

## התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים<sup>1</sup>\*

מאת

מרדכי קרמניצר\*\*

### א. הצד המעשי של הבעיה

כל המכיר את ההליך הפלילי שלנו, נתקל לא אחת בתופעות הבאות: חקירות נגריות ארוכות ומייגעות של עדים, לעתים תוך ביוזי העדים והעלבותם ותוך דרישה לתשובה של "כן" או "לא" שהיא, לעתים, דרישת הבלתי-אפשרי או דרישת מה שאינו מתיישב

\* תודה עמוקה לפרופ' ש"ז פלר, לפרופ' א' הרנון ולחבני בקבוצת הדיון בתיאוריה של המשפט על הערותיהם המועילות.

\*\* מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים.

1 הרשימה מסתמכת בעיקרה על רשמי מביקרים במשפטים פליליים נגרמניה כשנים 1983/4 וכן על המקורות הבאים:

ע"פ 931/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 505; ע"פ 639/79, 636 אמללו נ' מדינת ישראל, פ"ד לר(3) 561, 575; ת"פ (ת"א) 73/84 מדינת ישראל נ' הרנון, פס"מ תשמ"ה א, 412; א' לרדמן "הזמנת עדים מטעם ביהמ"ש במשפט פלילי עיוני משפט ד (תשל"ה/1) 392; S.J. Morse "Understanding Adversary Process and Conflict in Criminal Justice" in: *Handbook of Criminal Justice Evaluation* (Beverly Hills, ed. by M.W. Klein & K.S. Teilmann, 1980) 331-356; G. Hughes, "English Criminal Justice - Is it Better Than Ours?" 26 *Ariz. L. R.* (1984) 507-614; M. Damaska, "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure" 121 *Uni. Penn. L. R.* (1972 / 3) vol. 1., 506-589 [Damaska(1)]; M. Damaska, "Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure" 84 *Yale L.J.* (1974 / 5) Vol. 1., 480-544 [Damaska(2)]; M.E. Frankel, "The Adversary Judge" 54 *Tex. L.R.* (1976) 465-487 [Frankel(1)]; M.E. Frankel "The Search for Truth: An Umpireal View" 123 *Uni. Penn. L.R.* (1974 / 5) Vol. II, 1031-1059 [Frankel (2)]; M. H. Freedman "Judge Frankel's Search for Truth" *op. cit.* 1060-1066; H. R. Uviller "The Advocate, The Truth and Judicial Hackles: A Reaction to Judge Frankel's Idea" *op. cit.* 1067-1082; M. Damaska "Presentation of Evidence and Factfinding Precision" *op. cit.* 1083-1106 [Damaska(3)]; M. Newark, A Samuels, "Let the Judge Call the Witness" 1969 *Crim. L.R.* 399; J. Frank *Courts on Trial*

עם החובה להעיד אמת, כאשר בהמשך המשפט מתברר כי מלכתחילה לא היה מקום וטעם לחלוק על גרסתם, (למשל, כאשר גרסה זו נתמכת בראיות חד-משמעיות, כמו צילום, הקלטה או ממצאים מדעיים); משפט המתנהל על "פסים עקומים" משום שהתביעה לא ייחסה לנאשם את סעיף האישום המתאים, על כל הבעייתיות שיש בגילוי מאוחר של עובדה זו מבחינת הסכנה לעיוות דין עקב אי-התגוננות מפני האישום ההולם; קיום משפט ארוך ומסורבל כאשר ברור כבר בשלבי ההתחלה שלו, ומכלימקום בתום פרשת התביעה, כי אין ראיות לכאורה להוכחת אשמתו של הנאשם או שהעניין כולו הוא זוטא שבזוטות ואין עניין ציבורי להיזקק לו; הנאשם הבלתי-מיוצג שאיננו מסוגל להגן על עצמו, כאשר בית-המשפט אינו מסוגל לסייע בידו ביעילות להתגונן משום שאינו מכיר את חומר החקירה; זיכויים "טכניים" – אי-הוכחת יסוד מיסודות העבירה או עובדה הנחוצה להרשעה, בשל משגה או הזנחה, כאשר לא היה כל קושי להוכיח את הטעון הוכחה; החמצות או עיוותים בחקירה מסוגים שונים: אי-הצגת שאלות המבקשות לעמת בין גרסת העד לבין גרסאות אחרות? (עימות זה חשוב הן כדי לבהון התרשמותית את תגובת העד למשמע הגרסה האחרת והן כדי לבדוק אם מדובר בפער שאיננו ניתן לסגירה או בהבדלי גרסאות שניתן ליישבם); אי-הזמנת העד להתייחס לסתירה בין גרסתו העכשווית לבין גרסה קודמת שלו; הצגת שאלה לעד תוך הסתמכות על דברים שאמר בהודמנות קודמת באופן היוצר רושם שקיימת סתירה בין שתי ההתבטאויות, כאשר בחינת הדברים, בצורתם המדויקת והשלימה, מעלה כי אין סתירה ביניהם; עדים מומחים הנוהגים כשכירי-לשון, הנוהרים מהכרת העובדות לאשורן פן תכשלנה העובדות את התיזה הרצויה; הימנעות התביעה וההגנה – כל אחת משיקולים טקטיים שלה – מהזמנת עד חשוב, שעדותו עשויה לסייע לגילוי האמת.

האם בפנינו אוסף מקרי של ליקויים או שמא יש לתקלות האמורות מכנה משותף או שורש אחד? לדעתנו, אין מדובר במקבץ אקראי של פגמים אלא בליקויים שהם

(Princeton, 1949) 80-102.; M.D. Cohen, "Bureaucratic Organization and the Theory of Adjudication" 85 *Col.L.R.* (1985) 1-37; J. Herrmann, *Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens* (Bonn, 1971) [Herrmann(1)]; J. Herrmann, "The German Criminal Justice System: The Trial Phase – Appellate and Review Proceedings" in: *The Criminal Justice System of the Federal Republic of Germany* (Toulouse, 1981) 65-96 [Herrmann(2)]; A.E.S. Tay "The Sense of Justice in the Common Law" in: *Justice* (London, ed. by E. Kamenka & A.E. Tay, 1979) 79-96; R. Pound, "The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice" 29 *A.B.A.* (1906) 395-417 in: *Landmarks of Law* (Boston, ed. by R.D. Henson) 180-195; J. Verin, "La Philosophie de la Justice Criminelle et L'Administration de la Justice Criminelle" 53 *Rev. Int. de Droit Penal* (1982) 823-840; J. Herrmann, "The Philosophy of Criminal Justice and the Administration of Criminal Justice" 53 *Rev. Int. de Droit Penal* (1982) 841-862 (Herrmann(3)); Lloyd L. Weinreb, "Commentary on Prof. Herrmann's 'The Philosophy...'" 53 *Rev. Int. de Droit Penal* (1982) 863-869; C. Roxin .C. Roxin *Strafverfahrensrecht* (München, 18 Auflage, 1983) 56-82, 272-273

2 גם כאשר הגרסאות האחרות מצויות בהודעות שנמסרו במשטרה, אך אינן נמצאות בפני בית-המשפט.

טבעיים להליך הפלילי כפי שהוא מתקיים אצלנו, הליך המכונה "ארברסרי", ומושפע מתפישת ההליך הפלילי כתחרות או כמאבק בין שני צדדים יריבים שהשופט אמור למלא בו תפקיד שהוא פסיבי בעיקרו, לפסוק בין גרסאות שהוצגו על-ידי הצדדים כעין "מציאות" מנותקת מן המציאות האחרת המתבטאת באמת המטריאלית, שהמושג צדק שעל הגשמתו הוא מופקד הוא בלתי-נפרד ממנה. ניתן להעלות ארוכה לליקויים אלה – במשמעות של שיפור והטבה ולא במשמעות של חיסול ועקרה משורש – על-ידי נטישה רעיונית ומעשית של תפישת המשפט כתחרות והתאמת ההליך למטרה של גילוי האמת. במסגרת זו, מתבקש להטיל תפקיד אקטיבי בבירור האמת על מי שאמור לקבוע אותה וליישם עליה, ועליה בלבד, את החוק – השופט. שהרי צדק צריך לשקף את האמת ומשמעותה בעיני החוק. שופט שאינו יורד אל חקר האמת, אינו מסוגל לעשות צדק. גם האחריות להיות הכרעת הדין מבוססת על האמת והחוק היא על השופט בלבד ואם נמנע ממנו לברר את האמת לאשורה, פוגמים במילוי תפקידו במלוא אחריותו. למסקנה דומה מגיעים גם כאשר בוחנים את השיטה הארברסרית שלא על בסיס התרשמות מהמתרחש אצלנו במשפטים פליליים.

### ב. הצד העיוני של הבעיה

לפני שניגש לעיצומו של הנושא, מתבקשת התייחסות קצרה למושגים הכרוכים בריון תוך הבחנה בין המושג לאמיתו לבין המושג כתווית. מקובל כי המושג "שיטה ארברסרית" מאופיין, בין השאר, בתפקיד הפסיבי של השופט, ואילו את השיטה האחרת, שבה נועד לשופט תפקיד פעיל, מכנים "שיטה אינקביוטורית". על-ידי הרבקה התווית הזו, על משמעותה השלילית המובהקת, המזכירה לכל השומע את מרתפי העיוניים של האינקביויציה, סותמים בעצם את הגולל על התייחסות עניינית לשיטה האחרת כאלטרנטיבה ממשית, כמצב משפטי מתקבל על הרעת, כאובייקט רציני הראוי לבחינה ולבריקה<sup>3</sup>. המאפיין המבדיל של השיטה המכונה "אינקביוטורית" הוא חובת הבירור המוטלת על השופט. בית-המשפט מברר מכוח תפקידו את הנתונים העובדתיים, כלשון סעיף 2.244 לחוק הפרוצדורה הפלילית הגרמני – את האמת (ללא מרכאות),

- 3 כלשונו של המסקה ברמסקה(1) (לעיל, הערה 1), 564: "naturalia rather than essentialia".  
 4 Herrmann(1), *supra* note 1, 153, 156-157; G. Williams, *The Proof of Guilt* (London, 3rd ed., 1963) 25, 26, 29; F. Pollock & F.W. Matitland, *The History of English Law*, 186:392 (2nd ed., Cambridge, 1968), 670-671; R. Pound, *supra* note 1, 186:392 הערה 1, 392.  
 5 Damaska(3), *supra* note 1, 1091; Damaska(2), *Supra* note 1, 523-524; Damaska(1), *supra* note 1, 563-564.  
 6 ניתן לתאר שיטה שבה הארברסריות כלשונה מתבטאת בוכותו של כל צד להביא ראיות הנוגעות לעניין ולברוק את הראיות שהובאו על-ידי הצד שכנגד, והכול במטרה לקבוע את האמת העובדתית בנרדן, ורק בכך, ומבלי שיוחר לשופט תפקיד פסיבי דווקא. אם נשתמש גם בהמשך במושג "שיטה ארברסרית" ככולל גם תפישה בדבר התפקיד הפסיבי של השופט, הרי זה רק משום שזו המשמעות המקובלת שנתייחרה למושג זה.

ואין הוא מוגבל כעניין זה עליידי הצדדים המופיעים'. מבחינה מעשית, מנוהל המשפט באורח אקטיבי עליידי השופט וחקירת העדים נעשית תחילה ובעיקר עליידי השופט. האמת שאליה השופט חותר בשיטה האינקביוטורית היא "אמת מטריאלית", להבדיל מ"אמת פורמלית" שהיא יעדו של המשפט האזרחי. בהליך המכוון אל האמת הפורמלית – הוראה של צד בפני בית-המשפט<sup>7</sup> וכן הסכמה של הצדדים – במפורש או במשתמע – היא סוף פסוק?<sup>8</sup> אין הדבר כך בהליך שתכליתו האמת המהותית. היעד של האמת המהותית מחייב, למשל, את השופט לנקוט יוזמה לברר אם הנאשם היה בלתי-שפוי בשעת מעשה, כאשר יש אינדיקציות לכך, גם אם הטענה לא הועלתה עליידי ההגנה<sup>9</sup>. ההליך הפלילי שלאחר הגשת האישום מכוון לאפשר הכרעה בשאלת חפותו או אשמתו של הנאשם<sup>11</sup>. ברור כי עניינה של החברה הוא בהרשעת האשמים בלבד ובזיכוי החפים מפשע<sup>12</sup>. היכולת להרשיע את האשם ולזכות את החף מותנית ביכולת לחשוף את האמת: אמת במשמעות של אמת עובדתית או אמת מטריאלית – במובחן מאמת משפטית, לפי הטרימינולוגיה של השופט אלון<sup>13</sup> – שלשם גילוייה יש לשחזר את העבר כדי לגלות למשל, אם פלוני (הנאשם) דקר בסכין בזמן ובמקום מסוימים את אלמוני בכטנו – כפי שנטען באישום – אם לאו. מכאן שמטרתו הראשונה והעיקרית של ההליך הפלילי היא בירור האמת וקביעתה כשלב ראשון והכרחי לפני החלת הדין על האמת כפי שנקבעה<sup>14</sup>. המבחן הקובע של כל כלי או שיטה ריוניים הוא, לכן, מידת התאמתם למטרה של גילוי האמת והחלת החוק עליה.

- 7 C. Roxin, *Strafverfahrensrecht* (München, 18 Auflage, 1983) 252-253; K. Tiedemann in: C. Roxin, G. Arzt, K. Tiedemann, *Einführung in das Strafrecht and Strafprozessrecht* (Heidelberg, 1983) 151, 152
- 8 ראה להלן, הערה 54.
- 9 ע"פ 34/53 יעקב משפטי לממשלה נ' וינברג, פ"ד ז, 1029; ע"פ 46/63 זבלודובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד יז, 1061, 1064; המר' 217/75 מלק נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1), 493; א' הרנון, דיני ראיות א 36.
- 10 הסתפקות באמת פורמלית עולה בקנה אחד עם שליטה מוחלטת, שאינה נתונה לפיקוח או לביקורת של מי שבידו הזכות ליוזם את ההליך על טיב התביעה והיקפה. החתירה אל האמת המהותית אינה מתיישבת עם שליטה מוחלטת כזו, ועליה כית-המשפט רשאי להרשיע את הנאשם בעבירה שונה מזה שיוחסה לו עליידי התביעה, גם כשהיא חמורה יותר, ולגזור לו עונש במסגרת העונש הקבוע בחוק בגין העבירה – נשוא ההרשעה. אצלנו נקט המחוקק פתרון ביניים: בת-המשפט מוסמכים להרשיע בעבירה שונה מזו שבה הואשם הנאשם (סעיפים 184, 185 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח חדש]), אולם אין הם מוסמכים להרוג לחמרה מן הפסגרת העונשית המתחייבת מן האישום המקורי.
- 11 ע"פ 951/80 (לעיל, הערה 1), 516; M. Newark, A. Samuels, *supra* note 1, 404.
- 12 עניין זה עומד בתוקפו גם כאשר הנאשם החף עצמו הינו שוה-נפש ביחס לאפשרות שירשע ואף כאשר הוא מעוניין בכך. עניין זה נובע נוסף על השיקול הבסיסי של צדק, גם מן המשמעות הציבורית של פסקדין, המחייב את ורשויות לפעול לפיו והחופך את פעולותיהן לפעולות כדין. נוסף על כך, כאשר מורשע מי שלא עבר את העבירה, ממשך, ברד-כלל, האשם האמיתי להסתובב חופשי ולסכן את החברה.
- 13 ראה בג"צ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4), 449, 465-467; ע"פ 115/82, 168 כנעדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1), 197, 258 ר-262.
- 14 יש הגורסים כי להליך הפלילי מטרה נוספת: שמירת הערך של כבוד האדם ראה (3), Herrmann *supra* note 1, 842-843; Damaska(1), *supra* note 1, 574-589; S.J. Morse, *supra* note 1,

אפשר שביסוד השיטה האדברסרית מונח יחס ספקני כלפי היכולת לגלות את האמת, ואף בעצם קיומה של אמת כזו<sup>15</sup>. יחס זה בא לידי ביטוי ברעיון שהכרעת הדין היא הכרעה בתחרות ואינה משקפת בהכרח אמת אובייקטיבית. ניתן למצוא לה ביטוי פלסטי במרכאות שבהם מצדדי השיטה האדברסרית מקיפים את המלה אמת<sup>16</sup>; ומכאן גם אולי ההימנעות מלהפקיד את קביעת האמת בידי השופט<sup>17</sup>. דיון מקיף בשאלת קיומה של אמת והיכולת לגלותה חורג מן המסגרת שקבענו לעצמנו, ואולם מן הראוי לעמוד על משמעותה של גישה זו, שכן היא מטילה ספק בלגיטימציה של ההליך הפלילי כהליך של צדק. בשים לב למהותה ולמשמעותה של הטלת אחריות בפלילים, האם היא עשויה לבוא בחשבון, כאשר אין בטוחים בתשתית העובדתית המשמשת בסיס להטלתה? ואת ועוד: האין כאן השלכה מן היחס הספקני המוצדק כלפי עצם קיומה של "אמת" בעולם הרעה וההשקפה<sup>18</sup> על שאלת קיומה של אמת עובדתית? מבלי לפקפק בקושי לשחזר

339-340; M.H. Freedman, *supra* note 1, 1065-1063; H. Packer, "Two Models of the Criminal Process" 113 *Un. of Penn. L. R.* (1964), 1

הרעה המקובלת היא ש"בדרך-כלל, עשיית צדק מחייבת הערכת האמת מעל לכל שיקול אחר, ורק במקרים יוצאים מן הכלל ניתן להעדיף שיקולים ערכיים אחרים על-פני הערכת האמת וגילויה" (ע"פ 115/82, 168 [לעיל, בעמ' 1261 וראה גם בג"צ 152/82 [לעיל, בעמ' 471]). זו גם עמדת המחוקק ברוב החסינות. גם הסוברים כי בירור האמת וקביעתה הם מטרתו היחידה של ההליך הפלילי ואין להתייחס לשמירת כבוד האדם כאל מטרה של ההליך, מסכימים כי אין מדובר במטרה שכל האמצעים להשגתה הינם ראויים וכשרים וכי קיימים סייגים ומגבלות על הגשמת המטרה, בעיקר משיקולים של כבוד האדם. שיקולים אלה אוסרים, בבחינת מובן מאליו בימינו, שימוש באלמות או בהשפלה לשם גילוי האמת, והם עשויים להביא לפסילת ראיות שהושגו באמצעים בלתי-כשרים מטעם זה בלבד. מכאן גם (לפחות בהסבר חלקי) זכות השתיקה והחיסיון מפני הפללה עצמית, ראה, L.L. Weinreb, *supra* note 1, 863, 864. מגבלה נוספת על השגת המטרה משיקול אחר – שיקול של יעילות – היא זו של סופיות ההליך. דוגמא אחרת היא החיסיון על דברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך-דין לבין לקוחו לפי סעיף 48 לפקודת הראיות (נוסח חדש), בשל השיקול של הבטחת ייצוג משפטי הולם, המותנה בגילוי חופשי, מלא ובטוח של הנתונים בפני עורך-הדין. כן יש להביא בחשבון את החשש המיוחד-המוצדק – של המשפט מפני אחד משני סוגי הטעות האפשריים בהליך הפלילי – ההרשעה. חשש זה בא לידי ביטוי מובהק בכלל בדבר מידת נטל השכנוע בפלילים, ובחוקת חפות, וגם על כך יש ליתן את הדעת כאשר מעריכים את המצב הקיים ומציעים לשנותו. ראה 578-579, Damaska(1), *supra* note, 1, 576. עם זאת, יהיה זה בלתי-הגינני לאמץ מטעם זה שיטת דיון שאינה מתאימה למטרה של שחזור האמת. כרברי

J.F. Stephen

In fact, the rule which acquits a guilty man is likely to convict an innocent one. Just as the gun which misses the object at which it is aimed is likely to hit an object at which it is not aimed. (*A History of The Criminal Law of England*, London, 1883, vol. 1, 438).

A.E.-S.Tay, *supra* note 1, 84, 87; Herrmann(3), *supra* note 1, 844-845 15

כך, למשל, השופט ח' כהן בע"פ 21/72 צייגר נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1), 511, 505. וכך S.J. Morse (לעיל, הערה 1), 339. 16

מצד אחר, ההליך האדברסרי עשוי לבטא דווקא איהערכה מספקת של הקושי הכרוך בגילוי האמת. 17

ראה, למשל, 80, J. Frank, *supra* note 1, 341-342; S.J. Morse, *supra* note 1, 341-342. 18

את האמת העובדתית, דומה כי עמדה ספקנית כלפי אמת מהסוג הראשון אינה מחייבת עמדה ספקנית כלפי קיומה של אמת מהסוג השני<sup>19</sup>.

מן הראוי להבהיר כי ההשוואה בין המשפט האנגלו-אמריקני כגוש אחד של השיטה האדכרסרית לבין המשפט הקונטיננטלי כגוש מנוגד של השיטה האינקביוטורית לוקה בפשטנות. כך, למשל, קיים הבדל בין ההליך הפלילי האנגלי לבין ההליך הפלילי האמריקני. ההליך הפלילי באנגליה, המאופיין בסגנון יותר ענייני ומכובד ופחות תוקפני ולוחמני מזה המאפיין את ההליך בארצות-הברית, נחשב למוצלח. לעומת זאת, רבה הביקורת המוטחת בהליך הפלילי האמריקני<sup>20</sup>. הרושם הוא ששיטתנו דומה יותר לאמריקנית מאשר לאנגלית. לכן אל לנו להתקשט בנוצות שנקשרו להליך הפלילי האנגלי. דומה כי ההסברים לכך נעוצים באיכותם הגבוהה של עורכי-הדין המופיעים בפלילים באנגליה (שהם גם מעטים במספר), ביתר סמכותיות ומעורבות בהליך של השופט האנגלי (לעומת האמריקני) ואולי אף בתכונות של ריסון ואיפוק עצמיים. הסבר אפשרי נוסף הוא שאין באנגליה גוף של תובעים מקצועיים, כפי שיש בארצות-הברית ואצלנו, והמדינה מיוצגת שם במקרים רבים על-ידי עורכי-דין פרטיים בשכר. גם הנאשמים מיוצגים באופן נרחב על-ידי עורכי-דין של הסיוע המשפטי, שהם לרוב עורכי-דין פרטיים ששירותיהם נשכרים על-ידי הסיוע המשפטי<sup>21</sup>. אפשר שהשתייכויות אלה של המופיעים משני צדי המתרחס מפחיתות את רוח הלחימה ואת ההתנצחות לשמה. בתוך השיטה האינקביוטורית, מן הראוי להבחין בין ההליך הפלילי הצרפתי לבין ההליך הפלילי הגרמני. ההבדל העיקרי נעוץ בכלל של המשפט הגרמני – שאין לו מקביל במשפט הצרפתי – שלפיו בית-המשפט רשאי להסתמך לצורך הכרעת הדין רק על ראיות שהובאו בפניו, ואין הוא רשאי להסתמך לצורך זה על חומר המצוי בתיק החקירה שהועמד לעיונו. מבחינה זו ההליך הפלילי הגרמני דומה לזה שלנו, ונברל באופן מהותי מן ההליך הצרפתי שבו קיימת הישענות גדולה על חומר החקירה (הנאסף על-ידי שופט-חקור). הבדל אחר מתייחס לאופי חקירת השופט. בעוד שהמתארים את ההליך הפלילי הצרפתי (מדובר אמנם, בתיאורים מן העבר) מציינים את האופי הבוטה, הנוקשה – שלא לומר תוקפני – והמגמתי של חקירת השופט שם<sup>22</sup>, הרושם הוא שחקירת השופט בהליך הפלילי הגרמני הינה עניינית, אדיבה ונייטרלית. השוואה זו הינה מאלפת משתי בחינות: ראשית, משום שהמבט המשווה של האנגלים (כדוגמת Williams ו־Stephen) היה נשוא לעבר צרפת ולא לעבר גרמניה; שנית, משום שהוא (ההיבט השני של ההשוואה) תוזר ומזכיר לנו כי כאשר עוסקים במשפט השוואתי, חשוב לבדוק לא רק את לשון הכללים המשפטיים אלא גם את הדרך והאופן שבהפעלתם ויישומם<sup>23</sup>.

19 הבול זה בא ליד ביטוי, למשל, בעובדה שכדור-כלל איך מתייחסים כלל לעבירה של ערות-שקר באספקלריה של חופש הביטוי והגבלותיו המוצדקות.

20 Herrmann(1), *supra* note 1, 350-355; G. Hughes, *supra* note 1, 588-590; G. Williams, *supra* note 4,3

G. Hughes, *supra* note 1, 541-551 21

J.F. Stephen, *supra* note 14, 543, 565 22

G. Williams, *supra* note 4, 3 23

האמת ניתנת להיאמר: בפרקטיקה השיפוטית, ההבדל בין השיטה האדברסרית לבין זו המכונה אינקביזיטורית הוא פחות דרמטי מאשר בתיאוריה. קיימת נטיית התקרבות של הקצוות לעבר המרכז ומצויות שיטות משפט המתוארות כשיטות ביניים, וביניהן דרום-אפריקה, ספרד, יפן, נורבגיה ודנמרק<sup>24</sup>. גם בסדר הרין הפלילי שלנו ניתן למצוא גילויים של ריכוך השיטה האדברסרית לכיוון גישת ביניים, ובהם הנוסח הרחב של סמכויות השופט (סעיפים 167, ו-175 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח חדש]), סמכותו של בית-משפט להרשיע בעבירה שונה מזו שבה האשימה התביעה את הנאשם (סעיפים 184, ו-185), בירור גרסת הנאשם בפתח הדיון (סעיפים 144, ו-152); עידוד הנאשם למסור גרסה (סעיפים 123, 152(ב), (ג) ו(ד), ו-162). התופעה של התקרבות לאמצע מן הקצוות מלמדת – לדעתנו – כי בכל אחת מן הגישות יש כוח משיכה. מרכזי-הכובד האלה הם: דגש מיוחד על מעמדו של הנאשם כצד בהליך ולא כמושאו ועל זכותו ויכולתו להתגונן בייעילות ובנמרצות; תפקידו האקטיבי של השופט בגילוי האמת. אין סתירה בין השניים: שניהם חיוניים לגילוי האמת, והשני נדרש גם להבטיח פיקוח על הראשון ומניעת שימוש-לרעה. התייחסותנו למודלים השונים (האינקביזיטוריים והאדברסריים) היא במתכונתם התיאורטית הקיצונית, מתוך מודעות לכך כי במציאות הם מופיעים בצורה מרוכבת וממותנת יותר.

כאשר בוחנים אם השיטה האדברסרית מותאמת לגילוי האמת, אין לפסול אותה כאמצעי לגילוי האמת, אולם אין לראות בה אמצעי מספיק לחשיפת האמת. השיטה האדברסרית מניחה כי כאשר שני הצדדים הטוענים לעמדות קוטביות – לאשמת הנאשם ולחפותו – מביאים, כל אחד, את כל מה שניתן להוכיח ולטעון בנכוח עמדתו, ועושים כל שאל ידם כדי לסתור ולשלול את הגרסה הנגדית<sup>25</sup> – מובטחת השקעה מירבית של מאמץ לגילוי האמת ומאמץ זה אמור לגרום להבאת כל הנתונים הרלבנטיים לידיעת בית-המשפט כדי שהאמת תוכל לצאת לאור. זו אמת-הבוזן העיקרית של השיטה: האם היא מבטיחה הבאת כל הנתונים הרלבנטיים בפני בית-המשפט. ואולם ביסוד השיטה מונחות שתי הנחות עובדתיות נוספות שהתקיימותן במציאות מוטלת בספק. הנחה היא שלצדדים המתחרים (כל אחד מהם) מידה מינימלית של מיומנות וכושר מקצועיים, שבלעדיהם לא ניתן לצפות כי יעלה בידם להציג באורח נאות את גרסתם ולהעמיד את

<sup>24</sup> Herrmann(1), *supra* note 1, 394-396.

<sup>25</sup> כדברי הלורד רינג ב-*Jones v. National Coal Board* [1957] 2 Q.B. 55.

Was it not Lord Eldon, LC, who said in a notable passage that truth is best discovered by powerful statements on both sides of the question.

M.H. Freedman, *supra* note 1, 1064; Damaska(1), *supra* note 1, 563; גם ראה Frankel(2), *supra* note 1, 1037-1038; S.J. Morse, *supra* note 1, 332-333, 338. ניתו, אמנם, למצוא התבטאויות שמהן עשוי להשתמע כי מטרת ההליך הפלילי במשפט האנגלי איננה, בראש-דבר, גילוי האמת. אולם דומה כי התבטאויות אלה אינן משקפות את מצב הדברים לאשורו. ראה, למשל, דברי הלורד רינג ב-*Jones v. National Coal Board* שהוזכר לעיל:

His object (The Judge's - M.K.) above all, is to find out the truth, and to do justice according to law.

ראה גם Herrmann(1), *supra* note 1, 152-159; A.E.-S.Tay, *supra* note 1, 87.

הגרסה הנוגדת תחת ביקורת הולמת. לא תמיד יש להנחה זו בסיס במציאות<sup>26</sup>. כאשר רמתם של הצדדים או אחד מהם נופלת מן הנדרש, קיימת סכנה ממשית שהאמת לא תצא לאור. במצב דברים כזה, האם צריך השופט לחרוץ את הדין על בסיס בלתי-מספיק, כאשר הוא האחראי על יסודיות חריצת-הדין וחוקיותה, כלפי מצפוננו וכלפי הציבור? הנחה שנייה היא כי עבודת הצדדים משוחררת מאפשרות של טעות או התמצה. גם הנחה זו אינה מציאותית. גם כאשר הרמה הכללית של צד במשפט מגיחה את הדעת, לעולם קיימת אפשרות של משגה או החטאה, שסיבתם שיקול-דעת מוטעה, שכחה, הונחה, חוסר תשומת-לב או הערר עירנות מספקת. עקב טעות או מהדל כאלה, אפשר שלא תובא ראייה להוכחת פרט מן הפרטים שהתהוות העבירה מותנית בקיומם או לא תישאל שאלה חשובה, כגון שאלה שתכליתה להראות כי גרסת העד אינה מקובלת על הצד שכנגד, שאלה המיועדת לבחון תגובתו של עד לגרסה שונה של עד אחר או לסתירה בתוך דבריו<sup>27</sup>. מכיוון אחר, ותוך השוואה לדיסציפלינות אחרות שעניינן חקר האמת, כמו מחקר היסטורי, מחקר במדעי החברה או הטבע, יש לבחון את השפעתן של המגמתיות ושל העניין בתוצאה מסוימת של ההליך על השגת היעד של גילוי האמת. ניתן לשאול: מהו הסיכוי שהאמת תתגלה כאשר לצדדים יש אינטרסים אחרים ואין הם פועלים בשירות האמת? לנאשם יש עניין בחשיפת האמת במקרים שבהם הוא נקי מעוון, אבל במקרה ההפוך אין לו עניין בגילוי האמת, אלא להיפך: באי גילוייה; והוא פועל, במהלך המשפט, בכיוון המנוגד לגילוי האמת – להסתרתה ולהנחת מכשולים על הדרך אליה, עליידי פיוזר ערפל, יצירת אי-בהירויות, תהיות וסתירות מדומות, ואף בניסיון להציג גרסת כוזב כאילו היתה אמת. הוא-הדין בכל הנוגע להנחת מכשולים על הדרך לאמת – בעורך-הדין המייצג את הנאשם, שכן תפישת תפקידו של עורך-הדין בישראל אינה שונה מזו הבאה לידי ביטוי בדברי הלורד ברוג'הם לאמור:

An advocate, in the discharge of his duty, knows but one person in all the world, and that person is his client. To save that client by all means and

26 והיא מופרכת על פניה כאשר הנאשם איננו מיוצג. ראה S.J. Morse, *supra* note 1, 343-344. עם זאת, תהא זו גישה פשטנית ומוסעית לראות את חוסר-השוויון כמתמצה בעמדת הנזיחות של הנאשם-הפרט מול המדינה המיוצגת עליידי התביעה. לעתים, חוסר-השוויון הוא דווקא בכיוון ההפוך: לנאשם המיוצג עליידי עורך-דין מנוסה ומוכשר יתרון לעומת המדינה, המיוצגת עליידי תובע בלתי-מנוסה או פחות מוכשר. אין אני מתייחס כאן להבדל הנסיסי שבין הנאשם לבין התביעה מבחינת חובתם כלפי האמת ולעניין חובת התביעה, ראה G. Williams, *supra* note 1, 1070; H.R. Uviller, *supra* note 4, 30.

כאשר מביאים בחשבון הבדל זה ואת זכות השתיקה, יוצא כי לאמיתו של דבר, וכפי שהדברים צריכים להיות, אין כאן שני צדדים-ניצים שווים שחלים עליהם אותם כללים. עם זאת, חוסר השוויון הזה הוא בעינינו אילוף מוצדק. אפשר שהטיות אלה לטובת הנאשם באו על רקע ההנחה שבמצב הרגיל, "הטבעי" מצוי הנאשם בעמדת נחיתות מול המדינה ומתוך מגמה ליצור שוויון. ראה J.F. Stephen, *supra* note 14, 354.

27 ראה J. Frank, *supra* note 1, 93. אין להתכחש לכך שגם השופט אינו משוחרר מאפשרות של טעות או התמצה, אולם הוספת גורם פעיל נוסף למרדף אחר האמת – גורם אובייקטיבי ומקצועי – מפחיתה את סכנת הטעות או ההתמצה.



expedients, and at all hazards and costs to other persons... in his first and only duty; and in performing this duty he must not regard the alarm, the torments, the destruction which he may bring upon others<sup>28</sup>.

אשר לתביעה – עניינה של המדינה הוא בהרשעת האשם בלבד ובזיכוי החף, וזהו עקרונית גם עניינה של התביעה המייצגת את המדינה בהליך פלילי<sup>29</sup>. ואולם, דווקא ההתייחסות למשפט כתחרות בין צדדים מתמורדים כמתואר לעיל, והרצון לאזן וליצור משקל-כנגד למלחמת-החורמה של הצד-שכנגד עלולה להביא אצל התובע לשיבוש התפישה הראויה של מהות תפקידו ולהפוך אותו ללוחם מן השורה הנלחם לשם הרשעה ולא למען האמת, המושך את החבל בכל כוחו לצד החובה, ולצד החובה בלבד<sup>30</sup>. זאת ועוד: מבחינה רעיונית יש מהלכים לתפישה שלפיה האמת איננה כלל עניין לצדדים (גם לא לתביעה) אלא לשופט בלבד ותפקידם של באי-כוח הצדדים מתמצה בהצגה אופטימלית של הצד שלהם: בהעמדת גרסתם ובהעלאת כל שניתן להעלות נגד הגרסה הנוגדת, כך שהשופט יוכל להכריע ביניהן.

יוצא אפוא שהתפקיד הפעיל של הכאת כל הנתונים הנחוצים לאיתור האמת מוטל במציאות שלנו על תובע וסניגור הפועלים תכופות להשגת יעד שונה מגילוי האמת, שהוא הצגת גרסה חד-צדדית, ומכלי-מקום מגמתם אינה עולה בקנה אחד עם ראיית הדברים עליידי השופט מבחינת מצפונם, תפקידו ואחריותו. מתבקש לשאול: מהו הערך של "האמת" שעליה השופט חייב לבסס את פסק-דינו? האם הוא מוגבל מלהתייחס לנקודות שלרעתו לא בוארו די הצורך או לא בוארו כללי? כיצד ניתן להתייחס לפסק-דינו כאל *res judicata pro veritate habetur* כאשר הוא – מעשה בית-הדין – אינו נחשב כאמת אפילו בעיני השופט. הטענה כי המאבק בין הצדדים גורם להבאת מלוא הנתונים הדרושים לידיעת בית-המשפט אינה עומדת במבחן הביקורת, שכן העניין שיש לצדדים, כאמור, בתוצאה מסוימת של ההליך עשוי להביא, ומביא בפועל, לכך שראיה חיונית אינה מגיעה כלל לידיעת בית-המשפט. כך, למשל, שיקולים טקטיים עשויים לגרום להימנעות שני הצדדים מהשמעת עד מרכזי (התביעה סבורה שהרושם שיעשה ער-תביעה בגלל אישיותו וגרסתו הסותרות בהודמנויות שונות יהיה

28 הצוטט לקוח מ-Frankel (2), *supra* note 1, 1036. ראה גם ההשוואה המאלפת שערך השופט אגונט בין תפקיד ההיסטוריון לתפקיד הפרקליט בע"פ 232/55 יומץ משפטי לממשלה נ' גרינולד, פס"ע לב 3, 46-48. אין אנו מתעלמים מחובתו של עורך-הדין כלפי בית-המשפט, הקבועה בסעיף 54 לתוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1966, אולם אנו סבורים שלא נחטא לאמת אם נאמר כי אין לה משמעות רבה בחיי המשפט המעשיים.

29 תפישה זו של תפקיד התביעה מהווה סטייה מן המודל התיאורטי של השיטה הארברטרית.

30 Frankel(2), *supra* note 1, 1038; J. Frank, *supra* note 1, 88, 99; S.J. Morse, *supra* note 1, 344; Herrmann(1), *supra* note 1, 196.

ומכלי-מקום, גם בנישתה המיוחדת של התביעה אין משום ערובה מספקת נגד התהוות התוצאה של הרשעת תימפפע, "באשר אין בה כדי להסיר כליל מעל באי-כוח הקטיגוריה במשפט פלילי את השפעת 'הדעה הקדומה' הנוצרת אצלו מניה וזיה ברגע שקבע את עמדתו 'המחייבת', ושמן ההכרח שתדרך ותכוון את קו התנהגותו מהזמן שבו הוא נכנס לזירת-ההתדיינות ומתחיל במאבק, שממנו תקוותו לצאת בשירו על העליונה" (ע"פ 232/55, לעיל, בעמ' 48).

גרוע, שהשמעתו עלולה להזיק יותר מאשר להועיל, ואילו הערכתה של ההגנה היא הפוכה: גרסתו של עד תומכת בחלקה בגרסת התביעה ובחלקה בגרסת ההגנה, וכל אחד מהצדדים סובר שהנזק של החלק שלרעתו עולה על התועלת של החלק שלטובתו; כאשר בפי העד עדות לטובת הנאשם, אך שאינה עולה בקנה אחד עם קריאה הגנה שלו; כאשר התובע מחליט שלא לכלול עד ברשימת עדי-התביעה, גם ההגנה עשויה להימנע מהזמנתו בעד מטעמה בגלל חוסר-יכולת לחוקרו חקירה נגדית<sup>31</sup>.

במסגרת ההנחות של השיטה הארברסרית, הצירוף של צד מעוניין, מחד גיסא, ורמה נמוכה או חוסר תשומת-לב של הצד האחר, מאידך גיסא, עלול להביא להצגה מעוותת של ראיה. ניתן להרגים זאת בכללי הטכניקה או האומנות של החקירה הנגדית, המכוונים להשגת ניצחון ולא לגילוי האמת<sup>32</sup>. לפי אחד מהם, כאשר מתגלה סתירה בגרסתו של עד מטעם הצד שכנגד, אין לאפשר לו להסביר את הסתירה. אפשר שהסתירה היא מדומה ואולי אף תוצאה של הטעיה או הוצאת הדברים מהקשרם, והעד מסוגל ללא קושי להבהיר זאת, אולם חוסר עניין בכך של הצד הרוצה להציג את העד כבלתי-ימימן וחוסר-עירנות של הצד האחר עלולים לגרום להשתמרות הסתירה, ההופכת להיות, בהעדר הסבר, סתירה ממשית הפוגעת במהימנות עד, או אף שוללת את מהימנותו, כאשר, לאמיתו של דבר, מדובר בעד דובר אמת. לפי כלל אחר של החקירה-שכנגד, יש להימנע משאלה שהתשובה עליה עלולה להזיק לגרסת החוקר, או בניסוח אחר, שאין הוא יודע שהתשובה עליה תהיה לטובת גרסתו. הימנעות כזו שאינה באה על תיקונה על-ידי הצד-שכנגד עלולה אף היא להוביל לעיוות גרסת העד, ומכל-מקום – לאי גילוי מידע רלבנטי. על מקרים כגון אלה ניתן לומר:

Our present trial method is thus the equivalent of throwing pepper in the eyes of a surgeon when he is performing an operation<sup>33</sup>.

ראינו כי במקרים רבים, הן ההגנה והן התביעה אינם פועלים בשירות האמת. מי נותר לה, איפוא, לאמת? השופט. אולם איך יעלה בידו להשיגה, כאשר עיניו עצומות כעיניה של אלת-הצרק או כעיניו של רך שזה עתה נולד וידיו כבולות. עיניו עצומות, משום שנתחילת המשפט אין לו כל מושג על העניין המתברר, והוא בעמדה של נחיתות לעומת הצדדים המכירים לפני ולפנים את חומר החקירה. הוא מתקדם בהדרגה להכרת החומר, כאשר גם בסוף המשפט אין בפניו תמונה מלאה ושלמה של חומר החקירה. כאשר עד מעיד, אין הוא יודע, לכן, את המשמעות, מידת החשיבות ואופן ההשתלבות של העדות במכלול הראיות: מה היחס בין דבריו של העד לבין גרסתיהם של אחרים

31 א' לדרמן (לעיל, הערה 1), 410, 409, 400, 397. M. Newark. A. Samuels. *supra* note 1; 399-401; Damaska(3). *supra* note 1, 1093; Herrmann(1). *supra* note 1, 313; Cleghorn [1967] 2 W.L.R. 1421. גם בע"פ 232/55 שהוזכר לעיל התנגדו שני הצדדים להגשת ראיות שונות, שהתבררו אחריכך כחשובות וחיוניות להכרעה (שם, עמ' 48).

32 Frankel(2). *supra* note 1, 1038, 1039; H.R. Uviller. *supra* note 1, 1068-1069; L.L. Weimreb. *supra* note 1, 867; J. Frank. *supra* note 1, 82-85

J. Frank. *supra* note 1, 85 33

(כולל, לעתים, גרסת הנאשם בחקירה) וכן מה בין גרסתו בפני בית-המשפט לבין גרסה או גרסאות קודמות שלו<sup>34</sup>. וכאמור, אין זה אף מן הנמנע שעצם קיומו של עד מרכזי לא יהיה ידוע כלל לשופט. ידיו כבולות, באזיקי השיטה האדברסרית, שלפיה המלאכה של חקר האמת מוטלת על הצדדים, ולא עליו המלאכה לעשות<sup>35</sup>; העצה היעוצה לרוב לשופט היא לנצור את לשונו, וגם מי שאינם גוזרים עליו אלם גמור או פסיביות מוחלטת מצביעים על האופי החריג והיוצא מן הכלל של יוזמות והתערבויות הנקטות על-ידו, ומציעים לו לנהוג באיפוק, בזהירות ובמשורה, שלא לשים עצמו במקום הצדדים, ובמיוחד לא במקומה של התביעה<sup>36</sup>. העובדה שהשופט אינו מכיר את חומר החקירה מעכבת בידו לנקוט יוזמה וליטול חלק פעיל בחקר האמת. משום שהוא מתהלך במערכות המשפט כסומא בארובה, התערבות שלו עלולה להיות שלא במקום, מוטעית ואף מזיקה<sup>37</sup>. זאת ועוד: דווקא בגלל אופייה החריג של ירידת השופט אל הזירה, היא עלולה לקבל אופי דיספרופורציונלי ומעוות בעיני הצדדים ולהתקבל על-ידם בחשדנות, ולעתים אף בעוינות. גם "קבלת הפנים" האפשרית של הצדדים והחשש שמא תיראה יוזמתו כהתערבות שלא במקום על-ידי ערכאת-ערעור הם גורמים שאינם מעודדים את השופט לנקוט יוזמה לגילוי האמת<sup>38</sup>. האם לא מתבקש מן האמור להגביר את סיכוייה של הוצאת האמת לאור על-ידי הוספת מחפשי אמת אפקטיביים? ובל נשכח: אי-הצלחה בשחזור האמת בערכאה הראשונה כמעט שאינה ניתנת לתיקון, ומשמעותה היא כישלון סופי. זאת ועוד: האם אין לתבוע פיקוח ממשי ויעיל על הצדדים על-ידי גורם נטויל-פניות?

### ג. השיטה האדברסרית – היבטים היסטוריים והשוואתיים

מה עשוי להסביר את השיטה האדברסרית במתכונתה המקובלת אצלנו ("להסביר" – במשמעות של הסבר היסטורי, להבדיל מלהצדיק באורח רציונלי) וכיצד יש להעריך הסברים אפשריים אלה? לפני שניגש להסברים ולהערכתם, מתבקשת ההבהרה-אזהרה הבאה: ההסברים הם בעלי אופי ספקולטיבי, וגם להערכתם יש להתייחס בזהירות רבה. אפשר שמדובר בשריד מימים קדומים של ההליך שהוחלף על-ידי ההליך הפלילי,

34 את כל אלה השופט לומר במהלך המשפט ורק באותה מידה שבה הצדדים משכילים למצות את כל הטעון מיצוי בתחום זה – ההשוואות, החיזוכים וההצלבות של פיסת ראיה עם הפיסות האחרות.

35 עד כדי כך שיוזמה להשמיע עד שלא לפי הסדר הרגיל עשויה להיות כשרה או פטולה לפי זהות היוזם: באה היוזמה מאחד הצדדים – אין בה דופי; ואולם כשהיא באה מטעם השופט – היא פטולה. ראה ע"פ 229/78 סעדיה נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3), 256, 261 ו-262.

36 ראה א' לרמן (לעיל, הערה 1), הערה 7 בעמ' 392, 412, 421, 422; פסקהדין בפרשת קניר (לעיל, הערה 1), 514, 515; פסקהדין בעניין שפר (ע"פ 153/60 שפר נ' יועץ משפטי לממשלה, פ"ד טו, 263, 274, 275); י' קדמי, על הראיות בפלילים (תל אביב 1983), 290; א' הרנון "יוזמת השופט בהזמנת עדים" הפרקליט יס (תשכ"ג) 183, 189, 259, 246. *Yuill v. Yuill* [1954] 1 All E.R. 183. כאשר מדובר ביוזמה העשויה להיות לטובת התביעה, שופט המבקש להיות "על הצד הבטוח" עדיף לו שיימנע ממנה.

37 *Frankel*(2), *supra* note 1. 1042-1043; M: Newark. A. Samuels, *supra* note 1. 404  
38 בג"צ 144/86 זיו נ' ביה"ד הצבאי לערעורים (טרם פורסם) ממחיש עד כמה יש לחשש מעין זה על מה לסמוך.

הלוא הוא יישוב סכסוכים בעשיית דין עצמית, בכוח הזרוע ובמאבק<sup>39</sup>, ובשלב מאוחר יותר ה"trial by battle". לפי הסבר זה, השיטה ליישוב סכסוכים השתנתה, אך דבק בה האופי המאבקי, כמורשת השיטה שקדמה לה<sup>40</sup>. ברור כי אין בהסבר זה כדי למשוך קו של הערכה חיובית כלפי השיטה האדברסרית.

הסבר אחר לשיטה האדברסרית כמתכונתה הקיצונית נעוץ בליברליזם של *laissez faire* בתפישה האנגלו-אמריקנית. כך, למשל, המונופול של הנאשם על הגנתו מקורו בתפישה שהוא יודע טוב מכל אחד אחר לנהל את ענייניו<sup>41</sup>. גם הסבר זה יותר משהוא מזמין התייחסות חיובית כלפי השיטה, הוא מזמין את היפוכה בשל השיקולים הבאים: בהליך הפלילי אין מדובר בהתמודדות בין שני פרטים, שכן מול הנאשם ניצבת התביעה המייצגת את המדינה. לכן יש לפקפק אם מלכתחילה יש כאן מקום אמיתי לגישה ליברלית תחרותית. זאת ועוד: מדובר בתחום מקצועי מובהק, שבו הערכות מצב וקבלת החלטות חייבות להתבסס על התמצאות בתחום והבנתו. התמצאות והבנה כאלה אינן נחלתו של הפרטיצהדייט; ולמרבה הצער, אינן גם נחלתם של כל אנשי המקצוע. עמד עליך בית המשפט העליון האמריקני בפרשת *Powell*

...left without the aid of counsel he may be put on trial without a proper charge, and convicted upon incompetent evidence, or evidence irrelevant to the issue or otherwise inadmissible. He lacks both the skill and knowledge adequately to prepare his defense, even though he has a perfect one... Without it (a guiding hand of counsel – M.K.) though he be not guilty, he faces the danger of conviction...<sup>42</sup>

לא זו אף זו: היכולת להתגונן כראוי בהליך פלילי איננה רק עניין של ידע והבנה; היא גם פונקציה של אמצעים כספיים וכאשר ירו של הנאשם אינה משגת, גם יכולתו לאתר מבין עורכי-הדין את המעולים שבהם, אין בה כדי להועיל<sup>43</sup>.

J. Frank, *supra* note 1, 91 39

G. Williams, *supra* note 4, 25; W.S. Holdsworth, *A History of English Law* (London, 3rd ed., 1922-1924), vol. III, 621, 622; J. Frank, *supra* note 1, 102; J.D. Stephen, *supra* note 14, 425, 432. עור יש לשים לב לכך שבמשפט האנגלי ההיסטורי היתה סמכות לכל פרט להאשים, וניתן לשער כי ההליך הפלילי הוספע מן המתכונת של ההליך האורחי. ראה, J.F. Stephen, *supra* note 14, 426, 427, 431, 506; W.S. Holdsworth, *supra*, 621, 622. בחשיבות גילוי האמת המשפט האורחי, ניתן לומר כי גילוי האמת במשפט הפלילי – בהתחשב בתוצאותיה ובהשלכותיה – חשוב יותר.

.Damaska(2), *supra* note 1, 535; D.M. Cohen, *supra* note 1, 33, 34 41

*Powell v. Alabama* (1932) 287 U.S. 45 42. הבעיה של הנאשם הבלתי מיוצג היא חריפה יותר בשיטה האדברסרית, ואולם ניתן עקרונית להתמודד אתה באמצעים אחרים שאינם כרוכים בשינוי השיטה, כגון הרחבת הייצוג של דלי-אמצעים על-ידי עורכי-דין הכמונים על-ידי המדינה או המתגוררים לכך. השאלה היא, כמובן, אם ניתן לתרגם את הפתרון העקרוני לשפת המעשה. ואף אם כן, קשה מאוד להבטיח בכל מקרה ומקרה ייצוג קומפנסטי, ולא ניתן כלל להבטיח בכל משפט שוויון כוחות בין המופיעים.

בתוכנית הרדיו "שאלות אישיות" בגלי צה"ל אמר הנשיא-בדימוס של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, השופט בנימין כהן, כי העניים לוקים פעמיים: פעם אחת משום שאין בידם לשכור את שירותיהם של

קשור בהסבר הכרוך בליברליזם הוא יחס של חוסר-אמון בשלטון, ברשות, ובשופטים בכלל זה, וחשש מפני ריכוז כוח בידי רשות שלטונית כלשהי ובאופן ספציפי יותר: החשש שמא בקונפליקט בין המדינה לבין הפרטי-הנאשם, יכיר השופט פנים למדינה<sup>44</sup>. גם מקורותיו של יחס זה הינם היסטוריים, והם נעוצים בזמנים שבהם לא נהגה הרשות השופטת מעצמאות ומאידת-לוח, וגם יוקרתה, בכל הנוגע לישרה (integrity) שלה, לא היתה גבוהה (שוחד לשופט באותם ימים לא היה בבחינת חיזיון נדיר). אם בוחנים את הדברים מנקודת-ראות ישראלית של ימינו – של רשות שופטת בלתי-תלויה ועצמאית, נפרדת מן הרשות המבצעת ונהנית מיוקרה רבה – אין מקום לחשש מפני הענקת סמכויות נוספות לשופט, סמכויות שתאפשרנה לו למלא את תפקידו על הצד הטוב ביותר. אין מקום לחשד כי השופטים יטו חסר לתביעה דווקא וכי פעילותם השיפוטית תהיה מוטה לרעת הנאשמים. גם מי שסובר שיחס של סקפטיות וחשדנות הוא היחס הראוי כלפי שאר רשויות השלטון וכי יש מקום לחשש מפני ריכוזי כוח בתוכן, יכול לצדד בהטלת תפקיד אקטיבי ומחייב יותר על השופט בגילוי האמת. אין סתירה בין השניים. כאשר בוחנים את ההליך הפלילי שלנו, מן הראוי לתת את הדעת לתכונותיו ולסגולותיו של השופט בישראל, בהשוואה לנושאי המשרה השיפוטית במדינות אחרות: דרכי המינוי של השופטים מבטיחים (גם אם לא בצורה מושלמת) חוסר-תלות ועצמאות – מה – שלא ניתן לומר על מינוי השופטים בארצות-הברית. בעוד שרוב המשפטים הפליליים באנגליה מתבררים בפני magistrates, שהם ברובם הדיוטות, השופט הישראלי הוא מקצוען ומיומנותו ונסיונו של השופט המתמנה אף עולים על אלה של השופט בגרמניה.

הסבר אפשרי אחר מתייחס למידת השיבותה ומסקלה של האמת במשפט האנגלי. על רקע של מערכת נורמטיבית פגומה, שלא זכתה לאמון ולהערכה, האמת לא נתפשה כערך עליון, ומושבעים קבעו, לעתים, כי הנאשם לא עשה מה שיוחס לו, בניגוד לאמת, על-ימנת להימנע מהרשעה מנוגדת לצדק<sup>45</sup>. אם מתייחסים למערכת הנורמות העיוניות שלנו – ואף אם עושים זאת מתוך גישה ביקורתית ומתוך מודעות לפגמיה הרבים – אין מקום לפחת את השיבותה של האמת במגמה לאפשר עשיית צדק. מכיוון אחר ייתכן שהמשפט הפלילי האנגלי הושפע מהחלת ההסתמכות על ההליך של דיון דיאלקטי גם על מהימנותם של עדים. אין ספק כי בתחום השאלות העיוניות (במובן הרחב של המושג) עימות בין שני צדדים המייצגים דעות שונות, כאשר כל אחד מהם מנסה להציג את דעתו בצורה המשכנעת ביותר ולסתור את דעתו של עמיתו, היא דרך נאותה

הטובים שבעורכי-הדיון; ופעם שנייה, משום שגם אם היה הדבר לאל ידם, לא היו יודעים לבור את הטובים באמת ושגישתם מכובדת, עניינית ולאגנסית, לעומת הגישה התוקפנית-זולגרתית של אחרים העלולה להיראות עדיפה בעיניו של הרויט). וראה גם J.F. Stephen, *supra* note 14, 442, 444.

J.F. Stephen, *supra* note 14, 572; G. Williams, *supra* note 4, 257 44

Damaska(1), *supra* note 1, 584-585; G. Williams, *supra* note 4, 258, 260-261 45  
אולי, האידיאל של עשיית צדק במשפט האנגלי לעומת האידיאל של גילוי האמת ויישום הנורמות המשפטיות עליה במשפט הקונטיננטלי המאופיין באמון בנורמות. ראה גם Herrmann(3), *supra* note 1, 847.

והולמת – אולי הטובה ביותר – לליבון הנושא, להארתו ולהבנתו. ולכן אין לפקפק בערכו של הליך כזה ככל שמדובר בתחום הטיעונים<sup>46</sup>, אף כי גם בתחום זה אין מקום להגבלת מספר המתדיינים לסגיים דווקא. גישה זו היא בעלת משקל ניכר בפילוסופיה המערבית והיא קשורה קשר אמיץ גם לתפישה הדימוקרטית ולהצדקת חופש הביטוי. אפשר שההסתמכות על העימות בתחום הדעה כמכשיר לברור "האמת", הביאה להסתמכות דומה על העימות החקירתי (חקירה ראשית ונגדית על-ידי צדדים נצים) כמכשיר לבחינת מהימנות, לשם שחזור האמת. אין זה מובן מאליו שהדרך הטובה לבחינתו של טיעון טובה גם, וכאותה מידה, לבדיקת מהימנותו של עד. ומכל-מקום, לא ברור מנין הביטחון כי חקירה נגדית המופקרת בידי אדם אחד דווקא, ובלי לברוק את התאמתו למשימה זו, תביא לחשיפת האמת. ספק אם הביטחון הרב בחקירה הנגדית כאמצעי לגילוי האמת, המאפיין את המשפט האנגלי, איננו מופרז. מן המפורסמות הן שניתן להציג באמצעותה דובר אמת כשקרן, מחד גיסא; וניתן להכין דובר שקר כך שיעמוד היטב בחקירה נגדית (הרושם שיעלה מחקירתו יהיה שהוא דובר אמת) מאידך גיסא; ולכן, מדובר בכלי שהוא, לעתים, חד מדי ולעתים קהה מדי. זאת ועוד: שימוש נכון בחקירה הנגדית מחייב מיומנות ואולי אומנות. מעטים הם יודעי הסוד, ורבים הם המכפרים על חוסר-מיומנותם וחוסר-בטחונם בגסות, בתוקפנות ובשיטת ההתשה<sup>47</sup>. כדרכם של הסברים היסטוריים מסוג זה, שהם ספקולטיביים מטבעם, ניתן להציע מול הסבר אחד את היפוכו: אפשר שההסתמכות על החקירה הנגדית ככלי לגילוי האמת ודווקא הערכת-חסר של הקושי בגילוי אמת זו, עומדים ביסוד תפיסת תפקיד השופט כתפקיד פסיבי בעיקרו<sup>48</sup>.

לא למותר, אולי, להזכיר גם את תפקידו המיוחדים של השופט במשפט האנגלי: תפקיד פעיל וראשון-במעלה ביצירת הדין עצמו והכרעות בשאלות, לעתים לא

46 אף כי שונה במהותו מהליך סוקרטי אמיתי שבו המתדיינים מבקשים לשכנע ולהשתכנע אהרדי, מתוך גישה בסיסית של פתיחות ומחויבות לאמת. בעוד שכאן מיועדים הדברים לאוזניים אחרות והגישה הבסיסית היא עמדה בלתי ניתנת לשינוי המוכתבת על-ידי שכנוע פנימי. זאת ועוד: אין מקום להנחה כי איכות הריון עולה כאשר מספר המשתתפים מצומצם דווקא לשניים וכי לא תעלה אם יגדל מספר המשתתפים.

47 העשויה להיות יעילה כשהיא מופעלת על עד שאין לו עניין בתוצאות המשפט. ראה, למשל, כמה ממעללי החקירה הנגדית בע"פ 325/64 היועץ משפטי לממשלה נ' ירקוני וגור, פ"ד יח(4), 20, 32, 33, 35, 36, ודווקא על-ידי אחד מטובי הפרקליטים שהילכו בנתי-המשפט שלנו.

48 סימוכין להערכת-חסר של הקושי האמור ניתן, אולי, למצוא בהפקרת התפקיד של קביעת האמת בידי המושבעים, שהם פחות כשירים לכך; שכן אינם מנוסים בכגון דא, הם חשופים יותר מן השופט המקצועי להטיות שמקורן בנאשם (השתייכותו ואישיותו), בצדדים המופיעים ויחסי-הכוחות ביניהם וב"פירוטכניקה" של חקירה, לא רובצת עליהם האחריות המקצועית, מכוח תפקיד, הרובצת על השופט ואין הם חייבים בהנמקה כלשהי.

לביקורת על שיטת המושבעים, ראה M. G. Williams, *supra* note 4, 271-279, 295-296; Weber, "Rational and Irrational Administration of Justice", in: *Sociology of Law* (London, ed. by V. Aubert, 1977) 153, 156, 158; J.F. Stephen, *supra* note 14, 568-572; H. Kalven, H. Zeisel, "Disagreement between Jury and Judge", in: *Sociology of Law* (London, ed. by V. Aubert, 1977) 237-255.

פשוטות, של קבילות ראיות על רקע של דיני ראיות מפורטים בנושא קבילות<sup>49</sup>. הוסף לכך את הכבוד והיוקרה הכרוכים בתפקיד ואת העובדה שההכרעה העובדתית איננה בידיו, ובפניך תפקיד מלא תוכן היכול לספק את המחזיק בו. זאת ועוד: המטלה של נטילת חלק פעיל בגילוי האמת (הכרוכה, למשל, בעיון מוקדם בחומר החקירה ובניהול אקטיבי של המשפט גופו) כרוכה בתוספת אחריות, בטרחה של ממש ובמאמץ שאין פירות בנייקימא בצדו; שכן לכל המטען העובדתי שהשופט מעמיס על זכרונו במסגרת תיק פלוני יש (בהבדל מן המטען המשפטי) ערך רק במסגרת אותו תיק. בשיטת משפט, כמו המשפט האנגלי, שבה לנוגעים בדבר עצמם (כלומר: לשופטים) היתה מידה לא-מבוטלת של השפעה על אופי השיטה, אין להתפלא על-כך שהם לא נחפזו להעמיס על עצמם את הנטל האמור<sup>50</sup>. אפשר שגם מעמדם החזק של עורכי-הדין באנגליה והזיקה האינסטימית ביניהם לבין השופטים מנעו פגיעה בשליטתם על ההליך<sup>51</sup>. בשיטה משפטית כשלנו, שבה התפקיד העיקרי של יצירת הדין הוא של המחוקק<sup>52</sup> ובוטלת בה מגמה של צמצום איסורי קבילות, לא קשה להעלות על הדעת שהאופי הפסיבי של התפקיד ביחס לגילוי האמת, בהיבט שהתפקיד של קביעתה מוטל עליו ולא על אחר, עלול להיות גורם מתסכל ומונע סיפוק<sup>53</sup>.

שאלה חשובה במיוחד בהקשר זה היא אם ניתן להסביר את השיטה האדברסרית האנגלו-אמריקנית כראגה מיוחדת לנאשם, ובעיקר ברצון חזק במיוחד למנוע הרשעת חף. אנו נוטים להשיב על כך בשלילה, בשים לב לגילויים שונים של העדר דאגה מיוחדת מפני הרשעת חף בהקשרים שונים, במשפט האנגלו-אמריקני. לדוגמא: האופן הכמעט-אוטומטי שבו מתקבלת הודאת נאשם בפני בית-המשפט במשפט האנגלו-אמריקני והוא מורשע על-פיה, על-אף החשש שמדובר בהודאת-שווא, ביחוד בהודאה עקב עסקת-טיעון<sup>54</sup>; ההסתמכות על חזקת הכוונה כחזקה משפטית והימנעות "מאת פתח לו" ביחס לטענות-הגנה שהנאשם נמנע מלהעלות במשפט האנגלו-אמריקני של העבר<sup>55</sup>, והוא-הדין במשגים אחרים בניהול הגנתו, כגון הימנעותו מחקירה נגדית

49 אלה תפקידים ייחודיים לשופט האנגלי והם מבדילים אותו מעמיתו בקונטיננט.

50 כדברי J.F. Stephen (בעמ' 574): "the institution of trial by jury is so very pleasant . . . that judges that they may probably be prejudiced in its favour"

51 B. Abel-Smith, R. Stevens "Lawyers and the Courts" in: *Sociology of Law* (London, ed. by V. Aubert, 1977) 282-283; J.F. Stephen, *supra* note 14, 451.

52 התפקיד היצירתי של השופט כפרשן ילך וייפחת עם הזמן.

53 ת"פ (ת"א) 73/84 (לעיל, הערה 1), 421.

54 ראה ע"פ 614, 556/80, עלי נ' מדינת ישראל, פ"ז לז(3), 185; ראה גם א' הרנון וק' מן, עיסקות טיעון בישראל (ירושלים, 1981), 137. עמדתו של המשפט הקונטיננטלי בעניין זה שונה.

55 זו גישה המאפיינת את ההליך האדברסרי הקלאסי; והיום אין נוהגים לפיה גם בשיטות משפט הרואות עצמן כאדברסריות, ראה (1), 624, 628; ע"פ 240/84 חטיב נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(2), 29.

ואולם עדיין שאלה פתוחה ומעניינת היא: אם רשאי שופט להביא ליריעת נאשם, בתום פרשת התביעה, את המסקנות המתגבשות אצלו על-סמך אותו חומר, ובהעדר גרסה של הנאשם. אצלנו אין נוהגים לעשות כן. ראה, למשל, ע"פ 419/68 מדינת ישראל נ' רסאל, פ"ד כב (2), 749. ולדענו, היה בכך



של עד; קבלת ראיות נגדו שהן בלתי-קבילות, כאשר הוא מסכים לקבלתן<sup>56</sup>; העדר דאגה מספקת לייצוגו של הנאשם<sup>57</sup> וההגבלות על זכות העיון של הנאשם כחומר החקירה במשפט האמריקני<sup>58</sup>. עם זאת, אין לשלול את האפשרות שתפישת תפקידו של השופט במשפט האנגלי וכן נטל ההוכחה שהוטל על התביעה הושפעו ממעמדו הנחות של הנאשם בהליך הפלילי, בימים שבהם לא היתה לנאשם זכות למסור את גרסתו<sup>59</sup> והיו מגבלות חמורות על ייצוגו ועל זכותו לזמן עדיי-הגנה ולחקור עדיי-תביעה<sup>60</sup>, במסגרת מגמה לשפר את מעמדו של הנאשם, ומתוך חשש שהשופט האקטיבי יא פנים לתביעה ויצטרף לצריו של הנאשם. אפשר שהשפיעו גם הזכרונות המרים מתקופת ה"Star Chamber. ספק אם מה שצמח על רקע מצבו הנחות של הנאשם באותם ימים, יפה גם לימינו; מה גם, שכפי שכבר אמרנו, שאין מקום בזמננו ובמקומנו לחשוש מפני נטייה של השופט נגד הנאשם<sup>61</sup>.

#### ד. הצעות לשינויים בהליך הפלילי שלנו

ממה שנאמר עד כאן כבר מסתמנים קווי-מחשבה לשינויים בהליך הפלילי שלנו, כאשר מקור ההשראה שלנו (השוואה בלבד ולא חיקוי) הוא ההליך הפלילי הגרמני: (א) נדרשת הגדרה חריגתית של מטרתו הראשונה והעיקרית של ההליך הפלילי כגילוי האמת ויישום הדין עליה. בכך אין די. מן הראוי לסלק – הן סילוק רעיוני והן סילוק מעשי – את התפישה האחרת, שלפיה ההליך הפלילי הוא תחרות, משחק או מלחמה. שני הדימויים (של משחק ושל מלחמה) הם דימויים מוזיקים: הראשון מכניס

- כדי לקדם את עשיית הצדק ותדמיתו, אילו נהגו כך. במשפט הגרמני חלה חובת בירור האמת, המוסלת על שופט מבוח תפקידו, גם על הסייגים לאחריות פלילית.
- 56 על הגישה השונה בקונטיננט, ראה *Damaska(2), supra note 1, 538*. אם כלל הפוסל ראה מעוגן בהגנה על כבוד האדם, האם הסכמת הנאשם לקבילות מרפאה את הפגם ומכשירה את הראייה?
- 57 לעומת כפיית ייצוג עליו בקונטיננט.
- 58 *S.J. Morse, supra note 1, 333, 338, 354; Frankel(2), supra note 1, f.n. 66*. על עמדת המשפט הקונטיננטלי, ראה *Damaska(1), supra note 1, 533, 534*.
- 59 *G. Williams, supra note 4, 3*.
- 60 *G. Williams, supra note 4, 6-8; J.F. Stephen, supra note 14, 350*
- 61 מן הכיוון השני, בתחום המשפט המהותי מתאפיין דווקא המשפט הגרמני ביתר החשבה של רעיון הגמול והצדק לפרט, לעומת החשבת-יותר של שיקולים תועלתניים במשפט האנגלי. ביטוי מובהק לכך ניתן למצוא בהתנתות האחריות הפלילי, במשפט הגרמני, באשמת העושה, בנוסף על הפגיעה האובייקטיבית שבמעשהו. מכאן אי-קיומם של איסורים מוחלטים, היקף צר יותר של המחשבה הפלילית (כוונה ואדישות בלבד), העמדת הרשלנות על מבחן סיביות-אינדיבידואלי, הכרה בטעות הסבירה ברין כפוסדת מאחירות וכסייגים נוספים שאינם מוכרים במשפט האנגלי. האם לא ניתן לצפות כי שיטת המשפט המגלה רגישות רבה בתחום המהותי לאשמת העושה כתנאי להטלת אחריות פלילית תגלה רגישות רומה גם בתחום הדיוני? אין מקום, כמובן, למסקנה הפשטנית כי גישתו העדיפה, בעינינו, של המשפט הפלילי הגרמני המהותי כלפי אשמת העושה, מחייבת לראות כעדיפה את גישת המשפט הפלילי הגרמני בתחום הדיוני. הדברים מובאים במסגרת ההתייחסות הכללית של שיטת המשפט השונות לנאשם, מבחינת משקל הדאגה מפני הרשעת התף ועל רקע הרעה הקיימת אצלנו, שלפיה דאגה זו מאפיינת יותר את המשפט האנגל-אמריקני מאשר את המשפט הגרמני. ברעה זו אנו מבקשים להטיל ספק.



לעניין אווירה של חוסר רצינות והשני מכניס לאולם המשפט רוח של מאבק בלתי מתפשר, אווירה של עוינות ומתח ושל חוסר התחשבות בסיכוי או במחיר, על כל הכרוך בכך. ההליך הפלילי הוא עניין חשוב ורציני, לנאשם ולחברה, ואין להביא לפיחות בחשיבותו וברצינותו על-ידי תפישה ספורטיבית שלו<sup>62</sup>. המאבק או ההתמודדות בין הצדדים היא חלק מן ההליך הפלילי רק כשהם אמצעי לגילוי האמת, ורק באותה מידה שהם משרתים מטרה זו<sup>63</sup>.

(ב) מתבקשת התאמה של ההליך למטרתו על-ידי תגבור שורותיהם ("השורות הקיימות" – איזו הגזמה!) של מי שמוטל עליהם לפעול לגילוי האמת.

1. כדי להסיר ספק ומתוך שיקולים חינוכיים, מן הראוי להבהיר בחוק כי הגורם המופקר על החקירה פועל בשירות האמת, ובאופן מעשי חייב באיסוף כל הראיות הרלבנטיות – הן אלה שהן לרעתו של החשוד והן אלה שלטובתו. על הרשות החוקרת ועל מי שמפקח עליה (הרשות המבקרת, התביעה הכללית והרשות השופטת) לדאוג למילוי החובה בפועל<sup>64</sup>. מתבקש להוסיף לשלב החקירה היבט אדברסרי על-ידי הטלת חובה על הרשות החוקרת להזמין את החשוד שיש ראיות לכאורה לביצוע עבירה על-ידי להגיב על כל החומר שנאסף נגדו. התייחסות כזו עשויה להפוך את הקערה על-פיה, שכן היא עשויה להבהיר את חפותו של החשוד כבר בשלב זה ולחסוך לו ולמדינה ניהול משפט. מצד שני, היא עשויה להביא להשלמה של חומר החקירה. ההחלטה על הגשת אישום היא החלטה כה חשובה ומכרעת לגבי הנאשם שעל-פי כללי הצדק הטבעי מתבקש, מתחייב ממש, ליתן לו הזדמנות למנוע את קבלתה. התייחסות של החשוד ופעולות חקירה העשויות להתבצע בעקבותיה תעלה את רמת החומר המוגש לשופט ושעל בסיסו מתנהל ההליך הפומבי והאדברסרי של בירור האמת בפני השופט והיא עשויה להגביר את הסיכוי לגילוי האמת.

2. מתוך אותה תפישה יש מקום להגדיר בחוק את תפקיד התובע כמשרת האמת וכמי שחייב להביא בפני בית המשפט את המסכת השלימה של הראיות, כולל אלה שאינן עולות עם גרסת התביעה, ובלבד שאינן ראיות כוזבות בעליל<sup>65</sup>.

62 בתחרות מקובל שצר שהפר כלל מכללי המשחק מפסיד הפסד טכני, ותוצאת המשחק היא הכרעה בין המשתתפים בתחרות לפי רמתם במשחק. ראה *Damaska(1), supra note 1, 581*.

63 אין אנו טוענים שתפישה זו לא תרמה מבחינה היסטורית תרומה חיובית להליך הפלילי המוררני. ההיפך הוא הנכון: היא תרמה תרומה חשובה לשינוי מעמדו של הנאשם בהליך ממי שהוא רק אובייקט של ההליך למי שהוא גם צד בהליך. ואולם, במציאות המשפטית העכשווית, לאחר ששינוי מעמדו של הנאשם היה לעוכרה, ההשפעה הנוכחית של תפיסת המאבק איננה חיובית. אפשר שבמקומות אחרים, התפישה התחרותית מביאה עמה ערכים חיוביים, כמו הגינות וכבוד הדדי (fair play). ככלל, אין זה המצב אצלנו.

64 ייתכן שבאופן מעשי יהיה ניתן להשיג יעד זה רק על-ידי הכפפת המשטרה החוקרת לתביעה הכללית. כשם שכיום מושפעת תפיסת ההליך בשלב האחרון שלו – המשפט – מתפישתו בשלביו הקודמים (שלב החקירה), ניתן להניח כי שינוי בתפיסת ההליך בשלב המשפט עשוי להביא לשינוי התפישה בשלב החקירה.

65 ניתן, אולי, לטעון כי תפישה זו של תפקיד התביעה תעניק לה מעמד של עריפות ותקנה לה יתרון על-פני הנאשם בעיני בית המשפט. להערכתנו, אם מבינים – כפי שיש להבין – כי בהגשת האישום

3. השינוי המשמעותי ביותר הוא בהגדרה דומה של תפקיד השופט, כמי שממלא חלק פעיל בחקר האמת וגילוייה. השופט איננו עוד מי שצופה מן הצד או מלמעלה בהתמודדות בין הצדדים או במאמץ לגילוי האמת הנעשה על-ידי אחרים אלא מי שחייב מכוח תפקידו להשתתף במאמץ זה. לשם כך יועמד חומר החקירה לעיונו של השופט לפני תחילת המשפט<sup>66</sup>. בכך אנו רואים הגברה משמעותית של הסיכוי להגיע לאמת וצמצום התופעות השליליות בהליך הפלילי הנוכחי שעליהן הצבענו בפתח דברינו. שניים הם יתרונותיו של השופט: אין לו עניין אחר זולת האמת, ואין כל מקום לחשש שהוא לא יגלה הריצות או שקידה ראויות להגיע אליה אם החתירה אליה תוגדר כתפקידו. אין חשש שרמתו המקצועית נופלת מן המינימום הנדרש, ולא נסתכן בטעות אם נכליל כי רמתו של השופט הממוצע עולה על זו של הצד הממוצע, משום שהוא עולה עליו בניסיון ובשל הליך הבחירה והבחירה הקורם למינויו של משפטן כשופט. על-פי Max Weber, ניתן להבטיח בדרך זו סדרי עשיית צדק רציונליים, המאופיינים ב"allocating individual tasks to functionaries who are trained as specialists and who continuously add to their experience by constant practice". ומכל-מקום, הטלת תפקיד פעיל בחיפוש האמת על השופט – מבלי לפגוע במעמדם של הצדדים – היא בבחינת עיניים, אוזניים, מוח ולב נוספים (ביחיד או בשלושה) המצטרפים למרדף הקשה אחרי האמת, שהיא, לעתים, המקמקה וקשה להשגה, ורק במאמץ גדול ניתן להגיע אליה. ואנו סבורים כי שינוי זה היה מוכנס מזמן אם היו המשפטים רואים נכוחה את הקושי בגילוי האמת וקביעתה ולא היו חוטאים בהערכה מוטעית, שלפיה המאמץ העיקרי במשפט צריך להיות מופנה לעיסוק בשאלות משפטיות והעובדות תתבררנה מעצמן, ומכל-מקום ללא מאמץ מרוכז ושיטתי. באופן זה יותאמו תפקידו וסמכויותיו של השופט לאהריות הרובצת עליו, של הכרעת הדיון. מי שמוטל עליו לקבוע מהי האמת, מן הראוי שיינתנו בידיו כלים שיאפשרו לו להגיע אל האמת. יתרי-על-כן: השופט הוא היחיד כמערכת המופקד על האמת, שכן תפקידם של הצדדים מתבטא בהצגת גרסאותיהם<sup>67</sup>. דווקא משום כך יש להעמיד לרשותו את הכוחות שיאפשרו לו למלא כראוי את תפקידו.

בכך נברלת גם שיטת המשפט שלנו משיטת משפט של מושבעים, שבה הכרעת הדיון מופקרת בידי מי שאינם כשירים לעשות לגילוי האמת. בשיטת משפט כשלנו, השפיטה מופקרת בידי שופטים מקצועיים, אין גם מקום לחשש המובע תכופות בשיטות משפט של מושבעים פן יושפעו הללו, שלא כהלכה, מיוזמות הננקטות על-ידי השופט<sup>68</sup>.

אין התביעה טוענת כי היא משובצת בכך שהנאשם עבר את העבירה הכיחסת לו אלא רק שו, להערכתה, אפשרות הטעינה בירור בשפטי, אין מקום לחשש האמור.

66 פרט לתומר בלתי-קביל בשלב שלפני ההרשעה, כמו הרשעות קודמות ותוצאות בדיקת פוליגרף.

67 M. Weber, *supra* note 48. 154, 155.

68 גם תפישה שונה ביחס לתפקיד התביעה אינה כרוכה בניכוש עמדה מחייבת מטעם התביעה ביחס לאמת. ראה לעיל, הערה 65.

69 *Maxwell v. D.P.P.* [1935] A.C. 309; *Uviller*, *supra* note 1. 1069 f.n.1 א' לדרמן (לעיל), הערה 1, 399, 400. כרוך גם שאין אצלנו מקום לשיקולים הנוגעים לחלוקה הולטת של כוחות וסמכויות

לחומר החקירה שנאסף סמוך לביצוע העבירה – ומכל־מקום קרוב יותר לביצוע העבירה מאשר הדיון המשפטי – חשיבות של ממש לגילוי האמת, שכן הזמן הוא אחד מאויביו הגדולים של שחזור האמת, וניתן לדמות את ההליך המשפטי כמובן הרחב של הביטוי לכלי מלא מים, שיש ממנו נוזילה מתמשכת. כך הולך לאיבוד מידע חשוב לגילוי האמת עם חלוף הזמן, מאז נאסף לראשונה.

יצוין כי אין בהצעתנו יותר מאשר השוואת כוחו של השופט בתחום חקירת העדים והערכת מהימנותם לכוחו בתחום הסקת המסקנות. כשם שכתחום המסקנות (הן לצורך קביעת ממצאים עובדתיים והן לצורך יישום הדין על העובדות) אין השופט מוגבל לטיעונים של הצדדים ואין הוא כבול במסקנותיהם, כן אין מקום להגבלה כזו לעניין חקירת העדים וקביעת מהימנותם.

מה דמות תהא לו לתפקיד השופט, לפי הגישה המוצעת? שופט השולט בהליך, במלוא מובן המלה, מוביל ומנווט אותו תוך היעזרות בחומר החקירה כבסימני־דרך, לפי מה ששנוי באמת במחלוקת; שופט הפועל מתוך הכרת התחום הטעון בירור ובכיטחון היחסי שהתמצאות בעניין מעניקה, המנהיג את הצדדים, תוך שהוא נעזר על־ידם, אך אין הוא מובל על־ידם; שופט העשוי לפתוח את הדיון על־ידי סיומו בזיכוי הנאשם, לאחר ששמע את הצדדים לעניין זה, בין משום שעל־פי תיק החקירה אין ראיות להוכחת אשמת הנאשם ובין משום שעולה מעיון בחומר החקירה כי אין בו עניין לציבור, או בהודעה, לאחר ששמע את הצדדים, כי מחומר החקירה עולה אשמה שונה מזו שיוחסה לנאשם על־ידי התביעה; שופט המחליט בפתח הדיון, על־פי העיון בחומר החקירה והצעות הצדדים, מהן העדויות הנוגעות לעניין והעשויות לשפוך עליו אור, ולא פחות חשוב – איזה הן העדויות שאינן כאלה; שופט המשתתף בהליך של חקר האמת ובירורה – מאזן בין הצדדים לפי הברלי הכותות ביניהם ומרבה או ממעט להתערב לפי טיב עבודתם של הצדדים ומידת המורכבות של העניין המתברר; מבטיח (משום שהוא מסוגל לכך) כי גם הנאשם שאינו מיוצג זוכה להגנה נאותה; מציג לעד את הקשיים בקבלת גרסתו, כאשר הרבר לא נעשה על־ידי הצדדים; מרסן חקירה נגרית כאשר היא מיותרת או הופכת לניסיון להתיש את העד או לשוברו<sup>70</sup>; דואג לכך שבחקירה יתלבנו נקודות החיתוך וההצטלבויות בין העדויות השונות (שכן לצורך שחזור האמת העובדתית נודעת חשיבות רבה לקורלציה בין הנתונים השונים ולהשתלבותו של כל אחד מהם במארג כולו); שתוצגנה סתירות ואי־התאמות כאשר יש כאלה, מחד גיסא, ושתינתן הודמנות לישוב אותן, מאידך גיסא; שואל שאלות שתעזורנה לו לגבש לעצמו את התמונה העובדתית<sup>71</sup>; מזמן עדים או ראיות, כאשר הדבר נדרש לשם גילוי האמת.

בין השופט לבין המושבעים, כמו הרצון להגן על המושבעים מפני פרהדומיננטיות של השופט, ראה A.A. Ehrenzweig *Psychoanalytical Jurisprudence* (Lieden, 1975) 220–221.

70 יש לכך חשיבות רבה לנוכח השימוש־לרעה שניתן לעשות בחקירה הנגרית. ראה J. Frank, *supra* note 1, 1039–1040; Hermann(1), *supra* note 1, 168; Frankel(2), *supra* note 1, 325/64 ע"פ 38–35.

71 לעיל, הערה 47, 38–35. Damaska(3), *supra* note 1, 1095. לשאלותיו של השופט יש היתרון של מהותן כשאלות "מ"

(ד) גם סדר המשפט ואופן ניהולו צריכים להיות מותאמים יותר למטרה של גילוי האמת: מתבקש שינוי בסיסי בהתייחסות לעדים המופיעים במשפט. אמנם, העדים מוזמנים ככלל, על-פי הצעת הצדדים, אולם משהחליט השופט להזמין עד להופיע במשפט, הופך העד להיות עד של בית-המשפט (המשמעות הנודעת לצד שזום את הזמנת העד מצטמצמת בכך שאותו עד חוקר את העד תחילה, לאחר שהעד מוסר את גרסתו ברצף)<sup>72</sup>. תפישה זו של העד משמיטה את הקרקע מתחת לשני מושגים המקובלים היום בשיטתנו: "ריענון זיכרון" של העד עלידי הצד שהזמין אותו לקראת הופעתו במשפט (שבצטיו השופט מאבד את היכולת לעמוד על כושר הזכירה האמיתי של העד ובמסגרתו העד עלול להיות מושפע, מדעת או שלא מדעת, עלידי מגמת הצד המרענן את זכרונו)<sup>73</sup> ו"עד עיון". באופן כזה תימנע תפיסת העד את עצמו כעד מטעמו של צד ובשירותה של גרסה, העלולה להתפרש עלידו כקיום חובה או זיקה כלפי אותו צד וגרסה ותימנע גישה אפריורית כלפיו של הצד-שכנגד כאל מי שנמצא מן הצד השני של המתרס ונמנה עם כוחות האויב<sup>74</sup>. אפשר שהדבר יתרום לשינוי היחס לעד, כאשר במציאות של ימינו היחס הגרוע והמשפיל כלפי עדים<sup>75</sup> הניב גישה שלפיה "שומר נפשו ירחק מעדות", גישה המסכנת את היכולת לחשוף את האמת. יש לאפשר לעד למסור תחילה את גרסתו במלואה, כאשר ההפרעות נועדות רק לכוון אותו לכך שיספר את גרסתו<sup>76</sup>, לאפשר לו להתבטא כפי רצונו כאשר הוא משיב לשאלה ולא מנסה לחמוק ממנה ולהניח לו להסביר את תשובתו כל-אימת שהוא מבקש לעשות כן, לפתוח לו במקרה מתאים ולשאול אותו אם יש לו מה להוסיף. כאשר יש סתירות מהותיות בעניינים חיוניים בין דברי עדים, ניתן לשמוע את העדים בשנית אחרי ששמעו את הגרסה האחרת (לאחר שהשמיעו את גרסתם-שלהם), ובמקרה הצורך אף לערוך עימות ביניהם. מן הראוי לאפשר לנאשם הרוצה בכך להגיב עניינית על דברי העדים מיד לאחר השמעתם. כן יש לעשות מאמץ לצמצום התופעה של עדים-מומחים שהם שכירי לשון, ומכל-מקום להבטיח שעדויותיהם תתייחסנה לגתונים העובדתיים כמות שהם<sup>77</sup>.

האמצע, כמי שאין לו עניין בתוצאה זו או אחרת של המשפט, ומכאן גם ההתייחסות העניינית והמכוברת של הנחקר כלפיהן.

72 כיסוי טובהק לגישה הנהוגה כיום המשיכת עד לצד שהזמין אותו ניתן למצוא בבג"צ 144/86 סא"ל זיו נ' ביה"ד הצבאי לערעורים (טרם פורסם). אנו משאירים בצריך עיון את השאלה של סדר גביית העדות: השופט תחילה או הצדדים תחילה. כן מושארת בצריך עיון השאלה של עיתוי גרסת הנאשם: בתחילת הדיון או לאחר העדים שהוצעו עלידי התביעה.

73 Damaska(3), *supra* note 1, 1094; Uviller, *supra* note 1, 1073; Frank, *supra* note 1, 86  
אם העד הוא עד של בית-המשפט, אין מקום לריענון זכרונו עלידי אחד הצדדים. העמדת תיק החקירה לרשות בית-המשפט כחומר עזר מאפשרת לבית-המשפט לרענן זכרונו של עד במידת הצורך.

J. Frank, *supra* 74

R. Pound, *supra* note 1, 187 75

J.F. Stephen, Herrmann(1), *supra* note 1, 405-407 76  
*supra* note 14, 431

S.Z. Feller, "Factual tests for identification of Volitional Insanity" 19 *Is. L. R.* (1984) 77  
.10-19

יש להדגיש: הצעתנו איננה הצעה לביטול מוחלט של השיטה האדברסרית. במסגרת השיטה המוצעת יוכל כל צד לחקור חקירה נגדית עד שזומן ביוזמת הצד האחר ועד שהזמן עליירי בית-המשפט מיוזמתו. לא יהיה ניתן להסתמך על החומר שבתיק החקירה לשם קביעת העובדות אלא אך ורק על ראיות שיובאו במשפט גופו. תיק החקירה ישמש כלי-עזר בלבד. אין בהצעה זו משום פגיעה בחזקת החפות, בזכות השתיקה ובכלל *in dubio pro reo*. אין בהצעה שינוי התפישה הקיימת ביחס לתפקידו וחובותיו של עורך-הדין המייצג את הנאשם.

אין בהצעה נקיטת עמדה בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו באמצעים פסולים, וניתן לשלב את ההצעה עם פסילתן של ראיות כאלה.

יוצא אפוא כי אם יש בהצעה כדי לשפר את הסיכוי לשחזור האמת, השגת השיפור אינה כרוכה בפגיעה בזכויות הנאשם או בהוגנות ההליך.

### ה. השגות אפשריות

ניתן להקשות: האם לא ניתן להתמודד עם הקשיים שהועלו עליירי קביעת כללים שיתמודדו באופן ישיר עם הקשיים ומבלי שיהיה צורך בשינוי תפישה? תשובתנו שלילית. שינוי תפישה הינו הכרחי, אם חפצי שינוי אנו; שכן לכללים זהים (למשל, הכלל המסמך את בית-המשפט לזמן עדים מיוזמתו) נודעות משמעויות שונות בשיטות הנבדלות בתפישות-היסוד שלהן (שיטה אדברסרית כשיטתנו, ושיטה כרוגמת המשפט הגרמני). ניתן, כמובן, להעלות השגות נגד השינויים המוצעים, ולהלן אתייחס להשגות אחדות המתייחסות לשינוי המוצע בתפקיד השופט.

#### 1. עומס-יתר על השופט<sup>78</sup>

ניתן לשאול האם העומס המוטל על השופט, לפי הגישה המוצעת, אינו כבר מדי ואף כבד מנשוא, שכן יהא עליו ליטול חלק פעיל בניהול ההליך נוסף על התפקיד של הכרעת הדין, המחייב אותו לעקוב אחר המתרחש ולהתרשם מן העדים? אנו סבורים שלא, ומסתמכים על נסיונו של אותן שיטות משפט, שבהן השופטים ממלאים תפקיד אקטיבי בניהול ההליך. יתר על כן: אפשר שלא רק שהעברת היוזמה על השופט אינה מזיקה אלא שהיא מועילה בכך שהיא מבטיחה יותר דריכות, עירנות ומעורבות (פנימית) של השופט מאשר בהליך שבו השופט ממלא תפקיד פסיבי בלבד.

#### 2. הסכנה של היווצרות דעה קדומה עקב עיון בחומר החקירה

ניתן להקשות אם אין סכנה שהשופט יושפע מן ההתרשמות שתיווצר בתודעתו בעקבות העיון בחומר החקירה – התרשמות שתהא, ככלל, לרעת הנאשם? אין אנו טוענים שאין בעיון בחומר החקירה כדי ליצור התרשמות כלשהי<sup>79</sup>; ואולם שופט ראוי לשמו נבחן

78 .Hermann(3), *supra* note 1, 855; Herrmann(1), *supra* note 1, 361-366

79 .Damaska(3), *supra* note 1, 1092

ביכולתו לשמור על עמדה נפשית של פתיחות עד סוף הדיון, ואין מקום לחשוש שהשופט אינו מסוגל למה שאיש מדעי־הטבע מסוגל – לוותר על הנחה שהניח ולזנוחה כאשר אין היא מתיישבת עם החומר המובא בפניו (או עם ממצאי הניסוי במחקר המדעי). להיפך: ניתן לסמוך על פתיחות השופט מכוח חובתו עליפי חוק, תודעת התפקיד המוטל עליו ומקצועיותו, הכוללת גם את המודעות לסכנה של השפעת התרשמות ראשונית והשלכותיה. די בניסיון מוגבל בלבד כדי ללמוד שהתמונה העולה מחומר החקירה עשויה להשתנות עד כדי היפוך גמור בעת שמיעת העדים, וכי, לכן, יש להעניק להתרשמות הראשונית מחומר החקירה משקל קל של התרשמות זמנית וטנטטיבית בלבד. כשם שערכאת־ערעור אינה נוטלת לעצמה חירות להעדיף התרשמות העולה מעיון בפרוטוקול (וכאן מדובר בפרוטוקול של הדיון המשפטי כולו, כולל חקירת העדים) עליפני התרשמותה הישירה של הערכאה הראשונה מן העדים, כך אין לחשוש שבית־משפט של ערכאה ראשונה "יניעל" על התרשמותו מחומר החקירה ויסגור את עצמו מפני היחשפות מלאה לעדויות החיות המובאות בפניו. ובל נשכח כי התרשמות מעין זו נוצרת גם כיום לאחר שמיעת עד־התביעה הראשון או קבלת הוראת הנאשם וכי בשיטתנו המשפטית אנו מניחים בהקשרים אחרים: כגון ראיות בלתי־קבילות ופסלות שופט – שהשופט המקצועי מסוגל להתעלם מחומר שהובא בפניו ולהכריע את הדין רק על־סמך חומר ראיות כשר. זאת ועוד: הנאשם יוכל לאזן את ההתרשמות העולה מן הראיות שנאספו נגדו על־ידי העלאת גרסתו והראיות התומכות בה כבר בשלב החקירה; ואם אכן ינקטו נאשמים רבים גישה זו, יהא בכך לא רק כדי ליטול את עוקצה של השגה זו אלא גם כדי להביא לדיון ענייני ויעיל יותר. אם החשש מפני היווצרות דעה קדומה לא הוסר, ניתן במותבים של שלושה לאפשר עיון בחומר החקירה רק לשופט אחד.

### 3. הסכנה של פגיעה בתדמית השופט

לעתים מובע אצלנו חשש לתדמיתם של השופט והשפיטה עקב ירידתו של השופט אל זירת המערכה, פן יזוהה עם צד מן הצדדים<sup>80</sup>. לדעתנו, יש להבין חשש זה על רקע אופייה החריג ויוצא־הדופן של התערבות השופט בשיטתנו כמות שהיא. ואולם, ורוקא משום־כך, אם יינטל מן ההתערבות השיפוטית אופייה החריג, לא יהיה עוד מקום לחשש האמור<sup>81</sup>. רדיפת האמת אין פירושה חיפוש ראיות להוכחת אשמתו של הנאשם דווקא<sup>82</sup> אלא חתירה אל האמת באשר היא – בין אם היא לטובת הנאשם ובין אם היא לרעתו. לכן, אין זה עיוות דין כאשר נאשם שהיה עשוי להיות מזוכה בדיון מורשע בעבירה

80 ע"א 116/66 חלקה 62 נ' זמל, פ"ד כ(4) 226, 235–236.

81 גם עכשיו בהליך כמו שהוא, אין זה מדויק לתאר את השופט כמנותק מן הזירה. הכוונה להכריע בהתנגדויות מוריד את השופט אל הזירה ולא ניתן להימנע מהכרעות־ביניים העוללות להתפרש, שלא כהלכה, כנוטות לטובת אחד הצדדים או לרעתו.

82 בניגוד לדברי השופט ח' כהן בפסק־הדין בעניין צייגר (לעיל, הערה 16). ראה גם דברי מורס (לעיל, הערה 1), 332, 338–339, שמהם יוצא כי המרינה פועלת בהליך הפלילי להשגת הרשעה. האינטרס האמיתי של המדינה הוא בירור האמת.

עקב זימון עד שלא לפי הסדר הרגיל או עליפי יוזמה של בית-המשפט, ובלבד שניתנה לנאשם מלוא ההזדמנות להתגונן ואין ספק בצדקת הרשעתו<sup>83</sup>. זכויות הנאשם אינן כוללת את "זכות" האשם לזכות בו<sup>84</sup>. משום שברור כי מאמציהם של השופטים יהיו מכוונים לגילוי האמת באשר היא, ולכן יתפלגו התערבויותיהם בין אלה שהן לרעת הנאשם לבין אלה שהן לטובת הנאשם, הצופה ההוגן בכמה משפטים לא יוכל שלא להתרשם מחוסר-הפנייה המאפיין את התערבות השופט. גם במהלך משפט אחד ניתן להניח כי על-פי רוב ההתערבויות תהיינה דרצדדיות, שכן מעטים המקרים שבהם לא קיימות אי-התאמות או סתירות בין הגרסאות והעדויות השונות. יתר על כן: גם אפריורי אין מקום לחשש מצד כל ברדעת בשופט. האם יתואר אינטרס של השופט להרשיע את החף? זאת ועוד, אי-התערבותו של השופט עלולה לפגוע קשות בתדמית המערכת השיפוטית, כדברי השופט ברק בעניין קניר:

כאשר פגמים וכשלונות טכניים של התביעה או של ההגנה חורצים את גורל המשפט מתערער אמון הציבור בתבונת המערכת הפלילית, שכן אין הוא רואה ששופטיו נכנסים לטרקלין, שבו דנים על הטא ועונשו, אלא רואה הוא את שופטיו עומדים בפרוזרור ודנים על עניינים טכניים גרידא<sup>85</sup>.

האם אין בהימנעות של השופט מלנקוט יוזמה לברור האמת כדי להביא לפיחות חשיבותה ומעמדה של האמת?<sup>86</sup> האם אין בגישה זו כדי לגרום ליחס ציני מצד הנאשם והציבור כלפי מערכת המשפט? האם שופט אריש לאמת או משתף פעולה באי-גילוייה איננו מראה בלתי-יחידוּכִי? להערכתנו, הפסיביות איננה תנאי הכרחי ליוקרת השופט ודווקא סילוק הגישה הספורטיבית-תחרותית ישפר את תדמיתם של מערכת המשפט, והמשפט בכללו, בעיני הציבור. חקירה נגדית העשויה להיות תקיפה, אך עניינית ומרוסנת, תעלה גם את קרנו של מקצוע עריכת-הדין<sup>87</sup>.

#### 4. החשש מפני הזנחה על-ידי הצדדים

האין מקום לחשש מפני הסתמכות של הצדדים על השופט, העלולה להביא לכך שהצדדים לא ישקיעו את המאמץ הדרוש לברור האמת?<sup>88</sup> אין לשלול את החשש מכל-זכול, אולם ניתן להתמודד עמו. שופט המכיר את חומר החקירה יוכל להרשות לעצמו לנזוף בצד שאינו עושה את מלאכתו כראוי, ויש להניח כי החשש מפני נזיפה

83 כדברי הנשיא י' כהן בפרשת קניר (לעיל, הערה 1), 512.

84 העובדה שההליך הפלילי האנגלי אפשר בזמנו ויכויים של אשמים עקב הקפדה דווקנית על פרטי האישום כפי שיוחסו לנאשם, איננה לזכותו של המשפט האנגלי; ולכן שונה הדין באנגליה בעניין זה, אף כי השינוי פגע ב"זכותו" של האשם לצאת זכאי בדין, ראה: J. F. Stephen *supra* note 14, 281-284.

85 לעיל, הערה 1, עמ' 516, 517 וראה גם חלקה 62 ב' זמל (לעיל, הערה 80), 232.

86 J. Frank *supra* note 1, 87, 91; R. Pound, *supra* note 1, 187

87 על תדמית עורכי-הדין, ראה J. Frank, *supra* note 1, 90; Frankel(2), *supra* note 1, 1040

88 קניר (לעיל, הערה 1), 514.

יעשה את שלו, מקום שבו תחושת האחריות המקצועית והאישית אינה מספיקה. נוסף עוד כי אנו מסייגים בתכלית מן הרעיון של "ענישת" האמת על-ידי ויתור עליה כדי להעניש צד שטעה או אף התרשל, כך שהגישה הגוזרת פסיביות על השופט כפעולת-עונשין כלפי צד שמערך (כדי שילמד לקח), נראית פסולה בעינינו.

##### 5. החשש מפני משגים של השופט במילוי תפקידו האקטיבי

החשש מפני טעות הוא לעולם במקום ואין לבטלו במחייב. ואולם, יש מקום להערכה כי מכוח האובייקטיביות, המקצועיות והניסיון, האחריות והראגה לתדמיתה של הרשות השופטת לא תהיינה הטעויות שכיחות. ומכל-מקום, על השופט חלה חובת הנמקה של החלטותיו ובמילוי תפקידו האקטיבי נתון השופט לפיקוחה של ערכאת-הערעור: פיקוח זה עשוי להתבטא במתיחת ביקורת ובמקרים של משגים משמעותיים בניהול המשפט – בכיטולו או בכיטול תוצאותיו. זאת ועוד אחרת: דווקא משום שאצלנו השופטים מורגלים, בדרך-כלל, בפסיביות, יש להניח כי אם יחול שינוי בתפישת תפקידו של השופט, הם יגשו למילוי תפקידם האקטיבי בזהירות ובמתינות. ניתן להניח כי מתוך החשש הגדול במיוחד מפני הרשעת חף (נוסף על רצון לאפשר התגוננות יעילה ונמרצת של הנאשם כאמצעי לגילוי האמת), תהיה גישת השופטים זהירה במיוחד בכל הנוגע לריסון ההגנה.

#### 1. יתרונות נלווים לשיטה המוצעת

היתרון העיקרי של השינוי המוצע הוא הגברת הסיכוי לגילוי האמת, אולם אין הוא היתרון היחיד. השיטה המוצעת עתידה להחיש וליעל את ההליך הפלילי<sup>89</sup>: האפשרות של ברור הסכמת הצדדים על-ידי השופט, תתמלא תוכן ממשי, לאחר שהלה עיין בחומר החקירה. יתאפשר סינון מוקדם של מה שמוצע כראיות, באופן שבהליך הבירור הפומבי של האמת תובאנה רק הראיות הרלבנטיות והנחוצות. יוכנס אלמנט של ריסון עצמי על מה שהצדדים, בעיקר ההגנה, יכולים להרשות לעצמם בתחום החקירות הנגדיות הארוכות הנעשות, לעתים, לשם עשיית רושם על הנאשם ובני לוייתו או הקהל ותוך הסתמכות על כך שהשופט אינו מכיר את חומר החקירה, ולכן נמנע מלהתערב. ומה שלא יעשה הריסון הפנימי, יעשה הריסון החיצוני על-ידי השופט; התמצאות השופט בחומר ומעורבותו בגילוי האמת תצמצם את האפשרות של זיכויים טכניים. עקב כך יגבר יסוד ההרתעה של הנורמות העונשיות ויקטן מספר הנאשמים הכופרים כאשמה כאשר אין להם הגנה של ממש מצד אחד ויגדל מספר הנאשמים המוסרים את גרסתם המפורטת בתחילת הדיון מצד אחר. מסירת גרסה כזו תביא לזירוז הדיון, כשם שהעמדת הדיון מתחילתו על פסי האישום הנכון תורמת ליעילות הדיון. ואחרון, אך לא אחרון

89 ברור שהיא עדיפה על-פני הדרך המאפשרת את השיטה האדברסרית על-ידי מניעת ההליך בחלק נכבד מן המשפטים באמצעות עסקאות הטיעון, בשל מגרעותיה וסכנותיה של שיטה זו. ראה ד' פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדיון פלילי" הפרקליט לה (תשמ"ד), 155.



בחשיבות, השינוי עתיד לסגן מתוך המערכת העמוסה לעייפה שלנו בשלב התחלתי את כל מה שאינו ראוי לברור, ובאופן זה יוקטן העומס הרובץ על המערכת. יעילות וצדק אינם בהכרח אינטרסים נוגדים. הגברת היעילות תביא להחשת ההליך. החשת ההליך תגדיל את הסיכוי לגילוי האמת (הן על-ידי קיצור הזמן מאז האישום והן על-ידי קיצור משך המשפט שהוא בעל חשיבות רבה לעניין קביעות של מהימנות) שהוא תנאי לעשיית צדק. מעורבותו של השופט בהליך תגדיל את השוויון המהותי בפני החוק; ולהערכתנו, כאמור, תעלה את קרנו של המשפט בעיני הציבור.

### ז. במקום סיכום

אנו ערים לעוצמתם של הגורמים העלולים לשלול כל מגמה של שינוי בהליך הפלילי שלנו: מסורת משפטית קיימת, שהתקיימותה הפכה אצל רבים הוכחה ניצחת לנכונותה ולהצלחתה של השיטה, שמרנות ואינטרסנטיות קבוצתית צרה. אולם אנו משוכנעים כי הטלת תפקיד פעיל על השופט באיתור האמת תגביר באופן משמעותי את סיכויי איתורה וגילויה של האמת. היש דבר חשוב מכך?