

הגנה מן הצדק מול סמכות ה-Nullification של חבר המושבעים – זיכוי אדם שביצע עברה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה

רינת קיטאי סנג'רו*

פרולוג. א. מבוא. ב. ההגנה מן הצדק, מצביה האופייניים וגבולותיה.
ג. סמכות ה-Nullification. ד. טעמי הביקורת כנגד מוסד המושבעים.
ה. טיעונים לטובת מוסד המושבעים ולטובת סמכות ה-Nullification.
ו. עדיפות חבר מושבעים על פני שופט בזיכוי נאשם מטעמי צדק.
ז. סיכום.

פרולוג

ביום 25 במאי 1926 ברחוב ראשי בפריז אירע רצח¹. הנרצח היה סמיון פטליורה, שר הצבא האוקראיני לשעבר שמצא מקלט בפריז, לאחר שצבא אוקראינה ניגף בפני הצבא הקומוניסטי. הנאשם ברצח היה שלום שווארצבארד, שען יהודי, יליד רוסיה, אשר התגורר בפריז. היה זה רצח מתוכנן היטב. כאשר נודע לשווארצבארד שפטליורה מתגורר בפריז, הוא רכש אקדח, הסתובב עם תמונתו של פטליורה עד אשר איתר אותו ואז עקב אחריו ימים רבים. באחד הימים, כאשר סמיון פטליורה יצא ממסעדה בגפן, התקרב אליו שווארצבארד וירה בו מטווח אפס.

* מרצה, המכללה האקדמית למשפטים (רמת גן). תודתי נתונה לד"ר בועז סנג'רו, לד"ר יואב המר ולחברי מערכת "המשפט" על הערותיהם המצוינות.
1 הפרטים העובדתיים הנוגעים לרציחתו של סמיון פטליורה ולמשפטו של שלום שווארצבארד לקוחים מספרו המרתק של מאיר קוטיק **משפט שווארצבארד: רצח-נקם על רקע הפרוגרומים באוקרינה** (1972). כן הסתייעתי בספר הזיכרונות של אנרי טורס, סנגורו של שווארצבארד: HENRY TORREÈS, ACCUSÉS HORS SÉRIE 91–99 (1957). הנני מודה לפרופ' קלוד קליין, אשר הפנה את תשומת לבי לספר אחרון זה והשאל לי אותו.

מה היה הרקע למעשהו של שווארצבארד? כאשר ירה שווארצבארד בפטליוורה הוא צעק לעברו "הרי לך רוצח בעד הפוגרומים, בעד השחיתות". במהלך מלחמתו של הצבא הלאומי האוקראיני בצבא הרוסי בשנת 1919, ערך צבא אוקראינה ביהודים פוגרומים, שבהם נרצחו באכזריות עצומה אלפי יהודים, בבתייהם וברחובות, ביניהם גם בני משפחה של שווארצבארד.² הפוגרומים היו מתוכננים, ועלו בהיקפם ובאכזריותם על אלה שנערכו ברוסיה בתקופות קודמות. כך, למשל, לשם חיסכון בכדורי רובה נשחטו חלק גדול מהקרבות בסכינים. העילה לפוגרומים הייתה כביכול תמיכת היהודים בתנועה הקומוניסטית, שחלק ניכר ממנהיגיה ומחבריה היו יהודים. היו שטענו כי פטליוורה עצמו יזם את הפוגרומים, והיו שטענו כי איבד כל שליטה על אנשיו. כך או אחרת, פטליוורה צוטט כמי שהתבטא שאמנם הפוגרומים מצערים, אולם הם עוזרים לשמירה על המשמעת הצבאית.³

במהלך משפט הרצח נשמעו עדויות על הפוגרומים, כאשר לשמע התיאורים הקהל באולם, ועורכי הדין בכללם, פרץ בבכי. אף אב בית הדין הסתיר את פניו. חרף הנסיבות המקלות וההבנה למניע של שווארצבארד, אשמתו – כהגדרתה במשפט הפלילי – הייתה ברורה ביותר. שווארצבארד עבר את עברת הרצח על יסודותיה העובדתיים והנפשיים. התקיימו כאן כל היסודות של דרישת הכוונה תחילה, לרבות שיקול דעת מוקדם. לשווארצבארד גם לא עמדה כל הגנה הפוטרת מאחריות פלילית; מניע לרצח אינו מהווה טענת הגנה. העברה הוכחה מעל לכל ספק סביר: היו עדים לרצח, ושווארצבארד נתפס למעשה "על חם". הוא לא ניסה לברוח ולא הכחיש את אשמתו. נהפוך הוא, הוא היה גאה במעשהו. חרף זאת החליטו המושבעים לזכותו מכל אשמה.

א. מברא

ההגנה מן הצדק, שעוגנה לאחרונה בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי⁴, מאפשרת לנאשם לטעון לאחר תחילת המשפט טענה מקדמית שלפיה "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". ההגנה מן הצדק מכירה ב"צדק" כחלק אינטגרלי מהמשפט⁵. תפיסה זו אינה חריגה, שכן דברי חקיקה רבים מאזכרים את המושג "צדק"⁶. עורכי דין נוהגים לחתום בקשות

2 בין הנרצחים היה גם פרץ קיטאיגורודצקי ז"ל – אבי סבי. המאמר מוקדש לזכרו.

3 SALO W. BARON, THE RUSSIAN JEW UNDER STARS AND SOVIETS 220 (1964).

4 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), התשס"ז-2007, ס"ח 308.

הגנה מן הצדק מול סמכות ה-Nullification של חבר המושבעים – זיכוי אדם שביצע עברה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה

המוגשות לבית המשפט במילים: "מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה". המילה "צדק" נכללת גם בהצהרת האמונים של שופט בפני נשיא המדינה: "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, ולשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים"⁷. אף על פי כן, מובן כי המושג "צדק" הוא מושג כללי ועמום שיש לצקת בו תוכן⁸. משימה זו אינה פשוטה, שכן השאלה מהו צדק מעסיקה ללא הרף פילוסופים מימיהם של אפלטון ואריסטו ועד לימינו אלה. אולם ענייננו אינו בגיבוש תאוריה מקיפה של צדק. במאמר זה ברצוני לבדוק את מידת יכולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק לסייע לשופט לזכות נאשם כאשר מצפוננו של השופט מתקומם לנוכח הרשעה. זאת, לא משום שהוא מפקפק בשאלת ביצוע העברה – אדרבה, ברור לו שהנאשם עבר את העברה – אלא משום שההרשעה נוגדת את תחושת הצדק שלו. אראה כי הסמכות שמקנה ההגנה מן הצדק לזכות נאשם מטעמים חיצוניים לאשמה מוגבלת למדי בהשוואה לסמכות ה-Nullification של חבר מושבעים. השוואה זו, יש בה כדי להביא להרהורים בדבר הצורך לאמץ את מוסד חבר המושבעים במדינת ישראל, תוך מתן אפשרות בחירה לנאשם בין שפיטה על ידי שופט מקצועי לבין שפיטה על ידי חבר מושבעים. באופן מעשי יותר, במציאות שבה לא קיים מוסד של חבר מושבעים, יש בהשוואה זו כדי להביא להרהורים בדבר הצורך לצקת תוכן רחב לדוקטרינת ההגנה מן הצדק כפי שזו מעוגנת במשפט הישראלי.

ב. ההגנה מן הצדק, מצביה האופייניים וגבולותיה

האמירה שלפיה "ההליך הוא העונש" (The process is the punishment) מבטאת את ההכרה בפגיעה הקשה הנגרמת לאדם מעצם הגשת כתב אישום נגדו⁹. ניהול משפט כרוך בדאגה,

- 5 אסף פורת "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי" קריית המשפט א 381, 382 (2001); מרדכי לוי "עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה – הערות, ביקורת והצעה למבחן חלופי" המשפט י 353, 369 (2005).
- 6 ראו, למשל, ס' 22(4) לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965; ס' 11(ב) לחוק אכיפת פסקי-חוק, התשי"ח-1958; ס' 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; ס' 3, 211 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; ס' 1 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994; ס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980; התוספת הראשונה לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994; ס' 20 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992; ס' 44(א), 45, 49(א), 50(א), 50א(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971; ס' 21(ד) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.
- 7 ס' 6 לחוק יסוד: השפיטה.
- 8 פורת, לעיל ה"ש 5, בעמ' 383; לוי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 368.

בהוצאות כספיות, בסטיגמה ובירידת ההערכה החברתית לנוכח האמונה המקובלת ש"אין עשן ללא אש"¹⁰. מכאן גם מובן החשש מפני העמדה לא מוצדקת לדין פלילי¹¹. דוקטרינת ההגנה מן הצדק היא כלי מרכזי לשם ביטול תוצאותיה של פגיעה לא מוצדקת כזו¹². בארצות המשפט המקובל¹³ השתרשה זה מכבר סמכותו של בית המשפט למנוע ניצול לרעה של ההליך המשפטי (Abuse of Process) באמצעות ביטול כתב האישום, כאשר העמדת נאשם לדין פוגעת בחוש הצדק וההוגנות.

גם במשפט הישראלי הכיר בית המשפט העליון בסמכות זו עוד טרם עיגונה בחוק של דוקטרינת ההגנה מן הצדק. בע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל¹⁴, צמצם בית המשפט העליון מאוד את היקף תחולתה של הגנה זו והגבילה למצבים של מעין "דגל שחור"¹⁵. הוא קבע כי הגנה מן הצדק תקום לנאשם רק כאשר מדובר ב"התנהגות בלתי נסבלת של הרשות", היינו התנהגות שערווייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם [...]. המדובר במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו". עוד קבע כי "ברי כי טענה כגון זו תעלה ותתקבל במקרים נדירים ביותר"¹⁶. אולם בפסק הדין המנחה בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ¹⁷, שעסק בעברות על חוק ההגבלים העסקיים שביצעו חברות ביטוח ונושאי משרה בה, ריכך בית המשפט העליון את הלכת יפת, וקבע כי די בפגיעה ממשית בתחושת הצדק וההגינות כדי להביא לביטול כתב האישום מטעמים של הגנה מן הצדק¹⁸. בית המשפט גם הבהיר כי פגיעה כזו אינה חייבת להיות תוצאה של התנהגות שערווייתית דווקא מצד רשויות אכיפת החוק, ובמקרים חריגים ביותר היא יכולה אף להיווצר עקב רשלנות או עקב נסיבות שאינן תלויות ברשויות אכיפת החוק¹⁹.

- 9 Andrew Ashworth, *The Criminal Process: An Evaluative Study* 161 (1994).
- 10 שם; וראו לעניין זה את דבריו של בית המשפט העליון בבג"ץ 2534/97 ח"כ יחב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 10, 12 (1997).
- 11 דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155, 162 (1983).
- 12 כלי חשוב נוסף הוא הסמכות לבטל כתב אישום בטענה של זוטי דברים: ס' 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.
- 13 Andrew L. T. Choo, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings* 1 (1993).
- 14 פ"ד נ(2) 221 (1996).
- 15 בועז סנג'רו "היש בכוחה של ה'הגנה מן הצדק' לעשות צדק?" הסניגור 125, 4 (2007).
- 16 פרשת יפת, לעיל ה"ש 14, בעמ' 370.
- 17 פ"ד נט(6) 776 (2005).
- 18 שם, בעמ' 806.
- 19 שם, בעמ' 806-807.

הגנה מן הצדק מול סמכות ה-Nullification של חבר המושבעים – זיכוי אדם שביצע עברה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה

ישגב נקדימון מבסס את סמכותו של בית המשפט לזכות נאשם מטעמים של הגנה מן הצדק על סמכותו הטבועה למנוע ניצול לרעה של ההליכים המתנהלים בפניו; על הסמכות המנהלית לבקר את תהליך קבלת ההחלטות בדבר העמדה לדין; וכן על מודל חוקתי המתבסס על הפגיעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו²⁰. דוקטרינת ההגנה מן הצדק מדגישה את זכות היסוד של הנאשם להליך ראוי²¹. יתרה מזאת, היא מבטאת את אחריותה הרחבה של מערכת המשפט לתקינות שלטון החוק, הכוללת פיקוח על פעולות מנהליות של רשויות המדינה וסירוב להכשיר התנהגות הפוגעת בזכויות הפרט או בשלטון החוק, גם בהיעדר פגיעה צפויה בהגנתו של הנאשם במשפטו²². אחריות רחבה זו מצדיקה הענקת סמכויות דומות לסמכויות המעין שיפוטיות הנתונות לתביעה הכללית, שלא להעמיד לדין בשל חוסר עניין לציבור ולעכב את ההליכים המשפטיים, לקובע העובדות במשפט²³. האינטרס הציבורי ביושרתה המוסרית של מערכת אכיפת החוק ובאיכות ההליך הפלילי על כל שלביו מהווה ערך עצמאי המנותק מהמטרה של הרשעת עבריינים ושמירה על חפים מפשע מפני הרשעה מוטעית²⁴. לדברי נקדימון, בית המשפט יקבל טענה של "הגנה מן הצדק", כאשר הפגיעה בזכויות היסוד של הפרט או כאשר מידת ההפרה של חובת ההגנות והאמון מצד רשויות אכיפת החוק, הנגרמת עקב העמדת הנאשם לדין או ניהול המשפט נגדו, גוברת על האינטרס הציבורי באכיפת החוק²⁵.

בספרות ובפסיקה מובאות דוגמאות למצבים אופייניים לשימוש בסמכות לזכות נאשם על יסוד הדוקטרינה של הגנה מן הצדק. עם אלה נמנים המקרים הבאים: יצירת אווירה עוינת לנאשם בשל "משפט על ידי אמצעי התקשורת"²⁶; שיהוי בהגשת כתב האישום הפוגע בהגינות ההליך²⁷; מעורבות הרשות בעברה נשוא כתב האישום²⁸; הסתמכות על

- 20 ישגב נקדימון **הגנה מן הצדק** 24–25 (2003). לעניין הסמכות הטבועה ראו גם: Connelly v. D.P.P. (1964) 2 All E.R. 401, 409–410, 431–432, 438, 447 (H.L.).
- 21 לוי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 361.
- 22 Bennett v. Horseferry Road Magistrates' Court (1993) 3 All E.R. 138, 150 (H.L.).
- 23 פרידמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 161, 167–168; זאב סגל ואבי זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום – על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" **הפרקליט** מז 42 (2003) (הגורסים כי יש לתת לשופט כוח לבטל כתב אישום בשל היעדר עניין לציבור בהגשתו); Nancy S. Marder, *The Myth of the Nullifying Jury*, 93 Nw. U. L. Rev. 877, 927 (1999).
- 24 בעז אוקון ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטיים" **המשפט** ג 265, 279 (1996).
- 25 נקדימון, לעיל ה"ש 20, בעמ' 26.
- 26 שם, בעמ' 397–412.
- 27 Ashworth, לעיל ה"ש 9, בעמ' 189–190; נקדימון, לעיל ה"ש 20, בעמ' 301–327; Choo, לעיל ה"ש 13, בעמ' 65–77.
- 28 נקדימון, לעיל ה"ש 20, בעמ' 173–198; Choo, לעיל ה"ש 13, בעמ' 148–181.

מצג של רשות מנהלית המאשר את המעשה נשוא כתב האישום²⁹; הפרת התחייבות, חזרה מהחלטה או יצירת מצג בדבר אי-העמדה לדין³⁰; העמדת הנאשם במעין סיטואציה של "סיכון כפול"³¹; הגשת כתב אישום מטעמים זרים ואכיפה ברונית של החוק³²; פגמים בשלב החקירה או בשמירה על חומר החקירה וגילוי³³; היעדר יחסיות בין החשדות הראשוניים, ובעקבות זאת בין הסבל שהיה מנת חלקו של הנאשם, לבין האישומים שהוגשו בסופו של דבר³⁴. אוקון ושחם סבורים כי אפשר להשתמש בטענת ההגנה מן הצדק מקום שבו הנאשם ביצע מעשה אסור אך שכיח³⁵, או עבר עברה על סעיף חוק שלא הופעל קודם לכן³⁶.

האם שופט יהיה רשאי לזכות נאשם בעברה חמורה, כדוגמת הריגה, בהתבסס על הגנה מן הצדק, משום שהנרצח היה אדם בלתי נסבל או שעשה עוול כל חייו? בע"פ 6353/94 בוחבוט נ' מדינת ישראל³⁷, אשר עסק באישה שהרגה את בעלה, ובע"פ 4419/95 חדר נ' מדינת ישראל³⁸, אשר עסק בבן שהרג את אביו, גילה בית המשפט הבנה רבה למניעיהם של הנאשמים. עם זאת, שני הנאשמים הורשעו ונשלחו למאסר. כך, בפרשת בוחבוט סבר בית המשפט העליון "שלא ניתן להתעלם מהחומרה המיוחדת ומהכמות המאסיבית של מעשי ההתעללות שבוצעו על-ידי המנוח כלפי אשתו, המערערת. היה כאן, כפי הנראה, רצף אינטנסיבי של הכאות, לרבות פציעת המערערת בכלים שונים, ושל טרור, הפחדה ומעשי השפלה, שקשה לתאר גרוועים מהם"³⁹. עם זאת, בית המשפט גזר על הנאשמת שלוש שנות מאסר. שחר חדר נדון לעשר שנות מאסר על הריגת אביו אשר היה נוהג להכות באכזריות ובאופן קבוע את אשתו ואת ילדיו, להשפילם ולגדפם בניבולי פה, ופניית בני המשפחה לעזרת המשטרה בפעמים קודמות לא שמה קץ למעשי האלימות. אפשרות זיכוי כלל לא עמדה על הפרק במקרים אלה.

לפחות לכאורה, דוקטרינת ההגנה מן הצדק אינה מיועדת למקרים שבהם הנאשם טוען כנגד אחריותו הפלילית לגופה או בנוגע למידת העונש הצפוי לו במקרה של הרשעה. הגנה

29 נקדימון, לעיל ה"ש 20, בעמ' 199–228.
 30 שם, בעמ' 229–264, ASHWORTH; לעיל ה"ש 9, בעמ' 190.
 31 נקדימון, לעיל ה"ש 20, בעמ' 275–300; CHOO, לעיל ה"ש 13, בעמ' 16–46.
 32 נקדימון, לעיל ה"ש 20, בעמ' 329–355.
 33 שם, בעמ' 357–396.
 34 פרידמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 169.
 35 אוקון ושחם, לעיל ה"ש 24, בעמ' 270.
 36 שם, בעמ' 271.
 37 פ"ד מט(3) 647, 649 (1995).
 38 פ"ד נ(2) 752 (1996).
 39 פרשת בוחבוט, לעיל ה"ש 37, בעמ' 649.

הגנה מן הצדק מול סמכות ה-Nullification של חבר המושבעים – זיכוי אדם שביצע עברה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה

זו מיועדת למקרים הנוגעים להצדקה שבעצם ההעמדה לדין או שבעצם ההצדקה שבניהול המשפט נגד הנאשם⁴⁰. חרף החריג, המאפשר לזכות נאשם בשל יצירת אווירה עוינת כלפיו על ידי אמצעי התקשורת – דבר המקשה על קיומו של משפט הוגן – הדגש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק מושם על פעילות לא תקינה מצד רשויות אכיפת החוק או מצד רשויות המדינה. אכן, לבית המשפט יש סמכות טבועה להגן על נאשם מפני "דיכוי או דיעה קדומה" (Oppression or prejudice)⁴¹. אולם דומני כי דברי לורד הודסון (Hodson) באנגליה שלפיהם, "I cannot concede that there ought to be given to the judge a discretion [...] to interfere with anything that he personally thinks is unfair"⁴², מקובלים על בתי המשפט בישראל. דברים אלה תוחמים במידה רבה את גבולותיה של ההגנה מן הצדק. לפיכך דוקטרינת ההגנה מן הצדק, גם בניסוחה הרחב, לא תוכל לסייע במקרים רבים שבהם תחושת הצדק היא שאין מקום ליישום דווקני של החוק. היא אינה מקנה לשופט סמכות לזכות נאשם מתוך אהדה למצוקתו, ובוודאי אינה מאפשרת לו לזכות רוצח בשל היות הנרצח אדם שהסב רע לבריות. במקרה כדוגמת זה של שלום שווארצבארד לא נפל כל פגם בהליך; רשויות אכיפת החוק לא ניצלו לרעה את כוחן. נהפוך הוא. חובתן של רשויות התביעה היא להעמיד רוצח לדין. באופן רגיל, נזק קשה לקרבן צריך להכריע לטובת העמדה לדין⁴³. לכל היותר יכולה התביעה במקרים מסוג זה להשתמש בשיקול דעתה ולהעמיד את הנאשם לדין בעברה קלה יותר מהעברה שנעברה בשל תחושת הצדק, כפי שעשתה התביעה אצלנו בפרשת חדר⁴⁴.

בחלק הבא אסקור את סמכותו של חבר המושבעים לזכות נאשם אשר אשמתו הוכחה מעל לכל ספק סביר. כפי שנראה, סמכות רחבה זו של חבר המושבעים מאפשרת לזכות נאשמים כדוגמת שלום שווארצבארד, כרמלה בוחבוט ושחר חדר.

ג. סמכות ה-Nullification

זיכוי של שווארצבארד מרצח סמיון פטליוורה לא היה אפשרי אילו שופט היה מכריע בעניינו. הגנה מן הצדק לא הייתה מסייעת לו להשתחרר מאחריות פלילית. אולם שווארצבארד הועמד לדין בפני חבר מושבעים שהביא בחשבון את המניע למעשהו ואת

40 לוי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 370.

41 פרשת Connelly, לעיל ה"ש 20, בעמ' 410.

42 שם, בעמ' 432.

43 בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 511 (1990).

44 פרשת חדר, לעיל ה"ש 38, בעמ' 761.

הרקע לרצח⁴⁵. אב בית הדין במשפטו של שווארצבארד הנחה את חבר המושבעים להכריע בשאלות שעניינן: האם הוכח ששווארצבארד הוא שירה בפטליוורה והאם הוכחה הכוונה תחילה. אולם סנגורו של שווארצבארד דיבר על חובתו של חבר המושבעים בצרפת, שהייתה המדינה הראשונה שהעניקה ליהודים שוויון זכויות, להילחם באנטישמיות ולבטא, באמצעות זיכוי הנאשם, את התיעוב שרוחשים אזרחי צרפת כלפי הפוגרומים שנערכו באוקראינה וכלפי פטליוורה שהיה אחראי להם. חבר המושבעים קיבל את דברי ההגנה והחליט על זיכוי הנאשם.

חבר המושבעים הצרפתי בעניינו של שווארצבארד ביצע פעולה המכונה "Nullification" (להלן: "סמכות הביטול" או "סמכות ההתעלמות").

סמכות זו זכתה לדיונים נרחבים בארצות-הברית, המעגנת בתיקון השישי לחוקתה את זכותו של נאשם בפלילים להישפט בפני חבר מושבעים. כאשר לזכות זו כדאי להקדים ולומר, שאף שבית המשפט העליון האמריקני סייג זכות זו לעברה שעונשה למעלה משישה חודשי מאסר⁴⁶, צמצום זה מעניק עדיין לנאשמים רבים את אפשרות הבחירה אם לקיים את משפטם בפני חבר מושבעים או בפני שופט מקצועי. מרבית הנאשמים המנהלים משפט מעדיפים את האפשרות הראשונה⁴⁷.

סמכותו של חבר המושבעים לזכות נאשם, אף על פי שהראיות מצביעות על אשמתו, היא אחד מסימני ההיכר של מוסד זה⁴⁸. חבר המושבעים מפעיל סמכות זו כאשר הוא בוחר באופן מודע שלא להרשיע על פי החוק היבש, כפי שהוא מתואר לו על ידי השופט, ולהכריע את הדין על סמך שיקולים לבר משפטיים⁴⁹. בהפעלת סמכות זו, לחבר המושבעים יש כוח לזכות נאשם, אף על פי שהוא מוצא שהעובדות שהוכחו אינן מתירות ספק סביר

45 חבר המושבעים בצרפת בוטל בשנת 1941 לטובת בית משפט מעורב: Gordon Van Kessel, *Adversary Excesses in the American Criminal Trial*, 67 NOTRE DAME L. REV. 403, 459 (1992).

46 *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 159 (1968); *Baldwin v. New York*, 399 U.S. 66, 68–69 (1970).

47 Uzi Segal & Alex Stein, *Ambiguity Aversion and the Criminal Process*, 81 NOTRE DAME L. REV. 1495, 1544, 1550 (2006).

48 Irwin A. Horowitz, Norbert L. Kerr & Keith E. Niedermeier, *Jury Nullification: Legal and Psychological Perspectives*, 66 BROOKLYN L. REV. 1207 (2001).

49 David A. Pepper, *Nullifying History: Modern-Day Misuse of the Right to Decide the Law*, 50 CASE W. RES. 599, 601 (2000).

49 Long X. Do, *Jury Nullification and Race-*; 882–881 בעמ' *Marder*, לעיל ה"ש 23, *Conscious Reasonable Doubt: Overlapping Reifications of Commonsense Justice and the Potential Voir Dire Mistake*, 47 UCLA L. REV. 1843, 1845 (2000).

הגנה מן הצדק מול סמכות ה-Nullification של חבר המושבעים – זיכוי אדם שביצע עברה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה

שהוא עבר את העברה⁵⁰. בהתעלמו מלשוננו הכתובה של החוק, חבר המושבעים רשאי לשקול שיקולים של צדק בהכרעת הדין ולזכות נאשם בשם אינטרס רחב זה⁵¹. אף שאין מידע מדויק על שיעור המקרים שבהם התעלם חבר המושבעים במודע מהחוק, אין ספק שמקרים כאלה התרחשו בעבר ומתרחשים בהווה⁵², והשפעתם גדולה בהרבה משיעורם היחסי⁵³. דוסטויבסקי נתן ביטוי לאפשרות זו של זיכוי מודע של נאשם בספרו "האחים קאראמאזוב", בתארו את מחשבותיהן של הנשים היושבות בקהל בעניינו של הנאשם ברצח דמיטרי קאראמאזוב: "אך כי יזכו אותו – בכך, מוזר הדבר – היו כל הגבירות בטוחות בהחלט עד לרגע האחרון. 'אשם, אבל יזכוהו מתוך הומאניות, בהשפעת האידיאות החדשות, מתוך הרגשות החדשים, שרווחו כעת', וכולי וכולי"⁵⁴. ואכן, ישנן דוגמאות היסטוריות ואקטואליות לעשיית שימוש בסמכות הביטול⁵⁵, וחלקן אף מועלות על נס כמופת לניצחון הצדק ולהכנסת הומניזציה למשפט⁵⁶. חבר המושבעים יכול להתעלם במודע מהחוק ממניעים טובים או ממניעים רעים כאחד⁵⁷. ללא ספק, לסמכות הביטול יש גם צד אפל, המאפשר הכנסת שיקולים גזעניים,

- Darryl K. Brown, *Jury Nullification within the Rule of Law*, 81 MINN. L. REV. 1149, 1150 (1997); Ran Zev Schijanovich, *Note: The Second Circuit's Attack on Jury Nullification in United States v. Thomas: In Disregard of the Law and the Evidence*, 20 CARDOZO L. REV. 1275, 1276 (1999); Todd E. Pettys, *Evidentiary Relevance, Morally Reasonable Verdicts, and Jury Nullification*, 86 IOWA L. REV. 467, 497 (2001); Kaimipono David Wenger & David A. Hoffman, *Nullificatory Juries*, 2003 WIS. L. REV. 1115, 1116 (2003); Andrew D. Leipold, *Rethinking Jury Nullification*, 82 VA. L. REV. 253, 253 (1996); KENT R. GREENAWALT, *CONFLICTS OF LAW AND MORALITY*, 360 (1989) JOHN BALDWIN & MICHAEL McCONVILLE, *JURY TRAILS* 13 (1979); Richard H. Menard, 51 *Ten Reasonable Men*, 38 AM. CRIM. L. REV. 179, 185 (2001)
- Arie M. Rubenstein, *Verdicts*; 1246 בעמ' 48, לעיל ה"ש Horowitz, Kerr & Niedermeier *of Conscience: Nullification and the Modern Jury Trial*, 106 COLUM. L. REV. 959, 960 (2006).
- PATRICK DEVLIN, *TRAIL BY JURY* 164 ; 1144 בעמ' 50, לעיל ה"ש Wenger & Hoffman (1966).
- 54 פ' מ' דוסטויבסקי **האחים קאראמאזוב** כרך ב 359 (מ' ז' ולפובסקי מתרגם, 1965).
- 55 M. Kristine Creagan, *Jury Nullification: Assessing Recent Legislative Developments*, 43 CASE W. RES. L. REV. 1101, 1103–1113 (1993); Alan Schefflin & Jon Van Dyke, *Jury Nullification: The Contours of a Controversy*, 43 L. & CONTEMP. PROBS. 51, 56–59 (1980).
- 56 GREENAWALT, לעיל ה"ש 50, בעמ' 366; Pettys, לעיל ה"ש 50, בעמ' 511.
- 57 Marder, לעיל ה"ש 23, בעמ' 888.

שובניסטיים, הומופוביים ושיקולים לא רציונליים למיניהם להכרעת הדין⁵⁸. כדוגמה לכך אפשר להביא את סירובו של חבר מושבעים לבן במדינות הדרום להרשיע נאשמים לבנים, שביצעו עברות נגד קרבנות שחורים, חרף ראיות חזקות ביותר לאשמה⁵⁹. אכן, אין נוסחה היכולה להגביל את סמכות הביטול רק למקרים ראויים⁶⁰. לפיכך גם המצדדים בסמכות הביטול מודים כי באופן בלתי נמנע "The invitation to do justice will invite unwelcome guests"⁶¹.

באופן כללי, ישנם שלושה טעמים העשויים להניא חבר המושבעים מלהרשיע נאשם שעבר על החוק: הראשון, הימנעות מהפעלת חוק לא צודק; השני, אי-רצון ליישם את החוק בעניינו של נאשם מסוים; השלישי, הבעת מחאה נגד המחוקק, רשויות אכיפת החוק או הציבור בכללותו בתגובה למציאות חברתית, כגון ריבוי נאשמים ואסירים שחורים או התנהגות לא נאותה מצד רשויות אכיפת החוק⁶². נעמוד על כל אחד מטעמים אלה בקצרה. כאמור, חבר המושבעים יכול לזכות נאשם אם הוא סבור שהחוק בהקשרו החברתי הרחב אינו צודק⁶³. כך, פעמים רבות זיכה חבר מושבעים בארצות-הברית עבדים נמלטים במדינות הצפון לפני מלחמת האזרחים או נאשמים במכירת אלכוהול⁶⁴. במאות ה-18 וה-19 היה חבר המושבעים באנגליה מזכה נאשמים בעברות רכוש שנשאו עונש מוות⁶⁵. דוגמה אקטואלית לזיכוי אשם אפשר למצוא בהתנגדות של חבר מושבעים – בעיקר בסן פרנציסקו – לחוקי ה-"Three Strikes" בקליפורניה, אשר מטילים עונש של מאסר עולם על עברייני, שהורשע בפעם השלישית בעברת פשע⁶⁶. דוגמה נוספת לסוג זה של מקרים אפשר

58 Horowitz, Kerr & Niedermeier, לעיל ה"ש 48, בעמ' 1210, Schefflin & Van Dyke, לעיל ה"ש 55, בעמ' 94, Leipold, לעיל ה"ש 50, בעמ' 304-306. לדוגמאות ספציפיות לעשיית שימוש לרעה בכוח זה ראו: Marder, לעיל ה"ש 23, בעמ' 888-890.

59 Horowitz, Kerr & Niedermeier, לעיל ה"ש 48, בעמ' 1210. דריל בראון (Brown) מזכיר בהקשר זה כי שלטון החוק תלוי אכן בהקשר חברתי-פוליטי רחב יותר כדי למלא את התפקיד של השגת צדק והוגנות. Brown, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1172.

60 GREENWALT, לעיל ה"ש 50, בעמ' 366-367.

61 Schefflin & Van Dyke, לעיל ה"ש 55, בעמ' 94.

62 Marder, לעיל ה"ש 23, בעמ' 879, Rubenstein, לעיל ה"ש 53, בעמ' 962, Pettys, לעיל ה"ש 50, בעמ' 498.

63 Brown, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1183.

64 Horowitz, Kerr & Niedermeier, לעיל ה"ש 48, בעמ' 1221, Marder; Elizabeth I. Haynes, *Note & Comment: United States v. Thomas, Pulling the Jury Apart*, 30 CONN. L. REV. 731, 746 (1998).

65 Brown, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1183, Schijanovich, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1289, Schefflin & Van Dyke, לעיל ה"ש 55, בעמ' 71.

66 Marder, לעיל ה"ש 23, בעמ' 895-897.

הגנה מן הצדק מול סמכות ה-Nullification של חבר המושבעים – זיכוי אדם שביצע עברה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה

למצוא בזיכוי נאשמים בחסימת גישה למרפאות שבהן מתבצעות הפלות⁶⁷. דוגמה אחרונה זו ממחישה שאין בהכרח הסכמה בשאלה מהו "חוק רע"⁶⁸.

אולם במרבית המקרים חבר המושבעים אינו שופט את תוקפו הכללי של החוק אלא את יישומו הספציפי⁶⁹. וכך, חבר מושבעים יכול לזכות אשם, אם העברה שנעברה פעוטה ואינה מצדיקה את הנעת ההליך הפלילי⁷⁰. חבר המושבעים עשוי להביא בחשבון שיקולי רחמים⁷¹. ביכולתו לזכות אדם שפעל מתוך מניע מוסרי, כגון במקרה של המתת חסד⁷². חבר מושבעים עשוי להבחין בין הפרת חוק מטעמים מצפוניים לבין הפרת חוק גרידא⁷³. ביכולתו לזכות אשם אם הוא סבור כי הרשעה וענישה תהיה בלתי פרופורציונלית לעברה⁷⁴. חבר המושבעים עשוי להביא בחשבון את העובדה שהנאשם כבר סבל מספיק בעקבות ביצוע העברה, כגון באמצעות פציעה או ייסורי מצפון קשים⁷⁵. ביכולתו לזכות נאשם בשל אשם תורם מצד הקרבן⁷⁶, כאשר, למשל, התקיפה אירעה בשל קנטור מצד הנפגע, אף שקנטור אינו מוכר כטענת הגנה מול תקיפה או כאלמנט המפחית את חומרת העברה⁷⁷. לבסוף, חבר מושבעים עשוי לזכות את הנאשם מתוך אהדה כלפיו ורצון לחסוך ממנו את סבל הכלא⁷⁸.

התומך הנלהב ביותר בטעם השלישי לזיכוי: זיכוי מתוך מחאה, הנו פרופ' פול באטלר (Butler) מאוניברסיטת George Washington. באטלר קורא לחברים השחורים בחבר המושבעים לנקוט סוג של העדפה מתקנת, אשר תצמצם את שיעור ההרשעות והמאסרים הלא פרופורציונלי של שחורים, באמצעות זיכוי נאשמים שחורים בעברות לא אלימות, ובמיוחד בעברות של הפצת סמים. זאת, כתגובת נגד לגזענות ככלל ולגזענות בהקשר של

- 67 שם, בעמ' 936.
68 שם, בעמ' 926.
69 Rubenstein, לעיל ה"ש 52, בעמ' 962.
70 Marder; HARRY KALVEN & HANS ZEISEL, THE AMERICAN JURY 258–259 (1966), לעיל ה"ש 23, בעמ' 891.
71 Horowitz, Kerr & Niedermeier, לעיל ה"ש 48, בעמ' 1209.
72 שם.
73 Marder, לעיל ה"ש 23, בעמ' 883.
74 KALVEN & ZEISEL, לעיל ה"ש 70, בעמ' 306; Horowitz, Kerr & Niedermeier, לעיל ה"ש 48, בעמ' 1209; Marder, לעיל ה"ש 23, בעמ' 891–892.
75 KALVEN & ZEISEL, לעיל ה"ש 70, בעמ' 301; Horowitz, Kerr & Niedermeier, לעיל ה"ש 48, בעמ' 1209; Leipold, לעיל ה"ש 50, בעמ' 301–302.
76 Pettys, לעיל ה"ש 50, בעמ' 498; Leipold, לעיל ה"ש 50, בעמ' 301.
77 Zenon Bankowski, *The Jury and Reality*, in THE JURY UNDER ATTACK 8, 20–21 (Mark Findlay & Peter Duff eds., 1988) (הספר להלן: THE JURY UNDER ATTACK).
78 Pettys, לעיל ה"ש 50, בעמ' 498.

אכיפת החוק הפלילי בפרט המתבטאת בהתמקדות יתר של מערכת האכיפה הפלילית האמריקנית בעבריינים שחורים⁷⁹. על פי הצעתו של באטלר, בעברות אלימות יש להכריע לגופו של עניין בהתאם לראיות המוצגות במשפט; בעברות לא אלימות מסוג *mala prohibita*, כדוגמת שימוש בסמים והפצתם, צריכה להיות חזקה לטובת סמכות ההתעלמות (Nullification); בעברות לא אלימות מסוג *mala in se*, כדוגמת גנבה, יש להפעיל שיקול דעת, וכך, לדוגמה, לזכות נאשמת ענייה שגנבה מחנות כלבו, אך להרשיע נאשמת כזו שגנבה משכנתה⁸⁰. לדעתו, לנוכח הפלייתם של שחורים, הגזע של הנאשם הוא שיקול חוקי ומוסרי שיש להביאו בחשבון בעת הכרעת הדין⁸¹. בהמשך לכך, על קהילת השחורים להחליט בעצמה אם יש להעדיף את שחרורו של עבריין לא אלים על פני שליחתו לכלא, על פי מבחנים של עלות מול תועלת⁸². ואכן, בברונקס מזכה, לא אחת, חבר מושבעים נאשמים, בעיקר בעברות סמים, ככל הנראה כדי למקד את תשומת הלב בגזענות, בהעמדת יתר של בני מיעוטים לדין ובהתנהגות לא נאותה מצד המשטרה⁸³. דוגמה מפורסמת לשימוש בשיקול זה אפשר למצוא במשפטו של אוֹ-ג'יי סימפסון (O.J. Simpson) בשנת 1995. לצד ניסיונותיו של סנגורו של הנאשם לשכנע את חבר המושבעים בדבר קיומו של ספק סביר באשמה, הוא הפציר בהם לשלוח באמצעות זיכוי הנאשם מסר שלפיו אין מקום עוד להבליג על גזענות והפרת זכויות חוקתיות מצד המשטרה, ברמזו כי מסר כזה אף חשוב יותר מאשר הרשעת רוצח⁸⁴.

כאן המקום להבהיר ולהדגיש כי האפשרות לסטות מדרישות החוק ולפסוק על פי תחושת הצדק, באופן המוביל להרשעת שווא, נשללה מכול וכול⁸⁵. הרשעת שווא חותרת תחת האמנה החברתית העומדת ביסוד ההתקשרות במשטר מדיני, וגורמת לפרט תחושות של בגידה, ניכור, דחייה ועלבון⁸⁶. ביטוי לכך אפשר למצוא בסמכות המסורה לשופט בארצות־הברית לבטל הרשעה של חבר מושבעים, שאינה נשענת על ראיות ממשיות⁸⁷.

- Paul Butler, *Racially Based Jury Nullification: Black Power in the Criminal Justice System*, 105 YALE L.J. 677 (1995) 79
- Paul Butler, *Black Jurors: Right to Acquit?*, in POSTMORTEM – THE O.J. SIMPSON CASE (POSTMORTEM : הספר להלן: (1996) 38, 44 80
- Butler, לעיל ה"ש 79, בעמ' 697, 680. 81
- שם, בעמ' 679. 82
- Marder, לעיל ה"ש 23, בעמ' 899–900. 83
- Butler, לעיל ה"ש 80, בעמ' 45. 84
- Richard St. John, *License to Nullify: The Democratic and Constitutional Deficiencies of Authorized Jury Lawmaking*, 106 YALE L.J. 2563, 2595 (1997) 85
- Rinat Kitai, *Protecting the Guilty*, 6 BUFF. CRIM. L. REV. 1163, 1174–1175 (2003) 86
- John, לעיל ה"ש 85, בעמ' 2585. 87

הגנה מן הצדק מול סמכות ה-Nullification של חבר המושבעים – זיכוי אדם שביצע עברה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה

לעומת זאת, במקרה שסטייה מדרישות החוק מובילה לזיכוי הנאשם, אין אחר החלטתו של חבר המושבעים ולא כלום, וזו תעמוד בעיניה. הטעם לכך כפול. ראשית, לנאשם נתונה הגנה חוקתית מפני סיכון כפול, וזו מונעת מהתביעה להגיש ערעור על הכרעת דין מזכה.⁸⁸ שנית, לחבר המושבעים יש יכולת טכנית לזכות נאשם שאשמתו הוכחה מעבר לכל ספק סביר, כתוצאת לוואי הכרחית של כללי סדר הדין הפלילי במשפט האמריקני ובכללם: איסור על הענשת חבר מושבעים בשל פסיקה המנוגדת לחוק; חסינותו של חבר מושבעים מפני אחריות פלילית בשל פסיקתו; סודיות דיוניו של חבר המושבעים והיעדר הנמקה.⁸⁹ נוסף לכך, ההבחנה בין ספק סביר המתעורר בשל אמונה בגזענותה של המשטרה ומתוך כך גם במוטיבציה שלה לשקר – או ספק הנוצר עקב אהדה לנאשם (גם אם אינו ספק סביר לדידנו) – לבין החלטה מודעת לעשות שימוש בסמכות הביטול היא, פעמים רבות, דקה ביותר, ואינה מאפשרת לקבוע בוודאות כי חבר המושבעים בחר במודע לסטות מהחוק.⁹⁰ אולם השאלה המרכזית אינה נוגעת לאפשרות המעשית של חבר המושבעים לסטות מהחוק, אלא לשאלת הלגיטימיות של עשיית השימוש בסמכות זו.⁹¹ על פי הדעה הרווחת, בתי המשפט בארצות הברית אינם רואים את סמכות הביטול כעניין לגיטימי. בפרשת Sparf v. United States טען אחד הנאשמים בערעור כנגד הנחיות השופט לחבר המושבעים שלפיהן העובדות המיוחסות לנאשם מצביעות על רצח, ולפיכך עליו להכריע בין שתי אלטרנטיבות בלבד: הרשעה ברצח או זיכוי.⁹² הנאשם טען כי על השופט היה להבהיר לחבר המושבעים כי נתונה לו סמכות להרשיע את הנאשם גם בעברה קלה יותר כדוגמת הריגה. בית המשפט העליון דחה את הערעור בקבעו כי הראיות שהובאו במשפט, בהנחה שחבר המושבעים יקבלן כמהימנות, הובילו למסקנה משפטית אחת שלפיה הוכחה עברת הרצח. בעומדו על ההבחנה בין השופט המכריע באשר לחוק לבין חבר המושבעים המכריע באשר לעובדות, הבהיר בית המשפט כי לחבר המושבעים יש כוח, אולם לא זכות, לדחות את הנחיות השופט בכל הנוגע לחוק החולש על המקרה.⁹³ לפי תפיסה זו, על חבר

88 Marder, לעיל ה"ש 23, בעמ' 882.

89 Pettys, לעיל ה"ש 50, בעמ' 511; Do, לעיל ה"ש 49, בעמ' 1845. בניגוד לכך, בספרד חבר המושבעים נדרש לנמק את פסיקתו: Mar Jimeno-Bulnes, *A Different Story Line for 12 Angry Men: Verdicts Reached By Majority Rule – The Spanish Perspective*, 82 CHI. KENT. L. REV. 759, 760, 769 (2007).

90 Do, לעיל ה"ש 49, בעמ' 1867–1868.

91 R. Alex Morgan, *Comment: Jury Nullification Should Be Made a Routine Part of the ,Leipold; Criminal Justice System, but it Won't Be*, 29 ARIZ. ST. L.J. 1127, 1128 (1997) לעיל ה"ש 50, בעמ' 258.

92 Sparf v. United states, 156 U.S. 51, 59–61 (1895).

93 שם, בעמ' 62–107. ראו במיוחד בעמ' 74.

המושבעים לציית לחוק, אף שמבחינה מעשית אי-אפשר לכפות עליו ציות במקרה של זיכוי.⁹⁴

גם מבחינה מעשית שופטים רבים פועלים במודע למניעת האפשרות לזכות נאשם. כך, ישנם שופטים הנעתרים לבקשות מקדמיות של התביעה למנוע מההגנה הצגת עובדות וטענות שאינן רלוונטיות להוכחת האשמה, ובכך חותרים תחת סמכות הביטול.⁹⁵ יתרה מכך, בית המשפט של המחוז השני לערעורים בארצות-הברית קבע כי כוונה של חבר בחבר המושבעים להתעלם במודע מהחוק מהווה עילה לסילוקו מחבר המושבעים.⁹⁶

עם זאת, ישנן מדינות אשר בהן חבר המושבעים רשאי להכריע גם בשאלות של חוק.⁹⁷ יש גם הסבורים כי בית המשפט העליון האמריקני הגדיר בפסק דינו המנחה בעניין *Duncan v. Louisiana* (שניתן לאחר פסק הדין בפרשת *Sparf v. United States*) את אופיו ואת תפקידיו של חבר המושבעים, באופן המכיר בסמכות הביטול.⁹⁸ בפסק דין זה קבע בית המשפט העליון האמריקני כי ההליך ההוגן, המעוגן בתיקון הארבעה-עשר לחוקה האמריקנית, מחייב את כלל המדינות לאפשר לנאשם בעברות שאינן מוגדרות קלות להישפט בפני חבר מושבעים.⁹⁹ בית המשפט קבע באותו פסק דין כי "If the defendant preferred the common-sense judgment of a jury to the more tutored but perhaps less sympathetic reaction of the single judge, he was to have it"¹⁰⁰.

מוסד המושבעים זכה לביקורת חריפה כמו גם לדברי הלל.¹⁰¹ הגמישות בקבלת ההחלטות צוינה הן כנקודת התורפה והן כנקודת החוזק של שיטת המושבעים.¹⁰² ואכן, דומה כי סמכות הביטול מדגימה הן את יתרונותיו והן את חסרונותיו של חבר המושבעים. בסיכומם של דברים, אנסה להראות כי יתרונותיה של סמכות זו עולים על חסרונותיה, וכי יש להקנות גם לנאשם בארצנו את אותה הגנה רחבה שמספקת סמכות הביטול.

94 DEVLIN, לעיל ה"ש 53, בעמ' 90.
 95 Chaya Weinberg-Brodth, *Jury Nullification and Jury Control Procedures*, 65 N.Y.U.L. REV. 825, 825 (1990).
 96 *United States v. Thomas*, 116 F.3d 606, 612 (2d. Cir. 1997).
 97 John, לעיל ה"ש 85, בעמ' 2565.
 98 Rubenstein, לעיל ה"ש 52, בעמ' 975, 976; Brown, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1170; Schefflin & Van Dyke, לעיל ה"ש 55, בעמ' 75-79.
 99 פרשת *Duncan v. Louisiana*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 149, 156.
 100 שם.
 101 KALVEN & ZEISEL, לעיל ה"ש 70, בעמ' 4.
 102 Van Kessel, לעיל ה"ש 45, בעמ' 462.

הגנה מן הצדק מול סמכות ה-Nullification של חבר המושבעים – זיכוי אדם שביצע עברה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה

ד. טעמי הביקורת כנגד מוסד המושבעים

הביקורת העיקרית כנגד מוסד המושבעים מתייחסת להפקדת המשימה של קביעת העובדות במשפט לאוסף מקרי של אנשים נעדרי השכלה משפטית ונעדרי כל קשר לעולם המשפט¹⁰³. הספק, האם יכולים אנשים מן השורה, חסרי ידע משפטי ומיומנות בהערכת הראיות, ולפעמים אף חסרי השכלה בכלל, להתמודד עם משימה זו, בא לידי ביטוי ביצירת המופת "האחים קאראמאזוב" של דוסטויבסקי. המספר מתאר את תמיהתו בנוגע לחבר המושבעים שדן בשאלת אשמתו של דמיטרי קאראמאזוב ברצח אביו: "ההרכב של שנים עשר השופטים זכור לי: ארבעה פקידים ממשלה שלנו, שני סוחרים ושישה איכרים ועירוניים מעירנו. זכורני, עוד ימים רבים לפני המשפט שאלו אצלנו בחברה שלנו בתמיהה כלשהי, ביחוד גבירות: האמנם עניין דק, מורכב ופסיכולוגי כזה יימסר להחלטה גורלית לאי-אלה פקידים, ולבסוף, לאיכרים, וכי מה יבין בזה איזה פקיד, כל שכן איכר?"¹⁰⁴

זאת ועוד, יש הטוענים כי אנשים מן השורה אינם מסוגלים לקבל החלטה מושכלת; הם אינם מנטרלים את רגשותיהם, מגיבים באמוציות ואינם מבחינים בין עובדות לבין השערות הסנגור¹⁰⁵. חשאיות הדיונים והיעדר הנמקה אינם מאפשרים לאמור כהלכה את הסכנות הטמונות באי-הבנה מצד המושבעים את המשפט המתנהל בפניהם ואת הנחיות השופט¹⁰⁶. יתרה מזו, לא די בכך שחבר המושבעים מורכב מהדיוטות. פעמים רבות הרכב חבר המושבעים נופל בכישוריו ובהשכלתו מזה של האזרח הממוצע. כך, חלק גדול מהאזרחים ה"מגויסים" לחבר המושבעים מנסה להשתמש ממילוי החובה, במיוחד בעלי משפחה או משרה אחראית, ויש אף המתבדחים על כך שגורל הנאשם צריך להיות מוכרע על ידי תריסר אנשים שהם טיפשים במידה כזו שאינם מסוגלים להשתחרר מחובת השפיטה¹⁰⁷. הביקורת הכללית הנמתחת על חבר המושבעים מסייעת להבין את ההתנגדות לתת לגיטימציה לאפשרות הנתונה לחבר המושבעים, הלכה למעשה, לפסוק בניגוד לחוק, תוך כינויה זכות. נטען כי הענקת לגיטימציה חוקית לסמכות להתעלם מהחוק היא אבסורדית¹⁰⁸, פוגעת בעקרון שלטון החוק והופכת אותו לשלטון של אנשים¹⁰⁹. המחוקק

103 Baldwin & McConville, לעיל ה"ש 51, בעמ' 1; Devlin, לעיל ה"ש 53, בעמ' 4-5.

104 דוסטויבסקי, לעיל ה"ש 54, בעמ' 356.

105 Harold J. Rothwax, Guilty: The Collapse of Criminal Justice 200-201, 229 (1996).

106 שם, בעמ' 218.

107 שם, בעמ' 200-203.

108 John, לעיל ה"ש 85, בעמ' 2578.

109 מובא אצל: Brown, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1150-1151; Butler, לעיל ה"ש 79, בעמ' 706.

הוא שמשקף את רצון העם, ולא חבר מושבעים, המורכב מלקט אקראי של שנים-עשר אנשים, שאינם מייצגים את אופיים, השקפתם ורצונם של רוב האנשים¹¹⁰. תפקידו של חבר המושבעים הוא להכריע במחלוקות עובדתיות ולא לפתור בעיות חברתיות¹¹¹. נטען, כמו כן, כי לחבר המושבעים היושב במקרה בודד חסרה ראייה כוללת של השיקולים שהביאו להעמדתו של הנאשם לדין¹¹². היעדר ראייה כוללת פוגעת באפשרות להתייחס לכל המקרים באופן שוויוני ואחיד¹¹³. עוד אפשר לטעון כי סמכות הביטול חותרת תחת השאיפה לרציונליות; תחושת צדק היא שרירותית בהכרח¹¹⁴. תחושת צדק היא עניין הטעון הצדקה, ולא נימוק עצמאי להחלטה. יתרה מכך, סמכות הביטול בכלל¹¹⁵, והצעתו של פרופ' באטלר בפרט¹¹⁶, מהווה מתכון לאנרכיה. ובהקשר של קהילת השחורים הרי מצבה של זו יורע אם נאשמים יקבלו עידוד לעסוק בסחר בסמים בשל אפשרות זיכוי ריאלית¹¹⁷. לביקורת זו אפשר להשיב כך: ראשית, את שיקול הדעת אשר התביעה מפעילה בקשר להעמדה לדין אין רואים כנגוע באי-חוקיות, אף שמשמעות הדבר היא שגוף שאינו נבחר ושאינו משקף את כלל הציבור קובע, לעתים, כי עבריינים לא יתנו את הדין על מעשיהם. באופן דומה, יש להתייחס לתפקידו של חבר המושבעים שעניינו בחינה ביקורתית של החלטת התביעה על העמדת הנאשם לדין¹¹⁸. שנית, חבר המושבעים אינו צריך לייצג במדויק, בהרכבו ובדעותיו, את דעת רוב הציבור, גם אם אפשר ורצוי היה לנקוט צעדים שישפרו את יציגותו באמצעות שיתוף חלקים נרחבים בציבור בחובת השיפוט. חשיבותו הרבה של חבר המושבעים נובעת מתפיסתו כמייצג את הקהילה ואת משפטה מבחינה

- John 110, לעיל ה"ש 85, בעמ' 2578; Leipold, לעיל ה"ש 50, בעמ' 299. בעייתיות זו של היעדר יציגות מתחדדת לנוכח החובה הקיימת ברוב המדינות לקבל החלטות פה אחד, באופן שאדם אחד יכול לסכל את רצון הרוב: Menard, לעיל ה"ש 51, בעמ' 189.
- Lawrence W. Crispo, Jill M. Slansky & Geanene M. Yriarte, *Jury Nullification: Law* 111 *versus Anarchy* 31 LOY. L.A. L. REV. 1, 4 (1997).
- John 112, לעיל ה"ש 85, בעמ' 2587.
- Douglas G. Smith, *Structural and Functional Aspects of the Jury: Comparative Analysis* 113 *and Proposals for Reform*, 48 ALA. L. REV. 441, 497-498 (1997).
- ראו לעניין זה את פסק דינו של השופט גויטיין בע"א 143/55 הייזנר נ' קלינסקי, פ"ד יא 17, 24 ואילך (1957), המתרעם על הכנסת המילה "צדק" לחוק הגנת הדייר, התשט"ו-1955, כהגנה מפני תביעת פינוי מהדירה.
- מובא אצל: Do, לעיל ה"ש 49, בעמ' 1845.
- Haynes 116, לעיל ה"ש 64, בעמ' 764.
- Andrew D. Leipold, *The Dangers of Race-Based Jury Nullification: A Response to* 117 *Professor Butler*, 44 UCLA L. REV. 109, 131-132 (1996).
- Brown 118, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1189-1990.

הגנה מן הצדק מול סמכות ה-Nullification של חבר המושבעים – זיכוי אדם שביצע עברה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה

סמלית¹¹⁹. שלישית, אי-שוויון בין נאשמים קיים גם עקב התייחסות שונה של שופטים לנסיבות דומות¹²⁰. רביעית, יש לזכור כי שוויון אינו חזות הכול. כך, אם יש חוק הקובע עונש בגין נישואי תערובת – האם היינו מעדיפים מצב שבו כל העוברים עליו נענשים או מצב שבו חלק מהעוברים עליו מצליח להימלט מעונש? טיעונים שיובאו בהמשך לתמיכה במוסד חבר המושבעים יוכלו לספק תשובה מניחה את הדעת גם לביקורת המביעה חשש מאנרכיה ומאי-רציונליות.

ה. טיעונים לטובת מוסד המושבעים ולטובת סמכות ה-Nullification

מוסד חבר המושבעים מבטא תפיסה שלפיה הפקדת הכוח לקבוע ממצאים בידי שופט אחד או קבוצת שופטים הנה מסוכנת¹²¹. שופטים תלויים בקידומם ובמשכורתם במדינה¹²². בניגוד להם, חבר מושבעים אינו שואף לרצות בפסיקותיו את מי שאחראי על קידומו. מכיוון שלחבר המושבעים יש אינטרס אישי קטן יותר מאשר לשופט בתוצאת המשפט, אי-תלותו רבה יותר¹²³. לפיכך חבר המושבעים משמש מגן מפני משפטים פוליטיים¹²⁴. הוא נותן לגיטימציה למערכת המשפט, שכן בשל הרכבו המשתנה אי-אפשר להאשים את המערכת בהטיה פוליטית¹²⁵. בנוסף, השתתפותם של אזרחים מן השורה בתהליכי קבלת ההחלטות מספקת התנסות אזרחית חשובה ויוצרת חברה מעורבת יותר¹²⁶. כמו כן, נטען כי חבר מושבעים עדיף על פני שופט בקביעת עובדות, זאת מאחר שקבוצה של אנשים טובה יותר מאחד¹²⁷; הרכבו של חבר המושבעים, הכולל אנשים המייצגים עמדות ותפיסות עולם

- 119 Mark Findlay & Peter Duff, *Introduction*, in THE JURY UNDER ATTACK, לעיל ה"ש 1, 77, בעמ' 3; Schijanovich, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1286.
- 120 GREENWALT, לעיל ה"ש 50, בעמ' 278.
- 121 *Duncan v. Louisiana*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 156.
- 122 Segal & Stein, לעיל ה"ש 47, בעמ' 1506.
- 123 Smith, לעיל ה"ש 113, בעמ' 483–472.
- 124 Nicholas Blake, *The Case for the Jury* in THE JURY UNDER ATTACK, לעיל ה"ש 77, 140, בעמ' 141.
- 125 Shari Seidman Diamond, *Convergence and Complementarity between Professional Judges and Lay Adjudicators*, in ADVERSARIAL VERSUS INQUISITORIAL JUSTICE: PSYCHOLOGICAL PERSPECTIVES ON CRIMINAL JUSTICE SYSTEMS (Peter J. van Koppen & Steven D. Penrod eds.) 321, 328–329 (2003).
- 126 Phoebe A. Haddon, *Rethinking the Jury*, 3 WM. & MARY BILL OF RTS. J. 29, 56 (1994).
- 127 Wenger & Hoffman, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1156; Smith, לעיל ה"ש 113, בעמ' 474–473. ARISTOTLE, POLITICS 108–110, 124 (R.F. Stalley ed., 1995).

שונות, מאפשר ויכוח וביקורתיות¹²⁸. כנגד הביקורת המזלזלת ביכולתם של אנשים מן השורה להכריע בממצאים עובדתיים במשפט, ישנם הסבורים כי ברוב המקרים של המקרים מדובר בגוף אמין לקבלת החלטות, הבוחן את המקרה באופן ענייני על סמך הראיות המוצגות בפניו ואינו מערב שיקולים אמוציונליים¹²⁹. אריסטו סבר כי פסיקתו של אדם אחד יכולה להיות מונעת על ידי רגש של כעס או רגשות דומים ולעומת זאת, קיימת סבירות פחותה כי קבוצה של אנשים תושפע מרגשות אלה¹³⁰. כמו כן, השתתפותו של חבר מושבעים מחייבת לפשט את החוק, חובה שתוצאתה רצויה, מאחר שאזרחים שנתבעים לציית לחוק צריכים קודם כול להבינו¹³¹.

לעובדת היותם של חברי המושבעים שחקנים חד-פעמיים נודע גם יתרון. אנשים השומעים רק מקרה אחד מביאים רעננות למשפט ששופט השומע תיקים רבים חסר אותה. הם אינם נתפסים לציניות של שופט השומע מנאשמים רבים טענות דומות, כגון טענת הנאשם שהודאתו בחקירה המשטרית חולצה ממנו בכפייה¹³². ואכן, לחברים בחבר המושבעים יכולה להיות השקפה שונה מזו של שופט באשר להתנהגות המשטרה והתביעה אשר יכולה לגרום להם להאמין, בניגוד לדעתו של השופט, כי אשמת הנאשם לא הוכחה כדבעי¹³³.

כוחו של חבר המושבעים להתעלם מהחוק מובא אף הוא כטיעון מרכזי לטובת מוסד המושבעים. בעניין זה ידועה אמירתו של פאונד (Roscoe Pound) שלפיה "Jury lawlessness is the great corrective of law in its actual administration"¹³⁴. ואכן, יש הסבורים כי הכוח להתעלם מהחוק הוא עצם הסיבה לקיומו של חבר המושבעים¹³⁵. אין עסקינן רק בסמכות מקרית המהווה תוצאת לוואי של כללים דיוניים, אלא בסמכות שמטרתה השגת יעדים, כמו מניעת נוקשות החוק, מניעת עריצות, השגת הרמוניה בין החוק לבין הקהילה והותרת ההכרעה הסופית בדבר אשמתו המוסרית של אדם בידי הציבור¹³⁶.

- Charles A. Rees, *Preserved or Pickled? The Right to Trial by Jury after the Merger of Law and Equity in Maryland*, 26 U. BALT. L. REV. 301, 433–434 (1997) 128
BALDWIN & McCONVILLE, לעיל ה"ש 51, בעמ' 14–15. 129
ARISTOTLE, לעיל ה"ש 127, בעמ' 124–125. 130
SMITH, לעיל ה"ש 113, בעמ' 489. 131
Steven Greer & Anthony White, *Restoring Jury Trial*; Marder, לעיל ה"ש 23, בעמ' 918; *to Terrorist Offences in Northern Ireland*, in THE JURY UNDER ATTACK, 173, בעמ' 178. 132
Weinberg-Brodthorn, לעיל ה"ש 95, בעמ' 845. 133
Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12, 18 (1910) 134
MUBA A'ZEL: HAYNES, לעיל ה"ש 64, בעמ' 741. 135
SCHEFLIN & VAN DYKE, לעיל ה"ש 55, בעמ' 111. 136

הגנה מן הצדק מול סמכות ה-Nullification של חבר המושבעים – זיכוי אדם שביצע עברה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה

ואכן, קיים צורך בסמכות רחבה לזכות אדם. כידוע, אפלטון סבר כי אין תועלת בכבילת האדם הנבון לחוקים, שכן כאשר נבחר האדם המתאים לתפקיד, השכל הישר ינחה אותו במציאת הפתרון הצודק¹³⁷. בניגוד אליו, אריסטו סבר כי גם אדם בעל תכונות אידאליות צריך להיות כפוף למערכת של חוקים¹³⁸. עם זאת, אריסטו סבר כי הנוקשות והכלליות של החוקים יכולות לגרום עוול במקרה ספציפי. עוול זה יש למנוע על ידי דיני היושר (equity) – היינו תיקון חוק הלקוי בשל כלליותו¹³⁹. במקרה כזה על השופט לפעול כמחוקק. ואכן, “what is written down must be in general terms, but actions are concerned with particulars”¹⁴⁰. פעמים רבות החוק, שמנוסח באופן כללי ורחב, אינו מביא בחשבון סיטואציות חדשות או יוצאות דופן ואינו יכול לצפות מראש את קשת המקרים הנפולים ברשתו¹⁴¹. פערים בין החוק הכתוב לבין החוק הנוהג הלכה למעשה קיימים בכל שיטת משפט¹⁴². החוק לא תמיד מתאים עצמו לשינויים בתפיסות של צדק¹⁴³. למחוקק לא תמיד יש מוטיבציה לבטל חוקים שההצדקה לחקיקתם חלפה¹⁴⁴. בנוסף לכך, תפיסות הציבור באשר לחפות או לאשמה מביאות בחשבון דקויות רבות יותר מאשר אמות המידה הפורמליות של החוק¹⁴⁵.

לחבר המושבעים נודע תפקיד משמעותי בריכוך נוקשותו של החוק הכללי¹⁴⁶. סמכות הביטול היא מכשיר המאפשר גמישות ביישום החוק ועשיית צדק במקרה המסוים¹⁴⁷. חבר

- 137 אפלטון “המדינאי” כתבי אפלטון כרך שלישי 328 (יוסף ג’ ליבס מתרגם, 1999).
- 138 ARISTOTLE, לעיל ה”ש 127, בעמ’ 112, 124.
- 139 שם, בעמ’ 124. ראו לעניין זה גם מנחם מאוטנר “אקוויטי במשפט העברי – ביקורת ספרים” עיוני משפט יח 639, 641 (1994).
- 140 ARISTOTLE, לעיל ה”ש 127, בעמ’ 66.
- 141 Bankowski, לעיל ה”ש 77, בעמ’ 21; Schefflin & Van Dyke, לעיל ה”ש 55, בעמ’ 91; Marder, לעיל ה”ש 23, בעמ’ 927.
- 142 Pound, לעיל ה”ש 134, בעמ’ 15.
- 143 שם, בעמ’ 30; GREENWALT, לעיל ה”ש 50, בעמ’ 272.
- 144 Leipold, לעיל ה”ש 50, בעמ’ 298.
- 145 Sarah McCabe, *Is Jury Research Dead?*, in THE JURY UNDER ATTACK 145 בעמ’ 27.
- 146 Smith, לעיל ה”ש 113, עמ’ 473.
- 147 Schijjanovich, לעיל ה”ש 50, בעמ’ 1288; STEPHEN J. ADLER, THE JURY 3 (1994); Marder, לעיל ה”ש 23, בעמ’ 927. אחד הכותבים אף השווה את סמכות הביטול לסיפור על רובין הוד, אשר עבר על החוק כדי להשיג צדק במובנו הרחב. Mike Reck, *A Community with No Conscience: The Further Reduction of a Jury’s Right to Nullify in People v. Sanchez*, 21 WHITTIER L. REV. 285, 307 (1999).

המושבעים מכונה גם "המצפון של הקהילה"¹⁴⁸, ויכול להכריע על פי צו מצפוני¹⁴⁹. חבר המושבעים נותן משוב רב-ערך לרשויות – המחוקקת, המבצעת והשופטת¹⁵⁰, ומהווה מעין מראה המבהירה למחוקק היכן נכשל בשיקוף התפיסה החברתית¹⁵¹. הוא מעביר למחוקק את מסר שלפיו יש לבחון מחדש את ההצדקה לחוק, ולכלל הפחות מחדד למחוקק את הבעייתיות הקיימת בחוק¹⁵². חוק לא מיושם אינו משקף את רצון העם, וחבר המושבעים, כנציג העם, מבטא זאת¹⁵³. חבר המושבעים גם מעביר לרשות המבצעת מסר שלפיו עליה לגלות זהירות רבה יותר בהעמדה לדין¹⁵⁴. בכך הוא מרסן את שיקול דעת התביעה ומונע הגשת כתבי אישום לא מוצדקים¹⁵⁵. יתרה מכך, פסיקה המתיישבת עם תפיסת צדק מקומית, צפויה להתקבל ביתר אהדה על ידי הציבור¹⁵⁶.

חבר המושבעים מבטא את ערכי הקהילה, וגורם לכך שיישומו של החוק יעלה בקנה אחד עם ערכים אלה¹⁵⁷. כינויו של חבר המושבעים בשם "פרלמנט קטן"¹⁵⁸, מעיד על תפקידו של חבר המושבעים בעיצוב נורמות חדשות ולא רק ביישום נורמות קיימות¹⁵⁹. סמכות הביטול מתיישבת עם מטרות מוסד חבר המושבעים כפי שעמד עליהן בית המשפט העליון האמריקני בפרשת *Duncan v. Louisiana*: מניעת דיכוי מצד המדינה והרחבת תפקידה של הקהילה באולם בית המשפט¹⁶⁰. באמצעות זיכוי של נאשם חבר המושבעים

148 Rubenstein, לעיל ה"ש 52, בעמ' 985; William P. Quigley, *The Necessity Defense in* ; 985, *Do*; *Civil Disobedience Cases: Bring in the Jury*, 38 NEW ENG. L. REV. 3, 71 (2003)
 לעיל ה"ש 49, בעמ' 1858; Weinberg-Brodthorn, לעיל ה"ש 95, בעמ' 843.
 149 Butler, לעיל ה"ש 79, בעמ' 700.
 150 Marder, לעיל ה"ש 23, בעמ' 880.
 151 שם.
 152 שם, בעמ' 927, 929; Leipold, לעיל ה"ש 50, בעמ' 298. כך, למשל, באנגליה של המאה ה-19 הפעלת סמכות הביטול הביאה לשינוי החוק באופן שהעונשים יהיו תואמים לחומרת העברה: Schijanovich, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1289–1990. בארצות הברית של שנות ה-20 וה-30 של המאה הקודמת סמכות הביטול הביאה לכך שלא היה אפשר לאכוף את חוקי היובש: Schefflin & Van Dyke, לעיל ה"ש 55, בעמ' 71.
 153 שם, בעמ' 91.
 154 Marder, לעיל ה"ש 23, בעמ' 926; Menard, לעיל ה"ש 51, בעמ' 184.
 155 פרידמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 163; Schefflin & Van Dyke, לעיל ה"ש 55, בעמ' 71.
 156 Marder, לעיל ה"ש 23, בעמ' 897, 929.
 157 Diamond, לעיל ה"ש 125, בעמ' 329–330; Schijanovich, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1287.
 158 Haddon, לעיל ה"ש 126, בעמ' 54.
 159 Bankowski, לעיל ה"ש 77, בעמ' 20.
 160 Rubenstein, לעיל ה"ש 52, בעמ' 977, 987.

הגנה מן הצדק מול סמכות ה-Nullification של חבר המושבעים – זיכוי אדם שביצע עברה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה

יכול להילחם בניצול לרעה של הסמכות להעמיד לדין¹⁶¹, ולבלום את כוחו של שלטון חזק מדי¹⁶².

חבר המושבעים נקרא לתפקידו כדי שיביא עמו להחלטה את תחושת הצדק של הקהילה, ולפיכך אין לתבוע ממנו לפעול כרובוט¹⁶³. תפיסה שלפיה חבר המושבעים צריך רק לציית להוראות בית המשפט אינה מתיישבת עם תפקידו לשמש כבקרה על מערכת המשפט¹⁶⁴. כמו כן, יש בגישה זו כדי לבטל את תפקידו של חבר המושבעים כ"מצפון של הקהילה"¹⁶⁵.

ו. עדיפות חבר מושבעים על פני שופט בזיכוי נאשם מטעמי צדק

האם שופט אינו יכול לזכות נאשם משום שהחוק אינו צודק או שיישומו במקרה ספציפי יהיה נוקשה מדי? האם אינו יכול לזכות נאשם כדי לתקן עיוותים חברתיים? ללא ספק, לשופט מקצועי יתרונות רבים על פני חבר מושבעים. שופט מקצועי הוא בעל הכשרה משפטית ובעל ניסיון רב יותר בניהול משפטים. הוא משכיל יותר מחבר ממוצע בחבר המושבעים. חובת ההנמקה והעובדה כי מדובר במקצוע גורמת לו ליתר אחריות בהכרעת הדין. הנמקותיו של השופט כפופות לביקורת של ערכאת הערעור. שופט כפוף, כמו כן, לכללי אתיקה¹⁶⁶. לבסוף, במקומות רבים הציבור סומך יותר על שופט מקצועי מאשר על חבר מושבעים¹⁶⁷.

יש הרואים את יתרונו של חבר המושבעים על פני שופט בתפקידו וביכולתו לשקף את המצפון הקולקטיבי¹⁶⁸. חבר מושבעים מודע לנורמות חברתיות ולפרקטיקות שיכולות להשפיע על יישום החוק¹⁶⁹. תחושת הצדק של אדם מן השורה יכולה להיות טובה יותר מזו

- Brown 161, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1190; Weinberg-Brod, לעיל ה"ש 95, בעמ' 825.
ADLER 162, לעיל ה"ש 147, בעמ' 3-4.
Marder 163, לעיל ה"ש 23, בעמ' 934.
Rubenstein 164, לעיל ה"ש 52, בעמ' 984.
Weinberg-Brod 165, לעיל ה"ש 95, בעמ' 843.
166 כן, למשל, הוא לא יפרסם מיד לאחר המשפט ספר שבו הוא מתאר את מהלך הדינים לדוגמה להפקת רווחים באמצעות כתיבת ספר על ידי מושבע ראו: Nancy J. King, *Lessons about Jurors in POSTMORTEM*, לעיל ה"ש 80, 145, בעמ' 151-152.
167 ראו, לדוגמה, בספר: Jimeno-Bulnes, לעיל ה"ש 89, בעמ' 763.
HIROSHI FUKURAI, EDGAR W. BUTLER & RICHARD KROOTH, RACE AND THE JURY 3 168 (1993).
Brown 169, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1198.

של השופט! חבר המושבעים יכול להכריע בהתבסס על שכל ישר ומצפון, ואילו רשויות אכיפת החוק עלולות להיות מנותקות מערכים אלה¹⁷⁰. בנוסף אדם מן השורה, שאינו נציג קבוע של החוק, מייצג טוב יותר את רחשי לבו של הציבור¹⁷¹.

טיעון זה, המייחס לחבר המושבעים תחושת צדק חזקה יותר מזו של שופט, אינו מכריע כשלעצמו בשאלה אם חבר מושבעים עדיף משופט ב"תיקון חוק" הלקוי בשל כלליותו. גם לשופט יכולה וצריכה להיות תחושת צדק מפותחת. תחושה זו יכולה להובילו, לכאורה, לפסוק בשם הצדק תוך התעלמות מהחוק. ככלות הכול, מקובל להניח כי גם השופט הוא יוצר חוק ולא רק מיישם חוק¹⁷². ישנם עקרונות וישנו שיקול דעת אשר אינם נגזרים מלשונו הכתובה של החוק¹⁷³. כך, יש הסבורים כי שופט המסרב להרשיע סרבן מצפוני ראוי לכל שבה¹⁷⁴. באטלר סבור כי במצבים של חוסר צדק קיצוני, שופט צריך "להתחכם" לנוכח חוק לא צודק, ולפרשו באופן שיעלה בקנה אחד עם דרישות המוסר והצדק¹⁷⁵. ואכן, יש טעם רב בטענה שלפיה נאמנותו של השופט לחוק צריכה לכלול גם אחריות להשגת תוצאה טובה מבחינת החוק הרצוי¹⁷⁶. כך, יש בוודאי מקרים שבהם אנו מצפים משופט לזכות נאשם אשם. זה המצב במקרה של אב חסר אמצעים הגונב מצרכי מזון בסיסיים כדי להאכיל את ילדיו (בהנחה שמקרה כזה אינו נכנס לסייג הצורך). לעומת זאת, ספק אם אפשר היה לצפות משופט גרמני בשנת 1944 לזכות את שטאופנברג וחבריו מניסיון לרצח היטלר, גם אם לא הייתה נשקפת לו סכנת חיים עקב פסיקתו. רצח מנהיג, נתעב ומסוכן ככל שיהיה, אינו יכול לזכות ללגיטימציה מצד מערכת המשפט.

אכן, ההצדקות המוסריות לסטייה מהחוק קיימות הן באשר לשופט והן באשר לחבר מושבעים. עם זאת, אין ספק כי לחבר מושבעים יכולת רבה יותר מזו של שופט לרכך את נוקשות החוק ולהכניס שיקולי צדק במקום שבו לשון החוק אינה מותירה מקום לזיכוי. ראשית, מבחינה טכנית, חבר המושבעים אינו מנמק את החלטתו, ואינו צריך לתת דין

170 Schefflin & Van Dyke, לעיל ה"ש 55, בעמ' 88.

171 GREENWALT, לעיל ה"ש 50, בעמ' 368.

172 Haddon, לעיל ה"ש 126, בעמ' 68; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 42–43 (1998); פרידמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 163–164; עדי פרוש "תיאוריית סוס-הפרא, מרחב שיקול-הדעת של השופט והמוסר האישי שלו" משפטים יט 325, 335 (1990).

173 Brown, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1168.

174 Heidi M. Hurd, *Mercy and Clemency: The Morality of Mercy*, 4 OHIO ST. L. CRIM. L. 389, 400 (2007).

175 Paul Butler, *When judges Lie (and When They Should)*, 91 MINN. L. REV. 1785, 1785, 1811, 1825 (2007).

176 Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, 71 HARV. L. REV. 630, 647 (1958).

הגנה מן הצדק מול סמכות ה-Nullification של חבר המושבעים – זיכוי אדם שביצע עברה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה

וחשבון על החלטתו בפני איש. היעדר חובת ההנמקה של חבר המושבעים מקל מאוד על האפשרות לזכות נאשם בניגוד לחוק. לעומת זאת, שופט שנדרש לנמק את החלטתו צריך "להתחכם"; אם לא יישם את החוק באופן גלוי, יביא, קרוב לוודאי, להפיכת החלטתו על ידי ערכאת הערעור¹⁷⁷. יתרה מכך, דומה כי היעדר חובת ההנמקה אף מכוון לאפשר שימוש בסמכות הביטול בנסיבות המתאימות. שכן, במקרה הרגיל ברור למדי כי הכרעת דין מנומקת עדיפה על פני הכרעת דין שאת הסיבות לה אפשר רק לשער. הנמקה מעודדת אחריות ורציונליות¹⁷⁸. היא מחייבת את המחליט לסדר את מחשבותיו¹⁷⁹. כאשר משפט מתנהל באופן תקין, אין מקום לחשוש מגילוי מהלכי הדיון¹⁸⁰. חובת ההנמקה מאפשרת לערכאת הערעור לתקן את המעוות¹⁸¹. ההשקפה שלפיה חבר המושבעים יירתע מפסיקה לא פופולרית אם השקפותיו ייחשפו באמצעות הנמקה – אינה משכנעת¹⁸². אם טיעון זה היה מכריע, אזי היה מקום לפטור גם שופט מחובת ההנמקה.

שנית, שופטים רבים מרגישים עצמם כמייצגי החוק וכמחויבים לפעול על פי עקרונות החוק והפסיקה¹⁸³. אולם אין מדובר רק בתחושה גרידא. מבחינה מהותית, השופט מוגבל יותר ביכולתו לסטות מהחוק ולזכות נאשם אשר אשמתו הוכחה מעל לכל ספק סביר. שופטים זקוקים להצדקות כבדות יותר לסטייה מהחוק, הן משום שעצם נטילת תפקיד השיפוט מבחירה יוצר מחויבות כבדה להכריע על פי החוק והן משום שההשלכות של סטייה מהחוק על ידי שופט הן משמעותיות בהרבה מאשר סטייה מהחוק על ידי אנשים מן השורה¹⁸⁴. בנוסף, לשופט יש כלים טובים יותר לרכך את נוקשותו של החוק, אך זאת בעיקר בשלב הענישה, להבדיל מזיכוי נוכח ראיות חד-משמעיות¹⁸⁵.

177 Bulter, לעיל ה"ש 175, בעמ' 1790.

178 Jeffrey Abramson, *Editor's Introduction*, in POSTMORTEM 12, בעמ' 1.

179 משה לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" **משפטים** א 292, 303 (1968).

180 The Hon Mr. Justice McHugh, *Jurors' Deliberations, Jury Secrecy, Public Policy and*

the Law of Contemp, in THE JURY UNDER ATTACK, לעיל ה"ש 77, 56, בעמ' 70.

181 שם, בעמ' 66; לנדוי, לעיל ה"ש 179, בעמ' 303.

182 מובא אצל: McHugh, לעיל ה"ש 180, בעמ' 63-64.

183 Segal & Stein, לעיל ה"ש 47, בעמ' 1514. לדוגמאות ספציפיות להלך מחשבה כזה בקרב

שופטים, אשר הכריעו לטובת יישום חוק, שנתפס בעיניהם בלתי מוסרי ראו: Butler, לעיל

ה"ש 173, בעמ' 1787-1789.

184 GREENWALT, לעיל ה"ש 50, בעמ' 373.

185 שם, בעמ' 368.

שלישית, כאשר שופט ממאן במפגיע לאכוף חוק לא צודק, הוא מעורר בעיות קשות של הפרדת רשויות¹⁸⁶. חבר מושבעים יכול לומר מה ששופט אינו מסוגל: הכרעות לא פופולריות של שופט מעמידות אותו בסכנה של תסיסה נגדו, ואילו כאשר מדובר בחבר המושבעים אין מי שאפשר למקד כלפיו את התסכול, בשל הרכבו החד-פעמי ובשל העובדה כי מדובר בהכרעה של תריסר אנשים. האחריות מתחלקת, והביקורת אינה יכולה להיות מופנית כלפי אדם מזוהה אחד¹⁸⁷. בנוסף, בשל הרכבו המשתנה של חבר המושבעים קשה יותר להאשים את המערכת המשפטית בהטיה פוליטית או בשיקולים גזעניים.

רביעית, להפרת חוק על ידי שופט יש השלכות לא רצויות. להחלטות בית המשפט יש אופי של תקדים. לחוק יש ערך מחנך ומכוון. שופט אינו יכול ברגיל להכריע על פי נטיותיו האישיות במנותק מהמסגרת של כללים משפטיים¹⁸⁸. הוא אינו יכול ברגיל לתת הכשר לביצוע עברות. כאשר שופט סוטה מהחוק ומזכה נאשם, פסיקתו עלולה לשרר לציבור מסרים שליליים: האחד – זלזול באיסור שאותו הפר הנאשם; והשני – זלזול כללי של השופט בחוק. הציבור יכול לאבד את אמונו במערכת חוק שאינה מכבדת את החוק¹⁸⁹. חשש מ"דוגמה רעה" מלווה את בית המשפט בפסיקות רבות. כך, בפרשת **בוחרוט** בית המשפט העליון עמד על כך ש"חייבים אנו לצערנו להיות ערים לכך כי מצויות במדינתנו נשים רבות ומצויים ילדים רבים, המכונים 'נשים מוכות' ו'ילדים מוכים'. מדי שבוע מובאים לפנינו מקרים מזעזעים של התעללות בעלים בנשותיהם והורים בילדיהם. אסור בהחלט לעורר את הרושם אצל קרבנות של אלימות כזו, כי אפשר למצוא פתרון פשוט ואלים למצוקתם על ידי שיקחו את החוק לידיהם ויפגעו במי שגורם לצרותיהם. אין להתעלם מהסכנה כי עונש קל מידי על מעשה כזה, ולא כל שכן על עבירה של קטילת אדם, עלול לעורר מחשבה כזו אצל קרבן זה או אחר של אלימות מתמדת. את זאת מחובתנו למנוע"¹⁹⁰. גם בפרשת **חדד** עמד בית המשפט על כך ש"המגמה לפורר את שלטון הכוח ולבצר את שלטון החוק מחייבת הטלת עונשים שירתיעו את יחידי הציבור – בכללם אישה או ילד מוכים – מעשיית דין לעצמם"¹⁹¹.

מקרים קשים מעין אלה מתאימים במיוחד להכרעה של חבר מושבעים, שכן זה יכול לרכך את נוקשותו של החוק מבלי לשנות את ההלכה ומבלי ליצור תקדים המחייב במקרים אחרים¹⁹². היעדר הנמקה מונע יצירת חוק רע ממקרה קשה (זאת באנלוגיה לאמירה

186 שם, בעמ' 290.

187 Schefflin & Van Dyke, לעיל ה"ש 55, בעמ' 89.

188 אביגדור לבונטין "על דין ודברים אחרים" **משפטים** ט 175, 178 (1979).

189 GREENWALT, לעיל ה"ש 50, בעמ' 339.

190 פרשת **בוחרוט**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 652.

191 פרשת **חדד**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 763.

192 Diamond, לעיל ה"ש 125, בעמ' 332.

הגנה מן הצדק מול סמכות ה-Nullification של חבר המושבעים – זיכוי אדם שביצע עברה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה

המזהירה כי "Hard cases makes bad law"¹⁹³. לעומת זאת, משופט מצפים לעקביות ולציות לחוק ולתקדים; התקדים אמור למנוע מהשופט להחיל את תפיסתו הסובייקטיבית באשר לפתרון הראוי¹⁹⁴.

חבר המושבעים יכול אמנם ליצור שינוי באופן עקיף, שכן זיכוי מתמיד של נאשמים אשמים יכול להגיע לידיעת הציבור הרחב ויכול להביא לשינוי החוק או לזהירות מצד התביעה בהגשת כתבי אישום, אולם אין לחבר המושבעים השפעה ישירה על הכרעת דין עתידית¹⁹⁵. חבר המושבעים אינו משנה חוקים או תקדימים אלא משפר את אופן יישומו של החוק.

פרופ' מ' מאוטנר מנה את השיקולים העלולים להתנגש עם השאיפה להשגת צדק במקרה ספציפי: פגיעה בוודאות; פער בין המתחייב מנסיבות המקרה לבין המסר הערכי שמערכת המשפט שואפת לשדר; פגיעה בצד "חלש" עתידי בשל היווצרותו של תקדים; והבעייתיות הכרוכה במעורבותו המתמדת של שופט בקביעת החוק¹⁹⁶. שלושת השיקולים האחרונים נחלשים מאוד כאשר אנשים מן השורה מקבלים החלטה ללא הנמקה. חבר המושבעים ממלא תפקיד כפול – של שופט ושל אזרח. ההשתתפות של הדיוטות בתהליך קבלת ההחלטות מציבה את חבר המושבעים במעמד מיוחד כמצוי בתוך החוק ומחוצה לו¹⁹⁷. חבר המושבעים, בהיותו נבחר מתוך הקהילה, ממלא תפקיד ייחודי, הוא אחראי כלפי מצפונו ויכול להכריע גם בהתבסס על שיקולים מוסריים¹⁹⁸. באשר לשיקול הראשון, באף שיטת משפט אין כמובן ודאות מושלמת¹⁹⁹. נאשם דובר אמת אינו יכול לבטוח בזיכוי, ודובר שקר יכול תמיד לקוות לטוב מבחינתו. הוודאות אכן נפגעת פגיעה נוספת בשיטת משפט המאפשרת לזכות נאשם שעבר את העברה המיוחסת לו, אולם הפגיעה הנוספת בוודאות היא מחיר שראוי לשלמו לטובת עשיית הצדק: ודאי וצודק – צודק עדיף²⁰⁰.

- 193 Smith, לעיל ה"ש 113, בעמ' 495–496.
- 194 Louis B. Schwartz, *Justice, Expediency, and Beauty*, 136 U. PA. L. REV. 141, 172 (1987).
- 195 Marder, לעיל ה"ש 23, בעמ' 936.
- 196 מאוטנר, לעיל ה"ש 139, בעמ' 650.
- 197 Bankowski, לעיל ה"ש 77, בעמ' 20.
- 198 Schefflin & Van Dyke, לעיל ה"ש 55, בעמ' 73.
- 199 פרוש, לעיל ה"ש 172, בעמ' 352.
- 200 וראו דברי הנשיא לשעבר זמורה בע"א 376/46 רזונבאום נ' רזונבאום, פ"ד ב 235, 254 (1949): "אמת ויציב – אמת עדיף".

ז. סיכום

ההגנה מן הצדק מקנה לשופט כלי חשוב לביטול כתבי אישום לא ראויים. עם זאת, הסמכות לבטל כתב אישום בהתבסס על הגנה מן הצדק מצומצמת יותר מסמכות חבר המושבעים לזכות את הנאשם מטעמי צדק, גם אם אשמתו הוכחה מעל לכל ספק סביר. היתרון המרכזי של חבר המושבעים על פני שופט הוא בגמישותו הרבה לזכות נאשם, כאשר הרשעה וענישה נראות נוקשות מדי. למעשה, קשה למצוא עמדה פוזיטיביסטית קיצונית המצדיקה הגנה על החוק בכל הנסיבות²⁰¹. ללא ספק, ישנם מקרים שבהם יושג צדק רב יותר על ידי איישום נוקשה של החוק²⁰². כך, רק מעטים, אם בכלל, יטענו כיום כנגד הפעלת סמכות הביטול באשר לחוקי העבדים²⁰³. הסמכות להתעלם מהחוק מרככת את נוקשותו של החוק הכללי כאשר המקרה האינדיבידואלי אינו מתאים להיתפס ברשתו ומוסיפה ממד של יושרה לחוק²⁰⁴. בדומה לכל סיטואציה של התנגשות בין מחויבויות שונות, המחויבות לצדק ולמוסר עשויה לגבור על המחויבות ליישם את החוק²⁰⁵. אכן, לחבר המושבעים יש יתרון על פני שופט בכל הנוגע לשפיטה על פי המצפון. אולם גם לשופט יש יתרונות ברורים. החלטותיו של שופט ניתנות לצפייה רבה יותר מאשר החלטותיו של חבר מושבעים²⁰⁶. מחויבותו של השופט לפעול על פי עקרונות החוק והפסיקה מביאה אלמנט של ודאות וצפיות להחלטותיו²⁰⁷. כמו כן, נאשם זכאי לקבל החלטה נמומקת שביכולתו לתקוף באופן מושכל בפני ערכאת הערעור. לפיכך איני מציעה להחליף את השפיטה על ידי שופט מקצועי בשפיטה בפני חבר מושבעים, אלא לאפשר לנאשם בחירה בין שפיטה בפני חבר מושבעים לבין שפיטה על ידי שופט מקצועי²⁰⁸. אנדריי לייפולד (Leipold) מציע לקבוע בחוק "הגנת הביטול" (Nullification Defense), אשר תאפשר לחבר המושבעים לזכות נאשם כנגד הראיות, אולם זאת רק בהתקיים קריטריונים מסוימים וידועים²⁰⁹. אמנם, הצעה זו מקרבת אותנו לדוקטרינת ההגנה מן

- 201 GREENWALT, לעיל ה"ש 50, בעמ' 160–161, 207; חיים גנו "מושג החובה לציית לחוק" **משפטים** יז 507, 509 (1987).
- 202 Horowitz, Kerr & Niedermeier, לעיל ה"ש 48, בעמ' 1248, Brown; לעיל ה"ש 50, בעמ' 1169.
- 203 Schefflin & Van Dyke, לעיל ה"ש 55, בעמ' 72.
- 204 Brown, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1167.
- 205 GREENWALT, לעיל ה"ש 50, בעמ' 364.
- 206 Segal & Stein, לעיל ה"ש 47, בעמ' 1524.
- 207 שם, בעמ' 1515.
- 208 וראו לעניין זה: שם, בעמ' 1501.
- 209 Leipold, לעיל ה"ש 50, בעמ' 253.

הגנה מן הצדק מול סמכות ה-Nullification של חבר המושבעים – זיכוי אדם שביצע עברה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה

הצדק. אולם סמכות הביטול מבוססת על ההנחה, כי המציאות מורכבת מכדי שאפשר יהיה להגיע בכל מקרה לתוצאה צודקת על ידי הפעלת החוק היבש, וכי אי־אפשר לצפות מראש את כלל המצבים ולשכלל את החוק עד להתייתרות סמכות הביטול. חשיבותה וייחודה של סמכות הביטול מתבטאים וצריכים להתבטא בהיקף יריעתה הרחב. סמכות הביטול מתבססת על תחושת צדק. תחושת הצדק היא דבק המאחד אנשים בעלי רקע שונה בקהילה מודרנית²¹⁰. עם זאת, פעמים רבות קשה לנמק את תחושת הצדק. האם אפשר להצדיק את הרצח של סמיון פטליוורה בידי שלום שווארצבארד בעיני קונפורמיסט שומר חוק? הקושי במתן הנמקה אינו בעייתי בשיטת משפט שבה קיים מוסד של חבר מושבעים, אשר אינו נדרש לנמק את החלטתו. אולם קושי זה יכול להוביל לתחימת ההגנה מן הצדק למצבים מוגדרים מראש. קשה להניח שההגנה מן הצדק תסייע לנאשם במצבים של "נדיבות" (Benevolence) – כאשר הזיכוי נובע מחסד שנעשה עם הנאשם, בלא שאפשר להצביע על התנהגות לא נאותה מצד אחת מרשויות המדינה. אכן, השאלה אם רחמים ושיקולים לבר משפטיים דומים צריכים להוות חלק מהדין אינה פשוטה²¹¹. סוקרטס הבהיר בנאום הגנתו בפני חבר המושבעים כי: "רבותי, נראה לי שלא מן הדין הוא, שהנאשם יבקש טובה מהדין ויצא זכאי בכוח בקשותיו, אלא ילמדנו ויוכיח לו את צדקתו. כי לא לשם כך יושב הדין, שיחלק את הדין בחסד כנדבת־יד, אלא שידון על פיו; ובשכונתו לא נשבע שיחונן את כל הטוב בעיניו, אלא שישפוט על פי החוקים"²¹². לעומת זאת, רש"י מפרש את הפסוק הראשון בספר בראשית כדלהלן: "בראשית ברא אלוהים את השמיים ואת הארץ – ברא אלוהים, לא אמר ברא ה' שבתחילה עלה במחשבה לבראתו במידת הדין, ראה שאין העולם מתקיים, הקדים מידת רחמים ושיתפה למידת הדין"²¹³. סמכות הביטול מאפשרת הכנסת שיקולים של חסד ורחמים כחלק מרכזי של הדין.

אולם עשיית שימוש בסמכות הביטול אינה רק עניין של חסד או רחמים. איסור פלילי צריך להיות מקובל על הציבור הרחב. המדינה צריכה לקבוע איסור פלילי כדי להגן על ביטחוננו, על שלומנו ועל רכושנו של הציבור וכדי לאפשר את קיומם של מוסדות השלטון. צריכים להתקיים טעמים כבדי משקל הגוברים על האינטרס של הפרט בחירות כדי להצדיק

Markus Dirk Dubber, *Making Sense of the Sense of Justice*, 53 BUFFALO L. REV. 815, 210 (2005).

וראו לעניין זה: דניאל סטטמן "המעמד המוסרי והמשפטי של רחמים (mercy)" **מגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית** 9 (אלי לדרמן עורך, 2001), R.A. Duff, *Mercy, and Clemency: The Intrusion of Mercy*, 4 OHIO. ST. J. CRIM. L. 361 (2007).

212 אפלטון "אפולוגיה של סוקרטס" **כתבי אפלטון** כרך ראשון 230 (יוסף ג' ליבס מתרגם, 1997).

213 פירוש רש"י לספר בראשית, א, 1.

סנקציה פלילית²¹⁴. אם הציבור הרחב מרגיש שהאיסור הפלילי אינו מגן עליו, אלא רק מציב מגבלה חסרת היגיון, אם באופן כללי ואם בנסיבות המקרה המסוים, אין כל הצדקה להטלת אחריות פלילית. דברים אלה נכונים ביתר שאת במציאות הישראלית של "פליליות יתר" (Over Criminalization), שבה קיימות עברות רבות מדי, אשר הגדרותיהן רחבות מדי²¹⁵. הרשעתו של אדם בפלילים צריכה להיות מוצדקת גם מבחינה מוסרית, ולא רק מבחינה משפטית. שפיטה על פי המצפון צריכה להיות חלק אינטגרלי מהדין. אם ברצוננו לשמור על כוחו המוסרי של הגינוי הפלילי, דומה כי ראוי לתת לנאשם אפשרות להישפט בפני חבר מושבעים בהיותו הגורם המתאים ביותר להכריע בקונפליקטים בין חוק לבין צדק. נאשם זכאי לטעון כי זכותו להישפט בפני אנשים מן השורה המבטאים את השכל הישר ואת המצפון של הקהילה²¹⁶. דומה כי המסר שלפיו צדק צריך לגבור על החוק בנסיבות מיוחדות ראוי בהחלט לעידוד²¹⁷. הסדרת אפשרות להישפט על ידי חבר מושבעים יכולה וצריכה להעביר מסר חשוב זה. עם זאת, אימוצו של מוסד חבר המושבעים במדינת ישראל נראה לעת עתה כאפשרות רחוקה. לפיכך למרות מגבלות יכולתו של השופט "להתעלם" מהחוק מטעמי צדק, ראוי כי מסר זה ינחה גם את השופט בנסיבות המתאימות להשתמש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק לשם זיכוי נאשם, שהתנהגותו נעדרת פגם מוסרי במידה המצדיקה את הרשעתו בפלילים.

214 JOEL FEINBER, HARM TO OTHERS 9 (1984).

215 סנג'רו, לעיל ה"ש 15.

216 Weinberg-Brod, לעיל ה"ש 95, בעמ' 851, 856-855.

217 Butler, לעיל ה"ש 79, בעמ' 723, Quigley; לעיל ה"ש 148, בעמ' 3.