

## לא כולנו זכאים רק מחמת הספק:

עוד על אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת בכלל, ובראי פרשת זדורוב בפרט, על-פי ספרנו "מהות הספק הסביר" – תגובה לפרופ' בועז סנג'רו

דורון מנשה, \* איל גרונר\*\*

### תקציר

מאמר זה מהווה תשובה לביקורתו של סנג'רו על ספרנו. הרעיונות המרכזיים הכלולים בו הם אלה: יש להבחין בין דיון ביקורתי בתיאוריה שהצענו לבין דיון ביקורתי ביישום התיאוריה על פרשה נתונה, בפרט פרשת זדורוב. אנו מוסיפים לבאר את הרעיון הקרוי "חסם שיטתי" שהצגנו בספרנו, ומבהירים כי אם הראיות המפלילות יוצרות חסם הסתברותי, אזי יש אכן הצדקה למעין חזקת אשמה. אנו דוחים את הצעתו של סנג'רו להחליף את התיאוריה שלנו בדרישה לסיפוק סיוע חזק כתנאי להרשעה, וסבורים כי הרשעה המתקבלת מבלי לבחון את השערות החפות המתייחסות לנאשם באותו עניין, ומבלי לוודא שכולן נסותרות או נחסמות בחסם מחסמי השיטה שהצענו, יוצרת סיכון בלתי-מוצדק להרשעת חף. באשר לרף הגבוה לזיכוי מוחלט, לדעתנו הוא נובע מניתוח לשוני של הביטוי "מחמת הספק". מכל מקום, אנו מטעימים כי השאלה אם להבחין בין נאשמים שזוכו מבחינת ההצדקה לפגוע בהם על פי השאלה אם הם זוכו מחמת הספק או באופן מוחלט היא שאלה נורמטיבית שהיא נפרדת מהשיקול המושגי.

\* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

\*\* תלמיד מחקר לתואר שלישי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; מוסמך הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן; בוגר מדעי המדינה.

## מבוא

א. התיאוריה בדבר אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת

1. החסם השיטתי – קריטריון ההכללה של השערת החפות
2. החסם ההסתברותי
3. החסם הטבעי
4. החסם הפרוצדורלי
5. סתירת השערת החפות

ב. ביקורתו של סנג'רו על התיאוריה בדבר אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת באמצעות ביקורתו על ניתוחנו ביחס לפרשת זדורוב

1. האם הראיות המפלילות יוצרות חסם הסתברותי להשערת חפות?
2. האם הראיות המזכות יוצרות חסם הסתברותי נגדי להשערת אשמה?
3. הראיות המזכות מעלות ספקות, אך בלתי־סבירים
4. פרשת זדורוב והחסם השיטתי

ג. ביקורתו של סנג'רו על דיונונו בהבחנה בין זיכוי מוחלט לזיכוי מחמת הספק

1. האומנם כולנו זכאים רק מחמת הספק?
2. הפרדת הליכים

## סיכום

## מבוא

מטרתה של רשימה קצרה זו היא להגיב על ביקורתו של בועז סנג'רו "האומנם כולנו זכאים רק מחמת הספק?"<sup>1</sup> על ספרנו מהות הספק הסביר<sup>2</sup> (להלן: ספרנו), ולהראות כי בניגוד לעמדתו של סנג'רו, התיאוריה שהצענו בספרנו – "אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת" – כמו־גם הצעתנו ליצור הפרדה הליכית בין שלב קביעת האשמה לבין השלב של קביעת אופי הזיכוי עומדות בקנה אחד עם עקרון ההגנה על חפים מפני הרשעות־שווא ועם הגנה על נאשמים שזוכו מפני פגיעה לא־הוגנת בשל זיכויים מחמת הספק בלבד.

התיאוריה בדבר אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת, המוצגת בשער הראשון לספרנו, גורסת כי קבלתה של השערת חפות, באופן שמאפשר לקבוע כי קיים ספק

1 להלן: מאמר הביקורת, בכרך זה, בעמ' 153.

2 דורון מנשה ואיל גרונר מהות הספק הסביר (נבו, 2017) (להלן: ספרנו).

סביר באשמת הנאשם, מותנית בהתגברות על כמה חסמים: החסם השיטתי, החסם ההסתברותי, החסם הטבעי והחסם הפרוצדורלי. נוסף על כך יש להראות כי השערת החפות אינה נסתרת על-ידי ממצאים המצויים בידיעה השיפוטית.<sup>3</sup> סנג'רו מותח ביקורת יישומית על אופן הפעלתה של התיאוריה בדבר אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת על מקרה-המבחן של פרשת זדורוב.<sup>4</sup> באמצעות ביקורתו על היישום האמור, סנג'רו טוען כי יש לדחות את אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת, ועימה את ניתוחנו ביחס לפרשת זדורוב.

ראשית, ראוי לדעתנו להבחין בין דיון בתיאוריה עצמה לבין דיון באופן יישומה הקונקרטי במקרה זדורוב. בנתחנו את פרשת זדורוב שקלנו שיקולים יישומיים שאינם חלק מהתיאוריה בדבר אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת, והמחלוקת לגביהם קיימת גם אם אין מקבלים את התיאוריה שלנו. ביקורתו של סנג'רו אינה רגישה דייה להבחנה זו.

שנית, נציג בקצרה את נקודות הביקורת של סנג'רו ומדוע אנו חולקים עליהן. נפריד בין ביקורות של סנג'רו על התיאוריה שלנו באמצעות הניתוח היישומי שלנו לבין ביקורות על היישום שאינן נוגעות בביקורת על התיאוריה.

באשר לביקורות הנוגעות בתיאוריה, סנג'רו טוען כי אין הצדקה לדרוש שהראיות המזכות ייצרו חסם הסתברותי להשערת האשמה; כי ההסבר שאנו מציעים לראיות המזכות – הסבר מהתנהגות אסטרטגית של הנאשם – מניח לא בצדק חזקת אשמה; וכי אין הצדקה לספקולציות האשמה של הנאשם שעליהן אנו מבססים את צדקת ההרשעה.

על ביקורות אלה נשיב כי יש הבדל בין מצב שבו הראיות המפלילות יוצרות חסם הסתברותי לבין מצב שבו הראיות המפלילות אינן יוצרות חסם הסתברותי. אם הראיות המפלילות אינן יוצרות חסם הסתברותי, אזי במצב זה אכן אין להרשיע בשל כך שהראיות המזכות אינן יוצרות חסם הסתברותי להשערת האשמה. אין להרשיע על בסיס הסבר מהתנהגות אסטרטגית של הנאשם, כי הסבר כזה אכן יניח לא כראוי חזקת אשמה, ואין להרשיע על בסיס ספקולציות אשמה. מאידך גיסא, כאשר הראיות המפלילות יוצרות חסם הסתברותי להשערת החפות, אזי במצב זה חומר הראיות עצמו מצדיק חזקת אשמה, ולכן במצב זה יש להרשיע, אלא אם כן הראיות המזכות ייצרו חסם הסתברותי נגדי להשערת האשמה. במצב זה יש הצדקה להסברת הראיות המזכות בהתנהגות אסטרטגית

3 לפירוט באשר לתיאוריה זו ראו להלן.

4 יישום אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת על פרשת זדורוב מוצג בספרנו, לעיל ה"ש 2, שער ראשון, פרק שמיני, חלק א, בעמ' 183–198.

של הנאשם, ויש הצדקה להרשעה על בסיס ספקולציות אשמה סבירות. ההצדקה לכל האמור לעיל נובעת מכך שהראיות המפלילות מוחצות עד כדי יצירת חסם הסתברותי להשערת החפות ויצירת חזקת אשמה.

באשר לחסם השיטתי, סנגרו טוען כי אי-אפשר להסתמך על הודאה שבה הנאשם מוסר פרטים מוכמנים, בשל החשש שמא המשטרה שמה בפיו של הנאשם את הפרטים המוכמנים. לדבריו, טענתנו שאם נזכה בכל פעם בשל חשש כזה אזי נתקשה להצדיק הרשעות באופן כללי היא טענה שיש לדחות, כי מדובר בהתעלמות מספק סביר.

על טיעון זה נשיב כי לא ברור מדוע יש לחשוש רק מכך שהמשטרה שמה בפיו הנאשם את הפרטים המוכמנים, ולא לחשוש גם מכך שעדים יטעו או ישקרו, ושראיות מדעיות ילקו בשל טעות מעבדה או זיוף. חששות מסוג זה לא יאפשרו הרשעות במשפט הפלילי. כמו-כן, הטיעון שלנו בספרנו הוא שכל השערת חפות אשר אם נקבלה ניאליץ לקבלה גם במקרים נוספים, כך שלא נוכל להרשיע, נחסמת בחסם שיטתי, ובהגדרה אינה יכולה להיות ספק סביר. באשר להצעתו של סנגרו להחליף את אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת בדרישה לתוספת ראייתית של סיוע חזק, אנו דוחים אותה בשל כך שסיוע חזק יכול להתקיים גם במקרים שבהם השערת החפות אינה נחסמת בחסם הסתברותי או שיטתי, ומצב זה יוצר סיכון בלתי-מוצדק להרשעת חפים.

כאמור, סנגרו מבקר גם שיקולים יישומיים הנוגעים בפרשת זדורוב שאינם בגדר ביקורת על התיאוריה. הוא טוען כי ניתוח הראיות המפלילות שלנו בפרשת זדורוב מתחשב לא רק בראיות, אלא גם בסימנים שאינם ראיות; כי אנו מתעלמים מראיות מזכות; וכי אנו מכפילים את ההסתברויות של כל הראיות המזכות ללא הצדקה.

על טענות אלה נשיב כי הדברים שסנגרו מכנה "סימנים" הם ראיות של ממש; כי איננו מתעלמים מהראיות המזכות, אלא רק מפצלים את הדיון לחלק המתמקד בראיות המפלילות ולחלק המתמקד בראיות המזכות; וכי איננו מכפילים את ההסתברויות, אלא רק בוחנים את משקלן המצטבר של הראיות.

נוסף על כך, סנגרו טוען כי הודאת נאשם היא ראייה בעייתית לנוכח הסיכון הגבוה של הודאת-שווא. ננסה להראות כי הודאה אומנם אינה "מלכת הראיות", כפי שסברו בעבר, אך אין הצדקה לייחס לה משקל כה מועט כפי שסנגרו מציע. באשר לדיוננו בהבחנה בין זיכוי מוחלט לזיכוי מחמת הספק, סנגרו טוען כי מניתוחנו נובע שאם שטר כסף נופל בקניון הומה אדם וקיים חשד שהוא נגנב, אזי כל הנוכחים בקניון זכאים רק מחמת הספק. לטענת סנגרו, אין הצדקה לדרוש רף

כה גבוה לזיכוי מוחלט, והצעתנו להפרדת הליכים בין הליך לבירור האשמה או החפות לבין הליך לבירור סוג הזיכוי היא יקרה, מסורבלת ומיותרת.

אנו נטען כי בדוגמת השטר של סנג'רו רוב הנוכחים בקניון לא יהיו בגדר "זכאים רק מחמת הספק", היות שרובם לא יועמדו כלל לדין, וגם אם יועמדו לדין ויזוכו, מי שירצה לטעון כי הם זכאים רק מחמת הספק, עליו נטל ההוכחה לקיים הליך ולשכנע בכך. באשר לרף הגבוה לזיכוי מוחלט, לדעתנו הוא נובע מהניתוח הלשוני היחיד המתקבל על הדעת של הביטוי "מחמת הספק". מכל מקום, השאלה אם להבחין בין נאשמים שזוכו – מבחינת זכויותיהם ומבחינת ההצדקה לפגוע בהם – על-פי השאלה אם הם זוכו באופן מוחלט או מחמת הספק היא שאלה נפרדת מהשיקול המושגי מתי זיכוי הוא מחמת הספק בלבד. באשר לביקורתו של סנג'רו על הצעתנו להפרדת הליכים, אנו משיבים כי הפרדה זו הכרחית היות שהסתפקות בהליך אחד מסכנת את הנאשמים שזוכו מחמת הספק בהליך לא-הוגן, וכן משום שההכרעה בדבר זיכוי מחמת הספק אינה מהווה השתק פלוגתא.

סדר הדיון יהיה כדלהלן: בפרק הראשון נציג בקצרה את התיאוריה שהוצגה בספרנו בדבר "אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת" (גישת החסמים). הפרק השני יוקדש לביקורתו של סנג'רו על התיאוריה האמורה, שאותה הוא מציג אנב ביקורתו על הפרק השמיני בספרנו, שרובו מיישם את גישת החסמים על פרשת זדורוב. פרק זה מחולק לארבעה תת-פרקים. התת-פרק הראשון עוסק בביקורתו של סנג'רו על טענתנו כי הראיות המפליגות בפרשת זדורוב יוצרות חסם הסתברותי להשערת חפות. התת-פרק השני עוסק בביקורתו של סנג'רו על טענתנו כי הראיות המזכות בפרשת זדורוב אינן יוצרות חסם הסתברותי נגדי להשערת אשמה. התת-פרק השלישי עוסק בביקורתו של סנג'רו על טענתנו כי הראיות המזכות בפרשת זדורוב יוצרות ספקות אך בלתי-סבירים. התת-פרק הרביעי עוסק בביקורתו של סנג'רו על טענתנו כי השערת החפות שלפיה אין לסמוך על הודאה שנמסרו בה פרטים מוכמנים, בשל חשד תמידי שהמטרה מגלה לחשודים את הפרטים המוכמנים, יוצרת חסם שיטתי להשערת חפות זו. בתת-פרק זה אנו מנסים גם להראות כי אין לקבל את הצעתו של סנג'רו לחייב כל הודאת-חוץ של נאשם בסיוע חזק, במקום לקבל את אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת שהצענו. הפרק השלישי עוסק בביקורתו של סנג'רו על ההבחנה שהצענו בין זיכוי מוחלט לזיכוי מחמת הספק. פרק זה מחולק לשני תת-פרקים. התת-פרק הראשון עוסק בביקורתו של סנג'רו על ההבחנה האמורה, ובפרט בטענתו כי מגישתנו עולה שכולנו זכאים רק מחמת הספק. התת-פרק השני עוסק בביקורתו של סנג'רו על הצעתנו להפרדת הליכים, כך שהליך אחד יוקדש לבירור האשמה או החפות, ואם תוצאתו תהיה זיכוי, אזי הליך נפרד יוקדש לשאלת סוג הזיכוי – זיכוי מוחלט או זיכוי מחמת הספק.

### א. התיאוריה בדבר אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת

אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת היא אסטרטגיה החלה על השלב הסופי של הכרעת הדין במשפט הפלילי, כאשר בית-המשפט ניגש לקבוע את אשמתו או חפותו של הנאשם לאור מכלול חומר הראיות. אסטרטגיה זו מיישמת את מידת ההוכחה "מעבר לספק סביר". הכרעה שיפוטית בדבר אשמתו או חפותו של נאשם מהווה איזון בין האינטרס הציבורי באכיפת המשפט הפלילי לבין עקרון ההגנה על חפים מפני הרשעות-שווא. איזון זה אמור לספק את ההגנה החזקה ביותר האפשרית לחפים, כל עוד ניתן לספק בצידה אכיפה סבירה של המשפט הפלילי.<sup>5</sup> הדרך היחידה להסיק מסקנת אשמה היא באמצעות הפרכתן של כל השערות החפות. היה אם לא הצליח בית-המשפט להפריך השערת חפות כלשהי, עליו לזפות את הנאשם. היה אם הצליח להפריך את כל השערות החפות, עליו להרשיע את הנאשם.

השערת החפות הנבחנת צריכה להיות השערת חפות קונקרטית. אין די בהשערה כללית של שלילת אשמה בנוסח "הנאשם לא ביצע את העברה". זו השערת חפות כללית, והיא אינה מספיקה. יש לבחון השערות חפות פוזיטיביות-קונקרטיות לנוכח חומר הראיות, כלומר, יש להציע תרחיש חלופי שחומר הראיות מסבירו ואשר אינו מעלה מסקנת אשמה בנוגע לנאשם. סוג אחד של תרחיש חפות קונקרטי הוא "לנוכח חומר הראיות לא בוצעה עברה" – למשל, המנוח לא נרצח, אלא נהרג בתאונה או התאבד; לא התבצע אינוס, אלא היחסים היו בהסכמה. סוג שני של השערת חפות הוא מהסוג "בוצעה עברה, אך על-ידי אדם אחר שאינו הנאשם" – למשל, בוצע רצח, אך לא הנאשם רצח, אלא אדם אחר.<sup>6</sup>

על-פי אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת, יש לקבל כל השערת חפות המאפשרת אכיפה סבירה של המשפט הפלילי, ויש לדחות כל השערת חפות שקבלתה אינה מאפשרת אכיפה סבירה של המשפט הפלילי. באופן זה עקרון ההגנה על חפים מקבל הגנה מרבית, אך עד לגבול שבו לא מתאפשרת עוד אכיפה סבירה של המשפט הפלילי. מן האמור לעיל ניתן לגזור ארבעה חסמים לקבלת השערות חפות, אשר יידונו להלן. משמעותם של חסמים אלה היא שבהתקיימות אחד מהם אין לקבל את השערת החפות. כלומר, יש לקבל השערת חפות רק אם כל החסמים אינם מתקיימים לגביה.

5 שם, בעמ' 99.

6 שם.

## 1. החסם השיטתי – קריטריון ההכללה של השערת החפות

החסם השיטתי הוא החסם העיקרי, וממנו נגזרים שלושת החסמים האחרים. עניינו של חסם זה הוא חסימה של כל השערת חפות שקבלתה אינה מאפשרת הפעלה אפקטיבית של המשפט הפלילי. כדי לקבל השערת חפות, עליה להיות ניתנת להפרכה באמצעות הבחנת המקרה הספציפי, שבו נקבע זיכוי, ממקרים אחרים דומים, שבהם תהיה הצדקה להרשעה בשל חומר ראיות שונה. לשון אחר, אין לקבל השערות חפות שניתן להכלילן על כל מקרה דומה אחר ועל כל חומר ראיות אחר במקרים דומים. השערת חפות כזאת אינה ניתנת להפרכה בכל מקרה דומה אחר. יש לבחון את המקרים הדומים ברמות הפשטה שונות, ולבדוק אם לפחות באחת מרמות ההפשטה, אם נקבל את השערת החפות, תיפגע האפקטיביות של המשפט הפלילי. לדוגמה, יש לבדוק אם קבלת השערת החפות רק ברמת הפשטה של "אירוע דקירה שמתחולל בו מאבק ללא עדים" תפגע באפקטיביות של אכיפת המשפט הפלילי באירועי דקירה כאלה, להבדיל מאירועי דקירה בכלל או אירועי אלימות בכלל.<sup>7</sup>

כך, למשל, נניח שהנאשם טוען טענת אליבי אף-על-פי שקיימות ראיות שהוא נכח במקום ביצוע העבירה: הן ראיות פורנזיות, כגון טביעות אצבעות; הן עדויות עצמאיות של עדים, אשר זיהו את הנאשם במסדר זיהוי; והן בדמות הקלטה שבה הנאשם מודה בביצוע העבירה ובתכנון אליבי שקרי. דוגמה להשערת חפות הנחסמת בחסם שיטתי היא השערת קונספירציה שלפיה המשטרה שיחדה עדי-שקר וביימה את ההקלטה, וטביעות האצבעות אינן טביעות שנטבעו במועד ביצוע העבירה, אלא במועד אחר. אם השערה מסוג זה תתקבל, אזי יהיה אפשר לקבל השערות מאותו סוג בכל משפט פלילי, וכך לעולם לא יהיה אפשר להרשיע נאשמים.

החסם השיטתי חוסם גם השערות חפות שמהלך טיעונם כולל פגיעה בכללים מהותיים, פרוצדורליים או ראייתיים של השיטה אשר אין לבית-המשפט שיקול-דעת לבטלם. כאמור, האסטרטגיה היא מתווה להפעלת שיקול-הדעת השיפוטי, אך אין היא יכולה ליצור אותו יש מאין. כך, השערות חפות הנשענות על ראיות בלתי-קבילות או על תפיסה שלפיה אין להתחשב בהודאות נאשם ייחסמו על-ידי החסם השיטתי.

7 לדיון מפורט בחסם השיטתי ראו שם, בעמ' 99-105. החסם השיטתי, שלפיו אין לקבל השערות חפות שניתן להכלילן על כל מקרה דומה אחר, הוא פרשנות מוצלחת למבחן של צוקרמן שלפיו הספק הסביר צריך להיות בר-הבחנה (perceptible), כלומר, שניתן להבחין בו באירועים מסוימים, ולא בכל האירועים. A.A.S. ZUCKERMAN, THE PRINCIPLES OF CRIMINAL EVIDENCE 74 (1989).

## 2. החסם ההסתברותי

החסם ההסתברותי חל על מצב שבו ההסתברות להשערת החפות נמוכה מאוד אבל אינה בלתי-אפשרית, כמובן זה שהיא מתיישבת עם חוקי הטבע ואינה יוצרת בהכרח חסם שיטתי. זיכוי חרף ההסתברות הנמוכה אינו ניתן להכללה על כל מקרה דומה, אלא ניתן להפרכה בהינתן שינויים מוגדרים בתרחיש החפות, כך שהוא לא יפגע באכיפה סבירה של המשפט הפלילי. עם זאת, ההסתברות לחפות נמוכה עד כדי כך שניתן להתעלם ממנה מבלי לחשוש לסיכון של הרשעה שגויה. לשם המחשה, במונחים מספריים מדובר בהסתברות שאינה גבוהה מאחד למאות אלפים. בזאת קריטריון זה נבדל מהגישה הבייסיאנית-הפסקליאנית, שבה ההסתברויות המאפשרות הרשעה נעות בין 90% ל-99% לכך שהנאשם אשם.<sup>8</sup>

## 3. החסם הטבעי

החסם הטבעי הוא חסם שלפיו אין לקבל השערת חפות המתבססת על הפרת חוקי הטבע. השערות חפות סבירות צריכות להיות מעוגנות בחוקי הלוגיקה, בהנחות מטפיזיות רציונליות ובחוקי הטבע על-פי ממצאים של מדעי הטבע. למשל, מבחינת מדעי הטבע וחוקי הטבע לא ייתכן שאדם יכול, בכוח שריריו בלבד, לקפוץ מעל חומת בטון שגובהה שלושים מטרים. על-כן השערת חפות שתהא תלויה באימוצה של אפשרות פעולה כזו תיחסם על-ידי החסם הטבעי.<sup>9</sup>

8 לדיון מפורט בחסם ההסתברותי ראו ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 105–106. להצגת המתודולוגיה לבחינת קיומו של חסם הסתברותי ראו שם, בעמ' 114–123.

הגישה הבייסיאנית-הפסקליאנית מבוססת על נוסחת בייס. נוסחת בייס מציגה את הקשר בין ההסתברות של מאורע A בהינתן מאורע B על-פי נתונים בדבר ההסתברות המותנית ההפוכה – זו של 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", אזי היחס בין הסתברות הראיה בהינתן אשמה לבין הסתברות הראיה בהינתן חפות – שנקרא "יחס הנראות" – כלול בנוסחת בייס, ולכן הוא הכרחי לצורך הסקת הסתברות האשמה בהינתן הראיה.

להסבר מפורט על נוסחת בייס ראו ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 150–151; רון שפירא "שימוש בטכניקות הסתברותיות לזיהוי אנשים על סמך ראיות נסיבתיות" פלילים ב 113, 120–122 (1991).

9 לדיון בחסם הטבעי ראו ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 106.

## 4. החסם הפרוצדורלי

החסם הפרוצדורלי הוא חסם שלפיו אין לקבל השערות חפות שהפרכתן מחייבת מאמץ או השקעת משאבים שהמדינה אינה יכולה לעמוד בהם. אולם אין די בקריטריון של "העדר יכולת לעמוד בהשקעת המשאבים" לצורך קיום חסם פרוצדורלי. השאלה אינה רק היכולת לעמוד בהוצאות ובעלויות, אלא גם ההצדקה לעמוד בהן. הרי ניתן תמיד להשקיע משאבים נוספים, למצות כיווני חקירה נוספים, להוסיף תקנים של שופטים, של שוטרים וחקרי משטרה או של סנגורים ציבוריים, או להגדיל את מספר הערעורים בזכות או את הרכב השופטים. מבחינה מעשית, לעולם יהיו המשאבים מוגבלים. אלא שמחויבותה של המדינה אינה מתמצית רק בהקצאת משאבים ותקצוב בתחום ההגנה על חפים; מלבד זאת יש למדינה מחויבות להקצאת משאבים ותקצוב ציבורי גם בתחומי הבריאות, החינוך, הביטחון הלאומי והרווחה הציבורית. מכאן שאין להצדיק מצב שבו המדינה דואגת למימון ציבורי לטובת הגנה על חפים, ואינה מממנת כל תכלית אחרת. נוסף על כך, אם המדינה מממנת תכליות אחרות, נשאלת השאלה בדבר האיזון התקציבי בין צורכי ההגנה על חפים לבין צורכי החינוך, הבריאות, הביטחון והרווחה.

כאשר יש קונפליקט תקציבי בין תכליות שונות, שאחת מהן היא המחויבות להגנה על חפים והאחרות הן תכליות כגון בריאות, חינוך וביטחון, ניתן לומר, מצד אחד, שהמדינה מחויבת להעניק ערובות פרוצדורליות כלשהן גם להגנה על חפים, שהרי לנוכח התכלית הערכית של הגנה על חפים מפני הרשעת-שווא, אין זה סביר שהמדינה לא תשקיע כלל במשאבים פרוצדורליים. אולם מצד אחר, לנוכח חשיבותן של שאר התכליות, אין זה סביר שהמדינה תשקיע רק בהגנה פרוצדורלית על חפים. מן האמור נובע שעל המדינה להקצות מינימום כלשהו של משאבים לערובות פרוצדורליות להגנה על חפים, ואל לה להשקיע את ההקצאה המרבית, וזאת לנוכח תכליות מתנגשות המחייבות תקצוב.<sup>10</sup>

10 לדיון בחסם הפרוצדורלי ראו שם, בעמ' 106–107. דעה דומה לדברים שנכתבו לעיל בדבר החסם הפרוצדורלי כתב שוחט באשר למה שהוא כינה "המחויבות הפרוצדורלית". נחשון שוחט החובה המוסרית והמשפטית להגן על חפים מפשע מפני הרשעת-שווא: עיון ביקורתי-אנליטי במחויבויותיה הנורמטיביות והפרוצדוראליות הנגזרות של מערכת המשפט (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה – הפקולטה למשפטים, 2015).

## 5. סתירת השערת חפות

להבדיל מחסימה של השערת חפות, יש אפשרות לסתור השערת חפות. סתירה של השערת חפות היא קביעה כי קיימת מעין ודאות משפטית (הקרויה בשפת דיני הראיות "ידיעה שיפוטית") שהשערת החפות מופרכת. אם קיימת ידיעה שיפוטית שהשערת החפות מופרכת, אזי השערת החפות נסתרה. יודגש: בדרך-כלל סתירה ברמת ידיעה שיפוטית חופפת גם מהלך של חסימת אותה השערה על בסיס החסם הטבעי, אולם אין בהכרח חפיפה מוחלטת בין השניים. כך, ייתכנו מצבים שבהם אין השערת החפות נחסמת בשל ודאות לוגית-דדוקטיבית או מתמטית, או בשל קיומו של חוק טבע, אך בית-המשפט יקבע ממצא, על בסיס ידיעה שיפוטית, שלפיו קיימת ודאות מעשית בדבר אי-היתכנותה של ההשערה. קביעה זו תהווה סתירה של השערת החפות, להבדיל מחסימתה.<sup>11</sup> דוגמה לכך היא השערת חפות המתבססת על כך שהנאשם רץ 100 מטרים בפחות מ-9 שניות. אין חוק טבע ידוע שלפיו אדם אינו יכול לרוץ 100 מטרים בפחות מ-9 שניות. כלומר, אי-אפשר לגזור את אי-היכולת הזאת ממה שידוע כיום על הפיזיקה והביולוגיה. אפילו אם נניח שמומחה יכתוב חוות-דעת שהדבר בלתי-אפשרי, ידיעה שיפוטית צריכה להיות פומבית ונגישה גם להדיוטות, ומבחינת ההדיוטות לא ידוע על חוק טבע כזה. אף-על-פי-כן, ממה שידוע כיום באופן פומבי על מהירות ריצה של בני-אדם אפשר לגזור ידיעה שיפוטית שבני-אדם, נכון להיום, אינם יכולים לרוץ 100 מטרים בפחות מ-9 שניות.

### ב. ביקורתו של סנג'רו על התיאוריה בדבר אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת באמצעות ביקורתו על ניתוחנו ביחס לפרשת זדורוב

בפרק זה נדון בביקורתו של סנג'רו על התיאוריה המוצעת על-ידינו להבנת הספק הסביר במשפט הפלילי – "אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת". סנג'רו בחר לבקר את התיאוריה שלנו באמצעות ביקורת על פרשת זדורוב, שאותה בחנו בספרנו כדוגמה ליישום התיאוריה. אולם ראוי להבחין בין ביקורות נגד הצדקת התיאוריה לבין ביקורות על אופן היישום שאנו מציעים. בפרט, לפחות חלק מביקורתו של סנג'רו היא ביקורת יישומית גרידא, שאינה נוגעת בשאלת ההצדקה התיאורטית של המודל.

11 ראו ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 107–108.

סנג'רו מציג ביקורת כללית שלפיה אין להרשיע על-סמך חסמים, אלא יש לבחון בפתיחות כל השערת חפות. על כך נשיב כי הצעתנו לבחון השערות חפות על-פי החסמים אינה עומדת בסתירה לקריאתו המבורכת של סנג'רו לבחון בפתיחות כל השערת חפות. אדרבה, הדברים שלובים יחדיו. בחינה בפתיחות של כל השערת חפות היא בחינה על-פי החסמים. אולם כאשר בוחנים בפתיחות השערות חפות, יש לקבוע קריטריון לקבלה או לדחייה של השערות חפות. הקריטריון שהוצע על-דינו לדחיית השערת חפות בוחן אם ניתן לסתור את ההשערה בסתירה חזקה באמצעות ידיעה שיפוטית או אם מתקיים אחד מארבעת החסמים.

### 1. האם הראיות המפלילות יוצרות חסם הסתברותי להשערת חפות?

תחת התיאוריה בדבר אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת, על-מנת לבחון אם האשמה הוכחה מעבר לספק סביר או שמא קיים ספק סביר באשר לחומר הראיות, לרבות בפרשת זדורוב, יש לבחון כאמור אם השערת החפות נחסמת בחסם כלשהו. באשר לפרשת זדורוב טענו כי השערת החפות באשר למבצע רצח חלופי שאינו זדורוב נחסמת בחסם ההסתברותי. על-מנת לבחון אם מתקיים חסם הסתברותי, יש לבחון אם הראיות המפלילות יוצרות חסם הסתברותי, קרי, אם הראיות להשערת האשמה מוחצות עד כדי כך שיהיה זה עלבון לשכל הישר לחשוב שיש אפשרות סבירה להשערת החפות. אם מתקיים חסם הסתברותי לאחר בחינת הראיות המפלילות, יש לבחון אם הראיות המזכות יוצרות חסם הסתברותי נגדי. אם גם הראיות המפלילות וגם הראיות המזכות יוצרות חסם הסתברותי הדדי, מתקיים מה שכינינו "פרדוקס ראיתי", ויש לזכות את הנאשם. אם רק הראיות המפלילות יוצרות חסם הסתברותי, יש להרשיע את הנאשם. אם גם הראיות המפלילות וגם הראיות המזכות אינן יוצרות חסם הסתברותי, מתקיים מה שכינינו "חלל ראיתי", והתוצאה היא זיכוי הנאשם.

בפרשת זדורוב טענו כי הראיות המפלילות יוצרות חסם הסתברותי אך הראיות המזכות אינן יוצרות חסם הסתברותי. בתת-פרק זה נדון בביקורתו של סנג'רו שלפיה הראיות המפלילות, בניגוד לטענתנו, אינן יוצרות חסם הסתברותי. סנג'רו טוען כי בסקירת הראיות המפלילות שלנו אנו מתייחסים לא רק לראיות, אלא גם ל"סימנים". כמו-כן הוא טוען כי אנו מזכירים רק ראיות מפלילות ומתעלמים מראיות מזכות, וכי אנו נוקטים מהלך מתמטי של בחינת ההסתברות לאשמה של כל ראיה מפלילה בנפרד והכפלת ההסתברויות של כל הראיות האלה זו בזו.<sup>12</sup>

12 מאמר הביקורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 155–159.

ראשית, אנו סבורים כי רק הטענה בדבר התעלמות מראיות מזכות מעלה ביקורת על התיאוריה, ואילו הביקורות על השימוש בסימנים במקום בראיות ועל הכפלת הסתברויות הן ביקורות יישומיות שאינן נוגעות בתיאוריה. גם אם נניח כי אין להכפיל הסתברויות וכי יש להתייחס רק לראיות (משפטיות?), ולא לסימנים, אין הדבר סותר את המהלך התיאורטי שהצענו, משום שאין מדובר בסוגיות שהן מהותיות לאסטרטגיית ההכרעה המצומצמת.

לגוף הביקורת בדבר התחשבות בסימנים במקום בראיות, ביקורת זו מתבססת על טעות מושגית. כאשר בית-המשפט משתמש במונח "ראיה", הוא משתמש בו על-פי ההגדרה המקובלת והרשמית של המונח בדין: ראיה היא פיסת מידע המוצגת על-ידי עד.<sup>13</sup> עם זאת, קובעי העובדות במשפט יכולים לבסס את פסק-דינם על מידע נוסף הקשור באופן נסיבתי לפיסת המידע המוצגת על-ידי עד.<sup>14</sup> מבחינת התחשיב הבייסיאני,<sup>15</sup> כל פיסת מידע כזו (שיש לה יחס נראות שאינו 1) צריכה להיחשב ראיה נפרדת, מפני שהיא רלוונטית לשאלת האשמה או החפות ומהווה ראיה נסיבתית לאשמה. לשם המחשה, נניח שלפנינו שני בני-אדם, שאחד מהם אשם והאחר חף, וידוע שאך לגבי אחד מהם מתקיימת פיסת מידע – למשל, שרק אחד מהם השליך את מכנסיו מייד לאחר הרצח. במצב זה ההסתברות לכך שהאדם האשם הוא האדם שלגביו מתקיימת פיסת המידע (כלומר, שהאדם האשם הוא שהשליך את המכנסיים) גבוהה יותר מההסתברות שהאדם החף הוא האדם שלגביו מתקיימת פיסת המידע (כלומר, שהאדם החף הוא שהשליך את המכנסיים). במצב זה פיסת מידע זו (השלכת המכנסיים) היא בגדר ראיה רלוונטית וראיה נסיבתית מפלילה. לפי המבחן לעיל, כל העובדות שפרשנו הן ראיות.

במסגרת דיוננו בראיות מפלילות הצגנו את הראיות המפלילות ביחס לזדורוב, וניסינו להראות את עוצמתן הכללית כאשר בוחנים אותן במצטבר. סג'רו סבר כי המהלך שלנו הוא מהלך של הכפלת הסתברויות, דהיינו, שההסתברות של כל ראיה מפלילה מוכפלת ברעותה, כך שבסך-הכל כל הראיות המפלילות מוכפלות זו בזו. אולם, בניגוד לטענת סג'רו, בספרנו לא הצענו כלל מהלך של הכפלת ההסתברויות של הראיות המפלילות. אנו מסכימים עם סג'רו כי אין להכפיל הסתברויות כאשר ההסתברויות אינן בלתי-תלויות, אך מהלך זה, כאמור, לא הוצע על-ידינו כלל. אולם יודגש: אין לבלבל בין הימנעות מהכפלת הסתברויות

Doron Menashe & Sivan Biber, *Safety from False Convictions by Boaz Sangero* – 13  
*Book Review*, 32 J. JURIS. 147, 162 (2017)

14 שם.

15 להסבר על התחשיב הבייסיאני ראו לעיל ה"ש 8.

לבין הימנעות ממבט-על על כל הראיות במצטבר. התבוננות על הצטברות של ראיות היא מהלך הגיוני ואף הכרחי, ואין הוא שקול להכפלה מתמטית. בסופו של דבר יש להביט על מכלול חומר הראיות, ולא על כל ראיה בנפרד, ולהסיק על עוצמתן המצרפית. כאשר טענו כי הראיות המפלילות מוחצות, היה הדבר תוצאה לא של הכפלה, אלא של התבוננות על צירוף כל הראיות יחד והיסק על עוצמתן המפלילה כאשר משקללים את כולן יחד.

יתרה מזו, בניגוד לטענת סנג'רו, לא התעלמנו מהראיות המזכות, אלא דחינו את הדיון בהן לשלב השני, לאחר שבחנו את הראיות המפלילות בשלב הראשון.<sup>16</sup> דומה כי הדבר לא נעלם מעינו של סנג'רו, אשר ייחד פרק במאמרו להצגת ביקורת על דיוננו בראיות המזכות.<sup>17</sup> עוד נציין כי גם בפרק התיאורטי ציינו במפורש כי יש לבחון גם את הראיות המזכות.<sup>18</sup>

עוד בתגובה על טענתו של סנג'רו כי התעלמנו מהראיות המזכות, אנו מבקשים לחדד מהן ראיות מזכות. לטענתנו, יש להבחין בין ראיות מזכות לבין ראיות שמחלישות את משקלן של הראיות המפלילות או בין ראיות מזכות לבין העדר ראיות המחליש את הראיה המפלילה או נסיונות למתן הסבר תמים לראיה המפלילה (נסיונות כאלה מוזכרים, למשל, במסגרת דיוננו בראיה בדבר היסטוריית הגלישה של זדורוב באתרי מרשתת, שם אנו מתייחסים לטענה שזדורוב אולי לא קרא את הכתבות המדוברות או לא נכנס לקישורים).<sup>19</sup>

סנג'רו מקדיש חלק נכבד מביקורתו לשאלת משקלה של הודאה בכלל ולשאלת משקלה של הודאת זדורוב בפרט.<sup>20</sup> גם סוגיה זו אינה מתייחסת לשאלת ביסוסה של התיאוריה שהצענו בספרנו. גם אם נניח כי משקלה של הודאה בכלל ושל הודאת זדורוב בפרט מועט מכפי שסברנו, וכי הוא כדעת סנג'רו, אין הדבר רלוונטי לשאלת ביסוסה של גישתנו. שאלת משקלה של הודאת-חוץ היא שאלה יישומית, והיא אינה סותרת את הטענה כי יש לבחון השערות חפות – ובכלל זה גם השערות חפות ביחס להודאת-חוץ של נאשם – על-פי ארבעת החסמים. השאלה אם לייחס להודאה משקל רב יותר או פחות היא שאלה הנוגעת באופן

16 ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 187–192.

17 מאמר הביקורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 159–160.

18 ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 116–117.

19 שם, בעמ' 184–185. על ההבחנה בין ראיה נסיבתית מזכה לבין ראיה הפוגעת במשקל הראיה המפלילה ראו שם, בעמ' 116.

20 מאמר הביקורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 155–159.

שבו מנתחים השערת חפות ספציפית, והיא אינה משליכה על הטענה העקרונית כי יש לבחון השערות חפות על-פי החסמים.

סנג'רו מפנה למחלוקת אקדמית שהתקיימה בינו, בכתיבתו עם ד"ר הלפרט, לבין אחד מכותבי ביקורת זו, בכתיבתו עם שי אוצרי, על-אודות משקלה הבייסיאני של הודאת-חוץ של נאשם.<sup>21</sup> סנג'רו חוזר על עמדתו בפולמוס זה שלפיה אין בית-המשפט יכול להבחין בין הודאה אמיתית להודאה שקרית, וכי הודאת נאשם היא "קיסרית הרשעות-השווא", ולכן להודאות נאשמים נדרשת ראיית סיוע חזק, כלומר, ראייה אובייקטיבית חיצונית משמעותית התומכת בכך שהנאשם אכן ביצע את העברה המיוחסת לו.<sup>22</sup> כל עוד אין דורשים שיתלווה להודאה סיוע כאמור, האמון שבתי-המשפט נותנים בהודאה רב מדי. אנו, לעומת זאת, מחזיקים בגישתם של מנשה ואוצרי באותה מחלוקת, שלפיה ההודאה אומנם אינה "מלכת הראיות", אך אין להרחיק לכת ולכנותה "קיסרית הרשעות-השווא". אין זה נכון שבתי-המשפט מייחסים להודאות משקל רב מדי, ואין בסיס לטענה שהם אינם יודעים להבחין בין הודאה אמיתית להודאה שקרית.

מכל מקום, גם כאן הפולמוס האמור אינו הנושא הנדון בספרנו. תהא ההכרעה הנכונה בפולמוס על-אודות ההודאה אשר תהא, וגם אם נניח כי הצדק עם סנג'רו והלפרט (וכאמור איננו סבורים כך), עדיין אין בכך כדי לערער את גישתנו, הדוגלת באסטרטגיית ההכרעה המצומצמת ובבחינת השערות חפות על-פי ארבעת החסמים. המחלוקת על משקלה של ההודאה בעניין זדורוב היא מחלוקת יישומית, ולא מחלוקת על העקרונות התיאורטיים של גישתנו.

עם זאת, ולמעלה מן הדרוש, היות שניתוחנו היישומי בנוגע לפרשת זדורוב הניח את גישתנו באשר להודאות נאשמים, ולא את גישתם של סנג'רו והלפרט, נציג בקצירת האומר את ביקורתנו על עמדתו של סנג'רו באשר למשקלה של הודאה. הגם שההודאה אינה "מלכת הראיות" וייתכנו כאמור הודאות-שווא, אנו חולקים על כך שבתי-המשפט מייחסים להודאות משקל רב מן הראוי ובכך

21 מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו "מִקְשָׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן (הצעה להיפוך בתפיסת ההודאה: מראיה מרכזית המחפשת תוספת, לתוספת אפשרית לראיות מוצקות)" מחקרי משפט כו 733 (2010); דורון מנשה ושי אוצרי "כמה שוקלת הודאה?" – עיון מחודש בשאלת משקלן הבייסיאני של הודאות נאשם – תגובה למאמרם של מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו, מחקרי משפט כו(3) "מחקרי משפט כו 503 (2011); בוועז סנג'רו ומרדכי הלפרט "בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי" מחקרי משפט כו 529 (2011).

22 מאמר הביקורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 157.

גורמים להרשעות-שווא רבות יותר מכפי שהיה אפשר לצפות לו על-פי מידת ההוכחה בפלילים.<sup>23</sup>

לדעתנו, המחקרים האמפיריים שסנגרו נסמך עליהם, שלפיהם שיעור הודאות-השווא הוא משמעותי,<sup>24</sup> מראים לכל-היותר מהו שיעור הודאות-השווא מתוך הרשעות-השווא, אולם אין בידינו נתונים באשר לשיעור הרשעות-השווא המבוססות על הודאות-שווא מתוך כלל ההרשעות (הרשעות-אמת והרשעות-שווא גם-יחד) המבוססות על הודאות. כמו-כן אין לנו נתונים באשר לשיעור ההרשעות (הרשעות-אמת והרשעות-שווא גם-יחד) המבוססות על הודאות מתוך כלל ההרשעות (הרשעות על בסיס הודאות בצירוף הרשעות על בסיס ראיות אחרות).<sup>25</sup> בבואנו לבחון אם בתי-המשפט נותנים אמון רב מדי בהודאות, עלינו לזכור כי שיעור כלשהו של הרשעות-שווא המתבססות על הודאות-שווא הוא צפוי ומתבקש, גם אם בתי-המשפט מיישמים היטב את מידת ההוכחה בפלילים. היות שמידת ההוכחה בפלילים מאפשרת שיעור מסוים של הרשעות-שווא, אין כל אפשרות למנוע לחלוטין הרשעות-שווא מבלי לבטל את המשפט הפלילי. עצם הפעלת המשפט הפלילי מהווה כשלעצמה סיכון כלשהו להרשעות-שווא. הדבר שיש לבחון הוא אם שיעור הרשעות-השווא גבוה יותר מהשיעור שהיה צפוי בהנחת יישום נכון של מידת ההוכחה בפלילים.<sup>26</sup>

הבעיה היא שאיננו יודעים אילו מבין כלל ההרשעות הן הרשעות-שווא, ויש להניח כי הרשעות-השווא המתגלות בדיעבד הן רק חלק מהרשעות-השווא. כמו-כן קשה להמיר את מידת ההוכחה בפלילים בקריטריון מספרי. בספרנו דחינו את הגישה הפסקליאנית שלפיה אפשר וראוי שמידת ההוכחה תינתן באופן הסתברותי-מספרי, כלומר, שייקבע סף מספרי-הסתברותי המהווה את קו הגבול בין זיכוי להרשעה – למשל, קביעה שלפיה על-מנת להרשיע יש להראות כי ההסתברות שהנאשם אשם היא 0.99 ומעלה, ואם היא נמוכה יותר, אזי יש

23 מנשה ואוצרי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 507.

24 מאמר הביקורת, לעיל ה"ש 1, בה"ש 9. לפירוט ראו הלפרט וסנג'רו, לעיל ה"ש 21, בעמ' 737 ואילך. דא עקא, קיימים מחקרים פסיכולוגיים וממצאים אמפיריים שלפיהם עצם חפותם של נאשמים מפחיתה את נכונותם לחתום על הסדר-טיעון. ראו אורן גזל-אייל ואבישלום תור "השפעת חפות על הסדרי טיעון: ממצאים אמפיריים, תובנות פסיכולוגיות והשלכות נורמטיביות" משפטים לט 115 (2009).

25 מנשה ואוצרי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 508.

26 שם. הטענה כי אי-אפשר להפעיל משפט פלילי ללא סיכון להרשעות-שווא היא העומדת בבסיס החסם השיטתי. ראו ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 99-102; ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW 179 (2005).

לְיָפֹת.<sup>27</sup> אולם גם אם מקבלים את הגישה הפסקליאנית, אין בסיס להנחה שמידת ההוכחה היא הסתברות לאשמה של 0.99 או כל מספר אחר. לא זו אף זו, בגישתנו הצענו את החסם ההסתברותי, שנוסח במונחים כמותיים-מילוליים, אולם רק לשם האילוסטרציה טענו שהקריטריון הוא אחד למאות אלפים.<sup>28</sup> נוסף על כך, גם אם נניח שיימצא כי בתי-המשפט מייחסים משקל-יתר להודאות, לא נובע מכך שקיימת בהכרח בעיה מיוחדת דווקא עם הודאות. ייתכן שבתי-המשפט מייחסים משקל-יתר גם לראיות מפלילות אחרות לא פחות מאשר להודאות, כך שלא ברור שדווקא הודאה היא ראייה בעייתית במיוחד יחסית לראיות אחרות.

אם יהיה אפשר לבחון את חלקן היחסי של הרשעות-שווא המבוססות על הודאות מתוך כלל הרשעות-שווא, ולהשוותו עם שיעור ההרשעות על בסיס הודאות מתוך כלל ההרשעות, אזי תהיה לנו אינדיקציה אם בתי-המשפט מייחסים משקל ראוי להודאה. בהנחה שבתי-המשפט מפעילים את מידת ההוכחה באופן תקין, השיעור צריך להיות דומה. אולם אין לנו נתונים באשר לשיעור ההרשעות על בסיס הודאות מתוך כלל ההרשעות.<sup>29</sup>

גם טענתו של סנגירו כי בתי-המשפט אינם מסוגלים לזהות הודאות-שווא מתוך כלל ההודאות אינה מבוססת, לדעתנו.<sup>30</sup> ניתן לדעת כמה מבין הודאות-שווא שנבחנו הובילו להרשעת-שווא, אולם כאמור, אם מיישמים נכון את מידת ההוכחה בפלילים, צפוי שיהיה שיעור כלשהו של הודאות-שווא שיגרמו להרשעות-שווא. ברור שבתי-משפט אינם מצליחים תמיד לזהות את הודאות-השווא מתוך כלל ההודאות, אך האם שיעורה של אי-ההצלחה הזו מצביע על כך שמידת ההוכחה אינה מיושמת היטב? כל עוד אין לנו נתון בדבר שיעור הרשעות-השווא המבוססות על הודאות מתוך כלל ההרשעות המבוססות על הודאות, לא ידוע אם בתי-המשפט כשלו בזיהוי הודאות-שווא מעבר למידה הצפויה על-פי מידת ההוכחה.<sup>31</sup>

27 ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 153–156; L. JONATHAN COHEN, THE PROBABLE AND THE PROVABLE 82–83 (1977, reprinted 1991); L. Jonathan Cohen, *The Logic of Proof*, 1980 CRIM. L. REV. 91, 101.

28 מנשה ואוצרי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 508–509; ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 105.

29 מנשה ואוצרי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 509–510.

30 מאמר הביקורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 157.

31 מנשה ואוצרי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 511–512.

על-מנת לבחון את משקלה הבייסיאני של הודאה, יש לבחון שלושה מרכיבים: (1) שער-הבסיס של הודאות-אמת והודאות-שווא; (2) ההסתברות האפרורית להודאת-אמת או להודאת-שווא; (3) ההסתברות האפוסטריורית להודאת-אמת או להודאת-שווא.

**שער-הבסיס** – שער-הבסיס הוא שיעור האשמים מתוך כלל הנאשמים או שיעור החפים מתוך כלל הנאשמים.<sup>32</sup> נאשמים הם בני-אדם שהמשטרה החליטה להשקיע בהם משאבי חקירה היות שחשדה בהם, וחשד זה לא התברר כשגוי ולכן הוחלט להגיש נגדם כתב אישום. למשטרה אין די כוח-אדם לחקור את כל החשודים האפשריים בגין כל פשע שבוצע. כדי לקבל שער-בסיס גבוה של אשמים, אשר חיוני לעבודתה, המשטרה מנפה חשודים על בסיס מידע מודיעיני, עבר פלילי, בדיקות פוליגרף ושיטות נוספות. לאחר-מכן החשד נבדק באמצעות חקירת המשטרה, ובסופה חומר הראיות נבחן לצורך בדיקה אם קיימות ראיות מספיקות להגשת כתב אישום. שער-בסיס נמוך של אשמים מתוך הנאשמים או שער-בסיס גבוה של חפים מתוכם אינו סביר, היות ששיעור המורשעים מתוך כלל הנאשמים הוא גבוה, ומצב שבו רוב ההרשעות הן הרשעות-שווא ובכתי-הכלא נמצאים בעיקר חפים, בעוד אשמים אינם מורשעים והמשפט הפלילי אינו נאכף, הוא מצב של מערכת פלילית מאוד לא-יעילה, אשר סביר שהייתה קורסת.<sup>33</sup> לכן סביר ששער-הבסיס של אשמים הוא גבוה.

**ההסתברות האפרורית לאשמה** – ההסתברות האפרורית לאשמה היא משקל הראיות המפלילות למעט ההודאה. כאן אי-אפשר לומר משהו כללי, ובכלל זה אי-אפשר לומר שהסתברות זו היא בדרך-כלל נמוכה כאשר קיימת הודאה, היות שהדבר משתנה ממקרה למקרה. במקרה של זדורוב ההסתברות האפרורית לאשמה היא גבוהה מאוד, היות שקיימות ראיות מפלילות משמעותיות מעבר להודאה: השלכת המכנסיים יומיים לאחר הרצח; אי-ההתאמה בין עדותו של זדורוב לבין עדויות של אנשים אחרים בדבר סוג המכנסיים שהוא לבש ביום הרצח; ידיעתו של זדורוב, לכאורה בעקבות שיחת טלפון שקיים עם ג'נאח (אדם שזדורוב היה אמור לעבוד בשירותו לאחר הרצח), שהנרצחת נמצאה בתא השירותים, אף שג'נאח עצמו לא ידע זאת, לטענתו; הקיסם במנעול המקלט שהקשה את פתיחת הדלת ביום הרצח; עדותה של הפסיכולוגית שזדורוב נראה

32 במקום לדבר על שיעור האשמים מתוך כלל הנאשמים, ניתן לדבר על שיעור החשודים שהחשד לגביהם לא התברר כמוטעה, כלומר, על שיעור החשודים שנהפכו לנאשמים.

33 להמחשה מספרית שער-בסיס נמוך של אשמים הוא בלתי-סביר ראו מנשה ואוצרי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 521–525.

נסער סמוך לאחר הרצח; חששו של זדורוב מטיפות הדם בשירותי הבנים, והשערתו שטיפות אלה הגיעו לסכיננו ולכן נמצא דם בכליו; גלישתו של זדורוב ימים מספר לפני הרצח באתרי מרשתת מתחום תוכן שקרוב לרצח – נטרול באמצעות סכין – וכן באתר העוסק באי־שפיות זמנית (טענה שזדורוב אכן העלה בהמשך); העובדה שזדורוב כיבס את בגדיו בעצמו לאחר הרצח, לא כהרגלו; העובדה שסוליות הנעליים של זדורוב, שהיו אמורות להיות מלוכלכות, נמצאו נקיות יחסית; טביעת הנעל שנמצאה על מכנסי המנוחה, אשר הכילה סימנים של נעל סלמנדר שזדורוב נעל ביום הרצח, שהיא סוג נעל נדיר בישראל (מה־גם שסביר ביותר שאם מישהו דרך על הגופה, זהו הרוצח, ולא אדם שנכנס לתא אחרי מציאת הגופה); ולבסוף, קיומו של מניע לרצח, והוא המילה "כוסון" שהנרצחת צעקה עובר לרצח, אשר הובנה כנראה על־ידי זדורוב כקללה, ואשר הייתה ככל הנראה "הקש ששבר את גב הגמל", לאחר שהרבה לדבריו לספוג קללות מתלמידי בית־הספר.<sup>34</sup>

נוסף על כך, קיימת הסתברות אפריורית נמוכה שאדם שאינו זדורוב רצח את המנוחה: אין להניח שמדובר באדם שנכנס מחוץ לבית־הספר, וזאת בשל העדר עדים, ומשום שלא סביר שזהו רצח מתוכנן, היות שהמנוחה החליטה ללכת לשירותים באופן ספונטני; וקיימת ההסתברות נמוכה מאוד שהרצח בוצע על־ידי אחד התלמידים – הן משום שלא נצפה תלמיד עם כתמי דם, והן משום שמאוד לא־סביר שמעשה כזה יישמר בסוד זמן כה רב.<sup>35</sup>

לנוכח כל האמור לעיל, ההסתברות האפריורית לאשמת זדורוב היא גבוהה. האמור לעיל אינו מתיישב עם טענת סנג'רו שלפיה מדובר ב"צירוף סימני אשמה שאינם אפילו ראיות של ממש".<sup>36</sup> אל הראיות המזכות נתייחס בתת־פרק הבא. ההסתברות האפוסטריורית לאשמה – ההסתברות האפוסטריורית לאשמה היא המשקל של ההודאה הספציפית ונסיבותיה. יודגש כי אין שחר לטענה כללית וגורפת באשר למשקלה של הודאה באשר היא, כשם־עצם כללי. הודאות ספציפיות שונות זו מזו, ולכל הודאה יש תכונות ספציפיות המצדיקות משקל ספציפי משלה, אשר שונה מזה של הודאה אחרת בעלת תכונות אחרות.<sup>37</sup> בפרשת זדורוב ניתנה ההודאה לא רק בפני חוקרי המשטרה, אלא גם בפני מדובב, ומדובב, כידוע, אינו איש מרות. זדורוב לא ידע שהאדם שאיתו הוא

34 לפירוט הראיות ראו ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 183–186.

35 לפירוט בנוגע לאי־הסבירות של רוצח אחר ראו שם, בעמ' 186–187.

36 מאמר הביקורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 156.

37 ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 126; מנשה ואוצרי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 516–519.

משוחח הוא מדובב, ולכן לא היה לו טעם לשקר לו. יש אף לציין כי את דברי ההודאה שלו אמר זדורוב בלחש, ומייד לאחר־מכן הכחיש את הרצח בקול רם. התנהגות זו מתיישבת עם מודעותו של זדורוב לקיומם של מכשירי האזנה בתא המעצר. יתר על כן, זדורוב לא אמר באופן סתמי "אני מודה", אלא נכנס לפרטים באשר למהלך הרצח, לרבות הסתרת האוזניות.<sup>38</sup>

לבסוף, אנו סבורים כי את משקלה של הודאה יש להעריך תמיד בהשוואה לראיות אחרות. אין טעם לטעון כי הודאה היא ראיה בעייתית כל עוד אין משווים אותה לראיות מסוג אחר. השאלה החשובה היא אם הודאה היא ראיה נחותה במיוחד יחסית לראיות אחרות, ואם היא יוצרת סיכון להרשעות־שווא יותר מאשר ראיות אחרות. למשל, מהו משקלה של הודאה ביחס למשקלה של עדות־ראייה? הרי גם לגבי עדויות־ראייה קיימים סיכונים שהעדות תהיה שגויה (עקב חולשות־האנוש של העדים) או אף שקרית. סנג'רו לא הראה שקיימת בעייתיות מיוחדת בהודאה ושראיות מסוג אחר הן חזקות יותר. מכל מקום, כאמור, ההרשעה בפרשת זדורוב לא התבססה על הודאה בלבד, אלא ההודאה שולבה במארג של ראיות שאינן הודאה.<sup>39</sup>

סנג'רו טוען כי את שקרי הנאשם ניתן להסביר באופן שמתיישב עם השערת חפות.<sup>40</sup> אולם שקרי הנאשם אינם עומדים בגפם, אלא הם חלק מהמכלול הראייתי המפליל. מעבר לכך, אין די בהפרחת טענה בעלמא שהגיוני שלפעמים חפים ישקרו. צריך לבדוק אם סביר שזדורוב שיקר במקרה מסוים בהנחה שהוא חף. זאת שאלה ספציפית, שהיא נפרדת מהשאלה הכללית של שקרי חפים. למשל, צריך להצביע על מניע סביר של זדורוב לשקר בנוגע לסוג המכנסיים שהוא לבש ביום הרצח.

## 2. האם הראיות המזכות יוצרות חסם הסתברותי נגדי להשערת אשמה?

לאחר שמצאנו כי הראיות המפלילות בפרשת זדורוב יוצרות חסם הסתברותי מפליל, כלומר שהשערת האשמה יוצרת חסם הסתברותי לכל השערת חפות, טענו כי בחינת הראיות המזכות מעלה שהן אינן יוצרות חסם הסתברותי מזכה, כלומר, שהשערת החפות אינה יוצרת חסם הסתברותי להשערת האשמה. בתת־פרק זה נדון בביקורתו של סנג'רו על טיעוננו זה. סנג'רו כותב:

38 ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 183–184.

39 לטענתו של סנג'רו כי אין הצדקה להסתמך על הפרטים המוכמנים שבהודאה, ולכן יש לדרוש "סיוע" חזק, נתייחס בהמשך בתת־פרק 4.

40 מאמר הביקורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 158.

"...המחברים מציינים עשר מבין הראיות המזכות, ומסכמים כך: 'לדעתנו, הראיות המזכות אינן יוצרות חסם הסתברותי, אם כי יש להודות שפרשת זדורוב מעוררת קושי מסוים בקשר לכך. הראיות המזכות חזקות מספיק כדי להעלות ספק באשמה, אך לדעתנו מדובר בספק שאינו סביר.' אילו הסתפקו המחברים בחלקו השני של המשפט, המחלוקת הייתה רק בהערכה אם מדובר בספק סביר. אלא שלפי התיאוריה שהם פיתחו נדרש שהראיות המזכות ייצרו חסם הסתברותי מפני השערת האשמה. זהו מבחן מחמיר ביותר, שאין לו כל הצדקה. די בספק סביר לשם זיכוי, גם אם הוא אינו יוצר חסם הסתברותי מפני הרשעה."<sup>41</sup>

אולם לא טענו שבכל מקרה דרוש חסם הסתברותי של הראיות המזכות לשם זיכוי, אלא שחסם כזה נדרש לשם זיכוי רק כאשר הראיות המפלילות כבר יצרו חסם הסתברותי.<sup>42</sup> אם הראיות המפלילות כבר יצרו חסם הסתברותי, אזי השערת החפות כבר הופרכה לכאורה. זאת מהותו של החסם – הוא חוסם השערת חפות. על-מנת שבמצב כזה השערת החפות תעלה בכל-זאת ספק סביר, דרוש שמשקל הראיות המזכות יקוו את החסם ההסתברותי שהראיות המפלילות כבר יצרו.<sup>43</sup> אם לראיות המזכות אין משקל מאַזן כזה, אזי החסם ההסתברותי של הראיות המפלילות נותר על כנו. כאמור, בספרנו טענו כי הראיות המזכות בפרשת זדורוב אינן יוצרות חסם הסתברותי להשערת האשמה, ולכן מול הראיות המפלילות המוחצות התומכות בהשערת האשמה, הראיות המזכות אינן ראיות מוחצות להשערת חפות נגדית.

סנגרו טוען כי עצם ההיזקקות שלנו לחמישה הסברים שונים מצביעה על כך שהספקות רבים ומשמעותיים.<sup>44</sup> אולם ההיזקקות שלנו לחמישה הסברים שונים נובעת מכך שקיימים ספקות משמעותיים "לכאורה" (*prima facie*), שמצריכים התייחסות והסבר, ומכך לא נובע שגם בסופו של יום, לאחר ההסבר, יוותרו עדיין ספקות משמעותיים.

41 שם, בעמ' 159.

42 ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 117.

43 למצב שבו הראיות המפלילות יצרו חסם הסתברותי אבל הראיות המזכות יצרו אף הן חסם הסתברותי קראנו "פרדוקס ראיתי". ראו שם.

44 מאמר הביקורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 159.

סנג'רו כותב:

"...ההסבר הראשון [זיהום זירת הרצח – ד"מ, א"ג] יכול להסביר לכל-היותר מדוע יש בזירה ממצאים שהותירו אנשים אחרים, אך בוודאי אין הוא מסביר מדוע לא נמצאו ממצאים כלשהם שהותירו זדורוב, וזאת בזירה שבה נותרו מאות טביעות אצבעות ולא מעט ממצאים ביולוגיים."<sup>45</sup>

אולם לגבי העדר ראיות פורנזיות של זדורוב לא טענו כי ההסבר לכך הוא ההסבר הראשון (זיהום זירת הרצח), אלא ההסבר החמישי (מקריות סטטיסטית סבירה).<sup>46</sup> סנג'רו כותב:

"הנמקת המחברים שלפיה היות שעבריינים צפויים להתנהג התנהגות אסטרטגית לצורך שיבוש החקירה, אין לתמוה שהם גם עשויים להשיג הצלחה כלשהי ובאמת להפיל בפח בני אדם הבודקים את חפותם או אשמתם על ידי ביום ויצירת מצג של תמיהות בדבר האשמה מהווה למעשה חזקת אשמה! לפי שיטה זו, כל הנאשמים צפויים להרשעה – בוודאי אם נמצאו ממצאים הקושרים אותם לזירה, אך גם אם לא נמצאו, שכן אז נניח שהם העלימו את הראיות... מדוע כאן אין חסם מפני קבלת תירוצים מפלילים שסופם להרשיע את כולם – גם את האשמים וגם את החפים?"<sup>47</sup>

כאן סנג'רו מתעלם מן ההבחנה בין קיום חסם הסתברותי מפליל לבין העדר חסם כזה. הנחה שלפיה לא נמצאו ממצאים הקושרים את הנאשם לזירה משום שהנאשם העלים את הראיות, כלומר התנהג התנהגות אסטרטגית, היא בגדר חזקת אשמה רק אם לא קיים חסם הסתברותי מפליל. אולם, היות שניתוחנו הסיק כי לגבי זדורוב יש חסם הסתברותי מפליל, חסם כזה הוא ממילא חזקת אשמה, כפי שכל חסם מפליל יוצר חזקת אשמה. את חזקת האשמה יצרו הראיות המפלילות, כלומר, חזקת האשמה היא מסקנה אפוסטריורית לאחר בחינת חומר הראיות, ולא הנחה אפריורית לפני שחומר הראיות נבחן. חסם הסתברותי מפליל הוא בהגדרה חזקת אשמה, ומשנמצא חסם כזה, מן ההכרח להניח התנהגות אסטרטגית, אם זהו הסבר סביר לאשמה, היות שקיימת חזקה שפרדוקסים ראייתיים אינם קיימים. פרדוקס ראייתי הוא כאמור מצב שבו גם הראיות המפלילות יוצרות חסם

45 ש.ם.

46 להסבר החמישי ראו ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 192.

47 מאמר הביקורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 160.

הסתברותי וגם הראיות המזכות יוצרות חסם הסתברותי. זהו מצב פרדוקסלי, ולכן מבחינה רציונלית חזקה שהוא אינו מתקיים.<sup>48</sup> נוסף על כך, סנג'רו מתעלם כאן מדיון שקיימנו בספרנו בדבר ההצדקה להעלאת ספקולציות אשמה במצב שבו הוכח קיומו של חסם הסתברותי להשערת חפות.<sup>49</sup>

עוד כותב סנג'רו:

"המחברים מציעים לפלג את ההודאה – לקבל ממנה רק את החלקים המפלילים ולהניח שהחלקים המזכים הם שקרי נאשם. גם זו הנחה המחייבת חסם שיטתי מפני הרשעה על-סמך השערת אשמה."<sup>50</sup>

תגובתנו לעיל בדבר חזקת אשמה לנוכח חסם הסתברותי מפליל, וכן דיוננו בספקולציות אשמה, רלוונטיים גם כאן.

### 3. הראיות המזכות מעלות ספקות, אך בלתי-סבירים

סנג'רו מבקר את ההסברים בנוגע לעקבות הנעליים הזרות ולמצאי הסכין המשווננת בפרשת זדורוב כספקולציות אשמה פסולות. מדובר בעקבות נעליים שנמצאו בתא השירותים שבו נמצאה גופת המנוחה ואשר אינן שייכות לזדורוב. על-פי ההסבר שהוצע, עקבות אלה שייכות כנראה למישהו מבין השוהים בזירה לאחר גילוי גופת המנוחה. כמו-כן, בית-המשפט אימץ חוות-דעת שלפיה החתך על סנטרה של המנוחה נגרם מסכין משווננת. העובדה שלא נמצאו סכינים משווננות אצל זדורוב הוסברה בדעת הרוב בכך שממועד הרצח ועד שהמשטרה הגיעה אליו כבר נפטר זדורוב מהסכין שעימה עבד, וייתכן שהוא נפטר מכל הסכינים המשווננות שהיו ברשותו. סנג'רו טוען כי אין זה מתפקידו של בית-המשפט להציע ספקולציות אשמה שהתביעה לא העלתה.<sup>51</sup> גם כאן הוא מתעלם מההצדקה להעלאת ספקולציות אשמה שערכנו בספרנו.<sup>52</sup>

ראשית, אין מנוס מלהיזקק להסברים משוערים. מצב שבו בית-המשפט מצוי בחלל ראייתי, שבו עליו להחליט בתנאי אי-ודאות, הוא המצב השכיח. כאשר בית-המשפט פועל במצב של אי-ודאות, אין הוא יכול להצדיק הצדקה במובן

48 ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 117.

49 שם, בעמ' 117–119. כאשר להצדקה להעלאת ספקולציות אשמה ראו גם את הדיון בתת-פרק הבא.

50 מאמר הביקורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 160.

51 שם, בעמ' 161.

52 ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 117–119.

החזק (הצדקה הגוררת מסקנה ודאית), אלא עליו להצדיק הצדקה במוכן החלש (הצדקה הגוררת מסקנה שאינה ודאית, כלומר, סברה בדרגה כלשהי של הסתברות) או לוותר על הצדקה כליל. ויתור על הצדקה כליל אינו מהלך ראוי, היות שהוא מצב של הכל או לא-כלום, קרי, שאיפה לוודאות או ויתור על כל משאב אפיסטמי שהוא. לדעתנו, ראוי לנצל גם משאבים אפיסטמיים חלקיים, אשר גם אם אינם מייצרים ודאות, אינם מותירים אותנו עם העדר מוחלט של מידע בעל ערך.

שנית, אם הראיות המפלילות מייצרות חסם הסתברותי להשערת החפות (כפי שקרה לדעתנו בעניין זדורוב, כאמור), אזי אכן נוצרת חזקת אשמה, ובמצב זה הספקולציות לחללים הראייתיים שעוד נותרו אמורות להתיישב עם האשמה, ותפקידו של בית-המשפט הוא לבחון שאכן זה המצב. הניסיון ליישב את החלל הראייתי עם אשמה לאחר שהוסקה חזקת אשמה נובע מההיגיון של חזקת האשמה. חזקת האשמה קיימת היות שהוסק קיומו של חסם הסתברותי להשערת חפות. רק אם אין דרך ליישב את החלל הראייתי עם חזקת האשמה ואי-אפשר לחשוב על ספקולציות אשמה סבירות, נוצר פרדוקס ראייתי המחייב זיכוי. ספקולציות האשמה צריכות להיות סבירות, ואסור להן לסתור את חומר הראיות, אולם אין הכרח שהן יהיו מעוגנות בחומר הראיות. כלומר, אין הכרח שחומר הראיות יתמוך בספקולציות האשמה, ובלבד שהוא לא יסתור אותן. סנגירו לא הראה כי ספקולציות האשמה לגבי עקבות הנעליים הזרות ולגבי הסכין המשוננת אינן סבירות. הוא לא הראה כי אין זה סביר שאחד מן הנוכחים בזירת הרצח לאחר מציאת הגופה הוא שהותיר את עקבות הנעליים הבלתי-משויכות שנמצאו בה, והוא לא הראה כי אין זה סביר שזדורוב ביצע את הרצח עם סכין משוננת אך נפטר מכל הסכינים המשוננות שלו עד שהגיעה אליו המשטרה. לדעתנו, ההסברים שהציע השופט עמית הם סבירים.<sup>53</sup> אם זירת הרצח זוהמה במהומה שפרצה לאחר גילוי גופת המנוחה, ולתא השירותים שבו התגלתה הגופה נכנסו שוטרים, אנשי מד"א ואזרחים, אזי אין זה בלתי-סביר שאדם סקרן נכנס לתא האמור, ובהינתן שהתא צר מאוד, אין זה בלתי-סביר שהוא נתלה. כמו-כן אין זה בלתי-סביר שמאן דהוא נכנס ולא מסר את נעליו לבדיקה. באשר לסוגיית הסכין המשוננת, בהנחה שנאשמים נוקטים לעיתים התנהגות אסטרטגית על-מנת להתחמק מהדין, סביר שכלים מהסוג של כלי הרצח לא נותרו כפי שהם, במיוחד לנוכח פער הזמן בין

53 ראו ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.12.2015). הסבריו של השופט עמית באשר לסוגיית הסכין המשוננת מצויים שם, בפס' 25–31 לחוות-דעתו, והסבריו באשר לסוגיית עקבות הנעליים מצויים שם, בפס' 52–54 לחוות-דעתו.

אירוע הרצח לבין חקירתו של זדורוב. כלומר, זדורוב, לפי הודאתו, זרק את הסכין שבה רצח, וייתכן שהוא גם זרק את כל הסכינים המשוננות שהיו ברשותו. אם הצדק עימנו ומוצדק להעלות ספקולציות אשמה, אזי חובתו של בית-המשפט להעלותן, גם אם התביעה לא עשתה זאת, בשל האידיאל של חשיפת האמת.

לסיום ביקורתו על ניתוחנו בנוגע לראיות המזכות, סנגירו תמה באשר לרציונל של חסם הסתברותי שבעטיו אנו דוחים את מה שהוא רואה כספק סביר המעוגן בראיות. סנגירו טוען כי אם פועלו של החסם ההסתברותי הוא לדחות ספק סביר המעוגן בראיות, אזי בשיטת המשפט הישראלית, שבה שיעור הזיכויים זעיר, החסם ההסתברותי אינו ראוי. ובלשונו של סנגירו:

”אשוב ואשאל: מהו ‘חסם הסתברותי’ זה המאפשר לדחות ספק סביר המעוגן בחומר הראיות? ומדוע אנו זקוקים לו בשיטת משפט ששיעור הזיכויים בה, גם ללא החסם, הוא רק שבר אחוז?”<sup>54</sup>

החסם ההסתברותי שדוחה ספק סביר הוא זה “שלפיו יש לחסום השערת חפות כאשר ההסתברות לחפות היא מזערית עד כדי כך שניתן להתעלם מאפשרות קלושה זו”, כתיאורו של סנגירו עצמו בראשית ביקורתו.<sup>55</sup> תכליתו של החסם ההסתברותי היא שיפור ההגנה על חפים מפני הרשעות-שווא יחסית למצב הנוכחי. גם בשיח הנוכחי קיים לכאורה מבחן שהוא חסם הסתברותי (אף שהוא אינו מכונה בשם זה), אולם בעוד את החסם הנוכחי נהוג למקם בהסתברות של 90%–99% לאשמה, אנו מציעים לחסום השערת חפות רק כאשר ההסתברות לחפות היא מזערית עד כדי כך שניתן להתעלם מאפשרות קלושה זו. לשם המחשה, רק הסתברות לחפות שאינה גבוהה מאחד למיליונים או למאות אלפים מצדיקה הרשעה.<sup>56</sup>

החסם ההסתברותי מזהיר אותנו להרשיע אך ורק כאשר הראיות המפלילות מוחצות. הוא תובע מאיתנו לא להרשיע על בסיס הסתברותי גרידא כאשר הראיות אינן כאלה. במובן זה, האיסור להרשיע בהעדר חסם הסתברותי מגן על חפים מפני הרשעות-שווא. אולם כאשר מתקיים בכל-זאת חסם הסתברותי להשערת חפות, והראיות המפלילות אכן כה מוחצות, נוצרת מעין חזקת אשמה הסתברותית, ולכן יש לפרש את הראיות המזכות ככאלה המתיישבות עם אשמה, אלא אם כן אין

54 מאמר הביקורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 163.

55 שם, בעמ' 155.

56 עוד על החסם ההסתברותי ראו ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 105–106.

אפשרות סבירה לעשות זאת והראיות המזכות מוחצות אף הן. המצב האחרון, הנדיר, יוצר פרדוקס ראייתי המחייב זיכוי. כפי שטענו בספרנו, פרדוקס כזה אינו מתקיים בעניין זדורוב, לדעתנו, מפני שהראיות המפלילות יוצרות חסם הסתברותי בעוד הראיות המזכות אינן יוצרות חסם הסתברותי.

#### 4. פרשת זדורוב והחסם השיטתי

כאמור, החסם השיטתי משמעותו שאין לקבל השערת חפות שהכללתה על מקרים דומים אחרים תחייב זיכוי בכל מקרה. אם השערת החפות תחייב זיכוי בכל מקרה דומה, היא תהיה בלתי־ניתנת להפרכה, וכך לא יהיה אפשר להרשיע ותיפגע האפקטיביות של המשפט הפלילי במקרים דומים.

סנג'רו מצטט מספרנו:

"אם השערת החפות מתבססת על הטענה שאין לסמוך על הודאה גם אם נמסרו בה פרטים מוכמנים התואמים את הממצאים החיצוניים לגרסת זדורוב, מאחר שקיימת אפשרות שהמשטרה גילתה לו את הפרטים המוכמנים, עולה שאלה של חסם שיטתי בדבר השערת חפות המניחה שהמשטרה פועלת שלא כדין... זוהי בעצם שאלה אמפירית: עד כמה ניתן לאכוף את המשפט הפלילי ללא תשאול לגילוי פרטים מוכמנים שבידיעת המשטרה?"<sup>57</sup>

לאחר־מכן סנג'רו מציג את טיעוננו כך:

"טיעון המחברים הוא בעצם כזה:

1. ההנחה – אם נקבל טענות של נאשמים שלפיהן המשטרה

זיהמה את הודאותיהם בפרטים־מוכמנים־כביכול, נתקשה להרשיע.

2. המסקנה – לא נקבל טענות כאלה בשום מקרה.

אם כך, זהו טיעון מוזר למדי, בלתי־משכנע ואף מסוכן. אם התוצאה מאימוץ תורת החסמים היא שניתן להתעלם מספק סביר רק משום שקבלת ספק כזה תוליך לזיכויים רבים יותר, מוטב לא לאמצה.<sup>58</sup>

יובהר כי הטיעון שלנו שסנג'רו מצטט כאן ומבקר אינו חלק משיטת החסמים שלנו ואינו נובע ממנו, אלא טיעון עצמאי המבקר את הצעת סנג'רו. סנג'רו טוען

57 שם, בעמ' 195–196.

58 מאמר הביקורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 163–164.

כי המשטרה עלולה לפעול לא כדין ולגרום לכך שהחשוד יודה בעבירה שהוא לא ביצע, ואף לגלות לו פרטים מוכמנים על-מנת שהם ייכללו בהודאת-השווא שלו, וכך היא תיחזה כבעלת משקל רב. בתגובה על כך טענו כי אם נקבל השערת חפות שלפיה המשטרה פועלת לא כדין, נתקשה להרשיע. הטיעון שלנו שבמצב זה נתקשה להרשיע חל גם אם דוחים את גישת החסמים. כלומר, גם אם אין מקבלים את הגישה שהצענו בספרנו, הנחה שהמשטרה פועלת לא כדין תקשה עלינו להרשיע בעברות בכלל.

כמ־כך, טיעוננו לא הצטמצם רק לשאלת הפרטים המוכמנים. תהינו למה רק פרטים מוכמנים צריכים להיות בספק, שהרי גם עדים יכולים לשקר או לטעות, ייתכנו טעויות מעבדה לגבי ראיות מדעיות וכך הלאה. כלומר, אין זה ברור למה לנקוט גישה ספקנית רק לגבי פרטים מוכמנים, ולא לגבי מכלול הראיות. ואם ננקוט גישה ספקנית כללית, אזי לא ברור איך יהיה אפשר להגיע להרשעה כלשהי. לא טענו שיש להתעלם מספק סביר בשל כך שיהיו זיכויים רבים יותר, אלא בשל כך שיהיו רק זיכויים, ולא יהיו הרשעות כלל (או יהיו הרשעות במספר נמוך עד כדי כך שהמשפט הפלילי לא יהיה אפקטיבי). אנו סבורים שאם גישה מוליכה לכך שאי-אפשר להרשיע כלל או אי-אפשר לאכוף ביעילות את המשפט הפלילי, אזי מוטב לא לאמצה.

כאמור, סנג'רו מציע כי להודאות נאשמים תידרש ראיית סיוע חזק, שהיא ראייה חיצונית, עצמאית, אובייקטיבית וממשית. באשר להצעה זו, הסברנו בספרנו מדוע לדעתנו גישתנו עדיפה.<sup>59</sup> נחזור כאן על עיקרי הדברים. ראשית, נניח שנמצאה ראיית סיוע שהיא עדות-ראייה. מדוע החשד שהעד משקר או טועה מאפשר הרשעה בעוד החשש שפרטים מוכמנים הושמו בפי הנאשם אינו מאפשר הרשעה? באופן דומה, נניח שנמצאה ראיית סיוע שהיא ראייה מדעית. מדוע החשש מטעות מעבדה או מזיוף של המשטרה מאפשר הרשעה בעוד החשש שפרטים מוכמנים הושמו בפי הנאשם אינו מאפשר הרשעה?

שנית, סנג'רו מציע להרשיע על בסיס הודאה בתוספת סיוע חזק, ואינו מתנה את ההרשעה בחסם הסתברותי או שיטתי.<sup>60</sup> לדעתנו, הצעתו זו מסכנת חפים מפני

59 ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 196–198.

60 מאמר הביקורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 157. המחלוקת בינינו לבין סנג'רו היא חלק ממחלוקת עקרונית בתיאוריה של דיני הראיות. דרישתו של סנג'רו לסיוע חזק היא דרישה שמקבלת את גישת התוספות הראייתיות. שיטת התוספות הראייתיות היא חלק מגישה שנקראת "שיטת הכללים", שלפיה תהליך קביעת העובדות נעשה באמצעות כללים פורמליים. גישתנו, לעומת זאת, קרובה יותר לגישת "חופש ההוכחה", שלפיה את העובדות יש לקבוע לא באופן שכבול

הרשעות-שווא, מפני שלפי גישתו של סנג'רו ניתן להרשיע נאשם אף שהשערת החפות שלו אינה נחשבת בחסם הסתברותי או שיטתי. הרשעה מבלי שמתקיים חסם הסתברותי או שיטתי היא הרשעה בלתי-מוצדקת. סנג'רו אינו מנמק מדוע הצעתו לסיוע חזק עדיפה על הצעתנו להתנות את ההרשעה בחסם הסתברותי או שיטתי. אם, כהצעת סנג'רו, ניתן להרשיע על בסיס הודאה בתוספת סיוע חזק גם כאשר אין חסם הסתברותי או שיטתי, אזי בוודאות יהיו הרשעות במקרים שבהם השערות החפות לא נחסמו. במונחים שלנו אלה הרשעות-שווא.

סנג'רו כותב:

"אם מערכת המשפט אינה מסוגלת לאתר ראייה משמעותית נוספת כלשהי המלמדת שההודאה היא אמיתית, אזי אין קרבה לוודאות שהנאשם אשם ולכן עדיף זיכוי, גם אם חלק מהזיכויים יהיו של אשמים. צריך לשלם מחיר כלשהו על ההצהרה החגיגית שלפיה מוטב שעשרה אשמים יצאו לחופשי מאשר שחף מפשע אחד יורשע (שלא לומר, בהקשר של הוצאה להורג, על האמירה כי מוטב שאלף רוצחים יזכו מאשר שחף מפשע אחד יורשע, כתפיסת הרמב"ם) או לחלופין להודות שתורת החסמים מקריבה במודע יחידים על מזבח אכיפת החוק."<sup>61</sup>

על-פי גישת החסמים, מוטב שאשמים יהיו חופשיים מאשר שחפים יורשעו, ויש להרשיע רק בתנאי שההסתברות לחפות היא מזערית עד כדי כך שניתן להתעלם ממנה. זהו ניסוח מילולי שעדיף בעינינו על קריטריון כמותי-הסתברותי, אולם לשם האילוסטרציה טענו כי יש להרשיע רק כאשר ההסתברות לחפות היא אחד למאה אלף – הרבה יותר מאשר המספרים המתוארים בקטע המצוטט. אולם "ראייה משמעותית" אינה סיוע חזק, לדעתנו, אלא ראייה או ראיות היוצרות חסם הסתברותי או שמתקיים חסם שיטתי (או חסם טבעי או פרוצדורלי). לדעתנו, סיוע חזק אינו מספיק, כי הוא עלול להתקיים גם בהעדר חסמים, ולכן הסתפקות בסיוע חזק היא שמסכנת הקרבת חפים באופן בלתי-מוצדק.

לכללים, אלא על-פי שיקול-דעת החותר לחקר האמת. לספרות התומכת בגישת חופש ההוכחה ראו: JAMES B. THAYER, A PRELIMINARY TREATISE ON EVIDENCE AT COMMON LAW 530 (1898); JOHN H. WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW 648–650 (1983); WILLIAM TWING, RETHINKING EVIDENCE 197 (1990). לביקורת על חופש ההוכחה ולתמיכה בשיטת הכללים ראו: Alex Stein, *Against Free Proof*, 31 ISR. L. REV. 573 (1997).

61 מאמר הביקורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 164.

### ג. ביקורתו של סנג'רו על דיוננו בהבחנה בין זיכוי מוחלט לזיכוי מחמת הספק

#### 1. האומנם כולנו זכאים רק מחמת הספק?

השער השני בספרנו עוסק בהבחנה בין זיכוי מוחלט לזיכוי מחמת הספק. סנג'רו מקדיש לשער זה דיון ביקורתי. הוא פותח בטענה כי מניתוחנו נובע שבתנאים מסוימים של חשד לביצוע עברה, כגון עברת גנבה בקניון, המוני בני-אדם יהיו בגדר זכאים רק מחמת הספק משום שהם לא יצליחו להוכיח את חפותם מעבר לספק סביר. וכך הוא כותב:

"שטר כסף בצבע כחול עם דיוקן של המשורר נתן אלתרמן נפל מכיסו של הקורבן, שהחזיק בו בקניון הומה אדם. הקורבן גילה זאת כעבור חמש דקות וחזר על עקבותיו, אך לא מצאו, משום שמישהו נטל אותו. נניח שהמשטרה הייתה חוקרת כל אחד מאלף האנשים ששהו באותה עת בקניון בחשד לגנבה (במציאה). נסו לדמיין שגם אתם בין הקונים הנחקרים. כמה מהנחקרים היו מצליחים להוכיח את חפותם מעבר לספק סביר, כלומר, בקרבה לוודאות? כפי הנראה מעטים בלבד. האם כל היתר זכאים רק מחמת הספק, גם ללא ראיות משמעותיות נגדם פרט לעצם הימצאותם בקניון ופרט לכך שבארנקיהם נמצא שטר כחול של מאתיים שקלים?"<sup>62</sup>

ראשית, מעצם העובדה שמתקיימת חקירה לא נובע שכל נחקר שלא נמצא אשם בסופו של יום הוא בגדר זכאי מחמת הספק בלבד. על-מנת שאדם יהיה זכאי מחמת הספק, אין די בכך שהוא נחקר, אלא יש להגיש נגדו כתב אישום ולנהל הליך משפטי בעניינו. על-מנת להגיש כתב אישום, יש להגיע למסקנה שמתקיימות לגביו ראיות מספיקות המהוות אפשרות סבירה להרשעה. לגבי נחקרים אקראיים סביר שלא תימצא אפשרות סבירה להרשעה, ולא יוגש נגדם כתב אישום, ולכן הם לא יהיו בגדר זכאים מחמת הספק בלבד. באשר לאלה שיימצאו לגביהם ראיות מספיקות, ואשר יועמדו לדין ויזוכו מחמת הספק, יש להניח שמספרם לא יהיה כה רב כאמור בדברי סנג'רו.<sup>63</sup>

62 שם, בעמ' 166.

63 טענה זו היא בעצם הטענה שטענו לעיל שלפיה שער-הבסיס של נאשמים אשמים הוא גבוה. ראו לעיל ליד ה"ש 32–33.

שנית, אין זה מדויק גם שכל אלה שיתנהל נגדם הליך משפטי יזוכו מחמת הספק בלבד. לפי הצעתנו, כל זיכוי בשלב הראשון יהיה זיכוי בלתי-מוגדר, כלומר, לא יהיה זיכוי מחמת הספק בלבד.<sup>64</sup> רק מי שירצה להסתמך על הספק שבזיכוי יוכל להגיש בקשה, ועליו יהיה הנטל להוכיח שהזיכוי הוא מחמת הספק בלבד. רק אם יוכח הדבר, יהיה הזיכוי מחמת הספק בלבד. ודוק: על-מנת לקבוע שנאשם זכאי מחמת הספק בלבד, יש להראות אינטרס ציבורי בקביעה כזאת. על המבקש מבית-המשפט לקבוע שהזיכוי הוא מחמת הספק בלבד להראות שיש לו זכות עמידה, כלומר, שיש לו אינטרס ממשי בזיכוי של הנאשם מחמת הספק בלבד. אי-אפשר סתם כך לבקש שייקבע זיכוי מחמת הספק בלבד מבלי שהמבקש הראה שיש לו מעמד.

סנג'רו כותב:

"אין כל צורך ואין הצדקה להחיל את רף ההוכחה הגבוה הנדרש מהתביעה לצורך הרשעה גם על נאשם המעוניין בזיכוי מלא. כפי שראינו, הסיווג 'זיכוי מחמת הספק' מסב לנאשם נזקים ממשיים, ולכן יש להימנע ממנו ככל האפשר. אם יש לו בכלל מקום, מקומו הוא רק במקרים שבהם האשמה הוכחה ברמה שמעל 50% (אך לא קרוב מספיק ל-100% ולכן אין הרשעה)."<sup>65</sup>

גישה זו בעייתית מבחינה מושגית. לפי הפשט, זיכוי מלא שאינו מחמת הספק הוא זיכוי שאין לגביו ספק. סנג'רו מעלה אפשרות שאפילו נאשם שהסתברות לאשמתו היא 60% יזוכה זיכוי מוחלט, כלומר, זיכוי שאין לגביו ספק. אבל האם ניתן להציע מובן סביר למונח "ספק" ועדיין לטעון לגבי נאשם אשר הסיכוי לאשמתו הוא 60% כי אין ספק שהוא חף? טענה זו מהווה סתירה לוגית של ממש, ולא ברור איזה מובן נשאר למילה "ספק" במצב כזה. אנו צריכים להשתמש באופן סביר במונחים שלנו. מדוע להשתמש במונח "זיכוי מחמת הספק" אם אין מתכוונים לתת למונח "ספק" משמעות מתקבלת על הדעת?

אם סנג'רו טוען כי מבחינה מוסרית-נורמטיבית אסור שאדם שקיימת הסתברות של 60% לאשמתו ייפגע בדרך כלשהי בשל זיכוי, אזי טענתו היא למעשה שאין זה מוצדק שאדם שזיכוי הוא מחמת הספק בלבד ייפגע בשל כך, או לכל-הפחות שאין זה מוצדק שחלק מהמזוכים מחמת הספק בלבד ייפגעו בשל זיכויים.

64 ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 262.

65 מאמר הביקורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 167.

איננו חולקים על טענה זו, וספרנו לא עסק בה. השאלה מתי ראוי שאדם ייפגע בשל זיכוי היא שאלה נפרדת מהשאלה מה נחשב זיכוי מחמת הספק. אם נניח שחלק או כל הנאשמים המזוכים מחמת הספק אינם צריכים להיפגע, אזי משמעות הדבר היא שאין הצדקה להגיש בקשה לקבוע שהזיכוי הוא מחמת הספק. הגשת הבקשה מוצדקת רק בתנאי שמניחים כי מוצדק (תמיד או לפחות לפעמים) שאדם ייפגע בשל זיכוי מחמת הספק בלבד. אם ההנחה היא שרק זיכוי מחמת ספק כה גדול של 60% הסתברות לאשמה מצדיק פגיעה בנאשם המזוכה, אזי משמעות הדבר היא שהקריטריון המצדיק פגיעה אינו "זיכוי מחמת הספק", אלא "זיכוי מחמת הספק בתנאי שגודלו של הספק הוא X ומעלה". כאמור, לא עסקנו בספרנו בשאלה איזה קריטריון מצדיק פגיעה.<sup>66</sup> יצאנו מהנחה שהדין קבע כי קיימות פגיעות שהקריטריון להן הוא זיכוי מחמת הספק. זאת הנחה אקסוגנית בדיון – לא טענו שהיא מוצדקת, ולא דנו בה באופן ביקורתי.

נוסף על כך, סנגירו מתעלם מכך שטיפלנו בבעיה שהוא מעלה בתת-פרק שכותרתו "קולקטיביזציית-יתר של נאשמים מזוכים מחמת הספק".<sup>67</sup> בתת-פרק זה עסקנו בבעיית הטווח הרחב של המרחב ההסתברותי של הזיכוי מחמת הספק. הצענו שבתי-המשפט לא יסתפקו בקביעה "זיכוי מחמת הספק", אלא יפרטו את הממצא ההסתברותי באשר להסתברות לאשמה.<sup>68</sup> אם הדין יקבע כי נאשם שזופה ייפגע רק אם ההסתברות לאשמתו היא 60% ומעלה, אזי מי שיבקש להשית פגיעה על מזוכה יצטרך ליזום הליך נפרד לקביעת סוג הזיכוי, ועליו יהיה הנטל להוכיח הסתברות של 60% לאשמה. אם לא יעמוד בנטל זה, יישאר הזיכוי חסר הגדרה.

## 2. הפרדת הליכים

סנגירו טוען כי הצעתנו להפרדת הליכים מסורבלת, יקרה ולא-יעילה.<sup>69</sup> לדעתנו, כל חלופה אחרת פוגעת בזכויות הנאשם, היות שנאשם שמעוניין גם באי-הרשעה וגם בזיכוי מלא עלול להתקשות בהגשמת שתי המטרות הללו בו-זמנית, וכך ההליך הפלילי יהיה לא-הוגן.<sup>70</sup> ובהינתן הכלל שאי-אפשר לערער על זיכוי מחמת

66 לכך שדיוננו לא עסק בשאלה זו ראו ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 226, 228, 247 ו-250 בה"ש 479.

67 שם, שער שני, פרק שלישי, חלק ב', בעמ' 247.

68 שם, בעמ' 248.

69 מאמר הביקורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 168.

70 ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 256-262.

הספק, לדעתנו אין מנוס מלשאת בעלויות שסנג'רו טוען שהן יקרות, וזאת על-מנת שההליך יהיה הוגן.

נוסף על כך, הצעתנו להליך נוסף היא פועל יוצא מכך שהקביעה כי הזיכוי הוא מחמת הספק בלבד אינה מעשה בית-דין (קביעה זו אינה השתק פלוגתא, היות שלא מתקיימים לגביה התנאים להשתק פלוגתא).<sup>71</sup> כלומר, עקרון סופיות הדיון אינו מתקיים בהקשר של קביעה זו, וניתן לפתוח לגביה הליך נוסף.<sup>72</sup>

באשר לחשש ששופטי ההליך הנוסף לא יסכימו לעצם הזיכוי, אנו מציעים כי בהליך הנוסף לא יהיה מקום לביקורת שיפוטית על ההליך הראשון, ועל שופטי ההליך הנוסף יהיה לקבל את ממצא הזיכוי.<sup>73</sup> באופן עקרוני, הדבר אינו שונה מכך שערכאת הערעור אינה רשאית להתערב בממצאי עובדה, גם אם השופטים סבורים כי נפלה טעות;<sup>74</sup> או מכך שאין לפסול החלטה מנהלית שנמצאת במתחם הסבירות, גם אם השופטים סבורים כי נפלה בה טעות (כל עוד מדובר בטעות סבירה);<sup>75</sup> או מכך שוועדת שחרורים צריכה להחליט בבקשה לשחרור מוקדם אף אם חברי הוועדה סבורים כי העונש המקורי לא היה מוצדק (חרג לחומרא או לקולא).<sup>76</sup> קיימים מצבים שבהם שופטים אמורים להניח הנחות מסוימות אף

71 התנאים להשתק פלוגתא אינם מתקיימים בהחלטה לזכות מחמת הספק משום שהקביעה כי הזיכוי הוא מחמת הספק בלבד לא הועמדה כשאלה עובדתית במחלוקת בין בעלי-הדין, לא ניתנה למזוכה זכות טיעון באשר לאותה שאלה עובדתית, לא ניתנה לו הזדמנות להציג את ראיותיו לגביה, ואין לו אפשרות לערער עליה. לתנאים אלה ולכך שהם אינם מתקיימים באשר לזיכוי מחמת הספק ראו שם, בעמ' 263–264; נינה זלצמן "השתק-פלוגתא בהליך פלילי" עיוני משפט יח 19, 21 (1993).

72 ספרנו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 263–265.

73 שם, בעמ' 264.

74 לכך שערכאת הערעור אינה מתערבת בממצאי מהימנות שנקבעו על-ידי הערכאה ששמעה וראתה את העדים ראו יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים – הליכים שלאחר כתב אישום חלק שני, כרך ב 1936–1945 (מהדורה מעודכנת, התשס"ט). לאי-התערבות בקביעת העובדות כאשר זו מבוססת על ממצאי מהימנות ראו שם, בעמ' 1945–1950.

75 עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי מופעלת על-פי מתחם הסבירות, כך שכל אפשרות המצויה בתוך מתחם הסבירות היא סבירה. באופן זה, גם אם בית-המשפט היה בוחר באפשרות אחרת מזו שבחרה הרשות המנהלית, אם האפשרות שהרשות העדיפה מצויה בתוך המתחם, בית-המשפט יקבע כי היא סבירה. לכך שבית-המשפט אינו מחליף את שיקול-דעתה של הרשות בשיקול-דעתו ראו רענן הר-זהב המשפט המינהלי הישראלי 481–482 (1996).

76 לכך שוועדת שחרורים אינה מוסמכת לבקר את בית-המשפט שגזר את דינו של האסיר ראו אלי שרון שחרור מוקדם ממאסר 158 (2003). כמו-כן, מחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001, עולה כי ועדת השחרורים מוסמכת להורות על שחרור על-תנאי, אך אינה

שאילו היה להם חופש מלא הם לא היו מניחים אותן. אולי הדוגמה המובהקת ביותר לכך היא שעל השופטים לפרש חוק ולהחילו אף אם הם מתנגדים לעצם החוק. אלה חלק מהמגבלות ששופטים אמורים לקבל על עצמם. זהו חלק ממה שדוורקין כינה "שיקול-דעת במובן החלש".<sup>77</sup>

### סיכום

אנו שבים ומודים לסנג'רו על כך שבחר לבקר את ספרנו מהות הספק הסביר ואת אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת שהצענו. ביקורתו היא מאירת-עיניים אף שבסופו של יום אנו חולקים עליה.

ראשית, חלק מהביקורות עוסקות באופן היישום של גישתנו על פרשת זדורוב, ואינן נוגעות בתיאוריה עצמה. לכן, אף אם נקבלן, לא יהיה בכך משום ערעור על הגישה של אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת, כך שאין סתירה בין קבלת גישתנו התיאורטית לבין קבלת השגותיו של סנג'רו בנוגע ליישומה של גישתנו על פרשת זדורוב. מכל מקום, אנו סבורים כי יש לדחות את הביקורות היישומיות האלה לגופן. הביקורות היישומיות שעולות ממאמר הביקורת נוגעות בהבחנה בין ראיות לבין סימנים, בהכפלת הסתברויות, במשקלה של הודיית-חוץ, במשקלם של שקרי הנאשם, בהיזקקות לחמישה הסברים שונים לראיות המזכות בעניינו של הנאשם, ובהעדר הסבר לאי-מציאתם של ממצאים פורנזיים המעידים על הימצאותו של הנאשם בזירה. ההבחנה בין ראיות לסימנים אינה מבוססת, היות שגם סימנים הם ראיות, לפי רציונל בייסיאני. בניגוד לטענת סנג'רו, לא הצענו הכפלת הסתברויות, אלא מבט-על על כל הראיות במצטבר. איננו שותפים לעמדתו של סנג'רו באשר למשקלה המועט והבעייתי עד כדי כך של הודיית נאשם – לא בפני עצמה ולא יחסית לראיות אחרות. אנו סבורים כי שקרי הנאשם הם ראיה משמעותית, ולא חלשה, כאשר בוחנים אותם לא בנפרד, אלא כחלק מחומר הראיות הכולל, ואיננו סבורים כי בכל מקרה אפשר לתת להם הסבר בלתי-מפיל. ההיזקקות לחמישה הסברים לראיות המזכות נובעת מקושי לכאורי, אשר מיושב לדעתנו בסופו של דבר. לבסוף, ההסבר שלנו להעדרם של ממצאים פורנזיים המעידים על הימצאותו של הנאשם בזירה שונה מזה של סנג'רו, וגורס כי מדובר במקריות סטטיסטית סבירה.

מהווה ערכאת ערעור על גזר-הדין. למתחם שיקול-הדעת של ועדת השחרורים ראו ס' 9 לחוק – "שיקולי הועדה".

77 Ronald M. Dworkin, *The Model of Rules*, 35 U. CHI. L. REV. 14, 32–40 (1967)

באשר לביקורות שיש בהן השגות על התיאוריה עצמה, איננו סבורים כי יש לקבלן. ראשית, אין זה נכון שאנו מתעלמים מהראיות המזכות. התמקדותנו בראיות המפלילות בלבד היא לצורך הסדר והשיטתיות של הדיון. הדיון שלנו מפוצל: תחילה אנו דנים רק בראיות המפלילות, ולאחר-מכן רק בראיות המזכות, כך שבסופו של דבר אנחנו דנים גם בראיות המזכות. שנית, שלוש מהביקורות של סנגירו נראה שמקורן באי-הבנה באשר לאופן שבו יש להפעיל את החסם ההסתברותי. חסם הסתברותי הוא מצב שבו השערת חפות נחסמת בשל ראיות מפלילות מוחצות. ברגע שהוסקה מסקנה כי זהו המצב, האשמה הוכחה לכאורה, ולכן מרגע זה ואילך יש מקום לחזקת אשמה, היות שחזקת החפות כבר הופרכה לכאורה במישור האפיסטמי (גם אם לא במישור הנורמטיבי, שכן הנאשם טרם הורשע). במצב זה, על-מנת שיוטל בכל-זאת ספק סביר באשמה, על הראיות המזכות לספק משקל-נגד לראיות המפלילות המוחצות ולהיות מוחצות אף הן. ודוק: דרישה זו שהראיות המזכות יהיו מוחצות עולה רק אם הראיות המפלילות מוחצות בעצמן. במצב זה, אם הראיות המזכות מוחצות אף הן, מתקיים פרדוקס ראיתי, והתוצאה היא זיכוי. לדעתנו, פרדוקס כזה לא התרחש בפרשת זדורוב. כמו-כן, לאחר שהוסקה מסקנה כי הראיות המפלילות מוחצות, קיימת הצדקה להעלות ספקולציות אשמה סבירות כדי להסביר חללים ראיתיים. כפי שטענו, ספקולציות אלה יכולות להיות התנהגות אסטרטגית של הנאשם, כגון השמדת הסכינים המשוונות שלו, או הסברים מזיהום זירת הפשע, כגון שפלוני נכנס לתא ונתלה בו וגם לא מסר את נעליו לבדיקה.<sup>78</sup> מצב זה של חסם הסתברותי מצדיק את פילוג ההודאה לחלק האמיתי ולחלק השקרי שבה. רק אם אי-אפשר לחשוב על ספקולציות אשמה סבירות לפנינו פרדוקס ראיתי וזיכוי.

באשר לחסם השיטתי, אנו סבורים כי חששו של סנגירו שהמשטרה תמסור את הפרטים המוכמנים לחשוד הוא חשש קיים, אבל אין זה ברור במה חשש זה שונה מחששות לגבי ראיות מסוג אחר, כגון עדות-ראייה ועדות-זיכרון, על כשליהן והטיותיהן. לדעתנו, הצעתנו לבחון את ההודיה דרך החסמים עדיפה על הצעתו של סנגירו לדרוש סיוע חזק, באשר סיוע חזק מאפשר הרשעה גם ללא חסמים, ובכך יש בו כדי לסכן חפים בהרשעת-שווא באופן בלתי-מוצדק.

באשר לביקורתו של סנגירו על דיונונו בזיכוי מחמת הספק, איננו סבורים כי כולנו זכאים אך מחמת הספק, היות שזיכוי מחמת הספק נקבע לאחר שהמשטרה מוודאת חשד סביר ולאחר הגשת כתב אישום המושתת על ראיות לכאורה

78 ראו לעיל ה"ש 53 והטקסט שלידה.

לאשמה. נוסף על כך, מי שמעוניין להגדיר את הזיכוי כזיכוי מחמת הספק, עליו נטל הראיה, ואם לא יעמוד בו, יישאר הזיכוי בלתי-מוגדר. נוסף על כך, לדעתנו יש לתת מובן סביר למונח "מחמת הספק", באופן שלא יוציאו מפשרו, ואילו שאלת הפגיעה בנאשם שזוכה היא שאלה נורמטיבית נפרדת שאינה קשורה לשיקול המושגי. לבסוף, הצעתנו להפרדת הליכים נובעת מרעיון השתק הפלוגתא, ולדעתנו היא מתחייבת על-מנת להגן על זכויות הנאשם שזוכה.

לסיכום, התיאוריה שהצענו – "אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת" – מציגה את הגישה הראויה בעינינו להבנת המושג "ספק סביר" בדיני הראיות במשפט הפלילי. ביקורתו של סנגירו על דיונו היישומי בפרשת זדורוב אינה מקעקעת את התיאוריה, ובפרט אינה מקעקעת את החסם ההסתברותי והחסם השיטתי. נוסף על כך, אנו סבורים כי ביקורתו של סנגירו על הניתוח היישומי שלנו בנוגע לפרשת זדורוב, וטענתו כי מפסק-הדין עולה כי הרשעת זדורוב אינה מוצדקת, אינן עומדות במבחן הביקורת. אנו סבורים כי ניתוחנו – שתמך בצדקת ההרשעה על בסיס פסק-הדין ובהתחשב בפרסומים בתקשורת על-אודות תלונתו של א"ח על א"ק – מצליח להצדיק את ההרשעה גם לנוכח הביקורת האמורה.<sup>79</sup> לבסוף, אנו סבורים כי ביקורתו של סנגירו על הבחנתנו בין זיכוי מחמת הספק לזיכוי מוחלט, ועל הצעתנו להפרדת הליכים בין הליך המברר את החפות או האשמה להליך המברר את סוג הזיכוי, היא ביקורת שיש לדחותה. ראשית, אין זה נכון שמגישתנו נובעת שאם שטר כסף נופל בקניון הומה אדם ועולה חשד שהוא נגנב, אזי כל הנוכחים בקניון זכאים רק מחמת הספק, היות שרוב הנוכחים לא יעמדו כלל לדין, וזיכויים של חשודים שיועמדו לדין יהיה מחמת הספק רק אם יהיה מי שיבקש בהליך נפרד שהזיכוי יהיה מחמת הספק בלבד ואותו מבקש גם יעמוד בנטל השכנוע ויוכיח כי הזיכוי הוא אכן מחמת הספק בלבד. שנית, הרף הגבוה הנדרש לזיכוי מוחלט נובע מהניתוח המושגי היחיד המתקבל על הדעת של הביטוי "מחמת הספק". הדיון המושגי אינו משליך על השאלה הנורמטיבית אם מוצדק שכל מי שזיכויו הוא רק מחמת הספק יפגע פגיעות כלשהן או אם מוצדק שלא יינתנו לו זכויות כלשהן. שלישית, הצעתנו להפרדת הליכים מוצדקת חרף עלותה הכלכלית וסרבולה, היות שזו הדרך היחידה לברר את שאלת סוג הזיכוי באופן שלא יפגע בנאשם. כמו-כן, ההצדקה להליך הנפרד נובעת מכך שהחלטה לזכות רק מחמת הספק אינה בגדר השתק פלוגתא.

79 טובה צימוקי "הפרקליטות על עדות רצח תאיר ראדה: אין כל ראיה תומכת, האישה סובלת ממצב פסיכטי" *ynet* 28.3.2016 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4783859,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4783859,00.html)