

## ראיה נסיבתית בעניין מעמדן של ראיות נסיבתיות בפלילים – מבט אמפירי על הרשעות שגויות

מאת

### ניל הנדל ומיכאל כהן\*

שופטי בית המשפט העליון חלוקים בשאלת הדרך הראויה לניתוח ראיות נסיבתיות בפלילים. גישה אחת מציעה מבחן תלת-שלבי, שבמסגרתו הנאשם נושא ב"נטל" להוכיח כי המסקנה המרשיעה אינה המסקנה הסבירה היחידה. גישה שנייה, המסתייגת ממבחן כזה, הביע השופט הנדל. חששו המרכזי היה שהמבחן התלת-שלבי יגרום להטיה לכיוון של הרשעת נאשם גם כשאשמתו לא הוכחה מעבר לספק סביר. בהערת פסיקה שנכתבה בעקבות המחלוקת נטען כי אין לחשוש להרשעות שווא כתוצאה מניתוח שגוי של ראיות נסיבתיות, לנוכח תופעות פסיכולוגיות שונות המלמדות על נטייה לתת להן משקל חסר. במחקר הנוכחי נערך ניסיון לבחון את הסוגיה באופן אמפירי, תוך השוואת שיעור ההרשעות השגויות לשיעור הזיכויים השגויים בבתי המשפט. השוואה זו יכולה ללמד אם שופטים נוטים להרשיע בטעות יותר מאשר לזכות בטעות. ממצאי המחקר מלמדים כי שיעור ההרשעות השגויות בבית המשפט המחוזי גבוה במובהק משיעור הזיכויים השגויים בו, באופן שתומך בחששו של השופט הנדל. ברשימה נדונים ההסברים האפשריים לתופעה, וכן מעמדן ואופן ניתוחן הראוי של ראיות נסיבתיות בפלילים.

א. הקדמה מפי השופט ניל הנדל: השופט דנציגר והדין הפלילי. ב. כיצד יש לנתח ראיות נסיבתיות בפלילים; 1. רקע; פסיקה ואקדמיה; 2. לוגיקה ופסיכולוגיה. ג. ממצאים אמפיריים; 1. תמונת המחקר והצגת השיטה; 2. שיטה; 3. תוצאות. ד. דיון ומסקנות. ה. סיכום.

### א. הקדמה מפי השופט ניל הנדל: השופט דנציגר והדין הפלילי

מאמר זה הוא חלק מספר המוקדש לכבודו של השופט יורם דנציגר – חבר וידיד במלוא מובן המילה. הוא שימש כשופט בית המשפט העליון במשך כעשור וכתב פסקי דין חשובים בכל תחומי המשפט. המעבר מן הפרקטיקה הפרטית אל כס השיפוט אינו טבעי או מובן מאליו. השיפוט שאפיינ את חברי היה נקי, בהיר, מעמיק, זהיר ונועז. הרשו לי לומר, כשופט שיושב במשך כשלושים שנה בכל הערכאות, תוך צבירת ניסיון שעיצב את אופן מילוי התפקיד השיפוטי: למדתי רבות מהשופט דנציגר. לענייננו, אדגיש שתיים.

\* **השופט ניל הנדל**, שופט בית המשפט העליון. **מיכאל כהן**, עוזר משפטי בבית המשפט העליון. אנו מודים לפרופ' יעקב פרוש על הערותיו ביחס לניתוח הסטטיסטי.

ראשית, מעברו אל השיפוט – דווקא בערכאה הגבוהה ביותר – היה טבעי ומרשים ביותר. לא פעם חשבתי שאם לא הייתי יודע מהו הרקע של השופט דנציגר, הייתי סבור שהוא משמש כשופט כבר עשרות שנים. הדבר מלמד כי השפיטה אינה נקנית רק באמצעות ניסיון, אלא מדובר גם בתכונת אופי. היא דורשת פתיחות, סמכותיות, הבנת צורכי ההליך, קליטה מהירה של מבנה הטיעון שמציגים הצדדים, רגישות ואנושיות.

שנית, דומני כי ניסיונו של השופט דנציגר בטרם הגיע לשיפוט, הן במסגרת השוק הפרטי והן באקדמיה, היה בתחום המסחרי. אין זה מפתיע אפוא שהוא הותיר את חותמו בתחומים אלה ובתחומים המשיקים להם, כגון דיני הבוררות או החוזים. קשה יותר היה לצפות את תרומתו הרבה למשפט הפלילי – הנבדל במידה רבה מהמשפט האזרחי או המנהלי. השיקולים, אמות המידה, התכליות והמטרות שונים הם. למרות זאת, השופט דנציגר כתב פסקי דין חשובים ועקרוניים מאוד גם בתחום הפלילי. לעניות דעתי, הוא גילה רגישות רבה לזכויות נאשמים, דיוניות ומהותיות כאחד. מעניין לציין כי בניגוד לתחומים אחרים של המשפט, שעוברים שינויים ותמורות בחלוף השנים (כגון דיני המשפחה), הכללים היסודיים של המשפט הפלילי לא השתנו מזה שנים רבות. אך השופט דנציגר לא היה מוכן "לזרום" עם הנחות. הוא היה נכון לערער על מוסכמות, בדרכו היסודית והייחודית.

איני יכול שלא להיזכר במדרש האגדה המספר כי טרם קיבל משה רבינו את התורה מאת האל כדי ליתנה לבני ישראל, ראה כי האל עוסק בקשירות "כתרים" לאותיות, כפי שנכתבים עד היום ספרי התורה. כששאל משה לפרש הדבר נענה כי עתיד לקום אדם – רבי עקיבא שמו – שידרוש את פשרו ומשמעותו של כל קוץ וקוץ המצוי בכתרי האותיות וילמד מהם הלכות רבות.<sup>1</sup> מדוע דווקא רבי עקיבא פענח את מה שלא היה מובן אפילו למשה רבינו עצמו? תשובה אפשרית לשאלה זו היא כי רבי עקיבא למד לקרוא, לפי המסורת, רק בגיל ארבעים. יש בכך חיסרון, כמובן, אך כאן טמון גם יתרונו. הוא ניגש למלאכת הקריאה ולמבנה אותיות בראייה בוגרת וחדשה, ללא דעות קדומות. ייתכן – ואודה כי מדובר בהשערה מעוררת מחשבה – כי בדומה למדרש על רבי עקיבא, דווקא העיסוק המאוחר, יחסית, של השופט דנציגר במשפט הפלילי העניק לו ראייה רחבה, לא סטנדרטית ואף מקורית. זו תרמה לעיצוב אישיותו כשופט וכמשפטן בתחום של המשפט הפלילי. בעיניי, אך טבעי הוא שהשופט דנציגר נבחר לשמש כיושב ראש ועדה שתכליתה צמצום הרשעות השווא במשפט הישראלי. ראוי אפוא כי מאמר זה, העוסק בסוגיית הרשעות השווא בדין הישראלי, יוקדש לכבודו.

## ב. כיצד יש לנתח ראיות נסיבתיות בפלילים

### 1. רקע: פסיקה ואקדמיה

כלל גדול הוא בדין הפלילי כי על מנת להטיל אחריות על נאשם, יש להוכיח את אשמתו מעבר לספק סביר. בעינינו כלל זה, שנשאב מתחום דיני הראיות, הוא כלל העל החולש על הדין המהותי

1 בבלי, מנחות כט, ע"ב. "בשעה שעלה משה למרום מצאו להקב"ה שיושב וקושר כתרים לאותיות. אמר לפניו: 'ריבוננו של עולם, מי מעכב על ידך?' אמר לו: 'אדם אחד יש, שעתיד להיות בסוף כמה דורות ועקיבא בן יוסף שמו, שעתיד לדרוש על כל קוץ וקוץ תילין תילין של הלכות'..."

של המשפט הפלילי. לכן נכון ויפה שבתיקון המקיף של החלק המקדמי של חוק העונשין (תיקון מס' 39) נקבע כלל זה במפורש: "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר".<sup>2</sup> הדרישה להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לכל ספק סביר, ולא להסתפק בנטל הוכחה קל יותר כגון זה המוטל בהליכים אזרחיים, נגזרת משיקולים עקרוניים ומתוך הכרה בכוח השלטון להכתיים ולהעניש. יש להכיר בפער הכוחות בין הצדדים להליך הפלילי – המדינה והנאשם – ובזהירות המתבקשת טרם יפעיל בית המשפט סנקציות קשות ויטיל אשמה ועונש. הקביעה כי אדם עבר עבירה טומנת בחובה שיפוטיות רבה יותר מקביעה כי אדם חייב ממון או נכסים לחברו.

כוחו של כלל הספק הסביר יפה ללא קשר לטיב העובדות השנויות במחלוקת ולטיב הראיות המובאות לשם הוכחתן, ישירות נסיבתיות. עם זאת, הקונקרטיזציה של דרישת הספק הסביר אינה זהה ביחס לכל סוגי הראיות. כאשר מדובר בראיות נסיבתיות,<sup>3</sup> הכלל המשפטי המושרש מתנה את הטלת האחריות הפלילית בשלילת כל תרחיש מזכה המתיישב עם הראיות באופן סביר. דרישה כזו אינה רלוונטית להרשעה על סמך ראיות ישירות, כגון עדות ראייה. כאשר עדי ראייה מעידים כי ראו את הנאשם, ההרשעה אינה מותנית בשלילת כל הסבר אחר להשתלשלות העניינים מלבד התרחיש המרשיע. הדרישה שונה – כי בית המשפט יברר היטב את מהימנות העדות. ככל שהעדות נמצאה מהימנה, ניתן להרשיע על בסיסה גם אם יש "תרחיש מזכה", במובן זה שללא העדות לא ניתן היה לקבוע כי האפשרות הסבירה היחידה היא שהנאשם ביצע את המעשה. בית המשפט מסיק מסקנה מעדות של עד שראה ושמע דברים בחושיו הוא, בשונה מהכרעה על פי ראיות נסיבתיות הנשענות על כללי ההיגיון. צא ולמד כי במקרה של הרשעה על בסיס ראייה ישירה, כלל הספק הסביר מתבטא בדרך הערכת הראיה ומהימנותה, ואילו במקרה של הרשעה על בסיס ראיות נסיבתיות – כלל הספק הסביר מתבטא בשלילת כל תרחיש מזכה סביר. נאמר כבר עתה כי לא נראית לנו הגישה שהובעה בספרות ובשיטות משפט שונות, כגון המשפט האנגלי, כאילו ראיות נסיבתיות חזקות על פי טיבן מראיות ישירות. כמוכן, עד יכול לטעות במראה עיניו; אך הרשעה על סמך סברה היא פעולה שטמונים בה סיכונים ואתגרים רבים.

בבית המשפט העליון נפלה מחלוקת בדבר הדרך הרצויה ביותר לבחון אם נשלל כל תרחיש מזכה סביר, מחלוקת שהתחדדה בעניין קריאף.<sup>4</sup> השופט סולברג סבר, בעקבות פסיקה קודמת, כי המבחן הרצוי הוא מבחן תלת-שלבי: בשלב ראשון יש לבחון את מהימנות הראיה הנסיבתית ואת היכולת להתבסס עליה.<sup>5</sup> בשלב השני יש לבחון את התמונה העולה ממכלול הראיות הנסיבתיות – האם די בהן כדי לבסס את הפללתו של הנאשם. בשלב השלישי מועבר אל הנאשם הנטל להציע

2 ס' 34כב(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

3 מקובל להגדיר ראיה נסיבתית כראיה שאינה מוכיחה ישירות את העובדה שאותה יש להוכיח, אלא נתון אחר, שממנו ניתן להסיק את המסקנה העובדתית המבוקשת ראו ע"פ 6167/99 **בן שלוש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(6) 577, 586 (2003). לדיון מורכב יותר בהגדרתה של ראיה נסיבתית ראו, Eyal Zamir, Ilana Ritov & Doron Teichman, *Seeing is Believing: The Anti-Inference Bias*, 89 IND. L.J. 195, (2014) 198 (להלן: Zamir et al., *Seeing is Believing*).

4 ע"פ 6392/13 **מדינת ישראל נ' קריאף** (פורסם בנבו, 21.1.2015).

5 השלב הראשון מבטא את העובדה שראיה מסוימת יכולה להיות ראיה ישירה ביחס לעניין אחד וראיה נסיבתית ביחס לעניין אחר. בהיבט הישיר של הראיה חל עליה כלל הספק הסביר באותו אופן שבו הוא חל על ראיות ישירות אחרות.

הסבר מזכה סביר, המתיישב עם מכלול הראיות. רק אם הנאשם אינו מצליח להצביע על תרחיש כזה ניתן להרשיעו.<sup>6</sup>

מנגד, השופט הנדל סבר כי אף שהמבחן התלת-שלבי לגיטימי כשלעצמו, מבנהו עלול לגרום לבית המשפט ליישמו באופן שגוי. הסיבה המרכזית לכך היא "הטלת נטל" על הנאשם במסגרת המבחן. אין מדובר בנטל מהותי, שכן על התביעה מוטל כל העת להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לספק סביר. "העברת הנטל" אינה אלא ביטוי שמדריך את בית המשפט לעבור לשלב הבא בניחות הראיות. ואולם בפועל עלולה דרישה זו להוביל לניחות שגוי של הראיות, תוך הטלת נטל מהותי על הנאשם וריכוך כלל הספק הסביר.<sup>7</sup> חשש קשור הוא שבית המשפט יעבור לבחינת השלב השלישי וייתן משקל לאימתן הסבר סביר מצד הנאשם, הגם שהתשתית העובדתית שהציגה התביעה בשלב השני אינה מספיקה לשם הרשעה בפלילים.<sup>8</sup> ביסוד עמדת השופט הנדל ניצב השיקול של "ריאליזם משפטי", במובן של מתן משקל לאופן התנהלות הדיון המשפטי מבחינה מעשית. בהיבט זה, יש חשש שהעברת הנטל אל כתפי הנאשם תטיל עליו, למעשה, מלאכה לא לו – הוכחת חפותו וקיומו של הספק הסביר.

לנוכח חששות אלה הציע השופט הנדל מבחן דו-שלבי: השלב הראשון זהה לשלב הראשון במבחן התלת-שלבי, קרי בחינת מידת מהימנותן של הראיות הנסיבתיות עצמן. בשלב השני נבחנת השאלה אם לפי העובדות שהוכחו, התרחיש המרשיע שהציגה התביעה הוא התרחיש הסביר היחיד המוכיח את אשמת הנאשם מעבר לספק סביר.<sup>9</sup> שתי העמדות – עמדתו של השופט סולברג ועמדתו של השופט הנדל – מצאו הדים בפסיקה מאוחרת של בית המשפט העליון.<sup>10</sup>

בהערת פסיקה שכתבו בנימין בלום ואלישע הרלב (להלן גם: **הערת הפסיקה והמחברים**) נדונה עמדתו של השופט הנדל בראי הספרות הפסיכולוגית והמחקר ההתנהגותי של המשפט.<sup>11</sup> טענתם של המחברים הייתה כי הספרות המחקרית אינה תומכת בעמדת השופט הנדל, וכי עולה ממנה שאין הצדקה לחשש מפני הרשעת שווא כתוצאה מניתוחן של ראיות נסיבתיות. בתמיכה לטענתם הציגו המחברים שתי תופעות פסיכולוגיות. הראשונה, שנמצאה במחקרים התנהגותיים של המשפט, זכתה לכינוי "שנאת היסק" (Anti-Inference Bias).<sup>12</sup> שנאת היסק מתבטאת בנטייה להעניק משקל נמוך לראיות המבוססות על היסק, לעומת משקל של ראיות דומות שאינן מבוססות על היסק, אף על פי שלנוכח טיבן של הראיות ונסיבות המקרה לא אמור להיות הבדל בין משקל הראיות. כך, לדוגמה, נמצא הבדל בנכונותם של נבדקים להרשיע אדם בנהיגה במהירות מופרזת בשני סוגי מקרים. במקרה הראשון מהירות נסיעתו נקלטה ישירות על ידי מצלמת מהירות אחת,

6 עניין קריאף, לעיל ה"ש 4, פס' 97–98 לפסק דינו של השופט סולברג.

7 שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט הנדל.

8 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל.

9 שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל.

10 ראו למשל ע"פ 2697/14 **חדאד נ' מדינת ישראל**, פס' 71–77 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 6.9.2016) (יישום המודל התלת שלבי); ע"פ 3263/13 **בן שטרית נ' מדינת ישראל**, פס' 71 לפסק דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 19.3.2017) (קביעה כי ראוי לאמץ את המודל הדו-שלבי).

11 בנימין בלום ואלישע הרלב "הרשעה על סמך ראיות נסיבתיות – דיון בשאלת מודל ההכרעה הראוי בעקבות פסק הדין קריאף" **דין ודברים** יא 261 (2018).

12 Zamir et al., *Seeing is Believing*, לעיל ה"ש 3.

ואילו במקרה השני מכוניתו נקלטה על ידי שתי מצלמות, ומהירות נסיעתו חושבה לפי הנתונים השונים שנקלטו בשתי המצלמות.<sup>13</sup> לפי הנתונים שנמסרו לנבדקים, ההסתברות לנפילת שגיאה בתוצאות הצילומים בשני התרחישים הייתה זהה. למרות זאת, במקרה השני נכונותם של נבדקים להרשיע את הנהג פחתה במידה מובהקת. המחקרים טוענים כי שנאת ההיסק מפיגה חלק מן החשש להרשעות שווא במקרים המבוססים על ראיות נסיבתיות, שכן מן המחקרים עולה כי החשש הממשי יותר הוא דווקא הימנעות יתר מהרשעה על סמך ראיות נסיבתיות.<sup>14</sup> זאת ועוד, במחקרים נוספים נמצא שנאת ההיסק מאבדת מכוחה כאשר המסקנה העולה מן הראיות נתפסת בעיני המכריע כ"רווח" ולא כ"הפסד".<sup>15</sup> המחקרים סבורים שזיכוי של נאשם הטוען שהוא חף מפשע נתפס כ"רווח", לעומת הרשעתו שנתפסת כ"הפסד", ומכאן שתהיה נטייה רבה יותר של שופטים לאמץ את התרחיש המזכה שמציג הנאשם, ונטייה מועטה יותר לאמץ את התרחיש המרשיע שמציגה התביעה. לכן הרשעות בשל ראיות נסיבתיות בלבד תהיינה נדירות יותר.<sup>16</sup>

התופעה השנייה מכונה "הטיית המקור-תוכן" (Source-Content Bias).<sup>17</sup> לפי תופעה זו, בהיבט הרלוונטי לעניינו, קשה יותר להסיק שאירוע מסוים לא התרחש מאשר שאירוע מסוים התרחש. המחקרים טוענים שהטיה זו עשויה להקשות על שופטים לשלול את התרחיש המזכה שאותו יציע הנאשם להגנתו, ובכך להקשות על ההרשעה.<sup>18</sup>

יש לברך על הערת הפסיקה ועל המטרה שהציבו המחקרים – שילוב תובנות מתחום הניתוח ההתנהגותי של המשפט גם במשפט עצמו. אומנם בנקודת הזמן הנוכחית קשה לומר כי יש בממצאי המחקר ההתנהגותי של המשפט כדי להשפיע במידה מכריעה על החלטה בתיק קונקרטי, אך בוודאי שיש בהן כדי להעשיר את ניתוחן של סוגיות מסוימות,<sup>19</sup> ואף להסביר התנהגויות, להקל על הערכתן ולהשפיע על היחס אליהן.<sup>20</sup> חשוב עד מאוד כי השופט, שתפקידו כרוך בקביעת ממצאים עובדתיים ונורמות משפטיות, יהיה מודע להטיות אנושיות שעשויות להשפיע על הכרעותיו. יש לקוות כי בשנים הקרובות יצטבר ידע רב ובעל תוקף, שייתן את אותותיו בפסיקה ובהכרעות מדיניות שונות. עם זאת, נדרשת זהירות רבה במעבר בין אולם המעבדה לאולם המשפט. מעבר מניסוי למציאות משנה לעיתים את פני התמונה. נדרשים אפוא ביקורת קפדנית וצעידה איטית ומדודה, טרם ניתן יהיה לעצב מבחן משפטי קונקרטי בהתאם לתופעות פסיכולוגיות שונות

13 שם, בעמ' 204–207.

14 בלום והרלב, לעיל ה"ש 11, בעמ' 267.

15 Eyal Zamir, Elisha Harlev & Ilana Ritov, *New Evidence About Circumstantial Evidence*, 41

LAW & PSYCHOL. REV. 107 (2016) (להלן: Zamir et al., *New Evidence*).

16 בלום והרלב, לעיל ה"ש 11, בעמ' 269.

17 John Turri, *Skeptical Appeal: The Source-Content Bias*, 39 COGNITIVE SCIENCE 307 (2015).

18 בלום והרלב, לעיל ה"ש 11, בעמ' 268.

19 רע"א 8301/13 טל טריידינג קורפ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 24.11.2015) (דיון בתופעה של "שנאת הפסד" ובהשפעתה על ניתוח דיני השטרות, ובפרט סוגיית פרעונו של שטר חרף כישלון עסקת היסוד שבבסיסו).

20 רע"א 4288/15 מכבי שירותי בריאות נ' פלוני, פס' 19 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 28.08.2016) (דיון על אודות אפקט ה"דד-ליין", והשפעתו על הערכת התנהגותם של תובעים שלא הגישו תובענה בזמן, בנסיבות שבהן לא היה "דד-ליין" ברור להגשת התובענה).

שנמצאו בניסויים. בכך אין ליתר את הצורך במודעות לאותם ניסויים ובהכרה במגבלות החשיבה השיפוטית. אך בין המודעות לאותן תופעות לשימוש בהן ככלי עבודה קיימת כברת דרך נכבדה. פרק ג ופרק ד יעסקו בבחינה אמפירית של השאלה אם יש לחשוש מפני הרשעות שווא על בסיסן של ראיות נסיבתיות. אך קודם לכן, כיאה למחקר מתחום הפסיכולוגיה בכלל ומתחום קבלת ההחלטות בפרט, נתייחס לאנטומיה של קבלת החלטה שיפוטית על בסיס ראיות נסיבתיות. יוסברו מהותו של מבחן הראיות הנסיבתיות בפלילים, הקשיים שעומדים בפני השופט המכריע בתיק מעין זה והמפגש המרתק בין היסק לוגי ובין דינמיקה פסיכולוגית של השופט לקראת קביעת מסקנתו.

## 2. לוגיקה ופסיכולוגיה

עמדת השופט הנדל בנוגע לניתוחן של ראיות נסיבתיות הובעה בעניין קריאף ותוארה לעיל בתמצית. כעת נרחיב מעט על אודות הפן המשפטי והפן השיפוטי כדי להסביר את הרקע לערכת המחקר האמפירי.

נהוג לכנות את המבחן לקיומו של ספק סביר בראיות נסיבתיות בפלילים "מבחן המסקנה הסבירה היחידה".<sup>21</sup> מסקנה, כפי ששמה מעיד, היא פרי היסק וסברה. זהו ייחוד הראיה הנסיבתית לעומת הראיה הישירה. הרשעת הנאשם אינה נשענת על עובדות שנקלטו ישירות בחושים, אלא דורשת השלמה חיונית של התמונה העובדתית על ידי פעולה לוגית.<sup>22</sup> לעיתים המבחן מוצג כמבחן "המסקנה ההגיונית היחידה", אך הגדרה זו אינה מדויקת. אכן, בית המשפט מפעיל את ההיגיון, אך אין לו חובה להתייחס לכל אפשרות תאורטית או דחוקה. סברה דורשת סוג של סבירות. ודוק, לא התרחיש הסביר, אלא תרחיש שהוא סביר, כלומר תרחיש אפשרי שאינו מנותק מהמציאות. והינה, הקושי נחשף. לא מדובר בפעולה מתמטית טהורה, שהנתונים מכתיבים את תוצאתה. אין לכחד, בית המשפט מפעיל שיקול דעת בעת בחינת ראיות נסיבתיות, לשם הערכת סבירותה של אפשרות מסוימת.

לסוגיית הסבירות מספר היבטים בהקשר של ראיות נסיבתיות בפלילים. היבט אחד מתבטא בדרישה כי התרחיש היוצר ספק סביר ביחס לאשמת הנאשם יעוגן בראיות.<sup>23</sup> אך עיגון זה בראיות אינו חייב להיות בצורה של ראיה פוזיטיבית, אלא די בכך שמכלול הראיות הנסיבתיות מלמד על סבירות התרחיש.<sup>24</sup> היבט נוסף מתבטא במקרים שבהם הנאשם אינו מספק הסבר לראיות שהצטברו נגדו. באחת הפרשות התייחס השופט הנדל לחמישה סוגי עובדות שאותן ניתן להוכיח

21 ע"פ 2132/04 קייס נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 28.5.2007).

22 בכל מסקנה אנושית מעורבים גם תהליכים של היסק וסברה, שכן גם קליטה ישירה של החושים מפוענחת על ידי המוח האנושי באמצעות הליך של היסק ראו Richard K. Greenstein, *Determining Facts: The Myth of Direct Evidence*, 45 Hous. L. Rev. 1801 (2009). אך עדיין קיים הבדל משמעותי בין ראיות ישירות, הכרוכות בקליטה של נתונים באופן ישיר, לראיות נסיבתיות, שבלבן מצוי ההיסק בלבד.

23 ע"פ 4354/08 מדינת ישראל נ' רבינוביץ', פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 22.4.2010).

24 עניין קריאף, לעיל ה"ש 4, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל.

באמצעות ראיות נסיבתיות: זהות האדם שביצע את הפשע; מהו המעשה שביצע הנאשם; האם נעברה עבירה; האם קיים סייג לאחריות הפלילית; ומה היה היסוד הנפשי של הנאשם בעת ביצוע מעשה העבירה.<sup>25</sup> החשיבות הראייתית של שתיקת הנאשם במארג הראיות הנסיבתיות עשויה להשתנות מסוג מקרים למשנהו. טלו מקרה שבו אדם נרצח בדירתו, ושכניו שומעים אותו צועק כי הוא מקבל מכות. כעבור כמה רגעים יוצא הנאשם מהבית כשעל גופו כתמי דם רבים. באופן תאורטי, ייתכן שאדם שלישי נכנס לדירה, תקף את הנאשם וביצע את מעשה הרצח ויצא דרך החלון. אפשרות נוספת היא שהמנוח קנטר את הנאשם. אך אם זה המצב, מצופה כי הנאשם יטען טענות עובדתיות אלה. לעומת זאת, מצב שבו לא ידוע כי הנאשם היה בזירת האירוע, ועצם זהות המבצע היא העובדה השנויה במחלוקת – "מי המבצע" ולא "מה ביצע הנאשם שנכח בזירה" – ייתכן מאוד ששתיקת הנאשם לא תחזק את תמונת ההרשעה. תמונה זו, שהוצגה באופן פשטני מעט לשם חידוד הנקודה, מצביעה על מורכבות מלאכת השיפוט בעת בחינתן של ראיות נסיבתיות בהליכים פליליים. החשוב לענייננו הוא כי מבחן המסקנה הסבירה היחידה אינו משוואה מדויקת. הסבירות אינה עניין של תחשיב, אלא של הערכת המציאות. רוחב תחומו של שיקול הדעת מוסיף קושי. המבחן אינו לוגי בלבד.

הסבירות מכניסה לתוך הלוגיקה את הדינמיקה הפסיכולוגית של השופט. עליו להגדיר מונחים וליישם מבחן כללי על מקרה קונקרטי. הכלל הוא מניעת הרשעתו של החף מפשע. ליתר דיוק, מניעת הרשעת נאשם שאשמתו לא הוכחה מעבר לספק סביר. המבט השיפוטי על מלוא תמונה זו אינו רציונלי בלבד. הוא משלב שכל ורגש. לפעמים שופטים מתייחסים לאחר פרישתם לתיקים שונים ששמעו, ותיאור הכרעות דינם כולל גם אמירות כגון "חשתי שהוא ביצע את המעשה, אך העניין לא הוכח". כשלעצמנו, אנו סבורים כי קביעות כאלה מעוררות קושי. היעדר הוכחה אינו עניין טכני או פורמלי. הוא מלמד על אפשרות שאינה תאורטית שהנאשם לא עבר את העבירה. אך סוף כל סוף אין להכחיש כי הדילמה עומדת בעינה. גם כאשר שופט נוטה להאמין שהנאשם עבר את העבירה, עליו ליישם את מבחן המסקנה הסבירה היחידה. הוא המגדיר מהי אפשרות סבירה ומה אינו סביר.

החשש מפני הרשעת שווא נכנס אפוא דרך הפתח של "סבירות", המעניקה לשופט מרחב תמרון מסוים. באחת הפרשות ציין השופט הנדל כי ניתן לחלק את התיקים הפליליים המבוססים על ראיות נסיבתיות לשלושה סוגים. יש מקרים שבהם ברור כי התביעה לא עמדה בנטל ההוכחה המוטל עליה ויש מקרים שבהם התשתית הראייתית איתנה ביותר. כרגיל, המבחן האמיתי בא לידי ביטוי במקרים הגבוליים, שהשופט מתלבט בהם שוב ושוב.<sup>26</sup> במקרים אלה מתחדד הפער בתודעתו של השופט – מעין דיסוננס קוגניטיבי בין העמדה שהנאשם אשם לחוסר המוחלטות של חומר הראיות. במקרי הגבול, שבהם אפשר להגן על כל אחת מהתוצאות, קיים חשש שהרצון להימנע מהפער התודעתי יקלקל את השורה.

25 ע"פ 220/17 דנקנר נ' מדינת ישראל, פס' 20 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 29.8.2018).  
 26 בש"פ 5588/12 ניאמציק נ' מדינת ישראל, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 24.9.2012). באותו עניין נדונו ראיות לכאורה ומעמדן במסגרת הליך מעצר עד תום ההליכים, אך הדברים יפים גם ביחס להכרעת הדין.

דעתנו היא כי טוב שכלי העבודה – המבחן המשפטי שבו משתמש בית המשפט – לא יקל על בית המשפט להרשיע. כלי זה נועד לסייע במימוש תכליתו – הימנעות מהרשעה בכל מקום שבו יש ספק סביר. בעניין קריאף כתב השופט הנדל כי הוא אינו שולל את המבחן התלת-שלבי, אך ישנו חשש שיהיה בלבול בין "נטל טקטי" ל"נטל מהותי". כזכור, חשש מרכזי הוא "זליגה" של השלב השני אל השלב השלישי של הניתוח, קרי, דרישה לכך שהנאשם יספק הסבר סביר למרות שהתביעה לא סיפקה די ראיות כדי לצלוח את השלב השני, שבו גם הנטל הטקטי מוטל עליה. מכאן יתרונו של המבחן הדו-שלבי, דווקא במקרים הגבוליים. השימוש במונח "נטל" המוטל על הנאשם עשוי לגרום להרשעתו במקרה הגבולי, שבו בית המשפט נוטה להאמין כי הנאשם אכן ביצע את העבירה, אמונה שלא די בה. הימנעות משימוש במונח זה עשויה לסייע במניעת תוצאות כאלה. לשון אחר, עמדת השופט הנדל בעניין קריאף נועדה לשמור על כללי ההכרעה הפליליים. החשש מפני הרשעות שגויות במקרי הגבול נטוע גם בניסיון השיפוטי, המלמד כי מעת לעת מתקבלת הרשעה שגויה על בסיס ראיות נסיבתיות במקרי גבול. מנגד, נדמה שהתופעה ההפוכה של זיכויים שגויים נדירה יותר. השילוב של המנגנון הפסיכולוגי והניסיון המעשי הוא שעמד ביסוד ההצעה לקבוע מבחן דו-שלבי ולהימנע משימוש במבחן התלת-שלבי. כנגד תפיסה זו טוענים המחברים שסביר יותר להניח ששופטים יימנעו מהרשעה על בסיס ראיות נסיבתיות. טעמיהם אינם מצויים בבחינת האנטומיה של ההחלטה השיפוטית במקרי גבול, אלא על המחקר הפסיכולוגי של הטיות קוגניטיביות בתחום קבלת ההחלטות. לנוכח הפער בין עמדת המחברים בהערת הפסיקה ובין האינטואיציה והניסיון השיפוטי, שטרם נבחנו בפועל, הוחלט על בדיקת העניין באופן אמפירי.

## ג. ממצאים אמפיריים

### 1. תמונת המחקר והצגת השיטה

נקודת המוצא של הערת הפסיקה היא קיומן של הטיות התנהגותיות המשפיעות על החלטות בית המשפט. הכרעה שיפוטית היא מלאכה ייחודית, גם ביחס להכרעות האנושיות בכללותן, שאף הן נתונות להשפעות רבות. ניתן לתהות האם ראוי להעניק כוח כה רב, ככוחו של השופט, ליצור אנוש. אך מבחינה מעשית מלאכת השיפוט היא בגדר הכרח הנחוץ לחברה. לא בכדי מצוות העשה היחידה מבין שבע מצוות בני נח, שחלות על כל מדינה וחברה, היא הקמת מערכת משפטית.<sup>27</sup> פירוש הדבר הוא שתנאי לקיום אנושי ראוי הוא עשיית משפט. ועם כל העמל המושקע על ידי בתי משפט על מנת למנוע את הפער בין האמת העובדתית לאמת המשפטית, פער כזה הוא כמעט בלתי נמנע, ונעוץ גם במגבלות החשיבה האנושית. על רקע כללי זה, המחברים טוענים כי מן הספרות המחקרית עולה שאין, כנראה, הצדקה לחשש מפני הרשעות שווא במקרים שבהם נשען אישום על ראיות נסיבתיות בלבד. טענה זו מבוססת על מחקרים העוסקים בהטיות פסיכולוגיות, שעשויות להיות רלוונטיות להליך הערכתן של ראיות נסיבתיות בבית המשפט.

27 משנה תורה, הלכות מלכים, פרק ט, הלכה יד.



חשוב לשים לב לכך שחלק מן המחקרים שהוזכרו בהערת הפסיקה אינו כולל ניסויים המדמים הליך משפטי והכרעת דין על יסוד ראיות נסיבתיות.<sup>28</sup> לכן כוחם של מחקרים אלה לאשש את טענת המחקרים אינו רב. קיים מרחק רב בין הטענה שקיימת הטיה פסיכולוגית העשויה להיות רלוונטית להליך קבלתה של החלטה מסוימת ובין השאלה כיצד ראיות מנותחות בהליך משפטי. החלטה אנושית מורכבת מתהליכים מחשבתיים רבים המתרחשים בו־זמנית, מודעים ושאינם מודעים, והיא חשופה להשפעות רבות, שלעיתים "דוחפות" את המחליט לכיוונים מנוגדים. ייתכן אפוא שהחלטה שאותה מקבלים השופטים מושפעת לא רק מההטיות שמנו המחקרים, אלא גם מהטיות אחרות, המשפיעות על ההכרעה בכיוון הפוך. קשה לקבוע רק על בסיס תאורטי־כללי מהו ה"וקטור" שנוצר כתוצאה מכל הלחצים הפסיכולוגיים הפועלים על השופט היושב על מדין. לשם כך נדרשים ממצאים אמפיריים וניסויים אקספרימנטליים, בתחום השיפוט בכלל וביחס למשפט הפלילי בפרט, וגם אז נדרשת זהירות רבה בתהליך הסקת המסקנות.

בשני מחקרים שעליהם התבססו המחקרים בוצעו ניסויים שבמהלכם התבקשו הנבדקים, שאינם שופטים, להכריע בהליך משפטי או לשער כיצד היה שופט מכריע בסכסוך קונקרטי.<sup>29</sup> בקבוצת המחקר הוצעו לנבדקים ראיות נסיבתיות ובקבוצת הביקורת הוצגו לנבדקים ראיות זהות במהותן, מלבד העובדה שדובר בראיות ישירות ולא נסיבתיות. הוזכר לעיל אחד הניסויים שבוצעו במחקרים שבו הנבדקים בקבוצת הביקורת היו צריכים להכריע אם יורשע אדם בנהיגה מעל למהירות המותרת על יסוד קליטת מהירות מכוניתו במצלמת מהירות – ראיה ישירה. מנגד, בקבוצת הניסוי היו הנבדקים צריכים להכריע באותה שאלה על יסוד תרחיש זהה כמעט לחלוטין לזה שהוצג לנבדקי קבוצת הביקורת, מלבד העובדה שבמקום מצלמה אחת שקלטה את מהירות המכונית באופן ישיר התבססה התביעה על חישוב הנתונים שנקלטו בשתי מצלמות המצויות בשני צידי הכביש – ראיה נסיבתית הכרוכה בהיסק. במחקר נמצא כי הנבדקים שנחשפו לראיות הישירות נטו לכיוונה של הרשעה יותר מאשר הנבדקים שנחשפו לראיות הנסיבתיות. דוגמה נוספת עסקה גם היא בעבירת תעבורה: קבוצה אחת של נבדקים נשאלה לגבי מקרה שבו שוטר ספר את נוסעיו של אוטובוס שנתקע ונוזק לסיוע ומצא שנהג האוטובוס הסיע 54 נוסעים למרות שמותר להסיע באוטובוס רק 50 נוסעים. קבוצת נבדקים שנייה קיבלה מקרה דומה, אלא שבמקום לספור את מספר הנוסעים – השוטר הסיק את מספרם מן העובדה שלאחר העברת הנוסעים אל שני מיניבוסים בני 25 מקומות כל אחד (שמולאו לגמרי) נותרו ארבעה נוסעים על האוטובוס. במחקר נמצא שהנבדקים שנחשפו לתרחיש הראשון היו נכונים להרשיע את נהג האוטובוס הרבה יותר מהנבדקים שנחשפו לתרחיש השני, שבו המסקנה התבססה על היסק בלבד. מסקנת המחקר הייתה כי פער זה, שנמצא גם בניסויים נוספים בתחום הפלילי והאזרחי, מלמד על "הטיית אנטי־היסק", דהיינו הענקת משקל חסר לראיות נסיבתיות ביחס לראיות ישירות, הגם שמבחינת הניתוח הסטטיסטי אין לכך הצדקה.

אף על פי שמחקרים אלה נועדו לדמות הליכים משפטיים, עדיין אין בהם כדי לתמוך באופן מוחלט בטענת המחקרים. ראשית, המחקרים לא בוצעו על שופטים מקצועיים שמומחיותם ההליך הפלילי והערכת ראיות במסגרתו. מעבר לכך, ניתן לטעון שאין דינה של החלטה המתקבלת בניסוי

28 כך למשל המחקרים שעניינם "הטיית המקור – תוכן".

29 עניין **בן שלוש**, לעיל ה"ש 3; Zamir et al., *New Evidence*; לעיל ה"ש 15.

מעבדה כדינה של החלטה שהיא תוצאתו של הליך פלילי אמיתי. שנית, בשני המחקרים האמורים לא נבחנה השאלה של הרשעת שווא, אלא אם קיים הבדל כלשהו בין שתי קבוצות נבדקים. לאמור, בבחירה בין ראיות ישירות לנסיבתיות העדיפו הנבדקים את הראיות הישירות. זוהי סוגיה שונה מסוגיית מידת האמון שנותנים אנשים בראיות נסיבתיות כשלעצמן. לכך יש להוסיף שהנבדקים בכל הקבוצות לא נדרשו לנמק את התוצאה שאליה הגיעו. לכן לא ניתן לדעת מה סברו בכל הנוגע לקיומו של תרחיש מזכה או בכל הנוגע למידת מהימנותן של הראיות, וקשה מאוד לשפוט באופן עצמאי את נכונות התוצאה המשפטית שאליה הגיעו הנבדקים בכל אחת מהקבוצות. להיעדר ההנמקה אף יכולה להיות השפעה על התוצאה שאליה הגיעו הנבדקים, וגם לעניין זה השפעה על היכולת לטעון כי ניתן לראיות הנסיבתיות בניסויים משקל חסר.<sup>30</sup> היעדר דרישה להנמקה אינו פוגע בתוקף הניסויים שנערכו, שכן כאמור – מטרתם לא הייתה לבחון את נכונות התוצאה אלא את היחס בין שתי קבוצות הנבדקים. אך היעדר דרישה זו פוגע באפשרות לרתום את תוצאות הניסויים לעמדה שלפיה אין לחשוש מפני הרשעות שווא המתבססות על אופן ניתוחן של ראיות נסיבתיות. אין לכחד שהמחקרים שהובאו מבססים ראשית ראייה בדבר רתיעה מסוימת, בהקשרים מסוימים, מפני קביעת מסקנה על סמך היסקים. אולם מן הטעמים האמורים לעיל דומה כי עדיין אין בכוחם של המחקרים שהובאו כדי לתמוך באופן מוחלט בטענה שהוסר החשש מפני הרשעת שווא על יסוד ראיות נסיבתיות. כאמור לעיל, אף קיים בסיס התומך בקיומו של חשש להרשעות שווא כאלה. בפרק הנוכחי של הרשימה ננסה לבחון את הסוגיה באופן אמפירי. כפי שנראה, הממצאים תומכים בטענה שהחשש מפני הרשעה שגויה על יסוד ניתוחן של ראיות נסיבתיות אינו חשש תאורטי, בכל הנוגע להליכים פליליים בישראל.

טרם נציג את נתוני המחקר, נקדים הקדמה טרמינולוגית שתהיה חשובה להמשך הדיון. ניתן להבחין בין המונח "הרשעת שווא" למונח "הרשעה שגויה". לצורך המשך הדיון, נתייחס ל"הרשעת שווא" כאל הרשעתו של אדם שלא ביצע את העבירה שיוחסה לו (כפי שהוכח לאחר ההרשעה, למשל, באמצעות ראיות פורנזיות חדשות). מנגד, "הרשעה שגויה" פירושה שביית המשפט טעה טעות משפטית וקיבל הכרעה שגויה – הרשיע במקום שבו נדרש היה לזכות. אין חפיפה מלאה בין שני המונחים. אם בית המשפט טעה והרשיע אדם שנדרש היה לזכותו, מדובר בוודאי בטעות שיפוטית, אך לא בהכרח בהרשעת שווא במובן שהוגדר לעיל. ייתכנו מקרים שבהם נאשם ביצע בפועל את המעשים המיוחסים לו, אך התביעה אינה מציגה די הוכחות לכך ולכן יש לזכותו לפי הדין. אם בית המשפט שגה (מבחינת ניתוח הראיות על פי הדין) והרשיע את הנאשם בכל זאת, מדובר בהרשעה שגויה, אך לא ב"הרשעת שווא" לפי ההגדרה המצומצמת של המונח. חשיבות ההבחנה בין המונחים הרשעת שווא והרשעה שגויה נובעת משיטת המחקר שתוצג כעת. בחינת הסוגיה של הרשעות שווא, במובן הרזה דלעיל, היא מלאכה קשה ביותר. הדרך היחידה, כמעט, שבה ניתן לאתר הרשעות שווא, היא גילוי מקרים שבהם נמצאו לאחר ההליך המשפטי נתונים שחשפו את האמת העובדתית במלואה ובאופן ודאי. דוגמה בולטת היא בחינת תוצאתו של הליך משפטי מחדש לאחר שהתחיל השימוש בבדיקות DNA, שסייעו לחשוף את זהותו האמיתית של מבצע העבירה וגילו כי אין המדובר בנאשם שהורשע. יש חשיבות רבה

30 ע"פ 8631/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 4.2.2015).

לחשיפה כזו, שמאפיינת את יעדיהם של פרויקטי חפות שונים (Innocence Projects) ברחבי העולם.<sup>31</sup> חשיפות של הרשעות שווא משפיעות גם על משפטים עתידיים, ומחדדות את תפקידה של הראיה הפורנזית ככלי לזיכוי, ולא רק להרשעה. אולם חשיפות מעין אלה חריגות ונדירות, ובישראל קשה ביותר לאסוף נתונים היכולים ללמד על שיעור הרשעות השווא ולסייע לאתרן.<sup>32</sup> לעומת זאת, קל הרבה יותר לאתר טעויות שיפוטיות. הכרזה על טעות שיפוטית מתרחשת כמעט בכל פעם שבה ערכאת הערעור מתערבת בהכרעת דינה של הערכאה המבררת. אם הערכאה המבררת קבעה, על יסוד ראיות נסיבתיות, כי הנאשם ביצע את העבירה, ואילו ערכאת הערעור סברה כי ניתן להצביע על תרחיש מזכה המתיישב באופן סביר עם כלל הראיות הנסיבתיות – הערכאה הראשונה טעתה טעות מסוג של הרשעה שגויה, לפחות מנקודת מבטה של ערכאת הערעור. בדוגמה הפוכה, שבה זיכתה הערכאה המבררת את הנאשם ואילו ערכאת הערעור החליטה להרשיעו, הערכאה המבררת טעתה טעות מן הסוג של זיכוי שגוי.

למרות שהרשעה שגויה אינה בהכרח גם "הרשעת שווא", לצורכי המחקר הנוכחי אפשר לקשור בין השתיים ולבסס את המחקר על הרשעות שגויות. מבחינה סטטיסטית, קיים מתאם בין ההרשעות השגויות להרשעות השווא, והרשעה שגויה מעלה את החשש להרשעת שווא. לעניין גם פן ערכי. טעות שיפוטית, המתבטאת בהרשעה שגויה על סמך ראיות נסיבתיות, שקולה מבחינה ערכית למונח "הרשעת שווא" במובן החזק של המילה, שהוגדר למעלה. נסביר: קיימת דרמטיות רבה בגילוי שאדם שהורשע לא ביצע את העבירה, למשל בעקבות מציאת ראיה פורנזית חדשה. אי-הצדק שבהרשעה כזו קל לקליטה וקשה שלא להיות מוטרד בגללו. אך לפי עקרונות המשפט הפלילי הישראלי, זיכוי הוא זיכוי הוא זיכוי, ואין להבחין בין זיכוי "דרמטי" ומוחזן לזיכוי מחמת אי-הוכחת האשמה מעבר לספק סביר. על פי הדין, אין צורך להוכיח שהנאשם לא עבר את העבירה כדי לזכותו. מספיק לבסס את המסקנה שקיים ספק סביר בקשר לאשמתו. הספק הסביר משמעותו שיש אפשרות שאינה תאורטית, או אפילו מאולצת, שהנאשם לא עבר את העבירה המיוחסת לו, ומבחינה נורמטיבית די בכך כדי להטות את כף ההכרעה לזכותו. זיכוי כזה אינו "טובה" או חסד, אלא תוצאה משפטית נכונה, ראויה ומחייבת.

הדבר בולט בהרשעה המבוססת על ראיות נסיבתיות. כאשר כתב האישום מתבסס על עדויות, על בית המשפט לבחון את מהימנות גרסאות עדי התביעה וההגנה, לרבות גרסת הנאשם. הכלים המסייעים לקבוע מתי יש להאמין לעד אינם בגדר רשימה סגורה, אלא תלויים בדינמיקה של ההליך עצמו ובהתרשמות בית המשפט מן העדות. מכאן הקושי של ערכאת הערעור להתערב בהכרעה. בראיות נסיבתיות, לעומת זאת, מידת התערבות ערכאת הערעור רחבה יותר, שכן הבחינה מתמקדת

31 ראו למשל את הסקירה המקיפה אצל Samuel R. Gross & Michael Shaffer, *Exonerations in the United States, 1989–2012 – Report by the National Registry of Exonerations* (Michigan Law Sch. Pub. Law & Legal Theory Working Paper Series, Paper No. 277, 2012), available at [https://www.law.umich.edu/special/exoneration/documents/exonerations\\_us\\_1989\\_2012\\_full\\_report.pdf](https://www.law.umich.edu/special/exoneration/documents/exonerations_us_1989_2012_full_report.pdf)

ותיאורי המקרים המופיעים באתר פרויקט החפות האמריקאי: <https://www.innocenceproject.org/all-cases/#exonerated-by-dna>

32 אפרת פינק ורתם רוזנברג-רובינס "על הבעיות המוסדיות המונעות תיקון של הרשעות שווא בישראל" **מעשי משפט** ה'193, 200–202 (2013).

בבדיקת השערת ההרשעה ועוצמתה. כאשר המסקנה המרשיעה אינה המסקנה הסבירה היחידה, קיומו של התרחיש המזכה "מוציא את האוויר" מבלוץ ההרשעה. לכן, למרות שגם הרשעה כזו תלויה בקביעות עובדתיות, מסקנה מזכה אפשרית היא בעלת משקל שדי בו כדי לחייב את בית המשפט להפוך את הכרעת הדין ולהימנע מהרשעת הנאשם.

לאחר הקדמה זו, נציג את נתוני המחקר, הבודק את היחס בין טעויות שיפוטיות מסוגים שונים – הרשעות שגויות וזיכויים שגויים.

## 2. שיטה

שיטת המחקר, שלהלן תכונה 'בט"ש' (בחינת טעויות שיפוטיות), מתבססת על השיטה שהוצגה על ידי הכלכלנית דרורה קרוטקין.<sup>33</sup> לפי שיטה זו, ניתן להגדיר פסקי דין שבהם נהפכה בערעור הכרעת דינה של הערכאה המבררת כ"שגיאה" של הערכאה המבררת.<sup>34</sup> ההנחה שבבסיס שיטת הבט"ש היא שלערכאת הערעור יש יתרון על פני הערכאה המבררת. הנחה זו יש לה על מה שתסמוך. ככלל ניתן לומר ששופטי הערכאות הערעוריות הם בעלי ותק רב יותר כשופטים משופטי הערכאות המבררות. נוסף לכך, רוב השופטים בערכאת הערעור שימשו קודם לכן כשופטי הערכאה המבררת, והם נבחרים לערכאת הערעור לאחר הליך בחירה קפדני, שבו ניתן משקל רב גם לרמתם המקצועית. מעבר לכך, לשופטי ערכאת הערעור יש יתרונות ענייניים מעצם מושבם בערכאת הערעור. בניגוד לערכאה המבררת, בערכאת הערעור נבחן "מצב עשוי" במבט על. קל יותר לאתר טעויות וקשיים. גם טיעוני עורכי הדין בערכאת הערעור מסייעים לעיתים לחדד נקודות שלא תמיד זוכות למלוא תשומת הלב הראויה להן בערכאה המבררת. כמו כן, הרכב של ערכאת הערעור הוא על פי רוב בן שלושה שופטים, ואילו בערכאה הדיונית הן על פי רוב שופט יחיד. ריבוי השופטים מאפשר דיאלוג בין המכריעים ובחינה מקצועית פורייה יותר.<sup>35</sup>

33 Drora Karotkin, *Effect of the Size of the Bench on the Correctness of Court Judgments: The Case of Israel*, 14 INT'L REV.L. & ECON. 371 (1994); דרורה קרוטקין "ההשפעה של גודל ההרכב על נכונות פסקי הדין" **מחקרי משפט** י 243 (1993). קרוטקין בחנה את השפעת גודל המותב בערכאה הדיונית על אחוז הטעויות של ערכאה זו ומצאה שבמקרים מסוימים הגודל השפיע על מידת נכונות ההכרעות: בית המשפט העליון התערב פחות בהכרעותיו של הרכב, לעומת מידת ההתערבות בהחלטות של שופט אחד.

34 יש כמה גרסאות של שיטת הבט"ש. אנו בחרנו בגרסה הפשוטה ביותר, שבה כל התערבות ערעורית בהכרעת הדין מקבלת ערך של 0 (הרשעה שגויה) או 1 (זיכוי שגוי). קרוטקין הציגה גרסה מורכבת יותר במחקרה, ושם ניתן לכל פסק דין של ערכאת הערעור ניקוד המתחשב גם בשאלה של התערבות מלאה או חלקית בפסק הדין (לרבות פסקי דין אזוריים או גזרי דין) ובשאלה אם ההכרעה ניתנה בדעת רוב או פה אחד. הבחירה במבחן הפשוט יותר נבעה גם מאילוצים מעשיים, שכן היא אפשרה לברור רק את פסקי הדין שבהם שונתה התוצאה האופרטיבית. התחשבות בנתונים נוספים הייתה מחייבת להכליל במדגם עוד אלפי פסקי דין שאותם יש לנתח באופן פרטני, לרבות התחשבות בהסתייגויות של ערכאת הערעור מטעויות של הערכאה המבררת בנוגע לאופן ניתוח הראיות, גם אם טעויות אלה לא הובילו בסופו של דבר להתערבות בתוצאה.

35 קרוטקין, לעיל ה"ש 33, איששה במחקרה את ההשערה שלפחות בהקשרים מסוימים – גודלו של ההרכב מקטין את מספר הטעויות השיפוטיות שנופלות בהכרעותיו.

מכל מקום, ודאי שמנקודת מבטה של ערכאת ערעור ההופכת את מסקנתה העובדתית של הערכאה הדיונית יש לומר כי הערכאה הדיונית שגתה במסקנתה. נזכיר כי הרשימה הנוכחית נכתבת גם מנקודת מבטו של שופט בית המשפט העליון, הדין בערעורים פליליים על הכרעות דין שהתקבלו בבתי המשפט המחוזיים. הדברים שנכתבו בעניין קריאף נכתבו מנקודת מבט זו ומתוך רצון למזער את מספר הטעויות השיפוטיות כפי שהן נתפסות בעיניו של שופט בהליכי ערעור פליליים בבית המשפט העליון, אם כי קביעות אלה יפות גם לביקורת הערעורית של בית המשפט המחוזי על בית משפט השלום. לפיכך, בהקשר דנן ניתן לאמץ, כהנחת יסוד מחקרית, את ההנחה שלפיה הכרעת דין ששונתה בערכאת הערעור היא הכרעת דין שגויה. במערכת המשפט הישראלית – כמו במערכות משפט במדינות דמוקרטיות נוספות – הנחת "עליונות העליון" היא אבן יסוד של השיטה המשפטית. כיצד ניתן להסביר אחרת מצב שבו נאשם זוכה בבית המשפט המחוזי אך נדון למאסר עולם בבית המשפט העליון, או נאשם שנדון למאסר עולם בבית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון מזכה ומשחרר אותו מכל חבות לאלתר? המשפט אינו פועל כך רק מפני שזכות הערעור חזקה היא, אלא גם מתוך הנחה שערכאת הערעור מביאה לתוצאה נכונה יותר. אם אין יתרון ענייני לערכאת הערעור, קשה להצדיק תוצאות מעין אלה. ודוקו, אומנם נכון כי ניתן להתווכח על המקרה הבודד. כוחה של שיטת המחקר הוא מבחינה סטטיסטית וביחס למבט הכללי. ההנחה והשאפה הן שהאמת המשפטית הולכת יד ביד עם המציאות.<sup>36</sup>

שיטת הבט"ש אינה לוקה בשני הקשיים המרכזיים שהוזכרו לעיל, ביחס למחקרים שעליהם התבססו המחקרים: היא בוחנת הליכים משפטיים אמיתיים שנערכו בפני שופטים מקצועיים (ולא ניסוי שנערך מול מחשב בפני נבדקים שאינם שופטים), והיא בוחנת את השאלה אם בית המשפט צדק או טעה (ולא אם קיים הבדל בין קבוצות נבדקים, במנותק מהשאלה איזו קבוצה צודקת). פסקי הדין שנכללו במחקר נמצאו על ידי חיפוש של ערעורים פליליים שנדונו בשלושים השנים האחרונות במאגר המידע נבו, שבהם הוזכרו המילים ראיות נסיבתיות.<sup>37</sup> מבין התוצאות שהתקבלו סוננו פסקי דין שבהם הוחלט לדחות את הערעור על הכרעת הדין במלואו. במקרים אלה אין

36 בהקשר זה מעניין לציין את עמדתם של יורם דנציגר ורונה תימנה "עיון מחדש בכלל ההכרעה ברוב דעות והצעה לשינוי" הסניגור 11, 234 (2016), שבו המחברים מבקרים את המצב שלפיו ניתן להרשיע אדם ברוב דעות גם בעבירות חמורות כגון רצח. הצעתם היא לשנות את כלל ההכרעה, כך שלפחות בחלק מן המקרים דעת יחיד מזכה תיצור ספק סביר ביחס לאשמת הנאשם.

37 החיתוכים נעשו לפי סוג ההליך (ע"פ), חיפוש המילים "ראיה נסיבתית" או "ראיות נסיבתיות" לפי האפשרות של חיפוש מורפולוגי מורחב ומועד קליטת פסק הדין (החל מיום 1.1.1990 ועד ליום 5.8.2018). חיפוש זה אמור למצוא את הרוב המכריע של המקרים שבהם בית המשפט ציין במפורש שניתוח הראיות נעשה לפי המבחנים המשמשים לניתוח ראיות נסיבתיות, בשלושים השנים האחרונות. תקופת זמן כזו היא משמעותית ביותר בפסיקה של מדינה בת שבעים שנה, והיא כוללת הרכבים ושופטים רבים. ייתכן שקיימים ערעורים שבהם התערבה ערכאת הערעור בהכרעת הדין שלא נמצאו בבדיקה שנערכה, לנוכח העובדה שהמילים "ראיות נסיבתיות" לא נאמרו בהם באופן מפורש. כך, אולי, בחלק מן התיקים שבהם נדרש בית המשפט להעריך את כוונתו של הנאשם שלא על סמך הודאה או ראיה ישירה אחרת. אולם אין סיבה להניח שאותם פסקי דין מתפלגים באופן שונה מפסקי הדין שנמצאו במדגם, דהיינו שדפוס ההתערבות של ערכאת הערעור בהכרעת דינה של הערכאה המבררת שונה מדפוס ההתערבות בתיקים שבהם מוזכרות המילים "ראיה נסיבתית".

אינדיקציה לטעות שיפוטית בהכרעת הדין.<sup>38</sup> מבין הערעורים שהתקבלו, נבחרו רק פסקי הדין שבהם נבעה התערבות ערכאת הערעור מניתוח שונה של אותן ראיות נסיבתיות. לאמור, כאשר ההתערבות הערעורית נבעה ממחלוקת משפטית, מניתוח שונה של ראיות ישירות או מהתבססות על מערך ראיתי שונה, לא נכלל פסק הדין במחקר. כך קרה, למשל, במרבית המקרים שבהם הייתה ההתערבות בקביעת מידת מהימנותו של עד,<sup>39</sup> פסילה או קבלה של הודאה, מתן משקל לראיה ישירה או עמדה שונה לגבי קבילותה של ראיה,<sup>40</sup> התעלמות של הערכאה המבררת מעצם קיומה של ראיה או התבססות על ראיה שלא הוצגה.<sup>41</sup>

במילים אחרות, פסקי הדין שנכללו במחקר הם רק אלה שבהם היה ברור כי שתי הערכאות התייחסו לאותם נתונים והסיקו מהם מסקנות שונות, באופן שהוביל להפיכת ההרשעה או הזיכוי. כל פסק דין שענה לקריטריון זה נספר כשגיאה אחת, גם אם הייתה התערבות במספר אישומים בגדרי פסק הדין. לא נכללו במחקר פסקי דין שבהם נתן בית המשפט משקל גם לראיה ישירה והשלים את הניתוח באמצעות ראיות נסיבתיות. בחלק מן המקרים הללו החיל בית המשפט את המבחן של ראיות נסיבתיות, דהיינו את מבחן המסקנה הסבירה היחידה. למרות זאת, לא נכללו

38 לפיכך לא הובאו בחשבון פסקי דין שבהם קבעה ערכאת הערעור כי הערכאה המבררת טעתה באופן שבה ניתחה את הראיות הנסיבתיות, אלא שטעות זו לא הייתה בעלת נפקות אופרטיבית בנסיבות העניין למשל: ע"פ 3625/91 אור נ' מדינת ישראל, פס' 9, 76 לפסק דינו של השופט ד' לוי (פורסם בנבו, 9.6.1993). במקרים אלה מדובר באמרת אגב, שמשקלה ה"משפטי" נמוך יותר מקביעה אופרטיבית ובעלת נפקות שהערכאה המבררת טעתה.

יש לציין כי קרוטקין התחשבה במאמרה בכלל הערעורים שהוגשו, לרבות אלה שנדחו. אצלנו לא ניתן לייחס לנתון של כמות הערעורים שנדחו משמעות רבה, אם בכלל. ניתן לשער שמוגשים הרבה יותר ערעורים על הרשעות מאשר על זיכויים, לנוכח מדיניות הערעור המקובלת בקרב סנגורים לעומת מדיניות הערעור המחמירה יותר של המדינה. לשון אחר, "אוכלוסיית" הערעורים אינה אקראית, מפני שהמדינה בוחרת בקפידה את התיקים שבהם מוגש ערעור, ולכן התחשבות גם במספר הערעורים שנדחו תיצור עיוות בממצאי המחקר.

39 ראו למשל ע"פ 5451/11 אלענאמי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.8.2012), שבו נבע הזיכוי בערעור מהתערבות במהימנות גרסת המתלוננת. מנגד, בכמה מקרים הערכאה המבררת עצמה העריכה את מהימנות העדות אך ורק על יסוד היסקים, בהתאם למבחן "המסקנה הסבירה היחידה", וערכאת הערעור התערבה בממצאי המהימנות גם על יסוד היסקים מאותן ראיות, מה שהוביל לבסוף להפיכת התוצאה. מקרים אלה נכללו במחקר מכיוון שהמחלוקת בין הערכאות נבעה אך ורק מאופן ניתוח הראיות הנסיבתיות ומן השאלה אם ניתן להסיק מהן כי קיים תרחיש מזכה סביר. ראו למשל ע"פ 10479/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.6.2009).

40 בע"פ 10365/08 אלעיסווי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.3.2011), זוכה הנאשם בערכאת הערעור, תוך שהשופטים ציינו כי טעות הערכאה המבררת נעוצה באופן הערכת הראיות הנסיבתיות. למרות זאת, פסק הדין לא נכלל במחקר שכן למעשה נבעה ההתערבות הערעורית ממתן משקל שונה להודאת חוץ, דהיינו הניתוח הראיתי כלל גם התבססות על ראיה ישירה, גם אם בעלת משקל מופחת.

41 בע"פ (מחוזי ת"א) 70152/07 עבאס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.10.2007) הנאשם זוכה, לאחר שבית המשפט המחוזי מצא שבית משפט השלום קבע בטעות שקיימת עדות ראיה, כשלמעשה עדות כזו לא הייתה בנמצא. פסק הדין לא נכלל במחקר, למרות שבית המשפט המחוזי ניתח את המקרה גם על בסיס ראיות נסיבתיות וקבע כי אלה אינן מספיקות לשם הרשעה. בע"פ 5446/99 אלימלך נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 49 (2002), ההרשעה בערכאה המבררת נעשתה מבלי להתייחס כלל, לכאורה, לחלק מנתוני המקרה שהוצגו (בשונה ממקרים שבהם הנתונים הוצגו בפסק הדין אך לא זכו למשקל). לפיכך, מקרים אלה ודומיהם לא נכללו במחקר.

מקרים אלה במחקר, מפני שחרף הרטוריקה השיפוטית – לא ברור אם וכמה משקל ניתן לראיה הישירה שהוגשה.

השאלה אילו פסקי דין יש להכליל במחקר תלויה בניתוח פרטני של פסקי הדין וכרוכה בהפעלת שיקול דעת. בחלק מהמקרים התעורר ספק אם פסק הדין מתאים לקריטריון שהוגדר לעיל, למשל לנוכח הנמקה עמומה של פסק הדין. מכיוון שבמקרים אלה לא היה ברור אם המחלוקת בין הערכאות נוגעת אך ורק לאופן ניתוחן של ראיות נסיבתיות, הוחלט להחמיר ולא לכללם במחקר.<sup>42</sup> החמרה – מפני שכמעט כל המקרים שלגביהם התלבטנו עסקו בהרשעות שגויות ולא בזיכויים שגויים, כך שאי-הכללתם בנתונים הקשתה לאשש את השערת המחקר. מקרים שכן נספרו כטעויות שיפוטיות הם מקרים שבהם המחלוקת בין הערכאות נגעה לאו דווקא לכתב האישום כולו או לאישום מרכזי, אלא גם למחלוקת בכל הנוגע לאישום ספציפי – ולו שולי יחסית בכתב האישום – ובלבד שמהנמקת פסק הדין עולה כי הזיכוי או ההרשעה בערכאת הערעור נבעו מניתוח שונה של אותן ראיות נסיבתיות שעליהן ביסס בית המשפט המברר את הכרעתו. באופן דומה, בחלק מהמקרים כלל מארג הראיות שהציגה התביעה גם ראיות ישירות, אולם אלה נגעו רק לחלק מהעובדות, בעוד שלשם הוכחת אחת העובדות המרכזיות התבססה התביעה על ראיות נסיבתיות בלבד. מקרים אלה נכללו במחקר כאשר דיון זה היווה מעין "יחידה דיונית" נפרדת, שעניינה אך ורק אופן ניתוחן של ראיות נסיבתיות לשם הוכחתה של העובדה המדוברת, וכאשר דיון זה היווה נדבך הכרחי בהפיכת התוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי בכל הנוגע לאישום מסוים. בכלל אלה היו גם מקרים שבהם העובדה מושא המחלוקת הייתה כוונה, כגון כוונה להמית. גם כאן מדובר בעובדה שאותה נדרשים להסיק ממכלול של ראיות נסיבתיות, ולפיכך ההטיה או היעדרה אמורות להופיע גם בהקשר זה, מה גם שפעמים רבות בתי המשפט משתמשים במפורש במבחן המסקנה הסבירה היחידה לשם קביעת היסוד הנפשי של הנאשם.<sup>43</sup> בחלק ממקרים אלה הזיכוי או ההרשעה אינם מוחלטים אלא יחסיים, למשל זיכוי מרצח והרשעה בהריגה או החמרת האישום מהריגה לרצח.

לאחר הסינון לפי הקריטריונים האמורים, נמצאו 51 פסקי דין של בית המשפט העליון ו-56 פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים שבהם הפכו ערכאות אלה בערעור הכרעות דין של הערכאה הנמוכה, ביחס לאישום אחד או יותר, אך ורק על בסיס ניתוח שונה של אותן ראיות נסיבתיות. ביחס לפסקי הדין הללו נבחנה השאלה בכמה מפסקי הדין הובילה הטעות להרשעה שגויה ובכמה מהם

42 דוגמה אחת מצויה בע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.12.2015), שבו ראש הממשלה לשעבר, אהוד אולמרט, זוכה בדעת הרוב מחלק מהאישומים נגדו. בית המשפט העליון ניתח את האישום שממנו זוכה אולמרט מתוך הנחה שהאישום מבוסס על ראיות נסיבתיות בלבד, וכך לכאורה עשה גם בית המשפט המחוזי, שהרשיע את אולמרט באותו אישום. אך השופט הנדל ציין כי למעשה, וחרף הצהרתו ההפוכה, דומה שבית המשפט המחוזי נתן משקל מסוים גם לראיה ישירה – עדות עד המדינה. לנוכח הספק, פסק דין זה לא נכלל במחקר (ראו פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל בעניינו של הנאשם אולמרט). וכן ראו ע"פ 3636/12 שויקי נ' מדינת ישראל, פס' 48 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 20.10.2013), שבו הציג בית המשפט העליון את המחלוקת בינו ובין בית המשפט המחוזי כניתוח שונה של ראיות נסיבתיות, אך למעשה התבססה הכרעת הדין בבית המשפט המחוזי על ראיה ישירה – קבלת הודאתו של הנאשם, ולא על שלילת קיומו של תרחיש מזכה סביר.

43 עניין דנקנר, לעיל ה"ש 25, פס' 19–22 לפסק דינו של השופט הנדל.

הובילה הטעות לזיכוי שגוי. נתון זה, כשלעצמו, אינו מספיק כדי לאשש את השערת המחקר, שההסתברות להרשעה שגויה גבוהה יותר מההסתברות לזיכוי שגוי. כדי להסיק מסקנה כזו יש לבדוק גם את גודל ה"אוכלוסייה" הכללית של פסקי הדין שעליהם נערך המחקר, דהיינו כמה מהכרעות הדין המתבססות על ראיות נסיבתיות מסתיימות בהרשעה וכמה מהן בזיכוי. נסביר את חשיבות הנתון. נניח שבכל שנה יש אלף הרשעות המבוססות על ראיות נסיבתיות ורק מאה זיכויים מקבילים. אם שיעור ההרשעות השגויות והזיכויים השגויים זהה ועומד על אחוז אחד, בכל שנה יהיה זיכוי שגוי אחד בממוצע אל מול עשר הרשעות שגויות. פירוש הדבר הוא שיהיה הבדל גדול בשיעור הטעויות משני הסוגים, למרות שההסתברות לטעות זהה בשניהם. כדי להסיק מסקנה לגבי מובהקות ההבדל בין שני סוגי הטעויות, עלינו לבחון אפוא לא רק כמה הרשעות שגויות וכמה זיכויים שגויים נמצאו במדגם, אלא גם כמה הכרעות דין מסתיימות בזיכוי וכמה מהן מסתיימות בהרשעה (על יסוד ראיות נסיבתיות).

מכיוון שקשה מאוד לבדוק כל הכרעת דין שניתנה בשנים האחרונות ולהעריך אם היא (או יחידה דיונית עצמאית בתוכה) עומדת בקריטריון של התבססות על ראיות נסיבתיות בלבד התבססנו על אומדן. לשם כך דגמנו באופן אקראי הכרעות דין המבוססות, כולן או חלקן, על ניתוח ראיות נסיבתיות. המדגם נערך באמצעות חיפוש במאגר המידע נבו של הכרעות דין שניתנו החל משנת 2000, שבהן הוזכרו המילים ראיות נסיבתיות.<sup>44</sup> הכרעת דין שבה זוכה נאשם לפחות מאישום אחד חרף הצגתן של ראיות נסיבתיות נגדו נספרה כזיכוי אחד והכרעת דין שבה הורשע נאשם לפחות באישום אחד על בסיס ראיות נסיבתיות בלבד נספרה כהרשעה אחת. כאשר הכרעת דין כללה הן הרשעה על בסיס ראיות נסיבתיות והן זיכוי מאישום אחד לפחות על בסיס ניתוח הראיות הנסיבתיות, נספרה הכרעת הדין פעמיים, כזיכוי אחד וכהרשעה אחת.

גם בהקשר זה נדרש שיקול דעת במקרים גבוליים. לדוגמה, לעיתים הגישה התביעה כתב אישום המבוסס על ראיה ישירה ועל מספר ראיות נסיבתיות. בחלק מהמקרים עולה מפסק הדין כי המדינה טענה שיש בראיות הנסיבתיות לבדן כדי להוביל להרשעה, גם אם לא תתקבל הראיה הישירה. בהתאם לכך נדונה באופן ממשי האפשרות להרשיע גם על סמך הראיות הנסיבתיות לבדן. במקרים אלה זיכוי הנאשם נכלל במדגם כזיכוי. אך אם מלכתחילה ניכר היה כי התיק התבסס באופן ממשי על ראיה ישירה שלא זכתה למשקל בבית המשפט, לא נכלל הזיכוי במדגם, גם אם בית המשפט בחן את יתר הראיות הנסיבתיות ובדק מיוזמתו אם ניתן להרשיע את הנאשם גם ללא הראיה הישירה שהוצגה. הסיבה לכך היא שקיים קושי להגדיר זיכוי כזה כזיכוי על בסיס ראיות נסיבתיות, שכן התביעה לא התיימרה להשיג הרשעה בדרך זו בשום שלב של ההליך, גם לא כטענה חלופית. דוגמה נוספת היא מקרה שבו הרשעה התבססה הן על ראיה ישירה, הן על הקביעה כי ניתן להגיע לאותה תוצאה תוך התבססות על ראיות נסיבתיות בלבד. במגמה להחמיר ולהקשות את אישוש השערת המחקר המוצעת ברשימה, נכללו גם הכרעות דין כאלה במדגם. באופן דומה נכללו בו גם הרשעות שבהן בית המשפט ציין כי יש משקל מסוים לראיה ישירה, אך בכל זאת דן ביתר

44 החיתוכים נעשו לפי סוג ההליך (ת"פ) בבתי המשפט המחוזיים, חיפוש המילים "ראיה נסיבתית" או "ראיות נסיבתיות", וכן המילים "תלת-שלבי" או "שלושה שלבים", לפי האפשרות של חיפוש מורפולוגי מורחב. מועד קליטת פסק הדין הוגדר מראשית שנת 2000 ועד ליום 5.8.2018.



הראיות הנסיבתיות וציין כי ההרשעה מבוססת על כך שאין כל תרחיש מזכה סביר המתיישב עימן.<sup>45</sup> בסך הכול נמצאו במדגם 94 הרשעות וזיכויים העונים לקריטריונים האמורים. ביחס להכרעות דין אלה נבחנה השאלה בכמה מהן הורשע הנאשם ובכמה מהן זוכה, וזאת לשם יצירת אומדן לשיעור הזיכויים וההרשעות בתוך "אוכלוסיית" הכרעות הדין המבוססות על ראיות נסיבתיות.

### 3. תוצאות

מבין 51 פסקי הדין של בית המשפט העליון שבהם נהפכה הכרעת דין של בית המשפט המחוזי, ב- 10 פסקי דין נמצא זיכוי שגוי (קרי, המשיב הורשע בערעור לפחות באישום אחד), וב- 41 פסקי דין נמצאה הרשעה שגויה (קרי, המערער זוכה בערעור לפחות מאישום אחד).<sup>46</sup> אשר לפסקי הדין של

45 ביחס למדגם הראשון, של הטעויות השיפוטיות, נאמר לעיל כי אם אחת מהערכאות נתנה משקל גם לראיה ישירה, הערעור לא נכלל במדגם. הסיבה לכך היא שלא ניתן לדעת אם ההבדל בין הערכאות נבע גם ממשקלה של הראיה הישירה. במדגם השני, של הכרעות הדין, נכללו במדגם גם הרשעות שבהן ניתן משקל נמוך לראיה ישירה, כל עוד ההנמקה התבססה על מבחן המסקנה הסבירה היחידה. הסיבה לכך היא החמרה עם שיטת המחקר, שכן ככל שישגדל שיעור הכרעות הדין המרשיעות במדגם, יידרש מספר רב יותר של הרשעות שגויות כדי לאשש את השערת המחקר. לכן הרשעות אלה נכללו במחקר, הגם שניתן לטעון שהתוצאה בהרשעות אלה הייתה מושפעת גם מהראיות הישירות שהוצגו, חרף הנמקת הכרעת הדין.

46 הערעורים שבהם זוכה המערער: ע"פ 6162/16 דלו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.2.2018); ע"פ 2710/16 חייא נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.6.2018); ע"פ 2460/15 ג'בארין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.5.2016); ע"פ 149/15 מורה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.11.2016); ע"פ 7253/14 פינקלשטיין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.11.2015); ע"פ 2697/14 חדאד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.9.2016); ע"פ 7704/13 מרגולין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.12.2015); ע"פ 2661/13 יחייב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.2.2014); ע"פ 9372/03 ויזל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט"ד (1) 745 (2004); ע"פ 2799/98 סבאג' נ' מדינת ישראל, פ"ד נג"ד (3) 408 (1999); ע"פ 4277/12 בכוראשוילי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.7.2013); ע"פ 846/12 ויטה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.6.2013); ע"פ 4800/11 מגיס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.1.2013); ע"פ 7860/10 אלפסי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.2.2013); ע"פ 10479/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.6.2009); ע"פ 4354/08 מדינת ישראל נ' רבינוביץ (פורסם בנבו, 22.4.2010); ע"פ 1632/08 טורק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.6.2009); ע"פ 9369/07 מיקל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.6.2009); ע"פ 10943/05 לוי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.3.2008); ע"פ 11331/03 קיס נ' מדינת ישראל, פ"ד נט"ד (3) 453 (2004); ע"פ 8439/03 מילנר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.5.2007); ע"פ 7126/03 אוחנה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.4.2004); ע"פ 4471/03 מדינת ישראל נ' קריספין, פ"ד נח"ד (3) 277 (2004); ע"פ 6144/02 ואנונו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.1.2005); ע"פ 1538/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח"ד (3) 590 (2003); ע"פ 332/01 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נז"ד (2) 496 (2003); ע"פ 4597/00 עובדיה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.12.2000); ע"פ 3575/99 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד"ד (2) 721 (2000); ע"פ 378/99 מדינת ישראל נ' שמעוני (פורסם בנבו, 20.7.1999); ע"פ 4872/98 ברונשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד נג"ד (5) 203 (1999); ע"פ 3714/98 חביביאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.6.1998); ע"פ 4336/96 מדינת ישראל נ' דיניץ, פ"ד נא"ד (5) 97 (1997); ע"פ 725/95 מנדלברוט נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.12.1995); ע"פ 2400/94 סמאדג'ה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.10.1996); ע"פ 2546/92 למדן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז"ד (3) 98 (1993); ע"פ 2383/92 גבאי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.9.1993); ע"פ 777/92 הררי

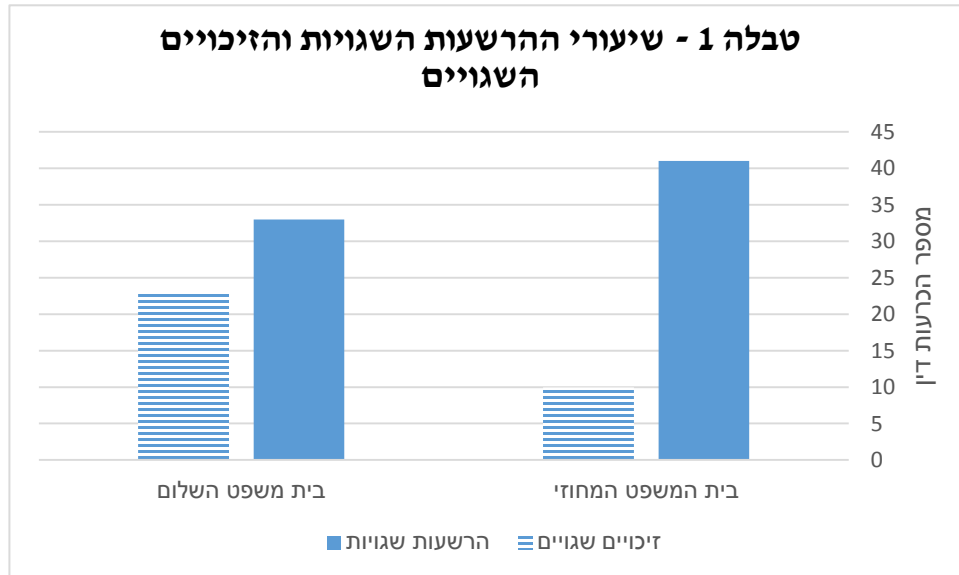
בית המשפט המחוזי, מביין 56 פסקי הדין שבהם נהפכה הכרעת הדין של בית המשפט השלום, כ- 23 פסקי דין נמצא זיכוי שגוי, וב-33 פסקי דין נמצאה הרשעה שגויה (ראו טבלה 1).<sup>47</sup>

נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.6.1995); ע"פ 4086/91 מימון נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 868 (1992); ע"פ 3514/91 אבו רקייק נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 126 (1992); ע"פ 3183/90 חמד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.8.1990); ע"פ 638/88 בריקס נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 576 (1990).

הערעורים שבהם הורשע המשיב: ע"פ 273/14 מדינת ישראל נ' פארס (פורסם בנבו, 23.12.2014); ע"פ 8416/09 מדינת ישראל נ' חרבוש (פורסם בנבו, 9.6.2010); ע"פ 8250/05 מדינת ישראל נ' שלום (פורסם בנבו, 3.10.2006); ע"פ 1609/03 בוריסוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 55 (2003); ע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאד, פ"ד נו(5) 221 (2002); ע"פ 6359/99 מדינת ישראל נ' קורמן, פ"ד נד(4) 653 (2000); ע"פ 2518/94 אלימלך נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 481 (1997); ע"פ 1143/92 מדינת ישראל נ' בוניפד (פורסם בנבו, 29.3.1993); ע"פ 1478/91 מדינת ישראל נ' רובכשי, פ"ד מו(1) 829 (1992); ע"פ 409/89 מדינת ישראל נ' רוימי, פ"ד מו(3) 465 (1990).

הערעורים שבהם זוכה המערער: ע"פ (מחוזי חי') 33750-01-18 שחאדה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.6.2018); ע"פ (מחוזי י-ם) 36963-10-17 סרויה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.10.2017); ע"פ (מחוזי חי') 17054-05-16 בוקריס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.6.2016); ע"פ (מחוזי מר') 31531-04-14 קריצ'בסקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.11.2014); ע"פ (מחוזי מר') 50635-03-14 סמילוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.11.2014); ע"פ (מחוזי ב"ש) 24879-02-14 מורד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.10.2014); ע"פ (מחוזי י-ם) 31866-08-12 סרויה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.8.2012); ע"פ (מחוזי מר') 1677-03-12 רמירז נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.7.2012); ע"פ (מחוזי מר') 14844-02-12 נדיר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.5.2013); ע"פ (מחוזי מר') 2024-09-11 בדיר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.11.2011); ע"פ (מחוזי מר') 16369-01-09 מדינת ישראל נ' שוחט (פורסם בנבו, 14.7.2009); ע"פ (מחוזי י-ם) 4456/09 גבאי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.9.2009); ע"פ (מחוזי ת"א) 70907/08 תירושי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.11.2009); ע"פ (מחוזי ת"א) 70418/08 לוי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.9.2008); ע"פ (מחוזי חי') 3194/08 חאתם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.5.2008); ע"פ (מחוזי חי') 3160/08 לוי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.10.2008); ע"פ (מחוזי חי') 3149/08 מדינת ישראל נ' דהן (פורסם בנבו, 26.6.2008); ע"פ (מחוזי מר') 1666-11-07 אהרן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.12.2008); ע"פ (מחוזי ב"ש) 4205/07 ביטון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.4.2008); ע"פ (מחוזי חי') 2657/07 זאדה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.1.2008); ע"פ (מחוזי י-ם) 30535/06 והב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.3.2007); ע"פ (מחוזי ת"א) 70822/05 בן שאול נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.11.2008); ע"פ (מחוזי ת"א) 70796/04 שגיא נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.12.2005); ע"פ (מחוזי י-ם) 8671/04 אזולאי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.10.2004); ע"פ (מחוזי נצ') 124/02 ברקוביץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.6.2002); ע"פ (מחוזי י-ם) 2464/01 בן גמיל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.2.2002); ע"פ (מחוזי ת"א) 70924/00 אבו זאיד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.3.2001); ע"פ (מחוזי ת"א) 70700/00 בוהדנה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.2.2002); ע"פ (מחוזי ב"ש) 7090/00 אלעטוונה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.2.2001); ע"פ (מחוזי י-ם) 2446/00 פלדמן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.1.2001); ע"פ (מחוזי י-ם) 132/99 מדינת ישראל נ' ליבוביץ (פורסם בנבו, 22.5.2000); ע"פ (מחוזי ב"ש) 7136/98 אסולין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.10.1998); ע"פ (מחוזי ת"א) 4355/98 א.צ. ברנוביץ ובניו (1985) בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.2.2000).

הערעורים שבהם הורשע המשיב: ע"פ (מחוזי נצ') 1276-09-17 מדינת ישראל נ' אבו עואד (פורסם בנבו, 23.1.2018); ע"פ (מחוזי מר') 6429-09-16 מדינת ישראל נ' אמיר (פורסם בנבו, 14.3.2018); ע"פ (מחוזי ב"ש) 24673-04-14 מדינת ישראל נ' בוסקילה (פורסם בנבו, 21.1.2015); ע"פ (מחוזי



כאמור, שיעור ההרשעות השגויות, כשלעצמו, אינו יכול לסייע באישוש השערת המחקר, אלא יש לבדוק גם כמה הכרעות דין מסתיימות בהרשעה וכמה בזיכוי. כדי לבחון שאלה אחרונה זו נדגמו באופן מקרי הכרעות דין של בתי המשפט המחוזיים שהתבססו לפחות באחד האישומים על ראיות נסיבתיות בלבד. מבין 94 הכרעות הדין שנדגמו, 60 הכרעות דין הסתיימו בהרשעת הנאשם

מ"ר) 39054-10-13 מדינת ישראל נ' כהן (פורסם בנבו, 26.2.2014); ע"פ (מחוזי חי') 47268-08-11 מדינת ישראל נ' מחמוד (פורסם בנבו, 8.12.2011); ע"פ (מחוזי ת"א) 728-05-11 מדינת ישראל נ' וינגוט (פורסם בנבו, 14.5.2014); ע"פ (מחוזי י-ם) 45643-10-10 מדינת ישראל נ' אבו אל הווא (פורסם בנבו, 29.3.2011); ע"פ (מחוזי ת"א) 36676-03-10 מדינת ישראל נ' עוזר (פורסם בנבו, 17.11.2010); ע"פ (מחוזי ת"א) 7802-09 מדינת ישראל נ' מרדינגר (פורסם בנבו, 15.9.2010); עפ"ג (מחוזי חי') 8229-06-09 מדינת ישראל נ' כוכבי (פורסם בנבו, 18.3.2010); ע"פ (מחוזי ת"א) 70062/08 מדינת ישראל נ' סבקן (פורסם בנבו, 13.5.2009); ע"פ (מחוזי י-ם) 2370/08 מדינת ישראל נ' נאגם שווק ויצירת מתכת בע"מ (פורסם בנבו, 6.7.2008); ע"פ (מחוזי י-ם) 40157/07 מדינת ישראל נ' עביד (פורסם בנבו, 24.12.2007); ע"פ (מחוזי חי') 2011/07 מדינת ישראל נ' חסן (פורסם בנבו, 26.4.2007); ע"פ (מחוזי ת"א) 70255/06 מדינת ישראל נ' ערד (פורסם בנבו, 20.4.2009); ע"פ (מחוזי י-ם) 9147/05 מדינת ישראל נ' בשיר ר. מ. לבנייה בע"מ (פורסם בנבו, 26.6.2005); ע"פ (מחוזי י-ם) 7750/03 מדינת ישראל נ' נזאר (פורסם בנבו, 6.7.2004); ע"פ (מחוזי י-ם) 7394/03 מדינת ישראל נ' בן גביר (פורסם בנבו, 28.10.2003); ע"פ (מחוזי חי') 2368/01 מדינת ישראל נ' שימשוילי (פורסם בנבו, 7.2.2002); ע"פ (מחוזי חי') 1162/99 מדינת ישראל נ' שוורצמן, פ"ד תשנ"ט(2) 273 (2000); ע"פ (מחוזי י-ם) 1946/98 מדינת ישראל נ' נימן (פורסם בנבו, 14.4.1999); ע"פ (מחוזי חי') 1160/98 מדינת ישראל נ' מוסטפא (פורסם בנבו, 18.4.2000); ע"פ (מחוזי חי') 623/98 מדינת ישראל נ' דוד כהן עבודות פיתוח ועפר בע"מ (פורסם בנבו, 18.6.1998).

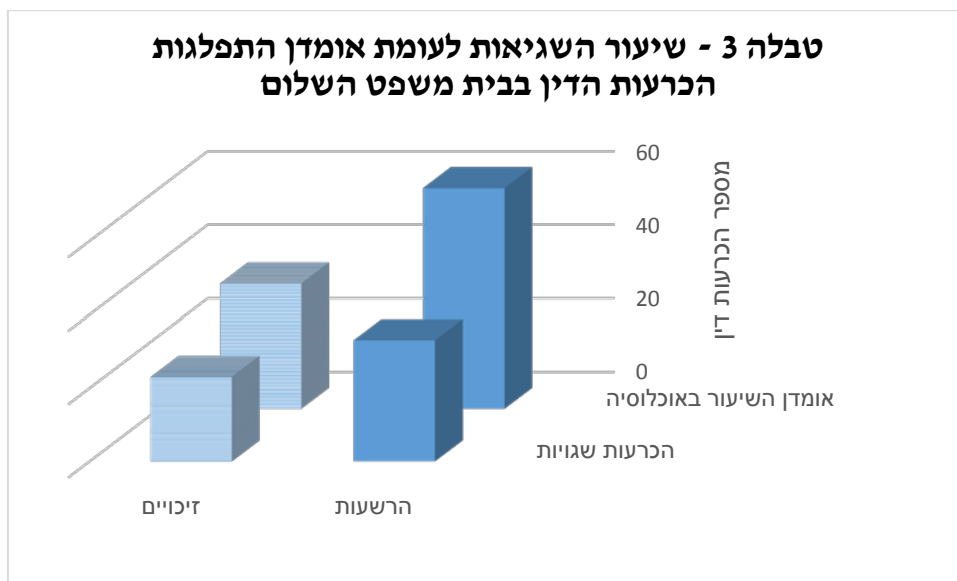
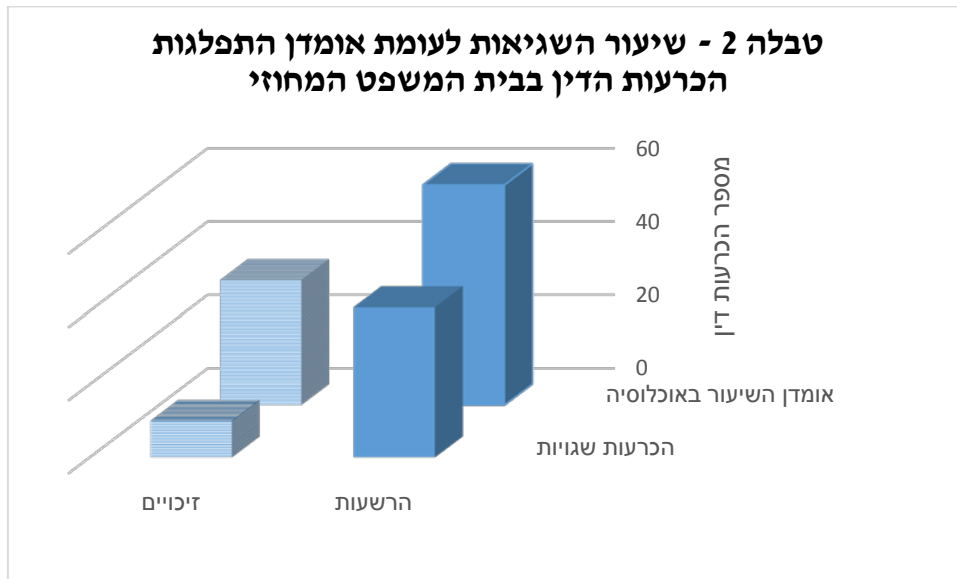
ר-34 הסתיימו בזיכוי. 48 נתון זה נועד לסייע בבדיקת השאלה אם הפרופורציה בין ההרשעות השגויות לזיכויים השגויים בבתי המשפט המחוזיים שונה במובהק מן הפרופורציה בין שיעור ההרשעות והזיכויים באישומים המבוססים על ראיות נסיבתיות. ערכנו את המבחן הן ביחס להכרעות הדין שניתנו בבית המשפט המחוזי (ונבחנו בבית המשפט העליון) והן ביחס להכרעות הדין שניתנו בבית משפט השלום (ונבחנו בבית המשפט המחוזי). השערת המחקר היא שאחוז ההרשעות השגויות על בסיס נסיבתי, מתוך סך פסקי הדין השגויים על בסיס נסיבתי, גבוה מאחוז ההרשעות מתוך סך פסקי הדין. הנתונים נאמדו על סמך שני מדגמים בלתי-תלויים, כפי שתואר למעלה. אשר להכרעות הדין שניתנו בבית המשפט המחוזי, לפי המדגמים מצאנו שאחוז ההרשעות השגויות מתוך סך הכרעות הדין השגויות הוא  $pr=0.803$ , ואילו אחוז ההרשעות מתוך סך פסקי הדין הוא  $PR=0.638$  (ראו **טבלה 2**). כדי לבדוק את המובהקות של הפרש זה, השתמשנו במודל הסטטיסטי המובא מטה – הבוחן את הפרשי הפרופורציות שנמצאו במדגמים – המתפלג באופן נורמלי בגלל מספר דרגות החופש הגדול. 49 התוצאה שהתקבלה היא 2.223, והיא מלמדת על הבדל מובהק ( $p=0.013$ ). לפיכך, קיבלנו את המסקנה שהשערת המחקר נכונה ביחס לפסיקת בתי המשפט המחוזיים, עם הסתברות לטעות הקטנה משני אחוזים. אשר להכרעות הדין שניתנו בבית משפט השלום, תוצאת המבחן היא שאם מתחשבים בפרופורציית ההרשעות והזיכויים שנמצאה במדגם, לא קיים הבדל מובהק בין פרופורציית ההרשעות השגויות והזיכויים השגויים לאף אחד מ"הכיוונים" – לא לכיוון של ההרשעות השגויות ולא לכיוון של הזיכויים השגויים (במבחן נמצא ערך של 0.595, שלפיו ההסתברות לממצא מקרי גדולה מעשרה אחוזים ( $p>0.1$ )) (ראו **טבלה 3**).

48 נתון זה עולה בקנה אחד עם נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, שלפיהם בשנים האחרונות אחוז ההרשעות בכלל התיקים, לרבות תיקים שבהם מבוססת ההרשעה על הסדר טיעון, הוא בסביבות ה-85% (ובשנת 2016 – 86.2% מכלל התיקים הסתיימו בהרשעה. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **הודעה לתקשורת – מורשעים בדין במשפטים פליליים, 2016** (2018). כידוע, תיקים רבים מסתיימים בהרשעה בהסדר טיעון, ולכן ניתן להניח שאחוז התיקים המסתיימים בהרשעה לאחר ניהול הוכחות נמוך במידה ניכרת.

49 המודל הסטטיסטי שבו השתמשנו במסגרת מבחן זה הוא

$$\frac{pr - PR}{\sqrt{\frac{pr(1-pr)}{n} + \frac{PR(1-PR)}{m}}}$$

כאשר  $PR$  מייצג את הפרופורציה במדגם שנועד לאמוד את שיעור ההרשעות והזיכויים באוכלוסייה ( $60/94=0.638$ ),  $pr$  מייצג את הפרופורציה במדגם שנועד לאמוד את יחס הטעויות השיפוטיות ( $41/51=0.803$ ),  $m$  הוא מספר הכרעות הדין שנדגמו במדגם הראשון (94), ואילו  $n$  הוא מספר הטעויות השיפוטיות שנדגמו במדגם השני (51).



#### ד. דיון ומסקנות

תוצאות המחקר מלמדות כי לפחות בעשורים האחרונים, מספר ההרשעות השגויות בבתי המשפט המחוזיים גבוה באופן מובהק ממספר הזיכויים השגויים בערכאה זו, גם אם מביאים בחשבון את שיעורן הגבוה יותר של הכרעות הדין המרשיעות לעומת מספר הכרעות הדין המזכות על יסוד

ראיות נסיבתיות בלבד. בכל הנוגע להכרעות דינו של בית משפט השלום, לא נמצא ממצא מובהק התומך בטענה שהשיעור היחסי של ההרשעות השגויות גבוה יותר מהשיעור היחסי של הזיכויים השגויים, אך גם לא נמצאה תמיכה לטענה הפוכה, שהשיעור היחסי של הזיכויים השגויים גבוה יותר. ממצאים אלה עולים בקנה אחד עם חששו של השופט הנדל בעניין קריאף, שלפיו בתי המשפט עלולים לשנות באופן ניתוחן של ראיות נסיבתיות ולהרשיע את הנאשם חרף קיומו של תרחיש מזכה סביר.<sup>50</sup> ודוק, ממצאים אלה אינם עומדים בסתירה לממצאי המחקרים שהוצגו בהערת הפסיקה. הם בוודאי אינם סותרים ממצאים המבססים הטיות פסיכולוגיות שונות שעשויות להיות רלוונטיות לאופן הערכתן של ראיות נסיבתיות, שכן ייתכן שתופעות אלה קיימות אלא שאין להן השפעה רבה על הליך פלילי אמיתי, המתנהל לפני שופט שקובע את ממצאי העובדה. הם גם אינם עומדים בסתירה לממצאי המחקרים שנועדו לדמות הליך משפטי, שכן אותם מחקרים לא בחנו שגיאות שיפוטיות, אלא את נכונותם של נבדקים שאינם שופטים "להרשיע" על סמך ראיות ישירות לעומת נכונותם להרשיע על סמך ראיות נסיבתיות. נוסף לכך, ייתכן שיש הבדל בהקשר זה בין ניסוי שנערך מול המחשב ובין הליך הפלילי אמיתי שנערך באולם המשפט על ידי שופט מקצועי.

ניתן להעלות מספר ביקורות כנגד ממצאי המחקר דנן או המסקנות שניתן להסיק ממנו. ביקורת אחת נוגעת לממצאים בדבר הטעויות השיפוטיות בהכרעות הדין של בתי משפט השלום. כאמור, לא נמצא אישור לטענה כי שיעור ההרשעות השגויות בבתי משפט השלום גבוה משיעור הזיכויים השגויים. ניתן לטעון שממצא זה מפחית את עוצמת המסקנה שניתן להסיק מן המחקר ומסייגת אותה לפסיקת בתי המשפט המחוזי בלבד. ברם, ייתכן שממצא זה פירושו שקיים מקדם טעות דומה בבית משפט השלום ובבית המשפט המחוזי, כך שהיעדר הבדל מובהק בין הערכאות פירושו ששיעור ההרשעות השגויות מתוך כלל הכרעות הדין השגויות דומה בשתי הערכאות. על כן אפשר לשער שבהכרעות הדין של בית משפט השלום קיימת נטייה דומה לזו שנמצאה בפסיקת בית המשפט המחוזי. אם זה המצב, הרי שאחוז ההרשעות השגויות הגבוה יחסית שנמצא בבתי המשפט המחוזיים מצוי גם בפסיקת בתי משפט השלום – גם אם לא ניתן לקבוע כי בערכאות אלה אחוז הטעות גדול אפילו יותר. מכל מקום, חשוב לשים לב שגם לא נמצא הבדל מובהק התומך בהשערת מחברי הערת הפסיקה – לא נמצא שיעור גבוה יותר של זיכויים שגויים.

50 ניתן לטעון שגם בית המשפט העליון סובל מהטיה בעת ניתוח ראיות נסיבתיות, והטיה זו מסבירה את התוצאות המובהקות שנמצאו ביחס לפסיקתו. אפשרות כזו אכן קיימת, אולם אין בכך לפגוע במסקנה שממצאי המחקר מלמדים על נטיית יתר להרשעות שגויות. מסקנה זו בוודאי נכונה אם נפרש את הממצאים כך שבית המשפט המחוזי מראה נטייה כזו ובית המשפט העליון מחליט ללא הטיה, והיא נכונה גם אם נפרש את הממצאים כך ששתי הערכאות מוטות, אלא שההטיה של בתי המשפט המחוזיים גדולה יותר בשיעור מובהק. אפשרות שלישית היא לפרש את הממצאים כך ששיעור הזיכויים הגבוה בפסיקת בית המשפט העליון מלמד כי הוא סובל דווקא מהטיה לכיוון זיכויים שגויים – הטיית האנטי-היסק שנמצאה במחקרים. אך קשה למצוא תימוכין לאפשרות כזו, שמשמעותה היא שבית המשפט העליון מוטה יותר מבית המשפט המחוזי. כאמור לעיל, לבית המשפט העליון – כשלעצמו וכערכאת ערעור – יש כלים שאמורים לסייע לו לאתר טעויות בהכרעות הדין ולהימנע מהטיות. לכן סביר הרבה יותר לפרש את הממצאים כך שפסיקת בית המשפט העליון מדויקת יותר מפסיקת בית המשפט המחוזי, ולא שגויה יותר, ודאי שלא בשיעור מובהק.

הביקורת המרכזית שניתן להעלות כנגד ממצאי המחקר עניינה מדיניות הגשתם של ערעורים על ידי רשויות התביעה לעומת מדיניות הגשתם של ערעורים על ידי סנגורים. הניסיון מלמד כי מדיניות הגשת הערעורים על ידי רשויות התביעה מאופקת יותר מזו של סנגורים. אפשר לטעון שאם זה המצב, כמעט כל הרשעה שגויה מגיעה לפתחה של ערכאת הערעור, אך לא כל זיכוי שגוי נדון בערכאת הערעור. לכן מדגם הטעויות השיפוטיות שנערך "מוטה" לכיוון של הרשעות שגויות, ולא ניתן להסיק ממנו מסקנות כלשהן.

התשובה לביקורת זו מתחלקת לשני חלקים: החלק הראשון עניינו מידת ההתערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה שנקבעו על סמך ראיות נסיבתיות. בהקשר זה לא חל הכלל שלפיו ערכאת הערעור תמעט להתערב בממצאי העובדה של הערכאה המבררת, שכן קביעת ממצאים על יסוד ראיות נסיבתיות מבוססת על היסק, ולערכאה המבררת אין יתרון על פני ערכאת הערעור בעניין זה.<sup>51</sup> החלק השני של התשובה נעוץ בעובדה שכפי שעולה מהערעורים הרבים שנסקרו במסגרת המחקר, גם רשויות התביעה מגישות ערעור כאשר קיים סיכוי סביר לקבלתו.<sup>52</sup> השילוב של שני החלקים עשוי להוביל למסקנה שכאשר רשויות התביעה סבורות ששגיאת הערכאה המבררת נובעת מהמסקנה שהסיקה ממכלול הראיות הנסיבתיות ושקיים סיכוי סביר שערכאת הערעור תתערב בהכרעת הדין – מוגש ערעור על הכרעת הדין. לכן אפשר להניח ששיטה המבוססת על בחינת ערעורים שהתקבלו לא "תפספס" חלק מן הזיכויים השגויים, לפחות לא במידה משמעותית. עם זאת, לא ניתן לשלול לחלוטין ביקורת זו. כמובן, אופן הערכתם של זיכויים לשם הגשת ערעור תלוי במדיניות הפרקליטות, שאף אם יש בה קו מנחה – עשויה להשתנות מעת לעת. בכל מקרה, נראה סביר להניח – והדבר דורש בדיקה – כי דווקא בתיקים חמורים יותר תיטה הפרקליטות להגיש ערעור אם היא סבורה כי הזיכוי על בסיס ראיות נסיבתיות שגוי, לעומת תיקים קלים יותר. הממצאים המובהקים נמצאו ביחס לפסיקת בית המשפט המחוזי, שבו נדונים המקרים החמורים יותר, ולכן אפשר להניח שהוגשו ערעורים לפחות במרבית המקרים שבהם סברה פרקליטות המדינה שהזיכוי שגוי ויש סיכוי סביר להרשעה בערעור.

על כל פנים, ואף לנוכח טענות אלה, אנו נכונים להתייחס אל ממצאי המחקר הנוכחי כאל ראיה נסיבתית – ולא דווקא ישירה – לכך שקיימת הטיה לכיווןן של הרשעות שגויות. בד בבד, נבקש להוסיף ולטעון כי גם אם הקורא לא ישתכנע שהשערת המחקר אוששה, עדיין קיימת חשיבות רבה לממצאי המחקר על הליכים משפטיים. במסגרת המחקר התאורטי עיקר החשיבות מוקנה לתופעה הפסיכולוגית עצמה. מנגד, בהליך המשפטי העיקר אינו התופעה כשלעצמה, אלא התוצאות

51 ע"פ 7141/07 **מדינת ישראל נ' טראבין**, פס' 41 לפסק דינו של השופט דניגר (פורסם בנבו, 3.11.2008).

52 דוגמה בולטת לכך שמוגש ערעור מטעם המדינה גם כאשר יש סיכוי סביר בעיניה לקבלתה הערעור, ולא רק במקרים גבוליים מאוד או כאשר הטעות בהכרעת הדין בולטת, היא עניין **קריאף** עצמו. קשה להגדירו כ"גבולי" לנוכח העובדה ששישה שופטים מתוך שישה קבעו כי יש לזכות את הנאשם. ובכל זאת בחרה המדינה להגיש ערעור. כך גם בתיקים נוספים חמורים פחות, למשל ע"פ 1132/10 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 7.3.2012); ע"פ (מחוזי חי') 36965-06-14 **מדינת ישראל נ' פחמאוי** (פורסם בנבו, 18.9.2014). אשר לעניין **קריאף**, שאלות מעניינות הן עד כמה הגשת הערעור הושפעה מכך שמדובר בזיכוי מוחלט מרצח, האם יש השפעה לעמדת משפחת קרבן העבירה, ואם כן – עד כמה הדבר נכון מבחינה נורמטיבית.

המתקבלות בפועל. אלה מלמדות כי ישנן הרשעות שגויות לא מעטות. נתון זה, כשלעצמו וגם אם אינו מייצג הטיה פסיכולוגית לכיוון של הרשעות שווא, מצדיק לנסות ולהקטין את השיעור המוחלט של ההרשעות השגויות, כעניין של מדיניות משפטית ראויה. ייתכן שטענה זו הייתה נכונה אפילו אם שינוי המבחן היה כרוך ב"הסטה" של נקודת האיזון בין הרשעות שגויות לזיכויים שגויים, כך שהקטנת מספר ההרשעות השגויות תהיה כרוכה בהגדלת מספר הזיכויים השגויים;<sup>53</sup> אך ודאי נכונה היא אם הקטנת ההסתברות להרשעה שגויה אינה כרוכה בהגדלת ההסתברות לזיכוי שגוי. ובמקרה שלנו, הבניית מבחן הראיות הנסיבתיות בפלילים והפיכתו לדו-שלבי במקום תלת-שלבי, לא מעלה חשש להגדלת מספר הזיכויים השגויים. לא מדובר ב"משחק סכום אפס" בין טעויות משני סוגים, אלא בניסיון להקטין טעויות מסוג אחד ותו לא. כאמור, אף אם מספר ההרשעות השגויות שהתגלו בפסיקת בית המשפט העליון אינו גבוה באופן יחסי, עדיין מדובר בתופעה קיימת שראוי לנסות ולצמצמה, ולפחות לחשוש מפניה, ככלל וגם באופן יחסי לחשש מפני זיכויים שגויים, שמספרם המוחלט נמוך מאוד.

עוד מגבלה של המחקר הנוכחי עניינה המבחן התלת-שלבי עצמו. הערת הפסיקה הוקדשה לשאלה אם קיים בסיס לחשש מפני הרשעת שווא על יסוד ראיות נסיבתיות. שאלה חשובה נוספת, שלא נדונה בהערת הפסיקה, היא אם המבחן הדו-שלבי אכן עשוי להועיל ולהקטין את אחוז ההרשעות השגויות. בעניין קריאף הוסברו בהרחבה הנימוקים למענה החיובי על שאלה זו, אך מחקר אמפירי או אקספרימנטלי יכול לשפוך אור נוסף על הסוגיה. במחקר הנוכחי לא ניסינו לבחון איזה אחוז של השגיאות השיפוטיות שמצאנו נבע מהתבססות על מבחן תלת-שלבי ואיזה מהתבססות על מבחנים אחרים. אחת הסיבות לכך היא שקשה לדעת עד כמה נפוץ המבחן התלת-שלבי, בין היתר מפני שבית המשפט אינו מכריז תמיד מהו המבחן שאותו יישם. הדעת נותנת שעד לפני עשור הייתה תפוצתו נמוכה יחסית, ואילו בשנים האחרונות – בעקבות הדיונים בפסיקה – השימוש בו רחב יותר. אך לנוכח המחסור במידע, ואף הדינמיות של העניין, קשה להסיק מסקנות כלשהן מהנתונים שנאספו במסגרת המחקר הנוכחי. ייתכן שבשנים הקרובות, בעקבות הוויכוח על אודות המבחן התלת-שלבי והדו-שלבי, יתגבש גוף מספיק של פסיקה ברורה שיסייע להשוות את השפעות שני המבחנים באופן אמפירי.

לסיום, אפשר לשאול כיצד ניתן להסביר את הממצאים מבחינה תאורטית. כפי שהוזכר, המחברים ביססו את טענתם בהערת הפסיקה על הטיות פסיכולוגיות שנמצאו במחקרים. נקודת המוצא של הרשימה הנוכחית הייתה בעיקר הניסיון השיפוטי, המלמד על מצב עובדתי שבו שיעור ההרשעות השגויות גדול משיעור הזיכויים השגויים, וכן האינטואיציה השיפוטית והיכרות עם הליך קבלת ההחלטה השיפוטית. האם ניתן למצוא הסברים אפשריים לממצאי המחקר גם בספרות הפסיכולוגית? הסבר אפשרי אחד טמון בהטיית האישוש (Confirmation Bias). הטיית האישוש, בהיבט הרלוונטי לענייננו, היא נטייתם של אנשים לתת משקל רב יותר לראיות התומכות בתרחיש שהם סבורים שהתרחש ולהעניק משקל חסר (או תשומת לב לקויה) לראיות שאינן עולות בקנה

53 ניתן לטעון שעצם הכלל של הספק הסביר כבר מגלם בתוכו משקל רב הרבה יותר לטעויות מסוג של "הרשעה שגויה" – תוצאה שנתפסת כגרועה הרבה יותר מזיכוי שגוי.



אחד עם תרחיש כזה.<sup>54</sup> במחקרים שדימו הליך משפטי נמצא שככל שנבדקים האמינו יותר בתרחיש מסוים, כך גדלה נטייתם להעניק משקל רב יותר לראיות התומכות בקיומו.<sup>55</sup> הטיה זו עשויה להיות רלוונטית לענייננו, מפני שסביר להניח שברוב ההליכים הפליליים שבהם נשענת התביעה על ראיות נסיבתיות כוחו של התרחיש המפליל חזק יותר מכוחו של התרחיש המזכה, והשאלה היא לא איזה תרחיש סביר יותר, אלא האם קיים ספק סביר אם לא – נטל שכנוע גבוה מזה של "מאזן הסתברויות". לשם הדיוק, לא מדובר בשני תרחישים "מתחרים", אלא בשאלה אם תרחיש ההרשעה הוא המסקנה הסבירה היחידה העולה מניתוח הראיות שהוכחו. זהו רף גבוה במיוחד. ייתכן ששופטים, הסבורים שההסתברות שהנאשם אשם גבוהה מאוד, נוטים להעניק משקל יתר לראיות נסיבתיות המתיישבות עם התרחיש המרשיע שבו הם מאמינים, ולהעניק משקל חסר לראיות התומכות בתרחיש המזכה – הליך שתוצאתו הרשעה שגויה. אם נכונה ההנחה שביסוד שיטת הבט"ש, שלפיה רמתם המקצועית והזהירות במלאכת הביקורת הערעורית של שופטי ערכאת הערעור (או לפחות שופטי בית המשפט העליון) גבוהה יותר מזו של עמיתיהם בערכאות המבררות, הם מסוגלים להתמודד טוב יותר עם הטיות באופן ניתוח הראיות, ובכלל זה גם הטיית האישוש. אולי זהו ההסבר לאחוז ההרשעות השגויות הגבוה, יחסית, שמצא בית המשפט העליון בפסיקת בית המשפט המחוזי.

ייתכן שהטיות נוספות תורמות גם הן לשיעור ההרשעות השגויות, או שקיימים הסברים אחרים לתופעה. כך, למשל, נטייה של שופטים לפסוק לחובת נאשם ששיקר בעדותו. בל נשכח כי השיפוט הוא מקצוע מעשי, ולא פעם שופט נזהר מאוד שלא לתת לנאשם "לעבור" עליו ולהתחמק מאחריותו, או לתת לנאשם "לחמוק מרצח" (to get away with murder), פשוטו כמשמעו. המטרה כאן אינה למפות את ההטיות כולן ולנסות למצוא הסבר שלם לתוצאות המחקר, אלא לחדד את מורכבותן של ההכרעות השיפוטיות. אלה יכולות להיות מושפעות מעשרות הטיות, ואף להתגבר עליהן, ולכן יש להיזהר מפני מסקנות שאינן מגובות בתשתית מתאימה.

## ה. סיכום

שופטי בית המשפט העליון חלוקים בשאלה מהי הדרך הראויה לניתוח ראיות נסיבתיות. גישה אחת מציעה מבחן תלת-שלבי, שבו הנאשם נושא ב"נטל" להוכיח כי המסקנה המרשיעה אינה המסקנה הסבירה היחידה. גישה שנייה מסתייגת ממבחן כזה, בעיקר לנוכח החשש שיישומו עלול להוביל לסטייה מהכלל היסודי בדיני העונשין, שלפיו על רשויות התביעה להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לספק סביר. בהערת הפסיקה נטען כי אין לחשוש להרשעות שווא כתוצאה מניתוח שגוי של ראיות נסיבתיות, שכן תופעות פסיכולוגיות שונות יכולות ללמד על נטייה לתת משקל חסר לראיות נסיבתיות. במחקר הנוכחי מצאנו, תוך הסתמכות על פסקי דין בערעורים, ששיעור ההרשעות השגויות בבית המשפט המחוזי גבוה באופן מובהק משיעור הזיכויים השגויים בו. נתון זה תומך

David M. Sanbonmatsu et al., *Overestimating Causality: Attributional Effects of Confirmatory Processing*, 65 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 892, 893 (1993)

Kurt A. Carlson & J. Edward Russo, *Biased Interpretation of Evidence by Mock Juries*, 7 JOURNAL OF EXPERIMENTAL PSYCHOLOGY: APPLIED 91, 93 (2001)

בממשות החשש מפני הרשעות שווא כתוצאה מהסתמכות יתר על ראיות נסיבתיות ובצורך לקבוע מבחן משפטי המקטין חשש זה.

הדגש ברשימה זו הושם בפסיקת בית המשפט העליון, שבה נבחנו הכרעות הדין של בית המשפט המחוזי. מסקנות המחקר נשענות, בין היתר, על ההנחה שבכל מחלוקת בין בית המשפט העליון לבית המשפט המחוזי – יש להגדיר את הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי כטעות. יכול הטוען לטעון כי בכל הנוגע לשאלה אם יש או אין מסקנה סבירה המתיישבת עם חפותו של הנאשם, אין לשופטי בית המשפט העליון יתרון על פני שופטי בית המשפט המחוזי. "אפשרות סבירה" אינה עובדה שניתן לצפות בה, להוכיחה או לבחון את קיומה באופן מדעי, אלא מדובר בקביעה משפטית שאפשר להביע לגביה עמדה לכאן או לכאן. ברם, כאן בדיוק נעוץ חוזקו של המחקר. השאלה אם קיימת מסקנה סבירה יחידה היא אכן שאלה משפטית, וההכרעה בה היא הכרעה משפטית, גם אם תכליתה היא למנוע מצב עובדתי שבו אדם שלא ביצע עבירה יורשע בה. פסקי דינו של בית המשפט העליון הם הדין המחייב את הערכאות הנמוכות יותר. האופן שבו הוא מנתח את הראיות מכווין את בתי המשפט האחרים בבואם לנתח ראיות נסיבתיות. זוהי הכוונה נורמטיבית בדבר האופן שבו ראוי לנתח ראיות אלה. תיק המבוסס על ראיות נסיבתיות הוא תיק שבו קיים ספק אינהרנטי (ולו בעוצמה נמוכה), ויש להכריע מהי תוצאת הספק הראויה – הרשעה או זיכוי.

יתרונו של המבחן הדו-שלבי הוא בסיוע לבית המשפט לבצע את מלאכתו ולזכות את הנאשם כאשר הראיות הנסיבתיות אינן מובילות למסקנה סבירה אחת. מערכת משפטית יכולה להשלים עם שחרור נאשם לחופשי אפילו אם עבר עבירה חמורה כגון רצח. אכן, זוהי תוצאה קשה. קול דמי הקרבן זועקים מן האדמה, כדברי המקרא ביחס לרצח הראשון בתולדות האנושות. תכליתן העיקרית של רשויות התביעה והחקירה היא למנוע מצב כזה – לגלות את האשם, להביאו לדין ולהענישו. אך עם זאת, בעולם שאינו מושלם ניתן לקבל ולהשלים עם קיומם של זיכויים שגויים המבוססים על דרישה ראייתית כבדה. לעומת זאת, הרשעת אדם שאינו אשם יוצרת חוסר צדק בידי מערכת הצדק עצמה, גם אם לא במכוון. אין לקבל ולהשלים עם תופעה כזו. פרויקטי החפות ברחבי העולם הוכיחו שבתחילת המאה העשרים הוצאו להורג מכוח גזר דין של בית משפט נאשמים שלא ביצעו את העבירה שבה הורשעו. אשר לשיטה הישראלית, יש ויכוחים האם ועד כמה קיימת גם בה תופעת הרשעות השווא.<sup>56</sup> לדעתנו, די בכך שהיא יכולה לקרות, ודי בכך שהיא התרחשה אפילו פעם אחת, כדי לעורר תגובה ורצון לשיפור.

נחתום במשפט העברי. התלמוד הבבלי מביא מקרה שבו קיימות ראיות נסיבתיות לרצח: "כיצד מאומד? אומר להן [הדיין לעדים]: 'שמא כך ראיתם שרץ אחר חבירו לחורבה, ורצתם אחריו, ומצאתם סייף בידו, ודמו מטפטף והרוג מפרפר? אם כך ראיתם, לא ראיתם כלום!'"<sup>57</sup> המלומד אלבק הביא דוגמאות לתרחישים מזכים אפשריים שניתן להעלות ביחס לדוגמה זו: הריגה מתוך הגנה עצמית; התאבדות של הנרצח, שהנאשם ניסה להצילו; או רצח בידי אדם שלישי שנמלט מן

56 ראו למשל בועז סנג'רו **הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות** 34–42 (2014); מרדכי לוי "הסכנה של הרשעות-שווא בישראל – גורמיה המרכזיים והצעות לצמצומה" **מאזני משפט** י 11 (התשע"ה); בועז סנג'רו "לא רק סכנה, אלא תופעה – תשובה לתגובתו של השופט מרדכי לוי על הספר 'הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות'" **מאזני משפט** י 67 (התשע"ה).

57 בבלי, סנהדרין לז, ע"ב.

החורבה דרך פתח נסתר.<sup>58</sup> אך לא כך מנמק התלמוד הבבלי את הפטור מאחריות פלילית. הנימוק הוא עקרוני – היעדרה של ראיה ישירה. הרמב"ם, הנשר הגדול, פורש את כנפיו על העניין ומסבירו כחשש ממדרון חלקלק: "אלו הרשתה תורה לבצע את העונשין באפשר הקרוב ביותר, אשר כמעט קרוב למחויב המציאות... כי אז היו מבצעים את העונשין כמה שהוא יותר רחוק מזה, ובמה שהוא עוד יותר רחוק, עד כדי כך שיתבצעו העונשין ויושמדו בני אדם תמיד באומדן קל לפי דמיון השופט".<sup>59</sup> החשש הוא מפני "דמיון קל" של השופט. ויושם אל לב שוב ושוב כי הרמב"ם, עם כל הערכתו לחז"ל, חכמי המשנה, הדיינים והדרישות המיוחדות של המשפט העברי, חשש מהדמיון הקל. זהו ריאליזם משפטי – הכרה בכך שבלוגיקה יש פסיכולוגיה. הדיין הוא אדם, על כל יתרונותיו וחסרונותיו. המחשב אינו יכול להחליף את האדם כשופט. מערכות משפט במדינות רבות, ואף המשפט העברי, הוכיחו את תרומתן לחברה ולעשיית הצדק. אך המשפט הוא משפט והשופט הוא אדם.

נסיים בכך: בשלב מסוים, ובשל נסיבות היסטוריות, גם המשפט העברי היה מוכן להכיר בהרשעה על סמך ראיות נסיבתיות.<sup>60</sup> בכך הוא דומה למשפט הישראלי כיום. מה נותר אפוא מההוראה "לא ראיתם כלום" ומן העקרונות המושרשים שהוזכרו עד כה? האם בטלו ועברו מן העולם? ראשית, גם במצב כזה נותר חציה הראשון של הקביעה – "לא ראיתם". על השופט להדריך עצמו ולומר כי ראיות נסיבתיות אינן ראיות ישירות – "לא ראיתם". ההשלמה היא פרי עמלך. ההיסק אפשרי, אבל אין לשכוח מהי ראיה ישירה ומהי ראיה הנסיבתית, על כוחה וחולשתה. שנית, לא תש כוחה של הסיפא – "כלום" – כנורמה מנחה. כאמור, ההכרעה בדבר סבירות הספק היא הכרעה משפטית-ערכית. הסוגיה התלמודית שהוזכרה לעיל אומרת שהיעדרה של עדות ישירה כמוה כלא כלום. מדובר בביטוי חריף. לא נאמר שהעדים לא ראו "מספיק", אלא שהראיות הקיימות שקולות לאין ואפס. ודאי שמבחינה סטטיסטית הראיות הנסיבתיות אינן חסרות משקל. אלא שמעמד הבכורה ניתן להכרעה הערכית בדבר מעמדו של הספק. הכרעה כזו אינה מבחינה בין זיכוי לזיכוי. כך אז, וכך גם היום בשיטת המשפט הישראלית.

58 שלום אלבק **הראיות בדיני התלמוד** 300–301 (התשמ"ז).

59 ספר המצוות, מצוות לא תעשה, רצ.

60 עניין קריאף, לעיל ה"ש 4, פס' 5–7 לפסק דינו של השופט הנדל; משנה תורה, סנהדרין, פרק כד, הלכה ד; ארבעה טורים, חושן משפט, סימן ב; שו"ת הריב"ש, סימן רנא. וכן ראו באופן כללי הרב שמחה אסף **העונשין אחרי חתימת התלמוד (זמר לתולדות המשפט העברי)** (התרפ"ב).