

# ערעורי מדינה לאחר זיכוי: האם לא הגיעה העת לקבוע בחקיקה ראשית אימתי תהא התביעה רשאית לנגוס פעם שניה בתפוח?

אריה פטר\*

*"The underlying idea, one that is deeply ingrained in at least the Anglo-American system of jurisprudence, is that the State, with all its resources and power, should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity, as well as enhancing the possibility that, even though innocent, he may be found guilty."*

*Green v. United States*, 355 U.S. 184, 187-188 (1957)

## פתח דבר

המגבלות הסטטוטוריות על ערעורי תביעה שהיו אז בתוקף. כפי שנראה בהמשך, דעתי היא כי יש "להחזיר עטרה ליושנה" ולקבוע בחקיקה ראשית כי התביעה תהא רשאית לערער על זיכוי של נאשם רק אם הערעור מעורר שאלה של משפט שאלמלא יישומה השגוי ע"י בית המשפט הדיוני, תוצאת ההליך היתה משתנה. אמנם, לא תמיד יהא זה קל להבחין בין שאלה של "משפט" לשאלה שב"עובדה", אך קושי זה לכשעצמו אינו מצדיק, להשקפתי, הותרת שערי בית המשפט לערעורים פתוחים לרווחה לערעורי תביעה מסוג זה (גם אם בפועל התביעה עושה זאת אך "במשורה", כפי שיפורט להלן).

## הדין בארה"ב

בשנת 1791 אישר הקונגרס האמריקאי את עשרת התיקונים הראשונים לחוקת ארה"ב, תיקונים שנדעו כ"מגילת הזכויות" ("Bill of Rights") של אזרחי המדינה החדשה. בתיקון החמישי לחוקה, שחשיבותו לזכויותיהם של נאשמים בהליכים פליליים אינה ניתנת להפרזה, נקבע בין היתר כי אדם אינו יכול להיות נתון, בגין אותה עבירה, לסיכון כפול לחייו או לאיבר מאיבריו<sup>1</sup>. אלא שכאן מתעוררת השאלה אימתי יש לראות נאשם כמי שהיה נתון ל"סיכון" (ראשון) של הרשעה, וזאת לצורך ההכרעה בשאלה האם העמדתו לדין בשנית יוצרת "סיכון כפול" ("double jeopardy"). בשנת 1972, הבהיר בית המשפט העליון בארה"ב כי "סיכון" נוצר בשעה שחבר המושבעים מתכנס ומושב (empaneled and sworn)<sup>2</sup>, וזאת על מנת להבטיח את האינטרס של הנאשם להישפט לפני אותו חבר מושבעים שנבחר לשם כך<sup>3</sup> ולמנוע

נאשם עומד לדין בגין ביצוע עבירה פלילית. בית המשפט הדיוני מזכה אותו מחמת הספק. התביעה משוכנעת כי בית המשפט טעה טעות מהותית וכי נכון היה להרשיע את הנאשם בדינו. האם יש לאפשר לתביעה להגיש ערעור על פסק הדין המזכה, וזאת מבלי להגביל את העילות לכך בחוק? האם, למשל, יש להתיר ערעור בעקבות זיכוי במקרה שבו נשמעו ראיות התביעה וההגנה עד תום, ובית המשפט השתכנע - לאחר ניתוח כלל הראיות - כי מתקיים ספק סביר באשמת הנאשם? האם יש לאבחן בין המקרה הקודם למקרה שבו הזיכוי מבוסס על יישום מוטעה של אמות המידה המשפטיות, כגון טעות ביחס לטיבה של התוספת הראייתית הדרושה (אם בכלל) לעדות העיקרית שנמצאה מהימנה על בית המשפט? ומה באשר לזיכוי המושתת על ניתוח חסר של הראיות הרלוונטיות, ואולי אף זיכוי המבוסס על טעות בולטת וגלויה על פניה בהבנת משמעותה של ראייה מרכזית? שאלות אלו תעמודנה במרכזה של רשימה זו.

כבר בפתח סקירתנו המשפטית יצוין כי החוקה האמריקאית אוסרת לחלוטין על התביעה להגיש ערעור על זיכוי נאשם, גם אם הזיכוי הוא שגוי בעליל; לעומת זאת, המחוקק הקנדי מגביל את סמכותה של התביעה להגיש ערעור לאחר זיכוי להליך המעורר "שאלה של משפט בלבד"; ובישראל, המחוקק המנדטורי נקט בהקשר זה גישה מצמצמת - הדומה למצב המשפטי המתואר בקנדה - אלא שבשנת 1965 החליט המחוקק הישראלי לשנות את הדין ולבטל לחלוטין את

\* סגן מנהל המחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה. הדעות המובעות ברשימה זו הן של המחבר בלבד ואינן משקפות את עמדת פרקליטות המדינה.  
1 ראו U.S. CONST. amend. V (1791). בחלקו הרלוונטי, קובע התיקון החמישי כי "[N]or shall any person be subject for the same offence to be" "twice put in jeopardy of life or limb". למותר לציין כי הסיכון ל"חיים" או ל"איבר" אינו מתפרש באופן מילולי, אלא המשמעות היא העמדת נאשם בפני סיכון להרשעה פלילית וענישה. וראו לעניין זה: (1978) 36-35 U.S. 437, *Crist v. Bretz*.  
2 H. C. BLACK, BLACK'S LAW DICTIONARY 749 (5th ed. 1979), הגדרת המונח "Jeopardy".

3 לדברי השופט Potter Stewart, שכתב את פסק הדין של עמדת הרוב: "The reason for holding that jeopardy attaches when the jury is empaneled and sworn lies in the need to protect the interest of an accused in retaining a chosen jury. That interest was described in *Wade v. Hunter*, supra, as a defendant's 'valued right to have his trial completed by a particular tribunal... It is an interest with roots deep in the historic development of trial by jury in the Anglo-American system of criminal justice. Throughout that history there ran a strong tradition that once banded together a jury should not be discharged until it had completed its solemn task of announcing a verdict'"

וכן בשלב גזירת הדין, מקום בו פירש בית המשפט הדיוני דבר חקיקה באופן מוטעה, ובכך נמנע מלהטיל עונש מוות על נאשם שהורשע ברצח בדרגה ראשונה ושווד מזויין<sup>10</sup>.

עינינו הרואות אפוא כי מקום שבו זוכה נאשם בדינו לאחר שחבר המושבעים התכנס והושבע, אין בידי התביעה אפשרות בדיון לערער על כך. ברם, איסור זה אינו חל בהכרח כאשר משפטו של הנאשם מסתיים בלא הכרעה לגופה, והמקרה הטיפוסי לכך הוא "mistrial" שבו חבר המושבעים נותר "תלוי באוויר" ("hung jury") עקב חילוקי דעות בתוכו<sup>11</sup>. זהו הדיון גם במקרים אחרים שבהם לא הוכרע דינו של הנאשם לשבט או לחסד, כגון מקרה שבו בית המשפט פסל את עצמו מלישב בדיון במהלך המשפט<sup>12</sup>; מושבע נפסל בשל שיחה אסורה שקיים עם עד הגנה<sup>13</sup>; סניגור שאל שאלות פסולות בחקירה נגדית ובכך יצר דעה קדומה (prejudice) אצל חלק מהמושבעים<sup>14</sup>; פקיד עזר של בית המשפט (bailiff) העיר באזני חלק מהמושבעים כי הנאשם זקוק לכסא גלגלים עקב פציעתו במהלך קטטה בבית מעצר בשל עבירה קודמת<sup>15</sup>; וכיוצא ב<sup>16</sup>.

מניפולציות פסולות בידי רשויות השלטון<sup>4</sup>. כפועל יוצא מכך, נפסק בהמשך כי נאשם שזוכה לאחר השבעת חבר המושבעים ולפני העדת עד התביעה הראשון - למשל, במקרה שבו התביעה לא הצליחה להביא את המתלוננים לאולם הדיונים - יש לראותו כמי שהיה נתון ל"סיכון" של הרשעה, הגם שבפועל משפטו לא הגיע לשלב ההכרעה כל עיקר<sup>5</sup>.

זאת ועוד: בפרשת *Green* הדגיש בית המשפט העליון כי דוקטרינת ה"סיכון הכפול" שוללת מהתביעה את היכולת לערער על זיכוי גם אם הזיכוי נראה שגוי לכאורה<sup>6</sup>, ושנים אחדות לאחר מכן נפסק כי האיסור חל גם אם שופט הנחה את חבר המושבעים לזכות נאשם, עוד בטרם סיום פרשת התביעה, על יסוד טעות מהותית וגסה ("egregiously erroneous foundation")<sup>7</sup>. לאחרונה, קבע בית המשפט העליון כי זיכוי של נאשם בשלב ה"אין להשיב לאשמה" עקב פרשנות משפטית מופרכת של סעיף האישום, מהווה אף הוא מחסום חוקתי בפני ערעור של התביעה, הגם שמדובר בטעות משפטית ולא בהכרעה עובדתית לטובת הנאשם<sup>8</sup>. מעבר לכך, דוקטרינת ה"סיכון הכפול" הוחלה על מצבים שבהם נאשם זוכה בשל החלטה שגויה לפסול ראיות קבילות<sup>9</sup>

4 ראו *Green v. United States*, 355 U.S. 184 (1957) (להלן: פרשת *Green*), שם הסביר השופט Hugo Black כי זכותו של הנאשם להישפט לפני חבר המושבעים שהתכנס - "prevents a prosecutor or judge from subjecting a defendant to a second prosecution by discontinuing the trial when it appears that the jury might not convict" (שם, עמ' 188).

5 ראו לעניין זה: *Martinez v. Illinois*, 134 S.Ct. 2070 (2014).

6 פרשת *Green*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 188: "Thus it is one of the elemental principles of our criminal law that the Government cannot secure a new trial by means of an appeal even though an acquittal may appear to be erroneous".

7 ראו *Fung Foo v. United States*, 369 U.S. 141, 143 (1962) (*per curiam*).

8 ראו *Evans v. Michigan*, 568 U.S. 313 (2013) (להלן: פרשת *Evans*), שם זוכה הנאשם בתום פרשת התביעה מעבירה של הצתת מבנה שאינו בית מגורים, וזאת משום שהתביעה לא הוכיחה שהמבנה לא היה בית מגורים. בית המשפט לערעורים במישיגן קיבל את ערעורה של התביעה, כיוון שהצתת מבנה שאינו בית מגורים מהווה עבירה קלה יותר שנבלעת כולה בעבירת ההצתה הרגילה ("lesser included offense"), ומשכך לא רבצה על התביעה חובה להוכיח כי יסודותיה של העבירה הרגילה (והחמורה יותר) לא התקיימו; מדובר אפוא בטעות משפטית שאינה נכנסת לגדר הכרעה עובדתית לטובת הנאשם, ואין להחיל את דוקטרינת ה"סיכון הכפול". בית המשפט העליון במישיגן אישר את מסקנות בית המשפט לערעורים. לעומת זאת, בית המשפט העליון בארה"ב קיבל את עתירת הנאשם והורה להחזיר את הזיכוי על כנו: "In the end, this case follows those that have come before it. The trial court's judgment of acquittal resolved the question of Evans' guilt or innocence as a matter of the sufficiency of the evidence, not on unrelated procedural grounds. That judgment, 'however erroneous' it was, precludes re prosecution on this charge, and so should have barred the State's appeal as well" (שם, בעמ' 324). ראו גם: *Smith v. Massachusetts*, 543 U.S. 462, 473 (1978), שם הטעים השופט Antonin Scalia בשם הרוב כי דוקטרינת ה"סיכון הכפול" לא הותירה "פתח" לתיקון טעויות משפטיות של הערכאה הדיונית: "[The Commonwealth has] [a]t most... shown that the ruling was wrong because the Commonwealth's evidence was, as a matter of law, sufficient - a point that the dissent emphasizes, echoing the opinion below... But any contention that the Double Jeopardy Clause must itself... leave open a way of correcting legal errors is at odds with the well-established rule that the bar will attach to a pre-verdict acquittal that is patently wrong in law".

9 ראו *Sanabria v. United States*, 437 U.S. 54, 68-69, 78 (1978).

10 ראו *Arizona v. Rumsey*, 467 U.S. 203, 211 (1984), שם סבר בית המשפט הדיוני בטעות כי רצח שבוצע במהלך ביצוע שוד אינו נכנס לגדר נסיבה מחמירה שעשויה להצדיק עונש מוות. בית המשפט העליון באריזונה קיבל את עמדת התביעה כי המסקנה המשפטית של הערכאה הדיונית יסודה בטעות והחזיר את הדיון לגזירת הדין מחדש. ואכן, בסיבוב השני גזר בית המשפט הדיוני עונש מוות על הנאשם, אך בית המשפט העליון בארה"ב - בעקבות בית המשפט העליון באריזונה - קבע כי דוקטרינת ה"סיכון הכפול" הופרה: "In making its findings, the trial court relied on a misconstruction of the statute defining the pecuniary gain aggravating circumstance. Reliance on an error of law, however, does not change the double jeopardy effects of a judgment that amounts to an acquittal on the merits. '[T]he fact that 'the acquittal may result from erroneous evidentiary rulings or erroneous interpretations of governing legal principles' ... affects the accuracy of that determination, but it does not alter its essential character."... Thus, this Court's cases hold that an acquittal on the merits bars retrial even if based on legal error".

11 כך נפסק בפסק דין שניתן בבית המשפט העליון כבר לפני כמעט 200 שנים, וראו *United States v. Perez*, 9 Wheat. 579 (1824). במקרה דנא, השופט Joseph Story קבע כי במקרה שבו חבר המושבעים אינו מסוגל להגיע להכרעה ובית המשפט נאלץ אפוא "לשחררו" משירות, אין להחיל את דוקטרינת ה"סיכון הכפול" בשל "צורך גלוי" ("manifest necessity"): "The question, therefore, arises, whether the discharge of the jury by the Court from giving any verdict upon the indictment, with which they were charged, without the consent of the prisoner, is a bar to any future trial for the same offence. If it be, then he is entitled to be discharged from custody; if not, then he ought to be held in imprisonment until such trial can be had. We are of opinion, that the facts constitute no legal bar to a future trial. The prisoner has not been convicted or acquitted, and may again be put upon his defence. We think, that in all cases of this nature, the law has invested Courts of justice with the authority to discharge a jury from giving any verdict, whenever, in their opinion, taking all the circumstances into consideration, there is a manifest necessity for the act, or the ends of public justice would otherwise be defeated".

12 ראו *United States v. Isaacs*, 359 Fed. Appx. 875 (9th Cir. 2009).

13 ראו *People of Illinois v. Merrill*, 310 NE 2d 27 (Ill. App. 1974).

14 ראו *United States v. Davis*, 555 Fed. Appx. 767 (10th Cir. 2014).

15 ראו *People of Colorado v. Moore*, 701 P. 2d 1249 (Colo. App 1985).

16 ראו סקירה כללית ב- 22A C.J.S. Criminal Procedure and Rights of Accused § 633 (2017).

with respect to the relevant evidence<sup>224</sup>.

ובהמשך:

“A review of the trial judge’s decision in this case makes it clear that he failed to consider the evidence in its totality. This was the result of misdirection and brought the matter within the jurisdiction of the Court of Appeal... While [the trial judge] did outline the evidence of both key Crown witnesses, he considered their evidence separately and failed to consider their evidence as a whole... I do not believe that the trial judge considered the individual pieces of evidence ‘in the context of all the evidence’. Rather, the evidence was viewed ‘without the support of other evidence’. According to *Morin*<sup>25</sup> this amounts to serious misdirection.”<sup>226</sup>

הוזה אומר, כעולה מפסק הדין של השופט Wilson, מסקנה שגויה בדבר קיומו של “ספק סביר” נכנסת לגדר “שאלה של משפט בלבד”<sup>227</sup> המאפשרת ערעור של התביעה, בשלושה מצבים שונים:

- 1) בית המשפט הדיוני שנה בדבר ה”השפעה המשפטית” (“legal effect”) של עובדות שאינן שנויות במחלוקת או שהוכחו במהלך המשפט, וזאת להבדיל משגיאה ביחס למסקנות (inferences) שהסיק בית המשפט מעובדות אלו.
- 2) בית המשפט הדיוני הנחה את עצמו, בעת ניתוח הראיות, עפ”י אמות מידה משפטיות שנויות (“misdirection with respect to the evidence”).
- 3) בית המשפט הדיוני לא ניתח את הראיות כמכלול, אלא בחן את הראיות בנפרד (“separately and not as a whole”).<sup>28</sup>

העולה מכאן הוא כי חוקת ארה”ב, כפי שזו מתפרשת בפסיקת בית המשפט העליון, אוסרת על התביעה לערער על זיכוי של נאשם כל אימת שנתקבלה הכרעה שלפיה ראיות התביעה אינן מספיקות להוכחת אחריותו הפלילית של הנאשם<sup>17</sup>, גם אם ההכרעה מבוססת על “מימצאים מסולפים” של חבר המושבעים או “טעות גסה” – הן במישור העובדתי והן במישור המשפטי – של בית המשפט<sup>18</sup>.

## הדין בקנדה

סעיף 676(1)(a) ל-Criminal Code הקנדי<sup>19</sup> קובע כי היועץ המשפטי לממשלה רשאי לערער על פסק דין מזכה על יסוד “שאלה של משפט בלבד” (“any ground of appeal that involves a question of law alone”). בפרשת *R. v. B. (G.)*<sup>20</sup>, המערערים – תלמידים בבית ספר יסודי – זוכו מביצוע עבירות מין חמורות במתלונן, תלמיד באותו בית הספר. שני עדי התביעה המרכזיים במשפט היו המתלונן ו-C.Z., שותפם של המערערים שהודה באשמה טרם משפטם. בית המשפט הדיוני זיכה את המערערים כיוון שמצא שעדות המתלונן אינה מהימנה, וגם כיוון שגירסת השותף עוררה “שאלות רבות מדי שאין להן מענה”<sup>21</sup>. נציגי הכתר ערערו על פסק הדין המזכה ובית המשפט לערעורים במחוז ססקצוואן קיבל את הערעור והורה לקיים משפט חדש, וזאת כיוון שהערכאה הראשונה לא בחנה את הראיות על-פי אמות המידה המשפטיות הנכונות<sup>22</sup>. בעקבות כך, ערערו המערערים לבית המשפט העליון בקנדה בטענה כי בית המשפט לערעורים חרג מסמכותו עקב התערבותו בממצאי העובדה שנקבעו בערכאה הדיונית<sup>23</sup>. בית המשפט העליון דחה פה-אחד את ערעורם של המערערים, כאשר לענייננו, יש להתמקד בהנמקה של עמדת הרוב, מפי השופט Wilson:

“An acquittal based on an erroneous conclusion of reasonable doubt constitutes a question of law where the trial judge has erred as to the legal effect of undisputed or found facts rather than the inferences to be drawn from such facts... A question of law may also arise, it seems to me, when the trial judge misdirects himself or herself

17 פרשת Evans, לעיל ה”ש 8, בעמ’ 319-318: “[O]ur cases have defined an acquittal to encompass any ruling that the prosecution’s proof is insufficient to establish criminal liability for an offense. Thus, an ‘acquittal’ includes ‘a ruling by the court that the evidence is insufficient to convict,’ a ‘factual finding [that] necessarily establish[es] the criminal defendant’s lack of criminal culpability,’ and any other ‘rulin[g] which relate[s] to the ultimate question of guilt or innocence’.”

18 ראו 24 C.J.S. Criminal Procedure and Rights of Accused § 2544 (2017): “The state may not appeal from a judgment or verdict of acquittal even though there may have been error committed by the court, or a perverse finding by the jury. Thus, no prosecution appeal ‘lies from a not guilty verdict, even where that verdict is based upon an egregiously erroneous foundation’.”

19 ראו *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

20 ראו 57 S.C.R. 2 [1990] *R. v. B. (G.)*, [להלן: פרשת *R. v. B. (G.)*].

21 שם, בפסקה 12 לפסק הדין של השופט Wilson.

22 שם, בפסקה 14 ואילך.

23 שם, בפסקה 19. ובלשון פסק הדין: “The major submission of the appellants to this Court is that the Court of Appeal exceeded its jurisdiction in substituting its own views of the evidence for that of the trial judge”.

24 שם, בפסקאות 29-31.

25 *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

26 פרשת *R. v. B. (G.)*, לעיל ה”ש 20, בפסקאות 39-41 לפסק דינו של השופט Wilson.

27 יושם אל לב כי השופט Wilson משתמש בקטע המצוטט, פעם ועוד פעם, בביטוי “question of law” על אף שסעיף 676(1)(a) לקודקס הפלילי דורש, כאמור, “question of law alone” (ההדגשה שלי, א’ פ’).

28 ראו עוד: 286 para. 20-21 [1992] 3 S.C.R. *R. v. Morin*.

to establish each of the factual elements of the offence beyond a reasonable doubt, no such requirement applies to an acquittal which, unlike a conviction, can rest simply on the absence of proof.’

The point was expressed very clearly in *R. v. Biniaris*...at para. 33: ‘...as a matter of law, the concept of “unreasonable acquittal” is incompatible with the presumption of innocence and the burden which rests on the prosecution to prove its case beyond a reasonable doubt.’<sup>34</sup>

ובשורה התחתונה, נקבע בפסק הדין של בית המשפט העליון כי לא קמה לתביעה זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק אלא אם כן הזיכוי “הוכח” בטעות משפטית<sup>35</sup>, ובנסיבות המקרה לא נפלה בפסק הדין של הערכאה הדיונית טעות משפטית.

במהלך שש השנים בקירוב שחלפו מאז פרסום פסק דין *R. v. H. (J.M.)*, אין פסיקה נרחבת בבתי המשפט לערעורים בקנה שיש בה כדי להבהיר אימתי זיכוי מחמת הספק מקים “שאלה של משפט בלבד”. באחד המקרים - פרשת *R. v. Brodeur*<sup>36</sup> - קיבל בית המשפט לערעורים במחוז ניו ברונסוויק ערעור על זיכוי של הנאשם מעבירה של החזקת למעלה מ-3 ק”ג מריחואנה. בית המשפט הדיוני שלא נתן אמון כלשהו בגירסת השוטר שמצא את הסם במכוניתו של הנאשם<sup>37</sup>, פסל את המריחואנה כראיה במשפט וזיכה את הנאשם. בית המשפט לערעורים קבע, על סמך פסיקה שהיא רובה ככולה קודמת לפסק דין *R. v. H. (J.M.)*, כי זיכוי המבוסס על “השערה אפשרית” (“speculation”) או “ספקולציה” (“conjectural possibility”) נכנס לנדר “שאלה של משפט בלבד” המקנה זכות ערעור לתביעה<sup>38</sup>, וכי במקרה דנא ממצאיו העובדתיים של בית המשפט הדיוני אכן לקו בפגמים אלה<sup>39</sup>. בית המשפט לערעורים הוסיף באמרת אגב כי “הסוגיה האולטימטיבית” שעמדה על הפרק בפסק דין *R. v. H. (J.M.)* היתה אשמתו או חפותו של הנאשם - נטל הרובץ על התביעה - בעוד “הסוגיה האולטימטיבית” במקרה דנא היתה ההצדקה לפסילת ראיה (המריחואנה) - נטל הרובץ על הנאשם<sup>40</sup>.

ועל רקע מבחנים אלה, אישר בית המשפט העליון בקנה את פסק הדין של בית המשפט לערעורים בססקצוואן, כיוון שפסק הדין המזכה של הערכאה הדיונית - שבוטל - עורר “שאלה של משפט בלבד”.

לעומת זאת, בפרשת *R. v. H. (J.M.)*<sup>29</sup> הגיע בית המשפט העליון בקנה - פה אחד - לתוצאה אחרת. כאן, המערער זוכה במשפטו מביצוע שתי עבירות של אינוס בבת דודתו הקטינה. אמנם, בית המשפט הדיוני לא האמין לגירסת המערער לפיה לא קיים עם המתלוננת כל מגע מיני, אך מנגד השופט לא השתכנע מעל לספק סביר כי המעשים המיניים בוצעו בלא הסכמת המתלוננת<sup>30</sup>. בית המשפט לערעורים במחוז אונטריו קיבל את ערעור התביעה והורה לקיים משפט חוזר, זאת מכוח העילה השלישית שהובאה לעיל, קרי - בחינה מקוטעת ולא כוללת של חומר הראיות, שזכתה לכינוי “piecemeal approach”<sup>31</sup>. בית המשפט העליון קיבל את הערעור והחזיר את הזיכוי על כנו, זאת מאחר והשתכנע - בניגוד לקביעת בית המשפט לערעורים - כי בית המשפט הדיוני בחן את כלל הראיות ולא נקט באותו “piecemeal” approach<sup>32</sup>.

כאן נוסף כי בפסק הדין התייחס בית המשפט העליון לקטגוריה רביעית שעשויה לבסס את זכות הערעור של התביעה, זאת כאשר ה“ספק הסביר” אינו מבוסס על ראיות<sup>33</sup>. אלא שבית המשפט הדגיש בהקשר זה כי על אף שגיבוש ממצא עובדתי בלא תשתית ראייתית תומכת הינה בגדר טעות משפטית, הרי שהכרעת דין מזכה אינה ניתנת בהכרח לביטול אך בשל היעדר בסיס בראיות, כיוון ש“ספק סביר” נגזר הן מהראיות הקיימות והן מהיעדרן. ובלשון השופט Cromwell:

“The principle that it is an error of law to make a finding of fact for which there is no supporting evidence does not, in general, apply to a decision to acquit based on a reasonable doubt. As Binnie J. put it in *R. v. Walker*...at para. 22:

‘A major difference between the position of the Crown and the accused in a criminal trial, of course, is that the accused benefits from the presumption of innocence...[W] hereas a conviction requires the prosecution

29 ראו *R. v. H. (J.M.)*, [2011] 3 S.C.R. 197 (להלן: פרשת *R. v. H. (J.M.)*).

30 שם, בפסקאות 8-9.

31 שם, בפסקה 11.

32 שם, בפסקאות 23-15.

33 שם, בפסקאות 27-24.

34 שם, בפסקאות 26-27. כן ראו *R. v. B. (R.G.)*, 2012 CarswellMan 15, at para. 71 (להלן: פרשת *R. v. B. (R.G.)*).

35 שם, פסקה 39: “Whether an error is ‘legal’ generally turns on its character, not its severity...In this case, the majority confused these two concepts; it translated its strong opposition to the judge’s factual inferences (severity) into supposed legal errors (character)”

בהקשר זה גם פסק דין חדש של בית המשפט העליון בקנה בפרשת *R. v. George*, 2017 SCC 38 (פסקה 38 לפסק הדין של השופט Gascon): “Whether an error is ‘legal’ generally turns on its character, not its severity...In this case, the majority confused these two concepts; it translated its strong opposition to the judge’s factual inferences (severity) into supposed legal errors (character)”

36 *Crankshaw’s Criminal Code of Canada* 676§4.54; *R. v. Wild*, [1971] S.C.R. 101 (S.C.C) (כן ראו *R. v. Brodeur*, [2014] N.B.C.A. 44 (2017)).

37 “To be frank, the trial judge concluded the police officer perjured himself about virtually every aspect of the interception”

11. ובלשון פסק הדין: “To be frank, the trial judge concluded the police officer perjured himself about virtually every aspect of the interception”

11. ובלשון פסק הדין: “To be frank, the trial judge concluded the police officer perjured himself about virtually every aspect of the interception”

11. ובלשון פסק הדין: “To be frank, the trial judge concluded the police officer perjured himself about virtually every aspect of the interception”

11. ובלשון פסק הדין: “To be frank, the trial judge concluded the police officer perjured himself about virtually every aspect of the interception”

11. ובלשון פסק הדין: “To be frank, the trial judge concluded the police officer perjured himself about virtually every aspect of the interception”

11. ובלשון פסק הדין: “To be frank, the trial judge concluded the police officer perjured himself about virtually every aspect of the interception”

11. ובלשון פסק הדין: “To be frank, the trial judge concluded the police officer perjured himself about virtually every aspect of the interception”

11. ובלשון פסק הדין: “To be frank, the trial judge concluded the police officer perjured himself about virtually every aspect of the interception”

הבאות: 1) טעות ביחס ל"השפעה המשפטית" של עובדות<sup>50</sup>; 2) טעות, בעת ניתוח הראיות, ביחס לאמות המידה המשפטיות הנכונות<sup>51</sup>; ו- 3) טעות הנעוצה בבחינת הראיות בנפרד, במקום ניתוח הראיות כמכלול<sup>52</sup>. מעבר לכך, על אף ש"זיכוי בלתי-סביר" הנסמך על היעדר ראיות מספיקות אינו נופל, ככלל, לגדר שאלה משפטיות, הרי ש בפרשת *A.R.D. v. R.*<sup>53</sup> למדנו כי דווקא היעדרן של ראיות שאינן נחוצות להכרעה המשפטית כל עיקר, עשויות לבסס "שאלה של משפט בלבד". וכאמור, אבחנות דקיקות אלו יוצרות קושי מעשי בעת בחינת סמכותו של בית משפט לערעורים בקנדה להיזקק לערעור של התביעה על זיכוי נאשם<sup>54</sup>.

## הדין בישראל

### המצב המשפטי עד חקיקת חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965

בשנת 1924 נחקקה פקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה עפ"י כתב אישום)<sup>55</sup>, הוראת חוק מנדטורית שנשאבה לאחר הקמת המדינה לדין הישראלי<sup>56</sup>. בסעיף 67 לפקודה נקבע כי היועץ המשפטי לממשלה רשאי לערער על זיכוי של נאשם בפלילים על יסוד אחד מהטעמים הבאים:

1) "קבלת העדות במשפט או דחיית העדות היו שלא עפ"י דין"<sup>57</sup>; 2) "השימוש בחוק לגבי העובדות היה שלא על פי דין"<sup>58</sup>; או 3) "העונש שהוטל אינו די"<sup>59</sup> (וכאן יוער, כי לא ברור כיצד עילה זו - שעניינה קולת העונש שנגזר על נאשם - נכנסת לגדר עילה ל"ערעור על זיכוי

זאת ועוד: בימים אלה ממש פורסם פסק דין של בית המשפט לערעורים במחוז אלברטה בפרשת *A.R.D. v. R.*<sup>41</sup>, שם התקבל - בדעת רוב - ערעורה של התביעה על זיכוי של המשיב מביצוע עבירות מין בבתו המאומצת במשך כחמש שנים. ערכאת הערעור קיבלה את טענות התביעה כי ממצאי העובדה שבפסק הדין המזכה הושתתו על "מיתוסים" ו"הערכות סטריאוטיפיות" ביחס להתנהגות המצופה מנפגעת עבירות מין<sup>42</sup>, ומשכך הורה על ביטול הזיכוי וקיום משפט חדש<sup>43</sup>. בפרט, בית המשפט לערעורים קבע כי הערעור מקים שאלה משפטיות, כיוון שה"ספק הסביר" שמצא בית המשפט הדיוני נגזר מסברתו המוטעית כי "אי-התחמקות" של המתלוננת מהמשיב אינה מתיישבת עם ההתנהגות המצופה מנפגעת עבירות מין ומכרסמת במשקל עדותה<sup>44</sup>; ולדעת בית המשפט לערעורים, על אף דברי בית המשפט העליון בפרשת *R. v. H. (J.M.)*<sup>45</sup> כי "ספק סביר" נגזר הן מהראיות הקיימות והן מהיעדרן<sup>46</sup>, הרי שבמקרה דנא ה"ראיות הנעדרות" נעוצות כולן בציפייתו השגויה של בית המשפט הדיוני למצוא בסיס ל"התחמקות" המתלוננת מהמשיב, ולא בהקטר ממשי בתשתית העובדתית המפלילה<sup>47</sup>. נוכח האמור, ועל רקע העובדה שהטעות המשפטית של הערכאה הדיונית הובילה במישרין לתוצאה המזכה השגויה<sup>48</sup>, הוחלט כאמור לקיים משפט חדש<sup>49</sup>.

מכל האמור עולה כי מלאכת היישום של הכללים שהותוו בפסיקה הקנדית לצורך ההכרעה בשאלה מהי טעות "משפטית" אינה תמיד קלה. ככלל, על התביעה להצביע על אחת (או יותר) משלוש הקטיגוריות

41 ראו *R. v. A.R.D.*, 2017 CarswellAlta 1272 (להלן: פרשת *A.R.D.*).

42 שם, בפסקאות 29-30.

43 שם, בפסקה 73.

44 וראו לעניין זה שם, בפסקאות 61-62 לפסק הדין של הרוב: "Regrettably, the trial judge engaged in a type of stereotypical thinking. To say that a particular child's behavior is incongruous with the stereotypical child victim, and to assess that child's credibility negatively because of that finding, is a mis-direction and is wrong in law. When, as in this case, the probative nature of the evidence is directly tied to inferences drawn from an expectation or assumption that a sexual assault complainant will predictably and reliably avoid her abuser, the legal rule against credibility assessments based on stereotypes is breached"

45 פרשת *R. v. H. (J.M.)*, לעיל ה"ש 29.

46 לעיל ה"ש 34, והטקסט הצמוד לה.

47 "[A]lthough it is trite that reasonable doubt leading to an acquittal can rest on an 'absence of evidence', the absence of evidence found here – no evidence of avoidance or change in behavior – appears to be based solely on the trial judge's impermissible reliance on his own unmet expectation, rather than on a clearly articulated and full assessment of the complainant's police statement or trial testimony. In the result, the trial judge misdirected himself by basing his credibility assessment of the complainant not on a proper evidentiary foundation, but on inappropriate judicial stereotyping..."

48 שם, פסקה 72: "For all of these reasons, the Crown has established an error of law that is directly tied to the acquittals in this matter".  
49 ראו עוד בהקשר זה פסק דין של בית המשפט לערעורים בבריטיש קולומביה בפרשת *R. v. James*, 2013 CarswellBC 856, שם נתקבל ערעור המדינה על זיכוי של הנאשם מתקיפה מינית בשל טעות ביישום אמות המידה המשפטיות על ניתוח הראיות (שם, פסקאות 24-27).

50 וראו לעניין זה: *R. v. Abdullah*, 2010 CarswellMan 479, שם נפסק כי זיכויים של שני המשיבים מעבירה של שיבוש מהלכי משפט יסודו בטעות בהבנת ה"השפעה המשפטית" של עובדות. כאן, המשיבים הפלילו במשטרה שני אנשים בביצוע רצח, אך סירבו לאחר מכן להעיד בבית המשפט. בית המשפט הדיוני זיכה את המשיבים מפאת ספק סביר ביחס לקיומה של כוונה מיוחדת לשבש את הליכי המשפט, וזאת על רקע התלבטותו בדבר אמיתות הגירסאות שנמסרו במשטרה. בית המשפט לערעורים ביטל את הזיכוי נוכח מסקנתו כי סירובם של השניים להעיד הוא הנתון החשוב לענייננו, ולא אמיתות הגירסאות שנמסרו במשטרה (שם, פסקה 50). ראו עוד: *R. v. Moquin*, 2010 CarswellMan 51.

51 קטיגוריה זו עמדה בבסיס קבלת הערעור בפרשת *A.R.D.*, לעיל ה"ש 41. כך היה גם במקרים אחרים שבהם בית המשפט הדיוני ביסס את ממצאיו העובדתיים על סטריאוטיפים ודעה קדומה בדבר "התנהגות סבירה" של נפגעי עבירות מין, וראו לעניין זה: פרשת *R. v. B. (R.G.)*, לעיל ה"ש 34, בפסקאות 51-59.

52 וראו לעניין זה פרשת *R. v. B. (G.)*, לעיל ה"ש 20.

53 פרשת *A.R.D.*, לעיל ה"ש 41.

54 וראו עוד לעניין זה: (2013) 97 (6<sup>th</sup>) C.R. Kennedy, *Persisting Uncertainties in Appellate Jurisdiction at the Supreme Court*.

55 חוקי ארץ ישראל, כרך א', פרק לו, עמ' 467-466 (להלן: פקודת הפרוצדורה - שפיטה).

56 ראו לעניין זה סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, ע"ר מס' 2 (21.5.1948), 1, 3.

57 שם, בסעיף 67(א). בגירסה האנגלית נכתב: "The Attorney General may appeal from a judgment on any of the following grounds - (a) that evidence was wrongly admitted or excluded".

58 שם, בסעיף 67(ב). ובגירסה האנגלית: "(b) that the law was wrongly applied to the facts".

59 שם, בסעיף 67(ג). ובגירסה האנגלית: "(c) that the punishment awarded was insufficient".

בית המשפט העליון, בהרכב של חמישה שופטים<sup>72</sup>, דחה את ערעורו של היועץ המשפטי לממשלה. בפסק דין קצר, הטעים השופט אולשן כי לא זו בלבד שהפרשנות של המערער לפסק הדין המזכה אינה נכונה<sup>73</sup>, אלא ש"אף אם נניח, כי לו ישבנו בתפקידו של בית-המשפט של מטה היינו מעריכים עובדה זו או אחרת באופן שונה וגם היינו באים למסקנה סופית אחרת - אין זה משנה את העובדה שיש כאן רק שאלה של שקילות עדויות וקשה לראות בכך יסוד לערעור על פסק-דין של זיכוי"<sup>74</sup>. בית המשפט העליון גם רמז כי ייתכן שהתוצאה היתה אחרת במקרה שבו "לא היה לבית-המשפט כל ספק המתקבל על הדעת שהנאשם אשם בפשע, אלא שהוא זיכה אותו רק מפני שחשב כי דרכו נחסמה על-ידי מכשול חוקי שאין להתגבר עליו"<sup>75</sup> - אך לא זה המקרה.

לעומת זאת, בשנת 1963 דן בית המשפט העליון בעניינו של נאשם שהועמד לדין בגין עבירה של גרימת מוות שלא בכונה<sup>76</sup> חזכה בתום פרשת התביעה עקב טענה כי אין להשיב לאשמה<sup>77</sup>. בית משפט השלום קבע כי התביעה לא הוכיחה כי האישה שנפגעה בתאונת הדרכים אכן מתה, ואף לא הוכיחה כי האישה שמתה בבית חולים סמוך לאחר התאונה "היא היא האישה שפגע בה [הנאשם, א' פ'] במכוניתו"<sup>78</sup>. היועץ המשפטי לממשלה ערער גם הפעם על פסק הדין, ובית המשפט המחוזי בחיפה קבע, כי הגם שבית משפט השלום לא בהכרח שגה בקביעתו שהאשמה לא הוכחה אף לכאורה, הרי ש"שורת הצדק טובת הציבור מחייבות שבמקרה כגון זה השופט ייתן הזדמנות לקטגוריה להשלים את החסר", ומשכך הדין הוחזר לערכאה הדיונית לצורך השלמת שמיעת הראיות<sup>79</sup>.

בערעורו של הנאשם - שבשלב זה הפך למערער - לבית המשפט

בדין, כאמור בכותרתו של סעיף 67 הנ"ל). ברוח דומה, סעיף 12(3) לפקודת שיפוט בתי משפט השלום, 1947<sup>60</sup>, קבע כי היועץ המשפטי לממשלה רשאי לערער על פסק דין של בית משפט השלום אם "הורשו להיות מובאות או הוצאו מכלל דיון עדות או ראיה שלא כדין"<sup>61</sup>; אם "החוק נתפרש במעוקם"<sup>62</sup>; אם "ניתנה לחוק חלות בשגגה"<sup>63</sup>; או אם "העונש שנגמל היה בלתי-מספיק"<sup>64</sup>. הווה אומר, המחוקק המנדטורי קבע כי העילות להגשת ערעור ע"י היועץ המשפטי לממשלה לאחר זיכוי נעוצות כולן בטעויות משפטיות של הערכאה הדיונית, להבדיל מטעויות עובדתיות שישודן בהערכה שגויה של אמינות הראיות ומשקלן.

כך, במדינת ישראל החדשה הועמד לדין נאשם בגין עבירה של "רצח לשם הקלה על ביצוע עבירה"<sup>65</sup>. התביעה ביססה את כתב האישום על עדותו של שותף לעבירה שהפך לעד מדינה, וכן על ראיות סיוע התומכות בעדות זו. בית המשפט המחוזי שלא האמין לגרסת עד המדינה, וגם לא מצא בראיות הסיוע תמיכה מספקת לדבריו זיכה את הנאשם, פה אחד, בדינו<sup>66</sup>.

היועץ המשפטי לממשלה ערער לבית המשפט העליון על הזיכוי וטען כי פסק הדין של הערכאה הדיונית נשען על "שורה של עקרונות משפטיים מוטעים או פירושים בלתי נכונים לעקרונות משפטיים"<sup>67</sup>. בפרט, כך נטען, בית המשפט המחוזי בחן "כל עובדה בפני עצמה בלי כל קשר לכל עובדה אחרת"<sup>68</sup>; "התעלם" מן "ההלכה שמותר לו להסיק מסקנה המשפיעה לרעת הנאשם מתוך שקריו"<sup>69</sup>; וסבר בטעות כי "החוק מחייב אותו למצוא סיוע לכל פרט ופרט של עד המדינה"<sup>70</sup>. בית המשפט העליון נתבקש אפוא "להחזיר את התיק [לבית המשפט המחוזי, א' פ'] לשם שיקול נוסף של ההוכחות לאור העקרונות [המשפטיים הנכונים, א' פ']"<sup>71</sup>.

60 ע"ר 1947, תוס' 1, מס' 1612, 223, 228 (להלן: פקודת שיפוט בתי משפט השלום).  
 61 שם, בסעיף 12(3)א). ובגירסה האנגלית נכתב: "The Attorney General... shall have the right to appeal... in a criminal case to the District Court on any of the following grounds... (a) that evidence was wrongly admitted or excluded"  
 62 שם, בסעיף 12(3)ב). ובגירסה האנגלית: "(b) that the law was misinterpreted."  
 63 שם, בסעיף 12(3)ג). ובגירסה האנגלית: "(c) that the law was wrongly applied."  
 64 שם, בסעיף 12(3)ד). ובגירסה האנגלית: "(c) that the punishment awarded was insufficient."  
 65 ראו ע"פ 36/49 **היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' בנימין סמדרסמן**, פ"ד ג 86 (1950) (להלן: פרשת **סמדרסמן**). המשיב הואשם בעבירה לפי סעיף 214(ג) לפקודת החוק הפלילי, 1936 (להלן: פח"פ), בו נקבע כי "הגורם בזדון למות כל אדם שהוא... כדי להקל את עשיית העבירה" יאשם ברצח. העבירה האחרת שהמשיב ביקש "להקל את עשייתה" היתה התפרצות לבניין ועשיית פשע בו לפי סעיף 297(א) לפח"פ. כיום, סעיף 300(א) (3) סיפא לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) - חליפו של סעיף 214(ג) לפח"פ - קובע כי הגורם למוות בזדון "כדי להקל על ביצועה [של עבירה]" יאשם ברצח.  
 66 בהרכב השופטים בבית המשפט המחוזי בירושלים ישבו הנשיא ב' הלוי והשופטים א' א' מני וי' איזנברג. פסק הדין המזכה ניתן ביום 24.6.1949 (וראו פרשת **סמדרסמן**, שם, בעמ' 86 מול האות ג').  
 67 שם, מול האות ו'.  
 68 שם, מול האות ז'.  
 69 שם, בעמ' 87 מול האות ה'.  
 70 שם, מול האות ב'.  
 71 שם, מול האות ו'.  
 72 ראו שם, בעמ' 86 מול האות א'. בהרכב השופטים בבית המשפט העליון ישבו השופטים מ' דונקלבלום, ש' אסף, י' אולשן, ש' ד' חשין ומ' זילברג.  
 73 שם, מול האותיות א', ב', ג', ה' ו-ו'.  
 74 שם, בעמ' 87 מול האות ז' ובעמ' 88 מול האות א'.  
 75 שם, בעמ' 88 מול האות ב'.  
 76 ראו ע"פ 46/63 **צבי זבלודובסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יז 1061 (1963) (להלן: פרשת **זבלודובסקי**). המשיב הואשם בעבירה לפי סעיף 218 לפקודת החוק הפלילי, 1936 (כיום, סעיף 304 לחוק העונשין).  
 77 שם, בעמ' 1063 מול האות א'.  
 78 שם.  
 79 שם, מול האות ב'.

ערעור תפרט את נימוקיו" מבלי שקיימת מגבלה חוקית בדבר העילות שעל בסיסן רשאית התביעה לערער על זיכוי של נאשם.

אמת, במהלך השנים שחלפו מאז חזר בית המשפט העליון "במאות אם לא באלפי פסקי דין"<sup>80</sup> על כלל אי-ההתערבות בממצאי עובדה של הערכאה הדיונית, אך לצד הכלל התפתחו שלושה חריגים עיקריים, כדברי השופט דנציגר באחת הפרשות:

"להלכה האמורה התפתחו ברבות השנים שלושה חריגים עיקריים - מצמצמים בהיקפם - אשר בהתקיימם תוכל ערכאת הערעור להתערב בממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית: הראשון, כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על ראיות בכתב ולא על הופעתם, התנהגותם ודבריהם של העדים; השני, כאשר מבוססים ממצאי הערכאה הדיונית על שיקולים שבהגיון; והשלישי, כאשר נפלו טעויות מהותיות בהערכת מהימנות העדויות על ידי הערכאה הדיונית, דוגמת מצב שבו הערכאה הדיונית לא נתנה דעתה על כך שסתירות בעדות מסוימת יורדות לשורשו של עניין"<sup>80</sup>.

אלא שכאן יש לשאול, האם שלושת החריגים הללו לכלל אי-ההתערבות הולמים ערעור של התביעה לאחר זיכוי? או שמא יש לקבוע קריטריונים מדויקים יותר, ה"תפורים" באופן ספציפי ל"מידותיו" של ערעור על זיכוי, הן ב"רוח" דוקטרינה ה"סיכון הכפול" (גם אם הדוקטרינה לא אומצה בארץ בהקשר של ערעורים על זיכוי) והן ל"נוכח התוצאה האפשרית הקשה של ההליך הפלילי, שלילת חירותו של אדם" ובהתחשב ב"נטל [הראייתי] בפלילים - מעבר לספק סביר"<sup>81</sup>? דעתי היא כי התשובה לשאלה אחרונה זו היא חיובית, הכל כמפורט להלן.

### המצב המשפטי הרצוי

אכן, להשקפתי הגיעה העת "להחזיר עטרה ליושנה" ולתקן את החסד"פ כך שתתווסף הוראה הקובעת באופן מפורש כי התביעה תהא רשאית לערער על פסק דין מזכה, ובלבד שנימוקי הערעור מצביעים על שאלה של משפט שאלמלא יישומה השגוי ע"י בית המשפט הדיוני, תוצאת ההליך היתה משתנה. משמע, לא די בכך שהזיכוי נראה שגוי

העליון, נטען כי היועץ המשפטי לממשלה לא היה רשאי לערער על פסק הדין של בית משפט השלום נוכח הוראת סעיף 12(3) לפקודת שיפוט בתי משפט השלום<sup>80</sup>; כיוון שזכות הערעור נתונה אך כאשר "הדין לא הותאם כהלכה"<sup>81</sup>; ולגישת המערער "השאלה אם הראיות שהובאו לפני בית-המשפט להוכחת עובדה פלונית מספיקות הן אם לאו, איננה שאלה משפטית אלא שאלה שבעובדה, ועל כן אין אחרי זיכוי המערער מידי שופט-השלום המלומד ולא כלום"<sup>82</sup>. אלא שבפעם הזו, קיבל בית המשפט העליון את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לפיה לא מדובר אך בשאלה שבעובדה, משום ש"יש לפרש את סעיף 12 הנ"ל על דרך הנדיבות ולא על דרך הצמצום"; משכך, "שאלה משפטית היא, אם היה בראיות אלו או אחרות כדי להוכיח עובדה פלונית", והכרעה שגויה של בית משפט השלום במקרה דנא משמעותה כי "הדין לא הוחל ולא הותאם כהלכה"<sup>83</sup> במובנו של סעיף 12(3) לפקודה<sup>84</sup>.

### המצב המשפטי לאחר חקיקת חוק סדר הדין הפלילי

בשנת 1965, במסגרת חקיקת חוק סדר הדין הפלילי (הראשון)<sup>85</sup>, בוטלו פקודת הפרוצדורה - שפיטה ופקודת שיפוט בתי משפט השלום<sup>86</sup>, וכפועל יוצא מכך בוטלו גם ההגבלות הסטטוטוריות ביחס לעילות שעליהן ניתן לבסס ערעור על זיכוי. עיון בדברי ההסבר מלמד כי המחוקק התכוון לבטל מגבלות אלו ו"להשאיר דלת פתוחה לכל נימוק סביר וצודק", וזאת משום שלהשקפתו "קווים והנחיות בפסיקת בית המשפט לערעורים דייה, ועדיפה היא, כדי למנוע ערעורים שאין להם יסוד"<sup>87</sup>. עוד נכתב בדברי ההסבר, כי ה"גמישות" שהופעלה ע"י בתי המשפט לערעורים "היתה כה גדולה, עד כי למרות שכל הנימוקים המוכרים היום הם עניין לשאלות-חוק' בלבד, הוחדרו לתוכם אף 'שאלות עובדתיות' שהולבשו לבוש של שאלת חוק"; משכך, "מוטב להשאיר לבתי המשפט שלערעור את האפשרות לפעול באופן חפשי בעניין זה..."<sup>88</sup>. גישה זו אומצה גם בחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982 (להלן: **חוסד"פ**), בו נקבע בסעיף 198 כי "ערעור, בין של הנאשם ובין של התובע, יהיה בהגשת הודעת ערעור מנומקת לבית המשפט שלפניו מערערים", וסעיף 203 מוסיף כי "הודעת

80 פקודת שיפוט בתי משפט השלום, לעיל ה"ש 60. כאן יוער, כי בפסק הדין בפרשת **זבלודובסקי** מאוחר בטעות סעיף 12(ד) - במקום סעיף 12(3) - לפקודת שיפוט בתי משפט השלום (שם, בעמ' 1063 מול האות ג'). עוד יוער, כי הגם שפקודת שיפוט בתי משפט השלום התייחסה באופן פורמאלי אך לערעורים לבית המשפט המחוזי על פסקי דין של בית משפט השלום, הרי שהיועץ המשפטי לממשלה לא חלק על כך שהוראות סעיף 12(3) "חלות גם על ערעור היועץ המשפטי לבית-המשפט העליון" (וראו ע"פ 325/64 **היועץ המשפטי לממשלה נ' שלמה ירקוני ושלמה גור**, פ"ד יח(4) 20, 21 מול האות ב' (1964)).

81 דגמה כי הכוונה היא לסעיף 12(3) (ג) לפקודת שיפוט בתי משפט השלום, לפיו "the law was wrongly applied".

82 פרשת **זבלודובסקי**, לעיל ה"ש 76, מול האות ד'.

83 שם, מול האות ה'.

84 ראו גם ע"פ 112/52 **אריה גבוב נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ז 251 (1953), שם אישר בית המשפט העליון את מסקנת בית המשפט המחוזי לפיה יש להחזיר את הדיון לבית משפט השלום לצורך שקילת הראיות מחדש, מקום בו בית משפט השלום התעלם לחלוטין מעדויות של עד תביעה בשם שכניק, ו"במקום לבסס את פסק-דינו על חומר הראיות בשלמותו, בחר לו רק מקצת מאותו חומר ולא נתן דעתו על היתר" (שם, עמ' 254 מול האות א'). בית המשפט העליון קבע, כי "בית המשפט הדין בעובדות חייב לקבוע את העובדות על סמך חומר הראיות בשלמותו, ואם נתעלם ממקצת העובדות, ולא שקל אותן כלל, לא לטובת הנאשם ולא לרעתו, כאילו לא היו קיימות, הרי לא 'התאים' את החוק כהלכה" (שם, בעמ' 255 מול האות א').

85 ראו חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, ס"ח 458, עמ' 161.

86 ראו הוראת ה"ביטולים", שם, סעיפים 226(1) ו-226(4).

87 ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ג-1963, הצ"ח 548, עמ' 161, 200.

88 שם, בעמ' 201-200.

89 ע"פ 3250/10 **מדינת ישראל נ' פלוני**, סה (2) 482 בפסקה 3 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס (פורסם בנבו, 12.1.2012).

90 ע"פ 4776/10 **פלוני נ' מדינת ישראל** בפסקה 84 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 22.10.2012). כן ראו ע"פ 7899/13 **פלוני נ' מדינת ישראל** בפסקה 17 לפסק דינו של השופט צ' זילברטל (פורסם בנבו, 24.6.2014); ע"פ 433/13 **מדינת ישראל נ' פלוני** בפסקה 32 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 2.6.2014).

91 מדברי השופט (כתוארו אז) א' גרוניס בע"פ 3250/10, לעיל ה"ש 89, שם. כן ראו ע"פ 814/12 **מדינת ישראל נ' סויסה** בפסקה 39 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 25.10.2012).

אמנם, כפי שראינו לעיל, לא פעם מתעורר קושי "לקטלג" שאלה כשאלה "משפטית" או "עובדתית", ונימוק זה הוא שעמד ביסוד החלטת המחוקק למחוק אבחנה זו במסגרת חקיקת החסד"פ בשנת 1965<sup>95</sup>. אלא שאיני סבור כי קושי זה מוביל בהכרח למסקנה כי יש לפתוח לרווחה את שערי בית המשפט לערעורים עבור התביעה; שכן, כפי שהעיר בית המשפט העליון בהקשר דומה, יש להשתדל למצער "לקבוע קווי הדרכה" (guidelines) להבחנה בין 'בעיה משפטית' לבין 'בעיה עובדתית' במקום לקבוע הגדרות מדויקות<sup>96</sup>.

כך, שאלה "משפטית" בעיניי היא שאלה שעומדת בקריטריונים שהותוו בדין הקנדי, כגון טעות ביחס ל"השפעה המשפטית" של עובדות<sup>97</sup>, טעות ביישום אמות המידה המשפטיות הנכונות על עובדות המקרה<sup>98</sup>, או טעות הנעוצה בבחינת הראיות בנפרד, במקום ניתוח הראיות כמכלול<sup>99</sup>. זאת ואף זאת: זכות הערעור של התביעה תוכר גם

על פניו, אלא שיש להצביע על טעות משפטית - להבדיל מטעות עובדתית - בפסק הדין. זאת ועוד: לא די בכך שבפסק הדין נתגלתה טעות משפטית, אלא יש להראות שגם קיימת זיקה בין אותה טעות לזיכוי השגוי<sup>92</sup>.

לשון אחר, הצעתי היא כי יש לאמץ את עיקרה של הגישה הקנדית שהיא גישת "האמצע" שבין הוראות החסד"פ כנוסחן היום (שאינן מטילות מגבלה סטטוטורית כלשהי על ערעורי תביעה) לבין הגישה האמריקאית (השוללת זכות הערעור של התביעה אף כאשר הזיכוי מושתת על טעות משפטית קיצונית ובלוטת<sup>93</sup>); ולנוכח הקושי שסובב את הביטוי "שאלה של משפט בלבד" שבסעיף 676(1)(a) לחוק הקנדי, יש לאמץ מבחן שהוא, לדעתי, מדויק יותר. הצעה זו, אם תתממש, תצמצם בלא ספק את העילות שעל בסיסן ניתן יהא לערער על זיכוי, וזאת מבלי להעלימן כליל<sup>94</sup>.

92 והשוו: פרשת *George*, לעיל ה"ש 35, בפסקאות 27-28.  
93 ראו למשל פרשת *Evans v. Michigan*, לעיל ה"ש 8, שם אישר בית המשפט העליון בארה"ב כי דוקטרינת ה"סיכון הכפול" היתה חלה גם אם, למשל, בית המשפט הדיוני היה מזכה את הנאשם בשל פרשנות משפטית מוטעית שלפיה עבירת ההצתה יכולה להשתכלל אך רק אם המבנה שניזוק היה צבוע בכחול (בעמ' 325).

94 בהקשר זה אוסיף כי על אף האכסטיה הנעימה והמכובדת שניתנה למאמר זה, עלי לחלוק על העמדה שהציגה הסניגוריה הציבורית בסוגיה זו במסגרת הוועדה לבחינת הרשעה בדת רוב וערעור על זיכוי במשפט פלילי **דין-וחשבון** (פורסם באתר משרד המשפטים, 2010) (להלן: **דו"ח ועדת אנקר**), ראו הסניגוריה הציבורית **עמדת הסניגוריה הציבורית - הרשעה בדת רוב וערעור על זיכוי** (פורסם באתר משרד המשפטים, 2009) (להלן: **עמדת הסניגוריה הציבורית**). לפי עמדה זו, יש לקבוע "מנגנון שיאפשר ערעור על זיכוי ברשות בלבד" (**עמדת הסניגוריה הציבורית**, בעמ' 13). לעניות דעתי, הפיכת זכות הערעור של התביעה על זיכוי לערעור ברשות תפר את האיזון הרגיש בין זכות הנאשם שלא להיגרר להליכים משפטיים נוספים, לבין אינטרס הציבור בהענשת עבריינים - לרבות רוצחים ואנסים, כפי שנראה להלן - שזיכויים בערכאה הדיונית שגוי עד מאוד. שכן, מעטים מאוד הם המקרים שבהם ערעורי מדינה על זיכוי יכולים לעמוד באמות המידה הגבוהות שנקבעו בהלכת ר"ע 103/82 **חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ**, פ"ד לו(3) 123 (1982), והמשמעות היא כי פושעים אלה, המשלמים כיום (או ששילמו בעבר) את חובם לחברה בעקבות הרשעתם בשלב הערעור, היו מצליחים להתחמק מעונש. דעתי היא אפוא כי נכון להגביל את זכות הערעור של התביעה לאחר זיכוי, אך לא לבטלה כליל ולהפכה לערעור ברשות.

95 ראו לעיל ה"ש 85, והטקסט הצמוד לה.

96 מדבריו של המשנה לנשיא (בדימ') ש' לויין בפרשת ע"א 266/97 **מנהל מס שבח מקרקעין חיפה נ' וויסמן**, פ"ד נו(3) 207, 214 (2003). כן ראו פסק דינה של השופטת ט' שטרסברג-כהן, שם בעמ' 217, מול האות ה'; פסק דינו של השופט י' טירקל, שם בעמ' 218, מול האות ה'.

97 ראו למשל: ע"פ 5302/03 **מדינת ישראל נ' יצחק**, פ"ד נט(1) 71 (2005), שם זיכה בית המשפט המחוזי את המשיב מעבירת הריגה בתאונת דרכים עקב קיומו של ספק סביר בדבר היותו נהג הרכב בשעת התאונה. בית המשפט העליון קיבל ברוב דעות את ערעור המדינה על הזיכוי, וזאת משום ש"התרחיש שהוביל לזיכוי לא זו בלבד שלא הוכח כי הינו בגדר אפשרות סבירה, אלא שההיגיון מחייב כי הוא תיאורטי, והסיכוי כי יתרחש הינו אפסי" (פסק הדין של השופט א' א' לוי ז"ל, עמ' 77 מול האות ד'. כן ראו פסק הדין של השופט ג'בראן, עמ' 87 מול האות ז'; דעת המיעוט של השופט טירקל, עמ' 82 בין האותיות ה'-ו'). ראו עוד ע"פ 4453/16 **מדינת ישראל נ' פלוני** (מיום 20.7.2017) (להלן: פרשת **פלוני 2017**), שם נקבע כי שופטי הרוב בבית המשפט המחוזי שהחליטו לזכות את המשיב לא נתנו את דעתם, בין היתר, להשפעה המשפטית של ראשית ההודיה שלו במהלך עימות שנערכה עם המתלוננת (וראו לעניין זה פסקה 37 לפסק הדין של השופט עמית; פסקה שלישית לפסק הדין של השופט סולברג).

98 ראו לעניין זה: ע"פ 5612/92 **מדינת ישראל נ' אופיר בארי**, פ"ד מח(1) 302 (1993), שם התקבל ערעורה של התביעה על זיכויים של ארבעת המשיבים בפרשה שנוצעה כ"פרשת האונס בקיבוץ שמרת". בית המשפט המחוזי בחיפה זיכה את המשיבים כיוון שלא השתכנע מעל לספק סביר כי מעשי הבעילה וניסיונות הבעילה שיוחסו להם בוצעו בלא הסכמת המתלוננת (שם, עמ' 319 מול האות ד'). בית המשפט העליון קבע כי "לפנינו מקרה, שבו הצביעו הנסיבות לפני מי שלא עצם עיניו מראות, לא אטם אוזניו משמוע ולא חתם עצמו מכל תחושה ורגש, כי נעדרת הסכמה חופשית" (שם, עמ' 369 מול האות ה'), וזאת בשל מעשי הכפייה, הביזוי והאיזמים שהפנו המשיבים לעבר המתלוננת (שם, עמ' 370 ואילך). משמע, אמות המידה המשפטיות שיושמו בפרשה זו ע"י בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין היו שגויות. ראו עוד פרשת **פלוני 2017**, לעיל ה"ש 97, שם נאמר בדת הרוב המזכה בבית המשפט המחוזי כי "הבעיה המרכזית בעדותה של המתלוננת נובעת מדלות תיאורם של המעשים"; אלא שבית המשפט העליון קבע כי מבחינה משפטית, אין בהיעדר פירוט ע"י "ילדה-נערה" שנפגעה מעבירות מין כדי לפגום בעדותה, מה גם שהמתלוננת העידה בפועל על אירועים אחרים אשר "מוסיפים עומק ורוחב לגרסתה" (וראו פסקאות 15-18 לפסק הדין של השופט עמית). יתר על כן, דעת הרוב בבית המשפט המחוזי יישמה אמות מידה משפטיות שגויות בהתייחסה למתלוננת, שגדלה בסביבה דתית-חרדית, בצורה "סטריאוטיפית" למדי; וראו לעניין זה פסקאות 9-10, 24, 28-31 לפסק הדין של השופט עמית. וראו עוד לעניין זה פרשת *R. v. B. (R.G.)*, לעיל ה"ש 34.

99 ראו לעניין זה ע"פ 5002/09 **מדינת ישראל נ' ז'אנו גונן** (פורסם בבנו, 2.12.2010), שם ערערה התביעה על זיכויים של שני המשיבים מהרצח הטראגי של שקד שלחוב ז"ל באשקלון בשנת 2003. בית המשפט המחוזי ביסס את הזיכוי, בין היתר, על כך שאיכוני הטלפון הנייד אשר נטען כי היה בחזקתם של המשיבים בעת הרצח לא הוכיחו "את מיקומו הספציפי [של הרכב, א' פ'] בתוך העיר, וממילא לא ניתן לומר בוודאות כי הרכב שהה בזירת הרצח דווקא" (פסקה 11(ד) לפסק הדין של השופט א' א' לוי ז"ל). בית המשפט העליון קבע כי כוחו של האיכוני אינו נעוץ במיקומו הספציפי של הרכב בעיר, אלא דווקא "בהצבעה על כיווני נסיעה כללים, ובהקשר זה מתברר, כי הרכב ובו הטלפון נכנס לאשקלון בשעה 22:30, ובסמוך לשעה 23:00 פתח בנסיעה צפונה לכיוון מרכז הארץ...עד ששעה לאחר הרצח... אוכל הטלפון באזור גבעתיים...מהירות התנועה בין האתרים היא שהצביעה על כך שהאדם שהחזיק במכשיר הטלפון נע באמצעות רכב" (שם, בפסקה 49). מכאן הסיק בית המשפט העליון כי "נתוני מחקר התקשורת...הצליחו לקשור את המשיבים ישירות לירי שנוהר לעבר הרכב בו נסעו שקד שלחוב וחברתה" (פסקה 56 לפסק הדין של השופט א' א' לוי). השופט עמית הוסיף בסוף פסק הדין כי "איני מקבל את מסקנתו של בית משפט קמא כי התביעה לא הוכיחה מעבר לכל ספק סביר כי טלפון 260 היה בשימושם של ז'אנו וגנון בלבד. דומני כי מסקנה זו של בית משפט קמא, היא שהביאה אותו לשלול את המשקל הראייתי הנכבד שיש לייחס לראיות החיצוניות כמתואר לעיל" (פסקה 3 לפסק דינו). עינינו הרואות אפוא כי מסקנת בית המשפט העליון היתה כי בית המשפט המחוזי לא הבין את המשמעות האמיתית של איכוני הפלאפון, ומשכך נמנע מלהעניק לנתון זה משקל הולם בהכרעת הדין; ונדמה כי טעות זו נכנסת לגדר "טעות משפטית" עקב ניתוח הראיות בנפרד, במקום ניתוח כמכלול.



אם ממצא עובדתי מהותי נקבע בלא בסיס ראיתי מינימאלי, בבחינת "השערה", "ספקולציה" או "המצאת יש מאין"<sup>100</sup>.

פשיטא גם כי התביעה תוכל לערער על זיכוי המבוסס על טעות משפטית מובהקת, כגון טעות ביחס לטיבו של "סיוע"<sup>101</sup> או "דבר-מה נוסף"<sup>102</sup>, מקום בו העדות העיקרית במשפט נמצאה מהימנה. כמו כן, התביעה תוכל לערער על זיכוי שבא בעקבות חזרתה מכתב אישום בשל החלטה פגומה של בית המשפט הדיוני להסיר חיסיון, וזאת מבלי לקיים את סדרי הדין שהמחוקק קבע בסעיף 46(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971.

לעומת זאת, כאשר זיכוי מבוסס על שאלה שבעובדה או על שאלה משפטית שיישומה השגוי אין בו כדי לשנות את תוצאת ההליך, אין להקנות זכות ערעור לתביעה. כך, נדמה כי פרשת **פלוני 2012**<sup>104</sup> ופרשת **אולמרט** (ראשונוטורס)<sup>105</sup> נופלות בקטגוריה של ערעורי תביעה על זיכויים עובדתיים, ופרשת **קריאף**<sup>106</sup> משקפת מקרה שבו חרף טעות משפטית של בית המשפט הדיוני, לא היה באותה טעות כדי לשנות את תוצאת ההליך מזיכוי להרשעה. אך דוגמאות כאלה אינן רבות, וגם בית המשפט העליון הכיר בכך בפרשת **פלוני 2012** בציינו כי פרקליטות המדינה אינה מרבה להגיש ערעורים (מכל הסוגים) על פסקי דין של זיכוי, אלא עושה זאת "במשורה"<sup>107</sup>.

ולאחר דברים אלה, נשוב ונבחן עתה את השאלה האם שלושת החריגים שהותו בפסיקה<sup>108</sup> לכלל אי-ההתערבות בממצאי עובדה הולמים ערעור של התביעה לאחר זיכוי. לדעתי, התשובה לשאלה זו ביחס לחרגי הראשון - חריג ה"ראיות בכתב" - היא בוודאי שלילית. שכן, מקום בו התביעה נטלה סיכון והסתפקה אך בהגשת מסמכים מתוך חומר החקירה במשפט, אין לאפשר זכות ערעור לתביעה מכוח חריג ה"ראיות בכתב" בלבד. שהרי, כפי שכבר נקבע בעבר, "אין כל אפשרות להשתכנע מעל לכל ספק סביר באשמת נאשם, בלא שנפרסת התשתית הראייתית כולה, בלא שנקבע האמון שניתן לעדים, ובלא שמוכרעת שאלת המשקל שיש ליתן לראיות השונות"<sup>109</sup>. לכן, יש לאפשר ערעור מכוח חריג זה רק אם נפל פגם נוסף בהכרעת הדין - פגם המגיע לכדי טעות משפטית. באשר לחרגי השני ("שיקולים שבהיגיון") יש "לחדד" ולהבהיר כי התערבות ערכאת הערעור "תהא מוצדקת רק במקרים שבהם ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על שיקולים טהורים שבהיגיון, בנבדל משיקולי התרשמות או מערבוב בין שיקולי התרשמות והיגיון"<sup>110</sup>; קרי, טעות של הערכאה הדיונית בשאלה של משפט. כך גם באשר לחרגי השלישי ("טעויות מהותיות בהערכת מהימנות העדויות"): לא די בטעות עובדתית מהותית, אלא יש להצביע על כך שהטעות המהותית בשקילת העדויות נבעה מיישום שגוי של אמות מידה משפטיות.

100 ראו לעניין זה ע"פ 5628/08 **מדינת ישראל נ' אלכסי וולקוב** (פורסם בנבו, 5.1.2009), שם נפלה "טעות מהותית" בקביעת שעת המוות של קרבן רצח, והמשיב עצמו הסכים להחזרת הדין לערכאה הדיונית ל"הערכה מחדש" של "כלל חומרי הראיות".

101 ראו למשל ע"פ 4721/99 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(1) 684 (1999), שם התקבל ערעורה של התביעה על זיכוי של נאשם מעבירות מין בילדה בת 6, כיוון שבית המשפט המחוזי סבר בטעות כי על אף שעדות הילדה מהימנה, לא נמצא לה סיוע (גילוי נאות: מחבר רשימה זו ייצג את הפרקליטות בהליך דנא). כן ראו פרשת **סמדרסמן**, לעיל ה"ש 65, בעמ' 88.

102 ראו למשל ע"פ 4940/15 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 2.9.2015), שם זוכו המשיבים כיוון שבית המשפט המחוזי טעה ביישום ההלכה הנוהגת לעניין טיבו של "דבר-מה נוסף". בית המשפט העליון ביטל את הזיכוי והחזיר את הדין לבית המשפט המחוזי "לביחינה קונקרטי של התיק" על יסוד ההלכה הנכונה בסוגיה זו.

103 ראו למשל ע"פ 351/14 **מדינת ישראל נ' פקיה** (פורסם בנבו, 16.2.2014), שם התקבל ערעור המדינה על זיכוי של נאשם בהליך שבו בית המשפט הדיוני החליט להסיר חיסיון מעל הרישום הפלילי של מדובב מבלי לקיים דיון במעמד צד אחד, ומבלי שנשמעו הסבריהם של נציגי התביעה. בית המשפט העליון ראה בהתנהלות זו של בית המשפט המחוזי משום טעות משפטית, כיוון שלפי ההלכה הפסוקה סעיף 46(א) לפקודת הראיות מטיל "חובה" על בית המשפט לעיין בראיה החסויה ולקיים דיון במעמד צד אחד (וראו שם, פסקאות י"ד-ט"ז).

104 ע"פ 6304/11 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 20.9.2012) (להלן: פרשת **פלוני 2012**). וראו שם דבריו המאלפים של השופט סולברג: "אילו דנתי בתיק בערכאה ראשונה, יתכן והייתי מרשיע את המשיב; אילו אמת-המידה להרשעה בפלילים היתה זו של 'מאזן ההסתברויות' הנוהג במשפט האזרחי, הייתי מרשיע; אחרי ככלות הכל, גרסתה של הקטינה ר' מסתברת בעיניי יותר מאשר גרסתו של המשיב; ברם, בחינת החומר הראייתי בכללותו מובילה למסקנה כי אין טעות משפטית המאפשרת התערבות ערכאת הערעור בהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי - אשר התרשם מן המכלול באופן ישיר - לפיה אשמתו של המשיב לא הוכחה מעבר לכל ספק סביר; זוהי אמת-המידה המחייבת במשפט הפלילי".

105 ע"פ 8080/12 **מדינת ישראל נ' אולמרט** (פורסם בנבו, 28.9.2016), שם נדחה - ברוב של 3-2 - ערעור התביעה על זיכוי של אהוד אולמרט מביצוע מעשי מירמה כלפי המדינה וארגונים שונים באמצעות קבלת "מימון כפול" עבור נסיעות שונות לחו"ל (גילוי נאות: מחבר רשימה זו ייצג את הפרקליטות בהליך דנא). התביעה טענה כי יש להחיל במקרה דנא את חריג השני לכלל אי-ההתערבות, שעניינו קביעת ממצאי עובדה על בסיס שיקולים שבהיגיון; אלא שגם שופטי המיעוט שסברו כי יש לקבל את ערעור המדינה על הזיכוי הביעו את דעתם כי מדובר בערעור שנשען, לפחות בחלקו, על התערבות בממצאי עובדה ממש (וראו שם, פסקה 6 לפסק הדין של השופט פוגלמן; פסקה 1 לפסק הדין של השופט עמית).

106 ע"פ 6392/13 **מדינת ישראל נ' קריאף** (פורסם בנבו, 21.1.2015), שם דחה בית המשפט העליון ערעור של התביעה על זיכוי מחמת הספק של המשיב מעבירות רצח בכוונה תחילה. התביעה טענה כי בית המשפט המחוזי טעה ב"הערכה לוגית והסתברותית של התשתית הראייתית שנקבעה בהכרעת הדין" (פסקה 88 לפסק הדין של השופט סולברג), וזאת על רקע יישום שגוי של המבחן התלת-שלבי שנקבע בפסיקה לבחינת ראיות נסיבתיות. השופט סולברג קיבל, בהסכמת השופט רובינשטיין (כתוארו אז), את הטענה המשפטית של התביעה בדבר יישום שגוי של המבחן התלת-שלבי, אך בכל זאת דחה את הערעור כיוון שלא מצא הצדקה להתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו בערכאה הדיונית, "בוודאי לאור העובדה שהטענות נדונו על-ידה ונדחו באופן מפורש" (שם, פסקה 129). השופט הנדל הצטרף למסקנה כי יש לדחות את הערעור, תוך הבעת עמדתו כי בית המשפט המחוזי לא שגה כלל באופן יישום המבחן התלת-שלבי (פסקה ג) לפסק דינו). אגב, על אף שהשופט רובינשטיין סבר כי יש לדחות את הערעור, הוא הדגיש כי "אין לבוא כל עיקר בטרזניה עם התביעה כמייצגת הציבור, על הגשת הערעור" (פסקה א' לפסק דינו).

107 פרשת **פלוני 2012**, לעיל ה"ש 104, בפסקה 43. כן ראו בג"צ 8150/13 **דליה כרסני נ' פרקליטות המדינה - המחלקה הפלילית** (פורסם בנבו, 6.8.2014), שם הטעים השופט הנדל כי על אף שהתביעה מערערת על פסק-דין של זיכוי "במשורה", הרי שאפשרות זו אינה בגדר "הלכה ואין מורין כן" (שם, פסקה 6 לפסק דינו). ראו גם **דו"ח ועדת אנקר**, לעיל ה"ש 94, שם נאמר כי ערעורי תביעה "אינם בבחינת חזון נפרץ ומספרם מועט ביותר".

108 לעיל ה"ש 90, והטקסט הצמוד לה.

109 בש"פ 8087/95 **שלמה זאדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד (2) 133, 146 מול האות ה' (1996).

110 ע"פ 7532/12 **אדם איטל נ' מדינת ישראל** פסקה 136 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (פורסם בנבו, 11.12.2016) (הדגשה במקור הושמטה, א' פ'). כן ראו ע"פ 2439/10 **פלוני נ' מדינת ישראל** פסקה 4 לפסק הדינו של השופט נ' הנדל (פורסם בנבו, 6.6.2012). יושם אל לב כי דברים אלה נאמרו בהליך ערעורי של נאשם על הרשעה, והם בוודאי נכונים, מכוח קל וחומר, בערעורי תביעה על זיכוי.

## האם תיקון סטטוטורי באמת נחוץ?

בפרשת **פלוני 2012**<sup>111</sup> - שם זיכה בית המשפט המחוזי מרכז את המשיב מחמת הספק - ציין השופט סולברג כי "אין זה מובן מאליו שעל זיכוי שכזה יש זכות לערער"<sup>112</sup>. בהקשר זה, הצביע השופט סולברג הן על המשפט האמריקאי<sup>113</sup> והן על המשפט העברי<sup>114</sup>, בו נפסק להלכה כי ב"דיני נפשות מחזירין לזכות ואין מחזירין לחובה"<sup>115</sup>. השופט דנציגר הוסיף כי על אף ש"בדין הישראלי אין, לעת הזו, כל מגבלה סטטוטורית מפורשת על התביעה המונעת אותה מהגשת ערעור על פסק דין מזכה של הערכאה המבררת"<sup>116</sup>, הרי ש"האינטרס הציבורי שבמיצוי הדין עם מי שהתביעה סבורה שהיה מקום להרשיעו בדין, הוא רק אחד מבין השיקולים הצריכים לעניין ואין לייחס לו משקל מיוחד או עודף"<sup>117</sup>; לכן, על התביעה רובצת חובה, כדברי השופט דנציגר, "להפעיל סמכויותיה בסבירות ובמידתיות" ולהתחשב במכלול השיקולים בטרם תחליט לערער על פסק דין מזכה, "גם אם בשיטתנו אין מגבלה חוקית"<sup>118</sup> על הגשת ערעור כזה.

למקרא דברים אלה, עשויה להתעורר השאלה מדוע נחוץ שהמחוקק ישקיע זמן ומשאבים בתיקון ה"חסד"פ בסוגיה האמורה, אם במישור הפרקטי פרקליטות המדינה בלאו הכי כמעט ואינה מגישה ערעורים שאינם עונים לקריטריונים המוצעים לעיל? לשאלה זו אשיב כדלקמן: העילות שבגינן רשאית התביעה לערער הן בעלות חשיבות עצומה, ויש לקבען בחקיקה ראשית<sup>119</sup>. שהרי, בהיעדר מגבלות סטטוטוריות, קיים סיכון מוגבר להגשת ערעור כזה או אחר - כמובן, משיקולים

מקצועיים לחלוטין ובתום לב - תוך סטייה מהמדיניות הכללית של התביעה; זאת, בעיקר כשעסקינן בערעורים על פסקי דין מזכים של בית משפט השלום לבית המשפט המחוזי. מעבר לכך, ניתן להניח כי דבר המחוקק גם יקרין בעתיד על הביקורת החריגה שהטיח בית המשפט העליון לאחרונה על פרקליטות המדינה בשל כך שנמנעה מהגשת ערעור על זיכוי של נאשם<sup>120</sup>.

לסיום, על כולנו לזכור - קרי, כל המשתתפים בתהליך עשיית הצדק בבתי המשפט הפליליים בארץ - כי הכרזת בית המשפט כאמור בסעיף 182 סיפא לחסד"פ, לפיה משפטו של הנאשם מסתיים בזיכוי, היא אירוע רב-משמעות ודרמטי ביותר. מטבע הדברים, נאשם השומע הכרזה על זיכוי מפתח ציפיה כי "לאחר שהתברר עניינו בתום שמיעת ראיות והוכרע על ידי שופטים מקצועיים ובלתי-תלויים, לא יאלץ להיגרר להליכים משפטיים נוספים"<sup>121</sup>. אמנם, ציפיה זו אינה יוצרת "אינטרס הסתמכות" שניתן לאכפו בדין<sup>122</sup>, אך נוכח הביוש, המתח הנפשי וחוסר הביטחון המתמשך של הנאשם, כמו גם הוצאות ההגנה הנערמות, על המחוקק להקפיד כי רק במקרים חריגים תוכל התביעה לערער על זיכוי בפני ערכאה נוספת; ומקרים אלה, לדעתי, חייבים לענות על שני תנאים במצטבר: (1) הערעור מעורר שאלה של משפט, עפ"י אמות המידה שפורטו לעיל; ו- (2) אלמלא יישומה השגוי של אותה שאלה בערכאה הדיונית, תוצאת ההליך היתה משתנה. ככל שאין בידי התביעה להראות קיומם של שני תנאים מצטברים אלה, יש להגביל בחוק, לדעתי, את סמכותה לערער על הזיכוי<sup>123</sup>.

111 פרשת **פלוני 2012**, לעיל ה"ש 104.

112 שם, בפסקה 41 לפסק דינו של השופט נ' סולברג. ראו עוד לעניין זה את פרשת **פלוני 2017**, לעיל ה"ש 97, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט עמית; ע"פ 156/14 **מדינת ישראל נ' שלמה ניאמצ'יק** פסקה 15 להחלטתו של השופט ס' לזבראן (פורסם בנבו, 29.5.2017). במאמר מוסגר יוער כי לאחר החלטה אחרונה זו, מחקה המדינה את הערעור שהגישה על זיכויים של המשיבים, וראו את פסק הדין בע"פ 156/14 **מדינת ישראל נ' שלמה ניאמצ'יק** (פורסם בנבו, 16.7.2017).

113 פרשת **פלוני 2012**, לעיל ה"ש 104, בפסקה 41 לפסק דינו של השופט נ' סולברג. שם, בפסקה 42.

114 **משנה תורה לרמב"ם**, הלכות סנהדרין, פרק יא הלכה א'.

115 פרשת **פלוני 2012**, לעיל ה"ש 104, בפסקה 2 לפסק דינו של השופט דנציגר.

116 שם.

117 שם. כן ראו דבריו של השופט עמית בפרשת **פלוני 2017**, לעיל ה"ש 97, שם הטעים כי "ערעור המדינה על זיכוי של נאשם" אינו "מהלך דיוני טריוויאלי", ובמקרים כאלה שומה על רשויות התביעה לשבת שבעה נקיים טרם תתקבל החלטה לערער" (שם, בפסקה 5).

118 **בדו"ח הוועדת אנקר**, לעיל ה"ש 94, הומלץ בשורה התחתונה ש"לא לשלול מהמדינה את הזכות לערער על זיכוי", אך חברי הוועדה הוסיפו כי "נוכח מכלול השיקולים הנגד שהובאו בפני הוועדה, הוועדה ממליצה בפני פרקליט המדינה לקבוע בהנחיה פנימית, שהחלטה בדבר ערעור על זיכוי תתקבל רק במקרים חריגים ובאישור דרג בכיר בפרקליטות". למותר לציין כי דברים אלה מוסכמים עלי - וההמלצה לפרקליט המדינה אף מיושמת בפועל - אך בכל הכבוד וההערכה סבורני כי בכל זאת נכון יותר לקבוע את אמות המידה לאותם "מקרים חריגים" בחוק.

120 וראו ע"פ 14/4205 **נחום בן יצחק נ' מדינת ישראל** פסקה 84 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארד (פורסם בנבו, 29.5.2016): "המדינה נמנעה מלהגיש ערעור על זיכוי המוחלט של אוהד. אכן, לפרקליטות יש שיקול דעת רחב בשאלה של הגשת ערעור, ולא כל שכן הגשת ערעור על זיכוי, אשר מחייבת נקיטת גישה זהירה. אולם, במקרה שבו הוגש ערעור מצדו של הנאשם הנוסף באותה פרשה, באופן שעלול להוביל לתוצאות סותרות, וכאשר השאלות הנוגעות להרשעתו הן השאלות שעומדות בלב הזיכוי, דומה שהיה ערך בהגשת ערעור". כן ראו שם, פסקאות א'-ג' לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין: "כאן המקום להעיר, כי תמנהו מאוד על העובדה שלא הוגש ערעור על זיכוי של אוהד...עמדת הפרקליטות שנשמעה לפנינו, שלא היו בפניה הנמקות טובות לערעור, נראית לנו בעייתית...מקום שבו לחמה הפרקליטות בכתב אישום כנגד יותר מנאשם אחד זוכה או זוכו מי מהם, והאחר - או האחרים - מערערים, כדאי לשקול בכובד ראש, כדי שתצויר התמונה בשלמותה, להגיש ערעור...החלטת הפרקליטות שלא להגיש ערעור על זיכוי של אוהד, מעוררת תהיות כאמור". ראו עוד דנ"פ 7229/16 **נחום בן יצחק נ' מדינת ישראל** פסקה 31 להחלטתה של הנשיאה מ' נאור (פורסם בנבו, 3.1.2017). כן ראו ביקורת מרומזת יותר של בית המשפט העליון בפרשת ע"פ 16/1872 **ניסים דולדטי נ' מדינת ישראל** פסקה 49 לפסק דינו של השופט מ' מזוז (פורסם בנבו, 18.5.2017), שם ציין כי "המדינה לא ערערה על זיכוי של עו"ד דהבי, וזה לא הביא אפוא את טיעוניו בפנינו".

121 מדברי השופט דנציגר בפרשת **פלוני 2012**, לעיל ה"ש 104, בפסקה 2. כן ראו לעניין זה דבריו של בית המשפט לערעורים במחוז מניטובה בפרשת *R. v. B. (R.G.)*, לעיל ה"ש 34, בפסקה 10: "There are finality and jeopardy concerns which arise when ordering a second trial after an accused has already heard the words 'not guilty' from a judge, or from a jury of his or her peers".

122 ראו דבריו של השופט דנציגר בפרשת **פלוני 2012**, שם.

123 למען הסר ספק, מגבלה זו אינה צריכה לחול על התביעה, לדעתי, מקום בו הנאשם הביא לזיכוי במשפטו עקב התנהגותו הפסולה ו/או בלתי-חוקית, כגון במקרה שבו "הביא לטשטוש או השמדה של ראיות, או מקום שבו...השפיע באופן פסול על עד והניא אותו מלהעיד". וראו לעניין זה פרשת **אולמרט**, לעיל ה"ש 105, בפסקה 16 להחלטת הנשיא א' גרוניס. והשוו: David. S. Rudstein, *Retrying the Acquitted in England Part III: Prosecution*, 13 SAN DIEGO INT'L L. J. 5 (2011). *Appeals Against Judges' Rulings of 'No Case to Answer'*, כן ראו, במחוז ניו סאות' ווילס, אוסטרליה: Crimes (Appeal and Review) Act 2001, Sections 101-102, בו נקבע כי התביעה \ רשאית לבקש משפט חוזר לאחר זיכוי של נאשם מעבירות חמורות, ובלבד שבית המשפט לערעורים השתכנע כי הזיכוי היה "מוכתם" ("tainted acquittal") בשל אקט של שיבוש הליכי המשפט.