

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

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעוורים פליליים

ע"פ 7915/15

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

המערער: ראמי גדבאן

נ ג ד

המשיבים:
1. מדינת ישראל
2. פלוני

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

בשם המערער: עו"ד תמר אולמן; עו"ד שADI סרגוי

בשם המשיבים: עו"ד יעל שרפ

פסק דין

השופט נ' הנדל:

עמוד 1

מוני בפנינו ערעור על פסק דין של בית המשפט המוחז ב חיפה (ת"פ 14-08-41365, כב' השופט א' אליקם) בגין הורשע המערער בעבירות של קשירת קשר לפשע, חבלה חמורה בנסיבות איומים ושוד בנסיבות מחמירות (בהतאמה: סעיף 499; סעיפים 333, 335(א)(1) -(2) בצירוף סעיף 29; סעיף 192; וסעיף 402(ב) בצירוף סעיף 29 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). על המערער הושטו 60 חודשי מאסר בפועל, לצד מאסר על תנאי ופייצוי למתalon על סך 35,000 ש"ח. הערעור נסוב הן על הכרעת הדין, ביחס להרשעה בעבירה שוד בנסיבות מחמירות בלבד, והן על גזר הדין.

רקע והליך קמא

1. המתalon, עורך דין במקצועו, בעל משרד בעיר חיפה. על פי כתוב האישום, ביום שבת בחודש יולי 2012 המערער יחד עם אחר - כשהם רעוili פנים - ארבו למתalon בבניין המשרד, תוך שהם מצודים בגז מדמיע ובסכין. מיד בהגיע המתalon למשרדו, השניים תקפו אותו, הפילו אותו על הרצפה, התיזו עליו גז מדמיע ובעטנו בו בכל חלקי גופו. המערער והאחר גרוו את המתalon לחלקו האחורי של המשרד. שם, הוסיפו להכותו ואיימו עליו בסכין תוך שאמרו לו כי הוא ימות. בהמשך לכך, השניים ביקשו לקשור את המתalon בחוט. משלא הצליחו לעשות זאת, הפיטו אותו ממכוני וקשרו אותו באמצעותם. על-פי כתוב האישום, המערער והאחר גנבו מהמתalon שעון יד, מכשיר טלפון נייד, מפתחות וכיסף בסכום לא ידוע, ונמלטו מהמקום. כתוצאה ממשעי האלים נגרמו למתalon, בין היתר, שברים בצלעות, קונטוזיה ריאתית (צד ימין), חבילות מרובות בפנים ובראש, המתומות סיבת העינויים וחבלות בצוואר בחזה ובירידים.

חקירה משטרתית שנפתחה בסמוך לאירוע לא הובילה לתוצאה. בחולף קרוב לשנתיים, נמצא כי פרופיל DNA של המערער תואם ממכנסיו הקבועים של המתalon. עקב לכך, נעצר המערער כחשוד במעשה. במשך שבועות ימים הוא הוכיח כל קשר לאירוע ולמתalon. לאחר תקופה זו, המערער הודה כי אכן נכח באירוע, ואף זיהה עצמו בסרטון אבטחה שצולם בסמוך לאחר האירוע. עם זאת, לגרסת המערער הוא הגיע למקום בגפו, בתיאום מראש, לשם פגשה עם המתalon. במהלך הפגישה המתalon תקף את המערער, והוא בתגובה, וכהגנה עצמית, הכה בו באגרוף ונמלט מהמקום.

לאחר שמיית ראיות, בית משפט קמא הרשע את המערער בעבירות שיויחסו לו בכתוב האישום, קרי, קשירת קשר לביצוע פשע, חבלה חמורה בנסיבות מחמירות, איומים ושוד בנסיבות מחמירות.

2. ביחס לערעור על הכרעת הדין, טענות הסגנoriaת נסבו סיבב ההרשעה בעבירת השוד. הטענה המרכזית היא כי התביעה לא חקרה את המערער בחקירה הנגידית בעניין רכיב הגניבה בעבירת השוד, ומשכך לא ניתן להרשיעו בעבירה זו. אך הopsis הסגנoriaת כי גרסתו של המתalon בנושא השוד הייתה מלאה היתה מחלוקת פנימית - בעיקר ביחס לרכוש שנשדד ממנו. עוד נטען כי בית המשפט המוחז נמנע מלהתייחס כנדרש לעמדת המערער לפיה גרסת השוד נבדקה על ידי המתalon במטרה להסתיר מניע רומנטי העומד ברקע לפרשה. בנגע לגזר הדין, סבורה הסגנoriaה כי בית המשפט המוחז לא נתן משקל ראוי לנسبות חייו הקשות של המערער, לחולוף הזמן ולשוליות עבירת השוד.

המדינה אינה מכישה את העובדה שהמערער לא נחקר על ידי הtoupper בחקירה הנגידית על אודות השוד. עם זאת, לטענתה, גם בעובדה זו אין כדי להכריע באופן גורף כי העבירה לא בוצעה. המשיבה הסבירה כי המערער הוכיח את עבירת השוד באופן כללי - ولكن הוא לא נחקר בפרטוט על אודותיה. עוד הודגש, כי בית המשפט המוחז קבע את עבירת השוד באופן כללי.

עמוד 2

שעודתו של המתلون אמינה, ולשיטת המדינה אף יש בה די לצורך ההרשעה בעבירות השוד. באשר לגור הדין, המדינה סבורה כי העונש שנגזר על המערער הולם את חומרת המעשים. להשכפתה, אף אם יתקבל הערעור על השוד אין בכך כדי להשפיע על שיעור עונש המאסר שנקבע על ידי בית המשפט המחויז, שכן האלימות הקשה כשלעצמה מצדיקה עונש כפי שנקבע.

דין והכרעה

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

3. ראשית להיבט העובדתי של הטענה. המערער לא נחקר על ידי התובע בחיקירתו הנגדית בבית המשפט המחויז אודות ריכיב הגניבה בעבירת השוד, בה הואשם בחלופה של נסיבות מחרירות. דהיינו, בעניין נטילת הרכוש מהמתلون במהלך אירוע התקיפה. חיקירתו הנגדית של בא-כוח המדינה לא הייתה קצרה, ותרצהה בנסיבות המערער במקום, בשאלת האם היה עמו אדם נוסף ובחילוקו באירוע האלים שאירע. עם זאת, נעדרו ממנו שאלות כלשהן ביחס לגניבת הרכוש.

היעדר התיחסות התובע לעבירת השוד - יסוד הגניבה - לא נסתור מעינו של בית המשפט המחויז, אשר נתן דעתו על כך בהכרעת הדין. בהתייחס לחשיבותה העקרונית של החקירה הנגדית קבע כך:

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

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

הסוגיה של היעדר חקירה נגדית של הנאשם אשר בחר להuide, בכלל או בסוגיה מרכזית - תיבחן תחילת ברובד הפסיקה הקיימת, ובהמשך ברובד רחוב יותר, במסגרת אדרש גם למדד החזקתי שלה.

א. חקירה נגדית של הנאשם - מגמת הפסיקה

4. נציג את ההלכה כפי שנקבעה במספר הздמנויות על ידי בית משפט זה. נפתח באשר לפסק לפני-כ-55 שנים, בגדירין ישן שהולך ומשתבח. בעניין יצחק, דין הנשיא ש'אגרטן במקורה בו נאשם לא נחקר חקירה נגדית על גרטונו, וקבע:

"עמדתי על כל הדברים האלה במטרה להבהיר את חשיבותה הגדולה של החקירה הנגדית בשbill הנဆם המרגיש

שהוא נקי מכל אשם ושבחר להuide בעצמו במשפטו. לתופעה זו יש לצרף את השיקולים הבאים: (1) כי המשפט הפלילי קובע, שככל עוד לא הורשע הנאשם בדין הררי הוא בחזקתו זכאי; (2) שעל כן, נועדו סדרי הדין הפלילי להבטיח לנאים דין הוגן; (3) וכי גם אם תפקידה של הקטיגוריה הוא לעשות למען הוכחת האישום, מחוותה לעשות כן בצורה הוגנת ובדרך שלא תגרום עיוות דין לנאים. כאשר נתחשב בשיקולים הללו בכללותם, האם לא תהיה מחויבת המסקנה, כי הטעם העומד מאחורי הכלל הראשון - הטעם הדורש להתייחס לעד של הצד היריב יחס הוגן - יש לו ערך יתר אשר העד הזה הוא הנאשם במשפט הפלילי? האם מתן תשובה חיובית לשאלת זו אין פירושו, כי במקרה שבו מתעד בא כוח הקטיגוריה לערער את מהימנותם של דבריו הנאשם ביחס לנכודה מסוימת או בכלל, עליו לחקרו או לפחות להפנות את תשומת לבו להערכתו זו, כדי שתהיה לו אפשרות להבהיר את דבריו ולשכנע בדבר האמת שביהם? כאשר לא נהג הלה בדרך הזאת, האם לא יהיה בעובדה זו כדי להוסיף משקל לעדותו של הנאשם, לאו דווקא משקל מכריע? סביר אני, כי התשובות לכל השאלות הללו מתבקשות מאליהן" (ההדגשות המקורי). ע"פ 38/61 יצחק נ' היוזץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 514, 532 (1962) (להלן: עניין יצחק).

מדובר בנשיה אגרנט עולה כי ערכה של חקירה הנגדית אינה רק במישור הראיתי אלא כחלק מקיומו של הליך הוגן. הנשיה א' ברק הציג גישה אחרת, בגדדרה הושם דגש על כך שתפקיד המשפט הוא חשיפת האמת, תוך בחינת הראיות. בהתאם, הוצאה עדמה לפיה הימנעות מחקירה נגדית עשויה להוות אחד השיקולים בשעה שבית המשפט שוקל את עדותו של הנאשם אל מול יתר הראיות - אך אין לראות בה פגעה בזכות קנייה של הנאשם, לרבות הזכות להיליך הוגן:

"לנאים במשפט פלילי אינה עומדת הזכות להិחקר על עדותו חקירה שכנגדי, ועל התביעה אינה מוטלת החובה - "שהנסנקzie" על הפרטה היא קבלת העדות אמרת - לחקר הנאשם בחקירה נגדית (...) ערכיתה של חקירה שכנגדי הוא עניין הנutan לשיקול דעתה של התביעה, והמסקנות שיש להסיק מהעדרה של חקירה זו הוא עניין הנutan לשיקול דעתו של בית-המשפט. תפקידו של בית-המשפט הוא לחשוף את האמת, כפי שהיא עולה מחומר הראיות אשר לפניו. לבצע תפקידו זה על בית-המשפט להשתמש בשיקול דעתו באשר להערכת הראיות שהובאו לפניו. שיקול דעת זה אינו מוגבל בכלל נוקשה לפיו ראייה פלונית היא אמרת, רק משום שהנאום שהעדיך עליה לא נחקר חקירה שכנגדי. עם זאת, הימנעות מחקירה שכנגדי עשויה להיליך בחשבון, במסגרת הנسبות, שעה שבית-המשפט יבוא להעיר את הראיות ולשקל את משקלן. לעיתים יהיה מקום ליתן לעובדה זו משקל ניכר (ראה ע"פ 38/61 פ"ד טז, 514). לעיתים יהיה מקום שלא ליתן לעובדה זו כל משקל. הכל תלוי בנסיבות העניין, כמובן, בנסיבות ההגינות שיש להסיק מהימנעות התביעה מלחקור את הנאשם" (ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, לד (3) 561, 566 (1980) (להלן: עניין אפללו)).

על פי גישה זו, עיקר הכוון מושם על המשמעות הראיתית לכך שהנאום לא נחקר בחקירה הנגדית, ועל שיקול הדעת המסור לבית המשפט בקביעת מסקנותיו.

במסגרת תוווי מחשבה זה, בפסיקת הובעה عمדה לפיה במקום בו לא נערכה חקירה נגדית - על אף שעובדה זו עשויה להשילך על משקל הראיות - אין בכך כדי לחזיב את בית המשפט לקבל את גרסת העד. הכל על סמך שיקול אינטגרטיבי של יתר הראיות הקיימות בתיק. עניין אלף, התייחס השופט ימלץ להסתיגות בעניין אפללו על ידי הנשיה ברק, מהנפסק בעניין יצחק על ידי הנשיה אגרנט. עוד כתוב: "אין להעלות על הדעת, שמסקנת השופט לגבי האמינות וההימנעות של הנאשם תיגזר באופן בלעדי מהשאלה, אם נחקר חקירה נגדית על גירסתו או לא [...] שאלת המשקל אותה יש ליחס להימנעות מلاحיקור חקירה נגדית את הנאשם תיקבע על ידי השופט, הרואה ושוקל את מכלול הראיות בתיק לאור הנسبות הספציפיות של הדיון שהתנהל לפניו" (ע"פ 2603/90 אלף נ' מדינת ישראל פ"ד מה(3) 799,

פסקה 12 (1991) (להלן: עניינאלפא).

להשquette, לנוכח התפתחויות במשפט הישראלי בכלל ובמשפט הפלילי בפרט, עליוו יורח במדובר - איזו ככל שישנה סטייה מפסיקת הנשיא אגרנט בעניין יצחק, ראוי לשוב לעברה, ולהעלות על נס את קיומןchkira נגדית של נאשם - חלק מדרישות ההליך הוגן. קבלת גישה זו נובעת גם מההכרה בעוצמת כל החקירה נגדית. חברי, השופט צ' זילברטלי היטיב לכתוב ביחס לעוצמה זו בעניין ידען בו נידונה המשמעות של היעדרchkira נגדית של עד הגנה, להבדיל מן הנאשם:

"בית משפט זה עומד לא אחת על חשיבותה של החקירה הנגדית כמכשיריעיל לגילוי האמת ובעורבה חינונית לבדיקה מהימנות [...]. לא לモתר להזכיר מושכלות יסוד, לפיהן שיטת המשפט האנגלו-אמריקאית רואה בחקירה שכגד את גולת הcourtship של דיני הראיות, ובלשונו של המלומד Wigmore :

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

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

5. במישור המעשי, נדמה כי אף התביעה הכללית לא תחולוק על חשיבות עיריכתchkira נגדית לנאשם, וכך יאה לה. הנחיצות בחקירה הנגדית של נאשם ביחס לנקודות שבמחלוקת בין הצדדים, הוכחה במישור הפוזיטיבי בהנחות פרקליט המדינה. לפי ההוראה המובאת בסופה של ההנחה:

"ככל, על התביעה לעשות שימוש בכל החקירה הנגדית ולחזור את הנאשם לגבי כל הסוגיות השניות בחלוקת. יחד עם זאת, אם התובע אינו מעוניין להרחב בחקירה הנגדית לגבי כל פרטי העדות הראשית, משומש שנראה בעליל כי לא תצמץ מכך כל תועלת, כי אז, חייב התובע להסביר לבית המשפט מפורשות שאינו רואה תועלת בקיוםchkira שכגד על כל הנושאים שעלו בחקירה הראשית ולנקז עמדה זו" ("תוצאות הימנעות התביעה מעריכתchkira נגדית לנאשם" הנחות פרקליט המדינה 7.3 (עדכן, 1.1.2003)).

בעניין, הוראה זו טומנת בחובה ניצנים של גישה רואיה לעורך דין המציג את המדינה בהליך פלילי. ברם, לטעמי, ההצעה אינה מלאה, ורקוי להבהיר את החסר. על התביעה, כמובן, לעורך את שיקוליה ולהסביר במידת הצורך את בחריתה להימנע מחקירה נגדית בסוגיה מסוימת בשלב סיכוןיה. עם זאת, יובהר כבר עתה כי הכוונה אינה שה התביעה תען או תבקש מהשופט בערכאה המבררת מעין פטור מעריכתchkira נגדית תוך כדי שמייעת הראיות, טרם מתן הכרעת הדיון. בדומה, אל לה להניח הנחות נוחות לה, בדמות אימוץ הגישה לפיה: מה הטעם לחזור ממקום בו הנאשם מכחש?chkira נגדית אמונה היא, ויש להשיקע בה את מרבית הנסיבות - הן מבחינות הכרת החומר והן מבחינות יצירתיות.

המטרה הטבעית היא לנסות ולשכנע את בית המשפט מדוע אין להאמין לנאים. סיכון הטעיה הם בוגדר הסבר לנסיבות החקירה הנגדית ולבירור הראיתי, אך אינם באים להחליפה. הבהרה זו חשובה גם הוואיל והמשפט מעשי הוא.

ונחזר לעיקר. להשקפתו, נכון לגשת באופן אחר לסוגיה של נפקות הייעדר חקירה נגדית של הנאשם מכפי שהוזג לעיל. טרם אנמק את הדברים, רצוי, בוגדר רקע ומבוא לדין, להציג שלוש נקודות.

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

הנקודה הראשונה היא הערת אזהרה. נכון תחילת לתחום את הגבולות. הדרישה לחקירה נגדית של הנאשם מחייבת הפנית שאלת לנאשם בכל נושא ונושא. ברוי Ci יש להציג בפני הנאשם הסוגיות המרכזיות העומדות בלבית החקירה על פי המחלוקת המסתמנת בין הצדדים, אך אין הדבר מחייב Ci יש להתייחס לכל נקודה ונקודה. האמת תיאמר, Ci לרוב ב"מבחן השטח", הבחנה בין עיקר לבין שאמו עיקר מיושמת הלכה למעשה. הניסיון מלמד Ci הכל בנסיבות פרקליט המדינה לפיו "כלכל, על הטעיה... ולחזור את הנאשם לגבי כל הסוגיות השניות במחלוקת", מופנים ומושם על ידי פרקליטי המדינה.

לשון אחר, יובהר כבר עתה Ci אין ליישם את הדרישה לחזור את הנאשם בכל נקודה השנייה במחלוקת באופן שניtin לכנותו "מבחן השאלה". דהיינו, Ci בסיכומים ובערעוריהם על הרשעה - בתי משפט יידרשו להכריע למשל האם Ci היה בעבירה שאלות במסגרת החקירה הנגדית, או שמא יש צורך בעשר? האם היה צורך לחזור ביחס לעשרה נושאים Ao רק ביחס לשמהנה? החקירה הנגדית של הנאשם היא פעילות דיןאמית, המשפעת הן שאלות התבע והן מתחשובות הנאשם. נויאנסים ודקיותם כאלה אינם מסווים כהיעדר חקירה נגדית, אלא כאמור החקירה הנגדית. ישנו סגנון של שום של חקירה נגדית, ואין לשלול גישה ספונטנית או אינדיבידואלית יותר - ובבלבד שהחקירה תהא יסודית ומקיפה. להמחשה, טול מקרה בו הנאשם הודה בשיטים מקרי התפרצויות, וטענתו היא Ci הודהו במשטרתו ניתנה בשל הבטחה של החוקר. חקירה נגדית במרקחה כזה, חייבת להיות מצהה, אך אין דרישת שתכollow בהכרח התייחסות לכל מקרה ומרקחה. כך אם החקירה הנגדית בכללה - לרבות הצגת כיוונים שונים - מכסה סוג של מקרים, אף ללא צורך בחקירה פרטנית של כל אחד מהם. שונות המצב בעניינו, בו הטעיה כלל לא קירה את המערער ביחס לסתוד הגניבה בעבירה של שוד בנסיבות מחמירות. זאת בשעה שהמערער הכחיש Ci נטל רכוש לא לו.

הנקודה השנייה - שמיניחה את הערת האזהרה שהובאה בנקודה הראשונה בהקשר הראי - היא ההכרה בחשיבות של חקירה נגדית במשפט. כפי שכתבתי בעניין אחר:

"כידוע, האמת המשפטית אינה נוהגת להתגלות ביוזמתה ולהכריז "הנני". האמת ההיסטורית אינה ניצבת בכיכר השוק, ניכרת לעיני כל. זו גם זו משותلة לאוצר הטמון מתחת לעפר. על מנת להגיע אליהן נדרש עבודת חפירה מאומצת. בשיטה האדברסית, כל החפירה היעיל ביותר הוא החקירה הנגדית. טול מהערקה הדינית השומעת ראיות בנושא השני במחלוקת בין הצדדים את החקירה הנגדית, ונטלת ממנה את אבן הבחן הטובה ביותר ביותר המסיעת לה להגיע לחקר האמת, ובלשונו של הנשיא מ' שмагר" בירור האמת נעשה בעיקר על ידי מתן האפשרות לחקירה נגדית" (ד"נ 91/3081).

אחמד מזיר קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 447 (1991); וראו גם ע"פ 7653/11 (2012) – זלברט והפניות שם (26.7.2012) ("ע"פ 6001 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (12.5.2013)).

בעניין זה יורחוב בהמשך.

הנקודה השלישי היא כי מטרת חשיפת האמת אינה המטרה היחידה של ההליך המשפטי. נפסק כי "המשפט עומד על האמת. ביסודו ההליך השיפוטי עומדת חשיפת האמת [...] מרבית דיני הראות מבוססים על הרצון לגלות את האמת" (רע"א 1412/94 הסטדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ'ג'ד, פ"ד מט(2) 516 (1995), פסקה 5 לפסק דין של הנשיא ברק). אכן, יש שהמשפט עומד על האמת. הרצון לצמצם את הפער בין האמת הצורפה לבין האמת המשפטית הינו בבחינת מסע אציגי. אך לצד זאת, במצבים ובכללים שונים, יש שהdagש מושם על כך שהמשפט עומד על הצדקה. הרינו לא תמיד ניתן לדעת את מכלול העובדות לאשרן. לעיתים כך גם אם בית משפט סבור אחרת. למשל, האיסור להגיש ראיות בדבר הרשות הפלילית. ניתן להפנות בעניין זהה לכללי פסנות ולא משקל לריאות שונות. למשל, האיסור להגיש ראיות מפלילות בשל התנהגותה הלא רואה של המטריה (ראו ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: עניין יששכרוב)). ההגנות אינה מחוץ למגרש. הנה כי כן, מכיוונים שונים הדיון קובע כי יש והאמת (או למצער בירורה) תפנה את מקום מושבה המיוחד לטובת הצדקה.

שלוש הנקודות - הימנעות מ" מבחן השאלה"; הכרה בחשיבות החקירה הנגדית; וכי המשפט עומד לא רק על האמת אלא גם על הצדקה - מהוות מעגלים שהולכים ומרתחים. יש בהן כדי לבסס את הדרישת כי על התביעה, ואף על בית המשפט, להכיר בכללים דיןוניים וראייטיים המחייבים אותם. כך במיוחד במשפט הפלילי. שאיפה אחת במשפט זה, היא להילחם נגד העברניות והערביון. על כן, אין ליצור שיטה שאינה מסוגלת לנوع לקראת הכרעת דין מרשיעה במקרה המתאים. אינטראס ציבור זה, בא לידי ביטוי בהוראות שונות בדיני הריאות, למשל, קבלת אמרת חוץ של עד במשפט, אף אם הוא מכחיש אותה ואין מעיד, בהתאם לכללי סעיף 10 לפקודות הריאות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודות הריאות). דוגמא נוספת שלILD בעברית מין, באמצעות חוקר ילדים, מבלי שייעיד בבית המשפט (חוק לתיקון דין הריאות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955). בשני המקרים, אמרת החוץ מתקבלת אף ללא חקירה נגדית. אך דוגמאות אלה הינן בגדר יוצאות מן הכלל, במצבים חריגים וקיצוניים, שנשענו בין היתר למונע את שימוש השיטה במצבים רגילים. ברם, לצד השאיפה של "ובעירת הרע מקרבע" (דברים, יז, ז), ישנו הצד של "נקי וצדיק אל תהרג" (שמות, כג, ז) וניתן להוסיף - אל תרשיע ועל תעניש. החשש לטענות לכיוון הרשות החוף מהווה היבט מרכזי במשפט הפלילי והוא משתקף באופן מובהק בכל הראייתי לפיו אין להרשיע אלא אם הוכחה האשמה מעבר לכל ספק סביר.

7. כלל הספק הסביר בפליליים אינו עוד כלל ראייתי, אלא מהוות עניין כל יסוד, הניצב בלבית הדיון הפלילי המהותי. על מנת שכלל הספק הסביר בפליליים יזכה למשקל הרואוי, יש להציג, ולהציג שוב, את הקשר בין המשפט החוקתי לבין המשפט הפלילי.

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

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

בחינת קשר זה שזורה בזכות של הנאשם להליך פלילי הוגן. העדר שימת-לב לחיבור שבין המשפט הפלילי והחוקתי, עלול להביא לכך שאי-הקפדה על כלל דיני זה או אחר - ובעניננו, חסר בחקירה הנגדית של הנאשם - לא תזכה למשקל הרاوي. עתה ארוחיב.

ג. הזכות להליך הוגן - בין משפט פלילי למשפט חוקתי

8. ההחלטה שהובאה לעיל בסוגיית היעדר חקירה נגדית, בעניין יצחק, אףלו ואלאר, ניתנה טרם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן גם: חוק-יסוד). לנוכח התפתחות חשובה זו, נכון להעיר את הדיוון, תוך הרחבות המבט החוקתי. הטעם בדבר הוא כי בכוחו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו להעizens את זכויות הנאשם במשפט הפלילי. ההחלטה - במיוחד אם לא רק בעשור האחרון - הינה בזכות להליך הוגן במשפט הפלילי כבעל זיקה לכבוד האדם וחירותו.

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

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

כן ראו את דברי הנשיא ד'בינש בפסק דין המהווה ציון דרך בעניין ישכרוב:

"ambil למצות את הסוגיה, נציין כי בשיטות משפט זרות הקרויבות לשיטتنا ואף באמנות בינלאומיות, כוללת הזכות להליך פלילי הוגן את זכותו של הנאשם לדעת מודיע נערץ ובמה הוא מושאם, הזכות להיות מיוצג על-ידי עורך-דין, הזכות להיות נוכח במשפט, הזכות למשפט פומבי על-ידי ערוכה בלתי תלולה וניטראלית והזכות להתגונן במשפט ולהציג ראיות רלוונטיות. כן כוללת הזכות האמורה את חזקת החפות, את עקרון החוקיות ואת האיסור להעמדת הנאשם בפני סיכון כפוף להרשעה בגין אותו מעשה (ראו: Cheney הנ"ל, בעמ' 77-78). במדינות רבות בעלות מסורת משפטית דומה

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

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

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

עליה כי זכותו של הנאשם להליך הוגן מושרשת היבט היום בשיטتنا. הנשיא ברק התייחס לזכות זו כ"זכות-בת", בין היתר משום שזכות זו איננה מופיעה מפורשת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (אהרון ברק כבוד האדם - הזכות החוקתית ובוניה כרך ב 868 (2014)). לצד זאת, ניתן לתלות את הפגעה בזכותו של הנאשם בחוק-יסוד, על מثالה רחב. למשל, בסעיף 5 לחוק היסוד מופיעה התיאthesis מפורשת לשילית החירות: "אין גוטלים ואין מגבלים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת" - על ההשלכות בכך להטלת עונש מאסר על הנאשם, שכן זכותו להליך הוגן נפגעת. עוד ניתן להפנות ליחס בין ההליך הפלילי לבין פרטיותו ובצנעתו של אדם, שאף בנוגע אליו קיימת התיאthesis בסעיף 7 לחוק-יסוד. אף סעיף 2 לחוק היסוד - "אין פוגעים בחיו, בגפו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" - עשוי להיות רלוונטי באופן הבא: הכתמתה נאשם בהרשעה מבלתי שנערך הליך הוגן פוגעת בכבודו.

ד. מה בין המשפט החוקתי למשפט הפלילי?

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

ביקורת חוקתית עשויה ללבוש בגדים שונים. למשל, ביקורת על חקיקה. זהו שימוש דרמטי בחוקי היסוד. קיימת אפשרות כי בשל אי-עמידה בתנאי פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - לרבות מבחן המידתיות על שלושת ריבוי - בית משפט יורה על ביטול חוק או חלק ממנו, גם אם נחקר כדי מבחינה פורמלית. הניסיון מלמד כי שימוש באופן זה בחוק-היסוד איננו נחלת החוקיקה הפלילית בדרך כלל. ודוק, זהה העירה בעלת אופי תיאורי ולא נורמטיבי. אין הכוונה שלא ראוי לעשות שימוש בicode זה במקורה המתאים, היפך הוא הנכון, אך יש להכיר בכך (פסק דין בהם נעשה שימוש בicode זה בדיון הפלילי, ראו ע"פ 4424 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) (2002), בגדרו נבחנה חוקיותו של סעיף 34(א)(1) לחוק העונשין, אך נקבע כי הוא עומד במבחן פסקת הגבלה; ובג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל (28.5.2012), בגדרו נקבע, בכספי למוגבלותיו שהותו בפסק הדין, כי אין עילה חוקתית להטעבות בicode סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתנו תקשורת), המאפשר לרשות החקירה בישראל לקבל לרשון נתונים תקשורתיים. לעומת זאת, ראוי עניין פלוני, במסגרת הוראה בית משפט זה על בטלותו של סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עוצר החשוד בעבירות ביחסו), הוראת שעה), התשס"ו-2006, לנוכח פגיעה בלתי מידית בזכותו החוקתית של עצור להיות נוכח בהליך מעצרו; לדין רחב בנושא, ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין פרק 4 (מהדורה שנייה, 2010)).

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

במשפט הפלילי מתקיים הליך פרטני בין המדינה לבין נאשם. בסופו של הליך, על בית משפט לפ███ האם יש להרשיء או לזכות את הנאשם מעבירה זו או אחרת. לרוב בפרקтика הפלילית, ההחלטה החוקתית לא משתקף בביטול חוק, באופן מלא או חלק, ולא בנסיבות של סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - אלא בהכרעה במקורה קונקרטי, תוך מיקוד בסעיפים שונים בחוקי המשפט הפלילי. אף אחד של העניין מתעורר בשלב הערעור. טול מקרה בו בית משפט הרשיء את הנאשם, תוך אי הקפדה על דרישת דינית. ערכאת הערעור נדרשת להכריע בדבר ההשלכה של הഫלה על התוצאה אליה הגיעו הערכאה המבררת, באמצעות חקיקה בדיון הפלילי, פסיקה ופיתוח פסיקה קוזמת. שאלה דומה יכולה להעורר בפני הערכאה המבררת עצמה, למשל כאשר נתען כי בוצעה הפרה על ידי הגוף החוקר והتبיעה הכללית. היתרון בicode זה, הוא שיש יותר רגישות לנسبות המקירה, מצב שמקנה יצירתיות לטוענים ושיקול דעתם המחייב. החיסרונו הוא שבשל וער העובדות - הרובד העקרוני, לרבות החוקתי, שבתוך המקירה הקונקרטי עלול שלא לקבל את המשקל הראוי. חיסרונו, ממשע שאין מצב זה רצוי.

נציג בicode דואק באמצעות פסיקה בה כן ניתן משקל לפגיעה בזכויות דיניות בהלים קונקרטיים. מנעד אפשרויות הפגיעה רחבה. למשל, הפגיעה עשויה להשפיע על בית המשפט בבואו להכריע האם לפ███ ראייה על פי חוקתנית הפסילה הפסילה הפסילה שנקבעה בעניין ישחרוב. אי קבלת ראייה זו או אחרת עשויה להשילך רשות על הנאשם או זיכוי. בעניין פרחי למשל, בית המשפט העליון פסל ראיית DNA מן הטעם שנעשה בה שימוש תוך הפרה של הבטחת המשטרה, ובכך נפגעה זכותו של המערער להליך פלילי הוגן ולפרטיות (ע"פ 4988 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626 (2011)). דוגמאות נוספות למנעד הפגיעה הן מתן הכרעת הדין מבלי שהוגשו סיכומים מטעם הגגנה (ע"פ 1262/08 ענתאי נ' מדינת ישראל (4.8.2014) (להלן: ענין ענתאי)); והיעדר הנמקה מלאה בהכרעת הדין (ע"פ 13/8631 פלוני נ' מדינת ישראל (4.2.2015) (להלן: ענין פלוני 2). בשני המקרים האחרונים התקף הוחזר לערכאה הדינית כדי לאפשר השלמת החסר, ולכתוב פסק דין משלים בהתאם.

נרחיב. ב诳ש הפלילי, בית המשפט בוחן או מעצב את ההליך על פי סעיפים או תקנות, למשל בicode סדר הדין

הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי), בתקנות סדר הדין הפלילי, התשל"ד-1974, או בפקודת הראות. מסקנתו, תהא אשר תהא, לא נזונה באופן ישיר מלשון סעיף חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינם מכילים הוראות קונקרטיות באשר למתכונת ניהול ההליך. בכך, שונה המצב מבגד הביקורת החוקית על חקיקה, שבגדרו מבחני פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק-יסוד הם שעומדים במקודם. בכך שונה המצב מישות משפטיות אחרות. למשל, תיקון החמישי לחוק האמריקאית, המגן גם על זכות השתקה; או תיקון השישי לה, המעגן בפרט את זכות הנאשם להעתמת עם העדים נגדו. האזכור המפורש בחוקה האמריקאית משים את הביקורת בסעיף הרלוונטי בחוקה ולא בסעיפיו אחד מהחוקים הפליליים. בשיטה הישראלית, בהיעדר הוראות מפורשות ומפורטות בחוקי היסוד, הדיון יסוב סביר סעיף בדיון הפלילי, או סביר פסיקה - אפילו זו שנפסקה לפני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו פסק דין של הנשיא אגרנט בעניין יצחק הנזכר לעיל.

אך זאת יש לזכור: ברקע, ולא רק, מצוי תיקוף החוקתי, הנובע מעקרונות השיטה ומחוקי היסוד. התוצאה היא שהזכויות הדיניות עלוי בדרגה, והן מקבלות גיבוי וחיזוק מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על שדרוג זה לתת אותו עניון הזכויות הדיניות בהליך הפלילי. על דרך השאלה, יש לשמעו את המילים של החוק הפרטני, יחד עם המנגינה של העקרונות החוקתיים. בית המשפט המאזין למנגינה, יסתה בה לפירוש ולניתוח הדין הפלילי, תוך עיצוב והעשרה זכות הנאשם להליך הוגן. אלה מאפייניה של השיטה הישראלית. ככל שיטה יש בה יתרונות וחסרונות, אבל על המשפטן - הפרקטי, הסניגור והשופט - להתאים את מלאכתו אליה.

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

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

משפט להתמודד עם הדיון הפלילי, הבדיקה בדבר קיומה של פגיעה חוקתית איננה מוחוץ לדין. כאמור, אל לו להתעלם מההיבטים החוקתיים של זכויות הנאשם. זו היא חלק מלałכתו.

מלacula זו רבה. כאמור, על בית משפט לצoud בדרכו שהמחוקק התווה לו, תוך שימוש בעקרונות החוקתיים במשפט הפלילי, בהוראות הדין ובפסיקה. ראוי להשיקף על אגד הוראות הדיון הפנים-פלילי הקים כמקשה אחת, שנועדה בין היתר להגן על זכויות הנאשם. ראוי הנכתב בעניין ענתאוי:

"התכלית של הגנה על זכויות הנאשם באה לידי ביטוי הן בדיני הראות והן בסדרי הדיון הפליליים. בהקשר הראייתי, ראש וראשון הוא ככל העדר הספק הסביר כתנאי להרשותה. לעניין סדרי הדיון, הגנה על זכויות הנאשם עולה בהסדרים חוקתיים שונים. דוגמאות לכך הן חובת הייצוג (סעיף 15(א) לחוק סדר הדיון הפלילי, התשמ"ב-1982 (להלן: החוק), המחייב מינוי סגנוր לנאים על ידי בית המשפט במקרים מסוימים), הנאשם זכאי להימנע מסירת גרסה או ראיות מפלילות ואין חייב להעיד במשפטו (סעיף 161(א)(2) לחוק; ראו גם סעיף 47 לפקודת הראות), עדי התביעה נשמעים לפני עדי הגנה (סעיפים 156-159 לחוק) והוא גם סדר הגשת הסיכומים (שם, סעיף 169), הנאשם זכאי לעזין בחומר החוקרי - בנבדל מהמדינה (סעיף 74 לחוק), וכן לניהול ההליך בשיקיפות (ראו, למשל, סעיפים 134 ו-186 לחוק) - ואין זו רשימה מלאה [...]. אכן, הזכות למשפט הוגן אינה בגדר מותרות, קישוט או פורמליזם גרידא. היא עומדת בלבית מלאכת עשיית הצדק במשפט הפלילי" (פסקה 4 לחווות דעת).

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

12. הבדיקה אם הפגיעה בזכות להיליך הוגן עולה לכדי פגיעה בכבוד האדם וחירותו - כפולה היא. ראשית יש לבדוק מה היא הזכות הדינית שנפגעה, ושנית באיזה מידת הזכות נפגעה. המבחןים משלבים, אך הסדר בו הוצגו אינם מקרים. כאמור, המבחן הראשון בחשיבותו הוא מה היא הזכות הדינית שנפגעה.

ככלל, לא כל הפגיעה בזכות להיליך הוגן עומדות באותו מקום בשורה. למשל, הפגיעה בזכות ההיוועצות עם עורך דין ובהגנה על זכות השתיקה, ניצבtas באזרח תחילתה. באופן עקרוני, ככל שהפגיעה בזכות להיליך הוגן עומדת יותר בקדמת השורה - דהיינו נוגעת יותר לכבוד האדם וחירותו (או שמא חירות האדם וכבודו) - כך יונתק לה משקל רב יותר. טול למשל פסק דין ע"פ 1301/06 עזבן אלזם נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 177 (22.6.2009), במסגרתו בית משפט זה קבע כי יש לפסול את הزادותיו של המערער ולזיכויו, עקב פגיעה בזכות השתיקה ובזכות ההיוועצות והייצוג, ה"נמנים עם מופעיה המובהקים של הזכות להיליך הוגן" (פסקה 8 לפסק דיןה של השופטת א' חיוט). ברקע, קביעות שונות של הדיון בדבר היקף זכות השתיקה ושלילת זכות ההיוועצות של עצור עם בא כוחו.

חשוב, וכי לא להזיל את הבדיקה החוקתית, יש לבחון היטב אם ככל קיימת פגעה כנדרש. לא כל פגעה, אלא פגעה בזכות הנאשם להיליך הוגן בעוצמה שיש בה לעורר היבטים חוקתיים. דוגמא לכך עולה בעניינו. התייחסתי לעיל ל"מבחן השאלה". רוצה לומר שגם אם יש ממשמעות - ולעתים ממשמעות רבה - להיעדר חקירה נגדית, בכלל או בנושא מרכזי, אין זה אומר כי יש לשאול כל שאלה אפשרית ביחס לכל נושא. נconi לשמר את הדוקטרינה של פגעה בזכות להיליך הוגן למקרה המתאים. אכן, תחנן פגעה דינית שאינה מגיעה עד כדי פגעה בזכות להיליך הוגן. פגעה כזו, עדין פגעה היא, ובמכלול נסיבות התקן יתכן שיש לה משקל. ברם, קביעה כי מדובר בפגיעה חוקתית, משנה את התייחסותו

של בית המשפט אליו.

יש חשיבות גם לבחן הסעד. מה היא התוצאה שמאזנת יותר בין האינטרס הציבורי לבין הפגיעה בזכותו של הנאשם? הובאו לעיל דוגמאות, בעניין ענטאוי וענין פלוני 2, בגדלים נקבע כי תחת השארת הרשות על כנה או זיכוי של הנאשם - ניתן להחזיר את התקין לבית המשפט קמא. זה אינו מצב ראוי מלבתילה, ואף אינו תמיד מתאים בדיעבד. בקצה, אף קיימת אפשרות של ביטול כתוב אישום מכוח הגנה מן הצדק על פי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי. סעד כזה, יתקיים כמובן רק כאשר יש פגיעה מהותית בעקרונות של צדק והגינות משפטית. דוגמאות אלו מציגות חלק מארגן הכלים של השופט במקרה המתאים בבאו לעצב את הסעד הפלילי בשל פגיעה ממשית בזכותו של הנאשם להליך הוגן.

ה. חקירה נגדית של הנאשם - חשיבותה ומעמדה החוקתי

13. **מצודים בכלל הבדיקה, ניגש לסוגיות אי-חקירה נגדית של הנאשם בעניין מרכזי במשפטו.**

מבחן מתודולוגית, נתיחס תחילה לעמדת הפסיכה בדבר המשמעות המعيشית של אי-חקירות עד - לאו דווקא הנאשם, לאו דווקא בהליך הפלילי. ככלמושרש הוא כי אי-חקירת עד כמויה קבלת גרסתו. הרצינול לכך הוא כי כאשר נמנע בעל דין מחקירה נגדית של עד, ההנחה היא כי אינו חולק על דבריו. כך בהליך האזרחי וכן בהליך פלילי (ראו עקב קדמי על הראיות - חלק רביעי 1949 (2009)).

הממשלה הבאה בבעניין, היא כי לנאים עומדת זכות לחקור את עד הנסיבות בחקירה נגדית. זכות זו, הננתפסת כחלק מזכות הנאשם להליך פלילי הוגן, "הוכחה בפסקה זכות דין ראשונה במעלה" (ראו ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל (2015) (להלן: עניין הולנד), פסקאות 59-56 לחווות דעתך וההפניות שם).

בעניין חג' ישיא שענינו בעמדתו של העד השותק ביחס לסעיף 10א לפકודת הראיות, נפלהחלוקת אם הזכות מגיעה לכדי זכות חוקתית. בעוד השופט א' גולדברג סבר שלא, מענין היה להביא את דבריו המשנה לנשיא מ' אלון שנכתבו בסמוך לחקיקת חוק היסוד:

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

הזכות האחרונה זכתה עם השנים להכרה (ואווסף להכרה רחבה וטבעית יותר) כזכות בת הנגזרת מכבוד האדם וחירותו (ראוי ברק כבוד האדם - הזכות החוקית ובונותיה, בעמ' 865-869; ובענין זכות הנאשם, תוך הפניה לבג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מ"ד(4) 626 (1990); ולדן פ' 4390/91 מדינית ישראל נ' חגי יחיא, פ"ד מ"ז(3) 661 (1993)). בענין הולילנד (פסקאות 59-56 (59-56) הודגישה ההתקפות וההרבבה בהכרה בזכות החוקית מאז חקיקת חוד-יסוד: כבוד האדם וחירותו ועד היום. הוצג הבסיס למסקנה כי הזכות לחקירה נגדית היא זכות בת של הזכות להליך פלילי הוגן, הנגזרת מכבוד האדם.

ושוב, ההתקפות ההיסטוריות מرتתקת. פסקין דין שונים הכירו בזכויות מסוימות בנימה חוקתית כללית, אף טרם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואילו לאחר כינון חוק היסוד, זכויות אלה שודרגו מכוחו. בענין פרחי, ציין השופט א' לוי כי: "בית-משפט זה הכיר בחשיבותה של הזכות להילך הוגן עוד קודם לחקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". הנשיא ברק מסכם את מעמד הדוגמאות השונות לזכות להליך הוגן, לרבות זכות הנאשם לחקירה נגדית, כך: "כל אלה זכויות אחרות הן 'זכויות יסוד' שאינן כתובות עלי ספר' אלא הן נובעות מישרין מאופייה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחררת חופש" (moboa בספרו של הנשיא ברק כבוד האדם - הזכות החוקית ובונותיה, בעמ' 865; הפנימית היא לבג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בעמ' נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415 (1962), מפי כבוד הנשיא מ' לנדיי בנושא חופש הביטוי).

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

"לדעתי, בקיומה של הזכות לחקירה נגדית ניתן לצריך לראות משומע ערך דיני אינוainerני ועצמאית שככל מהותו היא החובת השלטונית שבצדה של אותה זכות. כוונתי לחובת השלטון לאפשר לכל אדם להשתתף באופן מירבי בהליכי משפט העתידיים להשפיע על גורלו. ערך דיני זה עומד בזכות עצמה וללא כל תלות בתרומותיו לתוכאות המשפט. כפי שאין שוללים מאדם את חירות הביטוי גם כאשר מימושה של חירות זו לא תורם דבר לחיננו הפוליטיים או התרבותיים, כך אין להפחית את מידת השתתפותו בבירור אשמו גם כאשר ניתן לברר את העובדות הנחוצות בדרך אחרת" (אלכס שטיין, "סעיף 10א לפקודות הראיות ופירושים: התקפות חיובית או סכנה של עיוות-דין!", משפטים כא, 336 (1992)).

14. נעה קומה נוספת, למקומות מגוריו של עניינו. מה המשמעות של אי-חקירה הנאשם בחקירה נגדית על ידי התביעה, בכלל או בנושא מרכזי?

כאמור בסקירה שהובאה לעיל (פסקה 4), בענין אפילו הושם הדגש על תפוקידו של בית המשפט לחשוף את האמת. היבט זה אינו ממוצה את העניין, בוודאי שלא בדיון חוקתי. שוב נער, שאף טרם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בפסק דין של אגרנט בענין יצחק משנת 1962, הודגש הצורך להבטיח לנאים דין הוגן, וזאת על ידי הענקת אפשרות לנאים לשכנע את בית המשפט בגרסתו.

בצדנו בקומה השלישית, של אי-חקירה נגדית של הנאשם על ידי התביעה בכלל או בסוגיה מרכזית במשפט, הייתה מציג שלושה יסודות, הנשענים על אדנים חוקתיים.

15. היסוד הראשון הוא מנוקדת מבטו של הנאשם. שורש היסוד נטוע בזכות השתיקה._CIDOU, הנאשם אינו חייב להעיד במשפטו. זהה הוראת סעיף 161 לחוק סדר הדין הפלילי. כפי שנאמר לעיל, זכות השתיקה במשפט גם בחקירה המשטרתית ניצבת באזרע תחילת השורה של הזכות החוקתית להיליך הוגן. נגזרת מכך של המדינה להעמיד אדם לדין, היא זכותו של הנאשם לשפט במהלך המשפט. הנאשם רשאי לבחור בגישה של "שב ואל עשה - עדיף" (בשאלת מהMONONG במשפט העברי בעל משמעות אחרת, מהתלמוד הבבלי, עירובין ק, א). אין הוא חייב לנמק את בחירתו, ואף אסור לדרוש זאת.

בחירה לשתק על הצד האחד, מצבעה על קיומו של הצד الآخر. כאמור, כשם שנאים רשיין לשתק, הוא זכאי לבחור להheid. זכות השתיקה זכאות הדיבור. בכך, שוניה השיטה הישראלית מהמשפט העברי, לפיו יש חובת שתיקה: "אין אדם משים עצמו רשות" (ביבלי, סנהדרין ט, ב). בדיון הפלילי של המשפט העברי, הנאשם יוכל להheid אפילו יבקש זאת להרחבבה אודוטת התכליות והיתרונות המעשיים והעקרוניים באיסור על פי המשפט העברי, ראו פסקה 3 לפסק דין בע"פ 4179/09 מדינת ישראל נ' וולקוב (18.10.2010) (להלן: עניין וולקוב). בחרזה לשיטתנו, הנאשם רשאי שלא להheid אף אם לבחור למסור את גרטתו, בידיעו שהמשמעות היא שייחס לחקירה נגדית. זהה בחירתו, יש לכבדה. דוקא בשיטה אדואריסטית, הנפקות של חקירה נגדית הרבה מאוד (אף בכך יש שינוי בין השיטה הישראלית לבין המשפט העברי). הנאשם שאינו נהג בשב ואל עשה, ורוצה לעמוד ולהheid בעקבות העמדתו לדין, בוחר לספר סיפורו ולהתמודד עם הצד שכנגד הטוען שאין לקבלו ולא ברמה של הספק הסביר. דהיינו, יותר על זכות השתיקה, כורך בתוכו ציפייה של הנאשם לבירור עמוק של גרטתו. כל מרכיבי לבירור זה הוא החשיפה לחקירה נגדית. במשפט הפלילי זכות השתיקה רבת עצמה - והיא משליפה על משמעות הבדיקה להheid, ועל הזכויות העומדות לנאים שבחר בדרך זו.

בהתכלות רחבה יותר, ניתן לסוג את המצב בו הנאשם לא נחקר נגדית לאחר שבחר להheid כפגעה בזכותו של בעל דין לקבל את יומו בבית המשפט. דוקא, זכות זו הוכרה כבעל עוצמה ביחס לבעל דין בהיליך אזרחי. לתפיסתי, הפגעה קשה ביותר שאת כאשר עסוקין בנאים שלא קיבל את יומו בבית משפט, דהיינו בהיליך פלילי (ראו ברק כבוד האדם - זכות החוקתית ובנותיה, עמ' 873, בהקשר לכל סוג ההליכים, תוך אזכור ספרו של דוד שורץ סדר דין אזרחי - *חידושים, תהליכיים, מגמות 106* (2007)).

מה הוא הייחודי, מבחינה נקודת מבטו של הנאשם, בכך שה התביעה חוקרת אותו נגדית?

נcone, כי לנאים הזרמוויות נוספות להשמעת את גרטתו, למשל בראשית ההיליך הוא מסור את תשובתו לכתב האישום. אף בפרשת הגנה, במסגרת החקירה הראשית, הוא פורש את עדותם בפני בית המשפט. ואולם, הנאשם עוזה כן מבלי להעתמת באופן ישיר עם המסכת הראיתית המפלילה ובלי שמותחים בו באופן ישיר האישומים בהם הוא מושרע. אך יש להוסיף, כי בשלבים האחרים הנאשם מודרך באופן זה או אחר על ידי הסניגור. הלה עשוי לבחור לעיתים בעורצ שained מתגנש חזיתית עם טענות התביעה, משיקולי ניהול הhilיך. לעומת זאת, בחקירה הנגדית הנאשם מוביל על ידי התביעה, ובהתאם, הוא מעומת באופן ישיר עם עדותה. זהו השלב היחיד בו הנאשם בעצם שומע את גרטת התביעה ואת עיקרי העבירות בהן הוא מושרע - ומшиб להן. החקירה הנגדית היא שמאפשרת לבית המשפט להתרשם מהאופן בו הנאשם מתמודד עם שאלות הצד שכנגד, לבחון את מהימנותו ולברר פרטיהם נוספים בתחום הבדיקה. מכאן כי לעימות הישיר בין גרטת התביעה לבין גרטת הנאשם ערך ככל הציג גרטתו במטרה שתתקבל. יש בהתגשות וחיכוך בין העמדות - כדי לאפשר שיווף וחיזוק גרטתו. תולדת הדברים היא כי לנאים המעניינים כי זוכה, ولو מוחמת הסק, יש אינטנס ראשן במעלה כי עמדתו תעומת בעופן ישיר עם עמדת התביעה במסגרת החקירה נגדית. דהיינו, לא

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

לשון אחר, הבחירה להuide טומנת בחובה בחירה להיחשף לחקירה נגדית. ישנים נאשמים המוכנים "לשלם את המחיר", וישנם החפצים באתגר. הרושם הוא שישנם נאשמים לא מעטים המשוכנעים כי עימותם עם התביעה ייטיב עליהם ולפעמים התוצאה משקפת זאת.vr אוvr, נדמה כי בשיטה האדודורסית אי-חקירה נגדית של נאים, אולי עדותם נעדרת חשיבות, עשויה - במקרה או שלא - לפגוע בזכותו להליך הוגן. הנאשם עומד במרכז המשפט. בחרתו להuide, דווקא מפני שרשאי הוא לשתק, מהוות שלב מרכזי - אם לא המרכזי - במשפט.

16. אך ניתן להקשות על האמור. כאמור, ישנים נאשמים שרצו כי הנאשם יחקור אותם בכל עניין, בכל גושא וכמה שייתור - על מנת שלא יורשעו. ברם, לצד קבוצה זו של נאים, יש קבוצה אחרת, שאינה מעוניינת בהכרח כי החקירה הנגדית על ידי התביעה תהיה מקרים, מלאת אתגר ומתישה. בהינתן קבוצה זו, יש לשאול באיזה מובן זכותו של הנאשם למשפט הוגן נגעה?

התשובה בשלושה מישורים: נורטובי, מעשי והדין הרלוונטי. במישור הנורטובי - אל לראייה להיות צרה וסובייקטיבית. המיקוד איננו נוחות ההרגשה של הנאשם במהלך החקירה הנגדית. יתכן וילחץ. החוויה אינה בהכרח מהנה או קלה. לא זו הנקודה. השאלה היא האם זכותו להליך הוגן נגעת כתוצאה מהעדר החקירה הנגדית - מחדל המכרסם ביכולתו לעורר ספק סביר בגרסת התביעה. בchner זו, חיבת לשקלל את בחרתו להuide. תוצאה ישירה של הבחירה זו היא כי יחקר נגדית על ידי התביעה. הנאשם הבוחר להuide בוחר גם שלא לשתק וכן להחקר נגדית. אם לא יחקר, וה התביעה תבקש להרשייעו, התוצאה היא פגיעה בהוגנות ההליך ובממן אפשרות אמיתית לנאים להuide.

יש לזכור כי החלטת התביעה שלא לחקור מלווה בדרישה להרשייע את הנאשם אף על פי כן. דהיינו, הקשיים אינם כשה瑱ה מסכימה לזכוי באופן מלא או חלק, כי אז לא מתעוררת פגעה בזכות הנאשם. הצורך בהגנה על זכויות הנאשם מטעורר, מעשית ועינונית, כאשר התביעה מבקשת להרשייע באישום שבענינו לא נחקר נגדית. עתירה זו מטעם המדינה אינה יכולה להתעלם מבחרת הנאשם להuide, ומ��████ידה של התביעה לחקור אותו. הנאשם הבוחר להuide, אינו עושה בבחירה למחזקה. יפים לעניין זה דברי השופט לוי ביחס להליך הוגן, כתמונה הראי של עיונות הדין:

"זכות להליך הוגן כמו שהיא כמעשה **תצריף**. היא אינה מתמצית בהסדר דיןוני מסוים או בזכות ספציפית, אלא מבוססת עצמה על אגד של אמצעים, הסדרים פרוצדוראלים זכויות מהותיות המתקיימים בנסיבות, זה לצד זה, ושנועדו לאזן את יחסי-הכוח הבלתי-שוויוניים שבין הנאשם לבין התביעה, הנחנית בריגל ממעם דין עדייף ומיתרונות נוספים, וכן להבטיח כי לנאים תינתן הזדמנויות מלאה להציג גרסות חופות ולפעול להוכחתה" (ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל (30.11.2005) (ההדגשה הוספה. בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע, פ"ד סא(3) 93, (2006) 155).

ה הנאשם הבוחר להuide אכן מבקש הזדמנות מלאה לספר את סיפורו. זה חלק מכובדו. דהיינו, כי לא יורשע מבלתי שונמע - על אף בחרתו להישמע. בכךודה זו, קמה ומודקת החקירה הנגדית. ניסיון הנאשם לשכנע את בית המשפט כי אין להרשייע - "יבחן בפועל בשלב של החקירה הנגדית. העדר החקירה נגדית כמו מתן הזדמנות שלמה לשכנע את בית המשפט בגרסתו ובחפותו".

ענין זה מתקשר למישור המعاش. יש להתייחס למשפט הפלילי בארץ כפי שהוא. ריאליزم משפטי. הניסיון מלמד כי קשה לבית המשפט להתרשם מהחקירה הראשית בלבד. אמנם, בחקירה הראשית הסניגור אינו יכול לשאול שאלות מובילות, אבל הסיפור מוצג על ידי הנאשם ללא כל הפרעה, וכך משקלו אינו רב. אפשר כי בית המשפט יתרשם מהחקירה הראשית של הנאשם, אך יש לזכור כי הוא מעיד אחרי שהעידו כל עדי התביעה, אשר לרוב מבססים את קיומן של ראיות לכוארו נגדו. בהיבט המعاش, יש גם חשיבות לכך ששביטתנו, במחנן השטח, המקרים בהם נאים טוען שאין להסביר לאשמה או בוחר בזכות השתייה מעתים הם. בפועל, במשפט הישראלי הנאשם בוחר להעיד, והוא נחקר נגדית. עיון בפסק דין פליליים רבים - בכל הערכאות - מלמד בבירור כי בשלב החקירה הנגדית הוא שמאפשר לבית המשפט להתרשם מגוסת הנאשם, לקבוע ממצא לגבי, והוא קרדינלי בהכרעת הדיון.

במישור של הוראות הדיון, שלב החקירה הנגדית לא נסתר מעיני הנאשם. נהפוך הוא - חובה להציגו. בתחילת פרשת ההגנה, סעיף 161 לחוק סדר הדין הפלילי מחייב את בית המשפט להציג בפני הנאשם את האפשרויות העומדות בפניו. מבנה הסעיף הוא כך: דע לך נאשם, כי בפניך שתי בחירות - השתייה והדיבור. אם תשתק, הדבר ישמש כחיזוק נגדך (בהתאם להוראות סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי). ואם תעיד, תחקיר נגדית. אין זה עניין של עונש או איום, אלא מהות הבחירה להעיד - ויש לוודא כי הנאשם מבין זאת על ידי הסבר ברור ותמצית. הנה כי כן, משום שבבחירה השתייה שזורה ב证实 נגד הנאשם, הבחירה להעיד שזורה בחקירה נגדית. היבט זה אינו טף אלא עיקרי. טול מה הנאשם את העדות בחקירה נגדית - ופגיעה משמעותית במשקל עדותו, עד כדי ריקון זכותו להעיד מותOKEN.

נמצאו למדים שלושת המישורים - הנורמטיבי, המعاش, והוראות הדיון - כי היעדר החקירה נגדית של הנאשם להיעיד פוגע בזכותו למשפט פלילי הוגן. ההליך המשפטי נועד להעניק לנאשם הזדמנות לעמוד בראויות האשמה המדינה. מטרת הנאשם המעד היא להציג את גרטתו, בתקווה שבדרכו זו ישכנע או למצער יעורר ספק סביר. הנאשם אינו עד נוסף במשפט. הוא העד המרכזי, גם בהיותו צד להליך. יש לחבר בין עמידת הנאשם על זכותו להיעיד לבין כליל המשפט הפלילי. למשל, הנאשם יכול לבחור להיעיד בחקירה ראשית בלבד. אין בכךו של הנאשם לבטל את עצמתו של שלב החקירה הנגדית. لكن, העדפת הנאשם כי החקירה תהיה קצרה ולא ארוכה, או שתורכב משאלות קלות ולא מתעמתות וקשות - אינהמן העניין. הראייה כאמור חייבת להיות מנוקדת מבטו - כמובן שעומד במשפט, עשוי להיהו מושפע ולהיענה. לא במובן הצר והרגשי, אלא בראייה משפטית רחבה. יש להכיר בחינויות ובמרכזיות החקירה הנגדית עברו הנאשם אשר בחר להיעיד, ולאפשר לו להשתמש בכליה זה כדי להוכיח את חפותו או לעורר ספק סביר.

17. כאן הגיענו ליסוד השני. הוא מגע מנוקדת המבט של התביעה. זו לא רק חוקרת את הנאשם - היא הגורם אשר דורש את הרשעתו, ובהתאם העשתו. בשלבים שבין העמדת הנאשם לדין לבין הכרעת הדיון על ידי בית המשפט, התביעה לא רק שואלת שאלות, אלא גם מסכמת את הראיות לקרה עתירתה להרשיע. היא לא פועלת כגורם פרטי, אלא מייצגת את המדינה - על מעמדה הרם מול הפרט. בתור שצוזו, מוטלות עליה לא רק זכויות, אלא אף, ואולי בעיקר, חובות.

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

"תפיסת תפקido המעין שיפוטי של התובע אינה נובעת רק מכך שהוא מייצג את הציבור ואת המדינה, אלא, כאמור, גם מן הצורך לteborgר את הכוחות שהמשימה המוטלת עליהם היא חשיפת האמת. הציבור אין עניין בהרשעה כשלעצמה, אלא רק בהרשעת הנאשם. יותר משהרשותה החשובה של הציבור שלא יורשע חף. זאת ועוד, הציבור יש עניין מובהק שמי שמייצג אותו יפעל בהגינות מוחלטת..." (מרדיקי קרמנצ'ר "תפקידו של התובע בהליך הפלילי" פלילים ה-173 (1996); וראו גם מאמרה של הנשיאה - מרימן נאור "הפרק ליט בשירות המדינה" משפטים כד 417 (1994)).

כנגזרת מתקיידה המתואר של התביעה, מוטלת עליה חובה עקרונית לעורוך חקירה נגדית יסודית לנאשם. כללים דינוניים בעלי השכלות ראיות, לרבות ביחס לחקירה נגדית, חלים על הסניגוריה, קל וחומר על התביעה, ובן בון של קל וחומר על התביעה ביחס לחקירה נגדית של הנאשם.

הזרקוו מופנה אפוא לכך שהتبיעה לא רק חוקרת את הנאשם, אלא עותרת להרשיעו. עתירה זו של התביעה בסוף המשפט, מחייבת התנהגות הוגנת במהלךו. לכך השלכה על היעדר חקירה נגדית של הנאשם בנושא מרכזי. אין זה מן ההגינות כי אי-חקירה נגדית תזרור בכפיפה אחת עם בקשה להרשיע.

העניין מתקשר ליסוד הראשון - נקודת מבטו של הנאשם. החלטת האחוזן למסור את גרטתו המלאה שזורה בחקירותו הנגדית על ידי התביעה. כמובן, אין חובה על התביעה לחזור את הנאשם נגדית בכל עבירה, גם אם היא מרכזית. רשאית היא להודיע כי היא לא מבקשת להרשיע את הנאשם באותה עבירה, לנוכח התמונה הראויות למשל. הקושי נוצר כאשר התביעה נמנעת מלהזכיר את הנאשם נגדית - במילוי אחריות להעניק לו הזדמנויות מלאה להעיד - ובאותה נשימה מבקשת להרשיעו באותו עניין.

כאמור, היעדר חקירה נגדית של הנאשם אינו מתיישב עם זכות הנאשם למסור את גרטתו באופן מלא. התנהלות התביעה - גם אם אינה מכונת - פוגעת בזכויות הנאשם. אפשר אף להתייחס לכך כהיווצרות של מעין מניעות. מעניין לציין את גישת המשפט האנגלי בהקשר זה. כפי שיו בא בהמשך, עמדתו היא כי היעדר חקירה נגדית של עד מונע מהtabיעה לעתור לדוחות את גרטתו בשלב הסיכון. בלבית ישה זו, מודגשת התפיסה כי המשפט מתנהל בין שני הצדדים, על פי זירת המחלוקת כפי שהוגדרה ביניהם - וכייה לגישה האדוורסית. איןני קובע כי יש לצעוד בקצתה בnidon. די באימוץ תפיסה זו ביחס לנאשם בהליך הפלילי. כאמור, ההגנות בה מחייבת התביעה עשויה למנוע ממנו לעתור להרשעת הנאשם בעבירה, שעקב מחדל התביעה לא נחקר לגביה בחקירה נגדית.

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

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

(להלן: עניין גוטסдинר). זהה התפתחות מרשימה שמושפעת גם מכללים חוקתיים (ראו שגב נקדימון הגנה מן הצדקה פרק שmini (מהדורה שנייה, 2009)). בעניין אגרביה, חברתי השופט ד' ברק-ארץ התייחסה בין היתר להיבטים הבאים של הדוקטרינה, שلتעמי רלוונטיים לעניינו: "יש להביא בחשבון [...] את טוהר ההליך הפלילי, את השאיפה להביא לפסילת מהליכים נפסדים של התביעה ולשמור על אמון הציבור בבית המשפט" (ע"פ 5975/14 אגרביה נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (31.12.2015)).

לצורך הכרעה בשאלת שבפנינו, ניתן לישם, או למצער לשאוב השראה, מן הדוקטרינה של הגנה מן הצדקה, באופן הבא: הגנה מן הצדקה כשם היא - בבסיסה קולו של הצדקה, הדורש התאמת תוכנות המשפט באופן מלא או חלקי לקנה המידה שלו. בנסיבות זו, ניתן להשיק על היעדר חקירה נגדית של נאשם בסוג של השתק דיןוני כלפי עתירת התביעה להרשיע את הנאשם, בנקודות שעומדות בלבת החסר. כפי שהנאשם אינו יכול למצות את זכותו להעיד במשפטו - אך התביעה אינה יכולה למצות את כוחה ולבקש להרשיע את הנאשם לגבי עבירה, בשלא הציגה בפנוי את הסתיגותה מגרסתו, בסוגיה מרכזית במשפט, במסגרת החקירה. או מיולי תפקיד התביעה באופן זה, לצד דרישתה להרשיע אף על פי מחדלה - לא ראוי. דרך אפשרית זו של ראיית הדברים - קרי, מניעת קיומה של סטירה מהותית לעקרונות הצדקה והגינות בראשי המשפט הפלילי - משלימה את הדיון, באמצעות הצבת דרישת הגינות מהתוועע חלק מבחינת קיומו של הליך הוגן.

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

19. **היסוד השלישי - הספק הסביר.** כאמור, היסוד הראשון הוא מנוקדת מבטו של הנאשם. היסוד השני מגיע מנוקדת מבטה של התביעה וחובת ההגינות המוטלת עליו. נראה טبعי אףאו כי היסוד השלישי משקף את נקודת המבט של המכريع את הדיון - הוא השופט שיושב במשפט.

הדבר לא יחשב תגלית אם יציין כי מלאכת הבירור העובדתי קשה ביותר. נזכיר כי בשיטות משפטיות אחרות מלאכה זו מוטלת על גורם שאינו שופט מקצועני, למשל בשיטת המושבעים. ניתן להניח כי כל שיטה יתרונוטה. לעניינו, או ליתר דיוק לשיטتنا, נזכיר את חובת ההנמקה המוטלת על השופט המכريع את הדיון (ראו סעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי). הניסיון מלמד כי בית משפט אינו נוטה ל��ר במתן נימוקיו, ובתיקים בהם מושרע הנאשם בגין חמורה - ההנמקה עשויה להתרחב בהתאם. קר או אך, חובת ההנמקה מבטיחה כי בית המשפט יתחבט וכי נס לעובי הקורה ולעומק המחלוקת בין הצדדים. נדרש מהשופט לבחון ביסודיות רבה את העדים שהיעדו לפניו - וביתר שאת עדות הנאשם. לחם חוק הוא בדיקת תשובהו של הנאשם לחקירות שתי וערב נוקבות של התביעה. זהו שלב חיוני לתהיליך של בירור העובדות. היתי מוסיף כי במצב בו הנאשם בוחר להיעד ולהיחקר נגדית, זהו שלב עשוי להאיר באור שונה את מסכת הראיות ולהשפיע על גורל התביעה. תיאור הדברים האמור מתחבר עם כלל הספק הסביר.

כפי שציין לעיל, כלל הספק הסביר אינו עוד כלל ראוי. ניתן לומר כי דרישת הנטול המכובدة בהשוואה למשפט האזרחי نوعדה להגעה לחקור האמת. ואולם, האמת תאמיר כי יותר משמטרת הכליל היא להגיע לאמת, המטרה היא להימנע מעשיית טעויות - דהיינו, הרשעת החף. יש להכיר בכך כי בסיום של המשפט, אפילו אם קיימת נטייה להרשיע, על השופט לשאול האם יש ספק סביר שמנע אפשרות זו. החשש מטעויות עומד במלוא עוזו ביחס לעדות הנאשם. אין מנוס מכך, הוואיל והאחרון כה מרכזី בהליך, והפגיעה הפוטנציאלית בו כה חמורה. זכותו למשפט פלילי הוגן כוללת כי

ישמע, אם יבחר זאת, טרם בית משפט יכירע את דינו. ישמע - פירושו קבלת הזדמנות מלאה ואמיתית להשמיע את סיפורו ולערער את תחת הרשותה של הtribuna.

יסוד הספק הסביר קשור כאמור לנקודות מבטו של בית המשפט. מקרה בו בית משפט קובע את אשמו של הנאשם למשל כבר אחרי פרשת הtribuna, איןנו תקין. כמובן, בית המשפט יכול להיות מודע לכך שראיות הtribuna חזקות - ואף חזקות מאד - אך עליו להיות קשוב לעדות הנאשם "בלב פתוח ובנפש חפזה" (יש להשווות ויש להבדיל מהשימוש הרגיל). בעדות זו טמון פוטנציאלי לשכנע ולעורר ספק סביר. אין זה ראוי כי בית המשפט יעשה הערקה של הראות בכלל ושל עדות הנאשם בפרט מבלתי שהתקיימה חקירה נגדית. כפי שהוא לעיל, זהו כל הփירה הטובה ביותר לשם חשיפת הרובדים הגליים והנסתורים של האמת (פסקה 6 לעיל). במובן זה, ניתן להגביל את שיקול דעתו של בית המשפט. כפי שהשופט בערכאה המבררת אינו יכול לומר "שמעתי את עד המדינה, שהובטחה לו טובת הנאה, והשתכנעתי כי הוא דבר אמת אף אם אין לעודתו סיווע", אך אינו יכול לומר "עדי הtribuna באיכות כה גבוהה, אין טעם או תועלת שאשמע את הנאשם בחקרות שתי וערב". זהו הספק שבהערקה אם יש ספק. בית המשפט אינו יכול להניח אפרוריות כי לא יתרור ספק, מבלתי שנשמעה עדות הנאשם במלואה, לרבות - ואף בעיקר - חקירותו הנגדית. נהפוך הוא, קיימת חזקת החפות.

מצב בו הנאשם לא נחקר נגדית אינו רק חסר ראייתו, אלא פגעה יסודית בזכותו של בעל דין להליך פלילי הוגן. הtribuna الأخيرة כוללת את האפשרות לעורר ספק סביר. ואילו באשר להיבט החוקתי של הספק כבר נפסק:

"החויה להוכיח אשם פלילתית של נאם מעבר לספק סביר הינה דרישת בעלת אופי חוקתי. היא נגזרת מזכות הייסוד של האדם לחופש, ולהגנה על חירותו האישית מפני מעוצר ומאסר, ומפני פגעה בכבודו ובשמו הטוב. חובת ההוכיחה מעבר לספק סביר כאמור, משתלבת בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מכוחו אסור לפגוע בגופו, בחויו ובכבדו של אדם באשר הוא אדם. אל ערך זה נמצגת, בין היתר, גם חזקת החפות, ממנה נגזר העיקרון כי אין להרשע אדם אשר נותר ספק סביר באשר לאשמו (ע"פ 28/49 זרקה נ' היוזץ המשפטי, פד"ז 504, 524-523 (528) (ע"פ 6295/05 וכן נ' מדינת ישראל, פסקה 43 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (25.1.2007))."

כל הספק הסביר אף מחייב את בית המשפט לגשת למלאכת הבירור באופן אחר. למשל במקרים האזרחי, בבית משפט צריך להחליט איזה צד שכנע יותר, תוך הפעלת הכלל של המוציא מחבריו לעילו הראיה. הוא בוחן את המאזן. במשפט הפלילי, בית המשפט חייב להיכבד ולהיכנס לשיח הספק. נטל ההוכיחה הרם מחייב את בית המשפט לחת דעתו לכך שישנם מקרים בהם לא ניתן להכירע לכך או לכך - הרשעה או זיכוי מוחלט. או אז, הספק הסביר תופס את הבכורה. מלאכה זו עדינה מטבחה. ברוי כי עדות הנאשם עשויה לעורר ספק סביר. הנאשם ברוב רובם של המקרים הינו עד ראייה. הוא יודע אם ביצע את המעשה או לא.

20. לסיכום, הרובד העקרוני בהיעדר חקירה נגדית של הנאשם נשען על שלושה יסודות: זכות הנאשם להשמיע את קולו באופן מלא וafkaטי, תוך ויתור על זכות השתייקה; חובת ההגינות המוטלת על הtribuna; וכל הספק הסביר במשפט הפלילי. כל יסוד מתחבר עם נקודות מבט או זווית אחרת של הגורמים המעורבים במשפט - הנאשם, הtribuna, הtribuna והשופט בהתאם. זווית אלה מעכימות זו את זו. הן מעידות על החומרה הייחודית של אי חקירה נגדית של הנאשם.

ושם אל לב, כי היבטים חוקתיים שזורים בכל אחד מהיסודות. ראשית, זכותו של הנאשם לשטוק או להעיד היא עמוד 20

רכיב חיוני בזכותו להיליך הוגן. כשם שהוא זכאי לשתווק ולא להפליל את עצמו, כך הוא רשאי לדרוש להheid, במובן המלא והשלם של המונח. בדרך זו, קיבל את יומו בהיליך הפלילי. יוחפות לדבר יuid, יוחפות לשתווק ימנע מכך. אך משבחר להheid יש למצות את האפשרות עד תום. זהו חלק מכבודו וחירותו בהינתן ההשלכות האפשריות מהגשת כתבת אישום נגדו. שנית, ההגינות המוטלת על התביעה במשפט הפלילי - נזונה מהיותה המדינה. כוח התערבותה כחברה דרמטית בח'י הפרט וזכיותו - מכפיף אותה למסנטת של המשפט החוקתי. דרישת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לפיה אין גוטלים או מגבלים את חירותו של אדם, מופנית כלפי המדינה, ובמיוחד כלפי רשות התביעה המציגות אותה במשפט הפלילי. דרישת ההגינות מהתביעה קשורה מיניה ובהה לזכותו של הנאשם להיליך פלילי הוגן. נציגי המדינה כפפים לכללים ואמותות מידת הקבועים מראש, כדי לוודא שהכוון של המשפט הפלילי יופעל בהגינות כלפי הפרט. זאת לא רק כדי להגן על היחיד, אלא על החברה כולה. זכותו של הנאשם כי בית משפט לא ידון באישום נגדו כאשר עומדת לו הגנה מן הצדקה, אף היא חלק מהזכות להיליך פלילי הוגן (ראו ברק כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה, בעמ' 865 וההערות שם). שלישיית כל ההכרעה המיוחדת למשפט הפלילי - הוכחת האשמה מעבר לכל ספק סביר, הוא "قلب שמירה" המגן על זכויות הנאשם ברובד החוקתי. מדובר ב"כל יסוד במשפטנו, ואין בלאו". בסיסו העקרונות החוקתיים בדבר כבוד האדם וחירותו בכלל, לרבות הגנה על חיויות האישית מפני מעצר ומאסר" (ע"פ 7450/01 אבו ליטאף נ' מדינת ישראל, פסקה 32 לפסק דין של השופט ד' ברלינר (31.7.2007); וכן ע"פ 7220/05 נימר נ' מדינת ישראל, פסקה 26 לפסק דין של השופט א' פרוקצ'יה (31.5.2007)). כאמור, חקירה נגדית של הנאשם - בהינתן כוחה של הראונה ומעמדו הייחודי של האחרון - מהוות הזדמנות פז להוציא את חפותו ולעורר ספק סביר. אין לפסווח על שימוש בכלים זהה המענה הישיר של הנאשם לכתב האישום שהוגש נגדו על ידי המדינה. כך נבע מהעיקרון החוקתי.

טרם חידוד היבט המאחד בין שלושת היסודות, ניתן כי מבטו של כל יסוד רחב בפני עצמו, ובעל ממדים שונים. למשל, זכות השתקה אינה מחייבת את הזכות של הנאשם להheid, אלא מחזקת אותה. בחרית הנאשם להheid מחייבת הן את התביעה והן את בית המשפט. ההגינות של התביעה חשובה לא רק לייחד אלא לכלל. היא עוסקת לא רק בזכויות הפרט אלא בחובת השלטון שמאפיין את כוחו באופן עשוי להביא לשיללת חירותו של הנאשם. אין זה אומר כי שימוש בכוח זה הינו פסול, אלא שיש להפעילו על פי כללים חוקתיים - אף הם לטובת החברה. כל הספק הסביר ודיני הראות נועד להגביל את שיקול הדעת של בית המשפט ואף לעצמו במשפט הפלילי. הוא מהוות מורה דרך גם למלאכת התביעה ותמרור אזהרה מפני פגעה בזכויות הנאשם.

המשמעות שלושת היסודות הוא כי לא ניתן להשאיר את נקודת המבט של המשפט החוקתי מחוץ לדין. אף אם כל'י העובודה מצויים בדי הפנים-פלילי - הפרשות ודרך היישום יונקים את תוכנם מהמשפט החוקתי. כאן המשמעות של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. דין זה מרחב ומוסיף על מערכת השיקולים שהובאו בפסקה שקדמה לו. משכך, להש>((פטי, מצומצם הסוגיה של היעדר חקירה נגדית לרובד של חקר האמת מציג תמונה חלקלית. מבחינת גילוי האמת, חלקו של הנאשם לא בהכרח גובר על כל עד תביעה אחר. ועודין, מנוקודת מבט של המשפט הפלילי, הפור בין הצדדים, נטל ההוכחה, זכויות הנאשם, חירותו וכבודו - הוא עולה על כולם. ההסתכלות על התפר שבין המשפט הפלילי והמשפט החוקתי מדגישה את המסקנה כי על בית המשפט לשמור על זכויות הנאשם להיליך הוגן. ניתן לומר, כי שלושת היסודות יונקים משורש אחד - זכותו של הנאשם לכבוד ולחירות, ממנה נגזרת הזכות להיליך פלילי הוגן, על בנותיה.

ו. הסעד - השלכות ההפרה

21. נישם עתה את הדרך לבחינת הממד החוקתי בנושאים ובמקרים. מה המשמעות וההשלכות של היעדר חקירה

צון לעיל כי לא כל פגיעה בזכות להליך הוגן בהכרח מגיעה לפגיעה בכבוד האדם וחירותו. לדוגמה, זכות הנאשם להיות עד ראשון בפרשת הגנה.vr נקבע בחוק סדר הדין הפלילי (סעיף 161(ג)), ולענין זה רצינאים ברורים שאין זה המקום להרחב בהם. ונניח כי בית משפט, בשל שיקולים אלה ואחרים, מחליט - בוגוד לעמדת הסניגור - כי עד הגנה יעד קודם. יתרון מאד שנוצרה פגעה בזכות הנאשם להליך הוגן. ברם, פגעה זו אינה מגיעה בהכרח לכך פגעה חוקתית בכבוד האדם וחירותו.

הבחינה האם פגעה היא בזכות או בזכות חוקתית, נזרת, כאמור, מבחן כפוי: מהי הזכות הדינונית שנפגעה ובאיזה מידת הזכות נפגעה. באשר לאופי הזכות שנפגעה, הנি�יח שמדובר לעיל ביחס לשלוות היסודות, לרבות המרכזיות של שלב החקירה הנגידית עבור הנאשם אשר נאשם במשפט הפלילי, מלמד כי הזכות הדינונית שנפגעה היא יסודית וממשית, ומזכיה בגרעין הזכות להליך פלילי הוגן.vr, שבמובן העקרוני פגעה בה עשויה לעלות לכדי פגעה חוקתית. זאת בכספי למבחן השני העוסק בעצמת הפגיעה בזכות. שוב נסתיע בדברים שהובאו לעיל. נציג כי היעדר כל חקירה נגדית בסוגיה מרכזית - ובעניננו למשל ביחס לאחד מיסודות עבירות השוד, רכיב הגנבה - מלמד על עצמתה הרבה. המסקנה היא כי עסקין בפגיעה חוקתית.

22. מהו הסעיף המתאים בהתקיים פגעה - בעוצמה צזו - בזכות הנאשם להליך הוגן? אפשרות אחת היא כי בכל מקרה בו הנאשם כלל לא נחקר נגדית ביחס לעבירה מסוימת, יש לו זכותו ביחס לאותה עבירה. קבלת עמדה זו ממשמעותה כי הזכות למשפט הוגן בהקשר של היעדר חקירה נגדית - תהא בעלת משקל אבסולוטי. אין בכךו כי המשקל מוחלט. הרि, עמדה מושרשת בשיטה כיום היא כי זכויות בכלל, זכות הנאשם להליך הוגן בפרט, יחסיות המה. בנוספ', קשת התרחישים רחבה מאוד, והניסיון מלמד כי לא תמיד ניתן לצפות את כל הווריאציות העבודתיות.מן העבר الآخر, אין לפתח פתח רחב מדי לאי-תוחלת הכלל. יש להימנע ממצב בו ניתן יהיה, לרוב, להתגבר על המחדל של היעדר החקירה הנגידית מנימוקים שלא נותנים מענה לפגיעה החוקתית.

לכן, הייתה קובלע כלל וחריג לכך. סיווגים אלה יקלו על בחינת ממשמעות הפגיעה. הכלל הוא כי הימנעות מהחקירה נגדית של הנאשם, בכלל או ביחס לעבירה מסוימת, מובילה באופן ישיר לקבלת עמדתו באותו נושא. כלל זה נותן ביטוי לפגיעה בזכות החוקתית להליך הוגן - הנשענת על שלושת היסודות שהוצעו לעיל - ולהיבור הרואי בין המשפט הפלילי לבין המשפט החוקתי. החירג יתקיים כאשר קיימים הסבר המצדיק סטייה מהכלל. אולם, הסבר זה לא יכול את טענת התביעה כי היעדר החקירה נבע משכחה ללא כוונת זוון; ואף לא ניתן להסתפק בטענה או בקביעה לפיה מבחינה ראייתית ניתן לבסס את הרשותה גם בהתעלם מעדות הנאשם, למשל בהסתמך על עדי התביעה. קבלת הסברים מעין אלה עלולה לרוקן בפועל את הכלל מתוכן. התוצאה תהיה שברוב רובם של המקרים התביעה תוכל להתנער מחובתה, ובית המשפט לא ייחס להיעדר החקירה הנגידית את המשקל הרואי.

אלא, החירג יתקיים במקרה בו ניתן מענה אמיתי לפגיעה בזכות הנאשם למשפט הוגן מנוקודת מבטו - באופן שיכולתו של הנאשם להתגונן במשפט ולהشمיע את קולו בסוגיה שלגביה לא נחקר לא נפגעה. זה הוא השיך הרלוונטי, והסביר צריך להתייחס לכך. לא "התובע שכח"; לא "בית המשפט התרשם מצורה כה חיובית מעד תביעה באופן שעוזרת הנאשם לא יכולה להיות להשפיע" - אלא כי זכותו של הנאשם כאמור לא נפגעה. הכרה בחירג מעין זה, מותירה שיקול

דעת מסויים בבית המשפט. באופן זה, תמנע הפיכת הכלל למוחלט, תוך שימושו בכל מקרה ומקרה, אך בד יוכל הוא לצעד ולתפקידים, תוך_Regישות להיבטים ה חוקתיים של הסוגיה וולערטי היסוד של השיטה. הנintel לקיומו של החרג מוטל על התביעה. בהקשר זה, של שכנו בדבר קיומו של חרג - אין היא יצאת ידי חובתה על ידי התייחסות לגרסת ההגנה בלבד. דהיינו, אין די בטענה כי לנוכח גרסת ההגנה, אין בהיעדר חקירה נגדית בסוגיה הרלוונטיית כדי לגרום נזק להגנת הנאשם. היישום של הכלל והחריג יבוא בהמשך, ביחס לדין במרקנו.

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

шиיקול הדעת השיפוטי כולל - אף בהיעדר הממד החוקתי - התייחסותו של בית המשפט לגרסת הנאשם, לשאלות שנשאל ולשאלות שלא נשאל. זהו שיקול הדעת המוכר והרגיל המוענק לבית המשפט הקבוע מצאים עובדים ומשפטים. עם זאת, חקירה מצומצמת לא תפעיל את הסעיף החוקתי של קבלת גרסת הנאשם בנוסאו בו לא נחקר עובדתית מסויימת, שאינה מרכזית כהגדרה בהמשך. אם הפגיעה חוקתית - יש כלל של קבלת גרסת הנאשם, כאמור. ואולם, אם נאשם לא נחקר בנסיבות מסוימת, שאינה מרכזית - יש לכך משקל והשלכה בהתאם לנסיבות העניין, הפסיקה הנווגת, מכלול הראיות ושיקול דעתו של בית המשפט (וראו פסקה 13 לעיל והפניות שם).

נזכיר שוב את מבחן השאלה שהובא לעיל. דהיינו, הכלל לא יכול כאשר יושמעו טענות לפיהן החקירה מוגבלת, לא מזכה, היה ראוי לשאול שאלות נוספת וצדומה. יוצא, כי הכלל יכול רק במקרים קיצוני - כאשר לא נערכה כלל חקירה נגדית בסוגיה מרכזית, תוך התייחסות לעיקרי המחלוקת בין הצדדים בסוגיה. וווער שוב כי, ככל התביעה נהוגת מכוח תפקידה באופן שלא מעורר צורך להפעיל את הכלל האמור, ובמבי שnocherta פגיעה בעוצמה רבה בזכות הנאשם למשפט הוגן בשל אופן החקירה הנגדית. כך ראוי.

24. ברוח זו, יש להגדיר מה היא סוגיה מרכזית שאי קיים חקירה נגדית לגבהה, עולה כדי פגעה בזכות חוקתית וمبرיא להפעלת הכלל. סוגיה זו יש להגדיר כך: סוגיה מרכזית וחונית להרשעה, בהינתן מרכיבי סעיף העבירה, ותוך התייחסות לעיקרי המחלוקת בין הצדדים (להלן: סוגיה מרכזית). כמובן, ההגנה רשאית למצמצם את המחלוקת בין הצדדים - ובהתאם את היקף החקירה הנגדית הנדרשת. סוגיה מרכזית לצורך הפעלת המנגנון החוקתי, אין פירושה כל מחלוקת עובדתית בין הצדדים, והיא אינה יוצרת בהקשר זה חובה לחקור את הנאשם ביחס לשכל הגרסאות שהוא עולה בחקירה במשטרה ובבית המשפט. יש משמעות למשמעות של סוגיה לשם ההרשעה ולמרכיבי סעיף העבירה הרלוונטי. כאמור, רק סוגיה העומדת בליבת ההרשעה בעבירה, על מרכיבה.

נדמה כי הגדרת המונח "סוגיה מרכזית" קשורה בקשר אמיתי לעתירת התביעה להרשייע את הנאשם בעבירות המניות בכתב האישום. עתירה להרשייע בעבירה זו או אחרת - ללא חקירה נגדית לצידה ביחס לעיקרי המחלוקת - יוצרת פגעה חמורתה בזכות הנאשם למשפט הוגן. הסיבה לכך לתקוף התביעה. ככל שברצונה לדרוש מבית משפט להרשייע נאשם בעבירה מסוימת - עליה לעורר חקירה נגדית אודות אותה עבירה. הגזרה הרלוונטית היא

העבירות בהן עותרת התביעה להרשי. כידוע, הנטול להוכחת האשמה מוטל על שכמיה של התביעה מראש הראים ועד סוף הסתומים.

תציג דוגמא על מנת להמחיש את דרך היישום של הכלל שהוצג. למשל, הנאשם מואשם בעבירה חטיפה לשם שחיטה ובעבירה מעשה מגונה. מדובר באירוע אחד מבחינת זמן, במובן זה שהחטיפה בוצעה כדי לScheduler כסף מהמשפחה, והמעשה המגונה בוצע במהלך החטיפה. היה והנאים מכחישים את ביצוע העבירות - יש לחקור את הנאשם לגבי כל אחת מהן. כך גם במקרה בו הנאשם מכחיש שכללו היה במקום ומעורב במקרה. לא די בחקירה נגדית שנזעדה להוכיח שה הנאשם היה במקום ברגע לטענותו. אף לא די בחקירה נגדית בדבר נוכחותו במקום ומספר שאלות בדבר ביצוע עבירת החטיפה לשם שחיטה. על התביעה להטיח בפניו הנאשם שאלות הן בדבר ההאשמה כי הוא היה במקום, הן ביחס לעבירה חטיפה לשם שחיטה - והן ביחס לעבירה המין. הסיבה לכך, נסובה סביר ההנחה שבשים המשפט התביעה לא תבקש לקבוע רק כי הנאשם היה במקום או ביצע רק עבירה חטיפה לשם שחיטה - אלא אף כי ביצע את עבירת המין. ושוב, מבחון השאלה. אין אף לא ניתן לקבוע כמה שאלות יש לשאול ביחס לביצוע עבירת המין, או אילו שאלות יש לשאול. כפי שצוויל לעיל, חקירה נגדית היא מלאכת מחשבת, תהליך גמיש ומתחפה - התלו גם בסגנון השואל ותשובות העונה.

לסיום, הייעדר חקירה נגדית של הנאשם עשויה לפגוע בזכותו החוקתית למשפט פלילי הוגן. כך כאשר לא נערכת חקירה נגדית כלל, או בסוגיה מרכזית כפי שהוגדרה. סוגיה מרכזית כוללת, למשל, אי חקירות ביצוע רכיב עבירה, שמהווה עבירה בפני עצמו. כך בעניינו, הנאשם אומנם נחקר אודות האלים, כחלק מעבירת התקיפה, אך לא נחקר ביחס לרכיב הganiva שהוא תנאי לעבירה השוד בה הורשע - אף שרכיב זה שניי בחלוקת. כמשמעות פגעה צזו, הכלל הוא כי לא ניתן לקבל את גרסת התביעה בנוגע לעבירות שלגביהן הנאשם נחקר. קיומו של חריג לכלל, לא יבחן מנוקודת המבטו של הסיבה למחדל התביעה, ואף אין די בכך שבית המשפט התרשם בעוצמה צזו מעדיו התביעה כן שסביר שאין נפקות להיעדר החקירה נגדית. על מנת להפעיל את החריג, שיאפשר קבלת עתירת התביעה להרשותו של הנאשם, תיבחן הפגיעה בהליך הוגן מנוקודת מבטו של הנאשם. נטול השכנוע בעניין זה מוטל על התביעה.

ג. משפט משווה

25. הפניה למשפט המשווה עשויה לתרmor בגישה הכללית שהוצגה. דהיינו, יש ממשמעות - ואף ממשמעות רבה - להיעדר חקירה נגדית של בעל דין בכלל ושל הנאשם בפרט. במהלך המסע, יושם אל לב לך שבשיטות המשפט ניתן ביטוי לשלוות היסודות שהוצגו - זכות הנאשם להעיד מצד שני של זכותו לשתוון; חובת ההגינות של התביעה; וכלל הסקפ הסביר. נזכיר כי בעוד היסוד הראשון הוא מנוקודת מבטו של הנאשם, היסוד השני בא מכיוון התביעה, והיסוד השלישי חשוב במיוחד לאור המקרה - הוא השופט בשיטתנו. עיון במשפט המשווה ישיכלנו לשיסודות אלה מעמד מוצדק גם בשיטות משפט דומות.

התפיסה המשפטית בארץות הברית היא כי לנאים זכות להעיד במשפטו. זכות זו מעוגנת בתיקונים 5, 6 ו-14 לחוקה האמריקאית, ומוכרת כחוונית להליך הוגן בשיטה האדואורסית. כפי שנכתב:

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

Constitution. It is one of the rights that ‘are essential to due process of law in a fair adversary process.’ Faretta v. California, 422 U.S. 806, 819, n. 15 (1975)”(Rock v. Arkansas, 483 U.S. 44, 51 (((1987
 יומו במשפט: “re Oliver, 333 U.S. 257, 273 (1948

הגישה היא כי הזכות להיעדר היא חלק מהענתקת הזדמנויות לנאשם להישמע במסגרת הגנתו, וכך מזכותו לקבל
 יומו במשפט: “a right to his day in court” (re Oliver, 333 U.S. 257, 273 (1948

זכות הנאשם להיעדר כוללת את חובת התביעה לחזור אותו נגדית. נפסק כי היושרה של ההליך האדוארסי
 Taylor v. Illinois, 484 U.S. 400 (“The integrity of the adversary process”). תלוייה בחזבזה זו של התביעה (415 (1988
 בהתאם, הדרך לערער את מהימנותו של הנאשם הוא על ידי חקירה נגדית ולא על ידי העלאת טענות
 בסיכון בלבד. דרך אחרת זו לערער על מהימנותו של הנאשם הוגנת מעיקרה, שכן היא אינה מאפשרת לנאשם
 להסביר. כפי שנכתב: “this method of impeaching the defendant’s credibility was fundamentally unfair... [as it]... precluded the defendant from offering any explanation” (People v. Spinelli, 631 N.Y.S. 2d 863, 868 (N.Y. App. Div. 2d Dep’t 1995
 האפשרות לפיה חבר המושבעים הוא שיקבע את העובדות.

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

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

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

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

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

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

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

הדין האוסטרלי, אף הוא צועד בעקבות המשפט האנגלי. בעניין *Allied Pastoral Holdings v. Federal Commissioner of Taxation* (1983) 44 ALR 607 אשר מחייבו לקבוע את העובדות. הובא שם פסק הדין האוסטרלי בעניין *Reid v. Kerr*, (1974) 9 SASR 367 אשר מחייבו לקבוע את העובדות. נקבע:

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

זהיינו: שופט רשאי כי יציגו בפניו סוגיות עובדות שמעוגנות היטב בשדה הראיות. אין דבר יותר מתרסכל עבורי קובעי העובדות מאשר להיחשף לשני מארגי ראיות הסותרים זה את זה מהותית, אך לנוכח היעדר חקירה נגדית - כפי שניתן ללמידה מעניין *Browne* - לא עומתו זה עם זה, וחולפים בשלווה האחד על פני השני, כשתי רכבות בלילה.

המשופט לסקירת המשפט הוא כי כתנאי לבקשת לדוחות גרסה, יש ליתן לצד שכגד אפשרות להתמודד ולסתור. סיכומים משמעו למסכם את הראיות והטענות, ולא לחפש בדבר סתרות שהצד שכגד לא קיבל הזדמנות לשמעו אותן בזמן עדותו. ביסוד דרישת זו, הוגנות (fairness). השיטה האמריקאית הנשענת על החוקה, והמתמקדת בנאשם בהליך פלילי - מכירה בכך שזכות השתיקה כוללת הזכות שלא לשחוק. הזכות לדבר ולהעיד, והזכות של הנאשם לעממת את עדי התביעה (תיקונים 5, 6 ו-14 לחוקה). מעניין כי המשפט האנגלי, בדרך כלל, אינו מתבסס על חוקה. ברם, דווקא שיטה זו, על ידי הצגת כל פורמלי מוכיח עניין *Browne* לפני 125 שנה, מבונן מסוימים מקפידה יותר, וככל אליה מאפשרת להציג בסיכומים גרסה שלא עברה את כור ההיתוך של החקירה נגדית. עמדת המשפט האנגלי מובעת מהכרה בשיטת האדוארטית במסגרתה הצדדים מגדרים את הפלוגאות ביניהם. אין תמה כי הכללים הללו הם במשפט הפלילי והן במשפט האזרחי. דעתו היא הדברים נכונים בכמות ואיכות אחרת במשפט הפלילי בשל המאפיינים הייחודיים כפי שפורטו לעיל.

כמובן, לא באתי לפסק על פי המשפט הזר, אך יש בדברים כדי לתמוך בגישה, ولو בהיבט האנגליטי. עם כל ההבדלים בין השיטות השונות, ובין אלה לנו, המסורת ופרוי הניסיון מניהול משפטיים, מצבעים על תועלת בבחינה ההשוואתית. בראייה כוללת, על השיטה הישראלית - אשר להש>((פטי)) מכרה בחינוי החקירה נגדית של הנאשם בהליך

הפלילי - לגזר את ההחלטה הרואיות מהמפגש בין זכויות היסוד של הנאשם במשפט הפלילי לבין הרובד החוקתי שלו. כפי שIOSBER, מקרנו עומד בקצהו, כאשר המערער לא נחקר נגדית ביחס לאחד מיסודות עבירות השוד, זו העבירה החמורה יותר בה הנאשם.

ח. המשפט העברי

26. אף את קולו של המשפט העברי יש לשמעו. אמן באהזנה ראשונה אפשר להקשות ולומר: "מה לשיטה משפטית זו, שבדין הפלילי נאשמים אינם מייצגים, ולטוגיה שלפנינו - השלכות העדר חקירה נגדית של הנאשם על ידי התובע בסוגיה מרכזית?". אך אשייב כי תרומותה בעמekaת היסוד השלישי שהובא לעיל - הספק הסביר, הנבחן מנוקודת המבט של בית המשפט. כפי שנראה, סדרי הדין של המשפט הפלילי העברי ייחודיים הם. קיימת רגשות מפליגת - עד כדי סוג של העדפה מוסדית - לתוצאה של זכויו הנאשם. בתרגום לשון ימין, גישה כזו מחזקת את הראייה החוקתית, המניחת במרכז את הנאשם ואת זכויותיו.

הערה מקדמית אחת. המשפט הפלילי התלמודי, בדומה לשיטות משפטיות אחרות עד ימינו אלו, הכיר בתוצאה של הטלת עונש מוות בגין ביצוע עבירות פליליות דוגמת רצח. אם כי לשם הדיקוק - וזה חלק מהענין - קיימת מחלוקת בין חכמי התלמוד בדבר עונש המוות. רביעקבא ורב טרפון טוענים כי לו hei יושבים בסנהדרין, לא היה מושרע אדם לעולם בעבירה שדינה מוות. חכמים אחרים מפרשים כי ניתן להגיע לתוצאה כזו, למשל, באמצעות העלאת ספק ביחס לקיומו של קשר סיבתי בין מות הקרבן ומעשהו של הנאשם, שמא הקרבן מת בגין סיבה פנימית כלשהי ולא בגין פגיעה הנאשם (בבלי, מכות ז, א). אשר לביצוע בפועל של עונש זה, הובאה עמדה בתלמוד לפיה בית דין שגורר עונש מוות פעמי שבעים שנה נחשב לבין דין "חובלני" (שם). למטרתו, זה העיקר, הדיון העברי התייחס בזהירות לעונשה מכל סוג, והכללים שיוצגו רלוונטיים להבנת תפיסתו הרחבה של המשפט הפלילי.

נעמדו על חמישה נקודות העוסקות בתפקידו של בית הדין בהליך הפלילי העברי - זכויו הנאשם.

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

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

"מה בין דיני ממונות לדיני נפשות? [...] דיני ממונות פותחים בין לחובה, דיני נפשות פותחים לזכות, כמו שביארנו, ואין פותחים לחובה; דיני ממונות מティין על פי אחד בין לזכות בין לחובה, דיני נפשות מティין על פי אחד לזכות ועל פי שניים

לחובה; דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה, ודיני נפשות מחזירין לזכות ואין מחזירין לחובה, כמו שביארנו; דיני ממונות הכל רואין למד זכות או חובה, בין הדינים בין התלמידים, ודיני נפשות הכל מלמדין זכות, ואפלו התלמידים, אין מלמד חובה אלא הדינים; דיני ממונות הדין המלמד חובה חוזר ומלמד זכות והמלמד זכות חוזר ומלמד חובה, דיני נפשות המלמד חוזר ומלמד זכות, אבל המלמד זכות אינו יכול לחזור ולמד חובה, אלא בשעת גמר דין יש לו לחזור ולהמנת עם מהי'ין, כמו שביארנו; דיני ממונות דין ביום גומרין ביום בלילה, דיני נפשות דין ביום גומרין ביום; דיני ממונות גומרין ביום בין לזכות בין לחובה, דין נפשות גומרין בו ביום לזכות ביום של אחריו לחובה" (רמב"ם, משנה תורה, הלכות סנהדרין יא, א).

תשומת הלב להופעת המילה "זכות" שוב ושוב בהקשר של הדיון הפלילי. לו היינו נדרשים לסקם במשפט תמציתי אחד את ייחודם של דיני הנפשות, ניתן היה לומר כי בדיני נפשות יש לנסות ולזכות, ואיך זו גמור. זהוי ליבת המשפט הפלילי העברי - החובה למד זכות. זה, למשל, ההסבר לדברי הרמב"ם בדבר הצורך ברוב המוחש של שני דינים לפחתות לשם הרשעה, לעומת רוב רגיל, של דין אחד, הנדרש בדיון האזרחי. כך מוסבר גם הדיון לפיו אין להכריע את דין של הנאשם בתוך יום, אלא חובה "לلون" על הכרעת הדיון לפחות לילה אחד, בניסיון למצוא אפשרות לזכוכו. דוגמא נוספת שמזכיר הרמב"ם היא חוסר האפשרות של דין שיזכה לחזור בו מעמדה זו במהלך הדיון. מגמת כל זה להביא את הדיון לידי בחינה מקסימלית של הראיות, בתקווה למצוא ראיות מצוכות.

ב. דיני ראיות מחמירים. תפkid בית הדין - זיכוי הנאשם - משלב גם בסוגיות קשיי ההוכחה המאפיינים את ההליך הפלילי העברי. כפי שכתב הרב נפתלי הירש (גרמניה, המאה ה-19, בן של רשות הירש), על פי הדיון העברי האליהו שופט כל הארץ. הרב הירש מפנה בהקשר זה למזהור בספר תהילים, לפיו "אליהם נצב בעדת אל, בקבב אלהים ישבט" (תהילים, פב, א). כך ניתן להבין את כל המגבילות המוטלות על בית דין דין דיני נפשות ביחס לדיני הראיות, שבאופן מעשי כמעט את כוחו להרשיע את הנאשם (ראו Naphtali Hirsch, *Princip des Beweises und Beweisverfahrens im Criminalprozeß des jüd. Rechtes*, Jeschurun, 249, 249-258 (1866 ישורון)).

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

"יכד מאומד אומר להן שמא כך ראייתם שרצ אחר חבירו לחורבה ורצתם אחריו
ומצאתם סיף בידו ודמו מטפטף והרוג מperfiper אם כך ראייתם לא ראייתם כלום" (בבלי,
סנהדרין לז, ב).

ודוק - הראייה הנסיביתית, חזקה ככל שתהא, נטולת משקל. הניסוח בולט בחריפותו: "לא ראייתם כלום" (לדין) בכל זה ובמשמעותו במשפט הישראלי ראו חוות דעת בע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריוף (21.1.2015)). כל ראייתי נוסף שמדובר על בית הדין להרשיע הנאשם נאם הוא הכלל בדבר אי-קבילותות הودאת הנאשם. בלשון התלמוד, "אין אדם משים עצמו רשות" (בבלי, סנהדרין ט, ב). ההודאה נחשבת בעניין רבים ל"מלך הראיות". מן המפורשות הוא כי עשרות אחוזים מההרשעות בפליליים מבוססות על הודאת הנאשם. למרות זאת, באופן מפתיע נטול הדיון העברי את

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

ג. הרשעה פה אחד - זיכוי. בהלכה יש דין שמעורר קושי גדול: "סנדרי [בית דין] שפטחו כלון בדיני נפשות תחיליה, ואמרו כלון חייב - הרי זה פטור, עד שייהו שם מחלוקת מזמין שփכו בזקתו, וירבו המחייב" (רמב"ם, משנה תורה, הלכות סנהדרין ט, א). ביום, הכרעת דין שנייתנתה פה אחד מחזקת את תוקף הרשעה. בחלק מישיות המשפט, למשל בארצות הברית, ניתן להרשות בפני חברמושבעים רק אם הכרעה ניתנת בפה אחד. היכיזו ניתן להבין את עמדת הדין העברי, המעדיפה הרשעה המבוססת על דעת רוב ועדת מיעוט על פני הרשעה בפה אחד? המהרא"ל מפראג מסביר כי בית דין שאף לא אחד מחברי מצליח למצוא נקודות זכות לטובות הנאשם - אינו מסוגל למלא את תפקידו, לדין את הנאשם לזכות. כמובן, אין הכוונה לתוכאת הדין - זיכוי ולא הרשעה. הכוונה היא להילך המשפטי, שבו תפקיד בית הדין להפר ולהפר בכל אפשרות של זיכוי, ولو קלושה. המהרא"ל מסביר שבמקרה שבו ראו כל הדיינים רק את חובת הנאשם, קיים חשש שהנסיון למצוא זכות לא מיצה את עצמו. אי-אפשרו אפשרות היזיכוי חותרת תחת תפקידו של בית הדין, ולכן Irene Merker Rosenberg, Yale L. Rosenberg, *Guilt: Henry Friendly Meets the MaHaRaL of Prague*, 90 Mich. L. Rev. 604 (1991)).. לדין ביחס שבין הרשעה פה אחד להרשותה על פי רוב, ועמדות המעדיפות הכרעה בפה אחד על פני הכרעה ברוב דעתות, ראו מיכאל ויגודה "הרשעה ברוב דעתות או פה אחד" פרשת השבוע 312 (התשס"ח).

דוגמא מלאפת לשילוב בין הכלל לפיו יש לפתח בזכויו לבין החשיבה התלמודית נדונה על ידי חכמי ישראל. נשאלה השאלה מה קורה אם בבית דין דין בדיני נפשות רואים כל הדיינים את חובת הנאשם בלבד, עד שmagis תורו של הדין האחרון, הסביר גם הוא כי יש לחייב את הנאשם. אם יאמר את דעתו, נמצא בית דין חייב כלו והנאשם יצא פטור. אך אם יכירע הפוּר מעמדתו, ויאמר כי יש לזכות את הנאשם - נמצא בית דין חייב בדעת רוב, והנאשם יצא חייב. כיצד על הדין לנחות? נראית הגישה לפיה אסור לדין לבצע מניפולציה, ובמיוחד במצב שבו תכליתה היא להרשותה הנאשם. لكن חייב הדין האחרון לחיב את הנאשם, גם אם משמעות הדבר היא זיכוי (הרבי חיים בן עטר, "אור החיים", המאה ה-18, מג'ולי חכמי מרוקו, בפירושו על המקרא אור החיים, שמות כג, ב). ניתן להעלות דילמות נוספות בסוג זה, כגון מקרה שבו קיים רוב קטן לטובות הרשותה, ועל אף בית דין החליט האם להרחיב את הרכב בנסיון לזכות את הנאשם (לдин נרחב בשאלות אלה בדיון העברי ובמשפט הישראלי ראו מאמרנו של השופט רפאל יעקובי "אחרי רבים להטות" פרשת השבוע 157 (התשס"ד)).

ד. סדרי דין מיוחדים שתכליתם זיכוי הנאשם. הדין הפלילי העברי קבוע פרוצדורות מיוחדות בדיני נפשות. התכלית העוברת בחוט השני בסדרי דין מיוחדים אלה היא מגמתם לנסوت ולמצוא זכות לטובות הנאשם. נציג מספר דין מיוחדים שמבטאים את הכלל שתפקידו של בית דין הוא לזכות.

ראשון, כלל לפיו יש לבצע את גזר הדין במקום מרוחק ממקום הכרעת הדין. תכלית הכלל היא לעכב את מועד ביצוע גזר הדין, בניסיון לחסוב בזמן העודף על אפשרויות חדשות לזכויו הנאשם. מדובר בחיריג לכלל הרגיל, לפיו יש לבצע את גזר הדין מיד בתום הכרעתו, והוא נובע מתקודו של בית דין - זיכוי הנאשם (ראו רש"ר הירש, פירוש לספר יקראה, שם). חכמי המשנה הוסיפו והעצימו את תוקפו של הכלל: "אומר אחד יש ללמד עלי זכות [על הנאשם, לאחר שכבר נגמר דין], הלה מניף בסודרין, והסוס רץ ומעמידן [מורים מיד לעזר את ביצוע גזר הדין ובוחנים את האפשרות

לזכות]. ואפיו הוא [הנאשם] אומר יש לי ללמד על עצמי זכות - מחזירין אותו. אפיו ארבע וחמש פעמים, ובלבד שיש ממש בדבריו" (בבלי, סנהדרין מב, ב). הינו, הנכונות להיאחז בכל אפשרות של זיכוי מקרינה מעבר לדין עצמו, והוא מלווה את הנאשם גם לאחר שגדור דין, וכל עוד ניתן להחזיר את הגלגל לאחר (הירוש, ישורון, שם).

שני, הדיון לפיו לא ניתן להרשיע את הנאשם בתור ים. על בית הדין מוטלת החובה לשחות לפחות לילה אחד לפני ההחלטה לחובת הנאשם (בבלי, סנהדרין לד, ב). גם כלל זה נובע מהתפקיד המזקה השמור בבית הדין. ההכרה "ללאן" על התקיק בטרם הרשעה נעוז לצורך למצות כל אפשרות לזכוכי:

"ולפיך צריך הלנת דין לבא אל הבירור [יש ללון לילה אחד לפחות בטרם הכרעת הדין, על מנת שבירור הדין יהיה ראוי]. בפרט כאשר הוא דין נפשות, שם יצא שם עוללה, אין להחזיר... וכאשר הדיון עומד באדם וילון עמו הדיון, לא שיש לומר שהוא ממהר לפסק קודם שראוי, שהרי לנ' אצל הדיון [ה"לינה" על התקיק בטרם הכרעת הדיון מבטיחה שהדין י_LA ימהרו לפסק יותר על המידה וחמיצו אפשרות לזכות]... כי משפט מן בית דין של מטה הכל הוא לזכות... ומצד זה צריך הלנת דין לעין אחר זכות. וכאשר בית דין ראו כולם לחובה, אם כן כבר יש אצלם שהוא חייב, ולא מצוי למייעבד ליה זכות [זהו הדמיון בין הצורך לבין הבין הצורך בעמדת מיעוט מזכה - מיצוי האפשרות לזכות]" (מהר"ל מפראג, באර הגולה, שם).

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

שלישי, דרכי ה"משא ומתן" בין הדיינים במהלך הדיון בהכרעת הדין. הכלל הרגיל, למשל בדייני ממונות, הוא שגם ה"תלמידים" היושבים לפני הדיינים יכולים להביע את דעתם, לכאן או לכאן. לעומת זאת, בדייני נפשות רשאים התלמידים ללמוד על הנאשם זכות, אך אין הם רשאים למצוא צדדים לחובתו: "אמר אחד מן התלמידים בדייני נפשות: יש לי ללמד עליו חובה - משתקון אותו. אמר: יש לי ללמד עליו זכות - מעליין אותו עמהם לסנהדרין" (רמב"ם, משנה תורה, הלכות סנהדרין י, ח). ואם טיעונו טובים - אותו תלמיד הופך לדין. דין מיוחד וקשור הוא שמייעת הדיינים מן הקטן לגadol שביהם: "אין מתחילין בדייני נפשות מן הגדול, שמא יסמכו השאר על דעתו ולא יראו עצמן כדאיין לחלק עליו". אלא יאמר כל אחד דבר הנראה לו "בדעתו" (שם, י, ו). כלל זה מייחד את דייני הנפשות, שכן מטרתו למצות עד הסוף את אפשרויות הזכוכי, ולמנוע מצב שבו דין קטן נמנע מלאה הביע עמדת מזכה כדי לא לחלק על דין גדול ממנו.

יסודות החקירה. היחס לעדים מפלילים בדיין העברי יוצא דופן. היו שתיארו את חקירות עדי החקירה על ידי בית הדין - כמצירה את האופן בו חוקרים היום חשודים ונאשמים, ולא עדי תביעה: מנסים לאיים עליהם, לשבור את עדותם וליגע אותם (אהרן קירשנបאום "והצלו העדה" - היבטים אחדים בסוגוריה הפלילית במשפט העברי" דין ישראלי כב 9 (התשס"ג) להלן: קירשנបאום). להשquette, לכל הפחות ניתן לומר כי החקירה קפדיינית, יסודית ונחרצת: "מצות עשה לדריש העדים ולחקרו אותן, ולהרבות בשאלתן. ומדקדקן עלייהן, ומסיען אותן לעניין בעת השאלה כדי שישתוקן או יחוירו בהן, אם יש בעדותן דופי" (שם, הלכות עדות א, ד). המגמה בכל אלה היא להימנע ככל הנתין מהרשעת הנאשם: "בדיקות הקפדייניות של העדים, האזומים עליהם... מתקשים על האפשרות להגיע לפסק דין מרשייע... ראייתן של הלכות אלו מככלול, מעדיה על מדיניות מופרצת של הגנת העבריין" (קיירשנបאום, בעמ' 16). וכן ראו, Max May, *Jewish Criminal Law and Legal Procedure*, 31 Journal of Criminal Law and Criminology 438, 445 (((1940

לסיקום חלק זה, המשפט העברי לא רק מחזק את מעמד הספק הסביר בדיון הפלילי. הוא הופך אותו לדגל. מעבר לנימוקים שהובאו, מעניינת גישת רשי' לפיה לאחר שהנאשם עומד לפני עונש חמור, על הדינים מוטל החובה להוציאו - "והוציאו העדה". תפקido של בית הדין להוציא את הנאשם מהעונש החמור שדווקא בכווחו להטיל(פירוש רשי') על התלמיד הבלתי, מכות ו, א). התכליות של מניעת הרשות החף משפט הופכת לחובה פוזיטיבית המוטלת על בית הדין. לא בכדי קבע הרמב"ם כי מוטב לזכות אלף חוטאים מאשר להרוג חף משפט אחד (רמב"ם, ספר המצוות, מצוות לא תעשה, מצווה ר"צ). יפה הגדר את הדברים המלומדים קירשנបאים - דינים אלה הם בגדר "סנגורייה פלילתית" במשפט העברי". וושם אל לב כי הסגנון כאן אינו עורך דין שמייצג את הנאשם בהליך. בית הדין עצמו מלא את התפקיד.

ניתן לומר כי המשפט העברי מוביל את כלל הספק הסביר לרמה הגבוהה ביותר - מהמעשי אל הנשגב. גם מבלי לאמץ את עקרונות המשפט העברי - שאף הם עברו ההפכות במרוצת הדורות - אל לנו להסתכל על דברים אלה כאלו אנו מצויים במודיאון של ההיסטוריה המשפטית. במדינה יהודית דמוקרטית יש לעניין חשיבות, לרבות הכרה בممד החוקתי של המשפט הפלילי. דווקא בשיטת המשפט הישראלית, בה לנאים זכות להheid, סוללה עמדת המשפט העברי את הדרך למסקנה בדבר חשיבות החקירה הנגדית בכלל, וביחס לסוגיות המרכזיות בפרט. הדיון העברי דורש מבית המשפט לשקלול היבט כל אפשרות זיכוי. דרישת זו, הנובעת מההכרה בספק ממשיכה את הקושי בעדות נאשム לא החקירה נגדית - עדות שטומנת בחובה חלים ראייתים נסתרים, שבתוכם עשוי התרחש המזכה להסתתר.

ט. מן הכלל אל הפרט - השלוכותיה של היעדר החקירה בעניינו

27. נשוב עתה למשפט הישראלי בן ימינו, במאה ה-21. על פי הכלל שהוצע לעיל, היעדר החקירה נגדית בסוגיה מרכזית יוצר פגיעה בזכותו החוקתי של הנאשם להליך הוגן. בעניינו, פגעה צזו קיימת. המערער הוגש, לצד ביצוע עבירות של אלימות וקשירת קשר - בעבירה שוד בנסיבות חמירות. עבירה זו כוללת רכיב של אלימות ורכיב של גנבה, לצד נסיבות חמירות של שימוש בסיכון ובזג מדיע, ועשית המעשה בחבורה עם الآخر. בהליך קמא, המערער לא נחקר נגדית בכלל ביחס לביצוע רכיב הganiva. הכלל במצב בו נאשム לא נחקר נגדית בכלל ביחס לסוגיה מרכזית, כפי שכן, הוא כי עתירת התביעה להרשות בגניבה - אלמנט חיוני להרשעה בשוד - לא תתקבל.

נותרה השאלה, האם מתקיים החיריג, דהיינו, המבדל לא פגע בזכותו של המערער להליך הוגן, מנוקדת מבטו. בעניינו, ההכרעה בסוגיה קלה היא. קר משומש שלא רק שלא הוכח בזכותו של הנאשם להליך הוגן לא נפגעה כתוצאה מהיעדר החקירה - המבחן הקבוע - אלא ההפך הוא הנכון. כאמור, בהתחשב בתשתית הראייתית הקיימת, ישנה אפשרות סבירה כי החקירה הנגדית הייתהאפשרה למערער לעורר ספק סביר לגבי עבירת השוד - ומכאן בזכותו להליך הוגן נפגעה.

נתחיל בהציג העובדות הרלוונטיות שנקבעו. על פי עדויות שנשמעו בהליך קמא, המגובות בצילומים שנאספו מצלמות אבטחה שפעלו בקרבתה היזרה, המערער לא פעל במקום שבו אלא ביחד עם אחר, שזהותו אינה ידועה. על אף שהמערער טוען שהיה במקום ברגעו, בית המשפט המחויז נחשף לראיות וקבע: "מהתרשומות מצפיה בת/75 שהוצע גם באולם הדיונים, נראה שני האנשים נעים במהירות כשם קרובים זהה לזה, יש בהם אינטראקציה במבטים ותנועות הגוף ושוכנעתי כי מדובר בצדם שנמלט ביחד מזרת האירוע ... סיכום ביניהם - הנאשם אינטראקציה במבטים ותנועות הגוף (עמ' 6-7 להכרעת הדיון...).

לצד קביעה זו, קבע בית המשפט המחויז כי אירוע השוד כלל רק מספר מועט של פריטים: "معدותו של המתلون שאמינה עליי, שוכנעתי כי התוקפים גנבו שעון יד אותו הסירו מיד, מכשיר טלפון נייד שהחזיק בידו, ארנק ובו מסמכים שונים, מפתחות, תעודה זהות, רישון הנהגה, תעודה עורך דין, כרטיס אשראי וסכום כסף שהיה בכיסיו אותם רוקנו התוקפים" (עמ' 10 להכרעת הדיון). יוער כי אין מחלוקת כי בזרת האירוע היה מצוי תיקו האשוי של המתلون, שבתוכו סכום נכבד של שירות אלפי שקלים - אשר לא נלקח. יזכיר כי המערער הודה בביצוע תקיפה לא חמורה של המתلون, חלק מגננה עצמאית, וטען כי לא נטל כל חפץ מהמקום.

בית המשפט המחויז, מוכן היה להניח לזכות המערער, כי הוא ושותפו לא הגיעו למקום במטרה לשודד את המתلون. כאמור, מסיבה שאינה ידועה, השניים קשו רק לתקוף את המתلون, אך הראות אין מוכחות תכנית מקדמית לשודד אותו. כפי שקבע בית משפט קמא:

"אני מוכן להניח לזכות הנאשם כי הקשר שקשר עם האחדר, היה לשם תקיפת המתلون בלבד, ממנייעים שלא הוכחו..."
(עמ' 17 להכרעת הדיון).

עם זאת, בפרט בהסתמך על גרסתו של המתلون, לפיה גנבו ממנו מספר פריטים, הגיע בית המשפט קמא למסקנה כי במהלך האירוע התרחש שוד:

"... אך שוכנעתי כי מיד שנפגשנו השניים עם המתلون במשרדו, תאות הבצע או מחשבות הפליליות שלחו בו במוחם, הביאו אותם לביצוע שוד בנסיבות חמירות" (שם).

28. לאחר עיון בחומר, סבורני כי הראות על פניהן מצביעות על אפשרות סבירה ואף לעלה מכך כי זכותו של המערער להיליך הוגן נפגעה. כאמור, אף הנition הראיתי מעיד על כך שבענינו לא מתקיים החרג של אי-פגיעה בזכויות הנאשם. מסקנה זו נובעת מכך שלמשל, גם בהנחה כי השוד אכן התרחש, הראות אין שוללות את האפשרות שלא המערער ביצע את השוד אלא שותפו, ואפשר כי חקירה נגדית הייתה אפשררת למעערער לעורר ספק סביר בפועל. אם כך, ברור כי היעדר החקירה הנגדית יביא לזכויו מעבירות השוד.

ודוק, עסקינו בבדיקה קיומו של החרג לפגיעה בזכות להיליך הוגן. בבדיקה החרג, אין צורך לקבוע כי קיימים ספק סביר ביחס לאשמת המערער בעבירות השוד. די בכך כי לא התקיימה חקירה נגדית בסוגיה מרכזית (הכלל), ולא הוכח כי זכותו של הנאשם להיליך הוגן ואפשרותו להציגן לא נפגעו (החריג).

עליה כי היעדר חקירה נגדית פגע בימיו של המערער ומונע ממנו את האפשרות לעורר ספק סביר ולהשפיע על האופן בו ניתחה בית המשפט קמא את עדותו ואת מכלול הראות. לביסוס עמדה זו, נפתח בהנחה, אשר נקבעה על ידי בית המשפט המחויז, לפיה תכנית הגנבה - במבחן מהתקיפה - באה לעולם במהלך האירוע. עוד נזכיר כי עולה מהסתרון שצולם בסמוך לאחר האירוע כי המערער ברוח מהמקום ביחיד עם אחר. משכך, ובוודאי בהיעדר חקירה נגדית, לא ניתן לשולל את האפשרות כי עניין השוד היה פרי יוזמתו הבלעדית של الآخر, השותף למעשה העבירה, בלי ידיעתו והסכמהו של המערער. סבורני כי חקירה נגדית עשויה הייתה לעורר ספק סביר אם אכן המערער גנב את הרכוש או לא

היה שותף לכך.

במובן זה, מקרים כאמור אינם גבולי אלא ניצבים בקצתה. אין אנו נדרשים לשאול את השאלה - שהוא אמת המידה בחרג - האם הבדיקה העמدة בנטלה להוכיח כי לא נפגעה זכותו של המערער. אלא, עולה בבירור כי אין להפיעיל את החרג. יתכן כי מתגבותתו של המערער לשאלות הבדיקה בחקירה הנגדית, בית המשפט היה מתרשם שהוא לא היה שותף לדבר השוד. אך נכון, כי יתכן גם שחקירה נגדית מיוםמתה הייתה חושפת את מודעותם ואת אחוריותם לשוד. זהו כוחה של החקירה הנגדית - היא אינה מתוכננת ולא ניתן לצפות את התפתחותה. החקירה הנגדית דיןאמית ומשוללה ליצור חוויה נוספת חקירה נגדית, לא ניתן לקבוע מה הייתה התוצאה לו היה המערער נחקר - אך שайн בחומר הראות כדי לסליך את הספק הסביר.

ונציג: המעין בפרוטוקול יגלה כי המערער לא נחקר נגדית על עבירות השוד, ولو בשאלות מועטות. החסר בולט, בפרט לנוכח העובדה כי במסגרת החקירה הראשית הוא הרחיק עצמו באופן ספציפי מעבירת השוד, באומרו: "אני דבר ראשון מסתכל על הסעיפים שמאשימים אותי בהם, אני לא שדדי. אני אדם עובד, יש לי סדר בחים שלי" (עמ' 85 לפרוטוקול, 7.6.2015).指出 שהמערער הבהיר הבהיר הראשית, יותר מפעם אחת, את ביצוע הגנבה. אכן, נקבע כי נפגע העבירה לא רק הוכה אלא אף נפל קורבן לשוד. ברם, עקב המחדל, לא ניתן להעניק המשקל הנדרש לעדותו ולראיות השונות בעניין הגנבה. מצב זה אינו רצוי מლכתחילה, אבל הוא קיים בדיעד. כאמור, יתכן שאלות הקיימת חקירה נגדית של המערער בסוגיה - התוצאה הייתה אחרת. אך יש להכריע את הדיון על פי הדרך בה המשפט מתנהל, ולא בדרך בה יכול היה להתנהל.

ויבחרו: לשם קביעה כי מתקיים החריג, וכי הגנת המערער לא נפגעה - אין לקבל את הטענה שהושמעה במהלך הדיון על ידי באט כוח המדינה, לפיה די בכך שהמערער הבהיר את ביצוע עבירת השוד במהלך עדותם. כפי שהובא לעיל, לא די בכך כדי שהמערער קיבל את יומו כנאשם בבית משפט. מטרת החקירה הנגדית היא לזקק את גרסתו - מהכחשה כללית - ולעמתה אותה עם אותו גורם, הוא בא כוח המדינה, המבקש להרשיעו במעשה העבירה. רק כך יוכל בית המשפט להעניק המשקל הרاوي לעדות המערער, לבחון את מהימנותו, ויתאפשר לו לספר את סיפורו באופן מלא, תוך הזדמנויות כונה ואפקטיבית לשכנוע. יודגש, כי הנטל לשכנוע כי לא נפגעה זכותו החוקתית להליך פלילי הוגן של המערער, רובץ לפתחה של הבדיקה.

התוצאה מכל האמור, כי יש לקבל את הערעור על הכרעת הדיון, ולזכות את המערער מעבירת השוד בנסיבות, אלו מפאת הספק הסביר.יפה נהגה הסניגורית בכך שתתרכזה בטענה משפטית רואה.指出 כי הסניגורית העלתה את הטענה בדבר היעדר חקירה נגדית בסיכוןיה בבית המשפט קמא. היא אף הוסיפה בטיעוניה בעל-פה בפנינו, כי לו הבדיקה הייתה מבקשת להuid את הנאשם מחדש מחודש בעניין הגנבה - כנראה שבית המשפט היה נער לבקשה, ומדבריה ניתן להבין כי היה לא הייתה בהכרח מתנגדת. הדברים הובילו להשלמת התמונה בעניינו ומובילו להבעה עמדה בסוגיה שלא נתענה בתיק זה.

29. נותרה בחינת הערעור על גזר הדיון. המיקוד הוא בעונש המאסר בפועל בסך 60 חודשים. הסניגורית מסתייגת אף מחובת הפיצוי בסך 35,000 ש"ח. המערער הורשע בעבירות של קשר רפואי לשפער, חבלה חמורה בנסיבות חמימות, איומים ושוד בנסיבות חמימות. האם העונש - ובשילוב זה נטמקד ברכיב המאסר בפועל - חמור יתר על

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

המדינה טענה בפנינו כי אף אם המערער יזכה מעבירת השוד, לנוכח קולת העונש שגזר בית המשפט המחויז, אין להקל בעונשו כלל. אין בדי לקבל עמדה זו. ניכר כי בית המשפט המחויז התייחס לעבירות השוד בקביעת מתחם העונשה, וכי עבירה זו מהוות חלק מגובה העונש הכללי שנגזר על המערער. לצד האמור, אני סבור כי יש בזיכוי מעבירת השוד כדי להביא להפחתה משמעותית של העונש.

הטעם בדבר הוא כי לצד הזיכוי המוצע מעבירת השוד, נכון להביט על סיפור המעשה. הזיכוי מהשוד עניינו ביטול האחריות למעשה הגנבה, אך רכיב האלימות עומד במלוא חומרתו. בית המשפט המחויז קבע כי המערער לא הכיר את המתلون טרם המקירה. כפי שנקבע, המערער, יחד עם אחר, ארבו למתלוון בסמוך למשרדו בהיותם רעולי פנים ומצודים בנשך קר בדמות סכין וגז מדמי. בהגעה המתלוון למשרד ובפותחו את הדלת, שננים אחזו בו, הפילוהו, התיזו עליו גז מדמי ובעטו בו בכל גופו. הם גררו אותו לחלק פנימי של המשרד, המשיכו להכותו בכל חלקיו גופו ואימנו עליו בסכין כי ימות. משלא הצליחו לקשור אותו בחוט, הפשיטו אותו ממכנסיו, קרעו אותו וקשרו אותו באמצעותם. כתוצאה מהתקיפה, נגרמו למתלוון, בין היתר, שברים בצלעות, קונטוזיה ריאתית וחלות בפנים, בראש, בצוואר ובזהה. התיאור קשה הוא, וה גם שיש כאמור משקל לזכוכי מהעבירה החמורה של שוד בנסיבות מחמירות, הרי שמדובר המתלוון, ניתן לומר כי לא זהו העיקר. לא בכדי קבע בית המשפט קמא כי התכנית של השניים הייתה לעבר עבירת תקיפה חמורה, ולגשתו עבירת הגנבה התגבשה במהלך האירוע. חובה על בית המשפט להגן על הציבור מאלימות קשה שמלווה בהשפלה והפחדה. יש להילחם נגד התופעה של "בריוון כרע בעינו יעשה".

להשלמת התמונה, יוער כי המערער בעל עבר פלילי, ואף נידון לעונשי מאסר בפועל, לרבות לתקופה של שנה, וכן תקופה של שישה חודשים בגין עבירה שבוצעה לאחר האירוע מושא הערעור. בית המשפט המחויז העניק משקל ל��לא לבסירות האישיות של המערער. על פי מבחן המעשה והעונה, עולה כי בית המשפט המחויז קבע את העונש בצורה ראייה, תוך איזון ושמירה על עיקרונו ההלימה. כאמור, עקב השני בהכרעת הדיון, יש מקום להקלת מסויימת - אך לא מעבר לכך - בחומרת עונש המאסר בפועל, והייתי מסתפק בתקופה של 51 חודשים. באשר לפיצוי, לנוכח מעשי המערער, אינני סבור כי יש מקום להתערב בשיעור שנקבע, אף מבלתי שישוקל לרכיב הגנבה. לאחרון, המאסרים המותנים כוללים תנאים לביל עבירות רכוש מסווג פשע או עוון. נדמה כי תנאים אלה הוטלו כתוצאה ישירה מהרשעת הנאשם בעבירת השוד, ولكن, על פי עיקרונו ההלימה לא הייתה משאיר רכיבים אלה של העונש על כנו.

. לאחר הדברים האלה

30. קראתי בעיון את חוות דעתה של חברותי, השופטת ברק-ארץ. דומני כי ללא תגובה, עשויו להיווצר אי-הבנה בדבר עמדתי, ועל כן מצאתי לנכון להעיר כמה העורנות. תנוועtan תהא מהמעגלים החיצוניים אל ליבת המחלוקת.

ראשית - ונקודה זו אינה בליבת - יוקדו מספר מילימ' נספנות לסוגיות החקירה הנגדית של הנאשם את עדי הtribuna. בעניין זה, אף חברתי הפנייה בחוחות דעתה לעניין הולינד (קלנר), לפסקה 17 לפסק דין של חברי השופט ס' ג'ובראן, שהיא במשמעותו ביחס לנאשם הרלוונטי, ולפסקה 57 לפסק דין (ראו פסקה 14 לחוחות דעתה). לדבריה, באותו עניין לא סטה בית משפט זה מההלך לפיה זכות הנאשם לחזור נגדית את עדי הtribuna אינה זוכה להגנה חוקתית, הגם ש�新 עצמה הייתה מוכנה לנ��וט בגישה מרחיבה יותר. בנקודה זו, מוצא אני מקום לחדר כי כבר בעניין הולינד, הגם שלא הושלמה הדרך בנסיבות אותה מקרה, בחוחות דעתך הונחה התשתייה אל עבר הרחבת הפתוח להכרה בזכות לחקירה נגדית זכויות חוקתית. אף שם, נכתבו הדברים על רקע ההתפתחויות החוקתיות והשפעתן על המשפט הפלילי. אביה מדבריו בפסקאות 58-57:

"בעניין דג'אני נקבע כי בישראל, הזכות לחקירה נגדית אינה מוכרת בזכות חוקתית, שכן "היא אינה מעוגנת באופן ספציפי בחוק יסוד, ולא פורשה כנמנית עם העניינים שהם חלק מכבוד האדם" (עמ' 280). קביעה זו התבססה על אמרתו של הנשיא א' ברק, שהובאה גם על ידי חבריו, השופט ג'ובראן, לפיה "הזכות לחקירה נגדית אינה חלק מכבוד האדם" (אהרן ברק "כבד האדם זכויות חוקתית" הפרקליט מא 285, 271 (1993)). שאלת היא, האם ניתן להסיק על מעמדה הנוורמטי של הזכות לחקירה נגדית ממשית זו. הדברים נאמרו בסמוך לאחר חקיקת חוקי היסוד, ומהז ערבנו התפתחויות חוקתיות רבות. באותה העת, אף לא היה ברור כי הזכות לשווין היא נגזרת של כבוד האדם (ראו, למשל, בג"ץ 94/4806 ד.ש.א. איקות הסביבה בעמ' נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 204, 193 (1998)), והרי כוון לא יהא חולק על כך כי הזכות לשווין היא זכות בעלייה מעמד חוקתי. לעומת מ-20 שנים החלפו מאז חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. המשפט אינו שוקט על שמריו. הוא מתעדכן ומתפתח בהתאם למציאות. זאת ועוד - בעשור האחרון, בית משפט זה נטה יותר להזכיר לא רק בזכויות יסוד אלא גם בזכויות-בת שלהן. ניתן לסביר כי הזכות לחקירה נגדית היא זכות-בת של הזכות להליך פלילי הוגן, שנגזרת מכבוד האדם (ראו: אהרן ברק כבוד האדם זכויות החוקתית ובנותיה 865, 873-875 (2014)). בה בעת, אין לשוכות, כי גם בהינתן מסקנה הצובעת את הזכות לחקירה נגדית בפליליים במצבים חוקתיים, היא אינה אבסולוטית - כగורלה של כל זכויות חוקתית. כך או כך, במסגרת תיק זה, לא אסטה מהנפקה בעניין דג'אני, ברם יש להעניק את המשקל הראוו לכך שהזכות לחקירה נגדית הוכרה בפסקה זכויות דינית ראשונה במעלה".

נפנה, ولو בקצרת האומר, לעמדת המשפט האמריקאי בណז, לנוכח הייחוד שבזה. הזכות של הנאשם לחזור נגדית מוכרת מפורשות זכויות חוקתית עצמאית... (ההדגשות הוספו).

מכל מקום, יובהר כי גם אם בסוגיה אחרת ומשיקה, לא הושלמה הדרך החוקתית, אלא אך הונחו היסודות, הרי שלטעמי מקרנו הוא ודאי מקרה מתאים שבו ראוי לצעוד צעד נוסף קדימה. באנגליה הפלילית, אלומותיו של הרובד העקרוני לא תמיד מצלחות לפלים את דרכן ולבצבז מבין צמורות יער העובדות. לדעתינו, במקרה כשלנו, בו הרובד העקרוני בולט הוא וברור, נכון לאחוז בו, ולהניח לו להאיר את דרכנו לעבר הרכבת תczęף הזכות להליך הפלילי ההוגן.

31. ההערה השנייה, המציה אף היא רק בהיקפו של המעהל, נוגעת ליחס שבין כללי קבילות בין כללי משקל. בהקשר זה, אבקש להוסיף ולחדר כי בתיאורייה המשפטית ובפסקה - אין דעה אחת ביחס לשאלת מהי מידת המעבר הרצוי, אם בכלל, מכללי קבילות לכללי משקל. קיימת גישה לפיה דואקאמ שופט הפליל, במובן מהמשפט האזרחי, לנוכח הסיכון להרשעת החף המונח על הCPF - על דיני הראיות לנרגע בזיהירות יתרה. על זיהירות זו למצוא את ביטוייה לא רק בשאלת כמויות הראיות, אלא אף ביחס לאיקותן, באמצעות עמידה על לשמור הקבילותותבוגיות הרלוונטיות (להרחבה, ראו עמדתי, בדעת מיוט, בע"פ 8704/09 באשה נ' מדינת ישראל פסקה 32 (11.11.2012)). כן ראו סקירת הזרים השונים על יידי השופט י' עמית, אשר לא הכריע ביניהם באותו עניין (שם, פסקאות 4-5 לפסק דין); עוד אפונה להסתיגותו של המשנה לנשיאה א' ריבלין לפיה: "התנערות מכללי הקבילות מגמישה את שיקול הדעת של השופט עד

למחוזות רוחקים. יש להישמר מכך" (ע"א 8423/06 שדה נ' לויינזון, עמ' 13 (10.8.2010)); ולדברי המשנה לנשיא שלoin לפיהם: "אני שותף עקרוני לגישה המعتبرה את הדגש בדייני הריאות בישראל מכללים פורמלאים של קבילות לכללים גמישים של משקל [...] מטרתם של כללים פורמלאים שבידי ראיות (אני מסכים שאלה צריכים להיות ראויים) הוא להפחית את מידת ההסתברות שמא נפלה בנסיבות טעות..." (ע"פ 7293/97 ז'אפר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 460, 476 (16.12.1998)).

מכל מקום, אני רואה עין בעין עם מסקנת חברותי לפיה סוגיות היעדר חקירה נגדית צריכה להיוותר בתחום המשקל ושיקול הדעת השיפוטי בלבד (פסקאות 16-17 לחווות דעתה). מכאן הצעתי לקבוע כלל וחיריג, שלדעתי מובילים לאיזון ראוי. הגימות בו קיימת, אך מוגבלת. עמדתי היא כי ישנו עניינים - וענינו נמנה ביניהם - שלא ראוי להם שיחסו יוגנו תחת כנפי הדקות של שאלת המשקל לבדה. ברובד הכללי, יפים לכך דבריו של המלומד אלכס שטיין:

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

32. הגענו ליליבת המעלג. ההערה השלישית, נוגעת לשאלת היעדרה (או קיומה) של חקירה הנגדית בנסיבות עניינה הפרטני של המערער. יער כי אף לאחר שקרהתי את חוות דעתה של חברותי, לא שוכנעתי כי בעניינו סוגית השוד התעוררה באופן הנדרש במסגרת החקירה הנגדית.

יצוין כי העובה כי הנאשם לא נחקר בחקירה שתי וערב על ידי התביעה ביחס לעבירות השוד (רכיב הגנבה), היוצאה נקודת-מוצא בפני בית המשפט המחוזי - הוא הערכתה המבררת השומעת את העדויות. כך עולה מהכרעת הדיון, לרבות דברי המאשימה שהובאו במסגרת, כך:

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

בתגובה השיב כך ב"כ המאשימה:

"לגי זה שלא חידדתי בחקירה הנגדית את עניין השוד עצמו או מה הוא שッド. אני אומר נכון - אבל זה בא מקום שהנאשם מהרגע הראשון אומר לא לךתי כלום [...] אני לא מצאתי לנכון להתחיל לשאול שאלות בעניין של אתה הפעלת כוח בשבייל לקחת כי ברור שגרסתו הפוכה לגרסת המתלוון" (ההדגשות הוספו, עמ' 13 להכרעת הדיון).

בහינתן הנחת מוצא זו, שדומה כי ברובד הבסיסי לא הייתה שנייה במחלוקת, ניתן בית המשפט המחוזי את סוגיות היעדר חקירה נגדית מול מכלול הריאות:

"הכל הוא כי כאשר בעל דין נמנע מחקירה נגדית של עד (הנאשם במקרה זה), ללא הסבר מניח את הדעת, ההנחה היא שהוא מסכים לדברי העד ... אולם למורת החקירה הנגדית כמבחן ליבור האמת, ההכרעה בסופו של יום היא בהתאם למכלול הראיות ולא רק על סמך משקלה של שאלה זו או אחרת שהייתה צריכה להישאל בخصوص זה או אחר [...] העדר חקירה נגדית מעמיקה בשאלת השוד, אינה הופכת את הנאשם לאמין ובסופו של יום הכרעת הדין נעשית לפיה מה שהוכח בפנוי וכן אףנה לרائيות בשאלת קיומו של קשר סיבתי בין הגניבה לבין מעשה האלים" (ההדגשות הוספו, עמ' 14 להכרעת הדיון).

יוור, כי אף בדיון שנערך בפנינו בערעור, באת-כוח המדינה לא התקhana כי הנאשם לא נחקר בחקירהו הנגדית בעניין השוד באופן קונקרטי. מלול האמור, הפantha חברתי בעיקר לשתי נקודות מרכזיות בפרוטוקול החקירה הנגדית של הנאשם: הראשונה היא שאלה מטעם התובע, הנוגעת לגרסת המטלון, שבמסגרתה הזכר עניין השוד באופן אגבי (עמ' 96 לפרטוקול); והשנייה, ההצעה של ביצוע השוד על ידי המערער עצמו, בתמצית, ומכל שנסאל על כן (עמ' 97 לפרטוקול; יושם אל לב, כי באופן אירוני, מדובר המערער שהובאו, דומה כי הוא עצמו מבקש להיחקר בקשר-חקירה הנוגע לעניין הגניבה בעבירות השוד).

אני סבור כי יש בנסיבות אלה כדי ללמוד על התיחסות מסוימת לעבירות השוד. כפי שנכתב, חקירה נגדית תקינה דורשת מיקוד ומיומנות. עליה להתייחס לעבירות בהן מבקשת התביעה להרשייע, תוך עיקרי המחלוקת בין הצדדים. אכן, החקירה יכולה להיות תמציתית, אולם בכל מקרה היא נדרשת להיות ממשה. עליה לכלול, לפחות, מצער, התיחסות גלויה ומפורשת לעבירה. דעתו היא ששאלת אגביות מעין זו שהזכרה, אשר אינה נוגעת ישירות לעבירה - אינה קרובה לרף הנדרש. בהקשר זה יזכר כי הנintel להוכחת האשמה מוטל על כתפיה של התביעה, על כל המשתמע מכך. ענייננו, התביעה מבקשת להרשיע את המערער בעבירה של שוד בנסיבות חמימות, שלא ניתן להלכה למעשה לא נחקר. חששוני שנקייטת גישה המסתפקת באזכור אגבי או בהעלאת הסוגיה בחלקים אחרים במשפט, כאילו די בכך - עשויה לא רק שלא לקדם את מעמדה של החקירה הנגדית, אלא אף להציג אותה לאחר. כאמור, ברגעיל, אף התביעה מכרעה בהיקף משימת החקירה המוטלת עליה. הניסיון השיפוטי מלמד כי היא אף נהגת בהתאם בפועל. אין להסיגה מכך.

33. ועתה לעיקר של העיקר. ההערה הרביעית היא כי חשיבותה של חקירה נגדית עבור הנאשם חריגת ורחבה לאין שיעור מהוותה כלפי "חידוד" נקודות בקשר ההגנה; או כי בידי התביעה בניסיון לקעקע את גרסת הנאשם. כפי שנכתב, החקירה הנגדית עומדת לשיטתי בליית יכולתו של הנאשם לספר את סיפוריו, תוך מתן אפשרות לבית המשפט להתרשם ממהימנותו ומגרסתו. אחדד קמעה.

כאמור בחווות דעתך, אני מתעלם מכך של הנאשם הזרמוויות נוספות להשמע את גרסתו במהלך המשפט, בפרט במהלך החקירה הראשית (ראו פסקה 15 לעיל). ואולם, כפי שנכתב בהרבה, הניסיון השיפוטי מלמד כי דווקא החקירה הנגדית - בהיותה חיואה דינמית - עשויה להוביל את הנאשם, ואת בית המשפט בעקבותיו, למחוות מפתיעים. למשל, לעיתים, בית המשפט מתרשם לאו דווקא מהגרסה שמעלה הנאשם במהלך משפטו, אלא דווקא מעוצמת ההכחשה ביחס לעבירה זו או אחרת. התרשומות השופט אינה מתגבשת רק בזירת השכל, אלא גם בזירת הרגש. בבוא בית המשפט לבחון את ערכאה של עדות שבעל-פה ואת מהימנות העדים - עליו לחדד אוזני ולפתחו ליבו ל"אותות האמת" המתגלים במהלך המשפט (סעיף 53 לפקודות הראיות). סבורני כי בליית אפשרות הנאשם לשדר את אותות האמת, ובליית אפשרות בית המשפט לזהותם ולעבדם - ניצבת החקירה הנגדית. גם לנוכח כך, עמדתי היא שמשבחר הנאשם להיעיד במשפטו יש לאפשר לו למצות בחירה זו במלאה. החקירה הנגדית אינה רק עוד כל' המואחסן בשולי ארגז הכלים העומד לנאים. היא כל' כבד, שימושי ומרכזי, הממוקם בפתחו של הארגז. גם משכך, כפי שהורחב לעיל,

סבירוני כי נטילתנה מהנאשם פוגעת ביכולתו לשכנע בגרסתו, וכפועל יוצא - בזכותו להיליך הוגן.

34. ההבירה האחונה, שאף היא יסודית ומרכזית, נוגעת לסוגיות הספק הסביר, הן באופן כללי והן בעניינינו הפרטני. כלל הוא כי כאשר עסקין בריאות נסיבתיות, בחינת הספק הסביר אינה מוגבלת אך לגרסה שהעלתה הנאשם. אלא, יש להראות כי המסקנה המרשיעה היא המסקנה הרגינית היחיד, העולה על כל גרסה אחרת. הכלל הרלוונטי לענייננו, הוא כי גם במקום בו קיימות ראיות ישירות, בית המשפט לא ימנע מבחינת טענות הגנה חלופיות אפשריות, אף אם לא הועלו על ידי הנאשם, אך זאת רק ככל שאלה סבירות ומוצאות אחיה בחומר הראיות (ראו ע"פ 3372/11 קצוב נ' מדינת ישראל (10.11.2011), פסקאות 181-183 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור וההפניות שם. לעניין ראיות ישירות, ראו בעיקר ההפניות בפסקאות 172-174).

הכלל האחרון, הוא שעומד בבסיס ניתוחו את המקרה שלפנינו. נפנה לראיות ובעבודות. מהחומר עולה, כי על אף הבדיקה המערער כי היה עמו אדם נוסף באירוע - הרי שצילומים מצלמות אבטחה בקרבת הזירה כמו גם עדויות שנשמעו מלמדים כי הוא לא פעל במקום לבדו, אלא ביחד עם אדם נוסף שהזמין לא ידועה. כך קבע גם בית משפט קמא, אשר הסיק כי המערער כפי הנראה לא היה מוכן למסור את פרטי השותף בשל עקרונותיו. لكن יש להוסיף כי בית המשפט המחויז מוכן היה להניח שהקשר המערער עם האخر היה לשם תקיפת המתalon בלבד ממענים שלא הוכחו. כאמור, לא הוכחה תכנית מקדמית לשוד את המתalon. נתון נוסף, הוא כי תיק ובו עשרות אלפי שקלים לא נגנב מהמקום אלא מספר פריטים כגון ארנק, טלפון ו שעון.

בהתברר האמור, עמדתי היא, כי הראיות אין שוללות את האפשרות שבמהלך האירוע, לא המערער נטל את החפצים מהמקום אלא שותפו, בלי ידיעתו והסכמתו. לנוכח כך, קיימת ביותר שאת אפשרות כי התרחשו של בית המשפט מחקירה נגדית של המערער בעניין השוד הייתה מתה את הקפה, ונוטעת בקרוב בית המשפט קמא ספק סביר ביחס למעורבותו בעבירות השוד. במרקנו, ספק זה מצוי כאמור עיגון בראיות ובעבודות, המקומות אפשרות - לפחות ברמת הספק הסביר - כי תרחיש אחר הוא שאירע. כך גם אם הנאשם לא בחר ב��ו הגנה זה. במובן זה, נפוגעה אפשרותו של המערער להציג ולהוכיח את חפותו במשפט, ומכאן כי נפוגעה זכותו להיליך הוגן.

על מנת להעמיד דברים על דיווקם, כמובן שאינו סביר - ודאי לא אפשרות סבירה - כי המערער היה בוחר לפתע בנסיבות החקירה הנגדית ב��ו הגנה חלופי שאותו לא העלה עד אותה נקודה, לפיו האخر נטל החפש ולא הוא. המערער הכחיש כי פעל ביחד עם אחר. אלא, כפי שכתבתי, סבירוני כי בנסיבות המקרה דנא, ולنוכח מכלול הראיות, ניתן כי מתחשובות המערער בمعנה לחקירה נגדית ישירה ומפורטת בעניין השוד (ואווסף - אולי אף מעוצמת הבדיקה), היה מתעורר ספק סביר בקרוב בית המשפט.

הדגשה האחונה: כאמור, סבירוני כי מקרנו עומד בקצתה, במובן שקיימת אפשרות ממשית כי חקירה נגדית הייתה משפיעה על ניתוח קיומו של ספק סביר, לנוכח הראיות והעובדות שנקבעו. ואולם, יובהר כי קיום של כלל וחריג מוסיפים לעמוד במישור העקרוני לא רק במקרים שלאלה נסיבותיהם. העיקר הוא, שבענייננו הפרטני, סבירוני כי אף צעדיה במישור בחינת מכלול הראיות, ואף בהיעדר הרובד העקרוני - מובילה אותה נקודה, היא קיומו של ספק סביר.

35. סוף דבר, דעתך היא, וכי יצא לחברי, כי יש להתערב בפסק הדין באופן הבא: המערער יזכה מחמת הספק מעבירות השוד בנסיבות חמורות לפי סעיף 402(ב) וסעיף 29 לחוק העונשין; עונש המאסר בפועל יופחת לסך של 51

חודשים; עונש המאסר המותנה - ככל שמתיחס לעבירות הרכוש - יבוטל. פרט לכך, הכרעת הדין וגזר הדין - לרבות עונשי מאסר על תנאי המתיחסים לעבירות אלימות, וההוראות בדבר ניכויימי מעצר - יעדמו בתקף.

שופט

השופט ד' ברק-ארץ:

1. קראתי את פסק דין רחוב הירעה של חברי השופט נ' הנDEL. אף על-פי שאני מסכימה לעיקרונו כי חקירה נגדית של נאשם צריכה להיות בהגנות, אינני מסכימה לכללים שהברוי מציע לאם, ובנסיבות העניין אף אינני מצטרפת לتوزאה של אליה הגע. אם דעתך הייתה נשמעת העורור היה נדחה.

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

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

3. אני מבקשת לפתח בהצגת העקרונות הראתיים החלים על חקירה נגדית של עד שאינו נאשם בהליך פלילי. הטעם לכך הוא שעל-פי העקרונות שהותו בפסקה, ובכלל זה בע"פ 38/61 יצחק נ' היוז המשפט למדינת, פ"ד טז 514 (להלן: עניין יצחק) שעליו מסתמך חברי, הדיון החל על חקירתו נגדית של נאשם הוא מקרה פרטי - בעל מאפיינים ייחודיים מסוימים - של הדיון החל על חקירתו של עד.

4. מהו אפוא הדיון במקרה שבו בעל דין נמנע מלחקור חקירה נגדית עד של הצד שכנגד? התשובה שנייתה לשאלת זו בפסקה מורכבת בעקירה ממשני חלקים, במתכונת של כלל וסיג לו. ראשית, נקבע כי הימנעות מחקירה נגדית של עד עשוי להיחשב כהסכם עם גרסת העד באותו עניין; שנית, נקבע כי "הסכם" זו לגרטתו של העד כפופה לשאר הראיות בתיק ולשיקולי הערצת המשקל, ובית המשפט אינו מחויב לקבל את גרסת העד כגרסת אמת (עניין יצחק, בעמ' 527; יעקב קדמי על הראיות חלק רביעי 1949, 1953-1952, 1958 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009); גבריאל הלוי תורת דיני הראיות כרך ב 292-288 (2013)).

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

פסקה 28 (26.7.2012); ע"פ 5606/10 בונייפד נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (19.12.2012). אקדמי ואציגי כי כבר בהתיחסות הכללי, על שני חלקיו, אני מסתיגת מובן מסוים מהופן הצגת הדברים על-ידי חברי השופט הנדל בפסקה 13 לפסק דין.

העיקרון הכספי: ההשלכות של הימנעות מחקירה נגדית של הנאשם

6. בעניינו, העד שלגביו נטען כי התביעה נמנעה מלחוקרו חקירה נגדית אינה עד "ריגיל", כי אם הנאשם.இது השפעה יש לעובדה זו על החלטת הכלל שתואר לעיל? חברי קובע כי הימנעות מלחוקור נאשם בחקירה נגדית פוגעת בזכותו החקותי. אינני סבורה שיש בסיס לקביעה זו בדיון.

7. באשר למשור החוקיקתי, הרי שצריך לעמוד נגד עינויו סעיף 161(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי) המבהיר כי הנאשם הובחר להuide עד הגנה "עשוי" להיחקר חקירה שכנגד. אם כן, קיימת אפשרות שכך יעשה, אך אין חובה כזו, לפחות לא לפי לשון הסעיף.

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

9. באשר לעמדות שהובעו בפסקה, אינני שותפה לגישתו של חברי כי יש בה שתי "אס考לות" מנוגדות - אסכמה מוקדמת של הנשיא לשעבר שי אגרנט בعنيין יצחק ואסכמה מאוחרת של הנשיא לשעבר א' ברק בעניין אפללו. קריאה מקרוב של שני פסקי הדין שאלהם מתיחס חברי מלמדת כי לצד קיומם של הבדלים מסוימים, במישור המעשי שניהם מכירים בתפיסה כי הימנעות מחקירה נגדית של הנאשם להוביל לזכוכו, אך גם לכך שמחдел זה הוא נתון שיש לתת לו משקל, ולא "ג'וקר" הטורף את הקלפים כולם.

10. אכן, בעניין יצחק הצביע הנשיא אגרנט על "חשיבותה הגדולה של החקירה הנגדית בשביל הנאשם" (שם, בעמ' 532). אולם, הפן המעשי של הדברים התרטט באקביעה לפיה "במקרה שבו מתעד באה כוח הקטגוריה לערער את מהימנותם של דברי הנאשם ביחס לנקיודה מסוימת או בכלל, עליו לחברו או לפחות להפנות את תשומת לבו להערכתו זו, כדי שתתיה לו האפשרות להבהיר את דבריו ולשכנע בדבר האמת שבהם", כך שבמקרה שבו לא נעשה כן יהיה בכרך "כדי להוסיף משקל לעדות של הנאשם, לאו דוקא משקל מכריע" (שם). אם כן, לשיטתו של הנשיא אגרנט להימנעות התביעה מחקירה נגדית של הנאשם ינתן המשקל המתאים - "לאו דוקא משקל מכריע". הנשיא אגרנט אמרם "יחס משקל רב יותר לחלק הראשון של הכלל בדבר הימנעות מחקירה נגדית של עד במקרה שבו העד הוא הנאשם בהליך הפלילי, אולם אף הוא סבר שאימוץ גרטסו של הנאשם כפוף לנסיבות ולשים דעתו של בית המשפט.

11. בעניין אפללו קבע השופט (כתוארו אז) ברק כי "לנאשם במשפט פלילי אינה עומדת הזכות להיחקר על עדותם חקירה שכגד", ודברים אלה, בעומdam לבדם, עשויים לטעת את הרושם כאילו מדובר באסכמה נגדית. אולם, קריאת הדברים בהקשר הכללי מובילה, לדעתו, למסקנה אחרת. השופט ברק מפנה בהסכמה לפסק דין של הנשיא אגרנט

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

12. בשולי הדברים יעיר כי בעניין יצחק הتبיעה לא חקרה כלל את הנאשם באישום הרלוונטי, והראייה היחידה שסיפקה להוכחת עבירות השודד שבה הואשם הייתה עדות אחת (בתיק היו שתי עדויות בלבד, אשר סתרו זו את זו). בענייננו, כפי שיפורט בהמשך, פני הדברים היו שונים בתכלית. מכל מקום, ככל שהחברי מבקש "להציג עטרה לiosנה" באשר לעמדתו של הנשיא אגרנט בעניין יצחק, הרי שהכלל המוצע על-ידי חורג מהעקרונות שנקבעו בהלכה זו, אשר ראתה בהימנענות מחקירה נגדית עובדה שיש לתת לה משקל בהתאם למכלולנסיבות העניין. בכך אוסף את זהירותו היפה בדרך-כלל לסתיה מהלכות שנקבעו על-ידי בית משפט זה, ולא כל שכן משלא נשמע טיעון מפורט בעניין בפניינו.

13. בהמשך לכך, איןני נוטה לקבוע כי הימנענות הتبיעה מחקירה נגדית של הנאשם (או קיומה של חקירה נגדית חלקית) עלולה כדי פגעה בזכות חוקתית. אין לשוכח כי החקירה הנגדית היא, בראש ובראשונה, כלי של הتبיעה בניסיונה לעקע את גרטתו של הנאשם. אכן, החקירה הנגדית עשויה גם לאפשר לנאנם לחזק נקודות בsku ההגנה. אולם, לנאנם עומדת הזכות להציג את גרטתו במלואה במסגרת החקירה הראשית, לאחר ששמעו כבר את כל ראיות ועדוי הتبיעה (בניגוד לשאר העדים בהליך הפלילי). ראו: סעיף 172 לחוק סדר הדין הפלילי. כן ראו: הרנון, בעמ' 298). לנאנם גם עומדת האפשרות להיחקר בחקירה חוזרת לגבי נושאים שהועלו בחקירה שכונגד. השימוש בכל זה יכול לשער לו באופן מקרים שבהם הتبיעה לא מנעה כלל מחקירה נגדית, אך התיחסותה אליהם לא הייתה מעמידה דיה לשיטתו. על רקע כל אלה, איןני סבורה כי הימנענות מחקירה נגדית של הנאשם, ולא כל שכן חקירה נגדית חסרה, שköלה לriskן זכותו להיעיד מתוקן (כפי שסבירו חברי בפסקה 16 לחווות דעתו).

14. חברי השופט הנדל דין בשאלת זכותו של הנאשם להיחקר בחקירה נגדית בזיקה הדוקה לזכותו של הנאשם לחזור את עדי הتبיעה חקירה נגדית, ולפחות באופן חלקו, ביקש ללמידה על אופייה החוקתי של הראשונה מזו האחידונה. דא עקא, איןני סבורה שאין בהשוואה זו כדי להוביל למסקנה שאליה הגיע חברי, מאחר שזכותו של הנאשם לחזור חקירה נגדית את עדי הتبיעה היא הזרמנות ייחודית וכמעט חסרת תחליף להעמיד במחבן את ראיות הتبיעה. לעומת זאת, כאמור, מענה על שאלות הتبיעה בחקירה הנגדית אינה הכליל היחיד של הנאשם להציג גרטתו. על כך שהוסיף כי אף לאחרונה בית משפט זה בחר שלא לסתות מההלכה כי זכותו של הנאשם להיחקר חקירה נגדית את עדי הتبיעה אינה זוכה להגנה חוקתית (ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל, פסקה 17 לחווות דעתו של השופט ס' ג'ובראן, פסקה 57 לחווות דעתו של השופט הנדל (29.12.2015)). שלעצממי הייתה מוכנה לנתקוט בגישה מרוחיבה יותר. אולם, דווקא על רקע זה, הקביעה כי זכותו של הנאשם להיחקר חקירה נגדית זוכה להגנה חוקתית מעוררת קושי רב.

15. מכל מקום, כאמור, איןני סבורה שהמקרה שבפניו אינו מציריך הכרעה בשאלה. מובן, שאין בעמדתי זו כדי לגרוע מן השלכות הריאתיות של הימנענות מחקירה נגדית של הנאשם, כפי שתואר להלן.

16. באשר לפן היישומי של הדברים, אין מבקשת להמשיךSKU המעני שעה מהפסקה, במובן זה שהימנענות מחקירה נגדית של הנאשם תשפייע על המשקל שיש לייחס לעדותו, עד כדי מתן משקל משמעותי גרטתו של הנאשם במקרים המתאים. מקובל עלי' הדגיש כי החקירה הנגדית של הנאשם צריכה להיערך באופן הוגן, כך שיופיעו אליו שאלות שיאפשרו לו להציג בצורה נאותה את גרטתו ביחס לסוגיות הנתונות בחלוקת, מבלי להיות "ሞפתע" בשלב הסיכומים. אולם, המשקל שיונטן לחריגה מחקירה נגדית צו' צריך להיקבע בהתאם למכלול הנסיבות, ובכלל זה הריאות האחרות

בתיק והשאלה האם ניתן לנאים הזרמו הוגנת להtagnon מפני האישומים נגדו. יפים לעניין זה דבריו של הנשיא מא' זמורה בע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה ישראל, פ"ד א 5 (1949): "פרוצידורה פלילית טוביה צריכה בודאי לחתן לנאים את מלאה ההגנה, כדי למנוע עיוות דין, אבל הדיון הפלילי אינו צריך לקבל צורת משחק אשוקוני שבו מהלך אחד בלתי נכון קובע את גורל המשחק" (שם, עמ' 18).

17. להשquette, הגישה שמותירה לבית המשפט שיקול דעת ביחס למשקל שיש ליחס לנסיבות של הימנעות מהקירה נגדית של נאים עולה בקנה אחד עם המגמה המקובלת בדבר המעבר מכללי קבילות הערכת משקלן של ראיות (ראו למשל: ד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' טובל, פ"ד מב(4) 309, 340-331 (1988); בג"ץ 6319/95 חכמי נ' שופטת בית משפט השלום בתל אביב-יפו ואח', פ"ד נא(3) 750, 761-760 (1997)). גישה זו אף מתחייבת לנוכח עדמות הכללית של בית משפט זה לגבי תוצאותיהם של פגמים בהגנות ההליך הפלילי. כך, בעניין יששכרוב (ע"פ 5121/98 טורי (מייל) יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי ואח', פ"ד סא(1) 461 (2006)) נקבע כי התוצאה של הפרת הזכות להליך הוגן בשל השגת ראייה שלא כדין תיקבע בהתאם למכלול הנסיבות של המקרה. אף דוקטרינת ההגנה מן הצדק, שהוזכרה בחווות דעתו של חברי השופט הנדל, מותירה לבית המשפט שיקול דעת במישור הקביעה האם ארעה פגעה חריפה בתחום הצדק בניסיבות העניין, ובמישור הסעיף (ראו: ישגב נקדימון הגנהמן הצדק 75-63 (מהדורה שנייה, 2009)).

18. אף ברמה המעשית אני חששת שהכלל המוצע על-ידי חברי לגבי הגדרת "סוגיה מרכזית" במשפט הפלילי, וכן כלל וחיריג לו לגבי תוצאות ההפלה, עלולים לסייע את ההליך הפלילי שלא לצורך. הדוגמאות שambilא חברי הן פשוטות ושובות את העין. אולם, במיוחד, במקרים רבים מגעים אל פתחו של בית המשפט הליכים מורכבים בהרבה, לרבות בפרשיות כלכליות סבוכות. השאלה מהי "סוגיה מרכזית" במשפטים מסווג זה עשויה להעסיק את הצדדים ואת בית המשפט מעבר לנדרש, באופן שלא יתרום תרומה של ממש להגנותו של ההליך. הקושי צפוי להיות גדול במיוחד במקרים שבהם התביעה ערקה לנאים קחירה נגדית, אך נמנעה מלחקר אותו ביחס לנקודות מסוימות הנוגעות לאיום, כנטען בענייננו. במקרים מסווג זה, על-פי הגישה המוצעת על-ידי חברי, בית המשפט עשוי להידרש לערכית ניתוח מפורט של אופן ניהול החקירה, בנוסף לצורך בהכרעה בדבר "מרכזיות" הסוגיה, וזאת מעבר לדריש.

19. לבסוף, אינוי סבורה כי עיון משווה בעמדתן של שיטות משפט אחרות תומך בהכרח בגישה בגישתו של חברי. בעניין (1893) 6 Dunn v Browne R, שבו נקבע הכלל הראייתי המנחה ביחס לצורכי בחקירה נגדית של עד, הוושם הדגש בהזדמנות שיש לחתן לעד להציג את עדותו בסוגיה שלגביה יש כוונה לטעון שהוא לא דובראמת, על מנת לאפשר לו להתמודד עם הטענה. על כן, אף באותו עניין צוין כי ככל זה לא יכול בהכרח מקום בו ברור כי העד מודע לכוונה של הצד שכנגד לסתור את דבריו בדרך אחרת, או כאשר כוונה זו היא גלויה לעין ובורורה מלאיה (ראו עוד: הרנון, בעמ' 299). למעשה, מסקנה זו אף עולה מדבריו של חברי, אשר לא הצביע על כלל דוקטרינרי דומה לזה המוצע על-ידי בשיטות משפט אחרות, להבדיל מתמייה עקרונית בהגנותו של ההליך הפלילי בכלל ובניהול חקירות נגדיות בפרט.

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

20. ומהלכה למעשה. כפי שציינתי בפתח הדברים, לשיטת, יכולתו של המערער להtagnon במשפטו כלל לא נפגעה

בשל האופן שבו נוהלה חקירתו הנגדית. לשם הבקרה עמדתי אפתח בתייר העובדות בתיק ולאחר אפנה לסקירת עדותם של המערער בערכאה הדינונית. לבסוף, אבחן האם בנסיבות העניין מתעורר ספק סביר.

21. ביום 21.7.2012 בשעות הצהרים הותקף המתلون, עורר דין במקצעו, בפתח משרד. כתוצאה מהתקיפה נגרמו לו חבלות רבות בפנים ובגפיים העליונות שתועדו ברשומות רפואיות. כבר בשיחת הטלפון שביצע המתلون למשטרת לאחר האירוע הוא דיווח כי אירע "שוד במשרד". לסיר המשטרתי שהגיע למקום בעקבות ההודעה סיפר המתلون שנפל קורבן לתקיפה של שנים שהיכו אותו, התיזו עליו גז מדמיע, איימו עליו בסכין ולקחו ממנו כסף. הסיר דיווח כי מצא את המתلون חובל, ללא מכנס, כשלידי קשורה פיסט בד שמקורה במכנסיו הקרים.

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

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

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

25. קו ההגנה של המערער במשפט התבוסס על הגרסה המאוחרת שמסר במשטרת. המערער טען כי הגיע לבדו למשרדו של המתلون, בתיאום מרחש עמו, על-מנת לשוחח אותו על "פרשה רומנטית" שבה המתلون היה מעורב בעבר. המערער המשיך וטען כי המתلون תקף אותו באלימות ובמהלומות על רקע הדברים שנאמרו, ובתגובה לכך המערער התגן וברח מהמקום. המערער הכיר בכך שהמתلون הותקף באליםות, אולם לטענותו הთוקפים הם אנשים אחרים, והתקיפה אירעה כאשר המערער כבר לא היה בمكانם. המערער הוסיף וטען כי המתلون בדה מלבו את נושא השוד על- מנת לטעטש את העובדה שהותקף על רקע אישי וכי למנוע חשיפה של פרטים רגילים בעברו.

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

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

27. החקירה הנגדית של המערער - החקירה הנגדית, שהיא העומדת בלב המחלוקת בעניינו, התמקדה בתקופת
של המתلون ובשאלה האם המערער הגיע למשרדו של המתلون בגפו, או שמא עם אדם נוסף. יחד עם זאת, סוגית
השוד התעוררה גם בה (זאת, בשונה מעניין יצחק ואף מעניין אפללו, שביהם לא נعرכה לנאים חקירה נגדית כל
בנסיבות הרלוונטיים, מסיבות שונות). כבר בתחילת החקירה הנגדית ציין המערער בתשובה לאחת השאלות כי
במשטרה חקרו אותו "רק על שוד" וכי אין לו שום קשר לאיורים (פרוטוקול הדיון בבית המשפט המחויז, עמ' 86, שורה
17). בהמשך לכך, בהתייחס לקו ההגנה של המערער, שאל בא-כוחה של התביעה את המערער מודיע שהמתلون ימציא
את הטענה שהופשט ממנסיו, אם טענת השוד היא רק המצאה שנועדה להסווות על הסיבה האמיתית שבגינה הותקף.
על שאלה זו השיב המתلون:

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

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

"אני לא החלמתי שום דבר לעשות. אתה סוטה מeko החקירה לך אחר. אתה רואה שאני לא ביצעת את השוד ולא
תקפתי ואין דבר שיוכל לבוא ולהגיד שאני ביצעת חס וחלילה את המעשים המכוערים" (שם, עמ' 97, שורות 17-20).
ההדגשה אינה במקור).

28. החקירה החזרת של המערער - לבסוף, סוגית השוד התעוררה גם בחקירה החזרת של המתلون שבה הוא
שב והציג בפני בא-כוחו כי המתلون בדה מלבו את נושא השוד כדי לטשטש היבטים מביצים מעברו, וכך תועד הדבר
בפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחויז:

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

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

29. הנה כי כן, סוגית השוד עלתה בכל שלב עדותו של המערער בבית המשפט המחויז, לרבות בשלב החקירה
הנגדית. אכן, בא-כוח המדינה לא חקר את המערער "חקירה שנייה וערב" בכל הנוגע לנטילת החפצים הספציפיים
שהוזכרו בכתב האישום. אולם, לא ניתן לומר שנושא השוד לא זכה להתייחסות. אין מקום לטענה כי המערער "הופטע"
מכך שהتبיעה עתרה להרשיע אותו בעבירות השוד בסיכוןיה. כמתואר לעיל, הטענה כי נלקחו מהמתلون חפצים
במהלך האירוע שבה ועלה לאורך כל ההליך, החל מהשיחה הראשונה של המתلون למשטרה, דרך כתב האישום
והמענה לו וכלה בעדותו הרחבה של המתلون. אף המערער בעדותו הבחן בין ביצוע התקיפה לבין ביצוע השוד והכחיש
באופן מפורש את שני המעשים.

30. כמו כן, יש לתת את הדעת להקשר הדברים ולקו ההגנה שבו נקט המערער. החל מהמענה לכתב האישום ולאחר כל המשפט הבהיר המערער כי שוד את המתלוון. למעשה, המערער שב וטען כי המתלוון בדה מלבו את ביצוע השוד. בנסיבות אלה, לא ברור Aiilo טענה יכול היה המערער להעלות Aiilo היה נשאל נקודתית על נטילת החפצים. בחומרה דעתו העלה חבירי את האפשרות ששותפו של המערער ביצע את השוד, וציין כי חקירה נגדית הייתה מאפשרת למערער לעורר ספק סביר בעניין זה. איןני שותפה לumedah זו של חבירי. בחקירה הנגדית נשאל המערער לא פחות מש פעמים האם פעל עם שותף, ובכל המקרים השיב נחרצות כי היה לבדוק במשרדו של המתלוון. הדברים הבאים מתוך חקירותו הנגדית של המערער מהווים רק דוגמה אחת מנני רבות לכך:

"ש: אתה היה לבד?

ת: לחלוון הייתה לבד.

ש: אז כ[המתלוון] אומר שהיו שניים וכשהudeau אומרת שניים האם הייתה רק אתה לבד?

ת: איך שזכור לי, אני הייתה לבד לחלוון. אם היו אנשים אחרים יכול להיות ארבעו תיצפטו, אני הייתה, יצאתי".

ש: יכול להיות שכחת אדם שהוא איתך?

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

31. אם כן, האם עולה על הדעת כי בחקירה הנגדית המערער יטען כי שהה במשרד לבדוomid בהמשך לכך יספר כי מי שאחראי לבניית החפצים הוא שותפו שעמו פעל בצוואתו חדא? לא זו בלבד שאפשרות זו אינה מתיישבת עם היגיון הדברים היא אף לא עולה בקנה אחד עם העמדה שבה המערער הוסיף לדבוק גם בדיון בפנינו - לפיה המתלוון בדה מלבו את דבר השוד. בסופו של דבר, נותרה אפוא תליה בחיל האוויר התמיהה אלו שאלות, אם בכלל, היה המערער חף שיזנו לו, אפשרות שנותרה למעשה תיאורטי גרידא בנסיבות העניין.

32. האם מתעורר ספק סביר ביחס לעבירות השוד? - להשלמת התמונה, ציין כי אני תמיימת דעים עם בית המשפט המחויז כי במקרה דנן הוצאה תשתיית ראייתית מספקת והוכח מעבר לספק סביר כי המערער ביצע עבירות שוד. המתלוון העיד ארכות על החפצים שניטלו ממנו, לרבות בחקירה נגידת נרחבת, ועדותיו נמצאה מהימנה על-ידי בית המשפט המחויז. לעומת זאת נמצאו תימוכין חיצוניים (למשל, השטרות המפוזרים שתועדו בתמונות ובهم הבוחן גם הסיר שהגיע למקום לאחר האירוע). בית המשפט המחויז הציע על כך שהמערער ושותפו ניסו לקשר את המתלוון, תחילה באמצעות שרוכים ולאחר מכן באמצעות קרע ממכוינויו (עובדת שתامة את הממצאים בזירה), וראה בכך אינדיקציה נוספת לbijou של שוד במסגרת התקיפה האלים. לעומת זאת, בית המשפט המחויז מצא את גרטטו של המערער "תמונה" ובבלתי מהימנה. אם כן, אפילו היה מוכיח משקל רב יותר להכחשה הכללית של המערער בעדותו הראשית ("לא שודדתי") איןני סבורה כי התעורר ספק סביר ביחס לאש灭תו של המערער בעבירות השוד שייחסה לו.

33. אשר על כן, Aiilo תישמע דעתך ידחה הערעור על כל חלקיו.

השופט (בדים') צ' זילברטל:

במחלוקת שנפלה בין חברי אני מצטרף לדעתה של חברותי, השופט ד' ברק-ארז, לפיה דין הערעור להידחות על כל חלקיו.

אכן, להימנעות התביעה מחקירת נאשם, הבוחר להuide במשפטו, בחקירה נגדית (בכלל או בעניין מסוים), יש משמעות, אף לא הייתה מרוחיק לכת עד כדי יצירת כלל שליפוי הימנעות מחקירה נגדית של נאשם, בכלל או ביחס לסוגיה מסוימת, צריכה להוביל לקבالت גרסתו באותה סוגיה (אלא אם יתקיים אחד החיריגים לכל), כעמדת חברי השופט הנדל.

יכולתו של הנאשם להביא את גרסתו המלאה בפני בית המשפט מותנית, לעיתם, במקרים "评议" בין לבין התביעה במסגרת חקירה נגדית, עימות שטאפקידו, בין היתר, לאפשר לנאשם להתמודד עם טיעוני התביעה, אפשרות שאינה יכולה להתחמש כדבוי בשלב העדות הראשית. אכן, הימנעות מחקירה נגדית, באופן שניטלת הנאשם ההזדמנות להתמודד עם טיעוני התביעה (במישור העובדתי), עלולה לעלות, במקרים מסוימים, כדי פגעה בזכות הנאשם להליך הוגן. עם זאת, לשkeptiy-di בכל שליפוי הימנעות מחקירה נגדית עשויה להביא לקבالت גרסת הנאשם בסוגיה לגביה הוא לא נחקר, ובכל מקרה בית המשפט מחויב ליתן את דעתו למציאות זו ולנקוק את מסקנתו בעניין - הכל תלי במסכת הראייתית הכלולת, כמו גם במקרה נסיבות המקרה, כאשר בהחלט יש לבחון את השאלה האם באותה הימנעוט מחקירה יש ממשום פגעה בזכות הנאשם להליך הוגן.

באשר לנסיבות הקונקרטיות של הפרשה הנדונה, אני מסכימים עם חברותי השופט ברק-ארז כי על אף העדר חקירה נגדית בסוגיית נטילת רכשו של המטלון, לא נפגעה יכולתו של המערער להציגן מפני האישום הנוגע לכך.

שפט (בדים')

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

נitan haYom, ט"ו בתמוז התשע"ז (9.7.2017).

עמוד 46

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - verdicts.co.il

