

מהו "עיוות-דין"?
לפירושו של סעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי
[נוסח משולב], תשמ"ב1982-

מאת

ענת שקולניקוב

א. מבוא. ב. מקור ההוראה – המשפט האנגלו-אמריקני. ג. המבחנים לעיוות דין; 1. מבחני סף; 2. סוג המבחן התוצאתי; 3. מידת הוודאות; 4. התפתחות המבחן התוצאתי בדין האמריקני; 5. הניתוח הלוגי. ד. הפסיקה הישראלית; 1. מבחני סף; 2. מבחנים תוצאתיים; 3. מידת הוודאות; 4. התערבות בשיקול הדעת. ה. פסקי-הדין בפרשת אבוטבול. ו. סוגי פגמים; 1. פגמים בהחלטת השופט; 2. טעות בקו הגנה; 3. עיוות דין לציבור. ז. תוצאות קבלת הערעור. ח. יישום מבחנים מאנגליה ומארצות-הברית בישראל. ט. סיכום והערות לדין הרצוי בישראל.

א. מבוא

סעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב1982- (להלן – החסד"פ) מסמיך בית-משפט שבערעור, "אף אם קיבל טענה שנטענה, לדחות את הערעור אם היה סבור כי לא נגרם עיוות-דין". סעיף זה, טכני לכאורה, למעשה מקפל בחובו שאלה בסיסית לכל מערכת משפטית: השאלה מהו "עיוות-דין"? כפי שאראה, לשאלה זו שני רבדים בהקשר של סעיף 215. ראשית, יש לבחון מהי משמעותו הכללית של המושג עיוות דין במסגרת ההליך הפלילי. שנית, יש לבחון את משמעותו של המונח עיוות דין בהקשר הספציפי. כלומר, מהו עיוות דין לצורך בחינתה של ערכאת ערעור הנקראת להתערב, לאחר המעשה, בטעויות שנפלו בהכרעה של ערכאה קודמת.

נושא רב חשיבות זה לא נדון עד כה בצורה מסודרת בספרות המשפט הישראלית. ברשימה זו לא אוכל, כמובן, לדון במכלול הבעיות המתעוררות בהקשר זה, אך אנסה להתוות מסגרת לדיון בסוגיה.

סעיף 215 אינו המקום היחיד, בחקיקה העוסקת בפרוצדורה הפלילית שנוכר בו המונח "עיוות-דין". גם בשלבים אחרים בהליך הפלילי מצווה השופט לבדוק אם צעד פרוצדורלי כלשהו יגרום עיוות דין לנאשם. על החלטתו של השופט אם לנקוט אותו צעד אם לאו, להיות מבוססת על בחינת השאלה אם ייגרם עיוות דין לנאשם בנקיטת הצעד האמור. כך יעשה, למשל, בהחלטה לשפוט נאשם בנוכחות סניגורו בלבד, על-פי בקשתו (לפי סעיף 128(2) לחסד"פ). כך גם בהחלטה להמשיך במשפטו של נאשם, שהופרד ממשפטם של אחרים שעמם הועמד לדין, לאחר הפרדת המשפט, מהשלב בו נמצא המשפט בעת ההפרדה (לפי סעיף 89 לחסד"פ). סעיף 2א לחוק לתיקון סדרי דין (חקירת עדים), תשי"ח-1957- מתיר חקירת מתלונן בעבירת מין רק בנסיבות שבהן בית-המשפט ראה כי היעדר חקירה זו יגרום לעיוות דין. במקרים אלו, ואחרים, מתמודד בית-המשפט עם השאלה ההיפותטית: אם ייגרם עיוות דין לנאשם אם יינקט הצעד הפרוצדורלי האמור.

בדיקת עיוות הדין בסעיף 215 שונה מכל אלו. בסעיפים דלעיל הבדיקה היא מלכתחילה, לפני שעיוות הדין נגרם. בסעיף 215 הבדיקה היא בדיעבד, לאחר שהמשפט כבר התנהל עד תומו בערכאת הדיון, ונמצא בו פגם. מבטו של שופט המפעיל את הסעיף הוא לעבר ולא לעתיד.

יתרה מכך, במקרים האחרים הנזכרים השופט בודק אם הצעד שהוא עומד לנקוט נכון, ואילו שופט המפעיל את סעיף 215 כבר קבע שנעשה צעד שגוי, והוא בודק אם רשאי הוא להתעלם מהמשגה מבחינה אופרטיבית, דהיינו בתוצאת הערעור. ההבדל בין בחינה מראש של התנהגות לבחינה בדיעבד מוכרת גם בהקשרים אחרים במשפט. כך, למשל, בדיני העונשין מוכר ההבדל בין הגנות מסוג הצדק לבין הגנות מסוג פטור. ההגנה מסוג הצדק חלה מלכתחילה על ההתנהגות הנדונה, ואילו ההגנה מסוג פטור חלה רק בדיעבד, בהתקיים נסיבות מסוימות, להתנהגות אשר מלכתחילה היא פלילית¹.

מתי יוכלו שופטי הערעור לומר שטעותו של בית-משפט קמא לא גרמה לעיוות דין? מה הם המבחנים שישמשו לבדיקה זו? על שאלות אלו לא ניתנה תשובה בחוק, בפסיקה או בספרות המשפטית בישראל. היעדר הדיון העיוני עומד בניגוד לשימוש המעשי הרב שנעשה בסעיף, כפי שאראה להלן.

1 ראו פלר יסודות דיני עונשין כרך ב (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשמ"ז), עמ' 504-505.

ברשימה זו אבחן את סוגי המבחנים האפשריים לבדיקת היעדר עיוות דין. אטען, כי מבחן כזה יהיה מורכב משלושה יסודות שונים: מבחן סף, סוג מבחן תוצאתי ומידת הוודאות הנדרשת לבדיקת היעדר עיוות דין. אחר כך אנתח את פסקי־הדין של בית־המשפט העליון בישראל שהפעילו את הסעיף (הגם שעשו זאת בלא שדנו בו). אנסה לבדוק באילו מן המבחנים נעשה שימוש בפועל, גם אם לא הוצהר על כך במפורש. אבדוק אם סוגי פגמים שונים שנפלו בהחלטת ערכאת הדיון מצדיקים התייחסות שונה, ואם הבדלים אלו משתקפים בפסקי־הדין של בית־המשפט העליון שיישמו את סעיף 215. לבסוף אעמוד על הבדלים אחדים בין ההליך הפלילי הישראלי למקביליו במדינות אחרות ועל השלכותיהם על בחינתה של סוגיית עיוות הדין.

ב. מקור ההוראה – המשפט האנגלו־אמריקני

ההוראה בדבר בדיקת חוסר עיוות דין בשלב הערעור אינה ייחודית למשפט הישראלי. מקורה הוא במשפט האנגלי. פסק־הדין *Crease v Barret*² משנת 1835 נחשב כמניע לחקיקתה של הוראת היעדר עיוות הדין הראשונה. בתי־המשפט בארצות־הברית ובאנגליה ראו בפסק־דין זה תקדים המחייב את בית־המשפט בערעור להתערב בכל טעות שנפלה בפסק־הדין, ולו הטכנית ביותר. כך פורש פסק־הדין על־ידי בתי־המשפט, אף כי נטען מאוחר יותר כי אין זה הפירוש הנכון לפסק־הדין³. מכל מקום, פסק־דין זה הוביל לפרשנות הגורסת כי מחובתו של בית־המשפט הדין בערעור להתערב בכל טעות של הערכאה הנמוכה.

כדי למנוע תוצאה זו של זיכויים בשל פגמים טכניים ובלתי מהותיים⁴ התערב המחוקק האנגלי ב־*Judicature Act 1878* וקבע שפסק־דין יבוטל רק אם חלו בו טעות או עוול מהותיים (Substantial). בגלגולים מאוחרים יותר של ההוראה שונה הניסוח, ונקבע כי לצורך התערבות ערכאת הערעור נדרש "עיוות דין מהותי" (Substantial miscarriage of justice)⁵. בפסק־הדין. לבסוף שונתה ההוראה, כך שנדרש "עיוות דין" בלא התואר "מהותי"⁶. כך מופיעה ההוראה גם כיום בסעיף 21(2) ל־*Criminal Appeals Act 1968*.

2. *Crease v. Barrett* 149 (1835) Eng. Rep. 1353 (Ex)

3. ראו 4 p. *R. Traynor The Riddle of Harmless Error* (Columbus, 1970), at p.

4. ראו 541, *St. John's L. R.* 53 F. Bay "Harmless Error: the need for a Uniform Standard" at p. 569.

5. *The Criminal Appeals Act, 1907, §4(1)*

6. *The Criminal Appeals Act, 1966, §4(1)(c)*

הרישה לסעיף 1(2) מגבילה את הנימוקים לקבלת ערעור לשלושה מקרים:

- a) ... under all circumstances of the case it is unsafe or unsatisfactory.
- b) ... wrong decision on any question of law.
- c) material irregularity in the course of the trial.

אם מתקיימת אחת העילות הללו, יבדוק בית-המשפט אם בשל כך נגרם עיוות דין. באנגליה אפוא העילות המנויות ברישה לסעיף מהוות מסננת נוספת להתערבות בית-המשפט לערעורים עוד לפני בדיקת עיוות דין. ספרות המשפט האנגלית חלוקה בשאלה עד כמה ראוי שתנאי הרישה של סעיף 1(2) יפעלו כגורם מסנן⁷. בדין הישראלי מסננת זו אינה קיימת, ולאחר שקיבל טענה מטענות המערער, יעבור בית-המשפט לבדיקת עיוות הדין. יש להבין הברדל זה גם על רקע ההבדל בין שיטת המושבעים באנגליה לבין שיטת השופטים הקיימת בישראל, אשר השלכותיה יידונו בהמשך. בארצות-הברית, סעיף 25(a) לכללי הפרוצדורה הפלילית הפדרליים⁸ קובע, שאין לקבל ערעור אלא אם הפגם נוגע לזכויות המהותיות של הצדדים (Substantial rights of the parties). כללים דומים קיימים גם במדינות השונות של ארצות-הברית.

ג. המבחנים לעיוות דין

בפסיקה ובספרות בארצות-הברית ובאנגליה הוצעו מבחנים שונים לבדיקת קיומו או היעדרו של עיוות דין. המבחנים כולם משקפים מתח בין הצורך בקבלת ההחלטה הראויה במקרה הספציפי לבין שמירה על ערכים דיוניים, מתוך ראייה כוללת של מערכת המשפט.

המבחנים השונים שהוצעו נחלקים לשלוש קטגוריות. כפי שנראה, המבחן לבחינת עיוות דין מורכב משלושה מבחנים שונים מתוך שלוש קטגוריות אלו (כלומר, שלושה יסודות מרכיבים את המבחן הסופי).

הקטגוריה הראשונה היא של מבחני סף. במונח "מבחן סף" אשתמש לתאר את הדרכים השונות האפשריות לסווג פגמים בהליך לפגמים המהווים עילה אוטומטית לקבלת הערעור ולכאלה שלגביהם יש להמשיך לשלב הבא של בדיקת עיוות דין. ניתן

7 בעד צמצום: Archbold *Criminal Pleading, evidence and Practice* (London, 1988).

at p. 938; בעד הרחבה: 609 *Crim. L. R.* (1989). Note "Miscarriage of Justice"

8 28 USC §2111 (1964).

גם לקבוע, ששום סוג של פגם לא יהווה עילה לזיכוי אוטומטי, וכאשר יימצא פגם בהרשעה לעולם יש לעבור לשלב הבדיקה הבא.

הקטגוריה השנייה של מבחני עיוות הדין היא המבחנים התוצאתיים. המבחן התוצאתי הוא מבחן הבורק אם התוצאה במשפט הייתה זהה לולא הפגם. לדרך שבה תיבדק שאלה היפותטית זו אקרא "סוג המבחן התוצאתי".

הקטגוריה השלישית (שהיא בעצם מרכיב של המבחנים בקטגוריה השנייה) היא מידת הוודאות הנדרשת במבחן התוצאתי, דהיינו מידת הוודאות שבה על בית־המשפט להשתכנע כי התוצאה במשפט הייתה זהה לולא נפל הפגם בהרשעה.

שלוש קטגוריות אלו, אשר מוצע לנתח לאורן את המבחנים הדוקטרינריים השונים, אינן מקריות. הן משקפות שלושה עקרונות העומדים בלב כל מערכת של כללי פרוצדורה וראיות: הראשון, הבטחת ההגעה לתוצאה מהותית נכונה. השני, שמירה על ערכים דיוניים נוספים, שאינם תלויי תוצאה, השלישי, כל הכרעה עובדתית נעשית בתנאי אי־ודאות, ועל כן לא ניתן לקבוע כי היא נכונה באופן אבסולוטי, אלא כי היא נכונה רק בדרגת ודאות נדרשת.

1. מבחני סף

1. זכויות חוקתיות – בפסיקה ובספרות בארצות־הברית קיימת הבחנה בין פגמים רגילים בהליך (טכניים ומהותיים) לבין פגמים הפוגעים בזכויות חוקתיות. בהקשר זה, זכויות אלו הן בעיקר הזכויות הנכללות בתיקון החמישי (בפסקת החיסיון מפני הפללה עצמית ובפסקת ההליך ההוגן), השישי (בפסקות העוסקות בזכות העימות ובזכות לייצוג בידי עורך־דין) והארבע־עשר (בפסקה המחילה את עקרון ההליך ההוגן על המדינות) מבין התיקונים לחוקה.

מלומדים בארצות־הברית⁹ סבורים שפגיעה בזכות חוקתית, או לפחות בזכות חוקתית יסודית¹⁰, צריכה להיות עילה אוטומטית לזיכוי. דעה זו נדחתה במפורש על־ידי בית־המשפט העליון שם, בפסקי־הדין פאהי¹¹ (כאמרת אגב) וצ'פמן¹² (בטעם הפסק). עם זאת בית־המשפט יצר מבחן מחמיר מהרגיל לבדיקת עיוות דין בטעויות חוקתיות (היינו – דרישה של דרגת ודאות גבוהה יותר (ראו להלן)). כלל זה יש, אולי, להבין על

9 .Note "Criminal Procedure: New York's Harmless Judgement Rule" 44 *Brook. L. R.* 681

10 R. Pondolfi "Principles for Application of the Harmless Error Standard" 41 *Chicago L. R.* 616, 620

11 *Fahy v. Connecticut* 375 US 85

12 *Chapman v. California* 386 U.S. 18 (1967)

רקע מגמת הפסיקה האמריקנית באותה תקופה (למשל, בפסקי-הדין **מירנדה ומפ**)¹³, שהרחיבה בפרשנות הזכויות החוקתיות של נאשמים וחשודים. להוציא חריגים, שבהם אדון להלן, החזקה כיום היא שכל טעות חוקתית כפופה לבדיקת היעדר עיוות דין¹⁴. כלומר, מבחן הסף האמריקני מסווג את הפגמים לפגמים חוקתיים ולפגמים רגילים. לטעויות הנכללות בכל אחד משני סוגי הטעויות, בדיקה תוצאתית שונה. לשיטה זו משמעות כיום גם בישראל, לאור המהפכה שחוללו חוקי היסוד, ובהקשר זה – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. סיווג הפגם הדיוני כחוקתי או שאינו חוקתי מקנה לו טיפול שונה.

2. ניתן לסווג את הפגמים בהליך על-פי המטרה המוגנת על-ידי הזכות שהופרה: אם ההליך או הזכות שנפגעו מטרתם גילוי האמת, יש להמשיך במבחנים התוצאתיים¹⁵ (שיפורטו להלן), שהרי מבחנים אלו בודקים את מידת הפגיעה בהליך קביעת העובדות. לעומת זאת כשההליך או הזכות שנפגעו משקפים ערך דיוני גרידא, הרי שיש לקבל את הערעור. זאת, כיוון שמבחן תוצאתי ממילא אינו יכול לבחון מידת פגיעה בערך דיוני שאינו משתקף בתוצאת המשפט.

3. גישה נוספת¹⁶ גורסת, שאם הזכות המופרת קשורה במהימנות ההליך השיפוטי (כגון חשש למשוא פנים של שופט או פומביות ההליך), יש לזכות את הנאשם אף בלא הפעלת המבחן התוצאתי, כיוון שממילא אין אפשרות אמיתית לאתר את השפעת הפגם. נראה לי, כי קביעה זו גורפת מדי. בפגמים מסוימים הקשורים במהימנות ההליך תהיה קביעה זו נכונה, אולם בפגמים אחרים הקשורים במהימנות ההליך יהיה ניתן לאתר את השפעת הפגם. דוגמאות למקרים משני סוגים אלו יידונו בהמשך.

4. סיווג אפשרי נוסף של פגמים לצורך מבחן סף הוא סיווג תועלתני-חינוכי: יש לזכות אוטומטית כאשר הדבר נחוץ להרתעת רשויות החקירה והתביעה¹⁷, כאשר רשויות המשטרה והתביעה ייווכחו כי הפרת זכויות הנאשם מובילה לזיכוי בערעור ויימנעו מלחזור על כך בעתיד.

13 *Mapp v. Ohio* 367 US 643 (1961); *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966)

14 *Rose v. Clarke* 106B S.Ct. 3101 (1986)

15 Stacy & Dyton "Rethinking Harmless Constitutional Error" 88 *Columbia L. R.* (1988) 79, at p. 114

16 P. Mause "Harmless Constitutional Error: The Implications of *Chapman v. California*" 53 *Minn. L. R.* (1969) 519, at pp. 541-543; M. Clark "Harmless Constitutional Error" 20 *Stanford L. R.* (1967) 83, at p. 89

17 Clark (לעיל, הערה 16), עמ' 93.

5. אפשרות נוספת, כאמור, היא היעדר מבחן סף, קביעה שבכל מקרה בו תגלה טעות, יופעל המבחן התוצאתי. שיטה זו נובעת מגישה הרואה את הכללים הדיוניים ככללים המכוונים אך לגילוי האמת, ולא למטרות נוספות.

6. התפתחות חשובה בנוגע למבחני הסף בארצות־הברית חלה בפסק־הדין **פולמינטה**¹⁸. בפסק הדין נתגלעה מחלוקת נוקבת (5 שופטים מול 4 שופטים) בבית־המשפט העליון בהתייחסות לפגם של קבלת הודאת נאשם שנגבתה באמצעים פסולים, ראייה שאינה קבילה על־פי הדין האמריקני.

דעת המיעוט גרסה, שלא ניתן להפעיל מבחן תוצאתי לגבי פגם זה, אשר אין יכולת אמיתית להעריך את השפעתו. זאת בשל היות הודאת נאשם ראייה בעלת כוח שכנוע מיוחד במינו. המיעוט הסתמך על פסק־דין **צ'פמן** עצמו אשר קבע שלושה מקרים חריגים שבהם יתקבל הערעור ללא מבחן תוצאתי. חריגים אלו, נוסף על ההודאה שנגבתה באמצעים פסולים, הם שלילת הזכות לסניגור ופסלות שופט.

הרוב אבחן את הפגם של הודאה שנגבתה באמצעים פסולים משני החריגים האחרים בפסק־דין **צ'פמן**. בעוד שלילת הזכות לסניגור ופסלות שופט הם פגמים במבנה ההליך, ועל כן אין להפעיל לגביהם מבחן תוצאתי, הרי ההודאה הפסולה היא ככל ראייה פסולה אחרת המתקבלת במהלך המשפט, ויש להפעיל לגביה את המבחן התוצאתי לעיוות דין. כלומר, המיעוט דוגל במבחן סף של יכולת להעריך את השפעת הפגם, ואילו הרוב קבע מבחן כרונולוגי של פגמים במבנה ההליך מראשיתו, לעומת פגמים העולים במהלך הדיון. לי נראה המבחן המהותי של המיעוט עדיף על ההבחנה הפורמלית של הרוב. ההלכה שנקבעה, מכל מקום, היא שיש להבחין בין פגמים מבניים, שבהם נגוע כל ההליך, לבין פגמים נקודתיים, שניתן לבודד אותם, ועל כן לבחנם על־פי מבחנים תוצאתיים. לדידי, העובדה שהפגם הוא נקודתי אינה מבטיחה שניתן לבודד את השפעתו.

2. סוג המבחן התוצאתי

יסוד זה קובע כיצד יוחלט אם תוצאת־המשפט הייתה זהה לולא הפגם. אף לכך ניתנו מבחנים שונים בפסיקה ובספרות המשפטית:

1. מבחן "דיות הראיות" – על־פי מבחן זה, על בית־המשפט לתקן באופן מחשבתי את הטעות ולקבוע מה הייתה צריכה להיות התוצאה בהתחשב בתיקון. למשל, אם הפגם הוא בקבלת ראייה פסולה, יבדוק בית־המשפט מה התוצאה כשמחסירים מחומר הראיות את הראייה הפסולה. בארצות המשפט האנגלו־אמריקני מבחן זה בעייתי במיוחד כי בית־

המשפט הדן בערעור מפעיל את שיקול דעתו בהכרעה העובדתית, המסורה ברוב המקרים לחבר-המושבעים ומפר בכך את זכות הנאשם ל-trial by jury. גם בישראל לא ימהר בית-המשפט לערעורים להתערב בממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית, כיוון שהראיות אינן נמצאות לנגד עיניו¹⁹. מאותה סיבה קיימת סכנה שבית-משפט בערעור, שאינו בוחן את הראיות, יטעה בהפעלת מבחן דיות הראיות.

2. מבחן "חבר המושבעים הסביר" – בפסיקה ובספרות האנגלית נפוץ מבחן זה²⁰, שבו בודקים אם חבר-המושבעים הסביר היה מרשיע לולא הטעות. המבחן הוצע כדי לרכך את התוצאה הבלתי רצויה של "עקיפת" חבר-המושבעים, וזאת על-ידי מציאת מתחם אפשרויות שאליהן היה חבר מושבעים סביר יכול להגיע.

3. מבחן "הלך המחשבה" – במסגרת מבחן זה מתחקה ערכאת הערעור אחר הלך מחשבתו של השופט קמא ובודקת אם בפועל הסתמך בהכרעתו על הראיה הפסולה. מבחן זה שונה ממבחן "דיות הראיות" בכך שאין שואלים אם ללא הראיה הפסולה היה ניתן להגיע לאותה תוצאה²¹, אלא בודקים אם הראיה הפסולה היוותה חוליה בדרך ההסקה של השופט. ההתחקות אחרי הלך מחשבתו של שופט קלה יותר מהתחקות אחר זה של חבר-מושבעים, אשר אינו מנמק את החלטתו²². לכן באנגליה העדיפו את מבחן "חבר-המושבעים הסביר". מבחן זה הוא מבחן מתערב פחות ממבחן "דיות הראיות", שכן ערכאת הערעור אינה לוקחת לעצמה את החירות לבצע בדיקה מחדש של הראיות, אלא היא רק עוקבת אחר שרשרת ההנמקות של הערכאה הדיונית ובודקת אם הן נכונות. לרוב, ייחשב מבחן זה כפועל לטובת הנאשם, כיוון שהוא מאפשר פחות חופש לערכאת הערעור במציאת דרכים חלופיות להרשעה. לפעמים, כפי שאדגים בהמשך, מתהפכים היוצרות, ודווקא מבחן דיות הראיות יהיה מתמיר יותר.

4. מבחן חפיפת הראיות²³ – על-פי מבחן זה, לצורך קביעת חוסר עיוות דין יש להראות קיומן של ראיות כשרות החופפות לראיות הפסולות. מבחן זה ניתן להרחבה או להצרה על-פי הגדרתה של דרישת החפיפה. אם נדרוש רק שראיות בלתי תלויות בראיה הפסולה יוכיחו את אשמתו של הנאשם – הרי זהו מבחן זהה ל"דיות הראיות". המבחן יהפוך לצר יותר אם נדרוש חפיפה בעובדה המוכחת, וצר עוד יותר אם נדרוש אף שסוג הראיה החופפת יהיה זהה²⁴. אפשר להחמיר עוד יותר ולדרוש שערכה ההוכחתי של

19 ע"פ 190/82 מרקוס נ' מ"י, פ"ד לז(1) 225, עמ' 230-231.

20 ראו למשל 10 Cr. App. R. (1951) Whybrow 35; 267 Cr. App. R. (1988) Donaghue 86.

21 Traynor; *Kotteakos v. US* 328 US 750 (לעיל, הערה 3), עמ' 22.

22 אם כי, כמובן, גם הנמקה כתובה יכולה להיות רציונליזציה בדיעבד, אשר אינה משקפת את הלך המחשבה שהוביל את השופט לתוצאה.

23 M. Field "Harmless Constitutional Error" 125 *Penn. L. R.* (1976) 15, at p. 16.

24 כגון שתי הודאות להבדיל מהודאה וראיה חפצית.

הראיה החופפת יהיה שווה לזו שנפסלה או גבוה ממנה²⁵, כלומר, למשל, ראיה נסיבתית לא תהווה תחליף לראיה ישירה. ככל שנפרש את מבחן החפיפה פירושו צר יותר. כך ניתן פחות חופש פעולה לערכאת הערעור.

מעניין להשוות לסעיף 215 את סעיף 56 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א1971- המורה לבית־המשפט מתי תפסול קבלתה של ראיה בלתי קבילה את פסק־דינו. המבחנים החלופיים הם ש"הנאשם לא היה מורשע אילולא נמסרה אותה ראיה" או "שאינן ראיה מספקת אחרת זולתה לתמוך בה את ההרשעה". בשתי חלופות אלו יש הקבלה לשני המבחנים התוצאתיים המרכזיים שבדקנו, דהיינו "דיות הראיות" ו"הלך המחשבה". לסעיף זה אשוב בהמשך, בדיון בפסקי־הדין בפרשת **אבוטבול**²⁶.

3. מידת הוודאות

היסוד השלישי שיש להתייחס אליו בבחירת מבחן לעיוות דין הוא מידת הוודאות. זו מידת הוודאות להתרחשות התוצאה לולא הפגם, על־פי המבחן התוצאתי שאותו בחרנו. יסוד זה דרוש כיוון שתשובתנו לשאלה "האם התוצאה הייתה שונה לולא הפגם?" היא בהכרח תשובה היפותטית, הניתנת בתנאי אי־וודאות. בפסיקה ובספרות האנגלו־אמריקנית הוזכר מדרג של דרגות ודאות שונות: סיכוי ממשי, תוצאה מסתברת, סיכוי גבוה, ודאות מעל ספק סביר. כך, על־פי פסק־דין **קוטאקוס**²⁷, לבדיקת פגמים לא חוקתיים נדרשת מידת ודאות של סיכוי סביר. אף טריינוור²⁸ מצדד, לגבי כל הפגמים, במבחן זה. מבחן מחמיר יותר, מבחן "הספק הסביר", הוא המבחן שנקבע בפסק־דין **צ'פמן** לזכויות חוקתיות, ונעשה בו שימוש גם בפסיקה האנגלית²⁹. טריינוור³⁰ ביקר את מבחן "הספק הסביר" מטעמים פרגמטיים. הוא סבר שהמבחן מחמיר מדי והשופטים לא ייקחוהו ברצינות, אלא ידחו ערעורים כבשגרה תוך שימוש ברטוריקה של "ספק סביר". לעומת זאת מבחינה עיונית נראה כי יש היגיון רב בדרישה³¹ לגזור את מידת הוודאות הנדרשת בערעור מדרגת ההוכחה הנדרשת בהליך. כלומר, בהליך הפלילי נדרש כי לולא הפגם לא הייתה משתנה התוצאה בדרגת ודאות של "מעל ספק סביר",

25 Traynor (לעיל, הערה 3), עמ' 30.

26 ע"פ 993/93 **אבוטבול נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 485; דנ"פ 188/94 **מדינת ישראל נ' אבוטבול**, פ"ד נא(2) 1.

27 *Kotteakos v. US* 328 US 750 (1964).

28 Traynor (לעיל, הערה 3), עמ' 35.

29 *Stirland* (1943) 30 Cr. App. R. 40.

30 Traynor (לעיל, הערה 3), 44.

31 S. Saltzburg "The Harm of Harmless Error" 59 *Va. L. R.* (1973) 988, at p. 998

ולפיכך במבחן דומה בהליך האזרחי תידרש ודאות בדרגה של "מאזן ההסתברויות"³². זאת, כיוון שההיגיון בהבחנה בין מידות ההוכחה במשפט פלילי ולבין אלה שבמשפט אזרחי תקף גם בענייננו, דהיינו הנחת השוויון בין בעלי-הדין במשפט האזרחי לעומת חוסר השוויון במשפט הפלילי שבו לנאשם זכות שהמדנה תוכיח את אשמתו למעלה מספק סביר.

4. התפתחות המבחן התוצאתי בדין האמריקני

בארצות-הברית התרחשה התפתחות מעניינת בשימוש במבחנים תוצאתיים שונים. בפסקי הדין **צ'פמן ופאהי** דחה הרוב בבית-המשפט העליון את מבחן דיות הראיות לטובת בחינת ההשפעה בפועל על הלך המחשבה של בית-משפט קמא. אולם שנים ספורות לאחר מכן, בפסק-דין **מילטון**³³, בית-המשפט העליון בחר במבחן ה-*overwhelming evidence* שהוא מבחן מחמיר של דיות ראיות. גם בפסק-דין **שנבלה**³⁴ נעשה שימוש במבחן זה. די להשוות את חוות הדעת של המיעוט לזו של הרוב בפסק-הדין האחרון כדי לעמוד על הקושי בהפעלת המבחן.

5. הניתוח הלוגי

היבט מעניין במבחני עיוות נגלה בבחינתם על-ידי תורת הלוגיקה. העיסוק בבחינת חוסר עיוות הדין הוא עיסוק במה שמכונה בתורת הלוגיקה "פסוקי תנאי נוגדי מציאות" (counterfactuals). במבחן תוצאתי לבדיקת עיוות דין על שופטי ערכאת הערעור לענות על השאלה: אם עשויה הייתה התוצאה להיות שונה לו היה קיים מידע ראייתי אחר בפני בית-המשפט³⁵. כלומר, עליהם לבחון אם פסוק התנאי: "אילו היה מידע אחר בפני בית-המשפט – אז התוצאה הייתה שונה" הוא אמיתי או שקרי.

פסוקי תנאי הם משני סוגים: פסוקי תנאי פשוטים (indicative conditionals), הם פסוקי "אם – A אז B", ופסוקי תנאי נוגדי מציאות (counterfactual conditionals), הם פסוקי "אילו – A אז B"³⁶.

32 בישראל אין הוראה המקבילה לסעיף 215 בסדר הדין האזרחי, אך יש הוראת ריפוי פגמים – תקנה 526 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, עם זאת ייתכן שבית-המשפט יצר הסדר היעדר עיוות דין פסיקתי (ע"א 487/64 רות נ' פישור, פ"ד יט(2) 148). בארצות-הברית יש הוראת היעדר עיוות דין בהליך האזרחי – סעיף 61 לכללי סדר הדין האזרחי הפדרלי.

33 *Milton v. Wainwright* 407 US 371 וראו גם את פסק-הדין *Harrington v. California* 395 US 330 (1969).

34 *Schneble v. State* 405 US 427 (1972).

35 A. Stein "Against Free Proof" 31 *Isr. L.R.* 573, at p. 581.

36 F. Jackson *Conditionals* (Blackwell, Oxford, 1987), at p. 2, 6.

בבחינת פסוק תנאי נוגד מציאות אנו מתייחסים למצב הדברים כפי שהיה אמנם קיים, ומוסיפים לו עובדה היפותטית נוספת. אנו בוחנים מצב דברים שלא היה קיים, הדומה למצב הדברים שהיה קיים למעט שינוי של עובדה מסוימת³⁷. אבקש לטעון כי שני המבחנים העיקריים שבהם אדון במאמר זה מחייבים את בית־המשפט לבחון את כל אחד מסוגי פסוקי התנאי הללו. במבחן "דיות הראיות" בוחן בית־המשפט פסוק תנאי פשוט: אם חומר הראיות שעליו יש לבסס את ההכרעה הוא חומר הראיות הקיים ללא הראיה הפסולה, אז אשמת הנאשם לא הוכחה מעל לספק סביר. במבחן "הלך המחשבה" בוחן בית־המשפט פסוק תנאי נוגד מציאות: אילו לא היה השופט מקבל את הראיה הפסולה, אז לא היה מרשיע את הנאשם. בבחינת אמיתותו של פסוק תנאי נוגד מציאות מעוררת קושי, שהרי הוא מניח מצב דברים שאינו קיים. הוצע, כי ביסוסו של פסוק מסוג זה הוא ההסתברות כי הוא אמיתי³⁸. קושי תאורטי זה הופך לקושי מעשי כאשר הניתוח נדרש בשדה המשפט, בבחינת חוסר עיוות דין.

ד. הפסיקה הישראלית

בפסיקה הישראלית לא נעשה שימוש מוצהר במבחן כלשהו בעת השימוש בסעיף 215. אנסה לבדוק, על־פי הנמקותיהם הקצרות של השופטים, האם בכל זאת השתמשו במבחנים שהוצגו בפרק הקודם. ייתכן, כמוכח, שהסברי השופטים, אשר נכתבו ללא כוונה לקבוע מבחן, אינם מתארים בצורה מדויקת את דרך הבדיקה שבה השתמשו בפועל, או שהם מהווים הנמקה כדיעבד של ההחלטות. בכפוף להסתייגות זו נראה שיש עניין רב בבדיקת ההנמקות שניתנו בפסקי־הדין.

1. מבחני סף

(א) ערכה הדיוני העצמאי של הזכות

בכמה פסקי־דין שבהם נבדקה שאלת עיוות הדין הנגרם מהפרת זכות כלשהי מזכויות הנאשם, יש התייחסות לעוול הנגרם על־ידי עצם הפרת הזכות. אלא שזו לא הייתה סיבה

37 ראו Jackson, שם, עמ' 62.

38 ראו Jackson (לעיל, הערה 36), עמ' 63-65.

מספקת לבטל את ההרשעה, ובית-המשפט המשיך והפעיל מבחן תוצאתי. כך, בפרשת **סלטון**³⁹ הגביל בית-המשפט את הסניגור, שלא כדין, בחקירת עדה. השופט עציוני (בדעת מיעוט לעניין זה) מזכיר את השיקול שדחיית הערעור עלולה לגרום עוול לנאשמים אחרים בעתיד, אם הדחייה תתפרש כאישור הנוהג הפסול של בית-המשפט. בכל זאת הוא לא הסתפק בקביעה זו והפעיל גם מבחן תוצאתי לקביעת חוסר עיוות דין. בפסק-דין **אבו-מחסאן**⁴⁰ נשללה לחלוטין זכות החקירה הנגדית של הנאשם כאשר נגבתה עדות מוקדמת בלא הזמנתו (בניגוד לסעיף 118 לחסד"פ). בית-המשפט העליון זיכה את הנאשם על יסוד שתי הנמקות. הוא אמנם קובע שהחקירה הנגדית היא זכות יסוד של הנאשם, והפרתה חותרת תחת אושיות-המשפט ההוגן, ושהייתה לכך השפעה על החלטתו לזכות, אולם הוא מוסיף שללא העדות הפסולה, מסכת הראיות אינה מספקת להרשעה.

(ב) הענשת רשויות התביעה

הזדמנות לשימוש בשיקול של הענשת רשויות התביעה על פגיעתן בזכויות הנאשם עלתה בנסיבות שהתעוררו בפסק-דין **לביא**⁴¹, אך לא נעשה בו שימוש. בית-המשפט הביע מורת-רוח ניכרת מהתנהגות התביעה אשר הפרה את חובת הגילוי המוטלת עליה, בכך שלא גילתה לסניגוריה הסכם שלה עם עד מדינה והציגה העמדה לדין פיקטיבית של עד המדינה (כדי להגן עליו). למרות זאת דרש בית-המשפט מהסניגוריה להראות שנגרם עיוות דין בתוצאת המשפט, ובנטל זה לא עמדה⁴².

2. מבחנים תוצאתיים

(א) מבחן "דיות הראיות"

מבחן "דיות הראיות" הופעל בפסק-דין רבים בלא מבחן סף וללא בדיקת "הלך המחשבה" של בית-המשפט. בפסק-הדין **שעשוע**⁴³, לפחות אליבא דשופט בך, מנע

39 ע"פ 414/71 סלטון ואח' נ' מ"י, פ"ד כז(2) 346, עמ' 356.

40 ע"פ 107/74 אבו-מחסאן נ' מ"י, פ"ד כח(2) 302.

41 ע"פ 79/73 לביא ואח' נ' מ"י, פ"ד כח(2) 505, עמ' 511.

42 יש להניח שבית-המשפט דרש מהסניגוריה רק הוכחה לכאורה לעיוות דין, ושלא התכוון להפוך בנושא זה את נטל השכנוע.

43 ע"פ 330/84 מדינת ישראל נ' שעשוע, פ"ד לט(1) 85.

בית־המשפט מעד הגנה להעיד שלא כדין⁴⁴. למרות זאת השופט כך דחה את הערעור, כיוון שממילא היו בידי התביעה ראיות חזקות, ומשקלה של עדותו המנוגדת של השותף לעבירה לא הייתה מטה את הכף לטובת הנאשם. השופט כך התייחס רק להיבט גילוי האמת (על־ידי החלת מבחן תוצאתי). הוא לא נתן משקל, בהקשר של בדיקת עיוות דין, להיבט "המשחק ההוגן" והזכות ל"יום בבית־משפט"⁴⁵ הגלומה בזכות להביא עדים. בפסק־דין רביבו⁴⁶ ראה השופט את רשימת הרשעותיו הקודמות של הנאשם, לפני מתן הכרעת־הדין. בית־המשפט העליון קבע שעל־פי הראיות הכשרות היה השופט חייב ממילא להרשיע את הנאשם. לא נבדקה השאלה אם ייתכן שבפועל השפיעה הידיעה על ההרשעות הקודמות על קביעתו של השופט. כלומר, הלך מחשבתו של השופט לא נבחן כלל. אין התייחסות בפסק־הדין להיות הפגם פגיעה באחד מכללי הצדק הטבעי⁴⁷. מבחן "דיות הראיות" הופעל גם בפסק־דין נוספים⁴⁸.

(ב) מבחן "הלך המחשבה של השופט"

גם במבחן זה נעשה שימוש לעתים קרובות בפסיקת בית־המשפט העליון. בפסק־דין רביבו⁴⁹ אף דחה השופט ש' לוי במפורש את מבחן דיות הראיות שהוצע על־ידי התביעה. הוא קבע, שברור למקרא פסק־הדין שהשופט ייחס משמעות לראיה הפסולה, שתיקתו של נאשם שלא הזהירו בית־המשפט, כמתחייב מסעיף 161 לחסד"פ, לגבי משמעות הימנעותו מלהעיד במשפט. גם בפסק־הדין שאבי⁵⁰ נדחתה טענת התביעה לדיות ראיות. נקבע שקיים חשש שמא ידיעתו הפסולה של השופט על הרשעותיו הקודמות של הנאשם תרמה בפועל להרשעה. גם בפסק־הדין טקסון⁵¹ מנסה בית־המשפט להתחקות אחר ההשפעה הלא מודעת של הראיה הפסולה, במקרה זה – הודאת נאשם אשר לא נערך לגביה משפט זוטא. במקרים הללו לא התעניין בית־המשפט העליון בשאלה, אם היה די בראיות שאינן פסולות כדי להרשיע את הנאשם.

44 פסילת עדותו של עד הגנה הייתה מוטעית, לדעת השופט כך, כיוון שהלכת קינוי אינה חלה, לדעתו, על עדי הגנה.

45 Stacey and Dayton (לעיל, הערה 15), עמ' 111.

46 ע"פ 455/74 רביבו נ' מ"י, פ"ד כט(1)778.

47 דיון בפגיעה בכללי הצדק הטבעי ראו בפרק השישי.

48 ע"פ 252/73 שולמן נ' מ"י, פ"ד כח(1)29, עמ' 38; ע"פ 634/76 מכלוף נ' מ"י, פ"ד לא(2)192.

49 ע"פ 648/77 רבי נ' מ"י, פ"ד לב(2)762.

50 ע"פ 409/74 שאבי נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1)587.

51 ע"פ 467/69 טקסון נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1)95, עמ' 101.

בשלושת פסקי-הדין האחרונים פעל מבחן "הלך המחשבה" לטובת הנאשם. ואכן, זהו בדרך כלל המבחן המחמיר יותר לקביעת עיוות דין, אך לא בהכרח: בפסק-הדין **אטיאס**⁵² הגישה התביעה לבית-המשפט תוצאות בדיקה מעבדתית של כמות סם שנתפס אצל הנאשם. כמות הסם שהתגלתה בבדיקה מקימה, על-פי התוספת השנייה לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973, חזקה משפטית הניתנת לסתירה שהסם אינו לצריכה עצמית. מידע זה לא נמסר מראש לנאשם, וכך נשללה ממנו האפשרות לנסות ולסתור את החזקה. על כן הסתמכות על החזקה על-ידי בית-המשפט הייתה פסולה. השופט ברק כותב בפסק דינו, שלדעתו, בהתעלם מהחזקה המשפטית אין מקום להשתכנע מבחינה עובדתית שהסם לא נועד לשימוש עצמי. הוא מוסיף שהיה קובע שלא נגרם עיוות דין לנאשם לו היה מוצא שהערכאה הראשונה השתכנעה על-פי הראיות העובדתיות באשמת הנאשם. כלומר, במקרה ההיפותטי שמציין השופט ברק, מקרה שבו ערכאת הערעור אינה משתכנעת שדי בראיות הקבילות להרשעה, אך ברור כי הערכאה הדיונית סברה שדי אף בראיות הקבילות להרשעה, ומדובר בממצאים עובדתיים אשר אין בית-המשפט שלערעור מתערב בהם, במקרה כזה היה קובע שלא נגרם עיוות דין בהרשעה. במקרה זה מבחן "הלך המחשבה" היה עשוי להחמיר עם הנאשם יותר ממבחן "דיות הראיות". במקרה הספציפי הנדון בית-המשפט שדן בכתב האישום ציין במפורש שהגיע למסקנתו עקב החזקה המשפטית, כלומר אף התחקות אחר "הלך המחשבה" של בית-משפט קמא לא הייתה מסייעת לנאשם, ולכן הסיק השופט ברק שנגרם עיוות דין בהרשעה.

פסק-הדין **היבי**⁵³ מדגים כיצד נעשה שימוש במבחנים שונים על-ידי שופטים שונים בהרכב. הפגם הדיוני באותו מקרה היה שהשופט הזהיר עדים לגבי הפלילות הכרוכה במתן עדות בבית-המשפט הסותרת את ההודעה במשטרה. אך לעומת זאת היה עליו להזהירם שעליהם לתת עדות אמת, גם אם היא סותרת את הודעתם במשטרה. בשל טעות זו נפגעה מהימנות העדויות. בנסיבות המקרה היה ברור שאילו ניתנה האזהרה הנכונה היו העדים משנים עדותם ומעידים לטובת הנאשם. השופט י' כהן⁵⁴ קובע שגם לו היו ניתנות העדויות לטובת הנאשם, ממילא לא היה בית-המשפט יכול לסמוך על עדויות אלו וההרשעה עומדת איתנה על ראיות אחרות. לעומת זאת השופט לנדוי⁵⁵ (בדעת מיעוט) בודק את הלך המחשבה של השופטים. הוא מוצא שבהכרעתם לא התעלמו מהעדויות האמורות, אלא נתנו להן משקל. על כן הוא מקבל את הערעור (אם כי, לפי פסק-דינו, אין הוא מוצא די ראיות בנסיבות המקרה). נוסף על כך, מציין השופט

52 ע"פ 172/82 **אטיאס נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(3) 22.

53 ע"פ 271/76 **היבי נ' מדינת ישראל**, פ"ד ל(3) 263.

54 **שם**, עמ' 272.

55 **שם**, עמ' 275.

לנדוי, שייכתן שגישתו המוטעית של השופט, אשר מצאה ביטוייה בדרכי גביית העדויות, השפיעה גם על הערכת עדותה של המתלוננת (זו הייתה העדות המרכזית במשפט, והיא לא נכללה בעדויות הפגומות). בכך מביע השופט לנדוי רעיון חדש לגבי בדיקת עיוות דין: מרגע שנמצא פגם, לפחות כזה התלוי בשופט, יש לבדוק לא רק אם הפגם לבדו גרם לעיוות דין, אלא אם ההליך כולו הופך לחשוד. ניתן להבין מכך כי לגישת השופט לנדוי, כששופט טועה לרעת נאשם (בעניין אשר אינו טכני גרידא), נוצר חשד לכאורי שנפל עיוות דין גם בשאר ההליך, אף בהיעדר פגם הנראה לעין.

3. מידת הוודאות

גם אם ניתן לחלץ מתוך פסק־הדין מבחנים לעיוות דין, הרי בדרך כלל אין למצוא בהם התייחסות למידת הוודאות הנדרשת. בפסק־דין מורי⁵⁶ שימשה דרגת הוודאות של "ספק סביר" כדרך להבחין בין פגמים מאותו סוג. הסניגור טען שהפגם, כמו בפסק־דין שאבי⁵⁷, הוא ידיעתו של השופט על הרשעותיו הקודמות של הנאשם. על כן, נטען, יש לקבל את הערעור כפי שנעשה בפסק־דין שאבי. השופט בך איבחן המקרה שלפניו מההחלטה בפרשת שאבי, כיוון שבפסק־דין שאבי השאלה השנויה במחלוקת הייתה קיומה של כוונה לגנוב. קיים ספק סביר שידיעת שופט על קיום עבר פלילי לנאשם השפיעה על הכרעתו בשאלה זו. לעומת זאת בפרשת מורי היה ניתן לקבוע, למעלה מספק סביר, שידיעת השופט על הרשעות קודמות בעבירות נהיגה של נאשם בסחר סמים לא השפיעה על הכרעת־הדין. זאת, בשל הפער הגדול בטיב העבירות.

4. התערבות בשיקול הדעת

פסק־הדין אוחנה⁵⁸ מדגים את הסכנה שערכאת הערעור תשים את שיקול דעתה במקום שיקול דעתו של בית־המשפט בערכאת הדיון. בערעור על קולת העונש בבית־המשפט המחוזי לא הוזמן הסניגור לדיון. בית־המשפט העליון החליט שאין בכך עיוות דין, כי גם העונש המוחמר שניתן על־ידי בית־המשפט המחוזי קל בהרבה מהמקובל. כלומר, בית־המשפט העליון באחת מקבל – את טענת הנאשם כי נפל פגם באי־זימון הסניגור, ובשנייה דוחה – את טענת עיוות הדין, וזאת כי אף ללא סניגור זכה בעונש קל. אולם נראה כי אם לנאשם זכות להיות מיוצג בידי סניגור במשפטו, הרי שבעצם הפרתה של זכות זו נגרם לו עיוות דין, בלא קשר להשפעת ההפרה על נכונות תוצאת המשפט (זאת,

56 ע"פ 470/83 מורי נ' מדינת ישראל, פ"ד לט (1) 1.

57 ע"פ 409/74 (לעיל, הערה 50).

58 ע"פ 821/76 אוחנה נ' מדינת ישראל, פ"ד לא (3) 263.

באופן דומה להפרתן של זכויות פרוצדורליות אחרות של הנאשם). ייתכן שהסניגור היה גורם לפסיקת עונש קל עוד יותר לנאשם, והתביעה הייתה בוחרת שלא לערער על כך. בית־המשפט העליון התעלם כליל מכך שאילו שמע בית־המשפט המחוזי את טענות הסניגור, ייתכן שלא היה מחמיר בעונש. כך יצא הנאשם נפגע מהפעלת שיקול דעת בית־המשפט העליון במקום שיקול דעתו של בית־המשפט המחוזי, אשר לו הייתה מסורה ההכרעה. ייתכן שהפתרון הראוי במקרה כזה הוא בהחזרת הדיון לבית־המשפט הנמוך (וראו להלן).

ה. פסקי־הדין בפרשת אבוטבול

בשנים האחרונות ניתנו פסקי־דין חשובים⁵⁹ בסוגיה קרובה לענייננו, התייחסות ערכאת ערעור לקבלת ראיה פסולה במשפט. ניתן אף להגדיר סוגיה זו כמקרה פרטי של בדיקת חוסר עיוות דין. קבלת ראיה פסולה היא פגם ספציפי במהלך הדיון, שאליו מתייחס סעיף 56 לפקודת הראיות, הקובע:

“ראיה שאינה קבילה במשפט פלילי ונתקבלה בטעות או בהיסח הדעת, לא תשמש הוכחה לאשמה ואין לבסס עליה שום פסק־דין. אף על־פי כן, העובדה שבית־המשפט שמע את הראיה, לא תפסול את פסק־הדין, אלא אם סבור בית־המשפט שהנאשם לא היה מורשע אילולא נמסרה אותה ראיה או שאין ראיה מספקת אחרת זולתה לתמוך בה את ההרשעה.”

הסעיף, כלשונו, מתייחס לשתי הגישות המרכזיות שסקרנו, “הלך המחשבה” ו”דיות הראיות”, ומציין אותן כשתי חלופות.

בפרשת **אבוטבול** אוזכרה בדיקת הפוליגרף של המתלוננת הן על־ידי המתלוננת בעדותה, הן על־ידי התביעה והן על־ידי הנאשם. ראיה זו אינה קבילה. עניין הפוליגרף אף הוזכר בהכרעת־הדין במסגרת ניתוח העדויות. שופטי הרוב והמיעוט בערעור הפלילי נחלקו בפרשנות הסעיף.

שופט המיעוט, השופט חשין, עושה שימוש מפורש בסעיף 56. אף שהוא מזכיר את שתי החלופות בסעיף, הוא מחליט לאשר את ההרשעה על־פי החלופה של “דיות הראיות”. אמנם בתחילת ניתוחו⁶⁰ נראה כי הוא מנסה להתחקות אחר הלך מחשבתו של

59 ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 485; דנ"פ 188/94 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פ"ד נא(2) 1.

60 ע"פ 993/93 (לעיל, הערה 59), עמ' 524.

השופט; הוא מציין כי יש להניח שהשופט יודע שבדיקת פוליגרף אינה ראייה קבילה, ועל כן יש להניח כי באין אינדיקציה לכך שפעל אחרת, התעלם מראיה זו עת בא להכריע את הדין (דומה, שקביעה זו מבוססת על הנחות אשר אין להן ביסוס של ממש בעובדות המקרה. ייתכן, אולי אף ביתר סבירות, שהשופט לא היה ער לבעייתיות שבאזכור בדיקת הפוליגרף, ולא ידוע אם אזכור זה לא השפיע על החלטתו).

אלא שזה אינו הבסיס להכרעתו. הוא מציין במפורש כי "השאלה תהיה לעולם – אם ניתן וראוי הוא להשתית את הכרעת הדין של בית־משפט קמא על הראיות הקבילות שהועלו לפניו – גם אם הושפע בית־המשפט מראיות בלתי־קבילות"⁶¹. כלומר, הוא בוחר במבחן דיות ראיות מובהק המאפשר לאשר את ההרשעה אף בניגוד להלך מחשבתו של השופט.

השופט בך⁶², מחבר דעת הרוב, מבטל את ההרשעה. הדרך המשפטית שהוא נוקט שונה מזו של השופט חשין. הוא אינו משתמש במפורש בסעיפים 56 ו-215, אך הוא דן בפסיקה ישראלית ואמריקנית לגבי השפעת פגמים. הגישה העולה מניתוחו של השופט בך היא הגישה שכינינו גישת "הלך המחשבה". הוא אינו בודק אם די בראיות הקבילות כדי להרשיע את המערער, אלא בודק אם ייתכן כי השופט הדן הושפע מהראיה הפסולה. כיוון שהשופט אזכר בפסק־הדין את ההתייחסויות לבדיקת הפוליגרף, אך לא ציין כי התעלם מהן, קובע השופט בך כי יש חשש שהושפע מהן.

נציין, כי לפי לשון סעיף 56 ניתן לסבור כי די שאחת הבדיקות, בדיקת דיות ראיות או בדיקת הלך המחשבה, תפעל לטובת הנאשם כדי לזכותו (הסעיף מנוסח על דרך השלילה: אין לזכות נאשם על אף קבלת הראיה הבלתי קבילה, אלא אם מתקיים אחד משני התנאים המנויים בו).

בדיון הנוסף⁶³ בפרשה זו נהפכה ההכרעה על פיה, והרשעתו של אבוטבול הושבה על כנה ברוב דעות השופטים 'זמיר, מ' חשין (שהיה בדעת המיעוט בערעור הפלילי) וא' מצא, כנגד דעות השופטים ג' בך וד' לוין. מעניין, כי שופטי הרוב נחלקו בדרכיהם, אף שהגיעו לאותה תוצאה. נתעכב על שתיים מהנמקות אלו:

השופט זמיר מוצא שסעיף 56 מכיל שני מבחנים חלופיים: מבחן סובייקטיבי ("הלך המחשבה" במינוח שנקטנו) ואובייקטיבי ("דיות הראיות"). די בכך שמתקיים אחד המבחנים כדי לפסול את פסק־הדין. זאת, בדרגת ודאות של ספק סביר. כלומר, אם יש ספק סביר שהשופט הסתמך על הראיה או יש ספק סביר שאין די ראיות בלעדיה, יש

61 שם, עמ' 525.

62 שם, עמ' 492 ואילך.

63 דנ"פ 188/94 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פ"ד נא(2) 1.

לבטל ההרשעה, ובדרך כלל להשיב הדין לבית-משפט קמא. אבל אז יש לבחון את חלות סעיף 215 ולאשר ההרשעה, אם לא נגרם עיוות דין. מתי דבר זה ייתכן? למשל, כשיש ראיות כשרות חד-משמעיות להרשעת הנאשם. כלומר, השופט זמיר חוזר בסופו של יום למבחן דיות הראיות כמבחן בלבדי, בלא מבחן חלופי.

השופט מ' חשין קובע מבחן מצטבר, שלפיו נדרש להראות גם שהראיה הפסולה השפיעה בפועל על ההכרעה ("הלך המחשבה"), וגם כי אין בראיות האחרות לביסוס ההרשעה, כדי לפסול את ההרשעה. אם יש בראיות הקבילות לבסס את ההרשעה, אז מופנה בית-המשפט לסעיף 215 לחסד"פ.

השופט בך סבור כי אם פסק-הדין שניתן התבסס על ראיה פסולה, אין נפקות לסעיף 215, שכן בהכרח היה עיוות דין בהרשעה. נראה, כי הוא רומז להכרה בפגם זה כפוסל את התוצאה ללא צורך להיזקק למבחן תוצאתי. לדידו, ראיה פסולה שנזכרה בהכרעת-הדין היא פגיעה בזכויות הנאשם, ואין צורך בבדיקת השפעתה על תוצאת המשפט, ונראה כי זהו חידוש לעומת פסק-דינו בערעור הפלילי.

1. סוגי פגמים

בפרק זה אבדוק אם הפסיקה התייחסה בצורה שונה לסוגים שונים של פגמים, ואם השימוש במבחנים השונים נגזר מאופי הפגם. אראה שההתייחסות הקוזואיסטית יצרה חוסר קוהרנטיות בטיפול בסוגי הפגמים השונים.

1. פגמים בהחלטת השופט

(א) כללי הצדק הטבעי

כללים אלו – זכות השימוע ואיסור משוא פנים – הבסיסיים להליך המשפטי, חלים כמובן גם בהליך הפלילי. בהליך הפלילי זכות השימוע כוללת, בין היתר, את זכות הייצוג, הזכות להביא עדים ולהגיש ראיות וכן את הזכות לחקור חקירה נגדית. בעבר היו הפרות של כללי הצדק הטבעי (לאו דווקא בהליך פלילי) עילה לבטלות, ואילו כיום יידונו במסגרת עילת הבטלות היחסית⁶⁴. ניתן לטעון כי במסגרת הכללית של המשפט

64 עיינו ש' שטרית "מגמות חדשות בכללי הצדק הטבעי" הפרקליט לז' 325, עמ' 327.

המינהלי ממלאת דוקטרינת הבטלות היחסית תפקיד דומה לזה של הוראת חוסר עיוות הדין בהליך הפלילי. על־פי הדוגמאות שאסקור להלן, נראה שבת־המשפט לא התייחסו בהליכים הפליליים לזכויות השייכות לכללי הצדק הטבעי בשונה מלזכויות אחרות.

(ב) אי־מינוי סניגור (כאשר קמה חובה לכך מכוח סעיף 15 לחסד"פ)

נראה שכאשר זהו הפגם שנפל במשפט יהיה קשה מאוד לקבוע מעל לספק סביר שלא נגרם עיוות דין מחוסר אפשרות לדעת כיצד היה מנהל סניגור את התיק, אך בפסיקה נערכה בחינה היפותטית כזו: בפסק־דין עמיאל⁶⁵ קבע השופט זוסמן שעורך־הדין לא היה מנהל את ההגנה טוב יותר משניהלה הנאשם, ועל כן לא נגרם עיוות דין. בפסק־דין גרסטל⁶⁶ לא יוצג אחד הנאשמים, שלא כדין, בעוד שותפו היה מיוצג. השופט בך מנתח את השפעת הפגם וקובע שבשלב פרשת התביעה סניגור לא היה עוזר לנאשם. זאת, כי ממילא עדי התביעה היו עדים טכניים שחקירתם הנגדית סטנדרטית למדי, ואת הטיעונים המשפטיים האפשריים טען סניגורו של השותף. לעומת זאת בשלב פרשת ההגנה לא היה ניתן לקבוע שלא נגרם עיוות דין בשל אי־מינוי סניגור. משום שבשלב זה הנאשם הסתפק בהצהרה שהוא חף מפשע וביקש להיחקר חקירה נגדית.

בפסק־דין אלו הזכות לסניגור בפירוש אינה מוכרת כזכות שעצם הפרתה פוסלת את ההליך, ואף לא כזכות שתוצאות הפרתה אינן ניתנות להערכה.

גישה שונה עולה מפסק־דין חגי'67, שם לא היה הנאשם מיוצג בשלב הטיעונים לעונש. השופט בך אומר שלמרות נכונות התביעה לקבל כהנחה במשפט את כל הנסיבות המקלות שלהן טוען הנאשם, עדיין אין ביטחון שלא נגרם עיוות דין בגזר־הדין, כיוון שאין לדעת כיצד היה סניגור מציג את הדברים. לפי גישה זו, נראה שאי־מינוי סניגור הוא פגם שכמעט תמיד יצביע על עיוות דין. אם במקרה הנדון סבור השופט בך שלא ניתן להעריך את תוצאות הפגם, מקל וחומר שכך הדבר במקרה הרגיל שבו התביעה אינה מקבלת כהנחה מוסכמת את הנסיבות שלהן טוען הנאשם. בארצות־הברית, כאמור לעיל, הפרת הזכות לסניגור היא חריג לכלל של פסק־דין צ'פמן, ולכן תיחשב תמיד כעיוות דין.

(ג) ידיעת השופט על הרשעות קודמות של הנאשם

65 ע"פ 307/72 עמיאל נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 622, עמ' 630.

66 ע"פ 64/87 גרסטל ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 533, עמ' 542 ואילך.

67 ע"פ 383/87 חגי' נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 54.

במקרים בהם הובא בפני השופט מידע על הרשעות קודמות של הנאשם, בית-המשפט העליון בדק את שאלת עיוות הדין על-פי המבחנים התוצאתיים⁶⁸. בסוגיה זו אכן נראה שמן הראוי לפעול בדרך זו.

במקרים רבים ניתן לטעון שהייתה השפעה פסולה כלשהי על השופט (ולא רק בשל ראיית הרשעות קודמות). כפי שראינו, לעתים המסקנה הסבירה היחידה היא שידיעה על הרשעות קודמות לא השפיעה על הכרעת-הדין, כפי שהיה בפסק-דין מורי⁶⁹. לכן ודאי שאין מקום לביטול אוטומטי של ההרשעה. בפסק-דין כהן⁷⁰ הוכרע הערעור על-פי קביעת השופט עצמו שלא הושפע מהמידע, אף כי ייתכנו כמובן גם השפעות שהשופט אינו מודע להן⁷¹.

במקרה של חשש למשוא פנים של השופט יכול, כידוע, הנאשם לפעול בשתי דרכים: הדרך הראשונה היא לבקש מהשופט לפסול עצמו מיד כשמתעוררת עילת הפסלות, לפי סעיפים 146-147 לחסד"פ. הדרך השנייה היא להסתכן ולערער על פסק-הדין בתום המשפט. בשלב זה נדרש הנאשם להצביע על עיוות דין תוצאתי.

(ד) זכות העיון (סעיף 74-81 לחסד"פ)

נראה, כי לזכות זו מוקנה ערך דיוני עצמאי, שאינו תלוי בהכרח בהשפעה על תוצאת המשפט. בפסק-דין גברון⁷² מיושם מבחן מחמיר לעיוות דין; אף שבית-המשפט עצמו הצביע על הסיכוי הקלוש, גם בהיעדר הפגם, שהנאשם היה יכול לצאת זכאי בדין, הוא דחה טענה של חוסר עיוות דין.

לעומת זאת במקרה מסוג מסוים של הפרת זכות העיון לא היה בית-המשפט העליון מוכן לקבל טיעון של עיוות דין: בפסק-דין אנגיל⁷³ הפרת זכות העיון על-ידי רשויות התביעה גרמה לנאשמת שבחרה בקו הגנה שקרי להתגלות במהלך המשפט כשקרנית. נקבע שלא נגרם לה עיוות דין. קל להבין את רתיעתו של בית-המשפט מהכרה בסיכול השקר כעיוות דין. אך חובת גילוי ראיות התביעה לנאשם עשויה מטבעה לגרוע מבירור האמת לטובת השוויון בין הצדדים. זאת, כיוון שגילוי ראיות שבדעת התביעה להציג

68 ראו לעיל, בפרק 2 למאמר.

69 ע"פ 470/83 (לעיל, הערה 56).

70 ע"פ 345/62 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(1) 679, עמ' 684.

71 כ"ש 48/75 יריד נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 375, עמ' 383.

72 ע"פ 179/79 גברון נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 688.

73 ע"פ 633/83 אנגיל נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(4) 593.

במשפט עוזר בין השאר, אם כי לא בלעדית, להכנת קו הגנה שקרי⁷⁴. המחוקק העדיף אינטרס שונה מזה של בירור האמת, והוא השוויון בין הצדדים בנגישות למידע. בפסק־דין אנג'ל ניתן לראות כי קיים מתח בין הזכות המשפטית הדיונית הנתונה מלכתחילה לנאשם, לבין מידת התוקף הניתנת לזכות זו בדיעבד בבחינת עיוות הדין בהרשעתו לאחר שהופרה הזכות.

(ה) הזכות לחקירה נגדית

בפסקי־הדין סלטון ואבו־מוחסאן⁷⁵, אף שהזכות לחקירה נגדית הוכרה כזכות יסוד, הרי משהופרה זכות זו, הופעל מבחן תוצאתי בלבד לבחינת עיוות דין, ללא התייחסות לשאלת הצורך במבחן סף. כך היה גם לגבי הפרה הנוגעת למשפט הזוטא בפסק־דין טקסון⁷⁶.

(ו) הזהרת נאשם לגבי משמעות שתיתור

על־פי סעיף 152 לחסד"פ, מוטלת על השופט החובה להסביר לנאשם את המשמעות הראייתית של הימנעות מלהשיב לאישום, ובסעיף 161 לחסד"פ מוטלת עליו חובה להסביר לנאשם את המשמעות הראייתית של הימנעותו מלהעיד. הפרת חובה זו היא אמנם פגם נקודתי, אך את תוצאותיה קשה להעריך. אילו ידע הנאשם את זכויותיו בזמן, ייתכן שטקטיקת ההגנה הייתה משתנה. למרות זאת לא ניתנה הגנה מיוחדת לזכות זו. כך, למשל, בפסק־דין רבי⁷⁷ הופעל מבחן תוצאתי רגיל משהופרה חובת ההסבר. הנמקה שניתנה במקרה אחר היא שהנאשם גילה בקיאות בסדרי הדין. הנמקה אחרונה זו מרמזת על הסיבה שבגללה כנראה לא ניתנה לזכות זו הגנה מחמירה – חשש מניצול פגם טכני, כשבפועל הזכויות ידועות לנאשם.

74 מה שאין כן לגבי חובת התביעה לגלות לנאשם ראיות שהיא אינה מתכוונת להשתמש בהן, ואשר יש בהן לתמוך בגרסת הנאשם ולא בגרסת התביעה. לגבי אלו ניתן לטעון שתוצאת גילויין היא רק תרומה אפשרית לבירור האמת.

75 ע"פ 414/71 (לעיל, הערה 39); ע"פ 107/74 (לעיל, הערה 40).

76 ע"פ 467/69 (לעיל, הערה 51).

77 ע"פ 648/77 (לעיל, הערה 49).

(ז) חוסר סמכות

חוסר סמכות מהווה סיבה לבטלות ההליך מדעיקרא⁷⁸, אף שבמקרה אחד הופעל, לגבי חוסר סמכות, מבחן חוסר עיוות דין⁷⁹. גם הליך הבטל מפאת חוסר סמכות אינו כאין וכאפס, לדעתו של השופט ברק (בדעת מיעוט) בפסק-דין דדה⁸⁰. הראיות שנגבו בהליך כזה, לשיטתו, אינן בטלות.

לאחרונה שבה ונדונה שאלה זו. בית-המשפט המחוזי דן בעניינו של נאשם שצורף לכתב אישום שבו נאשמו כמה נאשמים בבית-המשפט המחוזי, אלא שאותו נאשם הואשם בעבירה המצויה בסמכות בית-משפט השלום⁸¹.

השופט גולדברג קבע שבית-המשפט לא היה מוסמך לדון בעניין. על כן הוא פנה לסעיף 215 וקבע שהסעיף חל גם על פגם של חריגה מסמכות, כאשר אין חשש סביר שפסק-הדין היה שונה אלמלא הפגם.

לעומת זאת השופט מצא היה סבור שפסק-הדין ניתן במסגרת סמכות בית-המשפט. לו סבר שפסק-הדין ניתן תוך חריגה מסמכות, היה קובע בטלות פסק-הדין, כך שהפרקליטות תוכל לשקול שוב העמדה לדין של הנאשם. אולם לגבי תחולת סעיף 215 קבע כי שופט הפוסק מחוץ לסמכותו פסק-דינו אינו פסק-דין, ואין תחולה כלל לסעיף 215.

השופט השלישי, השופט זמיר, הצטרף לדעתו של השופט מצא, כי פסק-הדין ניתן במסגרת הסמכות, אך נטה להצטרף לדעת השופט גולדברג, לו היה בכך צורך להכרעת-הדין, כי יש תחולה לסעיף 215 גם בפגם מסוג חריגה מסמכות.

קיים כמובן קושי עיוני להכשיר הליך אשר הוא כאין וכאפס על-ידי הוכחת חוסר עיוות דין. בעיה זו יכולה להיפתר במסגרת דוקטרינת הבטלות היחסית⁸². אולם נדמה שבמקרים רבים החשש לעיוות דין קטן בפגם של חוסר סמכות יותר מאשר בפגמים אחרים שסקרתי, כגון הפרת זכות העיון, היעדר ייצוג והיעדר אוהרת נאשם לגבי תוצאות שתיקתו. במקרים רבים של פגם בסמכות קשה להצביע על פגיעה אפשרית בנאשם הן מבחינת תוצאות ההליך והן מבחינת ערכים דיוניים המשמעותיים לזכויות הנאשם. נראה שהחומרה המיוחדת הנודעת לפגם זה נובעת דווקא משיקולים פנים-מערכתיים של מערכת השיפוט. חלוקת הסמכויות במערכת השיפוט הפלילי היא פרי איזון בין שיקולי יעילות לבין הרצון להגיע לתוצאה הנכונה בכל מקרה. לכן חלוקת הסמכות בין בית-משפט שלום למחוזי ובין דן יחיד למותב תלתא היא לפי חומרת העבירה. טעות בסמכות

78 ע"פ 476/76 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2) 757.

79 המ' 62/51 בורנשטיין נ' היה"מ, פ"ד ה 766.

80 ע"פ 313/79 דדה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 57, עמ' 70.

81 ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 793.

82 ראו המאמר בה"ש 64 וכן ע"פ 313/79 (לעיל, הערה 80).

הערכאה היא אפוא סטייה מאיזון זה, אך אינה כשלעצמה מצביעה על פגם מהותי בהליך.

(ח) טעות בהחלת הדין המהותי

בישראל לא נעשה עד כה שימוש בסעיף 215 לדחיית ערעור כאשר נעשתה טעות בפירוש הדין המהותי. בארצות־הברית, בפסק־דין **קוטאקוס**⁸³, טעה השופט בהדרכה שנתן למושבעים. הוא הסביר להם שבמקרה הנדון הואשמו כל הנאשמים בעבירת קשר אחת, בעוד, למעשה, היו באותו מקרה כמה עבירות קשר נפרדות, שבכל אחת מהן השתתפו חלק מהנאשמים. אילו כל הנאשמים היו מעורבים באותו קשר, היה ניתן להחיל את דוקטרינת האחריות הסולידרית לגבי מעשי כל אחד מהקושרים על כולם, וכך להרשיע את כל הנאשמים בכל העבירות שנעברו כתוצאה מהקשר. כיוון שהיו כמה עבירות קשר נפרדות באותו מקרה, היה ניתן להשתמש בדוקטרינת האחריות הסולידרית להטלת אחריות על כל נאשם רק לגבי העבירות שנבעו מהקשר שבו השתתף. אמנם בית־המשפט לערעורים סבר שלא נגרם עיוות דין כי הראה שעל־פי הראיות עולה שכל אחד מהנאשמים השתתף בפועל במעשי המרמה שבהם הורשע, אך בית־המשפט העליון החליט שלא ניתן לקבוע שהמושבעים לא הושפעו בהכרעתם מההוראה המוטעית שלפניהם קשר אחד.

בישראל, כיוון שאין הפרדה בין האורגן הקובע את הפרשנות המשפטית לאורגן הקובע את ההכרעה העובדתית, נראה שאם תימצא טעות משפטית בפירוש הדין המהותי בפסק־הדין, כאשר קביעת העובדות הרלוונטיות נגזרת מפירוש זה, ממילא לא תקבע ערכאת הערעור כי הטעות לא גרמה עיוות דין. רק בשיטת מושבעים ניתן לטעון כי קובעי העובדות לא הושפעו בהכרעתם מההנחיה המשפטית המוטעית, כפי שסבר בית־המשפט לערעורים בעניין **קוטאקוס**. לעומת זאת יש להניח כי שופט בישראל הטועה בפירוש הדין המהותי יקבע את העובדות בהתאם לפרשנות זו, ולא יתעלם ממנה. החלטת שופט היא אף החלטה מנומקת, בניגוד להחלטת מושבעים, ונקל יהיה לבדוק כיצד נקבעו העובדות הרלוונטיות.

לסיכום, בבחינת פסק־הדין השונים קשה למצוא התאמה בין אופי הפגם שבו מדובר לבין דרך בדיקת עיוות דין לגביו. נראה שאין הבחנה בפסיקה בין בדיקת פגמים נקודתיים לטעויות המשפיעות על ההליך כולו. נראה, כי כיום, לאחר חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, יהא בית־המשפט חייב, בדונו בעיוות דין, לקבוע ראשית אם הפגיעה היא בזכות דיונית בעלת מעמד חוקתי אם לאו. אין עניינו של מאמר זה בסיווג זכויות

83 *Kotteakos v. US* (לעיל, הערה 27).

חוקתיות, אולם ניתן להצביע על כך כי סוגיית יישום סעיף 215 היא אחד המקומות שבהם לסיווג זה תהיה חשיבות רבה.

2. טעות בקו הגנה

הפגמים שדנו בהם עד כה דומים בכך שבכולם הנאשם נפגע מהחלטה שיפוטית מוטעית. ניתן לתהות אם סעיף 215 חל גם על טעויות שאינן פרי החלטת השופט ועל טעויות שאינן פוגעות בנאשם, אלא באינטרס הציבורי.

אם ניתן לבסס ערעור על טעותו של סניגור בבחירת קו הגנה, אין תחולה לסעיף 215, כי אין במקרה זה טעות של בית-המשפט. ניתן לטעון שבהליך נגרם לנאשם עיוות דין, ובכך מסוכלת מטרה מרכזית של ההליך הפלילי. בפסק-דין **אייזנמן**⁸⁴ הסניגור טען שבחר במהלך המשפט בקו הגנה מוטעה, ואין סיבה שלקוחו יסבול בשל כך. הטיעון נדחה על-ידי כל חברי ההרכב, אולם השופט בייסקי קבע, שלו היה הגורם לבחירת קו ההגנה שיקול דעת מוטעה, ולא סיכון מחושב (כפי שהיה, לדעתו, באותו מקרה), היה מוכן לברוק אם נגרם לנאשם עיוות דין. במסגרת ההחלטה בבקשה לעריכת משפט חוזר בפרשת רצח הנער דני כץ⁸⁵, הכיר הנשיא ברק בייצוג לקוי כעילה אפשרית לקביעה כי נגרם עיוות דין לנאשם, במסגרת הדיון בבקשתו לעריכת משפט חוזר. אולם טעות בקו ההגנה לרוב לא תוכל לבסס עילה זו של ייצוג לקוי. החשש הוא, כמובן, שקבלתה של טענה מעין זו פותחת פתח למניפולציות ולערעורים אינסופיים. גם ועדת JUSTICE האנגלית⁸⁶ ביקרה את אי-נכונותו של בית-המשפט לערעורים לקבל ערעורים המבוססים על טעות עורך-דין.

3. עיוות דין לציבור

דנתי עד כה בעיוות דין כלפי הנאשם, אך סעיף 215 על פניו איננו מבחין בין הנאשם לתביעה. אם לנאשם אין אפשרות לזכות בערעור כאשר לא נגרם לו עיוות דין, מקל וחומר שגם כלפי התביעה יש להפעיל הוראה של חוסר עיוות דין, ולא לקבל ערעור שלה כאשר ראה בית-המשפט כי לא נגרם עיוות דין. בפסק-דין **קניר**⁸⁷ מוסבר, שההוראה אכן חלה בשווה הן על הנאשם והן על התביעה. מבחינה היסטורית, בפקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה לפי כתב האשמה), חלה הוראת חוסר עיוות דין רק על הנאשם כיוון שעל-פי הדין שחל אז לא הייתה התביעה יכולה לערער בכלל בשל פגם

84 ע"פ 747/86 **אייזנמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מב(3) 447.

85 מ"ח 7929/96 **כוזלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(1) 529.

86 Note *Crim. L. R.* (לעיל, הערה 7).

87 ע"פ 951/80 **קניר נ' מ"י**, פ"ד לה(3) 505, עמ' 516.

פרוצדורלי. בחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ג1963 - שונה הסדר זה. דוגמה לשימוש בהוראת חוסר עיוות־דין בערעור התביעה מצויה בפסק־דין ביהם⁸⁸. השופט באותו מקרה מיאן להענות לבקשת התביעה לדחות את הדיון, קיים את המשפט ללא עד חיוני, וזיכה את הנאשם. בית־המשפט העליון החליט שנגרם עיוות דין כלפי הציבור המצפה שמשפטו של אדם יתברר לגופו. כלומר, בית־המשפט לא הסתפק בקיום הפגם ובדק גם כי הפגם גרם לעיוות דין.

האם בבדיקת עיוות דין לציבור ישמשו אותם מבחנים ששימשו לבדיקת עיוות דין לנאשם? נראה שאין מקום לשימוש באותם מבחנים כיוון שההליך הפלילי כולו מבוסס על חוסר סימטריה ביחס לנאשם מחד ולתביעה מאידך. המבחנים שדנו בהם לעיל נובעים מהאינטרסים הפרטיקולריים של הנאשם. כאשר התביעה היא הנפגעת, האינטרס הניזוק הוא "טובת הציבור" – מושג רחב וגמיש, ועל כן יש להניח שגם המבחנים לפגיעה בו יהיו רחבים ויושתתו על מדיניות ולא על ניתוח של זכויות.

ניתוח זה עולה בקנה אחד עם גישה כוללת שלפיה יש מקום לכללים ראייתיים ודיוניים לא סימטריים במשפט הפלילי. כך, למשל, על־פי גישה זו, יש לפסול עדות שמיעה המשמשת נגד נאשם, אך לא לפסול עדות שמיעה המשמשת לטובתו. ניתן להשתית הבחנה זו על עקרונות שונים. שטיין⁸⁹ משתית אותה על ניתוח חלוקת סיכונים, שלדעתו הוא לעולם מושפע מהכרעות ערכיות. לפי ניתוח זה, הסיכון שייגרם לנאשם מטעות אינו זהה לסיכון לחברה. השאלה במקרה זה דומה לשאלה על מי יש להטיל את הסיכון של משגה כאשר הראיה הטובה ביותר הקיימת היא ראיה מכלי שני, על הנאשם או על התביעה. חלוקת הסיכון בשני המקרים – של ראיה מכלי שני כנגד הנאשם, ושל ראיה כזו לטובתו – אינה סימטרית⁹⁰. כך, אף מוצע מבחן לא סימטרי לקבילות עדות מדעית חדשנית⁹¹.

שאלות מעניינות החורגות מגדר מאמר זה הן אם לתביעה יש זכויות דיוניות, ואם כן, באילו מקרים נפגעת זכות דיונית של התביעה. נסתפק במניית כמה משיקולי המדיניות המנחים בסוגיית בחינת חוסר עיוות הדין בערעור של התביעה.

שיקול הרתעתי אינו שיקול רלוונטי לגבי משגים הפוגעים בתביעה. נראה כי גם מבחן "הלך המחשבה" אינו מתאים לבחינת עיוות דין לציבור. אף אם זוכה נאשם בשל

88 ע"פ 16/64 **היועץ המשפטי לממשלה נ' ביהם**, פ"ד יח(1) 468. ראו גם המ' 62/51 (לעיל, הערה 79).

89 A.Stein "Against Free Proof" 31 *Is. L.R.* 573, at p. 584.

90 א' שטיין "ס' 10 א לפק' הראיות: פרשנותו הראויה ופסיקת בית המשפט העליון" **משפטים** כא (תשנ"ב) 325.

91 Stein (לעיל, הערה 89), עמ' 587.

משגה של בית-המשפט, הרי אם יש לזכותו בשל עילה אחרת, מחויב בית-המשפט בערעור לזכות את הנאשם.

למעשה, נותר מבחן עיקרי אחד, והוא – מבחן "דיות הראיות". יש לבחון אם, בהתחשב בראיות הקבילות, יש די ראיות להרשעת הנאשם (נטל ההוכחה כמובן מוטל על התביעה). אולם ניתן לחשוב גם על פגמים מסוימים אשר "יצבעו" את כל ההליך לרעת התביעה ויחייבו מסקנה שנגרם עיוות דין, ללא בחינה תוצאתית. זאת, למשל, כאשר נגלה חשש למשוא פנים של שופט לטובת הנאשם.

ז. תוצאות קבלת הערעור

על-פי סעיף 213 לחסד"פ, יכול בית-משפט המקבל ערעור לזכות את הנאשם (כאשר הוא המערער), לשנות את הפסק או להחזיר את התיק לבית-משפט קמא. נראה, כי במקרה של פגם שנמצא מחייב קבלה אוטומטית של הערעור אף בלי לבחון את השלכותו על תוצאות ההליך בשל משמעות הפגיעה בזכות הדיוניות של הנאשם, יש לזכות את הנאשם. במקרים אחרים, החזרת התיק עשויה להוות פתרון רצוי לאחר שקילת עינוי הדין שנגרם לנאשם.

שיקול להעדפת זיכוי על פני החזרת התיק הוא פרק הזמן שחלף. למשל, בפסק הדין **אבר-אגיווה**⁹², הדין באי-מינוי סניגור, הוחלט שהחזרת התיק לבית-משפט קמא תהווה עיוות דין, כיוון שהנאשמים היו כבר מעל לשנה במעצר, ועל כן הוחלט לזכותם.

ח. יישום מבחנים מאנגליה ומארצות-הברית בישראל

במהלך הדיון סקרנו מבחנים אשר מקורם באנגליה ובארצות-הברית. לפני כל ניסיון ליישם מבחנים אלו בהליך הפלילי הישראלי, יש לשים לב להבדלים בין מערכות המשפט הללו העשויים להיות רלוונטיים להכרעה באילו מבחנים לעיוות דין יש לבחור. באנגליה ובארצות-הברית ההכרעה בשאלות העובדתיות היא בידי חבר-מושבעים. כיוון שהמושבעים אינם מנמקים את החלטתם, קשה להתחקות אחר הדרך שבה הגיעו להכרעתם. אך למשפט בידי מושבעים משמעות עמוקה יותר. במשפט המקובל יש זכות לכל אדם להישפט על-ידי חבריו (peers), אנשים פשוטים השווים לו, ולא שופטים מקצועיים (זכות שאף מצאה את ביטויה בתיקון השביעי לחוקת ארצות-הברית). על כן השופטים בערכאת הערעור נרתעים מאוד מלהסיג את גבולם של המושבעים. גם

92 ע"פ 53/76 אבר-עגיווה נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 141.

בישראל ישתדל בית־המשפט לערעורים לא להתערב בהכרעות עובדתיות, אך לא קיים אותו הבדל איכותי בין הערכאות. רבות מהטעויות שבהן עוסקים פסקי־הדין באנגליה ובארצות־הברית הן בהוראות המשפטיות הניתנות על־ידי השופט למושבעים⁹³, פגם שאין לו מקבילה במשפט הישראלי.

הבדל חשוב נוסף בין ההליך הישראלי לאמריקני הוא במבנה דיני הראיות. בארצות־הברית יש מחסומי קבילות גבוהים⁹⁴. כלומר, ראיות שהושגו בדרכים פסולות אינן קבילות בדרך כלל בלא שיקול דעת לקבלם. לעומת זאת בישראל ניתן שיקול דעת רחב יותר לבית־המשפט בערכאה הראשונה בנוגע לקבלת ראיות שנפל בהן פסול. כך, למשל, כשמוכח שהודאת נאשם ניתנה לאחר שננקטו נגדו אמצעים פסולים, עדיין נדרש בית־המשפט להעביר את ההודאה במבחן הרצוניות (כאמור בסעיף 12 לפקודת הראיות)⁹⁵ ואינו יכול לפסלה אוטומטית. שונה הדין בארצות־הברית (כזכור זו הייתה הטעות בפסק־דין פולמינטה⁹⁶).

מכך נובע שבישראל, אף ללא הוראת חוסר עיוות דין, היה מגיע בית־המשפט לערעורים לבחון את שיקול דעתו של בית־משפט קמא. ואילו בארצות־הברית, רק המסגרת של בדיקת עיוות דין מכניסה גורם של שיקול דעת להליך.

כך גם לגבי סדרי הדין: בארצות־הברית אין להסיק משתיקתו של נאשם מסקנות לרעתו (למעשה, הטעות שסביבה נסב הדיון בפסק־דין המנחה צ'פמן⁹⁷ הייתה בכך שהתובע העיר לחבר־המושבעים על שתיקתו של הנאשם). לעומת זאת בישראל על־פי סעיפים 152 ו־161 לחסד"פ, בית־המשפט רשאי להסיק מסקנות לרעת הנאשם משתיקתו במשפט.

ההבדלים שמנתי מסבירים במקצת את הפער בין היקפו הרב של העיסוק בהוראות עיוות הדין באנגליה ובארצות־הברית לבין מיעוטו בישראל. עם זאת נותרים טעמים כבדי־משקל להעמקת הדיון בהוראת חוק זו בישראל.

ט. סיכום והערות לדין הרצוי בישראל

- 93 למשל Edwards 77 Cr. App. R. (1983); Brown (1971) 55 Cr. App. R. 478.
- 94 M. Damaska "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure" 121 U. Penn. L. R. (1972/3) 506.
- 95 ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 250.
- 96 Arizona v. Fulminante (לעיל, הערה 18).
- 97 Chapman v. California (לעיל, הערה 12).

מטרתה העיקרית של רשימה זו היא לעמוד על הצורך העקרוני במבחן מובנה לקביעת חוסר עיוות דין. ניסיתי להראות שבהיעדר מסגרת עיונית השימוש שנעשה בפסיקה במושג זה הוא אינטואיטיבי, ובהכרח לא־שוויוני, כלפי נאשמים שונים. הראיתי גם כיצד שימוש במבחנים שונים זה מזה במקרים זהים עשוי להוביל לתוצאות הפוכות של הערעור. על כן חשוב שהשימוש בהוראת חוק רבת עוצמה זו ייעשה על־פי בסיס עקבי וקוהרנטי.

כיום, לאחר חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש חשיבות מיוחדת להבניית מבחנים לבדיקת עיוות דין, שכן יש לבחון את זכות הערעור ואת תפקידי ערכאת הערעור במבט חוקתי⁹⁸. זאת, לפחות על־פי גישה הגורסת כי לזכות הערעור, או לפחות להיבטים מסוימים שלה, מעמד חוקתי. גישה כזו טרם הוכרה בפסיקת בית־המשפט העליון⁹⁹.

בישראל אף טרם פותחה, לפחות לגבי ההליך הפלילי, חלוקה סיסטמטית בין זכויות חוקתיות באופיין לבין זכויות רגילות. לאחר המהפכה החוקתית שחלה עם חקיקת חוקי היסוד החדשים, מן הראוי שבבחינת עיוות הדין ייעשה שימוש במבחן סף חוקתי. היבט חשוב נוסף הוא סיווג הזכות שהופרה על־פי המטרה המוגנת באמצעותה. יש לבחון את הזכויות השונות בהליך הפלילי ולקבוע אם מטרתן היחידה היא גילוי האמת, או שהן זכויות פרוצדורליות הנובעות מערכי הליך (process values), שערכן אינו נובע ממידת השפעתן על ההכרעה העובדתית במשפט¹⁰⁰.

כאשר מטרת הזכות המופרת אינה הבטחת גילוי האמת אלא ערך דיוני אחר¹⁰¹, לכאורה אין רלוונטיות לשימוש במבחן תוצאתי לבדיקת עיוות דין. אולם בבחינה מדויקת יותר ניתן לראות שקביעה זו אינה בהכרח נכונה. למשל, אם הודאה שנתקבלה עקב שימוש באמצעים בלתי חוקיים בחקירה משטרית אינה קבילה, על־פי דין, כראיה במשפט¹⁰², הרי עיוות הדין הנגרם על־ידי קבלת הראיה ישתקף בתוצאת המשפט (ייתכן שהנאשם לא היה מורשע לולא התקבלה הראיה). כלומר, אם קבלת הראיה השפיעה, או יש חשש שהשפיעה על תוצאת המשפט, המבחן התוצאתי יהיה אפקטיבי בביטול ההרשעה. כך, יינתן תוקף לערך הדיוני שנפגע.

98 השוו ד' מנשה "סדר דין אזרחי: מגמות מרכזיות לקראת כינונה של פרספקטיבה חוקתית" **עיוני משפט** כב (תשנ"ט) 205, עמ' 222.

99 **שם**, עמ' 225.

100 השוו L. Alexander "Are Procedural Rights Derivative Substantive Rights?" *17 Law and Philosophy* (1989) 19.

101 ראו: R. Summers "Evaluating and Improving Legal Process, A Plea for Process Values" *1 Cornell L. R.* (1974) 60.

102 כגון על־פי סעיף 13 לחוק האזנות סתר, תשל"ט 1979.

לעומת זאת כאשר הופרה זכות, כגון פומביות הדין¹⁰³, שימוש במבחן תוצאתי לבדו לעולם לא יביא לביטול ההרשעה. יהיה כמעט בלתי אפשרי לשכנע בית־משפט כי פגיעה בפומביות הדין הביאה לתוצאה שונה בהכרעה. על כן לגבי פגמים מסוג זה יש להחליט אם הם מצדיקים ביטול אוטומטי של ההרשעה בלא הפעלת מבחן תוצאתי. שהרי, אם לא כן, לעולם לא יהיה ניתן להעלות פגמים מסוג זה באופן אפקטיבי בערעור. מבחן תוצאתי תמיד יראה שלא נגרם עיוות דין. בהקשר זה יש לזכור שככלל, האפשרות היחידה לערער על החלטת שופט בהליך פלילי היא בערעור על פסק־הדין¹⁰⁴, ואין אפשרות לערער על החלטת הביניים הפגומה. כלומר, קיימת "משפחה" שלמה של זכויות אשר כדי לתת להן תוקף לא די במבחן תוצאתי לעיוות דין, אלא יש לקבוע מבחן נוסף שאינו תלוי בהשפעת הפגם על תוצאת ההליך.

בדיקת חוסר עיוות דין מעלה שאלות משפטיות, מוסריות ולוגיות רבות. בסבך המבחנים והגישות עלולה ללכת לאיבוד מטרת ההוראה. על כן בבחירת המבחן שיש להפעיל לבדיקת עיוות דין, ראוי לזכור כי "השאלה אינה מה יקרה מחר בשחזור המשפט, אלא מה קרה אתמול במשפט עצמו"¹⁰⁵.

103 אצא מהנחה לצורך הדוגמה, כי זהו ערך דיוני טהור אשר אינו משליך כשלעצמו על התוצאה, אם כי ניתן לטעון אחרת.

104 ראו: לעניין זה בג"צ 583/87 **הלפרין נ' סגן נשיא בימ"ש המחוזי**, פ"ד מא(4) 683.

105 Traynor (לעיל, הערה 3), 22.