

## הרשעה: רק פה אחד

מאת

### בועז סנג'רו, איתי ליפשיץ\*

א. מבוא. ב. גורמים מרכזיים להיעדר זיכויים. 1. סטייה מהדרישה להוכחת האשמה מעבר לספק סביר; 2. התבססות מופרות על הודאות; 3. היעדר חשד בריא ברשות החוקרת; 4. הטיה של סדרי הדין הפלילי ושל דיני הראיות לרעת הנאשם; 5. ריבוי של עסקות טיעון; 6. תפיסה מוטעית של המשפט הפלילי; 7. פליליות יתר; ג. הרשעה: רק פה אחד או שמא גם ברוב דעות? 1. כללי; 2. רציונל ההכרעה על-פי רוב; 3. עמדת מיעוט של "זיכוי מלא" מול "זיכוי מחמת הספק"; 4. שיקולים הנוגעים למציאות הישראלית; 5. אפשרות הערעור כפתרון?; 6. מותב תלתא: עלות מול תועלת; 7. הצעתו של עמרי ידלין; 8. הצעתה של מרים בן-פורת; ד. אחרית דבר.

### א. מבוא

לאחרונה הגישה הסנגוריה הציבורית לשר המשפטים הצעה לתיקון חוק בתי המשפט, שלפיה תתאפשר הרשעתו של אדם בפלילים רק פה אחד<sup>1</sup>. בעקבות הצעה זו, כפי הנראה, מינה שר המשפטים ועדת מומחים בראשותו של אהרן אנקר – הוועדה לבחינת הרשעה בדעת רוב וערעור על זיכוי במשפט פלילי. לשתי הסוגיות שאותן בוחנת הוועדה קשר הדוק לתופעה המדאיגה של ריבוי הרשעות והיעדר זיכויים. במאמר זה נדון בסוגיה הראשונה<sup>2</sup>.

\* פרופ' בועז סנג'רו הוא ראש החטיבה למשפט פלילי ולקרימינולוגיה, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. ד"ר איתי ליפשיץ הוא מרצה במרכז האקדמי למשפט ולעסקים. תודה לד"ר רינת קיטאי סנג'רו על הערותיה לטיוטת המאמר.

1 "הצעה לתיקון חוק בתי המשפט – הרשעה רק פה אחד" מיום 23.10.07. על ההצעה חתומים הסנגורית הציבורית הארצית עו"ד ענבל רובינשטיין וסגנה עו"ד ד"ר יואב ספיר.

2 אמנם לא נדון בסוגיה השנייה, אך נחוה בקצרה דעתנו גם באשר אליה.

## ב. גורמים מרכזיים להיעדר זיכויים

### 1. סטייה מהדרישה להוכחת האשמה מעבר לספק סביר

נקודת מוצא טובה לדיון באפשרות הקיימת במשפטנו<sup>3</sup> להרשיע נאשם ברוב דעות היא ההצדקה של הדרישה להוכחת האשמה מעבר לספק סביר. על-פי רינת קיטאי, הצדקה זו מבוססת על פער הכוחות שבין המדינה לבין הנאשם, על הצורך באיזונו של מצג האשמה לכאורה, על עיקרון ההגנה על חף מפשע ועל טעמיו, ועל הפרת האמנה החברתית מצד המדינה כלפי חפים מפשע ואפילו כלפי אשמים המורשעים ללא תשתית ראייתית מספקת<sup>4</sup>. נבקש לראות הצדקה זו כבסיס למאמרנו.

דרישה זו למידת הוכחה גבוהה מאוד מקובלת בשיטות משפט רבות ורצויה בעיני רובם המכריע של המלומדים העוסקים במשפט הפלילי. יתרה מכך: היא גם נקבעה במפורש בחוק העונשין, במסגרת תיקון 39 שהחליף את החלק הכללי של החוק בחלק כללי חדש ומתקדם בהרבה. על-פי סעיף 34 כב לחוק "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר"<sup>5</sup>.

לצערנו הרב, חוששנו ששופטי ישראל אינם נוהגים לפי הכלל החשוב הזה. להערכתנו, מדי יום מורשעים נאשמים גם כשקיים ספק סביר באשמתם<sup>6</sup>. הגדרה נכונה של הספק הסביר המחייב זיכוי איננה כמותית אלא איכותית: אם בסיומו של המשפט נותר בלב השופט ספק המעוגן בחומר הראיות, והתביעה לא הצליחה להסיר ספק זה,

3 בהתאם לסעיף 80 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 198 (להלן – חוק בתי המשפט).

4 R. Kitai, "Protecting the Guilty" 6 *Buff. Crim. L. Rev.* (2003) 1163

5 חוק העונשין, תשל"ז-1977; חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994, ס"ח 348.

6 לתמיכה אפשרית בהערכה ששופטים מרשיעים גם כשקיים ספק סביר באשמתו של הנאשם, המבוססת על הפסיקה הישראלית, ראו י' ואקי "סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש" הפרקליט מט (תשס"ח) 463, 468-469, 519-520 (הכותב מראה כי בפועל שופטים מאמצים סף הוכחה גמיש, לפי חומרת העבירה). מעבר לים פורסמו מחקרים רבים המצביעים על כך שבמציאות בתי-המשפט מסתפקים לשם הרשעה ברמות הוכחה נמוכות מזו המוצהרת (מעבר לספק סביר). ראו למשל R.J. Simon "Beyond a Reasonable Doubt – An Experimental Attempt at Quantification" 6 *J. Applied Behav. Sci.* (1970) 203; F.C. Dane "In Search of Reasonable Doubt: A Systematic Examination of Selected Quantification Approaches" 9 *L. & Hum. Behav.* (1985) 141

אזי גם אם הסתברות התרחיש הזה נמוכה מאוד השופט חייב לזכות את הנאשם<sup>7</sup>. רבים מתקשים לעכל וליישם כלל כזה, ומכאן הנטייה לנסות ולכמת את הספק הסביר לאחוזים. בתרגום לאחוזים מקובל לומר שנדרשים 98% או 99% של ודאות, או שנדרשת "מידה גבוהה של הסתברות הגובלת בוודאות" כדי להרשיע<sup>8</sup>.

לא כל שופטי ישראל הם מומחים למשפט פלילי. בשיטה הנוהגת אצלנו, שופט אחד עשוי להכריע בסכסוכים העוסקים בענפי משפט שונים לחלוטין. ביום א הוא עשוי לדון בדיני חוזים, ביום ב – בדיני שטרות, ביום ג – בדיני נזיקין, ביום ד – בהוצאה לפועל וביום ה גם בתחום המשפט הגורלי ביותר – המשפט הפלילי.

שופטי ישראל פועלים תחת עומס עבודה גדול. הזמן שביכולתם להקדיש לכל תיק הוא מוגבל. שופט, כמובן, איננו מחשב אלא אדם. נניח שהוא מגיע למסקנה שהסבירות שהנאשם עבר את העבירה היא גבוהה, למשל 85%. מובן שלפי עקרונות המשפט הפלילי עליו לזכות את הנאשם, אך האם אנו בטוחים שכך יפעל השופט? נדרשת הפנמה משמעותית של עקרונות המשפט הפלילי כדי לזכות נאשם במקרה כזה.

אם השופט חושב שהנאשם עבר את העבירה בסבירות גבוהה, כגון 85%, הוא עלול לחשוש כי אם יזכה את הנאשם כל מי שיקרא את פסק-הדין ילגלג עליו – לא כל שכן הנאשם, היודע שהוא אשם. נוסף על כך, אם הנאשם אכן אשם, לאחר שזוכה הוא עלול לעבור עבירות נוספות<sup>9</sup>. זו רק הדגמה לגדלות הנפש הנדרשת משופט כדי לזכות אדם שהוא מאמין שהוא דווקא אשם אלא שאשמתו הוכחה רק ב-85% ולא ב-99%.

חושנו שיש שופטים המרשיעים נאשמים אפילו במאזן הסתברויות, כפי שהם רגילים לעשות במשפטים אזרחיים שבהם הם דנים לעתים תכופות יותר. יש שופטים המסתפקים בכך שבסיום המשפט האפשרות של אשמה נראית להם מסתברת יותר מהאפשרות של חפות. אל נשכח שהכלל של 51%, המקובל במשפט האזרחי, הוא היעיל ביותר אם ברצוננו להגיע לאחוז גבוה ביותר של החלטות נכונות ביחס לאמת העובדתית. כאמור, נדרשת הפנמה משמעותית של הטעמים לכלל המיוחד שחל במשפט

7 א' שטיין "הצעת החוק בדבר החלפת סעיף 10א לפקודת הראיות: רעיונות חדשים עם פנים ישנות" מחקרי משפט י (תשנ"ג) 157, 165; ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 644.

8 ' קדמי על הראיות – הדין בראי הפסיקה (כרך ב, תשנ"א), 829; *A. Stein Foundations of Evidence Law* (2005) 16.

9 בדומה, כשמדובר בבקשת מעצר בעילה של מסוכנות החשוד או הנאשם, יש סכנה כי שופט הרוצה להבטיח את עצמו מפני טעויות גלויות ייטה לבחור באפשרות של שליחת החשוד או הנאשם למעצר; ראו L.H. Tribe "An Ounce of Detention: Preventive Justice in the World of John Mitchell" 56 *Va. L. Rev.* (1970) 371, 382; J. Thaler "Punishing the Innocent: The Need for Due Process and the Presumption of Innocence Prior to Trial" 44 *Wis. L. Rev.* (1978) 441, 458.

הפלילי בדבר הרשעה מעבר לספק סביר. נדרשת נכונות לשלם את המחיר שבהכרעה הערכית הנעלה שבדברי הרמב"ם: "ויותר טוב ויותר רצוי לפטור אלף חוטאים מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים"<sup>10</sup>.

בהתאם להכרעה ערכית זו בדבר הזהירות הרבה שיש לנקוט טרם הרשעה, היה ניתן לצפות לשיעור ניכר של זיכויים. המציאות הישראלית שונה מאוד, והסטייה מהכלל בדבר הוכחת האשמה מעבר לספק סביר היא גורם מרכזי לכך.

## 2. התבססות מופרזת על הודאות

גורם מרכזי שני להיעדר הזיכויים הוא ההתבססות המופרזת על הודאות שנגבו מחשודים בחקירה. בחקירה המשטרתית נוהגים לפי התפיסה של "אשמת החשוד": מניחים שהחשוד אשם ומחפשים ראיות להוכחת אשמתו<sup>11</sup>. בדרך כלל עושים זאת תוך התמקדות בניסיון לגבות הודאה מהחשוד, ומשמושגת ההודאה – נפסקת החקירה<sup>12</sup>.

10 הרמב"ם, ספר המצוות, לא תעשה, רץ; ובמהדורת פרנקל (ירושלים, תשנ"ה) הנוסח הוא: "ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד". ההקשר שבו נאמרו דברי הרמב"ם הוא הציווי: וצדיק ונקי אל תהרוג (שמות כג). לפי הסברו של הרמב"ם, משמעות האיסור היא לא לדון דיני נפשות על סמך עדות נסיבתית אף אם מבחינה הסתברותית היא חזקה ביותר. החשש מפני מדרון חלקלק בשימוש בראיות נסיבתיות, וכתוצאה מכך הריגת נקי וצדיק, גורר אחריו את האיסור המוחלט על שימוש בראיות נסיבתיות, אף במחיר של זיכוי רוצחים. הרמב"ם פסק הלכה זו בהלכות סנהדרין, כ, א: "אין בית דין עונשין באומד הדעת אלא על פי עדים בראיה ברורה". וראו שם (כד, א) שניתן לדון באומד הדעת בדיני ממונות. יש לציין שלצד ההקפדה על הוכחה מוחלטת על-פי שני עדים, נפסקה ההלכה במשפט העברי שההכרעה היא על-פי רוב הדיינים, ואולם בדיני נפשות אין להסתפק ברוב רגיל אלא ברוב נוטה. ראו רמב"ם, שם, ח, א. ראוי לציין גם את ההלכה הייחודית המונעת הכרעה פה אחד בדיני נפשות (שהסבר לה, על קצה המזלג, נעוץ בעידוד הדיון בין חברי המותב). להרחבה בעניין זה ראו זרח ורהפטיג, רוב ומיעוט בבית הדין, מנחה לאי"ש, ירושלים תשנ"א, עמ' 89, 100.

11 על תפיסה כזו של אשמת החשוד – שלפיה לחשוד ככזה "מגיע" עונש מסוים, שהרי (כביכול) לא ייתכן שאדם יהיה חשוד ובכל זאת חף מפשע לחלוטין – ראו תיאורו המאלף של פוקו: M. Foucault *Discipline and Punish, the Birth of the Prison* (A. Sheridan, trans., 1977), 42. J.D. Grano *Confessions, Truth, and the Law* (1993), 82. כפי הנראה, המחבר מניח שחשודים ככלל הם גם אשמים: "Putting aside the interrogation of mere witnesses, police interrogation is generally intended to obtain from guilty suspects self-incriminating statements and clues to additional evidence or other suspects".

12 ראו ח' ה' כהן המשפט (תשנ"ב), 475; R.A. Leo, R.J. Ofshe "The Consequences of False Confessions: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation" 88 *J. Crim. L. & Criminology* (1998) 429, 440.

הסברנו למציאות זו הוא מורכב. ראשית, ההודאה עדיין נחשבת לראיה חזקה במיוחד וכמעט מכרעת; היא נחשבת ל"מלכת הראיות" ולא ל"קיסרית הרשעות השווא" – ולצערנו אפילו לא ל"ראיה חשודה"<sup>13</sup>. שנית, המדד המרכזי להצלחת המשטרה (וחוששנו שגם להצלחת התביעה) ולקידום חוקרים (וחוששנו שגם לקידום תובעים) עודנו אחוזו ההרשעות הגבוהה<sup>14</sup>. שלישית, גביית הודאות היא אמצעי קל, מהיר וזול בהשוואה לדרכי חקירה אלטרנטיביות<sup>15</sup>. חוקר או שניים יכולים לנהל את החקירה אפילו בלי לעזוב את תחנת המשטרה ובלי להזדקק לעזרה טכנית או לסיוע של מומחים<sup>16</sup>. Stephen כתב: "It is far pleasanter to sit comfortably in the shade rubbing red pepper into a poor devil's eyes than to go about in the sun hunting up evidence"<sup>17</sup>. רביעית, שופטי ישראל, שאינם נוהגים לפסול הודאות, בפועל משדרים לחוקרי המשטרה מסר שלפיו הדרך של התמקדות בחילוץ הודאות מחשודים היא אפשרית. חמישית,

13 בעניין זה חוששנו כי לא התקדמנו הרבה מאז ימי הביניים; ראו Foucault (לעיל, הערה 11), עמ' 37 ואילך. לגישה אחרת ראו ב' סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא (הסכנה – הרשעת חפים מפשע על סמך הודאותיהם בלבד. הפתרון – 'סיוע' – ראיה חיצונית לנאשם, אובייקטיבית, ממשית ומשמעותית)" עלי משפט ד (תשס"ה) 245. לגישה קרובה, הרואה את ההודאה כראיה חשודה באשר נתינתה אינה רציונלית, ראו דברי השופטת דליה דורנר בדנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 736, 834 (1998) (להלן – פרשת אל עביד). לצערנו, גישות אלו טרם התבססו דיין בפסיקתו של בית-המשפט העליון. ראו גם B. Sangero "Miranda Is Not Enough: A New Justification for Demanding 'Strong Corroboration' to a Confession" 28 *Cardozo L. Rev.* (2007) 2791; M. DeFilippo "You Have the Right to Better Safeguards: Looking Beyond Miranda in the New Millennium" 34 *J. Marshall L. Rev.* (2001) 637, 659, 664, 672-673; C. Weissman "Modern Confession Law after *Duckworth v. Eagan*: What's the Use of Explaining" 66 *IND. L.J.* (1991) 825, 844. לניתוח חדש של משקל ההודאה באמצעות מודל מתמטי הממחיש את משקלה הזעום בהיעדר ראיה משמעותית נוספת ראו מ' הלפרט, ב' סנג'רו "מכשל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן (הצעה להיפוך בתפישת ההודאה: מראייה מרכזית המחפשת תוספת, לתוספת המחפשת ראיות מוצקות)" (עתידי להתפרסם בכתב-העת מחקרי משפט).

14 ראו הנתונים המובאים להלן בפרק ב.7.; ראו גם K.A. Findley, M.S. Scott "The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases" *Wis. L. Rev.* (2006) 291, 328.

15 D. Young "Unnecessary Evil: Police Lying in Interrogations" 28 *Conn. L. Rev.* (1996) 425, 473. זאת, בייחוד כשמשלימים עם שימוש מסוים באמצעי לחץ. להשפעתו של גורם זה על אופן החקירה בימי הביניים ראו Foucault (לעיל, הערה 11), עמ' 38 ואילך.

16 Young, שם.

17 R. Pound "Law in Books and Law in Action" 44 *Am. L. Rev.* (1910) 12, 17.

שופטי ישראל מאפשרים (בפועל, גם אם לא במוצהר) למשטרה להשתמש באופן שגרתי לחלוטין במעצר (בתנאים מחפירים<sup>18</sup>) או באיום בו כאמצעי לחץ על נחקרים להודות בעבירות המיוחסות להם<sup>19</sup>. חרף ניסיונותיו של המחוקק לצמצם את כמות המעצרים באמצעותו של חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, כמות המעצרים עולה משנה לשנה וכבר עברה את ה-50 אלף בשנה<sup>20</sup>. על-פי החוק המעצר מיועד למקרים מוגדרים, כגון סכנה לשיבוש הליכי משפט, אולם במציאות הישראלית רשויות האכיפה עוצרות אנשים כדי ללחוץ עליהם להודות בעבירות המיוחסות להם<sup>21</sup>. שיטת, נראה שההודאה עדיין נחשבת כבעלת ערך מעבר לערכה הראייתית: בהודאתו הנאשם מקבל עליו כביכול, ברוב טקס, את כל הליכי החקירה והמשפט בעניינו, מסכים להם, מאשרם ונכנע לחברה המנצחת בדו-קרב שערכה עמו<sup>22</sup>.

18 חרף חזקת החפות, תנאי המעצר בישראל הם קשים מאוד וגרועים אפילו מתנאי המאסר; ראו ר' קיטאי "תנאי כליאתם של עצורים – בין חזקת החפות לכבוד האדם" ספר אורי קיטאי (תשס"ח) 293. ראו גם י' ענבר "תנאי המעצר כשיקול במתן החלטת המעצר" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 729, 730. ראו את החלטתו האמיצה (הימנעות מגזירת מאסר בפועל על המורשע, בשל תנאי כליאתו המחפירים) של בית-משפט השלום, מפי השופט שמואל ברוך, בת"פ (רמ') 3516/03 מדינת ישראל נ' אלעזרה, פורסם בנבו (26.11.03): "בענין התנאים השוררים בתאי המעצר, דומה כי אין מחלוקת עובדתית שהמדובר בתנאים לא אנושיים [...] ביקרתי בעבר, וגם בתקופה האחרונה, בתאי מעצר בכל מרחב שפלה [...] הממצאים, בקצירת האומר, הם תנאי צפיפות בלתי אנושיים, שניים, לפעמים שלושה עצורים במיטה אחת, עצורים ישנים על הרצפה, עצורים ישנים על הגג של תא השירותים בפער שבין גג תא השירותים לגג תא המעצר, חלונות חסומים בלא איוורור, העדר כל תשתית סניטציה אלמנטרית, העדר שולחן, האנשים אוכלים מהרצפה [...] יש נאשמים שישנים בכלוב ללא שירותים וללא כוור, יש נאשמים שישנים בחדרון שרוחבו עשרות סנטימטרים ספורים לשמש למפגש נאשמים עם עורכי הדין [...] בביקורי האחרון בבית מעצר שפלה, שבו 55 מיטות, היו במקום 97 עצורים (ואני [השופט] שומע שמצב זה טוב בהרבה מהמצב היום) [...] משמעות הדברים היא, כאמור, לא אנושית".

19 כאן התקדמנו מעט מאז ימי הביניים, שבהם הלחץ על הנחקרים להודות לא התמצה במעצר אלא כלל גם עינויים; ראו Foucault (לעיל, הערה 11), עמ' 39 ואילך. ראו גם ר' קיטאי "שאלת חוקיותו של מעצר לצורך חקירה" עלי משפט ו (תשס"ז) 47.

20 הדבר משתקף, בין היתר, בדו"חות השנתיים של המשטרה, בדו"חות מבקר המדינה, בדו"חות הסנגוריה הציבורית ובדו"חות האגודה לזכויות האזרח. ראו למשל אתר האינטרנט של משטרת ישראל [www.police.gov.il/default.aspx](http://www.police.gov.il/default.aspx).

21 על הקשר בין מעצר לבין גביית הודאה והרשעה ראו סנג'רו (לעיל, הערה 13), עמ' 260 ואילך; קיטאי (לעיל, הערה 19).

22 לתיאור מאלף של תפיסה כזו שרווחה בימי הביניים ראו Foucault (לעיל, הערה 11), עמ' 38 ואילך. יש תפיסה שלפיה ההודאה היא תחילת החזרה בתשובה של אדם והכרה בחטאו; ראו G.M. Caplan "Questioning Miranda" 38 Vand. L. Rev. (1985) 1417, 1420. בימי הביניים, כשהחיים התנהלו סביב אמונות דתיות, נחשבה ההודאה כאמצעי

כך הדבר בשיטה משפטית כמו שלנו, המאפשרת הרשעה על סמך הודאה בלבד ואיננה משכילה לדרוש ראיה עצמאית נוספת – לא כזו הבאה מן הנאשם אלא אובייקטיבית, ממשית, בדרגה של "סיוע" – כדי להקטין את הסכנה האיומה של הרשעת חפים מפשע<sup>23</sup>.

במאמר מוסגר נציין כי המפקפק בקיומה של תופעה משמעותית של הרשעת חפים מפשע או של הודאות-שווא שמוסרים חפים מפשע, צריך לעיין בנתונים שנסאפו במסגרת ה-Innocence Project<sup>24</sup>, פרויקט החפות האמריקני הנערך ב-Cardozo Law School. במסגרת הפרויקט, באמצעות השוואה של דגימות ד-נ-א, הוכח לגבי יותר ממאתיים אסירים שהורשעו בעבירות חמורות של רצח או אונס, ונידונו לעונשים חמורים של מוות או מאסר עולם, כי היו אלה הרשעות שווא. כיום נערכים פרויקטים דומים של חפות במדינות רבות נוספות בארצות-הברית ומחוץ לה.

למרבה הצער נראה שבישראל לא ניתן יהיה לקיים פרויקט חפות כזה, משום שהרשויות – בניגוד לחוק<sup>25</sup> – השמידו את המוצגים שהיו קיימים בתיקים רבים כך שלא נותרו דגימות ד-נ-א מזירות הפשע, שאותן היינו רוצים להשוות לדגימות ד-נ-א מן

- 23 לשחרור מחיי נצח בגיהנום; ראו S. Trechsel "Why Must Trial be Fair?" 31 *Isr. L. Rev.* (1997) 94, 99.  
ביתר הרחבה ובצירוף אסמכתאות נוספות ראו סנג'רו (לעיל, הערה 13); Sangero (לעיל, הערה 13); הלפרט וסנג'רו (לעיל, הערה 13).
- 24 לנתונים עדכניים ראו אתר האינטרנט של פרויקט החפות: [www.innocenceproject.org](http://www.innocenceproject.org).  
ראו גם B. Schek, P. Neufeld, J. Dwyer *Actual Innocence: Five Days to Execution and Other Dispatches From the Wrongly Convicted* (2000); K.A. Findley "Learning from Our Mistakes: A Criminal Justice Commission to Study Wrongful Convictions" 38 *Cal. W. L. Rev.* (2002) 333; E.V. Lafollete "State v. Hunt and Exculpatory DNA Evidence: When Is a New Trial Warranted?" 74 *N.C. L. Rev.* (1996) 1295; D. De Foore "Postconviction DNA Testing: A Cry For Justice From The Wrongly Convicted" 33 *Tex. Tech. L. Rev.* (2002) 491; K. Christian "And the DNA Shall Set You Free": Issues Surrounding Postconviction DNA Evidence and the Pursuit of Innocence" 62 *Ohio St. L.J.* (2001) 1195.
- 25 תקנות הארכיונים (שמירתם וביעורם של תיקי בתי משפט ובתי-דין דתיים), תשמ"ו-1986 (על-פי תקנה 2 יש לשמור תיקים מסוימים, לרבות תיקי רצח, לצמיתות. יתרה מזו, לפי תקנה 5, אפילו תיק שתקופת שמירתו מסתיימת אין לבער ללא פרסום קודם ברשומות, כדי לאפשר התנגדות לביעור – בין היתר בשל כוונה להגיש בקשה למשפט חוזר).

האסירים<sup>26</sup>. כך או אחרת, יש די והותר אינדיקציות לכך שהתופעה של הרשעת חפים מפשע לא פסחה על ישראל<sup>27</sup>.

### 3. היעדר חשד בריא ברשות החוקרת

גורם מרכזי שלישי להיעדר זיכויים הוא היעדרו של חשד בריא. בפרקליטות נוטים לסמוך על חוקרי המשטרה ולא לחשוד בהם; גם השופטים נוטים לסמוך על חוקרי המשטרה ולא לחשוד בהם, ומניחים שהפרקליטות עשתה את עבודתה כראוי כך שאם מצאה לנכון להעמיד את הנאשם לדין קרוב לוודאי שהוא אכן אשם<sup>28</sup>. מלאכת הסינון של התביעה נתפסת כגורם מרכזי לשיעור ההרשעות הגבוהה<sup>29</sup>: מניחים כי רשויות החקירה והתביעה מיומנות ויעילות באופן המאפשר להן לגלות את הפושעים האמיתיים ולסננם מכלל האוכלוסייה<sup>30</sup>. נוסף על כך, "ההנחה כי הרשויות פועלות כדין, במיומנות וביושר, או 'חזקת תקינות המנהל' או 'כשרות המנהל', המקובלת גם בתחומים אחרים של המנהל הציבורי, מחליפה למעשה את ההנחה בדבר חפותו של החשוד או הנאשם וסוללת את הדרך לחזקת אשמה"<sup>31</sup>. לעתים קרובות התובעים של אתמול הם השופטים של היום. באופן טבעי, הראייה המאשימה שתובע מפתח במשך השנים איננה נעלמת עם

26 ראו למשל ב' סנג'רו, מ' קרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון (מ"ח 6148/95 משה עזריה נגד מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334) "עלי משפט א (תש"ס) 97, 136-138.

27 ראו למשל דין וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (דצמבר 1994) (בראשות השופט אליעזר גולדברג); מ' קרמניצר "הרשעה על סמך הודאה בלבד – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א (1993) 205; סנג'רו וקרמניצר (לעיל, הערה 26); סנג'רו (לעיל, הערה 13), עמ' 246-257.

28 על הנחת האשמה הנוצרת מעצם הסיטואציה של חקירה ומשפט ראו W.S. Laufer "The Rhetoric of Innocence" 70 *Wash. L. Rev.* (1995) 329, 344-345; G.P. Fletcher "The Presumption of Innocence in the Soviet Union" 15 *UCLA L. Rev.* (1968) 1203, 1212.

29 M. Jouet "Reconciling the Conflicting Rights of Victims and Defendants at the International Criminal Court" 26 *St. Louis U. Pub. L. Rev.* (2007) 249, 287.

30 H.L. Packer *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), 176 (בהתייחס לתומכיה של גישת ה-Crime Control, שנקודת המוצא שלה היא שחשודים ונאשמים הם גם אשמים מבחינה עובדתית).

31 ראו ר' קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" עלי משפט ג (תשס"ד) 405, 422-423 והאסמכתאות המובאות שם, הן מספרות משפטית בחו"ל הן מפסיקת בית-המשפט העליון בארצנו.



מינויו כשופט. כמו כן סביר להניח שרוב הנאשמים במדינה מתוקנת הם אכן אשמים<sup>32</sup>. הנחה זו עלולה ליצור פיתוי להניח שגם הנאשם הנוכחי הוא אשם.

#### 4. הטיה של סדרי הדין הפלילי ושל דיני הראיות לרעת הנאשם

גורם מרכזי רביעי להיעלמותם של הזיכויים הוא שינויים שהוכנסו במרוצת השנים – הן בחקיקה והן בפסיקה – בסדר הדין הפלילי ובדיני הראיות. חלק מהשינויים הרעו את מצבם של הנאשמים והפרו את האיזון שהתקיים בין כוחה של התביעה לבין כוחה של ההגנה. כך, למשל, לאחר שבוטלה הדרישה הכללית של "סיוע" לעדות יחידה, בוטלו או הוחלשו התוספות הראייתיות שנדרשו באשר לעדויות בעלות פוטנציאל סכנה גבוה במיוחד (למשל עדות שותף לעבירה כבר אינה מצריכה "סיוע" ודי ב"דבר לחיזוקה" של העדות הבעייתית)<sup>33</sup>; בוטלה הלכת קינזי<sup>34</sup> שמנעה את האפשרות להעיד שותף כנגד שותפו בטרם הסתיים משפטו של העד השותף<sup>35</sup>; הוסף סעיף 10א לפקודת הראיות, המאפשר להתבסס על עדות שמיעה<sup>36</sup>; חל פירות זוחל במעמדה של זכות השתיקה, וכיום שתיקת נאשם עלולה לשמש תוספת ראייתית משמעותית לראיות התביעה<sup>37</sup>.

- 32 שם, עמ' 421 והאסמכתאות המובאות שם.
- 33 סעיף 45א לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, דמ"י נ"ח 18 (תשל"א) 421. לגישה שלפיה לא רק הראיות הבעייתיות טעונות סיוע, אלא אין בנמצא ראיה שבכוחה להוכיח אשמה מעבר לספק סביר ראו: B. Sangero, M. Halpert "Why a Conviction Should Not Be Based on A Single Piece of Evidence: A Proposal for Reform" 48 *Jurimetrics: The Journal of Law, Science, and Technology* (2007) 43.
- 34 ע"פ 194/75 קינזי נ' מדינת ישראל, ל(2) 477.
- 35 ב' סג'רו "עדות שותף לעבירה: יעילות מול אמת – על ביטול הלכת קינזי" (עתיד להתפרסם בספר לכבוד השופט גבריאל כך בהגיעו לגבורות, בעריכת ד"ר דוד האן, הוצאת אוניברסיטת בר-אילן).
- 36 שטיין (לעיל, הערה 7).
- 37 סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 מאפשר לראות בשתיקת הנאשם במשפטו משום סיוע לראיות התביעה בחריגים המנויים שם. לאחרונה נפסק כי שתיקת הנאשם במשפטו עשויה לשמש "דבר מה נוסף" להודאתו במשטרה; ראו רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, פורסם בנבו (14.12.06). כן ראו ר' קיטאי סג'רו "שתיקה כהודאה: על התפישה המוטעית של שתיקה בבית משפט כדבר מה נוסף להודאה בחקירה" משפט וצבא יח (תשס"ה) 31 (המאמר קדם לפסק-הדין של בית-המשפט העליון).

## 5. ריבוי של עסקות טיעון

גורם מרכזי חמישי להיעדר הזיכויים הוא ריבוי עסקות הטיעון<sup>38</sup> שבמסגרתן הנאשם מורשע על בסיס הודאתו, ללא בירור שיפוטי משמעותי כלשהו שמא מדובר בהודאת שווא (שעשויה להיות רציונאלית לחלוטין, כגון במצב שבו עדיפה הודאה במסגרת עסקת טיעון בעבירה קלה שלא בוצעה על-ידי המודה, כדי להסיר את הסיכון הריאלי להרשעה בעבירה חמורה – שגם היא לא בוצעה על-ידי המודה)<sup>39</sup>. זאת ועוד: בשלבים המוקדמים לקראת כריתתן של עסקות הטיעון אנו עלולים למצוא ניפוח מלאכותי של כתב האישום, שמטרתו להגיע בהמשך לעסקת טיעון מסוימת. ניפוח כזה הוא בעצם סחיטה.

## 6. תפיסה מוטעית של המשפט הפלילי

גורם מרכזי שישי להיעדר הזיכויים הוא תפיסה מוטעית של המשפט הפלילי, המובילה למחשבה שפליליות-יתר והרשעות מעטות של חפים מפשע הן הכרח בליגונה לשמירה על שלום הציבור. תפיסה נכונה של המשפט הפלילי לא מחלקת את העולם ל"טובים" ול"רעים": אנו הטובים, שומרי החוק, בעלי האמצעים (ובארצות-הברית לבנים), והם הרעים, חסרי הכול (ובארצות-הברית שחורים) שמנסים לגזול את שלנו ולכן מוצדק להילחם בהם. תפיסה מוטעית כזו בארצות-הברית הוליכה לחוקים איומים מסוג Three strikes – and you are out!, ולהמשך קיומו של עונש המוות גם באלף השלישי. התפיסה הנכונה של המשפט הפלילי היא שמדובר במערכת יחסים בין האזרח לבין המדינה, ולכן הכרחי לשמור על האזרח מפני כוחו העצום של השלטון. מכיוון שהעולם לא נחלק ל"טובים" ול"רעים", כל אחד מאיתנו עלול למצוא את עצמו או את אחד מקרוביו או מכריו חשוד בעבירה פלילית. חוק פלילי טוב צריך להיקבע מעבר למסך הבערות שלימדנו ג'ון רולס<sup>40</sup>: מבלי שיהיה מובטח לנו מראש שאנו בצד של בעלי האמצעים ושל אוכפי החוק ולא בצד של חסרי האמצעים, החשודים והנאשמים. רק בחשיבה כזו ניתן להבטיח את זכויות הפרט.

38 א' גזל "הסדרי טיעון ובעיית החף" משפטים לה (תשס"ה) 1.

39 ע' קובו "הודאת שווא רציונלית" הסניגור 54 (2001) 1.

40 J. Rawls A Theory of Justice (1971), 12, 136-141

**7. פלילות יתר**

ששת הגורמים המרכזיים שהובאו לעיל הם חלק מההסבר לכך שכמעט אין זיכויים במדינת ישראל. אם הזיכוי היה פרוח או חיה, כבר מזמן צריך היה להכריז עליו כפרח-בר מוגן או חיה מוגנת בסכנת הכחדה. לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לשנת 2004, אחוז ההרשעות ב"עבירות רציניות" היה 99.8%, ובשנת 2005 כבר הגענו ל-4199.9%. פרומיל עלוב אחד. רק אחד מאלף נאשמים מזוכה. אמנם, המספר הזה כולל גם עסקות טיעון וזיכויים חלקיים, אך התמונה עדיין מאוד ברורה. נוסף על כך יש לומר כי בשיטת משפט שבה הרוב המכריע של ההרשעות מושג בדרך של עסקות טיעון, הנתונים לגבי עסקות הטיעון (לרבות שיעור ההרשעות) צריכים לעניין אותנו לא פחות מהנתונים באשר למיעוט התיקים שבהם מנוהל הליך של הוכחות. אומרים שבמשפט חשובה הוודאות; אצלנו הושגה ודאות מוחלטת – כולם מורשעים. פרספקטיבה היסטורית מלמדת שבעשורים הראשונים של המדינה היה שיעור זיכויים גבוה בהרבה – של עשרות אחוזים – ומעשור לעשור הולכים הזיכויים ונעלמים מבת-המשפט<sup>42</sup>. שופטי ישראל שכחו כיצד מזכים אדם.

הוסיפו על כך את חוק העונשין שירשנו מהמנדט הבריטי על ארץ ישראל, שמשום מה מאות העבירות הארכאיות הקבועות בו עדיין בתוקף – רובן לא מוצדקות או מיותרות, הגדרותיהן רחבות מדי ועונשיהן מופרזים<sup>43</sup> – ותקבלו תמונה של פלילות יתר ושל בנליזציה של המשפט הפלילי<sup>44</sup>. כביכול צריך להסדיר את כל אורחות החיים

41 ראו אתר האינטרנט של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה <http://www1.cbs.gov.il>. כן ראו טבלה מסוימת שם (11.3): [http://www1.cbs.gov.il/shnaton58/st11\\_03.pdf](http://www1.cbs.gov.il/shnaton58/st11_03.pdf).

42 לפירוט רב יותר ראו "ספיר" הגנה ראויה על 'אנשים לא נחמדים': הערות על מגילת הזכויות הרזה שבהצעת החוקה" משפט וממשל י (תשס"ז) 571, 581 (ירידה דרמטית בשיעור הזיכויים: 30.5% ב-1951, 20.6% ב-1960, 13.3% ב-1970, 7.66% ב-1980, 2.6% ב-2000 – על-פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה המובאים שם).

43 לסקירה מקיפה של ליקויי חוק העונשין ראו מ' קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, תש"ם). אמנם חלפו כשלושה עשורים מאז כתיבת חיבור זה, אך מרבית הליקויים טרם תוקנו. למעשה, אין טעם רב בהכנסת אינספור התיקונים הנדרשים, אלא יש לחוקק חוק עונשין חדש ומודרני.

44 S.H. Kadish "The Crisis of Overcriminalization" *Blame and Punishment: Essays in the Criminal Law* (1987) 21; J. Simon *Governing through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear* (2007); D. Husak *Overcriminalization – The Limits of the Criminal Law* (2007)

בחברה דווקא באמצעות המשפט הפלילי – באמצעות מאסרים ומעצרים רבים<sup>45</sup>. שינוי החוק והפסיקה בכיוונים שיאפשרו זיכויים רבים יותר עשוי לתרום לצמצום של פלילות היתר.

### ג. הרשעה: רק פה אחד או שמא גם ברוב דעות?

#### 1. כללי

כל אחד ואחד מן הגורמים שצוינו לעיל כמובילים למציאות העגומה של ריבוי הרשעות ומיעוט זניח של זיכויים, צריך להיות מטופל בראש ובראשונה בפני עצמו<sup>46</sup>. על בתי-המשפט ועל המחוקק לנקוט בצעדים לתיקון המעוות; וכתוצאה מכך גם אחוז הזיכויים צפוי לגדול. אלא שהצעת החוק של הסנגוריה הציבורית מישירה מבטה אל המציאות כפי שהיא, מכוונת אל סופו של ההליך הפלילי ומאפשרת לשנות את שיעור הזיכויים באמצעות שינוי כלל ההכרעה. מכאן, בעיקר, תמיכתנו הבלתי מסויגת בהצעה. שאלה היא אם גם בהתעלם מן המציאות הקשה של היעדר הזיכויים, עדיין רצוי היה לשנות את הכלל המסורתי של הכרעה על-פי רוב דעות. להלן נדון בשאלה זו, אך נקדים ונאמר כי מעבר למסקנות לגבי הדיון העקרוני בשאלה, הרי שבמציאות הקיימת, וכל עוד לא תשתנה שינוי מהותי, יש לאמץ את הצעת החוק.

#### 2. רציונל ההכרעה על-פי רוב

בחירת מנגנון ההכרעה בין דעות חלוקות מעסיקה את החברה לא רק באשר להכרעה בין שופטים החלוקים בדעותיהם, אלא גם ביחס להכרעות של הרשות המחוקקת, של הרשות המבצעת ושל גופים חברתיים ומסחריים. בחינת השיקולים הכלליים הנוגעים לשאלה זו במשפט הפלילי מעוררת נושאים עקרוניים. ראשית, עולה השאלה לגבי היחס שבין שני כללים הנוהגים היום במשפט הפלילי: מצד אחד, נטל ההוכחה הנדרש כדי להטיל על אדם אחריות פלילית הוא מעבר לספק

45 המאסרים והמעצרים הם בתנאים מחפירים, כמקובל במדינות העולם השלישי. ראו ב' סנג'רו "מי מעוניין במאסרים רבים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005" עלי משפט ה (תשס"ו) 247.

46 אין, כמובן, לצפות לכך שאימוץ ההצעה להגבלת ההרשעות להחלטות שתתקבלנה פה אחד, יפתור את כל החוליים של המשפט הפלילי. זאת, במיוחד, נוכח העובדה שחלק ניכר של ההרשעות מתקבלות פה אחד.

סביר.<sup>47</sup> מצד אחר, מנגנון ההכרעה במחלוקת במושב של שופטים, הקבוע בסעיף 80 לחוק בתי המשפט, הוא הכרעת רוב השופטים<sup>48</sup>. לפחות לכאורה, מדובר בסתירה פנימית הטעונה הסבר בשיטת משפט שבה נוהגים שני כללים אלה. שכן כאשר שני שופטים מרשיעים ושופט אחד מזכה, ניתן לומר כי הרשעה על-פי הרוב לא תעמוד בדרישה להוכחת האשמה מעבר לספק סביר.

יישובה של סתירה זו נדרש כדי להלום – לפחות מבחינה לוגית, גם אם לא מבחינה נורמטיבית – את השיטה הנוהגת במשפט הפלילי בישראל מזה עשרות שנים. הכרעה על-פי רוב דעות נטועה בתרבות המשפטית והפוליטית שלנו באופן עמוק. כך נצא למלחמה על חודו של קול וכך נצעד בצעדים מדיניים שישנו את פני מדינתנו וגבולותיה על-פי רוב דעות<sup>49</sup>. פעולות אלו יחרצו גורלות אנשים ומיעוטים לשבט או לחסד לא פחות מפקס-דין פלילי. אך לא ניתן להסתפק בהנמקה מסוג זה, כפי שנהג בית-המשפט העליון בפרשת סיבוני<sup>50</sup>.

מדוע אפוא ניתן עד היום כוח ההכרעה בידי בעלי דעת הרוב? דרך אפשרית ליישב בין שני הכללים הנ"ל היא להבין את הכלל המתנה את האחריות הפלילית בהוכחת האשמה מעבר לספק סביר, כמתייחס לאופן שבו נדרש כל שופט לגבש את דעתו האישית. בין שמדובר בשופט דן יחיד ובין שמדובר בהרכב של שופטים, כל שופט אינו רשאי לנקוט בעמדה מרשיעה אלא אם האשמה הוכחה בפניו מעבר לספק סביר. אך לאחר שכל אחד מהשופטים פעל על-פי הנחיה זו ונתגלעה מחלוקת בקרב מותב של שופטים, הכלל השני קובע שעל מנת להביא להרשעה נסתפק ברוב של שופטים, שלדעת כל אחד מהם הוכחה האשמה מעבר לספק סביר.

47 ראו לעיל הערה 5 והטקסט המפנה אליה.

48 ראו לעיל הערה 3 והטקסט המפנה אליה.

49 בתחומים מסוימים קיימים מנגנונים המגוונים על המיעוט ועל זכויותיו מפני כוחו של הרוב, באמצעות הדרישה לרוב מיוחס כזה או אחר. ועדיין, ישנם תחומים קריטיים שבהם רוב רגיל יחרוץ את גורלנו. בהקשר של מותב שופטים, בדרך כלל לא ניתן לדבר על רוב מיוחס; ראו להלן הערה 64.

50 ע"פ 334/02 סיבוני נ' מדינת ישראל, פורסם נבו (13.1.03). בסעיף 15 של פסק-הדין נאמר: "מקובלת עלי השקפתה של באת-כוח המשיבה, לפיה מהווה הוראתו של סעיף 80 לחוק בתי המשפט אחד מאדניה של שיטת המשפט הנהוגה בישראל, והיא מבטאת השקפה משפטית בדבר דרך ההכרעה הרצויה במושב בו נחלקו הדעות [...] ואם ההסדר החקיקתי הגלום בסעיף 80 לא תאם את רוחו של חוק היסוד, לפחות בתחום הפלילי, היו למחוקק מספר הזדמנויות לבטל את סעיף 80 או לשנותו [...] ועובדה היא שהמחוקק החליט להותיר את סעיף 80 על כנו, ובכך בלבד יש כדי ללמד כי לפחות על פי השקפתו, ההכרעה במושב על פי רוב דעות, היא הסדר נכון ותואם את השקפתו המשפטית, ולא גלומה בו פגיעה בזכויות חוקתיות". ראו עוד להלן בסעיף 5.ג. של המאמר.

ועדיין, הסבר זה, המבוסס על הבחנה פורמאלית בין תחולת הכללים, טעון ביאור. אם המחוקק אוסר על נקיטת עמדה מרשיעה במקום שבו מתעורר ספק סביר אצל השופט באשר להוכחת האשמה, מדוע כאשר שופט אחד מבין השופטים מזכה, לא יהיה זיכוי זה בגדר ספק סביר המצדיק זיכוי של הנאשם?

תשובה אפשרית לשאלה זו טמונה בהבנת השוני שבין רוב דעות השופטים ביחס לדעת המיעוט מצד אחד, לבין הסתברות אשמה גבוהה מול הסתברות חפות נמוכה מצד שני. נקודת המוצא של הכרעת המותב מכוחו של רוב דעות תוך התעלמות מדעת המיעוט, מבוססת על המחשבה שהמיעוט טועה והרוב אינו טועה. רק תפישה שלפיה המיעוט טועה מאפשרת התעלמות לגיטימית מדעתו. לעומת זאת, הספק הסביר באשר לאשמתו של הנאשם אינו יכול להיות מוכרע באותו אופן על-ידי רוב הסיכויים המוריים כי הנאשם אשם. הנימוק לכך הוא שמירב הסיכויים אינם מבטלים את מיעוט הסיכויים; הם למעשה כלל לא עוסקים בהם ולא נותנים לנו מענה בקשר אליהם. לא ניתן לומר שמיעוט הסיכויים "טועה". "הרוב ההסתברותי" ו"המיעוט ההסתברותי" מתקיימים במציאות זה לצד זה, והאמנה החברתית המשתקפת בחוק קובעת שדי בקיומו של ספק סביר כדי שלא נרשיע את הנאשם.

אם כך, מה מקנה לדעת הרוב של השופטים את המעמד המיוחד המאפשר להתעלם מדעת המיעוט של השופטים? נראה שתנאי הכרחי להיתכנות הדבר הוא קיומו של דיון בין השופטים, שבו דנים בנימוקי הרוב ובנימוקי המיעוט וכל אחד מהשופטים מתמודד עם טענות ומסקנות חבריו למותב. רק בהתקיים דיון שכזה ניתן לומר ששופטי הרוב, לא זו בלבד שהם עצמם השתכנעו באחריות הפלילית מעל לכל ספק סביר, אלא שהם גם סבורים שהמיעוט שוגה בספקות שהוא מעלה באשר לאשמת הנאשם.<sup>51</sup> כאן מצוי

51 פסקי-דין שיש בהם החלטה על-פי דעת הרוב משאירים אותנו לעתים מחוסרי הבנה ממשית באשר לדחייתה של דעת המיעוט. ראו, למשל, בג"ץ 1555/05 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי מחוז תל-אביב, פורסם בנבו (16.7.09). פעמים נדמה שדעת הרוב איננה משיכה באופן ממש לדעת המיעוט. אילו נשקלה דעת המיעוט ביתר רצינות, ייתכן שלפחות אחד משופטי הרוב היה משנה דעתו מעמדה מרשיעה לעמדה מזכה. פסקי-הדין משקפים מחלוקת בין השופטים, אך לא ברור האם בידי שופטי הרוב תשובות מספקות לקביעות, לתמיהות ולשאלות שמועלות בידי שופט המיעוט. סעיף 80 לחוק בתי המשפט, המתקף את פסק-הדין של שופטי הרוב, אינו קובע דבר ביחס לאופן שבו צריך להתקבל פסק-הדין. מקובל לחשוב שקיים נוהג של דיון בין השופטים. אך לא ברור כיצד הוא מתקיים והאם הוא מתקיים בטרם חרצו חלק מן השופטים את גורלו של התיק. מסתבר כי הרכבים שונים פועלים בפרקטיקות שונות באשר לדרכי הדיון של המותב ולא ברור עד כמה לדעת המיעוט הייתה ההזדמנות להשפיע על דעת הרוב. קיימת גם אפשרות לפיה המותב מטיל על אחד מן השופטים לכתוב את חוות הדעת המובילה את פסק-הדין ולאחר מכן שני השופטים האחרים רק מגיבים. בעיקר בהליך של ערעור, לא מן הנמנע שבשלב שבו יגיע פסק-הדין המרשיע לעיונם של השופטים האחרים, הוא יהיה משכנע דיו כדי

ההבדל שבין "רוב הסיכויים" לבין רוב דעות. רוב הסיכויים אינם מבטלים במידה כלשהי את תקפו של מיעוט הסיכויים. לעומת זאת דעת הרוב טוענת לבטלותה של דעת המיעוט ולפיכך היא אינה ניצבת לצדה אלא מביעה דעתה חרף דעת המיעוט<sup>52</sup>. בניסוח אחר, בשיטה הקיימת כיום, ייתכן (לפי הגישה המוצגת עתה) שעלינו לפרש את הדרישה להוכחת האשמה מעבר לספק סביר כמקנה לנאשם אך ורק את ההגנה מפני נקיטת עמדה מרשיעה של כל אחד מהשופטים בנפרד חרף קיומו של ספק סביר באשמתו לדעת אותו השופט.

להבנה זו השלכה ישירה על מציאות שבה הרכב של שופטים איננו מקיים דיון מעמיק שבמסגרתו דעת הרוב אכן מתמודדת כראוי עם כל טענות המיעוט. במציאות כזו, אין לתת לגיטימציה להרשעה על-פי רוב<sup>53</sup>. לכן, גם ללא קשר להצעת החוק המחייבת הרשעה פה אחד, על המחוקק לתת דעתו לסוגיה המועלית כאן בדבר האופן שבו מתגבש פסק-הדין של מותב שופטים ולבחון, אולי לראשונה, רגולציה של עצם החובה ושל האופן שבו יש לקיים דיון בקרב המותב לקראת גיבוש פסק-הדין. הרשעה ברוב דעות בלא שהתקיים דיון מעמיק בין שופטי הרוב לבין שופט המיעוט עלולה להיתפס, במידה רבה של צדק, כהרשעה שהיא תוצאה של ביש מזל שפקד את הנאשם. זאת ועוד: הכוח הרב שניתן בידי הרוב בהטיית כף המאזניים ואף בשקילת דעת המיעוט ובביטולה מחזיר אותנו לדברים שבהם פתחנו. אם שופטי הרוב עצמם לא יידעו ליישם את הדרישה להוכחת האשמה מעבר לספק סביר, הרי בכך נשמטת גם הלגיטימיות להרשעה על-פי רוב.

לסיכום, אם מקבלים רציונל זה של הכרעת הרוב, הרי שאין הכרח לוגי לגזור מן הכלל הדורש הוכחה מעבר לספק סביר גם את הכלל בדבר הרשעה פה אחד. ועדיין, במציאות הקיימת – הן נוכח היעדר הזיכויים, הן נוכח הגורמים למציאות זו ובמיוחד

לאפשר הצטרפות קצרה של 'אני מסכים', בלא שהשופטים האחרים נחשפו לכל החומר העובדתי והמשפטי שבתיק. והרי לנו פסק-דין שניתן פה אחד בלא שכל שלושת שופטי המותב גיבשו באופן עצמאי את עמדתם. אכן, גם התיקון המוצע בהצעת החוק, להרשיע רק פה אחד, לא בהכרח יתקן תקלות מסוג זה. בנוסף, ייתכן שלתרבות גיבוש פסק-הדין כשלעצמה יש השפעה על שיעור ההרשעות הגבוה. להרחבה בעניין מעמדו של הדיון בקרב חברי המותב ראו א' ליפשיץ "על דיוני הדיונים" (טרם פורסם).

52 ההבנה המוצעת של הכרעת הרוב מאפשרת לראות את החלטת המותב על-פי רוב דעות כקולקטיב המוציא מתחת ידו פסק-דין של שלושה שופטים. בארצות הקונטיננט ישנה מסורת משפטית המתנגדת לפרסום דעות מיעוט, ורואים את פסק-הדין כחתום בידי כלל השופטים שבמותב. ראו H.J. Abraham *The Judicial Process* (2<sup>nd</sup> ed., 1980), 212. ניתן לפרש מסורת זו כביטוי לכך שדעת המיעוט בטלה בדעת הרוב. כביכול שופט המיעוט מקבל על עצמו את הכרעת שופטי הרוב ומכריע יחד אתם בניגוד לדעתו.

53 לטיעון רחב יותר הקושר בין מושג ה'רוב' לבין חובת הדיון בין הרוב לבין המיעוט ראו ליפשיץ (לעיל, הערה 51).

הסתפקותם של חלק מן השופטים בפחות מאשר "מעבר לספק סביר" לשם הרשעה והן נוכח החשש לגבי האופן שבו מתקבלות ההחלטות – אין להרשיע אדם בפלילים חרף קיומה של דעת מיעוט הטוענת לזיכוי<sup>54</sup>.

אם לא מסתפקים בכך שכל שופט בנפרד ירשיע רק אם השתכנע מעבר לספק סביר באשמתו של הנאשם, אלא דורשים בנוסף שפסק-הדין בכללותו לא יותיר ספק סביר כלשהו כי הנאשם אכן עבר את העבירה, הרי שגם במנותק מהמציאות של היעדר זיכויים יש לדרוש הרשעה רק פה אחד. לפי גישה זו מעולם לא הסכמנו במסגרת האמנה החברתית שהמדינה תרשיע אותנו, תטיל עלינו קלון ותשלול את חירותנו בהתקיים ספק סביר כלשהו – אפילו בקרבו של אחד משופטי ההרכב<sup>55</sup>.

### 3. עמדת מיעוט של "זיכוי מלא" מול "זיכוי מחמת הספק"

יש מקום להבחין בין עמדת מיעוט של "זיכוי מלא"<sup>56</sup> לבין עמדת מיעוט של "זיכוי מחמת הספק". במקרה הראשון, שבו אחד משלושת השופטים השתכנע שהנאשם כלל

54 ייתכן שההסבר האמור כאן מצוי כבר בדברי בעלי התוספות בפירושם לתלמוד הבבלי במסכת בבא קמא (כו, ע"ב) ד"ה קמ"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב. התלמוד דן בדברי שמואל הקובע כי בממון אין הולכים אחר הרוב. התוספות שואלים כיצד ניתן ליישב כלל זה עם שיטת ההכרעה במחלוקת בין רוב למיעוט דיינים – "אחרי רבים להטות". תשובתם היא שתובע אינו יכול להוציא ממון מחברו כשהוא מסתמך על רוב הסתברותי, משום שלנתבע יש חזקת ממון ובנוסף הוא נתמך במיעוט. טיעון זה דומה למה שאנו אומרים במשפט הפלילי – לנאשם יש חזקת חפות ולא ניתן להתגבר עליה מכוח "רוב הסתברותי" כאשר יש כנגדו מיעוט. התוספות מנסחים את כוחה של דעת הרוב כך: (בתרגום חופשי) לגבי דיינים נחשב המיעוט שלהם כמי שאינו קיים ולא ניתן להעמיד כנגד הרוב את חזקת הממון משום שבית דין מוציאים מן הנתבע. רבי יהונתן אייבשיץ (פראג המאה ה-18) קיצור תקפו כהן, עמ' קכג-קכד, משתמש אף הוא ברעיון של ביטול דיין המיעוט מפני דעת הרוב ומדגיש שכאשר בית הדין פועל על-פי דעת הרוב הוא אינו פועל מתוך ספק, אלא מתוך ודאותם של הרוב. אך כשמדובר ברוב הסתברותי, לעולם נפעל מתוך ספק.

55 או בניסוח אחר: אדם רציונאלי מאחורי מסך הבערות (שלימדנו ג'ון רולס) לא היה מסכים ליטול על עצמו את הסיכון של הרשעה בעבירה פלילית כשנותר ספק סביר (המעוגן בחומר הראיות) בדבר אשמתו בלבד של אחד מהשופטים. לקוראים הסקרנים מה פשר הקולות השונים הנשמעים משתי הפסקאות האחרונות שבטקסט למעלה, נספר כי הראשונה שייכת לאחד המחברים והשניה לחברו. במותב של תרי, אין אפילו אפשרות תיאורטית להכרעת רוב...

56 במאמר מוסגר מוצע להגדיר את המושג "זיכוי מלא" כמצב שבו התביעה לא הצליחה להוכיח את האשמה אפילו במאזן ההסתברויות הנדרש במשפט האזרחי (51%). אם האשמה הוכחה במאזן הסתברויות, אך לא הוכחה מעבר לספק סביר, יהיה זה "זיכוי מחמת הספק". נוכח העננה שמותיר "זיכוי מחמת הספק", אין זה הוגן כלפי הנאשם לאפשר אותה כשהתביעה לא הצליחה לעמוד אפילו ברף ההוכחה המינימלי של מאזן



לא עבר את העבירה המיוחסת ל<sup>57</sup>, מתחייב זיכוי של הנאשם, אם כי המצב החוקי בישראל איננו מאמץ השקפה זו, שהרי סעיף 80 לחוק בתי המשפט איננו מבחין בין שני סוגי הזיכוי הללו. הרשעה במצב שכזה היא בלתי-בטוחה באופן מובהק. השאלה הקשה יותר נוגעת לדעת מיעוט שלפיה יש לזכות את הנאשם מחמת הספק. לכאורה, בעולם אידילי ניתן היה להתלבט בשאלה זו<sup>58</sup>: מצד אחד ניתן לטעון כי אם

הסתברויות. אסור להיתפס לטעות ש"זיכוי מלא" הוא מושג המצומצם להוכחת החפות מעבר לספק סביר. ראשית, המשפט הפילי עוסק בהוכחת האשמה ולא בהוכחת החפות (גם אם מבחינה לוגית המושגים, כמוכבן, קשורים). שנית, הנחת המוצא חייבת להיות חפות, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בהצהרה החשובה מאוד של החברה הנקראת "חזקת החפות" (ראו Kitai (לעיל, הערה 4); קיטאי (לעיל, הערה 31)). שלישית, אין כל הצדקה או היגיון בדרישה להוכיח חפות מעבר לספק סביר. רף גבוה זה של הוכחה מתאים למקרה אחד ויחיד – הוכחת האשמה. הוא נועד להקטין את הסכנה האיומה של הרשעת חפים מפשע. הרשעה כזו היא העוול הגדול ביותר שגורמת המדינה לפרט. גם השיקול (הקמציני משהו) של הרצון להימנע מלשלם לנאשם שזוכה את הוצאות הגנתו ופיצויים על מעצרו אינו מצדיק רף הוכחה כה גבוה לזיכוי המלא. אין זה מעשי שנאשמים יוכלו לעמוד ברף הוכחה כזה. יתרה מזו: אם התביעה, שעליה להוכיח את האשמה מעבר לספק סביר (99%) לא הצליחה להוכיח את האשמה אפילו במאזן הסתברויות (51%), זוהי אינדיקציה חזקה מאוד לכך שלא היה נכון להגיש את כתב האישום, ולפיכך בהחלט מוצדק לפצות את הנאשם. רביעית, להמחשת דברינו, נתאר לעצמנו עבירה כלשהי, למשל נטילת שטר של מאה שקלים אשר נפל מכיסו של הקרבן, והעמדה לדין של חמישה אנשים שהייתה להם ההזדמנות לעבור אותה (באשר נכחו בקרבת מקום בזמן ביצוע העבירה, והייתה להם היכולת הפיזית לעבור אותה) ושאינם כוללים את העבריין האמיתי (אשר נמלט). אם יועמדו כולם לדין (אנא נסי הקוראת ונסה הקורא לדמיין עצמכם ביניהם), כמה מהם יצליחו להוכיח את חפותם מעבר לספק סביר?

לבסוף, נוכח העננה המשמעותית שמותיר "זיכוי מחמת הספק", ייתכן מאוד שראוי יותר להגביה את הרף ולדרוש שהתביעה תוכיח את האשמה ברמה של, למשל, 75% כדי שהזיכוי יחשב "מחמת הספק" ויותר עננה כזו (ולא להסתפק ב-51%).

ושופט המיעוט נותר בעמדתו גם אם ולאחר ששמע את עמדות חברי הרוב. 57  
58  
לדעות שונות שהובעו בעניין זה במקומותינו ראו ש"ז פלר "דעת-רוב, דעת-מיעוט – מושא ודרכי גיבוש (סעיף 80 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984) "עיוני משפט טו (תש"ן) 31; ר' שפירא "אחרי רבים להטות – סעיף 80 לחוק בתי-המשפט" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 393; מ' לינדנשטראוס על הספק הסביר – סוגיות נבחרות (תשס"ד) 113-121; ע' גרוס, מ' עורקבי "מעבר לספק סביר", קרית המשפט א (תשס"א) 229, 238-243; ע' קובו "דעת מיעוט מזכה – ספק סביר אינהרנטי לפסק הדין" הסניגור 70 (2003) 5; רובינשטיין וספיר (לעיל, הערה 1); א' לדרמן "אחר רבים להטות" הפרקליטים (נובמבר 2007) 34; ע' ידלין "הספק של הרשעה פה אחד: האם קיימת סתירה לוגית הכרחית בין הרשעה ברוב לבין היעדר ספק סביר?" גלובס (4.11.07); "עמדת הסניגוריה הציבורית", מיום 11.2.09 אשר הוגשה לפרופ' אהרון אנקר, יו"ר "הועדה לבחינת הרשעה

שופט אחד חושב שיש ספק סביר אזי ניתן להעדיף את המסקנה של שני השופטים האחרים – שלפיה לא מתקיים ספק סביר – בהיותה עמדת הרוב ולה מרב הסיכויים להיות נכונה.

מנגד, גם כשעמדת המיעוט איננה "זיכוי מלא" (שאז לדעתנו מתחייב, כאמור, פסק-דין סופי של זיכוי) אלא "זיכוי מחמת הספק", עדיין יש נימוקים כבדי משקל להפיכתה למכרעת. ראשית, ניתן לומר כי די בספק הסביר שמעורר שופט המיעוט כדי להביא לזיכוי<sup>59</sup>. שנית, בחינה השוואתית מלמדת כי בשיטות משפט אחרות בדרך כלל די בדעת מיעוט כדי לזכות, וזאת אפילו כשלא מדובר בדעתו של שופט מקצועי, אלא בדעתו של מושבע אחד מתוך תריסר מושבעים, וזאת אף אם אותו מושבע הגיע להכרעה "לא אשם" מחמת הספק<sup>60</sup>. על-פי רוב נדרשת הכרעה פה אחד לצורך הרשעה או לפחות רוב "מיוחס" מאוד, כגון עשרה מול שניים<sup>61</sup>. נראה שאין שיטת משפט – שהיינו רוצים ללמוד ממנה – המאפשרת הרשעה ברוב דחוק של קול יחיד כבשיטה שלנו. שלישיית, מעבר למניין הראשים יש לעמוד על המשמעות העמוקה של דעת מיעוט מזכה (במקומותינו). מדובר בפסק-דין של שופט מקצועי (בהבדל ממושבע הדיוט, שאיננו משפטן ואיננו מנוסה בתחומים הרלוונטיים), שלמד את כל החומר שבתיק, שמע את כל העדים ואת טיעוניהם של שני הצדדים, עיין בכל הראיות, ולבסוף הגיע למסקנה שיש

בדעת רוב וערעור על זיכוי במשפט פלילי". על נייר העמדה חתומים הסנגורית הציבורית הארצית עו"ד ענבל רובינשטיין וסגנה ד"ר יואב ספיר.

59 G. Maher "The Verdict of the Jury" *The Jury under Attack* (M. Findlay, P. Duff eds., 1988), 45-46. וראו הדיון שלעיל, המסתיים בהפניה להערה 55.

60 אמנם, המושבעים אינם מנמקים את הכרעתם אלא רק מצביעים "אשם" או "לא אשם", אך ברור שלעיתים סבור המושבע המצביע "לא אשם" כי מרב הסיכויים הם שהנאשם כלל לא עבר את העבירה; ולעיתים סבור המושבע כי אמנם מרב הסיכויים שהנאשם כן עבר את העבירה, אך אין להרשיעו משום שקיים ספק סביר באשמתו.

61 J.D. Reichelt "Standing alone: Conformity, Coercion, and the Protection of the Holdout Juror" 40 *U. Mich. J. L. Reform* (2007) 569 ("The federal criminal trial system and every state, with the exception of two, require unanimous verdicts for conviction or acquittal in felony trials", p. 569) ולואיזיאנה: בראשונה נדרש רוב מיוחד של עשרה מול שניים ובשנייה – של תשעה מול שלושה; ראו שם, עמ' 574-576). עם זאת יצוין כי בערכאת הערעור די ברוב דעות. לפולמוס סביב שיטת ההכרעה הראויה בחבר מושבעים ראו D. Austen-Smith, J.S. Banks "Information Aggregation, Rationality, and the Condorcet Jury Theorem" 90 *American Political Science Review* (1996) 34; T. Feddersen, W. Pesendorfer "Convicting the Innocent: The Inferiority of Unanimous Jury Verdicts under Strategic Voting" 92 *American Political Science Review* (1998) 23; P.J. Coughlan "In Defense of Unanimous Jury Verdicts: Mistrials, Communication, and Strategic Voting" 94 *American Political Science Review* (2000) 375.

לזכות את הנאשם – לכל הפחות משום שאשמתו לא הוכחה מעבר לספק סביר (וייתכן אפילו משום שהשתכנע שהנאשם כלל לא עבר את העבירה המיוחסת לו). זהו מגדלור עם זרקור רב-עצמה, המתריע מפני הסכנה הממשית ששני השופטים האחרים – הסבורים שיש להרשיע את הנאשם – דווקא הם הטועים. זרקור כזה, המכוון אל עינינו, אמור למנוע מאתנו שינה ערבה כשהנאשם מורשע ונשלח לבית האסורים. הפסיקה הישראלית מספקת לנו דוגמאות לתחושות הקשות ולספקות המנקרים הנותרים בעקבות הרשעות ברוב דעות, על אפן ועל חמתן של דעות המיעוט המזכות<sup>62</sup>.

#### 4. שיקולים הנוגעים למציאות הישראלית

עד כה הצבענו על השיקולים המרכזיים לכאן ולכאן, אלא שבמציאות הישראלית נטולת הזיכויים דיון תאורטי כזה הוא בגדר מותרות. אם התופעה האיומה של הרשעת חפים מפשע מעניינת ומדאיגה אותנו, יש לקבל את הצעת החוק של הסנגוריה הציבורית ולתרום – משהו – לצמצום התופעה.

כאמור, כמעט תמיד מרשיעים, כמעט תמיד ההחלטה מתקבלת פה אחד<sup>63</sup>. במצב כזה, במקרים המעטים שבהם יש שופט במיעוט הסבור שיש לזכות את הנאשם, הסיכויים לכך שהאשמה לא הוכחה כנדרש הם להערכתנו גבוהים יחסית ומחייבים זיכוי. זאת במיוחד על רקע החשש ששופטים מרשיעים גם כשיש ספק סביר ולא תמיד מקפידים על הוכחת האשמה מעבר לו.

המחשבה שהערכתו של אחד השופטים – שלפיה צריך לזכות את הנאשם – צריכה להוליך לתוצאה סופית של זיכוי מתחזקת מאוד כשמדובר בהרכב מצומצם יחסית של שלושה שופטים. אילו ישב בית-המשפט שלנו בהרכב מורחב, של תשעה שופטים או יותר, ייתכן שניתן היה להסתפק בשמונה מול אחד לשם הרשעה, אך הכרעה ברוב דחוק

62 לסקירה מאלפת (ולעתים אף מעלפת) של דוגמאות מן הפסיקה הישראלית של הרשעות ברוב דעות, המותירות ספקות כבדים וחרדה גדולה שמא הורשעו חפים מפשע ראו "עמדת הסנגוריה הציבורית" (לעיל, הערה 58), עמ' 6-12. בדיון הנוסף בפרשת אל עבד כתב השופט ברק: "יש פעמים בהן עצם ההתלבטות בשאלת קיומו של ספק סביר עולה כדי ספק סביר בעצמה ומביאה לזיכוי של הנאשם מחמת הספק" (פרשת אל עבד (לעיל, הערה 13)). אם התלבטות של שופט עשויה ליצור זיכוי מחמת הספק, האם לא קל וחומר שמסקנה סופית ברבר זיכוי של הנאשם – החלטה סופית של שופט מקצועי, היושב בהרכב מצומצם של שלושה שופטים בלבד – צריכה להביא לזיכוי?

63 ראו "שחר, מ' גרוס, ר' חריס" אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 749, 755-756. אמנם המחקר מתייחס לבית-המשפט עליון, אך נראה שזהו המצב גם בבית-המשפט המחוזי.

של שניים מול אחד איננה משכנעת שלא מדובר בביש-מזל שפקד את הנאשם<sup>64</sup>. הותרת תחושה כזו היא גם מסר מאוד לא רצוי לציבור.

## 5. אפשרות הערעור כפתרון?

בפסק-הדין של בית-המשפט העליון בפרשת סיבוני<sup>65</sup> התייחס השופט לוי לטענה כבדת משקל<sup>66</sup> של ההגנה, שלפיה סעיף 80 לחוק בתי המשפט, המאפשר הרשעה ברוב דעות, איננו מתיישב עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. תשובתו של בית-המשפט הייתה שאמנם "לו היה ההליך הפלילי מסתיים בהכרעתה של הערכאה הדינית בלבד, אפשר גם אפשר שהתוצאה המרשיעה לא הייתה עושה צדק עם הנאשם. אולם זה אינו סופם של ההליכים המשפטיים, כי למערער שמורה הזכות לפנות לערכאת הערעור [...]"<sup>67</sup>. כפי שכבר נכתב, תשובה זו איננה משכנעת – הרי גם בערכאת הערעור תיתכן עמדת מיעוט ובכל זאת יורשע הנאשם<sup>68</sup>. בנוסף, ייתכן שאפילו כשערעורו של הנאשם שהורשע ברוב דעות בערכאה הראשונה נדחה פה אחד, אין בכוחו של פסק-הדין בערעור להסיר את הספקות המשמעותיים שהביאו את שופט המיעוט של הערכאה הדינית לעמדה הנדירה במקומותינו של זיכוי<sup>69</sup>.

על ביקורות אלה שנמתחו על הנחמה שהציע לנו בית-המשפט העליון ברצוננו להוסיף את הערכתנו הפסימית כי הערעור במדינת ישראל הוא בעצם מס שפתיים וכמעט שאין בכוחו לתקן עיוותי דין. ההלכה השלטת אצלנו היא כי ערכאת הערעור איננה מתערבת בממצאי עובדה שקבעה הערכאה הראשונה, בייחוד כשמדובר במהימנות עדים<sup>70</sup>. בהתאם להלכה נוחה זו, המכונה "הלכת אי-ההתערבות" – וניתן לכנותה גם "הלכת אי-ההתאמצות" – ההנמקה המרכזית לדחיית רובם המכריע של הליכי הערעור

64 לתפיסה שלפיה הצורך בתמימות דעים גובר ככל שמספר המחליטים קטן יותר ראו Maher (לעיל, הערה 59), עמ' 48.

65 לעיל, הערה 50.

66 ניתן, למשל, לטעון שאין זה סביר שבמסגרת האמנה החברתית הסכמנו שהמדינה תוכל לשלול את חירותנו ולשולחנו למאסר ממושך אפילו כשיש שופט אשר שמע את כל משפטנו והגיע למסקנה של זיכוי (גם אם שני חבריו להרכב סברו אחרת).

67 סיבוני, לעיל הערה 50, פסקה 15 לפסק-הדין.

68 ראו קובו (לעיל, הערה 58), עמ' 6.

69 סקירתה של הסנגוריה הציבורית (לעיל, הערה 58) עמ' 6-12. אימוץ גישה זו מוביל גם לשלילת האפשרות של ערעור על זיכוי.

70 מקורה של הלכה זו במשפטנו הוא כנראה ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' היועמ"ש, פ"ד ו(1) 514, 560-561. ראו גם למשל ע"פ 9216/03 אלרז נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו (16.1.06).

באה לידי ביטוי בצמד המלים "נחה דעתנו", שיותר מהרחבת דעת יש בהן מנוחה. מאחר שמרבית התוצאות הלא נכונות, מרבית הטעויות ומרבית עיוותי הדין לא נובעים מטעות משפטית אלא מטעות עובדתית – בדרך כלל טעות בהערכת הראיות – נמצא כי ערכאת ערעור שאיננה יורדת לפרטי העובדות איננה מסוגלת לעשות צדק ולתקן עיוותי דין<sup>71</sup>. אין זו גזירת גורל: יש שיטות משפט שבהן נוהגת שיטת "הערכאה הכפולה"<sup>72</sup>, שבה הראיות נבחנות גם בערעור, ובתי-המשפט שם אינם כורעים תחת הנטל כפי שמאיימים שיקרה אצלנו אם נהפוך את הערעור להליך רציני ואפקטיבי<sup>73</sup>. במצב הקיים במקומותינו, אין בסיס לאופטימיות של השופט לוי, שלפיה ערכאת הערעור תתקן הרשעה מוטעת שנוצרה ברוב דעות.

לבסוף, אף מדברי השופט לוי עולה שלולא הליך הערעור "אפשר גם אפשר שהתוצאה המרשיעה [ברוב דעות] לא הייתה עושה צדק עם הנאשם"<sup>74</sup>. אך האם ניתן להסתפק בזכותו של הנאשם להגיש ערעור או ביכולת התיאורטית לערער? והרי פעמים רבות לא מוגש ערעור משיקולים שונים וביניהם שיקולים תקציביים, אישיים ואחרים, כגון אבדן האמון במערכת. אם הליך הערעור הוא זה שמכשיר את ההרשעה ברוב דעות בערכאה הדיונית, כיצד יצדיק השופט לוי הרשעה ברוב דעות שלא הוגש עליה ערעור? למעשה, הליך הערעור הנוהג אצלנו יודע לכרסם בדרישה להוכחת האשמה מעבר לספק סביר גם בדרך נוספת – מלבד ההסתפקות ברוב דעות לשם הרשעה – בעצם האפשרות הנתונה לתביעה לערער על זיכוי. כשאדם מזוכה, צריך היה להניח לו לנפשו,

71 וראו ע' גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית: התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 551.

72 בית-המשפט העליון שלנו מודע לקיומה של שיטת הערכאה הכפולה; ראו ע"פ 111/99 א שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241, 266 (במאמר מוסגר יצוין כי שם לא הובאה שיטה יפה זו כמודל רצוי, אלא כסיבה שלא ללמוד משיטות המשפט האירופיות תמיכה בעיכוב ביצוע גזר-דין עד לשמיעת הערעור).

73 אין זה הכרחי לשמוע שוב את כל העדים, או לצפות בסרטי וידאו של עדויותיהם במלואן או לקרוא את מלוא תמלילי חקירותיהם. ראשית, חלק מן העדויות הן בכתב. שנית, בדרך-כלל בערעור עובדות רבות הן מוסכמות ורק חלקן שנוי במחלוקת. במצב שכזה יכולה וצריכה ערכאת הערעור להתעמק בעובדות השנויות במחלוקת, כשבאי כוח הצדדים מפנים אותה לקטעים מסוימים של החומר.

74 סיבוני (לעיל, הערה 50) פסקה 15 של פסק-הדין. השופט לוי מוסיף, שם, שהאפשרות לפנות לערעור מאפשרת לנאשם לעמוד בפני שישה שופטים. נראה שהרציונאל המנחה טיעון זה הוא שהרחבת המותב מצמצמת את האפשרות לטעות. אך יש לזכור ששישה שופטים היושבים בכפל ערכאות אינם שקולים להרכב רחב המקיים דיון. שופטי הערעור אינם חשופים באופן ממשי לדיון שהיה בערכאה הדיונית, וכן להפך.

כפי שעושים בשיטות משפט אחרות, שבהן ערעור על זיכוי נתפס כהעמדה של הנאשם ב"סיכון כפול" ולכן לא מאפשרים זאת<sup>75</sup>; אלא שסוגיה זו חורגת מנושא הדיון שלנו<sup>76</sup>.

## 6. מותב תלתא: עלות מול תועלת

לשם מה קבע המחוקק את הצורך במותב תלתא בעבירות החמורות? הרי זה יקר יותר משיטה של דן יחיד בשתי משכורות לפחות. הסבר מקובל הוא שאיפה לזהירות גדולה יותר מפני האפשרות של הרשעה מוטעית<sup>77</sup>. האומנם משיגים זהירות כשמאפשרים הרשעה גם ברוב דעות? לשם פישוט הדברים נניח לעת עתה שכל שופט מגבש את דעתו באופן עצמאי. נבצע סימולציה שבה נמיר את השיטה המאפשרת הרשעה ברוב דעות בשיטה של הכרעת דן יחיד. מה תהיה ההשפעה על נאשם שהורשע ברוב דעות? אילו נקטנו שיטה של דן יחיד, לנאשם היה סיכון של שני-שלישים ליפול אצל דן יחיד שהיה מרשיע אותו, אבל היו לו גם סיכויים בשיעור של שליש להופיע בפני דן יחיד שהיה מזכה אותו. הנה נוצר סיכוי (33.33%) לזיכוי. מנגד, אל מול זיכוי ברוב דעות במותב תלתא, אילו עברנו לשיטה של דן יחיד, היה לנאשם סיכון בשיעור של שליש מהמקרים ליפול בפני שופט שהיה מרשיע אותו. הנה נוצר סיכון (33.33%) להרשעה. נסכם: אם אנו מסתפקים ברוב דעות לשם הרשעה, לכאורה לא השתנו הסיכויים להרשעה במעבר מדן יחיד למותב תלתא. לא השגנו זהירות גדולה יותר מפני הרשעה וסתם כך שילמנו שתי משכורות נוספות<sup>78</sup>. כתבנו "לכאורה" משום שלמעשה, בהינתן שבמציאות הישראלית עמדה מזכה היא נדירה, ייתכן כי במעבר משיטה של דן יחיד לשיטה של הכרעת רוב במותב תלתא, הסיכוי לזיכוי יקטן אפילו עוד יותר, שהרי נדרש מאורע נדיר מאוד של שתי דעות מזכות בתוך אותו המותב<sup>79</sup>.

75 וראו בארצות-הברית *Kepner v. United States*, 195 U.S. 100 (1904).

76 אם כי ועדת אנקר עוסקת גם בה; ראו לעיל, במבוא.

77 ראו למשל גרוס (לעיל, הערה 58), עמ' 232. נראה כי עמדה כזו משתמעת גם מהחלטתה (בדעת מיעוט) של השופטת נתניהו בבג"ץ 583/87 הלפרין נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד מא(4) 683, 706.

78 במקום למשל להעלות את שכר המורים בבתי הספר כראוי.

79 דרך אחרת להצגת הדברים: הרשעה ברוב דעות פירושה שתי שופטות מרשיעות ואחת מזכה. יש שלושה צירופים אפשריים כאלה (בכל פעם שופטת אחת במיעוט). בשיטה של דן יחיד, שלוש הרשעות אלה תוחלפנה בסיכויים לזיכוי בשיעור שליש. מנגד, זיכוי ברוב דעות פירושו שתי שופטות מזכות ואחת מרשיעה. גם לכך שלושה צירופים אפשריים (בכל פעם שופטת אחת במיעוט). בשיטה של דן יחיד, שלושה זיכויים אלה יוחלפו בסיכויים להרשעה בשיעור שליש. אם נסכם, לכאורה לא השתנו הסיכויים לזיכוי במעבר משיטה לשיטה, אך מכיוון שהסיכויים לדעה מזכה הם נמוכים מאוד במציאות הישראלית, נמצא כי בשיטה של מותב תלתא והחלטה ברוב דעות ייתכן שהסיכויים לזיכוי נהפכים לאפסיים

כמובן שהמציאות מורכבת יותר, ומכיוון שהשופטים משפיעים זה על זה, התמונה שהוצגה לעיל אינה מדוייקת. ייתכן שבמקרים שבהם מתקיים דיון מעמיק של שופטי ההרכב בנימוקים של שופטי המיעוט לפני ההכרעה הסופית, מושגת זהירות מסוימת מפני הרשעות מוטעות כתוצאה מקיומם של הרכבים בהשוואה לדן יחיד. ייתכן שגם דיון שאיננו מעמיק עשוי למנוע טעויות גסות שעשויות ליפול בהחלטה של דן יחיד. בכל זאת, יש טעם בסימולציה דלעיל, משום שאין לנו נתונים באשר לאופן שבו פועלים השופטים. הסימולציה ממחישה את העובדה שעצם קיומו של מותב תלתא אינו מבטיח זהירות גדולה יותר מפני הרשעה מוטעית. על רקע זה מתחזקת נחיצותו של כלל ההרשעה פה אחד.

לפני סיום, עלינו להתייחס לשתי הצעות שהועלו לאחרונה במקומותינו בקשר להצעת החוק נושא מאמר זה.

## 7. הצעתו של עמרי ידלין

הצעתו של ידלין היא לא לשנות את המצב הקיים<sup>80</sup>, חרף העובדה שגם הוא סבור כי "ידה של המערכת המשפטית על הדק ההרשעה היא קלה מדי" ולמרות הצעתו כי "בתי המשפט בישראל ידבקו במושכלות היסוד של המשפט הפלילי, ובעקרון המרכזי לפיו אדם חף מפשע אלא אם הוכחה אשמתו מעל לכל ספק סביר"<sup>81</sup>. זהו הניתוח המעניין שמציע ידלין:

"ההצעה לעבור לכלל של הרשעה פה אחד מתעלמת מההשפעה שעשויה להיות לכלל כזה על האופן בו שופטים מקבלים החלטה, ומכך שכלל זה עלול לדכא עוד יותר את הנכונות של שופטים לשחות נגד הזרם ולהביע עמדת מיעוט. גם כיום, תחת הכלל הנוהג של 'הרוב קובע', האחיזה בעמדת מיעוט מזכה מחייבת אומץ רב [...] שופט העומד בעמדת מיעוט מזכה צריך לשחות נגד הזרם הסוחף של הפרקליטות, התקשורת ושל מרבית השופטים. תחת הכלל של הרשעה פה אחד, שופט המיעוט המזכה אינו רק מביע עמדה שונה, אלא הוא ממש מסכל את הכרעת

שכן נדרשות שתי דעות מזכות (נדירות!) בתוך אותו מותב. "ייתכן" – משום ששתי דעות מזכות בתוך אותו מותב אינן מאורעות בלתי תלויים (ראו למשל ניתוחו המעניין של ידלין (לעיל, הערה 58)), ולפיכך המציאות מורכבת יותר. להשפעה של רוב חברי הקבוצה על המחזיק בעמדת המיעוט, הן במחקרים פסיכולוגיים כלליים והן באשר לחבר מושבעים, ראו Reichelt (לעיל, הערה 61).

80 ידלין (לעיל, הערה 58).

81 שם.

הרוב, והוא עושה זאת באמצעות קולו שלו בלבד. לכן, האחיזה בעמדת מיעוט מזכה תחת הכלל של הרשעה פה אחד מחייבת הרבה יותר אומץ [...] כשלוקחים בחשבון את האפשרות ששופטים מדברים זה עם זה לפני פרסום החלטתם, אי אפשר להתעלם מהלחץ ששופטי הרוב עלולים להפעיל על שופט כזה. כתוצאה מכך, קיימת סכנה שפחות עמדות מיעוט יושמעו, והאמת של המיעוט תוחבא מן הציבור"<sup>82</sup>.

לצערנו, ניתוח לא מלבב זה של אופן קבלת ההחלטות על-ידי השופטים איננו מופרך. עם זאת הסכנה איננה הרשעה מוטעית אלא רק אבדן של דעת מיעוט מזכה, שממילא איננה אפקטיבית במצב הקיים שבו הנאשם מורשע גם כשיש דעת מיעוט מזכה. ידלין הרחיק לכת וכתב:

"הרשעה פה אחד עלולה להגדיל את אחוז ההרשעות [...] לגרום לשופטים מתלבטים להרשיע [...] [במצב הקיים] השופט המתלבט אינו יכול 'להימנע' [...] תחת הכלל של הרשעה פה אחד, לעומת זאת, לשופט המתלבט יש אפשרות לנקוט עמדה השקולה להימנעות. שופט זה יודע שאם הוא ירשיע, השופטים האחרים הם שיקבעו אם הנאשם יורשע או יזוכה [...] ומכיוון שכל השופטים עלולים לאמץ אסטרטגיה כזו, התוצאה עלולה להיות שבמקרים בהם קיים ספק לגבי אשמתו של הנאשם, עלולים כל השופטים לתמוך בהרשעה, אף שעל-פי הכלל הנוהג כיום היו כולם מזכים את הנאשם"<sup>83</sup>.

הגם שהמקרה שמתאר ידלין אפשרי, נראה כי הוא נדיר מאוד. מדובר במקרה שבו כל אחד ואחד משלושת השופטים מתלבט, כל אחד ואחד משלושת השופטים היה מזכה במצב הקיים, וכדי להתחמק מהחלטה ומקבלת אחריות עליה – כל אחד משלושת השופטים דווקא מרשיע<sup>84</sup>. האפשרות שיתקיים מאורע נדיר כזה מותנית גם במותב של אינדיווידואליסטים לא חברותיים, שהרי סביר יותר להניח "ששופטים מדברים זה עם זה לפני פרסום החלטתם". בהנחה שהם אכן פועלים כאמור, כל שופט יודע לאן נוטה כל אחד משני חבריו להרכב, ואז יקשה עליו עוד יותר לברוח מאחריות. החלק שאנו מציעים ללמוד מניתוחו המעניין של ידלין הוא הראשון: מכיוון שנדיר ששופט שוחה נגד הזרם ומזכה, הרי שכאשר מצב מעין זה מתרחש יש לקבוע כי

82 שם. לניתוחים פסיכולוגיים בדבר האופן שבו מתקבלות החלטות בחבר מושבעים ראו Reichelt (לעיל, הערה 61).

83 ידלין (לעיל, הערה 58).

84 "הרשעה אסטרטגית" או שמא טקטיקה עלובה?



התוצאה של פסק-הדין תהא זיכוי ולא לאפשר הרשעה ברוב דעות. הסיכוי לזיכוי עדיף על פני מניעת הסיכון לאבדן קולה של דעת מיעוט לא אפקטיבית.

### 8. הצעתה של מרים בן-פורת

ההצעה מובאת בחוות-הדעת שכתבה לאחרונה בן-פורת באשר לפרשת אל עביד<sup>85</sup>. לדעתה של בן-פורת יש להבחין לענייננו בין מחלוקת שופטים בשאלה משפטית לבין מחלוקת שופטים בשאלה עובדתית:

"כאשר בקרב שופטי בית המשפט העליון רווחות דעות שונות לגבי מונח משפטי, המחלוקת היא לב העניין ואותה – למיטב הבנתי – יכול לפתור (בכפוף להתערבות החוק), תמיד או כמעט תמיד, רק ברוב דעות כנגד מיעוט, ולא פה אחד [...] לפי דעתי, דיון נוסף שהכריע ברוב דעות בניגוד לדעת מיעוט אינו יוצר ספק, אלא פותר את הבעיה במקרה שבפניו, ובמידה רבה גם מונע את המשך חילוקי הדעות באשר להלכה הפסוקה [...]"

שונה אולי המצב בעניינים שבמהימנות עדים. למשל, אם חלק מהמותב סומך ידו על מהימנותו של העד הראשי וקובע את העובדות לפי מוצא פיו, ואילו חלק אחר מסתייג ממנו, ועל כן מגיע למסקנה הפוכה, נוצרת בעיה שקשה למצוא לה פתרון מניח את הדעת. חוש הצדק מתקומם נגד הרשעה הנשענת על עדותו של ראובן, כאשר חלק מהשופטים לא היה מוכן להתבסס עליה (בהנחה שבלעדיה אין בסיס איתן להרשעה). כרגיל זו איננה שאלה משפטית (אם כי יש חריגים) ולכאורה דעתי היא שבמצב זה ראוי להכיר בקיומו של ספק באשמתו של הנאשם. כלומר יש אולי מקום לשנות את סעיף 80(א) בהתאם, או לחילופין – לפרשו כך שלא יחול על פלוגתא, בין דעת רוב למיעוט בפלילים, בשאלות מהימנות המשפיעות על התוצאה במשפט. ייתכן שיש עוד מצבים שבהם חילוקי דעות המשפיעים על התוצאה ראויים שיתייחסו אליהם כאל הטלת ספק באשמה<sup>86</sup>.

85 מרים בן-פורת, חוות-דעת שהוגשה לשר המשפטים (2007) באשר לפרשת אל עביד (לעיל, הערה 13). ראו גם הלפרט וסנג'רו (לעיל, הערה 13).

86 שם, עמ' 10-12 לחוות-הדעת.

בן-פורת לא מנמקת את ההבחנה שבין מחלוקת משפטית לבין מחלוקת באשר למהימנות עדים. מדוע חוש הצדק, המתקומם נגד הרשעה חרף קיומה של פלוגתא בשאלות מהימנות, נותר נינוח נוכח הרשעה חרף קיומה של מחלוקת משפטית? אפשר שבמחלוקת המשפטית דעת הרוב מסוגלת להצדיק בפסק-הדין את עמדתה ולנמק באופן משכנע מדוע טועה שופט המיעוט. הכרעת דינו של הנאשם, הנגזרת מן המחלוקת המשפטית, תיקבע בערכאת הערעור על-פי הרוב, כשם שגם ההלכה המשפטית מוכרעת על-פי הרוב. לעומת זאת, כשמדובר במחלוקת אודות מהימנות עדים, קשה יותר לנסח נימוקים אובייקטיביים ולנהל עליהם דיון. "אותות האמת" המכוננים מהימנות מבוססים על ניסיון השופטים, על "תחושות בטן" ועל דקויות שלא תמיד קל לפרוט אותן. בנוסף, קיימים ספקות באשר לעצם יכולתם של שופטים להבחין בין עדות אמת לבין עדות שקר<sup>87</sup>. ספקות אלה מתעצמים, כמובן, נוכח מחלוקת בין חברי ההרכב. אם נשוב להבחנה שהוצעה לעיל, בין כוחו של רוב דעות לעומת כוחו של "רוב הסתברותי", ניתן לומר שרוב של שופטים במחלוקת אודות מהימנות עדים דומה ל"רוב הסתברותי", שאין בכוחו להביא להרשעה במשפט הפלילי.

בשונה מן ההבחנה שמציעה בן-פורת, לדעתנו ניתן וצריך להבחין בין התוצאה האופרטיבית של המשפט הפלילי – זיכוי או הרשעה – לבין קביעת ההלכה. באשר לקביעת ההלכה ניתן וצריך להמשיך ולהתבסס על רוב דעות בבית-המשפט העליון, שהרי הכרחי שתיקבע הלכה ולא ניתן להיותר בעמימות. אך באשר לתוצאת המשפט הפלילי שבו התגלעה מחלוקת משפטית שיש לה השפעה על תוצאת המשפט – ניתן וצריך להסתפק בדעת המיעוט לשם קביעת תוצאה אופרטיבית של זיכוי הנאשם. כך גם לא תחול ההלכה רטרואקטיבית ותינתן אזהרה הוגנת מפניה לעתיד לבוא. יצוין כי השופטת בן-פורת התייחסה רק לחילוקי דעות בבית-המשפט העליון – שבו אכן נקבעת ההלכה, אך מבחינה הסתברותית ברור כי מרבית המקרים של חילוקי דעות יתרחשו בבית-המשפט המחוזי, שתפקידו איננו לקבוע הלכה אלא אך ורק להכריע בעניין שבפניו.

עמדתנו, כאמור, היא שדעת מיעוט מזכה צריכה להוליך לפסק-דין של זיכוי בכל המקרים: הן כשמחלוקת השופטים היא עובדתית והן כשהיא משפטית. כקו נסיגה, אם לא תתקבל עמדתנו זו, נציע לאמץ את הצעתה של בן-פורת ולקבוע לכל הפחות שבאשר לשאלות עובדתיות די יהיה בדעת מיעוט מזכה לקביעת תוצאה סופית של זיכוי. בעניין זה ניתן להקשות ולומר כי יש מקרים שבהם קשה להבחין בין שאלה עובדתית לשאלה משפטית, כשם שיש מקרים של שאלה מעורבת של חוק ומשפט. נציע שתי תשובות. ראשית, כשם שקיומו בכל יממה של מצב דמדומים, שבו קשה להבחין בין יום לבין

87 ראו Sangero, לעיל הערה 13, עמ' 2,820.

לילה, לא מוליך לביטול הבחנה חשובה זו, וכשם שקיומם של מקרים שבהם קשה להבחין בין מעשה לבין מחדל לא הביא לויתור על ההבחנה, כך גם קושי אפשרי – במקרים נדירים – בהבחנה בין שאלה משפטית לבין שאלה עובדתית איננו צריך לחרוץ לשבט את גורל ההבחנה. שנית, ניתן לקבוע כי הן במקרים שבהם נתקשה להבחין והן במקרים שיוכרו כשאלה מעורבת של חוק ומשפט יחול הכלל של הרשעה רק פה אחד. ניתן לנסח זאת בחוק כך שכלל ההכרעה החדש – הרשעה רק פה אחד – לא יחול אך ורק כשמדובר במחלוקת בשאלה משפטית טהורה.

#### ד. אחרית דבר

מה תהא המשמעות של הגבלת ההרשעה להחלטה שנתקבלה פה אחד? הגבלה כאמור למעשה תעניק לשופט המיעוט זכות וטו. כאשר שופט המיעוט סבור (במובן של שכנוע במאזן הסתברויות) שהנאשם כלל לא עבר את העבירה – מה שמכונה אצלנו לעתים "זיכוי מלא"<sup>88</sup> – אזי הכרחי, לדעתנו, להעניק לו בחקיקה וטו כזה ולזכות את הנאשם.

גדר המחלוקת ראוי שיצטמצם רק למקרה שבו שופט המיעוט מזכה "מחמת הספק". אצלנו לא קיימת בחוק הבחנה כזו; אך במשפט של סקוטלנד מבחינים בין שלוש הכרעות-דין אפשריות: (1) guilty; (2) not-guilty; (3) not-proven.<sup>89</sup> לדעתנו, אין ספק ששופט המגיע למסקנה ברורה של not-guilty צריך להחזיק בזכות וטו על ההרשעה. כל עוד החוק בארץ אינו מבחין הבחנה משוכללת כמו זו שבסקוטלנד, בין זיכוי מסוג not-guilty לבין זיכוי מסוג not-proven, הכרחי לקבוע שדעת מיעוט של זיכוי גוברת על שתי דעות מרשיעות. נזכור כי איננו שואפים למקסום של מספר התוצאות הנכונות עובדתית<sup>90</sup> אלא למזעור מספרן של הרשעות השווא. אין עוול גדול יותר שהמדינה גורמת לפרט מאשר הרשעת שווא. כפי שהשתדלנו לשכנע לעיל, לפחות במציאות הישראלית נטולת הזיכויים, של התרחקות מהכלל שלפיו ניתן להרשיע אך ורק כשהאשמה הוכחה מעבר לספק סביר, רצוי שגם דעת מיעוט של "זיכוי מחמת הספק" תוליך לתוצאה סופית של זיכוי.

88 ראו ההצעה להגדרת המושג "זיכוי מלא", המובאת לעיל בהערה 56.

89 C.N. Stoddart "Human Rights in Criminal Procedure: The Scottish Experience"

*Human Rights in Criminal Procedure* (J.A. Andrews ed., 1982) 123, 137-138

90 לו זו הייתה מטרתנו היינו מסתפקים בהוכחת האשמה במאזן הסתברויות (51%) כבמשפט האזרחי. חלילה לנו מללכת בכיוון שכזה, שיוביל לאינספור הרשעות של חפים מפשע.

יש הקשרים שבהם הכרעת הרוב זוכה לאהדה רבה. גם המשטר הדמוקרטי מבוסס על הכרעת רוב, אך לא עליה לבדה: גם למיעוט יש זכויות. יש דברים רבים שהרוב אינו רשאי לעשות. זוהי רק דוגמה לתובנה שהכרעת רוב איננה נוסחת קסם שאמורה לגבור על כל השיקולים והעקרונות. פער הכוחות העצום שבין הנאשם לבין המדינה המאשימה אותו באמצעות הפרקליטות, חזקת החפות, הנזק העצום שגורמת הרשעה של חף מפשע, מחויבות המדינה כלפי הפרט במסגרת האמנה החברתית, וכן שיקולים, עקרונות וערכים כבדי משקל נוספים<sup>91</sup> – כל אלה מוליכים לכלל שלפיו יש להוכיח אשמה מעבר לספק סביר. ערכים אלה אינם מוגנים כראוי אל נוכח האפשרות להרשיע אדם ברוב דחוק ולעתים מקרי של שניים משלושה שופטים.

91 ראו בהרחבה Kitai (לעיל, הערה 4).