

”זה לא זה”*

הרהורים נוספים בעקבות הרשעת אולמרט בפרשת הולילנד

מאת

דורון מנשה**

מאמר זה בוחן את פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב (השופט דוד רוזן) בעניין הולילנד. במסגרתו נעשה ניסיון למפות את מכלול הראיות הקיימות ואת נקודות התורפה המרכזיות שבהכרעת הדין. המסקנה העולה מהמאמר היא כי קיימים בהכרעת הדין פגמים יסודיים, אשר בתמצית ניתן לצמצמם לשלושה עיקריים: אי-התחשבות במרכיבי אי-הידיעה ובחוסרים הראייתיים האינהרנטיים בעברה שבה האקטוס ראוס מבוצע בידי אחר שאינו הנאשם, חוסר הנכונות לשקול השערות חפות חלופיות מקום שלנאשם אין ידיעה ישירה על אודות האקטוס ראוס, להבדיל ממקרים של ידיעה או ביצוע ישיר, ואחרון – ביסוס היריעה העובדתית על הנחות התנהגותיות שונות, גם אם הגיוניות, המשמשות לפרשנות הראיות, ללא מתן משקל לפרשנויות חלופיות אפשריות המבססות חפות. מן

* ההיגד השגור בפיו של השופט מ' חשין ז"ל (ראו למשל ע"פ 6251/94 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 125–124, 45 (1995); ע"פ 3059/03 גלובוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 654, 671–672 (2003)).

** מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתי והערכתי לקוראים: נחשון שוחט, סיון ביבר, איל גרונו, צפורה רוזנברג, אדוה סגמן וציפי יצחק-חיים, שהעירו הערות חשובות לטיוטה מוקדמת של הרשימה דנן. תודה מיוחדת שלוחה לפרופ' דניאל פרידמן על הערותיו והכוונותיו ועל שביקר בקפדנות את הרשימה, ולעתים אף ביקורת נוקבת, אך תמיד בדרכי נועם.

השלמת המאמר ופרסומו באתר כתב העת נעשו זמן רב לפני שפורסמה הכרעת הדין בע"פ 5270/14 אולמרט נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב, 29.12.2015), ושבו הכריע בית המשפט העליון כמוצע במאמר לזכות את אולמרט באישום בעניין הולילנד. לא אך זו, נראה כי בית המשפט אימץ מתווה רעיוני דומה לזה המפורט במאמר ובכלל זה: הסתייגות מהכרעה על בסיס בניית פרופיל אשמה ודחיית הרעיון שניתן להסיק על דרך של מעשים דומים מפרשת טלנסקי, אימוץ התפיסה שהעדרה של חקירה נגדית מלאה דווקא של עד מדינה היא בעלת השלכה מיוחדת במונחי פגיעה ביכולת בירור האמת על ידי בית המשפט, קבלת הגישה שמדובר במקרה זה בהוכחה נסיבתית החשופה להשערות או תרחישי חפות, חובת בית המשפט להעלות אותן מיזמתו וטיבם של תרחישי החפות הנוגעים לשאלת יזמתו של אהוד אולמרט להעברת הכספים לאחיו ושאלת מודעתו.

המקובץ עולה כי המסקנה המרשיעה בפרשה זו אינה נגזרת כמסקנה יחידה המתבקשת מחומר הראיות ועל כן יש להמירה בהכרעת זיכוי.

א. רקע והקדמה. ב. מיפוי הראיות הקיימות ומילה של ביקורת. ג. חובת בית המשפט לבחון מיזמתו היתכנותה של טענת הגנה חלופית. ד. הנחות התנהגותיות ובניית פרופיל אשמה. ה. "ראיה חסרה" ועקרון הראיה הטובה ביותר. ו. נפקות הראיה החסרה – ביקורתו של פרידמן. ז. מודל – מבחן מידת ההוכחה הפלילית. ח. הטיית העיגון והשערות חפות חלופיות. ט. התמקדות ההגנה ביסוד המודעות ולא באקטוס ראוס – היסק לחובה? י. תהיות עקרוניות באשר ליסוד המודעות וזכות החקירה הנגדית. יא. התערבות ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים. יב. "צדק צדק תרדוף" – שיקולי מדיניות והכוונת התנהגות בהתייחס לעבירת השוחד.

א. רקע והקדמה

בשבועות האחרונים עדים אנו להצהרות חוזרות ונשנות של מלומדים רבים, ובהם גם שופטים בדימוס,¹ שעיקרן בביקורת נוקבת על חלקים רבים בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב (השופט דוד רוזן). מנגד, זוכה פסק הדין המרשיע לאהדה ציבורית רחבה, ונשמעות גם עמדות משפטיות תומכות שלפיהן סיכויי הערעור על ההרשעה, ככזו המבוססת על ממצאי מהימנות עובדתיים, נמוכים הם.^{2,3} במסגרת רשימה זו נעשה ניסיון אקדמי ראשון למפות את מכלול הראיות הקיימות ואת נקודות התורפה המרכזיות שבהכרעת הדין תוך דיון מפורט בנפקות הראייתית שיש לייחס בנסיבות העניין לכל ראיה וראיה, לרבות התייחסות לביקורת של פרופ' פרידמן ולשאלה המתבקשת ביותר – האם מתעוררת בעניינו של אולמרט השערת חפות?

במבט ראשוני על הכרעת הדין בפרשת הולילנד^{4,5} דומה כי אין כלל מחלוקת שקיימים שלל ראיות ומסמכים ושורה של עדויות להוכחת העברת הכספים הנטענת מעד המדינה ליוסי אולמרט, תוך הוכחת מודעותו לכאורה של אחיו אהוד להתרחשויות אלה. קיתונות של דיו נשפכו בפרוטוקולים הרבים ובהכרעת הדין לתיאור אותן ראיות כ"מכריעות"

1 אביאל מגנוי ומיכל מרגלית "שופטים בדימוס: סיכויים לא מבוטלים בערעור אולמרט, סגנונו של השופט רוזן בוטה" YNET מדור משפט ופלילים (13.5.2014) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4519332,00.html

2 חן מענית "מומחים: סיכויי ערעור אולמרט קלושים – אך יש נקודות תורפה" גלובס מדור דין וחשבון (2.4.2014) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000929268

3 עמנואל גרוס "סיכוי קלוש לערעור של אולמרט. פרשנות" ואלה! חדשות (31.3.2014) news.walla.co.il/?w=/10/2734072

4 ת"פ (מחוזי ת"א) 10291-01-12 מדינת ישראל נ' צ'רני (פורסם בנבו, 31.3.2014) (להלן: "הכרעת הדין").

5 יצוין כי הרשימה מתמקדת בפרשת הולילנד בלבד, קרי בעברה של קבלת שוחד בסך של חצי מיליון ש"ח מעד המדינה באמצעות אחיו יוסי אולמרט.

וכמטות את הכף לעבר מסקנת הרשעה. אלא מאי? בחינה מדוקדקת של כלל הראיות שהונחו לפני בית המשפט המחוזי מעלה דווקא כי מדובר במקבץ ראיות שלא בהכרח מוביל למסקנה הגיונית אחת ויחידה, היא ההרשעה בעברת השוחד שבסעיף 290 לחוק העונשין. לכאורה, המסקנה המתבקשת בהתחשב בנימוקים שיוצגו ברשימה להלן המבססים הלכה למעשה את השערת החפות – הריהי זיכוי מחמת הספק.⁶

בקצירת האומר סבורני כי קיימים בהכרעת הדין פגמים יסודיים בתחום דיני הראיות, אשר בתמצית ניתן לצמצמם לשלושה עיקריים: אי-התחשבות במרכיבי אי-הידיעה ובחוסרים הראייתיים האינהרנטיים בעברה שבה האקטוס ראוס מבוצע בידי אחר שאינו הנאשם, חוסר הנכונות לשקול השערות חפות חלופיות מקום שלנאשם אין ידיעה הישירה על אודות האקטוס ראוס, להבדיל ממקרים של ידיעה או ביצוע ישיר, ואחרון – ביסוס היריעה העובדתית על הנחות התנהגותיות שונות, גם אם הגיוניות, המשמשות לפרשנות הראיות, ללא מתן משקל לפרשנויות חלופיות אפשריות המבססות חפות, ולכן מי שמשתכנע ממנה מסתכן לשיטתי בהסקת מסקנות שעלולות להוביל להרשעת חף.

אדגיש כי כשעסקינן בבירור השיפוטי בשאלת האשמה, השאלה אינה מי האיש, מה אופיו, או מה ניתן להשיג מהרשעתו ברמה הציבורית. אדרבה, אם ייווכח הציבור לדעת שבית המשפט אינו פוסק כפי שמתחייב מן הדין ומהנסיבות רק בשל חשש מתגובת הציבור, כי אז דווקא גישה זו עלולה להביא לפגיעה קשה במעמדו של בית המשפט וביוקרתו. השאלה גם אינה אם ביצע את המעשה או מה למעשה אירע. השאלה אפילו אינה מה מסתבר ביותר שאירע או מה משקלה המשכנע היחסי של השערת (תרחיש) חפותו אל מול השערת אשמתו.

השאלה היחידה היא זאת: האם קיימת השערת (תרחיש) חפות כאפשרות המתקבלת על הדעת? והאם מחובתו של בית המשפט לבחון את היתכנותה מיזמתו עת עסקינן באישום בעברת שוחד המבוצעת באמצעות אחר? ואולם, הרטוריקה השיפוטית מלמדת אותנו כי המאבק בשחיתות הציבורית, ובעברת השוחד בפרט, הגיע לממדים של "פאניקה מוסרית". פאניקה זו מוגדרת כמעין סחרור חברתי שהופך פירור של דיסאינפורמציה להתלהטות קולקטיבית, כאשר חזקת החפות נסוגה, והאשמה מוטלת על "שעיר לעזאזל".⁷ כמשפטים עלינו לנסות להימנע ככל שניתן להיגרר לפאניקה זו. שומה עלינו לזכור כי מול האינטרס

6 לשאלה אם ההחלטה הראויה במקרה כזה היא זיכוי או זיכוי מחמת הספק ראו יניב ואקי וראיה רוזנשיין "בין זיכוי מחמת הספק לבין זיכוי מחמת הספק הסביר" ספר דיויד וינר על משפט פלילי ואתיקה 489 (2009); דורון מנשה ואיל גרונר "הקטגוריוזיה של הזיכוי: זיכוי מחמת הספק וזיכוי מוחלט – עיון מחודש" מחקרי משפט כז 7 (2011). מחברי המאמרים חלוקים בדבר התיחום האפיסטמי המדויק של הספק הסביר, אך נראה כי על פי שתי העמדות, מצב שבו לצד השערת האשם שלא נסתרה, קיימות השערות חפות בעלות ערך הסתברותי סובסטנטיבי – שזהו המצב לדעתי במראה שלפנינו כפי שנפרט מיד – מחייב אנליטית ונורמטיבית פסק של זיכוי מחמת הספק, להבדיל מזיכוי מוחלט.

7 להרחבה ראו מרים גור אריה "פניקה מוסרית והשחיתות השלטונית" משפט ועסקים יז 1, 17 (2014).

כבד המשקל, ככל שיהא, בניקוי האורוות ובביעור השחיתות השלטונית עומדת זכותו של הנאשם לא להיות מורשע כחף, זכות המתפרשת, בהיעדר יכולת לוודא וידוא מוחלט את שאלת האשמה, כזכותו של כל נאשם, גם נאמן ציבור, לא להיות מורשע כאשר השערת חפותו מרחפת מעל ראשו או מעל ראשו של השופט היושב בדין. אכן, הכרעת הזיכוי אל נוכח סיכויי אשמה סובסטנטיביים של הנאשם היא שעתה היפה של הנאורות השיפוטית. כשבאה שעה זו שוב אין להחמיצה. כוחה של שפיטה ואיתנותה באים לידי ביטוי בפתיחות לבה ובנכונותה לבדוק עצמה ולהודות בטעותה, וכדבריו שובי הלב של נשיא בית המשפט העליון א' ברק:⁸ "אין לך דבר הפוגע יותר באמון הציבור בשפיטה מאשר התחושה כי השפיטה סגרה עצמה ונעלה הדלת מפני אפשרות לתקן הרשעה שלא כדיון".

ב. מיפוי הראיות הקיימות ומילה של ביקורת

1. עדותו של עד המדינה

מעדותו של מר שמואל דכנר ז"ל עולה כי נערכה פגישה בלשכתו של אולמרט בעת כהונתו כראש עיריית ירושלים, שבמהלכה סיפר לו אולמרט על הסתבכותו הכלכלית של אחיו יוסי וביקש ממנו סיוע כספי בסך של חצי מיליון ש"ח. סוכם על הזרמת התשלום הזה בהמחאות דחיות. משיצא עד המדינה מהלשכה, סיפר למנהלת לשכתו של אולמרט, שולה זקן, כי זה ביקש ממנו עזרה פיננסית בשביל אחיו. לגרסתו, בתחילה מסר לינוסי אולמרט, שהגיע למשרדו בתל-אביב, המחאה אחת או שתי המחאות על חשבון הסכום הזה וקבע להיפגש עמו כעבור כמה ימים. מר דכנר ז"ל הוסיף וציין כי משיצא יוסי אולמרט ממשרדו, נתקל באברהם נתן, שבדיוק הגיע אליו למשרד ואף ראה את יוסי עם ההמחאות בידיו. זמן קצר לאחר מכן, כמוסכם ביניהם, פגש ביוסי אולמרט ב"קפה אפרופו" בתל-אביב ומסר לו שמונה צ'קים נותרים, דחויים, כל אחד על סך של 50 אלף ש"ח. אשר לנפקויות של התשלום על קידום פרויקט הולילנד תיאר בין היתר עד המדינה כי אולמרט תמך טוטאלי באי-הבאת תכנית בניין עיר (תב"ע) ג' לדיון בוועדה המקומית; כי בדיון עצמו והופיע לא אחר מאשר אולמרט שתמך בעמדת היוזמים; כי בהמשך אף השתתף אולמרט בדיון בוועדה המחוזית.

לדעתי, עדותו של עד המדינה איננה נקייה מספקות: ראשית, עד המדינה עצמו העיד על מעשיו השליליים פעמים רבות במהלך עדותו בבית המשפט: כי הוא עברייני שרימה את רשויות המס; כי ביצע לאורך שנים מעשים פליליים, לרוב, שבהם זייף מסמכים, הונח, שיקר, ועיקר העיקרים – שיחד בשיטתיות פקידי ציבור ונבחרי ציבור שעמם בא במגע במהלך עבודתו. גם בית המשפט המחוזי מתייחס למהימנותו הכללית של עד המדינה באמרו כדברים שלהלן⁹:

8 מ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334, 354 (1997).

9 ראו הכרעת הדין, לעיל ה"ש 4, פס' 15.

"במהלך עדותו בבית-משפט, נתפס עד המדינה במיני סתירות מהותיות יותר או פחות, אי דיוקים בהודעותיו הרבות במשטרה, כמו גם, בזיוף מיני מסמכים ומוצגים. לעיתים, נמנע מלהודות בזיוף מסמך כלשהו או בשקר ששיקר, אך בבית-המשפט נשקף כי עד המדינה שיקר או זייף המסמך בסוגיה הספציפית שנחקרה. עד המדינה לימדנו כי השקר שימש עבורו, בשנים האחרונות בבחינת כלי עבודה. עד המדינה לא בחל בשקרים ובתחבולות. ללא חיבוטי נפש ונקיפות מצפון, היה נכון, לצורך השגת מטרה, לשקר ולתחבל גם כשמדובר היה במטרה זמנית וחסרת משמעות יחסית. עד המדינה הצהיר דברי שקר בשנים האחרונות והציג מסמכים כוזבים ונכזבים גם לפרקליטים ששכר, שהמה בהגדרה פעלו למענו".

זאת ועוד, במהלך חקירתו הנגדית הסביר עד המדינה בהתייחס לכתב הסחיטה¹⁰ (שהושמט ממנו סיפור השוחד מושא העברה שלפנינו)¹¹ את מצבו הנפשי הקשה באותה תקופה ואת המצוקה שאליה נקלע, מצוקה שהביאה אותו לחבר מסמך רווי בשקרים לא סבירים בעליל, סיפורי סיפורים הזועקים שקר למרחוק, ואלה מקצת דבריו:

"בחלקים המתייחסים למקבלי שוחד ולתשלומים ששילמו, שיקרתי ומסרת את נתונים לא נכונים לעורכי-הדין שלי... עשיתי את זה כדי להגדיל עוד יותר את הבעייתיות ואת גודל הפשרה בפרשה..."¹².

בהקשר זה בית המשפט המחוזי מציין כי גם לעמדת התביעה אי אפשר לקבוע ממצאים על בסיס אותו מסמך, וכי "בהיעדר קביעה בבית-המשפט להעברת כ-500 אלף ש"ח ליוסי אולמרט, תיסתמנה טענות המאשימה באירוע שוחד זה". בקשר למשקלה של עדות עד המדינה קובע בית המשפט המחוזי מחד גיסא כי "אין בכוחה (של עדות עד המדינה) לשמש אבן בסיס אבני ראיות המאשימה" באשר לאולמרט,¹³ ומאידך גיסא מסייג בית המשפט המחוזי את קביעתו זו באמרו כך: "עם זאת, יש בעדות עד המדינה כדי להסיר 'אבק טענות', שביקשו הנאשמים לכסות בהם האירועים. יש בכוחה של עדות עד המדינה להבריק ולהאיר הפסיפס העובדתי הנסיבתי המושלם, שנבנה בבית-המשפט".¹⁴

שנית, מן ההגנה של אולמרט נשללה לחלוטין האפשרות למצות את החקירה הנגדית של עד המדינה בשל פטירתו.¹⁵ כידוע, הסתמכות על עדות של עד מדינה מחייבת

10 טיוטת כתב התביעה שהכין פרקליטו של עד המדינה בהתייחס למקבלי השוחד ולתשלומים ששילמו.

11 וכן עניינים נוספים, לרבות מעורבותו של הנאשם 2 – מר אביגדור קלנר.

12 ראו הכרעת הדין, לעיל ה"ש 4, פס' 15.

13 ראו שם, פס' 302.

14 שם, שם.

15 ראו שם, פס' 304: "עד המדינה, כזכור, לא נחקר בחקירה נגדית על-ידי פרקליטו המלומד של נאשם 8 (אולמרט)".

כשלעצמה זהירות וקפדנות מיוחדת.¹⁶ מניעת הזכות לחקירה נגדית כמוה כשלילת זכות יסוד החשובה לקיומו של הליך הוגן ולחקר האמת,¹⁷ וכאשר מדובר בשלילת חקירה נגדית של עד מטעם התביעה, שלילת זכות זו עשויה לחשוף את הנאשם לסיכונים מוגברים של הרשעתו כחף. והנה בסיטואציה שלפנינו נפגעה אפשרות החקירה הנגדית של עד המדינה שעדותו שימשה בפועל כנדבך מרכזי בראיות התביעה. ואכן, כפי שיפורט בהמשך, שלילת האפשרות של מיצוי החקירה הנגדית יוצרת קשיים ראייתיים בביסוס האשמה נגד אהוד אולמרט וחושפת אותו לסיכון של הרשעת שווא. זאת ועוד, בעניין קורולקר¹⁸ הפנתה השופטת פרוקציה לדבריו של המלומד מקורמיק,¹⁹ בהתייחס לערכה הראייתית של עדות שלא הושלמה בחקירה נגדית בשלמות העד, תוך הסתייגות מסוימת בנוגע לעד מדינה במשפט פלילי:

“In the case of death, there is no adequate reason for striking the direct testimony, *except that exclusion may well be constitutionally compelled if the witness was a state's witness in a criminal case*. It has been suggested that striking the direct should be discretionary. That suggestion has merit. No matter how valuable cross-examination may be, common sense tells us that the half-loaf of direct testimony is better than no bread at all. To let the direct testimony stand was the accepted practice in equity. It is submitted that except for the testimony of prosecution's witnesses, the judge should let the direct testimony stand, but be required on request to instruct the jury to consider the lack of opportunity to cross-examine in weighing the direct testimony”.

2. הודעתו של יוסי אולמרט

מתמליל חקירתו של יוסי אולמרט בושינגטון עולה כי זה ניסה בתחילה להרחיק עצמו מעד המדינה, ובכך להימנע מ"הפללת" אחריו. לאחר חקירה ארוכה שנפרסה על פני שעות, משהובהר ליוסי אולמרט כי ברשות החוקרים עדותו של אברהם נתן (מבלי לפרט תוכנה), החל יוסי אולמרט בתיאור מציאות עובדתית שונה שקושרת אותו לעד המדינה. בתחילה ציין כי הוא איננו זוכר במדויק את הסכומים שניתנו, אבל כן יודע לומר שעבר כסף מעד

16 ע"פ 3197/07 עיאט נ' מדינת ישראל, פס' יד לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 26.11.2007).

17 מלומד הראיות הנודע ויגמור הגדיר את החקירה הנגדית כאמצעי הטוב ביותר שהמציא האדם להגעה לאמת באמרו כך: "cross examination is beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth" J.H. WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT ; COMMON LAW, § 1367, p. 32 (J.H. Chadbourne ed., 1974).

18 בש"פ 5620/09 קורולקר נ' מדינת ישראל, פס' 18 (פורסם בנבו, 16.8.2009).

19 1 MCCORMICK ON EVIDENCE 90 (1999).

המדינה אליו. משנשאל על ההמחאות (פרט מוכמן) ציין שאינו זוכר כמה המחאות נתן עד המדינה אך יודע לומר בוודאות שניתנו המחאות. משנשאל על שיעור הסכום ציין כי אינו יכול לומר אך יודע לומר בוודאות שאין מדובר באלפי שקלים בודדים, כי אם ביותר מכך. משנשאל אם מדובר במאות אלפי שקלים, ציין כי אינו זוכר אך הדבר אפשרי. אשר למודעותו של אחיו ציין כי הנושא לא עלה מעולם אף לא באחת מהשיחות שקיים עמו על עומק הקשיים הכלכליים, וגם לא לאחר מכן. עם זאת ציין כי הוא מניח מבחינה לוגית שעד המדינה שוחח עם אחיו, אך הוא איננו יודע על כך בוודאות. לדבריו, הסיוע הכספי שנתן עד המדינה נועד לשרת אינטרס שלו, אך הוא איננו יודע להצביע על האינטרס לגופו. משנשאל יוסי אולמרט כיצד הדבר הגיוני שעד המדינה מסר לו תשלום בסך חצי מיליון ש"ח (פרט מוכמן) והוא אינו יכול להיזכר בפרטי האירוע, הסביר כי התשלום לא היה במקשה אחת כי אם בכמה המחאות דחיות. בהמשך ציין כי הוא חושב שניתנו לפחות שש המחאות דחיות כאשר הסכום על גבי כל אחת מהן היה 50 אלף ש"ח או 80 אלף ש"ח. עוד ציין יוסי אולמרט כי הפגישה ביניהם נערכה ככל הנראה ב"קפה הבימה" או ב"קפה אפרופו" או בבית קפה אחר.

בית המשפט המחוזי קבע כי יוסי אולמרט תיאר בחקירתו מצב דברים הדומה להפליא לעדותו של עד המדינה ואישר עיקרים מרכזיים בעדות עד המדינה, כמפורט להלן: א. סכום הכסף שקיבל לידי; ב. מועד קבלת הכסף; ג. הכסף הועבר לו באמצעות המחאות; ד. מדובר בהמחאות דחיות; ה. לפחות שש המחאות; ו. העברת ההמחאות התבצעה בקפה "אפרופו" בתל-אביב; ז. אברהם נתן הוא עד לפגישה עם עד המדינה בנושא.

עם כל הכבוד, לדעתי, הודעתו של יוסי אולמרט איננה נקייה מספקות, ורחוקה היא מלהיות: "דומה להפליא", כלשונו של בית המשפט המחוזי. ראשית, מהכרעת הדין אין עולה כי יוסי אולמרט ציין מיזמתו את הסכום שקיבל מעד המדינה,²⁰ כמו גם את הנתון כי מדובר בהמחאות ולא בכסף מזומן. פרטים האלה "נידבו" החוקרים. שנית, באשר למועד קבלת הכסף והעובדה כי אברהם נתן היה עד לפגישה, אין לכך תימוכין בתמליל חקירתו של יוסי אולמרט המופיע בהכרעת הדין.²¹ אכן, העובדה כי החוקרים ציינו בפני יוסי אולמרט כי בידיהם עדותו של אברהם נתן הייתה "טריגר" לשינוי גרסתו הראשונית בקשר להיכרות עם עד המדינה, ברם אין בה כדי לקבוע מסמרות בשאלה אם יש לראות באברהם נתן עד לפגישה אם לאו. למעשה, ניתן לומר כי הפרטים הדומים היחידים שמסר יוסי אולמרט בחקירתו, כפי שמשקפים מהכרעת הדין, הם אלה: א. התשלום מעד המדינה הועבר לו בהמחאות דחיות; ב. הפגישה בינו לעד המדינה התקיימה ככל הנראה ב"קפה אפרופו" בתל-אביב. באשר למספר ההמחאות, נסתייג ונעיר אך זאת: עד המדינה ציין בעדותו כי מסר

20 למעט העובדה שציין כי אין מדובר באלפי שקלים בודדים, כי אם בסכום גבוה יותר.
21 אף אם הפרטים הללו מופיעים בתמליל החקירה, לדעתי אי אפשר להסתמך עליהם כממצאים מבלי לצטט את החלקים הרלוונטיים מהודעתו של יוסי אולמרט בהכרעת הדין (בדומה לנעשה בפרטים האחרים). למצער, ניתן להסתפק באסמכתה מדויקת, כגון הפנייה לפרוטוקול, דבר שלא נעשה.

שמונה המחאות בפגישה השנייה ועוד המחאה אחת או שתיים בפגישה הראשונה, ואילו יוסי אולמרט מסר בחקירתו כי היו לפחות שש המחאות.²² בבית המשפט חזר בו יוסי אולמרט מהודעתו בחקירה, והוכרז כעד ערין.

3. הודעתו של אברהם נתן

מר נתן ציין כי הוא זוכר התרחשותו של מקרה שבו פגש ביוסי אולמרט במשרדו של עד המדינה, וכי עד המדינה מסר המחאה לידיו של יוסי אולמרט. במסגרת חקירה נוספת ציין כי הוא זוכר שיוסי אולמרט יצא ממשרדו של עד המדינה כנראה עם המחאה ביד, וכי יוסי אולמרט עצמו אמר לו שקיבל המחאה מעד המדינה. בהמשך חידד מר נתן כי ראה את יוסי אולמרט יוצא עם נייר מקופל, ויוסי אמר לו שקיבל המחאה מעד המדינה. בבית המשפט חזר בו אברהם נתן מהדברים שמסר בחקירתו במשטרה. בית המשפט המחוזי ציין כי הודעתו של אברהם נתן בחקירתו במשטרה מקבעת תמונה עובדתית שבה התייצב יוסי אולמרט במשרדו של עד המדינה וקיבל ממנו כסף באמצעות המחאה, וכי תמונה זו, כשלעצמה, מוכיחה העברת כסף מעד המדינה ליוסי אולמרט.

אחד מהקשיים המשתקפים לדעתי בעדותו של אברהם נתן והנפקות ש בית המשפט המחוזי מייחס לה מתמצה בכך שמר נתן לא ראה כלל המחאה בידו של יוסי אולמרט (לרבות הסכום או התאריך). יתרה מזו, התיאורים השונים שמסר נתן בחקירתו מראים במידת-מה על הססנותו ועל היחלשות עקיבה של גרסתו באשר לאופן ההתרחשות לאשורה, כמפורט להלן:²³ בתחילה קבע נתן ברמת ודאות מוחלטת כי עד המדינה מסר המחאה לידיו של יוסי אולמרט ("אני זוכר שדכנר נתן ליוסי שיק"); בהמשך ציין נתן כי יוסי אולמרט יצא ממשרדו של עד המדינה כנראה עם המחאה ביד ("אני זוכר שיוסי יצא מדכנר כנראה עם שיק ביד"); לבסוף, חידד נתן כי ראה את יוסי אולמרט יוצא עם נייר מקופל ("אני ראיתי את יוסי אולמרט יוצא עם נייר מקופל"). השופט ג'רום פרנק, שנמנה על תנועת הגישה ה־ראליסטית למשפט, הביע ספקנות עמוקה בנוגע לעצם היכולת להסיק "עובדות" על סמך עדויות אנושיות, וזאת ללא כל קשר לבעיית המהימנות, באמרו כך:

"The witness may erroneously have observed the past event at the time it occurred. The rankest amateur in psychology knows how faulty observation is, knows that *what a man thinks he observes may not accord with what actually happened*. Human observation is obviously fallible, subjective. It is affected by defects of sight, or hearing or by the observer's emotional state or psychological condition, and by his

22 נעיר כי פרט נוסף המשותף לכאורה לעדותו של עד המדינה ולהודעתו של יוסי אולמרט מתמצה בשיעור הסכום שבכל אחת מן המחאות – 50 אלף ש"ח, אך הדמיון שעולה באשר לפרט מידע זה הושמט מהכרעת הדין.

23 ראו הכרעת הדין, לעיל ה"ש 4, פס' 272.

preconceived notions. 'Men', say the courts, 'often think they see when they did not see... misinterpret what they hear'. As hundreds of experiments have demonstrated, two observers of the same happening frequently disagree".²⁴

אולם למעלה מכך, הקושי העיקרי בעדותו של מר נתן מתחבר לנוכח ההיכרות הנפרדת שלו עם כל אחד מהגורמים המרכזיים בפרשה שלפנינו: היכרותו עם עד המדינה מזה והיכרותו עם יוסי אולמרט מזה. באשר לעד המדינה, מסר כי עבד בשירותו במשך שנתיים והקפיד לשמור על קשר עמו ולפקוד מדי פעם את משרדו "להגיד... שלום ולשתות קפה".²⁵ באשר ליוסי אולמרט מסר כי הוא מכיר אותו זה משך שנים רבות ואף העביר לו המחאה אישית על סך עשרת אלפים ש"ח על פי בקשתו בשל קשייו הכלכליים.²⁶ על רקע דברים אלה אין לשלול אפוא אפשרות שלפיה מר נתן היה גם היה הדמות המקשרת בין עד המדינה לבין יוסי אולמרט. בנסיבות אלה קביעתו של בית המשפט המחוזי כי עובר להעברת הכספים הנטענת לא הייתה היכרות מוקדמת בין יוסי אולמרט לבין עד המדינה מוטלת בספק רב, כמו גם הקביעה כי הקשר היחיד בין יוסי אולמרט לעד המדינה נוצר מאדם אחד ויחיד – אהוד אולמרט.²⁷ הספקות הללו מתגברים בשים לב לעדותו של אברהם נתן בבית המשפט, שבמהלכה חזר בו מהדברים שמסר בחקירתו והעיד כמי ש"לא ראה ולא שמע דבר" בקשר לאירועים מושא העניין.²⁸ בית המשפט המחוזי קובע בעצמו בהכרעת הדין כי "לא היא זה מרחיק לכת להניח כי אברהם נתן נמנע בחקירתו, כמו בבית המשפט, לתאר התרחשות שנתקיימה בינו לבין יוסי אולמרט בשלמותה".²⁹ זאת ועוד, יוסי אולמרט ציין בחקירתו בשתי הזדמנויות שונות את הדברים האלה הממחישים את הסברה כי היכרותו עם עד המדינה נוצרה – גם אם לא ישירות – באמצעות ידידו, אברהם נתן, הוא ולא אחר:

1. "I remember that there was – definitely remember that Mr. Nathan mentioned this name to me and that there was money involved, yeah".³⁰
2. "I remember that he mentioned his name on occasions as being a friend of his".³¹

JEROME FRANK, COURTS ON TRIAL: MYTH AND REALITY IN AMERICAN JUSTICE 17 24
(1973).

ראו הכרעת הדין, לעיל ה"ש 4, פס' 272.

שם, שם.

ראו שם, פס' 273.

ראו שם, פס' 272.

ראו שם, פס' 272.

ראו שם, פס' 270.

ראו שם, פס' 290.

4. הודעתה של שולה זקן

זקן לא שללה, בשום פנים ואופן, בחקירתה במשטרה התרחשות אירוע שבו עד המדינה יצא מחדרו של אולמרט וסיפר לה על בקשת השוחד. בעדותה בבית המשפט חזרה בה זקן מעיקרי דבריה וציינה כי לא היו דברים מעולם. בית המשפט המחוזי מתווה "מפתח דרכים" להתבטאויותיה של זקן בחקירתה, באמרו כי: "מה שהיה בבחינת 'יכול' בחקירתה במשטרה, נתגבש, לעתים, בעדותה בבית-משפט למצב דברים שהתרחש במציאות. כאומרת: מה שהיה במשטרה 'יכול להיות' – היום הינו בבחינת 'ודאי'".

ואולם, לדעתי, העובדה כי זקן אינה שוללת אירוע כאמור אין בה כדי להביא למסקנה כי אירוע זה אכן התרחש בפועל. אדרבה, גישה משפטית שכזו מדגימה היטב את טענתי על אודות הנחות התנהגותיות המופיעה בחלק הבא של הרשימה.

באשר למעורבות אולמרט בהליכי התכנון והבנייה העידה זקן כי אולמרט השתתף בדיון בוועדה המחוזית, ועשה זאת רק למענו, דבר שלא עשה קודם לכן, על מנת לשכנע את הוועדה לאשר את תב"ע ג' – תכנית שעיקרה באישור שינוי ייעוד הקרקע במתחם הולילנד, בהגדלת זכויות הבנייה ובמתן אישור לבנייה לגובה. הקושי באשר לעדות זו מתמצא באי-הבאה בחשבון את העובדה כי אפרירית מדובר בפרויקט חריג מבחינת היקפו וחשיבותו לעיר ירושלים, וככזה ממילא ההתייחסות אליו הצריכה תשומת לב ניכרת מאולמרט בעת כהונתו כראש העירייה ביחס לפרויקטים אחרים, וזאת ללא כל קשר לתשלום שלכאורה אולמרט קיבל באמצעות אחיו. השאלה איננה מהי ההסתברות להתנהגות מעין זו של אולמרט בהנחה שקיבל שוחד. השאלה היא מה ההסתברות שקיבל שוחד בהתחשב בהתנהגותו זו בנוגע לאותו פרויקט.³²

5. ומילה של ביקורת

לצורך הרשעה יש הכרח כי המסקנה המפלילה תהיה המסקנה ההגיונית היחידה העולה מחומר הראיות, וזאת לאחר בחינת מכלול הראיות באספקלריית ניסיון החיים והשכל הישר ושליטת תרחישים סבירים חלופיים.

דרך הבחינה לובשת צורה של תהליך מחשבתי שיטתי, אשר באמצעותו נבדקת כל ראיה בפני עצמה כדי להגיע להערכת מצב מסכמת: במסגרתה נקבעים הממצאים ונבדק כל פירוש

32 זו דוגמה לכשל אפשרי בהפעלת שיקולים הסתברותיים בחשיבה אינטואיטיבית. כשל זה קרוי "כשל החלפת ההתניות", קרי המעבר הלא מבוקר מן ההסתברות המותנית של A בהינתן B להסתברות המותנית של B בהינתן A. יהא A – טענה כי מספר ממשי כלשהו נמצא בתחום הפתוח או הסגור בין 0 ל-1, ויהא B הטענה כי אותו מספר שווה בדיוק ל-0.7. והנה, ההסתברות של A בהינתן B היא 1 (ודאות) וההסתברות של B בהינתן A מוגדרת מתמטית כ-0 (נמנעות). ללמדך כי הסתברות מותנית בכיוון אחד אינה מספקת ולו אינדיקציה הכרחית כלשהי להסתברות בכיוון האחר. לדין בכשל הזה בספרות ראו דורון מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות (2009); בוועז סנג'רו הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם 48–51 (2014).

אפשרי העולה מכל ממצא לחוד, ולבסוף, מכולם במקובץ.³³ כך ממוינים הפירושים לכאן ולכאן וניתן להם המשקל הראוי. לאור מהותן של הראיות ומשקלן המצטבר, לאור הסבריו של הנאשם, אם ניתנו כאלו, ולאור כל היפותזה סבירה אחרת קובע בית המשפט אם יש מקום להסקת מסקנה חד-משמעית, שהיא ההגיונית היחידה, שלפיה לא נותר ספק סביר בדבר אשמתו של הנאשם. למותר להוסיף כי אם נותר ספק סביר כלשהו – משמע כי האשמה לא הוכחה במידת הוודאות הדרושה, ועל כן יש לזכות את הנאשם בדינו, מבלי להתייחס לשאלה אם בית המשפט צריך להיזקק מיזמתו להעלאת היפותזה סבירה אחרת כאשר עסקינן בביצוע עברת שוחד באמצעות אחר שמטבעה מתאפיינת בממד של אי-ידיעה, שבה אעסוק בהמשך.

בית המשפט המחוזי הרשיע את אולמרט לאחר שבחן כל אחת מהראיות שהוצגו וקבע כי בהצטברותן יש כדי ליצור מעין "תמונת הרכבה" ולהצביע על אשמתו בעברת השוחד. הלכה פסוקה כי תיתכן אפשרות שכל אחת מן העובדות המובאות להוכחת אשמתו של הנאשם היא תמימה ומקרית לחלוטין כשהיא בפני עצמה, אולם עצם צירופן יחד אינו יכול – מבחינה הגיונית – להיות תמים ומקרי.³⁴ ואולם, לאחר שבחנתי כשלעצמי כל אחת מהראיות הללו מצאתי כי אי אפשר לבסס עליהן ממצא באשר לאשמתו של אולמרט. לכל היותר ניתן לבסס את פעולת העברת הכספים הנטענת מעד המדינה ליוסי אולמרט (רכיב המעשה). אלא שממסכת הראיות במקרה דנן ניתן להקיש כי אין זו המסקנה היחידה האפשרית, וודאי שאין היא עולה בבירור ובהחלט על התזה החלופית שהציע צוות ההגנה של אולמרט בהתייחסו ליסוד המודעות. כך, כאשר מסכת הראיות בענייניו של אולמרט מעלה אך חשדות ותהיות באשר למעורבותו, אך בו בזמן אינה מגיעה כדי הספק הראייתי הדרוש בשיטת העונשין הישראלית, קרי מעל לספק סביר, אין אלא לזכותו מחמת הספק כמצוות המחוקק המורה כי כל ספק סביר צריך להטות את הכף לטובת הנאשם.³⁵ ממסכת הראיות שהובאה בנסיבות העניין דנן עולה כי אי אפשר לקבוע מעבר לספק סביר, חד-משמעית, שאולמרט הוא הצלע השלישית המקשרת בין יוסי אולמרט מזה לבין עד המדינה מזה. לפיכך, כפי שהובהר לעיל, אי אפשר לומר שאכן עמדה לפני בית המשפט בנסיבות העניין דנן תשתית ראייתית שמצביעה מעבר לספק סביר על אשמתו של אולמרט, ולכן ספק אם היה מקום להרשיעו בדין.

בעניין קניר³⁶ קבע השופט (כתוארו אז) ברק כי על הערכאה הדיונית להעריך ולשקול את מכלול חומר הראיות תוך שימת לב הן ל"יש" הראייתי הן ל"חסר" הראייתי ולקבוע אם יש בחומר הנמצא עלפי משקלו כדי להביא להרשעתו של הנאשם מעבר לספק סביר. במסגרת הרשימה אבקש להראות כי בגרסה החלופית שהציג צוות ההגנה, גרסה הנתמכת

33 ע"פ 543/79 נגד נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 113, 140 (1980).

34 ע"פ 351/80 חולי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 477, 484 (1981).

35 ס' 34 כב לחוק העונשין. ראו יעקב קדמי על הראיות כרך ג 1458 (2003); ע"פ 10479/08

פלוני נגד מדינת ישראל (11.6.2009).

36 ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 505, 516 (1981).

בין היתר בראיות החסרות שלא הוגשו מטעם התביעה הפלילית, יש כדי לזעזע את מערכת הראיות ה"עצמאיות" כדי העלאתו של "ספק סביר" המוליך אל זיכוי. באילו נסיבות ניתן אפוא לומר כי אין מתקיים "ספק סביר" הנדרש לזיכוי של נאשם במשפט פלילי אלא מדובר בספק בעלמא בלבד? קיומה של אפשרות רחוקה, דמיונית או לא סבירה שמא אירע דבר יוצא דופן השולל את אשמת הנאשם, אשר אין לה זכר בחומר הראיות, אינה עולה כדי "ספק סביר" הנדרש לזיכוי.³⁷ הלורד דנינג התייחס בעניין *Miller*³⁸ למהותו של סטנדרט ההכרעה הפלילי כסטנדרט יחסי הנתון ליישום משתנה, באמרו כך:

"It need not reach certainty, but it must carry a high degree of probability. Proof beyond a reasonable doubt does not mean proof beyond the shadow of doubt. The law would fail to protect the community if it admitted fanciful possibilities to deflect the course of justice. If the evidence is so strong against a man as to leave only a remote possibility in his favour which can be dismissed with the sentence 'of course it is possible, but not in the least probable', the case is proved beyond reasonable doubt, but nothing short of that will suffice".

יפים לענייננו גם דבריו של השופט גולדברג כפי שהובאו בעניין עמיר:³⁹

"במשפט פלילי נדרש 'ספק סביר' כדי שיזוכה הנאשם. ספק כזה אינו קם על דרך העלאת השערות מצוצות מן האצבע. צריך הוא להיות הגיוני ואחוז בראיות. עלילה בסיפור בלשי, שבו ממריא הסופר ביצירתו על כנפי דמיונו ולש בעובדות כאוות נפשו, אינה אמת מידה ליצירת ספק סביר במשפט".

לפיכך ניתן לסכם ולומר כי העלאת קו הגנה כגרסה עובדתית חלופית וביסוסו של ספק סביר מכוחה צריכה להיות בראש ובראשונה מעוגנת בראיות, ובלשונו של השופט ג'ובראן:

"אין די בהעלאתה של אפשרות חלופית, שאיננה מעוגנת במציאות, על-מנת לערער את מערכת הנסיבות, לפיהן הורשע המערער וליצור בה ספק סביר".⁴⁰

ועתה ניגש לחלק הטעון הבהרה: תרחישי חפות "מתקבלים על הדעת" יכוננו "ספק סביר" כל אימת שההנחות או ההסברים הלא-מפלילים מכוחם מעוגנים בראיות הקיימות והם ייחודיים לנסיבות העניין הספציפי, במובן זה שאי אפשר להעלות תרחישים אלה בדפוס זה או אחר או ברמת הפשטה זו אחרת בכל משפט ומשפט, שאז למעשה נאמר כי לתרחיש

37 ע"פ 261/83 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 576, 570 (1984).

38 *Miller v. Minister of Pensions*, [1947] 2 All ER 372, 373-374.

39 ע"פ 3126/96 עמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 644, 638 (1996).

40 ע"פ 5041/04 אמונה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.10.2005).

החפות אין אחיזה בראיות הפרסונאליות במשפט. וליישום בענייננו: ההסבר החלופי המזכה שניתן בשאלת ההיכרות הוא כה תלוי נסיבות המקרה שלפנינו, ואין הוא ניתן להכללה טריוויאלית בנסיבות כל מעשה פלילי או אף בנסיבות כל אישום שוחד אחר. כאמור, קיים מבחן אחד להרשעה ואין בלתו: הרשעה מעבר לספק סביר.^{41,42} בעניין אזולאי⁴³ קבעה השופטת דורנר כי "ספק סביר" מתקיים כאשר מחומר הראיות ניתן להסיק מסקנה המתיישבת עם חפות הנאשם ("מסקנה חלופית סבירה למסכת הראיות") אשר הסתברותה "סובסטאנטיבית ולא אפסית".⁴⁴ לעניין היווצרותו של "ספק סביר" נקבע כי יש לערוך הבחנה בין ראיות ישירות להוכחת האישום לעומת ראיות נסיבתיות: "אם הראיות להוכחת האישום הן ישירות, ספק סביר ייווצר כאשר משקלן של הראיות אינו מספיק".⁴⁵ לעומת זאת "כאשר להוכחת האישום מובאות ראיות נסיבתיות, ספק סביר עשוי להיווצר גם במצב שבו מן הראיות (אף אם מהימנותן אינה מוטלת בספק) אפשר להסיק בסבירות עובדות, שאין בהן אשמה של הנאשם".⁴⁶ בחלוף כמה שנים חזרה השופטת דורנר בעניין מנצור⁴⁷ וקבעה כי אם האפשרות להסיק ממכלול הראיות קיומן של עובדות שאין בהן אשמה של הנאשם היא אפשרות דמיונית, ואילו המסקנה ההגיונית היחידה המתבקשת ממכלול הראיות, בהתחשב במשקלן, היא קיומן של עובדות שיש בהן אשמת הנאשם, הרי שיש להרשיע את הנאשם.⁴⁸ אלא מאי? ההבחנה בין ראיות נסיבתיות לראיות ישירות או שאינה קיימת,⁴⁹ או שהיא קיימת, אך לקיומה נודעת נפקות מתוחמת לעניין האפשרויות הפרוצדוראיות הפתוחות להפרכה או אישום קיומם של תרחישי החפות.⁵⁰ לא למותר לציין

41 ראו למשל דבריו הנכוחים של השופט חשין בע"פ 3059/03 גלובוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 654, 671–672 (2003): "זו הפעם, שלא כבפרשה שהבאתי ממנה זה עתה, הקול עלה בי והורני: אחרי כל אלה אפשר כי 'זה לא זה'. לא אוכל לומר – אני רחוק מאמירה – כי המערער זכאי. ואולם גם לא אוכל לומר בבטחה של דין העונשין כי יש לחייבו בדינו. אכן, המדינה הניחה לפנינו ראיות ראיות – ראיות חזקות ומשכנעות – להוכחת אשמתו של המערער אך לא למעלה מספק סביר. ובסדק צר זה שנקצה בחומת הראיות עומדת לו זכותו של המערער לצאת זכאי מן הספק".

42 הקשר זה נשאלת השאלה אם יש לראות בכללי התוספות הראייתיים תנאים מספיקים להרשעה או שמא תנאים הכרחיים בלבד להרשעה. ראו דיון בהמשך הרשימה.

43 ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 565 (1993).

44 ראו גם ע"פ 409/89 מדינת ישראל נ' רוימי, פ"ד מד(3) 465, 471 (1990).

45 עניין אזולאי, לעיל ה"ש 43, פס' 8.

46 שם, שם.

47 ע"פ 6527/94 מנצור נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 732 (1996).

48 שם, פס' 8.

49 מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות, לעיל ה"ש 32. ראו גם STANLEY COHEN, FOLK DEVILS AND MORTAL PANICS (3rd ed. 2002).

50 D.J. Seidmann & ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW 172–183 (2005). ראו גם

A. Stein, "The Right to Silence Helps the Innocent: A Game – Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege", 114 HARV. L. REV. 430, 464–471 (2000). ראיות ישירות מגולמות בעדויות בזמן ובמקום האירוע, ולכן הדרך המרכזית לתקיפתן היא באמצעות חקירה נגדית. ראיות נסיבתיות יכולות להיות מובאות בידי עדים, אך פעמים רבות דרך תקיפתן

כי בנסיבות העניין דנן מהימנות העדים שהם חלק בלתי נפרד ממסלול ביסוס האשמה של אולמרט מתגבשת בראש ובראשונה על בסיס ראיות (הכללות) נסיבתיות.

ג. חובת בית המשפט לבחון מיזמתו היתכנותה של טענת הגנה חלופית

הסוגיה המרכזית שעלינו להידרש אליה נוגעת לשאלה המתבקשת אם מחובתו של בית המשפט לבחון מיזמתו היתכנותן של השערות חפות עובדתיות בעניינו של נאשם במשפט פלילי. לשון אחר, אם חובת בית המשפט כחלק מהכרעת דין מרשיעה או מוכה לבחון תרחישים עובדתיים העולים מחומר הראיות הגם שלא הועלו מטעמו של נאשם, ולנסות להפריכן או לחלופין למצוא להן אחיזה בחומר הראיות שמובא בפניו. שאלה זו התעוררה לפני שנים אחדות בהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בעניין קצב⁵¹ ונדונה גם בבית המשפט העליון: הן במסגרת ההחלטה בבקשה לעיכוב ביצוע⁵² הן במסגרת פסק הדין בערעור.⁵³

אכן, ניתן להצביע בפסיקה הישראלית על גישות שונות באשר לחובתו העצמאית של בית המשפט לבחון גרסאות עובדתיות חלופיות במשפט הפלילי.⁵⁴ ואולם, בעניין קצב⁵⁵ שלל בית המשפט המחוזי על הסף את האפשרות להיזקק מיזמתו לטענה החלופית שהעלו סנגוריו, תוך העדפת הגישה "הפוקדת על נאשם את עוון שקריו". בית המשפט המחוזי שב והדגיש כי מקום שבו הנאשם בוחר בקו הגנה מוגדר מראשיתו של המשפט והוא דבק בו בעיקשות ואינו חוזר בו מדבריו, כאשר קו הגנה זה קורס ומתברר כשקרי, אין מקום לבחינתו של קו הגנה חלופי וסותר. דומני כי הגישה הזאת זכתה לחיזוק מסוים בעניין רפאילוב,⁵⁶ ואולי אף במשנה תוקף עם אזכורה בפסק דין פלוני,⁵⁷ הגם שכאן גם ציין בית המשפט⁵⁸ כי בסוגיה זו נוהגות גישות שונות בקרב שופטי בית משפט העליון. ואולם, השופט דנציגר הסתייג בהחלטתו בבקשת סנגוריו של קצב לעיכוב ביצוע⁵⁹ מהגישה שנקט

העיקרית אינה במישור מהימנות העדים המביאים אותן אלא באמצעות פרשנותן ואתגור המסקנות שלכאורה עולות מהן.

- 51 תפ"ח 1015/09 מדינת ישראל נ' קצב (פורסם בנבו, 30.12.2010).
- 52 ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.5.2011).
- 53 ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.11.2011).
- 54 ראו למשל פסק דינה של השופטת נאור בע"פ 6952/07 רפאילוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.6.2010); ע"פ 7508/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 22 לפסק הדין פורסם בנבו, 27.8.2012; יצחק עמית "על הצורך בשינוי בהליך הפלילי" הסניגור 5, 83, 9 (2004); דן ביין "קו הגנה קיצוני וגירסאות חלופיות במשפט פלילי: עמדות והצעות" הפרקליט מג 286 (1997).

- 55 תפ"ח קצב, לעיל ה"ש 51.
- 56 עניין רפאילוב, לעיל ה"ש 54.
- 57 עניין 7508/10 פלוני, לעיל ה"ש 54, פס' 22 לפסק הדין.
- 58 שם ה"ש 56 מפי כבוד השופטת נאור וה"ש 57 מפי כבוד השופט זילברטל.
- 59 ע"פ קצב מיום 18.5.2011, לעיל ה"ש 52, פס' 51–54 להחלטת השופט דנציגר.

בית המשפט המחוזי, בהסתמכו על עקרון הגנת החפים והחשש מפני הרשעת שווא, באמרו: "הקישור בין שקריו של המבקש לבין בחינת היתכנותה של טענת הגנה חלופית עשוי להסתבר בדיעבד כבעייתי לכאורה, זאת בהיקש מההלכה לפיה יש להיזהר מפני השתתת הרשעתו של נאשם על בסיס שקריו".⁶⁰

השופט דנציגר ביסס דבריו על גישה שיפוטית שונה המעוגנת בפסיקתם של חלק משופטי בית משפט העליון,⁶¹ שלפיה על בית המשפט מוטלת חובה עצמאית לבחון היתכנותה של טענת הגנה חלופית העולה מהעובדות המוכחות לפניו גם מקום שבו קרס קו הגנה ראשוני שנקט נאשם, וגם אם הנאשם עצמו לא העלה את טענת ההגנה החלופית. השופט דנציגר נעתר לבקשה לעיכוב ביצוע עד להכרעה בערעור וקבע בין היתר כי⁶² –

"לאור הזרם הפסיקתי... אשר לפיו בנסיבות מסוימות אף אם הנאשם עצמו לא העלה את טענת ההגנה החלופית על בית המשפט לבחון את היתכנותה, ולאור העובדה כי מהכרעת הדין עולה כי המבקש העלה בעצמו, אמנם בעקיפין ובמשתמע את גרסתו החלופית... סבורני כי החלטתו של בית המשפט המחוזי לדחות על הסף את טענתם החלופית של באי כוח המבקש, טעונה ליבון נוסף על ידי ערכאת הערעור ככל שהמותב שידון בערעור גופו יסבור כי יש להיזקק לה".⁶³

בעניין בן סימון⁶⁴ התווה השופט רובינשטיין גישה דומה באמרו כדברים שלהלן:

"גירסה שקרית של נאשם אינה מטילה, מינה וביה, חובה על בית המשפט להעלות גירסאות אחרות, שיש בהן כדי לגרום לזיכוי. ואולם, ייתכנו מקרים בהם יהא על בית המשפט לבחון אפשרויות סבירות שונות, אף אם לא הועלו על ידי הנאשם ואין הן מתיישבות עם קו ההגנה שבחר הנאשם... אכן ראוי, כי גם במקרה בו ברור לבית המשפט שהגירסה אותה מסר הנאשם שקרית היא, יבחן את מכלול הראיות נגדו בקפידה, שמא עולה ספק סביר באשמתו... במקרים בהם ניתן להסביר את הראיות על דרך תרחיש תמים, יש לזכות את הנאשם מחמת הספק".⁶⁵

60 ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 133 (פורסם בנבו, 20.10.2010). ראו גם חוות דעתו של השופט לוי בע"פ 8002/99 בכר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 135 (2001). כן ראו דבריו של השופט לנדוי בע"פ 426/67 בארי נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(1) 477, 483 (1968): "עלינו לנהוג זהירות בהעמדת ההרשעה אף במקצת על כך, שהנאשם נתן הסבר אשר נמצא כוזב, פן ניכשל באחד הימים בהרשעת אדם חף מפשע". להרחבה ראו גם עניין 10479/08 פלוני, לעיל ה"ש 35, פס' 27.

61 ע"פ קצב מיום 18.5.2011, לעיל ה"ש 52, פס' 53 להחלטת השופט דנציגר.

62 שם, פס' 54.

63 כן ראו בהקשר זה יעקב קדמי על הראיות כרך ד 1710–1711 (2009); ביין, לעיל ה"ש 54.

64 ע"פ 9613/04 בן סימון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.9.2006).

65 שם, פס' ט (ההדגשה שלי – ד.מ.).

גם בעניין מקדאד⁶⁶ הטעים השופט (כתוארו אז) גרוניס כי –

”על בית-המשפט לשאול עצמו אם הנסיבה או הנסיבות שהוכחו פותחות פתח למסקנה שונה מזו שהתביעה טוענת לה, קרי מסקנה שאינה מפלילה, לפיכך נאמר כי כאשר מוצגות ראיות נסיבתיות של ממש לחובתו של הנאשם, עליו ליתן הסבר תמים, שאינו מסבכו בעבירה... עם זאת אף אם הנאשם איננו מציע הסבר המתיישב עם חפותו, על בית-המשפט לבחון מיוזמתו שלו הסברים אפשריים כאלה... יתרה מזו, על בית-המשפט לבחון אפשרויות סבירות שונות, אפילו אין הן מתיישבות עם טענות ההגנה... במקרים שניתן להסביר בהם את הראיות הנסיבתיות על דרך תרחיש תמים, יש לזכות את הנאשם מחמת הספק...”⁶⁷.

ואף הרבה קודם לכן, בשנות השמונים המוקדמות, בעניין לוי,⁶⁸ אימץ השופט כן גישה עקרונית דומה באמרו כי ”מוכן אני להסכים, כי גם בהעדר גירסה מצד הנאשם, בשל הכחשתו המוחלטת שהיה נוכח במקום האירוע, יכול בית המשפט לבחון, ואף לקבל, טענות הגנה מסוימות... אך זאת בתנאי שקיימת תשתית עובדתית לכך ביתר הראיות, הישירות או הנסיבתיות”.

הנה כי כן, ניתן להיווכח כי קיימת פסיקה ענפה של בית המשפט העליון המחייבת, או למצער מאפשרת, בחינתן של גרסאות חלופיות שלא הנאשם העלה תוך פתיחת האפשרות להביא לכדי זיכוי הנאשם, והכול מתוך הכרה בערך המרכזי של הגנה על חפים מפשע. אלא מאי? בפסק הדין שדחה את ערעורו של קצב קבעה השופטת נאור, בהתייחס לשאלה העומדת על הפרק, כי ”בניתוח ראיות נסיבתיות בית המשפט שוקל כל תרחיש אפשרי ורק אם המסקנה המרשיעה העולה מן הראיות הנסיבתיות היא המסקנה האחת והיחידה העולה מן העובדות שנקבעו – יוכל בית המשפט להרשיע. לא כך דרך הניתוח כאשר קיימות ראיות ישירות”.⁶⁹ עוד ציינה השופטת נאור כתמיכה לדבריה כי כאשר קיימות ראיות ישירות, קביעת העובדות נעשית על יסוד דברי עד או עדי ראיה שנכחו במקום האירוע ויכולים לספר מה היה שם, וכי בית המשפט יכול לקבל גרסה של עד (שיכול כמובן להיות הנאשם) או לדחותה אם מצא שהיא שקרית.

יושם לב כי הפסיקה שהובאה לעיל והמצדדת בהעלאת גרסאות עובדתיות שלא הנאשם העלה לא תחמה את ההלכה להכרעת דין שבה הראיות הן נסיבתיות בלבד, והדברים לכאורה ברורים. כלום יש טעם בהיגיון או נימוק בערך כלשהו ליצור דין אחד לנאשם שהראיות המוצגות נגדו הן נסיבתיות ודין אחר לנאשם שהראיות המובאות נגדו הן ישירות? האם לעקרון ההגנה על חפים אין תחולה שווה במקרים הללו? הראיה הנסיבתית נבדלת מן

66 ע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאד, פ"ד נו(5) 221 (2002).

67 שם, בעמ' 228 (ההדגשה שלי – ד.מ.).

68 עניין לוי, לעיל ה"ש 37, פס' 4 לפסק דינו של השופט ג' כן (ההדגשה שלי – ד.מ.).

69 ע"פ קצב מיום 10.11.2011, לעיל ה"ש 53, פס' 11 לפסק דינה של השופטת נאור.

הראיה הישירה בכך שהיא "אינה מוכיחה במישרין עובדה מן העובדות השנויות במחלוקת, כי אם מוכיחה קיומה של נסיבה שעל פיה ניתן להסיק דבר קיומה של העובדה אשר הוכחה נדרשת".⁷⁰ עם זאת נקבע לא אחת כי אין בשוני זה כדי למנוע מבית המשפט להרשיע נאשם על בסיסן של ראיות נסיבתיות בלבד, ובמובן זה אין להבחין בין כוחן הראייתי של ראיות ישירות לבין כוחן של ראיות נסיבתיות, להוכחת אשמתו של הנאשם. יתרה מזו, כפי שעוד אראה ברשימה, הלוגיקה של קביעת עובדות היא אחת: זוהי לוגיקה אינדוקטיבית הנסמכת על הכללות נסיבתיות, ומהלנו הכללה נסיבתית הנוגעת לאשמה (בראיות נסיבתיות) או הכללה נסיבתית הנוגעת למהימנותו של עד המובילה למסקנת אשמה (בראיות ישירות)?

מלבד זאת, בשורות הבאות אבקש להבחין את המקרה שלפנינו מעניין קצב. ניתן להציע שלוש הבחנות מרכזיות: ראשית, בעניין קצב לא רק שהנאשם לא העלה את אותה טענה שהתבקש בית המשפט בשלב מאוחר יותר להעלות מיזמתו (טענת קיומם של יחסים אינטימיים בהסכמה), אלא שהנאשם אף שלל טענה זו מניה וביה. לעומת זאת במקרה שלפנינו התרחישים העובדתיים שאציע כמתקבלים על הדעת, אף שלא הנאשם טענם, מעולם לא הוכחו במפגיע על ידיו. אמת, אולמרט לא העלה תרחישים אלה אך מנגד גם לא שלל אותם במפגיע כחלק מקו הגנתו. למעשה, אולמרט גם לא היה יכול להכחיש תרחישים אלה כחלק מקו הגנתו, מה שמביאנו להבחנה השנייה מעניין קצב.

זו ההבחנה. בענייננו מדובר באישום בעברת שוחד המבוצעת באמצעות אחר. עבירה בדפוס כזה יוצרת מטבעה חוסר ידיעה כללית אצל הנאשם באשר לאופן ההתרחשות של המעשה הפלילי ולטיבה. זוהי הסיבה המרכזית שלא אולמרט ולא צוות הגנתו טענו במהלך המשפט להעדר קיומו של רכיב האקטוס ראוס של השלום. בענייננו אין גם כל ראייה אחרת היכולה לשפוך אור על האירועים עצמם, למעט הגרסאות של אברהם נתן ויוסי אולמרט בנוגע לעצם העברת הכספים הנטענת מעד המדינה ליוסי אולמרט (ולא בנוגע למעורבותו של אולמרט כצלע שלישית מקשרת בין השניים וידיעתו על כך). לכאורה, הגענו אל מדרון תלול וחלקלק שבו הנאשם (בעברה שלכאורה בוצעה באמצעות אחר) חייב להגן על עצמו אך ורק באמצעות עדותו שמטבעה כאמור, בשל מרכיב אי-הידיעה, מכילה חסרים ראייתיים, ונשללת ממנו הזכות להסתייע בראיות אחרות המצביעות על תרחישים אפשריים לחפותו, משום שלא העלה מיזמתו אותם תרחישים שלטענתו לא יכול היה לדעת עליהם בעניין קצב קבעה השופטת נאור כי "נאשם המרחיק עדותו וטוען כי לא היה בזירה אף שחומר הראיות מלמד כי היה בה דומה, במובן מסוים, אם כי ההקבלה אינה מלאה, לנאשם שותק". ואולם, בענייננו אין מדובר בנאשם "שותק" או בנאשם המרחיק את עצמו מאירוע המעשה שבמוקד האישום הפלילי אלא בנאשם שטוען כי מטבע נסיבות ביצוע העברה הפלילית שעומדת על הפרק (שוחד באמצעות אחר) הוא "אינו יודע" את נסיבות

70 ע"פ 9710/10 הילל נ' מדינת ישראל, פס' 59 (פורסם בנבו, 7.11.2012); ע"פ 3947/12 סאלח נ' מדינת ישראל, פס' 24 (פורסם בנבו, 21.1.2013); ע"פ 9372/03 פון וייזל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 745, 753 (2004).

ההתרחשות לאשורן. ברי ומוסכם כי טענת "אינני יודע" של נאשם בעברה שבוצעה באמצעות אחר איננה דומה ולו במקצת לטענת "אינני יודע" של נאשם המואשם עצמו בביצוע העברה.

עוד קבעה השופטת נאור כי "מי שמרחיק עדותו וטוען כי לא היה כלל בזירה בה התקיימו יחסי מין ימצא עצמו, במקרים רבים, בקֶסֶר ראייתי. ואולם, 'חומרי הגלם' להכרעה השיפוטית המבוססת על עדויות ישירות הם תמיד הראיות. ראיות ולא תרחישים 'אפשריים'".

ואולם, כאמור, יש מקום להבחין בין מצב דברים "קל", שבו הנאשם בביצוע העברה הוא עד ישיר להתרחשות הפלילית לכאורה שבמוקד, לבין מצב דברים "מורכב", שבו העברה הפלילית מבוצעת בידי אחר, וכזו מציבה את הנאשם בנחיתות מבחינת רכיב הידיעה.

וכעת נציע אל הבחנה השלישית – האם הכרעת הדין המרשיעה מבוססת על שיקולי אמינות או שמא על שיקולים המבוססים על היגיון? אולמרט טען כי לא ביקש מעד המדינה ליתן סכום כסף כלשהו לאחיו, וממילא לא ידע כלל על העברה כספית שבוצעה מצד עד המדינה לאחיו. אלא שבית המשפט המחוזי אינו פוסע במתווה של קביעות מהימנות (להבדיל מעניין קצב) כי אם בקביעות על בסיס היגיון ומבחני שכל ישר, באמרו כי ההסבר ההגיוני היחיד הוא שאולמרט יזם את העברת הכספים,⁷¹ וכי האפשרות שיוסי אולמרט קיבל את הכסף מעד המדינה ולא שוחח על כך עם אחיו שקיים קשרי עבודה עם עד המדינה היא אפשרות לא סבירה. ואולם, התרחיש המוצג ברשימה דנן מראה במפורש על הסבר הגיוני חלופי מזכה. לפיכך אם בית המשפט פוסע בהכרעת הדין המרשיעה בדרך של היגיון, סבורני כי מוטלת עליו החובה לשלול כל פרופוזיציה מזכה חלופית. להבדיל מעניין קצב, מדובר בענייננו על תחום של פעילות ראייתית שלא נמצא בשליטתו הישירה של הנאשם (החדר שבו הוא נמצא). למעשה, ניתן לומר כי גם לפי המתווה של השופטת נאור, מחובתו של בית המשפט להיזקק לתרחישים מזכים חלופיים בענייננו של הנאשם אולמרט שכן כאן אין די בקיומן של ראיות ישירות (כמו בעניין קצב); השאלה המרכזית היא מה הבסיס לקביעה המרשיעה בהכרעת הדין. אם הבסיס הוא שיקולי מהימנות דיינו בכך. אך אם הבסיס הוא היקש הגיוני (כמו בענייננו), הרי שגם אם קיימות לפנינו ראיות ישירות, בית המשפט חייב ממילא לבדוק את החלופות המזכות.

בהתייחס לשאלה אם מחובתו של בית המשפט לבחון מיזמתו היתכנותן של השערות חפות חלופיות לאלו שטען להן הנאשם, קבעה השופטת נאור "כי נכון יהיה לבחון את הטיעון בדבר קו הגנה חלופי בענייננו על פי קו החשיבה המשותף לרבים משופטי בית משפט זה לדורותיהם. גם השופטים המוכנים לשקול ביד רחבה גרסאות שלא עלו מפי

71 ראו הכרעת הדין, לעיל ה"ש 4, פס' 273: "המסקנה ההגיונית האחת והיחידה שהוכחה בבית- המשפט הינה; עד המדינה העביר סך של כ-500 אלף ש"ח ליוסי אולמרט על-פי בקשת נאשם 8 (אולמרט)".

הנאשם דורשים כי הדבר יהיה מעוגן בחומר הראיות.⁷² בנסיבות פרשת קצב לא נמצאה ראייה שיש בה כדי ליצור ספק שמכונן את קו ההגנה החלופי של הנאשם (יחסי מין בהסכמה). נקבע כי כל הראיות שהביאה ההגנה עסקו ב"מעטפת", ואף לא אחת מהן נגעה בליבת האירועים, וכי אירועי המעטפת אינם יוצרים ספק סביר באשר למה שאירע בארבע עיניים. ואולם, בעניינו של אולמרט סבורני כי קיימת גם קיימת אחיזה בראיות לתרחישי החפות שיוצגו להלן ברשימה זו. בהקשר זה חשוב להדגיש כי אין די בהעלאת הסבר חלופי תאורטי ודחוק שאין לו אחיזה ממשית בחומר הראיות, ועל הנאשם להצביע על "תרחישי חלופי... מבוסס וסביר דיו".⁷³ וכפי שהבהרתי ברשימה: תרחישי חפות "מתקבלים על הדעת" יכוננו "ספק סביר" כל אימת שההנחות או ההסברים הלא מפלילים מכוחם מתיישבים עם הראיות הקיימות וייחודיים לנסיבות העניין שעל הפרק. אציין גם כי אולמרט אינו נמנה עם אותם גורמים שהם ההקבלה "לגבי מה שארע בארבע עיניים" (הפגישה בין יוסי אולמרט מזה לבין עד המדינה מזה). אדרבה, מי שעשוי להיחשב לנמנה עם אותם גורמים הוא לכל היותר מר אברהם נתן, שכאמור עלפי הראיות הקיימות היה עד לפגישתם המשותפת, ועל כך עוד ארחיב כשאדרש להצגת תרחישי החפות.

אסכם: דומני כי בהתייחס לנאשם "ישיר" (המואשם בביצוע עצמאי של העברה הפלילית) ניתן להצדיק במידה מסוימת את ההלכה שלפיה אין מחובתו של בית המשפט להעלות ביזמתו תרחישי חפות, וכי הנטל להביא הסבר חלופי מוטל עליו בהיותו "בעל הידיעה". במצב דברים זה אכן קיימת מצדו של הנאשם הישיר ידיעה אישית והיכרות אינטימית עם נסיבות ההתרחשות של המעשה הפלילי. לעניות דעתי, ראוי שדין דומה יחול גם בהתייחס למצב דברים של ידיעה מאוחרת על דבר השוחד. מדובר בשדה ראייתי שמצוי בשליטת הנאשם, ואם הוא איננו מעלה טענה שלפיה ידע על הדבר בשלב מאוחר יותר, ודאי שבית המשפט אינו צריך לעשות כן מיזמתו. אולם נשאלת השאלה: האם על בית המשפט להחיל את ההלכה הזאת בהתייחס לנאשם "עקיף" (המואשם בביצוע העברה הפלילית באמצעות אחר כמו בענייננו) שנעדר אפריורית כל ידיעה אישית על אודות מעשה השוחד? ודוק, האם גם במצב דברים המתייחס לנאשם "עקיף" שאינו יודע או מכיר את נסיבות קרות המעשה הפלילי לאשורן נאמר כי הנטל להביא הסבר חלופי מוטל על שכמו? או שמא קביעה שכזו דווקא עשויה להחמיר יתר על המידה עם נאשמים מסוג זה ולהטיל על כתפיהם שלא בצדק נטל מוגבר אף שכאמור מדובר בנאשמים המוצבים בנקודת נחיתות מבחינת היקף ידיעתם את העובדות הצריכות לעניין.

להמחשת הדברים האמורים אצטט מדבריו של השופט קדמי כפי שהובאו בעניין

פטאיר:⁷⁴

72 ע"פ קצב מיום 10.11.2011, לעיל ה"ש 53, פס' 16 לפסק דינה של השופטת נאור.

73 ע"פ 4656/03 מירופולסקי נ' מדינת ישראל, פס' 7 (פורסם בנבו, 1.12.2004).

74 ע"פ 4736/91 פטאיר נ' מדינת ישראל, פס' 7 (ב) (25.4.1994) (ההדגשה שלי – ד.מ.).

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

דברים אלה נכונים – אחד לאחד – גם לענייננו. אולמרט אינו יכול להעלות טענה במישור העובדתי בהתייחס להעברת הכספים הנטענת מעד המדינה ליוסי אולמרט, שכן כאמור עברת השוחד המיוחסת לו בוצעה באמצעות אחר, ואין לו לגרסתו כל ידיעה אישית על אודות נסיבות ההתרחשות כפי שהובהר בהרחבה לעיל. בנסיבות אלה אין כל הצדקה להשית על אולמרט נטל מוגבר. דיינו בטענתו כי לא ידע על נסיבות ביצוע העברה (העברת התשלום ליוסי אולמרט) כדי לבסס את הצורך בהיזקקותו העצמאית של בית המשפט לתרחישי חפות אפשריים.

ד. הנחות התנהגותיות ובניית פרופיל אשמה

משבוחנים את נסיבות הפרשה שלפנינו קשה שלא להבחין כי הכרעת הדין, שאמנם ניכר בעניינה המאמץ הרב לפרוס במקצועיות וביעילות את היריעה העובדתית הרחבה, הריהי מבוססת על הנחות התנהגותיות שונות המשמשות לפרשנות הראיות באופן המולך את בית המשפט למסקנת הרשעה. והנה אף שאין מדובר בהנחות אבסורדיות, ניתן לחלוק על מידת סבירותן, ומכל מקום הראיות שעליהן מבוססות הנחות אלה ניתנות לדעתי לפרשנויות חלופיות, העשויות לבסס השערות של חפות. כך למשל בפתח התייחסותו לעברת השוחד העיקרית שעניינה בהעברת תשלום בסך של חצי מיליון ש”ח לאולמרט באמצעות אחיו, מציין בית המשפט בין היתר כי עד המדינה סייע לאורך השנים לאולמרט והעביר כספים הנאמדים במיליוני שקלים לטובת כיסוי גירעונות שנגרמו בעטיין של מערכות הבחירות, וכי עד המדינה העביר תשלום בסך של 100 אלף ש”ח לשולה זקן, שמתוכם הועברו לאולמרט 60 אלף ש”ח באמצעות עו”ד אורי מסר, היא עברת השוחד המשנית שבגינה הורשע אולמרט. בית המשפט המחוזי מוסיף ומציין כי תצוגתו של אולמרט בעניין עד המדינה דומה לתצוגה בעניין הפקדת הכסף בידי מוריס טלנסקי, שהעיד כי העביר 30 אלף דולר ליוסי אולמרט על פי בקשתו המפורשת של אחיו שנרתם ופעל לטובת האח בעזרת אותם “תורמים נדיבים”, שהיו מוכנים לשים מכספם לטובתו.

בנסיבות המתוארות קמה השאלה הזאת: האם אין לראות בכך בניית פרופיל אישיותי של אשמה? ניתן להעלות כמה טעמים לפסילת ראיות שהן בעלות אופי “משחד”, שמטרתן

להסיט את תשומת הלב השיפוטית מבחינת העניין מושא הסכסוך הנוכחי.⁷⁵ דרך הצגה מעין זו חושפת את הנאשם לסיכון שקובע העובדות יכריע שלא לגוף העניין כי אם לגוף הנאשם. ישפוט ויבוא חשבון חוצה משפטים ואישומים עם העושה ולא את המעשה. כמו כן קבלתם של דפוסי התנהגות כראיה (גם אם הדבר אינו מצוין במפורש בהכרעת הדין) עלול שלא בדין להוביל לערעור המעמד ההכרתי שאמור להיות מובטח לאולמרט ככל נאשם – מעמד של חף מפשע. במילים אחרות, הדבר עשוי להוביל לכרסום לא מוצדק בחזקת החפות של הנאשם.

בנוסף, דפוס חשיבה או שיפוט אינטואיטיבי-הסתברותי מועד להוביל להפרזה במשקל ראיית אופי תוך התעלמות מגורם חשוב בהכרעה ההסתברותית – Base Rate – ההסתברות המוקדמת, שיעור הרקע, של התוצאה.⁷⁶

לא בכדי קבעה ההלכה המשפטית בארץ,⁷⁷ בעקבות עקרונות דומים באנגליה⁷⁸ ובארצות הברית,⁷⁹ כי אין להציג ראיות המצביעות על מעשים אחרים או עדויות בדבר נטייה התנהגותית של נאשם אלא כאשר כוחן ההוכחתי גדול סובסטנטיבית מכוחן המשחד.⁸⁰ עיקרון זה, הנגזר מעקרון ההגנה על חפים מפשע, הוא המצוי ביסוד ההכרה המצומצמת להתבססות על ראיות מסוג זה. התבססות זו אפשרית בשיטתנו אך או בעיקר⁸¹ כאשר מתקיימים המצבים החריגים של שיטת ביצוע או מעשים דומים או קרי מקרים שבהם הכוח ההוכחתי של הראיה הוא עצום בבחינת "כרטיס ביקור" (המצב הטיפוסי של "עדות שיטה"), או שהסתברות האשמה גבוהה ממילא (המצב הטיפוסי של "מעשים דומים" שבו גוף העברה ניתן להוכחה בראיות פרסונליות קונקרטיות לאישום), והנה בענייננו: לא רק שאין מתקיימים התנאים לחריגים,⁸² ההתייחסות לפרשיות אחרות ולבניית

75 מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות, לעיל ה"ש 32, חלק שני.

76 D. Kahneman & A. Tversky, *On the Psychology of Prediction*, 80 PSYCHOLOGICAL REV. 237, 237-239 (1973).

77 ע"פ 265/64 שויביץ וראש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט (3) 421, 440-461 (1965).
ראו גם ע"פ 228/77 זקצר נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (1) 701, 725 (1978).

78 ראו החלטת בית הלורדים ב- [1975] A.C. 421. R. v. Boardman.

79 Rule 404, Federal Rules of Evidence (2014).

80 ראו גם E.J. Imwinkelried, *Undertaking the Task of Reforming the American Character Evidence Prohibition: The Importance of Getting the Experiment Off on the Right Foot*, 22 FORDHAM URBAN L.J. 285 (1994).

81 לדיון בשאלה האם לכלל איסור הצגת עבר פלילי כנגד נאשם לצורך הקמת אחריות הפלילית רשימה סגורה של חריגים (שיטה, מעשים דומים והדיפת טענות אודות אופיו הטוב כקבוע בס' 163 סיפא לחסד"פ, או שאין רשימה סגורה כזו, ראו ע"פ 3954/08 אבו גודה נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 6.4.2009). מכל מקום לכל הגישות אין להציג ראיה מפלילה אלא כאשר כוחה ההוכחתי גדול באורח משמעותי מהאפקט המשחד שהיא יוצרת ואין זה המקרה שלפנינו.

82 יודגש: אף אם השימוש בחריג של "מעשים דומים" נועד רק, ואך ורק, כדי להוכיח את הכוונה הפלילית המיוחסת לאולמרט ולהפריך בעקבות זאת הגנה של שגגה, טעות או תום לב, הרי יש להוכיח, מעבר לכל ספק סביר, כי המעשה עצמו (או המעשים ברבים) בוצע בידי הנאשם, דבר שיש בו קושי ניכר בנסיבות מקרה זה. גדולה מכך, גם אם נניח שיש ראיות המוכיחות את

פרופיל של אשמה צריכה להישלל גם על פי העיקרון הרחב, שכן היא מועדת גם מועדת ליצור אפקט משחד פסול.

ה. "ראיה חסרה" ועקרון הראיה הטובה ביותר

לבית המשפט המחוזי לא הוצגה ראיה קונקלוסיבית להוכחת העברת הכספים הנטענת מעד המדינה ליוסי אולמרט. ראשית, ההמחאות עצמן לא הוצגו בבית המשפט, ושנית בחשבונות הבנק, בין של יוסי אולמרט ובין של עד המדינה, אין רישום של משיכות או הפקדות כספיות מסוג כזה או אחר שעברו מעד המדינה לאחיו של אולמרט.

אכן, החובה להביא את הראיה האופטימאלית נדחתה זה מכבר בפסיקת בית המשפט העליון,⁸³ וממילא במהלך המשפט התמקד צוות ההגנה של אולמרט ביסוד המודעות בלבד, קרי בשאלה אם אולמרט היה מודע להעברה הכספית הזאת. ההגנה סברה כי המחלוקת איננה בשאלה אם עד המדינה העביר סך של חצי מיליון ש"ח לאחיו של אולמרט, ואף אולמרט עצמו ציין בעדותו כדברים שלהלן:

"...אנחנו לא מנסים להתווכח ואנחנו מסכימים לקבל את החקירה שלו במשטרה על-פי סעיף 10א וכדומה... מה בדיוק היה ביניהם אני לא יודע, אני יודע רק דבר אחד, שגם בעדות הראשונה שלו, גם בחקירה וגם בעדות שלו בבית-משפט, דבר אחד הוא הכחיש בתוקף ובאופן חד משמעי וזה איזושהו קשר שלי של ידיעה, של מעורבות, של הנחיה, או ממנו או מדכנר...".

רק בשלב הסיכומים בכתב נטען לראשונה כי התביעה לא הציגה כל רישום בנקאי או תיעוד אחר המעיד על העברת הכספים. בית המשפט המחוזי מתמודד עם הקושי הזה באמצעות הודעתו של יוסי אולמרט בחקירתו והשוואת פרטיה לעדותו של עד המדינה. גם בית המשפט מסכים שלולא הודעה זו אי אפשר לבסס את האקטוס ראוס בענייננו על בסיס עדותו של עד המדינה בלבד.

לעניות דעתי, התמודדותו של בית המשפט המחוזי עם הקושי אינה עומדת במבחן הביקורת. העובדה כי אולמרט לא חלק לגופו של עניין על עצם העברת הכספים אין בה ולא כלום (בשל אופי העברה, שעליו עמדתי כאמור – שוחד באמצעות אחר), וכאמור, בית

ביצוע גוף העברה מעבר לכל ספק סביר, אין זה המקרה הרגיל שבו הביצוע מקים הסתברות גבוהה ליסוד הנפשי ממילא, שכן כאן עסקינן בביצוע במתכונת מיוחדת – בידי אחר, וכאשר עצם שאלת הידיעה על אותו מעשה שנויה במחלוקת. לעניין זה דרושים ראיות המוכיחות דפוס פעולה דומה ולא אך ראיות המצביעות לכאורה על קבלת שוחד במקרים אחרים. נראה שהעניין היחיד שיכול להיכנס לקטגוריה זו, אם בכלל, היא פרשת הפקדת הכסף בידי מוריס טלנסקי.

83 ע"פ 4384/93 מליקר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.5.1994).

המשפט חייב להיזקק מיזמתו לטענות הגנה פוטנציאליות ולתרחישים חלופיים הגם שהנאשם עצמו לא העלה אותם. עקרון הראיה הטובה ביותר מתייחס לטיבה ההוכחתי של הראיה, כלומר לכוחה להוכיח עובדות שמציאתן נחוצה לצורך הכרעה. בעניין זרקא עמד בית המשפט העליון על דחיית העיקרון הזה, באמרו כך:⁸⁴

"הננו מקבלים אמנם כהנחה מוצדקת... כי בידי המשטרה קיימת האפשרות הטכנית לקבוע אם קליע או תרמיל ידוע שייך לכלי ירייה מסוים ואם אותו תרמיל יצא או אותו קליע נורה מהכלי הזה. ברם, אין הכלל האמור מחייב כי בכל מקרה של ביצוע מעשה הריגה או עבירה מסוג דומה, יהא שומה על המשטרה – כשיש בידה הוכחות אחרות ואפילו הן מהוות עדות נסיבתית גרידא – להביא ראיה על שייכות הקליעים והתרמילים, שנמצאו במקום הפשע, לכלי שכאילו שימש לביצוע המעשה הנדון".

עם זאת חידד הנשיא אגרנט וקבע כך:

"אילו הוכח, שהמשטרה ערכה בדיקה מקצועית, שבה נעשו ניסיונות כדי לקבוע אם הקליע נורה ושני התרמילים יצאו מן הרובה הקנדי האמור, אזי היינו מגלים טעם רב בטענה, שאי הצגת קביעותיה של המשטרה בנדון זה שוללת במידת מה את ערכן של יתר ההוכחות הנסיבתיות, שגוללה התביעה הכללית – ואולי אף שוללת אותן לחלוטין".⁸⁵

דברים אלה נכונים ביתר שאת בענייננו. גורמי החקירה ערכו בדיקות בקנה מידה חריג, ובכל זאת, לא נמצאה בחשבונות הבנק כל פעולת משיכה או הפקדה המאמתת את קבלת התשלום הנטען בסך חצי מיליון ש"ח.

הטיעון הכללי המובא בחלק זה של הרשימה נסמך על תאוריית "הראיה החסרה" ("Missing Evidence")⁸⁶, שלפיה כשבעל דין בוחר שלא להציג ראיה שבכוחה להאיר לכאורה את הנקודה השנויה במחלוקת, ושמצויה לכאורה בשליטתו הבלעדית, יופעל היסק לחובתו אם לא יוכל לספק הסבר סביר למחדל אי-הבאת הראיה.⁸⁷ בענייננו לא עלה בידי התביעה ליתן הסבר לשאלה המתבקשת מדוע לא הוצגה למצער ראיה המאמתת את ההפקדה או המשיכה של ההמחאה הנטענת. אי-הבאת הראיה בנסיבות העניין דנן עשויה לעורר תהיות וספקות באשר למהימנותה של גרסת התביעה שנסמכה על עדותו של עד

84 ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ד 515, 504 (1950).

85 שם, בעמ' 516 (ההדגשה שלי – ד.מ.).

86 D.A. Nance, *The Best Evidence Principle*, 73 IOWA L. REV. 227, 270–294 (1988).

87 ראו למשל את המשמעויות של הימנעות התביעה הפלילית מהעדת עד רלוונטי כפי שמשתקפות בדנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 621 (1994). ראו גם מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות, לעיל ה"ש 32, פרק שלישי.

המדינה שנפטר ועל הודעתו של יוסי אולמרט, שחזר בו מדבריו בבית המשפט. תהיות וספקות אלה הם המבססים הלכה למעשה את תרחיש החפות החלופי בעניינו של אולמרט, שכן היעדרה של הראיה הזאת מחזק את גרסתו של אולמרט שלא קיבל שוחד מעד המדינה, ולמצער לא ידע על העברת הכספים מעד המדינה לידי אחיו (אם העברה כזו אכן נעשתה). אפרט נקודה זו בהרחבה בפרק הבא.

ניתן להשקיף על הדברים גם מנקודת מבט של עקרון השלמות הראייתית⁸⁸ ומשמעות חסרונן של ראיות שאובייקטיבית היה ניתן לצפות לקיומן. הטיעון בהקשר זה מסתמך על כך שהיעדר ממצאים במקום שבו מבחינה אובייקטיבית יש לצפות להימצאותם מפחית את הסתברות האשמה, ולהפך: תורם לביסוס גרסתו של הנאשם. ולמעלה מכך – בהצטברות של כל ניסיונות ההפרכה הנכשלים – גרסתו של אולמרט לאישום נותרת כגרסה חלופית בעלת משקל ("Perceptible Doubt"). לשון אחר: השאלה המרכזית היא אם נפקותו של "היעדר ממצא" או "ממצא שלילי" היא ניטרלית במובן של "היעדר סיוע". וכאן הלוגיקה ההוכחתית מחייבת להדגיש כי ההרשעה מבוססת על מבחן אישוש, וככזה יש משקל להיסק השלילי. ההיגיון הוא אותו היגיון שחל בהכרעה על פי ראיות נסיבתיות: ככל שניסיון החיים וההיגיון מגבירים את הציפייה למציאת ראיה מפלילה, משקלו של הממצא השלילי בהצבעה על קיום ספק, גובר.

עקרון ההגנה על חפים שכבר הוזכר כאן, המכוון להענקת ביטחון מרבי לנאשם מפני סיכוני הרשעה שגויה, אינו מתמצה בכלל של מידת ההוכחה בפלילים אלא מתפרס על מכלול הפרוצדורות המשפטיות ועל תהליכי המחשבה וההנמקה הראייתיים והפרשניים שלהכרעה בהם יש השלכה ישירה או עקיפה על אופן התפלגות סיכוני המשגה שבהתדיינות.⁸⁹ כיוצא בדברים הללו, הצגת ראיות אחרות מאלה האופטימליות המצויות ברשות התביעה אינה הולמת את המחויבויות הנגזרות מאסטרטגיה זו ועשויה להעמיד את

88 STEIN, לעיל ה"ש 50.

89 את העיקרון הזה אני מכנה "אסטרטגיית ההכרעה הכללית". ראו דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה, ותזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83, 114–116 (1996). ראו גם פס' 33 לחוות דעתו של השופט חשין בע"פ 6251/94 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45 (1995): "אל-נכון טענו הסניגורים שכאשר בראיות נסיבתיות מדובר, צריכות הראיות להביא בדרך האלימינציה למסקנה האחת של אשמת הנאשם. אבל אין זאת אומרת שכל ראיה נסיבתית בפני עצמה חייבת להספיק להרשעת הנאשם. כל ראיה לפני עצמה חייבת הוכחה מעל לספק סביר, אך המסקנה הסופית יכולה להתקבל מתוך צירופן של כמה ראיות נסיבתיות כאלה, שכל אחת מהן אינה מספקת לפני עצמה להרשעת הנאשם. כדי לברר אם מסקנת האשמה היא המסקנה מחוייבת המציאות, מפעיל בית-המשפט את מבחני ההיגיון ונסיון החיים הכללי, ולבסוף חייב כל ספק סביר לפעול לזכות הנאשם"; חוות דעתו של השופט חשין בעניין גלובוביץ, לעיל ה"ש 41, בעמ' 671–672: "זו הפעם, שלא כבפרשה שהבאתי ממנה זה עתה, הקול עלה בי והורני: אחרי כל אלה אפשר כי "זה לא זה". לא אוכל לומר – אני רחוק מאמירה – כי המערער זכאי. ואולם גם לא אוכל לומר בבטחה של דין העונשין כי יש לחייבו בדינו. אכן, המדינה הניחה לפנינו ראיות ראיות – ראיות חזקות ומשכנעות – להוכחת אשמתו של המערער אך לא למעלה מספק סביר. ובסדק צר זה שנבצעה בחומת הראיות עומדת לו זכותו של המערער לצאת זכאי מן הספק".

הנאשם בפני סיכון מוחשי של הרשעה שגויה. בעניין קניר⁹⁰ קבע השופט (כתוארו אז) ברק כי על הערכאה דיונית להעריך ולשקול את מכלול חומר הראיות תוך שימת לב הן ל"יש" הראייתי הן ל"חסר" הראייתי ולקבוע אם יש בחומר הנמצא על פי משקלו כדי להביא להרשעתו של הנאשם מעבר לספק סביר.

1. נפקות הראיה החסרה – ביקורתו של פרידמן

לאחרונה,⁹¹ כאמור, הציג פרופ' פרידמן את גישתו שלפיה אין לראות במצב הדברים שבו בחשבונות הבנק אין זכר לתשלום ליוסי כבגדר "היעדר ראיה" כי אם ראיה פוזיטיבית לכך שהתשלום לא נעשה כלל בידי עד המדינה, ולא אך זו, מדובר לשיטתו בראיה קונקלוסיבית, כזו שאי אפשר לקבל במקומה עדות חלופית, וכי ראיה זו משמיטה את הבסיס להכרעת הדין בעניינו. משל הדבר כאילו פלוני טוען שהקים מבנה על מגרש מסוים בשעה שבית המשפט מבקר במקום ונוכח לראות כי המגרש דווקא ריק. במקרה כזה, לשיטתו של פרידמן, לא יועילו עדים שיספרו שהשתתפו בהקמתו של המבנה. זוהי הוכחה פוזיטיבית חותכת שהמבנה לא קיים.

הגם שניתן לראות בטענה הזאת פריצת דרך חשובה בהתייחס לנקודות התורפה באשר להרשעתו של אולמרט, לטעמי אין להרחיק לכת כדי כך, שכן אין דין המשל כנמשל. ראשית, העדים במשל של פרידמן מעידים על עניין שקיים (בזמן הוזה) – מבנה שהוקם – ואילו העדים בעניינו מעידים על דבר שהתרחש (בזמן עבר) – מסירת המחאות; שנית, קיימת הבחנה בין "מבנה" נכס דלא נידי קבוע לבין "המחאות" שהן סחירות. במשל עדות העדים אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם הממצא השלילי. בנמשל עדות העדים יכולה לעלות בקנה אחד עם הממצא השלילי של היעדר ראיה בנקאית לתשלום שבוצע בפועל, שכן אמנם ההמחאות יכולות להימסר, אך אין מתחייב כי אלה תופקדנה לבסוף. תרחיש אחר אפשרי הוא כי ההמחאות הומרו למזומנים והושמדו בשלב מאוחר יותר. כאן כדאי לחדד את המחלוקת בין עמדותינו.

נראה כי פרופ' פרידמן מודע לכך שבהיעדר ראיה בנקאית להפקדות שבוצעו (שהוא רואה בה ראיה פוזיטיבית כאמור להיעדר תשלום) אכן ניתן להעלות אפשרויות תאורטיות שונות, כגון שהתשלום ליוסי אולמרט נעשה במזומן או שנעשה בהמחאות של צד שלישי, אך לגישתו אין מקום לדון באפשרויות תאורטיות כאלה כאשר איש מהעדים (לרבות עד המדינה) לא העלה אותן כלל. לדידו, מובן גם כי אי אפשר להרשיע על סמך תאוריה שאין לה שום אחיזה בראיות, ולמעשה עומדת בסתירה ברורה לאותן ראיות דלות

90 עניין קניר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 516.

91 ראו דניאל פרידמן "בלי ראיות" ידיעות אחרונות (16.5.2014), וכן ריאיון טלוויזיוני עמו בתכנית "המטה" בערוץ 10 (17.5.2014): <http://news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=1056687>.

לשיטתו אשר קיימות בידי התביעה [הודעת יוסי אולמרט ועדותו המפורשת של עד המדינה כי שילם ליוסי אולמרט בהמחאות אישיות שלו (לא במזומן ולא באמצעות המחאות של צד שלישי)]. פרידמן סבור כי זו הגרסה היחידה שהציגה התביעה, ורק אתה יש צורך להתמודד. והרי משל נוסף של פרידמן: נניח שעד מעיד שהנאשם ירה בפלוני והרגו. נניח עוד שזו הגרסה היחידה של התביעה, והנה הפלא ופלא מתברר כי הנאשם לא ירה כלל, וכי המנוח לא מת מיירי. במקרה כזה יש לזכות. לגישתו, אפשרויות תאורטיות אחרות, כגון שהנאשם הרעיל את המנוח, אינן ראויות אפילו לדיון בהיעדר ראיה כלשהי שהנאשם הרעיל או שהמנוח מת מרעל.

שיטתי שונה. שורש הטעות במהלך הניתוח של פרופ' פרידמן נעוץ לדעתי בהנחה שהיעדר מציאתן של ראיות בנקאיות להפקדת ההמחאות והיעדר מציאתן של ההמחאות עצמן יוצרים הוכחה פוזיטיבית נחרצת, קרי יש הסתברות גבוהה מאוד כי המחאות מאת עד המדינה לא רק שלא הופקדו (עובדה שהיא אכן קרובה לוודאי בהתחשב בממצאים הבנקאיים) אלא גם שהן לא ניתנו מעולם ליוסי אולמרט. ההיסק הזה של פרידמן מבוסס על ההנחה ההתנהגותית שלפיה המחאה שתינתן לאדם במצבו של יוסי אולמרט תיפרע מיד, ואולם ברור כי הנחה התנהגותית זו על אף כוחה הלכאורי איננה בגדר השערה שהסתברותה היא ודאית או אף קרובה לוודאי. די למעשה בהיותן של ההמחאות דחויים כדי שהנחה זו תופרך לכאורה. המחאה דחוייה תיפרע בסבירות גבוהה רק בשעה שהיא הופכת לסחירה, וגם זאת רק בהנחה שהמשלם אינו מאותת למקבל שאין טעם בהפקדתה. יתרה מזו, בהתחשב בבעייתיות בהפקדת ההמחאות – יצירת ראיה פשוטה למתת – ניתן להניח אינטרסים שונים של המעורבים באי-הפקדתן ויצירת מסלול חלופי לביצוע התשלום. האפשרויות שאני ואחרים מביאים להיתכנות של אי-פירעון המחאות שניתנו בידי עד המדינה אינן אפשרויות תאורטיות שמטרתן להוכיח בדרך חלופית תשלום אלא הן בגדר דרך להחלשת טיעוני הנגד מסוגו של פרידמן המייחסים לאי-הפקדה משקל מכריע בהפרכת הראיות המצביעות לכאורה על תשלום: הודעת יוסי אולמרט מזה ועדות עד המדינה מזה. לפי עמדת פרידמן, היעדר ההפקדה שולל מניה וביה את אפשרות התשלום, ולצורך הדיפת טענה זו בלבד (והחלשת ההנחה ההתנהגותית הכלולה בטיעון הנגד של פרידמן) מובאים התרחישים ההיפותטיים המיישבים תשלום באמצעות המחאות עם הנחת היעדר פירעון. תרחישים אלה אינם טעונים עיגון ראייתי קונקרטי, שכן אין הם מובאים לשם הוכחה כיצד הלכה למעשה בוצע התשלום במקרה הקונקרטי. כל שיש בהם הוא רק להצביע על אי-היותה של ההנחה ההתנהגותית ביסוד טענת פרידמן ברמת הסתברות גבוהה כפי שהוא מניח.

אפרט קמעא: לדעתי, כדי לטעון שקיימת במקרה דנן הוכחה פוזיטיבית מלאה של הממצא שלפיו הכסף לא שולם בידי עד המדינה, יש להראות אחת משתי האפשרויות האלה: א. להראות שהממצאים הבנקאיים הם הוכחה פוזיטיבית ודאית בדבר אי-תשלום, קרי להראות כי הממצא של חוסר הפקדה או למצער אי-מציאת ראיות המאמתות את ההפקדה בידי התביעה שוללים לחלוטין את אפשרויות התשלום בידי עד המדינה; ב. להראות כי אף שהממצאים הבנקאיים אינם מקימים הוכחה פוזיטיבית ודאית של אי-

תשלום, אפשרויות התשלום בידי עד המדינה הן תאורטיות וספקולטיביות ומניחות התרחשויות עובדתיות שאינן מעוגנות בראיות.

אכן נראה כי פרידמן טוען לעתים לאפשרות הראשונה (בדוגמה האחרונה: משל המנוח הנשאר בחיים; בדוגמה אחרת: הבניין שהעידו כי נבנה לא נמצא והמגרש ריק), ולעתים לאפשרות השנייה (בדוגמה האחרונה: המנוח נפטר אך לא מירי או לא בוצע ירי בידי הנאשם, ועתה מועלית ספקולציה בדבר הרעלה שאין לה אחיזה בראיה כלשהי). הבעיה המרכזית לגישתי היא כי אי-מציאת ההמחאות ואי-הבאת הראיות בדבר הפקדה אינן נופלות בגדרי האפשרויות הללו לביסוס ממצא פוזיטיבי של היעדר תשלום. יש לזכור כי במקרה של שוחד התשלום מבוצע בעצם מתן ההמחאות ולא בהפקדתן; יש לזכור עוד כי קיימות ראיות ישירות לתשלום (עדות עד המדינה והודעת חוץ של המקבל). הראיות הללו מקבילות לעדויות על המתה בירי להבדיל מעדות אודות יריות סתם של הנאשם. הדרך היחידה אפוא לאיין אותן בדרך לקביעת ממצא פוזיטיבי של היעדר אשמה לפי האפשרות הראשונה היא בהצבעה על כך שהראיות בדבר היעדר ממצאים בנקאיים הופכות את העדויות על התשלום לבלתי מהימנות לחלוטין. במשליו של פרידמן משמעות הדבר שקולה להבאת הנרצח לבית המשפט בעודו חי, או הבאת בית המשפט למגרש שעליו אמור להיבנות הבניין והמגרש מתברר כריק. אולם נסיבות פרשת הולילנד ואי-מציאת קיומן של הפקדות בנקאיות בפרט, הגם שהן מקימות השערת חפות ואמורות לדעתנו להביא לזיכוי, אינן שוללות מניה וביה את האפשרות כי ההמחאות אכן ניתנו מלכתחילה אך לא נפרעו. אפילו אם האפשרויות שהצגתי להדגמה בלבד ליישוב ממצא חוסר ההפקדה עם מסירת המחאות נראות לא לגמרי סבירות, אין הן בלתי אפשריות, ועל כן אין בהן כדי לשלול לחלוטין את מהימנות העדויות בדבר התשלום אלא רק להעמידן בספק שדי בו לדעתי לשם זיכוי (הדבר דומה ברמה העקרונית למקרה שבו טענת העד היא לירי, אך הגופה לא נמצאה ושום בדיקה שנעשתה זמן קצר לאחר אירוע הירי לא גילתה שרידי ירי; השתלשלות הדברים יוצרת ספק בדבר מהימנות העד ויורשו אך אינה הוכחה פוזיטיבית שירי לא בוצע, שכן אפשר שהזירה זוהמה, שרידי הירי נוקו ועוד כהנה וכהנה).

אי-מציאת ההמחאות ואי-הבאת ראיות בדבר הפקדות אינן מתיישבות גם עם האפשרות השנייה לביסוס ממצא פוזיטיבי שלילי כי התשלום לא בוצע וכי ההמחאות לא נמסרו כלל. הנימוק לכך פשוט: כדי לבסס את האפשרות השנייה יש להראות כי עתה, משלא נמצאו הראיות הבנקאיות, התביעה מבקשת לאחוז בספקולציה שאינה נתמכת בראיה כלשהי לתשלום, ואולם כאן הבעיה כפולה: ראשית, קיימות ראיות לתשלום, וכפי שהמחשתי קודם, ראיות אלה לא אויבו או הופרכו אלא רק נחלשו בעקבות היעדרן של הראיות הבנקאיות. אין כאן ספקולציה שאין לה אחיזה בראיות (בווריאציה על המשל של פרידמן: זה לא המגרש שנמצא ריק; זה למשל הרכב שבו היה אמור להימצא החפץ הגנוב, שנמצא בחיפוש המשטרתי המאוחר ללא אותו חפץ). האם ניסיון ליישב את דברי העדים בדבר גנבת החפץ והכנסתם לרכב בזמן מוקדם עם הממצא של אי-מציאתם בזמן מאוחר ייחשב השלמת פרטים ספקולטיביים שאין להם עיגון בראיות? לדעתי, התשובה שלילית. אחרי ככלות הכול, ניתוח ראייתי אינו אלא עבודה פרשנית-הסברית, והניסיון הפרשני האמור בוודאי

נופל בגדרו של מתווה הסברי אפשרי. ובווריאציה על הדוגמה השנייה של פרידמן: אין מדובר במצב שבו הגופה נמצאה ומתברר כי לא בוצע ירי ועתה טוענים להרעלה, אלא למצב שלא נמצאו שרידי ירי ולא נמצאה הגופה, ועתה השופט מבקש ליתן הסבר למכלול הראיות הכוללות עדויות ישירות על ירי בדפוס של: "הייתכן ששרידי הירי נוקו או אפילו שלאחר הירי שלא צלח הנאשם דלק אחר קרבנו ורצחו לאחר מכן בדרך אחרת". אמנם ניתן לטעון כי פרשנות כזו אינה מסקנה הגיונית יחידה, ועל כן מתחייב זיכוי, אולם האם ניתן לומר שמדובר בספקולציה של השלמת פרטים שאין לה אחיזה במציאות? איני סבור כך. שנית, בל נשכח שלא אולמרט ולא צוות ההגנה טענו במהלך המשפט להיעדר קיומו של רכיב האקטוס ראוס של תשלום, ועל כך אעמוד בהרחבה בפרק ח' לרשימה. בהתחשב בבחירה דיונית זו, הטרוניה כלפי בית המשפט כי הוא לכאורה עוסק בהכרעת הדין בספקולציה ובהשלמות פרטים שאין להם אחיזה במציאות, נחלשת עוד יותר.

לסיכום, ניתן לומר כי הן לגישתי הן לפי עמדת פרידמן, היעדרה של ראיה בנקאית היא בעלת משקל רב להחלשת מהימנות ראיות התביעה בנסיבות העניין שלפנינו; כמו כן נראה לי כי יש בינינו הסכמה עקרונית כי תיתכנה נסיבות שבהן היעדר חיוב בנקאי לא יוכל להביא לזיכוי אם תעמודנה מנגד ראיות חזקות ומהימנות אף יותר של התביעה; סלע המחלוקת העיקרי בין שתי הגישות הללו טמון בשאלה אם פרשת הולילנד היא בגדר מקרה של ראיות מהימנות משני צדי המתרס. אני משיב בחיוב, ואילו פרידמן משיב בלאו מוחלט. לדעתי, הודעתו של יוסי אולמרט כי קיבל את ההמחאות (שהיא כאמור מעין הודאה בניגוד לאינטרס), עצם התאמת הפרטים הלכאורה מוכמנים של ההודעה הזו לעדות עד המדינה ועצם חוסר ההתנגדות של ההגנה במשפט לכך שניתנו ההמחאות הן ראיות מהימנות לכאורה שאותן המחאות בסופו של דבר ניתנו.

לשיטתי, מדובר אפוא במצב של ראיות מהימנות לכאורה משני צדי המתרס. מצבים מעין אלה אני מאפיין כמצבי חלל ראייתי. כל המקרים שבהם מעורבת הכרעה שיפוטית בקביעת עובדות הם מצבים של אינפורמציה חסרה. ואולם, מה שמאפיין מצבי חלל ראייתי אינו בגדר סתם חוסר באינפורמציה או דיסאינפורמציה. מה שמאפיין מצבים אלו הוא שהתמונה הראייתית העולה בהם מתאפיינת בחוסר עקביות מובהק. מצבים אלה כאמור הם נדירים, שכן ההסתברות האפרורית לקיומם היא נמוכה. ואולם, מפעם לפעם מתרחשים מצבים מעין אלה, ואכן עתה ניצב לפנינו מצב בלתי מסתבר אפרורית של חלל ראייתי.⁹² כעת מה שצריך להימנע ממנו במקרים אלה היא ההנחה (את המבוקש?) שאם ראיות מהימנות תומכות ב- X^- , ממילא כל ראיה שתומכת ב- $NOT X^-$ היא לא מהימנה. כשם שאין להניח הנחות כגון מאחר שהראיות לקיומן של המחאות הן מהימנות, ממילא ברור שגם אם אין ראיה להפקדתן הן ניתנו ואחר כך מצאו דרך לעשות בהן שימוש, גם אין להסכים עם החשיבה הפוכה, ברוח ההנחה הפוכה, שלפיה מאחר שהיעדר ראיה של חיוב בחשבונות

92 המצב שלפנינו דומה לאותם מקרים נדירים כגון המקרה שמחד מצויה ראיית דנ"א בידי התביעה, המצביעה לכאורה חד-משמעית על נוכחות הנאשם בזירה, ומנגד האחרון אוזח באליבי מוצק.

עד המדינה הוא ראייה בעלת משקל אדיר, ממילא ראיות התביעה אינן יכולות להיות מהימנות.

הדרך הנכונה לטפל לדעתי במצב של חלל ראייתי שלא באמצעות הנחות המבוקש היא פשוטה יחסית: אם עסקינן בשלב ההכרעה בפלילים, מתחייב זיכוי בין משום שאי אפשר לנסח בהן השערת אשמה התואמת את הראיות ובין משום שניתן לנסח בנקל השערת חפות שאינה ניתנת להפרכה. זה מצב מובהק של עמימות בראיות. חוסר עמימות זו או כל בעיה אחרת מסדר שני יש לזקוף לחובתה של התביעה, וזאת מחמת שיקולים הנובעים ממהותה של מידת ההוכחה הפלילית להבדיל מזו האזרחית (שם נטל חוסר העמימות צריך אפילו להיות מחולק באורח שוויוני בין הצדדים).⁹³

ז. מודל – מבחן מידת ההוכחה הפלילית

כל מי שיש בידו בקיאות, ולו מועטה, בדיני הראיות בישראל מכיר את הכלל שעדות אחת בדרך כלל עשויה להספיק כדי להביא אפילו להרשעה בפלילים. גם בעת שהעדות חשודה מבחינת מהימנותה, באים כללים שמקורם בהלכה הפסוקה ובחקיקה ומבקשים להתוות את אופן השימוש באותה ראייה חשודה, למשל כי ראייה כזו זקוקה לתוספת סיוע, לחיזוק, לדבר-מה וכיו"ב קודם שיהיה ניתן להשתמש בה כבסיס להרשעה. וכך רוקחים להם תובעים בחדרי התביעה "מתכוני הרשעה", החומר העיקרי והתוספות הם, כך יסבירו רבים, תנאים מספיקים להרשעה. נו טוב אולי לא מתכונים אוטומטיים, יאמרו המהדרים, אך לפחות לכאורה. שאם לא כן, מה הואילו חכמים (מחוקקים או שופטים) במתכוניהם?

וכבר כתב המשורר נתן אלתרמן בשיר "שיר משמר", "זה ערב קיץ לכאורה, זה לכאורה רק ערב קיץ טוב, ידוע וישן שבא לחסד ולרחמים...", וההקשר בשיר הוא נורא. אך ככל שצריך להישמר מערבי קיץ ערבים לכאורה העלולים להמיט אסון של אבדן נפש, צריך להישמר גם ממתכוני היסק ערבים לחך לכאורה העלולים להוביל להרשעת חף, ובעיקר

93 ראו למשל דורון מנשה ולימור ריזה "יש והנידון מנדב ראייה: תמריצים ראייתיים לעידוד חשודים ותביעה לשתף פעולה" מחקרי משפט כה 845 (2009), וכן אימוצה של הדוקטרינה בע"פ 2869/09 זינאתי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.11.2011). ראו גם R. J. Allen & T. G. Seniuik, *Two Puzzles of Judicial Proof*, 76 CAN BAR. REV. 65, 67-80 (1997). למען שלמות התמונה יצוין כי אמנם קיימים מצבים שבהם יש להכריע פוזיטיבי במצבי חלל ראייתי, כמו במקרה שלפנינו, לטובת גרסת התביעה. במקרה שלפנינו הכרעה כזו אפשרית אם בכלל רק כאשר מהימנותם של העדים מוכחות בראיות של "ברזל", וקיימות הוכחות בראיות משכנעות למעלה מכל ספק שתשלום בוצע בשלב כלשהו אלא שאין מצליחים לשים את היד על אירוע התשלום המדויק. מובן שאין זה המקרה כאן. אדרבה, חוסר התשלום פוער חור בראיות התביעה, שגם כך אינן חזקות דיין בהיותן ראיות לפרשנויות אפשריות בלבד – להבדיל מהכרחיות – של התנהגויות אנושיות. על רקע זה החלל הראיתי פוגע לכאורה במהימנות הראיות ומכרסם כרסום ניכר במידת השכנוע של פרשנויות אלה של בית המשפט לאותן ראיות ההתנהגותיות. יותר מכול נפער פה סימן שאלה גדול בקשר לסיפור המעשה ובמקום שבו נוכח סימן שאלה גדול כזה דומה כי אי אפשר כלל להרשיע.

ממתכונים של "כללי צירוף" ראיות המבטיחים אוטומטית הרשעה והעוקפים את מבחן מידת ההוכחה. בפרפראזה נאמר: אכן, "זו הרשעה טובה לכאורה. זה לכאורה רק מתכון הרשעה טוב ידוע וישן..."

הקריטריון האולטימטיבי להרשעה הוא הוכחה מעבר לכל ספק סביר, ושום כלל אחר של הסתמכות על עדות אחת במקרה מסוים או על צירוף ראיות אינו יכול לשמש תחליף לכך.⁹⁴ חייב כל משפטן להשריש בלבו ובנפשו את האמת הזאת: דרך אחת להרשעה קיימת, היא ואין זולתה: הצגת השערת אשמה מפלילה שיש בכוחה לסתור כל השערת חפות נגדית (ככל שהאחרונה ניתנת עקרונית לסתירה), היכולה להיות מובאת להגנתו של הנאשם. כל מסלול הרשעה אחר, לרבות זה המסתמך על ראיות ישירות עם או בלי תוספות ראייתיות, איננו יכול להמריא ללא הביקורת של מבחן מידת ההוכחה.

הרעיון הזה אינו זר לפסיקה הישראלית. אדרבה, אגב ההיסק הנדרש מראיות נסיבתיות מפלילות להרשעה הוא מובע במפורש בלשונו של בית המשפט. לפיו השופט צריך לעבור תהליך מחשבתי שלפיו מראה אחת – ראיה המצביעה על אשמתו של נאשם – נדלג אל ראיה אחרת, וממנה אל אחרתה, וכך הלאה, עד להיעלמו של ספק סביר, ובלשונו של השופט י' טירקל בעניין חולי:⁹⁵

"כאשר כל אחת מן הראיות הנסיבתיות בפני עצמה נוטה להצביע על אשמתו של הנאשם יותר מאשר על חפותו – ואפילו אין בה כשלעצמה כדי להרשיעו הרי ככל שראיות אלה רבות יותר, מגוונות יותר ושלובות יותר אישה ברעותה, נעשית 'חזקת חפותו' של הנאשם לאפשרות רחוקה יותר וקלושה יותר, עד שלא נותר ממנה שריד".

השאלה הנשאלת היא אם דפוס ההיסק המתואר מיוחד להרשעה המשליכה יהבה על ראיות נסיבתיות בלבד. והרי בענייננו, כפי שהיטיב לראות פרופ' עמנואל גרוס, עסקינן בראיות ישירות,⁹⁶ קרי ראיות המכילות בתוכנן את סיפור גוף העברה. ראיות אלה – בעיקר של יוסי אולמרט ושל עד המדינה – האין די בוודוא מהימנותן בידי בית המשפט ובסמיכת אחת על גבי רעותה שכן כל אחת מהן דורשת תוספת ראייתית אך מאחר שהן שתיהן חומר ראיות עיקרי יש בכל אחת לשמש מקל וחומר את התוספת הדרושה לרעותה?

לדעתי, גישה זו מוטעית ואף מסוכנת. זהו מתכון הרשעה פסול. קביעת מהימנותו של עד תלויה ממילא לא רק באותות האמת העולים מעדותו או בראיות התומכות או מפריכות ישירות את גרסתו אלא גם בשאלה אם הראיות הנוספות מצביעות על השערת חפות. בנוסף

94 לחלופין ניתן לומר שעצם קיום השערת חפות צריך להוביל לאי-מתן אמון בעדות. אבל גם כך עדיין ברור שמבחן מידת ההוכחה הוא הבחינה האולטימטיבית, והזיכוי הוא תוצאה בלתי נמנעת כל אימת שקיימת השערת חפות סובסטנטיבית.

95 עניין חולי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 484.

96 דברים שנאמרו בכינוס בנושא שהתקיים במכללה האקדמית נתניה (21.5.2014). www.news1.co.il/Archive/001-D-348873-00.html

אין לראות בכללי התוספות הראייתיים תנאים מספיקים להרשעה אלא תנאים הכרחיים בלבד להרשעה.⁹⁷ קיים קושי נורמטיבי בהצדקתם של כללים בדבר היסקים מותרים בשל סטייתם מן הסטנדרט המגולם במבחן מידת ההוכחה בפלילים ובחזקת החפות.⁹⁸ כאמור יש מבחן אחד להרשעה ואין בלתו: הרשעה מעבר לכל ספק סביר. ההבחנה בין ראיות נסיבתיות לראיות ישירות או שאין ראוי לקיימה כלל⁹⁹ או שיש לקיימה אך זאת בעיקר לעניין האפשרויות הפרוצדורליות הפתוחות להפרכה או לאישוש של קיומה של השערת החפות.¹⁰⁰ אכן, לא למותר לציין כי בנסיבות העניין דנן מסקנת מהימנות העדים שהיא חלק בלתי נפרד ממסלול ביסוס האשמה של אולמרט מתגבשת בראש ובראשונה על בסיס ראיות נסיבתיות.

ח. הטיית העיגון והשערות חפות חלופיות

הטיית העיגון ("anchoring bias")¹⁰¹ היא הטיית שיפוט הנובעת מהערכת מצב מוטעית. דבר זה מתרחש כאשר נוקבים בהערכה אינטואיטיבית כלשהי, לגבי סיכויי התרחשות של מאורע כלשהו, ומתקבעים בה. נקודת העיגון משמשת אותנו כבסיס להערכת ההסתברות של אותו אירוע, ונטייתנו היא שלא להמיר אותה בנקודה חדשה לחלוטין.¹⁰² בהקשר לענייננו: נקודת העיגון שאנו מזהים בהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי בהתייחס

97 מנשה "שיקול דעת עובדתי", לעיל ה"ש 89, בעמ' 114–116. ראו בהקשר זה פסקה 33 לחוות דעתו של השופט חשין בעניין בן ארי, לעיל ה"ש 89: "אל-נכון טענו הסניגורים שכאשר בראיות נסיבתיות מדובר, צריכות הראיות להביא בדרך האלימינציה למסקנה האחת של אשמת הנאשם. אבל אין זאת אומרת שכל ראיה נסיבתית בפני עצמה חייבת להספיק להרשעת הנאשם. כל ראיה לפני עצמה חייבת הוכחה מעל לספק סביר, אך המסקנה הסופית יכולה להתקבל מתוך צירוף של כמה ראיות נסיבתיות כאלה, שכל אחת מהן אינה מספקת לפני עצמה להרשעת הנאשם. כדי לברר אם מסקנת האשמה היא המסקנה מחוייבת המציאות, מפעיל בית-המשפט את מבחני ההגיון ונסיון החיים הכללי, ולבסוף חייב כל ספק סביר לפעול לזכות הנאשם". ראו גם חוות דעתו של השופט חשין בעניין גלובוביץ, לעיל ה"ש 41, בעמ' 671–672: "זו הפעם, שלא כבפרשה שהבאתי ממנה זה עתה, הקול עלה בי והורני: אחרי כל אלה אפשר כי 'זה לא זה'".

98 C. Nesson, *Reasonable Doubt and Permissive Inferences*, 92 HARV. L. REV. 1187, 1192 (1979).

99 ראו מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות, לעיל ה"ש 32. ראו גם COHEN, לעיל ה"ש 49.
100 STEIN, לעיל ה"ש 50, בעמ' 172–183. ראו גם Seidmann & Stein, לעיל ה"ש 50, בעמ' 464–471. ראיות ישירות מגולמות בעדויות בזמן ובמקום האירוע, ולכן הדרך המרכזית לתקיפתן היא באמצעות חקירה נגדית. ראיות נסיבתיות יכולות להיות מובאות בידי עדים, אך פעמים רבות דרך תקיפתן העיקרית אינה במישור מהימנות העדים המביאים אותן אלא באמצעות פרשנותן ואתגור המסקנות שלכאורה עולות מהן.

101 דניאל כהנמן ועמוס טברסקי "קבלת החלטות – בחירה, ערכים וייצוגים" בתוך עיון ויישום בפסיכולוגיה 96 (ק' בנימיני ואח' עורכים, 1990).

102 חמי בן נון "הטיית קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות: אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט" שערי משפט ה' 177, 215–218 (2010).

להרשעתו של אולמרט בפרשת הולילנד מתמצית בקביעות שלהלן שהגדרין השופט רוזן "סיכום ביניים":

"העובדות שהוכחו עד כאן:

- א. עד המדינה העביר לאחיו של נאשם 8 [אהוד אולמרט – ד.מ.] כ-500 אלף ש"ח.
 - ב. עד המדינה לא הכיר את יוסי אולמרט, ויוסי אולמרט לא הכיר את עד המדינה, קודם לקבלת הכסף.
 - ג. גרסתו של נאשם 8 בבית-המשפט נדחתה מכל וכל.
 - ד. הקשר היחיד בין יוסי אולמרט לעד המדינה הינו אדם אחד ויחיד; נאשם 8.
- הנה כי כן, המסקנה ההגיונית האחת והיחידה שהוכחה בבית-המשפט הינה; עד המדינה העביר סך של כ-500 אלף ש"ח ליוסי אולמרט על-פי בקשת נאשם 8".

בהתייחס לסיכום הביניים הזה ("נקודת העיגון") אני סבור כי מתעורר קושי מהותי אשר נוגע לקביעות העובדתיות לכאורה שלפיהן לא הייתה היכרות מוקדמת בין עד המדינה ליוסי אולמרט, וכי הקשר היחיד בין עד המדינה ליוסי אולמרט נובע מאדם אחד ויחיד – אהוד אולמרט. קביעות אלה מובילות את בית המשפט המחוזי למסקנה הלכאורית "ההגיונית האחת והיחידה" כי העברת התשלום מעד המדינה ליוסי אולמרט נעשתה כאמור "על-פי בקשת" אולמרט.

אכן, ניתן לומר כי בית המשפט המחוזי מתייחס בהכרעת הדין במידת-מה לטענת ההגנה כי אברהם נתן סיפר לכאורה לעד המדינה על חובותיו של יוסי אולמרט, והוא שולל אותה לגופה, באמרו כי: "בדיקת סברת ההגנה מלמדת כי מדובר בסברת כרס".¹⁰³ בית המשפט המחוזי מסתמך בעיקר על חקירתו של אברהם נתן ועל עדותו בבית המשפט שבגדרה דחה את האפשרות שביקש מעד המדינה להעביר כספים ליוסי אולמרט. בנוסף, מפנה בית המשפט המחוזי לחקירתו של יוסי אולמרט, שבה הוא שלל לכאורה אפשרות לתיווך בינו לבין עד המדינה באמצעות אברהם נתן, ובעיקר למקומות שבהם ציין יוסי כי אינו יודע אם אברהם נתן סיפר כביכול לעד המדינה שיוסי יוכל לעזור לו עם אהוד אולמרט. לא זו אף זו, בית המשפט המחוזי קובע כי "בכל מקרה, מדובר בתסריטים משוללי יסוד. תסריטים פרי דמיון עשיר ותו לא".¹⁰⁴

ואולם, לדעתי, בית המשפט המחוזי היה אמור לגשת ולדון בטענת ההגנה מרובד אחר, דהיינו מנקודת מבט מקדמית יותר והיא – מישור ההיכרות. על פי הראיות הקיימות, תיתכן אפשרות מתקבלת על הדעת שלפיה ההיכרות בין עד המדינה מזה לבין יוסי אולמרט מזה נבעה מהדמות המקשרת מר אברהם נתן, וכי יוסי אולמרט סיפר פרטים על מצבו הכלכלי

103 ראו הכרעת הדין, לעיל ה"ש 4, פס' 290.

104 שם, בעמ' 492.

לעד המדינה על דעת עצמו. שלילת טענת ההגנה כי מר נתן סיפר לעד המדינה על מצבו הכלכלי של יוסי היא למעשה סתימת הגולל באופן מוסווה, ולדעתי שלא בצדק, על התרחיש האפשרי שלפיו ההיכרות הראשונית נעשתה – גם אם לא ישירות – באמצעות מר אברהם נתן. לדעתי, מדובר כאן ב"קפיצה גדולה" מדי שמבססת את מסקנתו השגויה של בית המשפט המחוזי לעניין מעורבותו של אולמרט, ובנסיבות העניין שלפנינו – מודעותו לשוחד שניתן לכאורה עלפי בקשתו.

לשיטת כהנמן וטברסקי,¹⁰⁵ יש מקום להבחין בין תפיסה שמרנית שלפיה אדם המחזיק בדעה או באמונה מסוימות המבוססות על עדות מוצקה לא ידחה אותם בפזיזות בשל עדות חדשה שאינה מתיישבת עם הקודמת – ובכך אין פגם – לבין מי שממשיך להחזיק בדעה הקודמת למרות עדות מכרעת המפריכה עד העדות הקודמת ובכך שומטת לחלוטין את הקרקע מתחת לאמונה או לדעה דנן. בהשוואה לענייננו: קביעת בית המשפט המחוזי שלפיה העברת התשלום מעד המדינה ליוסי אולמרט נעשתה על פי בקשתו של אולמרט עצמו מסתמכת הלכה למעשה על עדותו של עד המדינה ועל דבריו כי במהלך פגישה בלשכתו של אולמרט בעת כהונתו כראש עיריית ירושלים, סיפר לו אולמרט על הסתבכותו הכלכלית של אחיו וביקש ממנו סיוע כספי בסך של חצי מיליון ש"ח. ואולם, כאמור, עדותו של עד המדינה איננה נקייה מספקות: בית המשפט המחוזי רואה בה עצמו עדות אינסטרומנטלית בלבד וחסרת כוח עצמאי (ובלשונו: "להסיר 'אבק טענות'"), ושאר העדויות והראיות הקיימות בפרשה שלפנינו דווקא מטילות ספק כבד בדבר מהימנותו של עד המדינה ומובילות למסקנה המבססת תרחיש חפות מתקבל על הדעת. כזכור, יוסי אולמרט ציין בחקירתו דווקא כי סוגיית השוחד לא עלתה מעולם אף לא באחת מהשיחות שקיים עם אחיו בדבר עומק קשייו הכלכליים, וגם לא לאחר מכן.

להלן אפרוס את הסיפור החלופי שלעניות דעתי מתיישב עם מכלול הראיות הקיימות, לרבות הספקות שהצגתי בנוגע לכל אחת מהן בחלק הראשון לרשימה שנוגע למיפוי הראיות. הסיפור המבסס השערת חפות "סבירה" (דהיינו: תרחיש המתקבל על הדעת ובעל אחיזה בראיות הקיימות): ההיכרות בין עד המדינה מזה לבין יוסי אולמרט מזה נבעה מהדמות המקשרת – מר אברהם נתן, והאחרון סיפר לעד המדינה פרטים על מצבו הכלכלי של יוסי אולמרט על דעת עצמו. (תרחיש אפשרי נוסף הוא שיוסי אולמרט פנה על דעת עצמו לעד המדינה לאור ההכרות שאופשרה תודות לאברהם נתן בעצמו בבקשת סיוע לאור מצבו הכלכלי). תרחיש זה נשען על הראיות הבאות: ראשית, בחקירתו במשטרה בהתייחס לאולמרט השיב אברהם נתן כי הוא מכיר את יוסי אולמרט "הרבה שנים", וכי גם העביר לו בשלב מסוים המחאה אישית על סך עשרת אלפים ש"ח על פי בקשתו בשל קשייו הכלכליים.¹⁰⁶ שנית, אברהם נתן ציין גם כי עבד במשך שנתיים אצל עד המדינה, הכיר את פועלו ונהג לפקוד את משרדו לאחר שסיים לעבוד בשירותו.¹⁰⁷ שלישית, יוסי אולמרט העיד בחקירתו בשתי הזדמנויות שונות כי שמו של עד המדינה עלה מתוך דברים ששמע

105 ראו כהנמן וטברסקי, לעיל ה"ש 101, בעמ' 213–214.

106 ראו הכרעת הדין, לעיל ה"ש 4, פס' 272.

107 שם, שם.

מאברהם נתן.¹⁰⁸ ה"טריגר" שהוביל לשינוי גרסתו הראשונית של יוסי אולמרט בהתייחס להיכרותו עם המדינה היה לא אחר מאברהם נתן, ובלשונו של בית המשפט: "נתן אובייקטיבי זה מצביע עד כמה משמעותי היה אברהם נתן עבור יוסי אולמרט".¹⁰⁹ החוקרים הבהירו ליוסי אולמרט כי בדיהם עדותו של אברהם נתן ("מבלי לפרט מה זה אמר או לא אמר, כשנתן כי יוסי אולמרט היה מודע להיות אברהם נתן בבחינת 'עד חי' למפגש שלו עם עד המדינה בנושא").¹¹⁰ כאן יובהר: לגישתי, המשמעות הרגילה שיש לייחס להיגד "עד חי" למפגש איננה מתייחסת לעד אקראי, שבעניינו ניתן לומר כי קליטת ההתרחשות והמאורעות נעשית שלא באופן בלתי אמצעי, כי אם לעד שחלקו הפוזיטיבי גדול, קרי עד ישיר להתרחשויות או למצער לרקע המקדים לפגישה בין השניים; בנוסף, בית המשפט המחוזי קבע בעצמו כי "לא יהא זה מרחיק לכת להניח כי אברהם נתן נמנע בחקירתו, כמו בבית-המשפט, לתאר ההתרחשות שנתקיימה בינו לבין יוסי אולמרט בשלמותה".¹¹¹ על רקע כל אלה סבורני כי קמה השערת (תרחיש) חפות בהתייחס לחלקו ולמעורבותו של אולמרט בפרשת הולילנד. התרחיש החלופי שקורם עור וגידים ברשימה דנן מאפיל האפלה ניכרת על קביעתו של בית המשפט המחוזי כי לא הייתה היכרות מוקדמת בין עד המדינה ליוסי אולמרט עובר להעברת התשלום, וכי הקשר היחיד בין יוסי אולמרט לעד המדינה נוצר לכאורה באמצעות אדם אחד ויחיד – אהוד אולמרט, הוא ולא אחר. התרחיש שהוצג לעיל, שלפיו ההיכרות בין השניים נוצרה (גם אם לא ישירות) באמצעות אדם אחר, מר אברהם נתן, מוביל ממילא להתמוטטות המסקנה כי עד המדינה העביר תשלום בסך של כחצי מיליון ש"ח ליוסי אולמרט לכאורה על פי בקשתו של אולמרט עצמו. שהרי כאמור, מסקנה שיפוטית זו נסמכת כל כולה על יסוד הנחת חוסר האפשרות להיכרות אפשרית בין עד המדינה ליוסי אולמרט שלא על ידי הנאשם אולמרט – והיא המובילה לעניות דעתי להרשעה שגויה בעברת השוחד.

זאת ועוד, בנסיבות העברה שלפנינו, קרי נטילת שוחד באמצעותו של אדם אחר, ניתן לומר כי קמה השערת חפות נוספת. השערת החפות זו מתבססת על תרחיש חלופי שהציגה ההגנה, ושלפיו אולמרט עודכן בדיעבד בדבר העברת התשלום ליוסי אולמרט ("תזת העדכון בדיעבד").¹¹² על פי תרחיש חלופי זה, לא הייתה סימולטניות בין העברת התשלום ליוסי לבין הכוונה שהתגבשה, אם התגבשה, בלבו של אולמרט. אולמרט לא היה מודע לכך שאחיו יוסי קיבל תשלום מעד המדינה, ומכאן שלא היה יכול להתכוון לקבל שוחד בעת שאחיו קיבל את הכסף. יצוין כי תרחיש זה עשוי להישלל אל נוכח המסקנה שאליה הגעתי בפרק ב' לרשימה דנן שלפיה ניתן לסבור עלפי פרשנות הדין הקיים (בהתבסס על פרשת קצב) כי אין זה מחובתו של בית המשפט על פי הדין הקיים שאינו לדעתנו הדין הראוי¹¹³

108 שם, פס' 270; ראו גם שם, פס' 290.

109 שם, פס' 272.

110 שם, פס' 270.

111 שם, פס' 272.

112 שם פס' 276.

113 על פי השקפתי, לעולם על בית המשפט מוטל הנטל להעלות טענות מיזמתו אף שהטענות יכולות היו להיות מועלות על ידי הנאשם מאחר והמידע הכלול בהן מצויות בידעתו של

להיזקק לטענות הגנה חלופיות במצב דברים זה שבו הנאשם עצמו "כבעל הידיעה" לא תמך בתזה זו ולא הציג הסבר סביר חלופי. מדובר בשדה ראייתי שמצוי בשליטת הנאשם, ואם הוא אינו מעלה טענה שידע על הדבר מאוחר יותר, ודאי שבית המשפט אינו צריך לעשות זאת מיזמתו.

בנסיבות אלה, לפי טענת ההגנה וכנובע מן ההלכה הפסוקה,¹¹⁴ בהיעדר סימולטניות בין היסוד העובדתי (העברת התשלום מעד המדינה ליוסי אולמרט) לבין היסוד הנפשי (מודעותו של אולמרט להעברה הזאת ולנסיבותיה) של העברה, אין מתגבשת עברת השוחד. בית המשפט המחוזי דחה את הטענה הזאת וערך הבחנה בין עברת מתן השוחד לבין עברת קבלת השוחד:¹¹⁵ מחד גיסא עברת מתן השוחד ליוסי אולמרט שביצע עד המדינה (נותן השוחד) הושלמה עוד בטרם היה אולמרט מודע לה, ומאידך גיסא עברת לקיחת השוחד באמצעות יוסי אולמרט המיוחסת לאולמרט (מקבל השוחד) – לא הושלמה והשתכללה, אלא רק משנודע לו כי יוסי אולמרט קיבל כספים מעד המדינה בשל תפקידו הציבורי. לדעתי, קביעה זו איננה נקייה מספקות. אכן, העובדה כי בדין הישראלי שלטת התפיסה הכללית המרחיבה את היקפה של עברת השוחד ומכירה בתחולת העברה גם במקרים מסוג "שלה לחמך" מאפשרת למתוח את הסימולטניות רחוק מאוד, אולם עדיין לגיטימי אין לזנוח אותה כליל. שינוי נסיבות רדיקלי בין שלב הקבלה ללא מודעות המקבל של המתת לבין השלב שבו מתגבשת מודעות המקבל עשוי להשפיע על התגבשות העברה, ואדגים את טענתי: נניח שמדובר בעובד ציבור (מקבל השוחד לכאורה) שלא ידע על המתת, וכשנודע לו על המתת הוא כבר איננו משמש עובד ציבור, האם ניתן להרשיעו? תשובתי למצב דברים זה, כמו גם לסיטואציות של סחיטה ואיומים על המקבל הנוצרים בשלב מאוחר שבו מתגבשת הידיעה (ואולי בחסות השלב המאוחר) היא שלילית. בהקשר דנא, לדעתי, ראוי ליתן משקל גם לתוצאות הנגזרות של ידיעה מאוחרת על אודות נתינת השוחד ולמשמעות הסובייקטיבית שאפשר שמקבל השוחד ייחס לכאורה להעברת הכספים לאחיו, יוסי.

ט. התמקדות ההגנה ביסוד המודעות ולא באקטוס ראוס – היסק לחובה?

כאמור, קו ההגנה המרכזי במהלך המשפט התמקד ביסוד המודעות בלבד, קרי בשאלה אם אכן היה אולמרט מודע להעברת הכספים הנטענת מעד המדינה ליוסי אולמרט. במסגרת זו נטען כי אולמרט לא ידע על מצבו הכלכלי של אחיו יוסי, וכי ייתכן שאחרים סיפרו לעד

הנאשם. נטל זה קיים גם אם הנאשם לא רק שלא מעלה את טענה כזו אלא מתנגד לה בכל תוקף. בכל המקרים הללו מוטל על בית המשפט להעלות השערת חפות שיהא בהם הסבר המתיישב עם מכלול הראיות. בכלל זה על השערת חפות זו תצטרך להסביר את התנהגותו של החשוד (איי-העלאת השערת החפות המדוברת בעצמו על אף שהמידע ברשותו, התנגדותו להשערה וכו').

114 ע"פ 7068/98 חכמי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 582 (1999).

115 ראו הכרעת הדין, לעיל ה"ש 4, סיפה לפס' 276.

המדינה, והוא בחר מיזמתו לעזור לאחיו ללא בקשה או תיווכו של אהוד אולמרט. בנסיבות אלה העלאת הטענה החולקת על העברת הכספים לגופה (תוך היסמכות על היעדר תיעוד בנקאי) בשלב הסיכומים בכתב מעוררת לכאורה היסק לחובת ההגנה שיש לתת עליו את הדעת. הקושי מתבטא בכך שהנטל להעמיד את עדותו של עד המדינה ואת חקירתו של יוסי אולמרט במבחני הפרכה מוטל לכאורה על ההגנה. על נטל זה לבוא לידי ביטוי בנייהול המשפט בעיקר באמצעות חקירות נגדיות שיבררו את השאלות העובדתיות שבמחלוקת. על פני הדברים, ומבלי לקבוע מסמרות בדבר, אפשר שתהיה להימנעות הזאת מטרה נסותרת בצדה – סברת ההגנה כי הראיות להעברת הכספים הן משכנעות והעובדה כי היעדרן של רשומות מוסדיות (תיעוד בנקאי) ניתן להסבר בשלל דרכים בפי העדים שיופיעו במשפט. כך למשל תרחיש אחד שניתן להעלות על הדעת הוא כי ההמחאות ניתנו ליוסי אולמרט כעירבון המותנה בביצוע הפעולות שאחיו מבקש. משבוצעו אותן פעולות פסולות, הוחלפו ההמחאות בכסף מזומן, והושמדו. התנאה שכזו מבטיחה את ביצוע הפעולות בידי אולמרט, שכן העברת כסף מזומן, להבדיל מהמחאות, אין בצדה נקודת לחץ, והאינטרס של אולמרט לפעול לטובת נותני השוחד פוחת לכאורה מאוד.

ברם לדעתי אין לייחס לדרך הפעולה הזאת משקל עודף בדמות הודאה פורמלית המכוננת את האקטוס ראוס. אכן, ההגנה של אולמרט לא אתגרה את תוקפן של הראיות ולא העמידה אותן במבחני הפרכה מתאימים, אך אין לראות בכך הסכמה לזירת המחלוקת העובדתית בשאלת העברת הכספים הנטענת. בהתחשב במארג הראיות הקיים בחרה ההגנה להתמקד ביסוד המודעות כאמור. קו הגנה זה שולל ממילא מן הבחינה הלוגית את הטענה בדבר הודאה פורמלית של אולמרט ברכי האקטוס ראוס שכן סברה כזו היא בבחינת ייחוס לאולמרט את ההיגד האבסורדי של הודאה במתן הכספים (המניחה מן הסתם ידיעה) תוך טענה שהכספים ניתנו ללא מודעותו.

עם זאת במקרה שלפנינו מתעוררת השאלה אם ניתן להפעיל את כללי ההיסק לחובה ("Adverse Inference")¹¹⁶ לעניין הימנעותה של ההגנה במהלך המשפט מהעלאת הטענה כי לא נמצא כל תיעוד בנקאי המאמת את העברת הכספים הנטענת מעד המדינה ליוסי אולמרט. תשובתי היא בחיוב אך בקול ענות חלושה. לדעתי, ניתן לראות בהימנעות זו לכל היותר ראייה נסיבתית מפלילה חלשה, לחובת הנאשם, ולו משום שפעולה זו מתבססת בעיקר על הנחות התנהגותיות במרקם היחסים שבין עד המדינה ליוסי אולמרט. משקלה הראייתי של "הימנעות" נבחן באמת המידה שבה בוחנים "התנהגות מפלילה". הן במישור האזרחי הן במישור הפלילי, הימנעות זו "מחזקת" את הראיות העומדות לחובת הנמנע, ומחלישה את הראיות המובאות מטעמו להוכחת גרסתו. בדרך זו ניתן למעשה משקל ראייתי לראיה שלא הובאה.¹¹⁷ כאמור אין לראות בהימנעותו של אולמרט מלהתמקד בפעולת העברת הכספים הנטענת, כהודאה בקיומה של העברה כזו או אפילו כהבעת הערכה מצידו שאכן התקיים

116 לפירוט על השימוש בכללי ההיסק לחובה ראו דורון מנשה "משקלה הראייתי של כבישת עדותו של הנאשם" הפרקליט נג 41 (2014).

117 קדמי כרך ג, לעיל ה"ש 35, בעמ' 1649–1650.

כאן הרכיב ההתנהגותי של המעשה הפלילי. אולמרט מתייחס לצירוף העדות של עד המדינה ולחקירתו של יוסי אולמרט כראיה תקפה ולכאורה מהימנה, ותו לא. מלבד זאת, נראה כי הדרך היחידה לייחס לעדותו של אולמרט משקל של ממש תלויה בהנחה שהייתה לו ידיעה אישית על מסירת התשלום, וזה כמובן הנחת מבוקש פסולה בדבר מודעותו, בעיקר בשל התרחיש האפשרי שהועלה ברשימה זו שההיכרות המוקדמת בין עד המדינה ליוסי אולמרט נוצרה באמצעות מר אברהם נתן. ללא הנחת המבוקש אין לעדותו של אולמרט ערך חשוב מזה של חוות דעת משפטית הגובלת בעדות סברה על משקל הראיות התביעה באותה נקודה. חוות דעת שכזו היא כמעט חסרת ערך בהיות בית המשפט השוקל הטוב יותר והמוסמך בדין להעריך את משקלן של הראיות מטעם התביעה.

דברים דומים ניתן לומר על בחירת קו ההגנה של פרקליטי אולמרט והעדפותיהם שלא לנסות להפריך את עדי התביעה באשר לשאלת קיום מעשה גוף העברה. לכל היותר זו ראייה נסיבתית מפלילה המבטאת לכאורה תודעת קיים חלש בסוגיית האקטוס ראוס. אפשר שתודעה זו תהא נעוצה בעובדה שהנאשם שאותו ייצגו טען לאי-ידיעתו על אירוע האקטוס ראוס, ובמקרה כזה נחלשת אפקטיביות ההתנגדות לטענת האקטוס ראוס של התביעה. מכל מקום, דומה שאין בכך להנחית מכה ניצחת בהתייחס לתרחיש חפותו של אולמרט. הדברים נכונים ביתר שאת כשמדובר לפנינו במצבי עמימות באשר לראיות או לכל בעיה מסדר שני אחרת בראיות, דהיינו "חורים" ראייתיים בגרסאותיהם של עד המדינה מזה ושל יוסי אולמרט מזה. חשוב מכך: יש לתהות אם בבחירה זו של קו הגנה יש כדי לרפא את "החלל הראייתי" שנוצר מחמת היעדרה של ראייה פוזיטיבית אותנטית המעידה על תשלום כלשהו שעבר מעד המדינה ליוסי אולמרט. כפי שניסיתי לבאר בשלב מוקדם לרשימה זו, דווקא מסקנת ההרשעה (להבדיל מהכרעת הזיכוי) מבוססת על מבחן אישוש, ובנסיבות העניין דנן משקלו של הממצא השלילי הריהו משמעותי ופועל לחובת התביעה הפלילית. מסקנה זו נותרת בעינה גם כשלוקחים בחשבון את בחירת קו ההגנה של הפרקליטים במשפט.

י. תהיות עקרוניות באשר ליסוד המודעות וזכות החקירה הנגדית

בית המשפט המחוזי מבסס את מודעותו של אולמרט להעברת הכספים הנטענת בעיקר בהסתמך על קביעתו השנויה במחלוקת כי "עד המדינה לא הכיר את יוסי אולמרט, ויוסי אולמרט לא הכיר את עד המדינה, קודם לקבלת הכסף",¹¹⁸ וכי "הקשר היחיד בין יוסי אולמרט לעד המדינה הינו אדם אחד ויחיד; נאשם 8 (אולמרט)".¹¹⁹ נקבע אפוא כי המסקנה ההגיונית האחת והיחידה שהוכחה בבית המשפט היא כי "עד המדינה העביר סך של כ-500 אלף ש"ח ליוסי אולמרט על-פי בקשת נאשם 8 (אולמרט)".¹²⁰ לעומת זאת אולמרט טען כי

118 ראו הכרעת הדין, לעיל ה"ש 4, פס' 273.

119 שם, שם.

120 שם, שם.

לא ביקש מעד המדינה ליתן סכום כסף כלשהו לאחיו, וממילא לא ידע כלל על העברה כספית שבוצעה מצד עד המדינה לאחיו. טענה זו נשללה. בית המשפט המחוזי קבע כי עלפי מבחן השכל הישר, האפשרות שיוסי אולמרט קיבל את הכסף מעד המדינה ולא שוחח על כך עם אחיו, שקיים קשרי עבודה עם עד המדינה, היא אפשרות לא סבירה. בית המשפט המחוזי מציין כי לעד המדינה היה מניע חזק מאין כמותו לעדכן את אולמרט על העברת תשלום בסך של 500 אלף ש"ח לאחיו, שכן מוסכם כי עד המדינה נתן את הכסף לא מטעמי "צדיקות" אלא אך ורק מתוך רצון להניע את אולמרט לשאת פנים ולסייע במסגרת תפקידיו הציבוריים בקידום פרויקט הולילנד. זאת ועוד, העובדה כי יוסי אולמרט לא הסתיר קבלת ההמחאה מאברהם נתן (שלגישת בית המשפט המחוזי הוא בבחינת "זר" או "ידיד רחוק") מעוררת את השאלה: מדוע ולמה יסתיר זאת דווקא מאחיו, מיוחד, לנוכח העובדה כי הקשר בין יוסי אולמרט לעד המדינה נקשר אך ורק באמצעות אחיו? הצהרת יוסי אולמרט במסגרת עדותו בבית המשפט כי לו היה מקבל כסף מעד המדינה היה פונה לאחיו ושואל אותו, משמשת לפי גישת בית המשפט המחוזי "אבן נוספת בפסיפס ראיות התביעה" לחובתו של אולמרט.

לעניות דעתי, קביעות אלה אינן עומדות במבחן הביקורת, בעיקר בשל התרחיש האפשרי שהוצג לאורכה ולרוחבה של הרשימה, תוך אחיזה סבירה בראיות הקיימות בדבר היכרות מוקדמת בין יוסי אולמרט לבין עד המדינה שנוצרה (גם אם לא ישירות) באמצעות מר אברהם נתן. אדרבה, העובדה כי בית המשפט המחוזי מזהה צורך להוסיף ולקבוע כי אין זה סביר שיוסי אולמרט לא סיפר לאחיו על עצם העברת התשלום מעד המדינה מזה ושעד המדינה לא עדכן את אולמרט שעמו קיים קשרי עבודה על העברת התשלום לאחיו מזה, הריהי כשלעצמה מטילה ספק בקביעתו שלו המשמשת מסד להתגבשותו של יסוד המודעות שלפיה "המסקנה ההגיונית האחת והיחידה שהוכחה בבית המשפט הינה; עד המדינה העביר סך של כ-500 אלף ש"ח ליוסי אולמרט על-פי בקשת נאשם 8 (אולמרט)", קרי – מיוזמתו. אקשה ואציין כי בעניין אל עביד¹²¹ קבע הנשיא ברק כי יש מקרים שבהם עצם ההתלבטות בשאלה אם התקיים בנסיבות העניין ספק סביר, עולה כדי "ספק סביר" בעצמה ומביאה לזיכוי של הנאשם מחמת ספק זה. לא זו אף זו, כאשר הנאשם נתן הסבר מתקבל על הדעת לאשמה המיוחסת לו, אולם השופט אינו מוכן להכריע אם לקבל את הסברו זה או לא – עליו לזכות את אותו נאשם מחמת הספק.¹²²

בית המשפט המחוזי קבע כי מסקנתו זו בנוגע לידיעתו של אולמרט על העברת הכספים מעד המדינה לאחיו מקבלת הבלטה נוספת נוכח העובדה שבעבר סייע טלנסקי לאולמרט בדרך העברת מאות אלפי דולרים לעמותות הקשורות אליו. נקבע כי עדותו של טלנסקי הריהי בעלת משקל: טלנסקי העיד כי אולמרט התקשר אליו וביקש לסייע כלכלית לאחיו, וכי ביצע את ההעברה הכספית לחשבוננו של יוסי אולמרט אף שלא היה לו כל קשר עם יוסי אולמרט ומעולם לא פגש אותו או ראה אותו. בית המשפט המחוזי הוסיף וציין כי גרסתו של

121 דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 736 (1998).

122 שם, בעמ' 859.

אולמרט שלפיה אנשים נדיבים ובעלי ממון משפיעים עליו מטובם ושותקים אינה מתקבלת על הדעת. אין זה סביר כי אנשים נדיבים מוצאים "להשקיע" מאות רבות של אלפי שקלים באחיו של אולמרט – שאותו לא הכירו מעולם, וממילא לא היה מעניינם – וממשיכים לחיות בדרכם מבלי לספר או להתגאות בפניו כי סייעו לאח הנזקק, שנקלע לחובות כספיים כבדים.

לגישתי, מלבד הפסול שעליו עמדתי בכל הקשור בראיה זו (ודומיה) ובנוגע לבניית פרופיל אישיותי של אשמה לנאשם במשפט הפלילי, ההנחה ההתנהגותית בדבר קיומה של מודעות מצדו של אולמרט ככל שהיא אפשרית ולכאורה הגיונית אינה בוודאי מסקנה יחידה אפשרית, בייחוד לנוכח הודעתו של יוסי אולמרט בחקירתו. עד המדינה היה יכול להעביר כסף מבלי ליידע את אהוד אולמרט מתוך הנחה שאחיו יעביר את הדברים או כדי שלא יהא נתון לסחיטה בידי אהוד אולמרט על שום הצעת השוחד. גם אין זה מופרך שיוסי אולמרט קיבל את התשלום מבלי ליידע את אחיו מתוך הנחה שעד המדינה יעביר את הדברים ומשום דאגה שהמהלך ייעצר, ואולמרט יבקש להביא להעמדתו לדין של עד המדינה ולהחזרת הכספים. אלה הם רק מקצת האפשרויות שיש בהן כדי להדגים עד כמה הסתמכות על התנהגויות אנושיות פתוחה לעתים קרובות לפרשנויות שונות.¹²³

בנוסף, ולסגירת מעגל, כאן האפשרות למצות את החקירה הנגדית של עד המדינה יכולה הייתה להועיל להגנה. אבל כזכור חקירה נגדית זו נשללה במידה רבה מצוות ההגנה של אולמרט, ואף במידה מוחלטת ככל שעסקינן בעניינים הנוגעים לסוגיית המודעות). ניתן היה לחקור את עד המדינה על אודות נושא יידועו של אולמרט מכל צדדיו. חקירתו של עד המדינה הייתה יכולה לסייע לנאשם לשפוך אור על נסיבות הפרשה כולה. ייתכן שהיה בה אף כדי סתימת הגולל על היתכנותם של תרחישי החפות שהוצגו ברשימה. מכל מקום עניין זה מרכזי להליך בירור האשמה. הסתמכות על עדות עד המדינה ללא חקירה נגדית בנקודה זו יוצרת סיכוני הרשעת שווא. בעיקר יש בה הסתמכות לא מבוקרת דיה על הנחות התנהגותיות שניתן במידה רבה לחלוק עליהן. בהציגי את הראיות הקיימות התייחסתי לעדותו של עד המדינה ולטענתו כי אולמרט ביקש ממנו מפורשות סיוע כספי בסך של חצי מיליון ש"ח. כזכור, בית המשפט המחוזי התייחס לנפקותה של עדות זו באמרו כי "אין בכוחה לשמש אבן בפיספס אבני ראיות המאשימה" כי אם "להסיר 'אבק טענות'... להבריק ולהאיר הפסיפס העובדתי הנסיבתי המושלם". ברם מהודעתו של יוסי אולמרט בחקירתו עולה תמונת מצב שונה, שכן כזכור מסר הוא בחקירתו כי הסוגיה לא עלתה מעולם אף לא באחת מהשיחות שקיים עם אחיו בדבר עומק קשייו הכלכליים, וגם לא לאחר מכן. גם את הסתייגותי מהודעתה של זקן בחקירתה ומפרשנותו של בית המשפט בעניין זה הבעתי כאמור במסגרת הביקורת על הראיות הקיימות (פרק א לרשימה). יוצא אפוא מצב דברים

123 ERIC BERNE, GAMES PEOPLE PLAY: THE PSYCHOLOGY OF HUMAN RELATIONSHIPS (1964) ליתר פירוט ראו GARY A CZIKO, UNPREDICTABILITY AND INDETERMINISM IN HUMAN BEHAVIOR: ARGUMENTS AND IMPLICATIONS FOR EDUCATIONAL RESEARCH EDUCATIONAL RESEARCHER vol. 18, No. 3, pp. 17–25 (Apr., 1989).

שבו בית המשפט המחוזי מסתמך על תיאור עובדתי שבא מפיו של עד המדינה בלבד חרף קביעותיו המפורשות בנוגע לנפקות הראייתית שיש לייחס לעדות מן הסוג האמור.

יא. התערבות ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים

כידוע אין בית המשפט שלערעור נוהג להתערב בממצאים עובדתיים.¹²⁴ הגיון הלכת אי-התערבות זו נעוצה בין היתר בטיבם של ממצאי מהימנות עדים. ואכן, ככלל ממצאי מהימנות נקבעים באמצעות התרשמות ישירה של בית המשפט, ובמקרים אלו ברורה עדיפותה של הערכאה הדיונית על פני הערכאה הערעורית.¹²⁵

אך אין זו הדרך היחידה לקביעת ממצאי מהימנות, ובית המשפט רשאי להתבסס על ראיות אחרות ועל ממצאים ראייתיים חיצוניים.¹²⁶ במקרה שלפנינו בית המשפט המחוזי ביסס את הרשעת המערער על ניתוחן של הנחות היפותטיות. הכרעת הדין התבססה לכאורה על העובדות שהוכחו נגד המערער אך תוך שימוש מסיבי במבחני ההיגיון וניסיון החיים. לעניות דעתי, אי אפשר לגזור מן הנחות שעליהן נסמך בית המשפט המחוזי מסקנות עובדתיות חד-משמעיות. דוגמה לכך היא מסקנתו של בית המשפט המחוזי כי "עד המדינה לא הכיר את יוסי אולמרט, ויוסי אולמרט לא הכיר את עד המדינה, קודם לקבלת הכסף", וכי "הקשר היחיד בין יוסי אולמרט לעד המדינה הינו אדם אחד ויחיד; נאשם 8 (אולמרט)".

יהא אשר יהא, הכלי המרכזי שבית המשפט המחוזי משתמש בו לאורך הכרעת הדין כולה הוא בחינה של סבירות הגרסאות השונות בדבר הנחות מקובלות של שכל ישר. בנסיבות אלה אין יתרון לערכאה הדיונית על פני ערכאת הערעור, ובית המשפט העליון יכול גם יכול להפעיל שיקול דעת עצמאי בהתייחס לעדויות ולראיות הקיימות, במיוחד בכל הקשור לעדותו של עד המדינה שבעניינה לא מוצתה זכות החקירה הנגדית.

בעניין וקנין¹²⁷ ציטטה השופטת פרוקצ'יה מדבריו של השופט לוי בעניין אחר,¹²⁸ באמרה:

"לעתים נדירות שזורים ממצאי העובדה של הערכאה הראשונה לא רק בשיקולי התרשמות אלא גם בשיקולים שבהגיון. במקרה זה שומה על שופט בית המשפט שלערעור להציג לעצמו את השאלה, אם לפי שיקולים של היגיון, ולמרות שיקולי ההתרשמות של הערכאה הראשונה, יכולה מסקנת

124 ע"פ 3071/01 פלונית נ' מדינת ישראל, פס' 14 (פורסם בנבו, 16.11.2006).

125 ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 643 (2000), פסק דינו של השופט זמיר; ע"פ 377/61 לוי נ' היועץ המשפטי, פ"ד יז 1065, 1074 (1963), פסק דינו של השופט זילברג; ע"פ 804/95 גרינברג נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 207, 200 (1995), פסק דינו של השופט קדמי.

126 ראו ע"פ 2567/97 לחמן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.11.1998).

127 ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל, פס' 39 (פורסם בנבו, 25.1.2007).

128 ראו עניין יומטוביאן לעיל ה"ש 125, בעמ' 640.

בית המשפט של ערכאה ראשונה לעמוד; אם תשובתה של ערכאת הערעור לשאלה זו היא שלילית, חובתה – משיקולים של צדק – להתערב במסקנה".

בעניין פלוני¹²⁹ סיכם השופט דנציגר את שלושת החריגים העיקריים המצדיקים את התערבותה של ערכאת הערעור בממצאים של עובדה ומהימנות שקבעה הערכאה הדיונית: החריג הראשון, כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על ראיות בכתב ולא על הופעתם, התנהגותם ודבריהם של העדים. במקרים אלו אין לערכאה הדיונית יתרון כלשהו על פני ערכאת הערעור;¹³⁰ החריג השני שמתייחס לנסיבות העניין דנן, כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על שיקולים שבהיגיון;¹³¹ השלישי, כאשר נפלו טעויות מהותיות בהערכת המהימנות של העדויות בערכאה הדיונית.¹³² כאשר ממצאיה של הערכאה הדיונית מתבססים על הסקת מסקנות לוגיות ממערכת של ראיות נסיבתיות, הרי שלערכאה הדיונית אין כל יתרון על ערכאת הערעור, ובכגון דא יקל הדבר על ערכאת הערעור לבחון את הליך הסקת המסקנות של הערכאה הדיונית. יפים לענייננו דבריו של כבוד השופט אלון בעניין סראבוניאן:¹³³

"בהכרעות המבוססות על הסקת מסקנות לוגיות והסתברותיות מן הראיות הנסיבתיות, יהיה מתחם ההתערבות של ערכאת הערעור רחב יותר מאשר במקרים מבוססים על ראיות ישירות אשר יסודן, דרך כלל, בהתרשמות הערכאה הדיונית ממהימנות העדים".

כידוע, ערכאת הערעור שבה ובוחנת את ההכרעה השיפוטית, ובכך יוצרת מנגנון בקרה המנסה למוער את ההסתברות לטעויות שיפוטיות.¹³⁴ בענייננו הכרעת הדין שזורה במסקנות על גבי מסקנות, המאופיינות בשיקולי "היגיון" ו"סבירות", להבדיל מהערכתם ומקביעתם של ממצאי מהימנות של העדים על בסיס התרשמותו של בית המשפט מהעדויות גופה ומשאר הראיות הקיימות. יש מקום להבחין בין השיפוט האינטואיטיבי וההוליסטי מטבעו של בית המשפט את מהימנותם של עדים לבין רובד נוסף המתקיים בד בבד, שבו בית המשפט שוקל ברמה השקופה לו עצמו את הגרסאות השונות תוך התייחסות לשיקולי היגיון וסבירות.¹³⁵ ככלל, מוסכם כי קביעתם של ממצאי מהימנות היא בעיקרה מלאכה המוטלת על הערכאה הדיונית, וכי ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בממצאים מעין אלה. ברם נקיטת שימוש במנגנונים של סבירות והיגיון בהכרעת הדין מאפשרת פתיחת פתח לערעור על

129 עניין 10479/08 פלוני, לעיל ה"ש 35.

130 ע"פ 398/89 מנצור נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.1.1994).

131 ע"פ 5937/94 שאבי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 832, 835 (1995).

132 ע"פ 4977/92 ג'ברין נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 690, 696 (1993).

133 ע"פ 4510/07 סראבוניאן נ' מדינת ישראל, פס" 8 (פורסם בנבו, 17.1.2008).

134 ראו דורון מנשה "תכליתה ומהותה של חובת ההנמקה העובדתית במשפט הישראלי" עלי

משפט יא 410, 399 (2014).

135 שם, בעמ' 411.

ממצאי ההכרעה השיפוטית. זאת ועוד, ערכאת הערעור רשאית לקבוע ממצאי מהימנות באמצעות בחינת הגיונה הפנימי של העדות ואותות האמת אשר נקבעו בערכאה הדיונית. כשהדבר נוגע להגיונה של עדות או לקיומן של סתירות בתוכנה, אין עדיפות לערכאה הדיונית על פני ערכאת הערעור, ומכאן הסמכות הנתונה לערכאת הערעור להתערב בשאלות של מהימנות.¹³⁶

כפי שהובהר לעיל, במקרה דנן מתקיימות אותן נסיבות חריגות המצדיקות את התערבות ערכאת הערעור בממצאי מהימנות וממצאים עובדתיים שקבע בית המשפט המחוזי על דרך של הסקת מסקנות. כאמור, הכרעת הדין התבססה על העובדות שהוכחו נגד אולמרט ושאותן בחן בית המשפט המחוזי במבחני ההיגיון וניסיון החיים. על פי הוראת סעיף 212 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982, רשאי בית משפט שלערעור להסיק מחומר הראיות שהיה לפני הערכאה הקודמת או לפניו מסקנות שונות משהסיקה הערכאה הקודמת, וכך אני מציע לעשות במקרה דנן.

יב. "צדק צדק תרדוף" – שיקולי מדיניות והכוונת התנהגות בהתייחס לעברת השוחד

בשנים האחרונות מתבסס מעמדה של עברת השוחד כאחת מהעברות הפליליות החמורות ביותר במישור הציבורי כלפי כל מי שעולה על דרך השוחד – "אם כנותן, אם כלוקח או כמבקש, ואם כמתווך".¹³⁷ בתי המשפט אינם סבלניים כלפי עברת השוחד ורואים בה סכנה חמורה לשלטון החוק ולדמוקרטיה. בעיקר אפשר לזהות בפסיקת בתי המשפט מדיניות מחמירה ולא סלחנית כלפי מקבל השוחד, אשר משתמש במעמדו על מנת להפיק רווח ממי שנזקק לשירות ציבורי ומועל באמון שהעניק לו הציבור. הא ראייה, על השרים לשעבר אריה דרעי¹³⁸ ושלמה בניזרי¹³⁹ הוטלו תקופות מאסר לא מבוטלות לריצוי בפועל בעוון לקיחת שוחד. בענייננו הוטל עונש חמור מאין כמותו – שש שנות מאסר לריצוי בפועל – על ראש הממשלה לשעבר מר אהוד אולמרט. בית המשפט המחוזי נימק בגזר הדין את המאסר הממושך שהטיל עליו בכך שאולמרט היה עובד מדינה, וכי התנהגותו כראש עיריית ירושלים הפכה אותו ל"בוגד" במדינה של העם היהודי.

בהכרעת הדין קבע השופט רוזן כממצא עובדתי כי "עד המדינה העביר לאחיו של נאשם 8 (אולמרט) כ-500 אלף ש"ח". בגזר הדין ציין השופט רוזן, בהתייחס לפרשת הולילנד, כי אולמרט הורשע ב"קבלת שוחד מעד המדינה בסך 500 אלף ש"ח... באמצעות אחיו, יוסי

136 עניין בן ארי, לעיל ה"ש 89, בעמ' 108.

137 ע"פ 4722/92 מרקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 45, 49–50 (1993).

138 ע"פ 3575/99 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 721 (2000). עונשו הופחת לשלוש שנים בבית המשפט העליון.

139 ע"פ 5083/08 בניזרי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.6.2009). עונשו הוחמר לארבע שנים בבית המשפט העליון.

אולמרט". ואולם, לעניות דעתי, שאלת היקף התשלום שלכאורה הועבר מעד המדינה ליוסי אולמרט לא זכתה לדיון מספק בהכרעת הדין. אין חולק כי היקף התשלום שהועמד על סך 500 אלף ש"ח השפיע מהותית על מתחם העונש הראוי והוביל לגזר הדין החריג בחומרתו בענייננו. סבורני כי יש סתירות עובדתיות וחוסרים ראיתיים בהתייחס לסכום התשלום שלכאורה העביר עד המדינה ליוסי אולמרט, ועל כך עלינו לתת את הדעת.

ראשית, ההמחאות עצמן לא הוצגו בבית המשפט, ושנית בחשבונות הבנק, בין של יוסי אולמרט ובין של עד המדינה, אין רישום של משיכות או הפקדות כספיות מסוג כזה או אחר שעברו מעד המדינה לאחיו של אולמרט. שלישי, הראיות היחידות שקיימות בהתייחס להוכחת סכום התשלום הזה הן אלה: עדותו של עד המדינה מזה והודעתו של יוסי אולמרט מזה. עד המדינה תיאר פגישה בלשכתו של אולמרט בעת כהונתו כראש עיריית ירושלים, שבמהלכה סיפר לו אולמרט על הסתבכותו הכלכלית של אחיו יוסי וביקש ממנו סיוע כספי בסך של חצי מיליון ש"ח. ואולם נקבע כי "אין בכוחה (של עדות עד המדינה) לשמש אבן בפסיפס אבני ראיות המאשימה" באשר לאולמרט¹⁴⁰ כי אם כדי להסיר 'אבק טענות'... יש בכוחה של עדות עד המדינה להבריק ולהאיר הפסיפס העובדתי הנסיבתי המושלם, שנבנה בבית-המשפט". כזכור, משנשאל יוסי אולמרט בחקירתו על הסכום שקיבל מעד המדינה, השיב כי אינו יכול לומר, אך הוא יודע בוודאות שאין מדובר באלפי שקלים בודדים כי אם ביותר מזה. בהמשך חידד כי אינו זוכר אם מדובר במאות אלפי שקלים אך הדבר אפשרי. משנשאל יוסי אולמרט כיצד הדבר הגיוני שעד המדינה מסר לו תשלום בסך חצי מיליון ש"ח (וזה אינה אלא חקירה מודרכת בדבר פרט מוכמן), הסביר כי התשלום לא היה במקשה אחת כי אם בכמה המחאות דחיות. בהמשך ציין כי חושב שניתנו לפחות שש המחאות דחיות כאשר הסכום על גבי כל אחת מהן היה 50 אלף ש"ח או 80 אלף ש"ח. לעומת זאת עד המדינה תיאר בעדותו כי מסר ליוסי אולמרט, שהגיע למשרדו בתל-אביב, המחאה אחת או שתי המחאות על חשבון הסכום הזה וקבע להיפגש עמו כעבור כמה ימים. זמן קצר לאחר מכן, כמוסכם ביניהם, פגש ביוסי אולמרט ומסר לו שמונה צ'קים נותרים, דחויים, כל אחד על סך של 50 אלף ש"ח.

הדעת אומרת דרשני. גם אם נניח שהעברת הכספים הנטענת מעד המדינה ליוסי אולמרט אכן בוצעה והוכחה על פי מארג הראיות הקיימות, לא הוכח במדויק מהו סכום התשלום שהועבר. לסך התשלום יש כאמור נפקות אקוטית לעניין מתחם העונש הראוי. לראיה, בית המשפט המחוזי קבע עצמו בגזר הדין, בהתייחסו ל"נסיבות הקשורות בביצוע העבירה", כדברים שלהלן: "מתחם הענישה הראוי לאירוע השוחד הראשון בו נטל נאשם 8 (אולמרט)... מעד המדינה סך של 500 אלף ש"ח, נע בין 4 ל-7 שנים. מתחם הענישה הראוי לאירוע השני בו נטל נאשם 8 (אולמרט) שוחד בסך 60 אלף ש"ח מעד המדינה... נע בין 2 ל-4 שנים".¹⁴¹ לא זו אף זו, אין בהכרעת הדין התייחסות למכשול זה שפורט כאמור לעיל

140 ראו הכרעת הדין, לעיל ה"ש 4, פס' 302.

141 ראו שם, פס' 87.

או התמודדות משפטית עמו, וגזר הדין מניח גם כאן את המבוקש ויוצר תוצאה חריגה בהיקפה מבחינת עונש המאסר שהושת על מר אולמרט (שש שנות מאסר לריצוי בפועל). בעניין זוקאים¹⁴² עמד השופט מ' לנדוי על חומרתה של עברת השוחד והדגיש את היותה "נגע ממאיר" באמרו כי –

"...אם לא נעמוד על הפעלה יעילה של איסורי המשפט הפלילי בעניין כה חיוני למשטר החברתי, נביא רעה גדולה על הציבור. לא בכדי התריעו הוגי דעות, מנביאי ישראל ועד לימינו, על השוחד כרעה חולה מאין כמוה. השוחד הינו סימן ההיכר המובהק של משטרים לבנטיניים שחלילה לנו להידמות להם... רחמנות יתרה כלפי הפרט בכגון אלה עלולה לעלות כדי התאכזרות לחברה כולה, פן היא תשקע ביוון המצולה של שוחד ושל שחיתות".

דברים דומים ציינה השופטת ש' נתניהו בעניין מרקוביץ:¹⁴³

"עבירת השוחד היא מהחמורות ביותר במישור הציבורי. היא משחיתה את המידות. היא מהווה סכנה ליסודותיו של משטר חברתי צודק. היא מערערת את האמון של הציבור בשלטון... החלטתו של בית משפט קמא להחמיר עם המערערים... עונה על מדיניות הענישה בעבירות שוחד. כבר נאמר על עבירות השוחד כי... 'הסכנה לדמותו של השירות הציבורי ולאפיה של החברה בישראל היא כה גדולה, עד שאין להירתע מנקיטת אמצעי ענישה קשים ומורגשים היטב כלפי מי שעולה על דרך השוחד – אם כנותן, אם כלוקח או כמבקש, ואם כמתווך'...".

אכן, הנסיבות שבהן נעברה לכאורה עברת השוחד בפרשה שלפנינו הן חמורות ביותר. פגיעתה של עברת השוחד רעה היא, וקל וחומר כאשר העבריין הוא עובד הציבור, ועל אחת כמה וכמה כאשר עובד הציבור הוא לא אחר אלא מי שעמד בעבר בראשה של ממשלת ישראל, שמעשיו מטמאים אותה ופוגעים באמון הכנסת והציבור בטוהרה. אולם לדעתי כשעסקינן בבירור השיפוטי בשאלת האשמה, השאלה אינה מי האיש, מה אופיו, או מה ניתן להשיג מהרשעתו ברמה הציבורית. אדרבה, אם ייווכח הציבור לדעת שבית המשפט אינו פוסק כפי שמתחייב מן הדין ומהנסיבות רק בשל חשש מתגובת הציבור, כי אז דווקא גישה זו עלולה להביא לפגיעה קשה במעמדו של בית המשפט וביוקרתו, ובלשונו של השופט ת' אור: "אל לו (לבית המשפט) להימנע ממילוי חובתו כחוק בגלל חשש שדבריו לא יהיו לרוחו של חלק זה או אחר של הציבור, בין שהוא מיעוט ובין שהוא רוב הציבור".¹⁴⁴ זאת

142 ע"פ 389/72 זוקאים נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 487, 496–497 (1973).

143 ראו עניין מרקוביץ, לעיל ה"ש 85.

144 בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758, 816 (1995).

ועוד, דברים אלה עולים בקנה אחד עם דברי התורה המופיעים בספר שמות:¹⁴⁵ "לא תענה על ריב לנטות".¹⁴⁶ השאלה גם אינה אם ביצע את המעשה או מה למעשה אירע. השאלה אפילו אינה מה מסתבר ביותר שאירע או עד מה משקלה המשכנע של השערת חפותו יחסית להשערת אשמתו. השאלה היחידה הרי היא זאת: האם קיימת השערת חפות כאפשרות המתקבלת על הדעת? הא ותו לא. ואולם, הרטוריקה השיפוטית מלמדת אותנו כי המאבק בשחיתות הציבורית, ובעיקר בעברת השוחד, הגיע לממדים של "פאניקה מוסרית". פאניקה זו מוגדרת כמעין סחרור חברתי שהופך פירור של דיסאינפורמציה להתלהטות קולקטיבית, כאשר חזקת החפות נסוגה, והאשמה מוטלת על "שעיר לעזאזל" כדוגמת אולמרט (ובלשונו של הסוציולוג סטנלי כהן: 147: "שטן עממי").¹⁴⁸ את הפאניקה המוסרית מזינים כלי התקשורת, ועם התפשטותה היא משפיעה גם על גורמי אכיפת החוק ומתבטאת באכיפת יתר, בהחמרת הענישה ובהרחבת האחריות הפלילית.¹⁴⁹ כך גם בענייננו. ונקודה אחרונה לסיום: בל נשכח שמול האינטרס כבד המשקל ככל שיהא בניקוי האורות ובביעור השחיתות השלטונית עומדת זכותו של הנאשם לא להיות מורשע כחף, זכות המתפרשת, בהיעדר יכולת לוודא במלואה את שאלת האשמה, כזכותו של כל נאשם, גם נאמן ציבור, לא להיות מורשע כאשר השערת חפותו מרחפת מעל ראשו או מעל ראשו של השופט היושב בדין. אכן הזיכוי לעומת סיכויי אשמה סובסטנטיביים של הנאשם היא שעתה היפה של הנאורות השיפוטית. כשבאה שעה זו, שוב אין להחמיצה. כוחה של שפיטה ואיתנותה באים לידי ביטוי בפתיחות לבה ובנכונותה לבדוק עצמה ולהודות בטעותה, וכדבריו של הנשיא ברק:¹⁵⁰ "אין לך דבר הפוגע יותר באמון הציבור בשפיטה מאשר התחושה כי השפיטה סגרה עצמה ונעלה הדלת מפני אפשרות לתקן הרשעה שלא כדין", ובאלו שמנו את מבטחנו.

145 שמות כג 2.

146 ושם פירש רש"י את הציווי כך: "ולא תענה על ריב לנטות וגו'" – ואם ישאלך הנדון על אותו המשפט אל תעננו על הריב דבר הנוטה אחרי אותן רבים להטות את המשפט מאמתו אל אזור את המשפט כאשר הוא וקולר יהא תלוי בצואר הרבים".

147 ראו לעיל COHEN, לעיל ה"ש 49.

148 להרחבה ראו גם גור אריה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 17.

149 שם, שם.

150 עניין עזריה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 354.