

"שתיקת החפים" – עיון מחודש בהלכת מילשטיין

דורון מנשה*

א. מבוא

ב. עובדות פרשת מילשטיין ופסק דינו של בית המשפט העליון

ג. ניתוח הטעמים שביסוד הלכת מילשטיין

ד. האומנם "החפות זועקת להישמע" גם כאשר מצויה כבר הודאת חוץ?

ה. האם הלכת מילשטיין היא תמריץ שיתרום לחקר האמת?

ו. סיכום

א. מבוא

ברע"פ 4142/04 סמל (מיל') **איתי מילשטיין נ' התצ"ר**¹ התחדשה הלכה לפני בית המשפט העליון: בחירתו של נאשם להימנע מלהעיד במשפטו (להלן: "שתיקה"/"שתיקת הנאשם") עשויה, בתנאים מסוימים, לספק את התוספת הראייתית הנדרשת להודאת הנאשם מחוץ לכותלי בית המשפט, קרי, להוות דבר מה נוסף להודאה (להלן: "דבר מה נוסף").

יש לציין כי מאז אותה פרשה חזרו אמנם בתי המשפט בערכותיהם השונות על הלכה זו פעמים מספר, אך זאת מבלי להידרש לדיון נוסף ומעמיק בהלכה.² מעיון בפסיקה, דומה כי הלכת **מילשטיין**, למרות החידוש הגדול שבה ביחס לתוספת הראייתית הנדרשת להודאת חוץ של נאשם, התקבלה בשוויון נפש יחסי על ידי בתי המשפט.

בהארה זאת אבקש להאיר את הלכת **מילשטיין** באופן ביקורתי. הבעייתיות העיקרית עליה אבקש להצביע היא בעייתיותה של ההנחה שביסוד הלכת **מילשטיין**: ההנחה כי שתיקת נאשם במשפטו היא בעלת ערך ראייתי מפליל. כפי שאבקש לראות הנחה זאת היא הכרחית בכל הבנה מתקבלת על הדעת של הנמקת בית המשפט בעניין **מילשטיין**. דא עקא, הנחה אמפירית זאת, הנראית מבוססת כשלעצמה בנסיבות רגילות, מאבדת את סבירותה כאשר מדובר בנסיבות שבהן קדמה לשתיקה הודאת חוץ של הנאשם. במילים אחרות, טענתנו המרכזית היא כי בעניין **מילשטיין** טעה בית המשפט כאשר הסיק מערכה הראייתי המפליל של שתיקת נאשם בנסיבות הרגילות³ את המסקנה הבלתי מתחייבת כי שתיקת הנאשם היא בעלת ערך מפליל גם כאשר קדמה לה הודאת חוץ של נאשם.

לאחר הצגת טענתנו העיקרית נבקש לדחות טענת נגד אפשרית שלפיה ניתן להצדיק את הלכת **מילשטיין** כהלכה שמטרתה להוות תמריץ לנאשמים להעיד. לפי טענת נגד זו, תמריץ זה עשוי לתרום לחקר

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה

¹ רע"פ 4124/04 סמל (מיל') **איתי מילשטיין נ' התצ"ר**, תק-על 4022 (4)2006 (2006)

² בית המשפט העליון חזר על הלכה זו למשל בע"פ 11426/03, **אחמד חואמדה נ' מ"י**, חוות דעתו של השופט ע' פוגלמן בסעיפים 35-38 (טרם פורסם, 31.12.2008). בפסקי הדין שיצאו מתחת ידי בתי משפט המחוזיים ראו למשל בת"פ (מחוזי י-ם) 377/04 **מ"י נ' ירון וול**, כבוד השופט יוסף שפירא פסקאות 21-15 לפסק הדין (טרם פורסם, 3.7.2007) (וראו בהקשר זה גם פסק הדין של בית המשפט העליון בערעור: ע"פ 2560/08 **מ"י נ' ירון וול** (טרם פורסם, 6.7.2009)), ת"פ (מחוזי ב"ש) 8055/06 **מ"י נ' אלי בוקובה** (טרם פורסם, 22.1.2007), ת"פ (מחוזי ת"א) 40186/07 **מ"י נ' פרנק מטודי** (טרם פורסם, 1.6.2009).

³ ערך ראייתי מפליל זה הוא העומד כמובן ביסוד ההסדר שבסעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982

האמת על ידי תמרוץ כלל הנאשמים להעלות על דוכן העדים, וחשיפתם של הנאשמים לסכנת ההסתבכות בשקרים מהותיים. על טענת נגד זאת נשיב כי הלכת **מילשטיין** תהווה תמריץ כושל ובלתי יעיל.

בטרם נפנה לדיון גופו ראוי להדגיש כי רשימה זאת מבקשת לדון ברובד הפרובטיבי של הסוגיה, ולפיכך נתמקד בהיבט זה של הנמקת השופטים. בשולי הדברים נציין כי פסק הדין דן גם בהיבטים אחרים של הסוגיה שאליהם לא נתייחס, קרי: בית המשפט דחה את הטענה כי הסקת מסקנות מהימנעותו להעיד של הנאשם יש בה כדי לפגוע מושגית או נורמטיבית בזכות השתיקה של הנאשם ובחזקת החפות.

סדר הדיון יהיה כדלהלן: **בפרק הראשון** נציג את עובדות פסק הדין והנמקת השופטים. **בפרק השני** ננתח את ההנמקות השופטים ונראה כי כל הבנה מתקבלת על הדעת שלהן מחייבת כהנחה מקדימה את ההנחה ששתיקת הנאשם היא בעלת ערך מפליל גם בנסיבות שקדמה לה הודאת חוץ. **בפרק השלישי** נראה את בעייתיותה של ההנחה בדבר כוחה המפליל של שתיקת הנאשם בנסיבות שקדמה להן הודאת חוץ. **בפרק הרביעי** נבחן את הטענה כי ניתן להצדיק את הלכת **מילשטיין** כהלכה שעשויה לתרום לחקר האמת על ידי תימרוץ כלל הנאשמים להעיד. נחתום בסיכום.

ב. עובדות פרשת מילשטיין ופסק דינו של בית המשפט העליון

עובדות הפרשה הינן כדלהלן: כנגד הנאשם, סמ"ר איתי מילשטיין, הוגש בבית הדין הצבאי מחוז שיפוט מטכ"ל כתב אישום המייחס לו עבירה של שימוש בסם מסוכן מסוג קנאביס ("גראס"), עבירה לפי סעיפים 7 (א)+(ג) לפקודת הסמים המסוכנים, תשל"ג – 1973. כתב האישום התבסס על 2 הודאות שנמסרו על ידי הנאשם בחקירתו במצ"ח.

בבית המשפט כפר הנאשם בכתב האישום ובחר שלא להעיד במשפטו. בית הדין הצבאי המחוזי, שייחס להודאות משקל רב, מצא את ה"דבר מה הנוסף", הנדרש להרשעת הנאשם על בסיס הודאתו, בעובדה שהנאשם בחר שלא להעיד במשפטו. זאת בהתאם להלכה המקובלת במסגרת בתי הדין הצבאיים,⁴ ובלמוד קל וחומר מסעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח חדש], תשמ"ב – 1982 (להלן: החסד"פ) הקובע כי "הימנעות הנאשם מלהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה וכן סיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להן סיוע...".

בית הדין הצבאי לערעורים דחה את ערעורו של הנאשם ושב ואישר את ההלכה המושרשת במערכת בתי הדין הצבאיים כי בחירתו של נאשם שלא להעיד במשפט עשויה לשמש "דבר מה" להודאתו. בעקבות פסק הדין הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, רשות שניתנה. השאלה שעמדה אפוא להכרעתו של ביהמ"ש העליון הייתה: האם הימנעותו של נאשם מלהעיד במשפטו עשויה לשמש "דבר מה נוסף" להודאת חוץ ובכך להביא להרשעתו?

שתי חוות הדעת שניתנו במסגרת פסק דינו של בית המשפט העליון (הן דעת הרוב של השופטת ע' ארבל אליה הצטרף הנשיא בדימוס א' ברק והן דעת המיעוט של השופט א' לוי) זיכו את הנאשם. אך בעוד השופט לוי תמך בזיכוי לגופו של עניין, השופטת ארבל זיכתה את הנאשם "בהינתן העובדה כי עמדת הפרקליט הצבאי הראשי, כפי שהובעה על-ידי בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה, הינה כי הוא אינו עומד עוד על הרשעתו של המערער, ובנסיבות העניין, בהן היותה של העבירה ברף התחתון של העבירות

⁴ ע/85/80 כהן נ' התובע הצבאי הראשי; ע/41/01 התובע הצבאי הראשי נ' סמל לוי (6.11.2001); ע/190/01 סמל להב נ' התובע הצבאי הראשי (1.12.2002); ע/238/02 רב"ט בריצ'וק נ' התובע הצבאי הראשי (13.1.2003); ע/59/03 התובע הצבאי הראשי נ' סמל שולמן (9.12.2003); ע"מ/28/03 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט אל דמע (15.7.2003).

הפליליות, נסיבות ביצוע העבירה, וכן הזמן הרב שחלף מאז ביצוע העבירה ועד היום" והגם שלטעמה "ומבלי לקבוע מסמרות בדבר, על פני הדברים נראה כי דווקא המקרה הנוכחי עשוי היה להיכנס לגדרם של אותם מקרים חריגים בהם רשאית הייתה הערכאה הדיונית למצוא 'דבר מה נוסף' בהימנעותו של המערער מלהעיד".⁵

בשאלה העקרונית שעמדה לדיון הסכימו השופטים כולם כי הכלל הוא כי אין לראות בהימנעותו להעיד של נאשם "דבר מה נוסף" להודאתו אלא במקרים חריגים, אך בדבר היקפו של החריג נחלקו דעות השופטים.

דעת הרוב שניתנה על ידי השופטת ע' ארבל סברה כי סעיף 162 לחסד"פ נועד לצמצם את ההסתברות לזיכויים של נאשמים אשמים באמצעות מתן ערך פוזיטיבי לשתיקה ועידודם של נאשמים למסור את גרסתם בבית-המשפט. עיון בהוראת סעיף 162 לחסד"פ ופרשנות ההוראה מבחינה מילולית ותכליתית, מלמדים לגישתה כי ניתן להחיל את הסעיף גם על הדרישה לתוספת הראייתית מסוג "דבר מה נוסף", ועל כן, עשוי הסעיף להיות מקור חוקי לראות בשתיקת הנאשם במשפטו "דבר מה נוסף" להודאת חוץ. עם זאת, משיקולי מדיניות שיפוטית ראוי שעל דרך הכלל שתיקתו של נאשם במשפטו לא תהווה "דבר מה נוסף" להודאה שמסר בחקירתו, אלא במקרים חריגים.

לדעתה יש להותיר בידי הערכאה הדיונית מתחם רחב יותר של שיקול-דעת, תוך קביעת אמות-מידה באשר לאופן המרוסן והזהיר שבו ראוי יהיה להפעילו, ואלו הם:

ראשית, על ההודאה עצמה להיות בעלת משקל פנימי גבוה במיוחד, באופן שישכנע את בית-המשפט כי מדובר ב"הודאה העומדת בפני עצמה לאור משקלה העצמי".

שנית, מידת יכולתו של בית המשפט, על סמך מכלול נסיבות החיצוניות להודאה, לשלול – במידת הוודאות האפשרית – את האפשרות שמא הנאשם פעל מתוך לחץ "פנימי" אשר הביא אותו לידי כך שייטול על עצמו אחריות לביצוע מעשה שלא עשה או שלא נעשה כלל. במסגרת זאת, על בית המשפט להעמיד לנגד עיניו את הסיבות השונות העלולות להביא נאשם להודות בביצוע עבירה אותה לא ביצע, ולשאול עצמו האם אמנם הוסר כל חשש סביר שמא מתקיימת בעניין המונח בפניו אחת מהסיבות הללו כפי שנמנו כאמור בדו"ח ועדת גולדברג (דהיינו, סיבות שיסודן במבנה אישיות הנאשם אי הבחנה בין דמיון למציאות; תחושת הנאשם שבהתוודותו "יכפר" על התנהגות אסורה בעבר אמיתית, או דמיונית; נטייה להרס עצמי, שיסודותיה ברגשות אשם כלליים, ובלתי ממוקדים; סיבות שיסודן השפעת החקירה והמעצר; סיבות שיסודן השפעת שיקולים ולחצים חברתיים חיפוי על העברייני ולעיתים אף כניעה ללחצי העברייני האמיתי).⁶

שלישית, על בית-המשפט להשתכנע, על בסיס מכלול נסיבות העניין, כי שתיקתו של הנאשם אינה נובעת ממניע תמים, ועל כן, כי המסקנה המתבקשת ממנה היא שאכן אין לו תשובה נגד ההאשמות המופנות כלפיו, אשר ביחס אליהן הודה בחקירתו.

בהתקיימן במצטבר של שלוש אמות מידה אלו, יוכל בית המשפט לקבוע כי יש בכוחה של שתיקת הנאשם במשפטו להוות את ה"דבר מה הנוסף" הנדרש להודאתו.⁷

השופט א' לוי צמצם את החריג באופן ניכר יותר. באשר לפרשנותו של סעיף 162 לחסד"פ סבר השופט לוי, כי הפרשנות שאומצה על-ידי בתי הדין הצבאיים לסעיף, ואשר לפיה בהינתן כי שתיקת נאשם

⁵ פרשת מילשטיין, סעיף 36 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל, לעיל הערה 2.

⁶ ראו נא: דין וחשבון הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר" (דצמבר 1994) עמ' 8-10.

⁷ פרשת מילשטיין, סעיפים 33-35 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל, לעיל הערה 2.

יכולה לספק את הדרישה לראייה מסייעת, קל וחומר שהיא יכולה להוות גם "דבר מה נוסף" להודאתו של נאשם, אינה נקייה מספקות. לדבריו, אם זו אכן הייתה עמדת המחוקק, תמוהה העובדה כי בחר שלא לקבוע זאת במפורש במסגרת הסעיף, וזאת בפרט נוכח העובדה כי בעת הוספת הוראה זו לחוק, הדרישה ל"דבר מה נוסף" הייתה שרירה וקיימת. מכאן הסיק השופט לוי כי התשובה לשאלה זו אינה ניתנת להיגזר מהוראת סעיף 162 לחוק לבדה או מההגדרות הטכניות שנודעו למונחים "חיזוק" ו"סיוע" בסעיף זה.

לדעתו של השופט לוי יש להגביל את המצבים בהם ניתן יהיה לראות בשתיקה הנאשם במשפט "דבר מה נוסף" לאותם המקרים שבהם החקירה תועדה בצילום וידיאו, ובית-המשפט שחזה בהקלטה של החקירה, התרשם כי מונחת בפניו הודאת אמת.

ג. ניתוח הטעמים שביסוד הלכת מילשטיין

אודה שמהלך הטיעון של שתי חוות הדעת נראה לי לוקה משהו בחוסר היגיון הפנימי או למצער בחוסר בהירות המקשה על הבנת ההיגיון שביסוד הלכת מילשטיין. אולם, כפי שאבקש להראות בפרק זה, כל הבנה סבירה של הנמקות השופטים מחייבת לראות את ההנמקות כמבוססות על ההנחה המקדימה ששתיקת הנאשם היא בעלת ערך ראייתי גם אם קדמה לה הודאת חוץ. את סבירותה של הנחה מקדימה זאת נתקוף בפרק שלאחר מכן.

ובכן כיצד מנמקות שתי חוות הדעת את ההלכה החדשה. שתי חוות הדעת קובעות שככלל אין זה ראוי לראות בשתיקת הנאשם "דבר מה נוסף" וזאת משני טעמים: **הטעם האחד** נובע מהרציונאל שביסוד דרישת ה"דבר מה הנוסף". דרישה זאת נועדה להסיר את החשש מפני הודאת שווא שמקורה בלחץ פנימי או מניע נסתר של הנאשם שהביאו לידי נטילת אחריות על מעשה שלא עשה. בהקשר זה מציינות שתי חוות הדעת כי בשתיקת הנאשם במשפטו רב הנסתר על הגלוי ומי לידינו יתקע שזו אינה נובעת מאותו מניע עלום שהביא את הנאשם להודאת שווא.⁸

הטעם הנוסף הוא טעם שבמדיניות שלפיו אין זה ראוי לאפשר לרשויות התביעה להגיש כתב אישום רק בהסתמך על ההודאה מתוך תקווה שהנאשם ישתוק, דבר שיפגע בתמריץ הרשויות החוקרות לאתר ראיות נוספות.⁹

לשני טעמים אלה מוסיפה השופטת ארבל **טעם שלישי** והוא הגנה על זכות השתיקה וחזקת החפות מפני כרסום יתר.

והנה, למרות כל האמור נמנעות שתי חוות הדעת מקביעה גורפת כי שתיקת הנאשם במשפט לא תוכל ככזו לשמש "דבר מה נוסף", וזאת על יסוד הטעם כי:

"קיים חשש שזיכוי של הנאשם – מהטעם ששתיקתו אינה מהווה 'דבר מה נוסף' להודאתו – דווקא היא זו שתביא לפגיעה בחקר האמת, ולכך תתווסף גם פגיעה בצורך להלחם בפשיעה הגואה ולהגן על הציבור מפני סכנתם של מפרי החוק"¹⁰

או מהטעם של איזון בין ערך חשיפת האמת לבין ההגנה על חפים מפשע, או כפי שמנסח זאת בית המשפט:

⁸ פרשת מילשטיין, סעיף 23 לחוות דעתו של השופט א' לוי וסעיף 27 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל, לעיל הערה 2.

⁹ פרשת מילשטיין, סעיף 24 לחוות דעתו של השופט א' לוי וסעיף 28 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל, לעיל הערה 2.

¹⁰ פרשת מילשטיין, סעיף 25 לחוות דעתו של השופט א' לוי, לעיל הערה 2.

"האיזון הראוי בין מחויבותנו לערך היסודי של חשיפת האמת, שבבסיסו המטרה להביא להרשעתם של האשמים ולזיכויים של החפים מפשע, ובין חובתנו להגן על זכותו של הנאשם להליך משפטי תקין והוגן."¹¹

בחינה מדוקדקת של דברים אלו מעוררת מבוכה. ברור כי בהתאם למושכלות יסוד של ההוכחה הפלילית, ובפרט לאור עיקרון מזעור סיכוני הרשעה, טעמים אלה אינם יכולים לעמוד. אפילו ניתן להמשיג את ערך חשיפת האמת בהליך הפלילי באופן שלא יכלול בחובו את ערך ההגנה על חפים מפשע,¹² הרי שערך זה – ערך חשיפת האמת (והוא הדין באשר לאינטרס במלחמה בפשיעה הגואה) – נסוג בכל מקרי ההתנגשות מפני ערך ההגנה על חפים ללא כל איזון.¹³ במילים אחרות, כל עוד מתקיים הטעם הראשון – קרי, כל עוד ישנו חשש ממשי מפני הודאות שווא שלא הוסר – אין מקום לבצע איזון כלשהו.

כיצד יש אפוא להבין את דברי בית המשפט בדבר האיזון? ובכן, לדעתנו יש להניח, מכוח עקרון החסד, כי כוונת השופטים בשתי חוות הדעת היא כי החריג שעוצב על ידם הולם את עקרון ההגנה על חפים מפשע וכי הוא מסיר את החשש מפני הרשעות שווא. יש להניח אפוא כי החריג כפי שעוצב על ידי שתי חוות הדעת, אמור לדידם לפתור לחלוטין, או כמעט לחלוטין, את הטעם הראשון – החשש מפני הודאת שווא בשל לחץ פנימי. במילים אחרות, הנחת היסוד של שופטי הרוב והמיעוט בעניין **מילשטיין** היא כי לשתיקת הנאשם לאחר הודאה, בנסיבות החריג שעיצבו, יש ערך ראייתי מפליל.

ודוק, אין להבין את חוות הדעת כאילו לדידו של בית המשפט יש בנסיבות החיצוניות שאינן כשלעצמן "דבר מה נוסף" (לגישת השופטת ארבל) או בצפייה בהקלטת ההודאה (לגישת השופט לוי) כשלעצמם, ובלא השתיקה, כדי להסיר את החשש מפני הודאת שווא. לו זה היה הטעם שביסוד החריג, היה ניתן לתהות כך: מדוע להגביל חריג זה רק למצב בו הנאשם שתק?! מדוע לא לקבוע חריג כללי בעל אופי זהה לדרישת הדבר מה הנוסף?! מדוע לא לקבוע למשל שאם קיימת הקלטה של ההודאה (לגישת השופט לוי) או נסיבות חיצוניות שאינן "דבר מה נוסף" המסירות את החשש לתרחישים השונים של הודאות שווא, אזי אין צורך כלל ב"דבר מה נוסף"?! אין זה אם כן אלא כי ביסוד שתי חוות הדעת עומדת ההנחה כי נסיבות חיצוניות אלה או ההקלטה כשלעצמן (וללא התוספת של שתיקה הנאשם) אינן מסירות את החשש להודאת שווא. רק הצירוף של השתיקה לנסיבות החיצוניות (לגישת השופטת ארבל) או להקלטה (לגישת השופט לוי) עשוי במצטבר להסיר חשש זה.

העולה מכל האמור הוא אפוא כי הנחת היסוד של בית המשפט היא כי לשתיקת הנאשם לאחר הודאה יש ערך ראייתי מפליל שהוא המצטרף לנסיבות החיצוניות (או ההקלטה לגישת השופט לוי) כדי

¹¹ פרשת **מילשטיין**, סעיף 29 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל, לעיל הערה 2.

¹² ד' מנשה "אידיאל חשיפת האמת, ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא - אנטומיה של יחסים מסובכים" **קרית משפט א** (תשס"א) 273.

¹³ ראוי לציין גם זאת: החריג שיצר בית המשפט אינו נראה כהולם איזון בין ערך חשיפת האמת (גם כשהוא מובן ככזה שבסיסו להוביל לדיוק בהכרעות השיפוטיות, קרי, הרשעת האשם וזיכוי של החף) לבין הטעם השני – הטעם של תמרוץ שלילי הרשויות החוקרות – או לבין הטעם השלישי של זכות השתיקה וחזקת החפות. זאת משום שאם אכן באיזון קא עסקינן מדוע לא ניתן כל משקל לטעמים אלה בעיצוב תנאי החריג הכלל שהתמקדו בהסרת החשש כביכול להודאת שווא. מדוע למשל לא נבחנת מידת השקיפה של הרשויות חוקרות להשגת ראיות נוספות להודאה?! איזון בו לא ניתן כל משקל לאחד השיקולים לאו איזון הוא. כיצד אפוא מתמודד החריג עם הטעמים שעמדו ביסוד הכלל? האמור לעיל די היה בו כשלעצמו כדי להעיד על הבעייתיות של פסק הדין שאינו מתמודד עם הטעמים שהניח הוא עצמו ביסוד הכלל כי שתיקה הנאשם לא תהווה בדרך כלל "דבר מה נוסף".

להסיר את החשש מפני הודאת שווא. אך האומנם הנחה זאת מבוססת? האומנם שתיקת נאשם בנסיבות אלה היא בעלת ערך ראייתי מפלילי? לבחינת שאלה זאת נעבור עתה.

ד. האומנם "החפות זועקת להישמע" גם כאשר מצויה כבר הודאת חוץ?

לדעתי, בכל הכבוד, ההחלטה בעניין מילשטיין הינה שגויה בין אם מנתחים אותה בכלים של תורת ההסתברות המתמטית (המבוססת על התחשיב האקסיומאטי של תורת הקבוצות) ובין אם בכלים של ההסתברות האינדוקטיבית (המבוססת על הלוגיקה המודאלית).

כפי שצינו ההנחה שביסוד שתי חוות הדעת שבפסק הדין היא כי לו היה מדובר בנאשם חף מפשע אזי הוא היה משתוקק להשמיע גרסתו (כאמרתו המפורסמת של בנתהאם "החפות זועקת להישמע").¹⁴ אלא שלעניות דעתנו, הנחה זו אינה סתם הנחה בלתי וודאית, אלא ספק אם היא נכונה כלל.

וכל כך למה? משום שתיקה זאת אינה בנסיבות הרגילות, דהיינו, אין המדובר כאן במצב שבו הנאשם שותק כאשר יש ראיות חיצוניות כנגדו. במקרה זה החשש שהתוספת מסוג "דבר מה" נועדה להסיר הוא כי המדובר במי שהודה הודאת שווא מתוך לחץ פנימי. אם זה המצב – אם ההודאה מקורה בלחץ פנימי – הרי שכדי להסירו הגרסה המזכה שעל הנאשם למסור היא ההסבר של הטעמים הפנימיים שהביאו אותו להודאת השווא.

באשר לסוג זה של הסברים יהא זה מוטעה להניח כי במצב דברים זה יש לנאשם נגישות להסבר להודאת השווא, ומשום כך גם מוטעה יהיה להניח כי הנאשם החף יהיה להוט לעלות על דוכן העדים. שופט המניח כך מייחס לנאשם את יכולותיו שלו. השופט, שבדרך כלל נימנה על אוכלוסיה המתאפיינת ביכולת וורבלית גבוהה ויכולת בלתי מבוטלת של אינטרוספקציה, מבקש בכך באופן כושל להיכנס לתוך נעליו של הנאשם תוך ניתוח התנהגותו של הנאשם על בסיס יכולותיו הקוגניטיביות כשופט. רוב רובם של האנשים, ובוודאי כאשר מדובר באוכלוסייה המועדת למסור הודאות שווא, אינם ניחנים ביכולות אלה.¹⁵ ואולי המצב חמור אף יותר – ייתכן שהשופטים דורשים כאן מהנאשם דבר-מה (תרתי משמע) שהוא אף מעל יכולותיהם שלהם.

חשוב להדגיש כי בניגוד להסבר של אירועים חיצוניים אובייקטיביים, הנאשם נדרש להסביר כאן אירועים פסיכולוגיים מורכבים זמן רב יחסית לאחר התרחשותם. גם אנשים בעלי אינטליגנציה גבוהה ויכולת מרשימה של אינטרוספקציה עשויים להיכשל בכך. למעשה בעניין זה כולנו מתקשים אפילו בחיי היומיום. האופן שבו אנו חושבים בפועל הוא בלתי לינארי ואסוציאטיבי.¹⁶ לעיתים אף קשה לומר שמעשינו מתלווים כלל במחשבה מודעת של ממש, קרי, ספק אם מתנהל לגביהם "מונולוג פנימי" שבו אנו מסבירים את המעשים לעצמנו. יוצא אפוא שבדרך כלל רוב הנימוקים הפסיכולוגיים שאנו נותנים למעשינו הם רק אידיאליזציות שבדיעבד של המניעים האמיתיים שנותרים עלומים אפילו מאיתנו, וגלויים וידועים רק למי שאמר והיה העולם. מובן שהנאשם יכול להעלות על דוכן העדים ולהפטיר "הודיתי מתוך לחץ פנימי" אך

¹⁴ או כלשונו המקורית של בנתהאם:

"Innocence claims the right of speaking, as guilt invokes the privilege of silence" (J. BENTHAM, A TREATISE ON JUDICIAL EVIDENCE (ed. Dumont London 1825) 241).

¹⁵ במאמר מוסגר סוג טעמים אלו מובילים חוקרים רבים למסקנה כי שיפוט בידי מושבעים עדיף. לכשלי הייחוס הקוגניטיביים לפחות, האחרונים נראים כחשופים פחות.

¹⁶ עיון בספרות מסוגת זרם התודעה רק ממחיש מהי מידת האינטרוספקציה שנדרשת מכותבים אלה לצורך תיאור המחשבות כפי שהן, ורק ימחיש עד כמה איננו מורגלים בתיאור מחשבותינו כפי שהן בפועל.

איש לא יסתפק בכך ובוודאי שלא ישתכנע מכך, וכדי להציג זאת באופן משכנע יותר הנאשם נזקק ליכולות שלרוב נעדרות ממנו. אין שום סיבה אפוא להניח כי לנאשם חף שמסר הודאת חוץ ייטה לעלות על דוכן העדים יותר מאשם שמסר הודאת חוץ.

גם הטענה שלפיה יש להניח כי עדיין הנאשם החף יטה להעיד יותר מתוך דחף פסיכולוגי (בלתי רציונאלי משהו) לזעוק את חפותו גם אם לא יוכל לשטוח הסבריו באופן סביר אינה כה משכנעת. ראשית, ספק אם הנחה זו – אפילו יש בה ממש בדרך כלל – תופסת בקרב אוכלוסיית החפים שכבר הודו. לדעתנו יש רגליים לסברה שמקום שהנאשם כבר הודה (וזהו הראיה היחידה נגדו), נטייה זו של החפים תקטן באופן משמעותי (לכל הפחות אי אפשר להניח שהיא משתמרת ללא מחקר אמפירי). הטעם לכך הוא שחף שהודה חש באיזשהו מובן אחריות לגבי השתלשלות הדברים שהובילה להאשמתו. ספק אפוא אם יש בו את אותה הרגשה של חוסר הגינות, או כעס על עלילת השווא שמניעה בדרך כלל את החפים לעמוד על חפותם גם כאשר אין לכך צידוק רציונאלי. שנית, נראה שהבדל שבין הנאשם החף והנאשם האשם ממותן במידה רבה על ידי המסננת הרציונאלית של הסגור.

וחשוב לזכור אף זאת: השאלה אינה מה ההסתברות שחף שהודה יבחר להעיד במשפטו. מי שסבור כך נופל ברשתה של אשליה קוגניטיבית הקרויה "כשל החלפת ההתניות" – כשל עליו עמדתי בהרחבה בספרי: **הלוגיקה של קבילות ראיות**¹⁷ והנזכרת אף במחקרי דיאקונס ופרידמן¹⁸ ופועלו בהקשר דיוננו הינו הזיהוי המוטעה של ההסתברות של קיום הראיה בהינתן החפות להסתברות של חפות בהינתן הראיה. השאלה הנכונה היא זאת: האם ההסתברות שחפים שהודו יבחרו להעיד במשפטם גדולה מההסתברות שאשמים שהודו יעידו במשפטם?

מאחר שניתן להניח כי גם האחרונים נוטים להעיד בדרך כלל הרי לאור עובדה זו (ולאור כל האמור לעיל) ספק אם קיים הבדל משמעותי בין ההסתברויות האמורות. סביר להניח כי שאלת העדת הנאשם תהא תלויה במידה המכרעת ביותר ביכולתו של האחרון להסביר באופן מילולי ומשכנע אירועים פסיכולוגיים מורכבים כגון אלה שעלולים להביא להודאת שווא. משתנה זה – קרי, היכולת להסביר באופן משכנע אירועים פסיכולוגיים – הוא משתנה המתפלג אקראית סביב שאלת האשמה. זאת להבדיל למשל משאלת היכולת להסביר ראיות חיצוניות מפלילות שבה עדיפות לחפים על האשמים.

ודוק, הודאת החוץ היא בוודאי בעלת ערך ראיתי מפליל, אלא שלטענתנו ספק כבד אם שתיקת הנאשם לאחר שכבר מסר הודאת חוץ מגדילה את הסתברות האשמה שלו.

באמצעות הכלים המתמטיים שמקנה לו תיאורמת בייז¹⁹ יקל לראות את משמעות הדברים. כדי להראות זאת נעשה שימוש בסימונים הבאים:

¹⁷ ד' מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות, 186-187 בהערת שוליים 183 (תשס"ט-2009)

¹⁸ P.Diacons & D. Freedman, *The Persistence of Cognitive Illusion or Can Human Irrationality be Experimentally Demonstrated*, 4 **BEHAVIORAL & BRAIN SCI.** 317(1981).

¹⁹ תיאורמת בייז היא תיאורמה ידועה בתורת ההסתברות המתמטית המאפשרת את החלפת ההתניות. כלומר, תיאורמה זאת מאפשרת לנו להסיק מהנתון של ההסתברות של אירוע B בהינתן התרחשותו של אירוע A (למשל, ההסתברות שלפלוני יש מניע בהינתן העובדה שפלוני אשם) את ההסתברות המותנית ההפוכה – ההסתברות של אירוע A בהינתן קיומו של אירוע B (בדוגמתנו, ההסתברות שפלוני אשם בהינתן קיומו של מניע). חשיבותה של תיאורמה בהקשר המשפטי-ראיתי היא בכך שהיא מאפשרת לנו לעדכן את הסתברות האשמה של הנאשם בעקבות הצגתה של ראיה חדשה, או במילים אחרות, היא מאפשרת לנו להסיק את הסתברות האשמה של הנאשם לאור הראיות שהוצגו בעניינו.

בניסוחה הכללי קובעת תיאורמת בייז, כי בהינתן אירועים זרים, A_1, A_2, \dots, A_n , שאיחודם מהווה אירוע וודאי, הרי לגבי אירוע B כלשהו, שהסתברותו גדולה מ-0, המשוואה הבאה תהיה נכונה:

$P(x)$ – הוא ההסתברות להתרחשות האירוע x

$O(x)$ – הוא השיעור להתרחשות האירוע x ²⁰

G – הוא אירוע האשמה

Ec – הוא ראיית ההודיה

Es – הוא ראיית השתיקה

תוך שימוש בסימונים אלה, הרי שתיאורמת בייז תקבע כי ניתן לחשב את שיעור האשמה של פלוני שהודה ולאחר מכן שתק במשפטו באופן הבא:

$$^{21} O[G/(Ec \& Es)] = O[G/Es] \cdot \frac{P[Es/(G \& Ec)]}{P[Es/(NotG \& Ec)]}$$

בנוסחה זאת קל לראות כי ספק אם המונה בשבר $\frac{P[Es/(G \& Ec)]}{P[Es/(NotG \& Ec)]}$ דהיינו, ספק אם ההסתברות של

שתיקה בהינתן אשמה והודיה קודמת – גדול באופן שאינו ממשי או שאינו זניח מהסתברות השתיקה בהינתן חפות והודיה קודמת, וזאת מהטעמים שצינו לעיל. יוצא אפוא שהסתברות האשמה לאחר השתיקה נותרת בקירוב כהסתברות האשמה שהייתה קיימת בהינתן ההודיה – הסתברות שכל ההיגיון בדרישת "הדבר מה הנוסף" הוא כי אינה יכולה להספיק להרשעה.

$$P(A_k / B) = \frac{P(A_k)P(B / A_k)}{\sum_{i=1}^n P(B / A_i)P(A_i)} \quad (k = 1, 2, \dots, n)$$

²⁰ השיעור (= Odds או יחסים) של אירוע A הוא ההסתברות של A חלקי ההסתברות שלא- A – דהיינו:

$$\frac{P(A)}{1 - P(A)}$$

כך למשל אם נתונה לנו הסתברות האשמה הבאה: $P(G)=0.6$, אזי שיעור האשמה הוא: $O(G)=0.6/0.4=1.5$. כדי לסבר את האוזן, נסביר זאת גם באופן מילולי כך: הסתברות אשמה של 0.6 משמעותה של שמתוך 10 אנשים 6 יהיו אשמים, קרי 6 אשמים על כל 10 אנשים. לפי זה מתוך אותם 10 אנשים 4 יהיו חפים, דהיינו, שיעור האשמה הוא של 6 אשמים ל-4 חפים, דהיינו $6/4=1.5$.

²¹ צורת השיעורים היא כאמור רק פיתוח של תיאורמת בייז, כפי שניתן להראות בפשטות יחסית:

$$P(G/E) = \frac{P(G)P(E/G)}{P(E)} \Rightarrow \frac{P(G/E)}{P(not-G/E)} = \frac{P(G)P(E/G)}{P(not-G/E)P(E)} \Rightarrow O(G/E) = \frac{P(G)P(E/G)}{P(not-G \& E)}$$

$$\Rightarrow O(G/E) = \frac{P(G)P(E/G)}{P(not-G)P(E/not-G)} \Rightarrow O(G/E) = O(G) \frac{P(E/G)}{P(E/not-G)}$$

הדברים מתחווים אף יותר כאשר בוחנים את הסוגיה בשיטת ההסתברות האינדוקטיבית (שיטה שפותחה על ידי הלוגיקן ג'ונתן כהן ושומצה בפסיקה הישראלית בעיקר על ידי **השופט דורנר** בין היתר בפרשות **אזולאי, מנצור, וקורמן**).²² שיטה לוגית זו קשורה באלימינציה של אפשרויות חלופיות להסתברות של ממצא, ובהוכחתה של המסקנה הסופית כאפשרות היחידה המתקבלת על הדעת. לענייננו, על-פי שיטה זו, הוכחה "מעבר לספק סביר" אינה מצביעה על תקן מדידה של עוצמתן של ראיות, אלא נבחנת ונקבעת בשיטה זו בדרך של אלימינציה על ידי העמדתן במבחני הפרכה. הערכתן של ראיות היא אפוא עניין של קיום הליך חשיבה מסוים. הליך זה מבוסס על התרת ספקות בדרך של הפרכת השערות.²³

לפי שיטה זאת עלינו לבחון אפוא את כוחה של שתיקת הנאשם לשלול את תרחישי החפות האפשריים של מי שהודה בחקירה. וועדת גולדברג²⁴ ציינה 3 קבוצות של הודאות שווא בשל לחץ פנימי. הבעיה היא ש-3 התרחישים כרוכים בתהליכים פסיכולוגיים מורכבים יחסית, וקשים להסבר באופן משכנע, כפי שהסברנו לעיל. למעשה רק תת התרחיש של הקבוצה השלישית לפיו ההודאה נבעה מלחץ של העברייני האמיתי ניתן להסבר פשוט על ידי הנאשם, אלא שכאן קיימת האפשרות שלחץ העברייני האמיתי עדיין קיים והנאשם, בהינתן הדילמה בין לחצי העברייני לבין סכנת ההרשעה אם לא יסביר את הודאתו, בוחר במדיניות של "שב ואל תעשה" מתוך תקווה להלך על הקצה, דהיינו, מחד גיסא לא להסתכן בהתממשות איומי העברייני אם יחזור במפורש מההודאה ומאידך גיסא לשמר סיכוי כלשהו לזיכוי. יוצא אפוא שגם בכלי ההסתברות האינדוקטיבית ניתן לראות כי שתיקת הנאשם אינה שוללת את התרחישים המזכים.

ה. האם הלכת מילשטיין היא תמריץ שיתרום לחקר האמת?

עשוי מאן דהוא לטעון שניתן להצדיק את הלכת **מילשטיין** באופן אחר. לפי קו מחשבה זה הלכת **מילשטיין** ניתנת להצדקה כתמריץ שמטרתו לעודד את כלל הנאשמים להעיד, דבר שיתרום לחקר האמת לאורך זמן, דהיינו, היא תצמצם את מספר הטעויות השיפוטיות הכולל (בין של זיכוי אשמים ובין של הרשעת חפים).

קו המחשבה של המקשה עלינו הוא כדלהלן: כאשר הכלל כי שתיקת הנאשם עשויה להוות "דבר מה נוסף" ייוודע לנאשמים, יבחרו הנאשמים שמסרו הודאת חוץ להעיד. בחירה אחרת לא תהיה רציונאלית, שכן בהינתן הודאתם במשטרה, שתיקתם במשפט תוביל להרשעה. מצב זה יקדם את חקר האמת על ידי בית המשפט משום שהוא מגדיל את ההסתברות כי הנאשם האשם יסתבך בשקרים וייחשף. זאת משום שבעוד הנאשם החף יוכל להסתייע באמת כשיסביר מדוע הוא הודה האשם יאלץ לשקר. במצב כזה, אלא אם כן החקירה בבית המשפט נטולת כל ערך מאבחן, סיכווי של דובר השקר להימצא כדובר שקר חייבים להיות גדולים יותר בממוצע מסיכווי של דובר האמת להימצא משקר. לפיכך, יטען הטוען,

²² ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 570, 565 (1993); ע"פ 6096/94 אחמד עזיז מנצור נ' מדינת ישראל, (3) 732 (1996); ע"פ 6359/99 מדינת ישראל נ' נחום קורמן, נד(4) 653 (2000).

²³ המודל שמציע Cohen מבוסס על אדני הלוגיקה המודאלית, להבדיל מהתחשיב האקסיומטי של תורת הקבוצות עליו מיוסדת תורת ההסתברות המתמטית-פסקליאנית ובפרט תיאורמת ביזו. השיטה שמציע Cohen כחלופה להסתברות המתמטית מדרגת הסתברויות אינדוקטיביות על פני ציר שראשיתו "העדר הוכחה ש-X" וקצהו "הוכחה ש-X", וזאת להבדיל מהציר הפסקליאני שמתחיל ב"הוכחה שלא-X" ומסתיים ב"הוכחה ש-X".

פעילות זאת ממוקדת כפי שציינו במישרין באירוע הבודד וקשורה באלימינציה של אפשרויות חלופיות להסתברות של ממצא ובהוכחתה של המסקנה הסופית כאפשרות היחידה המתקבלת על הדעת. כך למשל השאלה הנכונה במשפט הפלילי תהא אם קיים ספק לגיטימי שלא נסתר ולא מהי הסתברות האשם.

ראו בספרו: L. JONATHAN COHEN, THE PROBABLE AND THE PROVABLE (1977). כן עיינו מאמרו המאלף של רון שפירא-ר' שפירא "המודל ההסתברותי של דיני הראיות חלק ב – הלוגיקה ההכרתית", **עיוני משפט** כ 141 (תשנ"ו-1996).

²⁴ הערה 6 לעיל, עמודים 8-10.

תמרוץ כלל הנאשמים להעיד יעזור לבית המשפט להפריד אשמים לחפים בצורה טובה יותר ולהרשיע את האשמים. בכך תצמצם הלכת מילשטיין את מספר הטעויות של זיכוי אשמים ותגדיל את הדיוק העובדתי ביחס לשיטה שבה הן החף והן האשם אינם מעידים.

לדעתנו קו המחשבה האמור הוא מוטעה. ראשית, לדעתנו מבחינה נורמטיבית הטיעון התמריצי אינו מהווה הצדקה ראויה כאשר הוא עומד לבדו, ומבלי ההנחה הנלווית כי יש היגיון ראיתי בראיית השתיקה בנסיבות אלה כעובדה מפלילה.²⁵ במילים אחרות טיעון זה נבנה גם הוא על ההנחה המקדימה אותה תקפנו לעיל. בנופלה נופל גם הוא.

שנית, ומעבר להיבט הנורמטיבי, לדעתנו תימרוץ הנאשמים להעיד במקרים בהם הלכת מילשטיין ישימה לא יביא לדיוק עובדתי גדול יותר (דהיינו לצמצום מספר הטעויות הכולל של הרשעת חפים וזיכוי אשמים). כדי להבהיר מדוע נציין תחילה את ארבע העובדות הבאות:

א) עצם חוסר המהימנות של גרסת הנאשם בעדותו אינה יכולה להיות "דבר מה נוסף". במילים אחרות הנאשם הבוחר להעיד אינו צריך להימצא אמין כלל או לשכנע, ובלבד שלא ייתפס בשקר מהותי.²⁶

ב) על מנת ששקר יעלה כדי שקר מהותי עליו להיות שקר המוכח בראיה עצמאית.²⁷

ג) הלכת מילשטיין חלה על מקרים בהם אין ראיות חיצוניות שעשויות להוות "דבר מה נוסף" בעצמן, שאם לא כן הרי ממילא לא היינו נדרשים למצוא בשתיקה את "דבר מה הנוסף".

ד) החשש אותו מבקשים להסיר הוא של הודאת שווא בשל לחץ פנימי, דהיינו, אין טענה לאמצעים פסולים מצד החוקרים.

על בסיס האמור, ותחת ההנחה כי הנאשמים נוהגים באופן רציונאלי, קשה לנו להלום לגבי איזה עניין מהותי, שניתן להוכחה באופן עצמאי, יש לנאשם אשם עניין לשקר!:

שתי העובדות היחידות שיש לנאשם אשם עניין לשקר לגביהן במקרה זה הן היותו מבצע העבירה והאירועים הפסיכולוגיים שהביאו אותו להודאת שווא. דא עקא, לגבי שתיהן הוא אינו עלול להיתפס בשקרים מהותיים שיביאו להרשעתו: לגבי היותו מבצע עבירה, הרי שבמקרים שהלכת מילשטיין חלה עליהם אין לתביעה כל ראיה עצמית לזיהוי כמבצע העבירה (שאם לא כן, ממילא היה לנו "דבר מה נוסף"); לגבי האירועים הפסיכולוגיים שהביאו אותו להודאת שקר, הרי שכמו שצינו לעיל, הוא אינו צריך להימצא אמין או לשכנע לגביהם. די אפוא שיטען לקיומו של לחץ פנימי בלי להסביר או לפרט, וכך להימנע מההסתבכות בשקרים מהותיים הניתנים להוכחה בראיות עצמאיות. במילים אחרות, אין הנאשם צריך

²⁵ לניתוח של סוגיית התמריצים הראייתיים ראו נא: מאמר של ד"ר לימור ריזה ושלי אודות תמריצים כלכליים - ראייתיים שעתיד להתפרסם בקרוב ב-"מחקרי משפט"

²⁶ ע"פ 677/84 דוד נ' מ"י, פ"ד מא(4) 33 (1987). שקר מהותי בדיון עשוי גם הוא לשמש סיוע ומקל וחומר הוא עשוי להוות את גם "דבר מה נוסף", שהיא תוספת ראייתית בדרגה פחותה.

²⁷ ע"פ 20/89 אמסלם נ' מ"י, פ"ד מד(1) 537 (1990).

לבדות אירועים עובדתיים שקריים כדי להקנות מהימנות להסבר הפסיכולוגי שמציג להודאת השווא שמסר. אם עד לרגע העדה הנאשם לא נכשל בשקרים כאלה (ובמצבים שבהם חלה הלכת מילשטיין הוא לא נכשל בכאלה) ממילא אין הוא נדרש לעשות כן בעדות.

קיצורו של דבר אם הלכת מילשטיין מטרתה לתמרץ נאשמים להעיד באופן שיאפשר לבית המשפט להבחין בין אשמים לזכאים ולהרשיע את הראשונים, הרי שהיא תכשל בכך באופן חרוץ. זאת משום שהלכה זאת חלה דווקא במצבים שבהם לנאשם:

(א) אין דבר שלגביו יש לו כל אינטרס לשקר לגבי דבר שהוא להיתפס בו בשקר.

(ב) אין הוא מועמד בכל סכנה אם הוא ימצא בלתי אמין ובלבד שלא נתפס בשקר מהותי.

במצב אלה קשה לראות מדוע לא יאמצו הנאשמים האשמים אסטרטגיה שנכנה "אסטרטגיית להד"ס", דהיינו, הנאשם האשם יכול לטעון טענות, שאמנם תיראנה בלתי מהימנות במפגיע, אך יימנעו מכל שקר מהותי על ידי הימנעות מהעלאת כל טענה פוזיטיבית הניתנת לאישוש או הפרכה בראיות עצמאיות. את דבריו הוא עשוי לנסח ברוח הדברים הללו: "כל דבר הודאתי במשטרה יסודו בשקר (לתביעה אין הרי כל ראיה שמאמתת פרטים מהותיים הימנה) בעוד שלגבי האירוע שבו אני נאשם אינני יודע דבר (לתביעה אין הרי ידיעת פרטים מוכמנים, הזדמנות או ראיות דומות המהוות דבר מה נוסף)". כל מה שיימצא עוד בעדותו של הנאשם בבית המשפט הוא הסבר מדוע הודה הודאת שווא, הסבר שכפי שציינו, אין הוא כולל ממילא כל התייחסות לאירועים חיצוניים. הסבר כזה החסר עיגון במציאות העובדתית יתפס לעיתים מזומנות בלתי מהימן ואולם חוסר מהימנות אינו "דבר מה נוסף".

בקיצור נמרץ, מדוע לנאשם לומר למשל ש"הסם (שאין לתביעה כל ראיה על קיומו!!!) היה אצל מישהו אחר", אם אפשר לומר "הכול שקר! לא היה סם כלל!!" מדוע להגיד "הייתי במקום פלוני" אם אפשר לומר "אינני זוכר איפה הייתי ביום האירוע" (אם יש בכלל לתביעה ראיה לקיומו של קורפוס דליקטי?)! אין גם כל סיכון שהנאשם ייכשל בלשונו וישלב בעדותו פרטים הניתנים לבדיקה אובייקטיבית כי הדבר היחיד שנדרש ממנו הוא לומר שכל הדברים שהודה בהם הם שקר, וכי הוא אינו זוכר איפה היה באותו היום. אם התביעה חיה רק מפי הנאשם, האחרון סביר שייתן לה לגווע.

עצם עובדות עניינו של מילשטיין, כפי שהן מתוארות בפסק הדין, ממחישות זאת היטב. כלום היה צריך סמ"ר מילשטיין לשקר שקר שהוא עלול להיתפס בו? לגבי מה? הרי התביעה לא הביאה כל שמץ הוכחה עצמאית לקיומו של קורפוס דליקטי?! ובכל זאת כותבת השופטת ארבל "ומבלי לקבוע מסמרות בדבר, על פני הדברים נראה כי דווקא המקרה הנוכחי עשוי היה להיכנס לגדרם של אותם מקרים חריגים בהם רשאית הייתה הערכאה הדיונית למצוא "דבר מה נוסף" בהימנעותו של המערער מלהעיד". דברים אלה מדגימים את הבעייתיות והסכנה בהלכה זו.

אדרבה, הלכת מילשטיין עלולה להגדיל את מספר הטעויות השיפוטיות על ידי הרשעות שווא של חפים. אלה כבני אדם נורמטיביים ייטו בדרך כלל להימנע מ"אסטרטגיית להד"ס", שהיא-היא האסטרטגיה הטובה ביותר במצב של הודאה חוץ, ויבחרו באחת משתי האופציות: יאמרו את האמת תוך ציון אירועים חיצוניים הניתנים לאישוש או הפרכה (ובכך יטלו את הסיכון של טעות בתום לב שתראה בעיני בית המשפט כשקר) או יימנעו בכלל מלהעיד דבר שעלול להיות "דבר מה נוסף" גם הוא. ויש לזכור כי

הלכת **מילשטיין** אינה קובעת כי כל סיטואציה של שתיקה היא "דבר מה נוסף".²⁸ במצב זה ייתכן שדווקא נאשמים חפים שהסבירות שהם אנשים נורמטיביים היא מטבע הדברים יותר גדולה, יטו להימנע מלהעיד תוך נטילת סיכון מה שהשתיקה תראה כ"דבר מה נוסף". זאת בשל החשש שלהם להראות כמשקרים במצח נחושה בבית המשפט (ונוכח את טענתנו כי המדובר בנסיבות ואמתלאות שקשה לתארן באופן משכנע). מראית עין זו יכולה להרתיע בני אדם נורמטיביים, אפילו אין היא מגדילה את הסיכון להרשעה.

ניתן אמנם לחשוב גם על מקרים סבוכים יותר שבהם מתקיים חוסר וודאות משפטי לגבי עמידתן של ראיות מסוימות בקריטריונים של "דבר מה נוסף", אבל גם לגבי מקרים אלה אנו סבורים כי הלכת **מילשטיין** תהיה בלתי אפקטיבית. זאת משום שהלכת **מילשטיין** מבקשת לתמרץ לעדות אנשים שהיו בוחרים במצב של העדר התמריץ לשתוק. אנשים אלה היו מוכנים קודם לכן לעמוד בסיכון של אותן ראיות שהן "ספק דבר מה נוסף" מבלי למסור את גרסתם. ברור אפוא שכאשר הם יעידו הם לא יכחישו את אותם ראיות ויסתכנו באפשרות להימצא דוברי שקר. את שיקולי העלות והתועלת הם עשו כבר קודם, והחליטו שהראיות אינן מצדיקות את ההעדה והם מוכנים לשאת בסיכון. התמריץ של הלכת **מילשטיין** לא מתמרץ את הנאשם להתייחסות לראיות אלה באופן שונה מבעבר.

ו. סיכום

ברשימה זאת ביקשנו להאיר באופן ביקורתי את הלכת **מילשטיין**. התמקדנו בהיבטים הפרובטיביים של הלכה זאת וביקשנו להראות כי ההנחה היסודית העומדת בבסיס פסק הדין, ואשר לפיה שתיקת נאשם במשפטו היא עובדה מפלילה, היא הנחה מסופקת ביותר כאשר מדובר בנסיבות של שתיקה לאחר הודאת חוץ. בנסיבות אלה, כך טענו, לא ניתן להניח כמובן מאליו שהשתיקה היא בעלת ערך מפליל כפי שהיא בנסיבות בהן השתיקה היא נוכח ראיות חיצוניות.

כמו כן, הראנו כי לא ניתן להצדיק את הלכת **מילשטיין** כהלכה שמטרתה להוות תמריץ לנאשמים להעיד. אם זאת היא מטרתה של הלכת **מילשטיין** הרי שהיא תהווה תמריץ כושל.

²⁸ כלל חזק יותר היה יוצר מה שכיננו במקום אחר תמריץ רדיקאלי שהינו פסול ונוגד את עקרונות ההוכחה בפלילים. ראו מאמר של ד"ר לימור ריזה ושלי אודות ד' מנשה ולי ריזה "יש והנידון מנדב ראייה: תמריצים ראייתיים לעידוד חשודים ותביעה לשתף פעולה" (צפוי להתפרסם במחקרי משפט)