

היחס בין פרוצדורה למהות: מה קודם למה?

עפר מלכאי*
רונית לוי-שנור**

המגמות העכשוויות במשפט נוטות לטשטש את ההבחנה בין פרוצדורה למהות. מגמה זו מלווה בתלות גוברת של נורמות פרוצדורליות בדין המהותי, בהגמשת הכללים הפרוצדורליים ובהקטנת משקלם בהליך המשפטי, ובהרחבת שיקול הדעת השיפוטי לסטות מכללי הפרוצדורה. על אף מגמות אלה, שאלות תאורטיות ופרקטיות על אודות יחסי הגומלין בין פרוצדורה למהות במשפט נותרו עדיין ללא מענה מספק. מאמר זה מניח תשתית מושגית לדין בשאלות אלה ועורך הבחנה בין סוגים שונים של יחסי קדימות העשויים להתקיים בין נורמות פרוצדורליות לבין נורמות מהותיות. המסגרת המושגית המוצעת עשויה לסייע בהבהרת הדיון בשאלות משפטיות קונקרטיות לגבי מעמדם של כללים פרוצדורליים במשפט ולגבי היחס בינם לבין הדין המהותי, כמו גם לספק כלים תאורטיים להערכת המגמות האמורות שאליהן צועד המשפט.

הקדמה

ההבחנה בין הדין הפרוצדורלי לבין הדין המהותי מקובלת במשפט מקדמת דנא.¹ הגישה המסורתית במשפט ראתה בכללי הפרוצדורה כללים שנועדו לשרת את המשפט המהותי.² הדין

* הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

** הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

אנו מודים לכל אלה: דוד אנוך, סקוט ברואר (Scott Brewer), דנה גור, איה דביר, יואב דותן, שי דותן, יועד הלברסברג, תמר הראל בן שחר, יעל וקסמן, איל זמיר, אסף טבקה, ענבר לוי, לילך לוריא, ברק מדינה, רונן פוליאק, סיליה פסברג, מיכאל קרייני, סימה קרמר, רם ריבלין, ראם שגב, יובל שני, שרון שקרגי, יהלי שרשכסקי, משתתפי פורום החוקרים הצעירים בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים וחברי מערכת "משפט, חברה ותרבות".

1 מקובל לייחס את מקור ההבחנה לג'רמי בנת'אם אולם ייתכן כי הקטגוריות של פרוצדורה ומהות הוצגו קודם לכן על ידי ויליאם בלקסטון. ראו בעניין זה Jeremy Bentham, *Of Laws in General*, in *COLLECTED WORKS OF JEREMY BENTHAM* 142, 142 (H. L. A. Hart ed., 1970); 3 WILLIAM BLACKSTONE, *COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND*, ch. 3 (1765-1769); Michael D. Ringer, 'Substance' and 'Procedure' Revisited with Some Afterthoughts on the Constitutional Problems of 'Irrebuttable Presumptions', 30 *UCLA L. REV.* 189, 191 (1982); Thomas O. Main, *Traditional Equity and Contemporary Procedure*, 78 *WASH. L. REV.* 429, 459 (2003); Thomas O. Main, *The Procedural Foundation of Substantive Law*, 87 *WASH. U. L. REV.* 801, 804-05 (2010). יתר ושהיא הוצגה כבר במאה השלוש-עשרה על ידי המלומד האיטלקי Jacobus Balduinus. ראו אצל RICHARD GARNETT, *SUBSTANCE AND PROCEDURE IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW* 6 (2012).

2 ראו Jay Tidmarsh, *Procedure, Substance, and Erie*, 64 *VAND. L. REV.* 877, 882 (2011).

הפרוצדורלי נתפס כאמצעי שנועד להגשים את התכליות החברתיות העומדות בבסיס הדין המהותי. בהתאם לכך נתפסו הזכויות הפרוצדורליות כתלויות בזכויות המהותיות וכנגזרות מהן.³ במובן זה, במישור של עיצוב הנורמות (על ידי המחוקק או על ידי בית המשפט כיוצר דין), נהנו לכאורה הנורמות המהותיות מקדימות⁴ על פני הנורמות הפרוצדורליות.⁵ אולם, על אף המחויבות העקרונית (או אולי ההצהרתית) לקדימות של המהות על פני הפרוצדורה, התאפיינה הגישה המסורתית במידה רבה של אחריות ואי-תלות של הנורמות הפרוצדורליות בדין המהותי הספציפי.⁶ יתרה מזו: במישור של יישום הנורמות – במישור ההכרעה השיפוטית – הגישה המסורתית הקנתה קדימות דווקא לנורמות הפרוצדורליות ולהכרעה בשאלות הפרוצדורליות. לפי גישה זו, שאפשר לכנותה 'דיכוטומית-לקסיקלית',⁷ הדיון בשאלות הפרוצדורליות אמור להיעשות באופן בלתי-תלוי ובנפרד מהדיון בשאלה

3 הכלל (maxim) מדיני האקוויטי, שלפיו "where there is a wrong there is a remedy", משתקף היטב בהלכה האנגלית משנת 1703: "If the plaintiff has a right he must of necessity have a means to vindicate and maintain it." Ashby v. White, (1703) 92 Eng. Rep. 126, 136; 2 Ld. Raym. 938, 953. כן ראו שלמה לויך תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 12 (1999) (להלן: לויך תורת הפרוצדורה); JOHN W. SALMOND, JURISPRUDENCE 461-64; (Patrick John Fitzgerald ed., 12th ed., 1966).

4 יחס של אמצעי-מטרה בין פרוצדורה למהות קרוב למה שנכנה בהמשך יחס של "קדימות הצדקתית" – הצדקה של נורמה פרוצדורלית בשל העובדה שהיא מוליכה או נוטה להוליך לתוצאה מהותית מסוימת.

5 לביקורת על הגישה המסורתית ולנסיגה מסוימת ממנה (המתבטאת, למשל, בכך שיש זכויות מהותיות שאין בצדן זכות תביעה ובכך שלעתיים יש אפשרות להגיש תביעה ללא קיומה של זכות קונקרטית) ראו לויך תורת הפרוצדורה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 14-18.

6 ראו Robert M. Cover, *For James Wm. Moore: Some Reflections on Reading the Rules*, 84 YALE L.J. 718 (1975); Stephen B. Burbank, *The Transformation of American Civil Procedure: The Example of Rule 11*, 137 U. PA. L. REV. 1925, 1939 (1989); Stephen N. Subrin, *Federal Rules, Local Rules, and State Rules: Uniformity, Divergence, and Emerging of Procedural Patterns*, 137 U. PA. L. REV. 1999 (1989). אחידותן של נורמות פרוצדורליות והיותן בלתי-תלויות בדין המהותי מתקשרות למושג הקדימות הגלובלית שיוצג בהמשך.

7 סדר 'לקסיקלי' (או 'מילוני') הוא סדר ברור המקנה עדיפות מוחלטת לדברים מסוג אחד על דברים מסוג אחר. כך, למשל, כל המילים המתחילות באות א' מופיעות במילון לפני המילים המתחילות באות ב' (גם אם האות השנייה במילה היא למשל ת'). לעיקרון (או לכלל) x יש קדימות לקסיקלית (מבחינה נורמטיבית) על פני עיקרון (או כלל) y, אם בכל המקרים של התנגשות ביניהם יש להעדיף את x על y. הגישה שכינינו 'דיכוטומית-לקסיקלית' מתאפיינת בהבחנה חדה (דיכוטומיה) בין פרוצדורה למהות ובמתן עדיפות לכללים פרוצדורליים במסגרת ההכרעה השיפוטית.

המהותית הרלוונטית, כשההכרעה בשאלות הפרוצדורליות זוכה לקדימות.⁸ במילים אחרות, הדיון וההכרעה בשאלות המהותיות נעשה בכפוף לאילוצים הפרוצדורליים.⁹ נראה, לפחות לכאורה, כי גישה זו הגיונה עמה: לפני שמכריעים בשאלה מהותית כלשהי מתבקש לקבוע מה יהיו פרוצדורות הדיון וההכרעה בה. כך, לדוגמה, ההכרעה בשאלת קבילותה של ראייה אמורה להיות קודמת להכרעה בשאלה המהותית, שכן התשובה המשפטית לשאלה המהותית עשויה להיות תלויה בשאלה אם אפשר להשתמש באותה ראייה. בהתאם להגיון זה, הכרעה שיפוטית בשאלה משפטית קונקרטית נתפסת כהכרעה שצריכה להיעשות בכפוף לאילוצים שמכתיבה הפרוצדורה המיועדת להכריע בשאלות מאותו סוג. מתן קדימות לפרוצדורה על פני המהות מאפיין במיוחד את השיטה הדיונית האדברסרית שבה השופט (או חבר המושבעים) אינו אמור למלא תפקיד אקטיבי בחקר האמת, אלא לפסוק על פי הטענות העובדתיות והמשפטיות שבעלי הדיון מעלים לפניו.¹⁰ זאת, לעומת השיטה האינקוויזיטורית, שבה יש לבית המשפט תפקיד אקטיבי בגילוי האמת. בעשורים האחרונים ניכרת בישראל ובמקומות אחרים¹¹ מגמה של כרסום בשיטה האדברסרית,¹²

- 8 קדימות במובן זה תכונה על ידינו בהמשך 'קדימות נורמטיבית'.
- 9 בחיבור משנת 1883 ציין Maine שכמשפט האנגלי "[S]ubstantive law [...] [is] secreted in the interstices of procedure." HENRY SUMMER MAINE, DISSERTATIONS ON EARLY LAWS AND CUSTOM, chapter XI (1883), available at: http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=2078&chapter=157869&layout=html&Itemid=27, GARNETT, לעיל ה"ש 1, בעמ' 7. לדיון היסטורי בהפרדה בין פרוצדורה למהות במשפט האמריקני ראו Stephen N. Subrin, *How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, 135 U. PA. L. REV. 909 (1987). איננו טוענים כי הייתה תקופה (או שיטת משפט) שבה הגישה הדיכוטומית-לקסיקלית שלטה באופן מוחלט; מטרתנו בהקדמה היא להצביע על מגמה של התרחקות מאידאל זה.
- 10 השיטה האדברסרית מבוססת על הרעיון שהענקת הכוח לבעלי הדיון, ולא לשופט, מגשימה טוב יותר את התכלית של גילוי האמת ומממשת את חירות הפרט של בעלי הדיון להגן על האינטרסים שלהם ולזכות במשפט הוגן. הקשר לגישה שכנינו כאן 'דיכוטומית-לקסיקלית' נובע מן העובדה שבשיטה האדברסרית השופט ממלא תפקיד פסיבי שבעיקרו נועד להבטיח שההליך יתקיים בהתאם לנורמות הפרוצדורליות. בכך יש ביטוי לקדימות הלקסיקלית של הפרוצדורה. נוסף על כך, בשיטה האדברסרית יש הבחנה חדה בין שלב הטיעון המשפטי לשלב ההוכחות, בהתאם לדיכוטומיה ולהיעדר התלות בין הפרוצדורה (ובכללה הדיון הראיתי) לבין המהות, המאפיינים, כאמור, את הגישה הדיכוטומית לקסיקלית.
- 11 לסקירת המגמות העכשוויות בדיון האזרחי באירופה ובארצות המשפט האנגלו-אמריקני ראו, למשל, Essays on Transnational and Comparative Civil Procedure (Federico Carpi & Michele Lupoi eds., 2001); לדיון במגמות אלו ולהפניות נוספות ראו דודי שוורץ סדר דין אזרחי: חידושים, תהליכים ומגמות 35 ואילך (2007) (להלן: שוורץ סדר דין אזרחי).
- 12 יש הטוענים כי ההבחנה בין השיטה האדברסרית לשיטה האינקוויזיטורית לוקה באנכרוניזם וכי השיטות הדיוניות המודרניות, ובהן השיטה הנהוגה בישראל, מבטאות מעבר ל'תפיסה ניהולית' המבקשת לקחת את המיטב מכל אחת מהן. ראו בעניין זה J. A. Jolowicz, On Civil Procedure (2000); שוורץ סדר דין אזרחי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 40-41; מרדכי קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת

הבאה לידי ביטוי, בין השאר, בטשטוש ההבחנה בין פרוצדורה למהות.¹³ בהדרגה חלחלה ההבנה של פרוצדורה עשויה להיות השפעה מרחיקת לכת על תוכן הזכויות המהותיות ועל היקפן, ושאינן מקום להתייחס לנורמות הפרוצדורליות באופן מבודד ובלתי-תלוי בזכויות המהותיות הרלוונטיות.¹⁴

שינוי התפיסה ביחס לנורמות הפרוצדורליות התרחש על רקע שינויים כלליים שהתחוללו בתפיסת הנורמטיביות המשפטית ובתפיסת התפקיד השיפוטי. שינויים אלה התבטאו, בין היתר, במעבר מהכרעה באמצעות כללים להכרעה באמצעות סטנדרטים¹⁵ (או טעמים).¹⁶ המעבר לוונה בהסטה של מרכז הכובד של הפונקציה השיפוטית מהכרעה על בסיס דוקטרינות ויישום של כללים במקרים קונקרטיים, באמצעות קטגוריזציה ואנליזה מושגית ('נורמטיביות מושגית'), לעבר הכרעה בשאלות ערכיות¹⁷ ותפיסה של נורמטיביות משפטית שמתקרבת יותר לנורמטיביות מוסרית ('נורמטיביות ערכית').¹⁸

המשחקים "משפטים" יז 475 (1987). למרות המגמה הנוטה לסיתזה בין השיטה האדברסרית לזו האינקוויזיטורית אנו סבורים שהמחלוקת בין התפיסות הערכיות שבבסיס שתי השיטות עדיין ממלאת תפקיד מרכזי בדיונים משפטיים הקשורים ליחסי הגומלין בין פרוצדורה למהות במשפט.

13 ראו, לדוגמה, בהקשר של ההבחנה בין פרוצדורה למהות במצב של מתקל דינים (conflict of laws) בפסיקה האוסטרלית והאנגלית Mary Keyes, *Substance and Procedure in Multistate Tort Litigation*, 18 TORTS L. J. 201 (2010).

14 בהקשר זה נטען כי אין תועלת בקיום של זכות מהותית שאי-אפשר לאוכפה או שהפרוצדורה לאכיפתה נגועה באפליה או בשרירות. ראו Larry Alexander, *Are Procedural Rights Derivative Substantive Rights?*, 17 LAW & PHIL. 19 (1998) (להלן: Alexander).

15 ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321 (1987); שוורץ סדר דין אזרחי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 32-33; Duncan Kennedy, *Legal Formality*, 2 J. LEGAL STUD. 351, 355 (1973); MORTON J. HORWITZ, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1780-1860*, at 254 (1977); Pierre Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA. L. REV. 379 (1985); Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992); Kathleen M. Sullivan, *Foreword: The Justice of Rules and Standards*, 106 HARV. L. REV. 22 (1992); Larry Alexander, *Constitutional Standards, and Constitutional Settlement: Marbury v. Madison and the Case for Judicial Supremacy*, 20 CONST. COMMENT. 369 (2003).

16 ראו Frederick Schauer, *The Jurisprudence of Reasons*, 85 MICH. L. REV. 847 (1987).

17 ראו מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועלית הערכים במשפט הישראלי (1993). ראו בהקשר זה דיון במשפט החוקתי האמריקני, T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L.J. 943 (1987). אף על פי שהמגמה הכללית ברוב שיטות המשפט המערביות במאה העשרים נתתה לעבר נורמטיביות ערכית והנמקה משפטית המבוססת על איוון בין שיקולים נורמטיביים מתנגשים, אפשר לזהות גם תנודות ותקופות שבהן יש חזרה לאידאל של נורמטיביות מושגית. ראו, למשל, Kathleen M. Sullivan, *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, 63 U. COLO. L. REV. 293, 294 (1992).

18 אפשר להתווכח על מידת השינוי שעליו הצביע מאוטנר ועל השפעתו המעשית על אופן ההכרעה השיפוטית, להבדיל משינוי שהוא רק ברטוריקה (ראו בהקשר זה מיכל אלברשטיין

תופעה משפטית כללית זו לא פסחה על הדין הפרוצדורלי. כך, למשל, סטנדרטים דוגמת 'תום לב'¹⁹ וערכים כגון 'כבוד האדם'²⁰ חדרו גם אל ענפי המשפט הדינוניים. בעקבות כך הסתמנה מגמה של ריכוך בגישה הדיכוטומית-לקסיקלית. ביטוי למגמה זו אפשר למצוא בהגדלת התלות שבין סדרי הדין למאטריה המהותית,²¹ בהגמשת הכללים הפרוצדורליים ובהקטנת משקלם בהליך המשפטי,²² ובהרחבת שיקול הדעת השיפוטי לסטות מן הכללים הפרוצדורליים כשהדבר נחוץ כדי להגשים את התכליות החברתיות של הדין.²³ בהקשר

- 19 "מדרד הפורמליזם המשפטי: תרבויות ותבניות של פסיקה ישראלית" מחקרי משפט כו 349 (2011) וההפניות שם בה"ש 2), אך לנו נדמה שאי-אפשר להכחיש מכול וכול את התרחשותו. נכון שגם בית המשפט הישראלי לא נמנע מהכרעות ערכיות, ונכון שגם בית המשפט ה'חדש' פועל תחת אילוצים (משפטיים ופוליטיים) ואינו חופשי בהכרעותיו הערכיות; אף על פי כן, קשה להניח שהפיתוח של תורת הפרשנות התכליתית והכניסה של סטנדרטים דוגמת סבירות ומידתיות לארסנל השיפוטי השפיעו אך ורק על הרטוריקה ולא שינו במאום את אופן ההכרעה במשפט. כמו כן, קשה להסביר את השינוי העצום שהתחולל בשיח המשפטי האקדמי ובחינוך המשפטי – ובכלל זה נטישת העיסוק בניתוח משפטי אנליטי לטובת עיסוק בשאלות ערכיות ושיקולי מדיניות – בלי לקשור זאת, לפחות חלקית, לשינויים שהתרחשו במשפט ובתפיסת התפקיד השיפוטי. עם זאת ראו בהקשר זה גיא קלס "אוניברסיטה בגלות: ההיסטוריה של החינוך המשפטי בעשור הראשון למדינה" משפטים מא 605 (2011), המבקר את ההנחה הרווחת ברבר הפורמליזם שאפיין את החינוך המשפטי בעשור הראשון לקום המדינה.
- 20 להחלה של עקרון תום הלב בתחום סדר הדין האזרחי ראו בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה' (3) 449, 461 (1981); דודי שוורץ "תחולתו של עקרון תום הלב בסדר הדין האזרחי" עיוני משפט כא 295 (1997).
- 21 להשפעת המהפכה החוקתית על הפרוצדורה האזרחית והפלילית בישראל ראו שלמה לוינ "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב 451 (1996); אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי המהותי והדינוני" מחקרי משפט יג 5 (1996); דודי שוורץ "מגמות התפתחות בסדר הדין האזרחי" ספר השנה של המשפט בישראל 417 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1997); דורון מנשה "סדר דין אזרחי – מגמות מרכזיות לקראת כינונה של פרספקטיבה חוקתית (סקירה שנתית)" עיוני משפט כב 205 (1999).
- 22 ראו Carl Tobias, *The Transformation of Trans-Substantivity*, 49 WASH. & LEE L. REV. 1501 (1992); David Marcus, *The Past, Present, and Future of Trans-Substantivity in Federal Civil Procedure*, 59 DEPAUL L. REV. 371 (2010).
- 23 דוגמה לכך היא השחיקה במעמד של כללי הסמכות; ראו סטיבן גולדשטיין וערן טאוסגי "הפחתה במעמד שאלת הסמכות בבתי המשפט הכלליים" עלי משפט ג 279, 279-280 (2003).
- 24 הכרעה על בסיס עקרונות כלליים מאפשרת לבית המשפט שיקול דעת רחב הרבה יותר מזה שמאפשרת הכרעה באמצעות כללים ודוקטרינות מקומיות. מכאן המתח בין המעבר לנורמטיביות ערכית והשימוש הגובר במושגים של 'ערכים' ו'עקרונות' בהליך השיפוטי לבין דיני הפרוצדורה, שעל פי הגישה המסורתית צריכים להיות ברורים, ודאיים ואובייקטיביים, כלומר: בלתי-לויים בשופט (ראו שוורץ סדר דין אזרחי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 33-34, בסעיף 2.1). מתח זה גובר נוכח האופי הבינארי, בדרך כלל, של הכללים הפרוצדורליים (לדוגמה, הכלל של 'המנצח זוכה בכל' בדיון האזרחי).

של דיני הראיות מתבטאת המגמה של ריכוך בגישה הדיכוטומית-לקסיקלית בהשפעה שיש לשאלות מהותיות על דיני הראיות²⁴ ובנטייה של שיטות משפט מודרניות לצמצם את מגבלות הקבילות ולאמץ דוקטרינה של 'הוכחה חופשית', שבמסגרתה קביעת העובדות נעשית בעיקר על ידי הכרעה בשאלות של 'משקל' ו'ערך ראייתי' (probative value).²⁵ המגמה של טשטוש ההבחנה בין פרוצדורה למהות מצאה ביטוי גם בכתיבה האקדמית. כך, למשל, נטען כי זכויות פרוצדורליות אינן אלא זכויות מהותיות נגזרות (derivative) בנוגע לסיכון המוטל על אנשים באמצעות הליכים שיפוטיים.²⁶ עוד נטען כי לא זאת בלבד שכללים פרוצדורליים משפיעים על תוצאות משפטיות אלא שהפרוצדורה היא "the agency of change" שבאמצעותה נקבע התוכן (והערך הכלכלי) של טענות משפטיות מהותיות.²⁷ למרות המגמות העכשוויות המנסות לטשטש את ההבחנה המשפטית בין פרוצדורה למהות, במאמר זה ננסה דווקא לשמר את ההבחנה ביניהן. בכך אין אנו דוחים את הטענות בדבר הקשרים האינטימיים וקווי הרמיון המתקיימים בין נורמות פרוצדורליות לנורמות מהותיות; אולם אף על פי שכלל אנו שותפים לעמדה שלפיה ההבחנה המסורתית בין פרוצדורה למהות במשפט לקתה בקשיים, הן במישור התאורטי והן במישור הנורמטיבי-מעשי, אנו לא בטוחים כי יש לוותר עליה לחלוטין. העובדה שלנורמות פרוצדורליות ומהותיות יש מאפיינים משותפים אינה אומרת בהכרח שאין ביניהם הבדלים רלוונטיים מבחינה תאורטית או נורמטיבית.

מטרנתו היא הנחת תשתית מושגית לדיון בשאלת יחסי הגומלין בין פרוצדורה למהות במשפט. אף על פי שהדיון יתמקד בניתוח מושגי ובשאלות תאורטיות על אודות היחס בין פרוצדורה למהות, אנו חושבים שהמסגרת המושגית שנציע תסייע בבחינת שאלות

24 לדוגמה: דרישות corroborator מיוחדות לשם הרשעה בעברה של perjury; ראו Richard A. Bierschbach and Alex Stein, *Mediating Rules in Criminal Law*, 93 VA. L. REV. 1197, 1199 (2007) ("Evidentiary rules also perform a deeper, systemic function by mediating latent conflicts between criminal law's deterrence and retributivist objectives. They do this by skewing errors in the application of the substantive law to favor whichever theory has been disfavored by the substantive rule itself."). בתת-פרק ג(3). ראו ר"ע 423/83 מדינת ישראל נ' סילוורמן, פ"ד לז(4), 281, 286-287 (1983); ד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד מב(4), 309, 340 (1988); Edmund M. Morgan and John MacArthur Maguire, *Looking Backward and Forward at Evidence*, 50 HARV. L. REV. 909 (1937); Charles T. McCormick, *Tomorrow's Law of Evidence*, 24 A.B.A. J. 507 (1938); Thomas M. Mengler, *The Theory of Discretion in the Federal Rules of Evidence*, 74 IOWA L. REV. 413 (1989); WILLIAM TWING, *RETHINKING EVIDENCE: EXPLORATORY*

25 ראו ר"ע 423/83 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד מב(4), 309, 340 (1988); Edmund M. Morgan and John MacArthur Maguire, *Looking Backward and Forward at Evidence*, 50 HARV. L. REV. 909 (1937); Charles T. McCormick, *Tomorrow's Law of Evidence*, 24 A.B.A. J. 507 (1938); Thomas M. Mengler, *The Theory of Discretion in the Federal Rules of Evidence*, 74 IOWA L. REV. 413 (1989); WILLIAM TWING, *RETHINKING EVIDENCE: EXPLORATORY* Alex Stein, *Essays*, ch. 6 (1990). לביקורת על הדוקטרינה של "free proof", ראו למשל, *The Refoundation of Evidence Law*, 9 CAN. J. L. & JURISPRUDENCE 279 (1996).

26 ראו Alexander, לעיל ה"ש 14; מנגד, לעמדה הדוגלת בקיום של זכויות פרוצדורליות שאינן תלויות במהות ובקיומם של 'ערכים פרוצדורליים' ראו Robert S. Summers, *Evaluating and Improving Legal Processes – A Plea for 'Process Values'*, 60 CORNELL L. REV. 1 (1974).

27 ראו Tidmarsh, לעיל ה"ש 2.

נורמטיביות קונקרטיות ובהערכת התשובות המשפטיות לשאלות אלה. בהקשר זה אפשר להצביע על שלושה סוגים של שאלות נורמטיביות שהדיון שנערוך עשוי להיות רלוונטי לגביהן: ראשית, האם ראוי לסווג (מבחינה משפטית, בהקשר מסוים שבו יש נפקות לסיווג) הוראת דין מסוימת כפרוצדורלית או כמהותית? שנית, האם במקרה קונקרטי של התנגשות בין שיקולים פרוצדורליים לשיקולים מהותיים ראוי לייחס לנורמה הפרוצדורלית עליונות על הנורמה המהותית הרלוונטית? שלישית, האם, ובאיזה תנאים, ראוי להעניק לבית המשפט שיקול דעת לסטות מכלל פרוצדורלי מסוים?

מבנה המאמר יהיה כדלקמן: בפרק הראשון נדון בקצרה בהבחנה בין כללים משפטיים פרוצדורליים לכללים משפטיים מהותיים; בפרק השני ננתח את יחסי הגומלין העשויים להתקיים בין נורמות פרוצדורליות לנורמות מהותיות. במסגרת זו נערוך הבחנה בין כמה מובנים של קדימות (של הפרוצדורה על פני המהות או להפך) ונדגים כיצד הם מוצאים את ביטויים במשפט; לבסוף, בפרק השלישי, נדון בקצרה באופנים שבהם הניתוח המושגי בפרק השני עשוי להיות רלוונטי לגבי שאלות נורמטיביות מן הסוג שהצגנו לעיל. נסיים בהערה מסכמת קצרה.

א. ההבחנה בין נורמה פרוצדורלית לנורמה מהותית

לפני שניגשים לדון בשאלת יחסי הגומלין בין פרוצדורה למהות במשפט מתבקש לדון בשאלה כיצד קובעים אם כלל משפטי מסוים הוא פרוצדורלי או מהותי? בהקשר זה נעיר כמה הערות פרלימינריות: ראשית, במאמר אנו מאמצים מובן רחב של המושג 'פרוצדורה', שאינו מוגבל רק לכללים של סדרי דין הנוגעים לניהול ההליך בבית המשפט. תחומי משפט נוספים שאפשר (ככלל) לסווגם כפרוצדורליים הם דיני הראיות, דיני ההתיישנות, דיני הפרשנות, דיני רישום זכויות (כגון זכויות במקרקעין), דיני הוצאה לפועל ודינים הנוגעים להליך הדמוקרטי. שנית, מקובל להניח כי ההבחנה המושגית בין כללים פרוצדורליים לכללים מהותיים אינה חדה וכי ייתכנו מקרי גבול שקשה לסווגם תחת אחת הקטגוריות. בעיה זו לא תטריד אותנו כאן: אנו נניח כי גם אם יש עמימות מסוימת בהבחנה, עדיין אין קושי להצביע על מקרים פרדיגמטיים של כללי פרוצדורה וכללי משפט מהותי שאין קושי לסווגם,²⁸ ונסתפק אפוא בבחינה של שאלת הקדימות לגבי המקרים הפרדיגמטיים הנ"ל.

שלישית, ההבחנה בין פרוצדורה למהות שתשמש אותנו לבחינה של יחסי הגומלין תהיה ההבחנה התאורטית-מושגית ולא ההבחנה המשפטית. ההבחנה התאורטית מבוססת על ניתוח פילוסופי (ולא משפטי) של משמעות המושגים 'פרוצדורה' ו'מהות' (בהקשר המשפטי), ואילו ההבחנה המשפטית מבוססת על ניתוח משפטי מהסוג שנוקטים בתי המשפט בקובעם מבחנים לצורך סיווג כללים משפטיים כפרוצדורליים או כמהותיים.

28 מונחים רבים בשפה הטבעית מתאפיינים בעמימות. כך, למשל, המונח 'גבוה' הוא עמום – ועדיין אין קושי לומר ששאקיל אוניל הוא גבוה ודני דה-ויטו אינו גבוה. בהקשר של ההבחנה בין פרוצדורה למהות עמד על כך Paul D. Carrington, "Substance" and "Procedure" in *the Rules Enabling Act*, 1989 DUKE L.J. 281, 284: "[...] substance and procedure differ even if, at the margin, they become difficult to distinguish"

בהקשרים מסוימים תיתכן חפיפה בין ההבחנה התאורטית להבחנה המשפטית, אבל ככלל ההבחנה המשפטית אינה מבוססת רק על ניתוח מושגי, והיא אינה אחידה אלא תלויה הקשר ומושפעת משיקולים נורמטיביים.²⁹

משפטנים (למשל: שופטים) נדרשים להבחנה בין פרוצדורה למהות כשיש לה נפקות בדין. הכרעה זו רגישה לשיקולים נורמטיביים, כלומר: ייתכנו מקרים שבהם יהיה שיקול נורמטיבי (משפטי או מוסרי) לסווג כלל פרוצדורלי (מבחינה מושגית) ככלל 'מהותי' (מבחינה משפטית). השיקולים הנורמטיביים עשויים להשתנות בהתאם להקשרים שבהם יש נפקות משפטית להבחנה.³⁰ כך, למשל, אין סיבה להניח מראש שאותם שיקולים נורמטיביים יחולו במקרה שבו נדרש לסווג את הכלל לצורך הכרעה בשאלת התחולה בזמן (רטרואקטיבית או פרוספקטיבית)³¹ ובמקרה שבו הסיווג נחוץ לצורך הכרעה בשאלה של ברירת דין על פי המשפט הבינ-לאומי הפרטי.³² אף על פי שההבחנה שבה נשתמש בפרק הבא היא הבחנה תאורטית שאינה תלויה בהקשר ואינה מושפעת משיקולים נורמטיביים,³³ בכל זאת נראה לנו שיהיה זה מועיל לסקור בקצרה את המבחנים המשפטיים שהוצעו כדי לקבוע אם נורמה משפטית היא פרוצדורלית או מהותית. ראשית, ייתכן שאפשר יהיה ללמוד מהדיון המשפטי משהו לגבי ההבחנה המושגית; שנית, כאמור, אנו חושבים שהמסגרת המושגית

29 W. W. Cook, "Substance" and "Procedure" in the Conflict of Laws, 42 YALE L.J. 333, 337 (1933); Charles W. Joiner & Oscar J. Miller, *Rules of Practice and Procedure: A Study of Judicial Rule Making*, 55 MICH. L. REV. 623, 635 (1957) ("what may be considered procedural for one purpose may be considered substantive for another.");

30 Carrington, לעיל ה"ש 28, בעמ' 287; וראו בעניין זה גם Tidmarsh, לעיל ה"ש 2. לעמדת הפסיקה שלפיה הסיווג (המשפטי) של הוראת דין כפרוצדורלית או כמהותית עשוי להשתנות על פי ההקשר והתכלית שלשמה נערך הסיווג, ראו ע"א 1130/90 חברת מצות לישראל בע"מ נ' עיריית פתח תקווה, פ"ד מו(4) 778, 782 (1992) (להלן: עניין מצות לישראל).

31 ככלל, הזמן הקובע לגבי תחולתם של כללים פרוצדורליים הוא מועד הדיון. ראו ע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 4, 16 (1954) (להלן: עניין כהן בוטליק). אולם, במקרים שבהם חוק דיוני שנכנס לתוקף משנה את המעמד, את התכונות או את התוצאות של פעולות או אירועים בעלי אופי דיוני שהתרחשו לפני היכנסו לתוקף, תחול ככלל חזקת אי-הרטרוספקטיביות. ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 638-639 (1993); ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 786-788 (1992); ע"א 8950/07 עיריית נצרת נ' כרדוש, דינים עליון 2010 (176) 471 (2010).

32 אם מדובר בפרוצדורה חל דין הפורום (*Lex Fori*) ואם במהות חל דין העניין (*Lex Causae*). ראו GARNETT, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1; GERNOT BIEHLER, PROCEDURES IN INTERNATIONAL LAW; 7 (2008).

33 כדי להדגים את ההבדל בין ניתוח תאורטי-מושגי לבין ניתוח משפטי, המושפע משיקולים נורמטיביים ועשוי להוביל להגדרות משפטיות תלויות-הקשר, נסתכל למשל על המונח 'בן זוג'. ניתוח מושגי בוחן את המשמעות של המונח ואת האופן שבו הוא מתפקד בשפה, ומנסה למצוא את התנאים ההכרחיים והמספיקים להיותו של אדם 'בן זוג'. לעומת זאת, ניתוח משפטי מתעניין בהשלכות הנורמטיביות של אימוץ הגדרה מסוימת והוא עשוי להוביל למסקנה שבהקשר משפטי אחר (לצורך פירוש חוק מסוים) 'בן זוג' כולל גם ידוע בציבור ובהקשר אחר (לצורך פירוש חוק אחר) הוא אינו כולל ידוע בציבור.

שנציע עשויה להיות רלוונטית לדיון הנורמטיבי בהבחנה המשפטית בין פרוצדורה למהות (כפי שיודגם להלן בתת-פרק ג(1)).

על רקע הקונטקסטואליים המאפיין, כאמור, את ההבחנה המשפטית בין פרוצדורה למהות, לדעתנו אפשר לזהות שלושה סוגי מבחנים שהוצעו לסיווג של הוראת דין כפרוצדורלית או כמהותית.

המבחן הראשון הוא מבחן שאפשר לכנות 'פונקציונלי-פורמלי'.³⁴ עניינו של מבחן זה בשאלה מה החוק מסדיר: האם הוא מסדיר את ה'איך' או את ה'מה'? האם הוא מסדיר את האמצעים לאכיפת זכות מהותית, שאז הוא פרוצדורלי, או את הזכות המהותית עצמה, שאז הוא מהותי?³⁵ הפעלת המבחן עלולה לעורר קושי נורמטיבי שכן, כאמור, לכללים הפרוצדורליים עשויה להיות השפעה מכרעת על הזכויות המהותיות. לדוגמה, אף שנראה כי יש לסווג את זכות הערעור כזכות פרוצדורלית (שכן היא מסדירה את הליך ההכרעה בשאלת האשמה בפלילים), ביטולה עשוי להשפיע באופן דרמטי על התוצאה המשפטית המהותית.³⁶ נוכח קושי זה הוצע מבחן אחר, שאפשר לכנותו 'מבחן התוצאה'. לפי מבחן זה הקביעה אם נורמה היא פרוצדורלית או מהותית תיעשה על פי התוצאה של הסיווג ומידת ההשפעה שלו על זכויות מהותיות.³⁷ מבחן זה אף הוא מעורר קושי, שכן כמעט תמיד תהיה

34 מבחן פונקציונלי מתיישב עם הטעם שניתן להחליט דין הפורום בעניינים פרוצדורליים בהקשר של ברירת דין. ראו, למשל, ע"א 352/87 גרייפין קורפוריישן נ' כור סחר בע"מ, פ"ד מד(3) 45, 59-1 (1990) ("המטרה היא למנוע כפיית מנגנון דיוני זר על הפורום המקומי, אשר עלולה לגרום אחריה פגיעה בדרך תיפקודו של בית המשפט. לשון אחרת, הנימוק הוא פונקציונלי, והוא שזור בתפיסה, כי החלטת דין זר על שאלה מסוימת, אשר בה דן הפורום, עלולה לגרום אחריה קושי ואי-נוחות מבניים").

35 מבחן דומה נקבע בעניין *Sibbach v. Wilson & Co., Inc.*, 312 U.S. 1, 14 (1941): "The test must be whether a rule really regulates procedure, – the judicial process for enforcing rights and duties recognized by substantive law and for justly administering remedy and redress for disregard or infraction of them". הפירוש שניתן לעניין זה בעניין *Mississippi Publishing Corp. v. Murphree*, 326 U.S. 438, 445 (1946), ואשר שב ואומץ לאחרונה (על ידי השופט סקאליה) בעניין *Shady Grove Orthopedic Associates, P.A. v. Allstate Insurance Co.*, 130 S. Ct. 1431 (2010) הוא: "What matters is what the rule regulates: If it governs only 'the manner and the means' by which the litigants' rights are 'enforced,' [than it is procedural]...; if it alters 'the rules of decision by which [the] court will adjudicate [those] rights' [than it is substantive]".

36 אכן, זכות הערעור, על אף השתייכותה לתחום ההתדיינות, התפרשה כזכות מהותית לעניין התחולה בזמן. ראו ע"א 22/56 כהן נ' קצין התגמולים, פ"ד י 1325, 1378 (1956) (להלן: כהן נ' קצין התגמולים); מרים בן-פורת "מבחנים לסיווג הוראה בדין כמהותית או דיונית" הפרקליט לח 5, 7-8 (1988).

37 ראו שם, בעמ' 16: "התשובה אם הוראה פלונית 'דיונית' היא או 'מהותית' ניתנת לאור שקילת התוצאה הנגררת של סיווג כזה, היינו כלום רצוי וצודק הוא שההוראה תתפוס מיד". הרברים הובאו בהסכמה על ידי הנשיא שמגר בעניין *מצות לישראל*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 782. לאימוץ מבחן תוצאתי בפסיקה האמריקנית ראו *Guaranty Trust Co. v. York*, 326 U.S. 99 (1945); *Cohen v. Beneficial Industrial Loan Corp.*, 337 U.S. 541 (1949); *Woods v. Interstate*

לכלל פרוצדורלי השפעה על התוצאה המשפטית.³⁸ לפיכך, יש לקבוע איזו מידה או איזה סוג של השפעה יהפכו את הכלל ל'מהותי'. מבחן שלישי שהוצע בפסיקה ובספרות בוחן את התכלית העומדת ביסוד הכלל (להלן: 'מבחן התכלית'): האם היא תכלית פרוצדורלית (למשל כזו הנוגעת להוגנות, ליעילות דיונית או לקביעת העובדות) או תכלית מהותית, הנוגעת לשיקולי מדיניות החורגים מעבר לניהול ההליך בבית המשפט.³⁹ כאמור, ההבחנה שנאמץ לצורך הבחינה של יחסי הגומלין בין פרוצדורה למהות היא הבחנה תאורטית ולא הבחנה נורמטיבית-משפטית.⁴⁰ באופן פורמלי אפשר לאפיין נורמה (או טענה) משפטית פרוצדורלית כנורמה (או טענה) משפטית 'מסדר שני'⁴¹ על אודות נורמה (או טענה) משפטית אחרת:⁴²

- Realty Co., 337 U.S. 535 (1949); Ragan v. Merchants Transfer & Warehouse Co., 337 U.S. 530 (1949)
- 38 ראו Keyes, לעיל ה"ש 13, בעמ' 215; GARNETT, לעיל ה"ש 1, בעמ' 21, *Shady Grove*, לעיל ה"ש 35, דברי השופט סקאליה בעמ' 1431: "The test is not whether the rule affects a litigant's substantive rights; most procedural rules do"
- 39 ראו John Hart Ely, *The Irrespressible Myth of Erie*, 87 HARV. L. REV. 693, 722 (1974) ("[I]n particular whether the state provision embodies substantive policy or represents only a procedural disagreement with the federal rulemakers respecting the fairest and most efficient way of conducting litigation."; "The most helpful way, it seems to me, of defining a substantive rule – or more particularly a substantive right, which is what the Act refers to – is as a right granted for one or more nonprocedural reasons, for some purpose or purposes not having to do with the fairness or efficiency of the litigation process." *id.* 725) Carrington, לעיל ה"ש 28, בעמ' 290-291, Tidmarsh, לעיל ה"ש 2, בעמ' 897 וזיהה בפסיקה האמריקנית (Byrd v. Blue Ridge Rural Elec. Coop., Inc., 356 U.S. 525, 533-40 (1958); Gasperini v. Ctr. for Humanities, Inc., 518 U.S. 415, 431-39 (1996)) "[A] rule is 'procedural' when a federal court's policy interest in applying a federal rule outweighs the relevant state's policy interest in having its rule applied"
- 40 המבחן שאותו אנחנו מאמצים קרוב למבחן הפונקציונלי-פורמלי. אין זה מקרה, שכן כאמור אנחנו משתמשים במבחן לצורך אנליזה מושגית ולא לצורך ניתוח נורמטיבי של סוגיות משפטיות העומדות לדיון.
- 41 לדיון בטענות נורמטיביות מסדר שני ובקשר שלהן למטא-אתיקה ראו Ofer Malcai, *Second-Order Normative Propositions and Metaethical Neutrality* (working paper on file with the authors)
- 42 נראה לנו שלאפיון המוצע של נורמות פרוצדורליות כסוג מסוים של נורמות משפטיות 'מסדר שני' יש ערך הסברי והוא תופס אינטואיטיבית את המושג 'פרוצדורה' בכמה הקשרים. אולם לצורך הדיון כאן אפשר להתייחס אל ההגדרה המוצעת כאל סטיפולציה. לחלופין יכולנו להסתמך על הבנה קדם-תאורטית של המונח 'פרוצדורה' או לתת רשימה של דוגמאות פרדיגמטיות לכללים פרוצדורליים.

נורמה (או טענה) משפטית P היא פרוצדורלית, אם היא נסבה על האופן והאמצעים לקביעת תקפותה או חלותה של נורמה (או לקביעת ערך האמת של טענה) משפטית אחרת, Q, או על האופן והאמצעים שבהם יש ליישמה.⁴³

לדוגמה, הנורמה שלפיה הודאת נאשם שאינה חופשית ומרצון אינה קבילה כראיה היא נורמה פרוצדורלית, בהיותה נסבה על האופן בו יש לקבוע אם הנאשם אשם בביצוע העברה. נורמה (או טענה) משפטית מהותית תאופיין על ידינו בפשטות כנורמה (או טענה) משפטית שאינה פרוצדורלית.⁴⁴

בעזרת הבחנה זו בין נורמות וטענות משפטיות פרוצדורליות לבין נורמות וטענות משפטיות מהותיות נפנה כעת לבחון את יחסי הגומלין בין פרוצדורה למהות.

ב. כמה מובנים של קדימות

מטרתנו בפרק זה תהיה להציג כמה מובנים של קדימות של הפרוצדורה על פני המהות (או להפך). הניתוח המושגי שנציע יאפשר לבחון במקרים קונקרטיים את יחסי הגומלין בין נורמות פרוצדורליות לנורמות של דין מהותי. מושגי הקדימות שנציע אינם מכסים את כל מרחב האפשרויות אלא רק חלק מיחסי ההיררכיה האפשריים בין נורמות פרוצדורליות למהותיות. אולם כפי שנראה, גם כך התמונה שתקבל תהיה תמונה של יחסים מורכבים למדי, ובמקרים לא מעטים אף קשים להמשגה ולסיווג.

43 אפשר להתנגד להגדרה שאנו מציעים בטענה שלפיה כללים משפטיים רבים מנוסחים באמצעות פסוקי תנאי שמגדירים את התנאים לאמתות (או לתקפות) של טענה משפטית מסוימת. כך, למשל, סעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) קובע כי אם חוזה נכרת למראית עין בלבד אזי הוא בטל. לפיכך, הקביעה אם חוזה מסוים נכרת למראית עין עשויה להיות נחוצה כדי לקבוע את ערך האמת של הטענה שחוזה זה אינו תקף. לכאורה אפוא, על פי ההגדרה שלנו, הטענה שחוזה מסוים נכרת למראית עין – שהיא טענה מהותית פרדיגמטית – צריכה להיות מסווגת כטענה פרוצדורלית. מסקנה זו בטעות יסודה. אכן, הכרעה בדבר אמתות הטענה שחוזה מסוים נכרת למראית עין עשויה להידרש לצורך הכרעה בשאלת תוקפו של החוזה. אולם, טענה זו אינה עוסקת באופן שבו יש להכריע בשאלת תוקפו של החוזה: היא נסבה על התנאים לתוקפו של חוזה ולא על האמצעים שבעזרתם יש לקבוע או לגלות את ערך האמת של הטענה שלפיה מדובר בחוזה תקף. אנו סבורים אפוא שההתנגדות לעיל אינה נותנת טעם לדחות את ההגדרה המוצעת. עם זאת, אנו לא טוענים שהגדרה זו מפזרת את כל העמימות מההבחנה בין פרוצדורה למהות. כך, למשל, ייתכנו מקרים שבהם יהיה קשה להבחין בין התוכן והיקף התחולה של נורמה מסוימת לבין האופן והאמצעים שבהם יש ליישמה.

44 כאמור, אנו מציעים הגדרה רחבה של המושג 'נורמה פרוצדורלית', שבין היתר מסווגת כפרוצדורליות גם נורמות פרשניות ונורמות חוקתיות הנוגעות להליך הדמוקרטי. ואולם, במובנים מסוימים ההגדרה שלנו צרה יותר מן השימוש היום-יומי במילה 'פרוצדורה' בהקשרים משפטיים (למשל במונח 'פרוצדורה פלילית'), שכן לפיה דיני מעצרים למשל אינם מסוגים כפרוצדורליים, ככל שהם אינם עוסקים באופן שבו יש להכריע בשאלת תקפותן של נורמות משפטיות אחרות או באופן שבו יש ליישמן. במאמר נעסוק בטענות ובנורמות פרוצדורליות ('מסדר שני') במובן של ההגדרה המפורטת בטקסט, אולם שום דבר ממה שנטען בהמשך אינו תלוי בקבלת ההגדרה הזו.

1. קדימות מטפיזית

מושג הקדימות שנכנה 'קדימות מטאפיזית' עניינו בשאלה אם הקריטריון לאמתות ("truth maker") של טענה משפטית⁴⁵ (כגון "x אשם בעברה") או לתקפות של נורמה משפטית הוא קריטריון פרוצדורלי (כגון "x הורשע במסגרת ההליך הפלילי הקבוע בחוק") או שהוא קריטריון מהותי (כגון "x ביצע את העברה"). במקרים שבהם הקריטריון לאמתות (או לתקפות) של טענה (או נורמה) משפטית הוא פרוצדורלי, נאמר שיש לפרוצדורה 'קדימות מטאפיזית'⁴⁶ על פני המהות, ולהפך: במקרים שבהם הקריטריון לאמתות (או לתקפות) של טענה (או נורמה) משפטית הוא מהותי, נאמר שיש למהות 'קדימות מטאפיזית' על פני הפרוצדורה.⁴⁷ שאלת הקדימות המטאפיזית – כלומר: השאלה מה הופך נורמה משפטית לתקפה (או טענה משפטית לאמתית) – היא שאלה מרכזית בתורת המשפט. פוזיטיביסטים סבורים כי תקפותן של נורמות משפטיות תלויה אך ורק בעובדות אמפיריות (סוציו-היסטוריות) כגון עובדות הנוגעות להליכי החקיקה.⁴⁸ לעומתם, אנשי משפט הטבע סבורים שתוקפן של נורמות משפטיות עשוי להיות תלוי בסטטוס המוסרי שלהן, כלומר: שבמקרים מסוימים חוק לא מוסרי אינו תקף.⁴⁹ שאלת הקדימות המטאפיזית עולה לא רק בנוגע לנורמות משפטיות אלא גם בנוגע לנורמות מוסריות. גם לגבי נורמות מוסריות אפשר לשאול מה עושה אותן לתקפות, או אם ערך האמת של טענות מוסריות (ככל שהן נושאות ערך אמת) הוא אובייקטיבי או שהוא תלוי ברצונות ותגובות של בני אדם. במאמר זה לא נעסוק בשאלות תורת-משפטיות

45 אין לנו צורך להיכנס במאמר זה לשאלות מטא-משפטיות כגון השאלה אם טענות משפטיות נושאות ערך אמת, כלומר: האם הן אמתיות או שקריות או שמא הן רק תקפות או בלתי-תקפות (או משהו דומה אחר). אם טענות משפטיות נושאות ערך אמת, אפשר לדבר על הקריטריון לאמתותן ("their "truth maker") – כלומר: על מה עושה טענה משפטית מסוימת (למשל: "המהירות המרבית המותרת בכביש 1 היא 100 קמ"ש") לאמתית וטענה אחרת (למשל: "המהירות המרבית המותרת בכביש 1 היא 30 קמ"ש") לשקרית. אם טענות משפטיות אינן אמתיות או שקריות אלא רק תקפות או בלתי-תקפות, אפשר לדבר על הקריטריון לתקפותן.

46 מטאפיזיקה היא ענף של הפילוסופיה העוסק, בין היתר, בשאלה לאיזה דברים יש קיום בעולם. כך, שאלות כגון "האם יש בעולם עובדות מתמטיות?" או "האם יש עובדות משפטיות?" הן שאלות מטאפיזיות. מכל מקום, לצורך הבנת המאמר לא נדרשת היכרות כלשהי עם תחום דיון זה, ואפשר להתייחס לביטוי 'קדימות מטאפיזית' פשוט כמונח שמציין את יחס הקדימות המתואר בטקסט.

47 עמדה הדוגלת בקדימות מטאפיזית של הפרוצדורה על פני המהות לגבי כל הטענות של תחום דיון מסוים מבטאת גישה של קונסטרוקטיביזם (כתזה מטאפיזית) בנוגע לאותו תחום דיון. ראו David Enoch, *Can there be a Global, Interesting, Coherent Constructivism about Practical Reason?*, 12 PHIL. EXPLORATIONS 319, 322 (2009).

48 ראו H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 HARV. L. REV. 593 (1958).

49 ראו Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, 71 HARV. L. REV. 630 (1958).

ומטא־אתיות מסוג זה; לפיכך, לא נעסוק במושג הקדימות המטאפיזית אלא נתמקד במושגים של קדימות הצדקתית וקדימות נורמטיבית שנציג להלן.⁵⁰

2. קדימות הצדקתית

(א) כיוון ההצדקה: הרעיון הכללי

בבסיס מושג הקדימות שנכנה 'קדימות הצדקתית' עומד רעיון של כיוון ההצדקה. לעתים מה שמצדיק בחירה בפרוצדורה מסוימת הוא העובדה שאותה פרוצדורה מוליכה (או נוטה להוליך) לתוצאה ראויה. דוגמה לקדימות כזו, של התוצאה על פני הפרוצדורה, היא הפרוצדורה של "you-cut-I-choose" לחלוקת עוגה: נניח שכמה אנשים רוצים לחלק ביניהם עוגה. פרוצדורה טובה לחלוקת העוגה היא שכל אחד בוחר את חלקו ומי שמחלק את העוגה מקבל את הפרוסה האחרונה שנשארת לאחר שכולם בחרו. במקרה זה ההנחה היא שהתוצאה הראויה היא שכל אחד יקבל חלק שווה מהעוגה. תוצאה זו מוצדקת באופן בלתי־תלוי בפרוצדורה שנבחרה, והפרוצדורה מוצדקת מפני שהיא נוטה להוליך אל התוצאה הראויה (חלוקה בחלקים שווים).⁵¹

אולם לעתים כיוון ההצדקה הוא הפוך: לפעמים מה שמצדיק תוצאה מסוימת הוא היותה של אותה תוצאה תוצר של פרוצדורה ראויה. דוגמה פרדיגמטית לקדימות כזו, של הפרוצדורה על פני המהות, היא הכרעה באמצעות הטלת מטבע. נניח כי צריך להחליט מי משני מועמדים יקבל הטבה מסוימת שאינה ניתנת לחלוקה. אפשר לחשוב, למשל, על שופטת במשחק טניס שצריכה לקבוע מי מהשחקניות תגיש ראשונה – שחר פאר או סרינה ויליאמס. במקרה כזה הענקת ההטבה (הזכות להגיש ראשונה) לשחקנית שזכתה בהגרלה אינה תוצאה המוצדקת באופן עצמאי (שאינו תלוי בפרוצדורה) אלא תוצאה המוצדקת מכוח היותה תוצר של הפעלת פרוצדורה הוגנת.⁵² במילים אחרות: אין זה שיש תוצאה נכונה (נניח שסרינה תגיש ראשונה) שהפעלת הפרוצדורה מוליכה אליה או מגלה לנו אותה; אלא שהתוצאה (שסרינה תגיש ראשונה) מוצדקת מכוח היותה תוצר של פרוצדורה ראויה – הטלת מטבע – המעניקה לשתי השחקניות סיכוי שווה.

50 ככל זאת מצאנו לנכון להציג בקצרה את מושג הקדימות המטאפיזית, הן לצורך השלמת התמונה והן בגלל שנראה כי מקרים מסוימים של קדימות הצדקתית שנציג להלן הם גם מקרים של קדימות מטאפיזית.

51 (RAWLS, 1971, 1999) JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 74 (revised edition, 1971, 1999) (להלן: RAWLS, 1971). הציג את הפרוצדורה הזו של חלוקת עוגה כדוגמה למה שהוא כינה "צדק פרוצדורלי מושלם". מושג צדק זה כולל שני מאפיינים: ראשית, קיים קריטריון עצמאי לחלוקה הוגנת, קריטריון הקודם לפרוצדורה ואינו תלוי בה; שנית, אפשר למצוא פרוצדורה שתבטיח את התוצאה המבוקשת.

52 רולס השתמש בהגרלה לפרוצדורה המבטאת "צדק פרוצדורלי טהור". במקרה זה אין קריטריון עצמאי הקובע מהי התוצאה הראויה אבל יש פרוצדורה שהפעלתה תוליך אל התוצאה הראויה. ראו RAWLS, 1971, שם, בעמ' 75; וכן JOHN RAWLS, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, 77 J. OF PHIL. 515, 523 (1980); JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM* 72 (1993).

באופן כללי, המונח 'הצדקה' יכול להתייחס למערכות נורמטיביות שונות: הצדקה אפיסטמית,⁵³ מוסרית, משפטית, דתית וכולי. במאמר זה נתייחס בעיקר להצדקה מוסרית או משפטית; לעתים נתייחס גם להצדקה אפיסטמית ואז נציין זאת במפורש. הדוגמה של הכרעה בשאלה מי תגיש ראשונה במשחק טניס היא דוגמה לקדימות הצדקתית (מבחינה מוסרית) של הפרוצדורה אך גם לקדימות מטאפיזית שלה, שכן הקריטריון שקובע את ערך האמת של הטענה המוסרית "ראוי שסרינה תגיש ראשונה" הוא קריטריון פרוצדורלי.⁵⁴ ההבחנה בין קדימות הצדקתית לקדימות מטאפיזית ברורה כשמדובר בהצדקה אפיסטמית. לדוגמה, ייתכן שמה שמצדיק את ההאמנה שלנו במשפט פרמה הוא העובדה שכמה מתמטיקאים הוכיחו אותו. אולם, אין זה אומר שאמתותו של משפט פרמה תלויה בביצוע של פרוצדורת ההוכחה על ידי המתמטיקאים. ההבחנה פחות ברורה במקרה של הצדקה מוסרית (או משפטית),⁵⁵ שכן לא ברור מה בדיוק ההבדל בין הטענה שהקריטריון להיותה של תוצאה מסוימת מוצדקת מבחינה מוסרית (או משפטית) הוא פרוצדורלי לבין הטענה שהקריטריון להיותה נכונה מבחינה מוסרית (או משפטית) הוא פרוצדורלי. בהקשרים נורמטיביים אלה מיטשטשת לעתים ההבחנה בין הצדקה לאמת. בחלק מהמקרים שנציג להלן תתקיים קדימות הצדקתית וגם קדימות מטאפיזית, ובכל זאת ייתכן הבדל בין שני המושגים, למשל: אם המושג של הצדקה מוסרית (של תוצאה משפטית) כולל רכיב סובייקטיבי (לדוגמה: כזה המביא בחשבון רק את הראיות שהיו נגישות לבית המשפט), ואילו המושג של אמת מוסרית הוא אובייקטיבי.⁵⁶

בהקשר המשפטי, שאלת הקדימות ההצדקתית היא אם הפרוצדורה מוצדקת מכוח זה שהיא נוטה להוליך לתוצאה משפטית מסוימת, או שמא התוצאה המשפטית מוצדקת מכוח היותה תוצר של פרוצדורה מסוימת. בניגוד לדוגמאות הפרדיגמטיות של רולס (חלוקת העוגה והטלת המטבע), הדוגמאות המשפטיות אינן נקיות ומעלות קשיים בניתוח של כיוון הצדקה. ראשית, פעמים רבות הצדקה של תוצאות משפטיות היא מעורבת ונשענת הן על טעמים פרוצדורליים והן על טעמים מהותיים. אנו נבחין אפוא בין מקרים של קדימות הצדקתית טהורה, שבהם רק הפרוצדורה מצדיקה את התוצאה, לבין מקרים של קדימות הצדקתית לא-טהורה, שבהם הצדקת התוצאה נסמכת באופן חלקי על היותה תוצר של פרוצדורה מסוימת (אך גם על טעמים נוספים).

שנית, בניגוד לדוגמאות הנזכרות לעיל, שבהן ברור מה התוצאה הרלוונטית, תוצאות של הפעלת כללים משפטיים פרוצדורליים עשויות להיות במישורים שונים. בפרט יש מקום להבחין בין תוצאה קונקרטי של הליך מסוים או של בירור טענה מסוימת במישור היחסים בין הצדדים להליך, לבין תוצאות במישור רחב יותר כגון השפעות שיש לפרוצדורה

53 אפיסטמולוגיה היא תחום הדיון הפילוסופי העוסק, בין היתר, בשאלה מה הופך האמנה (belief) למוצדקת. האמנה עשויה להיות מוצדקת מבחינה אפיסטמית גם אם היא שגויה; למשל: שופט עשוי להאמין באופן מוצדק, על סמך ראיות מהימנות, כי הנאשם ביצע את העברה – ועדיין יש אפשרות שהאמת תהיה שגויה.

54 אפשר לומר שבמקרה זה התוצאה הראויה (מבחינה מוסרית) מכוננת על ידי הפרוצדורה.

55 Enoch, 'לעיל ה"ש 47, בעמ' 322.

56 ראו בהקשר זה, Michael J. Zimmerman, *Is Moral Obligation Objective or Subjective?*

18 UTILITAS 329 (2006)

על יעילות המערכת המשפטית כולה (ואף מעבר לכך, על יעילות חברתית כוללת או צדק חלוקתי).⁵⁷ נובע מכך שאם מקבלים תורת מוסר תוצאתנית, ואם כוללים במונח 'תוצאה' גם תוצאות אחרות החורגות ממישור היחסים שבין הצדדים, אזי אין שום מקרה של קדימות הצדקתית של הפרוצדורה. במילים אחרות: בתנאים אלה, קדימות הצדקתית של הפרוצדורה תיתכן רק תחת תורת מוסר דאונטולוגית.⁵⁸

שלישית, בניגוד לדוגמה של חלוקת העוגה, נדירים המקרים שבהם התוצאה הקונקרטי הנכונה של הליך שיפוטי תהיה ידועה לגמרי לבית המשפט לפני תחילת ההליך.⁵⁹ התוצאה הנכונה יכולה להיות ידועה בהקשרים לא שיפוטיים שעניינם, למשל, הפרוצדורה להקצאה יעילה או שוויונית של משאבים. לעומת זאת, בהליך שיפוטי היבטים מסוימים של התוצאה הנכונה ניתנים לידיעה מראש, אבל כמעט תמיד נותרות שאלות (עובדתיות ונורמטיביות) פתוחות, הדורשות בירור במסגרת ההליך.

על אף המורכבות של המקרים המשפטיים, אנו חושבים שהשאלה בדבר כיוון ההצדקה אינה לגמרי עמומה ויש מקרים לא מעטים שבהם אפשר להצביע על הכיוון הדומיננטי. ננסה להדגים זאת בעזרת כמה דוגמאות מכמה תחומי משפט.

(ב) דוגמאות לקדימות הצדקתית במשפט

נפנה אפוא כעת להצגת כמה דוגמאות לקדימות הצדקתית במשפט (של הפרוצדורה על פני התוצאה המשפטית ולהפך). לפני כן כדאי להדגיש כי הכרעה בשאלה אם במקרה מסוים יש לפרוצדורה (או לתוצאה) קדימות הצדקתית כרוכה בשיפוט נורמטיבי (שכן היא דורשת הכרעה בשאלות נורמטיביות מסוג "האם פרוצדורה x היא מה שמצדיק תוצאה y?").⁶⁰

57 במקרים מסוימים יש תוצאות טובות הנובעות מעצם הקיום של ההליך ואינן תלויות בתוצאתו הקונקרטי. כך, למשל, כשלעצם הקיום של ההליך יש ערך חינוכי או אקספרסיבי או שהוא יוצר הרגשה טובה בקרב המשתתפים, משפיע על נכונותם לשתף פעולה בעתיד וכדומה. ראו בהקשר זה E. ALLAN LIND & TOM R. TYLER, THE SOCIAL PSYCHOLOGY OF PROCEDURAL JUSTICE (1988). לדוגמה, לקיום הליך פלילי הוגן (או לאמונה של אנשים שהוא הוגן) עשויה להיות השפעה על התנהגות של אנשים, ובין היתר על ההרתעה מפני ביצוע עברות.

58 תורות מוסר דאונטולוגיות הן תורות מוסר שלפיהן התשובה לשאלה אם פעולה מסוימת ראויה מבחינה מוסרית אינה תלויה רק בתוצאות של אותה פעולה (ראו Larry Alexander and Michael Moore, *Deontological Ethics*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., Winter 2012 Edition), <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/ethics-deontological/>). זאת, בניגוד לתורות מוסר תוצאתניות, שלפיהן הסטטוס המוסרי של פעולות תלוי אך ורק בתוצאותיהן (ראו Walter Sinnott-Armstrong, *Consequentialism*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., Winter 2012 Edition), <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/consequentialism/>).

59 שאלת הידיעה תלויה במידת הקונקרטי של התוצאה. לדוגמה, בהליך פלילי השופט יודעת שהתוצאה הנכונה היא הרשעת הנאשם רק אם קרוב לוודאי שהוא אשם, אבל בתחילת ההליך היא לא יודעת אם קרוב לוודאי שהוא אשם.

60 במקרים פשוטים כגון דוגמת חלוקת העוגה או דוגמת הרופאים מטנסי שנציג להלן, די ברור שהפרוצדורה היא אמצעי גרדא להשגת תוצאה מסוימת, ולכן היא לא יכולה להיות מוצדקת

מטרטנו בהצגת הדוגמאות לקדימות הצדקתית – כמו גם בהצגת הדוגמאות ליחסי קדימות נוספים שנגדיר בהמשך – תהיה בעיקר להדגים את השימוש במושגי הקדימות, ופחות מכך לשכנע כי המסקנות שנגיע אליהן (למשל: שלפרוצדורה מסוימת יש קדימות הצדקתית על פני תוצאה מסוימת) הן בהכרח נכונות מבחינה נורמטיבית.

דוגמה לנורמה פרוצדורלית (ראייתית) המוצדקת מכוח העובדה שהיא מוליכה לתוצאה מהותית מסוימת היא ההוראה המגבילה את בית המשפט בבירור של תביעת אבהות על יסוד בדיקת DNA. במקרה זה יש קדימות לתוצאה של פגיעה אפשרית בכשרותו של הקטין לפי דין תורה לנישואין עקב חשש למזורות, והיא שמצדיקה את הטלת המגבלה הפרוצדורלית.⁶¹ עם זאת, אפשר לטעון כי במקרה זה התוצאה המבוקשת של מניעת מזורות חורגת ממישור היחסים שבין הצדדים להליך, שכן תכלית החוק היא לא רק הגנה על הקטין הקונקרטי מפני חשש ממזורות אלא גם הגנה על יוצאי חלציו ועל העם היהודי כולו.⁶²

מקרה נוסף שבו כיוון ההצדקה הוא מהמהות לפרוצדורה הוא הכלל החל בכמה מדינות בארצות-הברית – למשל טנסי – שלפיו רק רופאים מקומיים יכולים להעיד בתביעות רשלנות רפואית.⁶³ במקרה זה, הצדקת הכלל הראייתי נסמכת על הדין המהותי לגבי רשלנות רפואית, שלפיו הסטנדרטים לטיפול רפואי הולם הם הסטנדרטים המקובלים על הרופאים המקומיים.⁶⁴ מגבלות פרוצדורליות המוצדקות על ידי שיקולים מהותיים של מדיניות הוכרו בארצות-הברית גם בהקשר של תביעות השבה לפי דיני עשיית עושר שלא במשפט של מסים שנגבו באופן בלתי-חוקי. כך, למשל, נפסק כי האינטרס של מדינה בתכנון פיסקלי

אלא מכוח העובדה שהיא מוליכה לתוצאה ראויה. במקרים מסוג זה נראה שאפשר להסיק את הקדימות ההצדקתית של התוצאה מהיחס של אמצעי-מטרה המתקיים בין הפרוצדורה לבין התוצאה המהותית. אולם, כפי שנראה בהמשך, במקרים רבים ההכרעה בשאלת הקדימות ההצדקתית היא הכרעה פרשנית מורכבת שאינה נסמכת רק על ניתוח מושגי אלא מערבת שיפוט ערכי.

61 ראו סעיף 28ה' לחוק מידע גנטי, התשס"א-2001.

62 רות זפרן "בירור אבהות לפי חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3), התשס"ח-2008 – בא לתקן ונמצא מקלקל" חוקים ג 191, 237-238 (2011).

63 ראו, למשל, Tenn. Code Ann. § 29-26-115(a) (2006); MCL § 600.2169 (2011); Thomas, A. Bishop, *Evidence Rulemaking: Balancing the Separation of Powers*, 43 CONN. L. REV. 265, 289 (2010).

64 Tenn. Code Ann. § 29-26-115(b) (2006); Legg v. Chopra, 296 F.3d 286, 291 (6th Cir. 2002). ראו הדין בכלל זה אצל Alex Stein, *The Trial-Time/Forum Principle and the Nature of Evidence Rules*, בתוך מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי: אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון 81, 96-98 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009) (להלן: שטיין) וההפניות שם לפסיקה העומדת על הקשר האינטימי בין הדרישה הראייתית לסטנדרט הזהירות המהותי. לדעת שטיין, שני הכללים – הראייתי והמהותי – פועלים יחד כדי להבטיח שלא תיוחס רשלנות רפואית אלא במקרים שבהם הרשלנות חמורה במיוחד (במטרה להפחית את כמות התביעות ולהוזיל את עלויות הטיפול הרפואי).

נאות עשוי להצדיק הטלת מגבלות פרוצדורליות כגון התניית האפשרות לתבוע השבה בכך שתשלום המס בוצע תחת מחאה.⁶⁵

דוגמה למקרה שבו כיוון ההצדקה הוא הפוך – כלומר: יש קדימות הצדקתית לפרוצדורה על פני המהות – היא דחיית תביעה בגין טענת השתק. במקרה זה ייתכן שיש לתבוע זכות בדין המהותי (למשל: לסעד מסוים) אלא שהוא מושק מלתבוע אכיפה של אותה זכות.⁶⁶ מכאן, שצדקת התוצאה המשפטית תלויה בצדקת הכלל הפרוצדורלי של השתק. דוגמה אחרת מופיעה בחוק המקרקעין, המקנה לזכות שנרשמה לאחר הסדר זכויות במקרקעין מעמד קנייני מלא, להבדיל ממעמד של זכות שנרשמה שלא לאחר הליך הסדר.⁶⁷ ההצדקה להבדל זה בעצמת הזכות המהותית נובעת מן ההבדל בפומביות ההליך.⁶⁸ לבסוף, מקרה שיש בו קדימות הצדקתית לפרוצדורה על פני התוצאה המהותית בהקשר של דיני פרשנות החוזה הוא הכלל של 'פרשנות נגד המנסח'. אין זה שיש "תוצאה פרשנית נכונה" (שאינה תלויה בפרוצדורה) אלא הצדקת התוצאה הפרשנית תלויה בצדקת הכלל הפרוצדורלי המטיל על המנסח את הנטל למנוע אי־בהירות בחוזה.⁶⁹

65 ראו McKesson Corp. v. Division of Alcoholic Beverages and Tobacco, 496 U.S. 18, (1990) 44-45. דרישה זו חוסמת את האפשרות להגיש תביעות השבה והופכת את הסעד לתאורטי בלבד במקרים שבהם התגלתה אי־החוקיות לאחר ביצוע התשלום (ראו Rest 3d Resti HANOCH DAGAN, THE LAW AND ETHICS OF זה עור בהקשר זה §18, Reporter's Notes b, f RESTITUTION 75 (2004); John F. Coverdale, Remedies for Unconstitutional State Taxes, 32 CONN. L. REV. 73, 108-25 (1999).

66 לדוגמה, תקנה 45 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 קובעת כי מי שזכאי לסעדים אחרים בשל עילה אחת רשאי לתבוע את כולם או מקצתם; אך אם לא תבע את כולם – לא יוכל לתבוע לאחר מכן כל סעד שלא תבע, אלא אם כן הרשה לו בית המשפט שלא לתבועו. סעיף 125 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

67 ראו רוגנית לוי־שנור "הפרטה, הפרדה והפליה – זניחת ההליכים של הסדר הזכויות במקרקעין במזרח ירושלים" עיוני משפט לד 183 (2011). להבדיל מההצדקה המשפטית של ההבדל בעצמת הזכות, הנעוצה כאמור בהבדל הפרוצדורלי, במישור של הצדקה אפיסטמית הפרוצדורה של הליך פומבי מוצדקת מכוח העובדה שהיא עשויה להוליך לתוצאה הנכונה: גילוי האדם שראוי לרושמו במרשם הזכויות.

69 ראו סעיף 25(ב) לחוק החוזים. אפשר להתנגד לסיווג המוצע בטענה שהכלל הפרוצדורלי נועד, בין היתר, ליצור תמריץ לעריכת חוזים בהירים על ידי הטלת העלות של אי־הבהירות על מי שיכול היה למונעה, קרי: המנסח. לפיכך, התוצאה המבוקשת של עריכת חוזים בהירים היא זו שמצדיקה את הכלל הפרשני ולא להפך. זה כמוכן נכון, אבל דברים דומים אפשר לומר על כלל פרוצדורלי שהצדקתו נעוצה בטעם תוצאתני (של השגת תוצאה חברתית כלשהי). ה'תוצאה' שאליה מתייחסת הדוגמה היא התוצאה הפרשנית של החוזה הקונקרטי (ולא התוצאה החברתית הכללית של עריכת חוזים בהירים), וזו אכן מוצדקת מכוח צדקת הכלל הפרשני ולא בשל היותה הפרשנות הנכונה באופן שאינו תלוי בכלל זה. נוסף על כך אפשר לטעון שהכלל נועד להיטיב עם הצד החלש בעסקה אל מול הצד החזק, שלרוב הוא מנסח החוזה – למשל במקרה של חוזים אחידים. אולם, הואיל ודיני החוזים ככלל אינם מתערבים בתוצאות החלוקתיות (הרצוניות) של העסקה, אנו סבורים שהצדקה המתיישבת טוב יותר עם הרציונלים המקובלים של דיני החוזים נעוצה בטעם של הוגנות – קרי: שהצד האחראי לניסוח העומם לא יצא נשכר

דוגמה למחלוקת משפטית הנוגעת לשאלת הקדימות ההצדקתית היא מחלוקת לגבי התוכן של הפליה אסורה בהקצאת משאבים. אם פרוצדורת החלוקה מוצדקת מכוח זה שהיא מוליכה לתוצאה שוויונית אזי ניתן לפסול את הפרוצדורה (למשל, את התבחינים לחלוקה) אם היא אינה מוליכה אל התוצאה השוויונית המקווה. דוגמה לגישה זו אפשר למצוא, למשל, בפסיקת בית המשפט העליון בפרשת הבית הפתוח.⁷⁰ בית המשפט קבע כי אף שהתבחינים שקבעה עיריית ירושלים – המעניקים תמיכה למוסדות שעיקר עיסוקם ביצירה בתחומי האמנות המקצועית – הם ענייניים ואינם נגועים בשיקולים זרים, ההימנעות של העירייה ממתן תמיכה שתיתן מענה לצרכים ייחודיים של אוכלוסיית הנוער המשתייך לקהילה הגאה “מצביעה על הפליה כלפי אוכלוסייה זו, למצער הפליה בתוצאה.”⁷¹

גישה שונה מגישת בית המשפט העליון בעניין הבית הפתוח, המסתייגת מאימוץ של מבחן תוצאתי, אפשר למצוא בפסק הדין של בית המשפט העליון האמריקני בעניין Ricci.⁷² באותו מקרה נרון מבחן קידום בעבודה שנפסל בדעיבה על ידי העירייה בשל העובדה שכבאים לבנים הצליחו בו יותר מכבאים המשתייכים לקבוצות מיעוט גזעיות אחרות. שופטי הרוב קיבלו את העתירה (שהגישו כבאי לבן הסובל מדיסלקציה וכבאי ממוצא היספני שעברו את המבחן), וקבעו כי החלטת העירייה שלא לאשר את המבחן, על בסיס גזעי, מהווה הפליה אסורה.⁷³ פסיקה זו מבטאת עמדה שנותנת קדימות הצדקתית לפרוצדורה (מבחן הקידום). נראה כי שופטי הרוב סברו שהפרוצדורה שנקבעה להכרעה בשאלת הקידום היא הוגנת (שכן המבחנים הספציפיים היו הוגנים) ולכן, בהיותה תוצר של פרוצדורה הוגנת, התוצאה הלא-שוויונית שהתקבלה היא מוצדקת (ותקפה משפטית).

מכך. לדין בהצדקות של הכלל בדבר פרשנות נגד המנסח ראו איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 30–32 (1996); איל זמיר “עוד על פירוש והשלמה של חוזים” משפטים מג 5 (2012).
70 עע”ם 5905/06 עיריית ירושלים נ’ הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות, דינים עליון 2007 (0064) 0212 (2007) (להלן: עניין הבית הפתוח).

71 ראו גם בג”ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ’ ראש ממשלת ישראל, דינים עליון 2006 (0013) 1444 (2006). הנשיא ברק קבע כי “המבחן לקיומה של הפליה הוא מבחן אובייקטיבי המתמקד בתוצאה של מימוש הנורמה העומדת לביקורת” (שם, כפסקה 18). הרציונל שבבסיס המבחן התוצאתי אינו תמיד ברור. מפסק הדין בעניין הבית הפתוח, לעיל ה”ש 70, נראה כי תכלית המבחן התוצאתי היא להגיע לתוצאה שוויונית בחלוקת המשאב הציבורי; אולם במקרים אחרים נראה כי התכלית היא לפתור קושי אפיסטמי בזיהוי השיקול הזר במקרים של ‘הפליה עקיפה’, שבהם קריטריון הנראה על פניו ניטרלי וענייני נועד למעשה להפלות קבוצה כלשהי באוכלוסייה.

72 Ricci v. DeStefano, 129 S. Ct. 2658, 2676 (2009) (“If an employer cannot rescore a test based on the candidates’ race [...] then it follows a fortiori that it may not take the greater step of discarding the test altogether to achieve a more desirable racial distribution of promotion-eligible candidates – absent a strong basis in evidence that the test was deficient and that discarding the results is necessary to avoid violating the disparate impact provision.”) (ההדגשה הוספה).

73 לפי Title VII, Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C § 2000e (2012)

דוגמאות מורכבות יותר לסיווג של כיוון ההצדקה הן כללים של דיני הראיות ושל סדרי דין הנוגעים להוכחת האשמה במשפט פלילי. בהתאם להגדרה שהצענו בפרק הראשון, אנו מסווגים כללים אלה כפרוצדורליים (מבחינה מושגית), שכן עניינם באופן שבו יש להכריע בשאלה המהותית (אם הנאשם אשם בעברה). ככלל נראה לכאורה שכללים פרוצדורליים אלה מוצדקים בשל ההסתברות הגבוהה שהפעלתם תוביל לתוצאה הראויה של שכיחות יחסית (relative frequency) נמוכה של הרשעות שווא.⁷⁴ הם מבטאים את האסימטריה הנורמטיבית שלפיה יש חומרה מוסרית רבה יותר במצב עניינים שבו נאשם חף מפשע מורשע מאשר במצב עניינים שבו מי שאינו חף מפשע מזוכה.⁷⁵

הטענה שכיוון ההצדקה במקרה זה הוא מהמהות לפרוצדורה דורשת הבהרה. ראשית, ה'הצדקה' כאן היא הצדקה מוסרית וההנחה היא שידועה לנו האמת הנורמטיבית והיא זו שמצדיקה את הפרוצדורה. לעומת זאת, האמת העובדתית אינה ידועה לנו וההאמנה שנאשם מסוים ביצע עברה, מוצדקת אפיסטמית באמצעות הפרוצדורה הפלילית. במילים אחרות, הפרוצדורה הפלילית היא זו שמצדיקה לייחס הסתברות גבוהה לכך שהנאשם שהורשע באמצעותה אכן ביצע את העברה המיוחסת לו.⁷⁶

שנית, הסיווג של הכללים הראייתיים והדייוניים במשפט פלילי כמקרה פרטי של קדימות הצדקתית (מבחינה מוסרית) של התוצאה המהותית על פני הפרוצדורה מתייחס לתוצאה הכללית (או הסטטיסטית) של צמצום השכיחות היחסית של הרשעות שווא. אלא, שלגבי מקרה קונקרטי – הרשעה או זיכוי של נאשם ספציפי – נראה כי כיוון ההצדקה הפוך: מה שמצדיק (מבחינה משפטית ומוסרית) את התוצאה הקונקרטית של הרשעת נאשם ספציפי הוא העובדה שאותו נאשם הורשע במסגרת הליך פלילי מהימן והוגן.⁷⁷ במילים אחרות, לגבי

74 Rawls 1971, לעיל ה"ש 51, בעמ' 85-86 מתייחס למשפט פלילי כמקרה פרטי של מה שהוא מכנה "צדק פרוצדורלי א-מושלם". מושג צדק זה מתאפיין בכך שיש קריטריון עצמאי לתוצאה הנכונה, אך אין פרוצדורה שתבטיח הגעה לאותה תוצאה (במקרה של משפט פלילי אין פרוצדורה שתבטיח הרשעת נאשם אם ורק אם הוא ביצע את העברה).

75 כדברי הרמב"ם, בספר המצוות חלק לא תעשה, מצווה ר"צ (הוצאת מוסד הרב קוק, התש"ן): "יותר טוב ויותר רצוי לפטור אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים"; וראו בדומה 4 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND, ch. 27, 359 (1765) ("[T]he law holds that it is better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer."). ראו עוד בהקשר זה אורן גול "הסדרי טיעון ובעיית החף" משפטים לה 1, 33-34 (2005).

76 מבחינה אפיסטמית יש כמובן פרוצדורות טובות יותר מהפרוצדורה הפלילית, והשיקולים שביסוד הפרוצדורה הפלילית אינם רק שיקולים אפיסטמיים (אלא גם, למשל, שיקולים של הוגנות או יעילות). בכל זאת, תכלית מרכזית של הפרוצדורה הפלילית היא לוודא כי נאשמים יורשעו רק אם בית המשפט מאמין באופן מוצדק שהם אשמים. לדיון בפער בין האמת האקטואלית לבין מה שנמצא כעובדה על ידי שופטים או מושבעים (legal fact-finders) ראו Robert S. Summers, *Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding – Their Justified Divergence in Some Particular Cases*, 18 LAW & PHIL. 497 (1999)

77 אפשר לטעון כי במקרה שבו הנאשם לא ביצע את העברה אין הצדקה מוסרית להרשעתו, גם אם ההליך היה לגמרי הוגן והראיות הוליוו באופן חד-משמעי למסקנה שהוא אשם. ייתכן

משפט פלילי קונקרטי הפרוצדורה היא זו שמצדיקה את התוצאה המשפטית ולא להפך.⁷⁸ הטענה שהתוצאה הכללית של צמצום השכיחות היחסית של הרשעות שווה מצדיקה כללים פרוצדורליים הנוגעים להוכחת האשמה בפלילים מתיישבת עם תורות מוסר תוצאתניות, אולם נראה כי נורמות דיוניות וראייתיות מסוימות במשפט הפלילי (למשל: הסטנדרט של הוכחה מעל לכל ספק סביר) מתיישבות יותר עם תורות מוסר דאונטולוגיות.⁷⁹ אם זה נכון, אזי ההחלה של נורמות פרוצדורליות אלו בהליך פלילי קונקרטי אינה יכולה להיות מוצדקת על ידי התוצאה של צמצום השכיחות היחסית של הרשעות שווה.

המאפיין את המקרים שבהם יש קדימות הצדקתית לפרוצדורה על פני המהות הוא שבמקרים אלה אין 'תוצאה משפטית נכונה' (שאינה תלויה בפרוצדורה)⁸⁰ או שהתוצאה הנכונה אינה ידועה לנו (או אולי אפילו אינה ניתנת לידיעה) באופן בלתי-תלוי בפרוצדורה.⁸¹ כך, למשל, מקרים טיפוסיים של קדימות הצדקתית של הפרוצדורה הם הליך הבחירות לכנסת או הליך קבלת ההחלטה להתקין מעלית בבית משותף.⁸² במקרים אלה ההנחה היא שאין fact of the matter לגבי עמדת המשפט ביחס לשאלה איזו מפלגה צריכה לזכות בבחירות או אם ראוי להתקין מעלית או לא. במילים אחרות, התוצאה המשפטית אינה מוצדקת במקרים אלה באופן עצמאי: היא מוצדקת מכוח העובדה שהיא התקבלה על ידי פרוצדורה ראויה של קבלת ההחלטות לגבי העניין הנדון.⁸³

גם אם נניח שיש אמת נורמטיבית (שאינה תלויה בהעדפות של הבוחרים) בשאלה מי ראוי שיזכה בבחירות, ייתכן שעדיין יש קושי אפיסטמי לדעת אותה. היו שניסו לטעון כי הליך של בחירות דמוקרטיות, שמתבצעת בו אגרזציה של ידע ושיפוט מוסרי של אנשים רבים,

- שיש מובן אובייקטיבי מסוג זה של 'הצדקה מוסרית' של פעולה, אבל אנו מאמצים כאן מובן אחר של הצדקה, הרגיש למידע העובדתי שאפשר היה להשיג באופן סביר. לדיון בשאלה אם חובות מוסריות הן אובייקטיביות או סובייקטיביות ראו Zimmerman, לעיל ה"ש 56.
- 78 אפשר להתנגד לקביעה זו בטענה שאם התוצאה של העגשת נאשם קונקרטי הייתה מוצדקת מכוח העובדה שהוא הורשע במסגרת הליך פלילי ראוי, לא היה מקום לקיים משפט חוזר בנסיבות שבהן התגלו ראיות חדשות שיש בהן כדי לזכותו. תשובתנו לטענה זו היא שגם במקרה של משפט חוזר הצדקת התוצאה הקונקרטית היא על ידי הפרוצדורה, אלא שהפרוצדורה הראויה צריכה לאפשר דיון בראיות חדשות שיש בהן כדי לזכות, גם אם הן התגלו לאחר המשפט.
- 79 ראו דיון בעניין זה בתת-פרק ג(3) להלן. לדוגמאות נגדיות נוספות לתזה שלפיה הצדקה של כללי ראיות נעוצה בכך שהם נוטים להוליך לתוצאות רצויות, ראו תת-פרק ג(2) להלן.
- 80 במקרה זה הקריטריון לאמתות הטענה (ולא רק להצדקתה) הוא קריטריון פרוצדורלי, כלומר: לפרוצדורה יש קדימות מטאפיזית על פני התוצאה.
- 81 לעומת זאת, במקרים שבהם יש קדימות הצדקתית לתוצאה יש תוצאה משפטית מוצדקת באופן בלתי-תלוי בפרוצדורה.
- 82 ראו סעיף 159 לחוק המקרקעין, הדורש הסכמה של בעלי הדירות שברשותם שני שלישים מהדירות.
- 83 ייתכנו מקרים שבהם יש 'תוצאה מוסרית נכונה' (ובלתי-תלויה בפרוצדורה) לשאלות אלה, אבל המשפט (ונראה כי גם המשפט הראוי) אינו מעניק לה משמעות משפטית. במילים אחרות, מבחינה משפטית (אך לא דווקא מבחינה מוסרית) יש לפרוצדורה קדימות מטאפיזית (ולא רק קדימות הצדקתית) במובן זה שהליך הבחירות הוא מה שהופך תוצאה מסוימת לנכונה (או תקפה) מבחינה משפטית.

הוא הפרוצדורה שמתחקה באופן טוב ביותר אחר האמת הנורמטיבית, כלומר: שהפרוצדורה הדמוקרטית היא הדרך הטובה ביותר להגיע להחלטות נכונות. טענה זו הייתה משכנעת אילו התקיימו התנאים לתקפות של תאורמת המושבעים של קונדורסה,⁸⁴ שלפיה אם ההסתברות של כל אחד מהמצביעים להחליט נכון גדולה מחצי, אזי ההסתברות להחלטת רוב נכונה גדלה ככל שגדל מספר המצביעים. אבל מאחר שקשה להניח כי תנאים אלה מתקיימים,⁸⁵ לא ברור מהו הבסיס לטענה שהפרוצדורה הדמוקרטית מוצדקת בגלל שהיא מתחקה באופן טוב ביותר אחרי האמת הנורמטיבית.⁸⁶

אפשר להתנגד לכך שבדוגמאות האלה יש קדימות הצדקתית של הפרוצדורה על פני התוצאה המהותית ולטעון כי פעולה בהתאם לרצון הרוב (רוב המצביעים במקרה הבחירות או הרוב הנדרש של הדיירים במקרה המעלית) היא התוצאה שמצדיקה את הפרוצדורה. אבל, ראשית, מובן כזה של תוצאה משאיר איזושהי דרגת חופש לגבי התוכן הסובסטנטיבי של הכלל המשפטי. התלות ברצון מעניקה היבט פורמלי לכלל והופכת אותו למעין נוסחה פתוחה שצריכה להתמלא בכל מקרה ומקרה, בהתאם לתוכן הרצונות הרלוונטיים. שנית, מבחינה אפיסטמית נראה כי כיוון ההצדקה הוא מהפרוצדורה למהות, כלומר: ההאמנה שהתוצאה שהתקבלה היא התוצאה הנכונה (בהיותה משקפת את העדפות הרוב) מוצדקת אפיסטמית על ידי הליך הבחירות. הפרוצדורה נהנית מקדימות הצדקתית (מבחינה אפיסטמית) שכן אי-אפשר לדעת את התוצאה המשפטית הנכונה בלי לקיים את אותה פרוצדורה (בחירות לכנסת; הצבעה באסיפת הדיירים) או פרוצדורה אחרת דומה.

התנגדות נוספת עשויה להיות שבמקרים אלה מה שמצדיק את הפרוצדורה הוא נטייתה להוליך לתוצאה יעילה (במובן של מקסום רווחה או מקסום העדפה מצרפית) או צודקת

84 הפרוצדורה של החלטת רוב על ידי n מושבעים, המחליטים באופן בלתי-תלוי, תוליך אל התוצאה הנכונה בהסתברות שגדלה מונוטונית עם n (ושואפת לאחד כאשר n שואף לאינסוף) אם יש הסתברות גבוהה מחצי שכל אחד מהמושבעים יגיע לתוצאה הנכונה.

85 למשל: שלילת זכות הבחירה מאנשים הנוטים לבצע שיפטים מוסריים שגויים או להתעלם משיקולים מוסריים (למשל עבריינים) עשויה להתחקות טוב יותר אחר האמת המוסרית. לדיון ביקורתי בטיעון האגרזיה המבוסס על משפט המושבעים של קונדורסה, וכן בטיעונים נוספים לטובת התזה שהליך של קבלת החלטות מוליך לתוצאות טובות יותר ככל שגדל מספר האנשים המשתתפים בו ראו, למשל (ADRIAN VERMEULE, LAW AND THE LIMITS OF REASON (2008). ראו עוד בהקשר זה JASON BRENNAN, THE ETHICS OF VOTING (2011).

86 אך ראו DAVID M. ESTLUND, DEMOCRATIC AUTHORITY: A PHILOSOPHICAL FRAMEWORK (2008) להצדקה אפיסטמית של הדמוקרטיה שאינה תלויה במשפט קונדורסה. לפי התאוריה של אסטלנד, הפרוצדורה הדמוקרטית מוצדקת אפיסטמית הואיל והיא מגדילה את הסיכוי לקבלת החלטות טובות. אולם, טיב ההחלטות על פי אסטלנד אינו נבחן במונחים של קרבה לאמת הנורמטיבית אלא במונחים של עמידה בדרישה של 'ניתנות לקבלה' ("qualified acceptability requirement"). כלומר: שאפשר להצדיק אותן באופן שיתקבל על ידי כל הגישות שהן סבירות ("qualified" (שם, בעמ' 41)). הטיעון של אסטלנד לטובת פרוצדורליזם אפיסטמי אינו מבוסס אפוא על כך שהדמוקרטיה היא הפרוצדורה המדויקת ביותר לקבלת ההחלטות (בעלת ההסתברות הגבוהה ביותר להגיע לאמת הנורמטיבית) אלא היא הפרוצדורה הטובה ביותר מבחינה אפיסטמית מתוך האופציות שבאופן כללי אפשר לקבל.

מבחינה חלוקתית. אפשר כמובן להטיל ספק בכך שבחירות דמוקרטיות מוליכות לתוצאה יעילה או צודקת מבחינה חלוקתית, או לכך שבזאת נעוצה ההצדקה המוסרית לעריכתן, אבל אם זה נכון, אכן יש קדימות הצדקתית לתוצאה.

מקרים שבהם יש קדימות הצדקתית 'טהורה' לפרוצדורה מתאפיינים בכך שיש טעמים נורמטיביים עצמאיים (שאינם תלויים בתוצאה) לבחירה בפרוצדורה אחת ולא באחרת.⁸⁷ למשל, נראה כי טעם מרכזי שמצדיק את הפרוצדורה של בחירות דמוקרטיות הוא טעם של הוגנות. אם נכון שהעיקרון של "one person one vote" מבטא את הרעיון של הוגנות פרוצדורלית (ואינו, למשל, אמצעי להתקרב לתוצאה יעילה או צודקת מבחינה חלוקתית), אזי התוצאה המתקבלת באמצעות החלטת רוב מוצדקת מכוח העובדה שהיא תוצר של פרוצדורה הוגנת.⁸⁸

3. קדימות לוגית

אנו נכנה 'קדימות לוגית של הפרוצדורה' מקרים שבהם ההכרעה השיפוטית בשאלה פרוצדורלית נדרשת כעניין לוגי (או מושגי) לצורך הכרעה בשאלה המהותית. לדוגמה, אם יש מחלוקת לגבי מידת ההוכחה של טענה עובדתית מסוימת, לא ניתן להכריע בשאלה המהותית הרלוונטית בלי לקבוע קודם מהי מידת ההוכחה הנדרשת. דוגמה לקדימות מסוג זה היא משפט זוטא שבו נדונה שאלת קבילותה של הודאה. ללא הכרעה במשפט הזוטא לא ניתן להכריע בשאלת ההרשעה (בהנחה שהיא מתבססת, בין היתר, על הודאת הנאשם). דוגמה קשה מעט יותר לסיווג היא הוראת התיישנות דיונית.⁸⁹ אמנם לא ניתן להרשיע נאשם בלי להכריע בשאלת ההתיישנות של העברה, אבל ככלל ההכרעה בשאלת ההתיישנות של היסודות המהותיים (העובדתיים והנפשיים) של העברה אינה תלויה בהכרעה בשאלת ההתיישנות, ולכן ניתן לומר שאם יש קדימות להוראת ההתיישנות היא אינה לוגית אלא נורמטיבית (ראו להלן). מקרים של קדימות לוגית של הפרוצדורה מתאפיינים בכך שהדיון השיפוטי בשאלה הפרוצדורלית קודם בזמן לדיון בשאלה המהותית, שכן ההכרעה בה נדרשת לצורך ההכרעה המהותית. כאשר אין קדימות לוגית סדר הזמנים של ההכרעה איננו חשוב.

87 ראו לעיל, טקסט סמוך לה"ש 58.

88 ראו - RONALD DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE: THE THEORY AND PRACTICE OF EQUALITY 185-190 (2000); דוורקין הבחין בין שתי גישות לגבי דמוקרטיה: "detached conception", שלפיה אנו שופטים את ההוגנות או את האופי הדמוקרטי של ההליך הפוליטי על ידי הסתכלות על ההליך בלבד, כשאנו מתעניינים אך ורק בשאלה אם הוא מוליך לחלוקה שוויונית של כוח פוליטי ולא בתוצאות שהוא מייצר; ו-"dependent conception", שלפיה הצורה הטובה ביותר של דמוקרטיה היא זו שיש לה את הסיכוי הטוב ביותר לחלק באופן שוויוני משאבים חומריים, הזרמנויות וטובין אחרים בעלי ערך (שם, בעמ' 186).

89 כאשר ההתיישנות מהותית, הזכות המהותית עצמה מתאינת עם חלוף תקופת ההתיישנות, ולכן נראה כי לפי ההגדרה שהצענו בפרק הראשון טענת התיישנות מהותית צריכה להיות מסווגת כטענה מהותית שכן היא אינה עוסקת באופן שבו יש להכריע בשאלת הקיום של הזכות או בשאלת האופן שבו יש ליישמה, אלא בקיום או באי-הקיום של הזכות עצמה.

העובדה שלעתים בתי המשפט דנים בטענת התיישנות לאחר הדיון בשאלות המהותיות מצביעה על כך שטענות התיישנות אכן אינן נהנות מקדימות לוגית.⁹⁰

4. קדימות נורמטיבית

המושג 'קדימות נורמטיבית' מתאר מצבים שבהם הכלל הפרוצדורלי אינו נהנה מקדימות לוגית על פני הכלל המהותי, אלא שכעניין נורמטיבי (משפטי או מוסרי) ראוי להכריע בשאלה המהותית בכפוף לאילוצים הפרוצדורליים; ואם יש מחלוקת לגבי הכלל הפרוצדורלי ראוי להכריע בה באופן קודם ובלתי-תלוי בשאלה המהותית. מובן מעט שונה של 'קדימות נורמטיבית של הפרוצדורה' עניינו העליונות של נורמה פרוצדורלית כלשהי במצב של התנגשות בינה לבין נורמה מהותית (או שיקולים שנוגעים לתוצאה המהותית). שאלת העליונות הנורמטיבית של נורמה פרוצדורלית על פני הנורמה המהותית הרלוונטית, והשאלה אם שופט צריך להכריע בשאלה הפרוצדורלית באופן שאינו תלוי וקודם להכרעה בשאלה המהותית, הן שאלות שונות זו מזו; עם זאת, יש ביניהן קשר הדוק: אם יש עליונות נורמטיבית לנורמה הפרוצדורלית אזי ההכרעה בשאלת חלוקתה צריכה להיעשות באופן שהוא קודם ובלתי-תלוי בתשובה המשפטית שתינתן לשאלה המהותית. לפיכך, לפעמים לא נקפיד על ההבחנה בין שתי השאלות.⁹¹

לעתים יש לנורמה הפרוצדורלית קדימות עקרונית על פני הנורמה המהותית, אך אפשר במקרים מסוימים לסטות ממנה בגין שיקולים הנוגעים לדין המהותי. אולם לפעמים השופט מחויב לפעול על פי נורמה פרוצדורלית מסוימת ואינו רשאי לסטות ממנה בגין שיקולים מהותיים כלשהם. במקרה אחרון זה נאמר שלנורמה הפרוצדורלית יש קדימות נורמטיבית לקסיקלית.⁹²

90 השו"ר ע"א 7372/09 Siberia Airlines נ' עזבון גריגוריביץ, דינים עליון 2010 (0049) 0499 (2010).

91 'קדימות הצדקתית' ו'קדימות נורמטיבית' הם מושגים שונים זה מזה. הם נוגעים בשאלות שונות זו מזו – הראשונה עניינה כיוון הצדקה והשנייה עניינה עליונות נורמטיבית. ככלל, מהעובדה ש- x קודם נורמטיבית ל- y לא נובע כי x קודם הצדקתית ל- y . לדוגמה, ייתכן כי החובה של רופא להציל את חייו של חולה אינה מתירה לו לנתח את החולה ללא הסכמתו. אם כך, ניתן לומר שהחובה של הרופא לכבד את האוטונומיה של החולה על גופו קודמת נורמטיבית לחובה שלו להציל חיים. מכאן לא נובע שמה שמצדיק את הנורמה שמחייבת את הרופא להציל את חייהם של חוליו היא הנורמה שמחייבת אותו לכבד את האוטונומיה שלהם. במילים אחרות, למרות שלחובה לכבד את האוטונומיה של החולים יש קדימות נורמטיבית על פני החובה להציל את חייהם, אין לה קדימות הצדקתית ביחס לחובה להציל חיים. אף על פי שקדימות הצדקתית וקדימות נורמטיבית הם, כאמור, מושגים שונים זה מזה, יש ביניהם קשרים מעניינים שנדון בהם להלן.

92 כלומר: ניתן להבין את המושג של קדימות נורמטיבית כיחס שאינו בינארי אלא כעניין של מדרג: הקוטב האחד מייצג היעדר קדימות נורמטיבית – קרי: מצב שבו כל שיקול מהותי מאפשר לסטות מן הנורמה הפרוצדורלית; והקוטב האחר מייצג קדימות נורמטיבית לקסיקלית שאינה מתירה לבית המשפט לסטות מן הנורמה הפרוצדורלית בשום מקרה.

דוגמה לקדימות נורמטיבית של הפרוצדורה היא הכלל שלפיו בית המשפט לא ייתן פסק דין על סמך עילה שונה מזו שנטענה בכתב התביעה, אלא אם כן הסכים לכך הנתבע במפורש או מכללא.⁹³ כך, למשל, גם אם בית המשפט משוכנע לחלוטין על סמך הראיות שהוצגו לפניו כי יש לתובע זכות על יסוד עילה של עשיית עושר שלא במשפט, הוא אינו יכול לפסוק כך אם בכתב התביעה נטענה עילה חוזית.⁹⁴ במקרה זה המשפט מעניק קדימות נורמטיבית לערך הפרוצדורלי של מתן הזדמנות נאותה להתגונן⁹⁵ אפילו אם בית המשפט מאמין באופן מוצדק כי מתן האפשרות להתגונן לא היה משנה את התוצאה המשפטית.⁹⁶ קדימות נורמטיבית של הפרוצדורה מאפיינת, כאמור, את השיטה האדברסרית. מתן הקדימות לפרוצדורה מבטא הכרעה ערכית לגבי התפקיד השיפוטי, השמה את הדגש על ההליך ההוגן והצדק הפרוצדורלי ולא רואה בבית המשפט את המוסד המתאים לחקור בעצמו אחר האמת.

5. קשרים בין קדימות הצדקתית, קדימות לוגית וקדימות נורמטיבית

בין מושגי הקדימות השונים שהצגנו מתקיימים יחסי תלות. ניתן לומר שקדימות לוגית היא מקרה פרטי של קדימות נורמטיבית שבו הנורמה המחייבת את בית המשפט להכריע בשאלה הפרוצדורלית לפני ההכרעה בשאלה המהותית היא כלל לוגי.⁹⁷ במקרה זה לא מתעוררת השאלה אם ראוי להכריע בשאלה הפרוצדורלית לפני ההכרעה בשאלה המהותית, שכן ההכרעה בשאלה הפרוצדורלית נדרשת, כעניין לוגי, לצורך ההכרעה בשאלה המהותית. אולם השאלה בדבר העליונות הנורמטיבית של הפרוצדורה על פני המהות – שאף אותה הכנסנו תחת הכותרת 'קדימות נורמטיבית' – עשויה להתעורר גם לגבי נורמה פרוצדורלית שיש לה קדימות לוגית. נניח, למשל, שבית המשפט נדרש להכריע בשאלת קבילותה של ראייה.

- 93 הכלל האמור איננו מתייחס לבסיס המשפטי של התביעה אלא למסגרת העובדתית שלה. ראו לויך-שנור, *הפרוצדורה*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 128-130.
- 94 ראו, למשל, ע"א 423/88 שרבני נ' סולומנוב, פ"ד מה(2) 406 (1991); ע"א 6799/02 יולורי נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד נח(2) 145 (2003).
- 95 לפי תקנה 92 לתקנות סדר הדין האזרחי בית המשפט רשאי להתיר תיקון של כתב התביעה, אולם ההנחה היא שתיקון כזה אינו פוגע ביכולתו של הנתבע להתגונן.
- 96 ניתן להתנגד לקביעה זו ולטעון כי במצב כזה בית המשפט אף פעם אינו יכול להאמין באופן מוצדק שקמה לתובע זכות בעשיית עושר, שכן הנתבע לא התגונן מפני טענה זו; כלומר: הטעם שביסוד הקדימות הנורמטיבית של הכלל נגד הרחבת חזית אסורה אינו טעם של הוגנות דיונית אלא טעם אפיסטמי של צמצום האפשרות לטעות. אנו איננו סבורים כך. במקרים מסוימים הדבר כמובן נכון, אבל לא קשה להעלות על הדעת מקרים שבהם בית המשפט יכול להאמין באופן מוצדק (הרבה מעבר למידת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי ואפילו בדרגה של ידיעה) כי התקיימה עילה שלא נטענה בכתב התביעה. לכן הטעם שבבסיס הקדימות הנורמטיבית הלקסיקלית אינו רק אפיסטמי. חיזוק לכך אפשר למצוא בעובדה שמספיקה הסכמה מכללא של הנתבע שאינה מבטלת לגמרי את הטעם האפיסטמי והחשש מפני טעות. טענה אחרת, משכנעת יותר, היא שמתן קדימות לקסיקלית לכלל הפרוצדורלי נגד הרחבת חזית מהווה 'כלל אצבע' שנועד לצמצם את סך הטעויות השיפוטיות אך לא את האפשרות לטעות בכל מקרה קונקרטי.
- 97 זאת בהנחה שאפשר לראות בלוגיקה מערכת נורמטיבית; אם כי יש להדגיש כי זו 'נורמטיביות' מסוג שונה מהנורמטיביות המוסרית, שכן יש הכרח לוגי להכריע קודם כל בשאלה הפרוצדורלית.

כאמור, לכללי קבילות יש קדימות לוגית, שכן ההכרעה בשאלת הקבילות עשויה להידרש לצורך ההכרעה בשאלה המהותית בדבר התקיימות יסודות העברה. יחד עם זאת, עדיין יכולה להתעורר השאלה אם לשיקולים הפרוצדורליים שביסוד כלל הקבילות יש עליונות נורמטיבית על פני השיקולים של הדין המהותי (למשל, כאשר הראיה ששאלת קבילותה עומדת על הפרק אינה פגומה מבחינת כוחה הראייתי). במילים אחרות: קדימות לוגית אינה גוררת קדימות נורמטיבית במובן השני שהענקנו למונח זה, קרי: עליונות נורמטיבית. נראה שקדימות הצדקתית 'טהורה' של הפרוצדורה גוררת קדימות נורמטיבית. אם ההצדקה האולטימטיבית של התוצאה המשפטית המהותית נעוצה בכך שאותה תוצאה היא תוצר של פרוצדורה מסוימת, אזי ההכרעה בשאלת תוקפן או חלותן של הנורמות הפרוצדורליות הרלוונטיות צריכה להיעשות באופן שהוא קודם ובלתי-תלוי בהכרעה בשאלה המהותית. הכיוון ההפוך ברור פחות: השאלה אם קדימות נורמטיבית של הפרוצדורה גוררת קדימות הצדקתית טהורה שלה תלויה בשאלה מה התוצאה שביחס אליה נבחנת שאלת הקדימות. נראה כי במקרים שבהם יש לכלל הפרוצדורלי קדימות נורמטיבית מטעמים 'חיצוניים' כגון יעילות המערכת השיפוטית, קשה לומר שהתוצאה המהותית הקונקרטית, במישור יחסי הצדדים, מוצדקת רק על ידי הכלל הפרוצדורלי. לדוגמה, נניח כי בית המשפט מגביל את זמן חקירת העדים וכי מטעמים של יעילות המערכת יש קדימות נורמטיבית למגבלה הזו. בהנחה שהתוצאה המשפטית שאליה הגיע בית המשפט היא מוצדקת גם במישור של יחסי הצדדים להליך, אזי נראה כי היא מוצדקת למרות המגבלה הפרוצדורלית ולא בגללה. לפיכך, ביחס לתוצאה הקונקרטית אין למגבלה הפרוצדורלית קדימות הצדקתית טהורה. ניתן לטעון כי דוגמה למצב שבו יש קדימות נורמטיבית לנורמה הפרוצדורלית בלי שתהיה לה קדימות הצדקתית טהורה היא כלל פסילה של ראיות שהושגו תוך הפרת הזכות החוקתית של החשוד לפרטיות. בהנחה שהטעם היחיד שמצדיק את הקדימות הנורמטיבית של הנורמה הפרוצדורלית⁹⁸ (במקרה זה – כלל הפסילה הראייתי) הוא טעם 'חיצוני' שעניינו הכוונת ההתנהגות של המשטרה ורשויות האכיפה (במקרים עתידיים), אין לומר שכלל הפסילה נהנה מקדימות הצדקתית טהורה ביחס לתוצאה החברתית הכוללת. הסיבה לכך היא שקדימות הצדקתית טהורה של הפרוצדורה (ביחס לתוצאה הכוללת) מחייבת, כאמור, שהטעם שביסוד הנורמה הפרוצדורלית יהיה טעם דאונטולוגי, ובמקרה זה ההנחה היא שהטעם היחיד המצדיק את כלל הפסילה הוא טעם תוצאתני (הכוונת התנהגות המשטרה בעתיד). מה לגבי התוצאה הקונקרטית במישור היחסים שבין הצדדים להליך? תחת ההנחה שהטעם היחיד לכלל הפסילה הוא הכוונה של התנהגות המשטרה בעתיד, הרשעת הנאשם על בסיס ראיה שהושגה תוך פגיעה בזכויותיו (אך אינה פגומה מבחינת כוחה הראייתי) אינה בלתי-מוצדקת כשלעצמה. זאת, מכיוון שהוכח כי הנאשם ביצע את העברה ואין הכרח לפצותו על הפגיעה בזכויותיו (למשל בזכותו לפרטיות) דווקא באמצעות זיכויו מן

98 ההנחה שזהו הטעם היחיד שמצדיק את כלל הפסילה הראייתי היא לצורך הדיון בלבד. ייתכן כמובן שיש שיקולים נוספים, ובכלל זה שיקולים דאונטולוגיים, המצדיקים את הכלל. ראו דיון באפשרות זו בתת-פרק ג(2) להלן.

העברה שביצע.⁹⁹ אם במישור היחסים שבין הצדדים התוצאה הקונקרטית (המזכה) היא כשלעצמה בלתי-מוצדקת, נראה כי אין לומר עליה שהיא מוצדקת רק מכוח היותה תוצר של פרוצדורה מסוימת. בניגוד לדוגמה של הטלת המטבע, במקרה זה ההצדקה האולטימטיבית של התוצאה הקונקרטית אינה נעוצה בהיותה תוצר של פרוצדורה מסוימת (הוגנת) אלא בתוצאה הכוללת הרצויה שהחלת כלל הפסילה מוליכה אליה – צמצום הפגיעה בזכויות, גם אם במחיר של זיכוי נאשמים שביצעו עברות. אם כן, מסקנתנו היא שקדימות הצדקתית טהורה של הפרוצדורה גוררת בהכרח קדימות נורמטיבית שלה, אבל לא להפך: קדימות נורמטיבית אינה גוררת בהכרח קדימות הצדקתית טהורה.

6. קדימות נורמטיבית לוקלית וקדימות נורמטיבית גלובלית

מושג הקדימות הנורמטיבית שהצגנו התייחס לקדימות של נורמה פרוצדורלית כלשהי על פני הנורמה המהותית הרלוונטית (שהפרוצדורה אמורה להכריע בשאלת תוקפה או חלותה). שאלה זו נבחנת מנקודת מבטו של שופט שצריך ליישם את הדין ולהכריע במקרה קונקרטי. אנו נכנה קדימות נורמטיבית מסוג זה 'קדימות נורמטיבית לוקלית'. אפשר לחשוב על מובן שונה של קדימות, שבו שאלת היחס בין פרוצדורה למהות נבחנת ביחס למערכת הנורמות בכללותה. במקרה זה השאלה נשאלת מנקודת מבטו של המחוקק (או של השופט כיוצר דין) שעליו להכריע אם נורמה פרוצדורלית מסוימת תינה מקדימות על פני הדין המהותי בכללותו או על פני תת-קבוצה גדולה שלו (כגון המשפט האזרחי או הפלילי). במקרה כזה נאמר שלנורמה הפרוצדורלית יש קדימות נורמטיבית 'גלובלית'. כאשר אין קדימות גלובלית לפרוצדורה ויש קורלציה חזקה בינה לבין והמהות (למשל: במצב שבו לכל עברה יש כללי נטל הוכחה משלה), אפשר לראות בכך ביטוי להיעדר עליונות של הפרוצדורה על פני המהות ולתלות בין השניים.¹⁰⁰

מקרים של קדימות גלובלית מתאפיינים אפוא בכך שהעליונות של הנורמה הפרוצדורלית אינה תלויה בתוכן של הנורמה המהותית הספציפית. במקרה שאין חריגים לעליונות הנורמטיבית של הכלל הפרוצדורלי אפשר לומר שהפרוצדורה נהנית מקדימות גלובלית לקסיקלית, כלומר: אין לאזן בינה לבין שיקולים אחרים או תכליות אחרות של הדין המהותי. לעומת זאת, במקרה שיש לנורמה הפרוצדורלית עליונות עקרונית על פני הדין המהותי, אבל יש שיקולים מהותיים שמאפשרים בכל זאת לסטות ממנה במקרים מסוימים, נאמר שלנורמה הפרוצדורלית יש קדימות גלובלית שאינה לקסיקלית. ניתן אפוא לראות בקדימות הגלובלית עניין של מדרג, כשבקוטב האחד (קדימות גלובלית לקסיקלית) הנורמה הפרוצדורלית חלה ביחס לדין המהותי כולו, או ביחס לתת-קבוצה גדולה שלו (כגון המשפט האזרחי), ובקוטב האחר (היעדר קדימות גלובלית) הנורמה הפרוצדורלית חלה רק בהקשר משפטי ספציפי.

99 אפשר לבחון אם עמדה כזו משכנעת מבחינה אינטואיטיבית באמצעות השאלה הזו: האם בהנחה שהמשטרה לעולם לא תפר יותר זכויות של חשודים, עדיין מוצדק לזכות את הנאשם שאשמתו הוכחה?

100 לדוגמה, הדרישה להליך הוגן אינה קשורה מושגית לחומרת העברה. אם מידת ההוגנות הנדרשת מן ההליך תלויה בחומרת העברה אזי יש בכך ביטוי לחוסר קדימות לקסיקלית של הדרישה להליך הוגן ואיוונה כנגד שיקולים אחרים, חיצוניים ובלתי-תלויים בשאלת ההוגנות.

המגמה של נסיגה מהגישה ה'דיכוטומית-לקסיקלית' שתיארנו בהקדמה מתבטאת, בין היתר, בהפחתה של מספר הנורמות הפרוצדורליות שנהגות מקדימות גלובלית לקסיקלית ובהגדלת התלות בין הפרוצדורה לדין המהותי.

בהקשר של דיון אזרחי, מתן קדימות גלובלית לפרוצדורה מאפיין גישה מסורתית, שלפיה כללי סדר הדין האזרחי אינם תלויים בדין המהותי וחלים באופן אחיד על ענפי משפט אזרחי כגון דיני החוזים, הנזיקין והקניין (גישה זו מכונה לעתים גישה 'טרנס-סובסטנטיבית').¹⁰¹ כאמור, אפשר לזהות מגמה של נסיגה מגישה זו, המתבטאת בתלות גוברת של כללים פרוצדורליים במהות.¹⁰²

ככלל יש במשפט האזרחי קדימות גלובלית למידת ההוכחה, שהיא מאזן הסתברויות. עם זאת, אפשר להצביע על חריגות מהכלל המקנה למידת ההוכחה הזו קדימות גלובלית ואי-תלות בתוכן הספציפי של הדין; כלומר: הקדימות הגלובלית של מידת ההוכחה של מאזן ההסתברויות איננה לקסיקלית. דוגמאות לכך הן: החריגים לכלל של מאזן ההסתברויות בדיני הנזיקין, המאפשרים מתן פיצוי לפי הסתברות במקרים מסוימים של "עמימות סיבתית";¹⁰³ מידת ההוכחה של טענת "לא נעשה דבר";¹⁰⁴ כללי היפוך הנטל בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה¹⁰⁵ ועוד.¹⁰⁶ דוגמאות נוספות מתחום הדין האזרחי לנורמות פרוצדורליות שאינן

- 101 ראו לעיל, ה"ש 6; Carrington, לעיל ה"ש 28, בעמ' 302-305.
- 102 לנסיגה מהגישה הטרנס-סובסטנטיבית ראו לעיל, ה"ש 21. Marcus, שם, מצביע על כך שמגמה זו נתפסת כלגיטימית רק כשהיא מאומצת בחקיקה על ידי המוסדות הפוליטיים, ואילו בתי המשפט מחויבים עדיין לגישה הטרנס-סובסטנטיבית בפועלם כיוצרי דין. אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" משפט ועסקים ז 75 (2007), מצביעים על חסרונות במישור הפרוצדורלי של החריגה מהגישה הטרנס-סובסטנטיבית כגון התנהגות אסטרטגית ו"process shopping", כמו גם סרבול של ההליך המשפטי ופגיעה בנגישותו עקב חוסר בהירות ומחלוקות לגבי סיווג ההליך. הם טוענים כי חסרונות אלה צריכים להישקל נגד היתרון שיש לחריגה מגישת הטרנס-סובסטנטיביות במקרים שבהם בחינת ההשפעות של הכלל הדיוני *ex-ante* (לפני הפעלתו על ידי בית המשפט) מצדיקה לנסחו באופן התלוי במהות.
- 103 בדנ"א 4693/05 בית חולים כרמל חיפה נ' מלול, דינים עליון 2010 (0137) 0186 (2010), נפסק ברוב דעות כי, ככלל, אין להכיר בחריג האחריות היחסית במקרים של סיבתיות עמומה, אך ייתכנו חריגים לכלל זה בנסיבות שבהן הפתרון הרגיל אינו נותן מענה הולם. השופטים נחלקו לגבי הנסיבות שבהן יחול החריג.
- 104 ראו ע"א 36/99 יפה נ' עיזבון גלזר, פ"ד (3) 272, 287 (2001). באותו עניין נקבע כי מידת ההוכחה הנדרשת לצורך ביסוס טענת "לא נעשה דבר" – במובן של כמות הראיות ומשקלן – כבדה מזו הנדרשת במשפטים אזרחיים העוסקים בעניינים אחרים ("הדבר נובע מטיבו ומרצינותו של העניין, שכן טענת 'לא נעשה דבר' מבקשת לקעקע את יסודות קיומו של החוזה אף שהנתבע הטוען לה חתם עליו").
- 105 חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, סעיף 9.
- 106 למשל, ה"פ (מחוזי י-ם) 186/96 בנייני מידות בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"מ תשנ"ז (2) 418, 440 (1998) (השופטת פרוקצ'יה) ("נכון הוא כי נטל ההוכחה רובץ על בעל הקרקע לבסס את זכותו להחזרת המקרקעין אליו בהתקיים התנאים לכך. נטל זה ייחתך על פי מאזן ההסתברויות הנוהג במשפט האזרחי. עם זאת, סביר להניח כי לעובדה שהזכות הנתבעת היא זכות יסוד חוקתית תהיה השלכה מתאימה על כמות הראיות שתידרש לצורך ביסוסה של הזכות").

נהנות מקדימות גלובלית הן, למשל, כללים הנוגעים לחלוקת הסמכויות בין בתי המשפט, התלויים לעתים בעילת התביעה; ההגבלה על השימוש בתובענות ייצוגיות לעילות תביעה מסוימות; וסדרי דין מיוחדים החלים לגבי עניינים מסוימים כגון אימוץ ילדים.¹⁰⁷

חריגה מהקדימות הגלובלית בהקשר של מידת ההוכחה מאפיינת את תחום המשפט הציבורי. כך, למשל, נפסק כי מידת ההוכחה המוטלת על העותר עשויה להשתנות בכפוף לסוג העניין ולטיב ההחלטה המנהלית או לטיב ההליך שאת חוקיותו הוא מבקש לתקן. זאת, בין השאר, בהתאם לאופי ולסוג הפסול הנטען ולמידת פגיעתו בשלטון החוק.¹⁰⁸ בדומה לכך, גם הנורמה שלפיה נטל הבאת הראיות מוטל על העותר אינה בעלת קדימות לקסיקלית: נפסק כי במקרים מסוימים בית המשפט רשאי לסטות מכלל זה ולדרוש מהרשות להביא ראיות נוספות, בשל אופיו הציבורי של ההליך המנהלי ובשל הצורך להגן על שלטון החוק.¹⁰⁹

בהקשר של דיון פלילי, נורמה פרוצדורלית הנהנית לכאורה מקדימות גלובלית לקסיקלית היא הכלל שלפיו מידת ההוכחה הנדרשת להרשעה בפלילים היא הוכחה מעל לכל ספק סביר.¹¹⁰ מנגד, נורמות פרוצדורליות שאינן נהנות מקדימות גלובלית אלא תלויות בדיון הפלילי המהותי הן, למשל, הוראות התיישנות שתוכנן (קרי: תקופת ההתיישנות) משתנה בהתאם לחומרת העברה¹¹¹ והוראות לגבי שפיטת נאשם שלא בפניו, התלויות אף הן בחומרת העברה.¹¹² כמו כן, התחולה של הגנות פרוצדורליות כגון הגנה מן הצדק תלויה, בין היתר, בחומרת העברה המיוחסת לנאשם.¹¹³

חריגה מהרעיון של קדימות גלובלית של הפרוצדורה אפשר למצוא גם בהקשרים חוץ-שיפוטיים. לדוגמה, בעוד שבעבר הגישה השלטת הייתה שלבעלי הדיירות בבית משותף יש זכות וטו לגבי רוב ההחלטות המשותפות, המצב כיום הוא שאין הסדר אחיד אלא הסדרי רוב

- 107 ראו תקנות סדר הדין האזרחי, פרק כ"ב. לדוגמאות נוספות במשפט הישראלי ראו שלמה לויך פרוצדורה אזרחית: סדרי דין מיוחדים בבתי המשפט 147-154 (2003); לדוגמאות מן המשפט האמריקני ראו Marcus, לעיל ה"ש 21, בעמ' 428-429.
- 108 בג"ץ 8150/98 תאטרון ירושלים לאמנויות הבמה נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד (נר) 433, 445-446 (2000); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241, 268, 269 (1999). ראו עוד בעניין זה חילוקי הדעות ברע"א 1908/94 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).
- 109 עניין צמח, לעיל ה"ש 108; ראו בהקשר זה מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 402 (2008).
- 110 ראו הסתייגות מסוימת מקביעה זו בתת-פרק ג(3) להלן.
- 111 סעיף 9 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. במקרה של הוראת התיישנות לא ניתן לומר שלנורמה הפרוצדורלית יש קדימות לקסיקלית גלובלית, שכן היא מבטאת איזון בין השיקולים הפרוצדורליים שביסוד ההתיישנות לבין שיקולים של דין מהותי כגון חומרת העבירה.
- 112 סעיף 128 לחוק סדר הדין הפלילי.
- 113 ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005); זאב סגל ואבי זמיר "הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי – סדר חדש של הגינות משפטית" ספר דיני וינר 231, 239-240 (דרור ארדי-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009). כן ראו Criminal Justice Act, 2003, c. 44 § 75 (U.K.), המגביל את האפשרות של משפט חוזר (retrial) ביזמת התביעה לעברות חמורות בלבד.

שונים זה מזה בהתאם לאופי ההחלטה שבה מדובר.¹¹⁴ חריגה זו מהרעיון של מתן קדימות גלובלית לכלל הפרוצדורלי המחייב את הסכמת כל בעלי הדירות מוסכרת על ידי הפחתת המשקל של שיקולים דאונטולוגיים של אוטונומיה לטובת עליית משקלם של שיקולים תוצאתיים של יעילות,¹¹⁵ הן ברמת הבית המשותף והן ברמה כלל-חברתית (למשל שיקולים תוצאתיים הנוגעים להגדלת צפיפות הבנייה או להגנת בתים מפני רעידות אדמה).¹¹⁶ שינוי מגמה זה מדגים את הקשר בין קדימות גלובלית של הפרוצדורה לבין שיקולים דאונטולוגיים כגון הוגנות או אוטונומיה.¹¹⁷ קדימות גלובלית של נורמה פרוצדורלית מתיישבת באופן טבעי עם קיומה של מגבלה דאונטולוגית שאוסרת לאזן בין השיקולים הפרוצדורליים לשיקולים הנוגעים לתוצאה. מנגד, לפי תורות מוסר תוצאתניות, הסטטוס המוסרי של פעולות נקבע אך ורק על פי טיב תוצאותיהן ולכן סטייה מנורמות פרוצדורליות נדרשת כשהתוצאות של הפעלתן אינן טובות. הואיל והתוצאות של פרוצדורה מסוימת תלויות בהקשר שבו היא מיושמת, תורת מוסר תוצאתנית מתיישבת באופן טבעי עם תלות של נורמות פרוצדורליות בהקשר המשפטי, כלומר: עם היעדר קדימות גלובלית.

ג. שימוש במושגי הקדימות בדיון בשאלות נורמטיביות במשפט

אנליזה מושגית כשלעצמה אינה יכולה לייצר מסקנות נורמטיביות, שכן הללו אינן ניתנות לגזירה אלא מהנחות שחלקן (לפחות) הן טענות נורמטיביות. אף על פי כן, ניתוח מושגי עשוי לסייע בהבהרת השאלות הנורמטיביות העומדות לדיון. הדיון התאורטי שערכנו בפרק השני עשוי אפוא לסייע בהערכת ההתפתחויות במעמדה של הפרוצדורה במשפט ולדיון הנורמטיבי בשאלות משפטיות הנוגעות ליחס שבין פרוצדורה למהות. בפרק זה נדון בקצרה ברלוונטיות של הקלסיפיקציה ושל מושגי הקדימות שהצגנו לגבי כמה שאלות נורמטיביות קונקרטיות. מטרתנו לא תהיה להכריע בשאלות אלה אלא רק להדגים כיצד התשתית המושגית שהנחנו עשויה לסייע בדיון בהן ובהבהרת הסוגיות שבמחלוקת.

1. ההבחנה המשפטית בין פרוצדורה למהות

לדעתנו, הקריטריון של כיוון ההצדקה, העומד ביסוד המושג של קדימות הצדקתית, רלוונטי לצורך הסיווג המשפטי של הוראת דין כפרוצדורלית או מהותית (להבדיל מסיווגה התאורטי בהתאם להגדרה שהצענו בפרק הראשון). אפשר לשאול מדוע כיוון ההצדקה רלוונטי

114 ראו יהושע ויסמן "שישים שנות דיני קניין" משפט ועסקים י 305 (2009).
 115 ייתכן שאפשר להצדיק את השינוי משיקולים שאינם שיקולי יעילות, למשל בעזרת תפיסת האחריות החברתית של קניין; ראו חנוך דגן קניין על פרשת דרכים (2005).
 116 ראו, למשל, סעיף 71 לחוק המקרקעין, שהוסף בחוק המקרקעין (תיקון מס' 18), התשנ"ה-1995, ס"ח 188, כפי שפורש ברע"א 11017/08 פל נ' ליבוביץ, דינים עליון 2010 (0134) 0352 (2010).
 כן ראו דברי ההסבר להצעת חוק המקרקעין (תיקון מס' 19) (שינוי הרוב הדרוש לשינויים ברכוש המשותף), התשנ"ה-1994, ה"ח 114. ראו גם סעיפים 4 ו-5 לחוק המקרקעין (חיווק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), התשס"ח-2008.
 117 ראו ויסמן, לעיל ה"ש 114, בעמ' 315-316, לתיאור המגמה של דחיקת רעיון האוטונומיה של בעל הדירה וכניסת העיקרון של הכרעת הרוב.

מבחינה נורמטיבית לצורך הסיווג – הרי בין שכיוון ההצדקה הוא מהמהות לפרוצדורה ובין שהוא הפוך, שינוי הכלל הפרוצדורלי עשוי כאמור להשפיע באופן מכריע על התוצאה המשפטית. אם כן, היכן טמון ההבדל? תשובתנו היא שההבדל נעוץ בכך שבמקרה שבו הפרוצדורה מוצדקת מכוח העובדה שהיא מוליכה לתוצאה מהותית מסוימת, שינוי הכלל הפרוצדורלי מבטא למעשה שינוי של הדין המהותי. אם הכלל הפרוצדורלי החדש מוצדק מכוח זה שהוא מוליך לתוצאה מהותית אחרת, הרי שתכלית השינוי הפרוצדורלי היא בעצם שינוי של הדין המהותי.¹¹⁸ כדי להדגים נקודה זו נדון כעת בחלק מהדוגמאות לקדימות הצדקתית של התוצאה שהצגנו בפרק השני ונבחן את סיווגן לצורך הכרעה בעניין ברירת הדין ובעניין התחולה בזמן.

ביסוד הכללים שלפיהם בעניינים פרוצדורליים הנוגעים להליך השיפוטי, ובכלל זה עניינים של דיני הראיות, חל דין הפורום (וחל הדין) התקף בזמן המשפט, עומדים שני טעמים מרכזיים משותפים.¹¹⁹ הטעם הראשון נעוץ בכך שדינים אלה, ככלל, לא נועדו לכוון את התנהגות הצדדים מחוץ לבית המשפט.¹²⁰ הטעם השני הוא שלבעלי הדין, ככלל, אין זכות מוקנית (או אינטרס הסתמכות לגיטימי) לכך שעניינם יידון בהתאם לסדרי הדין ולדיני הראיות שחלים במקום או בזמן מסוים, ולפיכך אין מניעה להחיל עליהם, מטעמים שביעילות, את דין הפורום בזמן המשפט.¹²¹

118 להרחבה בעניין זה ראו Ofer Malcai and Ronit Levine-Schnur, *Which Came First, the Procedure or the Substance? Justificational Priority and the Substance-Procedure Distinction*, 34 OXFORD J. LEGAL STUDIES 1 (2014).

119 יש טעמים נוספים אך נדמה לנו שכוח השכנוע שלהם מוגבל, וספק אם הם יכולים לספק לכלל הצדקה כללית. ראו Keyes, לעיל ה"ש 13, בעמ' 215-221, GARNETT; לעיל ה"ש 1, בפרק השני.

120 במציאות, כללים פרוצדורליים עשויים כמובן להשפיע על התנהגות הצדדים מחוץ לבית המשפט, אולם על פי רוב זו אינה תכליתם של כללים אלה אלא תוצאה בלתי-נמנעת של היעדר הפרדה אקוסטית בין 'כללי התנהגות' המיועדים להכוונה של התנהגות הציבור לבין 'כללי החלטה' הממוענים לרשויות האכיפה והשפיטה. ראו Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1984) היעדר הפרסום של כללי החלטה לציבור אינו מהווה הפרה של עקרון החוקיות ועשוי להיות רצוי במקרים שבהם כלל ההחלטה משפיע על ההתנהגות באופן שמנוגד לתכלית של הכלל המשפטי המהותי. ראו שם דיון בלגיטימיות של יצירת אי-ודאות בקרב הציבור לגבי התוכן של כללים אלה (יצירת 'הפרדה אקוסטית' באמצעות 'שידור סלקטיבי' של מסרים נורמטיביים לציבור ולפקידי הציבור). להשפעות *ex-ante* של כללים פרוצדורליים על הכוונת התנהגות ראו קלמנט ושפירא, לעיל ה"ש 102.

121 ראו ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 31, בעמ' 636-643; ש"ז פלר "על רטרואקטיביות דיני ההסגרה ועל השפעת החנינה עליה" משפטים ד 403, 408 (1972). במקרים מסוימים בתי המשפט חורגים מכלל זה כשינוי ההוראה הפרוצדורלית כרוך בפגיעה בזכות חשובה, כגון זכות הערעור (ראו עניין כהן נ' קצין התגמולים, לעיל ה"ש 36), או הזכות להירשם כנשואים במקרה שבו חל שינוי בסמכות בית המשפט האזרחי לטובת בית דין דתי (ראו עניין כהן בוסליק, לעיל ה"ש 31, בעמ' 19-20), או כשהתכלית של הכלל הפרוצדורלי מבטאת שיקולי מדיניות מהותיים החורגים מעבר לניהול ההליך בבית המשפט (ראו לעיל ה"ש 39 והטקסט הנלווה).

נניח כעת כי שאלת האבהות של אורח ישראלי עומדת לדיון בפני בית משפט במדינה זרה. בהנחה שאותה מדינה מעוניינת לדון בשאלת האבהות לפי הדין המהותי של מדינת ישראל שאחת ממטרותיו היא הימנעות מממזרות, נראה שעליה לסווג את ההוראה המגבילה את בית המשפט מלבד תביעת אבהות על יסוד בדיקת DNA כהוראה 'מהותית'. סיווג כזה עולה בקנה אחד עם הקביעה שהכלל הראייתי מוצדק במקרה זה מכוח העובדה שהוא מוליך לתוצאה מהותית מסוימת (מניעת ממזרות). התעלמות ממגבלה זו מבטאת למעשה שינוי של הדין המהותי בסוגיית האבהות ובפועל מסכלת את אחת מתכליותיו.

למסקנה דומה אפשר להגיע גם לגבי הכלל החל במדינות מסוימות בארצות-הברית, למשל בטנסי, שלפיו רק רופאים מקומיים יכולים להעיד לגבי הסטנדרט הראוי של זהירות רפואית. נניח שבית משפט פדרלי דן במסגרת diversity case בתביעת רשלנות רפואית נגד רופאים מטנסי. בהנחה שבית המשפט מעוניין לכבד את הדין המהותי המדינתי, עליו לאמץ את סטנדרט הרשלנות המהותי של טנסי, המבוסס על הסטנדרטים המקצועיים המקובלים על הרופאים המקומיים. בהתאם לכך, נראה שעליו לסווג את הכלל הראייתי המגביל את עדויות המומחה לעדויות של רופאים מקומיים בלבד ככלל 'מהותי'. סיווג כזה עולה בקנה אחד עם מבחן הקדימות ההצדקתית שהצענו, שכן הכלל הראייתי מוצדק במקרה זה מכוח העובדה שהוא מוליך לתוצאה מהותית מסוימת, כלומר: לסטנדרט זהירות מסוים.¹²² התעלמות ממגבלה זו מבטאת למעשה שינוי של הדין המהותי של טנסי בעניין הרשלנות הרפואית. איתור כיוון ההצדקה – במקרה זה, מהמהות לפרוצדורה – תומך אפוא בסיווג הכלל כ'מהותי' לצורך הכרעה בשאלה אם יש להחיל את דין הפורום.¹²³ כך גם לגבי התחולה בזמן: אם הכלל הראייתי מוצדק אך ורק משום שהוא מבטיח כי בית המשפט יפסוק בהתאם לסטנדרט זהירות מהותי מסוים (הסטנדרט המקובל בטנסי), השאלה אם יש להחיל את הדין שתקף בזמן המשפט או את הדין שהיה בתוקף בזמן ביצוע העוולה צריכה להיות מוכרעת באופן שבו הייתה מוכרעת שאלת התחולה בזמן של שינוי בסטנדרט הזהירות המהותי. במילים אחרות, הדין שצריך לחול על המקרה הוא הדין התקף בזמן ביצוע העוולה.¹²⁴

122 ראו ה"ש 64-63 לעיל והטקסט הנלווה.

123 למסקנה דומה הגיע שטיין, לעיל ה"ש 64, בעמ' 96-98, המאפיין מקרה זה כמקרה של "special attachment" בין הכלל הראייתי לכלל המהותי. המבחן של כיוון ההצדקה מנסה לאפיין את ה'חיבור המיוחד' הזה באופן כללי יותר.

124 מבין המבחנים המשפטיים שהצגנו בפרק הראשון, הקריטריון של כיוון ההצדקה הוא הקרוב ביותר אל מבחן התכלית. בדומה למבחן התכליתי, יישום הקריטריון של כיוון ההצדקה כולל שימוש בסטנדרט נורמטיבי עמום. אף על פי כן, אנו חושבים שמבחינה תאורטית יש לקריטריון של כיוון ההצדקה יתרון (הסברי) על מבחן התכליתי, שכן הוא נוגע ישירות ביחסי הגומלין בין הפרוצדורה לתוצאה המשפטית המהותית והוא נמנע משימוש בסטנדרטים כמו 'תכלית פרוצדורלית' ו'תכלית מהותית' שכבר כוללים את המושגים 'פרוצדורה' ו'מהות'. השוו, למשל, למבחן 'תכליתי' שהוצע בפסיקה האמריקנית, שלפיו אם הכלל הדיוני הוא "too substantial a part of the rights accorded by the Act" (ההדגשה הוספה) אזי הוא לא יחשב לפרוצדורלי. Dice v. Akron, Canton & Youngstown Railroad Co., 342 U.S. 359, 363 (1952). ראו גם Anthony J. Bellia Jr., *Federal Regulation of State Court Proceedings*, 110 YALE L.J. 947, 960-61 (2001). סטנדרט הקדימות ההצדקתית מכניס אלמנט נוסף מעבר להנחיה לבחון

הסיווג המשפטי של נורמה מסוימת כפרוצדורלית או כמהותית עשוי להסתייע גם במושג הקדימות הגלובלית. במקרים כגון אלה שהצגנו לעיל, שבהם הכלל הפרוצדורלי אינו חל באופן גלובלי אלא חל רק על תחום מצומצם של מקרים (למשל: רק בתביעות אבהות או רק בתביעות רשלנות רפואית) יש בכך ראייה לקשר מיוחד בין הפרוצדורה לבין העניין המהותי הספציפי. קשר זה עשוי להצדיק סיווג של נורמה פרוצדורלית (מבחינה מושגית – בהתאם להגדרה שהצענו בפרק הראשון) כנורמה 'מהותית' (מבחינה משפטית).

דוגמה שלישית שהצגנו היא המגבלה הפרוצדורלית המתנה הגשה של תביעת השבה לפי דיני עשיית עושר של מסים שנגבו באופן לא חוקי בכך שתשלום המס בוצע תחת מחאה. הצדקת הכלל הפרוצדורלי הזה נסמכת על התוצאה של השגת תכנון פיסקלי נאות. הכלל נועד לכוון את התנהגות הנישום בזמן התשלום וליצור לו תמריץ להביע את מחאתו. לפיכך, הדין הרלוונטי הוא הדין שחל בזמן התשלום. הטלת החובה להביע מחאה באופן רטרואקטיבי אינה מתיישבת עם המטרה של הכוונת ההתנהגות בזמן התשלום ופוגעת באופן לא הוגן בזכות הנישום – שפעל על פי החוק – לסעד. גם במקרה זה בחינת השיקולים הפרטיקולריים מוליכה לאותה תוצאה של הטענה התאורטית שלנו, שלפיה, ככלל, במקרים שבהם הכלל הפרוצדורלי מוצדק מכוח זה שהוא מוליך אל תוצאה מהותית מסוימת, יש לסווגו ככלל 'מהותי' מבחינה משפטית.

דוגמה אחרונה זו קשורה לקטגוריה נוספת של מקרים שבהם ראוי לסווג נורמה פרוצדורלית כמהותית לצרכים משפטיים שבהם ההבחנה רלוונטית. במקרים אלה הטעם שמצדיק את הכלל הפרוצדורלי הוא טעם 'חיצוני' שאינו קשור לבעלי הדין ולפעולה של בית המשפט אלא להכוונת התנהגותם של צדדים שלישיים.¹²⁵ במקרה כזה נראה שהרציונל שביסוד ההבחנה בין פרוצדורה למהות לגבי שאלת ברירת הדין או התחולה בזמן עשוי לא לחול. לדוגמה, החלת הכלל של זמן הדיון בנוגע לכלל פסילה ראייתי שהתקבל בחקיקה לאחר תפיסת הראייה (ולפני המשפט) נראית כמחטיאה את המטרה, אם הכלל נועד לכוון את התנהגות המשטרה במקרים עתידיים.¹²⁶ באופן דומה, הרציונל שביסוד החלת הדין הקיים בזמן המשפט בעניינים ראייתיים אינו חל לגבי כלל הפוסל דין וחשבון של ועדת חקירה מלשמש כראיה.¹²⁷ בהנחה שהטעם שביסוד הכלל הוא שחשיפת העדויות עלולה להרתיע

את התכלית של הנורמה – אלמנט ה'כיוון', המנחה את השופט לשאול את עצמו: "מה מצדיק את מה? הפרוצדורה את התוצאה המהותית, או להפך?"

125 במקרה שמדובר בשאלה של ברירת דין אנו מניחים שהצדדים השלישיים קשורים לתחום השיפוט של הדין הזר ולא לזה של דין הפורום.

126 לגישה דומה ראו ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, פ"ד לרד(3) 561 (1980). באותו עניין טען המערער כי יש להחיל עליו את הוראת סעיף 13(א) לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, הקובע כי דברים שנקלטו בדרך של האזנת סתר בניגוד להוראות החוק לא יהיו קבילים כראיה. בשעת ביצוע ההאזנה לא עמד החוק בתוקפו אך הוא נכנס לתוקף בטרם הוקראה הכרעת הדין. בית המשפט דחה את הטענה שנוכח אופייה הדיוני של ההוראה יש להתחשב בה לאור הכלל שבעניינים דיוניים חל הדין התקף בזמן המשפט.

127 ראו סעיף 22 לחוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968. כמו כן ראו סעיף 22(ב) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, הקובע כי הפרוטוקולים של דיוני ועדת הבקרה והאיכות לא יישמשו ראייה בכל הליך משפטי.

עדים פוטנציאליים ממתן עדות אמת לפני ועדות חקירה עתידיות, אזי גם כאן מדובר בטעם 'חיצוני' שאינו נוגע ליחסים שבין בעלי הדין ולפעולת בית המשפט אלא מיועד לכוון את התנהגותם של צדדים שלישיים. החלת המגבלה הראייתית באופן רטרואקטיבי על עדות שכבר ניתנה אינה תורמת להשגת התוצאה המבוקשת הזו.¹²⁸

שאלת ההבחנה המשפטית בין פרוצדורה למהות מתעוררת גם לגבי כללים של דיני הראיות שתכליתם קשורה באופן הדוק יותר לגילוי העובדות, כגון הדרישה לתוספת ראייתית בנסיבות מסוימות שבהן יש קושי להוכיח את האשמה על סמך עדות יחידה. בעניין *Carmell*¹²⁹ קבע בית המשפט העליון האמריקני כי הדרישה לתוספת ראייתית (corroboration), בהקשר של עדות מתלוננת באונס, קשורה לנטל הרובץ על התביעה להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לכל ספק סביר. לפיכך סיווג בית המשפט הוראה המבטלת את דרישת הסיוע כנורמה 'מהותית' לעניין האיסור על חקיקה בדיעבד (Ex Post Facto Clause),¹³⁰ הנתפס כמגן על זכויות מהותיות ובכללן הזכות להיות מוגן מפני הפללה בהיעדר הוכחה מעבר לכל ספק סביר.

אלכס שטיין מתח ביקורת על פסיקה זו בטענה שהקשר בין הכלל הראייתי לבין הזכות המהותית צריך להיות מבוסס על טעמים נורמטיביים 'מיוחדים', שאלמלא כן כלל ראייתי שאכיפת הזכות המהותית תלויה בו – כגון הכלל האוסר קבלת עדות מפי השמועה – יסווג כ'מהותי'. מבחינה טכנית, טען שטיין, הדרישה לתוספת ראייתית יכולה להיתפס כקשורה לנטל ההוכחה ולפיכך להיות מסווגת כמהותית, אך לשיטתו, הכלל הראייתי צריך להתקשר לזכות המהותית באופן מיוחד ולא באופן טכני גרדא. קשר כזה אינו מתקיים בין ההגדרה המהותית של עברת האונס לבין הדרישה לתוספת ראייתית.¹³¹

אולם טענה דומה, בדבר קישור שהוא טכני גרדא, אפשר לטעון גם לגבי הקשר בין הסטנדרט של הוכחה מעל לכל ספק סביר ("סטנדרט הספק הסביר") לבין עברת האונס. בהנחה שיש לסווג את סטנדרט הספק הסביר כנורמה מהותית, הקשר שצריך לבחון הוא הקשר בין הדרישה לתוספת ראייתית, במקרה של עדות יחידה של מתלוננת בעברת מין, לבין סטנדרט הספק הסביר. קישור זה אינו טכני גרדא אלא מבטא את העמדה שבמקרים אלה הרשעה על סמך עדות יחידה אינה מעבר לכל ספק סביר. מבחינה נורמטיבית לא נראה שיש הבדל עקרוני בין סטנדרט הספק הסביר לבין כללים ראייתיים שנועדו לגלם אותם. פתרון קוהרנטי יותר (מבחינה נורמטיבית) לחשש שכל נורמה ראייתית שקשורה לנטל ההוכחה תסווג כ'מהותית' הוא לדחות את הטענה שסטנדרט הספק הסביר עצמו מהווה זכות 'מהותית'.

128 ראו אצל שטיין, לעיל ה"ש 64, דיון בפסקי הדין אפללו, לעיל ה"ש 127, *Pierce County v. Guillen*, 537 U.S. 129 (2003) וברוגמאות נוספות לחריגה מן הכלל שלפיו בעניינים ראייתיים חל דין הפורום בזמן המשפט. שטיין אפיין שתי קטגוריות של חריגים לכלל זה: האחת כוללת מקרים שבהם המטרות של הנורמה הראייתית הן חיצוניות למטרה של גילוי העובדות ואף פוגעות בה; האחרת כוללת מקרים שבהם הכלל הראייתי נועד למנוע אכיפת יתר באמצעות הקטנת ההסתברות שתוטל אחריות. הדיון שלנו בכיוון ההצדקה ובטעמים חיצוניים להליך (למשל כאלה המיועדים לכוון את התנהגותם של צדדים שלישיים) הוא ניסיון להכליל את שתי הקטגוריות האלה.

129 *Carmell v. Texas*, 529 U.S. 513 (2000).

130 U.S. Const., art. I, § 10; U.S. Const., art. I, § 9, cl. 3.

131 שטיין, לעיל ה"ש 64, בעמ' 95.

כפי שנראה להלן, בהקשר שבו הסיווג של הנורמה כפרוצדורלית או מהותית נדרש לצורך הכרעה בשאלת התחולה בזמן, מסקנה זו מתיישבת עם האינטואיציות הקדם-תאורטיות שביסוד ההבחנה בין פרוצדורה למהות.

בהנחה שמידת ההוכחה הראויה במשפט פלילי היא p אזי, כששאר התנאים שווים, זו גם מידת ההוכחה הראויה לגבי עברות שבוצעו בעבר. אם הנאשם בחר לבצע את העברה מן הטעם שמידת ההוכחה באותו זמן הייתה גדולה מ- p קשה לראות בכך שיקול שיש לזקוף לזכותו. סיווג סטנדרט הספק הסביר כנורמה 'פרוצדורלית' עולה בקנה אחד עם הקדימות ההצדקתית שיש לסטנדרט הספק הסביר על פני התוצאה המהותית בהליך הקונקרטי.¹³² אם הצדקת הרשעתו של נאשם ספציפי בעברה מסוימת היא מכוח העובדה שאשמתו הוכחה ברמת ודאות מסוימת – p אזי מידת ההוכחה שנדרשה בזמן ביצוע העברה אינה רלוונטית לגבי צדקת ההרשעה.

הדוגמאות שסקרנו נועדו להמחיש את הטענה הכללית שלפיה המבחן של כיוון ההצדקה (הקדימות ההצדקתית) עשוי לסייע לאתר נורמות פרוצדורליות מבחינה פונקציונלית-פורמלית שראוי לסווג כנורמות 'מהותיות' לצרכים משפטיים שבהם ההבחנה רלוונטית. המבחן של כיוון ההצדקה לא תמיד קל ליישום, שכן במקרים רבים אין קדימות הצדקתית טהורה לתוצאה (או לפרוצדורה) והיא מצדיקה את הפרוצדורה (או התוצאה) רק באופן חלקי.¹³³ אף על פי כן, הדוגמאות שהצגנו מראות שיש מקרים שבהם הכיוון הדומיננטי של ההצדקה ברור יחסית ובמקרים אלה התוצאה של מבחן הקדימות ההצדקתית עולה בקנה אחד עם האינטואיציות הקדם-תאורטיות לגבי הסיווג הראוי. כאמור, אינדיקציה נוספת שיכולה לסייע בהכרעה בשאלת הסיווג היא מידת הגלובליות של הנורמה הפרוצדורלית. ככל שהנורמה תלויה יותר בתוכן הספציפי של הדין, ואינה נוגעת לתחום רחב של עניינים, נראה כי מוצדק יותר לסווגה כ'מהותית'. במקרה כזה ניתן להניח כי הקורלציה בין הכלל הפרוצדורלי לדין המהותי אינה מקרית אלא מבטאת תלות בין הטעמים שביסוד הנורמה הפרוצדורלית לבין הטעמים שביסוד הנורמה המהותית.

132 התוצאה הרלוונטית לצורך הבחינה של כיוון ההצדקה היא התוצאה של ההליך הקונקרטי. לגבי התוצאה הכללית (שכוחות יחסית מסוימת של הרשעות שואו), ההנחה היא שהשינוי במידת ההוכחה הנדרשת הוא ראוי (לגבי תוצאה זו נקודת הזמן שבה התבצע השינוי אינה רלוונטית). השאלה מתעוררת אפוא רק ביחס לתוצאה הקונקרטית – האם החלת השינוי (הראוי כשלעצמו) במידת ההוכחה על הנאשם באופן רטרואקטיבי הופכת את התוצאה הקונקרטית ללא ראויה. ראו לעיל ה"ש 57-59 והטקסט הנלווה.

133 כאמור, האיתור של כיוון ההצדקה כרוך בשיפוט נורמטיבי. ניתן להתנגד לשימוש בסטנדרט של כיוון ההצדקה (הקדימות ההצדקתית) לצורך סיווג נורמה כפרוצדורלית או כמהותית בטענה שמדובר בסטנדרט נורמטיבי עמום. אולם, גם אם התנגדות זו אינה חסרת בסיס, מדובר בביקורת כללית החלה באופן דומה גם על שימוש בסטנדרטים נורמטיביים עמומים אחרים כגון תכלית (פרשנות תכליתית), סבירות, מידתיות וכולי. לא נעסוק בכך כאן.

2. קדימות הצדקתית, קדימות נורמטיבית ושיקול דעת שיפוטי לסטות מכללים פרוצדורליים

שאלת הקדימות הנורמטיבית של הפרוצדורה מתעוררת במקרים שבהם שופט צריכה להכריע במחלוקת לגבי שאלה פרוצדורלית מסוימת. השאלה היא אם ההכרעה צריכה להיות בלתי-תלויה בהכרעה בשאלה המשפטית המהותית. נניח, למשל, כי נתבע במשפט אזרחי מעלה טענה של שינוי חזית אסור. אפשר לשאול אם יש להכריע בשאלה זו במנותק מהשאלה המהותית או שמא יש להכריע בשאלה המהותית לגופה ולברוק אם שינוי החזית הוביל לתוצאה לא צודקת. בדומה, אם במשפט פלילי מועלית טענה של הגנה מן הצדק אפשר לשאול אם ראוי להכריע בה במנותק מהשאלה המהותית או שיש לבחון אם ההליך עומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית, תוך כדי ההכרעה בשאלה המהותית. במילים אחרות, השאלה היא אם יש בעובדה שגם אלמלא נפלו פגמים בהליך התוצאה לא הייתה שונה כדי להשפיע על הדיון בטענות פרוצדורליות כגון שינוי חזית או הגנה מן הצדק.

הכרעה בשאלות מסוג זה עשויה להיעזר במושג הקדימות ההצדקתית. במקרים שבהם התוצאה מוצדקת מכוח זה שהיא תוצר של פרוצדורה מסוימת, השאלה הפרוצדורלית צריכה להיות מוכרעת ללא תלות בתוצאה. לעומת זאת, אם הפרוצדורה מוצדקת מכוח זה שהיא נוטה להוליך לתוצאה מסוימת, אזי אם מובטח לנו שהתוצאה שהתקבלה היא התוצאה ה'נכונה', קיומו של פגם פרוצדורלי אינו אמור לחולל הבדל נורמטיבי. כאמור, מקרים שבהם יש לנורמה הפרוצדורלית קדימות הצדקתית טהורה הם מקרים שבהם יש לה גם קדימות נורמטיבית לקסיקלית. במקרים אלה אין להעניק לבית המשפט שיקול דעת לסטות מן הכלל הפרוצדורלי, שכן התוצאה המשפטית מוצדקת רק מכוח היותה תוצר של אותו כלל. כדי להבהיר נקודה זו נדגים אותה תחילה בעזרת הדוגמאות הפרדיגמטיות של קדימות הצדקתית – הטלת המטבע וחלוקת העוגה. במקרה שבו הפרוצדורה הראויה היא הטלת מטבע אין מקום להעניק שיקול דעת לסטות מן הכלל הפרוצדורלי, תהא התוצאה שהתקבלה אשר תהא. לעומת זאת, אם התוצאה של פרוצדורת חלוקת העוגה שבה המחלק מקבל את החתיכה האחרונה היא כזו שהפרוסות יצאו שונות מאוד בגודלן (למשל עקב רעד שאחז בידו של המחלק מרוב התרגשות), ראוי לאפשר שיקול דעת לסטות מן הכלל הפרוצדורלי שכן הוא לא הולך אל התוצאה המבוקשת.

שאלת שיקול הדעת מתעוררת במקרים שבהם יש מתח בין נורמות פרוצדורליות (או שיקולים פרוצדורליים) לבין נורמות מהותיות (או שיקולים של הדין המהותי). כך, למשל, עולה השאלה אם יש קדימות נורמטיבית לקסיקלית לנורמה פרוצדורלית, שלפיה ראיות שהושגו שלא כדין (ובמקרה שחלה דוקטרינת 'פרי העץ המורעל' גם ראיות שהתקבלו בעקבותיהן) אינן קבילות.¹³⁴ אם אין לנורמה קדימות לקסיקלית אפשר לשאול אם ומתי

134 על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שאימץ בית המשפט העליון בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006), כלל הפסילה הוא יחסי ואין לו קדימות לקסיקלית על פני המהות. בהפעלת שיקול דעתו בית המשפט צריך לאזן בין הצורך להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך לבין אינטרסים אחרים כגון חשיפת האמת העובדתית והגנה על שלום הציבור ועל הזכויות של נפגעי העברה. על בית המשפט לשקול את הנזק

בית המשפט רשאי לסטות ממנה. כאמור, מושג הקדימות ההצדקתית עשוי לסייע בדין בשאלות אלה: השאלה שצריכה להישאל היא אם הצדקת ההרשעה מותנית בכך שהראיות הושגו כדין. מובן מאליו כי במקרים שבהם אי-החוקיות פוגמת במשקל הראיה ומטילה ספק באשמת הנאשם, ההרשעה לא תהיה מוצדקת. המקרה המעניין הוא זה שבו אין לאי-החוקיות השפעה על משקל הראיה.¹³⁵

נראה לכאורה כי לפחות לפעמים (למשל בעברות חמורות) מוצדק מבחינה מוסרית לא לשחרר לחופשי נאשם (שאשמתו הוכחה מעל לכל ספק סביר) על אף הפגיעה בזכויותיו (למשל בזכותו לפרטיות).¹³⁶ בהקשר זה יש פער בין נקודת המבט *ex-ante* שבה אנו רוצים להרתיע את המשטרה מהפרת חוק ומפגיעה בזכויות כגון הזכות לפרטיות או לאוטונומיה של אנשים שהם בחזקת חפים מפשע, לבין נקודת המבט *ex-post* שבה הוכח, על פי ההנחה, שהנאשם ביצע את מעשה העברה. נראה כי לעובדה זו צריכה להיות השפעה על המעמד המוסרי של הפגיעה בזכויות אלה. הפער בין נקודות המבט *ex-ante* ו-*ex-post* מתעורר פעמים רבות בעניינים פרוצדורליים.¹³⁷ לדוגמה, מנקודת המבט *ex-ante* סדרי הדין שואפים להבטיח שכתבי הטענות – כגון הודעות ערעור – יוגשו במועד; אולם מנקודת המבט *ex-post* יהיה זה בלתי-צודק לדחות ערעור פלילי שעשוי להיות מוצדק רק משום שעורך-הדין התרשל והגיש את הודעת הערעור באיחור.¹³⁸ הפתרון במקרים כאלה הוא ליצור תמריצים משמעותיים להגיש את הערעור במועד בלי להתנות בכך את הדין בו. ניתן לטעון כי פתרון דומה מתבקש גם במקרה של הפרת זכות פרוצדורלית של הנאשם (שאינן לה משמעות אפיסטמית לגבי ודאות ההוכחה של האשמה). במילים אחרות, בנסיבות מסוימות – למשל במקרים שבהם אפשר להשיג באמצעים אחרים את התכלית של הרתעת המשטרה מלפעול

והתועלת הכרוכים בפסילת הראיה או בקבלתה לאור נסיבות המקרה, ובהם אופייה וחומרתה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה ומידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על אותה הראיה. ראו עוד בעניין זה להלן, ה"ש 150.

135 בהקשר זה ייתכן שיש הבדל נורמטיבי בין מצב שבו ניתן היה להשיג את הראיה כדין, שאז אין קשר הכרחי בין הפעולה הבלתי-חוקית לבין ההרשעה, לבין מצב שבו לא הייתה כל אפשרות להשיג את הראיה באופן חוקי.

136 ניתן לטעון כי בעברות חמורות הפגיעה בנאשם דווקא חמורה יותר, שכן העובדה שפגעו בזכויותיו – למשל בזכותו לפרטיות – היא שהביאה להרשעה בעברה חמורה שבצדה ככל הנראה גם ענישה חמורה. ראו להלן דיון נוסף בשאלת הקשר הסיבתי בין הפגיעה בזכות לבין ההרשעה.

137 הדילמה בין שתי נקודות המבט מתעוררת לא רק בעניינים פרוצדורליים אלא גם, למשל, במקרים של היעדר הפרדה אקוסטית בין *conduct rules* שביסודם שיקולי הרתעה *ex-ante* ו-*decision rules* שביסודם שיקולי גמול *ex-post* (למשל: במקרה של הגנות מסוג פטור כגון הגנת הצורך). ראו Dan-Cohen, לעיל ה"ש 120.

138 כאשר המערער מיוצג ועורכי-דינו הם האחראים לעיכוב בהגשת הודעת הערעור, יש מקום שהתמריצים יופנו להכוונת התנהגותם של עורכי-הדין.

שלא כדיון¹³⁹ – ראוי לסטות מכלל הפסילה (ואולי לפצות את הנאשם בדרך אחרת, שאינה זיכוי, על הפגיעה בזכויותיו).

כאמור, לכאורה ניתן לחשוב שעל פי רוב כללים של דיני ראיות במשפט הפלילי מוצדקים מכוח העובדה שהם מוליכים לתוצאה של שכיחות יחסית נמוכה של הרשעות שווא. אולם, גם אם נניח שזה נכון, אין זה המקרה לגבי כלל פסילה של ראיות שהושגו תוך הפרת הזכות לפרטיות או לגבי כלל פסילה מכוח דוקטרינת 'פרי העץ המורעל'. אם הצדקת כללים אלה הייתה מכוח העובדה שהם מוליכים לאחוז נמוך של הרשעות שווא, היה מקום לסטות מהם במקרים שבהם אין לאי-החוקיות של השגת הראיה השפעה על משקלה הראייתי. עם זאת, עדיין ייתכן שלתוצאה אחרת כלשהי יש קדימות הצדקתית על פני כלל הפסילה. כאמור, טעם 'חיצוני', הנוגע להכוונה של התנהגות המשטרה, עשוי להצדיק את פסילת הראיה גם במקרה שאין פגם במשקלה הראייתי. השאלה המעניינת היא אם בהתעלם מטעם חיצוני כזה עדיין ראוי (לפעמים) לפסול את הראיה מטעם 'פנימי' הנוגע למישור היחסים שבין הצדדים להליך.

לפי הניתוח שהצענו, אם כלל הפסילה מוצדק משום שהוא מוליך לתוצאה מסוימת – בין תוצאה של שכיחות יחסית נמוכה של הרשעות שווא ובין תוצאה של הרתעת המשטרה מלפגוע בזכויות בעתיד – נראה שאין להקנות לכלל קדימות נורמטיבית לקסיקלית, ושניתן עקרונית לסטות ממנו במקרים שבהם החלתו לא תוליך לתוצאה המבוקשת או שניתן להשיג תוצאה זו בדרך אחרת.¹⁴⁰ לעומת זאת, אם יש לכלל הפסילה הראייתי קדימות הצדקתית טהורה המסקנה עשויה להיות שונה, קרי: מתן קדימות נורמטיבית לקסיקלית לכלל הפסילה. כאמור, קדימות הצדקתית טהורה (ביחס לתוצאה הכוללת) מחייבת את קיומו של טעם דאונטולוגי. אם כן, השאלה היא אם הוגנות פרוצדורלית יכולה להוות טעם דאונטולוגי מסוג זה, שיצדיק פסילת ראיות בעלות ערך פרובטיבי שנאספו תוך פגיעה בזכויות.

אינטואיטיבית נראה כי יש משהו לא הוגן בהרשעת נאשם (שאשמתו הוכחה מעל לכל ספק סביר) על סמך ראיה שלא הייתה ניתנת להשגה אלמלא הפרה המשטרה את החוק. לזכות הנאשם עומדת כאן מעין טענת השתק: התביעה מושתקת מלטעון להרשעה על סמך

139 בעניין Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586 (2006) נדונה פסילת ראיה עקב הפרת הכלל של "knock and announce", שלפיו חובה על המשטרה להודיע על נוכחותה (קודם לביצוע צו חיפוש) באמצעות דפיקה על הדלת. דעת הרוב קבעה שיש לשקול את המחיר של הפרת הכלל כנגד התועלת שבקבלת הראיה. בית המשפט ציין כי המחיר הוא נמוך שכן לפסילת הראיה יש אפקט הרתעתי קטן, בפרט לנוכח אמצעי ההרתעה האחרים (תביעה אזרחית כנגד המשטרה והליכי משמעת פנימיים). לעומת זאת, "suppression of all evidence, amounting in many cases to a get-out-of-jail-free card" (שם, בעמ' 595). ראו גם James J. Tomkovicz, Hudson v. Michigan and the Future of Fourth Amendment Exclusion, 93 IOWA L. REV. 1819 (2008).

140 משיקולים תוצאתניים ייתכן שמוצדק יהיה לסטות מן הכלל גם במקרים שבהם הוא נדרש להשגת התוצאה המבוקשת, אבל תוצאה רצויה זו אינה מצדיקה את התוצאה הקשה של זיכוי הנאשם שביצע את העברה (למשל כשהנאשם מסוכן במיוחד).

ראיה שלא ניתן היה להשיג כדין.¹⁴¹ אם יש ממש באינטואיציה הזו, הרי זו דוגמה נגדית לעמדה שלפיה כיוון ההצדקה של דיני הראיות, מבחינה נורמטיבית, הוא תמיד מהתוצאה לפרוצדורה.

חיזוק נוסף לסברה שטעם דאונטולוגי של הוגנות פרוצדורלית מצדיק את אי-קבילותן של ראיות מסוימות בעלות ערך פרוכטיבי אפשר למצוא בכללים האוסרים על הרשעת נאשם על יסוד ראיות סטטיסטיות¹⁴² או על יסוד ראיות לגבי אופיו או עברו הפלילי.¹⁴³ אם הטעם שבבסיס כללים אלה אינו טעם אפיסטמי¹⁴⁴ או טעם אינסטרומנטלי-פרקטי (למשל: פגיעה בתמריצים להימנע מביצוע עברות)¹⁴⁵ אלא טעם הנעוץ בהוגנות פרוצדורלית, יש כאן דוגמאות נגדיות נוספות לטענה שדיני הראיות מבטאים בהכרח קדימות הצדקתית של התוצאה (שכיחות יחסית נמוכה של הרשאות שווא; הרתעת המשטרה מפני הפרת זכויות וכולי) על פני הפרוצדורה.¹⁴⁶

3. שאלת הקדימות הגלובלית של סטנדרט הספק הסביר

אחת הדוגמאות למגמה של נסיגה מן הגישה הדיכוטומית-לקסיקלית שתיארנו בהקדמה היא נסיגה מסוימת מהקדימות הגלובלית של סטנדרט הספק הסביר במקרים של עברות חמורות וקשות להוכחה.¹⁴⁷ נסיגה זו לא קיבלה ביטוי מוצהר אבל היא ניכרת למשל בהגמשת הכללים

141 נראה כי בהקשר זה יש להבחין בין אי-החוקיות של השגת הראיה לבין העובדה שהצד השני להליך – קרי: המדינה – הוא האחראי לפעולה הבלתי-חוקית. כמו כן, לגבי השתק ייתכן שיש חשיבות גם לעובדה שהמדינה עצמה היא זו שקבעה כי השגת הראיה בדרך זו היא בלתי-חוקית.

142 לדיון בהבחנה בין ראיות סטטיסטיות לראיות אינדיבידואליות ובהסברים אפשריים שהוצעו לה ראו, למשל, Alex Stein, Foundations of Evidence Law (2005); Hock Lai Ho, A Philosophy of Evidence Law (2008).

143 לדיון בכלל ובחריגים לו ראו, למשל, ע"פ 3954/08 אבו גודה נ' מדינת ישראל, דינים עליון (0037) 0407 (2009).

144 ייתכן כי יש הברל אפיסטמי בין ראיות סטטיסטיות לראיות אינדיבידואליות (למשל לגבי יכולתן לבסס ידיעה), אך הברל זה אינו מצדיק את ההבחנה המשפטית, שכן מבחינת הערך הפרוכטיבי והסיכוי להגיע בעזרתן לאמת אין ביניהן הברל. לעמדה זו ראו, David Enoch, Levi Spectre, and Talia Fisher, *Statistical Evidence, Sensitivity, and the Legal Value of Knowledge*, 40 PHIL. & PUB. AFF. 197, 212 (2012) (“excluding statistical evidence amounts to excluding (what is often) good, genuinely probative evidence”).

145 ראיות סטטיסטיות וראיות לגבי אופיו של נאשם פוטנציאלי אינן תלויות בהחלטתו אם לבצע את העברה או לא, ולכן שימוש בהן עלול לפגוע בתמריץ שיש לו להימנע מביצוע העברה. ראו Enoch, Spectre and Fisher, *Character Evidence and the Object of Trial*, 101 COLUM. L. REV. 1227 (2001).

146 אנו סבורים שהסבר אינסטרומנטלי המבוסס על תמריצים אינו תופס את האינטואיציות שיש לנו נגד הרשעה על יסוד ראיות סטטיסטיות או על יסוד ראיות לגבי אופיו של הנאשם. אינטואיציה זו עומדת בתוקפה גם בעולם היפותטי שבו יש 'הפרדה אקוסטית' וכללים ראייתיים נגישים רק לרשויות האכיפה והשפיטה. אנו מקווים לפתח נקודה זו בהזדמנות אחרת.

147 לדיון בחשיבות ההקשר התרבותי-חברתי בעיצוב מתודות ראייתיות שניסו להתמודד עם הדילמה של עברות-חמורות-אך-קשות-להוכחה בהקשר של משפטי המכשפות באנגליה של המאה

הראייתיים שנועדו להבטיח שנאשם לא יורשע בדין אם אין בראיות כדי לבסס הרשעה מעבר לכל ספק סביר. דוגמה לכך היא הגמשת הדרישות הראייתיות בנוגע לעדות ילדים.¹⁴⁸ בהנחה שאחד הטעמים שביסוד הוראות ההתיישנות הוא טעם ראיתי, הנוגע לקושי להוכיח את העברה לאחר שנים רבות, אפשר לראות בהארכה של תקופת ההתיישנות בעברות מין שנעשו בקטינים¹⁴⁹ ביטוי נוסף לריכוך בסטנדרט הספק הסביר.¹⁵⁰ ניתן לטעון שהגמשת המגבלות הראייתיות – למשל לגבי עדות קטינים – אינה מהווה נסיגה מסטנדרט הספק הסביר, שכן אנו סומכים על השופטים שלא ירשיעו נאשם שהתעורר ספק סביר לגבי אשמתו גם ללא הכבלים של דיני הראיות הרגילים. טענה זו אינה משכנעת. אם אין כל פגיעה בסטנדרט הספק הסביר ואפשר להבטיח את זכות הנאשם (לאי-הפלה במקרה שאשמתו לא הוכחה מעבר לכל ספק סביר) גם בלעדי המגבלות הראייתיות הרגילות, מדוע לא להחיל את הכללים הגמישים יותר לגבי כל העברות? הגמשת הכללים רק לגבי עברות מסוימות מבטאת אפוא נסיגה (מסוימת) מהקדימות הלקסיקלית של סטנדרט הספק הסביר ואיזונו כנגד האינטרס החברתי להימנע משחרור מסיבי של עבריינים שעברו עברות חמורות שקשה להוכיחן.

שאלה היא אם ראוי שסטנדרט הספק הסביר ייחנה מקדימות נורמטיבית גלובלית, כלומר: יחול לגבי כל העברות הפליליות, או שמא מידת ההוכחה צריכה להיות תלויה בסוג העברה ולהשתנות בהתאם לחומרתה ולקשיי הוכחתה. דיון נורמטיבי ממצה בשאלה זו חורג ממסגרת הדיון במאמר זה; נסתפק אפוא בכמה הערות כלליות.

מפרספקטיבה של תורת מוסר תוצאתנית, נסיגה מסטנדרט הספק הסביר במקרים של עברות חמורות וקשות להוכחה עשויה להיות מוצדקת. זאת, משום שחומרת העברה עשויה להשפיע על התוצאות של זיכוי נאשמים שביצעו את העברה וקשיי ההוכחה עשויים להשפיע על מספר העבריינים המשוחררים לחופשי. נראה אפוא כי מתן קדימות גלובלית לסטנדרט הספק הסביר מתיישב יותר עם תורת מוסר דאונטולוגית, שכן – לפחות במקרים של עברות

Orna Alyagon Darr, *The Devil's Mark: a Socio-Cultural analysis of* ראו *Physical Evidence*, 24 CONTINUITY AND CHANGE 361 (2009)

148 סעיף 9 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955.

149 סעיף 354 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

150 בע"פ 232/55 *היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד*, פ"ד יב 2017, 2063 (1955) נקט השופט אגרנט גישה שלפיה מידת ההוכחה צריכה דווקא לגדול עם חומרת העברה. לדבריו: "במידה שהעבירה, נשוא הדיון הפלילי, עולה בחומרתה, כך תגדל גם מידת ההוכחה הדרושה לגביה. כן גם בדיון אזרחי תהיה תלויה מידת ההוכחה הדרושה לגביה ברצינות נשוא העניין". מחקרים אמפיריים מזהים קורלציה בין נכונותם של קובעי-עובדות (שופטים ומושבעים) להרשיע לבין חומרת העברה. לסקירה של ממצאים אלו ראו Ehud Guttel & Doron Teichman, *Criminal Sanctions in the Defense of the Innocent*, 110 MICH. L. REV. 597 (2012). לדיון בהשפעות של חומרת העברה על החלה של דוקטרינת הפסילה הפסיקית של ראיות שהושגו תוך פגיעה בזכויות החשוד ראו עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 134, פסקאות 72-73 לחוות דעתה של הנשיאה ביניש (וראו גם פסקה 6 לחוות דעת המיעוט של השופט גרוניס, שהסכים כי יש לבחון את חומרת העברה בגדר כלל השיקולים, ובלבד שאין בעיית מהימנות על פי עילה שהייתה פוסלת הודעה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971).

חמורות וקשות במיוחד להוכחה – התוצאה של הפעלת הסטנדרט (למשל במונחים של תועלת) עשויה להיות גרועה יותר מהתוצאה של הסתפקות במידת הוכחה נמוכה יותר.¹⁵¹ באופן עקרוני אפשר להצדיק נסיגה מסטנדרט הספק הסביר במקרים מסוימים גם מנקודת מבט של דאונטולוגיה מתונה (moderate), שלפיה מגבלה דאונטולוגית ניתנת להפרה כשה'טוב' הנגרם (או ה'רע' הנמנע) על ידי הפרת המגבלה עולה על סף מסוים. במצבים שבהם התוצאות של דרישת הספק הסביר הן חמורות במיוחד, ייתכן שייחצה הסף שמעליו ניתן להפר את המגבלה הדאונטולוגית. בהקשר זה ניתן לשאול אם סביר יותר לראות את סטנדרט הספק הסביר כמבטא מגבלה דאונטולוגית מוחלטת או מגבלה דאונטולוגית מתונה. נראה לנו כי סביר יותר לפרש את הדרישה להוכחה מעל לכל ספק סביר כמבטא מגבלה דאונטולוגית מתונה, שכן מגבלה דאונטולוגית מוחלטת על הענשת חפים מפשע הייתה מחייבת לזכות כל נאשם. מנגד ניתן לטעון שהמגבלה המוחלטת אינה על הענשת חפים מפשע אלא על הענשת אדם (או אדם חף מפשע) שאשמתו לא הוכחה מעבר לכל ספק סביר; כלומר: לכל אדם (או אולי לכל אדם חף מפשע) יש זכות להיות מוגן מפני הפללה במקרה שאשמתו לא הוכחה מעל לכל ספק סביר. לפיכך, אין לקשור את שאלת הספק הסביר לחומרת העברה. נראה כי מנקודת מבט של תורה דאונטולוגית יש להבחין בין הסף התוצאתי לבין הסף ההסתברותי להענשת אדם חף מפשע. בהתאם לכך, יש הבדל נורמטיבי בין מצב שבו לשם השגת תוצאה טובה x מורשעים 99 נאשמים שהם בוודאות אשמים ונאשם אחד שהוא בוודאות חף מפשע, לבין מצב שבו לשם השגת אותה תוצאה מורשעים מאה נאשמים שההסתברות לחפותם היא 0.01.¹⁵² אם זה נכון, זוהי דוגמה נגדית (נוספת) לטענה שסטנדרט הספק הסביר מוצדק מבחינה נורמטיבית מכוח העובדה שהוא מוליך לתוצאה של שיעור נמוך של הרשעות שווא, שכן בשני המקרים השכיחות היחסית של הרשעות השווא זהה. אי-השקילות בין הסף התוצאתי לבין הסף ההסתברותי משמעה שאין זה בלתי-קוהרנטי להחזיק בעמדה של דאונטולוגיה מוחלטת לגבי סטנדרט הספק הסביר. עם זאת, עדיין לא

151 קשה לראות את הקדימות הגלובלית של סטנדרט הספק הסביר כנובעת מתורת מוסר תועלתנית, שכן נראה שמבחינת רוחה חברתית, מצב עניינים שבו מזוכים מאה עבריינים מסוכנים אשמים אינו תמיד טוב יותר ממצב עניינים שבו מורשע אדם אחד חף פשע (לשימוש בממרה זו ראו רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי, פ"ד סב(1) 378 (2006)). ייתכן שאפשר לבסס הצדקה תוצאתנית למתן דרגה גבוהה של גלובליות לסטנדרט הספק סביר באמצעות 'תוצאתנות כללים' או באמצעות תפיסת טוב מורכבת (להבדיל, למשל, מזו של תועלתנות הדוניסטית) שבמסגרתה התוצאה של הרשעת שווא מקבלת ערך שלילי במיוחד. ואולם קשה להניח שאפשר להצדיק במונחים תוצאתניים מתן קדימות גלובלית לקסיקלית לסטנדרט הספק הסביר, שכן נראה כי תמיד ניתן יהיה להעלות על הדעת תוצאות חמורות כל כך שיצדיקו, מפרספקטיבה תוצאתנית, חריגה ממנו.

152 להבחנה דומה ולטענה שניתן להסבירה במונחים של ההבחנה בין כוונה להעניש חף מפשע (במקרה הראשון) לבין צפיות התוצאה של הענשת חף מפשע (במקרה השני) ראו, Ron Aboodi, *Adi Borer & David Enoch, Deontology, Individualism, and Uncertainty, A Reply to Jackson and Smith*, 105 J. OF PHIL. 259 (2008). לפי גישה זו, מנקודת מבט דאונטולוגית יש הבדל בין הרשעה מכוונת של אדם חף מפשע לבין אימוץ מדיניות שתוביל באופן צפוי אך בלתי-מכוון להרשעת חפים מפשע.

ברור מה הרציונל של מגבלה דאונטולוגית מוחלטת מסוג זה: נראה כי ההצדקה לכך שמדי פעם ייענש נאשם חף מפשע (שאשמתו הוכחה מעל לכל ספק סביר) קשורה באופן כזה או אחר לתוצאות הקשות של דרישת ודאות מוחלטת לשם הרשעה. נראה אפוא שההסבר הטוב ביותר לסטנדרט הספק הסביר הוא במונחים של דאונטולוגיה מתונה, ולכן עקרונית אפשר לחרוג ממנו במקרים שבהם התוצאות של אי־חריגה כזו קשות במיוחד. עם זאת, אם הסף שמעליו ניתן לסטות מדרישת הספק הסביר הוא גבוה מאוד (מבחינת חומרת התוצאות), אזי, באופן מעשי, הסטייה מהקדימות הגלובלית תהיה קטנה.

אנכרוניזם או החזרת עטרה ליושנה?

היחס בין פרוצדורה למהות מעורר שאלות תאורטיות כלליות ונוגע לתחומי דיון שונים, כגון פילוסופיה של המתמטיקה (מעמדה של הוכחה מתמטית), פילוסופיה של המדע (מעמדה של מדידה) ופילוסופיה פוליטית (מעמדה של אמנה חברתית; מעמדה של החלטת רוב וכולי). המגמות העכשוויות במשפט נוטות לטשטש את ההבחנה בין פרוצדורה למהות. מגמה זו, שסקרנו בהקדמה, מלווה בתלות גוברת של נורמות פרוצדורליות בדין המהותי, בהגמשת הכללים הפרוצדורליים ואולי גם בירידת קרנה של הפרוצדורה באופן כללי. הנטייה להמעיט בערכה של ההבחנה בין פרוצדורה למהות מאפיינת גם את המחקר המשפטי האקדמי של הפרוצדורה, המתנהל ברובו במסגרת שיח זכויות האדם או במסגרת ניתוח תועלתני.¹⁵³

במובן מסוים, במאמר זה הלכנו צעד אחד אחורה וחזרנו לדיון מושגי אנליטי ביחסי הגומלין בין פרוצדורה למהות. ייתכן שאפשר להאשים אותנו באנכרוניזם, אך מטרתנו לא הייתה להחזיר עטרה ליושנה במובן של רוממות הפרוצדורה או של העמדת הניתוח המושגי כתחליף לעיסוק בשאלות ערכיות, אלא להצביע על המורכבות של הקשרים בין פרוצדורה למהות ועל ההשלכות הפרקטיות של מורכבות זו. טשטוש ההבחנה בין השתיים, והעובדה ששיטות משפט מודרניות נוטות (בצדק, לדעתנו) להתרחק הן מן הקוטב האדברסרי והן מן הקוטב האינקוויזטורי, אין בהם כדי להוליך אל המסקנה שהשאלות העקרוניות הנוגעות ליחס בין פרוצדורה למהות באו על פתרון. דילמות נורמטיביות הנוגעות ליחס בין ההכרעה השיפוטית בשאלות דינויות וראיתיות (כגון שאלות של קבילות) לבין ההכרעה בשאלות המהותיות ממשיכות להעסיק את בתי המשפט, וספק אם טשטוש מוחלט של ההבחנה בין שני סוגי השאלות יתרום לבירור של דילמות אלה. נראה לנו אפוא כי המורכבות של יחסי הגומלין בין פרוצדורה למהות, שהוליכה בצדק לנסיגה מהגישה הדיכוטומית-לקסיקלית, אמנם קוראת לדיון מחודש בהבחנה בין השתיים אך לאו דווקא להכחשתה.

במאמר ניתחנו כמה סוגים של יחסי קדימות העשויים להתקיים בין נורמות פרוצדורליות לבין נורמות מהותיות. בפרט התמקדנו ביחסי קדימות המתקיימים בין פרוצדורה למהות במישור הנורמטיבי ובמישור ההצדקתי, והצבענו על קשרים בין שני המישורים. בין היתר הרגמנו כיצד השאלה של כיוון ההצדקה (מן המהות לפרוצדורה או להפך) עשויה לסייע

153 ראו Tidmarsh, לעיל ה"ש 2, בעמ' 883; Robert G. Bone, *The Process of Making Process*; 87 GEO. L.J. 887, *Court Rulemaking, Democratic Legitimacy, and Procedural Efficacy*, 87 GEO. L.J. 887, 919, 933, 939 (1999); Lawrence B. Solum, *Procedural Justice*, 78 S. CAL. L. REV. 181, (2004).

בסיווג המשפטי של הוראת דין כ'פרוצדורלית' או כ'מהותית', למשל לצורך הכרעה בשאלות של ברירת דין, ועמדנו על הרלוונטיות של כיוון ההצדקה לשאלת שיקול הדעת של בית המשפט לסטות מכללים פרוצדורליים.

הדין שערכנו רחוק מלהיות ממצה. כך, למשל, לא עסקנו בשאלה אם הקריטריון לאמתות של טענה משפטית (להבדיל מהצדקתה) – או הקריטריון לתקפות של נורמה משפטית – הוא בסופו של יום קריטריון פרוצדורלי. במסגרת זו אפשר להעלות שאלות כגון השאלה אם נורמה משפטית שנקבעה במסגרת הכרעה שיפוטית העומדת בכל כלי הפרוצדורה היא בהכרח נורמה משפטית תקפה. דיון מסוג זה אכן חוזר לשאלות תורת-משפטיות ישנות – אך בהחלט לא סגורות – באשר למהות המשפט ולאופי התפקיד השיפוטי. במאמר נמנענו מלגעת בשאלות יסודיות אלו והסתפקנו בהצגה, מלווה בדוגמאות מעשיות, של חלק מהקשרים האפשריים בין נורמות פרוצדורליות לנורמות מהותיות. לדעתנו, ניתוח תאורטי מסוג זה – שכאמור הצגנו רק את ראשיתו – עשוי לסייע בהבהרת הדיון בשאלות משפטיות קונקרטיות לגבי מעמדם של כללים פרוצדורליים במשפט (למשל: מעמדם של כללי השתק) והיחס בינם לבין הדין המהותי. כמו כן, הוא עשוי לספק כלים תאורטיים להערכת מגמות וכיוונים כלליים שאליהם צועד המשפט.