

עליו משפט



כתב העת של המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

כרך טו	סיוון תש"ף, יוני 2020
דבר העורך	
אבישולם וסטרייך	5.....
מנת הסרטנים וקוקטייל הצרפות שהכריעו במשפט	
על כתיבת עובדות בכתבי טענות	
מיכל אהרוני	7.....
קוטלו של אויבנו הוא בנגו: פערי הרזולוציה בין המשפט הפלילי לחברה,	
בין חיים למוות, בין קורבן לעבריין ובין גמול לנקמה	
אסף הרדוף	41.....
עונש מאסר – אפשר גם אחרת:	
מודל חדש של ריצוי מאסר בבית	
יובל ליבדרו	83.....
הזכות לייצוג עצמי בהליך משפטי	
בעקבות ספרו של רביע עאסי:	
INJUSTICE IN PERSON: THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION	
דורון מנשה ואיל גרונר	129.....
לקראת רגולציה משפטית של תופעת קבוצת הרכישה	
מנאל תותרייג'ובראן ושמעון דיין	157.....

עליו משפט



כתב העת של המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

כרך טו

סיוון תש"ף, יוני 2020

עורך

פרופ' אבישלום וסטרייך

מערכת אקדמית

פרופ' משה כהן-אליה, פרופ' שלי קרייצר-לוי, פרופ' גילה שטופלר

רכזות המערכת – תשע"ח

רחל פאלק, שיר שטרית

חברי המערכת תשע"ח

שרון אלטבך, מירי בוחניק, צחי הוק, משה זילברמן, אסף יהודה חרלופסקי, עדה יעקבי,

דניאל כהן, לידר לוגסי, עומר לוי, אליהו קראוזה

רכז המערכת – תש"ף

שגיב ברהום

מזכירת המערכת

מאיה שפירא

עריכה לשונית

יהודית ידלין

הפקה

ענת זקון

ISSN (Print): 2707-4331

ISSN (Online): 2707-434X

הוצאה לאור



רשימת המשתתפים בכרך

עו"ד מיכל אהרוני, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, מכללת ספיר ואוניברסיטת תל-אביב
איל גרונר, תלמיד מחקר לתואר שלישי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה
עו"ד שמעון דיין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן (בוגר)
ד"ר אסף הרדוף, מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, המכללה האקדמית צפת
פרופ' אבישלום וסטרייך, פרופ' חבר, הפקולטה למשפטים, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים
ד"ר יובל ליברדו, שופט בית-המשפט המחוזי, באר-שבע; מרצה מן החוץ, בית הספר
למשפטים, המכללה האקדמית ספיר
פרופ' דורון מנשה, פרופ' חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה
ד"ר מנאל תותרי-גו'בראן, מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן

כתב העת עלי משפט עוסק בכל ענפי המשפט ובתחומי ידע במדעי הרוח והחברה
המשיקים למשפט. מאמרי כתב העת עוברים בחינה של מערכת כתב העת
ושיפוט-עמיתים אנונימי. כתב העת יוצא לאור אחת לשנה.

להגשת מאמרים ופניות בנושא כתב העת נא לפנות לעורך כתב העת,
פרופ' אבישלום וסטרייך, בדוא"ל: avishalomw@clb.ac.il

דבר העורך

קוראות וקוראים יקרים,

אני שמח להעמיד בפניכם את הכרך הטו של כתב העת עלי משפט. מאמרי הכרך הושלמו זה מכבר, אולם אילוצי השעה – ובין השאר מגפת הקורונה בעולם ובישראל – דחו את פרסומם זמן מה. דווקא מתוך כך, המשך היצירה, המחקר והפרסום חשובים ביותר לחברה הישראלית, ובהוצאתם לאור יש שמחה רבה.

בכרך זה חמישה מאמרים.

מיכל אהרוני פותחת את הכרך במאמרה "מנת הסרטנים וקוקטייל הצדפות שהכריעו את הטעוץ המשפטי: על כתיבת עובדות בכתבי טענות". המאמר בוחן את השפעת דרכי סיפור העובדות בכתבי טענות על הכרעת בית המשפט. בכך, הוא מעמיק את הבנתנו באשר לחשיבות החיבור בין משפט לספרות, נושא בו עסק כתב העת גם בכרך הקודם, כרך יד (משפט ומדעי הרוח).

שלושת המאמרים הבאים עוסקים בהיבטים מגוונים של המשפט הפלילי, תחום שאף לו הקדיש כתב העת מקום נכבד בעבר (בכרך מיוחד, כרך יא, ובהזדמנויות רבות נוספות) ותרם לא מעט לשיח המשפטי בנושא זה.

אסף הרדוף במאמרו "קוטלו של אויבנו הוא בנו: פערי הרזולוציה בין המשפט הפלילי והחברה, בין חיים ומוות ובין קורבן לעבריין" מנתח את פרשת אלמור אוריה, ומתוכה מצביע על כך שהמשפט הפלילי, במספר מובנים, אינו משקף את ערכי החברה במדויק, בשל פערי רזולוציה, פערי פירוט או פערי פוקוס, המובילים להתנגשות בין המשפט לחברה. יובל ליבדרו במאמרו "עונש מאסר – אפשר גם אחרת: מודל חדש של ריצוי מאסר בבית" בוחן את יתרונותיו של מאסר הבית בליווי פיקוח אנושי וניטור אלקטרוני כתחליף לעונש מאסר בבית סוהר.

חתימתו של החלק הפלילי עוסקת בטיעונים של דורון מנשה ואיל גרונר, שלפיו הזכות לאוטונומיה איננה גוררת בהכרח זכות לליטיגציה אישית, לא רק במשפט האזרחי, אלא גם במשפט הפלילי. טיעון זה מוצג במסגרת מאמר הביקורת על ספרו של רביע עאסי: "הזכות לייצוג עצמי בהליך משפטי – בעקבות ספרו של רביע עאסי: INJUSTICE IN PERSON: THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION".

את הכרך חותם מאמרם של מנאל תותרי-גו'בראן ושמעון דיין "לקראת רגולציה משפטית של תופעת קבוצות הרכישה". המאמר מבקש לסייע בגיבוש קווים כלליים לאסדרת תופעת קבוצות הרכישה, על רקע התנאים החברתיים והכלכליים של ישראל ועל רקע הצעות החוק שמונחות בפני המחוקק בימים אלה.

מאמרי הכרך משלימים יחד דיון במכלול תחומים משפטיים, הנמצאים בליבת השיח המשפטי, העיוני והמעשי. הם פורשים בפני הקוראים ניתוח עומק תאורטי של מגוון תופעות

משפטיות לצד מכלול הצעות נורמטיביות לקידום המשפט והחברה בישראל. אני מקווה אפוא כי בקריאתם תמצאו תועלת ועניין.
בסיום הדברים, אני מבקש להודות מעומק הלב להוצאת נבו, על הירתמותה, בנדיבות לב ראויה לציון, לסייע להוצאתו לאור של הכרך הנוכחי.

בברכת בריאות לכול
וקריאה נעימה ומועילה,
פרופ' אבישלום וסטרייך
המרכז האקדמי למשפט ולעסקים
סיוון תש"ף – יוני 2020

הזכות לייצוג עצמי בהליך משפטי

INEJUSTICE IN PERSON: THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION TO SELF-REPRESENTATION

מאת

דורון מנשה* ואיל גרונר**

רביע עאסי טוען בספרו INJUSTICE IN PERSON: THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION שאין להכיר בזכות לקיים לייגציה אישית, ללא ייצוג, במשפט אזרחי. לטענתו, הטענה שלפיה הזכות ללייגציה אישית מחויבת בשל הזכות לאוטונומיה חלה במשפט הפלילי אך לא במשפט האזרחי.

המאמר מסכים שחובת הייצוג חלה במשפט האזרחי, אך גם במשפט הפלילי טיעון האוטונומיה אינו מפריך את טיעון חובת הייצוג. המאמר טוען שגם במשפט הפלילי האוטונומיה אינה מבססת את הזכות ללייגציה אישית, בשל הקצאת סיכוני המשגה במשפט הפלילי שלפיה הרשעה שגויה חמורה מזיכוי שגוי, וכי לייגציה אישית מגדילה את הסיכון להרשעה שגויה. כמו כן הדרישה לחובת ייצוג במשפט הפלילי עולה בקנה אחד עם התאוריות של דיני הראיות במשפט הפלילי של שטיין, לאודן ושוחט.

המאמר מתמודד עם טיעון נגד שלפיו חובת הייצוג מגדילה את הסיכון לזיכויים שגויים ודוחה אותו. כמו כן המאמר טוען שהגדלת הסיכון להרשעה שגויה מהווה פגיעה באוטונומיה לבד ממצבים שבהם טענת האוטונומיה ללייגציה אישית מתבססת על חופש המצפון, והעונש הוא בחומרה בינונית או קלה, או עונשים שאינם מאסר.

נוסף על זה, המאמר מתמודד עם שלושה טיעונים ביקורתיים ודוחה אותם: הטיעון שלפיו חובת הייצוג היא פגיעה באוטונומיה שלא ניתן להימנע ממנה, הטיעון שלפיו במשפט הפלילי הנאשם לא הסתכן מרצון אלא המדינה כפתה עליו את ההליך, והטיעון המצביע על פגיעה בהגנת הנאשם בשל אי-שיתוף פעולה בין הנאשם לסנגורו.

לבסוף המאמר טוען שטיעון סיכוני המשגה הוא הצדקה נוספת לחובת ייצוג במשפט האזרחי, נוסף על הטיעונים שטען עאסי בספרו. המאמר דוחה את טיעון ההסכמה שלפיו בעל דין שוויתר על ייצוג הסכים מכוח הדין הדיספוזיטיבי לקבל עליו את סיכוני המשגה.

א. פתיחה; 1. תמצית הטיעון בספר. ב. ביקורת טיעון האוטונומיה כתמיכה בזכות ללייגציה אישית – המשפט הפלילי; 1. העמדה המוצגת בספר; 2. בין זכות הייצוג

* פרופ' חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.
** תלמיד מחקר לתואר שלישי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

לחובת הייצוג; 3. הצעתנו להרחבת ביקורת טיעון האוטונומיה – הטיעון מסיכוני המשגה; 4. גישתו של שטיין; 5. גישתו של לאודן; 6. גישתו של שוחט; 7. טענת הגדלת הסיכון לזיכויים שגויים. ג. לטיגציה אישית ואוטונומיה; 1 שתי גישות בתורת המוסר בנוגע לפגיעה באוטונומיה; 2. הצעתנו לביקורת על גישת תלוית-פועל. ד. דיון בשלושה טיעונים ביקורתיים; 1. פגיעה באוטונומיה שלא ניתן להימנע ממנה; 2. פגיעה באוטונומיה בעקבות יוזמת המדינה לפתוח בהליך; 3. היעדר שיתוף פעולה בין הנאשם לסניגור. ה. ביקורת על טיעון האוטונומיה כתמיכה בזכות לטיגציה אישית – המשפט האזרחי; 1. העמדה המוצגת בספר; 2. הטיעון מסיכוני המשגה במשפט אזרחי; 3. סיכוני משגה במשפט אזרחי וטענת ההסכמה; 4. המשפט האזרחי כולל בחלקו סיכוני משגה גבוהים. ו. סיכום.

א. פתיחה

ד"ר רביע עאסי ממלא בספרו המעניין INJUSTICE IN PERSON: THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION חסר בספרות ובפסיקה של המשפט המקובל באשר לדיון בבסיס התאורטי של הזכות של בעל דין בהליך אזרחי לנהל הליכים משפטיים בעצמו ללא ייצוג על ידי עורך דין.¹ אף שהזכות לניהול לטיגציה אישית נחשבת לזכות יסוד במשפט המקובל, לא התקיים עד כה דיון תאורטי בהצדקות לזכות זו במשפט האזרחי, וקיומה של הזכות היה כמובן מאליו. עאסי מקיים דיון מאלף רב-אנפין בזכות לנהל לטיגציה אישית בדרך לביסוס טענתו המרכזית שהזכות לטיגציה אישית אינה חזקה מספיק ולכן אינה גוברת על הנטלים והעלויות המנהליות המוטלים על מערכת המשפט, בייחוד משום שההליכים מנוהלים בידי בעלי דין הדיוטות בתחום המשפט בכלל ובניהול הליגציה בפרט.²

1. תמצית הטיעון בספר

בפרק הראשון המחבר מציג את הזכות להימנעות מייצוג כפי שהיא נתפסת במשפט המקובל: זכות יסוד שהיא ביטוי טבעי לזכות הגישה לערכאות ולכן אינה צריכה צידוק עצמאי. בפרק זה המחבר מציג את הטעמים לכך שזכות זו נתפסת כמובנת מאליה: הטעם האחד הוא הרקע ההיסטורי שבו ייצוג כפוי במשפט הפלילי נחשב לפרק אפל בתולדות המשפט המקובל; הטעם השני הוא ההבנה שזכויות דיוניות ניתנות לבעלי הדין עצמם, ולכן אלה הן זכויות אישיות, ולהם הרשות לנצלן או לא לנצלן; הטעם השלישי הוא ההנחה שלא הכול יכולים להרשות לעצמם לשכור עורך דין, ולכן הזכות לטיגציה אישית היא ערבות מינימום שלא ניתן לוותר עליה.

1 (2015) RABEA ASSY, INJUSTICE IN PERSON: THE RIGHT TO SELF REPRESENTATION I

2 שם, בעמ' 2.

בהתייחס לכל אלו מטעים המחבר שלא ניתנה תשומת לב להשפעת הזכות לליטיגציה אישית על בעלי הדין האחרים, ולכן דרוש ניתוח של הזכות שיציג איזון בין יתרונות הזכות לחסרונותיה ויזהה היטב את הערכים שביסוד הזכות.

הפרקים השני והשלישי מציגים את הדיון שהקדיש המשפט המקובל לניהול הזכות לניהול אישי של הליכים במשפט הפלילי בשל היעדר דיון כזה במשפט האזרחי. ההגנה העיקרית על הזכות לליטיגציה אישית ניתנה בבית המשפט העליון בארצות הברית כאשר הבסיס העיקרי להצדקת הזכות היה "רציונל האוטונומיה" וחופש הבחירה של נאשמים. הפרק השני דן בזכות לליטיגציה אישית בבית המשפט העליון בארצות הברית, והפרק השלישי דן בזכות זו בטריבונל הפלילי הבין-לאומי ביוגוסלביה לשעבר שדן בפשעי מלחמה ובפשעים נגד האנושות כאשר הנאשמים דרשו להימנע מייצוג משפטי.

המחבר טוען בפרק השני שגם במשפט הפלילי דרושה גישה מאוזנת יותר לזכות לליטיגציה אישית, ולכן לא ראוי לראות בזכות הזאת זכות מוחלטת. כמו כן ערך האוטונומיה מוכרע לדעת המחבר בתוצאות רעות של ליטיגציה אישית המתבטאות בפגיעה אדמיניסטרטיבית במערכת המשפט ופגיעה בבעלי הדין האחרים, בזכותם למשפט מהיר והוגן.

נוסף על זה טוען המחבר שאת רציונל האוטונומיה בהקשר של משפט פלילי ניתן לפרש פירוש צר, וכך יוגבל הרציונל למשפט הפלילי ולא יחול על המשפט האזרחי. ניתן לומר, לדעת המחבר, שהסיכון החמור המיוחד שנאשמים חשופים אליו במשפט פלילי תומך בהצדקה מיוחדת לתת לנאשמים זכות לקבל את יומם באמצעות התמודדות אישית עם השעה הקשה הזאת בחייהם. כמו כן את המשפט הפלילי מנהלת ויוזמת המדינה, שלה מונופול על השימוש בכוח וכן סיכון של שימוש לרעה בכוח זה. אם נוסף על כך תקבל המדינה שליטה על הגנתם של נאשמים באמצעות מינוי סגור, נוסף סיכון על זה הקיים ממילא בשל מעורבות המדינה במשפט הפלילי. במצב זה, טוען המחבר, המדינה מעדיפה את האינטרס לאפשר לנאשמים ליטיגציה אישית אפילו נוכח הסיכון שלא רק אשמים יורשעו וייענשו.

בפרק השלישי המחבר דן בבית המשפט הפלילי הבין-לאומי ביוגוסלביה שדן בפשעי מלחמה ובפשעים נגד האנושות. הזכות לליטיגציה אישית נידונה שם על רקע אי-ההכרה של מנהיגים פוליטיים שהואשמו בפשעים אלה בסמכות ובלגיטימציה של בית המשפט לשפוט אותם. במצב זה ראה בית המשפט שעליו להכיר בזכות לליטיגציה אישית על מנת למנוע ביקורת על ניסיון מצד בית המשפט לפגוע בנאשמים מתוך הטיה פוליטית. בשל אילוף זה הלך בית המשפט צעד נוסף על זה של בית המשפט העליון בארצות הברית והכיר בזכות לליטיגציה אישית לא רק בערכאה הדיונית אלא גם בערעור.

המחבר דן במגבלות ובקשיים סביב הזכות לליטיגציה אישית: הגבלת התחולה של הציודקים לזכות למשפט הפלילי, כאשר גם בהקשר הפלילי הזכות מוגבלת לערכאה הדיונית ולהיותו של הנאשם כשיר לעמוד לדין (למעשה נדרש לכאורה שלצורך ניהול ליטיגציה אישית יהיה הנאשם בעל כשירות מנטלית גבוהה יותר מזו שנדרשת לצורך שיתוף הפעולה הנדרש ממנו בליטיגציה על ידי ייצוג).

בפרק הרביעי המחבר עוסק בדרכים להתמודד עם שני קשיים בליטיגציה אישית: הקושי של הדיוטות להבין את מורכבות הפרוצדורה ודיני הראיות, והקושי הנובע משיטת המשפט האדוורסרית שלפיה לבית המשפט תפקיד פסיבי בניהול הדיון כאשר ניהול הדיון נשלט בידי

הצדדים. הדרכים המוצעות הן פשוט ההליך ותפיסת תפקיד אקטיבית יותר של בית המשפט בניהול ההליך. המחבר טוען שהמטרה שהמשפט יובן להדיוטות אינה ניתנת להשגה היות שהמשפט מחייב מומחיות, זיהוי הנורמות הרלוונטיות, הבנת המשמעות הנוספת על פרשנות המילים על פי הפשט, עקרונות ודוקטרינות, הכרת העובדות הרלוונטיות ומיון לקטגוריות משפטיות רלוונטיות ועיסוק בסוגי פרשנויות והנמקות.

בפרק החמישי המחבר טוען כי סיוע מצד בית המשפט לבעל הדין הלא מיוצג אינו יעיל. לשיטתו של המחבר, אין תחליף לייצוג על ידי אדם שתפקידו לייצג מבחינת איכות הייצוג והסיוע לבעל הדין בליטיגציה, במיוחד בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית במשפט האזרחי, שהיא מובנית מראש לליטיגציה המאפשרת מיצוי ההתדיינות לשני הצדדים גם יחד כדי לשקף במלואם ככל שניתן את הטענות והאינטרסים ההליכיים של בעלי הדין משני עברי המתנס, בשונה מיצירת כלים דיוניים המכוונים לסייע ביעילות לאחד הצדדים, הצד החלש יותר לכאורה. השיטה הדיונית מתוכננת מראש שכל צד ימקסם את האינטרס העצמי שלו כדי שתתקיים יריבות בין צדדים ממקומי אינטרס עצמי. שופטים בשיטה זו אינם יכולים לסייע סיוע כה מובהק לצד לא מיוצג, ולכן לא ניתן לרפא ביעילות את הנחיתות המקצועית של בעל הדין הלא מיוצג באמצעות סיוע מצד בית המשפט.

בפרק השביעי המחבר דן בביקורתיות בטיעון האוטונומיה להצדקת הזכות לליטיגציה אישית, טיעון שהוא מרכזי בהנמקת בית המשפט העליון בארצות הברית. המחבר טוען שכאשר עסקינן במשפט אזרחי, טיעון האוטונומיה אינו מצליח לבסס בהצלחה זכות לליטיגציה אישית. המחבר טוען שלא כל בחירה יכולה להיות מוצדקת באוטונומיה, ובייחוד לא ליטיגציה לא מרוסנת. אדרבה, ערך האוטונומיה מצדיק הבטחה של משפט הוגן וסביר הנותן לצדדים כלים יעילים להגן על האינטרסים שלהם ולאכוף את זכויותיהם, ועל כן לכאורה הוא מתיישב עם היעדר זכות לליטיגציה אישית. במילים אחרות, זכותם של בעלי הדין לנצל את הליטיגציה לקידום האינטרסים והזכויות שלהם קיימת, אבל עליה להתקיים בתור ייצוג משפטי. לפעילות הפרוצדורלית של הצדדים, קרי אופן ניהול ההליך או האופן שבו הם משתמשים בהליכים משפטיים, אין מיוחס ערך אינטרינזי, שהוא טוב כשלעצמו, ועל כן אין בכוחה לבסס זכות לנהל אותה אישית. הפעילות הפרוצדורלית היא בעלת ערך אינסטרומנטלי בלבד, היא מכשיר לאכיפת זכויות במשפט, ולכן חובת הייצוג, בהיותה מכשיר ראוי בדרך כלל לאכיפת זכויות, אינה מנוגדת לאינטרס מוגן לנהל הליכים ניהול אישי היות שאין הצדקה להכיר באינטרס מוגן כזה.

אומנם עאסי מציין שיש מחברים שהדגישו את ההיבט האינטרינזי של זכויות דיוניות, כגון Alexander, Bayles, Summers, Tribe, שהדגישו את הערך של השתתפות בעל הדין כ"השמעת קול" וכביטוי לכבוד האדם בהזדמנות שניתנה להם להתעמת בעצמם עם הצד שכנגד. על כך עאסי משיב שיש להפריד בין הזכות האינטרינזית להשמעת קול לבין הזכות לביצוע אישי של הזכות הזאת. מעצם קיומה של זכות המבטאת ערך אינטרינזי אין נובעת זכות לביצוע אישי שלא באמצעות מומחים. ממילא הזכות לליטיגציה כפופה לתכליות של יעילות: בעל דין אינו זכאי להעיד עדות לא רלוונטית או להעיד עדים שעדותם לא רלוונטית גם אם הדבר חיוני להשמעת קולו, ויש בכך קתרוזיס או ביטוי לכבודו בהתעמתות שלו עם הצד שכנגד. כמו כן,

לדעתו, גם המגמה של מעבר לעדויות בכתב ולתצהירים על חשבון העדות בעל פה אינה מתיישבת עם הזכות להשמיע את הקול האישי האותנטי.

בפרקים השביעי והשמיני המחבר מתייחס לטענה שלפיה על מנת להתייחס לבעלי הדין כבני אדם בעלי ערך, על מערכת המשפט לתת להם זכות לליטיגציה אישית להשמעת קולם ולאפשר להם לשלוט בהליך. זכות זו, לפי מצדדי הליטיגציה האישית, מעניקה לבעלי הדין תחושת סיפוק והרגשה שההליך הוא הוגן. הרגשה זו עשויה להגדיל את מקובלות התוצאה המשפטית אצל בעלי הדין. המחבר אינו מקבל טיעון זה. לדעתו יש להבחין בין הזכות להשמיע קול לבין הזכות לליטיגציה אישית. דווקא בעלי דין מיוצגים יכולים לשלוט יותר בהליך ולהשמיע את קולם חזק יותר בשל הסיוע המשפטי. לעומת זאת במקרים הסבוכים הליטיגציה האישית לא תפיק אפילו מינימום של השתתפות ושליטה.

בפרק התשיעי המחבר מציג את גישתו של בית המשפט האירופי של זכויות האדם שמחייב ייצוג. לפי גישת בית משפט זה, הזכות האפקטיבית להשפיע על תוצאת ההליך אינה מחייבת זכות לליטיגציה אישית.

יש לציין כי הדיון בחובת הייצוג בספר מניח בעלי דין חסרי ידע משפטי, וכך מניח גם הדיון שלנו ברשימה זו.

ב. ביקורת טיעון האוטונומיה כתמיכה בזכות לליטיגציה אישית – המשפט הפלילי

1. העמדה המוצגת בספר

בהקשר של המשפט הפלילי הספר מציג את טיעון האוטונומיה כתומך בזכות להימנע מייצוג על פי פסק הדין של בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין *Faretta*.³

על פי הטיעון המוצג, הנאשם נמצא בעמדת נחיתות ופגיעות ביחס למדינה. המדינה שולטת בהליך הפלילי, יש לה מונופול של הכוח. לפיכך יש חשש שהמדינה תנצל לרעה עמדת כוח זו ותפגע בנאשם. במצב זה לא רצוי לאפשר למדינה שליטה נוספת גם בתחום מינוי הסנגור, ויש לאפשר לנאשם המצוי במצב של סיכון להפעלת כוח מצד המדינה, לקבוע בעצמו כיצד יגיב כלפי סיכון זה בשעה גורלית זו בחייו.⁴

המחבר טוען ששיקולים אלה ייחודיים למשפט הפלילי ואינם חלים במשפט האזרחי, לפחות לא באותה עוצמה שבה הם חלים במשפט הפלילי.⁵ במילים אחרות, המחבר טוען שטיעון האוטונומיה של בעל הדין במשפט הפלילי חזק מזה שבמשפט האזרחי. עם זאת

3 *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (1975).

4 Ass'y, לעיל ה"ש 1, בעמ' 50–52.

5 שם, בעמ' 54–55. אולם המחבר מציין שבכל זאת יש מצבים שבהם המשפט האזרחי מתקרב באופיו למשפט הפלילי, והמשפט הפלילי מתקרב באופיו למשפט האזרחי. ראו שם, בעמ' 57–58.

המחבר טוען שזכות לליטיגציה אישית כרוכה גם בסיכונים ובחסרונות: התוצאה של ליטיגציה באיכות נמוכה עלולה להיות עונש מאסר, ואז חופש הליטיגציה הוא למעשה החופש להסתכן מרצון בקבלת עונש מאסר.⁶ נוסף על זה, ליטיגציה אישית עלולה לפגוע בהליך הוגן, לבזבז משאבים דיוניים ולפגוע בקבלת צדק יעיל ומהיר.⁷

2. בין זכות הייצוג לחובת הייצוג

זכות הייצוג במשפט הישראלי קבועה בסעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין.⁸ זכות הייצוג לנאשמים בהליך פלילי מוסדרת בסעיף 18 לחוק הסניגוריה הציבורית.⁹ פסיקת בית המשפט העליון אף היא קבעה את חשיבות זכות הייצוג לנאשמים בהליך פלילי:

”אכן, זכותו של הנאשם להיות מיוצג בהליך פלילי לפני בית המשפט זכות חשובה ויסודית היא. על אחת כמה וכמה כשמדובר בנאשם, שאם יורשע בדין עלול הוא לאבד את חירותו האישית, אם לתקופה מוגבלת ואם לתקופה ארוכה.”¹⁰

זכות הייצוג מתבססת על חשיבותו ותרומתו של סנגור לאיכות הגנתו של הנאשם. נשאלת השאלה אם חשיבותו של הסנגור כה רבה עד כי לא ראוי להכיר אך ורק בזכות ייצוג אלא גם בחובת הייצוג, כלומר אם חשיבות הייצוג כה רבה עד כי אין לוותר עליה אפילו כנגד רצונו של הנאשם.

3. הצעתנו להרחבת ביקורת טיעון האוטונומיה – הטיעון מסיכוני המשגה

אנו מציעים לפתח נקודה שהמחבר הזכיר בקצרה – הנקודה בדבר סיכוני משגה. לדעתנו זאת נקודה מרכזית שעל בסיסה ראוי לראות במשפט הפלילי תחום שבו קשה לבסס את טיעון האוטונומיה בהקשר האמור בו, בשונה מהמשפט האזרחי.¹¹ למעשה לא רק ששיקול האוטונומיה אינו יכול לבסס זכות או טעם חזק להכרה בליטיגציה אישית, אלא ההפך הוא הנכון: שיקול האוטונומיה גורר מסקנה שלפיה הזכות לליטיגציה אישית מסכנת את האוטונומיה בראש ובראשונה במשפט הפלילי, וכן ראוי שלא להכיר בזכות זו, בראש ובראשונה במשפט הפלילי. במילים אחרות, המחבר טוען שטיעון האוטונומיה של בעל הדין

6 שם, בעמ' 60.

7 שם, בעמ' 61–62.

8 חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א–1961, ס"ח 178.

9 חוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו–1995, ס"ח 8.

10 ע"פ 134/89 אברג'יל נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 203, 207 (1990). על זכות הייצוג ראו גם יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים – הליכים שלאחר כתב אישום חלק שני, א 1070 (מהדורה מעודכנת, התשס"ט).

11 טיעון דומה הצגנו במקום אחר: Doron Menashe & Eyal Gruner, *Litigants in Person and the Risk of Error – A New Perspective on Rabee'a Assi's Injustice in Person: The Right to Self-Representation*, 35 CJQ 237, 247–252 (2016).

חזק יותר במשפט הפלילי, ואילו אנו מציעים לטעון שטיעון האוטונומיה חלש יותר במשפט הפלילי וחזק יותר במשפט האזרחי, ולא אך זאת שטיעון האוטונומיה פועל פוזיטיבית לשלילת התמיכה בייצוג עצמי במשפט הפלילי.

עמדתנו זו מבוססת על התובנה הנכונה עד טריוויאליות שלפיה בכל משפט פלילי יש סיכוני משגה, כלומר סיכון שהכרעת הדין תהיה שגויה. לפי הטיעון שנטען להלן, מצב שבו נאשמים אינם מיוצגים מגדיל את הסיכון להרשעה שגויה. אומנם טיעון אפשרי הוא שאם נאשמים אינם מיוצגים, הדבר תורם להפחתת סיכון המשגה מהסוג של זיכוי שגוי מתוך הנחה שרוב הנאשמים הם אשמים, וכי הפעילות הסנגוריאליית תורמת להגדלת מספר הזיכויים השגויים. לטיעון זה נתייחס בהמשך.

טענתנו על עצם הגדלת סיכוני המשגה עקב היעדר ייצוג יכולה להתיישב עם שיטת שונות של המחויבות להגנה על חפים, למשל התאוריה של שטיין¹² בדבר הקצאה לא שוויונית של סיכוני המשגה לטובת נאשמים לאורך כל שלבי הדיון הפלילי, או התאוריה של לאודן¹³ בדבר מקסום הדיוק האפיסטמי והקצאה שוויונית של סיכוני המשגה בכל שלבי הדיון הפלילי למעט השלב הסופי של הכרעת הדין, בדבר אשמה או חפות. הגדלת הסיכון להרשעה שגויה היא רעה, הן אם מניחים שהרשעה שגויה רעה מזיכוי שגוי והן אם מניחים שעצם אי-הדיוק האפיסטמי הוא רע ללא תלות בשאלה אם מדובר בהרשעה או בזיכוי.¹⁴ להבהרת נקודה זאת נציג בקצרה את גישותיהם של שטיין, לאודן ושוחט.

4. גישתו של שטיין

אלכס שטיין סבור כי מטרת חקר העובדות בהליך הפלילי אינה מקסום אפיסטמי בלתי מוגבל אלא מקסום אפיסטמי הכפוף למוסר והגינות. לגישתו, חקר העובדות כפוף לחובה דאונטולוגית להגן על חפים מפני הרשעת שווא. מכאן שיש לבחון אם מהלך ראייתי מעמיד את הנאשם בפני סיכון קביל מבחינה מוסרית או לא קביל מבחינה מוסרית-דאונטולוגית. אם התשובה לשאלה האחרונה היא שלילית, אין לחשוף נאשמים לסיכון זה אפילו אם יש בכך רווח אפיסטמי. בצד הנורמות הראייתיות החותרות לתכלית אפיסטמית מצויות גם נורמות

12 ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW (2005)

13 LARRY LAUDAN, TRUTH AND ERROR IN CRIMINAL LAW: AN ESSAY IN LEGAL EPISTEMOLOGY (2006).

14 כך איננו טוענים שהגדלת הסיכון להרשעה שגויה היא הנימוק היחיד לחובת ייצוג, אלא שמדובר בנימוק נוסף על נימוקים אחרים. טענה אפשרית היא שערכו של הייצוג הוא בצמצום פערי הכוחות בין הנאשם למדינה. טענת צמצום פערי הכוחות יכולה להיות מובנת כבעלת ערך אפיסטמי ככל שפערי הכוחות מאפשרים למדינה להשפיע על הרשעה שגויה, ואז טענת פערי הכוחות היא חלק מהטענה של צמצום סיכוני המשגה. אולם את הטענה של צמצום פערי הכוחות ניתן להבין גם כמשרתת ערכים לא אפיסטמיים, למשל הגנה על הנאשם מפני פגיעה בזכויותיו בשל התעמרותה של מערכת אכיפת החוק בו, הגנה על כבודו של הנאשם, על זכותו לשוויון והגינות וקידום המטרה האקספרסיבית לביטוי ריטואלי של שוויון וכבוד. טיעון בדבר הערך הלא אפיסטמי של הזכויות הדיוניות של הנאשם הציג לורנס טרייב: Laurence H. Tribe, *Trial By Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process* 84 HARV. L. REV. 1329 (1971).

המקצות את סיכוני המשגה בין זיכוי שגוי להרשעה שגויה. נורמות המקצות סיכוני משגה הן מוסריות-פוליטיות ולא אפיסטמיות. הן מחויבות נוכח העובדה שהחלטות אפיסטמיות בהליך הפלילי נקבעות בתנאי חסר אינפורמטיבי ולפיכך מייצרות סיכוני משגה להכרעת הדין.¹⁵ סיכוני המשגה צריכים להיות כאלה שלא יחשפו את הנאשמים להרשעה בשל ספק גלוי בעל ערך פרובטיבי, אולם חשיפת נאשמים לסיכוני הרשעת שווא כלליים ובלתי נמנעים שאינם עולים מהראיות מוצדקת. כמו כן ההקפדה על הקצאה זו של סיכוני המשגה צריכה להגביל את המקסום האפיסטמי לאורך כל שלבי ההליך הפלילי ולא רק בשלב הכרעת הדין.¹⁶ יישום גישתו של שטיין בסוגיית הייצוג המשפטי גורר תופעה של נאשמים ללא ייצוג המגבירה את הסיכון להרשעה שגויה, שלא ראוי שנאשמים ייחשפו אליו. בשל היעדר ייצוג מספר הראיות והטיעונים שעשויים לשכנע בחפות הנאשמים קטן ואיכותם פוחתת, והיה אפשר למנוע זאת באמצעות חובת ייצוג.

5. גישתו של לאודן

על פי גישתו של לאודן, עקרון-העל של דיני הראיות צריך להיות מקסום אפיסטמי, כלומר חתירה לגילוי האמת, בתוך כדי אדישות להקצאת סיכוני המשגה לבד מכלל ההכרעה הסופי, שצריך לבטא מידת הוכחה שתשקף את השיעור היחסי של הרשעות חפים שהחברה מוכנה לקבל. לאודן מבקר את הרעיון של הטלת מגבלות על קבילות ראיות, הצגתן והשימוש בהן בשל חשש מסיכוני משגה של הרשעת חפים. לדעתו, לבד מקביעת מידת הוכחה בשלב הכרעת הדין, אין להתפשר על חקר האמת על מנת לקדם סיכון משדה זה או אחר, ויש למקסם את גילוי האמת באופן ניטרלי ללא התחשבות בחשש להרשעת חפים.¹⁷ לדעתו, התחשבות בסיכון להרשעת שווא בהליך המשפטי היא מעין "ספירה כפולה" של אותו ערך, מאחר שהתחשבות כזאת כבר מגולמת במידת הוכחה בשלב הכרעת הדין, ולכן אין להתחשב בכך פעם נוספת. התחשבות בסיכון המשגה של הרשעת חפים בשלבי ההליך על חשבון המקסום האפיסטמי מקשה את אכיפת המשפט הפלילי על אשמים, ובכך מפירה את האיזון החברתי הראוי.¹⁸ יישום גישתו של לאודן בסוגיית הייצוג המשפטי עשויה לעלות בקנה אחד עם חובת ייצוג משפטי. לאודן גורס שאין לחסום ראיות רלוונטיות בשל החשש מסיכוני משגה כלשהם. לפי רציונל דומה יש להציף את הטיעונים האיכותיים ביותר שניתן על מנת למקסם את איכות המידע לצורך מקסום אפיסטמי של ההכרעה בפלילים. הטלת חובת ייצוג מבטיחה שהטיעונים האיכותיים ביותר לטובת חפות הנאשמים יישמעו ויישקלו.

15 STEIN, לעיל ה"ש 12, בעמ' 11-17, 116-133.

16 שם, בעמ' 133-140.

17 LAUDAN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 113.

18 שם, בעמ' 128.

6. גישתו של שוחט

על פי מודל צבר המחויבויות של שוחט,¹⁹ אידאל ההגנה על חפים תומך בשש מחויבויות של המשפט להגנה על אידיאל זה. שש המחויבויות הן אלה: (1) המחויבויות הנורמטיבית להקצאת סיכוני המשגה המתבטאת במידת ההוכחה "מעבר לספק סביר"; (2) המחויבות הפרוצדוראלית – מחויבותה של מערכת המשפט להקצות משאבים לצמצום סיכוני המשגה של הרשעת חפים וכן ערובות פרוצדורליות על מנת לאפשר לנאשמים להתגונן היטב מפני האישום; (3) המחויבות הראייתית-אפיסטמית – מחויבות זו מתייחסת לאמצעי חקר האמת: נגישות הראיות וההיסקים על בסיס הראיות, לרבות חסימה או הגבלה של ראיות והיסקים העלולים לייצר סיכוני משגה לא קבילים; (4) המחויבות לפיקוח ובקרה אפקטיביים לגילוי טעויות ותיקונן – היות שהמערכת פועלת בתנאי מידע חסר, ויש להניח שטעויות מתרחשות, עולה המחויבויות למאמץ לגלות טעויות ולתקנן; (5) המחויבות המוראלית – הלך נפש של מוטיבציה להגנה על חפים המלווה את מלאכת השפיטה – מסר נורמטיבי בדבר מחויבות השפיטה לאידאל ההגנה על חפים ופיתוח אתוס מקצועי של מחויבות ויושרה לאידאל זה; (6) המחויבות האקספרסיבית – זו מטא-מחויבות המתייחסת למסר נורמטיבי וחברתי כללי לחשיבות ההגנה על חפים במסגרת הליכי חקירה ומשפט.

במסגרת מודל זה שוחט מבחין בין הגנה על חפים במובן החזק להגנה על חפים במובן החלש. הגנה במובן החזק היא הגנה שאין לפגוע בה באיזון עם שיקולים תועלתניים, פרגמטיים, פוליטיים ושיקולי מדיניות חברתית. לעומת זאת הגנה במובן החלש כפופה לשיקולי איזון עם אינטרסים וערכים אלה.

חובת הייצוג היא חלק מהמחויבות הפרוצדורלית, שכן עניינה הוא היחס לערובות הליכיות ולצמצום סיכוני המשגה. גם במסגרת המחויבות הפרוצדורלית ניתן להבחין בין מחויבות במובן החזק למחויבות במובן החלש.

אשר לתכנים פרוצדורליים במובן החזק, לא ניתן להתפשר עליהם במסגרת איזון תועלתני של שיקולים נוגדים כגון מגבלות המשאבים. לעומת זאת תכנים פרוצדורליים במובן החלש ניתנים לאיזון עם שיקולים כאמור.²⁰

על פי גישתו של דוורקין, המחויבות הפרוצדורלית אינה דרישה להקצות את כל מה שניתן לערובות הליכיות, היות שההשקעה בערובות הליכיות ותקצובן מתאזנים ומתחרים בתקצוב תכליות חברתיות נוספות כגון ביטחון, חינוך ורווחה. במצב זה זכותו של הנאשם אינו למקסימום האפשרי אלא להגנה שוויונית והוגנת.²¹ בשל משקלו הגדול של עקרון ההגנה על

19 נחשון שוחט החובה המוסרית והמשפטית להגן על חפים מפשע מפני הרשעת-שווא: עיון ביקורתי-אנליטי במחויבויותיה הנורמטיביות והפרוצדוראליות הנגזרות של מערכת המשפט (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה" אוניברסיטת חיפה, הפקולטה למשפטים, 2015).

20 שם, בעמ' 178.

21 RONALD M. DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 85-87 (1986)

חפים דוורקין טוען שיש לתת משקל גדול לערובות הליכיות מסורתיות ולנהוג בזהירות רבה לפני פגיעה בהן.²²

בהמשך לטיעון של דוורקין מציע שוחט לעגן מובן חזק גם למחויבות הפרוצדורלית. מובן חזק כזה מתבטא בכך שמתוך מכלול הערובות הפרוצדורליות תהיינה "ערובות ליבה" שלא תהיינה נתונות לאיזון לגופו של עניין אלא תהיינה קשיחות ובלתי מוכרעות על ידי שיקולי תועלת נוגדים. כל שאר הערובות הפרוצדורליות שאינן ערובות ליבה תקבלנה הגנה במובן החלש ותהיינה נתונות לאיזון. מובן חזק כזה קיים הלכה למעשה במשפט הפוזיטיבי אם כי ההיקף והתוכן של מובן זה משתנים ואינם אחידים. מקובל לטעון שלחזקת החפות ולזכות להליך הוגן יש הגנה במובן החזק אם כי בזכויות האלה נכללות זכויות פרוצדורליות רבות, והתשובה לשאלה איזו מהן תזכה להגנה במובן החזק אינה ברורה ואינה אחידה.²³

את רעיון ערובות הליבה שתקבלנה הגנה חזקה ניתן להצדיק, לדעת שוחט, באמצעות תפיסת חובת הבטיחות של הלפרט וסנג'רו. לפי תפיסה זו, אין להסתפק במידת ההוכחה "מעבר לספק סביר" לצורך מניעת סיכוני המשגה של הרשעת חפים אלא יש גם לפתח תקני בטיחות מפני תאונות פליליות, קרי סיכוני המשגה של הרשעות שגויות. תקני בטיחות אלה מתבטאים בהגנה פרוצדורלית במובן החזק על זכויות הליבה.²⁴

הצדקה נוספת ששוחט טוען לה לטובת מחויבות פרוצדורלית שתהא גם במובן החזק היא טענת הנוחות המוסרית. טענה זו מצביעה על הלגיטימיות של ההכרעה הפלילית ועל הצורך בהגנה על השופטים והמושבעים והבטחה שהם עשו את הדרוש אפילו אם טעו חלילה והרשיעו הרשעה שגויה.²⁵

באשר לחובת הייצוג, שוחט אינו דן בחובה זו ספציפית. כפי שנראה בהמשך,²⁶ אנו מציעים ליישם את ההבחנה ששוחט מציע בחובת הייצוג כך: באשר לעונשים שאינם מאסר, במקרה של טענת הנאשם לחופש המצפון להימנע מייצוג, ראוי לסווג את חובת הייצוג כערובה הליכית במובן החלש. לעומת זאת כאשר מדובר באישום שעונש מאסר בצידו, ראוי שחובת הייצוג תיחשב לערובה הליכית במובן החזק.

שוחט סבור כי כאשר המדינה נוקטת ענישה, עליה להפגין נאמנות מרבית לערך המצדיק ענישה. היות שהמדינה משתמשת בהליך פלילי בכוח רב, ובידה סמכות לפגוע בחירויות יסוד, עליה להקפיד הקפדה מרבית שכוח זה יינקט מתוך נאמנות מרבית לערך, שמצדיק את הפעלתו של כוח זה, אך רק ב־ד' אמותיו של ערך מצדיק זה. זו חובה של הגינות ויושרה. היות שהכוח להעניש ניתן למדינה רק למען תכלית מוגדרת, הרי שיש להקפיד שהפעלתו תהא רק בגדרי תכלית זו. לשם כך, טוען שוחט, יש לנקוט ריסון עצמי ולקבוע מגבלת סף בטיחותית מפני

22 שוחט, לעיל ה"ש 19, בעמ' 178.

23 שם, בעמ' 179-180.

24 שם, בעמ' 180; מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו "לקראת בטיחות במשפט הפלילי" עיוני משפט לו 363 (2013).

25 שוחט, לעיל ה"ש 19, בעמ' 181-182.

26 להלן, הטקסט שלאחר ה"ש 43.

הרשעת חפים. מדובר במגבלה דאונטולוגית שאינה כפופה לשיקולי תועלת קונטינגנטיים. זו מגבלה שאין להתפשר עליה בשל שיקולי תועלת לגופן של נסיבות העניין.²⁷ הנאמנות לערך המצדיק אינה גוררת בהכרח הכרה בחובת ייצוג, אולם הכרה בחובת ייצוג עשויה להיות פרשנות סבירה של עקרון הנאמנות לערך המצדיק בהיותה חלק מהסף הבטיחותי שאליו ניתן לחשוף נאשמים.

7. טענת הגדלת הסיכון לזיכויים שגויים

טענת נגד אפשרית היא שליטיגציה אישית לא רק מגדילה את סיכון המשגה מסוג של הרשעה שגויה אלא גם מקטינה את סיכון המשגה מהסוג של זיכוי שגוי. בהנחה שרוב הנאשמים שמוגש נגדם כתב אישום הם באמת אשמים, ושהסנגורים עוזרים לזכות לא רק חפים אלא גם אשמים, אז הטלת חובת ייצוג עלולה להגדיל את מספר הזיכויים השגויים.

לטיעון זה אנו מציעים להשיב כך: ראשית, תחולתו חורגת מסוגיית חובת הייצוג. הטיעון הוא גם נגד זכות הייצוג, שהרי אם השפעתם של סנגורים היא שלילית מבחינה אפיסטמית, אז היא שלילית גם כאשר נאשמים מנצלים את זכות הייצוג שלהם ולא רק כאשר הסנגורים הם חלק ממימוש חובת הייצוג. לפי טיעון זה עצם הופעתם של סנגורים יוצרת "הפסד אפיסטמי". על כך ניתן להשיב שיש לקיים איזון בין הקטנת סיכון המשגה של זיכוי שגוי לבין הקטנת סיכון המשגה של הרשעה שגויה לבין ערכים ואינטרסים נוגדים כגון אמון הציבור במערכת המשפט, הריטואל של הליך משפטי והפגיעה בנאשמים עצמם, ולכן יש לקיים הליך משפטי, יש לקיים זכות ייצוג, אבל אין לקיים חובת ייצוג היות שכאן מתווסף הערך של כיבוד רצונו של הנאשם.

שנית, ההיסק שרוב הנאשמים אשמים, ולכן אין להטיל חובת ייצוג, אינו מקיים את עקרון האינדיווידואליזציה המרבית של שטיין. עיקרון זה דורש מבית המשפט לבחון את כל הראיות הספציפיות המתייחסות למקרה ואוסר לקבוע ממצא עובדתי לחובת הנאשם אלא אם כן הטיעון התומך בממצא העובדתי מבוסס על בחינה אינדיווידואלית מרבית.²⁸ הטיעון שרוב הנאשמים אשמים, ולכן רצוי לחסום ראיות וטיעונים של חלק מהסנגורים, הוא טיעון קולקטיביסטי-סטטיסטי שאינו מבוסס על ראיות הנוגעות לנאשם האינדיווידואל אלא על ראיות הנוגעות לקבוצה שאליה משתייך הנאשם – הלא היא קבוצת הנאשמים. היסק זה חושף את הנאשמים לסיכוי משגה לא קבילים המתבססים על מאפייני הקולקטיב שאליו משתייך הנאשם ולא על מאפייניו האינדיווידואליים. על מנת שסיכון משגה להרשעה שגויה יהיה קביל, על הראיות להתייחס למקרה המסוים ולנאשם האינדיווידואלי.

שלישית, גישה זו אינה מתיישבת עם הגישה של הקצאת סיכויי המשגה של שטיין. לפי גישתו של שטיין שהוצגה לעיל, סיכויי משגה מסוג הרשעה שגויה חמורים מסיכויי משגה מסוג זיכוי שגוי,²⁹ ולכן ניתן לומר שלא מוצדק למנוע פעילות סנגוראלית בשל החשש

27 שוחט, לעיל ה"ש 19, בעמ' 147–153.

28 STEIN, לעיל ה"ש 12, בעמ' 100.

29 שם, בעמ' 171–178.

שסנגורים עלולים לייצר זיכויים שגויים. גם אם נניח שיש בכך הפסד אפיסטמי, הרי שהקצאת סיכוני המשגה במשפט הפלילי מחייבת שלא למנוע חשש זה באמצעות הקטנת הפעילות הסנגוריאליית.

רביעית, גישה זו אינה מתיישבת עם הנאמנות המרבית לערך המצדיק של שוחט היות שנאמנות זו מחייבת שענישה פלילית תיקבע בכפוף להיווצרות תנאים אופטימליים שמרב הטעוניהם האיכותיים לטובת הנאשם יועלו, ולכן ריבוי פעילות סנגוריאליית הוא עוד ביטוי של נאמנות לערך המצדיק ענישה.

חמישית, גישה זו אף אינה מתיישבת עם גישתו של לאודן, שהרי לאודן שולל חסמים ראייתיים בהליך המשפטי. גישתו של לאודן היא מקסום כמותי של הראיות הרלוונטיות. אומנם לאודן מדגיש את ביקורתו על חסימה ראייתית של ראיות התביעה,³⁰ אולם טיעונו האפיסטמולוגי נגד חסימת ראיות הוא טיעון כללי גם נגד חסימת ראיות ההגנה. לאודן אינו טוען שיש למנוע ייצוג על ידי סנגורים בשל הפסד אפיסטמי שיגדיל את מספר הזיכויים השגויים. לאודן טוען שכללי הראיות, לבד מכלל ההכרעה הסופי, אינם צריכים להיות מוטים לא לטובת ההגנה ולא לטובת התביעה. אם לאודן סבור שזכות הייצוג מוצדקת ושאינן לחסום פעילות סנגוריאליית, אין לגזור מגישתו את שלילת חובת הייצוג, שהרי חובת הייצוג רק מגדילה את מספר הראיות והטיעונים שייטענו, והדבר מתיישב עם גישתו הכמותית המקסימליסטית.

שישית, על מנת להרשיע נאשם צריך "לדעת" שהוא אשם, ולא מספיק לסבור שהוא אשם גם אם זו סברת אמת. על מנת לדעת אם הנאשם אשם, יש להפעיל את קריטריוני הידיעה שניתן לחלץ מהדיאלוג "מנון" שבכתבי אפלטון: (1) האמנה בדבר אשמה; (2) היות ההאמנה האמנת אמת; (3) יש צידוק להאמין שהאמנת האשמה היא אמת.³¹ היסק קולקטיביסטיסטי מהסוג "רוב הנאשמים אשמים" אינו צידוק מספיק להרשעה היות שאם ידוע שחלק מהנאשמים חפים, אין נימוק מספיק לכך שהנאשם שאותו מרשיעים אינו משתייך לקבוצת הנאשמים המעטים שהם החפים. כשידועה קבוצת נאשמים שרובם אשמים ומיעוטם חפים, הרשעה של אחד מהם על בסיס הטענה שרובם אשמים אינה מציעה כל נימוק לכך שדווקא אותו אחד אשם, בהתחשב בהנחה שחלק מהקבוצה חפים. הנימוק למה "דווקא הוא" אשם אינו מוצג כלל, ולכן אין עמידה בתנאי ההצדקה על מנת שתהיה ידיעה בדבר אשמתו. טענת ההגנה "אני חלק מאותם מעטים שהם גם נאשמים וגם חפים" תיחסם ולא תיבדק על פי ההיסק הקולקטיביסטי אף שלפחות לפעמים זו תהיה טענת אמת. לכן אין צידוק מספיק לדחות את טענת ההגנה הזאת על בסיס היסק קולקטיביסטי.

30 לאודן טוען שחלק מהכללים השוללים את קבילות הראיות מבוססים על פסיכולוגיה שהיא בבחינת "מיתולוגיה עממית", אולם לאודן מסכים לקריטריון של אי-קבילות אם סביר שהראיה תפורש שלא כהלכה, ולא ניתן לתקן זאת באמצעות הוראות והנחיות ובאמצעות טיעוני עורך הדין של הצד שכנגד. במצב זה ניתן לקבוע שהראיה אינה קבילה. ראו LAUDAN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 122.

31 "מנון" 97א-98א.

שביעית, מצב שבו תהינה הרשעות על בסיס חסימה חלקית של טיעונים סגוריאליים יאפשר לתביעה להגיש כתבי אישום כאשר הראיות חלשות יותר מבמצב שבו אין נחסמים טיעוני חפות בכלל. מצב כזה יקטין את מידת ההוכחה במשפט הפלילי דה פקטו היות שהתביעה תוכל להשיג הרשעות במצב ראייתי חלש יותר. מצב כזה יגדיל בטווח הארוך את מספר המורשעים החפים. היחס בין שיעור הנאשמים האשמים לשיעור הנאשמים החפים תלוי בשאלה אם מתקיימת חובת ייצוג. הימנעות מחובת ייצוג תגדיל את מספר הנאשמים החפים כי התביעה תגיש כתבי אישום במצב ראייתי חלש, ואילו במשטר משפטי של חובת ייצוג לא תגיש התביעה כתבי אישום נגד אותם נאשמים.

ג. ליטיגציה אישית ואוטונומיה

לפי הנחתו של המחבר, שהיא גם הנחתנו, ליטיגציה אישית, הן במשפט פלילי והן במשפט אזרחי, איכותית פחות מליטיגציה באמצעות ייצוג משפטי. הוזה אומר, במשפט פלילי הסיכון להרשעה שגויה בליטיגציה אישית גבוה מהסיכון להרשעה שגויה בליטיגציה באמצעות ייצוג. בסדרה של הליכים משפטיים, לאורך זמן מספר ההרשעות השגויות בליטיגציה אישית צפוי להיות גדול ממספר ההרשעות השגויות בליטיגציה באמצעות ייצוג.³² לטענה זו מצטרפת עוד טענה והיא שהרשעה שגויה פוגעת בזכות לאוטונומיה. פגיעתה של הרשעה שגויה בזכות לאוטונומיה מתבטאת בשתיים: הפגיעה האחת היא שהענישה עצמה פוגעת באוטונומיה, והשנייה – הפגיעה המיוחדת באוטונומיה בשל סוג אמצעי הענישה שהוא תמיד סוג של אמצעי כפייה.

סוג הפגיעה הראשון – הענישה עצמה – מתבטא בעובדה שהרשעה גוררת ענישה ללא תלות בשאלה מהן דרכי הענישה הספציפיות. היות שנאשמים חפים בדרך כלל אינם מעוניינים להיענש, הרי שהרשעה שגויה מענישה אותם בעל כורחם, ובכך פוגעת ביכולתם לשלוט בחייהם. אדם אוטונומי הוא מי שיכול לקבוע את מהלך חייו שימנע ממנו ענישה פלילית, ואם נכפית עליו ענישה פלילית, הרי שנפגעת האוטונומיה שלו.

לפי הטיעון הנוכחי, כל אמצעי ענישה פוגע באוטונומיה: אם מדובר בעונש מאסר, האוטונומיה נפגעת באמצעות פגיעה בחירות, בחופש התנועה וביכולת להימנע מספקטרום של

32 לממצאים אמפיריים שבמשפט אזרחי בעלי דין לא מיוצגים מקבלים החלטות שליליות רבות יחסית לאלה שמקבלים בעלי דין מיוצגים או Assy, לעיל ה"ש 1, בעמ' 12, ה"ש 4. אשר למשפט הפלילי, על פי ניתוח 130 המקרים הראשונים של הרשעות השווא שנימצאו בפרויקט החפות האמריקאי בעקבות בדיקת DNA, 32% מהרשעות השווא נגרמו מייצוג לקוי של סנגור. ראו Jim Dwyer, Peter Neufeld & Barry Scheck, Actual Innocence: When Justice Goes Wrong and How to Make It Right 242, 365 (2003). אומנם הנתונים הם על ייצוג כושל ולא על היעדר ייצוג, אולם בהנחה שקיימים כשלים דומים או חמורים יותר במצב של היעדר ייצוג, הרי שהיעדר ייצוג יוצר סיכון להרשעת שווא לפחות כמו ייצוג כושל, אם לא למעלה מזה.

מכאובים הכרוכים בשהייה במאסר. אם מדובר בקנס, האוטונומיה נפגעת כי נפגעת ההחלטה כיצד ישתמש בכספו. אם מדובר בעונש המתבטא בביצוע עבודות, האוטונומיה נפגעת כי נפגעת ההחלטה אם ובמה יעבוד וכן נפגעת חירות הפעולה הכללית. אם מדובר בעונש מוות, הפגיעה היא בחייו, שהיא פגיעה חמורה מהפגיעות האחרות באוטונומיה.

סוג הפגיעה השני – אמצעי הענישה כאמצעי כפייה – מתבטא באופי הספציפי של עונש המאסר, אם מדובר במצב שבו צפוי עונש מאסר. עונש המאסר כרוך בפגיעה רבתי באוטונומיה – חלק גדול וחשוב מאפשרויות הבחירה של אדם נשללות בעת מאסרו: תנועותיו מוגבלות למתחם בית הכלא; הוא מנותק מקרובי משפחתו ומחבריו ואין לו אפוא האפשרות לבחור לשהות בקרבתם; הוא כפוי לשהות במחיצת אנשים זרים גם כשאינם לרוחו וגם כאשר הם פוגעים בו; נשללות ממנו אפשרויות בחירה שהחברה מעמידה עבור אדם חופשי בתחום המצרכים והשירותים; הוא כפוף לנהלים ולהוראות ולסדר יום שנקבע לו שלא כמו בחייהם של בני אדם חופשיים; נשללת ממנו האפשרות לבחור שלא לחיות בסביבה המייצרת תוקפנות ואלימות במידה רבה יחסית, כלומר סביבה הפוגעת בביטחון האישי ובשלווה הנפשית; נשללת האפשרות להתנתק מסביבה המייצרת הרגשת שיעמום, האפשרות ליחסים אינטימיים וכיו"ב.³³ מובן נוסף של פגיעת לייטגציה אישית במשפט הפלילי באוטונומיה של הנאשם קשור לפערי הכוחות המתבטאים בפערי הידע שבין הנאשם לתובע. בניגוד לטענה שהציג המחבר שלפיה פערי הכוחות מחזקים את הזכות ללייטגציה אישית על בסיס האוטונומיה, טענתנו היא כי דווקא פערי הכוחות כשאין הנאשם מיוצג פוגעים באוטונומיה של הנאשם. כאשר הנאשם אינו מיוצג, הוא חסר בדרך כלל ידיעה על אודות אפשרויות דיוניות (כולל בקיאות בדיני הוכחה), נוסף על היות חסר ידע בדין המהותי. חוסר הידע פוגע ביכולתו ובבחירות המעשיות שהיו יכולות להיפרס לפניו שבכוחן להביא להפחתת הסיכון של הרשעה שגויה או ענישה מופרזת. במילים אחרות, כאשר הנאשם מיוצג, הוא אוטונומי יותר במובן זה שהוא מקבל שירות מאדם הבקיא באפשרויות העומדות לרשותו לנהל את הדיון ביעילות. נאשמים הדיוטות המנהלים את הדיון בעצמם מודעים פחות הן לאפשרויות עצמן והן להערכת טיב השימוש בהן מה שמונע מהם שימוש מושכל בהן, ובכך נפגעת האוטונומיה שלהם בהקשר של ניהול משפטם.³⁴

GRESHAM M. SYKES, THE SOCIETY OF CAPTIVE (1958); COPING WITH IMPRISONMENT 33
(Nicolette Parisi ed., 1982).

להרשעות שווא תוצאות רעות גם בהיבטים נוספים על האוטונומיה ועל המורשעים עצמם, כגון פגיעה באמון הציבור במערכת המשפט הפלילי ובאיכות ההליך הפלילי ובקביעת הכרעת הדין. כאשר הרשעת השווא היא תוצאה של הליך פגום בשל היות הנאשם לא מיוצג, הפגיעה היא גם בתפיסת ההליך הפלילי כהליך הוגן. הרשעות שווא בשל היעדר ייצוג חותרות גם תחת הלגיטימיות של ההליך האדוורסרי, המניח שליטה אפקטיבית של הצדדים בהליך ובית משפט פסיבי יחסית שלא נאלץ להיחלץ להגנת הנאשם בשל היותו לא מיוצג.

1. שתי גישות בתורת המוסר בנוגע לפגיעה באוטונומיה

הנאשם החפץ שלא להיות מיוצג יכול לטעון שחרף סיכוני המשגה הימנעותו מייצוג תשרת את האוטונומיה שלו, בנמקו זאת בטיעון תוצאתני שהוא ינהל את ההליך טוב יותר מסנגור שייצג אותו.

כאמור לעיל, טענת המחבר, ואנו מסכימים איתה, היא שטיעון זה שגוי מבחינה אמפירית (בהנחה שהטיעון תוצאתני). אולם הנאשם עשוי להעלות טענה דאונטולוגית, שלפיה גם אם המדינה סבורה שליטיגציה אישית תהיה יעילה פחות מליטיגציה באמצעות ייצוג, די בכך שהנאשם "רוצה" לנהל ליטיגציה אישית, ויש לכבד את רצונו ללא תלות בתוצאות ההליך, כביטוי לאוטונומיה שלו.

לטיעון זה שתי גישות:

הגישה האחת היא Agent-neutral, שהיא גישה תוצאתנית, ניטרלית לפועל, ולפיה מוצדק לפגוע באוטונומיה במקרה אחד רק אם הפגיעה תביא בהכרח לידי כך שבסופו של דבר האוטונומיה תגבר או שהפגיעה תהיה קטנה ככל האפשר.³⁵ לעומת זאת הגישה השנייה – ה-Agent-relative – היא גישה יחסית לפועל, ולפיה לא מוצדק לפגוע באוטונומיה של כל אינדיווידואל אפילו אם בסופו של דבר האוטונומיה תיפגע יותר.³⁶

מכאן שניתן לטעון שאי-הכרה בזכות לליטיגציה אישית מהטעם של הקטנת סיכוני המשגה מתיישבת עם צמצום הפגיעה באוטונומיה, כאשר ההנחה היא שיש להתייחס יחס ניטרלי לפועל על פי גישה תוצאתנית, ואילו לפי גישה יחסית לפועל, שהיא גישה דאונטולוגית, אסור לפגוע באוטונומיה של בעל הדין באמצעות הגבלת זכותו לליטיגציה אישית גם אם בכך הוא יגדיל את סיכוני המשגה, והתוצאה תהיה שהאוטונומיה היא שתיפגע. ניתן לנתח את הגישה הניטרלית לפועל גם כגישה המצדיקה סוג של פטרנליזם, כאשר לפיה אין לבעל הדין חופש לנהל ליטיגציה על פי רצונו, מהטעם שהגבלה זו על רצונו היא לטובתו. אם הוא מגדיל את סיכוני המשגה שלו באמצעות ליטיגציה אישית, הוא אומנם פועל לפי רצונו, אך בטווח הארוך הוא מסכן את האוטונומיה שלו ופוגע בה.

2. הצעתנו לביקורת על גישת תלויות-פועל

דרך אחת להתמודד עם גישה יחסית לפועל היא להראות (כפי שהמחבר מראה בהצלחה) שליטיגציה אישית מזיקה גם לאחרים ולציבור בכללותו ולא רק לבעל הדין עצמו. אולם דרך זו אינה מתבססת על סיכוני המשגה. סיכוני המשגה הם סיכונים לבעלי הדין עצמם, לנאשמים, ולכן הטיעון הלקוח מסיכוני המשגה צריך להשיב לטיעון הלקוח מהגישה היחסית לפועל ומהפטרנליזם.

Douglas N. Husak, *Paternalism and Autonomy* 10 PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS 27, 36 35 (1981).

.DEREK A. PARFIT, REASONS AND PERSONS 27 (1985) 36

עאסי משיב לטיעון הפטרנליזם בשתי תשובות: ראשית, הגבלות על מרחב האפשרויות של האדם עשויות לעיתים להיות לטובתו. למשל, הגבלה על מספר שעות העבודה ביום מטיבה עם העובדים. בדומה לזה גם ההגבלה על ליטיגציה אישית היא בסך הכול לטובת בעלי הדין.³⁷ לדעתנו, אם הטיעון הזה נועד להצדיק פטרנליזם, הוא אינו מספיק, מפני שכל טענה לטובת פטרנליזם היא למעשה טענה שהפטרנליזם הוא לטובתו של האדם שכלפיו נוקטים פטרנליזם. נוסף על זה עאסי מציין כותבים שטענו שאין מדובר כלל בפטרנליזם משום שהפעולה הננקטת אינה מנוגדת לרצון האמיתי של האדם מושא הפעולה.³⁸

שנית, עאסי טוען שפטרנליזם זה אינו מתערב בתפיסת הטוב של בני האדם אלא רק באמצעים להשגת הטוב, ופטרנליזם כזה הוא מוצדק יותר.³⁹

לדעתנו, גישה תלוית-פועל למעשה טוענת שמוצדק לפגוע באוטונומיה בדרך אוטונומית. זו טענה שיש חירות לאדם לבטל את חירותו שלו. טענה זו לוקה בהבסה עצמית כדוגמת סוג של טענות נגד פטרנליזם, כגון הטענה שזכותו של אדם, מכוח חירותו והאוטונומיה שלו, למכור את עצמו לעבד, או הטענה שזכותו של אדם, מכוח האוטונומיה שלו, להפוך את עצמו לנכה, ובכך לפגוע באוטונומיה שלו.

כאשר נאשם מוכן לקבל על עצמו סיכוני משגה להרשעת שווא כאשר עונש מאסר הוא סביר במקרה של הרשעה, הדבר דומה להסכמה להיענש בעונש מאסר גם כאשר הוא חף מפשע. זו דרישה לחירות לבטל את החירות עצמה. כפי שהראה בהצלחה מיל, החירות אינה יכולה להצדיק מכירה עצמית לעבדות, כיוון שאדם המוכר את עצמו לעבד לא יוכל להשתמש בעתיד בחירותו גם אם ירצה להשתמש בה. הוא לא יוכל להשתחרר מעבדותו גם אם יחפוץ בכך. לכן לא ניתן לומר שהוא בחר מרצונו בעבדות, מפני שאם ירצה בבוא היום להפסיק להיות עבד, הוא לא יוכל לעשות זאת, ולכן לא ניתן לומר שמדובר בחירות.⁴⁰

37 Assy, לעיל ה"ש 1, בעמ' 227–229.

38 שם, בעמ' 229 ה"ש 49. לביקורת על טענה זו ראו להלן ה"ש 40.

39 שם, בעמ' 229–230.

40 ג'ין סטיוארט מיל על החירות 191–192 (עפר קובר מתרגם, 2011). ארנסון מציג טיעון שלפיו חוקים האוסרים על עבדות אינם פטרנליסטיים היות שבני אדם רציונלים יסכימו לחוק האוסר עבדות היות שכאשר הם אינם שרויים במצוקה הם מעוניינים להבטיח שאם יהיו במצוקה וירצו למכור את עצמם לעבדים, אזי בנקודת זמן זו רצוי שיהיה חוק שימנע מהם לעשות כן. למעשה בני אדם יסכימו לחוק כזה שמגן עליהם מפני עצמם היות שהוא מונע את הפגיעה בכוח המיקוח שלהם או את ביטולו. ראו Richard J. Arneson, *Mill Versus Paternalism*, 90 ETHICS 470, 472–473 (Jul. 1980). לדעתנו יש לחלוק על ארנסון בנקודות האלה: ראשית, השאלה אם בני אדם רציונלים יקדמו בברכה חוקים האוסרים על הסכמי עבדות היא שאלה אמפירית. גם בהנחה שהיא נכונה מבחינה אמפירית הרי שאיסורים מוסריים אינם תלויים במצב אמפירי אלא הם קיימים בכל עולם אפשרי. למשל, האיסור לגנוב תקף בין שגנבים קיימים בעולם ובין שלא. כך, האיסור על הסכמי עבדות – אם הוא תקף, אז הוא תקף בכל עולם אפשרי בין שבני אדם מעוניינים בחוק האוסר על הסכמי עבדות ובין שלא. למעשה, האיסור המוסרי מנוסח כפסוק אימפליקטיבי: אם יש אדם המתנגד לחוק האוסר עבדות בשל פגיעה באוטונומיה שלו, אז בכל זאת מוצדק לחוקק חוק כזה מטעמי הגנה על אותו אדם, כלומר חוק פטרנליסטי. זהו פסוק אימפליקטיבי-עקרוני ולא פסוק קטגורי-אמפירי מהסוג "אין אדם שיתנגד לחוק האוסר הסכמי עבדות". שנית, מיל אינו מתייחס בטקסט שאנו דנים בו לפטרנליזם בעצם החקיקה האוסרת על הסכמי עבדות אלא

אם חירות ואוטונומיה הם ערכים חשובים, אז חירות ואוטונומיה לבטלם או לפגוע בהם וסותרות את ההנחה בדבר חשיבותן. סתירה היא לטעון שעריך הוא חשוב ולהתיר פגיעה בו בעת ובעונה אחת. נכון הדבר שלפעמים מוצדק לפגוע בערכים חשובים על מנת לקדם ערכים חשובים אחרים, אלא שכאן ערך החירות והאוטונומיה לא נפגע בשל ערך אחר חשוב ממנו אלא בשל אותו ערך עצמו. כאשר אדם טוען לחירות לפגוע בחירותו, הרי שיש כאן מהלך של הבסה עצמית, מהלך שאינו מתקיים במצב שבו ערך א גובר על ערך ב. במצב זה הטיעון נכשל במונחיו שלו: אדם מעוניין להשיג חירות רבה יותר (החירות לפגוע בחירות) והתוצאה היא שהוא משיג חירות פחותה (החירות שנפגעה).⁴¹ לעומת זאת במצב שבו ערך אחד מכריע את הערך השני באיזון הטיעון אינו נכשל במונחיו שלו.

אנו מסכימים עם הטיעון של עאסי שפטרנליזם כלפי אמצעים להשגת הטוב מוצדק מפטרנליזם המתערב בתפיסת הטוב עצמה. זהו טעון נוסף להצדקת פטרנליזם המתבטא באיסור על לייטיגציה אישית, אולם תחולתו של הטיעון מוגבלת למצבים שבהם ערך הליטיגציה האישית הוא אינסטרומנטלי בלבד. במצבים שבהם יש ערך אינטרינזי בביצוע אישי של הליטיגציה, למשל כאשר בעל הדין מעוניין להתעמת אישית עם הצד שכנגד, או שהוא רואה בהשתתפות האישית שלו ערך אינטרינזי, ניתן לומר שהמגבלה מתערבת בתפיסת הטוב של בעל הדין. אולם לדעתנו זו התערבות מוצדקת מטעמים דומים לכך שאין מאפשרים לבעל דין להעיד עדים שעדותם לא רלוונטית גם כאשר בעלי הדין רואים בכך ערך אינטרינזי.

לפטרנליזם הנוגע לאקט כריתת הסכם העבדות. אלה שתי פעולות שונות: בכך ארנסון מחמיץ את ההבחנה בין פטרנליזם כלל (rule paternalism) לבין פטרנליזם פעולה (act paternalism). יש להבחין בין חקיקה של חוק נגד הסכמי עבדות לכריתתה של הסכם העבדות עצמו. גם אם נניח שאין פטרנליזם בעצם החקיקה האוסרת הסכמי עבדות, הדבר אינו סותר פטרנליזם כאשר להסכמה להיות עבד. אדם יכול להסכים לחוק שימנע ממנו להיות עבד, אבל אם ייקלע למצוקה יוכל לטעון לטובת האינטרס שלו להיות עבד. במצב זה האיסור עליו להיות עבד כאשר הוא רוצה להיות עבד הוא פטרנליסטי כלפי ה"פעולה" גם אם אותו אדם הסכים בעבר לחקיקה, כלומר ל"כלל". באותו מועד שהוא רוצה להיות עבד הוא חושב שחקיקה כזאת היא פטרנליסטית. למעשה הניסוח הנכון צריך להיות שונה מהניסוח שמציע ארנסון: הסכמה לחקיקה האוסרת הסכמי עבדות היא הסכמה של אדם שאם הוא ירצה להיות עבד, הוא מסכים שינהגו בו בפטרנליזם. הסכמה של אדם שינהגו בו בפטרנליזם בעתיד לא מבטלת את הפטרנליזם בעתיד, היא רק הופכת את הפטרנליזם לכוזה שהנפגע ממנו הסכים לו בעבר. המחלוקת שלנו היא אך כאשר לטענה שאין מדובר בפטרנליזם מבחינה מושגית. לעומת זאת מבחינה נורמטיבית אנו מסכימים שהעובדה שאילו היה האדם בעל ידע מספיק, היה מסרב למכור את עצמו לעבד, היא טעם להצדיק פטרנליזם. אם נניח שארנסון צודק בטענתו שחוק נגד הסכמי עבדות אינו פטרנליסטי היות שמי שיסכים לו הוא אדם רציונלי, הרי שגם חוק המחייב ייצוג בבית משפט אינו פטרנליסטי משום שכל אדם רציונלי יסכים שלא לסכן את עצמו בפגיעה עתידית באוטונומיה. למעשה הביקורת שאנו מציגים חלה על איסורים דאונטולוגיים ככלל, שהרי איסורים דאונטולוגיים נקלעים למה ששפיר כינה פרדוקס של איסורים תלויי-פועל, כאשר האיסורים חלים גם במחיר של הגדלת מספר הפרות האיסורים הכוללת. הדאונטולוגיה, אוסרת להקטין את המספר הכולל של האיסורים במחיר הפרת מספר קטן יותר של איסורים. לדיון בפרדוקס זה ראו Samuel Scheffler, *Agent-Centered Restriction, Rationality and the Virtues*, 94 MIND 375, 409-419 (1985).

41

באשר לעונשים בחומרה בינונית ועונשים קלים, כגון קנס או ביצוע עבודות, לדעתנו יש הבדל בין מצב שבו טיעון האוטונומיה נטען על בסיס אמונתו של הנאשם שליטיגציה אישית מוצלחת מליטיגציה באמצעות ייצוג לבין מצב שבו טיעון האוטונומיה מתבסס על גרסאות של חופש המצפון, כגון סירובו של הנאשם לשתף פעולה עם הסנגוריה הציבורית או עם המדינה בכלל.

אם טיעון האוטונומיה מבוסס על אמונתו של הנאשם שליטיגציה אישית ממקמת את איכות הגנתו, אין הצדקה לאפשר לנאשם ליטיגציה אישית על יסוד אוטונומיה. כפי שנפרט בהמשך בדיוננו במשפט האזרחי,⁴² גם במשפט פלילי רצונו של הנאשם שלא להיענש או למזער את עונשו או לא לקבל עונש חמור מדי אינו מתיישב עם האמצעי שהנאשם מבקש לנקוט על מנת להשיג מטרות אלה: ליטיגציה אישית. הסכמת הנאשם לליטיגציה אישית אינה הסכמה לקבל על עצמו פסיקה שגויה, ולכן לא ניתן לומר שהנאשם רוצה בתוצאות הרעות של פסיקה זו. אם הנאשם מעוניין מרצונו לשלם למדינה כספים, הוא יכול לתרום כסף, ואם הוא מעוניין לבצע עבודות, הוא יכול לעבוד בהתנדבות. אם הוא מחליט לנהל הגנה על מנת שלא להיענש בעונשים אלה, או לפחות להפחית את חומרתם, משמע שהנאשם אינו מוכן לקבל על עצמו גם ענישה מסוג זה ולכן ענישה כזאת תהיה פגיעה באוטונומיה שלו.⁴³

אולם אם טיעון האוטונומיה מבוסס על חופש המצפון, ורצונו של הנאשם הוא להימנע משיתוף פעולה עם המדינה או עם הסנגוריה הציבורית, הרי שבעונשים בחומרה בינונית או קלה, כגון קנס וביצוע עבודות, או עונשים שאינם מאסר, ייתכן כי זו החלטה סבירה מבחינת הנאשם להעדיף את העונשים האלה מפגיעה במצפונו. לכן ברמות החומרה האלה של הענישה, כאשר הטיעון מבוסס על חופש המצפון, יש מקום להעדיף את חופש המצפון על פני המטרה הפטרנליסטית למנוע מהנאשם את הרע שבענישה שגויה. אולם הטיעון הזה מוגבל בתחולתו לפגיעה המצפונית בנאשם. עדיין ניתן לחייב את הנאשם בייצוג מטעמי מניעת פגיעה ציבורית, כגון אמון הציבור בפסיקות איכותיות של בית המשפט ועלויות מנהליות בשל ליטיגציה אישית לא יעילה.

טיעון זה תומך בקוגנטיות של הייצוג המשפטי. ייצוג משפטי במשפט פלילי לא ראוי שיהיה כפוף להסכמת הנאשם (זכות דיספוזיטיבית), אלא חובת הייצוג היא חובה קוגנטית שלא ניתן להתנות עליה באמצעות הסכם או ויתור.

אומנם לא כל הליך במשפט הפלילי הוא קוגנטי, למשל הנאשם יכול לוותר על ניהול הליך ולהודות באשמה או על זכותו לחקירה נגדית של עדי התביעה, אולם גם ויתור על זכויות דיוניות בהליך הפלילי רצוי שיעשה כאשר הנאשם מיוצג, כדי שהסנגור יפקח על ההחלטה לוותר על זכויות ויבקר אותה. ויתור על נוכחות העין המקצועית של הסנגור הוא בבחינת עליית

42 להלן ה"ש 71 והטקסט המתייחס אליה.

43 עאסי טוען בספרו שפטרנליזם כלפי אמצעים, יחסית מוצדק יותר מפטרנליזם כלפי מטרות. ראו Assy, לעיל ה"ש 1, בעמ' 227–229.

מדרגה מבחינת הסיכון שהנאשם נוטל על עצמו היות שהחלטות הנאשם במצב כזה אינן מבוקרות מקצועית.⁴⁴

אם הצלחנו להראות שאין להכיר בזכות לליטיגציה אישית מטעמי סיכוני משגה, הרי שבראש ובראשונה אין להכיר בכך במשפט פלילי. במשפט פלילי, יותר מבמשפט אזרחי, סיכוני המשגה הם קשים, במיוחד כאשר יש סיכון ממשי בעונש מאסר, אם כי הטיעון חל גם על עונשים קלים ממאסר. אומנם עוצמת הטיעון פחותה במצבים אלה, אבל היא עדיין קיימת גם בהם.

משמעותה המעשית של הטענה שיש להכיר בזכות הנאשם בשעה גורלית לחייו להחליט על ליטיגציה היא שיש לאפשר לנאשם בשעה גורלית זו להזיק לעצמו, אם יחפוץ בכך. דווקא בשעה גורלית לחייו יש לצמצם ככל האפשר את הסיכון שהחלטה גורלית לרעתו תהיה שגויה.

ד. דיון בשלושה טיעונים ביקורתיים

1. פגיעה באוטונומיה שלא ניתן להימנע ממנה

טיעון אפשרי הוא שבניגוד לפגיעה באוטונומיה בשל חובת חגירת חגורת בטיחות בנסיעה במכונית או בשל חובת חבישת קסדת מגן ברכיבה על אופנוע, הפגיעה באוטונומיה באמצעות כפיית ייצוג היא פגיעה שלא ניתן להימנע ממנה. אדם שאינו מעוניין לחגור חגורת בטיחות או לחבוש קסדת מגן יכול להימנע מנסיעה במכונית או באופנוע, אבל נאשם במשפט פלילי אינו יכול לוותר על המשפט הפלילי ובכך להימנע מייצוג. הנאשם לא בחר להיות נאשם, אבל בני אדם בוחרים לנסוע או לנהוג בכלי רכב.

תשובתנו לטיעון זה היא שראשית, במשפט הפלילי נכון שנאשם אינו יכול שלא להיות נאשם, אולם אם יורשע הרשעה שגויה, הוא לא יוכל להימנע מהענישה. לכן ייצוג כפוי נועד למנוע את הפגיעה באוטונומיה, שהיא פגיעה מהסוג שלא ניתן להימנע ממנה.

שנית, גם בדוגמאות של פגיעה באוטונומיה מתחום הבטיחות התעבורתית אפשר לומר שהפגיעה באוטונומיה היא לא רק החובה לחגור חגורת בטיחות אלא גם עצם ההגבלה שהטיל המחוקק – או לנסוע חגורים או לא לנסוע במכוניות. זו הגבלה שלא הייתה קיימת לפני חקיקת החוק, אז היה המצב שמותר גם לנסוע במכוניות וגם להימנע מחגירת חגורת בטיחות. גם ההימנעות מנסיעה במכוניות היא פגיעה באוטונומיה, ולכן המחוקק הטיל ברירה על האדם לבחור איזה פגיעה הוא מעדיף, ואין כאן מצב שהאדם יכול להימנע מפגיעה כלל.

44 חובת הייצוג מטעמי הקטנת סיכוני המשגה במשפט הפלילי היא חלק ממחויבות המשפט להגנה על חפים מפני הרשעה. כאמור, מחויבות זו היא פרשנות אפשרית של המחויבות הפרוצדורלית על פי מודל צבר המחויבויות של שוחט, לעיל ה"ש 19.

2. פגיעה באוטונומיה בעקבות יוזמת המדינה לפתוח בהליך

לפי טיעון זה, בהקשר תחבורתי האדם מסכים להסתכן מרצון, ואילו בהקשר המשפטי ההליך נכפה עליו, ולכן ראוי שכאשר אדם נמצא במצב שאחרים כופים אותו עליו, יש לאפשר לו להגיב כרצונו. בהקשר המשפטי: לנהל את הגנתו כרצונו. תשובתנו לטיעון זה היא שדווקא משום שבעל הדין לא בחר בהליך יש אחריות מיוחדת מצד המדינה להגן עליו מפני סיכוני משגה. היות שהמדינה מבקשת לפגוע בנאשם בהליך פלילי והתובע דורש לחייב את הנתבע בהליך אזרחי, דווקא משום כך יש להקפיד שפגיעה כזאת, אם תתרחש, תהיה מוצדקת ככל האפשר, ולכן נטענת טענת חובת הייצוג.

3. היעדר שיתוף פעולה בין הנאשם לסניגור

ביקורת אפשרית היא שלא תמיד ולא בהכרח ייצוג על ידי סנגור עדיף על הייצוג העצמי. כאשר הנאשם מסרב לשתף פעולה עם סנגורו ומתעקש לנהל את הגנתו בעצמו, הרי שאם הנאשם מכיר את העובדות ישירות וטוב מסנגורו, סביר שבתנאים אלה הגנתו של הנאשם כשהוא מנהל אותה תהיה טובה מבמצב שבו הוא מסרב לשתף פעולה עם סנגורו. אף המחוקק הישראלי אפשר את הפסקת הייצוג על פי שיקול דעתו של בית המשפט בשל חוסר שיתוף פעולה בין הנאשם לסנגורו, וכן אפשר, על פי שיקול דעת בית המשפט, שלא למנות לו סנגור אחר במקומו אם ראה שאין בכך כדי להועיל.⁴⁵ בעניין זה אנו תמימי דעים עם טיעונו של עאסי בספרו בתשובה לביקורת זו. נכון הדבר שייחכנו מקרים ספציפיים שבהם נאשם הדיוט בתחום המשפט ייצג את עצמו טוב יותר מסנגור שלא זכה לשיתוף פעולה מהנאשם. אולם בבואנו לקבוע נורמה כללית עלינו לתת את הדעת להשפעתו של הכלל המשפטי על התמריצים של נאשמים. במשטר משפטי שבו הכלל הוא שנאשם שאינו משתף פעולה רשאי לייצג את עצמו כלל זה מתמרץ נאשמים ששוקלים לא לשתף פעולה להחליט שלא לשתף פעולה עם סנגורם. לעומת זאת במשטר משפטי שבו הכלל הוא שנאשם שאינו משתף פעולה אינו רשאי לייצג את עצמו, יש תמריץ לשתף פעולה עם הסנגור מפני שהנאשם יכול רק לצאת נשכר מכך, ויש לו רק מה להפסיד ללא שיתוף פעולה. כלומר הכלל המשפטי שאינו מאפשר ייצוג עצמי צפוי להקטין את מספר אי-שיתופי הפעולה.⁴⁶

על טיעון זה יש להוסיף את הטיעון שלפיו גם בהיעדר שיתוף פעולה יש ערך למינוי מנדטורי של עורך דין לטובת הנאשם. מינוי זה עשוי להפחית את סיכוני המשגה משום שסנגור מקצועי מקבל את ההחלטות לטובת הנאשם. גם אם אי-שיתוף הפעולה הוא תת-אופטימלי, עדיין ייתכנו מצבים שבהם עצם קיומו של ייצוג על ידי סנגור יש בו כדי להועיל משום התמצאותו של הסנגור בדין ובזכויותיו של הנאשם ומשום יכולתו לשאול שאלות בחקירה הנגדית שיש בהן להועיל להגנת הנאשם, לחקור ולטעון על בסיס חומר הראיות שאליו הוא

45 'ס' 17 (ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 43.

46 Assy, לעיל ה"ש 1, בעמ' 283.

נחשף, כגון על בסיס תמליל חקירת הנאשם בידי המשטרה.⁴⁷ נכון שלא תמיד המצב הוא כזה, אבל כאמור, השיקול התמריצי צפוי לגרום לכך שמצבים שבהם סנגור אינו זוכה לשיתוף פעולה יהיו המעטים ביותר בשל הכלל שאינו מאפשר ייצוג עצמי, ולכן הכלל האוסר על ייצוג עצמי מתמרץ את גילוי המידע הרב ביותר מצד הנאשם ומתמרץ את הייצוג האיכותי ביותר.

ה. ביקורת על טיעון האוטונומיה כתמיכה בזכות לליטיגציה אישית – המשפט האזרחי

1. העמדה המוצגת בספר

הטענה המוצגת בספר היא דחיית הטענות מן האוטונומיה כתמיכה בזכות לליטיגציה אישית. ביתר פירוט, הטענות בקליפת אגוז הם אלה: לליטיגציה אישית פוגעת באחרים וזולת בעל הדין עצמו: בעל הדין שכנגד ובית המשפט;⁴⁸ זכות לנהל ליטיגציה אין פירושה חופש ממגבלות פרוצדורליות, ומגבלות פרוצדורליות רבות קיימות במשפט מבלי שהדבר פוגע באוטונומיה;⁴⁹ כל ליטיגציה וכל הליך משפטי מחייבים כללים מגבילים כלשהם;⁵⁰ הבחירה בליטיגציה אישית אינה בחירה אמיתית כאשר בעל הדין אינו מתמצא בהליך ומתקשה לשלוט בו;⁵¹ בעל דין מיוצג אינו צופה פסיבי בהליך ואינו מודר ממנו;⁵² אם יש חילוקי דעות בין בעל הדין לפרקליטו, בעל הדין רשאי להחליף פרקליט, ואם הוא אינו מוצא פרקליט שיסכים לנקוט את האסטרטגיה שבעל הדין רוצה בה, הרי שזו אינדיקציה לכך שהאסטרטגיה אינה טובה;⁵³ בעיית הנציג הנוצרת בייצוג משפטי מותירה את עדיפותו של הייצוג על פני היעדר ייצוג;⁵⁴ לניהול ליטיגציה אישית אין ערך אינטרינזי היות שיש ניתוק בין הפעולות הדיוניות לתוצאה הרצויה, ואין חשיבות לביצוע אישי של הפעולות הדיוניות;⁵⁵ האופי האופציונלי של המשפט האזרחי אינו סותר חובות דיוניות;⁵⁶ אוטונומיה אין פירושה הענקת מספר האפשרויות המרבי אלא המספר האופטימלי, כלומר האפשרויות שהינה בעלות ערך ולא דווקא במספר הרב האפשרי;⁵⁷ פטרנליזם כלפי האמצעי להשגת הטוב מוצדק יחסית לפטרנליזם כלפי הטוב עצמו. בהתערבות הדיונית אין התערבות בתפיסת הטוב של בעל הדין אלא רק באמצעי

שם, בעמ' 284–285.	47
שם, בעמ' 209.	48
שם, בעמ' 210–211.	49
שם, בעמ' 211.	50
שם, בעמ' 213.	51
שם, בעמ' 212–213.	52
שם, בעמ' 214.	53
שם, בעמ' 215–216.	54
שם, בעמ' 216–218.	55
שם, בעמ' 218–225.	56
שם, בעמ' 225–227.	57

להשיגה; ⁵⁸ מערכת כללים דיוניים משרתת את האוטונומיה במתן כלים לבעלי הדין לאכוף את זכויותיהם באופן שכללים דיוניים מגבילים בטווח הקצר אך משרתים בטווח הארוך את האמצעי היעיל לאכוף זכויות.⁵⁹

2. הטיעון מסיכוני המשגה במשפט אזרחי

אנו מסכימים עם הטיעונים בספר התומכים באי-הכרה בזכות לליטיגציה אישית במשפט אזרחי. אלה טיעונים מאירי עיניים. כאן אנו מציעים טיעון נוסף והוא הטיעון מסיכוני המשגה.⁶⁰

בספר מוזכרת הנקודה שבעל דין המחליט לנהל הליך ללא ייצוג עלול להיפגע מתוצאה משפטית שלא תהיה לשביעות רצונו,⁶¹ או שתהיה לשביעות רצונו אבל שגויה משפטית, ואז היא מנוגדת לאינטרס הציבורי בתוצאות נכונות.⁶² אנו מציעים פיתוח של נקודה זו בדבר סיכוני המשגה.

סיכוני משגה קיימים גם במשפט אזרחי. אומנם עוצמת הפגיעה בשל סיכוני משגה במשפט אזרחי קטנה מעוצמת הפגיעה בשל סיכוני משגה במשפט הפלילי, אולם בכל זאת קיימת פגיעה בשל משגים בהכרעות דין במשפט אזרחי.

חלק מסיכוני המשגה במשפט האזרחי הם לפגיעה ניכרת ברווחתם של בני אדם המושפעים מהחלטת בית המשפט. דוגמאות לכך ניתן למצוא בדיני המשפחה: החלטה בדבר משמורת ילדים, הכרזה על היות קטין נזקק והוצאת קטין ממשמורת הוריו למשמורת הרשויות, הכרזה על קטין כבר-אימוץ וצו הגנה האוסר על אדם להיכנס לדירתו בשל חשש לאלימות. ככלל, מטבע הדברים בעלי דין שלא זכו במשפט אזרחי צפויים להרגיש מידה מסוימת של רגשות שליליים, תסכול, אכזבה, התמרמרות וכן פגיעה כספית בעקבות פסק הדין, בין שמדובר בתובע שתביעתו נדחתה או בנתבע שהתביעה נגדו התקבלה, או אף בתובע שלדעתו זכייתו קטנה מזו שציפה לה. כאשר פסק הדין שגוי, גרימת רגשות שליליים אלה היא חסרת הצדקה. אילו היה פסק הדין נכון, לא היו נוצרים הרגשות השליליים בשל פסק הדין.

לספציפיות רבה יותר, אם נניח סכסוך במשפט מסחרי (דיני קניין, דיני חיובים ודיני תאגידיים) או בדיני נזיקין, הרי שיש מטרה נורמטיבית להשיג באמצעות אכיפת החוק מטרות כגון הגנה על הקניין הפרטי, צדק חלוקתי, צדק מתקן ויעילות כלכלית. פסק דין שגוי עלול לפגוע בקניין הפרטי בפסיקה ליתן כספים או נכסים אחרים השייכים לבעל הדין או לבעל הדין שכנגד ללא הצדקה משפטית, ובכך תיפגע זכות הקניין שלו,⁶³ שהרי אילו הייתה הפסיקה נכונה, היא הייתה צריכה להשאיר בידי בעל הדין את הכספים או הנכסים השייכים לו. נוסף על

58 שם, בעמ' 227–230.

59 שם, בעמ' 232 ואילך.

60 טיעון דומה הוצגו במקום אחר. ראו Menashe & Gruner, לעיל ה"ש 11, בעמ' 252–257.

61 Assy, לעיל ה"ש 1, בעמ' 249–250.

62 שם, בעמ' 262.

63 לתפיסת הקניין הפרטי כאמצעי להגנה על החירות ראו JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM (1993) 298.

זה, פסק דין שגוי עלול לפגוע בצדק המחלק אם המטרה הנורמטיבית הייתה חלוקת משאבים צודקת, וכן פסק דין שגוי עלול לפגוע בצדק המתקן⁶⁵ אם פסיקה נכונה הייתה אמורה להשיב את המצב לקדמותו לאחר עוולה נזיקית או הפרת חוזה, אולם פסיקה שגויה נמנעה מלעשות כן. נוסף על זה, אם מטרת הנורמה המשפטית היא לקדם יעילות כלכלית, פסיקה שגויה עלולה ליצור מצב עניינים לא יעיל.⁶⁶

- 64 להיבט החלוקתי במשפט הפרטי במבט כללי: HANOCH DAGAN, THE LAW OF UNJUST ENRICHMENT: A PHILOSOPHICAL PERSPECTIVE § 4.1.3; D (J.S.D. Dissertations submitted to Yale Law School, June 1993); Duncan Kennedy, *The Stakes of Law, or Hale and Foucault!, SEXY DRESSING ETC.: ESSAYS ON THE POWER AND POLITICS OF CULTURAL IDENTITY* 83 (1993). לצדק חלוקתי בדיני חוזים, ערך זה מתנגש עם עקרון חופש החוזים, שהרי החוזה נקבע על פי רצון הצדדים ולא לפי הצדק. אולם יש כתיבה בתאוריה של דיני החוזים שלפיה מטרה ראויה של דיני החוזים היא להשיג צדק חברתי בין הצדדים. ראו Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. L. REV 1685 (1976); Anthony T. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 YALE L.J. 472 (1980) בדיני נזיקין מדובר למשל בשיקולי פיזור נזק, שיקול הכיס העמוק Guido Calabresi, *Some Thoughts of Risk Distribution*, 70 YALE L.J. 499, 527 (1961); OLIVER W. HOLMES, THE COMMON LAW 77 (Mark D. Howe ed., 1981; 1963).
- 65 לצדק מתקן בדיני נזיקין, אפשטיין מחזיק בעיקרון של צדק מתקן בשל גרימת נזק לאו דווקא ברשלנות. ראו Richard A. Epstein, *A Theory of Strict Liability*, 2 J. LEG. STUD 151 (1973). יינריב ופוזנר מבססים את הצדק המתקן על גרימת נזק ברשלנות. ראו Ernest J. Weinrib, *Toward a Moral Theory of Negligence Law*, 2 L. & PHIL. 37 (1983) 37; Richard A. Posner, *The Concept of Corrective Justice in Recent Theory of Tort Law*, 10 J. LEG. STUD 187 (1981) פלטצ'ר מבסס את הצדק המתקן על נזק שנגרם מיצירת סיכון לא הדדי. ראו George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 HARV. L. REV. 537 (1972) צריך לבטל רווחים וכן נזקים עולתיים. ראו Jules L. Coleman, *Corrective Justice and Wrongful Gain*, 11 J. LEGAL STUD. 421 (1982).
- 66 לשיקולי יעילות בדיני חוזים ראו ROBERT E. SCOTT & DOUGLAS L. LESTIE, CONTRACT LAW AND THEORY 8 (1988); Alan Schwartz, *The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law*, 3 S. CAL. INTERDISCIPLINARY L.J. 389, 392, 399, 402-403, 416 (1994) ליעילות בדיני נזיקין, לפי ההגדרה של קלברזי מטרת דיני הנזיקין היא לצמצם את נזקי התאונות ואת עלויות מניעתן. לכך שהמשטר המשפטי המועדף להשגת מטרה זאת הוא הטלת האחריות על השוקל הטוב ביותר, קרי זה שיכול לשקול שקילה אופטימלית אם וכיצד להוציא הוצאות למניעת הנזק ולפעול על סמך שקילתו זו. ראו GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS (1970); Guido Calabresi & Jon T. Hirschoff, *Towards a Test for Strict Liability in Torts*, 81 YALE L. REV. 1955 (1972) לכך שהמשטר המשפטי המועדף הוא רשלנות ראו Richard A. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. LEG. STUD. 29 (1972). לנוסחת הרשלנות הכלכלית כבסיס לעוולת הרשלנות כפי שהוצגה בפסק דין של השופט האמריקאי לרנד הנד ראו United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169 (1947). לזכות לקניין פרטי כאמצעי להשגת יעילות כלכלית ראו Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243 (1968); Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 AM. ECON. REV. PAP & PROC. 347 (1967); ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS ch. 4 (1988); RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW ch. 3 (4th ed. 1992).

3. סיכויי משגה במשפט אזרחי וטענת ההסכמה

טענה אפשרית היא שבמשפט אזרחי כאשר הסכסוך הוא פרטי, ניתן לומר שכאשר בעל הדין מעוניין בליטיגציה אישית, הרי שהוא מסכים לקבל עליו את סיכויי המשגה. בשונה ממשפט פלילי, במשפט אזרחי יש תלות בהסכמה בשל היות הדין דיספוזיטיבי. אדם אינו חייב לתבוע תביעה אזרחית גם אם יש לו עילת תביעה. נושים רשאים למחול ולוותר על החוב. תובע רשאי לחזור בו מתביעתו, וכן הוא רשאי להתפשר על סכום התביעה. גם אחרי שזכה בסכום כסף, רשאי התובע להעביר אותו לנתבע, וכן נתבע שתביעת התובע נגדו נדחתה רשאי לשלם מרצונו סכום כסף לתובע.

האם בחופש של הצדדים לבצע טרנסאקציות בכספים ובנכסיהם על פי עקרון חופש החוזים, מבלי להיות כפופים לשיקולי צדק או לשיקולי יעילות, יש כדי לאיין את הטיעון מסיכויי המשגה? האם ניתן לומר שבעל דין שנמנע מייצוג הסכים לקבל על עצמו את הסיכונים הכרוכים בכך?

לדעתנו, אין בעקרון חופש החוזים ובבסיס הדיספוזיטיבי של המשפט האזרחי משום הסרת החשש מסיכויי המשגה. הטעם לכך הוא שלא מוצדק לראות בהחלטה לנהל ליטיגציה אישית משום ויתור על הזכויות שלא יינתנו לבעל הדין בשל פסיקה שגויה. החלטה לנהל ליטיגציה אישית אינה הסכמה לפסק דין שגוי ולקבלת פגיעות והפסדים הנגרמים ממשגה שיפוטית. בעל דין המחליט לנהל ליטיגציה אישית מעוניין לאכוף את זכויותיו ולהצליח הצלחה דיונית. הוא אינו מעוניין להיכשל ולהכשיל את בית המשפט. עם זאת בפועל, ובניגוד לרצונו, הוא מגדיל את הסיכון לכך. לא ניתן לומר שבעל הדין הסכים לסיכויי המשגה, מפני שהסכמה זו יסודה בטעות בהבנת המצב המשפטי, ולכן היא נגועה בפגם ברצון. בעל דין המעוניין לחזור בו מתביעתו, לוותר, למחול, להתפשר ולשלם כספים לצד שכנגד אינו בעל דין שמקיים ליטיגציה נגד הצד שכנגד. ההחלטה עצמה לקיים ליטיגציה אינה מתיישבת עם הסכמה לטובת הצד שכנגד.

נשאלת השאלה אם בעל דין שהסכמתו לנהל ליטיגציה אישית הטועה בהערכת איכות הליטיגציה האישית לעומת איכות הליטיגציה בייצוג, אינו טועה טעות מהסוג שאין להתחשב בו. כידוע, לא כל צד לחוזה שחותם על החוזה מתוך טעות רשאי להתנער מהעסקה. אם מדובר בטעות כזאת שהצד לחוזה נטל על עצמו את הסיכון לקיומה, אין מדובר בטעות המהווה עילה לביטול החוזה.⁶⁷

לדעתנו, יש להבחין בין קביעת כלל גורף אפרירי שהסכמים מסוג מסוים לא יהיו בעלי תוקף מהטעם שהם נגועים מלכתחילה בפגם ברצון, לבין מצב שבו אין כלל גורף נגד הסכמים, ובכל מקרה פרטיקולרי לגופו תיבחן שאלת הפגם ברצון. ההבדל הוא שכאשר שאלת הפגם ברצון נבחנת בכל מקרה לגופו הצד השני לחוזה מסתמך על ההסכמה, ולכן צריך להתחשב

67 ס' 14 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118, מבחין בין טעות שניתן לבטל את החוזה בגינה לטעות שאינה מאפשרת את ביטול החוזה. טעות מהסוג הראשון מעוגנת בס' 14 (א) ו-14 (ב) ועניינה טעות של המתקשר בחוזה שלולא הטעות לא היה מתקשר ואינה טעות בכדאיות העסקה, ואילו טעות מהסוג השני מעוגנת בס' 14 (ד), וזו טעות בכדאיות העסקה.

בהסתמכותו. מנגד, כאשר המחוקק קובע מראש שהסכמים מסוג מסוים הם חסרי תוקף בשל פגם ברצון, אין מישהו שהסתמך הסתמכותו שווה על ההסכמה היות שידוע לו מראש שהסכם כזה הוא חסר תוקף.

הטענה שאין להתחשב בהסכמה לנהל ליטיגציה אישית שייכת לסוג המקרים שבהם נקבע מראש כלל גורף שהסכמה כזאת לא יהיה לה תוקף. הנימוק לכך הוא שבסוג כזה של הסכמים יש פגם מובנה ברצון בכך שבעלי דין מצד אחד מעוניינים בליטיגציה איכותית, ומצד אחר טועים לחשוב שליטיגציה אישית תהיה איכותית מליטיגציה בייצוג. זהו פגם גורף ברצון, ועל מנת למנוע אותו מוצדק לפסול מראש הסכמות לנהל ליטיגציה, ובכך אין משום פגיעה בהסתמכות של הצד שכנגד.

לא ניתן לומר שהצדדים נטלו על עצמם סיכון מחושב בדבר הליטיגציה האיכותית פחות של עצמם, היות שאילו היו יודעים שהליטיגציה העצמית שלהם איכותית פחות, לא היו נוקטים אותה. הסיבה שהם נוקטים אותה היא שהם סבורים שהליטיגציה האישית איכותית מן הליטיגציה בייצוג. ההנחה שהם מעוניינים במקסום איכות הליטיגציה אינה מתיישבת עם הכדאיות שלהם ליטול סיכון שליטיגציה אישית תהיה מוצלחת יותר.

ניתן להשוות סוגיה זו להסכמה לקבל ממצאים של בדיקת פוליוגרף. אם ההנחה היא שהצדדים מאמינים בתום לב שהם צודקים עובדתית והם מעוניינים לשכנע שאלה פני הדברים, אז האינטרס שלהם הוא מבחן שממקסם את המצב האפיסטמי. אם מה שממקסם את המצב האפיסטמי הוא שיקול דעת שיפוטי ולא פוליוגרף, אז הבחירה בפוליוגרף נגועה בפגם ברצון. הצדדים, או אחד מהם, אינם יודעים את המצב לאשורו שבבחירה בפוליוגרף הם פוגעים ביכולתם לשכנע בטענות האמיתיות שלהם. מצב זה מצדיק פסילה של הסכמים להכרעה על פי הפוליוגרף בשל פגם ברצון, אך היות שמדובר בפסילה אפריוורית, אין בפסילה זו משום פגיעה בהסתמכות הצד שכנגד על ההסכמה.⁶⁸

טיעון זה אינו פוגע בעיקרון הכללי שהצדדים זכאים להתנות על הראיות שיציגו ולכרות הסכמי פשרה, שהרי גם הסכמי התנאה על הראיות וגם הסכמי פשרה כפופים לכך שבהסכמים אלה לא נפל פגם ברצון. בהסכמי התנאה על הראיות ובהסכמי פשרה כשלעצמם אין פגם מובנה ברצון, אלא רק באותם הסכמים שבהם הצדדים אינם מודעים לכך שהם פועלים נגד האינטרס של עצמם.

לדעתנו יש להניח פגם ברצון לפי תחולת דיוננו על בעלי דין חסרי ידע משפטי,⁶⁹ וכך במצב זה ייצוג מקצועי מקטין את סיכוני המשגה ביחס לייצוג עצמי גם כשקיימת בעיית הנציג. בבעיית הנציג יש לטפל באמצעות כללים מתאימים המסדירים את האתיקה המקצועית של

68 לפסק דין בעניין הסכמה לבדיקת פוליוגרף במשפט אורחי ראו ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446 (1988).

69 לעיל, תמצית הטיעון בספר.

עורכי הדין, אולם גם כשקיימת בעיית הנציג עדיין יש תמריץ כלכלי לעורכי דין לעשות את מלאכתם נאמנה.⁷⁰

הקשר בין דחיית טענת ההסכמה לדחיית טענת הפטרנליזם הוא שהתנגדות לפטרנליזם מניחה שהאדם אכן רוצה בתוצאה רעה, וההתערבות הפטרנליסטית מונעת ממנו את התוצאה הרעה שהוא רוצה בה.

אולם אם האדם רוצה בפעולה הגורמת לתוצאה רעה מבלי שהוא רוצה בתוצאה הרעה, אלא הוא חושב בטעות שהתוצאה לא תהיה רעה, במקרה זה מוצדק למנוע ממנו את התוצאה הרעה משום שהוא לא באמת רוצה בה. אין מדובר בכפיית רצון זר על רצונו של הזולת, אלא בהתערבות זו אנו למעשה מגשימים את רצונו האמיתי של הזולת.⁷¹

מיל הציג טיעון כזה להצדקת התערבות בפעולות הזולת כאשר טען שאם אדם מנסה לחצות גשר שידוע שהוא אינו בטוח ואין זמן להזהירו מפני הסכנה, מוצדק לתפוס אותו ולהחזירו לאחור. מיל טען שבכך אין פגיעה בחירות היות שחירות היא עשיית מה שרוצים לעשות, ואילו האיש הזה אינו רוצה ליפול לנהר.⁷²

אם נבצע אנלוגיה בין האדם הרוצה לחצות גשר רעוע, כאשר הוא חושב את הגשר לבטוח לבין בעל הדין החושב בטעות שהליטיגציה האישית שלו איכותית בעוד היא פגומה, הרי שכפיית ייצוג על בעל הדין אינה פגיעה באוטונומיה שלו כפי שמניעה מהאדם לחצות את הגשר אינה בגדר פגיעה בחירותו.

טיעון האוטונומיה על יסוד חופש המצפון אינו חל במשפט האזרחי, שהרי תובע שאינו מעוניין בהליך אזרחי לא יגיש תביעה, ונתבע שאינו מעוניין לשתף פעולה עם הליך אזרחי יקבל פסק דין בהיעדר הגנה.

4. המשפט האזרחי כולל בחלקו סיכוני משגה גבוהים

כפי שעאסי כתב, בצדק, הכרעת דין במשפט אזרחי עלולה להיות קשה מאוד לנפגע ממנה, ובמקרים אלה סיכוני המשגה הם גבוהים במידה שאינה רחוקה מסיכוני המשגה במשפט הפלילי. למשל, החלטה על מאסר בשל ביזיון בית המשפט, החלטה על אשפוז פסיכיאטרי כפוי, גירוש מהמדינה, שלילת אזרחות ושלילת משמורת של הורה על ילדיו. גם חיוב כספי גבוה יכול להיות קשה לבעל הדין לא פחות, ואף יותר, מהטלת קנס בפלילים.⁷³

70 Assy, לעיל ה"ש 1, בעמ' 215–216.

71 עאסי טוען טענה דומה בעניין ההבחנה בין פטרנליזם כלפי אמצעים לפטרנליזם כלפי מטרות, כאשר הפטרנליזם הראשון מוצדק מהשני. ראו לעיל ה"ש 43.

72 מיל, לעיל ה"ש 40, בעמ' 182.

73 Assy, לעיל ה"ש 1, בעמ' 57–58.

ו. סיכום

ספרו של עאסי עוסק בסוגיה שטרם נחקרה בספרות המשפטית: סוגיית הזכות לליטיגציה אישית. אנו תמימי דעים עם הטיעונים בספר התומכים באי-הכרה בזכות לליטיגציה אישית במשפט אזרחי.

משמעות הדבר היא כי יש להכיר בחובת ייצוג לבעלי דין. בהערת ספרות זו הצענו טיעון נוסף והוא הטיעון מסיכוני המשגה. לדעתנו, הטיעון מסיכוני המשגה מציב התנגדות להכרה בזכות לליטיגציה אישית בראש ובראשונה במשפט הפלילי. נוסף על זה, הוא גם אינו תומך בהכרה בזכות זו במשפט האזרחי, אם כי בעוצמה פחותה.

תובנה זו אנו מבקשים להוסיף על הטיעונים שהציג עאסי בספרו החשוב, המאיר תחום משפטי שטרם נחקר.

ALEI MISHPAT



THE LAWREVIEW OF THE COLLEGE OF LAW& BUSINESS

Volume 15

June 2020

Editor Introduction

Avishalom Westreich 5

The Crab and Oyster Cocktail that Won the Legal Argument:

On the Statement of Facts in Lawyers' Briefs

Michal Aharoni 7

*The Slayer of Our Enemy is Our Son: Resolution Gaps between Criminal Law
and Society, Life and Death, and Victim and Offender*

Asaf Hardoof 41

Alternative Prison Sentences: A New Model of House Arrest

Yuval Livadaro 83

The Right to Self-Representation in Legal Proceedings

(Following Rabeea Assy's: INJUSTICE IN PERSON:

THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION)

Eyal Gruner & Doron Menashe 129

Towards the Regulation of Acquisition Groups

Manal Totry-Jubran and Shimon Dayan 157

ABSTRACTS

Michal Aharoni, *The Crab and Oyster Cocktail that Won the Legal Argument: On the Statement of Facts in Lawyers' Briefs*

What is the best way for lawyers to outline the facts of their cases in order to influence the court decision? This is the main question I discuss in my article. Surprisingly, lawyers' narratives are rarely discussed in Israeli legal literature, while the narratives of judges in their judgments are extensively addressed.

In the US and the UK, however, a movement called Applied Legal Storytelling deals with lawyers' writings from a practical angle - the desire to improve legal representation. In this article, I discuss the main principles of the "winning story" that this movement recommends.

In doing so, I rely on a re-trial application, filed by the Clinic of Rights in Criminal Law at Tel Aviv University in the case of a man convicted of murder and robbery. This article focuses on the Attorney General's response to this application, demonstrating how his writing perfectly follows the winning story principles and how, ultimately, he indeed wins.

Asaf Harduf, *The Slayer of Our Enemy is Our Son: Resolution Gaps between Criminal Law and Society, Life and Death, and Victim and Offender*

In 2017, IDF soldier Elor Azaria was found guilty of manslaughter by the District Military Court. He was indicted for killing an injured terrorist by shooting him in the head after his attack was thwarted. The Azaria case sparked an unprecedented public debate in Israel. This article refers on that debate, pointing out major gaps between formal criminal law and social realities. Criminal law, in substantive aspects, does not accurately reflect social values due to gaps regarding the importance of certain parameters. These wide gaps reflect diverse views on manslaughter, victims' and offenders' personalities, and even the values of life and equality. While formal law is indifferent to certain parameters such the identities of the offender and the victim,

society finds them crucial. While society is indifferent to certain parameters of self defense, such as the timing of the injury inflicted upon the attacker, the law looks at them as central.

A criminal code that adheres to the community's notion of justice expresses moral fiber, which is essential when combatting crime and designing social norms. A criminal law that contradicts social intuitions and prevalent norms loses its moral and expressive power.

Though undesired, large gaps between law and society are not disastrous. They are inherent to multicultural and dynamic societies. When a gap is exposed, it reveals painful truth. This unpleasant exposure reflects an opportunity to make a change, to reevaluate or revise the specifics of the norm. Acknowledging the importance of the social focus is crucial to challenging social conceptions, instead of ignoring them in favor of academic and legal romanticism. The law can conceptually equate people, lives, and offenses, but cannot make them socially even.

Yuval Livadaro, *Alternative Prison Sentences: A New Model of House Arrest*

In recent years, calls in the Israeli criminal field of law have been increasing for alternative incarceration sentences that do not include actual imprisonment. These calls reflect the public's awareness of the prices associated with this punishment, including the impact of imprisonment on convicts and their families, its high economic costs, and the huge overcrowding in Israeli prisons that led to widespread violations of prisoners' and detainees' rights.

As part of this article, I sought to test a new prison sentence model: Convicts serve their time not behind prison bars, but at home, subject to human supervision and electronic monitoring. This model is known and implemented in many countries, but has not yet been accepted as a type of punishment in Israel, and is only applied to supervision measures during detention or early release from prison

In this article, I examine the current legal climate in the Israeli-criminal justice field, and I argue that against this background - which includes legislative amendments, Supreme Court rulings, and the establishment of public committees - and since most of those recommendations have even been adopted by the government, it would be appropriate to accept the new model proposed in Israel. As part of the article, I discuss the shortcomings of imprisonment and the only alternative that currently exists in Israel (community service), highlighting the advantages of the new model

proposed, outlining a new penal model for Israel, and considering similar practices overseas.

For the first time in Israel, this paper proposes a neat and detailed plan for the assimilation of the new model, a plan that takes into account the characteristics of the criminal justice system in Israel, its needs, types of cases where the proposed punishment may be used, problems that might arise from the proposed model, and solutions to these problems. The article concludes that the proposed house-arrest model is not only possible and worthy of absorption in Israel, but should be applied as soon as possible.

Eyal Gruner & Doron Menashe, *The Right to Self-Representation in Legal Proceedings (Following Rabeea Assy's: INJUSTICE IN PERSON: THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION)*

In his book *INJUSTICE IN PERSON: THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION*, Rabeea Assy argues that a right to litigate in one's own defense, without legal representation, ought not be recognized in civil law. According to his approach, which argues that the right to litigate in person emerges from the right of personal autonomy, the principle is applicable only in criminal law, but not in civil law.

This article contends that the duty of representation applies to civil law, but also to criminal law, and that the argument for autonomy does not invalidate the argument for a representation duty. The article argues that autonomy does not provide the basis for in-person litigation in criminal law because the allocation of risks of error in criminal law dictates that an erroneous conviction is worse than an erroneous exoneration, and in-person litigation increases the risk of erroneous conviction. Similarly, the duty of representation in criminal law is consistent with the theories of rules of evidence in criminal law as proposed by Stein, Laudan, and Shohat.

The article contends with and rejects the argument that the representation duty increases the risk of erroneous exonerations. We further argue that increasing the risk of erroneous conviction impinges on autonomy, excluding situations in which the argument for the autonomy to litigate in person is based on freedom of conscience, and when potential penalty is mild, moderate, or other than incarceration.

In addition, the article takes issue with and rejects three critical approaches: a) the claim that the representation duty inevitably impinges on autonomy; b) the argument

whereby in criminal law, defendants do not subject themselves to this peril, but rather the state compels them to undergo the proceeding; and c) and the argument that the lack of cooperation between the defendant and the defendant's counsel might harm the defendants' case.

Finally, the article contends that the argument re the risks of error constitutes another justification for the duty of representation in civil law, in addition to the arguments propounded by Assy in his book. The article rejects the argument of consent, which states that the defendant who waives representation consents, by the power of dispositive justice, to undertake and assume the risk of error.

Manal Totry-Jubran & Shimon Dayan, *Towards the Regulation of Acquisition Groups*

This article examines the development of the acquisition groups phenomenon, its key motivating actors, and the groups' modus operandi. Listing its advantages and disadvantages, the article reviews the unique characteristics of those groups and the Israeli housing market as a whole. The Acquisition Groups phenomenon started out as a way for private individuals to organize in order to bring down independent construction costs of residential buildings by saving on taxes and developers' fees. Over the past decade, this phenomenon expanded and grown into a brand, marketed by private real-estate companies specializing in the formation of Acquisition Groups in various cities.

The main assertion made in this article is that various relevant Israeli laws in this area do not embody comprehensive systemic thinking concerning this tool, nor do they form an ordered policy in relation to housing in general and Acquisition Groups in particular, and mainly do not address its social aspects. Regulation enacted to date or currently considered merely deals with ad-hoc issues and problems as they arise, putting out occasional fires that give rise to additional problems requiring solutions, including social implications to Israeli society and space as a whole. Therefore, the ensuing conclusion is that, in order to exploit this phenomenon's potential and for it to continue evolving properly, there is a need for comprehensive regulation that accounts not only for its economic aspects, but also for the associated consumer, social, and community ones.