

תגובה להראל ופורת: על חוסר קבילותו של עקרון ההסתברות המצטברת (AGGREGATEE PROBABILITIES PRINCIPLE)

דורון מנשה*

- א. מבוא
- ב. תיאוריית ההוכחה שבבסיס שיטת ה-APP
- ג. בעיית התלות וביקורת על טיפולם של המחברים בבעיה
- ד. בחינת טענות המחברים בזכות ה-APP
 1. האומנם ה-DPP פוגע בשוויון?
 2. הייתכן שה-APP יביא לצמצום מספר הרשעות השווא?
 3. ה-APP נאלץ לפגוע בהרתעה או בשוויון
 4. הזדלת עלויות אכיפה (Costs of Enforcement)
 5. האופי האד הוקי של פתרונות המחברים
- ה. סיכום

א. מבוא

המאמר הנוכחי הוא תגובה למאמרם המעניין של הראל ופורת (להלן: המחברים), אשר מצא אכסניה מכובדת ב-Minnesota Law review.¹ במאמרם מציעים המחברים את העמדה, כי במקרים מסוימים המפורטים על ידיהם, ראוי לאפשר לבית המשפט להרשיע נאשם בעבירה בלתי ספציפית (unspecified offense). אפשרות זאת נועדה למצבים שבהם אין ספק סביר כי הנאשם ביצע עבירה כלשהי. גם אם לא

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. ברצוני להודות למר שי אוצרי על תרומתו הרבה במחקר ובעיצוב רעיונות לרשימה זו. דיון מקיף וכללי יותר בסוגיות העקרוניות של הרשימה פורסם במאמרי: Doron Menashe, *On the Inadmissibility of the Aggregated Probabilities Principle*, 18(4) E&P, 291 (2014).

¹ Alon Harel & Ariel Porat, *Aggregating Probabilities Across Cases: Criminal Responsibility for Unspecified Offenses*, 94 MINN. L. REV. 261 (2009). (להלן: המאמר).

עלה בידי התביעה להוכיח מעל לכל ספק סביר את ביצועה של עבירה ספציפית מתוך העברות שבהן הואשם הנאשם.

את עקרון ההכרעה החדש שהמחברים מציעים הם מכנים Aggregated Probabilities Principle – APP (להלן: APP). לפי עקרון הכרעה זה, על בית המשפט לבדוק את כלל האישומים כנגד הנאשם במצטבר ולבחון אם נותר ספק סביר כי הנאשם ביצע עבירה כלשהי מתוך העברות שבהן הואשם, זאת גם אם לא ניתן להצביע על אחת מהן באופן ספציפי. עיקרון זה מובחן על ידי המחברים מעקרון ההוכחה הנוהג כיום, Distinct Probabilities Principle – DPP (להלן: DPP), אשר על פיו בית המשפט צריך לבחון כל עבירה בנפרד ולהיווכח אם היא הוכחה מעבר לספק סביר.

המחברים מציעים כמה שיקולים לתמיכה ב-APP. לטענתם, העיקרון שאותו הם מציעים משרת היטב את עקרונות הצדק הגמולי (retributive justice).² כמו כן, הוא מקדם בצורה טובה יותר את מטרתיו החברתיות של המשפט הפלילי – הרתעה, אכיפת חוק יעילה וצמצום התוצאות השגויות עקב ההתדיינות.

במהלך המאמר המחברים מבחינים בין ה-APP לבין דוקטרינת המעשים הדומים (similar crimes doctrine) ועדות השיטה (prior acts doctrine), ומציעים עקרונות להכרעה אימתי ראוי להשתמש בדוקטרינות השונות. אגב כך, הם מציעים עקרונות הפותרים לגישתם את בעיית התלות ההסתברותית בין האישומים השונים. כמו כן, המחברים מציינים מקרים שבהם יתיישב עקרון ה-APP עם תיאוריות אקספרסיביות של הענישה, שהן לגישתם התיאוריות שביסוד רתיעתו של הדין הקיים מלהיזקק ל-APP.

במאמר תגובה זה אבקש להצביע על חוסר קבילותו של עקרון ההכרעה החדש שהציעו המחברים. מהלך טיעוניי יהיה כדלקמן: בחלק ב אצביע תחילה על כך שלא כדעת המחברים, עקרון ה-APP יכול לדור בכפיפה אחת רק עם המודל ההסתברותי-

² כבר בשלב זה אציין שאני מפקפק בטענה זאת. חלק מגישות הגמול מדגישות את המעשה שבגיננו ניתן העונש. גישות אלה, המכונות לרוב "narrow retributivism", מדגישות שהעונש צריך להיות מושת על הנאשם מהטעם שהוא ביצע את העבירה. כך, למשל, כתב Michael Moore בספרו §8 PLACING BLAME: A THEORY OF CRIMINAL LAW (1997): 28.

"To achieve retributive justice, the punishment must be inflicted because the offender did the offence. To the extent that someone is punished for reasons other than that he deserves to be punished, retributive justice is not achieved".

לדעתי, בדומה לספק המתעורר בעניין הסכמתן של גישות אקספרסיביות (השוו בעמ' 306) לקבל גינוי לכל העברות ללא זיקה לעבירה ספציפית, כגינוי ראוי, כך ספק אם תוורת הגמול הצרות יראו את העונש שבית המשפט משית בשל עבירה בלתי מוגדרת כמספק את דרישות תיאוריית הגמול.

מתמטי (פסקליאני) של ההוכחה המשפטית ושל מידת ההוכחה של "מעבר לספק סביר". בכך, אדחה אפוא את טענתם של המחברים כי המודל שהציעו מתיישב עם מודל ההסתברות האינדוקטיבית של L. Jonathan Cohen או של מבקרים אחרים של המודל ההסתברותי של מידת ההוכחה.

לאחר שבוססה הטענה כי המחברים מחויבים למודל ההסתברותי-מתמטי, אטען בחלק ג כי ההסמכות על מודל זה מונעת מבחינה מעשית את אפשרות השימוש ב-APP: הטעם לכך הוא שבפן המעשי כמעט תמיד מתקיימת תלות הסתברותית בין האישומים השונים. שימוש בעקרונות ה-APP בבתי המשפט מצריך אפוא לייחס הסתברויות מותנות לאישומים השונים, דבר שבכל הכבוד קשה להאמין שיש ביכולתם לעשות, בוודאי אם נדרשת הערכה מדויקת, אך גם אם נאמר שדי בהערכה אינטואיטיבית וגסה של הסתברויות.

בהקשר זה אצביע על כך שעקרונות החשיבה שהמחברים מציעים להתמודדות כביכול עם בעיית התלות ההסתברותית, אינם מתמודדים אתה, ולא זו בלבד אלא שיש בהם ביטוי לחוסר הבנה עמוק של מושג התלות ההסתברותית ומושג המאורעות הבלתי תלויים. כפי שנראה, המחלוקת ביני לבין המחברים בהקשר זה אין מקורה בסברות, השערות או הנחות נבדלות, אלא בטעות מתמטית של המחברים הניתנת כמובן גם להצרנה והוכחה בצורה מתמטית.

בחלק ד אעבור לבחינת כמה טענות שהעלו המחברים בזכות ה-APP: אסתייג מן הסברה שה-APP יביא לצמצום הרשעות חפים מפשע או לצמצום עלויות האכיפה; אראה שה-APP אינו מקדם שוויון, ולא זו בלבד אלא שהוא מעמיד אותנו בפני הבררה הקשה של פגיעה בשוויון או פגיעה בהרתעה; ואעמוד על האופי האדר-הוקי של הפתרונות שהמחברים מציעים לבעיות שהעיקרון מעורר. בכך, תושלם מלאכת דחיית עקרון ה-APP.

ב. תיאוריית ההוכחה שבבסיס שיטת ה-APP

המחברים מציינים את ה-APP, ואת ההבחנה בינו לבין ה-DPP, על רקע הדוגמה שלהלן:³

“Example 1: A person is charged with pickpocketing and rape, two unrelated offenses allegedly committed by him at different times and places. The evidence suggests that the probability that he committed each one of these offenses is .9. Assume that the required probability necessary to

³ המאמר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 262.

95. satisfy the beyond-a-reasonable-doubt standard is. Should the court convict the defendant on either of the offenses?").

בהתייחס לדוגמה זאת, המחברים מציינים כי אם נלך לפי העיקרון הנוהג, עקרון ה-DPP, שלפיו יש לשפוט כל עברה בפני עצמה, אזי לכאורה יש לזכות את הנאשם משתי העבירות גם יחד. שכן הן לא הוכחו מעל לסטנדרט ההוכחה (שכן $0.9 > 0.95$). לעומת זאת, אם בוחנים מה ההסתברות שהנאשם ביצע אחת מהעבירות לפחות (כפי שמבקש ה-APP), הרי שהסתברות האשמה של הנאשם תגדל ל-0.99, שהיא מעל לרף הקבוע בסטנדרט ההוכחה (ראוי לציין, כי חישוב זה נכון כמובן רק אם – והמדובר כפי שנראה ב"אם" גדול – מניחים חוסר תלות הסתברותית בין האשמה במקרה הכייסות לאשמה במקרה האונס). במקרה זה, ה-APP מציע אפוא להרשיע את הנאשם בעברה בלתי ספציפית ולהטיל עליו את העונש בגין הקלה שבשתי העבירות.

כפי שאפשר להיווכח, הדוגמה האמורה, כמו יתר הדוגמאות שהמחברים מביאים, משתמשת בהסתברויות פסקליאניות⁴ מתמטיות ובכלל המכפלה (product rule) – שלפיו הסתברות התרחשותם יחד של מאורעות בלתי תלויים (סייג זה הוא חשוב ביותר, כפי שנראה) הוא מכפלת ההסתברויות שלהם. המחברים עושים שימוש בכלל המכפלה כדי לחשב את הסתברות התרחשותה של שרשרת המאורעות של אי ביצוע עברה בכל אחד מהאישומים ואחר כך בכלל ההשלמה ההסתברותית, כדי לחשב את המאורע המשלים – המאורע שבו הנאשם מבצע לפחות אחת מן העבירות בה הואשם.

והנה, למרות עובדה זאת, המחברים מקפידים לציין כי ניתן להתאים את ה-APP לגישה השוללת את המודל המתמטי של ההוכחה המשפטית ושל רף ההוכחה מעבר לספק סביר, ובפרט מפנים הם לעמדת המתנגדים הקלאסיים, Laurence H. Tribe ו-L. Jonathan Cohen⁴. אך האומנם ה-APP ניתן ליישוב עם עמדות השוללות את המודל המתמטי לרף ההוכחה?

לדעתי התשובה הנחרצת לכך היא שלילית. כדי להבין זאת, נבחן מקרוב שתי הנחות לעניין סטנדרט ההוכחה המאפשרות את ההבחנה של המחברים בין ה-APP ל-DPP: ההנחה הראשונה היא שכאשר נאשם מואשם בכמה עבירות, אזי הסתברות האשמה לפחות בעברה אחת היא גדולה או שווה להסתברות האשמה בכל אחת ואחת מהעבירות בנפרד. זוהי התוצאה של שילוב כלל המכפלה וכלל ההשלמה. ההנחה השנייה היא שמשמעותו ההסתברותית-מתמטית של סטנדרט ההוכחה מעבר לספק סביר היא קבועה ובלתי משתנה ממקרה למקרה (למשל, כמו בדוגמה שהביאו

4 שם, בעמ' 267.

המחברים, 0.95).

חשוב לשים לב שההנחה השנייה היא הכרחית. אם, לעומת זאת, סטנדרט ההוכחה של "מעבר לספק סביר" היה מנוסח באופן כזה **משמעותו** הסתברותית מתמטית⁵ הייתה משתנה ממקרה למקרה, אזי ההבחנה בין ה-APP ל-DPP הייתה הופכת לעמומה, ובסופו של דבר לבלתי ניתנת לקיום. באופן פשטני אפשר להדגים זאת על בסיס דוגמה אחת שהביאו המחברים. בדוגמה זאת, ההסתברות לבצע לפחות אחת מהעברות היא 0.99, ולפיכך היא עוברת את הסף הנדרש להוכחה, קרי 0.95, אף שההסתברות לאשמה בכל עברה ועברה היא נמוכה מ-0.95. אם, לעומת זאת, משמעותו ההסתברותית של סטנדרט ההוכחה הייתה משתנה על פי נסיבות המקרה, באופן שבהוכחת הכייסות והאינוס בנפרד משמעותו ההסתברותית הייתה הוכחה מעל ל-0.95, אבל כאשר נדונה השאלה אם בוצעה לפחות אחת מהעברות, משמעותו ההסתברותית הייתה הוכחה מעל ל-0.995, אזי ה-APP וה-DPP לא היו מביאים לתוצאות שונות זו מזו.⁶

מבקרים עיקריים של המודל המתמטי-פסקליאני של רף ההוכחה, ובייחוד אותם מבקרים שהמחברים מזכירים בשםם – Tribe ו-Cohen – דוחים בדיוק את ההנחה השנייה, והיינו ההנחה שהמשמעות ההסתברותית המתמטית של רף ההוכחה היא קבועה. יתר על כן, כפי שנראה בהמשך, במודל ההוכחה ש-Cohen מציע, גם כלל המכפלה שביסוד ההנחה הראשונה אינו תקף.

כך, למשל, Tribe⁷ שלל במפורש כימות של מידת ההוכחה, שכן גישה זו מסכימה מראש לרמה ידועה של הסתברות לטעות בהרשעה. הוא הבחין בין הסכמה מלכתחילה לרמה מסוימת של הרשעת חפים מפשע לבין קבלה בדיעבד וככורח בלתי נמנע של טעויות כאלה לאחר שמוצו כל הניסיונות למנוע אותן. התוצאה במונחי הסתברות מתמטית, או אם לומר, המשמעות ההסתברותית של סטנדרט הוכחה המבוסס על מיצוי המאמצים למנוע טעויות, אינה יכולה להיות קבועה ובלתי משתנה ממקרה למקרה. אדרבה, בבחינתן של שתי העברות יחד לא נעשה כל מאמץ נוסף לבחון את חפותו של הנאשם. במילים אחרות, אם באישום היחיד בגין אונס ישנו

⁵ אני משתמש במילים "משמעותו ההסתברותית" כיוון שיכול להיות (כמו, למשל, בשיטת Cohen) שהסטנדרט אינו מנוסח במונחים הסתברותיים מתמטיים. אבל גם לניסוחים חלופיים כאלה יש כמובן משמעות הסתברותית מתמטית (שיכולה להיות שונה ממקרה למקרה).

⁶ יתרה מזו, במקום שבו הרף הדיפרנציאלי אינו ניתן לרדוקציה פשוטה על בסיס הסתברויות מתמטיות, ההבדל בין רף בלתי דיפרנציאלי, במונחים של הסתברות מתמטית לצירוף כמובן על ידי המחברים, לרף דיפרנציאלי כזה, עשוי להיות עמוק עוד יותר. שכן, בעוד בראשון הצירוף מביא תמיד למצב של התקרבות לרף (גם אם אין עוברים אותו), הרי שבאחרון אין הכרח כלל שהצירוף יביא להתקדמות לעבר הוכחה מעבר לספק סביר. ראו בהמשך הטקסט.

⁷ Laurence H. Tribe, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 HARV.L.REV. 1329 (1971).

אפיק בדיקה נוסף שלא מוצה (למשל, טענת אליבי של הנאשם), הוא נותר בלתי ממוצה גם אם נבחן את עֵבֶרֶת האונס יחד עם עֵבֶרֶת הכייסות. בנוסף, גם טענתם של המחברים כי ניתן ליישב את ה-APP עם תורתו של Cohen נראית בעייתית בלשון המעטה. כדי להבין זאת, ראוי להציג בקיצור נמרץ את עיקרי תורתו של Cohen. אחד המאפיינים המרכזיים של תורת Cohen הוא ההימנעות מכימות מתמטי-מספרי כלשהו של מידות ההוכחה. ההסתיונות של Cohen לא הייתה מכימות פורמאלי ולא נבעה מהקושי המעשי לבצעו. ההתנגדות שלו הייתה לעצם הכימות, בין פורמאלי ובין אינטואיטיבי, בין מדויק ובין משוער. בהקשר הפילי ביסס Cohen את שיטתו על הרעיון שסטנדרט ההוכחה הפילי הוא הוכחה בוודאות מלאה, במונחים של הסתברות אינדוקטיבית (להבדיל מהסתברות מתמטית-פסקיאנית). שיטה לוגית זו קשורה באלימינציה של אפשרויות חלופיות להסתברות של ממצא, ובהוכחתה של המסקנה הסופית כאפשרות היחידה המתקבלת על הדעת. לעניינו, 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.⁸

נוכח האמור מובן כי גישת Cohen אינה ניתנת ליישוב עם ה-APP. הנימוק לכך פשוט: הרי לכל עֵבֶרֶת יש תרחישים מזכים עצמאיים, ובהנחה של אי-תלות בין האירועים – כפי שהמחברים מניחים (ושתנות בהמשך) – צירוף עֵבֶרֶת נוספת אינו שולל בדרך האלימינציה תרחישים מזכים של העֵבֶרֶת הקודמת. צירוף כזה רק מפחית את ההסתברות המתמטית של הצירוף, אך אין בו כדי לשלול את הצירוף של התרחישים המזכים הנפרדים. המצב היחיד שבו גישת Cohen עשויה להתיישב עם ה-APP, הוא מצב כגון שהאליבי של עֵבֶרֶת אחת הוא עצם ביצוע העֵבֶרֶת האחרת, או באופן כללי ומדויק יותר: שהתרחיש המזכה היחיד של עֵבֶרֶת פלונית הוא ביצוע עֵבֶרֶת אלמונית. מצבים אלה הם נדירים,⁹ ומכל מקום אינם נופלים בגדרי המקרה

⁸ המודל של Cohen מציע מבוסס על אדני הלוגיקה המודאלית, להבדיל מהתחשיב האקסיומטי של תורת הקבוצות, שעליו מיוסדת תורת ההסתברות המתמטית-פסקיאנית, ובפרט תיאורמת בייז. השיטה של Cohen מציע כחלופה להסתברות המתמטית מדוגמת הסתברויות אינדוקטיביות על פני ציר שראשיתו "היעדר הוכחה של-X" וקצהו "הוכחה של-X", וזאת להבדיל מהציר הפסקיאני שמתחיל ב"הוכחה של-X" ומסתיים ב"הוכחה של-X".

כפי שכבר צוין, פעילות זאת ממוקדת במישרין באירוע היחיד וקשורה באלימינציה של אפשרויות חלופיות להסתברות של ממצא ובהוכחתה של המסקנה הסופית כאפשרות היחידה המתקבלת על הדעת. כך, למשל, השאלה הנכונה במשפט הפילי תהא אם יש ספק לגיטימי (תרחיש מזכה) שלא נסתור, ולא מהי הסתברות האשם. ראו בספרו: L. JONATHAN COHEN, *THE PROBABLE AND THE PROVABLE* (1977).

⁹ טלו לשם המחשה מקרה שבו חייל מודה בחקירתו כי עישן סמים מסוכנים, אך במשפטו הוא

הכללי שהמחברים עוסקים בו, שכן, הם מניחים כאמור היעדר תלות. עובדה מתמיהה עוד יותר בהקשר זה, היא שלכאורה המחברים מודעים לסברתו של Cohen שבעיית הצירוף (conjunction) בתיקים אזרחיים (civil-cumulative)

חוזר בו וטוען כי דיווח דיווח שקר בחקירה, וכי בדה את האירוע אך ורק כדי לקדם את אפשרות שחרורו מהצבא בעילה של חוסר התאמה. נניח כי אין כל תוספת מאמתת לעניין השימוש בסמים וכן כי קיימות ראיות נסיבתיות התומכות בהשערה שהחייל אכן מתאוה מאוד להשתחרר מהשירות ויהי מה. כן, קיימות ראיות השוללות כל תרחיש מתקבל על הדעת של אי-שימוש בסמים על ידי הנאשם מסיבה שאינה קשורה ברצונו של הנאשם להשתחרר מהצבא בתואנת שווא. נראה כי במקרה זה אין להרשיע אף באחת מן העבירות בנפרד. שכן, ההודאה במשטרה מספקת ספק סביר בנוגע לאישום של ניסיון להשתחרר במרמה לפי ס' 98 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, והעדויות במשפט, בתוספת הראיות הנסיבתיות התומכות בה, מספקות את הספק הסביר המונע הרשעה של החייל בשימוש בסמים – עבירה לפי ס' 7 (א), (ג) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973. יצוין כי הדין הקיים אינו מתיר הרשעה במקרה זה. ס' 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 נוקט לשון "בית משפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו [...]". הסעיף אינו יכול אפוא לשמש אסמכתה חוקית להרשעת אדם בעבירה (בלתי מסוימת) שהיא אחת מתוך כמה עברות אפשריות.

דוגמה נוספת מופיעה אצל המחברים במאמר בעמ' 270–271, בעקבות ספרו של LEO KATZ, ILL-GOTTEN GAINS: EVASION, BLACKMAIL, FRAUD, AND KINDRED PUZZLES OF THE LAW §§ 67–69 (1996) לפיו:

"Suppose a murder and a burglary were committed at the same time in two different places, and hidden cameras recorded both incidents. Unfortunately (for society and for law enforcement authorities), the perpetrators of these crimes are twin brothers. It is known, therefore, that each of the two brothers committed one of the offenses. It is unknown, however, which offense was committed by which brother".

(לדעתי ניתן להרחיב על דרך ההיגיון דוגמה זאת כך שתחול לא רק על תאומים זהים, אלא על כל מקרה שהספק (הסביר) שניתן לעורר בקשר לאשמתו של פלוני היא האפשרות לכך שקיימת טעות בנוגע לזהותו ועל פי זהותו הנכונה הוא המבצע של עברה אחרת המוכחת מעבר לכל ספק סביר). ראו דוגמה אצל Amit Pundik, *Should Criminals Be Convicted of Unspecific Offences? On Efficiency, Condemnation, and Cognitive Psychology*, 9 CRIM. L. & PHIL. 207–224 (2015).

"Assume that a person who is suspected of either murdering X or raping Y is questioned by the police and credibly and voluntarily confesses to having committed 'a terrible crime'. Unfortunately, immediately after this utterance he comes to his senses and decides to remain silent. The remaining available evidence cannot prove beyond reasonable doubt the exact offence the accused committed. In such a scenario it might be possible to conclude that although there is reasonable doubt, for each offence, whether the accused committed that offence, there is nevertheless no reasonable doubt that the accused committed an offence".

(case) ובתיקים פליליים (criminal-cumulative case) אינה חלה על שיטת ההסתברות האינדוקטיבית שהציע, משום שכלל המכפלה אינו תקף בשיטה זאת. אדרבה, כפי שהמחברים מציינים,¹⁰ בעיית הצירוף היא אחת הטענות ש־Cohen מעלה נגד תקפותה של תורת ההסתברות המתמטית-פסקליאנית בהקשרים משפטיים, ואחד הטעמים שהוא מביא לעדיפות שיטת ההסתברות האינדוקטיבית כמודל דסקריפטיבי של ההוכחה המשפטית. אם כך, כיצד המחברים סבורים כי גישתו של Cohen עשויה לדור בכפיפה אחת עם הקביעה שההסתברות לכך שהנאשם ביצע לפחות עברה אחת גדלה אך ורק בשל צירופם של כמה אישומים? והלוא מדובר באותו פן בדיוק – כלל המכפלה (productrule) ש־Cohen דוחה בשיטתו. אולי עלול מאן דהוא לסבור כי הטענה הבאה של המחברים תוכל להציל את טיעונם:

“[...] the APP is about substantive criminal law rather than fact-finding. This Article focuses on the *commission of an unspecified offense* and does not discuss how to establish whether any particular offense has been committed”.¹¹

אלא שגם בדברים אלה אין כדי להושיע. אמנם יש בדוקטרינת ה-APP המוצעת על ידיהם היבט של דין מהותי: ה-APP מאפשר הרשעה בעברה בלתי מוגדרת (unspecified offense), אלא שכדי להוכיח את קיומה של אותה עברה בלתי מוגדרת, בעל כורחם נדרשים המחברים לכלל המכפלה.

במילים אחרות, גם אם המחברים סוברים כי העובדות המטריאליות שיש להוכיח הן שהנאשם ביצע עברה כלשהי, ולפיכך התרחישים החלופיים שצריך למצוא, לפי גישת Cohen, הם תרחישים לכך שהנאשם לא ביצע אף לא אחת מן העברות מאלו שהואשם בהן, להבדיל מתרחישים חלופיים המבססים אי-ביצוע כל עברה בנפרד, הרי שהם נכשלים בכך שאינם מזהים שאותו תרחיש שהנאשם לא ביצע כל עברה, לא יוכל להיות מוכח, לפי שיטת Cohen, מעבר לכל ספק סביר. זאת, כל עוד כל אחד מהתרחישים הנפרדים לאי-ביצוע כל אחת מהעברות הספציפיות לא יוכל להיות מוכח במידה זו, וזאת ללא חסם עליון או תחתון למספר העברות שבהן הואשם הנאשם. כך, בדוגמה הראשונה המובאת במאמר, גם אם נבין את ה-APP ככלל במישור הדין המהותי, הקובע כי אחריות פלילית לא תושת רק אם לפי “מערכת נסיבות אחת” אדם לא ביצע עברה של אינוס וגם לא של כייסות, הרי שהראיות המוכיחות אי-ביצוע כיום והראיות המוכיחות אי-ביצוע אינוס, אינן מצביעות, לפי

¹⁰ המאמר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 272.

¹¹ שם, בעמ' 274–275.

שיטת המחברים, על תרחיש מזכה בעבירה הבלתי מסוימת בדיוק עקב הלוגיקה (אם לא מתמטיקה פורמלית) של כלל צירוף בדרך של מכפלה, שאותה Cohen דוחה במפורש. לפי שיטת Cohen, ההסתברות של אי-ביצוע העבירה הבלתי מסוימת תיקבע על פי ההסתברות הנמוכה יותר¹² – ההסתברות לאי-ביצוע כיום או ההסתברות לאי-ביצוע אינוס – והסתברות זו, ככל שמדובר בעבירות שבנפרד מעוררות ספק סביר, לפי ההנחה, מביאה לזיכוי.

ג. בעיית התלות וביקורת על טיפולם של המחברים בבניה

ראינו אפוא כי ה-APP מחויב למודל המתמטי-פסקליאני של ההוכחה המשפטית ושל סטנדרט ההוכחה מעבר לספק סביר. אך האם גם במסגרת זאת הוא ניתן ליישום? לדעתי התשובה היא שלילית. אקדים ואומר בתמצית, וכנגד עמדת המחברים, כי: (1) מבחינה מעשית בעיית התלות קיימת תמיד, גם במקרים שבהם מדובר בעבירות שונות לחלוטין (אונס וכיסות); (2) בכל מקרה של תלות אין להשתמש בכלל המכפלה, אלא בנוסחת ההסתברויות המותנות (של בייז), עובדה שגם לגישת המחברים עושה את ה-APP מורכב מדי ליישום.¹³ ועתה אסביר את טענותיי בפירוט. תחילה אסביר את מושג ההסתברות המותנית ואראה כיצד הוא משפיע על הסוגיה דנן.

כזכור, המחברים משתמשים במשפט המתמטי שלפיו החיתוך של שני מאורעות בלתי תלויים (קרי, קיומם של שני המאורעות יחד) הוא מכפלת ההסתברויות שלהם (ליתר דיוק: מאורעות בלתי תלויים מוגדרים כמאורעות שמשפט זה תקף בעניינם):

$$P(A \cap B) = P(A) \cdot P(B)$$

כך, למשל, בדוגמה 1 המחברים מחשבים את ההסתברות שהנאשם לא ביצע אף אחת מהעבירות על ידי הכפלת ההסתברות שלא ביצע את עבירת הכייסות תוך הסתברות שלא ביצע את עבירת האינוס.¹⁴

¹² ההסתברות האינדוקטיבית של קוניונקציית שתי פרופוזיציות או יותר, השייכות לאותה קטגוריית תוכן (או קטגוריה עובדתית), בהינתן עובדה מסוימת, שווה להסתברות האינדוקטיבית של כל קוניונקציה, אם הסתברויותיהן של קוניונקציות אלה הן שוות בהינתן אותה עובדה. אם אינן שוות, אזי תהיה שווה להסתברותה האינדוקטיבית של הקוניונקציה בעלת ההסתברות הנמוכה ביותר. עיינו: L. Jonathan Cohen, *The Logic of Proof*, Crim. L. Rev. 91 (1980).

¹³ המאמר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 284.

¹⁴ שם, בעמ' 262, וכך הם מסבירים את החישוב:

“The probability that the defendant committed each one of the offenses is .9, and therefore the probability, for each one, that he did not commit the

הבעיה היא שלאורך כל מאמרם, המחברים מתעלמים למעשה מהעובדה שהמשפט האמור תקף אך ורק כאשר מדובר במאורעות בלתי תלויים. לעומת זאת, במאורעות תלויים יש להשתמש במשפט הכללי יותר:

$$P(A \cap B) = P(A/B) \cdot P(B) = P(B/A) \cdot P(A)$$

כדי להדגים את השוני, נזנח לרגע את דוגמת הכייסות והאינוס (נשוב אליה בהמשך כדי לסתור את טענת המחברים שמאורעות אלה הם בלתי תלויים) וניקח את הדוגמה הבאה, דוגמה 5 שהמחברים משתמשים בה בהמשך המאמר:

“Example 5-Differing Interdependent Doubts:

A person is charged with two offenses of sexual assault allegedly committed by him at different times and places against two different victims. Examined separately, the evidence in each case indicates a probability of .7 that the defendant committed each one of the offenses. When the pattern-of-behavior doctrines are applied, this probability increases to .9. The reason the court is not persuaded that the defendant committed each of the offenses is that, in each case, there is a different lone eyewitness whose reliability is questionable. Assume that the probability required for the beyond-a-reasonable-doubt standard in the legal system is .95. Should the court convict the defendant of any of the offenses?¹⁵

זוהי דוגמה של מאורעות תלויים מובהקים, גם לפי הנחת המחברים. כפי שניתן לראות, ההסתברות לעברה השנייה גדלה בהינתן הראיות להתקיימותה של העברה הראשונה.

והנה למרבה הפלא, המחברים אינם מוצאים כל קושי ליישם על דוגמה זאת את עקרון ה-APP באמצעות מכפלה פשוטה של הסתברויות, ובלבד שלא נעשה שימוש מקביל (in tandem) בדוקטרינות דפוס ההתנהגות (pattern-of-behavior doctrines). בשם זה כוללים המחברים את דוקטרינות ה- prior-acts וה- similar-

offense is $1 - .9 = .1$. Consequently, the probability that he did not commit any offense is $(.1)^2 = .01$, and the probability that he committed at least one of the offenses is $1 - .01 = .99$ ”

15 שם, בעמ' 284.

crimes doctrines. הם אף מבצעים בעצמם את החישוב על ידי הכפלת ההסתברות שהנאשם לא ביצע את העבירה הראשונה (1-0.7=0.3) בהסתברות שהוא לא ביצע את העבירה השנייה (שוב, 1-0.7=0.3), וכך מגיעים למסקנה שההסתברות שהנאשם לא ביצע את שתי העבירות היא 0.09 (=0.3*0.3), ולפיכך ההסתברות שהוא ביצע לפחות אחת מהן היא 0.91 (=1-0.09).

כבר מההסבר הקצר לעיל יבין הקורא שמדובר בטעות מתמטית: כאשר מדובר במאורעות תלויים, אין להכפיל את ההסתברות של שני המאורעות כדי לקבל את ההסתברות ששני המאורעות התקיימו, אלא חייבים להשתמש בהסתברויות המותנות לפי המשפט:

$$P(A \cap B) = P(A/B) \cdot P(B) = P(B/A) \cdot P(A)$$

ודוק, ההכרח להשתמש בנוסחה זאת חל גם כאשר אין משתמשים במקביל בדוקטרינות דפוס ההתנהגות. נראה שהטעם לכך צריך להיות ברור גם ברמה האינטואיטיבית. שכן, אם ההסתברות שהנאשם ביצע את מעשה האינוס השני גדלה, בהינתן העובדה שהוא ביצע את מעשה האינוס הראשון, אזי ברור שבהינתן העובדה שהנאשם לא ביצע את מעשה האינוס הראשון, אזי ההסתברות שביצע את המעשה השני צריכה להיות קטנה מ-0.7¹⁶ ודוק, המסקנה היא שאסור להשתמש בנוסחת

¹⁶ ניתן כמובן גם להוכיח זאת בהוכחה מתמטית פשוטה על בסיס המשפט הזה:

$$\begin{aligned} P(A) &= P(A \cap B) + P(A \cap B_c) \rightarrow P(A) \\ &= P(A/B) \cdot P(B) + P(A/B_c) \cdot P(B_c) \end{aligned}$$

שממנו נובע שההסתברות המותנית של A בהינתן B-לא (כלומר בהינתן B_c) היא זאת:

$$P(A/B_c) = \frac{P(A) - P(A/B) \cdot P(B)}{P(B_c)} = \frac{P(A) - P(A/B) \cdot P(B)}{1 - P(B)}$$

הנחנו שההסתברות המותנית של A בהינתן B גדולה מההסתברות של A. מהנחה זאת ניתן לגזור את המסקנה שההסתברות המותנית של A בהינתן לא-B קטנה מההסתברות של A כך:

$$\begin{aligned} [P(A/B) > P(A)] &\rightarrow [-P(A/B) < -P(A)] \rightarrow \\ \left[-P(A/B) < -\frac{P(A) \cdot P(B)}{P(B)} \right] &\rightarrow \\ \left[-P(A/B) < \frac{-P(A) \cdot P(B)}{P(B)} \right] &\rightarrow \\ \left[-P(A/B) < \frac{-P(A) \cdot P(B) + [P(A) - P(A)]}{P(B)} \right] &\rightarrow \end{aligned}$$

המכפלה של מאורעות בלתי תלויים ללא קשר לשאלה אם השתמשנו במקביל בדוקטרינת המעשים הדומים או לא.

משמעות האמור היא אפוא שטעו המחברים כאשר כתבו כי "interdependence may (although need not be) a reason not to apply the APP" ההפך הוא הנכון: מצב של תלות בין העבירות תמיד שולל את האפשרות להשתמש בכלל המכפלה. אם המחברים רוצים להשתמש במצבים אלה ב-APP, עליהם להיזקק לנוסחת ההסתברויות המותנות. אלא, שהמחברים מסכימים שמדובר במטלה מורכבת מדי מבחינה מעשית.¹⁷

$$\left[-P(A/B) < \frac{P(A) \cdot [1 - P(B)] - P(A)}{P(B)} \right] \rightarrow$$

$$\left[\frac{P(A) - P(A/B) \cdot P(B)}{1 - P(B)} < P(A) \right] \rightarrow$$

$$P(A/B_C) < P(A)$$

מש"ל (Q.E.D)

לזכותם של המחברים ייאמר, כי מהאמור לא בהכרח ניתן לדעת אם $P(A/B_C)$ קטן באופן

ניכר מ- $P(A)$ או לא. ייתכן אולי אפוא שבמקרים מסוימים $P(A)$ הוא קירוב סביר ל-

$P(A/B_C)$. אך גם לו היינו יכולים לדעת אם במקרה נתון מדובר בקירוב סביר, המחברים

אינם מגבילים את עצמם למקרים אלה. התנאי שהמחברים מעמידים הוא אם מדובר בספקות דומים או שונים. אבל, תנאי זה אינו שייך לשאלה אם מדובר בקירוב סביר או לא (שהיא השאלה היחידה החשובה לענייננו). ייתכנו ספקות דומים שבהם הקירוב האמור יהיה סביר, וייתכנו מקרים של ספקות לא דומים שבהם הקירוב לא יהיה סביר. נניח, למשל, שמחקרים יראו שההסתברות שפדופיל יבצע רק מעשה עבירה אחד ומיד יתפס היא אפסית. ולאחר בדיקה מקיפה של כל ההזדמנויות שהיו לפלוגני-נאשם לבצע עבירות פדופיליה, נמצאו רק שני מקרים שבהם ייתכן שהוא ביצע עבירה בהסתברות של 0.7 כל אחת, כאשר מתקיימת ההסתברות של קרוב לוודאי שלא היו מקרים נוספים שבהם הייתה לו אפשרות לבצע עבירת פדופיליה. הספק בשני המקרים נובע מעד ראייה מפוקפק. לפי הגדרת המחברים, מדובר בשני ספקות נפרדים, בדיוק כמו בדוגמה 5 שבה אמרו שניתן להשתמש ב-APP כל עוד לא היה שימוש מקביל בדוקטרינות דפוס ההתנהגות. אך מובן שבמקרה זה ההסתברות שפלוגני יבצע רק אחד מהמעשים היא אפסית – כלומר ההסתברות לאחת העבירות בהינתן חפות בעברה השנייה

קרובה לאפס. במקרה זה ברור אפוא ש- $P(A)$ אינו קירוב סביר ל- $P(A/B_C)$.

17 המאמר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 284, כאשר המחברים כותבים:

"If one eyewitness in the Example is a liar (or had made a mistake), then not only would acquittal of the relevant offense be justified, but also the probability of the defendant's guilt of the other offense would decrease from .9 to .7. Thus, even though aggregating the probabilities in such cases is theoretically possible, it is impractical"

ברור אפוא גם שכל מקום שאפשר להשתמש בו בדוקטרינות דפוס ההתנהגות (שבהגדרה מבוססות על הנחת תלות זו), מניה וביה מובן שאי-אפשר להשתמש במכפלה פשוטה של הסתברויות, אלא בנוסחת הסתברויות המותנות (גם אם אין בהן שימוש מקביל). עובדה זאת מייצרת אפוא את הקטגוריזציה שהמחברים מציעים להסדרת המקרים שבהם ניתן להשתמש שימוש מקביל או חלופי ב-APP ובדוקטרינת המעשים הדומים. יתרה מזו, עיון דק בקטגוריזציה שהמחברים מציעים מגלה טעויות נוספות. המחברים מסכמים כך את המקרים השונים שבהם שאלת היחס בין דוקטרינות דפוס ההתנהגות לעקרון ה-APP עלולה להתעורר:

“The following conclusions can be drawn from the above discussion:

1. The APP should not be applied when identical doubts exist with respect to all of the alleged offenses. This is true regardless of whether the pattern-of-behavior doctrines are applied.
2. The APP should not be applied when the offenses raise differing doubts if the pattern-of-behavior doctrines are applied and the probability of the defendant's guilt on each charge after applying these doctrines depends on his guilt of the other alleged offenses.
3. The APP should be applied when a different doubt arises with respect to each offense and the pattern-of-behavior doctrines are not applied.
4. The APP should be applied when the doubts differ with respect to each offense, even if the pattern-of-behavior doctrines are applied, as long as the respective probabilities of the defendant's guilt in each offense after the doctrines have been applied are not impacted by whether he is guilty of the other offenses”.¹⁸

אפשר להעלות כמה תמיהות באשר לקטגוריזציה זאת, ונפנה מהקל אל הכבד:

18 שם, בעמ' 284–285.

ראשית, לא ברור לי מדוע המחברים דנים ב**נפרד** בקטגוריה המופיעה בסעיף הראשון – ספקות זהים – ובקטגוריה המופיעה בסעיף השני – ספקות שונים שבהם הסתברות האשמה בעברה אחת תלויה באשמת הנאשם בעברה האחרת. הלוא מדובר בשני מקרים פרטיים של מצב תלות הסתברותית. אמנם מקור התלות ההסתברותית במקרה האחד שונה ממקור התלות ההסתברותית במקרה האחר: במקרה הראשון מקור התלות הוא בכך שהספק הוא משותף (למשל, שמא אויבו של הנאשם הפליל אותו בעברה שלא ביצע) ואילו במקרה השני מדובר בתלות שמקורה אחר. אך מקור התלות ההסתברותית אינו משנה את העובדה ששניהם מקרים של תלות הסתברותית.

ביקורת ראשונה זאת עלולה להיראות קטנונית לכאורה, ואכן לא הייתי מעלה אותה לולא גרר טעויות אחרות של המחברים. אבל היא אכן גררה טעויות נוספות. לוי מבינים המחברים שמדובר בשני מקרים פרטיים של מקרה אחד, לא היה עולה בדעתם לטעון שבמקרה הראשון אין להשתמש ב-APP לעולם, ואילו בקטגוריה השנייה ניתן להשתמש ב-APP (כפי שהם כתבו בנוגע לסעיף השלישי), ובלבד שלא יהיה שימוש מקביל בדוקטרינות דפוס ההתנהגות.

נקודה נוספת הראויה לציון, עניינה הסעיף הרביעי שמאפשר שימוש מקביל בדוקטרינות דפוס ההתנהגות וב-APP במקרים שבהם הספקות נפרדים והסתברות האשמה של הנאשם בכל אחת מהעבירות אינה מושפעת מאשמתו בעברה האחרת. לכאורה, קטגוריה זאת של מקרים מכילה סתירה פנימית. שכן, אם האשמה בכל אחת מהעבירות אינה מושפעת מאשמתו בעברה האחרת, כיצד בכלל ניתן להשתמש בדוקטרינות דפוס ההתנהגות? כדי להבין כיצד המחברים סבורים שהדבר ייתכן, הבה נעיין בדוגמה שהם מביאים למקרה כזה:

“Example 4 – Independent Doubts: A person is charged with two offenses of sexual assault allegedly committed by him at different times and places against two different victims. The evidence in each case examined separately indicates a probability of .7

that the defendant is guilty of each alleged offense. Assume now that after applying the pattern-of behavior doctrines, that probability increases to .9. The reason the court is not fully persuaded that the defendant committed each one of the offenses is because it is not clear that the complainants did not give their consent. The absence of victim consent is a precondition for convicting the defendant under prevailing

law. At the same time the court is completely persuaded that the defendant committed all the acts attributed to him and also that he had the requisite intention for committing both sexual assaults. Assume that the required probability for satisfying the beyond-a-reasonable-doubt standard in the legal system is .95. Should the court convict the defendant of any one of the offenses?"¹⁹

אם ננסה עתה להלץ את ההנחות שיסבירו את האופן שבו הם מבינים את המקרה, נמצא שהם מניחים: (1) שעצם ביצוע האקט הפיזי של האונס והמודעות לאקט הפיזי הוכחו **בוודאות מוחלטת** בעקבות השימוש בדוקטרינות דפוס ההתנהגות; (2) שעצם אי-ההסכמה במקרה אחד אינה משנה את ההסתברות לאי-ההסכמה במקרה האחר.

הנחה 1 הכרחית משום שיש תלות הסתברותית בין שני האקטים הפיזיים (אם לא כן, לא ניתן היה להשתמש בדוקטרינת דפוס ההתנהגות), ולפיכך בכל מקרה שבו אין ודאות מוחלטת בביצוע שני האקטים הפיזיים, יש לבדוק מה ההסתברות ששניהם לא בוצעו, ולהשתמש בנוסחת ההסתברויות המותנות (כאמור הנחנו שמדובר במאורעות תלויים כדי לאפשר שימוש בדוקטרינת דפוס ההתנהגות). הנחה 2 היא הכרחית, שאם לא כן מדובר במאורעות תלויים, ואי-אפשר להשתמש בכלל המכפלה.

שתי ההנחות מפוקפקות בלשון המעטה. הנחה 1 מפוקפקת כיוון שלא ברור לנו מתי ניתן להגיע **לוודאות מתמטית מוחלטת** בשאלות של עובדה. הנחה 2 מפוקפקת משום שהיעדר הסכמה במקרה אחד משנה את ההסתברות לאי-ההסכמה במקרה השני, בייחוד אם נדרשת מודעות של הנאשם או לפחות רשלנות באשר לאי-ההסכמה. הרי ברור שאי-ההסכמה במקרה אחד משנה (ולו במקצת) את ההסתברות לאי-ההסכמה במקרה האחר, ולפיכך מדובר במאורעות תלויים.

עד כה דנתי בחלקו השני של טיעוני בתת פרק זה. קרי, בטענתי שבכל מקרה של תלות אין להשתמש בכלל המכפלה, אלא בנוסחת ההסתברויות המותנות (של בייז), עובדה שגם לגישת המחברים עושה את ה-APP מורכב מדי ליישום. עתה אעבור לדון בחלקו הראשון של הטיעון שהצגתי ואראה כי מבחינה מעשית, בעיית התלות קיימת תמיד, גם במקרים שבהם מדובר בעברות שונות לחלוטין (אונס וכייסות).

ובכן, האם בעיית התלות היא בעיה מצומצמת שאינה פוגעת ביישום ה-APP במקרים כגון דוגמה 1 של המחברים, שבה יוחסו לנאשם עברת כייסות ועברת אונס? התשובה היא במובהק שלילית. כמעט תמיד מתקיימת תלות הסתברותית מסוימת. קשה לתאר מצב שבו יש חוסר תלות **מוחלט**, שהרי בין כל העברות יש לפחות קשר

אחד והוא הנאשם שיש לו אישיות, נטיות אופי וכדומה.²⁰

קחו, למשל, את דוגמה 1 של המחברים, שבה הנאשם מואשם בשתי עבירות שונות לחלוטין: כייסות ואינוס. המחברים סבורים לכאורה שאין במקרה זה תלות,²¹ אך לעניות דעתי הם מגלים בכך חוסר הבנה של מושג התלות. האם אין כל תלות הסתברותית בין שתי העבירות? האם הנחה בדבר ביצוע עבירת הכייסות אינו מעלה ולו **במשהו** את ההסתברות לביצוע עבירת האינוס?

כדי להבין עד כמה הנחה זאת של חוסר תלות מוחלט אינה סבירה, גם במקרה של עבירות שונות לגמרי זו מזו, חישבו על הדוגמה הזאת: נניח שעומדים לפניכם שני אנשים, ראובן ושמעון, שאחד מהם בוודאות ביצע אונס. אין לנו כל פרט עליהם, למעט העובדה שראובן עבר עבירת כייסות. אתם מחויבים להמר מי לדעתכם בעל סיכוי גבוה יותר להיות האנס. לומר בכנות שיש חוסר תלות גמור בין עבירת האונס לעבירת הכייסות, שקול לאמירה שאין דרך לבחור ביניהם אלא באופן שרירותי. עם זאת, ספק בעיניי אם יכול פלוני לומר בכנות ששני ההימורים האלה שקולים בעיניו לחלוטין וכי הוא יאלץ להטיל מטבע כדי להחליט איזהו ההימור העדיף. מובן כי רוב האנשים יגידו כי אמנם אין בין ראובן לבין לשמעון הבדל גדול, אך אם הם יאלצו לבחור, אזי ההימור הטוב יותר הוא ראובן, כיוון שיש לו עבר פלילי. אמירה זאת שקולה לאמירה כי יש תלות.

²⁰ למעשה, המקרה המובהק היחיד שבו ניתן אולי לחשוב על חוסר תלות הסתברותית בין עבירות המיוחסות לאותו אדם הוא כשמדובר במי שלאחר העבירה הראשונה איבד את הכרתו לזמן ממושך, ולאחר שוב הכרתו אליו איבד את תודעתו ותחושת זהותו האישית. בכל מקרה אחר, עקב קיומו של המשתנה האישיותי הקבוע, אין להניח אי-תלות חזקה כזו. יש לזכור עוד, והדבר נובע מעקרונות כלליים וממידת ההוכחה בפלילים, שכל אי-ודאות בהקשר זה צריכה לפעול לטובת הנאשם. לפיכך, ההנחה הבסיסית צריכה להיות בדבר קיום תלות חזקה שמשמעותה לכאורה שבמקרים של ריבוי אישומים המיוחסים לנאשם אחד, כל שניתן לקבוע הוא כי ההסתברות שהנאשם לא ביצע עבירה כלשהי שווה להסתברות הנמוכה ביותר לחפותו שנקבעה למי מהעבירות המדוברות, אבל הסתברות זו בכל זאת מביאה לזיכוי. מכאן, שגם צירוף הסתברויות במתכונת (התקפה מתמטית) של הכפלת הסתברויות מותנות, אינו יוצר לכאורה בסיס להרשיע את הנאשם המעורב בכמה אישומים כאשר כל אישום מוכח אך מעט מתחת לסטנדרט הפלילי.

²¹ המאמר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 281.

ועתה, אם ההסתברות לביצוע עבֵרת האונס גדלה ולו במשהו בהינתן ביצוע עבֵרת הכייסות, אזי נובע מכך כאמור שבהינתן חפות בעבֵרת הכייסות, תקטן ההסתברות לעבֵרת האונס. מובן אפוא שאין להשתמש בכלל המכפלה אלא בנוסחת ההסתברויות המותנות, שתיניב במקרה זה הסתברות נמוכה יותר של אשמה מכלל המכפלה. יודגש: גם אם אסור להשתמש בראיות על נטייה עבריינית או עבר פלילי כנגד הנאשם, הרי ברור שיש לראיות אלה ערך הוכחתי/הסתברותי.²² מערך הוכחתי זה אסור להתעלם, כאשר, יש בו כדי להועיל לנאשם.²³

ראינו אפוא כי ההנחה המרכזית שהצעת החלת ה-APP נשענת עליה היא חוסר התלות שבין האירועים השונים המיוחסים לנאשם. אלא, שקשה לראות מתי הנחה זו אכן מתקיימת. אדרבה, המקרים שבהם המחברים רואים את יתרונן של ה-APP הם מקרים של עבריינים חוזרים ("מקצועיים")²⁴ ואלה הם מקרים מובהקים שבהם יש תלות בין העבֵרות.

יצוין, כי גם התועלת המעשית של ה-APP מפוקפקת באותם מקרים. דווקא בשל התלות בין אותן עבֵרות ניתן להשתמש בדוקטרינות של מעשים דומים ועדות שיטה, וכך ניתן לכאורה להבטיח כי אותו אדם לא יימלט מעונש.

הדרך הנכונה לטפל במצב הנדיר של ריבוי עבֵרות כנגד אדם, כשכל עבֵרה מוכחת מעט מתחת לרף ההוכחה, היא לבדוק מה "המשתנה המסביר" של מצב זה. אנשים אינם משולים לכדורים הנשלפים משק באקראיות באופן שצירוף נדיר מסוים נובע רק מכך שפעולת השליפה נעשית פעמים רבות. נכון הרבה יותר לשער שהמשתנה האישי או הסביבתי הוא המשתנה המסביר. כך, אם מכלול הראיות מצביע לכאורה על נטייה עבריינית מובהקת, הדבר עשוי וצריך להביא להרשעה ביותר מעבֵרה אחת.²⁵ אם, לעומת זאת, המשתנה המסביר הוא נטייה למעורבות תמימה (שעיר

²² בין שערך הוכחתי זה עולה כדי "רלוונטיות" בהקשרה המשפטי ובין שלא, הוא קיים במרבית המקרים. הנימוק לאי-השימוש בערך הוכחתי זה לפחות במקרים מובהקים של תלות הסתברותית בין העבר הפלילי לאשמה במקרה הנוכחי, הוא האפקט המשחד של ראיות אלו ותוצאתו המזיקה על ההכרעה, במונחים של הגברת הסתברות הרשעת חף מפשע. עיינו: דורון מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות פרק ג (2008).

²³ זהו גם ההסבר הטוב ביותר לדעתי לסיפא של ס' 163 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, המתיר לנאשם להעיד על אופיו הטוב. אין זה אך סוג של מחווה אנושית חסרת ערך הוכחתי כפי שסבר, למשל, עזריאל אוריין צוקרמן בספרו, A. ZUCKERMAN, THE PRINCIPLES OF CRIMINAL EVIDENCE (Clarendon Press, 1989), שכן לו הייתה כזו, היה מקומה בטענות לעונש, ואכן שם הראיות בדבר העבר הפלילי מוצגות ונבחנות בפירוט. האפשרות לתת לנאשם לטעון לעניין עברו הנקי כחלק מפרשת ראיותיו נובעת מהשקפת החוק, הנכונה, כי לעבר זה ערך הוכחתי מנקה מאשמה, ואין מקום לשלול את קבילותו. שכן, כל אפקט משחד (לטובת הנאשם) שיורכב עליו לא יוכל להביא לתוצאה שגויה של הרשעת חף מפשע. המאמר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 290.

²⁵ עיינו: A. E. Acorn, *Similar Fact Evidence and the Principle of Inductive Reasoning*:

לעזאזל של קבוצה עבריינית, מקורב שאינו עבריין לחוגים העבריינים, מי ש"הולבשו" עליו תיקים במשטרה וכיוצא באלה) – התוצאה כמובן צריכה להיות שונה.

וידגש, אינני טוען שבחינה כזו תאתר תמיד את המשתנה או המשתנים המסבירים. הטענה היא שהכפלה סתמית של הסתברויות בלא ביצוע הבדיקות הללו אינה מוצדקת, בייחוד כאמור נוכח נדירותה של תופעה זו של ריבוי עבירות על סף הרשעה.

ד. בחינת טענות המחברים בזכות ה-APP

ראינו עד כה כי עקרון ה-APP, כפי שנוסח על ידי המחברים, הוא פגום מיסודו לפי גישות שהן לא מתמטיות-פסקליאניות. כמו כן, נוכחנו כי גם לפי גישות מתמטיות-פסקליאניות טיפולם של המחברים בבעיית התלות הוא מוטעה, וכי טיפול ראוי בכעיה זאת הופך את עקרון ה-APP לבלתי מעשי. נעבור עתה לבחינת הטעמים הספציפיים שהמחברים מביאים לאימוץ עקרון ה-APP.

1. האומנם ה-DPP פוגע בשוויון?

המחברים מציינים כי לכאורה שיטת ה-APP תביא למספר גדול יותר של הרשעות חפים מפשע, ולמספר קטן יותר של זיכויי עבריינים. להצדקת תוצאה זאת הם מציינים תחילה כי בעשותה כן, שיטת ה-APP בסך הכול מתקנת יחס מפלה הנהוג ב-DPP, המפלה לטובה נאשמים שמיוחסים להם כמה אישומים על פני נאשמים המואשמים באישום אחד. במילותיהם של המחברים:

“Suppose, now, that a person is accused of four offenses of similar severity and for each, there is a probability of .9 that he is guilty. Adhering to the .95 threshold would mandate convicting the defendant for two offenses. If the legal system acquits a person of all four offenses (as required by the DPP) it will in effect endorse a principle under which it is better to have 9999 guilty people acquitted than a single innocent person convicted. Aside from its evident absurdity, this outcome highlights the discriminatory effect of the DPP as opposed to the APP: upholding the DPP implies an unfair

Makin Sense, 11(1) Oxford J.Leg.St, 63 (1991)

preference for people accused of committing a series of offenses over people accused of committing a single offense. The requisite probability of guilt necessary to convict a defendant in the former case (the case involving a series of offenses) is much higher than what is required in the latter case (the case involving a single offense). A person who has committed an offense beyond a reasonable doubt will be set free simply because the particular offense that he committed could not be proven beyond a reasonable doubt. The APP requires that the presumption of innocence should apply in a nondiscriminatory way".²⁶

בכל הכבוד, טענה זאת מניחה את המבוקש. דהיינו, היא מניחה שהשאלה החשובה היא אם ביצע הנאשם עברה כלשהי. רק אם מניחים שזאת השאלה החשובה, אפשר לטעון כפי שטוענים המחקרים, שה-DPP מפלה לטובה את מי שהואשם בארבע עברות עם הסתברות אשמה של 0.9 – באופן שההסתברות שעבר עברה כלשהי היא 0.9999 והוא אינו מורשע – בעוד שהמואשם בעברה עם הסתברות של 0.95 מורשע, אף שההסתברות שעבר עברה כלשהי היא 0.95 בלבד.

דא עקא, שה-DPP דוחה בדיוק את ההנחה הזאת. כלומר האוחזים ב-DPP סבורים שהשאלה החשובה אינה אם נאשם עבר עברה כלשהי, אלא אם עבר עברה ספציפית. במונחים אלה אין כל אפליה, שכן הסתברות האשמה בעברה ספציפית הנדרשת להרשעת שני הנאשמים היא זהה.

אדרבה. כפי שנראה להלן, שיטת ה-APP, בניסיונותיה להימנע מלפגוע בהרתעה, היא שמביאה ככל הנראה לפגיעה בשוויון כשהיא נשפטת במונחה שלה (כלומר לאור ההנחה שהשאלה החשובה היא אם הנאשם עבר עברה כלשהי).

2. הייתכן שה-APP יביא לצמצום מספר הרשעות השווא?

עם הטענות שהמחקרים טוענים בזכות ה-APP הם מונים גם את הטענה שייתכן ששיטת ה-APP תביא דווקא לצמצום הרשעות השווא או לצמצום עלותן של הרשעות השווא. אלא, שגם המחקרים אינם קובעים זאת באופן נחרץ, אלא מציינים זאת כאפשרות בלבד. יתר על כן, בחינתן של "הנחות ריאליסטיות" שהמחקרים מניחים ביסוד אפשרות זאת מעוררת ספק כבד בדבר הריאליסטיות שלה.²⁷

²⁶ המאמר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 287.

²⁷ שם, בעמ' 288–289.

אחת מהן היא ההנחה שישנה הגבלה של כמות העונשים אשר המדינה יכולה להטיל על נאשמים (כמו מספר כולל של שנות מאסר). לפיכך, עלייה במספר המורשעים בעקבות יישום ה-APP תעמיד את המדינה לפני שתי בחרות: להפחית את מספר שנות המאסר, דבר שיביא לצמצום עלות הטעויות של הענשת הפים מפשע, או לחלופין להעלות את רף ההוכחה, דבר שיביא לצמצום מספר הרשעות החפים מפשע.

הבעיה היא שלא ברור מדוע הנחה בדבר הגבלת כמות העונשים היא ריאליסטית. לו היינו יודעים ששיטת ה-APP תביא לגידול רב במספר המורשעים, שיעמיס נטל תקציבי על המדינה, ניחא. אלא שאין כל סיבה להניח שמספר המקרים שבהם ה-APP יביא לשינוי התוצאה ולהרשעה הוא כה גדול. ראשית, משום שאפילו על פי תפיסתם (השגויה) של המחברים את מושג התלות, ברור שמצבי אי תלות נראים עדיין נדירים למדי. שנית, כנגד מצבים אלו קיימים המקרים "המקזזים" בהם תיחסנה הרשעות על פי שיטת המחברים.²⁸

3. ה-APP נאלץ לפגוע בהרתעה או בשוויון

המחברים טוענים שגם משיקולי הרתעה ה-APP עדיף, שכן בשיטה זו סיכויי העבריינים החוזרים (repeat offenders) להימלט מעונש קטנים. יתרון זה ניכר אף יותר אם מניחים שהעונש הצפוי (expected sanction) הנדרש כדי להרתיע עבריינים חוזרים הוא גדול יותר, ובהינתן העובדה שעבריינים חוזרים הם פעמים רבות "מקצוענים", ולפיכך מתוחכמים יותר. עבריינים אלה גם מגיבים (responsive) במידה ניכרת יותר לסנקציות.²⁹

עם זאת, המחברים מודעים לכך שיישום עקיב של שיטת ה-APP עלול להביא גם לפגיעה בהרתעה. כדוגמה למצב זה הם מביאים את הדוגמה הזאת:

"In that Example, a defendant is charged with two offenses and the probability that he committed each offense is .95. In such a case, we suggested that under the APP the person ought to be convicted in one rather than two offenses as the probability he committed both offenses is lower than .95. Yet, if applied to cases involving different trials, the APP

²⁸ שם, בעמ' 264, דוגמה 2. טלו לדוגמה שני אישומים בלתי תלויים כשכל אחד מהם הוכח ברמה של 0.97 המספיקה להרשעה. אם סף ההרשעה הינו 0.95, ההסתברות שהנאשם לא ביצע לפחות עברה אחת הינה גדולה מ-5% ($1-0.97 \times 0.97 = 0.0591$).

²⁹ שם, בעמ' 289-290.

could result in the absurd outcome that a person who was convicted in the past is “free” (or, at least freer) to commit a crime with no punishment. For this and other reasons we do not recommend using the APP across different trials”.³⁰

דא עקא, שהפתרון המוצע על ידי המחברים – אי-שימוש ב-APP כשמדובר במשפטים המתבררים בנפרד (across different trials)³¹ – הוא פתרון בעייתי, שכן הוא פוגע בעקרון השוויון בין נאשמים: אין הבדל של ממש בין אנשים שהוגש נגדם כתב אישום אחד לכאלה שהוגשו נגדם שני כתבי אישום מקבילים המתבררים בעת ובעונה אחת. כך גם אין הבדל בין נאשמים שכבר הורשעו בעבר, ואשר לפי שיטת ה-APP אין להתחשב בתיקיהם אלה לצורך חישוב ההצטברות המצרפית, לבין נאשמים שמיוחסים להם אירועים שונים בכתב אישום אחד. והנה, אף שאין הבדלים כאמור, לפי ה-APP מצבו של אדם שיש נגדו ראיות מעבר לספק סביר לכל עברה בנפרד יהיה טוב יותר אם יוגשו בכתב אישום אחד. שכן, ככל שיש עברות רבות יותר, ההסתברות המצרפית שהנאשם ביצע את כולן הולכת וקטנה. החלטה אם להאשים את פלוני בכתב אישום אחד או בכמה כתבי אישום נפרדים היא במרבית המקרים תוצר של הזדמנות מקרית, ולעתים פרי שיקול דעת שרירותי של התביעה. לא ייתכן אפוא ששיקולים טכניים כאלה יכריעו את גורלם של נאשמים. ברור גם שאימוץ שיטתם של המחברים יביא לפגיעה קשה בשוויון בין נאשמים.

באורח פרודוכסלי משהו בעוד המחברים ביקשו לטעון כי ה-DPP מפלה (וכשלו בהנחת המבוקש), ניתן לראות כי דווקא ה-APP הוא הפוגע בשוויון, אם הוא מבקש להימנע מבעיית הפגיעה הקשה בהרתעה שיישום עקיב של ה-APP יביא עמו. ויודגש, להבדיל מה-DPP, ה-APP פוגע בשוויון כשהוא נשפט במונחיו שלו.

4. הוזלת עלויות אכיפה (Costs of Enforcement)

המחברים מנסים לתמוך את הצעתם לאמץ את שיטת ה-APP בטענה כי יש לה יתרון מבחינת יחסי עלות-תועלת. זאת, היות שלשיטתם העלות השולית של ראיה נוספת גבוהה יותר מראיות ראשוניות. הדבר יאפשר למשטרה להפסיק את מלאכת איסוף הראיות בתיק אחד ולהתפנות לפתיחת תיק אחר ולאתר בו ראיות ראשוניות זולות כאשר שני תיקים אלה יאפשרו הרשעה אחת לפי ה-APP.³²

טיעון זה נראה לי קשה להבנה. מלבד חוסר העקיבות בעמדת המחברים, אשר

³⁰ שם, בעמ' 290–291.

³¹ שם, בעמ' 270; את ההגבלה הזאת המחברים מצדיקים גם מטעמים של בעיית העברת המידע ממשפט למשפט, וכן בשל הסיכון הכפול.

³² שם, בעמ' 291.

תיארו התנהגות זו של המשטרה כסוג של מניפולציה שיש למנוע אותה,³³ ומלבד הבעייתיות החמורה שבעידוד המשטרה לחסוך מחד גיסא במשאבים המיועדים למיצוי חקירה בתיקים ספציפיים, ומאידך גיסא לנסות ולהביא להרשעות בלתי ברורות ובלתי ספציפיות, הרי שהנחת היסוד של יחס העלות-תועלת שגויה כשלעצמה. המחברים טוענים כי באופן טיפוסי העלות השולית של איתור ראיה נוספת הולכת וגדלה. למשל, עלות השגת הראיה העשירית גבוהה יותר מעלות השגת הראיה התשיעית וכך הלאה. אני סבור כי הערכתם אינה סבירה. כידוע, ישנן עלויות ראשוניות של פתיחת חקירה. ייתכן שהמשטרה תעדיף שלא לפתוח תיק חדש, משום יוקר הפתיחה של כיוון חקירה חדש אשר אינו נגזר בקשר של פרשיה זמן ומקום מהתיק הנוכחי (לרבות זמן למידת התיק, זמן התכנון שלו וביצוע הפעולות עצמן).³⁴ ייתכן שפתיחת כיוון חקירה חדש תהא יקרה יותר מאיסוף ראיה נוספת בתיק קיים שכבר הושקעה בו השקעה ראשונית, בייחוד כאשר מביאים בחשבון את העובדה שהמחברים מתנים את צירוף התיק החדש בהגעה להסתברות אשמה של 0.5 – כלומר לא יהיה די בהשגת ראיה קלה בנתיב החקירה החדש, אלא נדרשת בו חקירה יסודית.

וידגש, אינני בטוח שיחס העלות-תועלת מנוגד לזה שהמחברים מניחים. כל שאני טוען הוא כי יחס זה אינו ניתן לצפייה משום שהדבר תלוי במהות הראיה. כך, למשל, אפשר לסבור שההשקעה הנדרשת בחקירת עד גדלה (אם כי לא בהכרח באופן ליניארי) ככל שמגיעים לשלבים מתקדמים יותר של החקירה, בשל הצורך לעמת אותו עם ראיות שנאספו. אלא שאין כל ודאות שזה המצב, שכן מנגד לא כל עד דורש עימות עם כל מה שהצטבר בתיק החקירה, ולימוד התיק מיסודו יקל על לימוד הראיות המצטברות בדרך.

מטעמים דומים אינני תמים דעים עם המחברים, הטוענים כי ה-APP צפוי להפחית את עלויות הליטיגציה.³⁵

5. האופי האד הוקי של פתרונות המחברים

מלבד פתרון האד-הוק שהמחברים נוקטים בהגבילם את השימוש ב-APP לאישומים במשפט אחד, שיטתם סובלת מטלאי אד-הוק נוספים. טלאי אד-הוק מעין זה ניתן למצוא בתשובתם לאחת מטענות הנגד שהם בוחנים. המחברים בוחנים את הטענה כי שיטת ה-APP מעוררת חשש לניצול לרעה בידי

³³ שם, בעמ' 292–294.

³⁴ שהרי התיקים צריכים להיות בלתי תלויים (על פי תפיסת חוסר התלות השגויה של המחברים) כדי שניתן יהא להפעיל את ה-APP.

³⁵ המאמר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 297–298.

התביעה, שתביא להרשעת הנאשם על ידי צירוף כמה תיקים בעלי ראיות קלושות. כדי לפתור קושי זה המחברים מציינים בין היתר כי הראיות הנדרשות בכל תיק הן ראיות ספציפיות, והם גם מתנים צירוף של תיקים בכך שהסתברות האשמה בכל תיק ותיק תהיה לפחות 0.5.

ראשית, אציין אגב אורחא שבכל הכבוד אינני מבין מה המניפולציה או הניצול לרעה שיש כאן. לפי גישת המחברים, אין ניצול לרעה אם התביעה מצרפת עברה נוספת לכתב אישום כשיש בידה רק מעט ראיות בעניינה, כדי להבטיח הרשעה בעברה כלשהי. לגישתם, מה שחשוב הוא השאלה אם בוצעה עברה כלשהי. לפיכך, השיקול של התביעה שלא להתאמץ כדי להשיג ראיות נוספות בתיק אחד, מתוך הנחה שהראיות בתיק האחר יסייעו להרשעה לפי שיטת ה-APP, חייב להפוך לשיקול לגיטימי. שאם לא כן, השיטה אינה קוהרנטית. דרך התמודדותם של המחברים עם הטענה וניסיונותיהם למצוא לה פתרון מגלים אפוא שהמחברים עצמם אינם מרגישים בנוח עם גישתם.

אבל הבעיה העיקרית היא שהפתרון של המחברים ל"ניצול לרעה" (ככל שהוא אכן ניצול לרעה אם הולכים באמת ובתמים לפי גישתם) הוא פתרון אד-הוק. לא ברור מדוע הם מתנים את הצירוף בכך שהסתברות האשמה של כל אחת מהעברות היא 0.5 (ולא למשל 0.4, או 0.6).

זאת ועוד, גם דרישתם של המחברים לראיות ספציפיות נראית בעייתית מעט. כפי שראינו, שיטת ה-APP עולה בקנה אחד רק עם גישה המכמתת הסתברויות, כלומר היא מצריכה גישה מתמטית-פסקליאנית. אם כך, מדוע הראיות צריכות להיות אינדיבידואליות?

ה. סיכום

במאמר זה ביקשתי להראות את חוסר קבילותו של עקרון ה-APP. הראיתי כי עקרון ה-APP מחויב לגישה מתמטית-פסקליאנית לרף ההוכחה. הצבעתי על כך שטיפולם של המחברים בבעיית התלות הוא שגוי מבחינה מתמטית, ואילו טיפול ראוי בבעיית התלות ההסתברותית בין האישומים יהפוך את גישת ה-APP לבלתי מעשית. לבסוף הראיתי כי הטענות שהביאו המחברים בזכות ה-APP אינן משכנעות. בין היתר הראיתי כי ספק גדול אם ה-APP יביא לצמצום עלויות האכיפה, או לצמצום הרשעות השווא, וכי ה-APP מעמיד אותנו לפני הבחירה הקשה לפגוע בשוויון או בהרעתה.