חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים

מאת

רינת קיטאי*

1. **התפתחותה של חזקת החפות, טיבה וטעמי הביקורת כנגדה**; 1.1. מבוא; 1.2. רקע היסטורי; 1.3. טעמי הביקורת על חזקת החפות; 1.3.1. אי־השתלבותה של חזקת החפות בדיני החזקות כחזקה משפטית; 1.3.2. אי־התיישבותה של חזקת חפות עם ניהול חקירה ומשפט; 1.3.3. פגיעה בהליך של אכיפת החוק; 1.3.4. מטרת ההליך הפלילי כקובע אשמה ולא חפות; 1.3.5. חזקת החפות כמבטאת תפיסה מדינית ליברלית מוטעית; 1.4. בעייתיות אפיונה של חזקת החפות כחזקה עובדתית; 1.5. אפיונה של חזקת החפות כחזקה ערכית־נורמטיבית; 1.6. מודל ביניים של היעדר חזקת אשמה. 2. **ישימותה של חזקת החפות בהליכים הקודמים להכרעת הדין**; 2.1. תחולה רחבה של חזקת חפות מול צמצומה לנטל ההוכחה בפלילים ולמידתה; 2.2. בעייתיות החלתה של חזקת חפות פוזיטיבית והמרתה בהיעדר חזקת אשמה; 2.3. טעמיה של חזקת החפות בהליכים הקודמים להכרעת הדין; 2.3.1. חובת הוכחתה של האשמה; 2.3.2. נטרולו של מצג האשמה הלכאורי; 2.3.3. גזירתה של חזקת החפות מתורת מוסר פוליטי; 2.3.4. גזירתה של חזקת החפות מכבוד האדם; 2.3.5. פגיעה בהגנתו של הנאשם במהלך המשפט; 2.4. משמעותה של חזקת החפות ותפקידה בהליכים הקודמים להכרעת הדין; 2.5. השלכת החשד על חזקת החפות ושילוב הפן הערכי והפן העובדתי בחזקת החפות. 3. **אחרית דבר**.

* מרצה, המכללה האקדמית למשפטים. תודתי לפרופ׳ אלכס שטיין, לד״ר בועז סנג׳רו, לד״ר משה כהן־אליה, לד״ר יוסי דהאן, לד״ר יואב המר, לד״ר יובל מרין, לעו״ד מיכל אהרוני, לפרופ׳ רות גביזון וכן לקוראים אנונימיים ממערכת ״עלי משפט״ על הערותיהם המועילות לטיוטת מאמר זה. המאמר מבוסס על עבודת דוקטורט בנושא ״משמעות חזקת החפות מעבר למידת ההוכחה במשפט הפלילי״ בהנחייתו של פרופ׳ אלכס שטיין, שאושרה על־ידי האוניברסיטה העברית. הנני מודה לפרופ׳ שטיין על סיועו הרב והמועיל במהלך עבודת הדוקטורט. גרסה נוספת של מאמר זה פורסמה תחת הכותרת "Presuming Innocence" ב־ 257 (2002) *Okla. L. Rev.* 55(2).

1. התפתחותה של חזקת החפות, טיבה וטעמי הביקורת כנגדה

1.1. מבוא

במאמר זה אעמוד על חשיבותה של חזקת החפות, על תפקידה ועל טיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים. בהליכים אלה מתקבלות החלטות שלטוניות היכולות לשנות לרעה את מצבו של אדם הנחשד, או המואשם, בביצועה של עבירה פלילית, כדוגמת מעצר או חיפוש בגופו, בכליו או בחצריו. החלטות אלו מתקבלות בתנאים של אי־ודאות בלא שניתן לדעת מראש אם החשוד, או הנאשם, אשם בביצוע העבירה המיוחסת לו, או שמא חף מפשע. חזקת חפות פוזיטיבית, הנתונה לכלל החשודים והנאשמים, היא כלל הכרעה האמור להדריך את רשויות השלטון בעת קבלת החלטות בעניינם.

כפשוטו של ביטוי, חזקת החפות קובעת כי אדם נחשב חף מפשע כל עוד אשמתו לא נקבעה על־ידי בית־משפט מוסמך. הגם שנראה לכאורה כי מדובר בעיקרון לא מורכב במיוחד, המשמעות של חזקת החפות מעוררת קשיים תאורטיים ומעשיים רבים. קיימת אי־בהירות, ואף מחלוקת, לגבי טיבה של חזקת החפות כחזקה עובדתית או ערכית־נורמטיבית, לגבי תוכנה והיקפה וכן לגבי התוצאות הנובעות ממנה[1]. עיקר

1 E. Elibol *Die Vermutung der Unschuld im deutschen und türkischen Strafverfahren* (Germany, 1965) p. 31; H. Frister *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts* (Germany, 1988) pp. 84-85; R.J. Köster *Die Rechtsvermutung der Unschuld* (Germany, 1979) p. I; J.L. Rodri'iguez *Die Unschuldvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft* (Germany, 1995) p. 43l; M. Schubarth *Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldvermutung* (Switzerland, 1978) p. 2; E. Kern & C. Roxin *Strafverfahrensrecht* (Germany, 1976) p. 53; W. Gropp "Zum verfahrenslimitierenden Wirkungsgehalt der Unschuldvermutung" 46 *JZ* (1991) 805; P. Mrozynski "Die Wirkung der Unschuldvermutung auf spezialpräventive Zwecke des Strafrechts" 33 *JZ* (1978) 255, p. 256; M.R. Damaska *The faces of Justice and State Authority* (U.S., 1986) p. 1; M.L. Friedland *Detention before Trial* (Canada, 1965) pp. 172-173; U. Raifeartaigh "Reconciling Bail Law with the Presumption of Innocence" 17 *Oxford J. of Leg. Stud.* (1997) 1, p. 4; D. Kiselbach "Pre-Trial Criminal Procedure: Preventive Detention and the Presumption of Innocence" 31 *The Crim. L. Q.* (1989) 168, pp. 175-178; G.H.L. Fridman "Standarts of Proof" 33 *Canadian Bar Rev.* (1955) 665, pp. 667-670; P.J. Schwikkard *Presumption of Innocence* (South Africa, 1999) pp. 35-39. ראו את הוויכוח בין תפיסה צרה של חזקת החפות לתפיסה רחבה שלה בדיוני ועדת המשנה לזכויות אדם בסנאט האמריקני, בהצעת החוק לאפשר מעצר למניעת ביצוע עבירות נוספות על־ידי חשודים ונאשמים במחוז קולומביה: Preventive Detention

הבעייתיות באשר לתפקידה של חזקת החפות ולמשמעותה מתעוררת בהליכים הקודמים להכרעת הדין. אשר להכרעת הדין, הרי שלגביה קיים כמעט קונסנסוס בדבר השלכותיה של חזקת החפות על נטל ההוכחה ומידתה, שלפיו על התביעה במשפט פלילי מוטל הנטל להוכיח את אשמתו של הנאשם מעבר לכל ספק סביר כתנאי להרשעתו ולענישתו[2].

במאמר זה אנסה לבסס טיעון בדבר הכרחיותה של חזקת חפות פוזיטיבית בשלבים הקודמים להכרעת הדין כנגזרת מתורת מוסר פוליטי ומכבוד האדם. אראה כי חזקת חפות פוזיטיבית עדיפה על פני מודל ניטרלי, שאין בו כלל הכרעה מנחה של חפות או של אשמה, הישים לגבי כלל החשודים והנאשמים. לשם בחינתה של חזקת החפות אעמוד על טעמי הביקורת שנמתחה כנגדה ועל טיבה כחזקה עובדתית או ערכית־נורמטיבית. אטען כי כדי ליישם את חזקת החפות בהליכים הקודמים להכרעת הדין יש הכרח לשלב בין הפן העובדתי המגולם בה לבין הפן הערכי־נורמטיבי. במאמר זה לא אעמוד על מכלול השלכותיה המעשיות של חזקת החפות על הדינים הנוגעים להליכים הקודמים להכרעת הדין, כמו דיני החקירה והמעצר, אלא אתמקד בתפקידה ובטיבה הנורמטיביים בהליכים אלה. תפקידה וטיבה הנורמטיביים של חזקת החפות יוכלו ללמד גם על השלכותיה המעשיות בהליכים הקודמים להכרעת הדין. במאמר אציג

Hearings before the Subcommittee on Constitutional Rights (U.S., 1970) pp. 26-27, 41, 295, 367-368.

2 J. Kokott *The Burden of Proof in Comperative and International Human Rights Law* (The Netherlands, 1998) p. 126; H.U. Paeffgen *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft – Rechts* (Germany, 1986) p. 45, 51; Elibol (**לעיל, הערה 1**), עמ׳ 44; Rodri'guez (**לעיל, הערה 1**), עמ׳ 1, 79; J. Vargha *Das Strafprocessrecht* (Germany, 2nd ed., 1907) p. 40; K. Moser *In dubio pro reo* (Germany, 1933) p. 76-77; Schubarth (**לעיל, הערה 1**), עמ׳ 3; G. Bettiol *Istituzioni di diritto e procedura penale* (Italy, 1966) p. 215; J. Sicard *La preuve en Justice* (France, 1960) p. 381; S. Trechsel "Structur und Funktion der Vermutung der Schuldlosigkeit" 77 *SJZ* (1981) 317, p. 319; Kern & Roxin (**לעיל, הערה 1**), עמ׳ 53; F. Carrara *Opuscoli di diritto criminale* (Italy, 1881) vol. 5, p. 18-19, רואה את דרישת ההוכחה המלאה כנובעת מחזקת החפות; Huber, אצל J. Hatchard, B. Huber & R. Vogler *Comperative Criminal Procedure* (England, 1996) p. 107; S.E. Sundby "The Reasonable Doubt Rule and the Meaning of Innocence" 40 *Hastings L.J.* (1989) 457, p. 458; W.S. Laufer "The Rhetoric of Innocence" 70 *Washington L. Rev.* (1995) 329, pp. 333-334; ד׳ ביין ״ההגנה החוקתית על חזקת החפות״ **עיוני משפט** כב (תשנ״ט) 11; ע״פ 1/48 **סילוסטר נ׳ היועץ המשפטי**, פ״ד א 5, עמ׳ 19: ״...במקרה של ספק ייהנה הנאשם מן הספק, כי כל אדם בחזקת כשרות״. לדעה שונה בדבר הקשר בין חזקת החפות לבין מידת ההוכחה הגבוהה ראו L.B. Schwartz "Innocence – A Dialogue with Professor Sundby" 41 *Hastings L.J.* (1989) 153, p. 156.

מודל ״נקי״ של חזקת החפות כעיקרון מוחלט. השאלה אם ניתן בנסיבות מסוימות לאזן בין חזקת החפות לבין ערכים ואינטרסים מנוגדים, לא תידון במאמר זה.

1.2. רקע היסטורי

חזקת החפות היא כיום עקרון יסוד במשפט הפלילי והחוקתי כאחד[3]. היא מקובלת כמובנת מאליה בכל המדינות הדמוקרטיות[4] ואף במרבית מדינות העולם[5]. אולם אין מחלוקת כי במקומות רבים במהלך תקופות שונות בהיסטוריה לא נהנו חשודים ונאשמים מכל הנחה של חפות[6]. הכתיבה הנוגעת למקור צמיחתה של חזקת החפות ולאופן התפתחותה הנה דלה באופן יחסי, ומתאפיינת, לעתים קרובות, בהנחות אקסיומטיות, ללא ניסיון לתמכן בעובדות היסטוריות[7]. לדעת השופט מנחם אלון, חזקת

3 Frister (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 13; P. Merle & A. Vitu *Les Presomptions Legales en droit penal* (France, 1970) p. 6; Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 139; D. Krauss "Der Grundsatz der Unschuldvermutung im Strafverfahren" in: H. Müller Dietz (ed.) *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik* (Germany, 1971) p. 153; C.K. Allen *Legal Duties* (England, 1931) p. 253; *R. v. Oakes* (1986) 1 S.C.R. 103, pp. 119-121.

4 Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 1; G. Bellavista & G. Tranchina *Lezioni di diritto processuale penale* (Italy, 9th ed., 1984) p. 228; M.J. Essaid *La pres'omption` 'innocence* (Marocco, 1971) p. 17; G.P. Fletcher "Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuation Practices in Criminal Cases" 77 *The Yale L.J.* (1968) 880; J.C. Smith "The Presumption of Innocence" 38 *Northern Ireland Legal Q.* (1987) 223, p. 224; M. Hor "The Presumption of Innocence – A Constitutional Discourse for Singapore" *Singapore J. of Leg. Stud.* (1995) 365, p. 366.

5 Rodri'iguez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 804; Damaska (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 27; Gropp (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 1; Essaid (**לעיל**, הערה 4), עמ׳ 25; Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 62-63. ראו הפירוט המופיע לאחר עמ׳ 137 בספרו של Köster (**לעיל**, הערה 1), ובו רשימה של 112 מדינות המכירות בחזקת החפות, כאשר ביותר ממחציתן מעוגנת חזקת החפות בחוקה. לרשימה מלאה של המדינות המכירות בחזקת החפות ראו עוד את סקירתו המקיפה של Rodri'guez, עמ׳ 27-42, וכן לפירוט המדינות הכוללות בחוקותיהן את חזקת החפות: C. Bassiouni "Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections And Equivalent Protections in National Constitutions" 3 *Duke J. Com. & Int'l. L.* (1993) 235, pp. 265-267.

6 Bellavista & Tranchina (**לעיל**, הערה 4), עמ׳ 228; Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 52; Allen (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 264; H. Buzzard, R. May & M.N. Howard *Phipson on Evidence* (England, 12th ed., 1976) § 2128. Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 14, 21, עומד על חוסר ההבנה מצד כותבים שונים את טיבה של חזקת החפות בימי הביניים. הבנה כזו מסבירה, לדבריו, מדוע לא היה בחזקת החפות בתקופה זו כדי להגן על חשודים ונאשמים.

7 מחקר מקיף ייחודי מסוגו על התפתחותה ההיסטורית של חזקת החפות ניתן למצוא אצל Köster (**לעיל**, הערה 1). פגם בולט במחקר זה הוא אי־התייחסותו הכמעט מוחלטת

החפות הוכרה כבר במשפט העברי[8]. יש המייחסים את התהוותה של חזקת החפות ביבשת אירופה לתקופת המשפט הרומי[9]. אחרים שוללים תפיסה זו ורואים בה התפתחות של המשפט האיטלקי במאה ה־12[10]. במשפט האיטלקי בימי הביניים הייתה חזקת החפות תלוית אסכולה משפטית. על־פי אחת האסכולות המשפטיות הדומיננטיות, חזקת החפות הוכרה כחזקה סלקטיבית המותנית בתנאים מוקדמים של מעמד חברתי או של התנהגות קודמת: רק אדם שאישיותו, תכונותיו ועברו הנקי העידו על התנהגות ישרה, נהנה מחזקת החפות[11]. תפיסה זו הכשירה את הדרך לראייתה של חזקת החפות

למעמדה של חזקת החפות בתקופת המשטר הנאצי: Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 11, הערה 70.

8 השופט אלון בב״ש 15/86 **מ״י נ׳ צור**, פ״ד מ(1) 706, עמ׳ 713-714, בש״פ 3734/92 **מ״י נ׳ עזאזמי**, פ״ד מו(5) 72, עמ׳ 76. עם זאת יצוין כי חזקת החפות נלמדת בעיקרה מדיני המעצר, אך אינה נזכרת בשמה זה.

9 Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 35, מקבל את העמדה המייחסת את החזקה שלפיה אנשים שומרי חוק מטיבם, כבר למשפט הרומי שלפני עידן הקיסרות. J. Thaller "Punishing the Innocent: The Need for Due Process and the Presumption of Innocence prior to Trial" 44 *Wis. L. Rev.* (1978) 441, p. 460; C.E. Allen "Pretrial Detention and the Loss of Innocence" 11 *Hamline L. Rev.* (1988) 331, p. 337; C.L. Bosworth "Pretrial Detainment: The Fruitless Search for the Presumption of Innocence" 47 *Ohio St. L.J.* (1986) 277, p. 279; R. Mahoney "The Presumption of Innocence: A New Era" 67 *The Canadian Bar Rev.* (1987) 1; *Coffin v. U.S.* 156 U.S. 432 (1895), pp. 454-455.

10 Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 8. הנ״ל שולל, עמ׳ 1-8, את האפשרות שלפיה חזקת החפות התפתחה במשפט הרומי.

11 Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 8-11, 17-19, 25, 162, המתייחס לאסכולה הלגאליסטית, שהייתה אחת האסכולות המשפטיות באיטליה בימי הביניים. על־פי אסכולה זו, התנאים המוקדמים לשם החלתה של חזקת החפות היו תקפים במשפט האזרחי והפלילי כאחד (עמ׳ 17). A. Ghiara "Presunzione di innocenza, presunzione di 'non copevolezza' e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte Costituzionale" *Riv. It. di Dir. e Proc. Pen.* (1974) 72, p. 74; על התנייתה של חזקת החפות בתנאים מוקדמים בכתבי הוגים בגרמניה במאה ה־15 ראו: Köster, עמ׳ 44-45; Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 46-49. Köster מציין (עמ׳ 18) כי חזקת החפות פעלה גם לטובת עדים, ולפיכך יכלה להרע באופן זה את מצב הנאשם. גם במשפט האנגלי בימי הביניים שמו של אדם הכתיב את שיטת ההוכחה ואת המבחן שנדרש נאשם לעבור: J.F. Stephen *A history of the Criminal Law of England* (England, 1883) pp. 73, 80-81; Allen (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 262-264, 268; M. Ploscowe "The Development of Present Day Criminal Procedures in Europe and America" 48 *Harv. L. Rev.* (1935) 433, pp. 440-441. לדברי Köster (עמ׳ 71) גם בשיטת המושבעים במשפט האנגלי, אשר התפתחה מאמצע המאה ה־13, בעיקר כאשר המושבעים היו שכנים של הנאשם והכירוהו באופן אישי, שם רע היה יכול לשמש כבסיס להאשמה וכהוכחה לה. ראו בעניין יכולתו של שם טוב לעורר ספק סביר באשמתו של אדם לנוכח ראיות מוצקות גם במאה ה־20: J.A. Seiff "Presumption of Innocence" 25 *The J. of Crim. L. & Criminology* (1934-5) 53, pp. 60-63, וכן קביעת בית־המשפט לערעורים בניו־יורק משנת 1911, אשר לפיה אופיו הטוב של אדם, שעליו

כראיה עצמאית לחפותו של הנאשם[12]. עם זאת לנוכח ראיות מפלילות מוצקות לביצועה של עבירה פלילית היה לנאשם קשה להסתייע בהנחה בדבר קיומו של אורח חיים נורמטיבי[13]. עם סתירתה של חזקת החפות כהנחת בסיס, חדלה חזקת החפות למלא כל תפקיד נוסף במהלך המשפט[14]. על־פי תפיסה זו, חזקת החפות לא מילאה אפוא תפקיד ממשי בהגנה על זכויות חשודים ונאשמים[15]. מובן מאליו כי לתפיסה סלקטיבית ומוגבלת זו של חזקת החפות לא היה הרבה מן המשותף עם התפיסה הנוכחית, הרואה בחזקת החפות עיקרון בעל אופי כללי החל באופן שוויוני על כלל האנשים שאשמתם טרם נקבעה בדין[16].

מבוססת חזקת החפות, רלוונטי לשאלת אשמתו או חפותו, שכן חוסר הסבירות שאדם בעל אופי טוב יבצע עבירה פלילית יכול להספיק כשלעצמו כדי לעורר ספק סביר בדבר אשמתו, אשר לא היה מתעורר באופן אחר: *People v. Conrow* 200 N.Y. 356 (1911), pp. 360-362.

12 *Coffin v. U.S.* 156 U.S. 432 (1895), pp. 458-461, אם כי שם נתפסה חזקת החפות כחזקה כללית ושוויונית. יצוין כי בית־המשפט העליון האמריקני חזר בו מאוחר יותר מעמדתו בפסק דין זה: *Taylor v. Kentucky* 436 U.S. 478 (1978), p. 490. גם האסכולה המשפטית לגאליסטית (**לעיל**, הערה 11) ראתה בחזקת החפות ראיה עובדתית אשר יכלה להידחות מפני ראיות מפלילות אחרות, כגון יריבות עם הקרבן: Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 46; Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 19. Paeffgen מציין (עמ׳ 49-50) כי תפיסתה של חזקת החפות כחזקה הנתונה לאדם ישר הביאה לתוצאה של חוסר יכולת להוכיח את האשמה כנגד אנשים מסוימים. ואכן, בחוק של אחת מנסיכויות גרמניה (במברג) מתחילת המאה ה־16 נאמר כי יש לזכות נאשם שעומדת לו הנחה של טוב (vermutung gutter). כאשר חזקת החפות פעלה לטובת אדם ישר, היה צורך בראיות חזקות כדי להפריכה: Köster, עמ׳ 19; Paeffgen, עמ׳ 46. לנקודה זו ראו גם פסק דינו של בית־המשפט לערעורים בניו־יורק בעניין *People v. Conrow* 200 N.Y. 356, pp. 360-362 (1911). משפטנים התנגדו לתפיסתה של חזקת החפות כראיה עצמאית: J.B. Thayer *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (U.S., 1969) pp. 560-576; Cross & Tapper *On Evidence* (England, 8th ed., 1995) p. 135; Köster, עמ׳ 150-152; Paeffgen, עמ׳ 52; Mrozynski (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 256. Allen (**לעיל**, הערה 3, עמ׳ 284) מציין כי תפיסה זו אינה מקובלת עוד. לנקודה אחרונה זו ראו גם: S.A. Gard *Jones on Evidence* (U.S., 6th ed., 1972) vol. 1, p. 151.

13 Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 18. כך, בחוק של קרולינה בגרמניה מהמאה ה־16 נאסר על השופט להסתמך על שמו הטוב של אדם לנוכח ראיות מפלילות חותכות: Köster, **שם**, עמ׳ 47.

14 **שם**, עמ׳ 18, 33.

15 **שם**, עמ׳ 13, 17-19.

16 Ghiara (**לעיל**, הערה 11), עמ׳ 74, הערה 7. כך, מציין Köster (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 13) כי חזקת החפות הייתה נעדרת באופן זה אופי אוניברסלי ולא הייתה כלל עיקרון נורמטיבי. לתחולתה הנורמטיבית הכללית של חזקת החפות ראו: Carrara (**לעיל**, הערה 2), כרך 5, עמ׳ 17; P. Bouzat *Traite` de droit penal et de criminologie* (France, 1963) p. 913; Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 53-54; בש״פ 8087/95 **זאדה נ׳ מ״י**, פ״ד נ(2) 133, עמ׳ 168: ״חזקת החפות עומדת גם לבעל עבר פלילי...״; Krauss (**לעיל**, הערה 3, עמ׳ 157)

לצד האסכולה בקונטיננט, אשר התייחסה לחזקת החפות כחזקה התלויה בתנאים עובדתיים מוקדמים, ביססה תורת המשפט הכנסייתי במאה ה־13 את חזקת החפות כחזקה כללית הנתונה לכל אדם[17]. חזקה זו התבססה על תפיסתו של האדם כטוב מיסודו[18]. גם במשפט האיטלקי החילוני נעשה מאז המאה ה־15 ניסיון לבסס את חזקת החפות כחזקה כללית הנגזרת ממשפט הטבע, במקביל לשימורה כהוכחה תלוית סטטוס והתנהגות[19].

יש הרואים את מקורה של חזקת החפות במשפט האנגלו־אמריקני, וסבורים כי חזקת החפות התפשטה בהשראתו במרוצת השנים ליתר חלקי העולם[20]. אולם כאמור, ישנן

עומד על ההסכמה בדבר השפעתה של חזקת החפות כנורמה חוקתית על זכויותיהם של אשמים ושל חפים מפשע כאחד.

17 Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 23-26; Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 46. לדבריהם, תורת המשפט הכנסייתי וכן האסכולה הדקרטארית, שהייתה אחת האסכולות המשפטיות באיטליה בימי הביניים, ביססו את חזקת החפות כזכות אנושית בעלת משמעות אוניברסלית שאינה מותנית בתנאים מוקדמים.

18 כך, ניתן למצוא בחוק הקאנוני במאה ה־13 את ה־Bonitätvermutung. לדעת Köster (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 9) חזקת החפות נבעה באופן ישיר מחזקת הטוב. חזקת החפות נגזרה, הן לשיטת המשפט הכנסייתי הן לשיטת האסכולה הדקרטארית (**לעיל**, הערה 17) מתוך משפט הטבע על בסיס תפיסת בריאתו של האדם בצלם אלוהים: Köster, עמ׳ 23-26; Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 46.

19 Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 27-31, 49-50. לדבריו, חזקת החפות במשפט החילוני לא נגזרה ממשפט הטבע הנוצרי בימי הביניים. תכונות ההגינות והחפות מפשע נלמדו מפילוסופים יווניים ורומיים כדוגמת אפלטון, אריסטו וקיקרו, אולם תפיסת טבעו האידיאלי של האדם שימשה גם בסיס להגבלתה של חזקת החפות ושל תפיסתה כפריבילגיה היכולה לסגת כאשר העובדות במציאות אינן עולות בקנה אחד עם התכונות הנזכרות. התפיסה הדומיננטית של חזקת החפות בתקופה זו ראתה אותה, בכל אופן, כתלויה בתנאים מוקדמים.

20 Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 35-36, 44; Krauss (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 154; דברי הסיכום אצל Hatchard, Huber & Vogler (**לעיל**, הערה 2, עמ׳ 246) הרואים בחזקת החפות קונספציה של המשפט המקובל. לדעה המייחסת את חזקת החפות כבר למשפט האנגלי הקדום ראו גם Jones (**לעיל**, הערה 12), כרך ראשון, עמ׳ 150. יש המוצאים בסיס מה להתהוותה של חזקת החפות בשיטת משפט זו עוד במגנה כרטא משנת 1215: Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 28, הערה 5. סעיף 39 למגנה כרטא אכן קבע כי יש צורך בהחלטה של בית־משפט כדי לפגוע בחירותו או בקניינו של הפרט, אולם כפי שמציין Elibol (עמ׳ 36-38) המגנה כרטא הייתה התחייבות של המלך ג׳ון כלפי הברונים שלו ולא התחייבות כללית כלפי כל נתיניו, והיא הולבשה לבוש חוקתי רק מאוחר יותר. חזקת החפות או העיקרון שלפיו אין ענישה בהיעדר חוק, לא הוכרו באותה תקופה באנגליה כעקרונות יסוד. כך, חזקת החפות אינה מופיעה במסמכים חוקתיים מאוחרים יותר באנגליה, כמו ה־Habeas Corpus Act משנת 1679 או ה־Bill of Rights משנת 1688. גם לדעת Köster (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 77) בניגוד לתפיסה המקובלת, המגנה כרטא לא היוותה בסיס לחזקת החפות, אלא הייתה בגדר חוקה מעמדית, שדיברה על שמירה על הליכים ידועים. Köster

ראיות להתפתחותה העצמאית של חזקת החפות עוד בתקופה מוקדמת בקונטיננט[21]. חזקת החפות התהוותה, ככל הנראה, בשני מסלולים מקבילים ועצמאיים בקונטיננט ובמשפט האנגלו־אמריקני[22].

למרות שורשיה המוקדמים באופן יחסי של חזקת החפות, אופייה החוקתי כחלק מתפיסה של זכויות אדם ומתורת מוסר פוליטי התגבש רק בתקופת ההשכלה[23]. חזקת החפות נזכרה לראשונה בשמה המפורש בתקופה זו בהצהרה הצרפתית על זכויות האדם והאזרח משנת 1789[24]. המושג הישן של חזקת החפות קיבל אזי הנמקה חדשה[25].

מציין כי הגישה המקובלת רואה בחזקת החפות מושג שאומץ במשפט האנגלו־אמריקני (עמ׳ 66), אולם לדעתו, יש לדחות תפיסה זו שאינה מבוססת מבחינה היסטורית (עמ׳ 2 למבוא וכן עמ׳ 69). המקורות הראשונים שבהם נזכרת חזקת החפות הם קונטיננטליים. חזקת החפות לא נקלטה בצורה עיוורת מהמשפט האנגלי להצהרה הצרפתית על זכויות האדם והאזרח. חזקת החפות אשר התפתחה באנגליה במאה ה־19 אינה חופפת בתוכנה לסעיף 9 להצהרה הצרפתית, אלא שייכת להליכי ההוכחה (עמ׳ 84). גם דיוני האספה הלאומית בצרפת בדבר הצורך ברפורמה במשפט הפלילי, אשר בהם חזקת החפות הוזכרה מתוך תמימות דעים כעיקרון מרכזי, מעידים כי חזקת החפות התפתחה בצרפת באופן עצמאי ללא התייחסות לדגם קיים בארצות אחרות (עמ׳ 90-92).

21 כפי שמראה Köster (**לעיל**, הערה 1) בספרו. ראו גם **לעיל**, הערה 20. להתייחסות לחזקת החפות באיטליה במאה ה־18 ראו: C. Beccaria *On Crimes and* Punishments (U.S., 1963, originally published in 1764) p. 23.

22 Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 67-68. Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 46. משמעותה של חזקת החפות לא הייתה זהה בשני מסלולים אלה: Köster , עמ׳ 84, וכן **לעיל**, הערה 20.

23 Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 35; Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 19, 62-65; Schubarth (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 1) אומר כי חזקת החפות נזכרה עוד לפני תקופת ההשכלה, אך לא יושמה. E. Hertz *Voltaire und die französische Strafrechtspflege im 18 Jahrhundert* (Germany, 1887), ובעיקר עמ׳ 122-156, 503-530: ההשכלה העלתה על נס עקרונות כמו חשיבות האדם, חירות הפרט, תפיסת המדינה כמשרתת את היחיד וכן עקרון הגמול בענישה, אשר לפיו אדם אינו צריך להיענש אלא כמידת חטאו (עמ׳ 122-156). משכילים תקפו את חזקת האשמה אשר הופיעה בחוק הפרוצדורה הפלילית בצרפת משנת 1670 (עמ׳ 136), ועמדו על כך כי זיכויו של אשם עדיף על ענישתו של חף מפשע (עמ׳ 140). Ploscowe (**לעיל**, הערה 11, עמ׳ 465-466) עומד על השפעתה של צרפת על אימוצה של חזקת החפות באיטליה ובגרמניה. C. Calisse *A History of Italian Law* (U.S., 1928) pp. 477, 486-487: בהשפעת המהפכה הצרפתית אומצו באיטליה שיקולי צדק בסיסיים במשפט הפלילי, כגון איסור על ענישת חפים מפשע. הפילוסופיה של העת החדשה, כגון זו של Beccaria, הביאה לכלילתה של חזקת החפות בחוק הפרוצדורה הפלילית באיטליה בשנת 1913.

24 H.J. Berman “The Presumption of Innocence: another reply” 28 *Am. J. Com. L.* (1980) pp. 615, 622; T.A. Gelatt “The People’s Republic of China and the Presumption of Innocence” 73 *J. of Crim. L. & Criminology* (1982) pp. 259, 266; J. Quigley “The Soviet Conception of the Presumption of Innocence” 29 *Santa Clara L. Rev.* (1989) pp. 303, 323; Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 36, 40. חזקת החפות נכללה לאחר מכן בחוקה הצרפתית משנת 1793, אולם הושמטה מהחוקה הצרפתית מ־1795:

הנמקה זו הביאה לביסוסה של חזקת החפות כעיקרון, העובר כחוט השני במערכת המשפט, אשר ממנו ניתן לגזור כללים וחוקים אחרים[26]. חזקת החפות הוכרה במחציתה השנייה של המאה ה־18 כזכות יסוד חוקתית הנתונה לכל אדם[27]. ביסוסה הסופי כאחד מעקרונות היסוד של שיטת המשפט המודרנית התרחש במאה ה־19[28].

1.3. טעמי הביקורת על חזקת החפות

מעטים הם כיום המתנגדים לקיומה של חזקת חפות כללית[29]. התנגדות לה נתפסת כביטוי לתפיסות טוטליטריות[30], אולם חרף ההכרה האוניברסלית הכמעט גורפת בחזקת החפות משפטנים לא מעטים בעבר הקרוב ואף בהווה הביעו התנגדות חריפה כלפיה ומתחו עליה ביקורת נוקבת[31]. חזקת החפות כונתה על־ידיהם טיפשית, מגוחכת וחסרת

Elibol, עמ׳ 41; Ghiara (**לעיל**, הערה 11, עמ׳ 75) מייחס להשמטה זו משמעות. Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 28, הערה 5) רומז על הקשר בין אי־כלילתה של חזקת החפות בחוקה הצרפתית משנת 1795 לבין הסתאבות המהפכה הצרפתית לכלל מעשי רצח ללא הבחנה בשנת 1792.

25 Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 19. בתקופת ההשכלה נתפסה חזקת החפות כעקרון יסוד העומד בבסיס המשפט הפלילי הפוזיטיבי ומציב דרישות הנוגעות לאופן יישומו, ובכך ניתקה מתפיסתה ההיסטורית (עמ׳ 62-65). במאה ה־19 שונתה ההנמקה העומדת ביסודה של חזקת החפות מתוך הכרה בצורך להגן על זכויות נאשמים (עמ׳ 81). נקודת המוצא הנורמטיבית החליפה את תפיסת תבניתה של דמות האדם (עמ׳ 99-100).

26 **שם**, עמ׳ 62.

27 **שם**, עמ׳ 62-63. בהשפעת המחשבה של משפט הטבע נתפסה חזקת החפות במשפט האנגלו־אמריקני בתקופה זו כעיקרון חוקתי המגן על זכויות אדם (עמ׳ 77). חזקת החפות ניתקה בתקופת המהפכה הצרפתית מתאוריית ההוכחה, ונגזרה מזכויות האדם (עמ׳ 87). הגם שגרמניה לא עברה מהפכה, רוחות ההשכלה האמריקנית והצרפתית השפיעו גם עליה והביאו לביסוסה מחדש של חזקת החפות על תאוריה של זכויות אדם (עמ׳ 94). חזקת החפות הוכרה בסוף המאה ה־18 גם בגרמניה כזכות אדם וכזכות של הפרט מול השלטון (עמ׳ 100). על בסיס משפט הטבע בקונטיננט ובאנגליה, אשר בעקבותיו התגבש היחס הראוי בין הפרט למדינה וכן התגבשה ההכרה בדבר הצורך בהצבת גבולות להתערבות המדינה במעמדו של הפרט, נתפסה חזקת החפות כגרעין יסודי, המסדיר יחס זה: Köster, עמ׳ 77-78, 97-98; Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 46.

28 Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 76-77, 101; Schwikkard (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 11-12; Allen (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 258-259, 283. הנ״ל עם זאת תולה (עמ׳ 270-273) את עיקר הסיבה להתבססותה של חזקת החפות במאה ה־19 בהצלחת המדינה לכונן כוח אכיפה חזק ויעיל. Thayer (**לעיל**, הערה 12, עמ׳ 554) מציין כי חזקת החפות זכתה להתייחסות מועטת בלבד לפני המאה ה־19.

29 Sundby (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 458; Laufer (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 337-338.

30 Bellavista & Tranchina (**לעיל**, הערה 4), עמ׳ 228.

31 Ghiara (**לעיל**, הערה 11), עמ׳ 84-85, הערה 38; Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 47-50, בהתייחס לתורה הפוזיטיבית של כמה קרימינולוגים איטלקים. להתנגדות לקיומה של

היגיון[32]. טיעוניהם הושתתו, כפי שיפורט להלן, הן על טעמי מדיניות, הקשורים לחובת המדינה לפעול בנחישות למיגור העבריינות וליחס הגומלין הראוי בין המדינה לפרט, הן על טעמים לוגיים, המתבססים על מעמדו של אדם כחשוד או כנאשם והן על אי־השתלבותה של חזקת החפות במסגרת דיני החזקות הכלליים[33]. טעמי ביקורת אלה שיקפו בעיקרם מחלוקת בנוגע לטיבה של חזקת החפות ולמהותה.

1.3.1. אי־השתלבותה של חזקת החפות בדיני החזקות כחזקה משפטית

פן מרכזי של הביקורת על חזקת החפות מתייחס לאי־השתלבותה במסגרת דיני החזקות. לצד דעה המצדיקה קביעתן של חזקות על בסיס הרצון לקדם באמצעותן מדיניות מסוימת[34], קיימת דעה שלפיה יש מקום רק לקביעתן של חזקות עובדתיות,

V. Manzini *Trattato di diritto processuale penale italiano* (Italy, 1956) vol. 1 p. 200-203; C.U. Del Pozzo *La liberta` personale nel processo penale italiano* (Italy, 1962) p. 104; S. Longhi *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale* (Italy, 1911) p. 522; S. Longhi *Commento al codice di procedura penale* (Italy, 1921) pp. 83-93; A. Frosali *Sistema penale italiano* (Italy, 1958) vol. 4 pp. 177-178; A. Marucci "Presunzione di innocenza dell`imputato e presunzione di inesistenza del delitto" *Giur. compl. Cass. pen.* (1949) 117; O. Vannini *Manuale di diritto processuale penale italiano* (Italy, 1952) p. 64; G. Leone *Trattato di diritto processuale penale* (vol. I, Italy, 1961), p. 475. ראו חזקת החפות

32 Del Pozzo (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ **200**; Longhi, 1921 (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 89; Manzini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ **104**; Marucci (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 126; Leone (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ **475**; Vannini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ **64**.

33 Ghiara (**לעיל**, הערה 11), עמ׳ 74.

34 על האפשרות והצורך ליצור חזקות המבוססות על טעמי מדיניות ועל רצון לקידום ערכים ראו S. Greenleaf *A Treatise on the Law of Evidence* (U.S., 14th ed., 1883) pp. 44-47; E. Ullmann-Margalit "On Presumption" *The J. of Philosophy* (1983) pp. 143, 157-158, סבורה כי חזקות ממשיות אינן בבחינת עצה פרקטית טובה גרדא, המבוססת על שיקולי הסתברות, כי אם חזקות המבוססות על שיקולים נורמטיביים, המכוונים בהתאם לערכים מוסריים או למטרות חברתיות את סוג הטעות הרצויה, כאשר טעויות בכללותן נראות בלתי נמנעות. לדברי Köster (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 157) יש לראות בחזקת החפות חזקה משפטית במובן הרחב, שכן חזקות בכללותן מתבססות לא על שיקולי הסתברות, אלא על הכרעה ערכית משפטית ופוליטית. על הקושי להשתית תאוריה כללית של חזקות על עניינים עובדתיים שבניסיון חיים ראו: C.R. Nesson "Reasonable Doubt and Permissive Inferences: The Value of Complexity" 92 *Harv. L. Rev.* (1979) pp. 1187, 1187-1199. חזקה נורמטיבית כזו הינה למשל ״חזקת השיתוף״ בין בני זוג, המייחסת כוונת שיתוף בנכסים לבני זוג החיים תחת קורת גג אחת. חזקה זו ״...צמחה על קרקע תפיסותינו החברתיות והתרבותיות, המעלות על נס את עיקרון השוויון בין המינים״: דנ״א 1558/94 **נפיסי נ׳ נפיסי**, פ״ד נ(3) 573, עמ׳ 595. במהלך הדיון לא אבחין במינוח בין חזקה לבין הנחה, אלא אתמקד בבסיס התאורטי ובתוצאות הנורמטיביות, אשר יש לייחס לתפיסה העומדת ביסוד חזקת החפות (ראו זיהוי של חזקה עם הנחה: Thayer (**לעיל**, הערה

הקושרות בין שתי עובדות אשר אחת מהן היא עובדת הבסיס, שממנה מבקשים להסיק על קיומה של עובדה אחרת[35]. חזקות עובדתיות כאלו, היכולות להיות חלוטות או נתונות לסתירה, מתבססות על ניסיון החיים ועל השכל הישר, המלמדים כי עובדה אחת היא באופן רגיל מסקנה הגיונית מעובדה אחרת[36]. ידיעותינו הכלליות, השאובות מעולם המחשבה, המדע, הדימויים והניסיון, מאפשרות עריכת קישור הגיוני בין שתי עובדות[37]. הסיבות לקביעתה של חזקה עובדתית מקורן בטעמי היגיון ויעילות, אשר לפיהם יש להטיל את נטל ההוכחה על הטוען לקיומו של חריג המנוגד לכאורה לשכל הישר[38].

מובן מאליו כי לא ניתן לראות בחזקת החפות חזקה עובדתית שאינה ניתנת לסתירה[39]. מעצם העובדה כי מתבצעים מעשי עבירה ברור כי ישנם עבריינים בקרב האוכלוסיה אשר חפותם מפשע יכולה, הלכה למעשה, להיסתר. קיים פער בלתי מוכחש בין דמותו של האדם האידאלי לבין ההתנהגות האנושית בפועל[40]. חזקת החפות חייבת להיות ניתנת לסתירה מבחינה עובדתית, שכן ללא יכולת לסתור את חזקת החפות אין

12), עמ׳ 545; Ullmann-Margalit, עמ׳ 143). עם זאת אציין כי השימוש במילה חזקה מבטא בעיניי באופן הולם יותר את עובדת קיומו של פן עקרוני חוקתי חלוט המגולם בחזקת החפות, שאינו ניתן לסתירה עד להרשעה.

35 C. Morton & S.C. Hutchison *The Presumption of Innocence* (Canada, 1987) p. 11; Cross & Tapper (**לעיל**, הערה 12), עמ׳ 135. לדעה שחזקה כללית מצריכה קיומה של עובדת יסוד, הנותנת בסיס לוגי לקיומה של עובדה אחרת, ראו: Cross & Tapper, עמ׳ 135. Köster (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 34-35) מציין כי במשפט הגרמני הקדום חזקת החפות לא הייתה יכולה להתפתח, שכן חזקה חייבה קיומה של עובדת יסוד, לעומת זאת אחרים אינם רואים מניעה לקבוע חזקה משפטית שאינה נסמכת על עובדת יסוד: Jones (**לעיל**, הערה 12), חלק ראשון, עמ׳ 150; J. Sopinka, S.N. Lederman & A.W. Byrant *The Law of Evidence in Canada* (Canada, 1992) p. 97; *R. v. Oakes* (1986) 1 S.C.R. 103, p. 115; A. Keane *The Modern Law of Evidence* (England, 4th ed., 1996) p. 586, המתייחס מפורשות לחזקת החפות. ראו גם **לעיל**, הערה 34.

36 Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 4-5; Jones (**לעיל**, הערה 12), חלק ראשון, עמ׳ 125-126.

37 Morton & Hutchison (**לעיל**, הערה 35), עמ׳ 18; Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 4.

38 P. Taylor *A Treatise on the Law of Evidence* (vol. 1, 9th ed., England, 1897) p. 69; T.L. Cooper "The Procedural Effect of a Rebuttable Presumption of Law" 23 *U. Pitt. L. Rev.* (1962) pp. 685, 686; Ullmann-Margalit (**לעיל**, הערה 34), עמ׳ 157; Elibol (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 6) סבור כי הטעם העיקרי לקביעתן של חזקות הוא הסרתם של קשיי הוכחה.

39 G.P. Fletcher "The Presumption of Innocence in the Soviet Union" 15 *UCLA L. Rev.* (1968) 1203; Paeffgen (**לעיל**, הערה 29), עמ׳ 50-51.

40 Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 48.

אפשרות לקיים כלל הליך פלילי[41]. אולם יש לבדוק אם נכון לאפיין את חזקת החפות כחזקה עובדתית הניתנת לסתירה, או שמא כחזקה ערכית־נורמטיבית[42].

הגם שנעשה ניסיון לראות את בסיסה העובדתי של חזקת החפות בטענה המייחסת לאדם ביצוע עבירה פלילית הראויה לסנקציה עונשית[43], הדעה המקובלת היא כי בחזקת החפות לא ניתן לאתר כל עובדת יסוד[44]. חזקת החפות אינה חזקה ראייתית, השואבת את כוחה מעובדה מסוימת, כי אם כלל מהותי המבוסס על שיקולי מדיניות[45]. הכלל בדבר חפותו של אדם עד להרשעתו מנוסח בדמות חזקה פיקטיבית חלוטה. חזקה זו הינה חזקה כללית, הנתונה באופן שוויוני לכל אדם עוד לפני תחילת חקירתו או משפטו ללא תלות במצב עניינים מסוים, כגון בראיות שיובאו במהלך החקירה או המשפט, בעברו או במעמדו[46]. לפיכך לנוכח טיבה של חזקת החפות לא ניתן לאפיינה כחזקה אמיתית במסגרת דיני החזקות[47].

41 Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 50-51; ד׳ מנשה ״אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים״ **קרית המשפט** א (תשס״א) 307, עמ׳ 312.

42 ראו את אזכורה של חזקת החפות כחזקה עובדתית המניחה מקום לראיה נגדית, אצל ח׳ פרלמן **על הצדק** (הוצאת ספרים ע״ש מאגנס, האוניברסיטה העברית, תשמ״א), עמ׳ 134; Jones (**לעיל**, הערה 12), חלק ראשון, עמ׳ 134; A. Aguda *The Law of Evidence in Nigeria* (England, 1974) p. 216. דומה כי זוהי גישתם של הרואים בחזקת החפות אך כלל בדבר חלוקתו של נטל ההוכחה בתחילת המשפט, הקובעת תוצאות משפטיות הדומות לחזקות אחרות, כגון חזקת השפיות או חוקיות החוזה: Morton & Hatchison (**לעיל**, הערה 35), עמ׳ 14. למחזיקים בדעה זו ראו: D.H. Sheldon *Evidence* (Scotland, 1998) p. 11; K.B. Hall “Evidentiary Presumptions” 72 *Tulane L. Rev.* (1998) 1321, p. 1323; A. Abott *Abbott on Facts* (U.S., 5th ed. by P.W. Viesselman, 1937) pp. 873-875; C.V. Laughlin “In Support of the Thayer Theory of Presumptions” 52 *Mich. L. Rev.* (1953) 195, pp. 199, 209. לדברי הנ״ל (עמ׳ 209) הטלתו של נטל ההוכחה על התביעה אין פירושה כי נאשם נחשב חף מפשע.

43 Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 165-167, 173.

44 לדעה זו ראו: A.A.S. Zuckerman *The Principles of Criminal Evidence* (U.S., 1989) p. 112; J.J. McKelvey *Handbook of the Law of Evidence* (U.S., 1907) pp. 113-114; Hall (**לעיל**, הערה 42), עמ׳ 1323; Laughlin (**לעיל**, הערה 42), עמ׳ 209.

45 Thayer (**לעיל**, הערה 12), עמ׳ 560; Morton & Hatchison (**לעיל**, הערה 35), עמ׳ 13; L.H. Hoffmann *The South African Law of Evidence* (South Africa, 1970) pp. 359-360.

46 Krauss (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 159; Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 173; Merle & Vitu (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 5-6; Thayer (**לעיל**, הערה 12), עמ׳ 560.

47 C.T. McCormick *On Evidence* (U.S., Cross & Tapper (**לעיל**, הערה 12), עמ׳ 135; 1978) pp. 805-806; G.C. Lilly *An Introduction to the Law of Evidence* (U.S., 1978) p. 50, note 19; Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 1, 7, 23; E.R. Arias *La Presuncion de Inocencia* (Spain, 1985) pp. 126-127; Phipson (**לעיל**, הערה 6), סעיף 114; Hoffmann H.H. Meyer “Constitutionality of Pretrial Detention” (**לעיל**, הערה 45), עמ׳ 359-360; 60 *The Geo. L.J.* (1972) 1381, p. 1448; J.N. Mitchell “Bail Reform and the

גם בהתעלם מהיעדרה של עובדת יסוד ההתקפה העיקרית כנגד חזקת החפות נוגעת לאי־התיישבותה עם המציאות ועם ניסיון החיים, וכפועל יוצא מכך, להיעדר הצדקה לקבעה כחזקה משפטית. כדי לעמוד על טענה זו יש להבהיר תחילה מהי קבוצת ההתייחסות הרלוונטית אשר על־פיה נבחנת ההצדקה להחלתה של חזקת החפות[48]. ככל שמדובר על קבוצת ההתייחסות של כלל האוכלוסיה, ניתן לקבוע כנתון עובדתי כי מרבית האוכלוסיה שומרת חוק בעיקרה אם משום הבנת הפסול בביצוע עבירה מסוימת ואם משום החשש מפני תוצאותיה של הפרת החוק[49]. הפרת החוק נתפסת כערעור הסדר ההרמוני הכללי השורר בחברה[50]. לנוכח זאת יש המנמקים ומצדיקים את קיומה של חזקת החפות על בסיס מחויבותו של הציבור בכללותו ונאמנותו, הלכה למעשה, לשמירת החוק[51]. על־פי הלך מחשבה אחר, יש הגוזרים את חזקת החפות לא מתוך התבוננות אמפירית בשיעורן של הפרות החוק בקרב האוכלוסיה הכללית, אלא מתוך ראיית האדם כטוב ביסודו, כמתחייב מבריאתו בצלם אלוהים[52]. חזקת החפות מבטאת

Constitutionality of Pretrial Detention" 55 *Va. L. Rev.* (1969) 1223, p. 1231; W.F. Fox "The "Presumption of Innocence" as Constitutional Doctrine" 28 *Catholic U. L. Rev.* (1979) 253, pp. 258-259 Morton & Hutchison ;**לעיל**, הערה 35, עמ׳ 14) מציגים את הביקורת על השימוש במושג חזקה. יש שטענו כי נכון יותר לדבר על הנחה של חפות – assumption – מאשר על חזקה – presumption – במובנה המשפטי הדווקני: McCormick, עמ׳ 805-806 ; **לעיל**, הערה 3), עמ׳ 6 ; Merle & Vitu **מובא אצל** Laufer **לעיל**, הערה 2), עמ׳ 403.

48 **ראו ביחס לנקודה זו גם** Ullmann-Margalit **לעיל**, הערה 34), עמ׳ 158.

49 D.A. Nance "Civility and the Burden of Proof" 17 *Har. J.L. & Public Policy* (1994) 647, p. 652; ח׳ גנז ״משפט ומשפט צודק – הנחיות לתועמלן והמלצות לאנליטיקן״ בתוך: מ׳ דסקל (עורך) **הצודק והבלתי צודק** (מפעלים אוניברסיטאיים להוצאה לאור בע״מ, 1977) עמ׳ 105.

50 Nance **לעיל**, הערה 49), עמ׳ 652 ; Merle & Vitu **לעיל**, הערה 3), עמ׳ 7.

51 Greenleaf **לעיל**, הערה 34), עמ׳ 45 ; מ׳ קרמניצר ״נטל השכנוע בעילות אי־שפיות ושכרות״ **הפרקליט** לא (תשל״ז) 465. כך, סבור Ferri כי לחזקת החפות יש גרעין עובדתי אמיתי, שאינו שנוי במחלוקת, לאור העובדה כי העבריינים, ובכללם אלה שלא נתפסו, הם מיעוט קטן בקרב האוכלוסיה: E. Ferri *Criminal Sociology* (U.S., 1917) pp. 444-445. Marucci **לעיל**, הערה 31, עמ׳ 121) מצטט דברים אלה בהסכמה חרף תפיסתו כי אין מקום לקיומה של חזקת חפות לגבי אוכלוסיית הנאשמים. Thayer **לעיל**, הערה 12, עמ׳ 560) עומד על כך כי חזקת החפות מבוססת גם על ההנחה בדבר שמירת חוק. ביין רואה בעובדת היותם של רוב אזרחי המדינה שומרי חוק אחד הנימוקים העומדים ביסודה של חזקת החפות: ביין (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 12. לדעת Paeffgen (**לעיל**, הערה 2, עמ׳ 50), חזקת החפות מגלמת בתוכה את ההנחה העובדתית בדבר נאמנותה של רוב האוכלוסיה לחוק, אולם המצדיקים את חזקת החפות על בסיס תפיסה זו יצטרכו, לדבריו, לשנות את השקפתם אם יתברר כי הבסיס האמפירי של ההנחה השתנה באופן שחלק מכריע של האוכלוסיה בת העונשין יתגלה כעובר על החוק.

תפיסה בדבר דמותו של האדם כבעל מוסר ואחריות וכמי שמסוגל לקיים חובות המוטלות עליו תוך כדי הכנעת יצריו[53]. היא מתארת תכונה בסיסית של האדם כשומר חוק וכבעל נטייה למעשים טובים[54].

אולם ספק רב אם תפיסה עובדתית של חזקת החפות כחזקה כללית ובלתי תלויה בנסיבות משתנות חסינה מפני ביקורת[55]. כך, אפילו ביחס לכלל האוכלוסיה ניתן להגיע למסקנה עובדתית הפוכה בדבר נטייה להפרת חוק בסוגים מסוימים של עבירות[56]. ודאי שלגבי קבוצת החשודים, ובפרט לגבי קבוצת הנאשמים, התמונה הסטטיסטית ביחס למידת השמירה על החוק משתנה במובהק. חשודים רבים מורשעים בסופו של דבר בביצוע העבירות שבהן נחשדו. לגבי נאשמים קל להראות מבחינה סטטיסטית כי כמות ההרשעות עולה במידה מכרעת על כמות הזיכויים[57].

52 ראו J.C. Cascarelli "Presumption of Innocence and Natural Law: Machiavelli and Aquinas" 41 *Am. J. of Jurisprudence* (1996) 229, pp. 234-268, הסבור כי חפותו של אדם מבטאת את מצב בריאתו ההתחלתי ולפיכך נובעת ממשפט הטבע, כפי שצווה בידי אלוהים. לדברי Paeffgen (**לעיל**, הערה 2, עמ׳ 46) התורה של משפט הטבע הנוצרי בימי הביניים, אשר נסמכה על תפיסת יצירתו של האדם בצלם אלוהים, היוותה את הבסיס של חזקת החפות. ואכן, תפיסת האדם כטוב ביסודו נשענת על טעמים אמפיריים, דתיים ועקרוניים כאחד. לתפיסה המשעינה את חזקת החפות על טבע האדם ראו גם: Jones (**לעיל**, הערה 12), חלק ראשון, עמ׳ 152.

53 זו הייתה כאמור תפיסתה של תורת המשפט הכנסייתי, אולם מקורה העיקרי של תפיסה זו הוא בתקופת ההשכלה: Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 65. גם לדעת Köster (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 141-146) חזקת החפות נגזרת מההנחה בדבר אחריותו העצמית של הפרט ומחויבותו לסדר החברתי, אם כי הלה מקפיד להדגיש את בסיסה הנורמטיבי ולא האמפירי של ההנחה. לדבריו (עמ׳ 99) מבחינה היסטורית תפיסת תבניתה של דמות האדם אכן היוותה את בסיסה של חזקת החפות.

54 Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 65; *R. v. Oakes* (1986) 1 S.C.R. 103, 120, שבו עומד בית־המשפט העליון בקנדה על תפקידה של חזקת החפות כמאשרת את האמונה בדבר טבעו של האדם כהגון וכשומר חוק.

55 ראו A. Wertheimer "Punishing the Innocent – Unintentionally 20 *Inquiry* (1977) 45, p. 46. לדבריו, מידת הטעות להרשעת חף מפשע, אשר החברה צריכה להיות מוכנה להביאה בחשבון, תלויה בפרמטרים שונים, כמו העלויות החברתיות והאישיות של הפשיעה.

56 Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 50. ואכן, ניתן לחשוב על דוגמאות של עבירות תנועה, התחמקות מתשלום מס או אגרות למיניהן או עבירות של שימוש בסמים וסחר בהם בתוך כותלי בית הסוהר. גם התחזקות העבריינות מפחיתה את תוקף ההנחה שלפיה אנשים שומרי חוק. כך, סבור Paeffgen (שם) כי המצדיקים את חזקת החפות על בסיס ההנחה בדבר היותה של האוכלוסיה שומרת חוק, יצטרכו לנטוש את חזקת החפות, אם ישתנה הבסיס האמפירי העומד ביסודה.

57 Thayer (**לעיל**, הערה 12), עמ׳ 562; Allen (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 255; Laughlin (**לעיל**, הערה 42), עמ׳ 203; Vannini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 64; W. Wills *An Essay on the Principles of Circumstantial Evidence* (England, 1902) p. 204; Stephen (**לעיל**, הערה

הסתברות גבוהה כשלעצמה להרשעה אינה אינדיקציה לאשמתם של חשודים ונאשמים בשיטת משפט הנוקטת אמצעי חקירה פסולים, כגון עינויים, והמשתמשת בכלי של המשפט הפלילי כדי לרדוף אחר מתנגדים פוליטיים למשטר[58]. אולם במדינה מתוקנת קיימת בקרב הציבור ואף בקרב בית־המשפט נטייה להניח כי לא בכדי מזומן אדם לחקירה משטרתית או מועמד לדין[59]. חזקת החפות אינה מתאימה במצב זה למציאות שבה חשודים רבים ומרבית הנאשמים מורשעים, בסופו של דבר, בעבירות המיוחסות להם[60]. כך, שואל Manzini באופן רטורי, אם הניסיון ההיסטורי הקולקטיבי מלמד על היותם של מרבית הנאשמים חפים מפשע[61]. לפיכך יש הסבורים כי יש מקום לדבר בהקשר של חזקת החפות על ״פיקציה״ ולא על חזקה[62]. אפיונה של חזקה כפיקטיבית מבטא מודעות לבסיס השקרי העומד ביסודה[63]. כחזקה שוויונית וחלוטה, שאינה תלויה במצב העובדתי האמיתי לאשורו, בשאלת הסתברותה של האשמה או בתנאים מוקדמים כגון מעמד או התנהגות טובה, אכן חזקת החפות היא פיקציה[64]. יתרה מכך, ישנה אף טענה שלא רק שחזקת החפות אינה מוצדקת עקב היותה מתכחשת

11), עמ׳ 355. לדבריו, נאשמים הנם ברובם אשמים, והגם שהמדינה מגלה כלפיהם נדיבות בפועלה על־פי הנחה הפוכה של חפות, אין כל סיבה שמדינה שאינה חזקה דייה תתעלם מהסתברויות אמיתיות לטובת פיקציות. H.L. Packer *The Limits of the Criminal Sanction* (U.S., 1968) p. 167. הנ״ל סבור כי מבחינה עובדתית יהיה דחוק לומר על אדם המואשם בביצוע עבירה בתום חקירה פלילית, כי הוא חף מפשע, אולם כעניין של ניבוי אף אין ניתן לומר בביטחון כי יש סיכוי רב יותר שיימצא אשם. Fletcher (**לעיל**, הערה 39, עמ׳ 1203) עומד על כך כי חזקת החפות היא בדוחק רב חזקה עובדתית, הנסמכת על ניסיון אנושי, וכי מבחינה סטטיסטית אין בסיס להנחה, שלפיה אנשים שהוגש כנגדם כתב אישום הנם קרוב לוודאי חפים מפשע. Trechsel (**לעיל**, הערה 2, עמ׳ 318, 335) מציג את העמדה שלפיה השלבים שנאשם עובר עד להגשת כתב אישום כנגדו, מובילים דווקא להנחה של אשמה. Jones (**לעיל**, הערה 12, כרך ראשון, עמ׳ 152) אומר כי חזקת החפות אינה מבוססת על שיקולי הסתברות על אודות חפותו של הנאשם הקונקרטי, כי אם על תפיסת טבעו של האדם באופן כללי. McCormick (**לעיל**, הערה 47, עמ׳ 806) עומד על אי־ביסוסה של חזקת החפות על שיקולים של הסתברות החפות.

58 כך למשל סבור Seiff (**לעיל**, הערה 11) כי הודאות נאשמים במשטרה זוכות לאמינות מועטה בלבד על־ידי בתי־המשפט לנוכח שיטות האלימות הידועות לגבייתן.

59 Allen (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 255; פ׳ דיקשטין ״שווי המשקל בין המאשים והנאשם במשפט״ **הפרקליט** א (תש״ה) 12.

60 ראו הצגת טענה זו אצל Merle & Vitu (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 7; Gelatt (**לעיל**, הערה 24), עמ׳ 277, ביחס לסין.

61 Manzini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 200. ראו גם Frosali (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 177-178.

62 Stephen (**לעיל**, הערה 11), עמ׳ 355; Manzini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 202, אם כי הלה מתנגד גם לקיומה של חזקת החפות כחזקה פיקטיבית.

63 Stephen (**לעיל**, הערה 11), עמ׳ 355; Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 11-12, בנוגע לפיקציות באופן כללי.

64 Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 49.

למציאות, אלא שהמציאות מובילה אף לקיומה של חזקת אשמה לגבי חשודים ונאשמים בהתבסס על נתונים סטטיסטיים. ההתייחסות לחזקת החפות כחזקה עובדתית הנשענת לכאורה על ניסיון החיים באשר לשיעורן של הפרות החוק או לטבע האדם, יכולה לשמש אפוא בסיס לטענה נגדית שלפיה ניסיון החיים מחייב לקבוע דווקא חזקה של אשמה ביחס לקבוצות אוכלוסיה מסוימות[65]. על־פי תפיסה הסתברותית זו, המצב הסטטיסטי בנוגע לשיעור העבריינות בחברה וכן לשיעור הרשעתם של חשודים ונאשמים קובע את כוחה היחסי של חזקת החפות, אשר יכולה להיות מוסגת על־ידי חזקה נגדית של אשמה.

חזקת האשמה משקפת תפיסה העומדת ביסודו של מודל ה־Crime Control. מודל זה הנו אחד משני המודלים המתארים, על־פי Packer, את טיבו של ההליך הפלילי ומהותו[66]. Packer מעמת שני מודלים או שתי תפיסות של ההליך הפלילי זה עם זה: ה־"Crime Control" לעומת ה־"Due Process" . מודלים אלה מבטאים ביסודם תפיסות

65 Manzini .E. Florian *Delle prove penali* (Italy, 3rd ed., 1961) p. 255 (**לעיל**, הערה 31, עמ׳ 200) שואל באופן רטורי אם הניסיון הכללי אכן מלמד כי חלק גדול יותר מהנאשמים הנם חפים מפשע. Vannini (**לעיל**, הערה 31, עמ׳ 64) שואל אם ניתן להניח ברצינות כי אדם חף מפשע לאחר החקירה, הגשת כתב האישום ואולי אף המעצר. Köster (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 156) המדגיש את בסיסה הנורמטיבי של חזקת החפות כנגזר מכבוד האדם, אומר כי נתונים סטטיסטיים לגבי שיעור ההרשעות יכולים להביא את חזקת החפות לכלל אבסורד, ככל שההתייחסות אליה נעשית במסגרת של חזקה עובדתית, וכי במקום חזקת חפות ניתן לדבר אזי על חזקת אשמה.

66 Packer (**לעיל**, הערה 57), עמ׳ 149-173. למודלים אחרים ראו: A.E. Bottoms & J.D. McClean *Defendants in the Criminal Process* (U.S., 1976) pp. 226-236. המחברים מדברים על מודל ליברלי־ביורוקרטי, המציב בבסיסו את ערכיו של מודל ההליך ההוגן, אולם עם זאת מכיר בחשיבות הצורך ביעילות ובסופיות הדיון, ולפיכך אינו תופס את ההליך הפלילי כמסלול מכשולים רצוף בדרכן של רשויות אכיפת החוק להוכיח את אשמתו של אדם. J. Griffiths "Ideology in Criminal Procedure or a Third 'Model' of the Criminal Process" 79 *Yale L.J.* (1970) 359. הנ״ל מתנגד למודל של Packer, המכונה על־ידיו מודל ״שדה הקרב״ ומבטא, לדעתו, תפיסה צרה של מטרות ההליך הפלילי. לדעתו, ניתן לאמץ תפיסה של "Family Model", בדומה לתפיסת הענישה של הורים את ילדיהם. מערכת זו יוצאת מנקודת מוצא של אהבה ושל הרמוניית אינטרסים בין הפרט לחברה. קבלת תפיסה זו מביאה לאמון בתום לבן של רשויות השלטון ולפעולה משותפת של התובע ושל הסנגור לטובת האינטרס הכללי. לדעתו (עמ׳ 384) הכבוד והדאגה לפרט נתפסים כחלק אינהרנטי מההליך, ולא כסממן מלאכותי המוכנס למען מטרה אחרת, כגון מניעת הסיכון של הרשעת חף מפשע. במודל שדה הקרב הנאשם נלחם על זכותו להיות חלק מהחברה. המודל המשפחתי מניח כי יש לכבד גם אשמים. על דחיית התפיסה, המתוארת על־ידי Griffiths בכל הנוגע לקביעת אשמתו של נער בביצוע עבירה, תוך ציון העובדה כי שמירה על הליך הוגן ביחס לבני נוער וכן שמירה על סטנדרט של הוכחת האשמה מעבר לכל ספק סביר, אינה משליכה על התוצאות הנובעות מקביעת האשמה ועל ההיבט השיקומי, ראו: *In re Winship* 397 U.S. 358, 365-367, 374-375 (1970); *Re Gault* 387 U.S. 1, 13-59 (1967). ראו גם דעת מיעוט בעניין זה, **שם**, עמ׳ 375-376.

נורמטיביות המקנות דרך לנתח ולהבין באופן מאורגן ושיטתי את הכללים העומדים ביסודן של שיטות משפט קיימות ואת אופן בחירתן בין הדרישות המנוגדות, הבאות לידי ביטוי בהליך של אכיפת החוק[67]. מודל ה־Crime Control רואה את חזות הכול באכיפה יעילה של החוק הפלילי. מודל ה־Due Process מדגיש את הצורך בשמירה על זכויותיהם של חשודים ונאשמים במהלך אכיפת החוק. על־פי מודל זה, המטרה של המלחמה בעבריינות אינה מקדשת את כל האמצעים, ואינה יכולה להיות מושגת על־ידי רמיסה של זכויות אדם[68]. מודל ה־Due Process אינו מוכן לקבל את הנחת הניטרליות או המיומנות של רשויות אכיפת החוק גם במדינות דמוקרטיות[69].

שני המודלים המתוארים חלוקים גם בשאלת הצדקתה של חזקת החפות וטיבה. מודל ה־Crime Control מניח בבסיסו חזקת אשמה[70]. חזקת האשמה מאופיינת כחזקה עובדתית, המתיימרת לנבא את תוצאתו הסופית של ההליך הפלילי[71]. היא מתבססת על הנתון הסטטיסטי בדבר היותם של מרבית הנאשמים אשמים מבחינה עובדתית[72]. היא יוצאת מתוך נקודת מוצא שלפיה רשויות החקירה והתביעה הנן מיומנות ויעילות דיין כדי לאתר את העבריינים האמיתיים מבין כלל האוכלוסיה ולסננם[73]. רשויות אלו פועלות

67 Packer (**לעיל**, הערה 57), עמ׳ 152-153.

68 **שם**, עמ׳ 165-166. מודל זה מניח את תפיסת הפרט כעיקר גם תוך כדי המלחמה בעבריינות. לנוכח הכוח הרב של ההליך הפלילי לפגוע בזכויות אדם והסכנות הטמונות בהפעלתו, רואה מודל זה חשיבות בהצבת מגבלות על רשויות אכיפת החוק, אשר ימנעו מההליך הפלילי לפעול ביעילות מקסימלית. ראו ברוח דברים אלה ח׳ כהן ״על זכויות הנאשם״ **הפרקליט** כו (תש״ל) 42, עמ׳ 44, שלפיו ״דרכי המלחמה בפשע אינם שקולים כנגד זכויות היסוד של האזרח״.

69 Packer (**לעיל**, הערה 57), עמ׳ 163-164. ראו גם: ס׳ מ׳ ״מאשים פרטי ומאשים ציבורי״ **הפרקליט** ב (1946) 313, עמ׳ 314, הסבור כי ״המשטרה איננה מצטיינת כל כך בזריזותה, בחריצותה ובנקיון כפיה״. יש הסבורים כי שמירה על כללים בסיסיים של הליך הוגן נחוצה כדי להבטיח את מיומנותן ואת הגינותן של רשויות אכיפת החוק. ראו דבריו של Dershowitz במהלך דיון באוניברסיטת Georgetown בנושא “Are Too Many Guilty Defendants Going Free” 33 *Am. Crim. L. Rev.* (1996) 1169, pp. 1171-1172: “Judge Rothwax and I certainly agree that most criminal defendants are guilty. Thank God for that. Would anybody want to live in a country in which most people charged with a crime were innocent? I mean, that might be China, Iraq, or Iran; it’s not the United States of America. And the real issue is, how do we keep it that way?”.

70 Packer (**לעיל**, הערה 57), עמ׳ 160.

71 **שם**, עמ׳ 161-162.

72 **שם**, עמ׳ 211-212.

73 **שם**, עמ׳ 160, 162. לדבריו, מודל ה־Crime Control אף מניח באופן פוזיטיבי כי הרשויות המינהליות מוכשרות לקבוע ממצאים אמינים יותר מבית־המשפט. ראו גם L. Gruchmann *Justiz im Dritten Reich 1933-1940* (Germany, 1988) p. 1001, העומד על פחיתות מעמדו של בית־המשפט בשיטת משפט המכירה בחזקת אשמה. Saito in: S. Frankowski &

גם במצב רגיל בהגינות[74] ובאופן ניטרלי ונטול אינטרסים[75]. טעויות מקריות או זדוניות המביאות לאישומים לא מבוססים, הנם מקרים לא שכיחים, שאינם גורעים מעוצמת ההנחה כי במקרה הרגיל האישומים כנגד אדם הם מבוססים ואמיתיים[76]. מכיוון שכך, אנשים ישרי דרך אינם מוזמנים בדרך כלל לחקירה משטרתית כחשודים ואינם מוצאים את עצמם על ספסל הנאשמים בבית־המשפט. החלטות כדוגמת מעצר, או אף עצם הגשת כתב אישום, מבוססות על קיומן של ראיות ממשיות לביצוע עבירה, ולפיכך בשלב כלשהו של ההליך הפלילי החזקה צריכה להיות של אשמה דווקא, ובוודאי לא של חפות[77]. ההנחה כי הרשויות פועלות כדין, במיומנות וביושר, או ״חזקת תקינות המנהל״ או ״כשרות המנהל״, המקובלת גם בתחומים אחרים של פעולת המנהל הציבורי[78], מחליפה למעשה את ההנחה בדבר חפותו של החשוד או הנאשם וסוללת את הדרך

D. Shelton (eds.) *Preventive Detention* (Netherland, 1992) p. 201, הסבור כי ניתן להסביר במידה מסוימת את שיעור ההרשעות הגבוה ביפן במלאכת הסינון של התביעה.

74 כך, ראו למשל בהקשר של גילוי חומר חקירה לידי ההגנה את דברי בית־המשפט העליון בבש״פ 1372/96 **דרעי נ׳ מ״י**, פ״ד נ(1) 177, 183: ״...נקודת המוצא היא כי התביעה ממלאה את המוטל עליה... בנאמנות, בהגינות ובמיומנות מקצועית...״.

75 Manzini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 198-199.

76 **שם**, עמ׳ 198-199; B.R. Garofalo *Criminology* (U.S., 1914) p. 354; Packer (**לעיל**, הערה 57, עמ׳ 162) סבור כי מודל ה־Crime Control יתאמץ לשפר את יכולתן של הרשויות המינהליות לקבוע ממצאים, אולם לדבריו (עמ׳ 164) יפגין מודל זה סלחנות רבה יותר כלפי טעויות הנלוות להליך הפלילי, בעוד שמודל ה־Due Process ישאף לעשות ככל הניתן כדי למנען.

77 Manzini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 200, אם כי הלה סבור (עמ׳ 202) כי ככלל, אין מקום לכל הנחה מוקדמת של חפות או של אשמה. Frosali (**לעיל**, הערה 31, עמ׳ 178) טוען כי הגשת כתב אישום וכן מעצר מבוססים על הנחה כי קיימות ראיות מספיקות להוכחת העבירה. Del Pozzo (**לעיל**, הערה 31, עמ׳ 345-346) מציין כי על־פי תפיסת חוק הפרוצדורה הפלילית באיטליה מ־1930, אין מקום להנחה של חפות כאשר קיימות ראיות מפלילות כנגד אדם. לדעתו, יש לקבל את העמדה כי הנחת החפות הולכת ונחלשת עם התקדמות ההליכים המשפטיים. Vannini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 64; תפיסה עובדתית של חזקת החפות יכולה להביא גם להענקת משמעות מצומצמת, המגבילה את קיומה לשלב החקירה בלבד, אשר בו קיימות ראיות קלושות יותר לאשמה: Ferri (**לעיל**, הערה 51), עמ׳ 445; Merle & Vitu (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 5, המציגים תפיסה זו. גם כאן מוספת הסתייגות שלפיה חזקת החפות לא תחול, גם בשלב זה, בכל אותם מקרים שבהם המציאות מדברת כנגד חפותו של אדם, כגון כאשר ביצוע העבירה על־ידיו ברור, או כאשר מדובר בעבריין מועד: Ferri, עמ׳ 445; Marucci (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 121.

78 ראו למשל בש״פ 2602/96, 3713 **זינגר (בן צבי) נ׳ מ״י**, פ״ד נ(3) 231, עמ׳ 237: ״ההנחה כי נציגי התביעה נוהגים בהגינות במילוי החובה המוטלת עליהם בחוק, היא אבן יסוד של מערכת המשפט. היא מהווה ביטוי לכלל רחב יותר, החל על כל המינהל הציבורי, הוא הכלל בדבר חזקת החוקיות, שלפיו חזקה היא שרשות מינהלית פעלה כחוק. זוהי חזקה המבוססת על הניסיון המצטבר ועל צורכי המעשה. אי אפשר בלעדיה״.

לחזקת אשמה[79]. גישה זו משקפת תפיסה שכיחה בקרב רשויות אכיפת החוק, המתבטאת באמרה בנוסח ״אצלנו לא נמצאים חפים מפשע״[80].

1.3.2. אי־התיישבותה של חזקת חפות עם ניהול חקירה ומשפט

דחייתה של חזקת החפות נומקה על־ידי מלומדים גם בהתבסס על טיעונים לוגיים. הנחה בדבר חפותו של אדם מעוררת קשיים לוגיים להסביר את עצם ניהול החקירה נגדו או את העמדתו לדין[81]. אם מניחים היעדר אשמה, כך הטענה, לא ניתן להשיב באופן לוגי לשאלה מדוע מקיימים חקירה כנגד אדם, ומדוע מעמידים אותו לדין פלילי בלי לאמץ הנחה מגוחכת ואבסורדית שלפיה כלל החשודים והנאשמים נרדפים על־ידי

79 כפי שאכן ניתן ללמוד מדבריו המפורשים של Manzini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 199; Thaller (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 447; א׳ שטיין ״סעיף 10א לפקודת הראיות: פרשנותו הראויה ופסיקתו של בית המשפט העליון״ **משפטים** כא (תשנ״ב) 325, עמ׳ 346, הערה 31; אך ראו את דברי השופט מ׳ חשין בדנ״פ 188/94 **מ״י נ׳ אבוטבול**, פ״ד נא(2) 1, עמ׳ 31 בהתייחסו לחזקה אשר הציע השופט זמיר, שלפיה בית־המשפט לא הסתמך על ראיה פסולה שהוצגה בפניו: ״...דומה עליי כי אין ליתן לה לחזקה משקל יתר. חזקה היא כנגד חזקה, ואל מול חזקת התקינות של מעשה בית־משפט קמא תעמוד לו לנאשם חזקת החפות״.

80 ראו שטיין (**לעיל**, הערה 79), עמ׳ 346, הערה 31; J.H. Skolnick *Justice Without Trial* (U.S., 1966) pp. 196-197; Friedland (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 25; Seiff (**לעיל**, הערה 11, עמ׳ 53) המביא אמרה רווחת בבתי־המשפט, שלפיה מתוך 1000 נאשמים 1000 הנם אשמים או צריכים להיות כאלה. Snacken אצל F. Dünkel & J. Vagg (eds.) *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug / Awaiting for Trial* (Germany, 1994) p. 6 לגבי המצב בבלגיה. בעיני רשויות אכיפת החוק, לעתים קרובות הממצאים המפלילים כנגד אדם ברורים, ואשמתו כבר הוכחה עוד בטרם הכרעת בית־משפט ואף בטרם הגשת כתב אישום כנגדו: Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 103; R.V. Ericson “The Decline of Innocence” 28 *U. of British Col. L. Rev* (1994) 367, p. 369. הנחה זו מקובלת לעתים על הציבור ואף, שלא בגלוי, על בית־המשפט: כך, טוען Vogler, אצל Hatchard & Huber & Vogler (**לעיל**, הערה 2, עמ׳ 19) לגבי המצב בצרפת, כי לנוכח היסודיות המאפיינת את שלב החקירה ואיסוף הראיות והנטייה להניח כי השופט החוקר מנפה בשלב זה את התיקים החלשים, המשפט העיקרי נושא לעתים אופי פורמלי. P.J. Herzog *Japans' Pseudo Democracy* (Japan, 1993) p. 54 מצטט את דברי השופט הראשי ביפן Tanaka, שלפיהם התובעים ביפן אינם שוגים. Damaska (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 198-199) מתייחס להנחה זו בסין הקומוניסטית בתקופת מאו צ׳ה טונג, אשר הביאה לניסיון לשקם את הנאשם עוד בטרם הרשעתו ולתפיסת המשפט כמכשיר חינוכי בלבד תוך שלילתה של זכות הגנה ממשית מהנאשם.

81 Vannini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 64; Marucci (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 120; ראו טיעון זה בסין: Gelatt (**לעיל**, הערה 24), עמ׳ 303; S. Leng “Chinese Criminal Code Symposium: Criminal Justice in Post-Mao China: Some Preliminary Observations” 73 *J. Crim. L. Criminology* (1982) 204, p. 223.

רשויות השלטון על לא עוול בכפם[82]. השכל הישר תוהה במקרה כזה מדוע נוקטים פעולות כלשהן כנגד אדם חף מפשע[83].

1.3.3. פגיעה בהליך של אכיפת החוק

חזקת החפות הותקפה על־ידי מתנגדיה גם בשל היותה פוגעת בהליך של אכיפת החוק על־ידי הכשלת קבלה של החלטות הכרחיות כנגד חשודים ונאשמים, כדוגמת מעצר לפני הכרעת הדין[84]. טעמי המדיניות שהועלו כנגד חזקת החפות התייחסו בעיקרם לסכנת היחלשותם של אמצעי ההגנה של החברה מפני עבריינות ולפגיעה בביטחונו של הציבור[85]. זניחתה של חזקת החפות תאפשר לחברה, על־פי טיעונים אלה, להגן על עצמה ביתר יעילות מפני עבריינים[86]. לפיכך במישור המשפט הרצוי יש להתייחס לחשודים ולנאשמים לכל מטרה פרקטית בתור פושעים[87]. נטען אף כי חזקת החפות

82 Manzini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 200.

83 **שם**, עמ׳ 200; Frosali (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 177.

84 Vannini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 64; Longhi, 1911 (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 522; מובא אצל Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 48-49.

85 מובא אצל Rodri'guez, **שם**, עמ׳ 49; ראו בסין: Leng (**לעיל**, הערה 81), עמ׳ 222. בשנותיה המוקדמות של ברית המועצות הקומוניסטית: Quigley (**לעיל**, הערה 24), עמ׳ 303. Garofalo (**לעיל**, הערה 76, עמ׳ 354) סבור כי מקרה נדיר של מעצר לא מוצדק אינו מצדיק ויתור על אמצעי של מעצר בטרם הרשעה, הנחוץ לשם מניעת ביצוען של עבירות נוספות וכן לצורך ענישה. לדברי Ghiara (**לעיל**, הערה 11, עמ׳ 77, 78-79, הערה 23) המתנגדים להכללתה של חזקת החפות בחוק הפרוצדורה הפלילית באיטליה מ־1930 הסתמכו בעיקר על Manzini. הם תיארו חזון אפוקליפטי של הצפת הפשע את המדינה ושל גידול מפחיד של הפשיעה, בעוד שההגנה מפניה הנה מועטת ובלתי יעילה. הם התריעו מפני הסכנה של הענקת יחס מוגזם לטובה כלפי עבריינים וטענו כי חזקת החפות הנה טעות גסה ומסוכנת, ובגרמה לתפיסת כל הנאשמים כקרבנות אפשריים של טעות ואף של זדון, הביאה להחלשתה של המערכת העונשית ולאי־יעילותה ולאזלת ידה למנוע עבריינות.

86 טיעון זה מובא אצל Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 49, וכן אצל Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 33-34. לדברי Elibol, מדובר בטענה מוסרית אשר יש לה גם היבטים אמפיריים. כך למשל ניתן לדעתו להראות כי ביטול העינויים לא הביא לעלייה בשיעור הפשיעה. הצורך להילחם בפשיעה שימש את תומכי האידאולוגיה הנאצית כנימוק לשלילת קיומה של חזקת חפות: W.P. Koch *Die Reform des Strafverfahrensrechts im Dritten Reich unter besonderer Berücksichtigung des StVO – Entwurfs 1939* (Germany, 1972) pp. 77-78. הוא מושמע גם כיום בסין על־ידי המתנגדים לקיומה של חזקת חפות: Leng (**לעיל**, הערה 81), עמ׳ 222. ראו את עמדת בית־המשפט המחוזי בניו־יורק בשנת 1923, אשר לפיה הפרוצדורה הפלילית תמיד נרדפה על־ידי רוח הרפאים של חף מפשע המורשע בדינו, אולם זהו חלום דמיוני, ויש לחשוש דווקא מפורמליזם ארכאי המחבל בהנעת ההליך הפלילי כנגד אדם, מעכב אותו ומונע אותו: *U.S. v. Garsson* 291 F. 646, 649 (1923).

87 מובא אצל Packer (**לעיל**, הערה 57), עמ׳ 211-212. לדברי Weber בתקופת המשטר הנאצי, המלחמה בעבריינות מחייבת לעתים לנקוט כנגד חשודים אמצעי מניעה הדומים

אינה נחוצה לצורך מניעת פגיעות בלתי מוצדקות בחירות הפרט לנוכח החשיבות המיוחסת ממילא לזכות לחירות, וכי תפקידה מצטמצם אך להגנה מיותרת על עבריינים[88]. תפיסה שלפיה הצורך באכיפה יעילה של החוק אינו מאפשר להעניק לחזקת החפות נפקות מעשית, עומדת ביסוד חזקת האשמה במודל ה־Crime Control[89].

1.3.4. מטרת ההליך הפלילי כקובע אשמה ולא חפות

מטרת ההליך הפלילי, הבלתי שנויה במחלוקת כשלעצמה, שהינה אכיפת החוק באמצעות העמדת עבריינים לדין וענישתם לאחר קביעת אשמתם, הובאה אף היא כטיעון כנגד חזקת החפות[90]. ההליך הפלילי מכוון להוכחת אשמתו של אדם[91]. ההליך הפלילי צריך לקבוע אם אדם ראוי לענישה[92]. מטרתו אינה לתת הכשר מוסרי לאדם או להכריז על חפותו[93]. על בסיס הכרעת הדין הפלילית ניתן לקבוע בוודאות אשמה, אך פעמים רבות לא ניתן לקבוע על בסיסה חפות. לפיכך גם כאשר ההליך מסתיים באי־הרשעתו של אדם, אין להסיק מכך, פרט למקרים ספציפיים, על חפותו[94]. Manzini סבר כי בצרפת נתפסת מטרתו העיקרית של ההליך הפלילי כהגנה על חפים מפשע, וטען כי יש כאן ערבוב ובלבול בין מטרת ההליך לבין האמצעים המשמשים להשגתה[95]. לדבריו, חירות הפרט היא אכן אלמנט עיקרי בהליך הפלילי, אך לא האלמנט המאפיין אותו או השולט בו[96]. חירות הפרט, עם כל חשיבותה, אינה הסיבה להנעת ההליך הפלילי[97]. מתוך כך חירות הפרט הנה משנית גם לצורך באכיפת הדין הפלילי ובהגנה על הציבור[98]. לפיכך מטרתו העיקרית של ההליך הפלילי אינה מתן הגנה לחף מפשע[99].

לאלו הננקטים כלפי מורשעים: W. Weber *Die Stellung des Beschuldigten als "Prozesspartei" im Künftigen Strafverfahren* (Germany, 1935) p. 46.

88 Manzini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 199, 202.

89 Packer (**לעיל**, הערה 57), עמ׳ 160.

90 Manzini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 197-198.

91 **שם**, עמ׳ 198.

92 **שם**, עמ׳ 199-200.

93 **שם**, עמ׳ 197, 199-200; Allen (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 286. לדבריו, החוק הפלילי נועד למנוע ביצוע עבירות. הוא לא נועד להגן על חף מפשע ולתת פרס לאדם על שמירתו. על האפשרות להכריז רק על אשמה ולא על חפות ניתן להסיק גם מדברי ת׳ הובס לויתן (הוצאת ספרים ע״ש מאגנס, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשכ״ב), עמ׳ 156-157.

94 Manzini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 199.

95 **שם**, עמ׳ 198-199.

96 **שם**, עמ׳ 199. בעמ׳ 203 עומד Manzini על חשיבות הערך של חירות הפרט לחברה בכללותה בהיות חירות זו נחוצה להתפתחות האישית ולהתקדמות החברה כפועל יוצא מכך.

97 **שם**, עמ׳ 199.

98 **שם**, עמ׳ 199-200.

1.3.5. חזקת החפות כמבטאת תפיסה מדינית ליברלית מוטעית

מעבר לנימוקים משפטיים אשר העלו מתנגדיה של חזקת החפות, הסתתרה הדחייה החריפה שחשו רובם הגדול כלפי התפיסה המדינית הליברלית העומדת, לדעתם, ביסודה של חזקה זו בהעדיפם מדינה חזקה ואוטוריטרית[100]. אינטרס החברה במיגור העבריינות נתפס בעיניהם כאינטרס בעל עדיפות על פני חירות הפרט[101]. העדפה זו באה לידי ביטוי גם בעובדת תמיכתם של מרבית המשפטנים באיטליה, אשר התנגדו לחזקת החפות, במשטרו הפשיסטי של מוסוליני[102]. קרימינולוגים במדינות אוטוריטריות פעלו לביטולה של חזקת החפות בהשפעת מיתוס כוחה הבלתי מוגבל של המדינה[103]. המשטר הפשיסטי[104] וכן גם התורה הנאצית[105] דחו את חזקת החפות. הוויתורים המדיניים של גרמניה לאחר מלחמת העולם הראשונה השפיעו במהלך עבודות ההכנה שנעשו לקראת עיצובו של חוק הפרוצדורה הפלילית באיטליה משנת 1930, על ההתנגדות להכליל בו את חזקת החפות[106]. ואכן, עוצמת ההתנגדות לחזקת החפות העידה על דומיננטיות השיקולים הפוליטיים העומדים ביסודה[107]. עם נפילתו של משטר הפשיזם באיטליה

99 **שם**, עמ׳ 200.

100 Ghiara (**לעיל**, הערה 11), עמ׳ 78; Quigley (**לעיל**, הערה 24, עמ׳ 304) המתייחס להתנגדות לחזקת החפות בשנותיה המוקדמות של ברית המועצות הקומוניסטית. Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 55-56) רואה בדחייתה של חזקת החפות במשטר הנאצי והפשיסטי פועל יוצא מדחיית תורת ההשכלה. ואכן, Manzini (**לעיל**, הערה 31, עמ׳ 198-200) מותח ביקורת בהקשר של חזקת החפות על הפסבדו־דמוקרטיה הצרפתית תוך הדגשה כי האבסורדיות המשונה בדמות חזקת החפות הומצאה בצרפת. Longhi (1921, **לעיל**, הערה 31, עמ׳ 89) מציין אף הוא את עובדת היותה של חזקת החפות רעיון של המדינה הליברלית הצרפתית.

101 כדברי Manzini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 198.

102 Ghiara (**לעיל**, הערה 11), עמ׳ 78; Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 52, לגביו של Ferri. P. Pezzatini *La Custodia preventiva* (Italy, 1954) p. 12, לגבי אחריותו של Manzini לגיבוש חוק הפרוצדורה הפלילית באיטליה משנת 1930.

103 Merle & Vitu (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 6-7.

104 Ghiara (**לעיל**, הערה 11), עמ׳ 80. עם זאת גם בקרב תומכי הפשיזם הובע חשש מתסיסה אידאולוגית בשל התנגדות לעיקרון פוליטי ליברלי כדוגמת חזקת החפות: Ghiara, עמ׳ 81.

105 Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 47; Gruchmann (**לעיל**, הערה 73), עמ׳ 1000-1001; Koch (**לעיל**, הערה 86), עמ׳ 75-78.

106 Ghiara (**לעיל**, הערה 11), עמ׳ 78-79. לדבריו, האסכולה אשר התנגדה לחזקת החפות גברה על התומכים בה, וחזקת החפות לא נכללה באותו קודקס. כעמדה של פשרה נקבעו בו הוראות המגנות על נאשמים, כגון קביעה שלפיה מעצר יוטל רק בנסיבות של צורך דחוף, אשר מתיישבות עם תפיסתה של חזקת החפות ככלל רחב, הפועל לקביעתן של דרכי התנהגות כלפי נאשמים. האסכולה אשר תמכה בחזקת החפות זנחה לאחר מכן את המאבק על ההכרה בה מתוך רגישות למגמות האוטוריטריות, אשר שררו באותה תקופה באיטליה. באופן זה נותר כר פעולה רחב לחקיקה פשיסטית עתידית.

107 **שם**, עמ׳ 81.

נתפסה הדרישה לכלול את חזקת החפות בחוקה כמובנת מאליה[108]. גם בגרמניה כללו כמה מדינות בחוקותיהן את חזקת החפות לאחר נפילת המשטר הנאצי[109]. עם זאת טיעוניהם של המתנגדים לחזקת החפות ראויים להתייחסות הולמת במנותק מהתפיסה המדינית שבה דגלו.

1.4. בעייתיות אפיונה של חזקת החפות כחזקה עובדתית

ההתנגדות לחזקת החפות ניתנת להצדקה ככל שהיא מכוונת לתפיסה עובדתית גרדא של מהות חזקה זו. ואכן, גם אם חזקת החפות מגלמת בתוכה פן עובדתי הנסמך על ניסיון אמפירי או על תפיסת טבעו של האדם, ביסוסה של חזקת החפות במלואה על הפן העובדתי הוא רעוע למדי. שינוי הבסיס האמפירי העומד ביסודה של חזקת החפות באופן שיתגלה כי מרבית האוכלוסיה בת העונשין מעורבת בהפרות חוק, יכול לחייב, על־פי התפיסה העובדתית, את זניחתה[110]. הפן העובדתי יוצר בעיה להצדיק את חזקת החפות במצבים רבים ביחס לקבוצות אוכלוסיה קונקרטיות אשר לגביהן נתונים סטטיסטיים יכולים להפריכה[111]. קבוצות אוכלוסיה אלו יכולות להתייחס לא רק לחשודים ולנאשמים, כי אם לקבוצות אחרות, כגון תושבי אזור מסוים. אף לא תמיד ברור מה הם הפרמטרים הקובעים את קבוצת ההשתייכות הרלוונטית, ומהי רמת ההכללה הנדרשת לניבוי שאלת החפות או האשמה באמצעות נתונים סטטיסטיים. כך למשל יכולה להתעורר שאלה אם נבחן את עניינו של החשוד או הנאשם ביחס לכלל החשודים והנאשמים, ביחס לכלל החשודים והנאשמים בעבירה המיוחסת לו, או שמא ביחס לכלל החשודים והנאשמים במעמדו או בעיסוקו. כנגד ביסוסה של חזקת החפות על נתונים סטטיסטיים בנוגע לשיעור העבריינות בחברה או לשיעור העבריינות בקרב קבוצות אוכלוסיה מסוימות, ניתן לטעון כי חזקת החפות היא זכות אינדיווידואלית, שאינה מרשה שינוי בזכותו של אדם ספציפי לנוכח סטטיסטיקה כללית והתייחסות אליו כנתון סטטיסטי גרדא[112]. אף אם רובם של האנשים מפרים את החוק, אין להתייחס לפרט

108 **שם**, עמ׳ 82. עם זאת לאחר ויכוח נוקב בפרלמנט האיטלקי לא אומץ הנוסח של ״חזקת חפות״ בחוקה האיטלקית.

109 Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 27, הערה 1.

110 Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 50.

111 Merle & Vitu (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 6.

112 ראו על אי־הרצון להרשיע בדין נאשם על סמך ראיות סטטיסטיות־הסתברותיות בלבד מתוך עמדה נורמטיבית ערכית, שלפיה ההליך השיפוטי צריך להתייחס באופן קונקרטי לזכויותיו ולחובותיו של הפרט: Nesson (**לעיל**, הערה 34), עמ׳ 1187-1199; A. Stein "An Essay on Uncertainty, and Fact – Finding in Civil Litigation, with Special Reference to Contract Cases" 48 *U. Toronto L.J.* (1998) 299, p. 301; Zuckerman D.T. Wasserman "The Morality of Statistical Proof and the Risk of Mistaken Liability" 13 *Cardozo L. Rev.* (1991) 935. לדבריו, אין להשתמש

הבודד כאשם עד להרשעתו[113]. אולם גם על־פי תפיסה של חזקת החפות כזכות אינדיווידואלית, ראייתה כחזקה עובדתית אינה יכולה להסביר את כלליותה ואת ישימותה במכלול המצבים שבהם המציאות מדברת במקרה ספציפי כנגד החלתה, כגון כאשר הראיות לביצוע עבירה הן ברורות, או כאשר מדובר באדם המנהל אורח חיים עברייני[114].

1.5. אפיונה של חזקת החפות כחזקה ערכית־נורמטיבית

דחיית ביסוסה של חזקת החפות במלואה על ניסיון החיים, לפחות בכל הנוגע לקבוצת החשודים והנאשמים, מחייבת לבחון קיומו של בסיס אחר לקביעתה כחזקה משפטית. כפי שיובהר בהמשך, חזקת החפות היא חזקה הנסמכת בעיקרה על טעמי מדיניות הקשורים לתורת מוסר פוליטי ולכבוד האדם, שלפיהם רק בית־משפט מוסמך לקבוע את אשמתו של אדם. חזקה זו קובעת קביעה עקרונית וערכית שלפיה אדם נחשב חף מפשע כל עוד לא נקבעה אשמתו על־ידי בית־משפט מוסמך במידת הוודאות הנדרשת במשפט פלילי[115]. חזקת החפות היא כלל נורמטיבי המנחה את רשויות השלטון באשר לדרך ההתנהגות הראויה כלפי אדם שטרם הורשע, דרך שאינה תלויה בממצאים אמפיריים הנוגעים למידת השמירה על החוק או לשאלת הסתברותה של החפות בעניינו של החשוד או הנאשם הקונקרטי[116]. היא מהווה הנחיה במצב של אי־ודאות באשר לאופן ההתייחסות לאדם אינדיווידואלי, אשר אין לדעת לגביו מראש

בנתונים סטטיסטיים גרדא לשם ביסוס אחריותו של אדם, כאשר שימוש כזה פוגע באינדיווידואליות של הפרט ובאוטונומיה שלו, כגון נתונים הנוגעים להשתייכותו לקבוצה מסוימת או להתנהגותו בעבר. על הקושי ללמוד על האמת הקונקרטית מנתונים סטטיסטיים ראו: V.C. Ball "The Moment of Truth: Probability Theory and Standards of Proof" 14 *Vanderbilt L. Rev.* (1961) 807, p. 811: "For individuals there are no statistics, and for statistics no individuals".

113 Köster (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 143) הגוזר איסור זה מכבוד האדם. Thayer (**לעיל**, הערה 12, עמ׳ 563) עומד על כך כי שיקולי הסתברות אינם מספיקים כשלעצמם כדי להניח אשמה במקרה ספציפי. ראו לנקודה זו גם Wills (**לעיל**, הערה 57), עמ׳ 204.

114 Ferri (**לעיל**, הערה 51), עמ׳ 445; עמדה זו מוזכרת גם אצל Merle & Vitu (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 6; Frister (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 89) מעלה את השאלה מדוע יש להניח נאמנות לחוק למרות קיומן של ראיות מפלילות.

115 Packer (**לעיל**, הערה 57), עמ׳ 161.

116 Kiselbach (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 177; Packer (**לעיל**, הערה 57, עמ׳ 161) עומד על כך כי חזקת החפות מחייבת לנהוג באדם, מטעמים שאין להם קשר לתוצאת ההליך, כאילו שאלת האשמה היא פתוחה. לדברי Köster (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 143) השאלה אם יכולת השליטה העצמית של אדם מובילה למסקנה בדבר נאמנותו לחוק ומתוך כך גם לחזקת החפות, אינה צריכה להיבדק באופן אמפירי על סמך ממצאים סטטיסטיים. בדיקה כזו מתעלמת לדעתו מאופייה הנורמטיבי של חזקת החפות ומכבוד האדם, שאינו תלוי זמן ומקום, אלא צריך להיות מוגשם באופן נורמטיבי.

אם הוא שייך לאוכלוסיית האשמים או לחפים מפשע. כפי שמדגיש Packer, למרות היותה מנוסחת במושגים עובדתיים, חזקת החפות אינה מתיימרת להביע ביטחון מוחלט בחפותו של אדם, ואף אינה מתיימרת כלל לנבא את התוצאה הסופית של ההליך הפלילי[117]. היא מהווה נדבך מרכזי במודל ה־Due Process[118] ואחד העקרונות המרכזיים אשר נועדו להבטיח שמירה על זכויות אדם, ובעיקר שמירה על זכויות חשודים ונאשמים, וכן מתן הגנה לאדם חף מפשע[119]. חזקת החפות שואפת לספק לחשודים ולנאשמים הגנה גם כאשר העובדות אינן מצביעות על חפות עובדתית.

1.6. מודל ביניים של היעדר חזקת אשמה

בין שתי התפיסות של חזקת חפות, מחד, ושל חזקת אשמה, מאידך, קיימת גישת ביניים[120]. גישה זו מדברת לא על ״חזקה של היעדר אשמה״, כלומר על ״חזקה של חפות״, אלא על ״היעדר חזקה של אשמה״. גישה זו מאמצת בעיקרה את התפיסה העובדתית של חזקת החפות, ומתוך כך גם את הביקורת עליה. לפי גישה זו, אין מקום לשום הנחה עקרונית מוקדמת גורפת בדבר חפותו או אשמתו של אדם המתבססת על נתונים סטטיסטיים, אלא יש לבחון כל מקרה קונקרטי לגופו[121]. על־פי גישה זו, אין צורך לקבוע מראש את מעמדו של אדם כאשם או כחף מפשע. ניתן לומר לגבי חשודים

117 Packer (**לעיל**, הערה 57, עמ׳ 161) אומר כי חזקת החפות אינה היפוכה של חזקת האשמה, וכי מדובר בשתי תפיסות שונות יותר מאשר מנוגדות. חזקת החפות אינה טוענת כי סביר יותר להניח שאדם ביצע את העבירה מאשר שלא ביצע אותה, ויהיו אף מקרים, שבהם טענה כזו תהיה אבסורדית. לדבריו (עמ׳ 162) בעוד שחזקת האשמה היא עובדתית ותיאורית, חזקת החפות היא נורמטיבית ומשפטית. לפיכך המודל הטהור של ה־Crime Control אינו מתנגש באופן חזיתי עם חזקת החפות, אף שיישומו אינו מתיישב עם האידאולוגיה הדומיננטית שמאחוריה.

118 **שם**, עמ׳ 161; Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 48, שלפיו תומכי הגישה הרואה בסדר הדין הפלילי אמצעי להבטיח את זכויות הנאשמים, יתמכו בחזקת חפות.

119 Krauss (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 155-156; Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 165-167, המציע אף לתת לחזקת החפות משמעות פונקציונלית, המכוונת להגנתם של חשודים ונאשמים בלבד.

120 Meyer (**לעיל**, הערה 47, עמ׳ 1463) סבור כי אין מקום להקדים כל הנחה של אשמה או של חפות לעצם הגשת כתב אישום כנגד נאשם. לדברי Leone (**לעיל**, הערה 31, עמ׳ 475-476) גישת הביניים זכתה לתמיכה בתקופת המשטר הפשיסטי מתוך סברה כי אין כל תועלת לדבר על חזקת חפות יותר מאשר על חזקת אשמה, אולם בלא שאימצה תפיסה מנוגדת של חזקת אשמה. בתפיסה זו צידדו תומכי האידאולוגיה הנאצית: Koch (**לעיל**, הערה 86), עמ׳ 75-76. ראו באופן כללי שלוש חלופות של סיווג לקטגוריות, שלפיהן ניתן להניח על אדם את הטוב ביותר, את הגרוע ביותר, וניתן אף שלא להניח דבר: Nance (**לעיל**, הערה 49), עמ׳ 647.

121 Manzini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 202; Longhi, 1911 (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 522; כך עולה גם מדבריו של Ferri (**לעיל**, הערה 51), עמ׳ 445-446; Marucci (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 121-126.

ונאשמים כי מצב זה טרם התבהר, שכן מעצם מעמדו של אדם כחשוד או כנאשם, בהנחה שמעמד זה מבוסס על הראיות המפלילות הדרושות, אפשרות האשמה קיימת עד להכרעת הדין לצד אפשרות החפות[122]. ואכן, תפיסה עובדתית של חזקת החפות, היינו גישה המשתיתה את חזקת החפות על ההנחה שאדם שומר חוק מטיבו, פותחת פתח גם לתפיסה יחסית של החזקה. היא יכולה אף לפנות מקום בנסיבות מתאימות לחזקת אשמה, כאשר תכונותיו האישיות ועברו של החשוד או הנאשם אינם מצביעים על התנהגות נורמטיבית מצדו כעניין שבשגרה. על־פי תפיסה יחסית זו, חזקת החפות יכולה לפעול בהיקף שונה ביחס לאנשים שונים. חזקה הנכונה לגבי אדם מן היישוב המשולב בחיי הקהילה ומקיים אורח חיים נורמטיבי, אינה מתאימה בהכרח לעבריין מועד, אשר הורשע פעמים מספר בעבר בפלילים, ועל פניו לא ניכר שינוי באורח חייו[123]. חזקת החפות מאבדת מתוקפה, על־פי תפיסה זו, כאשר עברו הפלילי של אדם או נסיבות ביצועה של העבירה מלמדים על היותו עבריין מועד[124]. החזקה יכולה להיסתר ולאבד מתוקפה גם בכל מקרה קונקרטי לגופו, בהתאם לטיבן ולעוצמתן של הראיות הקיימות כנגד אדם. ישנם מקרים, כגון במקרה של הודאה בביצוע העבירה או של תפיסה בעת ביצוע המעשה, שבהם קיימות, על־פי אותה תפיסה, סיבות טובות להחזיק אדם כאשם גם כאשר אשמתו טרם הוכרזה באופן פורמלי על־ידי בית־משפט[125]. במקרים כאלה, שבהם ברור כי הנחה של חפות אינה מייצגת את העובדות כהווייתן, עליה לפנות את מקומה להנחה של אשמה. במילא במצבים שבהם אשמתו של החשוד או הנאשם ברורה לעין כול, איש אינו יוצא, הלכה למעשה, מנקודת מוצא עובדתית של חפות, לפיכך חזקת החפות אינה הגיונית כאשר היא מיושמת ללא הבחנה לגבי כלל החשודים

122 Del Pozzo (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 104 ; Leone (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 475 ; Gelatt (**לעיל**, הערה 24), עמ׳ 270, ביחס לתפיסה רווחת בסין.

123 L. Mortara & U. Aloisi *Spiegazione Pratica del Codice Di Procedura Penale* (Italy, 1922) p. 7 ; **ראו גם**: Note "Winship on Rough Waters: The Erosion of the Reasonable Doubt Standard" 106 *Harv. L. Rev*. (1993) 1093, pp. 1108-1109. **מאמר זה מביע את הרעיון שלפיו אדם בעל עבר פלילי זכאי ליהנות במידה פחותה יותר מבחינת האינטרס של החברה מחזקת החפות ומנטל ההוכחה הגבוה.**

124 Ferri (**לעיל**, הערה 51), עמ׳ 445 ; Florian (**לעיל**, הערה 65), עמ׳ 255.

125 Ferri (**לעיל**, הערה 51), עמ׳ 445 ; Florian (**לעיל**, הערה 65), עמ׳ 255 ; Gelatt (**לעיל**, הערה 24, עמ׳ 270) המציג תפיסה רווחת בסין. Bellavista & Tranchina (**לעיל**, הערה 4, עמ׳ 230) אשר לצד תמיכתם בחזקת החפות או חוסר האשמה, סבורים כי יש מקום למעצר בעבירות חמורות כאשר הראיות המפלילות הן ברורות או כמעט ברורות. עם זאת, יש לציין כי הודאת נאשם בביצוע העבירה לא משקפת בהכרח את המציאות. ראו לנקודה זו: ״דין וחשבון של הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר״ (דצמבר 1994) בראשות השופט גולדברג; ב׳ סנג׳רו, מ׳ קרמניצר ״המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסותו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון״ **עלי משפט** א (תש״ס) 97.

והנאשמים[126]. החלתה במקרים שבהם ניגודה לעובדות הוא ברור לעין, מפחיתה מתוקפה גם במקרים שבהם החלתה ראויה[127]. תפיסה של ״היעדר חזקת אשמה״ אינה מצווה בהכרח שלא לסווג אדם כאשם עוד לפני הכרעת הדין בנסיבות מתאימות לנוכח עברו הקודם או לנוכח ראיות חזקות בדבר אשמתו[128]. היא מזכירה במובן זה את תפיסתה של חזקת החפות במשפט האיטלקי בימי הביניים כחזקה סלקטיבית.

עם זאת גישת הביניים מכירה בכך שבית־המשפט הוא הגורם היחיד המוסמך להכריז על אשמתו של אדם. כל רשות צריכה לבצע את המוטל עליה, ותפקיד השיפוט אינו מסור לרשויות אכיפת החוק. פשיטא הוא כי כל עוד המדינה לא הוכיחה את האשמה כנגד אדם, אין להתייחס אליו כאל מורשע אלא כאל מי שקיימות כנגדו ראיות המצדיקות את ניהול המשפט[129]. במקרים רבים גם כאשר קיימים ספקות רציניים בדבר חפותו של אדם ואף במצב שבו קיימות ראיות מוצקות לאשמתו, אין לראות באדם אשם באופן ודאי, כל עוד לא נקבע כן על־ידי בית־המשפט. מעמדו של אדם כאשם או כחף מפשע נוצר רק עם הכרעת הדין[130], אולם גם אם מתעוררים ספקות בדבר אשמתו של אדם, קיימים במקביל גם ספקות בדבר חפותו, ולפיכך אין מקום להנותו מכל הנחה של חפות[131]. ניתן לראות בגישה זו כמבטאת מעין ״הנחה חלשה״ של חפות בהיותה מסייעת קמעא למיתון קונספציית האשמה שבה מחזיקות, הלכה למעשה, רשויות החקירה והתביעה. במקרים רבים, כאשר הראיות אינן ברורות וחד־משמעיות לכולי עלמא, יש להביא בחשבון גם את אפשרות חפותו העובדתית של החשוד או הנאשם. ככלל, אמנם אין שום סיבה והיגיון להניח מראש שחשוד או נאשם חף מפשע, אולם אין מקום גם להנחה גורפת הפוכה, שלפיה הינו אשם בהכרח.

כך, חוקת איטליה משנת 1947 מבטאת את גישת הביניים בקבעה כי אדם לא נחשב כאשם, במובחן מחף מפשע, עד להוכחת אשמתו[132]. נוסח זה אומץ גם בחוקתה של

126 Ferri (**לעיל**, הערה 51), עמ׳ 445; Marucci (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 121.

127 Ferri (**לעיל**, הערה 51), עמ׳ 445-446.

128 Koch (**לעיל**, הערה 86), עמ׳ 75-76.

129 Manzini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 202-203; Vannini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 64; Leone (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 475; Gelatt (**לעיל**, הערה 24, עמ׳ 304-305) מציג גישה קיימת בסין; מובא אצל Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 64.

130 Del Pozzo (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 104; Marucci (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 126; Vannini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 64.

131 Manzini (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 203.

132 סעיף 27(2) לחוקה האיטלקית משנת 1947 נוקט את המונח di non colpevolezza presunzione שפירושו הוא חזקה של היעדר אשמה. לדעת Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 62, הערה 218) תרגומו המדויק של הביטוי הנ״ל באיטלקית הוא ״היעדר חזקה של אשמה״, אולם אומר כי שאלת התרגום המדויק שנויה במחלוקת. בהתייחסות לחוקה האיטלקית אשתמש בשני מונחים אלה לחלופין, כאשר חזקת חוסר אשמה תשמש במובן של היעדר חזקת אשמה. נוסח החוקה האיטלקית היה פשרה בין התומכים בעיגונה של

ברזיל[133]. חוקת ברית המועצות מ־1977 נקטה נוסח דומה לזה של היעדר חזקת אשמה, שלפיו איש לא ייחשב אשם בביצוע עבירה ויהיה חשוף לסנקציה פלילית אלא בהתאם להחלטה של בית־המשפט ועל־פי החוק הפלילי[134]. ישנם הסבורים כי הלכה למעשה לא קיים שוני בין תפיסה של היעדר חזקת אשמה לבין נוסחה פוזיטיבית של חזקת חפות[135]. ואכן, מבחינה סמנטית, מי שאינו אשם יכול להיחשב כחף מפשע[136]. אולם תפיסה ניטרלית של היעדר חזקה של אשמה מבטאת כוונה שונה מזו של חזקת חפות.

חזקת החפות בחוקה לבין המתנגדים לקיומה: Rodri'guez, עמ׳ 61-62. הוא התקבל על־ידי מליאת הפרלמנט למרות המלצתה של הוועדה המכינה לאמץ נוסח פוזיטיבי של חזקת חפות: Ghiara (**לעיל**, הערה 11), עמ׳ 82-83; Del Pozzo (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 103-104.

133 סעיף 5LVII לחוקת ברזיל משנת 1991.

134 סעיף 160 לחוקה.

135 Ghiara (**לעיל**, הערה 11), עמ׳ 83-84; Bellavista & Tranchina (**לעיל**, הערה 4), עמ׳ 228; M. Pisani L'assoluzione per insufficienza di prove: prospettive storico sistematiche Atti del convengo di studi giuridici a cura della camera penale trieste (Italy, 1968) pp. 225, 241. Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 64) גורס כי תורת המשפט באיטליה רואה כיום זהות בין שני הנוסחים. יש כותבים המתייחסים, כמובן מאליו, לקיומה של חזקת חפות בחוקה האיטלקית: Bettiol (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 213; G.D. Pisapia *Compendio di procedura penale* (Italy, 4th ed., 1985) p. 52; G.D. Pisapia *Lineamenti del Nuovo Processo penale* (Italy, 2nd ed., 1989) p. 5; G. Foschini *Sistema del diritto processuale penale* (vol. 1, 2nd ed., Italy, 1965) p. 422. **מנגד**, Manzini (**לעיל**, הערה 31, עמ׳ 203) סבור כי החוקה האיטלקית לא אימצה הנחה של חפות, אלא קבעה את המובן מאליו, כי אדם אינו נחשב אשם עד להרשעתו החלוטה. לדעת Frosali (**לעיל**, הערה 31, עמ׳ 178) נוסח החוקה האיטלקית מלמד על דחייה של חזקת החפות. Del Pozzo (**לעיל**, הערה 31, עמ׳ 103-104) סבור כי נוסח החוקה האיטלקית מרחיק באופן שווה מראש את החפות כמו גם את האשמה, כאשר לדעתו, משקף נוסח זה עמדה ניטרלית בין שתי גישות מנוגדות. דעה דומה שלפיה החוקה האיטלקית שוללת את החפות ואת האשמה באותה מידה, ובוחרת לנקוט גישה ניטרלית, מביעים גם Leone (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 476, וכן: G. Sabatini *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale* (Italy, 1953) p. 431. לדעת Amato, ההבדל בין שני הנוסחים יכול להיראות שביר על־פי ניתוח לוגי, אולם הוא משקף פשרה שלא ניתן להתעלם ממנה: G. Amato *Individuo e autorita "nella disciplina della liberta" personale* (Italy, 1967) p. 379. גם על־פי החלטת בית־המשפט העליון באיטליה משנת 1972, תפיסה של היעדר חזקת אשמה מצומצמת מתפיסה של חזקת חפות באפשרה, בניגוד לחזקת חפות, מעצר על בסיס חשד עוד בטרם הכרעת הדין: Guir. Cos. (1972) 1325, 1328, 1331, 1334, 1335.

136 Bellavista & Tranchina (**לעיל**, הערה 4), עמ׳ 228; Amato (**לעיל**, הערה 135), עמ׳ 379; A. Malinverni *Principi del processo penale* (Italy, 1972) p. 474. לדעתו, שלילת הנחה של אשמה מביאה באופן אוטומטי להנחה של חפות. עם זאת גם מבחינה לשונית חזקת החפות נותנת, לדעתי, ביטוי הולם למעמדם של חשודים ונאשמים השווה לזה של יתר בני הקהילה. ראו לעניין זה סעיף 2.3.3.

2. ישימותה של חזקת החפות בהליכים הקודמים להכרעת הדין

2.1. תחולה רחבה של חזקת חפות מול צמצומה לנטל ההוכחה בפלילים ולמידתה

למרות היותה של חזקת החפות עיקרון חוקתי בלתי מעורער, העומד ביסוד שיטת המשפט של מרבית מדינות העולם, קיימת כאמור אי־בהירות, ואף מחלוקת, בדבר תוכנה והיקפה. נקודת המחלוקת העיקרית מתייחסת לשאלת ישימותה של חזקת החפות בהליכים הקודמים להכרעת הדין. פסק דינו של בית־המשפט העליון האמריקני בפרשת Bell v. Wolfish משנת 1979 מדגים מחלוקת זו[137]. באותו מקרה עתרה קבוצת עצורים כנגד תנאי מעצרם וכנגד הגבלות שהוטלו עליהם בבית המעצר. העותרים טענו, בין היתר, כי חזקת החפות אוסרת להעניק להם יחס זהה לזה של עבריינים. בית־המשפט העליון האמריקני דחה ברוב דעות טיעון זה. הוא פסק באופן כללי, בלא להגביל עצמו לסוגיה של תנאי המעצר, כי חזקת החפות ישימה אך ורק בשלב של הוכחת האשמה במשפט עצמו על־ידי קביעת דרך הוכחתה של האשמה ומידתה מעבר לכל ספק סביר. מעבר לכך, חזקת החפות חסרת כל משמעות ואינה רלוונטית לקביעת זכויותיהם של עצורים[138]. שלושת שופטי המיעוט סברו כי עובדת היותם של עצורים בגדר חפים מפשע הנה בעלת משמעות גם לעניין הכללים הצריכים לחול עליהם בבית המעצר[139]. עמדת הרוב בבית־המשפט העליון האמריקני, אשר לפיה לחזקת החפות אין כל משמעות נפרדת מעבר לנטל ההוכחה בפלילים, ולפיכך אין ליישמה בהליכים הקודמים להכרעת הדין, ביטאה דעה המקובלת על מלומדים רבים[140].

137 441 U.S. 520 (1979).

138 441 U.S. 520, 533 (1979).

139 441 U.S. 520, 563, 579-582 (1979).

140 Thayer (**לעיל**, הערה 12), עמ׳ 554, 560, 565-566, 572-573; Cross & Tapper (**לעיל**, הערה 12), עמ׳ 135; McCormick (**לעיל**, הערה 47), עמ׳ 806, 829-830; Lilly (**לעיל**, הערה 47), עמ׳ 50, הערה 19; Meyer (**לעיל**, הערה 47), עמ׳ 1447; Del Pozzo (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 105; McKelvey (**לעיל**, הערה 44), עמ׳ 113-114; **מובא אצל** Laufer (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 340; Fridman (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 667; Mitchell (**לעיל**, הערה 47), עמ׳ 1231; W.B. Odgers *Principles and Practice of the Law of Evidence* (England, 1911) p. 103; W. Alschuler "Preventive Pretrial Detention and the Failure of Interest Balancing Approaches to Due Process" 85 *Mich. L. Rev.* (1986) 510, pp. 550-551. Elibol (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 41) מציין כי חזקת החפות כמעט שלא נזכרה בשמה מאז אי־הכללתה בחוקה הצרפתית משנת 1795 למרות הרטוריקה שדיברה על זכויות נאשמים, ובמקומה החלו לדבר על העיקרון של הוכחת האשמה מעבר לכל ספק סביר כתנאי להרשעה. לדברי Köster (**לעיל**, הערה 1) כותבים אשר ייחסו בטעות את חזקת החפות למאה ה־19 זיהו אותה עם הכלל של הוכחת האשמה מעבר לכל ספק סביר (עמ׳

לעומת זאת בארצות הקונטיננט וכן בקנדה, בישראל ובארצות אמריקה הלטינית הדעה הרווחת רואה בחזקת החפות עיקרון כללי, החולש על מכלול היבטיו של ההליך הפלילי[141]. חזקת החפות נתונה לאדם בכל נקודת זמן עד להרשעתו. ככזו, חזקת החפות משפיעה על אופן ההתייחסות אל אדם שאשמתו טרם נקבעה, והינה בעלת השלכות רחבות על מעמדו ועל זכויותיו גם מחוץ למשפט עצמו[142].

141 Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 44, בהתייחס לקונטיננט ולארצות אמריקה הלטינית. בגרמניה: *BVerfGE* 19, 343, 347 (1965); *BVerfGE* 35, 311 (1973). בקנדה: *R. v. Oakes* (1986) 1 S.C.R. 103, 119-120; *R. v. Pearson* (1992) 3 S.C.R. 665, 683; *R. v. Morales* (1992) 3 S.C.R. 711, 713-714. על־פי קביעתו של בית־המשפט העליון בקנדה, חזקת החפות הכלולה בסעיף 11(d) לצ׳רטר מתייחסת לנטל של הוכחת האשמה במשפט ונעדרת כל השלכה על ההליכים הקודמים להכרעת הדין, שבהם שאלת החפות או האשמה אינה עומדת להכרעה. אולם חזקת החפות, הנגזרת מהאיסור הקבוע בסעיף 7 לצ׳רטר לפגוע בחייו, בחירותו או בביטחונו של הפרט שלא בהתאם לעקרונות של צדק בסיסי, ישימה בכל שלבי ההליך הפלילי. בישראל: ב״ש 16/87 **דננאשווילי ואח׳ נ׳ מ״י**, פ״ד מא(2) 281, עמ׳ 288; בש״פ 8087/95 **זאדה נ׳ מ״י**, פ״ד נ(2) 133, עמ׳ 134. לדברי Ghiara (**לעיל**, הערה 11, עמ׳ 82) חזקת החפות נתפסה במובנה הרחב כעניין מובן מאליו בעת הדרישה לכללה בחוקה האיטלקית בשנת 1947. לדבריו, גם אין ספק כי סעיף 9 להצהרה הצרפתית בדבר זכויות האדם והאזרח מתייחס לחזקת החפות על שני מובניה. לדברי Köster (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 89-90) חזקת החפות הופיעה לראשונה בתקופת המהפכה הצרפתית כעיקרון יסוד מבני, החולש על כלל ההליכים עד להרשעה חלוטה. דעה זו בוטאה בעבר אף על־ידי בית־המשפט העליון האמריקני בפרשת *Stack v. Boyle* 342 U.S. 1, 4 (1951).

142 לתמיכה בעמדה זו: Carrara (**לעיל**, הערה 2), כרך 5, עמ׳ 17-18; Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 44; Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 42-43, 66-67; Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 1, 25, 79-80; Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 99; Frister (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 88; Amodio (**לעיל**, הערה 140), עמ׳ 862-864; Ghiara (**לעיל**, הערה 11), עמ׳ 72; Essaid (**לעיל**, הערה 4), עמ׳ 18; Mrozynski (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 256; A. Stoppato "Sul fondamento scientifico della procedura penale" 37-38 *Riv. Pen.* (1893) 305, pp. 318-326; S. Stavros *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights* (Netherlands, 1993) p. 50; Beccaria (**לעיל**, הערה 21, עמ׳ 30) סבור כי החברה אינה רשאית להסיר מאדם את הגנתה בטרם הרשעתו

לפיכך מעמדה הנורמטיבי של חזקת החפות, היקפה ותוכנה המדויק תלויים במידה רבה באופן תפיסתה כמגן מפני הרשעה פלילית מוטעית בלבד או כמגן מפני פגיעה בזכויות אדם באופן כללי בכל שלב של ההליך הפלילי בטרם הרשעה[143]. ההבדל בין שתי תפיסות אלו משפיע על יכולתה של חזקת החפות למנוע פגיעה בזכויות אדם בהליכים הקודמים להכרעת הדין או להגבילה.

2.2. בעייתיות החלתה של חזקת חפות פוזיטיבית והמרתה בהיעדר חזקת אשמה

החוקה האיטלקית בחרה כאמור לדחות נוסח פוזיטיבי של חזקת חפות. בחירה זו הייתה פרי מחשבה מודעת. יש שהסבירו כי בחירה זו לא נועדה לצמצם את היקפה של חזקת החפות או את משמעותה הכפולה הן כקובעת את נטל ההוכחה במשפט ומידתה והן כמשליכה על זכויותיהם הכלליות של חשודים ונאשמים, אלא כוונתה הייתה לאמץ את חזקת החפות, כפי שהתבססה בדוקטרינה הליברלית של המאה ה־19, אולם להקנות לה משמעות מדויקת יותר ו״רומנטית״ פחות[144]. הנוסח של חזקת החפות שאוב מארצות המשפט המקובל, שבהן הוענקה לה משמעות מצומצמת, בעוד שתפיסה רחבה,

בדינו. Bellavista & Tranchina (**לעיל**, הערה 4, עמ׳ 228) יוצאים, כמובן מאליו, מתוך הנחה כי חזקת החפות משליכה על פרשנותן של נורמות הנוגעות להליך הפלילי, ובראשן מוסד המעצר. לדעת Trechsel (**לעיל**, הערה 2, עמ׳ 317) חזקת החפות מגנה על הפרט מפני התבטאויות בדבר אשמתו בטרם הרשעה וכן מהטלת הגבלות מוגזמות במהלך ההליך הפלילי. W. Twining *Rethinking Evidence* (England, 1990) pp. 207-208; M.J. Eeason "Eighth Amendment – Pretrial Detention: What Will Become of the Innocent?" 78 *J. of Crim. L. & Criminology* (1988) 1048, p. 1072; L. Pernell "The Reign of the Queen of Hearts: The Declining Significance of the Presumption of Innocence" 37 *Cleveland State L. Rev.* (1989) 393, pp. 402-403; S.J. Ervin "Preventive Detention: An Ampirical Analysis" 6 *Harv. C. R. – C. L. L. Rev.* (1971) 289, pp. 356-357; Kiselbach (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 175-178, 191-196. הנ״ל משייך את התפיסה הצרה למודל ה־Crime Control ואת התפיסה הרחבה למודל ה־Due Process. Bouzat (**לעיל**, הערה 15), עמ׳ 987; Merle & Vitu (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 4-8; G. Stefani & G. Pisapia; Levasseur *Droit pe'nal ge'ne'ral et proce'dure pe'nal* (France, 1971) p. 609; K.X. Metzmeier "Preventive Detention: A Comparison of (**לעיל**, הערה 135), עמ׳ 52; Bail Refusal Practices in the United States, Canada and Other Common Law Nations" 8 *Pace Int'l L. Rev.* (1996) 399; עמדת הנציבות האירופית לזכויות אדם בפרשת *Austria v. Italy* (1963) 6 Yearbook of the European Convention on Human Rights, pp. 740, 782, 784; עמדת בית־הדין האירופי לזכויות אדם: *Letellier v. France* (1991) 14 E.H.R.R. 83, 101.

143 Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 42-43; Frister (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 84-85; Amodio (**לעיל**, הערה 140), עמ׳ 867-868.

144 Ghiara (**לעיל**, הערה 11), עמ׳ 83-84.

המתייחסת לכלל של התנהגות כלפי חשודים ונאשמים בהליכים הקודמים להכרעת הדין, מובילה לנוסח מדויק יותר של ״היעדר חזקת אשמה״[145]. על־פי טיעון זה, הנוסח של ״היעדר חזקת אשמה״ הוא ביטוי טוב יותר לסטטוס של חשוד או של נאשם בהיותו מרמז על השילוב הבלתי נמנע של חפות ואשמה הכרוך בו. חזקת החפות מופקעת כביכול במצב זה, אך הציווי של חוסר אשמה מציב גבול ברור מפני התייחסות אל אדם כאשם עד להרשעתו הסופית[146].

למעשה, גם המתנגדים לחזקת החפות מתחו עליה ביקורת עזה בשל הקושי ביישומה בהליכים הקודמים להכרעת הדין מתוך תפיסה רחבה של היקפה[147]. כך Manzini, אשר התנגד לחזקת החפות, סבר כי יש בה כדי להוביל לתוצאות מרחיקות לכת, בלתי רצויות ואף בלתי אפשריות. אם מניחים חפות, שאל Manzini, מדוע אין מיישמים את מלוא התוצאות ההגיוניות הנובעות מהנחה זו, כגון ביטול המעצר המונע בעילת המסוכנות ומתן אפשרות לנאשם לתבוע את ״רודפיו״, היינו את רשויות החקירה והתביעה[148]? יישום צר של חזקת החפות על־ידי צמצומה לכלל של הוכחה במשפט מנטרל כמובן את הביקורת הנוגעת לחוסר האפשרות ליישמה בהליכים הנוגעים להכרעת הדין ולהעניק לה נפקות מעשית.

ואכן, יש שסברו כי לא ניתן לפתור את בעיית הניגוד בין חזקת החפות למוסד המעצר, וכי ניגוד זה מוביל בהכרח לקביעה כי חזקת החפות אינה מתייחסת למעצר, וכי תחום השתרעותה שונה לחלוטין ומוגבל למהלך המשפט בלבד[149]. רק על־ידי פרשנות מצמצמת כזו ניתן, על־פי הטענה, להבין מסמכים, כמו אמנות בין־לאומיות וחוקות של מדינות, המניחים חזקת חפות בצד אפשרות מעצר[150]. הנוסח של ״היעדר חזקת אשמה״ מתגבר כביכול על הניגוד שבין חזקת החפות למוסד המעצר בהבהירו כי אין לראות את

145 Amodio (**לעיל**, הערה 140), עמ׳ 868; החלטת בית־המשפט העליון באיטליה: *Guir. Cos.* 1325, 1328, 1331, 1334, 1335 (1972), שלפיה תפיסה של היעדר אשמה בהליכים הקודמים להכרעת הדין, בניגוד לתפיסה של חזקת חפות, מאפשרת מעצר על בסיס חשד עוד בטרם הכרעת הדין.

146 Ghiara (**לעיל**, הערה 11), עמ׳ 83.

147 כדוגמת Leone (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 474-475; Mortara & Aloisi (**לעיל**, הערה 123), עמ׳ 7, אשר התנגדו לחזקת חפות כללית, רואים אף הם את עיקר השלכתה של חזקת החפות בנושא המעצר.

148 Del Pozzo (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 105-106; Mitchell (**לעיל**, הערה 47), עמ׳ 1232; מובא אצל Gelatt (**לעיל**, הערה 24), עמ׳ 312.

149 Del Pozzo (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 105-106; Mitchell (**לעיל**, הערה 47), עמ׳ 1232; מובא אצל Gelatt (**לעיל**, הערה 24), עמ׳ 312.

150 Del Pozzo (**לעיל**, הערה 31), עמ׳ 105-106.

האדם כאשם או כחף מפשע אלא כחשוד או כנאשם[151]. כלפי נוסח זה לא ניתן לטעון אף כי אינו מתיישב עם עצם קיום חקירה ומשפט כנגד אדם[152].

העדפתה של חזקת חפות על פני חזקת אשמה אינה זקוקה להסברים יתרים. שיטת משפט המניחה את אשמתם של חשודים ונאשמים, עלולה לפגוע בנקל בכבודם ובזכויותיהם מתוך הנחה כי הביאו במו ידיהם לפגיעה זו מעצם ביצוע העבירה[153]. כמו כן היא תפחית מחשיבותה של הכרעת דינו של בית־המשפט מעצם הנכונות להתייחס אל אדם כעבריין עוד בטרם הרשעתו[154]. אולם העדפתה של חזקת חפות על פני מודל ניטרלי של היעדר חזקת אשמה, המתיימר לבטא תפיסה נכונה של מהות ההליך הפלילי, המחייב הטלת מגבלות על חשודים ונאשמים, אינה מובנת מאליה. כדי להעדיף חזקת חפות פוזיטיבית יש להצביע אפוא על חשיבותה ועל יתרונה על פני מודל ניטרלי וכן להתמודד עם הטענה בדבר חוסר האפשרות המעשית ליישמה בהליכים הקודמים להכרעת הדין.

2.3. טעמיה של חזקת חפות בהליכים הקודמים להכרעת הדין

כדי לבחון אם יש מקום לקיומה של חזקת חפות פוזיטיבית בשלבים הקודמים להכרעת הדין, יש לעמוד על ההצדקות העומדות ביסודה ולבדוק אם אלו מובילות להעדפתה של חזקת חפות פוזיטיבית על פני מודל ניטרלי של היעדר חזקת אשמה. ההצדקות לקיומה של חזקת חפות עומדות במידה רבה ביסוד החובה להוכיח את אשמתו של הנאשם ברמה של ודאות מרבית כתנאי להרשעתו, אולם ניתן לגזרן באופן עצמאי ממעמדו של הפרט כמי שטרם הורשע בדינו על־ידי בית־משפט.

2.3.1. חובת הוכחתה של האשמה

חזקת החפות פועלת במהלך המשפט להטלתו של נטל ההוכחה על כתפי התביעה, המבקשת להפריך את החזקה במישור העובדתי. חובה זו תקפה גם בשלבים הקודמים להכרעת הדין. לצורך קבלת החלטות בעניינם של חשודים ונאשמים רשויות החקירה והתביעה צריכות לבסס את הרמה הראייתית הנדרשת בשלבים אלה הן להוכחת ביצועה

151 מובא אצל Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 64-65; ראו גם את החלטת בית־המשפט החוקתי באיטליה (**לעיל**, הערה 135).

152 לטענה שחזקת החפות אינה מתיישבת עם עצם קיום החקירה והמשפט כנגד אדם, ראו **סעיף 1.3.2**.

153 D. Dolinko "Is There a Rationale for the Privilege Against Self-Incrimination" 33 *UCLA L. Rev.* (1986) 1063, p. 1066. הדברים נאמרו בהקשר לזכות השתיקה.

154 Gruchmann (**לעיל**, הערה 73), עמ׳ 1001, המתייחס למעמדו של בית־משפט בשיטת משפט המניחה אשמה.

של עבירה פלילית הן להוכחת הצדקה לפגוע בזכויותיהם. עם זאת הנחה ניטרלית, שאינה גורסת מראש חפות או אשמה, יכולה אף היא להביא להטלתו של נטל ההוכחה במשפט פלילי על התביעה[155].

2.3.2. נטרולו של מצג האשמה הלכאורי

הקנייתה של חזקת החפות במהלך המשפט הוסברה, בין היתר, ברצון לנטרל את מצג האשמה, העולה כביכול מהסיטואציה של הגשת כתב אישום כנגד אדם. נטרולו של מצג האשמה הלכאורי חיוני גם בהליכים הקודמים להכרעת הדין. עצם ניהול חקירה פלילית או הגשת כתב אישום כנגד אדם עלולים להכתים אותו בכתם של עבריין בעיני הציבור. כמו כן הם עלולים ליצור בקרב רשויות אכיפת החוק תחושה כי אשמתו של החשוד או הנאשם כבר נחרצה והוכחה. חזקת החפות נועדה לשמש כמשקל נגד וכתזכורת מתמדת לרשויות אכיפת החוק ולציבור הרחב לאפשרות חפותו העובדתית של החשוד או הנאשם. חזקת החפות אוסרת לראות באדם אשם בשל קיומן של ראיות מפלילות כנגדו. תפקידה הוא ליצור אצל החוקרים והתובעים יסוד של ספקנות ולהזכיר להם כי הראיות המפלילות כנגד אדם אינן מובילות בהכרח למסקנה של אשמה כאפשרות בלעדית[156]. חזקת חפות נורמטיבית אינה יכולה להתקיים ללא נכונות לקבל אפשרות של חפות עובדתית[157]. ההכרה כי החשוד או הנאשם יכול להתגלות כחף מפשע יכולה וצריכה לדרבן את רשויות אכיפת החוק להעריך בזהירות ובקפידה את משקל הראיות הקיימות כנגדו, וכן לחפש ביתר שאת גם את הראיות הפועלות לטובתו ולבדוק כיווני חקירה

155 Meyer (**לעיל**, הערה 47, עמ׳ 1441-1442, 1447-1448) סבור כי אין צורך בחזקת החפות לשם הטלתו של נטל ההוכחה על התביעה. לדברי Elibol (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 22), בניגוד לעמדת המשפט האנגלי, במשפט הפלילי הגרמני והתורכי אין מקובלת התפיסה הרואה בחזקת החפות כלל לחלוקתו של נטל ההוכחה בין הצדדים. לדעת Manzini (**לעיל**, הערה 31, עמ׳ 201) הטלת החובה להוכיח את האשמה על התביעה אינה מחייבת הנחה של חפות. Manzini מנמק דעה זו בטענה כי כבר עצם הגשת כתב־אישום היא הוכחה חלקית של האשמה, כפי שניתן ללמוד מהתייחסותו של הנאשם לראיות התביעה בניסיון לקעקען ולהוכיח את חפותו, אולם ניתן להגיע למסקנה דומה גם בלי להתבסס על טענה זו. Thayer (**לעיל**, הערה 12, עמ׳ 552) אומר כי האמרה ״המוציא מחברו עליו הראיה״ נשענת על טעמי מדיניות והיגיון ולא על הנחה שלפיה הנתבע אינו חייב. Nance (**לעיל**, הערה 49, עמ׳ 689) סבור כי חזקת החפות מיושמת באופן כללי, אם כי לא אחיד, בהליך פלילי ואזרחי כאחד.

156 Gelatt (**לעיל**, הערה 24), עמ׳ 269-270; *Dumbell v. Roberts* (1944) 1 All E.R. 326, 329 (C.A.).

157 ראו Carrara (**לעיל**, הערה 2), כרך 5, עמ׳ 18-19: יש להגן על אדם ולהימנע מפגיעה שרירותית בו עקב היותו חף מפשע. הוא חף מפשע, עד שלא יוכח אחרת.

היכולים להתיישב עם חפותו[158]. חזקת החפות פועלת לדחיית התפיסה המונחת ביסוד ״חזקת האשמה״, אשר לפיה יש לקבל באופן רגיל את עמדתן של רשויות החקירה והתביעה ללא עוררין. דחיית נקודת מוצא של אשמה מחייבת להמתין לתום ההליך הפלילי בטרם תתקבל הכרעה, ולו גם זמנית, בדבר אשמתו של החשוד או הנאשם[159]. אולם גם בנקודה זו הנחה ניטרלית בשאלת החפות או האשמה, המלווה באיסור על משוא פנים ובחובת בדיקה אובייקטיבית של מכלול הראיות, יכולה להשיג מטרות אלו גם ללא קיומה של חזקת חפות. יש לבדוק אפוא אם ניתן להצדיק חזקת חפות פוזיטיבית על־פי עקרונות נוספים, החורגים מעבר לפעולתה כמנטרלת את חזקת האשמה אצל רשויות אכיפת החוק.

2.3.3. גזירתה של חזקת החפות מתורת מוסר פוליטי

חזקת החפות היא עקרון יסוד בתורת מוסר פוליטי[160]. היא נדבך מרכזי בתפיסתה של מדינה דמוקרטית מתוקנת[161]. היא מבטאת מחויבות חוקתית של המדינה כלפי

158 Fletcher (**לעיל**, הערה 39), עמ׳ 1218. ראו, **שם**, את הוויכוח בין מלומדים בברית המועצות לשעבר בשאלה אם הממצא הטרום־משפטי של אשמה מחליף את חזקת החפות.

159 Laufer (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 344-345.

160 Gropp (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 804; Krauss, (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 153; Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 66-68; Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 2; Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 40-41) מציין כי זוהי התפיסה המקובלת בגרמניה. K. Kühl "Rückschlag für die Unschuldvermutung aus Strassburg" 51 *NJW* (1988) 3233; *BVerfGE* 82, 106, 114 (1990); לדברי Köster (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 78) זכותו של אדם להיחשב חף מפשע נובעת מהבנת התפיסה של מדינת חוק בתקופת ההשכלה, ולא רק מהתורה הקדומה של משפט הטבע, הנשענת על תפיסה דתית של טבע האדם (עמ׳ 78). חזקת החפות מתבססת על האמנה החברתית, ולכן הקונספציה העומדת ביסודה היא זו של ריבונות העם (עמ׳ 97-98). יש הרואים בחזקת החפות כצד השני של העיקרון שלפיו אין ענישה בלא חוק: מופיע אצל Köster, **שם**, עמ׳ 99; W. Sax "Grundsätze der Strafrechtspflege" in: K.A. Bettermann, H.C. Nipperdey & U. Scheuner (eds.) *Die Grundrechte* (vol. 3, Germany, 1959) 909, p. 987.

161 Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 68; Bellavista & Tranchina (**לעיל**, הערה 4), עמ׳ 228. לעניין הקשר בין חזקת החפות לבין מהות המשטר ראו: Merle & Vitu (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 6. Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 28, הערה 5) עומד על קיומו של קשר בין אי־כלילתה של חזקת החפות בחוקה הצרפתית משנת 1795 לבין הסתאבות המהפכה הצרפתית. לדברי Ghiara (**לעיל**, הערה 11, עמ׳ 74, 82) לא בכדי באה חזקת החפות לידי ביטוי במחשבה הקונטיננטלית בתקופת התחייה, ואין תימה כי החקיקה הפשיסטית באיטליה, שלא הכירה בקיומה של חזקת חפות, פגעה במיוחד בזכויות חשודים ונאשמים בשלבים הקודמים להכרעת הדין. Köster (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 115) מציין כי במדינות סוציאליסטיות משמעותה של חזקת החפות הועמדה זמן רב בסימן שאלה בשל דואליות יחסי שלטון מול פרט. אולם מובן כי אין להסיק מכך כי הכרה (פורמלית) בחזקת החפות

הפרט[162]. חזקת החפות קובעת את גבולות התערבותה המותרים של המדינה באוטונומיה של הפרט במהלך ההליך הפלילי[163]. היא מגינה על זכותו של הפרט לחירות בתוך המדינה ומפניה[164]. תפיסה דאונטולוגית של זכויות טבעיות, שאינן מותנות בהענקתן על־ידי המדינה, הביאה להכרה בדבר הצורך בהיתר חוקי מפורש לשם הצדקת התערבותה של המדינה באוטונומיה של הפרט[165]. תורת ההשכלה הדגישה את זכותו הטבעית של הפרט לחירות ולביטחון מפני הפעלתו של כוח המדינה כלפיו[166]. בהתבסס על עקרונות אלה חזקת החפות מתחייבת כאקסיומה של משפט הענישה[167]. המדינה מופקדת באופן בלעדי על הפעלתן של סמכויות הענישה כנגד הפרט[168]. יכולתה של המדינה להשתמש בכוח הענישה הנתון בידה היא כמעט בלתי מוגבלת לנוכח עוצמתה[169]. במתן סמכות בלתי מוגבלת למדינה להשתמש בכוח זה כנגד הפרט בטרם הרשעתו טמונה סכנה רבה[170]. חזקת החפות מצמצמת ומגבילה את כוחה של המדינה, בכלל, ואת כוח הענישה המסור בידה, בפרט[171]. היא פועלת לאיזון בין כוח המדינה לחירות הפרט[172]. על־פי אקסיומת משפט הענישה, מתן פסק הדין הסופי על־ידי בית־המשפט מהווה את נקודת הזמן שממנה ניתן להטיל על אדם סנקציות מטעם המדינה לשם הגשמת הדין המהותי, כאשר עד לאותה נקודת זמן אדם זכאי להיחשב חף מפשע[173]. ההצדקה להכפיף את הפרט למערכת הענישה נשענת על אשמתו. סמכות המדינה להעניש אדם בגין הפרת נורמה פלילית קמה רק לאחר קביעת ממצא של אשמה

היא אינדיקציה למהות המשטר. על הפער שבין זכותו החוקתית של הפרט לחירות בברית המועצות לשעבר לבין המעצרים השרירותיים, אשר נהגו בתקופתו של סטאלין ראו למשל: M. Hauser *Menchenrechte im Sowjetsystem* (Germany, 1973) p. 135. על הפער בין המציאות לבין החוק במשטר טוטליטרי ראו גם: Skolnick (**לעיל**, הערה 80), עמ׳ 19.

162 Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 77-78, 97-98.

163 Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 1, 25.

164 Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 97.

165 Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 38, בהתייחס לארצות המשפט המקובל.

166 Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 77, 88-89.

167 Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 66-67.

168 Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 1.

169 דיקשטין (**לעיל**, הערה 59), עמ׳ 12.

170 Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 31; Allen (**לעיל**, הערה 3, עמ׳ 253) עומד על כך כי ביטולה של חזקת החפות יצייד את המדינה בכוחות טרור שאדם במדינה חופשית אינו יכול לסבלם.

171 I. Anagnostopoulos Haftgründe der Tatschwere und der Widerholungsgefahr (§§ (112 Abs. 3, 112a StPO) (Germany, 1984) p. 65

172 Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 44; Laufer (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 345.

173 Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 67.

לגביו[174]. ככל שמדובר בענישתו של אדם הנסמכת על האשמתו בהפרת החוק הפלילי, היתר הפגיעה בזכויות אדם קשור בסתירתה של חזקת החפות[175]. חזקת החפות מבטאת את ההבחנה בין מורשעים בדינם למי שאשמתם לא נקבעה על־ידי בית־משפט[176]. לפיכך חזקת החפות מונעת ומצמצמת את הפגיעה בפרט עד לאחר הרשעתו. היא הערבות לכיבודה של אוטונומיית הפרט של חפים מפשע ושל אשמים כאחד מפני פגיעה בהם מטעם המדינה בטרם הרשעה[177].

אמנם, במסגרת יחסי מדינה־פרט ניתן להסתפק לכאורה באיסור על פגיעה שרירותית בפרט בטרם הרשעתו, אולם דומה כי אם תתאפשר הטלתם של אמצעי ענישה בכל נקודת זמן לפני ההרשעה, לא יהיה ניתן להבטיח לפרט התייחסות שווה ולא שרירותית מטעם המדינה.

ישנה סכנה להותיר למדינה שיקול דעת אד הוק בעניין הפעלתו של כוח הענישה. סכנה זו מחייבת לקבוע כלל בדמות חזקה בלתי ניתנת לסתירה לשם צמצום אפקטיבי של כוח זה[178]. כוח הפגיעה הרב של המדינה בפרט מצדיק את קיומה של חזקת חפות כללית[179]. הטלת חובה כללית על המדינה לכבד את חזקת החפות הנתונה לפרט אינה יכולה להיות כפופה לחריג תמידי[180]. ככל שחזקת החפות מצומצמת להגנה על אדם מפני ענישה בטרם מתן פסק הדין, לא מן הנמנע להמירה בביטוי ״היעדר חזקה של אשמה״, כל עוד לא יפורש ביטוי זה כהיתר לענישתם של חשודים ונאשמים בטרם הרשעתם. תפיסה רחבה של חזקת החפות, שאינה מצמצמת את השלכותיה לאיסור על ענישה, תמנע מהמדינה, בניגוד למודל ניטרלי, הפעלה אד הוק של כוחה וסמכויותיה כנגד אדם שלא הורשע בדינו בהתבסס על חשד לביצועה של עבירה פלילית מצדו. כל עוד אדם לא הורשע בדינו, המדינה אינה נמצאת בעמדה המאפשרת לה לדעת אם אדם אשם, ואינה זכאית להתייחס אליו ככזה.

חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית כעקרון יסוד בתורת מוסר פוליטי אינה נובעת אך ורק מיכולתה להגביל ולבלום את כוחה של המדינה במהלך ההליך הפלילי כנגד הפרט. חשיבותה נובעת מהיותה ביטוי לקיום השותפות בין הפרט למדינה[181]. הנחת

174 Fletcher (**לעיל**, הערה 49, עמ׳ 888 ; כך, מציין Frister (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 72) כי האיסור על ענישה על בסיס חשד מנומק גם באופי של שלילת זכויות האזרח, המניח ביסודו ביצועה של עבירה פלילית. ראו גם דבריו בעמ׳ 92.

175 Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 38 ; Frister (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 75.

176 Kiselbach (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 177.

177 Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 24.

178 Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 52.

179 **שם**, עמ׳ 52-54.

180 **שם**, עמ׳ 53.

181 Köster (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 164) המדבר על האמנה החברתית בין הפרט למדינה. ניתן לבסס את חובת הציות לחוק גם על נימוקים שאינם מניחים התקשרות חוזית בין הפרט

הנאמנות לחוק מבטאת את בסיס השותפות בקהילה במסגרת היחסים שבין השלטון לפרט[182]. שמירה על החוק היא תנאי מוקדם והכרחי לחיים משותפים בחברה[183]. גם אם חזקת החפות אינה מונעת להניח קונפליקט בין הפרט למדינה מעצם קיום החקירה והמשפט[184], היא שוללת באופן נורמטיבי קיומה של אנטינומיה מובנית בין הפרט למדינה[185]. חזקת החפות תורמת לריכוך תחושות העלבון, הדחייה והניכור, הקיימות במישור הנורמטיבי (ופעמים רבות אף באופן אמפירי), כאשר המדינה מתייחסת לפרט כאל אשם. היא מסייעת לזכותו הפוזיטיבית של הפרט לחוש את עצמו כחלק אינטגרלי מהחברה ומהקהילה גם במהלך ההליך הפלילי ולראות את עצמו כמי שחי בקרבה ולא בשוליה[186]. שימורה של חזקת החפות עד לתום ההליך הפלילי כנגד אדם גם כאשר הראיות מצביעות על סבירות גבוהה להפרת החוק מצדו, מראה, בניגוד להנחה ניטרלית בשאלת החפות או האשמה, כי מעמדו של החשוד או הנאשם שווה למעמדם של יתר בני החברה, וכמותם הוא זכאי ליהנות מזכויות ומחובות שוות[187]. חזקת החפות נושאת מסר הצהרתי וחינוכי כלפי כולי עלמא, שלפיו כל עוד לא נקבעה אשמתו, זכאי החשוד או הנאשם להיחשב כחף מפשע בדיוק כמו איש המשטרה החוקר אותו, התובע המאשים אותו וכן השופט הדן בעניינו[188].

למדינה, כמו חובת ההגינות כלפי פרטים אחרים, אסירות תודה כלפי המדינה בשל הטובות המוענקות על־ידיה לפרט וכן החובה לפעול על־פי תחושת הצדק הטבעית. ראו לעניין זה בהרחבה: A.J. Simmons *Moral Principles and Political Obligations* (U.S., 1979); ח׳ גנז ״ביסוסי חובת הציות לחוק״ **משפטים** יז (תשמ״ח) 353. ודוק, גם אם אין בנמצא ביסוס תקף לחובת הפרט לציית לחוקי המדינה (כמסקנתו של Simmons, **שם**, עמ׳ 192), קשה לחלוק על נחיצותו של הציות לחוק לכינון חיים משותפים במסגרת של מדינה כל עוד אין מאמצים תפיסה אנרכיסטית.

182 Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 162-163.

183 א׳ וינריב **בעיות בפילוסופיה של המוסר** (האוניברסיטה הפתוחה, תשמ״א), יחידה 2, עמ׳ 24; Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 23; D. Hume *Hume's Moral and Political Philosophy* (H.D. Aiken (ed.)) (U.S., 1966) pp. 113-114, 367-368), אשר מתמקד במצב של מרי אזרחי. ראו גם **לעיל**, הערה 181.

184 בניגוד לעמדת Köster (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 174) שלפיה חזקת החפות אוסרת להניח קיומו של קונפליקט בין הפרט למדינה.

185 **שם**, עמ׳ 162-163.

186 **מובא שם**, עמ׳ 98; J. Mittermaier *Theorie des Beweises im peinlichen Prozesse* (Germany, 1821) pp. 31-32), המקשר בין חזקת החפות לבין חשיבותה של תחושת ההשתייכות לקהילה.

187 על תביעת הפרט להתייחסות שוויונית מכוח חזקת החפות ראו: Kiselbach (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 175-178, 191-196; Laufer (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 417; על החשיבות של תחושת השוויון כצורך בסיסי של הפרט ראו: J. Rawls *Political Liberalism* (U.S., 1993) p. 203.

188 L.H. Tribe "An Ounce of Detention: Preventive Justice in the World of John Mitchell" 56 *Va. L. Rev.* (1970) 371, p. 404; M.S. Gain "The Bail Reform Act of

חזקת החפות מבוססת על תפיסת מוסר דאונטולוגית, האוסרת על הקרבתו של הפרט לשם מקסום התועלת הכללית, ורואה בו תכלית עצמאית. היא כוללת אלמנטים המשתלבים עם תפיסה ליברלית של תורת המוסר הפוליטי, המדגישה את כבוד האדם, את חירותו ואת זכותו שלא להיות חשוף לפגיעה לא מוצדקת בו מטעם המדינה[189]. היא כוללת אלמנטים המשתלבים גם עם תפיסה קומוניטריאנית, שהיא המאתגרת העיקרית כיום של הליברליזם במסגרת השיח הדמוקרטי, המדגישה את מהות האדם כיצור חברתי ואת חשיבות הקהילה והסביבה החברתית הקרובה לתפיסת זהותו העצמית[190]. הפרט אינו חי בגפו. הוא זקוק לקהילה לשם עיצוב אישיותו. מתפיסה זו נגזרת זכות היחיד להשתייך לקהילה. בהנחה כי עבירה היא ביטוי לקונפליקט בין המדינה לפרט, וכי האשמתו של אדם בביצועה של עבירה פלילית מערבת, מעצם טבעה, אנטגוניזם וניכור ביניהם[191], חזקת החפות תורמת באופן נורמטיבי להזדהות פוזיטיבית של הפרט עם הקהילה ולמיתון הניכור ביניהם במהלך הנעת ההליך הפלילי.

1984 and United States v. Salerno: Too Easy to Believe" 39 *Case W. Res. U.* (1989) 1371, p. 1391.

189 על **תפיסת הליברליזם** ראו: N.L. Rosenblum (ed.) *Liberalism and the Moral Life* (U.S., 1991) pp. 5-7; M.J. Sandel *Liberalism and the Limits of Justice* (2nd ed., U.S., 1998) p. 1; M. Ramsay *What's Wrong with Liberalism* (England, 1997) p. 1.

190 על התפיסה הקומוניטריאנית ראו: א׳ בנבנישתי ״נפרד אבל שווה׳ בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים״ **עיוני משפט** כא (תשנ״ח) 769, עמ׳ 775-777; Ramsay (**לעיל**, הערה 189), עמ׳ 24-27; קובץ המאמרים, המופיעים בספרה של Rosenblum (**לעיל**, הערה 189), עמ׳ 157 ואילך; S. Avineri & A. De-Shalit *Communitarism and Individualism* (England, 1992); J. Feinberg *The Moral Limits of the Criminal Law – Harmless Wrongdoing* (U.S., 1988) pp. 81-123. על חשיבות המדינה בעיצוב זהותו העצמית של הפרט ראו גם: *Hegel's Philosophy of Right* (U.S., 1967) pp. 156-162; (**לעיל**, הערה 187), עמ׳ 222; Sandel (**לעיל**, הערה 189), עמ׳ 150.

191 ראו ש״ז פלר **יסודות בדיני עונשין** (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע״ש סאקר, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשמ״ד) כרך א, עמ׳ 40, הרואה בביצועה של עבירה פלילית ביטוי לקונפליקט אידאולוגי בין המדינה לפרט. לתיאור האנטגוניזם בין הפרט לחברה בהליך הטרום-משפטי ראו R.K. Greenwalt "Silence as a Moral and Constitutional Right" 23 *William & Mary L. Rev.* (1981) 15, pp. 36-37. נראה כי ניתן להגיע לתוצאה שונה על-פי מודל המשפחה של Griffiths (**לעיל**, הערה 66) היוצא מנקודת מוצא כי אכיפת החוק כלפי הפרט מבוססת על הנחה של פיוס ולא של עוינות מצד החברה, וכי העבריין נותר חלק אינטגרלי מהחברה למרות ביצועה של עבירה פלילית. במודל כזה חפותו של אדם אמנם תהיה שיקול דומיננטי, אך לא בהכרח בלעדי, בעת הנעת ההליך הפלילי כנגדו (עמ׳ 383), והסנגור לא יחתור לזיכויו של הנאשם בכל האמצעים העומדים לרשותו (עמ׳ 408-409). עם זאת דומני כי אף אם מקבלים את הנחותיו של Griffiths, לא ניתן להתעלם מתפקידה של המדינה כמאשימה בהליך הפלילי וממשמעותה של הפניית האשמה כלפי הפרט מצד המדינה בהפרת החוק. ראו לעניין זה **לעיל**, הערה 66.

2.3.4. גזירתה של חזקת החפות מכבוד האדם

חזקת החפות נגזרת גם מכבוד האדם[192]. כנגד עמדה זו נטען כי ספק רב אם בריאתו של האדם בצלם אלוהים, העומדת ביסוד ביסוסה ההיסטורי של חזקת החפות על עקרון כבוד האדם, יכולה לעגן את חזקת החפות כעיקרון עצמאי[193]. על־פי טענה זו, גם אם ניתן לגזור מכבוד האדם את החובה לנקוט זהירות רבה בהפעלתו של מנגנון ההליך הפלילי, כבוד האדם כשלעצמו אינו מבסס את קיומה של חזקת חפות כללית במישור העובדתי, כאשר קיימות ראיות קונקרטיות מפלילות כנגד אדם, וכאשר המציאות מוכיחה כי רבים מדי ולעתים קרובות מדי מתנהגים בצורה שאינה הולמת את דמות האדם האידאלי[194].

עם זאת דומני כי החובה להתייחס לאדם כחף מפשע כל עוד לא נקבעה אשמתו על־ידי בית־משפט, היא יסוד הכרחי לשמירה על כבודו ומבטאת את תפיסתו כתכלית בפני עצמה[195]. חשוד או נאשם יכול להיפגע ולסבול נזקים פיזיים ונפשיים כאחד

192 Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 40-41; Sax (**לעיל**, הערה 160), עמ׳ 987; Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 1, 23, 25, 41. הנ״ל מציין (עמ׳ 41) כי בניגוד לאנגליה, שם נכללה חזקת החפות במסגרת של דיני ההוכחה במטרה להרחיק את המושבעים מהטיה, בקונטיננט נתפסה חזקת החפות כנורמה המתחייבת מכבוד האדם ומזכויותיו. Köster (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 3 למבוא וכן עמ׳ 181) אומר כי חזקת החפות הנה הביטוי היפה ביותר של כבוד האדם. הנ״ל רואה (עמ׳ 84) את בסיס העיקרון בהכרה בכבוד האדם של הנאשם. לדבריו (עמ׳ 140) עקרון כבוד האדם ועקרון מדינת החוק אינם מאפשרים הבדלה ברורה ביניהם, וכי מאחר שהגנה על כבוד האדם נתפסת כמהותה של מדינת החוק, כבוד האדם הוא הבסיס התקף היחיד שעליו נשענת חזקת החפות. לדעת Paeffgen (**לעיל**, הערה 2, עמ׳ 53) השסתום של חזקת החפות מחזק גם את כבוד האדם. Laufer, **לעיל** הערה 2, עמ׳ 344-345; Bassiouni (**לעיל**, הערה 5), עמ׳ 265; א׳ ברק **פרשנות במשפט**, כרך ג, **פרשנות חוקתית** (נבו הוצאה לאור, תשנ״ד), עמ׳ 432; א׳ ברק ״הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני) **מחקרי משפט יג** (תשנ״ג) 5, עמ׳ 23; א׳ ברק ״כבוד האדם כזכות חוקתית״ **הפרקליט** מא (תשנ״ד) 271, עמ׳ 278-282; מ׳ אלון ״חוקי היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: סוגיות במשפט הפלילי״ **מחקרי משפט** יג (תשנ״ו) 27, עמ׳ 34-35; מ׳ לינדנשטראוס ׳**חזקת החפות׳ במשפט הישראלי ובמשפט האמריקאי – סוגיות נבחרות** (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תשנ״ט), עמ׳ 5, 102; ח׳ כהן ״כשרותם של משרתי ציבור״ **משפט וממשל** ב (תשנ״ד) 265, עמ׳ 281; בג״ץ 6972/96 **התנועה למען איכות השלטון נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד נא(2) 757, עמ׳ 783; ביין (**לעיל**, הערה 2, עמ׳ 12) סבור כי חזקת החפות נגזרת הן מכבוד האדם הן מחירותו. ראו גם ביסוס של חזקת החפות על שיקולים של הגינות וצדק: Carrara (**לעיל**, הערה 2), כרך 5, עמ׳ 18; Wills (**לעיל**, הערה 57), עמ׳ 204; Bosworth (**לעיל**, הערה 9), עמ׳ 278; *R. v. Oakes* (1986) 1 S.C.R. 103, 120.

193 Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 65.

194 **שם**, עמ׳ 48, 52; לדעת Frister (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 74-75) תפיסת האדם כבעל אחריות עצמית אינה יכולה להסביר מדוע יש להניח את נאמנותו של אדם לחוק בכל הנסיבות.

195 ראו לעניין זה Kiselbach (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 177.

בשלבים הקודמים להכרעת הדין. עצם הסיטואציה של הימצאות במעמד של חשוד, ובוודאי של נאשם, היא קשה בפני עצמה. בשלבים הקודמים להכרעת הדין אין נתונים כלים פרוצדורליים לחשוד או לנאשם להוכיח את חפותו לכולי עלמא, כל עוד לא התקבלה בעניינו החלטה על סגירת תיק החקירה נגדו ללא הגשת כתב אישום או הכרעת דין מזכה. השפלה מיוחדת טמונה במתן היתר לפגוע באדם בשל מעמדו כחשוד או כנאשם על סמך ראיות שאינן מבססות דיין את אשמתו, במשך פרק זמן ארוך, המגיע לעתים לשנים[196], בלי לתת לו כלים להפריך את הראיות המפלילות כנגדו. ניתן לטעון כי התוצאה של הרשעה מוטעית תהיה תמיד קשה לפרט יותר מפגיעה אחרת במהלך ההליכים הקודמים להכרעת הדין, וכי לפיכך קיימת הצדקה רבה יותר להגן על אדם בשלב המשפט עצמו. אולם הנזק הנגרם עקב שלילת חירות באמצעות מעצר יכול אף להיות קשה יותר מהרשעה שאינה מלווה בענישה חמורה[197]. מעבר לנזק הפיזי, היכול להתבטא בהליכים הקודמים להכרעת הדין, בין היתר בשלילת חירות או בנזק כלכלי, נגרמת פגיעה מיוחדת לאדם בשל רדיפתו ודחייתו על־ידי המדינה וחוסר האמון שהיא מביעה כלפיו באמצעות מוסדותיה באותה סיטואציה מיוחדת של עימות, הכרוכה בהנעת ההליך הפלילי. לא מן הנמנע, כי תחושות אלו חריפות יותר במצב של הרשעה, כאשר מוטבעת באדם חותמת של אשמה על־ידי הערכאה המוסמכת מטעם המדינה, המעניקה גושפנקה סופית לאי־האמון בו, וכאשר אדם מאבד באופן רגיל לאחר הרשעה חלוטה תקווה כי זעקתו תישמע על־ידי המדינה, וכי תחושותיו הקשות ירוככו. אולם לא ניתן להתעלם מקיומן של אותן תחושות קשות גם בהליכים הקודמים להכרעת הדין. חף מפשע הנקלע למעמד של חשוד או נאשם חש עצמו כקרבן וכנרדף על־ידי המדינה

196 לגבי משכה של תקופת המעצר ראו הטבלה המובאת בספרו של Jehle בנוגע למצב בגרמניה: J.M. Jehle *Untersuchungshaft zwischen Unschuldvermutung und Wiedereingliederung* (Germany, 1985) p. 59. כך, בשנת 1982 קרוב ל־1500 עצורים נמצאו במעצר למעלה משנה, וקרוב ל־4800 עצורים שהו במעצר בין שישה חודשים לשנה. T.E. Scott "Pretrial Detention Under the Bail Reform Act of 1984: An Empirical Analysis" 27 *Am. Crim. L. Rev.* (1989) 1, p. 28, מדווח בארצות הברית על שהות ממוצעת במעצר על־פי ה־Bail Reform Act 1984 של 53 ימים. ראו מעצר של שנתיים ותשעה חודשים בצרפת בעבירה של שותפות לרצח, שבגינה נדונה הנאשמת לשלוש שנות מאסר: *Letellier v. France* (1991) 14 E.H.R.R. 83; מעצר קרוב לארבע שנים: *Morganti v. France* (1993) 21 E.H.R.R. 34; מעצר למעלה מחמש שנים וחצי: *Tomasi v. France* (1993) 15 E.H.R.R. 1. בישראל בשנת 1983 מחצית הנאשמים היו עצורים לכל הפחות 120 יום: ק' מן "היקף המעצר עד תום ההליכים בבית המשפט המחוזי בתל אביב" **עיוני משפט יב** (תשמ"ז) 517, עמ' 538-539; ראו בע"פ 2316/95 **גנימאת נ' מ"י**, פ"ד מט(4) 589, עמ' 651, מתיחת ביקורת על אורכה של תקופת המעצר בישראל. על ההתארכות האפשרית של הליכי המשפט ותקופת המעצר ראו גם: 7 "Pretrial Detention" *European L. Rev.* (1982), pp. 79-80.

197 ראו ברוח זו: Kiselbach (**לעיל**, הערה 1), עמ' 177.

באופן מיוחד לעומת יתר האוכלוסיה. הוא חש תחושת בגידה והפקרה, הנובעת מהמחשבה כי המדינה צריכה להגן על הפרט ולא להטיח בו האשמות שווא או לשלול את חירותו על לא עוול בכפו[198]. גם אשם יכול לחוש תחושות של רדיפה ועלבון מעצם ההתייחסות אליו כעבריין ללא קיומן של ראיות המבססות את אשמתו מעבר לכל ספק סביר. תחושותיו של הפרט במצב של עימות עם המדינה עלולות להיות קשות במידה כזו, שהמדינה מחויבת לעשות ככל שביכולתה כדי לרככן. חזקת חפות פוזיטיבית בשלבים הקודמים להכרעת הדין, המבטאת אמון באדם ופועלת למניעת פגיעה בפרט ולמניעת הניכור שבין הפרט למדינה, מוצדקת אפוא גם מהשיקול של שמירה על כבוד האדם.

2.3.5. פגיעה בהגנתו של הנאשם במהלך המשפט

טיעון נוסף התומך בקיומה של חזקת חפות בהליכים הקודמים להכרעת הדין נוגע לקשר ההדוק שבין הקנייתה בשלבים אלה לבין תוצאתו הסופית של המשפט ויכולתו של אדם לזכות במשפט הוגן. החלת חזקה של אשמה בהליכים הקודמים להכרעת הדין, או אף היעדר חזקה של אשמה, היכולה להיהפך במקרים מסוימים לחזקה של אשמה, עלולה להביא לנקיטת שיטות חקירה פסולות, המלוות בהטלת מעצר לתקופה בלתי מוגבלת[199]. התנהגות פסולה מצד רשויות החקירה, המבוססת על הנחה של אשמה או על רצון להעניש את החשוד, עלולה להביא להודאת שווא בלתי רצונית מצדו, אשר עליה השופט עלול להסתמך בהכרעת דין מרשיעה[200]. אולם מעבר לאפשרות של שימוש באמצעים פסולים כנגד חשודים ונאשמים, היכולים להיות אסורים גם במודל ניטרלי, חזקת חפות פוזיטיבית, בניגוד להנחה ניטרלית, מצמצמת את אפשרות המעצר לפני הכרעת הדין. צמצומה של אפשרות המעצר מגביר את סיכוייו של הנאשם לצאת

198 ראו לעניין זה הובס (**לעיל**, הערה 93, עמ׳ 311) הסבור כי המדינה נוהגת כלפי נתין חף מפשע באופן כפוי טובה, כאשר היא מרשיעה אותו הגם שזה קיים את מחויבותו כלפיה ופעל כחוק.

199 Ghiara (**לעיל**, הערה 11), עמ׳ 73; Köster (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 91) מציין כי בדיוני האספה הלאומית בצרפת הדרישה להתחשב בחזקת החפות התבססה על הצורך בהגנה מפני כוח המדינה וכביקורת על פרקטיקה קיימת אשר נתפסה כבלתי מתיישבת עם חזקת החפות, ואשר כללה ענישה מוקדמת בדמות עינויים, כליאה בתנאים המסכנים את בריאות האדם וכן כליאת עצורים בצוותא עם שפוטים. Berman (**לעיל**, הערה 24, עמ׳ 623) עומד על ההתנגדות בברית המועצות להכיר בחזקת החפות בשל אי־הרצון להחילה בשלבים הקודמים להכרעת הדין ולהטיל על־ידי כך הגבלות על החקירה והמעצר.

200 ראו דברי הנציבות האירופית לזכויות אדם בעניין זה בפרשת *Austria v. Italy* (1963) 6 Yearbook of the European Convention on Human Rights, p. 740, 784, תוך התייחסות מפורשת לפגיעה הנגרמת עקב כך לחזקת החפות. כמו כן, ראו דו״ח ועדת גולדברג (**לעיל**, הערה 125).

זכאי בדינו או לקבל עונש מתון יותר. עצם השהות במעצר עלולה להשפיע על התוצאה הסופית של המשפט לרעת הנאשם. המעצר פוגע באופן משמעותי ביכולתו של הנאשם לנהל את הגנתו במהלך המשפט;[201] הצפיפות והרעש בבית המעצר פוגמים בריכוז; הגישה לעדי הגנה והיכולת לאתר הוכחות מזכות אחרות מוגבלות מטבע הדברים עקב שלילת חופש התנועה[202], כאשר לעתים אף מכסת שיחות הטלפון מוגבלת וניתנת במשורה; המצוקה הכלכלית עלולה להקשות על שכירת שירותיו של סניגור וכן על תשלום שכרם של עדים או מומחים;[203] תכיפות הפגישות עם עורך הדין ושעות המפגש עמו מצטמצמות, כאשר עורך הדין נאלץ להגיע לחדר המפגש בבית המעצר במקום להתראות עם הנאשם במשרדו[204]. לחץ המעצר גורם, במקרים רבים, לחשוד או לנאשם

201 Packer (**לעיל**, הערה 57, עמ׳ 214-215) העומד גם על הפגיעה הנגרמת עקב כך לשיטה האדברסרית בכללותה. Friedland (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 110; Eason (**לעיל**, הערה 142), עמ׳ 1065; Tribe (**לעיל**, הערה 188), עמ׳ 383; "Field Study: A Study of the Administration of Bail in New York City" 106 *U. Pa. L. Rev.* (1958) 693, p. 725; C. Foote "The Coming Constitutional Crisis in Bail: II" 113 *U. Pa. L. Rev.* (1965) 1125, p. 1130; S.J. Ervin "Preventive Detention, A Species of Lydford Law" 52 *George Washington L. Rev.* (1983) 113, p. 122; R.S. Natalini "Preventive Detention and Presuming Dangerousness Under the Bail Reform Act of 1984" 134 *U. Pa. L. Rev.* (1985) 225, p. 245; D.B. Verrilli "The Eigth Amendment and the Right to Bail: Historical Perspectives" 82 *Columbia L. Rev.* (1982) 328, p. 357; J.F. Williams "Classifying Pre-Trial Detention Decisions Under the Bail Reform Act of 1984: A Statistical Approach" 30 *Am. Crim. L. Rev.* (1993) 255, p. 293; V.L. Broderick "Pretrial Detention in the Criminal Justice Process" 57 *Federal Probation* (1993) 4, p. 7; B. Farthing "An Analysis of the Bail Reform Act of 1984" 53 *Tenn. L. Rev.* (1985) 145, p. 169; S.J. Cohen "Circumventing Due Process: A Judicial Response to Criminal Recidivism Under the Bail Reform Act" 15 *Hastings Const. L. Q.* (1988) 319, p. 328; Cook, **אצל** Frankowski & Shelton (**לעיל**, הערה 73), עמ׳ 33; Frankowski & Leupke, **אצל** Frankowski & Shelton, **שם**, עמ׳ 53; ד׳ ביין ״הערות לתפקיד בית־המשפט לעניין מעצר חשודים בשלב שלפני הגשת כתב האישום״ **הפרקליט** כח (תשל״ב) 69, עמ׳ 70; מן (**לעיל**, הערה 196), עמ׳ 526; ב״ש 1110/83 **סגל נ׳ מ״י**, פ״ד לח(1) 6, עמ׳ 15; בש״פ 537/95 **גנימאת נ׳ מ״י**, פ״ד מט(3) 355, עמ׳ 440; דנ״פ 2316/95 **גנימאת נ׳ מ״י**, פ״ד מט(4) 589, עמ׳ 645.

202 Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 103; Friedland (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 110; Packer (**לעיל**, הערה 57), עמ׳ 214; Tribe (**לעיל**, הערה 188), עמ׳ 384; Field Study (**לעיל**, הערה 201), עמ׳ 725; Foote (**לעיל**, הערה 201), עמ׳ 1141-1142; Verrilli (**לעיל**, הערה 201), עמ׳ 357; G. Trotter *The Law of Bail in Canada* (Canada, 1992) p. 29.

203 Friedland (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 110; Trotter (**לעיל**, הערה 202), עמ׳ 29; Ervin (**לעיל**, הערה 142), עמ׳ 348-349; Field Study (**לעיל**, הערה 201), עמ׳ 725.

204 Foote (**לעיל**, הערה 201), עמ׳ 1147; Natalini (**לעיל**, הערה 201), עמ׳ 245; (**לעיל**, הערה 201), עמ׳ 293.

להודות באשמה ולוותר בכך על ניהול ההגנה[205]. הוא מציב את העצור בעמדת חולשה בעת המשא ומתן על גיבושו של הסדר טיעון[206]. המעצר טומן בחובו גם סכנה לחילוץ הודאות שווא מאת עצור המוכן לשלם מחיר כבד תמורת חירות מידית או תמורת סיום מצב אי־הוודאות[207]. נוסף על כך מחקרים רבים מצביעים על הטיה בלתי מודעת לרעה ועל משוא פנים של שופטים כלפי נאשמים הנתונים במעצר באשר לעצם ההרשעה ולמידת העונש כאחד[208]. תוצאה זו יכולה לנבוע מכמה גורמים מלבד הפגיעה בהגנתו

205 Packer (**לעיל**, הערה 57), עמ׳ 214; Field Study (**לעיל**, הערה 201), עמ׳ 725; Friedland (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 60-61; Natalini (**לעיל**, הערה 201), עמ׳ 245-246; Kiselbach A.K. Bottomley *Prison before Trial* (England, 1970) p. 10; (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 194; J.C. DeSombre "Special Issue: Vulnerable Populations in Japan: Comparing the Notions of the Japanese and the U.S. Criminal Justice System: An Examination of Pretrial Rights of the Criminally Accused in Japan and the United States" 14 *UCLA Pac. Basin L.J.* (1995) 103, p. 121; Jones **אצל** Dünkel & Vagg (**לעיל**, הערה 80), עמ׳ 541-542; P. Ruedin *Die Anrechnung der Untersuchungshaft nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch* (Switzerland, 1979) pp. 57-58; M. Schubarth *Die Rechte des Beschuldigten im Untersuchungsverfahren, besonders bei Untersuchungshaft* (Switzerland, 1973) p. 48; G. Aschaffenburg "Die Bedeutung der Untersuchungshaft für die Ermittlung des Tatbestandes" 3 *MschrKrimPsych* (1932) 257, pp. 260-263; E. Schmidt-Leichner "Haftbefehl und Regress" *NJW* (1959) 841, p. 846; H. Dahs "Recht und Unrecht der Untersuchungshaft" *NJW* (1959) 505, pp. 505-506.

206 Allen (**לעיל**, הערה 9), עמ׳ 343.

207 Schubarth (**לעיל**, הערה 205), עמ׳ 48-49, 54; Ruedin (**לעיל**, הערה 205), עמ׳ 58; Aschaffenburg (**לעיל**, הערה 205), עמ׳ 263; Schmidt-Leichner (**לעיל**, הערה 205), עמ׳ 846; Petrukhin, **אצל** Frankowski & Shelton (**לעיל**, הערה 73), עמ׳ 235; Saito **אצל** Frankowski & Shelton, **שם**, עמ׳ 192-193; Ervin (**לעיל**, הערה 142), עמ׳ 336; A.A.S. Zuckerman "Coercion and the Judicial Ascertainment of Truth" 23 *Is. L. Rev.* (1989) 357, p. 366.

208 Friedland (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 110-125; Ervin (**לעיל**, הערה 142), עמ׳ 336, 347-351; Bottomley (**לעיל**, הערה 205), עמ׳ 10; Eason (**לעיל**, הערה 142), עמ׳ 1065; Anagnostopoulos (**לעיל**, הערה 171), עמ׳ 48-49; Schubarth (**לעיל**, הערה 205), עמ׳ 50; Trotter (**לעיל**, הערה 202), עמ׳ 11, 29-30; Leupke Frankowski & Frankowski & Shelton, **אצל** (**לעיל**, הערה 73), עמ׳ 55, 78; Ervin (**לעיל**, הערה 201), עמ׳ 122; Williams (**לעיל**, הערה 201), עמ׳ 293; Farthing (**לעיל**, הערה 201), עמ׳ 169; Alschuler (**לעיל**, הערה 140), עמ׳ 517; Frankowski, **אצל** Frankowski & Shelton M.G. Styers "Note: United States v. Salerno: Pretrial Detention Seen through the Looking Glass" 66 *North Carolina L. Rev.* (1988) 616, p. 628-629; **דנ״פ 2316/95 גנימאת נ׳ מ״י**, פ״ד מט(4) 589, עמ׳ 646; A. Rankin "The Effect of Pretrial Detention" 39 *N.Y. U. L. Rev.* (1964) 641. מחקר זה הצביע על קשר

של הנאשם עקב המעצר: שופטים נרתעים פחות להטיל מאסר על אדם שכבר חווה את טעם שלילת החירות;[209] מערכת המשפט נוטה להגן על עצמה ולא להודות בטעותה כביכול באמצעות זיכוי עצור או הימנעות מהטלת עונש מאסר עליו;[210] הופעת עצור בפני שופט תהיה מן הסתם עלובה יותר ונעדרת ביטחון לנוכח התנאים הפיזיים והנפשיים שהוא בהם שרוי;[211] ההתמרמרות על מעצרו עלולה להביאו להתנהגות אנטגוניסטית כלפי בית־המשפט, העלולה להיות בעוכריו[212]. משפטו של נאשם לא עצור אינו זוכה לעדיפות בשמיעתו, וכתוצאה מכך חולף זמן רב עד למתן פסק הדין. נאשם לא עצור יוכל אפוא להיתלות בטענת עינוי הדין שנגרם לו כעילה להמתקת עונשו[213]. כמו כן הוא יכול לזקוף לזכותו את העובדה כי השתקם וניהל אורח חיים נורמטיבי מאז ביצוע העבירה[214]. אפשרויות אחרונות אלו נשללות מן העצור. בכל אופן, אף אם יזוכה העצור בסופו של ההליך, או שלא יוגש נגדו כלל כתב אישום, הוא כבר חווה, הלכה למעשה, טעם של שלילת חירות[215]. לפיכך שלילתה של חזקת החפות בהליכים הקודמים להכרעת הדין פוגעת בחזקת החפות, הנתונה לנאשם במהלך משפטו, המתבטאת בחובה להוכיח את אשמתו מעבר לכל ספק סביר כתנאי להרשעתו ולענישתו.

בין השהות במעצר לבין גזר הדין. להתייחסות להשפעת המעצר על גזר הדין ראו עוד: Petrukhin, אצל Frankowski & Shelton (**לעיל**, הערה 73), עמ׳ 238; Foote (**לעיל**, הערה 201), עמ׳ 960; Natalini (**לעיל**, הערה 201), עמ׳ 245; J.B. Howard "The Trial of Pretrial Dangerousness: Preventive Detention after United States v. Salerno" 75 *Va. L. Rev.* (1989) 639, p. 642; ביין (**לעיל**, הערה 201), עמ׳ 70-71.

209 Friedland (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 111.

210 כך, אומר Snacken, אצל Dünkel & Vagg (**לעיל**, הערה 80, עמ׳ 18) כי מרבית השופטים בבלגיה הסכימו להנחה שלפיה הם ״מכסים״ את תקופת המעצר באמצעות הטלת מאסר כדי להימנע מגרימת מבוכה למערכת המשפט. מן (**לעיל**, הערה 196, עמ׳ 545-546) מדבר על לחץ סמוי שלא להטיל עונש מאסר קצר יותר מתקופת המעצר, שמקורו בתחושת אי־הצדק המתעוררת במצב כזה. דוגמה לחפיפה בין תקופת המעצר לתקופת המאסר ראו ע״פ 239/54 **פרח נ׳ היועץ המשפטי**, פ״ד ט 1042, עמ׳ 1043-1044.

211 Friedland (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 111; Alschuler (**לעיל**, הערה 140), עמ׳ 517; Ervin (**לעיל**, הערה 142), עמ׳ 349; Eason (**לעיל**, הערה 142), עמ׳ 1065.

212 Verrilli (**לעיל**, הערה 201), עמ׳ 358. נראה כי התנהגות כזו יכולה להיות גורלית עבור הנאשם בעיקר בשיטת משפט אשר בה קביעת העובדות נתונה לחבר מושבעים.

213 מן (**לעיל**, הערה 196), עמ׳ 544.

214 Trotter (**לעיל**, הערה 202), עמ׳ 30; Field Study (**לעיל**, הערה 201), עמ׳ 727.

215 כך, סבור Aschaffenburg (**לעיל**, הערה 205, עמ׳ 267) כי לנוכח נזקי המעצר ניתן לראות בו מצב של ״חצי הרשעה״. Trotter (**לעיל**, הערה 202, עמ׳ 28) מציין כי עצור שזוכה אינו יכול להתנחם באפשרות ניכויה של תקופת המעצר מהעונש הכולל.

2.4. משמעותה של חזקת החפות ותפקידה בהליכים הקודמים להכרעת הדין

עד כה עמדתי על הצורך בתחולתה של חזקת חפות פוזיטיבית בהליכים הקודמים להכרעת הדין. הכרה זו אינה מלמדת כשלעצמה על מידת ההגנה הנורמטיבית, אשר חזקת החפות צריכה לספק לחשודים ולנאשמים בהליכים אלה. כך, גם בקרב המכירים בתחולתה של חזקת החפות בהליכים הקודמים להכרעת הדין קיימות גישות שונות באשר למשמעותה, לתפקידה ולהיקפה[216]. על־פי גישה מצמצמת, חזקת החפות מגנה על הפרט מפני ענישה בלבד[217]. קיימת הסכמה כללית שלפיה חזקת החפות מונעת את ענישתו של אדם בטרם הרשעה[218]. עם זאת קיימות תפיסות שונות לגבי אפיונה של הגבלת זכות כעונשית[219]. יש השמים דגש על התוצאה העונשית של ההגבלה ולא על הכוונה העומדת מאחורי הטלתה בלבד. אלה סבורים כי חזקת החפות אוסרת לא רק על ענישתו של אדם בטרם הרשעתו, כי אם גם על הטלת אמצעים מעין־עונשיים או אמצעים שהשפעתם שקולה לענישה[220]. בנוסחה זו חזקת החפות יוצרת מציאות המעניקה לפרט ביטחון מפני הפעלתן של סמכויות הענישה, במובנן הרחב, מטעם המדינה כנגדו בטרם

216 Raifeartaigh (**לעיל**, הערה 1), **עמ׳ 4**.

217 P. Gnam *Die Wiederholungsgefahr als Grund für die Anordnung von Untersuchungshaft* (Germany, 1972) pp. 248-251; Ruedin (**לעיל**, הערה 205), **עמ׳ 68**. לדעתו, חזקת החפות אך מגנה על אדם מפני ענישה ומפני הכרזתו הרשמית כאשם. גישה מצמצמת זו מוצגת גם אצל Amodio (**לעיל**, הערה 140), **עמ׳ 862**; Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), **עמ׳ 72**; Raifeartaigh (**לעיל**, הערה 1), **עמ׳ 4-6**.

218 Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), **עמ׳ 72**. על האיסור הנובע מחזקת החפות להעניש אדם או להתייחס אליו כאשם על בסיס של חשד בלבד ראו גם: Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), **עמ׳ 54**; Anagnostopoulos (**לעיל**, הערה 171), **עמ׳ 110**; U. Klug "Rechtsstaatswidrige Vorbeugehaft" *ZRP* (1969) 1, p. 2; Jehle (**לעיל**, הערה 196), **עמ׳ 8**; Elibol (**לעיל**, הערה 1), **עמ׳ 32**; מן (**לעיל**, הערה 196), **עמ׳ 518**.

219 Frister (**לעיל**, הערה 1), **עמ׳ 90**; Raifeartaigh (**לעיל**, הערה 1), **עמ׳ 4-6**; לדעת Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1, **עמ׳ 74-75**) מאחר שהאפקט של שלילת חירות באמצעות מעצר דומה לזה של מאסר, ההבדל ביניהם צריך להתבטא במטרתם של האמצעים להגבלת החירות, בסוגם ובהיקפם. ראו חילוקי הדעות בשאלת אפיונם העונשי של תנאי מעצר ושל הגבלות שונות שהוטלו על עצורים בבית המעצר, בפרשת *Bell v. Wolfish* 441 U.S. 520 (1979).

220 Frister (**לעיל**, הערה 1), **עמ׳ 89-90**; Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), **עמ׳ 52-53**; Sax (**לעיל**, הערה 160), **עמ׳ 971**; E. Diemer-Nicolaus "Das geänderte Haftrecht" *NJW* (1972) 1692, 1694; H. Müller-Dietz "Problematik und Reform des Vollzuges der Untersuchungshaft", הרואה במטרת המעצר, באופיו, בתנאיו ובהיקפה של שלילת החירות גורמים מכריעים באי־תפיסתו של המעצר כעונש. Trechsel (**לעיל**, הערה 2, **עמ׳ 335-336**) סבור כי היבט מוחלט המגולם בחזקת החפות הוא איסור על הטלת אמצעים הדומים בסוגם או בחומרתם לענישה.

הרשעתו ומפני הפעלת אמצעים המשמשים כנגד מורשע[221]. חזקת החפות מונעת, על־פי אחת התפיסות הקיימות, את הניסיון להשיג את מטרות הענישה, כמו הרתעה, מניעה וגמול, באמצעות ההליך הפלילי עצמו בטרם הרשעה, ולפיכך היא אוסרת על מעצר הנשען על סיכון עתידי לביצוע עבירות או על חומרת העבירה המיוחסת לחשוד או לנאשם[222]. על־פי גישה רחבה באשר למשמעותה של חזקת החפות בהליכים הקודמים להכרעת הדין, המגולמת בסעיף 9 להצהרה הצרפתית על זכויות האדם והאזרח, חזקת החפות אוסרת, על־פי לשונה, להתייחס אל הפרט כאשם ולהטיל עליו הגבלות לא נחוצות וכמו כן אוסרת על המדינה להפעיל אמצעי כפייה המניחים את אשמתו של הפרט[223]. חזקת החפות צריכה להגביל את יכולתה של המדינה באמצעות מוסדותיה, ובכלל זה בית־המשפט, לקבל החלטות הפוגעות בזכויות יסוד של הפרט, מתוך נקודת מוצא של אשמה[224].

ואכן, חזקת החפות אינה צריכה להיות מוגבלת רק לאיסור על ענישה בטרם הרשעה[225]. חזקת החפות נושאת תוכן ספציפי יותר מהעיקרון הכללי, שאינו תלוי בחזקת החפות ואף רחב ממנה, של מתן יחס הומני והוגן לכל אדם[226]. היא אוסרת על התייחסות לא שוויונית שרירותית כלפי חשודים ונאשמים בהשוואה לכלל האוכלוסיה[227]. תפקידה הוא להגן על אדם שטרם הורשע בדינו מפני הגבלות המבטאות התייחסות אליו כעבריין, ואשר אינן דרושות באופן ישיר לשם ניהול חקירתו או

221 Frister (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 88.

222 Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 65, 140-141; Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 138, 144, 148-149; Frister (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 93; Jehle (**לעיל**, הערה 196), עמ׳ 11; W. Hassemer "Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft" *StV* (1984) 38, p. 40; J. Wolter "Untersuchungshaft, Vorbeugungshaft und vorläufige Sanctionen" 93 *ZStW* (1981) 452, pp. 453, 469, 485; Allen (**לעיל**, הערה 9), עמ׳ 343.

223 Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 53-54, 114; Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 174-175; Amodio (**לעיל**, הערה 140), עמ׳ 862-864; Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 25; Essaid (**לעיל**, הערה 4, עמ׳ 25) סבור כי יש לתת לחשודים ולנאשמים ככל הניתן יחס שווה כלאדם חף מפשע. לדעת Carrara (**לעיל**, הערה 2, כרך 5, עמ׳ 17-18) חזקת החפות מגבילה את מהלכיהן של רשויות החקירה, כגון בעניין סמכות המעצר, והיא משמשת בלם מפני שרירותיות וטעות. ראו גם את עמדת בית־המשפט החוקתי בגרמניה: *BVerfGE* 82, 106, 114-115 (1990).

224 Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 68; Gropp (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 805.

225 Amodio (**לעיל**, הערה 140, עמ׳ 862) סבור כי פירוש מצמצם זה אינו מקנה את החשיבות הראויה לחזקת החפות.

226 Twining (**לעיל**, הערה 142), עמ׳ 207.

227 Gropp (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 807. זאת, ללא קשר לדעה הרווחת שלפיה פירוש של חזקת החפות כמחייבת התייחסות שוויונית אל חשודים ונאשמים ואיסור על הטלת חובות כפויות עליהם, יביא לחוסר יכולת להגשים את הדין המהותי: להלן הערות 254-255.

משפטו[228]. תפיסה רחבה בנוגע לישימותה של חזקת החפות בהליכים הקודמים להכרעת הדין מונעת את זיהויו של החשוד או הנאשם כעבריין, וכפועל יוצא מכך היא מגנה עליו מפני נקיטת צעדים מגבילים כנגדו, האפשריים כלפי אדם שהורשע בדינו, או צעדים המביעים התייחסות אליו כאשם[229], כדוגמת הטלת מעצר או הגבלות אחרות לשם שמירה על שלומו של הציבור או בהתבסס על חומרת העבירה המיוחסת לו גרדא. פירוש זה של חזקת החפות מוסיף ממד הגנה על זכויותיהם של חשודים ונאשמים לעומת עקרונות חוקתיים ומינהליים, כמו הזכות לחירות פיזית, הזכות לשוויון ועקרון המידתיות, היכולים להגביל את רשויות השלטון מפני פגיעה בזכויות הפרט גם במודל ניטרלי. כך למשל הזכות לחירות כשלעצמה אינה יכולה למנוע מעצרו של אדם על בסיס חומרת העבירה, כאשר הראיות המפלילות כנגדו חזקות, וישנו סיכוי גבוה שיידון לעונש של מאסר ממושך. רק מעמדו של אדם כחף מפשע יכול למנוע במצב כזה את שלילת חירותו בטרם הרשעתו בדין. תפיסה רחבה זו של חזקת החפות מתחייבת בשל תחושות העלבון, הדחייה והניכור הקשות, העלולות להיגרם לפרט כתוצאה מהתייחסות אליו כעבריין בטרם הרשעה, וכן בשל משמעותה של חזקת החפות כעיקרון מרכזי במסגרת יחסי מדינה־פרט, הפועל למניעת הניכור ביניהם. אי־כיבודה של חזקת החפות יוצר נזק מוסרי, הנגרם מעצם התייחסותה של המדינה לאדם כאשם בטרם הרשעתו[230]. התהוותו של נזק מוסרי זה אינה תלויה בחוויה אמפירית כלשהי של אותו אדם או של בני אנוש אחרים[231], אלא נובעת מעצם הפרת מחויבותה של המדינה כלפי הפרט לשמור על מעמדו כחף מפשע כל עוד היא אינה יודעת בוודאות כי הפר את חוקיה.

2.5. השלכת החשד על חזקת החפות ושילוב הפן הערכי והפן העובדתי בחזקת החפות

קביעה שלפיה חזקת החפות ישימה גם בהליכים הקודמים להכרעת הדין מחייבת בחינה מחודשת של טיב החזקה. בהליכים אלה הדיכוטומיה בין חזקה עובדתית לחזקה ערכית מעוררת בעייתיות. הפן הערכי של חזקת החפות, שלפיו באופן עקרוני רשויות השלטון צריכות להתייחס אל אדם כחף מפשע מבחינה עובדתית כל עוד לא נקבעה אשמתו על־ידי בית־משפט מוסמך, מעורר באופן מתבקש את השאלה, שאותה הציגו

228 Bellavista & Tranchina (**לעיל**, הערה 4), עמ׳ 230; Amodio (**לעיל**, הערה 140), עמ׳ 865; Raifeartaigh (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 18. לדברי Frister (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 90) אמצעי דמוי ענישה הוא כל אמצעי שמביא לגינוי חברתי של הפרט תוך כדי ייחודו.

229 Ghiara (**לעיל**, הערה 11), עמ׳ 72.

230 על מהותו של הנזק המוסרי ראו: R. Dworkin *A Matter of Principle* (England, 1985) p. 80; שטיין (**לעיל**, הערה 79), עמ׳ 333; א׳ שטיין ״הצעת החוק בדבר החלפת סעיף 10א לפקודת הראיות: רעיונות חדשים עם פנים ישנות״ **מחקרי משפט** י (תשנ״ג) 157, עמ׳ 166.

231 ראו Dworkin (**לעיל** הערה 230, עמ׳ 80-81) העומד על אי־תלותו של הנזק המוסרי בחוויה אמפירית כלשהי.

המתנגדים לחזקת החפות, כיצד החובה להתייחס לאדם כחף מפשע מתיישבת עם זימונו לחקירה כחשוד ועם הגשת כתב אישום נגדו. כדי להשיב על שאלה זו יש להכיר בקיומו של פן עובדתי וערכי כאחד, העומד ביסודה של חזקת החפות.

חזקת החפות מתבססת גם על נקודת המוצא העובדתית שלפיה מרבית האוכלוסיה היא שומרת חוק. נוסף על כך הפן העובדתי נושא עמו גם ערך עצמאי משלו: הוא מחזק את האמון בטבע האנושי בבטאו את האמונה כי בני אדם הם הגונים ושומרי חוק, כל עוד לא הוכח אחרת[232].

הפן העובדתי המגולם בחזקת החפות הוא חיוני להבהרת האפשרות להניע את ההליך הפלילי ומונע את הסתירה הלוגית הלכאורית, אשר לה טוענים מתנגדי חזקת החפות, בין חזקה זו לבין עצם קיומם של הליכי חקירה פלילית והעמדה לדין וכן הוא מונע את התוצאה של תפיסת כלל החשודים והנאשמים כקרבנות גרדא של רשויות השלטון. הפן העובדתי שלפיו אדם הוא שומר חוק, יכול להתערער. התערערות ההנחה העובדתית כי אדם מסוים הוא חף מפשע בשל קיומן של ראיות מפלילות כנגדו לביצוע עבירה פלילית, היא שמאפשרת ניהול חקירה פלילית כנגדו, ובמידת הצורך, גם את העמדתו לדין. חקירה ומשפט כנגד אדם יכולים להתנהל, באופן מובן מאליו, בהסתמך על חשדות וראיות לביצוע עבירה פלילית שאינם מבססים את אשמתו מעבר לכל ספק סביר. מכיוון שמטרת החקירה היא לאסוף ראיות היכולות לחזק את הקשר של החשוד לביצועה של עבירה מסוימת או להחלישו, אין כל אפשרות לרתום את העגלה לפני הסוסים[233] ולדרוש מרשויות החקירה כי כבר בתחילת החקירה יהיו בידן ראיות המבססות את אשמתו של החשוד מעבר לכל ספק סביר[234]. איסור על ניהול חקירה ומשפט, משום שאשמתו של החשוד או הנאשם טרם הוכחה מעבר לכל ספק סביר, ימנע כל אפשרות להפריך את חזקת החפות ולאכוף את הדין הפלילי. חקירה ומשפט פוגעים מעצם טבעם בזכויותיהם של חשודים ונאשמים[235]. רשויות אכיפת החוק מוסמכות, ואף חייבות, לנקוט את האמצעים הנחוצים לניהול החקירה והמשפט[236]. לא ניתן לשלול את ההכרח שבהפעלת אמצעים הנחוצים לניהול חקירה ומשפט כנגד חשודים ונאשמים, בכפוף לעקרון המידתיות[237].

232 *R. v. Oakes* (1986) 1 S.C.R. 103, 120; Laufer (**לעיל הערה 2**, עמ׳ 398) העומד על החשיבות שבשימורה של חזקת החפות גם במישור העובדתי.

233 כדברי בית־המשפט העליון בהקשר זה בב״ש 42/73 **מ״י נ׳ פרץ**, פ״ד כז(1) 499, 502, ב״ש 43/73 **מ״י נ׳ לנדסברגר**, פ״ד כז(2) 113, 118.

234 Florian, **לעיל הערה 65**, עמ׳ 254.

235 C. Roxin *Strafverfahrensrecht* (Germany, 24th ed., 1995) p. 212.

236 Elibol (**לעיל הערה 1**, עמ׳ 27) האומר כי גם חשוד חף מפשע צריך להיות מעוניין בחקירת החשד.

237 J. Corts & H. Hege "Die Funktion des Tatverdachts im Strafverfahren" *JA StR* (1976) 73, 78; H.H. Kühne "Die Definition des Verdachts als Voraussetzung

החשד כנגד אדם הוא הגורם לפתיחת חקירה פלילית כנגדו, והוא שמניע את ההליך הפלילי על כל שלביו. כל חקירה פלילית מתחילה, מטבע הדברים, כשמוטל ספק בחפותו של אדם. קיומו של הליך פלילי כנגד אדם מצביע על אפשרות שביצע עבירה ושאינו חף מפשע[238], כטענתה של הגישה הניטרלית. חפותו העובדתית של אדם יכולה אפוא להיות מוטלת בספק, כל עוד לא התבהר באופן סופי היחס בין החשד כנגדו לבין העובדה כי חפותו טרם הופרכה באמצעות פסק־דין. ההנחה העובדתית של חפות נסתרת רק בעת הרשעתו של אדם, לאחר קביעת ממצא של אשמה על־ידי בית־המשפט בהתאם למידת הוודאות הנדרשת במשפט הפלילי, אולם היא יכולה להתערער עוד קודם לכן באופן שניתן לומר כי מבחינה עובדתית קיימות כנגד פלוני ראיות לביצועה של עבירה פלילית שאינן קיימות בעניינו של אלמוני, וכי מבחינה עובדתית הסתברות חפותו של פלוני היא פחותה מזו של אלמוני. הפן העובדתי המגולם בחזקת החפות יכול להתערער במהלך החקירה והמשפט, או להתייצב בהתאם לעוצמת הראיות המפלילות הקיימות כנגד אדם מסוים.

החשד והחפות שלובים זה בזה לאורך כל ההליך הפלילי[239]. מבחינה עובדתית חזקת החפות עומדת במתח בלתי פתיר עם קיומו של חשד[240]. חזקת החפות נפגעת במישור העובדתי כאשר קיימות ראיות כנגד אדם לביצוע עבירה פלילית. יש הסבורים כי חזקת החפות וחוזק הראיות כנגד אדם משפיעים זה על זה הדדית ופועלים כמעין כלים שלובים, באופן שהתחזקות הראיות המפלילות מביאה להיחלשותה של חזקת החפות[241]. לפי גישה זו, החשד והחפות עומדים בסתירה זה לזה[242]. חזקת החפות הנה

Sax ;strafprozessualer Zwangmassnahmen" 13 *NJW* (1979) 617, pp. 617-618, **לעיל** הערה 160, עמ׳ 973 ;Vargha (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 40. הנ״ל רואה בחובה להטיל על חשוד או נאשם אמצעי כפייה מעטים ככל הניתן כנגזרת מחזקת החפות.

238 Frister (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 76.

239 A. Wimmer "Unschuldvermutung – Verdacht – Freispruch" 74 *ZStW* (1968) 369, p. 376

240 Sax (**לעיל**, הערה 160), עמ׳ 987 ;Gropp (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 806) אומר כי התפיסה הפסיכולוגית של חזקת החפות מתארת באופן מדויק יותר את המציאות.

241 Mortara & Aloisi (**לעיל**, הערה 123), עמ׳ 7-8 ;Florian (**לעיל**, הערה 65), עמ׳ 254 ; מובא אצל Gropp (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 805 ;Sax (**לעיל**, הערה 160), עמ׳ 987-988, בהתייחס להיבט העובדתי. Bellavista & Tranchina (**לעיל**, הערה 4), עמ׳ 229, בקשר לנוסחה של זיכוי מחמת הספק: הראיות המפלילות קיימות, אך אינן מספיקות. D.J. Harvey "The Right to Silence and the Presumption of Innocence" *New Zealand L.J.* (1995) 181, p. 184. עם זאת לדבריו מדובר בחולשה למראית עין, אשר גרסת ההגנה יכולה להסבירה. Alschuler (**לעיל**, הערה 140), עמ׳ 550. לדעתו, כאשר עדי ראייה רבים ראו את הנאשם שודד את הקרבן ויורה בו, חזקת החפות אינה דורשת כי אדם יתכחש להגיונו, ואינה דורשת להתייחס אפילו לנאשם האשם באופן הברור ביותר, כחף מפשע לכל דבר ועניין, עד שאשמתו תוכרז באופן רשמי.

מובנת מאליה לגבי אנשים שאין כנגדם חשד לביצוע עבירה פלילית[243], אולם כל עוד הראיות לאשמתו של אדם קיימות לצד ראיות בדבר חפותו, נוצר מצב ביניים, שבו אין ניתן לראות באדם חף מפשע הגם שאין לראות בו אשם[244]. בשלב מסוים של ההליך הפלילי יכולה הכף לנטות במובהק לכיוון של אשמה[245]. כך, החוקר, התובע ושופט המעצרים יכולים מלכתחילה לדעת כי אדם אשם לנוכח ראיות מוצקות, ולא ניתן לתבוע כי חזקת החפות תקבל תוקף פסיכולוגי, אשר יאלצם להניח חפות עובדתית[246]. תפיסה עובדתית זו עולה בקנה אחד עם גישה ניטרלית אשר בוחנת לגופו של כל מקרה את הסתברות החפות מול האשמה, ומוכנה בנסיבות מתאימות לסווג חשוד או נאשם כאשם.

אילו חזקת החפות הייתה כוללת פן עובדתי בלבד, היה ניתן לשללה מאדם בנקודת זמן מסוימת עוד בטרם הכרעת הדין, כאשר ההסתברות שביצע את העבירה המיוחסת לו הייתה מוערכת כגבוהה מהסתברות חפותו. בכך היה קיים חשש רציני ביותר לפגיעה בחפים מפשע וכן לפגיעה כללית במי שאשמים מבחינה עובדתית בעצם קביעת האשמה ללא הוכחתה בהליך הוגן מעבר לכל ספק סביר. באופן זה היה נוצר גם טשטוש תחומים בין תפקידו של בית־המשפט לבין תפקידן של רשויות החקירה והתביעה תוך החלשת מעמדו של בית־המשפט.

אולם חזקת החפות כוללת גם פן ערכי. פן ערכי זה אף הוא אינו בלעדי. הפן הערכי המגולם בחזקת החפות אינו מאפשר לכאורה להבחין בין אדם שיש לגביו ראיות מפלילות לביצועה של עבירה למי שאין כנגדו חשד כזה. היצמדות לנוסח מילולי של חזקת החפות אוסרת כביכול להתחשב בעוצמת הראיות המפלילות כנגד אדם כדי להעריך את מידת האינטרס הציבורי בהנעת ההליך הפלילי כנגדו[247]. היא אוסרת כביכול

242 מובא על-ידי Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 83-84, המתאר את ״התפיסה הפסיכולוגית״ של חזקת החפות. Sax (**לעיל**, הערה 160), עמ׳ 988, בהתייחס להיבט העובדתי.

243 Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 27; Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 88. לפיכך חזקת החפות חסרת משמעות בהגנה על זכויות הפרט אם תוענק רק לקבוצת אנשים זו.

244 Pisapia (**לעיל**, הערה 135), עמ׳ 52.

245 כך למשל יכולה תפיסה כזו של חזקת החפות להביא להענקתה עד לשלב מסוים של ההליך בלבד: מובא אצל Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 84.

246 Krauss (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 158-159. לדבריו, רשויות החקירה יודעות לעתים כי אדם ביצע עבירה, אך ״נאלצות״ לספק את ההוכחות לכך, עם זאת ידיעה כזו אינה יכולה להיות מוכרת באופן רשמי.

247 **שם**, עמ׳ 163; Frister (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 87, 110. עם זאת לדבריו, טענה זו מוטעית, שכן אין איסור אבסולוטי על התייחסות שונה לחשודים ולנאשמים, אלא רק צורך בסיבה רצינית כדי להצדיק התייחסות לא שוויונית כלפי אדם. חזקת החפות מציבה רק הגבלה יחסית על השימוש בחשד כקריטריון מבחין.

על כל פגיעה בזכויותיו של חשוד או נאשם בטרם הרשעתו[248]. תפיסה דווקנית ומילולית כזו של חזקת החפות אינה אפשרית ואינה מתקבלת על הדעת[249]. היא יוצרת בעייתיות במתן לגיטימציה לניהול ההליך הפלילי כנגד אדם, שכן אם חזקת החפות היא סטטית, אין אפשרות לאמת את החשדות כנגד אדם או להפריכם [250]. פירוש כזה יביא לאי־יכולת להגשים את הדין המהותי[251]. לא ניתן להכיר בעיקרון כללי שלפיו חשודים ונאשמים ייחשבו לכל דבר ועניין כמי שאינם מצויים בסטטוס זה[252]. לפיכך הדעה הרווחת אינה רואה בחזקת החפות מחסום מפני עצם ניהול החקירה והמשפט[253] ואינה גוזרת מחזקת החפות איסור על התייחסות לא שוויונית כלפי חשודים ונאשמים לעומת שאר האוכלוסיה[254]. חזקת החפות אינה יכולה, ואינה צריכה, למנוע מחשוד כל פגיעה בו והיא אינה מונעת הפעלת אמצעים הנדרשים לצורך הנעת ההליך הפלילי והבהרת החשד הקיים כנגד אדם[255]. היא אינה מעניקה הגנה מפני עצם הניסיון להפריך אותה. לפיכך היא איננה מתנגשת עם צעדים הננקטים כנגד חשוד או נאשם הפועל לשיבוש הליכי החקירה והמשפט בעניינו.

החשד לביצוע עבירה פלילית הוא אמת מידה לגיטימית ליצירת שוני בין מעמדו של חשוד או נאשם לעומת מעמדם של אנשים אחרים[256]. ההכרה בהשלכת החשד על היכולת לפגוע בזכויותיו של אדם במהלך בירור שאלת אשמתו או חפותו היא בלתי

248 Frister (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 87-88) המדבר על איסור כביכול להטיל חובות כפויות על חשודים ונאשמים, ומייחס דעה זו ל־Köster.

249 **שם**, עמ׳ 87-88; Krauss (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 163; Mrozynski (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 255.

250 Frister (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 88.

251 Sax (**לעיל**, הערה 160), עמ׳ 987.

252 Frister (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 119.

253 Carrara (**לעיל**, הערה 2), כרך 5, עמ׳ 17.

254 Krauss (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 165-172; Corts & Hege (**לעיל**, הערה 236), עמ׳ 78.

255 Carrara (**לעיל**, הערה 2), חלק 5 עמ׳ 17; Sax (**לעיל**, הערה 160), עמ׳ 973; Mrozynski (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 256; Krauss (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 163.

256 Gropp (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 805-806; W. Hetzel Die Untersuchungshaft nach deutschen, österreichischem, französischem und englischem Rechte (Germany, 1899) p. 3; J. Welp Die strafprozessuale Überwachung des Post – und Fernmeldverkehrs (Germany, 1974) pp. 70-71. הנ״ל טוען כי קיים אינטרס רב יותר להגן על שמו הטוב של אדם שאינו בגדר חשוד. W. Degener Grundsatz der Verhältnissmässigkeit und strafprozessuale Zwangmassnahmen (Germany, 1985) pp. 67, טוען כי עוצמת החשד מצדיקה התייחסות שונה לחשודים לעומת אנשים שלישיים. לדעת Hassemer (**לעיל**, הערה 222, עמ׳ 40) החשד מעניק לגיטימציה להפעלתם של אמצעי כפייה כנגד חשודים ונאשמים, כגון שלילת חירות, והגם שאין בו כדי להפכם אף לאשמים במקצת הוא מציבם במעמד שונה מזה של אדם שאין כנגדו חשד לביצוע עבירה פלילית.

נמנעת לצורך אכיפת החוק[257]. ההיבט העובדתי של חזקת החפות מאפשר לקבוע ממצא לגביה במהלך ההליך הפלילי באמצעות הרשעה[258]. לפיכך ההתייחסות לחזקת החפות מבססת הן את דרישת המדינה להטיל עונש על אדם והן את תביעת הפרט לראות בו אדם חף מפשע[259].

חזקת החפות מבטאת את נקודת המוצא של ההליך הפלילי. לכאורה, טמון בתפיסה זו פרדוקס מסוים, שכן ההליך הפלילי נפתח בשל קיומן של ראיות הנותנות יסוד סביר להניח כי אדם פלוני אינו חף מפשע. האמצעים והפרוצדורות הננקטים בהליך הפלילי צריכים לאפשר את הוכחת אשמתו של האדם לצד שמירה על נקודת מוצא של חפות. אולם נקודת מוצא של חפות פירושה כי חזקת החפות, בהיותה ניתנת לסתירה, היא הטעונה בדיקה ולא החשד[260]. ההליך הפלילי לא נועד להבהיר את החשד כנגד אדם במטרה להוכיח את חפותו, אלא לבדוק אם חזקת החפות מבטאת את מצב הדברים כהווייתם[261]. תוצאתו הסופית של ההליך הפלילי אינה צריכה להתייחס לשאלת קיומו של חשד אלא לשאלה אם חזקת החפות הופרכה או נותרה על כנה[262]. ככלות הכול, החשד כנגד אדם יכול להיוותר לנצח גם לאחר סיום ההליך הפלילי כנגדו ללא ממצא של אשמה בעקבות אי־הגשת כתב־אישום או זיכוי. כאשר נקודת המוצא היא של חפות, אי־הוכחת האשמה מותירה את חזקת החפות על כנה בין שחפותו של אדם הוכחה באופן פוזיטיבי, ובין שלא הופרכה על־פי נטל ההוכחה המוטל על התביעה במשפט פלילי[263]. לפיכך אין לקבל טענה הדוחה הנחה של חפות בשל אי־קביעתה בוודאות במהלך ההליך הפלילי. אדם נותר בגדר חף מפשע כל עוד התביעה לא הצליחה להפריך את חזקת החפות באמצעות הרשעתו[264]. ההתייחסות לחזקת החפות מהווה הן את נקודת המוצא והן את נקודת הסיום של ההליך הפלילי.

257 Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 27. לפיכך אין מקום לשאלתו של אחד הסנטורים בוועדת המשנה לזכויות אדם (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 254, כיצד ניתן לקחת אדם לתחנת המשטרה לשם נטילה של טביעת אצבעותיו, אם קיימת חזקת חפות? בדומה, אין מקום גם לשאלתו הרטורית של Schubarth (**לעיל**, הערה 205, עמ׳ 33-34) אם חזקת החפות אינה מושמת ללעג, כאשר החשוד צריך לסבול אמצעי כפייה, כמו חיפוש בביתו או מעקב אחר דברי הדואר שלו, וכאשר רשויות החקירה מתחקרות כביכול בתמימות את חבריו לעבודה ואת שכניו על אודותיו.

258 ראו ברוח זו Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 27.

259 Mrozynski (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 256, ביחס לזכותו של אדם לחירות.

260 Wimmer (**לעיל**, הערה 239), עמ׳ 375; Cascarelli (**לעיל**, הערה 52), עמ׳ 230: חפותו של אדם היא בגדר נתון, כל עוד לא הוכח ההפך.

261 Wimmer (**לעיל**, הערה 239), עמ׳ 376; Gropp (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 807.

262 Wimmer (**לעיל**, הערה 239), עמ׳ 376.

263 **שם**, שם; Trechsel (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 337-339; K. Kühl "Unschuldvermutung, und Einstellung des Strafverfahrens" *NJW* (1984) 1264; *BVerFGE* 25, 327, 331 (1969).

264 Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 45.

במגבלות הצורך להניע את ההליך הפלילי כנגד חשודים ונאשמים, הפן הערכי המגולם בחזקת החפות נועד להגן על חפים מפשע וכן להגן על זכויות חשודים ונאשמים באופן כללי באמצעות האיסור להתייחס אל אדם כאל אשם בטרם הרשעתו. משמעות הפן הערכי, מלבד העובדה שאדם טרם נמצא אשם באופן רשמי על־ידי בית־משפט, צריכה להתבטא באיסור לנקוט נגדו פעולות שאינן נובעות באופן ישיר מהצורך בניהול החקירה והמשפט, והמבטאות התייחסות אליו כעבריין. תוצאת דברים אלו היא כי ״לשם הגשמת האינטרס הציבורי יש הצדקה לפגיעה בפרט ככל שהפגיעה מובנית בצורך לקיים את ההליך הפלילי, ולא מעבר לו״[265]. הפן הערכי של חזקת החפות מבטא את דרך ההתייחסות הראויה של המדינה כלפי הפרט ואת מעמדו השווה לזה של שאר בני הקהילה. הוא מחייב להתייחס אל אדם כאל חף מפשע כל עוד אשמתו לא נקבעה על־ידי בית־משפט לאחר הוכחתה בהליך הוגן מעבר לכל ספק סביר. החשד כנגד אדם אינו מורחק במישור האמפירי, אלא מורחק מבחינת הנפקות המשפטית שיש לייחס לו[266].

חזקת החפות מתבססת אפוא הן על פן עובדתי, היכול להתערער במקרה קונקרטי, הן על פן ערכי. שני היבטים אלה מקבילים ואינם מתנגשים: החובה להתייחס לאדם כחף מפשע במישור הערכי מתקיימת במקביל לאפשרות לנסות ולהפריך את חפותו במישור העובדתי. הפן הערכי ממשיך ללוות כל אדם עד להרשעתו ואינו מושפע כלל מהתערערותה של חזקת החפות במישור העובדתי. הוא קובע חובה מוחלטת להתייחס אל אדם כאל חף מפשע בלי שום קשר לעוצמת הראיות נגדו[267]. חשדות כנגד אדם אינם צריכים להביא לשום תוצאה מיוחדת הנוגעת לו לבד מההיתר לחקרו ולהעמידו לדין. אין להטיל על חשוד או נאשם כל הגבלות מיוחדות לבד מאיסור להכשיל את ההליך המתקיים בעניינו.

על־פי תפיסה זו, חזקת החפות נותרת על כנה כל עוד אינה נסתרת באופן סופי. תהא עוצמת הראיות כנגד אדם חזקה ככל שתהא, אין בה כדי להכניסו לסטטוס של אשם בטרם הכרעת הדין. היקפה של חזקת החפות צריך להיוותר איתן, קבוע ובלתי מעורער במהלך כל שלבי ההליך הפלילי[268]. חזקת החפות צריכה להיות נתונה לאדם ללא קשר להסתברות אשמתו[269]. היא אינה צריכה להיפגע ולהיחלש עקב קיום החשד[270]. אין

265 ע״פ 7826/96 **רייש נ׳ מ״י**, פ״ד נא(1) 481, עמ׳ 491. הדברים נאמרו בקשר לזכותו של נאשם שזוכָּה לפיצויים בגין תקופת מעצרו.

266 Frister (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 88; Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 178.

267 Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 93) הדוחה בהקשר של מעצר תפיסה המקשרת בין עוצמת הראיות לבין סכנת הפגיעה בחפים מפשע וגורס כי מעצר מוטל תמיד מעצם טבעו על אדם חף מפשע.

268 Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 48; Köster (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 96, 99; Hassemer (**לעיל**, הערה 222), עמ׳ 40; Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 160-161) מדגיש כי בניגוד לעקרון המידתיות, חזקת החפות תקפה במלואה ואינה יחסית.

269 Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 79-80; Broderick (**לעיל**, הערה 201), עמ׳ 4.

מקום לקבל מצב של חפות למחצה או של אשמה למחצה[271]. יש ליצור הפרדה ברורה בין סטטוס של חף מפשע לעומת אשם. אין להיגרר אחר הבחנה שונה של הציבור או של רשויות אכיפת החוק בטרם ניתנה לאדם אפשרות מלאה להתגונן בפני ההאשמות כלפיו. יש לקבל חפות ערכית גם בתוך מכלול הראיות המפלילות הפועלות כנגד אדם בלא להתחשב בעוצמתן. ראיות מפלילות אינן מסיגות את חזקת החפות כל עוד אשמתו של אדם לא נקבעה על־ידי בית־משפט לאחר הוכחתה מעבר לכל ספק סביר. האפשרות כי חפותו העובדתית של אדם תופרך בסיומו של ההליך הפלילי אינה פוגעת בחפות הערכית הנתונה לו.

קיים מתאם בין חוזק הראיות הקיימות כנגד אדם לבין עוצמת האינטרס של רשויות אכיפת החוק לנהל את החקירה והמשפט[272], אולם זכותו של אדם להיחשב חף מפשע נשארת זהה ואחידה ללא קשר לעוצמת הראיות כנגדו[273]. כמושג נורמטיבי חזקת החפות אינה מושפעת מעוצמת החשד כנגד אדם[274].

השמירה על חזקת החפות אינה קשה כאשר אשמתו של אדם אינה נראית ודאית במקרה קונקרטי[275], אולם חשיבותה של חזקת החפות דווקא גוברת ככל שההנחה העובדתית בדבר קיומה נחלשת[276]. חזקת החפות אינה מצומצמת רק להגנה על חפים מפשע מבחינה עובדתית[277]. תפיסה עובדתית פסיכולוגית של חזקת החפות, המקשרת בין תחולתה לבין רמת החשד לביצועה של עבירה פלילית, גורמת לאיבוד מהותה וחשיבותה[278]. אין מקום לגרוס כי הראיות המפלילות כנגד אדם גוברות על חזקת החפות במישור הערכי־נורמטיבי. תפיסה עובדתית כזו, העומדת ביסוד מודל ניטרלי של היעדר חזקת אשמה, מותירה את חזקת החפות ללא כל תוכן ומשמעות. בתור עיקרון של התאמה גרדא לרמת החשד, חזקת החפות היא חסרת משמעות לחלוטין[279]. היא לא

270 Wimmer (**לעיל**, הערה 239), עמ׳ 376; Elibol (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 27, 50; Frister (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 88; Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 60, 85; Anagnostopolous (**לעיל**, הערה 171), עמ׳ 65; Hassemer (**לעיל**, הערה 222), עמ׳ 40; Mrozynski (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 257; Gropp, *BVerfGE* 82, 106, 115 (1990) (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 805) אומר כי התפיסה הנורמטיבית אינה רואה בחשד כמצמצם את חזקת החפות.

271 Hassemer (**לעיל**, הערה 222), עמ׳ 40.

272 Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 77; Frister (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 103; Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1, עמ׳ 94) אומר כי עוצמת אינטרס זה יכולה להגביר את החובות המוטלות על הפרט.

273 **שם**, שם; Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 77, ביחס לזכותו של הפרט לחירות.

274 Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 85.

275 Krauss (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 159.

276 Paeffgen (**לעיל**, הערה 2), עמ׳ 48; Krauss (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 158.

277 Anagnostopoulos (**לעיל**, הערה 171), עמ׳ 65.

278 Krauss (**לעיל**, הערה 3), עמ׳ 157.

279 **שם**, עמ׳ 158.

תוכל להגן באופן ממשי על חשודים ונאשמים[280]. היא יכולה להיות מוסרת מעליהם אף על סמך נתונים סטטיסטיים הנוגעים לשיעור ההרשעות הכללי[281]. לאור שיעור ההרשעות של חשודים ונאשמים הנחה ניטרלית המשעינה את מעמדו של אדם על מידת החשד נגדו, מובילה לגבי חשודים רבים ולגבי רובם הגדול של הנאשמים להנחה של אשמה[282]. לפיכך הנחה ניטרלית טומנת בחובה סכנה של הפיכת חזקת החפות לחזקה של אשמה. היא מגבירה את האפשרות של התייחסות לא שוויונית לאנשים על־פי קריטריונים לא רלוונטיים, ובכללם אף קריטריונים שיוכיים, כמו לאום או דת, ופותחת פתח לתפיסה גזענית או לתיוג על בסיס דעות קדומות[283]. גם בהתעלם מסכנה זו, ניסיתי להראות כי אין מקום להמיר חזקת חפות פוזיטיבית במודל ניטרלי של ״היעדר חזקת אשמה״.

3. אחרית דבר

לאדם שלא הורשע בדינו יש זכות להיחשב כחף מפשע. עד להכרעת הדין אין אפשרות לדעת כי אדם עבר עבירה. הסרת המגן של חזקת החפות מאדם בשל קיומן של ראיות מפלילות כנגדו בטרם הוכחת אשמתו מעבר לכל ספק סביר, מבטאת נכונות מצד המדינה להאשימו בהפרת תנאי הכרחי לחיים משותפים בחברה למרות אפשרות חפותו. התרת פגיעה בפרט מתוך נקודת מוצא של אשמה מתעלמת מהעלבון המיוחד, מהדחייה ומהניכור העלולים להיגרם כאשר המדינה מתייחסת לפרט כאל אשם באמצעות מנגנוני אכיפתו של החוק הפלילי. עלבון זה עלול להיגרם כמובן לאדם חף מפשע, שלא עשה מצדו דבר כדי לפגוע בחיים המשותפים בחברה, אך גם לאדם אשם – מעצם הנכונות

280 כך, חזקת החפות הייתה מוכרת בגרמניה המזרחית לשעבר כחזקה עובדתית הבוחנת לגופו של עניין את טיב הראיות הקיימות כנגד אדם: Lyon, אצל H.H. Jescheck & J. Krümpelmann (eds.) *Untersuchungshaft im deutchen, ausländischen und internationalen Recht* (Germany, 1971) p. 126. חזקת החפות לא מנעה הטלת מעצר כעונש: **שם**, עמ׳ 108-109.

281 לעניין זכותו של אדם להתייחסות אינדיווידואלית ראו **לעיל**, הערה 112.

282 ראו באופן כללי: Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 54; Gruchmann (**לעיל**, הערה 73), עמ׳ 1000.

283 Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 56-59. הנ״ל עומד במיוחד על ניצולה לרעה של תורת הסיווג לקבוצות בהשפעתו של Ferri. ואכן, לדעת Ferri (**לעיל**, הערה 51) עבריינות משלבת בתוכה אלמנטים אנתרופולוגיים, פיזיים וחברתיים (עמ׳ 28, 40-51). קיימת קטגוריה של אנשים שנולדו לפשע (עמ׳ 144-145). מגוון טיפוסי האוכלוסיה השונים מופיע בצורה טהורה יותר לא רק בקרב אוכלוסיית העבריינים, כי אם גם בקרב האוכלוסיה הרגילה, כדוגמת עבריים ביחס לאריים (עמ׳ 87). כפי שמציין Rodri'guez (עמ׳ 52) אין תמה כי Ferri עבד למען משטרו הפשיסטי של מוסוליני.

לקחת לגביו סיכון שמא הוא חף מפשע, כאשר אשמתו טרם הוכחה מעבר לכל ספק סביר.

הכרה בישימותה של חזקת החפות בהליכים הקודמים להכרעת הדין מביאה לתפיסה של חזקת החפות כמשלבת את הפן הערכי עם הפן העובדתי של החזקה ואינה רואה בהם שתי גישות שונות ומנוגדות להתייחסות אליה. הפן הערכי מגשר על פני הפער העובדתי בין קיומן של ראיות מפלילות לבין הנחה של חפות[284]. הוא מגביל את כוח הפעולה של המדינה כנגד הפרט בהתבסס על התערערותה של חזקת החפות במישור העובדתי. הפן הערכי חיוני לשם שמירה על מחויבותה של המדינה כלפי הפרט להימנע ממצב של חריצת דין מוקדמת בטרם הרשעתו בדינו ולשם מניעת הנזק המוסרי הנגרם בשל הפרתה של מחויבות זו. הוא צריך לחייב את המדינה להתאים את הדינים הנוהגים לגבי חשודים ונאשמים להנחה של חפות.

284 ראו ברוח זו Rodri'guez (**לעיל**, הערה 1), עמ׳ 84; ראו גם Sax (**לעיל**, הערה 160, עמ׳ 988-991) הסבור כי המחוקק פתר את המתח בין החשד לבין החפות, אשר היה יכול להביא לתוצאות הרסניות כלפי חשודים ונאשמים, באמצעות קביעה חוקית, האוסרת על הטלת אמצעים מעין־עונשיים כלפיהם. לדעתו, מתח זה יכול להיפתר רק על־ידי אימוץ הדגם האדברסרי, אשר בו מתקיימת הבחנה ברורה בין תפקיד התובע לתפקיד השופט באופן שהשופט שומע באופן שוויוני את עמדת שני הצדדים.