

השערות חפות – המבחן הראוי – האם לקבלן, לדחותן או להפחית ממשקלן אם נמנע הנאשם מלהעלותן? (בעקבות ע"פ 5964/13 פרץ נ' מדינת ישראל)¹

מאת

דורון מנשה ואיל גרונר*

בהערת פסיקה זו אנו מבקשים לבחון בעין ביקורתית פסק דין של בית המשפט העליון בדבר הרשעה ברצח. אנו מבקשים לטעון כי בית המשפט שגה באי-קבלתו את קו ההגנה החלופי של המערער ובאי-הרשתתו של המערער בהריגה אלא ברצח. מסקנתנו זו מבוססת על כמה טיעונים:

ראשית, ניתוח נכון של חזקת הכוונה, שלפיה אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו, גורר מסקנה שאין להחיל חזקה זו בנסיבות העניין, שכן לדידנו, אי אפשר לגזור כוונה להמית אך מביצוע הדקירה, אלא יש לבחון גם את מודעות הדוקר לטיב המעשה.

שנית, את הטענה שלפיה לספק סביר צריכה להיות אחיזה בראיות, יש להבין במובן חלש (התיישבות עם הראיות) ולא במובן חזק (אחיזה בראיות או הישענות על ראיות שיש להניח שתימצאנה אם נניח חפות).

שלישית, הבנה נכונה של כלל ההיסק לחובה, שלפיו יש לפגוע במשקל הראיה כאשר זו לא הוצגה בהזדמנות הראשונה, שוללת פגיעה זו ככלל גורף. לדעתנו, במקרה דנן לא היה מקום שלא לקבל את קו ההגנה החלופי בשל שקרי המערער ובשל עדותו הכבושה.

רביעית, אנו מציעים מבחן כללי לקבלתן ולדחייתן של השערות חפות – מבחן שאנו מכנים אותו "אסטרטגיית ההכרעה הפלילית המצומצמת" – ולפיו יש לקבל השערות חפות שאינן נסותרות בראיות או נחסמות במה שאנו מכנים וממשיגים "חסמים". לדידנו, יש ארבעה חסמים: חסם שיטתי, חסם הסתברותי, חסם טבעי וחסם פרוצדורלי.

בפרשה דנן החסם הרלוונטי הוא החסם השיטתי, ולפיו אין לקבל השערות חפות הניתנות להכללה במקרים דומים. אנו דוחים קיומו של חסם שיטתי בנסיבות

1 ע"פ 5964/13 פרץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2015) (להלן: עניין פרץ).
* דורון מנשה, מרצה בכיר בפקולטה למשפטים שבאוניברסיטת חיפה, ראש תכנית LL.M בהתמחות בתורת השפיטה וההליך הפלילי. תחומי מחקרו: דיני ראיות, שיקול דעת שיפוטי בעניינים עובדתיים ודיון פלילי. מוסמך בפילוסופיה.
איל גרונר, תלמיד מחקר לתואר שלישי בפקולטה למשפטים שבאוניברסיטת חיפה. בוגר במדעי המדינה.

העניין וסוברים כי היה ראוי לקבוע כי יש ספק סביר לעניין רכיב "ההחלטה להמית" בעברת הרצח.

עם זאת אנו מעלים על נס את המהלך החשוב של בית המשפט לבחון טענות הגנה חלופיות גם כאשר הראיות הן ישירות, לאור הלוגיקה של קביעת העובדות. ההסבר שאנו מציעים להשאתו של בית המשפט את ההרשעה ברצח על כנה אינו הטיית האישוש, כפי שאולי היה ניתן להסיק ממהלכי בית משפט, אלא העובדה שקו ההגנה החלופי סתר קו הגנה קודם באשר לאירוע שהמערער היה בעל ידע אישי לגביו וכך שהמערער כבש את טענתו החלופית. חרף הסבר זה אנו סבורים כי בית המשפט שגה בהכרעתו.

מבוא. א. עובדות המקרה; קביעותיו של בית המשפט. ב. היזקקותו של השופט עמית לקו הגנה חיצוני. ג. הביקורת על השימוש בחזקת הכוונה. ד. "אחיזה" או "התיישבות" – מידת הקשר הראוי בין קו ההגנה החלופי לחומר הראיות;

1. ניתוח תאורטי; 2. ניתוח יישומי; (א) דחיית קו ההגנה החלופי בשל היעדר אחיזה בראיות כהטיית האישוש; (ב) ההסבר לקביעת בית המשפט בדבר היעדר אחיזה בראיות. ה. על היסק לחובת הנאשם בעקבות הימנעותו מלהציג טענות או ראיות; 1. ניתוח תאורטי; 2. ניתוח יישומי של השאלה אם כלל ההיסק לחובה אינו חוסם את זיכוי המערער מעבירת רצח – יישום בעניין פרץ. ו. **באילו תנאים השערת חפות צריכה להוביל לזיכוי?**; 1. מבוא; (א) ניתוח תאורטי – ארבעת החסמים; (ב) הטעמים לדחיית השערות חפות בראי החסם השיטתי; (ג) דחיית גישות חלופיות לאסטרטגיית ההכרעה המצומצמת; (ד) החסם השיטתי לאור התנהגות נמנעת המצדיקה היסק לחובה; 2. ניתוח יישומי; (א) האם טענת הכוונה לפצוע ולא להרוג נחסמת בחסם שיטתי?. סיכום.

מבוא

הכרעת בית המשפט העליון מפי השופט יצחק עמית בערעור שבנדון היא עקרונית מכמה בחינות. עניינה של רשימה זו למקד את תשומת הלב לחשיבותה ולנתח בביקורתיות את פרטיה והשלכותיה המעשיות.

ההכרעה האמורה בערעור דוחה את הערעור ומשאירה על כנה את הרשעת המערער ברצח. ברשימה זו נתמקד באופן שבו בחן בית המשפט העליון את קו ההגנה החלופי שהעלה המערער ודחה אותו לגופו. מהלך זה מעלה כמה סוגיות עקרוניות: ראשית, אופן השימוש בחזקת הכוונה, שלפיה חזקה כי אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות הנגרמות ממעשיו; שנית, עצם ההיזקקות של בית המשפט לקו הגנה חלופי בין שהראיות הן נסיבתיות ובין שהן ישירות; שלישית, הבנת הדרישה שספק סביר צריך להיות מעוגן בראיות; רביעית, ההסבר לכך שבית המשפט העליון דחה את הערעור לפי אמירות של בית המשפט, שלכאורה מצביעות על הטיית האישוש מצדו; חמישית, סוגיית ההצדקה

להסיק היסק לחובת המערער בשל הימנעותו מלהעלות טענות הגנה או להציג ראיות לחפותו; שיטת, השאלה באילו תנאים ראוי לקבל השערות חפות, ובאילו תנאים ראוי לדחות אותן.

מבנה הדיון:

הדיון יעסוק בכל אחת מהסוגיות העולות מפסק הדין בנפרד המשותף לכל הסוגיות הוא שכולן נוגעות לקו ההגנה החלופי שאותו בחן בית המשפט.

לכן לאחר הצגת עובדות המקרה וקביעות בית המשפט העליון נדון בעצם ההחלטה לדון בקו הגנה חלופי, שהוא קו הגנה שונה מקו ההגנה שנקט הנאשם. אנו נטען כי מוצדק שבית המשפט יבחן קווי הגנה חלופיים, ויעשה זאת בין שמדובר בראיות נסיבתיות ובין שמדובר בראיות ישירות.

לאחר מכן נדון בכמה ביקורות שנשמעו על פסק הדין. כל פרק ייוחד לביקורת אחת על פסק הדין. בכל ביקורת יש לראות ביקורת עצמאית ובלתי תלויה בביקורות האחרות. בחלק מן הפרקים נציג תחילה דיון תאורטי בסוגיה הנוגעת לביקורת, ולאחר מכן נעבור לדיון יישומי המחיל את מסקנות הדיון התאורטי על עניין פרץ.

הדיון הביקורתי הראשון נוגע בשאלת השימוש הנכון בחזקת הכוונה. אנו נטען כי אין תחולה להפעלת חזקת הכוונה באירוע הנדון.

זאת ועוד, נדון בביקורת מן הדרישה שספק סביר צריך להיות מעוגן בראיות. נפתח בדיון תאורטי, ובו נציע מובן חלש שלפיו הספק הסביר אך מתיישב עם הראיות, ומובן חזק שלפיו הספק צריך להיות נתמך בראיות. אנו נטען כי רק המובן החלש הוא המובן הראוי.

בהמשך נעבור לדיון היישומי בביקורת האמורה. נציג הסבר אפשרי שלפיו בית המשפט לקה בהטיית האישוש כאשר דחה את קו ההגנה החלופי בשל היעדר אחיזה בראיות. הטיית האישוש מתקיימת כשבית המשפט מחפש ראיות מפלילות במקום לחפש ראיות מזכות. אולם בהמשך נציע חלופה להסבר שלפיו בית המשפט לקה בהטיית האישוש.

נוסף על כך נדון בביקורת על הפעלת כלל ההיסק לחובה לרעת המערער. כלל ההיסק לחובה הוא הסקת מסקנה לחובת המערער בשל הימנעותו מנקיטת מהלך שמקדם את קביעת חפותו. נקיים דיון תאורטי כיצד ראוי להפעיל את כלל ההיסק לחובה בעקבות עדותו הכבושה של המערער ובעקבות גרסתו השקרית. נציע מובן חלש לכלל ההיסק לחובה, שהוא שונה מהדרך שבה הלכה הפסיקה. לאחר מכן נקיים דיון יישומי בכלל ההיסק לחובה, ונראה כי לא היה ראוי לדחות את קו ההגנה החלופי באמצעות כלל ההיסק לחובה.

לבסוף נדון בשאלה מהם הקריטריונים לקבלה או לדחייה של השערות חפות. במסגרת הדיון התאורטי נציע את אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת שלפיה יש לקבל השערות חפות שאינן נחסמות בחסם מן החסמים האלה: החסם השיטתי, החסם

ההסתברותי, החסם הטבעי והחסם הפרוצדורלי. בפרשה דנן החסם הרלוונטי הוא זה השיטתי, שלפיו יש לקבל השערות חפות בכל מצב שהן בנות-הפרכה ואינן ניתנות להכללה בכל סט חלופי של ראיות. נוסף על כך נצביע על היתרון של אסטרטגיית ההכרעה שלנו על פני אסטרטגיות הכרעה אחרות: הגישה הבייסיאנית-פסקליאנית וגישת ההסתברות האינדוקטיבית של ג'ונתן כהן.

במסגרת הדיון היישומי ניישם מסקנות אלה לפי המקרה הנדון ונגיע למסקנה כי דחיית הערעור על ההרשעה ברצח בטעות יסודה, וכי היה ראוי להרשיע את המערער בהריגה בלבד.

א. עובדות המקרה

אין חולק כי המנוח יצא מפתח חדר המדרגות בביתו כשפצע דקירה בחזהו, ושאחוריו יצא המערער. המנוח, אדם נוסף ששמו עידן, שעמד מחוץ לבניין, ואחיו של המנוח שהגיע במרוצה התנפלו על המערער והכו אותו. המערער נמלט מהמקום, ואילו המנוח התמוטט ונפטר.

אין חולק כי רק המערער והמנוח היו בחדר המדרגות שממנו יצאו כאמור, ואין חולק כי המנוח נדקר במהלך מאבק בין השניים.

לטענת המאשימה, בשל סכסוך שנתגלע בין המערער למנוח הצטייד המערער בסכין בעלת להב שאורכו 10 ס"מ וארב למנוח בחדר המדרגות של דירתו, וכאשר הגיע המנוח לקומה השלישית, דקר אותו בחזהו.

לגרסת המערער, המנוח חלף במכוניתו ליד ביתו של המערער, צפר לו פעמים מספר והזמין אותו לעלות לרכבו, אך המערער דחה את הזמנתו ואמר למנוח שיגיע לביתו רגלית. לגרסתו, כאשר הגיע במעלית לקומת דירתו של המנוח, הוא הבחין במנוח כשהלה יושב על גרם המדרגות, מחזיק בידו סכין ועסוק בחיתוך חשיש. כאשר הבחין המנוח במערער הוא ניסה לדקור אותו באמצעות הסכין, אך במהלך המאבק ביניהם נפלה הסכין על המדרגות. אז שלף המנוח סכין נוספת, ובמהלך ניסיונו של המערער להתגונן מפניו סובב את פרק ידו של המנוח והטה את להב הסכין כלפיו. בעודו אחוז בידיו של המנוח, מעד המערער לאחור ונפל על המדרגות, המנוח נפל עליו, והסכין חדרה לגופו.²

בשל חשיבות הדברים הביא בית המשפט את גרסת המערער בחקירתו כלשונה, וכך נעשה אנו, כדלהלן:

"...אבי (המנוח – י"ע) ישב על גרם המדרגות לקומה 4 שאלתי את אבי למה הוא קרא לי ומה הוא צריך ... לא זוכר את המילים שהוא אמר. אבי

2 שם, סעיפים 1–2 לפסק דינו של השופט עמית.

אמר שהוא רצה לסגור עניין ישן, לדבר על עניין ישן לא זוכר בדיוק ... אבי קם לעברי והמשיך להחזיק את הסכין ביד, אבי עשה צעד וחצי לכיוון שלי קצת נבהלתי לא היה לי לאן ללכת, המעלית כבר ירדה מזמן, פשוט אחזתי לו את הידיים ונכנסנו לתוך חדר המדרגות, קצת נאבקנו על הסכין, כמה רגעים ... את הסכין הזו הוא החזיק ביד ימין. אחרי כמה רגעים של ויכוח על הסכין, הסכין נפלה לו מהיד למדרגה השנייה או השלישית ... הוא נתן לי מכה בפנים והדף אותי ממנו. כשהתאוששתי מהמכה גם הייתי קצת שיכור ראיתי אותו מחזיק סכין ביד ימין ... לא זוכר מאיפה הוא הוציא אותה, אבל הוא הוציא אותה מהחלק האחורי של גופו. יכול להיות שבחקירה שיערתי שהוא הוציא את הסכין מהכיס ... אבי חסם את המדרגות שיוורות לקומה השנייה, תפסתי לאבי את יד ימין בעזרת יד שמאל. אבי החזיק את הסכין ביד ימין, ביד ימין שלי שילבתי אצבעותיו ביד שמאל שלו וככה נאבקנו על הסכין ... חצי דקה דקה, אבי ניסה להדוף אותי. בשלב מסוים איבדתי שיווי משקל ונפלתי לכיוון גרם המדרגות שעולה לקומה רביעית. אבי נפל איתי. החזקתי לו את שתי הידיים וכשנפלתי הוא איבד שיווי משקל ונפל יחד איתי. אחרי כמה רגעים אבי קם מהמדרגות, הוא קם מעלי והחזיק את צד שמאל של הבטן, היה לו כתם של דם באזור הצלעות על החולצה הלבנה, נבהלתי, שאלתי אותו מה קרה לו, הצעתי לסייע לו, אבי התחיל לרוץ במדרגות...³.

חזית המחלוקת בין הצדדים הייתה אם המנוח נדקר בידי המערער במתכוון לאחר שהלה ארב לו, או שמא המנוח הוא שארב למערער ובתוך כדי המאבק מעד ונפל על להב הסכין, וזו חדרה לבית החזה שלו.⁴

נוסף על זה, אנו מוצאים חשיבות בתיאור הדברים האלה:

לאחר שהמערער הגיח מפתח הבניין ונמלט מידיהם של עידן ומשה שהכו אותו, הגיע המערער לבית אמו כשהוא זב דם מראשו. לאחר עשרים דקות של שהייה בבית אמו התקשר המערער אל אמיר וביקש ממנו כי יגיע אליו לביתו. אמיר הגיע, הסיע את המערער לביתו שלו ואחר כך הסיע אותו לקריית שלום, שם שהה המערער בביתו של חבר של אביו.⁵

אמיר העיד בבית המשפט בזו הלשון:

"ישנתי, ישנתי, שבת בבוקר, התקשר אלי הנאשם. ביקש שאני אבוא, אקח אותו מהבית. הוא נשמע לחוץ. שאלתי אותו למה. הוא אמר לי שרב

3 שם, בסעיף 2 לפסק דינו של השופט עמית.
4 שם.
5 שם, בסעיף 7 לפסק דינו של השופט עמית.

עם אנשים וחזר הבית. אמא שלו ראתה אותו ורצתה להביא לו משטרה הביתה. אז הוא רצה לצאת. ירדתי לקטנוע, נסעתי אליו הבית, הוא חיכה לי בחוץ, עלה לקטנוע נסענו אלי הבית. עלינו הבית. היה לי איזה מזרן בחוץ. הכנסתי אותו, שאלתי אותו 'מה קרה לך?' הוא אמר לי שוב פעם: רבתי עם אנשים... ראיתי אותו קצת חבול בפנים, עם קפה על הראש. והלכנו לישון. הלכנו לישון, בצהריים קמנו מצלצול של הטלפון שלו. אחותו התקשרה אליו... ואז הייתה לו תגובה כזאת של 'מה הוא מת?' ואז הבנתי מה מדובר. הבנתי במה מדובר, התנתק לו הטלפון... הוא נתן לה את המספר שלי. היא התקשרה אלי לטלפון... התחיל לדבר איתה על המקרה... תוך כדי לקחתי לו את הפלאפון וביקשתי ממנה לא לדבר איתו על הנושא בטלפון ובטח לא בטלפון שלי וזהו. כשהוא סיים לדבר בטלפון ביקשתי ממנו לארוז, לקפל את התיק שלו... ושיחליט לאן הוא רוצה אני אקח אותו...

... הוא סיפר לי שהוא חזר מחבר שלו בקריית שלום... ושאלתי אותו אם חיכו לו אנשים מתחת לבית הוא אמר לי 'לא, הוא גר באזור שלי ואני הלכתי אליו הבית' הוא אמר לי 'אז התחילו לתקוף אותי שלושה אנשים, תקפו אותי עם בלוקים, נתתי לאחד מהם דקירה וברחתי משם'.

ואז שאלתי אותו 'איפה נתת לו אותה' הוא אמר לי 'מתחת לצלעות' והוא תיקן את עצמו ואמר: 'לא, לא בצלעות נראה לי'. וזהו"⁶.

אמיר העיד כי שמע את המערער אומר לאחותו את המילים "סכין מטבח". לשאלת אמיר על הרקע למריבה סיפר לו המערער:

"שאת הבחור הוא הכיר מזמן והיה לו איתו סכסוך והוא, הנאשם, הרבה זמן תכנן לו את זה. הוא, הנאשם אמר לי: 'זו נקמה' ושאלתי אותו על מה אז הוא אמר לי: 'לפני כמה זמן ישבתי עם בחורה בגינה, הוא המנוח בא לשם, הוא התחיל לצעוק עלי'. כך סיפר לי הנאשם – ולקח את הבחורה והלך משם".

"אני בטוח שהוא אמר שזו נקמה. אני בטוח שהוא אמר לי שהוא תכנן את זה. אני לא יודע איך הוא התחיל את המשפט באילו מילים הוא השתמש אבל זה שהוא אמר לי שזו נקמה ושהוא תכנן את זה – בזה אני בטוח."⁷

6 שם, בסעיף 8 לפסק דינו של השופט עמית.
7 שם (כלומר: בעניין פרץ, בסעיף 8 לפסק דינו של השופט עמית).

כאשר אמיר העיד מול חוקריו, צלצל הטלפון הנייד שלו, ועל הקו היה אדם שהציג עצמו כחבר של המערער. אותו אדם אמר לאמיר כי המערער ביקש ממנו למסור לאמיר כי עליו לשבור את כרטיס ה"סים" ולהיעלם. הטלפון שממנו התקבלה השיחה הוא טלפון ציבורי באגף 2 בבית המעצר אבו כביר. כאשר הופגש המערער עם אמיר למחרת במסגרת העימות ביניהם, וכאשר השוטרים יצאו מהחדר, אמר המערער לאמיר בלחישתו כי שלח מישהו שיתקשר אליו. בהמשך אמר לו: "אמרתי לך שבור את הסים". שיחת הטלפון לאמיר בוצעה מיד בהמשך לחקירת המערער, שממנה הסיק המערער כי המשטרה יודעת על אמיר ועל שיחת הטלפון שקיים עמו ביום שבת.⁸

אמיר חזר על גרסתו שלפיה אמר לו המערער שדקר את האדם שעמו התעמת, וכי תכנן זאת זמן רב קודם לכן כנקמה. אמיר הטיח את הדברים במערער, אך המערער העדיף לשתוק ואף הכחיש עד לאותו שלב כי הגיע לאמיר ביום האירוע וטען כי נרדם בחורשה. במהלך העימות בין המערער לעמית יצאו השוטרים יציאה יזומה בשתי הזדמנויות, ואלה היו חילופי הדברים:

"אמיר: אתה לא נורמאלי, מה קורה איתך אפילו. אני צריך לצאת מהעבודה לבוא לשטויות האלה?
הנאשם: אמרתי לך תשבור את הסים, שבור את הסים.
אמיר: לא הבנתי. הייתי בכוון, תגיד לי מה עכשיו, אני צריך להסתבך, מה במקום להיות בעבודה, בחייאת שלום? אתה לא נורמלי אתה.
הנאשם (לוחש): אתה לא יודע מה קרה.
אמיר: (מתקרב לעבר הנאשם) לא הבנתי.
הנאשם (לוחש) אתה לא יודע מה קרה.
אמיר: מה כאילו להגיד שאני לא יודע מה קרה.
נאשם (מהנהן בראשו).
אמיר: "למה באת אלי בבוקר?
הנאשם: ששש... יש פה האזנות".
נאשם: "למה אמרת דקרת איזה מטומטם.
אמיר: מה אתה רוצה שאני אשקר?
הנאשם: לא יודע.
אמיר: אתה רוצה שאני אסבך את עצמי, אעזוב את העבודה, אעזוב הכל, אכנס לכלא איתך?"

נאשם: לא יודע.

אמיר: אני לא יכול לשקר, שלום, הם לא טיפשים, מה חשבת בחייאת שלום, אני מכיר אותך בסך הכל שבועיים שלוש ... בשביל מה באת אלי בהתחלה בשביל מה שיקרת לי. אם היית אומר לי בטלפון שלום בבוקר מדבר איתי 'תשמע דקרת בן אדם אתה יכול לבוא לקחת אותי? לא הייתי חושב פעמיים, הייתי אומר לך 'תשמע שלום, מצטער, אין לי קשר לדברים האלה'.

הנאשם: אל תדבר פה יותר, אל תדבר".⁹

קביעותיו של בית המשפט

בית המשפט (מפי השופט י' עמית) דחה את הגרסה העובדתית של המערער. עם זאת בחן השופט קו הגנה חלופי שלפיו לא התקיים הרכיב "ההחלטה להמית" לצורך היסוד הנפשי של כוונה תחילה הדרוש בעברת הרצח. הרציונל הבסיסי, לשיטתו של עמית, הוא שאין טעם להרשיע ולהעניש נאשם בעברה שיוחסה לו אך משום שנדחה קו הגנה קיצוני ושקרי שנקט.¹⁰ עם זאת השופט עמית מסייג את האפשרות להיזקק לקו הגנה כזה וליתן לו תוקף בתנאי שיהיה סביר ואחוז בראיות אשר נתבררו במשפט.¹¹ על פי קו ההגנה החלופי, המערער אכן ביקש לפגוע במנוח אך לא גמר בדעתו לדקור אותו למוות.

נימוק אחד לדחיית קו ההגנה החלופי הוא הכחשת המערער בחקירתו הנגדית. בחקירתו הנגדית נשאל המערער אם ייתכן כי הגיע לביתו של המנוח מצויד בסכין, דקר אותו אך לא נתכוון לגרום למותו אלא רק לפצוע אותו. על כך השיב המערער: "לא יצאתי עם סכין מהבית, לא התכוונתי לדקור אותו ולא להרוג אותו ולא לפצוע אותו. לא התכוונתי לפגוע בו כלל". התובע המשיך ושאל:

"ש: האם יכול להיות שהיה דם רע בינך לבין אבי, לא חשוב על מה ואתה כעסת עליו והוא עליך, ומאיזו סיבה החלטת שצריך להפסיק את זה וצריך להוריד אותו מהגב שלך ואמרת לעצמך מאיזו סיבה שלא ברורה שזו הדרך היחידה שלך לעשות את זה ואתה הלכת והפתעת אותו, לא התכוונת לגרום למותו, רצית לפצוע אותו או לאיים עליו או משהו אחר,

9 שם, בסעיף 9 לפסק דינו של השופט עמית.

10 השופט עמית מסתמך בעניין זה על הכרעת בית המשפט: ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פסקאות 163–181 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 2011) (להלן: הכרעת בית המשפט העליון בעניין קצב).

11 שם, שם.

אפילו היית אדיש לעובדה שימות או שלא ועל רקע הזה דקרת אותו בלי כוונה לרצוח אותו?

ת: לא יכול להיות. לא היה דם רע ביני לבין אבי.¹²

השופט עמית דחה קו הגנה זה על יסוד "חזקת הכוונה", שהיא חזקה עובדתית שלפיה אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו. בית המשפט הגיע לכלל מסקנה כי נעיצת סכין בחזהו של אדם מקימה את חזקת הכוונה, שהרי מדובר בדקירה באזור רגיש. בחזקה זו מועבר הנטל לנאשם לעורר ספק סביר שמא בכל זאת לא התכוון לקטול את המנוח.¹³ בית המשפט קבע כי מדוח הפתולוג עולה כי כמעט לא נמצאו סימני חבלה על המנוח, למעט פצעי שפשוף במרפק ובכתף שמאל, ממצא שאינו עולה בקנה אחד עם התיאור הדרמטי של מאבק בין השניים. אפילו אם נראה בפצעי השפשוף ראייה למאבק, ייתכן כי לאחר שהמערער דקר את המנוח היישר בחזהו, ניסה המנוח להיאבק עמו רגע קל ולאחר מכן נמלט במורד המדרגות. הסבר חלופי נוסף הוא כי המנוח נפגע במהלך ההתכתשות ביניהם מחוץ לחדר המדרגות.¹⁴

בית המשפט מזכיר כי המערער לא ידע כי ייתקל בעידן, ולכן דקירה אחת בלב יכולה להשיג את המטרה, והמערער יוכל להסתלק לאט מן הבניין כשראשו מכוסה בקפוצ'ון. גם הסימנים על גופו של המערער אינם מעידים על מאבק בינו למנוח, ולרופא שבדק אותו סיפר המערער כי "שבועיים קודם לאירוע החליק על הכביש ונחבל בגב ובברכיים".¹⁵

בית המשפט קבע כי העובדה שהמערער לא רץ אחר המנוח בסכין שלופה היא הנחת המבוקש היות שלא ידוע מתי השליך המערער את הסכין למרתף. המערער עצמו העיד כי רדף אחרי המנוח במהירות רבה, והדבר מסביר מדוע לא עלה בידו לדקור אותו פעם נוספת.¹⁶

בית המשפט סמך ידיו על קביעת בית המשפט המחוזי, כי התבטאותו של המערער בשיחה עם אחותו "מה הוא מת?" אינה מעידה שהמערער הופתע או שלא התכוון לגרום למות המנוח. אין זה ברור באיזה טון נאמרו הדברים. ייתכן שהמערער ביקש להסתיר דברים מאחותו, וייתכן שבאמת הופתע ממות המנוח לאחר שהמנוח הצליח להימלט ממנו בריצה במורד שלוש קומות ואף לתקוף אותו מחוץ לבניין.¹⁷ על בסיס סתירה עובדתית זו דחה בית המשפט את קו ההגנה החלופי של המערער. בית המשפט מצא חיזוק לעמדתו בעדותו של אמיר, שאותו הכיר המערער היכרות

12 עניין פרוץ (לעיל, הערה 1) בסעיף 23 לפסק דינו של השופט עמית.

13 שם, בסעיף 25 לפסק דינו של השופט עמית.

14 שם, בסעיף 26 לפסק דינו של השופט עמית.

15 שם, שם.

16 שם, בסעיף 28 לפסק דינו של השופט עמית.

17 שם, בסעיף 29 לפסק דינו של השופט עמית.

מוקדמת שטחית. אותו אדם העיד שהמערער הודה בפניו כי דקר את המנוח כנקמה ומתוך תכנון, וכן שדקר את המנוח "מתחת לצלעות". לאחר דברים תיקן עצמו המערער ואמר: "לא, לא בצלעות נראה לי". וזהו.¹⁸

לסיכום, בית המשפט דחה את טענות המערער על פי קו ההגנה שלו ובחן את קו ההגנה החלופי, שלפיו המערער אכן ביקש לפגוע במנוח אך לא גמר בדעתו לדקור אותו למוות. בית המשפט דחה גם קו הגנה חלופי זה. לבחינת ההיזקקות לקו הגנה חלופי נפנה עתה.

ב. היזקקותו של השופט עמית לקו הגנה חיצוני

אנו מבקשים לשבח את בית המשפט (השופט עמית) על עצם דיונו בקו הגנה חלופי הגם שהראיות שלפניו אינן נסיבתיות גרידא. על אף ביקורתנו את ניתוחו של בית המשפט אנו רואים בעצם בחינת קו ההגנה החלופי משום התקדמות ניכרת בהבנה הנכונה, לדעתנו, של בחינת הספק הסביר. עניין זה רחוק מלהיות מובן מאליו, ועל כן נפרט קמעא כאן.¹⁹

במקום אחר בחן אחד ממחברי רשימה זו את חובת בית המשפט לבחון מיזמתו קו הגנה חלופי.²⁰ נסכם את הממצאים שנמצאו שם:

בפסיקה הישראלית ניתן למצוא גישות שונות לחובתו של בית המשפט לבחון קווי הגנה חלופיים.

מצד אחד קיימת גישה השוללת את האפשרות שבית המשפט יזדקק מיזמתו לקווי הגנה חלופיים. גישה זו נקבעה בבית המשפט המחוזי בעניין **קצב**, שהעדיף את הגישה שהגדירה גישה "הפוקדת על הנאשם את עוון שקריו".²¹ בית המשפט המחוזי הדגיש כי כאשר הנאשם בוחר בקו הגנה, דבק בו בעיקשות ואינו חוזר בו מדבריו, וקו הגנה זה מתברר כשקרי, אין מקום לבחינת קו הגנה חלופי. גישה זו קיבלה חיזוק מסוים בעניין **רפאילוב**.²² הגישה קיבלה משנה תוקף עם אזכורה בעניין **פלוני**.²³ עם זאת בית המשפט ציין כי בעניין זה נוהגות גישות שונות.²⁴

18 שם, בסעיף 30 לפסק דינו של השופט עמית.
 19 דורון מנשה, "זה לא זה" הרהורים נוספים בעקבות הרשעת אולמרט בפרשת הולילנד", **עלי משפט יב** (תשע"ז) 107.
 20 שם, בעמ' 120 ואילך.
 21 תפ"ח (ת"א) 1015/09 **מדינת ישראל נ' קצב**, בעמ' 120 (פורסם בנבו, 2010).
 22 ע"פ 6952/07 **רפאילוב נ' מדינת ישראל**, פסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 2010); מנשה (לעיל, הערה 19).
 23 ע"פ 7508/10 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בסעיף 22 לפסק דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 2012) (להלן: **עניין פלוני 1**); מנשה (לעיל, הערה 19).
 24 **עניין רפאילוב** (לעיל, הערה 22) פסק דינה של השופטת נאור; **עניין פלוני 1** (לעיל, הערה 23), פסק דינו של השופט זילברטל; מנשה (לעיל, הערה 19).

באשר לגישה המחייבת את בית המשפט לבחון מיזמתו קווי הגנה חלופיים גם אם הנאשם לא העלה אותן, כך נקבע בעניין **בן סימון** מפי השופט רובינשטיין:

"גירסה שקרית של נאשם אינה מטילה, מינה וביה, חובה על בית המשפט להעלות גרסאות אחרות שיש בהן כדי לגרום לזיכוי. ואולם, ייתכנו מקרים בהם יהא על בית המשפט לבחון אפשרויות סבירות שונות, אף אם לא הועלו על ידי הנאשם ואין הן מתיישבות עם קו ההגנה שבחר הנאשם... אכן ראוי, כי גם במקרה בו ברור לבית המשפט שהגרסה אותה מסר הנאשם שקרית היא, ייבחן את מכלול הראיות נגדו בקפידה, שמא עולה ספק סביר באשמתו... במקרים בהם ניתן להסביר את הראיות על דרך תרחיש תמים, יש לזכות את הנאשם מחמת הספק."²⁵

גם בעניין **מקדאד** קבע השופט (כתוארו אז) גרוניס את חובתו של בית המשפט לבחון טענות הגנה חלופיות אף אם הנאשם לא העלה אותה, ואף אם ההסברים החלופיים אינם עולים בקנה אחד עם טענות ההגנה:

"על בית המשפט לשאול עצמו אם הנסיבה או הנסיבות שהוכחו פותחות פתח למסקנה שונה מזו שהתביעה טוענת לה, קרי מסקנה שאינה מפלילה, לפיכך נאמר כי כאשר מוצגות ראיות נסיבתיות של ממש לחובתו של הנאשם, עליו ליתן הסבר תמים, שאינו מסבכו בעבירה... עם זאת אף אם הנאשם איננו מציע הסבר המתיישב עם חפותו, על בית המשפט לבחון מיוזמתו שלו הסברים אפשריים כאלה... יתרה מזו, על בית המשפט לבחון אפשרויות סבירות שונות, אפילו אין הן מתיישבות עם טענות ההגנה... במקרים שניתן להסביר בהם את הראיות הנסיבתיות על דרך תרחיש תמים, יש לזכות את הנאשם מחמת הספק."²⁶

השופט דנציגר קבע בהחלטתו בבקשת קצב לעיכוב הביצוע של עונשו כי "...הקישור בין שקריו של המבקש לבין בחינת היתכנותה של טענת הגנה חלופית עשוי להסתבר בדיעבד כבעייתי לכאורה, זאת בהיקש מההלכה לפיה יש להיזהר מפני השתתת הרשעתו של נאשם על בסיס שקריו..."²⁷

25 ע"פ 9613/04 **בן סימון נ' מדינת ישראל**, פסקה ט' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2006); מנשה (לעיל, הערה 19).

26 ע"פ 1888/02 **מדינת ישראל נ' מקדאד**, פ"ד נו(5) 221, בעמ' 228 (2002); מנשה (לעיל, הערה 19) בעמ' 122.

27 ע"פ 3372/11 **קצב נ' מדינת ישראל**, פסקה 51 להחלטת השופט דנציגר (פורסם בנבו, 2011) (להלן: עניין **קצב, החלטה בדבר עיכוב ביצוע**); ע"פ 5582/09 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 13 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2010); ע"פ 8002/99 **אלי בכר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(1) 135 (2001); ע"פ 426/67 **בארי נ' מדינת ישראל**, פ"ד

השופט דנציגר קבע כי חובה על בית המשפט לבחון את היתכנותה של טענת הגנה חלופית העולה מהעובדות המוכחות לפניו גם כאשר קו ההגנה של הנאשם קרס, וגם כאשר הנאשם נמנע מלהעלות את טענת ההגנה החלופית.
השופט דנציגר קבע כי –

“לאור הזרם הפסיקתי... אשר לפיו בנסיבות מסוימות אף אם הנאשם עצמו לא העלה את טענת ההגנה החלופית על בית המשפט לבחון את היתכנותה, ולאור העובדה כי מהכרעת הדין עולה כי המבקש העלה בעצמו, אמנם בעקיפין ובמשתמע את גרסתו החלופית... סבורני כי החלטתו של בית המשפט המחוזי לדחות על הסף את טענתם החלופית של באי כוח המבקש, טעונה ליבון נוסף על ידי ערכאת הערעור ככל שהמותב שידון בערעור גופו יסבור כי יש להיזקק לה”²⁸.

בעניין פאטיר קבע השופט קדמי את חובת בית המשפט לבחון מיוזמתו טענות הגנה של הנאשם כחובה הנגזרת ממידת ההוכחה בפלילים, וכי חובה זו אינה בגדר חובה מצד בית המשפט לשמש סנגור לנאשם:

“כוחו של בית המשפט לטעון לנאשם טענות הגנה, שנמנע מן הנאשם מלהעלותן לנוכח קו ההגנה שנבחר על ידו, נגזר מחובתו הבסיסית שלא להרשיע נאשם שבפלילים אלא אם כן: ראשית – יש בראיות שבאו בפניו כדי להוכיח במידה מספקת את כל יסודותיה של העבירה המיוחסת לו; ושנית – אין בראיות אלו – על פניהן – כדי לבסס קיומה של הגנה שהנאשם זכאי ליהנות הימנה. בעשותו שימוש בכוח האמור, אין בית המשפט הופך סניגור לנאשם או טוען מטעמו, אלא אך ממלא את חובתו, שלא להרשיע נאשם במקום שהראיות שבאו בפניו מקימות – על פניהן – הגנה לזכותו, שהוא, מכורח הנסיבות, אינו יכול להעלותה מצידו”²⁹.

כב(1) 477, בעמ' 483 (1968), שם קבע השופט לנדוי כדלהלן: “עלינו לנהוג זהירות בהעמדת ההרשעה אף במקצת על כך, שהנאשם נתן הסבר אשר נמצא כוזב, פן ניכשל באחד הימים בהרשעת אדם חף מפשע”; להרחבה ראו: ע"פ 10479/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 2009) (להלן: עניין פלוני); עניין בן סימון (לעיל, הערה 25); עניין מקראד (לעיל, הערה 26); מנשה (לעיל, הערה 19) בעמ' 121.

28 עניין קצב, החלטה בדבר עיכוב ביצוע (לעיל, הערה 27) פסקה 54 להחלטת השופט דנציגר; מנשה (לעיל, הערה 19).

29 ע"פ 4736/91 פטאיר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1994); מנשה (לעיל, הערה 19) בעמ' 126.

ניתן לכאורה להבחין בין שני מצבים שבהם מתבקשת היזקקותו של בית המשפט לקו הגנה חלופי: במצב האחד, הקל, קו ההגנה החלופי אינו עומד בסתירה לקו הקודם, למשל כשנאשם טוען לחוסר ידיעתו בדבר ההתרחשות שבעניינה הוא נאשם.³⁰ במקרה זה נראה לנו כי הנאשם ממילא יוכל לטעון לגרסה החלופית. לעומת זאת מצב שונה הוא כאשר הנאשם נזקק לקו הגנה חלופי הסותר חזיתית את הקו הקודם שלו, וברור כי במצב זה אכן יש לנאשם הישיר ידיעה אישית והיכרות אינטימית עם נסיבות ההתרחשות של המעשה.³¹ במצב זה קשה יותר לכאורה להצדיק את היזקקותו של בית המשפט לקו ההגנה החלופי.³²

אולם על פי גישתנו, גם במצב השני דלעיל חובה על בית המשפט לבחון קו הגנה חלופי. חובה זו מוצדקת בשל אסטרטגיית ההכרעה במשפט הפלילי, המטילה את עיקר סיכוני המשגה על התביעה. עקרון מקסום ההגנה על חפים מפני הרשעות שווה מחייב לבחון השערות חפות חלופיות גם אם הנאשם לא העלה אותן. היות שייתכן כי מסיבות שונות נאשם חף לא יעלה השערת חפות, שעשויה להועיל לו, הימנעות מבדיקת השערות חפות שהנאשם לא העלה מסכנת ללא הצדקה נאשמים חפים בהרשעות שגויות. בדיקת השערות חפות שהנאשם לא העלה אינה מסכנת את האכיפה היעילה של המשפט הפלילי, מפני שאם תימצא ההשערה שתיבדק ראויה להתקבל, משמעות הדבר שבמקרה זה מוצדק זיכוי בשל הקצאת סיכוני המשגה במשפט פלילי. אם תימצא ההשערה כלא ראויה להתקבל, ממילא תהיה הרשעה וייאכף המשפט הפלילי.

לעומת זאת בפסק הדין שדחה את ערעורו של קצב הבחינה השופטת (כתוארה אז) נאור כי "...בניתוח ראיות נסיבתיות בית המשפט שוקל כל תרחיש אפשרי ורק אם המסקנה המרשיעה העולה מן הראיות הנסיבתיות היא המסקנה האחת והיחידה העולה מן העובדות שנקבעו – יוכל בית המשפט להרשיע. ...לא כך דרך הניתוח כאשר קיימות ראיות ישירות".³³

30 כזה הוא המקרה כאשר האישום הוא בגין שוחד המבוצע באמצעות אדם אחר, קרי שמקבל השוחד הנטען ומקבל המתת אחד הם. ראו: מנשה (לעיל, הערה 19) בעמ' 123; גם במשפט האזרחי מצינו בתקנה 72(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 2), התשמ"ד-1984, ק"ת 1228, כי "בכתב טענות אין לטעון כנגד אותו בעל דין טענות עובדתיות חלופיות, אלא אם כן הצהיר הטוען כי העובדות כהווייתן אינן ידועות לו".

31 אלו הנסיבות של הלכת קצב, שבה הכריע בית המשפט העליון לעניין הקו החלופי של יחסים אינטימיים בהסכמה: עניין קצב (לעיל, הערה 10), בפס' 163-181 לפסק דינה של השופטת נאור.

32 עניין פטאיר (לעיל, הערה 29) (דברים אלו עלו בפסק הדין כאשר בית המשפט מתייחס לטענות הגנה שהנאשם נמנע מלהעלותן); ראו: מנשה (לעיל, הערה 19) בעמ' 125-126.

33 הכרעת בית המשפט העליון בעניין קצב (לעיל, הערה 10) פסקה 11 לפסק דינה של השופטת נאור; מנשה (לעיל, הערה 19) בעמ' 122.

לא כל הפסיקה התומכת בהעלאת גרסאות עובדתיות שלא הנאשם העלה הגבילה את ההלכה להכרעת דין שבה הראיות הן נסיבתיות בלבד.³⁴ עם זאת בעניין **בן סימון** הבחין השופט רובינשטיין בין ראיות נסיבתיות לראיות ישירות. הוא אמנם לא פסל קו הגנה חלופי כאשר מדובר בראיות ישירות, אך קבע כי כאשר הראיות הן ישירות, הקושי לקבל גרסה חלופית הוא רב בהרבה.

”כאשר בפני הערכאה הדיונית עמדו עדויות ראייה ישירות, קבלתה של גירסה חלופית המועלית בערכאת הערעור תהיה קשה עשרת מונים מאשר מקרה בו הונח לפני הערכאה הדיונית אך מכלול של ראיות נסיבתיות”.³⁵

השופט (כתוארה אז) נאור מצטט בעניין ערעורו של קצב פסיקה שלפיה כאשר בית המשפט היה מוכן לבחון קווי הגנה חלופיים, היה הדבר במקרים שבהם הראיות היו נסיבתיות ולא ישירות.³⁶

לדעתנו ראוי לבחון השערות חפות שהנאשם לא העלה הן כאשר לראיות נסיבתיות והן כאשר לראיות ישירות.

ראיה ישירה מוכיחה במישרין עובדה מן העובדות השנויות במחלוקת. ראיה נסיבתית מוכיחה את קיומה של נסיבה שממנה ניתן להסיק מסקנה על עובדה השנויה במחלוקת.³⁷ לדעתנו מהבחנה זו בין סוגי הראיות אין עולה כל בסיס לבחון קווי הגנה חלופיים רק כאשר הראיות הן נסיבתיות ולא ישירות.

ראשית, הפסיקה קבעה כי אין מניעה להרשיע נאשם על יסוד עברות נסיבתיות בלבד, ומכאן שהכוח הראייתי של ראיות ישירות ושל ראיות נסיבתיות הוא שווה.³⁸ אם הכוח הראייתי שווה, מהו הטעם להבחין ביניהן לצורך בחינת קווי הגנה חלופיים?

שנית, הגיון הדברים עולה מהלוגיקה של קביעת עובדות. לשם הבהרת הטיעון נציג

תחילה בקצרה את גישת ההסתברות האינדוקטיבית של ג'ונתן כהן (L.J. Cohen).³⁹

על פי גישת ההסתברות האינדוקטיבית של כהן יש לבצע אלימינציה של אפשרויות חלופיות לממצא של אשמה. אלימינציה זו היא שלילת הסברים המתיישבים עם חפותו של הנאשם. רק אם כל הסבר לחפותו של הנאשם היא אפשרות דמיונית, ואילו האפשרות היחידה ההגיונית היא אשמת הנאשם, אז יש להרשיע את הנאשם. כלומר, יש להעמיד

34 מנשה (לעיל, הערה 19).

35 עניין **בן סימון** (לעיל, הערה 25).

36 הכרעת בית המשפט העליון בעניין קצב (לעיל, הערה 10) בפסקאות 165–170 לפסק דינה של השופטת נאור.

37 מנשה (לעיל, הערה 19) בעמ' 123.

38 שם, בעמ' 123.

39 L.J. Cohen, *The Probable and The Provable* (1977, Reprinted 1991); L.J. Cohen, “The Logic of Proof”, *Crim. L. Rev.* (1980) 91. גישת ההסתברות האינדוקטיבית תוצג בפירוט להלן, בהערה 122 והטקסט שליטה. אנו נציג ביקורת על הגישה, אולם כאשר להיבט שאנו דנים כאן, אין לנו מחלוקת עם כהן.

השערות חפות במבחני הפרכה, ורק אם לא הצליח בית המשפט להפריך את השערות החפות, המסקנה ההגיונית היחידה היא הרשעה.⁴⁰

גישה זו אומצה בפסיקה הישראלית בעיקר בידי השופט דורנר.⁴¹ נדגים: בפרשת **קורמן** חשד המשיב בקבוצת נערים כי יידתה אבנים, ובמרדף אחרי הנערים הצליח המשיב לתפוס את אחד הילדים, ובעימות עמו נחבל הילד באופן שגרם למותו. שני ההסברים החלופיים להריגת הילד בידי המשיב הם מום מולד בעורק ונפילה.⁴²

על פי הסבר המום המולד בעורק, עורק הצוואר של הילד היה פגום מלידה. אולם בדוח הנתיחה לאחר המוות לא נמצאו פגמים בעורקים.⁴³ על פי ההסבר השני, החבלה בעורק נגרמה ממעידת הילד ונפילתו לאחור בתוך כדי סיבוב ראשו וטלטולו, ואילו החבלה העלית נגרמה מפעולת ההחייאה או מפגיעה בעצמים בולטים על הקרקע.

אולם הצטברות פגיעות מגורמים שונים ברצף אחד בדרך מקרה כאשר אין חבלות בחלקי הגוף האחרים היא בלתי סבירה בעליל. מעל מקום הדימום בתעלת העורק ומתחתיו נמצאו חבלות היוצרות רצף אחד. רצף זה מלמד כי הוא נגרם ממקור אחד, ואילו גרסת הנפילה מחייבת שניים או שלושה מקורות שונים להסברת מכלול החבלות. פעולות ההחייאה שבגדרן הופעל לחץ על בלוטות הרוק משני הצדדים אינן יכולות להסביר את הימצאות החבלות בצד אחד בלבד ודווקא בצמידות לעורק הפגוע. גם פגיעה מעצמים בולטים בצמידות לעורק הפגוע או שילוב שתי פעולות אלה באקראי אינם מתקבלים על הדעת.⁴⁴

עקב דחיית ההסברים האלה נותר בית המשפט עם האפשרות היחידה המתקבלת על הדעת – המשיב הוא שגרם לחבלה בצוואר הילד שבעטיה מת.⁴⁵

לוגיקה זו חלה גם על ראיות ישירות. לפיכך חלה על ההכרעה בשאלות בדבר מהימנות ולא רק על ראיות נסיבתיות. גם כאשר עסקינן בהערכת ראיות ישירות יש מקום לבחון הכללות כגון ההבחנה בין עד מעורב לעד בלתי מעורב, יכולתו של העד לקלוט בחושיו את המתרחש, יכולתו להבין היטב את אשר ראה, כלומר יש לבחון את כל ההכללות המובלעות ביסוד המסקנה שניתן לסמוך על העדות כמהימנה. לנסות לבחון היפותזה חלופית לפיה העד אינו מהימן ולהסיק מהימנות רק אם ניתן להפריך את ההיפותזות החלופיות. ככל שההכללות התומכות במהימנות העד, עומדות במבחני

40 דורנר מנשה, "שתיקת החפים-עיון מחודש בהלכת מילשטיין", **הארץ דין** ה (התשס"ט) 66, בעמ' 74.

41 ע"פ 6359/99 **מדינת ישראל נ' קורמן**, פ"ד נד(4) 653, בעמ' 662 ואילך (2000); ע"פ 6527/94 **מנצור נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(3) 732, בעמ' 736–737 (1996); ע"פ 3974/92 **אזולאי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(2) 565, בעמ' 570 ואילך (1993).

42 עניין **קורמן** (לעיל, הערה 41) בעמ' 663.

43 שם, בעמ' 664.

44 שם, בעמ' 664–665.

45 שם, בעמ' 665.

הפרכה, כך גדלה מה שכהן כינה "המהימנות האינדוקטיבית" (Inductive Reliability) של הראיה הישירה.⁴⁶

השופטת נאור (כתוארה דאז) בעניין ערעורו של קצב קבעה כי כאשר ראיות ישירות נמצאו אמינות, הדרך היחידה לסתור אותן היא באמצעות ראיות ישירות נוגדות שתצדקנה לפחות הטלת ספק סביר בראיות הישירות. ראיות נסיבתיות, לפי השופטת נאור, אינן מספיקות לכך.⁴⁷

טעם אחד לקביעה זו שמציינת השופטת נאור הוא העליונות של ראיות ישירות על פני ראיות נסיבתיות. בעניין זה מצטטת השופטת נאור מעניין **בן שלוש**:

"בעניין בן שלוש הנזכר, נקבע כי 'עליונותה של הראיה הישירה על פני הראיה הנסיבתית משתקפת בכך שנלווה לה אך יסוד אחד של קושי-החשש מפני שקריות הראיה' (ראו עניין בן שלוש שם). גם כאשר עסקינן בראיות נסיבתיות קיים חשש זה אולם אליו מתלווה קושי נוסף בדבר האפשרות של טעות בהסקת המסקנות מהראיה הנסיבתית לעובדה שמבקשים להוכיח (ראו עניין בן שלוש שם)."⁴⁸

עם כל הכבוד אנו מבקשים לחלוק על הטעם האמור:

ראשית, העליונות, על פי הנטען, של הראיות הישירות היא כמותית ולא על פי משקל הטיעונים. הדבר דומה לטענה שיש שישה טיעונים בעד ושני טיעונים נגד, ולכן ה"בעד" גובר כי היחס הוא שש לעומת שתיים. גישה זאת מתעלמת ממשקלו של כל טיעון, שהרי טיעון אחד בעל משקל גדול עשוי לגבור על ריבוי טיעוני-נגד בעלי משקל קטן. אמנם בראיות ישירות החשש היחיד הוא משקריות הראיה, וגם בראיות נסיבתיות חשש זה קיים, אבל אין זה החשש היחיד. עם זאת ייתכן שהחשש שעדות היא שקרית יהיה רב מזה שטביעת אצבע שטוענים שהיא מתאימה לנאשם אינה באמת מתאימה. אפשר לומר שלראיה ישירה יש יתרון רק כאשר "שאר התנאים שווים" (ceteris paribus), אבל פעמים רבות לא נכון ששאר התנאים שווים. לכן יש אפשרות שראיה נסיבתית תפריך ראיה ישירה או לפחות תטיל ספק סביר.

ההשוואה בין ראיות נסיבתיות לישירות היא ברמה המופשטת. ואולם, גם אם נניח שברמה המופשטת יש יתרון לראיות ישירות, שיקול ברמה הקונקרטית עדיין יכול

46 Cohen, *The Probable and The Provable* (לעיל, הערה 39) בעמ' 164; נ' שוחט **החובה המוסרית והמשפטית להגן על חפים מפשע מפני הרשעת שווא: עיון ביקורת-אנאליטי במחויבויותיה הנורמטיביות והפרוצדוראליות הנגזרות של מערכת המשפט** (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה, הפקולטה למשפטים, תשע"ה) 317, בעמ' 322.

47 **הכרעת בית המשפט העליון בעניין קצב** (לעיל, הערה 10) בפסקה 150 לפסק דינה של השופטת נאור.

48 שם; ע"פ 6167/99 **בן שלוש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(6) 577, בעמ' 586 (2003).

להראות יתרון לראיות נסיבתיות מסוימות על פני ראיות ישירות מסוימות או לפחות להטיל בהן ספק סביר. מצב זה אפשרי אם הראיה הנסיבתית מקבלת משקל מספיק, כזה שלפחות מטיל ספק בראיה הישירה שמקבלת משקל שאינו מספיק על מנת להסיר את הספק.

הדבר דומה לטענה שברמה המופשטת הזכות לחיים חזקה מחופש הביטוי, אבל ברמה הקונקרטית ייתכן שטענת הזכות לחיים לא תהא עליונה על חופש הביטוי כי ההסתברות לפגיעה בחיים נמוכה מכדי להצדיק הגבלה.

טעם שני שמצינת השופטת נאור לאי-בחינתו של קו הגנה חלופי כאשר התביעה הציגה ראיות ישירות אמינות הוא שעל בית המשפט לבחון "ראיות" ולא "תרחישים אפשריים".⁴⁹ לדעתנו, דברי השופטת נאור מניחים את הפרשנות של הדרישה שלפיה השערת חפות צריכה להיות מעוגנת בראיות כפרשנות שלפיה העיגון צריך להיות במובן החזק ולא במובן החלש, וזאת כשמדובר בראיות ישירות.

בניגוד להצעתנו, השופטת נאור דורשת שחומר הראיות יתמוך בראיה הסותרת את הראיה הישירה אם הראיה הישירה נמצאה אמינה לכאורה. היא אינה מסתפקת בכך שהראיה הסותרת את הראיה הישירה "תתישב" עם חומר הראיות. את הצעתנו להבחנה בין עיגון השערת החפות בחומר הראיות במובן החלש לעומת עיגונה במובן החזק ואת הצעתנו לקבל את המובן החלש נציג להלן בפרק ד.

לדעתנו, תרחישים אפשריים הם ביטוי אחר לספקות. אם תנאי להרשעה הוא הסרת כל הספקות הסבירים, אזי הדרישה שהספקות יהיו מעוגנים בראיות במובן החזק נוספת על דרישת הסרת הספקות הסבירים. לפיכך הדרישה הראשונה היא שיוסרו הספקות הסבירים והדרישה השנייה היא שספקות יקבלו תמיכה מחומר הראיות. אם ספק אינו מקבל תמיכה מחומר הראיות, אזי לפי קביעת השופטת נאור, ניתן להרשיע מבלי לבחון אם הספק סביר אם לאו (כלומר ניתן להרשיע גם אם הספק הוא סביר). מצב זה מנוגד למידת ההוכחה הדורשת הרשעה רק כאשר האשמה הוכחה מעבר לספק סביר.

לפי פרשנות חלופית, השופטת נאור מתכוונת לומר שספק שאינו נתמך בחומר הראיות אינו יכול להיות סביר, ולפחות זהו המצב כאשר הראיות הן ישירות. ואולם, כפי שטענו לעיל, וכפי שעוד נוסיף ונטען בפרק ד, טענה זו אינה עומדת במבחן הביקורת. לכן אנו סבורים כי אל לו לבית המשפט להבחין בין ראיות נסיבתיות לישירות בבואו לבחון קו הגנה חלופי.

על רקע זה, שבו הפסיקה הסתייגה מבחינת קו הגנה חלופי כאשר מדובר בראיות ישירות, ועל רקע היות קו ההגנה החלופי סותר קו הגנה קודם, הרי שהיזקקותו של בית המשפט לקו הגנה חלופי היא בבחינת "מִים קָרִים עַל נַפְשׁ עֵיפָה".⁵⁰ כלומר, היזקקות

49 הכרעת בית המשפט העליון בעניין קצב (לעיל, הערה 10) בפסקה 151 לפסק דינה של השופטת נאור.

50 משלי, כ"ה 25.

בית המשפט לקו הגנה חלופי אף במערכת של ראיות ישירות מסייעת לבית המשפט לוודא כי אינו מרשיע חף.

ג. הביקורת על השימוש בחזקת הכוונה

ראשית, נקדים ונבהיר כי יש לראות בביקורת זאת ביקורת עצמאית ובלתי תלויה בביקורת האחרות.

לפי פסק הדין, נעיצת סכין בחזהו של אדם מקימה את "חזקת הכוונה", שכנאמר לעיל, היא חזקה עובדתית שלפיה אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות (קרי: המסתברות) של מעשיו.

השאלה שעולה היא אם הסתברות גבוהה לתוצאה מסוימת עקב מעשה מסוים מאפשרת להסיק כוונה, ואם כן – באילו תנאים.

תנאי להסקת כוונה כאמור הוא שמרכיב המעשה אינו כולל רק את היסוד הפיזי, קרי שהמעשה בוצע, אלא גם את היסוד הנפשי, שלפיו הפועל מודע לטיב המעשה.

אם הפועל מודע לטיב מעשהו, הוא מודע לכך שבעשותו את המעשה ההסתברות לתוצאה המסוימת גבוהה. במקרה כזה יהיה ניתן לייחס כוונה לגרימת התוצאה. כך, אם הפועל מודע לכך שטיב מעשהו הוא "דקירה בחזה", ובהנחה שהפועל יודע שההסתברות שדקירה בחזה תגרום למוות היא גבוהה, הרי שבמצב זה ניתן לומר שהפועל התכוון לגרום למוות. אם הפועל לא רצה בתוצאה של מוות, למה הוא עשה מעשה שהוא יודע שההסתברות שיגרום למוות גבוהה? אם אדם אינו רוצה בתוצאה מסוימת, מן ההיגיון שלא יבצע מעשה שיגרום לתוצאה זו שהסתברותה גבוהה.

מצב אחר הוא אם הפועל אינו מודע לטיב מעשהו, למשל התכוון לדקור את זולתו במקום לא רגיש, אולם בשל תזוזת הנדקר הוא החטיא את המקום ופגע בלי כוונה במקום רגיש. במצב זה אי אפשר לומר שהפועל התכוון לגרום למוות. אמנם הפועל ביצע מעשה שההסתברות שיגרום למוות (דקירה בחזה) גבוהה, אולם בשל אי-מודעותו לעשותו מעשה כזה (לא היה מודע שהוא מבצע דקירה בחזה), אי אפשר להסיק שהוא התכוון לתוצאה המסתברת.

טיעון זה מתיישב גם עם הפסיקה.

ראשית אנו מניחים כי אין משמעות מעשית להבחנה בין כוונה להמית להחלטה להמית. קיימת פסיקה שלפיה חזקת הכוונה חלה רק על הכוונה להמית, אך אינה חלה על החלטה להמית. הכוונה להמית מתייחסת למישור השכלי של "היחזות מראש" של תוצאת ההמתה, ואילו החלטה להמית מתייחסת ליסוד הרגשי של "החפץ בתוצאה". לפי גישה זו, חזקת הכוונה יכולה לכל היותר להוכיח כי העושה חזה את התוצאה

הקטלנית, ולא שרצה בה.⁵¹ אולם לדעת מלומדים, הזרם המרכזי בפסיקה קובע זהות בין כוונה להמית להחלטה להמית,⁵² ולחלופין, שאין להבחנה הזאת כל משמעות מעשית.⁵³ שנית, כאמור, הזרם המרכזי בפסיקה התייחס לחזקת הכוונה כמוכיחה את ההחלטה להמית השקולה לכוונה להמית. אולם הפסיקה קבעה שאין די בטבעיותה או בסבירותה של התוצאה מן המעשה. יש צורך בבחינת הלך רוחו של הנאשם בעשותו את המעשה. לכן אם עולה מן הנסיבות ספק סביר שמא חרף התוצאה הטבעית לא הייתה כוונת קטילה, למשל בשל חוסר מודעות לטיב המעשה, אז החזקה לא חלה. במיוחד אמורים הדברים כאשר מדובר בקטטה, וייתכן שבתוך כדי הקטטה כוונה הדקירה למקום לא רגיש על מנת לפצוע, אולם הסכין פגעה במקום רגיש.⁵⁴ להמחשה מן הפסיקה:

"...שליפת הסכין ועשיית שימוש בה תוך כדי התקוטטות לא בהכרח מצביעות על כוונת קטילה..."⁵⁵

"...ניתן להסיק, כאפשרות סבירה, שהדקירה בחזהו של המנוח, הייתה בעת שהוא היה בתנועה, ואין לשלול, שאותה דקירה לא יועדה למקום זה... אכן, המערער עשה שימוש בסכין ארוכה ומושחזת, מכשיר בעל פוטנציאל קטלני, אך מכך אין להסיק בהכרח כוונה להמית, כשקיים ספק אם הדקירה נועדה להיות במקום רגיש בגופו של המנוח."⁵⁶

אמנם הפסיקה השתמשה בחזקת הכוונה על מנת להסיק כוונה להמית מתוך התוצאה הטבעית, אולם זאת במקרים שבהם לפי הנסיבות סבר בית המשפט כי הנסיבות גוררות מסקנה אחת ואין בלתי, שהייתה כוונת קטילה, ולא נמצאה בנסיבות הצדקה להטיל ספק

51 תחולת חזקת הכוונה על הכוונה להמית בשונה מההחלטה להמית נקבעה בע"פ 288/78 **איזדמיר נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(2) 200, בעמ' 203–205 (1979); פסיקה מאוחרת השתמשה בהבחנה הזאת, ראו: ע"פ 852/85 **פונט נ' מדינת ישראל**, פ"ד מב(2) 551, בעמ' 557–556 (1988). אם כי בפרשה זו התבסס בית המשפט על חזקת הכוונה להוכחת ההחלטה להמית; ע"פ 1632/08 **טורק נ' מדינת ישראל**, פסקה 11 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 2009); תפ"ח (ת"א) 1057-09 **מדינת ישראל נ' ר.ע.**, פסקה 113 (פורסם בנבו, 2011); על ההבחנה בין החלטה להמית לכוונה להמית: רוני רוזנברג, "כוונה תחילה או פיזיות? בעקבות פרשת קרפ", **הפרקליט נא (התשע"ב)** 629, בעמ' 636.

52 שם, בעמ' 637.

53 "קדמי על הדין בפלילים – הדין בראי הפסיקה (חלק שלישי, מהדורה מעודכנת, תשס"ו) בעמ' 1107.

54 שם, בעמ' 1120.

55 ע"פ 139/86 **עאזם נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(3) 343, בעמ' 350 (1987).

56 ע"פ 6066/94 **חסן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(4) 326, בעמ' 336 (1997).

בכוונת הקטילה שלא כבנסיבות שבהן עולה ספק באשר לכוונת קטילה, כגון במצב של דקירה בתוך כדי קטטה ומאבק.

נציין כמה דוגמאות:

בפרשת **ביטון** תקף הנאשם את המנוח באמצעות זנב תרמיל של פגז מרגמה והכה אותו 10–15 מכות נמרצות ללא הפסקה, גם כאשר המנוח החל לפרפר ולא נשקפה ממנו סכנה.⁵⁷ במצב זה אי אפשר לומר שעולה ספק שמא התכוון המערער רק לפצוע אבל החטיא את המקום, שהרי המערער הכה שוב ושוב במקומות רגישים.

בפרשת **בן שלוש** דקר המערער את המנוח בסכין כמה פעמים במקומות רגישים. אמנם בפרשה זו היה שימוש בכלי נשק זהה לזה שבפרשה דנן, הסכין, אולם מהעובדה עצמה שכלי הנשק הוא זהה אין נובע בהכרח שהמסקנה בדבר כוונת קטילה זהה. עדיין יש לבחון את נסיבות הדקירה בסכין. כמו כן בפרשת **בן שלוש** היו דקירות מרובות. בכך שונה מצב זה ממצב של דקירה יחידה.⁵⁸ כאשר הדקירות הן מרובות, ניתן להסיק על מודעות לאפשרות של המתה מעצם הדקירות המרובות, שהרי כאשר הדוקר דוקר דקירות מרובות ניתן להסיק שהוא צופה אפשרות ממשית שסך הכול המצטבר של הדקירות לא רק יפצע אלא גם יהרוג. לעומת זאת כאשר מדובר בדקירה יחידה בנסיבות של מאבק, הספק שמא הייתה מודעות שהדקירה תפגע במקום רגיש בתוך כדי תנועות המאבק הוא ספק שאי אפשר לסתור אותו.

בפרשת **טטראשוילי** הלם המערער בגרון כמה פעמים בראשה של המנוחה ולא חדל חרף זעקותיה.⁵⁹ בכך שונה מקרה זה ממקרה של דקירה יחידה במהלך קטטה. לא סביר שאדם שהולם פעמים מספר בראש זולתו מנסה רק לפצוע אותו, היות שהוא מכוון מלכתחילה אל הראש.

אמנם בפרשת **חרמון** הוסקה כוונת קטילה בשל מהלומה יחידה במכשיר קהה על ראש המנוחה בשימוש בחזקת הכוונה, אולם מפסק הדין עולה שבית המשפט לא זיהה על פי הנסיבות ספק סביר שמא הייתה הכוונה אך לפצוע והמהלומה הוחטאה.⁶⁰ בית המשפט לא דן כלל בטענה זו ולא דחה אותה לגופה. ייתכן שהטענה לא עלתה בדעתו. עובדה היא שבמקרים אחרים, כפי שציינו לעיל, התקבלה הטענה שיייתכן שהכוונה הייתה לפצוע, אך בטעות הייתה הפגיעה במקום חיוני ולכן קטלנית. לכן אין ללמוד מפרשת **חרמון** שההלכה המשפטית מאפשרת שימוש בחזקת הכוונה בהתעלם מהאפשרות שהעושה לא היה מודע שהוא מבצע מעשה שמטבעו גורם למוות. בפרשת **חרמון** הביא יישומה הספציפי של ההלכה למסקנה שבאותו מקרה לא הצדיקו הנסיבות קבלת תרחיש של כוונת פגיעה אלא החטאת המהלומה.

57 ע"פ 2325/02 **ביטון נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(2) 448, בעמ' 459 (2004).

58 עניין **בן שלוש** (לעיל, הערה 48) בפסקה 14.

59 ע"פ 299/81 **טטראשוילי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(1) 141, בעמ' 149 (1981).

60 ע"פ 728/84 **חרמון נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(3) 617, בעמ' 632–633 (1987).

לסיכום, בבואנו לבחון את תחולת חזקת הכוונה על מקרה נתון, נוודא כי מתקיים, נוסף על היסוד העובדתי, אף היסוד הנפשי – מודעות לטיב המעשה. ללא מודעות לא ראוי לנקוט את חזקת הכוונה להוכחת כוונת המבצע.

בפרשה **דנן** קו ההגנה החלופי היה "לא התכוונתי להרוג אלא לפצוע". קו הגנה זה גורס שהמערער לא היה מודע לטיב מעשהו, והוא חשב שהדקירה שדקר לא הייתה בחזה אלא שבפועל דקר בחזה.

בית המשפט החיל את חזקת הכוונה בשל היות המעשה "דקירה בחזה". אולם בכך התייחס בית המשפט רק להיבט העובדתי-פיזי שבמעשה והתעלם לכאורה מההיבט הנפשי – הוא מרכיב המודעות. כאמור לעיל, הפסיקה קבעה כי את חזקת הכוונה ראוי להחיל בתנאי שהמערער היה מודע לכך שהוא דוקר בחזה. לדעתנו, קו הגנה חלופי מדויק יותר יהיה "לא הייתי מודע שאני דוקר בחזה, אלא שבשל המאבק הוחטאה הדקירה ולכן נפגע המנוח בחזה". בהנחה שלא הייתה כוונה לדקור בחזה, לא ראוי להחיל את חזקת הכוונה לפי האמור לעיל.

בבחינת עניין **פריץ** היה בית המשפט מוכן להניח מאבק בין השניים.⁶¹ לכן בהיעדר שלילת טענת המאבק, לא ברור מדוע לא ייתכן שהמערער התכוון רק לפצוע, אבל בשל המאבק פגע, שלא בכוונה, בחזה. אם המערער התכוון רק לפצוע, הרי שלפי הפסיקה בדבר חזקת הכוונה לא התקיים רכיב המודעות, ולכן לא חלה חזקת הכוונה.

ניתן לטעון כי גם בהנחה שדוקר לא התכוון להמית אבל פגע במקום רגיש והמית, סביר שהאדם שנפגע מדקירה זו לא יעמוד במקומו אלא יזוז ואז הפגיעה באיבר חיוני היא תוצאה טבעית של ניסיון הדקירה עם זאת טענה זו מתעלמת מההיבט הנפשי-סובייקטיבי. טענתנו היא שלא די בכך שהתוצאה היא טבעית מן ההיבט האובייקטיבי, אלא יש צורך במודעות לתוצאה הטבעית, כלומר דרישה סובייקטיבית. ייתכן שאדם מתכוון לדקור על מנת לפצוע, וסובייקטיבית הוא מאמין שיצליח לדקור

61 בית המשפט אמנם הסתייג מהטענה שהיה מאבק, אך לא שלל אותה כלל וכלל. אמנם השופט עמית קבע שמדוח הפתולוג עולה שנמצאו רק פצעי שפשוף, והדבר אינו עולה בקנה אחד עם מאבק דרמטי, אולם לאחר מכן השופט עמית מוכן להניח קיומו של מאבק במילים אלו: "אך אפילו נראה בפצעי השפשוף משום ראייה למאבק בין המנוח לבין המערער...": עניין **פריץ** (לעיל, הערה 1) בסעיף 26 לפסק דינו של השופט דנציגר. בית המשפט שולל מאבק דרמטי, אך מאבק אינו בהכרח דרמטי. העובדה כי בית המשפט מוכן לראות בפצעי השפשוף ראייה למאבק משמעותה כי בית המשפט אינו שולל מאבק. אילו היה שולל, מה הטעם להניח ממצא עובדתי שנשלל? מכל מקום, היות שבית המשפט מוכן בסופו של דבר להניח קיומו של מאבק, ההסברים החלופיים בדבר האפשרות שלא התקיים מאבק בסופו של דבר נדחו בבית המשפט. מלבד זאת, לפי אסטרטגיית ההכרעה בפלילים, אם ניתן להסביר את הרוח הפתולוגי בהיעדר מאבק, אבל ניתן להסבירו גם באפשרות סבירה לקיומו של מאבק, הרי שחובה להניח את האפשרות שהיא לטובת הנאשם, קרי קיומו של מאבק. כל עוד האפשרות לקיומו של מאבק אינה בלתי סבירה, ואכן בית המשפט מסכים שמאבק הוא אפשרות סבירה (שאם לא כן, לא היה מניח אפשרות כזאת), הרי שהנחת המאבק מתחייבת מהעיקרון שכל ספק סביר פועל לטובת הנאשם.

ולא להרוג ואינו מעלה בדעתו שהנתקף ינוע והסכין תפגע אפוא באיבר חיוני. ייתכן שאדם מודע לכך שהוא עומד לדקור בתוך כדי מאבק אך מאמין שיצליח לדקור במקום הלא רגיש שאליו הוא מכוון. היות שהמבחן הוא סובייקטיבי, גם אם אובייקטיבית היה סביר לצפות שהנתקף ינוע, הרי אין להוציא מכלל אפשרות שהתוקף לא העלה זאת בדעתו. אם המערער לא העלה זאת בדעתו, הרי שעל פי הפסיקה שהובאה באשר לחזקת הכוונה אין מתקיים רכיב המודעות למעשה.

בית המשפט קבע כדלהלן:

"...ייתכן כי לאחר שהמערער דקר את המנוח היישר בחזהו, המנוח ניסה להיאבק עמו לרגע קל ולאחר מכן נמלט על נפשו במורד המדרגות. ייתכן גם כי המנוח נפגע במהלך ההתכתשות ביניהם מחוץ לחדר המדרגות לאחר שכבר נדקר. אחזור ואזכיר כי המערער לא ידע כי ייתקל בחוץ בעידן, ומבחינתו, דקירה אחת היישר ללב יכולה הייתה להשיג את המטרה, כשלאחר מכן המערער סבר כי יתאפשר לו להסתלק לאיטו מהבניין עודנו מכסה את ראשו ואת פניו בקפוצ'ון. גם הסימנים על גופו של המערער, בבדיקת החיים שנערכה לו, אינם מעידים על מאבק בינו לבין המנוח, שהרי הוכה כהלכה בצאתו מהבניין, ואציין כי לרופא שבדק אותו סיפר המערער כי 'שבועיים קודם לאירוע החליק על הכביש ונחבל בגב ובברכיים'".⁶²

בכך בית המשפט מבסס בהצלחה לכל היותר את האפשרות שהמערער התכוון להרוג. אולם במשפט פלילי על מנת להרשיע אין לבסס את האפשרות הסבירה שהמערער התכוון להמית, ואין להסתפק רק באפשרות סבירה שמתקיים רכיב המודעות החיוני על פי הפסיקה להחלת חזקת הכוונה, אלא יש לשלול אפשרות סבירה שהמערער לא התכוון להמית, כלומר לשלול אפשרות סבירה שהמערער לא היה מודע לטיב מעשהו, ובכך לשלול את אי-תחולת חזקת הכוונה על פי הפסיקה. גם אם נניח כי קיימות פרשנויות סבירות שהמערער התכוון להמית, אין נובע מזה שאין אפשרות סבירה שהוא התכוון רק לפצוע ולא להמית.

נימוק נוסף של בית המשפט לדחיית קו ההגנה החלופי הוא כדלהלן:

"כאשר שניים נמצאים בחדר סגור ואחד מהם נמצא מת ודקירה בליבו, הרי שרק הנותר בחיים יכול לספר לנו מה ארע. במצב דברים זה, מקום בו הנותר בחיים נוקט בקו הגנה שהופרך, יקשה עליו לטעון לקו הגנה חלופי, לפיו אכן דקר אך לא התכוון להמית".⁶³

62 שם, בסעיף 26 לפסק דינו של השופט הנציג.

63 שם, בסעיף 28.

כאן מתבסס בית המשפט על העובדה שהמערער נקט קודם לכן קו הגנה שהופרך. זו הפעלה של כלל "היסק לחובה". דיון בכלל ההיסק לחובה נקיים בהמשך בסעיף ה. נימוק נוסף של בית המשפט לדחיית קו ההגנה החלופי הוא זה:

"העובדה' שהמערער לא רץ לאחור המנוח עם סכין שלופה היא הנחת המבוקש, מאחר שאיננו יודעים מתי השליך המערער את הסכין למרתף. מכל מקום, המערער עצמו העיד כי רדף במהירות מטורפת אחר המנוח, מה שמסביר מדוע לא עלה בידו לדקור את המנוח פעם נוספת".⁶⁴

אנו מסכימים שאי אפשר להסיק מהתנהגות זאת של המערער כי הוא לא התכוון להמית את המנוח, אולם גם אי אפשר להסיק את המסקנה ההפוכה – שהוא התכוון להמית את המנוח. כידוע, במשפט פלילי די בספק שהוא לא התכוון להמית את המנוח כדי להקים ספק שמא לא התקיים רכיב המודעות הדרוש על פי הפסיקה להחלת חזקת הכוונה, ואילו הספק ההפוך – שהוא התכוון להמית את המנוח, ובכך מתקיים רכיב המודעות הדרוש להחלת חזקת הכוונה – אינו תנאי מספיק להרשעה.

נימוק נוסף של בית המשפט לדחיית קו ההגנה החלופי הוא כדלהלן:

"בית משפט קמא מצא כי התבטאותו של המערער בשיחה עם אחותו 'מה הוא מת?', אינה מעידה על כך שהמערער הופתע או שלא התכוון להביא למותו של המנוח. כפי שציין בית משפט קמא, לא ברור באיזה טון הדברים נאמרו. מכל מקום, כפי שהמערער הסתיר מאמיר את שהתרחש, כך ביקש המערער להסתיר את הדברים מאחותו. אף יתכן כי המערער אכן הופתע לשמוע כי המנוח נפטר, בהתחשב בכך שהמנוח הצליח להימלט ממנו בריצה במורד שלוש קומות ואף לתקוף אותו מחוץ לבניין. אלא שאת הרכיב של "ההחלטה להמית" יש לבחון בעת מעשה הדקירה".⁶⁵

גם נימוק זה מראה לכל היותר שקיימת אפשרות סבירה שהמערער התכוון להמית את המנוח. כלומר, קיימת אפשרות סבירה שמתקיים רכיב המודעות הדרוש על פי הפסיקה להחלת חזקת הכוונה, אך נימוק זה אינו מראה שאין אפשרות סבירה שהמערער לא התכוון להמית את המנוח אלא אך לפצעו. בכך מתקיים ספק שמא אין מתקיים רכיב המודעות הדרוש על פי הפסיקה להחלת חזקת הכוונה.

כזכור נסמך בית המשפט אף על עדותו של אמיר, שהעיד שהמערער סיפר לו כי דקר את המנוח ממניע של נקמה, וכן תיאר את מעשהו:

64 ש.ם.

65 ש.ם, בסעיף 29.

"ואז שאלתי אותו 'איפה נתת לו אותה' הוא אמר לי 'מתחת לצלעות'
והוא תיקן את עצמו ואמר: 'לא, לא בצלעות נראה לי'. וזהו".

מסקנתו של בית המשפט מהאמור לעיל מוקשית בעינינו. ראשית, מהעובדה שהמערער פעל ממניעים של נקמה אין נובעת כוונה להרוג, שהרי ממניע של נקמה ניתן לדקור גם מתוך כוונה לפצוע. שנית, העד העיד על אמירת המערער, שהייתה בתחילה לא מדויקת: שהדקירה הייתה מתחת לצלעות, מה שלא תאם את הממצא העובדתי שהדקירה הייתה בחזה. אמנם לאחר מכן העד מעיד שהמערער תיקן את עצמו, אבל העד אינו מעיד שהמערער הודה שהוא דקר בחזה היות שלפי עדות אמיר, המערער תיקן את עצמו ואמר "לא בצלעות נראה לי". היות שהצלעות מצויות בחזה והיות שהמערער אמר "לא בצלעות", משמע שהוא אמר שלא דקר בחזה. שלישית, גם אם המערער היה מודה לעובדה שדקר בחזה, הרי שזו עדות מדויקת מבחינת המעשה העובדתי, אולם היא אינה סותרת שהכוונה הייתה לא לדקור שם. ייתכן שהמערער מעיד על מה שעשה ולא על מה שהתכוון לעשות.⁶⁶ כלומר, לא הוכח שרכיב המודעות הדרוש על פי הפסיקה להחלת חזקת הכוונה התקיים בעניינו של המערער.

מן המקובץ עולה כי לא היה מקום לכאורה לדחות בנסיבות העניין את האפשרות הסבירה של דקירה בחזה ללא מודעות. מסקנה זו בשלב זה היא רק לכאורה. עוד נשוב ונדרון בה בהמשך.

ד. "אחיזה" או "התיישבות" – מידת הקשר הראוי בין קו ההגנה החלופי לחומר הראיות

1. ניתוח תאורטי

את היחס בין קו ההגנה החלופי לבין הראיות אפשר להבין במונחן חזק ומונחן חלש. לפי המונח החזק, חומר הראיות צריך לתמוך בקו ההגנה החלופי. על הראיות להגביר את התמיכה בתרחיש חפות. לפי המונח החלש, די שקו ההגנה החלופי יתיישב עם חומר הראיות. גם אם הראיות אינן תומכות בקו ההגנה החלופי, די שלא תפרכנה את קו ההגנה החלופי.

אפשר לטעון שיש מקרים שבהם העובדה שאין לקו ההגנה החלופי אחיזה בראיות היא כשלעצמה מפריכה את קו ההגנה החלופי, כי אילו היה קו ההגנה החלופי מייצג את האמת, היינו צריכים למצוא לו אחיזה בראיות.

⁶⁶ יצוין כי הערות אלה אינן מצריכות התערבות של ערכאת הערעור בממצאי מהימנות, שהרי גם בהנחה שעדות אמיר מהימנה, ניתן להעביר ביקורת שיפוטית על מה שראוי להסיק ממנה.

לכן, לגישתנו, יש להוסיף ולדייק: לפי המובן החלש, העובדה שאין לקו ההגנה החלופי אחיזה בראיות כשלעצמה אינה שוללת את הספק הסביר בשל החשש שמא קו ההגנה החלופי הוא האמת. רק אם העובדה שאין אחיזה בראיות אינה מאפשרת את סבירותו של קו ההגנה החלופי, היעדר אחיזה בחומר הראיות מצדיק את דחיית קו ההגנה החלופי.⁶⁷

לדעתנו, רק המובן החלש הוא זה המתיישב עם העיקרון של הרשעה מעבר לספק סביר. העובדה שאין לקו הגנה אחיזה בחומר הראיות אינה גוררת שקו ההגנה הוא שקרי, מפני שלא לכל אירוע מובטח שתימצאנה ראיות לקיומו. רק אם מגיעים למסקנה שהיעדר אחיזה בחומר הראיות גורר שתרחיש החפות לא התרחש, רק אז ניתן לקבוע שאין לקו ההגנה אחיזה בחומר הראיות.

אולם לפי הניסוחים בפסקי הדין של בית המשפט, הגרסה החזקה היא ההלכה המשפטית. די שאין לקו ההגנה אחיזה בראיות על מנת לדחות את קו ההגנה אף מבלי לבחון אם יש קשר רציונלי בין היעדר אחיזה בראיות לבין טענה בדבר התקיימות תרחיש האשמה.

נדגים את הדברים. בפרשת **זדורוב** אחת הראיות המפלילות היא שהנאשם זרק את המכנסיים שלטענתו לבש ביום הרצח, יומיים לאחר הרצח.⁶⁸ לטענתו, זרק אותם מפני שעלה במשקל והמכנסיים היו קטנים ממידותיו. לצורך דיונו נניח שזו הייתה הראיה המפלילה היחידה. חומר הראיות אינו תומך במניע להשליך את המכנסיים בשל היותם קטנים ממידותיו. מנגד, חומר הראיות אינו סותר גרסה זו וגם אינו תומך בטענה שזדורוב זרק את מכנסיו מתוך מניע של השמדת ראיה מפלילה. לו זו הייתה הראיה היחידה, היה ראוי לזכות את זדורוב אף שהשערת החפות שלו אינה נתמכת בראיות אלא רק אינה מופרכת מכוחן, מפני שייתכן צירוף מקרים שלפיו אדם ישליך את מכנסיו יומיים לאחר שנרצחה תלמידה בכית הספר שבו עבד.

דוגמה נוספת: נניח כי ראיה בדבר מעשים קודמים היא הראיה המפלילה היחידה. עוד נניח כי הנאשם טוען מעין טענת כפיל, כלומר הוא מודה שהוא ביצע מעשים דומים, או הייתה לו שיטת ביצוע, אבל במקרה מושא כתב האישום אדם אחר חיקה את שיטת הביצוע שלו. לדעתנו, השערת חפות זו אינה נחסמת בחסם שיטתי. נכון הדבר שקבלת השערת החפות לא תאפשר הרשעה על פי שיטת ביצוע או מעשים דומים כאשר זו הראיה היחידה, אולם היעדר אפשרות זו לא יאיין את האכיפה האפקטיבית של המשפט הפלילי היות שעדיין נשמרת יכולת התביעה להוכיח את אשמתם של נאשמים רבים במגוון ראיות, לרבות שיטת ביצוע ומעשים דומים כאשר אין מדובר בראיה יחידה.

67 שאלה שעולה היא מהו הקריטריון לסבירותה של אי-הימצאות אחיזה לקו ההגנה החלופי. על כך להלן בפרק ו, העוסק בקריטריון לקבלה או דחייה של השערות חפות.
68 ע"פ 7939/10 **זדורוב נ' מדינת ישראל**, סעיף 114 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 2015).

דוגמה נוספת היא הפרשה שבה רשימה זו דנה. בפרשה זו טען המערער כי התכוון לדקור שלא בקרבת איברים חיוניים אבל החטיא את המקום. לדעתנו, לא היה מקום לבחון אם חומר הראיות תומך בכך, אלא יש לבחון אם יש משהו בחומר הראיות שמפריך אפשרות כזאת (למשל דוח נתיחה פתולוגית שקובע שהנדקר נדקר כמה פעמים במקום רגיש וחיוני, ולכן לא סביר שהדוקר החטיא כל כך הרבה פעמים, ולכן לא סביר שהתכוון אך לפצוע).⁶⁹ זו המשמעות של נטל השכנוע המוטל על התביעה.⁷⁰ אפשר לטעון לכאורה כי הטענה שלפיה אם אין לקו ההגנה החלופי אחיזה בחומר הראיות, אז יש לדחות את קו ההגנה, היא טענה שיש בה הטיית האישוש.⁷¹ הטיית האישוש (Confirmation Bias) היא תופעה שבה שופטים מחפשים אחר ראיות שיאששו את השערתם ונוטים להתעלם מראיות המפריכות את השערתם על מנת להעלות את הסיכוי שאכן יקבלו תמיכה להשערתם. בהקשר של הרשעה, הטיית האישוש מתבטאת בחיפוש תמיכה בטענת החפות במקום לחפש הפרכה של טענת החפות. אולם אם לא מצאנו תמיכה בטענת החפות, משמע שטענת החפות לא אוששה. אבל מכאן אין נובע שטענת החפות הופרכה. מה שלא אושש אינו גורר שהוא הופרך. עלינו לחפש בחומר הראיות הפרכה לטענת החפות ולא אישוש לטענת החפות. רק הפרכה לטענת החפות מסירה את הספק הסביר לטענת האשמה.

לפיכך דרישת מובן חזק לקשר בין הספק הסביר לחומר הראיות נגועה לכאורה בהטיית האישוש מפני שהמובן החזק דורש מבית המשפט לחפש בחומר הראיות "אישוש" להשערת החפות ולא "הפרכה" להשערת החפות. הטיית האישוש היא הסבר אפשרי בכל פעם שבה בית המשפט דוחה קו הגנה חלופי בשל היעדר אחיזה בחומר הראיות במובן החזק.

נימוק נוסף ומפורט יותר לתמיכה במובן החלש נציג בהמשך, לאחר שנציג את הקריטריון לקבלה או דחייה של השערות חפות, בפרק 11.

2. ניתוח יישומי

(א) דחיית קו ההגנה החלופי בשל היעדר אחיזה בראיות כהטיית האישוש

אנו סבורים כי ניתן למצוא בדברי בית המשפט בעניין פרץ מה שנחזה כהטיית האישוש. לפני שנראה זאת נבהיר באשר לתנאי ההכרחי לקיומה של הטיית אישוש.

69 דוגמה להיסק כוונת קטילה מממצאים פורנזיים ניתן למצוא בעניין ביטון (לעיל, הערה 57) בעמ' 459: "...את כוונת הקטילה הסיק בית המשפט המחוזי גם מהמימצאים הרפואיים והמעבדתיים האובייקטיביים...".

70 בהמשך (סעיף 21א) נראה כי העובדה שהראיות אינן תומכות בקו הגנה חלופי זה אינה חוסמת את קו ההגנה החלופי בחסם שיטתי.

71 נ' ליברמן, "קוגניציה חברתית", פסיכולוגיה חברתית-הפרט בעולם החברתי כרך א', חלק ראשון, יחידה 2 (תשנ"ו) בעמ' 139-140.

תנאי הכרחי להטיית האישוש הוא שמוצע ניתוח והסבר, אלא שהניתוח וההסבר מוטלים. לעומת זאת אם לא מוצע ניתוח והסבר כלל, אין מדובר בהטיית האישוש אלא בהנחת המבוקש. כך אילו היה בית המשפט פוסל את קו ההגנה החלופי על הסף ללא התייחסות לטענות הנאשם לא היה מדובר בהטיית האישוש אלא בהנחת המבוקש. הטיית אישוש היא חלק מתוכן של הסבר כאשר תוכן ההסבר מצביע על ראיות מאששות ולא על ראיות מפריכות. לכן לא רק שאין בעצם העובדה שבית המשפט מנתח את טענות הנאשם משום היעדר הטיית אישוש, אלא שבעצם ניתוחו של בית המשפט את טענות הנאשם הוא מקיים תנאי הכרחי (ולא תנאי מספיק) לקיומה של הטיית האישוש. דוגמה למה שנחזה כהטיית אישוש של טענת האשמה ניתן למצוא בדברי בית המשפט, כדלהלן:

”אך אפילו נראה בפצעי השפשוף משום ראיה למאבק בין המנוח למערער, ייתכן כי לאחר שהמערער דקר את המנוח היישר בחזהו, המנוח ניסה להיאבק עמו לרגע קל ולאחר מכן נמלט על נפשו במורד המדרגות. ייתכן גם כי המנוח נפגע במהלך ההתכתשות ביניהם מחוץ לחדר המדרגות לאחר שכבר נדקר. אחזור ואזכיר כי המערער לא ידע כי ייתקל בחוץ בעידן, ומבחינתו, דקירה אחת היישר ללב יכולה הייתה להשיג את המטרה, כשלאחר מכן המערער סבר כי יתאפשר לו להסתלק לאיטו מהבניין עודנו מכסה את ראשו ואת פניו בקפוצ'ון. גם הסימנים על גופו של המערער, בבדיקת החיים שנערכה לו, אינם מעידים על מאבק בינו לבין המנוח, שהרי הוכה כהלכה בצאתו מהבניין, ואציין כי לרופא שבדק אותו סיפר המערער כי ”שבועיים קודם לאירוע החליק על הכביש ונחבל בגב ובברכיים”.⁷²

הנמקת בית המשפט היא כי חומר הראיות אינו מאשש את טענת המאבק, ואילו לגישתנו, היה עליו לבדוק אם חומר הראיות מפריך את טענת המאבק. מכך ש”ייתכן” ליישב את חומר הראיות עם היעדר מאבק אין נובע ש”לא ייתכן” ליישב את חומר הראיות עם מאבק. בית המשפט מנסה לאשש את טענת האשמה במקום להפריך את טענת החפות. הוא מוצא סימנים אינם מעידים על מאבק במקום לבדוק אם סימנים מעידים על היעדר מאבק.

דוגמה נוספת להטיה מצויה בציטוט שהצגנו לעיל בדבר השאלה של הנאשם לאחותו: ”מה הוא מת?”⁷³

כאן בית המשפט מוצא ש”ייתכן” ליישב את העובדות עם אשמה, אבל השאלה שצריך לשאול היא אם ניתן ליישב את העובדות עם חפות. מהאפשרות ליישב ראיות עם

72 עניין פרץ (לעיל, הערה 1) בסעיף 26 לפסק דינו של השופט דנציגר.

73 עניין פרץ (לעיל, הערה 1).

אשמה אין נובע שאי אפשר ליישבן עם חפות. מהאפשרות שהשאלה "מה הוא מת?" יכולה להתיישב עם תרחיש אשמה אין נובע שאין היא יכולה להתיישב עם תרחיש חפות מרצח. הדבר שיש לבחון הוא אם יש אפשרות סבירה שהשאלה "מה הוא מת?" תתיישב הגיונית עם תרחיש שלפיו המערער לא התכוון להרוג אלא רק לפצוע, אבל החטיא את המקום שאליו כיוון.

יש לציין כי בית המשפט מתייחס לפסיקה שבה נאשמים זוכו מאישום ברצח לאחר דקירה יחידה במקום רגיש, והוא מבחין פסיקה זו מהמקרה דנן. אולם הטעם לאבחון עצמו נחזה כטעם שיש בו הטיית האישוש, מפני שכאשר בית המשפט בוחן טענות שמא לא התכוון המערער להרוג במקרה הזה, הוא דוחה טענות אלה בנימוק ש"ייתכן" שהמערער כן התכוון להרוג. הטענה ש"ייתכן" כי המערער התכוון להרוג, שלא כטענה ש"ייתכן" שלא התכוון להרוג, היא הטענה שנחזית להיות הטיית האישוש, ועל בסיסה בית המשפט מבחין את המקרה דנן מהתקדימים האחרים.

נוסף על זה קובע בית המשפט כי הזיכוי במקרים אחרים היה כאשר עלה ספק בדבר כוונת הדוקר. אולם הנימוק לכך שבמקרה דנן אין ספק בדבר כוונת הדוקר הוא זה שנחזה להיות כהטיית האישוש.

יש לציין כי בית המשפט מתייחס לכל טענה וטענה מטענות ההגנה בקו ההגנה החלופי ודוחה את כל הטענות אחת לאחת לגופו של עניין. התייחסות זו אינה בהכרח מוטיב בהטיית האישוש, אולם אנו סבורים כי דחייה מנומקת באשר לכל טענה מטענות ההגנה אינה שוללת בהכרח את הטיית האישוש היות שהדבר הקובע לעניין הטיית האישוש הוא מהו תוכן ההנמקה של דחיית טענות ההגנה ולא העובדה עצמה שהן נדחות דחייה מנומקת. הנימוק עצמו עלול להיות מוטה בהטיית האישוש, ולכן היות המסקנה מנומקת אינו עומד בסתירה להיות תוכן הנימוק מוטה בהטיית האישוש. תוכן הנימוק הוא הקובע לעניין הטיית האישוש. במקרה דנן תוכן ההנמקה נחזה להיות הטיית האישוש אם כי כפי שנראה להלן, בסופו של דבר אין אנו סבורים כי בית המשפט הוטה בהטיית האישוש.

(ב) ההסבר לקביעת בית המשפט בדבר היעדר אחיזה בראיות

בפרק זה נבחן אם אמנם לקה בית המשפט בהטיית האישוש, או שמא קיים הסבר אחר לניסוחיו באשר לקביעתו כי לקו ההגנה החלופי אין אחיזה בחומר הראיות.

האם ייתכן אפוא שבית המשפט שגה לאורך כל הדרך, ובכל פעם נפל ברשתה של הטיית האישוש? אנו מסופקים מאוד. לדעתנו, ביסוד החשיבה של בית המשפט קיימת הבחנה בין סוגים שונים של השערות חפות. יש להבחין בין השערות חפות שהנאשם מעלה אותה מלכתחילה לבין השערות חפות שהנאשם נמנע מלהעלותה, או שהוא מעלה אותה בשלב מאוחר אף שיש לו ידיעה אישית על נסיבות ההתרחשות של המעשה הפלילי והיכרות אינטימית עמן. נוסף על כך, כאשר קו ההגנה הקודם של הנאשם היה

שקרי, ועדותו בדבר כוונתו אך לפצוע ולא להרוג הייתה כבושה, משקל השערת החפות נפגע. בנסיבות אלו, כך ניתן לסבור, הן השקר שהופרך בראיות והן העדות הכבושה המתבטאת באי-היזקקותו של הנאשם לקו ההגנה לכתחילה מפחיתות לכאורה את הסתברות חפותו.⁷⁴ לכן איננו סבורים כי בית המשפט לקה בהטיית האישוש.

פסיקת בית המשפט העליון קבעה כי כאשר שקריו של נאשם מהותיים ויורדים לשורש העניין, ומשלא ניתן להם הסבר מספק, ניתן לראות בהם ראיה עצמאית, בהנחה שמדובר בהוכחה פוזיטיבית ועצמאית לדבר השקר. שקרי הנאשם הם כיום תוספת ראייתית חזקה היכולה להשלים כל חסר קיים בראיות שיש בידי התביעה: דבר לחיזוק, דבר מה נוסף ואף סיוע.⁷⁵ גם בהיעדר דרישה לתוספת ראייתית שקרים עשויים לחזק ראיות נסיבתיות.⁷⁶

כמו כן בית המשפט העליון פסק כי עדות כבושה, נפגע משקלה עד כדי ביטול תוקפה כליל.⁷⁷ נאשם הכובש את עדותו אינו יכול לטעון כי חשש מהשלכותיה של העדות, כי נבצר ממנו להעיד בשל קשיים קוגניטיביים, מילוליים או נפשיים או בשל תחושות עקה בעת החקירה, בלבול או טראומה.⁷⁸

לדעתנו, ההסבר הטוב ביותר לדחיית קו ההגנה החלופי הוא היחס הלא סבלני של פסיקת בית המשפט כלפי שקרי הנאשם וכבישת עדותו, נוסף על היותם של פרטי האירוע בידיעתו האישית.

ביטוי ליחס הלא סבלני לקו ההגנה החלופי בנסיבות דגן ניתן למצוא בדברי בית המשפט, המפרט באילו נסיבות יהיה מוכן לקבל קו הגנה חלופי שיהא סביר בעיניו:

”רשאי בית המשפט להידרש אפוא לקו הגנה חלופי, הגם שעומד בסתירה לגרסת הנאשם. אולם על מנת שיתאפשר לקבל גרסה חלופית, על בית המשפט להשתכנע מהראיות שהובאו בפניו כי מדובר בקו הגנה סביר שיש לו בסיס בראיות שנתבררו במשפט. לדוגמה, נאשם מכחיש כי היה בזירה וממילא מכחיש כי החזיק בידו מוט ברזל שבו היכה במתלונן.

74 עדות כבושה ניתנת לאחר הזמן שבו יכלה להינתן: דורון מנשה “משקלה הראייתי של כבישת עדות הנאשם”, הפרקליט נג (תשע"ד) 41, בעמ' 42.

75 ע"פ 161/72 סרסור נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 203 (1974); ע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 113, בעמ' 139–140 (1980).

76 ע"פ 4656/03 מירופולסקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2004).

77 מנשה (לעיל, הערה 74) בעמ' 43. לכלל העדות הכבושה, ע"פ 677/84 אמנון נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 33 (1987); ע"פ 395/06 חליסטוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2006); ע"פ 4364/02 מלמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 634 (2002); לכן שלרוב הכובש את עדותו נחשב לחשוד בעניין אמתותה ע"פ 5874/00 לזרובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 249, בעמ' 260 (2001). לכן שעדות כבושה היא לא אך ראיה נסיבתית מפלילה אלא מביאה לפגיעה במשקלה של העדות עצמה, י קדמי על הראיות (חלק ראשון, מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009), עמ' 501.

78 מנשה (לעיל, הערה 74) בעמ' 44.

חמישה עדים, שהערכאה הדיונית מצאה אותם מהימנים, מעידים על כך שהנאשם היה בזירה, אחז מוט ברזל והיכה במתלונן. אלא שאותם עדים מוסיפים ומספרים כי הנאשם הותקף על ידי המתלונן ועל ידי אנשים נוספים. במקרה כאמור, ולמרות קו ההגנה העיקרי של הנאשם, רשאי בית המשפט לקבל קו הגנה חלופי של הגנה עצמית. כפי שיוסבר להלן, לא זה המקרה שבפנינו.⁷⁹

העובדה כי בית המשפט נזקק לדוגמה שבה חמישה עדים מהימנים מעידים לטובת תרחיש חלופי מראה עד כמה בית המשפט רואה בצירוף של שקרי הנאשם, בעדותו הכבושה ובהיכרותו האישית את נסיבות האירוע נסיבות חזקות ביותר, ולכן יש צורך בחמישה עדים על מנת לקבל קו הגנה חלופי. מצב ראייתי של חמישה עדים הוא מצב אפיסטמי של כמעט ודאות גמורה לתרחיש חפות, הרבה מעבר להטלת ספק סביר גרידא. אין זה סביר כי בית המשפט היה נותן דוגמה של חמישה עדים על מנת להמחיש מצב שבו קיים ספק סביר מלכתחילה כקו הגנה ראשוני, להבדיל מקו הגנה חלופי. לדעתנו, לאור ההסבר האמור, מובן מדוע החיל בית המשפט את חזקת הכוונה על המקרה. היות שהנאשם היה מודע לטיב מעשהו וחרף היות הדברים בידעתו האישית, כבש את עדותו ולא טען בשלב מוקדם שלא התכוון לרצוח, ההסבר הטוב ביותר הוא שהנאשם התכוון לרצוח.

לכן החיל בית המשפט על הנאשם חזקת מודעות שלפיה בהתקיים יסוד פיזי של מעשה קטילה קמה חזקה שהנאשם היה מודע לכך שטיב מעשהו הוא גרימת מוות, כלומר פגיעה באיבר חיוני. חזקה זו לא נסתרה היות שהנאשם הבין את טיב המעשה, והוא כבש את עדותו בדבר כוונתו אך לפצוץ ולא להרוג. אולם למרות התחכום הרב במהלכים המחשבתיים של בית המשפט אנו מבקרים את ההכרעה. בסופו של דבר כל המהלכים הפרשניים הללו יוצרים הגבלה פסיקתית על ערוך ההגנה על חפים מפני הרשעת שווא. על כך נפרט בפרקים הבאים.

ה. על היסק לחובת הנאשם בעקבות הימנעותו מלהציג טענות או ראיות

1. ניתוח תאורטי

אנו סבורים כי לא היה מקום להחיל את כלל ההיסק לחובה במקרה דנן. לשם ההסבר נציג תחילה את השקפתנו הכללית באשר לשימוש הראוי בכלל ההיסק לחובה.

79 עניין פרץ (לעיל, הערה 1) בסעיף 22 לפסק דינו של השופט דנציגר.

לפי כלל ההיסק לחובה (Adverse Inference) יש להסיק מסקנה לחובת הנאשם מן העובדה שהלה נמנע מלפעול לטובתו, קרי נמנע מלנקוט אמצעים שיקדמו את הקביעה כי הוא חף. התנהגות נמנעת זו (להלן: ההתנהגות הנמנעת) יכולה להתבטא בכמה דרכים, כגון שתיקה, הימנעות מהעלאת טענות הגנה, הימנעות מהנמקה, הימנעות מהבאת ראיות, עדות כבושה והעלאת טענות שקריות.⁸⁰ להלן נציג ניתוח תמציתי של השימוש הראוי בכלל ההיסק לחובה, שאחד ממחברי רשימה זו ביצע בעבר בדבר היסק לחובה בשל עדות כבושה.⁸¹

נפתח בהבהרה מושגית. יש להבחין בין עדות כבושה לקו הגנה חלופי. לא כל עדות כבושה היא עדות לקו הגנה חלופי, שהרי ייתכן כי עדות תיכבש כאשר לקו ההגנה היחיד של הנאשם. גם ההפך אינו נכון. לא כל קו הגנה חלופי הוא עדות כבושה, למשל כאשר קו ההגנה החלופי אינו סותר את קו ההגנה הקודם ומתייחס לדברים שאינם בידיעתו של הנאשם, והנאשם אינו יכול להעיד עליהם. עם זאת ייתכן שעדות כאשר לקו ההגנה החלופי תהיה גם עדות כבושה.

אפשר לחשוב על אופן הפעלת כלל ההיסק לחובה בדרגות שונות של עצמה, הן מבחינת תוצאת הפעלת הכלל והן מבחינת היקף התחולה של תוצאות הפעלה.⁸² מבחינת תוצאות הפעלת הכלל של כלל ההיסק לחובה, תוצאה במובן החלש היא היסק בדבר ראייה נסיבתית מפלילה באופן הפוגע במשקל הטענה או הראיה אך אינו מבטל אותה כליל. תוצאה במובן החזק היא היעדר התחשבות מצד בית המשפט בטענה או מתן משקל אפסי לראיה נוסף על חיזוק ראיות התביעה המפלילות.

מבחינת תחולת הכלל, בתחולה חזקה של הכלל ההיסק לחובה עשוי להיות מופעל אוטומטית בכל מקרה, הן כאשר לתוצאה חלשה והן כאשר לתוצאה חזקה. לחלופין, הכלל עשוי להיות מופעל בדרך כלל בתוצאה חזקה למעט מקרים חריגים, שאז יופעל בתוצאה חלשה או לא יופעל כלל. לעומת זאת בתחולה חלשה של הכלל הוא עשוי להיות מופעל לפי שיקול דעת בכל מקרה לגופו. תחולה חלשה של הכלל תיתכן בכמה דרגות. אפשרות אחת היא שהכלל לא יופעל חרף ההתנהגות הנמנעת. אפשרות אחרת היא שהכלל יופעל תמיד, אך תוצאתו, החלשה או החזקה, תהא לפי שיקול דעתו של בית המשפט.

אנו סבורים כי לאור עקרון ההגנה על חפים מפני הרשעת שווא, המבוטא בכלל ההכרעה "מעבר לספק סביר", ראוי שיינתן שיקול דעת לבית המשפט בכל מקרה לגופו, קרי תמיכה בתחולה חלשה של הכלל.

80 נציין שכשעולה טענה שקרית היא מובאת על חשבון טענת אמת אם טענת האמת היא חפות אזי שהנאשם נמנע להעלותה באמצעות שימוש בשקרים.

81 מנשה (לעיל, הערה 74).

82 שם, בעמ' 43.

טענה זו נתמכת בשני הרציונלים של כלל ההיסק לחובה: (1) הרציונל האפיסטמי; (2) הרציונל התמריצי.

מבחנית הרציונל האפיסטמי, התנהגות נמנעת של הנאשם אינה ראייה מספיקה וגורפת לאיון משקל טענת החפות או הראייה לחפות שהנאשם נמנע מלהעלותה או מלהציגה.⁸³ ככלל, שאלת משקלן של ראיות תלויה במידה רבה בנסיבות משתנות. לפיכך לא ראוי לקבוע כלל גורף מבלי להתייחס לכל מקרה לגופו. אם זה המצב, הרי שקביעת כלל אוטומטי או כמעט אוטומטי, המאיין את משקל הראייה או מפחית ממנו מנוגד לעקרון ההגנה על חפים היות שייתכן שחף ימצא אשם רק מפני שהוסקה מסקנה לחובתו ולא מפני שהוכח שאינו חף.⁸⁴

ספציפית יותר, אין זה נכון שהמסקנה היחידה האפשרית מהתנהגות נמנעת היא שטענת החפות היא שקרית. התנהגותם של נאשמים חפים יכולה להיות נמנעת כאמור משיקולים אסטרטגיים, כגון הרצון לא להודות בעברה חמורה פחות שהם ביצעו, חשש שהעלאת הטענה תחזק את מסקנת הפללתם בעיני בית המשפט משום שיש נסיבות מחשידות נגדם. להווי ידוע שאין זה בלתי אפשרי שחפים ימצאו בנסיבות מחשידות. מכאן שייתכן הסבר סביר להתנהגות נמנעת של הנאשם החף.

ככלל קשה לשלול טענה אמפירית שלפיה שתיקה יכולה לנבוע מרצונו של הנאשם החף לשמור על שמו הטוב, על ביטחונו, על פרטיותו ועל סוד מקצועי.⁸⁵ נוסף על כך, אפשר שהנאשם החף ישמור על שתיקה כדי לחפות על אדם אחר, או בשל חוסר ביטחון, הרגשה של חוסר אונים להתמודד עם ההליך המשפטי, בלבול, חשש, מתח, כעס, עלבון בשל חוסר האמון בו מעצם ההליך הפלילי נגדו ועוינות כלפי המדינה ומוסדותיה. מכאן אי-הנכונות לשתף פעולה עם הליך ממסדי כמו חקירה, החשש מהפורמליות של ההליך המשפטי, החשש מחקירה נגדית קשה או מהתמוטטות נפשית בעקבותיה והחשש כי מסירת מידע שנראה תמים יביא להפללתו.⁸⁶ אפשר שנאשם יכבוש את עדותו גם מפני

83 הרציונל אפיסטמי הוא נימוק המתייחס לקידום הידע והאמת.

84 מנשה (לעיל, הערה 74) בעמ' 45–46. כלל גורף נראה שאינו מתיישב עם סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971, ס"ח 421, הקובע כי "ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם ענין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט".

85 רינת קיטאי סנג'רו, "שתיקה כהודאה – על התפישה המוטעית של שתיקה בבית המשפט כדבר מה נוסף להודאה בחקירה", **משפט וצבא** 19 (התשס"ה), 31, בעמ' 58; ע"פ 139/52 **היועץ המשפטי נ' קינן**, פ"ד ז 619, בעמ' 648 (1953).

86 שם, בעמ' 58–59. למניע לחפות על אדם אחר ראו: M. Colvin and K. Akester, "Directions for Silence", 145 *New L.J.* (1995) 1621; J. Coldrey, "The Right to Silence: Should It Be Curtailed?", 20 *Anglo-American L. Rev.* (1991) 51, p. 55; R. Pattenden, "Inferences from Silence", *Crim. L. Rev.* (1995) 602, p. 608; S. Greer, "The Right to Silence: A Review of The Current Debate", 53 *The Mod. L. Rev.* (1990) 709, p. 717.; S. Nash & S. Solley, "Limitations on the Right to Silence and Abuse of Process", 61 *J. Crim. L.* (1997) 95, p. 96. לכבישת העדות עקב חוסר ביטחון *RPS v. The Queen*, 199

שאינו זוכר את פרטי האירוע, וישתוק אם הוא סבור שאין בראיות התביעה משום ביסוס אשמתו מעבר לספק סביר.

טעם נוסף להיותו של כלל העדות הכבושה כפי שנוהג בפסיקה לא ראוי הוא שכלל זה אינו מתיישב עם אסטרטגיית ההכרעה בפלילים, הנגזרת מערך ההגנה על חפים ומהקצאת סיכוני המשגה הלא שוויוניים, וכך עיקר הסיכון מוטל על התביעה.⁸⁷ כאשר יש אפשרות סבירה שהמניע לכבישת העדות אינו הסתרת האשמה אלא מניע לגיטימי של נאשם חף לכבוש את עדותו, אזי על הנאשם ליהנות מכל ספק סביר שמא קיים הסבר סביר לכבישת העדות.

אילו היה לכלל ההיסק לחובה היגיון הוכחתי, הייתה הפעלתו צריכה להיות תלוית-הקשר ובהתחשב באסטרטגיית ההכרעה הפלילית. הדבר נובע מחזקת החפות, שמשמעותה היא לבחון את האפשרות שמא מורשע חף, ויש אפוא להפעיל את כלל העדות הכבושה באופן הממזער את הסיכון להרשעת חף.⁸⁸

הפסיקה לא הלכה בדרך המתיישבת עם תחולה חלשה של כלל העדות הכבושה, בשני מובנים:

ראשית, הפסיקה לא קבעה שעדות כבושה היא אך ראייה נסיבתית מפלילה, אלא שבהיעדר הסבר משכנע לכבישת העדות יהא משקלה קטן ביותר.⁸⁹ אולם אם מדובר רק בראייה נסיבתית מפלילה, אז אם הנאשם נמנע מלהציג טעמים לכבישת העדות, או שההסבר שנותן הנאשם לכבישת העדות אינו משכנע, עדיין אין זה תנאי מספיק להסיק

CLR 620, 632 (2000). לכבישת העדות בשל חוסר אונים להתמודד עם ההליך המשפטי, בשל מצבי בלבול, חשש ומתח, שבהם נתונים גם חפים. D. Dolinko, "Is There a Rationale for The Privilege Against Self-Incrimination", 33 *UCLA L. Rev.* (1986) 1063, p. 1075; Greer, *ibid*; L.G. Rather, "Consequences of Exercising the Privilege Against Self Incrimination", 24 *U. Chi. L. Rev.* (1957) 472, p. 487; S.M. Easton, *The Right to Silence* (1991) p. 54; *Griffin v. California* 380 U.S. 609, 613 (1965). לעדות כבושה מתוך כעס ועלבון על ההליך הפלילי: עניין קינן (לעיל, הערה 85) בעמ' 648; R.K. Greenwalt, "The Right to Silence and Human Dignity", *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values* (M. Meyer & W. Parent Greer, *ibid*; Easton, eds., 1992) 192. לעדות כבושה מתוך איבה כלפי מוסדות המדינה, *United States v. Hale*, 422 U.S. 171, *ibid*. לעדות כבושה עקב חשש מפורמליות ההליך, 181–182 (1975). לעדות כבושה עקב חשש שמסירת מידע תמס יגרום להפללה עצמית האירוע: עניין RPS, שם, בעמ' 642. לעדות כבושה עקב חשש מאי זכירת פרטי מספיקות לאשמה מעבר לספק סביר: עניין RPS, שם, בעמ' 634.

87 מנשה (לעיל, הערה 74) בעמ' 45; על אסטרטגיית ההכרעה הכללית: ראו להלן, הערה 104.

88 שם, בעמ' 46.

89 קדמי (לעיל, הערה 77).

שהעדות הכבושה אינה אמת, אלא שיש להשאיר שיקול דעת פתוח לבית המשפט לקבוע ממצא בדבר משקל העדות הכבושה. על פי כלל העדות הכבושה הנוכחי, היעדר הסבר מצד הנאשם לכבישת העדות או הסבר לא משכנע גוררים מסקנה שהעדות הכבושה היא שקרית. אולם מסקנה זאת מוסקת מבלי שנבחן חומר הראיות בכללותו, ומבלי שניתנה הדעת להסבר אפשרי מדוע הנאשם אינו נותן הסבר לכבישת העדות, או מדוע הוא נותן הסבר לא משכנע. יש לייחס משקל אפסי או קטן ביותר לעדות הכבושה רק לאחר הפעלת שיקול דעת בשים לב לראיות הנוספות ובשים לב להסברים אפשריים בדבר הימנעות הנאשם מליתן הסברים לכבישת העדות או ליתן הסבר לא משכנע.

גם כאשר הנאשם כובש את עדותו ואינו מסביר את כבישת העדות או שהסברו אינו משכנע, הוא זכאי ליהנות מכל ספק סביר, שמא חומר הראיות בכללותו מצביע על היותה של העדות אמת, ושמא יש הסבר לכבישת העדות המתיישב עם אמיתותה.

להדגמת שימוש ראוי בראיה נסיבתית מפלילה לפי הצעתנו ניתן להציג את ההלכה שלפיה כאשר נאשם מודה הודאת חוץ ומתכחש להודאתו, הרי אפילו נמצאה התוספת הראייתית של דבר מה נוסף הנדרשת להודאת חוץ, בכל זאת מוקנה לבית המשפט שיקול דעת לזכות את הנאשם אם נמצא ספק סביר.⁹⁰

שנית, הפסיקה דורשת שהחריגים להחלת כלל העדות הכבושה יעמדו בסטנדרט אובייקטיבי.⁹¹ מכאן החשש שטענות לחששות סובייקטיביים לא תתקבלנה גם אם הן כנות. דרישת המבחן האובייקטיבי אינו מתיישב עם ההיגיון ההוכחתי, מפני שחשש אמיתי, גם אם אינו רציונלי, אינו מחזק את ההוכחה שהנאשם אשם, אלא היא משקל שכנגד לראיה הנסיבתית המפלילה של כבישת העדות. ההיגיון ההוכחתי מחייב מבחן סובייקטיבי. אמנם על מנת לבחון את קיומו של מבחן סובייקטיבי ניתן להשתמש בהכללות ובחזקות אובייקטיביות באשר לפרשנות התנהגות הנאשם, אולם הקריטריון צריך להיות סובייקטיבי מפני שאנו מעוניינים בתודעת האשמה של הנאשם המסוים.⁹² מכאן שהפסיקה דוחה דחייה גורפת הסברים סבירים למתן עדות כבושה, המבוססים על חשש סובייקטיבי של נאשמים.

לדעתנו, בהיעדר הוכחה שהנאשם היה מצוי בנסיבות המצדיקות התנהגות נמנעת, ראוי להפעיל את כלל ההיסק לחובה.⁹³ ההנחה ביסוד מסקנה זו היא כי אשמים מתנהגים

90 עניין **זדורוב** (לעיל, הערה 68) סעיף 344 לפסק דינו של השופט הנציג; ע"פ 4179/09 **מדינת ישראל נ' וולקוב** (פורסם בנבו, 2010); ע"פ 7443/06 **ארקה נ' מדינת ישראל**, סעיף 33 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 2008).

91 ע"פ 190/82 **מרקוס נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז' (1) 225 (1983). היותו של הסבר כבישת העדות עצה של עורך דין ללקוחו לא התקבל כסיבה מוצדקת לכבישה, דורון מנשה "הרהורים בעקבות ההכרעות השיפוטיות בעניינו של אריה דרעי", **קרית המשפט ב** (תשס"ב) 329, בעמ' 360–363.

92 מנשה (לעיל, הערה 74) בעמ' 46.

93 שם, בעמ' 52–53.

התנהגות נמנעת כאמור יותר משחפים עושים זאת. מסקנה זו נובעת משיקול איכותי הנגזר מתאורמת בייס (Bayes Theorem).⁹⁴ בהנחה שלפנינו שני נאשמים, אחד חף והשני אשם, ורק אחד מהם מתנהג התנהגות נמנעת, הרי שניחוש מושכל יהיה שהאשם הוא מי שהתנהג התנהגות נמנעת. מכאן ההצדקה להפעיל את כלל ההיסק לחובה. לכן מוצדק לראות בכלל ההיסק לחובה ראיה נסיבתית מפלילה.

בהנחה שמוצדק להפעיל את כלל ההיסק לחובה, לפי האמור לעיל, ושהימנעות זו אינה ראיה קונקלוסיבית לשקריות הטענה או לאיון משקל הראיה, אין לקבוע כלל גורף, אלא להפעיל שיקול דעת בכל מקרה לגופו.

הטעם להסיק היסק לחובה במובן החזק, קרי אי-התחשבות בטענה או מתן משקל אפסי לראיה, הוא שאין הסבר חלופי להתנהגות הנמנעת זולת היות הטענה שקרית, וזאת במידת שכנוע של מעבר לספק סביר. כל עוד יש ספק סביר, שמא יש הסבר להתנהגות הנמנעת, אין להסיק היסק לחובה במובן החזק אלא כראיה נסיבתית מפלילה בלבד.

מבחינת הרציונל התמריצי הטעון הוא שכלל ההיסק לחובה מתמרץ נאשמים להעלות טענות, להציג ראיות ולומר אמת. התמריץ הוא בהיותה של התנהגות נמנעת גוררת איתה סנקצייה של איון משקל הראיה או אי-התחשבות בטענה. סנקצייה זו תדרבן נאשמים להתנהג התנהגות שהיא עדיפה מבחינת ערך גילוי האמת: יעלו טענות רלוונטיות ויציגו ראיות התומכות בהן.

לדעתנו, אין בכוחו של טיעון זה להצדיק היסק לחובה גורף במובן החזק בהיותו תמריץ חזק מדי. במשטר משפטי של תמריץ חזק, בהנחה שבכל זאת יהיו חפים שיתנהגו התנהגות נמנעת כי התמריץ שלהם להימנע יהיה חזק מהתמריץ שלהם שלא להימנע, יהיו חפים שהסנקצייה תופעל כלפיהם באופן שיגדיל את מספר ההרשעות השגויות. מצב זה מנוגד לעקרון ההגנה על חפים ולהקצאת סיכוני המשגה במשפט הפלילי.

94 תאורמת בייס מציגה את הקשר שבין ההסתברות של מאורע A בהינתן מאורע B לבין נתונים בדבר ההסתברות המותנית הפוכה: מאורע B בהינתן מאורע A. על פי נוסחה זו ניתן לחשב את ההסתברות המותנית הזאת: ההסתברות של מאורע A בהינתן מאורע B על פי נתונים בדבר ההסתברות המותנית הפוכה: מאורע B בהינתן מאורע A.

$$P(A/B) = \frac{P(A)P(B/A)}{P(B)}$$

אם נציב במקום A "אשמה", ובמקום B נציב "ראיה", היחס שבין הסתברות הראיה בהינתן האשמה להסתברות הראיה בהינתן חפות, שנקרא "יחס הנראות", כלול בנוסחת בייס, ולכן הוא הכרחי לצורך הסקת שיעור האשמה בהתחשב בראיה. השיקול הנגזר מכך הוא איכותי היות שאנו משתמשים בערכים אורדינליים המציינים אך את הסדר והדירוג ביחס הנראות ולא בערכים קרדינליים המציינים את שיעור יחס הנראות הנומרי המדויק. להסבר מפורט יותר על תאורמת בייס: שם, בעמ' 52, הערה 30; ראו להלן, הערה 114 והטקסט שלידה.

במשפט הפלילי סיכוני המשגה מוקצים באופן שהרשעה שגויה חמורה מזיכוי שגוי, ואין להקריב נאשמים שיש ספק סביר באשמתם למען התועלת שבמאבק בפשיעה באמצעות מקסום ההרשעות של נאשמים שמאזן ההסתברות נוטה לכיוון אשמתם, אף שקיים ספק סביר בחפותם. אלמלא שיקול זה לא היה בסיס לכלל ההכרעה "מעבר לספק סביר".⁹⁵

השיקול התמריצי המתיישב עם עקרון ההגנה על חפים חל על היסק לחובה במובן החלש. גם במשטר משפטי שבו היסק לחובה אינו מופעל ככלל גורף, ושתוצאתו היא לעתים ראויה נסיבתית מפלילה בלבד, עדיין נאשמים מתומרצים שלא להתנהג התנהגות נמנעת, היות שבכל זאת יש להתנהגות זו תוצאה רעה מבחינתם, גם אם במובן חלש, ולכן התמריץ הוא חלש בהתאם. תוצאה רעה אפשרית מתמרצת אדם שלא להתנהג באופן שיביא לתוצאה הרעה הזאת. זהו היגיון של תמריצים: תוצאה רעה היא תמריץ שלילי, ותוצאה טובה – תמריץ חיובי.⁹⁶

תמריץ בינוני הוא זה המקנה שיקול דעת לבית המשפט כאשר להיסק לחובה, אך שיקול הדעת הוא מוגבל, כגון שהטענות תישמענה ותישקלנה, או הראיות תוצגנה בכפוף להיות הדבר דרוש למניעת עיוות דין או לעשיית צדק.⁹⁷ לדעתנו, רק תמריצים חלשים או בינוניים מתיישבים עם עקרון ההגנה על חפים.

לאור האמור לעיל, יחס הפסיקה אל העדות הכבושה אינו ראוי. אי אפשר להצדיק כלל שלפיו בהיעדר טעמים מוצדקים יהיה משקל העדות הכבושה קטן. אי אפשר להצדיק דחיית הסברים אפשריים בדבר מצבו הנפשי של הנאשם. הסברים אלה עשויים להיות סבירים אלא אם קיימות ראיות להיותם לא סבירים במקרה הנדון. נטל השכנוע לכבישת עדותו של הנאשם אינו מוטל עליו. לכל היותר מוטל עליו נטל ההסבר, והתביעה היא הנושאת בנטל להוכיח שיש לדחות את הסבר הנאשם בנסיבות. יחס הפסיקה לעדות הכבושה אינו מוצדק לפי אסטרטגיית ההכרעה הפלילית שיש למקסם את עקרון ההגנה על חפים מפני הרשעות שווא עד לגבול שבו אי אפשר לאכוף ביעילות את

95 לדחיית התמריץ החזק: מנשה (לעיל, הערה 74) בעמ' 48–49; כאשר לאסטרטגיית ההכרעה בפלילים: דורות מנשה "אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים", **קרית המשפט** א (2001) 307, בעמ' 310–313; ראו להלן, הערה 104.

96 דוגמה לקבלתה של הפסיקה את השיקול התמריצי ניתן למצוא בתלונות כבושות של מתלוננות בעברות מין. אי-הפעלת כלל העדות הכבושה על תלונות בעברות מין נועדה לתמרץ נפגעות עברות מין להתלונן.

דוגמאות לפסיקה בדבר אי-החלת כלל העדות הכבושה על מתלוננות בעברות מין: ע"פ 4721/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 684, בעמ' 692 (1999); ע"פ 1258/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 625, בעמ' 637–638 (2004); ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302, בעמ' 362–364 (1993); ע"פ 2820/98 סיגמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 183 (1999); ע"פ 795/85 עמר נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 294 (1988).

97 על התמריץ החלש והבינוני: מנשה (לעיל, הערה 74) בעמ' 49–51; דוגמה לתמריץ בינוני מצויה בסעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982, ס"ח 43.

המשפט הפלילי. לכן גם אם לא הובאו טעמי כבישה מוצדקים, אין לסתום את הגולל על ההסתמכות על עדות כבושה.⁹⁸

נוסף על כך, כלל ההיסק לחובה ראוי שיחול על טענות הגנה בלבד ולא על מה שלעיתים נחזה כטענת הגנה או קו הגנה, אבל למעשה לא כך הוא. במשפט פלילי חובת ההוכחה במוכן של נטל השכנוע מוטל על התביעה במידת הוכחה מעבר לספק סביר. משמעות הדבר היא שעל התביעה מוטל הנטל להוכחת כל יסודות העברה העובדתיים והנפשיים. לכן אם הנאשם אינו טוען במהלך כל המשפט "התביעה לא הוכיחה יסוד מיסודות העבירה", או שהוא כובש את טענתו זו, אין להפעיל נגדו את כלל ההיסק לחובה. חובת הוכחתם של יסודות העברה מוטלת על התביעה ללא תלות בהתנהגות הנאשם. אין להטיל על הנאשם נטל לעורר את הטענה של אי-הוכחת יסודות העברה. על התביעה להוכיח את האשמה לכאורה, ורק במצב זה ניתן להחיל את כלל ההיסק לחובה לפי הימנעות הנאשם מתגובה.

2. ניתוח יישומי של השאלה אם כלל ההיסק לחובה אינו חוסם את זיכוי המערער מעבירת רצח – יישום בעניין פרץ

בעניין פרץ דחה בית המשפט את הערעור, בין השאר בנימוק של כלל ההיסק לחובה. היות שהמערער הציג קו הגנה שהופרך, והיות שבית המשפט קבע שכאשר שניים שהו יחד בחדר סגור ואחד מהם נמצא דקור בלבו, הנותר בחיים יתקשה לשכנע בקו הגנה חלופי.

כאשר נדון קו הגנה חלופי והוא נדחה בשל היסק לחובה, משמעות הדבר שקו ההגנה החלופי אינו מתיישב עם חומר הראיות. משום שאם קו ההגנה החלופי לא עלה קודם לכן, הרי זו ראיה מפלילה. קבלת קו ההגנה החלופי אינה מתיישבת עם ראיה מפלילה זו, ולכן יש לדחות את קו ההגנה החלופי. מכאן שהחלת כלל ההיסק לחובה במוכן החלש מאפשרת את דחיית קו ההגנה החלופי. לפיכך לקו ההגנה החלופי אין קשר לחומר הראיות גם במוכן החלש של קשר זה.

לדעתנו, בעניין פרץ כלל ההיסק לחובה אינו חוסם את זיכוי המערער מעברת רצח, מהטעמים האלה:

ראשית, לכלל ההיסק לחובה אין תחולה כשמדובר בטענה שאיננה טענת הגנה (שלא כבהיסק לחובה משקרי המערער). טענת המערער כי התכוון לפצוע ולא להרוג אינה כלל בגדר טענת הגנה. בעברת רצח יסוד "ההחלטה להמית" הוא אחד מיסודות העברה, ליתר דיוק אחד היסודות הנפשיים לעברה. במשפט פלילי על התביעה מוטל הנטל להוכיח את כל יסודות העברה, לרבות היסוד הנפשי, מעבר לספק סביר.

98 שם, בעמ' 45.

מכאן נובע שעל התביעה מוטל נטל, ללא תלות בטענות המערער, להוכיח שהמערער התכוון להרוג ולא לפצוע. היות שהטענה שהמערער התכוון להרוג אותה טענה שהתכוון אך לפצוע, הרי שנטל ההוכחה המוטל על התביעה להוכיח את ההחלטה להמית הוא מניה וביה נטל להוכיח שהמערער לא התכוון רק לפצוע ולא להרוג. הנטל להוכיח יסוד נפשי של כוונה תחילה פירושו הנטל להוכיח שלא התקיים יסוד נפשי של פזיזות.

מכאן שלא נכון לראות בטענת המערער שהתכוון רק לפצוע טענת הגנה, ומכאן שאין תחולה לכלל ההיסק לחובה מעדות כבושה במקרה הזה. המערער ממילא לא היה צריך להעלות טענה זו, אלא על התביעה היה לסתור טענה זו. ממילא חובת ההוכחה שלא נכון שהמערער התכוון רק לפצוע מוטלת על התביעה.

שנית, במקרה זה מדובר בטענה שהמערער העלה בסופו של דבר אם כי בשלב הערעור בלבד. לכן לא חלה בעניין זה ההשגה בדבר בדיקת איך-ספור השערות חפות. שלישית, לדעתנו, במקרה זה יש הסבר סביר המתיישב עם חומר הראיות לשקריו של המערער ולכבישת טענתו. ההסבר הוא שכוונתו הייתה אך לפצוע ולא להרוג. הסבר אחד הוא שאילו היה המערער מודה מלכתחילה שהתכוון רק לפצוע, הרי שהיה מפליל את עצמו בעברת הריגה. ניסיונו של המערער להכחיש, הכחשה שקרית, שניסה לדקור את המנוח ולכבוש את טענתו בדבר כוונת הפגיעה נבע ממצוקתו האישית בשל האיום שהיה נתון בו להרשעה בעברת חמורה שעונש חמור צפוי להיות בצדה.

הסבר סביר שני הוא חששו של המערער שאם יודה בכוונה לפצוע בלבד, בית המשפט עלול להרשיעו ברצח. בשונה מההסבר הראשון, המציג מניע להסתיר מבית המשפט את האמת, הסבר זה מציג מניע להימנע מפסק דין שגוי לחומרה לרעת המערער. ייתכן שהמערער חשש שבית המשפט לא יאמין לו אם יודה שניסה רק לפצוע משום שהפגיעה הייתה קשה והסתיימה במוות, וכך הוא יורשע על לא עוול בכפו בעברת חמורה מכפי שביצע בפועל וייענש עונש חמור מהעונש ההולם את מה שביצע בפועל. באשר לשקריו של המערער והתנהגותו בחקירה, הרי שניתן לייחס אותם לניסיונו של המערער לחמוק מן הדין גם באשר לעברת הריגה. ניתן לפרש את התנהגותו של המערער בכך שניסיונו לחמוק טוטלית מן הדין גרם לו להתנהג כפי שהתנהג ולכבוש את עדותו עד למועד המאוחר שבו בחר להעלות את קו ההגנה החלופי. התנהגותו מחלישה מאוד את סבירות קו ההגנה הראשוני שלפיו איננו אשם כלל, אך איננו רואים כיצד התנהגותו זו שוללת את סבירות הניסיון להימנע מהפללה בהריגה.

אמנם עדות כבושה היא ראייה נסיבתית מפלילה, אולם לפי האמור לעיל, כנגד ראייה זו ניתן להעלות טיעון המסביר את כבישת העדות עם חפות בשל החשש מהפללה עצמית בהריגה. כאמור, על פי גישתנו, את השערת החפות יש לבחון במובן חלש של התיישבות עם הראיות גרידא, ולכן אין צורך למצוא ראייה הסותרת את הראייה הנסיבתית המפלילה

בדבר כבישת העדות, ודי באפשרות להעלות טיעון מנוגד על פי חומר הראיות הקיים שלפיו ניתן להסביר את כבישת העדות בהסבר המתיישב עם חפות. לדעתנו, הסבר זה להתנהגות הנאשם, אף שאינו ההסבר היחיד האפשרי, הוא הסבר סביר המקיים ספק סביר באשמת הרצח. קבלת הסבר זה אינה עומדת בסתירה להלכות בדבר שקרי הנאשם ועדות כבושה.⁹⁹

רביעית, הלכת סרסור, בדבר ראיית שקרי הנאשם, קובעת ששקרי הנאשם יהיו ראייה לטובת התביעה רק אם מטרת השקר הייתה להעלים את האמת, ולא נאמרו בשל החשש לקבל פסק דין שלא כדין.¹⁰⁰ אמנם במקרה דנן התכוון המערער לשקר בדבר כוונתו לדקור, וכוונה לדקור היא חלק מיסוד נפשי רגיל הדרוש לעברת הריגה בשונה מעברת הרצח, שם נדרש יסוד נפשי של כוונה תחילה. אולם כוונה לדקור היא יסוד הן לעברת הריגה והן לעברת רצח. אמנם עברת הרצח דורשת יסודות נוספים, כמו הכנה והיעדר קנטור, אולם בעניין פרוץ הכוונה להעלים את האמת התייחסה במיוחד לכוונה לדקור ולא להכנה ולהיעדר קנטור שלא היו שנויים במחלוקת. כוונה לדקור כיסוד נפשי רגיל בעברת הריגה מוכללת גם בעברת הרצח שבה יש גם כוונה לדקור וגם כוונה להמית. פשיטא, שאדם המחליט להמית בדקירה גם מתכוון לדקור, ולכן יסוד זה שבעברת ההריגה כלול ביסוד ההחלטה להמית בעברת הרצח.

אין היגיון אפיסטמי בכך שכוונה להעלים את האמת מחזקת דווקא את העברה החמורה יותר מבין העברות שהאמת עשויה להיות בסיס לקיומה.¹⁰¹ תוצאת שקרי הנאשם הנזקפים לחובתו היא חיזוק כלל ראיות התביעה ולא חיזוק ראייה ספציפית כגון כוונה לדקור, אולם השאלה אם שקרי הנאשם בכלל ייזקפו לחובתו תלויה במטרה להעלים את האמת, שיכולה להתקשר ליסוד ספציפי, ובמקרה דנן היא מתקשרת לכוונה לדקור.

דוגמה למקרה שבו נקבע כי ניתן הסבר לשקרי המערער – חששות מהפללה עצמית – היא מקרה שבו זיכה בית המשפט העליון, בדעת רוב, מערער שהורשע בבית המשפט המחוזי בחבלה בכוונה מחמירה אף שמסר גרסאות סותרות וכוזבות בחקירתו במשטרה.¹⁰² במקרה זה מדובר באירוע דקירה שהתרחש בדירת המערער. לפי גרסה אחת שמסר המערער, הוא לא היה בדירה בעת האירוע, ולפי גרסה שנייה הוא הודה שהיה בדירה. בית המשפט קיבל את ההסבר לגרסה השקרית שלפיו המערער חשש

99 יש להבהיר כי איננו טוענים כי הענישה היא בשל שקריו של הנאשם ואיננו טוענים כי בית המשפט פסק שלא בסבירות. אנו בוחנים את פסיקת בית המשפט על פי המסקנה הנכונה ביותר האפשרית ולא לפי מתחם הסבירות, ולכן אין די בהיותה של מסקנת בית המשפט סבירה כשלעצמה.

100 עניין סרסור (לעיל, הערה 75).

101 כלומר, אין היגיון מבחינת תרומת הראיה בדבר כוונה להעלים את האמת לידיעה שבוצעה העברה החמורה יותר.

102 עניין פלוני 2 (לעיל, הערה 27).

לגלות את דבר שהייתו בדירה פן ייחקר, ויתגלה ששהייתו בישראל היא לא חוקית. בעניין זה ציטט בית המשפט הלכה שיצאה לפניו בזו הלשון:

"הנני גורס שעלינו לנהוג זהירות בהעמדת ההרשעה אף במקצת על כך, שהנאשם נתן הסבר אשר נמצא כוזב, פן ניכשל באחד הימים בהרשעת אדם חף מפשע. כבר נאמר אצלנו לא פעם שהסבר כוזב עשוי לחזק את האמון של בית המשפט במהימנות העדויות מטעם התביעה, אך אין הוא יכול למלא חלל הקיים במערכת התביעה מבחינת כמות ההוכחות – 'היש' הדרוש להרשעה. אין זו אלא צורה אחרת של הכלל הידוע שכל ספק מתקבל על הדעת חייב להתפרש לזכות הנאשם"¹⁰³.

חמישית, אם תתקבל הטענה כי לפי הלכת סרסור אין בשקרי המערער תמיכה בעברת הרצח, כי אז אין להחזיק נגדו גם את עדותו הכבושה. כבישת העדות היא פועל יוצא של שקריו. וכששקרו אינם מוחזקים נגדו, אין הצדקה שעדותו הכבושה תחזק את עמדת התביעה.

כאמור, עקרון ההגנה על חפים מפני הרשעת שווא מחייב לבחון קווי הגנה גם אם הם עומדים בסתירה לקו הגנה קודם. חשיבות ההימנעות מהרשעת חף עולה על החשיבות שבהרתעת נאשמים מלשקר או לכבוש את עדותם, שהרי העונש צריך להיות מושת בגין ביצוע העברה ולא בגין הצגת עמדה שקרית או כבישת עדות. לפיכך היה ראוי שלא לחסום את טענת המערער שהתכוון רק לפצוע ולא להרוג, ואין להחיל עליו היסק לחובה בשל שקריו או בשל עדותו הכבושה.

ו. באילו תנאים השערת חפות צריכה להוביל לזיכוי?

1. מבוא

בפרק זה נציג את גישתנו להכרעת הדין במשפט פלילי "אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת", שניתן לאפיין אותה בניסוח אחר כתנאים לכך שהשערת חפות צריכה לגרום לזיכוי או כפרשנות ראויה למידת ההוכחה מעבר לספק סביר. ראשית נציג את גישתנו שלפיה יש לזכות בכל מקרה שבו השערת החפות אינה נחסמת באחד החסמים האלה: החסם השיטתי, החסם ההסתברותי, החסם הטבעי והחסם הפרוצדורלי.

לאחר מכן נדון בפירוט יתר בחסם השיטתי ובהצדקות להיותו מבחן לקבלת השערת חפות.

103 עניין בארי (לעיל, הערה 27) בעמ' 483.

נדון בקצרה בשתי גישות חלופיות לאסטרטגיית ההכרעה בפלילים. הגישה הבייסיאנית-פסקליאנית וגישת ההסתברות האינדוקטיבית של ג'ונתן כהן. אנו נציג גישות אלה, נדגים את יישומן באסטרטגיית ההכרעה בפלילים ונדון בכמה ביקורות שנמתחו עליהן.

(א) ניתוח תאורטי – ארבעת החסמים

השערות חפות היא טענה שלפיה ניתן להסביר את חומר הראיות באופן המתיישב עם חפות הנאשם. אנו סבורים שעל מנת שהשערות חפות תגרוור הכרעת דין של זיכוי עליה לא להיחסם באחד מתוך ארבעת החסמים האלה: החסם השיטתי, החסם ההסתברותי, החסם הטבעי והחסם הפרוצדורלי. אנו מכנים גישה זו "אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת"¹⁰⁴.

החסם השיטתי – כדי שהשערות חפות תתקבל, עליה להיות ניתנת להפרכה באמצעות הבחנת המקרה המסוים, שבו נקבע זיכוי, ממקרים אחרים דומים שבהם תהיה הרשעה בשל חומר ראיות שונה, וקיימת אפשרות ממשית לקיומו של חומר ראיות המצדיק הרשעה. לשון אחר, אין לקבל השערות חפות שניתן להכליל אותן על כל מקרה דומה אחר ועל כל חומר ראיות אחר במקרים דומים. השערות חפות כזאת אינה ניתנת להפרכה בכל מקרה דומה אחר ולכן אינה מאפשרת הרשעות.¹⁰⁵

יש לבחון את המקרים הדומים ברמות הפשטה שונות ולבדוק אם באחת מרמות ההפשטה לפחות אם נקבל את השערות החפות, תיפגע אפקטיביות המשפט הפלילי.

¹⁰⁴ זאת במובחן מאסטרטגיית ההכרעה הכללית. אסטרטגיית ההכרעה הכללית משמעותה שכל נקודה בהליך הפלילי, ואף מחוצה לו, שבה יש להכריע, על ההכרעה להתחשב בהקצאת סיכוני המשגה, שלפיהם יש למקסם את ההגנה על חפים עד לנקודה שבה אי אפשר לקיים אכיפה אפקטיבית של המשפט הפלילי. אסטרטגיית ההכרעה היא כללית במובן זה שהיא אינה חלה רק על השלב הסופי של הכרעת הדין, שבה נקבעים הרשעה או זיכוי, אלא בכל נקודת הכרעה לפני השלב האמור. החלת אסטרטגיית ההכרעה רק על שלב הכרעת הדין עלולה להיות בבחינת מעט מדי ומאוחר מדי. ראו: ד' סוסנוב, ד' מנשה "משפט מתנהל בבית-המשפט ושם בלבד" – על עברת הסוב יודיצה בעקבות ע"א 409/13 שידורי קשת בע"מ נ' קופר", **שערי משפט** ח (תשע"ו) 9, בעמ' 32–33; ד' מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה", **הפרקליט** מג (תשנ"ז) 83, בעמ' 90; מנשה (לעיל, הערה 91) בעמ' 335 ואילך; ד' מנשה, א' גרונר **מהות הספק הסביר במשפט הפלילי – מידת ההוכחה מעבר לספק סביר והבחנה בין זיכוי מחמת הספק לזיכוי מוחלט** (2017), עמ' 94–99.

¹⁰⁵ מנשה (לעיל, הערה 19) בעמ' 118–119; לניסוח הקריטריון במונחי אמצעי זהירות מרביים עד גבול האפשרות המעשית למניעת הרשעה שגויה, ושכל מידת הוכחה גבוהה יותר תגרוור ספקנות כללית ושיתוק של שיטת ההוכחה, ראו: דורון מנשה "ההגיון של סעיף 25 לחוק הירושה", **ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו** (א' ברק, ד' פרידמן עורכים, תשס"ו) 463, בעמ' 473; מנשה וגרונר (לעיל הערה 104) בעמ' 99–100.

לדוגמה, במקרה דנן אם נקבל את השערת החפות רק ברמת הפשטה של "אירוע דקירה שמתחולל בו מאבק ללא עדים" – האם הדבר יפגע באפקטיביות של אכיפת המשפט הפלילי באירועי דקירה?

יודגש כי בחינת התרחישים לצורך יישום החסם השיטתי היא איכותית ולא כמותית. השאלה החשובה היא אינה בכמה מקרים מתוך מספר כלשהו של בדיקות ניתן להפריך את השערת החפות, אלא זו: בהנחה שנמצא מקרה אחד שבו ניתן להפריך את השערת החפות, האם נפריך את החזקה רק במקרה הזה, ובשאר המקרים נוכח? אם כן, האם תישמר האפקטיביות של המשפט הפלילי?

החסם ההסתברותי – חסם זה חל במצב שבו ההסתברות להשערת החפות נמוכה מאוד אבל אינה בלתי אפשרית. ההסתברות מתיישבת עם חוקי הטבע ואינה בהכרח יוצרת חסם שיטתי, במובן זה שזיכוי חרף ההסתברות הנמוכה אינו ניתן להכללה על כל מקרה דומה, אלא ניתן להפרכה באשר לשינויים מוגדרים בתרחיש החפות שיאפשרו הרשעות באופן שלא יפגע באכיפה סבירה של המשפט הפלילי.

עם זאת ההסתברות הנמוכה לחפות היא כה נמוכה, עד שניתן להתעלם ממנה מבלי לחשוש לסיכון של הרשעה שגויה. לשם המחשה, במונחים מספריים מדובר בהסתברות שאינה גבוהה מאחד למאות אלפים. בזאת נבדל קריטריון זה מהגישה הבייסיאנית-פסקליאנית, שבה ההסתברויות המאפשרות הרשעה נעות בין 90% ל-99% שהנאשם אשם.

החסם הטבעי – משמעו שאין לקבל השערות חפות שאינן מעוגנות בחוקי הלוגיקה, בהנחות מטפיזיות רציונליות ובחוקי הטבע על פי ממצאי מדעי הטבע.

החסם הפרוצדורלי – אין לקבל השערות חפות שהפרכתן דורשת מאמץ או השקעת משאבים שהמדינה אינה יכולה לעמוד בו, או שהמדינה רשאית להחליט שלא לעמוד בו בשל הכרעה דמוקרטית בדבר הקצאת משאבים, סדר עדיפויות לאומי ותקצוב המדינה. חסמים אלה מהווים הצדקה לפרש את התנאי בדבר השערת חפות כמעוגנת בראיות במובן חלש ולא במובן חזק.¹⁰⁶ כלומר, די בכך שהשערת החפות אינה נסתרת ואינה מופרכת באמצעות הראיות, ואין הכרח שהשערת החפות תיתמך בראיות. אם השערת החפות אינה נתמכת בראיות, אבל גם אינה נסתרת בשלן, והיא איננה נחסמת באחד החסמים, אז יש הצדקה לקבלה.

נוסף על זה טענו לעיל כי אם אין להשערת החפות תמיכה בחומר הראיות, היא תידחה רק אם בנסיבות המקרה לא סביר שלא תהיה תמיכה כזאת.¹⁰⁷ המבחן לסבירות אף הוא מבחן החסמים. יש לדחות השערת חפות שאינה נתמכת בחומר הראיות רק אם ויתור על תמיכה כזאת יוצר חסימה של השערת החפות באחד החסמים.

106 לעיל, בסעיף ד1.

107 לעיל, ליד הערה 67.

(ב) הטעמים לדחיית השערות חפות בראי החסם השיטתי

הטעמים לדחיית השערות חפות שניתן להכלילם על כל מקרה אחר הם אלה: ראשית, אם ניתן להכליל את השערת החפות על כל מקרה אחר, אז התוצאה המעשית של כלל כזה היא זיכוי בכל מקרה והיעדר הרשעות. במצב כזה מתבטל הלכה למעשה המשפט הפלילי היות שאין טעם לחקור ולהעמיד לדין כאשר התוצאה הוודאית היא זיכוי. עצם קיומו של משפט פלילי מניח את אפשרותן של הרשעות, שאם לא כן, אין טעם בהשקעת המשאבים להרשיע אם אין לכך סיכוי מלכתחילה.¹⁰⁸ היבט אחר של טענה זו הוא גישה פרשנית ראויה לדין הפלילי – אין לתת לנורמות המשפט הפלילי פירוש שאינו מאפשר את קיומו.

שנית, הכללה גורפת של השערות חפות הופכת את חזקת החפות לחזקה חלוטה. הרציונל של חזקת חפות הוא שאדם חף משפע אלא אם הוכחה אשמתו בבית משפט מוסמך. על מנת שטענה זו תהיה ראלית, הוכחת אשמה צריכה להיות ראלית אף היא. חזקת החפות היא אמנם חזקה (Strong) אך איננה חלוטה. הדבר משקף הכרעה חברתית-מוסרית שאין מחויבות לחלץ חפים מכל סיכון של הרשעה היות שמחויבות כזאת הייתה גוררת הימנעות מקיום המשפט הפלילי. בעצם קיומו של משפט פלילי מובלעת נכונות כלשהי, גם אם מזערית, להעמיד חפים בסיכון של הרשעה.

שלישית, ההסבר המשפטי מעמיד את ההסבר המדעי במידה רבה כאידאל, ולכן יש לחסום השערות שאינן עומדות באידאל זה.¹⁰⁹ ההסבר המדעי מבוסס על הניתנות להפרכה. לכן אידאל ההסבר המשפטי כהסבר מדעי מחייב אף הוא קבלת השערות בנות הפרכה בלבד.¹¹⁰ טענה זו מתיישבת עם מבחן דאוברט לקבילות ראיות מדעיות, שאומץ בישראל כמה פעמים. המבחן קובע קריטריון מרכזי שעל השערה מדעית או על תאוריה מדעית להיות בת הפרכה.¹¹¹

108 לכך שהספק הסביר צריך להיות כזה שהכללתו על אירועים אחרים לא תביא לזיכוי בכל אירוע, ראו A. Stein, *Foundations of Evidence Law* (2005) p. 279. מבחן ההכללה הוא אף פרשנות מוצלחת למבחן של צוקרמן (A.A.S. Zukerman) שעל פיו הספק הסביר צריך להיות "בר הבחנה" (perceptible), כלומר שניתן להבחין בו באירועים מסוימים ולא בכל האירועים: A.A.S. Zukerman, *The Principles of Criminal Evidence* (1989) p. 137.

109 ראית ההסבר המשפטי בהסבר המדעי אידאל מתבטאת בהיותן של תאוריות מדעיות נחשבות לחלק מהדיעה השיפוטית שבית המשפט רשאי לנקטה על מנת להכריע בשאלות שנויות במחלוקת מבלי להיזקק לעדות מומחה. כך נפסק שתורה מדעית שנתפרסמה ברחבי תבל כתורת אמת היא חלק מידיעת בית המשפט, ע"א 313/68 פלוני נ' פלוני, פ"ד כב(2) 1026 (1968).

110 D. Menashe, "Is Judicial Proof of Facts a Form of Scientific Explanation? A Preliminary Investigation of 'Clinical' Legal Method", 12 *International Journal of Evidence and Proof* (2008) 32, p. 47.

111 מבחן דאוברט אומץ לראשונה במשפט הישראלי: ע"פ 9724/02 אבו חמאר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 71 (2003).

רביעית, להשערות חפות שאינן בנות הפרכה זקוקים נאשמים אשמים יותר משזקוקים להן נאשמים חפים, מפני שעל מנת להוכיח אשמתם של אשמים, נדרשות השערות חפות שאי אפשר לבדוק את אמתותן. אם ניתן לבדוק את אמתותן של השערות החפות של אשמים, ממילא תוכח אשמתם. לעומת זאת חפים אינם זקוקים להשערות חפות שאי אפשר לבדוק את אמתותן היות שבדיקתן לא תוכיח את אשמתם, שהרי הם אינם אשמים. משטר משפטי המקבל השערות חפות שחלות על מצבי אשמה יותר מאשר על מצבי חפות, משתמש בקריטריון קבלת השערות חפות שהוא אינדיקציה לאשמה יותר משהוא אינדיקציה לחפות. הסיבה לכך היא שבמשטר המקבל גם השערות חפות הניתנות להפרכה וגם השערות חפות שאינן ניתנות להפרכה ייווצר מצב שבו אשמים יעדיפו השערות חפות בלתי ניתנות להפרכה על מנת שיהיה בלתי אפשרי להפריך את טענת חפותם השקרית. לעומת זאת חפים יוכלו להסתפק בהשערות חפות הניתנות להפרכה היות שהשערות החפות שלהם נתמכות יותר בראיות, בשל חפותם מאשר ראיות של אשמים. לכן השערות חפות בלתי ניתנות להפרכה חלות יותר על מצבי אשמה, וקבלתן היא אינדיקציה לקבלתה של השערת חפות של אשמים חרף היותם אשמים.

חמישית, קבלת השערות חפות שחלות בכל מצב עניינים אחר אינה עומדת במבחן הרלוונטיות. ראיות שנאשמים מציעים אינן רלוונטיות אם ההסתברות להופעתן בתנאי אשמה זהה להסתברות הופעתן בתנאי חפות. השערות חפות שניתנות להכללה בכל מקרה אחר ייטענו הן על ידי אשמים והן על ידי חפים, אם מובטח גם לאשמים וגם לחפים שההשערות תתקבלנה. במצב זה ההסתברות להצגת ראיות לחפות הן במצבי אשמה והן במצבי חפות זהה, ולכן ראיות אלה אינן רלוונטיות. הן אינן מאפשרות הבחנה בין מצבי אשמה לחפות.

מבחן ההכללה לקבלת השערות חפות מאפשר פרשנות לדרישה שספק סביר צריך להיות מעוגן בראיות. מדובר בעיגון במובן החלש. השערת החפות צריכה להתקבל כאשר היא מעוגנת, קרי ייחודית לסט הראיות הספציפי, בשונה מהשערת חפות לא מעוגנת בסט הראיות הספציפי, אלא מתיישבת עם כל סט של ראיות.

על האפשרות של הכללה – טיעון אפשרי נגד מבחן זה הוא שהיות שאירועים פליליים הם מגוונים, ואין אירוע אחד דומה דמיון רב למשנהו, הרי שאי אפשר ליישם את עקרון ההכללה שלפיו תרחיש חפות במקרה אחד יחול גם במקרה אחר. מקרה אחר לא יהיה דומה למקרה הנוכחי, ולכן ספק שהכרנו בו כסביר הוא אינו אותו ספק במקרה אחר. לכן בלתי אפשרי להחיל את "אותו ספק" במקרים אחרים.

התשובה להשגה זו היא שעל בית המשפט להשיב לעצמו על השאלה: אילו שוב היה מגיע לפתחו מקרה בנסיבות דומות, אילו ראיות היו מצדיקות הרשעה, ואם הדרישה לראיות כאלה מאפשרת הרשעות במידה כזאת שהעברה מהסוג הזה תיאכף בסבירות. אם הראיות הנדרשות להרשעה תמצאנה לעתים רחוקות מאוד, הרי שאין אכיפה סבירה. על הראיות הנדרשות להרשעה להיות זמינות להצגתן.

אפשר שמבחן זה ייתמך בניסיון השיפוטי המצטבר. בית משפט צריך לבחון הן את הרשעותיו והן את זיכוייו. באשר להכרעות הדין שמסתיימות בזיכוי, עליו לשאול את עצמו אם הסיבה לזיכוי היא שהמבחן שלו לזיכוי כמעט אינו מאפשר הרשעה, ואם בית המשפט מצליח לבסס הרשעות במידה שמאפשרת אכיפה אפקטיבית של המשפט הפלילי. מנגד, באשר להרשעות שלו, על בית המשפט לשאול את עצמו אם ניתן לקיים אכיפה אפקטיבית של המשפט הפלילי גם בקבלת ספקות שאותם הוא אינו נוהג לקבל.¹¹²

(ג) דחיית גישות חלופיות לאסטרטגיית ההכרעה המצומצמת

הגישה הבייסיאנית-פסקליאנית

גישה זו, הנקראת גם הגישה ההסתברותית-אנומרטיבית, מנסה להציג את סטנדרט ההכרעה במונחים הסתברותיים-כמותיים-מספריים. לגישה זו יש שני היבטים: היבט דסקרפטיבי, שבמרכזו טענה בדבר האופן שבו בתי המשפט מסיקים הלכה למעשה הכרעות דין לאור מידת ההוכחה הקיימת כשאלה של הדין המצוי. ההיבט השני הוא נורמטיבי, ולפיו הגישה ההסתברותית עדיפה על גישות אחרות כשאלה של דין רצוי או ראוי.¹¹³ אנו נתייחס לגישה רק מן ההיבט הנורמטיבי שלה.

הצגת הגישה – על פי הגישה הבייסיאנית-פסקליאנית, המחויבות להגנה על חפים מפני הרשעת שווא היא עניין של מידה שאפשר ורצוי להציג אותה במונחים כמותיים-מספריים שיבטאו את הכמות הרצויה של הקצאת סיכוני המשגה. ראוי שהצגת הכמות הרצויה של הקצאת סיכוני המשגה תהיה גלויה, ושמערכת המשפט (המחוקק ובתי המשפט) תפעל מתוך מודעות למידה כמותית-מספרית זו.¹¹⁴

ביסוד הגישה מצויים המונחים "תוחלת הערך" (Expected value), "תוחלת התועלת" (Expected utility) ו"תוחלת הנזק" (Expected disutility). קבלת החלטות רציונלית בתנאי אי-ודאות נדרשת להערכת הסתברויות של תוצאות כל החלטה שתקבל, כאשר החלטה רציונלית או בחירה רציונלית מבוססת על תוצאת ההשוואה בין תוחלות התועלת או תוחלות הנזק של תוצאת כל החלטה.

יישום האמור בהכרעת הדין במשפט פלילי מעלה כי הכרעת דין בדבר הרשעה או זיכוי היא קבלת החלטה בתנאי אי-ודאות, ולכן יש לבחון את תוחלת התועלת ואת תוחלת הנזק הן בעקבות הרשעה והן בעקבות זיכוי. תוחלת התועלת הרלוונטית היא חירותם, זכויותיהם וכבודם של חפים שאינם מורשעים בהרשעת שווא וכן אכיפה אפקטיבית של המשפט הפלילי. תוחלת התועלת הרלוונטית היא גם חירותם, זכויותיהם

112 מנשה וגרונר (לעיל, הערה 104) בעמ' 102–103.

113 שוחט (לעיל, הערה 46) בעמ' 292.

114 להצגת הגישה, ראו: מנשה וגרונר (לעיל, הערה 104) בעמ' 147–148.

ובכבודם של קרבנות העבריינות הממשיים והפוטנציאליים. לעומת זאת תוחלת הנזק היא פגיעה בחירותם, בזכויותיהם ובכבודם של חפים בשל הרשעת שווא וענישת שווא וכן פגיעה באפקטיביות של אכיפת המשפט הפלילי. תוחלת הנזק היא פגיעה גם בחירותם, בזכויותיהם ובכבודם של קרבנות הפגיעה. תוחלת נזק נוספת היא הפגיעה הכלכלית במשק המדינה הנגרמת מן העבריינות וכן הפגיעה הכלכלית במשק המדינה הנגרמת מהוצאות האכיפה והענישה בשל ענישת חפים, שהיא בזבוז תקציבי. תוחלת נזק נוספת היא הפגיעה בביטחון האישי של הציבור עקב פגיעה באכיפת המשפט הפלילי ופגיעה בביטחון האישי של הציבור עקב החשש מהרשעות שווא.

הגישה הבייסיאנית-פסקליאנית מחילה אפוא את תורת ההסתברות במתמטיקה על קבלת ההחלטות במשפט בכלל ובמשפט הפלילי בפרט, לרבות באשר להכרעת דין בדבר הרשעה או זיכוי. על פי הגישה, יש להגדיר הגדרה הסתברותית-מספרית את מידת ההסתברות לאשמה שהיא קריטריון להרשעה או לזיכוי, כלומר מהו שיעור ההסתברות שממנו ומעלה ההסתברות לאשמה היא מעבר לספק סביר, ומהו שיעור ההסתברות שממנו ומטה ההסתברות לאשמה יש בה ספק סביר. לאחר קביעת קריטריון זה יש לבחון לגבי נאשמים מסוימים מהי ההסתברות לאשמתם. אם ההסתברות לאשמת הנאשם שווה לקריטריון המספרי להכרעת דין או עולה עליו, יש להרשיעו. אם ההסתברות לאשמתו פחותה משיעור הקריטריון האמור, יש לזכותו. במילים אחרות, סטנדרט ההכרעה מוגדר כמותית-מספרית שיעור של ההסתברות לאשמה, והוא קו הגבול בין הרשעה לזיכוי של נאשמים ספציפיים.

הסתברות מותנית (Conditional Probability) – אשר להסתברויות של אשמה או חפות במשפט הפלילי נודעת חשיבות מיוחדת להסתברות המותנית. ההסתברות מתמטית למאורע כלשהו יכולה להיות הסתברות מותנית. זו הסתברות למאורע בתנאי שמופיע מאורע אחר. ההסתברות של מאורע A בהינתן מאורע B או ההסתברות בתנאי B של המאורע A.¹¹⁵

ההסתברות המותנית מתקשרת לכך שלעתים יש בידינו הערכה הסתברותית ראשונית לפני שקיבלנו מידע חדש, ולאחר שקיבלנו מידע חדש יש בידינו הערכה הסתברותית מעודכנת לאור המידע החדש. ההסתברות הראשונית לפני קבלת המידע החדש נקראת הסתברות אפריורית (Apriori Probability), והערכת ההסתברות לאחר קבלת המידע החדש נקראת הסתברות אפוסטריוורית (Aposterioriti Probability). לכן כאשר נוסף מידע חדש להסתברות האפריורית, היא מתעדכנת לפיו והופכת להיות הסתברות אפוסטריוורית. ההסתברות האפוסטריוורית היא סוג של הסתברות מותנית: היא אינה אלא ההסתברות האפריורית בתנאי האינפורמציה החדשה.¹¹⁶

115 שמואל זמיר, רות בייט-מרום וסטנלי ברקן "הסתברות מותנה" מבוא לסטטיסטיקה לתלמידי מדעי החברה א (כרך שני: הסתברות, יחידה 6, תשנ"ה) בעמ' 92-93.
116 שם, בעמ' 122.

את ההסתברות האפריורית למאורע קובעים לפי שיעור השכיחות של המאורע, שנקרא "שיעור הבסיס" (Base Rate).

תאורמת בייס – הקשר בין ההסתברות האפריורית להסתברות האפוסטריורית מתייחס לקשר שבין הסתברויות מותנות הפוכות: ההסתברות של מאורע A בהינתן מאורע B על פי נתונים בדבר ההסתברות המותנית ההפוכה: מאורע B בהינתן מאורע A. הקשר הזה מוצג בתאורמת בייס או נוסחת בייס. על פי נוסחה זו ניתן לחשב את ההסתברות המותנית הזאת: ההסתברות של מאורע A בהינתן מאורע B על פי נתונים בדבר ההסתברות המותנית ההפוכה: מאורע B בהינתן מאורע A.

על פי נוסחת בייס, ההסתברות של מאורע A בהינתן מאורע B (כלומר ההסתברות האפוסטריורית של מאורע A) שווה להסתברות של מאורע A (כלומר ההסתברות האפריורית של מאורע A) כפול ההסתברות של המאורע B בהינתן המאורע A (כלומר ההסתברות האפוסטריורית של מאורע B), כאשר את תוצאות המכפלה האחרונה יש לחלק להסתברות של מאורע B (כלומר ההסתברות האפריורית של מאורע B).¹¹⁷

אם ניישם זאת במשפט הפלילי, נוכל לדעת מהי ההסתברות לאשמה בהינתן ראיה או חומר ראיות. אנו מעוניינים בהסתברות האפוסטריורית לאשמה. על פי נוסחת בייס, ההסתברות לאשמה בהינתן הראיה שווה להסתברות לאשמה בהיעדר הראיה (ההסתברות האפריורית לאשמה) כפול ההסתברות לראיה בהינתן האשמה (או ההסתברות האפוסטריורית לראיה), כאשר את תוצאת המכפלה הזאת יש לחלק בהסתברות לקיומה של הראיה (ההסתברות האפריורית לראיה).

על פי הגישה הבייסיאנית-פסקליאנית, את התוצאה המספרית של הפעלת נוסחת בייס יש להשוות לרף הרשעה מספרי שייקבע מראש.

גישת ההסתברות הסובייקטיבית – בתחום המשפט הפלילי מעטות הן הראיות שניתן לייחס להן ערכי הסתברות אובייקטיביים על יסוד שכיחות אמפירית. כאשר לרוב הראיות מצב המדע והטכנולוגיה אינו מאפשר קביעת הסתברות אובייקטיבית נוסף על חוסר אפשרות לבצע ניסויים אמפיריים שבהם ישוחזרו אירועים שחלקם יהיו אירועים עברייניים, ושיהיה ניתן לדעת אילו מהאירועים הם אירועי אשמה ואילו אירועי חפות. מכאן שבדרך כלל ההסתברות הרלוונטית היחידה היא ההסתברות הסובייקטיבית. על פי גישה זאת, יש להעריך את הסתברותן של ראיות על פי מודל הנכונות להמר בהנחת גמול על הימור נכון.¹¹⁸ יש להשוות את הערכת ההסתברות הסובייקטיבית של האשמה בהינתן הראיות ולהשוות הערכה זו לרף ההוכחה המספרי שנקבע.

כך יש להציב את ערכי ההסתברות הסובייקטיבית האפריורית והאפוסטריורית בתאורמת בייס, ותוצאת הפעלת הנוסחה היא ההסתברות לאשמה בהינתן הראיה.

117 שם, בעמ' 122–123; ר' שפירא "שימוש בטכניקות הסתברותיות לזיהוי אנשים על סמך ראיות נסיבתיות", פלילים ב (1991), 113, בעמ' 120–122.

118 שם, בעמ' 116.

ביקורת הגישה הבייסיאנית-פסקליאנית

בחיבור זה איננו מתיימרים למצות את כל מה שנאמר בביקורת על גישה זו. אנו נתמקד בביקורת הרלוונטיות לביסוס עדיפות הגישה המוצעת בחיבור זה.¹¹⁹

ההמרה הנומרית מהווה הפסד אפיסטמי – הן חומר הראיות והן המציאות שבה מתרחש האיזון בין עקרון ההגנה על חפים לבין אכיפת המשפט הפלילי נתונה לנו בקטגוריות מילוליות ולא מספריות. זוהי מציאות מורכבת בעלת מרחב גדול של עמימות, שאינה מאפשרת פתרון אלגוריתמי אלא פתרון היוריסטי. הגישה הבייסיאנית-פסקליאנית מבקשת להמיר את תיאור המציאות מקטגוריות מילוליות לקטגוריות מספריות המבטאות הסתברות. אין בידנו כל אלגוריתם לדיוקה של המרה זו, ולכן קביעת ההסתברות הסובייקטיבית היא היוריסטית ומתבצעת בתנאי עמימות רבה. מכאן שלא רק שאין כל רווח אפיסטמי ממעבר מקטגוריות מילוליות למספריות, אלא אף יש הפסד אפיסטמי, היות שלא די בכך שקובע העובדות צריך להתמודד עם מרחב עמימות גדול בשל טבע הדברים, עליו להתמודד עם מרחב עמימות נוסף לקביעת ההסתברות ה"נכונה" שאמורה להיות תרגום של התיאור המילולי. ככל שאנו מוסיפים לדרוש החלטות נוספות בתנאי עמימות הנוספים על זאת הקיימת ממילא, אנו מגדילים את סיכוני המשגה בקבלת ההחלטות.

הגישה הבייסיאנית-פסקליאנית והחסם השיטתי – על פי החסם השיטתי, יש להגן על חפים מפני סיכוני הרשעות השווא במידה המרבית האפשרית עד גבול היכולת לאכוף את המשפט הפלילי. לכאורה, במונחים בייסיאנים-פסקליאנים עלינו לאתר שיעור הסתברות לאשמה שממנו אי אפשר לאכוף בייעילות את המשפט הפלילי. במצב זה הגבול בין הספק הסביר לספק הלא סביר מבוטא במספר שהוא ערך הסתברותי. אולם קיימים שני קשיים מרכזיים המונעים איתור של גבול מספרי כזה:

הקושי האחד הוא היעדרו של גבול אחיד כזה. השאלה מהי ההסתברות לאשמה שממנה והלאה אי אפשר לאכוף בייעילות את המשפט הפלילי משתנה ממקרה למקרה. גבול ההסתברות משתנה על פי אופי האירוע. לדוגמה, באירוע א בהינתן חומר הראיות, גבול ההסתברות עשוי להיות 0.9, ובאירוע ב 0.95. ודוק, אין מדובר בהסתברות משתנה על פי חומרת העברה או חומרת הנסיבות, אלא על פי טיב הקשר הסיבתי או המתאמי שבין ראיות לבין אשמה. השאלה אם ניתן לדרוש עוד ראיות כתנאי להרשעה מבלי לפגוע באפקטיביות של אכיפת המשפט הפלילי תלויה בסוג האירועים שמדובר בהם. היות שאי אפשר למפות את כל אין-ספור האירועים האפשריים, הרי שאי אפשר להגדיר את רף ההוכחה במונחים של הסתברות מספרית.

הקושי השני בהצדקת ההרשעה, או הזיכוי, הוא שאלה של תוכן הטעמים, אך ערך הסתברותי אינו מייצג תוכן רלוונטי של טעם, ואין בו משהו מהותי להצדקה. הטעמים

119 לביקורת על הגישה הבייסיאנית-פסקליאנית, ראו: מנשה וגרונר (לעיל, הערה 104) בעמ' 153–155.

באשר לגבול בין זיכוי להרשעה הם שבהתחשב באירוע, כל דרישה נוספת להרשעה לא תאפשר את אכיפת המשפט הפלילי. הטעם אינו בכך שההסתברות היא 0.95, ואילו הסתברות של 0.96 לא תאפשר את אכיפת המשפט הפלילי. אין שום דבר מהותי ב-0.95 או ב-0.96 שמונע אכיפה אפקטיבית של המשפט הפלילי. אילו היה ניתן לאכוף ביעילות את המשפט הפלילי בהסתברויות גבוהות יותר לאשמה, הרי שגם 0.99 הייתה הסתברות המצדיקה זיכוי. ההסתברויות הנלוות הן מקריות ובלתי רלוונטיות לטעם המצדיק. הטעם המצדיק הוא הנמקה מילולית בדבר היכולת לאכוף את המשפט הפלילי, תהא ההסתברות אשר תהא.

ג'ונתן כהן טען טיעון דומה והוא שיש לקבל שמסקנה בדבר אשמה לא צלחה לא משום שהיא אינה קרובה מספיק לוודאות, או שההסתברות לנכונותה אינה גבוהה דייה, אלא משום הטעמים שמונעים מההסתברות להיות גבוהה יותר. השאלה היא אם הטעמים המונעים מההסתברות להיות גבוהה יותר הם המצדיקים קבלת השערת חפות ולא עצם העובדה שההסתברות אינה גבוהה יותר. הנמקת הזיכוי הראויה היא שיש ספק לגיטימי שלא נסתר, או יש השערת חפות סבירה שלא נסתרה, ולא שהשערת האשמה אינה חזקה דייה מבחינה הסתברותית במובן זה שהיא רק 0.95 ולא 0.96.¹²⁰ אנו תמימי דעים עם כהן באשר לטיעון עקרוני זה. ההבדל בין גישתנו לגישתו הוא בכך שהטעמים שלפיהם כהן סובר שיש לדחות מסקנת אשמה הם אפיסטמיים בלבד, ואנו סבורים שהם בראש ובראשונה נורמטיביים.¹²¹

גישת ההסתברות האינדוקטיבית של ג'ונתן כהן

הצגת הגישה – גישת ההסתברות האינדוקטיבית של ג'ונתן כהן מציעה חלופה הכרתית לגישה הבייסיאנית-פסקליאנית. גישתו של כהן היא גישה אפיסטמולוגית כללית בראש ובראשונה בהקשר של ניסויים מבוקרים במדע האמפירי, אולם כהן מיישם את גישתו גם באשר לקביעת ממצאים עובדתיים על בסיס ראיות במשפט. מבחינת המקורות ההיסטוריים גישתו מתבססת על בייקון ועל הקנונים של מיל וכן על המשקל הראייתי של קיינס.¹²²

מבחינה לוגית ניתן לראות בשיטה זו הרחבה של הלוגיקה המודאלית.¹²³

120 Cohen, The Probable and the Provable (לעיל, הערה 39) בעמ' 82–83; Cohen, The Logic of Proof (לעיל, הערה 39) בעמ' 101.

121 לדין מפורט, ראו: מנשה וגרונר (לעיל, הערה 104) פרק שישי, סעיף ג.

122 Cohen, The Probable and the Provable (לעיל, הערה 39) בעמ' 144–153; Cohen, The Logic of Proof (לעיל, הערה 39) בעמ' 93. ר' שפירא "המודל ההסתברותי של דיני הראיות חלק ב-הלוגיקה ההכרתית", עיוני משפט כ (1996) 141, בעמ' 157. באשר לקנונים של מיל, כהן מוותר על הקנון החמישי.

123 שם, בעמ' 176; בפרט שיטה זו מבוססת על שיטת 4S של לואיס (Lewis). ראו: דורון מנשה, "הוכחה משפטית, הוכחה מתמטית והסבר מדעי" עבריינות וסטייה חברתית (טרם

ציר ההסתברויות הפסקליאני הוא ציר שבקצהו האחד הסתברות 0, כלומר הסתברות ודאית של x ובקצהו השני הסתברות 1, כלומר הסתברות ודאית של x , ואילו הציר האינדוקטיבי הוא ציר שבקצהו האחד תמיכה אינדוקטיבית 1, שהיא "הוכחה ש- x ", ובקצהו השני תמיכה אינדוקטיבית 0, כלומר "היעדר הוכחה ש- x ". בכך דוחה ההסתברות האינדוקטיבית את כלל ההשלמה של ההסתברות הפסקליאנית שלפיה הסתברות התרחשות מאורע והסתברות אי-התרחשותו מסתכמות ל-1 (או ל-100%). על פי גישת ההסתברות האינדוקטיבית, ההסתברות האינדוקטיבית של מאורע והסתברות שלילתו יכולה להיות קטנה מ-1. למשל, אם ההסתברות האינדוקטיבית של מאורע גבוהה מ-אפס, ההסתברות לאי-התרחשות המאורע יכולה להיות אפס.¹²⁴ על פי ההסתברות האינדוקטיבית, תמיכה בהשערה עולה ככל שההשערה עומדת במבחנים מורכבים יותר ויותר מבחינת הקומבינטוריות ההולכת וגדלה של משתנים רלוונטיים. משתנים רלוונטיים עשויים להסביר חלופות להשערה.

הגישה בהקשר המדעי – בהקשר של ניסוי מדעי מדגים כהן את גישתו בניסוי של פון פריש בדבר היות הדבורים מבחינות בצבעים.¹²⁵ המתודה היא אלימינציה של חלופות. הנתון הוא שמבין כרטיסים בצבעים שונים, ובהם כרטיס כחול, דבורים חזרו שוב ושוב לכרטיס הכחול, שעל גביו היו מי סוכר שקופים. לשם הבדיקה מוצעים שישה מבחנים לבחינת השערות חלופיות לכך שהדבורים מזהות צבע, כגון הדבורים אינן מזהות צבעים אלא צל של אפרוריות, הדבורים חוזרות לכרטיס הכחול בשל המזון המצוי שם, הדבורים חוזרות על פי הריח וכו'.

לאחר שכל החלופות האלה הופרכו, התברר שהדבורים מסוגלות להבחין בין ארבעה צבעים: צהוב, כחול-ירוק, כחול ואולטרה-סגול. בסופו של דבר, נערכה סדרת הניסויים על מגוון גדול של כוורות דבורים מזנים שונים על מנת לוודא שאין מדובר בתכונה ייחודית לזן מסוים של דבורים או להרגלי תזונה של דבורים מסוימות. לאחר שהיפותזה שהדבורים מבחינות בצבעים צלחה את כל ששת המבחנים, ניתן להסיק כי ההיפותזה נכונה בדרגת אמינות גבוהה מפני שהיא נבדקה בכל אחת מהאפשרויות שניתן להעלות על הדעת. אילו נעשו רק חלק מהניסויים, היה מוצדק לסייג את ההיפותזה ולקבוע לה תמיכה מוגבלת ומסקנה נתונה בספק. העמידה במבחנים קובעת את רמת התמיכה שניתן לייחס להכללה. בכך כהן טוען שניתן למדוד את היחס בין הראיות הקיימות לראיות החסרות.

פורסם). להצגת גישת ההסתברות האינדוקטיבית ראו: מנשה וגרונר (לעיל, הערה 104) בעמ' 168–172.

124 Cohen, *The Probable and the Provable* (לעיל, הערה 39) בעמ' 34, 37; Cohen, *The Logic of Proof* (לעיל, הערה 39) בעמ' 93; שפירא (לעיל, הערה 122) בעמ' 175.
125 Cohen, *The Probable and the Provable* (לעיל, הערה 39) בעמ' 129–140; שפירא (לעיל, הערה 122) בעמ' 176.

ההסתברות הפסקליאנית מיוצגת בערכים קרדינליים, ואילו ההסתברות האינדוקטיבית מיוצגת בערכים אורדינליים. אפשר לומר שככל שמתווספות עוד ועוד ראיות התומכות בהיפותזה, כך עולה ערך ההסתברות האינדוקטיבית, אולם אי אפשר להשוות את מידת התמיכה האינדוקטיבית בהיפותזה אחת לרמת התמיכה בהיפותזה אחרת.¹²⁶

ההסתברות האינדוקטיבית אינה מייצגת סיכויים בדבר התרחשותו של אירוע אלא מידת תמיכה ראייתית. ההבדל בין השניים חל על מידת האפשרות לייצר ידע מתוך היעדר תמיכה ראייתית. על פי הגישה הפסקליאנית ניתן לייצר ידע מתוך היעדר תמיכה ראייתית, היות שאירועים שאין להם תמיכה ראייתית יקבלו ערכים הסתברותיים גבוהים מאפס כל עוד אין ודאות באשר לאי-התרחשותם. לעומת זאת בהסתברות אינדוקטיבית הם יקבלו שיעור תמיכה אפס. אמנם הסיכוי להתרחשותם עשוי להיות גבוה מאפס, אולם המושג "תמיכה ראייתית" שונה מהמושג "סיכוי". בשיטת ההסתברות האינדוקטיבית אי אפשר לייצר ידע מהיעדר תמיכה ראייתית. לדוגמה: האפשרות שאדם יזכה בהגרלת הלוטו חמש פעמים ברצף. על פי הגישה הפסקליאנית, ההסתברות נמוכה מאוד אך גבוהה מאפס.¹²⁷ על פי ההסתברות האינדוקטיבית, לתרחיש זה יש תמיכה ראייתית אפס היות שאין ראיות כי תרחיש זה התרחש אי פעם.

הדגמת הגישה בהקשר למשפט הפלילי – כאשר עסקינן בראיות במשפט הפלילי אי אפשר לבצע ניסויים ממשיים באשר להשערות חפות אלא ניסויי מחשבה בלבד. יש לבצע אלימינציה של השערות חפות ולהרשיע נאשם רק אם כל השערות החפות נסתרו. אם נותרה לפחות השערת חפות אחת שלא נסתרה, אין להרשיע. על מנת להרשיע יש להראות דרגת הסתברות אינדוקטיבית כמעט מרבית.

השאלה שיש לשאול אינה מהי ההסתברות לאשמה ואף לא מהי ההסתברות לחפות, אלא אם קיימת תמיכה ראייתית בהשערת חפות. או במילים אחרות, אין לשאול עד כמה האשמה מסתברת (probable), אלא אם היא מוכחת (provable).

שיטת ההסתברות האינדוקטיבית גורסת שבאשר להוכחת האשמה קיימות הכללות אמפיריות המבוססת על ניסיון החיים. הכללות אלה מניחות מצבי עניינים "נורמליים", כלומר אירועים רגילים המתרחשים בדרך כלל. אולם ייתכנו מצבים לא רגילים, "אבנורמליים", שבהם ההכללה האמפירית אינה מתקיימת, כלומר הנאשם חף חרף ההכללה שבבסיס ההאשמה. ההגנה מנסה להראות שחרף ההכללה האמפירית שבבסיס האשמה במצבים נורמליים, לפנינו מצב אבנורמלי, ולכן ההכללה אינה חלה על הנאשם, אלא חלה הכללה אחרת, הקיימת בבסיס חפותו של הנאשם. התביעה מנסה להפריך את הטענה שהתקיים מצב אבנורמלי וטוענת שהתקיים מצב נורמלי, ולכן מוצדק לקבל את ההכללה שבבסיס האשמה כהכללה שחלה על הנאשם.

126 שם, בעמ' 159.

127 Stein (לעיל, הערה 108) בעמ' 47.

הבחנה נוספת של כהן היא בין סיטואציה אבנורמלית (Abnormal) לבין אפשרות דמיונית (Fanciful Possibility). טענה לסיטואציה אבנורמלית אך לא דמיונית עשויה לבסס השערת חפות, אך לא כן הצבעה על אפשרות דמיונית. זו ההבחנה בין "מעבר לספק סביר" לבין "מעבר לכל ספק". הסיטואציה האבנורמלית היא אמנם חריגה, אבל יש תמיכה ראייתית שהיא לפעמים מתרחשת, ואם היא מתרחשת, אז קיימת הכללה התומכת בחפות. האפשרות הדמיונית, בניגוד לגישה הפסקליאנית, אינה אפשרות בהסתברות נמוכה מאוד אלא אפשרות שאין לה רלוונטיות אינדוקטיבית. אין הכללה ידועה בבסיס האפשרות הזאת.¹²⁸

כהן מציג את הדוגמה הזאת: נניח שנצפה הולך רגל צועד ישר לעבר אבני שפת המדרכה ברחוב בעיר. הסקה נורמלית היא שהולך הרגל מתכוון לחצות את הכביש. נורמלית, זו כוונתם של בני אדם בצעידתם ישר לעבר אבני השפה. זו הכללה לגבי כוונות בני אדם, אולם ההכללה מסויגת בתואר "נורמלי". ייתכן שהשערה בדבר חציית הכביש תופרך בסיטואציה מסוימת שהיא אבנורמלית. ייתכן שאדם יאמר כך: יש הסתברות גבוהה שאדם כזה מתכוון לחצות את הכביש, אבל אין זה ודאי. עדיין יש הסתברות נמוכה שהוא לא יחצה. כהן טוען שזו תשובה בעייתית. נורמלית, הטענה היא שהאדם יחצה, ולא שיש הסתברות גבוהה שהוא יחצה. במצבים לא נורמליים הוא אינו מתכוון לחצות את הכביש, למשל אולי הוא מתכוון לדבר עם נהג הרכב שבירך אותו לשלום. שימוש בהסתברות מתמטית נחוץ במצבים שבהם אי אפשר להבחין בין נסיבות שבהן ההכללה ישימה (מצב נורמלי) למצבים שבהם ההכללה לא ישימה. רוב בני האדם חושבים שהם יכולים להבחין. אם ניתן להבחין שאנו במצב נורמלי או לחלופין לא נורמלי, אין צורך בהסתברות מתמטית.¹²⁹

דוגמה נוספת: הנאשם נמצא בשלוש לפנות בבוקר בגינת בית. הוא נאשם בפריצה ובגנבה של תכשיטים שנמצאו בכיסו. ההכללה היא שנורמלית אם דבר מה לא נמצא במקומו הרגיל, ואדם נמצא בקרבת מקום בזמן סמוך ומחזיק באותו דבר מה, אז האדם הזה נטל ונשא את אותו דבר מה והרחיק אותו ממקומו. ההגנה תנסה להוכיח שההכללה אינה ישימה, וכי המצב אינו נורמלי. למשל, עדות שהיה אדם זר נוסף בגינה מיד לאחר הפריצה, ושהוא אסף את התכשיטים שנפלו מידי האדם השני בכוונה להחזירם. נוכחות אדם נוסף במקום היא משתנה רלוונטי לתחולת ההכללה.

על מנת להזים את הראיה התובע יכול להוכיח שלא היה אדם נוסף בזירה באמצעות שלילת תום הלב של הנאשם, למשל הנאשם היה הראשון שנראה בורח מהמקום. תפקיד התביעה הוא להראות שהכללת האשמה אמיתית כי אנחנו בסיטואציה נורמלית, ואין חריגים אבנורמליים. למשל, שלא נוכח במקום ביצוע העברה או בסביבה אדם נוסף,

128 Cohen, *The Probable and the Provable* (לעיל, הערה 39) בעמ' 250–251.

129 שם, בעמ' 147–148.

שהנאשם היה בהכרה מלאה מבחינת חדות חושיו, והוא היה מודע למעשיו. יש לבצע אלימינציה של ההתנגדויות לקיומו של מצב נורמלי לפנינו והכללת האשמה ישימה. נניח שאדם נאשם בהחזקת רכוש גנוב ביודעין מפני שנמצאו תכשיטים בבקתה שלו. התובע מציג הכללה שברגיל בני אדם החיים בבקתה אינם יכולים לקנות חפצים בעלי ערך, וגם אין להם חברים שנותנים להם מתנות יקרות. כמו כן בני אדם שמוצאים פריטים בעלי ערך אינם מתכוונים להחזיק בהם, או מחזירים אותם לבעליהם מיד או מוסרים אותם למשטרה. ההכללה הראשונה שוללת את האפשרות שהנאשם קנה את התכשיטים או קיבל אותם במתנה. ההכללה השנייה שוללת את האפשרות שהוא מצא אותם והתכוון להחזיר אותם לבעלים או למסרם למשטרה. יש לבצע אלימינציה של ספקות סבירים, אבל לא אלימינציה של ספקות כלשהם, כלומר ספקות לא סבירים. למשל, העלאת ספק שמא עורב לקח את התכשיטים במקורו והפיל אותם היישר לתוך כיסו של הנאשם בשלוש לפנות בוקר. פעילות של ציפורים אינה נחשבת חלק מהכללה המסבירה מדוע חפצים אינם נמצאים במקום הרגיל שלהם.

ביקורת ההסתברות האינדוקטיבית

גישת ההסתברות האינדוקטיבית קרובה לגישתנו יותר מהגישה הבייסיאנית-פסקליאנית בדחייתו של קריטריון מספרי להרשעה ולזיכוי, בדחייתו של קו גבול קרדינלי בין זיכוי להרשעה, בדחיית הקריטריון ההסתברותי כתנאי הכרחי ומספיק להרשעה ובדחיית הסתפקות בסדר גודל של הסתברויות בשיעור 0.95–0.99. כמו כן אנו מקבלים את גישתו של כהן בדבר אי-רלוונטיות ההנמקה על פי מידת הקרבה לוודאות או מידת העצמה ההסתברותית ובדבר רלוונטיות ההנמקה על פי הטעם המונע מההסתברות להיות גבוהה יותר. אנו מקבלים את רעיון האלימינציה של השערות חפות שלפיה אין להסתפק בעצמתה של השערת ההאשמה מבלי לבחון אם קיימות השערות חפות המצביעות על נסיבות חריגות להסתברות הגבוהה לאשמה.

עם זאת אנו סבורים כי ניתן להצביע על קשיים בגישת ההסתברות האינדוקטיבית ואשר בעניינם גישתנו עדיפה.¹³⁰

ההבחנה בין נסיבות נורמאליות לאבנורמאליות – כאמור לעיל, כהן טוען כי הסתברות מתמטית נחוצה כאשר לא ידוע אם אנו מצויים בנסיבות נורמליות או אבנורמליות. לעומת זאת אם אנו יודעים שאנו בנסיבות נורמליות, אין צורך בהסתברות מתמטית, היות שמעצם הנורמליות של הנסיבות נגזרת הכללה אמפירית המתאימה לנסיבות כאלה. מנגד, אם אנו בנסיבות אבנורמליות, נגזרת מכך מסקנה בדבר חריג לנסיבות הרגילות. כהן סבור כי בני אדם חושבים שהם יודעים אם לפנייהם נסיבות נורמליות או אבנורמליות.

¹³⁰ לביקורת על גישת ההסתברות האינדוקטיבית, ראו: מנשה וגרונר (לעיל, הערה 104) בעמ' 172–179.

אולם הניסיון המשפטי מראה כי לא תמיד התשובה לשאלה אם אנו בנסיבות נורמליות או אבנורמליות מובנת מאליה, וכי אין זה קל להכריע בעניין זה במחלוקת שבין התביעה להגנה. אם הדברים היו תמיד כה פשוטים ומובנים מאליהם, לא היו בנמצא מקרים קשים, ולא הייתה מחלוקת בין דעת הרוב בהרכב שופטים לבין דעת המיעוט, לא היו מחלוקות על הכרעת הדין בין ערכאת הערעור לערכאה הדיונית, ולא הייתה ביקורת של מלומדים אקדמאים על הכרעת דין בפלילים.

ייתכן מצב שבו התשובה לשאלה אם אנו בנסיבות נורמליות או אבנורמליות לא תהא חד-משמעית – כן או לא – אלא תלויה במידה כלשהי של ביטחון בהיסק. ייתכן שהתשובה תהיה שרוב הסיכויים שאנו בנסיבות נורמליות, ולכן הנאשם אשם, אולם הביטחון בהיסק הזה מתכרסם במידה מסוימת בשל השערה שאולי בכל זאת אנו בנסיבות אבנורמליות. דא עקא, שההסתברות האינדוקטיבית אינה אומרת דבר בדבר מצבי הביניים האלה. כהן אף אומר שבמצבים אלה רלוונטית ההסתברות מתמטית. אבל אם מצבי ביניים כאלה קיימים במשפט, אז ההסתברות המתמטית רלוונטית לדיני הראיות.

נתבונן בדוגמה של פרשת **זדורוב**. בפרשה זו הורשע רומן זדורוב ברצח תלמידת בית ספר (להלן: המנוחה) באחד מתאי השירותים בבית הספר. בתא השירותים הזה מצאו שלוש עקבות נעל טבולות בדם שאינן תואמות את אלה של הנעליים שנעל זדורוב ביום הרצח. ההגנה טוענת כי עקבות אלה הן בהכרח העקבות של הרוצח האמתי, ואם הן אינן תואמות את סוליות נעלי זדורוב, הרי שזדורוב אינו מבצע הרצח. התביעה טוענת כי לאחר גילוי גופת המנוחה לא הייתה הזירה סטרילית, וכי היו בה נוכחים, חלקם בעלי תפקיד שהגיעו לאחר גילוי הגופה וחלקם אולי סקרנים. אמנם העקבות לא תאמו את נעליהם של אותם אנשים שידוע שנכנסו לתא, אולם עדיין ייתכן שאחד הנוכחים בזירה נכנס לתא השירותים מבלי שקיימת ראייה לכך, והעקבות הזרות הן של נעליו.¹³¹

לפי גישת ההסתברות האינדוקטיבית, אם אנו מצויים בנסיבות נורמליות, אז אף אחד לא נכנס לתא היות שבדרך כלל בני אדם שאינם מורשים להיכנס לתא לא ייכנסו. בדרך כלל בני אדם שומרים על סטריליות הזירה, בדרך כלל אין אדם נכנס לתא מבלי שלפחות אדם אחד ממספר כזה של נוכחים הבחין בכך, ובדרך כלל אין אדם נכנס לתא שרצפתו מגואלת בדם ויוצא ממנו בלי להשאיר עקבות נוספות מחוץ לתא.

לעומת זאת אם אנו בנסיבות אבנורמליות, אז חריגים לרשימת הדברים שבדרך כלל מתרחשים – התרחשו בפרשת **זדורוב**. בדרך כלל אין בני אדם נכנסים לתא כמתואר לעיל, אך בפעמים מעטות הם נכנסים, ובפרשת זדורוב חל אחד החריגים האלה.

131 עניין **זדורוב** (לעיל, הערה 68); ההתייחסות לראיות עקבות הנעליים הלא משויכות מצויה בסעיף 293 ואילך לפסק דינו של השופט דנציגר ובסעיף 50 ואילך לפסק דינו של השופט עמית.

ברור שאם ידוע שאנו בנסיבות נורמליות נובע מכך זיכוי, ואם אנו בנסיבות אבנורמליות נובעת הרשעה בהנחה שהראיות לאשמת זדורוב הוכחו לכאורה, וכי אין השערת חפות נוספת. אולם כל השאלה כאן היא אם אנו בנסיבות נורמליות או אבנורמליות. זאת כל המחלוקת, ולכן הנחת התשובה שאנו בנסיבות נורמליות או אבנורמליות פירושה הנחת המבוקש.

לפי גישתנו, במצבים שבהם לא ברור אם אנו במצב נורמלי או אבנורמלי, יש לבחון את הדברים על פי החסמים. אם השערת האשמה היא שאנו במצב נורמלי והשערת החפות היא שאנו במצב אבנורמלי, יש לבחון אם השערת המצב האבנורמלי נחסמת בחסם שיטתי, הסתברותי, טבעי או פרוצדורלי. גם הטענה שברור מאליו שאנו במצב נורמלי, משמעה שהשערת המצב האבנורמלי נחסמת באחד החסמים.

ההבחנה בין מצב אבנורמלי לבין מצב דמיוני – השאלה אם לקבל השערת חפות שמצביעה על תרחיש חריג תלויה בשאלה אם השערת החפות נחסמת באחד החסמים. ככל שהשערת החפות רחוקה יותר ממהלך הדברים הרגיל, כך עולה ההסתברות שהיא תיחסם בחסם שיטתי (מפני שאז ניאלץ לקבל כל השערת חפות ולא תתאפשר אכיפה סבירה של המשפט הפלילי), בחסם הסתברותי (מפני שאז ההסתברות לחפות היא כה נמוכה, וניתן להתעלם ממנה לצרכים מעשיים), בחסם טבעי (מפני שאז השערת החפות מתנגשת עם הטבע המוכר לנו) ובחסם פרוצדורלי (מפני שאז ברור השערת החפות יצריך משאבים שאי אפשר לעמוד בהם, או שיש חופש הכרעה דמוקרטי שלא לעמוד בהם).

כהן טוען כי אם השערת האשמה מתבססת על מצב נורמלי, ניתן לזכות את הנאשם אם ההגנה תראה כי אנו מצויים במצב אבנורמלי, שבו חל חריג להכללה התומכת באשמה. אולם אם ההגנה מעלה ספק דמיוני, אין לקבלו. הבחנה זו מעלה את השאלה מהו הקריטריון להבחנה בין ספק שניתן לקבלו בשל הצבעה על מצב אבנורמלי, אך לא דמיוני, לבין ספק שאין לקבלו בשל היותו מבוסס על מצב דמיוני.

השאלה עולה בשל הטענה שההבחנה בין מצבים חריגים אך לא דמיוניים לבין מצבים דמיוניים אינה תמיד מובנת מאליה. ייתכנו מצבים שבהם תהיה מחלוקת, למשל בהרכב השופטים בין דעת הרוב לדעת המיעוט, או בין ערכאת הערעור לערכאה הדיונית. לעתים המחלוקת בשאלה אם לפנינו מצב אבנורמלי שאינו דמיוני או מצב דמיוני נראית כשאלה של דרגת ההסתברות. עד כמה ההסתברות צריכה להיות נמוכה על מנת שהיא תהיה דמיונית? אם התשובה לשאלה היא לא על פי הסתברות, מהו הקריטריון לתשובה? אם נחזור לפרשת **זדורוב** ולמחלוקת בדבר עקבות הנעליים הזרות בתא השירותים, השאלה היא אם תרחיש שלפיו מישו מביין הנוכחים במתחם השירותים נכנס לתא בלא שהורשה להיכנס ובלא שיימצא עד ראיה שיעיד על כך, ויותר את העקבות ולאחר מכן יצא מהתא ולא יותיר עקבות מחוץ לתא, האם זהו תרחיש חריג אך לא דמיוני, או שזהו

תרחיש דמיוני? בגישת ההסתברות האינדוקטיבית אין שום ניסיון ליתן הנחיה בדבר תשובה לשאלה זאת.

כהן מדגים תרחיש דמיוני בדוגמת הסבר גנבת תכשיטים על ידי עורב שנטל את התכשיטים ולאחר מכן הפיל אותם היישר לכיסו של האדם שנתפס כשהתכשיטים בכיסו. לפי גישתנו, השערת החפות בדבר פעילות העורב כמסבירה את היות התכשיטים בכיסו של הנאשם נחשמת בחסם הסתברותי בשל ההסתברות הנמוכה באופן אסטרונומי לתרחיש כזה, או אף בחסם טבעי אם ניתן לתמוך בחוק טבע זואולוגי-אורניתולוגי ששולל פעילות כזאת של ציפור.

כהן מסתפק במהלך קזואיסטי שמדגים מקרה של השערה דמיונית. אנו מציעים שיטה להבחנה. השאלה אם לקבל השערת חפות שמצביעה על תרחיש חריג תלויה בשאלה אם השערת החפות נחשמת באחד החסמים. ככל שהשערת החפות רחוקה יותר ממהלך הדברים הרגיל, כך עולה ההסתברות שהיא תיחסם בחסם שיטתי (מפני שאז ניאלץ לקבל כל השערת חפות, ולא תתאפשר אכיפה סבירה של המשפט הפלילי), בחסם הסתברותי (מפני שאז ההסתברות לחפות היא כה נמוכה, וניתן להתעלם ממנה לצרכים מעשיים), בחסם טבעי (מפני שאז השערת החפות מתנגשת עם הטבע המוכר לנו) ובחסם פרוצדורלי (מפני שאז בירור השערת החפות יצריך משאבים שאי אפשר לעמוד בהם, או שיש חופש הכרעה דמוקרטי שלא לעמוד בהם).

כלומר, במקום לשאול אם השערת החפות דמיונית, יש לשאול אם היא נחשמת באחד החסמים. ייתכן שמבחינה אפיסטמית השערת החפות לא תהיה דמיונית, אבל היא נחשמת באחד החסמים, ולכן אין לקבלה. אם השערת החפות היא דמיונית במובן החופף לחסם ההסתברותי, או הטבעי שלנו, אז אין לקבלה. אולם לדעתנו פירוט הטעם לדחות השערת חפות במונחי חסם טבעי (סתירה לגוף הידע בדבר הטבע המוכר לנו) או חסם הסתברותי (הסתברות נמוכה אסטרונומית עד כדי זניחות לצרכים מעשיים) יש בו משום הוספת ערך אינפורמטיבי לטענה בדבר דמיוניות ההשערה.

(ד) החסם השיטתי לאור התנהגות נמנעת המצדיקה היסק לחובה

לדעתנו, החסם השיטתי תומך אף הוא במסקנה כי יש לדחות את כלל ההיסק לחובה במובנו החזק. על פי מבחן ההכללה, כאשר נאשם נמנע מלהעלות השערות חפות, יש לבחון אם בחינתן של השערות חפות או קבלתן חרף הימנעות נאשמים מלהעלותן, תאפשר זיכויים רק בנסיבות ספציפיות, או שמא הדבר יגרור זיכויים גורפים בכל מקרה. אי אפשר לומר כי בכל מקרה שבו בית המשפט יקבל קו הגנה חלופי שהנאשם לא העלה, הכללת מהלך זה על מקרים אחרים תחייב קבלת קו הגנה חלופי בכל מקרה ומקרה, ומכאן שבכל מקרה תהיה הכרעת דין של זיכוי. קו הגנה חלופי עשוי במקרים מסוימים להיות ייחודי למקרה מסוים, ולכן מדובר בהשערת חפות בת הפרכה שלא תגרור זיכויים גורפים. גם אם יהיו מקרים שבהם קבלת השערות חפות שהנאשם לא

העלה לא תאפשר הפרכה במקרים אחרים, אי אפשר לקבוע קביעה גורפת שכל המקרים הם כאלה. לכן ככלל קבלת השערות חפות שהנאשם לא העלה צריכה להישקל בכל מקרה על פי נסיבותיו.

כלל משפטי של היסק לחובה במובן החזק מסכן סיכון בלתי סביר נאשמים חפים שיש להם הסבר מצדיק להתנהגותם הנמנעת, ואילו היה בית המשפט מפעיל שיקול דעת, ייתכן שהיה מקבל הסבר מצדיק זה.

כנגד טיעוננו ניתן להעלות חשש שמא בחינה של טענות חלופיות תטיל נטל לא סביר על המשטרה לחקור אין-ספור השערות הפרכה (למשל, אין-ספור מקומות שהנאשם היה יכול להיות בהם בהקשר של טענת אליבי) או נטל לא סביר על בית המשפט לבחון אין-ספור טענות חלופיות.

תשובתנו להשגה זאת היא שחשש כאמור משתלב באסטרטגיית ההכרעה המוצעת. אם העלויות של בדיקות השערות החפות הן כה גבוהות, הרי שזהו מצב שבו השערות החפות נחסמות בחסם פרוצדורלי. החסם הפרוצדורלי מאפשר לבית המשפט להגביל את בדיקת השערות החפות מטעמי הקצאת משאבים לא סבירה. החסם הפרוצדורלי נגזר מהחסם השיטתי. במצב של עלויות בדיקה לא סבירות ידעו נאשמים שאין סיכוי שטענות החפות שלהם תיבדקנה, ולכן אין סיכוי שהדבר יגרור מצב של זיכוי בכל מקרה ומקרה. העלויות של בדיקת השערות החפות הן חלק ממה שמאפשר להשערות החפות להיות בת הכללה או בת הפרכה.

נוסף על זה, השגה זו מניחה הכרעה מהסוג "הכול או לא כלום". או שאפשר לבדוק את כל השערות החפות שנאשמים אינם מעלים או שלא נבדוק אפילו השערה אחת כזאת. אולם יש לזכור שעלינו למקסם את עקרון ההגנה על חפים במידת האפשר עד לגבול שבו אי אפשר לקיים משפט פלילי אפקטיבי. עיקרון זה מאפשר לבית המשפט לבחון לפחות חלק מהשערות החפות שהנאשם לא העלה, גם בהנחה שאי אפשר לבחון את כולן מטעמי מגבלת משאבים. מן הניסיון השיפוטי יש בידנו מידע על השערות חפות אופייניות ונפוצות בהקשרים שונים, שהזיכרון השיפוטי נגיש להן, ועל כך נאמר: "לא עליך המלאכה לגמור ולא אתה בן חורין להיבטל ממנה"¹³² גם בהנחה שאין סוף להשערות החפות שניתן לבדוק, אין נובע שאין לבדוק השערות חפות כלל, ויש לעשות מאמץ לבדוק את אותן השערות שעל פני הדברים נראות החזקות ביותר וגם ניתנות להפרכה. ניתן לומר שזהו ההיבט ההיריסטי (להבדיל מהאלגוריתמי) שבפעילות

השפיטה.¹³³

132 משנה, אבות, ב, טז.

133 חשיבה היריסטית היא חשיבה שמטרתה לפתור בעיה באמצעות קירובים וקיצורי דרך, בשונה מחשיבה אלוגריתמית המורכבת מסדרה של צעדים שנקיטתם תבטיח את פתרון הבעיה, יחיאל קלר "חשיבה" מבוא לפסיכולוגיה (חשיבה שנייה, יחידה 6, תש"ן), עמ' 34-35.

טענת ביקורת אפשרית היא שהצעתנו אינה מותירה לבית המשפט כלים אפקטיביים לבחינת כדאיות ההשקעה בבדיקת השערות חפות. תשובתנו לכך היא שבחינת קווי הגנה חלופיים צריכה להיות כפופה לחובה לפרסם פסק דין בתוך זמן סביר ובמהירות הראויה. בכך איננו מציעים דבר שאינו קיים בשיטה המשפטית ממילא. ממילא בית משפט מוגבל בזמן בבואו לכתוב פסק דין. על פי סעיף 11 לחוק הפרשנות: "הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו – משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה ולחזור ולעשותו מזמן לזמן ככל הנדרש לפי הנסיבות".¹³⁴

במשפט המנהלי חל איסור על רשות מנהלית לבצע שיהוי מנהלי, ובמקום שלא נקצב זמן לקבלת החלטה מנהלית, על הרשות המנהלית לפעול במהירות הראויה ובתוך זמן סביר. הדבר נובע הן מחוק הפרשנות האמור והן מהחובה הכללית לנהוג בסבירות, לרבות לפעול ולהחליט בתוך זמן סביר.¹³⁵ המונחים "זמן סביר" ו"מהירות הראויה" הם סטנדרטים ולא כללים, והשאלה אם הרשות חרגה מהזמן הסביר נקבעת על פי נסיבות כל מקרה לגופו לפי עומס העבודה מחד ולפי דחיפות העניין מאידך.

גם על פי דיני האתיקה החלים על שופטים, כלל 12(ד) לכללי האתיקה לשופטים קובע: "בניהול המשפט יעשה שופט כמיטבו לחוס על זמנם של המעורבים במשפט: בעלי-דין, באי-כוחם, עדים ואחרים, וכנדרש מכך יחיש את ההליכים וימנע עינוי דין".¹³⁶

כאשר אין בחקיקה מועד קבוע למתן החלטה, על בית המשפט ליתן את החלטה במועד המתבקש בנסיבות העניין.¹³⁷

מכאן שהעלות במונחי זמן שיפוטי לבחינת קווי הגנה חלופיים כפופה להוראות החוק בדבר מניעת שיהוי ועיכוב מעבר לסביר כמו בכל כתיבת פסק דין על מורכבותו, ועל בית המשפט לאזן בין מידת הקדשת המשאבים שעליו להקדיש לפסק הדין באופן שיבטיח את איכות פסק הדין ונכונותו המשפטית לבין הרצון שלא להתעכב מעבר לראוי בהשלמת מלאכת כתיבת פסק הדין.

עוד יושם אל לב, שטענת אינסופיות השערות החפות אינה חלה בכל מצבי ההיסק לחובה. למשל, כאשר מדובר בעדות כבושה, הנאשם מעלה את השערת החפות שלו, אלא שהוא מעלה אותה בשלב מאוחר. אולם חרף המועד המאוחר להעלתה, השערת החפות מונחת לפני בית המשפט, ואין מדובר באינסוף השערות אלא בהשערה אחת שייתכן שאף עלות בדיקתה אינה גבוהה.

לבסוף נעיר הערה שאינה תשובה להשגה, אך קשורה אליה. היותן של השערות חפות ניתנות או לא ניתנות להפרכה עשויה להשתנות על פי ההתפתחות הטכנולוגית

134 חוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח 302.

135 "זמיר, **הסמכות המנהלית** (כרך ב', מהדורה שנייה מורחבת, התשמ"א) בעמ' 1092-1105.

136 כללי האתיקה לשופטים, התשס"ז-2007, ק"ת 934.

137 ג' קלינג, **אתיקה של שופטים** (התשע"ד) בעמ' 130.

והאפשרות להציג ראיות מדעיות. נניח שנהג מואשם בהריגה בתוך כדי נהיגה. טענתו היא שהוא חולה סוכרת וכי לקה בהתקף לפני התאונה. ייתכן שזו טענה שאי אפשר לבדוק היום משום שהיא אינה בת הפרכה, אולם ייתכן שבעתיד המדע יספק בדיקות לטענה כזאת, ואז היא תהיה בת הפרכה.

2. ניתוח יישומי

(א) האם טענת הכוונה לפצוע ולא להרוג נחשמת בחסם שיטתי?

תחילה נבהיר כי יש להניח קיומו של מאבק. אמנם טענת המאבק לא הוכחה אלא רק לא הופרכה, אולם לפי אסטרטגיית ההכרעה במשפט פלילי, כל ספק סביר פועל לטובת הנאשם, ולכן היות שטענת המאבק לא נשללה מעבר לספק סביר, הרי שיש להניח לטובתו של המערער את הנחת המאבק. הנחת המאבק אף מתיישבת עם המבחן של התיישבות השערת החפות עם הראיות בשונה מתמיכה של הראיות בהשערת החפות. כאמור, בהינתן חובה לבחון קו הגנה חלופי, משמעו של קו ההגנה זה הוא כוונה לפצוע ולא להרוג, אך בתוך כדי המאבק פגעה הסכין, שמטרתה הייתה לפצוע, שלא בכוונה במקום רגיש, ודקירתה גרמה למוות.

בהינתן קו הגנה זה, על התביעה להראות כי חלה חזקת הכוונה כאמצעי להוכחת ההחלטה להמית. דא עקא, שחזקת הכוונה אינה חלה היות שלפי הנסיבות לא ברור אם המערער היה מודע לכך שבדקירתו הוא פוגע במקום רגיש. כאן יש להתבסס על המובן החלש של קו הגנה חלופי שיש לו אחיזה בראיות. קו הגנה חלופי בדבר כוונה לפצוע והיעדר מודעות לדקירה במקום חיוני אינו נסתר בראיות, ומכל מקום הוא מקיים את המובן החלש של דרישת האחיזה בראיות. אמנם קו ההגנה החלופי אינו מקיים את המובן החזק של אחיזה בראיות, היות שהראיות אינן תומכות בהשערת החפות, אולם כנטען על ידינו, המובן החזק אינו ראוי כדרישה לקו הגנה חלופי.

המערער אכן הציג קו הגנה שקרי, אולם לדעתנו יש לבחון אך מובן חלש לכלל ההיסק לחובה, ועל פי בחינה זו אין להפעיל נגדו את כלל ההיסק לחובה. את היות טענת ההגנה בת הפרכה יש לבחון רק אם התביעה הצליחה להוכיח את העברה לכאורה. היות שנקודת המוצא היא חזקת החפות, התביעה היא שצריכה להוכיח לכאורה את יסודות העברה, ורק משעשתה כן, יש לבחון אם טענות ההגנה של הנאשם הן בנות הפרכה.

לכן חשוב להראות מה התביעה לא עשתה, היות שנטל ההוכחה מוטל עליה. בעניין פרץ התביעה לא הוכיחה כלל לכאורה את היסוד הנפשי "ההחלטה להמית". בהנחה שאי אפשר להחיל את חזקת הכוונה, לא הוכיחה התביעה שהמערער התכוון להרוג ולא אך לפצוע. היות שאי אפשר להפעיל את כלל ההיסק לחובה משקרי המערער ומעדויותו הכבושה, המסקנה היא שהתביעה לא הוכיחה את העברה לכאורה, ולכן אין צורך לדון בשאלה אם השערת החפות של המערער נחשמת בחסם שיטתי.

אולם גם בהנחה שהתביעה הוכיחה את העברה לכאורה, קל להראות כי הטענה בדבר כוונה לפצוע ולא להרוג אינה נחשבת בחסם שיטתי. ראשית, אירוע הדקירה התרחש ללא עדים שיכולים להעיד במשפט, ולא תמיד אירועים מעין אלה מתרחשים ללא עדים שיכולים להזים את טענת הנאשם על נסיבות הדקירה. שנית, אירוע הדקירה התרחש בתוך כדי מאבק, שבו מטבע הדברים הנדקר נמצא בתנועה מתמדת, ולא תמיד קל לכוון לאזור רגיש. לא כל אירועי הדקירה או השימוש בנשק בכלל הם בנסיבות אלה. אדם יכול, לעתים, לכוון מבעוד מועד את כלי הנשק לאזור רגיש מבלי שהקרוב מצוי בתנועה מתמדת. שלישי, אירוע הדקירה היה אירוע של דקירה אחת. לא תמיד מדובר רק בדקירה אחת. לעתים הדוקר מבצע דקירות רבות בזו אחר זו באופן שיקשה עליו לשכנע שלא התכוון להמית את הקרבן.

לכן גם לפי החסם השיטתי אנו סבורים כי לא היה ראוי להשתמש בחזקת הכוונה, היות שהחסם השיטתי אינו חוסם קו הגנה חלופי בדבר היעדר מודעות לתוצאות הטבעיות של הדקירה. יש לציין כי אילו ניתן להחיל את חזקת הכוונה, ואילו חזקה זו לא הייתה נסתרת, הרי שקו ההגנה החלופי היה נחסם בשל המסקנה כי המערער התכוון להרוג.

השגה אפשרית היא שדוקרים פוטנציאליים יוכלו ללמוד את ההלכה ולדקור רק דקירה אחת בתוך כדי מאבק ובכך יתחמקו מהרשעה ברצח. אולם השגה זו אינה משכנעת הן מבחינת הערך המוגן והן מבחינה פרקטית. מבחינת הערך המוגן, החומרה המיוחדת שבעברת הרצח נקבעה בין השאר בשל כוונה מיוחדת להרוג. אם אדם משתמש בסכין כדי לדקור את זולתו מבלי שהחליט להמיתו, אז לא לסוג הזה של העבריינים נועדה מלכתחילה עברת הרצח, אלא לכל היותר עברת ההריגה. זו אינה התחמקות מהרשעה ברצח, אלא פשוט עברת הריגה ולא עברת רצח. המשפט הפלילי אמור לזהות את אותם מבצעי עברות המתה שלא החליטו להמית, אבל המיתו במעשה קטלני מכוון. מבחינה פרקטית לא סביר שרוצחים פוטנציאליים רבים ייכנסו מרצונם למאבק רק על מנת לא להיות מורשעים ברצח. במאבק כזה הם עצמם מסכנים את חייהם, ולא סביר שתוספת הענישה בגין רצח מרתיעה אותם יותר מהחשש לפגיעה בתוך כדי מאבק. לכן אין לחשוש שרוצחים יחמקו מעברת רצח, היות שהמחיר של סיכון חייהם בקטטה הוא גבוה מדי.

אמנם היה והתרחש מאבק ספונטני וללא עדים, והייתה רק דקירה אחת, אזי רוצחים שהתכוונו להרוג יוכלו להתחמק מהרשעה ברצח. לדעתנו זהו מחיר שצריך לשלמו מפני שהחלופה היא מחיר שלפיו הורגים שאינם רוצחים, שהתכוונו אך לפצוע, יורשעו ברצח. זהו מחיר שמוטב לא לשלמו, לפי אסטרטגיית ההכרעה הפלילית. יש לזכור כי מלכתחילה אסטרטגיית ההכרעה הפלילית מניחה עבריינים אשמים המצליחים לחמוק מן הדין בשל הרף הראייתי. אולם במקרה דנן קיימים טעמים נוספים המצדיקים תוצאה זו. עברת הרצח מצויה ברף העליון של התנהגות קטלנית מבחינת היסוד הנפשי. ככל

שהעברה חמורה יותר, סביר שהדרישות הראייתיות תהיינה גבוהות יותר. ככל שמתעקשים לטעון שפלוני לא רק הרג בפזיזות אלא גם הרג בכוונה תחילה, פשיטא שהטוען כך צריך לעמוד בנטל ראיה גבוה יותר. הדבר הוא פועל יוצא של החומרה הגבוהה במקרה של הרשעה.

אדם המעוניין להמית את זולתו בכוונה תחילה צריך לעשות מעשים התואמים את כוונתו הקטלנית. פשיטא, שדקירות מרובות תואמות כוונה זו. ככל שהמעשים שאדם עושה מתרחקים ממעשים התואמים כוונה קטלנית (כגון דקירה יחידה), הולך ומתחזק הספק שמא הייתה באמת כוונה קטילה. לכן האפשרות של התחמקותם של רוצחים מעברת רצח אינה שונה מכל התחמקות אחרת המובנית במשפט הפלילי כשמבצע עברה השכיל לא להותיר ראיות מספיקות לפי רף הראיות הגבוה במשפט הפלילי. החשש מהתחמקות אינו אלא חלק מהחשש הכללי שרף הוכחה כה גבוה כמו "מעבר לספק סביר" יאפשר התחמקות של עבריינים.

לבסוף, יש לזכור כי מבחינת הערך המוגן, שהוא חיי אדם, זיכוי מעברת רצח עדיין מותיר הרשעה בעברת הריגה. יש לכך משמעות מבחינת האפקטיביות של אכיפת המשפט הפלילי, היות שהצעתנו אינה להיעדר אכיפה כלל אלא לאכיפה בעברה חמורה פחות, אולם בכל זאת עברת ההריגה היא חמורה, ומבחינת שיקול הדעת העונשי אי אפשר לומר שהרשעה בעברה זו יוצרת בעיית אכיפה קשה. רוצח שהצליח להתחמק מעברת רצח לא באמת "משוחרר" אלא נענש בעברת הריגה שעונש המאסר המרבי עליה הוא ארוך מאוד – עשרים שנות מאסר.

מכאן שקבלת השערות החפות, שלפיה התכוון המערער רק לפצוע ולא להרוג, אינה ניתנת להכללה על כל מקרה דומה, וניתן אפוא לחשוב על מצבים שבהם הטענה תופרך בשל הנסיבות. לכן קבלת השערות החפות אינה מסכלת את האפשרות להרשיע ברצח, ולכן אין סכנה לאפקטיביות של אכיפת המשפט הפלילי בעברות רצח. מכאן שהשערות החפות אינה נחסמת בחסם שיטתי. השערות החפות אינה נחסמת אף בשום חסם אחר. מכאן שאף שחומר הראיות אינו תומך בקו ההגנה החלופי, הוא אינו סותר אותו, ולפיכך קו ההגנה החלופי מתיישב עם חומר הראיות. כמו כן העובדה שחומר הראיות אינו תומך בקו ההגנה החלופי אינה הופכת את קו ההגנה החלופי לבלתי סביר היות שאין לצפות שבכל מקרה שבו כוונת התוקף הייתה לפצוע ולא להרוג, תהיינה ראיות לכך. לכן ראוי לקבל את השערות החפות שבקו ההגנה החלופי ולזכות את המערער מהאישום ברצח ולהרשיעו בהריגה.¹³⁸

138 חסם הסתברותי אינו מתקיים היות שההשערה בדבר כוונה לפצוע אינה נמוכה עד כדי כך שיש להתעלם ממנה. אי אפשר להוציא מכלל אפשרות רתיעה מגרימת מוות וניסיון רק לפצוע עקב המהלך הקיצוני של המתה. חסם טבעי אינו מתקיים מפני שכוונה אך לפצוע ולא להרוג אינה סותרת חוק טבע כלשהו. חסם פרוצדורלי אינו מתקיים משום שביורור השערות החפות אינו כרוך במשאבים שאי אפשר לעמוד בהם, או במשאבים שמוצדק לא לעמוד בהם בשל הכרעה דמוקרטית-תקציבית לגיטימית.

סיכום

בפסק הדין מושא רשימה זו עשה בית המשפט העליון צעד חשוב בהבנה נכונה של הספק הסביר כאשר בחן קו הגנה חלופי שהמערער לא ניצל את ההזדמנות לטעון לו, אף שההרשעה לא בוססה על ראיות נסיבתיות ואף שהעובדות כהווייתן היו ידועות לנאשם. למרות זאת, בכל הכבוד, שגה בית המשפט כשלא קיבל את קו ההגנה החלופי ודחה את הערעור על ההרשעה ברצח.

ראשית, הבנה נכונה של חזקת הכוונה שבה השתמש בית המשפט אינה מאפשרת היסק של כוונה להמית רק מהיותה של ההמתה תוצאה מסתברת של הדקירה מבלי לבחון את מודעותו של הדוקר לטיב מעשהו.

שנית, הבנה ראויה של מידת ההוכחה "מעבר לספק סביר" מחייבת את זיכוי המערער מעברת רצח והרשעתו בהריגה. מידת ההוכחה "מעבר לספק סביר" מחייבת מתן הגנה לחפים מפני הרשעות שווא עד לגבול שבו אי אפשר לאכוף ביעילות את המשפט הפלילי. לכן ראוי שלא להפעיל בעניינו של המערער את כלל ההיסק לחובה במובן החזק. הפעלת כלל ההיסק לחובה במובן החלש מחייבת לקבל את טענת ההגנה של המערער כי התכוון אך לפצוע ולא להרוג על אף כבישת עדותו ועל אף גרסתו השקרית. בנוסף, לפי גישת אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת שהצגנו בדבר קבלתן ודחייתן של השערות חפות, הרי שהשערת החפות של המערער אינה נחסמת בחסם שיטתי ולא בחסם אחר כלשהו, ולכן יש לקבלה. כמו כן עקרון ההגנה על חפים מחייב קבלת מובן חלש לדרישה שעל הספק הסביר להיות מעוגן בראיות.

שלישית, ברשימה זו הצענו פרשנות והסבר לדחייתו של בית המשפט את השערת החפות של המערער. לדעתנו ההסבר אינו הטיית אישוש מצד בית המשפט אלא היחס של הפסיקה כלפי עדות כבושה והסתרת מידע המצוי בידעו האישית של המערער.

בפרשה זו קבע בית המשפט שהרשעת המערער נותרה על כנה, ואילו לדעתנו היה ראוי לקבוע זיכוי. לדעתנו, הדרך להימנע ממשגים כגון זה היא לנתח את הראיות על פי שיטת החסמים (במקרה זה החסם השיטתי) שבאסטרטגיית ההכרעה המצומצמת. דרך זו מגדילה את הסיכוי שנאשמים ומערערים יורשעו באופן שייתן ביטוי להגנה מרבית על חפים מפני הרשעות שווא עד גבול יכולת האכיפה של המשפט הפלילי.

לסיום, ברשימה זו הצענו את אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת והתמקדנו בחסם השיטתי. ניתן לחשוב על יישומים נוספים של החסם השיטתי: האם הוא עדיף כתחליף לשיטת התוספות הראייתיות? לדוגמה, האם עדיף להעדיפו כקריטריון למשקל הודאה על פני הדרישה לדבר מה נוסף? כמו כן עלולות הסוגיות האלה: ניתוח מושג המשקל הראייתי לאור החסם השיטתי ושימוש בתמריצים ראייתיים לאור החסם השיטתי. שאלת היישומים האמורים ראויים למחקר עתידי.