

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס**

עיוני משפט מט

20–1, 2025

**הרהורים על ירידת הפורמליזם ועליית הערכים
בדיני הראיות בישראל**

מאת
טליה פישר*

תקציר

הרהורים על ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי
עוסק במפנה שהתחולל בשנות השמונים מיוריספרודנציה פורמליסטית לתורת משפט שמבליטה את התוכן הערכי וההשלכות החברתיות של המשפט. בזירה הראייתית, כך נטען בספר, השתקפו הדברים בהענקת מרכז הכובד מדבקות דווקנית בכללים ראייתיים לבירור האמת ובמעבר ממשטר של קבילות למשטר של משקל. מטרת המאמר למתוח את ציר הזמן מהספר הלאה ולשפוט לאור אמות המידה שהונחו בו את התמורות המרכזיות שהתחוללו בזירה הראייתית ממועד חתימתו ועד ימינו אנו, ביניהן שובה של הקבילות, ההסדרה החוזית של הזירה הראייתית והשיפוט הניהולי (Managerial Judging). המאמר יבקש להתחקות אחר האופן שבו המגמות הללו, שמאפיינות את האקלים הראייתי בישראל כיום, "מתכתבות" עם המפנה מפורמליזם לערכים ועם תוכני הספר כולו. הדיון ייחתם בהערכה נורמטיבית כללית של התמורות הללו, באופן החורג משאלת התנועה שבין אימוץ לוגיקה פורמליסטית לשיח מבוסס ערכים.

- 2 מבוא: ירידת הפורמליזם בזירה הראייתית עד שנות השמונים
3 פרק א': הפורמליזם ושובה של הקבילות
6 פרק ב': עליית הערכים וההסדרה החוזית של הזירה הראייתית
10 פרק ג': הפורמליזם והמפנה הניהולי (MANAGERIAL JUDGING)
13 פרק ד': המגמות בשדה הראייתי בראי הביקורת
19 סיכום

* פרופ' מן המניין בקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב, מופקדת הקתדרה לזכויות האדם ע"ש אנני ופול ינוביץ.

מבוא: ירידת הפורמליזם בזירה הראייתית עד שנות השמונים

בספרו, שהפך לנכס צאן ברזל בעולם המשפט והאקדמיה, עומד פרופ' מאוטנר על התמורה שהתחוללה במשפט הישראלי בשנות השמונים של המאה הקודמת. לגישתו, בעוד עשורים קודמים התאפיינו בתורת משפט פורמליסטית, הרי שבשנות השמונים חל בבית המשפט העליון מפנה לעבר תורת משפט המבליטה את התוכן הערכי ואת ההשלכות החברתיות של המשפט. הטיעונים בספר מתייחסים גם לזירה הראייתית. בהקשר הראייתי דן הספר בשתי מגמות מרכזיות שמסתמנות בשנות השמונים ומבדלות עשור זה מהעשורים שקדמו לו (ובראשם העשור השני לקום המדינה): האחת היא מתן עדיפות לגילוי האמת על פני דבקות נוקשה ודווקנית בכללים ראייתיים ופרוצדורליים; האחרת היא צמצום של כללי פסלות ראייתיים ומעבר ממשטר של קבילות למשטר של משקל. כלשונו של פרופ' מאוטנר: "כחלק מן המגמה להעדיף את המהות על הפרוצדורה בדיני ראיות הפליליים ריכך בית המשפט את קבילותן של ראיות והעתיק את מרכז הכובד של ההליך הפלילי לשאלת המשקל של הראיות המובאות לפני בית המשפט".¹ המעניין הוא שבמה שנראה מעין "הצהרת הכוונות" של בית המשפט העליון מייד עם קום המדינה אפשר לזהות רטוריקה אנטי-פורמליסטית מובהקת בהתייחס לעולמות התוכן של הפרוצדורה הפלילית ושל דיני ראיות. כך, בערעור הפלילי הראשון שנדון בפני בית המשפט העליון לאחר קום המדינה, ע"פ 1/48 סילוסטר, כתב הנשיא זמורה את הדברים הבאים:

הואיל וזהו הערעור הפלילי הראשון במדינת ישראל והטענות הפורמליות תפסו בו מקום נכבד, רואה אני חובה לעצמי לומר כאן מה לפי דעתי צריך להיות יחס בית-המשפט במשפטים פליליים לטענות פרוציסואליות. אחד מחכמי המשפט כינה פעם יפה את חוק העונשין ואת הפרוצדורה הפלילית כ"מגנה כרטה של הפושע". יש בכינוי זה משום תבונה רבה. רוצים להבליט בו את הרעיון שהפרוצדורה הפלילית על דיניה מכילה לטובת הנאשם תריס בפני עיוות-דין. רוצים לתת לנאשם את מלוא ההגנה ההוגנת. אבל אסור לסלף את הרעיון הבריא הזה על-ידי הפרזה בפורמליות. פרוצידורה פלילית טובה צריכה בוודאי לתת לנאשם את מלוא ההגנה, כדי למנוע עיוות-דין, אבל הדיון הפלילי אינו צריך לקבל צורת משחק אשקוקי שבו מהלך אחד בלתי נכון קובע את גורל המשחק.²

המעבר מפורמליזם לערכים מלמדנו כי הצהרות לחוד ומעשים לחוד. כפי שמראה ספרו של פרופ' מאוטנר, המפנה האנטי-פורמליסטי הבשיל רק שנות דור לאחר ניסוח השורות הללו.

1 מנחם מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (1993) (להלן: מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים**).

2 ע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי, פ"ד א 5, פס' 17 לפסק הדין של הנשיא זמורה (1948).

בדבריי אבקש למתוח את ציר הזמן מהספר והלאה, כאשר תזת הספר תשמש כנקודת מוצא לדיון שלי. במילים אחרות, אקבל כנתון את הנחת המפנה מפורמליזם לערכים בעולם הראייתי למן שנות החמישים ועד שנות השמונים, שעליו עומד הספר, כמו גם את אמות המידה שטבע פרופ' מאוטנר לזיהוי המפנה המתואר.³ לאור אמות המידה הללו אבקש לשפוט את התמורות המרכזיות שהתחוללו בזירה הראייתית למן שנות השמונים ועד לימינו אנו. אבקש לברר כיצד המגמות שמסתמנות כיום בעולם הראייתי בישראל "מתכתבות" עם המפנה מפורמליזם לערכים ועם תוכני הספר כולו. אחתום את הדיון בהערכה נורמטיבית של התמורות שחלו בעשורים האחרונים בשדה הראייתי, הערכה שתחרוג משאלת התנועה שבין אימוץ לוגיקה פורמליסטית לשיח מבוסס ערכים. הדיון במאמר יתחלק אפוא לארבעה ראשים: הפרק הראשון יעסוק בשובה של הקבילות; הפרק השני יוקדש להסדרה החוזית של הזירה הראייתית; הפרק השלישי ייוחד לשיפוט ניהולי (MANAGERIAL JUDGING); הפרק הרביעי יוקדש לשאלת הרציות הנורמטיבית של המגמות המסתמנות בדוקטרינה הראייתית של העשורים האחרונים.

פרק א': הפורמליזם ושובה של הקבילות

ב-4 במאי 2006 ניתן בבית המשפט העליון, בהרכב של תשעה שופטים, פסק הדין בעניין **יששכרוב**.⁴ פסק הדין נחשב לאבן יסוד בעולם הראיות בישראל. הוא הניח את התשתית לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שהיא הגרסה הישראלית והמרוככת ל"דוקטרינת פרי העץ המורעל" המונהגת זה שנות דור בדין האמריקאי. מכוחו הוקנה לבית המשפט שיקול דעת לפסול ראיות שהושגו באמצעי חקירה המנוגדים "להוראה הקבועה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב, או תוך פגיעה שלא כדין בזכות יסוד מוגנת",⁵ כאשר הוא סבור כי קבלתה במשפט תפגע פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לגדריה של פסקת ההגבלה.

יודגש כי גם בעידן שקדם לפסק הדין **יששכרוב** ולדוקטרינת הפסלות היחסית שנקבעה במסגרתו הייתה נפקות ראייתית פוטנציאלית להפעלה של אמצעי חקירה פסולים. בית המשפט יכול להביא בחשבון את אי-החוקיות באמצעים שהופעלו לעניין משקלה של הראיה שהושגה באמצעים פסולים, לרבות הפחתתה עד לכדי איון מוחלט. כך, בפסק דין **מאירי** משנת 1978 זוכה המערער מחמת הספק לאחר ייחוס משקל אפסי

3 גם מחוץ לפסיקה יש ביטויים למפנה מפורמליזם לערכים בשדה הראייתי בראשית שנות השמונים. ראו למשל "הצעת חוק ראיות חדש" **הפרקליט** לד 137, 139–137 (1981).

4 ע"פ 5121/98 **נ' התובע הצבאי, פ"ד סא (1) 461 (2006)**.

5 בשנת 2022 הושלם המהלך והלכת **יששכרוב** עוגנה באופן סטטוטורי בסעיף 56א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971 (להלן: פקודת הראיות), שקובע כהאי לישנא: "בית המשפט הדין במשפט פלילי רשאי שלא לקבל ראיה שהושגה שלא כדין, ובכלל זה הודעת נאשם או עד, חפץ או כל ראיה אחרת, אם שוכנע שקבלתה במשפט תפגע באופן מהותי בזכות להליך הוגן, בשים לב לאופייה ולחומרתה של ההפרה, למידת ההשפעה של ההפרה על הראיה שהושגה ולעניין הציבורי שבקבלת הראיה או באי-קבלתה".

למסדר התמונות שבו זוהה, אשר נערך בלא ליווי של סגור.⁶ החידוש בפסק הדין **יששכרוב** טמון לא בעצם הבאתה בחשבון של אי-החוקיות אלא במישור הראייתי שבו הדבר מתרחש: קודם להלכת **יששכרוב** גולמה אי-החוקיות, בעיקרה, במישור המשקל הראייתי (בכפוף לחריגים דוגמת סעיף 12 לפקודת הראיות). הלכת **יששכרוב** העתיקה את הטיפול באי-החוקיות למישור הקבילות. במילים אחרות, המפנה שהסתמן עם מתן פס"ד **יששכרוב** והתבססותה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (ועם המעבר מעידן פס"ד **מאירי** לעידן פס"ד **יששכרוב**) משקף לכאורה מעבר ממשטר של משקל למשטר של קבילות, היינו מפנה הפוך לזה שמתחולל בשנות השמונים ושמשורטט בספרו של פרופ' מאוטנר. הנשיאה לשעבר בייניש עמדה על הדברים מפורשות במסגרת פסק דינה בעניין **יששכרוב**. כלשונה: "אימוץ דוקטרינת פסילה כאמור עלול לכאורה לחרסם במידת-מה במגמה שהסתמנה בשיטתנו המשפטית החל משנות השמונים, ועיקרה המעבר מכללי קבילות להערכה מהותית של ראיות".⁷ המפנה אומנם חלקי, משום שדוקטרינת הפסילה שנקבעה ב**יששכרוב** היא יחסית ומשמרת את שיקול הדעת בידי בית המשפט (בשונה מהדוקטרינה המוחלטת שחלה בדין האמריקאי),⁸ אולם כיוונו מובהק וכך גם מרכזיותה של ההלכה ושל דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בקורפוס הראייתי. לכאורה עולה מן האמור כי בזירה המרכזית של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית חלה בעשורים שמאז פרסום הספר פניית פרסה ממשטר של משקל למשטר קבילות, וכרסום בולט במפנה האנטי-פורמליסטי בדיני הראיות שנדון על ידי פרופ' מאוטנר.

אלא שמבט קרוב יותר מחייב לסייג הדברים בשני אופנים: ראשית, אפשר לאתגר את אפיון המעבר שהתרחש בפס"ד **יששכרוב** כשיבה למשטר של קבילות, לפחות ברמה הפונקציונלית; שנית, גם בהנחה שמדובר במעבר חזרה למשטר קבילות ממשטר של משקל, הרי שאפשר לקרוא תיגר על ההנחה שהוא מסמן מפנה פורמליסטי. אבאר את הדברים, ואתחיל בנקודה הראשונה: כפי שכותב פרופ' בנימין בלום במאמרו "Doctrines Without Borders", בפס"ד **יששכרוב** שמור מקום של כבוד למשפט המשווה.⁹ בעת התוויית גבולותיה של דוקטרינת הפסלות הישראלית בית המשפט שואב השראה משיטות משפט מקבילות בעולם המשפט האנגלו-אמריקני, שנשענות על המסורת האדוורסרית.¹⁰ אלא שאחד המאפיינים המרכזיים של שיטות המשפט האחרות הללו הוא חלוקת ההכרעה בין שני גופים מוסדיים: בין המושבעים, שאמונים על שאלות של משקל ועובדה, לבין בית המשפט, שאמון על שאלות של קבילות ומשפט.¹¹ בעולם ראייתי, שבו יש מושבעים

6 ע"פ 559/77 **מאירי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לב (2) 180 (1978).

7 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 4, בפס' 48 לפסק הדין של השופטת ביניש.

8 ראו עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 536. לדיון ביחסיות הדוקטרינה וביתרונות הגלומים בדוקטרינה יחסית מבחינת ההגנה על זכויות חשודים ונאשמים ראו יואב ספיר וגיא רובינשטיין "הסיפור של יששכרוב: יששכרוב בפעולה – על יתרונותיה של דוקטרינת הפסלות היחסית ועל תרומתה להגנה על זכויות הפרט" **מעשי משפט** י 333 (2019).

9 Binyamin Blum, *Doctrines Without Borders: The "New" Israeli Exclusionary Rule and the Challenges of Legal Transplantation*, 60 STAN. L. REV. 2131 (2008).

10 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 4, בפס' 56–59 לפסק הדין של השופטת ביניש.

11 שם, בפס' 40.

וחלוקת עבודה מעין זו מתקיימת בינם לבין בית המשפט, הרי שהעתקת מרכז הכובד של שיקול הדעת ממישור המשקל למישור הקבילות היא בעלת נפקות מרחיקת לכת. כך, באופן טיפוסי, ראייה שתיפסל על ידי בית המשפט, לאחר הפעלתם של מבחני קבילות שונים, כלל לא תובא לידיעתו של חבר המושבעים. מנגד, במשפט הישראלי, שבו אין מושבעים וממילא אין חלוקת עבודה מעין זו, ושבו אותה שופטת ואותו מותב חולשים על ההכרעה הן במישור המשקל והן במישור הקבילות, הנפקות של מעבר ממשטר של משקל למשטר של קבילות מוגבלת. ההבדל בין הפעלת שיקול דעת לאיון משקלה של הראיה, בהתאם להתוויה של הלכת מאירי, לבין הפעלת שיקול דעת לפסילת קבילותה של הראיה, על פי הלכת יששכרוב, אינו מהותי דיו, כאשר אותו גורם אמן על ההחלטה בשני המישורים (קבילות ומשקל כאחד). לשון אחר, בעולם שבו אותו בית המשפט מחליט הן בשאלות של קבילות והן בשאלות של משקל אפשר להציב סימן שאלה גדול מעל למהפכנות ולחשיבות שמקובל לייחס לדוקטרינת הפסלות מכוח הלכת יששכרוב. בעולם כזה אפשר אף להרחיק לכת ולומר שכללי קבילות המסורים לשיקול הדעת של בית המשפט אינם מתפקדים ככללי קבילות כלל ועיקר.¹²

ומכאן להסתייגות השנייה: גם בהנחה שהלכת יששכרוב מסמנת שיבה למשטר של קבילות, הרי שאין מדובר בנסיגה חזרה לפורמליזם. הנשיאה בייניש נדרשה לדברים במפורש בפסק הדין. כלשונה: "אין מדובר בצעד המסיג את פסיקתנו לאחר לתקופת מחסומי הקבילות שידענו בעבר [...] דוקטרינת הפסילה החדשה שעלינו להנהיג [...] מבוססת על הצורך לאזן בין הערך של גילוי האמת לבין ערכים נוגדים שעיקרם הגנה על זכויות הנאשם ושמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו".¹³ הפעלת שיקול הדעת השיפוטי תחת דוקטרינת הפסילה היחסית מבוססת על ערכים (לרבות ערכים חוץ-ורטיסטיים) ועל איזונים ביניהם. אדרבה, הרחבתה של קשת הערכים כך שתכלול את השמירה על הגינות ההליך ואת ההגנה על הערכים והזכויות הנגזרים מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ושכלול פוטנציאל ההתנגשות ומלאכת האיזונים בין הערכים הוורטיסטיים והחוץ-ורטיסטיים, כפועל יוצא של כך, מחזקים את המאפיינים האנטי-פורמליסטיים בזירה הראייתית. הוא הדין בהותרת הגמישות בהפעלתו של שיקול הדעת בידי בית המשפט.

12 ראו קרן שפירא-אטינגר ורון שפירא "כלל הפסלות הישראלי בשולי הלכת יששכרוב" **דין ודברים** ג 427 (2007). מנגד, אפשר לראות בכל זאת שני הבדלים יסודיים הגלומים בהעתקת מרכז הכובד של הטיפול באמצעים פסולים ממישור המשקל בפס"ד מאירי למישור הקבילות ב**יששכרוב**: הפעלת שיקול הדעת במישור המשקל מאפשרת ספקטרום ליניארי של תגובות במישור הראייתי להפעלתו של האמצעי הפסול, ואילו הפעלת הלכת יששכרוב מוגבלת לתוצאה הבינארית של פסילת הראיה או קבלתה. הבדל מעשי נוסף הוא שחרף הטלת הספק באשר לנפקות המעשית של המעבר לדוקטרינת פסילה פסיקתית, הרי שבעידן פוסט-**יששכרוב** שיעורה של פסילת ראיות בתגובה להפעלת אמצעים פסולים זינק עשרות מונים בהשוואה לשיעורי ההפחתה של משקל הראיה בעידן **מאירי** (שהיו נמוכים ביותר, לפחות באופן רשמי).

13 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 4, בפס' 48 לפסק הדין של השופטת בייניש.

פרק ב': עליית הערכים וההסדרה החוזית של הזירה הראייתית

התפתחות בולטת נוספת בזירה הראייתית למן שנות השמונים ואילך היא הגמשת הרגולציה של הבירור העובדתי בבית המשפט באמצעות הסדרה חוזית של המסגרת הדיונית של הליכים שיפוטיים (אזרחיים ופליליים כאחד). המודל הציבורי של דיני הראיות, שמדגיש את הפנים הציבוריים ואת הטובין הציבוריים הגלומים בהליך השיפוט, החל לפנות את מקומו לפרדיגמה חוזית פרטית, כזו המאפשרת לצדדים לעצב את הנוף הראייתי והפרוצדורלי של ההליך השיפוטי באופן שיהלום את העדפותיהם וצורכיהם הספציפיים.¹⁴ הפנומנולוגיה של המשפט הראייתי והדיוני משתנה בהדרגה מגוף של כללים קוגנטיים, שנתפסים כמיועדים להגן על אינטרסים וערכים ציבוריים ביסודם, לגוף של כללי ברירת דין, שמומשים כמגינים על האינטרסים הפרטיים של בעלי הדין וכקלפי מיקוח בידיהם. מסתמנת נכונות הולכת וגוברת מצד בתי המשפט להכיר ביכולתם של צדדים להליכים אזרחיים ונאשמים בהליכים פליליים לוותר על זכויות ראייתיות ודיוניות, בתמורה ושלא בתמורה. דוגמאות כוללות ויתור על הזכות לחקירה נגדית, ויתור על הצגת ראיות, הסכמה להצגה של ראיות שנחשבות בלתי קבילות על פי הדין החל ועוד. שורשי תופעה זו נטועים באחד התקדימים החשובים בדיני הראיות בישראל, שהתקבל בשנות השמונים, פסק הדין **ביאזי נ' לוי**.¹⁵

אעמוד בקצרה על השתלשלות העניינים שהובילה להתפתחות ההלכה: הסכסוך בין האדונים ביאזי לאדון לוי פרץ בעקבות התקשרותם של הצדדים בעסקת מכר, שלא עלתה יפה. המחלוקת נתגלעה בנוגע לעילת הביטול. בערכאה הדיונית נחקר עד אחד בלבד בטרם חתמו באי כוח הצדדים על הסכמה לסטות מדיני הראיות. בין השאר הסכימו הצדדים לעבור בדיקת פוליגרף, שתוצאותיה תתקבלנה על ידי בית המשפט ואף תכרענה את המחלוקת העובדתית. הסכמה זו משקפת סטייה מדיני הראיות, משום שתוצאות של בדיקת פוליגרף אינן נחשבות ראיה קבילה (לא כל שכן מכרעת) בהליך האזרחי. השופט קמא העניק להסכמה הראייתית של הצדדים תוקף של החלטת בית משפט, והצדדים פנו לעריכת בדיקות הפוליגרף. התוצאות החד-משמעיות של הבדיקות תמכו בגרסתו של לוי. אלא שתוך כדי הדיון בתוצאות הפוליגרף נמצאה ראיה נוספת (קבלה), שהצביעה על תוצאות הפוכות לכאורה. בא כוחם של האדונים ביאזי טען כי הממצאים של בדיקת הפוליגרף אינם יכולים לכבול את ידי בית המשפט נוכח גילויה של הראיה הסותרת. בא כוחו של לוי העלה טענת מניעות בהסתמך על ההסכמה הראייתית בין הצדדים להפוך את ממצאי הפוליגרף לראיה בלעדית וסופית. השופט קמא קבע כי יש לכבד את ההסכמה הראייתית, שקיבלה תוקף של החלטת בית המשפט. בערעור בפני בית המשפט העליון פסקו שופטי הרוב (השופטים גולדברג ואלון) שיש לאכוף את ההסכם הראייתי שנכרת בין בעלי הדין על שני רבדיו, היינו הן באשר להכנסתה של בדיקת הפוליגרף לסל הראייתי והן באשר לכבילת ההכרעה השיפוטית לתוצאותיה. את הכרעתו בעניין **ביאזי תלה**

14 מודל זה יידון גם במסגרת פרק ד'.

15 ע"א 61/84 **ביאזי נ' לוי**, פ"ד מב(1) 446 (1988).

השופט גולדברג במקומה של ההסדרה החוזית בלב הזירה הראייתית והשיפוטית, ובקביעה "אמת והסכם – הסכם עדיף, בחינת 'ייקוב החוזה את ההר'".¹⁶ שופט המיעוט (השופט בך) סבר שאפשר להכיר בקבילות של ראיית הפוליגרף לנוכח הסכמת הצדדים, אולם אין לכבול את שיקול דעתו של בית המשפט לתוצאותיה. הלכת **ביאזי**, שהרחיבה את גבולות השליטה של בעלי הדין בהליך האזרחי, נותרה על כנה עד עצם היום הזה ומצאה את ביטוייה בפסיקה עוקבת.¹⁷ כמו גם בנטייה המעשית של בתי המשפט להוציא אל הפועל הסכמות ראייתיות ודיוניות.¹⁸

כבר במבט ראשון אפשר לזהות בדבריו של שופט הרוב גולדברג, על אודות המתח הערכי שבין בירור האמת לחופש החוזים, ביטוי מובהק לשיח מבוסס-הערכים ולמפנה האנטי-פורמליסטי, שמתוארים בספרו של פרופ' מאוטנר. כעולה מתוך הספר, "הצגתם של עקרונות היסוד של השיטה כמתחרים אלה באלה, באופן המצריך הכרעה בדרך של דירוג, עומדת בסתירה לעיקרים חשובים של הפורמליזם המשפטי [...]".¹⁹ עצם הפנייה לעריכת איזון שבין הערכים, טוען פרופ' מאוטנר, מגלמת מיטוט של הדיכוטומיה שבין פעולת בית המשפט לפעולת המחוקק, משום שמלאכת החקיקה נסמכת על שקילה אפריורית של אינטרסים ועל הכרעה ערכית באשר להיררכיה הלקסיקלית ביניהם. האיזון משמש אפוא בסיס לעיצוב הנורמה המשפטית, ובית המשפט שפונה לעריכת איזונים ערכיים כמוהו כנוטל על עצמו מלאכה חקיקתית ביסודה.²⁰ זאת ועוד, הדמיון למפנה האנטי-פורמליסטי בפסק הדין **ביאזי** אינו מסתכם במבנה ההנמקה של בית המשפט, הנסמך על שיח של עריכת איזונים ערכיים, אלא משתקף גם בתוכנה הנורמטיבי. אפשר לראות בהכרעת בית המשפט בעניין **ביאזי** המשך ישיר של הציר שמשרטט פרופ' מאוטנר בעניין המעבר מקבילות למשקל וההגמשה של הרגולציה של הבירור העובדתי בבית המשפט. ראשיתו של ציר זה, כפי שמציע פרופ' מאוטנר, בזניחת כללי קבילות פורמליסטיים נוקשים ובצמצום כללי פסלות. המשכו, כך אבקש לטעון, בהפיכת הכללים שנותרו על כנם לדיספוזיטיביים.

מעבר לשורש הרעיוני המשותף לשתי התופעות, הרי שגם במישור המעשי הפיכתם של כללים ראייתיים לדיספוזיטיביים מובילה לאיננס המעשי ולביטול תחולתם הדווקנית בערכאות הדיוניות השונות, וזאת על רקע שיקולי איתות. אבאר את הדברים: בהליכים אזרחיים די בהסכמה מכללא כדי להכשיר סטייה מדיני הראיות (ראיית הפוליגרף, שמחייבת הסכמה מפורשת, הינה חריג לעניין זה). פירוש הדבר שעל בעלת דין להתנגד

16 שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופט גולדברג.

17 ראו ע"א 4027/97 **סולפרד בע"מ נ' עמישי, חברה לשיווק בע"מ**, פ"ד נג(2) 522 (1998). בית המשפט קבע כי הסכמות ראייתיות צריכות להיבחן בעיניים חוזיות וכי הסתמכות על ממצאי הפוליגרף בהליך האזרחי אינה סותרת את תקנת הציבור. כן ראו ע"א 8644/09 **פואז מוחמד ובניו שיווק תערוכות ומוזון לבעלי חיים בע"מ נ' חמיס** (נבו) 18.11.2009.

18 אלון קלמנט ודפנה קפליוק "חוזים דיוניים" **עיוני משפט** לג 187, 223 (2010): "ככלל, גישתו של בית המשפט העליון היא לכבד את ההסכמות הדיוניות על חשבון ערך גילוי האמת".

19 מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 47.

20 שם.

במפורש להצגת ראייה פסולה בבית המשפט, שאם לא כן תתפרש שתיקתה כהסכמה להכללת הראייה. אלא שהתנגדות מפורשת טומנת בחובה סיכון או עלות במונחי "איתות"—בית המשפט עלול לפרש את ההתנגדות של בעלת הדין לראייה פסולה זו או אחרת כנעוצה בתוכנה הראייתית, כנובעת מתרומה פוטנציאלית שלילית בקידום ה"קייס". התוצאה היא רתיעה אפריורית של בעלי דין מהבעת התנגדות מפורשת להגשת ראיות בלתי קבילות ולסטייה מהדוקטרינה הראייתית, באופן שמכרסם בהחלת כללים ראייתיים בבית המשפט בפועל. במובנים המתוארים הללו עולה אפוא הלכת **ביאזי** בקנה אחד עם המפנה שמשורטט בספר, והתמורות החוזיות שבעקבותיה הן נקודת המשך על ציר ההתגמשות ברגולציה של הבירור העובדתי בבית המשפט.

כאן אבקש לחדד נקודה נוספת: במבט שטחי עלול להיווצר הרושם שבין ההסדרה החוזית של הזירה הראייתית לבין המעבר שמתאר פרופ' מאוטנר בספרו מתגלע, בצד ההלימה, גם מתח פנימי, זאת בהתייחס לפנומנולוגיה של ההליך השיפוטי ולמקום של הכרעת הסכסוכים במסגרתו. כך, בסוקרו את השינויים בתורת המשפט של בית המשפט העליון שהתחוללו בשנות השמונים, בפרק השני לספר,²¹ טוען פרופ' מאוטנר כי בעוד בראשית ימי המדינה תפס בית המשפט את תפקידו המרכזי כמכריע סכסוכים, הרי שבשנות השמונים חלה תפנית בתפיסתו העצמית - את מקומה של הכרעת הסכסוכים תפסו הפונקציה החינוכית וההתוויה של נורמות ערכיות בחברה. הלכת **ביאזי** והמפנה החוזי שחל בזירה הראייתית בעקבותיה מעלים על נס את פונקציית הכרעת הסכסוך ומגלמים הסתכלות על ההליך השיפוטי, ודאי האזרחי, כמכוון בראש ובראשונה למימוש תכלית זו. ואולם, המדובר בהמשגה שונה בתכלית של הכרעת הסכסוך מזו שאליה מתייחס פרופ' מאוטנר בספר, בתארו את שהתחולל בשנות החמישים. כאשר בית המשפט **בביאזי** נדרש לפונקציית הכרעת הסכסוך, הוא מכוון את דבריו לפן הפרטי, ולא הציבורי, של הכרעת הסכסוך. עניינו הוא הגשמת האינטרסים הפרטיים של בעלי הדין בהכרעת סכסוכם, אגב דחיקה הצידה של הערכים והטובין הציבוריים הנלווים להליך השיפוטי (בהם יצירת הנורמה המשפטית, חיזוק הלגיטימציה של בית המשפט ויצירת אפקט הרתעתי). פסק הדין **ביאזי** מקנה מעמד בכורה להכרעת הסכסוך לא רק על חשבון בירור האמת, אלא גם על חשבון שלל האינטרסים, הערכים, התכליות והטובין הציבוריים הנגזרים מההליך השיפוטי (ומבירור האמת במסגרתו). בכך הוא מאתגר את קו הגבול שבין הפרטי לציבורי בהליך השיפוטי מכיוון חדש ומערער את נקודת המבט המסורתית על "הגינות ההליך": בעוד באופן מסורתי התמקד השיח הראייתי בהגינות ההליך בזכויותיהם של בעלי הדין נוכח הסיכונים האורבים להם מהחתימה הציבורית למימוש אינטרסים כלל-חברתיים (כגון יצירת אפקט הרתעתי או לוחמה בפשע), היוצרות התהפכו משנהפכו הסכמות ראייתיות לחזון נפרץ. הסכמות ראייתיות החלו מאתגרות מהכיוון הנגדי את המתח שבין האינטרסים של בעלי הדין לאלה של הציבור הרחב, בהציבן על סדר היום שאלות הנוגעות להגנה על הערכים הציבוריים והמוסדיים הגלומים בהליך השיפוטי מפני האינטרסים הפרטיים של בעלי הדין.

פסק הדין **ביאזי** ותופעת ההסדרה החוזית של הספרה הראייתית שבעקבותיו מגלמים אפוא תפיסה אינדיבידואליסטית של ההליך האזרחי, הרואה בבית המשפט מרחב אוטונומי מבודד מהשפעות שלטוניות ומוקד למימוש של זכויות הפרט.²² במובן זה ההסדרה החוזית של הזירה הראייתית עולה בקנה אחד עם התרבות הליברלית, המושתתת על ערכי המימוש העצמי והאינדיבידואליזם, שהתבססה בארץ בשנות השבעים והשמונים, כעולה מתוך דפי הספר.²³ תהליך נוסף שהתחולל בחברה הישראלית באותן השנים, כמפורט בספר, הוא "התחזקות מערכת הערכים הקשורה בכלכלת השוק".²⁴ ההסדרה החוזית של הזירה הראייתית נסמכת אף היא על מסורת שוקית ועל שיקולים של יעילות ואוטונומיה שבלכתה: כך, ההכרה של בית המשפט בחוזים ראייתיים ודיוניים נובעת מההנחה ששלילת החופש לוותר על זכויות ראייתיות או להמירן בטובות הנאה פוגעת בערכן עבור בעלי הדין המחזיקים בהן, בצד ההסתכלות על הפעלת הבחירה בהליך השיפוטי כחלק משליטת האדם בגורלו. ערכים אלו ניצבים לא רק בלב המסורת השוקית והתפיסה הליברלית אלא גם בתשתית המודל האדוורסרי.²⁵ אחתום במילים מספר ביחס למודל האדוורסרי: ההסדרה החוזית של הזירה הראייתית אינה הערת שוליים או סרח עודף של השיטה האדוורסרית. היא חלק מהדי-אן-אי של משטר דיוני זה ודרך ביטוי נוספת לריבונות הצדדים על ההליך השיפוטי. הדברים עולים מפורשות בדברי השופט גולדברג בפסק הדין **ביאזי**.²⁶ בין השיטין של ספרו של פרופ' מאוטנר אפשר למצוא ביטוי ליחסי הגומלין שבין המסורת האדוורסרית לבין תפיסות אנטי-פורמליסטיות של ההליך השיפוטי. כך, בעמוד 157 כותב פרופ' מאוטנר את הדברים הבאים:

אכן, במאמר מוסגר ניתן לטעון שהפורמליזם המשפטי מנוגד להגיגו העמוק של ההליך השיפוטי. כזכור, הפורמליזם המשפטי מניח קיומו של פתרון נכון אחד לכל בעיה משפטית. ההנחה העומדת ביסוד קיומו של ההליך השיפוטי הפוכה. המסר האוניוורסלי ההומניסטי הגדול הטמון בהליך השיפוטי הוא זה של ספק ופלורליזם, היינו, שביחס לכל בעיה אנושית קיימת יותר מנקודת ראות אפשרית אחת. ההליך השיפוטי מושתת

22 William B. Rubenstein, *Divided We Litigate: Addressing Disputes Among Group Members and Lawyers in Civil Rights Campaigns*, 106 YALE L.J. 1623, 1644 (1997): "Civil procedure's private law orientation conceptualizes litigation decisions as individual rights to be protected from governmental or centralized community control" אבאם Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281 (1976).

23 מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 123.

24 שם, בעמ' 120.

25 Kevin E. Davis & Helen Hershkoff, *Contracting for Procedure*, 53 WM. & MARY L. REV. 507, 530–32 (2011); Nili Cohen, *Privatization and Patriarchy – Prisons, Sanctions, and Education*, 27 ISR. STUD. REV. 108, 109 (2012).

26 עניין **ביאזי**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 475.

על מיסודה של הנחה זו בדרך של יצירת מנגנון להצגתן של שתי נקודות ראות לפחות.

המודל האדוורסרי הוא הגילום, בהא הידיעה, של קיומן של שתי נקודות המבט בהליך השיפוטי. זו הלוגיקה התורת-משפטית היסודית המארגנת משטר דיוני וראייתי זה.²⁷ גם מתוך חוליה מקשרת זו של המודל האדוורסרי אפשר לעמוד על הזיקה שבין ההסדרה החוזית של הזירה הראייתית משנות השמונים ואילך לבין המשך הנסיגה מן הפורמליזם. כללם של דברים, הלכת ביאזי והמגמה המסתמנת בעקבותיה של הכרה בדיספוזיטיביות של כללים ראייתיים ופתיחת שערי בית המשפט להסכמות ראייתיות אכן משקפות תפיסה עצמית של המלאכה השיפוטית כחותרת, ביסודה, להכרעה של סכסוכים,²⁸ ובהפיכת זכויות ראייתיות ודיוניות לקלפי מיקוח בין בעלי הדין אכן יש כדי לשקף הסתכלות על ההליך השיפוטי (לפחות האזרחי) כמעין תחרות או משחק שחמט על חשבון חשיפת האמת (אם נשוב למטפורה של הנשיא זמורה). ואולם, בסופו של יום המגמות הללו משקפות נסיגה נוספת מתורת המשפט הפורמליסטית והמשך צעידה במסלול שזיהה פרופ' מאוטנר בספרו.

פרק ג': הפורמליזם והמפנה הניהולי (MANAGERIAL JUDGING)

ההמשגה של המלאכה השיפוטית והתמורות שחלו בהמשגה זו לאורך ציר הזמן ניצבות בליבת ספרו של פרופ' מאוטנר. הוא מדמה את התפיסה העצמית של בית המשפט העליון הישראלי בשנות השמונים למקבילה החילונית של הכנסייה.²⁹ השינויים המתוארים בספר עולים בקנה אחד עם תמורות מקבילות שהתחוללו באותה העת ברחבי עולם המשפט האנגלו-אמריקני. כך, במאמריו הנודעים "Against Settlement" ו-"Forms of Justice" מבחין פרופ' אוון פיס (Fiss) בין שתי תפיסות מתחרות של המלאכה השיפוטית – מודל הכרעת הסכסוכים לעומת מודל ליבון הערכים הציבוריים.³⁰ פרופ' פיס דן באופן שבו זנחו בתי המשפט בארצות הברית במהלך שנות השישים והשבעים את ההמשגה המסורתית של המלאכה השיפוטית, הממוקדת בהכרעת הסכסוך, לטובת עריכת רפורמות חברתיות מבניות ("Structural Reform Litigation").³¹ אלא שגם בשנים שחלפו מאז לא קפאה ההמשגה של המלאכה השיפוטית על שמריה, לא בארץ ולא ברחבי

27 MIRJAN R. DAMASKA, EVIDENCE LAW ADRIFT 92 (1997).

28 אפשר לומר שפסק הדין הופך על פיה את ההיררכיה הלסקיקלית שטבועה בקריאה הרווחת של המודל האדוורסרי, אשר מציבה את בירור האמת מעל הכרעת הסכסוך.

29 מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 33.

30 Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073, 1085 (1984); Owen M. Fiss, *The Supreme Court 1978 Term, Foreword: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1, 28–31 (1979) (להלן: Fiss, *The Forms of Justice*); David Luban, *Settlements and the Erosion of*

the Public Realm, 83 Geo. L.J. 2619, 2629 (1995).

31 Fiss, *The Forms of Justice*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 39–44.

העולם: לאחר התמורה האנטי-פורמליסטית בישראל של שנות השמונים, שבה נחתם הספר, אנו עדים לנקודת מפנה נוספת שהתחוללה בעשורים האחרונים-- זו של שיפוט ניהולי, Managerial Judging.³² המונח Managerial Judging, שאותו טבעה ג'ודית רזניק (Resnik),³³ מתייחס לתמורה בהמשגה של המלאכה השיפוטית, מחתירה להכרעה על פי דין לניהול תיקים, שאירעה בכל שדרת הערכאות,³⁴ זאת באופן ששוחק את תפקיד בתי המשפט הן בהכרעה ברובד העובדתי והן ברובד המשפטי.³⁵ הדברים משתקפים במציאות בת ימינו, שבה מרבית התיקים אינם מסתיימים בהכרעה מנומקת, ושבה שופטות ושופטים, כולל אלו היושבים בערכאות העליונות, מייחדים את עיקר מאמציהם לניהול והנעה של ההליכים השיפוטיים לעבר סיום שלא בדרך של הכרעה.³⁶ המשטר הראייתי והעיוני משמשים בידיהם ככלים לזירוז ההליך השיפוטי ולהתייעלותו.³⁷ המפנה הניהולי מאתגר את ההמשגה של המלאכה השיפוטית שקדמה לו בשני מובנים חשובים: ראשית, הוא סוטה מאידאל הפסיביות השיפוטית; שנית, הוא סוטה מעקרון הפנייה לכללים ולסטנדרטים משפטיים לשם גיבוש הכרעה.³⁸ בעוד בעידן שלפני השיפוט הניהולי הסתמכו שופטים בעולם המשפט האדוורסרי על הצדדים בהגדרת גרדי המחלוקת והכפיפו את ההכרעה בה לכללים וסטנדרטים משפטיים, הרי שמאז המפנה הניהולי שופטים נוטלים לעצמם תפקיד אקטיבי בהגדרתם של גרדי המחלוקת ופונים גם לעקרונות לבר-משפטיים לשם עיצוב פתרונות והכרעות המותאמים אישית למידות הצדדים. במובנים מסוימים אפשר לראות בשינויים הללו משום צעד נוסף לאורך מסלול הפונקציונליזם האנטי-פורמליסטי. במובנים אחרים ניתן לטעון לנקודות השקה מקומיות בין הניהוליות הטכנוקרטית שמאפיינת את עידן השיפוט הניהולי (ה-Managerial Judging) לבין היבטים מסוימים במסורת הפורמליסטית. אאיר בקצרה כל אחד מהיבטים הללו:

- 32 מיכל אלברשטין "יישוב סכסוכים שיפוטי: אל תורת המשפט מעבר למחלוקת" **דין ודברים** י"א 17, 17 (2018): "בעשורים האחרונים השתנו תפקידיהם של שופטים שינוי דרמטי [...] מרבית התיקים מוסדרים ללא הכרעה שיפוטית מלאה, ומרבית זמנם של השופטים מוקדש לפעילות קידום סיומם של תיקים משפטיים שלא בדרך של הכרעה מלאה מלווה בפסק דין".
- 33 Judith Resnik, *Managerial Judges*, 96 HARV. L. REV. 374 (1982).
- 34 Tracey E. George & Albert H. Yoon, *Chief Judges: The Limits of Attitudinal Theory and Possible Paradox of Managerial Judging*, 61 VAND. L. REV. 1, 7 (2008); Richard L. Marcus, *Slouching Toward Discretion*, 78 NOTRE DAME L. REV. 1561, 1587 (2003).
- 35 Vicki C. Jackson, *Thayer, Holmes, Brandeis: Conceptions of Judicial Review, Factfinding, and Proportionality*, 130 HARV. L. REV. 2348, 2380–83 (2017).
- 36 אלברשטין, לעיל ה"ש 32, בעמ' 17.
- 37 Maximo Langer, *The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law*, 53 AM. J. COMP. L. 835, 883–84 (2010).
- 38 על שני העקרונות הללו עמד פרופ' Fuller במאמרו: Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353, 363–87 (1978) כן ראו Donald L. Horowitz, *Decreeing Organizational Change: Judicial Supervision of Public Institutions*, 1983 DUKE L.J. 1265, 1265 (1983).

כשהמעבר מפורמליזם לערכים מבטא הרחבה של האקטיביות והיצירתיות השיפוטית, אפשר לראות במפנה הניהולי משום כבדת דרך נוספת לאורך ציר זה. האקטיביות השיפוטית בעידן השיפוט הניהולי מתפרסת מעבר לרובד המשפטי—היא חולשת הן על הגדרתה של גזרת המחלוקת והן על יצירת האופנים להכרעתה ופתרונה. בעוד לפי התפיסה הפורמליסטית מלאכתו של בית המשפט מוגבלת למיון הסכסוך והתאמתו לקטגוריות המשפטיות, ובעוד לפי המפנה האנטי-פורמליסטי שנדון בספרו של פרופ' מאוטר מלאכתו של בית המשפט כרוכה ביצירת תוכן לקטגוריות המשפטיות על ידי איזון בין ערכים, הרי שהתמורה לשיפוט ניהולי מבטאת צעד נוסף. צעד זה מסמן מעבר מאיזון ערכים כללי לאיזון ספציפי עבור המקרה הקונקרטי וחתירה לפתרון מותאם אישית לכל סכסוך וסכסוך, כאשר הכללים המשפטיים מתפקדים ברקע ככלי עזר בלבד.³⁹ במילים אחרות, תורת השיפוט האנטי-פורמליסטית שמשרטט פרופ' מאוטר, אשר אפינה את ישראל של שנות השמונים, חולקת עם המפנה הניהולי של העשורים האחרונים נקודת מבט משותפת באשר לדינמיות של המשפט. שתי הגישות מעלות על נס את ההסתכלות הפרגמטית על תוצאות ההליך השיפוטי ואת מקומו של שיקול הדעת השיפוטי. שתי תורות השיפוט והמשפט הללו מכירות בממשק שבין המשפט לבין עולמות תוכן חיצוניים ובהשפעה של ערכים חברתיים ותוצאות פרקטיות על התוצאה השיפוטית. במובנים הללו אפשר לראות בשתייה משום סטייה מהמודל הפורמליסטי. בצד נקודות הדמיון הללו יש גם הבחנה ברורה בין הגישות: ההתמקדות בתורת השיפוט הניהולי היא בתוצאות של המקרה הקונקרטי, בעוד המפנה האנטי-פורמליסטי שבבסיס הספר הוא מערכתי וציבורי ביסודו.

בה בעת אפשר לטעון כי המפנה הניהולי מסמן גם נסיגה חזרה להיבטים מסוימים שניצבים בתשתית המודל הפורמליסטי: כמו המודל הפורמליסטי, כך המודל הניהולי פוטר את בית המשפט מההכרח להפעיל את הדמיון הנורמטיבי והדליברטיבי שלו. בשונה מהגישה האנטי-פורמליסטית שנדונה בספר, הן הגישה הפורמליסטית והן הגישה הניהולית אינן רואות בליבון ערכים ציבוריים ובאיזון ביניהם חלק חיוני במלאכה השיפוטית.⁴⁰ הגישה הפורמליסטית עושה רדוקציה של הפעולה השיפוטית להתאמת מקרים לקטגוריות משפטיות; הגישה הניהולית עושה רדוקציה של מלאכת השיפוט לניהול יעיל של תיקים. שתי הגישות מתכנסות, בסופו של יום, למה שפרופ' אנתוני קרונמן (Kronman) מכנה ה"ביוקרטיוזיה" של בית המשפט ושל מלאכת השיפוט.⁴¹

39 אלברשטין, לעיל ה"ש 32, בעמ' 32.

40 לעניין הזיקה שבין יצירתיות שיפוטית והפעלת דמיון דליברטיבי לבין השגת צדק ראו Susanna L. Blumenthal, *Law and the Creative Mind*, 74 CHI.-KENT L. REV. 151, 152 (1998).

41 ANTHONY T. KRONMAN, *THE LOST LAWYER: FAILING IDEALS OF THE LEGAL PROFESSION* 4 (1993).

פרק ד': המגמות בשדה הראייתי בראי הביקורת

במסגרתו של הדיון עד כה ביקשתי לזהות את המגמות המרכזיות שהסתמנו בשדה הראייתי למן חתימת הספר ועד ימינו אנו ולאפיין אותן על רקע אמות המידה שטבע פרופ' מאוטנר באשר למפנה מפורמליזם לערכים. את יתרת הדברים אבקש לייחד להערכה נורמטיבית ראשונית של חלק מן המגמות הללו באופן החורג מעבר לגבולות גזרת המעבר המתואר.

במבט ראשון עשוי להתקבל הרושם כאילו ההכרה ההולכת וגוברת בכוחם של הצדדים להליך השיפוטי לעצב את המסגרת הראייתית שלו ניצבת בהתנגשות חזיתית עם מגמת השיפוט הניהולי. הדבר נובע מכך שההסדרה החוזית דוגמת זו שבבסיס פסק הדין **ביאזי** מציבה את מרכז הכובד של השליטה על ההליך בידי בעלי הדין, ואילו במסגרת השיפוט הניהולי מועתקים הכוח והשליטה לידי של בית המשפט. אלא ששתי המגמות גם יחד חולקות שורש משותף של חדירה של לוגיקה חוזית לשורותיו של ההליך השיפוטי ומסגרתו הראייתית, אגב נסיגה במעמדו של הדין (בין הדין הראייתי והדיוני ובין הדין המהותי). במילים אחרות, שתי המגמות מגלמות מפנה ממודל ציבורי של צדק (Public Regarding Justice) אל עבר צדק פרטי וחוזי, התפור למידות הצדדים וצורכי בית המשפט במקרה הקונקרטי.

כך, המודל הציבורי של Public Regarding Justice מדגיש את היות ההליך השיפוטי זירה לליבון ערכים שהם ציבוריים במהותם. מאפייניו הראייתיים של ההליך השיפוטי נתפסים כמגינים על אינטרסים חברתיים ומערכתיים ביסודם, דוגמת ההגנה על החברה כולה מפני הסיכון של הרשעת חפים. הזכויות הראייתיות אינן נתפסות כ"שייכות" לנאשמת כדי שתעשה בהן כבשלה—תממש אותן, תוותר עליהן או תשתמש בהן כקלפי מיקוח בזירת הסדרי הטיעון. הנאשמת נתפסת אך כמוטבת של ההגנות הראייתיות והדיוניות העומדות לה, בעוד ה"בעלות" והשליטה עליהן נותרת ציבורית. הוא הדין בהקשר של ההליכים האזרחיים. גם שם נתפסת המסגרת הראייתית תחת מודל הצדק הציבורי ככזו שחגה סביב אינטרסים חברתיים, מערכתיים וציבוריים של ההליך השיפוטי, באופן שמדגיש את מאפייניה הקוגנטיים. ההכרה בהסדרה החוזית של הזירה הראייתית ותופעת השיפוט הניהולי מגלמות מעבר למודל פרטי של צדק חוזי, ששיאו בהתבססות הפרקטיקה של הסדרי הטיעון, אשר במסגרתם הנאשמת מוותרת על מכלול ההגנות הדיוניות והראייתיות העומדות לה תמורת טובת הנאה במישור הענישתי. האדנים הנורמטיביים למפנה זה ולחדירה של הלוגיקה החוזית לזירה הראייתית ולהליך השיפוטי נעוצים בשיקולי יעילות⁴² ואוטונומיה,⁴³ שעומדים בבסיס החשיבה

42 ראו דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך א 19 (1991); כן ראו ANTHONY KRONMAN & RICHARD A. POSNER, THE ECONOMICS OF CONTRACT LAW 1-3 (1979).

43 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 42, בעמ' 17; Randy E. Barnett, *A Consent Theory of Contract*, 86; PATRICK S. ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT 404 (1979).

הליברלית והמודל האדוורסרי גם יחד.⁴⁴ בדומה להקשרים אחרים של הסדרה פרטית, גם בהקשרים של הסכמות ראייתיות ושל שיפוט ניהולי הנחת היסוד היא שפתרון התפור למידות הצדדים מקדם את הרווחה החברתית ואת היעילות המערכתית.⁴⁵ פרט לערך החברתי הגלום בעצם השיפור ברווחת הצדדים, הרי שבמקרים רבים האינטרסים המשותפים שלהם עולים בקנה אחד גם עם פונקציית התועלת החברתית.⁴⁶ כך, למשל, האינטרס המשותף של בעלי הדין לחסוך בעלויות הניהול של ההליך השיפוטי ולהכריע את הסכסוך ביניהם בזריזות וביעילות באמצעות פנייה לבדיקת פוליגרף עשוי להתיישב עם האינטרס הציבורי ביעול ניהול של המערכת השיפוטית.⁴⁷ הוא הדין באינטרס של בית המשפט במזעור עלויות ההתדיינות שבפניו.

מגמות ההסדרה הפרטית בהליך השיפוטי נתמכות גם בשיקולי אוטונומיה: הגדלתו של מנעד הבחירה של הצדדים בעיצוב הפתרון המשפטי והסביבה הראייתית והדיונית שבה יפעלו מבטאים הכרה בשליטתם על גורלותיהם ברגעים דרמטיים בחייהם, ודאי כשבהליך הפלילי עסקינן. השליטה של בעלי הדין בקווי המתאר של ההליך השיפוטי ובניסוח הפתרון היא חלק חשוב בקניית קול בליבון של תפיסת הטוב בחברה ובהשתתפות בדליברציה הדמוקרטית, שבית המשפט הוא חלק ממנה.⁴⁸

44 ראו Christopher R. Drahozal & Peter B. Rutledge, *Contract and Procedure*, 94 MARQ. L. REV. 1103 (2011). לביקורת על גישה זו ראו Colter L. Paulson, *Evaluating Contracts for Customized Litigation by the Norms Underlying Civil Procedure*, 45 ARIZ. ST. L.J. 471 (2013); David H. Taylor & Sara M. Cliffe, *Civil Procedure by Contract: A Convolved Confluence of Private Contract and Public Procedure in Need of Congressional Control*, 35 U. RICH. L. REV. 1085, 1086 (2002).

45 כן ראו, בהקשר דומה, Steven Shavell, *Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis*, 24 J. LEGAL STUD. 1, 9 (1995). יש הטוענים כי התשתית הנורמטיבית למוסד ההסכמות הראייתיות כוללת גם שיקולים של צדק הליכי (Procedural Justice). לדיון בזיקה שבין הסכמות ראייתיות לצדק הליכי ראו Laurence Walker & John Thibaut, *A Theory of Procedure*, 66 CALIF. L. REV. 541, 566 (1978); Peter Arenella, *Rethinking the Functions of Criminal Procedure: The Warren and Burger Courts' Competing Ideologies*, 72 GEO. L.J. 185, 219 (1983). לדיון כללי בצדק הליכי ראו Tom. R. Tyler, *Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law*, 30 CRIME & JUST. 283, 286 (2003). יש התומכים במוסד ההסכמות הראייתיות מתוך הקניית מעמד בכורה ל"צדק פרי הסכמה" ("Negotiated Justice") ומתוך ראייה של ההסכמה החווית ככלי עדיף להקצאת המשאבים בחברה ובכללם משאבי הצדק. ראו למשל Milton Heumann, *The Federal Sentencing Guidelines and Negotiated Justice*, 3 FED. SENT'G. REP. 223 (1991). להארת רכיב ההגינות הגלום בסטייה המוסכמת מכללים דיוניים ופרוצדורליים ראו Davis & Hershkoff, לעיל ה"ש 25, בעמ' 532–533.

46 Michael L. Moffitt, *Customized Litigation: The Case for Making Civil Procedure Negotiable*, 75 GEO. WASH. L. REV. 461, 481 (2007).

47 ראו Paulson, לעיל ה"ש 44, בעמ' 473.

48 Rubenstein, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1645: "Individuals can express themselves through the conflicts that they formalize into litigation and through the manner in which they wage these conflicts".

אלא שאל מול השיקולים הנורמטיביים הללו, שתומכים באינדיוידואליזציה של ההליך השיפוטי ובהכרה בהסדרה הפרטית המהותית והדיונית של הליטיגציה האזרחית והפלילית, אפשר להציב שיקולי נגד כבדי משקל. במאמרו הנודע "Against Settlements" דחה פיס את גישת הכרעת הסכסוך. הוא אימץ את גישת ליבון הנורמות הציבוריות, הרואה בהליך השיפוטי נדבך מרכזי בחיים הציבוריים והפוליטיים, בדומה להליכי החקיקה ולהשתתפות בבחירות כלליות. הטמעת לוגיקה חוזית ומיסוד פשרה בתוכני ההליך השיפוטי, מטעים פיס, פוגעת בהליך הדליברטיבי ובליבון הערכים בחברה.

בעוד פיס מדגיש את הערך האינטרינזי של הליטיגציה, אפשר לנסח את הדברים גם במונחים אינסטרומנטליים: ההליך השיפוטי (הן הפלילי והן האזרחי) מספק טובין ציבוריים חשובים,⁴⁹ בהם יצירת אפקט הרתעת, התוויית נורמות ותקדימים, גילוי ופרסום של מידע בעל עניין לציבור, שחזור האמת וניסוח נרטיב קולקטיבי, יצירתן של לגיטימציה מוסדית ומסגרת דליברטיבית ועוד.⁵⁰ המפנה הניהולי וההסדרה החוזית של הזירה הראייתית עלולים להתנגש עם יכולתו של ההליך השיפוטי לספק את מגוון הטובין הציבוריים הללו, למצער ברמתם האופטימלית,⁵¹ זאת על רקע פערים מובנים בין פונקציית התועלת החברתית לזו של בעלי הדין. כך, בהליך האזרחי הצדדים מעוניינים לזכות במשפט, בהתעלם משאלת אחריותם בפועל. הם אינם מפנימים בפונקציות התועלת שלהם ובחשבון שיקוליהם את האינטרס החברתי שגלום בהרתעה, בטיפוח אמון ציבורי במערכת, בהפצת מידע ציבורי מהימן או בעידוד צדק מתקן.⁵² בעלי הדין מתחשבים אך ורק בתועלת הפרטית שצומחת להם מניהול ההליך השיפוטי ומהכרעת הסכסוך ואינם כוללים במערך שיקוליהם את התועלת הציבורית הנובעת מחקר האמת.⁵³ התוצאה היא השקעה תת-מיטבית בכירור האמת ותת-אספקה של המוצרים הציבוריים הנלווים לפונקציה השיפוטית.⁵⁴

גם בהקשר הפלילי קיים פער בין פונקציית התועלת של הנאשם לבין פונקציית התועלת החברתית, חרף היות התביעה אורגן של המדינה. בעוד פונקציית התועלת החברתית כוללת הן את זיכוי החף והן את הרשעת האשם, האינטרס של הנאשם הוא

49 ראו William M. Landes & Richard A. Posner, *Adjudication as a Private Good*, 8 J. LEGAL STUD. 235 (1979).

50 נילי כהן "זכרון, שכחה, משפט" **המשפט** יג 195, 199 (2008); Leora Bilsky & Talia Fisher, *Rethinking Settlement*, 15 THEORETICAL INQUIRIES L. 77, 80 (2014).

51 Susan Rose-Ackerman & Mark Geistfeld, *The Divergence Between Social and Private Incentives to Sue: A Comment on Shavell, Menell, and Kaplow*, 16 J. LEGAL STUD. 483, 483 (1987).

52 לסיבור האוון אפשר להסתייע בדוגמת "חבר מאה המושבעים", המוכרת בספרות. ראו Moffitt, לעיל ה"ש 46, בעמ' 508.

53 מובן שסיווג ההשפעות כהחצנות חיוביות או שליליות נסמך על מישור הייחוס (baseline), שלאורו נמדדות ההשפעות הללו. כן ראו עופר גרוסקופף **אופקים חדשים במשפט – הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט** 64 (2002).

54 Rose-Ackerman & Geistfeld, לעיל ה"ש 51, בעמ' 483.

לצאת זכאי תמיד, בלא קשר לשאלת האחריות בפועל. הפער בין פונקציות התועלת של הנאשם והציבור מתגלע גם במצבים שבהם מדובר בנאשם חף מכל אשמה. נאשם חף יהיה מעוניין בזיכוי בדין בלא כל תלות במשאבים החברתיים שכרוכים בבירור האמת באשר לחפותו. במסגרת פונקציית התועלת החברתית, מנגד, מובא בחשבון המחיר לחברה הכרוך בבירור האמת. משאבי החברה מוגבלים, ולכן השקעה בלתי מוגבלת של משאבים כדי להבטיח את אי-הרשעתם של החפים מפשע אינה בגדר האפשרי או הרצוי מבחינה מערכתית.

גם במישור האוטונומיה אפשר לנסח שורת התנגדויות למגמות המסתמנות של ניהול שיפוטי ושל ההסדרה החוזית של הזירה הראייתית, ואתחיל בזירת הליטיגציה הפלילית: פרופ' רוברט טון (Toone) גורס כי ההליך הפלילי אינו יכול לשמש זירה למימוש אוטונומיה, משום שהוא רווי בכוחה הכופה של המדינה.⁵⁵ גם פערי הכוחות והמידע המובנים שבין המדינה לבין הנאשמת מעקרים יכולת להפעיל בחירה אוטונומית.⁵⁶ ביקורת מבוססת-אוטונומיה שלישית שאפשר למתוח על ההסדרה החוזית של הליטיגציה הפלילית היא שההכרה בויתור על זכות ראייתית, בתמורה או שלא בתמורה, עלולה לפגוע ביכולת האפקטיבית של בעלי דין לממש את הזכות הראייתית (שלא בדרך של ויתור) במקום שבו הם בוחרים לעשות כן, זאת בשל פוטנציאל האיתות השלילי שגלום באי-הנכונות לוותר על הזכות. החשש הוא שתחת משטר ראייתי דיספוזיטיבי, "התעקשות" הנאשמת להשאיר את המשטר הראייתי על כנו, אל מול הצעת בית המשפט או הצד שכנגד, עלולה להתפרש כאינדיקציה לאשמה. במילים אחרות, הכרה ביכולת הויתור תצמצם את קשת האפשרויות האפקטיביות שניצבות בפני נאשמים פוטנציאליים. התנגדות אפשרית נוספת לעבירות של זכויות ראייתיות בהליך הפלילי תהא נעוצה בכך שהזכויות הללו מגינות על חירותו של הנאשם, ובדומה לחירות גופה, גם הן אינן ניתנות לויתור או העברה, היינו אפשר להתנגד להסכמה הראייתית מחמת הזיקה שלהן ל-personhood.⁵⁷ לבסוף, אפשר להציג עמדה הפוכה לחלוטין באשר לטיבה של הזכות הראייתית, שגם היא תוביל למסקנה זהה בנוגע ל(אי)-עבירותה: על פי מודל ה-Public regarding justice, שנדון לעיל, זכויות ראייתיות נועדו להגן על האינטרס הציבורי שבאי-

55 Robert E. Toone, *The Incoherence of Defendant Autonomy*, 83 N.C. L. REV. 621, 644 (2005); Frank H. Easterbrook, *Insider Trading, Secret Agents, Evidentiary Privileges, and the Production of Information*, 1981 SUP. CT. REV. 309, 346 (1981); John G. Douglass, *Fatal Attraction? The Uneasy Courtship of Brady and Plea Bargaining*, 50 EMORY L.J. 437, 490 n.231 (2001).

56 לדיון בקשר שבין גישה למידע לבין חופש חוזי ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 42, בעמ' 59: "חופש [החווה] מושתת על בחירה מודעת בין אפשרויות נתונות, ואין בחירה חופשית ללא מידע הדרוש להפעלת בחירה זו".

57 לדיון מקביל במאפייניה של זכות הבכורה התנ"כית ראו נילי כהן "משפט וספר" עיוני משפט טז 438, 435 (1991).

הרשעת חפים, וממילא אינן בגדר זכות קנויה של הנאשם. דווקא בשל העובדה שהן אינן פרסונליות, אין הנאשם מוסמך לוותר עליהן.⁵⁸

פוטנציאל הפגיעה באוטונומיה הגלום בשיפוט ניהולי ובהסכמות ראייתיות גבוה במיוחד בזירה הפלילית, אך אין הוא מוגבל לזירה זו. גם בהליכים אזרחיים מתגלעים פערי כוחות מובנים בין הצדדים: ראשית, משום שהמדינה האדמיניסטרטיבית על שלוחותיה היא צד להליכים אזרחיים רבים;⁵⁹ שנית, משום ששחקנים חוזרים במערכת השיפוטית, דוגמת חברות אשראי, חברות ביטוח או בנקים, ניחנים ביתרונות דומים לאלה של המדינה בהתדיינות מול פרטים, כפי שעולה ממאמרו הנודע של פרופ' מרק גלנטר (Galanter).⁶⁰ הממד הכופה של ההליך האזרחי תקף, ביתר שאת, במצבים שבהם אחד מבעלי הדין חשוף לסעד שולל חירות דוגמת הליכים אזרחיים שעניינם אשפוז כפוי. כעולה משורת ההתנגדויות מבוססות היעילות והאוטונומיה שהועלתה עד כה, הטעמים להגבלת כוחם של בתי המשפט לשיפוט באופן "ניהולי" וההתערבות בחופש החוזי של בעלי הדין נעוצים בשאיפה להגן על מגוון הערכים והאינטרסים הציבוריים הגלומים בהליך השיפוטי, זאת, בצד הרצון הפטרנליסטי להגן על בעלי הדין מפני עצמם: ברצון להגן על חופש החוזים שלהם ועל החופש שלהם לגופו.⁶¹

את הטעמים להתערבות בחופש החוזי של בעלי הדין שנסקרו עד כה אפשר להפנות כלפי כל סוגי ההסכמות הראייתיות, יהא תוכנן אשר יהא. חוזים ראייתיים המשנים את אופן הקבלה של הכרעת בית המשפט, דוגמת הנדבך השני של ההסכמה שנדונה בפס"ד ביאזי (שעניינו אינו תחום להכשרת ראיית הפוליגרף והכללתה עם יתר הראיות גרידא, כי אם כולל את הכפפת ההכרעה העובדתית של בית המשפט לבדיקת הפוליגרף) מעוררים בעייתיות מיוחדת נוספת, בהופכם את בית המשפט לשותף פעיל לסטייה מדיני הראיות. בכך הם פוגעים באינטרס הציבורי בצורה הנבדלת איכותית מהפגיעה הכרוכה בעצם הוויתור על הזכות הראייתית.⁶² את הביקורת הזו אפשר להפנות גם לפרקטיקות של שיפוט ניהולי: כך, כדי שבית המשפט יוכל למלא את ייעודו בחברה ליברלית, יש

58 Toone; Tracey L. Meares, *What's Wrong with Gideon*, 70 U. CHI. L. REV. 215, 219 (2003) לעיל ה"ש 55, בעמ' 644.

59 על פי נתוני משרד המשפטים משנת 2021, המדינה היא בעלת דין מרכזית בכלל המערכת השיפוטית. ראו "פרקליטות המדינה: סיכום שנה 2021" משרד המשפטים (2022) -8EQ5-<https://perma.cc/8EQ5-ELVX>.

60 Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95 (1974).

61 ראו נילי כהן "סטטוס, חוזה וגרם הפרת חוזה" הפרקליט לט 304, 304: "לעיתים ניתן להצדיק [...] את התערבותם של המחוקק ושל בתי-המשפט במוסד החוזה, על-ידי הרעיון של חופש החוזים עצמו. [...] במקרים רבים אחרים ניתן להצדיק את ההתערבות בשאיפה לקדם ערכים מקודשים על ידי החברה".

62 ראו רע"א 2419/07 שחר נ' א.א.א. גונן ירושלים (1994) בע"מ (2007).

להמשיג את המלאכה השיפוטית כפעולה נורמטיבית, רציונלית וכזו החותרת לאמת.⁶³ בדומה לשיפוט הניהולי, גם ההתערבות ההסכמית בכללי ההכרעה בהליך עלולה לשנות את המשגה של ההכרעה השיפוטית. היא עלולה להפוך אותה למשחק שחמט או חלוקה וחישוב של סיכונים שבית המשפט שותף להם ולחשוף את הממד ההסתברותי הגלום בכל החלטה שלו.⁶⁴ לדעת חלק מהמלומדים, חשיפת קיומו של רצף ראייתי והעובדה שההכרעה השיפוטית היא פועל יוצא של הקצאות סיכונים מזדמנות בין הצדדים עלולה לפגוע בייעודו של ההליך השיפוטי בקביעת אחריות משפטית,⁶⁵ בלגיטימיות הציבורית שהמערכת נהנית ממנה⁶⁶ וביכולתה למלא את תפקידיה החברתיים בהקשרים כלליים יותר.⁶⁷ כל אלה מצטברים מעל ומעבר להגדלת הפוטנציאל של אי-הדיוק במערכת ולא-החלה שורת הדין, פגיעות שעלולות להסתמן גם בהסכמות להכליל ראיות לא קבילות בסל הראייתי או בהסדרי פשרה וטיעון למיניהם. על רקע פגיעה נוספת ונבדלת איכותית זו, הגלומה בהפיכת בית המשפט לשותף פעיל בסטייה מהמשטר הראייתי, הרי גם מי שנכונה לקבל הסכמות על הכללת ראיות בלתי קבילות במסגרת הסל הראייתי עשויה להתנגד לכבילת בית המשפט להכרעה על פיהן, להתערבות במנגנון ההכרעה של בית המשפט בכל דרך אחרת ולתופעת השיפוט הניהולי, על מגוון מופעיה.⁶⁸

מהדיון עד כה אפשר לחלץ כמה מסקנות טנטטיביות, ביניהן: שיפוט ניהולי והסכמות ראייתיות, החולשות על תהליך קבלת ההחלטה של בית המשפט, מעוררים מטבעם בעייתיות יתרה בהשוואה להסכמות הנוגעות להכללה של ראיה לא קבילה בסל הראייתי; שיפוט ניהולי והסדרה חוזית של המסגרת הראייתית בהליכים שיפוטיים שבהם אחד הצדדים חשוף לסנקציה שוללת-חירות מחייבים משנה זהירות בהשוואה להקשרים שיפוטיים שאינם כאלה; יש להיות רגישים לפערי כוחות מובנים בין בעלי הדין דוגמת

63 David S. Kaplan & Lisa Dixon, *Coerced Waiver and Coerced Consent*, 74 DENV. U. ראו .L. REV. 941, 953 (1997).

64 ראו, בהקשר דומה: Robert F. Cochran, Jr., "How Do You Plead, Guilty or Not Guilty?", 26 CARDOZO L. REV. Does the Plea Inquiry Violate the Defendant's Right to Silence?, 1409, 1412 (2005).

65 Kathleen M. Sullivan, *Unconstitutional Conditions*, 102 HARV. L. REV. 1413, 1482 (1989).

66 Charles Nesson, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, 98 HARV. L. REV. 1357, 1362 (1985). במאמר נודע זה הצביע נסון על התפקיד המרכזי שאמון הציבור ממלא בהצדקת המשטר הראייתי. להשקפתו, האמון הציבורי בבית המשפט מותנה בכך שהציבור יתפוס את ההכרעה השיפוטית כקביעה באשר לדברים שאירעו בפועל, בשונה מתולדה של מהלכים ראייתיים ואסטרטגיים. נסון גורס כי אפשר להצדיק את המשטר הראייתי החל בהתבסס על הצורך לשמור על חזות של דיוק כתנאי לאמון ציבורי במערכת, גם במנותק מהעלויות ומהתועלות הנובעות ממידת הדיוק הממשית של ההכרעות השיפוטיות.

67 Carrie Menkel-Meadow, *Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases)*, 83 GEO. L.J. 2663, 2663 (1995); Stephano Bibas, *Harmonizing Substantive-Criminal-Law Values and Criminal Procedure: The Case of Alford and Nolo Contendere Pleas*, 88 CORNELL L. REV. 1361, 1385 (2003).

68 Henrik Lando, *The Size of the Sanction Should Depend on the Weight of the Evidence*, 1 REV. L. & ECON. 277 (2005).

התנהלות (במישור הפלילי או האזרחי) אל מול המדינה או בין תאגידים לפרטים בצילו של ההליך האזרחי, ועוד. אלא שכאמור לעיל, איננו פועלים בחלל נורמטיבי ריק. כפי שטוען השופט פרופ' שטיין במאמרו "קבילות ראיות וכבילת שיקול הדעת השיפוטי: הסכמים וגילוי האמת", במערכת שבה נהפכו הסדרי פשרה והסדרי טיעון לדרך המלך לטיפול בתיקים אזרחיים ופליליים היכולת להתנגד להסכמות ראייתיות פוחתת במידה ניכרת.⁶⁹ הוא הדין בעולם שבו המלאכה השיפוטית עוברת תמורה מרחיקת לכת, מחתירה להכרעה נורמטיבית לניהול תיקים ושיפוט ניהולי. הדברים עולים גם מפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין **ביאזי**.

בה בעת, דווקא על רקע השגשוג של המכניזמים החוזיים לפתרון סכסוכים אזרחיים ותיקים פליליים בחברה, החל בהסדרי טיעון ופשרה וכלה במנגנוני יישוב סכסוכים חלופי (ADR) של גישור ובוררות, יהיו שיטענו כי מתגבר הצורך להותיר את ההליך השיפוטי כזירה שיוויונית של פתרון נורמטיבי על פי דין מהותי וראייתי. בהמשך לתפיסה זו, דווקא בעולם שבו פתוחה בפני בעלי דין הדרך ליישב את הסכסוך המשפטי באמצעים של משא ומתן מתחדד תפקידו המרכזי של בית המשפט כחלופה נורמטיבית שיוויונית, אשר משמרת את אופייה המושגי של מלאכת השיפוט. ניהול שיפוטי וסוגים רבים של הסדרות חוזיות של המסגרת הראייתית של ההליך השיפוטי מפנימים לתוך המערכת לוגיקה חוזית במקום לשמש חלופה ציבורית ראויה לה.

סיכום

מסענו נפתח עם הפורמליזם של שנות החמישים והסתיים עם הנסיגה ממודל הצדק הציבורי ועם השיפוט הניהולי של שנות האלפיים. דומה שאין יצירה ספרותית שמזוהה עם שתי התמות הללו וקושרת ביניהן יותר **מהמשפט** של קפקא ומן הדברים הבאים מתוך הטקסט:

[השופט החוקר:] "היה עליך להתייצב לפני שעה וחמש דקות". [ק: "אבל ייתכן שאיחרתי, אבל עכשיו אני פה".] [השופט החוקר:] "כן [...] אבל אני כבר לא מחויב לחקור אותך עכשיו [...] ובכל זאת אני מתכוון עוד לעשות זאת היום לפני משורת הדין". [ק: "מה שקרה לי הרי אינו אלא מקרה אחד ובתור כזה אין לו חשיבות יתרה, שכן אינני לוקח אותו יותר מדי ללב, אבל הוא מסמן הליכים שננקטים נגד רבים. למענם אני עומד ומדבר כאן, לא למעני [...] אני לא מבקש לי הצלחה של נואם [...] קרוב לוודאי שגם אין לי סיכוי. השופט החוקר בוודאי נואם טוב הרבה יותר ממני, הלוא זה שייך למקצוע שלו. כל מה שאני מבקש הוא דיון ציבורי על ליקויי בחיים הציבוריים. [...] [השופט החוקר]: "רציתי רק להביא לתשומת ליבך [...] שהיום — אולי עוד לא עמדת על כך — גזלת מעצמך

69 אלכס שטיין "קבילות ראיות וכבילת שיקול הדעת השיפוטי: הסכמים וגילוי האמת" 75 שנות עצמאות במשפט 516 (דפנה ברק-ארז עורכת 2023).

את היתרון שבכל מקרה יש לעצור בחקירה". [ק:] "מנוולים שכמוכם [...]
 אני מוחל לכם על כל החקירות שלכם", ופתח את הדלת וירד מהר
 במדרגות. מאחוריו
 נשמעה שוב ההמולה של הנאספים, שחזרו והתעוררו לחיים והתחילו
 כנראה, כמו תלמידים בשיעור, לדון בדברים שקרו.⁷⁰

כאז כן היום. על רקע מורכבות ההכרעות הציבוריות והאישיות המונחות לפתחיהם
 של בתי המשפט, ועל רקע מורכבותה של מלאכת הניווט בין ערכים חברתיים וצרכים
 פרגמטיים, מתחוור עד כמה נקודות המבט והתובנות העמוקות שמציע **מפורמליזם**
לערכים ממשיכות להיות רלוונטיות גם לימינו אנו.

70 פרנץ קפקא **המשפט** 43–52 (אילנה המרמן מתרגמת 2024).