

אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים

מאת

דורון מנשה*

- א. מבוא
- ב. עמדת השיח השיפוטי הרווח
- ג. הטיעון התיאורטי בדבר קיום סתירה מושגית ונורמטיבית בין האידיאלים
- ד. הצעות תיאורטיות לשוב (או "ריכוך") הסתירה
 1. הצעה 1 – עשיית צדק כתכלית אולטימטיבית
 2. הצעה 2 – אמת משפטית כאידיאל חלופי לחשיפת אמת עובדתית
 3. הצעה 3 – הפרדת מיקומם הגיאומטרי-הליכי של פעולת האידיאלים
 4. הצעה 4 – אידיאל האמת כמכוון לבחינת שאלת הוכחת האשמה בלבד
 5. הצעה 5 – אידיאל האמת כמיוסד על חתירה להכרעה על בסיס מערך של "קבלות" (acceptances) להבדיל מ"האמונות" (beliefs)
- ה. סיכום הדין בהצעות ובביקורתנו עליהן
- ו. הצעתנו – חובות היווצרות הכרחיות יחסית
- ז. הערה בדבר השפעתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על עניננו

א. מבוא

התבוננות שטחית למדי בדיני הראיות והפרוצדורה הפלילית מספקת בכדי להגיע למסקנה ששני אידיאלים מרכזיים משמשים בערבוביה בהליך הפלילי. האחד – חשיפת האמת העובדתית (להלן: "אידיאל האמת")¹, והשני – הגנה על חפים מפני הרשעה שגויה (להלן: "עקרון ההגנה")².

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אני מודה לאורה מנשה, שגית לוינר ורביע עאסי על הערותיהם המועילות.

1. למובנו הפילוסופי של מושג ה"אמת עובדתית" כפי שהוא נתפס, לפחות במובלע, בשיח המשפטי הרווח עיינו: ד' מנשה "שיקול-דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיוות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג (תשנ"ז) 83, 94-95; (Ch. 2) (1900) W. Twining *Rethinking Evidence*.

2. עיינו בדבריו של Zuckerman: *The Principles of Criminal Evidence*; A.A.S. Zuckerman (Oxford, 1989) 125.

"The protection of the innocent from conviction is a central theme of the law of criminal

לאמת היקרה להליך משפטי, ככזה³, חשיבות סגולית מיוחדת בהליך פלילי שכן "בדיני נפשות" עסקינן⁴. הגנה על חפים מפני הרשעה שגויה אף היא מאשיות משפטנו וכבר מצאנו כי "מוטב כי עשרה עבריינים יזוכו, ולא יורשע ולו חף מפשע אחד"⁵, וכן כי אין הרשעה בדין אלא אם הוסרו כל הספקות הסבירים. "מידה זו מהווה את אבן היסוד של המשפט הפלילי ודרכי הפעלתו. היא משקפת את תפיסות היסוד החוקתיות והחברתיות של המשפט הישראלי"⁶.

האם לפנינו אידיאלים נפרדים ומקבילים שאין זה נוגע בזה? אולי מי מהם נובע מן האחר או שמא שניהם נובעים מאידיאל יסודי יותר? ואולי נמצא דווקא, לדאבון הלב, כי הינם סותרים ולא בני-מימוש יחדיו. מטרת חיבור קצר זה היא להציג בקליפת-אגוז מקצת מן האנטומיה של היחסים המסובכים שבין שני אידיאלים אלה. זאת הן ברמה התיאורטית-מושגית והן במישור אופן פעולתם בשיח המשפטי.

ב. עמדת השיח השיפוטי הרווח

המעין בפסיקה יגלה כי שאלת יחסי הגומלין המושגיים-תיאורטיים והמעשיים-יישומיים שבין שני האידיאלים נותרה, באורח מתמיה לכאורה, ללא התייחסות

evidence. Its pivotal position is explicable by the fact that the system of criminal justice as a whole is aimed at preventing harm to the individual. If the legal system could not protect the law-abiding citizen from its own mistakes, so as to avoid the possibility that — in Romilly's words — each wretch that goes to the scaffold may be an innocent victim', the justification for its own existence would be called into question. The importance of protecting the innocent from conviction is not justified only on the basis that it will produce the best social results"

3 עיינו, למשל: מ' קרמניצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים" הפרקליט לה (תשמ"ד) 407; א' ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז (תשנ"ו) 11; רע"א 6546/94 בנק איגור לישראל בע"מ נ' אזולאי, פ"ד מט (4) 54.

4 ראו, למשל, דברי השופט ברק (כתוארו אז) בע"פ 951/80 קגיר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 505, 517-516 (להלן: "ענין קגיר"), וכן דבריו בב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (3) 729, 734 (להלן: "ענין ליבני").

5 אמרה זו מיוחסת ל-Sir Edward Seymour עיינו: G. Williams *The Proof of Guilt* (3rd edn. 1963) 186-187. במשך השנים הוצעו גם יחסים מספריים המבטאים יתר מובהקות לעקרון ההגנה, למשל יחס של 1:1000. לסקירה היסטורית עיינו: Zuckerman, *supra* note 2, at p. 126.

6 בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (2) 133, 145 (להלן: "ענין זאדה"); כן ראו ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז (4) 221, 644-645.

משמעותית. במקרים הספורים בהם ניתן לחלץ התייחסות לשאלה האמורה היא מסתכמת, פחות או יותר, בעמדה כי עקרון ההגנה בעצם נובע מאידיאל האמת או מהווה מקרה פרטי חשוב שלו. המחשה לכך ניתן להביא מענין אפללו⁷ שם נכתב: "מטרתו של ההליך הפלילי היא להביא לזיכוריו של החף מפשע ולהרשעתו של האשם... מטרת הדיון הפלילי היא לחשוף את האמת". ניתן לקבל עמדה זו כפשוטה, אך ניתן גם לשער כי היא נובעת או לפחות קשורה לאינטרס הכרתי-מערכתי לשמר רטוריקה שיפוטית המאדירה את מרכזיותו של אידיאל האמת, אך יחד עם זאת להפגין מחויבות משפטית אמיצה לעקרון ההגנה; כל זאת מבלי להציג את האנטומיה המסובכת, כפי שנראה בהמשך, של יחסי הגומלין בין אלו. אינטרס הכרתי זה, אם אכן בדין השערותנו, מסמן הן את האידיאל והן את העקרון כמרכיבי-יסוד בפונקציה המטא-הליכית של הבניית לגיטימציה לכללי ההליך ולתוצאותיו⁸. אכן קשה להלום הליך פלילי שעקרונותיו והגדרת יעדיו יסטו באורח ניכר מן השאיפה והזימרה שהכרעותיו תהיינה מדויקות, והאמת תתגלה בו לפחות לעיקרה⁹. אמנם בגדרי השיח הקיים מודגש כי חשיפת האמת אינה הערך היחיד, וזו עשויה ליסוג בפני ערכים או אינטרסים חשובים אחרים¹⁰ שהליך שיפוטי מעונין לקדם או נאלץ לכבד¹¹. השיח אף מכיר בכך שמפעם לפעם נופלות טעויות בקביעת עובדות עקב מגבלות טבע האנוש, דלות האינפורמציה והכורח הבלתי-נמנע, להכריע כתנאי אי-ודאות; ואולם אין דינן של טעויות מחויבות המציאות הללו כדין עיצוב קריטריון, הנכון מראש להתפשר באורח ניכר על ערך חשיפת האמת¹². בדומה, נתפס עקרון ההגנה,

7 ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, פ"ד לר (3) 561, 575 (להלן: "ענין אפללו"). ניסוח מעין זה מוצאים אף בפסיקה נוספת. למשל ענין ליבני, לעיל הערה 4, שם; בג"צ 7357/95 ברקי פטה המפרים (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (2) 769, 784 (להלן: "ענין ברקי").

8 אדם אינו חייב להיות משפטן-ריאליסט או איש התיאוריות הביקורתיות למשפט (Critical Legal Studies) כדי להסכים שפונקציה מטא-הליכית כזו אכן קיימת. אחרי ככלות הכל ללא אופן הציבור בשפיטה, בשופטיה, בהליכה, ובפעולתה החברתית קשה לראות כיצד מערכת שיפוט עשויה להתקיים. עיינו לשם המחשה בלבד בדברי השופט ברק (כתוארו אז) בבג"צ 2148/94 גלברט נ' כבוד נשיא בית-המשפט העליון, פ"ד מח (3) 573, 603 ("מעמדנו כשופטים אובייקטיביים מותנה באופן הציבור בנו... כאשר אנו יושבים לדין, אנו עומדים לדין"); וכן דבריו בבג"צ 732/84 ח"כ צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ (4) 141, 147-148.

9 עיינו בדברי השופטת כן-פורת בבג"צ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו (4) 449, 462; לניתוח תיאורטי ראו: W. Twining "The Rationalist Tradition of Evidence: Scholarship" *Well and Truly Tried* (1982) 211, 244.

10 ראו, למשל, ברק, לעיל הערה 3, בע' 14-16.

11 ניתן להבחין בין ערכים לבר-הוכחתיים אך "חוץ הליכים", המשמשים חלק מ"מתכון" ראוי של הליך שיפוטי, לערכים שהם לא רק לבר-הוכחתיים אלא אף "חוץ הליכים", כלומר כאלה המהווים אילוצים חיצוניים על החתירה למיקסום פונקצית מטרת ההליך. לאבחנה והמחשתה עיינו מנשה, לעיל הערה 1, בע' 117 (הערת שוליים 133).

12 השוו לדבריו של Tribe בענין אחר (התנגדותו לכימות מתמטי של סטנדרט ההוכחה בהליך

כך ראינו¹³, כאחד מיסודותיה של תפיסה ליברלית ונאורה של המשפט בן-זמננו. הרשעת חף, מסביר Dworkin, מסבה מעצם טיבה — בנוסף לכל נזק אחר הנמדד במונחים תוצאתניים — אף פגיעה מוסרית מיוחדת, הנוגעת בעצם האופי העוולתי של שלילת חירות שלא כתוצאה בלתי-נמנעת של פעולה שלטונית כשרה, זכותו של הנאשם, להגנה מפני יצירת סיכונים מוחשיים להרשעה שגויה, כזכות יסוד מתאפיינת בכך שצמודה לה חסינות מפני גריעת הזכות מתוך שיקולים הנוגעים לתועלת או רווחת הכלל¹⁴.

ג. הטיעון התיאורטי בדבר קיום סתירה מושגית ונורמטיבית בין האידיאלים

כאמור, באותם מקרים בודדים בהם נדרשת הפסיקה לכך היא מוצאת את עקרון ההגנה כמקרה פרטי חשוב של אידיאל האמת. ההגיון בפסיקה זאת פשוט: חשיפת האמת פירושה גילוי האשמים, ורק האשמים. ממילא הדבר מתיישב — על-פי מהלך המחשבה הפסיקתי — עם אותה הגנה שלה חשיבות סגולית מיוחדת על חפים מפני הרשעתם השגויה. ואולם, נהיר, כי מהלך מחשבה זו מוטעה, שכן הענין שיש לבחון אינו מהו המובטח לנו במצב אידיאלי בו מתגלה האמת, אלא כיצד עלינו לנהוג בהינתן חוסר יכולתנו, על-פי טבעה ואופיה של ההוכחה המשפטית בשאלות שבעובדה, להבטיח בוודאות, בכל הליך נתון, כי אכן מתקיים בנו המצב האידיאלי¹⁵.

לפיכך אין אידיאל האמת או עקרון ההגנה צריכים, באורח סביר, להיתפס

פילי). L. Tribe "An Ounce of Detention: Preventive Justice In the World of John Mitchell" 371, 385-387 *Va. L. Rev.* (1970) 56. לדיון וניתוח עיינו מאמרו המאלף של רון שפירא "המודל ההסתברותי של דיני הראיות: חלק א' — ביקורת מסורתיות" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 205, 229-231.

13 עיינו בטקסט להערה 6 לעיל.

14 R. Dworkin "Principle, Policy, Procedure" *A Matter of Principle* (Cambridge, 1985) 72.

15 לאי-הוודאות האינהרנטית באשר לנכונותן של הכרעות ראו למשל את דבריו של הלורד Denning אגב ניתוח פרשנותו של מבחן מידת ההוכחה בפלילים בענין: *Miller v. Pensions* [1947] 2 All E.R. 372, 373.

חשוב לאבחן טיעון זה הנוגע בחוסר הייתכנות של וודאות תיאורטית בהליכי קביעת עובדות, לטיעון אחר, הנוגע אך בייחנותן של טעויות בקביעת עובדות על-ידי שופטים או מושבעים בני-אנוש (לטיעון האחרון ראו, למשל: D. Shaviro "Statistical Probability Evidence and the Appearance of Justice" 103 *Harv. L. Rev.* (1989) 530, 530).

"If one conclusion about the existing, or any, trial system is certain, it is that the system will err in finding facts. Innocent defendants will be convicted or found liable. Guilty or liable defendants will acquitted or escape liability".

כן עיינו ח' ה' כהן המשפט (פרק שלישי) 124 ("בעצם ההגיון האנושי טמונה ממילא סכנת

כמכוננים להבטיח את תוצאות ההליך ככזה, אלא אך את הדרך שבה אמורים להיות מעוצבים הליכים (ובפרט מהי דרך חלוקת סיכוני המשגה במסגרתם) בכדי שיטו להוביל, בדרך-כלל, לתוצאות מסוימות. על-כן מתקבל על-הדעת יותר, לכאורה, לבקש לאושש את טענת הנביעה (או לפחות ההתיישבות) האמורה שבין שני האידיאלים, תוך ניסיון להצביע על כך שעצם קיומה של שאיפה (ועיצובם של הליכים בהתאם) להגברת הסתברות אמיתותן של הכרעות שיפוטיות עולה כדי מילוי המחוייבות הכלולה בעקרון ההגנה או לפחות אינה נוטה להפר אותה.

ואולם, אם אכן זאת הטענה הרי בבירור שגויה היא. ניתן לראות זאת כשנעזרים בשיקול האינטואיטיבי הבא: מהו המשטר המשפטי ההיפותטי שיש בו להגן בדבקות ובאדיקות הרבה ביותר על עקרון ההגנה? התשובה ללא ספק שזהו משטר התובע זיכוי הנאשם בכל מקרה של ספק, אף בלתי-סביר; משטר המסתפק לצורך זיכוי באפשרות העלאתו של ספק תיאורטי שאינו מעוגן בראיות, כלומר בעצם: זיכוי בכל מקרה. ואולם, משטר משפטי כזה רחוק מלגלם את אידיאל חשיפת האמת. כמובן חשוב הוא מגלם את הקונצפציה ההפוכה לגמרי מדבקות במלאכת חשיפת האמת. הוא, בעצם, מבקש מקובע העובדות להתעלם מן הטענות והראיות ללא אבחון, להתכחש לדיון כולו ולהכריע על בסיס אסטרטגית הימור בלתי-רציונלית לחלוטין שאינה מקיימת קשר אינפורמטיבי כלשהו להליך. אכן, דבקות מוחלטת בעקרון ההגנה הופכת את עצם פרקטיקת ניהול הליכים שיפוטיים לחסרת-הגיון וטעם וכמובן זה היא הרחוקה ביותר מאידיאל חשיפת האמת, התובע, כך נראה, דווקא את הוצאת המיטב והמירב מפירות הדיון השיפוטי לצורך הגעה להכרעה מדויקת ככל האפשר, על בסיס הראיות והטיעונים שהוצגו באותו הליך.

נמצא, איפוא, כי אין יסוד לטענה בדבר קשרי הנביעה החזקה כביכול של עקרון ההגנה מאידיאל האמת. ואף זאת: יש מעלה נוספת להתבוננות במשטר המשפטי ההיפותטי שהובאה כאן. עד כמה שמתמיה הדבר, מהווה המשטר ההיפותטי, במובן חשוב, אף מודל מוקצן של המשטר המשפטי של שיטתנו למעשה. בעצם אך כפסע בין המשטר ההיפותטי שנדון כאן למשטר המשפטי הנקוט בידנו בפועל. כידוע, הכרעתו של השופט במשפט הפלילי אינה מכוונת לקבוע דווקא את הגרסה המסתברת ביותר מן הראיות, ואף לא גרסה מסתברת למדי. למעשה, ההבדל בין שיטתנו לבין זו ההיפותטית הוא שהראשונה מגוננת על נאשמים אך מפני ספקות מן הסוג הסביר¹⁶ — כלומר כאלה המעוגנים בראיות הפרטיקולריות

טעות". בעוד הטיעון האחרון מכוון להצביע אך על מועדותה של השפיטה לטעויות מפעם לפעם, מצביע הטיעון הראשון על חוסר האפשרות העקרונית להגיע לוודאות מלאה באשר לנכונות ההכרעה בכל מקרה נתון.

16 סעיף 34כב(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

שהוצגו בענין מסוים¹⁷; שהתחשבות בהם אינה עולה כדי ספקנות רדיקלית בעצם הגיונם ואפשרות תפקודם של הליכי שפיטה¹⁸; שההכרעה מזכה או מרשיעה — על בסיס בחינה אם הם מתקיימים או נעדרים בענין מסוים — מתיישבת אף עם תפיסת הנחת החפות — כחזקה (אף אם חזקה "חזקה")¹⁹, להבדיל מחסינות מפני הרשעה²⁰, ויחד עם כל אלה: המדובר בספקות (סבירים) שהתחשבות בהם לצורך הכרעה אינה אסטרטגית הימור סבירה כל עיקר. עקרון ההגנה, כפי שהוא מובנה במשפטנו נראה, איפוא, כבלתי־מתיישב עם אידיאל חשיפת האמת. העקרון משקף סוג של הטיה משפטית לקידום פני סוג מסוים של טעויות העלולות ליפול בהליך — הרשעות של חפים. על־כן אין הוא יכול להלוו שיטה המבקשת למזער טעויות באכיפת הדין, טעויות באשר הן — ללא כל קשר לסוגן. עקרון ההגנה — ככל אסטרטגיה אחרת שאינה פונה לאיחורה של הגרסה העובדתית המסתברת ביותר, משקף בעצם טיבו סטייה ברורה מאידיאל חשיפת האמת. העקרון אחראי להעלאה של מספר ההכרעות השגויות הכולל שהליכים פלילים נוטים לאורך זמן, להוביל

17 עיינו: ע"פ 112/69 חליחל נ' מדינת ישראל, פ"ד כג (1) 733, 740–741; ע"פ 3126/96 עמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (3) 638, 644.

18 שכן ספקות שאינם מעוגנים בראיות המקרה או שעיגונם בראיות הפרטיקולריות חסר ביסוס תיאורטי מייצגים בעצם ספקנות התוקפת את כל שיטת ההוכחה. הפילוסוף ויטגנשטיין סיווג ספקות אלה במסגרת מה שניתן לטעון לגבי שאין בו לפגוע בוודאות אותה השערה. ראו ל' ויטגנשטיין על הוודאות (תרגום מגרמנית, הוצאת כתר, ירושלים, 1998) — למשל סעיף 191 "אם הכל אפוא מעיד בזכות איזה השערה ומאומה לא כנגדה — האם היא אז אמיתית בוודאות? ניתן כך לציין. ברם, האם היא לבטח עולה בקנה אחד עם המציאות, עם העובדות? — עם השאלה הזאת אחת כבר סובב במעגל".

19 במינוחה של עדנה אולמן־מרגלית, חזקת החפות היא חזקה "חזקה" (strong). משמעות הדבר היא שהנחת החפות תמשיך ותעמוד על תילה גם אם הוצגו כנגד הנאשם ראיות והתגלו לכאורה עובדות ההופכות אותה למסתברת פחות מהנחת אשם. רק ראיות מכרעות שהתגבשו בתום הדיון כנגדו עשויות להוביל להכרעת דין מרשיעה. ראו: E. Ulman-Margalit, "On Presumption" 80 *Jour. of Phil.* (1983) 143, 152–156; L. Tribe "Trial By Mathematics — Precision and Ritual In The Legal Process" 84 *Harv. L. Rev.* (1971) 1370–1372.

20 ענין זה הוא אף המסביר את הפולמוס הגדול שעוררה השאלה כיצד (ואם בכלל) יש לכמת את חזקת החפות במונחים הסתברותיים־מתמטיים. הקושי התעורר אל נוכח ההכרה בכך כי הסתברות חפות תחילית השווה לאפס חוסמת כל אפשרות לשינויה על יסוד ערכן ההסתברותי של ראיות אחרות, וזאת על שום דרך חישוב ההסתברותית המתמטית המבוססת על מכפלת הסתברויות; כלומר משמעותה המעשית של הסתברות חפות אפירורית השווה לאפס היא חסינות מפני הרשעה. מאידך, קביעת הסתברות אשם תחילית כלשהי הגדולה מאפס חשופה לטיעון לפיו הדבר מפר את המחויבות להחזיק את הנאשם כחף ולא לגבש דעה מוקדמת כנגדו טרם ההכרעה. (ראו להלן הערות 38–39 והטקסט הצמוד אליהן) לסקירה ביקורתית של הטיעונים הקלאסיים בענין זה עיינו שפירא, לעיל הערה 12, בע' 227–229. כן עיינו: "Probability and Proof" (An Internet Exchange) 35 *Jurimetrics Jour.* (1995) 227, 281, 283, 293.

אליהם. ענין זה ניתן אף להצגה פורמלית²¹. חשוב להדגיש: עניננו כאן אינו אלא בהנהרה ובניתוח של משמעותו והשלכות פעולתו של העקרון ולא בהצגת טיעון נורמטיבי כנגד הצדקתו. העקרון ניתן להצדקה אם סבורים כי העלות החברתית של הטעויות (להבדיל ממספרן החשבוני הכולל) שהוא יוצר, היא עדיין אופטימלית יחסית לכל עקרון הכרעה חלופי. אכן, יש רגלים להשערה שאכן, במידה רבה, כך נתפסת הצדקתו בשיח הראיות הרווח²², ואולם עדיין אין זה בלתי-מעניין להראות שהעקרון גובה מחיר במונחים של חשיפת האמת, ולא אך שבאופן היפותטי, מוכן היה השיח לשלם מחיר כזה. שכן, להבדיל ממחירים היפותטיים שעלותם במונחים של הבניית לגיטימציה להליך המשפטי היא זעומה יחסית, לתשלום בפועל נלווית אף עלות מוחשית במונחים הללו²³.

ד. הצעות תיאורטיות ליישוב (או "ריכוך") הסתירה

ניתן להציע מספר טיעונים תיאורטיים המעוגנים אף במידה זו או אחרת בהנחות השיח הרווח המפורשות או המובלעות, או קדם הנחותיו, והמכוונים ליישב את הסתירה לכאורה בין האידיאלים, או למצער לרככה באחד מהיבטיה הרלוונטיים.

הצעה 1 – עשיית צדק כחכלית אולטימטיבית

לפי הצעה זו המחויבות המשפטית האולטימטיבית היא "עשיית צדק" והאידיאלים משמשים אך כדרישות מעשיות האמורות לסייע במימושה. הצעה זו עשויה להיסמך על לשונם ומבניהם הלוגיים של הסדרים הראייתיים רבים שענינם כבילת שיקול-הדעת השיפוטי²⁴. במוקדם של הסדרים אלה מצוי ערך לבר-ההוכחה

21 עיינו: Editors' Note "A Probabilistic Analysis of the Doctrine of Mutuality of Collateral Estoppel" 76 Mich. L. Rev. (1978) 612, 622-624.

22 לעיל הערה 5, והטקסט הצמוד אליה.

23 מה שנרמז כאן הוא שאמרות כגון, שמוטב כי מספר גדול עבריינים יזוכו ולא יורשע ולו חף מפשע אחד, כמעט ואינן מוצגות בשיח הקיים כאמירות המתארות את שאירע למעשה (הגנה על חפים מפשע תוך "תשלום" במספר גדול של זיכוי עבריינים) אלא אמירות כאלה, בדרך-כלל, כך על-פי ניתוחינו, מוצגות כמשפטי תנאי – היפותטיים (לאמור "גם לו היו הרבדים עומדים שהינו מוצרכים לכך היו מוכנים לנהל משפטינו כך שיגנו על חף מפשע אחד ולו במחיר של זיכוי עבריינים רבים"). הניתוח דלעיל מצביע על-כך שהצגה כזו מטעה במידה רבה, ויש בה סממנים של ניסיון לאחוז בחבל בשני קצותיו, כלומר להציג את השיטה כמקדמת את ההגנה על חפים מפשע ללא פגיעה בפועל בכושרה (ובמידה רב אף, עדיין, יומרתה) למזער טעויות בהליך ולחשוף את האמת.

24 לטיפוסם של כללים הכובלים שיקול-דעת שיפוטי-עובדתי ראו את מיון וסיווג כללי ההוכחה המופיע אצל מנשה, לעיל הערה 1, בע' 87-89.

המצדיק את כבילת שיקול-הדעת (באופנים שונים של כבילה כזו למשל על-ידי פסילת ראיות, שלילת כושר להעיד, מתן פטור להעיד, חיסיון, או קביעתו של השתק פלוגתא) ובד-בבד נקבעו חריגים בחוק החירות או כחלק משיקול-דעת שיפוטי עצמאי המנטרלים, בנסיכות נתונות את הוראת הכבילה ומסירים את ההגבלה על חקר האמת. הן הוראת הכבילה והן החריגים לה נתפסים כנובעים מן הפונקציה של עשיית צדק. כך לדוגמא עשוי השתק פלוגתא להדחות על-ידי בית-משפט, אף אם מתקיימים כל תנאיה המהותיים של הדוקטרינה, מקום שהפעלתה בלתי-צודקת²⁵; מקרה זה הוא דוגמא לקביעתה של מסגרת לשיקול-דעת פרטני-שיפוטי שעוצבה על-ידי הפסיקה עצמה והמכוונת לעשיית צדק. בדומה מסמין החוק את בית-המשפט המתאים הדין בהליך של עתירה לגילוי ראיה לצוות על גילוייה מקום בו הוא מוצא כי הצורך בכך לשם עשיית צדק עדיף מן הענין — קידום אינטרסים הנוגעים בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה או בנושא ציבורי אחר — שלא לגלותה²⁶. ודומה אף הגיונם הנורמטיבי של הסדרים ראייתיים נוספים²⁷.

על בסיס אלה ניתן לכאורה לטעון כי כשם שחשיפת אמת וקידום אינטרסים אחרים, לא אפסטימיים, מהווים כולם חלק ממתכון עוגת "עשיית צדק", כך כולל "מתכון" זה אף את עקרון ההגנה כסוג נוסף של אינטרס שיש לקדמו כחלק מן המחוייבות לאידיאל הצדק.

הצעה כזו מחטיאה את מטרתה. אפילו מקבלים את ההנחה ביסוד הטיעון שבהצעה כי הן אידיאל חשיפת האמת והן עקרון ההגנה נתפסים ככלים או מרכיבים בשירות אידיאל הצדק, אין נובע מכך, כמובן, שהם מתיישבים והולמים זה את זה. שהרי, מחלוקות לעצם מהותו והנגזר מאידיאל הצדק המשפטי הם מנשמת אפו של המשפט. אדרכא, אם אכן בדין נתפסים הן חשיפת האמת והן עקרון ההגנה כהיבטים של אידיאל הצדק יש בכך אך להוסיף נופך של טרגיות על הכורח המעשי לבחור אך בקידום אחד מהם. חשוב גם להדגיש: אין גם כל מקום לדבר על איזון כלשהו בין שני האידיאלים בדרך הניתור והפיוס ההדדיים, שכן מעצם טיבם והגדרתם תובע כל אחד מהם את הבכורה על-פני רעהו; בעצם כל נוסחת איזון משמעותה אחת היא: קביעת סטנדרט הוכחה בהליך פלילי שאין בו להגשים לא את אידיאל האמת ואף לא את עקרון ההגנה²⁸.

25 עיינו נ' זלצמן מעשה בית-דין בהליך אזרחי (רמות פרסומי הפקולטה למשפטים אוניברסיטת ת"א, תשנ"א) 625–634.

26 סעיפים 44–45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א–1971, דמ"י 421 (להלן: "פקודת הראיות").

27 למשל, סעיפים 49–50 לפקודת הראיות (חסיון לקוחם של רופא, פסיכולוג ועובד סוציאלי).

28 זאת לפחות כל עוד אין מבקשים להחיל על האידיאלים מהלכים תיאורטיים של דה-קונסטרוקציה, ודה-קונסטרוקציה. עיינו סעיף ו לחיבור להלן.

הצעה 2 – אמת משפטית כאידיאל חלופי לחשיפת אמת עובדתית

הצעה זו מבקשת ליישב את הסתירה לכאורה בין האידיאלים מתוך שהיא כופרת לחלוטין בקיומו של ערך עצמאי של גילוי האמת העובדתית. לפי הצעה זו, האידיאל השיטתי הוא ממילא השגת האמת המשפטית²⁹ וזו בהחלט יכולה להתיישב עם הכרה בעקרון ההגנה כחלק מן המחויבות לעקרונות הדין הכלולות במשפטיותה של אמת זו³⁰. האמנם באו בכך הדברים לידי סדרם?

פתרון קושיה זו מצריך התבוננות מקרוב על מוסד "האמת המשפטית". השופט אלון (שהוא ככל הנראה חלוץ האבחנה, בעת הזו, בין "אמת משפטית" לאמת עובדתית) כותב כי משמעותה של האמת המשפטית היא "כירור האמת

29 לאבחנה בין אמת עובדתית ל"אמת משפטית" ראו בעיקר: בג"צ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו (4) 449, 465–471 (להלן: "ענין אלון"); ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (1) 197, 261 (להלן: "ענין מועדי"); ד"נ 9/83 בית-הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב (3) 837, 853–855; ע"א 1354/92 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגית, פ"ד מח (1) 711, 744–750 (להלן: "ענין פלוגית"); ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (2) 221, 375.

30 ראוי לציין כי המעיין בפסיקה אודות האמת המשפטית יבחין בעצם בשני מובנים שונים המיוחסים למושג האמת המשפטית. המובן האחד מזהה אמת משפטית עם עצם תוכנן של הקביעות המוסמכות המצויות בפסק-דין. אמיתותה של קביעה כזו נובעת מעצם "הכרת חוקפה על-ידי מערכת המשפט ומבחינת כוחה המחייב" (ענין אלון, שם, בע' 471). איננו עוסקים בניית מובן זה של "אמת משפטית" כי בוודאי אין בו לקדם את ענייננו, שהרי "אידיאל" זה אינו מחויב לעקרון נורמטיבי כלשהו הנוגע לתוכן או לפרוצדורה מלבד לעצם היותה של הקביעה מוסמכת.

המובן השני לאמת משפטית, לעומת זאת, תובע הפעלה אופטימלית (או לפחות ראויה) של העקרונות המשפטיים ההכרחיים והנורמטיביים החלים "באותה מערכת משפט, שבמסגרתה מתקיים הכירור המשפטי" (שם, בע' 465). אך מובן זה לאידיאל ה"אמת המשפטית" יכול שייתמר להכניס תחת כיפתו את עקרון ההגנה כחלק מן הסטנדרטים המחייבים ולפיכך רק הוא הונח לצורך הדיון בחיבור. נציין עוד, דרך אגב, שהאטרקטיביות הרבה שלה זוכה רעיון "האמת המשפטית" בקהיליה המשפטית נובע מן הרילוג הלך ושוב בין שני המובנים הללו למושג האמת המשפטית. מן המובן של התגלמות אופטימלית של העקרונות הנורמטיביים והקטיגוריות ההכרחיות נשאבת האידיאה, ומן המובן של זיהוי אמת זו עם תוכנה של קביעה מוסמכת ככזו נשאבת המעשיות. אילו היה רק המובן "האידיאלי" מוצג בשיח הוא היה נתפס ממילא כהיפותטי-מכווין; כוחו היה מתמצה (ואמנם אין זה מעט) בעצם ההצבה של אידיאל, המנחה את החקירה, הנובע מעקרונות השיטה ואינו מחויב בהכרח. לאמת העובדתית, ואולם כוחו הלגיטימיוני הנוגע לכל הכרעה שיפוטית כאשר היא אוכד לו במידה מרובה. אילו היה אך המובן "המעשי" נותר בזירה האידיאל היה מאבד מכוחו האידיאלי וממילא גם מכוחו הלגיטימיוני הנוגע להכרעה שכן זו הייתה מוצגת אך כאקט פורמלי של הפעלת כוח. ה"דילוג" בין שני מובנים של "האמת משפטית" מאפשר, איפוא, לזו לשמש כמשענת לגיטימיונית איתנה להליך השיפוטי. ואולם, מכיוון שנהיר כי שני מובנים אלה לאמת המשפטית אינם יכולים לדור בכפיפה אחת, הרי ספק אם למשענת זו עצמה יש על מה להישען.

בעולמה של מערכת המשפט³¹, "בירור האמת במידה שניתן להגיע לחקרה על-פי הנורמות המהותיות והכללים הפרוצדורליים שבאותה מערכת משפט, שבמסגרתה מתקיים הבירור המשפט³²". תפיסת האמת המשפטית מכירה, אמנם, בכך ש"לא אחת מונע בית-המשפט עצמו במודע מלהגיע לחקר האמת העובדתית מטעמים של מדיניות משפטית, כאשר השמירה על ערכים-אינטרסים מסוימים עדיפה וחשובה בעיני המערכת המשפטית מגילוי האמת העובדתית"³³, ואולם גם על-פי תפיסה זו — ממשיך השופט אלון — "ניגוד זה שבין האמת המשפטית לאמת העובדתית צריך שיהא בבחינת יוצא מן הכלל, באותם עניינים שבהם עלה מלפני המחוקק, שהשמירה על ערכים-אינטרסים מסוימים עדיפה וחשובה בעיני מגילוי האמת העובדתית... הייתי מוסיף ואומר שבדרך-כלל עשיית צדק מחייבת הערכת האמת מעל לכל שיקול אחר, ורק במקרים יוצאים מן הכלל ניתן להעדיף שיקולים ערכיים אחרים על-פני הערכת האמת וגילוייה"³⁴.

מכאן שאין ברעיון של אמת משפטית, כפי שהוא מובנה בשיח הקיים, כל המלצה לפגוע באידיאל חשיפת האמת העובדתית³⁵, ולפיקח אין בכוחו ממילא

31 ענין אלון, לעיל הערה 29, בע' 465.

32 שם, שם.

33 שם, בע' 467.

34 ענין מועדי, לעיל הערה 29 בע' 261; ענין פלונית, לעיל הערה 29, בע' 746–747.

35 יש לציין עם זאת שיש גם סימוכין לשימוש "רדיקלי" יותר ברעיון של האמת המשפטית. במסגרת סוג שימוש זה חשיפתה של "האמת העובדתית" אינה נתפסת רק כערך היכול לסגת בפני ערכים אחרים אלא לכאורה מתורקנת כליל מערכה. גדולה מזו: במסגרת זו אי גילוי האמת העובדתית או התעלמות ממנה הופכים, כביכול, לערך (ואפשר שאף כזה המוגן על-ידי הזכות החוקתית לכבוד האדם. עיינו: ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח (3) 837, 843). סוג שימוש כזה במסד "האמת המשפטית" עשוי כמובן להעמיד במבחן את התזה שהוצגה בחיבור, ואולם ניתוח מדויק יותר יגלה, לדעתנו, את פשרו המדויק של השימוש שבו מדובר "באמת המשפטית". בענין פלונית, לעיל הערה 29, דובר בחביעת מזונות בה נדרש בית-המשפט להכריע בשאלת אבהותו של הנתבע. השופט אלון קבע (בעקבות אמרת אגב שנתן בע"א 548/87 שרון נ' לוי, פ"ד לה (1) 736, 748–749) כי על-אף שבדיקת סוג רקמות תוכל להכריע בענין האבהות, ברמת ההוכחה הנדרשת בתביעות האזרחיות, לא יזקק בית-המשפט לבדיקה כזו מקום שמסקנת הבדיקה עשויה להדביק תו של פסול בקטין. למשל כאשר תוצאות הבדיקה עלולות להוביל למסקנה כי האישה הנשואה לפלוני היתה בתקופת נישואיה לאלמוני. במקרה זה קביעת אבהותו של אלמוני עלולה שתביא לפיסולו של הקטין כממזר. את נימוקו מעגן השופט אלון בהיותה של מערכת השיפוט מחויבת ל"אמת משפטית" הסוטה לעיתים מן "האמת העובדתית".

לכאורה — הסטנדרט הנורמטיבי המתחייב מן "האמת המשפטית" כאן הוא התעלמות (או אף עיוות) המציאות הריאלית. למעשה, לדעתנו, אין זה כך. ראשית, יש לשים לב שאין כאן כל התעלמות מעובדה ש"התקבעה" בדבר היותו של הקטין בנו של אלמוני אף כי יש הקרבה מודעת של אמצעי הוכחה טוב כשהטעם לכך נעוץ בערך של אי הגילוי בנסיבות הענין. שנית, וחשוב יותר, מחויבותו של השופט במסגרת אידיאל חשיפת האמת כרוכה בסופו של דבר ב"מושאי המציאות" שיש לתור אחריהם ואלה הם פונקציה של הדין המהותי.

להפיג את המתח בין האידיאל האמור לעקרון ההגנה. נמצאנו שגם מי שמבקש להתיר את הסוגייה נשואת דיוננו על-ידי נוסחת האמת המשפטית מתחייב בעצם בנאמנות לשני אידיאלים שאינם יכולים לדור בכפיפה אחת. הוא מחוייב בעקרון ההגנה וחזקת החפות כחלק ממדיניות ההכרעה ההכרתית של ההליך השיפוטי ובו בזמן עליו לדבוק באידיאל של מזעור מספר ההכרעות השגויות שהליך זה אחראי להן.

הצעה 3 – הפרדת מיקומם הגיאומטרי-הליכי של פעולת האידיאלים

הצעה זו מבטאת, וודאי, השקפה רווחת בשיח דיני הראיות בן-זמננו, לפיה ניתן למקם את פעולת האידיאלים בהם עסקינן על ציר שלבי ההליך הפלילי. בבסיס הדיון המשפטי עד הכרעת הדין מונח אידיאל האמת, ולעומת זאת בשלב ההכרעה על השופט להגשים את עקרון ההגנה. בכך, על-פי גישה זו, אין האידיאל והעקרון באים לידי התנגשות אלא דרים זה לצד זה. על-פי וואריציה סבירה של גישה זו יוחל עקרון ההגנה בשלב הכרעת הדין אך ב"מקרה קשה"³⁶ או כענין של "ברירת מחדל". המדובר במקרים בהם אין השופט מגיע לכלל ידיעה או האמנה שלמה או מספקת באשר לעובדות הדרושות לחיתוך הדין. במקרים אלה מוחל עקרון ההגנה מכוחו של כלל מידת ההוכחה בפלילים. כלומר: לאורך כל שלבי ההליך תר השופט אחר האמת. עיתים ישאו מאמציו פרי ובשלב ההכרעה יבוא לידי האמנה והכרה שלמה באשר לעובדות הטעונות הכרעה באותו ענין. במקרה זה יחיל ממילא אותה האמנה כקביעה אודות שאירע. עיתים לא יבוא השופט לכלל הכרה זו אלא יהיו

שופט במשפט פלילי תר (לצורך ביורר אחריותו של הנאשם) אחר השאלה אם הנאשם ירה בקורבן ולא אחר מצבו המשפחתי והאישי של הנאשם, כי אלה מושאי המציאות שהדין מכונן את השופט לבחון אותם. אם נשוב לענין פלוגתי ניתן לטעון כי הדין המהותי אינו מכונן את השופט (או אף מכוונו שלא) לאתר ממזרים אף שהוא מיועד לכוון התנהגות הנמנעת מגילוי עריות, ניאוף של נשים נשואות. כלומר: הדין המהותי מעונין, בידו האחת לתמרץ נשים להימנע מעריות על-ידי הגדרת תוצאותיו הרוח-הגורל של זה ובידו השניה להימנע, על-יסוד שיקולי צדק פארטיקולריים, מלהטיל פסול חמור בקטיגים שאין עוול בכפם, אך שתי ידיים אלה הם ידיו של אותו גוף דין המכוון כולו לרווחתו של הקטין ולשימורו של מוסד המשפחה. גוף דין זה הוא המגדיר מהם מושאי המציאות העובדתית המבוקשים ואיזה מציאות תובעת להיחשף. בדרך זו אף הגרסה הקיצונית של "אמת משפטית" מפורשת באופן שאינו סותר את אידיאל חשיפת האמת בקביעת עובדות כפי שהוצג בחיבור זה.

יוזכר כי דן כהן פיתח רעיון דומה באבחנתו בין כללי התנהגות וכללי-החלטה, ראו: M. D. Cohen "Decision Rules and Conduct Rules: on Acoustic Separation In Criminal Law" 97 *Harv. L. Rev.* (1984) 625.

36 כפארפרזה על "המקרה הקשה" מבית מדרשו של Dworkin עיינו: R. M. Dworkin "Hard Cases" Taking Rights Seriously (London, 1977) 14-45 (ch. 2).

ספקות בידיו. במקרים אלה עליו ליישם את עקרון ההגנה ולהרשיע אך אם מדובר בספקות בלתי-סבירים כאשר לאשמת הנאשם.

כיצד עלינו לשקול הצעה זו? ראשית, נראה לנו שהיא לוקה במעין תבוסה עצמית. הניסיון להציג את נוכחותם הן של אידיאל האמת והן של עקרון ההגנה הוביל לניסוח פרוגרמה שיפוטית המבטלת לחלוטין את ייתכנותו של שלב או הליך כלשהו בפרוצדורה הפלילית שבו לשני אלה אחיזה גם יחד. ואף נובע מכך, שבעצם, חלק נכבד מן הפעילות השיפוטית אינו נאמן מראש לעקרון ההגנה, וחלק נכבד אחר אינו מכוון על-ידי אידיאל חשיפת האמת. על-כן גישה זו אינה מיישבת את הקושיה לכאורה הנוגעת לאפשרות הפעלתם של שני האידיאלים גם יחד אלא מרימה ידיים ומראש נכנעת לטיעון הסתירה.

אולם מעבר לכך, ניתן להראות כי בגישה זו חבויות שגיאות קונצפטואליות גסות בהבנת משמעותו של עקרון ההגנה בשיח הפלילי; ובנוסף: כי ביסוד גישה זו מונחת תפיסה פשטנית ובמידה רבה מוטעית כאשר לטבע קבלת ההחלטות עובדתיות בהליך שיפוטי.

הגישה האמורה מזהה את עקרון ההגנה עם כלל מידת ההוכחה בפלילים. זה שגוי. על-פי פרשנות סבירה יותר של השיח הרווח מתפרש עקרון ההגנה כעקרון נורמטיבי-פונקציונלי, וראוי שיתפרש, על מכלול הפרוצדורות המשפטיות ותהליכי המחשבה וההנמקה הראייתיים והפרשניים שלהכרעה בהם יש השלכה ישירה או עקיפה על קביעתן של רמת ודרך התפלגות סיכוני המשגה שבהתדיינות³⁷. טול לדוגמא שיטה בה נוהג בפלילים כלל מידת ההוכחה הזוהה לזה של שיטתנו אך השוללת מן הנאשמים את האפשרות לחקירה נגדית של עדי התביעה. שיטה זו בוודאי אינה מגינה דיה על נאשמים מפני סיכוני הרשעה שגויה על-אף שכלל מידת ההוכחה נוהג בה.

בנוסף, הגישה הנדונה בלתי-מתאימת אף עם חזקת החפות המובטחת לנאשם בהליך הפלילי. על-פי התפיסות המקובלות בשיטתנו מסמנת החזקה מחויבות נורמטיבית להניח את חפותו של הנאשם כל עוד מתנהל ה"הליך". "הנחה" זו אינה אך אופן דיבור בעלמא. יש בה להנהיג ולכוון את האופן שבו אמור להתנהל הדיון הפלילי מיסודו³⁸. בענין זה יפים דבריו של Tribe³⁹:

"It may be that most jurors would suspect, if forced to think about it, that a substantial percentage of those tried for crime are guilty as charged. And that suspicion might find its way unconsciously into the

37 עיינו א' שטיין "סעיף 10א לפקודת הראיות ופירושו: החפתחות חיובית או סכנה של עיוות דין?" משפטים כא (תשנ"ב) 325, 330-333.

38 עיינו לעיל הערה 19.

39 Tribe, *supra* note 19, at pp. 1370-1371.

behavior of at least some jurors sitting in judgment in criminal cases. But I very much doubt that this fact alone reduces the 'presumption of innocence' to a useless fiction. The presumption retains force not as a factual judgment, but as a normative one — as a judgment that society ought to speak of accused men as innocent, and treat them as innocent, until they have been properly convicted after all they have to offer in their defense has been carefully weighed. The suspicion that many are in fact guilty need not undermine either this normative conclusion or its symbolic expression through trial procedure".

עיננו הרואות, חזקת החפות מכוונת את ההליך ברוח עקרון ההגנה לאורכו ולרוחבו. המבקש להגביל את פעולתו של עקרון ההגנה לנקודת זמן ומיקום גיאומטרי מוגדרים מקצץ באחת את כנפיה של החזקה שלעצמה.

בנוסף, כאמור, מניחה ההצעה האמורה הנחות פשטניות ושגויות כאשר לטיב ולטבע ההוכחה וההכרעה המשפטית בשאלות שבעובדה. בניגוד להנחת גישה זו "מקרים קשים" אינם מצויים בשולי העבודה השיפוטית. אדרבא, טבע ההוכחה המשפטית, תנאי ההליך ואילווציו⁴⁰, מוציאים כל אפשרות של "וודאות תיאורטית" כאשר לאמיתותן של הפרופוזיציות המשפטיות⁴¹. אכן, חובתו של השופט, בהכירו כי כך הדבר, להתקין עצמו מראש ולנקוט בדרך ניהול דיון שתוציא, עד כמה שניתן הדבר בשיקול-דעת אנושי, את האפשרות שמישגים והטיות אפשריות יפלו דווקא במגרשו של הנאשם, כלומר להוביל לכך שהכרעה בדבר הרשעת הנאשם תהנה מרמה של "וודאות מעשית" (להבדיל מזו התיאורטית ה"בלתי-מושגת")⁴². העמדה שחקירה נטולת פניות המכוונת להכרת האמת מובילה אכן אליה בכל מקרה

40 דיון הנוגע בטבע ההוכחה המשפטית, הוא כמובן מעבר לגבולה והשגתה של רשימה זו. נציין אך זאת: דפוס ההוכחה המשפטית בשאלות שבעובדה שונה מאוד מן הדפוסים של ההיסק האנליטי, הטיעון הדוקטיבי וההוכחה המתמטית-מופתית הידועים כדגמים של וודאות. קיים דמיון בין דפוס ההוכחה המשפטית בשאלות שבעובדה לבין זה של ההסבר המדעי; שכן בשני המקרים מעורבים תהליכי מחשבה והנמקה אינדוקטיביים (או היפותטיים-דוקטיביים); ואולם להבדיל מן המדע התקני הליכים משפטיים עמוסים יותר באילוץ זמן ומשאבים (חומריים וקוגניטיביים), ופרוצדורה. כמובן, נטען כי תהליכי הלמידה בהליך המשפטי הם איטיים ומעגליים במידה רבה. לתחילתו של דיון עיינו: D. H. Kaye "Proof In Law and Science" 32 *Jurimetrics Jour.* (1992) 313; L. Loevinger "Standards of Proof In Science and Law" 32 *Jurimetrics Jour.* (1992) 323. לשיטה ההיפותטית-דוקטיבית עיינו: ק' ג' המפל פילוסופיה של מדעי הטבע (הרגום ועריכה מדעית: ג' פרוידנטל, האוניברסיטה הפתוחה, תל-אביב, תשל"ט) 6-11; מנשה, לעיל הערה 1, בע' 108-109.

41 ראו לעיל הערה 15, והטקסט הצמוד לה.

42 השוו וטגנשטיין, לעיל הערה 18.

(או לפחות ברוב המקרים) שהשופט מאמין בכך היא פשוט שגויה, ויש בה להעמיד נאשמים בפני סכנה מוחשית של הרשעת-שווא. עירנות לכל אלה גוררת מחויבות למאמץ בלתי-מסויג לניהול דיון שיש בו להוביל את הנאשם למיצוי ההזדמנות להתגונן ולחלוקה בלתי-סמטרית של סיכוני המשגה בהכרעה. אכן השופט בפלילים מחוייב למשוא-פנים, לא לניטרליות. בענין חכמי קובעת השופטת שטרסברג-כהן⁴³ כי "בעצבו את הכלל שבאותה הלכה (הלכת קינוי — ד. מ.), עמד לנגד עיני בית-המשפט האינטרס של הנאשם שהתנגד להעדת שותפו נגדו. החשש מפני הפללת הנאשם על-ידי שותפו תוך עיוות האמת לאשורה, הוא זה שהוביל למניעת העדתו. זווית הראייה של בית-המשפט הייתה ההגנה על הנאשם מפני הפללתו על-ידי שותפו ושמירה על כללי משפט הוגן של הנאשם. שם הנאשם התנגד להעדת שותפו כעד תביעה במשפטו מחשש שזכויותיו כנאשם תיפגענה. כאן, מבקש הנאשם להעיד את שותפו כעד הגנה מטעמו בתקווה שהגנתו תיבנה מכך, ואילו העד — הוא המתנגד לכך מחשש שהגנתו שלו תיפגע במשפטו הוא מן העדות שימסור במשפטו של שותפו. שוני זה בין המקרים כשלעצמו, מציב סימן שאלה אם יש מקום להפעיל את הרציונל של הילכת קינוי במקרה שלפנינו".

הצעה 4 — אידיאל האמת כמכוון לבחינת שאלת הוכחת האשמה בלבד

הצעה אחרת, שנונה יותר, ליישוב המתח הנורמטיבי בין האידיאלים היא להתבונן על ההליך הפלילי כמוסב ממילא אך לבחינת השאלה האם הוכחה אשמת הנאשם או לאו. לפי הצעה זו מכוון אידיאל האמת להבטיח אך כי משמעותה של הרשעה, קביעת אשמת הנאשם, תהא כי אכן הוכח כי ביצע את המיוחס לו בהכרעת הדין. לעומת זאת, לפי גישה תיאורטית זו תוכנה הסמנטי והפרגמטי של הכרעה כי הנאשם זכאי אינו זהה כלל עיקר לפרופוזיציה לפיה הוא לא ביצע את המעשה. וואריציה סבירה לגישה זו תראה בזיכוי אך כקטגוריה שיורית של הכרעה בדבר הרשעה. משמע, זיכוי הנאשם אינו יותר מקביעה אודות העדר הרשעה, אודות אי-ההוכחה כי ביצע (להבדיל מהוכחה כי לא ביצע) את העבירה. אכן לגישה זו יש רגליים בפסיקה. בענין יעקובוביץ נפסק כי "תפקידו של בית-המשפט הוא לדון בהאשמה, המתבררת לפניו, על-סמך החומר שהוצג במשפט, ולא דווקא לצייר תמונה המגלה את פרטי המקרה בשלמותם"⁴⁴.

43 בג"צ 6319/95 חכמי נ' שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו, פ"ד נא (3) 750, 759.

44 ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ו (1) 514, 520. את רפותו לכאורה של האינטרס המשפטי בחשיפת עובדת חפותו של הנאשם, וההתמקדות בשאלת האשמה ניתן לשאוב אף מן הגישה המקובלת לפיה אין קנויה לחשוד זכות כי יחברר משפט נגדו. אמנם ביכולתו לחייב פתיחת הליך נגדו, שכן לפי סעיף 58 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח

אשר-על-כן, לפי תפיסה זו אין אידיאל האמת ועקרון ההגנה מתנגשים, לכאורה, כלל. ההיפך הוא הנכון. הם פועלים בסיוע הדדי. אידיאל האמת מכונן את ההליך להבטחת נכונות הפרופוזיציות, אם תקבענה, בדבר אשמת הנאשם, כלומר, ביצוע המיוחס לו באישום, ופרטי המעשה, ועקרון ההגנה מתיר ניהול דיון והגעה לקביעות אלו, אך אם הוסרו כל הספקות "הסבירים", כלומר אלו שיש להם אחיזה מעשית בשיקול-הדעת האנושי באשר לנכונות אותן קביעות⁴⁵. אידיאל האמת מסייע, איפוא, בהגנה על נאשמים חפים מפשע, ועקרון ההגנה משיב בהדדיות סיוע בהבטחת השגת האמת.

מה דינה של גישה זו? לדעתנו, כוח המשיכה של גישה זו נובע במידה רבה מתוך ההתבססות שלה על תיאור נאמן, בקורים גסים אומנם, של ההליך הפלילי. אכן במידה רבה בהליך זה שולט עקרון של חד-צדדיות ההוכחה. לאמור, התביעה היא שמחוייבת בהוכחת האשם על כל יסודותיו⁴⁶. השופט רשאי לבסס פסק הרשעה רק על יסוד ממצאים פוזיטיביים. לעומת זאת, אין הוא מחוייב לבסס מסקנותיו אודות ממצאים מזכים כאלה, ובהחלט ניתן לבסס כל פסק זיכוי על בסיס ממצאים של חוסר הוכחת האשם⁴⁷.

ואף-על-פי-כן, חבוי בגישה זו, לדעתנו, כשל יסודי שאיתורו ממוטט כל ניסיון סביר להיאחז בה לצורך התרת המתח הקיים לכאורה בין האידיאלים נושא-דיוננו. הענין פשוט. בהליך הפלילי שולטת אכן, במידה רבה, תפיסת חד-צדדיות ההוכחה אך זאת אינה אלא, בסופו של דבר, ביטוי נוסף, של עקרון ההגנה עצמו. מן הטענה, הנכונה שלעצמה, כי ההליך מכונן לבחינה האם הוכחה האשמה לא נגזרת כל עיקר הטענה כי אך הבטחת אמיתותן של הכרעות הנוגעות לאשמה הם מענינו של ההליך. הטענה האחרונה אכן שגויה מיסודה. אילו הייתה נכונה לא היה כל טעם להיעצר דווקא בגבולות הספק הסביר, אלא היה מקום לזכות אדם כל אימת שספק תיאורטי קיים, כלומר לזכות בכל מקרה (או אולי לא לנהל הליך פלילי כלל שכן תוצאתו ממילא ידועה מראש). לשון אחרת: עצם ניהול הליך פלילי מעיד, באחת, על השאיפה והיומרה שהכרעות הזיכוי (ולא אך ההרשעות) יקיימו קשר אינפורמטיבי עם האירועים למעשה. שכן, מהו הטעם או ההצדקה לנהל

משולב], התשמ"ב-1982, הכוח להגיש תלונה במשטרה מסור לכל אדם, ואולם נראה כי אפשרות זו נחשבת, לכל היותר, אקדמאית-תיאורטית גרידא. חיזוק נוסף לגישה התיאורטית האמורה ניתן למצוא, לכאורה, בחובתו של התובע בפלילים שלא להעמיד לדין אדם אשר עתיד להיות מזוכה כדינו עיינו: בג"צ 2534/97 ח"כ י.הב נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נא (3) 1.

45 עיינו לעיל הערה 18 והטקסט הצמוד לה.

46 עיינו סעיף 34כב(א) וכן סעיף 34כב(ב) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 ("התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא יוסר, יחול הסייג"). כן עיינו: Zuckerman, *supra* note 2, at pp. 123-124.

47 השוו נ' זלצמן "השתק-פלוגתא בהליך פלילי" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 19, 43-44.

הליך, שבו, בפועל, מועמדים באופן מעשי חפים מפשע בפני סכנה של פגיעה בחירותם, כבודם, רכושם, ושמם הטוב, וכו' נפגעים זכויות ואינטרסים אחרים של כל משתתפי ההליך? על-כרחך אתה אנוס לומר כי טעם זה הוא הרשעת האשמים — הגמול, ההרתעה והשיקום הכרוכים בזה. אנו אנוסים, איפוא, להכיר באינטרס אפיסטימי רב-ערך, העומד בבסיס הגיון השיטה כולה למצוא את האשמים ולא אך לאתר את החפים. מי שטוען כי האינטרס הנוגע לגילוי אשמים שוקל באורח משמעותי פחות מן האינטרס הנוגע לאיתור החפים, אך מנסח מחדש את עקרון ההגנה. בכך אין כל חדש ואין גם לקדמנו באשר לניסיון לעמת בין עקרון זה לאידיאל אחר הרווח בשיטה — אידיאל האמת. על-פי אידיאל אחרון זה חשוב לשמר זיקה אינפורמטיבית של ממש בין ההכרעה של זיכוי לחפות למעשה באותה מידה בה חשוב לשמר קשר כזה בין הרשעה לאשם למעשה.

מעבר לכך, יש בהצעה האמורה להסב שיבוש מסוים למובנים הנורמטיביים וההכרתיים הנקשרים בדרך-כלל לזיכוי. כאמור, לפי ההצעה מובנו הסמנטי והאפיסטמולוגי של הזיכוי הוא אך העדר הוכחת אשם. הדבר עשוי לפגוע במעמדו ההכרתי של הזכאי בדין בפלילים (לפחות זה שזוכה שלא מחמת הספק) שאין הוא אך מי שהמערכת נכשלה בהוכחת אשמתו אלא הוא מי שמוצדק שיוחזק כחף (ולא רק מתוך שיקולים נורמטיביים חוץ-אפיסטימיים), ואף שיזכה לחסינות מפני העמדה לדין בשל "אותו מעשה"⁴⁸ ולזכויות נוספות⁴⁹.

הצעה 5 — אידיאל האמת כמיוסד על חתירה להכרעה על בסיס מערך של קבלות (acceptances) להבדיל מהאמונות (beliefs)

קיים פולמוס נוסף בפילוסופיה המערבית באשר לשאלה האם ההכרה האנושית אקטיבית או פאסיבית בתהליך רכישת המידע והתיאוריות אודות העולם הניסיוני⁵⁰. עמדה אחת היא שידע זה נרכש בדרך אקטיבית-וולנטרית של שיפוט הכרתי — דרך "קבלות". ועמדה אחרת היא שידע זה נרכש פאסיבית מתוך הצטברות של תחושות

48 סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 43.
 49 למשל, החזר הוצאות ההגנה מאוצר המדינה — סעיף 80 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226. עיינו ע"פ 7826/96 רייש נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (1) 481, 500.
 50 שני דוברים עיקריים הם דקארט (Descartes) ויום (Hume). לפי דקארט ידע הכרתי נרכש דרך אקטים של רצון חופשי. לפי יום, לעומת זאת, האמונותיו של אדם הן תוצר של צמיחה לא וולנטרית של רשמים ומושגים. עיינו: ר' דקארט עקרונות הפילוסופיה (מצרפתית: שרה ירצקי, טכסטים פילוסופיים, סדרה בעריכת מ' דסקל, מפעלים אוניברסיטאיים להוצאה לאור, תשל"ט-1979) 31, 42; ד' יום מסכת טבע האדם (מאנגלית: יוסף אור, מאגנס, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשמ"ג) 13-20.

הכרתיות — דרך "האמנות"⁵¹. סימן ההיכר של האמנה ב־ק היא הדיספוזיציה של המאמין להרגיש, ביחס לעניינים שהועלו ש־ק נכון או שלא ק לא נכון (בין אם המאמין מוכן לפעול, לדבר או לנמק בהתאמה ובין אם לאו). לעומת זאת לקבל ש־ק, משמעו להתנהג כאילו שנתון ש־ק, כלומר לאמץ מדיניות הכרתית — בצורת סברה, הנחה, השערה או חזקה ש־ק. בהתאם לכך מוסכרת קבלה בדרך-כלל, כתוצאה של הנמקה בהתאם לכללים בעוד האמנות מוסברות כנובעות מפעולה של פקטורים מקריים רלוונטיים, כגון גירויים חושיים.

וכך ניתן לשאול מהו הסטנדרט ההכרתי המאומץ בתהליך קביעת עובדות בהליך השיפוטי. לשון אחרת: האם שופטים מכריעים ואמורים להכריע על בסיס האמנותיהם או על בסיס קבלותיהם כלומר מה שהם מאמצים כמדיניות הכרתית. Cohen הדין בשאלה זו מגיע למסקנה כי רק האפשרות האחרונה מתקבלת על הדעת. לדבריו⁵²:

"Legal process does best to aim at verdicts that embody appropriately reasoned acceptance. In this the legal process resembles scientific inquiry which, I have argued elsewhere, does best to aim at the acceptance of explanatory and predictive theories. In both cases the knowledge pursued requires adoption of an active, rather than passive, attitude towards resolution of the issues. And just as in scientific inquiry surrender to belief may harm the progress of science by blocking reconsideration of issues that need to be reconsidered, so too in trials of fact, surrender to belief may obstruct the pursuit of justice by making it easier for illegitimate considerations to influence verdicts. If justice is to be done, the canonical purpose of advocacy ought to be to provide proofs or disproofs that a rational trier of fact could accept".

ועתה, בעניינו, ניתן לכאורה לסבור כי דברים אלה מכוונים לניתוח אף של עצם אידיאל חשיפת האמת בהליך שיפוטי. על-כן המאמץ את עמדתו של Cohen עשוי לבקש לנסח טיעון המיישב, כביכול, בין אידיאל חשיפת האמת לעקרון ההגנה. לפי טיעון זה האידיאל מכוון את השופטים לאמץ מדיניות הכרתית שהיא פרי הכללים והעקרונות ההכרתיים השיטתיים — בכלל זה עקרון ההגנה וחזקת החפות — ורק מתוך כל אלו להתבונן על חומר הראיות המונח בפניהם ולהגיע

51 כמינוחיו של L.J. Cohen עיינו: L. J. Cohen "Should A Jury Say What It Believes or What it Accepts" 13 *Cardozo L. Rev.* (1991) 465.

52 *Ibid.*, at p. 475.

למסקנות שהן אותה "אמת" שאליה מכוונים הדיון וההכרעה השיפוטיים. מכאן, יטען הטוען, בהליך הפלילי אמור השופט להגשים כאחת הן את עקרון ההגנה ואת אידיאל חשיפת האמת.

טיעון זה אינו משכנע. הנימוק לכך הוא שבעוד שעקרון ההגנה וחזקת החפות אכן מובנים כסטנדרטים נורמטיביים-הכרתיים המכוונים להנחות את החקירה בהליך הפלילי אין הם מכוונים בהכרח לעשות זאת בשירותו או בתיווכו של אידיאל חשיפת האמת העובדתית. אדרבא, יש לתפוס עקרונות אלה כמגבשים מסגרת נפרדת של אינטרסים הכרתיים, מערכת חלופית של "קבלות" המוצעות לקובע העובדות. אכן, לעיתים, מערכת זו תתיישב עם "מערך הקבלות" הנובע מתפיסה בלתי-אמצעית של אידיאל האמת. כך עשוי להתיישב כלל של פסילת ראיה בעלת אופי "משחד" (prejudicial) המוצגת כנגד נאשם בפלילים הן עם "מערך הקבלות" שעקרון ההגנה מניח והן עם זה שאידיאל האמת מאגד בחובר. שכן, בעוד עקרון ההגנה מנחה את בית-המשפט לאמץ מדיניות של יצירת שולי בטחון מקסימליים כנגד סיכויי הרשעה שגויה⁵³, תומך אידיאל האמת (הבנוי על תפיסה של "קבלות") באותו כלל כסוג של אסטרטגיה רציונלית המכוונת בסופו של דבר לשפר את ההסתברות-המתמטית לדיוק בקביעת העובדות⁵⁴, וזאת דווקא על רקע דחייתן המכוונת והמודעת של האמנותיהם המשוערות של קובעי העובדות באשר לתרומתה הפרוביטכית של אותה ראיה⁵⁵. ואולם, לעיונים תיתכן התנגשות בין "מערכות הקבלות" השונות. כך אם הכלל שבו מדובר פוסל ראיה בעלת אופי

53 ראו מנשה, לעיל הערה 1, בע' 90.

54 ראו, למשל: R. O. Lempert "Modeling Relevance" וכן: Zuckerman, *supra* note 2, at p. 222. 75 Mich. L. Rev. (1975) 1021, 1035.

55 האמנות אלה הן תוצר של חשיבה סטריאוטיפית הנלווית לראיות שיש בהן כוח לעורר דעות קדומות. חיזוק תיאורטי לכשלים הסיסטמטיים שמועדות האמנות כאלו לשקף ניתן להעלות מתוך עיון במחקריהם של כהנמן וטברסקי בתחום הפסיכולוגיה של השיפוט ההסתברותי. מעיון כזה ניתן להסיק, לדעתנו, כי דפוס חשיבה או שיפוט אינטואיטיבי-הסתברותי מועד להוביל להפרזה במשקל ראיה משחדת גם משום שחשיבה כזו מתנהלת באופן טיפוסי באמצעות מה שכהנמן וטברסקי כינו "קיצורי דרך מנטליים" או היורסטיקות. היורסטיקה הרלוונטית, למשל, לענייננו היא של ייצוגיות (Representativeness). באמצעותה מנבאים אנשים התרחשויות עתידיות המתאימות למה שנראה כמאפיין הבולט ביותר מתוך הנחות. כתוצאה מכך, הם מתעלמים מגורם חשוב בהכרעה ההסתברותית והוא — Base Rate — ההסתברות המוקדמת, שיעור הרקע, של התוצאה. באחד המחקרים בהם המחישו את הייצוגיות, הודגם כיצד "נבאו" הנבדקים שסטודנט בעל תכונות אופי והתנהגות מסוימות ילמד דווקא בחוג למדעי המחשב ולא בבית-הספר לעבודה סוציאלית, תוך התעלמות ברורה מן ה-Base Rate. אפריורית הסיכוי שתלמיד מסוים ילמד מדעי המחשב ולא עבודה סוציאלית היה קטן יותר, משום שמספר התלמידים בחוג הראשון, כפי שהוצג בנתונים, היה קטן יותר. ואולם, מגורם זה התעלמו הנבדקים והעניין שהכריע לענין ניכרים היה העובדה שתכונותיו של הסטודנט המתואר התאימו יותר לסטריאוטיפ המקובל של סטודנט מדעי המחשב מאשר לזה של סטודנט לעבודה סוציאלית. ראו: D. Kahneman & A. Tversky "On The Psychology

"משחר" בין כזו המוצגת על-ידי התביעה ובין על-ידי הנאשם⁵⁶, הרי הוא עדיין עשוי להתיישב עם המדיניות ההכרתית ביסוד אידיאל האמת, אף שנראה שיש בו בכדי להפר את עקרון ההגנה⁵⁷. חזקת החפות היא דוגמא הפוכה. בעוד אידיאל האמת תובע קבלה של "נייטרליות", מהווה החזקה הטיית שיפוט מודעת הנובעת ממערך הקבלות של עקרון ההגנה. אף בהצעה זו אין, איפוא, בכדי להפיג את המתח הנורמטיבי שבין אידיאל האמת לעקרון ההגנה.

ה. סיכום הדיון בהצעות ובביקורתנו עליהן

הבאנו, איפוא, מספר הצעות תיאורטיות ליישוב המתח הנורמטיבי בין אידיאל האמת לעקרון ההגנה. לדעתנו, כל ההצעות כשלו במשימתן זו. הצעות 1 ו-2 ביקשו להציג אידיאל שהוא, לכאורה, מסדר נורמטיבי עליון (עשיית הצדק, אמת משפטית) שחיפוש האמת, ועקרון ההגנה מהווים אך ביטויים חלקיים שלו או אמצעים בדרך למימושו. הצעות אלה לא צלחו שכן עיון מקרוב בפרטיותן גילה שהצבתו של האידיאל מן הסדר הגבוה יותר לא תרמה להפגת המתח והסתירה בין עקרון ההגנה לערך חשיפת האמת, אלא לכל היותר הוסיפה נופך של טרגיות לעובדה זו משהתברר כי הסתירה נוכחת אף במרכיביו של אותו אידיאל מסדר נורמטיבי עליון. ההצעה השלישית ביקשה לבור דרך אחרת להפגת המתח בין האידיאלים. לפי מהלך הצעה זו – שני האידיאלים אכן נוכחים בשית, אולם הם פועלים על שלבים שונים של דיון וההכרעה ומשרתים פונקציות שונות של השכילה הראייתית. גישה זו נכשלה שכן בבואה להציל את שני האידיאלים התכחשה להם בעצם לחלוטין. הפועל היוצא מן ההצעה הוא שאין שלב או תחום פונקציונלי של ההליך הנשלט על-ידי שני האידיאלים גם יחד, ואולם על-פי עמדת

237, 237–239 *Psychological Rev.* (1973) 80 of Prediction. כן עיינו לטיעון נגדי: L. J. Cohen "On the Psycholog of Prediction: Whose is the Fallucy" 7 *Cognition* (1979) 385.

56 כפי שעולה לכאורה מלשונו של כלל 403 לכללי הראיות הפדרליים (Federal Rules of Evidence, rule 403):

"Although relevant, evidence may be excluded if its probative value is substantially outweighed by the danger of unfair prejudice, confusion of the issues, or misleading the jury, or by considerations of undue delay, waste of time, or needless presentation of cumulative evidence".

57 אותם הדברים חלים גם כאשר לקבלת כלל הפוסל עדות שמיעה ללא קשר לסוג ההליך וזהות בעלי-הדין שהכלל פועל לפסול את ראיותיהם. עיינו מנשה, לעיל הערה 1, בע' 112–113 והשוו: Editors Note "The Theoretical Foundation of the 'Hearsay Rule'" 93 *Harv. L. Rev.* 1786 (1980).

השיח הרווח שני האידיאלים מתיימרים לחול ברומנית על-פני כל שלבי ההליך. בנוסף, רק שגיאות מושגיות בהבנת משמעותו של עקרון ההגנה ומעמדה ההכרחי של חזקת החפות והנחות פשטניות באשר לטבע ההוכחה המשפטית עשויים להביא לניסוח עמדה כזו. ההצעה הרביעית ביקשה לנטרל את המתח על-ידי מתן פטור להליך ולמפעיליו בכל הנוגע להתחייבויותיו ההכרחיות של פסק זיכוי ככל שאלה נוגעות לשאלות של אשם או חפות. למעשה הצעה זו נכשלה משום שיש בה למוטט, במידה רבה, את כל ההגיון שבעצם קיום והפעלה של מערכת לאכיפת דין בפלילים. כל עוד אנו סבורים שמערכת כזו נועדת בראש ובראשונה להגן למעשה (ולא רק למראית עין) על הקהיליה הרלוונטית מפני פשיעה (בנוסף על הגנת בני הקהיליה מפני פעולת המערכת גופה) הרי פסק זיכוי חייב לקיים קשר אינפורמטיבי מתקבל על הדעת לחפות למעשה.

ההצעה החמישית מבקשת לאמץ קריטריון של קבלה (Acceptance) לצורך ניתוח של אידיאל חשיפת האמת העובדתית. לפי קריטריון זה קובעי עובדות אינם מחוייבים לתור אחר ולקבוע את האמנותיהם, נטיותיהם ורשמיהם הבלתי-אמצעים והבלתי-מתווכים בכללים ומדיניות — באשר לתוכנו של האירוע נשוא החקירה העובדתית, אלא אחר "קבלותיהם" — שיפוטיהם באשר לאירוע זה אשר נגזרים מתוך מכלול הסטנדרטים ההכרחיים כפי שהם נובעים מכללי ועקרונות המשפט. עקרון ההגנה הוא כמובן כלל מרכזי במשפט הפלילי ועל-כן לפי ההצעה התחשבות באופיו המכוון לצורך שיפוט תוכנו של האירוע נשוא הדיון ממילא מתיישבת עם הגשמת אידיאל חשיפת האמת. אף הצעה זו דינה להדחות, שכן כפי שהצבענו על-כך במהלך החיבור — עקרון ההגנה אינו מובנה ואין ראוי שיובנה כסוג של סטנדרט המעוצב להוביל לבירור עובדתי ולתנאי חקירה אופטימליים. להיפך, יש בו בכדי לסטות במודע ובמכוון מן האידיאל של חשיפת האמת העובדתית. הפער הנורמטיבי שבין אידיאל חשיפת האמת לעקרון ההגנה לא נובע, איפוא, אך מאימוץ קריטריונים הכרחיים שונים לחקירה העובדתית, אלא בעיקר מכך שעקרון ההגנה (וחזקת החפות) מוצעים כאידיאלים מהותיים חלופיים לזה של חשיפת האמת. במילים אחרות עקרון ההגנה אינו סוג של שיפוט המובנה לעצב את תפיסת האמת של השופטים אלא הוא סוג של שיפוט המכוון להוביל את החקירה העובדתית להכרעה שלא על-יסוד תפיסת האמת שלהם.

ג. הצעתנו — חובות היווצרות הכרחיות יחסית

משהגענו עד כאן, נראה כי שבנו לנקודה ממנה באנו. קיים מתח נורמטיבי הנחזה כבלתי-ניתן לגישור בין אידיאל האמת ועקרון ההגנה. השיח הרווח מבקש לקדם שני אידיאלים שקשה לזלזל בחשיבותם אך נראה לכאורה שלא ניתן

לקדמם בד-בבד. בשורות הבאות לא אבקש לשנות מסקנה עקרונית זו. עם זאת אציע מסגרת פרשנית-אנליטית לשיח הקיים שיש בה להציל במידה מסוימת את ה-Integrity⁵⁸ של השיח ולהצביע על אפשרות קיומם המסוים של שני האידיאלים בד-בבד – אם כי לא במובנם הרדיקלי המיומר – בגדרי השיח. מבחינה זו מתיישב ניתוחנו את השיח הקיים אף עם מודל הפרשנות הקונסטרוקטיבי⁵⁹ ועם "עקרון החסד" (Charity Principle) בהנהרה והסבר של פרקטיקות חברתיות⁶⁰. לפי אלה עלינו לחתור ליתן את הפירוש הטוב והרציונלי ביותר לעקרונות ולכללים שבהם מדובר, ולרטוריקה אודותיהם. לדעתנו, ענין זה עשוי להסתייע אם נתפוס את האידיאלים האמורים כחובות או כמחוייבויות של השיח היוצרות הכרחיות יחסית. אלה הן חובות לכל דבר. אין הם אך כמישור הרצוי והראוי. הן יוצרות הכרח ציות, אלא שהכרח זה אינו הכרח מוחלט. חובות אלה מחייבות ציות במובן זה שהן מוציאות סוגים מסוימים של שיקולים מגדר הטעמים הכשרים המצדיקים אי ביצוע מה שמצוין באותה חובה⁶¹. אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה אינן, איפוא, אך אופני דיבור אודות הרצוי והמומלץ, אך מנגד אינם בגדר חובות מוחלטות היוצרות הכרח ציות בכל מצב ותנאי, אלא חובות היוצרות הכרחיות יחסית. משמעות הדבר שכל אחד מאלה יוצר סוגים שונים של שיקולים שלא יצדיקו את אי הגשמתו (ובנוסף יוצר כל אחד סוגים שונים של שיקולים ההופכים מצבים מסוימים לכאלה שבהם לאכיפתו חשיבות סגולית מיוחדת). במידה ונצליח לאתר שיקולים אלה, ואף נראה כי באותם מקרים, המיוחדים בעיקר להליך הפלילי, מוגשמים הן עקרון ההגנה והן אידיאל חשיפת האמת, הרי נצליח במשימתנו להצביע על אפשרות ייתכנותם של תחומי קיום ממשיים (להבדיל ממלאכותיים⁶²) לשני האידיאלים גם יחד. ובכן, ניתן להצביע על-כך כי בבסיס אידיאל חשיפת האמת העובדתית – דווקא בפלילים – מונחות דרישות המופנות למקבל ההכרעה שאינן בלתי-מתישבות עם

58 הפתרון מציל את ה-Integrity של השיח על-אף שכאמור אין הוא מתיימר לבסס טיעון תיאורטי התומך בעמדתו של השיח. הוא מצביע על-כך שהמחוייבות העולה בשיח לשני האידיאלים בו-זמנית, אף שאינה יכולה להיות ממומשת במתכונת המוצעת על-ידי השיח, אינה מכל מקום גיסוין לגניבת-דעת או אך אסטרטגיה לצבירת כוח ולשימורו. היא אכן מחוייבות של ממש לאותם אידיאלים.

עיינו: R. Dworkin *Law's Empire* (Fontana Press, London, 1986) 176–275 (chap. 6–7). לפי Dworkin האינטגרטיבי הוא אבן יסוד לפעולת השפיטה. היא אינה אך מידה או מעלה במערך ערכים אופטימלי של דין ושפיטה אלא ערך מסדר גבוה יותר מן הנורמות האחרות. היא משקפת סוג של התייחסות נורמטיבית אליהן. כן ראו: L. McFall "Integrity" 98 *Ethics* (1987) 5, 9.

59 למודל הפרשנות הקונסטרוקטיבי עיינו: Dworkin, *supra* note 58, at p. 53.
60 לעקרון החסד עיינו: D. Davidson *Essays on Actions and Events* (Clarendon Press, Oxford, 1980) 221, 290.

61 ראו ח' גזו טיוטת הרצאות בתורת המשפט (דיונון, אוניברסיטת תל-אביב) 20–23.

62 כמו שהוצע בפסיקה (עיינו חלק ג' לחיבור), ובהצעות 3–5 לעיל.

עקרון ההגנה, ולעתים אף הולמות אותו. כך תובע אידיאל חשיפת האמת העובדתית שהוכרעה תבוסס במידת האפשר – כל הכרעה: זיכוי או הרשעה – על נימוקים הנוגעים בשיקולים לגופו של ענין⁶³ ולא על יסוד הסכמות דיוניות⁶⁴ או שיקולי

63 ענין זה מבוטא לעיתים במינוח של עדיפות המהות על הפרוצדורה בהליך הפלילי. עיינו ע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד א 5, 18; ענין קניר, לעיל הערה 4, בע' 510; ענין אפללו, לעיל הערה 7, בע' 575 ("ההליך הפלילי אינו תחרות, לא ספורטיבית ולא אחת. המשפט אינו משחק. מטרת הדיון הפלילי היא לחשוף את האמת"); הרברים נשנו בד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' טרובול, פ"ד מב (4) 309, 354; כן עיינו בש"פ 3447/96 מדינת ישראל נ' אזולאי, פ"ד נ (3) 312, 309; "הליכים ראויים ונכונים במשפט הפלילי הינם המגנא-כרטה של נאשמים, אך אסורים או באיסור מחמיר להפוך הליכים פליליים למעשי ניחוש והימור".

אנו איננו בטוחים כי אמנם ה"מהות" אכן גוברת על "הפרוצדורה" בהליך פלילי. (השוו ר' שפירא "סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה ישראל" משפטים ראשוניים (הוצאת הקיבוץ המאוחד, דפנה ברק-ארו עורכת, 1999) 31–33). יחד עם זאת לצרכינו די אם נניח כי "מתכון" ההליך הפלילי כולל, בסך הכל, פחות ממרכיבי הצדק הפרוצדורלי ויותר ממתכון ה"אמת" או ה"מהות", וזאת לפחות באורח השוואתי למתכון ההליך האזרחי.

64 ענין זה ניתן לראות מתוך ההבדל שבהתייחסות הנורמטיבית-משפטית לפשרה, פישור וישוב סכסוכים בדרך אלטרנטיבית (ADR), ולהסכמות דיוניות שונות בהליך אזרחי (באשר לעובדות, לפלוגתאות השנויות במחלוקת, ולאמצעי ההוכחה), לעומת ההתייחסות לאלה בהליך פלילי. ראו לשם המחשה בלבד סעיף 79 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984; תקנה 143(1)(3) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 (סמכותו של שופט בקדם-משפט); ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב (1) 475, 446 ("אמת והסכם – הסכם עדיף בחינת יקוב החווה את ההר"), ובעקבותיו ע"א 166/84 בר-אילן נ' בן כנען, תקדין-עליון 86 (4) 114; ע"א 1742/90 בית-חרושת לנרות "שער ציון" נ' אררט חברה לביטוח בע"מ, תקדין-עליון 94 (3) 1918; ע"א 4027/97 סולפרד בע"מ נ' עמישי, תקדין-עליון 98 (2) 278; רע"א 6383/98 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' סרחאן, תקדין-עליון 99 (1) 1444 (השתק מכוח הסכמה דיונית); ר"ע 674/86 מדינת ישראל נ' נאות סיני, כפר שיתופי מיסודם של גרעיני חרות בית"ר בע"מ, פ"ד מב (2) 527 (אימוץ פלוגתאות מוסכמות או עובדות מוסכמות על-ידי בית-המשפט); ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו (1) 543 (חובתו של בית-משפט לוודא אם ההודאה במסגרת הסדר טיעון היא אמת, וכוחו לדחות ההסדר).

לפסיקה מאוחרת בנושא הסדרי טיעון בפלילים עיינו: ע"פ 180/84 חאלדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (1) 836; ע"פ 188/84 מאיה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (3) 162; ר"ע 486/86 קשת נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (3) 472; ע"פ 945/85 פלורי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא (2) 572. לניתוח עיינו רשימתו של א' גול "המבחנים לדחית הסדר טיעון" הסניגור (אפריל, 2000) 3–9.

כן עיינו בבג"צ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מ (2) 393, 398–399, שם נקבע כי:

"הכול מסכימים, כי עיסקת הטיעון אינה מחייבת את בית-המשפט... בדומה, מקובל הוא, כי הנאשם עצמו רשאי לחזור בו מהבטחתו, תוך שהוא עומד על כך כי זכותו או חפותו תוכרע על בסיס ניהול משפט פלילי מלא, תוך שיוצגו בפני בית-המשפט מלוא הראיות, ובית-המשפט יקבע על-פיהן את העובדות, יפעיל לגביהן את הדין ויכריע בשאלת האשמה או החפות...".

יעילות, ונוחות פורמליים או טעמים פרוצדורליים אחרים שאינם מקיימים קשר אינפורמטיבי מספיק לכיסוס השאלות ההכרתיות עליהן נסוב ההליך.⁶⁵ עקרון ההגנה מצדו מפנה תביעות לכינון שיקול-הדעת השיפוטי לצורך הרשעה על-יסוד הקפדה על ניהול תקין של הדיון,⁶⁶ ועל בסיס כמות ראיות העומדת בהתאם לרצינות הענין, וזאת מעבר לשאלות הנוגעות לחוזקן של הראיות וכוונן להוכיח את העובדות.⁶⁷

וכן:

"המדינה והתובעים בשמה חייבים להגשים, בתחום הדיון הפלילי, את מטרותיו. עליהם להביא להרשעתם של האשמים ולזיכויים של החפים מפשע" (שם, בע' 403). בנוסף ראו ע"פ 3754/91 מדינת ישראל נ' סמחאת, פ"ד מה (5) 798 (חשיבותו של שיקול חשיפת האמת בהכניית שיקול-דעתו של בית-המשפט בענין חזרה מהוריה). המחשה נוספת לענינו ניתן למצוא בפסק-הדין המחזי: ע"ש (חי) 93/93 נעימה נ' מנהל מס ערך מוסף, תקדין-מחזי 98 (2) 818, 827, שם נדון מעמדן של הודעות שהוגשו בהסכמה וכך נפסק (השופט ד' ביינ):

"הוסכם בין הצדדים שההודעות בפני חוקרי מע"מ יחשבו כעדות ראשית, אך לדעתי, לא יהיה זה מן המידה ליתן משקל להודעות שנותניהן לא הוכחו לחקירה נגדית. אמנם לפי תק' 10א' לתקנות מע"מ ומס קניה (סדרי הדין בערעור) התשל"ו-1976 רשאי בית-המשפט להסתמך על ראיה שאינה קבילה בהליך אזרחי רגיל... אך במקרה הנדון כאשר עלי להעריך משקל הודעות אלה, אני סבור, כי יש לנהוג זהירות רבה ולא ראוי לסמוך עליהם כדי לקבוע קביעות המייחסות למערער חשד לביצוע עבירות פליליות".

65 עיינו בש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (1) 290, 295; כן ראו: ע' גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית: התערבות של ערכאות ערעור בממצאי עובדה" עיוני משפט כ (תשנ"ו-תשנ"ז) 551, 589; א' ברק פרשנות במשפט – כרך שלישי: פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 528: "הרטוריקה של זכויות אדם צריכה להיות מכוסה במציאות המעמידה זכויות אלה בראש סולם העדיפויות הלאומי. הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית". כן השוו: Dworkin, *supra* note 36, at p. 278.

66 אכן הליך אזרחי מאופיין בגמישות רבה מהליך פלילי ומאפשר חריגות רבות שהדין מתירן, מראש או כדיעבד, מדפוס ההתדיינות הרווח. ניתן ליטול לדוגמא את הדין החל על נוכחות בעל-דין בהליך. במשפט אזרחי אין בעל-הדין חייב להתייצב בעצמו ואף אינו חייב לעשות הוא גופו כל פעולה אחרת במשפט הנדרשת ממנו (כבעל-דין) אלא מותר לו למנות לשם כך עורך-דין אלא אם בית-המשפט ציווה, לפי תקנה 474 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, על התייצבות אישית של בעל-הדין. לעומת זאת הנתח המוצא של המשפט הפלילי היא התייצבותו של בעל-הדין במשפט (סעיף 126 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982). התייצבות זאת הינה זכותו היסודית, וככלל אף חובתו, והיא דרושה, בין היתר, בכדי לאפשר "ניהול תקין של הדיון" שבכותו להביא לידי "בירור נאות של העובדות" וביכולתו "לחשוף את האמת" (עיינו: ע"פ 1632/95 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (5) 534, 547; ענין ברקי, לעיל הערה 7).

67 לפחות אחת הוואריציות להבין רעיון זה: הליך פלילי דורש, בנוסף לרמת הוכחה מעבר לכל ספק סביר (וגיתן לטעון, גם אך לא רק מכות דרישה זו) וודאות מסדר שני או "בטחון אפיסטימי" קרי דרושה רמת בטחון גבוהה באשר לעצם וודאותן (או מהימנותן) של קביעות עובדתיות שונות או לפחות: מאמץ ניכר להשגת וודאות כזו. הגדרה זו גסה ובלתי-מדויקת אך דווקא משום כך היא מתאימה להנהרת מגמותיו העמומות של השיח כפי שניתן למצוא להן אף אחיזה בכללים ופרקטיקות שונות.

שוב, דרישות אלה אינן מתנגשות וניתן לטעון שאף מתיישובות עם אידיאל האמת. בנוסף, הן אידיאל האמת והן עקרון ההגנה תובעים רציונליות, והקדשת משאבים קוגניטיביים-שיפוטיים אופטימליים דווקא בהליך פלילי⁶⁸. כמו-כן, שניהם, לדעתנו, מקנים ערך לעצם אמיתותה של ההכרעה גם מבלי קשר לתוצאותיה במישור אכיפת הדין, והשלכותיה האחרות⁶⁹.

למהותן הכללית של דרישות של "בטחון אפיסטימי", "וודאות מסדר שני" (ומושגים בעלי "דמיון משפחתי" כמו "תמיכה אינדוקטיבית", "משקל קינזיאני") עיינו מאמרו המאלף של שטיין: A. Stein "The Refoundation of Evidence Law" 9 *Can. J.L. & Juris.* (1996) 279, 296-317.

ביטוי גלוי לדרישות מעין אלה ניתן למצוא דווקא בפסיקה הדנה בהליכים אזרחיים שבמסגרתם מתבקשת הכרעה שיש בה להעמיד בעל-דין בסיכון של מעין הטלת אשמה פלילית. במקרים כאלה הדעה המקובלת בפסיקה היא שתירוש כמות ראיות רבה יותר הקשורה במהותו וחומרתו של העניין אך זאת מבלי לשנות את מידת ההוכחה. קרי, הדרישה היא לשינוי רמת ה"בטחון האפיסטימי" הנוגע לעצם עמידתה של ההכרעה במבחן מאזן ההסתברויות. עיינו למשל ע"א 475/81 זיקרי נ' "כלל" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מ (1) 589; ע"א 678/86 חניפס נ' "סהר" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מג (4) 177, 184: "... טענות המשיבה הטילו כמעצור חשד למעורבות במעשים פליליים חמורים. אף שגם בגין טענות כאלו אין הטוען נדרש לרמת הוכחה מוגברת, אלא די לו בהטיית מאזן ההסתברות לטובת גירסתו, דין הוא, כי איננו יוצא ידי החובה הנדרשת הימנו, אלא אם כמות הראיות שהביא יש בה כדי לספק את המצופה ממנו, לפי נסיבותיו של המקרה ולפי מהותן של טענותיו ומידת חומרתן..."

לדין תיאורטי עיינו: D. Hamer "The Civil Standard of Proof: Uncertainty, Probability, Belief and Justice" 16 *Sydney L. Rev.* (1994) 506.

ביטוי נוסף לרעיון זה ניתן למצוא בדרישה המסורתית ברוב שיטות המשפט שבהן מכהנים מושבעים להחלטה – בין מרשיעה ובין מזכה – פה-אחד. לארצות הברית עיינו: G. Maher (1916) 211 *U.S. v. Bombolis*; *Minneapolis & S.L.R. Co v. Bombolis*; באנגליה, עיינו: "Jury Verdict and The Presumption of Innocence" 3 *J. Leg. Stud.* (1983) 641.

בכל מקרה בו אין החלטה פה-אחד היה מביא הדבר לפסילת הליך המשפטי ופתיחתו מחדש. דרישות אלה רוכנו במעט בחלק משיטות המשפט במהלך השנים. בכל מקרה נשמרה לפחות דרישה של רוב משמעותי מאד – סקירה היסטורית מאירת עיניים בהקשר זה ניתן למצוא במאמרו של ע' גרוס המופיע בשנתון זה.

68 לפונקציה של חלוקת משאבים קוגניטיביים, וחשיבותה הסגולית בהליך השיפוט עיינו: C. R. Callen "Procedural Rights In a World of Constrained Rationality" *Tel-Aviv Conference* (1997).

פרופ' Callen מאפיין שתי זכויות שאותן הוא מאפיין כזכויות במשאבים קוגניטיביים שיפוטיים. זכות אחת נוגעת בהשמעת טענה, וזכות אחרת בדרישה לשקילתה וקבלת ההכרעה על בסיס אותה שקילה. זכויות אלה פרושות, כעקרון, על מכלול הטענות שבעל-דין מציג במשפט. יחד עם זאת, לדעתנו, אין כל מניעה לגרוס שעצמתן של הזכויות והעול המעשי של כיבודן ניכרים באורח משמעותי יותר בהליך פלילי, זאת, שוב, גם כשמדובר בטענות הנוגעות לאשמתו של הנאשם ולא רק באשר לאלה המתייחסות לחפותו.

69 כלומר, להבדיל מערכה הסגולית של חשיפת האמת בהליך האזרחי שהוא, באופן מובהק, מיזעור משגים במתן הסעד לפי דין, לחשיפת האמת בהליך פלילי נודע, לעיתים, כך ניתן לטעון, ערך הנובע מעצם ההכרעה החברתית המוסמכת אודות מסכת האירועים שבה מדובר. (טול למשל מקרים בהם יש קורבן מתלונן, והנאשם מכחיש כל קשר לפרשה). ענין זה

עם זאת, קיים כפי שהוסבר בחיבור זה תחום שבו האידיאלים עומדים במתח נורמטיבי, בפני פוטנציאל התנגשות. תחום זה שריר ועומד אף כשתופסים את האידיאלים כחובות היוצרות הכרחיות יחסית. שכן, עדיין נותרה השאלה האם הכרחיותו של עקרון ההגנה הוא אף ביחס לשיקולים הקשורים בקידום חשיפת האמת או להיפך. עיקר תרומת חיבור זה היא להצביע על-כך שתחום זה אינו מכסה את כל מרחבי פעולתם של האידיאלים, אלא הוא מצוי בתוככי חלקות שיח שבאזורים אחרים שלו מרשה לכל אידיאל לפעול מבלי מפריע, ולעיתים אף במשולב ובמתואם עם האידיאל האחר.

באשר לטיפול בתחום המחלוקת כשלעצמו, ענין זה חייב ניתוח והנהרה נפרדים של השיח הקיים וחורג ממסגרת חיבור זה. עם זאת, עלינו להצביע על-כך שדרך ניתוח אפשרית היא לבקש ול"פרק" ולהרכיב מחדש את האידיאלים בהם מדובר על-יסוד העקרונות הכלליים של הדין הפלילי, תורת השפיטה, ותורת הראיות שלנו. ענין זה אינו פשוט כל עיקר ואף טעון בבעיות עקרוניות⁷⁰. אולם ניתן בכל אופן להציע כאן מספר אופני מחשבה. למשל, ציר אחד לבדיקה היא חומרת העבירה וסוג העונש הצפוי. ניתן לסבור שככל שאלה חמורים פחות מאבד עקרון ההגנה מחוסנו יחסית לאידיאל האמת (אם כי אף האחרון מאבד כוח אף בצורה פחותה). על-כן, אולי דווקא בעבירות פליליות קלות, "בתחום האפור", לא בגרעין הפרדיגמטי-הקשה של הדין הפלילי, מועצם באופן יחסי משקלו של אידיאל האמת⁷¹. בנוסף כאשר מדובר

נובע בין היתר מרצינות הענין, מאינטנסיביות ההשתתפות בהליך של הצדדים המעורבים, מהיות מספר המעורבים רב (במקרים מסוימים חלקים נכבדים מן הציבור כולו), ובעיקר, מהקשר שיש לאירועים שבהם מדובר (ולעיתים עצם ההכרזה המוסמכת עליהן) על כינון חכמי תודעתיהם וזהויותיהם של המעורבים בהליך.

70 שכן, שני האידיאלים, כך ניתן לטעון, מכילים מידה של התנגדות פנימית לפירוקם. כבר ציינו כי עקרון ההגנה נשען על החומרה המיוחדת הנודעת להרשעת חף-מפשע. כאמור, ניתן לגרוס, שחומרה זאת מעוגנת בתפיסה נורמטיבית-ליברלית המייחסת נזק מוסרי סגולי ייחודי, להרשעת חף מפשע. נזק השונה עקרונית מנזקים מסוג כאב וסבל שניתן לשקללם בתבנית תועלתנית כללית, אלא הוא קבוע ובלתי משתנה בנסיבות הענין וקשור בסוג ואופי העוולה שבה מדובר. (עיינו לעיל הערה 14 והטקסט הצמוד אליה). על-כן, ענינים כגון: חמרת העבירה, סוג העונש הצפוי, קיומם או העדרם של מתלונן או קורבן אינם משתנים ולוונטיים בפונקציה החומרה של אי קיום עקרון ההגנה.

בדומה, ניתן לטעון כי אידיאל חשיפת האמת מכיל בחובו חוסר גמישות טבועה למהלכי "פירוק" והרכבה הירארכית שכן על-פי הגחת השיח הרווח ניחן-מושג האמת העובדתית בדו-ערביות (bivalence) שמשמעותה שלכל פרופוזיציה עובדתית, עליה נסוב השיח, ניתן לייחס ערך אמת או אי-אמת. מכאן שאידיאל חשיפת האמת, לכאורה, אינו יכול אלא לכוון עצמו לכך שלפחות כל קביעותיו העובדתיות בענינים הקובעים, במישרין או בעקיפין, את התוצאה האפקטיבית לשבט או לחסד לא יהיו אי אמת ובאין שלישי משמעות הדבר ששומה עליהם שיהיו אמת ואמת בלבד. לעקרון ה-bivalence עיינו: M. Dummett "Truth" in *Truth and Other Enigmas* (London, DuckWorth, 1978) 1-24.

71 אם כי אינו מגיע עדיין למצב האופטימלי שבו נשללת כל הטיה המכוונת להעדפת סוג טעות

בעבירה שלה מתלונן, קורבן אקטואלי (או קורבנות פוטנציאליים) כמו בעבירות מין – ייתכן ששוב יופחת משקלו היחסי של עקרון ההגנה⁷². בניגוד לכך, ניתן להעלות סברה לפיה במקום שההליך נחשף לטעות בתום-לב בהכרעת הדין בפלילים, להבדיל מסכנה הנובעת מהסתמכות על עדות שקר, הרי דווקא משקלו הסגולי של אידיאל חשיפת האמת נחלש⁷³. כל אלה הם כאמור לא יותר מאשר גישושים ראשוניים מתוך האפילה, או יותר נכון, ההאפלה או האיפול שהטיל השיח על הנושא כולו.

ז. הערה בדבר השפעתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על ענינו

הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט (או לפחות של השיח המשפטי) בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא פסחה אף על תחום הדין הפלילי. אחד הביטויים של תהליך זה הוא הנהרתה ועיצובה מחדש של פונקציות מטרות ההליך הפלילי, ועיגון מעמדן של זכויות כחוקתיות. בענינו נדרשת התייחסות נורמטיבית מושכלת וכוללת בפרספקטיבה חוקתית באשר לעיגון החוקתי של עקרון ההגנה (וחזקת החפות) מחד, מעמדו ההכרחי של אידיאל חשיפת האמת מאידך, והיחסים הנורמטיביים בין אלו.

התבוננות בשיח הקיים מגלה אך ניצנים של דיון כזה. ניתן להצביע על שני מגמות בפסיקה ובספרות, הנראות לכאורה נוגדות. מגמה אחת היא של הדגשת חשיבותם ותחום התפרשותם הרחב של עקרון ההגנה וחזקת החפות. השופטת דורנר ביטאה עמדה כזו בענין זאדה⁷⁴:

אחת על-פני רעותה. מצב אופטימלי כזה אנו מוצאים במשפט אזרחי טיפוסי. אכן מכתן מאזן ההסתברות הוא ביטוי לאסטרטגיה הכרעתית הממזערת את מספר המשגים בהכרעה, כלומר, במובן זה, מניחה במוקדה ומגשימה באופן אופטימלי את אידיאל חשיפת האמת עיינו: D. Kaye "Naked Statistical", Editors Note, *supra* note 21, at pp. 615–621; וכן: Evidence" 89 Yale L. J. (1980) 601, 604–605; Stein, *supra* note 67, at pp. 335–336. השווה שחר "מיניותו של החוק: השיח המשפטי בנושא האונס" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 159, 192. כן ראו הערותיהם בענין זה של ר' שמיר "על משפט ושינוי חברתי" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 631, 636 ושל ר' שפירא "דיני עונשין: מהתמקדות בפרט להכרעה במאבקים בין-קבוצתיים" ספר השנה של המשפט בישראל (פפירוס, אוניברסיטת תל-אביב, תשנ"ו) 629, 641 (הערות שוליים 60).

עמדה מעין זו ניתן למצוא אצל: E. J. Imwinkelried "The Worst Evidence Principle: The Best Hypothesis as to the Logical Structure of Evidence Law" 46 *Univ. Miami L. Rev.* 2069 (1992).

לעיל הערה 6, בע' 165. כן עיינו בדברי השופטת דורנר בבש"פ 153/95 רחאל נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (2) 221, 225–226. מחוץ לעמדתה זו, קיימים בפסיקה ובספרות אמירות כלליות, פורגרמטיות, בזכות העלאת

“עקרון יסוד חוקתי במשפטנו הפלילי הוא שאין להרשיע ולהעניש אלא מי שאשמתו הוכחה מעל לכל ספק סביר. עקרון חוקתי זה חל – בשינויים המחויבים – גם באשר למעצר עד תום ההליכים”.

מגמה שניה – הפוכה לכאורה – מטעימה כי העלאתן של זכויות אדם למעמד החוקתי מחייבת דווקא את הגנת המשפט מפני הטעות העלולה לפגוע בביטחונן של הציבור, בחייהם ובשלומם של קורבנות בפועל או בכוח, ולא אך את ההגנה המובטחת לנאשמים מפני הרשעה ועונש שלא כדין. כדברי השופט שמגר, בענין גנימאת⁷⁵:

“מרביתם לדבר על איזון בין זכויות החשוד או הנאשם לבין זכויות הציבור. מבחינת אופן התייחסותו של השומע, נושא עמו ניסוח זה דימוי של פרט נרדף (החשוד או הנאשם) מול עוצמת “גולית” החברתי, אח גדול קולקטיבי אדיר, המניף, כביכול, את אגרופו. אולם תיאור כאמור אינו נותן בהכרח את דעתו למציאות לאשורה: העבריינים האלים, האנס, השורד, האדם הפזיז המסכן חיי אדם, הם האיום המיידי, התדיר והאפקטיבי על הקורבן חסר הישע, שהחברה אינה יכולה או אינה מסוגלת להגן עליו בעת צרה; על-פי רוב היא נחלצת לפעולה רק לאחר מעשה, ולעתים קרובות גם מאוחר מדי. במילים אחרות, האיזון אינו, למעשה, בין ציבור אנונימי ורב-כוח לבין החשוד או הנאשם, אלא בין מי שמואשם בעבירה וממשיך להיות מסוכן לחברה ולפרטים שבה לבין קורבן העבירה בפועל או בכוח ומי שהיה עד לעבירה”.

עיננו הרואות, אף השיח החוקתי משקף חוסר אחידות ואין בו להפיג את המתח הנורמטיבי בין האידיאלים. הניתוח שהוצע בציבור מסייע בהסבר חוסר אחידות זה. הוא אף מסייע להבין את העמימות המובנית לעמדות אלה. השאלה שיש לשאול ביחס לשני העמדות כאחד היא באיזה מידה, אם בכלל, הן מבקשות לפעול

חוקת החפוז למדרגה חוקתית. עיינו: א' ברק “הקונסטיטוציונליזם של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)” מחקרי משפט יג (תשנ"ו-תשנ"ז) 5, 23; א' ברק “כבוד האדם כזכות חוקתית” הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 281; ע' גרוס “הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם” מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 155, 170. כן עיינו דברי השופט שטרסבורג-כהן כבג”צ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד נא (2) 757, 783. לדיון בהשלכות העלאת מעמדה של חוקת החפוז למעלה חוקתית עיינו ד' ביי “ההגנה החוקתית על חוקת החפוז” עיוני משפט כב (תשנ”ט) 11.

75 דנ”פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ”ד מט (4) 589, 620. כן ראו: דנ”פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ”ד מח (4) 621, 630; בש”פ 3899/95 מדינת ישראל נ' גמאל, פ”ד מט (3) 164, 167, 168 (השופט זמיר).

לעיצוב מחדש של תחום המחלוקת בין האידיאליים. שכן, ייתכן בהחלט לסבור, כי העלאתו של עקרון ההגנה למעמד חוקתי נועדה לחזק את מעמדו הכללי כחובה היוצרת הכרחיות יחסית, ללא כל התיימרות – להביא להפגת המתח (המוכחש במידה רבה ממילא) שבין העקרון לאידיאל חשיפת האמת⁷⁶. בדומה ניתן לסבור שההגנה ההכרחית-חוקתית על קרבן העבירה לא נועדה אלא להציב דרישות כלליות המופנות למקבל ההחלטה – במונחים של הקדשת קשב, ונטילת יתר אחריות בתהליך הבירור העובדתי – וזאת מבלי שתתווסף לכך קריאה לעיצוב מחדש של האסטרטגיות ההכרעותיות הנוגעות לחלוקתן של סיכוני משגה בהכרעה⁷⁷. כל זאת כמובן אינו גורע מחשיבותן של התפתחויות פסיקטיות אלה. אדרבא, דווקא ניתוח זה מאפשר לקבל אותן כבעלות חשיבות כשלעצמן לשינוי המשפט הנוהג ומבלי שיחשבו בהכרח כסותרות⁷⁸. עם זאת כמובן אנו זקוקים ליותר מזה. אנו זקוקים לעמדה מלוטשת, מזוקקת מעמימיות, באשר לטיבם של יחסי הגומלין בין אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה על חפים מפשע. עמדה כזו נדרשה במשך השנים ואף כעת. תקוותנו כי העידן החוקתי ישמש עת רצון לשם כך.

76 אכן ניתן למצוא רמזים לעמדה כזו אצל השופטת דורנר בענין זאדה, לעיל הערה 74. השופטת מדגישה מספר פעמים כי עמדתה מיוחדת לבעיה המטוימת של קביעת סטנדרט ראיתי לענין מעצר עד תום-הליכים, וכי היא מכוונת אך לתיקון ליקוי בדיון שקבע רף ראיתי נמוך ביותר לצורך מעצר כזה – עיינו בע' 163, 165 לפסק-הדין.

77 גישה ברוח זו ניתן למצוא ברברי השופט הנדל בענין אל-עכיר לפיהם לאור קבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו "על בית-המשפט להיות פתוח יותר לגישות ביקורתיות כלפי ראיות מדעיות במשפט פלילי" עיינו ת"פ (ב"ש) 76/93 מדינת ישראל נ' אל עביד, תקדין-מחוזי 96 (1) 43, 1 (השופט הנדל).

78 עיינו בהערות 63–69 והטקסט הצמוד להן.