

סדר דין פלילי, ראיות, זכויות נפגעי עבודה

מגמות התפתחות במשפט הפלילי הדיוני ובדיני הראיות בישראל

מאת

גבריאל הלוי*

המאמר סוקר בכלים תיאורטיים ואמפיריים את מגמות ההתפתחות של השנים האחרונות בתחומי הדיון הפלילי ודיני הראיות. התיזה המוצגת במאמר גורסת, כי אין מדובר בשינויים מקריים, אלא הנובעים ממגמה ברורה, ההולכת וגוברת בשנים האחרונות. כך, השינויים בתחומי משפט אלה – בהיותם דין דיוני-פרוצדורלי – נובעים מן הדין המהותי, קרי: דיני העונשין. המגמה, אשר אפיינה את דיני העונשין בישראל ואשר התעצמה בעקבות רפורמת תיקון מס' 39 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, הינה מגמת הסובייקטיביזציה והעמדת הסובייקט (הנאשם והקורבן) במרכזו של המשפט הפלילי. מגמה זו נבעה מן התפישה החוקתית בישראל שלאחר כינון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והשלכותיו על חקיקת הכנסת עד כדי קונסטרוקציונליזציית המשפט הפלילי, לדוגמא: הוראות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996; הוראות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), התשנ"ו-1996; חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002 וכן תיקון מס' 39 הנ"ל עצמו.

בהמשך נטען במאמר, כי שינויים אלה במשפט החוקתי, במשפט הפלילי המהותי ובמשפט הפלילי הדיוני נובעים משינויה של **הפילוסופיה הפוליטית** בישראל, אשר נטתה לקוטב הליברטריאניזם על משרעת הליברליזם והעלתה את החירות על נס, תוך התרחקות מתמשכת מקוטב השוויון והליברליזם האגליטרי בישראל.

המאמר מיישם את התיזה בכלים השוואתיים, בכלים אמפיריים ובכלים אנליטיים בתחומי **המשפט החוזר והליכי התקיפה הערעוריים**, ההולכים ומידמים לאופיו של הערעור במתכונתו בקונטיננט האירופי; בתחומי **מעבר דיני הראיות מכללי קבילות פורמליים לסטנדרטים מהותיים של משקל תוך**

* עורך-דין, מרצה בקריה האקדמית.

הגמשת הכלים להערכת הראיות, בתחומי סובייקטיביזציה נטל ההוכחה בפלילים תוך הפרדת נטל הראיה מנטל השכנוע ותוך הפרדת הדיון בנדבכים השונים במשפט הפלילי המהותי וכן בתחומי הרחבת מעגל המשתתפים בהליך הפלילי לעבר קורבנות עבירה ומעמד "ידיד בית המשפט" (*Amicus Curiae*).

- א. פתח דבר
- ב. המשפט המהותי והמשפט הדיוני
- ג. מגמת היסוד במשפט הפלילי בישראל
 1. ה"מהפכה" החוקתית והליברטריאניזם החוקתי בישראל
 2. מגמת היסוד במשפט הפלילי המהותי: סובייקטיביזציה בשיח של זכויות המשפט החוזר והליכי התקיפה הערעוריים
- ד. הליכי התקיפה הפליליים בשיטות המשפט הקונטיננטליות
 1. הליכי התקיפה הערעוריים בפלילים בישראל
 2. ירידת הליכי התקיפה הערעוריים ועליית המשפט החוזר (א) התערבות ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים (ב) עליית המשפט החוזר בישראל
- ה. מעבר דיני הראיות מכללי קבילות פורמאליים לסטנדרטים מהותיים של משקל
 1. המגמה הכללית והשלכותיה
 2. סטנדרטים של משקל לבחינת ראיות
- ו. סובייקטיביזציה נטל ההוכחה בפלילים
 1. נטל השכנוע בפלילים
 2. נטל השכנוע בסייגים לאחריות פלילית ובהגנות (א) סייגים לאחריות הפלילית והגנות (ב) נטל השכנוע
 3. נטל ההוכחה בעבירות אחריות קפידה
- ז. הרחבת מעגל המשתתפים בהליך הפלילי
 1. "ידיד בית המשפט"
 2. מעמד נפגעי עבירה בהליך הפלילי (א) שורשי המגמה הכללית במשפט האנגלו-אמריקאי (ב) הרחבת מעמד נפגעי העבירה וביסוסו בעקבות מגמת הסובייקטיביזציה
- ח. סיכום

א. פתח דבר

מהו פשרם של שינויי הדין במשפט הדיוני הפלילי הישראלי בשנים האחרונות? שאלה זו הנה שאלת המוצא במאמר זה. ראשית, ננסה להתוות קווים מבחינים בין המשפט המהותי לדיוני. באספקלריית התפתחות המשפט החוקתי הישראלי תיבחן מגמת הפילוסופיה הפוליטית הליברלית שבמגמות היסוד במשפט הפלילי המהותי. כך, תיווצר מערכת דינים בעלת יחסי גומלין בין המשפט הדיוני – למשפט המהותי, למשפט החוקתי ולפילוסופיה הפוליטית המאחדת אותם גם יחד. בתום בחינת מגמות יסוד אלה נפנה ליישומן. יישומן הספציפי במאמר זה ייבחן כלפי המשפט החוזר והליכי התקיפה הערעוריים של פסקי-הדין בפלילים, תוך בחינה אמפירית סטטיסטית של יישום זה; כלפי מעבר דיני הראיות מכללי קבילות פורמאליים לסטנדרטים מהותיים של משקל; כלפי סובייקטיביזציה נטל ההוכחה בפלילים; ולבסוף, כלפי הרחבת מעגל המשתתפים בהליך הפלילי – "ידיד בית המשפט" ונפגעי העבירה. כך, ינסה מאמר זה להעביר את עיקרן של מגמות היסוד במשפט הפלילי בישראל כחוט השני בין נבכי יישומיה הספציפיים במשפט הדיוני הפלילי.

ב. המשפט המהותי והמשפט הדיוני

אחת משאלות היסוד במשפט נסכה על ההבחנה בין המשפט המהותי למשפט הדיוני. להבחנת יסוד זו השלכות רבות על שאלות בתחומי משפט שונים. פרופ' פלר מציין¹, כי הזכות "המהותית", הנגזרת מן המשפט המהותי הנה בבחינת ה-"מה", בעוד שהזכות הדיונית, הנגזרת מן המשפט הדיוני הנה ה-"כיצד" להשיג את ה-"מה", כלומר מכלול ההוראות, האמצעים והדרכים למימושה של הזכות המהותית. בפרשת פלוני² קבע בית המשפט העליון, מפי השופט (כתוארו אז) ש' לוי, כי לצורך מיון אקדמי גרידא ניתן לומר, שכל הוראת דין המתייחסת להרכבתם של בתי המשפט, לפנייה אליהם ולערעור על החלטותיהם שייכת ל"ספירת" המשפט הדיוני. לעומת זאת, הוראות הדין המתייחסות לתוכן של הזכויות הנידונות שייכות ל"ספירת" המשפט המטריאלי. את הפועל היוצא הראשוני של ניסיונות אבחנה אלה היטיבה להגדיר מ' בן פורת, שעמדה על כך, כי לדין שני רבדים: רובד "מהותי" או "מטריאלי", הקובע המגיע לתובע; ורובד "דיוני" או "פרוצדורלי", הקובע כיצד לממש את המגיע לו³. סימן היכר חשוב טמון בעובדה שהזכויות המהותיות הן בעלות קיום עצמאי ללא קשר להליך שיפוטי דווקא, ואילו הזכויות הדיוניות אינן אלא כלי עזר למימושן של הזכויות המהותיות.

1 ש"ז פלר "על רטרואקטיביות דיני ההסגרה ועל השפעת החנינה עליה" משפטים ד (תשל"ד) 403.
 2 בג"צ 162/80 פלוני נ' בית הדין הצבאי המיוחד, פ"ד לה (1) 292.
 3 מ' בן פורת "מבחינים לסיווג הוראה בדין כמהותית או דיונית" הפרקליט לח (תשמ"ח) 5.

אכן, ההבחנות דלעיל עשויות להקל על סיווגן של הוראות הדין כמהותיות או כדיוניות, אך אין להסיק, כי הבחנות אלה הן קונקלוסיביות במהותן, שכן בחינה מדוקדקת, ובייחוד בגדרי המשפט הפלילי מעלה, כי הבחנה זו עשויה להוות אבחנה ראשונית בלבד וכי בסיווג ההוראות קיימים גם שיקולים לבר-אנליטיים. כך, למשל, מגיעה מ' בן פורת למסקנה, כי לזכות הערעור מאפיינים של דין מהותי יותר מאשר של דין דיוני, אף על פי שהסיווג ה"טכני" דלעיל מוביל למסקנה ברורה, כי הוראות הערעור הן דין דיוני⁴.

יש לציין, כי הסיווג של הוראה בדין כמהותית או כדיונית טומן בחובו נפקויות רבות בעלות חשיבות מכרעת. כך, למשל, על הוראה בדין, המסווגת כהוראה דיונית, ניתן להחיל את שינוייה באופן רטרואקטיבי, שכן כל שינוי בדין הדיוני חל מיד עם היכנסו לתוקף גם כלפי הליכים תלויים ועומדים, כלומר הדין הדיוני ניתן לאפיון כבעל תכונות רטרואקטיביות. לעומת זאת, הדין המהותי הנו דין פרוספקטיבי שאינו ניתן להחלה באופן רטרואקטיבי.

תחום דיני הראיות, בהקשר זה, שנוי במחלוקת באשר לסיווגו כבעל תכונות "דיוניות" או "מהותיות". הפסיקה הישראלית סיווגה את תחום דיני הראיות באופן עקבי כבעל תכונות דיוניות. הנשיא לנדוי פסק⁵ בעניין זה, כי אין לאדם זכות קנויה שעניינו יידון לפי דיני הראיות שהיו קיימים בעת קרות האירוע מושא המשפט, והוא הדין במשפט אזרחי ובמשפט פלילי כאחד.

המסקנה אליה מגיע הנשיא לנדוי, בדחתו טענה, כי משתחל הברור המשפטי אין להחיל עליו רטרואקטיבית את הדין החדש היא, כי באין הוראה נוגדת, אין בית המשפט נוהג אלא בהתאם לסדרי הדין ודיני הראיות המחייבים בשעת הדיון⁶.

בפרשת פלוני⁷ קבע בית המשפט העליון באופן ברור ונחרץ את ההלכה, כי שינוי היה שינוי יסודי וגם כאשר היה מדובר אף ברפורמה. בית המשפט העליון אף חידד קביעתו זו בפרשת מ.ל.ט.⁸ בקובעו, כי שינויים בסדרי הדין, לרבות דיני הראיות, יכול שיהיו מרחיקי לכת כבע"פ 160/37⁹, בו נאשם עלול היה להיות מורשע על פי דיני הראיות שחלו בשעת הדיון, בעוד שהיה יוצא זכאי אילו הספיקו לקיים את הדיון

4 שם, בע' 8.

5 ד"נ 25/80 קטאשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (2) 457.

6 שם, בע' 460.

7 ע"פ 348/67 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב (1) 225.

8 ע"א 350/74 חברת מ.ל.ט. בע"מ נ' ממון, פ"ד כט (1) 208.

9 פרשה מנדטורית — C. A.160/37 5 P.L.R. 111, בה נדון שינוי בדיני הראיות — בעת ביצוע עבירת הרצח אסר המחוקק להרשיע בפלילים או אף לקבל תביעה אזרחית, במידה וחומר הראיות כלל אך עדות יחידה שנסתרה, אלא אם כן נמצאה לה בחומר הראיות תוספת ראייתית מסוג "סיוע". בפרשה זו, לאחר הגשת כתב האישום בעבירת הרצח, בוטלה דרישת הסיוע הנזכרת במסגרת המשפט הפלילי (אך לא במסגרת המשפט האזרחי). באותה פרשה הוחלט, כי ביטול דרישת הסיוע יחול גם לגבי מקרה זה של רצח.

לפני שינוי החוק, אך אין זו עילה לסטות מכללי הפרשנות המקובלים. באותו עניין דן בית המשפט "האזרחי" לגופו גם לאחר שינוי פקודת הראיות לפי אותו דין על פיו היה פוסק בעבר. לא חל כל שינוי בדין המהותי שעל פיו נחרצות זכויות הצדדים. כן ייתכן, כי עקב שינוי דיני הראיות יגיע השופט למסקנה אחרת מזו שהיה מגיע אליה אלמלא השינוי, אך מצוות המחוקק היא שיעשה מלאכתו על-פי דיני הראיות הנוהגים אותה שעה.

עולה, אפוא, כי דיני הראיות נחשבו באופן עקבי כחלק בלתי נפרד מן המשפט הדיוני ולא כחלק מן המשפט המהותי, הגם שעצם הסיווג היסודי שבין דין מהותי לבין דין דיוני אינו פשוט ו"טכני" כלל. השאלה המרכזית בעניין זה מתייחסת לאינטראקציה שבין המשפט המהותי לדיוני, אם קיימת כזו. כפי שצוין לעיל, נראה, כי גם כאן דבק המשפט הישראלי בתבונה, כי המשפט הדיוני אינו אלא כלי עזר למימושן של הזכויות המהותיות בדין. אם אכן זוהי האינטראקציה שבין המשפט המהותי לדיוני – יהא זה אך טבעי, כי השינויים במשפט הדיוני ייגזרו כפועל יוצא מן השינויים הכלליים שבמשפט המהותי.

תפישתו של פרופ' Dworkin את המשפט¹⁰ כרובד הרמוני ואחיד הדובר ב"קול אחד" ואחיד¹¹ מחייבת, כי לא יהא פיצול או חוסר התאמה בין הוראות מהותיות לבין ההוראות הדיוניות אשר נועדו ליישם אותן. הדין ה"שלם" הנו הצירוף הבלתי נמנע של הדין המהותי עם יישומו הדיוני.

נראה, אפוא, כי את מגמות ההתפתחות ועיצוב הדין במשפט הדיוני הפלילי ובדיני הראיות יש לבחון באספקלריית התפתחותו של המשפט הפלילי המהותי ודרך תובנותיו.

ג. מגמת היסוד במשפט הפלילי בישראל

1. ה"מהפכה" החוקתית והליברטריאניזם החוקתי בישראל

אין חולק, כי המשפט הפלילי המהותי מתמצה ברובו בדיני העונשין בישראל. תחום השתרעותם של דיני העונשין על ענפי משפט אחרים הנו רחב למדי. תיאור כלל

10 R. Dworkin *Law's Empire* (London, 1986) 76–86, ch. 7.
11 ראו, למשל, את דברי בית המשפט העליון בע"פ 3601/01, 3977 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 401, 402, שם נקבע כדלהלן: "ההיגיון ותחושת הצדק מחייבים, כי מתחת ידם של בתי-המשפט לא תצאנה הכרעות סותרות". בהמשך מביא בית המשפט מדברי השופט (כתוארו אז) אור בע"פ 3427/91 אבו סאלח נ' מדינת ישראל, תקדין עליון 93(3) 444, בפסקה 7 לפסק הדין, לפיהם: "מצב שבו בית המשפט מדבר ב'שתי לשונות' הינו בלתי רצוי". וראו בעניין זה גם את ע"פ 4392/91 חוואג'ה נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (2) 45.

מגמות ההתפתחות של דיני העונשין בישראל חורג מתחומיו של מאמר זה, על כן נתמקד במגמה אחת – מגמת הסובייקטיביזציה, כפי שתובהר להלן. תיאורן של מגמות ההתפתחות בדיני העונשין לא יוכל להיות שלם אלמלא יתייחס אל מגמות העיצוב הראשוניות של הדין הישראלי, כפי שמצאו ביטוי עם כינונם של חוקי היסוד המאוחרים בחודש מארס 1992, ובייחוד עם כינונו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹² ועם תיקונו המאוחר¹³ בשנת 1994. יש הרואים בכינון חוק יסוד זה כתחילתה הפורמלית, אך לא המהותית, של המהפכה החוקתית בישראל. ברי, כי השינוי המהותי לא היה חד, שכן קדמה לכינון חוק יסוד זה פסיקה רבת שנים של בית המשפט הישראלי, אשר הניחה את היסודות המהותיים לקליטתן של ההוראות הפורמליות שבחוק זה¹⁴. מכל מקום, בין אם פורמלית בלבד ובין אם לאו, עצם כינונו של חוק יסוד מתואר כמהפכה¹⁵ משפטית במלוא מובנה. עיקרה של מהפכה זו הנו ביצירתה של רמה נורמטיבית חוקתית על-חוקית ובכך יצירת בחינה מחודשת, בכפוף לעידונים ספציפיים¹⁶, של החוק הישראלי באספקלריה חוקתית, בה השאלה המרכזית היא שאלת עמידתן של הנורמות הנמוכות (ברמתן הנורמטיבית) בהוראותיהן של הנורמות החוקתיות ברמה הנורמטיבית העליונה.

עם זאת, יש לתת את הדעת על בחינה מדוקדקת יותר של טיבה של "מהפכה" חוקתית זו. במוקדה של "מהפכה" זו כוננו שני חוקי יסוד – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כאמור, וכן חוק יסוד: חופש העיסוק¹⁷. הפער בין שני חוקי יסוד אלה אינו מתמזה אך בהסדרת תחומים שונים, אלא מדובר על נורמות, אשר קורצו מתפישות מטה-משפטיות שונות ואף הפוכות, כפי שיובהר להלן.

המשפט המערבי אוהז באצטלה הליברלית, אך מהי למעשה משמעות הליברליזם בהקשר המשפטי? פרופ' Dworkin מזהה¹⁸ שני שלבים מנוגדים בהתפתחות האנליטית של הליברליזם. בשלב הראשון קידש הליברליזם את החירות. זהו, היה ונותר, הקו המחשבתי הליברלי המרכזי. החירות, אמנם, אינה מושג קבוע ומתוחם באופן ברור, אולם אין בכך כדי לפגוע במהות הליברלית כנסבה על חירות. הליברליזם לא ערך כל שיפוט ערכי באשר לחירות ואף לא ניסה לייחס לה תכונות ספציפיות מהותיות, שכן

12 ס"ח 150.

13 ס"ח 90.

14 ראו, למשל: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.

15 ראו, למשל: א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5, הטוען מפורשות, כי במארס 1992 התרחשה אצלנו מהפכה חוקתית.

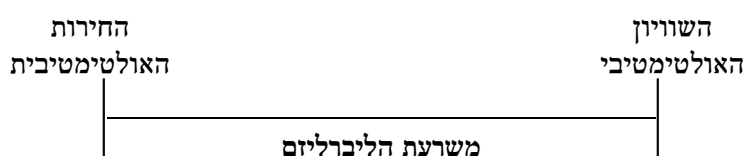
16 כהוראת סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, למשל, המתייחסת לשמירת הדינים באשר לדינים אשר נחקקו טרם כניסתו לתוקף של חוק היסוד.

17 ס"ח 90.

18 רובים מספריו, ובעיקר בספרו: R. Dworkin *Liberalism, A Matter of Principle* (London, 1985) ch. 8, pp. 181–204.

הציר המרכזי של הליברליזם הנו היעדר קביעה בדבר שיפוט ערכי של תכונה מהותית כלשהי כ"טובה" או לא. הוגי הליברליזם ראו בייחוס תכונות של "טוב" ו"רע" לגבי ערכים מהותיים כלשהם כמניפולציה הניתנת לתפולל לכל אידיאולוגיה אנטי-ליברלית בעליל. הדוגמא המאוחרת יותר שעמדה לנגד עיניהם של ההוגים הליברליים הייתה הקומוניזם אשר עשה שימוש מניפולטיבי במושג השוויון אגב הקניית ערכי "טוב" ו"רע" למושג מהותי זה. בשלב זה ניתן לומר, כי החירות הליברלית התייחסה בעיקרה למונחי החירות האישית של האדם המנהל את חייו במסגרת אנושית חברתית מאורגנת.

בשלב השני, ולאחר קיבועה של החירות כקו המחשבתי הליברלי המרכזי, מחשש לניהיליזם ומחשש לייחוס תכונות מהותיות לחירות, ולהקצנתה, קידש הליברליזם את השוויון. גם השוויון קיבל יחס זהה מן המסורת הליברלית, דהיינו: היעדר ייחוס תכונות של "טוב" ו"רע". הליברליזם נתפש כתימה דיונית בלבד שאינה קובעת תכנים שבמהות. משלב זה שלטו בליברליזם שני מושגים מנוגדים – החירות והשוויון. היעדר התייחסות הפילוסופי הברור של מושגים אלו מנע את קיומה של המשנה הליברלית כמשנה קוהרנטית ואחידה. הפועל היוצא המסתבר היה תיאורו של הליברליזם כתיאורה של משרעת (אמפליטודה). הקוטב האחד הוא קוטב החירות בעוד הקוטב השני הוא קוטב השוויון, כפי תיאורה של הסכימה דלהן:



במסגרת משרעת זו התפתחו התיאוריות המשפטיות הליברליות השונות. תיאוריות אלו נעו על המשרעת הנ"ל בין החירות האולטימטיבית, אשר אינה מותירה מקום רב לשימוש בשוויון, ואשר התיאוריה הקרובה ביותר לכך הנה הליברטריאניזם¹⁹; לבין השוויון האולטימטיבי דוגמת הקומוניטריאניזם²⁰, תיאוריה הקרובה להגשמתו. עוד פותח הליברליזם האגליטרי, אשר פרופ' Dworkin בספרו דלעיל²¹ מרחיב במסגרתו את הטענה, כי התפישה הליברלית האגליטרית היא הציר המרכזי של הליברליזם ומבחין בין התייחסות ה"ממשל" לנתיניו כאל שווים לעומת התייחסותו אליהם באופן

19 כפי, שלמשל, מתארה פרופ' Nozick בספרו: R. Nozic Anarchy, State and Utopia (New York, 1974) 26–35.

20 הפרושה בהרחבה בספריו של Michael Sandel, ראו למשל: M.J. Sandel Democracy's Discontent: American Search of a Public Philosophy (Cambridge, 1996); M. J. Sandel Liberalism and its Critics (New York, 1984).

21 Dworkin, *supra* note 19, at pp. 181–204.

שווה. ההתייחסות האחרונה הנה, לדעתו, הקו המשלים לליברליזם, וזאת, למשל, על-ידי מתן אפשרות לקיומה של העדפה מתקנת במסגרת השוויון.

זרמים וגישות אלו ואחרים מצויים בתחומיה של המשרעת הליברלית, והם ביטויים למאבקי הכוחות הפנימיים שבלברליזם. ודוק: את הליברליזם על קטביו השונים ואת הזרמים שהתפתחו מן ה"משרעת", יש להבחין הבחנה ברורה מזרמים אנטי-ליברליים. הליברליזם האגליטרי, למשל, הרואה לנגד עיניו את השוויון כערך יסודי, עדיין מייחס חשיבות בלתי מבוטלת לחירות, בשונה, למשל, מן הקומוניזם, המרקסיזם והניאו-מרקסיזם כזרמים אנטי-ליברליים, שאינם מצויים על המשרעת, מאחר ואין בהם מקום לחירות. כך, גם ביחס לקוטב הנגדי; הליברטריאניזם אינו ניהיליזם או אנרכיה בשל הכרתו המרוככת בשוויון יחסי ומצומצם.

ההקשר הישראלי החוקתי ניתן לייחוס לקשר שבין שני חוקי היסוד, כאמור. ניתן לזהות את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כנורמה ליברטריאנית ביסודה. כך, למשל, מקדש חוק יסוד זה את ערך הקניין הפרטי כזכות יסוד. בכך, למעשה, מגנה נורמה זו על בעלי הקניין מפני כוחם ה"דורסני" של המדינה ושל הציבור, אולם אין היא מתייחסת להגנה על אפשרויות השגת הקניין. חוק היסוד מתייחס לקניין כאל מאסה קיימת ולא כאל מאסה אשר טרם הושגה. לכאורה, מדובר בשוויון הליברלי, כי כל אדם יוכל לשמור על קניינו, אולם זכויות הקניין בהקשר הליברטריאני פירושו גם החירות לעשוק והגנה מפני התערבות המדינה בעושה זה. בהתאם לתפישה הליברטריאנית, ייראו דיני העבודה, למשל, כענף במסגרת דיני החוזים, אם בכלל. לעומת זאת, חוק יסוד: חופש העיסוק מתייחס דווקא לליברליזם האגליטרי. ההגנה במסגרת נורמה זו אינה על החירויות הליברטריאניות, אלא היא הגנת האמצעים במהותה. נורמה זו מגנה על האמצעים להשגת השוויון, כזכות לעסוק במשלח-יד. בעוד חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו רואה את התערבות המדינה והציבור בעוונות ושואף להפחיתה למינימום, רואה חוק יסוד: חופש העיסוק את התערבות המדינה והציבור כהכרחית ומקדמה בברכה.

תפישות שונות אלה יוצרות יחדיו את הליברליזם המשפטי המודרני. כך, למשל, המיסוי על ההכנסה מהווה "פשרה" בין תפישות מנוגדות אלה: מחד גיסא – זכות הקניין הליברטריאנית תדרוש את השמירה על הקניין גם מפני מיסוי, המהווה את ידם הארוכה של המדינה ושל הציבור, המתערבים בקניינו הפרטי של האדם. מאידך גיסא – הליברליזם האגליטרי ידרוש את הגדלת המיסוי פרופורציונלית לקניין, דהיינו – ככל שמאסת הקניין גדולה יותר כך גם המיסוי המוחלט²² גדל יותר, שכן המיסוי משרת את טובת המדינה והציבור ויחולק מחדש בהתאם לקריטריונים "שוויוניים" פורמליים ובכך יאפשר הזדמנות שווה בשימוש באמצעים להשגת הקניין. כמו כן, תתמוך תפישה

22 ובשיטות מסוימות גם שיעור המיסוי.

זו במסע על הצריכה, המהווה סממן ברור ליכולת הגדלת מאסת הקניין. בחברה הליברלית המודרנית מהווה המיסוי "פשרה", כאמור, בין תפישות מנוגדות אלה. ל"מהפכה" החוקתית הקשרים רבים ושונים בכל תחומי המשפט, אשר ניכר בהם המתח שבין שתי תפישות מנוגדות אלה. עם זאת, בהקשר הספציפי של המשפט הפלילי ננקט קו אחיד, השואף לליברטריאניזם ולא לליברליזם האגליטרי. הקו המרכזי שבפיתוח המשפט הפלילי מאז ה"מהפכה" החוקתית הנו הקו הליברטריאני המקדש את החירות. בהתאם לכך, התערבות המדינה והציבור נתפשת כרע במיעוטו ועל נס מועלות חירויות הפרט הליברטריאניות – החירות ממאסר וממעצר, זכויות ההליך ה"הוגן" (due process) וזכויות הקניין. מעמדו של הציבור ושל המדינה נדחק, למעשה, לקרן זווית מפני המעמד של הפרט – כפרט. העמדת הפרט בראש סדר העדיפויות הנה סממן ברור למגמת הסובייקטיביזציה של המשפט הפלילי בכללו. עם זאת, יש לציין, כי משמעות הסובייקטיביזציה אינה בהכרח העמדתו של הנאשם דווקא – כפרט בראש סדר העדיפויות, אלא גם של "שחקנים" אחרים במשפט הפלילי, כפי שיובהר להלן; אולם בכל מקרה מדובר בהעמדתו של ה"פרט" מעל למעמדם של המדינה ושל הציבור – ככאלה.

נראה, כי במגמת הסובייקטיביזציה של המשפט הפלילי לכיוון הקוטב הליברטריאני של הליברליזם ישנה משום חזרה למקורותיו של המשפט הפלילי המודרני. מקובל להצביע על תחילת הורתו של המשפט הפלילי המודרני עם הרפורמה המשפטית שערך המלך הנרי השני באנגליה בשנת 1154, עם כינונם של בתי המשפט של המלך בהתאם למשפט המקובל²³, ה"Common Law". ההליך הפלילי בתקופה זו²⁴ היה דומה יותר להליך האזרחי בדיני הנזיקין בישראל. היריבות בהליך זה לא הייתה בין המדינה והציבור מחד לבין הנאשם מאידך, אלא בין הנאשם לבין קרבן העבירה. הסנקציה הצפויה הייתה בעיקרה כלכלית והייתה נאמדת בהתאם לנזק שגרם הנאשם לקרבן העבירה. מעניין לציין, כי באותה תקופה החל להתגבש מוסד המושבעים, אשר בתחילתו נמנו עליו העדים להתרחשות העבירה ולא כפי שמקובל כיום בחלקן של שיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות – מושבעים חסרי כל קשר ענייני למקרה או קשר פרסונלי של קרבה לצדדים המעורבים.

ההליך הפלילי בתקופת התגבשותו של המשפט הפלילי המודרני דאז דמה ברובו, אם כן, להליך האזרחי בנזיקין – בין הנאשם לבין קרבן העבירה, או אם תמצי לומר – בין ה"מזיק" לבין ה"ניזוק". אימוצה של מגמת הסובייקטיביזציה יטיל באחת, למעשה, את שני ה"שחקנים" הראשיים במשפט הפלילי – הנאשם וקרבן העבירה –

23 ראו ו' צ'רצ'יל היסטוריה של העמים דוברי האנגלית (תשכ"ו, כרך א) 194–204.

24 ראו כמלוקט מן המקורות דלהלן: R. J. Walker *The English Legal System* (London, 1985) 7–14; J. H. Baker *An Introduction to English Legal History* (London, 1990) 63–75, 83, 612–626; K. Zweigert & H. Kots *Introduction to Comparative Law* (London, 1987) 187–204.

לזירת המשפט הפלילי כצדדים יריבים ישירות ומעמד הבכורה של המדינה והציבור יידחק לקרן זווית. השאלה המרכזית, המתווכת בין הרמה החוקתית לבין הרמה המהותית במשפט הפלילי תיסוב, אם כן, על אימוצה של תפישת הסובייקטיביזציה של המשפט הפלילי והעמדה דואלית של מעמד הנאשם מזה, ומעמד קורבנות העבירה מזה. יש לציין, כי הליברטריאניזם בכללו מיטיב להעביר את השיח המשפטי לשיח של זכויות, כפי שיובהר להלן. כך, למעשה, ידובר במסגרת מגמת הסובייקטיביזציה על זכויות הנאשם מול זכויות נפגעי העבירה, וההליך הפלילי יעניק משקל הולך וגדל לאיזון של זכויות נוגדות אלה תוך הפחתת משקלו של מעמד הציבור והמדינה – ככאלה.

יש לבחון, אפוא, את השפעת אימוץ התפישה הליברטריאנית על המשפט הפלילי המהותי ורק לאחר מכן לבחון את המשפט הדיוני הפלילי, שכן, כאמור לעיל, המשפט הדיוני בישראל נחזה כאמצעי יישומי של עקרונות המשפט המהותי במסגרת ההליך המשפטי.

2. מגמת היסוד במשפט הפלילי המהותי: סובייקטיביזציה בשיח של זכויות

כאמור, "מהפכה" חוקתית זו לא פסחה על המשפט הפלילי ויש המתארים אותה גם כקונסטיטוציונליזציה²⁵ של המשפט הפלילי. השפעת הקונסטיטוציונליזציה על המשפט הפלילי המהותי ניתנת לאפיון בשני צדי המטבע של המשפט הפלילי: זכויות הנאשם וזכויות נפגעי העבירה²⁶ (זכויות הקורבן). על כך עמד המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק בפרשת גנימאת²⁷ בצינו כדלהלן:

"במיוחד רגיש המשפט הפלילי – המהותי והדיוני – לשינויים בזכויות האדם בישראל. המשפט הפלילי עניינו חירות הנאשם מזה ואינטרס הנפגע ואינטרס הציבור מזה. אך טבעי הוא, ששינויים חוקתיים בזכויות האדם ישפיעו, בראש ובראשונה, בתחומי המשפט הפלילי".

כאמור, נראה, כי האינטרס הציבורי הראשוני שבמשפט הפלילי – תינטל הימנו הבכורה והיא תועבר כבמרוץ שליחים, לאורה של הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הפלילי, לידי פלטפורמת ה"זכויות" – הן זכויות הנאשם והן זכויות הקורבן. ברי, כי מעתה שיח הזכויות יתפוש מקום של כבוד בשיח המשפטי הישראלי תחת סוגי השיח האחרים. בפרשה זו הוסיף המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק, כי הליך זה קשור קשר

25 ברק, לעיל הערה 15; וכן י' קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"ה) 64; M. Kremnitzer, "Constitutional Principles and Criminal Law" 27 *Isr. L. Rev.* (1993) 84.

26 קרפ, שם.

27 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355, 421 (להלן – "פרשת גנימאת").

כה אמיץ לחירותו האישית של הפרט, עד כי טבעי הוא שאיזון חדש בין פרט לכלל, המשתקף במתן מעמד חוקתי לזכויות האדם, ישפיע במישרין על סדר הדין הפלילי. ביום 23 באוגוסט 1995 נכנס לתוקפו תיקון²⁸ מס' 39 לחוק העונשין, תשל"ז–1977 (להלן – "חוק העונשין"). תיקון זה נחקק בהשראה בולטת של מגמת הקונסטטיטוציונליזציה ומאוחר יותר אף פורש בהתאם לו, כפי שגם ציין פרופ' ברק במאמרו הנזכר²⁹. לאחרונה שוב קבע בית המשפט העליון בפרשת סילגדו³⁰ שאת ההכפפה הזו ואת נגזרותיה. למעשה, מהווה תיקון מס' 39 לחוק העונשין רפורמה מקפת בדיני העונשין בישראל. תיקון זה כולל מספר מגמות, אשר תיאור כולן חורג מתחומי מאמר זה. המגמה המרכזית במסגרת תיקון זה הנה מגמת הסובייקטיביזציה של דיני העונשין. מגמה זו מסיטה, למעשה, את מרכז הכובד של הדין לעברו של שיח הזכויות, אשר המרכזיות שבהן הן זכויות הנאשם כמכלול וזכויות הקרבן כמכלול. ' קרפ אף תיארה³¹ את הדואליות המסתמנת שבמגמה זו ביחס לזכויות הנאשם מול זכויות הקרבן כפניו של יאנוס³².

לתיקון מס' 39 לחוק העונשין הוראות מהותיות ספציפיות, המסיטות את מרכז הכובד של דיני העונשין, כאמור. מכלול ההוראות הבולט ביותר בהקשר זה הנו העצמת היסוד הנפשי בעבירה הפלילית³³ (Mens Rea), דבר הנובע מעקרונות היסוד: Nullum Crimen sine Culpa (אין עונשין בהיעדר אשם) וכן – Cogitationis Poenam non Patitur (אין עונשין על דברים שבלב). העצמה זו מוצאת את ביטויה, בין היתר, בהעלאת הגדרות מפורטות ומדויקות (יחסית) של היסוד הנפשי על חלופותיו במסגרת חוק העונשין, הענקת משקל מכריע להתקיימות היסוד הנפשי וכן התניית הטלת האחריות הפלילית בהתקיימות היסוד הנפשי על סוגיו השונים³⁴. תיקון מס' 39 לחוק העונשין הפך, במסגרת סעיף 19 המתוקן, את המחשבה הפלילית לברירת המחדל הנדרשת בעבירה הפלילית, לעומת הרשלנות והאחריות הקפידה, המהוות יסודות נפשיים מופחתים, כדרישות חריגות, המותנות באמירה מפורשת של המחוקק. בכך, למעשה, קובע המחוקק את האשם (Culpa) כתנאי יסודי להטלת אחריות פלילית. דרישה זו נעשית בפועל במקביל להחלשתו של היסוד העובדתי (Actus Reus) כבעל משקל מכריע בהטלת האחריות הפלילית.

החלשה זו של היסוד העובדתי מוצאת ביטויה במגוון רחב של נושאים באחריות הפלילית ובתנאים להטלתה. הבולט שבהם הוא האחריות הנגזרת. בהתאם להוראות

28 ס"ח 348.

29 ברק, לעיל הערה 15.

30 ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (5) 529.

31 קרפ, לעיל הערה 26.

32 אליל מיתולוגי, אשר תואר כבעל שני תווי פנים שונים, המציינים את הדואליות שבאופיו.

33 ראו הוראות סעיף 19 לחוק העונשין.

34 ראו את הוראות סעיפים 20–22 לחוק העונשין וכן את הוראות סעיפים 90א–90ב.

תיקון מס' 39 לחוק העונשין ניתן להטיל אחריות פלילית על אדם גם אם לא ביצע את הדרישות העובדתיות המוגדרות במסגרת היסוד העובדתי בעבירה, אולם התנאי לכך הוא כי יידרש יסוד נפשי מוגבר כתחליף. בשנת 2001 הוציא בית המשפט העליון מתחת ידיו שני פסקי דין תקדימיים בעניין זה. בפרשת פלונית³⁵ נדונה אחריות פלילית נגזרת מסוג "סיוע" לפי סעיף 31 לחוק העונשין. בית המשפט פסק בפרשה זו, תוך שהוא הופך את הלכת פוליאקוב³⁶, כי ניתן להסתפק ביסוד עובדתי מוגבל על מנת להטיל אחריות פלילית בעבירה זו, ובלבד שהיסוד הנפשי הנדרש יהא מסוג מוגבר של "כוונה מיוחדת" או של "מחשבה פלילית מיוחדת". הנשיא ברק מציין כדלהלן:

"מבין שתי השקפות אלה נראית לי העמדה הדורשת, נוסף על המודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולנסיבות הרלוונטיות, גם מצב נפשי של מטרה או תכלית סייע לעבריין העיקרי. אכן, המצב הנפשי המיוחד הנדרש בדיון הסיוע הוא שהמסייע יבקש לתרום תרומה מסייעת למבצע העיקרי"³⁷.

את פרשנותו זו מעגן הנשיא ברק גם בלשון סעיף 31 לחוק העונשין — פרי תיקון מס' 39. לעומתו, פסקה השופטת ביניש בפרשת אסקין, בעניין האחריות הפלילית הנגזרת מסוג "שידול" לדבר עבירה, בהתאם להוראות סעיף 30 לחוק העונשין. בסעיף 30 זה אין כל עיגון לשוני המצביע על דרישת הכוונה המיוחדת או על דרישת יסוד נפשי מוגבר כלשהו. השופטת ביניש קובעת, בהסכמת השופטים זמיר וריבלין, כדלהלן:

"על המשדל להתכוון להביא את המשדל לידי ביצוע העבירה יעד השידול. לשון אחר; השידול צריך להיות מלווה בשאיפה — מטרה — מצד המשדל כי העבירה נושא השידול אכן תבוצע, על כל יסודותיה, על ידי 'המשדל'³⁸."

הבעיה בה נתקלת השופטת ביניש בפסיקתה זו היא כי אין כל עיגון לשוני בנוסח סעיף 30 לחוק העונשין, המאפשר את הדרישה בדבר יסוד נפשי מסוג של כוונה מיוחדת. על כך מתגברת השופטת ביניש, בדומה להסבר הנוסף שנתן הנשיא ברק בפרשת פלונית הנ"ל, באופן הבא:

"הדרישה בדבר שאיפת המשדל להתקיימות העבירה נושא השידול אינה מתחייבת מלשוננו של סעיף 30 לחוק העונשין, משהרי הסעיף אינו כולל דרישה מפורשת כי המשדל ירצה בביצוע העבירה שלה שידל. מהו, אפוא, היסוד לדרישה זו? ראשית, מסקנה זו מתחייבת מאופיו התכליתי של השידול. השידול

35 ע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (3) 22.

36 ע"פ 4317/97, 4327, 6327 פוליאקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 289.

37 עניין פלונית, לעיל הערה 35, בע' 33. כל ההדגשות במאמר זה אינן במקור, אלא אם צוין אחרת.

38 ע"פ 8469/00 אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (2) 65, 81.

הוא מעשה הנעה שיש בו כדי להביא אדם אחר לעשיית עבירה... יחס כזה אינו בא לידי ביטוי הולם ברמה של 'מודעות לאפשרות ביצוע העבירה'".³⁹

הנה כי כן, בית המשפט העליון מקיים, הלכה למעשה, מעין "משוואה", אשר באגפה האחד קיימת החלשת הדרישה ליסוד עובדתי ובאגף האחר קיימת הדרישה – בין אם פורמלית⁴⁰ ובין אם מהותית⁴¹ – לקיומו של יסוד נפשי מוגבר. יש לציין, כי בית המשפט לא פסק, כי "משוואה" זו הנה דו־סטריית, אלא, למעשה, כי ניתן "להמיר" את דרישת היסוד העובדתי לדרישה מוגברת של יסוד נפשי, אך לא בהכרח להפך. "משוואה" זו אינה ייחודית אך לאחריות הנגזרת וקיימות דוגמאות רבות נוספות כהחזקה, למשל, המהווה חלק מן הרכיב ההתנהגותי שביסוד העובדתי – כהגדרתה בסעיף 34 כד לחוק העונשין ואשר בית המשפט דרשה⁴² כנינת להחלשה דומה במסגרת היסוד העובדתי הפיסי (corpus possessionis) תוך הגברת הדרישה הנפשית (animus possidendi). דוגמאות רבות ונוספות, כאמור, קיימות בעקבות תיקון מס' 39 לחוק העונשין, אולם הרחבת האומר אודותן חורגת מתחומי מאמר זה. די אם יצוין, כי בכך שינה, למעשה, בית המשפט העליון באופן מעשי את דרישת ה־Actus Reus לכיוונה של דוקטרינת ה־Corpus Delicti הרחבה יותר והקפדנית פחות, כפי שקיבלה את משמעותה בשנת 1622 על־ידי המשפטן האיטלקי Farinacio בספרו המונומנטלי⁴³. להרחבה זו משמעויות רבות ונרחבות בתחום דיני הראיות, כפי שתידונה להלן, כפועל יוצא של קבלתה של מגמת הסובייקטיביזציה והפנמתה המשפטית הכוללת.

נראה, אם כן, כי המגמה המרכזית בדיני העונשין למן כניסתו לתוקף של תיקון מס' 39 לחוק העונשין הנה מגמת הסובייקטיביזציה – הן של הנאשם כפרט והן של נפגע העבירה כפרט. כאמור לעיל, המשפט הדיוני נתפש בישראל כמשרת את תפישות היסוד של המשפט המהותי וכאמצעי ליישומן. עתה נבחן מה טומן בחובו יישום מגמה זו בדין הדיוני.

39 שם, בע' 81–82.

40 כבדרישת הסיוע לדבר עבירה, בהתאם לסעיף 31 לחוק העונשין, הדורש דרישה מוגברת בתיבות "כדי", וכן כבדרישת הניסיון לעבור עבירה, בהתאם לסעיף 25 לחוק העונשין, הדורש דרישה מוגברת בתיבה "במטרה".

41 כבפרשנות דרישת השידול לדבר עבירה. על כך ראו עניין אסקין, לעיל הערה 39.

42 ראו את דעת המיעוט של השופט (כתוארו אז) ברק בע"פ 250/84 הוכשטט נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (1) 813, אשר הפכה להיות הלכה מחייבת מאוחר יותר, ראו: ע"פ 444/86 יצחקי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא (1) 189; ע"פ 149/86 רבייב נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (2) 371; ע"פ 1478/91 מדינת ישראל נ' רובכשי, פ"ד מו (1) 829.

43 ראו: B. Farinacio *Praxis et Theorica Criminalis* (Firence, 1622).

ד. המשפט החוזר והליכי התקיפה הערעוריים

כבשיטות המשפט המתקדמות, המניחות גם היתכנותן של טעויות אנוש, משיצא מתחת ידיה של הערכאה הדיונית בישראל – "פסק-דין" – הרי שעדיין אין מדובר בסוף פסוק בהכרח. כל פסק-דין, על כל חלקיו⁴⁴, עשוי לעמוד, במגבלות ספציפיות, לבחינה וביקורת של עין אחרת. בחינה זו עשויה ללבוש צורות רבות ושונות, המתייחסות להיבטים שונים של תקיפת פסקי דין. כפי שיובהר להלן, מגמת הסובייקטיביות במשפט הפלילי הכתיבה תהליך הדרגתי של עליית קרנו של המשפט החוזר – כדרך לתקיפת פסקי-דין בפלילים, תוך ירידת קרנם של ההליכים הערעוריים.

1. הליכי התקיפה הפליליים בשיטות המשפט הקונטיננטליות

בשונה משיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות, אשר נהוג לסווג את מרבית מאפייניה של שיטת המשפט הישראלית עמן, המודל הנהוג במסגרת הדין הפלילי בשיטות המשפט הקונטיננטליות נבחן בהבניה אנליטית של מקורות המשפט ושל המוסדות המשפטיים. עובדה זו משליכה באופן ישיר על מהותם ותכונותיהם של הליכי התקיפה במשפט הפלילי. כפי שיובהר להלן, בעקבות התגבשותה של מגמת הסובייקטיביות, הלך המשפט הישראלי והתקרב קרבת מה לדין הפלילי הקונטיננטלי. על מנת לעמוד על טיבו של הדיון הפלילי בקונטיננט האירופי, יש תחילה להתייחס לתובנות יסוד במשפט הפלילי הדיוני – בכלל שיטות המשפט ובקונטיננט האירופי בפרט. עקרון העל המחייב בקונטיננט האירופי מאז עלייתה של מדינת הלאום, באמצע המאה ה-19, הוא עקרון הריבונות. הריבונות, שאופיינה בפוזיטיביזם המשפטי, העמידה בראש הפירמידה הנורמטיבית את המחוקק ואת החוק. מערכות המשפט – הן מן הבחינה המוסדית והן מן הבחינה הנורמטיבית – לא אימצו מודל של איזונים ובקורות (checks and balances) בין רשויות השלטון, אלא בחרו דווקא במודלים מרוככים של הפרדת הרשויות המונטסקיאנית. מודלים אלה הכתיבו הן את עליונות המחוקק והחוק והן את הכפיפות הישירה של האזרח לחוק. הייתה זאת הסיבה המרכזית לדחיית עקרון התקדים המחייב⁴⁵ (stare decisis), השולט ביד רמה במשפט המקובל – לב לבן של שיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות.

44 בהתאם להוראות סעיף 195 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 43 (להלן – "החסד"פ"), פסק-דין בפלילים כולל את "הכרעת הדין", הקובעת אחריות פלילית ואת "גזר הדין", הקובע את העונש ואת דרך ריצויו, אם הרשיעה הכרעת הדין את הנאשם והפכה אותו לנידון.

45 ראו: J. H. Merryman *The Civil Law Tradition* (London, 1969) 20–26, 35–39, 40–49, 59–64.

עליונותם האולטימטיבית של המחוקק ושל החוק הביאה ליצירתם של קודקסים⁴⁶ אנליטיים, המתיימרים לחזות מקרים ספציפיים וליתן מענה משפטי להם בצד עקרונות משפטיים אנליטיים ומופשטים וכן בצדם של מושגי שסתום כוללים⁴⁷. פסק-דין מידי הרשות השופטת לא נחשב כחלק מן ה"משפט", שכן, כאמור, בשיטה זו אין כל מקום להתקיימותו של עקרון התקדים המחייב. כתוצאה מכך, התפתחו הסדרים ייחודיים בשיטות המשפט הקונטיננטליות לתקיפתם של פסקי-דין. בשיטת המשפט הצרפתית⁴⁸ ובעקבותיה במרבית שיטות המשפט הקונטיננטליות, למשל גרמניה⁴⁹, הורכבה הערכאה הראשונה (הערכאה הדיונית) בפלילים משלושה טריבונלים פליליים⁵⁰:

- א — העבירות הקלות⁵¹ (les contraventions) נידונות בפני שופט אחד בבית המשפט המשטרתי (Le Tribunal de Police);
- ב — העבירות הבינוניות (les delits) נדונות בפני מותב תלתא במחלקה הפלילית של בית המשפט בערכאה ה"גדולה" (ה-Tribunaux Correctionnels שבמסגרת ה-Tribunal de Grande Instance);
- ג — העבירות החמורות (les crimes) נדונות בפני מותב תלתא (מתוך תשעה) בבית המשפט (Le Cour d'Assises).

זאת בנוסף לבתי משפט פליליים מתמחים (כבית המשפט לקטינים — Les Tribunaux pour Enfants; Les Cours d'Assises des Mineurs או בתי המשפט לעבירות בטחון⁵², לפי חוקת 1958, ה-Haute Cour de Justice). לענייננו, מהותית יותר התפישה הערעורית בשיטות המשפט הקונטיננטליות. בצרפת מערכת הערעור נועדה, למעשה, לסלק ממערכת השפיטה הפלילית את הטעויות שב"פרשנות החוק", כמו גם את הטעויות שבקביעת ממצאים עובדתיים. הערעור בשיטות המשפט הקונטיננטליות הנו, למעשה, שמיעה מחדש (de novo) של המשפט. תפישה ערעורית זו במסגרת בית המשפט לערעורים (ה-Cour d'Appel) שונה בתכלית השוני מן התובנה האנגלו-אמריקאית של הערעור, שתידון להלן. בנוסף, קיימת בצרפת ערכאת ה-Cour de Cassation, אשר מקום מושבה בפאריס הברירה. מעמדה מקביל למעמדו ההירארכי של בית המשפט העליון בכל מדינה. ערכאה

46 קבצי חקיקה רחבים בתחומי המשפט השונים.

47 אשר הידוע והמפורסם שבהם הוא מושג תום הלב, שנחקק לראשונה בקוד הפרוסי של פרידריך, שהכיל כ-16,000 סעיפים שונים.

48 ראו: 86-107 (London, 1992) *A. West The French Legal System*.

49 ראו: 199-201 (London, 1986) *N. Foster German Law and Legal System*.

50 ראו: 700-710 *Code de Procedure Penale*, §.

51 הבחנה דומה קיימת בישראל בין "חטא", "עוון" ו"פשע", בהתאם להוראות סעיף 24 לחוק העונשין.

52 בהתאם להוראות — *Constitution de 1958*, § 67, 68.

זו שומעת ערעורים בענייני משפט בלבד (ולא של עובדות) בדרך של "pourvoi en cassation" על ערכאות המהוות את ערכאת המפלט האחרונה בכל תחום. לערכאה זו תפקיד ייחודי, המתמזה, בעיקרו, בהבטחת פרשנות אחידה של החוק בבתי המשפט השונים בצרפת. הירשויות זו לאחידות הפרשנות נובעת, כאמור, מן הצורך בהבטחת עליונות החוק והמחוקק, שכן אין בתי המשפט מוסמכים "ליצור משפט" במסגרת התקדים המחייב. שפיטה על-ידי שופט בערכאה נמוכה בניגוד לחוק נתפשת כהפרת החוק ועל כן דינה בטלות⁵³. הוא הדין אפילו התוצאה נכונה, אך ההנמקה אינה מספקת⁵⁴. עם זאת, יש לציין, כי לערכאת ה-Cour de Cassation אין סמכות "להחליף" את פסק-דינה של הערכאה הדיונית או הערעורית קמא בפסק-דין משלה, אלא כל שרשאית היא להורות הוא על ביטולו של פסק-הדין שהובא בפניה או על אישורו. לפיכך, בדרך כלל, מוחזר התיק חזרה לערכאה ממנו הגיע כדי לתקן את פסק-הדין. במידה והערכאה דלמטה תיקנה את פסק-הדין, אך פסק-הדין הגיע שוב לערכאת ה-Cour de Cassation והוחלט בה לבטלו בשנית, יועבר פסק-הדין לערכאה שלישית שוות-מעמד. ערכאת ה-Cour de Cassation כוללת שש מחלקות — מתוכן מחלקה אחת פלילית ויושבת בדיון בהרכב של חמישה שופטים. לערכאה זו פונקציה נוספת ביושבה לדיון בתביעות פיצויים בגין מעצרים בלתי מוצדקים במשפטים שהסתיימו בזיכוי (ה-Commission Nationale d'Indemnisation en matiere de Detention provisoire).

אפיון חשוב נוסף של הדיון הפלילי בשיטות המשפט הקונטיננטליות הוא היותו של הדיון הפלילי בעל אופי אינקוויזיטורי ולא אדוורסרי. השופט הוא הדמות הדומיננטית החוקרת במשפט ולא "משחקם" של המייצגים בפני בית המשפט. זאת בעוד שבמסגרת הדיון הפלילי האדוורסרי, על השופט לתפקד באורח פסיבי ולשמור על כללי הדיון והנוהל, ולא לתפקד באופן פעיל בחקירת העדים וכיו"ב. החלטות השופט בדיון הפלילי האדוורסרי מתמצות בהחלטות מנהלתיות מעין-שיפוטיות בניגוד לעמיתו בדיון הפלילי האינקוויזיטורי, המנהל את הדיון ובר-זמנית מתפקד כחוקר.

2. הליכי התקיפה הערעוריים בפלילים בישראל

הליכי התקיפה בישראל של פסקי-דין פליליים דומים למדי לכלים הנהוגים בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות, בהתאם למסורת האנגלית ששלטה בדיני הפרוצדורה למן תקופת המנדט הבריטי על ארץ ישראל. יש לציין, כי השפעה זו קיימת בעיקרה במשפט הפלילי דווקא — הן הדיוני והן המהותי, בעוד שבמשפט האזרחי נעשו

53 בהתאם להוראות — Code de Procedure Penale, § 591.

54 Ibid, at § 593.

צעדים משמעותיים לאימוצן של הנורמות והמגמות הקונטיננטליות, עם החקיקה האזרחית החדשה⁵⁵.

במסגרת המשפט הפלילי הדיוני בישראל מוכרים מספר הליכי תקיפה ערעוריים של פסקי-דין:

א – הערעור – בהתאם להוראות פרק ו' לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן – "החסד"פ). הערעור הוכר כזכות יסוד בשיטת המשפט בישראל ועל אף היותו זכות דיונית לכאורה, הוא נתפש כחלק מזכות רחבה יותר – זכות הגישה לערכאות ועל כן – בעל מאפיינים של זכות מהותית⁵⁶.

ב – רשות הערעור – מתייחסת לערעור ברשות, כלומר – לערעור השני על ערכאת הערעור הראשונה⁵⁷. בפלילים, נוהג בית המשפט להתייחס לרשות ערעור שנתקבלה כאל ערעור, בהתאם להוראות סעיף 205 לחסד"פ.

ג – הדיון הנוסף – מהווה הליך תקיפה בידי בית המשפט העליון, בהתאם להוראות סעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן – "חוק בתי המשפט"). הליך הביקורת הוא בהרכב של חמישה שופטים ומעלה על פסקי-דין שניתנו על-ידי מותב תלתא של בית המשפט העליון.

ד – תיקון פסקי-הדין – מהווה הליך תקיפה, בהתאם להוראת סעיף 81 לחוק בתי המשפט. לכאורה, מהווה הוא הליך תקיפה טכני, אם בכלל, בשל טעויות טכניות שנפלו בפסקי-הדין, אך לעתים נעשה בו שימוש מניפולטיבי על-ידי הצד המבקש או על-ידי הצדדים⁵⁸.

ה – ביטול פסקי-הדין – אפשרות השמורה בידי בית המשפט שהוציא מתחת ידיו את פסקי-הדין בשל פגמים מן הצדק, כדוגמת אי נוכחות הנאשם בהליך שלא בשל אשמו. ביטול פסקי-הדין נעשה, בדרך-כלל, בעבירות קלות.

ו – הליך הבג"צ – בית המשפט הגבוה לצדק. ברמה העקרונית – אין בג"צ משמש כערכאת ערעור, אולם הדברים אינם מוחלטים. בהזדמנויות רבות יושב בג"צ בדין בסמכויות מעין ערעוריות. ד"ר

55 לדוגמא, השוו סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 וסימן 242 ל-B.G.B הגרמני.

56 ש' לויין מהותו של ערעור (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1967) וכן רע"פ 25/87 הבר נ' התובע הצבאי הראשי, צה"ל, פ"ד מב (1) 45.

57 בפלילים, אך לא במסגרת המשפט האזרחי, בו יש להגיש בקשת רשות ערעור גם במקרים אחרים, למשל כדי לערער על "החלטה אחרת" שאינה פסקי-דין.

58 בדרך כלל, על-ידי הגדרה רחבה למדי של ה"טעות" וכך, למעשה, מדובר בהליך מעין ערעורי.

ש' לויין טוען⁵⁹, כי הגם שההלכה הפסוקה אינה רואה בבג"צ ערכאת ערעור, הרי שהמצב שונה בפועל. הוא מצייין, כי ישנם מקרים בהם הקנה המחוקק לבג"צ סמכות ערעורית⁶⁰ באופן מפורש וכן מקרים שבהם יושב בג"צ בדין בסמכות מעין-ערעורית⁶¹. גם פרוף' זמיר מסיק מסקנה דומה⁶², כי, לכאורה, קיים הבדל מהותי בין בג"צ להליך הערעור. פעמים רבות נפסק, כי בג"צ אינו יושב כבית משפט לערעורים, כאשר הביקורת המופעלת על-ידי בג"צ מצומצמת יותר מזו המופעלת בערעור ועוד, אולם השוואה בין העילות לפסלות החלטה בערעור מצד אחד ובבג"צ מצד שני, מלמדת, כי "ההבדל בין שתי דרכי הביקורת אינו גדול"⁶³.

במסגרת הדיון הפלילי, כידוע, אין אפשרות לערער על החלטות ביניים במהלך המשפט. הערעור – הן על פסק-הדין כולו והן על החלטת ביניים הנו במסגרת הערעור הפלילי הכולל בתום דיוניה של הערכאה הדיונית. עם זאת, לעתים ישנה חשיבות קריטית להחלטות ביניים במהלך המשפט⁶⁴ וההליך היחיד, העשוי להכיל בקשה לסעד נגד החלטות ביניים מקפחות אלה, הנו במסגרת הבג"צ.

3. ירידת הליכי התקיפה הערעוריים ועליית המשפט החוזר

כאמור, המגמה המרכזית במשפט הפלילי המהותי בישראל הנה מגמת הסובייקטיביזציה, הטומנת בחובה את ההתמקדות וההתרכזות בסובייקט – הנאשם או הקרבן – במשפט הפלילי. מעמדו של הסובייקט במשפט הפלילי מודגש היטב בבחינת הפן העובדתי⁶⁵ של המשפט הפלילי בהיות הסובייקט "מככב" בו ומעשיו ומחשבותיו נבחנים לפרטי פרטים. הפן המשפטי של המשפט הפלילי, המתייחס בעיקרו להתאמת הנורמה המשפטית למקרה העובדתי הספציפי ולפרשנותה של הנורמה, נערך באמות מידה אובייקטיביות, שכן הכל שווים בפני החוק בתנאים שווים. כך, למשל,

59 ש' לויין "עתירה לבג"צ כהליך תקיפה ערעורי" משפטים ג (תשל"א) 16.
60 בג"צ 53/54 "אלפא" חברה לקוסמטיקה בע"מ, חיפה נ' Societe Technique De Parfumerie F. Millot, S.A., Paris פ"ד ט (1) 121.
61 ד"ר לויין, לעיל הערה 60, מייחד את דיבורו להליכים/ צווים מסוג writ, certiorari, mandamus of prohibition וכיו"ב.
62 "זמיר" מה בין ערעור לבין עתירה לבג"צ? הפרקליט כ (תשכ"ד) 205.
63 שם, בע' 222.
64 יש להדגיש, כי לא מדובר בהחלטות בדבר מעצר, קביעת ערובה וכיו"ב, בהן קיימת זכות הערר והעיון החוזר מתוקף הוראות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, ס"ח 338.
65 ודוק: מדובר בפן העובדתי ולא ביסוד העובדתי (Actus Reus). הפן העובדתי בהחלט עשוי להתייחס לשאלת ההתקיימות הקונקרטית של היסוד הנפשי הספציפי בנאשם הספציפי.

הנורמה "לא תרצח" טומנת בחובה, באופן אובייקטיבי, מספר דרישות בסיסיות על מנת להטיל אחריות פלילית בגינה על נאשם, אך אין היא משתנה בעקבות מעשיו של הסובייקט מאן דהו. פרשנות הנורמה מנותקת מן המקרה הספציפי. בשאלת ההתאמה למקרה הספציפי נשאלת, למעשה, השאלה ההפוכה: האם המקרה הספציפי מתאים להיכנס בגדרה של הנורמה, ולא להפך. כך, למעשה, הדיון הנו בהתאמת המקרה לנורמה, המהווה בעיקרה התייחסות עובדתית⁶⁶.

(א) התערבות ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים

כידוע, הערעור הנו מוגבל, יחסית. הערעור, כשלעצמו, מתרכז, בדרך-כלל, בפן המשפטי של המקרה הנדון ולא בפן העובדתי. כאשר בית המשפט בערכאה הדיונית מנמק את התוצאה אליה הגיע בפסק-דינו בנימוק, כי הוא נותן את אמונו בעד אחד ולא בעד אחר נוכח "אותות האמת"⁶⁷ אותן גילה בעדותו, הרי שהערעור על נקודה זו שבפסק-הדין הנו מוגבל, לכל היותר, למקרים קיצוניים למדי ונדירים, בהם קיימת טעות על-פני הדברים, אשר גם הקורא המנוקד מן המתרחש באולם בית המשפט לא יוכל שלא להתעלם ממנה. הערעור, אליו מכוונים דברי המחוקק וההלכה הפסוקה, הנו ערעור על הפן המשפטי. כך, מעצם טיבו וטבעו של הערעור — מדובר על הליך תקיפה בעל אופי אובייקטיבי, ולא כל שכן במסגרת התערבות בממצאים עובדתיים של הערכאה הדיונית. בפרשת כהן⁶⁸ קבע בית המשפט את הכלל לפיו ערכאת הערעור אינה מתערבת בממצאים של מהימנות, אלא בנסיבות מיוחדות ובמקרים חריגים, כאשר ממצאים אלה אינם מתיישבים לחלוטין עם חומר הראיות או שהם עומדים בניגוד להיגיון ולשכל הישר.

הלכה זו, הרואה בהתערבות ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים חריג בולט, יוצרת מבחן להתערבות המתמזה ב"היגיון" וב"שכל ישר". ברי, כי מבחנים אלה מעמידים, למעשה, סטנדרטים אובייקטיביים לבחינת נחיצות ההתערבות. הפסיקה אינה מתייחסת בהליך הערעורי לסטנדרט סובייקטיבי מכל סוג שהוא. בפרשת יומטוביאן לא זו בלבד, שבית המשפט מצמצם את התערבות הערכאה הערעורית בממצאי הערכאה הדיונית, אלא שהוא גם קובע עדיפות ברורה להתרשמות הישירה של הערכאה הדיונית מן המסכת העובדתית שהוצגה בפניה (באמצעות עדים) על פני הבחינה האובייקטיבית הנעשית בהליך הערעור כדלהלן:

"הביקורת של בית-משפט לערעורים על מימצאים עובדתיים שנקבעו על-ידי

66 יש לציין, כי קיומם גרידא של יסודות אחריות פלילית, מחוץ ליסוד העובדתי בעבירה הפלילית (Actus Reus), הנו עדיין חלק מן ההתייחסות העובדתית או המסכת העובדתית של המשפט הפלילי.

67 ראו הוראות סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, דמ"י 421 (להלן — "פקודת הראיות").

68 ע"פ 8288/97, 7292 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד נב (3) 604.

הערכאה הדיונית הינה מצומצמת ביותר, והיא מצומצמת עוד יותר לגבי מימצאים עובדתיים שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית על יסוד התרשמות ישירה מן העדים... להוציא חריגים אלה, צריך טעם מיוחד להתערבות של ערכאת הערעור בעובדות שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית: צריך שהטעות של הערכאה הדיונית תהיה מהותית וכולטת עד כדי כך שתבטל את העדיפות המוקנית לערכאה זאת כתוצאה מהתרשמות ישירה מן העדים⁶⁹.

קביעה זו של בית המשפט — כהלכה — שזורה כחוט השני בפסיקה עקבית בתחום הדיון הפלילי ואף בתחומים המעיין-פליליים. כך, לדוגמא, בפרשת ג'ולאני⁷⁰ קבע השופט זמיר, כי הלכה זו חלה גם בדין המשמעתי⁷¹. בכך, ניתן להסיק, עקב הערעור הפלילי אחר המקבילה האזרחית שלו ונדמה אליה בסטנדרט הבחינה האובייקטיבי. אלא מאי — הערעור האזרחי אחוז במשפט האזרחי. במשפט האזרחי קיים תהליך ארוך של מעבר מאמות המידה הסובייקטיביות אל הסטנדרטים האובייקטיביים. הדוגמא המובהקת לכך הנה בתחום דיני החוזים, בו חל מעבר זה באופן כולט: בדיני החוזים הקלאסיים, למשל, שלטה התפישה בדבר "meeting of the minds" ("מפגש הרצונות") בשאלת כריתתו של החוזה. תפישה זו, המהווה תפישה סובייקטיבית מובהקת, הייתה אנוסה עד מהרה⁷² לפנות את מקומה לתפישה האובייקטיבית, לפיה בית המשפט בוחן באורח אובייקטיבי האם אדם סביר, בנעליהם של הצדדים המתדיינים בפניו, עשוי היה להסיק, כי אכן נכרת חוזה במקרה זה תוך שימוש במבחני עזר אובייקטיביים (התנהגות הצדדים, למשל). דוגמא מובהקת נוספת הנה עולת הרשלנות בניזקין⁷³, אשר נובא לגביה, כי תהפוך להיות עולת מסגרת. הסטנדרט הנבחן במסגרת עולת הרשלנות הנו סטנדרט אובייקטיבי של האדם הסביר — האם היה פועל כן, אם לאו. נראה, אפוא, כי במסגרת גדריו של המשפט האזרחי, הפועל תחת סטנדרטים אובייקטיביים, יהא זה אך קוהרנטי, כי הערעור האזרחי ייבחן גם הוא בסטנדרטים אובייקטיביים. בפרשת בנק איגוד נ' לופו⁷⁴ העלה בית המשפט העליון את הדברים לכדי תקדים מחייב בקובעו, כי ערכאת ערעור רשאית לשנות ממצאים עובדתיים שנקבעו על-ידי הערכאה הראשונה, על יסוד התרשמותה בדבר מהימנותם של העדים שהופיעו בפניה, רק אם ממצאי

69 דברי השופט זמיר בע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (4) 632, 643-645.
70 ע"מ 4601/00 ג'ולאני נ' התובעת בבית-הדין המקומי למשמעת של עובדי עיריית ירושלים, פ"ד נד (3) 673.

71 כדלהלן: "בית-משפט לערעורים, לרבות בית משפט זה כשהוא דן בערעור על פסק-דין של בית-דין למשמעת, נמנע בדרך-כלל מלדון מחדש בשאלות עובדתיות ומלהתערב בממצאים עובדתיים, במיוחד כאשר בית הדין קובע עובדות על יסוד אמון בעדים". שם, בע' 678-679.

72 ראו לדוגמא: *Lucy v. Zehmer*, 84 S.E. 2d 516 (1954). עוד ראו: *Frigalment Importing v. B.N.S. International Sales*, 190 F. Supp 116 (1960); ובישראל: ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג (2) 281.

73 בהתאם להוראות סעיפים 35-36 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968, דמ"י 10.

74 ע"א 1548/96 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' לופו, פ"ד נד (2) 559.

הערכאה הראשונה אינם מתקבלים על הדעת. הטעם העיקרי להלכה זו הוא היתרון שיש לבית המשפט אשר שמע וראה את העדים, והתרשם מהם באופן בלתי אמצעי, על פני ערכאת ערעור, שבפניה לא הופיעו העדים. כלל זה אינו חל על ממצאים עובדתיים המבוססים על שיקולים שבהיגיון בלבד, הפתוחים לביקורת מלאה של ערכאת הערעור.

נמצא, אפוא, כי דווקא הליך התקיפה הפלילי הקבוע בחוק כזכות בלתי מותנית⁷⁵, ובמקרים מסוימים אף כזכות אוטומטית⁷⁶, נבחן, למעשה, בסטנדרטים אובייקטיביים ולא סובייקטיביים, כפי שניתן היה לצפות נוכח מגמת הסובייקטיביזציה של המשפט הפלילי. למעשה, ככל שהלך אופיו של הערעור הפלילי ודמה לערעור האזרחי, נדרש המשפט הפלילי למצוא חלופה אחרת, ההולמת את צרכי המשפט הפלילי, בד בבד עם עמידה בקני המידה הסובייקטיביים הנדרשים בו לאור רפורמות תיקון מס' 39 לחוק העונשין וה"מהפכה" החוקתית.

חלופה זו אותרה דווקא במסגרת אחד ההליכים הנדירים במשפט הפלילי, הוא הליך המשפט החוזר, אשר הייתה לו עדנה בעקבות הידמותו של הערעור הפלילי לערעור האזרחי והוא הפך להיות בר-שימוש באורח אינטנסיבי מאי-פעם, עד כי נדרש המחוקק לשנות את החוק בגין ההתפתחות ולפלט לו בכך דרך חדשה בתוככי המשפט הפלילי.

(ב) עליית המשפט החוזר בישראל

למעשה, ניתן לומר, כי מדובר בשני הליכים מקבילים. מחד גיסא, הפך הערעור הפלילי, בהדרגה, להיות אמצעי תקיפה בעל אופי אובייקטיבי, ומאידך גיסא, הפך המשפט החוזר להיות אמצעי תקיפה סובייקטיביסטי, התואם את תפישת מגמת הסובייקטיביזציה בפלילים. הערעור הפלילי הלך והתקבע כהליך פורמאלי, המחויב בפורמאליות נוכח אופיו האובייקטיבי. בבג"צ צירינסקי⁷⁷ נקבע מפורשות, כי התנאים לקיומה של זכות ערעור למי שנפגע מהחלטה שיפוטית, גם אם אין הוא צד פורמאלי להליך שבמסגרתו נעשתה החלטה, הם שניים: ראשית – צריך שיתקיים בעניינו 'הליך', ושנית – צריך שהליך זה יסתיים בהכרעה שיפוטית הפוגעת בזכויות ההופלדיאניות שלו.

זכות הערעור נפתחה לרווחה רק כאשר דובר בהנמקה אובייקטיבית, מופשטת ולוגית. כך, לדוגמא, בפרשת מקדאד⁷⁸, בקבלו את הערעור, קבע בית המשפט העליון מפורשות את הכלל דלעיל, לפיו כאשר קביעותיה של הערכאה הדיונית מבוססות,

75 ראו הוראות סעיף 198 לחסד"פ.

76 ראו הוראות סעיף 202 לחסד"פ.

77 בג"צ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית משפט השלום בחדרה, השופט עמירם שרון, פ"ד נב (3) 721.

78 ע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאד, פ"ד נו (5) 221.

רובן ככולן, על הסקת מסקנות לוגיות מן הראיות הנסיבתיות, גדר ההתערבות של ערכאת הערעור רחב יחסית.

בנוסף, התנה בית המשפט את התייחסותו לתקיפה הערעורית בהנמקה של הערכאה הדיונית כבסיס. במילים אחרות, בית המשפט כערכאה הערעורית הוציא עצמו ממעגל בחינת הראיות דרך עיניו, כפי שמבצעת הערכאה הדיונית, והחליפם בדבריה של הערכאה הדיונית כבסיס לפסיקה הערעורית. מעבר זה הנו מעבר אובייקטיבי מובהק. כך, לדוגמא, בפרשת רודמן⁷⁹ תקף בית המשפט העליון את פסיקת בית המשפט המחוזי בירושלים בשל תשתית עובדתית לקויה שקבע כערכאה דיונית⁸⁰. מכאן נראה, כי בית המשפט בערכאה הערעורית מצפה מן הערכאה הדיונית לערוך עבורו את המצע העובדתי יחד עם ההנמקה המשפטית⁸¹ כבסיס לבחינתו הערעורית. כך הוא הדבר גם לגבי שיקולי הערכאה הדיונית בקביעותיה לגבי ממצאים עובדתיים גרידא. בפרשת דמארי⁸² קבע המשנה לנשיא ש' לוי, בדעת מיעוט, בעניין התערבות בממצאי "פליגין דיבורא"⁸³ דערכאה קמא, כי מידת ההתערבות של ערכאת הערעור בקביעתה של הערכאה הראשונה, המפצלת עדות, עשויה להשתנות ממקרה למקרה. ככל שהשיקולים שעל יסודם החליטה הערכאה הראשונה לפצל את העדות נפרסו יותר בפסק־הדין, כן ייטה יותר בית המשפט שלערעור להתערב במסקנותיה, שכן יתרונה של הערכאה הראשונה על־פני ערכאת הערעור במקרה כזה הולך ופוחת⁸⁴.

כגון דא נשאלת השאלה במה ניכר יתרונה של הערכאה שאינה הערכאה הדיונית על פני הערכאה הדיונית עצמה בכל הקשור בקביעת ממצאים עובדתיים. פרופ' קרמניצר⁸⁵ מצביע על מספר יתרונות הנחשבים בולטים של ערכאת הערעור על פני הערכאה הדיונית ומנסה להפריכם. היתרון הראשון גלום בריחוקה של הערכאה הערעורית משלב ליבונן של הראיות ושלב ההוכחות במשפט הפלילי. יתרון זה נסמך על

79 ע"פ 446/01 רודמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (5) 25.

80 שם, בע' 31 קבע השופט טירקל כדלהלן: "בעניינו פירט בית-המשפט המחוזי את מסקנותיו בהכרעת הדין ונימק אותן, אלא שבמקומות מספר ההנמקה תמציתית יתר על המידה ועריכתה אינה מסודרת כראוי. יתר-על-כן, בית המשפט המחוזי לא דן ביסודות עבירת הקשר במידת הפירוט הדרושה; לא פירט במלואם את כל הממצאים שבעובדה שעליהם הושתתה הרשעתו של המערער בעבירה של זיוף..."

81 ר' גביון "בית המשפט וחובת ההנמקה" משפטים ב (תשל"ל) 89.

82 ע"פ 4343/96 דמארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (1) 385.

83 פיצול עדות אחת והתייחסות שונה לכל חלק מפוצל באשר למהימנותו ולמשקל המיוחס לו במסגרת המסכת הראייתית הרלוונטית.

84 המשנה לנשיא לוי מוסיף בעניין דמארי, לעיל הערה 83, בע' 404–405, כדלהלן: "אכן מוטלת על הערכאה הראשונה חובת פירוט כאשר הנסיבות מצדיקות את הדבר, ובדרך-כלל יהיה עליה לנמק מדוע ראתה לקבל חלק מעדותו ובחלק לדחותה".

85 מ' קרמניצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים" הפרקליט לה (תשמ"ד) 407.

ממצאיו של הלורד Devlin בספרו⁸⁶. במקרה זה טוען קרמניצר, כי גם הערכאה הדיונית מרוחקת משלב ליבון הראיות בעת הכרעת הדין. ברי, כי המחבר מתייחס אך לריחוק הזמן ולא לריחוק הפרסונאלי, ממנו נמנע סעיף 53 לפקודת הראיות. היתרון השני גלום בהיעדרה של סכנת "נפילה בפח" עקב מגע ישיר עם עד. ביתרון זה מתמודד קרמניצר דווקא עם פועלן של הוראות סעיף 53 לפקודת הראיות ומחזק אותן, כפי שהורה המחוקק עליהן, כי לבית המשפט שבערכאה הדיונית קיים דווקא היתרון של ההתרשמות הבלתי אמצעית מן העדים. נראה, כי אמנם כיוון קרמניצר את דבריו לערכאה הערעורית, אולם דבריו מצאו אוזן קשבת דווקא במסגרת המשפט החוזר.

המשפט החוזר קבוע במסגרת הוראות סעיף 31 לחוק בתי המשפט, כפי שתוקן בשנת תשס"א⁸⁷, באופן התואם את מגמת הסובייקטיביזציה של תקיפת פסקי דין בפלילים. בשורה ארוכה ומכובדת של פסיקות מפי בית המשפט העליון עלה מעמדו של המשפט החוזר בישראל למעמד שמעולם לא היה לו, כאילו הוצא מתהום הנשייה אל תוך לב לבה של העשייה במשפט הפלילי בישראל. בית המשפט העליון עיצב את המשפט החוזר כאמצעי תקיפה בפלילים, התואם את מגמת הסובייקטיביזציה ומתרחק מרחק של ממש מן הערעור הפלילי בעל האופי האובייקטיבי. בעניין כהן⁸⁸ קבע בית המשפט, כי הליך המשפט החוזר הוא החריג ולא הכלל. חריג זה נועד לאזן בין עקרון סופיות הדיון לבין הצורך בצדק, הטמון ביסודם של תיקוני טעויות שבהרשעה פלילית. עקרון סופיות הדיון מיוחס בפסיקה זו לאינטרס הציבורי ואילו תיקון הטעויות לאינטרס האישי-סובייקטיבי של הנאשם⁸⁹. קביעה זו הנה קביעה מהותית. בית המשפט מרחיק את הליך המשפט החוזר, באורח מושגי, מן הערעור מצד אחד; ומצד שני קובע, כי המשפט החוזר בכללו מנוגד לתפישת אינטרס הציבור את עקרון סופיות הדיון. על קביעה אחרונה זו יש להשקיף גם מתוך המבט, לפיו בכל זאת מרחיבים בית המשפט והמחוקק את גדריו של הליך המשפט החוזר — בניגוד ל"אינטרס הציבורי" תוך התאמה לאינטרס הסובייקטיבי. הנשיא ברק מבהיר את השיקולים הסובייקטיביים שבקביעת המשפט החוזר בפרשת בן-ארי⁹⁰, ולפיו שני עקרונות יסוד עומדים בבסיס קיומו של המשפט החוזר: עשיית צדק ומניעת טעות מזה, וסופיות וודאות מזה וכי מעצם טיבו וטבעו, אין הביטוי 'עיוות דין' ניתן להגדרה ולתיחום כלליים, אלא זיהויו והגדרותיו ייעשו ממקרה למקרה, על-פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו.

הנה כי כן, בית המשפט העליון בוחן את אמות המידה לקיומו של משפט חוזר לא בסטנדרטים אובייקטיביים, אלא בסטנדרטים סובייקטיביים ואף קזואיסטיים. השאלה

86 ראו: P. Devlin *Trial by Jury* (London, 3rd ed., 1966) 137–144.

87 ס"ח 198.

88 מ"ח 1888/01 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (5) 403.

89 בשלב זה טרם ראה בית המשפט אל נכון את האפשרות שבקיום האינטרס הציבורי דווקא על-ידי תיקון טעויות בפסקי דין.

90 מ"ח 7558/97 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 433.

המתבקשת היא אימתי ייעתר בית המשפט לבקשה לקיומו של משפט חוזר. באורח עקבי עומד בית המשפט העליון על פרשנותו של מונח השסתום "עיוות דין". מונח שסתום זה, ככל מונחי השסתום, מאפשר לבית המשפט להחזיר לכל מקרה בנפרד את שיקול דעתו הספציפי, הנגזר מתפישתו הוא את שקבע המחוקק. בפסיקתו של בית המשפט העליון מסתמנים שני קווים ברורים ומקבילים בעניין זה:

- א – "עיוות דין" ברמת "חשש של ממש", אשר נגרם למבקש המשפט החוזר. "עיוות דין" זה נבחן סובייקטיבית כלפי אותו מבקש ביחס לנסיבות הספציפיות אשר אפפו את המקרה בו הוא נדון;
- ב – סיכויי שינויה של תוצאת המשפט. בית המשפט מאמץ, למעשה, גישה טלאולוגית ביחס להפעלתו של הליך המשפט החוזר. המאפיין הבולט של הגישה הטלאולוגית הוא הפן הסובייקטיביסטי שלה בשונה מן הגישה הדאונטולוגית האובייקטיבית, הרואה את פני הכלל מבלי להתייחס להשלכות הספציפיות על הסובייקט ככזה.

כך, בעניין כהן נקבע מפורשות, כי על מנת לבסס עילה לקיומו של משפט חוזר נדרש, כי הראיות שתוצגנה תהיינה בעלות 'פוטנציאל' ראייתי לשינוי תוצאת המשפט⁹¹. בפרשת בן-ארי הותווה⁹² המתווה הראייתי הרחב, הקרוב באופיו ל-*Corpus Delicti*, כפי שהובהר לעיל, ביחס למשפט החוזר כדלהלן:

"לבחינתה של עילה זו, על הנשיא להשקיף 'במבט על' על מלוא חומר הראיות – המקורי והנוסף – ולשאול עצמו, אם על פי השקפתו שלו, קיים חשש של ממש כי בהרשעת המבקש נגרם עיוות דין"⁹³.

לא יקשה להבחין בתפישה הסובייקטיבית, העולה מתוך הדברים: על השופט לבחון מחדש (de novo) את חומר הראיות (כולל המקורי) ללא הסתמכות על ממצאים עובדתיים של הערכאה קמא וכן להתייחס להשקפתו שלו בלבד ולא דרך עיניה של הערכאה קמא. בהקשר זה מבחין הנשיא ברק בין המשפט החוזר לבין הערעור גם בהיבט ההנמקה, כי בשלב הדיוני של הבקשה למשפט חוזר אין בוחנים עוד אם צדקה הערכאה הקודמת שדנה בהליך או אם טעתה; אם דנה בכל נקודות המחלוקת, או אם נמנעה מכך. כוחן של שאלות אלו יפה בשלב הערעור – ושלב זה מוצה מכבר. השאלה הרלוונטית בשלב זה היא אם ההימנעות הנטענת הסבה עיוות דין למבקש. הנשיא ברק מוסיף, כי בית המשפט הדן בהליך פלילי ממקד את מבטו ב'יש', בראיות שהובאו בפני בית המשפט ולא בהשערות ובטענות שיש בהן כדי להסביר את שלא

91 עניין כהן, לעיל הערה 88.

92 כפי שהותווה עוד קודם לכן במ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (2) 334.

93 שם, בע' 359–360.

הוכח בבית המשפט. לפיכך, אין פסול בכך שבמקרה דנן לא צייר בית המשפט תמונה המעלה את המסכת העובדתית השלמה הנוגעת למעשה הרצח.

זאת, כמובן, בניגוד לתפישתו של בית משפט זה ממש ביחס למצע העובדתי בהליך הערעור הפלילי כפרשת רודמן⁹⁴. בפרשות נוספות משתדל בית המשפט העליון לאבחן את ההליך הערעורי מן המשפט החוזר – ולהפך, והציר המרכזי שבהבחנה זו הנו הבלטת הפן הסובייקטיביסטי של המשפט החוזר נוכח "עיוות הדין" שנגרם למבקש והאפשרות, תוך בחינה מדוקדקת וסובייקטיביסטית של הראיות, להשפיע על תוצאות המשפט. בית המשפט מבהיר אמנם, כי המשפט החוזר אינו מהווה "מקצה שיפורים"⁹⁵, או מענה לייצוג לקוי⁹⁶, ואף לא אמצעי "עוקף ערעור" לשינוי קביעת הממצאים העובדתיים או המשפטיים⁹⁷ של הערכאה הדיונית – מקום שערכאת הערעור נמנעה מלעשות כן, אלא אם יש להניח כי נגרם "עיוות דין" ברמת "חשש של ממש". עם זאת, מרחיב בית המשפט העליון את גדר הכניסה למשפט החוזר בפרשו באורח נרחב את "עילת הסל" שבסעיף 31 לחוק בתי המשפט באופן בלתי תלוי בתוצאת המשפט ובכך מקל על הנידון את הנטל הכבד הרובץ על שכמו להוכיח הקשר הסיבתי שבין הפגם לבין התוצאה, אך הקשר לעיוות הדין הנו קשר בל יינתק. בפרשת ברנס⁹⁸, בקבלתה את בקשת הנידון, קבעה השופטת דורנר בעניין זה, כי סעיף 31 לחוק בתי המשפט קובע איזון בין הצורך לתקן עיוותים משפטיים לבין עקרון סופיות הדיון. בנוסחו המתוקן שנחקק לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שונתה נקודת האיזון לטובת הזכות להליך הוגן ולאחר תיקון זה אין עוד דרישה, כי הראיה שלא הובאה במשפט המקורי תהיה חדשה, ונוספה עילת סל המאפשרת את קיום המשפט החוזר בהתקיים חשש של ממש לעיוות דין. לעניין עילה זו, אין על הנידון החובה להוכיח, כי אלמלא הפגם היו תוצאות המשפט עשויות להיות שונות.

בעקבות פרשת קוזלי⁹⁹ נקבע כהלכה פסוקה, כי "עיוות הדין" יפורש באורח נרחב, אולם מעבר לכך יש לעיוות הדין משמעות ראייתית מדרגה ראשונה. בהתאם לקביעה זו, פגמים דיוניים שאינם חמורים מעבירים את נטל השכנוע אל כתפי רשויות התביעה להוכחת היעדרה של השפעה ברמת "חשש של ממש" על תוצאת המשפט. יתר על כן, פגמים חמורים מקימים חזקה שאינה ניתנת לסתירה בדבר אפשרות השפעתם על תוצאות המשפט. קביעות אלה הן חסרות תקדים באשר לקידומן את פני הנידון כסובייקט והעדפת האינטרס הסובייקטיביסטי של הנידון על-פני אינטרס הציבור. הנשיא ברק מדגיש, כי בבסיס המשפט החוזר כולו טמונה ההעדפה היסודית של

94 פרשת רודמן, לעיל הערה 79.

95 מ"ח 4282/98 פורת נ' מדינת ישראל, פ"ד נב (5) 78.

96 מ"ח 4512/99 אייזין נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (1) 357.

97 מ"ח 7106/00 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (4) 695.

98 מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (3) 354.

99 מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 529 (להלן – "עניין קוזלי").

אינטרס הסובייקט הנידון על-פני זה של הציבור. בפרשת פלינק, תוך שהוא מקבל את הבקשה, קובע הנשיא ברק באופן מפורש, כי:

“האינטרס בקיום משפט חוזר העשוי להביא לזיכוי (המלא או החלקי) של נידון הוא אמנם אינטרס משותף לנידון עצמו ולכלל... עם זאת אין להתעלם מכך שמרכז הכובד של ההסדר שנקבע במסגרת סעיף 31(א) לחוק בתי המשפט... הוא הנידון, ולא הציבור... החריג לעקרון סופיות הדיון קיים רק כאשר טובתו של הנידון היא העומדת על הפרק. ניסיון לסייג את זכותו של הנידון על-ידי הכפפתה לאינטרס הציבורי עלול לרוקן חריג זה מתוכן”¹⁰⁰.

בכך, למעשה, קובע הנשיא ברק באופן ברור ומוחלט את עליונות הסובייקטיביזציה וכי מגמה זו שולטת על הליך המשפט החוזר. לקביעה זו, כמובן, אין כל מקבילה במסגרת הליכי התקיפה הערעוריים, ובית המשפט אף מבהיר בפרשת יעקובוביץ'¹⁰¹ למעלה מכל ספק, כי הליך המשפט החוזר לא נועד ליצור הליך ערעור נוסף. כאמור, בשיטת המשפט הקונטיננטליות התפישה המשפטית המרכזית הנה עליונות המחוקק והחוק וכי הכל כפופים לחוק באורח ישיר. הכפיפות הישירה של האזרח לחוק הצמיחה שני מאפיינים בולטים בדין הפלילי בקונטיננט האירופי: האחד, הוא אופן הדיון האינקוויזיטורי, המתיימר למנוע מניפולציות של ייצוג; והשני, הוא הליך הערעור de novo, כפי שהובהרו לעיל. נדמה, כי המשפט החוזר מהווה, במדינת ישראל, את התחליף הישראלי לשני מאפיינים קונטיננטליים אלה. בפרשת קוזלי קובע הנשיא ברק לאמור:

“משעה שהורה הנשיא על משפט חוזר בפני בית-המשפט המחוזי, יש לפתוח את ההליך מחדש. זהו הליך ‘de novo’. אין עוד להסתמך על הרשעת המבקשים או על המימצאים והמסקנות שהוסקו נגדם. הנה-כי-כן, בהחלטה על קיומו של משפט חוזר אין משום קביעה כי המבקשים זכאים... יש בה קביעה, כי נפל בהרשעתם של המבקשים פגם המצדיק משפט חוזר”¹⁰².

למעשה, זהו תיאור קרוב ביותר של הערעור הפלילי הקונטיננטלי המשולב הן במסגרת בית המשפט לערעורים (Cours d'Appel) והן במסגרת ה-Cour de Cassation. בכך יש משום קרבה נוספת של האזרח אל החוק עצמו, כפועל יוצא ממגמת הסובייקטיביזציה. לעניין הדיון האינקוויזיטורי, קיימות חמש הוראות המקרבות עד מאוד את אופי הדיון במשפט החוזר לדיון האינקוויזיטורי. הראשונה היא תולדה של תיקון חוק בתי המשפט בשנת תשס"א, לפיה בסעיף 31(ד) רשאי שופט בית המשפט העליון לזכות את הנידון

100 מ"ח 8777/99 פלינק נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (4) 746, 758.

101 מ"ח 6983/98 יעקובוביץ' נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (3) 86.

102 עניין קוזלי, לעיל הערה 99, בע' 566.

ללא טיעונים אדוורסריים בבית המשפט, אם קיימת התאמה בין המקרה לבין הוראות החוק. ארבע ההוראות האחרות הן תקנות 5, 6, 11 ו-12 לתקנות בתי המשפט (סדרי דין במשפט חוזר), תשי"ז-1957, הקובעות¹⁰³, כי הדיון בבקשת המשפט החוזר יהא ללא טיעונים אדוורסריים בעל-פה, כי נשיא בית המשפט העליון רשאי לחקור בדבר באמצעות הוראות ישירות ליועץ המשפטי לממשלה וכי בדיון במשפט החוזר ניתן לסטות מסדרי הדין ומדיני הראיות הנוהגים, והכל למען עשיית הצדק.

מעבר לכך, בהתאם למגמת הסובייקטיביזציה בפלילים עולה מעמדו של המשפט החוזר גם בהתייחס למעמד קרבן העבירה. בפרשת בר יוסף¹⁰⁴ קיבל בית המשפט העליון את בקשת המבקשת למשפט חוזר – ואף זיכה אותה מאוחר יותר מן האשמה שיוחסה לה – והנימוק המרכזי לכך היה התחשבות ברצונם של קרבנות העבירה. לכאורה, מעמד הקרבן עלול היה להתמצות בהעדתם כעדי תביעה במשפט, אולם במקרה זה ניתן מעמד של בכורה לנפגעי העבירה ובית המשפט החליט לקיים את המשפט החוזר בעיקר בשל פנייתם של נפגעי העבירה למשטרת ישראל.

גם יתר ההלכות הסובכות את המשפט החוזר נגועות בסובייקטיביזציה. כך, קובע בית המשפט העליון, כי אין להשליך מקביעת אשמה בפרשה אחת לגבי בירור האשמה בפרשה, בה משמשים אותם נידונים באותם תפקידים, אלא יש לבחון כל מקרה לגופו¹⁰⁵. אין להורות על מעצר עד תום ההליכים גם לאחר ריצוי עונש ממושך בעבירה חמורה, אלא לבחון את המקרה לגופו¹⁰⁶. בית המשפט העליון אף נתן פרשנות מרחיבה למדי להוראות סעיף 74 לחסד"פ בדבר זכויות העיון בראיות התביעה והחילו על הליכי המשפט החוזר בניגוד לנוסחו המפורש של החוק¹⁰⁷. בכך גם התרחק הליך המשפט החוזר מן ההליכים המעין ערעוריים במשפט הפלילי, הטומנים בחובם תפישה אובייקטיביסטית. כך, למשל, ביחס לניהול הליך הדיון הנוסף קבע שם בית המשפט העליון כדלהלן:

”במסגרת זו [הדיון הנוסף – ג' ה'] ... לא האינטרס האישי של המתדיין הטוען כי נפגע, אלה ההלכה העשויה להשפיע על אינטרסים של רבים אחרים היא הקובעת. לא חשיבות העניין של המתדיין, אלא חשיבות ההלכה הנקבעת עקב העניין היא הקובעת”¹⁰⁸.

זאת, כאמור, בניגוד מוחלט לתפישה הסובייקטיביסטית המיוחסת למשפט החוזר.

103 ק"ת 1902.

104 מ"ח 1114/00 בר יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (5) 222.

105 מ"ח 2478/99 סביחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (2) 642.

106 ב"ש"פ 2074/99 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (2) 553.

107 ב"ש"פ 1781/00 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (4) 293.

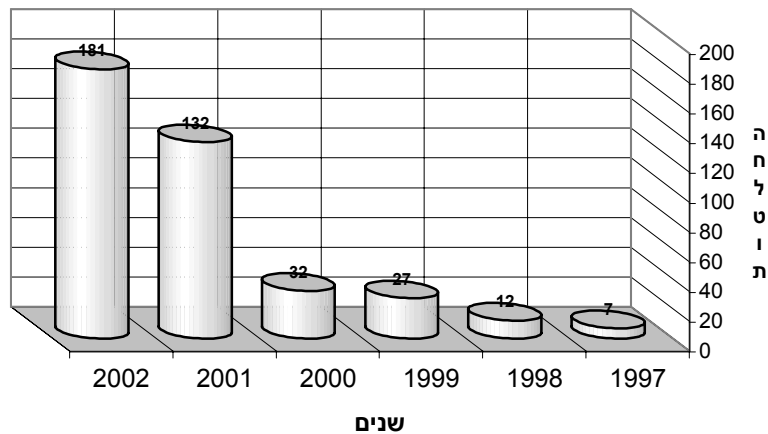
108 ב"ש"א 3401/02 הרץ נ' עיזבון המנוח מרדכי מנטל ז"ל, פ"ד נו (4) 589, 595, תוך שהוא

מסתמך על ד"נ 4/57 ברלינרבלאו נ' שריהביטחון, פ"ד יב 25.

הבחנה דומה עורך בית המשפט העליון גם בעניין רשות הערעור הפלילי¹⁰⁹. נראה, אם כן, כי מגמת הסובייקטיביזציה גרמה לעליית קרנו של המשפט החוזר במסגרת הליכי התקיפה של פסקי-דין בפלילים וברזמנית גם להחלשתם של ההליכים הערעוריים והמעין-ערעוריים בפלילים, בהתאמה, שכן אלה לא עשויים היו לתאום עוד את מגמת הסובייקטיביזציה המנוגדת להם באופייה, בהיותם אובייקטיביים ו"משפטיים" גרידא. זאת בעוד הסובייקטיביזציה, המרוחקת מהליכים אלה ת"ק פרסה, העמידה את הסובייקט — הנאשם ונפגע העבירה — במרכזו של ההליך הפלילי והמשפט הפלילי בכללו ולא את ההלכה המשפטית האובייקטיבית כשלעצמה. משום כך, הליכי הדיון הנוסף ורשות הערעור המכוונים כלפי חידושי הלכות וכן הערעור הפלילי המצומצם ביותר בהיקף הביקורת כלפי ממצאים עובדתיים — נחלשו, בהתאמה.

על מנת לאשש אמפירית את עליית קרנו של הליך המשפט החוזר כהליך תקיפת פסקי-דין בפלילים, יש לבחון את מספר ההחלטות¹¹⁰ שנתקבלו במסגרת הליך זה בחתך של שנים. מאחר ובקשות לקיום משפטים חוזרים מוגשות לבית המשפט העליון — כערכאה ברמה הארצית — ייבדק חתך זה של החלטות/ שנים בבית המשפט העליון.

החלטות בהליכי משפט חוזר שנתקבלו בבית המשפט העליון בשנים 1997–2002



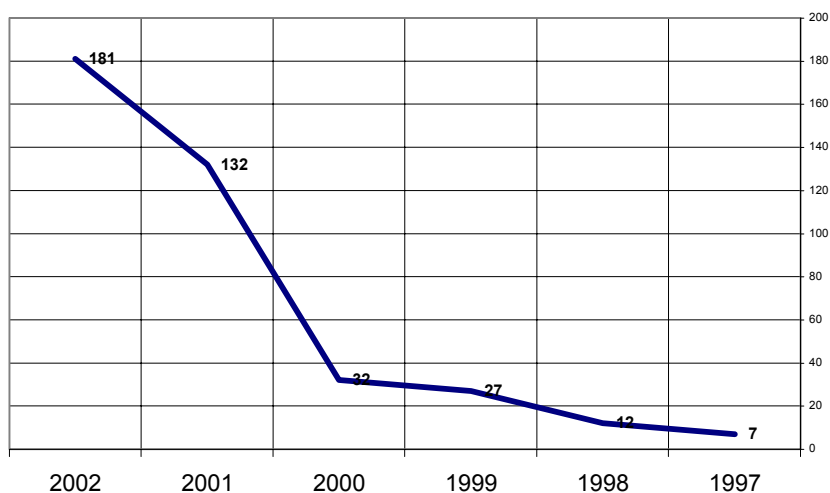
109 רע"פ 7117/99 מקבילי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (5) 805.

110 מדד מספר ההחלטות הנו רלוונטי יותר לטענה המוצגת במאמר זה מאשר מדד של מספר הבקשות שהוגשו או מספר הבקשות שנתקבלו ו/או נדחו. בקשה שהוגשה — עשוי הטיפול בה להיארך מעבר לאותה שנה קלנדרית, ובקשות שנתקבלו ו/או שנדחו בשנה קלנדרית אחת — ייתכן שהוגשו זמן רב קודם לכן. לעומת זאת, מדד מספר ההחלטות מעיד על אינטנסיביות העיסוק של הערכאה הספציפית (בית המשפט העליון) בהליך זה. ברי, כי קבלת הבקשה או דחייתה תלויות בהנמקת הצדדים ובהצדקה העניינית ולא בהכרח בעצם הגשת ההליך כשלעצמה.

מגמות התפתחות במשפט הפלילי הדיוני ובדיני הראיות בישראל

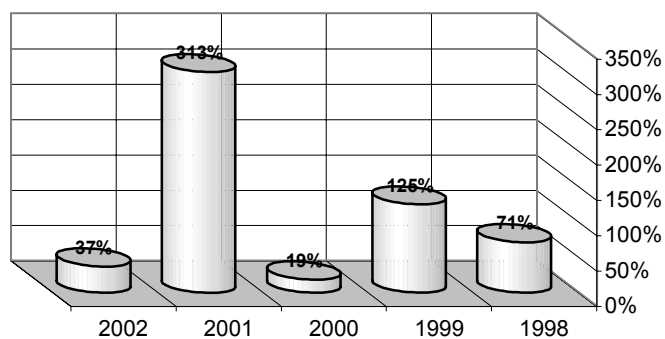
כדי לנסות לאפיין את המגמה, נעמיד את אותם נתונים בגרף קווי כדלהלן:

החלטות בהליכי משפט חוזר שנתקבלו בבית המשפט העליון בשנים 1997–2002



ניכר, כי קיימת עלייה מתמדת בשיעור ההחלטות¹¹¹ שקיבל בית המשפט העליון במסגרת הליך המשפט החוזר, אולם ניתן להתרשם, כי ניכרת עלייה משמעותית בשנת 2001 ביחס לשנת 2000 (עלייה בשיעור של 313%!), כפי המוצג להלן:

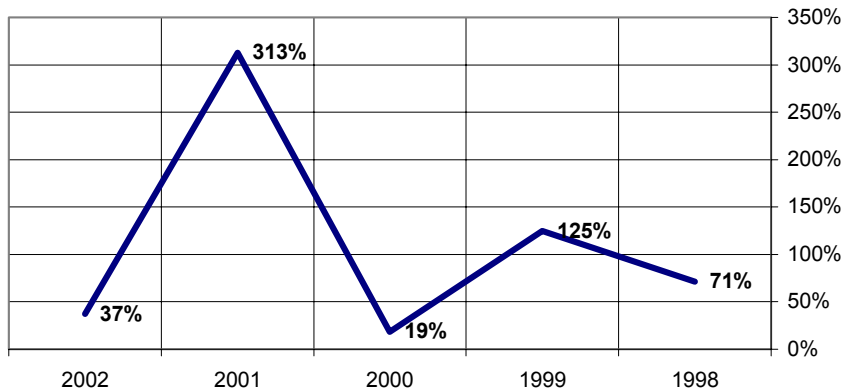
שיעור הגידול ביחס לשנה קלנדרית קודמת בהחלטות בהליכי משפט חוזר שנתקבלו בבית המשפט העליון בשנים 1998–2002 (באחוזים)



111 בערכים מוחלטים.

נאפיין, גם כאן, את המגמה:

שיעור הגידול ביחס לשנה קלנדרית קודמת בהחלטות בהליכי משפט חוזר שנתקבלו בבית המשפט העליון בשנים 1998–2002 (באחוזים)

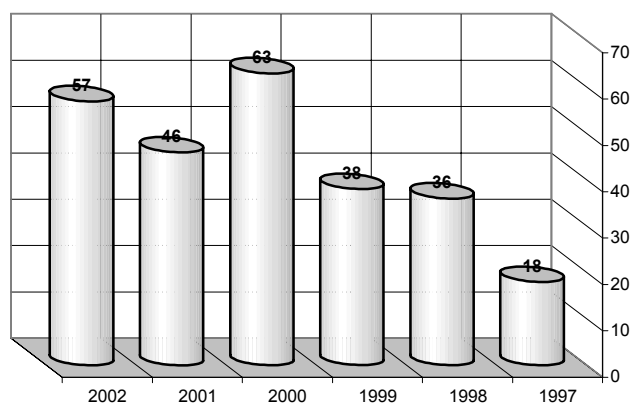


מהו, אם כן, האירוע שגרם לעלייה חדה זו בשיעור ההחלטות בשנת 2001 דווקא בשונה משנים קודמות? התשובה לכך נעוצה, ככל הנראה, בתיקון משנת תשס"א לחוק בתי המשפט, אשר, כאמור, תיקן את סעיף 31 לחוק זה וקירב את הליך המשפט החוזר לסובייקטיביזציה של המשפט הפלילי, כמו גם להליכי הערעור בשיטות המשפט הקונטיננטליות. עם זאת, קשה להתעלם ממגמת העלייה בשיעור ההחלטות גם טרם קבלת התיקון לחוק, כך שניתן להסיק, כי ייתכן ומדובר בתהליכים פנים-משפטיים, אשר מקורם נעוץ במגמת הסובייקטיביזציה ואשר בשלב מאוחר יותר קרמו עור וגידים גם לכדי התיקון הנ"ל בחוק בתי המשפט. מכל מקום, בין אם התיקון גרם לגידול ובין אם התיקון גרם אך לעלייה החדה בשיעור ההחלטות בשנת 2001, אין ספק, כי קיימת עלייה מתמדת בשיעור ההחלטות במשפטים חוזרים בסמוך לקבלת תיקון מס' 39 לחוק העונשין ועמו – מגמת הסובייקטיביזציה. קשה מאוד להתעלם מן הקשר שבין הדברים. לצורך ביקורת המסקנה דלעיל, יש לבחון הליך ערעורי מקביל באותה ערכאה ובאותן שנים. ההליך הערעורי או ה"מעין-ערעורי" היחיד הנדון והמוגש ישירות לבית המשפט העליון בלבד בעניינים פליליים הנו הליך הדיון הנוסף הפלילי (הליכי דנ"פ). גם בבחינת הדיון הנוסף הפלילי, יש להתחשב באותם מדדים¹¹². יש לציין, כי למשפט החוזר ולדיון הנוסף הפלילי מאפיינים פרוצדוראליים

112 דהיינו: מדד מספר ההחלטות שנתקבלו במסגרת הליך הדיון הנוסף הפלילי בבית המשפט העליון בחתך של שנים. המדד הוא מספר ההחלטות ולא מספר הבקשות שהוגשו או מספר הבקשות שנתקבלו או שנדחו – מאותם טעמים דלעיל לעניין המשפט החוזר.

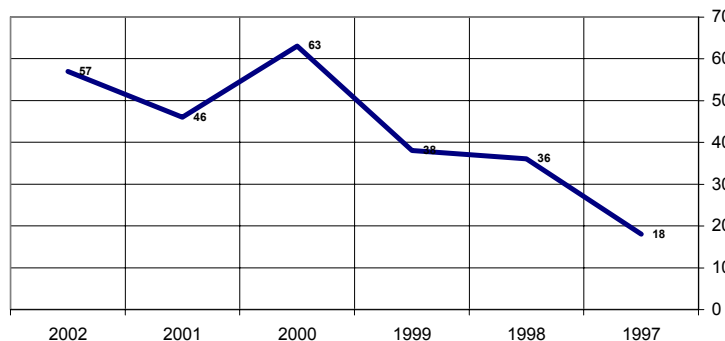
דומים: הגשת בקשה לקיום ההליך; אין חובה לקיים את ההליך (הליך ברשות ולא בזכות); קיים שיקול דעת בלעדי לבית המשפט העליון אם לקיים את ההליך ואם להשיג על החלטות הקודמות בעניין הנדון; מדובר בבקשה לקיום דיון ביחס להליך שנפסק בו זה מכבר באופן סופי על פי דין, פורמאלית, ועוד. ההבדל המרכזי בין ההליכים, כאמור, נעוץ באופן תקיפת פסק-הדין בפלילים. בעוד שהמשפט החוזר תוקף בעיקר את התשתית העובדתית-ראייתית-סובייקטיבית, תוקף הדיון הנוסף הפלילי את הפן המשפטי האובייקטיבי של המשפט. להלן חתך החלטות בהליכי הדיון הנוסף הפלילי שנתקבלו בבית המשפט העליון בשנים 1997–2002:

החלטות בהליכי דיון נוסף פלילי שנתקבלו בבית המשפט העליון בשנים 1997–2002



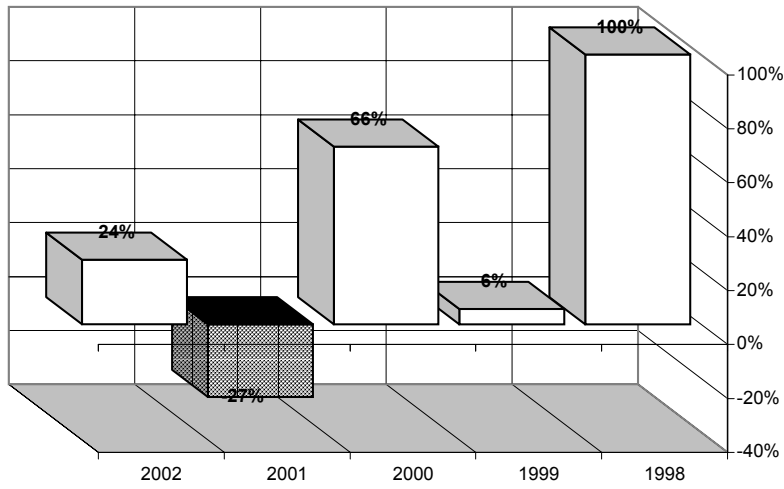
גם במקרה זה ננסה לאפיין את המגמה, ולצורך זאת נעמיד את הנתונים בגרף קווי כדלהלן:

החלטות בהליכי דיון נוסף פלילי שנתקבלו בבית המשפט העליון בשנים 1997–2002



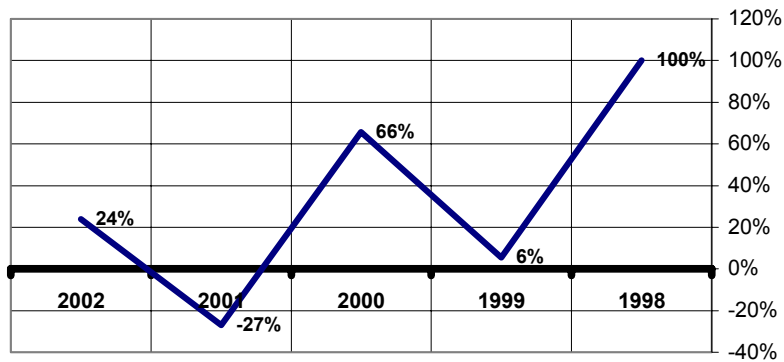
נעמוד על שיעור השינוי בהחלטות אלה באותו חתך של שנים:

שיעור השינוי ביחס לשנה קלנדארית קודמת בהחלטות בהליכי דיון נוסף פלילי שנתקבלו בבית המשפט העליון בשנים 1998–2002 (באחוזים)



נאפיין את מגמת השינוי בהליך זה:

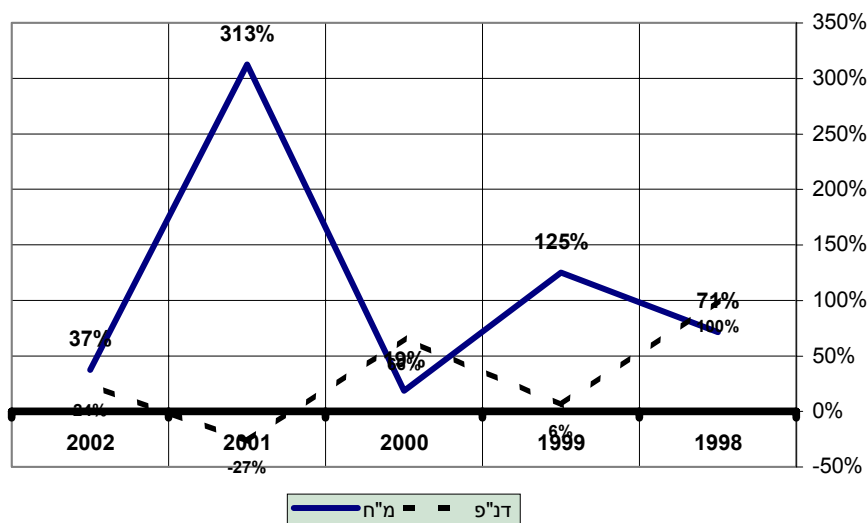
שיעור השינוי ביחס לשנה קלנדארית קודמת בהחלטות בהליכי דיון נוסף פלילי שנתקבלו בבית המשפט העליון בשנים 1998–2002 (באחוזים)



עתה נוכל לאשש את הטענה במאמר זה תוך השוואת נתוני הדיון הנוסף הפלילי לנתוני

המשפט החוזר. נשווה את מגמות שיעורי השינוי בשנים הרלוונטיות (1998–2002) כדלהלן:

השוואת שיעורי השינוי ביחס לשנה קלנדרית קודמת בהחלטות בהליכי משפט חוזר ודיון נוסף פלילי שנתקבלו בבית המשפט העליון בשנים 1998–2002 (באחוזים)



ניכר, כי למן שנת 2001, עם קבלת התיקון מתשס"א לחוק בתי המשפט (סעיף 31 לחוק בתי המשפט) ובהתייחס למגמת הסובייקטיביזציה שהתחזקה מאוד גם בשנה זו¹¹³ באופן כללי, הפך הליך המשפט החוזר להיות אטרקטיבי יותר, אמפירית, מאשר הליכי התקיפה הערעוריים האחרים, אשר הדיון הנוסף הפלילי שימש אך כמסד כללי של ביקורת לכך. ייתכן שהשורשים למגמה זו הינם עמוקים הרבה מעבר לקבלתו של התיקון לחוק בתי המשפט ונעוצים עמוק בתוככי מגמת הסובייקטיביזציה בפלילים, כפי שנטען לעיל. מכל מקום, קשה להתעלם מנתונים אלה, אשר נראה, כי לפחות אחד ההסברים להם הוא עליית קרנו של המשפט החוזר הסובייקטיביסטי – מחד גיסא, תוך כרסום מתמיד בהליכים הערעוריים והמעין-ערעוריים האובייקטיביסטיים, מאידך גיסא.

¹¹³ האמור מיוחס בעיקר לקבלתם של פסקי הדין בעניין פלונית, לעיל הערה 35, ובעניין אסקין, לעיל הערה 39, אשר הגבירו את דרישת היסוד הנפשי באחריות הנגזרת, בין אם תוך עיגון לשוני (עניין פלונית) ובין אם לאו (עניין אסקין) ומתוך הבחינה הסובייקטיביסטית המהותית של הדין.

ה. מעבר דיני הראיות מכללי קבילות פורמאליים לסטנדרטים מהותיים של משקל

1. המגמה הכללית והשלכותיה

פרופ' ברק טוען, כי שיטת המשפט הישראלית מתאפיינת במגמות מהותיות ולא פורמאליות. הדבר נכון הן במשפט המהותי והן במשפט הדיוני, כדלהלן:

"אף את המשפט הדיוני – הפלילי והאזרחי גם יחד – מאפיינת תפישה לא פורמאלית. כך, למשל, דיני משקל הראיות מחליפים את דיני הקבילות: בית-המשפט מבקש להיכנס לטרקלין ולא להישאר בפרוזדור, תוך שאיפת הדיון לגילוי האמת. באותה מידה, פגם בהליך שאין בו כדי לגרום לעיוות – דין, אינו עילה לפסילת ההליך"¹¹⁴.

מגמה זו תואמת את מגמת הסובייקטיביזציה ואף נובעת הימנה. כפי שהובהר לעיל, ככל שתגבר נטייתו של בית המשפט לשאוף לחשיפתה של תשתית עובדתית רחבה, יעבור מרכז הכובד של ההליך הפלילי מאיסוף ראיות (דיוני הקבילות על כלליהם הפורמליים) לעבר מתן "הסבר" לאותן ראיות (דיוני המשקל). תפישה זו אחוזה היטב במעבר מרכז הכובד של האחריות הפלילית לעברו של היסוד הנפשי בעבירה הפלילית תחת מקום הבכורה של היסוד העובדתי בה, עובר לתיקון מס' 39 לחוק העונשין. בעניין זה יש להזקק לאושיות הפילוסופיה האנליטית, אשר הפילוסוף ויטגנשטיין מיטיב לייצגה. ויטגנשטיין הנו אחד הפילוסופים המודרניים המשמעותיים ביותר במאה ה-20. עיקר עיסוקו היה בתחומי הפילוסופיה של הלשון. מחקרו התמקד בבחינת הקשר שבין המציאות העובדתית האובייקטיבית לבין השפה – הלשון היומיומית השגורה בפה של בני-האדם. יחסי ההתאמה שבין המציאות לבין עולם "פרטי" בעל לוגיקה וחוקיות פנימית כ"שפה" ניתנים ליישום גם בבחינת ההתאמה שבין המציאות למשפט. גם המשפט מהווה עולם "פרטי", המתיימר להביע היצגים "פרטיים" בעלי לוגיקה וחוקיות פנימית כלפי המציאות. כתביו הרלוונטיים של ויטגנשטיין בהקשר זה הם ה"טרקטטוס"¹¹⁵ – ספרו משנת 1922 ו"חקירות פילוסופיות"¹¹⁶ – ספרו שיצא לאור לאחר מותו בשנת 1953. שני כתביו אלו של ויטגנשטיין מנוגדים במגמתם ובקונספציות המהותיות שבבסיסן.

המשפט דלהלן, המצוטט מתוך ספרו "חקירות פילוסופיות" מתייחס למצב הטראגי של חוסר היכולת של הכלים הלוגיים להנביע את ההיצג הרצוי של המציאות העובדתית

114 א' ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ (תשנ"ב) 197, 208.

115 דהיינו: L. Wittgenstein *Logische Philosophische Abhandlung* (Vienna, 1922).

116 דהיינו: L. Wittgenstein *Philosophische Untersuchungen* (Camebridge, 1953).

האובייקטיבית: "נמצאנו כלואים בתמונה"¹¹⁷. במשפט 3 בטרקטוס קובע ויטגנשטיין כדלהלן:

"3 מחשבה היא תמונה לוגית של עובדות"¹¹⁸.

אף כי ויטגנשטיין לא היה משפטן, משפט זה מיטיב ביותר לתאר את תפקידם של היסודות הסובייקטיביים ("מחשבה") במבנה העבירה הפלילית. תפקיד זה נסב על אספקת ה"סיפור", ה"נרטיב", ה"הסבר" או ה"רציונל" שבעובדות. החיבור בין העובדות לכדי תמונה אחת אינו המחשבה, אולם חיבורן לכדי תמונה לוגית אחת הנו ההיצג של הסובייקט; דהיינו – היסוד העובדתי הנו אובייקטיבי תרתי משמע, אין לו כל משמעות לוגית העומדת בפני עצמה. היסוד העובדתי מהווה מצב דברים ניטרלי בלבד, בעוד שהיסודות הסובייקטיביים מספקים את הסיפור מאחרי אותן עובדות. נדגים: נניח את ההתרחשות האובייקטיבית הבאה, הנטענת בפני בית המשפט באשמת אינוס¹¹⁹:

1. א' בעל את ב' ;
2. ב' לא הביעה את הסכמתה לאקט הבעילה ;
3. א' המשיך בבעילתו את ב'.

התרחשות זו עשויה להיראות, לכאורה, כאינוס, ולפיכך – כעבירה פלילית, לפחות לעניין ההיבט העובדתי של האינוס; ואולם, אין בהתרחשות זו לספק בהכרח את המסקנה האחת והיחידה, כי מדובר בעובדות מעשה אינוס. אמנם התרחשות אובייקטיבית זו עשויה לשמש כתשתית עובדתית לאינוס, אם ה"סיפור" מאחרי עובדות אלו הנו סיפור הולם: ב' הנה בחורה שנכבלה על-ידי א' באופן המונע ממנה התנגדות, וא' בעל אותה בניגוד לרצונה. אולם, התרחשות אובייקטיבית זאת עשויה להיות גם תשתית עובדתית להתרחשות הרחוקה מלענות על יסודות עבירת האינוס או להיחשב התנהגות פלילית, בהתאם ל"סיפור" הבא: ב' הנה מטופלת שעוברת ניתוח מורכב בשחלותיה. א' הנו הרופא המנתח. בעת הניתוח, ולאחר שב' הורדמה במצב המונע ממנה התנגדות, חל סיבוך בניתוח, העלול לסכן את חייה של ב'. א' מסיר את הסכנה, ולשם כך מחדיר את אצבעותיו לאיבר מינה של ב', ובכך בועל אותה. הפועל היוצא של הדברים הוא, כי ההתרחשות העובדתית האובייקטיבית אינה אמורה לספק את האופי הפלילי של המעשה, אלא תשתית עובדתית ניטרלית ואובייקטיבית, תרתי משמע. הכניסה לגדריו של איסור פלילי כלשהו בהתבסס על תשתית עובדתית זו ייעשה לאור ה"סיפור" או ה"אשם" הסובייקטיבי, כפי שגם זו

117 *ibid*, at p. 79 (תרגום חופשי – ג' ה').

118 Wittgenstein, *supra* note 117, at p. 14 (תרגום חופשי – ג' ה').

119 בישראל – עבירה לפי סעיף 345 לחוק העונשין.

מגמתו של תיקון מס' 39 לחוק העונשין – זוהי המשמעות הברורה של העברת מרכז הכובד. אין כל משמעות להעברת מרכז הכובד אם הדרישה הייתה ונותרה לצירוף גרידא של היסוד העובדתי והיסוד הנפשי ביחס אליו. העברת מרכז הכובד טומנת בחובה את האופי הפלילי של המעשה.

הפועל היוצא של דברים אלה בתחום דיני הראיות בכלל ובידיני הראיות בפלילים בפרט הוא, כי בית המשפט ייטה להכשיר את התשתית העובדתית שבפניו כקבילה ומרכז הכובד של הדיון המשפטי בראיות יעבור לסטנדרטים של המשקל הקשור בכל ראייה "קבילה" מעין זו. ברי, כי לכך ישנן גם השלכות ברורות באשר לסדרי הדיון הקשורים בחשיפה למידע ולחומר הראיות ולתוצאות חשיפה זו. בפרשת חן¹²⁰ קבע בית המשפט מפורשות בעניין חשיפה מעין זו (פסלות שופט שנחשף לחומר ראיות), כי כשם שאין לחרוץ כלל, שלפיו חשיפה כלשהי למידע אודות נאשם תביא, מניה וביה, לפסילת המותב היושב בדיון; כך גם אין מקום לקבוע באופן גורף, כי יהיו מידת החשיפה וטיבה אשר יהיו – לא יהיה בכך כדי להקים עילת פסלות. בעניין שטייק¹²¹ השלים בית המשפט העליון את פסיקתו בסוגיה זו וקבע, כי נקודת המוצא היא, שעצם חשיפתו של שופט לחומר ראיות אשר לא היה אמור להיחשף אליו אינה פוסלת אותו, כשלעצמה, מלישב בדיון. הנחת היסוד הנה, כי שופט מקצועי יוכל להפריד בין ראייה קבילה לראייה שאינה קבילה, וכי אף בעצם הצגת מידע בלתי קביל אין כדי להוביל לפסלותו.

עם זאת, מבהיר בית המשפט העליון, כי קיימים מקרים חריגים, בהם כמות הראיות הבלתי קבילות, אליה נחשף השופט היא כה גדולה עד כי לא ניתן להתעלם הימנה, "עד שיש בה כדי להכריע גם את מקצועיותו"¹²²; אולם, זהו החריג ולא הכלל. מגמה זו, כאמור, שולטת בידיני הראיות תקופה בלתי מבוטלת, אולם בהיעדר הקשר ההדוק של מגמה זו למגמת הסובייקטיביזציה עשוי להתקבל הרושם, כי מדובר אך בשיקולי יעילות מערכתיים של הערכאה הדיונית. ולא היא. בפרשת ז'אפר¹²³ בדעת מיעוט, קבע השופט ש' לויין בעניין זה, כי הגישה המעבירה את הדגש בידיני הראיות בישראל מכללים פורמאליים של קבילות לכללים גמישים של משקל, מניחה שבכוחו של בית המשפט של ערכאה ראשונה (המורכב כרגיל מדין יחיד), לקבוע ממצאים עובדתיים על יסוד התרשמות מראיות. הנחה זו אינה תמיד נכונה, בייחוד כשלעצמם קרובות אין קביעת הממצאים ניתנת לביקורת בערכאת הערעור. מטרתם של כללים פורמאליים שבדיני ראיות (ואלה צריכים להיות ראויים) היא להפחית את מידת ההסתברות שמא נפלה בממצאים טעות.

גישה זו אינה הגישה המקובלת בישראל. המעבר מכללים פורמאליים של קבילות

120 ע"פ 6751/98 חן נ' מדינת ישראל, פ"ד נב (4) 874.

121 ע"פ 4492/02 שטייק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (5) 825.

122 שם, בע' 830.

123 ע"פ 7293/97 ז'אפר נ' מדינת ישראל, פ"ד נב (5) 460.

לסטנדרטים של משקל מעמיד את בדיקת המהימנות¹²⁴ של הראיות באספקלריה של בחינת היסודות הסובייקטיביים של האחריות הפלילית. יש לציין, כי תפישה זו של דיני הראיות פועלת בשני כיוונים – הן בכיוון קבלת ראיות בבית המשפט כקבילות ובחינתן לעומקן במסגרת שיקולי המהימנות והן בכיוון של גילוי ראיות לנאשם. בעניין אבו סעדה¹²⁵, למשל, קבע בית המשפט העליון, כי על בית המשפט להורות על גילוי ראיה הדרושה להגנת הנאשם, גם אם הפגיעות באינטרס הציבורי או בכיטוחן המדינה הנן חמורות והמגמה המקבילה הנה הרחבת המונח "חומר חקירה"¹²⁶ שבסעיף 74 לחסד"פ וגם להפך – במקרה של אובדן חומר החקירה על-ידי התביעה¹²⁷. בעניין זה משולכות הוראות דיני הראיות בהוראות סדר הדין הפלילי ומשלימות אותן. הקביעה היא כי פגמים בסדרי דין אינם גורמים לפסלותן של ראיות על דרך הקבילות, אלא לפגם במשקלן בלבד. כך, למשל, בפרשת אבו מדיעם¹²⁸ נקבע, כי היעדרו של סגור פוגם במשקלו של מסדר זיהוי גם כאשר אין מדובר במסדר זיהוי חי, אך אין בו כשלעצמו כדי לפסול את המסדר. פגמים חמורים באופן השגת הראיות עלולים לפגוע בזכויות הנאשם ובאפשרותו לנהל הגנה ראויה, ואם כך יהיה הדבר, עלולה חקירה כזו להביא לזיכוי של נאשם. אולם, לפי השיטה הנוהגת כיום, פגמים בניהול החקירה אינם יורדים בהכרח לשורש ההליכים המשפטיים הננקטים על-פיהם, ויש לבדוק את קבילותה ואת משקלה של כל ראיה שהושגה בחקירה תוך הבאה בחשבון של הפגמים הקשורים בה.

דברים אלה נכונים לא רק בהקשר הספציפי של דרכי גביית העדות, אלא גם לגבי העדים עצמם. כך, למשל, בפרשת פלוני¹²⁹ קבע בית המשפט, כי ליקוי נפשי או שכלי של נאשם אינו פוגע בקבילות הודאת הנאשם, אלא עשוי להשפיע על משקלה. בעניין זה נמנע בית המשפט מלהבחין בין נאשם לבין כל עד אחר, אלא קבע שיש לבחון את הדברים באופן קונקרטי על פי זהות הסובייקט המעיד¹³⁰. כך, למשל, תהא גם נטייה להגמיש את גבולות האזנת הסתר¹³¹ ועדויות המדובבים המשטרתיים¹³² – ובלבד שאלה תיבחנה באמת מידה של משקל, אם לא של קבילות פורמאלית.

124 ראו, למשל: דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז (3) 661.
 125 ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 832.
 126 בש"פ 9322/99 מסארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (1) 376.
 127 רע"פ 4574/99 מדינת ישראל נ' לגזיאל, פ"ד נד (2) 289.
 128 ע"פ 5390/96 אבו מדיעם נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (4) 29.
 129 ע"פ 5339/98 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נו (3) 769.
 130 ראו, לדוגמא, את קביעת בית המשפט העליון בע"פ 2864/01 מסילתי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (1) 315, בו הושם הדגש על ההתרשמות הבלתי אמצעית של בית המשפט מן העד, מסדר הדברים ומהגיונם – כמבחינים פנימיים של העדות בצד אותות אמת חיצוניים.
 131 ראו, למשל: ע"פ 568/99 עסאף נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (4) 374.
 132 ראו, למשל: ע"פ 1520/97 חדר נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (2) 337.

2. סטנדרטים של משקל לבחינת ראיות

השאלה הטמונה בחובה של מגמת המעבר מכללי הקבילות הפורמאליים לסטנדרטים של המשקל הראייתי היא בעיקרה אודות זהותם של סטנדרטים אלה – כשלעצמם וככל שהם אחוזים בסדרי הדין בפלילים. על סטנדרטים אלה ניתן ללמוד מתוך יישומם במקרים ספציפיים. בעניין סמירק¹³³ דן בית המשפט בראיה, המהווה הודאת חוץ של נאשם, אשר לשם קבלתה עליה להיגבות בנסיבות של "חופשית ומרצון", בהתאם להוראות סעיף 12 לפקודת הראיות. בפרשה זו נקבע, כי מבחני המשקל הם שני מבחנים מצטברים:

- א – המבחן הפנימי – תוכן ההודאה וסימני האמת הנלמדים מתוכה;
 ב – המבחן החיצוני – סימנים מחוץ לדברי הנאשם שיש בהם כדי לאשר את אמיתותם (מבחן זה גלום בעיקרו בדרישת התוספת הראייתית של "דבר-מה נוסף")

למעשה, אמורים מבחנים אלה לספק את המסגרת הכוללת לבחינה סובייקטיבית של הראיה ואת התאמתה למציאות העובדתית על מנת לקבל את האמת המשפטית הקרובה לשלמות. בית המשפט הדגיש בהזדמנויות רבות ושונות¹³⁴, כי אישור הרשעה על יסוד בחינה אובייקטיבית של דיות הראיות הקבילות נכון אך למקרים חריגים ונדירים. המעבר למבחני המהות הסובייקטיביים נתפש כיום כחלק בלתי נפרד ממגמת הסובייקטיביזציה והנו מחייב. בכך ניתנה, למעשה, עדנה מחודשת להוראות סעיף 53 לפקודת הראיות, ובייחוד לממרה "אותות האמת המתגלים במשך המשפט". כתוצאה ישירה מכך, נקבעו מבחני עזר להתמודדות עם פרשנות "אותות האמת", וגם כאן, כצפוי, המבחנים שנקבעו התרכזו בסובייקט – העד – ולא במבחנים חיצוניים ואובייקטיביים. כך, למשל, בפרשת נור¹³⁵ קבע בית המשפט העליון מבחן עזר סובייקטיבי גרידא, לפיו משמעות המושג 'אותות האמת המתגלים במשך המשפט', כלשון סעיף 53 לפקודת הראיות, היא רחבה, ועיקר הכוונה למסקנות שניתן להסיק ממכלול הנתונים העובדתיים ומן ההסברים לסוגיהם הנפרסים לפני בית המשפט והמאמתים את גרסתו של העד או סותרים אותן. עוד נקבע, כי אחד הנתונים המסייעים לבית המשפט בהתמודדות עם העדויות והראיות הבאות בפניו הוא הפרופיל האישיותי של העד, שהוא מבחן 'אישיות', לאמור: בדיקת ההשלכה האפשרית של אופיו של העד ונגיעתו לעניין על מהימנות דבריו. למושג 'אישיות'

133 ע"פ 5339/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (3) 529.

134 ראו, למשל: רע"פ 7755/01 מרציאנו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (5) 913.

135 ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (6) 205.

בהקשר זה משמעות רחבה, והוא כולל את אופיו של העד, את מצב בריאותו, את עברו ואת זיקתו לעניין נושא הדיון וכיוצא באלה גורמים המשליכים על בחינת מהימנותו. ניתן לומר, כי מדובר במבחן עזר סובייקטיבי לסטנדרט סובייקטיבי של בחינת הראיות. הפועל היוצא של מבחנים אלה ומבחני העזר הכלולים בהם הוא, כי מעתה יעמוד הסובייקט (הנאשם, נפגע העבירה והעד המעיד בבית המשפט) במרכז של העדות ולא העדות כשלעצמה תכריע את הכף. משום כך, למשל, יקל על בית המשפט להשתמש באפשרות של "פלגינן דיבורא", המפצלת את העדות לחלקים שונים, אשר בחלקם נותן בית המשפט את אמונו ובחלקם האחר — לא. הקלה זו מתאפשרת¹³⁶ נוכח העמדת העד במרכז ולא העמדת העדות במרכז, שכן העדות מטבעה הנה מסכת אחידה, אם כי לא קוהרנטית בהכרח בתוכנה. דוגמא נוספת לנפקות המעבר למבחנים אלה היא, למשל, ההתרכזות בבחינת היסוד הנפשי של עד המדינה ולא בהכרח בעדותו ככזו. בפרשת אלמקייס¹³⁷, לדוגמא, קבע בית המשפט, כי ייתכן שיש לייחס משקל לאמונתו הסובייקטיבית של העד כי תמורת עדותו הוא עומד לזכות בטובת הנאה, לנוכח קיומה של הסתברות של ממש כי אמונה כזו עלולה להניעו למתן עדות מפלילה שאפשר שאינה מבוססת על אדני אמת, וכי גישה זו גוררת מבחן אובייקטיבי וסובייקטיבי משולב.

יש לציין, כי בית המשפט אמנם קבע "מבחן אובייקטיבי וסובייקטיבי משולב", אולם מרכז הכובד של המבחן הוא הקוטב הסובייקטיבי שלו, ללא כל ספק, וגם במקרה הספציפי שנדון בפניו ובעניין דלעיל. המעבר לעבר בחינה סובייקטיבית של הראיות עשוי ליצור בעייתיות מסוימת מול הוראות החוק החרות המתייחסות אובייקטיבית למבחני הקבילות הפורמאליים ולכרוך בהן. ההוראה המובהקת העשויה לעמוד לרועץ לבחינת מגמה זו הנה הוראות סעיף 56 לפקודת הראיות, הקובעות¹³⁸ כי לא ניתן להשתמש בראיה בלתי קבילה (בהתאם למבחני הקבילות הפורמאליים, כמובן) כבסיס לאשמה בפלילים. עם זאת, ממשיך סעיף 56 וקובע, כי אין בקבלתה של הראיה הבלתי קבילה בטעות או בהיסח הדעת כדי לפסול את פסק-הדין, אלא אם הייתה לה השפעה מהותית על תוצאות המשפט. שאלה זו עמדה לדיון בעניין מירילאשוילי¹³⁹. בית המשפט העליון פסק בעניין הוראות סעיף 56 לפקודת הראיות תוך הבחנה בין

136 ראו, למשל: ע"פ 5825/97 שלום נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (2) 933.

137 ע"פ 2932/00 אלמקייס נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (3) 102.

138 הקובעות כדלהלן:

"56. ראיה שנתקבלה שלא כדין

ראיה שאינה קבילה במשפט פלילי ונתקבלה בטעות או בהיסח הדעת, לא תשמש הוכחה לאשמה ואין לבסס עליה שום פסק-דין; אף על פי כן, העובדה שבית המשפט שמע את הראיה לא תפסול את פסק-הדין, אלא אם סבור בית המשפט שהנאשם לא היה מורשע אילולא נמסרה אותה ראיה או שאין ראיה מספקת אחרת זולתה לתמוך בה את ההרשעה".

139 ע"פ 5249/98 מירילאשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (3) 550.

מבחן סובייקטיבי לאובייקטיבי, אגב אימוץ הלכת פלוני¹⁴⁰ וקבע, כי קיומו של ספק סביר שמא ראיה פסולה תרמה בפועל להרשעה (מבחן סובייקטיבי) יוביל להחזרת הדיון לבית המשפט של הערכאה הראשונה, למען יכריע בדין מחדש ללא הסתמכות על הראיה הפסולה. ואילו קיומו של ספק סביר שמא הראיה הפסולה נדרשה להכרעה (מבחן אובייקטיבי) יוביל לזיכוי סופי.

למעשה, מבחינה הפסיקה בין שני מצבים:

- א — תרומה בפועל להרשעה (על-ידי הראיה הפסולה);
 ב — חיוניות הראיה הפסולה להכרעה (מבחן אובייקטיבי).

לכאורה, אמנם משתמש בית המשפט במבחן אובייקטיבי למצב דברים זה — ואף מוביל לזיכוי בעקבות הפעלתו, אולם, למעשה, נקודת מבט רחבה תבחין בין זיכוי נאשם לבין בחינת אשמו. זיכוי של נאשם יוכל להיעשות הן אובייקטיבית והן סובייקטיבית, שכן הוראת דין כלפי נאשם, הניתנת לפרשנויות שונות בהתאם לתכליתה, תפורש בפירוש המקל ביותר עם הנאשם¹⁴¹ — ומה לי מבחן אובייקטיבי ומה לי מבחן סובייקטיבי — שהרי מכל מקום מדובר בזיכוי. עם זאת, בחינת אשמו של הנאשם מתייחסת, כמוכן, לאשם — הן כרכיב במסגרת האחריות הפלילית (Nullum Crimen sine Culpa) והן כיסוד העומד בפני עצמו לבחינה. בחינת האשם בעקבות מגמת הסובייקטיביזציה נעשית, כידוע, במבחן סובייקטיבי. משום כך, כאשר נדרשת הכרעה באשר להטלת אחריות פלילית או לבחינה מחודשת של הטלתה — נזקקת הפסיקה למבחן סובייקטיבי ולא אובייקטיבי. כך גם מסכם בית המשפט את ההלכה בעניין זה¹⁴², כי גם משנוכח בית המשפט שלערעור, כי זולת הראיה הפסולה, הובאו לפני בית המשפט שלדיון ראיות לכאורה המספיקות לביסוס הרשעה, אין בידי בית המשפט שלערעור לאשר אותה. דרך זו פתוחה בפניו רק אם נחה דעתו, מעבר לספק סביר, כי הכרעתו של בית המשפט שלדיון לא הושפעה מן הראיה הבלתי קבילה, אך אם נוכח בקיום אפשרות, העולה כדי ספק סביר, שהכרעת בית המשפט שלדיון הושפעה מן הראיה הפסולה, עליו לבטל את ההרשעה. קיומן של ראיות אחרות, המספיקות לביסוס הרשעה, עשוי להצדיק רק הימנעות מזיכוי הנאשם והחזרת ההליך למתן הכרעת דין חדשה.

באופן דומה הוכרע בבהירות בפרשת פקוביץ¹⁴³, כי הסיפה של סעיף 56 לפקודת הראיות מציבה שני מבחנים חלופיים לפסלות פסק-דין שניתן על בסיס ראיה בלתי קבילה: המבחן האחד הוא סובייקטיבי והשני הנו אובייקטיבי. בעוד שקיום המבחן

140 ע"פ 827/93, 907 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נ (3) 225.

141 בהתאם להוראות סעיף 34כא לחוק העונשין.

142 עניין מירילאשולי, לעיל הערה 139, בע' 559.

143 ע"פ 3338/99 פקוביץ' נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (5) 667.

האובייקטיבי יביא לביטול ההרשעה ולזיכויו של המערער, הרי שקיום המבחן הסובייקטיבי בלבד אינו גורר בהכרח תוצאה של זיכוי.

באותו עניין נדונה גם השאלה הנגדית, האם רשאית התביעה לוותר על ראייה ספציפית בהליך הערעור. המדובר הוא בויתור על ראייה, אשר התקבלה על-ידי בית משפט קמא. בדונו בשאלה זו, הרחיב בית המשפט את גדר פסיקתו גם למצבים בהם מדובר לא רק בויתור על ראייה, אלא אף במצבים של שינוי בדגש או במשקל ביחס לראייה זו. פסיקת בית המשפט מתייחסת בעיקרה למבחנים מהותיים, אשר הם בעיקרם סובייקטיביים לנאשם ("נפגע" או העלול להיפגע מן ההחלטה) וקובעת¹⁴⁴, כי על בית המשפט שלערעור לבחון אם הבקשה לוותר על הראייה תואמת את העקרונות של שמירה על גבולות תפקידה של ערכאת הערעור¹⁴⁵ ועל הבטחת זכויותיו של הנאשם¹⁴⁶ וכי יש לבדוק, בין היתר, מה היה משקלן של הראיות שהתביעה מסתמכת עליהן בערעור, מהי עוצמתן של הראיות שהתביעה מבקשת להסתמך עליהן והאם הייתה לנאשם הזדמנות הוגנת להתמודד עם הראיות הרלוונטיות.

הפסיקה הישראלית מצאה לנכון להרחיב את תחולת קביעה זו, בשינויים המחויבים, גם לגבי תוספת של ראיות בשלב שלאחר הכרעת הדין ואף בשלב הערעור, ולא אך לגבי גריעה. כך, בפרשת לזרובסקי¹⁴⁷ נקבע, כי סמכותה של הערכאה הדיונית להתיר הבאת ראיות נוספות על-פי סעיף 167 לחסד"פ משתרעת גם על השלב שבו כבר ניתנה הכרעת דין, ובטרם ניתן גזר-הדין. השיקולים להתיר הגשת ראיות נוספות בבית משפט קמא לאחר הכרעת הדין ובטרם ניתן גזר הדין דומים ביסודם לאלה המנחים בית משפט שלערעור בשיקולו אם להתיר ראיות נוספות בשלב הערעור. אינטרס סופיות הדיון נשקל גם כאן אל מול הצורך בעשיית צדק המחייב בחינת השאלה אם בלא הבאת הראיות עלול להיגרם עיוות דין לנאשם. שיקול אחרון זה נגזר ממהותיותן וחיבותן של הראיות שמבקשים להגישן.

באופן דומה נפסק גם לגבי ראיות במשפט האזרחי – בירור האמת (מול סופיות הדיון) תוך בחינה של הזכויות המהותיות בדין של בעלי הדין¹⁴⁸. גם במסגרת הראייה המנהלית בהליכים המנהליים נפסק, כי יש להתמקד "בערך ההוכחתי של הראייה, ולא בקבילותה בבית-המשפט"¹⁴⁹. בית המשפט אף חזר והדגיש, כי הפסיקה הגמישה את דרישת הראייה המנהלית מטעמים אלה. מכל מקום, בין אם בהליך הפלילי ובין אם בהליכים האזרחיים והמנהליים, באספקלריית בית המשפט היושב בדין, המעבר מן הקבילות הפורמאלית האובייקטיבית לעבר המשקל המהותי הסובייקטיבי מעניק מעמד

144 שם, בע' 678–679.

145 האם כתוצאה משינוי עמדת התביעה התיק אכן מתאים לבירור בפני ערכאת הערעור.

146 מבחן "ההזדמנות הסבירה להתגונן".

147 ע"פ 5874/00 לזרובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (4) 249.

148 ראו, למשל: רע"א 1297/01 מיכאלוביץ' נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נה (4) 577.

149 ראו, למשל: ע"א 5709/95 בן שלמה נ' מנהל מס ערך מוסף ירושלים, פ"ד נב (4) 241, 251.

אקטיבי באופן משמעותי לשופט בהליך, תוך גריעה ניכרת ממעמדם של הצדדים בהליך הדיון האדוורסרי. אם תמצי לומר, הרי שהמעבר דלעיל — ייתכן ומקרב את שיטת הדיון לעבר פסים אינקוויזיטוריים, בדומה למסורת המשפטית הקונטיננטלית, יותר מאשר אדוורסריים. עניין זה נדון בהרחבה בפרשת בן דוד¹⁵⁰, כי השופט אף עשוי לתפקד כ"עד" במשפט לאור דרישת הפסיקה הימנו באשר לקביעת ממצאים עובדתיים הקשורים במהימנות. בית המשפט מפטיר את התחבטותו במילים: "ברם, זה דינו של כל מימצא הנעוץ במהימנות, קרי: ב'התרשמותו' של השופט"¹⁵¹. זאת, לאחר הצגת הבעייתיות שבמעורבות ראייתית של השופט ככגון דא, כי הבעייתיות הכרוכה בהכרעה בשאלה עובדתית השנויה במחלוקת על-פי 'מראה עיניו' — או 'משמע אוזניו' — של השופט הדין בעניין, נעוצה בשניים: ראשית — בכך שהשופט הופך להיות גם 'עד', ו'עדותו' הנה מכרעת, במובן זה שאין לצד הנוגע בדבר הזדמנות לערער את ביטחונו של השופט בצדקת עמדתו. ושנית — בסיכון ממשי של טעות בהתחשב בכך שהזיהוי לא נבחן בחקירה שכנגד, אלא מוכרע באורח חד-צדדי ואישי על-ידי השופט. ברם, בעייתיות זו אינה פוגעת בכוחו של בית המשפט להכריע על-פי מראה עיניו כאמור, אלא שעליו לפעול בזהירות, כאשר הוא עושה שימוש בכוחו זה ובכל זאת על השופט להתחשב "... לאחר שעניין בראיה האובייקטיבית ... והתרשם ממנה"¹⁵².

נראה, אפוא, כי גם אם מחיר תחולת מגמת הסובייקטיביזציה בדיני הראיות הוא צמצום המאפיינים האדוורסריים של שיטת המשפט הישראלית ומעבר אל פסים שיפוטיים אינקוויזיטוריים, עדיין מקדם המשפט את הסובייקטיביזציה באורח משמעותי ומפנה לה מקום נכבד בפרשנות הוראות הדין וביישומן. בעניין זה אף חלה גלישה של דיני הראיות בפלילים אל הוראות הדין האזרחי והמנהלי, כפי שמודגם לעיל, בהתאם למגמת הסובייקטיביזציה. סיבת הדבר נעוצה, ככל הנראה, בהשקפה, הקיימת באי אלו תפישות, כי דיני הראיות ייראו כמכלול אחד של הוראות ללא הבחנה לעניין תחולתם בדינים המהותיים השונים (משפט פלילי, אזרחי או מנהלי).

ו. סובייקטיביזציה נטל ההוכחה בפלילים

1. נטל השכנוע בפלילים

נטל ההוכחה, ככלל, טומן בחובו שני נדבכים. הנדבך הראשון הוא נטל הבאת הראיה או נטל הראיה¹⁵³ — הנטל המוטל על שכמו של מי מן הצדדים להביא את הראיות ולפרשן בפני בית המשפט. הנדבך השני הוא נטל השכנוע — הנטל המוטל

150 ע"פ 2653/98 בן דוד נ' מדינת ישראל, פ"ד נב (4) 529.

151 שם, בע' 539.

152 שם, בע' 544.

153 ע"פ 28/94 זרקא נ' מדינת ישראל, פ"ד ד 522.

על אותו צד לשכנע את בית המשפט בקיומה של עובדה¹⁵⁴ ברמת הוודאות הנדרשת על-פי דיין. נטל השכנוע הוא הנטל העיקרי בפלילים, כמו גם במשפט האזרחי. הנושא העיקרי בנטל השכנוע בפלילים הוא רשויות התביעה. ככלל, על התביעה בפלילים להוכיח ברמת ודאות של למעלה מספק סביר את יסודות העבירה הפלילית – כולם. "יסודות העבירה כולם" הנם לרבות יסודות שליליים, דוגמת הנסיבות "שלא כדין" ולרבות יסודות המצויים בידיעתו המיוחדת של הנאשם¹⁵⁵.

עקרונות המשפט הפלילי הליברלי הכתיבו את זכות השתיקה בבית המשפט¹⁵⁶, כך שהנאשם יוכל לבחור בשתיקה בכל מהלך המשפט עד לסיומו. מכוח כך נבע, כי על הנאשם לא יוטל כל נטל שכנוע או הבאת ראיות. עם זאת, מטעמים של יעילות, מצא המחוקק לחרוג מכך. חריגות אלה פורשו בצמצום, כמתחייב. החריג המרכזי הנו החריג בדבר חזקות שבדין. כך, לדוגמא, חזקת הסרסרות, הקבועה בסעיף 200 לחוק העונשין, ניתנת לסתירה אם הוכיח הנאשם אחרת בלבד. גם במצב זה הקל המחוקק על הנאשם באשר לנטל השכנוע. במקרה זה מוטל על הנאשם לשכנע את בית המשפט בטענתו ברמת ודאות של הטיית מאזן ההסתברויות, כפי שנדרש במשפט אזרחי. הנאשם אינו נתפש כשווה-משקל או מעמד למשקלן ולמעמדן של רשויות התביעה. נקודת מוצא זו, המהווה את אחד מאדניה של התפישה הליברלית בפלילים, מחייבת הקלות דיוניות וראייתיות עם הנאשם, בשונה מבמשפט האזרחי. כך, למשל, קובע סעיף 74 לחסד"פ את חובת גילוי חומר חקירה לנאשם, אולם אין חובה מקבילה על הנאשם (למעט החריג בדבר עדויות מומחים, הכפוף לשיקול דעת בית המשפט בעניין)¹⁵⁷. במקביל, מהווה ההקלה דלעיל בדבר נטל השכנוע את המקבילה הראייתית במסגרת המשפט הפלילי הליברלי. מעבר לחריגים וביחס לכל יסודות העבירה – "הנטל" המוטל על הנאשם הנו אך לעורר ספק סביר ברמת הוודאות של ראיות התביעה.

שכנוע ברמת ודאות של למעלה מספק סביר אינו שכנוע באופן ודאי ומוחלט, אלא שהספק המתעורר ביחס לאותה רמת ודאות הנו פחות מסביר. בפרשת ויטפילד¹⁵⁸ נקבע, כי על הספק הסביר להיות ספק המעוגן ב"יסודות ישרים ומתקבלים על הדעת". אין כל ספק, כי במקרה זה הכפיף הדין עצמו לאינטרסים אובייקטיביים של "סבירות" ו"מתקבל על הדעת". כך, יש לציין, הספק הסביר אינו נמדד, מעצם טיבו וטבעו, בסטנדרטים סובייקטיביים – במוחו של הנאשם בפועל, אלא הוא כפוף לתובנות החברתיות השולטות, בדומה לסטנדרטים אובייקטיביים אחרים כ"אדם

154 כידוע, אין הדין הישראלי טעון הוכחה, שכן הוא "מן המפורסמות שאינן צריכות ראיה". לעומתו, הדין הזר הנו בגדר עובדה הטעונה הוכחה.

155 אם כי התביעה יוצאת ידי חובתה בראיות קלות בעניין זה ולעתים ללא ראיה ישירה פוזיטיבית, ראו: "קדמי על הראיות – הדין בראי הפסיקה (תשנ"ט, חלק שלישי) 1221.

156 כקבוע בהוראות סעיף 162 לחסד"פ.

157 ראו הוראות סעיפים 83 ו-84 לחסד"פ.

158 ע"פ 401/72 ויטפילד נ' מדינת ישראל, פ"ד כח (1) 813, 823.

הסביר" או ה"אדם מן הישוב". עם זאת, צדו השני של המטבע הוא, כי על התביעה לשכנע את בית המשפט בוודאות ראיותיה ברמה של למעלה מספק סביר, כלומר: ברמה סובייקטיבית לנאשם הספציפי העומד בפניה. המצב שנוצר אינו מאוזן¹⁵⁹ — על התביעה להוכיח את טענתה ברמה סובייקטיבית, אך אם יעלה הנאשם טענות סובייקטיביות — הן לא תוכרנה כ"ספק סביר". התמונה אינה משלימה עצמה לכלל מאת האחוזים של נטל השכנוע.

מכל מקום, בשלב זה נוכל להסתפק בציון העובדה, כי בפלילים, ככלל, נושאת התביעה בנטל של למעלה מכל ספק סביר ביחס לכל יסודות העבירה ורכיביהם, אלא אם נקבע מפורשות אחרת. בעקבות תיקון מס' 39 לחוק העונשין הוכנסו שני שינויים¹⁶⁰ מהותיים באשר לנטל השכנוע בפלילים — האחד במסגרת הבחנת הסייגים לאחריות פלילית מן ההגנות והאחר — באשר לקביעת אחריות קפידה.

2. נטל השכנוע ב"סייגים לאחריות פלילית" וב"הגנות"

(א) סייגים לאחריות הפלילית והגנות

תיקון מס' 39 לחוק העונשין תומך בהבחנה שבין "סייגים לאחריות הפלילית" (להלן — "סייגים") לבין "הגנות". ככלל, נשענת האחריות הפלילית על מספר אדנים, המשלימים אלה את אלה לכדי האחריות הפלילית. שני היסודות הפוזיטיביים המרכזיים באחריות הפלילית הם היסוד העובדתי (Actus Reus) והיסוד הנפשי (Mens Rea), על מכלול יחסי הגומלין שביניהם. עם הוכחת מכלול היסודות הפוזיטיביים בנטל השכנוע הנדרש קמה האחריות הפלילית. אולם, אם הוכח בפני בית המשפט קיומם של סייגים או הגנות, כי אז שומה על בית המשפט לזכות את הנאשם בדינו. הסייגים וההגנות מהווים, אפוא, את היסודות הנגטיביים של האחריות הפלילית, שכן קיומם שולל את האחריות הפלילית. כך, למשל, סייג הקטינות, בהתאם להוראות סעיף 134 לחוק העונשין, קובע, כי גם אם הוכחו מלוא היסודות הפוזיטיביים להתקיימות עבירה, הרי שכל עוד היה הנאשם בן למטה מגיל שתים עשרה שנים ביום ביצוע המעשה — לא יישא הוא באחריות פלילית למעשיו.

כאמור, בהתאם להוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין, הבחין הדין בין "סייגים" מזה לבין "הגנות" מזה. השאלה המתבקשת היא מהי הבחנה זו ומהם קווי הגבול שני המושגים. שאלת זאת עלתה במלוא חריפותה בפרשת רוזוב¹⁶¹ לעניין סיווגה¹⁶² של הוראת סעיף 152(א)(4) לחוק ניירות-ערך, תשכ"ח-1968 (להלן — "חוק ניירות-ערך")

159 ראו להלן דיון באסימטריה זו.

160 למעשה, נוספו שינויים נוספים, אולם השניים דלקמן הנם מהותיים שבהם.

161 ע"פ 4675/97, 4691, 4692 רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (4) 337 (להלן — "פרשת רוזוב").

162 ראו בעניין זה: ג' הלוי עבירות בניירות-ערך (תשס"ב) 235-243.

— כאחת ה"הגנות" או כאחד ה"סייגים". בית המשפט ראה בסייגים כבעלי תכונות מונוליתיות. לפי השופט חשין, סימן ההיכר לסייגים הקבועים בחוק העונשין הנו תחולתם הכללית.

במלים אחרות, כאשר מיוחסת הוראת חוק — לאו דווקא לעבירה אחת או לקבוצה מוגדרת של עבירות — הרי שמדובר בסייג. כך, למשל, סייג הקטינות שהוזכר לעיל אינו מוגבל לסוג מסוים של עבירות או לעבירה ספציפית. את סייג הקטינות ניתן לטעון ביחס לכל אישום בכל עבירה שהיא. משום כך, ניתן לייחס לסייג הקטינות תחולה כללית ואזי יסווג הוא כסייג. השופט חשין הרחיב דבריו באשר לסייג, ולפיו ראוי להשקיף על מושג הסייג כעל מושג עקרוני שאינו ממצה עצמו ב'סייגים' המנויים בפרק ה' שבחוק העונשין.

מכאן ניתן להסיק, כי מבחן סיווגו של הסייג לאחריות פלילית הנו מבחן תחולתו הכללית. השאלה הנשאלת עתה, כפועל יוצא, הנה באשר לזיהוי ההגנות. בעניין זה קובע השופט חשין, כי ההבחנה בין 'סייג' — כהוראתו בחוק העונשין — לבין 'הגנה' שאינה 'סייג' אינה הבחנה 'אנליטית' גרידא, ואף אינה תולה עצמה אך בניסוח זה או אחר של הוראה משפטית העומדת לבחינה. מקצת הוראות החוק — תחולתן הנה אוניברסאלית — וכשם שמהוות הן 'סייגים' בדין העונשין בישראל, מקובלות הן כסייגים בכל שיטת משפט מודרנית המכבדת את עצמה. 'סייגים' אלה — בעיקריהם — נגזרים הם לא כמעט מן האינסטינקט שבאדם ומתחושת הצדק הבסיסית המשותפת לחברה האנושית¹⁶³.

שלא כ"סייגים" הן ה"הגנות". המבחן בו נעזר השופט חשין בהמשך הדברים להבחנה בין הסייגים לבין ההגנות הוא מבחן נטל השכנוע¹⁶⁴. על הבחנה זו, אשר יש בה מן הטאוטולוגיה, נמתחה ביקורת נוקבת מפי פרופ' פלר¹⁶⁵; אולם, לדידנו, נוכל להסתפק בהבחנה הכללית בדבר תחולתם הכללית של הסייגים לאחריות הפלילית מול התחולה הספציפית¹⁶⁶ של ההגנות.

(ב) נטל השכנוע

בין אם נטל השכנוע בסייגים ובהגנות הנו נקודת המוצא להבחנה ביניהם ובין אם הוא פועל יוצא של ההבחנה ביניהם, הרי שעדיין קיים פער בין נטלי השכנוע השונים ועל כך יש להסב את עיקרי הדיון. נטל השכנוע באשר לסייגים לאחריות פלילית נקבע סטטוטורית בהוראות סעיף 34 לחוק העונשין כדלהלן:

163 פרשת רוזוב, לעיל הערה 161, בע' 379–380.

164 בלשוננו: "נטל ההוכחה", אם כי ביטוי זה אינו מדויק, כאמור.

165 ש"ז פלר "על הזיקה המבנית — אם בכלל — של סייג לאחריות הפלילית, למשקל הראיות הנדרש לשם הוכחתו (בעקבות ע"פ 4675/97 ו-4962/97)" עלי משפט א (תשס"א) 261.

166 לעניין עבירות פליליות ספציפיות או קבוצות ספציפיות של עבירות פליליות.

34ה. נטל ההוכחה

מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות הפלילית.

את הוראותיו של סעיף זה, פרי תיקון מס' 39 לחוק העונשין, יש לקרוא יחדיו עם הוראות סעיף 34(ב), אשר גם הוא פרי תיקון מס' 39 לחוק העונשין, כדלהלן:

34"כב. נפקותו של ספק

(א)...

(ב) התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג.

בית המשפט, בפרשת רוזוב, ביאר¹⁶⁷ את פרשנות הוראות אלה בשילובן ובכך קבע את נטל השכנוע הדרוש בהוכחת הסייגים לאחריות הפלילית. מאז תיקון מס' 39 לחוק העונשין, חל מהפך בדין ששינה את נטל ההוכחה, את מידת ההוכחה ואת נושא הספק בטענת הגנה. עד לתיקון חל נטל ההוכחה, לפחות לגבי מקצת ההגנות הכלליות בפלילים, על הנאשם, על-פי מבחן ההסתברויות. לאחר תיקון מס' 39, אמנם מעיקרו של דין, לא מוטל על התביעה כל נטל לעניין קיומו, או אי-קיומו, של 'סייג' לאחריות פלילית, אולם אם עלתה טענת 'סייג' לאחריות פלילית, ונתעורר ספק סביר — אשר לא הוסר — אם נתקיים באירוע אותו 'סייג', אם לאו, כי אז יחול הסייג, תעמוד לנאשם חזקת החפות, ולא יראו את התביעה כמי שעמדה בנטל השכנוע המוטל עליה והנאשם יצא זכאי בדינו.

באופן זה מדמה¹⁶⁸ בית המשפט את הסייגים לאחריות הפלילית ליסודותיה הפוזיטיביים של האחריות הפלילית, בכל הקשור בנטל השכנוע, כי קיים מכנה משותף לרכיבי העבירה ול'סייגים', והוא בנושא הספק הסביר: כשם שספק בקיומו של אחד מרכיבי העבירה — לעת סיום המשפט — יביא לזיכוי של נאשם, כן יהא דין ה'סייגים'. ההבדל בין ה'סייגים' לבין רכיבי העבירה הוא, שאת אלה האחרונים חייבת התביעה להוכיח מעבר לספק סביר בכל מקרה, ואילו לגבי ה'סייגים' אין היא חייבת, מלכתחילה, להוכיח כי לא נתקיימו, אלא אם העלה אותם הנאשם והביא ראיות לטיעונו.

באופן דומה נפסק בעבר בפרשת אבליים¹⁶⁹, גם לגבי היחס שבין סעיף 34 לבין סעיף 34(ב) לחוק העונשין, כי סעיף 34 לחוק העונשין קובע חזקה שבחוק, שלפיה מעשה עבירה נעשה בתנאים 'שאין בהם סייג לאחריות פלילית', ועל הנאשם להוכיח את היפוכה של החזקה ברמת הוכחה של הטיית מאזן ההסתברויות לטובתו.

167 פרשת רוזוב, לעיל הערה 161, בע' 368–371.

168 שם, בע' 370.

169 ע"פ 2788/96 אבליים נ' מדינת ישראל, פ"ד נב (3) 183.

דא עקא, שעל פי הוראות סעיף 34כב(ב) לחוק העונשין, במקום שנתר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית 'והספק לא הוסר' – קרי: נותר בעינו בסופו של הדיון – יחול הסייג, לאמור: החזקה, על אף היותה 'חזקה שבחוק' – תופרך מכוח הספק. קיומן של שתי ההוראות האמורות יוצר מצב שבו נטל השכנוע – ועל-כן גם נטל הבאת הראיות – להפרכת החזקה הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין, מוטל על הנאשם, אך עם זאת, ספק סביר, אם נותר כזה, פועל לזכותו של הנאשם ומחלף אותו מאחזתה של החזקה.

לעומת קביעה זו ביחס לסייגים לאחריות פלילית, קובע בית המשפט¹⁷⁰ את נטל השכנוע בהגנות כנטל השכנוע הנדרש במשפט האזרחי, קרי: הטיית מאזן ההסתברויות. זאת ועוד. למעשה, בית המשפט קובע, כי הוכחת ההגנות והשכנוע במהימנותן יוטלו על הנאשם ולא על התביעה, משל כאילו היו שריד של ההגנות מימי טרם כניסתו לתוקף של תיקון מס' 39 לחוק העונשין. בית המשפט קבע כך בהתייחסו להגנה שבסעיף 152(א)(4) לחוק ניירות-ערך, כדלהלן:

"נטל ההוכחה בהוכחת ההגנות הקבועות בסעיף 152 לחוק ניירות ערך מוטל על הנאשם. מידת ההוכחה הנדרשת ממנו קלה מזו המוטלת על התביעה שעה שנטל השכנוע מוטל עליה. הנאשם אינו צריך להוכיח את קיומה של ההגנה מעבר לכל ספק סביר. די לו במידת ההוכחה המקובלת במשפטים אזרחיים..."¹⁷¹.

ומוסיף¹⁷² לכך השופט חשין, כי ההגנה הקבועה בסעיף 152(א)(4) לחוק ניירות ערך, אין עניינה ב'סייג' אלא ב'הגנה' מסוג ההגנות שהנטל להוכיחן מוטל על הנאשם ומידת ההוכחה היא על-פי מאזן ההסתברויות. המחוקק רואה במעשה שנעשה עבירה פלילית, אלא שנכון הוא מטעמים 'חיצוניים' להקנות הגנה לנאשם. המטרה לעשות רווח או למנוע הפסד, אף שהיא בטבע האדם, אין היא יסוד מיסודות העבירה, וממילא לא מוטל על התביעה הנטל להוכיח כי עיניו של הנאשם נישאו אל מטרה מעין זו.

בכך, לדעתנו, קולע השופט חשין ללב לבו של טיב הסדר זה. הסייגים לאחריות הפלילית טומנים בחובם אופי אובייקטיבי שאינו מסור בהכרח ללב ולמחשבתו של הנאשם – הסובייקט. כך, סייג הקטינות¹⁷³ מותנה בקיום אובייקטיבי של גיל הנמוך משתים עשרה שנים. סייג היעדר השליטה¹⁷⁴ מותנה בפעולות שלא מתוך בחירתו, החופשית של הנאשם, דהיינו: קיום אובייקטיבי של פעולות ללא כל מקום לרצונו,

170 פרשת רוזוב, לעיל הערה 161.

171 שם, בע' 410.

172 שם, בע' 383–385.

173 בהתאם להוראות סעיף 134 לחוק העונשין.

174 בהתאם להוראות סעיף 134 לחוק העונשין.

מחשבתו וכוונתו של הסובייקט. סייג אי־שפיות הדעת¹⁷⁵ מותנה באבחנה אובייקטיבית בדבר קיומה הבלתי תלוי של מחלת נפש בנאשם מסוג של פסיכוזה. סייג השכרות¹⁷⁶ מתייחס להיעדר שליטה בכניסה ל"מצב של שכרות". ההגנה העצמית¹⁷⁷ (המהווה, למען הסר ספק, סייג לאחריות הפלילית), סייג הצורך¹⁷⁸ וסייג הכורח¹⁷⁹ מוכפפים מכוח הוראות סעיף 34 לחוק העונשין למבחן של סבירות. הסבירות הנה סממן מובהק לסטנדרט אובייקטיבי של בחינה. בנוסף מכפיף סעיף 34 לחוק העונשין את סייגי הצורך והכורח למבחנים אובייקטיביים נוספים של החובה על פי דין או מכוח תפקיד — אובייקטיבית, לעמוד בסכנה או באיום. סייג הצידוק¹⁸⁰ קובע גופו מבחנים אובייקטיביים (כפיפות לדין, מאזני נזק בריאותי ועוד) ואף פורש, לעניין הצו הבלתי חוקי בעליל, על־ידי השופט הלוי בפרשת מלינקי¹⁸¹ (פרשת כפר קאסם) באמצעות מבחן אובייקטיבי¹⁸². יתר הסייגים — גם הם בעלי אופי אובייקטיבי מובהק — סייג זוטי דברים¹⁸³, המוכפף לאינטרס הציבורי, טעות במצב הדברים¹⁸⁴, המוכפף לסבירות, טעות במצב המשפטי¹⁸⁵, המוכפף לקיומה של טעות "בלתי נמנעת" (בהתאם לסטנדרט אובייקטיבי של בית המשפט) וההגנה על רשות שופטת¹⁸⁶, המותנית במינוי אובייקטיבי למשרה שיפוטית. מאחר והסייגים לאחריות פלילית נושאים אופי אובייקטיבי מובהק, יקל להבין את סיווג נטל השכנוע בעניינם כנטל שכנוע הנדרש במסגרת הוכחת היסודות הפוזיטיביים של האחריות הפלילית, יחד עם היסוד העובדתי.

בלשון אחר, כאשר מדובר ביסודות אובייקטיביים של האחריות הפלילית — אין נפקא מינה, בעיני המחוקק, אם מדובר ביסודות פוזיטיביים או נגטיביים. נטל השכנוע במקרה זה מועבר אל התביעה — הן ביחס להתקיימות היסודות הפוזיטיביים והן ביחס להיעדר התקיימות היסודות הנגטיביים, ואילו על הנאשם מוטל נטל השכנוע של העלאת ספק סביר בלבד — הן ביחס ליסודות הפוזיטיביים והן ביחס ליסודות הנגטיביים. בכך ישנה הקלה ראייתית של נטל השכנוע בפלילים לטובת הנאשם, בהשוואה למצב שקדם לכניסתו לתוקף של תיקון מס' 39 לחוק העונשין. לעומת

-
- 175 בהתאם להוראות סעיף 34 לחוק העונשין.
 176 בהתאם להוראות סעיף 34 לחוק העונשין.
 177 בהתאם להוראות סעיף 34 לחוק העונשין.
 178 בהתאם להוראות סעיף 34 לחוק העונשין.
 179 בהתאם להוראות סעיף 34 לחוק העונשין.
 180 בהתאם להוראות סעיף 34 לחוק העונשין.
 181 בד"צ מר/3/57 התובע הצבאי הראשי נ' מלינקי, פ"מ יז 90 וכן בד"צ דר/248/88 התובע הצבאי הראשי נ' אדלר (לא פורסם).
 182 הלא הוא המבחן הידוע בכינויו כמבחן "הדגל השחור".
 183 בהתאם להוראות סעיף 34 לחוק העונשין.
 184 בהתאם להוראות סעיף 34 לחוק העונשין, לשעבר: הטעות בעובדה.
 185 בהתאם להוראות סעיף 34 לחוק העונשין, לשעבר: הטעות בדין.
 186 בהתאם להוראות סעיף 34 לחוק העונשין.

זאת, כאשר מדובר בהגנות הספציפיות – מדובר במידע, הקשור בפן הסובייקטיבי של האחריות הפלילית בכללה ושל האישום הספציפי. כך, לדוגמא, מאופיינות ההגנות שבסעיף 152 לחוק ניירות-ערך באפיונים סובייקטיביים מובהקים כהוכחת "תום-לבו" של הנאשם, הוכחת "מטרות" כשרות שקיננו בלבו ועוד. ההגנות, בעיקרן, מתייחסות לחידוד הפער שבין האינטרס הציבורי (האובייקטיבי) לבין האינטרס הפרטי (הסובייקטיבי). מעבר לכך, עצם הטלת נטל השכנוע על הנאשם בפלילים מהווה מנייה וביה סיבה מספקת לפרשנות בצמצום ולטובת הנאשם, כפי שמתחייב גם כן ממגמת הסובייקטיביזציה בפלילים. בעניין זה סיכם בית המשפט בפרשת רוזוב¹⁸⁷, כי בקביעת היקף תחולתה של ההגנה, יש לאזן בין שני אינטרסים: מחד האינטרס הציבורי המובהק המבטא עצמו בעצם קיומן של עבירות האוסרות על שימוש במידע פנים, ומאידך, האינטרס האישי של אדם לפעול כפי שפעל. בחלוקה זו ישמשו – ובמישרין – שיקולים ערכיים, וההכרעה תיפול, בין השאר, תוך שקילת האינטרס הציבורי מזה והאינטרס הפרטי מזה, בנסיבותיו הספציפיות של כל עניין ועניין. ככלל, הכרה בהגנה תיעשה בנסיבות שבהן האינטרס האישי של המשתמש במידע פנים יהא כה רב-עוצמה וכה אדיר-כוח, עד שיהא זה מוצדק, כי יגבר על האינטרס הציבורי האובייקטיבי.

ומוסיף בית המשפט באופן גורף, כי "על דרך הכלל נוכל לומר, כי יש לפרש את ההגנה בצמצום... ההגנה, אליבא דידך, נועדה לאירועים חריגים..."¹⁸⁸. לעניין זהות תוכנו של נטל השכנוע המוטל על הנאשם במסגרת ההגנות, מפנה בית המשפט להוראותיה הספציפיות של כל הגנה בנפרד. במקרה ספציפי זה דובר, כאמור, על הוכחת מטרות כשרות, ועל הנאשם מוטל הנטל להוכיח כי לא קיננה בלבו כל מטרה של עשיית רווח או מניעת הפסד, או שמטרת העסקה הייתה – בעיקרה – מטרה אחרת. המטרה האחרת חייבת להיות המטרה היחידה, או למצער, המטרה הדומיננטית. קרי: תוכן סובייקטיבי באורח מובהק. מכאן נראה, כי ניתן להסיק את טעמיו של ההסדר הראיתי לעניין נטל השכנוע בסייגים לאחריות פלילית ובהגנות כקשור קשר אמיץ למגמת הסובייקטיביזציה הכללית בפלילים.

3. נטל ההוכחה בעבירות אחריות קפידה

תיקון מס' 39 לחוק העונשין, אשר קידם, כאמור, את מגמת הסובייקטיביזציה בפלילים, ביטל את האחריות המוחלטת שהייתה נהוגה בחלקן של העבירות הקלות. בעבירות האחריות המוחלטת לא נדרשה התביעה להוכיח דבר מעבר להתקיימות

187 פרשת רוזוב, לעיל הערה 161, בע' 386.

188 שם, בע' 386–387.

היסוד העובדתי בעבירה. כך, בפרשת גדיסי¹⁸⁹, למשל, קבע השופט אגרנט, כי אין כל מקום לטענות מתחום היסוד הנפשי כאשר העבירה היא מסוג של אחריות מוחלטת. תוך אימוץ הממרה Nullum Crimen sine Culpa, השזורה במרכז מגמת הסובייקטיביזציה של הדין הפלילי המהותי, חבקו דיני העונשין אליהם את קביעתו של השופט ויתקון בפרשת מאור מזרחי¹⁹⁰, לפיה במקרים בהם עשה הנאשם כל שניתן כדי להימנע מלעבור את העבירה, לא תוטל עליו אחריות פלילית. במסגרת תיקון מס' 39 לחוק העונשין עוגנה הלכה זאת בסעיף 22 לחוק העונשין, אשר הגדיר סוג חדש של אחריות – אחריות קפידה. למעשה, יצרה האחריות הקפידה סוג מוגבר של רשלנות¹⁹¹, אולם התביעה אינה נדרשת להוכיח בעבירות אלה יסוד נפשי (מסוג של מחשבה פלילית¹⁹² או של רשלנות¹⁹³). לכאורה, עד לשלב זה, אין כל הבדל מהותי בין האחריות המוחלטת לבין האחריות הקפידה, אולם ההבדל המרכזי בין האחריות המוחלטת, אשר בוטלה במסגרת סעיף 22 לחוק העונשין, לבין האחריות הקפידה שנקבעה ושהוגדרה במסגרתו – קשור בנטל השכנוע¹⁹⁴. נוסחו של סעיף 22(ב) לחוק העונשין הנו כדלהלן:

22. אחריות קפידה והיקפה

(א) ...;

(ב) לא יישא אדם באחריות לפי סעיף זה אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה; הטוען טענה כאמור – עליו הראיה; (ההדגשה אינה במקור – ג.ה.).

ברי, כי "הטוען" הפוטנציאלי של "טענה כאמור" הנו הנאשם. למעשה, העביר המחוקק את נטל הראיה אל הנאשם ביחס לשאלת קיומם של יסודותיה המהותיים של העבירה הפלילית. כך, בעוד שבעבירות המחשבה הפלילית והרשלנות יוטל נטל ההוכחה על התביעה להוכיח את התקיימות היסוד העובדתי, הרי שבעבירות אחריות קפידה יהא על הנאשם להוכיח את אי-התקיימות פרט מפרטיו. עם זאת, בטענה דלעיל יש משום תעתוע. למעשה, על הנאשם להוכיח את הטענה, כי "עשה כל שניתן למנוע את העבירה" – הוא עצמו, כלומר – סובייקטיבית.

189 ד"נ 11/65 גדיסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ (1) 57.
 190 ע"פ 17/95 מאור-מזרחי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 1882.
 191 כפי שגם הבהיר בית המשפט העליון ברע"פ 26/97, 608 לקס נ' מדינת ישראל, פ"ד נב (2) 673.
 192 בהתאם להוראות סעיף 20 לחוק העונשין.
 193 בהתאם להוראות סעיף 21 לחוק העונשין.
 194 הבדל מהותי נוסף קיים בדרישת "ועשה כל שניתן למנוע את העבירה", אולם דרישה זו הייתה קיימת עוד קודם לכן, כאמור, במסגרת ההלכה הפסוקה ביחס לאחריות המוחלטת.

הדברים אמורים ביתר שאת על רקע העובדה, כי מדובר בעבירות, אשר לשם הרשעה בהן לא נדרשת הוכחת יסוד נפשי מסוג של מחשבה פלילית או של רשלנות. בכך, למעשה, אין כל שינוי מהותי בין טענה זו לבין טענת "הגנה", כפי שהוכרה לעיל. בחינתה המהותית של טענה זו מעלה, כי מדובר בטענה מתחום הווייתו של הסובייקט ולא מדובר בכפיפות לסטנדרטים אובייקטיביים. משום כך, נראה, כי יש להחיל על טענה זו בעבירות אחרות קפידה את הדין של ההגנות (בשונה, כאמור, מן הסייגים לאחריות פלילית).

כפועל יוצא, נראה, כי נטל השכנוע לעניין טענה זו הנו כשל הגנה — דהיינו: על הנאשם להוכיח טענה זו בהטיית מאזן ההסתברויות ואין די לעורר ספק סביר ביחס להתקיימותה, כאילו היה מדובר בסייג לאחריות פלילית. קרי: במשפט פלילי, אשר נושא האישום בו הנו עבירת אחריות קפידה, רואה המשפט הפלילי בכך כאילו היה מדובר במשפט פלילי בעבירות הדורשות הוכחת יסוד נפשי (מחשבה פלילית או רשלנות) לעניין נטל השכנוע ומתייחס לטענה הנ"ל של הנאשם כטענת הגנה — על המשמעויות הראייתיות של סיווג זה. נטל השכנוע במשפט מעין זה יהא, אפוא, כי על שכם התביעה מוטלת הוכחת יסודותיה המהותיים של העבירה, בהתאם להגדרת העבירה, ברמה של למעלה מספק סביר. במקרה זה, כמובן, אין על התביעה חובה להוכיח את קיומו של היסוד הנפשי או של הלך נפש של הנאשם בעת ביצוע העבירה, אולם עובדה זו נגזרת מן הדין המהותי בדיני העונשין ולא מדיני הראיות. אם יחפוץ בכך הנאשם, יוכל לטעון את הטענה, כי "עשה כל שניתן למנוע את העבירה" וישא בנטל ההוכחה (נטל הבאת הראיה ונטל השכנוע) ביחס אליה. נטל השכנוע באשר לטענה זו יהא, כאמור, ברמת ודאות של הטיית מאזן ההסתברויות.

יש להבהיר, כי אין כל סתירה בין קיומם של נטלי שכנוע אלה בעבירות אחריות קפידה ובכלל. נטל השכנוע ברמת הוודאות של למעלה מספק סביר מתייחס אך ליסודות הפוזיטיביים של האחריות הפלילית, בעוד שנטל השכנוע ברמת הוודאות של הטיית מאזן ההסתברויות מתייחס אך לטענות ההגנה. אם יחפוץ בכך הנאשם, עדיין יוכל לעורר ספק סביר ביחס להתקיימות היסודות הפוזיטיביים של עבירת אחריות קפידה ובכך להוביל לזיכוי, ממש כשם שהיה מדובר בכל עבירה אחרת הדורשת את קיומו של היסוד הנפשי. לדוגמא: אדם שיואשם בעבירה של אי ציות לתמרור מסוג של רמזור אדום, יוכל תמיד לעורר ספק סביר ביחס לעצם אי-הציות (דהיינו: כי אכן ציית לתמרור), לעורר ספק סביר ביחס להתקיימות סייג לאחריות פלילית (לא יכול היה לשלוט ברכבו, היה קטין מתחת לגיל 12 ועוד) ויוכל, בנוסף או לחלופין, לטעון ברמת ודאות של הטיית מאזן ההסתברויות כי "עשה כל שניתן למנוע את העבירה", ככל טענת הגנה בעבירות ספציפיות אחרות.

בכך יש משום קירוב עבירות של אחריות קפידה, האובייקטיביות, לכאורה, לעבר העבירות האחרות הדורשות יסוד נפשי לשם התקיימותן ולמעשה, יישום נוסף

של מגמת הסובייקטיביזציה של המשפט הפלילי גם בנקודות בהן המשפט הפלילי המהותי "מוותר"¹⁹⁵ על הדרישה המרכזית של הסובייקטיביזם – דרישת היסוד הנפשי.

ז. הרחבת מעגל המשתתפים בהליך הפלילי

לאחר קבלת תיקון מס' 39 לחוק העונשין נאלץ המשפט הפלילי הישראלי להתמודד עם הרחבת מעגל המשתתפים בהליך הפלילי. שני המשתתפים המרכזיים היו הקרבן, אשר עד כה שימש כעד במרבית המקרים ובמיעוטם כלל לא מילא תפקיד. המשתתף השני היה הסנגוריה הציבורית, אשר הוקמה על פי חוק מכוח הוראות סעיף 1 לחוק הסנגוריה הציבורית¹⁹⁶, תשנ"ו–1995. גם כאן התמודד המשפט הפלילי עם ההרחבה המבוקשת בהתאם למגמת הסובייקטיביזציה.

1. "ידיד בית-המשפט"

במסגרת המשפט הישראלי, מוסד "ידיד בית המשפט" (Amicus Curiae) אינו מוכר. מוסד זה התפתח במסגרת מסורת המשפט הקונטיננטלי, אשר בו יש לאקדמיה ולמוסדות המשפטיים מעמד נורמטיבי גבוה יותר מאשר במסורת המשפט המקובל האנגלו-אמריקאי. ידיד בית המשפט הנו גורם חיצוני להליך המשפטי הקונקרטי, אך הוא משקף ייצוג של אינטרסים כלליים, אשר המשפט הקונטיננטלי רואה בהם מהותיים אף להכרעה במקרה הספציפי. יש להזכיר, כי במסגרת המשפט הקונטיננטלי אין תחולה מחייבת לעקרון התקדים המחייב ומשום כך צבירת המומחיות נעשית בעיקרה באקדמיה ולא בבתי-המשפט¹⁹⁷.

בישראל, הגם שמוסד זה אינו מוכר, בחן בית המשפט כל מקרה לגופו באוריינטציה סובייקטיבית דווקא, על אף שצירוף "ידיד" שאינו צד ישיר להליך הפלילי מחליש, לכאורה, את הסובייקטיביזם שבהליך הפלילי. בפרשת קוזלי¹⁹⁸ נערך דיון בבקשה לקיום משפט חוזר בתחילת שנת 1999, בעוד שהליך המשפט החוזר עדיין היה בתחילת התפתחותו שלאחר קבלת מגמת הסובייקטיביזציה. הסנגוריה הציבורית, כמוסד המייצג אינטרסים ציבוריים של נאשמים, ביקשה את צירופה להליך כ"ידיד

195 למעט כאשר מתבקשת ענישה של מאסר, בהתאם להוראות סעיף 22(ג) לחוק העונשין, שאז יש צורך בהוכחת יסוד נפשי מסוג של מחשבה פלילית או רשלנות.

196 ס"ח 8.

197 אף שפסקי-הדין במרבית מדינות הקונטיננטל האירופי מפורסמים כ"הנחיות" באורח דומה ליחס שבין שופטי בתי משפט השלום לפסיקת בתי המשפט המחוזיים.

198 עניין קוזלי, לעיל הערה 99.

בית המשפט". הנשיא ברק הבהיר¹⁹⁹ את עמדת בית המשפט לפיה, מוסד ידיד בית-המשפט – שעיקרו הוא סיוע לבית-המשפט בסוגיה כלשהי, על-ידי מי שאינו צד ישיר לסכסוך הנדון, ואשר מייצג מתוקף תפקידו או עיסוקו אינטרס או מומחיות שמן הראוי שיישמעו בפני בית-המשפט בסכסוך ספציפי – אינו מוכר ככזה בחוק החרות הישראלי. בה בעת, ניתן למצוא בחקיקה שורה של מוסדות וגופים שניתן להם מעמד מיוחד כצד להליך, גם בהליכים שבהם אין הם מעורבים ישירות. עם זאת, אין לראות בהוראות חוק אלו – ובגופים המנויים בהם – רשימה סגורה של ידידי בית-המשפט ושל ההליכים שבהם יכולים הם להופיע: בצד הכלל העקרוני שלפיו בפני בית-המשפט מצויים בעלי-הדין הנוגעים לסכסוך הספציפי, מצווה בית-המשפט הן בסכסוך ליתן דעתו – במקרים המתאימים לכך – גם להיבטים כוללניים יותר של הסכסוך שבפניו, ומטעם זה, הוא מוסמך לעתים לצרף מיזמתו צדדים להליך, כדי להכריע בסכסוך באופן יעיל ושלם. לפיכך, קבע הנשיא ברק, כי מקום שבו ישנו גוף ציבורי – שאינו צד ישיר להליך – אך יש לו אינטרס רחב בפתרון ההליך והיכרות עם המטריה הנדונה, יינתן לו להשמיע עמדתו בנדון בצד העותר, בעל הנגיעה האישית לעניין.

לעניין שיקול דעתו של בית-המשפט באשר להיעתרות לבקשת צירוף מעין זו, קבע²⁰⁰ הנשיא ברק, כי על בית המשפט לעמוד על המשמר ולוודא, שאכן יש בצירוף צד נוסף להליך כדי לתרום הן לדיון עצמו והן לאינטרס הציבורי. יש לבחון בכל מקרה ומקרה, אם אין בצירוף האמור משום פגיעה ביעילות הדיון, בצדדים לסכסוך עצמו ובזכויות היסוד שלהם²⁰¹.

בהליך ספציפי זה, לעניין בקשת קיום משפט חוזר בנסיבות הספציפיות של אותו מקרה, יישם²⁰² הנשיא ברק את העקרונות דלעיל, וקבע כי בנסיבות אותו עניין, יש לצרף את הסנגוריה הציבורית להליך כ"ידיד בית-המשפט": בהליך זה התבררה לראשונה סוגיית טיבו של ייצוג ראוי והשפעתו של ייצוג לקוי על משפט בערכאה הדיונית בכלל, וכעילה למשפט חוזר בפרט. ודוק: אין בכך כדי לקבוע מסמרות בשאלת ההצטרפות להליכים אחרים כ"ידיד בית-המשפט" – לא של הסנגוריה הציבורית ולא של גופים ומוסדות אחרים, ויש לבחון כל מקרה לגופו על-פי נסיבותיו.

עם זאת, בפרשת שוורץ²⁰³, בה נדונה במהלך שנת 2000 סוגיית עיכוב ביצוע העונש, הוצגה עמדה אחרת. הגם שבפרשה זו הנחה בית-המשפט את עצמו לפסוק

199 שם, בע' 553–554.

200 שם, בע' 555.

201 הנשיא ברק מוסיף בהמשך הדברים כדלהלן: "יש לבחון את תרומתה הפוטנציאלית של העמדה המוצעת. יש לבחון את מהות הגוף המבקש להצטרף. יש לבדוק את מומחיותו, ניסיונו ואת הייצוג שהוא מעניק לאינטרס שבשמו מבקש הוא להצטרף להליך. יש לברר את סוג ההליך ואת הפרוצדורה הנוהגת בו. יש לעמוד על הצדדים להליך עצמו ועל השלב שבו הוגשה בקשת ההצטרפות. יש להיות ערים למהותה של הסוגיה העומדת להכרעה" (שם, בע' 555).

202 שם, בע' 555–556.

203 ע"פ 111/99 א שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (2) 241.

בהתאם למגמת הסובייקטיביזציה בעניין עיכוב ביצוע העונש, קרי: בהתאם לנסיבות האישיות של הנידון – לרבות עברו הפלילי והתנהגותו במהלך המשפט – קבע²⁰⁴ השופט קדמי בעניין צירופה של הסנגוריה הציבורית כ'ידיד בית-המשפט', כי מן הראוי להקפיד על עשיית שימוש בסמכותו הטבועה של בית-המשפט לצרף לדיון 'ידיד' במקרים נדירים ביותר, כאשר הנסיבות לא רק מצדיקות סטייה מן הכלל, אלא גם מחייבות זאת וככלל, ראוי להגביל את זימונו של 'ידיד בית-המשפט' לנסיבות של 'כורח דיוני'.

ובעניין הספציפי פסק השופט קדמי, כי הלכה למעשה, הסנגוריה הציבורית ביקשה לצרפה לדיון על-מנת שתהיה לה הזדמנות לשכנע את בית-המשפט בצדקתה של מדיניות שיפוטית הנראית בעיניה כעולה בקנה אחד עם 'זכויות הנאשמים'. לא לתכלית זו הוקמה הסנגוריה הציבורית, ומכל מקום, לא זו תכלית קיומו של מוסד 'ידיד בית-המשפט'.

כך, למעשה, הכפיף השופט קדמי את מוסד 'ידיד בית-המשפט', שאינו מוכר בישראל כמוסד שבשגרת ההליך הפלילי, למגמת הסובייקטיביזציה, שהוכרה ובוססה היטב בהליך הפלילי הישראלי.

2. מעמד נפגעי עבירה בהליך הפלילי

(א) שורשי המגמה הכללית במשפט האנגלו-אמריקאי במסגרת המשפט הפלילי המודרני מבטא מינויו של תובע מטעם המדינה כתובע במשפט הפלילי את אינטרס הציבור שבהעמדה לדיון הפלילי, בהתאם להוראות סעיף 11 לחסד"פ. תפישה זו קיימת, כאמור, במסגרת המשפט הפלילי המודרני, אולם המשפט הפלילי הקלאסי העמיד את הסכסוך המשפטי (או הסכסוך בכלל – lis) בין קרבן העבירה לנאשם. המשפט הפלילי בתחילת הורתו של המשפט המקובל באנגליה²⁰⁵, למן ימי הרפורמה²⁰⁶ שערך המלך הנרי השני בשנת 1154, דומה היה להליך נזיקין, אשר במרכזו עומדת סוגיית הפיצויים לקרבן העבירה. כך התנהל המשפט הפלילי במסגרת המשפט המקובל האנגלי תקופה לא מבוטלת. עם היווצרות מעמד הפועלים, בעקבות המהפכה התעשייתית הראשונה באנגליה, בלט המחסור באמצעים פרטיים לעריכת חקירות והכנת הראיות למשפט הפלילי. מקובל להצביע על המהפכה התעשייתית הראשונה כגורם מרכזי למעבר המדינה הליברלית למשפט הפלילי המודרני, בו המדינה, כריבון וכבעלת המונופולין על הכוח, מנהלת את ההליך הפלילי נגד העוברים על החוק ומענישה אותם. למעשה, בכך הפך הריבון מפותר

204 שם, בע' 287–288.

205 צ'רצ'יל, לעיל הערה 23, שם.

206 *supra* note 24.

סכסוכים לצד בסכסוך. מעבר זה, מטבעם של דברים, החליש באופן ניכר את מעמדו של קרבן העבירה במסגרת המשפט הפלילי. מעמדו של קרבן העבירה מתמצה בהיותו "עד", המעיד כחלק מפרשת התביעה, ולא כצד ישיר מעורב. תפקידו של ה"עד" הנו להעביר את התרשמותו האישית באשר למצב הדברים העובדתי לבית המשפט הפוסק בסכסוך שבין המדינה לבין הנאשם. תפישה זו הנה התפישה המרכזית בעניין זה בדיון הפלילי. הד לתפישה זו נשמע גם בישראל, בפסיקת השופט שמגר בפרשת שנער²⁰⁷ כדלהלן:

"הגשת תביעה פלילית מבטאת את רצונו של הציבור בענישתן של תופעות מוגדרות, וגם העונש, המוטל בבית המשפט, אינו עניין בין הנפגע או הקורבן או בני־ביתם לבין הנאשם, אלא בין המדינה לבין מי שיצא חייב בדינו".

מהלך דברים זה הביא ליצירת פער גדל והולך בין האינטרסים של קרבנות העבירה לבין האינטרסים של המדינה²⁰⁸, ובכך הורחק, למעשה, הקרבן מן המשפט הפלילי כצד מעורב והפך להיות "צד" אובייקטיבי בדמותו של עד התביעה²⁰⁹. ייתכן, כי בכך הפך המשפט הפלילי המודרני להיות נטול שיקולי נקמנות של הקרבן ותחת זאת להיות משפט אנליטי המקדם את תפישת הצדק, בחברה הספציפית, מטעמים שהוכרו מלכתחילה בדיון הפלילי המהותי, ועל כך מברך הליברליזם הקלאסי. את מעורבותו של קרבן העבירה ניתן היה לאפשר במסגרת הליך אזרחי נגזר ונגרר, בו תבע קרבן העבירה את שווה־ערך נזקו, אולם בכך נזנחו, למעשה, שיקולי קיומו של המשפט הפלילי בין הצדדים הישירים לסכסוך כבימי תחילת הורתו של המשפט הפלילי.

פער זה שבין אינטרסי המדינה לאינטרסי הקרבן הביא לצמיחתן של תנועות, אשר קראו להשבת מעמד הצד הישיר של קרבן העבירה במשפט הפלילי. דוגמא מובהקת לכך הייתה הקמת תנועת ה־The Victims' Rights Movement בארה"ב בשנות ה־80 של המאה הקודמת²¹⁰. תנועות אלה הטיפו להתחשבות בצרכי הקרבן בנוסף להתחשבות הקיימת ממילא באינטרסים הציבוריים. מרבית ההצעות התרכזו בפונקציות המידע — מתן גישה נוחה לקרבן העבירה ביחס למידע אודות המשפט ואף נטילת חלק במשפט — לא כ"עד" בלבד, אלא לעתים אף כשותף בקבלת החלטות תוך הערמת קשיים על הנאשם באשר לגישה למידע אודות הקרבן. בקונטיננט האירופי

207 ר"ע 40/86 שנער נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (1) 237, 238.

208 ראו: E. Halevy *The Growth of Philosophic Radicalism* (London, 1960) 57.

209 ראו: J. Hagan *Victims Before the Law (The Organizational Domination of Criminal Law)* (London, 1983) 8.

210 ראו: S. S. Abramson "Redefining Roles: The Victims' Rights Movement" *Ut. L. Rev.*

A. M. Morgan "Criminal Law — Victims Rights: Remembering" (1985) 521–532.

34 *Stan. L. Rev.* (1987) 573, 593. the 'forgotten person'

נוסחו מספר הצעות²¹¹, אשר היו מכוונות בעיקרן כלפי בית המשפט נוכח שיטת הדיון הפלילי האינקוויזיטורית שם. לעומת זאת, בחלקים מגרמניה הונהגה שיטת דיון, לפיה לצדו של התובע הציבורי הועמד תובע פרטי מטעמו של הקרבן, אם כי בכפוף למגבלות דיוניות כבדות. מרבית ההצעות האמריקאיות התייחסו להיוועצות עם הקרבן ובייחוד באשר להסדרי טיעון, הנפוצים בארה"ב. מגמה זו נתנה אותותיה גם בישראל.

(ב) הרחבת מעמד נפגעי העבירה וביסוסו בעקבות מגמת הסובייקטיביזציה בישראל התפתחו תחילה כלים דיוניים לשימוש של קרבן העבירה. שני הכלים המרכזיים היו זכות הערר על החלטות התביעה, בהתאם להוראות סעיף 64 לחסד"פ והליך הקובלנה הפלילית הפרטית, בהתאם להוראות סעיף 68 לחסד"פ, אשר אפשר לקרבן העבירה לנהל את ההליך באופן עצמאי. עם זאת, הקובלנה הפלילית הפרטית הוגבלה מכוח התוספת השנייה לחסד"פ להיות חלופה לזכות הערר (ולא אפשרות מצטברת נוספת) ואשר עיקרה בעבירות בעלות אופי "פרטי" ועבירות קלות יחסית. כלים דיוניים נוספים הותקנו חליפות כאיסור חקירת עד בדבר עברו המיני בעבירות מין או כתסקיר קרבן, כפי שיובהר להלן.

עם זאת, חלחולה של התפישה האמריקאית, לפיה פונקציות המידע הן המהותיות בתפקודן עבור קרבן העבירה, נעשה בשלב מאוחר יותר. למעשה, מעמידות פונקציות המידע את קרבן העבירה במרכזו של ההליך הפלילי יחד עם הנאשם. לשם כך היה צורך ב"הבשלת הקרקע" על-ידי קבלתה והפנמתה, אם כי ההדרגתית, של מגמה כוללת בעלת אופי פרו-סובייקטיביסטי. מגמת הסובייקטיביזציה שימשה קרקע פורייה עבור זאת. כך, למשל, הוצע תיקון²¹² מס' 19 לחסד"פ, אשר העניק שיקול דעת, אם כי מוגבל²¹³, לאפשר לנפגע העבירה או ל"נציגו החוקי", "להעיר הערות על הסדר הטיעון שיוצע לנאשם" וכן ביחס למקומן של אותן "הערות" — "הערות הקרבן, אם ניתנו, יובאו בחשבון בשיקולי התובע ביחס להסדרי הטיעון". זאת, ללא כל הוראה מנחה בדבר משקלן של ההערות ונפקותה המעשית של ההיוועצות.

בנוסף, כללית, לעניין התערבות בהסדרי טיעון, פסק בית המשפט העליון בפרשת ביטון²¹⁴, כי כאשר מעורבות בית המשפט בהסדר הטיעון היא כה אינטנסיבית עד כי בית המשפט הופך עצמו, למעשה, למעין "צד" בהסדר הטיעון, הרי שיש להכיר באינטרס הסתמכות של הנאשם — סובייקטיבית — עד כי לא תוכל ערכאת הערעור להתעלם מאינטרס הסתמכות זה.

211 ראו, למשל: G. P. Fletcher *With Justice for Some: Victims' Rights in Criminal Trials* (Massachusetts, 1995) 193–197.

212 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 19) (הסדרי טיעון), התשנ"ה–1995, הצ"ח 360.

213 בסוג העבירות, בסוג נפגעי העבירה ובאופי ההתחשבות והיקפה.

214 ע"פ 6989/99 מדינת ישראל נ' ביטון, פ"ד נד (1) 226.

המשפט הישראלי הכיר טרם חקיקת חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001²¹⁵ (להלן – "חוק זכויות נפגעי עבירה"), כי הגורם המרכזי שבהגנה על קרבנות עבירה ונפגעה הוא המידע. מחד גיסא – נגישות הקרבנות למידע אודות ההליך הפלילי והתנהלותו, ומאידך גיסא – הערמת קשיים שבהשגת מידע אודות נפגעי העבירה. בפרשת פלוני²¹⁶ ביקש הנאשם לעיין בתיקיה של המתלוננת, אשר היו בידי התחנה לשירותים חברתיים, בתחנה לייעוץ נישואין, באגף לשירותים חברתיים ובבית חולים פסיכיאטרי, מתוך טענה, כי מדובר בחלק בלתי נפרד מחומר החקירה, אשר עליו חלות הוראות סעיף 74 לחסד"פ לעניין עיון בחומר החקירה. השופט טירקל פסק בעניין זה, כי באותו מקרה, מדובר במסמכים שבהם מידע על מצבה הנפשי של המתלוננת, על יחסי המשפחה שלה ועל מצבה הסוציאלית, בעבר ובהווה, וכן על אירועים מכאיבים שאירעו לה במהלך שירותה הצבאי לפני שנים רבות. חשיפת מידע כזה היא פגיעה חמורה ביותר בזכותו של אדם לכבוד ולפרטיות, ואין להתיר את החשיפה בטרם שמע בית המשפט את האדם העלול להיפגע, אפילו אין הוראה מפורשת בדין המורה על כך.

למעשה, הקנה בית המשפט זכות עמידה לקרבן בפני בית המשפט בערכאה הדיונית לעניינים הנוגעים ישירות אליו. במילים אחרות, בית המשפט הפך את מעמדו של נפגע העבירה הפלילית מ"עד" גרידא המעיד אודות נסיבות ביצוע העבירה לכדי צד של ממש, אשר מוטלת על בית המשפט החובה בדין לשמוע את נקודת המבט הסובייקטיבית שלו בעניין. בעניין ספציפי זה הורה בית המשפט אף לבטל את הוראת בית משפט קמא על מסירת מסמכים מסוימים. פחות משנה לאחר פסיקה זו נחקק חוק זכויות נפגעי עבירה, אשר מטרתו נוסחה כאיזון בין זכויותיהם הסובייקטיביות של נפגעי עבירות (קרבנות עבירה) ללא פגיעה בזכויות נאשמים כמו גם של חשודים ונידונים, דהיינו: זכויות הנאשם במובן הרחב – בכל שלבי ההליך הפלילי. הזכויות שקובע חוק זכויות נפגעי עבירה קשורות בחירויות הליברטריאניות (כקבלת מידע אודות ההליך וכהגנה פיסית מפני הנאשם במובן הרחב ועוד) מחד גיסא; וקשורות בזכויות הליברליות האגליטריות (השתתפות והבעת עמדה בענייני עיכוב הליכים והסדרי טיעון, סגירת דלתיים, הוראות מגבילות באשר לחקירת עבר מיני ועוד), מאידך גיסא.

דא עקא, שהחוק הגביל עצמו מראש לעבירות "מין" או "אלימות", כהגדרתן המדויקת בתוספת הראשונה לחוק. נראה, כי, למעשה, האיזון שבין האינטרסים שבסובייקטיביזציית מעמד הנאשם ומעמד הקרבן מצוי בהיקפה של התוספת הראשונה לחוק, המהווה את הבסיס לתחולתו של החוק. במקביל, כדי להסיר איומים מידיים, קבע המחוקק הסדרים שנועדו לפתור בעיות נקודתיות בטווחי זמן קצר. הדוגמא

215 ס"ח 183.

216 בש"פ 8467/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (2) 454.

המובהקת לכך מצויה בהוראות חוק למניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב–2001²¹⁷, אשר נועדו להסרת איום נקודתי כלפי אדם מצד גורמים עוינים לו, אף כי אין הדברים עולים כדי עבירה פלילית של איומים, תקיפה או עבירות הבזק. הוראות אלה מתווספות להוראות לטווח ארוך שבקידום מעמד הקרבן, דוגמת ההסדרים הדיוניים והראייתיים שבהוראות סעיף 187 לחסד"פ (הצגת תסקיר קרבן בעבירות מיין) או שבהוראות סעיף 2א לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), תשי"ח–1957²¹⁸ (איסור חקירת נפגע בדבר עברו המיני). הסדרים אלה ורבים אחרים מעלים את מעמד הקרבן בעבירה הפלילית ממעמד של "עד" גרידא, אשר מוטלת עליו החובה לסייע בידי בית המשפט להגיע לחקר האמת, לכדי סובייקט הנושא חשיבות ומעמד עצמאיים. באיסור החקירה על עברו המיני של נפגע העבירה מרחיק המחוקק, למעשה, את בית המשפט מחקר האמת על-ידי הסתרת פרטים מן האמת העובדתית המלאה מפני בית המשפט, אולם חקר האמת העובדתית האובייקטיבית הכללית ייסוג מפני מעמדו של הסובייקט — נפגע העבירה נוכח קבלתה וקידומה של מגמת הסובייקטיביזציה של המשפט הפלילי הישראלי ובעניין זה — יגדל מעמדו של הסובייקט — בין אם כנאשם ובין אם כנפגע עבירה — ביחס למעמד המוסדות וההסדרים האובייקטיביים. עם זאת, אין מעמדות אלה מקודשים. בית המשפט — היה ונותר — מחויב לחקר האמת האובייקטיבית בפוסקו את הדין. כך, למשל, סבר המשנה לנשיא ש' לוי, בדעת מיעוט, בפרשת יומטוביאן²¹⁹ באשר ליחסי הגומלין האפשריים שבין נאשם בעבירה לבין "קרבן" העבירה, כדלהלן²²⁰:

"קיימות סתירות בגירסאות שהמתלוננת מסרה במשטרה ובבית-המשפט לגבי המועד של אירוע האונס... אין להסביר סתירות אלה בכך שהמתלוננת היא אישה מבולבלת, שכן משיחת טלפון שהתקיימה בין המערער לבין המתלוננת עולה שאין מדובר באישה מבולבלת או רפת שכל אלא באישה שכוחה רב לה לאיים על המערער בביום עלילה כמשקל נגדי להאשמותיו. יש בכך כדי לפגום באמינות המתלוננת ולפיכך נוצר ספק סביר באשמת המערער באירוע האונס".

ואידך זיל גמור.

217 ס"ח 6.

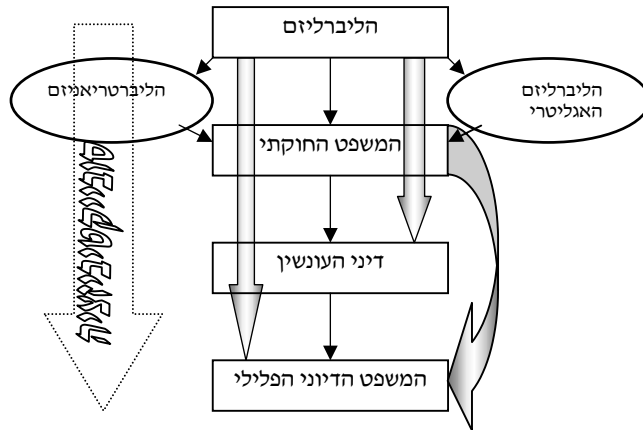
218 ס"ח 16.

219 עניין יומטוביאן, לעיל הערה 69.

220 שם, בע' 642. יוער, כי ציטוט עמדתו של המשנה לנשיא לוי מובאת מתוך דברי השופט זמיר, שעמד עליה וחלק עליה.

ח. סיכום

בבחינת מגמות התפתחות של המשפט הדיוני הפלילי נראה, כי קיימת התפתחות הדרגתית סדורה וקוהרנטית מן הרבדים המטה-משפטיים והטרומם משפטיים ועד לקביעת הסדרי חקיקת משנה מדויקים. הליברליזם, כפילוסופיה פוליטית, הצמיח איזונים ונקודות איזון אשר היטיבו להשליך על המשפט החוקתי במובנו הרחב. המשפט החוקתי, בהקשריו הספציפיים הרלוונטיים, הצמיח איזונים אשר הולידו עקרונות בדין המהותי בפלילים – עקרונות דיני העונשין. מתוך תובנות היסוד שבין משפט דיוני למשפט מהותי ויחסי הגומלין שביניהם יושמו עקרונות דיני העונשין במשפט הדיוני. המשפט החוקתי השפיע גם ישירות על המשפט הדיוני.



לעתים, במסגרת שיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות, נתפש המשפט הדיוני הפלילי כחלק מן המשפט החוקתי. תובנה זו בולטת במיוחד במשפט החוקתי האמריקאי²²¹, אך גם במשפט האנגלי²²². בישראל החלה תובנה זו לחלחל עם כינון חוקי היסוד משנת 1992, כפי שמתאר בית המשפט העליון בפרשת סילגדו כדלהלן:

”עם כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הפכו זכויות האדם המעוגנות בו לבעלות מעמד חוקתי-על-חוקי... בייחוד מורגשת קונסטיתוציונליזציה זו בתחום המשפט הפלילי... המשפט הפלילי, יותר מכל ענף משפטי אחר, קשור קשר אמיץ לחירותו האישית של הפרט. טבעי הוא שהאיזון החוקתי החדש בין

221 ראו, למשל: W. R. LaFave & d. J. H. Israel *Criminal Procedure* (2nd ed., West, 1992), 44-58.

222 ראו, למשל: Inns of Court School of Law *Criminal Litigation and Sentencing* (Blackstone, 1996), 9-10.

פרט לכלל, המשתקף במתן מעמד חוקתי לזכויות האדם, ישפיע במישרין על המשפט הפלילי²²³.

זאת, למרות התובנות שמן העידן שלפני חלחול הנורמות החוקתיות למשפט הפלילי — פורמאלית, כפי שמשתקף מדעת המיעוט של השופט שטרסברג-כהן בפרשה זו, כדלהלן:

“לעברייני זכויות אדם שיש להגן עליהן. האיזונים העדינים המצויים במשפט הפלילי מיועדים לעשות כן. חוק היסוד מגן ברמה החוקתית על זכויות האדם, ובכללן על זכויות העברייני, אלא שהגנה זו אינה צריכה לבוא על חשבון הסדר החברתי המתוקן המופר על-ידי העברייני ולא על חשבון זכויות האדם שבהן פוגע העברייני”²²⁴.

זוהי, כמובן, דעת מיעוט. למעשה, הנורמות המשפטיות המושפעות מן החוקתיות הליברטריאנית, כפי שהובהר לעיל, עולות למעמד נורמטיבי רם עד כדי היותן נקודות המוצא במשפט הפלילי, העובר מן ההיבטים הפורמאליים שלו לעבר שיח של זכויות. הדברים אמורים ביתר שאת במשפט הפלילי בשונה מן המשפטי האזרחי, כפי שמציין רשם בית המשפט העליון, עודד שחם, בעניין גל²²⁵ בהליך של בזיון בית המשפט בעניין דיוני של בקשה להארכת מועד להגשת בקשת רשות ערעור, כדלהלן:

“ההבדל בין ההסדרים שבסעיף 201 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] לבין תקנה 528 לתקנות סדר הדין האזרחי אינו מקרי. הוא משקף את השוני המהותי בין ההליך הפלילי לבין ההליך האזרחי. ההליך הפלילי הוא מיוחד. טמון בו, מעצם טיבו, פוטנציאל לפגיעה קשה בחירותו של אדם ולהכתמה קשה לא פחות של שמו הטוב. בשל כך, פעמים רבות יש בו היבט דומיננטי בקביעת גורלו ועצם מהלך חייו של אדם. בדרך-כלל מאפיינים אלה אינם מתקיימים בהליכים אזרחיים רגילים. על רקע זה מובנית בסדרי הדין הפלילי, ובכלל זה בבקשת ארכה, רגישות מוגברת למצבו של הנאשם (או הנידון). בגדר זה נקבעה מסגרת נורמטיבית ‘פתוחה’ יותר גם לדיון בבקשות למתן ארכה לצורך ערעור על פסק-דין”²²⁶.

נראה, אפוא, כי המימד הקריטי שבמשפט הפלילי השתלב היטב עם מגמת הסובייקטיביזציה של המשפט הפלילי על מכלול היבטיו של שילוב זה במשפט הדיוני הפלילי.

223 ע"פ 4424/98, 4713, 4779 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (5) 529, 539–540.
 224 שם, בע' 561.
 225 בש"פ 4445/01 גל נ' קצובשווילי, פ"ד נו (1) 210.
 226 שם, בע' 215–216.