

"[A Prosecutor] wields the most terrible instruments of government".¹

"לעולם יזכור תובע ותשמוור
פרקליטות מה כוח ושליטה על
חיי אדם וכבודו ניתנים
בידיהם".²

סיכוי סביר להרשעה – סבירותו של סיכוי

יניב ואקי³

העמדה לדין היא החלטה בעלת השלכות גורליות. היא מטילה אחריות כבדה על התביעה הכללית, אשר לה נתונה סמכות שיקול הדעת בנושא. הגשת כתב אישום קובעת את גורלו של הנאשם ומשפיעה על נפגע העבירה ועל הציבור כולו. המאמר דן בשאלת הרף הראייתי שללא קיומו לא ניתן יהיה להעמיד אדם לדין. חיפוש אחר נקודת האיזון בין האינטרסים הנוגדים מוביל למסקנה כי אין להעמיד אדם לדין, אם אין ציפייה סבירה שהוא יורשע על ידי בית המשפט. עם זאת, הדרישה ל"סיכוי סביר להרשעה", כשלעצמה, אין בה די כדי לקבוע את התשתית הראייתית הנדרשת לצורך העמדה לדין. על כן, יש להציב רף מינימלי מתחתיו לא ניתן להעמיד אדם לדין, ולקבוע במפורש כי לצורך העמדה לדין נדרשת הסתברות ברמה של מאזן הסתברויות, לאמור: כי סיכויי ההרשעה יעלו על סיכויי הזיכוי. מדובר ברף הסמכות התחתון להעמדה לדין של אדם, אשר מתחתיו לא יועמד אדם לדין, תהא אשר תהא מידתו של העניין הציבורי. לצורך יישום המבחן הראייתי הנדרש כדי לקבל החלטה על העמדה לדין, נדרש התובע למהלך תלת-שלבי לפיו, בשלב הראשון עליו להגיע למסקנה כי קיימות ראיות לכאורה לאשמתו של הנאשם; בשלב השני, עליו להשתכנע כי קיימת תשתית ראייתית להכרעה של הרשעה מעבר לכל ספק סביר; ובשלב השלישי, עליו להעריך כי קיים סיכוי של יותר מ- 50% כי בית המשפט ירשיע את הנאשם בדין. בהקשר לכך מבחן ההסתברות הוא מבחן שעניינו "מעל 50% הסתברות שתיקבע הרשעה מעבר לספק סביר". לאור חשיבותה של ההחלטה על העמדה לדין, מוצע במאמר כי יגובש קוד תביעה אשר ינחה את התובעים על אודות התהליך המחשבתי הנדרש בטרם ההחלטה על העמדה לדין, ויקבע את המבחנים והשיקולים הנדרשים לצורך ההחלטה על העמדה לדין.

א. מבוא. ב. ההחלטה על העמדה לדין – תכליות ואינטרסים מנוגדים. ג. "סיכוי סביר להרשעה" – הדין המצוי. 1. "סיכוי סביר להרשעה" – מהו? 2. התפתחות הסטנדרט של "סיכוי סביר להרשעה" במשפט הישראלי ומשמעותו. 3. עיצובו של הסטנדרט "סיכוי סביר להרשעה" כאבן בוחן ראייתית להעמדה לדין. ד. "סיכוי סביר להרשעה" – הדין הראוי. 1. אופיו של הסטנדרט הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין. 2. מידתו של הסטנדרט הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין. 3. על היחס בין סיכוי סביר להרשעה לבין עניין לציבור. ה. "סיכוי סביר להרשעה" – הצעה למבחן ראייתי חדש. 1. "סיכוי סביר להרשעה" – המבחן התלת-שלבי. 2. על הקשר בין תפיסת התפקיד של התובע לבין המבחן הראייתי המוצע. 3. הצעה לגיבוש קוד תביעה. ו. סיכום.

¹ Felix Frankfurter, *Letter to the Editor*, N.Y. TIMES, Mar. 4, 1941

² בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3), 501, פסי' 16 לפסק דינו של השופט חשין (1992).

³ ד"ר יניב ואקי הוא מנהל מחלקת עררים בפרקליטות המדינה ומרצה למשפט פלילי. אני מבקש להודות מקרב לב לפרופ' אורן אילגזל, לפרופ' דורון מנשה, לד"ר אורנה אליגון-דר ולד"ר נחשון שוחט על הערותיהם המחכימות והמועילות. תודה מיוחדת לעו"ד ניר אייזנברג על סיועו בעבודה על המאמר ובמחקר שקדם לו. רוב תודות גם למערכת "המשפט" על הערותיהם הטובות. כולם יבואו על הברכה.

ההחלטה על העמדה לדין טומנת בחובה השלכות כבדות משקל והרות גורל על חייו של אדם. סמכות ההחלטה בדבר גורלו של תיק פלילי, אם ינותב לדרך העמדה לדין או ייסגר ללא בירור בהליך פלילי צופנת בקרבה סיכון משמעותי ומטילה אחריות כבדה על כתפיה של התביעה. לא תהיה זו הפרזה לומר שההחלטה על העמדה לדין היא אחת מההחלטות החשובות ביותר של תובע.

החלטה שגויה בדבר העמדה לדין או, לחלופין, החלטה שגויה על סגירת התיק, פגיעתן רעה בהיותן מזיקות לפרט, לחברה ולמערכת המשפטית. החלטה שגויה חוטאת לתכלית של מערכת אכיפת החוק, פוגעת באמון הציבור בה ושוללת את זכויותיו של הפרט לשווה. לפיכך, בכל תיק ותיק נדרשת קפדנות וזהירות מצד בעל הסמכות בעת הפעלת שיקול הדעת ושקילת מכלול האינטרסים: של הציבור ושל הפרט (הנאשם ונפגע העבירה), על מנת לוודא שההחלטה הנכונה מתקבלת.

סוגיה זו קשורה בטבורה למורשתו השיפוטית והערכית של השופט דנציגר. פסקי הדין של השופט דנציגר והחלטותיו בתחום הפלילי ניחנו ברגישות אנושית ובמחויבות מוסרית יוצאת דופן לזכויותיו של הפרט בכלל ושל החשוד והנאשם בהליך הפלילי בפרט. לא אחת הדגיש השופט דנציגר את מחויבותה של מערכת אכיפת החוק בכללותה לחזקת החפות ועמד על הצורך בהקפדה יתרה בהכרעות הנוגעות לשאלת העמדתו לדין של אדם.⁴

מאמר זה יתמקד בשאלת הרף הראייתי שבלעדיו לא ניתן יהיה להעמיד אדם לדין. חרף חשיבותה של מכסת הראיות הנדרשת לצורך העמדה לדין, שהוגדרה כ"סיכוי סביר להרשעה", טרם נערך דיון מקיף בסוגיה והיא מעוררת שאלות חשובות שנותרו ללא מענה.

סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, מסמיך את התובע להחליט על העמדה לדין:

"ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה **שהראיות מספיקות לאישום אדם** פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין".⁵

בהתאם ללשון הסעיף, ההחלטה על העמדה לדין מחייבת הידרשות לשני יסודות מצטברים: יסוד ראייתי ויסוד שעניינו שיקולי מדיניות. במילים אחרות, ראיות מספיקות ועניין ציבורי. על התביעה לבחון שני יסודות מצטברים אלו ולהכריע בהתאם לתוצאות בחינתם מה יעלה בגורלו של התיק הפלילי וכפועל יוצא מכך, מה יעלה בגורלו של אדם שהתיק הפלילי נפתח נגדו.

כפי שנלמד מהוראת החוק, המחוקק נמנע מלקבוע או לתחום את הרף הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין, והסתפק בדרישה ראייתית כללית בדמות "ראיות מספיקות לאישום".

כמו החוק, כך גם הפסיקה, לא הניבה עד כה מבחן יישומי המאפשר קביעה ברורה באשר לרף הראיות הנדרש כתנאי להעמדת אדם לדין. אמנם, ברבות השנים אומץ בפסיקה המבחן של "סיכוי סביר להרשעה". ואולם, מונח זה, כמו המונח "ראיות מספיקות לאישום" אינו נהיר די צרכו. יש

⁴ ראו לדוגמה: בג"ץ 11058/08 שניאור נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 29.8.2010).
⁵ ס' 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

בו כדי ליתן בידי התובע מצפן לדרך החשיבה על אודות העמדתו לדין של אדם, אך עדיין נותרות ללא מענה שאלות בדבר טיבו והיקפו של הסיכוי הסביר להרשעה.

כך מתעוררת השאלה אם על התובע להסתפק בהערכה של מידת האשמה ואם מתקבל על דעתו שהראיות יובילו להרשעה (סבירות), או שמא עליו לחשב ולאפיין, מבחינה כמותית, את סיכויי ההרשעה בתיק לצורך הגשת כתב אישום (הסתברות). זאת ועוד, האם תובע יבחן ראיותיו בלבד בטרם יובאו אלו בכור ההיתוך של הדיון המשפטי, או שמא עליו להעריך את הראיות בסימולציית הליך משפטי הלוקחת בחשבון הערכת קבילות, מהימנות ומשקל, וטענות הגנה אפשריות? שאלה נוספת העשויה להתעורר היא מידת ההבחנה שבין בחינתה של מידת האשמה לבין מידת היכולת להוכיחה.

במאמר זה אבקש להעמיק את העיון בטיבה של ההחלטה על העמדה לדין בראי השאלות הללו, ולהציע תובנות באשר לאופיו ולמידתו של רף ההוכחה הנדרש לצורך העמדה לדין. אבקש להציע מבחן ראייתי תלת-שלבי לביסוס ההחלטה על העמדה לדין, אשר יעוגן בקוד תביעה. אטען כי רק מבחן זה, אשר משלב הערכה סובייקטיבית ואובייקטיבית גם יחד, עשוי לבטא את הזהירות הנדרשת בהכרעה גורלית של העמדה לדין. מבחן זה, המחייב את בחינת האשמה מנקודת מבטו של התובע ואת בחינת סיכויי ההרשעה מנקודת מבטו של השופט, ואשר מציב רף מינימלי למידתו של הסטנדרט הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין, יאפשר לאזן באופן מיטבי בין האינטרסים המנוגדים הנלווים להכרעה אם להעמיד אדם לדין.

לסיום אציע גיבושו של "קוד תביעה", אשר יתווה את המדיניות בנושא העמדה לדין ואשר יכלול, בין השאר, אמות מידה לגבי אופן הפעלת שיקול הדעת של התובע בהחלטה על העמדה לדין בכלל, וקווים מנחים לפירוש התנאי הראייתי לצורך העמדה לדין בפרט.

ב. ההחלטה על העמדה לדין – תכליות ואינטרסים מנוגדים

נשאלת השאלה: מדוע יש להציב רף ראייתי כלשהו כתנאי להעמדה לדין של אדם? מדוע נדרשת העמקה בראיות הקיימות נגד אדם בשלב שלפני הבירור המשפטי ובעת קבלת החלטה אם להעמידו לדין? זאת, בהינתן שממילא, אין בהעמדתו של אדם לדין כל קביעת אשם ויש לו לאדם את הזכות להנחת חפותו כל עוד לא הורשע בדין. שאלות נוספות הן: מדוע יש להימנע מהעמדה לדין של אדם שהתעורר חשד כי ביצע עבירה? ומדוע לא יועמדו כלל התיקים הפליליים לבחינתו של בית המשפט?

לצורך מתן מענה לשאלות אלה יש לעמוד, בראש ובראשונה, על התכלית של עצם ההעמדה לדין וכן על האינטרסים המנוגדים הנלווים להכרעה אם להעמיד אדם לדין אם לאו. מענה לשאלות אלה, כך נראה, יספק את התשתית להצדקת קיומו של רף ראייתי לצורך העמדה לדין כמו גם יאפשר את עיצוב אופיו וטיבו של הרף הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין.

העמדה לדין של אדם משרתת את הצורך הציבורי בשמירה על החוק ועשיית דין עם העבריינים. מצד אחד, העמדתו לדין של עבריין מחזקת את אמון הציבור במערכת אכיפת החוק ומשרתת את האינטרסים של הפרט להגנה מפני פגיעה בו. נפגע עבירה שאזר כוח ואומץ להתלונן על העבירה

שבוצעה כלפיו, עלול לחוש חוסר אמון כלפי המערכת ודחייה מצידה, אם זו מחליטה שלא להעמיד לדין את מי שפגע בו.

מצד שני, העמדתו של אדם לדין מייצרת עבורו תוצאות קשות והשלכות הרסניות. זאת גם אם בסופו של הליך נמצא העומד לדין זכאי. להחלטה זו השלכות שליליות על חייו מעת קבלתה: היא פוגעת בכבודו ובזכותו לשם טוב שכן עצם העמדתו של אדם לדין מטילה עליו סטיגמה של עברייני.⁶ הפגיעה בשמו הטוב של הפרט עלולה לפגוע גם באפשרויות הפרנסה שלו ובאפשרויותיו להתמנות לתפקידים שונים. לעיתים, עצם ההעמדה לדין יש בה כדי לגרום לפגיעה במשרתו של אדם ולפגוע בפרנסתו. היא עלולה לשמש עילה לדחיית מועמדותו של אדם למשרה ציבורית או להביא להפסקת כהונתו בתפקיד מסוים. יש בה כדי להשליך על משרתו ועל מצבו הכלכלי, המקצועי והחברתי.

בנוסף, העמדתו של אדם לדין פוגעת בקניינו של הנאשם ומטילה עליו עלויות ממוניות רבות. מעבר לכך שעצם העמדתו לדין עלולה לפגוע במקור פרנסתו, עליו לגייס כספים לצורך מימון הגנתו במשפט. לצד זאת, ניהול הליך פלילי כנגד הנאשם גורם לו לסבל, משרה עליו מתח ומכניס אותו ללחצים נפשיים. במובנים רבים ניתן לומר שעצם העמדתו של אדם לדין וקיום הליך פלילי כנגדו מהווים עונש בפני עצמו,⁷ כפי שהראה המלומד מלקולם פילי בספרו *The Process is the Punishment*. בחלק גדול מהתיקים הסבל מההליך גדול יותר מהסבל שנגרם עקב העונש, זמן ההליך גדול מזמן נשיאת העונש, והעלות הכספית של ההליך גדולה מהקנס והפיצוי המוטלים על הנאשם כעונש. עקב כך, העמדה לדין עלולה גם לגרום להרשעות מוטעות שכן גם אם הנאשם יכול לזכות בזיכוי הוא עלול לוותר על האופציה הזו בהסדר טיעון כדי להימנע מהוצאות שאינן בהישג ידו ולחסוך מעצמו כאב וסבל.

כמו כן, העמדה לדין וניהול הליך פלילי, ודאי כנגד חף מפשע, מטילים עלויות גבוהות גם על המדינה, אשר באות לידי ביטוי, בין השאר, במינוי שופט אחד או יותר לצורך המשפט, בהעמדת תובע, לעיתים יותר מאחד, ולפעמים גם במינוי סניגור ציבורי לנאשם על חשבון משלם המיסים.

ברור כי העמדה שגויה לדין פוגעת באמון הציבור במערכת אכיפת החוק. למעשה, כשם שהחלטה שגויה על אי העמדה לדין פוגעת באמון של הציבור במערכת האכיפה הפלילית כך גם פוגעת החלטה שגויה להעמיד לדין במקום בו לא היה ראוי לעשות זאת.

עולה אפוא שלמעשה קיים מתח בין האינטרסים המטים את הכף לבירור ומיצוי הדין לבין אלו המחייבים נקיטת משנה זהירות ושמירה מיטבית על זכויות הפרט, שמעמדן בשיטתנו המשפטית התחזק בעקבות חוקי־סוד: כבוד האדם וחירותו. שמירה על כלל האינטרסים והזכויות, אלו המצויים בהחלטה להעמיד לדין ואלו המחייבים שהחלטה כזו תהא מדודה וזהירה חוברים יחד ומשרתים את האינטרס הציבורי, השואף לתקינות פעולתה של המערכת המשפטית.

⁶ לפגיעה אפשרית בזכויותיו החוקתיות של נאשם עקב עצם הגשת כתב אישום נגדו ראו: 1767/94 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 505, פסי' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק (1999).

⁷ MALCOLM M. FEELEY, *THE PROCESS IS THE PUNISHMENT: HANDLING CASES IN A LOWER CRIMINAL COURT* (1979).

ניתן לבחון את מידת התאמתו של הסטנדרט הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין בראי המודלים ה"אידיאליים" ביחס ליעדיו של ההליך הפלילי, כפי שהוצגו בספרות המשפטית.⁸ מודלים אלה מבטאים ביסודם תפיסות ערכיות-נורמטיביות,⁹ המאפשרות לבחון דרכן, באופן מאורגן ושיטתי, את הסטנדרט הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין. באמצעות מודלים אלו ניתן לחדד ולהעמיק במתח הפנימי ובערכים הסותרים המצויים בקבלת החלטה להעמיד אדם לדין. פעולה שכזו, תאפשר הבניית מבחן רצוי וראוי שבכוחו למצוא נקודת איזון הולמת המיישבת מבחינה נורמטיבית בין המתחים האמורים.

במאמרו המפורסם, תיאר המלומד Herbert Packer את תפקידם המורכב של הכללים הדיוניים באמצעות שני מודלים קוטביים: האחד, מודל המלחמה בפשיעה (Crime Control Model) והשני, מודל ההליך ההוגן (Due Process Model).¹⁰ מודל המלחמה בפשיעה, כשמו כן הוא, מודל המתאר הליך פלילי שעיקרו מלחמה בפשיעה. מודל זה מושתת על האינטרס הציבורי שבאכיפת החוק. מטרתו העיקרית של ההליך, בראי מודל זה, היא הגנה על ביטחון הציבור והענשת העבריינים.¹¹ לעומתו, מודל ההליך ההוגן מתאר הליך פלילי ששם דגש על הצורך לשמור על זכויותיהם של חשודים ונאשמים, לאמור הגנה על הפרט מפני מערכת אכיפת החוק. מטרתו העיקרית של ההליך, בראי מודל זה, היא הגנה על הפרט באמצעות כללים משפטיים וראייתיים שיקטינו ככל האפשר את שיעור הטעויות הפוגעות בזכויות הפרט ועלולות להתרחש במסגרת הליך פלילי. המודל האחרון אינו מאפשר קידוש המטרה של מלחמה בפשיעה באופן המתיר שימוש בכל האמצעים ומסייג מטרה זאת כך שאין היא יכולה לחתור תחת זכויותיהם של החשוד והנאשם.¹² משום כך, לפי מודל זה, דרושים ריסון וזהירות מצד מערכת אכיפת החוק.

שני המודלים של Packer משקפים מערכות נוגדות וסותרות של אינטרסים וערכים המתקיימות, זו לצד זו, בכל שיטת משפט. כל מערכת משפט נדרשת ליישב את המתח שבין המערכות ולמצוא איזון ראוי ביניהן. כל שיטת משפט מוצאת לה את נקודת האיזון הראויה כראות עיניה, בהתאם להשקפה הערכית-מוסרית-פוליטית שבה היא מחזיקה.

ברור שבמצב בו עבריינים רבים מידי חומקים מאימת הדין, מודל המלחמה בפשיעה אינו בא על סיפוקו¹³ ומתרחשת פגיעה משמעותית בשלטון החוק ובאמון הציבור במערכת החוק.¹⁴ לכך השפעה שלילית, בין היתר, גם על יכולת ההרתעה של מערכת המשפט הפלילי כולה. מנגד, העמדה לדין סיטונאית במקום בו לא נבחנו כראוי שאלת החפות או סיכויי ההרשעה (אפקטיביות של ניהול הליך פלילי) פוגעת אנושות במערכת המשפטית ובזכויותיו של הפרט; על כן היא אינה עולה בקנה אחד עם מודל ההליך ההוגן.

⁸ הכוונה ל-ideal types במובן הובריאני. היינו, רעיון מופשט ולא כזה שמשקף את המציאות. מדובר בתבניות חשיבה, או קני מידה ערכיים, שבעזרתם ניתן לתפוס ולבקר את מורכבותה של המציאות תוך השוואת המציאות למודלים ה"אידיאליים". ראו: THOMAS BURGER, MAX WEBER'S THEORY OF CONCEPT FORMATION: HISTORY, LAWS AND IDEAL TYPES 117-124 (1976); Mirjan Damaska, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 U. PA. L. REV. 506, 567 (1972); Stuart K. Macdonald, *Constructing a Framework for Criminal Justice Research: Learning from Packer's Mistakes*, 11 NEW CRIM. L. REV. 257 (2008).

⁹ HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 149, 152-153 (1968); Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. PENN. L. REV. 1 (1964)¹⁰; וכך מאוחר יותר בספרו ראו: PACKER, לעיל ה"ש 9.

¹¹ Packer, לעיל ה"ש 10, מדגיש במאמרו שגם מודל זה של מלחמה בפשיעה, שם לנגד עינינו את הצורך במזעור טעויות ומניעת הרשעות שגויות, זאת כל עוד אין בכך כדי לפגוע במלחמה בפשיעה, דוגמת שחרור מספר רב של עבריינים או שחיקת ההרתעה של המשפט הפלילי.

¹² PACKER, לעיל ה"ש 9, בעמ' 165-166.

¹³ שם, בעמ' 164.

¹⁴ GLANVILLE WILLIAMS, THE PROOF OF GUILT 157 (1958).

תפיסה המבכרת את מודל המלחמה בפשיעה מצדדת בהנמכת הרף הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין. זאת בשל הרצון לתפוס ברשתה כמה שיותר מבצעי עבירות ולמצות עמם את הדין, ולהימנע ככל שניתן משחרור עבריינים רק בשל העדר ראיות מספיקות. המוטיבציה של מצדדי גישה זאת תהא להעביר לבירור משפטי כמה שיותר תיקים פליליים.

לעומתה, גישה אחרת, מנוגדת, זו של מודל ההליך ההוגן, שמה לנגד עיניה כשיקול מכריע ודומיננטי את זכויותיו של הפרט והרצון להגן עליו מפני כל פגיעה. לפי גישה זאת, יידרש רף ראייתי השואף להקטין ככל שניתן פגיעה בחפים מפשע, גם במחיר של אי העמדתם לדין של מי שיש כנגדם ראיות המחשידות אותם בביצוע מעשים פליליים. המוטיבציה של מצדדי גישה זאת תהא להעביר לבירור משפטי רק תיקים שיש לגביהם ביטחון מרבי באשמתו ובהרשעתו האפשרית של העומד לדין.

שני המודלים האלה נקלטו בספרות האקדמית¹⁵ ואף הוחזקו כרלבנטיים לשיטת המשפט הישראלית.¹⁶ שילוב המודלים עשוי להניב מבחן לרף הראיות הראוי, שיאזן נכונה בין הזכויות והאינטרסים הנוגדים. צומת ההחלטה על העמדה לדין מהווה הזדמנות שהיא בגדר חובה ליצירת סלקציה של התיקים בהם יש חשש ריאלי מפני זיכוי משפטי או חשש מפני פגיעת שווא בזכויות אזרח חף מפשע. מכאן החשיבות שבבחינת רף הראיות המספיק, כמותית ואיכותית, שיהא בו כדי לזהות את האשמים, כבר בשלב המקדמי, שאם לא כן עלול ההליך הפלילי לפרוש כנפיו על חף מפשע; בנוסף, נדרש כי יהיה בכוחו של המבחן הראייתי לנבא באלו מקרים ניתן יהיה להוכיח את אשמתו של הנאשם, שאם לא כן העמדתו לדין תהיה לשווא.

ג. "סיכוי סביר להרשעה" – הדין המצוי

1. "סיכוי סביר להרשעה" – מהו?

בחלק זה אבקש לבחון את אופיו ואת טיבו של הסטנדרט הראייתי המשמש כאבן בוחן להעמדה לדין בישראל ובחלק ממדינות העולם. נראה כי כמו בישראל גם במדינות רבות בעולם התקבע הסטנדרט הראייתי לצורך העמדה לדין שעונה על ההגדרה של "סיכוי סביר להרשעה". עם זאת, כפי שנראה להלן, לא נמצא מבחן ראייתי יחיד ואחיד ליישומו של סטנדרט ראייתי זה, לא מבחינת טיבו ולא מבחינת מידתו.

¹⁵ בכל רחבי העולם וגם בזו הישראלית. ראו: לסלי סבה "המודלים של הרברט פאקר: מבחן הזמן והביקורת" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי 221, 222, ה"ש 3 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009), אשר בדק ומצא כי פרסומיו של Packer הוזכרו במאות רבות של מאמרים. גם בישראל פורסמו מספר מאמרים, אשר התייחסו למודלים של Packer. ראו לדוגמה: חגית לרנאו "יישום מבחן – תאוריה ומעשה בתחום סמכויות החקירה וזכויות חשודים" עלי משפט ו 105 (2007); רינת קיטאיסנג'רו "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" עלי משפט ג 405 (2003); הדר דנציגרוזנברג, יורם רבין ויריב נבון "התפתחויות במשפט הפלילי: חקיקה ושפיטה – סתירה או השלמה?" דין ודברים ו 201 (2011).
¹⁶ סבה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 222–223, ה"ש 8. סבה מראה כי גם בשני פסקי הדין של בית המשפט העליון, אשר עסקו בסוגיות עקרוניות, נכללה התייחסות למודלים של Packer: ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, פסי' 43–82 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2006) (אשר בו נקבעה דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית); בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר שבע, פ"ד סא(3) 93 (2006). פסק דין זה ביטל את ההלכה של ע"פ 194/75 קינזי נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 477 (1976).

מבחן ה"סיכוי סביר להרשעה" אינו נוסחה מתמטית שעשויה להוביל לתוצאה מדויקת, פשוטה ואחידה בכל מקרה. מבחן זה אינו אוצר בחובו תהליך חשבונאי שיוביל לכימות הסיכויים בדבר הרשעה, אלא הוא מכוון לתהליך מחשבתי העוסק באומדן ובסבירות בעלת מתחם. ניתן לומר שמדובר במבחן המאפשר התייחסות לראיות במנעד, המשתרע בין נקודה שלפניה ניתן יהיה לומר ש"אין סיכוי סביר להרשעה" לבין נקודה קוטבית, בקצה השני של הספקטרום, לאחריה לא נותר ספק בשאלת ההרשעה באשר בה "ההרשעה כמעט וודאית".¹⁷ ישנם תיקים בהם מצויות ראיות מוצקות שמהימנותן וקבילותן אינה מעוררות בעיות ובמבחן הסיכוי הסביר להרשעה, ייחשבו אלה כתיקים המצויים בנקודה הקרובה ל"סיכוי גבוה להרשעה" או "ההרשעה כמעט וודאית". לעומתם, ישנם תיקים בהם התשתית הראייתית מוערכת ככזו שיכולה לבסס הרשעה אך סיכויה מוערכים כנמוכים מאוד ומתקרבים להעדר סיכויים בכלל.

סבירות לבדה של הסיכוי, אין בה כדי להסביר מה רמת הסיכוי הנדרש. השימוש בביטוי "סביר" אינו מסביר את רמת הביטחון שנדרש ליישם לצורך יישומו של המבחן. למעשה, מבחינה לשונית, המונח "סיכוי סביר" גרידא סובל סיכוי נמוך אשר אינו מוגבל ברף ראייתי מינימלי קשיח באותה מידה כמו סיכוי גבוה.¹⁸

"סביר" הוא זה המתקבל על הדעת. "סביר" הוא זה ההגיוני, האפשרי. מבחינה לשונית-סמנטית המשמעות של "סבירות" אינה גוררת בהכרח רף ראייתי מינימלי וודאי שאין בה לחייב רף ראייתי גבוה. אפשר לומר שסיכוי הוא סביר גם כשהסתברות נמוכה מ-50%. נדמה כי גם במצב בו יש סיכוי של 40% כי הנאשם יורשע, ניתן יהיה להגיד כי מדובר בסיכוי סביר, הגיוני, אפשרי ובהחלט מתקבל על הדעת.

יוצא אפוא כי על מנת להצדיק רף ראייתי מסוים לא ניתן להסתפק בניתוח מושגי-אנליטי של הביטוי "סיכוי סביר" אלא יש להשקיף עליו מבחינה נורמטיבית, כפי שיעשה במאמר זה.

2. התפתחות הסטנדרט של "סיכוי סביר להרשעה" במשפט הישראלי ומשמעותו

המחוקק הישראלי הסתפק בהפניה כללית אודות קיומה של דרישה ראייתית, מבלי לקבוע במפורש את מכסת הראיות הנדרשת לצורך העמדה לדין.¹⁹

בחלק זה אבקש לסקור, מהבחינה הדסקריפטיבית, את מכסת הראיות המספיקות לצורך העמדה לדין, כפי שזאת קיימת במשפט הישראלי הנוהג. יש לומר כבר עתה כי קשה עד בלתי אפשרי להתחקות באופן אמיתי אחר הרף הראייתי שבהתקיימו מתקבלת החלטה אצל התביעה הכללית כי ישנן ראיות מספיקות לצורך העמדה לדין, וזאת משלוש סיבות עיקריות: ראשית, סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי שכותרתו "העמדה לדין וסגירת תיק" מכיל דרישה כללית ולפיה לצורך העמדה לדין נדרשות "ראיות מספיקות לאישום". מעבר להוראה זו, אין כל התייחסות של המחוקק לאופיו, לטיבו או למידתו של הסטנדרט הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין פלילי.

¹⁷ שכן לא ניתן לדרוש וודאות מלאה.

¹⁸ לשם הבהרת הרעיון, נניח שיש 49% סיכוי שירדו גשמים. במצב כזה, מבחינת האדם, מדובר בסבירות המצדדת בכך שאדם יצטייד במטריה. אילו מדובר היה ברמת סיכויים שסבירותם נמוכה אזי לקחת מטריה הייתה פעולה שגויה ומיותרת. מנגד, אם נאמר שהצטיידות במטריה, במצב של סיכוי ברמה של 49% לגשם היא בכל מקרה בלתי סבירה, משמע שלא ניתן לקבוע שסיכוי סביר הוא בהכרח סיכוי שאינו נמוך מ-50%. בדומה קיימים בחוק סדר הדין הפלילי מבחנים ראייתיים כגון: "יסוד סביר להניח" אשר אינם מניחים בהכרח הסתברות של 50% או למעלה מכך.
¹⁹ ס' 62 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) נוקט לשון שתומה ומסתפק בדרישה "שהראיות מספיקות לאישום".

שנית, בשונה מהמקובל במרבית מדינות העולם, אין בישראל הנחיות לתובע או "קוד תביעה" על אודות טיבה, אופייה, מידתה ואופן יישומה של הדרישה הראייתית כתנאי מקדמי לצורך העמדה לדין. מכאן שהזירה היחידה שנותרת לבירור הדרישה²⁰ היא הכרעותיו של בית המשפט בנושא. דא עקא, וכאן מתעצבת המגבלה השלישית, זירה זו מתגלית כמוגבלת ביותר לבירור הסוגיה, זאת כיוון שהיא מצטמצמת לרוב²¹ לדיון בעתירות המוגשות לבית המשפט הגבוה לצדק בעניין "סבירותה של החלטה"²² ו"בחינת התהליך לקבלת החלטה"²³. דיון שכזה אינו מחייב בהכרח, כפי שניתן יהיה לזהות בנקל, הכרעה חדה ומדויקת לגבי מידתו של הרף הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין. לפיכך, בחינת מבחן הסיכוי הסביר בראי המשפט הישראלי תיקבע, במגבלות המתוארות, כשדומה כי בית המשפט, גם כאשר הדבר מתאפשר, נמנע במפגיע לקבוע מסמרות בנושא.

נראה כי עד לתחילת שנות השמונים של המאה הקודמת פורש הרף הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין ככזה הבוחן קיומן של ראיות לכאורה לאשמתו של חשוד. משכך, לא נדרשה התביעה לבחון את מידת סיכויי ההרשעה אלא בחנה אם קיימות ראיות לכאורה לפיהן עולה כי החשוד ביצע את המיוחס לו.²⁴ בהתאם למבחן של ראיות לכאורה, נדרש התובע לבחון אך קיומן של ראיות שאם תתקבלנה כקבילות במסגרת ההליך השיפוטי ניתן יהיה לבסס עליהן את אשמתו של החשוד. בחינת קיומן של ראיות לכאורה אינה כוללת בחינה של עוצמת הראיות ולא נדרש קיומו של רף מינימלי באשר לסיכויי ההרשעה. כדי לצלוח שלב זה די שישנו סיכוי כי הראיות לכאורה יבשילו במשפט לראיות רגילות ואלה יובילו להרשעה, וזאת מבלי שנדרש להכריע בשאלת מהימנותן.²⁵

בשנת 1983, נקבע לראשונה באופן ברור ומפורש, בעניין **בארי**, כי לא ניתן להסתפק בבחינת מידת אשמתו של החשוד אלא נדרשת בחינה של סיכויי ההרשעה.²⁶ בהתאם למבחן זה על התובע לנבא את תוצאותיו של ההליך הפלילי ולבחון את סיכויי ההרשעה. ואולם, בית המשפט נמנע מלהציב רף ראייתי מינימלי משמעותי לסיכויי ההרשעה והסתפק באמירה לפיה "אין להעמיד אדם לדין אם על פי החומר ברור לתובע שהנאשם יזוכה"²⁷, זאת תוך המחשת מצב כגון דא,

²⁰ למעט מחקר אמפירי בו ניתן היה לקבל תשובה לשאלה זו ישירות מהתובעים השונים.
²¹ לפי ס' 80 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. ישנם גם פסקי דין אשר עוסקים בתביעת פיצויים של נאשם שזוכה, בין השאר, הואיל ולא היה נגדו יסוד להאשמה.
²² וליתר דיוק, ביחס לשאלה אם החלטתה של התביעה לקתה בחוסר סבירות קיצוני ראו: יניב ואקי "מרחב שיקול הדעת בהחלטה על העמדה לדין" **משפט מפתח** 1, 15 (2013). ראו גם בג"ץ 8722/05 **קיקיס נ' הרמטכ"ל**, פס' 16 לפסק דינו של השופט קדמי (פורסם בנבו, 23.2.2006).
²³ בשל תפיסה מצירה זו נמנע בית המשפט, ככלל, מלבחון את חומר הראיות בעצמו: "בחינת סבירותה של החלטת היועץ בדבר דיות הראיות לצורך העמדה לדין אינה כורכת את בדיקת הראיות עצמן, אלא את תוכנה של החלטה בדבר דיותן, על פי סימנים חיצוניים אובייקטיביים, העשויים להאיר את סבירותה". בג"ץ 5699/07 **פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(3) 550, פס' 25 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2008) (להלן: עניין **קצב**).
²⁴ יודגש כי כמעט ואין בנמצא פסקי דין העוסקים ברף הראייתי ואולם באלה שישנם, הלשון מצביעה על מבחן ראייתי של ראיות לכאורה של אשמה. ראו: רות גביון **שיקול-דעת מינהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם** 149 (1991), והאסמכתאות המובאות שם. עם זאת, ישנם גם פסקי דין מועטים בהם נאמר כי גם שיקולי ההצלחה בבית משפט הם שיקולים לגיטימיים שהתביעה רשאית לשקול. ראו: בג"ץ 665/79 **וינוגרד נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לד(2) 634, פס' 2 לפסק דינו של השופט בייסקי (1980).
²⁵ כך לדוגמה, גם ראיית זיהוי יחידה של מתלונן שלגביה קיים חשש לאמינותה ולמהימנותה, עשויה להספיק לצורך שלב זה, שכן אם תיוחס לה מהימנות מלאה, היא עשויה להספיק לצורך ביסוסה של הרשעה.
²⁶ בג"ץ 650/82 **בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לו(4) 216, 222-223 (1983): "כשדיבר המחוקק בסעיף 62 'על ראיות מספיקות לאישום אדם פלוני' המצויות בחומר החקירה, הוא התכוון בעליל לקימו של חומר ראיות, אשר יכול להביא להרשעתו של אדם בעבירה מסוימת".
²⁷ שם. בהתאם לכך, הרף הראייתי המינימלי להעמדה לדין הוא "סיכוי נמוך להרשעה" או "יותר מסיכוי קלוש להרשעה".

באמצעות שתי דוגמאות קיצוניות "כגון, אם העבירה התיישנה או אם עומדת לנאשם ההגנה שזוכה כבר פעם מהעבירה".

בפסקי דין נוספים שניתנו מאז, עמדו בתי המשפט על אופייה של אמת המידה הראייתית הנדרשת לצורך ההחלטה על העמדה לדין ועל כך שעליה להתייחס לסיכויי ההרשעה. עם זאת, נמנעו בתי המשפט מלעמוד במפורש על מידתו של הרף הראייתי. מקביעותיהם עולה כי המדובר ברף ראייתי מינימלי נמוך מאוד, בדומה לזה שתואר בעניין בארי. כך שבו וקבעו בתי המשפט כי למרות קיומן של ראיות לכאורה, יהיה זה מוצדק להימנע מלהעמיד אדם לדין מקום בו "סיכויי הרשעה מועטים",²⁸ כאשר קיים "סיכוי אפסי להרשעה",²⁹ או כש"ברור לתובע שהנאשם יזוכה".³⁰ יוצא אפוא, כי נכון לעת ההיא גם סיכויי הרשעה נמוכים, אף כאלה שאינם עולים על סיכויי הזיכוי, ייחשבו למספיקים לצורך העמדה לדין כל עוד הם אינם קלושים או אפסיים.

בשנת 1997, בעניין יהב,³¹ שנדון בפני הרכב מורחב של חמישה שופטים, הוקדש דיון מעמיק בנושא וניתנה התייחסות מיוחדת ושונה מזו שהייתה נהוגה עד לאותו זמן לרף הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין. פסק דין זה טבע לראשונה מבחן יישומי בדמות "סיכוי סביר להרשעה" לצורך ההחלטה על העמדה לדין.³² ונעשה ניסיון, גם אם ראשוני, לעמוד על טיבה ומידתה של מכסת הראיות המספיקה בהתאם למבחן זה. נקבע כי הסתברות סבירה להרשעה אין פירושה רק הסתברות סבירה כי על פי חומר הראיות אכן ביצע הנאשם את העבירה המיוחסת לו, אלא הסתברות סבירה שבית המשפט יפסוק שאין כל ספק סביר שהנאשם אשם בביצוע העבירה.³³

באשר למידתו של סטנדרט ראייתי זה, נקבע כי התביעה רשאית להימנע מלהעמיד אדם לדין לא רק כאשר קיים סיכוי קלוש להרשעה אלא גם מקום ש"רב הסיכוי שהנאשם יזוכה על הסיכוי שיורשע בדין". התייחסות זו חדשנית בשני מובנים: ראשית, נדמה כי בית המשפט מציב רף ראייתי גבוה יותר מבעבר ולפיו לא ניתן להסתפק בסיכויי הרשעה נמוכים אלא יש לדרוש סיכויי הרשעה אשר עולים על הסיכוי לזיכוי. שנית, זו הפעם הראשונה בה בית המשפט מעמיד את סיכויי ההרשעה אל מול סיכויי הזיכוי ובכך, למעשה, קובע מבחן כפול ודרך התייחסות המחייבת בחינת הראיות, פעם אחת בראי סיכויי ההרשעה ופעם נוספת בראי סיכויי הזיכוי. עם זאת, גם כאן נמנע בית המשפט מלהציב קו גבול ראייתי תחתון ונוקשה לצורך העמדה לדין. מדבריו של בית המשפט עולה במפורש כי אין המדובר בתנאי הנדרש לצורך העמדה לדין והדבר נתון לשיקול דעתו של התובע. הלשון היא לשון רשות ולפיה כאשר "התובע עצמו מעריך כי רב הסיכוי

²⁸ בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 509 (1990); בג"ץ 4162/93 פדרמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 309, 310 (1993).

²⁹ דנג"ץ 4742/93 פרייברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 359, פסי' 10 לפסק דינו של השופט אור (1993) שם אמר בית המשפט כי שיקולי התביעה שלא להעמיד לדין הם לגיטימיים "אם הסיכוי [להרשעה] הוא קלוש" או אם "ניתן בנקל להגיע למסקנה שהראיה היא מפוקפקת והסיכוי להרשעה הוא אפסי".

³⁰ בג"ץ 3846/91 מעוז נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מו(5) 423, 436 (1992).

³¹ בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נא(3) 1, 10 (1997).

³² במאמר מוסגר יצויין כי השימוש בביטוי זה של "סיכוי סביר להרשעה" אומץ עוד קודם לכן כאמת המידה הראייתית לצורך מעצר עד תום ההליכים, לפי סי' 21 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו–1996, ונעשה בו שימוש בפסקי דין רבים בהקשר זה. ראו: ב"ש 70/86 גינדי נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 449 (1986); ב"ש 3159/91 מדינת ישראל נ' בן אבו (פורסם בנבו, 3.10.1991); ב"ש 1269/96 טהא נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.2.1996); כמו גם בבש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133 (1996), פסק הדין המנחה לעניין זה, אליו הפנה פסק הדין בעניין יהב, לעיל ה"ש 31. אולם, בפסקי דין אלה לא פורש רף ראייתי זה כדורש הסתברות ברמה מינימלית של מאזן הסתברויות. ראו: מרדכי לוי "הראיות לכאורה הנדרשות למעצר עד תום ההליכים – בחינה נוספת" משפטים לד(3) 549, 559 ה"ש 37 (2004), לפיו פסק הדין הראשון שנעשה בו שימוש בביטוי זה הוא ב"ש 56/84 עמר נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 581 (1984).

³³ עניין יהב, לעיל ה"ש 31, פסי' 5 לפסק דינו של השופט גולדברג.

שהנאשם יזוכה על הסיכוי שירשע בדיון" "אין לחייב תובע להגיש כתב אישום" וכי העמדה לדן במצב זה "איננה מצב תקין ורצוי".³⁴

יוצא אפוא, כי על אף חשיבותו וחדשנותו של פסק הדין בעניין **יהב**, לא נקבע בו רף ראייתי מינימלי הנדרש לצורך העמדת אדם לדן פלילי. בנוסף, חרף העמדת סיכויי ההרשעה מול סיכויי הזיכוי, בית המשפט לא התייחס במפורש למידת היחס הנדרש ולא הציב אותו על מתחם הסבירות ומאליו מובן שאף נמנע מלהציב דרישה להסתברות של מאזן הסתברויות, היינו סיכויי הרשעה שעולים על 50% וגדולים מסיכויי הזיכוי.³⁵ ואכן, בהחלטה אשר דחתה בקשה לקיום דיון נוסף בטענה כי פסק הדין מציב רף ראייתי גבוה מזה שהיה מקובל עד לאותה עת לצורך העמדה לדן. צויין במפורש כי אין בפסק הדין כדי לקבוע רף ראייתי מינימלי ונוקשה של מאזן הסתברויות אלא שיש לראות בכך לא יותר מ"אמת-מידה לגיבוש החלטה בשאלה אם התשתית הראייתית הקיימת [...] אכן מצדיקה הגשת כתב-אישום" וכי אין המדובר בכלל ראייתי נוקשה אלא ב"הנחיה פרשנית ראויה".³⁶

גם בפסקי הדין שניתנו לאחר פסק הדין בעניין **יהב**, נמנעו בתי המשפט מלקבוע מבחן חד-משמעי למכסת הראיות המספיקה, וגם בהפנותם לפסק הדין בעניין **יהב**, חזרו ועמדו אך על הדרישה ל"אפשרות סבירה להרשעה"³⁷ ועל כך ש"הביטוי 'ראיות מספיקות לאישום אדם פלוני' פורש כקיומו של חומר ראיות אשר יכול להביא להרשעתו של אדם בעבירה מסוימת".³⁸

במשך כעשור מאז פסק הדין בעניין **יהב**, השתרש בפסיקת בתי המשפט הביטוי "סיכוי סביר להרשעה" לתיאור אמת המידה הראייתית הנדרשת לצורך העמדה לדן, ואולם זאת מבלי לתחום אותו בגבולות נוקשים ברורים ובכך לייצב מבחן יישומי. מעיון בפסקי הדין השונים נדמה כי "סיכוי סביר להרשעה" פורש ככזה אשר דורש סיכוי כלשהו להרשעה שאינו נמוך מידי.³⁹

בשנת 2008, בעניין **קצב**,⁴⁰ נקבע לראשונה במשפט הישראלי, בהרכב מורחב של חמישה שופטים, כי יש לקבוע רף מינימלי לצורך העמדה לדן. ייתכן כי בשל נסיבותיו המיוחדות של מקרה זה והשתלשלות העניינים שקדמה להחלטה נשוא העתירה⁴¹ ובעקבות המחלוקות שנועדו בקרב אנשי התביעה בקשר לסיכויי הרשעתו של נשיא המדינה משה קצב בעבירות המין שיוחסו לו,⁴² נדרש בית המשפט העליון לדיון מעמיק על אודות השיקולים והתנאים הגלומים בהחלטת

³⁴ לדברים אלה של השופט גולדברג הצטרפו יתר שופטי ההרכב – שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט גולדברג. השופט אור אף הדגיש כי שיקול זה, האומד את סיכויי ההרשעה, אינו שיקול שבחובה וכי התובע רק "רשאי" להידרש לו ולהביאו בחשבון – שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט אור. דברים ברוח זו נקבעו גם על ידי השופטת דורנר אשר ציינה כי הערכת סיכויי ההרשעה מצויה "בתחום שיקול-הדעת של התביעה. שכן, הדין [...] משאיר הוא לשיקול-הדעת של התביעה את החלטה אם הראיות שבידיה הן בעוצמה המספקת להפעלת המנגנון השיפוטי" – שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת דורנר.

³⁵ מבחינה הסתברותית, מקובלת ההתייחסות אל רף זה כדרישה לרמת ביטחון שהיא מעבר ל-50%, או בשיעור של 50% פלוס אפסילון: $50\% + \epsilon$. כאשר האות היוונית אפסילון (ϵ) מייצגת למצער מספר קטן כלשהוא. ולעניינו, רף הוכחה הדרוש הטיה של מאזן הסתברויות ולו במעט.

³⁶ דנג"ץ 3865/97 **יהב נ' פרקליטת המדינה**, פס' 4 לפסק דינו של השופט מצא (פורסם בנבו, 1998.5.8).
³⁷ ראו: בג"ץ 5675/04 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נט(1), 199, 209–212 (2004); בג"ץ 11221/05 **נאסר נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 6–8 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 2007.4.19).

³⁸ בש"פ 4455/00 **מדינת ישראל נ' בדוי**, פ"ד נד(4), 794, 803 (2000).
³⁹ שם; עניין **התנועה למען איכות השלטון ועניין נאסר**, לעיל ה"ש 37. ניתן להסביר ולהצדיק את המתניות שגילה בית המשפט במעורבותו בקביעת מבחן שכזה, בין היתר, נוכח האפשרות שקביעת מבחן יישומי וברור על ידי בית המשפט משמעו דריסת רגל של בית משפט במתחם שיקול הדעת של התביעה הכללית.

⁴⁰ עניין **קצב**, לעיל ה"ש 23.
⁴¹ שם, פס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין באומרו: "דרכה של התביעה – דרך לא דרך".

⁴² ראו: אביעד גליקמן "התובעים: קשיים ניכרים בראיות בתיק קצב" **Ynet** 11.1.2009 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3653896,00.html

התובע על העמדה לדין. כפועל יוצא מכך, עמד בית המשפט על טיבו ומידתו של הרף הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין וקבע כי "ראיות מספיקות לאישום הן אלו המקימות סיכוי להרשעה, שאינו נופל מן הסיכוי לזיכוי. [...] ענין הוא, לפיכך, למאזן הסתברויות, המבקש להעריך לאן נוטה הכף – אם להרשעה ואם לזיכוי".⁴³ על דבריו אלה של השופט לוי, הוסיפה הנשיאה ביניש כי גם היא "נוטה [...] לדעה כי לצורך התקיימות היסוד הראייתי בהעמדה לדין, ראוי כי התובע יעריך בהתאם למכלול חומר הראיות לכאורה המצוי בידיו, כי הסיכוי הלכאורי להרשעה בתיק עולה על הסיכוי הלכאורי לזיכוי, ולו באורח קל בלבד".⁴⁴

לדברים אלה הצטרפה גם השופטת פרוקצ'יה אשר הביעה דעתה כי: "לצורך העמדה לדין, די בסיכוי סביר כלשהו להרשעה, העומד במאזן ההסתברויות במובן זה שהסיכוי להרשעה עולה על הסיכוי לזיכוי".⁴⁵ תוך שהיא מדגישה כי המדובר ב"רף תחתון" וב"תנאי הכרחי להגשת כתב אישום".⁴⁶ עם זאת, השופט גרוניס הביע את הסתייגותו מהצבת רף ראייתי נוקשה כתנאי הכרחי להעמדה לדין בכל תיק ותיק.⁴⁷

מחלוקת נוספת התגלעה גם לעניין היחס בין הרף הראייתי הנדרש לבין שיקולים של עניין לציבור. השופט לוי ביקש להימנע מהצבת קו גבול ראייתי תחתון נוקשה לכל המקרים וביקש לאמץ אמת מידה להעמדה לדין שמשתנה בהתאם למידת "העניין לציבור" שבכל תיק ותיק.⁴⁸ לדידו, לא מתקיימת הפרדה בין שני השלבים האמורים ועל כן, כאשר הבחינה הראייתית אינה מגלה תוצאה חד-משמעית וה"מאזניים מעוינים", אין בכך בהכרח כדי למנוע העמדה לדין.⁴⁹ לגישתו, בתיקים בהם לא ניתן להגיע להכרעה בשאלה אם סיכויי ההרשעה יעלו על סיכויי הזיכוי,⁵⁰ העניין הציבורי הוא זה שצריך להכריע. בהתאם לגישה זו, ככל שהעניין לציבור גדול ומובהק יותר כך אפשר להסתפק בתשתית ראייתית חלשה יותר. הנשיאה ביניש חלקה על דעה זו והדגישה, כי "ראוי לשאוף להפרדה ברורה בין שני היסודות הנדרשים [...] [ו]יש להישמר מפני מצב בו קביעת הרף הראייתי הנדרש להגשת כתב-אישום פלילי, תהא מושפעת מהאינטרס הציבורי הטמון בהעמדתו לדין של הנחקר".⁵¹ עם זאת, קבעה כי סוגיה זו אינה דרושה הכרעה במקרה דנן והותירה אותה "בצריך עיון".⁵² מפתיע לגלות כי סוגיה זו, על אף חשיבותה, טרם הוכרעה בפסיקה, וגם בעניין **חיים**, היא נותרה ללא הכרעה.⁵³

כך או כך, גם בפסקי הדין שבאו לאחר מכן, הגם שבתי המשפט מיקדו את תשומת לבם בנחיצותו ובהצדקותיו של הסטנדרט הראייתי של "סיכוי סביר להרשעה" (בניגוד למבחן של "ראיות לכאורה לאשמה"), הם נמנעו מלחזור ולעמוד על טיבו או מידתו ככזה אשר מציב רף ראייתי מינימלי של מאזן הסתברויות דווקא.⁵⁴

⁴³ עניין **קצב**, לעיל ה"ש 23, פס' 37 לפסק דינו של השופט לוי.

⁴⁴ שם, פס' 21 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

⁴⁵ שם, פס' 37 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

⁴⁶ שם.

⁴⁷ שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט גרוניס.

⁴⁸ שם, פס' 39 לפסק דינו של השופט לוי.

⁴⁹ שם. ראו ציטוט: "ישנה זיקה ברורה בין היסוד הראייתי לבין העניין הציבורי שבניהול משפט, ולעתים זיקה זו היא

מפתח בהפעלתו הנכונה של סעיף 62(א)".

⁵⁰ שם. ראו ציטוט: "מקום בו לא נשלל היסוד הראייתי, אך גם לא מתאשר".

⁵¹ שם, פס' 21 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

⁵² שם, פס' 22 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

⁵³ בג"ץ 5199/12 **חיים נ' פרקליטות המדינה – מחלקת עררים** (פורסם בנבו, 13.5.2013).

⁵⁴ ראו לדוגמה: בג"ץ 5817/08 **עראמין נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 11 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם

בעניין פלוני התערב בית המשפט העליון, בפעם הראשונה, בהחלטת התביעה הכללית להימנע מהגשת כתב אישום מהטעם של היעדר תשתית ראייתית מספקת, והורה לתביעה להגיש כתב אישום בגין אחד האירועים שנדונו.⁵⁵ חרף חריגות המקרה, ועל אף שדחה את טענת התביעה לפיה אין סיכוי סביר להרשעה, נמנע בית המשפט מלקיים כל דיון בשאלת טיבו של הרף הראייתית, אופיו ומידתו.

לסיכום, פסיקת בית המשפט הגדירה את הדרישה הראייתית הקבועה בסעיף 62 לחוק ככזו שצריכה להנביע מסקנה לגבי הראיות שהן מקיימות "סיכוי סביר להרשעה". עם זאת, ספק אם ניתן לומר כי הדרישה לרף ראייתי מינימלי, הדורש הסתברות להרשעה העולה על חמישים אחוז, הוטמעה ואומצה כהלכה פסוקה. וודאי שאין כל אינדיקציה ממנה ניתן ללמוד שזהו הרף הראייתי המיושם בפועל על ידי התביעה הכללית.

אם בשל מגבלות הדיון העוסק אך בביקורת שיפוטית על סבירות החלטות התביעה ואם בשל סיבות אחרות, שאת חלקן ציינתי לעיל, נדמה כי הפסיקה הישראלית וביחד עימה המחוקק הישראלי כמו גם רשויות התביעה, נמנעו מלתחום ולגדור את מכסת הראיות המספיקה לצורך העמדה לדיון, זאת המוגדרת כעונה על הדרישה של "סיכוי סביר להרשעה" ואופן הפעלתה נותר לשיקול דעתו של כל תובע ותובע.

3. עיצובו של הסטנדרט "סיכוי סביר להרשעה" כאבן בוחן ראייתית להעמדה לדיון

"סיכוי סביר להרשעה" (reasonable Prospect of Conviction) כאבן בוחן ראייתית לצורך העמדה לדיון, מקובל גם בשיטות המשפט השונות, ואולם מעניין לגלות כי בחלק משיטות אלה המבחן הראייתי המשמש ליישומה הוא שונה. בחלק זה אבקש להתמקד בדיון הנוהג באנגליה ובאוסטרליה, תוך סקירת ההתפתחויות וההתפוכות שהתחוללו בשיטות משפט אלה באשר לסטנדרט הראייתי של "סיכוי סביר להרשעה" והמבחן המשמש ליישומו. למען שלמות התמונה, אביא, בתמצית, את הדיון הנוהג כיום בהקשר זה גם במדינות נוספות.

באנגליה, החוק שותק ומסתפק בהסמכת הממונה על התביעה הכללית⁵⁶ לגבש הוראות, וקווים מנחים בעניין העמדה לדיון ובכלל זה לקבוע את מכסת הראיות המספיקה לצורך העמדה לדיון.⁵⁷ בהתאם להוראה זו, הנחיות התובע הכללי קובעות כיום כי הרף הראייתי לצורך העמדה לדיון הוא "סיכוי מציאותי להרשעה" (Realistic prospect of conviction). ואולם, אמת מידה זו להעמדה לדיון נקבעה רק בשנת 1985. עד לאותה שנה הנחיות התביעה הכללית קבעו כי הרף להעמדה לדיון הוא "סיכוי סביר להרשעה" (reasonable Prospect of Conviction).

בנבו, 10.7.2011; בג"ץ 4372/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 15 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 17.12.2015). למעשה, פרט לפסק הדין בבג"ץ 4379/09 "אומץ" – אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' פרקליט המדינה, פס' 19–20 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 5.8.2010) בו הוזכר הצורך לקבוע "מהם סיכויי הרשעה אל מול סיכויי הזיכוי", לא מצאנו כל התייחסות נוספת לדרישה לרף מינימלי של מאזן הסתברויות לצורך העמדה לדיון.

⁵⁵ בג"ץ 869/12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 28.2.2017).

⁵⁶ ראו תרגום לאנגלית: Director of the Public Prosecution.

⁵⁷ Prosecution of Offences Act, 1985, c.23, § 10 (Eng.)

התיקון האמור הגיע בעקבות המלצתה של ועדה שנתמנתה על ידי המלכה, לצורך בחינת ההליך הפלילי באנגליה, ובין השאר, בחינת אפשרות הקמתה של רשות תביעה נפרדת.⁵⁸ בין הסוגיות בהן עסקה הוועדה נדונה שאלת הרף הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין, אשר באותה עת הוגדר, כאמור, כ"סיכוי סביר להרשעה". הוועדה גילתה חוסר אחידות באופן היישום של סמכות ההעמדה לדין פלילי בהתאם למבחן שנקבע.⁵⁹ מסקנה זו, חייבה את הוועדה לתת את דעתה באשר למכסת הראיות המספיקה לצורך העמדה לדין.

כך מצאה הוועדה המלכותית כי אמת המידה של "סיכוי סביר להרשעה" מיושמת באמצעות שני מבחנים שונים: המבחן הראשון, הוא זה של "ראיות לכאורה" (*prima facie*). מבחן זה תואר על ידי הוועדה ככזה שעל מנת להכריע אם מתקיים סיכוי סביר להרשעה, על התובע להגיע למסקנה שבהנחה שראיות התביעה יתקבלו, חבר מושבעים סביר או שופט סביר, הפועלים לפי החוק, ירשיעו את הנאשם בעבירות שיוחסו לו. בהתאם למבחן השני, נדרשת בחינת סיכויי ההרשעה אל מול בחינתם של סיכויי הזיכוי. לצורך הקביעה כי קיים סיכוי סביר להרשעה על התובע לסבור כי סיכויי ההרשעה עולים על סיכויי הזיכוי. לצורך כך עליו לעשות הערכה כוללת של התיק המונח בפניו ולבחון, בין השאר, את סיכויי קבלת הראיות ואימוצן על ידי בית המשפט, טענות הגנה אפשריות מהימנות ואמינות של הראיות ועוד.⁶⁰

בעקבות כך המליצה הוועדה כי יש לקבוע מבחן אחיד לבחינת הראיות, שבכוחו לקבוע אם הן ממלאות את המבחן הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין. לאחר שעמדה על ההשלכות הפוגעניות של החלטה על העמדה לדין ועל כך כי הגשת כתב אישום, במקרים בהם לתביעה ראיות לכאורה בלבד, עלולה לעיתים לגרום לבזבוז זמן ומשאבים של מערכת אכיפת החוק,⁶¹ קבעה הוועדה כי יש לאמץ את המבחן הראייתי המחמיר יותר לצורך קבלת החלטה בדבר העמדה לדין, דהיינו זה הדורש כי בחינת הראיות תוביל למסקנה שסיכויי ההרשעה עולים על סיכויי הזיכוי.

מתוך רצון לאמץ את המלצות הוועדה, שונתה בשנת 1985 אמת המידה הדרושה להעמדה לדין בהנחיות ה-DPP ונקבע כי לצורך העמדה לדין יש להידרש ל"סיכוי מציאותי להרשעה". על מנת להמשיג את השינוי הרצוי במבחן הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין, היה צורך לשנות גם את המונח שמגדיר אותו – לכן, שונתה הדרישה מ"סיכוי סביר" ל"סיכוי מציאותי", אשר מפורש כיום ככזה אשר דורש כי הסיכוי להרשעה יעלה על הסיכוי לזיכוי, ("is more likely than not to convict the defendant of the charge alleged")⁶².

⁵⁸ המלצתה העיקרית של הוועדה הייתה להקים רשות תביעה נפרדת, שהרי עד נקודת זמן זו, ברוב הגדול של המקרים, הן החקירה וההחלטות לגביה והן ההחלטה לגבי תביעה וניהול משפט היו נעשות בידי המשטרה. ראו דוח הוועדה: ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE (SIR CYRIL PHILLIPS, CHAIRMAN), REPORT OF THE ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, 1981 Cmnd. 8092 (U.K).

⁵⁹ שם, בעמ' 174.

שם.

שם.

⁶² *The Code for Crown Prosecutors*, sec. 4.4-4.5, CPS (2013),

https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/code_2013_accessible_english.pdf (להלן: הקוד האנגלי); ראו גם: [51], *Gujra v. Crown Prosecution Service* [2012] UKSC 52, רף ראייתי זה נקבע גם במדינות נוספות, ראו: קוד התביעה של האי ג'רזי, Robert MacRae, *Code on the Decision to Prosecute*,

sec. 9, GOV.JE (2016),

<https://www.gov.je/SiteCollectionDocuments/Government%20and%20administration/ID%20Code%20John.L.M> ; on%20the%20Decision%20to%20Prosecute%20March%202016.pdf

John L.M. : קוד התביעה של האי מאן; Quinn, *Prosecution code for the Isle of Man*, sec. 10, GOV.IM (2017),

באוסטרליה אמת המידה לצורך העמדה לדין היא לפי מבחן של "סיכוי סביר להרשעה" ("Reasonable Prospect of a Conviction").⁶³ עם זאת, בשלושת העשורים האחרונים מתקיים באוסטרליה פולמוס מרתק בשאלת הרף הראייתי המספק לצורך העמדה לדין; פולמוס שהוביל לכך שבפרק זמן קצר יחסית שונה הרף הראייתי לא פחות מחמש פעמים!

עד לתחילת שנות השמונים של המאה הקודמת, המבחן לקיומן של ראיות מספיקות לצורך העמדה לדין היה של ראיות לכאורה בלבד.⁶⁴ ככל שהתרבו והתארכו המשפטים הפליליים הובעה הדעה כי יש להימנע מלבזבז את משאביה המוגבלים של מערכת המשפט על תיקים המועדים מראש לזיכוי. על כן, בשנת 1982, במסגרת הנחיות התביעה הכללית, נקבע כי אין להסתפק במבחן של ראיות לכאורה וכי יש להציב סטנדרט ראייתי אחר לצורך העמדה לדין, בדמותו של "Reasonable Prospect of Conviction", שנועד לאפשר שימוש מושכל במשאבי מערכת אכיפת החוק ובו בזמן להקטין את הסיכון להעמדה לדין של אזרח חף מפשע.⁶⁵ יתרה מכך, נקבע כי אין זה ראוי להעמיד אדם לדין כאשר סיכויי הזיכוי עולים על סיכויי ההרשעה ועל כן, אמת מידה זאת פורשה כדרישה לרמת הסתברות של יותר מ- 50% להרשעה. במילים אחרות, דרישה להסתברות גבוהה יותר להרשעה מההסתברות של הזיכוי. שינוי זה, במרוצת השנים, גרר ביקורת ברחבי אוסטרליה, הפעם על הצבת רף ראייתי גבוה מדי הקשה ליישום.⁶⁶ כמו כן, נטען כי בתיקים רבים אין ביכולתו של התובע להעריך נכונה את סיכויי ההרשעה, וודאי שלא להעמידם אל מול סיכויי הזיכוי. בנוסף, נטען כי רף ראייתי זה מציב קושי מיוחד בתיקים של "גרסה מול גרסה", כפי שנפוץ בעיקר בתיקים של עבירות מין, שם ככלל קשה לתובע להעריך את סיכויי ההרשעה ואם הם גדולים מאלה של הזיכוי. בעקבות ביקורות אלה, שונה (שוב) הרף הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין ובהנחיות התביעה הכללית שפורסמו בשנת 1986 נעשה ניסיון לעצב רף ראייתי שמשתנה בהתאם למידת "העניין לציבור" שבתיק מסוים.⁶⁷ נקבע כי בתיקים בהם לא ניתן להגיע להכרעה אם סיכויי ההרשעה יעלו על סיכויי הזיכוי, העניין הציבורי הוא שיכריע. ואולם גם רף ראייתי זה גרר ביקורת, ונטען לגביו כי השילוב בין דיות הראיות לשיקולי עניין לציבור הוא מלאכותי וקשה עד מאוד ליישום.⁶⁸ הביקורות שהופנו כנגד הגישות השונות לרף הראייתי הנדרש, ביחד עם המלצות ועדה שהוגשו בשנת 1985⁶⁹ ואשר קראו לבטל את הדרישה למאזן הסתברויות ולהקלה ברף הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין, הובילו (שוב) לשינוי הרף הראייתי הנדרש. בשנת 1990 פורסמה הנחיה חדשה שהסתפקה בציון אמת המידה הראייתית המספיקה לצורך העמדה לדין של "Reasonable Prospect of Conviction" וממנה הושמטה הדרישה לדיות ראיות ברמה של

<https://www.gov.im/media/1359465/prosecution-code.pdf> (להלן: קוד התביעה של האי מאן); קוד התביעה של מדינת פונג'אב בהודו: THE PUNJAB, *Code of Conduct for Prosecutors*, sec. 5.4, PROSECUTOR GENERAL GOVERNMENT OF

<https://pg.punjab.gov.pk/system/files/CODE%20OF%20CONDUCT%20FOR%20PROSECUTORS.pdf> (להלן: קוד התביעה של מדינת פונג'אב בהודו).

Robert McClelland, *Prosecution Policy of the Commonwealth: Guidelines for the Making of Decisions in the Prosecution Process*, sec. 2.5, CDPP – AUSTRALIA'S FEDERAL PROSECUTION SERVICE (2014), https://www.cdpp.gov.au/sites/g/files/net2061/f/Prosecution-Policy-of-the-Commonwealth_0.pdf (להלן: מדיניות התביעה של חבר העמים).

Michael Rozenes, *Prosecutorial Discretion in Australia Today* 7 (Apr. 18–19, 1996) (unpublished paper) (on file with author).

Canberra's Attorney-General's Department, *Prosecution Policy of the Commonwealth*, para. 16 AGPS (1982).

Rozenes, לעיל ה"ש 64, בעמ' 8.

שם, בעמ' 9.

שם.

VICTORIAN SHORTER TRIALS COMMITTEE, *CRIMINAL TRIALS* 3.53 (1985).

מאזן הסתברויות.⁷⁰ הנחיה זו ביקשה להגמיש את הרף הראייתי ולהימנע מכל ניסיון לכימותו במונחים מספריים. חרף זאת, גישה זו שונתה שוב בהמשך. כך שבהנחייה האחרונה שפורסמה בשנת 2014, הגם שלא שונה המבחן הראייתי והוא עודנו "Reasonable Prospect of Conviction", נעשה ניסיון להגדירו על דרך השלילה ונקבע לגביו כי "This test will not be satisfied if it is considered to be clearly more likely than not that an acquittal will result".⁷¹ יוצא אפוא כי באוסטרליה, נכון לעת הזו, נדרש "סיכוי סביר להרשעה" שלגביו נקבע שאינו מתקיים במידה וקיים סיכוי עודף לזיכוי, כך שגם כאשר סיכויי ההרשעה וסיכויי הזיכוי זהים ניתן יהיה להעמיד אדם לדין.

גם **בקנדה**, החוק מסתפק באמירה כללית כי הממונה על התביעה הכללית יכתוב הנחיות בשאלת העמדה לדין.⁷² ואולם, בשונה מהשיטה האנגלית ובדומה לזו האוסטרלית, ההנחיות הקנדיות נוקטות לשון "Reasonable prospect of conviction".⁷³ עם זאת, הסטנדרט הראייתי הנדרש בקנדה לעמידה במבחן של "סיכוי סביר להרשעה" אינו דורש עמידה במאזן הסתברויות. אמנם, לא ניתן להסתפק במבחן של ראיות לכאורה (*prima facie*) לצורך עמידה ברף הראייתי, אך נקבע במפורש כי הדרישה לסיכוי סביר להרשעה, לאו דווקא מחייבת שסיכויי ההרשעה יעלו על סיכויי הזיכוי, אלא שאמת מידה זו עשויה להתמלא גם במקרים בהם לדעת התובע סיכויי הזיכוי יעלו על סיכויי ההרשעה.⁷⁴

בארצות הברית, הרף הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין נעדר מהחוק הפדרלי, והוא קבוע בהנחיות של משרד המשפטים.⁷⁵ בהתאם להנחיות, לצורך העמדה לדין בעבירות פדרליות, נדרש קיומה של "עילה סבירה" (Probable Cause),⁷⁶ ובנוסף לה נדרש כי התובע ישתכנע שהתקיימו יסודות העבירה, וישנן די ראיות כדי להשיג הרשעה. אין בהנחיות כל מבחן ראייתי לענין מידת ההסתברות הנדרשת להשגת הרשעה, ואולם צוין כי על התובע להשתכנע כי קרוב לוודאי (probably) שיהיה די בראיות לצורך הרשעה.⁷⁷

בניו-זילנד, אמנם אומץ הסטנדרט הראייתי של "Reasonable Prospect of Conviction", אך גם שם הרף הראייתי הנדרש לצורך יישומו אינו מחייב סיכוי גבוה יותר להרשעה. בעבר, הסתפקה

⁷⁰ ש.ם.

⁷¹ מדיניות התביעה של חבר העמים, לעיל ה"ש 63.

⁷² Director of Public Prosecutions Act, S.C. 2006, c. 9, s. 121, § 3(3)(c), (Can.)

⁷³ *Public Prosecution Service of Canada Deskbook*, sec. 3.1, PUBLIC PROSECUTION SERVICE OF CANADA (2014), <http://www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/pub/fpsd-sfpg/fps-sfp/tpd/d-g-eng.pdf> (להלן: הקוד הקנדי).

⁷⁴ לדין בפרשנות המונח "סיכוי סביר" ראה: LAW REFORM COMMISSION OF CANADA, CONTROLLING CRIMINAL PROSECUTIONS: THE ATTORNEY GENERAL AND THE CROWN PROSECUTOR - WORKING PAPER 62, 77-84 (1990), available at <http://www.lareau-law.ca/LRCWP62.pdf>.

⁷⁵ *Justice Manual: Principles of Federal Prosecution*, THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE (2018) <https://www.justice.gov/usam/usam-9-27000-principles-federal-prosecution> (להלן: עקרונות התביעה הפדרלית).

⁷⁶ מדובר ברף הראייתי התחתון שנקבע בתיקון הרביעי לחוקה לכל פגיעה בזכויות הנאשם. עם זאת, נקבע כי מדובר ברף מינימלי מקדמי המחייב את צליחתו על מנת שניתן יהיה לעבור לשלב הבא המחייב את בחינת סיכויי ההרשעה. שם, בס' 9-27.200. בפסיקה נקבע כי רף זה מתקיים כאשר נמצא סיכוי סביר לאשמתו של החשוד וכאשר אדם סביר יגיע לאמונה שהחשוד אשם. ראו לדוגמה: *Gerstein v. Pugh*, 414 U.S. 1062, (1973). לפירושים השונים שניתנו לרף הראיות לכאורה הנדרש לפי המבחן של "עילה סבירה" ראו: לוי, לעיל ה"ש 32, בעמ' 585-580.

⁷⁷ עקרונות התביעה הפדרלית, לעיל ה"ש 75, ס' 9-27.220: "[...] the admissible evidence will probably be sufficient to obtain and sustain a conviction".

התביעה הכללית בניו-זילנד במבחן הראיות לכאורה לאשמה (*prima facie*),⁷⁸ ואולם הנחיה זו שונתה, וכיום נקבע במפורש כי לא ניתן להסתפק אך במבחן הראיות לכאורה לצורך העמדה לדין, וזאת מבלי להציב דרישה מינימלית של מאזן הסתברויות.⁷⁹

גם באירלנד נדרש "Reasonable Prospect of Conviction" ואולם שם נקבע כי דרישה זו אינה מחייבת הסתברות להרשעה ברמה של מאזן הסתברויות. עם זאת, נקבע כי דרישה זו אינה מתקיימת כאשר "the likelihood of a conviction is effectively non-existent".⁸⁰ זאת ועוד, גם כאשר ההסתברות להרשעה תוערך כנמוכה, עדיין ניתן יהיה להעמיד לדין אבל זאת בתלות בשיקולים של עניין לציבור ובכלל זה במידת חומרתה של העבירה.⁸¹

בדומה, גם בהונג קונג הנחיות התביעה עומדות רק על אמת המידה הראייתית הנדרשת לצורך העמדה לדין, של "Reasonable Prospect of Conviction" וזאת מבלי להציב רף ראייתי ברור לתיחומה.⁸²

ד. "סיכוי סביר להרשעה" – הדין הראוי

1. אופיו של הסטנדרט הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין

חלק זה יעסוק באופיו (בנפרד ממידתו) של הסטנדרט הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין ובשאלה אם אמת המידה הראייתית צריכה לעסוק בהערכות על אודות **אשמתו** של החשוד או על הערכות אודות **הרשעתו**. במילים אחרות, האם המבחן הראייתי צריך להתמקד בסיכוי שהחשוד ביצע את העבירה בה הוא נחשד או שהוא מכוון ליכולת המשפטית להרשיעו בדין?

סקירת ההסדר הנוהג בשיטות המשפט השונות מגלה שתי אמות מידה עיקריות המשמשות כאבן בוחן בהחלטה על העמדה לדין:⁸³ הראשונה, עניינה בדרישה לקיומן של ראיות לכאורה ואילו השנייה, בוחנת את סיכויי ההרשעה.

בהתאם למבחן של ראיות לכאורה, התובע בוחן קיומן של ראיות שאם תתקבלנה כקבילות במסגרת ההליך השיפוטי ניתן יהיה לבסס עליהן את אשמתו של החשוד. אמת המידה השנייה, לעומת זאת, אינה מסתפקת אך בקיומן של ראיות לכאורה, אלא גם דורשת גישה תוצאתית

⁷⁸ *Solicitor-General's Prosecution Guidelines*, 111–127, TE AKA MATUA O TE TURE LAW COMMISSION (1992), <https://www.lawcom.govt.nz/sites/default/files/projectAvailableFormats/NZLC%20R66.pdf>

⁷⁹ *Solicitor-General's Prosecution Guidelines*, CROWN LAW (2013), <http://www.crownlaw.govt.nz/assets/Uploads/Prosecution-Guidelines/prosecution-guidelines-2013.pdf>

⁸⁰ *The Decision whether to Prosecute*, sec 4.9, OFFICE OF THE DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTIONS (2016), https://www.dppireland.ie/filestore/documents/Chapter_4_The_Decision_whether_to_Prosecute.htm

⁸¹ שם.
⁸² *The Prosecution Code*, sec. 5.5, DEPARTMENT OF JUSTICE – THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION (2013), <https://www.doj.gov.hk/en,g/public/pdf/2014/pdcode1314e.pdf> (להלן: קוד התביעה של הונג קונג).

⁸³ ראו הסקירה שהובאה לעיל בפרק ג.3.

המבקשת לנבא את תוצאותיו של ההליך הפלילי ובוחנת את סיכויי ההרשעה על סמך אותן ראיות.

סבורני כי על מנת שיהיה בכוחו של הרף הראייתי לאזן נכונה בין האינטרסים הנוגדים שתוארו לעיל, לא ניתן להסתפק בבחינת אשמתו הלכאורית של החשוד ויש לאמץ גישה הדורשת בחינה והערכה של הראיות ואם יש בכוחן להזדכך בהליך פלילי וללמד על תוצאותיו. בהתאם למבחן הראייתי המוצע על ידי, לצד בחינת האשמה על ידי התובע יידרש מהתובע לבחון גם את סיכויי ההרשעה. ניתן להמחיש את ההבדל בין שני המבחנים הללו בדוגמה הבאה: תיק בו קיימת גרסה מול גרסה, כאשר המתלוננת מוסרת גרסה מפלילה לפיה החשוד אנס אותה, ואולם בגרסתה נפלו סתירות וההערכה היא כי העדה תתקשה להתמודד עם חקירה נגדית. בהתאם למבחן הדורש קיומן של ראיות לכאורה בלבד, ככל שהתובע מתרשם ממהימנותה של העדה ומאמין לגרסתה, די בכך כדי לצלוח את המבחן הראייתי. ואולם, כיוון שבמצב דברים זה סיכויי ההרשעה אינם גבוהים, ספק אם ניתן לומר כי הראיות בתיק צולחות מבחן זה. ודוק, התמקדות אך בבחינת האפשרות כי החשוד אשם, מתעלמת מהסיכוי כי הוא עשוי להיות מזוכה בדינו.

העמדה לדין נועדה להתניע את ההליך הפלילי במקום שראוי לעשות כן. ההליך הפלילי נועד לברר את אשמתו של הנאשם והוא עשוי להסתיים בהרשעה או בזיכוי. ההחלטה על העמדה לדין צריכה, אם כן, להתמקד בהערכה של התוצאה הסופית של ההליך הפלילי – אם בסופו של יום, הראיות המצויות בתיק יובילו להרשעה⁸⁴ או לזיכוי.⁸⁵

הרף הראייתי שייקבע, צריך להביא בחשבון את כלל האינטרסים המנוגדים וליצור נקודת איזון ביניהם,⁸⁶ כך שתתאפשר העמדתם לדין רק של אלה שצפוי כי יורשעו בהליך המשפטי. העמדה לדין תהיה אפקטיבית ומוצדקת רק מקום שיש בה הפוטנציאל המספיק להסתיים בהרשעה. לכן המסקנה המתבקשת היא כי תנאי הכרחי להעמדה לדין הוא תשתית ראייתית מספקת, שבכוחה להניב הרשעה. דרישה שתאפשר להבטיח כי לא ינוהל הליך סרק, שתוצאותיו פוגעות בתכלית ההליך הפלילי, במערכת אכיפת החוק, באמון הציבורי במערכת החוק, בנפגע העבירה ובעומד לדין. פגיעה בתכלית ההליך הפלילי בניהול הליך לצורך זיכוי מי שחשוד בביצוע עבירה פלילית; פגיעה באמון הציבור שדורש כי משאבי המערכת ינוהלו ביעילות והמלחמה בפשיעה תהא אפקטיבית; פגיעה במערכת אכיפת החוק שמשאביה מוגבלים, באשר אין כל תועלת בהפעלת המנגנון השיפוטי, על כל הכרוך בכך מבחינת רשויות אכיפת החוק ומערכת בתי המשפט, כאשר אין בכוחה של התשתית הראייתית הקיימת כדי להביא להרשעת הנאשם; בנפגע העבירה אשר מצא כי המערכת ביטלה את רישומי הפגיעה בו ולא תיקפה את פגיעתו; ובעומד לדין, על ההשלכות ההיקפיות הנלוות לתיוגו כנאשם ועל כך שנדרש היה להקצות משאבים לניהול הגנתו כאשר בסופו של דבר הוא זוכה.

⁸⁴ באומרי הרשעה, כוונתי להכרעה שיפוטית של הרשעה מעבר לכל ספק סביר לאחר שנוהלו בתיק הוכחות, ולא הרשעה כתוצאה מקניית סיכון של הנאשם והסכמתו להסדר טיעון, לפיו הוא מודה ומורשע במיוחס לו.

⁸⁵ במאמר מוסגר יוער שאין לבלבל בין שתי נקודות זמן אלו שבהליך הפלילי. הרשעה או זיכוי בסופו של ההליך אינם מלמדים בהכרח על אופן יישום הרף הראייתי הנדרש בעת קבלת ההחלטה להעמיד לדין והם אינם מלמדים על אופי המבחן ומידתו. האמת צריכה להיאמר, מדובר במבחן ניבוי שגם אם ייקח בחשבון את כלל האפשרויות, עדיין ניבוי לחוד ומציאות לחוד. להליך הדיוני ולניהול המשפט יש את הדינמיקה שעשויה לשנות את תוצאות ההליך ואין הכרח שסופו של ההליך הפלילי ילמד על איכות ההחלטה שהתקבלה בראשיתו.

⁸⁶ לדין אודות האינטרסים המנוגדים, ראו לעיל בפרק ב.

לא לו ניתן להוסיף את הפגיעה שעלולה להיגרם בהעמסה מיותרת על בתי המשפט של תיקים שאינם עומדים בסטנדרט המאפשר הרשעה. תיקים אלו יהיו בבחינת הכנסת מקל בגלגלי מערכת המשפט וישפיעו לרעה אף על התיקים שראוי היה להביאם בשערי בית המשפט.

מסיבות אלה, בשונה מבעבר,⁸⁷ נקבע כיום במרבית מדינות העולם סטנדרט ראייתי אשר דורש את בחינת סיכויי ההרשעה. באנגליה קבוע כיום המבחן הראייתי של "סיכוי מציאותי להרשעה" (Realistic prospect of conviction), בקנדה מכונה המבחן הראייתי "סיכוי סביר להרשעה" (reasonable Prospect of Conviction) וכך גם במדינות רבות אחרות. שיטת משפט המתמקדת בסיכויי ההרשעה, ולא באפשרות כי הנאשם ביצע את המיוחס לו, מצמצמת את הסיכוי כי ינוהלו הליכי סרק, אשר עלולים להביא לפגיעה קשה בנאשם, לפגיעה קשה במעמדו של ההליך הפלילי ולפגיעה קשה באמון שהציבור רוחש להליך השיפוטי ולמערכת אכיפת החוק.⁸⁸

וידגש, במסגרת המבחן הראייתי הנדרש להעמדה לדין נדרשת קודם כל הערכת אשמתו של החשוד על ידי התובע. תנאי סף למעבר למבחן הבוחן את סיכויי הרשעתו של החשוד, הינו כי הראיות כנגדו, להערכת התובע, מצביעות על אשמתו הלכאורית מעבר לכל ספק סביר, כפי שיפורט להלן.⁸⁹

2. מידתו של הסטנדרט הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין

לאחר שהגענו למסקנה כי הדרישה הראייתית צריכה לבחון גם את סיכויי ההרשעה, נותרה עדיין שאלה הקשורה לאיכות המבחן, זאת האומדת את מידת הביטחון בהרשעה הצפויה. במילים אחרות, מה הסיכוי המספק לצורך מילוי הדרישה לראיות מספיקות ולכך שההליך הפלילי יניב הרשעה בסופו?

נהיר כי אין זה מוצדק להעמיד אדם לדין ללא קיומה של תשתית ראייתית מינימלית. בהתאם לתפיסה זו, העמדה לדין על בסיס ראייתי רעוע פוגעת בזכויותיו של הפרט וגורמת לנוק בלתי מידתי בזכויותיו היסודיות. כמו כן, רף ראייתי נמוך עלול להביא למצב של "תביעת יתר" בו יוגשו תביעות סרק נגד חפים מפשע אשר יפגעו ביעילות המערכת ויעמיסו עליה תיקים מיותרים. בנוסף, תביעת יתר עלולה להוביל לזיכויים רבים ולפגיעה באמון הציבור ברשויות התביעה שייתפסו כלא מקצועיות וככאלה שאינן רגישות לזכויותיו של הפרט.⁹⁰ יתרה מכך, ככל שהרף הראייתי הנדרש יאפשר סבירות נמוכה או קרובה לנקודה של "סיכוי אפסי להרשעה" או "סיכוי קלוש להרשעה", יגדלו הסיכויים כי גם חפים מפשע יועמדו לדין ויועמדו בפני סיכון להרשעה שגויה.⁹¹

⁸⁷ ראו לעיל את סקירת ההתפתחות בנושא במספר מדינות.

⁸⁸ ואקי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 15.

⁸⁹ ראו פרק ה.1 לרשימה זו.

⁹⁰ זאת בהנחה שהתובע ובית המשפט מפרשים את רף ההוכחה הנדרש לצורך הרשעה בצורה זהה. ראו להלן בטקסט שליד ה"ש 112.

⁹¹ ככל שישנו פער בין תפיסת התובע לבין זו של השופט את רף ההוכחה הנדרש לצורך הרשעה, עולה חשש לפיו העמדה לדין, חרף העובדה כי היא נסמכת על רף ראייתי נמוך ביותר, מעמידה את הנאשם בפני סיכון של הרשעת שווא.

מנגד, ככל שהדרישה הראייתית תהיה גבוהה וקרובה לנקודה של "סיכוי וודאי להרשעה", יגדלו הסיכויים כי עבריינים ישוחררו לחופשי ולא יועמדו לדין על מעשיהם.⁹² הצבת רף ראייתי גבוה לצורך העמדה לדין תוביל לתביעת חסר ולפגיעה באינטרסים ציבוריים חיוניים. עבריינים רבים שביצעו מעשה עבירה ופגעו במרקם חברתי לא יועמדו לדין והם יוכלו להמשיך ולבצע את מעלליהם כנגד הציבור ולערער את שלטון החוק. בכך יש גם כדי לפגוע בנפגע העבירה ולמנוע ממנו עשיית צדק, וזאת כיוון שמי שפגע בו לא יועמד לדין.

מדובר אם כן בהכרעה ערכית שצריכה להיגזר מהשאיפה לאזן באופן מיטבי בין האינטרסים הנוגדים. גישה הרגישה לאינטרס הציבורי ולצורך חברתי שבהעמדת העבריינים לדין ובה בעת ערה לזכויותיו של הפרט ומביאה אותם לידי ביטוי בקביעת אופיו של הרף הראייתי ומידתו. עולה השאלה, מהי אותה נקודה ארכימדית ראייתית שמתחתיה לא יהיה זה ראוי להעמיד אדם לדין וממנה והלאה (בהינתן עניין ציבורי) אי העמדה לדין תפגע באינטרסים ציבוריים חיוניים? כאמור לעיל, כל תפישה נשענת על אינטרסים שונים ויונקת את חיותה מערכים מנוגדים. לכן יש לתור אחר נקודת האיזון שבין האינטרסים המנוגדים שתאפשר, ככל הניתן, לצמצם את מספר ההעמדות השגויות לדין ואת מספר המקרים שבהם נמנעה ללא סיבה העמדה לדין. נקודת איזון זו, בטווח הרחוק, תהווה לשון מאזניים נורמטיבית לעשיית שימוש מיטבי במערכת אכיפת החוק לטובת החברה והאינטרס הציבורי.

לשיטתי, על מנת לאתר נקודה זו, יש לבחון את סיכויי ההרשעה אל מול סיכויי הזיכוי ולבחור בנקודת מאזן ההסתברויות לטובת הרשעה, כרף הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין. אין זה ראוי ואין זה הוגן להעמיד אדם לדין כאשר סיכויי הזיכוי גדולים ועולים על הסיכויים להרשעה. אין זה גם יעיל להעמיד אדם לדין כאשר הסיכויים להרשעה נמוכים מהסיכויים לזיכוי. נראה כי שאיפה זו תקבל מענה מיטבי עם הצבת מבחן ראייתי שמשמעו מאזן הסתברויות שתתקבל הרשעה מעבר לכל ספק סביר, זה הדורש קביעה ולפיה סביר יותר שתוצאות ההליך הפלילי יובילו להרשעה מאשר יובילו לזיכוי, או במילים אחרות, סיכוי של יותר מ-50% להרשעה.

רף ראייתי זה עולה בקנה אחד עם חיזוק מעמדן של זכויות היסוד של הפרט בעקבות חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועם מעמדה הנורמטיבי של חזקת החפות השמורה לכל אדם ואדם.⁹³ העמדה לדין של אדם בהעדר קיומן של ראיות המבטיחות סיכוי סביר להרשעה, אשר למצער עולה על הסיכוי לזיכוי, אינה חיונית והיא עולה כדי פגיעה בלתי מידתית בזכויות היסוד הנתונות לו וביניהן, כבודו, שמו הטוב וקניינו, כמו גם בחזקת החפות העומדת לו.⁹⁴

⁹² לכאורה, ניתן היה לטעון כי המצב האידיאלי הוא שתהיה קורלציה מלאה בין מי שמועמד לדין לבין מי שמורשע. ואולם, כדי להגיע למצב זה יש לדרוש כי הסבירות להרשעה תהיה גבוהה וודאית ולכך, כאמור, יש תג מחיר כבד ופגיעה באינטרס הציבורי.

⁹³ חזקת החפות קובעת כי אדם נחשב חף מפשע כל עוד לא הורשע בדין. חזקה זו היא עקרון יסוד אוניברסלי, המוכר בשיטות המשפט של מרבית מדינות העולם. עם חקיקת חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו נהפכה חזקת החפות לזכות יסוד חוקתית. ראו: דן ביין "ההגנה החוקתית על חזקת החפות" **עיוני משפט** כב 11, 12 (1999) אשר מציין שזכות זו נגזרת הן מהזכות ל"כבוד" הן מהזכות לחירות; אהרן ברק "הקונסטטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" **מחקרי משפט** יג 5, 23 (1996).

⁹⁴ כפי שטענו במקום אחר, גם זיכוי של הנאשם, ככל שנעשה מחמת הספק, פוגע בחזקת החפות. ראו: יניב ואקי ומאיה רוזנשיין "בין זיכוי 'מחמת הספק' לזיכוי 'מחמת הספק הסביר'" **ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה** 489 (דרור ארדאילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009). מסקירת הדין הנוהג, כפי שהראינו שם, הכרעה של זיכוי מחמת הספק ניתנת גם בסיטואציות הנראות רחוקות מאלו של רף ההוכחה הפלילי, ומתקרבות, או אף נושקות ממש, לרף ההוכחה האזרחי של מאזן הסתברויות.

כפי שתואר לעיל, לטיבה של הפגיעה הנגרמת בעקבות העמדתו של אדם לדין ולהיקפה, נודעת השפעה של ממש על זכויותיו היסודיות. הרף הראייתי צריך להיגזר, בין השאר, ממידת הפגיעה בזכויות הפרט, ועל כן יש להציב רף ראייתי מינימלי גבוה בדמות מאזן הסתברויות.⁹⁵

מתעוררת השאלה מדוע שלא נסתפק בדרישה ראייתית המשקפת רמת ביטחון של 40% או 45% או אפילו 49% להרשעה? האם לא ייתכן שהנזק לאינטרס הציבורי באכיפת המשפט הפלילי, בהרתעה, במניעה ובנטרול של נאשמים מסוכנים לציבור אינו חל גם על סיכוי שהוא קצת נמוך מ-50%?

סבורני כי יש לענות על כך בשלילה. קביעה כי מכסת הראיות המספקת תהא נמוכה ממאזן ההסתברויות משמעה ייחס של שוויון נפש או למצער יחס של אדישות לאפשרות שמרבית התיקים הפליליים יסתיימו בזיכוי. אפשרות כזו, עלולה להזיק בשני היבטים עיקריים: ראשית, גרימת עוול לאזרחים רבים יותר אשר יינזקו מהשלכותיו התהליכיות של ההליך הפלילי ויזוכו בסופו של דבר. שנית, פגיעה במידת האמון של הציבור במערכת אכיפת החוק. על כן, לצורך הפעלת ההליך הפלילי, יש לדרוש מידת שכנוע בעוצמה משמעותית בדבר אשמתו הפלילית של אדם, ובדבר סיכויי הרשעתו. מידה זו דורשת סיכויי הרשעה גבוהים שעולים על הסתברות של 50% להרשעה. ואולם אין די בכך. לצד הדרישה לסיכויי הרשעה גבוהים יש לבחון את סיכויי הזיכוי, ולהצדיק העמדה לדין רק כאשר אלה נמוכים מ-50%.

שאלה קשה ומורכבת יותר מצויה במקרים בהם אומדן הראיות מצביע על "שוויון ראייתי"; זהו מצב שבו כפות המאזניים מעויינות ומבחינת הסבירות ישנה הערכה דומה של סיכויים לגבי האפשרות שהתיק יסתיים בזיכוי לעומת האפשרות שהתיק יסתיים בהרשעה. במצב זה, הסבירות להרשעה והסבירות לזיכוי מוערכות באותה מידה מבחינת סיכויים ומשום כך תובע אינו יכול להסתמך על מבחן מאזן ההסתברויות, אשר דורש הכרעה באיזו מן האפשרויות הסיכוי גבוה יותר. נשאלת השאלה, אם לא ראוי ומוצדק להעמיד אדם לדין כאשר הסבירות להרשעה אינה נמוכה, ובמושגי הסתברות, לצורך הדגמה, מגיעה אף ל-50%, הגם שגם לגבי זיכוי מתקיימת אותה הערכת סיכוי. יש לזכור כי המדובר בהכרעה שתוביל לבירור משפטי ולא לקביעת אשם, ואם כן, יש לבחון אם אין זה מוצדק להביא תיק שכזה להכרעת בית המשפט.

לעניות דעתי, גם לשאלה זאת יש להשיב בשלילה. לשיטתי, ההבחנה בין $P=50\%$ לבין ϵ אינה רק הבחנה של מידה אלא מדובר בשני מצבים שונים בתכלית. הדרישה להסתברות להרשעה העולה על 50%, ולו במעט, מהווה הצהרה נורמטיבית. היא מקבעת נורמה המשקפת תפיסת צדק ולפיה אין להעמיד לדין אדם שהראיות לגביו אינן מכריעות שסביר יותר שיורשע על פני שיזוכה. מדובר במסר ערכי לפיו עקרונות השיטה מאפשרים העמדה לדין של אדם רק בתנאי שסביר יותר שיורשע על פני שיזוכה. בכך משמש רף ראייתי של מאזן הסתברויות כתנאי להעמדה לדין קו גבול ערכי, ולא דווקא כמותני. תפיסה ערכית זו שבה ומחדדת את

⁹⁵ בהתאם לכך, גם הפגיעה הצפויה בזכויות היסוד של הפרט, בעקבות מעצרו של הנאשם עד תום ההליכים נגדו, צריכה להוביל, לכל הפחות, להצבת רף ראייתי של מאזן הסתברויות. לדיון מעמיק ברף הראייתי הנדרש לצורך החלטה על מעצר עד תום ההליכים והצעתו של המחבר להצבת רף ראייתי מינימלי של מאזן הסתברויות, ראו: לוי, לעיל ה"ש 32. ויודגש, מעצרו של נאשם עד תום ההליכים מתאפשר רק לאחר העמדתו לדין, על כן, ניתן לראות בפגיעה צפויה זו, כנמנית על הפגיעות העלולות להיגרם בעקבות העמדת אדם לדין. בשל הפגיעה בזכותו היסודית של הפרט לחירות, והצורך למנוע מעצרי שווא של אזרחים, ניתן לטעון כי לצורך מעצר עד תום ההליכים לא ניתן להסתפק ברף ראייתי של מאזן הסתברויות, אלא להציב דרישה ראייתית מחמירה יותר, כגון זה של "ראיות ברורות ומשכנעות", אשר מקובל לכמתה מבחינה הסתברותית ככזו שעומדת על הסתברות של 75%.

⁹⁶ כפי שהוסבר לעיל בה"ש 35 האות היוונית אפסילון (ϵ) מייצגת מספר קטן כלשהוא.

התכלית של הימנעות מהעמדה לדין במידה שההסתברות להרשעה עומדת על פחות מ-50% וגם אם קרובה ל-50%.⁹⁷ באותו אופן, יש בה כדי להסביר מדוע אין זה ראוי וצודק להעמיד לדין אדם במקרה שהסתברות להרשעה ולזיכוי זהות. לא ראוי להעמיד אדם לדין כל עוד לא מתמלאת מכסת הראיות כאמור, ללא קשר וללא השפעה של רגישותו או חומרתו של התיק על קביעה זאת.

קביעת סטנדרט ראייתי של מאזן הסתברויות נועדה לחלק את סיכוני המשגה באופן ראוי בין האינטרסים הנוגדים והיא נועדה להבטיח חלוקה שוויונית ככל האפשר של סיכוני המשגה, בין העמדה לדין של חף מפשע לבין אי העמדה לדין של עבריין. רף ראייתי נמוך מכך יגדיל את מספר החפים מפשע שיועמדו לדין, ואילו רף ראייתי גבוה יגדיל את מספר העבריינים שלא יועמדו לדין. יוצא אם כן, שבחיפוש אחר האיזון הראוי בין האינטרסים השונים, המבחן הראייתי של מאזן הסתברויות נמצא ככזה שיש בו את המענה הערכי ביותר, מבחינה כמותית ואיכותית גם יחד.

ראוי לקבוע רף ראייתי זה ולא לנוע לעבר דרישה מחמירה יותר, שאמנם יש בה רמת ביטחון גבוהה יותר מבחינת סיכויי הרשעה אך בה בעת יש בה כדי להחטיא את מטרת ההליך, ועלולה היא לגרום ל"תביעת חסר" ולפגיעה מניה וביה באינטרס הציבורי כמתואר לעיל. אין מדובר בדרישה למכסת ראיות מחמירה שנדרשת בשלב ההכרעה, בסופו של הליך פלילי, זאת המוגדרת "מעבר לכל ספק סביר". כך גם לא נדרש התובע להערכה של סיכויי ההרשעה כסיכויים גבוהים או ודאיים להרשעה, ודאי לא קיומה של תשתית ראייתית שתבטיח הרשעה. דרישה שכזו אינה מתיישבת עם העיתוי בו מתקבלת החלטה על העמדה לדין והיא אינה מתיישבת עם הדרך בה מתקבלת החלטה שכזו. המדובר בשלב טרום הליך פלילי שבו התובע מעריך ראיות ומנבא גורלן של ראיות אלו, לו הן יובאו בפני שופט. למעשה, מדובר בהחלטה מנהלית שמעורב בה שיקול דעת וניסיון משפטי שמטרתה לאתר את התיקים הראויים לבירור משפטי. ואולם, אין המדובר אך בדרישה לאיתור התיקים שבהם מדובר באדם שביצע את העבירות. הדרישה בשלב הזה, לעשות שימוש בשיקול הדעת לצורך איתור התיקים שתוצאותיהם ישרתו את הציבור ויאפשרו החלת הדין על האשמים. החלת דין מתאפשרת במקום בו ניתן להוכיח את ביצוע העבירה והעבריין יימצא אשם בדין. דרישה של "סבירות בטוחה להרשעה" עלולה הייתה להוביל לתביעת חסר⁹⁸ ולפגיעה באינטרסים ציבוריים חיוניים ובהם האינטרס במלחמה בפשיעה. כאמור, דרישה של "סבירות נמוכה להרשעה" תוביל לכישלון ידוע מראש במאבק בפשיעה ולפגיעה משמעותית בזכויות אדם.

ויודגש, העיקרון ודרך הפעולה המוצעת לבחינת הראיות והערכתן, בטרם מתקבלת החלטה בדבר העמדה לדין, צריכים להיות זהים ואחידים, תהא העבירה אשר תהא ויהא החשוד אשר יהא. חובתו של התובע לבחון בטרם העמדת אדם לדין בגין עבירות, ורק אותן עבירות לגביהן הוא סבור, כאמור לעיל, כי קיים סיכוי מסתבר יותר להרשעה על פני סיכוי לזיכוי. תובע לא ייצא פטור מחובתו זו אם לא יעריך את סיכויי הרשעתו של הנאשם בכל עבירה ועבירה ואין הוא יכול להסתפק בביצוע הערכה זו רק לגבי עבירה מסוימת, גם אם מדובר בעבירה העיקרית בה מואשם הנאשם.

⁹⁷ שמשמעה: "ישנה הסתברות לא קטנה להרשעה אבל ההסתברות לזיכוי גדולה יותר".
⁹⁸ בוודאי ביחס לרף ראייתי המסתפק בהסתברות ברמה של מאזן הסתברויות. אם כי ייתכן ובפועל התשתית הראייתית בתיקים רבים היא כזו שגם מקיימת ממילא את הרף המחמיר של "סיכוי בטוח להרשעה" ועל כן החמרה ברף הראייתי לא תוביל לפגיעה כה קשה.

3. על היחס בין סיכוי סביר להרשעה לבין עניין לציבור

כאמור לעיל, החלטת התובע אם להעמיד לדין מורכבת משני חלקים: בחינה אם קיימות די ראיות להעמדה לדין, ובדיקת קיומו של עניין לציבור בניהול המשפט. מתעוררת השאלה באשר ליחס שבין שני החלקים הללו ואם ישנה הפרדה ביניהם או שמא ישנם יחסי גומלין והשפעה הדדית זה על זה.

אני סבור כי ההחלטה על העמדה לדין צריכה להתקבל בתהליך דו-שלבי. בשלב הראשון, על התובע לבחון אם בחומר החקירה קיימות ראיות מספקות לצורך העמדה לדין, ורק אם התשובה על כך חיובית, רשאי התובע לעבור לשלב השני, ולבחון קיומו של עניין לציבור.⁹⁹ בהתאם לכך, שלב בחינת הראיות קודם עניינית וכוונולוגית לשלב שבו נבחן קיומו של עניין לציבור.¹⁰⁰ ההפרדה בין שני השלבים עולה מלשון החוק,¹⁰¹ וחשוב מכך היא מחייבת מבחינה נורמטיבית.¹⁰²

יש לקבוע הפרדה ברורה בין שני השלבים, באופן שמונע אפשרות בה יושפע הרף הראייתי הנדרש להגשת כתב אישום פלילי מהאינטרס הציבורי הקיים בתיק. עוצמתה של התשתית הראייתית הנדרשת לצורך העמדה לדין מהווה תנאי הכרחי להגשת כתב אישום, שאינו תלוי במידתו של העניין הציבורי. קיומו של אינטרס ציבורי אינו יכול לבוא במקומה של תשתית ראייתית מינימלית הולמת, הנדרשת לצורך העמדה לדין, יהא העניין לציבור גדול ומובהק ככל שיהא.¹⁰³

ייתכנו מצבים בהם מתקשה התביעה להכריע בביור ובאופן חד-משמעי שאכן קיים סיכוי גדול יותר להרשעה על פני הסיכוי לזיכוי, או שהיא מגיעה למסקנה כי מדובר בתיק ראייתי, היינו שהסיכוי להרשעה זהה לסיכוי לזיכוי. לנוכח השלכותיה של ההחלטה על העמדה לדין, גם במקרים קשים וגבוליים,¹⁰⁴ יש לדרוש קיומו של רף ראייתי מינימלי של מאזן ההסתברויות לצורך העמדה לדין.¹⁰⁵ קשה להסכים עם גישה שתאפשר העמדה לדין במקום שהראיות אינן מובילות למסקנה כי הסיכוי להרשעה עולה על הסיכוי לזיכוי, וזאת גם בהינתן קיומו של עניין רב לציבור. הדרישה להצבת קו גבול ראייתי תחתון הינה הכרעה חברתית-ערכית, המגלמת נקודת

⁹⁹ בשונה מההחלטה על פתיחה בחקירה או על השלמת חקירה, שאז ההכרעה בדבר עניין לציבור תהא קודמת לבחינת הראיות ותייחר את שלב בחינת הראיות, או למצער תשתלב עימה.

¹⁰⁰ הקשר בין שני סוגי ההכרעות מוצא את ביטויו גם במצבים נוספים, החורגים מעניינינו. כך, למשל, מצבים בהם ההכרעה בדבר עניין לציבור תהא קודמת לבחינת הראיות ותייחר את שלב בחינת הראיות, ובמקרים מסוימים אף תוביל לאי פתיחה בחקירה.

¹⁰¹ ראו: נוסחו של ס' 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] המדבר בשני שלבים נפרדים, כרונולוגית ועניינית, כאשר השלב השני בא רק לאחר צליחתו של השלב הראשון ומסייג אותו.

¹⁰² כפי שהובאו לעיל, בה"ש 47-53 והטקסט הצמוד להן. אפשר למצוא בפסיקה דעות מנוגדות לעניין היחס שבין שני היסודות בשאלת העמדה לדין. כך, מצד אחד הובעה הדעה כי שני השלבים מקיימים יחס של נביעה הדדית, ואילו מצד שני נמתחה ביקורת על עמדה זו בטענה כי יש לקיים הפרדה מוחלטת בין שני היסודות הנדרשים לצורך העמדה לדין. דעות נוספות לעניין זה הובאו גם בספרות. לדעה לפיה המדובר בתהליך מחשבתי אחד, משולב, שקיימת בו תלות בין שלב בחינת הראיות לשלב בחינת העניין לציבור, למצער, מתקיימים יחסי גומלין הדוקים בין השניים, ראו: גביוון, לעיל ה"ש 24, בעמ' 163-164; לוי, לעיל ה"ש 32, בעמ' 610; אלעד רוזנטל "עוד על הקשר שבין סיכוי סביר להרשעה ועניין לציבור" **משפט מפתח** 5 (צפוי להתפרסם ב-2018).

¹⁰³ בהינתן קיומה של תשתית ראייתית אשר חצתה רף מינימלי זה, עוצמת הראיות עשויה להוות שיקול במניין השיקולים לבחינת העניין הציבורי בהעמדה לדין. ראו עוד להלן בתת פרק ה.3 העוסק בקוד האתי המומלץ.

¹⁰⁴ ודוק, אין לראות עמדות שונות בקרב תובעים כמצביעות בהכרח על מקרה גבול ראייתי. ההכרעה הקובעת היא של בעל הסמכות הבכיר.

¹⁰⁵ להקפדה על קבלת הכרעה מקדמית בשאלה הראייתית בטרם בחינת האינטרס הציבורי, נודעת גם השפעה של ממש על עילת הסגירה שתקבע אם יוחלט על סגירת התיק. להרחבה אודות משמעותן של עילות הסגירה, ראו: יניב ואקי "עילה לביטול: עיון מחודש בעילות לסגירת תיק פלילי" **ספר אדמונד לוי** 457 (2017).

איזון צודקת בין האינטרסים הנוגדים ואין לסטות ממנה גם במקרים בהם תמונת הראיות גבולית.

שיקולים בדבר מראית פני הצדק ואמון הציבור במערכת המשפט צריכים להידחות מפני עשיית צדק. על כן גם שיקולים כגון, קיומו של עניין ציבורי בעל עצמה מיוחדת,¹⁰⁶ או רצון לשמר את אמון הציבור במערכת המשפט באופן המצדיק לכאורה הבאת העניין להכרעה שיפוטית, אין בהם כדי להצדיק העמדה לדין ללא קיומה של תשתית ראייתית מינימלית. הרף הראייתי הדרוש לצורך העמדה לדין מהווה קו גבול תחתון קשיח אותו לא ניתן לפרוץ. לא ניתן לסטות מהרף הראייתי הנדרש ולהחיל רף ראייתי שונה בכל מקרה ומקרה לפי העניין הציבורי שבו. כל סטייה מקו גבול זה עלולה להוביל למדרון חלקלק ולמקרים בהם אזרחים יועמדו לדין גם כאשר ברור כי אין כל סיכוי ממשי להרשעה.

החלת רף ראייתי שונה, בכל מקרה ומקרה ולגבי כל נאשם ונאשם, מפלה בין נאשמים ואינה מתיישבת עם עיקרון השוויון בפני החוק. ההגנה השוויונית מפני פגיעה בזכויות הפרט מחייבת הכרה ברף ראייתי נוקשה ובלתי-מתפשר. העמדת אדם לדין שאין נגדו ראיות מספיקות המבססות את אשמתו מעמידות אותו בפני סיכון להרשעה שגויה. לחילופין, היא עלולה להוביל אותו להודות בעבירה שלא ביצע במסגרת הסדר טיעון עם התביעה, במטרה להימנע מהסיכון הצפוי לו. חשיפת הנאשם לסיכונים אלה מבודדת אותו כיחידה אינדיבידואלית נושאת סיכון, ולפיכך פוגעת בשוויון.¹⁰⁷ סיכון להרשעה מוטעית חרף קיומו של סיכוי סביר להרשעה (העולה על הסיכוי לזיכוי), יש לראותו כסיכון המוטל כהכרח שכל האזרחים נושאים בו באופן שוויוני, ועל כן אינו פוגע בדרישת ההגינות והצדק. לעומת זאת, בחשיפתו של נאשם לסיכון קונקרטי של הרשעת שווא, בשל שיקולים של עניין לציבור ומתוך מודעות לקיומו של סיכון טעות הגלום בראיות (תהא דרגת הסתברותו נמוכה ככל שתהא) יש משום הטלת סיכון נוסף שאינו חל על כלל האזרחים, ועל כן הוא מפר את דרישות ההגינות והשוויון.

עמידה על עיקרון השוויון בפני החוק מחייבת את אופייה האובייקטיבי של התשתית הראייתית, במנותק משיקולים ערכיים ואינטרסים ציבוריים. החלת שיקולי "עניין לציבור", שיש בהם מאפיין מובנה של הבחנה ושוני בין חשודים, ערכים חברתיים ואינטרסים ציבוריים, באופן שמוביל ליצירת רף ראייתי שונה בין נאשמים, פוגעת באופן בלתי שוויוני ומפלה בחזקת החפות השמורה לכל אדם ולכל חשוד. טשטוש הגבול בין האובייקטיבי לסובייקטיבי בהחלטה על העמדה לדין פוגע בזכויות היסודיות והחוקתיות השמורות לכל אדם ועלול לפגוע באמון הציבור במערכת אכיפת החוק.

ה. "סיכוי סביר להרשעה" – הצעה למבחן ראייתי חדש

¹⁰⁶ בין אם בשל כך שמדובר באישי ציבור ובין אם בשל קיומה של סוגיה משפטית עקרונית שהמקרה מעלה. ראו אצל גביזון, אשר מביאה מקרים אלה כדוגמה ל"מקרים בהם תובע כמעט חייב להעמיד לדין אף אם חומר הראיות שבידו אינו מבטיח הרשעה" ואף אם "יש ספק אם הראיות מספיקות כדי להרשעה" – גביזון, לעיל ה"ש 24, בעמ' 163–164. לוי סבור כי "במקרים מסוימים ראוי להגיש כתב אישום גם כשהתובע מעריך כי סיכויי הזיכוי עולים במידה מסוימת על סיכויי ההרשעה – ובלבד שגם הם סבירים" ראו: לוי, לעיל ה"ש 32, בעמ' 610 וכן, עניין קצב, לעיל ה"ש 23, בעמ' 610.

¹⁰⁷ ראו: ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW 172–178 (2005).

1. "סיכוי סביר להרשעה" – המבחן התלת-שלבי

בבוא תובע ליישם את המבחן הראייתי של "סיכוי סביר להרשעה", הוא מחויב להעריך, על בסיס הראיות שבתיק, שמרב הסיכויים שבית המשפט, בסופו של ההליך, יגיע למסקנה שהראיות שבאו לפניו מבססות את אשמתו של העומד לדין עד כי לא נותר ספק סביר באשמו. המדובר בהערכה מסדר שני, העוסקת בשאלה אם רוב הסיכויים (מעל 50%) שבית המשפט ירשיע (בהתאם לסטנדרט הראייתי הנדרש לצורך הרשעה שהוא "מעבר לספק סביר"). בהינתן שהרשעה בדין מחייבת אף היא, כשלעצמה, הפעלת מבחן שזרוע בו עניין של סבירות "מעבר לספק סביר", אזי מבחנו של התובע הוא "סיכוי סביר לקביעה שהיא מעבר לספק סביר", או במונחים הסתברותיים "סיכוי של מעל 50% לכך שיהא בכוחן של הראיות להוכיח אשמתו של הנאשם מעבר לספק סביר". ודוק, צריך שתובע יסבור כי בהסתמך על הראיות המצויות בתיק רוב הסיכויים שבית המשפט ירשיע את הנאשם; מאליו מובן שאין הוא נדרש להגיע למסקנה מוקדמת כי השופט ירשיע את הנאשם בוודאות, או כי סיכויי ההרשעה יעמדו על הסתברות של מעבר לכל ספק סביר.¹⁰⁸

מעבר לכך ובנוסף לאמור, חובה על התובע לבצע הערכה של הראיות בעצמו – הערכה מסדר ראשון – ולבחון את השאלה אם הוא בעצמו היה מרשיע, או במילים אחרות אם המקרה לפרטיו, כפי העולה מהראיות שבתיק, אינו מותיר אצלו ספק סביר בשאלת האשמה. ויודגש, גם אם דרישה זו – לפיה על התובע להשתכנע בעצמו ממסכת הראיות, מעבר לכל ספק סביר – אינה נגזרת בהכרח מההערכה שבית המשפט ירשיע את הנאשם, ראוי להציבה כתנאי להעמדה לדין. ראוי כי בטרם תתקבל החלטה להעמיד אדם לדין יתבע התובע מעצמו בירור מעמיק והגעה למסקנה שהראיות אינן מותירות בקרבו ספק סביר באשמתו של החשוד. תביעה שכזו שיתבע תובע מעצמו לפני כל הכרעה תחייב אותו להעביר בסך את כלל הראיות שבתיק, והעברת תיקים לבירור משפטי רק במקום בו, לפי ראות עיני התובע הבוחן את הראיות, אשמתו של החשוד ברורה ואינה מותירה כל ספק סביר.¹⁰⁹

על כל אלה, ניתן להוסיף ולטעון להצדקות נוספות העומדות מאחורי הדרישה מהתובע, כתנאי מקדמי לפני קבלת החלטה בדבר העמדה לדין של אדם, להגיע למסקנה כי אין בליבו ספק סביר באשמתו של הנאשם. ראשית, דרישה זו עומדת בקנה אחד עם מחויבותה של התביעה בהגנה על חפים מפשע, במובחן וללא קשר לבירור המשפטי שנערך בבית המשפט. שנית, מן הבחינה האתית, אין זה ראוי שתביעה הסבורה כי ראיותיה מקימות ספק סביר באשמתו של הנאשם, תעשה כדי לשכנע את בית המשפט להכריע בניגוד לכך. חובת האמון כלפי בית המשפט והנאמנות לחוק המוטלים על התביעה מונעים ממנה לעשות כן.¹¹⁰ גם הקוד האתי של התביעה שולל אפשרות לפעול כן מכל וכל.¹¹¹

¹⁰⁸ ניתן לתאר דרישה הסתברותית זו גם ככזו אשר מחייבת כי מרב השופטים שהעניין היה בא לפנייהם היה מרשיע את הנאשם ולא בהכרח שכל השופטים ירשיעו.

¹⁰⁹ דרישה זו עלולה לעורר חשש כי תובע שיידרש לשכנע את עצמו שאין ספק סביר באשמתו של הנאשם עוד לפני קיומו של המשפט עלול להתקבע בשכנוע העצמי בדבר אשמתו של הנאשם וכתוצאה מכך לסבול חזק יותר מ-tunnel thinking, דהיינו להמעיט בערכן של ראיות שמתגלות, המחלישות את תזת ההרשעה ולהפריז בערכן של ראיות שלדעתו מוכיחות את האשמה. אמנם, איני סבור כי זו סיבה מספיקה להוריד את הרף, אבל כדי להתמודד עם התופעה ניתן לדרוש מתובע כי יזהיר עצמו מפני הינעלות על התזה המפלילה, ולדרוש ממנו לחשוב שוב על הראיות בחלוף הזמן או אם השתנו הנסיבות מבחינה ראייתית.

¹¹⁰ שונים הם פני הדברים כאשר יש מחלוקת בין תובעים אשר מוכרעת, בסופו של יום, על ידי הדרג המחליט ונקבעת כעמדת תביעה אותה צריך לייצג התובע בבית המשפט.

¹¹¹ משרד המשפטים – פרקליטות המדינה "קוד אתי לפרקליטי המדינה" (2013)

באמור אין כדי לשנות את הדרישה מהתביעה להעריך את סיכוייה הסבירים של ההרשעה לצורך העמדה לדין וכאמור, אין זה אומר שהתביעה צריכה להיות משוכנעת מעבר לספק סביר שבית המשפט ירשיע בכדי להעמיד אדם לדין. ממילא, דרישה שכזו לא אפשרית, שכן מדובר בשלב טרום שמיעת ראיות וביורן; שלב שכולו עוסק בהערכה ובאומדן של סיכויים וממילא מניה וביה כי לא ניתן לדרוש משלב זה תפוקה המובילה לקביעות וודאיות. סבירות, כשמה כן היא, עניין שבאומדן ובהערכה.

יוצא אפוא כי במבחן שעוסק בסבירותה של ההרשעה לצורך ההכרעה באם להעמיד לדין יש להבחין בשני צירים נבדלים, המתארים את סבירותה, ובמושגים מספריים את הסתברותה, של ההרשעה הפלילית. ציר אחד עוסק בעוצמת אמונתו של התובע בדבר אשמתו של הנאשם, על בסיס הראיות שנאספו בתיק. במקביל לציר זה ובנוסף לו, ניתן לזהות ציר נוסף, שעניינו הערכה מסדר שני, שעיסוקו בהערכת התובע את הכרעתו העתידית של השופט, אם ירשיע את הנאשם על בסיס אותן ראיות, אם לאו.

ודוק, בהחלט ייתכן מצב בו התובע יגיע למסקנה שהוא בעצמו לא היה מרשיע, אולם יש סיכוי סביר (מעל 50%) ששופט ירשיע. מצב זה מתאפשר בעיקר בשל התפיסה כי ההכרעה השיפוטית, הערכת הראיות והחלטת סטנדרט הספק הסביר מבוססות במידה רבה על שכנוע. ישנו תפקיד חשוב לנרטיב, להתרשמות מן "האופי", הקונסיסטנטיות והקוהרנטיות של הקייס של התביעה מצד אחד, ומהגנת הנאשם מצד שני. יש ממד של התאמה לניסיון חיים ולתפיסותיו של השופט. ישנו ממד של התאמה לקונסטרוקטים מנטליים. כל אלו מותירים תלות (גם אם אינה מוצהרת) ביישומו של סטנדרט ההוכחה הפלילי של "מעבר לספק סביר".¹¹² ואולם, גם אם נאמץ את הגישה לפיה סטנדרט ההוכחה (להבדיל מהאופן שבו הוא מופעל תוך חריגה שיפוטית ממנו) הוא קבוע, בלתי משתנה ומיושם באופן זהה, עדיין נדרש מהתובע להעריך כי הראיות אינן מותירות ספק סביר באשמתו של החשוד. דרישה זו נגזרת מהדרישה להערכה כי מירב השופטים היו מרשיעים והיא זו העומדת ביסודה, שהרי על מנת שתובע יסבור כי בית המשפט ירשיע (בהפעילו את סטנדרט ההוכחה של מעבר לספק סביר) עליו לסבור בעצמו כי הפעלת הסטנדרט הראייתי של מעבר לספק סביר תוביל להרשעה, ואין הוא יכול להניח כי מי מהשופטים יטעה בהבנת הסטנדרט הראייתי או יסטה ממנו וירשיע חרף ספקות שלדידו (של התובע) קיימים בתיק. שכן ממה נפשך: אם התובע אינו סבור כי יש להרשיע מעבר לכל ספק על מה הוא מבסס את הערכתו על עמדות השופטים הצפויות? על אי הבנתם את הסטנדרט?!

כאמור, הדרישה האחרונה מחייבת את התובע להעריך את סבירותה של ההכרעה הצפויה בתיק, והיא כוללת בחינה משפטית של הראיות והערכה של סיכויי ההרשעה לאור הראיות. בהתאם לכך, על התובע לנבא מה תהא תוצאת המשפט ולמעשה עליו לבחון אם ישנה אפשרות, מבין כלל האפשרויות שעשויות להתקיים והיא שהנאשם יורשע. בנוסף עליו לבחון שהאפשרות הזאת היא בעלת סיכוי גבוה יותר להתממשות על פני האפשרות שהנאשם יזוכה. עליו להעריך אם, בסופו של

¹¹² להרחבה ראו: יניב ואקי "סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש" הפרקליט מט(2) 463 (התשס"ח); יניב ואקי **מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בדין הפלילי** (2013); יניב ואקי ונחשון שוחט "מעבר לספק סביר" וקול המוסר של השופט: הצעה למודל הכרעה משולב רציונאלי-אמוציונאלי" **ספר רובינשטיין** (צפוי להתפרסם ב-2019). לדעה לפיה אף העונש הצפוי לנאשם שיורשע עשוי להשפיע על יישומו של רף ההוכחה, ראו: יניב ואקי "הלימה בין מידת הענישה למידת הוודאות בהרשעה" **המשפט** 26, 79 (2009).

משפט, אפשר יהיה לבסס אשמה מעבר לכל ספק סביר. אין התובע יכול להסתפק בהערכה אישית שלו את הראיות, אלא נדרש הוא להעריך, מנקודת מבטו הצפויה של בית המשפט, את הראיות, אם הן אינן מותירות ספק באשמו של הנאשם. מכאן, שאין די לו לתובע כי יאמין באשמתו של החשוד (על פי, כמובן, מצב הראיות בתיק) אלא עליו להעריך אם בכוחן של הראיות להוביל את בית המשפט, בהתאם לכללים המשפטיים, להתרשם מהראיות התרשמות דומה. יתרה מכך, הערכה שכזו של מצב הראיות משמעה הערכה של מצב הראיות בתום המשפט ולא הערכת הראיות הגולמיות כפי שהן מצויות בתיק.

לשם בחינת סיכויי ההרשעה על התובע להיכנס בנעליו של בית המשפט ולהוביל את הראיות במסלול ניהול הליך פוטנציאלי ולבחון את מכלול הראיות לאור זאת, הן מבחינה כמותית והן מבחינה איכותית. לצורך כך, עליו לשקול ולהעריך, בין השאר, את ההכרעה האפשרית שיכריע בית המשפט בדבר קבילותה של כל אחת מהראיות שיוצגו לפניו, ואת המשקל שיינתן לה. מבחן זה כולל בחינה לא רק של ראיות התביעה, אלא של כל הראיות, ובכללן ייכללו אף הראיות שיש בהן כדי לתמוך בגרסת הנאשם. כך גם על התובע להידרש למהימנות העדים ולהעריך את הרושם שעדים אלה יותירו על בית המשפט. לא זו בלבד, אלא שעליו אף להידרש להיתכנות שעדים אלה יימנעו מלהעיד בבית משפט. כן עליו לברר את טענות ההגנה האפשריות של החשוד גם אם הלה לא העלה אותן באופן מפורש. בהקשר זה על התובע לבחון לא רק הגנות וסייגים אפשריים המשליכים על שאלת אשמתו של הנאשם אלא עליו גם לבחון כל טענת הגנה שיש בכוחה להוביל לזיכוי (גם אם אינה מאיינת את אשמתו), כגון טענת הגנה מן הצדק על עילותיה הרבות והמגוונות.

כך, לדוגמה, על התובע לבחון אם יש בסיס לאמונה שראיה מסוימת תפסל במשפט; אם התיק תלוי בהודאותיו של הנאשם, יש לבחון את קבילותה ואמינותה של ההודאה, תוך התחשבות במכלול נסיבות גבייתה ובכלל זה נסיבותיו האישיות של הנאשם, ככל שהן רלוונטיות למסירת ההודאה; יש להיות ערים לשאלה אם עד מסוים נוטה להגזים, או שהוא עתיד להיות עד עוין או כל סיבה אחרת העלולה להוביל לפגיעה במשקל שיינתן לעדותו; כך גם יש להביא בחשבון אם לעד יש אינטרס למסור פחות מאשר את האמת המלאה או אם יש דרכים בהן תוכל ההגנה לתקוף את אמינותו של העד ובכלל איזה רושם עשוי העד להותיר וכיצד יעמוד בחקירה נגדית; בנוסף יש לבחון אם יש סתירות בין גרסאות העדים השונים ואם סתירות אלה יורדות לשורשו של עניין ובכוחן להחליש את התיק; על התובע, למשל, גם לשקול במקרים המתאימים השפעה של הפרדת תיק של כמה נאשמים ולבחון את משמעות הפרדה על סיכויי ההרשעה. ועוד.

על בסיס התובנות שהוצגו לעיל, יוצא אפוא כי תהליך הערכת הראיות צריך לכלול מבחן תלת־שלבי שעל התובע לעבור בטרם קבלת ההחלטה כי הרף הראייתי לצורך העמדה לדין אכן מתקיים:

שלב ראשון: קיומן של ראיות לכאורה להוכחת האשמה

לפי מבחן זה, על התובע להגיע למסקנה שבהנחה שראיות התביעה תתקבלנה, בית המשפט ירשיע את הנאשם בעבירות שיוחסו לו. מדובר בדרישה לקיומן של "ראיות לכאורה להוכחת האשמה", היינו ראיות גולמיות אשר לגביהן קיים סיכוי סביר שעבודן במהלך המשפט יוביל לקיומן של

ראיות (רגילות) אשר מבססות את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר. מדובר על מבחן אשר דורש מבט ראשוני בלבד על הראיות אשר מצויות בידי התובע. על התובע לצאת מתוך נקודת הנחה כי הראיות שבידו תתקבלנה בבית המשפט. מתוך הנחה זו, וללא בחינת טענות הגנה אפשריות או סיכונים הכרוכים בפגיעה במשקל העדויות, עליו להגיע למסקנה כי אשמת הנאשם תוכח מעבר לכל ספק סביר.

כדי לצלוח שלב זה יש לבסס את המסקנה בדבר קיומן של ראיות לכאורה להוכחת האשמה, רק על ראיות שסביר להניח כי תתקבלנה בבית המשפט (להבדיל מראיות בלתי קבילות, כגון ראיות הפוליגרף), וכאלה שאין בהן ספק מובנה אשר נוטל מהן את כוחן ההוכחתי. ככל שניתן להסיק מבחינת הראיות, על פניהן, כי אין סיכוי להוכחת האשמה, מתחייבת כבר עתה המסקנה כי לא קיים סיכוי סביר להרשעה.¹¹³

שלב מקדמי זה משמש כמסננת ראשונית בלבד, בין ראיות קבילות לכאלה שאינן קבילות, ובין ראיות שניתן לסמוך עליהן לבין ראיות שדבק בהן ספק מובנה או פגם גנטי, וזאת מבלי להכריע בשאלות מהימנות ומבלי לבחון את עוצמתן של הראיות הקבילות. זאת יעשה בשלב הבא.

שלב שני: מבחן "אמונתו האישית של התובע" – אשם מעבר לספק סביר

לאחר שהתובע הגיע למסקנה כי קיימות ראיות לכאורה לאשמתו של החשוד, עליו לבחון אם בהתחשב במידע הכולל שיש לו על התיק ניתן להשתית הרשעה מעבר לכל ספק סביר.

בשלב זה על התובע לבחון את עוצמתן של הראיות ואם הן מבססות את אשמתו של החשוד מעבר לכל ספק סביר. לצורך כך על התובע לבחון, בין השאר, את מהימנותן של הראיות, את השתלבותן זו בזו, ויכולתן לספק תמונת אשמה ברורה. מטרתה של בחינה זו היא לבדוק אם אין בראיות השונות כדי לשלול את סבירותה של הגרסה המאשימה או למצער לעורר בה ספק. בחינה זו צריכה להיעשות הן בקשר לראיות התביעה והן לגבי הראיות שעשויות לשמש את ההגנה. על התובע להעמיד את ראיות התביעה מול ראיות ההגנה (קיימות ופוטנציאליות) ולבחון אם נותר ספק סביר באשמתו של החשוד. אם בחינת מכלול הראיות מותירה ספק באשמתו של החשוד על התובע להימנע מלהעמידו לדין.

לטעמי, אם יש לתובע ספקות הרי שמבחינה אתית אין זה ראוי "לגלגל" את התיק לבית המשפט להכרעה. אם התשובה היא חיובית, כלומר שלפי מבחן אמונתו האישית של התובע ועל סמך מכלול הראיות והידע שיש לו על התיק ניתן לקבוע כי הנאשם ביצע את העבירה מעבר לכל ספק סביר, ניתן לעבור לשלב הבא. מבחן אמונתו של התובע הוא תנאי הכרחי אך לא תנאי מספיק להעמדה לדין.

¹¹³ כך, למשל, כאשר קיים פגם מובנה בראיה המפלילה היחידה באופן שלא ניתן לקבוע כי יש סיכוי שהיא תימצא מהימנה. מנגד, קיומן של סתירות בגרסה המפלילה אינן שוללות, מניה וביה, את כוחה ההוכחתי ועל כן, ניתן על בסיסה להגיע למסקנה כי קיימות ראיות לכאורה להוכחת האשמה, כאשר סתירות אלה והשלכותיהן על מהימנותה של הראיה תיבחנה בשלבים הבאים.

שלב שלישי: הערכת סיכויי ההרשעה – הסיכוי להרשעה עולה על הסיכוי לזיכוי

לאחר שהתובע הגיע למסקנה כי לפי אמונתו ניתן להרשיע את החשוד מעבר לכל ספק סביר, עליו להמשיך ולבדוק אם יש סיכוי סביר להרשעה, היינו מה היה בית המשפט קובע על סמך מכלול הראיות. בשלב זה על התובע לחשוב "בנעלי השופט" ולהעריך את סיכויי ההרשעה.¹¹⁴

כדי לצלוח שלב זה על התובע להגיע למסקנה כי הסיכוי להרשעה יהיה גדול מאשר הסיכוי לזיכוי. בהתאם לדרישה זו, על התובע להעריך את סיכויי ההרשעה, להעריך את סיכויי הזיכוי ולהציבם אלה מול אלה. העמדה לדין כאמור, ותאפשר רק כאשר סיכויי ההרשעה הם סבירים, ממשיים, מציאותיים וגוברים על הסיכויים לזיכוי.

בהחלט ייתכנו מצבים בהם תובע יסבור כי קיים סיכוי מסתבר של מעל 50% כי בית המשפט ירשיע את הנאשם, אך הוא עצמו אינו סבור כי אשמתו של הנאשם הוכחה בפניו ללא כל צל של ספק. במצב דברים זה, אין זה ראוי להעמיד אדם לדין.¹¹⁵ כאמור לעיל, דרישה זו נובעת מחובת ההגינות הבסיסית של הרשות. כיצד יכול תובע לבקש מבית המשפט להרשיע אדם, כאשר אילו הדבר היה מתבקש ממנו – היה מסרב!?

תהליך מחשבתי זה, המחייב בחינה תלת־שלבית של הראיות, מבטיח כי ההחלטה על העמדה לדין תעשה לאחר שהתשתית הראייתית נבחנה בקפידה, ולאחר שצלחה את כל אחד משלבי הבחינה. השלב הראשון והשלב השני, המתמקדים בסיכוי כי החשוד אשם, והשלב השלישי המתמקד בסיכויי ההרשעה. השלבים הראשונים נועדו למנוע פגיעת שווא במי שעשוי להתברר בדיעבד כי לא ביצע את המיוחס לו ואילו השלב השלישי נועד למנוע פגיעת שווא במי שמרבית הסיכויים הם כי לא ניתן להרשיעו.

זהו תהליך הכרעה שצריך להתבצע לגבי כל נאשם ונאשם, לגבי כל אישום ואישום ולגבי כל עבירה ועבירה בנפרד. על התובע לקיים תהליך מחשבתי תלת־שלבי זה ולהשתכנע כי קיים סיכוי סביר להרשעה באשר לכל עבירה ועבירה שבכוונתו להאשים בה את החשוד, קלה כבחמורה. אבקש להתעכב על נושא זה.¹¹⁶

נניח שיש סיכוי סביר של 60% להרשעה בעבירה של הריגה אבל סיכוי של 40% להרשעה בעבירת רצח. נשאלת השאלה אם מותר להעמיד לדין נאשם בעבירת רצח (במקום הריגה), שהרי יש סיכוי מספיק להרשעה כלשהיא.¹¹⁷ דוגמה נוספת: נניח שיש סיכוי סביר של 70% להרשעה בעבירה של החזקת נשק שלא כדיון ו-30% סיכוי להרשעה לגבי עבירה של הריגה. האם ניתן יהיה להעמיד את החשוד לדין בגין שתי העבירות הללו, שהרי ישנו סיכוי מספיק להרשעה כלשהיא?¹¹⁸

¹¹⁴ ודוק, אין בכך כדי לטשטש את ההבחנה הברורה בין החלטת התובע להעמיד לדין ובין החלטת השופט להרשיע בסופו של יום. לחשיבות של הפרדת הרשויות בהקשר זה, ראו: ה"ש 124, והטקסט הצמוד לה.

¹¹⁵ גישה דומה ננקטת גם בשיטה הקנדית, ולעניות דעתי, כך ראוי שינהגו גם כאן.

¹¹⁶ גם לצורך העמקת ההסבר והמחשתו וגם לאור הנתון לפיו ביותר מ-60% מהתיקים מזוכים הנאשמים במקצת מהעבירות שהוגשו נגדם. ראו: אורן גזל־אייל, ענבל גלון וקרן וינשל־מרגל "שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים" המרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה באוניברסיטת חיפה ומחלקת המחקר של הרשות השופטת elyon1.court.gov.il/heb/Research%20Division/doc/Research1.pdf (2012); אורן גזל־אייל וקרן וינשל־מרגל "כוחה של התביעה בהליכים הפליליים – מחקר אמפירי" **משפטים** מד 835 (2015).

¹¹⁷ מתוך גישה שאם בית המשפט לא ירשיע ברצח הוא ירשיע בעבירת הריגה, לפי ס' 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב].

¹¹⁸ בעבירה של החזקת נשק שלא כדיון.

המבחן להעמדה לדין, כפי שתואר לעיל, אינו צריך להיות שונה מהמבחן לבחירת סעיף אישום. אין משמעו של "סיכוי סביר להרשעה" כי די לתובע לדרוש סיכוי סביר להרשעה כלשהיא אלא להרשעה בכל האישומים ובכל העבירות המיוחסות לנאשם. על התובע לוודא קיומו של סיכוי סביר להרשעה אשר עולה כדי מאזן הסתברויות לגבי כל אחד ואחד מהאישומים ולגבי כל אחת מהעבירות המיוחסות לנאשם. לכן גם אם ישנה ודאות כמעט מלאה שאדם יורשע בהחזקת נשק שלא כדין אבל סיכוי קטן שהוא יורשע גם בהריגה אין להעמידו לדין על הריגה, שכן לא קיים סיכוי סביר להרשעה בעבירת ההריגה. בדומה, ביחס לדוגמה הראשונה, אין להעמיד אדם לדין בגין עבירת הרצח כל עוד אין סיכוי של מעל 50% להרשעה בעבירה זו ולא ניתן להסתפק בהנחה לפיה כיוון שישנו סיכוי טוב להרשעה בעבירת ההריגה בית המשפט ירשיע לכל הפחות בעבירה זו. בחירת סעיפי האישום צריכה להיות תלויה בקיומה של אשמה לפי מבחן אמונתו האישית של התובע, וכן בקיומה של הסתברות סבירה להרשעה, וזאת לגבי כל אחד ואחד מהם.

2. על הקשר בין תפיסת התפקיד של התובע לבין המבחן הראייתי המוצע

אחד מסימנייה הבולטים של מערכת המשפט הישראלית הוא סמכותה של התביעה להחליט על העמדה לדין. התחקות אחר ההיסטוריה החקיקתית בסוגיה זו מגלה, כי בעבר הייתה סמכות זו נתונה בידי בית המשפט ולא בידי התביעה הכללית. כך, עד לשנת 1958, עת תוקנו הוראות החוק בנושא, העמדה לדין בעבירה מסוג פשע הייתה מותנית בקיומו של הליך מוקדם ובקבלת החלטה של בית המשפט על "מסירה לדין".¹¹⁹ על אף שגם כיום יש המצדדים בדעה, שלפיה יש להעניק את שיקול הדעת בהחלטה על העמדה לדין לבית המשפט,¹²⁰ נדמה, כי אין כיום מחלוקת אמיתית במשפט הישראלי באשר לזהותו של הגורם המוסמך להחליט על העמדה לדין, ועל כך שסמכות זו הוענקה לתביעה ולא לרשות השופטת.¹²¹

מסוף שנות השישים ועד היום השתרשה ההלכה והתקבעה התפיסה, כי יש להעניק לתובע שיקול דעת רחב עד כי ניתן לומר שמדובר במאפיין מרכזי של סמכות התביעה בהליך הפלילי בכלל ובהחלטה על העמדה לדין בפרט. הן מהוראות החוק והן מהפסיקה הענפה בנושא עולה, כי כיום מוקנית לתביעה סמכות רחבה לדרך הטיפול בתיק פלילי. במסגרת סמכות זו קיימות מספר דרכי פעולה, במסגרת שיקול דעת התביעה, לאופן הטיפול בכל תיק ותיק, אם בדרך של סגירת התיק ללא תנאי, סגירתו בתנאים, או ניתובו לבירור משפטי בדרך של הגשת כתב אישום.

מבחן ה"סיכוי סביר להרשעה", שעניינו הערכת סיכויי ההרשעה, מחייב את התובע ליטול תפקיד מעין שיפוטי בהערכת הראיות ובקבלת ההחלטה על העמדה לדין. בכך יש כדי להשליך על תפיסת התפקיד של התובע במערכת אכיפת החוק ועל היקף שיקול הדעת הניתן לו בשאלת העמדה לדין. לעומת אמת מידה המצמצמת עצמה להערכת האשמה של החשוד בעיני התובע

¹¹⁹ כפי שהיה קבוע בפקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה על פי כתב האשמה), 1924. ב-1958 נחקק החוק לתיקון סדרי הדין הפלילי (חקירת פשעים וסיבות מוות), התשי"ח-1958. חוק זה הסמיך את פרקליט המחוז להורות על הגשת כתב אישום בגין עבירות שהעונש בגינן אינו עולה על 10 שנים. לגבי עבירות שהעונש בגינן מעל 10 שנים, סמכות זו סויגה באפשרות שניתנה לנאשם (ויועץ המשפטי לממשלה) לבקש שתערך חקירה מוקדמת בפני שופט חוקר. בהמשך, בשנת 1965, מוסד החקירה המוקדמת בהקשר זה בוטל, וכיום הוא משמש בעיקר לחקירת סיבות מוות.

¹²⁰ דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155, 167-168 (1983). אין המאמר מתיימר לעסוק במחלוקת תיאורטיות שונות, הקשורות בשאלת זהות הגורם המוסמך להכריע בהחלטה על העמדה לדין. סוגיה זו, חרף חשיבותה, חורגת מגבולותיו של מאמר זה.

¹²¹ מיכאל ברנע "ההחלטה להעמיד לדין: סמכותו של פרקליט המחוז" פלילים ד 141 (1994).

בלבד, המבחן של "סיכוי סביר להרשעה" מחייב את התובע להיכנס ל"נעלי השופט" ולהחיל בתהליך קבלת ההחלטה את מאפייני ההליך הפלילי ולא להסתפק בהעברת התיק לביורר ולהכרעה של בית המשפט. היקף שיקול הדעת הניתן לתובע בשאלת העמדה לדין בכלל, ובייחוד בנושא דיות הראיות, הוא רחב ביותר. בפסיקה הוטעם לא אחת, כי היקף זה של שיקול הדעת נעוץ בכישורים הייחודיים של התובע, כמו גם בניסיון ובמקצועיות המאפיינים אותו ומשמשים אותו בהערכת הראיות ובפוטנציאל הטמון בהן.¹²²

תפיסה זו, שמכירה ומצדיקה מתן שיקול דעת נרחב לתביעה בהחלטה על העמדה לדין עומדת גם בקנה אחד עם הרציונל העומד בבסיסה של השיטה האדברסרית הנהוגה בשיטת המשפט הישראלית, שלפיה התביעה היא המייצגת את האינטרס הציבורי בהגנה מפני פשיעה מחד גיסא ובשמירה על זכויות הפרט מאידך גיסא. תפיסה אשר מושרשת במסורת המשפט האנגלו-אמריקני.¹²³ בנוסף, יש בכך כדי לשמור על עצמאותה של התביעה, זאת כחלק מהתפיסה של הפרדת רשויות, לאמור, ש"תהליך עשיית הצדק ומראית הצדק מחייבים שהגורם המאשים, הגורם השופט והגורם האוכף את העונש יהיו נפרדים ובלתי תלויים".¹²⁴ שיקול דעתה העצמאי של רשות התביעה שומר על מנגנון קבלת החלטות אוטונומי ובלתי תלוי במערכות השלטון האחרות.

על התובע החובה והאחריות על העמדה לדין של אדם. בין אם יחליט להעמיד אדם לדין ובין אם יחליט שלא להעמידו לדין, הרי זוהי החלטה הרת גורל. החברה העניקה סמכות זו בידו של התובע, סמכות אשר דורשת משנה זהירות ואחריות בהפעלתה, למען תוגשם התכלית שהובילה ליצירת הסמכות. מדובר בסמכות שהפעלה שגויה שלה, לא רק שאינה מחוללת צדק אלא שיש לה פוטנציאל לחולל הרס. זוהי לא רק חובתו המקצועית של התובע אלא גם חובתו המוסרית. זוהי החובה שהחברה הפקידה בידיו ואין לו רשות להתכחש לה או להסתיר פניו ממנה, גם במקרים מורכבים ורגישים או כאלה שהם גבוליים מבחינה ראייתית.

אני סבור כי התביעה תצא ידי חובתה רק אם תיישם את המבחן התלת-שלבי לצורך העמדה לדין כמוצע לעיל. רק הערכה סובייקטיבית (של התובע) ואובייקטיבית (של השופט) גם יחד תשקף את הזהירות הדרושה בהכרעה כה גורלית זו של העמדת אדם לדין פלילי. שיקול הדעת הרחב שניתן לתביעה, מחייב כי זו תפעילו בשום שכל ובזהירות הנדרשת. צורך כך על התביעה לגזור על עצמה את המבחן התלת-שלבי ובמסגרתו את הרף הראייתי כמוצע לעיל.

הערכה סובייקטיבית ואובייקטיבית גם יחד, לא רק שהיא בלתי נמנעת אלא שהיא עשויה לסייע למימוש הצדק. היא מחייבת את התובע לנקוט בתהליך של בקרה עצמית, לפנות אל החוש המקצועי שלו, אל ניסיונו ואל חוש הצדק המנחה אותו. הממד הסובייקטיבי והממד האובייקטיבי של ההחלטה מזינים זה את זה, ומבקרים זה את זה. הממד הסובייקטיבי הוא גורם משמעותי

¹²² ראו: עניין קצב, לעיל ה"ש 23, פס" 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

¹²³ בחינה היסטורית מגלה כי רשויות התביעה זכו למעמד מיוחד ולשיקול דעת רחב בשאלת העמדה לדין. גישה אשר נתפסה אף כסימן היכר של השיטה האנגלו-אמריקנית, בניגוד לזו הקונטיננטלית, אשר בה שיקול הדעת של התביעה מוגבל יותר. ראו: גביון, לעיל ה"ש 24.

¹²⁴ לשיטתו של בריאיר, "רק הפרדה כזו תוכל להבטיח את הוגנותו של ההליך, את השימוש הראוי במערכת האכיפה הפלילית ואת האמון שרוחשת החברה למערכת האכיפה". מיכאל בריאיר "הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה באכיפת החוק" פלילים ה 5, 19 (1996).

ובלתי נמנע בקבלת ההחלטה על העמדה לדין, ואליו מצטרף הממד האובייקטיבי, המוסיף נופך של תוקף וביטחון, וודאות מספקת וצידוק להחלטה על העמדה לדין.

כאשר מתחשבים במשמעותה של ההחלטה על העמדה לדין והשלכותיה, אני סבור שישנה הצדקה משמעותית לשלב ממד סובייקטיבי של ביקורת עצמית על תהליך ההיסק ורמת הביטחון בו, אשר מהווה בעצמו ערובה נוספת לרצינות של ההחלטה ולחזק את תוקפה. ממד זה, אשר מתווסף למימד האובייקטיבי, מבטא את הגישה הערכית ואת חובת הזהירות כלפי כלל החשודים. הוא מבטא חיזוק של המחויבות של מערכת אכיפת החוק להגנה מפני תביעות שווא כגישה עקרונית מנחה.

כאמור לעיל, בהתאם לשיטה המשפטית הנוהגת בישראל, נדרשת התביעה לסנן את התיקים המוגשים לבית המשפט ולהביאם להכרעה שיפוטית רק במקום בו חומר הראיות בתיק מקיים סיכוי סביר להרשעה. על התביעה למלא את חובתה הציבורית ולהעמיד לדין רק נאשמים שהאישומים כנגדם כולם מבוססים עובדתית ומשפטית.

לצורך קבלת החלטה על העמדה לדין נדרש התובע לנהוג במשנה זהירות ובביקורת עצמית. לצורך כך מן הראוי גם שהתובע יוועץ בתובע אחר או שיקבל את אישורו של תובע בכיר נוסף, ולא יסתפק בשכנוע עצמי שלו בלבד. בהחלטות הרות גורל, כמו ההחלטה על העמדה לדין, חייבים התובעים להיוועץ זה בזה ולהתחשב בדעה מושכלת אחרת גם אם היא שונה או מנוגדת לעמדתם. נדמה כי הזהירות המתבקשת בקבלת החלטה על העמדה לדין תובעת מהתובע לשקלל גם דעות שונות בכדי להגיע להחלטה מאוזנת ונכונה. בדרך זו, של בקרה עצמית של מקבלי ההחלטות, ניתן לצמצם קיומן של החלטות שגויות אשר עלולות לפגוע באינטרס הציבורי.

על התביעה ליישם באופן מיטבי ומדויק את הרף הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין, לא יותר ולא פחות, כנגד כל נאשם ולגבי כל אישום ועבירה המיוחסים לו בכתב האישום, מבלי להתחשב בשיעורי הרשעה או זיכוי כלליים. שיקול דעתה בנושא זה יושפע מסיכויי הרשעה שעולים מכל תיק ותיק ולא משיעורי הרשעה כלליים. ודוק, העמדה לדין אין משמעה הרשעה בטוחה. על כן יישום הרף הראייתי כפי שתואר לעיל מאפשר, מכיר ולמעשה מחייב שיהיו תיקים שיסתיימו בזיכוי.

על התביעה להפעיל סמכותה זו באופן מקצועי, הגון ושוויוני. על כן, מוטלת עליה החובה לקבוע קווים מנחים ואמות מידה אשר ישמשו וינחו את כל מי שלו נתונה הסמכות להעמדה לדין.

3. הצעה לגיבוש קוד תביעה

התביעה היא בעלת הסמכות בנושא העמדה לדין, ולכן היא זו שגם נושאת באחריות. סמכות ההפעלה של שיקול הדעת בהעמדה לדין מעוגנת בחוק, אולם אין בחוק קווים מנחים מחייבים לגבי אופן הפעלת שיקול הדעת. כיוון שכך, קיימת חשיבות רבה בפיתוחו ובגיבושו של קוד תביעה, אשר יתווה מדיניות מרכזית בנושא העמדה לדין ויכלול, בין השאר, אמות מידה, שיבנו את שיקול דעתה של התביעה בשאלת העמדה לדין וקווים מנחים לגבי אופן הפעלת שיקול הדעת, כמו גם

הנחיות פנימיות וכללים מנחים לפירוש התנאי הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין ודרכי יישומו.¹²⁵

על הקוד לעסוק בעקרונות שיש להתחשב בהם בעת ההחלטה להעמיד לדין ובנוסף, לכלול את הקריטריונים שצריכים לעמוד לנגד עיניו של התובע בעת ההחלטה על העמדה לדין ולהציג אותם באופן ברור ותכליתי.

יש להבהיר כי הקוד יחול על כל התביעה הכללית, ללא יוצא מן הכלל, לרבות הפרקליטות, התביעה המשטרתית, תובע מכוח הסמכת היועץ המשפטי לממשלה, וכל תובע המוגדר בסעיף 12 לחוק סדר הדין הפלילי.

על הקוד לעמוד על חשיבותה ועל רגישותה של ההכרעה בדבר העמדה לדין על כל הצדדים המעורבים, כמו גם על הציבור כולו ולעמוד על חיוניותה בשמירה על שלטון החוק בישראל. הקוד עשוי לכלול כמה חלקים עיקריים:

העקרונות הכלליים: ניתן להציע כי הקוד יפתח בחלק כללי בו יפורטו העקרונות הכלליים אותם יש להביא בחשבון בהחלטה על העמדה לדין, וביניהם: ההחלטה על העמדה לדין צריכה להתקבל רק לאחר סיום החקירה ולאחר שהתובע עיין בכל החומר הקיים בתיק;¹²⁶ ההחלטה על העמדה לדין היא של התובע בלבד ולא של אנשי החקירה או כל גורם אחר; על התובע לוודא כי נעשו כל פעולות החקירה הרלוונטיות ונאספו כל הראיות הדרושות לצורך קבלת החלטה על העמדה לדין; ההחלטה על העמדה לדין צריכה להיות הוגנת, עצמאית ואובייקטיבית, מבלי שהיא נגועה בדעה אישית בקשר לדת, גזע או מין של הנאשם, של נפגע העבירה או כל אדם אחר המעורב בתיק, בלי שמעורבים בה דעות פוליטיות ומבלי שהיא מושפעת מגורמים חיצוניים; ההחלטה על העמדה לדין צריכה להיות מנומקת; על תובע לפעול אך ורק בשם הרצון לעשות צדק ולא מתוך רצון להשיג הרשעה; העיקרון הוא שתהליך ההכרעה על העמדה לדין, צריך להתבצע לגבי כל נאשם ונאשם, לגבי כל אישום ואישום ולגבי כל עבירה ועבירה בנפרד; חובתו של התובע לוודא כי כתב האישום מופנה כלפי הנאשמים הנכונים ומיוחסות להם העבירות המתאימות; על התובע לשוב ולבחון לכל אורך המשפט כי קיימים סיכויי הרשעה כנדרש וככל שעם התקדמות המשפט מצב זה השתנה עליו לחזור מכתב האישום.

על הקוד להתייחס גם לצורך בשקילת שיקולים אשר יאפשרו ניהול משפט באופן מעשי ויעיל. כך, לדוגמה, בתיק הכולל מספר רב מאוד של חשודים, ניתן לשקול העמדה לדין של החשודים המרכזיים בלבד, וזאת כדי להימנע מהליך שיפוטי ארוך ומורכב, אשר עלול לחטוא למטרותיו.¹²⁷ עם זאת, יש להיות ערים לשיקולי צדק ומראית פני הצדק בהעמדת רק חלק מהנאשמים מהמעורבים ולהביאם בחשבון לצורך החלטה זו.

¹²⁵ כפי שמקובל במדינות רבות. ראו לדוגמה: הקוד האנגלי, לעיל ה"ש 62; קוד התביעה של הונג קונג, לעיל ה"ש 82; קוד התביעה של האי מאן, לעיל ה"ש 62; קוד התביעה של מדינת פונגי'אב בהודו, לעיל ה"ש 62.
¹²⁶ ייתכנו מצבים בהם ההכרעה על העמדה לדין תידרש בטרם קבלת כל החומרים, כגון, מצב בו ישנה חוות דעת פורזנית ראשונית בלבד. על הקוד לעמוד על המצבים בהם ניתן יהיה להעמיד לדין ללא צורך להמתין לקבלת כל החומרים ומתי אסור יהיה לעשות כן. לדוגמה לאופן הסדרת מצב דברים זה, ראו: קוד התביעה של מדינת פונגי'אב בהודו, לעיל ה"ש 62, סי' 6.
¹²⁷ ראו: שם, סי' 5.12.

חלקו השני של הקוד יעמוד על כך שהחלטת התובע אם להעמיד לדין מתקבלת בתהליך דורשלבני. בשלב הראשון בוחן התובע אם בחומר החקירה קיימות ראיות מספקות לצורך העמדה לדין. אם התשובה על כך חיובית, עובר התובע לשלב השני, ובווחן אם נסיבות העניין בכללותן מתאימות להעמדה לדין פלילי.¹²⁸ על הקוד לעמוד בפירוט על רשימת השיקולים שיש להביא בחשבון בכל אחד משלבי הבחינה הללו, כמו גם על היחס שבין שני המבחנים.

המבחן הראייתי: הקוד צריך לכלול, באופן מפורש וברור, את המבחן הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין ואופן יישומו. בין אם מדובר במבחן הראייתי אשר הוצע על ידי ובין אם מדובר במבחן אחר. כך, יובאו בקוד מירב השיקולים שעל התובע לשקול בעת בחינת הראיות בתיק, לרבות העובדה כי עליו לנבא את תוצאת המשפט וההסתברות כי זו תתרחש, לא רק על בסיס ראיות התביעה, אלא על בסיס כל חומר הראיות, ובכלל זה אלה שיש בהן כדי לתמוך בגרסת הנאשם. כך גם על התובע להידרש למהימנות העדים ולהעריך את הרושם שעדים אלה יותירו על בית המשפט. לא זו בלבד, אלא שעליו אף להידרש להסתברות שעדים אלה יימנעו מלהעיד בבית משפט. כן עליו לברר את טענות ההגנה האפשריות של החשוד גם אם הלה לא העלה אותן באופן מפורש, ועוד.¹²⁹

כיוון שעל התובע להעריך, בין השאר, את ההכרעה שתינתן מאת בית המשפט באשר לשאלת קבילותה של כל אחת מהראיות שתוצגנה לפניו, ואת המשקל שיינתן לה, על הקוד להתוות את אופן בחינת הראיות שבתיק, הן מבחינת קבילות והן מבחינת משקל. על התובע לבחון, לגבי כל ראיה וראיה, אם היא רלוונטית למשפט, אם היא כשרה וקבילה, או שמא קיים סיכוי כי היא תיפסל על ידי בית המשפט.¹³⁰ ככל שהתובע מגיע למסקנה שראיה עלולה להיפסל במשפט, עליו לשאול עצמו אם הוא צולח את המבחן התלת-שלבי גם בלעדי אותה ראיה.¹³¹

לצורך הבחינת הליך בחינת הראיות, ניתן לכלול בקוד תרשים זרימה הכולל את הבדיקות שעל התובע לבדוק בקשר לראיות (מעין צ'ק-ליסט), כאשר רק הצליחה של כולן מאפשרת להעניק לראיה כוח הוכחתי לצורך הערכת סיכויי ההרשעה. בדומה, יכול הקוד להציב שאלות לדוגמה שעל התובע לשאול עצמו, כגון: האם ההודאה של החשוד קבילה? האם היא עלולה להיפסל (למשל, בשל אופן גבייתה)? האם היא מהימנה (למשל, בשל אופן גבייתה, בשל גילו של החשוד או מצבו הנפשי וכיו"ב)? האם ישנה תוספת ראייתית העולה כדי "דבר מה נוסף"? האם עדי התביעה הפוטנציאליים אמינים או שמא ישנן אינדיקציות לקיומו של מניע המשפיע על עדותם ומטה אותה? האם ראיית הזיהוי חד-משמעית וניתן לסמוך עליה? האם יש בסיס לאמונה שראיה מסוימת תפסל במשפט? אם התיק תלוי בהודאותיו של הנאשם, האם יש בסיס לחשד שיש בעיות באמינות ההודאה, תוך התחשבות בגיל הנאשם, באינטליגנציה ובהבנתו של הנאשם? האם מסתמן שהעד נוטה להגזים/ הזיכרון שלו שגוי/ הוא עוין/ הוא מיוודד עם הנאשם או סיבה אחרת שתגרום

¹²⁸ בשנת 2018 שונה נוסחו של ס' 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], והתיבה "עניין לציבור" שונתה, אך מבחינה סמנטית, ל"נסיבות העניין בכללותן מתאימות להעמדה לדין".

¹²⁹ לפירוט נוסף ראו לעיל בתת פרק ה.1 לרשימה זו. כל זאת, כמובן, על בסיס המידע המצוי ברשותו. חשוב לציין כי ייתכנו מצבים בהם לא יהיה לתובע מידע מלא לגבי ראיות נוספות שתוגשנה במהלך המשפט מאת ההגנה, ולעיתים יהיה זה מוקשה להעריך התפתחויות שונות שיחולו במהלך המשפט, לרבות התייצבות של עדים, אופן העדתם, התמודדותם עם חקירה נגדית, וכיו"ב.

¹³⁰ כך, לדוגמה, ככל שקיימת הודאת חוץ של החשוד בתיק, על התובע לבחון את קבילותה ואת משקלה, ואם קיים בה פגם האם ישנו סיכוי סביר להרשעה גם בלעדיה.

¹³¹ מעניין לציין את ההנחיה הקיימת בקוד התביעה של האי מאן, לעיל ה"ש 62, ס' 13 לפיה ככל שתובע עולה חשש כי ראיה מסוימת תיפסל או כי יינתן לה משקל מועט, עליו להתייעץ עם תובע אחר בטרם גיבוש החלטתו.

לעדוהו להיות לא אמינה? האם לעד יש אינטרס למסור פחות מאשר את האמת המלאה? האם יש דרכים בהן תוכל ההגנה לתקוף את אמינותו של העד? בהתבסס על נתונים אובייקטיביים, איזה סוג של רושם עשוי העד ליצור? כיצד יעמוד העד בחקירה נגדית? אם יש קונפליקט בין עדי הראיה, האם הוא כל כך מהותי עד כדי החלשת התיק? אם אין קונפליקט בין עדי הראיה, האם יש יסוד סביר לחשד שבדו סיפור שקרי? האם כל העדים הנחוצים כשרים לתת עדות? אם הזיהוי עשוי להוות בעיה, כמה אמינה עדותם של אלו אשר צפויים לזהות את הנאשם? אם יש שני נאשמים, האם יש ציפייה סבירה שהתיקים יופרדו? אם כן, האם יש מספיק ראיות כדי להאשים כל אחד בנפרד? וכיו"ב.¹³²

האינטרס הציבורי בהעמדה לדין: יש לקבוע עקרונות בסיסיים להבניית שיקול הדעת של התובע בהקשר זה, לרבות חובתו של התובע לפעול באופן עקבי ושוויוני. בהקשר זה, הקוד צריך לכלול הוראה המחייבת תובע לבדוק קיומה של הנחייה המתווה את מדיניות העמדה לדין בעבירות מסוימות, ולפעול על פיה.

על הקוד לעמוד על מכלול השיקולים שיש להביא בחשבון לצורך ההכרעה בדבר העמדה לדין פלילי. מדובר בהכרעה נורמטיבית והיא נתונה לתובע במסגרת החלטתו בשאלת העמדה לדין. סמכות זו מעניקה בידי התביעה מרחב שיקול דעת רחב במלאכת אכיפת החוק (הפלילי) ויש בה כדי לאפשר גיבושה של מדיניות אכיפה בהתאם לשיקולים ולאינטרסים השונים.

על הקוד להסביר, בלשון ברורה, במה עוסק מבחן זה ומהם השיקולים הרלוונטיים לצורך הכרעה בשאלה זו. עליו לעמוד על כך שמדובר בהכרעה ערכית המבקשת לאזן בין התועלת החברתית שתצמח מהעמדה לדין פלילי והנזק שייגרם ממנה ובין התועלת והנזק שייגרמו לחברה מאי-העמדה לדין בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה ובהתייחס לערכים החברתיים הרלוונטיים לאותו מקרה. הקוד צריך לכלול הנחייה לתובע על הדרך בה יבחן אם קיים אינטרס ציבורי בהעמדה לדין, ועל כך שהתובע צריך לשים אלה מול אלה את היתרונות שבהפעלת האכיפה הפלילית אל מול חסרונותיה. לצורך כך, על הקוד לכלול את מרב השיקולים הרלוונטיים להכרעה, כגון, חומרת העבירה ונסיבות ביצועה; מידת האשמה של החשוד; שכיחות העבירה ונפיצותה; חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה; נסיבותיו האישיות של החשוד, ובכלל זה עברו הפלילי ואורח חייו; הנזק שנגרם או שעלול היה להיגרם לנפגע העבירה בהתחשב בנסיבותיו האישיות; הנזק שנגרם או שעלול להיגרם לחשוד (מביצוע העבירה כמו גם מהעמדתו לדין); האינטרסים החברתיים שעלולים להיפגע מההעמדה לדין פלילי; ושיקולים מוסדיים של התביעה ושל בתי המשפט, לרבות כוח האדם והמשאבים המוגבלים העומדים לרשות התביעה, מחסור בזמן שיפוטי וקביעת סדרי עדיפויות והקצאה יעילה של משאבים לטיפול בעבריינות בכללותה.¹³³

על הקוד להדגיש מצד אחד את העובדה כי האינטרס הציבורי הוא רחב וכוללני, יותר מזה של האינטרס של נפגע העבירה. מצד שני, על הקוד לכלול התייחסות, פרוצדוראלית ומהותית, לאופן שבו על תובע לקבל ולשקול את עמדתו של נפגע העבירה והאינטרסים שלו.

¹³² ראו: קוד התביעה של האי מאן, לעיל ה"ש 62; וכן בקוד הקנדי, לעיל ה"ש 73.
¹³³ לפירוט על אודות השיקולים השונים, ראו: "שיקולים לסגירת תיק בשל העדר עניין לציבור" הנחיות פרקליט המדינה 1.1 (התשס"ג). כמו כן, ראו: בג"ץ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 49, 56 (2003); בג"ץ 588/94 שלנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(3) 40, 111 (1994).

בנוסף, על הקוד להתייחס לסוגים שונים של חשודים, ולהשפעה של שיקול זה על האינטרס הציבורי בהעמדה לדין. כך, למשל, כאשר מדובר בחשוד קטין או מוגבל נפשית וכיו"ב.

גם עוצמת הראיות היא שיקול רלוונטי לעניין זה. בהינתן קיומה של תשתית ראייתית אשר חצתה את הרף המינימלי הנדרש כחלק מהמבחן הראייתי, מידת סיכויי ההרשעה ואם לדוגמה, מדובר בסיכויי הרשעה גבוהים או בינוניים, תילקח בחשבון כחלק מההחלטה הסופית על העמדה לדין, בבחינת "מקבילית כוחות" מול מידתו של האינטרס הציבורי. ככל שהאינטרס הציבורי בהעמדה לדין גבוה יותר ניתן להסתפק בסיכויי הרשעה פחותים (בתנאי, כאמור, שהם עולים על סיכויי הזיכוי) ולהיפך.

על מנת שהקוד ימלא את תכליתו בהנחיית התובעים ניתן לכלול בו, בהקשר זה, רשימות נפרדות של שיקולים נפוצים, אשר יבנו את שיקול הדעת בהכרעה נורמטיבית כה מורכבת. ברשימה אחת, רשימת שיקולים אשר בהתקיימם תיטה הכף להעמדה לדין, ולצידה רשימה של שיקולים אשר יטו את הכף לאי-העמדה לדין. כך, לדוגמה, ברשימה הראשונה, יימנו שיקולים כגון: העונש הצפוי לעבירה חמור מאוד; העבירה היא פרי של תכנון מוקדם; קיים פער גילאים גדול בין החשוד לנפגע העבירה; קיומו של עבר פלילי רלוונטי לחשוד; קיומו של חשש לביצוע נשנה של העבירה ועוד. ברשימה השנייה, ניתן למנות, בין השאר, את השיקולים הבאים: העונש הצפוי לעבירה נמוך מאוד; לא נגרם נזק גדול או לא נגרם נזק בכלל בעקבות העבירה; חלף זמן רב מאז ביצוע העבירה; ההעמדה לדין תשפיע לרעה על נפגע העבירה; החשוד נתבע בהליך אזרחי, או צפוי כי ייתבע, וייתן את הדין על מעשיו, ועוד.¹³⁴

לצד רשימות השיקולים הללו, יש להדגיש כי אין מדובר ברשימות סגורות, וכן שאין מדובר בפעולה חשבונאית המסכמת כמה שיקולים יש לכל צד, אלא שעל התובע ליתן את המשקל הסגולי המתאים לכל שיקול ושיקול, בנסיבותיו של כל תיק ותיק, ולהעמיד את השיקולים התומכים בהחלטה על העמדה לדין מול אלה המטים את הכף לאי-העמדה לדין.

הקוד צריך לעמוד על החובה המוטלת על התובע להעמיד לדין אדם רק על עבירות המשקפות בצורה הטובה ביותר את המעשים המיוחסים לו, הן מבחינה משפטית והן מבחינת חומרת המעשים.

יש לקבוע בקוד את היחס שבין שני השלבים הנדרשים לצורך ההכרעה על העמדה לדין, לפיו בשלב הראשון בוחן התובע אם בחומר החקירה קיימות ראיות מספקות לצורך העמדה לדין לפי המבחן הראייתי המוצע, ורק אם התשובה על כך חיובית, ניתן יהיה לעבור לשלב השני, ובו נבחן קיומו של אינטרס ציבורי בהעמדה לדין.

חלופות להעמדה לדין: חלקו השלישי של קוד התביעה יעסוק בצורך ובחשיבות בבחינת חלופות להעמדה לדין. על התובע לשקול אם העמדה לדין פלילי זו ההחלטה הנכונה ביותר. על הקוד להנחות את התובע כי עליו לשקול בחינת דרך טיפול חלופית (כגון הליך של הסדר מותנה, דין

¹³⁴ ראו: קוד התביעה של האי מאן, לעיל ה"ש 62, סי' 17–18.

משמעותי וכיו"ב). בשוקלו אם להעמיד אדם לדין פלילי, על התובע לשאול עצמו מהי דרך הטיפול המיטבית, ואם העמדה לדין פלילי היא מידתית ועדיפה על פני אמצעי אכיפה אחרים.¹³⁵

יש לכלול בקוד, לטעמי, גם התייחסות למנגנון הפרוצדוראלי לקבלת החלטת התובע, לרבות זכות השימוע, טיבה והיקפה הראוי. זכות החשודים להעלות טענותיהם כלפי כתב חשדות בטרם יוגש כתב אישום (בעבירות פשע)¹³⁶ מסייעת לתובע לבצע ההערכה של סיכויי ההרשעה, ומצד שני, ככל שהחשוד מוותר על העלאת טענותיו (מסיבה טקטית), אזי השימוע תורם לביסוס הגינות ההחלטה על יסוד המידע שהיה בפני התובע (גם אם לימים יזוכה הנאשם). בכך מתקשרת הסמכות על העמדה לדין גם ליחס שוויוני והוגן, כחלק מן הפן החוקתי של החלטה גורלית על הגשת כתב אישום.

בשל השלכותיה של הכרעה זו בדבר העמדה לדין, ניתן לקבוע בקוד כי ההחלטה על העמדה לדין אינה יכולה להתקבל על ידי כל תובע, אלא רק באישורו של תובע בדרגה בכירה כפי שייקבע.¹³⁷ בנוסף, יש לקבוע בקוד את מנגנון הפיקוח על אופן הפעלת שיקול הדעת, ובכלל זה אילו גורמים מוסמכים להחליט על הגשת כתב אישום.¹³⁸ כמו כן, על הקוד לקבוע מנגנון הכרעה למצב בו נתגלעו חילוקי דעות בין תובעים אם להעמיד לדין אם לאו, כגון באמצעות הכרעה על ידי ראש היחידה או תובע בכיר אחר. כך או כך, יש לקבוע בקוד כי ליועץ המשפטי לממשלה ולפרקליט המדינה ישנה הסמכות להכריע בניגוד להחלטה של תובע על העמדה לדין.

ו. סיכום

העמדה לדין היא החלטה בעלת השלכות גורליות. היא מטילה אחריות כבדה על התביעה הכללית אשר לה נתונה סמכות שיקול הדעת בנושא. הגשת כתב אישום וקביעת תוכנו מחד גיסא וסגירת התיק מאידך גיסא, קובעות את גורלו של הנאשם, ומשפיעות על נפגע העבירה ועל הציבור כולו. פעולות אלה משפיעות על מעמדו של ההליך הפלילי בעיני הציבור, ועל מעמדן של רשויות אכיפת החוק ומידת האמון שהציבור רוחש להן.

המבחן הראייתי הנדרש לצורך ההחלטה על העמדה לדין צריך להיגזר כתוצאה של מלאכת איזון בין האינטרסים הרלוונטיים השונים וביניהם, זכויותיו של הפרט מפני פגיעה לא מוצדקת, זכויותיהם של נפגעי העבירה, הגנה על החברה מפני פגיעה ואמון הציבור במערכת אכיפת החוק.

חיפוש אחר נקודת האיזון בין האינטרסים הנוגדים מוביל למסקנה כי אין להעמיד אדם לדין, אם אין ציפייה סבירה שהוא יורשע על ידי בית המשפט. הערכת סיכויי ההרשעה עדיפה על פני הערכת סיכויי האשמה ויש ביכולתה להגן בצורה טובה יותר על זכויותיו של החשוד ועל אינטרסים ציבוריים חיוניים.

¹³⁵ ראו, בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסי' 20–21 לפסק דינו של השופט גובראן (פורסם בנבו, 12.7.2010).

¹³⁶ ראו: ס' 60א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב].

¹³⁷ קביעה שכזו יכולה להיעשות לגבי סוג של תיקים מסויים (לדוגמה, בשל רגישותם או בשל צורך מיוחד להבטיח מדיניות אחידה בעבירות מסוימות) או באופן כללי על כל התיקים. ניתן גם לקבוע חובת היוועצות במקרים מסוימים לפי מורכבותם ורגישותם, גם מקום שאין דרישה כזו בחוק. כמו כן, ראו: קוד התביעה של האי מאן, לעיל ה"ש 62, ס' 19 לפיו על התובע להיוועץ בתובע נוסף בטרם גיבש החלטתו לעניין קיומו של אינטרס ציבורי בהעמדה לדין.

¹³⁸ יוער לעניין זה כי קיימות הוראות חוק אשר מחייבות קבלת אישור להעמדה לדין, במקרים מסוימים, על ידי דרג בכיר מסויים בלבד. ראו לדוגמה: ס' 17 לחוק יסוד: הממשלה הקובע כי ההחלטה על העמדה לדין והגשת כתב אישום כנגד ראש ממשלה תעשה בידי היועץ המשפטי לממשלה בלבד.

הדרישה ל"סיכוי סביר להרשעה" כשלעצמה אין בה די כדי לקבוע את התשתית הראייתית הנדרשת לצורך העמדה לדין, ועל כן יש להציב רף מינימלי מתחתיו לא ניתן להעמיד אדם לדין ולקבוע במפורש כי לצורך העמדה לדין נדרשת הסתברות ברמה של מאזן הסתברויות, לאמור: כי סיכויי ההרשעה יעלו על אלה של הזיכוי. מדובר ברף הסמכות התחתון להעמדה לדין של אדם, אשר מתחתיו לא יועמד אדם לדין, תהא אשר תהא מידתו של העניין הציבורי.

בהתאם למבחן הראייתי המוצע על ידי, ההכרעה של התובע בשאלת סבירות הסיכוי להרשעה, תחייב את הערכת הראיות על ידי התובע ובחינת יכולתן לבסס אשמה, ומידת סבירותה של ההרשעה המתבססת על אותן ראיות ובהתאם לרף ההוכחה הדרוש לצורך הרשעה. בעמידה על שני אפיוניה של דרך ההכרעה של התובע, יש כדי לבאר את שני היבטיו של אופן יישום המבחן של "סיכוי סביר להרשעה". לצורך ההחלטה על העמדה לדין נדרש התובע להגיע למסקנה כי קיימות ראיות לכאורה לאשמתו של הנאשם ולאור הראיות הקיימות בתיק קיימת תשתית ראייתית להכרעה של הרשעה מעבר לכל ספק סביר (דיון מסדר ראשון), ובנוסף עליו להעריך כי קיים סיכוי של יותר מ-50% כי השופט ירשיע את הנאשם בדין (דיון מסדר שני). בהקשר לכך מבחן ההסתברות הינו מבחן שעניינו "מעל 50% הסתברות שתיקבע הרשעה מעבר לספק סביר".

חשיבותה של ההכרעה בדבר העמדה לדין ונפיצותה מצדיקות, לטעמי, כי יגובש קוד תביעה אשר ינחה ויבנה את התובעים על אודות התהליך המחשבתי הנדרש בטרם ההחלטה על העמדה לדין, והמבחנים והשיקולים הנדרשים לצורך ההחלטה על העמדה לדין. על הקוד לכלול, בין השאר, את העקרונות הכלליים לגבי חובותיו של התובע בהעמדה לדין וביניהם, חובתו של התובע לבצע את תפקידו באופן הוגן, עצמאי, אובייקטיבי וחסר דעות קדומות הנוגעות לגזע, לאום, מין, דת, דעה פוליטית והעדפות מיניות; הימנעות מהשפעה על-ידי הנאשם, הנפגע, העדים או לחצים מגורמים גבוהים בהיררכיה הארגונית אליה הוא משתייך; הצורך בהתחשבות באלטרנטיבות להעמדה לדין ועוד.

בכוחו של הקוד לסייע בידי התובע בפרט ובידי התביעה הכללית בכלל, להפעיל את כוחם ואת שיקול דעתם בהחלטה על העמדה לדין, באופן מקצועי, אחיד, הוגן, שוויוני ועקבי כנדרש על פי דין.