

פרק 2 – תכליות דיני הראיות בישראל

1. מבוא

דיני הראיות מכתיבים לבעלי הדין ובהמ"ש את דרכי השימוש בראיות השונות לצורך הבירור העובדתי של אירוע שנוי במחלוקת אשר עומד במרכז הליך שיפוטי, והכל לשם הוכחת אחריות וחבות הקבועות בדין המהותי. לדיני הראיות 2 תפקידים: (1) לקבוע כללים המאפשרים להגשים את תכליותיו של הדין המהותי; (2) להגשים תכליות וערכים נוספים, לא הוכחתיים, שלחברה יש אינטרס בהגשמתם במסגרת ההליך השיפוטי. פרק זה דן בהצדקות לדיני הראיות והתכליות שביסודם, המעצבות במובנים רבים את הכללים ואת העקרונות הנמנים עם דיני הראיות.

2. בירור האמת כתכלית

א. תכליתם של דיני הראיות בבירור האמת

לפי התאוריה הקלאסית של המשפט הפלילי וההשקפה המקובלת, אחת המטרות העיקריות של ההליך השיפוטי (אזרחי ופלילי כאחד) היא חקר וחשיפת **האמת העובדתית** (ההליך השיפוטי ככלי). הצורך בבירור האמת העובדתית אף נקשר לא פעם לתפקידו של ההליך השיפוטי ב"עשיית צדק". החתירה לאמת נחשבת ככזו העומדת ביסוד המסורת של שיטת הדיון האדוורסרית וגם זו האינקוויזיטורית, וזאת לא רק כערך המאפשר עשיית צדק כאמור, אלא כאידיאל בפני עצמו.

התפיסה לפיה תכלית זו היא מטרת ההליך השיפוטי מדגישה את המחויבות של ההליך השיפוטי לבירור העובדות, זאת עד כדי כך שיש הטוענים כי אף אין לבכר את הכללים הדיוניים או הראייתיים השונים על פני חקר האמת, בעוד אחרים מבקשים לבחון עד כמה רצוי כלל דיוני או ראייתי כזה או אחר בהתאם למידת תרומתו לבירור האמת ולמניעת עיוותי דין.

תכלית חשיפת האמת משרתת את האינטרס המשותף של הפרט המתדיין (הנאשם), כמו גם את אינטרס הציבור להבטיח תקינות הפעולה של המערכת החברתית כולה. אף מאינטרס זה נגזרת תכלית ההליך השיפוטי להגיע לחקר האמת, ולכך גם צריך לשאוף השופט.

אם כן, לגישת הדוגלים בתכלית בירור האמת, גישה המשקפת תפיסה מוניסטית, יש באפשרותנו לחשוף את האמת העובדתית ולכן **על ההכרעה השיפוטית לשקף את אותה התרחשות עובדתית-היסטורית**. כדי להגשים מטרה זו ולהגיע להכרעה מדויקת על בית המשפט לקבוע ממצאים עובדתיים. כלומר, ההליך השיפוטי ודיני הראיות המיושמים בו אמורים להבטיח כי הטלת האחריות על בעל דין תהיה תואמת את קיומה של אחריות עובדתית אובייקטיבית, שהרי לפי תפיסה זו לקביעת אחריות פלילית למשל יש משמעות קונסטטוטטיבית, אך גם הצהרתית לפיה האמת נחשפה. מכך, ברי כי **תכלית בירור האמת העובדתית עומדת גם ביסודם של דיני הראיות הישראלים**, הן במסגרת ההליך הפלילי והן בזה האזרחי, שכן שני סוגי ההליכים מבקשים לחשוף את האמת ולעשות משפט צדק, ונעזרים בדיני הראיות לשם כך.

דהיינו, חשיפת האמת מותנית בקיום הליך בו יעמדו לפני הצדדים ויוצגו לפני בית המשפט כל הראיות הרלוונטיות, ותינתן לכל צד האפשרות להתמודד עם טענות הצד שכנגד. אך, לאור תכליתם זו של דיני הראיות, הצדדים יכולים לזמן כל אדם להעיד או למסור ראיה, כל עוד אין בה כדי לפגוע בתכלית זו ולמנוע מבהמ"ש לחשוף את האמת.

ב. אמת עובדתית ואמת משפטית

ואולם, למרות שהמשפט הישראלי מכיר בחשיבותה של תכלית חשיפת האמת העובדתית, הוא אינו דוגל בה כתכלית מוחלטת שיש להשיג בכל מחיר, אלא לצידה הוא מציב תכליות ומטרות נוספות, אשר נושאות איתן חשיבות עבור הפרט והחברה ולעיתים אף עומדות בסתירה לתכלית בירור האמת וחוסמות במידת מה את יישומה. שילובן של תכליות נוספות אלו עורר ספק ביחס ליכולתה של ההכרעה השיפוטית לשקף ולחשוף את האמת, ולאור זאת קמו זרמי חשיבה (תפיסה רלטיביסטית) המצביעים על מורכבותה של האמת ומגבלותיו של ההליך המשפטי, במיוחד לאור כלליו הדיוניים והראייתיים ואופיו האדוורסרי.

בהתאם לגישה זו, יש להבחין בין אמת עובדתית לבין אמת משפטית, כאשר אין לצפות כי תהיה חפיפה מוחלטת או התאמה ביניהן. כלומר, האמת המשפטית, שהיא מסקנת ההכרעה השיפוטית, אינה מקבילה בהכרח למציאות כפי שהתרחשה. האמת המשפטית נחשבת כסוג של אמת לאחר שנשקלו שיקולי המדיניות והתכליות הנוספות שההליך השיפוטי מבקש לקדם, ושמגבילים ומבדילים אותה מהאמת העובדתית. ומכך, שההכרעה השיפוטית על פניו סוטה מהאמת ומהווה אך תוצר של נורמות וכללים, אשר ערך האמת לא בהכרח עומד כערך מרכזי בבסיסם. אם כן, האמת השיפוטית, הנקבעת בשלב הראשון של ההליך השיפוטי (בירור האמת וקביעתה), אינה פעולה דקלרטיבית הקובעת ממצאים עובדתיים, אלא היא פעולה קונסטיטוטיובית הנוצרת ע"י השופט כחלק מהליכי השפיטה.

לאור האמור לעיל, הרי שניתן למצוא הסדרים ראייתיים מסוימים שבהם שיטת המשפט מעדיפה אינטרסים אחרים על ערך האמת, ולכן מגבילה את חשיפת האמת העובדתית כדי לאפשר את קיומם. דוגמאות: (1) הגבלת הבאת עדויות של בני משפחה בבהמ"ש; (2) רף ההוכחה שנקבע לכל אחד מתחומי המשפט השונים – א) רף ההוכחה הפלילי (מעל כל ספק סביר) מבטא ויתור על השאיפה לחקר האמת, בכך שמנתק הוא בין האמת העובדתית כפי שהתחווה לשופט (אשמה עובדתית, אך לא מעל כל ספק סביר) לבין זו המשפטית (זיכוי של האשם). ב) לעומת זאת, במשפט האזרחי רף ההוכחה הינו מבחן של הטיית מאזן הסתברויות, כך שגרסת הצד הזוכה תהיה יותר קרובה לאמת העובדתית מזו שהוכיח הצד שכנגד. יוצא שיישומו של הכלל במשפט האזרחי, המעדיף את הבחירה הרציונלית באפשרות הסבירה במקרים של אי וודאות, קרוב יותר לאמת העובדתית מאשר הכלל של המשפט הפלילי.

ג. חקר האמת מול ערכים אחרים במשפט הפלילי

הכללים הדיוניים והראייתיים, בחברה ליברלית, מבקשים מחד גיסא להגן על זכויותיו של הפרט, ומאידך גיסא לשמור על הסדר הציבורי ולהגשים את תכליתו של ההליך הפלילי בבירור האמת וריסון הפשיעה, אך אין מדובר במשימה קלה בשל המתח הקיים בין אינטרסים אלו. לכן, כדי לבחון את מידת רציותו של כלל פרוצדורלי או ראייתית אנו נעזרים במודלים המתייחסים ליעדיו של ההליך הפלילי ומאפשרים בחינה שיטתית ומאורגנת:

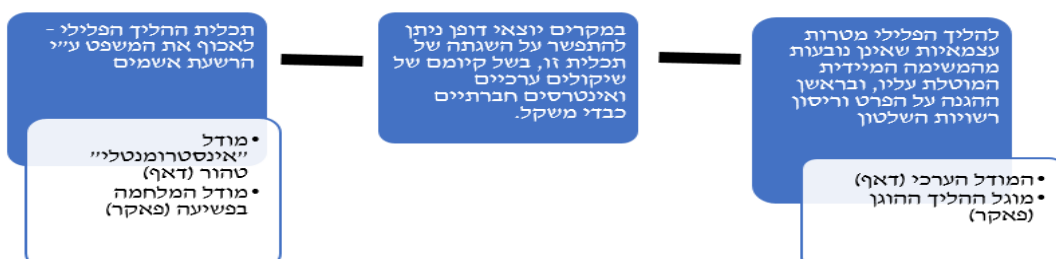
הרבט פאקר תיאר 2 מודלים קוטביים המתייחסים לתפקידם של הכללים הדיוניים שנקלטו בספרות האקדמית:

1. מודל המלחמה בפשיעה (Crime Control Model) – מתאר הליך פלילי שבבסיסו האינטרס הציבורי בשמירה על החוק ובמיגור הפשיעה. תכליתו היא לאכוף ביעילות את המשפט הפלילי ולשמור על הסדר הציבורי.
2. מודל ההליך ההוגן (Due Process Model) – מתאר הליך פלילי אשר מציב בראש מעייניו את החשיבות שבשמירה על זכויותיהם של עוברי העבירה, החשודים והנאשמים. לפי מודל זה, מלחמה בפשיעה לא מקדשת את כל האמצעים ואינה יכולה לבוא על חשבון זכויותיהם של החשוד והנאשם.

פאף פיתח גם הוא 3 מודלים המאפיינים לשיטתו את ההליך הפלילי:

1. מודל "אינסטרומנטלי" טהור.
2. מודל "אינסטרומנטלי" המוכן לקבל את קיומם של אילוצים ערכיים.
3. מודל "ערכי" אשר במרכזו עומד הרצון לשמור על זכויותיו של הנאשם.

מודלים אלה יוצרים ציר דמיוני:



שני המודלים של פאקר משקפים מערכת של אינטרסים וערכים מתנגשים, ולכן הם אינם מיושמים בשלמותם אלא מתקיימים זה לצד זה כשכל שיטת משפט קובעת את נקודת האיזון ביניהם לפי ראות עיניה ובהתאם להשקפתה הערכית-מוסרית-פוליטית. ראוי שנקודת איזון זו תשתנה מעת לעת, בשל הקושי לקבוע אותה מראש ובאופן גורף, לאור צורכי המציאות משתנים ורבי פנים. כלומר, המודלים מבטאים התייחסויות ערכיות נוגדות לגבי תכליתו של המשפט הפלילי, ותפקידה של מערכת המשפט לקבוע את נוסחת האיזון הראויה לאורה יעוצב ההליך הפלילי וההכרעה השיפוטית במסגרתו, כך שתכלית המלחמה בפשיעה תתקיים במקביל לשמירה על זכויותיהם של הנאשמים.

ביטוי לנקודת איזון זו ניתן למצוא בהסדרים ראייתיים במשפט הפוזיטיבי אשר מעדיפים ערכים מסוימים על פני ערכים אחרים:

- העדפת ערך חשיפת האמת, גם אם הדבר עשוי להיות מלווה בפגיעה בזכויותיו של הנאשם/החשוד:

○ דוגמאות: ס'10א לפקודת הראיות המאפשר לקבל אמרת חוץ של עד במשפט; עדות ילד בעבירות מין ניתנת באמצעות חוקר ילדים, ללא הילד עצמו וללא חקירה נגדית.

- העדפת מודל ההליך ההוגן, גם במחיר של פגיעה בערך חשיפת האמת:

○ דוגמה: דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית מאפשרת פסילת ראיות שהושגו שלא כדין, גם אם הן מהימנות, אמינות ועשויות לשרת את תכלית חשיפת האמת, מקום בו קבלתן עלולה לפגוע באופן ממשי בזכות ההליך ההוגן של הנאשם.

אם כן, ההליך הפלילי ולדיני הראיות 2 מטרות עיקריות: (1) גילוי האמת; (2) הימנעות מהרשעה מוטעית (הגנה על הנאשם). אך, תכליות חשובות אלו לעיתים סותרות האחת את השנייה, ומעמידות בסימן שאלה את תפיסת הצדק הראויה, לכן על נוסחת האיזון האמורה לשקף את חשיבותן היחסית.

(1) תכליתם של דיני הראיות בבירור האשמה:

למרות שהרטוריקה המקובלת מדגישה את תכלית בירור האמת העובדתית-ההיסטורית בהליך הפלילי, הגדרתו הפורמלית כמו גם הכללים הדיוניים והראייתיים השונים מעידים כי תכלית זו אינה ממצה את תפקידו בשיטה האדוורסרית, אלא עיקר תכליתו נעה למעשה סביב הדיון באשמת הנאשם ועמידה ברף ההוכחה הנדרש כדי להרשיע אדם (נאמר בג'ברין ובדמאניוק). כלומר, המשפט הפלילי מגביל את עצמו בפועל לבחינת האשמה של הנאשם, ומוותר על חשיפת האמת העובדתית כולה – הוא אינו עוסק בבירור כלל הנסיבות ושאלת מעורבותם של אחרים במקרה הנדון.

(2) תכליתם של דיני הראיות בבירור חפות:

נוסף על תכליתם של דיני הראיות וההליך הפלילי בבירור האמת ובבירור אשמת הנאשם, יש הטוענים כי לאלו יש תכלית נוספת כחלק מעשיית הצדק והיא בירור החפות של הנאשם והצבעה עליה. אולם, עולה השאלה האם הליך ההכרעה הפלילי מתאים לבירור חפות זו. ושאלה זו משפיעה גם על שאלת היותה של ההכרעה הפלילית משקפת אמת, שכן אם המסקנה תהיה שההליך הפלילי אינו מתאים לבירור החפות, להבדיל מקביעת היעדר אשמה, היא תחזק את המסקנה כי ההכרעה הפלילית אינה משקפת בהכרח את האמת העובדתית.

ואכן, בחינת כללי ההעמדה לדין מגלים שהמשפט מתמקד כאמור באשמתו של הנאשם, ולא בשאלת חפותו. כלומר, לשיטה ישנו חוסר עניין בבירור חפותו של אדם, ובכך היא גם נמנעת למעשה מיישום מנגנון שיפוטי לבירור האמת העובדתית במקרה נתון. חוסר עניין זה וחוסר המסוגלות של ההליך הפלילי בבירור החפות משתקף גם במוסד הערעור, שם אין לנאשם שזוכה זכות לערער על ההכרעה המזכה, גם אם כללה ממצאים מחשידים נגדו ולא ניקתה אותו מכל חשד, כלומר שהתוצאה לא מעידה על חפותו של הנאשם, אלא רק על היעדר הוכחה לאשמה.

ד. חקר האמת מול ערכים אחרים במשפט האזרחי

כאמור, ערך האמת עומד ביסודו של כל הליך שיפוטי, בין שהוא פלילי ובין שהוא אזרחי.

אחת ממטרותיו העיקריות של ההליך האזרחי היא פתרון הסכסוך המסוים בין בעלי הדין ועשיית משפט צדק, דבר אשר ניתן לעשות באמצעות חשיפת האמת העובדתית. אולם, תכלית זו, כאמור, בדומה לדין הפלילי, אינה האינטרס

היחיד, ולעיתים ערכים אחרים גוברים וערך האמת נדחה בפניהם. כדי למנוע פגיעה בערכים אלו, עוצבו כללים ראייתיים החוסמים חשיפה של מידע מבית המשפט, אשר חשיפתו תביא לפגיעה בהם – דוגמאות:

1. **דיני החסיונות** – מגנים על אינטרסים נוגדים שהמשפט מיחס להם משקל;
2. **כללי פסילה של ראיות** – עשויים לחסום מידע רלוונטי להכרעה, גם אם מדובר במידע שבכוחו להכריע במחלוקת בין הצדדים, והכל למען הגנה על ערכים חברתיים ואישיים.

3. הקצאת סיכוני משגה

א. תכלית דיני הראיות בהקצאת סיכוני משגה בין הצדדים

ליבו של ההליך השיפוטי הוא חשיפת האמת, אך בד בבד יש לקחת בחשבון כי קיים יסוד אי וודאות ההליך. לכן, כשאלה ערכית, על החברה מוטלת האחריות לקבוע את חלוקת הסיכון לטעות, בין שני הצדדים להליך. עובדות במשפט הוא עניין של הסתברות ולא של וודאות כיוון שהסיכוי לטעות קיים בכל הליך משפטי. לכן, קיימים כללי ראיות שלמעשה מבצעים חלוקה של הסיכון בין הצדדים (ישנו 'מרחב טעות' עם נטייה לטובת הנאשם על מנת שלא לסמן לתמיד אדם חף מפשע בפלילים) – **השופט ריבלין** שהתבטא בעניין המשפט הפלילי. בין היתר, כללים אלה קובעים למשל על מי מוטל נטל ההוכחה כמו גם מהי רמת ההסתברות המקיימת את מידת השכנוע.

ישנן שתי תכליות – בירור האמת והקצאת הטעויות. יש להבחין בין שתי התכליות. בירור האמת כתכלית, מונעת פסיקה שגויה. מטרתה היא צמצום הטעויות וקירוב ההכרעה העובדתית לאמת. לעומת זאת, תכלית הקצאת הטעויות מייצרת מנגנון של חלוקה באופן הוגן וראוי. תכלית זו הוכרה אף היא בשיטת המשפט הישראלית, כפי שנראה בדבריו של השופט ריבלין. כלומר מאחר והכרעה שיפוטית תהיה תמיד מועדת לטעויות ולאי וודאות, מדובר בעניין של הסתברות. לכן, ישנו צורך בהכרעות נכונות ומדויקות אך לא פחות מכך יש צורך בהתייחסות נורמטיבית לקיומן של הכרעות לא נכונות ולצורת החלוקה שלהן בין הצדדים.

ב. הקצאת סיכוני משגה בהליך הפלילי: תכלית ההגנה על חפים מפשע

אלכס שטיין: דיני הראיות מבוססים על שתי תכליות "יסודתניות":

1. **תכלית אפיסטמית** של חקר האמת (כפי שפורט מעלה).
2. **תכלית נורמטיבית** המגדירה את הצורה לפיה יחולקו סיכוני המשגה (הסיכון לטעות). ישנה מחויבות במשפט הפלילי להגן על חפים מפשע מפני הרשעות שווא ולכן, הנטייה בחלוקת הסיכון הוא לטובת הנאשם. לכן, שטיין מעלה הבחנה חשובה בין שני סוגים, שונים במהותם, של סיכונים להרשעת חף מפשע:

1. **"סיכון מספר 1"** – לפיו מדובר בסיכון של טעות בראיות עצמן שהן ערך פרוביטיבי (הוכחתי) או במילים אחרות "ספק מאובחן".

2. **"סיכון מספר 2"** – לעומת סיכון מס' 1, סיכון זה הוא הסיכון האינהרנטי לטעות הכרוך בפעולה אנושית. כלומר, הכרעה שיפוטית שגויה. סיכון זה עלול להתרחש גם אם לא מתקיים סיכון מס' 1 וכל הראיות מבוססות אמת. שטיין מדגיש כי על מנת לשמור על ערך השוויון, צריכה להתקיים חסינות נוקשה בכל הנוגע לסיכון מס' 1. לא ניתן לתת מקום לראיות בלתי צודקות כיוון שחשיפת הנאשם לסיכון כזה, מבודדת אותו כאינדיבידואל נושא סיכון ופוגעת בערך השוויון. לעומת זאת, החשיפה לסיכון מס' 2 (הכרעה שיפוטית מוטעית) חלה באופן שוויוני על כלל האזרחים ולכן לא פוגעת בערך השוויון.

עקרון ההגנה על חפים מפשע למעשה מעלה את הסיכון לכמות גדולה יותר של הכרעות דין שגויות. הוא מקדם סוג אחד של סיכון מפני משגה, של הרשעת נאשם חף מפשע. למעשה, הוא גובה מחיר בלתי מבוטל במונחים של חשיפת האמת. עקרון זה לא מבקש למזער את כמות הטעויות בהכרעת הדין אלא להגן על החפים מפשע ולכן לעיתים זה עולה בהכרעות דין שגויות. גישה זו מבטאת העדפה ברורה לנטילת סיכון בדבר זיכוי אשמים לעומת נטילת סיכון בדבר הרשעת חפים מפשע. ישנה פגיעה ממשית ביכולת חשיפת האמת כל עוד ישנה הגנה על חפים מפשע. כך, ההכרעות השיפוטיות הרבה פעמים לא מגיעות לאמת העובדתית.

שיטת המשפט בישראל משלבת את המטרות השונות האלו. כך, שהמעבר שהיה במהלך השנים **מקבילות למשקל** למעשה מוכיחה את הערך של גילוי האמת בכך שישנה העדפה לחשיפת כלל הראיות ובחינת משקלן למול חוסר

העדפה למקום בו נחשפות מעט ראיות שעברו הליך פרוצדוראלי תקין. עם זאת, יש לציין כי קיימת גם גישה חשובה שמתבטאת בדוקי בדבר פסילת הראיות (הפסיקתית) שמעידה על המקום שעדיין קיים לקבילות ולא רק למשקל. כלומר לפי הפסיקה ניתן לפסול ראיות אם הושגו שלא כדין, בשונה משיטת המשקל לפיה יש להביא את כלל הראיות והן יבחנו ע"י ביהמ"ש לפי משקלן. עפ"י המפורט עד כה, נראה כי האידיאל הקיים כיום בשיטת המשפט הישראלית הוא הגנה על החף מפשע, גם על חשבון של עקרון גילוי האמת. גם השופט גרוניס וגם הרמב"ם ביצעו הבחנה ומדרג בין שני העקרונות (הגנה על חפים מפשע למול גילוי האמת). ישנה הנצחה של הטיית ההליך הפלילי לטובת הנאשם מחד והווייתור על אידיאל חיפוש וחשיפת האמת מנגד.

לדוגמה: כלל ההוכחה הפלילי "מעבר לספק סביר". זהו כלל המזוהה יותר מכל עם עקרון ההגנה על חפים מפשע. אין לגזור מכוח חומרתו של רף ההוכחה במשפט הפלילי משקל של אמת עובדתית להכרעה. נראה כי שיטת המשפט מתפשרת, ואולי אף בכוונה ובצורה מחושבת, על שיעור זיכויי השווה וזאת לטובת הימנעות מהרשעות שווא. עם זאת, יש להדגיש כי כלל הוכחה זה במשפט הפלילי מאפשר את צמצום הטעויות הנוגעות להרשעה בלבד אבל הוא לא יכול לצמצם את הטעויות הנוגעות לזיכוי. משמע, השיטה הישראלית מסכימה להתפשר על זיכוי אשמים שלא בצדק ועל יכולתה להרשיע את האשמים.

מחלוקת עיקרית בתחומי התאוריה של המשפט הפלילי, סובבת סביב האם המחויבות הנורמטיבית להגנה על חפים מפשע משפיעה רק על שלב הכרעת הדין או על כלל השלבים בהליך הפלילי. מחלוקת זו מבטאת עוד פן של מתח בין התכלית האפיסטמית (שמטרתה היא חשיפת האמת) לבין התכלית הנורמטיבית של הגנה על חפים מפשע. אם על כלל השלבים, הרי שעקרון ההגנה על חפים מפשע צריך להופיע בכל שלב ושלב לרבות בשלב קבלת הראיות והכרעה בדבר קבילותן. אם רק בשלב הכרעת הדין, הטיית סיכוני המשגה צריכה להיעשות רק בתום ההליך הפלילי, לאחר שלב הצגת הראיות והיא תבוא לידי ביטוי בדרישה לזיכוי הנאשם בשל קיומו של כל ספק סביר באשמה. זאת גישה שנותנת במה לשיטת המשקל ומונעת הצבת חסמים בפני קבלת ראיות במשך כל ההליך הפלילי.

ג. הקצאת סיכוני משגה בהליך האזרחי: חלוקת טעויות שווה בין בעלי הדין

בשונה מההטיה הברורה לטובת הנאשם בהליך הפלילי בכל הנוגע להקצאת סיכוני משגה, בהליך האזרחי נתפסת עלות ההכרעה המוטעית לטובת התובע כשווה לזו של ההכרעה השגויה לטובת הנתבע. בהליך הפלילי, כאמירה נורמטיבית, אמרנו שניטה לטובת הנאשם והקצאת סיכוני המשגה יהיו לטובת הנאשם כיוון שכאמירה אמפירית לא מתקבל על הדעת שחף מפשע יורשע. לעומת זאת, בהליך האזרחי אין פגיעה בשוויון כפי שראינו בהליך הפלילי, וטווח השגיאה, בין אם יהיה לטובת התובע ובין אם לטובת הנתבע, שווה ערך מהבחינה שלא פוגע באף זכות חוקתית. בשונה מההליך הפלילי, הנחת היסוד במשפט האזרחי היא **שמדובר בשני צדדים שווי כוחות**.

דוגמה: הכלל הראייתי בדבר **רף ההוכחה האזרחי**. הרף המקובל הוא זה של מאזן ההסתברויות. הוא משקף את הרצון לחלוקה הוגנת של סיכוני המשגה כיוון שכל טעות, לכל צד, חמורה באותה המידה לכל אחד מהצדדים. כלומר מאזן ההסתברויות בא לחלק באופן שווה והוגן את סיכוני המשגה בין בעלי הדין. עם זאת, מאחר ואין הטיה לטובת צד אחד (כפי שיש בפלילי) לבין אמיתות התוצאה, הרי שאין התנגשות בין הדברים ומתוך כך ישנו מיקסום של מספרן הכולל של ההכרעות המדויקות. רף ההוכחה האזרחי מאפשר חלוקה שווה של סיכוני המשגה וגם מאפשר את דיוק ההכרעה.

בהליך האזרחי העלויות הנובעות משני סוגי המשגים (לטובת התובע או הנתבע) – זהות. למעשה, העלות החברתית זהה בין אם הטעות היא לטובת התובע ובין אם הטעות היא לטובת הנתבע. טעות לכל צד ראויה לחרטה ושקל של כל צד שקול לשקל של הצד השני.

החלוקה השונה בין ההליכים (הפלילי והאזרחי) מבוססת על התפיסה כי העלות החברתית שונה בכל הליך. ישנו צורך בחלוקה שונה של סיכוני המשגה בכל אחד מההליכים. כלומר, ההבדל בין רף ההוכחה בהליך האזרחי לבין זה בהליך הפלילי אינו הבדל של סוג או איכות אלא הבדל של מידה או של דרגה. אם אנו יוצאים מנקודת הנחה כי ההכרעה המשפטית היא **הסתברותית במהותה**, הוכחה על פי כל אחת מרמות ההכרעה נותנת לה מידת הסתברות

שונה של וודאות. ההבדל הזה מבטא את חומרת התוצאות שיש בהליך הפלילי, שבד"כ חמור יותר, מאשר בהליך האזרחי.

JOHN KAPLAN – ממחיש את היחס בין רף ההוכחה בהליך הפלילי לבין זה בהליך האזרחי ע"י התייחסות לפונקציות המביאות בחשבון את שיעורי העלות מול תועלת.

D1 – מידת הפגיעה בתועלת הנובעת מדחייה שגויה של התביעה. (זיכוי שווא)

D2 – מידת הפגיעה בתועלת הנובעת מקבלה שגויה של התביעה. (הרשעת שווא)

יש לעמוד על ערך הגבול התחתון שבו מידת הפגיעה בתועלת (דחייה) עולה על מידת הפגיעה בתועלת מקבלה שגויה של התביעה.

P – מגבול זה, יש לגזור את הרף ההסתברותי המיני הנדרש לצורך קבלת התביעה.

מכאן, יש לגזור את הרף ההסתברותי המיני הנדרש מהערכים אשר ניתנים ע"י החברה ל-D1 ול-D2 ולייחס ביניהם לפי הנוסחה הבאה:

$$PD1 > (1-P)D2 \text{ או } P > 1/[1+(D1/D2)]$$

בהליך האזרחי, $D1=D2$ כיוון שכל אחת מן הטעויות נתפסת ע"י החברה כשווה לרעותה ולכן רף ההוכחה הדרוש במשפט האזרחי הוא $P > 0.5$. לעומת זאת, במשפט הפלילי ישנם משתנים שונים שיוצבו במשוואה, שהם משקפים יחס שונה לכל אחד מסיכוני המשגה בהליך ולכן יובילו לרף שונה של הוכחה. בהליך הפלילי D2 חמור יותר מ-D1 ולכן זה יוביל להצבת הערכים בהתאם ליחס זה במשוואה לקביעת רף הוכחה גבוה יותר.

כלומר משוואות אלו נותנות ביטוי לכך שבמשפט הישראלי, היחס בין רף ההוכחה בהליך האזרחי לבין זה שבהליך הפלילי הוא יחס של מידה ושל דרגה ושניהם נובעים ממשקל הערכים השונים שהחברה עצמה מקנה לכל אחד משני סוגי הטעויות שנפלו בהכרעת הדין.

4. דיני ראיות והזכות להליך הוגן

הזכות להליך הוגן היא זכות מסגרת המהווה בסיס לזכויות דיוניות רבות הנגזרות ממנה, של החשוד או של הנאשם. מדובר בזכות מרכזית החולשת על ניהול ההליך כולו וכוללת זכויות רבות מתחום סדרי הדין ודיני הראיות. עם זאת, יש לציין כי אין לה עיגון בחוק ולכן גם אין לה הגדרה, גם לא בפסיקת בתי המשפט ומתוך כך לא ניתן להבין מה יחשב לפגיעה בזכות להליך הוגן. עם זאת, פסיקות בתי המשפט כן נתנו מסגרת מעשית לזכות וניתן לאפיין עילות שהוכרו כמצדיקות את העלאת טענת הפגיעה בזכות.

עוצמתה של הזכות להליך הוגן נגזרת מהתכלית שלה. תכליתה היא מניעת עיוות דין (הכרעה שגויה) אך גם מניעת עיוות דין פרוצדורלי. כלומר, קיומו של צדק מהותי ושל הוגנות דיונית. לכן, לזכות להליך הוגן יש שני היבטים:

1. **צדק דינוני** – טוהר ההליך, פרוצדורה הוגנת וערובות דיוניות הוגנות להגינות ההליך הפלילי כלפי הנאשם.

2. **צדק מהותי** – קיום הליך שממזער את סיכוני המשגה שבהכרעה על פיו.

הצדק הדיוני הוא למעשה ביטוי של מחויבות החברה לפעול לטובת ההגינות הדיונית והפרוצדוראלית במשפטיהם של פרטים. לכן, זכות זו לא רק שהיא עומדת בפני עצמה כזכות דיונית של פרט אלא שהיא אינטרס ציבורי כללי לפיו מערכת המשפט הפלילי תקבע את דינו של הפרט בהליך הוגן וראוי. הדרישה להליך הוגן אינה רק תכלית עצמאית אלא היא כלי שנועד לשרת את האינטרס הציבורי לצדק ולחשיפת האמת. האינטרס הציבורי הוא אמון הציבור במערכת המשפט, בהליך ובהכרעות.

עם זאת, כמו כל זכות גם היא עומדת למול זכויות סותרות אחרות ויש למצוא את האיזון ביניהן. זכויות ואינטרסים מתחרים לדוגמא: גילוי האמת, עשיית צדק עם כל הצדדים, היכולת למצות את הדין, הטלת אחריות על האשם, עשיית צדק עם קורבנות העבירה, יעילות ההליך הפלילי, ניהול מושכל של משאבי המערכת המשפטית ועוד. יש למצוא איזון נכון תוך שמירה על קיום הליך הוגן.

אופייה והיקפה של הזכות להליך הוגן עשויים להשתנות בין שיטות משפט שונות כיוון שהם תוצאות של האיזון שמתבצע בין האינטרסים השונים. היא עשויה להשתנות לא רק בשל הבדלי מדינות או זמנים אלא גם בשל הבדלי

השקפות וקידום ערכים מסוימים. לכן, יתכן למצוא הבדלים בין שיטות משפט בשל הערכים השונים המקבלים במה בכל אחת משיטות משפט אלו.

בשיטת המשפט בישראל הזכות להליך הוגן הוכרה כ"זכות יסוד חוקתית ראשונה במעלה" כחלק מחו"י: **כבוד האדם וחירותו**. ההכרה בזכות זו כזכות נגזרת מחו"י, אפשרה למעשה לראות בה כ"כללי ליישום העקרונות החוקתיים במשפט הפלילי" וככלי לפרשנות בתחום הפלילי של הוראות והסדרים בדיני הראיות.

עם זאת, רק לחלק מהזכויות הדיוניות ניתן מעמד חוקתי. לכן, צריך לקחת בחשבון שלא כל פגיעה בזכות דיונית עולה לכדי פגיעה בכבוד האדם ובחירותו. למשל, פגיעה בזכות השתיקה ופגיעה בזכות ההיוועצות והייצוג היא פגיעה בזכות חוקתית. **דוגמה: פרשת אלזם**, בימה"ש פסל הודאה של הנאשם לאחר שהוכחה פגיעה בזכויות אלו. רק פגיעה משמעותית בזכויות הדיוניות תהפוך להיות פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם. על מנת להגדיר מהי אותה פגיעה מהותית/משמעותית, צריך לבדוק את סוג הפגיעה ואת עוצמתה. אם מדובר בפגיעה בזכות דיונית "ראשונה במעלה", תחשב הפגיעה כפגיעה בכבוד האדם ובחירותו, גם אם מדובר בפגיעה קלה. לעומת זאת, אם מדובר בפגיעה בזכות דיונית שולית, רק פגיעה חמורה ביותר תיבחן האם אכן מדובר בפגיעה בזכות חוקתית.

בפרשת גדבאן, השופט הנדל תיאר את הליך הבחינה לפגיעה בזכות הדיונית והאם ניתן להכיר בפגיעה זו כפגיעה בזכות חוקתית. מדובר בבדיקה כפולה. ראשית יש לבחון מה היא הזכות הדיונית שנפגעה. שנית, באיזו מידה נפגעה. כלומר, לא כל הזכויות הדיוניות שוות במשקלן זו לזו. למשל, מעמדן של זכות ההיוועצות וזכות השתיקה גבוה משל זכויות אחרות. ככל שהזכות במעמד גבוה יותר ורלוונטית יותר לכבוד האדם וחירותו, כך יינתן לה משקל רב יותר.

חשוב לציין, כי ניתן לעקוף זאת ע"י פסקת ההגבלה הקבועה **בס' 8 לחו"י**. אבל, אם לא עומדים בתנאי פסקת ההגבלה, הפגיעה בזכות זו עלולה להביא לידי פסילת הראיה הכרוכה בכך או לחלופין להקלה בעונשו של הנאשם. בנסיבות קיצוניות, היא עלולה אף לבטל את כתב האישום או להביא לידי זיכוי הנאשם.

5. תפיסת המוסר של דיני הראיות

א. התיאוריות המוסריות של המשפט

את הצורך והרצון בדיני הראיות, צריך לבחון גם לפי התאוריות המוסריות של המשפט הדיוני והראייתי ולכן אין מן הנמנע לקשר את דיני הראיות לתורות המוסר. ניתן לחלק את תורות המוסר לשני סוגים: תאוריות תוצאתניות וכאלו שאינן תוצאתניות. כאלו שאינן תוצאתניות בד"כ מוכרות לנו כתאוריות גמוליות-דאונטולוגיות וכאלו תוצאתניות בד"כ מוכרות לנו כתועלתניות. לצד הפרדה דיכוטומית זו, ניתן לזהות גם גישות מעורבות (היברידיות) המשלבות את שתי הגישות האלו. הסתכלות על דיני הראיות בראי כל אחת מהגישות, תניב מסקנות נורמטיביות שונות. במרכזן של כל אחת מהגישות עומדים ערכים שונים או לחלופין, ניתן משקל שונה לכל אחד מהערכים ולכן אין מן הנמנע שהמסקנות יהיו שונות.

ב. דיני הראיות בראי תורת המוסר הדאונטולוגית

עמנואל קאנט - תורת מוסר זו בולטת בעיקר בדבריו של קאנט. במרכז תורתו, האדם הוא יצור תבוני, ועל כן יש להתייחס אליו תמיד כיצור קדוש. האדם הוא תכלית ולא אמצעי להגשמת מטרות.

לכן, בהתאם לתורה זו, יש לבעלי הדין זכויות מוחלטות שלא ניתן להשוות אותן לערכים אחרים וההגנה עליהן לא נמדדת בשיקולי יעילות ותועלת. תאוריה זו באה לידי ביטוי הן בהליך הפלילי והן בהליך האזרחי.

באזרחי – מדגישה את הגינות הבירור העובדתי והאמת שבהכרעה השיפוטית. לכן, לפי תורה זו תכלית דיני הראיות היא לצמצם את הטעויות בהליך המשפטי כיוון שאחרת תיווצר פגיעה בזכויות היסודיות של אחד מבעלי הדין. **בפלילי** – קיום זכות מוסרית יסודית ומוחלטת של אדם שלא פשע לא להיות מורשע בגין עבירה שלא ביצע. הנאשם הוא התכלית ואסור להפר את זכותו. אסור לפגוע בזכותו כלל גם כאשר הפגיעה היא לטובת הכלל. אם כך, אף יעד חברתי לא מצדיק פגיעה בנאשם ולכן תכלית קידום אינטרסים חברתיים תמיד תהיה נחותה לתכלית הגנה על חף מפשע. לפי תפיסה זו, מוסריות ההליך נמדדת לפי המעשים שמתבצעים על מנת למנוע הרשעות שווא ולא על פי

התוצאות, גם אם אלו תוצאות המקדמות אינטרסים חברתיים, גם אם מדובר ברווחה מצרפית שמיטיבה עם הנאשם.

לפי גישה זו, הזכות של אדם לא להיות מורשע על לא עוול בכפו, היא זכות יסודית וכל פגיעה בה היא פגיעה במוסר עצמו. לכן, זכות זו עליונה ולא צריכה לעמוד באיזון מול זכויות ואינטרסים אחרים, וודאי שלא תועלתניים-חברתיים, אלא היא תמיד תחלוש על שאר הזכויות. מכאן, שלפי תאוריה זו, תפקידם המובהק של דיני הראיות הם הגנה על החף מפשע מפני הרשעת שווא. זוהי הגנה קטיגורית שלא תלויה בשום דבר לא משתנה עם שינוי נסיבות. גישה זו היא בסיס עקרון הגנה על החפים מפשע.

RONALD DWORKIN – במרכז תפיסתו עומדת הפגיעה במוסר "moral harm" אשר נגרם מהרשעת חף מפשע. לדעתו, כאשר קובעים כלל ראייתי, צריך לקחת בחשבון ולתת משקל רב לנזק המוסרי שיגרם מהרשעה שגויה. לכן, כל סטייה מעמידה דווקנית על יישום עקרון הגנה על חפים מפשע, חושפת במודע את הנאשם לסיכוי משגה של הרשעה שגויה. זוהי פגיעה בזכותו היסודית של הנאשם לחסינות מפני הרשעות שווא ולכן לפי גישה זו, חלוקת משגה הסיכון צריכה להיות לטובת זה שחשוף להרשעת שווא.

התורה הדאונטולוגית יוצאת מנקודת הנחה כי החברה חבה כלפי הפרט בחובות מוסריות א-פריוריות (שאינן תלויות בהתבוננות או בניסיון עבר, אלא בצורה מופשטת ואמפירית). לכן, כל הרשעת שווא גורמת לנזק מוסרי בלתי ניתן לכימות ובלתי משתנה שלא ניתן לאזן אותו עם אף נזק אחר הנמדד לפי גישה תועלתנית. מכאן, שמוטל על ההליך הפלילי לבנות פרוצדורה ולהשתמש בכללים ראייתיים המתאימים למניעת נזק מוסרי כזה. חשוב לציין כי לפעולות עצמן יכול להיות ערך ממוסרי, חיובי או שלילי, ולא רק לתוצאה הסופית. לכן, ערכו המוסרי של ההליך כולו לא נמדד לפי כמות ההרשעות שאירעו בפועל אלא לפי היכולת והפוטנציאל למנוע הרשעות שווא.

ג. דיני הראיות בראי תורת המוסר התועלתנית

לפי התורה התועלתנית הקלאסית, "תועלת" היא הגורם אשר מספק את מרב האושר למרב הפרטים בחברה ומעשה מוסרי הוא מעשה המביא להשאת הרווחה המצרפית בחברה.

לפי המבחן התועלתני, יש לבחור בפעולה שתוצאתה תגדיל במידה הרבה ביותר את רווחת הציבור. הערך המוסרי נבחן בהתאם לתוצאה או התועלת המצופה ממנה.

לאחר הגדרה של **ג'רמי בנת'ם** ופיתוח הרעיון ע"י **ג'ון סטיוארט מיל** נותר הרעיון הבא: "התורה המקבלת כיסוד המוסר את התועלת, או את עקרון האושר היותר גדול, אומרת שהמעשים הם ישרים במידה שהם נוטים להגדיל את האושר, ובלתי ישרים במידה שהם נוטים ליצור את היפוכו." ← **זוהי תורת המוסר התוצאתנית.** על פי התפיסה, על מוסדות החברה למקסם את הרווחה החברתית הכוללת שתימדד לפי שיעור האושר של הפרטים בחברה ללא נפקות נפרדת למידת אושר/כאב של כל פרט (רק באופן כולל).

במשפט הפלילי, גישה תועלתנית עשויה להעדיף הרשעת חף מפשע על פני זיכוי מספר עבריינים ובאותה מידה עשויה להעדיף מספר רב של זיכויים על פני הרשעה של חף מפשע אחד. ← **ההכרעות השגויות בדומה לנכונות נבחנות מנקודת מבט של שביעות הרצון של החברה.**

גם חירות ניתן להגביל למען השאת האושר בחברה. ← נחיצותו של כלל ראייתי מסוים עשויה להיות מוצדקת מנקודת מבט תועלתנית רק אם היא מגדילה את הרווחה החברתית בכללותה.

במרכז הגישה התועלתנית יש רצון לאיזון בין אינטרסים של הפרט לאלה של החברה. יש לקבוע את נקודת האיזון על פי צרכיה המשתנים של החברה ונסיבות כל מקרה. עלות הכרעות שגויות נשקלות אלה מול אלה.

גם אדם תועלתן יכול להעדיף חירות על פני ערכים חברתיים אחרים. תועלתן המאמין בדרכו של מיל (מלמעלה) ייתן משקל רב, לחירות החף מפשע לפני הטיית הכף לטובת שיקולי התועלת המצרפית. אין סיבה להניח שתועלתן חפץ בהרשעת החף ואינו חפץ בגילוי האמת. ההפך: תועלתן חפץ בגילוי האמת גם במחיר פגיעה פרוצדורלית בזכויות נאשמים, חותר לחופש הוכחה מלא כי דיני הראיות עלולים לפגוע בגילוי האמת.

הגישה התועלתנית רוצה לאזן בין אינטרסים מוגנים ואומצה ע"י המחוקק ככלי לעיצוב דוקטרינות בדיני הראיות. דוגמה: כשהמחוקק יצר חזקות שבדין (שיקולים נורמטיביים ורצון להקל בהוכחה). הדבר קיים בהמון מדינות

ושיטות משפט. דוגמה בישראל: פקודת הסמים המסוכנים, לפיה הימצאות סם מסוכן ברשות הנאשם, יותר מכמות מסוימת מקימה חזקה הניתנת לסתירה כי הסם הוחזק שלא לשימוש עצמי. אותו דבר "חזקת המקום" ← איפה שנמצא נשקף רואים את מחזיק המקום כמחזיק הנשק (חוק העונשין). דוגמאות נוספות: חזקת הסרסרות וחזקת הנישואין בחוק העונשין.

אלה מעבירות את נטל השכנוע לכתפי הנאשם. בדרך כלל כדי לסתור, יש לעמוד במאזן הסתברויות ולא ספק סביר. טעמים שונים לחזקות: התמודדות טובה עם תופעה מסוימת בשל אינטרס חברתי, קשיי הוכחה כי יש גישה עדיפה של הנאשם, להקל על התביעה בהוכחה שאחרת הייתה מתקשה בה, מלחמה בפשיעה ושמירה על ביטחון הציבור. הוראות אלה משקפות גישה תועלתנית בה זהו מנגנון מושכל לאיזון אינטרסים. גם "מאזן הסתברויות" ו"כל הנטל" כנראה תועלתניים. המטרה: צמצום העלות החברתית של משגים ע"י מזעור המספר הכולל של הכרעות שגויות.

6. דיני ראיות ואמון הציבור

בשנים האחרונות יש קריאות לאמץ כללים חדשים או לעצב מחדש להגברת האמון במערכת המשפט. לפי גישה זו, כלל ראייתי צריך להיבחן לא רק לפי מידת נחיצותו להליך אלא גם לפי המענה שהוא מספק לשמירת התדמית ואמון הציבור. למשל: צידוד בביטול הרשעה ברוב דעות. רק בגלל הפגיעה באמון יש לשנות את הכלל להסכמה פה אחד. גם העליון קבע כי אמון הציבור הוא שיקול המשפיע על הכרעה בנוגע לפסילת ראייה גם כשאין חשש לגבי אמיתות תוכנה (יששכרוב). אמון הציבור משפיע על כללים דיוניים רבים אך נתמקד בדיני הראיות. טענת כותב המאמר: **מתן השפעה מכרעת לשיקול של אמון הציבור בעיצוב דיני ראיות ושכל כללי הוכחה חוטא לחובות ההליך השיפוטי, עלול לחבל בעשיית צדק ולפגוע באינטרס הציבורי באכיפת החוק. זוהי הקרבה של ערכים חשובים.**

א. על חשיבותו של אמון הציבור במערכת המשפט

זהו ערך יסוד חשוב. קיימת שאיפה שיישום החוק ושמירה על אינטרס הציבור ייזכו את מערכת המשפט באמון ציבורי. צריך ביקורתיות בריאה, אמון והיעדר ספק בכשרות ובתפקודה התקין. למידת האמון יש השפעה על מידת הציות לחוק, שיתוף הפעולה ויציבות המערכת.

תיאוריות אקספרסיביות של המשפט בוחנות את צדקת כללים דיוניים וראייתיים מנקודת מבטו של הציבור. הן מכונות THE LEGITIMACY THESIS ו THE ACCEPTABILITY THESIS ומתמקדות במסר המובע בהכרעה השיפוטי, ביכולת ההכרעה להעביר מסר, בהשתקפות ערכים חברתיים בהכרה וכתוצאה במידת הלגיטימציה של ההכרעה. כך, הצדקת כלל ראייתי במשפט לא עוסקת רק ביכולת הכלל להגשים את מטרות המשפט המהותי או בגילוי האמת העובדתית. היא מתייחסת גם לתפקיד האקספרסיבי והסמלי שממלא המשפט ונמדד בהתאם ליכולת לשפר את תדמית המערכת בעיני הציבור. תפישה זו רואה בהליך שיפוטי כלי להעברת מסרים חברתיים וההליך משפיע על התנהגות הפרטים בחברה ביכולת ההבעה המצויה בו להכריז מה טוב ורע, מותר ואסור, נכון ושגוי. הליך שיפוטי הוא טקס חברתי/ מעשה מוסרי ומגדיר לחברה מה מותר ואסור. להליך השיפוטי ערך הצהרתי- חינוכי והוא ממסד ערכים. להליך ולהכרעה תפקיד סמלי, בין היתר ביטוי ערכי החברה.

בהליך הפלילי, הרשעה מעבירה מסרים, מטמיעה ערכי יסוד ומתייגת את העבריין. לפי גישה זו, פסק דין של אשמה נותן ביטוי פומבי לגינוי מוסרי. כך, דיני הראיות אינן רק מעצבות אסטרטגיות לבירור אמת עובדתית, אלא הן בעלות ערך אקספרסיבי וסמלי. הכללים ימלאו את ייעודם וישרתו את ההליך רק כשייחזו כחותרים לגילוי האמת העובדתית. הצדקה נוספת הנשענת על התורה האקספרסיבית נגזרת מהתפישה שלפיה תפקידם הבולט של כלל ראייתיים שונים הוא יצירת לגיטימציה למערכת המשפט הפלילית. לפי הגישה, עיצוב כללים ראייתיים נועד לשמר את אמון הציבור. לאו דווקא חשובה הנכונות של ההכרעה אלא נראותה וההליך שקדם לה. **לורנס טרייב**, מחסידי הגישה, מדגיש את התפקיד הסמלי המורכב של ההליך והטכניקה המשפטית שבהם באים לידי ביטוי ערכים חשובים הנוגעים ליחס החברה לפרטיה. להשקפתו, פרט לקביעת אחריות וחשיפת אמת, להליך הפלילי ולהרשעה גם תפקיד תיאטרלי-אקספרסיבי-קומוניקטיבי, מנגנון להעברת מסרים חברתיים ולקליטתם בידי הציבור. להליך השפיטה ערך חברתי נוסף על חיפוש האמת, יש מסר.

צ'ארלס נסון רואה כמטרה עיקרית של שימור אמון הציבור. לדעתו יש לקבוע אם אירוע התרחש ולא אם התרחש לפי חומר הראיות. פס"ד אינו צריך לעסוק בראיות, אלא באירוע ובגיננו. לפי נסון, להבחנה יש פן אקספרסיבי ראשון במעלה, במסר ההתנהגותי המועבר לציבור ובתדמית הציבורית של ההליך השיפוטי ושל ההכרעה בו, לרבות יוקרתה של מערכת המשפט בעיני הציבור. נסון מייחס לכך חשיבות מכרעת, לפיו כשפס"ד ממוקד באירוע יש מבר כי מי שעשה מעשה פסול ייענש. מנגד, כשעיקר העיסוק הוא בקיום ראיות המסר הוא שרק מי שמעשהו הפסול מוכח ייענש. הכרעה המבוססת על ראיות, הוכחות וכו' לא מגשימה את ייעודה ההסברתי-חינוכי. לעומתה, הכרעה שעניינה האירוע מסייעת בהעברת מסרים והטמעת נורמות התנהגות בקרב הציבור. נסון מתאר הליך פלילי כדרמה עם מסר בו ללכת בדרך הנאשם היא מעשה אסור, המעורר אשמה שיגרום למשפט, הרשעה ועונש. לפי השיטה, באיזון בין נכונות הכרעה ויכולת לשקף אמת עובדתית לאימוצה ע"י הציבור-אימוץ ההכרעה ע"י הציבור עדיך. הוא מקשר בין אמת עובדתית למשפטית ומניח כי המטרה העיקרית מבחינה תועלתנית היא אמון הציבור. כדי להעביר מסר מרתיע, יש להעביר מסר חד משמעי של אשמה מלאה או חפות מלאה. אמון הציבור בהכרעות וההכשר לביהמ"ש מותנים בתפישת הציבור כלפי ההליך המשפטי כחותר לאמת וכלפי ההכרעה השיפוטית כמדויקת ומשקפת אמת. ההצדקה האקספרסיבית לכללים ראייתיים שונים נעוצה בצורך להגן על ההכרעה השיפוטית, כפי שנתפשת בעיני הציבור ולאפשר לה למלא את יעדיה האקספרסיביים גם במחיר של שינוי הכלל. חסידי אמון הציבור טוענים שזהו תנאי חיוני למעד הרשות השופטת. בלעדיו, יהיה קשה למערכת להתקיים. הגישה באה לידי ביטוי בביטויים והבעות שונות של שופטים במקומות שונים.

ב. עשיית צדק ומראית פני הצדק

אין להפריז בחשיבות אמון הציבור. התלות בו מתאפיינת ביסודות ספקולטיביים ועלולה להוביל לנסיגת אינטרסים ציבוריים אחרים. איש לא יודע מהי דעתו האמתית של הציבור, זהו מונח מורכב ומופשט (האמון לא מוחשי והציבור הוא מקבץ המושפע ממשתנים לא עניינים כגון השתייכות לקבוצות אוכ' שונות יותר מאשר מההכרעות). אמון הציבור לא ניתן להוכחה, ספק אם ניתן להמחשה והוא תלוי באומדן וניחוש של אנשים שונים. הרלוונטיות של התיאוריות שהוצגו תלויה בקיום ציבור מעורב בהליך, מודע לו, עוקב אחריו וכו'. כנראה שהנחה זו לוקה שהשערות חסרות בסיס מחקרי. רוב הפרשיות המשפטיות לא נחשפות לציבור, ואלה שכן ספק אם ניתן להניח לגביהן שהציבור נאיבי ויראה בפסק הדין מעין "תורה מסיני" (הנחתו של נסון). הנחתו אינה זוכה לביסוס אמפירי ויש ספק בנכונותה. במשפט פלילי, בעידן התקשורת, יש גם בחינה ביקורתית של הציבור על גורמי ההרשעה. הציבור ודאי מודע למגבלות המערכת ולכך שבימ"ש לא מסוגל לקבוע בדיוק מה התרחש. גם נסון מודה בקיום מגזרים הבוחנים פס"דים באופן ביקורתי ולא רואים בהם הצהרה על קיום אמת עובדתית.

לא ניתן להתעלם לגמרי מתפקידו רב ההבעה (אקספרסיבי) של המשפט ולשלול תרומתו בעיצוב ערכי החברה. אך גם המכירים בתפקידו מדגישים שכשיש כשל להבחין במשהו אין לכך השפעה ערכית (באופן הסתכלות הציבור). גם אם ניתן להכיר בתועלת האקספרסיבית במשפט, מהפן הכמותי לפחות, התועלת מוגבלת ומשנית. התיאוריה הזו טוענת שההליך משפיע על ההתנהגות באמצעות הצהרה ולא בפועל. נסון מדבר על אמון הציבור שההכרעה משקפת אמת (גם אם היא לא כזו). לפיו, ערך הכלל הראייתי מבוסס על יכולתו להשיג אמון ציבורי ולא על הפן שבכלל. למשל: עדות מפי שמועה שאינה קבילה ← מגנה על עמידות פסק הגין, כי נמנע מצב בו מתברר שהשמועה שגויה על פי עדות המקור הראשון. הוא מסביר את החריגים: אין בכוח עדות מפי שמועה של נפטר לפגוע באמינות פסק דין (אין סיכוי שיכחיש את השמועה), לכן עדות כזו מוצדקת ← לא מעוררת חשש של פגיעה באמון הציבור. אמרת נפטר היא דרמטית וזוכה לאמון הציבור ← מקדמת את קבלת ההכרעה השיפוטית הנסמכת על אותה אמרה.

אצל נסון, המרכז אינו יושר וצדק אלא מראית פני צדק. מה שהציבור לא רואה מבחינתו לא קיים. **לפי כותב המאמר, על הצדק להיעשות ולא רק להיראות.** כשלצדק אין נראות המקדמת את האמון הציבורי, יש לדבוק בצדק ולא לשנות כדי לקדם את אמון הציבור. **בהקשר הראייתי- עוד יותר נדרש לתת מקום של כבוד לאידיאל חשיפת האמת כחלק מעשיית הצדק.** בשונה מנסון, לפיו ההליך השיפוטי כולו מכוון להשגת יעדים אקספרסיביים. נסון חושש ליוקרת המערכת אם תהיה טעות ולפיו כשיש הכרעות לא חד משמעיות יש פגיעה באמון הציבור במערכת.

ראשית, לפי הכותב, אין צורך להציג שאין טעויות, ערעורים מרמזים על הסיכון לטעות. לפי ברק, האמת היא מול טעות והכרה בטעות מקרבת אמת. שנית, דיני הראיות צריכים להיות משוחררים מעול אמון הציבור והוא יהיה צורך משני.

ספק אם ניתן לייצר מצג של אמת וצדק כשהציבור מודע למגבלות להגיע לאמת ודיוק עובדתי. המשפט הפלילי מכיר במגבלות ומצהיר עליהן אפילו כחלק מהנימוקים. כשהמשפט מודע למגבלות מודה ומתמודד עמן זה דווקא מחזק את אמון הציבור. הציבור מודע למגבלות, לאפשרות לטעות וליכולת להגיע להכרעה ודאית של כן או לא. **מנחם מאוטנר** מתאר הנמקה שיפוטית החושפת מיתוס בדבר תדמיתה של הכרעה שיפוטי, הוא מתאר שבעשורים האחרונים אין הנמקה מכניסטית פורמלית אלא לבטי השופט ואיון בין ערכים כך שהתמוטט המיתוס בישראל בדבר הדטרמיניזם המוחלט של המשפט.

הצגת מערכת המשפט כאילו היא לא מסוגלת לטעות לא יעזור לזכות באמון הציבור וגם לא ניתן להחזיק במצג זה לאורך זמן, כי החולשות יתגלו ואז אמון הציבור יפגע עוד יותר. אם מלכתחילה לא מציגים משהו לא ריאלי, לא יהיה תהליך התפכחות. בשל החשש שהמרדף אחר אמון הציבור יוביל לתוצאות לא רצויות, היו שסברו שהקונצפציה של אמון הציבור מיותרת בשיטת השפיטה ועלולה להזיק. תורת אמון הציבור כונתה תורת שווא, נטע זר בתורת המשפט והיו שקראו לנטוש אותה.

הכותב סבור כי אמון הציבור הוא נכס צאן ברזל ואין להזניחו. זהו צורך חשוב. אך מקומו היכן שמשתלב עם קידום אינטרסים חשובים יותר ובראשם עשיית צדק. אין לראות באמון הציבור תכלית המעצבת כללים ראייתיים ומשפיעה עליהם מהותית כגורם מכריע. דגש נטו על אמון הציבור מרחיקה אותו- האמון משמעותו יחס למשפט ואין לכוון יצירת אמון כשהתכלית היא רק לייצר אמון. אינטרס זה צריך להיות כפוף לתכליות המשפט. לכן, ניתן להציע: כשצפויה פגיעה באמון הציבור יש לבדוק אם הפגיעה בו עלולה לפגוע בהגשמת תכליות המשפט. אם הפגיעה באמון תפגע בתכליות המשפט פחות מאשר ריצוי האמון יפגע בהן- יש להעדיף את הפגיעה באמון הציבור. ולהפך. הדגש הוא על הרצון למקסם את תכליות המשפט. יש מאזן בפגיעה- מענה אם תיתכן הצדקה להקריב את תכליות המשפט למען אמון הציבור.

ניתן לתהות אם גישתו של נסון (דגש על אמון הציבור) אינה מחטיאה את המטרה הראשונית- עשיית צדק כי גישתו מקדמת מראית צדק מאשר עשיית צדק. יש לבכר את עשיית הצדק בפועל. נסון זונח דיוק בקביעת העובדות ומתמקד במידת האמון שמייצרת ההכרעה. לפי הכותב, לא ניתן לראות באמון הציבור היתר לקבל הכרעות שגויות. לפי **מנשה**, הביטויים המעשיים של הפיקציה צריכים להיות דקלרטיביים ולא להגיע לרמה של גיבוש אסטרטגיות. אם יש תפקיד חינוכי הוא לחנך לרציונליות, ביקורתיות וכו', כולל הכרה בחולשות ובטעויות ולחנך ליושר וליושרה. לפי **ברק**, הלגיטימיות תקוים רק אם הציבור ידע להעריך ולבקר.

הכותב לא חושב שהרצון לשמר אמון במחיר הטעיה יגביר את האמון, ההפך – אם הציבור ידע שהפסיקה סותרת צדק וסותרת תשתית ראייתית זה יפגע אנושות במעמד וביוקרה. **לא ניתן להציב את אמון הציבור כמטרה בפני עצמה. לא ניתן לתת עדיפות למראית פני הצדק, יש לתת עדיפות לצדק, גם בקביעה בדבר אשמתו של אדם.**

חשיבות אמון הציבור לא מוטלת בספק. חשוב שהאמון יושג בדרך צודקת המקדמת את כלל האינטרסים של הציבור. ניתן לחלוק על ההכרה באמון הציבור כראוי לקידום על פני אינטרסים אחרים וניתן להתנגד לאימוץ הרדיקלי של התיאוריה האקספרסיבית בהליך שיפוטי שמבקשת לסטות מאידיאלים של הגינות, צדק אמת וכו'. בניגוד לדעה שמה שיש לביהמ"ש הוא אמון הציבור, לפי חיים כהן, אם כל מה שיש לשופט הוא אמון הציבור אין לו כלום. אמון הציבור ← קיום התחושה כי ההכרעה נעשתה באופן צודק, הוגן ומדויק ← תחושה שהיא שיקוף של הנעשה. האמון צריך להישמר רק כשהמערכת ראויה לו.

לסיכום: אין להעדיף קידום מראית פני הצדק על פני עשיית צדק, הלכה למעשה.

פרק 3 – המסגרת החוקתית של דיני הראיות

1. המהפכה החוקתית

חוקי היסוד שהתקבלו בכנסת בשנת 1992 (כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק), נועדו לעגן בישראל מגילת זכויות אדם מוגנות. עם קבלתם, עברה ישראל "מהפכה חוקתית" בהיבט של הגנה על זכויות אדם, שלא זכו להגנה בחוק עד כה. "המהפכה החוקתית" הולידה תהליך של חוקתיזציה (קונסטיטוציונליזציה) במשפט הישראלי, שהתבטא בהעלאת הרמה הנורמטיבית של זכויות אדם מסוימות למעמד "חוקתי על-חוקי", וכן ליצירת מגילת זכויות אדם ישראלית (Israeli Bill of Rights). **פס"ד בנק המזרחי** שכונן את המהפכה, קבע כי חוק רגיל של הכנסת אינו יכול לפגוע בזכויות החוקתיות שבזכויות היסוד, אלא אם הוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה:

- א. הפגיעה היא בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו.
 - ב. החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.
 - ג. החוק נחקק לתכלית ראויה.
 - ד. פגיעתו של החוק בזכויות האדם החוקתיות, אינה עולה על הנדרש.
- מכאן, שהמשטר החוקתי שלאחר חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992, מבוסס על שלושה שלבים חוקתיים-פרשניים:
- א. **בשלב הראשון** נבחנת השאלה האם החוק או פעולה אחרת פוגעים בזכות אדם חוקתית. במידה והתשובה חיובית, עוברים לשלב הבא.
 - ב. **בשלב השני** בוחנים האם החוק עומד בכל ארבעת התנאים המצטברים של פסקת ההגבלה. אם החוק עומד בכל ארבעת התנאים באופן מצטבר, הרי שהוא חוקתי.
 - ג. **בשלב השלישי** נבחנת השאלה מה תהיה התוצאה; מהי התרופה במידה ויתברר שהחוק פוגע בזכויות אדם מבלי לעמוד בכל תנאי פסקת ההגבלה.

2. השפעת המשפט החוקתי על דיני ראיות

תהליך החוקתיזציה של המשפט הישראלי עורר את השאלה איזו השפעה ראוי שתהא למהפכה החוקתית על דיני הראיות. הגישה הרווחת, שנתמכת גם בפסיקות ביהמ"ש העליון, היא כי עקרונות המשפט החוקתי חולשים גם על דיני הראיות. מכאן, שניתן וראוי לפנות לערכי היסוד החוקתיים הנגזרים מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לצורך פירוש כללים ראיתיים שנקבעו בחוק או בפסיקה. **לפי הנשיא ברק בפס"ד גנימאת**, משמעות החוקתיזציה היא השפעה של ההסדרים החוקתיים בעניין זכויות האדם, וזכויות האדם עצמן, על כל ענף משפטי ונורמה משפטית. כך כאמור גם בדיני הראיות, שעוסקים בזכויות חוקתיות של הנאשם, של הקורבן הפלילי, ושל בעלי הדין בהליך האזרחי, ומהווים חלק משיח הזכויות החוקתי הכללי. חשוב לציין כי המשפט החוקתי משפיע באופן ישיר ועקיף גם על המשפט המהותי, וגם על המשפט הפלילי הדיוני (סד"פ ודיני הראיות). המיקוד בספר זה הוא בדיני הראיות בלבד.

3. השלב הראשון של הבחינה החוקתית: פגיעה של דיני ראיות בזכויות חוקתיות

כללים ראיתיים רבים עלולים לפגוע בזכויות חוקתיות מפורשות המנויות בחוקי היסוד או בזכויות נגזרות. פגיעה שכזו, מהווה בסיס לביקורת שיפוטית-חוקתית מצד ביהמ"ש על חוקיותם של כללים אלו. הזכות להליך הוגן היא זכות נגזרת, המהווה גם "זכות מסגרת" ובסיס לגזירה של זכויות דיוניות רבות של החשוד והנאשם. זכות זו חולשת על ההליך כולו (על כל ההסדרים הדיוניים והראיתיים שבו), וכוללת זכויות רבות מתחום סדרי הדין ודיני הראיות. שני היבטים לזכות להליך הוגן:

- א. **צדק דיוני**. הגנה על טוהר ההליך השיפוטי, הבטחת פרוצדורה הוגנת וערובות דיוניות להגנותו של ההליך הפלילי כלפי הנאשם.
- ב. **צדק מהותי**. קיום הליך המצמצם סיכוני שגיאה בהכרעת הדין.

הזכות להליך הוגן היא זכות אדם הנגזרת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיא הוכרה כ"זכות יסוד חוקתית ראשונה במעלה". הפסיקה הכירה בחשיבות הזכות עוד בטרם נחקק חוק היסוד, אך כאמור כיום הזכות זוכה למעמד חוקתי, תוך שהיא נשענת על הזכויות החוקתיות לחירות ולכבוד. המשמעות בפועל להכרה בזכות להליך הוגן "כזכות בת", היא היכולת לראות בה "כלי ליישום העקרונות החוקתיים במשפט הפלילי", וכלי לפרשנות הוראות והסדרים בדיני הראיות. כך למשל, פגיעה חמורה בזכותו של הנאשם להליך הוגן, שלא בהתאם לפסקת ההגבלה, יכולה לגרום בנסיבות מסוימות לפסילת הראיה הכרוכה בה, או להקלה בעונש הנאשם. בנסיבות חריגות וקיצוניות אף לגרום לביטולו של כתב האישום. פגיעה בזכות השתיקה או פגיעה בזכות ההיוועצות והייצוג למשל, הן ביטוי מובהק לזכות להליך הוגן. **בעניין אלזם** לדוגמה, ביהמ"ש פסל הודאת נאשם וזיכה אותו, לאחר שזכויותיו אלו נפגעו.

רק פגיעה משמעותית בזכות להליך הוגן תעלה כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם. "פגיעה משמעותית" תיבחן לפי **סוג הפגיעה ועוצמת הפגיעה**. כך, פגיעה בזכות דיונית "ראשונה במעלה" תעלה כדי פגיעה בכבוד האדם וחירותו, גם אם זוהי פגיעה קלה. מנגד, רק פגיעה **באופן ניכר** בזכות דיונית שולית, יכולה להוביל למסקנה כי מדובר בפגיעה חוקתית. **בפס"ד גדבאן השופט הנדל** תיאר את תהליך בחינת סוגה ומידתה של הפגיעה בזכות:

א. יש לבדוק מהי הזכות שנפגעה. **זהו המבחן הראשון בחשיבותו.**

ב. יש לבדוק באיזו מידה נפגעה הזכות.

ככל שהפגיעה בהליך הוגן נוגעת יותר לכבוד האדם וחירותו, כך יוענק לה משקל רב יותר. לצד זאת, חשוב לזכור כי ככל זכות, גם הזכות להליך הוגן אינה מוחלטת, וניתן לפגוע בה בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה. בנוסף, לא כל הזכויות הדיוניות זכו למעמד חוקתי, באופן שפגיעה בהן עולה כדי פגיעה בכבוד האדם וחירותו.

4. השלב השני של הבחינה החוקתית: חוקתיות הפגיעה בזכויות (בדיקת תנאיה של פסקת ההגבלה)

הוראות דיני הראיות הפוגעות בזכויות אדם חוקתיות יהיו כדין אם יעמדו בארבעת התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה שבס' 8 לחו"י **כבוד האדם וחירותו**. להלן תנאי פסקת ההגבלה:

א. **התנאי הראשון: הפגיעה בזכות נעשתה בחוק (או מכוח הסמכה מפורשת בו)** – פגיעה בזכויות חוקתיות תיעשה כדין רק באמצעות חוק ראשי של הכנסת או מכוח הסמכה מפורשת בו. דיני הראיות בישראל היו מוסדרים בעבר בפקודת העדות, אשר נוסחה מחדש בפקודת הראיות ובהוראות חוק אחרות. עם זאת, ישנם כללים ראייתיים רבים שנקבעו בפסיקה. מאחר ואין חקיקה ממצאה של דיני הראיות, אין מן הנמנע שכללים ראייתיים רבים, לרבות קבילות ופסילה, יתגבשו ע"י בית המשפט.

ב. **התנאי השני: החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל** – חוק הפוגע בזכויות חוקתיות חייב להלום את ערכיה של מדינת ישראל. בהתאם לסעיפי המטרה שבחוקי היסוד, ערכיה של מדינת ישראל הם ערכיה כמדינה **יהודית ודמוקרטית**. בשונה ממדינות העולם ישראל היא גם מדינה יהודית- אך נקבע שזה לא מכווון להיבט דתי, אלא להיבט של מורשת יהודית במובנה הציוני. ככלל, דיני הראיות שתפקידם לקבוע כללים ראייתיים אשר יאפשרו חשיפה של האמת, או למנוע הכרעה שגויה, צריכים להלום את ערכיה של מדינת ישראל הן כמדינה יהודית וכן כמדינה דמוקרטית. כלל כזה שלא יהלום את שני ערכיה, צפוי להיפסל.

ג. **התנאי השלישי: החוק נועד לתכלית ראויה** – כדי להוכיח שפגיעה בזכות חוקתית היא כדין, יש להראות שהחוק הפוגע "נועד לתכלית ראויה". על מנת להוכיח זאת יש להראות כי הכלל הראייתי מגן על ערך חברתי חשוב או מקדם אותו. **לדיני הראיות יש תפקיד כפול:**

- לקבוע כללים המאפשרים להגשים את תכליותיו של הדין המהותי.

- להגשים תכליות וערכים נוספים אשר לחברה יש אינטרס בהגשמתם.

ד. **התנאי הרביעי: הפגיעה בזכות החוקתית אינה עולה על הנדרש (דרישת המידתיות)** – יש להוכיח כי הפגיעה בזכויות היא מידתית, כלומר שהפגיעה אינה עולה על הנדרש. דרישת המידתיות או היחסיות היא כיום הסטנדרט העיקרי להכרעה משפטית בהתנגשויות שבין ערכים ואינטרסים נוגדים במשפט הציבורי של מדינות

דמוקרטיה רבות. צריך להראות שהכללים שנקבעו לצורך הגשמת יעדים מסוימים של ההליך השיפוטי נדרשים לשם הגשמת אותם יעדים. הוראה ראייתית תיחשב מידתית אם היא מקיימת במצטבר את שלושת מבחני המשנה הבאים:

1. **מבחן האמצעי הרציונלי (מבחן ההתאמה)** – הדרישה היא כי יהיה בכוחו של האמצעי שנבחר בחוק כדי להגשים את המטרה שביסוד החוק. כלומר, שהאמצעי ישיג את המטרה. אם הכלל הראייתי אינו האמצעי הרציונלי והמתאים להשגת מטרת החוק, הוא צפוי להיפסל כבלתי מידתי וכפוגע שלא כדין בזכויות חוקתיות.
2. **מבחן הצורך (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה)** – המחוקק נדרש לבחור מבין האמצעים המגשימים את מטרתו הראויה של החוק הפוגע – באותו אמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא פחותה. אם יש חלופה פוגעת פחות- ויש בכוחה להגשים את המטרה בלי לפגוע כלל בזכות אדם או תוך פגיעה מועטה יותר- על המחוקק לבחור בחלופה זו. **כלל ראייתי הפוגע בזכות חוקתית, אשר אינו מקיים את עקרון השיירות האמור, כפוף לביקורת שיפוטית וצפוי להיפסל.**
3. **מבחן התוצאה המידתית (מבחן המידתיות במובן הצר) – המבחן החשוב ביותר!** לפיו נדרש יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהגשמת התכלית לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית. מבחן המעמיד תועלת מול נזק. על פי מבחן זה יש להראות כי התועלת הנובעת מהכלל הראייתי הפוגע, מהשימוש בו לשם קידום המטרה, גבוהה יותר מהנזק שהוא מסב למי שזכותו נפגעת. **יש לעשות איזון בין טובת הפרט לטובת הכלל**. מבחן זה בעל היבט ערכי מובהק. **חשין** טוען כי ראוי שהוא יכונה מבחן המידתיות 'במובנו הערכי'. בהקשר של דיני ראיות ראוי לבחון האם הכלל הראייתי מקיים יחס ראוי בין התועלת שצומחת ממנו לבין מידת פגיעתו בזכויות חוקתיות של מי מבעלי הדין או בערכים חברתיים אחרים. כלל ראייתי שלא יעמוד במבחן הנ"ל עלול להיפסל ולהיחשב לבלתי חוקי.

5. השלב השלישי של הבחינה החוקתית: התרופה בגין פגיעה של כדין בזכות חוקתית

- דיני הראיות הפוגעים בזכויות אדם חוקתיות שלא בהתאם לפסקת ההגבלה אינם חוקיים. מה התוצאה של כך? יש סעדים ותרופות. בשלב זה נבחנת השאלה האם ההוראה הבלתי חוקתית בטלה? והאם הבטלות היא מוחלטת יחסית? כאשר ביהמ"ש קובע שהוראה ראייתית פוגעת שלא כדין בזכות חוקתית, ישנם מספר סעדים אפשריים:
1. הסעד המתבקש באופן טבעי הוא פס"ד הקובע שהוראה זו בטלה חלקית או מלאה (מלאה- נחשב סעד קיצוני מאוד). בדרכי יש לנהוג בהתאם ל"עקרון ההפרדה"- לפיו, לעיתים אין הצדקה לביטול דבר חקיקה שלם, כאשר הנורמה הפוגעת בזכות חוקתית היא רק אחת הנורמות הקבועות באותה חקיקה. במקרים כאלה, **על השופט להפריד בין החלק הנורמטיבי הבטל הפוגע בזכות החוקתית, לבין החלק הנורמטיבי התקף**. מטרת העיקרון: לשמור ככל האפשר על דבר החקיקה של המחוקק ולהפחית התערבות בו, למידה הנחוצה להגנה על זכויות אדם. **סעד הפרדה הוא אפשרי ורצוי כאשר עומד על הפרק חוק שבו רק חלק מההוראות פוגעות בזכויות חוקתיות.**
 2. סעד נוסף לפגיעה בזכות חוקתית: פסילה של ראייה אם קבלתה או אופן השגתה פוגמת בזכויות יסוד חוקתיות. בהתאם לדוקי בדבר הפסילה הפסיקתית שנקבעה **בפרשת יששכרוב**, שיקול הדעת לפסילת ראייה מסור לביהמ"ש, ובכלל הודאת חוץ של נאשם אשר הושגה שלא כדין ע"י רשויות האכיפה. התנאי הוא שקבלת ראייה כזו תפגע באופן מהותי בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה. דוקטרינה הפסילה הפסיקתית חלה רק במשפט הפלילי, במשפט האזרחי טרם פותחה דוקי כזו. עם חקיקת חוקי היסוד, התעורר צורך אמיתי לקיים חשיבה מחודשת בשאלת קבילותן של ראיות בכלל ושל הודאות בפרט, שהושגו שלא כדין. לכן נפסק בפרשת יששכרוב כי יש לשנות את כובד המשקל הפרשני, מהתכלית ששלטה עד לאותו זמן של **חקר האמת ולחימה בעבריינות** לעבר תכלית של **הגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו**. מאיזון בין התכליות הללו ביהמ"ש אימץ את דוק הפסילה הפסיקתית היחסית. לפיה, ביהמ"ש יהיה רשאי להכריע בנוגע לקבילותה של ראייה שהושגה שלא כדין בנסיבות של כל מקרה לגופו ובהתאם לאמות

מידה מנחות. ביהמ"ש מבקש למצוא איזון ראוי בין הערכים המתנגשים והתכליות: הגנה על זכויות הנאשם ושמירה על הגינות הליך הפלילי וטוהרו מחד, לבין הערך של גילוי האמת, הלחימה בפשיעה וההגנה על שלום הציבור וזכויותיהם של נפגעי עבירה, מאידך. משכך, עניינן של אמות מידה אלה לא רק באופייה ובחומריתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה, אלא גם במידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה וכן בשאלת הנזק מול התועלת הכרוכים בפסילת הראיה.

3. סעד נוסף יכול להימצא בדוקטרינה של "הגנה מן הצדק" – למהפכה החוקתית ובעיקר לזכות לחירות שמעוגנת בחו"י כבוד האדם וחירותו, יש השפעה על מידת תחולתה של הגנה מן הצדק. **נקדימון** כתב על כך בספרו: לאחר המהפכה החוקתית ניתן להציב בבסיס ההגנה מן הצדק מודל חוקתי. לפי מודל זה, ההגנה מן הצדק היא סעד חוקתי, המוענק לנאשם במשפט הפלילי.

השאלה אם עומדת לנאשם "הגנה מן הצדק" כלפי האישום שהוגש נגדו, תוכרע באמצעות קביעת היקף הזכות החוקתית שעומדת על הפרק ובאמצעות קביעת מידת ההגנה עליה הנדרשת בנסיבות העניין. מלומדים נוספים סבורים כי ההגנה מן הצדק היא הגנה חוקתית שנועדה להגשים את זכות היסוד החוקתית של הנאשם להליך ראוי.

בפרשת חייבטוב השופט מלצר ציין כי מאז שנכנס חו"י כבוד האדם למשפטנו ברמה החוקתית, כוחו של ביהמ"ש ליישם את ההגנה הזו נגזר מהזכות לחירות אישית (ס'5 לחוק) או מהזכות לכבוד (ס'2). בנוסף ההגנה מן הצדק נשענת על הזכות להליך הוגן הנלמדת מהזכות לכבוד. על כן ההגנה מן הצדק מכוונת עצמה לנאשם, להגינות ההליך כלפיו ולצדק ומקנה עדיפות לערכים אלה על פני הצורך בהרשעה.

פגיעה בזכות הנחקר או הנאשם להליך הוגן, או הפרה של זכויותיו לחירות או לכבוד, צריך שתעמודנה בתנאי פסקה ההגבלה בס' 8 לחוק. הגנה מן הצדק היא תרופה למקרים של כשל בקיום הדרישות הללו. הסעד הזה מתבקש גם מס'11 לחוק היסוד לפיו כל רשות שלטונית חייבת לכבד את הזכויות המוכרות בחוק היסוד. עקב כך נפסק כי חקירות הפוגעות בזכויות חוקתיות הן פסולות מעיקרן, ותוצאתן היא ביטול האישום, בין אם היו ראיות נוספות ובין אם לא.

בהתאם **להלפת בורוביץ** טענה בדבר הגנה מן הצדק צריך שתצלח שלושה שלבים כדי שתתקבל:

1. יש לזהות את הפגם ולסווג את עוצמתו כחמור.
2. יש לערוך איזונים בין האינטרסים הרלוונטיים הנוגדים, ולהעדיף עקרונות של צדק והגינות משפטית על פני הצורך במיצוי הדין.
3. יש להתאים את הסעד לליקוי.

בנסיבות מסוימות, פגיעה בתחושת הצדק וההגינות וקבלת הטענה של הגנה מן הצדק עשויות להוביל גם להקלה בעונשו על הנאשם. בהתאם לגישה זו, אין לבחון את העילות המצדיקות טענה של הגנה מן הצדק רק בפרספקטיבה של ביטול האישום, כאמור בס'149 לחוק לחסד"פ, אלא יש לשקול אותן גם בעת בחינת קבילותן של ראיות. עמדה זו נגזרת מ"דוקטרינת ההגנה מן הצדק הפסיקתית" שאינה מתבטלת מפני הטענה המקדמית (בס'149(10) לחסד"פ – לפיה רשאי נאשם לטעון לאחר תחילת המשפט כי הגשת כתב אישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית). **בפרשת חייבטוב** נאמר כי הדוק' ההלכתית בדבר פסילת ראיות היא עצמאית ומתבססת על מעמדה החוקתי הנכבד של הזכות להליך הוגן, הנגזרת מהזכויות המעוגנות בחו"י כבוד האדם, עם זו לדוק' זו גם זיקות לטענה של הגנה מן הצדק. על כן, במקרים מסוימים תהיה הצדקה שלא לבטל את הכרעת הדין מחמת הגנה מן הצדק, אלא לשקול את הפגיעה שנגרמה לצורך גזר הדין ולהקל בעונשו של הנאשם.

6. פסקת שמירת הדינים

ס'10 לחו"י כבוד האדם נקרא סעיף שמירת הדינים וקובע כי אין בכוחו של חו"י לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חו"י. כלומר, חקיקה שהייתה לפני תחילת תוקפו של חו"י היא "מחוסנת" מפני ביקורת שיפוטית

חוקתית ואינה ניתנת לביטול. דברי חקיקה שחוקקו טרם כניסתו של חו"י לתוקף, ימשיכו לעמוד בתוקפם, **אך פרשנותם כן תיעשה ברוח חו"י החדשים**. מנגד, דברי חקיקה שחוקקו לאחר כניסתו של חו"י כבוד האדם (או תיקון), כפופים לביקורת שיפוטית וניתנים לביטול אם לא יעמדו בתנאי פסקת ההגבלה **בס' 8 לחו"י**.

7. התייחסות חוקתית להוראות ולכללים ראייתיים

הניתוח החוקתי יכול להשפיע על חוקתיותם של הסדרים שונים בדיני הראיות. הכותב מציע דיון חוקתי ראשוני בכמה הסדרים עיקריים בדיני הראיות:

א. רף ההוכחה הפלילי

ס' 34 לחוק העונשין קובע כי לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה, אלא אם כן היא הוכחה מעל לכל ספק סביר. זהו הרף בהליך הפלילי העומד על רמת וודאות של מעבר לכל ספק סביר. עם חקיקתו של **חו"י כבוד האדם וחירותו**, הורם מעמדו הנורמטיבי של רף ההוכחה וכעת מדובר בדרישה בעלת אופי חוקתי. משכך, רף ההוכחה של מעל לכל ספק סביר נגזר מעקרונות חוקתיים של חופש האדם והגנה על חירותו האישית מפני מעצר ומאסר ומפני פגיעה בכבוד האדם. רף ההוכחה משקף את התפישות היסוד החוקתיות והחברתיות במשפט הישראלי, והוא נתפש כשומר הסף של השיטה מפני הרשעות שגויות. עקרון חוקתי זה נועד להתמודד עם החשש להרשעת שווא אשר עלולה לשלול שלא כדין את חירותו של אדם ואת שמו הטוב. רף ההוכחה נועד להגן על זכויות הפרט ולרסן את כוח השלטון.

ב. חזקת החפות

החזקה המפורסמת ביותר במשפט הפלילי ומהווה עקרון יסוד אוניברסלי הנכלל בחוקות של מדינות רבות בעולם. חזקת החפות קובעת כי אדם נחשב לחף מפשע כל עוד לא הורשע בדין. אדם יהיה חף מפשע אלא אם כן הוכחה אשמתו בבית משפט. בישראל, עוגנה חזקת החפות כעיקרון יסוד בעל מעמד חוקתי מכוח הפסיקה אשר ראתה בה זכות הנכללת בחו"י כבוד האדם והיא נתפשת כחלק בלתי נפרד מזכותו של נאשם להליך הוגן. כללים ראייתיים העומדים בסתירה לחזקת החפות, או לזכויות אחרות הנגזרות ממנה (**ארבל בפס"ד מילשטיין** (מהערות שוליים)- זכות השתיקה נגזרת מחזקת החפות), עלולים להתבטל אם לא יקיימו את תנאיה של פסקת ההגבלה.

ג. זיכוי מחמת הספק

זיכוי מחמת הספק הוא מוסד מושרש ורווח במשפט הפלילי, יציר פסיקה וייחודי למשפט הישראלי. מאז שנקבע ועד היום, אפיינה הפסיקה הישראלית בשורה ארוכה של פסקי דין את הזיכוי מחמת ספק כ"**ספק זיכוי**" שבו נותר ספק בחפותו של נאשם. זיכוי מוחלט מושתת על קביעה פוזיטיבית כי הנאשם לא עבר עבירה. לעומת זאת, זיכוי מחמת הספק או זיכוי "טכני" מאופיין בהיעדר קביעה פוזיטיבית כי הנאשם לא עבר את העבירה. הזיכוי מחמת הספק מתנגש במובן מסוים עם חו"י כבוד האדם שלפיו אין פוגעים בכבודו של אדם או בקניינו אלא בחוק הנדרש לעמוד במבחני פסקת ההגבלה. זיכוי מחמת הספק אינו כורך עמו סנקציה עונשית פלילית כמו קנס או מאסר, וודאי שהוא לא משולל לגמרי תוצאה אופרטיבית כלשהי. השלכותיו של זיכוי מחמת הספק הן מגוונות וחשובות. זיכוי מסוג זה מצמיד אות קלון למצחו של הנאשם, ובכך פוגע בכבודו ובזכותו לשם טוב. הוא מצדיק שלילת שיפוי ופיצוי על מאסר שווא, אך תיתכן פגיעה בזכותו של המזוכה לשוויון ופגיעה בזכויותיו הקנייניות. הוא עשוי לשמש כעילה לדחיית מועמדותו של אדם למשרה ציבורית, ואף אין בכוחו לשמש מחסום בפני העמדתו של מי שזוכה, כאמור לדין משמעתי באותו עניין.

בזיכוי מחמת הספק יש גם משום פגיעה וכרסום בזכות השתיקה. יקשה לעלות על הדעת כי יהיה בידי ביהמ"ש לקבוע ממצאים מוחלטים של חפות בהיעדר גרסה מפורטת מצד הנאשם. הזיכוי מחמת הספק פוגע גם בזכות להליך הוגן, לה מעמד חוקתי. ההליך הפלילי מיועד לברור האשמה, ולא לקביעת החפות. ממטרת ההליך הפלילי נגזרים כללי המשחק ובראשם הכלל שלפיו הנאשם יוצא ידי חובתו בהטלת ספק בלבד בתרחיש האשמה הנטען על ידי התביעה, ואין הוא נדרש להוכיח פוזיטיבית את חפותו. יוצא אפוא כי הנאשם מחד גיסא, נוטל לעצמו חירות להכריע באשר להסתברותה של מידת חפותו. בעצם החלטתו לזכות את הנאשם מחמת הספק, מרחיב ביהמ"ש את החזית העובדתית אל מעבר לזו שעמדה לפניו לדיון, בלי שהיה לאל ידו של הנאשם להתגונן מפני מסקנות אלה, להפריכן או לערער עליהן.

חוקי היסוד מכירים בשימורם של מוסדות שהתפתחו לו קודם, אך הוא מחייב שינוי של הגישה הפרשנית באשר אליהם. יובהר שלמרות שחוקי היסוד שומטים לדעתו של הכותב את בסיסיו ואת הצדקותיו של הזיכוי מחמת הספק, הם מחייבים, לכל הפחות, לאמץ נקודת מבט חדשה לבחינת מסגרתו והסדריו של מוסד זה, ועיצובם מחדש. לכך יש להוסיף את ההלכה המושרשת ולפיה אין לנאשם זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק (פרשות ברו, סופיוב, אשר, גלעד). כך, קשה לחלוק על הטענה לפיה בנסיבות שבהן ראוי לנאשם להיות מזוכה זיכוי מוחלט ומלא, יש בזיכוי מחמת הספק בלבד משום פגיעה של ממש בכבודו, שמשמעה פגיעה בזכות יסוד שהוענק לה מעמד חוקתי מיוחד. בנסיבות כאלה, שלילת האפשרות להעמיד את טיב הזיכוי לבחינתה של ערכאת הערעור אינה ניתנת להצדקה, ויש בה כדי להעמיד את הנאשם שזוכה מחמת הספק במצב גרוע ממצבם של נאשמים אחרים, ואולי אף מזה של עד שאינו צד להליך.

בעניין גלעד, דחה **השופט לוי** את טענת המערער כאילו יש מקום, בעקבות חקיקתם של חוקי היסוד, לשינוי ההלכה המונעת ערעור על זיכוי מחמת הספק. ואולם זאת, לדעת הכותב, השופט הכריע כך על בסיס ההנחה כי "משמעותו של זיכוי מחמת הספק זהה למשמעותו של זיכוי מוחלט" (בניגוד למה שהכותב חושב).

ד. המעבר מקבילות למשקל

בעשורים האחרונים קיימת במשפט הישראלי (הפלילי והאזרחי), מגמה עקבית של מעבר מכללי קבילות לכללי משקל. הגישה אומצה בפסיקה, והפכה לכלי פרשני (מכריע לעיתים) של דיני הראיות המודרניים (לדוגמה, מעבר מכללי פסלות ראיות לאור חוסר קבילותו, לכללי משקל הראייה). גישה זו מבקשת להעמיד את עקרון ההערכה החופשית ולצמצם את כבילת שיקול הדעת השיפוטי, באמצעות הצבת כללים טכניים של קבילות. בהתאם לכך, יש לבחון את מהימנות הראייה ומשקלה לגופה, ולא לחסום את דרכה לבית המשפט מלכתחילה. למעשה, הגישה מחייבת מתן פירוש מרחיב לדיני הראיות, המכשיר את קבילותן של הראיות.

מנגד, קיימת גישה המתנגדת לביטול כללי הקבילות ומעבר לכללי משקל (או לכל הפחות מבקשת להצר את מידת המעבר הרצויה). גישה זו סבורה שיש למנוע את הכניסה של ראיות "בעייתיות" לביהמ"ש, כדי שלא תתרחש שגיאה שתוביל להרשעת שווא (במשפט הפלילי). לדעת **השופט הנדל** "מעבר מכללי קבילות למשקל, משול למעבר מסוים – מבחינת נטל ההוכחה – של המשפט הפלילי אל המשפט האזרחי." בשל כך, יש לנהוג בזהירות יתרה עם דיני הראיות באמצעות עמידה על "משמר הקבילות", ולבחון היטב איזו ראיה יכולה להיכנס בשערי המשפט. לדעה זו שותף גם **השופט ריבלין**, שסבר שהמעבר מגמיש את שיקול דעת השופט "עד למחוזות רחוקים", וגם **השופט לוי** שעמד על החשש מפני טעות בהכרעת הדין שעלולה להיגרם כתוצאה מכך. בהתאם לגישה זו, ישנם עניינים שיש להגן עליהם בכללי קבילות נוקשים, ולא ראוי שיחסו ויוגנו תחת "כנפיה הדקות של שאלת המשקל לבדה".

תמיכה בגישה המתנגדת למעבר מכללי קבילות לכללי משקל, ניתן למצוא גם בספרות המשפטית. לדעת **אלכס שטיין**, גישה זו היא בניגוד "לערכי היסוד של השיטה". לדעתו, ביטול כללי הקבילות יכול לפגוע בזכויות היסוד של הנאשם, ובראשן הזכות להליך הוגן והגנה מפני הרשעה שגויה. החשש הוא שבתי המשפט יתבססו בהכרעותיהם על ראיות "מפוקפקות" שיובילו להכרעות שגויות. מעבר מכללי קבילות לכללי משקל לדידו של שטיין, עלול לעלות כדי פגיעה בלתי מידתית ואסורה בזכויות חוקתיות.

ה. עדות שמועה וחריגה

הכלל הפוסל עדות שמועה מיושם בשלב בחינת קבילותן של הראיות במשפט, ומשתייך אליו. לפי כלל זה, ראיות שאינן נמסרות מכלי ראשון תיפסלנה כראיה לאמיתות תוכנן, לאור היעדר אפשרות לצד שכנגד לבחון את אמיתותן בדרך של חקירה נגדית. בחינה של אמיתות תוכן הראייה בהיעדרו של העד המקורי היא קשה, ויכולה להביא לפגיעה בביורר העובדות החיוניות להכרעה המשפטית.

לכלל זה ישנם **חריגים סטטוטוריים** הקבועים בחוק, ו**חריגים פסיקטיים** שהם פרי יצירת הפסיקה. למשל: אמירותיו של קורבן אלימות; אמירותיו של שכיב מרע; אמירות שהן חלק מאירוע; אמירות בניגוד לאינטרס; תעודות ציבוריות ואחרות; עדות שנגבתה בחו"ל; עדות שנגבתה בגבייה מוקדמת; אמרת חוץ של עד; הכלל בדבר ריענון הזיכרון; הכלל בדבר הקפאת הזכירה שבעבר ועוד. הטיעון המרכזי "המכשיר" חריגים אלו, הוא כי בשל

אופיים המיוחד טמונים בהם ביטחונות אחרים למהימנותם, אשר מסירים את מרבית החששות הקיימים כלפי עדות השמועה.

האפשרות המוקנית לנאשם לחקור את עדי התביעה בחקירה נגדית היא **זכות יסודית מושרשת**, שהוכרה כזכות דיונית "ראשונה במעלה" כחלק מזכות הנאשם להליך הוגן, וכמכשיר יעיל לגילוי האמת. אפשרות זו מקנה דרך לנאשם – באמצעות עימות עם עדי התביעה ובחינת מהימנותם ואמינות גרסתם – להוכיח את חפותו. מכאן שניכר והחריגים שנקבעו לעדות השמועה (לעיל), עולים כדי פגיעה חוקתית בזכות הנאשם לחקירה נגדית, וכן בזכות החוקתית להליך הוגן. עם זאת, הפסיקה נחלקה בשאלת מעמדה הנורמטיבי של זכות החקירה הנגדית כזכות חוקתית. **בפס"ד חאגי' יחיא** למשל, **השופט גולדברג** סבר כי הזכות לחקירה נגדית לא מוכרת כזכות חוקתית; היא לא מעוגנת בחוק יסוד, ולא פורשה כחלק מכבוד האדם. מנגד, **השופט אלון** סבר כי מדובר על זכות יסודית לשם בירור האמת, היא נמנית עם הזכות להליך הוגן ובהתאם לכך, פגיעה בזכות זו תיחשב כפגיעה חוקתית. גם **השופט הנדל** ביקש להכיר בזכות החקירה הנגדית כחלק מהזכות להליך הוגן, וכבעלת מעמד חוקתי.

על כל פנים, לדעת המחבר את ההסדרים הקיימים, וביניהם גם את כללי הראיות המושרשים, יש לפרש באופן שיעלה בקנה אחד עם המשפט החוקתי. מכאן, שהיעדרה של חקירה נגדית פוגע בזכותו של הנאשם להליך הוגן, ללא קשר לשאלת טיבה של העדות או הראיה שבה מדובר. לאור חשיבותה של החקירה הנגדית כזכות יסודית מן המעלה הראשונה, גם אם לא מן המעלה החוקתית העליונה, ניתן לומר כי אמינות הראיה ונחיצותה לבירור האמת, חשובות ככל שיהיו, אינן חזות הכל.

1. חיסיון מפני הפללה עצמית

החיסיון מפני הפללה עצמית מקנה לכל אדם את הזכות להימנע מלהפיל את עצמו בפני רשויות אכיפת החוק (לרבות בית המשפט), ומלהעמיד את עצמו בסכנה של אשמה פלילית. זכות זו מעוגנת בפקודת הראיות ובפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), והיא משקפת העדפה של הגנה על הפרט מפני הפללה, על פני חשיפת האמת. במהלך השנים, היו ניסיונות שונים לעגן את הזכות לאי הפללה עצמית בחוק יסוד, כחלק מהחוקה, אך הדבר לא הסתייע. עם זאת, לדעת המחבר ניתן לטעון כי הזכות הינה זכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם. זכות זו היא למעשה מקור החובה של איש מרות להבהיר לחשוד, בטרם ימסור את גרסתו, כי הוא אינו חייב לומר דבר העלול להפיל אותו. המטרה בכך היא לוודא שהחשוד מודע לזכותו לאי-הפללה עצמית, וכי הוא ויתר במודע וברצון חופשי על זכותו זו בעת מסירת אמירתו. בנוסף, פגיעה בזכות לאי הפללה עצמית או פגיעה בזכות האזהרה על אודותיה – שלא בתנאי פסקת ההגבלה – יכולה לעלות כדי פגיעה בלתי חוקתית. לעקרון החסינות השפעה ישירה במובן של הזכות להליך הוגן של העומד לדין.

2. תוספות ראייתיות

ככלל, בית המשפט רשאי לקבוע חבות בהליך האזרחי או אשמה בהליך הפלילי, על-פי עדות יחידה. ואולם, קיימים חריגים בהם לצד העדות היחידה, נדרשת תוספת ראייתית בחומר הראיות על מנת לבסס הרשעה. הדין הפלילי הישראלי מבחין בין שלושה סוגים של תוספות ראייתיות הנבדלות באופיין ואיכותן: **סיוע**; **חיזוק**; **דבר-מה נוסף**.

א. **"סיוע"** – תוספת ראייתית מסבכת, אשר בכוחה לקשור את הנאשם לביצוע העבירה המיוחסת לו.

ב. **"דבר-מה נוסף"** – תוספת ראייתית שהיא מאמתת בלבד לעדות הטעונה תוספת, או לפרטים המנויים בה. נדרשת אך ורק לצורך הרשעה על סמך עדות יחידה שהיא הודאת חוץ של נאשם.

ג. **"חיזוק"** – תוספת ראייתית שהיא מאמתת בלבד לעדות הטעונה תוספת, או לפרטים המנויים בה. נדרשת בכל המצבים שבהם נדרשת תוספת מאמתת.

ההבדל בין "דבר-מה נוסף" ל-"חיזוק", נעוץ בסוג העדות הדורשת את התוספת המאמתת.

לדעת הכותב, ניתן לראות בתוספות הראייתיות כאמצעי נוסף להבטחת הזכות להליך הוגן, באופן בו נמנעת הסתמכות מלאה על עדות יחידה, שבמצבים מסוימים יכולה להביא להרשעה שגויה. מכאן, שביטול הדרישה לתוספת ראייתית או הסתפקות בתוספת ראייתית "קלה" עלולה, במקרים מסוימים, לעלות כדי פגיעה בזכות החוקתית של הנאשם להליך הוגן. במידה שהפגיעה תהיה בלתי מידתית, ההוראה אף תהיה בטלה.