההלכות האמורות חזר בית המשפט העליון גם לאחר שנחקק החסד"פ (בשנת 1965) ונכלל בו סעיף 142, אשר ברבות השנים הפך לסעיף 158 בנוסח המשולב.

בשורה של פסקי דין שניתנו לאחר חקיקת החסד"פ, פירש בית המשפט העליון את רף הראיות לכאורה שבהיעדרן אין נאשם חייב להשיב בהתאם לפסיקה דלעיל. כך נקבע, כי די אם התביעה הציגה בתום פרשת התביעה ראיות בסיסיות, גם אם דלות, להוכחת יסודותיה המרכזיים של האשמה, כדי שעל הנאשם יהיה להשיב.<sup>39</sup> וכן נקבע כי בשלב זה בית המשפט אינו נדרש לבחון את הראיות המדברות בזכות הנאשם, את משקל הראיות המסבכות אותו ואת מהימנות עדויות התביעה, מלבד במקרים נדירים שבהם אף ערכאה בת דעת לא יכולה הייתה לייחס מהימנות לעדי התביעה.<sup>40</sup> כמו כן נפסק כי אין צורך בשלב זה בקיומה של תוספת ראיתית מקום שהיא נדרשת לשם הרשעה וגם בהיעדרה לא יזוכה הנאשם, כי אם יידרש להשיב לראיות התביעה.<sup>41</sup>

כן נקבע מחדש כי כאשר הראיות שהובאו מוכיחות לכאורה את ביצועה של עברה אחרת, השונה מזו המיוחסת לנאשם, רשאי בית המשפט לדרוש מהנאשם להשיב לעברה האחרת.<sup>42</sup> על עיקרי ההלכה האמורה חזר בית המשפט העליון גם

33 עניין בחלון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 178 לפסק דינו של השופט שמגר; עניין שדמי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 760 לפסק דינו של השופט י' כהן.

34 עניין זרקא, לעיל ה"ש 3, בעמ' 527.

35 עניין Levin, לעיל ה"ש 5; עניין חמדאן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 839-840.

36 עניין חמדאן, שם.

37 עניין Levin, לעיל ה"ש 5, בעמ' 263; הרבר מעוגן כיום במפורש בס' 158 לחסד"פ וס' 365(ג) לחש"ק, ראו לעיל ה"ש 20, וכן ראו להלן בפרק ה', ובמיוחד ה"ש 199.

38 Attorney-General v. Kantrovitz 12 P.L.R. 122 (S.C. 1941); ע"פ 208/61 היועץ המשפטי לממשלה נ' סקופ, פ"ד טו 2385, 2387 (1962).

39 עניין בחלון, עניין שדמי ועניין טובול, לעיל ה"ש 3.

40 עניין בחלון ועניין שדמי, שם; כן ראו והשוו בש"פ 7703/03 ארובס נ' מדינת ישראל, תק-על 3(3)03, 1245, 1247, פס' 13 (2003).

41 ראו עניין אנגל ועניין בוטרום, לעיל ה"ש 4; כן ראו ע/50/98 התובע הצבאי הראשי נ' סמל דיין, פדאר 99(6) 61, פס' 17-18 (1999); כמו כן, השוו ע"פ 116/78 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 82 (1978).

42 עניין בחלון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 180.

בפסיקה מאוחרת שניתנה במהלך העשור, דהיינו לאחר חקיקת חוק-היסוד,<sup>43</sup> אם כי לרוב באורה אגב, בעיקר עת נדון רף הראיות לכאורה הנדרש למעצר עד תום ההליכים,<sup>44</sup> או אגב דיון בזכותו של נאשם שזוכה לקבל פיצויים מאחר שלא היה יסוד לאשמה<sup>45</sup> או בשאלת פסלותו של שופט שדן בטענה והחלטתו שונתה בערכאת הערעור.<sup>46</sup>

## ג. המשפט המשווה

### 1. המשפט האנגלי

זכור, מקורה של טענת ה"אין להשיב לאשמה" הוא במשפט המקובל האנגלי שם אין היא מיוחדת להליך הפלילי דווקא,<sup>47</sup> ומשמעותה היא כי אין להשיב לראיות התביעה אם התביעה לא הוכיחה את האישומים ("case") אף לא לכאורה (prima facie). לעתים מכונה הטענה גם בשם "application for a directed verdict" (בקשה לפסק דין מודרך). זאת, מאחר שהטענה נגזרת מעיקרון רחב יותר שלפיו מוסמך השופט של הערכאה הדיונית "למשוך" את ההכרעה באישומים ("case") מידי חבר המושבעים לאחר שהתביעה סיימה להביא את ראיותיה, אם השופט סבור שיש לזכות את הנאשם כבר בשלב זה, בלא צורך בתשובת ההגנה.<sup>48</sup> על כן יש להבחין בין סמכות מיוחדת זו של נטילת ההכרעה באישומים מידי חבר המושבעים באמצע המשפט וזיכוי הנאשם על ידי השופט, לבין המצב הרגיל שבו לאחר ששני הצדדים הציגו את ראיותיהם והשמיעו סיכומיהם השופט מדריך את המושבעים כי הראיות אינן מספיקות לפי הדין להרשעה ואזי הזיכוי הוא על ידי המושבעים בסיום המשפט.

למעשה, המשפטים הפליליים באנגליה מתנהלים באחת משתי דרכים<sup>49</sup>

43 פרשת דהן, לעיל ה"ש 8 ועניין אבו קישק לעיל ה"ש 9; כן ראו המשך הדברים וה"ש הבאות; גם בית הדין הצבאי לערעורים חזר בשעתו על ההלכות של בית המשפט העליון בעניינינו, תוך שרחה את טענת ההגנה כי יש לשנות את ההלכה הפסוקה בעניין הסוגיה בעקבות חוק-היסוד; ראו עניין דיון, לעיל ה"ש 41; ובעיקר ע/124/00 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט אברמוב, פדאור (7)00 386 (2000).

44 ב"פ זאדה ובש"פ דחלה, לעיל ה"ש 9; ב"ש"פ 5286/99 פתאלי נ' מדינת ישראל, תקיעל 135 (3)99 (1999).

45 ראו ס' 80 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 וס' 490 לחש"ק; כן ראו ע"פ 1524/93 מיכאלשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(2) 650 (1994); עש"ם 85/01 יריב נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נו(6) 411 (2002).

46 ראו עניין ישפאר, לעיל ה"ש 9; ע"פ 8724/01 קהלני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1)930 (2001).

47 ראו למשל Alexander v. Rayson, [1936] 1 K.B. 169 (Eng.C.A.); כן ראו רע"א 3312/04 אשורנס נגד דה פרנס נ' הכונס הרשמי, פדאור (23)05 523, פס" 12 (2005); במסגרת רשימה זו אתמקד בהליכים הפליליים בלבד.

48 ראו לעיל ה"ש 11 סיפה.

49 JOHN SPRACK, EMMINS ON CRIMINAL PROCEDURE, 1-2, 138-61, 293-95 (9th ed. 2002); ARCHBOLD JOHN FREDERICK, CRIMINAL PLEADING: EVIDENCE & PRACTICE 440-42 (P.J. Richardson & D.A Thomas eds., 2002)



בהתאם לחומרת העברות:<sup>50</sup> הראשונה, משפט בפני חבר מושבעים, כאשר המשפט נערך בראשות שופט מקצועי, שמנהל את המשפט ומכריע בכל השאלות הנוגעות לקבילות הראיות ובשאלות משפטיות אחרות. אך ההכרעה בממצאים העובדתיים ובשאלות של מהימנות היא בידי המושבעים, והם אלו אשר מחליטים בתום המשפט אם להרשיע את הנאשם או לזכותו.<sup>51</sup> השנייה, היא משפט ללא מושבעים, המתנהל בפני ה־Magistrates Courts.<sup>52</sup>

הן בפסיקה והן בספרות התגלעה, בעיקר בשנות ה־60' וה־70' של המאה הקודמת, מחלוקת על אודות מידת ההוכחה הנדרשת בתום פרשת התביעה על מנת שהטענה תידחה, וכן עלתה השאלה אם יש להבחין בעניין זה בין משפטים המתנהלים בפני חבר מושבעים לבין משפטים המתנהלים בפני ה־Magistrates. מטבע הדברים, המחלוקת נוגעת למקרים שבהם הובאו על ידי התביעה ראיות בסיסיות שהעלו ספקות באשר לאשמת הנאשם.

המלומד John C. Wood סבר, כי למן פסק הדין בעניין *Abbott*,<sup>53</sup> כדי שהטענה תידחה, על ראיות התביעה להצביע על כך שאשמת הנאשם הנה סבירה יותר, גם אם במעט, מאשר חפותו.<sup>54</sup>

לעומתו, המלומד Glanville Williams היה בדעה כי המבחן לעניין קבלת הטענה זהה למבחן ערכאת הערעור, דהיינו כי על השופט המכריע בשאלה אם לקבל את הטענה, לשים עצמו באצטלה של בית המשפט לערעורים השומע ערעור על ההרשעה.<sup>55</sup> באותה עת, על פי ה־Criminal Appeal Act, 1907 (Eng.) § 4(1), המבחן של ערכאת הערעור לבחינת ההרשעה היה אם קיימות ראיות שעל פיהן חבר מושבעים סביר יכול להרשיע. אלא שהמבחן של ערכאת הערעור השתנה כשנקבע, ב־Criminal Appeal Act, 1968 § 12(a) (Eng.), כי על בית המשפט לערעורים לבחון אם ההרשעה אינה בטוחה.

בעקבות השקפתו של Williams ולאחר שהמבחן של ערכאת הערעור השתנה כאמור, הועלתה בפסיקה הדעה שלפיה יש לקבל את הטענה אם השופט יגיע למסקנה כי על פי ראיות התביעה, הרשעת הנאשם אינה בטוחה.<sup>56</sup> אולם בסופו של דבר דחתה הפסיקה האנגלית את השקפותיהם של Wood ושל Williams

50 בפועל, העברות נחלקות לשלוש קבוצות עיקריות: ההמורות ביותר אשר נדונות אך ורק בפני חבר מושבעים; העברות בעלות חומרה בינונית, אשר ניתנות לשיפוט אם בפני חבר מושבעים ואם בפני ה־Magistrates; והעברות הקלות יותר, אשר נדונות אך ורק בפני ה־Magistrates.

51 במשפטים המתנהלים בפני חבר מושבעים, ככלל, העלאת הטענה היא בפני השופט בהיעדרם של המושבעים, בשל החשש שמא הם עלולים שלא לפרש נכונה את דחיית הטענה מצד השופט; ראו: *R. v. Falconer-Atlee*, (1974) 58 Cr. App. R. 348.

52 מדובר לרוב במוטב של שלושה שופטים הדיוטות, אך מקצת השופטים הנם משפטנים, והם שופטים לרוב כדן יחיד. INIGO BING, CRIMINAL PROCEDURE AND SENTENCING. IN THE MAGISTRATES' COURT, 114–15 (3d ed. 1994).

53 *R. v. Abbott*, [1955] 2 Q.B. 497 (Eng. C.A.).

54 John C. Wood, *The Submission of No Case to Answer in Criminal Trials – The Quantum of Proof*, 77 L.Q.R. 491, 498–99 (1961).

55 Williams, לעיל ה"ש 10, בעמ' 346.

56 כך עולה מפסק הדין בעניין *R. v. Mansfield*, [1978] 1 All E. R. 134 (Eng. C.A.). כמו כן, ראו דברי השופט Roskill בעניין *Falconer-Atlee*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 357.

כאחד, וחזרה על הכלל המסורתי שלפיו, ברוננו בטענה, אין על השופט לבחון את משקל הראיות או את מהימנות עדי התביעה – דבר שהנו באחריות חבר המושבעים.<sup>57</sup> וכן נקבע בעניין *Galbraith*,<sup>58</sup> שהטענה תתקבל רק אם אין ראיות שעל פיהן יכול חבר מושבעים שהודרך נכונה להרשיע באופן נאות. הנה כי כן, בעניין *Galbraith* נקבע מחדש כי על השופט להניח שראיות התביעה תקבלנה את מלוא המשקל, ולדחות את הטענה אם קיימת אפשרות כי חבר מושבעים (שהודרך כראיות) ירשיע את הנאשם באופן ראוי. זאת, גם אם הראיות חלשות או לא עקביות.<sup>59</sup>

בכך חזרה למעשה הפסיקה למבחנים המסורתיים שהיו מקובלים בעבר בעניין זה. על פסק דין בעניין *Galbraith* נמתחה ביקורת למשל על ידי Rosemary Pattenden, שהייתה בדעה כי המבחן שנקבע בו הוא צר מדי.<sup>60</sup> בעניין *Shippey*<sup>61</sup> קיבל השופט Turner את הטענה בשל היות עדותה היחידה של המתלוננת מלאת סתירות ובלתי סבירה, באופן שיש בה חולשה אינהרנטית. השופט הסתמך אמנם על המבחן שנקבע בעניין *Galbraith*, אך הגיע למסקנה כי באותו מקרה הראיות של התביעה הן קלושות, כך שאף חבר מושבעים סביר (שיודרך נכונה) לא ירשיע את הנאשם הרשעה נאותה. השופט Turner הוסיף כי יש לבחון ולהעריך את ראיות התביעה כמכלול.

לעניין משפטים ללא חבר מושבעים קבע Lord Parker, עוד בשנת 1962, כלל של פרקטיקה (Practice Note)<sup>62</sup> שלפיו ניתן לקבל את הטענה אם לא הובאה כל ראיה להוכחת יסוד חיוני של העברה המיוחסת לנאשם, או אם הראיות שהובאו על ידי התביעה בעקבות החקירה הנגדית הן כה מפוקפקות או שהן בלתי אמינות בעליל, עד כי אף ערכאה בת דעת אינה יכולה להרשיע על פיהן באופן בטוח. אמנם הובעה הרעה כי במשפטים המתנהלים בפני ה־Magistrates נתון לשופטים, כבואם לרון בטענה, שיקול דעת להתחשב במשקל הראיות ובמהימנות העדים שנשמעו במסגרת פרשת התביעה.<sup>63</sup> אלא שנראה כי דעה זו אינה כה מקובלת, ומנגד רווחת הרעה שלפיה אין הברל מהותי בעניין המבחן לקבלת הטענה בין המשפטים הנערכים בפני חבר מושבעים או בלעדיהם.<sup>64</sup> שאלה נוספת השנויה במחלוקת היא אם רשאית ערכאת הערעור, כאשר

R. v. Barker, (1977) 65 Cr. App. R. 287 (U.K.); R. v. Tobin, [1980] CRIM. L.R. 731

.R. v. Galbraith, [1981] 2 All E.R. 1060 (Eng. C.A.)

שם, בעמ' 1061-1062.

Rosemary Pattenden, *The Submission of No Case – Some Recent Developments*, [1982] CRIM. L.R. 558, 562-63

PHIPSON SYDNEY LOVELL, לפי R. v. Shippey [1988] CRIM. L.R. 767

61 פסק דין זה אינו PHIPSON ON EVIDENCE 306-307, *pare* 11-71 (16th ed. 2005)

מיישם נכונה את המבחן שנקבע בעניין *Galbraith*, לעיל ה"ש 58; לעומת זאת, ראו R. v. Brown (Davina), (2002) 1 Cr. App. R. 5

.Cr. App. R. 5

[1962] 1 All E.R. 448

62 SPRACK, לעיל ה"ש 49, בעמ' 156.

63 SPRACK, לעיל ה"ש 52, בעמ' 114-115.

הגיעה למסקנה שהטענה נדחתה שלא כדין, להתחשב בראיות ההגנה. כבר בעניין *Joiner*<sup>65</sup> נקבע, כי אם שגה שופט הערכאה הדיונית בכך שלא משך את ההכרעה באישומים ("case") מידי חבר המושבעים, שומה על ערכאת הערעור להתעלם מהראיות שהוצגו לאחר ההחלטה השגויה. על הלכה זו חזר בית הלורדים בעניין *Abbott*<sup>66</sup> אך הפרקטיקה בעניין זה אינה אחידה, ויש תימוכין גם לדעה האחרת שלפיה לערכאת הערעור נתון שיקול דעת לעיין במכלול הראיות, לרבות בראיות ההגנה שהובאו לאחר דחייה בלתי מוצדקת של הטענה.<sup>67</sup> נראה אפוא כי שאלה זו טרם הוכרעה.<sup>68</sup>

בעניין דיות הראיות לכאורה והתוספת הראייתית נעשתה בדין האנגלי, כבר בפסק דין *Baskerville*,<sup>69</sup> ההבחנה בין תוספת הנדרשת על פי החוק החרות, לבין תוספת שהיא פרי ההלכה הפסוקה. ואף שבמקרים מהקטגוריה הראשונה על ראיות התביעה לכלול תוספת ראייתית כבר בתום פרשת התביעה כדי שיהא על הנאשם להשיב, לא כן במקרים מהקטגוריה השנייה.

## 2. המשפט האמריקני

גם במשפט האמריקני מוכרת הטענה – וגם שם היא אינה מיוחדת להליך הפלילי<sup>70</sup> ונגזרת מהשיטה האדברסרית ומחובת ההוכחה המוטלת על התביעה. לפנים כונתה הטענה *motion for a directed verdict*, ובחלק מהמדינות היא מכונה *demurrer to the evidence*.<sup>71</sup> אך ברוב המדינות השתנה כינויה בכל הנוגע להליכים הפליליים ל-*motion for a judgment of acquittal*, או בקיצור *motion for acquittal*.<sup>72</sup>

כיום הטענה מעוגנת בתקנה 29 לתקנות סדר הדין הפלילי הפרדליות (*USCS Federal Rules of Criminal Procedure*). תקנה זו קובעת כי אם לאחר סיום פרשת התביעה או לאחר הבאת כל הראיות נמצא שאין בהן די לקיום הרשעה, יזכה בית המשפט את הנאשם, בין לבקשת הנאשם ובין מיוזמת בית המשפט (תקנה 29(a)).

השאלה העיקרית הרלוונטית לענייננו היא, כמובן, אימתי נחשבות הראיות כבלתי מספיקות לקיום הרשעה. ברי כי אם הטענה מועלית בתום הבאת כלל

65 *R. v. Joiner* (1910) 4 Cr. App. R. 64, 66; *R. v. Hogan*, (1922) Cr. App. R. 182

66 עניין *Abbott*, לעיל ה"ש 53; כן ראו 113 *CRIM. L.R.* [1981] 1 *R. v. Juett*.

67 Williams, לעיל ה"ש 10, בעמ' 349; *GLANVILLE WILLIAMS, TEXTBOOK OF*

*R. v. George* (1908) 1 Cr. App. R. 168, ;*CRIMINAL LAW*, 46 (2d ed. 1983)

Wood; לעיל ה"ש 54, בעמ' 492.

68 *R. v. Smith*, (1999) 2 Cr. App. R. 238

69 *Rex. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658 (Eng. C.A.)

70 לעיל ה"ש 47; *Galloway v. United States*, 319 U.S. 372 (1943) אשר דן בתביעת

פיצויים אורחית נגד המדינה.

71 *State v. Bonomo*, 250 P.2d 833 (Kan. 1952); Nancy J. King, *Trial Practice*

– *Demurrer upon Evidence as a Device for Taking a Case from the Jury*,

44 MICH. L. REV 468 (1945)

72 שינוי שמה של הטענה בפלילים נובע מכך שפסק דין מודרך לעולם אינו יכול להיות פסק

דין של הרשעה, כי אם רק של זיכוי.

הראיות, אזי צריך שהן יוכיחו את אשמת הנאשם מעל לספק סביר. כאן המקום לציין, כי במשפט האמריקני העיקרון שלפיו אין להרשיע נאשם אלא אם כן הוכחה אשמתו מעבר לספק סביר, נחשב לזכות חוקתית של הנאשם הנובעת מחזקת החפות, וכן מהזכות להליך ראוי שמקורה בתיקונים החמישי והארבעה-עשר לחוקה.<sup>73</sup>

לענייננו חשובה השאלה, אימתי תיחשבנה הראיות כמספיקות אם הטענה מועלתית בתום פרשת התביעה. בעניין זה קיימים אמנם מבחנים שונים והברדלים בין הדין במדינות השונות של ארצות-הברית, אך נראה כי המכנה המשותף להם הוא כי על הראיות לכאורה להיות מהותיות או ממשיות (substantial).<sup>74</sup> מעבר לכך, על פי המבחן המחמיר ביותר עם התביעה, על הראיות לכאורה לשלול כל אפשרות (סבירה) של חפות.<sup>75</sup> אלא שמבחן זה אינו מקובל, הגם שנראה כי הוא עדיין נוהג במקצת המדינות, בעיקר כאשר הראיות הן נסיבתיות.<sup>76</sup> המבחן הרווח הוא, כי ללא קשר לסוג הראיות (בין נסיבתיות ובין ישירות) – על השופט לזכות את הנאשם בלא ששייב לאשמה. זאת, אם אין ראיות לכאורה ממשיות בנוגע לכל אחד מיסודות העברה, או אם ראיות התביעה הן כאלה, שלאחר שייחוסו להן מלוא המשקל והמהימנות, יגיע כל חבר מושבעים סביר למסקנה שהאשמה לא הוכחה מעבר לספק סביר.<sup>77</sup> בשלב זה, ככלל, השופט אינו רשאי להביא בחשבון שיקולים של מהימנות, כי אם עליו להעניק, כאמור, מלוא המשקל הראיתי לעדויות התביעה.<sup>78</sup> זאת, מלבד במקרים חריגים, שבהם עדויות התביעה הן כה בלתי אמינות עד כי לא ניתן להסתמך עליהן.<sup>79</sup>

על פי הגישה המקובלת, המבחן האמור – המכונה לעתים *rationale juror*<sup>80</sup>

- R. v. Winship, 397 U.S. 358 (1970); Jackson v. Virginia, 443 U.S. 307 (1979); 73  
WAYNE R. LAFAVE, JEROLD H. ISRAEL & NANCY J. KING, CRIMINAL  
PROCEDURE, 1141–43 (4th ed. 2004).
- United States v. Sherman, 171 F.2d 619, 621 (2d Cir. 1949); State v. 74  
Atwood, 832 P.2d 593 (Ariz. 1992); Riggs v. United States, 280 F.2d 949  
(5th Cir. 1960).
- Isbell v. United States, 227 F.788, 792 (8th Cir. 1915); Hammond v. 75  
United States, 127 F.2d 752, 753 (1942); Hall v. United, 286 F.2d 676  
(5th Cir. 1960).
- United States v. Hooks, 780 F.2d 1526 (10th Cir. 1986); נראה כי הרבר נובע 76  
מן ההלכה הידועה, המקובלת גם במשפטנו, שלפיה ניתן להוכיח את אשמתו של נאשם על  
פי ראיות נסיבתיות רק אם הן מובילות למסקנה הגיונית אחת ויחידה, כי הנאשם ביצע את  
העברה המיוחסת לו. ראו לדוגמה ע"פ 543/79 נגד נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 113  
(1980), שבו מוזכר גם המשפט המשווה בעניין זה, לרבות [1955] R. v. Onufrejczyk  
All E.R. 247.
- Curley v. United States, 160 F.2d, 229, 232–33 (1947); United States v. Ubi, 77  
472 F. Supp. 1236, 1237 (N.D. Ohio 1979); United States v. O'keefe, 825 F.2d  
.314 (11th Cir. 1987); United States v. Jones, 291 F. Supp. 2d. 78 (D.C. 2003)  
;עניין *Curley*, שם; United States v. Callahan, 442 F. Supp. 1213 (D.C. 1978); 78  
United States v. Clemons, 658 F. Supp. 1116 (W.D. Pa. 1987).
- United States v. Brooks, 349 F.Supp 168, 171 (S.D.N.Y.1972); State v. 79  
Merryman, 283 P.2d 239, 241 (Ariz. 1955).
- United States v. Peterson, 233 F. Supp. 2d 475 (E.D.N.Y. 2002) 80

גם *reasonable trier of fact* או *reasonable fact finder, reasonable mind* –<sup>81</sup> חל בהתאמה גם כאשר המשפט מתנהל בפני שופט מקצועי,<sup>82</sup> ללא חבר מושבעים.<sup>83</sup> עם זאת, ניתן להבחין בפסיקה בגישה שונה ולפיה במשפט ללא חבר מושבעים שאלת קיומה של הוכחה לכאורה נקבעת על ידי השופט, אמנם בשם לב לשיקולי סבירות,<sup>84</sup> אך לא דווקא על פי המבחן של ראיות שאף בית משפט סביר לא היה מרשיע על פיהן.

ככלל, נאשם שבחר להציג ראיות הגנה לאחר שנדחתה הטענה שהעלה בתום פרשת התביעה, ייחשב כמי שוויתר על בחינתה מחדש של הטענה בערעור.<sup>85</sup> כלל זה מכונה בשם "דוקטרינת הוויתור", ומשמעותו היא כי בית המשפט לערעורים יוכל להביא בחשבון את כלל הראיות שהובאו בפני הערכאה הדיונית, לרבות ראיות ההגנה, גם אם דחיית הטענה בתום פרשת התביעה, לא הייתה מוצדקת.<sup>86</sup> "דוקטרינת הוויתור" מעמידה אפוא את הנאשם, שהטענה שהעלה בתום פרשת התביעה נדחתה, בפני דילמה – אם להציג ראיות הגנה, ובכך לוותר על זכותו לביקורת ערעורית על דחיית הטענה או שמא לא להציג ראיות הגנה ולהסתכן בהרשעתו, תוך שמירה על זכותו לבחינה מחדש של דחיית הטענה (בערעור).<sup>87</sup> על "דוקטרינת הוויתור" נמתחה ביקורת נוקבת,<sup>88</sup> ונטען כי היא אינה מתיישבת עם עיקרי השיטה האדברסרית ועם זכות השתיקה. אולם נראה כי הדוקטרינה שרירה וקיימת, לפחות במשפטים המתנהלים בפני חבר מושבעים, אם כי גם בעניינים קיימים הבדלים בין הדין במדינות השונות ובין הפסיקה של בתי המשפט לערעורים של מחוזות השיפוט (Circuits) השונים.<sup>89</sup>

81 *United States v. Hufford*, 103 F. Supp 859 (D.C. 1952); עניין *O'Keefe*, לעיל ה"ש 77.

82 עניין *Jackson*, לעיל ה"ש 73.

83 במשפט האמריקני מוקנית לנאשם, ככלל, זכות חוקתית על פי התיקון השביעי לחוקה להישפט בפני חבר מושבעים. אולם ברוב מדינות ארצות-הברית רשאי הנאשם לוותר על זכות זו, ולבקש כי משפטו יתנהל בפני שופט מקצועי, ללא מושבעים. ואכן, בפועל, חלק ניכר מהמשפטים הפליליים מתנהל ללא מושבעים; *LAFAVE, ISRAEL & KING*, לעיל ה"ש 73, בעמ' 540–541.

84 עניין *Hall*, לעיל ה"ש 75, בעמ' 679.

85 *United States v. Belt*, 574 F.2d 1234 (5th Cir. 1978); *United States v. White*, 611 F.2d 531 (5th Cir. 1980).

86 *Richardson v. United States*, 468 U.S. 317 (1984); *United States v. Thomas*, 987 F.2d 697 (11th Cir. 1993); David O'Connor, *Motion for Acquittal: Waiver by Introducing Evidence After the Governments' Case*, 6 CRIM. JUST. J. 1 (1982).

87 *LAFAVE, ISRAEL & KING*, לעיל ה"ש 73, בעמ' 543.

88 Theodore W. Philips, *The Motion for Acquittal: A Neglected Safeguard*, 70 *YALE L. J.* 1151, 1158–62 (1961); וכן השו' *O'Connor*, לעיל ה"ש 86.

89 בחלק מבתי המשפט לערעורים של ה-Circuits נקבע, כי במשפטים המתנהלים בפני חבר מושבעים לא ניתן לערער על דחיית הטענה, אלא אם כן הטענה הועלתה גם בתום שמיעת כלל הראיות של הצדדים; ראו למשל: *Colt v. United States*, 160 F.2d 650 (5th Cir. 1947); *Corbin v. United States*, 253 F.2d 646 (10th Cir. 1958); אך לא כן במשפטים המתנהלים בפני שופט מקצועי, שבהם אין צורך בהעלאת הטענה באופן מפורש, מקום שהנאשם כבר באשמה. ראו למשל: *United States v. Atkinson*, 990 F.2d 501 (9th Cir. 1993); עניין *Hall*, לעיל ה"ש 75.

כאשר הטענה מתקבלת על ידי השופט, לפני החלטת חבר המושבעים, ככלל אין לתביעה זכות לערער על כך, גם אם קבלת הטענה הייתה מוטעית. זאת, בגין הפרשנות האמריקנית לפסקת איסור הסיכון הכפול שבתיקון החמישי לחוקה.<sup>90</sup> כאשר לתוספת הראייתית הנדרשת על פי חוק לשם הרשעה, לפחות בחלק מהמדינות כגון אריזונה וארקנסו, על התביעה להצביע על התוספת כבר בתום פרשתה, שאם לא כן יזוכה הנאשם בלא שישב לאשמה,<sup>91</sup> בדומה למשפט האנגלי.<sup>92</sup>

### 3. המשפט הקנדי

כמו במשפט האנגלי ובמשפט האמריקני, הטענה מוכרת גם במשפט הקנדי, אם כי לרוב היא מכונה שם בהליכים הפליליים *motion for dismissal of the charge*, או בקיצור *motion to dismiss* (וגם בשמות האנגליים המסורתיים *motion for a directed verdict*, או *no case to answer*).<sup>93</sup> המבחן לקבלת הטענה דומה למבחן הרווח במשפט האמריקני כאמור. דהיינו, לשם קבלת הטענה צריך השופט להשתכנע כי אף חבר מושבעים סביר, שהורדר כראוי, לא יוכל להרשיע את הנאשם בעברה המיוחסת לו על סמך ראיות התביעה כאשר מייחסים להן את המשקל והמהימנות המרביים, בין שהראיות הן נסיבתיות ובין שהן ישירות.<sup>94</sup> לשם כך צריך שתהיינה ראיות קבילות מסוימות להוכחת כל יסוד חיוני מיסודות העברה המיוחסת לנאשם.<sup>95</sup> מבחן דומה חל בהתאמה גם במשפטים המתנהלים בפני שופט מקצועי ללא חבר מושבעים.<sup>96</sup> כמו כן, אותו מבחן חל גם בהליך של חקירה מוקדמת (*Preliminary Inquiry*) שמתנהל בפני שופט מיוחד, בהתאם ל-Canada Criminal Code, R.S.C. § 548 (1985).<sup>97</sup> וברי כי אם יקבע השופט שהראיות לכאורה אינן עומדות במבחן האמור, הדבר יסכל את העמדת הנאשם לדין.

עד לשנת 1994, כאשר קיבל שופט את הטענה, הוא היה מורה למושבעים לזכות את הנאשם. אלא שפרקטיקה זו עוררה קשיים, ועל כן החליט בית המשפט העליון הקנדי, כי השופט המקבל את הטענה הוא שיורה על זיכוי של הנאשם,

Sanabria v. United States, 437 U.S. 54 (1978); Smalis v. Pennsylvania, 476 U.S. 140 (1986).

State of Arizona v. Warren, 548 P.2d 1183 (Ariz.App. 1976); Jones v. State of Arkansas, 78 S.W.3d 104 (Ark. 2002).

לעיל ה"ש 69.

ואילו בהליכים האזרחיים מכונה הטענה *motion for nonsuit*, לעיל ה"ש 47 ו-70.

ראו: R. v. Cahill 132 C.C.C 252 [1962]; R. v. Mezzo 1 S.C.R. 802 [1986];

R. v. Monteleone 2 S.C.R. 154 [1987]; United States of America v.

Shephard 2 S.C.R.1067 [1977]; R. v. Arcuri 157 C.C.C. (3d) 21 [2001];

R. v. Pilarinos B.C.D. Crim. J. 2792 (2002).

עניין *Pilarinos*, שם; R. v. Charemski 1 S.C.R. 679 [1998]; והשוו לעיל ה"ש 58 ו-77.

עניין *Arcuri*, לעיל ה"ש 94; *The 'Submission of No Case'*, David L. Pomerant, in *Canadian Criminal Cases*, (1973) 15 CRIM. L. Q. 52

עניין *Arcuri*, לעיל ה"ש 94.

ולא חבר המושבעים.<sup>98</sup> מקום שהטענה נדחתה וההגנה בחרה להביא את ראיותיה, ערכאת הערעור לא תגביל עצמה אך לראיות התביעה, אף אם השתכנעה כי הערכאה הדיונית שגתה בדחיית הטענה.<sup>99</sup> כמו כן, בדומה למשפט האנגלי והאמריקני, גם בדין הקנדי על התביעה להציג, כבר בשלב פרשת התביעה, תוספת ראיתית הנדרשת על פי חוק לשם הרשעה, ובלעדי זאת יזוכה הנאשם מבלי שישב לאשמה.<sup>100</sup>

#### 4. השוואת ההלכה הנוהגת בשיטות המשפט הזרות לזו החלה בישראל

לכאורה, נדמה שההלכה הנוהגת בישראל בענייננו זהה בעיקרה לזו החלה בשיטות המשפט הזרות האמונות על המשפט האנגלו-סקסי. אולם, לטעמי, חרף הרמיון בין ההלכה החלה בישראל לבין ההלכה החלה במשפט הזר, קיימים הבדלים משמעותיים. אעמוד על העיקריים שבהם, בקצרה. אקדים ואציין, כי כפי שעולה מהסקירה דלעיל, קיים שוני בין ההלכה הנוהגת במשפט האנגלי לבין זו החלה במשפט האמריקני ובמשפט הקנדי. כמו כן, בשיטות המשפט האנגלית והאמריקנית באות לידי ביטוי, בהקשר של הסוגיה, גישות שונות אף במסגרת אותה מדינה כרוגמת אנגליה. גם בענייננו ישנם הבדלים בדין החל בין המדינות השונות בארצות-הברית. הגישות השונות, ובמיוחד בעניין המבחנים לקבלת הטענה, אמנם באות לידי ביטוי בעיקר בספרות, אך גם בפסיקה. די להזכיר לעניין זה, בכל הנוגע למשפט האנגלי, את הגישות של המלומדים <sup>101</sup>Williams ו-<sup>102</sup>Wood; ובאשר למשפט האמריקני – את הגישה שלפיה על ראיות התביעה לשלול כל אפשרות של חפות הנאשם, לפחות כשהראיות הן נסיבתיות<sup>103</sup> וכן את הגישה המקובלת שלפיה על הראיות לכאורה להיות מהותיות או ממשיות<sup>104</sup> ולהיות מספיקות להוכחת האשמה, במובן זה שחבר מושבעים סביר (שהורדרך כראוי) או שופט (בהיעדר חבר מושבעים) יוכל להרשיע על פיהן את הנאשם באופן נאות או בטוח, דהיינו מעל לספק סביר.<sup>105</sup> למעשה, גישה זו משותפת בעיקרה למשפט האנגלי, האמריקני והקנדי. לכאורה, המבחן האמור דומה למבחן הנוהג בישראל, אך לאמיתו של דבר,

98 Rowbotham & Roblin v. The Queen [1994] 2 S.C.R. 463

99 ראו למשל: [1969] 1 C.C.C. 106 R. v. Boyer; [1947] 1 C.C.C. 88 R. v. Lenton; כאן המקום לציין, כי על הלכה זו נמתחה ביקורת על ידי המלומד Pomerant, לעיל ה"ש 96, בעמ' 57-58, אשר הציע לאמץ לעניין זה את ההלכה שנקבעה בפסק הדין האנגלי בעניין *Abbott*, לעיל ה"ש 53; כן ראו לעיל ה"ש 65-68.

100 [1987] 38 C.C.C. (3d) 434 R. v. D. (T.C.); על המשפט האנגלי והאמריקני בשאלה זו, ראו לעיל ה"ש 69 ו-91, בהתאמה; כן ראו להלן ה"ש 107 ופרק ה'.

101 לעיל ה"ש 55.

102 לעיל ה"ש 54.

103 לעיל ה"ש 75.

104 לעיל ה"ש 74.

105 ראו תק' 29 לתקנות סדר הדין הפלילי הפדרליות, הנזכרות בפרק ג.2 לעיל; כן ראו לעיל ה"ש 77.

ההלכה החלה בישראל בענייננו מחמירה יותר עם הנאשם, מאשר ההלכה בשיטות המשפט האחרות שנסקרו. אכן, משותף לכולן העיקרון שלפיו אין להידרש בשלב תום פרשת התביעה לשאלות של משקל ושל מהימנות, אלא במקרים חריגים שבהם אף חבר מושבעים או שופט סביר (בהיעדר מושבעים) לא היה מרשיע על פיהן. אולם עיקרון זה נוגע לאופן בחינת הראיות לכאורה ולא לשאלת עצמתן. כמו כן, יש לזכור כי בשיטות המשפט האמורות, השיפוט הפלילי הנו, ככלל, בפני חבר מושבעים ואילו השיפוט ללא מושבעים הנו בגדר חריג. באשר לשיפוט בפני שופט מקצועי (ללא מושבעים), לצד הגישה הרווחת שלפיה אין הברל מהותי לענייננו בין שני סוגי השיפוט, קיימת כאמור גישה אחרת, שלפיה השופט (המקצועי) רשאי להתחשב, לעניין הטענה, בהתרשמותו הוא ממשקל הראיות וממהימנות עדויות התביעה.<sup>106</sup>

חשוב מכך – לטעמי, יש הברל משמעותי בין ראיות בסיסיות דלות – כפי הנדרש מהתביעה במשפט הישראלי – לבין ראיות מהותיות או ממשיות, כפי המתחייב לפחות ברין האמריקני. כך גם שונה, כאמור, הרין בישראל מהמשפט האנגלי, האמריקני והקנדי, בכל הנוגע לדיות הראיות לכאורה ולתוספת הראייתית, מקום שהיא נדרשת על פי חוק לצורך הרשעה, ואף זאת לרעת הנאשם.<sup>107</sup>

זאת ועוד, למעשה, הן במשפט האנגלי, הן במשפט האמריקני והן במשפט הקנדי נדרשת התביעה, בתום פרשתה, להצביע על אפשרות סבירה או נאותה להרשעת הנאשם. דהיינו להוכיח אשמתו מעל לספק סביר. זו המשמעות של העיקרון המקובל בשיטות אלו, שלפיו כדי שהטענה תידחה צריך שחבר מושבעים (או שופט) סביר יוכל להרשיע את הנאשם, באופן נאות, על פי ראיות התביעה (אם ייוחסו להן מלוא המשקל והמהימנות). לעומת זאת, נראה כי הדגש בשיטת המשפט בישראל בנוגע לסוגיה אינו מושם על סבירות האפשרות להרשעה מבחינה איכותית, כי אם על האופי הבסיסי גרידא של ראיות התביעה מבחינה טכנית.

בנוסף, נראה כי מצבו של הנאשם בשיטות המשפט שבהן יש לו זכות להישפט על ידי חבר מושבעים טוב יותר מאשר בשיטות האחרות, אף לנוכח קיומה של ביקורת נוספת, על ידי שופט מקצועי, על קיומן של ראיות לכאורה מספיקות – אם במהלך המשפט עצמו, ואם ובמיוחד במסגרת הליך של חקירה מוקדמת כבמשפט הקנדי. כמו כן, כאמור, במשפט האמריקני ככלל אין לתביעה זכות לערער על קבלת הטענה בתום פרשת התביעה.

לטעמי, שורש ההבדלים שעליהם הצבעתי לעיל בין ההלכה בישראל לבין ההלכה במשפט האנגלי, האמריקני והקנדי, נעוץ בכך שבשיטות אלו נחשבת הטענה כמבטאת זכות מהותית של הנאשם הכרוכה בזכות להליך ראוי,<sup>108</sup>

106 לעיל ה"ש 63 ו'84.

107 לעיל ה"ש 4, 41, 69, 91 ו'100; כן ראו להלן פרק ה'.

108 עם חקיקתו באנגליה של ה־Human Rights Act, 1998, c. 42, Long Title (Eng.) אומצו, בין היתר, חלקים חשובים מהוראות האמנה האירופית בדבר השמירה על זכויות האדם והחירויות היסוד (Convention For the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 211), לרבות הוראת ס' 6



והנובעת מזכות השתיקה, מחוקת החפות ומהחובה המוטלת על התביעה להוכיח את אשמתו של הנאשם. לעומת זאת, בהלכה שהשתרשה בארץ מימים ימימה, היחס אל הטענה הנו כאל עניין טכני, ללא זיקה הדוקה לזכויות המהותיות של הנאשם. על כך אעמוד בהמשך.

## ד. בחינת הסוגיה והבעייתיות של הדין הנוהג במשפטנו

כאמור, הזכות של נאשם לבקש את זיכוי בתום פרשת התביעה בשל היעדר הוכחה לכאורה, נגזרת מיסודות השיטה האדברסרית האנגלו-סקסית<sup>109</sup> ומנטל ההוכחה הרובץ על התביעה, וכן מזכות השתיקה ומחוקת החפות. להלן אגע אפוא בקצרה בנושאים אלה וביתר השיקולים והערכים הרלוונטיים, וכמובן גם במהות ההוכחה לכאורה ובעצמתה המינימלית לענייננו.

### 1. בין חובת ההוכחה לחובת הראיה

כידוע, אין להרשיע נאשם אלא אם כן הוכיחה התביעה את אשמתו מעבר לספק סביר.<sup>110</sup> זו החובה העיקרית או "החובה מס' 1". חובה זו כונתה בפסיקה הישראלית בשעתה כ"חובת הראיה",<sup>111</sup> אולם ברבות השנים היא נודעה בשם "חובת ההוכחה",<sup>112</sup> "נטל השכנוע" או "חובת השכנוע".<sup>113</sup>

לענייננו חשובה יותר החובה המשנית, "החובה מס' 2" דהיינו החובה להציג ראיות, שכונתה בעבר "חובת ההוכחה", אך נהוג כיום לכנותה "חובת הראיה" או "נטל הבאת הראיות".<sup>114</sup>

מכיוון שהחובה העיקרית ("חובת השכנוע") מוטלת עקרונית על התביעה, היא זו הנושאת ראשונה בחובה המשנית של הבאת הראיות, והיא הפותחת את מסכת הראיות במשפט הפלילי. במסגרת החובה המשנית, על התביעה להביא "הוכחה לכאורה" לעניין אשמתו של הנאשם, עד תום פרשת התביעה. אם עמדה

לאמנה, בעניין הזכות למשפט הוגן; במשפט האמריקני, כאמור, מוכרת הזכות להליך ראוי כזכות חוקתית. ראו לעיל ה"ש 73; וראו במיוחד עניין *Ubi*, לעיל ה"ש 77, שבו נקבע כי בהיעדר ראיות לכאורה לגבי כל אחד מיסודות העברה, בתום פרשת התביעה, לא יהיה זה הוגן וצודק כי הנאשם ישיב לאשמה; במשפט הקנדי קובע הצ'רטר הקנדי ברבר הזכויות והחירויות, לעיל ה"ש 18, מכלול של זכויות שתכליתן להבטיח הליך הוגן לנאשם.

109 לביקורת על השיטה האדברסרית בהליך הפלילי, ראו והשוו קרמניצר, לעיל ה"ש 7 ושטרומן, שם; עמנואל גרוס "שיטת הדיון האדברסרית בהליך הפלילי – האם היא מאפשרת אקטיביזם שיפוטי?" עיוני משפט יז 867 (1993).

110 עיקרון זה מעוגן כיום בס' 34(א) לחוק העונשין; כן ראו למשל ע"פ 347/88 דמיואנוב נ' מדינת ישראל, פ"ד מוז(4) 221, 644 (1993); דנ"פ אל עביד, לעיל ה"ש 19, בעמ' 817-818, 818, 859-858; יעקב קרמי על הראיות חלק שלישי 1458-1472 (מהרורה משולבת ומעודכנת, 2003).

111 ראו עניין זרקא, לעיל ה"ש 3, בעמ' 522-528.

112 ראו ד"נ 4/69 נוימן נ' בהן, פ"ד כד(2) 280, 290-291 (1970). להלן אשתמש בעיקר בביטויים "החובה העיקרית" או "חובת השכנוע" לתיאור "החובה מס' 1".

113 קרמי, לעיל ה"ש 110, בעמ' 1439-1440; ה"ש 3 שם.

114 ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נה(3) 117, 124 (2001). להלן אשתמש בעיקר בביטויים "החובה המשנית" או "נטל הבאת הראיות", לתיאור "החובה מס' 2".

התביעה בפרשתה בחובה המשנית, עובר נטל הבאת הראיות אל כתפי הנאשם, ודי לו אם בסוף המשפט יטיל ספק סביר בדבר אשמתו כדי שיווכה. להלכה, הנאשם אינו חייב להעיד<sup>115</sup> או להביא ראיות אחרות במסגרת פרשת ההגנה, וגם אם התביעה עמדה בחובה המשנית במסגרת פרשת התביעה, אין בכך כדי להעיד בהכרח כי הנאשם יורשע בדינו, אף אם בחר שלא לקיים פרשת הגנה כלל.<sup>116</sup> יש בכך כדי להמחיש את ההבדל בין החובה העיקרית של התביעה לבין החובה המשנית, ואת ההבדל בין רף ההוכחה לכאורה לבין רף הראיות מעל לספק סביר. שהרי, בשונה מתום המשפט, בסיום פרשת התביעה בית המשפט אינו בוחן אם אשמתו של הנאשם הוכחה מעבר לספק סביר, אלא האם הובאה "הוכחה לכאורה" מצד התביעה. כמו כן, ככלל, על פי ההלכה הפסוקה, בתום פרשת התביעה בית המשפט אינו נדרש לראיות המדברות בזכות הנאשם ולא לשיקולי מהימנות, מלבד במקרים חריגים ונדירים שבהם אף בית משפט סביר לא היה מרשיע את הנאשם על פי הראיות שהובאו.

## 2. מהות הראיות לכאורה ועצמתן

מה הן "ראיות לכאורה" ומה הוא רף ה"הוכחה לכאורה" לענייננו? המונח "הוכחה לכאורה" או "ראיות לכאורה", הנו בגדר "רקמה פתוחה" שאין לו משמעות מוגדרת מתוכו. משמעותו תלויה בהקשר הדברים, ומכאן שבהקשרים שונים יכול שתהיינה לו משמעויות שונות. ברי כי "הוכחה לכאורה" אינה בגדר הוכחה סופית וברורה, כי אם הוכחה על פי "סקירה ראשונה" על פני הדברים לפני בחינתם הנוספת.<sup>117</sup> למעשה, "ראיות לכאורה" לענייננו הן ראיות קבילות<sup>118</sup> אשר עברו באופן ראשוני את כור ההיתוך של ההליך הפלילי<sup>119</sup> במסגרת פרשת התביעה. עם זאת, אין במונח "הוכחה לכאורה" כדי קביעת רף מובנה של מידת ההוכחה לכאורה, הגם שברור שרף זה הנו נמוך מהרף של ראיות "מעבר לספק סביר". את הרף התחתון של ה"ראיות לכאורה" לענייננו יש לקבוע בהתאם לתכלית החקיקה הרלוונטית<sup>120</sup> ולרציונלים העומדים ביסודה,<sup>121</sup> וכן לערכים המתנגשים בעניין זה ולאיוון הראוי ביניהם.<sup>122</sup> בדומה לכך, בהידרוש לבחינת עצמת ה"ראיות

115 ס' 161(א)(2) לחסד"פ וס' 366(א)(2) לחש"צ; אולם בס' 162 לנוסח המשולב של החסד"פ (שהחליף את ס' 145) נקבע, כי "הימנעות נאשם מלהעיד עשויה לשמש חיוזק למשקל הראיות של התביעה וכן סיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להן סיוע"; ראו ס' 366 לחש"צ; לעיל ה"ש 18 ו-22, וכן בהמשך הרשימה.

116 קרמי, לעיל ה"ש 110, בעמ' 1455.

117 למונח "לכאורה" ראו בבלי כתובות נד, א; כן ראו למשל ארבעה טורים, חשן המשפט, סימן לה, סעיף יב.

118 ברי כי ראיות שאינן קבילות, אינן עונות על ההגדרה של "ראיות לכאורה" לענייננו.

119 זאת, בהבדל מ"ראיות לכאורה" לעניין מעצר עד תום ההליכים שהן ראיות גולמיות אשר טרם עברו את כור ההיתוך של ההליך הפלילי. ראו על כך, למשל, בש"פ זאדה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 146-147.

120 על הפרשנות התכליתית של החקיקה, ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 398-434 (2003).

121 על הרציונלים שביסוד הסוגיה, ראו לעיל במבוא, וכן בהמשך הדברים.

122 על הערכים המתנגשים בענייננו, ראו להלן בפרק ד.3.

לכאורה" הנדרשות למעצר עד תום ההליכים,<sup>123</sup> ציין הנשיא ברק כי "הוראה זו אינה מקרינה, מלשונה שלה בלבד, פתרון לשאלה".<sup>124</sup> על כן הנשיא ברק בחן את משמעות המונח "ראיות לכאורה" על רקע הערכים החברתיים המתנגשים בשלב המעצר, ועל רקע מקומו של שלב זה במסגרת ההליך הפלילי כולו. למעשה, כמעט שאין חולק, ובצדק גם לטעמי, כי השלב של טענת "אין להשיב לאשמה" אינו דומה לשלב המעצר עד תום ההליכים – לנוכח השוני בחלק מהערכים המתנגשים, ובעיקר לנוכח זאת שאין בדחיית הטענה, כשלעצמה, כדי לפגוע פגיעה ישירה בחירותו של הנאשם.<sup>125</sup> על רקע זה החזיקו כל השופטים בבש"פ זאדה ברעה כי ה"ראיות לכאורה" לעניין מעצר עד תום ההליכים אינן זהות ל"ראיות לכאורה" הנדרשות כדי שהנאשם ישיב לאשמה, בתום פרשת התביעה.<sup>126</sup> אגב כך, חזר בית המשפט על ההלכה הפסוקה בענייננו, כי די בראיות דלות ובסיסיות כדי שהטענה תידחה. הוא אף הבהיר שאין באלו די כדי לעצור נאשם עד תום משפטו, ולכך נדרש "סיכוי סביר" להרשעתו,<sup>127</sup> וזאת לאחר בחינת מכלול הראיות לכאורה, ולא רק על סמך הראיות המפליגות את הנאשם.<sup>128</sup>

### 3. השיקולים והערכים הרלוונטיים והבעייתיות של הדין החל

אכן, ככלל, מקום שקיימות ראיות לכאורה מספיקות לכך שאדם עבר עברה, יש לציבור עניין בהעמדתו לדין<sup>129</sup> תוך חשיפת האמת במשפט<sup>130</sup> וכן בהרשעת האשם ובהעשנתו.<sup>131</sup> אולם אל מול האינטרסים הציבוריים החשובים לחשיפת האמת,

- 123 ראו ס' 21(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המעצרים").
- 124 בש"פ זאדה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 143.
- 125 שם, בעמ' 144-145; לוי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 606-610; כן ראו לעיל ה"ש 44; לעומת זאת, ראו והשוו הרדוף, לעיל ה"ש 7, בעמ' 297, אשר מציע למעשה להחיל את המבחן של "ראיות לכאורה מעל כל ספק סביר" גם על הסוגיה וגם לעניין המעצר לאחר אישום – הצעה שאינה נראית (גם) בעיניי, כמוכר בגוף הטקסט; כמו כן, ראו להלן ה"ש 162.
- 126 בעניין זה הייתה תמימות דעים בין כל שופטי ההרכב המורחב שדן בבש"פ זאדה, לעיל ה"ש 9; המחלוקת בין השופטים נגעה אך לרף הראיות לכאורה הנדרש למעצר עד תום ההליכים, על כך ראו לוי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 566-569.
- 127 בש"פ זאדה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 147 ו-151.
- 128 שם, בעמ' 148.
- 129 ראו ס' 62 להסדר פ; בג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מהוז תל-אביב, פ"ד מ(2) 393, 403 (1986); ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 377 (1996); עניין קוגן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 84.
- 130 על ערך האמת במשפט ראו למשל אהרון ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11 (1996); חיים ה' כהן המשפט 114-126 (מהדורה שנייה, 1996); ד"נ 9/83 בית-הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, 853-855 (1988); דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 743 (2000); עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 12, פס' 44.
- 131 על שיקולי הענישה השונים ראו למשל יעקב בזק הענישה הפלילית: דרכיה ועקרונותיה 56-90 (1998); הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הרעת השיפוט בגזירת הדין – דין והשבון (1997); ע"פ 433/89 אטיאס נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 170, 174-175 (1989); ע"פ 5106/99 אבריניג'ימה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 350, 354-355 (2000).

למיצוי הדין ולהגנה על שלום הציבור ועל ביטחונו, וכן על כבודם ועל רגשותיהם של קרבנות העברות –<sup>132</sup> ניצבות חזקת החפות וזכויות היסוד של הנאשם וביניהן זכות השתיקה והזכות להליך ראוי. כמו ככל מקרה של התנגשות בין ערכים ואינטרסים נוגדים, גם כאן יש לחתור למציאת האיזון הראוי ביניהם, על פי משקלם היחסי של הערכים והאינטרסים הרלוונטיים.<sup>133</sup>

לטעמי, ההלכה הנוהגת בענייננו משקפת בעיקר את האינטרסים הציבוריים דלעיל, ואינה מייחסת את המשקל הראוי לחזקת החפות ולזכויות היסוד של הנאשם, ובמיוחד למעמדם החוקתי לאחר חוק-היסוד.

בשונה מההחלטה על מעצרו של נאשם עד תום ההליכים, דחיית הטענה אינה גורמת לפגיעה מוחשית ומידית בזכות היסוד שלו לחירות. אולם דחיית הטענה על בסיס קיומן של ראיות דלות בתום פרשת התביעה עלולה לפגוע באופן בלתי מידתי בזכות השתיקה ובחזקת החפות וכן בזכות הנאשם להליך ראוי. זאת, מקום שכבר בתום פרשת התביעה סבור השופט, כי אין אפשרות סבירה להרשעת הנאשם, גם אם יבחר שלא להעיד. נוסף לכך, במקרים רבים, התוצאה של ההחלטה שעל נאשם להשיב לאשמה, היא כי הדיון השיפוטי יימשך עוד זמן ניכר ויחד עמו תקופת הזמן שבה ישתייך הנאשם אל "תת־הקבוצה" של נאשמים, על כל השלכות המשתמעות מכך על הנאשם ועל שמו הטוב.<sup>134</sup> אף שהחלטה אם לקבל את הטענה נחזית להיות טכנית־דיונית, לאמיתו של דבר עלולות להיות לה השלכות מהותיות לא קלות, ובחלק מהמקרים – פגיעה בלתי מידתית בזכויות היסוד של הנאשם.

למעשה, ההלכה הפסוקה בעניין הסוגיה מרוקנת את הזכות של הנאשם לזיכוי בשל היעדר הוכחה לכאורה כמעט מכל תוכן מהותי. זאת, מאחר שמלבד במקרים נדירים, בדרך כלל ניתן למצוא בראיות התביעה לפחות ראיות בסיסיות דלות. לטעמי, רף זה (של ראיות דלות) דומה במידה מסוימת לרף של "חשד סביר" גרידא,<sup>135</sup> ואין בו די לענייננו.

מובן, כי כאשר הטענה נדחית הנאשם אינו יכול לדעת אימתי הוא יזוכה מבלי שיעיד ומבלי שיביא ראיות להגנתו. על כן, בפועל, הדין הקיים "מאלץ" את הנאשם להעיד בעיקר כדי ששתיקתו לא תחזק את משקל ראיות התביעה, ולקיים פרשת הגנה כדי לא להסתכן בהרשעתו, וזאת גם במקרים שבהם עדותו

132 ראו הוראות חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001; ראו, למשל, מאיר שמגר "כבוד האדם ואליונות" משפט וממשל ג 33 (1995); דנ"פ גנימאת, לעיל ה"ש 13, בעמ' 621, 629 ו־652; ע"פ 446/02 מדינת ישראל נ' קובי, פ"ד נז(3) 769, 775 (2002).

133 על מלאכת האיוון ראו למשל בג"ץ 5016/96 הורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 36-55 (1997); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 433-435 (1994); עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 12, פס' 45-46, 68 ו־76 לפסק דינה של השופטת ביניש.

134 על הזכות לשם טוב ראו למשל ברק, שם, בעמ' 427; רע"א 3614/97 אבי יצחק נ' חברת ההדשות הישראלית בע"מ, פ"ד נג(1) 26, 48 (1998).

135 "חשד סביר" או "יסוד סביר לחשד" הנו הרף הנדרש להוצאת צו מעצר בטרם אישום. ראו ס' 13(א) ו־23(א) לחוק המעצרים. רף זה אינו מספיק לצורך הגשת כתב אישום; על הרף הנדרש להעמדת נאשם לדין, ראו לעיל ה"ש 17; עם זאת, בהבדל מראיות לכאורה, חשד סביר לעניין מעצר לצורך חקירה יכול להתבסס גם על ראיות בלתי קבילות, כגון תוצאה של בדיקת פוליגרף ועדויות שמיעה, ראו ס' 15(ו) לחוק המעצרים.

והראיות מטעמו הנן מיותרות. לגישתי, במקרים אלו נפגעות בעיקר במידה העולה על הנדרש, זכות השתיקה וחזקת החפות של הנאשם, וכן זכותו להליך ראוי והזכויות הנלוות לכך.

לטעמי, אין זה ראוי ואין זה הוגן כי הנאשם, שלהלכה כידוע מוחזק כחף מאשמה, יהא חייב להשיב לראיות תביעה בסיסיות ודלות. כמו כן, אין להייב נאשם להשיב לראיות שאין בהן כל תוספת ראייתית לכאורית, מקום שנדרשת תוספת לשם הרשעה, זאת, כשאין אפשרות סבירה שהתוספת המספקת המתאימה תימצא במהלך פרשת ההגנה. לא כן מקום שבפרשת התביעה הובאו ראיות ממשיות שעשויות להספיק להרשעה, אם לא יינתן להן הסבר המניח את הדעת על ידי הנאשם בפרשת ההגנה. כמו כן ההלכה שלפיה אין להידרש בשלב זה לראיות המדברות בזכות הנאשם ולשיקולי מהימנות, אלא במקרים קיצוניים ונדירים שבהם אף בית משפט סביר לא היה מרשיע על פיהן – עלולה אף היא לגרום לקיום פרשת הגנה מיותרת, תוך פגיעה בלתי מידתית בזכות השתיקה, בחזקת החפות ובזכות להליך ראוי. זאת, באותם מקרים שבהם בית המשפט השומע את עדי התביעה, מתרשם באופן בלתי אמצעי בתום פרשת התביעה כי מדובר בעדים בלתי מהימנים וכי לא ניתן יהיה להרשיע את הנאשם על פי ראיות התביעה, גם אם לא ניתן לומר שאף בית משפט סביר לא היה מרשיע על פיהן. נוסף לכך, לטעמי, אף שרף ה"ראיות לכאורה" לעניין הגשת כתב אישום הועלה בפועל בעניין יהב<sup>136</sup> באופן שנדרשת כיום אפשרות סבירה להרשעה,<sup>137</sup> כך ורף ה"ראיות לכאורה" לצורך מעצר עד תום ההליכים הוקשה עם השנים<sup>138</sup> כך שנדרש סיכוי סביר באופן מהותי להרשעה –<sup>139</sup> רף "ההוכחה לכאורה" לעניין הטענה כלל לא השתנה. בכך נוצר למעשה מצב חריג, אנומלי ובלתי ראוי, גם מבחינה זו שבכל יתר השלבים של ההליך הפלילי – החל משלב המעצר הראשוני, דרך הגשת כתב האישום, המעצר עד תום ההליכים ועד לשלב הכרעת הדין – ככל שמדובר בשלב מאוחר יותר בהליך הפלילי, נדרש רף ראייתי גבוה יותר. לעומת זאת, בתום פרשת התביעה נדרש לדחיית הטענה רף שהנו נמוך מהרף של הראיות המספיקות להגשת כתב אישום, רף שדומה במידה מסוימת, כאמור, ל"חשד סביר גרידא".

כזכור, אחד מהרציונלים העומדים בבסיס הסוגיה נעוץ בזכות השתיקה של הנאשם. זכות זו שמעוגנת בנוגע למשפט גופו בסעיף 161(א)(2) לחסר"פ (ובסעיף 366(א)(2) לחש"ץ), הנה רחבה יותר מהחיסיון מפני הפללה עצמית.<sup>140</sup> החיסיון מוקנה לכל אדם, והיינו לכל עד, והוא מעוגן הן בסעיף (2) לפקודת הפרוצדורה

136 עניין יהב, לעיל ה"ש 17.

137 שם; לוי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 603-605.

138 שם, בעמ' 574-577.

139 בש"פ זאדה, לעיל ה"ש 9.

140 ראו, למשל, בג"ץ 6319/95 חכמי נ' שופטת בית משפט השלום בתליאביביפו, פ"ד נא(3) 750, 765 (1997); רע"פ 4574/99 מדינת ישראל נ' לגזיאל, פ"ד נד(2) 289, 293 (2000); כן ראו והשוו רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' שרון, פ"ד נה(1) 748 (2003); ע"פ 1761/04 שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 9 (2004); עם זאת, גם זכות השתיקה, ככל זכות יסוד, אינה זכות מוחלטת, ראו על כך בהמשך הרשימה.

הפלילית (עדות)<sup>141</sup> שלפיו נחקר חייב להשיב על כל השאלות המוצגות לו בחקירה מלבד שאלות שהתשובות עליהן, יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית, והן בסעיף 47(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: "פקודת הראיות"), שקובע כי "אין אדם חייב למסור ראייה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה, או עשוי להיות מואשם בה".<sup>142</sup> עם זאת, מסעיף 47(ב) לפקודת הראיות עולה כי בית המשפט רשאי לדחות את הבקשה של אדם להימנע ממסירת ראייה "מחמת שהיא עשויה להפיל"ו". אולם במקרה שכזה הראיה לא תוגש נגדו "במשפט שבו הוא מואשם בשל העבירה שהעובדה המתגלית מן הראיה היא יסוד מיסודותיה, אלא אם הסכים לכך".

זכות השתיקה נועדה למנוע מאדם "להיקלע לטרילמה שבה הוא מיטלטל בין החובה המוסרית והמשפטית לומר את האמת לבין החולשה האנושית לשקר כדי להציל את עורו, לבין הסתבכות בביוזון בית המשפט עקב סירובו להעיד".<sup>143</sup> כמו כן, זכות השתיקה בחקירה נועדה להבטיח גביית הודאות מחשודים באופן חופשי ומרצון, בשים לב לחולשתו של החשוד ולעצמתה של המשטרה, וכן להמריץ את רשויות החקירה להשיג ראיות חיצוניות.<sup>144</sup>

נראה כי כיום מקובלת הדעה שלפיה זכות השתיקה מהווה זכות יסוד חוקתית,<sup>145</sup> ומכאן שפגיעה בה יכולה להיעשות רק בהתקיים דרישותיה של פסקת ההגבלה בחוק-היסוד, דהיינו בין היתר – במידה שאינה עולה על הגדרש.<sup>146</sup> עם זאת, כמו שכל זכות ובכלל זה זכויות היסוד האחרות, היא יחסית,<sup>147</sup> אף זכות

141 ח"א" א 439.

142 על פי ס' 52 לפקודת הראיות, ס' 47 וכל יתר ההוראות של פרק ג' לפקודה חלות "הן על מסירת ראיות בפני בית משפט ובית דין והן על מסירתן בפני רשות, גוף או אדם המוסמכים על פי הדין לגבות ראיות".

143 עניין חכמי, לעיל ה"ש 140; כן ראו ע"פ 242/63 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 477, 498 (1964); בני שטיינברג "מה נותר מן האזהרה על זכות השתיקה?" הפרקליט מח 163, 166–167 (2004); כן ראו לעיל ה"ש 140.

144 ראו למשל שטיינברג, שם, בעמ' 167–169; בשונה מהימנעות נאשם ממתן עדות במשפטו, ראו לעיל ה"ש 18 ו-22; ראו להלן, ה"ש 154; שתיקה בחקירה אינה יכולה למשש "סיוע" – ראו ע"פ 224/63 בן-עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 225, 235 (1964); בש"פ 70/90 צדוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 250 (1990); עם זאת, יש בשתיקה בחקירה כדי חיזוק לראיות התביעה – ראו ס' 28(א) לחוק המעצרים; ע"פ 6167/99 בן שלוש נ' מדינת ישראל, פ"ד ישראל, פ"ד מג(1) 818, 823–824 (1989); ע"פ 6167/99 בן שלוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 577, 589 (2001); עם זאת, שאלה היא אם שתיקה בחקירה יכולה להוות תוספת ראיתית מסוג "דבר לחיזוק". ראו מחד, בש"פ 1237/04 מדינת ישראל נ' גיאסוב, תקעל (1)04 1263, פס' 9 (2004) ומאידך, מוקי לנדרמן "על השתיקה" הסניגור 91, 4 (2004).

145 להלן בהמשך הרשימה ובמיוחד ה"ש 153.

146 על דרישת המידתיות ראו ס' 8–9 לחוק-היסוד; כמו כן ראו והשוו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 384–386 (1997); בג"ץ 2056/04 מועצת הבפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, דינים עליון סח 157, פס' 38–42 (2004); וכן ראו המשך הדברים.

147 ראו למשל ברק, לעיל ה"ש 133, בעמ' 369–372; ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, בעמ' 414 ואילך (1995); עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 12, פס' 47 ופסק דינה של השופטת ביניש.

השתיקה אינה מוחלטת. על יחסיותה של זכות השתיקה ניתן ללמוד הן מכך שהיא נתונה לנאשם רק במשפטו שלו ולא כעד במשפטו של אחר,<sup>148</sup> והן מהמסקנות שהחוק מאפשר להסיק לחובת הנאשם משתיקתו, כאמור בסעיף 162 לחסד"פ (ובסעיף 366 לחש"ץ).<sup>149</sup> למעשה, זכות השתיקה אינה מובנת מאליה, והיא מעוררת רגשות מעורבים.<sup>150</sup> מצד אחד, היא מהווה מכשול בפני גילוי האמת<sup>151</sup> ואינה מקובלת בשיטות משפט אינקוויזיטוריות. ומן הצד האחר, היא מהווה יסוד מוסד של השיטה האדברסרית האנגלו-סקסית. כך, יש הרואים בזכות השתיקה מגן לעבריינין ושריד אנכרוניסטי של תפיסה מיושנת ובלתי ראויה, שמלכתחילה נועדה להגן על האזרח מפני "מכת המדינה" דאז של עינויים בחקירות האינקוויזיטוריות ב-Star Chamber ובכתי הדין הכנסייתיים העתיקים באנגליה.<sup>152</sup> לעומת זאת, בעיני מלומדים רבים נחשבות זכות השתיקה והזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, בצדק גם לטעמי, כחלק מכבודו של האדם ומהאוטונומיה שלו, ומכאן שהן זכויות חוקתיות.<sup>153</sup> עם זאת, נראה כי "אין זה נוגד את כבוד האדם להסיק משתיקתו של נאשם מסקנות לרעתו",<sup>154</sup> וכן כי זכות השתיקה הנה זכות חוקתית חלשה מחזקת החפות.<sup>155</sup>

לעומת המחלוקת בעניין חשיבותה של זכות השתיקה ובשאלת חוקתיותה, דומה כי כמעט שאין חולק על כך שחזקת החפות זכתה להגנה חוקתית,<sup>156</sup> הגם שהיא הוכרה עוד קודם לחקיקת חוק-היסוד.<sup>157</sup> עם זאת, חלוקות הדעות בנוגע למידת היקפה, ומכאן גם בנוגע לרלוונטיות שלה לענייננו. שהרי משמעותה העיקרית של חזקת החפות היא שחובת השכנוע רובצת על התביעה, ושאינן להרשיע נאשם אלא אם כן הוכחה אשמתו מעל לספק סביר. על כן היא רלוונטית בעיקר

148 ומכאן שהיא נסוגה מפני חובתו של עד למסור עדות במשפטו של האחר, תוך הגנה על זכותו מפני הפללה עצמית.

149 ראו לעיל ה"ש 18 ו-22; להלן ה"ש 154.

150 ראו המשך הדברים והמקורות הנזכרים להלן בה"ש 152 ו-153.

151 בעניין חשיבות האמת במשפט ראו לעיל ה"ש 130.

152 ראו למשל שטרומן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 179-183; והשוו אליהו הרנון "על זכות השתיקה" משפטים א 95 (1968); עמנואל גרוס "החסיון מפני הפללה עצמית – האמנם ציון דרך במאבקו של האדם הנאור לקידמה?" מחקרי משפט ז 167 (1989).

153 ראו ברק, לעיל ה"ש 12, בעמ' 23; שטיינברג, לעיל ה"ש 143, בעמ' 164, 167-168; ת"פ (מחוזי נצ') 511/97 מדינת ישראל נ' עזרה, דינים מחוזי לב(1) 845, פס' 10-19 (1997); והשוו עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 12, פס' 14, 35 ו-66 לפסק דינה של השופטת ביניש; ומנגד ראו, למשל, תפ"ח (מחוזי ת"א) 3078/97 מדינת ישראל נ' עמראן, דינים מחוזי כו(9) 908 (1998).

154 ברק, שם; עניין אלבה, לעיל ה"ש 22 בעמ' 328; לעומת זאת, ראו הרדוף, לעיל ה"ש 7, בעמ' 211-212, שם הוא מציע למעשה לבטל או לצמצם במידה רבה את הוראת ס' 162 לחסד"פ – הצעה שאינה נראית בעיניי; על המשפט המשווה בעניין זה ראו לעיל ה"ש 18; כן ראו לעיל ה"ש 22.

155 השוו דן ביין "ההגנה החוקתית על חזקת החפות" עיוני משפט כב 11, 12, 15 (1999).

156 ראו ברק, לעיל ה"ש 12, בעמ' 23; ביין, שם, בעמ' 12; רינת קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פרויטבייט, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" עלי משפט ג 405 (2003); עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 12, פס' 66-67 לפסק דינה של השופטת ביניש.

157 ראו למשל בש"פ 4510/91 אל תרתור נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 573, 582 (1991).

לשלב של הכרעת הדין.<sup>158</sup> לדעתי, חוקת החפות אינה חלה רק בשלב הכרעת הדין, כי אם גם בשלבים קודמים של ההליך הפלילי,<sup>159</sup> לרבות שלב המעצר עד תום ההליכים<sup>160</sup> ושלב סיום פרשת התביעה. עם זאת, מקובל גם עליי, שההגנה החוקתית של חוקת החפות הנה חלשה יותר בעניין הטענה, מאשר בעניין הכרעת הדין וכן מאשר בעניין המעצר עד תום ההליכים. הכול כפועל יוצא של מידת הפגיעה האפשרית השונה בזכויות היסוד של הנאשם, ושל האיזון השונה בין הערכים המתנגשים בכל אחד מההקשרים האמורים.<sup>161</sup> לפיכך, מצד אחד אכן אין לדרוש כי בסיום פרשת התביעה תהא בפני בית המשפט הוכחה לכאורה מעל לספק סביר בדבר אשמתו של הנאשם,<sup>162</sup> ואף לא הוכחה לכאורה ברמה של מאזן ההסתברויות.<sup>163</sup> אולם, מן הצד האחר, אין להסתפק במבחן המקובל כיום של ראיות בסיסיות דלות. במילים אחרות, אמנם אין להקביל את רף ההוכחה לכאורה לרמת ההוכחה הנדרשת לשם הרשעה, ואף לא לעצמת הראיות לכאורה הנדרשות לצורך מעצר, אך יש מקום להעלות את הרף הראייתי הלכאורי הנדרש בסיום פרשת התביעה, למצער בדומה להעלאת הרף שנעשתה בפסיקה בעניין ההחלטה על העמדה לדין.<sup>164</sup>

## ה. מסקנות והצעות

מן המקובץ לעיל עולה, כי אף שהטענה מוכרת במשפטנו, היחס אליה אינו כאל טענה המשקפת זכות מהותית של הנאשם.

תחילה, בטרם עוגנה הטענה בחוק החרות, התייחסה אליה הפסיקה כעניין שבנוהג גרידא, ולא כ"דבר שבזכות".<sup>165</sup> לאחר שהטענה קיבלה מעמד סטוטורי, ראתה הפסיקה בסוגיה עניין דיוני בלבד,<sup>166</sup> ולא זיהתה זכויות מהותיות של הנאשם שעלולות להיפגע מדחייה בלתי מוצדקת של הטענה. נקבע כי המבחן לעניין קבלת הטענה אינו מבחן איכותי מהותי, כי אם מבחן כמותי-יחיצוני-פורמלי<sup>167</sup> שמצמצם לקיומן של ראיות בסיסיות המתייחסות ליסודות המרכזיים של העברה המיוחסת לנאשם, גם אם הן דלות, מבלי להתחשב בראיות אחרות התומכות בגרסת החפות של ההגנה ומבלי להתייחס לאיכותן של הראיות המפלילות, למשקלן,

158 ב"ד, לעיל ה"ש 155, בעמ' 15.

159 ראו קיטאי, לעיל ה"ש 156, בעמ' 437-439, 451-452.

160 שם; לוי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 600-601; ובמקורות הנזכרים בה"ש 209-211.

161 השוו ב"ד, לעיל ה"ש 155, בעמ' 15.

162 זו הייתה למעשה, הרעה של השופט דורנר בעניין זאדה, לעיל ה"ש 9 בעמ' 163-167 (פס' 9-13 לפסק דינה של השופטת דורנר), בכל הנוגע למעצר עד תום ההליכים – להבדיל מענייננו, וזו ככל הנראה דעתו של הרדוף, לעיל ה"ש 7, בעמ' 297, הן בנוגע לטענה והן בנוגע למעצר לאחר אישום – דעה שאינה נראית בעיני, כמוכה בטקסט לעיל ובהמשך הדברים; ראו לעיל ה"ש 125 והטקסט הסמוך לה.

163 ראו Wood, לעיל ה"ש 54.

164 לעיל ה"ש 17 והטקסט הסמוך לה; לוי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 603-605 ו-614; כן ראו להלן בהמשך הרשימה.

165 ראו עניין לוי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 90.

166 עניין זאדה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 144-145 (פס' 9 לפסק דינו של הנשיא ברק).

167 ראו, למשל, עניין דחלה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 630; קרמי, לעיל ה"ש 110, בעמ'

1453-1454; והשוו עניין יריב, לעיל ה"ש 45, בעמ' 431.



ולמהימנותן לכאורה. זאת, מלבד במקרים קיצוניים ונדירים שבהם עולה בעליל שהראיות המפלילות של התביעה הן כה בלתי אמינות, עד שאף ערכאה שיפוטית בת דעת לא הייתה מרשיעה על פיהן. כמו כן, נקבע כי אין מקום לבחון את דבר קיומה של תוספת ראייתית בשלב תום פרשת התביעה, אף לא לכאורה – וגם בלעדי זאת יהא על הנאשם להשיב, ובלבד שקיימות ראיות בסיסיות כאמור.<sup>168</sup> משמע – בשלב זה אין בוחנים את דיוטן של הראיות, אף לא לכאורה.<sup>169</sup> זאת ועוד, לפחות לדעת המלומד יעקב קדמי, אם מתברר בערעור שהערכאה הראשונה טעתה בהחלטתה לרחות את הטענה, אין בכך כדי לפגום בהרשעה המבוססת על ראיות שהתקבלו במסגרת פרשת ההגנה,<sup>170</sup> אם כי שאלה זו אינה נקייה מספקות, והיא הושארה בצריך עיון בעניין מלכה.<sup>171</sup> שאלה זו אף נותרה פתוחה גם במשפט האנגלי.<sup>172</sup>

דומה בעיניי, כי גם בכך יש כדי להמחיש כי אף שההלכה הפסוקה בנוגע לסוגיה מקורה כאמור במשפט האנגלי, המבחנים שהתקבלו בפסיקתנו מחמירים עם הנאשם מאלה הנהוגים במשפט האנגלי ובעיקר במשפט האמריקני והקנדי. כך, לא רק בעניין השאלה אם על ערכאת הערעור להתעלם, בבחנה את הרשעתו של הנאשם, מראיות שנוספו במסגרת פרשת ההגנה מקום שהערכאה הדיונית שגתה ברחותה את הטענה, אלא גם בנוגע לשאלה אם יש לבחון בתום פרשת התביעה קיומה של תוספת ראייתית (לכאורה), כאשר נדרשת תוספת כאמור לצורך הרשעה. בעניין זה נעשתה בדין האנגלי הבחנה בין תוספת שהיא פרי הפסיקה בלבד, לבין תוספת הנדרשת על פי החוק החרות. כאשר התוספת נדרשת על פי חוק, על התביעה להצביע על התוספת כבר בתום פרשת התביעה כדי שהנאשם ישיב לאשמה.<sup>173</sup> ובדומה לכך, גם בדין האמריקני<sup>174</sup> ובדין הקנדי,<sup>175</sup> כאשר נדרשת על פי חוק תוספת ראייתית לשם הרשעה, אין הנאשם חייב להשיב לאשמה בתום פרשת התביעה אם אין כל תוספת לכאורה.

לעומת זאת, במשפטנו לא נקלטה ההבחנה האנגלית האמורה. על כן ככל הנראה על פי הפסיקה, אין לבחון את קיומה של התוספת בתום פרשת התביעה, גם אם התוספת הנדרשת להרשעה, מקורה בחוק החרות.<sup>176</sup>

168 ראו לעיל ה"ש 4, 41 ו-107.

169 כן ראו קדמי, לעיל ה"ש 110, בעמ' 1455.

170 ראו יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק שני 1054 (מהדורה מעורכנת, 2003); וראו עניין לוי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 90.

171 לעיל ה"ש 41, בעמ' 84.

172 ראו לעיל ה"ש 65-68.

173 לעיל ה"ש 69.

174 לעיל ה"ש 91.

175 לעיל ה"ש 100.

176 ראו לעיל ה"ש 4 ו-41; וכן קדמי, לעיל ה"ש 110, בעמ' 1455; לתוספות ראייתיות הנדרשות על פי חוק, ראו למשל הדרישה ל"דבר לחיזוק" אמרה שנתקבלה לפי ס' 10א(א) לפקודת הראיות; כן ראו ס' 54א(א) לפקודת הראיות, בנוגע לדרישה ל"דבר לחיזוק" עדות שותף ובנוגע ל"סיוע" לעדות עד מדינה. לעומת זאת, ה"דבר-מה-הנוסף" הנדרש לאימות הודאה בחקירה הנו פרי הפסיקה; לעניין הדרישה ל"דבר-מה" לאימות הודאה, ראו, למשל, ע"פ 3/49 אנדרסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב 589 (1949); ע"פ 715/78 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 228, 234 (1979); דנ"פ אל עביד, לעיל ה"ש 19.

יתרה מזו, אף שההלכה בעניין איי-ההתחשבות במשקל ראיות התביעה ובמהימנות עדיה קשורה במקורה, לפחות באופן חלקי, לשיטת המושבעים האנגלו-סקסית, לא נעשתה במשפטנו התאמה של ההלכה האמורה לעובדה שהמשפטים הפלייליים נרונים בישראל בפני שופטים מקצועיים, ללא חבר מושבעים.

בעניין זה ראויים לציון דברי הנשיא אולשן בעניין ירקוני,<sup>177</sup> לפיהם:

"יש לזכור שבמשפט עם מושבעים שאלת מהימנות עדים והוכחות היא בירי המושבעים. בדרך כלל, עם תום פרשת הקטיגוריה לא השופט ולא הנאשם יודעים באיזו מידה האמינו המושבעים להוכחות הקטיגוריה ואם מקונן בלבם ספק כל שהוא, מה שאין כן במשפט בלי מושבעים כאשר, עם תום פרשת הקטיגוריה, השופט כבר ער וחש בענין מהימנות הוכחות הקטיגוריה כדי להחליט, אם מקונן בלבם ספק המצדיק שלא לבקש תשובה. מהבחנה הזאת לנאשם במשפט ללא מושבעים יותר קל להתמצא בשאלה אם מוטב לו שיעיד".<sup>178</sup>

אכן, היה בדברים נכוחים אלה חידוש לעומת הפסיקה שקדמה לכך.<sup>179</sup> אלא שבפועל הפסיקה המאוחרת התעלמה מהם וחזרה, כאמור, על ההלכות המקובלות מהמשפט האנגלי, ללא כל הבחנה בין משפט בפני חבר מושבעים לבין משפט המתנהל בפני שופט(ים) מקצועי(ים).

אמנם ניתן לומר כי גם במשפט האנגלי אין הבחנה מהותית, לעניין הסוגיה, בין משפטים המתנהלים בפני חבר מושבעים לבין משפטים המתנהלים בפני ה-Magistrates. אולם האחרונים ברובם אינם שופטים משפטיים,<sup>180</sup> שלא כמו בשיטת המשפט הישראלית. כמו כן, לפי אחת הגישות, ל-Magistrates נתון שיקול דעת רחב יותר להתחשב בשיקולי מהימנות מזה הנתון לשופט במשפט המתנהל בפני חבר מושבעים, וגישה דומה קיימת ככל הנראה גם במשפט האמריקני בנוגע לשיפוט ללא מושבעים, אם כי אין זו הגישה המקובלת.<sup>181</sup> מכל מקום, בפועל, על פי ההלכה המקובלת בפסיקתנו, ספק אם יש נפקות להערכה של הנשיא אולשן, כי "לנאשם במשפט ללא מושבעים יותר קל להתמצא בשאלה אם מוטב לו שיעיד".<sup>182</sup>

למעשה, בעבר הייתה למונח "ראיות לכאורה" משמעות כמעט זהה הן לעניין הראיות הנדרשות להעמדתו של נאשם לדין, הן לעניין המעצר עד תום ההליכים

177 עניין ירקוני, לעיל ה"ש 6.

178 שם, בעמ' 59.

179 השו' מוטי שרף "שיקולי ביהמ"ש בטענה: אין להשיב על האשמה" הפרקליט כא 424, 425 (1965).

180 ראו לעיל בפרק ג.1 ובמיוחד ה"ש 63 והטקסט הסמוך לה, וכן להלן בהמשך הרשימה.

181 ראו לעיל ה"ש 84 והטקסט הסמוך לה.

182 עניין ירקוני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 59; וכן ראו ע"פ 419/68 מדינת ישראל נ' רפאל, פ"ד (כב) 749 (1968); קרמניצר, לעיל ה"ש 7; ה"ש 55 בעמ' 489.

והן לעניין הטענה.<sup>183</sup> אולם בעקבות חוק-היסוד ולנוכח הפגיעה הקשה בזכות היסוד לחירות הנלווית להחלטה על מעצרו של נאשם עד תום משפטו, הוקשה בדין ברבות השנים הרף של הראיות לכאורה לצורך מעצר, ונקבע כי המבחן הנזכר: אם קיים סיכוי סביר (באופן מהותי) להרשעה, בשים לב למכלול הראיות ובהן גם הראיות התומכות בחפות הנאשם שבחומר החקירה.<sup>184</sup> כמו כן, בעיקר מאז עניין יחב,<sup>185</sup> הועלה הרף של הראיות המספיקות לאישום, כך שאין די לעניין הגשת כתב אישום בראיות בסיסיות ודלות ובסיכוי קלוש להרשעה, כי אם נדרש סיכוי סביר להרשעה, או לפחות קיום אפשרות סבירה להרשעה.<sup>186</sup>

אלא שהשיקולים והערכים הרלוונטיים לעניין הגשת כתב אישום הנם לרוב זהים, או לפחות דומים לאלו הנוגעים לטענה,<sup>187</sup> וכך גם נקודת האיוון ביניהם. מכאן שנוצר מצב אנומלי ובילתי ראוי, שלפיו יהא על הנאשם להשיב לראיות התביעה אף אם לא היה בהן די להגשת כתב אישום. לכאורה אין זה מצב מעשי. אמנם נאשם יכול לתקוף את עצם הגשת כתב האישום נגדו, תקיפה ישירה או עקיפה, אם אין הראיות מספיקות להעמדתו לדין, אולם יש לזכור כי ראשית, התערבות בית המשפט הגבוה לצדק בשיקול הדעת של רשויות התביעה, בעניין הראיות לכאורה להעמדת אדם לדין, הנה מצומצמת ביותר.<sup>188</sup> שנית, על פי ההלכה הפסוקה, ככלל, הערכאה הדיונית אינה בוחנת את שיקול הדעת של התביעה בהגשת כתב האישום, מלבד במקרים חריגים ביותר שבהם קמה לנאשם הגנה מן הצדק אם התנהגות הרשות הנה שערורייתית, או שיש בה משום התעמרות בנאשם,<sup>189</sup> ואם במקרים אחרים שבהם בית המשפט שוכנע כי לא ניתן להעניק לנאשם משפט הוגן או כי קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות.<sup>190</sup> שלישית, כידוע, חלק ניכר מהנאשמים אינם מיוצגים ואינם מודעים לזכותם לתקוף את עצם הגשת כתב האישום נגדם. רביעית, אפשר שהגשת כתב האישום הייתה בשעתה במקומה, ועם הגשתו היו הראיות שבחומר החקירה מספיקות לכך. אולם חל כרסום מהותי בראיות התביעה במסגרת פרשתה, למשל, מכיוון שבפועל אחד מעדי התביעה העיקריים לא העיד

183 ראו לוי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 567, 603-608.

184 שם, בעמ' 553; בש"פ זאדה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 148.

185 עניין להב, לעיל ה"ש 17.

186 ראו לעיל ה"ש 17 והמקורות הנזכרים שם.

187 ראו דברי השופט כן, שעמו הסכימו השופט גולדברג והשופט (כתוארו אז) מצא בעניין מיכאלשוילי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 656; כן ראו רות גביוון שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק 147 (1991); כמו כן, השוו לדין הקנדי, שבו כאמור המבחן לקבלת הטענה והה למבחן הנוהג לעניין ההחלטה על העמדה לדין בתום החקירה המוקדמת; ראו ה"ש 97 והטקסט הסמוך לה.

188 ראו למשל בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356 (1989); עניין יחב ובג"ץ התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 17.

189 ראו עניין יפת, לעיל ה"ש 129; עניין קוגן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 82; על"ע 2131/01 הרמון נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתליאביביפו, פדאור (3) 04 714 (2004).

190 ראו ע"פ 4855/02 מזדינת ישראל נ' בורוביץ, פדאור (6) 05 699, פס' 18-21 (2005); מרדכי לוי "עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה לפני פסק הדין בעניין בורוביץ ובעקבותיו" המשפט י 353 (2005).

כלל, משום שלא ניתן היה לזמנו לעדות, באופן שנתרו ראיות בסיסיות דלות בלבד נגד הנאשם בתום פרשת התביעה.

היום, בעידן החוקתי, הדין הנוהג בעניין הסוגיה בעייתי עוד יותר. כידוע, לנוכח ביצור מעמדן של זכויות היסוד של הפרט וביניהן חזקת החפות, זכות השתיקה, הזכות להליך ראוי והזכויות הנלוות לכך, השתנתה נקודת האיזון בין האינטרסים הציבוריים לבין זכויותיו של הפרט, ויש לפרש גם את החקיקה שקדמה לחוק-היסוד ובכלל זה סעיף 158 לחסד"פ וסעיף 365 לחש"פ בעניין הטענה ברוח חוק-היסוד.<sup>191</sup>

על כן מוצע לשנות את ההלכה הפסוקה בנוגע לסוגיה, ולהתאים את הפרשנות של סעיף 158 לחסד"פ ושל סעיף 365 לחש"פ לפרשנות סעיף 62 לחסד"פ, בעניין הראיות המספיקות לאישום, ובכך להתחשב גם בדמיון הרב בין השיקולים הרלוונטיים לשתי הסוגיות ובעיקר ברוח חוק-היסוד ובשינוי נקודת האיזון בעקבותיו.

לשון אחרת, מן הראוי לשנות את המבחן שנקבע בפסיקה, ולקבוע כי אם אין ראיות ממשיות המקימות למצער אפשרות סבירה להרשעה, לא יחויב הנאשם להשיב לראיות התביעה. זאת ועוד, מוצע להתייחס אל זיכוי הנאשם בשל היעדר הוכחה לכאורה כאל זכות מהותית<sup>192</sup> הנגזרת מהזכות להליך ראוי, מחזקת החפות ומזכות השתיקה. מכאן שיש לבחון את הטענה מבחן איכותי-מהותי ולא מבחן כמותי-טכני.

כפועל יוצא מכך, יש להקנות לשופט הדין בטענה שיקול דעת רחב יותר, ולאפשר לו לבחון את מכלול ראיות התביעה ולא רק את הראיות המפלילות שביניהן. וכן יש להתחשב, במקרים המתאימים, בשיקולי מהימנות ובמשקל הראיות בעיניו, כמו גם בריות הראיות; דהיינו בעיקר בשאלה אם נדרשת תוספת ראיתית לשם הרשעה, ואם אין תוספת לכאורית כזו – בשאלה אם יש אפשרות סבירה לכך שהתוספת תמצא בפרשת ההגנה, בשים לב במיוחד לעצמת הראיה הטעונה תוספת.<sup>193</sup> והכול, כדי להחליט אם יש, בעיניו, לפחות אפשרות סבירה להרשעה, בהתאם למכלול הראיות שהובאו בפרשת התביעה. עם זאת, ברי כי בחלק גדול מהמקרים, בסיום פרשת התביעה עדיין אין לשופט עמדה ברורה בנוגע למהימנותם של עדי התביעה ובנוגע לסיכויי ההרשעה של הנאשם. על כן במקרים שבהם נדחית הטענה, אין מקום כי השופט יתייחס – מכל מקום ובוודאי שלא בפירוט – לשאלות מהימנות, ובלבד שקיימת לדעתו אפשרות סבירה להרשעה.

על אף האמור, מקובל עליי כי במקרים גבוליים, שבהם השופט מתלבט אם יש אפשרות סבירה להרשעה, עליו לנטות, ככלל, לדחות את הטענה או למצער

191 ראו למשל ברק, לעיל ה"ש 133, בעמ' 562–563; דנ"פ גנימאת, לעיל ה"ש 13, בעמ' 633; כן השוו לעניין יששכרוב, לעיל ה"ש 12, פס' 20 לפסק דינה של השופטת ביניש; כן ראו לעיל ה"ש 12.

192 ראו והשוו דברי השופט (כתוארו אז) ש' לוין, בעניין מלכה, לעיל ה"ש 41, בעמ' 84.  
193 למעשה, זו גישת ביניים בין גישות הקיצון בעד ונגד דרישת תוספת לכאורה; כן השוו בש"פ 4453/03 זוהר נ' מדינת ישראל, דינים עליון סד 565 (2003); לוי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 622–623.

לדחות את ההכרעה בנוגע לטענה עד לאחר שיתברר אם הנאשם נמנע מלהעיד, על ההשלכות הנובעות מכך. במילים אחרות, אם קיימת בעיני השופט היושב בדיון אפשרות סבירה, אף אם ברוחק, להרשעת הנאשם, ככלל יש מקום לדחות את הטענה. ומכאן שרק אם בעיני השופט אין כל אפשרות סבירה להרשעת הנאשם, גם בהנחה שיבחר שלא להעיד, לא יהא זה ראוי, לטעמי, לחייב את הנאשם להשיב לאשמה, אף אם קיימות ראיות לכאורה בסיסיות. במקרים שבהם תתקבל הטענה בהתבסס על אי-מהימנות בולטת של עדי התביעה, לא יהא מנוס מלהתייחס לכך בנימוקי ההחלטה, גם אם הדבר עלול להביא לפסלות המותב אם יתקבל ערעור התביעה על קבלת הטענה, על ההשלכות השליליות הנובעות מכך מבחינת יעילות הדיון. למעשה, גם משום כך אין למהר ולקבל את הטענה, מקום שמדובר במקרה גבולי, דהיינו כשקיימת אפשרות סבירה אך גבולית להרשעה. במסגרת שיקוליו אם לחייב את הנאשם להשיב לאשמה, מן הראוי כי מצד אחד, ייתן בית המשפט את דעתו לאפשרות כי הנאשם יבחר להימנע מלהעיד ולהשלכה של הימנעות זו,<sup>194</sup> וכן לפגיעה אפשרית באינטרסים הציבוריים לגילוי האמת,<sup>195</sup> למיצוי הדיון<sup>196</sup> ולפגיעה בקרבן העברה,<sup>197</sup> אם יזוכה הנאשם מבלי שיירדש להשיב לאשמה; ומן הצד האחר, לפגיעה שעלולה להיגרם לנאשם המסוים אם יחויב להשיב לאשמה, ולשאלת המידתיות של הפגיעה בזכויותיו; והכול, בשים לב גם למהות האשמה, לטיבה ולחומרתה.<sup>198</sup>

כן מוצע כי בית המשפט ישתמש יותר בסמכותו לעורר את הטענה מיוזמתו, במקרים המתאימים שבהם נראה כי אין אפשרות סבירה להרשעת הנאשם, במיוחד כאשר הנאשם אינו מיוצג.<sup>199</sup> זאת, בשים לב גם לחובתו של בית המשפט, מכוח הוראת סעיף 11 לחוק-היסוד, למנוע פגיעה בזכויות היסוד של הנאשם במידה העולה על הנדרש.<sup>200</sup>

כמו כן, במצב הקיים לא ניתן לערער באופן תכוף על דחיית הטענה, בהיותה החלטת ביניים במשפט פלילי שהערעור עליה הנו במסגרת הערעור על הכרעת הדיון.<sup>201</sup> מצב זה אינו משיבץ רצון, במיוחד לאור ההשלכות השליליות של דחיית

194 ראו ס' 162 לחסר"פ וס' 366 לחש"ץ; כן ראו לעיל, ה"ש 18, 22 ו-154.

195 ראו לעיל ה"ש 130.

196 ראו לעיל ה"ש 129.

197 ראו לעיל ה"ש 132.

198 עוד בעניין זרקא, לעיל ה"ש 3, בעמ' 527, ציין השופט (כתוארו אז) אגרנט, כי משמעות דבריו של זקן השופטים Gordon Smith בעניין Levin, היא שאין ספק שכמות העדות הנחוצה כדי לקיים דרישות אותו מבחן תלויה בטבע העניין המיוחד שהקטגוריה הייבת להוכיחו". דברים אלו של השופט אגרנט צוטטו, מתוך הסכמה, על ידי השופט (כתוארו אז) שמגר בעניין בחלון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 178. אולם, דומה כי בפועל לא יוחסה לדברים חשיבות יתרה.

199 השוו Williams, לעיל ה"ש 67, בעמ' 45; Phipson, לעיל ה"ש 61, בעמ' 231; Sprack, לעיל ה"ש 49, בעמ' 293; כן ראו לעיל ה"ש 20.

200 על תחולת ס' 11 לחוק-היסוד (גם) על בתי המשפט, ראו למשל ברק, לעיל ה"ש 133, בעמ' 446-458; בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 375 (1995); עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 12, פס' 50 לפסק דינה של השופטת ביניש.

201 ראו למשל בג"ץ 583/87 הלפרין נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד מא(4) 688, 683 (1987); רע"פ 2055/04 סבאג נ' אורן, פדאור (6)04 (2004).

הטענה מבחינת אלו מבין הנאשמים שהייתה להם טענה מוצדקת שבכל זאת נדחתה. מנגד, הענקת זכות ערעור על דחיית הטענה עלולה להאריך את ההליכים המשפטיים באופן ניכר, לפגוע ביעילות הדיון ובאינטרס הציבורי וכן לפגוע גם בנאשמים הנתונים במעצר – מקום שאין ממש בטענה. על כן מוצע לתקן את הדין הקיים ולאפשר לנאשם לבקש, באופן תכוף, רשות ערעור על דחיית הטענה מבית המשפט שדחה את הטענה או מערכאת הערעור. מטרת ההצעה מצד אחד, לאפשר ביקורת ערעורית על דחיית הטענה באותם מקרים שבהם לכאורה יש ממש בטענה. מצד אחר, למנוע ערעורים מיותרים כשאין בסיס לטענה. כאשר דחיית הטענה לכאורה בלתי מוצדקת או שהיא מצריכה בחינה נוספת, מן הראוי כי ערכאת הערעור תדון בכך באופן חריג להחלטות ביניים בהליך פלילי. בשונה מהחלטות ביניים אחרות, קבלת הטענה מסיימת את ההליך הפלילי, ומכאן שדחייה בלתי מוצדקת של הטענה, מאריכה את ההליך שלא לצורך ופוגעת בראש ובראשונה בזכויות היסוד של הנאשם, גורמת לבזבוז זמן שיפוטי יקר, לבזבוז זמנם של עדי ההגנה הפוטנציאליים, ובכך פוגעת היא גם באינטרס הציבורי, בתקינות ההליך הפלילי וביעילותו.

שאלה קשה היא אם על בית משפט לערעורים להתחשב בראיות ההגנה, מקום שבערעור על הרשעת הנאשם מתברר כי דחיית הטענה לא הייתה מוצדקת וכי ההרשעה מתבססת על ראיות ההגנה. אכן, לא בכדי הובעו בנוגע לשאלה זו דעות שונות, בעיקר במשפט האנגלי,<sup>202</sup> וכאמור, ככל הנראה, היא נותרה פתוחה הן באנגליה ואולי אף אצלנו.<sup>203</sup> בנוגע לשאלה זו מוצע להקנות לערכאת הערעור שיקול דעת רחב להחליט אם להתחשב בראיות ההגנה, בשים לב למכלול השיקולים והנסיבות הרלוונטיים ולאיוון הראוי ביניהם בכל מקרה לגופו, לרבות מהות העברה ונסיבותיה, מהותן של ראיות התביעה ושל ראיות ההגנה, והפגיעה בנאשם ובזכויותיו בדחיית הטענה אל מול הפגיעה באינטרסים הציבוריים שיתגרום אם יזוכה הנאשם בשל ההתעלמות מראיות ההגנה חרף אשמתו.

אם תתקבלנה הצעותי להעלות את רף ההוכחה לכאורה לעניין הטענה ולאפשר לנאשם לבקש רשות לערער על דחיית הטענה באופן תכוף, ואם לא תינתן במקרה מסוים רשות כאמור ובדיעבד יתברר כי היה מקום לקבל את הטענה וכי הנאשם הורשע על סמך ראיות ההגנה – אזי ראוי כי ערכאת הערעור לא תתחשב בראיות ההגנה בכוחנה את ההרשעה. זאת, מאחר שאילו ניתנה לנאשם רשות ערעור, כפי שהיה ראוי ליתן לו, הוא היה מזוכה מבלי להשיב לאשמה.

ניתן להניח כי אם תאומצנה הצעותי, תהיה עלייה גדולה בהיקף העלאת הטענה, במיוחד בשלב הראשון. וכן, עשויה להיות עלייה במספר המקרים שבהם יזוכו הנאשמים מבלי שיהא עליהם להשיב לאשמה. עם זאת, לאחר שהמבחן החדש ייקלט ויובהר בפסיקה, בוודאי יקטן מספר המקרים שבהם תועלה הטענה. ברי גם, כי כאשר אין ממש בטענה, היא ממילא תידחה על הסף, או לאחר דיון קצר בה. לעומת זאת, באותם מקרים שבהם ראוי לקבל את הטענה, קבלתה תמנע

202 ראו לעיל ה"ש 65–67.

203 ראו לעיל ה"ש 65–68, 170–171.

פגיעה בלתי מוצדקת בנאשמים ובזכויותיהם, ותחסוך ניהול פרשות הגנה מיותרות, ובכך תחסוך מזמנם של בתי המשפט ושל עדי ההגנה הפוטנציאליים. כמו כן, אמנם אין במבחנים המוצעים לענייננו קנה מידה אריתמטי, אולם מטבע הדברים, לא ניתן להכריע בשאלות הנוגעות לסוגיה באופן מכניסטי, כי אם יש לבחון כל מקרה באופן אינדיווידואלי, בשים לב למכלול השיקולים, הראיות והנסיבות הקונקרטיות ולאיוון הראוי ביניהם, בדומה להכרעות שיפוטיות אחרות (גם בפלילים) כגון בענייני מעצר<sup>204</sup> או ענישה,<sup>205</sup> וטוב שכך.

## 1. סיכום

הזכות של נאשם שלא להשיב לראיות התביעה, מקום שהתביעה לא הביאה הוכחה לכאורה לעניין אשמתו, הנה יסוד מוסד בשיטה האדברסרית. היא כרוכה גם בזכות השתיקה, ולרעתי גם בחזקת החפות.

לטעמי, הגיעה העת לבחון מחדש את הדין, בעיקר את ההלכה הפסוקה בנוגע לסוגיה, ובמיוחד את הרף הנמוך של ראיות לכאורה דלות ובסיסיות שנקבע בפסיקה לענייננו.<sup>206</sup> גדר היסוד הלכה רבת-שנים זו לא השתנו לאחר עיגון הסוגיה בחוק החרות, ואף לא לאחר חקיקתו של חוק-היסוד. לגישתי, ההלכה המתייחסת לסוגיה אינה ראויה. היא אינה מתיישבת עם רף הראיות ה"מספיקות לאישום", והיא עלולה לגרום, במקרים מסוימים, לפגיעה בלתי מידתית בזכויות היסוד של הנאשם, ובכלל זה בזכות השתיקה ובחזקת החפות, וכן בזכויות חירות, לכבוד ולהליך ראוי ובזכויות הנלוות להן. זאת, מקום שבו ברור לבית המשפט, כבר בתום פרשת התביעה, שהראיות שהובאו על ידה אינן מקימות אף לא אפשרות סבירה להרשעת הנאשם.

בעקבות חוק-היסוד והקונסטיטוציונליזציה של המשפט, יש מקום לפרש את סעיף 158 לחסד"פ (ואת סעיף 365 לחש"ץ) ברוח חוק-היסוד, תוך מתן ביטוי לביצור מעמדן של זכויות הנאשם ולשינוי שחל בעקבות חוק-היסוד בנקודת האיוון שבין האינטרס הציבורי לבין זכויות היסוד של הפרט. לטעמי, על פי הפרשנות הראויה לסעיף 158 לחסד"פ (ולסעיף 365 לחש"ץ), יש להשוות את רף ההוכחה לכאורה לעניין הטענה, לפחות לרף שנקבע בעניין יהב<sup>207</sup> בנוגע לראיות המספיקות להעמדה לדין, כך שתידרשנה ראיות לכאורה ממשיות המקימות למצער אפשרות סבירה להרשעה.

כמו כן, מן הראוי כי לשופט בערכאה הדיונית יהא שיקול דעת להתחשב לא רק בראיות המפלילות את הנאשם, כי אם גם בראיות המדברות בזכותו מתוך ראיות התביעה, וכן להתחשב בהיעדרה של תוספת ראיתית, מקום שהיא נדרשת לצורך הרשעה, ואף להתחשב במשקל ובמהימנות לכאורה של עדויות התביעה.

204 על ההכרעה האינדיווידואלית בענייני מעצר ראוי, למשל, בש"פ 6504/03 מדינת ישראל נ' חיבב, פ"ד נז(5) 865 (2003); בש"פ 7686/03 רפייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 753 (2003).

205 ראו למשל עניין אטיאס ועניין אבוניניג'מה, לעיל ה"ש 131.

206 ראו לעיל ה"ש 3 ו-39.

207 לעיל ה"ש 17 והטקסט הסמוך לה; כן ראו לעיל ה"ש 136-139.

זאת, באותם מקרים שבהם לפי התרשמותו הבלתי אמצעית של בית המשפט עצמו, אין כל אפשרות סבירה שעדויות התביעה תספקנה להרשעת הנאשם, גם אם יבחר להימנע מלהעיד, על ההשלכות הנובעות מכך על פי דין.

כן מוצע כי בית המשפט ישתמש יותר בסמכותו לזכות מיזמתו בגין היעדר הוכחה לכאורה, במיוחד נאשמים שאינם מיוצגים – כל אימת שהשופט סבור כי אין כל אפשרות סבירה להרשעת הנאשם.

בנוסף, הנני מציע לתקן את החוק ולאפשר לנאשם שנדרחה טענתו שאין עליו להשיב, לבקש באופן תכוף רשות ערעור על דחיית הטענה. כמו כן אני מציע לקבוע כי אם יוחלט שלא ליתן לנאשם רשות ערעור, ובדיעבד יתברר, במהלך ערעור על ההרשעה, כי דחיית הטענה לא הייתה מוצדקת – תתעלם ערכאת הערעור מראיות ההגנה בבואה לבחון את צדקת ההרשעה.

כל עוד לא שונה הדין כאמור, מוצע כי לערכאת הערעור הבוחנת את הרשעתו של נאשם, יהא שיקול דעת להחליט אם להתחשב בראיות ההגנה, מקום שלדעתה דחיית הטענה הייתה בלתי מוצדקת וההרשעה התבססה עליהן, וזאת בשם לב למכלול השיקולים הרלוונטיים ולאיוון הראוי ביניהם בכל מקרה לגופו. לגישתי, באימוץ הצעותיי דלעיל יהא משום צעד נוסף, אם כי מדור ושקול, בכיוון הראוי של התאמת ההליך הפלילי בשלביו השונים, לחוק-היסוד ולביצור מעמדן של זכויות הפרט בעקבותיו. כמו כן, בכך יינתן ביטוי גם לעובדה שהמשפטים הפליליים בישראל נערכים בפני שופטים מקצועיים.

עם זאת, אין לשכוח את ההשלכות המשמעותיות של קבלת הטענה ואת האינטרסים הציבוריים לגילוי האמת, למיצוי הדין ולהגנה על שלום הציבור ועל הקרבנות. על כן, יש לבחון את הטענה בכל מקרה בכובד ראש ובקפידה. מחד גיסא, אין לדחות את הטענה כשאין כל אפשרות סבירה להרשעה, גם אם קיימות ראיות בסיסיות דלות, ומאידך גיסא, אין לקבל את הטענה במקרים גבוליים, כאשר קיימת אפשרות סבירה, ולו בדוחק, להרשעת הנאשם, בשם לב לכך שהוא עשוי להימנע מלהעיד ולהשלכותיה הראייתיות של שתיקתו על פי החוק.

כללו של דבר, מוצע להקנות לשופט שיקול דעת רחב יותר, מזה הנתון לו כיום, לזכות נאשם בהיעדר הוכחה לכאורה, משמע לדידי – בהיעדר ראיות ממשיות המקימות לפחות אפשרות סבירה להרשעה – וזאת לאחר שהשופט ייתן דעתו לכל השיקולים הרלוונטיים, הכלליים והפרטניים כאחד, ובראש ובראשונה לטיב הראיות של התביעה ולדיותן מקום שנדרשת תוספת ראייתית לשם הרשעה. וזאת, גם בשם לב למהות העברה המיוחסת לנאשם ולנסיבותיה, מן הצד האחד, ולצפי להתמשכות המשפט ובעיקר לפגיעה בזכויות הנאשם אם תידחה הטענה, מן הצד האחר, ותוך חתירה לאיוון ראוי בין מכלול השיקולים והערכים המתנגשים, בכל מקרה קונקרטי. כמו כן, כאמור מוצע להגביר את הביקורת הערעורית על דחיית הטענה, ולאפשר ערעור מידי על כך, בכפוף לקבלת רשות.