

מאמר מערכת

1

עונש המאסר – תכליות, מגמות והלכות
ד"ר יניב ואקי, ד"ר רותי קמיני ופרופ' יורם רבין

מאמרים

41

משקלה הראייתי של כבישת עדות הנאשם
ד"ר דורון מנשה

61

"אחר כך תודה לנו": טיפול כפוי בפרט כשיר, המסרב מדעת
ד"ר מאיה פלד-רז

107

פלורליזם וקהילות מיעוטים תרבותיים: ההתנגשות בין עקרון חובת ההפרדה של הדת מהמדינה ובין עקרון טובת הילד בפרשת קרית יואל נ' גרומט
פרופ' ארנון גוטפלד

141

כשאת אומרת שאמרת: לא! עדות מתלוננות בתיקי "אינוס היכרות" – אמרה שאינה ניתנת להפרכה
עו"ד אריאל סלטו

199

"השב תשיב לו אשם": על תשלומי השבה בדיני חוזים
עו"ד לאון אנדג'ר

ביקורת ספרים

247

מודל ביזורי של קביעת עובדות – הצעה לגישה חדשה בעקבות עיון בספר "הלוגיקה של קבילות ראיות" מאת דורון מנשה
ד"ר שי אוצרי





Editorial

1

The Imprisonment in Israeli Criminal Code

Dr. Yaniv Vaki, Dr. Ruthie Kamini & Prof. Yoram Rabin

Articles

41

The Probative Value of a Belated Defense Testimony

Dr. Doron Menashe

61

“You’ll Thank Us Later”:

Compulsory Treatment Notwithstanding the Patient’s Informed Refusal

Dr. Maya Peled-Raz

107

Pluralism and Communities of Cultural Minorities: the Clash Between the Separation of Church and State Principle and the Wail Fire of a Child Principle in Kiryat Joel v. Grumet Case

Prof. Arnon Gutfeld

141

When You Say That You Said: No! Complainant’s Testimony in Date Rape Cases: An Irrefutable Statement

Adv. Ariel Salto

199

The Fault Principle and Gain Based Damages in Contract Law

Adv. Leon Yehuda Anidjar

Book Review

247

Decentralized Model of Fact Finding: a New Suggestion Following Reading “The Logic of Admissibility of Evidence” By Doron Menashe

Dr. Shai Otzari



מודל ביזורי של קביעת עובדות הצעה לגישה חדשה בעקבות עיון בספר "הלוגיקה של קבילות ראיות" מאת דורון מנשה

שי אוצרי*

1. מבוא
2. "הלוגיקה של קבילות ראיות"
3. תיאוריה ביזורית של קביעת עובדות
4. א. קוד היושרה כמכונן את האמת הסובייקטיבית שעל פיה יוכרע ההליך
ב. קווי המתאר למודל ביזורי של קביעת עובדות
4. יתרון המודל הביזורי בהבנת הדוקטרינות הקיימות
- א. עדות סברה
- ב. עדים מומחים
- ג. עדות מפי השמועה וכלל הראיה הטובה
- ד. ההבחנה בין עדות ישירה לבין נסיבתית
5. סיכום

1. מבוא

מקובל לראות באידיאל חשיפת האמת את האידיאל שביסוד הליך קביעת העובדות המשפטיות.¹ על פי אידיאל זה, בית המשפט חותר לדעת את האמת ולקבוע קביעות

* תלמיד מחקר לדוקטורט, שלב ב', הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.
1 ראו למשל: ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 505, 516 (1981). שם ציין השופט (כתוארו אז) אהרן ברק כי "ההליך הפלילי הוא מסגרת דינים, הבאים להגשים את המשפט הפלילי, דהיינו, לקבוע חפות או אשמה. לשם כך, על ההליך הפלילי לחשוף את האמת, וזו מטרתו העיקרית" (ההדגשות שלי – ש.א.). ראו גם: בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע, סא(3) 93, 182–183 (2006); אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11 (1996). בהליך הפלילי ישנו מתח בין אידיאל חשיפת האמת לבין אידיאל ההגנה על חפים מפשע. על המתח בין שני האידיאלים, ראו: דורון מנשה "אידיאל חשיפת האמת ועקרונ ההגנה מפני הרשעת שווא" קרית המשפט א 307 (2001).

עובדתיות התואמות את האמת.²

חשוב לשים לב שהנחת המוצא של תפיסה זו היא כמוכן ששאלת ההוכחה נבחנת מבעד לעיניו של בית המשפט. לפיכך כדי שיוורם נטל ההוכחה, בית המשפט עצמו צריך להשתכנע באמיתות העובדות הטעונות הוכחה לפי מידת ההוכחה הרלוונטית (בין שזו מידת הוכחה מעבר לספק סביר ובין שזו מידת ההוכחה האזרחית של מאזן הסתברויות).

עם זאת, התפיסה הריכוזית הזאת הנותנת מעמד מיוחס לבית המשפט, שאמור לדעת את האמת ולהשתכנע באמיתות העובדות, אינה מובנת מאליה. אמנם יש הטוענים כי יש לבית המשפט מומחיות בכירור עובדות, אך ספק אם טענה זו נכונה,³ ובהיעדר מומחיות קשה להצדיק את המעמד המיוחס הניתן לבית המשפט.

אדרבה, לא אחת ימצאו בעלי עמדה עדיפה מבית המשפט בקביעת העובדות. כך, למשל, עמדתם של עדים עדיפה מעמדת בית המשפט בכירור העובדות של אירוע השנוי במחלוקת, בייחוד אם מדובר בעדים מומחים.⁴ לבית המשפט אין ידע של ממש שיאפשר לו להכריע בין חוות דעת סותרות של מומחים ולקבוע את העובדות לאמיתן. חרף האמור, הרטוריקה המקובלת בפסיקה היא שבית המשפט הוא הפוסק האחרון גם בעניינים שבמומחיות עדים.⁵

זאת ועוד, גם בחינה היסטורית והשוואתית מצביעה על כך שהתפיסה הריכוזית, המדגישה את גילוי האמת על ידי בית המשפט, אינה מובנת מאליה. כך למשל, יש המפרשים את דיני העדות במשפט העברי ואת כללי פסלותם של עדים מתוך תפיסה הרואה בעדים מעין בית דין לקביעת עובדות.⁶ תפיסה זו רואה אפוא בתהליך קביעת העובדות תהליך ביזורי – תהליך שבו קביעות עובדתיות אינן נעשות רק על ידי בית

² אמנם גם לפי גישה זו יכולים להיות עקרונות ואידיאלים אחרים המגבילים את החתירה לחשיפת האמת, אך אלה נתפסים כחיזוניים לשיקולים הכרתיים. כך, למשל, ראיות שהושגו שלא כדין עלולות להיפסל משיקולים של שמירה על טוהר ההליך השיפוטי. ראו למשל: ע"פ 5121/98 טור' יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461, 547 (2006) (להלן: "פרשת יששכרוב"). אולם פסילה זו אינה נובעת משיקולים פנימיים הנובעים מהאידיאל הכרתי של בית המשפט, אלא הם חיזוניים לו. לפי תפישה זו, חשיפת האמת היא אפוא האידיאל האפיסטמי העיקרי של בית המשפט.

³ ראו: דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83 (1996).

⁴ לעניין האתגר שראיות מדעיות ועדים מומחים מציבים לרעיון שבית המשפט אמור להשתכנע בעצמו בקביעת העובדות השוו: Mirjan Damaska, *Free Proof and its Detractors*, 43 AM. J. COMP. L. 343, 352-357 (1995).

⁵ ראו למשל: ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215, 237 (2004); ע"א 2541/02 לנגר נ' יחזקאל, פ"ד נח(2) 583, 588 (2004); ע"א 16/68 רמת-סיב בע"מ נ' עקום, פ"ד כב(2) 164, 166-167 (1968).

⁶ חיים שלמה חפץ "מקומה של עדות במשפט העברי" דיני ישראל ט 51, 83 (תשמ"א).

הדין לבדו אלא גם על ידי העדים, וקביעות עובדתיות אלה נשזרות יחדיו לכלל הכרעה אחת. גישה זו הולמת גם את השלב הראשוני של התפתחות מוסד המושבעים שבו המושבעים היו בדרך כלל אנשים שהייתה להם ידיעה על עובדות המקרה עוד בטרם נפתח ההליך השיפוטי.⁷

ברשימה זו אטען כי יש לבחון מחדש את התפיסה הריכוזית, שכן ספק אם תפיסה זו משקפת נכונה דוקטרינות של דיני הראיות. דוקטרינות אלה ניתנות להבנה טובה יותר דווקא לאור מודל ביזורי של קביעת עובדות. על פי המודל הביזורי שאציע, לעתים (גם אם לא תמיד) בית המשפט מסתפק בסמיכת ידו על האמת הסובייקטיבית של אחר (כגון עד). במקרים אלה בית המשפט מסתפק בכך שהשתכנע בישרתו ובכשירותו של האחר, ובית המשפט סומך ידו עליו. לצורך המשך הרשימה אכנה אותם "סוכני קביעת עובדות". ודוק, ההסתמכות על האמת הסובייקטיבית של פלוני אינה נעשית על בסיס קריטריונים שיבטיחו את התאמתה לאמת האובייקטיבית כפי שהיא מצטיירת בעיני בית המשפט (שכן לשם הכרעה בכך ייתכן שבית המשפט אינו טוב מאזרח מן השורה) אלא מתוך פנייה לעקרונות חיצוניים, שאינם חלק מהחתימה לאמת אובייקטיבית, כגון יושרה.

המודל הביזורי שאציע נבנה מתוך קריאה בספרו של דורון מנשה "הלוגיקה של קבילות ראיות" ומתוך פרשנותו,⁸ ובמובן זה הרשימה היא טקסט טפילי הנסמך על הספר ונבנה מתוכו. עם זאת, חשוב להדגיש שהתיאוריה המוצעת אינה עולה מהספר בפשטות, אלא היא אך פירוש מעניין, ואולי אף מתבקש, של התזה המרכזית בספר ושל השלכותיה. רשימה זו היא אפוא מעין יצור כלאיים: בין הערת ספרות במלוא מובן המילה לבין מאמר עצמאי.

סדר הצגת הדברים ברשימה יהיה כדלקמן: בפרק ב אציג את עיקרי התזה שבספר "הלוגיקה של קבילות ראיות". בפרק ג אטען שפירוש מעניין של התזה העיקרית שבספר רואה בה דחייה של התפיסה הריכוזית ואימוצו של מודל ביזורי לקביעת עובדות, ואברר כמה ממאפייניו של המודל הביזורי. בפרק ד אביא כמה מן הדוגמאות לדוקטרינות המובאות בספר ואראה כיצד המודל הביזורי מאפשר הבנה עדיפה שלהן.

2. "הלוגיקה של קבילות ראיות"

אפתח אפוא בהצגת התזה העיקרית של ד"ר דורון מנשה. מנשה מציע בספרו ניתוח של הכללים שביסוד קבילות ראיות במשפט וכבילת שיקול הדעת של בית המשפט בקביעת עובדות.

⁷ ראו: Daniel Klerman, *Was the Jury Ever Self-Informing?*, 77 S. CAL. L. REV. 123 (2003).

⁸ דורון מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות (2008).

לדעת מנשה, אין להבין את דיני הראיות כמכוונים לחתור חתירה בלתי מסויגת לחשיפת האמת האובייקטיבית. תחת זאת הוא מציע להבין את דיני הראיות ככללים המדגישים את האמת הסובייקטיבית, וכמכוונים להבטיח את הוקרת האמת ושימור היושרה של בית המשפט ואף של העדים ובעלי הדין הבאים בשערי בית המשפט.⁹ היושרה, לפי השקפתו של מנשה, היא מושג המבטא דרישה לגלות כבוד לאמת, ומשמעותו להימנע מפני שיבוש מכוון, שקר בזדון (להבדיל למשל מטעות תם), זיוף או מניפולציה,¹⁰ אך גם להימנע מחצאי אמיתות¹¹ ומחוסר יושר אינטלקטואלי.¹² המחויבות שביסוד קביעת העובדות השיפוטיות היא אפוא מחויבות להגן על ההליך מפני שיבוש מכוון, מפני השקר בזדון (תחילה בהרתעת שקרנים ובהמשך בחשיפת שקרים, וזאת להבדיל מהעד הטועה בתום לב),¹³ מפני מניפולציה עובדתית, ספקולציות פרועות ואמצעים משבשי הכרה כיוצא באלה.

בתביעה זו ליושרה, כשלעצמה, טמון לדעת מנשה הערך האינטרינזי המנחה את ההליך. התביעה ליושרה אינה אינסטרומנטלית לגילוי האמת או בגדר תכלית מסדר שני הכפופה למטרה גבוהה יותר. מנשה מטעים שהדרישה ליושרה והדגש הניתן ל"אמת הסובייקטיבית" לא נועדו אך לתרום באופן אינסטרומנטלי לגילוי ה"אמת האובייקטיבית".¹⁴ אדרבה, מנשה מדגיש שהמשאבים הקוגניטיביים, כמו גם האסטרטגיות הפרוצדוראליות של השיטה, מוטים לטובת חשיפתה של ה"אמת הסובייקטיבית", באופן שלעתים מזניח את חקר "האמת האובייקטיבית" ולעתים אף נעשה על גבה.¹⁵

מנשה מצביע על כך שאידיאל חלופי זה, השם בראש מעייניו את האמת הסובייקטיבית, הוא אחת האסטרטגיות שהמשפט נוקט בהתמודדותו עם הספקנות.¹⁶ הספקנות נוגעת לחשש שהמשפט אינו יכול לספק עובדות אפיסטמיות לכך שהאמת שבית המשפט חושף אכן תואמת את המציאות הריאלית. אמנם ספקנות רדיקלית, הכופרת בכל היתכנות של ידיעה אנושית על אודות המציאות, אינה מאיימת איום של ממש על המשפט, שכן היא מציבה סטנדרט שהוא מעבר לכוחות אנוש,¹⁷ אך ספקנות מצומצמת יותר, הכופרת ביתרונו של בית המשפט לעומת אדם מן השורה בחשיפת האמת, עדיין יש בה משום אתגר. האידיאל החלופי שמנשה מזהה מיועד

9 שם, בעמ' 29–30.

10 שם, בעמ' 2.

11 שם, בעמ' 4.

12 שם, בעמ' 26.

13 מנשה מזהה מתן עדיפות ברורה להרתעה מפני עצם כניסתן של עדויות שקר או ראיות שנועדו לקדם מטרה זרה, לעומת חשיפת השקר שבהן. לעניין זה ראו בין השאר את הניתוח המוצע לס' 1(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971 (להלן: **פקודת הראיות**); שם, בעמ' 108.

14 שם, בעמ' 47–49.

15 שם, בעמ' 117–118.

16 שם, בעמ' 34–35.

17 שם, בעמ' 34.

להתמודד עם ספקנות זו. אידיאל זה אמנם אינו מצביע על יתרונו של בית המשפט בקביעת האמת האובייקטיבית, אך הוא מצדיק את העדפת קביעותיו העובדתיות של ההליך השיפוטי על בסיס שיקולים של יושרה.

מנשה מבסס את טענתו על ידי ניתוח כמה מכללי הקבילות לאור האידיאל ה"רשמי" כביכול של חשיפת האמת ומצביע על חוסר התאמתם לאידיאל זה. לצורך כך הוא מנתח את דיני הרלוונטיות,¹⁸ וכן מנתח כללי פסילה אחדים כגון פסילת ראיות בשל אי-חוקיות בדרך השגתם,¹⁹ כלל הראיה הטובה ביותר,²⁰ הכלל הפוסל עדות סברה,²¹ והחריג של עדים מומחים,²² הכלל הפוסל עדות שמיעה²³ והכלל הפוסל ראיה על אודות נטייה עבריינית.²⁴

מנשה מקפיד לציין שאין לחיבורו יומרות נורמטיביות, אלא כוונה להציג את הפירוש הטוב והרציונאלי ביותר שניתן לתת לרטוריקה, לפרקטיקה, לכללים ולעקרונות הקיימים.²⁵ מנשה מתאר את מתודת הניתוח שנקט כדומה לשיווי משקל רפלקטיבי (Reflective Equilibrium)²⁶ המשתמש במודלים תיאורטיים כדי להסביר ולהבהיר טוב יותר את עקרונות הדין הנוהג ולמצוא בהם לכידות ועם זאת לנסח ולבקר את אותם הכללים והאינטואיציות הסוטים סטייה ניכרת מן התמונה הלכידה.²⁷

3. תאוריה ביזורית של קביעת עובדות

א. קוד היושרה כמכונן את האמת הסובייקטיבית שעל פיה יוכרע ההליך

כפי שראינו, מנשה מבין את מהלך הספר כניתוח של מושג "האמת" כפי שהוא משמש בשיח הראייתי-משפטי.²⁸ יושרה אצל מנשה אינה אפוא מושג היצוני, בלתי אפיסטמי, אלא חלק מהותי מתוכנו של מושג ה"אמת" של המשפט.²⁹

הפירוש המחודש שאני מציע לתזת הספר נבנה מתוך שתי קושיות שאפשר להעלות בנוגע לתזה שהספר מציג. הקושיה הראשונה עניינה כריכת היושרה

18 שם, בעמ' 89-129.

19 שם, בעמ' 139-156.

20 שם, בעמ' 156-173.

21 שם, בעמ' 173-178.

22 שם, בעמ' 178-198.

23 שם, בעמ' 199-232.

24 שם, בעמ' 232-256.

25 שם, בעמ' 15-16.

26 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 49 (1971).

27 מנשה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 15.

28 שם, בעמ' 2. כמו כן השוו: עמ' 87-88.

29 שם, בעמ' 139.

באידיאל האמת השיפוטי. לכאורה, כך יטען המקשה, קל להבין את רעיון היושרה כמעין מגבלה המוטלת על חשיפת האמת במסגרת המשפט. רעיונות אלה אינם זרים אף לרטוריקה המפורשת של בתי המשפט.³⁰ לעומת זאת, ראייתה של היושרה כחלק מהגדרת התכלית האפיסטמית של קביעת העובדות במשפט נראית במבט ראשון כצעד שקשה לקבלו. היושרה, כך ימשיך המקשה, עוסקת בקובע העובדות או בתכונה של ההליך, ואילו האמת (ולעניין זה גם אמת סובייקטיבית) עניינה לכאורה הוא שיפוטן של טענות עובדתיות (כלומר קביעת אמיתותן או אי-אמיתותן). כיצד אפוא ניתן לשלב את היושרה במושג האפיסטמי של "אמת"?

על קושיה זאת יש להוסיף קושיה נוספת. קל להבין מדוע נדרשת יושרה מבית המשפט, קשה לעומת זאת להבין מדוע דרישת היושרה מחייבת את בחינתם של העדים ובעלי הדין לאור סטנדרטים של יושרה. במילים אחרות, מדוע דרישת היושרה מחייבת את בית המשפט למנוע את כניסתם של עדי שקר או לחסום ניסיונות כזב ומניפולציה במקום לנסות לחלץ מהם את האמת האובייקטיבית כאשר הדבר אפשרי? באיזה מובן, יתהה המקשה, נפגעים כיבוד האמת ויושרתו של בית המשפט כאשר הוא מנסה לדלות את חלקי האמת האובייקטיבית הכלואים בתוך דברי שקר או מניפולציה?

אם כן כיצד יש להבין את התזה של הספר באופן שיישב קושיות אלה? אני אטען שאכיפת דרישת היושרה על העדים ובעלי הדין, וראיית היושרה כחלק בלתי נפרד מהתכלית האפיסטמית של ההליך, מצביעים בבירור על פרשנות אפשרית ומעניינת לתזת הספר. על פי פרשנות זו, הספר חותר תחת המודל הריכוזי של הליך קביעת העובדות. אסביר דבריי.

כאמור, לתפיסה המקובלת, המניחה שההליך המשפטי חותר לגילוי האמת האובייקטיבית ושבת המשפט הוא שאמור לדעת את האמת בסוף התהליך, קשה להתמודד עם טענות המפקפקות בעדיפות קביעותיו העובדתיות של בית המשפט. אחת הדרכים להתמודד עם טענות ספקניות אלה היא להפנות את המבט לאמת **הסובייקטיבית**. על פי תפיסה חלופית זו, ההצדקה להעדפת האמת הסובייקטיבית של פלוני על פני האמת של אלמוני היא יושרתו של פלוני.

על בסיס זה אפשר לפתור את שתי הקושיות כך: בהנחה שהיושרה של פלוני היא המצדיקה את העדפת האמת הסובייקטיבית שלו, אז קריטריון זה עשוי להפנות גם לאמת הסובייקטיבית של עדים או בעלי הדין. כלומר האמת הסובייקטיבית שעל פיה יש להכריע את הדין היא לא תמיד האמת הסובייקטיבית של בית המשפט. על רקע זה מובן גם מדוע היושרה היא חלק אינטגרלי בהגדרת התכלית האפיסטמית של ההליך השיפוטי. היא קובעת את מי שהאמת הסובייקטיבית שלו היא המבוקשת. אין

³⁰ כך למשל בפרשת **יששכרוב**, לעיל ה"ש 2. ראו למשל: מנשה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 87-88. שם ניתן להיווכח לאופן שבו מנשה מברל עצמו מגישות אלה.

מדובר עוד במגבלה חיצונית המוטלת על הליך קביעת העובדות, אלא היא מגדירה את **מטרתו** של הליך קביעת העובדות.

ב. קווי המתאר למודל ביזורי של קביעת עובדות

כפי שראינו, הפירוש שאני מציע לתזה של מנשה חותר תחת התפיסה הריכוזית של תהליך קביעת העובדות. בטרם נעבור לבחינת יתרונותיו של המודל הביזורי המוצע בהבנת דיני הראיות, נברר כמה ממאפייניו.

על פי התפיסה המוצעת, יש להליך קביעת העובדות פוטנציאל ביזורי. אמנם ישנם לא מעט מקרים שבהם אכן בית המשפט הוא שמכריע בשאלות עובדתיות על בסיס השתכנעותו הפנימית. כך למשל, כאשר בית המשפט נדרש להכריע על פי ראיות נסיבתיות. אך לא תמיד זה המצב. לעתים בית המשפט מסתפק בסמיכת ידו על אחרים כגון עדים. במצבים אלה בית המשפט מסתפק בכך שהשתכנע כי אותם סוכני קביעת עובדות, כפי שכיניתי אותם, עומדים בסטנדרטים של יושרה ומחויבות לאמת. ודוק, הבחירה להסתמך על אחרים אין פירושה שבית המשפט סמוך ובטוח כי היושרה מבטיחה עדות המשקפת אמת אובייקטיבית, שכן עדיין תיתכן טעות בתום לב. לאפשרות השגיאה בתום לב בית המשפט מקצה משאבים מועטים, כפי שמנשה מראה בספרו. ההצדקה להקצאת המשאבים המועטה לבחינת אפשרות זו היא שלבית המשפט בדרך כלל אין עדיפות של ממש בהסקת העובדות לעומת אחרים. אדרבה, לעתים בית המשפט אף נתון בעמדת נחיתות של ממש (למשל, אל מול עדים מומחים או עדים ישירים לאירוע).

חשוב להבין שלא אחת שני אופני הפעולה של בית המשפט – הסקת מסקנות עצמאית מחד גיסא וסמיכת ידו על סוכני קביעת עובדות מאידך גיסא – שלובים זה בזה. כך, למשל, בית המשפט יכול לסמוך ידו על עדים כסוכני קביעת עובדות בחלק מהשאלות העובדתיות, ובשאלות אחרות – להסיק מסקנות באופן עצמאי. דרך שילוב אחרת של שני האופנים היא הסקת מסקנות עצמאיות מתוך קביעות עובדתיות שבהן סמך בית המשפט ידו על סוכני קביעת עובדות.

לבסוף, חשוב לשים לב שאין בכל האמור כדי לשלול מקרים שבהם בית המשפט אכן מסיק מסקנות על ידי דליית חלקי אמת מדברי עדים לא מהימנים וכיוצא באלה. עם זאת, כאשר בית המשפט פועל בדרך זאת, הוא משנה את אופן פעולתו מדרך בחינת העדים הרגילה, ורואה בהם חומר להסקת מסקנות לפי דרך הפעולה הראשונה.

4. יתרון המודל הביזורי בהבנת הדוקטרינות הקיימות

כאמור, מנשה בוחן בספרו מגוון רחב של דוקטרינות וכללים מתחום דיני הראיות לאור המודל שהציע. בשורות הבאות לא אדון בכל הדוקטרינות שבחן, אלא אתמקד

בהדגשת הדוקטרינות שההיבט הביזורי שבפירוש המוצע לתזת היושרה של מנשה עולה בהן, ואצביע על היתרונות התיאורטיים של המודל המוצע לעומת הסברים קיימים לדיני הראיות. כמו כן אציין הבחנה נוספת – ההבחנה בין ראיות ישירות לראיות נסיבתיות – שאמנם לא נדונה בספרו של מנשה, אך גם להבנתה מסייע המודל הביזורי.

א. עדות סברה

כלל הפסילה הראשון שאדון בו הוא הכלל הפוסל עדות סברה.³¹ לכאורה, כלל זה יכול לשמש טיעון חזק נגד המודל הביזורי של קביעת עובדות כתיאוריה דסקריפטיבית. עם זאת, עיון מדוקדק באופן הפעלתו של הכלל מספק דווקא תמיכה במודל הביזורי.

כידוע, הכלל האוסר עדות סברה פוסל עדות בדבר מסקנות. לכאורה כלל זה מייחד אפוא את תפקיד הסקת המסקנות לבית המשפט ושומט את הקרקע תחת הטענה שקביעת עובדות והסקת המסקנות נעשית על ידי מי שאינו בית המשפט. דא עקא, שעיון מדוקדק בכלל זה מגלה כי הוא אינו ניתן להבנה כפשוטו. מנשה, בעקבות Zuckerman,³² מצביע על כך שהבחנה בין עובדות גולמיות לבין הערכות ועובדות התלויות בתיאוריה (Theory Laden) אינה בת ביצוע בטוהרתה. כך, למשל, אפילו האמירה של עד כי זיהה את X, המוכר לעד, עושה מעשה Y אינה דיווח גרידא על מה שראה העד,³³ אלא דיווח על מסקנה (שמדובר ב-X ושהוא עשה Y) שהסיק העד על סמך הנתונים החושיים שלו. הכלל בדבר עדות סברה אינו מוחל אפוא כפשוטו אלא ב"גמישות רבה" בלשונו של Zuckerman.³⁴

אם כן, מה השיקולים המביאים בפועל לידי שימוש בכלל? מנשה מצביע על כמה שיקולים. עם זאת, השיקול הדומיננטי ביותר לדעתו הוא מידת הביסוס של המסקנות.³⁵ בית המשפט, לפי עקרון היושרה והוקרת האמת, דוחה אמירות ספקולטיביות, הערכות פרועות ועדויות מחוסרות אחריות המטילות צל כבד על תום

³¹ ראו למשל: מ"ח 2593/08 כהן נ' מדינת ישראל, פס' 8 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בפדאור, 2.10.2008); מ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334, 360 (1997); ע"א 323/85 מדינת ישראל נ' מזרחי, פ"ד לט(4) 185, 191 (1985).

³² A.A.S. ZUCKERMAN, THE PRINCIPLES OF CRIMINAL EVIDENCE 59 (1989)

³³ יצוין שאף הפסיקה הישראלית מודעת לכך שביסודו, כל זיהוי הוא עדות סברה, וראו למשל: ע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 729, 741-742 (1978); ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 353, 393 (1993); ע"פ 2331/08 קסטרו נ' מדינת ישראל, פס' 13 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בפדאור, 20.4.2009).

³⁴ ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 32, בעמ' 59.

³⁵ מנשה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 117-118.

הלב של העד. באופן עקרוני יותר אוסיף שעדויות אלה מטילות ספק במחויבותו של העד לאמת ובהוקרתו אותה כפי שדורש עקרון היושרה. עינינו רואות אפוא שיישומו של הכלל הפוסל עדות סברה מספק ביסוס לטענה כי למצער חלק מקביעת העובדות נעשה על ידי מי שאינו בית המשפט. באמצע מסקנות אלה, בית המשפט לא בהכרח מתבסס על שיקולים של אמת אובייקטיבית, אלא על שיקולים של יושרה.

ב. עדים מומחים

לדברים האמורים לעיל בעניין עדות הסברה משנה תוקף בניתוח החריג לכלל האוסר אותה: החריג המאפשר קבלת עדות מומחה. כפי שמנשה טוען, הדרישה מבית המשפט להעריך חוות דעת מקצועיות או ראיות מדעיות טומנת בחובה פרדוקס, שכן השופט אינו בקיא בעניינים אלה. מנשה שואל אפוא כיצד ועל יסוד אילו קריטריונים אפשר לצפות שידע להכריע בין דעות נבדלות של מומחים.³⁶

מובן שבעניין זה דחיית עדות אחת מפני אחרת אינה יכולה להיעשות על בסיס התאמתן לאמת האובייקטיבית, שכן אין לבית המשפט כלים להסקת מסקנות בעניין המציאות בכוחות עצמו.

הפתרון לפרדוקס זה הוא כאמור בכך שבית המשפט מכריע בדרך האלימינציה, כלומר מכריע מתוך הסתמכות על כל מה שלא התגלה או נחשף בשקריותו או בחוסר עמידתו במבחנים של יושר אינטלקטואלי.³⁷

הנה כי כן, גם בעניין עדויות מומחים אפשר לראות דוגמה למקרים שבהם חלק מקביעת העובדות נעשית על ידי אחרים, ולא על ידי בית המשפט בעצמו, שתפקידו מתמצה בהבטחת היושרה של אותם סוכני קביעת עובדות.

יצוין שמנשה מוסיף וטוען בעניין זה כי עצם הבחירה להכריע בעניינים שבמומחיות לפי שיטה אדוורסרית מצביעה על מחויבות לאידיאל היושרה. לו התכלית המרכזית הייתה חתירה לאמת, מנשה מדגיש, היה על השיטה האנגלו-אמריקנית לבחור בדרך דיונית של מינוי מומחה אובייקטיבי מטעם בית המשפט.³⁸

לטענתו של מנשה, השיטה האדוורסרית מועדפת בשל יעילותה בחשיפת שקרים, מניפולציות קוגניטיביות ורטוריות. לדבריו, ייתכן שהיא יעילה אף יותר ממינוי מומחה על ידי בית המשפט, שכן מומחה מטעמו מוחזק מראש כמהימן ואובייקטיבי בעיניו, ובשל כך יתקשה בית המשפט (בייחוד לאור יתרון הידע של המומחה) לאתר

36 שם, בעמ' 183.

37 שם.

38 שם, בעמ' 181.

את המקרים שבהם בכל זאת יש למומחה אינטרס אישי במשפט ובתוצאותיו.³⁹

ג. עדות מפי השמועה וכלל הראיה הטובה

כפי שעולה מהאמור, ישנם מקרים שבהם בית המשפט סומך ידו על קביעותיהם העובדתיות של אחרים, ומסתפק בבחינת תום לבם, יושרתם ומחויבותם לאמת. לאור מחויבות זאת לבדיקת תום לבם של עדים, אפשר להסביר על ידי כמה כללי קבילות. כך למשל, ההתמקדות ביושרת העדים יכולה להסביר את הכלל הפוסל עדות מפי השמועה ואת חריגיו. מנשה מבהיר שהכלל מכוון בעיקרו להישמרות מפני השקר ובידוי הראיות, אך גם מפני קלות דעת בדיווח או דיווח שהוא פזיז, רכילותי או שעורריתי.⁴⁰ כל אלה מבטאים חוסר יושרה וחוסר מחויבות לאמת ויש להבדילם מטעות בתום לב. לצורך בירור היושרה של כל אחת מהחוליות במסירת העדות מפי השמועה נדרשת חקירה נגדית, ובהיעדרה העדות נפסלת כעדות מפי השמועה. ניתוח זה מביא גם להבהרת החריגים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה ומנשה מחלק אותם לשתי קטגוריות.⁴¹ הראשונה כוללת אמרות חוץ שקבלתן מתאפשרת הודות לקיומו של תחליף פונקציונאלי לחקירה נגדית טיפוסית (במובן של הרתעת שקרנים וחשיפת שקרים). קטגוריה זו כוללת, בין השאר, הודאת חוץ של נאשם,⁴² הודאת בעל דין במשפט אזרחי, אמרה שגבה חוקר ילדים,⁴³ וכן אמרת חוץ בכתב כשנותנה מופיע כעד במשפט, אך מוסר גרסה שונה באופן מהותי מן הגרסה שמסר מחוץ לכותלי בית המשפט.⁴⁴ החקירה הנגדית (או תחליפה) מחוץ לבית המשפט מקיימים את הסגולה של חשיפת שקרים ומזימות. הקטגוריה השנייה כוללת אמרות חוץ אשר נסיבות מסירתן מביטחות מידת כנות רבה של מוסרי האמרות, הגם שלא נשלל החשש לאי-מהימנות אובייקטיבית.⁴⁵ התמקדות זו בהיבט הכנות מדגישה שוב את עיקרו של הכלל והוא החשש מפני השקר ולא החשש מפני הטעות. ההתמקדות ביושרה יכולה להסביר גם את כלל הראיה הטובה ביותר. כפי שמנשה מציין, כלל הראיה הטובה ביותר נוגע אך לשאלת קבילותם של מסמכים לצורך

39 שם, בעמ' 183.

40 שם, בעמ' 215–216.

41 שם, בעמ' 222–224.

42 ס' 11–12 לפקודת הראיות.

43 חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו–1955.

44 ס' 10א(א) לפקודת הראיות.

45 מנשה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 222, 226–228. בקטגוריה זו נכללות אמרות ספונטניות למיניהן: אמרה בתגובה על התרחשות אירוע מרגש, אמרת גוסס, אמרת קרבן עברה מינית ואמרת קרבן אלימות שנאמרו סמוך למעשה האלימות (ס' 10 לפקודת הראיות), אמרת עד בעת ביצוע העברה (ס' 9 לפקודת הראיות), אמרות המבטאות הלך נפש ורגשות וכיוצא באלה.

הוכחת תוכנם. הגבלת הדרישה להציג את הראיה הטובה ביותר רק למסמכים (כלומר הדרישה להציג את המסמך המקורי), מעלה תהייה. אם מטרתו של הכלל היא למנוע טעויות, אזי כפי שמנשה מציין בצדק אין כל סיבה להגביל את הכלל למסמכים בלבד. הטעם לכלל ולחריגיו בצורתם הנוכחית הוא, לדעת מנשה, החשש מפני זיוף ובידור ראיות דווקא ולא מטעות גרידא.⁴⁶

ד. ההבחנה בין עדות ישירה לבין עדות נסיבתית

אחתום מאמר זה, המציג את יתרונותיה של התיאוריה הביזורית בהסברת הדוקטרינות הקיימות, בציון הבחנה שמנשה אינו דן בה. כוונתי להבחנה בין עדות ישירה לבין ראיה נסיבתית.

דיני הראיות מבחינים בין ראיות ישירות לנסיבתיות.⁴⁷ עם זאת ההבחנה בין ראיות נסיבתיות לראיות ישירות היא הבחנה בעייתית. ראשית, גם ההסקה מראיות ישירות נסמכת על הכללה סטטיסטית. כך, למשל, העובדה שעד מעיד כי ראה את X עושה Y, אינה מקנה לנו גישה ישירה לאירוע. המסקנה כי X אכן עשה Y מתבססת על ההכללה שעדויות הן נכונות בדרך כלל בהיעדר נסיבות המערערות את אמיתותן. שנית, אם מנטרלים מתוך עדויות ישירות כל רכיב של הסקת מסקנות מתברר שמדובר בראיות נסיבתיות גרידא. כך, למשל, אם היינו מבקשים מעד שמעיד כי זיהה את X עושה Y לפרט את העובדות הגולמיות שהביאו אותו לידי מסקנה זו (ובהנחה שפירוט נטול מסקנות לחלוטין היה אפשרי) אזי כל שהיה בידניו הוא ראיות נסיבתיות לכך שאכן מדובר ב-X (למשל, העד יעיד על צבע שעריו, עיניו, מבנה פניו וכו') ושהוא אכן עשה Y.

מהו אפוא ההסבר להבחנה בין שני סוגי הראיות? לדעתי, מודל ביזורי מסביר היטב את ההבחנה, ומסביר גם את דרך הטיפול הנבדלת בשני סוגי הראיות. ראיות נסיבתיות הן חומר בידי בית המשפט כדי להגיע למסקנות **עצמאיות** כאשר לעובדות הטעונות הוכחה, ואילו עדויות ישירות הן מקרים שבהם בית המשפט מסתפק בבחינת תום לבם וישרתם של אחרים בטרם יסמוך על מסקנותיהם.

ההבחנה בין ראיות נסיבתיות לראיות ישירות חופפת אפוא בעיקרה את ההבחנה שהצבענו עליה בין שני אופני הפעולה של בית המשפט: הסקת מסקנות עצמאית והסתמכות על קביעותיהם של סוכני קביעת עובדות. באופן הפעולה הראשון בית

⁴⁶ שם, 156–173.

⁴⁷ לפחות מבחינה רטורית בתי המשפט מעדיפים ראיות ישירות, ואילו הכרעה על בסיס ראיות נסיבתיות נתפסת כהכרח בל יגונה. ראו למשל: ר"ע 423/83 **מדינת ישראל נ' עיזבון המנוחה סילוורמן**, פ"ד לז(4) 281, 294 (1983). שם נכתב: "בית המשפט, המברר את העובדות, נאלץ לא פעם להיזקק לאמצעים משניים, ודי אם אזכיר כאן דוגמה, הנטולה ממישור אחר של דיני הראיות, והיא ביסוסה של ההרשעה על ראיות נסיבתיות".

המשפט חותר להשתכנע באשר לעובדות המקרה, ואילו באופן הפעולה השני בית המשפט מסתפק בכך שישתכנע בדבר תום הלב, היושרה והמחויבות לאמת של אותם סוכני קביעת עובדות.

על רקע זה גם אפשר להבין את הטיפול הנבדל בשני סוגי הראיות. כידוע, בבחינת ראיות נסיבתיות בית המשפט נוקט מתודת אלימינציה של אפשרויות מזכות.⁴⁸ קל להיווכח שמודל זה אינו משקף את דרך פעולתו של בית המשפט בבחון עדויות ישירות. השוני המהותי בדרך הטיפול בשני סוגי הראיות מובהר כאשר מניחים שמטרת בדיקתו של בית המשפט כאשר מובאות לפניו עדויות ישירות היא בדרך כלל אחרת. מטרתו היא לעמוד על תום לבו של העד ועל דיווחו על "האמת הסובייקטיבית" שלו (לעומת השוליות היחסית של האפשרות לטעויות בתום לב).

5. סיכום

ברשימה זו ביקשתי לעמוד על פירוש מעניין לתזה המוצגת בספר "הלוגיקה של קבילות ראיות". מנשה מציע בספרו לפרש את דיני הראיות לאו דווקא לאור אידיאל חשיפת האמת אלא לאורו של אידיאל "רך" יותר המתמקד במושג "האמת הסובייקטיבית" וביושרה.

על פי האופן שבו קראתי את התזה שמנשה מציע בספרו, מדובר בתזה החותרת תחת המודל הריכוזי של קביעת עובדות ומצביעה על מודל חלופי לקביעתן: המודל הביזורי. המודל הביזורי יכול להסביר בצורה מעניינת את דיני הראיות הקיימים, ואת פועלו הדגמתי והמחשתי באמצעות דוקטרינות שנבחנו על ידי מנשה ודוקטרינות שטרם נבחנו על ידיו.

לדעתי, מודל ביזורי זה של קביעת עובדות (ויתכנו אף מודלים ביזוריים חלופיים למודל זה) יש בו משום כר פורה למחקר עתידי בתחום דיני הראיות. זאת ועוד, מלבד הבנה תיאורטית חדשה של הדין הקיים, הפרדיגמה הביזורית יכולה להוות דרך מעניינת להתמודד עם בעיות המומחיות של בית המשפט בקביעת עובדות ועם האתגר של ראיות מדעיות.

⁴⁸ ראו למשל: ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 570, 565 (1993); ע"פ 728/84 חרמון נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 620, 617 (1987).