

”שתיקת החפים” – עיון מחודש בהלכת מילשטיין

מאת

דורון מנשה*

ברע"פ 4142/04 סמל (מיל') איתי מילשטיין נ' התצ"ר נקבע כידוע כי בחירתו של נאשם להימנע מלהעיד במשפטו יכולה בתנאים מסוימים לספק את התוספת הראייתית הנדרשת להודאת הנאשם מחוץ לכותלי בית המשפט, קרי להיות דבר-מה נוסף על ההודאה.

רשימה זאת תראה כי ההנחה האמפירית שביסוד פסק הדין – ההנחה שלפיה להימנעות הנאשם מלהעיד במשפטו יש ערך ראייתי מפליל – מאבדת מסבירותה דווקא בנסיבות שבהן חלה ההלכה. דהיינו, הנחה אמפירית זאת ספק אם היא נכונה בנסיבות שבהן קדמה לשתיקת הנאשם הודאה חוץ.

כמו כן הרשימה בוחנת את האפשרות להצדיק את הלכת מילשטיין כהלכה שמטרתה לתמרץ נאשמים להעיד, ובכך לתרום לחקר האמת. הרשימה מראה שגם אפשרות זאת אינה עומדת בפני ביקורת, שכן אם זאת מטרתה, הרי שהלכת מילשטיין תהיה תמריץ כושל ובלתי יעיל.

א. מבוא

ברע"פ 4142/04 סמל (מיל') איתי מילשטיין נ' התצ"ר¹ 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 להיות דבר-מה נוסף על ההודאה (להלן: ”דבר-מה נוסף”).

יצוין כי מאז אותה פרשה אמנם חזרו בתי המשפט בערכותיהם השונות על הלכה זו פעמים מספר, אך זאת מבלי להידרש לדיון נוסף ומעמיק בהלכה.² מעיון בפסיקה דומה

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. הערת מערכת: גרסה מוקדמת של הערת פסיקה זו פורסמה בחוברת ה(2) של כתב העת הארת דין.

1 רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 14.12.2006) (להלן – עניין מילשטיין).

2 בית המשפט העליון חזר על הלכה זו למשל בע"פ 11426/03 חואמדה נ' מדינת ישראל, חוות דעתו של השופט ע' פוגלמן בסעיפים 35-38 (פורסם בנבו, 31.12.2008). בפסקי הדין

כי הלכת מילשטיין, למרות החידוש הגדול שבה בעניין התוספת הראייתית הנדרשת להודאת חוץ של נאשם, התקבלה בשוויון נפש יחסי על ידי בתי המשפט. ברשימה זו נבקש להאיר את הלכת מילשטיין באור ביקורתי. הבעייתיות העיקרית שעליה נבקש להצביע היא בעייתיות ההנחה שביסוד ההלכה כי שתיקת נאשם במשפטו היא בעלת ערך ראייתי מפליל. כפי שנבקש להראות, הנחה זאת הכרחית בכל הבנה מתקבלת על הדעת של הנמקת בית המשפט בעניין מילשטיין. דא עקא, הנחה 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 אפשר להצדיק את הלכת מילשטיין כהלכה שמטרתה להוות תמריץ לנאשמים להעיד. לפי טענת נגד זו, התמריץ עשוי לתרום לחקר האמת בהמריצו את כלל הנאשמים להעלות על דוכן העדים ובחשפו את 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 הפרובכטיבי של הסוגיה, ולפיכך נתמקד בהיבט זה של הנמקת השופטים. בשולי הדברים נציין כי פסק הדין דן גם בהיבטים אחרים של הסוגיה, שאליהם לא נתייחס. למשל: 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 ב נציג את עובדות פסק הדין ואת הנמקת השופטים. בפרק ג ננתח את הנמקות 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 ד נראה את בעייתיות ההנחה בדבר כוחה המפליל של שתיקת הנאשם בנסיבות שקדמה להן הודאת חוץ. בפרק ה נבחן את הטענה כי אפשר להצדיק את הלכת מילשטיין כהלכה שעשויה לתרום לחקר האמת על ידי תמרוץ כלל הנאשמים להעיד.

שיצאו מתחת ידי בתי משפט המחוזיים ראו למשל: בת"פ (מחוזי י-ם) 377/04 מדינת ישראל נ' וול, פסקאות 15-21 לפסק דינו של השופט יוסף שפירא (פורסם בנבו, 3.7.2007) (וראו בהקשר זה גם פסק הדין של בית המשפט העליון בערעור: ע"פ 2560/08 מדינת ישראל נ' וול (פורסם בנבו, 6.7.2009)); ת"פ (מחוזי ב"ש) 8055/06 מדינת ישראל נ' בוקובה (פורסם בנבו, 22.1.2007); ת"פ (מחוזי ת"א) 40186/07 מדינת ישראל נ' מטורי (פורסם בנבו, 27.7.2009).

3 ערך ראייתי מפליל זה הוא העומד כמובן ביסוד ההסדר שבסעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 ס"ח 43.

ב. עובדות פרשת מילשטיין ופסק דינו של בית המשפט העליון

עובדות הפרשה הן כדלהלן: נגד הנאשם, סמ"ר איתי מילשטיין, הוגש בבית הדין הצבאי מחוז שיפוט מטכ"ל כתב אישום המייחס לו עברה של שימוש בסם מסוכן מסוג קנבוס ("גראס"), עברה לפי סעיפים 7(א)+(ג) לפקודת הסמים המסוכנים, תשל"ג-1973. כתב האישום התבסס על שתי 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 הדבר-מה הנוסף, הנדרש להרשעת הנאשם על יסוד הודאתו, בבחירתו של הנאשם שלא להעיד במשפטו. זאת לפי ההלכה המקובלת בבתי 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 נוסף על הודאתו.

בעקבות פסק הדין הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, והרשות ניתנה. השאלה שעמדה אפוא להכרעתו של בית המשפט העליון הייתה זו: האם הימנעותו של נאשם מלהעיד במשפטו עשויה לשמש דבר-מה נוסף על הודאת חוץ ובכך להביא להרשעתו?

שתי חוות הדעת שניתנו במסגרת פסק דינו של בית המשפט העליון (הן דעת הרוב של השופטת ע' ארבל, שאליה הצטרף הנשיא בדימוס א' ברק, והן דעת המיעוט של השופט א' לוי) זיכו את הנאשם. אך השופט לוי תמך בזיכוי לגופו של עניין, ואילו 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 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

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

5 עניין מילשטיין (לעיל, הערה 1), סעיף 36 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל.

בשאלה העקרונית שעמדה לדיון הסכימו השופטים כולם כי הכלל הוא כי אין לראות בהימנעותו מלהעיד של נאשם דבר-מה נוסף על הודאתו 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 מפליל לשתיקה ועידודם של נאשמים למסור את גרסתם בבית המשפט. עיון בהוראת סעיף 162 לחסד"פ ופרשנות ההוראה מבחינה מילולית ותכליתית מלמדים לגישה כי אפשר 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 על הודאת חוץ. עם זאת משיקולי מדיניות שיפוטית ראוי שעל דרך הכלל שתיקתו של נאשם במשפטו לא תהיה דבר-מה נוסף על ההודאה 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 יהיה ראוי 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 לשלול על סמך מכלול הנסיבות החיצוניות להודאה – במידת הוודאות האפשרית – את האפשרות שמא פעל הנאשם מתוך דחף "פנימי" אשר גרם לו לקבל 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 עברה שלא ביצע, ולשאול עצמו אם אמנם הוסר כל חשש סביר שמא מתקיימת בעניין המונח בפניו אחת מהסיבות הללו כפי שנמנו כאמור בדוח ועדת גולדברג.⁶

שלישית, על בית המשפט להשתכנע, על סמך 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 בעניין הודה בחקירתו.

בהתקיימן במצטבר של שלוש אמות מידה אלו יוכל בית המשפט לקבוע כי יש בכוחה של שתיקת הנאשם במשפטו להיות הדבר-מה הנוסף הנדרש על הודאתו.⁷

6 ראו נא: דין וחשבון הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר" (דצמבר 1994), בעמ' 8-10 (להלן – דוח הוועדה). הדוח מונה כסיבות אפשריות להודאות שווא את הסיבות האלה: סיבות שיסודן במבנה אישיות הנאשם – אי-הבחנה בין דמיון למציאות; תחושת הנאשם שבהתוודותו "יכפר" על התנהגות אסורה בעבר – אמתית או דמיונית; נטייה להרס עצמי, שיסודותיה ברגשות אשם כלליים ובלתי ממוקדים; סיבות שיסודן בהשפעת החקירה והמעצר; סיבות שיסודן בהשפעת שיקולים ולחצים חברתיים, חיפוי על העברייני ולעתים אף כניעה ללחצי העברייני האמתי.

7 עניין מילשטיין (לעיל, הערה 1) סעיפים 33-35 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל.

השופט א' לוי צמצם את החריג צמצום ניכר יותר. באשר לפרשנותו של סעיף 162 לחסד"פ סבר השופט לוי כי הפרשנות שאומצה על ידי בתי הדין הצבאיים לסעיף, ואשר לפיה כאשר שתיקת נאשם יכולה לספק את הדרישה לראיה מסייעת, קל וחומר שהיא יכולה להיות גם דבר-מה נוסף על הודאתו של נאשם – אינה נקייה מספקות. לדבריו, אם זו אכן הייתה עמדת המחוקק, תמוהה העובדה כי בחר שלא לקבוע זאת במפורש במסגרת הסעיף, בייחוד משום שבעת הוספת הוראה זו לחוק הדרישה לדבר-מה נוסף כבר הייתה שרירה וקיימת. מכאן הסיק השופט לוי כי התשובה לשאלה זו אינה ניתנת להיגזר מהוראת סעיף 162 לחוק לבדה או מההגדרות הטכניות שנודעו למונחים "חזוק" ו"סיוע" בסעיף זה.

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

ג. ניתוח הטעמים שביסוד הלכת מילשטיין

נודה שמהלך הטיעון של שתי חוות הדעת נראה לנו לוקה משהו בחוסר היגיון פנימי או למצער בחוסר בהירות המקשה על הבנת ההיגיון שביסוד הלכת מילשטיין. אולם כפי שנבקש להראות בפרק זה, כל הבנה סבירה של הנמקות השופטים מחייבת לראות בהנמקות מבוססות 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. ובכך, כיצד מנמקות שתי חוות הדעת את ההלכה החדשה? שתי חוות הדעת קובעות שככלל אין זה ראוי לראות בשתיקת הנאשם דבר-מה נוסף, משני טעמים: הטעם האחד נובע מהרציונל שביסוד דרישת הדבר-מה הנוסף. דרישה זאת נועדה להסיר את החשש מפני הודאת שווא שמקורה בדחף פנימי או מניע נסתר של הנאשם שהביאו לידי קבלת אחריות על מעשה שלא עשה. בהקשר זה מציינות שתי חוות הדעת כי בשתיקת הנאשם במשפטו רב הנסתר על הנגלה, ומי לידנו 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

8 שם, בסעיף 23 לחוות דעתו של השופט א' לוי וסעיף 27 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל.

9 שם, בסעיף 24 לחוות דעתו של השופט א' לוי וסעיף 28 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל.

על שני 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 לשמש ככזו 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, ולכן 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:

”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 על פי מושכלות יסוד של ההוכחה הפלילית, ובפרט לאור עקרון מזעור סיכויי הרשעה, טעמים אלה אינם יכולים לעמוד. אפילו אפשר 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, וזאת ללא כל איזון.¹³ במילים אחרות, כל עוד מתקיים הטעם הראשון – קרי, כל עוד קיים חשש ממשי מפני הודאות שווא שלא הוסר – אין מקום לבצע איזון כלשהו.

10 שם, בסעיף 25 לחוות דעתו של השופט א' לוי.

11 שם, בסעיף 29 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל.

12 דורון מנשה, "אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים", קריית המשפט א (תשס"א) 307.

13 ראוי לציין גם זאת: החריג שיצר בית המשפט אינו נראה כהולם איזון בין ערך חשיפת האמת (גם כשהוא מובן ככזה שבבסיסו הרצון להוביל לדיוק בהכרעות השיפוטיות, קרי הרשעת האשם וזיכוי של החף) לבין הטעם השני – הטעם של תמרוץ שלילי לרשויות 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 לכלל שהתמקדו בהסרת החשש כביכול להודאת שווא? מדוע למשל אין נבחנת מידת השקיפה של הרשויות החוקרות להשגת ראיות נוספות על ההודאה? איזון שבו 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 שתיקת הנאשם לא תהיה בדרך כלל דבר מה נוסף.

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 ידיהם 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 אפשר לתהות: מדוע להגביל חריג זה רק למצב שבו 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 בדבר-מה נוסף? ! אין זה אפוא אלא כי ביסוד שתי חוות הדעת עומדת ההנחה כי נסיבות חיצוניות אלה או ההקלטה כשלעצמן (וללא התוספת של שתיקת 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 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 כבר מצויה הודאת חוץ?

לדעתנו, בכל הכבוד, ההחלטה בעניין מילשטיין שגויה בין שמנתחים אותה בכלים של תורת ההסתברות המתמטית (המבוססת על התחשיב האקסיומטי של תורת הקבוצות) ובין שעושים זאת בכלים של ההסתברות האינדוקטיבית (המבוססת על הלוגיקה המודאלית).

כפי שציינו, ההנחה שביסוד שתי חוות הדעת שבפסק הדין היא כי לו היה מדובר בנאשם חף מפשע, הוא היה משתוקק להשמיע גרסתו (כאמרתו המפורסמת של

בנתהאם: "החפות זועקת להישמע"¹⁴. אלא שלדעתנו הנחה זו אינה סתם הנחה בלתי ודאית, אלא ספק אם היא בכלל נכונה.

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

באשר לסוג זה של הסברים יהא מוטעה להניח כי במצב דברים זה הסבר להודאת השווא יהיה נגיש לנאשם, ומשום כך גם יהיה מוטעה להניח כי הנאשם החף יהיה להוט לעלות על דוכן העדים. שופט המניח כך מייחס לנאשם את יכולותיו שלו. השופט, שבדרך כלל נמנה עם אוכלוסייה המתאפיינת ביכולת ורבליית גבוהה ויכולת בלתי מבוטלת של אינטרוספקציה, מבקש בכך באופן כושל להיכנס לתוך נעליו של הנאשם תוך ניתוח התנהגותו של הנאשם על יסוד יכולותיו הקוגניטיביות שלו 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 (תרתית 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 היום-יום. האופן שבו אנו חושבים בפועל הוא בלתי לינארי ואסוציאטיבי.¹⁶ לעתים אף קשה לומר שמעשינו מלווים כלל במחשבה מודעת של ממש, קרי ספק אם מתנהל בעניינם "מונולוג פנימי", שבו אנו מסבירים את המעשים לעצמנו. יוצא אפוא שבדרך כלל רוב הנימוקים הפסיכולוגיים שאנו נותנים למעשינו הם רק אידאליזציות שבדיעבד של המניעים האמתיים שנותרים עלומים אפילו מפנינו, וגלויים וידועים רק למי שאמר והיה העולם. מובן שהנאשם יכול להעלות על דוכן העדים ולהפטיר "הודיתי מתוך דחף פנימי", אך איש לא יסתפק בכך, ובוודאי שלא ישתכנע מכך, וכדי להציג זאת באופן משכנע יותר הנאשם נזקק ליכולות שלרוב נעדרות

14 או כלשונו המקורית של בנתהאם: "Innocence claims the right of speaking, as guilt invokes the privilege of silence" (Jeremy Bentham, *A Treatise on Judicial Evidence* (Dumont London – ed., 1825) p.241).

15 במאמר מוסגר נאמר שסוג טעמים אלו מוביל חוקרים רבים למסקנה כי שיפוט בידי מושבעים עדיף. לכשלי הייחוס הקוגניטיביים לפחות, האחרונים נראים חשופים 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.

ממנו. אין שום סיבה אפוא להניח כי נאשם חף שמסר הודאת חוץ ייטה לעלות על דוכן העדים יותר מאשם שמסר הודאת חוץ.

גם הטענה שלפיה בכל זאת יש להניח כי הנאשם החף ייטה להעיד יותר מתוך דחף פסיכולוגי (בלתי רציונלי 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 (וזה הראיה היחידה נגדו), נטייה זו של החפים תקטן מאוד (לכל הפחות אי אפשר להניח שהיא משתמרת ללא מחקר אמפירי). הטעם לכך הוא שחף שהודה חש במונח מסוים אחריות להשתלשלות 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 רציונלי. שנית, נראה שההבדל שבין הנאשם החף והנאשם האשם ממותן במידה רבה על ידי המסננת הרציונלית של הסנגור. 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". על הכשל הזה עמדתי בהרחבה בספרי הלוגיקה של קבילות ראיות,¹⁷ והוא נזכר אף במחקרי דיאקוניס ופרידמן,¹⁸ ופועלו בהקשר דיוננו הוא הזיהוי המוטעה של ההסתברות של קיום הראיה בהינתן החפות עם ההסתברות של חפות בהינתן הראיה.¹⁹

17 דורון מנשה, הלוגיקה של קבילות ראיות (תשס"ט) בעמ' 186-187 בהערת שוליים 183.
18 Persi Diaconis & David Freedman, "The Persistence of Cognitive Illusions" in *Can Human Irrationality be Experimentally Demonstrated*, 4 *The Behavioral and Brain Sciences* (1981) 317, p. 333.

19 דוגמה מספרית פשוטה עשויה להמחיש את הכשל, שכאמור בא לידי ביטוי בהחלפת ההסתברות של ראיה בהינתן חפות או אשמה, בהסתברות של אשמה או חפות בהינתן הראיה. לצורך הדוגמה נניח תחילה שבפנינו קבוצה ובה 1000 נאשמים שהודו במשטרה. אם קבוצה זאת מורכבת מ-500 חפים ו-500 אשמים, הרי שהסתברות האשמה של נאשם אקראי מהקבוצה היא 0.5. כעת נניח כי בתוך קבוצה זאת ההסתברות שחף שהודה במשטרה ישתוק במשפטו היא 0.01 (כלומר התוחלת היא שמתוך 500 החפים 5 ישתקו). כשל החלפת ההתניות הוא המחשבה המוטעית שהיות שהסתברות של שתיקת חף היא נמוכה, שתיקה מצביעה על אשמה. זאת היא טעות מכיוון שכוחה הראייתי של השתיקה תלוי גם בשאלה מהי הסתברות השתיקה בקרב קבוצת האשמים שהודו במשטרה. אם ההסתברות האחרונה גם היא 0.01, הרי שהשתיקה אינה מגדילה כלל את הסתברות האשמה. כדי לסבר את האוזן (גם אם לא באופן מדויק לחלוטין מן הבחינה המתמטית) נוכל להראות זאת באמצעות השוואת מספר השותקים בכל קבוצה. אם הסתברות השתיקה בקרב האשמים היא 0.01, התוחלת היא של 5 אשמים שותקים. במילים אחרות, אפשר לומר (באופן מעט פשטני ולא מדויק מבחינה מתמטית) שנוצרת לנו קבוצה חדשה של 10 נאשמים שהודו בחקירה ושתקו במשפטם, המורכבת מ-5 אשמים ו-5 חפים (שכן גם בקרב החפים התוחלת היא 5 כפי שציינו לעיל). בקבוצה זאת הסתברות האשמה של נאשם אקראי היא עדיין 0.5, כפי שהיה בתחילה. הראיה בדבר שתיקת הנאשם לא הגדילה במקרה זה את ההסתברות שהנאשם אכן אשם.

השאלה הנכונה היא זאת: האם ההסתברות שחפים שהודו יבחרו להעיד במשפטם גדולה מההסתברות שאשמים שהודו יעידו במשפטם?
 מאחר שאפשר להניח כי גם האחרונים נוטים להעיד בדרך כלל, הרי לאור עובדה זו (ולאור כל האמור לעיל) ספק אם קיים הבדל רב בין ההסתברויות האמורות. סביר להניח כי השאלה של העדת הנאשם תהא תלויה במידה המכרעת ביותר ביכולתו של האחרון להסביר באופן מילולי ומשכנע אירועים פסיכולוגיים מורכבים כגון אלה שעלולים להביא לידי הודאת שווא. משתנה זה – קרי היכולת להסביר באופן משכנע אירועים פסיכולוגיים – הוא משתנה המתפלג אקראית סביב שאלת האשמה, להבדיל למשל משאלת היכולת להסביר ראיות חיצוניות מפלילות שבה עדיפים החפים על האשמים.
 ודוק, הודאת החוץ היא בוודאי בעלת ערך ראייתי מפליל, אלא שלטענתנו ספק כבד אם שתיקת הנאשם לאחר שכבר מסר הודאת חוץ מגדילה את הסתברות האשמה שלו.
 באמצעות הכלים המתמטיים שמקנה לנו תאורמת בייז²⁰ יקל לראות את משמעות הדברים. זוהי תאורמה ידועה בתורת ההסתברות המתמטית, המאפשרת את החלפת ההתניות. כלומר, היא 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 תאורמה בהקשר המשפטי-ראייתי היא באפשרה 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. כדי להראות זאת בענייננו ננקוט את הסימונים האלה:

$$P(x) - \text{הוא ההסתברות להתרחשות האירוע } x$$

$$O(x) - \text{הוא השיעור להתרחשות האירוע } x^{21}$$

20 בניסוחה הכללי קובעת תאורמת בייז כי בהינתן אירועים זרים, A_1, A_2, \dots, A_n , שאיחודם הוא אירוע ודאי, הרי לגבי אירוע B כלשהו, שהסתברותו גדולה מ-0, המשוואה הזאת תהיה נכונה:

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

21 השיעור (= Odds או יחסים) של אירוע A הוא ההסתברות של A חלקי ההסתברות של-A, דהיינו:

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

כך למשל אם נתונה לנו הסתברות האשמה הבאה: $P(G)=0.6$, שיעור האשמה הוא זה: $O(G)=0.6/0.4=1.5$.

G – הוא אירוע האשמה

Ec – הוא ראית ההודיה

Es – הוא ראית השתיקה

בשימוש בסימונים אלה תקבע תאורמת בייז כי אפשר לחשב את שיעור האשמה של פלוני שהודה ולאחר מכן שתק במשפטו, באופן הזה:

$$O[G/(Ec \& Es)] = O[G/Ec] \cdot \frac{P[Es/(G \& Ec)]}{P[Es/(NotG \& Ec)]} \quad 22$$

אפשר לראות שכדי שראית השתיקה תהיה בעלת ערך ראיתי במקרה זה, על הביטוי

$$\frac{P[Es/(G \& Ec)]}{P[Es/(NotG \& Ec)]} \quad \text{להיות שונה מ-1.} \quad 23$$

אם לא כן, קרי אם ביטוי זה שווה ל-1, שיעור האשמה לאחר שנודע לנו דבר השתיקה במשפט, (קרי הביטוי $O[G/(Ec \& Es)]$, ייותר שווה לשיעור האשמה לפני השתיקה, קרי הביטוי $O[G/Ec]$).

כאשר מנסחים את השאלה במונחים אלה, קל לראות כי ספק אם המונה בשבר – דהיינו, ההסתברות של שתיקה בהינתן אשמה והודיה קודמת – גדול באופן ממשי או שאינו זניח מהמכנה, קרי מהסתברות השתיקה בהינתן חפות והודיה קודמת, וזאת מהטעמים שציינו לעיל. יוצא אפוא שהסתברות האשמה לאחר השתיקה נותרת בקירוב $\frac{P[Es/(G \& Ec)]}{P[Es/(NotG \& Ec)]}$ כהסתברות האשמה שהייתה קיימת בהינתן ההודיה – הסתברות שכל ההיגיון בדרישת הדבר-מה הנוסף הוא כי אינה יכולה להספיק להרשעה.

כדי לסבר את האוזן נסביר זאת גם באופן מילולי: הסתברות אשמה של 0.6 משמעותה 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 $1.5 = 6/4$. צורת השיעורים היא כאמור רק פיתוח של תאורמת בייז, כפי שאפשר להראות בפשטות יחסית:

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

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

23 כאשר ביטוי זה גדול מ-1, הראיה תומכת באשמה, ואילו כאשר הוא קטן מ-1, הראיה תומכת בחפות.

הדברים מתחווים אף יותר כאשר בוחנים את הסוגיה בשיטת ההסתברות האינדוקטיבית (שיטה שפותחה על ידי הלוגיקן ג'ונתן כהן ושאוּמְצָה בפסיקה הישראלית בעיקר על ידי השופטת דורנר, בין היתר בפרשות אזולאי, מנצור וקורמן).²⁴ שיטה לוגית זו קשורה באלימינציה של אפשרויות חלופיות להסברתו 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 עצמתן 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.²⁵

לפי שיטה זאת עלינו לבחון אפוא את כוחה של שתיקת הנאשם לשלול את תרחישי החפות האפשריים של מי שהודה בחקירה. ועדת גולדברג²⁶ ציינה שלוש קבוצות של הודאות שווא בשל לחץ פנימי. הבעיה היא ששלושת התרחישים כרוכים בתהליכים פסיכולוגיים מורכבים יחסית וקשים להסבר משכנע, כפי שהסברנו לעיל. למעשה רק תת-התרחיש של הקבוצה השלישית, שלפיו ההודאה נבעה מלחץ של העברייין האמתי, ניתן להסבר פשוט על ידי הנאשם, אלא שכאן קיימת האפשרות שלחץ העברייין האמתי עדיין קיים, והנאשם, לנוכח הדילמה בין לחצי העברייין 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 העברייין אם יחזור במפורש מההודאה, ומאידך גיסא לשמר סיכוי כלשהו לזיכוי. יוצא אפוא שגם בכלי ההסתברות האינדוקטיבית אפשר לראות כי שתיקת הנאשם אינה שוללת את התרחישים המזוכים.

24 ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 565, בעמ' 570; ע"פ 6096/94 מנצור נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 732; ע"פ 6359/99 מדינת ישראל נ' קורמן, פ"ד נד(4) 653.

25 המודל שמציע Cohen מבוסס על אדני הלוגיקה המודאלית, להבדיל מהתחשיב האקסיומטי של תורת הקבוצות עליו מיוסדת תורת ההסתברות המתמטית-פסקליאנית ובפרט תיאורמת בייז. 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 להסברתו של ממצא ובהוכחתה של המסקנה הסופית כאפשרות היחידה המתקבלת על הדעת. כך למשל השאלה הנכונה במשפט הפילי 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: רון שפירא, "המודל ההסתברותי של דיני הראיות חלק ב – הלוגיקה ההכרתית", *עיוני משפט כ* (תשנ"ו) 141.

26 דוח הוועדה (לעיל, הערה 6), בעמ' 8-10.

ה. האם הלכת מילשטיין היא תמריץ שיתרום לחקר האמת?

עשוי מאן שהוא לטעון שאפשר 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 המקשה עלינו הוא כדלהלן: כאשר הכלל ששתיקת הנאשם עשויה להיות דבר-מה נוסף ייוודע לנאשמים, יבחרו הנאשמים שמסרו הודאת חוץ להעיד. בחירה אחרת לא תהיה רציונלית, שכן בהינתן הודאתם במשטרה, שתיתקם 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 שלעומת הנאשם החף, שיוכל להסתייע באמת כשיסביר מדוע הוא הודה, ייאלץ האשם לשקר. במצב כזה, אלא אם החקירה בבית המשפט נטולת כל ערך מאבחן, סיכוייו של דובר השקר להימצא דובר שקר חייבים להיות גדולים בממוצע מסיכוייו של דובר האמת להימצא משקר. לפיכך, יטען הטוען, תמרוץ כלל הנאשמים להעיד יעזור לבית המשפט להפריד בין 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 הצדקה ראויה כאשר הוא עומד לבדו, ומבלי ההנחה הנלווית כי יש היגיון ראיתי בראיית השתיקה בנסיבות אלה כעובדה מפלילה.²⁷ במילים אחרות, טיעון זה נבנה גם הוא על ההנחה המקדימה שתקפנו לעיל – בנפלה נופל גם הוא.

שנית, ומלבד ההיבט הנורמטיבי, לדעתנו תמרוץ הנאשמים להעיד במקרים שבהם 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 האלה:

(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.²⁸

(ב) כדי ששקר יעלה כדי שקר מהותי עליו להיות שקר המוכח בראיה עצמאית.²⁹

27 לניתוח של סוגיית התמריצים הראייתיים ראו נא: מאמר של לימור ריזה ושלי אודות תמריצים כלכליים – ראייתיים: דורון מנשה ולימור ריזה, "יש שהנידון מנדב ראיה – תמריצים ראייתיים לעידוד חשודים ותביעה לשתף פעולה", מחקרי משפט כה (תש"ע) 845.

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

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

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

על סמך האמור, ובהנחה כי הנאשמים נוהגים באופן רציונלי, קשה לנו להלום באשר לאיזה עניין מהותי, שניתן להוכחה באופן עצמאי, יש לנאשם אשם עניין לשקר. שתי העובדות היחידות שיש לנאשם אשם עניין לשקר בעניין במקרה זה הן היותו מבצע העברה והאירועים הפסיכולוגיים שהביאו אותו להודאת שווא. דא עקא, שאשר לשתייהן הוא אינו עלול להיתפס בשקרים מהותיים שיביאו להרשעתו: אשר להיותו מבצע עברה, הרי שבמקרים שהלכת מילשטיין חלה עליהם אין לתביעה כל ראייה עצמית לזיהוין כמבצע העברה (שאם לא כן, ממילא היה לנו דבר-מה נוסף); אשר לאירועים הפסיכולוגיים שהביאו אותו להודאת שקר, הרי שכמו שציינו לעיל, הוא אינו צריך להימצא אמין או לשכנע בעניינם. די אפוא שיטען לקיומו של דחף פנימי בלי להסביר או לפרט, ובכך להימנע מההסתבכות בשקרים מהותיים הניתנים להוכחה בראיות עצמאיות. במילים אחרות, אין הנאשם צריך לברות אירועים עובדתיים שקריים כדי להקנות מהימנות להסבר הפסיכולוגי שהציג להודאת השווא שמסר. אם עד לרגע ההעדה לא נכשל הנאשם בשקרים כאלה (ובמצבים שבהם חלה הלכת מילשטיין הוא לא נכשל בכאלה), ממילא אין הוא נדרש לעשות כן בעדות.

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

א) אין דבר שבעניינו יש לו אינטרס לשקר ושלגביו הוא עלול להיתפס בשקר.
 ב) אין נשקפת כל סכנה אם הוא יימצא בלתי אמין, ובלבד שלא נתפס בשקר מהותי.
 במצב זה קשה לראות מדוע לא יאמצו הנאשמים האשמים אסטרטגיה שנכונה "אסטרטגיית להד"ם", דהיינו, הנאשם האשם יכול לטעון טענות שאמנם תיראינה 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 ראייה 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 עצם מעשה העבירה, דהיינו, הקורפוס 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"ם", 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".³⁰ 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 (ונזכיר את טענתנו כי המדובר בנסיבות ואמתלאות שקשה לתארן באופן משכנע). מראית עין זו יכולה להרתיע בני אדם נורמטיביים, אפילו אין 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

30 כלל חזק יותר היה יוצר מה שכינינו במקום אחר תמריץ רדיקלי, שהוא פסול ונוגד את עקרונות ההוכחה בפלילים. ראו מנשה וריזה (לעיל, הערה 27), בעמ' 882.

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.

1. סיכום

ברשימה זאת ביקשנו להאיר את הלכת מילשטיין באור ביקורתי. 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, אי אפשר להניח כמובן מאליו שהשתיקה היא בעלת ערך מפליל כפי שהיא בנסיבות שבהן השתיקה היא נוכח ראיות חיצוניות. זאת בעיקר מהטעם שבנסיבות של שתיקה לאחר הודאה, ספק גדול אם נגישתו של החף להסבר מזכה טובה מזו שיש לאשם, ולפיכך גם אין זה ברור שבנסיבות אלה חפים ייטו לשתוק במשפטם פחות מאשר אשמים. כמו כן הראינו כי אי אפשר להצדיק את הלכת מילשטיין כהלכה שמטרתה להיות תמריץ לנאשמים להעיד. אם זאת היא מטרתה של הלכת מילשטיין, הרי שהיא תהיה תמריץ כושל. זאת משום שדווקא במקרים שבהם נדרשת הלכת מילשטיין (המקרים שבהם אין ראיה חיצונית שעשויה לשמש דבר-מה נוסף) אין לנאשם שהוא אשם אינטרס לשקר או לנקוט גרסה המעמידה אותו בסכנה להסתבך בשקרים.