

עיון נוסף בדנ"פ ורדינאן

מאת

לירן אוחיון*, דורון מנשה** ואיל גרונר***

מבוא

פסק הדין שניתן לאחרונה בבית המשפט העליון בפרשת ורדינאן מעמיד במרכז הדיון המשפטי את גבולות החובה השיפוטית בבחינת תרחישי חפות כאשר ההרשעה נשענת אך על ראיות נסיבתיות. סיפור המסגרת של הפרשה שבמוקד, בקצירת האומר, עוסק בשניים – ורדינאן שהסיע את כהנא על גבי אופנוע למסעדה בה נורה למוות המנוח – מאור בן חיים ז"ל; לאחר הירי נמלטו השניים בצוותא חדא ואף השמידו ראיות. כהנא הורשע ברצח לאחר שנקבע כי הוא זה שירה ורצח את המנוח ו-ורדינאן הורשע אך בסיוע, מאחר שהוכרע כי לא היה מודע לכוונת הראשון לירות במנוח. בערעור לבית המשפט העליון, נדחה ערעורו של כהנא פה אחד ואילו ערעורו של ורדינאן נדחה ברוב דעות. בקשה לדיון נוסף בעניינו של ורדינאן נדחתה אף היא על ידי נשיא בית המשפט העליון, השופט עמית, מהנימוק שההלכה הוותיקה לפיה על בית המשפט לשלול כל תרחיש חפות סביר בעל אחיזה בחומר לא השתנתה.

לשיטתנו, המחלוקת כאן איננה רק עובדתית, אלא מוסדית-נורמטיבית: עד כמה מחויב בית המשפט לבחון מיוזמתו תרחישי חפות סבירים שלא הועלו על ידי ההגנה, ומה המשמעות של "אחיזה ראייתית" לצורך שלילת ספק סביר במסגרת ראיות נסיבתיות. המאמר מבקש לחדד כי חובת הבחינה היא חובת אמת מהותית, שאינה מותנית באקטיביות ההגנה, ולהציע מסגרת יישומית זהירה לשילוב "גישה שתפנית" בבחינת תרחישי חפות, בלא לפגוע בהוגנות הדיונית ובוודאות הראייתית. כן מאמרנו יעסוק בפער שבין הנמקותיהם של השופטים אלרון ושטיין: הראשון ממסגר את ה"מודל התלת-שלבי" ומרים את רף "האחיזה הריאלית" של אלטרנטיבת החפות; השני מחרף את ההשלכה המעשית של קריסת גרסת ההגנה ומורה להתעלם מתרחישים תאורטיים נטולי אחיזה. זו אינה "הלכה חדשה", אך היא משפיעה באופן מעשי על גבולות הבדיקה היוזמה של תרחישי חפות ועל אומדני הספק סביר בתיקים נסיבתיים.

מבנה המאמר יהיה כדלקמן: בתחילתו, נציג את הרקע הנורמטיבי והעובדתי ונכלול את סקירת פסק הדין בפרשה, עמדות השופטים, וכן החלטת הנשיא עמית בבקשה לדיון נוסף. בהמשך נדון בשאלה המרכזית – היקף החובה העצמאית לבחון תרחישי חפות סבירים בראיות נסיבתיות, וכן הבחנה בין "אחיזה ראייתית חלשה" לבין "אחיזה חזקה". הניתוח יהיה עיוני – תוך שימוש בחזקת החפות בראי ה-Due Process מול ה-Crime Control ומקומה של "הגישה שתפנית" ככלי לאיתור ספק סביר. באמצעות ניתוח זה, נמליץ מתי ובאיזו מתכונת נכון יהיה "להציף" תרחיש חפות לתגובת הצדדים וכן איך נכון יהיה לתעד את הבחינה של אותו תרחיש חפות עלי הכרעת הדין או פסק הדין.

לאחרונה ניתנה החלטתו של נשיא בית המשפט העליון יצחק עמית אשר דחה את הבקשה לקיום דיון נוסף בעניין **ורדינאן**,¹ תוך שקבע כי ההלכה הוותיקה שנוגעת לראיות נסיבתיות, לפיה על בית המשפט מוטלת חובה עצמאית לבחון תסריטים מזכים אפשריים – לא השתנתה, ולכן אין צורך לקיים דיון נוסף.

בתמצית, הפרשה נסובה סביב סכסוך שהתגלע בין שתי חברות ובעקבותיה החליט אחד מבני החבורה, כהנא שמו, לגרום למותו של המנוח. כהנא ו-ורדינאן (שהגיש את הבקשה לקיום דיון נוסף) רכבו על אופנוע שברשות ורדינאן אל עבר מסעדה שבה שהה המנוח. בעוד ורדינאן המתין מחוץ למסעדה על האופנוע המונע, נכנס כהנא למסעדה כשהוא חבוש קסדה ועוטה כפפות, איתר את המנוח וירה בו מספר יריות. לאחר מכן יצא מהמסעדה, עלה על האופנוע ונמלט יחד עם ורדינאן. בחלוף מספר שעות אותרו השניים, לאחר שהעלימו את האקדח ואת החולצה שלבש כהנא, ושרפו באופן חלקי את חולצתו של ורדינאן. בהכרעת הדין, הרשיע בית המשפט המחוזי בחיפה את ורדינאן בעבירת סיוע לרצח, בעבירות נשיאה והובלה של נשק ובעבירת שיבוש מהלכי משפט, ובגזר הדין הוטלו עליו 15 שנות מאסר בפועל.²

בערעורו על הכרעת הדין ועל גזר הדין, טען ורדינאן כי ישנו ספק סביר ביחס למודעותו לכוונת כהנא לגרום למותו של המנוח. הערעור נדחה ברוב דעות של השופט אלרון בהסכמת השופט שטיין, כנגד דעתה החולקת של השופטת רונן.

השופטים התייחסו לכך שכהנא ו-ורדינאן שתקו בחקירתם, לא מסרו מענה לכתב האישום וגרסתם נמסרה לראשונה רק בשלב פרשת ההגנה, כשלוש שנים ממועד פתיחת המשפט. כהנא הכחיש כי נכח בכלל באירוע, ו-ורדינאן טען כי היורה אינו כהנא אלא אדם אחר, וכי הסיע את היורה מבלי שהיה מודע לכוונת היורה האלמוני לרצח. רק בערעור לבית המשפט העליון, חזר בו ורדינאן מגרסתו כי היורה לא היה כהנא וטען כי יש ספק ביחס למודעותו לכוונתו של כהנא לרצוח את המנוח.

בפסק דינו, עמד השופט אלרון על טיבן של ראיות נסיבתיות,³ ותיאר את המודל התלת-שלבי לבחינתן: בשלב הראשון על בית המשפט לבחון אם ניתן להסתמך על ראיה נסיבתית לצורך קביעת ממצא עובדתי; בשלב השני בית המשפט נדרש לקבוע אם מסכת הראיות בכללותה מסבכת את הנאשם בביצוע העבירה; ובשלב השלישי מועבר נטל טקטי אל הנאשם להציע הסבר חלופי, שבכוחו לעורר ספק באשר למסקנה הלכאורית שמסתברת מהמסכת הראייתית. השופט אלרון הדגיש כי "כדי לפגום ב'מסקנה הלכאורית' המתגבשת בתום השלב השני, לא די באפשרות תיאורטית או דחוקה, אלא ההסבר החלופי נדרש להיות בעל אחיזה ריאלית בראיות, עליו להקים ספק אמיתי המתיישב עם מארג הראיות הנסיבתיות ועליו להוות גרסה שלמה ביחס למסקנה הנשקפת מהצטברות הראיות".⁴

בפועל, השופט אלרון מעגן ומחדד סטנדרט עבודה שיפוטי סדור לבחינת אשמה על בסיס ראיות נסיבתיות, שבמרכזו ארבעה שלבים מצטברים: כל ראיה נסיבתית נבחנת תחילה לכשעצמה – מהימנות,

* ד"ר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. פרקטיקן בתחום המשפט הפלילי וכן מייסד ועורך ראשי של העיתון הדיגיטלי "בגוב הראיות".

** פרופ' חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

*** ד"ר, עמית מחקר, המרכז לחקר פשיעה, אוניברסיטת חיפה.

אנחנו מבקשים להודות לחברי מערכת "תגובות משפט" על ההערות לטיוטת המאמר. האחריות על הכתוב היא, כמובן, עלינו בלבד.

¹ דנ"פ 24-10-20908 **ורדינאן נ' מדינת ישראל** (נבו 6.7.2025) (להלן: דיון נוסף **ורדינאן**).

² ראו את הכרעת הדין וגזר הדין שניתנו בבית המשפט המחוזי בחיפה בתפ"ח (מחוזי חי') 15153-09-18 **מדינת ישראל נ' כהנא** (נבו 20.3.2022 ו-31.10.2022 בהתאמה).

³ הראיה הנסיבתית מוכיחה עובדה משנית בעלת משקל ראייתי, כשממנה מתבקש בית המשפט להסיק את דבר קיומה של העובדה הראשית השנויה במחלוקת. ראיה נסיבתית היא שלילית מעצם טבעה והיא מוליכה למסקנה המרשיעה על דרך האלימינציה של פירושים אחרים העולים בקנה אחד עם חפותו של הנאשם. המסקנה המרשיעה חייבת להיות המסקנה ההגיונית היחידה שאפשרית מן הראיות. ראו אליהו הרנון **דיני ראיות** כרך א 20–21 (1970); ע"פ 5459/09 **שוורץ נ' מדינת ישראל** (נבו 20.7.2015).

⁴ ע"פ 8606/22 **ורדינאן נ' מדינת ישראל**, פס' 33 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 8.9.2024).

קבילות וכוח הוכחתי (למשל, זיהוי חזותי, דנ"א, מחקרי תקשורת). אלרון מדגיש שבית המשפט רשאי ואף נדרש להפעיל התרשמות ישירה גם בזיהוי חזותי מתיעוד וידאו – בזהירות, ותוך הישענות בתמיכה מומחית היכן שניתן; השלב השני אוסף את הראיות ל"מארג" אחד. כאן נוצרת מסקנה לכאורית מרשיעה אם החיבור ההגיוני-ניסיוני של הרכיבים מוביל להסבר אחד עדיף. התרומה האנליטית הינה בהזזת הדיון מן הפריטים, לראייה הוליסטית שמפחיתה ספקות נקודתיים שאינם מערערים את התמונה הכוללת; אז, נטל טקטי עובר לנאשם להציג תרחיש חפות שלם, בעל אחיזה ראייתית ריאלית, ולא השערה דחוקה. ספקות תיאורטיים או "פרימת-פריט" אינן מספיקות; ההסבר צריך להתיישב עם כל המארג ולא רק עם אחד מרכיביו.

אלרון מנסח בכך רף למושג "ספק סביר": אפשרי-ראייתית ונרטיבית; אם ההגנה לא הציבה אלטרנטיבה ראויה, וגם בית המשפט אינו מאתר תרחיש חפות הולם מתוך החומר, המסקנה הלכאורית "הופכת למציאות". בכך אלרון משרטט גבול דו-צדדי: (א) אין חובה "לייצר" לנאשם תזה חלופית שאינה מעוגנת בראיות; (ב) מאידך, קיימת חובה לבחון חלופות מזכות שיש להן עוגן בראיות התיק. זהו איזון בין חזקת החפות לבין ניטרליות אקטיבית של בית המשפט.

בהתייחסו לטענת ורדינאן כי לא היה מקום להרשיעו בסיוע לעבירת רצח, קבע השופט אלרון כי המבקש לא הצליח לסתור את חזקת הנוכחות, שלפיה נוכחות בלתי-מקרית של אדם בזירת עבירה מלמדת על כך שהוא מסייע לעבירה העיקרית. כמו כן, התייחס השופט אלרון לראיות הנסיבתיות, שנקבע כי הן מצביעות על מודעותו של ורדינאן לכוונותיו של כהנא. בין הראיות הנסיבתיות שעליהן הצביע השופט אלרון: כהנא ו-ורדינאן שוחחו בטלפון מיד לאחר שכהנא שוחח עם המנוח; כהנא החליף את מכנסיו והצטייד באקדח כאשר ככל הנראה שהה במחיצת ורדינאן; ורדינאן הרכיב את כהנא על אופנועו לזירת הרצח, הקיף את הכיכר בנסיעה כשהוא ממתין עד שובו של כהנא, לא נס כאשר עוברי אורח אחרים נמלטו מהמקום ונסע יחד עם כהנא לאחר שהלה השלים את הירי; וכן כהנא ו-ורדינאן הסתתרו בחורשה ועשו מאמצים להסוות את מעשיהם. השופט אלרון התייחס לגרסתו של ורדינאן בערכאה קמא, שלפיה האדם שהסיע לזירת הרצח לא היה כהנא, וקבע לגביה כי היא גרסה "משוללת יסוד, נעדרת אחיזה בראיות ואינה מספקת הסבר הולם למכלול הראיות ולהצטברותן יחד".⁵

השופט רונן הגיעה למסקנה כי הגם שורדינאן היה מודע לכך שהוא מסייע לכהנא בפעולה בלתי-תמימה, לא ניתן לקבוע שהיה מודע לכוונתו של כהנא לגרום למותו של המנוח:

"גם בהנחה שורדינאן היה מודע לכך שפניו של כהנא אינם לשלום, וכי כהנא מתכוון לפגוע במנוח באופן כזה או אחר – אין די באלה לצורך הרשעה בעבירה של סיוע לרצח. אילו היה ורדינאן אכן סבור כי כהנא מתכוון לאיים על המנוח או אף לפגוע בו פיזית בפגיעה שאיננה כרוכה בנטילת חייו – לא ניתן היה להרשיעו בעבירה של סיוע לרצח".⁶

השופט שטיין הצטרף לחוות דעתו של השופט אלרון. בהתייחסו לדברי השופט רונן, קבע כי אין לכתחשף ש"קשת האפשרויות עדיין מכילה בתוכה תרחישי חפות כאלה או אחרים. ברם, אלה הם תרחישים תאורטיים נטולי אחיזה בחומר הראיות, מהם מצווים אנו להתעלם אחרי ששמענו את גרסת החפות שהעלה ורדינאן ווידאנו את קריסתה".⁷

⁵ שם, בפס' 66 לפסק הדין של השופט אלרון.
⁶ שם, בעמ' 40 לפסק הדין של השופט רונן.
⁷ שם, בפס' 8 לפסק הדין של השופט שטיין.

בבקשה לקיום דיון נוסף,⁸ נטען על ידי הסנגוריה הציבורית כי בפסק דינו של בית המשפט העליון נקבעה הלכה חדשה וקשה, לפיה בית המשפט מצווה להתעלם מתרחיש חפות סביר ככל שהנאשם לא העלה אותו בגרסתו. זאת, בעיקר על בסיס פסק דינו של השופט שטיין, שציין כי אומנם ישנם תסריטי חפות אפשריים, אך מהם מצווים השופטים להתעלם אחרי ששמעו את גרסת החפות שהעלה הנאשם ובית המשפט וידא את קריסתה.

מנגד, הבהיר הנשיא עמית בהחלטתו כי בפסק דינו של השופט שטיין אומנם צוין כי קיימים תרחישי חפות אפשריים, אך הם היו נטולי אחיזה בחומר הראיות. כלומר, קביעה אשר תואמת את ההלכה הוותיקה בדבר ראיות נסיבתיות, לפיה תרחיש החפות האפשרי, גם אם לא הועלה על ידי הנאשם, צריך להיות בעל אחיזה בחומר הראיות, באופן שסבירותו תעמוד במבחן המציאות.⁹ בכל מקרה, קבע הנשיא עמית "אף אם הייתי מקבל את טענת המבקש כי השופט שטיין קבע קביעה חדשה ביחס להרשעה על סמך ראיות נסיבתיות, לא זיהיתי בפסק דינו של השופט אלרון תמיכה בה". בהקשר זה, הטענה של הסנגוריה הייתה כי השופט אלרון הצטרף אל השופט שטיין, שכן הוא לא בחן כל תסריט חפות אפשרי זולת זה שנטען על ידי הנאשם עצמו (ונדחה). ציין הנשיא עמית כי "טענת המבקש, שלפיה היה על השופט אלרון לשקול תרחישים נוספים, עניינה ביישום הפסיקה ובאופן הסיווג של תרחישי חפות חלופיים כבעלי אחיזה בחומר הראיות – סוגיה שלא מצדיקה את קיומו של דיון נוסף".¹⁰

החלטתו של הנשיא עמית מתייחסת לגבולות חובתו העצמאית של בית המשפט לבחון תרחישי חפות סבירים, גם אם אלה לא הועלו על ידי הנאשם. הסוגיה נוגעת, לשיטתנו, בלב השיטה המשפטית בישראל, ובפרט בחזקת החפות וכן בזכותו של נאשם להליך הוגן. חזקת החפות איננה רק עקרון דיוני, אלא ערך חוקתי שנגזר מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹¹

הלכה פסוקה היא, כי כאשר ההרשעה מבוססת על ראיות נסיבתיות, על בית המשפט לשלול כל תרחיש מזכה סביר שיש לו עיגון בחומר הראיות, גם אם הנאשם עצמו לא טען לו.¹² חובת בית המשפט לבחון תרחישי חפות אינה תלויה בפסיביות או באקטיביות של ההגנה, אלא נובעת מהאחריות השיפוטית לאמת מהותית.¹³ עמדה זו משקפת את זיקת מערכת המשפט הישראלית למודל של "Due Process", המתנגד למודל של "Crime Control" שבו חזקת האשמה גוברת על חזקת החפות.¹⁴ הדיון בראיות נסיבתיות ובחובת בית המשפט לבחון תרחישי חפות סבירים אינו מתקיים בריק נורמטיבי; לשיטתנו, הוא נוגע בלב המתח בין שני מודלים פרידגמטיים של סדר-דין פלילי ולבסוף גם מושפע הימנו באופן הניתוח: מודל ה-Crime Control¹⁵ שמבטא הנחת אשמה של מי שהואשם או במילים אחרות חזקת אשמה, אל מול ה-Due Process¹⁶ שמבטא

⁸ דיון נוסף ורדינאן, לעיל ה"ש 1.

⁹ שם, בפס' 10.

¹⁰ שם.

¹¹ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹² ראו לדוגמה: ע"פ 29/79 סלמאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 118 (1979); והשוו לכתוב אצל יניב ואקי דיני ראיות כרך ב 1005 (2020) (להלן: ואקי ראיות). ראו גם ע"פ 8279/11 מור נ' מדינת ישראל, פס' 57 לפסק הדין של השופט דנציגר (נבו 1.7.2013); ע"פ 2697/14 חזאד נ' מדינת ישראל, פס' 71 לפסק הדין של השופט גיבוראן (נבו 6.9.2016); ע"פ 8808/14 פחימה נ' מדינת ישראל, פס' 40 לפסק הדין של השופט זילברטל (נבו 10.1.2017).

¹³ ראו ואקי ראיות, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1005. ראו גם ע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 113, 140 (1980); ע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאד, פ"ד נו(5) 221, 229 (2002); ע"פ 2661/13 יחייב נ' מדינת ישראל, פס' 39 לפסק הדין של השופט גיבוראן (נבו 18.2.2014) ("גם אם הנאשם אינו מציע הסבר מזכה, על בית המשפט לבחון מיוזמתו שלו הסברים אפשריים כאלה. בית המשפט נדרש לבחון גם גרסאות שאינן מתיישבות עם טענות ההגנה").

¹⁴ ראו פירוט אצל גבריאלי הלוי תורת דיני הראיות כרך א 38–41 (2013) ("דיני הראיות מתייחסים להגנה על ערכים חברתיים המצויים בבסיס הדין המהותי, אף שההגנה על ערכים חברתיים אלה עשויה להביא להרחקתה של התמונה העובדתית המתקבלת מן האמת המשפטית מן התמונה העובדתית המתקבלת מן האמת העובדתית"). להרחבה בדבר המודלים המוזכרים ראו: HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 149 (1968).

¹⁵ שם, בעמ' 160–162.

¹⁶ שם, בעמ' 163–165.

הנחת "טעות" של גורמי האכיפה או אחרים שמעורבים בהפללה או העמדה לדין של הנאשם, או במילים אחרות חזקת חפות ממשית שנובעת מפערי הכוחות בין מי שהואשם לגורמי אכיפת החוק והרצון להימנע מהרשעת חף. הנטייה של בית המשפט להעדיף את גישת ה-Crime Control עלולה, במקרים גבוליים, להציב את "המארג הכולל" כראיית-על שמוחקת ספקות ובכך להחליש את חזקת החפות הלכה למעשה.¹⁷ ה-Crime Control הופך את שאיפת המערכת לעילות לסדרה של קיצורי-דרך מושגיים כדלקמן: המארג הנסיבתי יכול וייתפס כתמונה אחת עדיפה גם אם קיימים תרחישים מזכים "רזים";¹⁸ הדרישה לאלטרנטיבת חפות "שלמה ומעוגנת" עשויה להפוך דה-פקטו לנטל הגנתי מוגבר, כך שספקות חלקיים ייתפסו כלא-סבירים רק משום שאינם מייצרים נרטיב מלא.¹⁹ מנקודת מבט ה-Due Process, הסכנה איננה בעצם שאיבת המסקנה מן המכלול, אלא בהפיכתו ל"מכפיל כוח" שממסך כשלים, מחדלי חקירה או נקודות עיוורון ומייצר הכרעה מרשיעה.²⁰

מכאן שפרשנותו של השופט שטיין לראיות נסיבתיות מחזקת, לשיטתנו, את הדרישה להסבר הגנתי עקבי לגבי כלל רכיבי תיק הראיות. תרומה זו מחדדת היגיון ראייתי, אולם יש חשש שביישום מעשי היא יכולה לגרום לשני עיוותים: תרחיש חפות שאיננו מושלם עד לפרט הקטן ביותר נדחה כלא-סביר, גם אם סדקים מצטברים במארג התביעה מקימים "היסוס רציונלי" המספיק לזיכוי; וכן הפיכת "אחיזה ראייתית" לסף גבוה מדי: דרישה לאינפרא-תשתית ראייתית לתרחיש חלופי, במקום להכיר בכך שספק סביר עשוי לנבוע גם מהצטברות פער, מחדלים או אי-הלימה הסתברותית בין פריטים – גם בלי נרטיב חפות מלא.

במילים אחרות, יש צורך במסגרות בלימה פרוצדורליות כדי שלא יועדף מודל ה-Control Crime על חשבון חזקת החפות.²¹ פסק דינו של השופט שטיין מעלה, לשיטתנו, תהייה ביחס להיקף חובתו של בית המשפט לבחון תרחישי חפות שלא הועלו בידי הנאשם. לדבריו, יש להתעלם מהם אם הנאשם העלה גרסה מסוימת שקרסה, והתרחישים האחרים נטולי עיגון ראייתי. עמדה זו מערערת את ההלכה הוותיקה, כיוון שהיא מדלגת על החובה השיפוטית העצמאית לבחון תרחישים חלופיים. ודוקו, גם השופט אלרון לא דן בתרחישים אחרים, אף כי היה עליו לעשות כן.

¹⁷ לדיון בעניין זה, ראו רינת קיטאי סג'ר/ו המעצור: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין 47 (2010).

¹⁸ ע"פ 351/80 חולי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 477, 484 (1981).

¹⁹ יורם דנציגר 361, 364–368, 381–382 (2019) ("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 [...] החשוב לעניינו הוא כי מבחן המסקנה הסבירה היחידה אינה משוואה מדויקת. הסבירות אינה עניין של תחשיב, אלא של הערכת המציאות. רוחב תחומו של שיקול הדעת מוסיף קושי. המבחן אינו לוגי בלבד [...] המבט השיפוטי על מלוא תמונה זו אינו רציונלי בלבד. הוא משלב שכל ורגש [...] 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. 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 [...] החשש מפני הרשעות שגויות במקרי הגבול נטוע גם בניסיון השיפוטי, המלמד כי מעת לעת מתקבלת הרשעה שגויה על בסיס ראיות נסיבתיות במקרי גבול [...] 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 שיעור הגבוה יותר של הכרעות המרשיעות לעומת מספר הכרעות הדין המזכות על יסוד ראיות נסיבתיות בלבד").

²⁰ ראו Packer, לעיל ה"ש 14, בעמ' 165–169.

²¹ בית המשפט העליון בקנדה קבע את נוסחת W.(D.), לפיה גם כשיפור הנאשם בלתי משכנע, עצם קיומו של היסוס רציונלי לאחר בחינת כל הראיות מחייב זיכוי. הנוסחה ממקמת את הספק הסביר כבלם קונסטטואלי שלם, לא כדרישת נרטיב חפות מושלם; ראו: R. v. W.(D.), [1991] 1 S.C.R. 742. המבחן יכול להיות לעזר שימושי עת מדובר בבחינת ראיות נסיבתיות. בשיטתנו בישראל, אין לחייב "אלטרנטיבת חפות שלמה ומעוגנת" אם קיימת אי-הלימה מצטברת המולידה ספק רציונלי. באנגליה, "unsafe conviction" מהווה מבחן העל: בית המשפט לערעורים מחויב לקבל ערעור אם הוא סבור שההרשעה אינה בטוחה (unsafe); סעיף 1(2) ל-Criminal Appeal Act 1968 אינו דורש הוכחת "חפות", אלא חשש ממשי לאמינות ההרשעה כמכלול. בפועל, הוא מאפשר להתערב גם כשאין "עשן סמיך" נקודתי (error) אלא קושי מצטבר במארג; ראו, Criminal Appeal Act 1968, § 2(1) (UK). c. 19, § 2(1). הסבר פרטני מה תרם כל רכיב למסקנה הכוללת, ולמה חרף פער מצטבר בהרשעה עדיין "בטוחה" – מצמצם סיכון ל"בלעית כשלים" תחת דגל היעילות ויכול להוות כלי עזר בשיטתנו עת מדובר בראיות נסיבתיות.

איננו שותפים לגישתו של הנשיא עמית בהחלטתו לדחות את הבקשה לדיון נוסף, כי דבריו של השופט שטיין משתלבים עם ההלכה הוותיקה. לשיטתנו, הקושי העולה מהשילוב של דברי שטיין והצטרפותו של אלרון נוגע לא-לאבחנה עובדתית, אלא להשלכה מוסדית. האם על ההגנה לשער כל תרחיש אפשרי ולדרוש את בחינתו? האם בית המשפט פטור מלבחון תסריטים שלא הועלו, גם אם יש להם אחיזה מסוימת בחומר החקירה?

גישות מודרניות בסדר הדין הפלילי – במיוחד זו המכונה "הגישה השתפנית"²² – מציעות שיתוף פרוצדורלי מוגבר בין השופטים לצדדים. גישה זו מכירה בכך שההליך האדברסרי עלול להכשיל את גילוי האמת אם השופטים יימנעו מבחינה עצמאית של כיוונים אלטרנטיביים.²³ לשיטתנו, הגישה המתונה של שיתוף – המאפשרת לשופט להצביע על כיוונים ולתת לצדדים אפשרות תגובה – עדיפה על פני הימנעות שיפוטית מבדיקת תרחישים אפשריים רק מפני שלא הועלו ביוזמת ההגנה. על אף שהנשיא עמית שלל את האפשרות שהלכה חדשה נקבעה בעניין **ורדינאן**, האופן שבו יושמה ההלכה – תוך הימנעות מבחינת תרחישי חפות נוספים – מצריך הבהרה מוסדית. יש לחזור ולהצהיר, כי החובה לבחון תרחישי חפות היא חובה שיפוטית עצמאית, שאינה מותנית ביוזמת ההגנה. יש לעגן חובה זו בפרקטיקה של הכרעות דין, גם אם המחיר הוא פרוצדורלי. גישה שתפנית מבוקרת – בה בית המשפט מציף לצדדים חשש אפשרי מתרחיש נוסף, ומזמין תגובתם – מאזנת בין האינטרס הציבורי להרשעת אשמים לבין האינטרס החוקתי למניעת הרשעת חפים.

פסיקת בית המשפט העליון בעניין **ורדינאן** מעמידה שוב במבחן את המחויבות להלכה הוותיקה בדבר בחינת כל תרחיש מזכה סביר. אף אם לא נקבעה הלכה חדשה – קיימת סכנה שיישום ההלכה בפועל יוביל לסטייה ממנה. שילוב בין החזקה החוקתית של חפות, ההלכה בדבר ראיות נסיבתיות, והגישה השיפוטית המושתתת על הגינות והשתפנות – מחייבים את בתי המשפט לחזור ולשאת באחריותם להבטיח כי הרשעה תתרחש רק כאשר הוסרו כל הספקות, גם אלו שטרם נאמרו. עוד נציין, כי היותה של העדות כבושה וכן העובדה שהנאשמים שתקו בחקירה, אינה מהווה מחסום לדון בתרחישי חפות חלופיים. יש לבחון האם קיימת השערת חפות שהשתיקה וכבישת העדות מתיישבות עימה; אם נמצא כי קיים מניע לכבוש את העדות או לשתוק בחקירה שניתן ליישב אותו עם חפות, הרי שבכך מיושמת מידת ההוכחה מעבר לספק סביר. כל שצריך הוא לאתר ספק סביר שמא כבישת העדות והשתיקה מתיישבים עם חפות. רק אם אין דרך ליישב את כבישת העדות והאשמה עם חפות, תיחסם השערת החפות של הנאשם.²⁴

באשר לטענה לפיה אין להשערת החפות אחיזה בחומר הראיות, ניתן להבין את קריטריון האחיזה במובן חלש ובמובן חזק. לפי המובן החזק, חומר הראיות צריך "לתמוך" בהשערת החפות. לפי המובן החלש, די בכך שחומר הראיות "יתיישב" עם השערת החפות. רק המובן החלש הוא זה המתיישב עם הרשעה מעבר לספק סביר; לא לכל אירוע מובטח שתימצאנה ראיות לקיומו. הטענה שספק סביר מספיק לזיכוי היא הטענה שיש תרחיש חפות שניתן לחשוב עליו בהפעלת שיקול דעת אנושי כך שהראיות לא סותרות אותו. אבל אם נאמץ את המובן החזק, נרשיע נאשמים על אף שניתן לחשוב על תרחיש חפות סביר, אולם נתעלם מאותו תרחיש גם אם חומר הראיות לא סותר אותו. במילים אחרות, נתעלם מספק סביר.²⁵

²² דורון מנשה "פרדיגמה חדשה להבנת הידיעה השיפוטית, והשלכותיה בעידן המידע הדיגיטלי" **משפט מפתח** 3, 51 (2015).

²³ Doron Menashe & Eyal Gruner, *Should Judges Convict Based on Their Speculations of Guilt?*, 36 BUFF. PUB. INT. L.J. 129 (2019).

²⁴ דורון מנשה ואיל גרונר "השערות חפות – המבחן הראוי – האם לקבלן, לדחותן או להפחית ממשקלן אם נמנע הנאשם מלהעלותן?" **דין ודברים** יא 273, 305 (2018).

²⁵ שם, בעמ' 296.

סיכום

פסק דינו של השופט אלרון בעניין **ורדינאן** הציב את המודל התלת-שלבי לראיות נסיבתיות, כשבמסגרתו הנטל הטקטי עבר למערער. השופט שטיין הוסיף את ההבהרה שלפיה גם אם קיימים תרחישי חפות אפשריים – יש להתעלם מהם אם אלה לא הועלו על ידי הנאשם וקריסו. כאן נוצר הפער: ההלכה המחייבת מצויה בפסק דינו של אלרון, אך החשש לחידוש נובע מדברי שטיין. הנשיא עמית התמודד עם כך בקביעתו שלא ניתן "לייבא" את דברי שטיין לתוך ההלכה שנפסקה על ידי אלרון. עיונית, קשה להתעלם מהשילוב: בפועל, שני השופטים יצרו יחד רוב, והמסר המצטבר עלול להיתפס כהגמשת חובת בית המשפט לשקול תרחישי חפות חלופיים. קושי זה הוא מוסדי; גם אם פורמלית לא נקבעה הלכה חדשה, נוצרת אי-בהירות מעשית לגבי חובת השופטים. הדבר מצדיק לשיטתנו הצהרה מחודשת מצד בית המשפט העליון באשר לגבולות החובה השיפוטית. ודוקו, הפרשה אינה קובעת הלכה חדשה; כך קבע במפורש הנשיא עמית, שהדגיש כי המחלוקת נסבה על יישום ההלכה ועל סיווג אלטרנטיבות חפות כבעלות אחיזה בחומר – שאלה שאינה הצדיקה דיון נוסף. עם זאת, הפער האנליטי בין השופטים אלרון ושטיין מצריך מתווה ברור כדלקמן:

- (1) **חובת תיעוד**: על הערכאה המכריעה לנמק מדוע תרחישים שנדונו – גם כאלה המוגדרים "חלשים" – אינם מייצרים ספק מצטבר במארג (ולא רק כלפי רכיב בודד);
- (2) **בדיקה יזומה אך תחומה**: החובה השיפוטית משתרעת על תרחישי חפות הנגזרים מהחומר;
- (3) **הבחנה בין קריסת גרסה לבין סטנדרט ספק**: דחיית גרסת נאשם אינה כשלעצמה שלילת קיומו של ספק סביר אם יתר הראיות, כמכלול, מותירות היסוס רציונלי.

לא זו אף זו, נזכור שכבישת עדות ושתיקה עשויות להיות מוסברות באופן המתיישב עם חפות (למשל: חשש מנקמה, בלבול, או חוסר אמון ברשויות), ומכאן שיש דווקא חובה שיפוטית בבחינת תזות מזכות. ויתור על בחינה עצמאית מצד בית המשפט עלול להפוך את השתיקה ל"חזקה לחובתו של נאשם", באופן הפוגע בחזקת החפות. לפיכך, יש מקום להציע כי המבחן הנכון לאחיזה בחומר הראיות הוא מבחן "האחיזה החלשה": די בכך שהראיות אינן סותרות תרחיש חפות מסוים כדי שחובת בית המשפט היא לשקול אותו.