

ביקורת ספרות: מעבר לספק סביר – גמישות ההוכחה בדין הפלילי / יניב ואקי

מאת

דורון מנשה* וסיון ביבר**

מבוא. א. תמצית הספר. ב. מבוא לביקורת על המודל של ואקי. ג. ביקורת I: המודל המוצע אינו נחוץ בעבירות הקלות ביותר. ד. ביקורת II: אי-הנמקה של תחשיב התועלות. ה. ביקורת III: הפן הדסקריפטיבי של המודל המוצע אינו מבוסס. ו. סיכום.

מבוא

בספרו החדש של ד"ר יניב ואקי¹ מתמודד המחבר עם אתגר לא פשוט, להאיר באור חדש ומקורי את אחד הנושאים המוכרים והמזוהים ביותר עם המשפט הפלילי: סטנדרט ההוכחה "מעבר לספק סביר". המחבר עושה זאת בכישרון רב מבלי שהוא מותיר בו אבן על אבן, החל מהתחקותו על יסודותיו של המונח במשפט המקובל ובהגות הפילוסופית של המאה השמונה-עשרה, עבור בהצגת משמעויות אפשריות שונות ל"ספק הסביר" על פי מודלים שונים המתארים את תהליך ההכרעה העובדתי במשפט הפלילי, וכלה בהצגת מודלים מקוריים של אשמה הולמת ושל ענישה הולמת כתלות בחומרת העבירה והצדקתם מבחינה נורמטיבית. בכך הספר הוא חיבור יוצא דופן, פורץ דרך וכולט בספרות הענפה העוסקת בדיני הראיות במשפט המקובל. מטבע הדברים, רעיון מקורי וחדשני שכזה מעורר גם לא מעט שאלות וביקורות, שבחלקן ננסה לגעת לאחר הצגת עיקרי התזה של ואקי.

א. תמצית הספר

את השער הראשון של ספרו פותח ואקי במסע היסטורי בעקבות מקורותיו של מושג "הספק הסביר". ממחקרו עולה כי הפילוסופים היו הראשונים להתחבט בקושי הטמון בהגעה לאמת מוחלטת או לוודאות, ועוד יותר מכך, באפשרות להצדיק הכרעות שאינן מבוססות על ודאות מוחלטת. מתוך היריעה הפילוסופית הרחבה שפורסם ואקי ראוי לאזכר ברשימה קצרה זו את ג'ון לוק, בן המאה השבע-עשרה, אשר קבע כי מבחינה מעשית אין אפשרות לפעול על סמך ודאות מוחלטת, אם בשל מגבלות התפיסה האנושית ואם בשל הנאי

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

** בעל תואר דוקטור, ראש תחום בתביעה הצבאית הראשית.

המחברים מודים לעו"ד נחשון שוחט, דוקטורנט בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, על שקרא טיוטה מוקדמת של מאמר זה והעיר לה הערות מצוינות.

1 יניב ואקי מעבר לספק סביר – גמישות ההוכחה בדין הפלילי (2013).

ההליך ואילו ציו, מבחינת זמן, פרוצדורה ומשאבים חומריים וקוגניטיביים. לגישתו, כיוון שאי אפשר לצפות כי כל מאויינו יושקעו בחיפוש אחר הוודאות המוחלטת, עלינו להסתפק בידיעה אשר ניתנת להשגה אנושית. בכך סלל לוק את הדרך, ועמו הוגים נוספים בני דורו, לקיום חיי חברה סדירים, ובכלל זה מערכת משפט תקינה, בצלו של ספק מסוים שהוא אינהרנטי למגבלותיה של ההכרה האנושית. הזרם הפילוסופי התבוני, מבית מדרשו של לוק, הביא לתיחומו של אותו ספק בדרישה של סבירות לצורך קבלת הכרעה רציונלית.²

בסמוך לגיבושה של דרישת הסבירות בהגות הפילוסופית היא חדרה גם אל עולם המשפט. כך למשל אימץ ג'פרי גילברט, בחיבורו המפורסם על הראיות שפורסם באמצע המאה השמונה-עשרה ונחשב לבסיס של דיני הראיות באנגליה, גישה פילוסופית-לוקיאנית. גילברט קבע כי המונח "Moral Certainty", שהיה מקובל בזמנו כסטנדרט ההוכחה בפלילים, אינו דורש ודאות אבסולוטית אלא את ההבחנה המדויקת ביותר שניתן לבצע. בשלהי המאה השמונה-עשרה כבר הופיע המונח "ספק סביר" במשפטים שנערכו באנגליה ובאמריקה במסגרת הנחיות שניתנו למושבעים, ובתחילת המאה התשע-עשרה התקבע הסטנדרט של "מעבר לספק סביר" במשפט האנגלי-אמריקני כסטנדרט הראייתי שמגדיר את קו הגבול בין זיכוי לבין הרשעה.³

ואקי אינו מסתפק בהצגת המקור הפילוסופי של מושג "הספק הסביר" אלא מצביע על הגורמים ההיסטוריים שהובילו לקליטת דוקטרינת הספק במסגרת השיח השיפוטי-ראייתי, הקשורים להתפתחות מוסד המושבעים במשפט האנגלי-אמריקני. לאחר מכן הוא מציג כיצד נקלט "הספק הסביר" מהמשפט האנגלי במשפט הישראלי באמצעות סקירת פסיקה מנדטורית ופסיקה מהעשור הראשון למדינה. עם זאת קליטת המונח מהמשפט האנגלי נעשתה מבלי שניתנה לו, לטענתו של ואקי, הגדרה בהירה וקוהרנטית. בשנת 1994, במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, עוגן רף ההוכחה, באופן דקלרטיבי, בסעיף 34כב לחוק העונשין. המסקנה החשובה ביותר של הסקירה ההיסטורית שערך ואקי, מבחינתו, היא שסטנדרט ההוכחה של "מעבר לספק סביר" נקבע כנוסחת איזון בין אינטרסים שונים – אינטרסים של החברה, של הנאשם ואף של השופטים. כלומר, שמלבד הפן האפיסטמי והפן הפרגמטי של תיחום הספק במשפט הפלילי, יש ל"הספק הסביר" פן נורמטיבי שמטרתו היא איזון בין אינטרסים שונים.⁴

בתום הסקירה ההיסטורית פונה ואקי לעסוק בשאלות אם יש מקום להגדיר את סטנדרט "הספק הסביר" וכיצד יש לעשות זאת. בפתח הדברים הוא מציג את המחלוקת העזה שניטשה בפסיקה ובספרות על נחיצות הגדרתו של "הספק הסביר". כך למשל הוא מציין שבכמה מדינות בארצות הברית רווחת הגישה שלפיה יש להימנע מלהגדיר או לבאר את מושג "הספק הסביר". בחלק מהמדינות כל ניסיון להגדירו מוביל לפסילה אוטומטית של ההרשעה, ואילו במדינות אחרות מודגשת החשיבות שבהנחיית המושבעים בנושא זה. בית המשפט העליון בישראל נקט את הגישה כי יש מקום להידרש לסוגיית פרשנותו של המונח "הספק הסביר" על אף הקושי הכרוך בכך. אף ואקי תומך במתן פרשנות למונח, הן מטעמים

2 שם, בעמ' 43–51.

3 שם, בעמ' 52–54.

4 שם, בעמ' 54–68.

עיוניים הן מטעמים פרקטיים. עם זאת הוא מזהיר מפני תיחום מדויק וקשיח מדי שלו. לטענתו, הגמישות המאפיינת את סטנדרט "הספק הסביר" מאפשרת להתאימו לצרכים המשתנים של החברה ושל המשפט, והיא שמסבירה את "שרידותו" במשפט האנגלי-אמריקאי במשך מאות שנים על אף תמורות מרחיקות לכת שאירעו במשפט ובחברה.⁵

מכאן פונה ואקי למלאכת ההגדרה של "הספק הסביר". הוא עושה כן בעזרת כמה מודלים להערכת עובדות במשפט שבאמצעותם הוא בוחן הגדרות אפשריות שונות של סטנדרט הספק הסביר. תחילה הוא דן בשלושה מודלים הסתברותיים: מודל ההסתברות המתמטית, מודל ההסתברות האינדוקטיבית ומודל ההסתברות הסובייקטיבית, שהוצגו בהרחבה לקורא הישראלי במאמריו של פרופ' רון שפירא.⁶ לאחר מכן הוא מציג שלושה מודלים המתארים את תהליך ההכרעה במשפט הפלילי באופן שאינו מתמטי: מודל הסיפור, המודל הפרוטוטיפי ו"מודל הכרעה אמוציונלי".⁷

בשער השני של הספר מוצג החידוש המרכזי בעבודתו של ואקי, מודל נורמטיבי חדש שלפיו רף ההוכחה צריך להיות גמיש ולשקף איזון בין אינטרסים מתחרים. במיוחד ואקי מבקש לטעון, על פי התפיסה התועלתנית, כי בעבירות קלות שבהן הנזק הצפוי מהרשעה שגויה הוא קל יחסית, ניתן להסתפק ברף הוכחה נמוך מהנהוג כיום על מנת לקדם ערכים חשובים אחרים כמו ערך גילוי האמת ואינטרס המלחמה בפשיעה. כלומר, הוא מציע כי רף ההוכחה ינוע בין מאזן הסתברות לבין "מעבר לספק סביר" לפי קריטריונים ברורים שייקבעו בפסיקה. כך למשל מציין ואקי שבגין מרבית העבירות הפליליות אי אפשר להטיל עונשי מאסר כלל, או שהסיכון כי יוטל עונש מאסר בגינן הוא זניח, ובנוסף קיימות לא מעט עבירות פליליות שהרשעה בגינן אינה כרוכה בסטיגמה חברתית. ואקי טוען כי עבירות אלה אינן מצדיקות את רשת הביטחון הרחבה שהמשפט הפלילי מעניק לנאשם מפני הרשעת שווא, וכי בנוגע אליהן ראוי לחלק את סיכוני המשגה במשפט חלוקה שוויונית יותר בין הנאשם לבין החברה. עם זאת ואקי נמנע במכוון מלדון באופן יישומו של המודל שהוא מציע (הצעת קריטריונים מעשיים לקביעת רף הוכחה משתנה לפי חומרת העבירה), אף שהוא מודע לקשיים שעלולים להיווצר אגב כך.⁸

לאחר הצגת המודל החדש משקיע ואקי את עיקר מאמציו בהצדקתו מבחינה נורמטיבית, בטענו כי יש במודל זה כדי להגשים טוב יותר את מטרותיו המרכזיות של המשפט הפלילי. תחילה הוא דן בביקורת צפויה שלפיה המודל שהוא מציע עלול להסיט את קובע העובדות במשפט מחשיפת האמת העובדתית, שהיא לכאורה אחת המטרות המרכזיות של ההליך הפלילי על פי התאוריה הקלאסית של דיני הראיות ועל פי הרטוריקה המאפיינת את פסקי הדין. במענה לביקורת צפויה זו טוען ואקי, כפי שטענו רבים לפניו, כי האופן שבו

5 שם, בעמ' 69–81.

6 רון שפירא "המודל ההסתברותי של דיני הראיות חלק א – ביקורת מסורתית" עיוני משפט יט 205 (1994); רון שפירא "המודל ההסתברותי של דיני הראיות חלק ב – הלוגיקה ההכרתית" עיוני משפט כ 141 (1996).

7 ואקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 83–132.

8 שם, בעמ' 137–144.

הובנה התהליך השיפוטי במשפט המקובל, ובייחוד דיני הראיות שבו, מגלה כי ערך חשיפת האמת העובדתית ניגף פעמים רבות מפני ערכים אחרים. במיוחד ניסוחו של רף ההוכחה במשפט הפלילי מגלה העדפה ברורה למזעור טעויות מסוג של הרשעת חפים גם על חשבון הגדלת כלל הטעויות במשפט. ובכך הוא מרחיק את תהליך קביעת העובדות במשפט מהאידאל המוצהר של חשיפת האמת העובדתית.⁹

מכאן מגיע ואקי למסקנה כי תכליתו העיקרית של המשפט הפלילי אינה חשיפת אמת עובדתית כלשהי אלא בירור אשמתו של הנאשם. לפיכך גם רף ההוכחה במשפט הפלילי איננו כלי המשרת את בירור האמת אלא אמצעי המשקף הכרעה מוסרית-פוליטית באשר למידת ההוכחה הראויה להרשעת נאשם לאחר שקלול של אינטרסים של הפרט אל מול אינטרסים של החברה. בהקשר זה מאמץ ואקי למעשה את גישתו של פרופ' אלכס שטיין, שלפיה מטרתו של רף ההוכחה (בדומה לכללים הוכחתיים אחרים) היא לחלק את סיכוני המשגה במשפט לפי תפיסות המוסר והצדק בחברה נתונה.¹⁰ כשרף ההוכחה אכן משקף הכרעה מוסרית-פוליטית שכזו, וממילא אינו מבטא שאיפה בלתי מתפשרת לחשיפת אמת אובייקטיבית, נפתחת בפני ואקי הדרך להציע נקודת איזון שונה מזו שהתקבעה במשפט המקובל בין ערך חשיפת האמת לבין עקרון ההגנה על חפים מפשע. למעשה, דווקא נקודת האיזון שמציע ואקי, לפחות באשר לעבירות הקלות, קרובה יותר לאידאל של חשיפת האמת.¹¹

בהמשך ואקי מבקר את ההנחה הרווחת במשפט הפלילי שלפיה עקרון ההגנה על חפים מפשע צריך להביס את הערך של גילוי האמת ללא עריכת איזון כלשהו, שהוא תלוי נסיבות. לטענתו, מדובר בהיפוך היוצרות, שכן תכליתה העיקרית של מערכת האכיפה הפלילית היא אכיפת החוק ומיגור פשיעה, ואילו עקרון ההגנה על חפים מפשע, על אף חשיבותו, הוא משני לתכלית זו. ואקי טוען כי אילו היה רף ההוכחה הגבוה אכן מיושם בדיוקנות בכל ההליכים הפליליים, עבריינים רבים מדי היו חומקים מעונש, והדבר היה פוגע באמון הציבור במערכת אכיפת החוק. לכן בהתייחס לשני המודלים הקיצוניים של ההליך הפלילי שהציג הרברט פאקר, מודל המלחמה בפשיעה ומודל ההליך ההוגן, מציע ואקי מודל המאפשר לאזן בין התכלית של מלחמה בפשיעה לבין התכלית של שמירה על זכויות הנאשמים, על פי הנזק שייגרם לכל אחת מתכליות אלו כתלות בחומרת העבירה. לשיטתו, ככל שמדובר בעבירה חמורה יותר, יש לבכר את עקרון ההגנה על חפים מפשע ולדרוש רף הוכחה גבוה יותר. לעומת זאת ככל שמדובר בעבירות קלות, פוחת משקלו היחסי של עקרון ההגנה על חפים מפשע, ולכן ניתן להסתפק ברף הוכחה נמוך יותר, המאפשר להתקרב לאידאל של חשיפת האמת. במצב שבו מדובר בעבירות הפליליות הקלות ביותר, ואקי אינו שולל את האפשרות להנהיג רף הוכחה של עמידה במאזן הסתברויות המגשים הגשמה אופטימלית את אידאל חשיפת האמת, לטענתו.¹²

9 שם, בעמ' 146-160.

10 ראו ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW 107-140 (2005).

11 ואקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 162-165.

12 שם, בעמ' 167-180.

לאחר מכן מציג ואקי את ההצדקות ההיסטוריות להנהגת רף הוכחה גבוה, קשיח ובלתי מתפשר בכל מרחבי המשפט הפלילי כדי לשלול אותן, בטענה כי מדובר בהצדקות אנכרוניסטיות שאינן יכולות עוד לעמוד בימינו. למשל במאה השמונה-עשרה הטיל הקוד הפלילי האנגלי עונש מוות על מרבית העבירות (ועל כן זכה אף לכינוי The Bloody Code), ואילו בימינו עונש המוות הפך לנדיר, וקיימות עבירות פליליות רבות אשר עונשן המרבי הוא קנס. לפיכך ההצדקה לנקיטת זהירות מופלגת בהרשעת נאשמים, המבוססת על כך שמדובר ב"דיני נפשות", קהתה במידה רבה לאורך השנים ביחס למרבית העבירות.¹³

בנוסף, בעבר הייתה הבחנה ברורה בין הליכים אזרחיים לבין הליכים פליליים, שהצדיקה קטגוריית קביעת רף הוכחה גבוה יותר בהליכים פליליים, אך עם השנים הלכה הבחנה זו והיטשטשה. מצד אחד החל המשפט הפלילי לחלוש על תחומים רבים שבעבר היו מטופלים במשפט האזרחי, כגון עבירות תכנון ובנייה, עבירות איכות הסביבה ועבירות כלכליות שונות, ולכן פעמים רבות הסנקציות המוטלות במסגרתן אינן עולות על קנס סמלי. מצד אחר המשפט האזרחי מאפשר כיום, במגוון תחומים, להטיל סנקציות מעין-עונשיות כגון כופר או קנס, ולעתים הסנקציות המוטלות במסגרתן הן חמורות מאוד, כגון צו פינוי של אדם מביתו, שלילת אזרחות או צו לאשפוז כפוי במוסד לחולי נפש. במקרים אלו יכול להתלוות גם תיוג חברתי שלילי לסנקצייה האזרחית – תיוג שבדרך כלל מזוהה כתוצר לוואי של המשפט הפלילי.¹⁴

לבסוף, כיום אי אפשר עוד לקבוע בפסקנות כי פערי הכוחות בין הצדדים הם בהכרח גדולים יותר במשפט הפלילי, משום שלנאשמים עומדות כיום זכויות פרוצדורליות משמעותיות שלא ניתנו להם בעבר, כגון הזכות לייצוג (לעתים אף על חשבון המדינה), ומשום שלא מעט נאשמים יכולים להשקיע משאבים רבים בהגנתם, שאינם פחותים מהמשאבים שהשקיעה המדינה בהעמדתם לדין.¹⁵

קריאת ספרו של ואקי אינה מותירה מקום לספק כי שורשיו של המודל שהוא מציע נטועים בתורת המוסר התועלתנית. אולם לפי היסודיות המאפיינת את כתיבתו, אין הוא מתעלם מביקורת אפשרית על המודל המוצע גם מנקודת ההשקפה של תורת מוסר דאונוטולוגיות-גמולניות, המבוססות על תורתו של עמנואל קאנט. אחד מסימני ההיכר של תורתו של קאנט הוא האיסור לעשות שימוש באדם כאמצעי בלבד. מכאן נגזרת למשל טענתו המפורסמת של רונלד דוורקין כי הנזק הנגרם מהרשעה מכוונת של חף מפשע הוא נזק מוסרי (Moral Harm), שאינו משתנה כתלות בחומרת העבירה ובעונש הצפוי בגינה, ואינו בראיזון עם נזקים מסוגים אחרים. על כן, לפי גישה זו, מתחייב במשפט הפלילי סטנדרט הוכחה קשיח וגבוה, שישקף את רמת הוודאות הגבוהה ביותר האפשרית מבחינה אנושית, על מנת למנוע נזקים מוסריים מסוג זה. ככל שרף ההוכחה של "מעבר לספק סביר" משקף את רמת הוודאות הגבוהה הזו, הרי שהוא מוסרי, אף אם אינו מבטיח חסינות מוחלטת מפני הרשעות שווא. לעומת זאת כל הנמכה של רף ההוכחה תיתפס לפי גישה זו כהעלאה מכוונת ומחושבת של שיעור הרשעות השווא, ועל כן לא מוסרית. בתשובה לטענה

13 שם, בעמ' 182–185, 192–195.

14 שם, בעמ' 185–189, 196–204.

15 שם, בעמ' 189–192, 204–207.

אפשרית זו מזכיר ואקי תחילה את הביקורות הכלליות שהועלו נגד התפיסה הדאונטולוגית, כגון ביקורתו של ג'ון סטוארט מיל, שלפיה אין לתפיסה זו יכולת להכריע בהתנגשות בין זכויות, ועל כן היא אינה יכולה לשמש תורת מוסר כללית. נוסף על כך ואקי טוען כי רף ההוכחה של "מעבר לספק סביר" אינו משקף כלל תפיסה דאונטולוגית אלא נקודת קצה של תפיסה תועלתנית. לגישתו, אם המשפט הפלילי היה אכן מאמץ גישה דאונטולוגית, היה רף ההוכחה צריך להיות "מעבר לכל ספק", והכללים הראייתיים היו צריכים למנוע כל אפשרות, ולו קלושה, להרשעת שווא. כך למשל לא היו נקבעות חזקות או עבירות של אחריות קפידה, אשר משמעותן המעשית היא הנמכת רף ההוכחה. אולם במצב משפטי תאורטי שכזה מטרת המשפט הפלילי הייתה מסוכלת לחלוטין. בהמשך מראה ואקי כי גם דוורקין וגם שטיין, המזוהים עם תורת המוסר הדאונטולוגית, אינם נוקטים גישה קיצונית שכזו, ועל אף הבכורה שהם נותנים לעקרון ההגנה על חפים מפשע הם אינם סבורים, הלכה למעשה, כי זהו עיקרון מוחלט שאינו בר-איזון. ואקי אף תוהה מדוע הנזק המוסרי שנגרם מהרשעת חף מפשע עולה על הנזק המוסרי שנגרם לחברה מזיכוי ומשחרורו לחופשי של עבריין. יתרה מזאת, ואקי אף מערער על ההנחה כי הרשעתו של נאשם על פי מידת הוכחה שאינה "מעבר לספק סביר" היא שקולה להרשעה מכוונת של חף מפשע. לטענתו, כל סטנדרט הוכחה שעולה על מאזן הסתברויות משקף את שאיפתה של מערכת המשפט להימנע מהרשעת חפים מפשע. מבחינתו, ההבדל בין רף הוכחה של מאזן הסתברויות לרף הוכחה של "מעבר לספק סביר" הוא רק הבדל של מידה ולא של מהות, שעניינו שיעור "התקלות המצערות" שמערכת המשפט נאלצת לספוג, אף שאינה חפצה בכך.¹⁶

לאחר שוואקי דוחה את ההצדקה הדאונטולוגית של רף ההוכחה, הן מההיבט הנורמטיבי הן מההיבט הדסקריפטיבי, הוא פונה להצדקת המודל שהוא מציע על יסוד תורת המוסר התועלתנית מבית מדרשם של דייויד יום, מיל וג'רמי בנת'אם. לפי התפיסה התועלתנית, הנמכת רף ההוכחה עשויה להיות מוצדקת אם היא מגדילה את הרווחה החברתית בכללותה. בהקשר זה ואקי משווה את זכותו של נאשם שלא להיות מורשע בהיותו חף מפשע לזכויות אדם אחרות בחברות דמוקרטיות, אשר אף הן אינן מוחלטות ומחייבות עריכת איזונים כאשר הן מתנגשות עם ערכים אחרים ועם זכויות אחרות. למשל, במישור החוקתי, כפי שניתן לטעון כי בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו התגברה זכותו של אדם לא להיות מורשע על לא עוול בכפו, כך ניתן לטעון כי אף זכויות הקרבנות, בפועל או בכוח, עלו למדרגה חוקתית, ולכן הצורך באיזון אינטרסים נותר בעינו. לטענתו של ואקי, ככל שהפגיעה הצפויה לנאשם חף מפשע עקב הרשעתו קטנה, כך קטן המשקל היחסי של עקרון ההגנה על חפים מפשע ביחס לתכליות אחרות של ההליך הפלילי, כגון שמירה על אמון הציבור בהליך הפלילי והגנה על החברה מפני פשיעה. תכלית אחרונה זו היא כה חשובה עד שהיא נחשבת לאחת ההצדקות המרכזיות לקיומה של המדינה, אף לפי תפיסה צרה של תפקיד המדינה בהתאם לגישה הליברטריאנית של מדינת "שומר הלילה" מבית מדרשו של רוברט נוזיק.¹⁷

16 שם, בעמ' 213–226.

17 שם, בעמ' 227–250.

לאחר הנחת המודל המוצע על אדני התפיסה התועלתנית פונה ואקי אל האיזון התועלתני עצמו. מלבד הנזק האישי הרב שנגרם לנאשם חף מפשע מהרשעת שווא, ואקי עומד גם על הנזקים החברתיים הכרוכים בהרשעת שווא, שהם סיכול יעדי ההרתעה, הגמול, המניעה והשיקום של המשפט הפלילי. מנגד, ואקי מפרט את הנזקים שכרוכים בזיכוי שווא שזכו להתייחסות פחותה בפסיקה. זיכוי שווא פוגעים בתחושת הצדק ועל כן פוגעים באמון הציבור במערכת המשפט. הם מעמידים בסיכון חפים מפשע רבים שעלולים להיפגע מהעבריינים שזוכו, הם פוגעים בכוחה של ההרתעה הכללית ומביאים לעלייה בפשיעה. בנתיאם ונוזיק אף הזהירו ששיעור גבוה מדי של זיכוי שווא עלול להוביל לחורבנה של מערכת אכיפת החוק. על כן, לטענתו של ואקי, היחס הראוי בין הרשעות שגויות לזיכויים שגויים אינו יכול לעלות, בכל מקרה (גם בעבירות חמורות), על 1:10 בערך, על מנת שמערכת המשפט תוכל להגשים את תכליתה.¹⁸

יתרה מזאת, בשל הנזקים הרבים הכרוכים בזיכוי שווא ואקי טוען כי לא ניתן להצדיק, אפריורית, רף הוכחה גבוה המופעל באופן גורף, ללא התחשבות במאזן הכאב במקרה מסוים. הרי הכאב הנגרם לחף מפשע המורשע בעבירת תעבורה אינו זהה לכאב הנגרם לחף מפשע המורשע בעבירת רצח. בנוסף, ואקי מציין כי על פי המודל שהוא מציע הנזק שייגרם מהרשעות שווא על פי רף הוכחה נמוך יותר יוכל להיות קטן מהנזק שנגרם כיום מהרשעות שווא על פי רף ההוכחה הקיים, הן מבחינת מידת העונש הן מבחינת הסטיגמה החברתית הכרוכה בהרשעה. כמו כן הוא מציין כי לרף הוכחה גבוה יש עלויות גם מבחינת השקעת המשאבים הנדרשת מרשויות אכיפת החוק לצורך השגת ראיות והצגתן. על כן הנמכת רף ההוכחה בעבירות הקלות עשויה להיות יעילה גם מבחינה כלכלית.¹⁹

עם זאת בסופו של דבר ואקי מותיר מקום לשני אלמנטים גמולניים במודל שהוא מציע: האחד הוא קביעת סף מינימלי לרף ההוכחה, שהוא עמידה במאזן הסתברויות; השני הוא מתן משקל מיוחד להרשעת חף מפשע כאשר מדובר בעבירה חמורה. על כן בסופו של דבר ואקי בוחר לתאר את המודל שהוא מציע כמודל מעורב אשר מתייחס אל רף ההוכחה כאמצעי להשגת תועלות חברתיות, אך שלצדו קיימים שיקולים גמולניים המגבילים ומרסנים את השיקולים התועלתניים.²⁰

לאחר הצדקת המודל שהוא מציע על פי תורת המוסר התועלתנית מסביר ואקי כיצד מודל זה עולה בקנה אחד עם מושגי יסוד במשפט הפלילי, כגון חזקת החפות ומושג האחריות הפלילית. כמו כן הוא מתמודד עם הטענה שהמודל שהוא מציע יפגע בתפקידו האקספרסיבי של המשפט הפלילי. טענתו, בתמצית, היא שהמודל המוצע יאפשר לבצע התאמה בין מידת הוודאות של ההרשעה לבין רמת התיוג החברתי הנלווה לה. בכך יהיה ניתן לשכלל את תפקידה האקספרסיבי של ההרשעה הפלילית ואת כוחו האקספרסיבי של ההליך הפלילי בכללותו. המודל המוצע אף יאפשר לצמצם את הנזק הנגרם לאמון הציבור

18 שם, בעמ' 250–265.

19 שם, בעמ' 265–275.

20 שם, בעמ' 275–276.

מזיכויים שגויים ויעביר מסר אמין ומדויק יותר באשר לטיבה הנכון של ההרשעה. גם בשל כך יגבר כוחו האקספרסיבי של ההליך הפלילי לפי המודל המוצע.²¹

אף שהספר מוקדש, רובו ככולו, להצדקת המודל המוצע במישור הנורמטיבי, ואקי פונה בפרק האחרון של השער השני של ספרו לבחינת המודל המוצע במישור הדסקריפטיבי. בראשית הדברים מבחין ואקי בין מידת ההוכחה לבין כמות ההוכחה. לטענתו, רף הוכחה גמיש יכול להיקבע הן במישור של מידת ההוכחה הן במישור של כמות ההוכחה. משמעותה של החלופה השנייה היא שככל שהעבירה חמורה יותר, כך יידרשו ראיות רבות יותר כדי לקיים את מידת הוודאות הדרושה להרשעה (הגם שרף ההוכחה ייוותר ללא שינוי). ואקי סבור כי הגישה של כמות הוכחה גמישה היא מעשית מגישה של מידת הוכחה גמישה, כיוון שלדעתו שופטים יתקשו להבחין בין מידות הוכחה קרובות (למשל ההבדל בין מידת הוכחה של 75% לעומת מידת הוכחה 70%) ולכמתן. יתרה מזאת, ואקי טוען כי הגישה של כמות הוכחה גמישה משקפת פעמים רבות את האופן שבו מלאכת השפיטה מתבצעת בפועל.²²

את הולדתו של עקרון גמישות ההוכחה במשפט הישראלי מייחס ואקי לפסק דין גרינוולד.²³ במשפט זה, שנפתח בשל האשמתו של גרינוולד את קסטנר בשיתוף פעולה עם הנאצים, קבע השופט אגרנט כי בשל כובד משקלה של ה"האשמה", ואף שמדובר בטענת הגנה, ראוי לקבוע רף הוכחה גבוה יותר לשם קבלת טענת "אמת דיברתי". על כן השופט אגרנט קבע רף הוכחה של "אפשרות גבוהה" שהוא גבוה מ"מאזן הסתברויות" אך נמוך מ"מעבר לספק סביר".²⁴

בעקבות פסק דין גרינוולד אומץ במשפט האזרחי רף הוכחה גמיש, אשר נקבע לפי חומרת העניין הנידון, בעיקר במקרים שבהם עלתה טענה בעלת אופי פלילי, כגון הונאה, תרמית, לשון הרע וכו'. לעומת זאת בפסיקה הפלילית מצא ואקי רק מספר מצומצם של אמירות שלפיהן ככל שהעבירה חמורה יותר, "יש לנהוג בזהירות יתרה", המתייחסות בעיקר לכמות ההוכחה. ניתן למצוא בפסיקה גם אמירות הפוכות, ולפיהן מידת ההוכחה אינה אמורה להשתנות כתלות בחומרת העבירה. כך או כך, נדיר למצוא בפסיקה את הצד השני של אותו מטבע, כלומר האפשרות להסתפק במידת הוכחה פחותה בעבירות קלות. מכאן ואקי מגיע למסקנה כי על אף אזכורו הספורדיים של רעיון התאמת מידת ההוכחה לנושא הדיון הפלילי הוא טרם הבשיל לכדי עיקרון של ממש במשפט הפלילי.²⁵

לבסוף, בשער השלישי של ספרו, מציג ואקי את העיקרון שאותו הוא מכנה "ענישה הולמת", שמהותו היא יצירת מתאם בין חומרת הענישה לבין מידת ודאותה של ההרשעה. לפי הגישה הרווחת, שאותה ואקי מבקש לשנות, ההרשעה הפלילית נתפסת כהרשעה בטוחה וודאית: בטוחה, כיוון שהיא נסמכת על מידת הוכחה גבוהה ומחמירה (הנחת "אידאל ההרשעה"), וודאית, כיוון שהיא תוצר של תהליך הכרעה שיפוטי מיומן וחף מטעויות (הנחת "אידאל השפיטה"). באשר ל"אידאל ההרשעה" ואקי טוען, בהסתמך על

21 שם, בעמ' 281–369.

22 שם, בעמ' 383–388.

23 ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"ד יב 2017 (1958).

24 ואקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 389–391.

25 שם, בעמ' 391–406.

מחקרים שנערכו בארצות הברית ועל אמירות בפסיקה הישראלית, כי רף ההוכחה, בפועל, אינו אחיד ואינו תמיד גבוה ומחמיר. יתרה מזאת, לטענת ואקי קיים שוני בין הרשעות שונות גם במידת הביטחון של השופטים בהכרעתם (טענה מסדר שני). באשר ל"אידאל השפיטה" מאמץ ואקי גישה ראלית, ולפיה השפיטה היא מלאכה אנושית המועדת בהכרח לטעויות. בנוסף, ואקי מזכיר בהקשר זה את המחקרים הרבים שהוכיחו כי גם השופטים מועדים להטיות ולכשלים קוגניטיביים. המסקנה המתבקשת מהפרכתן של הנחות "אידאל ההרשעה" ו"אידאל השפיטה", לטענת ואקי, היא שההרשעות נבדלות זו מזו במידת ודאותן. לפיכך ההכרה בקיומו של מדרג הרשעות על בסיס מידת ודאותן מחייבת לטענתו התייחסות דיפרנציאלית לכל הרשעה והרשעה, הן בשאלת האשמה הנובעת ממנה והן בשאלת העונש אשר ראוי שייגזר בעקבותיה.²⁶

ואקי מציין כמה הצדקות נורמטיביות לעקרון הענישה ההולמת שהוא מציע. ראשית, בהתייחס לביקורת צפויה, ואקי טוען כי עקרון הענישה ההולמת יקדם היבט מסוים של עקרון ההגנה על חפים מפשע בכך שהוא יצמצם את הנזק הנגרם מהרשעות שגויות. זאת משום שככל שמידת הביטחון בהרשעה תפחת, יקטן העונש בהתאמה. כל זאת מבלי לפגוע בערכים ובאינטרסים אחרים של ההליך הפלילי, שבראשם ערך חשיפת האמת ואינטרס המלחמה בפשיעה, כלומר מבלי להגדיל את שיעור זיכויי השווא. שנית, בדומה לעקרון האשמה ההולמת גם עקרון הענישה ההולמת משתלב במגמה הכללית של המשפט הישראלי של מעבר מפורמליזם משפטי אל עבר משטר של איזון בין ערכים לשם קבלת תוצאות מדויקות וצודקות יותר. שלישית, לטענת ואקי ניתן לגזור את עקרון הענישה ההולמת אף מעקרון המידתיות, שהוא עקרון יסודי בדיני העונשין. דרישת המידתיות, הבאה לידי ביטוי בהקשר זה כהלימה בין טיבה של ההרשעה לבין הענישה, מבטאת עקרונות בסיסיים של צדק והגינות. בהקשר זה ואקי טוען שכבר כיום במשטר הסדרי הטיעון הנאשם מותר לתביעה על מידת ההוכחה המוגברת הרובצת לפתחה בתמורה להקלות בענישה, ובכך מתקיימת הלימה בין מידת ההוכחה לבין מידת הענישה.²⁷

בפרק האחרון לספרו מציע ואקי כמה דרכים מעשיות ליישום המודל שהוא מציע. ההצעה הראשונה היא להתאים את חומרת הענישה לכמות הראיות ששימשו להכרעת הדין, לפי תאוריית המשקל הקיינוזיאנית מבית מדרשו של ג'ון מיינרד קיינס. ההצעה השנייה מבקשת להבחין בין ההרשעות השונות לפי קיומן וטיבן של התוספות הראייתיות. ההצעה השלישית היא לקבוע את מידת ודאותה של ההרשעה על פי גודל המותב ועל פי אופן קבלת ההכרעה (בדרך של פה אחד או בדעת רוב).²⁸

ב. מבוא לביקורת על המודל של ואקי

כאמור, ואקי מקפיד לתאר את המודל שהוא מציע כמודל מעורב, שבו רף ההוכחה משמש בעיקר אמצעי להשגת תועלות חברתיות, אך הוא מוגבל בשיקולים גמולניים בשני היבטים:

26 שם, בעמ' 435–448.

27 שם, בעמ' 463–476.

28 שם, בעמ' 481–487.

עמידה במאזן הסתברויות כסף מינימלי של הוכחה ומתן משקל מיוחד להרשעת חף מפשע כאשר מדובר בעבירה חמורה. בפתח התייחסותנו למודל שוואקי מציע נציין כי מודל זה, על אף האלגנטיות והתבונה המגולמים בו ועל אף היותו מודל מעורב, לוקה בכמה מהפגמים שמאפיינים גישות תועלתניות "טהורות" של דיני הראיות במשפט הפלילי.

הגישה התועלתנית, כמעט מעצם הגדרתה, מוותרת על מעמדם המיוחד של עקרונות יסוד שהיו, במשך מאות שנים, סימני ההיכר של המשפט הפלילי. בהקשר זה נבקש לציין במיוחד את אידאל חשיפת האמת,²⁹ את עקרון ההגנה מפני הרשעות שווא³⁰ ואת "תזת חלוקת העבודה" שבין שלב קביעת העובדות במשפט לבין שלבים אחרים של ההליך שדורשים היסק משפטי, כגון שלב גזירת העונש.³¹ לפי גישה תועלתנית "טהורה" עקרונות יסוד אלו (ועקרונות אחרים) הם לא יותר מאמצעי למקסום הרווחה המצרפית של הציבור. על כן מרגע שאחד מאותם עקרונות "מפריע" למקסום הרווחה הכללית ניתן פשוט לוותר עליו.³² גישה תועלתנית "טהורה" ניתן למצוא למשל אצל פרופ' טליה פישר:

מטרתו המרכזית של ההליך הפלילי אינה קביעת עובדות או הטלת אחריות פלילית; המטרה הראשונה במעלה של ההליך הפלילי היא יישוב הסכסוך הפלילי, בין שסכסוך זה יוגדר כחל בין התובע לנאשם ובין שהוא יוגדר כסכסוך שבין העבריין לחברה. המטרה של ההליך הפלילי אינה מוגשמת עם הוצאת האמת לאור – זוהי רק תחנת-ביניים בדרך להכרעה במחלוקת. ייעודו של ההליך הפלילי מוגשם רק עם סתימת הגולל על המחלוקת הפלילית [...] מאחר שההתחקות אחר האמת מהווה רק אמצעי ליישוב הסכסוך, בבחירה בין חקר האמת לבין הסכמת הצדדים ניתן להסיג את האמת מפני ההסכם.³³

זוהי למעשה התפיסה שמאמץ גם ואקי בנוגע לעקרון ההגנה מפני הרשעות שווא באשר לחלקים נרחבים של המשפט הפלילי. לגישתו, אין מדובר בעקרון על שחולש על כל מרחבי המשפט הפלילי³⁴ אלא באמצעי בלבד שמשמש להשגת מטרת אחרת (למעט בעבירות חמורות, כאמור). לפי גישה זו, במידת הצורך ניתן לאפשר הרשעת חפים מפשע בעבירות רבות כדי לקדם מטרת חברתיות אחרות, כגון מלחמה בפשיעה.

29 ראו דורון מנשה "אידאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים" קרית המשפט א 307, 307–310 (2001) (להלן: מנשה "אידאל חשיפת האמת").

30 שם.

31 ראו דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83, 95–96 (1996).

32 ראו בהקשר זה את מאמרו של שפירא, המזהיר מפני המכשלה הזו של הניתוח הכלכלי של דיני הראיות: Ron A. Shapira, *The Economic Analysis of The Law of Evidence: A Caveat*, 19 CARDOZO L. REV. 1607, 1608–1613 (1998).

33 טליה פישר "גבולות השליטה של הצדדים בהליך הפלילי" עיוני משפט כט 377, 434 (2006).

34 לפירוט הגישה שלפיה כלל מידת ההוכחה מתפקד כעיקרון מעין דוורקיאני, שתוכנו הוא חובה שיפוטית למאמץ למזעור סיכויי משגה ככל שניתן למזערם בתנאי בירור עובדתי אנושי, ראו דורון מנשה "הרהורים בעקבות הכרעות הערכאות השיפוטיות בענינו של אריה דרעי" קרית המשפט ב 329, 335–336 (2002).

מבלי להיקלע לוויכוח מוסרי עם ואקי או עם פישר במסגרת רשימה קצרה זו, נאמר שאימוצן של גישות תועלתניות או תועלתניות למחצה מהסוגים שהם הציעו יחייב הלכה למעשה לבטל את המשפט הפלילי כפי שהוא מוכר לנו כיום ולהנהיג תחתיו תחום משפטי חדש שבו עקרונות יסוד חדשים. פישר אינה רואה לכאורה כל קושי במסקנה רדיקלית זו, והיא מבטיחה לפתח בעתיד את הסוגיה של "הפרטת ההליך הפלילי".³⁵ לעומת זאת ואקי נמנע מהצהרות רדיקליות מהסוג הזה הגם שהמודל שהוא מציע מהווה מהפכה של ממש, בתנאי שלא נבקש לפרש את הצעתו כחלה רק על שולי שוליו של המשפט הפלילי, כפי שיובהר בהמשך.

כאמור, אין בכוונתנו להפוך רשימה קצרה זו לזירת התגוששות בין תפיסת העולם התועלתנית לתפיסת העולם הגמולנית. תחת זאת בכוונתנו להציג שלוש ביקורות ממוקדות על התזה של ואקי, שאינן חולקות על תפיסת עולמו התועלתנית בעיקרה.³⁶ הביקורת הראשונה תעלה את השאלה אם המודל של ואקי אכן נחוץ בעבירות הקלות ביותר (שאותן הרבה ואקי להציג כדוגמאות להצדקת התזה שלו), הביקורת השנייה תחלוק על התחשיב התועלתני שהציג ואקי, והביקורת השלישית תחלוק על הפן הדסקריפטיבי של המודל המוצע. להצגת ביקורות אלה נפנה כעת.

ג. ביקורת I: המודל המוצע אינו נחוץ בעבירות הקלות ביותר

אחת השאלות המרכזיות שעולות מקריאת חיבורו של ואקי היא על אילו עבירות בדעתו להחיל רף הוכחה נמוך מרף ההוכחה של "מעבר לספק סביר" הנוהג כיום. בהקשר זה ואקי

35 פישר, לעיל ה"ש 33, בעמ' 434.

36 אם כי אנו סבורים שוואקי מפרש פירוש פשטני מדי את ההצדקות הדאונטולוגיות המקובלות ומתעלם מטיעונים חזקים מתחום תורת המדינה למידת ההוכחה הפלילית ועיצובה כמידה קבועה ובלתי משתנה. מלבד ההבחנה הבסיסית של דוורקין, הנזכרת אצל ואקי, בין הנזק המוסרי הנובע מהרשעת שווא, שהיא תוצאה של טעות שיפוטית, לבין הנזק המוסרי המיוחד הנובע מהרשעה מכוונת של אדם חף מפשע, שנתפס בעיני הציבור כחמור הרבה יותר (ראו RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE (1985) 79–92), ניתן להזכיר גם את גישתו של לורנס טרייב שלפיה הרשעת נאשם בשל קיומו של ספק ממשי ומוצהר באשר לאשמתו היא פעולה לא מוסרית שפוגעת בכבוד הנאשם, משתמש בו כאמצעי להשגת מטרת אחרת ופוגעת במטרותיו האקספרסיביות והחינוכיות של המשפט הפלילי (ראו Laurence H. Tribe, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 HARV. L. REV. 1329, 1372–1375 (1971)). כמו כן לפי עקרון ההגינות שהציע שטיין, על המדינה לעשות כל שביכולתה כדי להגן על הנאשם מפני הסיכון של הרשעת שווא ולהימנע ממתן הגנה טובה יותר לנאשמים אחרים (ראו STEIN, לעיל ה"ש 10, בעמ' 172–178). דוגמה להתמודדות עם הטיעון הפשטני של ואקי, שלפיו גישות דאונטולוגיות אינן יכולות לאזן בין חובות סותרות, מצויה אצל: Jeffrey Reiman & Ernest van den Haag, *On the Common Saying that it is Better that Ten Guilty Persons Escape than that One Innocent Suffer: Pro and Con*, in CRIME, CULPABILITY AND REMEDY 226, 230–234 (Ellen F. Paul et al eds., 1990). בנוסף, אנו סבורים כי ניתן לבסס טיעון חזק בעד זכותו של הנאשם שלא להיות מורשע בהיותו חף מפשע גם על יסוד עקרון חירות הפרט כאידאל ראשוני של צדק לפי תפיסת הצדק של ג'ון רולס, ששיקולי רווחה כלכלית אינם יכולים לגבור עליו (ראו JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 130–139, 176–180 (rev. ed. 1999)). דוגמה לטיעון שכזה ניתן למצוא אצל Reiman & van den Haag, שם, בעמ' 237–240.

מתייחס בעיקר לעבירות שאינן מלוות בתיוג חברתי ושהסנקציות המוטלות בגינן אינן עולות לרוב על קנס סמלי, כגון עבירות תכנון ובנייה, עבירות על דיני איכות הסביבה, עבירות מס, עבירות מחשבים, עבירות תעבורה והעסקת עובד זר ללא היתר.³⁷ אשר לעבירות אלו, שבהן הנזק הצפוי מהרשעה שגויה הוא קל יחסית, ולעומת זאת זיכוי שווא עלול לפגוע בערכים חשובים כמו אינטרס המלחמה בפשיעה, אין הצדקה לטענתו לשימור רף ההוכחה הגבוה של "מעבר לספק סביר". הגם שמסקנה זו נראית נכונה כשלעצמה, ניתן לטעון כי היא רק סימפטום של הבעיה האמתית הטמונה בעצם הגדרתן של עבירות מסוימות כעבירות פליליות.

כלומר, אם עבירה מסוימת אינה מעוררת רגשי נקם מצד החברה, אינה ראויה לגינוי חברתי, אינה מצריכה את הרחקתו של העבריין מן החברה ואינה מצדיקה נקיטת אמצעי ענישה חמורים מקנס לצורך הרתעת היחיד והרבים, נראה כי אין הצדקה למקם אותה לכתחילה במסגרת המשפט הפלילי. מסקנה עקרונית זו נגזרת מן התפיסה שבמשטר ליברלי אין קיימת ההצדקה האפרוירית לשימוש בכוח כופה בדמותו של המשפט הפלילי מצד המדינה ומתוך הדגשת ייחודה ופגיעתה של הסנקציה הפלילית בתור שכזו. כך ניסח זאת הרברט פאקר:

The criminal sanction is the law's ultimate threat. Being punished for a crime is different from being regulated in the public interest, or being forced to compensate another who has been injured by one's conduct, or being treated for a disease. The sanction is at once uniquely coercive and, in the broadest sense, uniquely expensive. It should be reserved for what really matters.³⁸

מפתיע שדווקא בעניין זה נוקט ואקי גישה פורמליסטית, שאינה מאפיינת את הספר בכללותו, המתייחסת לסיווגן של העבירות התייחסות אקסיומטית. לדעתנו, אשר תפורט להלן, נכון ופשוט להוציא עבירות מסוימות מגדר ההליך הפלילי יותר מאשר לנסות ולהתאים את ההליך הפלילי לעבירות שאינן תואמות את תכליותיו הבסיסיות (בפרפרזה על המימרה האמריקאית הידועה: אם זה לא נראה כמו ברווז, לא הולך כמו ברווז ולא מגעגע כמו ברווז – אין סיבה להתייחס לזה כברווז).

ואכן, ה"אינפלציה" של העבירות במשפט הישראלי, הפיחות בסטיגמה הנלווית להן והצורך להוציא עבירות מסוימות מגדר ההליך הפלילי ולהעבירן לתחומו של המשפט המנהלי לא נעלמו מעיני מלומדים³⁹ ומעיני המחוקק. כך למשל בשנת 1985 נחקק חוק

37 ואקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 357–363.

38 HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 250 (1968)

39 ראו דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155 (1983); מרים גור-אריה "אחריות מוחלטת לעבירות של 'תקנת הציבור' – קריאה להוצאתה מהמשפט הפלילי ולהעברתה אל המשפט המנהלי" גבורות לשמעון אגרנט 241 (1986); קנת מן "סנקציות אזרחיות-עונשיות" עיוני משפט טז 243 (1991); מרדכי קרמניצר "האם המשפט הפלילי – ידו בכול?" ספר דניאל 935 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008); ויששכר רוזן-צבי וטליה פישר "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" משפטים לח 489, 511–516 (2008).

העבירות המינהליות, התשמ"ו–1985, אשר לאורך השנים היה פלטפורמה להוצאת עבירות רבות מגדר הליך הפלילי ולהעברתן להליך מנהלי מהיר ויעיל יותר.⁴⁰ המנגנון שקובע החוק הוא של הטלת קנסות מנהליים בידי מפקחים ורשמים כתחליף להגשת כתבי אישום. לפי סעיף 23 לחוק העבירות המינהליות, כשאדם משלם את הקנס שהוטל עליו, התשלום מכפר על העבירה, במובן זה שתשלום הקנס אינו נחשב הרשעה ואינו נרשם במרשם הפלילי.⁴¹

עם זאת בחוק העבירות המינהליות נקבעו שני חריגים לערוץ הטיפול המנהלי: חריג אחד נקבע בסעיף 15 לחוק, כאשר תובע סבור כי יש טעמים המצדיקים הגשת כתב אישום. מדובר במקרים חריגים בחומרתם או במקרים של עבריינות חוזרת, אשר מצדיקים הוקעה חברתית וענישה מחמירה יותר, כגון הטלת עונשי מאסר.⁴² במקרים אלו אף מוצדק לכאורה לתת לנאשם את הזכויות שמקנה הדין הפלילי, וכך קובע החוק.

לעומת זאת ההצדקה לקיומו של החריג השני מובנת פחות. בסעיפים 8(ג) ו-9(ב)(3) לחוק העבירות המינהליות נקבעה זכותו של אדם שנשלחה אליו הודעת קנס להודיע על רצונו להישפט על העבירה. במקרה שכזה תובע נדרש להגיש כתב אישום נגד אותו אדם, לפי סעיף 13 לחוק העבירות המינהליות. בשל הגשת כתב האישום מתנהל הליך פלילי מלא, על כל כלליו ודקדוקיו, שתוצאתו יכולה להיות הרשעה לכל דבר ועניין (ראו סעיף 14 לחוק העבירות המינהליות), לרבות לעניין המרשם הפלילי.⁴³ בהקשר זה ניתן לתהות מדוע כשהמדינה סבורה שאין טעם בניהול הליך פלילי בשל טיב העבירה (שאם לא כן, היה מוגש כתב אישום מלכתחילה), יש לאפשר למי שהוגשה נגדו הודעת קנס לגרור את המדינה להליך פלילי יקר ובעל פריוולגיות יתר לנאשם – הליך שבסופו של יום עלול אף לפגוע בנאשם עצמו מעבר לנדרש (הן בהיבט ההרשעה הפלילית הן בהיבט העונש שאינו חייב להיות מוגבל במקרה שכזה לקנס בלבד).

עם זאת הבעיה שהוצגה לעיל אינה מחייבת פתרון דרסטי המשנה סדרי עולם במשפט הפלילי, כגון קביעת רף הוכחה גמיש. תחת זאת ניתן לבצע תיקון לחוק העבירות המינהליות, שיקבע כי במקרה שמקבל הודעת הקנס טוען שלא ביצע את העבירה, ייעשה הברור בהליך מנהלי, שלא יחייב, בין היתר, את הוכחת העבירה לפי סטנדרט הוכחה של "מעבר לספק סביר", כפי שמציע ואקי. הליך ברור מנהלי שכזה נקבע לאחרונה למשל בפרק ח'4 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח–1968, שהיתוסף לחוק בשנת 2011.⁴⁴ הפרק החדש מכונן "ועדת אכיפה מנהלית", שבראש כל מותב שלה עומד מי שרשאי לכהן כשופט מחוזי. מותב של הוועדה מוסמך לדון בכל חשד להפרת חובה לפי חוק ניירות ערך (הפרות אשר

40 הקריטריונים המצדיקים הגדרת עבירה כ"עבירה מנהלית" מפורטים בס' 2.2.4 ל"נוהל והנחיות להפעלת חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו–1985" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.3041 (התשמ"ז).

41 ראו רע"פ 3515/12 מדינת ישראל נ' שבתאי, פס' 28 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.9.2013).

42 ראו ס' 5.2.6 ל"נוהל והנחיות להפעלת חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו–1985" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.3041 (התשמ"ז).

43 עניין שבתאי, לעיל ה"ש 41, פס' 29 לפסק הדין.

44 הפרק התווסף במסגרת חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א–2011, ס"ח 206.

לרוב הן גם עבירות פליליות לפי פרק י' לחוק).⁴⁵ הדיון בוועדה אינו כפוף, ככלל, לדיני הראיות, והוא ייעשה על פי סדרי דין שתקבע הוועדה עצמה.⁴⁶ בתום הדיון, אם מצא המותב כי בוצעה הפרה הוא רשאי להטיל על המפר אמצעי אכיפה מנהליים שונים, שבראשם עיצומים כספיים בסכומים לא מבוטלים.⁴⁷ רף ההוכחה שעל פיו אמורה לפעול ערכאה מנהלית זו אינו קבוע במפורש בחוק ניירות ערך, אך לפי כללי המשפט המנהלי מדובר במידת הוכחה גמישה שתיקבע לפי עצמת הפגיעה שאמורה להיגרם מההחלטה הקונקרטית.⁴⁸ כאמור, איננו רואים מדוע פתרון שכזה לא יאומץ גם בחוק העבירות המינהליות במקרים שבהם מקבל הודעת הקנס טוען שלא ביצע עבירה.

ניתן לטעון נגד הפתרון שהוצג לעיל, שחוק העבירות המינהליות אינו חל כיום על כל העבירות שאינן ראיות, לפי טיבן, להיכלל בגדר המשפט הפלילי, ולכן תיקונו כמוצע לעיל לא יביא מזרז מלא לבעיה שעליה הצביע ואקי. הדוגמה הבולטת לעבירות קלות שאינן נכללות בחוק העבירות המינהליות הן עבירות התעבורה.⁴⁹ לדעתנו, גם טענה זו אינה יכולה להצדיק את שינוי רף ההוכחה במשפט הפלילי. לכל היותר יש בה כדי להצדיק חשיבה מחדשת על היקף העבירות שניתן להעביר לערוצי אכיפה מנהליים, כגון חוק העבירות המינהליות (במקביל להותרת אופצייה של אכיפה פלילית במקרים חמורים במיוחד, כפי שנהוג כיום), ועל טיב הסנקציות שיהיה ניתן להטיל באותם הליכים מנהליים (למשל, ניתן לשקול הוספת סנקצייה של פסילת רישיונות נהיגה). בהקשר זה יודגש שחוק העבירות המינהליות אינו ערוץ האכיפה המנהלי היחיד שניתן להעלות על הדעת, ושתיכונה עבירות קלות אשר ידרשו פתרונות מנהליים שונים (דוגמת הפתרון שגובש בחוק ניירות ערך, כמפורט לעיל).

מובן שייכתנו מקרי קצה של עבירות קלות, שבכל זאת יהיה ראוי לקיים בגינן הליך פלילי בשל ערכו האקספרסיבי של המשפט הפלילי או בשל מורכבות כלשהי שקיימת בהגדרת העבירה. כזו היא למשל העבירה של העלבת עובד הציבור לפי סעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שעומדת במתח מובנה אל מול חופש הביטוי.⁵⁰ עם זאת דווקא בעבירות מסוג זה, שמחייבות הכרעות ערכיות בנוגע לנאשם וכשעיקר עונשו של הנאשם אינו הקנס שיוטל עליו אם יורשע, נדרשת רמה גבוהה של זהירות, המגולמת בין היתר ברף

45 לפי ס' 52מד לחוק ניירות ערך, ההחלטה אם לנקוט הליך פלילי או הליך מנהלי צריכה להיות של יושב ראש הרשות לניירות ערך לפי חומרת המעשה ונסיבותיו, הערכת טיבן ועצמתן של הראיות הקשורות באותו מעשה ומדיניות האכיפה של הרשות.

46 ראו ס' 52ל ו-52מ לחוק ניירות ערך.

47 ראו ס' 52נ לחוק ניירות ערך.

48 ראו למשל בג"ץ 5240/96 גיזעמיס נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 289, 303 (1997), וכן צבי גבאי אכיפה מנהלית בדיני ניירות ערך (2012).

49 הגם שמרבית עבירות התעבורה הן עבירות קנס לפי צו התעבורה (עבירות קנס), התשס"ב-2002, אשר מנוהלות במרשם נפרד בתוך המרשם הפלילי לפי תק' (1) לתקנות המרשם הפלילי ותקנת השבים (פרטי רישום שלא יירשמו או שלא יימסר מידע עליהם ועבירות שהרשעה בהן לא תפסיק את תקופת ההתיישנות או המחיקה), התשמ"ד-1984.

50 ראו את התחבטותם של שופטי בית המשפט העליון באשר לפרשנות הראויה לעבירה זו בדנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.7.2011), למשל. כל זאת בעבירה שבגינה הוטל עונש קל של קנס בסך 800 ש"ח ושלווה חודשי מאסר על תנאי.

ההוכחה של "מעבר לספק סביר". לא בכדי, לדעתנו, בחר ואקי שלא לציין עבירות אלה כדוגמה לעבירות שבעניינן יהיה רף הוכחה נמוך לפי המודל שהוא מציע. כך או כך, אין מדובר בעבירות נפוצות כמו עבירות תעבורה, עבירות מס, עבירות על דיני איכות הסביבה ועבירות תכנון ובנייה, המצדיקות קביעת דין מיוחד שיחול עליהן.

לסיכום נקודה זו, טענתנו היא שהמודל של רף הוכחה גמיש בפלילים אינו נחוץ לצורך טיפול בעבירות הקלות ביותר, אשר ממילא אינן מקיימות את מרבית תכליותיו של המשפט הפלילי. הפתרון המתבקש בעניין עבירות אלה הוא פשוט להוציאן מגדר המשפט הפלילי, למעט כאשר נלוות לביצוען נסיבות חומרה חריגות או כאשר מדובר בעבריינות חוזרת. מכאן שהשאלה המרכזית שעמה היה צריך להתמודד ואקי בספרו בהקשר זה היא לדעתנו אם ראוי להחיל את המודל שהוא מציע על עבירות פליליות "מסורתיות", כגון עבירות רכוש, אשר מצדיקות רישום פלילי והטלת מאסרים קצרים, ועם זאת נחשבות לעבירות קלות יחסית. לדאבון הלב, ואקי בחר שלא להתמודד במפורש עם שאלה זו. כפי שנראה מיד, הפתרון לשאלה זו רחוק מלהיות ברור או מובהק לפי הגישה התועלתנית שבה דוגל ואקי.

ד. ביקורת II: אי-הנמקה של תחשיב התועלות

אחד החידושים המשמעותיים במודל המוצע על ידי ואקי הוא הניסיון לנמק את ההנחה הרווחת בספרות המשפטית ובפסיקה, שלפיה ככל שרף ההוכחה במשפט הפלילי יכול להשתנות כתלות בחומרת העבירה אז השינוי צריך להתבטא בכך שרף ההוכחה יהיה גבוה יותר ככל שהעבירה חמורה יותר. הנחה זו מוצגת ככלל כאקסיומה שאינה דורשת הוכחה, אך ואקי מנסה להצדיק אותה, כפי שיפורט להלן.⁵¹

כאמור, לגישתו של ואקי רף ההוכחה במשפט הפלילי אמור לשקף הכרעה ערכית בנוגע ליחס הרצוי בין הרשעות שווא לבין זיכויים מוטעים.⁵² כיוון שוואקי מאמץ גישה תועלתנית בעיקרה, הרי שיחס זה אמור להיגזר, לשיטתו, מאיזון בין הנזק החברתי שטמון בהרשעת שווא לבין הנזק החברתי שטמון בזיכוי מוטעה.⁵³ לטענתו, כאשר מדובר בעבירות קלות (עבירות קנס, עבירות תעבורה וכיו"ב), אשר בעניינן השלכותיה של הרשעה שגויה אינן כה חמורות, רף ההוכחה האחיד והנוקשה הקבוע כיום בדין הפלילי נותן משקל יתר לעקרונות ההגנה על חפים מפשע על פני אידאל חשיפת אמת.⁵⁴

51 ראו מנשה "אידאל חשיפת האמת", לעיל ה"ש 29, בעמ' 331; דורון מנשה ושי אוצרי "בדיקת שכרות ללא חשד סביר – הרהורים על החוק לחיקון פקודת התעבורה (מס' 72), התשס"ו–2005" ספר דיורד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 349, 362–367 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009); LARRY LAUDAN, TRUTH, ERROR AND CRIMINAL LAW – AN ESSAY IN LEGAL EPISTEMOLOGY (2006) 55–56, STEIN; לעיל ה"ש 10, בעמ' 148–149. לסקירה השוואתית של דעות שהובעו בעניין זה בפסיקה ובספרות ראו קרן שפירא-אטינגר ורון שפירא "כלל הפסלות הישראלי בשולי הלכת יששכרוב" דין ודברים ג 427, 445–452 (2007).

52 ואקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 162–165.

53 שם, בעמ' 228.

54 שם, בעמ' 267.

ואקי ממחיש את המודל שהוא מציע באמצעות משוואת התועלת מבית מדרשו של ג'ון קפלן, שמבוססת על מודל ההסתברות המתמטית. לפי משוואה זו רף ההוכחה במשפט פלילי, P , צריך להיקבע לפי הנוסחה הזאת:

$$P = \frac{1}{1 + \frac{D_g}{D_i}}$$

כאשר D_g הוא הנזק שנגרם מזיכוי שגוי ו- D_i הוא הנזק שנגרם מהרשעת שווא.⁵⁵ ואקי טוען שככל שחומרת העבירה עולה, כך על משקל החומרה שיש לייחס להרשעת החף להיות גדול יחסית לזה של זיכוי עבריינים ($\frac{D_i}{D_g}$), ולכן רף ההוכחה צריך להיות גבוה יותר (TP).⁵⁶ אולם דווקא טיעון מרכזי זה אינו זוכה להבהרה מלאה בספרו ואקי. מצד אחד מובן מדוע הנזק שנגרם מהרשעת שווא (D_i) הוא חמור יותר ככל שהעבירה חמורה יותר. הבעיה היא שמצד שני, גם הנזק שנגרם מזיכוי עבריינים (D_g) הוא חמור יותר ככל שהעבירה חמורה יותר. מכאן, שעל מנת להוכיח את טיעונו המרכזי, ואקי היה צריך להבהיר מדוע קצב השינוי של D_i ביחס לחומרת העבירה גבוה מקצב השינוי של D_g ביחס לחומרת העבירה ($\partial D_i > \partial D_g$). למרבה הצער, דווקא בנקודה מרכזית זו ואקי מעדיף להניח את המבוקש:

בתמצית, מדובר בנוסחת איזון המבקשת לשנות המצב הקיים, במובן זה שהיא מציעה לקחת בחשבון גם זיכוי שווא לצורך קביעת רף ההוכחה. עם זאת, המודל המוצע מכיר כי בעבירות החמורות, למרות שהנזק מזיכוי שווא גדול יותר, הנזק מהרשעה שגויה עולה עשרות מונים, על כן במקרים אלה יש לדרוש רף הוכחה גבוה [...].⁵⁷

כאמור, ואקי אינו הראשון שמניח הנחה זו מבלי להוכיח אותה, והוא אף נסמך על מלומדים אחרים,⁵⁸ אך בשל מקומה המרכזי של טענה זו במודל שהוא מציע, היה ניתן לצפות לדיון מעמיק יותר בעניין זה. תחת זאת ואקי מעדיף להסתמך בעיקר על אינטואיציה ועל כתיבה אקדמית קודמת להוכחת טענתו:

מתקבל על הדעת לחשוב שעדיף לזכות עשרה רוצחים מאשר להרשיע חף מפשע אחד בעבירת רצח ולשולחו למאסר עולם. אך מה בדבר יישום העיקרון על עבירות אחרות? האם יש לעקרון זה תוקף כלפי כל העבירות הפליליות? כך למשל, האם עדיף לזכות אלף מזהמים סדרתיים ולאפשר להם לפגוע באיכות הסביבה של כולם, מאשר להעמיד בסיכון חף מפשע אחד

55 ההסבר למשוואה זו מופיע אצל John Kaplan, *Decision Theory and the Factfinding Process*, 20 STAN. L. REV. 1065, 1071–1072 (1968); ואקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 418–422.

56 שם, בעמ' 420.

57 שם, בעמ' 226 (ההדגשות שלנו, ד"מ וס"ב).

58 ראו לעיל ה"ש 51 וכן המקורות הנזכרים אצל ואקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 244–280 (אף שחלק מהמלומדים הנזכרים אצל ואקי, כמו וורסטרון, לילקוויסט וסטפן, מציגים עמדה מסויגת בנוגע להנחה זו, וחלקם האחר מתייחס לאותה הנחה כאקסיומה שאינה דורשת הוכחה).

בפני הרשעה שגויה בגין השלכת פסולת ולקנוס אותו על עבירה שלא ביצע?
או מה באשר לטענה: עדיף לזכות מאה עברייני תנועה ולאפשר להם
להמשיך ולסכן את ציבור המשתמשים בדרכי התחבורה, מאשר להרשיע חף
מפשע אחד בעבירת תעבורה ולפסול את רשיונו?⁵⁹

בעניינו הטיעון שמעלה ואקי רחוק מלהיות אינטואיטיבי. ראשית, האינטואיציה אינה יכולה להצביע לדעתנו על הנקודה שבה השיקולים הגמולניים אמורים לגבור על השיקולים התועלתניים ב"המודל המעורב" של ואקי, כאשר מדובר בעבירות חמורות (האם היחס בין זיכויי שווא להרשעות שווא בעבירת הרצח למשל צריך להיות 1:10 או 1:20 או 1:100). שנית, אם נשים לרגע בצד את העבירות הקלות ביותר, שבעניין המודל של ואקי אינו נחוץ כלל (לפי הביקורת הראשונה שהצגנו לעיל), האינטואיציה אינה מאפשרת השוואה פשוטה בין ההבדלים בנזקים הנגרמים מהרשעות שווא ומזיכויי שווא כשהעבירות שונות בחומרתן.

כך למשל ניסה אריק לילקוויסט להשוות בין רף ההוכחה שיוחל בפועל בעבירה מסוימת של גנבה מרכב לבין רף ההוכחה שיוחל בפועל בעבירה מסוימת של אונס קטין, על פי שיקולים תועלתניים. לאחר שישה עמודים של ניתוח התועלות והנזקים שמאפיינים את כל אחת מהעבירות ההיפותטיות הללו וניסיון להשוות ביניהם, מגיע לילקוויסט למסקנה שרף ההוכחה במקרה האונס ההיפותטי שתיאר צפוי להיות נמוך מרף ההוכחה במקרה הגנבה ההיפותטי שתיאר.⁶⁰ זאת, בניגוד למסקנה המתחייבת לכאורה מהמודל של ואקי.

את טענתנו נבקש להדגים גם באמצעות עבירת רכוש שעונה על המאפיינים שהוצגו בסוף הפרק הקודם, כלומר עבירה פלילית "מסורתית", שאין חולק שהיא צריכה להידון בהליך פלילי אף שאינה מן החמורות שבספר החוקים. על פי הפסיקה, העבירה של גנבת בקר היא עבירה שמצדיקה עונשי מאסר בפועל, גם כאשר מדובר במעשה גנבה בודד שביצע נאשם ללא עבר פלילי.⁶¹ מצד אחד, הנזקים הצפויים לחברה מזיכוי שווא בעבירה זו הם גנבת ראשי בקר נוספים בידי אותו נאשם (כי לא הורחק מהחברה) ופגיעה מסוימת בהרתעה הכללית, שקשה מאוד להעריכה (בהקשר זה יש לציין כי ההליכים המשפטיים הנוגעים לעבירה זו אינם מובאים ככלל לידיעת הציבור הרחב באמצעות התקשורת). מצד שני, הרשעת שווא של נאשם בעבירה זו עלולה להיות הרסנית לנאשם ולמשפחתו ולשנות את מסלול חייו, במיוחד אם מדובר ברישום פלילי ראשון ובמאסר ראשון (בכל מקרה אין מדובר בנזק זניח, בשונה מהרשעה בעבירות קנס מסוימות).

עם זאת אין ספק שהנזק הצפוי לנאשם בגין הרשעת שווא בעבירה של גנבת בקר קטן מהנזק הצפוי לנאשם בגין הרשעת שווא בעבירת אלימות חמורה, שבגינה הוא צפוי להישלח לשנות מאסר ארוכות. מנגד, גם הנזק הצפוי לחברה מזיכוי שווא בעבירה של גנבת

59 שם, בעמ' 237.

60 ראו Erik Lillquist, *Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability*, 36 UC DAVIS L. REV. 85, 152–158 (2002).

61 ראו למשל ע"פ 933/08 מדינת ישראל נ' חומיידה (פורסם בנבו, 15.5.2008). באותו מקרה הוחמר עונשו של נאשם ללא עבר פלילי והועמד על שנת מאסר בפועל, מבלי שערכאת הערעור מיצתה עמו את הדין, בגין ניסיון לגנוב שלושה עגלים ובגין עבירות נלוות שבוצעו באותו אירוע.

בקר קטן מזיכוי שווא בעבירת אלימות חמורה. כעת נשאלת השאלה איזה מבין הפרשי הנזקים שהוצגו לעיל גדול יותר. גם אם נתעלם מבעיית האינקומנזורביליות (חוסר האפשרות למדוד את שני סוגי הנזקים במישור מדידה אחד)⁶² המובנית בשאלה זו, איננו סבורים כי יש לה תשובה פשוטה או אינטואיטיבית, כפי שסבר ואקי בספרו. עוד נציין כי אף במודל הענישה ההולמת שוואקי מציע אין כדי להקהות את הבעיה שהוצגה לעיל. לכאורה, מודל הענישה ההולמת אמור להפחית את הנזק שייגרם מהרשעת חף מפשע (D_i) כאשר ההרשעה אינה ודאית, ובכך להקל עוד יותר את הנמכת רף ההוכחה בעבירות קלות יחסית, לפי משוואת התועלת של קפלן. הבעיה בטיעון זה של ואקי טמונה בכך שהנזק שנגרם מהרשעת חף מפשע אינו פונקצייה רציפה של משך המאסר משום ששבוע המאסר הראשון והתיוג ברישום פלילי הם "קפיצת מדרגה" מבחינת הנזק שנגרם לנאשם, ו"מדרגה" זו מתרחשת בסמוך מאוד לראשית הצירים של הגרף העונשי. לשם המחשה נניח שאשמתו של נאשם בעבירה של גנבת בקר הוכחה ברמת ודאות של 80%. הפחתת עונש המאסר שיוטל עליו אפילו ב-50% בשל רמת הוודאות הפחותה של ההרשעה, לא תחסוך ממנו את הנזקים הכבדים של הרישום הפלילי ושל עצם הכניסה לבין כותלי הכלא לשם נשיאת עונש מאסר לא מבוטל. כלומר, לפי ההנחה הסבירה שהנזק הנגרם לאסיר מהמתמשכות המאסר מתאפיין בנזק שולי פוחת⁶³ ולא רציף, יהיה קשה מאוד "לפצות" על הרשעות לא בטוחות באמצעות הפחתת עונשי מאסר מבלי להגיע לרמות ענישה שאינן ראויות, בכל קנה מידה, לחומרת העבירות, כלומר ענישה שאינה כוללת מאסר ורישום פלילי. אם נחזור שוב לדוגמה של עבירת גנבת הבקר, הטלת עונש של קנס בלבד בגין עבירה זו יהיה עונש לא ראוי לאור פסיקת בית המשפט העליון, ולדעתנו יהיה קשה מאוד להצדיק אותו בפני הציבור, אף אם תודגש העובדה שההרשעה היא ברמת ודאות של 80% בלבד.

ה. ביקורת III: הפן הדסקריפטיבי של המודל המוצע אינו מבוסס

אין ספק כי את עיקר מאמציו משקיע ואקי בהצדקת המודל שהוא מציע מבחינה נורמטיבית. עם זאת הוא מנסה לבסס את הטענה שהמודל הזה משקף גם את המצב הנוהג, כלומר שיש לו גם פן דסקריפטיבי. כך מסכם ואקי את טענתו בעניין זה:

כללם של דברים, הגם שלא בוצעו מחקרים אמפיריים בנושא בישראל, ניתן למצוא ביסוס לטענה כי גם בתי המשפט בארץ מבחינים, הלכה למעשה, בין סוגי העבירות לפי חומרתם בכואם ליישם את רמת ההוכחה ודרגת השכנוע

62 להגדרת אינקומנזורביליות ראו Shapira, לעיל ה"ש 32, בעמ' 1618.

63 הנחה זו מצויה בספרות, והיא אף זכתה לאישוש מחקרי מסוים. ראו William Spelman, *The Severity of Intermediate Sanctions*, 32 J. RES. CRIME & DELINQ. 107, 110, 129 (1995); Alon Harel & Uzi Segal, *Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Deterring Crime*, 1 AM. L. ECON. REV. 276, 295-296 (1999).

הנדרשת. כך למשל מצאנו לא אחת כי בעבירות חמורות, באופן יחסי נדרשת כמות גדולה יותר של ראיות משכנעות.⁶⁴

אמנם ואקי מעלה את האפשרות שמדובר בכלי רטורי בלבד, אשר מאפיין את פסקי הדין בעבירות החמורות, אך הוא שולל זאת משני טעמים: ראשית, לטענתו, אם זה היה המצב הרי שלפחות חלק מהציבור היה מודע לקביעתו של רף ההוכחה בפועל. שנית, הוא רומז שלבתי המשפט אין אינטרס לנקוט רטוריקה שכזו כמס שפתיים, שכן היא משדרת מסר לעבריינים שרבים הסיכויים שהם לא ייענשו על מעשיהם.⁶⁵

איננו חולקים על טענתו הדסקריפטיבית של ואקי "במובן הצר", כלומר שיש בפסיקה אמירות של כמה שופטים שניתן לפרשן כהגבהת רף ההוכחה בעבירות חמורות. עם זאת לדעתנו לשופטים יש נטייה, כמעט טבועה, להאדיר את זכויות הנאשמים בהליך הפלילי במסגרת פסקי הדין, ולכן אי אפשר להסתפק ברטוריקה של פסקי הדין כדי להוכיח את טענתו הדסקריפטיבית של ואקי במובן המהותי, ולו באופן ראשוני.⁶⁶ יתרה מזאת, בכוננתנו לטעון כי דיני הראיות בשנים האחרונות משתנים בכיוון הפוך מהמודל שמציע ואקי, כלומר שהם נוטים דווקא להקל על התביעה כאשר מדובר בהוכחת עבירות חמורות, כפי שיפורט להלן.

כאמור, ואקי מקדיש חלקים נרחבים מטיעונו הדסקריפטיבי לפסק דינו של השופט אגרנט (כתוארו אז) בעניין גרינוולד, הידוע גם כמשפט קסטנר.⁶⁷ בפסק דין זה מגיע השופט אגרנט למסקנה כי כאשר מדובר במשפט על הוצאת דיבה, הרי שמידת ההוכחה הנדרשת לצורך הוכחת טענת ההגנה "אמת דיברתי" אינה בהכרח מידה של מאזן הסתברויות, אלא צריכה להיגזר מרצינות תוכן הדיבה. בנסיבות פסק הדין, כיוון שתוכן הדיבה היה חמור ביותר (טענה בדבר שיתוף פעולה עם הנאצים), קבע השופט אגרנט כי על הנאשם להוכיח את טענת ההגנה שלו על פי רף ביניים, שהוא בין "מאזן הסתברויות" לבין "מעבר לספק סביר".⁶⁸

עם זאת לא ברור לנו כיצד פסק דין גרינוולד מסייע לטיעונו הדסקריפטיבי של ואקי. ראשית, העבירה של לשון הרע אינה מן החמורות שבספר החוקים (אף שחומרת הדיבה בעניינו של קסטנר הייתה בהחלט יוצאת דופן). שנית, העלאת רף ההוכחה שנקט השופט אגרנט התייחסה לטענת הגנה, ובכך הוא למעשה הקל את הרשעת הנאשם. לבסוף, אף אם נקבל את העמדה הרווחת שמשפט גרינוולד היה למעשה משפטו של קסטנר, עדיין יש לזכור כי קסטנר לא היה צפוי לסנקצייה פלילית אלא לכל היותר לסטיגמה קשה לאחר מותו (שכן כידוע קסטנר נרצח טרם מתן פסק הדין בבית המשפט העליון). מכל מקום, רף ההוכחה שהציב השופט אגרנט ל"הרשעתו" של קסטנר היה גבוה מרף ההוכחה האזרחי בלבד, אך לא מרף ההוכחה הפלילי הנוהג בעבירות אחרות.

64 ואקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 403.

65 שם, בעמ' 404–406.

66 אנו מודעים לכך שטענתו של ואקי בעניין זה אינה גורפת (ראו שם, בעמ' 397–399).

67 עניין גרינוולד, לעיל ה"ש 23.

68 שם, בעמ' 2060–2065.

כך או כך, בניגוד גמור לטענתו הדסקריפטיבית הראשונית של ואקי, אנו סבורים כי קיימות דוגמאות רבות לכך שבשנים האחרונות דיני הראיות נוטים דווקא להקל על התביעה כאשר מדובר בהוכחת עבירות חמורות.⁶⁹ אמנם הדבר לא נעשה באמצעות הנמכה מפורשת של רף ההוכחה, אך לא נהיה הראשונים לטעון שגם כללים ראייתיים אחרים יכולים, הלכה למעשה, לשנות את חלוקת סיכוני המשגה במשפט.⁷⁰ בין שמדובר בכללים שנקבעו מטעמים הוכחתיים (כמו רף ההוכחה) ובין שמדובר בכללים שנקבעו מטעמים חוץ-הוכחתיים.⁷¹

הדוגמה הבולטת ביותר מהשנים האחרונות הוא פסק דין יששכרוב, אשר בו אימץ לראשונה בית המשפט העליון גרסה מרוככת של כלל "פרות העץ המורעל" האמריקאי.⁷² לא בכדי נקבע כלל פסילה זה, המקשה על התביעה להוכיח את האשמה בעבירה קלה ביותר (שלושה שימושים ב"סם קל"). באורח נדיר גילה בית המשפט את דעתו כי חומרת העבירה היא שיקול בהפעלת הכלל, כך שהוא לא יופעל דווקא בעבירות החמורות ביותר.⁷³ הגם ששופטים ומלומדים חלקו על ההצדקה להתחשבות בחומרת העבירה לצורך הפעלת הכלל,⁷⁴ עד היום (כשמונה שנים מאז שנקבעה ההלכה) לא זוכה אף נאשם (חי) אחד מעבירה חמורה בשל הפעלתו.⁷⁵

דוגמה נוספת הם השינויים הרבים שבוצעו בשנים האחרונות בכללים ראייתיים הנוגעים לעבירות מין חמורות – שינויים שפוגעים, רובם ככולם, בזכויות נאשמים ומקלים על התביעה להוכיח את האשמה.⁷⁶ כך למשל תוקן סעיף 5 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971 פעמיים כדי להחריג את כללי הפסילה הקבועים בסעיפים 3 ו-4 לפקודה

69 ראו סיון ביבר האבולוציה של דיני הראיות במשפט הפלילי הישראלי בשני העשורים האחרונים 167–97 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה – הפקולטה למשפטים, 2013).

70 ראו LAUDAN, לעיל ה"ש 51, בעמ' 117–146.

71 להבחנה בין כללים הוכחתיים לכללים חוץ-הוכחתיים ראו דורות מנשה "למהותו הלוגית והנורמטיבית של סעיף 11 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), התשנ"ו–1996" קריית המשפט ב 313, 295 (2002).

72 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא (1) 461 (2006).

73 שם, פס' 72–74 לפסק דינה של השופטת ביניש.

74 ראו ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.8.2011); ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.11.2011); שפירא-אטינגר ושפירא, לעיל ה"ש 51, בעמ' 445–452.

75 ראו למשל רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.3.2012); ע"פ 6144/10 גטצאו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.4.2013); ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.4.2013). לפי הגישה הדסקריפטיבית שמוצגת בפרק זה ראינו לנכון להתעלם מזיכוי של יוני אלזם ז"ל לאחר מותו (ראו ע"פ 1301/06 עזבוין אלזם נ' מדינת ישראל, פ"ד סג (2) 177 (2009)), כיוון שאיננו סבורים שפסק דין בודד זה משקף את הדין הנוהג, מטעמים ברורים. ראו גם בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעורנו חי)" משפטים על אתר ד 25, 43–48 (2012).

76 ראו טענות דומות אצל דן ביין "השינויים בנקודת האיזון שבין ההגנה על קורבן עבירת האינסוס לבין השמירה על זכויות הנאשם" הפרקליט מב 281 (1995); אמנון סטרשנוב "עבירות מין – חידושי החקיקה והפסיקה" המשפט ב 265 (1994).

בנוגע לעבירות מין ולעבירות זנות ותועבה בתוך המשפחה.⁷⁷ בנוסף, הפסיקה קבעה שורה של חזקות שמטרתן להקל על התביעה להוכיח את יסוד אי-הסכמה בעבירות מין מקוממות במיוחד (כגון אונס קבוצתי בקטינה או עבירות מין של הורה בילדו).⁷⁸ גם הכלל של "מעשים דומים" הוגמש מאוד לצורך הוכחת עבירות מין בקטינים.⁷⁹ וקיימות דוגמאות נוספות.⁸⁰

ו. סיכום

ספרו של ואקי הוא חיבור פורץ דרך שאי אפשר להתעלם ממנו. הספר מציע מודל מקיף שקושר בין רף ההוכחה בפלילים לבין חומרת העבירה וחומרת הענישה. בתמצית רבה, בהתבסס על תפיסה תועלתנית, טוען ואקי שאין הצדקה לקביעת רף הוכחה נוקשה וגבוה של "מעבר לספק סביר" גם בעבירות קלות, שבהן הנזק הצפוי מהרשעת שווא אינו כה קשה, ואילו הצורך באכיפה ובהרתעה הוא רב. כ"פיצוי" על הנמכת רף ההוכחה בעבירות אלה מציע ואקי להקל בענישה כאשר ההרשעה אינה ודאית.

הגם שהמודל שמציע ואקי שובה את הלב ותואם את האינטואיציה המשפטית, סברנו כי קיימים בו שלושה כשלים מרכזיים שאינם מאפשרים לקבלו אף אם נהיה נכונים לאמץ את התפיסה התועלתנית העומדת בבסיסו.

ראשית, באשר לעבירות הקלות ביותר, אשר ואקי מתמקד בהן כהצדקה מרכזית למודל – טענותיו של ואקי יכולות להוביל למסקנה שאין מקומן של עבירות אלה בגדר המשפט הפלילי מבלי שיהיה צורך להרחיק לכת ולהתאים את המשפט הפלילי לעבירות שאינן מקיימות את תכליותיו הבסיסיות.

שנית, הראינו כי ואקי מניח את המבוקש בתחשיב התועלות שהוא מציג. כלומר אין סיבה להניח שתוספת הנזק שתיגרם לנאשם מהרשעת שווא כתלות בחומרת העבירה היא גדולה מתוספת הנזק שתיגרם לציבור מזיכוי שווא כתלות בחומרת העבירה.

77 ראו ס' 1 לחוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 9), התשנ"א–1991, ס"ח 54; ס' 14 לחוק העונשין (תיקון מס' 56), התש"ס–2000, ס"ח 226.

78 ראו ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302 (1993); ע"פ 5739/96 אוהנונה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 721 (1996); דנ"פ 6008/93 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מח(5) 845 (1995); ע"פ 8624/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.9.2010); ע"פ 241/03 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.12.2005).

79 ראו ע"פ 4009/90 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מז(1) 292 (1993); ע"פ 595/95 קריספין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.7.1996); ע"פ 854/04 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.3.2005); ע"פ 9902/04 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.7.2007); ע"פ 4378/03 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.7.2003); ע"פ 6279/03 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.2.2004); ע"פ 6214/94 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 19.2.1995); ע"פ 3049/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 189 (1995); ע"פ 1326/02 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.4.2002); ע"פ 3648/04 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.9.2005); ע"פ 9657/05 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.3.2009).

80 ראו ביבר, לעיל ה"ש 69, בעמ' 126–141.

לבסוף, הצגנו דוגמאות לכך שהמודל המוצע אינו משקף את המגמה המאפיינת את דיני הראיות בשנים האחרונות, שנוטים דווקא להקל עם התביעה בהוכחת האשמה בעבירות החמורות, וכך גם הפן הדסקריפטיבי של המודל המוצע מוטל בספק.