

לפני כמעט שלושים שנה חוויתי בבית משפט פלילי גרמני חוויה רגשית ששינתה את תפיסתי בדבר שיטת השיפוט ואת הרקע הערכי שמאחוריה. באתי לאותו בית משפט שבו בהנחה הרווחת שההכרעה הערכית בין שיטת השיפוט הנוהגת שם לזו הנוהגת בעולם האנגלו-אמריקני נגזרת בהכרח משקלול היעילות בגילוי האמת (העובדתית) אל מול זכויות אזרח חשובות כגון הזכות לכבוד ולשוויון. מאחר שידעתי שכושרה של שיטת שיפוט לגלות את האמת ממילא אינו ניתן לבדיקה מדעית, ומאחר שהנחתי כמובן מאליו שהשיטה האנגלו-אמריקנית מותירה לנאשם מנות גדולות יותר של כבוד ושל שוויון, נכנסתי לאולם המשפט הגרמני משוכנע בנחיתותה הערכית של שיטתו. יצאתי משם משוכנע כי ההכרעה האמיתית בין שיטת השיפוט הנוהגת באירופה היבשתית לזו הנוהגת במשפחת המשפט המקובל מחייבת עימות בין צורות שונות של כבוד ושוויון ולא בינן לבין האמת העובדתית. כמשך אחר צהריים קייצי בבית משפט גרמני מנומנם גיליתי שיש צורות של כבוד, של שוויון ואולי אפילו של חירות, הפועלות במסגרת ה"אינקוויזיטורית" עתירת השררה טוב יותר מאשר בחגיגה העממית הרוגשת והפרועה שהורישו האנגלים לעולם. גילוי זה, הרומז להשלכות רחבות על יתרונותיהם וחסרונותיהם של שיטות ממשל וניהול, לא הביא אותי לשנות את עמדתי העקרונית בזכות השיטה האדוורסרית, אך היום אני יודע שהעדפה זו אינה ניתנת להנמקה פשוטה וייתכן שהיא נובעת ממבנה אישיות או מהתניה קבוצתית ולא מעצם המחויבות לזכויות האדם והאזרח.

ברשימה זו אינני מתכוון לעמעם את תמונת ההבדלים בין שיטות השיפוט אלא דווקא להעשיר ולהעצים את מורכבותם של הבדלים אלה. בניגוד לטענות רווחות בדבר גלובליזציה והאחדה אינני סבור שמשפחות המשפט בעולם מאבדות את ייחודן. בצד תופעות שכיחות של השפעה הדדית מסתמנות בדורות האחרונים גם מגמות של הרחקה והסתגרות. משפטן האמון על שיטה משפטית אחת צפוי היום, בדיוק כפי שהיה צפוי מאז נפרדו משפחות המשפט לפני יותר ממאתיים שנה, לחוויה עזה של זרות ומבוכה בפגישתו הראשונה עם צורות משפט אחרות. בדיוק משום כך בחרתי לספר את הסיפור שאני מספר כאן בסגנון אישי ורגשי מאוד.

מאותה סיבה אני שובר מוסכמה נוספת הנוהגת בכתיבה האקדמית ומתאר את הרקע המקצועי שהבאתי לאותו אירוע. הבחירות שבחרתי בשנותיי המשפטיות הראשונות היו אמורות למנוע את המבוכה שאני מתאר. בשל ההיסטוריה הקולוניאלית המיוחדת של המשפט הישראלי, ודווקא בשל הרוח היצירתית הגדולה שפיעמה בו באותן שנים, ראיתי חשיבות עליונה בלימוד והוראה של המאפיינים של שתי משפחות המשפט המערביות העיקריות. סברתי כי בין שנלך בדרך ייחודית ובין שנלך בדרכם של אחרים, עלינו לעשות זאת מתוך היכרות קרובה ומודעות עמוקה לדרכים שבהן הלכו אחרים לפנינו. התובנה החשובה ביותר שלמדתי ולימדתי באותם שנים הייתה שאפשר להבין שיטה משפטית זרה רק מתוך מכלולה ולא מתוך פרטיה, וששיטות המתפתחות טבעית כמשך דורות מייצרות איזונים פנימיים שאינם מתגלים בקלות לזר. סברתי גם שאפיוניה של שיטה ניכרים בשגרת העבודה של ערכאות דיוניות טוב יותר מאשר בדוקטרינות משפטיות או בחקיקה, ולכן

בניתי מערכי לימוד והוראה שהתמקדו במערכות השיפוט. כך, כשנכנסתי בשעריו של בית משפט פלילי בפרייבורג שבגרמניה, חשבתי שאני יודע איך משתלב ההליך השיפוטי הגרמני במכלול השיטה המשפטית ומהם האיזונים שהולידו מאות שנים רצופות של שיפוט בגרמניה. עד מהרה הבנתי שטעיתי, אבל היום אני יודע שלא יכולתי שלא לטעות. הלקח העיקרי שאני מבקש למסור בחיבור הנוכחי הוא שאי-אפשר להבין את איזוניה של שיטה אלא תוך התנסות אישית בשגרת פעולתה ומתוך ענווה מוחלטת וכבוד אמתי לשונותה. גם אם אפשר ללמוד מחיבור זה פרטים טכניים אלה או אחרים על מערכת השיפוט הגרמנית ועל סגנון השיפוט במשפחת המשפט הגדולה שאליה היא משתייכת, המסר החשוב יותר בו הוא הקריאה לענווה ולהתנסות עצמית.

דה נובו

אני פותח במכוון בהיבט טכני לכאורה של ההליך שבו נכחתי, דווקא משום שעל פניו אינן לו משמעויות רגשיות או ערכיות.

אילו הייתי צריך לתרגם לעברית משפטית מובנת את שמה של הערכאה השיפוטית שאליה נכנסתי הייתי קורא לה "בית המשפט המחוזי של פרייבורג". בתרגום מילולי מדויק יותר היה זה בית משפט "מדינתי" (Landgericht) ולא "מחוזי", אלא שלעניין זה עצמו לא הייתה חשיבות בהקשר הנוכחי. חשובה יותר העובדה שלפי המבנה המקובל בכל עולם המשפט הקונטיננטלי היה זה בית משפט דר-תכליתי, שתפקד הן כערכאה ראשונה לעברות חמורות ולתביעות אזרחיות כבדות-משקל והן כערכאת ערעור על בית משפט נמוך יותר. כינתי אותו "בית משפט מחוזי" משום שכך בדיוק פועל בית המשפט המחוזי שירשנו בישראל משליטים קולוניאליים קודמים, שהעתיקו אותו ישירות מהשיטה המשפטית הצרפתית, כלומר: ממרכזה של משפחת המשפט הקונטיננטלית שאליה משתייכת גם גרמניה. כאשר נכבשה ארץ ישראל על ידי הבריטים השאירו שלטונות הכיבוש על כנה את מערכת השיפוט העותומנית-צרפתית שמצאו, ומשאזרח שלטונם לא ראו סיבה טובה לכנותה מחדש. כך אני, שראיתי לראשונה מימי משפט אמתי בבית המשפט המחוזי של תל-אביב, אמור הייתי להכיר את מבנהו של בית המשפט בפרייבורג כבן-בית ולזהות את עיקרו של ההליך שבו אני נוכח. בפועל, במשך חלק ניכר מהמשפט לא הבנתי באיזו מתכליותיו פעל בית המשפט. עורכי-דין לא טענו שם טענות עקרוניות, עדים הוכנסו והוצאו מהאולם, ועל כן הנחתי תחילה כמובן מאליו שאני צופה בעבודתה של ערכאה ראשונה. לאמתו של דבר במשך דקות ארוכות גם לא הייתי בטוח אם אני נוכח בהליך פלילי או בהליך אזרחי. העובדה שהעדים העידו על אירוע שהתרחש בחנות גדולה והצביעו על אדם שנכח באולם כמי שניסה לקחת משם חפץ כלשהו שלא כדיון רמזה לאפשרות שמדובר בהליך פלילי בעברת רכוש, אך יכולה הייתה להתיישב גם עם הליך אזרחי כלשהו. כמה לובשי מדים נכנסו ויצאו מהאולם, אך הם עסקו בעיקר בעזרה מנהלית ולא בשמירת מישו מהנוכחים.

כפועל היה זה הליך שני בעניינו של אדם שהואשם בפלילים בשל גנבה של כמה סוללות חשמל קטנות מחנות כלבו. הוא הורשע בערכאה הראשונה ונגזרו עליו שתי שנות מאסר בפועל, בעיקר בשל העובדה שבעבר הורשע פעמים אחדות בעברות דומות. הוא ערער על פסק הדין ובית המשפט שבו נכחתי שב ודן בעניינו, אך אינני קורא להליך "ערעור"

משום שהתנהלותו שונה לחלוטין מהתנהלות של ערעור ישראלי. בכל רחבי עולם המשפט הקונטיננטלי אדם שעניינו הוכרע בערכאה כלשהי זכאי לכך שעניינו יידון מחדש בבית משפט גבוה יותר במדרג השיפוט. כאשר הוא מממש זכות זו הדיון החדש מתנהל באותו אופן שבו התנהל הדיון הראשון, כמעט בלא מגבלות צורניות. כל עניין של עובדה, של דין ושל סדר דין שהתברר או שיכול היה להתברר בהליך הראשון יכול להתברר בהליך השני, יהא אשר יהא מה שעשו השופט או ה"צדדים", בעצמם או באמצעות נציגים. במילים פשוטות, מי שאיננו מרוצה מתוצאת משפטו זכאי בעולם הקונטיננטלי לפחות ל"משפט חדש" אחד בפני ערכאה גבוהה יותר שהוא באמת חדש (De Novo) בכל מובן. העדים שראיתי בבית המשפט שבו נכחתי העידו שבועות אחדים קודם לכן במשפט המקורי של הנאשם והוחזרו לבית המשפט הגבוה יותר בפרייבורג כדי להיות זמינים לעדות נוספת. סיור קצר לימד אותי כי הם מוחזקים (לפחות) במשך כל אותו אחר צהריים בחדר סמוך במעין משמורת ומובלים משם לאולם המשפט וחזרה במצוות השופט ובליווי לובשי מדים.

מדוע טעיתי והנחתי לכתחילה כי אני נוכח בהליך ראשון? תשובה פורמלית טובה יכולה הייתה להיות שגם אילו הייתי בטוח שאני נוכח במשפט פלילי, לא יכול הייתי להיות בטוח מהי העברה שבכתב האישום. כמו בישראל גם בגרמניה יש עברות רכוש חמורות שמקומן מלכתחילה בבית המשפט "המחוזי", ולא הייתי יכול לדעת מתוך צפייה סבילה בלבד שהמקרה הנוכחי נגע לגיבה פשוטה שלא נטענו לגביה שום נסיבות מחמירות. לאמתו של דבר טעיתי מסיבה אחרת לחלוטין. ככל שלמדתי ולימדתי במשך שנים את הפרטים שתיארתי למעלה על ה"דה נובו" הקונטיננטלי, לא דימיתי באמת ולא הפנמתי את עצמת שונותו של הליך זה מה"ערעור" האנגלו-אמריקני שעליו גדלתי. עדים אינם מעידים בערכאות הערעור של ישראל וחלק עצום מזמנם וממרחם של שחקני המשפט העיקריים מוקדש למאבקים על גבולות ההליך. עורכי-הדין, ולעתים קרובות גם השופטים, מקדישים – אצלנו ובכל רחבי משפחת המשפט שאליה אנו שייכים – אינספור שעות יקרות של טיעון והנמקה לניסיונות לפתוח מחדש שאלות אסורות ולעטוף אותן במסווים שיסתירו את מהותן. ככל שהבנתי שכלתנית את העובדה שמלחמת צללים זו אינה נחוצה בהליך דה נובו אמתי, עברו דקות ארוכות עד שיכולתי לחוות את מלוא משמעויותיה. מציאות שבה עדים שהעידו במשפט נקראים להעיד מחדש בבית משפט גבוה יותר כעניין פשוט שאיננו מחייב הנמקה כלשהי היא מוזרה כל כך במונחים אנגלו-אמריקניים, עד שהיא גוררת כמעט בהכרח תחושות עזות של מבוכה ושל גינוי. מי שאיננו מכיר את המבנה המורכב המאפשר מציאות זו עלול להניח שההליך כולו לקוי מיסודו ושקברניטיו אינם מבינים מושכלות ראשונים של מנהל ושל צדק. איך, ישאל את עצמו הצופה הזר, ינוהל משפט שני בעניין אחד בלא לפגוע ביתרונות הראשוניות שיש למשפט הראשון? למצער, ישאל את עצמו איך ינוהלו שני משפטים בלא לכפול את הנטל העצום שמשפט אחד מטיל על המערכת בכללותה? חשוב יותר, יוסיף וישאל, למה מלכתחילה יהא אדם זכאי להעסיק את מערכת המשפט פעמיים באותו עניין? התשובה לשאלות אלה טמונה בהפנמת העובדה שכמעט כל המאפיינים של ההליך השיפוטי האנגלו-אמריקני נגזרים מהתפקיד המרכזי של מושבעים באולם המשפט, ואין בהם כלשעצמם שום קדושה או יעילות מיוחדת. המושבעים נקראים מן העם לצורך משפט אחד בלבד, שבסופו הם נותנים את החלטתם ומתפזרים לעד. רק משום כך בנו מדינות האם של המשפחה האנגלו-אמריקנית שיטה עמוסת כללים פורמליים הבאים כולם להבטיח שהצדק

כולו ייעשה במאורע אחד, פעם אחת וברצף אחד, אל מול מושבעים אוטונומיים הבאים לאולם נקיים מכל מידע הנוגע לתיק ולוקחים למסתור חדרם רק את מה שראו ושמעו באותה הצגה דרמטית הנערכת עבורם בלבד, פעם אחת בלבד, באותו אולם. כל הליכי החקירה והאישום הקודמים למאורע זה אינם אלא הליכי הכנה לקראת אותו מאורע ייחודי, וכל הליכי הערעור שלאחריו אינם יכולים להיות אלא הליכי בקרה ותיקון. מי שיש לו מידע רלוונטי לבירור האמת העובדתית יכול למסור "הודעות" בחקירת המשטרה, אך אינו "מעיד" אלא פעם אחת נוכח פני המושבעים, ולכן גם איננו יכול לחזור על "עדותו" בשום מקום אחר. הערעור האנגלו-אמריקני התפתח כולו, מתחילתו, תחת צל כבד מאוד של האיסור על שופטים מקצועיים "לטרוף" את ההכרעה השיפוטית מידי העם, ולכן הועמסו גם עליו תלי תלים של כללים פורמליים המגבילים את ניהולו. שופטי הערעור המקצועיים אינם מורשים לנהל פעם נוספת את כל הצגת הצדק המורכבת שנוהלה בפני מושבעים פשוט משום שלא קיבלו מהעם סמכות לשפוט מחדש. לכל היותר הם קיבלו את הסמכות לתקן פגמים שנפלו במשפט בשל יישום מוטעה של הדין, ותוך כך נספחה להם גם הסמכות להעשיר את הדין בהלכות תקדימיות. הדין, כך הורגלנו, הוא דבר אחד, והערעור הוא דבר אחר לחלוטין והמערכת אינה יכולה לכפול את עצמה.

ההבדל בין שיטת שיפוט שנבנתה עבור מושבעים עצמאיים לשיטה שהותאמה לשופטים מקצועיים מצדיק חזרה על עיקר הדברים שכתבתי בפסקה הקודמת מזווית אחרת. גם הערעור האנגלו-אמריקני וגם הליך הדה נובו הקונטיננטלי מתבצעים בפני ערכאה גבוהה יותר בהיררכיה השיפוטית או, למצער, בפני מספר שופטים רב יותר בערכאה הראשונה. הם מספקים איכות גבוהה יותר של שיפוט ולא רק הזדמנות נוספת. מאחר שמלכתחילה המושבעים בהליך השיפוט האנגלו-אמריקני אינם מביאים מומחיות כלשהי, ממילא אי אפשר היה לחזור על המשפט בפני מושבעים "בכירים" או "מומחים" יותר, ומאחר שמספרם גדול מאוד מלכתחילה (בדרך כלל שנים-עשר), לא נעשה מעולם בעולם המערבי ניסיון רציני ליצור ערכאת מושבעים כפולה או משולשת. היררכיה שיפוטית מחייבת מלכתחילה מידה מינימלית של התמקצעות או בכירות והרכבי מקור קטנים, ועל כן לא צמחה מעולם היררכיה ערעורית של מושבעים.

אבל איך מצליחות מערכות המשפט הקונטיננטליות לעמוד בנטל הכפול המתחייב לכאורה מהזכות להליך דה נובו? התשובה לשאלה זו מחייבת הפנמה עמוקה של השוני בין שיטות השיפוט השונות במשפחות המשפט המתחרות בעולם המערבי. אילו, למשל, הייתה מערכת המשפט בישראל צריכה לחזור פעם נוספת על כל התהליך המורכב והמסורבל של טיעון והעדת עדים במשפט פלילי לפי המתכונת שהשאירו אחריהם הבריטים, היא הייתה קורסת תחת העומס. מערכת המשפט הגרמנית מתקשה הרבה פחות להתמודד עם כפל ההליך בשל שתי סיבות שלובות הנובעות משיטת השיפוט הנוהגת בה: הליך השיפוט המקורי פשוט לאין שיעור ממקבילו הישראלי והחזרה עליו יכולה להיות קצרה אף יותר. מרבית הכללים הצורניים החלים על מערך הטיעון והראיות בעולם האנגלו-אמריקני נובעים מאופיו האדברסרי והעצמאי של ההליך ואין בהם כל צורך בשיטה המרכזת את ההליך כולו בידי שופט מקצועי. מאותה סיבה עצמה ההליך השני יכול להיות קצר יותר מקודמו. ההליך שבו נכחתי בפרייבורג התחיל מעט לאחר הפסקת הצהריים של בית המשפט והסתיים פחות משעתיים לאחר מכן. לאחר שיח ראשוני קצר נשמעו כעשרה עדים, התנהלו כמה שיחות,

ולאחר שיח מסכם קצר הוכרע דינו של הנאשם ונגזר עונשו. בארבע אחר הצהריים לערך נפטרו הנוכחים באולם לעיסוקיהם, מלבד הנאשם שהובל למאסרו. בניחוש מושכל יכולתי להעריך כי משפטו המקורי נמשך מעט יותר, אך לא מעבר לשעה או שתיים נוספות, אולי בישיבת הבוקר של הערכאה הראשונה לשיפוט פלילי בפרייבורג עצמה או בעיר שדה קרובה. האווירה הכללית ששררה באולם המשפט שבו נכחתי הייתה אווירת פגישה של מכרים ותיקים החוזרים בשקט על שיחה שהתקיימה ביניהם פעמים אחדות בעבר ולכן הם מקמצים גם במילים עצמן וגם באפקטים הדרמטיים המאריכים פגישות ראשונות. המילים השכיחות ביותר באותן שעות היו "כפי שכבר אמרתי" והתחושה הרווחת באולם הייתה תחושה של לחץ חברתי ואנושי – אפקטיבי בהרבה ממקביליו הפורמליים שהכרתי בביתי – שלא לבזבו זמן, מילים ורגשות על המובן מאליו.

כמעט כל מילה שכתבתי בסוף הפסקה האחרונה טעונה הרחבה והסבר, אך כדי לפענח את אותה אווירה של "פגישה חוזרת" חייב משפטן ישראלי להפנים תחילה את משמעותו של הפריט החשוב ביותר באולם משפט אירופי, הוא ה"תיק" (Dossier). כשם ששיטת השיפוט האנגלו-אמריקנית נגזרת כולה מייחודו של חבר המושבעים האוטונומי, השיטה הקונטיננטלית מגולמת כולה בתיק עב כרס שמביא עמו השופט לאולם בתחילתו של הליך השימוע הפומבי שאנו מכנים "משפט". משפטן אנגלו-אמריקני שהיה פותח תיק זה היה מזדעזע מתוכנו בשל העובדה שהוא מכיל – כבר בתחילת ה"משפט" – את כל המידע ששופט אמור לכאורה לדעת בסופו, אם בכלל. ה-Dossier מכיל לא רק את תיק החקירה המלא שבבסיס האישום אלא גם תיעוד מפורט של התנהגות הנאשם במשך חייו וכלל מגעיו עם רשויות האכיפה. אילו היה שופט באמריקה, אוסטרליה או אנגליה, מקצועי או עצמאי, נחשף בתחילת המשפט ולו גם לפרט אחד מאותו Dossier אימתני, היה האישום כולו מתרסק ברעש גדול ובמקרים רבים גם לא היה יכול להתחדש בפני מותב אחר. בגרמניה, בצרפת, באיטליה או ברוסיה השופט אמור לדעת כל פרט באותו Dossier כחלק מחובתו המקצועית. אכן, באותו שלב בהליך הפלילי המזוהה על ידי משפטן אנגלו-אמריקני בתחילתו של המשפט פרושה מרביתו של הסיפור, גם זה הנוגע לאירוע הספציפי הנדון בו וגם זה הנוגע לכלל חייו של הנאשם, לעיני כול, ואין בו סודות. ה"משפט" אינו אלא חזרה על אירועים שאירעו ועל סיפורים שסופרו פעמים אחדות קודם לו, ואין בו ייחוד מלבד מידה יתרה קטנה של טקסיות ופומביות שנעדרה משלבי הקודמים.

המפתח לפתרון של תמיהה זו נעוץ במבנה של ההליך הפלילי בכללותו בעולם הקונטיננטלי. ה"משפט" – דהיינו: השלב שבו מוצגות כל הראיות לאשמתו של הנאשם במהלך אחד שסופו הכרעה – אינו שם אלא שלב מאוחר בהליך שהחל שבועות או חודשים רבים קודם לכן. מלבד שלבים ראשוניים מאוד מתבצעים כל יתר השלבים באותו הליך מורכב על ידי רשויות חקירה, תביעה ושיפוט, שההבחנה ביניהן שונה מאוד מזו המקודשת בעולם האנגלו-אמריקני. מידע על האירוע ועל המעורבים בו הולך ונאסף בסדרה ארוכה של פעולות ומפגשים שאינם רק הכנה לאישום ולמשפט אלא, במידה רבה, הם מקיימים בעצמם מאפיינים המזוהים על ידי זרים עם "שיפוט" יותר מאשר עם "חקירה" או "אישום". במילים אחרות, המשפט הפלילי הקונטיננטלי אינו אירוע דרמטי אחד אלא סדרה של אירועים שלובים שבהם הולכת המדינה ומגבשת את עמדתה, ועל כן אני מעדיף לכנותו בכללותו "הליך" (Process) ולא "משפט" (Trial).

כבכל שיטה מעשה ידי אדם יש בשיטה זו מגרעות, אך רבות אחרות מיוחסות לה בטעות על ידי מי שאינם מבינים או אינם מפנימים את ההבדל בין הליך למשפט. רבות מאוד מהמגננות שפותחו בעולם האנגלו-אמריקני כדי להשיג צדק במשפט – כגון הזכות לייצוג והזכות לשתוק – פועלות באופן דומה ולפעמים טוב יותר בשלבים מוקדמים של ההליך הפלילי המשלבים חקירה, תביעה ושיפוט באופנים שאינם מוכרים בשיטתנו. בשלב הנוכחי אינני מבקש להדגיש נקודה חשובה זו כשלעצמה אלא לרמוז לה על ידי נקודה אחרת החשובה יותר לתיאור הנוכחי: תחושת ההיכרות וכמעט-שעמום המלווה את השלבים האחרונים של ההליך, כולל זה שבו נכחתי ושעליו אני מספר.

כאשר מרבית העדים ב־Landgericht של פרייבורג פתחו את תשובתם לשאלות הנאשם בטרזוניה כבושה ("כפי שכבר אמרתי"), היה זה משום שאכן ניהלו עמו שיחות עימות זהות לפחות פעמיים קודם לכן, בחדרים שלא היו שונים מאוד מהאולם של אותה ערכאה, בנוכחותם של בעלי תפקיד שונים, כולל סגור של הנאשם שמן הסתם ישב כבר אז לצדו (ולא בהכרח שתק בהם כפי ששתק כעת). גם אם בעלי התפקיד התחלפו בין עימות לעימות הונצח כל אחד מהם ב־Dossier ונלמד לפרטיו על ידי התובע, הסגור, עובדי העזר השונים וכמובן השופט המכהן בכל אחת מהערכאות. כולם באולם (מלבדי) ידעו מה ישאל שוב הנאשם כל אחד מהעדים שעמם ביקש להתעמת שוב ומה יענה לו שוב כל אחד מהם. לא היה בשלב זה שום כלל פורמלי שיגביל את מספר הדקות שיוקדשו לכל אחד מעימותים חוזרים אלה, אך טבע אנוש ואווירה כללית שדמתה יותר לשיח קהילתי מאשר לאירוע משפטי פורמלי עשו זאת טוב יותר מכל כלל. ככל שייראו דברים אלה משונים בעיני קורא ישראלי, הייתה באותו אולם משפט גרמני קהילתיות שונה מאוד מזו המגולמת במשפט מושבעים, אך במובנים רבים היא הייתה אמתית ונכונה יותר ולכן אולי גם יעילה יותר. במונחים תאורטיים מקובלים, העימות שבו צפיתי אופיין פחות בריחוק התפקיד (Role Distance) ממקבילו האדברסרי ודמה יותר לשיח אנושי אמתי מאשר למאבק אסטרטגי. כך, למרות אפיונו הפורמלי של המאורע בכללותו כמשפט חדש (de novo) נטו בני השיח האמתיים באולם למנוע מעצמם ומזולתם את המצוקה האנושית הפשוטה הכרוכה בחזרה ארכנית וטרזחנית על סיפור שסופר או טענה שנטענה. שעמום משועשע היה ממילא התחושה העיקרית שרכצה על האירוע כולו, ונראה היה בעליל כי המשתתפים בו מנסים להימנע מלהחריף אותו מעבר להכרחי. האם אני מספר בשבחו של ההליך או בגנותו? השעמום שעליו אני מדבר נובע ממקור עמוק הרבה יותר מאופי השיח בין הנפשות הפועלות. הוא נובע מהעובדה שתוצאת האירוע הייתה ידועה כמעט בוודאות לכולם (שוב, מלבדי). כאשר כתבתי למעלה שהמשפט הפלילי הקונטיננטלי הוא סדרה של אירועים שבהם הולכת המדינה ומגבשת את דעתה, רמזתי לעובדה שדעתה של המדינה אכן גמורה למדי כשהיא מגיעה לאירועים האחרונים. אם אוסיף שה"מדינה" שעליה אני מדבר כוללת את השופט ולא רק את התובע, ואקנח באמירה שגם האירוע שבכרכאה הראשונה וגם הליך ה־de novo שבו נכחתי לא היו בעיקרם אלא אירועי ראויה ששוחקו לעיני הציבור (כלומר עבורי, שכן הייתי הציבור היחיד באולם), יניח כל משפטן אנגלו-אמריקני כי אני מטיח בשיטה האינקוויזיטורית את הגידוף החמור ביותר שאפשר להטיח כנגד שיטה משפטית, והוא שאין בה צדק אלא עריצות שלטונית. לאמתו של דבר אינני אומר כך ואינני אומר את ההפך. אינני חורץ את דינה של השיטה כלל; אני מבקש לעורר רגישות מספקת למורכבותה כדי לאפשר שיפוט מושכל על ידי אחרים.

כדי לשפוט את ההליך האינקוויזיטורי בכללותו יש להבין תחילה כי אין לשפוט אותו על פי שלביו האחרונים בלבד. כמעט כל מה שחסר לעיניו של המתבונן האדברסרי בשלבים האחרונים שבהם הוא צופה מתקיים בדרך זו או אחרת בשלבו המוקדמים. גמירות הדעת שעמה מגיעה המדינה לשלבים הפומביים האחרונים אינה מבוססת על הכרעות שרירותיות של פקידי רשות, אלא היא תוצר של מהלכים דינמיים רבים שבכל אחד מהם מושקע מאמץ מובנה ומושכל כדי לאזן כהלכה בין גילוי האמת לאינטרסים ציבוריים ופרטיים חשובים אחרים, בין יעילות לצדק, בין זכויות הקרבן לזכויות הנאשם ובין חירות אישית לכיטחון חברתי. המבנה המדורג והדינמי של השלבים מאפשר איזונים משתנים ומורכבים בהרבה מאלה המוכרים לנו משיטתנו, וכך יכול רכיב אחד של משוואת האיזונים (למשל: תפקיד אקטיבי לסנגור מקצועי או זכות השתיקה לנאשם) להיות מנותב לשלב החקירה שבו הוא משיא את השפעתו, ולהירחק לשוליו של המשפט הפומבי בו אין הוא אפקטיבי ממילא. צד הראווה של שלבי ההליך האחרונים, המזוהים על ידי הצופה האנגלו-אמריקני כ"משפט" וכ"ערעור", איננו צד גנאי. המדינה מגיעה לשלבים אלה כשהיא אכן כמעט גמורה בדעתה כי הנאשם אשם, אך היא עורכת את כל ראיותיה מתחילה עד סוף פעם או פעמיים נוספות כדי להציף אפשרויות שאולי לא מוצו בשלבים הקודמים, שהתרחשו רחוק יותר מהעין הציבורית. כיוון שכך, בדרך כלל לא מתרחשות ב"משפט" או ב"ערעור" דרמות גדולות; כיוון שכך הוא משעמם; כיוון שכך הוא קצר; כיוון שכך המדינה יכולה לכפול את ההליך. הצגה שנייה קצרה בערכאה השנייה ממילא אינה מוסיפה הרבה על הצגה ראשונה קצרה בערכאה הראשונה, וזו גם זו יכולות להתנהל כשיח אנושי נינוח ולא כמאבק לודרים אלים בין לוחמים מקצועיים.

על השיחה

השופט שניהל את ההליך שבו נכחתי לבש גלימה שחורה, אך הוא הניח לה לגלוש מכתפיו והצבע הדומיננטי שצבע אותו במשך מרבית ההליך היה אפור חליפתו. מרבית המשפטנים והמנהלנים באולם היו לבושים חליפת עסקים אפורה דומה, וכך גם הנאשם. לאמתו של דבר נשא הנאשם את גופו ואת חליפתו בהדרת כבוד גדולה יותר ממרבית הנוכחים; ייתכן שגם בשל עובדה זו התקשיתי במשך זמן משמעותי לזהותו כנאשם ואת ההליך כולו כהליך פלילי. גם גילו תרם לבלבול. הוא היה כבן ארבעים וקשה היה לי לזהותו כגנב רכוש קטן המתפרנס מזוטות. כך או כך, שעה שנכנסתי לאולם, זמן מה אחרי תחילת הישיבה, נראה האירוע בעיקרו כשיחה בורגנית נינוחה המתנהלת בין שני מבוגרים שווי מעמד. השופט דיבר מאחורי דלפק שלא היה גבוה בהרבה מכל פריט ריהוט אחר באולם ודמה יותר לשולחן מאשר ל"כס", והנאשם ישב על דלפק מולו בחברת אחרים ששתקו במשך מרבית האירוע. הנאשם דיבר אל השופט באותו גוף-שני-רבים ("אתם מתבקשים...") המקובל ממילא בשיחה בין זרים בשפות האירופיות, אך גם השופט דיבר אליו באותו גוף ("אתם מתבקשים..."). בהמשך אתיחס לתוכן של אותה שיחה, אך אילו הייתי צריך לבחור משתנה סמלי אחד שיאפיין את ההבדל הבסיסי בין השיפוט האירופי לשיפוט האנגלו-אמריקני הייתי בוחר באותו היבט צורני של השיחה. צורת הפנייה שבה השתמשו המשווחים הייתה צורה של כבוד, אך הוא היה הדרי ולא נבדל במאומה מצורת הכבוד הרגילה המקובלת מחוץ למשפט.

שיטות המשפט האנגלו־אמריקניות עושות את ההפך הגמור. הכול נדרשים לפנות אל השופט בלשון מחלצות נמלצת מיוחדת ("כבודו מתבקש...") שאין לה זכר בתרבות הדיבור הכללית. במדינות האם של המשפחה האנגלו־אמריקנית התפתחו במשך הדורות נוסחאות פנייה נמלצות במיוחד (כגון My Lord) ובצדן מוסכמות מורכבות (כגון צורת פנייה אחת בפתיחה ואחרת בהמשך), ואילו שיטות־הכת דנות את משפטניהן לאלתורים נלעגים שאין להם כל בסיס בשפת הדיבור הטבעית שלהם ובתרבותם הכללית ("אם גברתי תוכל למצוא תאריך פנוי..."). הרבה מעבר למשמעות הלשונית של הבדלים אלה, הם מבטאים הבדלים עמוקים בתפישת מיקומו של המשפט בחברה, כממשל ובתרבות הכללית. המשפט הגרמני, הצרפתי או הספרדי הוא חלק אינטגרלי ממערכת כוללת הבנויה ממילא על היררכיה, מקצועיות וביורוקרטיה, ואין לו כל צורך לפתח נוסחאות תקשורת מיוחדות. שיחה שגרתית בין אזרח גרמני למורד המים או הרוקח מתנהלת מלכתחילה בלשון גבוהה יותר מלשון הדיבור בין חברים, ולשון התקשורת המשפטית אינה גבוהה ממנה. לעומת הגרמנית, השפה והתרבות האנגלית אינן תומכות בצורות דיבור שונות בין זרים למכרים, ושפת הכבוד המשפטית שהתפתחה בהם מוקצנת מאוד ובולטת מאוד בחריגותיה.

המסר העקרוני שאני מבקש להעביר בתיאור זה של שפות השיח המשפטי הוא שההליך המשפטי האירופי משתלב יפה באפרוריותם של מבני תרבות היררכיים וסמכותיים שבני הקהילה נעים בהם בשגרת יומם ומנהלים בהם שיח אנושי טבעי. המשפט האנגלו־אמריקני מבדל את האירוע השיפוטי משגרת היום וצובע אותו בצבעים עזים של הצגת פולחן עממית, שבה המשתתפים לובשים מסכות תפקיד מיוחדות ומנהלים קרבות מילוליים מסוגננים. ה"שופט" ממלא בהצגה זו תפקיד צורני שולי, אך דווקא הוא מקוּשט בסמלי שררה צבעוניים במיוחד. הוא מדבר בעיקר עם עורכי־הדין שבאולם ואלה מקיפים אותו במליצות גבוהות, אך את ההצגה האמתית הם מיעדים בלשון עממית במיוחד למושבעים היושבים ושותקים במשך כל המשפט. בהצגת משפט זו, מרהיבה ומלהיבה ככל שתהיה לעומת מקבילתה האירופית האפורה, מתקיים מעט שיח אנושי אמתי, וגם במעט זה אין מקום לנאשם עצמו. לקראת סופו של ההליך בפרייבורג פנה השופט שוב אל הנאשם, כשם שפנה אליו במשך רוב ההליך, ושאל אותו אם יש משהו נוסף שירצה לומר או לעשות. הנאשם חשב מעט והשיב בשלילה. השופט שאל אותו, בלא להגביה ובלא להנמיך את קולו, כמעט כמשיח לפי תומו: "נו, אז מה אתם אומרים? שנתיים?". הנאשם משך מעט בכתפיו, נענע מעט בראשו וחיך חיוך קטן שביין אישור לבין השלמה, ובכך תם משפטו. בשאלה זו התייחס השופט לתוצאה המובנת מאליה של ההליך, דהיינו: שהנאשם יורשע שוב בעברה שבה נאשם ויישלח לאותה תקופת מאסר שנגזרה עליו בערכאה הראשונה. שום דבר בספר החוקים הגרמני לא חייב את השופט להשיג את אישורו של הנאשם לתוצאה זו, ודווקא משום כך מצאתי בשיחה קטנה אחרונה זו שניהל עם הנאשם יופי שלא ציפיתי למצוא בשיטת שיפוט השואבת את כינויה ממרתפי העינויים של הכנסיה הקתולית. תחושת המיידית הייתה שנאשם זה – יותר מכל נאשם שראיתי בשיטת הצדק האנגלו־אמריקנית – הלך לרצות את עונשו כבן חורין בשל העובדה שקיבל מקום של כבוד בהכרעה על גורלו.

סוף זה לשיחה בין השופט לנאשם השיא את העובדה החשובה ביותר שעליה רמזתי בכל הפסקאות הקודמות: למרות מקצועיותו המובהקת של השופט שניהל את ההליך מעמדה ברורה של סמכות, השיח המשמעותי היחידי באולם התנהל בינו לבין הנאשם והעדים בשפה

רגילה, ולא נכלל בו מונח משפטי אחד מאוצר המונחים המיוחד של טקסטים משפטיים. לא נזרקו שם מספרים של סעיפי חוק מסתוריים, לא צוטטו תקדימים, לא אוזכרו שמותיהם של גדולי משפט ולא הוטחו פתגמים בלטינית, בארמית או בצרפתית-נורמנית עתיקה. דיברו שם גרמנית מדוברת. מלבד השופט נכחו באולם כשמונה משפטנים אחרים, חלקם בצוות השיפוטי (אינני מרחיב בנקודה זו), חלקם תובעים ואחד מהם סנגור. מכל אלה, היחיד שדיבר מפעם לפעם היה הסנגור, אך תרומתו התבטאה בעיקר בעניינים מנהלתיים חסרי חשיבות. האירוע כולו התנהל בשפת בני אדם, בשקט גמור ובלא הפרעות, כשיחה שמנהלים אנשים המבקשים לשחזר אירוע מטריד. אם היו כללים משפטיים פורמליים שהכתיבו את סדר האירועים או הגבילו את המידע שמסרו העדים, לא יכולתי לזהותם. הכללים היחידים הגלויים לעין המתבונן היו כללי הנימוס הרגילים הנהוגים בחברות שמרניות. איש לא התפרץ לדברי זולתו ואיש לא הרים את קולו. חלל האולם היה רווי כעסים – חלקם מופשטים כגון כעסה של המדינה על עברייני החוזר לסורו, וחלקם קונקרטיים מאוד כגון כעסם של עדים הנאלצים להינתק שוב משגרת יומם ולחזור על דברים שאמרו פעמים אחדות בעבר – אך אלה גם אלה נותבו למחוות מרוסנות של גוף ודיבור. הנאשם, מצדו, למרות חרדתו הטבעית נוכח מכונת האכיפה הגדולה ההולכת וסוגרת ועליו, שמר על איפוק ונמנע מהתפרצויות רגשיות מיותרות. גם אז סברתי וגם היום אני סבור, לאחרי כמעט שלושים שנה, כי כללי הנימוס שכלאו את רגשות הנוכחים עיצבו את מהלכי הדיון המשפטי באופן יעיל בהרבה משעושים זאת כללי הפרוצדורה המשפטיים הנוהגים בעולם האנגלו-אמריקני. הנקודה שאני מבקש להדגיש היא שהשימוש בהם גם הלם מאוד את כבודו של האדם שבמרכז ההליך הוא הנאשם. עממיותה של מערכת השיפוט האנגלו-אמריקנית מכוונת בעיקרה למושבעים העצמאים ואילו הנאשם עצמו מודר בחסותה של הזכות לייצוג לשוליו של מאבק מסוגנן בין מקצוענים. כוחו של נאשם ישראלי, אנגלי או אוסטרלי להפעיל ולהשיא את שפע הכללים שנועדו להגנתו תלוי לחלוטין ביכולתו האמתית למנות לו לוחם מיומן שיאבק בלוחמים המקצועיים ששלחו מאשימו. הוא עצמו – הנאשם – מוחפץ ומודר לשולי המאבק, ובמקרה הטיפוסי הוא שותק במשך רוב משפטו או כולו, ואינו מבין רבים מהמהלכים ורבות מהטענות הנטענות בשמו. אין ספק שיש סוג של כבוד בשתיקה ובייצוג, אך עיקרו של המסר שאני מבקש להדגיש הוא שיש סוג אחר של כבוד והעצמה בדיבור. הנאשם בפרייבורג השתתף במשפטו מפני שדיבר בו עם שופטו. אינני אומר – לא כאן ולא במקום אחר כלשהו – שתמהיל זה של נוכחות ושיתוף עדיף ממשנהו האנגלו-אמריקני; ודאי אינני מציע חישוב מסכם של יתרונות שיטה האחת על חברתה. רכיבים מרכזיים בחישוב כזה אינם ניתנים ממילא למדידה אמינה, ולכן אי-אפשר להגן על עמדה כוללת בזכות אחת מהן. כל שאני טוען הוא שמרכיבים מרכזיים בשיטה האינקוויזיטורית נותנים ביטוי מיוחד להיבטים מסוימים של זכויות אדם, המקבלים ביטוי אחר בשיטה האדברסרית המוכרת לנו.

האולם

כאשר נכנסתי לאולם המשפט בפרייבורג לא היה לי ספק שנכנסתי לאולם משפט. כמו בכל מרחב סגור שבו מתרחש השלב הפומבי בהליך משפטי מודרני, השופט ישב מאחורי דוכן מוגבה מעט שהסתיר את פלג גופו התחתון, גבו לקיר הרחוק ממקום כניסת הקהל ופניו אל

האולם. גם הרהיטים, כדרכם של רהיטים בכל אולמות המשפט בעולם המערבי, היו עשויים עץ גלוי שהשרה על האולם אוירה של מכובדות ושמרנות. בכך נגמר הדמיון בין אולם המשפט הגרמני לאולמות שהורגלתי להם בעולם המשפט האנגלו-אמריקני.

אפתח דווקא בשונה שבדומה. המאפיין המוכר ביותר של שיטת המשפט האינקוויזיטורית הוא המעורבות הדומיננטית של השופט בכל מהלכי המשפט. הצד המוכר של מעורבות זו מתמקד בדברים שהוא אומר. כאן אני מבקש לתאר צד מוכר הרבה פחות הנוגע ליחס בין נוכחותו הגופנית של השופט לבין הדוכן שהזכרתי למעלה. כמו כל הדוכנים שהכרתי היה דוכן השופט בפרייבורג גבוה משאר הרהיטים באולם, אך במידה פחותה בהרבה מזו שאליה הורגלתי. ה"במה" שעליה נבנה הדוכן לא הגביהה את השופט אלא במעט מעל הרצפה, וכך היה פלג גופו העליון גלוי הרבה יותר ליושבים באולם, ובמיוחד לעומדים בו, מגופם של שופטים אנגלו-אמריקניים. יש מקומות, במיוחד באמריקה ובאנגליה עצמן (אך קצת פחות בישראל), שבהם השופטים מורמים כל כך גבוה משאר הנוכחים באולם עד שרק ראשם ומעט מכתפיהם גלויים לנוכחים בו, וכך הם יכולים להסתיר ולהסוות חלק ניכר מאנושיותם. בשגרת יומנו אין אנו רגילים לשים לב למשמעותן של מוסכמות עיצוביות כגון זו ועל כן עברו דקות אחדות עד שפענחתי את תחושת האי-נוחות שהרגשתי אל מול דוכנו של השופט הגרמני: הוא נראה אנושי ופגיע יותר מכפי שנראה שופט בעולמי הרגיל משום שכמעט מחצית גופו, על כל פגמיו, נכחה באולם. גם מתחת למעטי הלבוש המקובלים (חולצה לבנה, מקטורן אפור וגלימה שחורה) הייתה כל מחוות גוף גלויה ומועצמת יותר ועמה המטענים הרגשיים שמאחוריה. מוסכמות חברתיות וניסיון מקצועי ריסנו את רגשותיו של השופט בהצלחה גדולה יותר מזו המושגת בעולם האנגלו-אמריקני על ידי עזרי ריהוט וסדרי דין נוקשים, אך דווקא משום כך הועצמו מאוד המסרים שחדרו את מסווי ההדר והנימוס. במשך מרבית הדיון ישב השופט זקוף בכיסאו וניהל את הדיון בלא מחוות ידיים, אך כשגוו שה מעט תחת משאה של עדות משממת במיוחד ידע האולם כולו שהוא משועמם, וכשידו נקפצה מעט בלחצו של שקר בוטה במיוחד ידעו כולם שהוא כועס. אני מתאר עובדה טכנית לכאורה זו כדי לקדם באמצעותה את המסר העיקרי שאני מבקש להעביר בחיבור זה הוא כי כדרכן של מערכות מורכבות שהתגבשו בתהליך אורגני על פני דורות, יש בשיטת השיפוט האינקוויזיטורית היבטים הסותרים את תדמיתה בעיני זרים. אופיו ההיררכי והמקצועי של השיפוט האינקוויזיטורי עשוי לעורר בלבו של משפטן אנגלו-אמריקני דימויים של טכסיות, ריחוק, קישוט והסוואה מהסוג המאפיין פולחני דת ושלטון. האמת המעניינת בהרבה היא שדווקא במקום בו השררה ברורה לחלוטין היא אינה נזקקת לסמלי פולחן ולאמצעי הדרה מלאכותיים. שופטים אנגלו-אמריקניים מצוידים בעזרי קישוט והרחקה מורכבים, הן של ריהוט והן של לבוש, דווקא משום שמעמדם באולם משני ועמום. המושבעים מכריעים במשפט, הצדדים בוחרים את עיקר מהלכיו ועורכי-הדין מנהלים בו את שגרת השיח. סמכותו של השופט מופעלת שם בעיקר ברגעי משבר פרוצדורליים ועל כן היא מצריכה תפאורה צבעונית עזה, עתירת סמלי שלטון (כגון סמל המדינה הממוקם כמעט תמיד מעל כס השופט), הגבהה והרחקה. כל אלה אינם נחוצים לשופט הגרמני. שליטתו המוחלטת בהליך, באולם ומחוצה לו, טבועה עמוק כל כך בכל שלביו, עד שדי לו בהרמת גבה או בזיע יד כדי להניע את כל אירועיו. הוא אינו צריך לפלס לו מקום בריב צעקות ותוקפני שמנהלים עורכי-דין באולם משום שעורכי-הדין היושבים באולמו שותקים בחן מקצועי במשך רוב הדיון. שופט

גרמני אינו צריך לפתל את מהלכיו בין תעלולים פורמליים שמעמיסים עליו ה"צדדים" משום שאין באולמו "צדדים" במובן האנגלו-אמריקני. הוא, השופט, יוזם ממילא כל צעד משמעותי במשפט מתחילתו ועד סופו, ואינו מגיב לצעדי אחרים. חשוב הרבה יותר: אין באולם המשפט הגרמני אדם שאינו יודע כי השופט והוא בלבד יכריע את תוצאת המשפט על כל פרטיה. מי שבידו עצמות כאלה אינו זקוק לסמלי מדינה גדולים שיהיו תלויים מעל ראשו ואינו צריך להסתיר את פגמי גופו מאחורי דלפקים, גדילים וקפליטים.

פתחתי ברהיט אחד – "כס" השופט – אך התמונה הכללית שאני מבקש לצייר היא תחושת פשטות של האולם כולו. ההיבט הבולט ביותר של פשטות זו הוא צבעו של האולם. אולמות משפט בעולם האנגלו-אמריקני ספונים בדרך כלל עץ כבד שצבעו הטבעי כהה או שנצבע בגוונים חומים כהים הנוטים לשחור. האולם הגרמני שבו נכחתי היה בהיר מאוד. רהיטיו נבנו בקווים ישרים ופשוטים מעץ בהיר וקל שהושאר בגונו הטבעי. חשוב לא פחות: הרהיטים עצמם היו קלים יותר. באולם אנגלו-אמריקני טיפוסי ה"רוכנים", וה"כסים" וה"דלפקים" סגורים משלושה עבריהם בטבלאות עץ המסתירות כליל את אבריו הנמוכים של היושב או עומד אחריהם. בבית המשפט הגרמני ישבו מרבית המשתתפים בהליך מאחורי רהיט שאותו אני מכנה במכוון "שולחן", משום שלא היה בו דבר מלבד משטח עליון וארבע רגליים. בכיקורים מאוחרים יותר בבתי משפט גרמניים ראיתי אפילו שופטים יושבים מאחורי "שולחן". כאן, בפרייבורג, ישב השופט מאחורי "כס" סגור בחזיתו, אך עורכי-הדין ובעלי תפקיד אחרים באולם ישבו מאחורי "שולחנות" פתוחים. הברלים אלה, גם אם איננו מודעים למשמעותם בזירות שבהן אנחנו מורגלים, עמוסים משמעויות מערכתיות רבות-משקל. כולנו מאותתים לסביבתנו את חשיבותם של חפצים ואירועים באמצעות תפריטי צבעים ובאמצעות חשיפה והסתרה של הגוף האנושי. הכהה והמוסתר מאותת חשיבות, הבהיר והגלוי מאותת פשטות. כדי לחבר כמה מאפיינים של התרבויות המשפטיות שאני משווה אומר כי בכניסתי לבית המשפט הגרמני הוא דמה בעיני יותר ל"משרד ממשלתי" מאשר ל"היכל צדק"; מרבית הפועלים בו נראו לי "פקידים" והשופט נראה לי לכל היותר כ"מנהל" המשרד. דקות ספורות אחר מכן הבנתי גם כי "משרד" זה יכול היה לעשות צדק משום שה"מנהל" ניהל אותו. אנשים נכנסו ויצאו, קמו וישבו, שתקו ודיברו במצוותו בלבד, וכך יכול היה הליך do novo להתחיל ולהיגמר תוך קצת פחות משעתיים, בהליך מקצועי נטול גינונים וטקס, באולם פתוח, בהיר ופשוט, שלא תרם כשלעצמו דבר להליך.

אפיונו של הצדק הקונטיננטלי כצדק הליכי וביורוקרטי נפוץ ומוכר בספרות התאורטית, אך בתיאור הנוכחי אני מבקש לעשותו רגשי ומוחשי יותר. אולם המשפט הקונטיננטלי דומה יותר ל"ביורו" – כלומר: למשרד – משום שהצדק הקונטיננטלי כולו הוא אכן צדק משרדי. גם הערכאה הדיונית וגם ערכאת הערעור אינם אלא חלק, לא בהכרח החשוב ביותר, בהליך בירור רב-שלבי המתנהל ברובו במשרדים סגורים שבהם נוכחים ומדברים רק מי שלדעת מנהלי ההליך דיבורם או נוכחותם תורמת לברור הצדק יותר משיכולים לעשות זאת מסמכים. ההבדל האמתי היחידי בין שלביו הסגורים של ההליך לשלבו הפתוחים הוא נוכחותו (התאורטית כמעט תמיד) של הציבור הרחב, אך מלבד ההתאמה האדריכלית הקטנה המתבקשת מהבדל זה, אין שום סיבה אמיתית לכנות את אולם המשפט הפתוח באותם אופנים המתבקשים מהפולחן הטקסי העממי שכלב הצדק האנגלו-אמריקני. גם כשהוא מוזמן לשלבו האחרונים של ההליך השיפוטי, הציבור הצרפתי או הגרמני אינו בא לחלל הציבורי שבו

מתנהלים שלבים אלה כשותף או כריבון. בבתי משפט רבים באירופה הקהל מורשה לעמוד ובאחרים הוא מורשה לשבת, אך באלה ובאלה הוא מלוהק כצופה מן הצד המוזמן להתבונן במלאכת השלטון הנעשית בידי המיומנות של עובד ציבור מסוד. גם כאן, כמו בכל מה שאמרתי עד כה, אינני אומר דבר שבח או דבר גנאי. בהיעדר מדר אמין להערכתו של הצדק המשרדי מול הצדק הטקסי אין דרך תבונית לשפוט אותם. כל שאני מבקש לומר בשלב זה הוא שהצדק המשרדי אכן נראה כזה. בשולי דברים אלה, ואולי בשולי הרשימה כולה, אומר כי עיקרי התכונות שייחסתי לשפיטה האדברסרית יפים גם לישראל, למרות סילוקם של המושבעים מלב השיטה. אילו הייתה מערכת השיפוט נבנית מלכתחילה על ידי השליט הבריטי, או נבנית מחדש בישראל מתוך מודעות מלאה למשמעותו של סילוק זה, ייתכן שהייתה נבנית שיטה שונה מאוד מזו המוכרת לנו היום וייתכן שהייתה דומה בהיבטים רבים לשיטה האינקוויזיטורית. בפועל לא נמלטנו מאף אחד מקלקוליו של הקולוניאליזם ושל מה שאחריו, ועל כן השיטה הישראלית מתעלמת מהחלל שבתוכה ומתנהגת במרבית היבטיה כאילו היא יושבת בלב המשפט המקובל. בלא להאריך בנקודה זו אומר רק כי סימני השררה האופפים את השופט הישראלי ואת דרכי עבודתו אינם שונים בעיקרם בישראל מאלה המאפיינים את השופטים בעולם דובר האנגלית כולו.

על הייחוס

אילו הייתי צריך לבחור היבט אחד שיחשוף את בן התרבות האנגלו-אמריקנית לעומק שונותה של שיטת השיפוט האחרת הייתי בוחר את ייחוס הראיות. כמעט כל פריט בעל ערך ראיתי מובא לאולם המשפט המוכר לנו על ידי אחד הצדדים ואנחנו מורגלים כמוכן מאלינו לייחס אותו לצד שהביאו ולמצב את כל התנהלותו במהלך המשפט כולו על פי אותו ייחוס. כל צד נדרש לנהוג בנועם בראיותיו "שלו" ולתקוף את הראיות "של" זולתו, לחקור את שלו "ראשית" ו"חוזרת" ואת "של" זולתו – "נגדית". את "שלו" יורשה לתקוף רק אם יוכרז "עוין", ואם ישכח לתקוף את "של" זולתו היא תתקבל נגדו כאמת. המטען הדרמטי שבבסיס של כללי ייחוס תוקפניים אלה ומאות דומיהם בפולחן הראיות האדברסרי חדר עמוק כל כך לתודעה של העמים דוברי האנגלית, עד שהוא מהווה רכיב מרכזי בתדמית המשפט בתרבותם, ובלעדיו ייראה ההליך כולו מעוות או חסר פשר.

במשפט שבו נכחתי בגרמניה היה האולם כולו, כל שהיה בו וכל שקרה בו, של אחד ויחיד – לא מאשים ולא נאשם, לא מערער ולא משיב, לא תובע ולא נתבע – השופט בלבד ואין בלתי. ככל שהשגתי תבונית את משמעותו הנכונה של ייחוס זה לא יכולתי להימנע מתחושה קלה של מחנק. נועם הליכותו הענייני והמנומנם מעט של השופט לא יכול היה להסיר לחלוטין את תחושת החסר שהטמיעה בי השיטה שממנה באתי, ולא הועילה לכך גם העובדה שהשופט "נעזר" בנאשם לאורך מרביתו של ההליך ("... ובכן האם אתם מבקשים שנזמין מישהו נוסף להעיד?"). כל מה שעשה השופט, עשה מעמדה ברורה של בעלות, ולכל חסד שנטה נלווה ריח כבד של פטרונות:

הנאשם, בתשובה לשאלה שלמעלה:

- האם אפשר להכניס שוב את הקופאית מרת...?

- להכניס אותה.

נכנסה הקופאית, ניצבה במקום סתמי במרכז האולם וענתה לשאלה מנומסת ששאל אותה השופט (שוב, בגוף שני רבים):

- ... האם ראיתן את מר.... היושב כאן יוצא מהחנות?

- ... כפי שאמרתי קודם... ראיתי...

- הוא שב וטוען שראיתן אותו לפני פתח החנות ולא אחריו. הואילו נא לפנות לנאשם ולענות לו.

הנאשם קם ופונה לקופאית (גם הוא בגוף שני רבים):

- ... האם אינכן זוכרות שראיתן אותי בפתח החנות ולא אחריו?

הקופאית לנאשם (במיאוס מופגן):

- כפי שאמרתי לכם כל כך הרבה פעמים..... מאחורי הפתח ולא לפניו...

השופט לנאשם (במיאוס מופגן קצת פחות):

- אפשר לעבור הלאה? יש משהו נוסף שאפשר לעשות עבורכם?

הנאשם:

- אפשר שוב את קציץ הביטחון מר...?

יצאה הקופאית ונכנס איש הביטחון, ואילו היה השופט חושב שיש טעם אמתי לצעוק עליו או עליה, לנפנף מולם בקובץ ניירות כלשהו או לתחקר אותם בתחבולות עורמה היה עושה זאת. אם היה חושב שיש טעם אמתי להרשות לנאשם או לעורך-דינו להתעמת איתם באותה דרך היה עושה גם זאת, ולמיטב ידיעתי לא היה כלל משפטי פורמלי שימנע אותו מלהיעזר בי עצמי לגילוי האמת אם היה חושב שיש בכך טעם אמתי. במקום אין-ספור כללים פורמליים השולטים על משחק טקטי מורכב שהצדדים במשפט האדברסרי מנהלים, ההליך האינקוויזיטורי כולו נע מכוחו של בעל בית אחד שהכול שלו והכול נעשה בדברו למען מטרה אחת.

מהו אותו חסר שהרגשתי באולם המשפט בפרייבורג? מובן מאליו שלא הכללים הפורמליים עצמם חסרו לי וגם לא עצם המשחק שהם מאפשרים, אלא תחושת החירות שהולידה את המשחק מלכתחילה. פן אחד של חירות זו ברור והוא חירותו של החף מפשע. יסודו של המודל האדברסרי נעוץ בחשש שריכוזו של הכוח בהליך השיפוטי כולו בידי נציג אחד של השלטון יוביל להרשעות שווא. אין כל דרך להוכיח את צדקתו של חשש זה וודאי שאין דרך לכמת אותו באופן אמין כנגד החשש להרשעות שווא בשיטה האדברסרית, אך אני מעריך שהוא רווח מאוד. אלא, שאני מאמין שיש פן אחר לאותה תחושה, מודע הרבה פחות, והוא חירותו של האשם. תוצר לוואי של חגיגת התעלולים שבמרכז ההליך האדברסרי הוא תחושת הסיכוי שהאשם יזוכה ויצא לחופשי. לכאורה, סיכוי זה להיתפש צריך כרע הכרחי שאינו מצדיק שמחה, אך אני מעריך שיש לו מקום חשוב במערך הרגשי של יחידים וקבוצות הרוחשים מידה משמעותית של איבה לכל שלטון.

הרעיון שאליו אני מכוון הוא שיש קשר עמוק בין תפישת היחס בין פרט ומדינה לבין שיטת שיפוט. רעיון זה אינו חדש, אך כאן אני מבקש לתאר את השלכותיו הרגשיות. מי שחירות הפרט יקרה לו מאוד עשוי לחוש אמפתיה אפילו לנבל הנאבק בשלטון וממלט את עצמו דרך סדקים צרים במערכת הצדק. הסדקים, כך ירגיש, חיוניים לנשמתה של המערכת, לא רק משום שהשלטון טועה לפעמים אלא משום שהוא רע במקצת מעצם טיבו ולכן הוא

חייב להיות סדוק במקצת. מי שמרגיש כך יעצב את ההליך הפלילי מלכתחילה כך שיותר פתח תקווה אפילו לנבל ויותר בידיו כלים שיהיו שלו בלבד כדי להילחם על חירותו. אני מעריך כי המועקה שמרגיש מי שנחשף לראשונה לשיטת השיפוט האינקוויזיטורית נובעת במידה רבה מהתחושה שהוא ניצב אל מול מערכת שלמה וסגורה שאין ממנה מנוס, לא בסופה ולא בתוכה. האדם הכלוא בה מובל ביד חזקה אל גורלו ואין הוא אדון לפרט כלשהו בתוכה. כל שיעשה בה אינו יכול לעשות אלא ברשותו של בעל השררה שהכול שלו והכול נעשה בדברו. אין הוא בן חורין לכבז את זמנו של בית המשפט, אין הוא בן חורין להילחם מלחמות סרק, אין הוא חופשי לטעות טעויות ועל כן אין הוא גם חופשי לנצל פרצות במערכת הצדק כדי למלט את נפשו. הבחירה האוטונומית היחידה הנותרת בידיו היא הבחירה שבין בין קבלת הדין באהבה לבין קבלתו בשתיקה או בכעס.

סיכום: על המבוכה

בשלבם השונים של הציור שציירתי כאן תיארתי רגשות סותרים מאוד נוכח מערכת המשפט הגרמנית. פעם תיארתי רגשות עזים של אהדה ופעם רגשות עזים לא פחות של זרות. אלה ואלה היו רגשותיי באותה עת והמסר העיקרי שאני מבקש למסור גם היום הוא מסר של מבוכה. בהכרתי אני מתעב את כובד השררה על כל יתרונותיה ומעדיף ממנה את החירות האישית על כל חסרונותיה. בשל העדפה זו אני מעדיף בהכרתי את שיטת השיפוט האדברסרית על כל פגמיה בשל המשקל העצום שהיא נותנת לפרט, בשל עממיותה ובשל תחושת המשחק והפתיחות שהיא משררת. בהינתן העדפה זו, לא הייתי אמור לחוות בגרמניה אלא תחושות של מצוקה וחרדה נוכח ידה הקשה של הסמכות הסוגרת על הנאשם ומובילה אותו אל עונשו בהליך שאחריתו צפויה מראשיתו. בפועל חוויתי שם תחושות של עונג שלא הייתי אמור לחוות. המבוכה שחשתי עקב עונג זה אז וגם היום היא כנראה המבוכה שבהכרת החסד שבשררה. אני מניח שמבוכה זו מאפיינת מקרים רבים אחרים שבהם אדם מתעמת לראשונה עם מצבים של שכי וחוסר אונים אל מול כוחו העדיף של אדם, ארגון או שלטון. המשמעות החווייתית המלאה של עימות זה חורגת הרבה מגדריה של רשימה זו, אך השלכותיו ברורות. בין מטעמים של תועלת ובין מטעמים אחרים, השררה אינה טועה בהכרח ואינה מעוולת תמיד, ולעתים היא אף מאפשרת צורות של כבוד ושל חירות שאינן אפשריות בתנאים אחרים.