

ע"פ 7915/15 - ראמי גדבאן נגד מדינת ישראל, פלוני

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 7915/15

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט צ' זילברטל (בדימ')
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערער: ראמי גדבאן

נגד

המשיבים: 1. מדינת ישראל
2. פלוני

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה
בת"פ 41365-08-14 שניתן על ידי כבוד השופט א'
אליקים

בשם המערער: עו"ד תמר אולמן; עו"ד שאדי סרוג'י

בשם המשיבים: עו"ד יעל שרף

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

מונח בפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (ת"פ 41365-08-14, כב' השופט א' אליקים) בגדרו הורשע המערער בעבירות של קשירת קשר לפשע, חבלה חמורה בנסיבות מחמירות, איומים ושוד בנסיבות מחמירות (בהתאמה: סעיף 499; סעיפים 333, 335(א)(1) ו-(2) בצירוף סעיף 29; סעיף 192; וסעיף 402(ב) בצירוף סעיף 29 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). על המערער הוטלו 60 חודשי מאסר בפועל, לצד מאסר על תנאי ופיצוי למתלונן על סך 35,000 ש"ח. הערעור נסוב הן על הכרעת הדין, ביחס להרשעה בעבירת שוד בנסיבות מחמירות בלבד, והן על גזר הדין.

רקע והליך קמא

1. המתלונן, עורך דין במקצועו, בעל משרד בעיר חיפה. על פי כתב האישום, ביום שבת בחודש יולי 2012 המערער יחד עם אחר - כשהם רעולי פנים - ארבו למתלונן בבניין המשרד, תוך שהם מצוידים בגז מדמיע ובסכין. מיד בהגיע המתלונן למשרדו, השניים תקפו אותו, הפילו אותו על הרצפה, התיזו עליו גז מדמיע ובעטו בו בכל חלקי גופו. המערער והאחר גררו את המתלונן לחלקו האחורי של המשרד. שם, הוסיפו להכותו ואיימו עליו בסכין תוך שאמרו לו כי הוא ימות. בהמשך לכך, השניים ביקשו לקשור את המתלונן בחוט. משלא הצליחו לעשות זאת, הפשיטו אותו ממכנסיו וקשרו אותו באמצעותם. על-פי כתב האישום, המערער והאחר גנבו מהמתלונן שעון יד, מכשיר טלפון נייד, מפתחות וכסף בסכום לא ידוע, ונמלטו מהמקום. כתוצאה ממעשי האלימות נגרמו למתלונן, בין היתר, שברים בצלעות, קונטוזיה ריאתית (צד ימין), חבלות מרובות בפנים ובראש, המטומות סביב העיניים וחבלות בצוואר בחזה ובידיים.

חקירה משטרתית שנפתחה בסמוך לאירוע לא הובילה לתוצאה. בחלוף קרוב לשנתיים, נמצא כי פרופיל DNA של המערער תואם ממצא ממכנסיו הקרועים של המתלונן. עקב כך, נעצר המערער כחשוד במעשה. במשך שמונה ימים הוא הכחיש כל קשר לאירוע ולמתלונן. לאחר תקופה זו, המערער הודה כי אכן נכח באירוע, ואף זיהה עצמו בסרטון אבטחה שצולם בסמוך לאחר האירוע. עם זאת, לגרסת המערער הוא הגיע למקום בגפו, בתיאום מראש, לשם פגישה עם המתלונן. במהלך הפגישה המתלונן תקף את המערער, והוא בתגובה, וכהגנה עצמית, הכה בו באגרופו ונמלט מהמקום.

לאחר שמיעת ראיות, בית משפט קמא הרשיע את המערער בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום, קרי, קשירת קשר לביצוע פשע, חבלה חמורה בנסיבות מחמירות, איומים ושוד בנסיבות מחמירות.

2. ביחס לערעור על הכרעת הדין, טענות הסנגורית נסובו סביב ההרשעה בעבירת השוד. הטענה המרכזית היא כי התביעה לא חקרה את המערער בחקירה הנגדית בעניין רכיב הגניבה בעבירת השוד, ומשכך לא ניתן להרשיעו בעבירה זו. לכך הוסיפה הסנגורית כי גרסתו של המתלונן בנושא השוד הייתה מלאה בסתירות פנימיות - בעיקר ביחס לרכוש שנשדד ממנו. עוד נטען כי בית המשפט המחוזי נמנע מלהתייחס כנדרש לעמדת המערער לפיה גרסת השוד נבדטה על ידי המתלונן במטרה להסתיר מניע רומנטי העומד ברקע לפרשה. בנוגע לגזר הדין, סבורה הסניגוריה כי בית המשפט המחוזי לא נתן משקל ראוי לנסיבות חייו הקשות של המערער, לחלוף הזמן ולשוליות עבירת השוד.

המדינה אינה מכחישה את העובדה שהמערער לא נחקר על ידי התובע בחקירה הנגדית על אודות השוד. עם זאת, לטענתה, גם בעובדה זו אין כדי להכריע באופן גורף כי העבירה לא בוצעה. המשיבה הסבירה כי המערער הכחיש את עבירת השוד באופן כללי - ולכן הוא לא נחקר בפרוטרוט על אודותיה. עוד הודגש, כי בית המשפט המחוזי קבע

עמוד 2

שעדוּתו של המתלונן אמינה, ולשיטת המדינה אף יש בה די לצורך ההרשעה בעבירת השוד. באשר לגזר הדין, המדינה סבורה כי העונש שנגזר על המערער הולם את חומרת המעשים. להשקפתה, אף אם יתקבל הערעור על השוד אין בכך כדי להשפיע על שיעור עונש המאסר שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי, שכן האלימות הקשה כשלעצמה מצדיקה עונש כפי שנקבע.

דין והכרעה

הסוגיה הניצבת במרכז שולחן ההכרעה היא משמעות היעדר חקירה נגדית של המערער - הנאשם בהליך קמא - ביחס למעשה הגניבה בעבירת השוד. הכיצד על המשפט להתייחס לכך?

3. ראשית להיבט העובדתי של הטענה. המערער לא נחקר על ידי התובע בחקירתו הנגדית בבית המשפט המחוזי אודות רכיב הגניבה בעבירת השוד, בה הואשם בחלופה של נסיבות מחמירות. דהיינו, בעניין נטילת הרכוש מהמתלונן במהלך אירוע התקיפה. חקירתו הנגדית של בא-כוח המדינה לא הייתה קצרה, והתרכזה בנוכחות המערער במקום, בשאלה האם היה עמו אדם נוסף ובחלקו באירוע האלים שאירע. עם זאת, נעדרו ממנה שאלות כלשהן ביחס לגניבת הרכוש.

היעדר התייחסות התובע לעבירת השוד - יסוד הגניבה - לא נסתר מעיניו של בית המשפט המחוזי, אשר נתן דעתו על כך בהכרעת הדין. בהתייחס לחשיבותה העקרונית של החקירה הנגדית קבע כך:

"הכלל הוא כי כאשר בעל דין נמנע מחקירה נגדית של עד (הנאשם במקרה זה), ללא הסבר מניח את הדעת, ההנחה היא שהוא מסכים לדברי העד.

אולם למרות החשיבות של החקירה הנגדית כמבחן לבירור האמת, ההכרעה בסופו של יום היא בהתאם למכלול הראיות ולא רק על סמך משקלה של שאלה זו או אחרת שהייתה צריכה להישאל בנוסח זה או אחר" (ההדגשה הוספה, עמ' 15 להכרעת הדין).

הסוגיה של היעדר חקירה נגדית של נאשם אשר בחר להעיד, בכלל או בסוגיה מרכזית - תיבחן תחילה ברובד הפסיקה הקיימת, ובהמשך ברובד רחב יותר, במסגרתו אדרש גם לממד החוקתי שלה.

א. חקירה נגדית של נאשם - מגמת הפסיקה

4. נציג את ההלכה כפי שנקבעה במספר הזדמנויות על ידי בית משפט זה. נפתח באשר נפסק לפני כ-55 שנים, בגדר יין ישן שהולך ומשתבח. בעניין יצחק, דן הנשיא ש'אגרנט במקרה בו נאשם לא נחקר חקירה נגדית על גרסתו, וקבע:

"עמדתי על כל הדברים האלה במטרה להבליט את חשיבותה הגדולה של החקירה הנגדית בשביל הנאשם המרגיש

שהוא נקי מכל אשם ושבחר להעיד בעצמו במשפטו. לתופעה זו יש לצרף את השיקולים הבאים: (1) כי המשפט הפלילי קובע, שכל עוד לא הורשע הנאשם בדין הרי הוא בחזקת זכאי; (2) שעל כן, נועדו סדרי הדין הפלילי להבטיח לנאשם דיון הוגן; (3) וכי גם אם תפקידה של הקטיגוריה הוא לעשות למען הוכחת האישום, מחובתה לעשות כן בצורה הוגנת ובדרך שלא תגרום עיוות דין לנאשם. כאשר נתחשב בשיקולים הללו בכללותם, האם לא תהיה מחוייבת המסקנה, כי הטעם העומד מאחורי הכלל הראשון - הטעם הדורש להתייחס לעד של הצד היריב יחס הוגן - יש לו ערך יתיר כאשר העד הזה הוא הנאשם במשפט הפלילי? האם מתן תשובה חיובית לשאלה זו אין פירושו, כי במקרה שבו מתעתד בא כוח הקטיגוריה לערער את מהימנותם של דברי הנאשם ביחס לנקודה מסויימת או בכלל, עליו לחקרו או לפחות להפנות את תשומת לבו להערכתו זו, כדי שתהיה לו האפשרות להבהיר את דבריו ולשכנע בדבר האמת שבהם? כאשר לא נהג הלה בדרך הזאת, האם לא יהא בעובדה זו כדי להוסיף משקל לעדות של הנאשם, לאו דוקא משקל מכריע? סבור אני, כי התשובות לכל השאלות הללו מתבקשות מאליהן" (ההדגשות במקור. ע"פ 38/61 יצחק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 514, 532 (1962) (להלן: עניין יצחק)).

מדברי הנשיא אגרנט עולה כי ערכה של החקירה הנגדית אינו רק במישור הראייתי אלא כחלק מקיומו של הליך הוגן. הנשיא א' ברק הציג גישה אחרת, בגדרה הושם דגש על כך שתפקיד המשפט הוא חשיפת האמת, תוך בחינת הראיות. בהתאם, הוצגה עמדה לפיה הימנעות מחקירה נגדית עשויה להוות אחד השיקולים בשעה שבית המשפט שוקל את עדותו של הנאשם אל מול יתר הראיות - אך אין לראות בה פגיעה בזכות קנויה של הנאשם, לרבות הזכות להליך הוגן:

"לנאשם במשפט פלילי אינה עומדת הזכות להיחקר על עדותו חקירה שכנגד, ועל התביעה אינה מוטלת החובה - "שהסנקציה" על הפרתה היא קבלת העדות כאמת - לחקור נאשם בחקירה נגדית (...). עריכתה של חקירה שכנגד הוא עניין הנתון לשיקול דעתה של התביעה, והמסקנות שיש להסיק מהעדרה של חקירה זו הוא עניין הנתון לשיקול דעתו של בית-המשפט. תפקידו של בית-המשפט הוא לחשוף את האמת, כפי שהיא עולה מחומר הראיות אשר לפניו. לביצוע תפקידו זה על בית-המשפט להשתמש בשיקול דעתו באשר להערכת הראיות שהובאו לפניו. שיקול דעת זה אינו מוגבל בכלל נוקשה לפיו ראיה פלונית היא אמת, רק משום שהנאשם שהעיד עליה לא נחקר חקירה שכנגד. עם זאת, הימנעות מחקירה שכנגד עשויה להילקח בחשבון, במסגרת מכלול הנסיבות, שעה שבית-המשפט יבוא להעריך את הראיות ולשקול את משקלן. לעתים יהיה מקום ליתן לעובדה זו משקל ניכר (ראה ע"פ 38/61 פ"ד טז, 514). לעתים יהא מקום שלא ליתן לעובדה זו כל משקל. הכול תלוי בנסיבות העניין, כלומר, במסקנה ההגיונית שיש להסיק מהימנעות התביעה מלחקור את הנאשם" (ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, לד (3) 561, 566 (1980) (להלן: עניין אפללו)).

על פי גישה זו, עיקר הכובד מושם על המשמעות הראייתית לכך שהנאשם לא נחקר בחקירה הנגדית, ועל שיקול הדעת המסור לבית המשפט בקביעת מסקנותיו.

במסגרת תוואי מחשבה זה, בפסיקת הובעה עמדה לפיה במקום בו לא נערכה חקירה נגדית - על אף שעובדה זו עשויה להשליך על משקל הראיות - אין בכך כדי לחייב את בית המשפט לקבל את גרסת העד. הכל על סמך שקלול אינטגרטיבי של יתר הראיות הקיימות בתיק. בעניין אלפאר, התייחס השופט י'מלץ להסתייגות בעניין אפללו על ידי הנשיא ברק, מהנפסק בעניין יצחק על ידי הנשיא אגרנט. עוד כתב: "אין להעלות על הדעת, שמסקנת השופט לגבי האמינות והמהימנות של נאשם תיגזר באופן בלעדי מהשאלה, אם נחקר חקירה נגדית על גירסתו או לא [...] שאלת המשקל אותו יש לייחס להימנעות מלחקור חקירה נגדית את הנאשם תיקבע על ידי השופט, הרואה ושוקל את מכלול הראיות בתיק לאור הנסיבות הספציפיות של הדיון שהתנהל לפניו" (ע"פ 2603/90 אלפאר נ' מדינת ישראל פ"ד מה (3) 799,

להשקפתי, לנוכח התפתחויות במשפט הישראלי בכלל ובמשפט הפלילי בפרט, עליהן יורחב בהמשך - אזי ככל שישנה סטייה מפסיקת הנשיא אגרנט בעניין יצחק, ראוי לשוב לעברה, ולהעלות על נס את קיום חקירה נגדית של נאשם - כחלק מדרישות ההליך ההוגן. קבלת גישה זו נובעת גם מההכרה בעוצמת כלי החקירה הנגדית. חברי, השופט צ' זילברטל היטיב לכתוב ביחס לעוצמה זו בעניין ידען בו נידונה המשמעות של היעדר חקירה נגדית של עד הגנה, להבדיל מן הנאשם:

"בית משפט זה עמד לא אחת על חשיבותה של החקירה הנגדית כמכשיר יעיל לגילוי האמת וכערובה חיונית לבדיקת מהימנות [...]. לא למותר להזכיר מושכלות יסוד, לפיהן שיטת המשפט האנגלו-אמריקאית רואה בחקירה שכנגד את גולת הכותרת של דיני הראיות, ובלשונו של המלומד Wigmore:

"it is beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth. ..."
However difficult it may be for the layman, the scientist, or the foreign jurist to appreciate this its wonderful power, there has probably never been a moment's doubt upon this point in the mind of
פ"ע" (a lawyer of experience" (Wigmore on Evidence, Vol. 5 §1367, p. 32 (Chadbourn rev. 1974
7653/11 ידען נ' מדינת ישראל, פסקה 28 לפסק דינו של השופט זילברטל (26.07.2012)).

הדברים של חברי מובאים לא רק בשל טוב-הטעם בהם, אלא לנוכח הכרעת הדין מושא הערעור בעניינינו, ממנה משתמע, כפי שיובא, חסר בהכרת עוצמת הפגם האינהרנטי שבאי-חקירה נגדית בסוגיה מרכזית. גם אם במקרה זה או אחר ניתן להתגבר על פגם זה, ולכך אדרש בהמשך, הרי הפגם בנמצא.

5. במישור המעשי, נדמה כי אף התביעה הכללית לא תחלוק על חשיבות עריכת חקירה נגדית לנאשם, וכך יאה לה. הנחיצות בחקירה הנגדית של נאשם ביחס לנקודות שבמחלוקת בין הצדדים, הוכרה במישור הפוזיטיבי בהנחיות פרקליט המדינה. לפי ההוראה המובאת בסופה של ההנחיה:

"ככלל, על התביעה לעשות שימוש בכלי החקירה הנגדית ולחקור את הנאשם לגבי כל הסוגיות השנויות במחלוקת. יחד עם זאת, אם התובע אינו מעוניין להרחיב בחקירה הנגדית לגבי כל פרטי העדות הראשית, משום שנראה בעליל כי לא תצמח מכך כל תועלת, כי אז, חייב התובע להסביר לבית המשפט מפורשות שאינו רואה תועלת בקיום חקירה שכנגד על כל הנושאים שעלו בחקירה הראשית ולנמק עמדה זו" ("תוצאות הימנעות התביעה מעריכת חקירה נגדית לנאשם" הנחיות פרקליט המדינה 7.3 (עודכן, 1.1.2003)).

בעיניי, הוראה זו טומנת בחובה ניצנים של גישה ראויה לעורך דין המייצג את המדינה בהליך פלילי. ברם, לטעמי, ההצגה אינה מלאה, ורצוי להבהיר את החסר. על התביעה, כמובן, לערוך את שיקוליה ולהסביר במידת הצורך את בחירתה להימנע מחקירה נגדית בסוגיה מסוימת בשלב סיכומיה. עם זאת, יובהר כבר עתה כי הכוונה אינה שהתביעה תטען או תבקש מהשופט בערכאה המבררת מעין פטור מעריכת חקירה נגדית תוך כדי שמיעת הראיות, טרם מתן הכרעת הדין. בדומה, אל לה להניח הנחות נוחות לה, בדמות אימוץ הגישה לפיה: מה הטעם לחקור מקום בו הנאשם מכחיש? חקירה נגדית אמנות היא, ויש להשקיע בה את מירב הכוחות - הן מבחינת הכרת החומר והן מבחינת יצירתיות.

המטרה הטבעית היא לנסות ולשכנע את בית המשפט מדוע אין להאמין לנאשם. סיכומי התביעה הם בגדר הסבר לתוצאות החקירה הנגדית ולבירור הראייתי, אך אינם באים להחליפם. הבהרה זו חשובה גם הואיל והמשפט מעשי הוא.

6. ונחזור לעיקר. להשקפתי, נכון לגשת באופן אחר לסוגיה של נפקות היעדר חקירה נגדית של הנאשם מכפי שהוצג לעיל. טרם אנמק את הדברים, רצוי, בגדר רקע ומבוא לדין, להציג שלוש נקודות.

ב. אקדמות מילין - מגבלות החקירה הנגדית, חשיבותה וההקשר העקרוני

הנקודה הראשונה היא הערת אזהרה. נכון תחילה לתחום את הגבולות. הדרישה לחקירה נגדית של נאשם אינה מחייבת הפניית שאלה לנאשם בכל נושא ונושא. ברי כי יש להציג בפני נאשם את הסוגיות המרכזיות העומדות בליבת ההכרעה על פי המחלוקת המסתמנת בין הצדדים, אך אין הדבר מחייב כי יש להתייחס לכל נקודה ונקודה. האמת תיאמר, כי לרוב ב"מבחן השטח", ההבחנה בין עיקר לבין שאינו עיקר מיושמת הלכה למעשה. הניסיון מלמד כי הכלל בהנחיות פרקליט המדינה לפיו "ככלל, על התביעה... ולחקור את הנאשם לגבי כל הסוגיות השנויות במחלוקת", מופנם ומיושם על ידי פרקליטי המדינה.

לשון אחר, יובהר כבר עתה כי אין ליישם את הדרישה לחקור את הנאשם בכל נקודה השנויה במחלוקת באופן שניתן לכנותו "מבחן השאלה". דהיינו, כי בסיכומים ובערעורים על הרשעה - בתי משפט יידרשו להכריע למשל האם די היה בשבע שאלות במסגרת החקירה הנגדית, או שמא יש צורך בעשר? האם היה צורך לחקור ביחס לעשרה נושאים או רק ביחס לשמונה? החקירה הנגדית של נאשם היא פעילות דינאמית, המושפעת הן משאלות התובע והן מתשובות הנאשם. ניואנסים ודקויות כאלה אינם מסווגים כהיעדר חקירה נגדית, אלא כאופן החקירה הנגדית. ישנם סגנונות שונים של חקירה נגדית, ואין לשלול גישה ספונטאנית ואינדיבידואלית יותר - ובלבד שהחקירה תהא יסודית ומקיפה. להמחשה, טול מקרה בו נאשם הודה בשישים מקרי התפרצות, וטענתו היא כי הודאתו במשטרה ניתנה בשל הבטחה של החוקר. חקירה נגדית במקרה כזה, חייבת להיות ממצה, אך אין דרישה שתכלול בהכרח התייחסות לכל מקרה ומקרה. כך אם החקירה הנגדית בכללותה - לרבות הצגת כיוונים שונים - מכסה סוג של מקרים, אף ללא צורך בחקירה פרטנית של כל אחד מהם. שונה המצב בענייננו, בו התביעה כלל לא חקרה את המערער ביחס ליסוד הגניבה בעבירה של שוד בנסיבות מחמירות. זאת בשעה שהמערער הכחיש כי נטל רכוש לא לו.

הנקודה השנייה - שמניחה את הערת האזהרה שהובאה בנקודה הראשונה בהקשרה הראוי - היא ההכרה בחשיבות של חקירה נגדית במשפט. כפי שכתבתי בעניין אחר:

"כידוע, האמת המשפטית אינה נוהגת להתגלות ביוזמתה ולהכריז "הנני". האמת ההיסטורית אינה ניצבת בכיכר השוק, ניכרת לעיני כל. זו גם זו משולות לאוצר הטמון מתחת לעפר. על־מנת להגיע אליהן נדרשת עבודת חפירה מאומצת. בשיטה האדברסרית, כלי החפירה היעיל ביותר הוא החקירה הנגדית. טול מהערכאה הדיונית השומעת ראיות בנושא השנוי במחלוקת בין הצדדים את החקירה הנגדית, ונטלת ממנה את אבן הבוחן הטובה ביותר המסייעת לה להגיע לחקר האמת, ובלשונו של הנשיא מ' שמגר "בירור האמת נעשה בעיקר על ידי מתן האפשרות לחקירה נגדית" (ד"נ 3081/91 אהמד מזייר קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 441, 447 (1991); וראו גם ע"פ 7653/11 ראובן ידען נ' מדינת ישראל, פסקה 40 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל וההפניות שם (26.7.2012))" (ע"פ 6001/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (12.5.2013)).

הנקודה השלישית היא כי מטרת חשיפת האמת אינה המטרה היחידה של ההליך המשפטי. נפסק כי "המשפט עומד על האמת. ביסוד ההליך השיפוטי עומדת חשיפת האמת [...] מרבית דיני הראיות מבוססים על הרצון לגלות את האמת" (רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ ג ד, פ"ד מט(2) 516 (1995), פסקה 5 לפסק דינו של הנשיא ברק). אכן, יש שהמשפט עומד על האמת. הרצון לצמצם את הפער בין האמת הצרופה לבין האמת המשפטית הינו בבחינת מסע אצילי. אך לצד זאת, במצבים ובכללים שונים, יש שהדגש מושם על כך שהמשפט עומד על הצדק. הרי לא תמיד ניתן לדעת את מכלול העובדות לאשורן. לעיתים כך גם אם בית משפט סבור אחרת. זאת ביתר שאת במשפט הפלילי. ניתן להפנות בעניין הזה לכללי פסלות ולא משקל לראיות שונות. למשל, האיסור להגיש ראיות בדבר הרשעות קודמות של נאשם בשלב בירור המשפט, גם אם השופט היה מעוניין לקבלן. דוגמא נוספת, היא הדרישה לתוספות ראייתיות במצבים שונים - דבר מה נוסף, דבר לחיזוק וסיוע - טרם יורשע נאשם. בהיעדר התוספת, אף אם בית משפט סבור כי הנאשם אשם על סמך התרשמותו מכלל הראיות - הדין אינו מעניק לו שיקול דעת מתי לציית לכלל. הדין מגביל את שיקול דעתו של השופט להכריע מהחשש של הרשעת החף. דוגמא מכיוון אחר, היא אי-קבלת ראיות מפלילות בשל התנהגותה הלא ראויה של המשטרה (ראו ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: עניין יששכרוב)). ההגינות אינה מחוץ למגרש. הנה כי כן, מכיוונים שונים הדין קובע כי יש והאמת (או למצער בירורה) תפנה את מקום מושבה המיוחד לטובת הצדק.

שלוש הנקודות - הימנעות מ"מבחן השאלה"; הכרה בחשיבות החקירה הנגדית; וכי המשפט עומד לא רק על האמת אלא גם על הצדק - מהוות מעגלים שהולכים ומתרחבים. יש בהן כדי לבסס את הדרישה כי על התביעה, ואף על בית המשפט, להכיר בכללים דיוניים וראייתיים המחייבים אותם. כך במיוחד במשפט הפלילי. שאיפה אחת במשפט זה, היא להילחם נגד העבריינות והעברייני. על כן, אין ליצור שיטה שאינה מסוגלת לנוע לקראת הכרעת דין מרשיעה במקרה המתאים. אינטרס ציבורי זה, בא לידי ביטוי בהוראות שונות בדיני הראיות, למשל, קבלת אמרת חוץ של עד במשפט, אף אם הוא מכחיש אותה ואינו מעיד, בהתאם לכללי סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות). דוגמא נוספת היא עדות של ילד בעבירת מין, באמצעות חוקר ילדים, מבלי שיעיד בבית המשפט (חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955). בשני המקרים, אמרת החוץ מתקבלת אף בלא חקירה נגדית. אך דוגמאות אלה הינן בגדר יוצאות מן הכלל, במצבים חריגים וקיצוניים, שנועדו בין היתר למנוע את שיתוק השיטה במצבים רגישים. ברם, לצד שאיפה של "וביערת הרע מקרבך" (דברים, יז, ז), ישנו הצד של "נקי וצדיק אל תהרג" (שמות, כג, ז) וניתן להוסיף - אל תרשיע ואל תעניש. החשש לטעות לכיוון הרשעת החף מהווה היבט מרכזי במשפט הפלילי והוא משתקף באופן מובהק בכלל הראייתי לפיו אין להרשיע אלא אם הוכחה האשמה מעבר לכל ספק סביר.

7. כלל הספק הסביר בפלילים איננו עוד כלל ראייתי, אלא מהווה בעיני כלל יסוד, הניצב בליבת הדין הפלילי המהותי. על מנת שכלל הספק הסביר בפלילים יזכה למשקל הראוי, יש להדגיש, ולהדגיש שוב, את הקשר בין המשפט החוקתי לבין המשפט הפלילי.

כידוע, המשפט החוקתי נשען על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהקשר זה יצוין כי עיון במאגרי המידע מעלה כי עד לשנות התשעים, המונח "כבוד האדם" הוזכר בפסיקת בית המשפט העליון כעשרים או שלושים פעמים בלבד. עובדה מאירת עיניים היא כי עיקר השימוש במונח זה היה בהקשר של זכויות נאשמים וחשודים, לרבות אופן השפעת הפגיעה בכבוד על תוצאות ההליך הפלילי (ראו למשל ע"פ 264/65 ארצי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(1) 225, 232 (1966); ע"פ 347/75 הירש נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 197, 200 (1976) ע"פ 369/78 אבו מדיג'ם נ' מדינת

ישראל, פ"ד לג(3) 381, 376 (1979); ע"פ 183/78 אבו מידג'ים נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 542, 533 (1980); בג"ץ 355/79 קטלן נ' שרות בתי הסוהר (10.04.1980); ע"פ 663/81 חורי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 93, 85 (1982); בג"ץ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 468, 449 (1982); בג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לז(2) 432, 393 (1983)). הקשר בין המשפט הפלילי לבין המשפט החוקתי - כבוד האדם וחירותו - טבעי הוא.

בחינת קשר זה שזורה בזכות של הנאשם להליך פלילי הוגן. היעדר שימת-לב לחיבור שבין המשפט הפלילי והחוקתי, עלול להביא לכך שאי-הקפדה על כלל דיוני זה או אחר - ובענייננו, חסר בחקירה הנגדית של הנאשם - לא תזכה למשקל הראוי. עתה ארחיב.

ג. הזכות להליך הוגן - בין משפט פלילי למשפט חוקתי

8. הפסיקה שהובאה לעיל בסוגיית היעדר חקירה נגדית, בעניין יצחק, אפללו ואלפאר, ניתנה טרם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן גם: חוק-היסוד). לנוכח התפתחות חשובה זו, נכון להעשיר את הדיון, תוך הרחבת המבט החוקתי. הטעם בדבר הוא כי בכוחו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו להעצים את זכויות הנאשם במשפט הפלילי. הפסיקה - במיוחד אך לא רק בעשור האחרון - הכירה בזכות להליך הוגן במשפט הפלילי כבעלת זיקה לכבוד האדם ולחירותו.

טרם נרחיב בדבר אימוץ זכות זו בשיטתנו, ראוי לציין כי פסיקתנו נתנה דעתה על כך שאף בשיטות משפט דומות לנו, הזיקה בין המשפט הפלילי - המהותי והדיוני גם יחד - לבין זכויות חוקתיות זכתה להכרה מיוחדת. כפי שכתב הנשיא ברק:

"במיוחד רגיש המשפט הפלילי - המהותי והדיוני - לשינויים בזכויות האדם בישראל [...] אך טבעי הוא, ששינויים חוקתיים בזכויות האדם ישפיעו, בראש ובראשונה, בתחומי המשפט הפלילי. כך הוא בוודאי לעניין המשפט הפלילי המהותי (ראה M Kremnitzer, "constitutional principles and criminal law" 27 Isr. L. Rev 84 (1993)). אכן, בכל שיטת משפט שבה הוענק לזכויות האדם מעמד חוקתי, הדברהשפיע, בראש ובראשונה, על הדוקטרינות המרכזיות (כגון עקרון החוקיות, עקרון האשמה, דרכי הענישה) של המשפט הפלילי המהותי. אך עיקר ההשפעה - כך מלמד המשפט המשווה - יש לזכויות אדם חוקתיות על ההליך הפלילי" (בש"פ 537/95 גנימאתנ' מדינת ישראל פ"ד מט(3) 421, 355 (1995)).

כן ראו את דברי הנשיאה ד'ביניש בפסק דינה המהווה ציון דרך בעניין יששכרוב:

"מבלי למצות את הסוגיה, נציין כי בשיטות משפט זרות הקרובות לשיטתנו ואף באמנות בינלאומיות, כוללת הזכות להליך פלילי הוגן את זכותו של נאשם לדעת מדוע נעצר ובמה הוא מואשם, הזכות להיות מיוצג על-ידי עורך-דין, הזכות להיות נוכח במשפט, הזכות למשפט פומבי על-ידי ערכאה בלתי תלויה וניטרלית והזכות להתגונן במשפט ולהציג ראיות רלוונטיות. כן כוללת הזכות האמורה את חזקת החפות, את עקרון החוקיות ואת האיסור להעמדת הנאשם בפני סיכון כפול להרשעה בגין אותו מעשה (ראו: Cheney הנ"ל, בעמ' 77-78). במדינות רבות בעלות מסורת משפטית דומה

לשלנו וכן בפסיקתו של בית-הדין האירופאי לזכויות אדם, נקבע כי הזכות להליך פלילי הוגן כוללת גם את זכות ההיוועצות בעורך-דין ואף את זכות השתיקה והזכות מפני הפללה עצמית בשלב החקירה, אף שאין בכך כדי למנוע הסקת מסקנות שליליות משתיקתו של הנאשם בחקירתו (ראו, למשל, עמדתה של הפסיקה האנגלית בהקשר זה, אשר אושרה על-ידי בית-הדין האירופאי לזכויות אדם: שם, בעמ' 86-90; עוד ראו: A. Ashworth "Article 6 and the Fairness of Trials" [1999] Crim.L.R. 261, 265-267 (עניין יששכרוב, פסקה 66 לפסק דינה)).

9. כלי ליישום העקרונות החוקתיים במשפט הפלילי, מגיע, באופן טבעי, בדמות זכותו של נאשם למשפט הוגן. כפי שקבע השופט י' טירקל: "חוק היסוד ביצר את זכותו של הנאשם למשפט הוגן. זאת, מכוח סעיף 5 לחוק היסוד, שבו עוגנה זכותו של אדם לחירות, וכן מכוח ההכרה החוקתית בכבוד האדם, שזכותו של נאשם למשפט הוגן היא חלק ממנו (ראו: א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית", בעמ' 281 וכן גרוס, במאמרו הנ"ל, בעמ' 169-173)...". (ע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג' (4) 750, 767 (1999)). ועוד ראו דברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין: "ההליך ההוגן הוא יסוד מוסד במדינת חוק, והוא מצוי לטעמי במעמד חוקתי נוכח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדעתי אדם שזכויותיו להליך הוגן נפגעו - נפגע כבודו כאדם" (ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל, פ"ד סג' (2) 742, 780 (2009)).

להשקפתי, זכות הנאשם להליך הוגן במשפט הפלילי, נשענת הן על זכותו החוקתית לחירות והן על זכותו לכבוד, אך זאת בדרך כלל לפי הסדר האמור. כפי שציינתי בעניין אל עוקה: "כלל נקוט הוא מלפנינו כי זכותו של הנאשם להליך הוגן הינה זכות יסוד חוקתית הנובעת מזכותו לחירות ולכבוד" (ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לפסק דיני (23.11.2011)). כן ראו עמדת השופט ד' דורנר במ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו' (3) 354, 375 (2002), לפיה: "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו [...] הקנה מעמד של זכות-יסוד חוקתית לזכותו של אדם להליך פלילי הוגן. זאת, בעיקר, מכוח סעיף 5 לחוק-היסוד, הקובע זכות לחירות, ומכוח סעיפים 2 ו-4 לחוק-היסוד, הקובעים זכות לכבוד האדם" (וראו גם עמדת המשנה לנשיאה א' ריבלין בבש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג' (3) 500, פסקה 16 לפסק דינו וההפניות שם (2010) (להלן: עניין פלוני)).

עולה כי זכותו של הנאשם להליך הוגן מושרשת היטב היום בשיטתנו. הנשיא ברק התייחס לזכות זו כ"זכות-בת", בין היתר משום שזכות זו איננה מופיעה מפורשות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (אהרון ברק כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 868 (2014)). לצד זאת, ניתן לתלות את הפגיעה בזכות להליך ההוגן בחוק-היסוד, על מתלה רחב. למשל, בסעיף 5 לחוק היסוד מופיעה התייחסות מפורשת לשלילת החירות: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת" - על ההשלכות בכך להטלת עונש מאסר על נאשם, כאשר זכותו להליך הוגן נפגעת. עוד ניתן להפנות ליחס בין ההליך הפלילי לבין פגיעה בפרטיותו ובצנעתו של אדם, שאף בנוגע אליו קיימת התייחסות בסעיף 7 לחוק-היסוד. אף סעיף 2 לחוק היסוד - "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" - עשוי להיות רלוונטי באופן הבא: הכתמת נאשם בהרשעה מבלי שנערך הליך הוגן פוגעת בכבודו.

ד. מה בין המשפט החוקתי למשפט הפלילי

10. כמתואר, הזכות להליך פלילי הוגן נטועה בשיח החוקתי ומעמדה הורם עקב חיקוק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראוי להבהיר ולהרחיב אודות הקשר בין המשפט הפלילי לבין המשפט החוקתי ולעמוד על טיבו. מה טבעו של המפגש בין שני תחומי משפט אלה?

ביקורת חוקתית עשויה ללבוש בגדים שונים. למשל, ביקורת על חקיקה. זהו שימוש דרמטי בחוקי היסוד. קיימת אפשרות כי בשל אי-עמידה בתנאי פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - לרבות מבחן המידתיות על שלושת רכיביו - בית משפט יורה על ביטול חוק או חלק ממנו, גם אם נחקק כדין מבחינה פורמלית. הניסיון מלמד כי שימוש באופן זה בחוק-היסוד איננו נחלת החקיקה הפלילית בדרך כלל. ודוק, זוהי הערה בעלת אופי תיאורי ולא נורמטיבי. אין הכוונה שלא ראוי לעשות שימוש בבגד זה במקרה המתאים, ההיפך הוא הנכון, אך יש להכיר בקושי (לפסקי דין בהם נעשה שימוש בבגד זה בדין הפלילי, ראו ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529(2002), בגדרו נבחנה חוקיותו של סעיף 34א(א)(1) לחוק העונשין, אך נקבע כי הוא עומד במבחני פסקת ההגבלה; ובג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל (28.5.2012), בגדרו נקבע, בכפוף למגבלות שהותוו בפסק הדין, כי אין עילה חוקתית להתערבות בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת), המאפשר לרשויות החקירה בישראל לקבל לרשותן נתוני תקשורת. לעומת זאת, ראו עניין פלוני, במסגרתו הורה בית משפט זה על בטלותו של סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006, לנוכח פגיעה בלתי מידתית בזכותו החוקתית של עצור להיות נוכח בהליכי מעצרו; לדין רחב בנושא, ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין פרק 4 (מהדורה שנייה, 2010)).

11. נדמה כי ביקורת שכיחה יותר, ודאי באופן יחסי, של מרכיבים חוקתיים ביחס למשפט הפלילי בכלל ובנוגע לפגיעה בזכות להליך פלילי הוגן בפרט, לובשת בגד אחר, ומוטב להסביר זאת.

במשפט הפלילי מתקיים הליך פרטני בין המדינה לבין נאשם. בסופו של הליך, על בית משפט לפסוק האם יש להרשיע או לזכות את הנאשם מעבירה זו או אחרת. לרוב בפרקטיקה הפלילית, ההיבט החוקתי לא משתקף בביטול חוק, באופן מלא או חלקי, ולא בניתוח של סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - אלא בהכרעה במקרה קונקרטי, תוך מיקוד בסעיפים שונים בחוקי המשפט הפלילי. פן אחד של העניין מתעורר בשלב הערעור. טול מקרה בו בית משפט הרשיע את הנאשם, תוך אי הקפדה על דרישה דיונית. ערכאת הערעור נדרשת להכריע בדבר ההשלכה של ההפרה על התוצאה אליה הגיעה הערכאה המבררת, באמצעות חקיקה בדין הפלילי, פסיקה ופיתוח פסיקה קודמת. שאלה דומה יכולה להתעורר בפני הערכאה המבררת עצמה, למשל כאשר נטען כי בוצעה הפרה על ידי הגוף החוקר והתביעה הכללית. היתרון בבגד זה, הוא שיש יותר רגישות לנסיבות המקרה, מצב שמקנה יצירתיות לטוענים ושיקול דעת לגורם המחליט. החיסרון הוא שבשל יער העובדות - הרובד העקרוני, לרבות החוקתי, שבתוך המקרה הקונקרטי עלול שלא לקבל את המשקל הראוי. חיסרון, משמע שאין מצב זה רצוי.

נציג בגד זה דווקא באמצעות פסיקה בה כן ניתן משקל לפגיעה בזכויות דיוניות בהליכים קונקרטיים. מנעד אפשרויות הפגיעה רחב. למשל, הפגיעה עשויה להשפיע על בית המשפט בבואו להכריע האם לפסול ראיה על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין יששכרוב. אי קבלת ראיה זו או אחרת עשויה להשליך רבות על הרשעת הנאשם או זיכויו. בעניין פרחי למשל, בית המשפט העליון פסל ראיית DNA מן הטעם שנעשה בה שימוש תוך הפרה של הבטחת המשטרה, ובכך נפגעה זכותו של המערער להליך פלילי הוגן ולפרטיות (ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626(2011)). דוגמאות נוספות למנעד הפגיעות הן מתן הכרעת הדין מבלי שהוגשו סיכומים מטעם ההגנה (ע"פ 1262/08 ענתאוי נ' מדינת ישראל (4.8.2014) (להלן: עניין ענתאוי)); והיעדר הנמקה מלאה בהכרעת הדין (ע"פ 8631/13 פלוני נ' מדינת ישראל (4.2.2015) (להלן: עניין פלוני 2)). בשני המקרים האחרונים התיק הוחזר לערכאה הדיונית כדי לאפשר השלמת החסר, ולכתוב פסק דין משלים בהתאם.

נרחיב. במגרש הפלילי, בית המשפט בוחן או מעצב את ההליך על פי סעיפים או תקנות, למשל בחוק סדר הדין

הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי), בתקנות סדר הדין הפלילי, התשל"ד-1974, או בפקודת הראיות. מסקנתו, תהא אשר תהא, לא ניזונה באופן ישיר מלשון סעיפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שאינם מכילים הוראות קונקרטיות באשר למתכונת ניהול ההליך. בכך, שונה המצב מבגד הביקורת החוקתית על חקיקה, שבגדרו מבחני פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק-היסוד הם שעומדים במוקד. בכך שונה המצב משיטות משפטיות אחרות. למשל, התיקון החמישי לחוקה האמריקאית, המגן גם על זכות השתיקה; או התיקון השישי לה, המעגן בפרט את זכות הנאשם להתעמת עם העדים נגדו. האזכור המפורש בחוקה האמריקאית משים את הביקורת בסעיף הרלוונטי בחוקה ולא בסעיפי אחד מהחוקים הפליליים. בשיטה הישראלית, בהיעדר הוראות מפורשות ומפורטות בחוקי היסוד, הדיון ייסוב סביב סעיף בדין הפלילי; או סביב פסיקה - אפילו זו שנפסקה לפני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו פסק דינו של הנשיא אגרנט בעניין יצחק הנזכר לעיל.

אך זאת יש לזכור: ברקע, ולא רק, מצוי התיקוף החוקתי, הנובע מעקרונות השיטה ומחוקי היסוד. התוצאה היא שהזכויות הדיוניות עלו בדרגה, והן מקבלות גיבוי וחיזוק מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על שדרוג זה לתת אותותיו בניתוח הזכויות הדיוניות בהליך הפלילי. על דרך ההשאלה, יש לשמוע את המילים של החוק הפרטני, יחד עם המנגינה של העקרונות החוקתיים. בית המשפט המאזין למנגינה, יסתייע בה לפירוש ולניתוח הדין הפלילי, תוך עיצוב והעשרת זכות הנאשם להליך הוגן. אלה מאפייניה של השיטה הישראלית. ככל שיטה יש בה יתרונות וחסרונות, אבל על המשפטן - הפרקליט, הסניגור והשופט - להתאים את מלאכתו אליה.

ואל תשיבני כי סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע מפורשות כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". זוהי הוראה כללית שכשלעצמה אינה מדריכה כיצד להכריע במקרים הנידונים בבית המשפט. סעיף 5 אינו משרטט הוראות קונקרטיות באשר לאופן ניהול ההליך. נודה על האמת, כי הדיון החוקתי נובע מהגדרת המונח כבוד האדם וחירותו על ידי בית המשפט. הבה נשווה את סעיף 5 לחוק-היסוד לתיקון החמישי לחוקה האמריקאית, שם נכתב כאמור, בסוף המאה ה-18, כי אין לאלץ אדם "to be a witness against himself". התיקון קובע זכות להימנע מהפללה עצמית, וזכות זו קיימת, מיושמת כלשונה ומהווה בסיס לפיתוח הדין כמו בהלכת Miranda - כ-300 שנה לאחר כינון החוקה - בגדרה הוגדרה החובה על המשטרה להזהיר את החשוד על זכות זו (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)). מלאכה שיפוטית זו - יצירת חובת האזהרה - נבעה מדיון בהוראה מפורשת בחוקה, בתיקון החמישי בפרט. דהיינו, האם התיקון, הקובע שאין לחייב אדם להעיד נגד עצמו, מורה כי החשוד יוזהר ויודע אודות זכות זו טרם ימסור גרסה מפלילה בחקירתו. לעומת זאת, סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע, בין היתר, כי אין להגביל חירות במאסר או במעצר. אך בפועל לא זו הכוונה הממצה והישירה - שכן ניתן לאסור או לעצור. אלא, פעולות אלה תעשנה על פי דין, בכפוף ללשון סעיף 8 לחוק היסוד "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק...". הדיון עובר אפוא לדין הכתוב עלי-ספר, למשל בחוק סדר הדין הפלילי, בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, או בפסיקה. התוצאה היא, כי הדיון הפלילי מתמקד בפרשנות הדין הפלילי הפנימי, אך הדגשתי היא שאין להשאיר היבטים חוקתיים מחוץ לדיון.

בגד זה מאתגר הוא. הבדיקה של הפגיעה בזכות להליך הוגן של הנאשם, כחלק מכבוד האדם וחירותו, מתמקדת בדין הפנים-פלילי. הכוונה, סעיפי חוק, שלבי ההליך והפסיקה הקיימת. בית משפט אינו נדרש בגדר בגד זה לבחון את העניין על פי מבחני פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק היסוד. הבחינה נעשית תוך שקלול הפגיעה החוקתית שנוצרה ברובד הכללי יותר, מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק-יסוד זה במובנים מסוימים רקמה פתוחה הוא. אין הוא מגדיר מה הוא כבוד האדם, ודאי לא בהליך הפלילי. מלאכה זו מוענקת לבית המשפט, והרגישות נדרשת. העיקר הוא, כי בבוא בית

משפט להתמודד עם הדין הפלילי, הבדיקה בדבר קיומה של פגיעה חוקתית איננה מחוץ לדיון. לאמור, אל לו להתעלם מההיבטים החוקתיים של זכויות הנאשם. זו היא חלק ממלאכתו.

מלאכה זו רבה. כאמור, על בית משפט לצעוד בדרך שהמחוקק התווה לו, תוך שימוש בעקרונות החוקתיים במשפט הפלילי, בהוראות הדין ובפסיקה. ראוי להשקיף על אגד הוראות הדין הפנים-פלילי הקיים כמקשה אחת, שנועדה בין היתר להגן על זכויות הנאשם. ראו הנכתב בעניין ענתאוי:

"התכלית של הגנה על זכויות הנאשם באה לידי ביטוי הן בדיני הראיות והן בסדרי הדין הפליליים. בהקשר הראייתי, ראש וראשון הוא כלל העדר הספק הסביר כתנאי להרשעה. לעניין סדרי הדין, ההגנה על זכויות הנאשם עולה בהסדרים חקיקתיים שונים. דוגמאות לכך הן חובת הייצוג (סעיף 15(א) לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982 (להלן: החוק), המחייב מינוי סנגור לנאשם על ידי בית המשפט במקרים מסוימים), הנאשם זכאי להימנע ממסירת גרסה או ראיות מפלילות ואינו חייב להעיד במשפטו (סעיף 161(א)(2) לחוק; ראו גם סעיף 47 לפקודת הראיות), עדי התביעה נשמעים לפני עדי ההגנה (סעיפים 156-159 לחוק) וזהו גם סדר הגשת הסיכומים (שם, סעיף 169), הנאשם זכאי לעיון בחומר החקירה - בנבדל מהמדינה (סעיף 74 לחוק), וכן לניהול ההליך בשקיפות (ראו, למשל, סעיפים 134 ו-186 לחוק) - ואין זו רשימה ממצה [...] אכן, הזכות למשפט הוגן אינה בגדר מותרות, קישוט או פורמליזם גרידא. היא עומדת בליבת מלאכת עשיית הצדק במשפט הפלילי" (פסקה 4 לחוות דעתי).

בהתאם לתפיסה זו, הוכרו רכיבים שונים של הזכות להליך הוגן - שעוגנו עד אז בחקיקה או בפסיקה - כבעלי מעמד חוקתי.

12. הבדיקה אם הפגיעה בזכות להליך פלילי הוגן עולה לכדי פגיעה בכבוד האדם וחירותו - כפולה היא. ראשית יש לבדוק מה היא הזכות הדיונית שנפגעה, ושנית באיזה מידה הזכות נפגעה. המבחנים משולבים, אך הסדר בו הוצגו אינו מקרי. לאמור, המבחן הראשון בחשיבותו הוא מה היא הזכות הדיונית שנפגעה.

ככלל, לא כל הפגיעות בזכות להליך פלילי הוגן עומדות באותו מקום בשורה. למשל, הפגיעות בזכות ההיוועצות עם עורך דין ובהגנה על זכות השתיקה, ניצבות באזור תחילתה. באופן עקרוני, ככל שהפגיעה בזכות להליך הוגן עומדת יותר בקדמת השורה - דהיינו נוגעת יותר לכבוד האדם וחירותו (או שמא חירות האדם וכבודו) - כך יוענק לה משקל רב יותר. טול למשל פסק דין ע"פ 1301/06 עזבון אלזם נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 177 (22.6.2009), במסגרתו בית משפט זה קבע כי יש לפסול את הודאותיו של המערער ולזכותו, עקב פגיעה בזכות השתיקה ובזכות ההיוועצות והייצוג, ה"נמנים עם מופיעה המובהקים של הזכות להליך הוגן" (פסקה 8 לפסק דינה של השופטת א' חיות). ברקע, קביעות שונות של הדין בדבר היקף זכות השתיקה ושליטת זכות ההיוועצות של עצור עם בא כוחו.

חשוב, וכדי לא להזיל את הבדיקה החוקתית, יש לבחון היטב אם כלל קיימת פגיעה כנדרש. לא כל פגיעה, אלא פגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן בעוצמה שיש בה לעורר היבטים חוקתיים. דוגמא לכך עולה בענייננו. התייחסתי לעיל ל"מבחן השאלה". רוצה לומר שגם אם יש משמעות - ולעיתים משמעות רבה - להיעדר חקירה נגדית, בכלל או בנושא מרכזי, אין זה אומר כי יש לשאול כל שאלה אפשרית ביחס לכל נושא. נכון לשמור את הדוקטרינה של פגיעה בזכות להליך הוגן למקרה המתאים. אכן, תתכן פגיעה דיונית שאינה מגיעה עד כדי פגיעה בזכות להליך הוגן. פגיעה כזו, עדיין פגיעה היא, ובמכלול נסיבות התיק ייתכן שיש לה משקל. ברם, קביעה כי מדובר בפגיעה חוקתית, משנה את התייחסותו

יש חשיבות גם למבחן הסעד. מה היא התוצאה שמאזנת יותר בין האינטרס הציבורי לבין הפגיעה בזכות הנאשם? הובאו לעיל דוגמאות, בעניין ענתאוי ועניין פלוני 2, בגדרם נקבע כי תחת השארת ההרשעה על כנה או זיכויו של נאשם - נכון להחזיר את התיק לבית המשפט קמא. זה אינו מצב ראוי מלכתחילה, ואף אינו תמיד מתאים בדיעבד. בקצה, אף קיימת האפשרות של ביטול כתב אישום מכוח הגנה מן הצדק על פי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי. סעד כזה, יתקיים כמובן רק כאשר יש פגיעה מהותית בעקרונות של צדק והגינות משפטית. דוגמאות אלו מציגות חלק מארגז הכלים של השופט במקרה המתאים בבואו לעצב את הסעד הפלילי בשל פגיעה ממשית בזכות הנאשם להליך הוגן.

ה. חקירה נגדית של נאשם - חשיבותה ומעמדה החוקתי

13. מצוידים בכלי הביקורת, ניגש לסוגיית אי-חקירה נגדית של נאשם בעניין מרכזי במשפטו.

מבחינה מתודולוגית, נתייחס תחילה לעמדת הפסיקה בדבר המשמעות המעשית של אי-חקירת עד - לאו דווקא הנאשם, לאו דווקא בהליך הפלילי. כללמושרש הוא כי אי-חקירת עד כמוה כקבלת גרסתו. הרציונל לכך הוא כי כאשר נמנע בעל דין מחקירה נגדית של עד, ההנחה היא כי אינו חולק על דבריו. כך בהליך האזרחי וכך בהליך פלילי (ראו יעקב קדמי על הראיות - חלק רביעי 1949 (2009)).

הקומה הבאה בבניין, היא כי לנאשם עומדת זכות לחקור את עדי התביעה בחקירה נגדית. זכות זו, הנתפסת כחלק מזכות הנאשם להליך פלילי הוגן, "הוכרה בפסיקה כזכות דיונית ראשונה במעלה" (ראו ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל (29.12.2015) (להלן: עניין הולילנד), פסקאות 56-59 לחוות דעתי וההפניות שם).

בעניין חג' יחיא שעניינו במעמדו של העד השותק ביחס לסעיף 10א לפקודת הראיות, נפלה מחלוקת אם הזכות מגיעה לכדי זכות חוקתית. בעוד השופט א' גולדברג סבר שלא, מעניין יהיה להביא את דברי המשנה לנשיא מ' אלון שנכתבו בסמוך לחקיקת חוק היסוד:

"זכות החקירה הנגדית של העד על-ידי הנאשם זכות יסודית היא לו, הן לשם בירור האמת והן על שום זכות הטיעון שיש לכל אדם, שגורלו לא יוכרע אלא לאחר שניתנה לו ההזדמנות לדעת על ההליכים המתנהלים בעניינו ונגדו ולהיות שותף להם (ראה לאחרונה: בג"צ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום בעמ' 639-637; שטיין, במאמרו הנ"ל, בעמ' 336-335). זכות זו, כזכותו של עצור להיפגש עם עורך דין, נגזרת היא מזכותו לחירות אישית (ראה סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולאחרונה, בג"צ 3412/92 עבדאללה נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה ואח'") (דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא פ"ד מז (3) 661, פסקה 2 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' אלון (1993); והשוו ע"פ 5329/98 דג'אני נ' מדינת ישראל פ"ד נז (2) 273 (2003) (להלן: עניין דג'אני)).

תשומת הלב מופנית להיבטים החוקתיים של הזכות לחקירה נגדית של נאשם את עדי התביעה במשפט הזר, כפי שתוארו בפסק הדין בעניין דג'אני. הנשיא ברק בכתביו, מנה את זכות הנאשם לחקירה נגדית כחלק מהזכות להליך הוגן.

הזכות האחרונה זכתה עם השנים להכרה (ואוסיף להכרה רחבה וטבעית יותר) כזכות בת הנגזרת מכבוד האדם וחירותו (ראו ברק כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה, בעמ' 865-869; ובעניין זכות הנאשם לחקור נגדית, תוך הפניה לבג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4) 626 (1990); ולדנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז(3) 661 (1993)). בעניין הולילנד (פסקאות 56-59) הודגשה ההתפתחות והרחבה בהכרה בזכות החוקתית מאז חקיקת חוד-יסוד: כבוד האדם וחירותו ועד היום. הוצג הבסיס למסקנה כי הזכות לחקירה נגדית היא זכות בת של הזכות להליך פלילי הוגן, הנגזרת מכבוד האדם.

ושוב, ההתפתחות ההיסטורית מרתקת. פסקי דין שונים הכירו בזכויות מסוימות בנימה חוקתית כללית, אף טרם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואילו לאחר כינון חוק היסוד, זכויות אלה שודרגו מכוחו. בעניין פרחי, ציין השופט א' לוי כי: "בית-משפט זה הכיר בחשיבותה של הזכות להליך הוגן עוד קודם לחקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". הנשיא ברק מסכם את מעמד הדוגמאות השונות לזכות להליך הוגן, לרבות זכות הנאשם לחקור נגדית, כך: "כל אלה זכויות אחרות הן 'זכויות יסוד' שאינן כתובות עלי ספר' אלא הן נובעות במישרין מאופייה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש" (מובא בספרו של הנשיא ברק כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה, בעמ' 865; הפנייתו היא לבג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415 (1962), מפי כבוד הנשיא מ' לנדוי בנושא חופש הביטוי).

פרופ' אלכס שטיין הרחיב את הבסיס העיוני ביחס לזכות לחקירה נגדית, בהדגישו כי זו קשורה לחובת השלטון:

" לדעתי, בקיומה של הזכות לחקירה נגדית ניתן וצריך לראות משום ערך דיוני אינהרנטי ועצמאי שכל מהותו היא החובה השלטונית שבצדה של אותה זכות. כוונתי לחובת השלטון לאפשר לכל אדם להשתתף באופן מירבי בהליכי משפט העתידיים להשפיע על גורלו. ערך דיוני זה עומד בזכות עצמו וללא כל תלות בתרומתו לתוצאות המשפט. כפי שאין שוללים מאדם את חירות הביטוי גם כאשר מימושה של חירות זו לא תורם דבר לחיינו הפוליטיים או התרבותיים, כך אין להפחית את מידת השתתפותו בבירור אשמתו גם כאשר ניתן לברר את העובדות הנחוצות בדרך אחרת" (אלכס שטיין, "סעיף 10א לפקודת הראיות ופירושו: התפתחות חיובית או סכנה של עיוות-דין!" משפטים כא, 336 (1992)).

14. נעלה קומה נוספת, למקום מגוריו של עניינו. מה המשמעות של אי-חקירת הנאשם בחקירה נגדית על ידי התביעה, בכלל או בנושא מרכזי?

כאמור בסקירה שהובאה לעיל (פסקה 4), בעניין אפללו הושם הדגש על תפקידו של בית המשפט לחשוף את האמת. היבט זה אינו ממצה את העניין, בוודאי שלא בעידן חוקתי. ושוב נעיר, שאף טרם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בפסק דינו של אגרנט בעניין יצחק משנת 1962, הודגש הצורך להבטיח לנאשם דיון הוגן, וזאת על ידי הענקת אפשרות לנאשם לשכנע את בית המשפט בגרסתו.

בצעדנו בקומה השלישית, של אי-חקירה נגדית של הנאשם על ידי התובע בכלל או בסוגיה מרכזית במשפט, הייתי מציג שלושה יסודות, הנשענים על אדנים חוקתיים.

15. היסוד הראשון הוא מנקודת מבטו של הנאשם. שורש היסוד נטוע בזכות השתיקה. כידוע, נאשם אינו חייב להעיד במשפטו. זוהי הוראת סעיף 161 לחוק סדר הדין הפלילי. כפי שנאמר לעיל, זכות השתיקה במשפט וגם בחקירה המשטרית ניצבת באזור תחילת השורה של הזכות החוקתית להליך הוגן. נגזרת מכוחה של המדינה להעמיד אדם לדין, היא זכותו של הנאשם לשבת במהלך המשפט. נאשם רשאי לבחור בגישה של "שב ואל תעשה - עדיף" (בהשאלה ממונח במשפט העברי בעל משמעות אחרת, מהתלמוד הבבלי, עירובין ק, א). אין הוא חייב לנמק את בחירתו, ואף אסור לדרוש זאת.

בחירה לשתוק על הצד האחד, מצביעה על קיומו של הצד האחר. לאמור, כשם שנאשם רשאי לשתוק, הוא זכאי לבחור להעיד. זכות השתיקה וזכות הדיבור. בכך, שונה השיטה הישראלית מהמשפט העברי, לפיו יש חובת שתיקה: "אין אדם משים עצמו רשע" (בבלי, סנהדרין ט, ב). בדין הפלילי של המשפט העברי, נאשם אינו יכול להעיד אפילו יבקש זאת (להרחבה אודות התכלית והיתרונות המעשיים והעקרוניים באיסור על פי המשפט העברי, ראו פסקה 3 לפסק דיני בע"פ 4179/09 מדינת ישראל נ' וולקוב (18.10.2010) (להלן: עניין וולקוב)). בחזרה לשיטתנו, נאשם רשאי שלא להעיד, אך גם לבחור למסור את גרסתו, בידועו שהמשמעות היא שייחשף לחקירה נגדית. זוהי בחירתו, ויש לכבדה. דווקא בשיטה אדוורסרית, הנפקות של חקירה נגדית רבה מאוד (אף בכך יש שוני בין השיטה הישראלית לבין המשפט העברי). נאשם שאינו נוהג בשב ואל תעשה, ורוצה לעמוד ולהעיד בעקבות העמדתו לדין, בוחר לספר סיפורו ולהתמודד עם הצד שכנגד הטוען שאין לקבלו ולו ברמה של הספק הסביר. דהיינו, ויתור על זכות השתיקה, כורך בתוכו ציפייה של הנאשם לבירור מעמיק של גרסתו. כלי מרכזי לבירור זה הוא החשיפה לחקירה נגדית. במשפט הפלילי זכות השתיקה רבת עוצמה - והיא משליכה על משמעות הבחירה להעיד, ועל הזכויות העומדות לנאשם שבחר בדרך זו.

בהסתכלות רחבה יותר, ניתן לסווג את המצב בו נאשם לא נחקר נגדית לאחר שבחר להעיד כפגיעה בזכותו של בעל דין לקבל את יומו בבית המשפט. ודוק, זכות זו הוכרה כבעלת עוצמה ביחס לבעל דין בהליך אזרחי. לתפיסתי, הפגיעה קשה ביתר שאת כאשר עסקינן בנאשם שלא קיבל את יומו בבית משפט, דהיינו בהליך פלילי (ראו ברק כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה, בעמ' 873, בהקשר לכל סוגי ההליכים, תוך אזכור ספרו של דודי שוורץ סדר דין אזרחי - חידושים, תהליכים, מגמות 106 (2007)).

מה הוא הייחוד, מבחינת נקודת מבטו של הנאשם, בכך שהתביעה חוקרת אותו נגדית?

נכון, כי לנאשם הזדמנויות נוספות להשמיע את גרסתו, למשל בראשית ההליך הוא מוסר את תשובתו לכתב האישום. אף בפרשת ההגנה, במסגרת החקירה הראשית, הוא פורש את עדותו בפני בית המשפט. ואולם, הנאשם עושה כן מבלי להתעמת באופן ישיר עם המסכת הראייתית המפלילה ובלי שמוטחים בו באופן ישיר האישומים בהם הוא מורשע. לכך יש להוסיף, כי בשלבים האחרים הנאשם מודרך באופן זה או אחר על ידי הסניגור. הלה עשוי לבחור לעיתים בערוץ שאינו מתנגש חזיתית עם טענות התביעה, משיקולי ניהול ההליך. לעומת זאת, בחקירה הנגדית הנאשם מובל על ידי התביעה, ובהתאם, הוא מעומת באופן ישיר עם עמדתה. זהו השלב היחיד בו הנאשם בעצמו שומע את גרסת התביעה ואת עיקרי העבירות בהן הוא מורשע - ומשיב להן. החקירה הנגדית היא שמאפשרת לבית המשפט להתרשם מהאופן בו הנאשם מתמודד עם שאלות הצד שכנגד, לבחון את מהימנותו ולברר פרטים נוספים בתצדף העובדתי. מכאן, כי לעימות הישיר בין גרסת התביעה לבין גרסת הנאשם ערך ככלי להצגת גרסתו במטרה שתתקבל. יש בהתנגשות ובחיכוך בין העמדות - כדי לאפשר שיוף וזיכוך גרסתו. תולדת הדברים היא כי לנאשם המעוניין כי יזוכה, ולו מחמת הספק, יש אינטרס ראשון במעלה כי עמדתו תעומת באופן ישיר עם עמדת התביעה במסגרת חקירה נגדית. דהיינו, לא

די לו בהצגת עמדתו בשלבים האחרים, בהם בית המשפט אינו מתרשם מתשובותיו לגרסת התביעה באופן ישיר. אלא, יש לאפשר לו להפגין את חוזקתה של גרסתו ואת מהימנותו למול עמדת התביעה בפני בית המשפט.

לשון אחר, הבחירה להעיד טומנת בחובה בחירה להיחשף לחקירה נגדית. ישנם נאשמים המוכנים "לשלם את המחיר", וישנם החפצים באתגר. הרושם הוא שישנם נאשמים לא מעטים המשוכנעים כי עימות עם התביעה ייטיב עמם, ולפעמים התוצאה משקפת זאת. כך או כך, נדמה כי בשיטה האדוורסרית אי-חקירה נגדית של נאשם, כאילו עדותו נעדרת חשיבות, עשויה - במכוון או שלא - לפגוע בזכותו להליך הוגן. הנאשם עומד במרכז המשפט. בחירתו להעיד, דווקא מפני שרשאי הוא לשתוק, מהווה שלב מרכזי - אם לא המרכזי - במשפט.

16. אך ניתן להקשות על האמור. כאמור, ישנם נאשמים שרוצים כי התובע יחקור אותם בכל עניין, בכל נושא וכמה שיותר - על מנת שלא יורשעו. ברם, לצד קבוצה זו של נאשמים, יש קבוצה אחרת, שאינה מעוניינת בהכרח כי החקירה הנגדית על ידי התובע תהיה מקיפה, מלאת אתגר ומתישה. בהינתן קבוצה זו, יש לשאול באיזה מובן זכותו של הנאשם למשפט הוגן נפגעת?

התשובה בשלושה מישורים: נורמטיבי, מעשי והדין הרלוונטי. במישור הנורמטיבי - אל לראייה להיות צרה וסובייקטיבית. המיקוד אינו נוחות ההרגשה של הנאשם במהלך החקירה הנגדית. ייתכן ויילחץ. החוויה אינה בהכרח מהנה או קלה. לא זו הנקודה. השאלה היא האם זכותו להליך הוגן נפגעת כתוצאה מהעדר החקירה הנגדית - מחדל המכרסם ביכולתו לעורר ספק סביר בגרסת התביעה. בחינה זו, חייבת לשקלל את בחירתו להעיד. תוצאה ישירה של בחירה זו היא כי יחקר נגדית על ידי התובע. נאשם הבוחר להעיד בוחר גם שלא לשתוק וכן להיחקר נגדית. אם לא יחקר, והתביעה תבקש להרשיעו, התוצאה היא פגיעה בהגנות ההליך ובמתן אפשרות אמיתית לנאשם להעיד.

יש לזכור כי החלטת התביעה שלא לחקור מלווה בדרישה להרשיע את הנאשם אף על פי כן. דהיינו, הקושי אינו כשהתביעה מסכימה לזיכוי באופן מלא או חלקי, כי אז לא מתעוררת פגיעה בזכות הנאשם. הצורך בהגנה על זכויות הנאשם מתעורר, מעשית ועיונית, כאשר התביעה מבקשת להרשיעו באישום שבעניינו לא נחקר נגדית. עתירה כזו מטעם המדינה אינה יכולה להתעלם מבחירת הנאשם להעיד, ומתפקידה של התביעה לחקור אותו. נאשם הבוחר להעיד, אינו עושה בחירה למחצה. יפים לעניין זה דברי השופט לוי ביחס לזכות להליך הוגן, כתמונת הראי של עיוות הדין:

"הזכות להליך הוגן כמוה כמעשה תְּצַרִיף. היא אינה מתמצית בהסדר דיוני מסוים או בזכות ספציפית, אלא מבססת עצמה על אגד של אמצעים, הסדרים פרוצדוראליים וזכויות מהותיות המתקיימים בצוותא, זה לצד זה, ושנועדו 'לאזן את יחסי-הכוח הבלתי-שוויוניים שבין הנאשם לבין התביעה, הנהנית ברגיל ממעמד דיוני עדיף ומיתרונות נוספים, וכן להבטיח כי לנאשם תינתן הזדמנות מלאה להציג גרסת חפות ולפעול להוכחתה' (ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל (30.11.2005))" (ההדגשה הוספה. בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע, פ"ד סא(3) 93, 155 (2006)).

הנאשם הבוחר להעיד אכן מבקש הזדמנות מלאה לספר את סיפורו. זהו חלק מכבודו. דהיינו, כי לא יורשע מבלי שנשמע - על אף בחירתו להישמע. בנקודה זו, קמה ומזדקפת החקירה הנגדית. ניסיון הנאשם לשכנע את בית המשפט כי אין להרשיעו - יבחן בפועל בשלב של החקירה הנגדית. היעדר חקירה נגדית כמוה כאי מתן הזדמנות שלמה לשכנע את בית המשפט בגרסתו ובחפותו.

עניין זה מתקשר למישור המעשי. יש להתייחס למשפט הפלילי בארץ כפי שהוא. ריאליזם משפטי. הניסיון מלמד, כי קשה לבית המשפט להתרשם מהחקירה הראשית לבדה. אמנם, בחקירה הראשית הסניגור אינו יכול לשאול שאלות מובילות, אבל הסיפור מוצג על ידי הנאשם ללא כל הפרעה, ולכן משקלו אינו רב. אפשר כי בית המשפט יתרשם מהחקירה הראשית של הנאשם, אך יש לזכור כי הוא מעיד אחרי שהעידו כל עדי התביעה, אשר לרוב מבססים את קיומן של ראיות לכאורה נגדו. בהיבט המעשי, יש גם חשיבות לכך שבשיטתנו, במבחן השטח, המקרים בהם נאשם טוען שאין להשיב לאשמה או בוחר בזכות השתיקה מעטים הם. בפועל, במשפט הישראלי הנאשם בוחר להעיד, והוא נחקר נגדית. עיון בפסקי דין פליליים רבים - בכל הערכאות - מלמד בבירור כי שלב החקירה הנגדית הוא שמאפשר לבית המשפט להתרשם מגרסת הנאשם, לקבוע ממצא לגביו, והוא קרדינאלי בהכרעת הדין.

במישור של הוראות הדין, שלב החקירה הנגדית לא נסתר מעיני הנאשם. נהפוך הוא - חובה להציגו. בתחילת פרשת ההגנה, סעיף 161 לחוק סדר הדין הפלילי מחייב את בית המשפט להציג בפני הנאשם את האפשרויות העומדות בפניו. מבנה הסעיף הוא כך: דע לך נאשם, כי בפניך שתי בחירות - השתיקה והדיבור. אם תשתוק, הדבר ישמש כחיזוק נגדך (בהתאם להוראות סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי). ואם תעיד, תחקר נגדית. אין זה עניין של עונש או איום, אלא מהות הבחירה להעיד - ויש לוודא כי הנאשם מבין זאת על ידי הסבר ברור ותמציתי. הנה כי כן, כשם שבחירת השתיקה שזורה בחיזוק נגד הנאשם, הבחירה להעיד שזורה בחקירה נגדית. היבט זה אינו טפל אלא עיקרי. טול מהנאשם את העדות בחקירה נגדית - ופגעת משמעותית במשקל עדותו, עד כדי ריקון זכותו להעיד מתוכן.

נמצאנו למדים משלושת המישורים - הנורמטיבי, המעשי, והוראות הדין - כי היעדר חקירה נגדית של נאשם שבחר להעיד פוגע בזכותו למשפט פלילי הוגן. ההליך המשפטי נועד להעניק לנאשם הזדמנות לצאת זכאי, אל מול האשמת המדינה. מטרת הנאשם המעיד היא להציג את גרסתו, בתקווה שבדרך זו ישכנע או למצער יעורר ספק סביר. הנאשם אינו עד נוסף במשפט. הוא העד המרכזי, גם בהיותו צד להליך. יש לחבר בין עמידת הנאשם על זכותו להעיד לבין כללי המשפט הפלילי. למשל, נאשם אינו יכול לבחור להעיד בחקירה ראשית בלבד. אין בכוחו של הנאשם לבטל את עוצמתו של שלב החקירה הנגדית. לכן, העדפת הנאשם כי החקירה תהיה קצרה ולא ארוכה, או שתורכב משאלות קלות ולא מתעממות וקשות - איננה מן העניין. הראייה כאמור חייבת להיות מנקודת מבטו - כנאשם שעומד במשפט, שעלול להיות מורשע ולהיענש. לא במובן הצר והרגעי, אלא בראיה משפטית רחבה. יש להכיר בחיוניות ובמרכזיות החקירה הנגדית עבור הנאשם אשר בחר להעיד, ולאפשר לו להשתמש בכלי זה כדי להוכיח את חפותו או לעורר ספק סביר.

17. כאן הגענו ליסוד השני. הוא מגיע מנקודת המבט של התביעה. זו לא רק חוקרת את הנאשם - היא הגורם אשר דורש את הרשעתו, ובהתאם הענשתו. בשלבים שבין העמדת הנאשם לדין לבין מתן הכרעת הדין על ידי בית המשפט, התביעה לא רק שואלת שאלות, אלא גם מסכמת את הראיות לקראת עתירתה להרשעה. היא לא פועלת כגורם פרטי, אלא מייצגת את המדינה - על מעמדה הרם מול הפרט. בתור שכזו, מוטלות עליה לא רק זכויות, אלא אף, ואולי בעיקר, חובות.

לאמור, השמירה על הזכות של הנאשם להליך פלילי הוגן נשענת על שיקולים נוספים שאף הם חשובים מאוד. למשל, פערי הכוחות בין המדינה לבין היחיד, הוא הנאשם; וכן הצורך להבטיח כי התובע ייצג האינטרס הציבורי. מטרתו אינה זכיה במשפט, אלא הרשעת האשם, והוא בלבד, תוך עמידה על גילוי האמת. מלאכת התביעה חייבת להיעשות בהגינות רבה. כפי שהיטיב להסביר המלומד מ' קרמניצר:

"תפיסת תפקידו המעין שיפוטי של התובע אינה נובעת רק מכך שהוא מייצג את הציבור ואת המדינה, אלא, כאמור, גם מן הצורך לתגבר את הכוחות שהמשימה המוטלת עליהם היא חשיפת האמת. לציבור אין עניין בהרשעה כשלעצמה, אלא רק בהרשעת האשם. ויותר משהרשעת האשם חשובה לציבור שלא יורשע חף. זאת ועוד, לציבור יש עניין מובהק שמי שמייצג אותו יפעל בהגינות מוחלטת..." (מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך הפלילי" פלילים ה 173 (1996); וראו גם מאמרה של הנשיאה - מרים נאור "הפרקליט בשירות המדינה" משפטים כד 417 (1994)).

כנגזרת מתפקידה המתואר של התביעה, מוטלת עליה חובה עקרונית לערוך חקירה נגדית יסודית לנאשם. כללים דיוניים בעלי השלכות ראייתיות, לרבות ביחס לחקירה נגדית, חלים על הסניגוריה, קל וחומר על התביעה, ובן בנו של קל וחומר על התביעה ביחס לחקירה נגדית של הנאשם.

הזרקור מופנה אפוא לכך שהתביעה לא רק חוקרת את הנאשם נגדית, אלא עותרת להרשיעו. עתירה זו של התביעה בסוף המשפט, מחייבת התנהגות הוגנת במהלכו. לכך השלכה על היעדר חקירה נגדית של הנאשם בנושא מרכזי. אין זה מן ההגינות כי אי-חקירה נגדית תדור בכפיפה אחת עם בקשתה להרשיעו.

העניין מתקשר ליסוד הראשון - נקודת מבטו של הנאשם. החלטת האחרון למסור את גרסתו המלאה שזורה בחקירתו הנגדית על ידי התביעה. כמובן, אין חובה על התביעה לחקור את הנאשם נגדית בכל עבירה, גם אם היא מרכזית. רשאית היא להודיע כי היא לא מבקשת להרשיע את הנאשם באותה עבירה, לנוכח התמונה הראייתית למשל. הקושי נוצר כאשר התביעה נמנעת מלחקור את הנאשם נגדית - במילים אחרות להעניק לו הזדמנות מלאה להעיד - ובאותה נשימה מבקשת להרשיעו באותו עניין.

כאמור, היעדר חקירה נגדית של הנאשם אינו מתיישב עם זכות הנאשם למסור את גרסתו באופן מלא. התנהלות התביעה - גם אם אינה מכוונת - פוגעת בזכויות הנאשם. אפשר אף להתייחס לכך כהיווצרות של מעין מניעות. מעניין לציין את גישת המשפט האנגלי בהקשר זה. כפי שיובא בהמשך, עמדתו היא כי היעדר חקירה נגדית של עד מונע מהתביעה לעתור לדחות את גרסתו בשלב הסיכומים. בליבת גישה זו, מודגשת התפיסה כי המשפט מתנהל בין שני הצדדים, על פי זירת המחלוקת כפי שהוגדרה ביניהם - כיאה לגישה האדוורסרית. אינני קובע כי יש לצעוד בקצה בנידון. די באימוץ תפיסה זו ביחס לנאשם בהליך הפלילי. לאמור, ההגינות בה מחויבת התביעה עשויה למנוע ממנה לעתור להרשעת הנאשם בעבירה, שעקב מחדל התביעה לא נחקר לגביה בחקירה נגדית.

18. הדברים האמורים עשויים להתיישב גם עם דוקטרינת ההגנה מן הצדק - ולו במישור העיוני. הדוקטרינה נקלטה בשיטתנו המשפטית מזה למעלה מ-20 שנה. תחילה, הכתה שורש בפסיקה (ראו 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996); וכן ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005)). בהמשך, הדוקטרינה עוגנה בספר החוקים כטענה מקדמית, בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי. סעיף זה מתייחס למצב בו ניהול ההליך הפלילי עומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות. הכוונה בעיקר לניהול ההליך הפלילי על ידי התביעה.

לאורך השנים, דוקטרינת ההגנה מן הצדק הורחבה. כפי שתיארתי בעניין אחר: "השימוש בהגנה הפך לאלסטי וגמיש והוא עשוי לבוא לידי ביטוי בכל חלקי המשפט: לא רק בשלב המקדמי אלא גם בשלב הכרעת הדין; לא רק בשלב הכרעת הדין אלא אף בשלב גזר הדין" (ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל (1.3.2017), פסקה 44 לפסק דיני

(להלן: עניין גוטסדינר)). זוהי התפתחות מרשימה שמושפעת גם מכללים חוקתיים (ראו ישגב נקדימון הגנה מן הצדק פרק שמיני (מהדורה שנייה, 2009)). בעניין אגבריה, חברתי השופטת ד' ברק-ארז התייחסה בין היתר להיבטים הבאים של הדוקטרינה, שלטעמי רלוונטיים לענייננו: "יש להביא בחשבון [...] את טוהר ההליך הפלילי, את השאיפה להביא לפסילת מהלכים נפסדים של התביעה ולשמור על אמון הציבור בבית המשפט" (ע"פ 5975/14 אגבריה נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (31.12.2015)).

לצורך הכרעה בשאלה שבפנינו, ניתן ליישם, או למצער לשאוב השראה, מן הדוקטרינה של הגנה מן הצדק, באופן הבא: הגנה מן הצדק כשמה כן היא - בבסיסה קולו של הצדק, הדורש התאמת תוצאות המשפט באופן מלא או חלקי לקנה המידה שלו. במסגרת זו, ניתן להשקיף על היעדר חקירה נגדית של נאשם כסוג של השתק דיוני כלפי עתירת התביעה להרשיע את הנאשם, בנקודות שעומדות בליבת החסר. כפי שהנאשם אינו יכול למצות את זכותו להעיד במשפטו - כך התביעה אינה יכולה למצות את כוחה ולבקש להרשיע את הנאשם לגבי עבירה, משלא הציגה בפניו את הסתייגותה מגרסתו, בסוגיה מרכזית במשפט, במסגרת החקירה. אי מילוי תפקיד התביעה באופן זה, לצד דרישתה להרשיע אף על פי מחדלה - לא ראוי. דרך אפשרית זו של ראיית הדברים - קרי, מניעת קיומה של סתירה מהותית לעקרונות הצדק וההגינות בראי המשפט הפלילי - משלימה את הדיון, באמצעות הצבת דרישה של הגינות מהתובע כחלק מבחינת קיומו של הליך הוגן.

צא ולמד, כי לנוכח חשיבות החקירה הנגדית והשלכותיה על זכויות הנאשם - ההגינות הנדרשת מהתביעה מערערת, כיסוד עצמאי, את השילוב שבין היעדר חקירה נגדית של נאשם לבין עתירת התביעה להרשיעו.

19. היסוד השלישי - הספק הסביר. כזכור, היסוד הראשון הוא מנקודת מבטו של הנאשם. היסוד השני מגיע מנקודת מבטה של התביעה וחובת ההגינות המוטלת עליה. נראה טבעי אפוא כי היסוד השלישי משקף את נקודת המבט של המכריע את הדין - הוא השופט שיושב במשפט.

הדבר לא ייחשב תגלית אם יצוין כי מלאכת הבירור העובדתי קשה ביותר. נזכיר כי בשיטות משפטיות אחרות מלאכה זו מוטלת על גורם שאינו שופט מקצועי, למשל בשיטת המושבעים. ניתן להניח כי כל שיטה ויתרונותיה. לענייננו, או ליתר דיוק לשיטתנו, נזכיר את חובת ההנמקה המוטלת על השופט המכריע את הדין (ראו סעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי). הניסיון מלמד כי בית משפט אינו נוטה לקצר במתן נימוקיו, ובתיקים בהם מורשע נאשם בעבירה חמורה - ההנמקה עשויה להתרחב בהתאם. כך או כך, חובת ההנמקה מבטיחה כי בית המשפט יתחבט ויכנס לעובי הקורה ולעומק המחלוקת בין הצדדים. נדרש מהשופט לבחון ביסודיות רבה את העדים שהעידו לפניו - וביתר שאת את עדות הנאשם. לחם חוקו הוא בדיקת תשובות הנאשם לחקירת שתי וערב נוקבת של התביעה. זהו שלב חיוני לתהליך של בירור העובדות. הייתי מוסיף כי במצב בו נאשם בוחר להעיד ולהיחקר נגדית, זהו שלב שעשוי להאיר באור שונה את מסכת הראיות ולהשפיע על גורל ההכרעה. תיאור הדברים האמור מתחבר עם כלל הספק הסביר.

כפי שצוין לעיל, כלל הספק הסביר אינו עוד כלל ראייתי. ניתן לומר כי דרישת הנטל המכבידה בהשוואה למשפט האזרחי נועדה להגיע לחקר האמת. ואולם, האמת תאמר כי יותר משמטרת הכלל היא להגיע לאמת, המטרה היא להימנע מעשיית טעויות - דהיינו, הרשעת החף. יש להכיר בכך כי בסיומו של המשפט, אפילו אם קיימת נטייה להרשיע, על השופט לשאול האם יש ספק סביר שמונע אפשרות זו. החשש מטעויות עומד במלוא עוזו ביחס לעדות הנאשם. אין מנוס מכך, הואיל והאחרון כה מרכזי בהליך, והפגיעה הפוטנציאלית בו כה חמורה. זכותו למשפט פלילי הוגן כוללת כי

ישמע, אם יבחר זאת, טרם בית משפט יכריע את דינו. ישמע - פירושו קבלת הזדמנות מלאה ואמיתית להשמיע את סיפורו ולערער את תזת ההרשעה של התביעה.

יסוד הספק הסביר קשור כאמור לנקודת מבטו של בית המשפט. מקרה בו בית משפט קובע את אשמתו של נאשם למשל כבר אחרי פרשת התביעה, איננו תקין. כמובן, בית המשפט יכול להיות מודע לכך שראיות התביעה חזקות - ואף חזקות מאוד - אך עליו להיות קשוב לעדות הנאשם "בלב פתוח ובנפש חפצה" (יש להשוות ויש להבדיל מהשימוש הרגיל). בעדות זו טמון פוטנציאל לשכנע ולעורר ספק סביר. אין זה ראוי כי בית המשפט יעשה הערכה של הראיות בכלל ושל עדות הנאשם בפרט מבלי שהתקיימה חקירה נגדית. כפי שהובא לעיל, זהו כלי החפירה הטוב ביותר לשם חשיפת הרבדים הגלויים והנסתרים של האמת (פסקה 6 לעיל). במובן זה, ניתן להגביל את שיקול דעתו של בית המשפט. כפי שהשופט בערכאה המבררת אינו יכול לומר "שמעתי את עד המדינה, שהובטחה לו טובת הנאה, והשתכנעתי כי הוא דובר אמת אף אם אין לעדותו סיוע", כך אינו יכול לומר "עדי התביעה באיכות כה גבוהה, אין טעם או תועלת שאשמע את הנאשם בחקירת שתי וערב". זהו הספק שבהערכה אם יש ספק. בית המשפט אינו יכול להניח אפרוירית כי לא יתעורר ספק, מבלי שנשמעה עדות הנאשם במלואה, לרבות - ואף בעיקר - חקירתו הנגדית. נהפוך הוא, קיימת חזקת החפות.

מצב בו נאשם לא נחקר נגדית אינו רק חסר ראייתי, אלא פגיעה יסודית בזכותו של בעל דין להליך פלילי הוגן. התיבה האחרונה כוללת את האפשרות לעורר ספק סביר. ואילו באשר להיבט החוקתי של הספק הסביר כבר נפסק:

"החובה להוכיח אשמה פלילית של נאשם מעבר לספק סביר הינה דרישה בעלת אופי חוקתי. היא נגזרת מזכות היסוד של האדם לחופש, ולהגנה על חירותו האישית מפני מעצר ומאסר, ומפני פגיעה בכבודו ובשמו הטוב. חובת ההוכחה מעבר לספק סביר כאמור, משתלבת בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מכוחו נאסר לפגוע בגופו, בחייו ובכבודו של אדם באשר הוא אדם. אל ערך זה נמזגת, בין היתר, גם חזקת החפות, ממנה נגזר העיקרון כי אין להרשיע אדם כאשר נותר ספק סביר באשר לאשמתו (ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי, פד"י ד 504, 523-524, 528) (ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל, פסקה 43 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (25.1.2007))."

כלל הספק הסביר אף מחייב את בית המשפט לגשת למלאכת הברור באופן אחר. למשל במשפט האזרחי, בית משפט צריך להחליט איזה צד שכנע יותר, תוך הפעלת הכלל של המוציא מחברו עליו הראיה. הוא בוחן את המאזן. במשפט הפלילי, בית המשפט חייב להיכבד ולהיכנס לשיח הספק. נטל ההוכחה הרם מחייב את בית המשפט לתת דעתו לכך שישנם מקרים בהם לא ניתן להכריע לכאן או לכאן - הרשעה או זיכוי מוחלט. או אז, הספק הסביר תופס את הבכורה. מלאכה זו עדינה מטבעה. ברי כי עדות הנאשם עשויה לעורר ספק סביר. הנאשם ברוב רובם של המקרים הינו עד ראיה. הוא יודע אם ביצע את המעשה או לא.

20. לסיכום, הרובד העקרוני בהיעדר חקירה נגדית של הנאשם נשען על שלושה יסודות: זכות הנאשם להשמיע את קולו באופן מלא ואפקטיבי, תוך ויתור על זכות השתיקה; חובת ההגינות המוטלת על התביעה; וכלל הספק הסביר במשפט הפלילי. כל יסוד מתחבר עם נקודת מבט או זווית אחרת של הגורמים המעורבים במשפט - הנאשם, התביעה והשופט בהתאמה. זוויות אלה מעצימות זו את זו. הן מעידות על החומרה הייחודית של אי חקירה נגדית של הנאשם.

יושם אל לב, כי היבטים חוקתיים שזורים בכל אחד מהיסודות. ראשית, זכותו של הנאשם לשתוק או להעיד היא

רכיב חיוני בזכותו להליך הגון. כשם שהוא זכאי לשתוק ולא להפלייל את עצמו, כך הוא רשאי לדרוש להעיד, במובן המלא והשלם של המונח. בדרך זו, יקבל את יומו בהליך הפלילי. יחפוץ לדבר יעיד, יחפוץ לשתוק יימנע מכך. אך משבחר להעיד יש למצות את האפשרות עד תום. זהו חלק מכבודו וחירותו בהינתן ההשלכות האפשריות מהגשת כתב אישום נגדו. שנית, ההגינות המוטלת על התביעה במשפט הפלילי - ניזונה מהיותה המדינה. כוח התערבות כה דרמטי בחיי הפרט וזכויותיו - מכפיף אותה למסננת של המשפט החוקתי. דרישת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לפיה אין נוטלים או מגבילים את חירותו של אדם, מופנית כלפי המדינה, ובמיוחד כלפי רשויות התביעה המייצגות אותה במשפט הפלילי. דרישת ההגינות מהתביעה קשורה מיניה וביה לזכותו של הנאשם להליך פלילי הגון. נציגי המדינה כפופים לכללים ואמות מידה הקבועים מראש, כדי לוודא שהכוח של המשפט הפלילי יופעל בהגינות כלפי הפרט. זאת לא רק כדי להגן על היחיד, אלא על החברה כולה. זכותו של הנאשם כי בית משפט לא ידון באישום נגדו כאשר עומדת לו הגנה מן הצדק, אף היא חלק מהזכות להליך פלילי הגון (ראו ברק כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה, בעמ' 865 וההפניות שם). שלישית, כלל ההכרעה המיוחד למשפט הפלילי - הוכחת האשמה מעבר לכל ספק סביר, הוא "כלב שמירה" המגן על זכויות הנאשם ברובד החוקתי. מדובר ב"כלל יסוד במשפטנו, ואין בלתו. בבסיסו העקרונות החוקתיים בדבר כבוד האדם וחירותו בכלל, לרבות הגנה על חירותו האישית מפני מעצר ומאסר" (ע"פ 7450/01 אבו ליטאף נ' מדינת ישראל, פסקה 32 לפסק דינה של השופטת ד' ברלינר (31.7.2007); וכן ע"פ 7220/05 נימר נ' מדינת ישראל, פסקה 26 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (31.5.2007)). כאמור, חקירה נגדית של הנאשם - בהינתן כוחה של הראשונה ומעמדו הייחודי של האחרון - מהווה הזדמנות פז להוכיח את חפותו ולעורר ספק סביר. אין לפסוח על שימוש בכלי זה. זהו המענה הישיר של הנאשם לכתב האישום שהוגש נגדו על ידי המדינה. כך נובע מהעיקרון החוקתי.

טרם חידוד ההיבט המאחד בין שלושת היסודות, יצוין כי מבטו של כל יסוד רחב בפני עצמו, ובעל ממדים שונים. למשל, זכות השתיקה אינה מחלישה את הזכות של הנאשם להעיד, אלא מחזקת אותה. בחירת הנאשם להעיד מחייבת הן את התביעה והן את בית המשפט. ההגינות של התביעה חשובה לא רק ליחיד אלא לכלל. היא עוסקת לא רק בזכויות הפרט אלא בחובת השלטון שמפעיל את כוחו באופן שעשוי להביא לשלילת חירותו של הנאשם. אין זה אומר כי שימוש בכוח זה הינו פסול, אלא שיש להפעילו על פי כללים חוקתיים - אף הם לטובת החברה. כלל הספק הסביר ודיני הראיות נועדו להגביל את שיקול הדעת של בית המשפט ואף לעצבו במשפט הפלילי. הוא מהווה מורה דרך גם למלאכת התביעה ותמרור אזהרה מפני פגיעה בזכויות הנאשם.

המשותף לשלושת היסודות הוא כי לא ניתן להשאיר את נקודת המבט של המשפט החוקתי מחוץ לדיון. אף אם כללי העבודה מצויים בדין הפנים-פלילי - הפרשנות ודרך היישום יונקים את תוכנם מהמשפט החוקתי. כאן המשמעות של חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. דין זה מרחיב ומוסיף על מערך השיקולים שהובאו בפסיקה שקדמה לו. משכך, להשקפתי, צמצום הסוגיה של היעדר חקירה נגדית לרובד של חקר האמת מציג תמונה חלקית. מבחינת גילוי האמת, חלקו של הנאשם לא בהכרח גובר על כל עד תביעה אחר. ועדיין, מנקודת מבט של המשפט הפלילי, הפער בין הצדדים, נטל ההוכחה, זכויות הנאשם, חירותו וכבודו - הוא עולה על כולם. ההסתכלות על התפר שבין המשפט הפלילי והמשפט החוקתי מדגישה את המסקנה כי על בית המשפט לשמור על זכויות הנאשם להליך הגון. ניתן לומר, כי שלושת היסודות יונקים משורש אחד - זכותו של הנאשם לכבוד ולחירות, ממנה נגזרת הזכות להליך פלילי הגון, על בנותיה.

ו. הסעד - השלכות ההפרה

21. ניישם עתה את הדרך לבחינת הממד החוקתי בנושאנו ובמקורנו. מה המשמעות וההשלכות של היעדר חקירה

עמוד 21

צוין לעיל כי לא כל פגיעה בזכות להליך פלילי הוגן בהכרח מגיעה לפגיעה בכבוד האדם וחירותו. לדוגמא, זכות הנאשם להיות עד ראשון בפרשת ההגנה. כך נקבע בחוק סדר הדין הפלילי (סעיף 161(ג)), ולעניין זה רציונאליים ברורים שאין זה המקום להרחיב בהם. ונניח כי בית משפט, בשל שיקולים אלה ואחרים, מחליט - בניגוד לעמדת הסניגור - כי עד הגנה יעיד קודם. ייתכן מאוד שנוצרה פגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן. ברם, פגיעה זו אינה מגיעה בהכרח לכדי פגיעה חוקתית בכבוד האדם וחירותו.

הבחינה האם פגיעה היא בזכות או בזכות חוקתית, נגזרת, כאמור, ממבחן כפול: מהי הזכות הדיונית שנפגעה ובאיזו מידה הזכות נפגעה. באשר לאופי הזכות שנפגעה, הניתוח שהוצג לעיל ביחס לשלושת היסודות, לרבות המרכזיות של שלב החקירה הנגדית עבור נאשם במשפט הפלילי, מלמד כי הזכות הדיונית שנפגעה היא יסודית וממשית, ומצויה בגרעין הזכות להליך פלילי הוגן. כך, שבמובן העקרוני פגיעה בה עשויה לעלות לכדי פגיעה חוקתית. זאת בכפוף למבחן השני העוסק בעצמת הפגיעה בזכות. שוב נסתייע בדברים שהובאו לעיל. נדגיש כי היעדר כל חקירה נגדית בסוגיה מרכזית - ובענייננו למשל ביחס לאחד מיסודות עבירת השוד, רכיב הגניבה - מלמד על עצמתה הרבה. המסקנה היא כי עסקינן בפגיעה חוקתית.

22. מהו הסעד המתאים בהתקיים פגיעה - בעוצמה כזו - בזכות הנאשם להליך הוגן? אפשרות אחת היא כי בכל מקרה בו נאשם כלל לא נחקר נגדית ביחס לעבירה מסוימת, יש לזכותו ביחס לאותה עבירה. קבלת עמדה זו משמעותה כי הזכות למשפט הוגן בהקשר של היעדר חקירה נגדית - תהא בעלת משקל אבסולוטי. אין בכוונתי לקבוע כי המשקל מוחלט. הרי, עמדה מושרשת בשיטה כיום היא כי זכויות בכלל, וזכות הנאשם להליך הוגן בפרט, יחסיות המה. בנוסף, קשת התרחישים רחבה מאוד, והניסיון מלמד כי לא תמיד ניתן לצפות את כל הווריאציות העובדתיות. מן העבר האחר, אין לפתוח פתח רחב מדי לאי-תחולת הכלל. יש להימנע ממצב בו ניתן יהיה, לרוב, להתגבר על המחדל של היעדר החקירה הנגדית מנימוקים שלא נותנים מענה לפגיעה החוקתית.

לכן, הייתי קובע כלל וחריג לציודו. סיווגים אלה יקלו על בחינת משמעות הפגיעה. הכלל הוא כי הימנעות מחקירה נגדית של נאשם, בכלל או ביחס לעבירה מסוימת, מובילה באופן ישיר לקבלת עמדתו באותו נושא. כלל זה נותן ביטוי לפגיעה בזכות החוקתית להליך הוגן - הנשענת על שלושת היסודות שהוצגו לעיל - ולחיבור הראוי בין המשפט הפלילי לבין המשפט החוקתי. החריג יתקיים כאשר קיים הסבר המצדיק סטייה מהכלל. אולם, הסבר זה לא יכול את טענת התביעה כי היעדר החקירה נבע משכחה ללא כוונת זדון; ואף לא ניתן להסתפק בטענה או בקביעה לפיה מבחינה ראייתית ניתן לבסס את ההרשעה גם בהתעלם מעדות הנאשם, למשל בהסתמך על עדי התביעה. קבלת הסברים מעין אלה עלולה לרוקן בפועל את הכלל מתוכן. התוצאה תהיה שברוב רובם של המקרים התביעה תוכל להתנער מחובתה, ובית המשפט לא ייחס להיעדר החקירה הנגדית את המשקל הראוי.

אלא, החריג יתקיים במצב בו ניתן מענה אמיתי לפגיעה בזכות הנאשם למשפט הוגן מנקודת מבטו - באופן שיכולתו של הנאשם להתגונן במשפט ולהשמיע את קולו בסוגיה שלגביה לא נחקר לא נפגעה. זה הוא השיח הרלוונטי, וההסבר צריך להתייחס לכך. לא "התובע שכח"; לא "בית המשפט התרשם בצורה כה חיובית מעד תביעה באופן שעדות הנאשם לא יכולה הייתה להשפיע" - אלא כי זכותו של הנאשם כאמור לא נפגעה. הכרה בחריג מעין זה, מותרת שיקול

דעת מסוים לבית המשפט. באופן זה, תמנע הפיכת הכלל למוחלט, תוך יישומו בכל מקרה ומקרה, אך בד ובד יוכל הוא לצעוד ולהתקיים, תוך רגישות להיבטים החוקתיים של הסוגיה ולערכי היסוד של השיטה. הנטל לקיומו של החריג מוטל על התביעה. בהקשר זה, של שכנוע בדבר קיומו של חריג - אין היא יוצאת ידי חובתה על ידי התייחסות לגרסת ההגנה בלבד. דהיינו, אין די בטענה כי לנוכח גרסת ההגנה, אין בהיעדר חקירה נגדית בסוגיה הרלוונטית כדי לגרום נזק להגנת הנאשם. היישום של הכלל והחריג יובא בהמשך, ביחס לדין במקרנו.

23. נכון להדגיש כי מלכתחילה הכלל יחול רק כאשר לא נערכה כלל חקירה נגדית בסוגיה מרכזית, כפי שתוגדר מיד. או אז, מתקיימת פגיעה חוקתית. לעומת זאת, היה ונערכה חקירה נגדית ביחס לאותה סוגיה מרכזית, ואפילו תהיה החקירה מצומצמת, עצמת הפגיעה בנאשם לא תעלה לכדי פגיעה חוקתית. לכן, הכלל לא יחול - ושאלת אופי החקירה הופכת לעניין שבמשקל שיעניק בית המשפט לסוגיה, על פי שיקול הדעת הרחב המוענק לו כערכאה מבררת בפלילים ובהתחשב במכלול הראיות.

שיקול הדעת השיפוטי כולל - אף בהיעדר הממד החוקתי - התייחסותו של בית המשפט לגרסת הנאשם, לשאלות שנשאל ולשאלות שלא נשאל. זהו שיקול הדעת המוכר והרגיל המוענק לבית המשפט הקובע ממצאים עובדתיים ומשפטיים. עם זאת, חקירה מצומצמת לא תפעיל את הסעד החוקתי של קבלת גרסת הנאשם בנושא בו לא נחקר נגדית. ודוק, ולמניעת אי-הבנה, אין באמור לגרוע מהמשמעות המקובלת כאשר התביעה לא חוקרת נאשם בסוגיה עובדתית מסוימת, שאינה מרכזית כהגדרה בהמשך. אם הפגיעה חוקתית - יש כלל של קבלת גרסת הנאשם, כאמור. ואולם, אם נאשם לא נחקר בנקודה מסוימת, שאינה מרכזית - יש לכך משקל והשלכה בהתאם לנסיבות העניין, הפסיקה הנוהגת, מכלול הראיות ושיקול דעתו של בית המשפט (וראו פסקה 13 לעיל וההפניות שם).

נזכיר שוב את מבחן השאלה שהובא לעיל. דהיינו, הכלל לא יחול כאשר יושמעו טענות לפיהן החקירה מוגבלת, לא ממצה, היה ראוי לשאול שאלות נוספות וכדומה. יוצא, כי הכלל יחול רק במקרה קיצון - כאשר לא נערכה כלל חקירה נגדית בסוגיה מרכזית, תוך התייחסות לעיקרי המחלוקות בין הצדדים ביחס לסוגיה. ויוער שוב כי, ככלל התביעה נוהגת מכוח תפקידה באופן שלא מעורר צורך להפעיל את הכלל האמור, ומבלי שנוצרת פגיעה בעוצמה רבה בזכות הנאשם למשפט הוגן בשל אופן החקירה הנגדית. כך ראוי.

24. ברוח זו, יש להגדיר מה היא סוגיה מרכזית שאי קיום חקירה נגדית לגביה, עולה כדי פגיעה בזכות חוקתית ומביא להפעלת הכלל. סוגיה כזו יש להגדיר כך: סוגיה מרכזית וחיונית להרשעה, בהינתן מרכיבי סעיף העבירה, ותוך התייחסות לעיקרי המחלוקת בין הצדדים (להלן: סוגיה מרכזית). כמובן, ההגנה רשאית לצמצם את המחלוקת בין הצדדים - ובהתאם את היקף החקירה הנגדית הנדרשת. סוגיה מרכזית לצורך הפעלת המנגנון החוקתי, אין פירושה כל מחלוקת עובדתית בין הצדדים, והיא אינה יוצרת בהקשר זה חובה לחקור את הנאשם ביחס לשלל הגרסאות שהוא העלה בחקירה במשטרה ובבית המשפט. יש משמעות למקומה של הסוגיה לשם ההרשעה ולמרכיבי סעיף העבירה הרלוונטי. לאמור, רק סוגיה העומדת בליבת ההרשעה בעבירה, על מרכיביה.

נדמה כי הגדרת המונח "סוגיה מרכזית" קשורה בקשר אמיץ לעתירת התביעה להרשיע את הנאשם בעבירות המנויות בכתב האישום. עתירה להרשיע בעבירה זו או אחרת - ללא חקירה נגדית לצידה ביחס לעיקרי המחלוקת - יוצרת פגיעה חמורה בזכות הנאשם למשפט הוגן. הסיבה לכך קשורה לתפקיד התביעה. ככל שברצונה לדרוש מבית משפט להרשיע נאשם בעבירה מסוימת - עליה לערוך חקירה נגדית אודות אותה עבירה. הגזרה הרלוונטית היא

העבירות בהן עותרת התביעה להרשיע. כידוע, הנטל להוכחת האשמה מוטל על שכמיה של התביעה מראש הראשים ועד סוף הסופים.

תוצג דוגמא על מנת להמחיש את דרך היישום של הכלל שהוצג. למשל, נאשם מואשם בעבירת חטיפה לשם סחיטה ובעבירת מעשה מגונה. מדובר באירוע אחד מבחינת זמן, במובן זה שהחטיפה בוצעה כדי לסחוט כסף מהמשפחה, והמעשה המגונה בוצע במהלך החטיפה. היה והנאשם מכחיש את ביצוע העבירות - יש לחקור את הנאשם לגבי כל אחת מהן. כך גם במקרה בו הנאשם מכחיש שכלל היה במקום ומעורב במקרה. לא די בחקירה נגדית שנועדה להוכיח שהנאשם היה במקום בניגוד לטענתו. אף לא די בחקירה נגדית בדבר נוכחותו במקום ומספר שאלות בדבר ביצוע עבירת החטיפה לשם סחיטה. על התביעה להטיח בפני הנאשם שאלות הן בדבר ההאשמה כי הוא היה במקום, הן ביחס לעבירת החטיפה לשם סחיטה - והן ביחס לעבירת המין. הסיבה לכך, נסובה סביב ההנחה שבסיום המשפט התביעה לא תבקש לקבוע רק כי הנאשם היה במקום או ביצע רק עבירת חטיפה לשם סחיטה - אלא אף כי ביצע את עבירת המין. ושוב, מבחן השאלה. אין ואף לא ניתן לקבוע כמה שאלות יש לשאול ביחס לביצוע עבירת המין, או אילו שאלות יש לשאול. כפי שצוין לעיל, חקירה נגדית היא מלאכת מחשבת, תהליך גמיש ומתפתח - התלוי גם בסגנון השואל ותשובות העונה.

לסיכום, היעדר חקירה נגדית של נאשם עשויה לפגוע בזכותו החוקתית למשפט פלילי הוגן. כך כאשר לא נערכת חקירה נגדית כלל, או בסוגיה מרכזית כפי שהוגדרה. סוגיה מרכזית כוללת, למשל, אי חקירת ביצוע רכיב עבירה, שמהווה עבירה בפני עצמו. כך בענייננו, הנאשם אמנם נחקר אודות האלימות, כחלק מעבירת התקיפה, אך לא נחקר ביחס לרכיב הגניבה שהוא תנאי לעבירת השוד בה הורשע - אף שרכיב זה שנוי במחלוקת. כשמתקיימת פגיעה כזו, הכלל הוא כי לא ניתן לקבל את גרסת התביעה בנוגע לעבירות שלגביהן הנאשם לא נחקר. קיומו של חריג לכלל, לא ייבחן מנקודת המבט של הסיבה למחדל התביעה, ואף אין די בכך שבית המשפט התרשם בעוצמה כזו מעדי התביעה כך שסבר שאין נפקות להיעדר החקירה הנגדית. על מנת להפעיל את החריג, שיאפשר קבלת עתירת התביעה להרשעת הנאשם, תיבחן הפגיעה בהליך ההגנה מנקודת מבטו של הנאשם. נטל השכנוע בעניין זה מוטל על התביעה.

ז. משפט משווה

25. הפנייה למשפט המשווה עשויה לתמוך בגישה הכללית שהוצגה. דהיינו, יש משמעות - ואף משמעות רבה - להיעדר חקירה נגדית של בעל דין בכלל ושל נאשם בפרט. במהלך המסע, יושם אל לב לכך שבשיטות המשפט ניתן ביטוי לשלושת היסודות שהוצגו - זכות הנאשם להעיד כצד השני של זכותו לשתוק; חובת ההגנות של התביעה; וכלל הספק הסביר. נזכיר כי בעוד היסוד הראשון הוא מנקודת מבטו של הנאשם, היסוד השני בא מכיוון התביעה, והיסוד השלישי חשוב בעיקר לגורם המכריע - הוא השופט בשיטתו. עיון במשפט המשווה ישכילנו שליסודות אלה מעמד מוצק גם בשיטות משפט דומות.

התפיסה המשפטית בארצות הברית היא כי לנאשם זכות להעיד במשפטו. זכות זו מעוגנת בתיקונים 5, 6 ו-14 לחוקה האמריקאית, ומוכרת כחיונית להליך הוגן בשיטה האדוורסרית. כפי שנכתב:

The right to testify on one's own behalf at a criminal trial has sources in several provisions of the“
עמוד 24

Constitution. It is one of the rights that 'are essential to due process of law in a fair adversary process.' *Faretta v. California*, 422 U.S. 806, 819, n. 15 (1975)"(*Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44, 51 (1987)).

הגישה היא כי הזכות להעיד היא חלק מהענקת הזדמנות לנאשם להישמע במסגרת הגנתו, וחלק מזכותו לקבל יומו במשפט: "333 re Oliver" (an opportunity to be heard in his defense -- a right to his day in court" (U.S. 257, 273 (1948)).

זכות הנאשם להעיד כוללת את חובת התביעה לחקור אותו נגדית. נפסק כי היושרה של ההליך האדוורסרי (*Taylor v. Illinois*, 484 U.S. 400, ("The integrity of the adversary process") תלויה בחובה זו של התביעה (1988) 415)). בהתאם, הדרך לערער את מהימנות הנאשם היא על ידי חקירה נגדית ולא על ידי העלאת טענות בסיכומים בלבד. דרך אחרונה זו לערער על מהימנות הנאשם אינה הוגנת מעיקרה, שכן היא אינה מאפשרת לנאשם להסביר. כפי שנכתב: "this method of impeaching the defendant's credibility was fundamentally unfair... [as it]... precluded the defendant from offering any explanation" (*People v. Spinelli*, 631 (N.Y.S. 2d 863, 868 (N.Y. App. Div. 2d Dep't 1995)). בהקשר זה יוזכר כי השיטה האמריקאית טומנת בחובה את האפשרות לפיה חבר המושבעים הוא שיקבע את העובדות.

במשפט האנגלי, כבר בסוף המאה ה-19 נפסק כלל לפיו יש לחקור עד בחקירה נגדית באשר לאותם חלקים בעדותו שנטען כי הם אינם אמת - וזהו כלל חשוב ומבוסס (H.L. *Browne v Dunn* (1894) 6 R 67, (להלן: עניין *Browne*)). פסק דין זה מוזכר ומיושם בשיטות משפט מקובל עד לימינו. צד חייב לאתגר את העד בחקירה נגדית אם אותו צד מעוניין שעדותו לא תתקבל:

the rule in *Browne v Dunn*, as widely accepted in common law jurisdictions, is that a party is "required to challenge in cross-examination the evidence of a witness if he wishes to submit that "the evidence should not be accepted

(*The Financial Services Authority v Asset L.I. Inc.* [2013] EWHC 178 (Ch

בעניין *Browne*, נפסק כי כאשר העד נמצא על דוכן העדים, חובה להעניק לו הזדמנות לתת הסבר, לא רק כעניין של נוהג מקצועי, אלא כחלק ממשחק הוגן והתמודדות הוגנת מול העד בפרט:

if you intended to impeach a witness you are bound, whilst he is in the box, to give him an... "opportunity of making any explanation which is open to him; and, as it seems to me, that is not only a rule of professional practice in the conduct of a case, but is essential to fair play and fair "dealing with witnesses

בספרם של Adrian Keane ו-2013) *The Modern Law Of Evidence* (Paul Mckeown), הוסבר כי צד

שלא חוקר נגדית ביחס לסוגיה עליה הוא חולק, לא יהא בן חורין להזמין את חבר המושבעים או השופט שלא לקבל את גרסת העד בנקודה זו (עמודים 203-204, וראו הדוגמא שהובאה מהמשפט הפלילי: R v. Cannan [1998] Crim LR 284). התפיסה היא כי העדר חקירה נגדית בנקודה מסוימת כמוהו כהסכמה - "imply acceptance of the Where the court evidence in chief is to be asked to disbelieve a witness, the witness should be cross-examined; and failure to cross-examine a witness on some material part of his evidence or at all, may be treated as an acceptance of the truth of that part or the whole part of his evidence" (Markem v Zipher [2005] EWCA Civ 267).

הדין האוסטרלי, אף הוא צועד בעקבות המשפט האנגלי. בעניין Allied Pastoral Holdings v. Federal Commissioner of Taxation (1983) 44 ALR 607, יש התייחסות לחשיבות של הליך החקירה הנגדית עבור השופט, אשר מחובתו לקבוע את העובדות. הובא שם פסק הדין האוסטרלי בעניין Reid v. Kerr, (1974) 9 SASR 367, בו נקבע:

"a judge... is entitled to have presented to him... issues of facts that are well and truly joined on ... the evidence; there is nothing more frustrating to a tribunal of fact than to be presented with two important bodies of evidence which are inherently opposed in substance but which, because of Browne v Dunn has not been observed, have not been brought into direct opposition, and serenely pass one another by like two trains in the night."

דהיינו: שופט רשאי כי יוצגו בפניו סוגיות עובדתיות שמעוגנות היטב בשדה הראיות. אין דבר יותר מתסכל עבור קובעי העובדות מאשר להיחשף לשני מארגי ראיות הסותרים זה את זה מהותית, אך לנוכח היעדר חקירה נגדית - כפי שניתן ללמוד מעניין Browne - לא עומתו זה עם זה, וחולפים בשלווה האחד על פני השני, כשתי רכבות בלילה.

המשותף לסקירת המשפט המשווה הוא כי כתנאי לבקשה לדחות גרסה, יש ליתן לצד שכנגד אפשרות להתמודד ולסתור. סיכומים משמע לסכם את הראיות והטענות, ולא לחדש בדבר סתירות שהצד שכנגד לא קיבל הזדמנות לשמוע אותן בזמן עדותו. ביסוד דרישה זו, הוגנות (fairness). השיטה האמריקאית הנשענת על החוקה, והמתמקדת בנאשם בהליך פלילי - מכירה בכך שזכות השתיקה כוללת הזכות שלא לשתוק. הזכות לדבר ולהעיד, והזכות של נאשם לעמת את עדי התביעה (תיקונים 5, 6 ו-14 לחוקה). מעניין כי המשפט האנגלי, כדרכו, אינו מתבסס על חוקה. ברם, דווקא שיטה זו, על ידי הצגת כלל פורמלי מכוח עניין Browne לפני 125 שנה, במובן מסוים מקפידה יותר, וככלל אינה מאפשרת להציג בסיכומים גרסה שלא עברה את כור ההיתוך של החקירה הנגדית. עמדת המשפט האנגלי נובעת מהכרה בשיטה האדוורסרית במסגרתה הצדדים מגדירים את הפלוגתאות ביניהם. אין תמה כי הכללים חלים הן במשפט הפלילי והן במשפט האזרחי. דעתי היא הדברים נכונים בכמות ואיכות אחרת במשפט הפלילי בשל המאפיינים הייחודיים כפי שפורטו לעיל.

כמובן, לא באתי לפסוק על פי המשפט הזר, אך יש בדברים כדי לתמוך בגישה, ולו בהיבט האנליטי. עם כל ההבדלים בין השיטות השונות, ובין אלה לבין שלנו, המסורת ופרי הניסיון מניהול משפטים, מצביעים על תועלת בבחינה ההשוואתית. בראייה כוללת, על השיטה הישראלית - אשר להשקפתי מכירה בחיוניות החקירה הנגדית של נאשם בהליך

הפלילי - לגזור את ההשלכות הראויות מהמפגש בין זכויות היסוד של הנאשם במשפט הפלילי לבין הרובד החוקתי שלהן. כפי שיוסבר, מקרנו עומד בקצה, כאשר המערער לא נחקר נגדית ביחס לאחד מיסודות עבירת השוד, זו העבירה החמורה יותר בה הואשם.

ח. המשפט העברי

26. אף את קולו של המשפט העברי יש לשמוע. אמנם בהאזנה ראשונה אפשר להקשות ולומר: "מה לשיטה משפטית זו, שבדינה הפלילי נאשמים אינם מיוצגים, ולסוגיה שלפנינו - השלכות העדר חקירה נגדית של נאשם על ידי התובע בסוגיה מרכזית?". לכך אשיב כי תרומתה בהעמקת היסוד השלישי שהובא לעיל - הספק הסביר, הנבחן מנקודת המבט של בית המשפט. כפי שנראה, סדרי הדין של המשפט הפלילי העברי ייחודיים הם. קיימת רגישות מפליגה - עד כדי סוג של העדפה מוסדית - לתוצאה של זיכוי הנאשם. בתרגום ללשון ימינו, גישה כזו מחזקת את הראייה החוקתית, המניחה במרכז את הנאשם ואת זכויותיו.

הערה מקדמית אחת. המשפט הפלילי התלמודי, בדומה לשיטות משפט אחרות עד ימינו אנו, הכיר בתוצאה של הטלת עונש מוות בגין ביצוע עבירות פליליות דוגמת רצח. אם כי לשם הדיוק - וזהו חלק מהעניין - קיימת מחלוקת בין חכמי התלמוד בדבר עונש המוות. רבי עקיבא ורבי טרפון טוענים כי לו היו יושבים בסנהדרין, לא היה מורשע אדם לעולם בעבירה שדינה מוות. חכמים אחרים מפרשים כי ניתן להגיע לתוצאה כזו, למשל, באמצעות העלאת ספק ביחס לקיומו של קשר סיבתי בין מות הקרבן ומעשיו של הנאשם, שמא הקרבן מת בגין סיבה פנימית כלשהי ולא בגין פגיעת הנאשם (בבלי, מכות ז, א). אשר לביצוע בפועל של עונש זה, הובאה עמדה בתלמוד לפיה בית דין שגוזר עונש מוות פעם בשבעים שנה נחשב לבין דין "חובלני" (שם). למטרתנו, וזה העיקר, הדין העברי התייחס בזהירות לענישה מכל סוג, והכללים שיוצגו רלוונטיים להבנת תפיסתו הרחבה של המשפט העברי הפלילי.

נעמוד על חמש נקודות העוסקות בתפקידו של בית הדין בהליך הפלילי העברי - זיכוי הנאשם.

א. תפקיד בית הדין - לזכות את הנאשם. כלל גדול קבוע במשפט הפלילי העברי, לפיו "עיקר תפקידו של בית הדין היה - לא לחייב את הנאשם אלא לזכות אותו" (רש"ר הירש - הרב שמשון רפאל הירש, מגדולי רבני גרמניה במאה ה-19, פירוש לספר ויקרא כד, יד). כך גם עמדת המהר"ל מפראג (הרב יהודה ליווא בן בצלאל, 1512-1609), אשר כתב כי תפקיד בית הדין הוא לזכות ולא לחייב (באר הגולה, באר השני ג ד"ה פרק קמא). כלל זה אינו לעניין נטל ההוכחה בלבד. מדובר בעמדה ערכית לגבי תפקידו של בית הדין. עמדה זו באה לידי ביטוי במספר ציוני דרך במהלך המשפט. נתרכז בשלב של הכרעת הדין על ידי בית הדין.

הרמב"ם, הנשר הגדול, פרש בהלכות סנהדרין שביד החזקה את כנפיו על הסוגיה. תחילה הדגיש את ההבדלים בין ההליך האזרחי לבין המשפט הפלילי. וכך כתב:

"מה בין דיני ממונות לדיני נפשות? [...] דיני ממונות פותחין בין לזכות בין לחובה, דיני נפשות פותחין לזכות, כמו שביארנו, ואין פותחין לחובה; דיני ממונות מטין על פי אחד בין לזכות בין לחובה, דיני נפשות מטין על פי אחד לזכות ועל פי שנים

לחובה; דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה, ודיני נפשות מחזירין לזכות ואין מחזירין לחובה, כמו שביארנו; דיני ממונות הכל ראויין ללמד זכות או חובה, בין הדיינים בין התלמידים, ודיני נפשות הכל מלמדין זכות, ואפילו התלמידים, ואין מלמד חובה אלא הדיינים; דיני ממונות הדיין המלמד חובה חוזר ומלמד זכות והמלמד זכות חוזר ומלמד חובה, דיני נפשות המלמד חובה חוזר ומלמד זכות, אבל המלמד זכות אינו יכול לחזור וללמד חובה, אלא בשעת גמר דין יש לו לחזור ולהמנות עם המחייבין, כמו שביארנו; דיני ממונות דנין ביום וגומרין בלילה, דיני נפשות דנין ביום וגומרין ביום; דיני ממונות גומרין בו ביום בין לזכות בין לחובה, דיני נפשות גומרין בו ביום לזכות וביום שלאחריו לחובה" (רמב"ם, משנה תורה, הלכות סנהדרין יא, א).

תשומת הלב להופעת המילה "זכות" שוב ושוב בהקשר של הדין הפלילי. לו היינו נדרשים לסכם במשפט תמציתי אחד את ייחודם של דיני הנפשות, ניתן היה לומר כי בדיני נפשות יש לנסות ולזכות, ואיך זיל גמור. זוהי ליבת המשפט הפלילי העברי - החובה ללמד זכות. זה, למשל, ההסבר לדברי הרמב"ם בדבר הצורך ברוב המיוחס של שני דיינים לפחות לשם הרשעה, לעומת רוב רגיל, של דיין אחד, הנדרש בדין האזרחי. כך מוסבר גם הדין לפיו אין להכריע את דינו של הנאשם בתוך יום, אלא חובה "ללון" על הכרעת הדין לפחות לילה אחד, בניסיון למצוא אפשרות לזיכוי. דוגמא נוספת שמזכיר הרמב"ם היא חוסר האפשרות של דיין שזיכה לחזור בו מעמדה זו במהלך הדיון. מגמת כלל זה להביא את הדין לידי בחינה מקסימלית של הראיות, בתקווה למצוא ראיות מזכות.

ב. דיני ראיות מחמירים. תפקיד בית הדין - זיכוי הנאשם - משתלב גם בסוגיית קשיי ההוכחה המאפיינים את ההליך הפלילי העברי. כפי שכתב הרב נפתלי הירש (גרמניה, המאה ה-19, בנו של רש"ר הירש), על פי הדין העברי האלה הוא שופט כל הארץ. הרב הירש מפנה בהקשר זה למזמור בספר תהילים, לפיו "אֱלֹהִים נִצַּב בְּעֵדַת אֵל, בְּקֶרֶב אֱלֹהִים יִשְׁפֹּט" (תהילים, פב, א). כך ניתן להבין את כל המגבלות המוטלות על בית דין הדין נפשות ביחס לדיני הראיות, שבאופן מעשי כמעט מאיינות את כוחו להרשיע את הנאשם (ראו Naphtali Hirsch, *Princip des Beweises und Beweisverfahrens im Criminalprozeß des jüd. Rechtes*, Jeschurun, 249, 249-258 (1866) (להלן: הירש, ישורון)).

כלל ראייתי אחד בדין הפלילי העברי שולל את ההסתמכות על ראיות נסיבתיות לשם הרשעה. כך, למשל, קובעים חכמי המשנה כי יש "לאיים" על עדים המעידים במשפט שיכול להוביל לעונש מוות. בין היתר, מתרים בהם כי אל להם להעיד מ"אומד" - על מה שלא ראו בעיניהם אלא הסיקו באופן נסיבתי (משנה, סנהדרין ד, ה). התלמוד הבבלי מדגים את כוחו של הכלל הראייתי באמצעות תרחיש המדבר בעד עצמו:

"כי צד מאומד אומר להן שמא כך ראיתם שרץ אחר חבירו לחורבה ורצתם אחריו ומצאתם סייף בידו ודמו מטפטף והרוג מפרפר אם כך ראיתם לא ראיתם כלום" (בבלי, סנהדרין לז, ב).

ודוק - הראיה הנסיבתית, חזקה ככל שתהא, נטולת משקל. הניסוח בולט בחריפותו: "לא ראיתם כלום" (לדין בכלל זה ובמשמעויותיו במשפט הישראלי ראו חוות דעתי בע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריאף (21.1.2015)). כלל ראייתי נוסף שמקשה על בית הדין להרשיע נאשם הוא הכלל בדבר אי-קבילות הודאת הנאשם. בלשון התלמוד, "אין אדם משים עצמו רשע" (בבלי, סנהדרין ט, ב). ההודאה נחשבת בעיני רבים ל"מלכת הראיות". מן המפורסמות הוא כי עשרות אחוזים מההרשעות בפלילים מבוססות על הודאת הנאשם. למרות זאת, באופן מפתיע נוטל הדין העברי את

הכתר מעל ראשה של ההודאה, ומגרשה מהיכלו של הדין הפלילי. עוצמתו של הכלל חזקה וגורפת. לנאשם אין זכות שתיקה אלא איסור על הפללה עצמית. גם אם ברצונו להעיד, עדות זו אינה קבילה ככל שיש ביכולתה ללמד על חובת הנאשם (ראו Aaron Kirschenbaum, Self Incrimination in Jewish Law (1970)). כוחו של בית הדין להרשיע פוחת אפוא באופן דרמטי (לדין בכלל זה בדין הישראלי ראו חוות דעתי בעניין וולקוב).

ג. הרשעה פה אחד - זיכוי. בהלכה יש דין שמעורר קושי גדול: "סנדרי [בית דין] שפתחו כולן בדיני נפשות תחילה, ואמרו כולן חייב - הרי זה פטור, עד שיהיו שם מקצת מזכין שיהפכו בזכותו, וירבו המחייבין" (רמב"ם, משנה תורה, הלכות סנהדרין ט, א). כיום, הכרעת דין שניתנת פה אחד מחזקת את תוקף ההרשעה. בחלק משיטות המשפט, למשל בארצות הברית, ניתן להרשיע בפני חבר מושבעים רק אם ההכרעה ניתנת בפה אחד. הכיצד ניתן להבין את עמדת הדין העברי, המעדיפה הרשעה המבוססת על דעת רוב ודעת מיעוט על פני הרשעה בפה אחד? המהר"ל מפראג מסביר כי בית דין שאף לא אחד מחבריו מצליח למצוא נקודת זכות לטובת הנאשם - אינו מסוגל למלא את תפקידו, לדון את הנאשם לזכות. כמובן, אין הכוונה לתוצאת הדין - זיכוי ולא הרשעה. הכוונה היא להליך המשפטי, שבו תפקיד בית הדין להפך ולהפך בכל אפשרות של זיכוי, ולו קלושה. המהר"ל מסביר שבמקרה שבו ראו כל הדיינים רק את חובת הנאשם, קיים חשש שהנסיין למצוא זכות לא מיצה את עצמו. אי-מיצוי אפשרות הזיכוי חותרת תחת תפקידו של בית הדין, ולכן הדין בטל ולא ניתן להרשיע את הנאשם (באר הגולה, שם. וכן ראו, Irene Merker Rosenberg, Yale L. Rosenberg, 90 Mich. L. Rev. 604 (1991)). לדין ביחס שבין הרשעה פה אחד להרשעה על פי רוב, ועמדות המעדיפות הכרעה בפה אחד על פני הכרעה ברוב דעות, ראו מיכאל ויגודה "הרשעה ברוב דעות או פה אחד" פרשת השבוע 312 (התשס"ח).

דוגמא מאלפת לשילוב בין הכלל לפיו יש לפתוח בזיכוי לבין החשיבה התלמודית נדונה על ידי חכמי ישראל. נשאלה השאלה מה קורה אם בבית דין הדין בדיני נפשות רואים כל הדיינים את חובת הנאשם בלבד, עד שמגיע תורו של הדין האחרון, הסבור גם הוא כי יש לחייב את הנאשם. אם יאמר את דעתו, נמצא בית הדין מחייב כולו והנאשם יצא פטור. אך אם יכריע הפוך מעמדתו, ויאמר כי יש לזכות את הנאשם - נמצא בית הדין מחייב בדעת רוב, והנאשם יצא חייב. כיצד על הדין לנהוג? נראית הגישה לפיה אסור לדין לבצע מניפולציה, ובמיוחד במצב שבו תכליתה היא להוביל להרשעת הנאשם. לכן חייב הדין האחרון לחייב את הנאשם, גם אם משמעות הדבר היא זיכוי (הרב חיים בן עטר, "אור החיים", המאה ה-18, מגדולי חכמי מרוקו, בפירושו על המקרא אור החיים, שמות כג, ב). ניתן להעלות דילמות נוספות מסוג זה, כגון מקרה שבו קיים רוב קטן לטובת הרשעה, ועל אב בית הדין להחליט האם להרחיב את ההרכב בנסיין לזכות את הנאשם (לדין נרחב בשאלות אלה בדין העברי ובמשפט הישראלי ראו מאמרו של השופט רפאל יעקבי "אחרי רבים להטות" פרשת השבוע 157 (התשס"ד)).

ד. סדרי דין מיוחדים שתכליתם זיכוי הנאשם. הדין הפלילי העברי קובע פרוצדורות מיוחדות בדיני נפשות. התכלית העוברת כחוט השני בסדרי דין מיוחדים אלה היא מגמתם לנסות ולמצוא זכות לטובת הנאשם. נציג מספר דינים מיוחדים שמבטאים את הכלל שתפקידו של בית הדין הוא לזכות.

ראשון, כלל לפיו יש לבצע את גזר הדין במקום מרוחק ממקום הכרעת הדין. תכלית הכלל היא לעכב את מועד ביצוע גזר הדין, בנסיין לחשוב בזמן העודף על אפשרויות חדשות לזיכוי הנאשם. מדובר בחריג לכלל הרגיל, לפיו יש לבצע את גזר הדין מיד בתום הכרעתו, והוא נובע מתפקידו של בית הדין - זיכוי הנאשם (ראו רש"ר הירש, פירוש לספר ויקרא, שם). חכמי המשנה הוסיפו והעצימו את תוקפו של הכלל: "אומר אחד יש ללמד עליו זכות [על הנאשם, לאחר שכבר נגזר דינו], הלה מניף בסודרין, והסוס רץ ומעמידן [מורים מיד לעצור את ביצוע גזר הדין ובוחנים את האפשרות

לזכות]. ואפילו הוא [הנאשם] אומר יש לי ללמד על עצמי זכות - מחזירין אותו. אפילו ארבע וחמש פעמים, ובלבד שיש ממש בדבריו" (בבלי, סנהדרין מב, ב). היינו, הנכונות להיאחז בכל אפשרות של זיכוי מקרינה מעבר לדיון עצמו, והיא מלווה את הנאשם גם לאחר שנגזר דינו, וכל עוד ניתן להחזיר את הגלגל לאחור (הירש, ישורון, שם).

שני, הדין לפיו לא ניתן להרשיע את הנאשם בתוך יום. על בית הדין מוטלת החובה לשהות לפחות לילה אחד בטרם הכרעה לחובת הנאשם (בבלי, סנהדרין לד, ב). גם כלל זה נובע מהתפקיד המזכה השמור לבית הדין. ההכרח "ללון" על התיק בטרם הרשעה נעוץ בצורך למצות כל אפשרות לזיכוי:

"ולפיכך צריך הלנת דין לבא אל הברור [יש ללון לילה אחד לפחות בטרם הכרעת הדין, על מנת שבירור הדין יהיה ראוי]. בפרט כאשר הוא דין נפשות, שאם יצא שום עוולה, אין להחזיר... וכאשר הדין עומד באדם וילין עמו הדין, לא שייך לומר שהיה ממהר לפסוק קודם שראוי, שהרי לן אצלו הדין [ה"לינה" על התיק בטרם הכרעת הדין מבטיחה שהדיינים לא ימהרו לפסוק יתר על המידה ויחמיצו אפשרות לזכות]... כי משפט מן בית דין של מטה הכל הוא לזכות... ומצד הזה צריך הלנת דין לעיין אחר זכות. וכאשר בית דין ראו כולם לחובה, אם כן כבר יש אצלם שהוא חייב, ולא מצי למיעבד ליה זכותא [זהו הדמיון בין הצורך ללון לבין הצורך בעמדת מיעוט מזכה - מיצוי האפשרות לזכות]" (מהר"ל מפראג, באר הגולה, שם).

הנה כי כן, ההליך המשפטי בבית הדין "הכל הוא לזכות". יש לנקוט כל אמצעי הדרוש על מנת להבטיח שבית הדין לא יפסח על אפשרות לזכות.

שלישי, דרכי ה"משא ומתן" בין הדיינים במהלך הדיון בהכרעת הדין. הכלל הרגיל, למשל בדיני ממונות, הוא שגם ה"תלמידים" היושבים לפני הדיינים יכולים להביע את עמדתם, לכאן או לכאן. לעומת זאת, בדיני נפשות רשאים התלמידים ללמד על הנאשם זכות, אך אין הם רשאים למצוא צדדים לחובתו: "אמר אחד מן התלמידים בדיני נפשות: יש לי ללמד עליו חובה - משתקין אותו. אמר: יש לי ללמד עליו זכות - מעלין אותו עמהם לסנהדרין" (רמב"ם, משנה תורה, הלכות סנהדרין י, ח). ואם טיעונו טובים - אותו תלמיד הופך לדיין. דין מיוחד וקשור הוא שמיעת הדיינים מן הקטן לגדול שבהם: "אין מתחילין בדיני נפשות מן הגדול, שמא יסמכו השאר על דעתו ולא יראו עצמם כדאין לחלוק עליו. אלא יאמר כל אחד דבר הנראה לו בדעתו" (שם, י, ו). כלל זה מייחד את דיני הנפשות, שכן מטרתו למצות עד הסוף את אפשרויות הזיכוי, ולמנוע מצב שבו דיין קטן נמנע מלהביע עמדה מזכה כדי לא לחלוק על דיין גדול ממנו.

ה. יסודיות החקירה. היחס לעדים מפלילים בדין העברי יוצא דופן. היו שתיארו את חקירת עדי התביעה על ידי בית הדין - כמזכירה את האופן בו חוקרים היום חשודים ונאשמים, ולא עדי תביעה: מנסים לאיים עליהם, לשבור את עדותם ולייגע אותם (אהרן קירשנבאום "והצילו העדה" - היבטים אחדים בסנגוריה הפלילית במשפט העברי" דיני ישראל כב 9 (התשס"ג) (להלן: קירשנבאום). להשקפתי, לכל הפחות ניתן לומר כי החקירה קפדנית, יסודית ונחרצת: "מצות עשה לדרוש העדים ולחקור אותן, ולהרבות בשאלתן. ומדקדקין עליהן, ומסיעין אותן מעניין לעניין בעת השאלה כדי שישתקו או יחזרו בהן, אם יש בעדותן דופי" (שם, הלכות עדות א, ד). המגמה בכל אלה היא להימנע ככל הניתן מהרשעת הנאשם: "בדיקתם הקפדנית של העדים, האימונים עליהם... מקשים על האפשרות להגיע לפסק דין מרשיע... ראייתן של הלכות אלו כמכלול, מעידה על מדיניות מופרזת של הגנת העבריין" (קירשנבאום, בעמ' 16). וכן ראו Max May, *Jewish Criminal Law and Legal Procedure*, 31 *Journal of Criminal Law and Criminology* 438, 445 (1940).

לסיכום חלק זה, המשפט העברי לא רק מחזק את מעמד הספק הסביר בדין הפלילי. הוא הופך אותו לדגל. מעבר לנימוקים שהובאו, מעניינת גישת רש"י לפיה מאחר שהנאשם עומד לפני עונש חמור, על הדיינים מוטל החובה להצילו - "והצילו העדה". תפקידו של בית הדין להציל את הנאשם מהעונש החמור שדווקא בכוחו להטיל (פירוש רש"י על התלמוד הבבלי, מכות ו, א). התכלית של מניעת הרשעת החף מפשע הופכת לחובה פוזיטיבית המוטלת על בית הדין. לא בכדי קבע הרמב"ם כי מוטב לזכות אלף חוטאים מאשר להרוג חף מפשע אחד (רמב"ם, ספר המצוות, מצוות לא תעשה, מצווה ר"צ). יפה הגדיר את הדברים המלומד קירשנבאום - דינים אלה הם בגדר "סנגוריה פלילית במשפט העברי". ויושם אל לב כי הסנגור כאן אינו עורך דין שמייצג את הנאשם בהליך. בית הדין עצמו ממלא את התפקיד.

ניתן לומר כי המשפט העברי מוביל את כלל הספק הסביר לרמה הגבוהה ביותר - מהמעשי אל הנשגב. וגם מבלי לאמץ את עקרונות המשפט העברי - שאף הם עברו תהפוכות במרוצת הדורות - אל לנו להסתכל על דברים אלה כאילו אנו מצויים במוזיאון של ההיסטוריה המשפטית. במדינה יהודית דמוקרטית יש לעניין חשיבות, לרבות הכרה בממד החוקתי של המשפט הפלילי. דווקא בשיטת המשפט הישראלית, בה לנאשם זכות להעיד, סוללת עמדת המשפט העברי את הדרך למסקנה בדבר חשיבות החקירה הנגדית בכלל, וביחס לסוגיות המרכזיות בפרט. הדין העברי דורש מבית המשפט לשקול היטב כל אפשרות זיכוי. דרישה זו, הנובעת מההכרה בספק ממחישה את הקושי בעדות נאשם ללא חקירה נגדית - עדות שטומנת בחובה חללים ראייתיים נסתרים, שבתוכם עשוי התרחיש המזכה להסתתר.

ט. מן הכלל אל הפרט - השלכותיה של היעדר החקירה בענייננו

27. נשוב עתה למשפט הישראלי בן ימינו, במאה ה-21. על פי הכלל שהוצג לעיל, היעדר חקירה נגדית בסוגיה מרכזית יוצר פגיעה בזכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן. בענייננו, פגיעה כזו קיימת. המערער הואשם, לצד ביצוע עבירות של אלימות וקשירת קשר - בעבירת שוד בנסיבות מחמירות. עבירה זו כוללת רכיב של אלימות ורכיב של גניבה, לצד נסיבות מחמירות של שימוש בסכין ובגז מדמיע, ועשיית המעשה בחבורה עם האחר. בהליך קמא, המערער לא נחקר נגדית בכלל ביחס לביצוע רכיב הגניבה. הכלל במצב בו נאשם לא נחקר נגדית בכלל ביחס לסוגיה מרכזית, כפי שכאן, הוא כי עתירת התביעה להרשיע בגניבה - אלמנט חיוני להרשעה בשוד - לא תתקבל.

נותרה השאלה, האם מתקיים החריג, דהיינו, המחדל לא פגע בזכותו של המערער להליך הוגן, מנקודת מבטו. בענייננו, ההכרעה בסוגיה קלה היא. כך משום שלא רק שלא הוכח שזכותו של הנאשם להליך הוגן לא נפגעה כתוצאה מהיעדר חקירתו - המבחן הקובע - אלא ההפך הוא הנכון. לאמור, בהתחשב בתשתית הראייתית הקיימת, ישנה אפשרות סבירה כי החקירה הנגדית הייתה מאפשרת למערער לעורר ספק סביר לגבי עבירת השוד - ומכאן שזכותו להליך הוגן נפגעה.

נתחיל בהצגת העובדות הרלוונטיות שנקבעו. על פי עדויות שנשמעו בהליך קמא, המגובות בצילומים שנאספו ממצלמות אבטחה שפעלו בקרבת הזירה, המערער לא פעל במקום לבדו אלא ביחד עם אחר, שזהותו אינה ידועה. על אף שהמערער טוען שהיה במקום בגפו, בית המשפט המחוזי נחשף לראיות וקבע: "מהתרשמותי מצפייה בת/75 שהוצג גם באולם הדיונים, נראים שני האנשים נעים במהירות כשהם קרובים לזה לזה, יש ביניהם אינטראקציה במבטים ותנועות הגוף ושוכנעתי כי מדובר בצמד שנמלט ביחד מזירת האירוע ... סיכום ביניים - הנאשם ועוד אדם תקפו את המתלונן..." (עמ' 6-7 להכרעת הדין).

לצד קביעה זו, קבע בית המשפט המחוזי כי אירוע השוד כלל רק מספר מועט של פריטים: "מעדותו של המתלונן שאמינה עליו, שוכנעתי כי התוקפים גנבו שעון יד אותו הסירו מידו, מכשיר טלפון נייד שהחזיק בידו, ארנק ובו מסמכים שונים, מפתחות, תעודת זהות, רישיון נהיגה, תעודת עורך דין, כרטיס אשראי וסכום כסף שהיה בכיסיו אותם רוקנו התוקפים" (עמ' 10 להכרעת הדין). יוער כי אין מחלוקת כי בזירת האירוע היה מצוי תיקו האישי של המתלונן, שבתוכו סכום נכבד של עשרות אלפי שקלים - אשר לא נלקח. יוזכר כי המערער הודה בביצוע תקיפה לא חמורה של המתלונן, כחלק מהגנה עצמית, וטען כי לא נטל כל חפץ מהמקום.

בית המשפט המחוזי, מוכן היה להניח לזכות המערער, כי הוא ושותפו לא הגיעו למקום במטרה לשדוד את המתלונן. לאמור, מסיבה שאינה ידועה, השניים קשרו קשר לתקוף את המתלונן, אך הראיות אינן מוכיחות תכנית מקדמית לשדוד אותו. כפי שקבע בית משפט קמא:

"אני מוכן להניח לזכות הנאשם כי הקשר שקשר עם האחר, היה לשם תקיפת המתלונן בלבד, ממניעים שלא הוכחו..." (עמ' 17 להכרעת הדין).

עם זאת, בפרט בהסתמך על גרסתו של המתלונן, לפיה נגנבו ממנו מספר פריטים, הגיע בית המשפט קמא למסקנה כי במהלך האירוע התבצע שוד:

"... אך שוכנעתי כי מיד כשנפגשו השניים עם המתלונן במשרדו, תאוות הבצע או המחשבות הפליליות שחלפו במוחם, הביאו אותם לביצוע שוד בנסיבות מחמירות" (שם).

28. לאחר עיון בחומר, סבורני כי הראיות על פניהן מצביעות על אפשרות סבירה ואף למעלה מכך כי זכותו של המערער להליך הוגן נפגעה. לאמור, אף הניתוח הראייתי מעיד על כך שבענייננו לא מתקיים החריג של אי-פגיעה בזכויות הנאשם. מסקנה זו נובעת מכך שלמשל, גם בהנחה כי השוד אכן התרחש, הראיות אינן שוללות את האפשרות שלא המערער ביצע את השוד אלא שותפו, ואפשר כי חקירה נגדית הייתה מאפשרת למערער לעורר ספק סביר בפועל. אם כך, ברור כי היעדר החקירה הנגדית יביא לזיכויו מעבירת השוד.

ודוק, עסקינן בבחינת קיומו של החריג לפגיעה בזכות להליך הוגן. בבחינת החריג, אין צורך לקבוע כי קיים ספק סביר ביחס לאשמת המערער בעבירת השוד. די בכך כי לא התקיימה חקירה נגדית בסוגיה מרכזית (הכלל), ולא הוכח כי זכותו של הנאשם להליך הוגן ואפשרותו להתגונן לא נפגעו (החריג).

עולה כי היעדר חקירה נגדית פגע ביומו של המערער ומנע ממנו את האפשרות לעורר ספק סביר ולהשפיע על האופן בו ניתח בית המשפט קמא את עדותו ואת מכלול הראיות. לביסוס עמדה זו, נפתח בהנחה, אשר נקבעה על ידי בית המשפט המחוזי, לפיה תכנית הגניבה - במובחן מהתקיפה - באה לעולם במהלך האירוע. עוד נזכיר כי עולה מהסרטון שצולם בסמוך לאחר האירוע כי המערער ברח מהמקום ביחד עם אחר. משכך, ובוודאי בהיעדר חקירה נגדית, לא ניתן לשלול את האפשרות כי עניין השוד היה פרי יוזמתו הבלעדית של האחר, השותף למעשה העבירה, בלי ידיעתו והסכמתו של המערער. סבורני כי חקירה נגדית עשויה הייתה לעורר ספק סביר אם אכן המערער גנב את הרכוש או לא

היה שותף לכך.

במובן זה, מקרנו כאמור אינו גבולי אלא ניצב בקצה. אין אנו נדרשים לשאול את השאלה - שהיא אמת המידה בחריג - האם התביעה עמדה בנטל להוכיח כי לא נפגעה זכותו של המערער. אלא, עולה בבירור כי אין להפעיל את החריג. ייתכן כי מתגובותיו של המערער לשאלות התביעה בחקירה הנגדית, בית המשפט היה מתרשם שהוא לא היה שותף לדבר השוד. אכן נכון, כי ייתכן גם שחקירה נגדית מיומנת הייתה חושפת את מודעותו ואת אחריותו לשוד. זהו כוחה של החקירה הנגדית - היא אינה מתוכננת ולא ניתן לצפות את התפתחותה. החקירה הנגדית דינאמית ומשולה ליצור חי. בהיעדר חקירה נגדית, לא ניתן לקבוע מה הייתה התוצאה לו היה המערער נחקר - כך שאין בחומר הראיות כדי לסלק את הספק הסביר.

ונדגיש: המעיין בפרוטוקול יגלה כי המערער לא נחקר נגדית על עבירת השוד, ולו בשאלות מועטות. החסר בולט, בפרט לנוכח העובדה כי במסגרת החקירה הראשית הוא הרחיק עצמו באופן ספציפי מעבירת השוד, באומרו: "אני דבר ראשון מסתכל על הסעיפים שמאשימים אותי בהם, אני לא שדדתי. אני אדם עובד, יש לי סדר בחיים שלי" (עמ' 85 לפרוטוקול, 7.6.2015). יצוין שהמערער הכחיש בחקירתו הראשית, יותר מפעם אחת, את ביצוע הגניבה. אכן, נקבע כי נפגע העבירה לא רק הוכה אלא אף נפל קורבן לשוד. ברם, עקב המחדל, לא ניתן להעניק המשקל הנדרש לעדותו ולראיות השונות בעניין הגניבה. מצב זה איננו רצוי מלכתחילה, אבל הוא קיים בדיעבד. כאמור, ייתכן שאילו הייתה מתקיימת חקירה נגדית של המערער בסוגיה - התוצאה הייתה אחרת. אך יש להכריע את הדין על פי הדרך בה המשפט מתנהל, ולא בדרך בה יכול היה להתנהל.

ויובהר: לשם קביעה כי מתקיים החריג, וכי הגנת המערער לא נפגעה - אין לקבל את הטענה שהושמעה במהלך הדיון על ידי באת כוח המדינה, לפיה די בכך שהמערער הכחיש את ביצוע עבירת השוד במהלך עדותו. כפי שהובא לעיל, לא די בכך כדי שהמערער יקבל את יומו כנאשם בבית משפט. מטרת החקירה הנגדית היא לזקק את גרסתו - מהכחשה כללית - ולעמת אותה עם אותו גורם, הוא בא כוח המדינה, המבקש להרשיעו במעשה העבירה. רק כך יוכל בית המשפט להעניק המשקל הראוי לעדות המערער, לבחון את מהימנותו, ויתאפשר לו לספר את סיפורו באופן מלא, תוך הזדמנות כנה ואפקטיבית לשכנע. ויודגש, כי הנטל לשכנע כי לא נפגעה זכותו החוקתית להליך פלילי הוגן של המערער, רובץ לפתחה של התביעה.

התוצאה מכל האמור, כי יש לקבל את הערעור על הכרעת הדין, ולזכות את המערער מעבירת השוד בנסיבות חמורות, ולו מפאת הספק הסביר. יפה נהגה הסניגורית בכך שהתרכזה בטענה משפטית ראויה. יצוין כי הסניגורית העלתה את הטענה בדבר היעדר חקירה נגדית בסיכומיה בבית המשפט קמא. היא אף הוסיפה בטיעוניה בעל-פה בפנינו, כי לו התביעה הייתה מבקשת להעיד את הנאשם מחדש בעניין הגניבה - כנראה שבית המשפט היה נעתר לבקשה, ומדבריה ניתן להבין כי היא לא הייתה בהכרח מתנגדת. הדברים הובאו להשלמת התמונה בענייננו ומבלי להביע עמדה בסוגיה שלא נטענה בתיק זה.

29. נותרה בחינת הערעור על גזר הדין. המיקוד הוא בעונש המאסר בפועל בסך 60 חודשים. הסניגורית מסתייגת אף מחובת הפיצוי בסך 35,000 ש"ח. המערער הורשע בעבירות של קשירת קשר לפשע, חבלה חמורה בנסיבות מחמירות, איומים ושוד בנסיבות מחמירות. האם העונש - ובשלב זה נתמקד ברכיב המאסר בפועל - חמור יתר על

המידה? זאת במיוחד בהינתן עמדתי כי יש לזכות את המערער מעבירת השוד בנסיבות מחמירות.

המדינה טענה בפנינו כי אף אם המערער יזכה מעבירת השוד, לנוכח קולת העונש שגזר בית המשפט המחוזי, אין להקל בעונשו כלל. אין בידי לקבל עמדה זו. ניכר כי בית המשפט המחוזי התייחס לעבירת השוד בקביעת מתחם הענישה, וכי עבירה זו מהווה חלק מגובה העונש הכולל שנגזר על המערער. לצד האמור, איני סבור כי יש בזיכוי מעבירת השוד כדי להביא להפחתה משמעותית של העונש.

הטעם בדבר הוא כי לצד הזיכוי המוצע מעבירת השוד, נכון להביט על סיפור המעשה. הזיכוי מהשוד עניינו ביטול האחריות למעשה הגניבה, אך רכיב האלימות עומד במלוא חומרתו. בית המשפט המחוזי קבע כי המערער לא הכיר את המתלונן טרם המקרה. כפי שנקבע, המערער, יחד עם אחר, ארבו למתלונן בסמוך למשרדו בהיותם רעולי פנים ומצוידים בנשק קר בדמות סכין וגז מדמיע. בהגיע המתלונן למשרד ובפותחו את הדלת, השניים אחזו בו, הפילוהו, התיזו עליו גז מדמיע ובעטו בו בכל גופו. הם גררו אותו לחלק פנימי של המשרד, המשיכו להכותו בכל חלקי גופו ואיימו עליו בסכין כי ימות. משלא הצליחו לקשור אותו בחוט, הפשיטו אותו ממכנסיו, קרעו אותם וקשרו אותו באמצעותם. כתוצאה מהתקיפה, נגרמו למתלונן, בין היתר, שברים בצלעות, קונטוזיה ריאתית וחבלות בפנים, בראש, בצוואר ובחזה. התיאור קשה הוא, והגם שיש כאמור משקל לזיכוי מהעבירה החמורה של שוד בנסיבות מחמירות, הרי שמבחינת המתלונן, ניתן לומר כי לא זהו העיקר. לא בכדי קבע בית המשפט קמא כי התכנית של השניים הייתה לעבור עבירת תקיפה חמורה, ולגישתו עבירת הגניבה התגבשה במהלך האירוע. חובה על בית המשפט להגן על הציבור מאלימות קשה שמלווה בהשפלה והפחדה. יש להילחם נגד התופעה של "בריון כרע בעיניו יעשה".

להשלמת התמונה, יוער כי המערער בעל עבר פלילי, ואף נידון לעונשי מאסר בפועל, לרבות לתקופה של שנה, וכן תקופה של שישה חודשים בגין עבירה שבוצעה לאחר האירוע מושא הערעור. בית המשפט המחוזי העניק משקל לקולא לנסיבות האישיות של המערער. על פי מבחן המעשה והעושה, עולה כי בית המשפט המחוזי קבע את העונש בצורה ראויה, תוך איזון ושמירה על עיקרון ההלימה. כאמור, עקב השינוי בהכרעת הדין, יש מקום להקלה מסוימת - אך לא מעבר בכך - בחומרת עונש המאסר בפועל, והייתי מסתפק בתקופה של 51 חודשים. באשר לפיצוי, לנוכח מעשי המערער, אינני סבור כי יש מקום להתערב בשיעור שנקבע, אף מבלי שישוקלל רכיב הגניבה. אחרון, המאסרים המותנים כוללים תנאים לבל יעבור עבירות רכוש מסוג פשע או עוון. נדמה כי תנאים אלה הוטלו כתוצאה ישירה מהרשעת הנאשם בעבירת השוד, ולכן, על פי עיקרון ההלימה לא הייתי משאיר רכיבים אלה של העונש על כנו.

י. לאחר הדברים האלה

30. קראתי בעיון את חוות דעתה של חברתי, השופטת ברק-ארז. דומני כי ללא תגובה, עשויה להיווצר אי-הבנה בדבר עמדתי, ועל כן מצאתי לנכון להעיר כמה הערות. תנועתן תהא מהמעגלים החיצוניים אל ליבת המחלוקת.

ראשית - ונקודה זו אינה בליבה - יוקדשו מספר מילים נוספות לסוגיית החקירה הנגדית של נאשם את עדי התביעה. בעניין זה, אף חברתי הפנתה בחוות דעתה לעניין הולילנד (קלנר), לפסקה 17 לפסק דינו של חברי השופט ס' ג'ובראן, שהיה במיעוט ביחס לנאשם הרלוונטי, ולפסקה 57 לפסק דיני (ראו פסקה 14 לחוות דעתה). לדבריה, באותו עניין לא סטה בית משפט זה מההלכה לפיה זכות הנאשם לחקור נגדית את עדי התביעה אינה זוכה להגנה חוקתית, הגם שכשלעצמה הייתה מוכנה לנקוט בגישה מרחיבה יותר. בנקודה זו, מוצא אני מקום לחדד כי כבר בעניין הולילנד, הגם שלא הושלמה הדרך בנסיבות אותו מקרה, בחוות דעתי הונחה התשתית אל עבר הרחבת הפתח להכרה בזכות לחקירה נגדית כזכות חוקתית. אף שם, נכתבו הדברים על רקע ההתפתחויות החוקתיות והשפעתן על המשפט הפלילי. אביא מדבריי בפסקאות 57-58:

"בעניין דג'אני נקבע כי בישראל, הזכות לחקירה נגדית אינה מוכרת כזכות חוקתית, שכן "היא אינה מעוגנת באופן ספציפי בחוק יסוד, ולא פורשה כנמנית עם העניינים שהם חלק מכבוד האדם" (עמ' 280). קביעה זו התבססה על אמרתו של הנשיא א' ברק, שהובאה גם על ידי חברי, השופט ג'ובראן, לפיה "הזכות לחקירה נגדית אינה חלק מכבוד האדם" (אהרן ברק "כבוד האדם - הזכות לחקירה נגדית" הפרקליט מא 271, 285 (1993)). שאלה היא, האם ניתן להסיק על מעמדה הנורמטיבי של הזכות לחקירה נגדית מאמירה זו. הדברים נאמרו בסמוך לאחר חקיקת חוקי היסוד, ומאז עברנו התפתחויות חוקתיות רבות. באותה העת, אף לא היה ברור כי הזכות לשוויון היא נגזרת של כבוד האדם (ראו, למשל, בג"ץ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 204 (1998)), והרי כיום לא יהא חולק על כך כי הזכות לשוויון היא זכות בעלת מעמד חוקתי. למעלה מ-20 שנים חלפו מאז חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. המשפט אינו שוקט על שמריו. הוא מתעדכן ומתפתח בהתאם למציאות. זאת ועוד - בעשור האחרון, בית משפט זה נוטה יותר להכיר לא רק בזכויות יסוד אלא גם בזכויות-בת שלהן. ניתן לסבור כי הזכות לחקירה נגדית היא זכות-בת של הזכות להליך פלילי הוגן, שנגזרת מכבוד האדם (ראו: אהרן ברק כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה 865, 873-875 (2014)). בה בעת, אין לשכוח, כי גם בהינתן מסקנה הצובעת את הזכות לחקירה נגדית בפלילים בצבעים חוקתיים, היא אינה אבסולוטית - כגורלה של כל זכות חוקתית. כך או כך, במסגרת תיק זה, לא אסטה מהנפסק בעניין דג'אני, ברם יש להעניק את המשקל הראוי לכך שהזכות לחקירה נגדית הוכרה בפסיקה כזכות דיונית ראשונה במעלה".

נפנה, ולו בקצירת האומר, לעמדת המשפט האמריקאי בנדון, לנוכח הייחוד שבה. הזכות של נאשם לחקור נגדית מוכרת מפורשות כזכות חוקתית עצמאית... (ההדגשות הוספו).

מכל מקום, יובהר כי גם אם בסוגיה אחרת ומשיקה, לא הושלמה הדרך החוקתית, אלא אך הונחו היסודות, הרי שלטעמי מקרנו הוא ודאי מקרה מתאים שבו ראוי לצעוד צעד נוסף קדימה. במגרש הפלילי, אלומותיו של הרובד העקרוני לא תמיד מצליחות לפלס את דרכן ולבצבץ מבין צמרות יער העובדות. לדעתי, במקרה כשלנו, בו הרובד העקרוני בולט הוא וברור, נכון לאחוז בו, ולהניח לו להאיר את דרכנו לעבר הרכבת תצרך הזכות להליך הפלילי ההוגן.

31. ההערה השנייה, המצויה אף היא רק בהיקפו של המעגל, נוגעת ליחס שבין כללי קבילות לבין כללי משקל. בהקשר זה, אבקש להוסיף ולחדד כי בתיאוריה המשפטית ובפסיקה - אין דעה אחת ביחס לשאלה מהי מידת המעבר הרצויה, אם בכלל, מכללי קבילות לכללי משקל. קיימת גישה לפיה דווקא במשפט הפלילי, במובחן מהמשפט האזרחי, לנוכח הסיכון להרשעת החף המונח על הכף - על דיני הראיות לנהוג בזהירות יתרה. על זהירות זו למצוא את ביטויה לא רק בשאלת כמות הראיות, אלא אף ביחס לאיכותן, באמצעות עמידה על משמר הקבילות בסוגיות הרלוונטיות (להרחבה, ראו עמדתי, בדעת מיעוט, בע"פ 8704/09 באשה נ' מדינת ישראל פסקה 32 (11.11.2012)). כן ראו סקירת הזרמים השונים על-ידי חברי, השופט י' עמית, אשר לא הכריע ביניהם באותו עניין (שם, פסקאות 4-5 לפסק דינו); עוד אפנה להסתייגותו של המשנה לנשיאה א' ריבלין לפיה: "התנערות מכללי הקבילות מגמישה את שיקול הדעת של השופט עד

למחוזות רחוקים. יש להישמר מכך" (ע"א 8423/06 שדה נ' לוינזון, עמ' 13 (10.8.2010)); ולדברי המשנה לנשיא ש' לויין לפיהם: "איני שותף עקרונית לגישה המעבירה את הדגש בידיני הראיות בישראל מכללים פורמאליים של קבילות כללים גמישים של משקל [...] מטרתם של כללים פורמאליים שבדיני ראיות (ואני מסכים שאלה צריכים להיות ראויים) הוא להפחית את מידת ההסתברות שמא נפלה בממצאים טעות... " (ע"פ 7293/97 ז'אפר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 476, 460 (16.12.1998)).

מכל מקום, איני רואה עין בעין עם מסקנת חברתי לפיה סוגיית היעדר חקירה נגדית צריכה להיוותר בתחום המשקל ושיקול הדעת השיפוטי בלבד (פסקאות 16-17 לחוות דעתה). מכאן הִצָעתי לקבוע כלל וחרגי, שלדעתי מובילים לאיזון ראוי. הגמישות בו קיימת, אך מוגבלת. עמדתי היא כי ישנם עניינים - ועניינים נמנה ביניהם - שלא ראוי להם שיחוסוויגנו תחת כנפיה הדקות של שאלת המשקל לבדה. ברוב הכללי, יפים לכך דבריו של המלומד אלכס שטיין:

"השופט ברק עמד גם על מהלכה של "ההתפתחות ההיסטורית", אשר מוליך מ"דיני-קבילות" ל"דיני משקל" [...] "ההתפתחות ההיסטורית" [...] לא נגסה בערכי-יסוד של אותן שיטות המשפט ולא ביטלה עדיין את ערכי היסוד של אותן שיטות המשפט ולא ביטלה עדיין את הפיקוח השיפוטי על חקירות המשטרה ואת זכויות היסוד של נאשם, כמו הזכות לחקירה נגדית [...] אין תפיסה זו תובעת את הסרתן הכללית של חסינויות מפני סיכונים ואין היא מסמנת מעבר ממשטר של זכויות למשטר של אי-זכויות" (אלכס שטיין "סעיף 10א לפקודת הראיות ופירושיו" (בעמ' 350)).

32. הגענו לליבת המעגל. ההערה השלישית, נוגעת לשאלת היעדרה (או קיומה) של חקירה הנגדית בנסיבות עניינו הפרטני של המערער. יוער כי אף לאחר שקראתי את חוות דעתה הבהירה של חברתי, לא שוכנעתי כי בעניינינו סוגיית השוד התעוררה באופן הנדרש במסגרת החקירה הנגדית.

יצוין כי העובדה כי הנאשם לא נחקר בחקירת שתי וערב על ידי התביעה ביחס לעבירת השוד (רכיב הגניבה), היוותה נקודת-מוצא בפני בית המשפט המחוזי - הוא הערכאה המבררת השומעת את העדויות. כך עולה מהכרעת הדין, לרבות דברי המאשימה שהובאו במסגרתה, כך:

"בטרם אבחן את שאלת הקשר הסיבתי יש לדון בשאלה מהותית מקדמית שהעלתה הסנגורית ולפיה מאחר וב"כ המאשימה לא עימת את הנאשם בעת שנחקר נגדית עם שאלת השוד, הרי שגרסת הנאשם כי לא ביצע שוד הפכה לעובדה שאינה שנויה במחלוקת [...]

בתגובה השיב כך ב"כ המאשימה:

"לגבי זה שלא חידדתי בחקירה הנגדית את עניין השוד עצמו או מה הוא שדד. אני אומר נכון - אבל זה בא ממקום שהנאשם מהרגע הראשון אומר לא לקחתי כלום [...] אני לא מצאתי לנכון להתחיל לשאול שאלות בעניין של אתה הפעלת כוח בשביל לקחת כי ברור שגרסתו הפוכה לגרסת המתלונן" (ההדגשות הוספו, עמ' 13 להכרעת הדין).

בהינתן הנחת מוצא זו, שדומה כי ברובד הבסיסי לא הייתה שנויה במחלוקת, ניתח בית המשפט המחוזי את סוגיית היעדר חקירה נגדית מול מכלול הראיות:

"הכלל הוא כי כאשר בעל דין נמנע מחקירה נגדית של עד (הנאשם במקרה זה), ללא הסבר מניח את הדעת, ההנחה היא שהוא מסכים לדברי העד... אולם למרות החשיבות של החקירה הנגדית כמבחן לביטחון האמת, ההכרעה בסופו של יום היא בהתאם למכלול הראיות ולא רק על סמך משקלה של שאלה זו או אחרת שהייתה צריכה להישאל בנוסח זה או אחר [...] העדר חקירה נגדית מעמיקה בשאלת השוד, אינה הופכת את הנאשם לאמין ובסופו של יום הכרעת הדין נעשית לפי מה שהוכח בפניי ולכן אפנה לראיות בשאלת קיומו של קשר סיבתי בין הגניבה לבין מעשה האלימות" (ההדגשות הוספו, עמ' 14 להכרעת הדין).

יוער, כי אף בדיון שנערך בפנינו בערעור, באת-כוח המדינה לא התכחשה להנחה כי הנאשם לא נחקר בחקירתו הנגדית בעניין השוד באופן קונקרטי. למול האמור, הפנתה חברתי בעיקר לשתי נקודות מרכזיות בפרוטוקול החקירה הנגדית של הנאשם: הראשונה היא שאלה מטעם התובע, הנוגעת לגרסת המתלונן, שבמסגרתה הוזכר עניין השוד באופן אגבי (עמ' 96 לפרוטוקול); והשנייה, הכחשה של ביצוע השוד על ידי המערער עצמו, בתמצית, ומבלי שנשאל על כך (עמ' 97 לפרוטוקול; יושם אל לב, כי באופן אירוני, מדברי המערער שהובאו, דומה כי הוא עצמו מבקש להיחקר בקו-חקירה הנוגע לעניין הגניבה בעבירת השוד).

איני סבור כי יש בנקודות אלה כדי ללמד על התייחסות מספקת לעבירת השוד. כפי שנכתב, חקירה נגדית תקינה דורשת מיקוד ומיומנות. עליה להתייחס לעבירות בהן מבקשת התביעה להרשיע, תוך עמידה על עיקרי המחלוקת בין הצדדים. אכן, החקירה יכולה להיות תמציתית, אולם בכל מקרה היא נדרשת להיות ממצה. עליה לכלול, למצער, התייחסות גלויה ומפורשת לעבירה. דעתי היא ששאלה אגבית מעין זו שהוזכרה, אשר אינה נוגעת ישירות לעבירה - אינה קרובה לרף הנדרש. בהקשר זה יוזכר כי הנטל להוכחת האשמה מוטל על כתפיה של התביעה, על כל המשתמע מכך. בענייננו, התביעה מבקשת להרשיע את המערער בעבירה של שוד בנסיבות מחמירות, שלגביה הלכה למעשה לא נחקר. חוששני שנקיטת גישה המסתפקת באזכור אגבי או בהעלאת הסוגיה בחלקים אחרים במשפט, כאילו די בכך - עשויה לא רק שלא לקדם את מעמדה של החקירה הנגדית, אלא אף להצעידה לאחור. כאמור, ברגיל, אף התביעה מכירה בהיקף משימת החקירה המוטלת עליה. הניסיון השיפוטי מלמד כי היא אף נוהגת בהתאם בפועל. אין להסיגה מכך.

33. ועתה לעיקר של העיקר. ההערה הרביעית היא כי חשיבותה של חקירה נגדית עבור הנאשם חורגת ורחבה לאין שיעור מהיותה כלי "לחידוד" נקודות בקו ההגנה; או כלי בידי התביעה בניסיון לקעקע את גרסת הנאשם. כפי שנכתב, החקירה הנגדית עומדת לשיטתי בליבת יכולתו של הנאשם לספר את סיפורו, תוך מתן אפשרות לבית המשפט להתרשם ממהימנותו ומגרסתו. אחדד קמעה.

כאמור בחוות דעתי, איני מתעלם מכך שלנאשם הזדמנויות נוספות להשמיע את גרסתו במהלך המשפט, בפרט במהלך החקירה הראשית (ראו פסקה 15 לעיל). ואולם, כפי שנכתב בהרחבה, הניסיון השיפוטי מלמד כי דווקא החקירה הנגדית - בהיותה חוויה דינאמית - עשויה להוביל את הנאשם, ואת בית המשפט בעקבותיו, למחוזות מפתיעים. למשל, לעיתים, בית המשפט מתרשם לאו דווקא מהגרסה שמעלה הנאשם במהלך משפטו, אלא דווקא מעוצמת ההכחשה ביחס לעבירה זו או אחרת. התרשמות השופט אינה מתגבשת רק בזירת השכל, אלא גם בזירת הרגש. בבוא בית המשפט לבחון את ערכה של עדות שבעל-פה ואת מהימנות העדים - עליו לחדד אוזניו ולפתוח ליבו ל"אותות האמת" המתגלים במשך המשפט (סעיף 53 לפקודת הראיות). סבורני כי בליבת אפשרות הנאשם לשדר את אותות האמת, ובליבת אפשרות בית המשפט לזהותם ולעבדם - ניצבת החקירה הנגדית. גם לנוכח כך, עמדתי היא שמשבחר הנאשם להעיד במשפטו יש לאפשר לו למצות בחירה זו במלואה. החקירה הנגדית אינה רק עוד כלי המאוחסן בשולי ארגז הכלים העומד לנאשם. היא כלי כבד, שימושי ומרכזי, הממוקם בפתחו של הארגז. גם משכך, כפי שהורחב לעיל,

סבורני כי נטילתה מהנאשם פוגעת ביכולתו לשכנע בגרסתו, וכפועל יוצא - בזכותו להליך הוגן.

34. ההבהרה האחרונה, שאף היא יסודית ומרכזית, נוגעת לסוגיית הספק הסביר, הן באופן כללי והן בעניינינו הפרטני. כלל הוא כי כאשר עסקינן בראיות נסיבתיות, בחינת הספק הסביר אינה מוגבלת אך לגרסה שהעלה הנאשם. אלא, יש להראות כי המסקנה המרשיעה היא המסקנה ההגיונית היחידה, העולה על כל גרסה אחרת. הכלל הרלוונטי לעניינינו, הוא כי גם במקום בו קיימות ראיות ישירות, בית המשפט לא יימנע מבחינת טענות הגנה חלופיות אפשריות, אף אם לא הועלו על ידי הנאשם, אך זאת רק ככל שאלה סבירות ומוצאות אחיזה בחומר הראיות (ראו ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (10.11.2011), פסקאות 163-181 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור וההפניות שם. לעניין ראיות ישירות, ראו בעיקר ההפניות בפסקאות 172-174).

הכלל האחרון, הוא שעומד בבסיס ניתוחי את המקרה שלפנינו. נפנה לראיות ולעובדות. מהחומר עולה, כי על אף הכחשת המערער כי היה עמו אדם נוסף באירוע - הרי שצילומים ממצלמות אבטחה בקרבת הזירה כמו גם עדויות שנשמעו מלמדים כי הוא לא פעל במקום לבדו, אלא ביחד עם אדם נוסף שזהותו לא ידועה. כך קבע גם בית משפט קמא, אשר הסיק כי המערער כפי הנראה לא היה מוכן למסור את פרטי השותף בשל עקרונותיו. לכך יש להוסיף כי בית המשפט המחוזי מוכן היה להניח שהקשר שקשר המערער עם האחר היה לשם תקיפת המתלונן בלבד ממניעים שלא הוכחו. לאמור, לא הוכחה תכנית מקדמית לשדוד את המתלונן. נתון נוסף, הוא כי תיק ובו עשרות אלפי שקלים לא נגנב מהמקום אלא מספר פריטים כגון ארנק, טלפון ושעון.

בהצטבר האמור, עמדתי היא, כי הראיות אינן שוללות את האפשרות שבמהלך האירוע, לא המערער נטל את החפצים מהמקום אלא שותפו, בלי ידיעתו והסכמתו. לנוכח כך, קיימת ביתר שאת אפשרות כי התרשמותו של בית המשפט מחקירה נגדית של המערער בעניין השוד הייתה מטה את הכף, ונוטעת בקרב בית המשפט קמא ספק סביר ביחס למעורבותו בעבירת השוד. במקרנו, ספק זה מוצא כאמור עיגון בראיות ובעובדות, המקימות אפשרות - לפחות ברמת הספק הסביר - כי תרחיש אחר הוא שאירע. כך גם אם הנאשם לא בחר בקו הגנה זה. במובן זה, נפגעה אפשרותו של המערער להתגונן ולהוכיח את חפותו במשפט, ומכאן כי נפגעה זכותו להליך הוגן.

על מנת להעמיד דברים על דיוקם, כמובן שאיני סבור - ודאי לא כאפשרות סבירה - כי המערער היה בוחר לפתע במסגרת החקירה הנגדית בקו הגנה חלופי שאותו לא העלה עד לאותה נקודה, לפיו האחר נטל החפץ ולא הוא. המערער הכחיש כי פעל ביחד עם אחר. אלא, כפי שכתבתי, סבורני כי בנסיבות המקרה דנא, ולנוכח מכלול הראיות, ייתכן כי מתשובות המערער במענה לחקירה נגדית ישירה ומפורטת בעניין השוד (ואוסיף - אולי אף מעוצמת הכחשתו), היה מתעורר ספק סביר בקרב בית המשפט.

הדגשה אחרונה: כאמור, סבורני כי מקרנו עומד בקצה, במובן שקיימת אפשרות ממשית כי חקירה נגדית הייתה משפיעה על ניתוח קיומו של ספק סביר, לנוכח הראיות והעובדות שנקבעו. ואולם, יובהר כי קיומם של כלל וחריג מוסיפים לעמוד במישור העקרוני לא רק במקרים שאלה נסיבותיהם. העיקר הוא, שבעניינינו הפרטני, סבורני כי אף צעידה במישור בחינת מכלול הראיות, ואף בהיעדר הרובד העקרוני - מובילה לאותה נקודה, היא קיומו של ספק סביר.

35. סוף דבר, דעתי היא, וכך אציע לחבריי, כי יש להתערב בפסק הדין באופן הבא: המערער יזכה מחמת הספק מעבירת השוד בנסיבות מחמירות לפי סעיף 402(ב) וסעיף 29 לחוק העונשין; עונש המאסר בפועל יופחת לסך של 51 עמוד 38

חודשים; עונש המאסר המותנה - ככל שמתייחס לעבירות הרכוש - יבוטל. פרט לכך, הכרעת הדין וגזר הדין - לרבות עונשי מאסר על תנאי המתייחסים לעבירות אלימות, וההוראות בדבר ניכוי ימי מעצר - יעמדו בתוקף.

שׁוֹפֵט

השופט ד' ברק-ארז:

1. קראתי את פסק דינו רחב היריעה של חברי השופט נ' הנדל. אף על-פי שאני מסכימה לעיקרון כי חקירה נגדית של נאשם צריכה להיערך בהגנות, אינני מסכימה לכללים שחברי מציע לאמץ, ובנסיבות העניין אף אינני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע. אם דעתי הייתה נשמעת הערעור היה נדחה.

2. אפתח ואומר כי לדעתי רוחב היריעה שפרס חברי אינו דרוש לצורך הכרעה בתיק זה, לנוכח התשתית הראייתית שהונחה בעניין השוד וכיוון שלפי מיטב שיפוטי יכולתו של המערער להתגונן במשפטו לא נפגעה. על כן, יכולתי לכאורה להסתפק בהצגת הדברים במישור העובדתי, כמוסבר בהמשך. עם זאת, מאחר שאיני רואה עין בעין עם חברי ועל מנת להבהיר את תחומי המחלוקת, אפתח גם אני בפן העקרוני, ורק בהמשך אבחן את הפן היישומי של הדברים.

העיקרון הכללי: ההשלכות של הימנעות מחקירה נגדית של עד (לאו דווקא הנאשם)

3. אני מבקשת לפתוח בהצגת העקרונות הראייתיים החלים על חקירה נגדית של עד שאינו נאשם בהליך פלילי. הטעם לכך הוא שעל-פי העקרונות שהותוו בפסיקה, ובכלל זה בע"פ 38/61 יצחק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 514 (1962) (להלן: עניין יצחק) שעליו מסתמך חברי, הדין החל על חקירתו הנגדית של נאשם הוא מקרה פרטי - בעל מאפיינים ייחודיים מסוימים - של הדין החל על חקירתו של עד.

4. מהו אפוא הדין במקרה שבו בעל דין נמנע מלחקור חקירה נגדית עד של הצד שכנגד? התשובה שניתנה לשאלה זו בפסיקה מורכבת בעיקרה משני חלקים, במתכונת של כלל וסייג לו. ראשית, נקבע כי הימנעות מחקירה נגדית של עד עשויה להיחשב כהסכמה עם גרסת העד באותו עניין; שנית, נקבע כי "הסכמה" זו לגרסתו של העד כפופה לשאר הראיות בתיק ולשיקולי הערכת המשקל, ובית המשפט אינו מחויב לקבל את גרסת העד כגרסת אמת (עניין יצחק, בעמ' 527; יעקב קדמי על הראיות חלק רביעי 1949, 1953-1952, 1958 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009); גבריאל הלוי תורת דיני הראיות כרך ב 288-292 (2013)).

5. הכלל המתואר לעיל, על שני חלקיו, אומץ בשורה רבה של הלכות והוחל הן בדין האזרחי (ראו למשל: ע"א 320/56 היועץ המשפטי לממשלה ורשות הפיתוח נ' שטלקר (לבית כץ), פ"ד יב 150, 152 (1958)) והן במקרים שבהם העד שלא נחקר חקירה נגדית היה עד הגנה במשפט פלילי (ראו למשל: ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל,

פסקה 28 (26.7.2012); ע"פ 5606/10 בוניפד נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (19.12.2012)). אקדים ואציין כי כבר בהתייחסותי לכלל, על שני חלקיו, אני מסתייגת במובן מסוים מאופן הצגת הדברים על-ידי חברי השופט הנדל בפסקה 13 לפסק דינו.

העיקרון הספציפי: ההשלכות של הימנעות מחקירה נגדית של נאשם

6. בעניינינו, העד שלגביו נטען כי התביעה נמנעה מלחקור חקירה נגדית אינו עד "רגיל", כי אם הנאשם. איזו השפעה יש לעובדה זו על החלת הכלל שתואר לעיל? חברי קובע כי הימנעות מלחקור נאשם בחקירה נגדית פוגעת בזכויותיו החוקתיות. אינני סבורה שיש בסיס לקביעה זו בדין.

7. באשר למישור החקיקתי, הרי שצריך לעמוד נגד עניינו סעיף 161(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי) המבהיר כי נאשם הבוחר להעיד כעד הגנה "עשוי" להיחקר חקירה שכנגד. אם כן, קיימת אפשרות שכך ייעשה, אך אין חובה כזו, לפחות לא לפי לשון הסעיף.

8. בהמשך לכך, כפי שמציין חברי, השאלה איזו משמעות יש לייחס להימנעות התביעה מחקירה נגדית של הנאשם נדונה בעבר מספר פעמים בפסיקתו של בית משפט זה (ראו למשל: עניין יצחק; ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 561 (1980) (להלן: עניין אפללו)). סוגיה זו אף זכתה לדין בספרות המשפטית (ראו: אליהו הרנון "הימנעות מחקירה נגדית של נאשם" הפרקליט יח 296 (1961) (להלן: הרנון)).

9. באשר לעמדות שהובעו בפסיקה, אינני שותפה לגישתו של חברי כי יש בה שתי "אסכולות" מנוגדות - אסכולה מוקדמת של הנשיא לשעבר ש' אגרנט בעניין יצחק ואסכולה מאוחרת של הנשיא לשעבר א' ברק בעניין אפללו. קריאה מקרוב של שני פסקי הדין שאליהם מתייחס חברי מלמדת כי לצד קיומם של הבדלים מסוימים, במישור המעשי שניהם מכירים בתפיסה כי הימנעות מחקירה נגדית של נאשם עשויה להוביל לזיכוי, אך גם לכך שמחדל זה הוא נתון שיש לתת לו משקל, ולא "ג'וקר" הטורף את הקלפים כולם.

10. אכן, בעניין יצחק הצביע הנשיא אגרנט על "חשיבותה הגדולה של החקירה הנגדית בשביל הנאשם" (שם, בעמ' 532). אולם, הפן המעשי של הדברים התבטא בקביעה לפיה "במקרה שבו מתעתד בא כוח הקטגוריה לערער את מהימנותם של דברי הנאשם ביחס לנקודה מסוימת או בכלל, עליו לחקרו או לפחות להפנות את תשומת לבו להערכתו זו, כדי שתהיה לו האפשרות להבהיר את דבריו ולשכנע בדבר האמת שבהם", כך שבמקרה שבו לא נעשה כן יהיה בכך "כדי להוסיף משקל לעדות של הנאשם, לאו דוקא משקל מכריע" (שם). אם כן, לשיטתו של הנשיא אגרנט להימנעות התביעה מחקירה נגדית של הנאשם יינתן המשקל המתאים - "לאו דוקא משקל מכריע". הנשיא אגרנט אמנם ייחס משקל רב יותר לחלק הראשון של הכלל בדבר הימנעות מחקירה נגדית של עד במקרה שבו העד הוא נאשם בהליך הפלילי, אולם אף הוא סבר שאימוץ גרסתו של הנאשם כפוף לנסיבות ולשיקול דעתו של בית המשפט.

11. בעניין אפללו קבע השופט (כתוארו אז) ברק כי "לנאשם במשפט פלילי אינה עומדת הזכות להיחקר על עדותו חקירה שכנגד", ודברים אלה, בעומדם לבדם, עשויים לטעת את הרושם כאילו מדובר באסכולה נגדית. אולם, קריאת הדברים בהקשרם הכללי מובילה, לדעתי, למסקנה שונה. השופט ברק מפנה בהסכמה לפסק דינו של הנשיא אגרנט

בעניין יצחק, ולמעשה מבקש להדגיש בדבריו - את מה שעולה גם מעניין יצחק עצמו - שאין מדובר ב"חובה - ש'הסנקציה' על הפרתה היא קבלת העדות כאמת" (שם, בעמ' 566).

12. בשולי הדברים יוער כי בעניין יצחק התביעה לא חקרה כלל את הנאשם באישום הרלוונטי, והראייה היחידה שסיפקה להוכחת עבירת השוחד שבה הואשם הייתה עדות אחת (בתיק היו שתי עדויות בלבד, אשר סתרו זו את זו). בענייננו, כפי שיפורט בהמשך, פני הדברים היו שונים בתכלית. מכל מקום, ככל שחברי מבקש "להחזיר עטרה ליושנה" באשר לעמדתו של הנשיא אגרנט בעניין יצחק, הרי שהכלל המוצע על-ידו חורג מהעקרונות שנקבעו בהלכה זו, אשר ראתה בהימנעות מחקירה נגדית עובדה שיש לתת לה משקל בהתאם למכלול נסיבות העניין. לכך אוסיף את הזהירות היפה בדרך-כלל לסטייה מהלכות שנקבעו על-ידי בית משפט זה, ולא כל שכן משלא נשמע טיעון מפורט בעניין בפנינו.

13. בהמשך לכך, אינני נוטה לקבוע כי הימנעות התביעה מחקירה נגדית של נאשם (או קיומה של חקירה נגדית חלקית) עולה כדי פגיעה בזכות חוקתית. אין לשכוח כי החקירה הנגדית היא, בראש ובראשונה, כלי של התביעה בניסיונה לקעקע את גרסתו של הנאשם. אכן, החקירה הנגדית עשויה גם לאפשר לנאשם לחדד נקודות בקו ההגנה. אולם, לנאשם עומדת הזכות להציג את גרסתו במלואה במסגרת החקירה הראשית, לאחר ששמע כבר את כל ראיות ועדי התביעה (בניגוד לשאר העדים בהליך הפלילי. ראו: סעיף 172 לחוק סדר הדין הפלילי. כן ראו: הרנון, בעמ' 298). לנאשם גם עומדת האפשרות להיחקר בחקירה חוזרת לגבי נושאים שהועלו בחקירה שכנגד. השימוש בכלי זה יכול לסייע לו באותם מקרים שבהם התביעה לא נמנעה כליל מחקירה נגדית, אך התייחסותה אליהם לא הייתה מעמיקה דיה לשיטתו. על רקע כל אלה, אינני סבורה כי הימנעות מחקירה נגדית של הנאשם, ולא כל שכן חקירה נגדית חסרה, שקולה לריקון זכותו להעיד מתוכן (כפי שסבור חברי בפסקה 16 לחוות דעתו).

14. חברי השופט הנדל דן בשאלת זכותו של הנאשם להיחקר בחקירה נגדית בזיקה הדוקה לזכותו של הנאשם לחקור את עדי התביעה חקירה נגדית, ולפחות באופן חלקי, ביקש ללמוד על אופייה החוקתי של הראשונה מזו האחרונה. דא עקא, אני סבורה שאין בהשוואה זו כדי להוביל למסקנה שאליה הגיע חברי, מאחר שזכותו של הנאשם לחקור חקירה נגדית את עדי התביעה היא הזדמנות ייחודית וכמעט חסרת תחליף להעמיד במבחן את ראיות התביעה. לעומת זאת, כאמור, מענה על שאלות התביעה בחקירה הנגדית אינה הכלי היחיד של הנאשם להצגת גרסתו. על כך יש להוסיף כי אך לאחרונה בית משפט זה בחר שלא לסטות מההלכה כי זכותו של הנאשם לחקור חקירה נגדית את עדי התביעה אינה זוכה להגנה חוקתית (ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל, פסקה 17 לחוות דעתו של השופט ס' ג'ובראן, פסקה 57 לחוות דעתו של השופט הנדל (29.12.2015)). כשלעצמי הייתי מוכנה לנקוט בגישה מרחיבה יותר. אולם, דווקא על רקע זה, הקביעה כי זכותו של נאשם להיחקר חקירה נגדית זוכה להגנה חוקתית מעוררת קושי רב.

15. מכל מקום, כאמור, אני סבורה שהמקרה שבפנינו אינו מצריך הכרעה בשאלה. מובן, שאין בעמדתו זו כדי לגרוע מן ההשלכות הראייתיות של הימנעות מחקירה נגדית של נאשם, כפי שיתואר להלן.

16. באשר לפן היישומי של הדברים, אני מבקשת להמשיך בקו המעשי שעולה מהפסיקה, במובן זה שהימנעות מחקירה נגדית של נאשם תשפיע על המשקל שיש לייחס לעדותו, עד כדי מתן משקל משמעותי לגרסתו של הנאשם במקרים המתאימים. מקובל עלי הדגש כי החקירה הנגדית של נאשם צריכה להיערך באופן הוגן, כך שיופנו אליו שאלות שיאפשרו לו להציג בצורה נאותה את גרסתו ביחס לסוגיות הנתונות במחלוקת, מבלי להיות "מופתע" בשלב הסיכומים. אולם, המשקל שיינתן לחריגה מחקירה נגדית כזו צריך להיקבע בהתאם למכלול הנסיבות, ובכלל זה הראיות האחרות

בתיק והשאלה האם ניתנה לנאשם הזדמנות הוגנת להתגונן מפני האישומים נגדו. יפים לעניין זה דבריו של הנשיא מ' זמורה בע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד א 5 (1949): "פרוצידורה פלילית טובה צריכה בוודאי לתת לנאשם את מלוא ההגנה, כדי למנוע עיוות דין, אבל הדיון הפלילי אינו צריך לקבל צורת משחק אשקוקי שבו מהלך אחד בלתי נכון קובע את גורל המשחק" (שם, בעמ' 18).

17. להשקפתי, הגישה שמותירה לבית המשפט שיקול דעת ביחס למשקל שיש לייחס לתוצאות של הימנעות מחקירה נגדית של נאשם עולה בקנה אחד עם המגמה המקובלת בדבר המעבר מכללי קבילות להערכת משקלן של ראיות (ראו למשל: ד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד מב(4) 309, 331-340 (1988); בג"ץ 6319/95 חכמי נ' שופט בית משפט השלום בתל אביב-יפו ואח', פ"ד נא(3) 750, 760-761 (1997)). גישה זו אף מתחייבת לנוכח עמדתו הכללית של בית משפט זה לגבי תוצאותיהם של פגמים בהגינות ההליך הפלילי. כך, בעניין יששכרוב (ע"פ 5121/98 טור' (מיל') יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי ואח', פ"ד סא(1) 461 (2006)) נקבע כי התוצאה של הפרת הזכות להליך הוגן בשל השגת ראיה שלא כדין תיקבע בהתאם למכלול הנסיבות של המקרה. אף דוקטרינת ההגנה מן הצדק, שהוזכרה בחוות דעתו של חברי השופט הנדל, מותירה לבית המשפט שיקול דעת במישור הקביעה האם ארעה פגיעה חריפה בתחושת הצדק בנסיבות העניין, ובמישור הסעד (ראו: ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 63-75 (מהדורה שניה, 2009)).

18. אף ברמה המעשית אני חוששת שהכלל המוצע על-ידי חברי לגבי הגדרת "סוגיה מרכזית" במשפט הפלילי, וכן כלל וחריג לו לגבי תוצאות ההפרה, עלולים לסבך את ההליך הפלילי שלא לצורך. הדוגמאות שמביא חברי הן פשוטות ושובות את העין. אולם, כידוע, במקרים רבים מגיעים אל פתחו של בית המשפט הליכים מורכבים בהרבה, לרבות בפרשות כלכליות סבוכות. השאלה מהי "סוגיה מרכזית" במשפטים מסוג זה עשויה להעסיק את הצדדים ואת בית המשפט מעבר לנדרש, באופן שלא יתרום תרומה של ממש להגינותו של ההליך. הקושי צפוי להיות גדול במיוחד במקרים שבהם התביעה ערכה לנאשם חקירה נגדית, אך נמנעה מלחקור אותו ביחס לנקודות מסוימות הנוגעות לאישום, כנטען בענייננו. במקרים מסוג זה, על-פי הגישה המוצעת על-ידי חברי, בית המשפט עשוי להידרש לעריכת ניתוח מפורט של אופן ניהול החקירה, בנוסף לצורך בהכרעה בדבר "מרכזיות" הסוגיה, וזאת מעבר לדרוש.

19. לבסוף, אינני סבורה כי עיון משווה בעמדתן של שיטות משפט אחרות תומך בהכרח בגישתו של חברי. בעניין R 67Browne v Dunn 6 (1893), שבו נקבע הכלל הראייתי המנחה ביחס לצורך בחקירה נגדית של עד, הושם הדגש בהזדמנות שיש לתת לעד להציג את עמדתו בסוגיה שלגביה יש כוונה לטעון שהוא לא דובר אמת, על מנת לאפשר לו להתמודד עם הטענה. על כן, אף באותו עניין צוין כי כלל זה לא יחול בהכרח מקום בו ברור כי העד מודע לכוונה של הצד שכנגד לסתור את דבריו בדרך אחרת, או כאשר כוונה זו היא גלויה לעין וברורה מאליה (ראו עוד: הרנון, בעמ' 299). למעשה, מסקנה זו אף עולה מדבריו של חברי, אשר לא הצביע על כלל דוקטרינרי דומה לזה המוצע על-ידו בשיטות משפט אחרות, להבדיל מתמיכה עקרונית בהגינותו של ההליך הפלילי בכלל ובניהול חקירות נגדיות בפרט.

מהלכה למעשה: מה המשמעות הראייתית של החקירה הנגדית בענייננו? האם נותר ספק סביר?

20. ומהלכה למעשה. כפי שצינתי בפתח הדברים, לשיטתי, יכולתו של המערער להתגונן במשפטו כלל לא נפגעה

בשל האופן שבו נוהלה חקירתו הנגדית. לשם הבהרת עמדתי אפתח בתיאור העובדות בתיק ולאחר אפנה לסקירת עדותו של המערער בערכאה הדיונית. לבסוף, אבחן האם בנסיבות העניין מתעורר ספק סביר.

21. ביום 21.7.2012 בשעות הצהריים הותקף המתלונן, עורך דין במקצועו, בפתח משרדו. כתוצאה מהתקיפה נגרמו לו חבלות רבות בפנים ובגפיים העליונות שתועדו ברשומות רפואיות. כבר בשיחת הטלפון שביצע המתלונן למשטרה לאחר האירוע הוא דיווח כי אירע "שוד במשרד". לסייר המשטרתי שהגיע למקום בעקבות ההודעה סיפר המתלונן שנפל קורבן לתקיפה של שניים שהיכו אותו, התיזו עליו גז מדמיע, איימו עליו בסכין ולקחו ממנו כסף. הסייר דיווח כי מצא את המתלונן חבול, ללא מכנס, כשלידיו קשורה פיסת בד שמקורה במכנסיו הקרועים.

22. החקירה המשטרתית של האירוע לא הובילה לאיתור חשודים, עד שביום 2.4.2014 נמצא כי פרופיל DNA של המערער תואם לחומר שנמצא על המכנסים שלבש המתלונן בעת שהותקף. המערער נעצר והכחיש בחקירה כל מעורבות באירוע או אף היכרות עם המתלונן. לאחר שמונה ימים שינה את גרסתו וטען כי הגיע לבדו למשרדו של המתלונן, בהזמנתו. עוד הוא טען כי המתלונן תקף אותו ראשון, ולכן - מתוך הגנה עצמית - נתן לו מכות "קלות", מבלי שגרם לו לחבלות ומבלי שנטל ממנו דבר.

23. כתב האישום ייחס למערער תקיפה ושוד של המתלונן ביחד עם אדם נוסף שזהותו לא ידועה. כתב האישום תיאר, בעיקרם של דברים, את אירוע התקיפה שעבר המתלונן כפי שתואר על-ידו (כמפורט בפסקה 1 לחוות דעתו של חברי). בכלל זה, צוין בכתב האישום כי המערער ושותפו גנבו מהמתלונן מכשיר טלפון נייד, שעון יד, מפתחות וסכום כסף.

24. עדותו של המתלונן התפרשה על-פני ארבע ישיבות. המתלונן ציין כי הוא לא מכיר את המערער (עמ' 15 לפרוטוקול, שורה 13). בעדותו תיאר המתלונן בפירוט רב כיצד הותקף באלימות על-ידי שני תוקפים, רעולי פנים, אשר נטלו ממנו פריטים שונים כגון ארנק, שעון, טלפון נייד ומפתחות (עמ' 12 לפרוטוקול, שורות 24-32; עמ' 13 לפרוטוקול, שורות 11-12; עמ' 14 לפרוטוקול, שורות 11-17). המתלונן נשאל על נושא נטילת החפצים בהרחבה בחקירתו הנגדית, ואף השיב בעניין לשאלה מטעם בית המשפט (עמ' 11 לפרוטוקול, שורות 15-18; עמ' 33-37).

25. קו ההגנה של המערער במשפט התבסס על הגרסה המאוחרת שמסר במשטרה. המערער טען כי הגיע לבדו למשרדו של המתלונן, בתיאום מראש עמו, על-מנת לשוחח אתו על "פרשה רומנטית" שבה המתלונן היה מעורב בעבר. המערער המשיך וטען כי המתלונן תקף אותו בקללות ובמהלומות על רקע הדברים שנאמרו, ובתגובה לכך המערער התגונן וברח מהמקום. המערער הכיר בכך שהמתלונן הותקף באלימות, אולם לטענתו התוקפים הם אנשים אחרים, והתקיפה אירעה כאשר המערער כבר לא היה במקום. המערער הוסיף וטען כי המתלונן בדה מלבו את נושא השוד על-מנת לטשטש את העובדה שהותקף על רקע אישי וכדי למנוע חשיפה של פרטים רגישים בעברו.

26. החקירה הראשית של המערער - בשלב החקירה הראשית נשאל המערער על-ידי בא-כוחו באופן מפורש על השוד המיוחס לו. לשאלות שהוצגו לו בעניין זה הוא השיב מספר פעמים כי לא הגיע למקום כדי לשדוד, ואף לא ביצע שוד בפועל. בין השאר, הוא אמר דברים אלה: "אני לא הגעתי לא כדי לשדוד את [המתלונן], ולא כדי לפגוע בו, אין לי שום עניין לפגוע לא בו ולא באדם אחר... לא הלכתי להילחם ולא לשדוד ולא לגנוב" (פרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, עמ' 84-85. ההדגשה אינה במקור); "אני דבר ראשון מסתכל על הסעיפים שמאשימים אותי בהם, אני לא

שדדתי. אני אדם עובד, יש לי סדר בחיים שלי. אין לי כל עניין לפגיעה ב[מתלונן]" (שם, עמ' 85, שורות 16-19).
ההדגשה אינה במקור).

27. החקירה הנגדית של המערער - החקירה הנגדית, שהיא העומדת בלב המחלוקת בענייננו, התמקדה בתקיפתו של המתלונן ובשאלה האם המערער הגיע למשרדו של המתלונן בגפו, או שמא עם אדם נוסף. יחד עם זאת, סוגיית השוד התעוררה גם בה (וזאת, בשונה מעניין יצחק ואף מעניין אפללו, שבהם לא נערכה לנאשם חקירה נגדית כלל באישומים הרלוונטיים, מסיבות שונות). כבר בתחילת החקירה הנגדית ציין המערער בתשובה לאחת השאלות כי במטרה חקרו אותו "רק על שוד" וכי אין לו שום קשר לאירועים (פרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, עמ' 86, שורה 17). בהמשך לכך, בהתייחס לקו ההגנה של המערער, שאל בא-כוחה של התביעה את המערער מדוע שהמתלונן ימציא את הטענה שהופשט ממכנסיו, אם טענת השוד היא רק המצאה שנועדה להסוות על הסיבה האמתית שבגינה הותקף. על שאלה זו השיב המתלונן:

"תשאל אותו אני לא יודע. לא עשיתי לו בכלל את התיאוריה שאתם מתארים אותה" (שם, עמ' 96, שורות 30-32).

בהמשך החקירה הנגדית הטיח המערער בבא-כוחה של המדינה את הדברים הבאים:

"אני לא החלטתי שום דבר לעשות. אתה סוטה מקו החקירה לקו אחר. אתה רואה שאני לא ביצעתי את השוד ולא תקפתי ואין דבר שיכול לבוא ולהגיד שאני ביצעתי חס וחלילה את המעשים המכוערים" (שם, עמ' 97, שורות 17-20).
ההדגשה אינה במקור).

28. החקירה החוזרת של המערער - לבסוף, סוגיית השוד התעוררה גם בחקירתו החוזרת של המתלונן שבה הוא שב והדגיש בפני בא-כוחו כי המתלונן בדה מלבו את נושא השוד כדי לטשטש היבטים מביכים מעברו, וכך תועדו הדברים בפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי:

"ש: אמרת שהסיפור של השוד צץ ע"י [המתלונן] כדי להסתיר את השיחה שלך עם ס'.

ת: נכון מאוד" (שם, עמ' 100, שורות 24-25).

29. הנה כי כן, סוגיית השוד עלתה בכל שלב בעדותו של המערער בבית המשפט המחוזי, לרבות בשלב החקירה הנגדית. אכן, בא-כוח המדינה לא חקר את המערער "חקירת שתי וערב" בכל הנוגע לנטילת החפצים הספציפיים שהוזכרו בכתב האישום. אולם, לא ניתן לומר שנושא השוד לא זכה להתייחסות. אין מקום לטענה כי המערער "הופתע" מכך שהתביעה עתרה להרשיע אותו בעבירת השוד בסיכומיה. כמתואר לעיל, הטענה כי נלקחו מהמתלונן חפצים במהלך האירוע שבה ועלתה לאורך כל ההליך, החל מהשיחה הראשונה של המתלונן למטרה, דרך כתב האישום והמענה לו וכלה בעדותו הרחבה של המתלונן. אף המערער בעדותו הבחין בין ביצוע התקיפה לבין ביצוע השוד והכחיש באופן מפורש את שני המעשים.

30. כמו כן, יש לתת את הדעת להקשר הדברים ולקו ההגנה שבו נקט המערער. החל מהמענה לכתב האישום ולאורך כל המשפט הכחיש המערער כי שדד את המתלונן. למעשה, המערער שב וטען כי המתלונן בדה מלבו את ביצוע השוד. בנסיבות אלה, לא ברור איזו טענה יכול היה המערער להעלות אילו היה נשאל נקודתית על נטילת החפצים. בחוות דעתו העלה חברי את האפשרות ששותפו של המערער ביצע את השוד, וציין כי חקירה נגדית הייתה מאפשרת למערער לעורר ספק סביר בעניין זה. אינני שותפה לעמדה זו של חברי. בחקירה הנגדית נשאל המערער לא פחות משש פעמים האם פעל עם שותף, ובכל המקרים השיב נחרצות כי היה לבדו במשרדו של המתלונן. הדברים הבאים מתוך חקירתו הנגדית של המערער מהווים רק דוגמה אחת מני רבות לכך:

"ש: אתה היית לבד?

ת: לחלוטין הייתי לבד.

ש: אז כש[המתלונן] אומר שהיו שניים וכשהעדה אומרת שניים האם היית רק אתה לבד?

ת: איך שזכור לי, אני הייתי לבד לחלוטין. אם היו אנשים אחרים יכול להיות, ארבו תיפפתו, אני הייתי, יצאתי".

ש: יכול להיות ששכחת אדם שהיה איתך?

ת: לא, לא היה איתי" (עמ' 92 לפרוטוקול הדיון, שורות 14-32).

31. אם כן, האם יעלה על הדעת כי ברגע אחד בחקירה הנגדית המערער יטען כי שהה במשרד לבדו ומיד בהמשך לכך יספר כי מי שאחראי לגניבת החפצים הוא שותפו שעמו פעל בצוותא חדא? לא זו בלבד שאפשרות כזו אינה מתיישבת עם היגיון הדברים היא אף לא עולה בקנה אחד עם העמדה שבה המערער הוסיף לדבוק גם בדיון בפנינו - לפיה המתלונן בדה מלבו את דבר השוד. בסופו של דבר, נותרה אפוא תלויה בחלל האוויר התמיהה אלו שאלות, אם בכלל, היה המערער חפץ שיוצגו לו, אפשרות שנותרה למעשה תיאורטית גרידא בנסיבות העניין.

32. האם מתעורר ספק סביר ביחס לעבירת השוד? - להשלמת התמונה, אציין כי אני תמימת דעים עם בית המשפט המחוזי כי במקרה דנן הוצגה תשתית ראייתית מספקת והוכח מעבר לספק סביר כי המערער ביצע עבירת שוד. המתלונן העיד ארוכות על החפצים שניטלו ממנו, לרבות בחקירה נגדית נרחבת, ועדותו נמצאה מהימנה על-ידי בית המשפט המחוזי. לעדות זו נמצאו תימוכין חיצוניים (למשל, השטרות המפוזרים שתועדו בתמונות ובהם הבחין גם הסייר שהגיע למקום לאחר האירוע). בית המשפט המחוזי הצביע על כך שהמערער ושותפו ניסו לקשור את המתלונן, תחילה באמצעות שרוכים ולאחר מכן באמצעות קרע ממכנסיו (עובדה שתאמה את הממצאים בזירה), וראה בכך אינדיקציה נוספת לביצועו של שוד במסגרת התקיפה האלימה. לעומת זאת, בית המשפט המחוזי מצא את גרסתו של המערער "תמוהה" ובלתי מהימנה. אם כן, אפילו היה מיוחס משקל רב יותר להכחשה הכללית של המערער בעדותו הראשית ("לא שדדתי") אינני סבורה כי התעורר ספק סביר ביחס לאשמתו של המערער בעבירת השוד שיוחסה לו.

33. אשר על כן, אילו תישמע דעתי יידחה הערעור על כל חלקיו.

השופט (בדימ') צ' זילברטל:

במחלוקת שנפלה בין חבריי אני מצטרף לדעתה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, לפיה דין הערעור להידחות על כל חלקיו.

אכן, להימנעות התביעה מחקירת נאשם, הבוחר להעיד במשפטו, בחקירה נגדית (בכלל או בעניין מסוים), יש משמעות, אך לא הייתי מרחיק לכת עד כדי יצירת כלל שלפיו הימנעות מחקירה נגדית של נאשם, בכלל או ביחס לסוגיה מסוימת, צריכה להוביל לקבלת גרסתו באותה סוגיה (אלא אם יתקיים אחד החריגים לכלל), כעמדת חברי השופט הנדל.

יכולתו של נאשם להביא את גרסתו המלאה בפני בית המשפט מותנית, לעיתים, בקיום עימות "מפותח" בינו לבין התביעה במסגרת חקירה נגדית, עימות שתפקידו, בין היתר, לאפשר לנאשם להתמודד עם טיעוני התביעה, אפשרות שאינה יכולה להתממש כדבעי בשלב העדות הראשית. אכן, הימנעות מחקירה נגדית, באופן שניטלת מהנאשם ההזדמנות להתמודד עם טיעוני התביעה (במישור העובדתי), עלולה לעלות, בנסיבות מסוימות, כדי פגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן. עם זאת, להשקפתי די בכלל שלפיו הימנעות מחקירה נגדית עשויה להביא לקבלת גרסת הנאשם בסוגיה לגביה הוא לא נחקר, ובכל מקרה בית המשפט מחויב ליתן את דעתו למציאות זו ולנמק את מסקנתו בעניין - הכל תלוי במסכת הראייתית הכוללת, כמו גם במכלול נסיבות המקרה, כאשר בהחלט יש לבחון את השאלה האם באותה הימנעות מחקירה יש משום פגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן.

באשר לנסיבות הקונקרטיות של הפרשה הנדונה, אני מסכים עם חברתי השופטת ברק-ארז כי על אף העדר חקירה נגדית בסוגיית נטילת רכושו של המתלונן, לא נפגעה יכולתו של המערער להתגונן מפני האישום הנוגע לכך.

שׁוֹפֵט (בדימ')

אשר על כן, הוחלט כאמור לדחות את הערעור על פי חוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז אליה הצטרף השופט (בדימ') צ' זילברטל כנגד דעתו החולקת של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, ט"ו בתמוז התשע"ז (9.7.2017).

שופטת

שופט (בדימ')

שופט
