

”כל ספק התרתו עמו. בו ברגע
שנולד הספק נולדה התרתו.
אלא את הספק הכל רואים,
התרתו אין הכל רואים”¹.

סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש

יניב ואקי*

- א. מבוא
- ב. התפתחות המונח והולדתו של הספק הסביר
- ג. על נחיצות ההגדרה ועל היכולת להגדיר את הספק הסביר
 1. על נחיצות הגדרתו של הספק הסביר
 2. על היכולת להגדיר את סבירותו של הספק
- ד. מודלים הסתברותיים לכימותו של הספק
 1. ההסתברות המתמטית
 2. ההסתברות האינדוקטיבית
 3. ההסתברות הסובייקטיבית
- ה. מודלים קוגניטיביים לבחינת קיומו של ספק
 1. מודל הסיפור
 2. המודל הפרוטוטיפי
- ו. מודל הכרעה אמוציונלי
- ז. לקראת מודל נורמטיבי חדש – מידת הוכחה בהתאם לאינטרסים המוגנים

א. מבוא

באחרונה פורסם פסק הדין בערעור בעניינו של גרגורי בשירוב, המזכה אותו מעברת רצח. בנסותו להגדיר מהו הספק הסביר, קבע השופט רונינשטיין כי ”הספק עשוי לנבוע מהצטברותם של גורמים, שתוצאתם היא כי ידו של השופט רועדת בכואו לחתום על הרשעה”, וזיכה את הנאשם מחמת הספק כיוון ש”הקול

* תלמיד לתואר שלישי, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בראילן; סגן לפרקליטת מחוז מרכז; מרצה מן החוץ, בית הספר למשפטים המסלול האקדמי המכללה למינהל. העמדות המובאות במאמר זה מבטאות את עמדתו הפרטית של המחבר.
תורת נתונה למורי ורבי פרופ' רון שפירא אשר תובנותיו היו לי לעזר רב והעשירו את חשיבתי. תודה חמה ומיוחדת לד"ר יורם רבין על הארותיו הנבונות אשר לא יסולאו בפז. שלמי תודה לד"ר דורון מנשה על הערותיו המועילות והחשובות לטיסה מוקדמת של מאמר זה. רוב תודות לעו"ד מאיה רוזנשיין על תרומתה הרבה בכתיבת מאמר זה ועל רעיונותיה הנפלאים. רוב תודות לעו"ד עידית קצבוי ולחברות מערכת "הפרקליט", טליה רודריג ומירי מאיר, על עזרתן הרבה בעריכת המאמר.
1 ש"י עגנון לפנים מן החומה 114 (התשל"ו).

הפנימי לא הניח [לן]². דבריו של רובינשטיין מבטאים את הערפול המושגי בהגדרתו של רף ההוכחה הפלילי, ומעלים שוב את הקושי הטמון בניסוחו, בטיבו ובמידתו של סטנדרט זה.

מקדמת דנא שימש הספק הסביר כקו התיחום הרעיוני של נטל השכנוע במשפט הפלילי. במהלך ההיסטוריה ניסו שופטים למצוא את הנוסחה הנכונה שיש בה כדי לשקף את הזהירות הגלומה באמת המידה של "מעבר לספק סביר". החיפוש אחר אותה נקודת איזון, בין החשש מלהרשיע חפים מפשע מחד גיסא לחוסר הרצון לזכות עבריינים מאידך גיסא, הוליד שלל של ניסיונות להגדיר את מידת ההוכחה, אופייה וטיבה. ניסיונות אלה הולידו תוצאות שונות ומגוונות במערכות המשפט השונות.

בארץ, אף שהמושג "מעבר לספק סביר" נזכר במאות פסקי דין³ ונדרון בכמה מאמרים משפטיים,⁴ עדיין נראה כי השימוש במושג בעייתי מאוד, הן ברמה המעשית והן ברמה האנליטית. שאלת גמישותו של סטנדרט ראיתי זה, כמו גם שאלת טיבו ותיחומו של גדר הספק, לא זכו עד היום למענה קוהרנטי ברור ואחיד בפסיקה או בספרות. שאלות אלו מעוררות מחדש את הסוגיות המורכבות של דיני הראיות והתאוריה של המשפט הפלילי, שעניינן שקלול והערכה של מסכת ראיות, משמעותה של "חזקת החפות" וקביעתו הפוזיטיבית והנורמטיבית של קו הגבול שבין הרשעה לזיכוי.

נחיצותו של סטנדרט ההוכחה "מעבר לספק סביר" וחשיבות קיומו בהליך הפלילי אינם מוטלים בספק, וכך גם ההכרה כי פרט ליישמו בדיני הראיות, מייצג סטנדרט ההוכחה תפיסה חברתית עמוקה ויסודית הקובעת את יחסה של החברה שבה אנו חיים למושג הצדק ולחקר האמת במשפט הפלילי. באופן פרדוקסלי, דווקא מקומו המרכזי ומעמדו הבלתי מעורער של רף זה בשיח השיפוטי בארץ, מנעו דיון ביקורתי בשאלת אפיונו והפכו אותו לכמעט בלתי נראה ומובן מאליו. עיון בפסיקה מגלה, באורח מתמיה לכאורה, כי הדיון בענייניו מתקיים על פי רוב במישור הפרגמטי-תוצאתי בלבד, המתמקד בתהיות קונקרטיות על התאמתו למקרה כזה או אחר, באופן שנסב לכאורה על אמיתות אינטואיטיביות ידועות ומקובלות, ללא דיון מעמיק בשאלת אפיונו, מהותו ומידתו.

2 ע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת ישראל, תקע"ל (2)06, 3068, 3083-3084 (2006). בפסק דין זה זוכה המערער מחמת הספק מביצוע עברת רצח, לאחר שבית המשפט המחוזי הרשיע אותו, פה אחד, וגזר עליו מאסר עולם.

3 מתוכם נחרתה בתודעה הציבורית פרשת ג'ון איוון דמיאניוק – ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221 (1993). שם, לראשונה בפסיקה הישראלית, הוקדש דיון מקיף לשאלת מהותו ושיעורו של "הספק הסביר" תוך יישומו במקרה הנדון. כאינדיקציה כללית בלבד להיקף הפסיקה בנושא זה, העלה חיפוש ממוחשב פשוט של הביטוי "המדייק" "ספק סביר" במהדורת אפריל 2007 של תקליטור "תקדין" (DVD), יותר מ-5,000 פסקי דין והחלטות שונות. אם כי לרוב אין דיון במהותו של הספק, אלא הוא מופיע בסיומו של פסק הדין, בחלק העוסק בתוצאה של ההכרעה.

4 עמנואל גרוס "בשולי הפסיקה – פס"ד דמיאניוק וחקר האמת" פלילים ד 229 (1994); עמנואל גרוס ומיכל עורקבי "מעבר לספק סביר" קרית המשפט א 229 (2001); מיכה לינדנשטראוס על הספק הסביר – סוגיות נבחרות (2004).

על פי הגישה המסורתית, משמעותו של סטנדרט ההוכחה "מעבר לספק סביר" הנה רמה גבוהה של ודאות לצורך הוכחת העובדות נשוא כתב האישום, אבל לא ביטחון ודאי.⁵ על פי הנחה זו, המוחזקת על ידי הציבור, עורכי הדין וחכמי המשפט, מדובר ברף הוכחה גבוה ביותר הוזה לכל הליך פלילי. אולם השאלות מהו תיחמו המדויק של הרף ומדוע הוא חל באופן זה בכל הליך פלילי, לא הובהרו דיין. הדעה הרווחת הנה כי רף ההוכחה בהליך הפלילי גבוה מהמקביל לו בהליך האזרחי, הידוע בשם "מאזן הסתברויות".⁶ הסבר להבחנה בין המאטריות נעוץ בצורך לנקוט זהירות יתרה במשפט הפלילי, שנתפס כעוסק ב"דיני נפשות", וככזה עלול לשלוח חפים מפשע לגרדום.⁷ מדובר בגישה תועלתנית שלפיה הצידוק לקיומו של רף הוכחה גבוה ומחמיר נעוץ במשוואה:

5 כך מידת ההוכחה מתוארת רטורית על ידי בית המשפט כ"דווקנית" – ע"פ 4466/98 דבש נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 73, 131 (2002), "מחמירה" – דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 645 (1995), "בטוחה" – דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583, 613 (2004) ר"גבוהה" – עש"מ 2/89 חבר נ' מדינת ישראל, תקיעל (3) 489, 490 (1990).

6 אשר משמעותו הוכחה של מעל 50% ככל שמדובר בשיטת משפט של ה"common-law (פרט למקרים מסוימים שבהם, מטעמים מיוחדים, נדרשת מידת הוכחה הגבוהה מן המידה המקובלת. ראו, למשל, ע"א 69/75 פלוגית נ' אלמוני, פ"ד לא(1) 203, 215–216 (1976), כך גם נקבע בחקיקה ספציפית בנושאים מסוימים, ראו, למשל, ס' 25 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965), להבדיל משיטת המשפט הקונטיננטלית, שם סטנדרט ההוכחה בהליך אזרחי זה לזה שבהליך הפלילי, היינו אמת מידה של "מעבר לספק סביר". להשוואה בין השיטות לעניין רף ההוכחה ראו: Kevin M. Clermont & Emily Sherwin, *A Comparative View of Standards of Proof*, 50 AM. J. COMP. L. 243 (2002).

7 עיקרון אשר יונק חיותו מהכלל הנהוג במשפט העברי שלפיו "ונקי וצדיק אל תהרוג" – ראו בהרחבה, חיים שלמה חפץ "גדרי אומדנה וחוקה בדיני נפשות במשפט העברי" דיני ישראל ח, מה, מז–נב (התשל"ז): לקשר שבין רף ההוכחה הפלילי ועיצובו על דרך הכלל של "מעבר לספק סביר" ובין עונש המוות, במשפט האנגלו-אמריקני, ראו: Steve Sheppard, *The Metamorphoses of Reasonable Doubt: How Changes in the Burden of Proof Have Weakened the Presumption of Innocence*, 78 NOTREDAME L. REV. 1165, 1195 (2003); ואולם אפשר לתהות אם כיום, לאחר שבוטל עונש המוות, וכאשר המשפט הפלילי פורש תחולתו על עברות רבות, שברי כי אינן ממשפחת "דיני הנפשות" הקלאסיים, האם לא נפגמה במעט עצמתה של ההצדקה הנ"ל, ועמה הנימוקים בעד רף גבוה ומחמיר. ראו גם אליהו הרנון דיני ראיות כרך א 17, 214 (1970): חרף זאת, ניכר כי גם כיום נעשה שימוש בדרך אפיון זו של המשפט הפלילי כנימוק לצורך בסטנדרט ראיתי גבוה ודווקני. ראו, למשל, עניין בשירוב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 3082: "הקפדה יתרה [...] נדרשת כשהמדובר בדיני נפשות ולא כל שכן כשהמדובר במאסר עולם חובה". כן דבריו של השופט אלון בפרשה אחרת, בדבר "אימת הדין כאשר מדובר בדיני נפשות" אשר יש בה כדי "לחייב זהירות גדולה ומרובה" – ע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 113, פס' 1 (1982). כך גם דבריו של מ"מ הנשיא (כתוארו אז) לנדוי, שלפיהם כאשר עסקינן בדיני נפשות נדרשת "זהירות מיוחדת" ובהם "יראה עצמו הדיין כאילו חרב חדה מונחת לו בין ירכותיו" – ע"פ 758/78 עאדל נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2) 150 (1979); ומרגיש השופט ויתקון כי "בדיני נפשות מוטב ליכות אשם מלהרשיע וזכאי" – ע"פ 325/76 סיבוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 828, 832 (1977).

"יותר טוב ויותר רצוי לפטור אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים".⁸ גישה זו מבטאת העדפה ברורה של נטילת סיכון לזיכוי אשמים על פני נטילת סיכון להרשעת חפים מפשע.⁹ הרציונל המקובל לדווקנותו ולחומרתו של רף ההוכחה הפלילי, מתבסס על ההנחה כי הנזק שייווצר לחברה מהרשעה שגויה גדול יותר מזה שייווצר בעקבות שחרור העברייני, ועל כן כל ייעודו של רף ההוכחה לצמצום ולמזעור את מספר ההרשעות השגויות. "עקרון העדיפות" שלעיל, מבוסס על איזון אינטרסים שבו לאינטרס ההגנה על החף מפשע משקל מכריע,¹⁰ וזאת גם כאשר ידוע כי "ההסתברות לתוצאה מוטעית מתעצמת במשפט פלילי, לנוכח דרישת ההוכחה מעל כל ספק סביר".¹¹ ודוק, אין לגזור מכוח חומרתו של רף ההוכחה משקל של אמת עובדתית להכרעה. מדובר בכלל הכרעה הסוטה במודע מן הרעיון של מקסום ערך האמת, לטובת תכליתו המרכזית של הכלל בדבר ההגנה על חפים מפשע, ולצורך הגשמת ייעוד זה מתפשרת השיטה המשפטית במודע על היקף זיכוי השווא.

8 הרמב"ם ספר המצוות כרך א לא תעשה, מצווה ר"צ, שא (מרדכי דב רבינוביץ עורך, הרב יוסף קפאה מתרגם, התשי"ח). מצוטט, לדוגמה, בע"פ 4517/95 מנסור נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 549, 563 (1997); ראו גם דבריו של הרנון, לעיל ה"ש 7, בעמ' 214 – לפיהם בסיסו וצידוקו של רף ההוכחה של "מעבר לספק סביר" טמון בכלל בדבר העדפת זיכויים שגויים על פני הרשעות שגויות. נהוג לזהות עיקרון זה עם ממרתו של Blackstone, שזכתה לכינויים: "Maxim of English Law" ו-"Blackstone ratio": "It is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer", 4 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 352 (1st ed. 1765–1769); ראו גם דבריו של השופט J. Harlan בפסק דיין: *In Re Winship*, 397 U.S. 358, 372 (1970); Lawrence B. Solum, *You Prove It! Why Should I?*, 17 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 691, 701 (1994); *Winship on Rough Waters: The Erosion of the Reasonable Doubt Standard*, 106 HARV. L. REV. 1093, 1094–1095 (1992); Alexander Volokh, *n Guilty Men*, 146 U. PA. L. REV. 173 (1997). גם אלה הסבורים כי הרשעת החף מפשע גורמת ל"נזק מוסרי" שאינו בר איזון עם כל נזק אחר הנמדד בתבניות תועלתניות, אינם חולקים על הנזק הרב הנגרם לחברה מזיכויים של העבריינים, ראו למשל: RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 72–92 (1985); ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW 174–175 (2005), ונראה כי הכול מסכימים כי "שום איש ברדיעת לא יאמר כי מוטב שמיליון פושעים יימלטו מן הדין מאשר שאדם חף אחד יסבול מסנקציה פלילית" – הרנון, לעיל ה"ש 7, בעמ' 214.

9 בשלב זה, אסתפק במשמעותו הרווחת של עיקרון זה בשיח השיפוטי, שלפיו, אסטרטגיית ההכרעה הפלילית מחייבת נקיטת "שולי ביטחון" רחבים מפני סיכוני הרשעת החף ומידה פחותה של שוליים כאלה מפני סיכון של זיכוי העברייני, מבלי לייחס כל נפקות כמותית או איכותית ליחס הראוי שבין ממצא שגוי חיובי (false positive) לבין ממצא שגוי שלילי (false negative). כלומר, לפי גישה זו, די לומר כי יש צורך בקיומו של "מרחב טעות" הנוטה לטובת הנאשם. ראו למשל דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(4) 583 (2004).

10 ראו: Erik Lillquist, *Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability*, 36 U.C. DAVIS L. REV. 85 (2002), שם מותח המחבר ביקורת על דרך החישוב, הקיימת כיום, של רווח והפסד מהרשעה שגויה.

11 דברי השופט דורנר בדנ"פ 3391/95 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(א) 377, 473 (1997); ראו גם דורון מנשה "ההיגיון של סעיף 25 לחוק הירושה" ספר מנשה שאוה 463, 474 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006).

במקביל לגישה זו הובעה, לא אחת, עמדה הפוכה שלפיה עיוות דין עלול להיגרם מזיכויים של הפושעים¹² לא פחות מהרשעתם של החפים¹³ בין השאר מכיוון ש"הנזק שעתידים לגרום עשרת הנאשמים שזוכו עולה לאין ערוך על הנזק שיסבול חף מפשע אחד שיורשע. משום שאלה ימשיכו לבצע העבירות שלהם וזה יהווה גם עידוד לאחרים מה קל להימלט מהרשעה"¹⁴. גם זיכויי שווא מסכלים את תכליותיו המניעתיות, ההרתעתיות והשיקומיות של המשפט הפלילי, ולכן גוברות הקריאות כי יש לקבוע את נקודת האיזון בהתאם לצרכיה המשתנים של החברה¹⁵ ולנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.¹⁶ על אף שורשיו ההיסטוריים של

- 12 ראו דבריו של השופט (כתוארו אז) ברק, שלפיהם עיוות דין עלול להיגרם בשתי דרכים: "אם בדרך של הרשעת החף מפשע ואם בדרך של זיכוי הנאשם" (ככל הנראה ציין ברק בטעות "נאשם" במקום "אשם") – ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 505, 516 (1981); ובדומה, דבריה של השופטת (כתוארה אז) ביניש כי גם "זיכוי מוטעה, ובוודאי הרשעת-השווא, פוגעים בעשיית הצדק הן מבחינה מהותית והן על-פי מראית הדברים, ועשויים לערער את אמון הציבור בכוחה של הרשות השופטת בעשיית דין צדק לפרט ולכלל" – ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התצ"ר, תקעל(2)06 (2006); כך גם דבריה של השופטת פרוקצ'יה, לפיהם "ערך השיפת האמת [...] מבקש להגן מפני הרשעת שווא של נאשם זכאי, ומפני זיכוי-שווא של מי שאשם כמעשה פלילי" וגם "תפקידה של חברה מתוקנת הוא [...], למנוע הרשעת חפים מפשע ולהבטיח כי האשם לא יצא פטור מן הדיון" – כג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, תקעל(4)06 (2006), פס' 4, 21 (2006).
- 13 ראו למשל ע"פ 152/51 טריפום נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ו(1) 17, 31 (1952); אורי שטרומן "המלך עירום או חבר המושבעים השולט בבית המשפט בישראל" עיוני משפט יג 175 (1988); הרנון, לעיל ה"ש 7, בעמ' 214: "גל של זיכויים בלתי מבוססים עלול לערער את יסודות השיטה המשפטית ולהשפיע לרעה על פעולות המשטרה"; CARLETON KEMP, ALLEN, LEGAL DUTIES AND OTHER ESSAYS IN JURISPRUDENCE 257, 286–287 (1931): "[W]e must never forget that ideally the acquittal of ten guilty persons is exactly ten times as great a failure of justice as the conviction of one innocent person".
- 14 דבריו של השופט בייסקי בע"פ 509/79 לוויה נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 516, 505 (1980); וגישה ספקנית דומה, באשר לעקרון העדיפות, התריעה בפני ההשלכות של זיכויים מוטעים: "[T]hose [ten] guilty men use their freedom to plant a bomb that kills schoolchildren [a hundred], דבריו של Peregrine Worsthorne כפי שמצוטט אצל Volokh, לעיל ה"ש 8, בעמ' 195–196. מפורסמת גם אמירתו של השופט Learned Hand: "Our procedure has been always haunted by the ghost of the innocent man convicted. It is an unreal dream. What we need to fear is the archaic formalism and the watery sentiment that obstructs, delays, and defeats the prosecution of crime" – United States v. Garsson, 291 F. 646, 649 (1923).
- 15 *Winship on Rough Waters*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1095–1094.
- 16 והשוו עם האנלוגיה הבאה: "Blackstone's maxim] resembles a suggestion that soldiers should be armed with bad guns because it is better that they should miss ten enemies than that they should hit one friend [...]. Everything depends on what the guilty men have been doing, and something depends on the way in which the innocent man came to be suspected", 1 J.F. STEPHEN, A HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND 438 (London, MacMillan, 1883) כפי שמצוטט אצל Volokh, לעיל ה"ש 8, בעמ' 197.

עיקרון זה,¹⁷ עולות במסגרתו שאלות רבות, דוקטרינריות ויישומיות כאחד, וביניהן שאלת אופיו ומידתו של הספק העומד ביסודו כמו גם שאלת השפעת קיומו של "עקרון העדיפות" על גובהו ועל עיצובו של רף ההוכחה. בכלל זה אפשר לתהות אם על הרף להיגזר מתוצאת היחס הרצוי שבין הרשעת חפים וזיכוי עבריינים, ואם יחס זה הנו קבוע או שמא משתנה בהתאם לאינטרסים נשוא הדיון הקונקרטי, כמו גם תהיות רבות נוספות.

לצורך מתן מענה לשאלות הללו יש לנסות ולשרטט את קוויו של רף ההכרעה בפלילים, כפי שפותח והתגבש בפסיקה הישראלית, הן ברמה המושגית והן ברמה המעשית-יישומית, כמו גם לנסות ולבחון, פוזיטיבית ונורמטיבית, את הצידוקים להגדרתו ולתיחומו תוך התחקות אחר שורשיו ומקורותיו של רף זה ואיכויותיו הלבך משפטיות טהורות. במסגרת זו אנסה לבדוק, על פי הנמקותיהם הקצרות של השופטים, אם הם השתמשו במבחנים ברורים וקוהרנטיים, ואם כמקובל לחשוב, מדובר בסטנדרט ראייתי קשיח ואחיד או שמא גמיש ומשתנה. ייתכן, כמובן, שהסברי השופטים אינם מתארים במדויק את הלוגיקה השיפוטית¹⁸ שביסוד הכרעתם, וגם לא את דרך הבדיקה שבה השתמשו בפועל.¹⁹ עם זאת, ככפוף להסתייגות זו, נראה שיש עניין רב בבדיקת ההנמקות שניתנו בפסקי הדין. מטרתו הראשונית של מאמר זה היא לנתח באופן ביקורתי את המבחנים שהוצעו בפסיקה ובספרות²⁰ לבדיקת מהותו של המושג "ספק סביר" במשפט

17 לסקירה היסטורית של העיקרון, כמו גם הצבעה על ניסוח עקרונות דומים עובר למימרתו של A. A. S. ZUCKERMAN, THE PRINCIPLES OF CRIMINAL EVIDENCE 123, 126 (1989); George. P. Fletcher, *Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases*, 77 YALE L.J. 880, 881-882 (1968). לשימושים שונים שנעשו בעיקרון הנ"ל ודומיו, כמו גם ליחסים השונים שהוצעו, צידוקם והתאוריה שממנה הם צמחו, עיינו למשל: Volokh & Jeffrey Reiman & Ernest Van Den Haag, ON THE COMMON SAYING THAT IT IS BETTER THAT TEN GUILTY PERSONS ESCAPE THAN THAT ONE INNOCENT SUFFER: PRO AND CON, CRIME, CULPABILITY AND REMEDY 226 (Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller Jr. & Jeffrey Paul eds., 1990); D. Michael Risinger, *John Henry Wigmore, Johnny Lynn Old Chief, and "Legitimate Moral Force": Keeping the Courtroom Safe for Heartstrings and Gore*, 49 HASTINGS L.J. 403, 442-443 (1998); Michael L. DeKay, *The Difference Between Blackstone-Like Error Ratios and Probabilistic Standards of Proof*, 21 LAW & SOC. INQUIRY 95 (1996); Terry Connolly, *Decision Theory, Reasonable Doubt, and the Utility of Erroneous Acquittals*, 11 LAW & HUM. BEHAV. 101, 104 (1987), מהם עולה כי עיקרון זה ומידת השפעתו על רף ההוכחה טרם הובהרו דיים.

18 להרחבה ולניתוח טיבה של הלוגיקה המשפטית ראו, חיים פרלמן הלוגיקה המשפטית (אורה גרינגרד מתרגמת, 1983); די לצורך הדיון לאמץ את הגדרתו של פרופ' פרלמן, שם, בעמ' 13, לפיה: "הלוגיקה המשפטית היא לוגיקה מאטריאלית, כלומר - מהותית, שתפקידה לעורר אותנו לחשוב בדבר השאלה כיצד יש לפעול אם ברצוננו להגיע - בגבולות האפשר - לפסקי דין צודקים, או לפחות סבירים".

19 כך גם סבור השופט זמיר, באומרו כי "אמירה מפורשת של השופט בפסק הדין [...] אינה חזות הכל", דנ"פ 188/94 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פ"ד נא(2) 1, 20-21 (1996).

20 בשים לב למידת אימוצם של המודלים שהוצעו בכתיבה האקדמית לתיאור דרך החשיבה השיפוטית, והפרכתם לחלק בלתי נפרד מן המשפט הפוזיטיבי.

הפילי הישראלי. אנסה להראות כי בפסיקה הישראלית לא נעשה שימוש אחיד במבחן כלשהו בעת יישום הסטנדרט להכרעה, ואטען כי יש בכך בהכרח להשפיע על מידתו של הסטנדרט. ביודעי כי "אין נוסחת-קסם שתפתח לפנינו מערה אפילה ובה אור הגנוז אשר יאיר את עינינו",²¹ תקוותי כי בחינתה של תשתית תאורטית רחבה אשר תובא במסגרת מאמר זה, תסייע לנו לעמוד על הבעייתיות הגלומה בהגדרת סבירותו של הספק ויישומו של הסטנדרט כפי שמקובל היום, ותאיר את עיני העושים במלאכה בפני הסיכונים הכרוכים בהפעלתם של כל אחד מהמבחנים אשר יידונו להלן, ותחשוף את הכשלים הנורמטיביים והמעשיים הנובעים מיישומם.

מאמר זה הנו אחד מתוך שני מאמרים, שיעסקו בשאלות הנוגעות לרף ההוכחה. לאחר ניתוח הניסיונות שנעשו להגדרת המונח, אנסה להתוות מודל דסקריפטיבי ונורמטיבי שלרעתי יש לאמץ. במאמר ההמשך אציג טיעונים התומכים בקביעתו של רף הוכחה גמיש, ואראה כי רף זה מתאים למובנו ההיסטורי המקובל כנוסחת איזון אינטרסים במשפט האנגלו-אמריקני. אטען כי שיעור הנזק שנגרם לחברה מהרשעה שגויה או מזיכוי שגוי, והתועלת המושגת מהכרעה נכונה, משתנה ממקרה למקרה בהתאם לחומרת העברה, העונש הצפוי בגין הרשעה בה וכן נסיבותיו של הנאשם.

בהתבסס על יישום נכון של התאוריה התועלתנית המשקללת את הרווח וההפסד המדויקים, אטען כי על רף ההוכחה להשתנות ממקרה למקרה בהתחשב בנסיבותיו. אנסה להראות כי המודל המוצע משקף נכונה את דרך ההכרעה השיפוטית, וכי בתי המשפט נוהגים בדרך זו, הלכה למעשה, בהתייחסם כבר היום לרף ההוכחה הפילי כסטנדרט גמיש. כך גם אטען לצידוקו הנורמטיבי של המודל באשר רק בדרך זו, ייעשה איזון נכון, ראוי, מדויק וצודק בין מטרותיו השונות של ההליך הפילי.

ב. התפתחות המונח והולדתו של הספק הסביר

אף שהמלומדים חלוקים באשר למועד המדויק, נראה כי הולדתו של הספק, ההכרה במקומו בהליך הפילי במשפט האנגלו-אמריקני וניסוחו, על דרך אותו כלל המחייב הוכחה "מעבר לספק סביר" ("Beyond a Reasonable Doubt"), היו בשלהי המאה ה-18.²²

פרופ' Morano איתר שימוש ראשוני של ספק סביר במשפטי הטבח בבוסטון מ-1770,²³ ואילו פרופ' Shapiro מצביעה על כך שהסטנדרט האמור הופיע בכמה

21 השופט חשין בע"פ 6251/94 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45, 123 (1995).

22 בית המשפט העליון האמריקני העיר בפסק הדין המנחה שעיקרו את רף ההוכחה הפילי של "beyond a reasonable doubt" כזכות חוקתית, כי ימיו של רף זה "לפחות כמניין ימי האומה" – עניין *In Re Winship*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 361.

23 Anthony A. Morano, *A Reexamination of the Development of the Reasonable Doubt Rule*, 55 B.U. L. REV. 507, 516 (1975). בירי של כוחות משמר בריטיים בניסיון לפזר מהומה מקומית בבוסטון, שבעקבותיה נהרגו חמישה אזרחים. בעקבות האירוע האמור, אשר זכה לשם "הטבח בבוסטון", הועמדו לדין מפקד הכוח ושמונת חייליו. בסיכומי התביעה פנה הפרקליט מטעם המדינה בבקשה

משפטים שנערכו בארצות-הברית בשנותיה האחרונות של המאה ה-18.²⁴ בהתייחסו לסוגיה זו, מצוטט May את הנחייתו של השופט Chamberlain לחבר המושבעים במשפטי הבגידה האיריים בדבלין מ-1798, שלפיה עליהם לזכות את הנאשמים במקרה של "any rational doubt" באשר לאשמתם.²⁵ כך או כך, אין חולק כי במהלך המאה ה-19 התקבע הסטנדרט של "מעבר לספק סביר" כסטנדרט הראייתי המגדיר את קו הגבול בין זיכוי להרשעה. Morano²⁶ ו-Shapiro²⁷ מצביעים על כך ששורשיה הרעיוניים של ההתייחסות המשפטית לספק, מצויים בכתיבתם של הפילוסופים האנגלים מהמאה ה-17, וביניהם: Joseph Glanvill ו-Robert Boyle, John Wilkins, John Locke, אשר ניסו להתוות דרך ביניים בין הסקפטיסיום הקרטיסיאני מיסודו של דיקרט, שסירב להסתפק בוודאות המבוססת על חושי המוגבלים של האדם, וחתר למציאת אמת ודאית נעדרת כל ספק,²⁸ לבין התפיסה האמפירית מבית מדרשו של בייקון, שגרסה

"[T]he evidence is not sufficient to convince למושבעים שלא לזכות אלא אם כן: you beyond reasonable doubt of the Guilt". Morano, ראו 3 L. KINVIN WROTH & HILLER B. Rex v. Wemms כפי שהוא מצוטט אצל ZOBEL, LEGAL PAPERS OF JOHN ADAMS 98, 271 (1965) (1965); "Interestingly, the Boston cases do not suggest that the standard was considered innovative, for both the prosecution and the bench, emphasized that the accused were being tried according to traditional English usage", BARBARA J. SHAPIRO, BEYOND REASONABLE DOUBT AND PROBABLE CAUSE - HISTORICAL PERSPECTIVES ON THE ANGLO-AMERICAN LAW OF EVIDENCE 22 (1991).

Barbara J. Shapiro, *To A Moral Certainty - Theories of Knowledge and Anglo-American Juries 1600-1850*, 38 HASTINGS L.J. 153, 174 (1986).
 Shapiro מצוטט את: Lyon's Case, 15 F. Cas. 1183, 1185 (C.C.Vt. 1798) (No. 8646). שם השופט הבהיר למושבעים כי: "[Y]ou must be satisfied beyond all reasonable substantial doubt that the hypothesis of innocence is unsustainable".
 John Wilder May, *Some Rules of Evidence: Reasonable Doubt in Civil and Criminal Cases*, 10 AM. L. REV 642, 653-657 (1875).
 May מאזכר את משפטיהם של Bond ו-Finney בעקבות ניסיון המרד האירי בשלטון המלוכה הבריטי מ-1798: כן ראו: S. Kenney, *Fifth Amendment - Upholding The Constitutional Merit of Misleading Reasonable Doubt Jury Instruction*, 85 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 989, 990 (1994).
 הסוקר אף הוא את התפתחות הסטנדרט (מצוטט אצל May שם, בעמ' 656-657) ומוסיף כי במהלך משפטי הבגידה האיריים, Rex v. Finney - 26 How. St. Tr. 1019 (Ire. 1798) - פרקליט ההגנה טען כי על המושבעים לזכות את הנאשם אם מעורבותו: "[E]ntertain a reasonable doubt upon the truth of the testimony of witnesses given upon the issue".

Morano, לעיל ה"ש 23, בעמ' 513. 26

Shapiro, לעיל ה"ש 23, פרק 1. 27

28 רנה דיקרט הגיונות על הפילוסופיה הראשונית 3 (ח' י' רות עורך, יוסף אור מתרגם, התשנ"ה). כדי להמחיש את תפקידה של האמת הוודאית, המשילה דיקרט לנקודת ארכימדרס הידועה: "ארכימדרס בקש רק נקודה אחת קבועה ובלתי־נעה כדי להוציא את כדור הארץ ממקומו ולהעתיקו למקום אחר. כך גם אני אהא רשאי ליצור לי תקוות נעלות, אם אזכה למצוא אך דבר אחד שיהא ודאי ובלתי־מוטל בספק". שם, בעמ' 41.

כי ניתן להגיע לאמיתות מוצקות ומוחלטות בכלים אמפיריים.²⁹ מסקנתם הייתה כי ניתן להגיע לאימות של תופעות טבעיות באמצעות ניסוי, צפייה ישירה והסתמכות על עדויות אנושיות, בהנחה ששימוש מושכל בכלים אלו, בכוחו להניב מסקנות שאף אם אינן הנות מוודאות מוחלטת, די בהן כדי לספק כל צורך אנושי מעשי.³⁰

ג'ון לוק, כפילוסוף אמפיריציסטי, נענה לאתגר הקרטיסיאני והצביע בכתביו על חוסר האפשרות העקרוני להגיע לוודאות מוחלטת באשר לנכונות ההכרעה בכל מקרה נתון. הוא קבע כי מבחינה מעשית אין אפשרות לפעול על סמך ודאות מוחלטת, אם בשל מגבלות התפיסה האנושית, ואם בשל תנאי ההליך ואילווציו, מבחינת זמן, פרוצדורה ומשאבים חומריים וקוגניטיביים. על פי לוק, לא ניתן לצפות כי כל מאויינו יושקעו בחיפוש אחר הוודאות המוחלטת, ועלינו להסתפק בהסקת מסקנות בהליך חשיבה רציונלי תוך ויתור מודע על הבלתי ניתן להשגה.³¹ למסקנות דומות הגיע גם Wilkins, בקבעו כי אין בוודאות מסוג "moral certainty" דרישה לוודאות מוחלטת.³² גישות פילוסופיות אלו שהיו באותה עת את הזרם המרכזי בחשיבה המדעית האנגלית,³³ נתמכו גם במסורת הדתית האנגליקנית, ובייחוד בזו הקוואיסיטית, שהתעצבה כאנטייתזה לעמדה הרוגמטית של הכנסייה הקתולית, ודגלה בביסוס אמצעים רציונליים לקבלת הכרעות בחיי היום יום.³⁴

מבחינתם של רבים מהוגים אלו, קיים דמיון רב בין דפוס ההוכחה המשפטי בשאלות שבעובדה, לבין דפוס ההוכחה של המחקר ההיסטורי או המדעי, ולכן הוא היה כפוף לאותם כללים ועקרונות. ג'ון לוק יישם את מסקנותיו בנוגע להכרה האנושית על סוגיות משפטיות פרקטיות, כגון הערכת עדויותיהם של עדים והכרעה בין גרסאות מתחרות.³⁵ גם Robert Boyle, הפילוסוף והתאולוג הבריטי, ראה בכירור המשפטי דוגמה יישומית לאותם עקרונות תאורטיים, הנוגעים

- 29 בשל גישתו זו, היו שכינו את בייקון "הפילוסוף של הניסיון".
- 30 רעיונות פילוסופיים אלו פותחו כבר במאה ה-4 לפני הספירה על ידי אריסטו, שקבע כי מידת הוודאות הנדרשת נקבעת בהתאם לסוגיה הנבדקת ולתחום שאליו היא שייכת, באומרו כי לא אותה מידת הוודאות הנדרשת בשאלות שבמדע לאלו שבתחומים אחרים "שכן דרכו של איש מחונך הוא לדרוש את הדיוק בכל סוגיה וסוגיה רק באותה מידה אשר טבע הנושא מאפשר אותה. ברור שכשם שאצל המתמטיקאי אין להסתפק בדברים המשברים את האוזן, כך אין לדרוש הוכחות חותכות מפי הנואם" – אריסטו אתיקה 5, 16–17 (מהדורת ניקומאכוס, יוסף ג' ליבס מתרגם, 1985).
- 31 JOHN LOCKE, AN ESSAY CONCERNING HUMAN UNDERSTANDING 253–254 (rev. ed. 1965) (ג'ון לוק מסה על שכל האדם ספר IV, פרק א – על היריעה בדרך כלל 623 [מהדורה שנייה מצולמת, ח' י' רות עורך, יוסף אור מתרגם, התשל"ב]).
- 32 ראו Morano, לעיל ה"ש 23, בעמ' 513 המצטט את JOHN WILKINS, OF THE PRINCIPLES AND DUTIES OF NATURAL RELIGION 5 (London, 1699).
- 33 Barbara J. Shapiro, *Law and Science in Seventeenth-Century England*, 21 (Stanford L. Rev. 727 (1969)).
- 34 Shapiro, לעיל ה"ש 23, בעמ' 7; לסקירה כללית יותר של הנושא ראו: BARBARA SHAPIRO, PROBABILITY AND CERTAINTY IN SEVENTEENTH-CENTURY ENGLAND: A STUDY OF THE RELATIONSHIP BETWEEN NATURAL SCIENCE, RELIGION, HISTORY, LAW AND LITERATURE (1983).
- 35 Shapiro, לעיל ה"ש 33, בעמ' 753.

לרמות הוודאות והספק שניתח במסגרת עיונית, מתמטית, פיזיקלית ומוסרית.³⁶ אין תמה על כן, כי רעיונות ועקרונות אלו חלחלו באותה עת גם אל הכתיבה המשפטית. החל בשלהי המאה ה-17 אפשר כבר למצוא התייחסויות של כמה משפטנים לכורה הפרגמטי באימוץ סטנדרטים של ודאות בלתי מוחלטת.³⁷ במאה ה-18, אימץ Gilbert, בחיבורו המפורסם על הראיות ששימש כאבן פינה לדיני הראיות באנגליה,³⁸ גישה פילוסופית זו, לפיה אין לבן אנוש אפשרות להגיע לרמת ודאות מוחלטת בכל דבר שהוא, וקבע כי המונח "moral certainty", שהיה מקובל באותה תקופה כסטנדרט הוכחה בפלילים, אינו מצריך רמה כזו של ביטחון מוחלט. תפיסות אלו, ללא ספק, תרמו להיווצרותו של הכלל בדבר "Reasonable Doubt" והשפיעו על עיצובו.

גורם מרכזי נוסף שהביא מבחינה היסטורית לשילובו של הדיון בספק בתוך השיטה השיפוטית והמשפטית, הוא התמורות שחלו לאורך השנים באופיו ובתפקידו של חבר המושבעים במשפט המקובל.³⁹ יש הטוענים, כי השימוש במושבעים החל כבר בסמוך לכיבוש האי האנגלי על ידי William of Normandy בשנת 1066,⁴⁰ כאשר מוסד זה תפס את מקומם של "מבחני האש והמים" ("trail by ordeals") ששימשו, עד לביטולם, כהליכים לקבלת הכרעות שיפוטיות בבתי המשפט האנגליים.⁴¹ בראשיתו שימש חבר המושבעים לא כאמצעי בלתי תלוי להערכת עדויות ולשקילתן, אלא כאמצעי ראשוני ועיקרי לאיסוף. חבר המושבעים המקורי נבחר מבין תושבי הסביבה מתוך הנחה שהם בקיאים בפרטי האירועים

Theodore IV ROBERT BOYLE, WORKS 182 (London, 1772) 36
Waldman, *Origins of the Legal Doctrine of Reasonable Doubt*, 20 JOURNAL
OF HISTORY OF IDEAS 299, 303-304 (1959)

ראו Shapiro, לעיל ה"ש 33, בעמ' 753. אחת הדוגמאות שהיא מביאה היא ציטוט של
הלורד נוטינגהם לפיו: "A Mathematical security we cannot have: a moral one
we have"

ראו Morano, לעיל ה"ש 23, בעמ' 513 המפנה ל-GEOFFREY GILBERT, THE LAW OF
EVIDENCE (1756)

לסקירה היסטורית מקיפה של התפתחות שיטת המושבעים במשפט הפלילי האנגלי, ראו: J.
B. Post, *Jury Lists and Juries in the Late Fourteenth Century*, in TWELVE
GOOD MEN AND TRUE: THE CRIMINAL TRAIL JURY IN ENGLAND, 1200-1800
.65 (J. S. Cockburn & Thomas A. Green eds., 1988)

Richard S. Arnold, *Trial by Jury: The Constitutional Right to a Jury of* 40
Twelve in Civil Trials, 22 HOFSTRA L. REV. 1, 6 (1993); מקורות שונים,
מוצאים את עיגון מוסד חבר המושבעים במשפט האנגלי בפס' 39 למגנה כרטה של המלך
Colin Davis & Christopher Edwards, *A Jury of Peers: A* 1215; אולם
Comparative Analysis, 68 JOURNAL OF CRIMINAL LAW 150 (2004); אולם
Felix Frankfurter & Thomas G. Corcoran, *Petty Federal Offenses and*
the Constitutional Guarantee of Trial by Jury, 39 HARV. L. REV. 917, 922
z.(1926)

בשיטה שהייתה נקוטה אז, הדרך המקובלת להוכחת עובדות הייתה על ידי העמדת הנאשם
41 במבחני אש ומים שונים, ותוצאות מבחנים אלה נחשבו לביטוי של כוח עליון, ולפיהם פסקו
בשאלת אשמתו או חפותו של הנאשם. כך, למשל, לפי אחד המבחנים, פצעו את הנאשם,
ושאלת אשמתו התבררה אם החלים מן הפציעה. החלים - סימן שהנו וכאי. לא החלים -
הוכחה אשמתו.

ובנושא הדיון, ולפיכך הכרעתם הייתה אמורה להתבסס על אותו ידע אישי ממקור ראשון. במצב דברים זה שבו המושבעים היו עדים (self-informed jurors), לא התעורר הצורך לברור ולניסוח רציונליסטי של משימתם האפיסטמולוגית, והשאלה כיצד רכשו את הידע שברשותם לא הייתה באותה עת מענייניו של המשפט.⁴² במאות ה-13 וה-14 תפקידם של המושבעים התבטא לא רק בהשגת ראיות, באיסופן ובהבאתן לבית המשפט, אלא גם בקביעת משקלן. כל זאת נעשה ללא שמיעת עדים בבית המשפט, שעד אותה תקופה לא היו חלק אינטגרלי מההליך הפלילי. בסוף המאה ה-14 החל השימוש בעדים, אולם עדיין לא היה להם תפקיד חיוני וברור בהליך הפלילי.⁴³ קשה להצביע על המועד המדויק שבו הפכו המושבעים למעריכים פסיביים של העובדות,⁴⁴ אולם ברור כי בשלב מסוים נאסר על המושבעים להסתמך על ידע אישי. כך גם נאסר עליהם לגבות עדויות שלא בבית המשפט, והם נדרשו להכריע על פי עדויות העדים ששמעו לראשונה בבית המשפט.⁴⁵

ככל שהחברה התפתחה והפכה למורכבת ומובילית יותר, כך התפתחה שיטת העדים. חבר המושבעים הפך מעורה פחות באירועים שנידונו לפניו, ונאלץ להסתמך על עדויות עדים ועל מסמכים ולהעריך את אמינותם, אמיתותם ומידת דיוקם בטרם יגבש את הכרעתו.⁴⁶ בתחילת המאה ה-17 נקבע סופית כי המשפט האנגלי יפקיד בידי המושבעים את התפקיד של קביעת מהימנותם של עדים ומתן משקל לעדותם, וזאת על סמך הבנתם, מצפונם ודיעתם הפרטית. ככל שחלקם של העדים הפך להיות משמעותי יותר, כך גבר הצורך בקיומו של סטנדרט ראייתי שעל פיו יוערכו אותן עדויות. לשם כך החלה הספרה המשפטית לעסוק בגיבושה של אמת מידה, בבחינת מהותה וערכה ובעיצובה בדרך של כלל הכרעה. למעשה, רק כאשר השתנה תפקיד המושבעים וקיבל את צורתו המודרנית, במסגרתו משמשים המושבעים מעריכים בלתי תלויים של ראיות ועדויות, נדרשה שיטת המשפט להתוות כללים ומסגרת לפעולתם של השופטים והמושבעים ולתת בידיהם כלים להערכת עדויות וראיות אחרות.

42 Waldman, לעיל ה"ש 36, בעמ' 308-309.

43 כך למשל לא ידוע אם העדים העידו על אופיו של הנאשם, או שסיפקו ראיות על האירוע הנידון.

44 Edward Powell טוען כי המושבעים הפכו למעריכים פסיביים כבר בתחילת המאה ה-15. John Langbein ממקם את השינוי הנ"ל באמצע המאה ה-16; Shapiro, לעיל ה"ש 23, בעמ' 4, ה"ש 4 ובעמ' 5, ה"ש 9. תהליך דומה, שהחל בשלב מוקדם יותר, חל גם בהליך האזרחי: John Marshall Mitnick, *From Neighbor Witness to Judge of Proofs: The Transformation of the English Civil Juror*, 32 AM. J. LEGAL HIST. 203 (1988).

45 K. M. Teeven, *Seventeenth-Century Evidentiary Concerns and the Statute of Frauds*, 9 ADEL. L. REV. 252 (1983); P. G. Lawson, *Lawless, Juries? The Composition and Behavior of Hertfordshire Juries, 1573-1624*, in TWELVE GOOD MEN AND TRUE: THE CRIMINAL TRAIL JURY IN ENGLAND, 1200-1800, 117, 123-124 (J. S. Cockburn & Thomas. A. Green, eds., 1988).

46 Shapiro, לעיל ה"ש 33, בעמ' 757 ו-760.

התפתחות זאת בתפקידו של חבר המושבעים, הביאה את השופטים להתחיל להכליל בהנחיותיהם למושבעים את סוגיית רף ההוכחה ובמסגרתה גם את סוגיית הספק,⁴⁷ דבר שהתברר כמשימה לא קלה, כיוון שהמשפט המקובל הקדום לא הציע הנחיות ספציפיות בנושא. בהקשר זה חדרה למשפט דוקטרינת הספק כעיקרון ספציפי לשימושם של אלו אשר נדרשו להכריע בשאלת מידת השכנוע של הראיות.⁴⁸ באופן טבעי, לצורך הנחיית המושבעים, פנו השופטים לרעיונות בני זמנם ושאלו מושגים מתחום האפיסטמולוגיה, הדת והפילוסופיה.

על רקע סקירה התפתחותית היסטורית זו, יש לשאול אם אותה הכרה משפטית בספק הסביר, כמו גם העמידה על חשיבותו ועל משמעותו, היו בעלות אופי קונסטיטוטיבי ממשי, או שמא בעלות אופי דקלרטיבי בלבד. שאלה נוספת שמתעוררת הנה אם הייתה לתהליכי החלחול והפיתוח הראשונים של מושג הספק השפעה כלשהי על ההליך השיפוטי, ואם היה בהם משום מפנה כלשהו באופיו ובמהותו של הליך קבלת ההכרעות במסגרתו.

עמדתו של Morano בסוגיה זו היא כי החדרת מושג הספק הסביר אל תוך השיה השיפוטי הייתה משום תפנית של ממש בפרקטיקה שנהגה עד אותה עת במשפט הפלילי. לדבריו, ניסוחו ותיחומו של רף ההוכחה באותה לשון רציונליסטית של "סבירות" החליף את הכלל שנהג עד אותה עת, ואשר לפיו נדרשו המושבעים לוודאות מוחלטת כתנאי להרשעה, ודי היה לפיכך בספק כלשהו ("any doubt"), כדי להביא לתוצאה של זיכוי.⁴⁹ לטענתו של Morano, בטרם אופיין מושג הספק בדרישה לסבירות, היה בידי המושבעים לזכות נאשם גם על בסיס ספקות קלים שאינם בהכרח רציונליים. חיזוק לסברה זו מוצא Morano במוסד השבועה שלפיו נכונות הכרעתם של המושבעים נסמכה כל כולה על שבועתם להוציא לאור את האמת.⁵⁰ על כן נמנעו המושבעים מלהרשיע את הנאשמים שלפניהם חרף קיומם של ספקות קלים בלבד שמא לא יפרו את שבועתם. תימוכין לגישה זו של Morano אפשר למצוא גם בשורה ארוכה של פסקי דין משלהי המאה ה-18, שם נוסחו ההנחיות למושבעים בלשון המחייבת אותם לזכות את הנאשמים, אלא אם כן הוסרו כל הספקות בנוגע לאשמתם. כך, לדוגמה, בפסק הדין בעניין *Maha Rajah Nundocomar* הנחה השופט Impey את המושבעים כי:

47 Shapiro, לעיל ה"ש 23, בעמ' 6; Morano, לעיל ה"ש 23, בעמ' 511. Morano עומד על כך שמבחינה היסטורית, החלה הפרקטיקה השיפוטית של הנחיות לחבר המושבעים כבר במאה ה-14, אולם רק במאה ה-17 כללו הנחיות אלו התייחסות שיטתית לסוגיית רף השכנוע ולשאלת נפקותו של הספק.

48 Waldman, לעיל ה"ש 36, בעמ' 310.

49 Morano, לעיל ה"ש 23, בעמ' 510. Morano מסתמך, בין היתר, על ציטוט מדבריו של Britton מהמאה ה-13, ולפיו על המושבעים לזכות אם הם "In doubt of the matter and not certain" – ציטוט המדגיש לרעתו, את חומרת האחריות שהוטלה על המושבעים בפסקתם, ואת חובת הזהירות שנגזרה ממנה ואשר אינו מציב מגבלה כלשהי בדבר מידתו או איכותו של אותו ספק המחייב זיכוי.

50 "Hear this, ye justices, that we will speak the truth about what is asked of us on the King's behalf, nor will we for any reason fail to tell the truth, so Morano – help us God", לעיל ה"ש 23, בעמ' 510, ה"ש 33; לגיתוח היסטורי דומה, ראו גם Sheppard, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1170–1173.

"Your sense of justice, and your own feelings, will not allow you to convict the prisoner, unless your consciences are *fully satisfied beyond all doubt* of his guilt" (ההדגשה שלי – י.ו.).⁵¹

יתר על כן מצביע Morano על ציר התפתחות נוסף שלפיו הייתה זו התביעה שכדי לאזן מחדש את יחסי הכוחות בינה לבין ההגנה, הביאה להצבתה של דרישת ה"beyond reasonable doubt" בפני המושבעים, ותרמה אגב כך להתפתחותה ולעיגונה כרף ההוכחה המחייב במשפט הפלילי.⁵² יחסי הכוחות בין התביעה להגנה הופרו עוד במאה ה-17 בעקבות התפתחותם של כללים ראייתיים שהגבילו וחסמו את קבילותן של ראיות שהתביעה הייתה רשאית להציג,⁵³ והכירו בזכותו של הנאשם להביא ראיות להגנתו.⁵⁴ לדעתו של Morano,⁵⁵ על פי הכללים אשר היו נהוגים באותה העת – "moral certainty" ו"satisfied conscience" – היה על המושבעים לזכות בשל כל ספק שלא הוסר. לכן תיחומו של הספק הלגיטימי באמצעות קריטריון הסבירות, בא כדי להקל על התביעה שהתקשתה מאוד, עד אותו זמן, להשיג פסקי דין מרשיעים.⁵⁶

הגישה הרואה ברף של "מעבר לספק סביר" תוצר של איזון אינטרסים בין מחויבותו של המשפט הפלילי להגנה על חפים מפשע מחד גיסא, ובין הצורך לאפשר הרשעה של עבריינים מאידך גיסא,⁵⁷ מקובלת גם כיום, ובאה לידי ביטוי, בין היתר, בתורת האיזונים הכללית המאפיינת את שיטתנו המשפטית.⁵⁸ בהתאם

51 Maha Rajah Nundocomar, 20 How. St. Tr. 923, 1078 (India, 1775) מובא אצל Morano, לעיל ה"ש 23, בעמ' 512. לדוגמאות נוספות ראו שם, ה"ש 43 ו-45.

52 שם, בעמ' 519.

53 שם, בעמ' 514-515. Morano מציין כללים כגון, מגבלת הרלוונטיות ודרישת הערך הראייתי.

54 זכות שהחלה להיות מוכרת במשפט המקובל במאה ה-17, כאלמנט נוסף ששינה את מאזן הכוחות לרעת התביעה, בהערימה קושי נוסף בדרך להשגת הרשעה, והיותה בשל כך תמריץ והצדקה לפיתוחה של הכבדה מסוימת על ההגנה. שם, בעמ' 514.

55 שם, בעמ' 510, ה"ש 34.

56 לשיטתה של Shapiro, לעומת זאת, החל המשפט המקובל לאמץ עקרונות רציונליים להכרעה כבר במאה ה-12, עם זניחתן של דרכי ההכרעה באמצעות "מבחני האש והמים" (אשר היא מגדירה כשיטה של "irrational proofs"), והחלפתן במשפט חבר המושבעים. בהסתמכה, בין היתר, על כתביו של Samuel Pufendorf, מרגישה Shapiro כי כלל ההכרעה של "moral certainty" והדרישה ל-"satisfied conscience", לא הוחלפו על ידי רף ההוכחה של "beyond reasonable doubt" ואלו חייבו הכרעה רציונלית עוד הרבה לפני שלהי המאה ה-18 (Shapiro, לעיל ה"ש 23, בעמ' 15-16). בניגוד ל-Morano, לדעת Shapiro דווקא הרגשת נחיצותו של הספק ופיתוחו, נובעים מהגידול במעורבות סנגורים בהליך הפלילי, ומאינטרס ההגנה להדגיש קיומו של ספק ולעצבו במסגרת כלל ההכרעה (שם, בעמ' 22).

57 Morano, לעיל ה"ש 23, בעמ' 518.

58 ראו למשל עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 12. על כך שאין רף ההוכחה הפלילי משקף בהכרח את מירת הוודאות המקסימלית שכן אנוש יכול להגיע אליה, אלא הנו תוצר של איזון אינטרסים כתיאורו של Morano, אפשר גם להסיק מגובהו של רף ההוכחה הנדרש במסגרת חוק הירושה מהמבקש לקיים צוואה. מידתו של רף זה גבוהה מרף ההוכחה הפלילי, ועומדת

לגישה זו, הרצון להימנע מהרשעות שווא אינו הערך היחיד אשר ההליך השיפוטי צריך להגשימו, וישנם ערכים ואינטרסים נוספים שיש להתחשב בהם. לפיכך על רף ההוכחה להיות כזה אשר ביכולתו לאזן נכונה, בין היתר, בין הרכיבים הבאים: איראל חשיפת האמת,⁵⁹ עקרון ההגנה על חפים מפשע, הגנה על שלום הציבור, יעילותו של ההליך הפלילי והבטחת כוחו ההרתעתי.⁶⁰

כך או כך, מאז נקלט ועוגן הסטנדרט של "מעבר לספק סביר" כרף ההוכחה הפלילי של ארצות המשפט המקובל, ככל הנראה בשלהי המאה ה-19,⁶¹ הוא הפך להיות, ללא שינוי, אחד ממאפייניה העיקריים של השיטה.⁶² בארצות-הברית, כאמור, לפני כמה עשורים, אף זכה הסטנדרט למעמד חוקתי עת עוגן על ידי בית המשפט העליון שם ב-"due process clause", כלומר בדרישות התיקונים החמישי והארבעה-עשר של החוקה האמריקנית.⁶³

אותה לשון שעניינה "ספק סביר" מופיעה גם בפסיקה הפלילית הארץ-ישראלית מתקופת המנדט הבריטי.⁶⁴ כך עמד השופט Copland, באחת הפרשות, על הדרישה שראיות נסיבתיות כמו גם ראיות ישירות יוכיחו את אשמתו של הנאשם: "[W]ithout any reasonable doubt, or without any other supposition being reasonably possible".⁶⁵ במקום אחר דן בית המשפט בנפקותו של ספק במשפט הפלילי לטובת הנאשם: "[S]hould have the benefit of that doubt".⁶⁶

הפסיקה הישראלית עסקה בסוגיית הספק כבר בפסק הדין הפלילי הראשון של בית המשפט העליון (שראה אור בפרסום רשמי) בעניין סילווסטר,⁶⁷ שם הדגיש השופט אולשן את "העקרון המשפטי שאשמת נאשם צריכה להיות מוכחת ללא

על דרגת שכנוע של "מעבר לכל ספק". ראו גם את הדיון בפסיקה, שם הכיר בית המשפט (כמו המחוקק) באפשרות קיומו של רף הוכחה אפשרי גבוה יותר מזה שבמשפט הפלילי, אך עם זאת קרא להתאים את דרגת השכנוע לסוגי הפגמים בצוואה ולדרגת חומרתם, ולאפשר איזון בין האינטרסים המוגנים. ראו למשל ע"א 6198/95 יעקב נ' בראשי, פ"ד נב(2) 603 (1998); ע"א 2098/97 בוסקילה נ' בוסקילה, פ"ד נה(3) 837 (2001).

59 הטומן בחובו גם את הרצון לצמצם את מספר זיכויי השווא: "ערך הגשמת משפט-אמת מבקש להטיל אחריות על האשם, ולהוציא לחופשי את הזכאי", עניין בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, לעיל ה"ש 12, פס' 1 לפסק דינה של השופטת פורקצ'יה.

60 על המתח הקיים בין מטרות אלו, והאיזון שנעשה ביניהן בסוגיות אחרות, ראו למשל בג"ץ 6319/95 חבמוי נ' לוי, פ"ד נא(3) 761, 750 (1997); וכן ע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 729, 756 (1978); ראו גם דורות מנשה "אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא" קרית המשפט א 307 (2001), שם עוסק המחבר במתח המושגי והנורמטיבי בין שתי מטרותיו המרכזיות של ההליך הפלילי – חשיפת האמת והגנה על חפים מפשע.

61 Shapiro, לעיל ה"ש 23, בעמ' 24; Morano, לעיל ה"ש 23, בעמ' 512 ו-519.

62 Shapiro, שם, בעמ' 1; Waldman, לעיל ה"ש 36, בעמ' 316.

63 עניין *In re Winship*, לעיל ה"ש 8.

64 לדיון בהחלפתם של דיני הראיות העות'מנים לפי המג'לה בפקודת הראיות המנדטורית לעניין רף ההוכחה הפלילי, ראו: Jarad v. Attorney general, 5 P.L.R. 111 (1938).

65 Schwartz v. The Attorney General, 5 P.L.R. 249, 251 (1938).

66 Abed v. The Attorney General, Annotated Supreme Court Judgments, 7 P.L.R. 437, 438 (1940); וללשון דומה ראו: Ishak v. The Attorney General, P.L.R. 218, 219 (1940).

67 ע"פ 1/48 סילווסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד א 5 (1948).

ספק המתקבל על הדעת, וכמו כן שלנאשם הזכות ליהנות מהספק.⁶⁸ התייחסות דומה הופיעה גם בפסק הדין מאותה שנה בפרשת קנדיל, בדבריו של השופט זילברג, שלפיהם מקום ש"קיים לפחות ספק רציני לגבי אשמתו של המערער [...] על בית המשפט היה להנותו מן הספק, ולדחות את האשמה".⁶⁹ פחות משנה לאחר מכן, נדרש בית המשפט העליון לדיון רחב יותר בחובת ההוכחה ונטיליה בפסק הדין בפרשת זרקא. בית המשפט חזר והדגיש את העיקרון שלפיו על התביעה להוכיח את אשמתו של הנאשם "במידה שאינה מניחה מקום לספק מתקבל על הדעת".⁷⁰ כפי שניתן להבחין, השימוש הרווח בפסיקה הישראלית, בראשית דרכה, לצורך הגדרת רף ההוכחה הפלילי ותיחומו של הספק בגדרו, היה בדרך של "ספק המתקבל על הדעת",⁷¹ ואילו בשלב מסוים אומצה הדרישה ל"ספק סביר", מבלי שנדרשו לעומק השוני הלשוני והמשמעויות הנלוות לכך באשר לגובהו של רף ההוכחה וטיבו,⁷² כך גם לא ניתנה תשומת לב יתרה למעבר מהגדרת תיחומו האנגלו-אמריקני של הספק כ-"reasonable" לצורתו העברית כ"סביר",⁷³ והשפעתו של מעבר זה על מובנו ועל תכניו של הספק.

- 68 שם, בעמ' 36.
- 69 ע"פ 38/49 קנדיל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב 813, 836 (1949).
- 70 ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ד 522, 527 (1950).
- 71 עניין סילוסטר, לעיל ה"ש 67, בעמ' 36; ע"פ 20/51 פורמוסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (2) 1187, 1196 (1951); רף הוכחה זה מצוי בשימוש אף היום בהליכים אזרחיים שעניינם נכסי נפקדים. ראו ס' 20(ב)(2) וס' 34(ב) לחוק נכסי נפקדים, התש"ו-1950.
- 72 כך לדירי, אפשר לתהות, אם אין בשינוי הנזכר לעיל, בדרך של דרישת ספק "סביר" על פני ספק "מתקבל על הדעת", כדי לשנות את מידת הביטחון הדרושה בהכרעת הדין. ראו ע"פ (מחוזי יים) 6260/02 ציון נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי לג(4) 37 (2003) שם מבחין השופט גל בין שני המונחים. זה המקום להדגיש כי אין מאמר זה מתיימר לעסוק בפירוש בלשני למונח, אלא לנסות להראות כבר בשלב ראשוני זה כי המושגים המשפטיים שנעשה בהם שימוש לאורך ההיסטוריה להגדרת הספק, קוראים לבחינה נוספת בשאלת טיבו ומהותו של סטנדרט ההוכחה.
- 73 מעניין לקרוא את סיפורו של פרופ' Fletcher על השתלשלות תרגומו של המונח האנגלו-אמריקני "reasonable" לשפה העברית: לשפה העברית: "The problem of translation illustrates an important point of cultural philosophy. 'Reason' is a Greek idea, a distinctive contribution of Greek philosophy. Jewish hostility toward Greek and Christian cultures insulated the Hebrew language from these foreign influences, at least until recent decades. As my good friend, the late Shalev Ginossar, told the story to me, the senior officials in the Department of Justice recognized the deficiency of not being able to express the concept of reasonableness in a single word. Sometime in the 1960s they convened a meeting to discuss the possible solutions. They hit upon the idea of taking a Talmudic term, s'vara, which connotes the logically self-evident, and adapted its root to savir, which they then declared to mean 'reasonable'. Thus, the term savir entered the Hebrew language, both in legal discourse and now in colloquial usage. But the transplantation has hardly been complete" – George P. Fletcher, *What Common Lawyers Can Learn From European Theorists of Criminal Law*, 17 BAR ILAN LAW STUDIES 91 (2002). הסברו של Fletcher לכישלונה של העברית המשפטית ה"מורדנית" ולחוסר יכולתה לתת מענה מדויק למונחים זרים, נעוץ בכך שהנה "stuck in a time warp", שם, בעמ' 93.

כיום, מאז תיקון 39 לחוק העונשין,⁷⁴ מוסדרת נפקותו של ספק במשפט הפלילי בחוק החרות. סעיף 34כב(א) לחוק העונשין קובע לעניין זה כי:

"34כב. נפקותו של ספק
(א) לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר".⁷⁵

בהיותו הוראה מהוראות החלק הכללי לחוק העונשין, תחולתו של הסעיף האמור משתרעת גם על עברות פליליות שמחוץ לחוק העונשין.⁷⁶ יורגש כי חידוש חקיקתי זה היה דקלרטיבי באופיו, ולא היה בו אלא כדי לעגן את ההלכה הפסוקה והמושרשת,⁷⁷ או כדברי השופט חשין באחת הפרשות, כי בעניין זה "לא חידש החוק מאומה, וזה תלמודנו מאז ומקדם".⁷⁸ עם זאת, עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הורם מעמדו הנורמטיבי של סטנדרט זה עת נקבע בפסיקה שמדובר ב"דרישה בעלת אופי חוקתי. [...], [ה]משתלבת בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".⁷⁹

ואולם, חרף שורשי ההיסטוריים של הספק,⁸⁰ טרם נמצאה הגדרה בהירה אשר נתנה מענה קוהרנטי ואחיד לטיבו של הספק ולנפקותו על אמת המידה לצורך

- 74 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348.
- 75 חוק העונשין, התשל"ז-1977.
- 76 ראו ס' 34כב לחוק העונשין ולפיו "באין בחוק הוראה לסתור, יחולו הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי גם על עבירות שלא לפי חוק זה".
- 77 ראו לעניין זה את דברי ההסבר שנלוו להצעת החוק המתקנת ולפיהם סעיף זה (עם סעיף 57 לאותה הצעה שהוסיף את סעיף 34כא לחוק העונשין שעניינו הכרעה לפי פרשנות מקלה) "מבטאים מושכלות יסוד במשפט הפלילי, המושרשים היטב בפסיקת ארצנו אך עד כה לא קיבלו ביטוי מפורש בחוק החרות", הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 114, 140. כך גם בעת הצגת החוק בכנסת עובר לקריאה שנייה ושלישית (מיום י"ז באב התשנ"ד, 25.7.94), נאמר כי "מידת ההוכחה הנדרשת היא מעבר לספק סביר. לא חידשנו בזה, אבל כתבנו והעלינו בהצעת החוק את העיקרון החשוב הזה", הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ד"כ 139, 9822, 9824.
- 78 ע"פ 4675/97 רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337, 375 (1999).
- 79 ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל, תקדעל (1) 914, 924 (2007).
- 80 נראה כי כבר המשפט העברי נדרש לשאלת שיעורו של הסטנדרט הראייתי ומידתו של הספק, שיהיה בו כדי לאזן בין החשש מפני הרשעת החפים לבין סיפוק צורכי השיפוט והצורך להילחם בשפיכות הדמים הגואה. כך, למשל, עולה מדבריו של השופט אלון בעניין נגר, לעיל ה"ש 7, פס' 9 לפסק דינו, כי מחד גיסא ישנה הגישה המחמירה שמייצגים התנאים רבי טרפון ורבי עקיבא, שלפיה יש לשחרר את הנאשם בכל מקרה שבו קיים אפילו ספיקספיקספיקספיקא באשמתו, באומרו: "אילו היינו בסנהדרין לא נהרג אדם מעולם" (משנה, מכות א, י). ומאידך גיסא הגישה הנקוטה על ידי רבן שמעון בן גמליאל, נשיא ישראל, המבקשת לאפשר מיצוי הדין עם העבריינים, שכן לפיה גם בזיכוי העבריינים "מרבין שופכי דמים בישראל", שם. ראו גם דבריו של השופט טירקל בע"פ 5302/03 מדינת ישראל נ' יצחק, פ"ד נט(1) 71, 84-85 (2004): "עוד מקובל עלינו מקדמת דנא שספק נפשות להקל". דהיינו, ספק הנולד בעניין הנוגע לנפשות – מקילים בו [...] עוד נקבע כי תנאי להרשעה בפלילים הוא שבית הדין מצא כי 'הנה אמת נכון הדבר' (דברים יג 16; יז 4), ופירשו 'אמת – להוציא את הספק' (מדרש תנאים על דברים יג, טו): 'להשלמת התמונה ראו דבריו של חיים ה' כהן המשפט 114-126 (מהדורה שנייה, 1996), אודות המשפט העברי, בו

הכרעה. כך גם לא הובהרו דיין דרכי זיהוי קיומו של ספק אצל השופטים⁸¹ והמבחנים הננקטים לשם כך בהליך ההכרעה השיפוטי.⁸²

ג. על נחיצות ההגדרה ועל היכולת להגדיר את הספק הסביר

מזה עשרות שנים ניטש ויכוח בין מלומדים בעניין היכולת והצורך בהגדרת "הספק הסביר". ויכוח זה, כפי שאראה, התמקד בעיקר בהיבט היישומי, היינו בשאלה כיצד ישפיע קיומה של הגדרה בכלל וטיבה המסוים בפרט, על השופטים ועל המושבעים.

בפרק זה אבחן את הגישות השונות בשאלת נחיצות הגדרתו של המושג והיכולת לעשות כן. כמו כן אטען בזכות נחיצותה של גמישות בפרשנותו של המושג, גמישות אשר תאפשר להתאים את הסטנדרט למקרה הספציפי הנבחן.⁸³ לטענתי, יש לשקול מחדש אם רצוי לתחום את גדרו של הספק ולקבוע באופן נוקשה את מידתו, כעמדתה של הגישה המסורתית, או שמא יש בכך כדי לגזול את יכולת ההתאמה של המשפט לחלופי העתים, ולשינויים במידת המעורבות של ההליך הפלילי בחברה ונחיצות אכיפתו בזמנים ובמקרים השונים בהתאם לאינטרסים המשתנים. התייחסות לסטנדרט ההוכחה בהתאם להצעת, תקנה למערכת המשפט הפלילית גמישות אשר תאפשר לשני אינטרסים מרכזיים להתקיים במסגרתה בדו־קיום – שמירה על האידאל הנעלה והכה מושרש של הוכחה ברף של "מעבר לספק סביר", והתמודדות באופן מיטבי עם הפגיעה על סוגיה למען שמירת הסדר החברתי.

אני סבור כי יש ערך ממשי לגמישות האפשרית בפרשנותו של המושג, ולא בכדי בחר המחוקק בביטוי עמום בעל רקמה רכה בדמות "סבירות" שהנו מסוג הביטויים אשר "אמורים לרחף, בלתי־מוגדרים, מעל הכללים", מבלי "לקצץ את

⁸¹ "האמת העובדתית נדחית [...] מפני אמת שיפוטית, שהיא משפט־צדק אשר בו זוכה כל נאשם מצל צלו של כל ספק" (ההדגשה שלי – י.ו.).

⁸² כפי שממחישם דבריו הבאים של הנשיא (כתוארו אז) ברק ולפיהם: "יש פעמים בהם עצם ההתלבטות בשאלת קיומו של ספק סביר עולה כדי ספק סביר בעצמה ומביאה לזיכוי של הנאשם מחמת הספק", דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביר, פ"ד נא(1) 736, 859 (1998).

⁸³ באותו אופן אי־אפשר להסתפק בפתרון אשר מתמקד, על דרך החיוב, במידת הוודאות והשכנוע המקיימת את רף ההוכחה, שלפיו על השופט להיות משוכנע בהכרעתו ("firmly convinced" – State v. Medina, 685 A.2d 1242, 1251–1252 (N.J. 1996); "sure" – Regina v. Summers, 36 Crim. App. 14 (Eng. 1952) "satisfied" – Coffin v. U.S. 156 U.S. 432 (1895)), שהרי נותרת בעינה השאלה כיצד ומתי יוכל השופט להיות משוכנע ובטוח בהכרעתו. ואולם אפשר לסבור כי ניסוח שכזה לרף ההוכחה, עדיף על פני זה המתמקד במידתו של הספק ובמהותו, שכן יש בו כדי לשקף נכונה את נטל ההוכחה החל על התביעה להוכיח את אשמתו של הנאשם, ולא מטיל הוכחת קיומו של ספק על כתפי הנאשם.

⁸³ דרך אחת ליצירת הבחנה בין דרגות שכנוע הנה במסגרת סטנדרט ההוכחה הקיים. לפי הצעה זו, מידת הוזהירות תשתנה בהתאם לחשיבות נושא הדיון. דרך אחרת הנה יצירת סקאלה של סטנדרטים ראייתיים שונים לפי מדרג חומרת העברות. ראו לעניין זה בפרק ז' וביתר הרחבה במאמר ההמשך.

כנפיהם ולכלוא אותם בכלוב של כלל נוקשה" שכן "כלל כזה עלול להרוג אותם".⁸⁴ המגמה של מעבר מפורמליזם ומנוקשות לגמישות ולשיקול דעת, אינה צריכה לפסוח גם על הכלל בדבר רף ההוכחה.⁸⁵ גישה זו תאפשר חופש הוכחה והפעלת שיקול דעת שיפוטי במסגרת הכלל הקיים, בהתאם לנסיבות המקרה, תבכר בחינה מהותית של כלל הנסיבות האופפות את המקרה, תאזן באופן מיטבי בין האינטרסים השונים ותביא לעשיית צדק מדויק יותר. בהתאם לתפיסה זו אטען כי התיבה "ספק סביר" טומנת בחובה "ספק סביר בנסיבות העניין".

1. על נחיצות הגדרתו של הספק הסביר

יש הסוברים כי הניסיון לגבש הגדרות ונוסחאות, שהן כביכול מדויקות יותר מהצגת התזה המשפטית הכללית והמופשטת של "ספק סביר", עורר קשיים רבים. על רקע תפיסה זו, הם מבקשים למלט עצמם מהגדרתו של המונח, ומזהירים מפני הקושי שבקביעת הגדרה ברורה ומנחה.⁸⁶

באחדות ממדינות ארצות-הברית הפרקטיקה המקובלת הנה להימנע לחלוטין מלהציע פרשנות והסבר כלשהם למובנו של סטנדרט ההוכחה הפלילי, פרט לציון אותה דרישה בדבר הוכחה של "מעבר לספק סביר".⁸⁷ המלומד Diamond טוען כי הסיבה העיקרית לכך שרוב השופטים נמנעים מלהגדיר את המונח בהנחייתם למושבעים, הנה כדי להימנע מביקורת בית המשפט של הערעור.⁸⁸ לדעת אחרים כלל אי-אפשר להגדיר את המונח,⁸⁹ ואולם לשיטת אחרים אי-הגדרת המונח תאפשר למושבעים לשקף ערכים משתנים של החברה בפרשנותם את המונח וביישומו.⁹⁰ גם בבריטניה⁹¹ הפרקטיקה הנוהגת הנה כי השופט נמנע מלפרש את סטנדרט

- 84 השופט זמיר בע"פ 7826/96 רייש נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 481, 498-499 (1997).
- 85 כאשר אין כוונתי לשיקול דעת "דבורקיניאני" חזק במובן של מתן חופש לשופט לעצב את סטנדרט ההכרעה כראות עיניו וללא קני מידה מנחים - Ronald L. Dworkin, *The Model of Rules*, 35 U. CHI. L. REV. 14, 32-33 (1967). ודאי לא ביטול הכלל בדבר מידת ההוכחה, כפי גישתו של Bentham, המוצגת אצל: WILLIAM L. TWINING, THEORIES OF EVIDENCE: BENTHAM AND WIGMORE 66-75 (1985); לסיווג ולמיון של כללי ההוכחה הכובלים את שיקול הדעת השיפוטי, ראו גם דורון מנשה "שיקול דעת עוברתי, חופש הוכחה ותיזות ברבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83 (1996), המתאר את הגישות השונות העוסקות בכבילתו של שיקול הדעת השיפוטי ב"כבלים טכניים", של כללי ראיות ופרוצדורה, וביניהם נטל ההוכחה, מול אלה התומכות בהשתתפות עקרונות של "חופש הוכחה".
- 86 I KENNETH S. BROUN, MCCORMICK ON EVIDENCE 516 (6th ed. 2006).
- 87 John Warwick Montgomery, *The Criminal Standard of Proof*, 148 NEW L.J. 582 (1998).
- 88 Henry A. Diamond, *Reasonable Doubt: To Define, or Not to Define*, 90 COLUM. L. REV. 1716, 1725 (1990).
- 89 Miles v. U.S., 103 U.S. 304, 312 (1880).
- 90 *Reasonable Doubt: An Argument Against Definition*, 108 HARV. L. REV. 1955, 1972 (1995).
- 91 Thomas V. Mulrine, *Reasonable Doubt: How in the World is it Defined?*, 12 AM. U.J. INT'L L. & POL'Y 195 (1997).

"הספק הסביר" אלא אם כן חבר המושבעים עצמו מבקש הסבר.⁹² יתרה מכך, בית המשפט לערעורים הבריטי קבע נחרצות כי אין להגדיר את המונח, והזהיר את השופטים "not to attempt any gloss on what is meant by 'sure' or what is meant by 'reasonable doubt'".⁹³ וכך מסכם Zuckerman גישה זו, שלפיה אין צורך ואין זה ראוי לנסות ולפרק "ספק סביר" לגורמיו:

"Judges are now exhorted 'not to volunteer an explanation of this expression' but to satisfy themselves with the 'time-honoured formula' of proof beyond reasonable doubt".⁹⁴

לעומת הגישה המוותרת על הגדרת המונח, יש הסוברים כי על אף הקושי בהגדרת המונח, וחרף הבלבול הנוצר מניסיונות הגדרתו, אין להתעלם ביודעין מפרשנותו של המונח.⁹⁵ בית המשפט העליון בארץ מצרד בגישה זו בקבעו כי יש מקום להירש לסוגיית פרשנותו של המונח, בעיקר מהטעם המעשי לפיו "באזהרות מפני קשיי הגדרה אין, כמובן, כדי לפטור את השופט מגיבושה של תפיסה מנחה או כדי לפתור את הקושיה הניצבת בפני כל ערכאה שיפוטית פלילית".⁹⁶

2. על היכולת להגדיר את סבירותו של הספק

נשיא בית המשפט העליון של מסצ'וסטס, השופט Shaw, הביע את דעתו כבר במאה ה-19 כי:

"What is reasonable doubt? It is a term often used, probably pretty well understood, but not easily defined".⁹⁷

-
- 92 Montgomery, לעיל ה"ש 87.
- 93 R. v. Ching, 63 Crim. App. 7, 10, 11 (Eng. 1976): "We point out and emphasize that if judges stopped trying to define that which is almost impossible to define there would be fewer appeals"
- 94 ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 17, בעמ' 135.
- 95 דבריה של השופטת Ginsburg בפרשת: Victor v. Nebraska, 114 S. Ct 1239, 1254-1259 (1994); Jon O. Newman, *Beyond "Reasonable Doubt"*, 68 N.Y.U.L. REV. 979, 1002 (1993): "The time has come to move beyond the mere incantation of the 'reasonable doubt' standard"
- 96 פרשת דמיואניוק, לעיל ה"ש 3.
- 97 Commonwealth v. Webster, 59 Mass. 295 (1850). עם זאת ניסה Shaw הגדרה משלו לסטנדרט של "מעבר לספק סביר", ניסוח ששימש מאז פעמים רבות במשפט האמריקני וזכה לכינוי "The Webster charge", ראו שם, בעמ' 320. בעניין *Victor v. Nebraska*, לעיל ה"ש 95, בעמ' 1244 ציין בית המשפט העליון כי: "The Webster charge" "[P]robably the most satisfactory definition ever given to the charge"

גם McCormick שותף לדעה שלפיה הגדרתו של רף ההוכחה הנה משימה מורכבת עד בלתי אפשרית ומביע חשש מפני הסביר יתר ודברי פרשנות אשר יובילו לבלבול.⁹⁸ ואכן, בכמה מקרים ביקר בית המשפט העליון האמריקני הנחיות שניתנו על ידי בתי המשפט המדינתיים למושבעים, ואף פסל אותן, מהטעם שהניסוחים באמצעותם ניסו להסביר את סטנדרט ההוכחה הפלילי שגויים ומטעים. כך, לדוגמה, באחת הפרשות מתה בית המשפט ביקורת על הניסיון להסביר את הספק הסביר כ"א substantial doubt, a real doubt",⁹⁹ ובדומה נפסלה הנחיה שניתנה בשני משפטי רצח בלואיזיאנה להבהרת סטנדרט הספק הסביר,¹⁰⁰ אשר השתמשה בניסוחים דוגמת "grave uncertainty" ("אי-ודאות משמעותית") ו-"actual substantial doubt" ("ספק ממשי ומהותי").¹⁰¹ הנחיה אשר פורשה ככזו שפותחת פתח להבנה שגויה של רף ההוכחה, באופן שעלול לאפשר הרשעה גם תוך עמידה בדרישות פחות גבוהות וחמורות מהמתחייב מהפסיקה וממעמדו החוקתי של הסטנדרט.

בארץ, אף על פי שבתי המשפט הביעו דעתם כי אין לחשוש מלנסות ולהגדיר את המונח,¹⁰² והיו אף כאלה שהדגישו את חשיבות ביאורו,¹⁰³ אי-אפשר למצוא בפסיקה מבחן ברור ואחיד לאפיונו ולתיחומו של גדר "הספק הסביר" חרף השימוש הרב שנעשה בו. בפרשת דמיאניוק נקבע כי הגדרתו של הספק הסביר נבחנת "לפי אמות המידה הראציונאליות המקובלות עלינו" וכי "אין המדובר

words 'reasonable doubt' in any case known to criminal jurisprudence";
 וראו גם: Shelagh Kenney, *Fifth Amendment – Upholding The Constitutional Merit of Misleading Reasonable Doubt Jury Instruction: victor v. Nebraska and Sandoval v. California*, 114 S. Ct. 1239 (1994), 85 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 989, 1014–1015 (1995), הסוקר את הביקורות שניתנו בפסיקה ובספרות כנגד ההגדרה הנ"ל.

MCCORMICK, לעיל ה"ש 86. 98

Taylor v. Kentucky, 436 U.S. 478 (1978). 99

Cage v. Louisiana, 498 U.S. 39 (1990); Sullivan v. Louisiana, 508 U.S. 275; עם זאת יצוין, כי בית המשפט העליון האמריקני נמנע ככלל מלפסול הרשעה על בסיס הנחיה בעייתית לעניין סטנדרט הספק הסביר, בקבעו כי על ערכאת הערעור לבחון, לא אם אפשר היה בעקבות ההנחיה ליישם את הסטנדרט באופן שגוי, אלא אם ישנה אפשרות סבירה ("reasonable likelihood") שבפועל זאת הייתה התוצאה.

ואולם מצאתי כי נעשה שימוש במינוח דומה בפסיקה הישראלית. כך, למשל, בע"פ 9216/03 אלרוז נ' מדינת ישראל, תק"על (1)06, 576, 590 (2006): "כאשר ניצב בית-המשפט בצומת ההכרעה [...] עליו לבחון [...] שמא, לאחר הערכת מכלול הראיות, נותר ספק אמיתי ומהותי באשמתו של הנאשם" (ההדגשה שלי – י.ו.).

אם כן, כאמור, מרביתם סברו כי נחיצות ההגדרה הנה כורח המציאות. ראו, למשל, דבריו של הנשיא (כתוארו אז) שמגר בפרשת דמיאניוק שלפיהם על אף הקשיים העיוניים והמעשיים בהגדרת רף ההוכחה הפלילי, נחיצות ההגדרה מתעוררת על רקע חובתה של הערכאה השיפוטית להידרש לסוגיה. פרשת דמיאניוק, לעיל ה"ש 3.

כך סבור השופט חשין, כי "הנוסחה תישאר על מכונה – 'ספק סביר' – אך לא נחשוש לפרשה ולבארה" בקבעו כי אין מקום לאמץ בארץ את העמדה הספקנית שנקטה בארצות-הברית ובבריטניה בסוגיה. עמדה שהוא מייחס לשוני בשיטה הנקטה שם, אשר במרכזה נמצא חבר המושבעים – עניין בן-ארי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 125–126.

בוודאות [...] מתמטית [...] ואין להיתפס למסקנות שאינן מתיישבות עם הערכה ראציונאלית".¹⁰⁴ בפרשת אזולאי נקבע כי "על בית המשפט לפסוק על יסוד המודל האינדוקטיבי".¹⁰⁵ ואילו בפרשת בן-ארי הוגדר המונח בדרך שונה, והוסף פן אמוציונלי לסבירותו של הספק. כך נקבע כי המונח מורכב משני יסודות: "היסוד הראציונאלי-אובייקטיבי", ו"היסוד המוסרי-סובייקטיבי".¹⁰⁶ כפי שאראה בהמשך, הוקדשה כתיבה עיונית רבה לניסיון לעמוד על אופיו, על מובנו ועל גדרו של הספק במשפט הפלילי. נעשו אף ניסיונות לא מעטים לכמתו ולתארו במודלים מעין מתמטיים, הסתברותיים מחד גיסא, ולפרשו באמצעים אפיסטמולוגיים, תודעתיים מאידך גיסא. חרף כל הניסיונות, נראה כי תוכנו של המונח כיום נותר חמקני.¹⁰⁷ כפי שהיה בתחילת דרכו,¹⁰⁸ ומשמעותו חובקת דיסציפלינות שונות:

"[הספק הסביר' הנו] מושג שעיקרו בתחום ההרגשה, המחשבה, הפעילות, ההיגיון הבריא [...] מכל מקום, אין הוא מושג מוחשי" (ההרגשה שלי – י.ו.).¹⁰⁹

דווקא מורכבותו וחשיבותו הרבה של המושג מצדיקה, כך נראה, את הניסיונות להאירו ולהבהירו. חרף הקושי בהגדרתו, אני סבור כי אין להתעלם מהצורך בפרשנותו של המושג, הן ברמה העיונית-פרשנית והן לצורך יישום שיפוטי ומתן הגדרה נורמטיבית ראויה לאלה העושים במלאכה. פרשנות הוגנת ופתוחה למונח "ספק סביר" עדיפה, לדעתי, על פני "הערפל המושגי" הקיים. עם זאת, אטען, כאמור, כי על פי מובנו הרצוי של הסטנדרט, אין לתחמו במידה קשיחה ומדויקת, אלא להסתפק במסגרת נורמטיבית גמישה המשתנה לפי נסיבות המקרה. כך גם אפשר לטעון, כי דווקא גמישותו של הסטנדרט, יש בה כדי להסביר כיצד "שרד" זה במשפט האנגלו-אמריקני מזה מאות בשנים חרף תמורות מרחיקות לכת, תאורטיות ומעשיות, בדיני הראיות ותורת השפיטה.¹¹⁰

104 פרשת דמיאניוק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 652.

105 ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 565, 570 (1993).

106 עניין בן-ארי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 124-127.

107 דוגמה ל"חמקנותו" של המושג, אפשר למצוא בדבריו של השופט עמית בת"פ (מחוזי חי') 230/03 פרקליטות מחוז חיפה נ' שאמי, תקימח (3) 04, 5132, 5153 (2004): "קשה להגדיר מהו 'ספק סביר' אך קל יותר להגדירו על דרך השלילה. מתי נאמר כי אין לפנינו ספק סביר?" "What does 'reasonable doubt' mean? There is no simple answer except to say that the phrase perhaps defines itself", R. v. Brydon, 95 C.C.C (3d) 509 (1995) השאר, על חוסר האחידות בהגדרת המונח בשיטות המשפט השונות.

108 לפי דבריו של השופט Woods, בפרשת: Miles v. U.S., 103 U.S. 304, 312 (1880): "Attempts to explain the term 'reasonable doubt' do not usually result in making it any clearer to the minds of the jury"

109 לינדנשטראוס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 9.

110 ראו באופן כללי, מנחם מאוטנר ירדת הפורמליזם ועלית הערכים במשפט הישראלי 56-54 (1993).

ד. מודלים הסתברותיים לכימותו של הספק

1. ההסתברות המתמטית

אחת התאוריות המרכזיות ששימשו באורה מסורתית לניסוחם ולכחינתם של כללי ההיסק וההכרעה הראייתיים במשפט היא תורת ההסתברות המתמטית, שנוסדה על ידי כותבים כמו Blaise Pascal¹¹¹, Christiaan Huygens¹¹², ומאוחר יותר Pierre Simon Laplace¹¹³ ו-Jakob Bernoulli¹¹⁴. תורה זו יושמה, בין היתר במשפט, כחלק מאותן מגמות רחבות של הרציונליות הפרגמטית, והמתמטיקה היישומית שראשיתן במאה ה-17 והמשכן בתקופת ההשכלה.

מגמות אלה, אשר חתרו לקידום הבהירות והדיוק בכל תחומי החיים, מצאו במשפט זירה יישומית לרבים מרעיונותיהן.¹¹⁵ הרעיון ליישם את התורה המתמטית ההסתברותית להבנת המשפט ולהכוונתו, שנקט עד לאותה עת מבחנים מילוליים מעורפלים, התאים לפתיחות אשר הלכה וגברה כלפי החשיבה המספרית שפשטה בתורת המשפט, ואשר נועדה לתת מענה לשיפוט האי-רציונלי-סובייקטיבי ששלט בכיפה באותם ימים.

ההתייחסות המסורתית לנטלי ההוכחה במשפט האזרחי והפלילי, כמו גם לגידורו ולמהותו של הספק, במושגים מספריים ובלשון הסתברותית, בהצטרפם לתפקידה ההולך ומתרחב של ההתייחסות המספרית והסטטיסטית בחיי המעשה,¹¹⁶ הקלו את דרכה והפכו את קליטתה של ההסתברות המתמטית אל

111 את ראשיתה של תורת ההסתברות המודרנית נהוג לייחס לתכתובת מ-1654 בין המתמטיקאים הצרפתים Blaise Pascal ו-Pierre de Fermat, שבהן הם דנו בתוצאותיו ההוגנות של משחק הימור שנקטע באמצעו. ראו: GERD GIGERENZER, ZENO SWIJTINK, THEODORE PROTER, LORRAINE DASTON, JOHN BEATTY & LORENZE KRUGER, THE EMPIRE OF CHANCE – HOW PROBABILITY CHANGED SCIENCE AND EVERYDAY LIFE I (1990).

112 ספרו של המתמטיקאי והפיזיקאי ההולנדי Christiaan Huygens שפורסם בשנת 1657: CHRISTIAAN HUYGENS, DE RATIOCINIIS IN LUDO ALEAE (1657), נחשב לאחת המסות הראשונות על ההסתברות המתמטית. עם זאת, קדם לו חיבורו של הרופא והמתמטיקאי האיטלקי Girolamo Cardano, שפורסם רק לאחר מותו בשנת 1663: GIROLAMO CARDANO, LIBER DE LUDO ALEA (1663).

113 "[A] moral proof is never more than a probability" – MARQUIS DE LAPLACE, A PHILOSOPHICAL ESSAY ON PROBABILITIES (Frederick Wilson Truscott & Frederick Lincoln Emory trans., New York, Dover 1951) (1814).

114 JAKOB BERNOULLI, ARS CONJECTANDI (Basilea, 1713).

115 GIGERENZER, לעיל ה"ש 111, בעמ' 6.

116 Lea Brilmayer & Lewis Kornhauser, *Quantitative Methods and Legal Decisions*, 46 U. CHI. L. REV 116, 117 (1978). המחברים נותנים כרוגמה את הנתונים הסטטיסטיים שאליהם נחשף הציבור דרך שגרה, כגון מדירת אחוזי הפשע, נתונים על שכירות מחלות, פרסום נתונים כלכליים, שיעורי אבטלה וכדומה, ובמקביל גידול מתמיד בחשיפת בתי המשפט לנתונים כמותיים וסטטיסטיים כחלק מהראיות שבפניהם.

תוך החשיבה והדיון הראייתיים לטבעית.¹¹⁷ כך, לדוגמה, מקובלת ההתייחסות אל רף ההוכחה האזרחי, כ"נטיית מאזן ההסתברות"¹¹⁸ או "עודף הסתברות",¹¹⁹ שתורגמו לא אחת כדרישה ל"רמת ודאות שהיא מעבר ל-50%¹²⁰ או "בשיעור 51%",¹²¹ ולעניין רף ההוכחה הפלילי, לצד תיאורו כדורש "מידה גבוהה של הסתברות"¹²² ואף "הוכחה של קרוב ל-100%",¹²³ שגורים גם בפסיקה ובספרות ביטויים המנסים לבטא מספרית על דרך של קביעת היחס שבין התוצאות והמשמעויות של זיכוי אשמים לבין אלו של הרשעת פחים מפשע.¹²⁴

אחד מהכללים הנחשב לרלוונטי במיוחד להכרעה העובדתית המשפטית, הוא "תאורת בייס", אשר הוצגה לראשונה על ידי Thomas Bayes, איש כמורה בן המאה ה-18, המשמשת לעדכונו של תחשיב הסתברותי על סמך הצטברותן של ראיות נוספות.¹²⁵ באמצעות תאורמה זו מתאפשר, בין היתר, לכמת את השפעתן

- 117 יש להדגיש כי אין מאמר זה מתיימר, ואף לא נדרש לענייננו, להקיף את יישומה של תורת ההסתברות ותורות אחרות על כל היבטיו של המשפט הפלילי ודיני הראיות, אלא להתייחס ליכולתן של תורות אלה להגדיר מושגית, לשקף מבחינה תוכנית ולתאר נכוחה את דרך ההכרעה המשפטית הפלילית.
- 118 ע"א 237/70 בר נ' קצין התגמולים, פ"ד כח(1) 132, 137 (1971).
- 119 ע"א 2856/00 שקוי נ' הדר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נו(2) 518, 524 (2002).
- 120 ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 283, 215 (2004); ראו גם ע"פ 2457/98 שזמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 289, 297 (2002).
- 121 ע"פ 5031/01 פלונית נ' מדינת ישראל, תק"על(3) 03, 1223, 1230 (2003).
- 122 ע"פ 854/02 אדרי נ' מדינת ישראל, תק"על(1) 02, 913, 924 (2002).
- 123 ע"א 475/81 זיקרי נ' 'כלל' חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מ(1) 589, 594 (1986).
- 124 ראו, למשל, ת"פ (מחוזי י"ם) 185/03 מדינת ישראל נ' מתתיהו, תק"מח(3) 04, 1802, פס' 12 (2004): "ולזכות אלה חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד"; ע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 756, 729 (1978): "מוטב לשחרר תשעים ותשעה אנשים שפשעו מאשר להרשיע חף מפשע אחד"; ע"פ 6900/98 אקב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 126, 139 (1999): "מוטב שיצאו מאה אשמים – לחופש, מאשר חף מפשע אחד – לכלא"; משקלות יחסיים אלו זכו לא אחת ליישום דווקניכמותי, כך למשל באחד ממשפטי בוסטון טען פרקליט ההגנה, John Adams, כי: "We are to look upon it as more beneficial, that many guilty persons should escape unpunished, than one innocent person should suffer [...]. And I shall take it for granted, as a first principle, that the eight prisoners at the bar had better be all acquitted, though we should admit them all to be guilty, than that any one of them should by your verdict be found guilty, being innocent". ראו Volokh, "L. KINVIN WROTH & Rex v. Wemms, כפי שהוא מצוטט אצל: HILLER B. ZOBEL, LEGAL PAPERS OF JOHN ADAMS 98, 271 (1965); וראו שימוש דומה שנעשה גם במשפט ארצנו: "הסנגור אף מבקש לפצות את המערערת בניכוי 10 חודשי מאסר בגין כל חודש מעצר שהייתה בכלא בגין תיק השוד, לפי העקרון שעדיף לזכות 10 אשמים מאשר להרשיע חף מפשע אחד" – ע"פ (מחוזי י"ם) 1236/99 כחלון נ' מדינת ישראל, תק"מח(3) 99, 362, 363 (1999).
- 125 ההצגה הפורמלית של תאורת בייס, קובעת כי הסתברותו של אירוע B, בהנתן האירועים A_1, A_2, \dots, A_n הנה:

$$P(A_i|B) = \frac{P(B|A_i)P(A_i)}{\sum_{j=1}^n P(B|A_j)P(A_j)} \quad (K = 1, 2, \dots, n)$$

של ראיות המתווספות להערכת הסתברות סובייקטיבית מוקדמת¹²⁶ על ידי שקלולה עם מידע סטטיסטי־שכיחותי, ובכך לכמת את הסתברותו של אירוע בלתי ידוע.¹²⁷ כוחה של תאורמה זו בזירת המשפט נובע מיכולתה לאפשר קשר הדוק בין נתונים סטטיסטיים־שכיחותיים לבין המקרה האינדיווידואלי הנדון.¹²⁸ אלא שדווקא אותם כללי תחשיב הסתברותי¹²⁹ המצדיקים לכאורה את הפורמליזציה והחלה של ההסתברות המתמטית במסגרת המשפטית, מעלים קשיים מבחינה נורמטיבית, לוגית ומעשית.¹³⁰

- ראו מאמרו המקיף של פרופ' רון שפירא "המודל ההסתברותי של דיני הראיות חלק א – ביקורות מסורתיות" עיוני משפט יט 205, 207, ה"ש 9 (1994).
- 126 P(A) בנוסחה שלעיל, המהווה הסתברות אפריורית, מוקדמת.
- 127 P(A/B) בנוסחה שלעיל, המהווה הסתברות פוסטריורית, בשקלול הראיות הנוספות.
- 128 רון שפירא "שימוש בטכניקות הסתברותיות לזיהוי אנשים על סמך ראיות נסיבתיות" פלילים ב 113, 120-121 (1991). פרופ' Ball במאמרו על הזיקה בין תורת ההסתברות לבין סטנדרט ההוכחה המשפטי, רואה בתאורמת בייס דגם ושיקוף של הליך הבירור הראייתי, V.C. Ball, *The Moment of Truth: Probability Theory and Standards of Proof*, 14 VAND. L. REV. 807, 829 (1961).
- 129 פירוש המושגים והכללים האלו חורג מגרריו של חיבור זה. לענייננו די לציין כי הסתברותו של מאורע מיוצגת כערך מספרי על הציר שבין 0 (בלתי אפשרי) לבין 1 (ודאי) או באחוזים על הציר שבין 0% לבין 100%, וכי כללי החישוב העיקריים של ההסתברות הקלאסית הם כולל ההשלמה – הקובע, במקרה הפשוט, כי הסתברותו של אירוע ושילתו מכסים את כל טווח האפשרויות, וכלל המכפלה – הקובע כי הסתברותם של שני מאורעות בלתי תלויים (כלומר שאין זיקה נסיבתית בין התרחשותו של האחד לבין התרחשותו של השני – דוגמת הטלת שני מטבעות) הנה מכפלת ההסתברות של כל אחד מהם (כך לדוגמה אם ההסתברות שתוצאת הטלת מטבע "כשר" תהיה "עץ" היא 0.5 (או 50%), הרי הסתברות שתוצאת הטלת שני מטבעות כאלו תהיה "עץ" היא $0.5 \cdot 0.5 = 0.25$ (או 25%). להרחבה ראו, שפירא, לעיל ה"ש 125, בעמ' 207, ה"ש 8-9, וכן Brilmayer & Kornhauser, לעיל ה"ש 116, בעמ' 137.
- 130 כך נטען כי כלל המכפלה ההסתברותי, הקובע כי ההסתברות להתרחשותם של שני אירועים בלתי תלויים הנה מכפלת ההסתברויות של כל אחד מהם, אינה תואמת את הדין הנוהג, לעניין שקלול הצטברותן של כמה ראיות, או אופן ההתייחסות להוכחת מרכיביה השונים של עברה (כך, למשל, בסתירה להלכה בעניין שקלול ראיות נסיבתיות, שלפיה "המסקנה הסופית יכולה להתקבל מתוך צירופן של כמה ראיות נסיבתיות כאלה, שכל אחת מהן אינה מספקת בפני עצמה להרשעת הנאשם" – ע"פ 524/77 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 682, 686 (1978)). הואיל וכלל זה מתייב את עלייתה של רמת אי־הודאות וחוסר הביטחון עם גידול מספר המרכיבים הבלתי ודאיים המשוקללים במסגרתו, משמעותו המעשית היא, שאף אם כל אחד מרכיבי העברה הוכח ברמה הנדרשת מרף ההוכחה הפלילי, הוכחת העברה עצמה כמכלול, עשויה שלא לעמוד בדרישות רף זה. כך לדוגמה אם לעברה ארבעה יסודות, וכל אחד מהם הוכח נניח ברמה של 90%, תוצאת שקלול ארבעתם תהיה $0.9 \cdot 0.9 \cdot 0.9 \cdot 0.9 = 0.6561$ Ronald J. Allen, *The Nature of Juridical Proof*, 13 CARDZO L. REV. 373, 375 (1991); ביקורת דומה מועלית גם כלפי כלל ההשלמה, שעל פיו הסתברות קיומו של אירוע, ושילתו, מכסים את המרחב השלם של האפשרויות, ולפיכך חיבור הסתברויות אלו מסתכם לשלם (המיוצג כ־1 או 100%). נטען כי כלל זה אינו מבטא נכונה את המשמעות הנגזרת מההערכה בדבר קיומו של ספק, או חוסר ביטחון בעדותו של עד מסוים, שכן להבדיל מהאפשרות להסיק מסקנה פוזיטיבית מאותה עדות – אם היא אכן נכונה – הרי אם העד אינו מהימן, אי־אפשר לסמוך על עדותו בין לקבלת תוכנה ובין לשלילתה, ראו Brilmayer & Kornhauser, לעיל ה"ש 116, בעמ' 146; אף מבחינה נורמטיבית יש לבקר את אימוץ כלל ההשלמה בהליך הבירור העובדתי. שכן על פי

פרופ' Laurence H. Tribe, המדגיש בחיבורו את הערכים הלבר הוכחתיים של ההליך הפלילי על כלליו הדייוניים והראייתיים השונים, מעלה כמה השגות כלפי "התאורמה הבייסיאנית". אחת הטענות העיקריות הנה הטענה, כי תיקון וערכון תחשיבים הסתברותיים מחייבים נקודת מוצא מספרית כלשהי שתהווה בסיס לערכון זה,¹³¹ וכי בהליך הפלילי כימות אפריורי של אשמה גדול מאפס פסול, מניה וביה בהיותו יצירה של דעה מוקדמת מכוח חוק, שמשמעותה סתירה ברורה של חזקת הכשרות.¹³² Tribe מדגיש את חשיבותה הנורמטיבית של חזקת החפות, ורואה בכל פגיעה בה בדרך של קביעה אפריורית של אשם, פסול ערכי היורד לשורשה של השיטה.¹³³

כלל זה מקום שלא "הוכח שכן" בהכרח "הוכח שלא", ומשמעות תפיסה הסתברותית מתמטית זו הנה קביעה מהותית בדבר חפות, שאינה עולה בקנה אחד עם התפיסה בדבר משמעות של זיכוי כתוצאה שיורית של אי-הוכחה אשמה ולא כקביעה פוזיטיבית של היעדר אשמה. טענה מסוג אחר המועלית כלפי התאוריות ההסתברותיות היא, כי אין הן מביאות בחשבון את היבט משקלן של הראיות – מבחינת היקפן, להבדיל מהסתברותן או רמת אי-הוודאות המיוחסת להן – היבט שהנו חשוב ומרכזי בדיני הראיות בכלל, ובהקשר של עמידה ברף ההוכחה בפרט.

131 Laurence H. Tribe, *Trial by Mathematics: Precisions and Ritual in the Legal Process*, 84 HARV. L. REV. 1329–1359 (1971); חסרי ה"בייסיאניזם" משיבים לטענה זו כי, על פי רוב, תיקון ההערכה הראשונית על בסיס שקלולה עם מידע נוסף יפחית באופן משמעותי ממשקלה של אותה הערכה ראשונית, ולפיכך אין בהכרח חשיבות של ממש לדיוק בקביעתה. Michael O. Finkelstein & William B. Fairley, *A Comment on "Trial By Mathematics"*, 84 HARV. L. REV. 1801, 1802–1803 (1971) גם: Lea Brilmayer, *Second Order Evidence and Bayesian Logic*, 66 B.U.L. REV. 673 (1986), המבקרת את כלל המכפלה בפרט ואת תחשיבי ההסתברות ה"בייסיאנית" בכלל בחוסר יכולתם להתחשב בהערכות הסתברותיות מסדר שני. מבלי להביע עמדה בנוגע לביקורתה של Brilmayer כאשר להבחנתה בין ספק מסדר ראשון וכזה שהוא מסדר שני, בכל הנוגע להערכות הסתברותיות, אף לשיטתי יש להבחין בין הערכות אשר בחינתן מהווה "דיון מסדר ראשון" ובין הערכות בדבר טיבן של הערכות אלו שמצדן עוסקות ב"דיון מסדר שני". דיון בהערכות מסוג זה חורג ממסגרתו של מאמר זה, ואולם אפשר לזהות בנקל את נפקותו של דיון מסדר שני על רף ההוכחה ועל מידת הוודאות בהכרעה הנגזרת ממנו, באופן שיהא אפשר להבחין בין מידות ההוכחה השונות, לא רק באמצעות מידת הוודאות שהאירוע הדרוש להוכחה אכן התרחש (דיון מסדר ראשון), אלא גם באמצעות דרגת השכנוע של השופט בהכרעתו (דיון מסדר שני).

132 כמונחו של הנשיא זמורה בעניין סילוסטר, לעיל ה"ש 67, בעמ' 19.

133 ראו Tribe, לעיל ה"ש 131, בעמ' 1369–1372; לעומת זאת, טוענים Finkelstein ו-Fairley כי מדובר בתהליך מנטלי-קוגניטיבי הכרחי, ודווקא הכרח להעריך את הסתברות האשמה בשלבי הביניים, כמושגים כמותיים, הנו ערובה לשיקול דעת רציני, אחראי וגלוי בתודעה, ובכך יש כדי למתנו על דרך בחינתו הרציונלית והביקורתית. עוד הם מוסיפים כי אין הכרח ליישם את התחשיב ה"בייסיאני" כשיטה כללית לאורך כל המשפט, אלא, ובעיקר, לשקלול ראיות סטטיסטיות עם ידע קודם, שאז אין נדרשת הערכה ראשונית של אשמה (אלא רק הערכה ראשונית של הסוגיה שבכוננת אותה ראייה להוכיח). כך, למשל, לעניין קשירת הנאשם לזירת העברה, ההסתברות הראשונית שיש להעריך תהיה אם נוכחותו של הנאשם בזירה היא תמימה אם לא, וגם הערכה זו, לשיטתם, צריכה להיות מבוססת על שאר החומר שהוצג במשפט – Finkelstein & Fairley, לעיל ה"ש 131, בעמ' 1807–1808; גם Williams אינו שותף לביקורתו של Tribe, והוא מצדו טוען, כי מוטב לתקן הערכה סובייקטיבית בהתאם לממצא סטטיסטי מאשר לנחש את סבירות האשם בלא נקודת מוצא

קושי נוסף שמעלה Tribe, והרלוונטי ביותר לענייננו, הנו הקושי המוסרי הכרוך בהרשעת אדם לנוכח קיום ספק מוצהר. לטענתו, יש פסול מוסרי בטכניקה ה"בייסיאנית" המערערת את עקרון ההרשעה מעבר לספק סביר, שכן, מבחינה מתמטית, אי-אפשר להגיע בתאורמת בייס להסתברות פוסטריורית של 100%,¹³⁴ ובכך מצהירה המערכת המשפטית על ערך ידוע ומכומת של ספק. Tribe מדגיש את הממד הערכי של המשפט שעל פיו יש הבדל בין שאיפה למזעור טעויות בהרשעת חפים¹³⁵ לבין התפשרות מראש על טעויות והצהרה על כמות של נאשמים ידועה מראש, שהשיטה מוכנה להקריב כאמצעי לקידום מטרות חברתיות.¹³⁶ מנגד, יש הטוענים כי גם בהיעדר כימות מספרי של רף ההוכחה הפילי, קיימת בתודעת מקבלי החלטות מודעות לאפשרות שיוורשו חפים מפשע בצייתם לכלל ההכרעה.¹³⁷ כך גם נטען, כי בהתאם לשיטה הנוהגת, שלפיה ההכרעה עומדת בסימן של ספק מתמיד, ההבדל בין הסתברות קטנה ביותר של ספק ובין הספק הקטן והבלתי נמנע הנותר בדרך של הכרעה על ידי בן אנוש, הנו סמנטי בלבד.¹³⁸ בניגוד לדעת חסידי התורות ההסתברותיות, מחקרים פסיכולוגיים מראים כי התחשיבים המוצעים אינם מתארים נאמנה, ברמה הפוזיטיבית, את ההליך הקוגניטיבי של ההכרעה העובדתית, וכי מושגי הספק או השכנוע אינם ניתנים לכימות מתמטי.¹³⁹ לטענתו של Tribe, כימות כזה נוגד את עיקרה של השאיפה

כלשהי: Glanville Williams, *The Mathematics of Proof*, [1979] CRIM. L. R. 297, 299, 307; דרך נוספת ליישוב השיטה ההסתברותית עם הנחת החפות, הנה הסתכלות על חוקת החפות כהסתברות פחותה מזו הנדרשת לצורך הרשעה בלבד, ולא כהסתברות אפריורית אפסית – Stephen E. Fienberg & Mark J. Schervish, *The Relevance Of Bayesian Inference For The Presentation Of Statistical Evidence And For Legal Decisionmaking*, 66 B.U.L. REV. 771, 780 (1986).

134 בהנחה שיש זיקה הסתברותית בין האשמה לבין הראיה.
135 הכרוכה אמנם בטעויות בלתי נמנעות עקב מגבלות הטבע האנושי והצורך להכריע בתנאי אי-ודאות. ראו באופן כללי – HEURISTICS – JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY – AND BIASES (Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky eds., 1982) שם מובאים מחקרים שנערכו על הליך ההכרעה האנושי שמהם עולה כי במצבים של חוסר ודאות הליך ההכרעה מבוסס על אסטרטגיות הפשטה שונות המביאות להטיות ולכשלי היסק. בין היתר הצביעו הכותבים השונים על בעיית ההתחשבות בחומר רקע, שקלול לא הסתברותי של מידע, ועוד.

136 Tribe, לעיל ה"ש 131, בעמ' 1372–1375.
137 Dorothy K. Kagehiro & W. Clark Stanton, *Legal vs. Quantified Definitions of Standards of Proof*, 9 L. & HUMAN BEHAV. 159, 174–175 (1985) שם מבססים המחברים את מסקנתם על ממצאים אמפיריים.

138 Daniel Stripinis, *Probability Theory and Circumstantial Evidence Implications from a Mathematical Analysis*, 22 JURIMETRICS 59, 75 (1981)

139 Nancy Pennington & Reid Hastie, *Evidence Evaluation in Complex Decision Making*, 51 JOURNAL OF PERSONALITY & SOCIAL PSYCHOLOGY 242, 242–243 (1986). כך הועלו כלפי התורות ההסתברותיות טענות נוספות, כגון הסכנה בפרשנות ויישום לא נכונים של הנתונים והתחשיבים ההסתברותיים על ידי שופטים ומושבעים – Tribe, לעיל ה"ש 131, בעמ' 1332–1338. שם מצוינות דוגמאות של מקרים שבהם הסתברויות מתמטיות גורמות לבלבול המושבעים, והסכנה שבשל הפיתוי להשתמש במידע המספרי שהנו מדויק מדעית כביכול, ידחקו החוצה הערכות שמטיבן אינן מספריות. שם, בעמ' 1361.

לשכנוע סובייקטיבי, אף שלדעת הבייסיאניסטים הוא מבטא אותה באופן המוצלח ביותר. יתר על כן, Tribe סבור כי אפילו היה השימוש בתחשיב ההסתברותי מדויק לצורכי קבלת החלטות, אין תועלתו זו שקולה כנגד הנזק לערכים החברתיים המוגנים באמצעות ההליכים המשפטיים הקיימים. דווקא הדיוק הוא בעוכריה של הפנייה לכלים מתמטיים, שכן דיוק רב מדי ירוקן מתוכנו את התפקיד הסמלי-ריטואלי המורכב של ההליך המשפטי והטכניקה המשפטית, שבהם באים לידי ביטוי ערכים חשובים הנוגעים ביחס החברה לפרטיה.¹⁴⁰ להשקפתו של Tribe, מעבר לתפקידו בקביעת האחריות הפלילית וחשיפת האמת ההיסטורית, להליך הפלילי נודע גם תפקיד תאטרלי-אקספרסיבי-קומיוניקטיבי, אשר בתורו מהווה דגם מורכב של מחוות חברתיות ומנגנון להעברת מסרים חברתיים וקליטתם על ידי הציבור. פרופ' Charles Nesson, בדומה ל-Tribe, מטעים אף הוא כי שיקולים של מדיניות חברתית נוגדים ניתוח מתמטי של חומר הראיות, בעיקר בתחום המשפט הפלילי, באשר ניתוח כזה כרוך בכימות מפורש של אי-ודאות. להשקפתו, מן הראוי שהשיטה המשפטית תתמקד בקביעה אם האירוע (event) הנבחן התרחש אם לאו, ולא בקביעה השמה יהבה בשאלה אם לפי חומר הראיות (evidence) האירוע התרחש אם לאו. לשיטתו של Nesson, להבחנה זו משמעות אקספרסיבית ראשונה במעלה לעניין המסר ההתנהגותי לציבור. לפי גישה זו, ישנה חשיבות מרכזית לא רק למידת נכונותה של ההכרעה ולמידת חשיפתה את האמת, אלא חשיבות לברי-הוכחתית להכרעה, באשר הנה בעלת אופי ריטואלי ותאטרלי שנועד לסלול את דרכה ללב הציבור.¹⁴¹

לעומת זאת, תומכי השיטה ה"בייסיאנית" חולקים על התפיסה האמורה על אודות טיב ההליך המשפטי, אשר לשיטתם עיקרו גילוי האמת, ואילו שאר מאפייניו של ההליך משניים לייעוד עיקרי זה. לשיטתם, הכימות מהווה איראל של רציונליות, וככזה – יש להתאמץ לשאוף אליו במידת האפשר אף אם הנו, עקרונית, בלתי ניתן להשגה.¹⁴²

פרט להשגות הנורמטיביות האמורות, נראה כי השימוש בתחשיביהן של התורות ההסתברותיות אף אינו משקף את אורח החשיבה האנושית.¹⁴³ כך גם לא

140 Tribe, שם, בעמ' 1371. יש כאלה המזהירים מפני כימות רף ההוכחה אשר יביא לשיטתם להדליגיטימציה של ההליך הפלילי ורף ההוכחה במסגרתו. ראו, למשל, Larry Laudan, *Is Reasonable Doubt Reasonable?*, 9 LEGAL THEORY 295, 311 (2003).

141 Charles Nesson, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, 98 HARV. L. REV 1357 (1985). מקשר את שיטתו להפרדה המסורתית בין "אמת עובדתית" ל"אמת משפטית", ומשתית את טיעונו על ההנחה כי המטרה הראשונית של ההליך השיפוטי היא להחיל על החברה עקרונות בסיסיים ולהטמיע ערכים ונורמות התנהגות ראויות של הדין המהותי. לשיטתו של Nesson, הבחנה זו קרדינלית למטרה המרכזית של שיטת המשפט, שהנה, לדעתו, אמון הציבור באפקטיביות שלה, ולכן הכרעה שיפוטית שאין בה כדי לשקף את האמת העובדתית, אלא נתפסת כמייצגת הערכה הסתברותית של סיכויי אשמה בלבד, פוגעת במסר ההרתעתי שביסודה. Williams, לעיל ה"ש 133.

143 ראו לדוגמה, John Kaplan, *Decision Theory and the Factfinding Process*, 20 STAN. L. REV. 1065, 1091 (1968). Kaplan מודה, בהתייחסו לשיטה הבייסיאנית, כי: "The human mind, at least consciously, dose not work that way". ואולם גם אלו המתנגדים להחלת תורות מעין אלה בזירת המשפט אינם מצליחים לנסח בתורם תיאור

ניתן לבאר כהלכה את הקשר שבין מושגי השכיחות המתמטיים לבין המושגים האפיסטמיים ומצבי התודעה השגורים של "אמונה",¹⁴⁴ "שכנוע",¹⁴⁵ "הנחת דעת"¹⁴⁶ ו"הוכחה בטוחה".¹⁴⁷ על רקע דברים אלו יש מי שמציעים לנוח את השימוש בתאוריות ההסתברותיות כמסגרת מתאימה לבחינתו ולתאורו של הליך ההכרעה המשפטי, כמו גם של רף ההוכחה של "מעבר לספק סביר".¹⁴⁸

בכואו לרון בסוגיה זו, הביע בית המשפט העליון בארץ את עמדתו כי "הערכת מכלול הראיות איננה עניין לחישובים מתמטיים ואינה נעשית כמו סיכום קולות בקלפי", תוך שהוא קובע כי עמדה זו תואמת גם לציוויה של פקודת הראיות.¹⁴⁹ ביקורת זו, אשר הביעו בתי המשפט נגד התחשיבים ההסתברותיים בכללותם, עיקרה כי "מידת הוודאות אינה יכולה להתבטא בנתונים מתמטיים",¹⁵⁰ שכן מושגי הספק או השכנוע המשפטיים אינם ניתנים לכימות מתמטי, ואינם מובעים כראות באמצעים הסתברותיים. לשיטתם סטנדרט ההוכחה הפלילי של "מעבר לספק סביר" הנו איכותי במהותו,¹⁵¹ וכל ניסיון לכמתו לא רק מנמיך את נטל השכנוע הנדרש על פיו, אלא גם גורם לבלבול בקרב השופטים בכואם ליישם את הכללים ההסתברותיים.¹⁵² כך, למשל, קבעה השופטת דורנר, כי מבחן הסתברותי לא עומד

- משביע רצון של אותן איכויות של המושגים האפיסטמיים, ובכך הם מחזקים את טענתם של הסידי המתמטיזציה של המשפט, כי קיומן של איכויות אלה הוא בבחינת אשליה.
- 144 ראו, למשל, ת"פ (מחוזי ת"א) 40032/03 מדינת ישראל נ' אברמנטו, תקימה (2)03 (2003) 8417.
- 145 ראו, למשל, ע"פ 10049/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 385, 404-405 (2004); ת"פ (מחוזי חי') 21/95 מדינת ישראל נ' בנימינוב, תקימה (2)97 (1997) 508.
- 146 ע"פ 1221/06 עיאר נ' מדינת ישראל, תקיעל (1)06 (2006) 3696; תפ"ח (מחוזי יים) 777/04 מדינת ישראל נ' מלול, תקימה (1)06 (2006) 1586.
- 147 ע"פ 1143/92 מדינת ישראל נ' בוניפרד, תקיעל (1)93 (1993) 719, 718.
- 148 Brilmayer & Kornhauser, לעיל ה"ש 116, בעמ' 153; ראו גם, Kagehiro & Stanton, לעיל ה"ש 137, בעמ' 174. שם עומדים המחברים על כך כי במשפט ההשוואתי אין למצוא דוגמאות לניסוח רף ההוכחה הפלילי במושגים הסתברותיים.
- 149 פרשת דמיואניוק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 235. בית המשפט דן בס' 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש] התשל"א-1971, הקובע כי "ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם עניין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות העניין, ואותות האמת המתגלים במהלך המשפט". לפיכך תחמה הפסיקה את השימוש בנתונים הסתברותיים של שכיחות לעניינים טכניים בלבד דוגמת שאלות פורנויות של זיהוי (עניין אזולאי, לעיל ה"ש 105); שיוך דם לנאשם (ע"פ 6167/99 בן שלוש נ' מדינת ישראל, תקיעל (3)03 (1995) 956 (2003)); בריקות דנ"א (ע"פ 9724/02 אבויהמאד נ' מדינת ישראל, תקיעל (3)03 (2003) 2182 (2003)); או זיהוי על פי פרופיל גנטי (ע"פ 7463/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 865 (2001)); יתר על כן נקבע, כי הואיל ומדובר בנתונים סטטיסטיים, מובהקותם חייבת להיות מכרעת (בש"פ 5174/99 האלדי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 289, 292-293 (1999)).
- 150 פרשת דמיואניוק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 649.
- 151 כך, למשל, מאמץ השופט רביד בת"פ (מחוזי ב"ש) 318/84 מדינת ישראל נ' החישווילי, פ"מ התשמ"ו(א) 54, 81 (1986), את ביקורתו של Tribe, במובן זה ש"בית משפט מרשיע נאשם במשפט פלילי [...] לא תוך כדי מתן משקל כמותי לנתונים שעליהם ביסס את מסקנותיו ולכן אין נתונים סטטיסטיים יכולים לקבוע שאשמתו של הנאשם הוכחה מעבר לכל ספק סביר".
- 152 McCullough v. State of Nevada, 657 P.2d 1157, 1159 (Nev. 1983). בפרשה זו ביטל בית המשפט העליון של נבאדה את המשפט לאחר שהשופט Llewellyn הגדיר למושבעים את רף ההוכחה בצורה כמותית, ומיקם אותו בסקאלה שבין 0 ל-10 על 7.5.

בקנה אחד עם הדרישה האיכותית של שכנוע, וכי הוכחה מעבר לכל ספק סביר על פי המבחן ההסתברותי "קרובה להיות בלתי־אפשרית"¹⁵³.

מחקרים אמפיריים הצביעו אף הם על סירובם של השופטים לכימותו של רף ההוכחה והגדרתו בסדר נוקשה של דיוק מתמטי, בנמקם כי אין בכך כדי להכיל את כל מאפייניו של המושג. כך נטען, כי דרך החשיבה ההסתברותית אינה עולה בקנה אחד עם האינטואיציות של השופט, ודרך ההכרעה בה הוא נוקט.¹⁵⁴

הגם שברמה המעשית נראית כל קביעה מספרית לרף ההוכחה כשרירותית,¹⁵⁵ נראה כי גם מבחינה נורמטיבית ספק אם יש לעשות כן ולו מהטעם שכל חישוב מספרי של "הספק הסביר" מחייב שקלול של הערכים המתנגשים, דוגמת מחירן האישי והחברתי של טעויות בהרשעה לעומת טעויות בזיכוי,¹⁵⁶ ערכים שמשקלם עשוי להשתנות על פי נסיבות המקרה. אלטרנטיבה גמישה זו אינה יכולה לעלות בקנה אחד עם החלתה של נוסחה מתמטית קבועה המסכמת את הראיות בלבד, אלא מציעה משוואה ערכית־דעיונית אשר בכוחה לאפשר שקלולם של משתנים נוספים, והיא עצמה משתנה ממקרה למקרה.¹⁵⁷

153 דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' בהנא, פ"ד נד(5) 145, 188 (2000). ותשובתו של השופט אור: "במהותו, המבחן ההסתברותי הוא מבחן של הגיון ושכל ישר. האופן שבו מופעל המבחן אינו שונה מן האופן שבו פועל בית המשפט בנושאים אחרים מידי יום ביומו, כולל בתחום המשפט הפלילי", שם, בעמ' 173.

154 ראו: Rita James Simon, *Judges, Translations of Burdens of Proof into Statements of Probability*, TRIAL LAW GUIDE 13, 113 (1969). כמו כן הרגישה Simon את העובדה כי מרבית השופטים הביעו את מורת רוחם מכימותו של רף ההוכחה הפלילי. למחקרים נוספים, ראו: C.M.A. McCauliff, *Burdens of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence, or Constitutional Guarantees?*, 35 VAND. L. REV. 1293 (1982).

155 ואכן אפשר למצוא בפסיקה ובספרות התייחסויות מספריות שונות לרף ההוכחה. ראו, למשל, יעקב קדמי על הראיות חלק שלישי, 1458-1462 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2003), וכן בעמ' 1465 בקבעו כי: "העמידה בדרישה של 'הוכחה למעלה מספק סביר' מצריכה רמת הוכחה של 98%-99%. רמת ההוכחה המוטלת על התביעה בפלילים אינה 'סובלת' אלא 1%-2% ספק – שהוא מידת הספק הבלתי סביר"; וגישתו של פרופ' גרוס המעריך כי מידת הודאות הנדרשת היא כ"בערך 95%", Emanuel Gross, *Human Rights in Administrative Proceedings: A Quest for Appropriate Evidentiary Standards*, 31 CALIF. W. United States v. Fatico, 458 F. Supp. 388; והשוו: INT'L L.J. 215, 216 (2001) (E.D.N.Y. 1978); United States v. Fatico, 603 F.2d 1053 (2d Cir, 1979).

156 שקלול זה, כפי שהצגתי לעיל, אכן מהווה את ההצדקה המסורתית לרף ההוכחה הפלילי. ברומה, מצאתי כי לצד תיאור "עקרון העדיפות" בדבר היחס הרצוי שבין הרשעות לזיכויים שגויים במונחים מספריים של 1:5, 1:20, 1:1000 ועוד, בוטא היחס הראוי בדרך איכותית יותר, של "a goodly number", "a considerable amount", "many", "several", "some". ראו Volokh, לעיל ה"ש 8, בעמ' 176, ה"ש 16-21.

157 ואכן גם בית המשפט העליון, כבר לפני יותר מיובל, הביע את עמדתו על הצורך ב"מבחן נוח" שאינו כמותי, מדויק או דווקני. ראו ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינולד, פ"ד יב(3) 2017 (1958) והשוו גם עם דעתה של שופטת בית הדין הארצי לעבודה, השופטת ברק, בדונה ברף ההוכחה במשפט הפלילי, שלפיה: "אין לקבוע מסמרות אלא לבחון בכל מקרה את האינטרס המוגן" וקוראת לאימוץ "גישה גמישה הבוחנת כל עניין לגופו וקובעת את מידת ההוכחה הדרושה על פי האינטרסים המוגנים" – רב"ע נה/3-60 חמיר – הלמן, תקיאר 95(2) 1 (1995).

2. ההסתברות האינדוקטיבית

מודל הסתברותי שונה שהוצע כמענה אפשרי לאחדות מהטענות שהועלו נגד ההסתברות הסובייקטיבית ואשר משקף את הליך ההכרעה השיפוטי, הנו המודל ההסתברותי האינדוקטיבי, או ה"בייקוניאני" שניסח Cohen.¹⁵⁸ מודל זה נבדל, מבחינת מערכת מושגיו וכלליו, בכמה היבטים מהמודלים ההסתברותיים המתמטיים, המכונים על ידי Cohen "פסקליאניים". בחלק זה אצביע על מאפייניו העיקריים בלבד, ככל שהם רלוונטיים לרף ההוכחה הפלילי וההכרעה על פיו.¹⁵⁹ אף שגם המודל של Cohen מציג את תוקפה של ראיה, או מידת האמונה והוודאות הסובייקטיבית המיוחסים לה, על ציר מספרי שבין 0 ל-1, הרי הוא נותן משמעות שונה ומצומצמת יותר לקטבים אלו, ביחסו ערך פרובטיבי אך לאחד מהם. השיטה שמציע Cohen כחלופה להסתברות ה"פסקליאנית", מדרגת הסתברויות אינדוקטיביות על פני הציר, שבראשיתו "הוכחה ש-x" ובקצהו "היעדר הוכחה ש-x". זאת, להבדיל מן הציר הפסקליאני, המותח קו בין "הוכחה ש-x" לבין "הוכחה שלא x". בכך, לטענתו, הולמת שיטה זו באופן מוצלח יותר את אופי הפעילות האינטלקטואלית של מקבלי החלטות עובדתיות במשפט ובתחומים אחרים. פעילות זו מתמקדת במישרין באירוע הבודד שהיא בוחנת ולא בקבוצת אירועים, ומסקנותיה מבוססות על הקשר היחיד והבלתי מקרי בין אירוע זה לבין אירועים אחרים. אופן חשיבה זה קשור באלימינציה של אפשרויות חלופיות להסתברות של ממצא, ובהוכחתה של המסקנה הסופית כאפשרות היחידה המתקבלת על הדעת. ולענייננו, על פי שיטה זו, השאלה הנכונה במשפט הפלילי לא תהא מהי הסתברות האשם, אלא אם קיים ספק לגיטימי שלא נסתר.¹⁶⁰

L. JONATHAN COHEN, THE PROBABLE AND THE PROVABLE (1977); L. 158
 Cohen, *The Logic of Proof*, [1980] CRIM. L. R. 91
 המודל על שמו של הלורד בייקון אשר בתורתו הוא רואה את יסודותיה הפילוסופיים של שיטתו. לפי שיטה זו, מוגדרת ההסתברות האינדוקטיבית לנכונותה של מסקנה כלשהי (B) על סמך הנחות (A), על פי מידת התמיכה האינדוקטיבית בהכללה בנוגע לכל המצבים שבהם נתונות הנחות (A) ואף מהן עולה המסקנה (B). דוגמה יישומית בפסיקה לשיטה זו, אף אם לא בגלוי, מצויה בכללים בדבר "עדות שיטה" ו"מעשים דומים". מידת התמיכה האינדוקטיבית במסקנה גדלה ככל שמתווספות הנחות נוספות התומכות בה.
 159 להצגה ולניתוח מעמיקים של מודל זה, כמו גם של מודלים נוספים אחרים, ראו רון שפירא "המודל ההסתברותי של דיני הראיות חלק ב – הלוגיקה ההכרתית" עיוני משפט כ 141 (1996).

160 הסתברות אינדוקטיבית, מסביר Cohen, עשויה להיות מוערכת באופן השוואתי. כלומר ניתן לומר שהסתברותו האינדוקטיבית של אירוע מסוים הייתה גבוהה יותר או נמוכה יותר משל אירוע אחר. ברם, אין היא עשויה להימדד בערכים מספריים קרדינליים. אין שחר לייחוס מספרים להסתברויות אינדוקטיביות, מאחר שאין הן מבטאות יחס בין קבוצות של מקרים, אלא דירוג של כמות גורמי המידע הרלוונטיים שהובאו בחשבון. בדירוג כזה של גורמי מידע רלוונטי אפשר אמנם לומר שככל שמתווספים גורמים, כן עולה ערך ההסתברות האינדוקטיבית, אולם אי־אפשר להשוות את רשימת הגורמים הרלוונטיים בנוגע לאירוע אחד, לרשימת הגורמים הנוגעים באירוע שונה לחלוטין. Cohen פותר את הבעייתיות שמציב כלל ההשלמה ההסתברותי בקונטקסט המשפטי, שכן יש בשיטתו לנתק את הזיקה שבין הוכחתו של אירוע, או ההיסק החיובי מתוך ראיה, ובין שלילתו, או ההיסק השלילי מהראיה. כך, לדוגמה, מהמסקנה כי אי־אפשר לבטוח בתוקפה של עדות שלפיה

עצמתן של ראיות, כמו גם עצמתה של המסקנה המבוססת עליהן, נקבעת ונבחנת בשיטתו של Cohen בדרך של אלימינציה, על ידי העמדתן במבחני הפרכה, באופן הרומה לדרך אישושן של היפותזות מדעיות העומדות בפני מבחנים אמפיריים שונים. טענתו המרכזית הנה שהערכתן של ראיות היא עניין של קיום הליך מסוים, ולא של מדידה, וכי הליך זה מבוסס על התרת ספקות בדרך של הפרכת השערות. לשיטתו, הוכחה "מעבר לספק סביר" אינה מצביעה על תקן מדידה של עצמה ראייתית, כי אם על עמידה בתהליך בדיקה המונע בידי השאיפה לא לפסוח על אפשרויות חלופיות להסברת העובדות שלפני בית המשפט בעת קביעתה של אחריות. שימוש בחישוב שכחותי, לשיטתו, לא יתרום דבר לשלילת אפשריותן של חלופות לגרסת האחריות של הנאשם.

לדעת Cohen, בשונה משיטתו, שיטת ההסתברות המתמטית חוטאת בהנחת שלמותו של מערך הראיות שעליהן היא מבססת את מסקנתה ההסתברותית.¹⁶¹ כך, למשל, במצב שבו ישנן רק ראיות מעטות וחלקיות, אף שההסתברות המתמטית מאפשרת לתת אמון מלא בראיות אלו ומכאן לגזור מסקנה בעלת תוקף הוכחתי, הרי השיטה האינדוקטיבית תעריך כי הראיות הקיימות אינן מאפשרות להעמיד למבחן שיטתי את המסקנה האמורה, ולפיכך תקבע למסקנה הסתברות אינדוקטיבית נמוכה. בדרך זו מורדת ההסתברות האינדוקטיבית גם את משקלן של הראיות הקיימות, ומביאה בחשבון את מספרן ואת היחס שבינן לבין כלל הראיות הרלוונטיות הדרושות להכרעת הסוגיה,¹⁶² ומוגבלת לבחינה השוואתית יחסית אך בגרריה של אותה מסקנה בלבד.

אירוע מסוים התרחש, או כי ניתן להתייחס לאותה עדות ברמה מוגבלת בלבד של ביטחון, לא נגזרת על פי שיטתו של Cohen, מסקנה הכרחית כלשהי כאילו אותו אירוע לא התרחש או כי יש להטיל ספק בהתרחשותו. מכאן שההסתברות האינדוקטיבית של שלילתו של אירוע שהסתברותו מעל אפס, עשויה להיות אפס בדיוק, ובכך נדחה כלל ההשלמה, כלומר, הקביעה שמשמעות השלילה של טענה היא רק שהטענה לא הוכחה, ולא שהוכח היפוכה. Cohen גם פוסל את כלל המכפלה ההסתברותית, שלשיטתו אינו מאפשר במקרים רבים להגיע להסתברות מספקת להרשעה, ומחליפו בכלל שלפיו עצמתה של שרשרת ראיות נקבעת על פי עצמתה של החוליה החלשה ביותר, היינו ההסתברות האינדוקטיבית של הצטברותם של שני אירועים, שווה להסתברותו האינדוקטיבית של הפחות מסתבר מביניהם. Cohen, לעיל ה"ש 158, בעמ' 97-98.

161 שם, בעמ' 102.

162 מכאן שדרוש שהראיות שהכללה מותנית בהן, יקיפו עד כמה שניתן את מכלול המידע האינדיווידואלי הרלוונטי ביחס לאירוע הנדון ולעברה הדרושה הוכחה, ואין די בכך שהכללה הנובעת מן הראיות, ושמשכבת את הנאשם בביצוע העברה, היא בעלת הסתברות מתמטית-פסקליאנית גבוהה. לדיון ביקורתי על הקשר שבין "אינדיווידואליזציה היסקית" ואסטרטגיית ההכרעה בפלילים, ראו STEIN, לעיל ה"ש 8, פרק 3 ובעמ' 183, 206-207, המבקר את מודל ההסתברות המתמטית בשל התעלמותו ממשקל הראיות (להבדיל מהסתברותן). לפי Stein, ממחויבתו של כלל ההכרעה הפלילי לחלוקת סיכונים משגה הנוטה לטובת הנאשם, נגזרת הדרשה ל-"Maximal Individualization Principle" אשר באה לידי ביטוי, בין השאר, בבחינת משקלן של הראיות נוסף להסתברותן; ראו גם, דורון מנשה "הרהורים בעקבות הכרעות הערכאות השיפוטיות בעניינו של אריה דרעי" קריית המשפט ב (2002) 329, הבוחן את פסקי הדין שניתנו בעניינו של אריה דרעי, מנקודת מבט שכוון.

מסקנתו של Cohen הנה כי רף ההוכחה הפלילי אינו מציב מדרד כמותי כלשהו להסתברות האשמה, מדרד שאינו מתיישב לדעתו עם דרישת ביטחון אמיתי בהרשעה,¹⁶³ אלא מגלם דרישה איכותית לשלילתם של הסברים סבירים אחרים כלשהם. לטענתו של Cohen, לא רק שגלומים יתרונות בשיתנו, אלא אף בתי המשפט נוהגים כך בפועל.¹⁶⁴

בארץ, אימץ בית המשפט את שיטת ההסתברות האינדוקטיבית של Cohen כמודל להערכתן של ראיות נסיבתיות¹⁶⁵ ולהכרעה על כסיסן, וזאת כאלטרנטיבה למודל המתמטי-הסתברותי.¹⁶⁶ למעשה, על פי מתודה זו, מנוסח תקן "הספק הסביר" "על שלילת הסברים המתיישבים עם חפותו של הנאשם".¹⁶⁷ מודל זה, אומץ על ידי השופט דורנר בפסיקתה והוטעם על ידה ככזה אשר "ניתן להגיע [באמצעותו] למסקנה השוללת ספק סביר".¹⁶⁸

163 בדומה לביקורות שצוינו בחלק הקודם, טוען Cohen כי בכל רמה מעשית של הסתברות קיימת הכרה בהסתברות ממשית מוצהרת לשגיאות. כך לדוגמה הצבת הרף הפלילי על הסתברות של 99% תכתיב נכונות להשלים עם הרשעה אחת של אדם חף מפשע ל-100 משפטים. Cohen, לעיל ה"ש 158, בעמ' 102.

164 ואכן טענה זו מוצאת לה אישוש בפסיקה באנגליה: Miller v. Minister of Pensions, 2 All E.R. 372; Rex. v. Dickman, 26 T.L.R. 640 (1910) בפסיקה בארצות-הברית: Watt v. People, 18 N.E. 340 (1888); McGoon v. State, 177 N.E. 238 (1931); Hicks v. State, 18 S.E.2d 637 (Ga. Ct. App. 1942); People of the State of New York v. Lozano, 434 N.Y. Supp. 2d 588 (1980); Irby v. The State, 396 S.E.2d 210 (Ga. 1990).

165 יש לציין כי בית המשפט מבחין בין שיטת ההוכחה מקום המדובר בראיות ישירות לבין זו הנוהגת בראיות נסיבתיות. נראה כי הבחנה זו, אינה עולה בקנה אחד עם תורתו של Cohen המסב אותה מפורשות, גם על הערכה ושקלול של עדויות ישירות (COHEN), לעיל ה"ש 158, בעמ' 78-79. על פי תפיסתו של בית המשפט, נקבע כי אין מקום לחשיבה אינדוקטיבית כאשר מדובר בהוכחה הנסמכת על עדויות ישירות של עדים. כך שבה ומדגישה השופט דורנר, נושאת הדגל בהטמעת ופיתוח המודל בפסיקה, כי "מקום שהראיות [...] הן ישירות, הספק הסביר הוא פרי ממצאי מהימנות", "מנגד, המסקנה המרשיעה על יסוד ראיות נסיבתיות [...] מבוססת [...] על שיטות הסתברות, באמצעותן ניתן להגיע למסקנה השוללת ספק סביר", ע"פ 6359/99 מדינת ישראל נ' קורמן, פ"ד נד(4) 653 (2000); ובדומה קבע השופט אילן: "כאשר בית המשפט מבסס הכרעת דין על ראיות נסיבתיות ועל מסקנה שבהסתברות צריכה להיות שלילה גמורה של תרחישים אחרים אפשריים. במקרה דנן לא מדובר בראיות נסיבתיות, אלא בעדות עדי ראיה שבית המשפט האמין להם. [...] ושוב אין חשיבות לעובדה שיתכן גם תרחיש אחר, כי מדובר בעדות עדי ראיה, ולא במסקנות המבוססות על ראיה נסיבתית", ע"פ 5015/98 אקרישבסקי נ' מדינת ישראל, תקי"על 99(3) 47 (1999); ראו גם, דבריה של השופטת קפלן-הגלר בת"פ (מחוזי ת"א) 40170/03 מדינת ישראל נ' מוחמד, תקי"מ 04(2) 2160 (2004), המבחינה בין שיטת הוכחה המבוססת על "אינטואיציה שיפוטית" כאשר המדובר בראיות ישירות, ובין הוכחה הנסמכת על "שיטות הסתברות" כאשר מדובר בראיות נסיבתיות.

166 ראו, למשל, ע"פ 401/72 ויטפילד נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 813 (1974); ע"פ 191/82 נאמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 615 (1983); ע"פ 685/81 אהרונזי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 673, 692 (1983); ע"פ 493/82 חמו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 645 (1986); ע"פ 842/85 הרנוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 245 (1988); ע"פ 409/89 מדינת ישראל נ' רוימו, פ"ד מד(3) 465 (1990); ע"פ 6096/94 מנצור נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 732 (1996).

167 עניין קורמן, לעיל ה"ש 165.

168 שם; ראו גם, עניין אזולאי, לעיל ה"ש 105, בעמ' 570.

3. ההסתברות הסובייקטיבית

כפי שהראיתי, הלחולה של ההסתברות המתמטית לזירת המשפט נבע בעיקר מהרצון למצוא מוצא מתמטי מדויק ואובייקטיבי למבחנים המילוליים שנוקט המשפט ואשר תוארו כתחושות אפיסטמיות סובייקטיביות. ואולם, עם זאת, הוצעו על ידי מלומדים גם מודלים סובייקטיביים בלתי סטטיסטיים לניסוח פורמלי של האינטואיציות השיפוטיות.

פרופ' Leonard Savage הציע לאמץ את מודל ההסתברות הסובייקטיבית, המסב את התחשיב ההסתברותי לא על שכיחותם האובייקטיבית של האירועים, כי אם על מידת האמונה בנכונותם, או על ההערכה הסובייקטיבית של חוסר הוודאות לגביהם.¹⁶⁹ במרכזו של מודל זה הרעיון לתת מדרג לדרגת האמונה של אדם על פני הטווח המספרי שבין 0% (לא מאמין) לבין 100% (מאמין לחלוטין). הערכת אמונה כזו אינה מבוססת על בחינה מתמטית של הסתברויות וגם לא על מדידה סטטיסטית של שכיחויות, ובכך ייחודה לעומת התאוריות ההסתברותיות המתמטיות.

הטענה היא כי כוחו של המודל הנו בפורמליזציה שהוא מציע לאופן הערכתו הסובייקטיבית של ראיות, ובכך שהוא מציינת לכללי התחשיב ההסתברותי. בדומה נטען, כי ניתן לאמץ גם גרסה בלתי מספרית של מודל ההסתברות האמפירית-שכיחותית כמערכת השוואתית לוגית.¹⁷⁰

דרך הצרנה חלופית להיסק הראיתי נוסחה על ידי Shafer ומבוססת על "פונקציית אמונה".¹⁷¹ פונקציה זו מוצגת כהכללה, אשר הסתברות סובייקטיבית היא מקרה פרטי שלה. בניגוד לכללי ההסתברות המתמטית, אין ערכיה משלימים לאחד, ובכך היא מבטאת נכוחה את האינטואיציה האנושית, שלפיה אי-אמונה בהשערה אינו מבטא בהכרח אמונה בשלילתה. לטענתו של Shafer, מדובר במצב תודעתי שבו נעשית הערכת ספק סובייקטיבית, המשמשת כתכונה המיוחסת לראיה בתודעה השיפוטית. Shafer מציע שיטה פשוטה לדרוג מידת התמיכה של ראיות בהשערות,¹⁷² אשר לפיה מועצמת מידת האמונה בהשערה ככל שמתווספות ראיות. על פי שיטה זו, שיעור אשמתו של נאשם נמדר על פי עצמתה של האמונה בדבר אשמתו על בסיס הראיות שתומכות בהשערה זו. שיטתו מתיישבת עם ההסתברות המתמטית כמובן זה שהיא מיישמת את כלליה במינוחים אפיסטמיים ורואה בה מקרה גבול אובייקטיבי.¹⁷³

169 להרחבה ראו שפירא, לעיל ה"ש 128, בעמ' 116-117, ה"ש 16 המפנה לספרו של: LEONARD SAVAGE, FOUNDATIONS OF STATISTICS (1950).

170 ליתר פירוט, ראו שפירא, שם, בעמ' 115-116.

171 ראו שפירא, לעיל ה"ש 159, בעמ' 155-156 וכן בעמ' 143, ה"ש 10, ובעמ' 155, ה"ש 42, שם מפנה פרופ' שפירא לכתביו של Shafer וביניהם: GLENN SHAFER, A MATHEMATICAL THEORY OF EVIDENCE (1976).

172 לניסוח מתמטי של ההסתברות כאמצעות פונקציית האמונה, ראו שפירא, שם, בעמ' 156.

173 על הביקורת כלפי מודל זה ראו שפירא, שם. עיקרה של הביקורת הוא ערפול המושגים שנוקטת השיטה, כגון "שכנוע" ו"אמונה", והיותם סברות סובייקטיביות ללא כל הצדקה אובייקטיבית. אובייקטיביות שביקשו הבייסיאניסטים ליצוק להליך ההכרעה האנושי האישי.

דוגמה להתייחסות דומה לכלל ההכרעה ניתן למצוא בפרשת יצחקי, שם נעשה ניסיון על ידי בית המשפט המחוזי בירושלים להשתמש ברעיונות הסתברותיים. אף שאין הוא מתייחס לכך באופן מפורש, קובע בית המשפט כי ניתן להשתמש במודלים אלה "כדי לסייע בבחינת ההסתברות האינטואיטיבית ההגיונית" לבחינת שיעורו של הספק, וזאת "מבלי לקבוע את מידת ההסתברות הסטטיסטית".¹⁷⁴

ה. מודלים קוגניטיביים לבחינת קיומו של ספק

לצד התאוריות ההסתברותיות השונות, המנסחות ומאפיינות את ההכרעה העובדתית המשפטית באופן נומרי ואטומיסטי, כהערכת הסתברותם של מאורעות יחידים וחד-פעמיים ושכיחותן של ראיות בדירות, ישנה גישה אחרת הרואה בהכרעה העובדתית תהליך הוליסטי קוגניטיבי של שיבוץ ראיות בתוך תבניות מנטליות סדורות, המקנות לראיות הקשר פרשני וקנה מידה הערכתי, ומהוות בסיס אפיסטמי להכרעה השיפוטית. בחלק זה של המאמר אבקש לעסוק בכמה מהיבטיה הנרטיביים של חשיבה שיפוטית זו, כפי שהיא משתקפת בטקסט השיפוטי, ובפער בין תפקודו כאקט ציבורי-נורמטיבי לבין הממד הפרטי שלו, הבא לידי ביטוי בבחירות אישיות, פנימיות וסובייקטיביות של השופט.¹⁷⁵

1. מודל הסיפור

גישה זו, שזכתה לשם "מודל הסיפור" (Story Model), פותחה על ידי Nancy ו-W. Lance Bennett ו-Martha S. Feldman¹⁷⁶, Ronald J. Allen¹⁷⁷, ו-Reid Hastie¹⁷⁸. על פי גישה זו מתוארת ההכרעה העובדתית

174 ת"פ (מחוזי י"ם) 302/99 מדינת ישראל נ' יצחקי, תקי"ח (3) 10992 (2000).
 175 לענייננו, אתמקד במקומו ובתפקידו של הנרטיב בהצגת גרסתו של כל אחד מהצדדים, וכפי שהוא משתלב בנרטיב הפנימי של מכריע העובדות (הבא לידי ביטוי בנרטיב החיצוני המובא בטקסט השיפוטי). לצורך הדיון, אפשר להגדיר את הנרטיב כייצוג מילולי של מסכת אירועים ועובדות המשקפות את סיפור המעשה המובע על ידי יוצרו. רצף זה הוא הסיפור המוצג על ידי התביעה והנאשם, כל אחד בתורו, ולמעשה משקף את גרסתם לעניין הנדון במשפט. הגדרת הנרטיב, מהותו, כמו גם מקומו של הנרטיב ותפקודיו השונים בטקסטים משפטיים, הם נושאים שזכו לתשומת לב מחקרית רבה בארץ ובחו"ל החל מתחילת שנות ה'80. ראו שולמית אלמוג משפט וספרות 58-59, האסמכתאות המובאות בה"ש 2-3 (2000) וכן: Richard Delgado, *Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative*, 87 MICH. L. REV. 2411 (1989); BERNARD S. JACKSON, LAW, FACT AND NARRATIVE COHERENCE (1988); THOMAS ROSS, JUST STORIES: HOW THE LAW EMBODIES RACISM AND BIAS (1996).

176 W. LANCE BENNETT & MARTHA S. FELDMAN, RECONSTRUCTING REALITY IN THE COURTROOM: JUSTICE AND JUDGMENT IN AMERICA CULTURE 41-90 (1981).

177 Allen, לעיל ה"ש 130.

178 Nancy Pennington & Reid Hastie, *A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model*, 13 CARDOZO L. REV. 519 (1991); ולהם ראו: Nancy Pennington & Reid Hastie, *Explaining the Evidence: Tests*

בפרט, והליך קבלת ההחלטות האנושי בכלל, לא כהליך אנליטי-אובייקטיבי המיועד לחשיפת האמת, אלא כהליך קוגניטיבי של פרשנות והשוואה בין היפותזות אלטרנטיביות, המשתמש בכלים אפיסטמולוגיים במסגרות נרטיביות, ובמבחנים של קוהרנטיות פרשנית להבניית תמונת המציאות ולפעולה על פיה. על פי מודל זה, הערכת הראיות מונחית על ידי שאיפה קוגניטיבית המאחדת את העובדות לסיפור קוהרנטי, וסבירותן של גרסאות עובדתיות שונות נבחנות בהליך השיפוטי על פי מידת התאמתן לסיפורים הנעוצים בידע החברתי, כפי שזה קיים אצל השופט.¹⁷⁹ בהתאם למודל הסיפור, רף ההוכחה הנו מדרד למידת ההתאמה בין סיפורי הצדדים לקטגוריות של השופט בהתייחס, בין השאר, למידת הקוהרנטיות והשלמות של הסיפורים המתחרים.

Allen דוחה את התאוריות ההסתברותיות ככסיס מתאים להבנת הליך ההכרעה המשפטי ולהכוונתו. לדעתו תאוריות אלה אינן מתארות נכונה את החשיבה המשפטית,¹⁸⁰ הן משיקולים מושגיים והן משיקולים מעשיים, הנוגעים לאופיו של ההליך המשפטי כעוסק, בדרך כלל, באירועים ייחודיים שאינם

of the Story Model for Juror Decision Making, 62 JOURNAL OF PERSONALITY & SOCIAL PSYCHOLOGY 189 (1992); Nancy Pennington & Reid Hastie, *Explanation-Based Decision Making: Effects of Memory Structure on Judgment*, 14 JOURNAL OF EXPERIMENTAL PSYCHOLOGY .LEARNING, MEMORY & COGNITION 521 (1988)

179 Pennington ו-Hastie מצביעים על ארבעה עקרונות, המשמשים כאסטרטגיות אפיסטמיות להכרעה בין נרטיבים עובדתיים והמשקללים למדרד המכונה על ידם "קוהרנטיות" (coherence). מרכיבים אלו הם הלכידות הפנימית של הסיפור (consistency), כלומר מידת התאמתם של רכיביו אלו לאלו וחוסר הסתירות הפנימיות שבו. מידת סבירותו או היתכנותו של הסיפור (plausibility) לאור המידע הכללי שיש למקבל ההחלטות על אופן התרחשותם של אירועים בעולם וכן מידת שלמותו (completeness) מבחינה נרטיבית, או התאמתו למבנה האופייני המצופה מסיפור שלם ומלא. לאלה נוסף עקרון הייחודיות (uniqueness) הקובע כי מקום שיש כמה סיפורים מתחרים הנשפטים כולם כקוהרנטיים, חוסר הייחודיות של סיפורים אלו פוגעת במידת אמינותם ובמידת הנכונות להגיע על בסיסם להכרעה המשפטית – Pennington & Hastie, שם, בעמ' 527; וראו גם: Dan Simon, *A Psychological Model of Judicial Decision Making*, 30 RUTGERS CAM L. J. 1, 29–30 (1998) לפיו: "Coherent stories are ones that are consistent, plausible and complete". Simon מבקר את שלמותו של המודל של Pennington ו-Hastie בטענה "The Pennington and Hastie story model does not explicate the cognitive processes on which it is based; כמו כן, לסקירה תמציתית של מודלים פסיכולוגיים נוספים שהוצעו לניתוח דרך החשיבה וההכרעה השיפוטית, כמו גם, לניתוח מאלף של החשיבה השיפוטית והצעה למודל "פסיכולוגי" אחר, ראו, שם, בעמ' 23–32, 61.

180 Allen מתייחס בעיקר לתוצאותיו של כלל המכפלה ההסתברותי, אותו הוא מבקר על בסיס טעמים דומים לאלו של Cohen שפורטו לעיל. עם זאת, לדעתו, אין בהחלפתה של ההסתברות הקלאסית במודל אינדוקטיבי, ברוח הצעתו של Cohen, כדי להביא לפתרונה של הבעיה שכן לדעתו גם שם ההתמקדות בכחינתם של אלמנטים ראיייתיים בודדים מביאה להצטברותן של שגיאות כפונקציה של השגיאות בהערכתם של כל אחד מהאלמנטים. ראו Allen, לעיל ה"ש 130, בעמ' 376; ראו גם: Ronald J. Allen, *A Reconceptualization of Civil Trials*, 66 B.U.L. REV. 401, 404 (1986)

ניתנים לפיכך לכימות הסתברותי.¹⁸¹ לדעתו של Allen, המשפט אינו עוסק על פי רוב בניתוחים אנליטיים המתאימים לבחינה בדידה ובינארית מהסוג המאפיין את מדעי הטבע והמדעים המדויקים, ולפיכך גם אין מקום לשיטתו לאמץ את פרדיגמות הבחינה והניתוח של דיסציפלינות אלו. הסוגיות העובדתיות נשוא ההכרעה המשפטית הנן בלתי מוגדרות, ובלתי ניתנות להפרכה או אישוש על דרך של ניסוי וחזרה שיטתיים,¹⁸² ועל כן הן תואמות יותר את מושאי המחקר של מדעי החברה, דוגמת אלו של מדע ההיסטוריה. בהתאם לכך הן הולמות את הגישה הנקוטה בהם, המתמקדת בבחירה בין נרטיבים מתחרים של אפיוזדות אנושיות מורכבות המשלבים את הראיות לכדי תמונת מציאות אפשרית. אף ש־Allen מציע את התאוריה שלו כפרדיגמה חשיבתית־מכוונת חדשה להליך הבירור המשפטי ולריני הראיות, הוא רואה בה גם תיאור נכון ואמיתי יותר של דרך הפעולה האנושית ככלל, ושל ההכרעה העובדתית המשפטית בפרט.¹⁸³

בסיסה של תאוריה זו בהבנה שלפיה המבנה הפסיכולוגי האנושי מחייב לראות את הדברים במשקפיים נרטיביים.¹⁸⁴ כל תהליך של קביעת עובדות הוא בפועל השוואה בין הסיפורים המושמעים בפנינו לבין הסיפורים הנעוצים בידע החברתי־קהילתי. סיפורים אלה הם דרך לארגון שיפוטים ערכיים והבניה של המציאות.¹⁸⁵ ד"ר אלמוג מסבירה כי "כשם שההוויה האנושית כולה היא במידה רבה הוויה נראטיבית [...] גם אם המציאות היא כאוטית ורנדומלית, ההוויה האנושית היא ניסיון מתמיד, אף אם מוגבל וחלקי בהכרה, להכניס משמעות אל הכאוס, להבין, לחתור לסדר ולצדק. [...] אנחנו חייבים לכנות את הסיפורים שלנו מציאות גם אם אינם משקפים את מלוא המכלול של המציאות משום שאין לנו אופציה אחרת."¹⁸⁶ בממד הסמוי יותר, קיים אצל כל אדם, ובכלל זה אצל כל שופט מאגר של נרטיבים פנימיים ועמדות נורמטיביות, הנכנים באמצעות מבנה

181 הגשה נוספת עוסקת במורכבות החישובית הנדרשת לצורך יישום כלליהן של תורות אלו. כך לדוגמה, מעלה Allen את הטענה כי מורכבותו של התחשיב הבייסיאני לעדכון הסתברותו של מאורע על בסיס ראיות חדשות, הופך אותו לבלתי מעשי בכל מקרה שבו יש לבחון מספר רב של ראיות. ראו Allen, לעיל ה"ש 130, בעמ' 380; וכן: Ronald J. Allen, *Reasoning and Its Foundation: Some Responses*, 1 INT'L J. EVIDENCE & PROOF 343, 344 (1997).

182 Allen, לעיל ה"ש 130, בעמ' 391 ו־394.

183 ומכנה מודל חשיבה זה בשם: "The Relative Plausibility Theory", Allen, שם, בעמ' 396. בנוסף רואה בכך Allen רציונל אפשרי לכללים ראייתיים שונים שעניינם הרחבת הבסיס הראייתי שבפני בית המשפט, כגון החריגים הרבים לכלל הפוסל עדות מפני השמועה, Allen, שם, בעמ' 418. לעניין ההערפה של תאור דרך החשיבה השיפוטית בדרך זו, על פני זו המוצעת בהתאם לשיטות המתמטיות; ראו גם: Linda R. Hirshman, *It Will Be*; וכן: Andrew E. Taslitz, *Abuse Excuses and the Logic and Politics of Expert* *Relevance*, 49 HASTINGS L.J. 1039, 1042 (1998).

184 Robert Weisberg, *Proclaiming Trials as Narratives: Premises and Pretenses*, 61, 67 *in* LAW'S STORIES – NARRATIVE AND RHETORIC IN THE LAW 61, 67 (Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., 1996).

185 BENNETT & FELDMAN, לעיל ה"ש 176.

186 אלמוג, לעיל ה"ש 175, בעמ' 79.

האישיות ונטיות האופי, ניסיון החיים וההשתייכות המגדרית, הלאומית, התרבותית, הדתית ועוד.¹⁸⁷ בתהליך קבלת ההחלטות משווים השופטים, גם אם ברמה נמוכה של מודעות, את הנרטיב החיצוני המוצג בפניהם על ידי הצדדים, מול אותם נרטיבים פנימיים-אינדיווידואלים הרלוונטיים לנסיבות העניין, ותוצאת השוואה זו משליכה באופן ישיר על הכרעתם.¹⁸⁸

המצדדים בתפיסה זו מציעים אפוא לזנוח את הגישה הכמותית לראיות, ולהעדיף במקומה גישה איכותית של השוואה יחסית של גרסאות הצדדים או סיפוריהם אלה מול אלה, והכרעה לטובת הגרסה הטובה, כלומר הסבירה יותר מביניהם.¹⁸⁹ המודל הנרטיבי-ספרותי של ההוכחה המשפטית זכה לאישוש אמפירי במחקרים של פסיכולוגים רבים,¹⁹⁰ שבחנו את אופן הכרעתם של שופטים ומושבעים בשאלות עובדתיות. מסקנתם של החוקרים הייתה כי מכריעי העובדות אינם מציינים למתודות אנליטיות-אטומיסטיות הסתברותיות, אלא כופים מסגרת נרטיבית מארגנת על האינפורמציה המתבררת במשפט.¹⁹¹ בהתאם למתודה הנרטיבית, הכרעה בשאלת קיומו של אירוע נדון נעשית בעיקר על ידי

187 אלמוג, שם, בעמ' 60; מנחם מאוטנר "שכלי-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז 11 (1998) (להלן: "מאוטנר – פלילים"); והשוו מנחם מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 223, 234 (2005), שם מנסה המחבר להתמודד עם אי-הוודאות והאקראיות במשפט, הנגרמת בין השאר, בשל השקפות עולם שונות, ועולם של נרטיבים פנימיים שונה, בין שופט ושופט.

188 אלמוג, לעיל ה"ש 175, בעמ' 60; ראו גם שולמית אלמוג "עיני המערער השכו" – בין הנרטיבי לנורמטיבי" מחקרי משפט טו 295 (2000), שם עוסקת המחברת בעיקר בנרטיב החיצוני הבא לידי ביטוי בטקסטים השיפוטיים, שמטרתו, בין השאר, לשכנע את קהל קוראיו; על פי Weisberg, ניתן לבחון את הנרטיב החיצוני, בדרך של הבחנה בין "נרטיב טוב" ו"נרטיב רע": "Some scholars [...] assume that there is good narrative and bad. Good Narrative is concrete; it identifies the social and political facts that belie traditional legal categories. Bad narrative deceives with the illusion of concreteness, selecting and deleting facts and naming people and things to distort them to fit a conventionally acceptable legal conclusion [...] good narrative is associated with good decisions" לעיל ה"ש 184, בעמ' 67; אלמוג מבחינה בין "נרטיב ריק" ככזה שחף מכל פרשנות ובחירה של יוצריו, לבין "נרטיב פרשני", שניתן להכיר בו בסימני הבחירות השונות וההכרעות הערכיות של יוצריו, אלמוג, לעיל ה"ש 175, בעמ' 85.

189 Allen, לעיל ה"ש 130, בעמ' 381. וראו גם: Ronald J. Allen, *Factual Ambiguity and a Theory of Evidence*, 88 NW. U. L. REV. 604 (1994).

190 להפניות לעבודותיהם של חוקרים נוספים, לרבות כאלו שהראו כי גישה הוליסטית זו של מודל הסיפור תקפה גם בשיטות המשפט הקונטיננטליות, ואף בריסציפלינות אחרות מוזו של המשפט, ראו: William Twining, *Narrative and Generalizations in Argumentation: About Questions of Fact*, 40 S. TEX. L. REV. 351, 355–356, 358–359 (1999) בהסתמכו על המחקרים שנעשו, במדינות ה"common law" ובמדינות אירופה האחרות, קובע Twining, בעמ' 360, כי: "Stories are psychologically necessary in the context of human decision making".

191 Pennington & Hastie, לעיל ה"ש 178, בעמ' 545 וההפניות שם. בין הכללים ההסתברותיים שעורערו במחקרים אמפיריים היו כלל ההשלמה, כלל המכפלה, וכן הנוסחה הבייסיאנית לעדכון הערכה הסתברותית על בסיס הצטברותו של מידע נוסף; ראו גם,

עימות בין סיפורים מתחרים, תוך שהשופטים משתמשים, לצד הראיות הספציפיות, גם בידע כללי שיש ברשותם על אירועים דומים.¹⁹² מודל זה הוא, בין השאר, תוצאה של אכרן האמונה ברעיון של אמת אובייקטיבית אחת,¹⁹³ והאימוץ הנרחב של רעיון ההכנה החברתית של המציאות (social construction of reality).¹⁹⁴ השימוש בנרטיב מסדר, כמו גם השוואה בין סיפורים מתחרים, בא כדי להעניק לסיפור הנבחר אותה שלמות והכנה, הנדרשת בדרך אל ההכרעה המצופה, על ידי מילוי והשלמת החלקים החסרים ומתן הסבר על המניעים והתכליות שבבסיסם, ולהעניק בדרך זו את הביטחון בקיומו, גם אם לא את האמת המוחלטת.¹⁹⁵ על רקע תפיסה זו נקבע כי מודל הסיפור חל גם בהליך הפלילי.¹⁹⁶

מודל הסיפור זכה גם לפורמליזציה לוגית כבסיס רציונלי להכרעות ושיפוטיות של המציאות, בכתיבתם של פרופ' Bernard Jackson¹⁹⁷ והמתמטיקאי והפילוסוף

Twining, לעיל ה"ש 190, המנסה לגשר על המתח שבין שתי התפיסות: Pennington ו-Hastie, כמרבית החוקרים האחרים שבחנו את הנושא, ברקו את אופן הכרעתם של משתתפים בסטואציות המדמות משפטים אמיתיים והתמודדות עם הכרעות משפטיות אופייניות בעניינים של עובדה. עם זאת, מודל הסיפור קיבל חיזוק גם מתצפיות אמת על פעולתם של מושבעים ודיונים; ראו לעניין זה: Sunwolf, *Talking Story in Trial: The Power of Narrative Persuasion*, 24 CHAMPION 26 (2000); Richard Llemptert, *Telling Tales in court: Trial Procedure and the Story Model*, 13 CARDOZO L. REV. 559 (1991).

192 BENNETT & FELDMAN, לעיל ה"ש 176, בעמ' 55-56, מוסיפים כי: "To the extent that doubts (or choices) may exist as to the categorical relation between two story symbols, the interpreter will make the categorization that sets up the most obvious chain of connection between the symbols and the story's central action"

193 כדבריו של פרופ' קרמניצר, שלפיהם על בית המשפט "לפסוק בין גרסאות שהוצגו על ידי הצדדים כעין 'מציאות' מנותקת מן המציאות האחרת המתבטאת באמת המטריאלית, שהמושג צדק שעל הגשמתו הוא מופקר הוא בלתי-נפרד ממנה". מרדכי קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" משפטים יז 475, 477 (1987). תובנה זו אף הוטמעה והובעה לא אחת על ידי בית המשפט העליון. ראו, למשל, את דבריו של השופט אלון בפרשת הקמת ועדת החקירה בעניין רצח ארלוזורוב: "ודומה כי 'אמת' מקובלת היא זו, שהגדרת המושג 'אמת' וקביעתם של מבחני האמת בכל תחום מתחומי החשיבה והעשייה האנושית, קשות הן כקריעת ים סוף. כמה יגיעות יגעו בכך וכמה מחשבות חשבו ועלו בלבם של הוגים ומלומדים ועדיין לא עלתה בידם; ואולי אין היא ניתנת כל עיקר להשגה בתפיסתם של בני אנוש, וידעתה אינה אלא נחלת 'עולם האמת'—" בג"ץ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449, 466-467 (1982).

194 Paul Gewirtz, *Narrative and Rhetoric in the Law*, in LAW'S STORIES - NARRATIVE AND RHETORIC IN THE LAW 2, 13 (Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., 1996).

195 ראו גם דבריו של כהן, לעיל ה"ש 80, בעמ' 115, המתארים אף הם דרך מחשבה שיפוטית זו, לפיהם פסק דינו של השופט משקף לעיתים "לא אמת לאמיתה אלא רק ציור של מה שהוכח בפניו".

196 Ronald J. Allen & Brian Leiter, *Naturalized Epistemology and the Law of Evidence*, 87 VA. L. REV. 1491, 1528 (2001).

197 JACKSON, לעיל ה"ש 175, בעמ' 7-12; BERNARD S. JACKSON, MAKING SENSE IN LAW: LINGUISTIC, PSYCHOLOGICAL AND SEMIOTIC PERSPECTIVES 140-193 (1995).

Paul Thagard¹⁹⁸. ניסה מערכת שיטתית של עקרונות להערכת מידת הקוהרנטיות הפרשנית של גרסאות מתחרות,¹⁹⁹ המאפשרת, בין היתר, את שקילתן ואת ההכרעה ביניהן. פרט לכוחה של מערכת שיטתית זו בפורמליות שהיא מציעה, יש בה להציע פתרונות לבעיות שונות של התאוריות ההסתברותיות²⁰⁰ ולספק תמונה שלמה יותר מזו שהוצעה על ידי Allen לאופן ההכרעה בין היפותזות פרשניות מתחרות.

תורת הסיפור אומצה על ידי בית המשפט העליון האמריקני בכמה פרשות. כך, לדוגמה, דברי השופט Souter באחת הפרשות:

“The ‘fair and legitimate weight’ of conventional evidence showing individual thoughts and acts amounting to a crime reflects the fact that making a case with testimony and tangible things not only satisfies the formal definition of an offense, *but tells a colorful story with descriptive richness*. [...] *Evidence thus has force beyond any linear scheme of reasoning, and as its pieces come together a narrative gains momentum, with power not only to support conclusions but to sustain the willingness of jurors to draw the inferences, whatever they may be, necessary to reach an honest verdict*”²⁰¹. (ההדגשה שלי – י.ו.)

ובפרשה אחרת ביטל בית המשפט העליון של אלסקה הרשעה, היות ונמנע מההגנה ב"דברי הפתיחה", להציג את "סיפורה" בהתבסס על הראיות:

“Prevented the defense from directly presenting its theory of [somebody else] guilt to the jury in its opening statement and summation, *robbed [defendant's] case of its cohesion and narrative force* and impaired his right to present his own defense”²⁰². (ההדגשה שלי – י.ו.)

198 PAUL THAGARD, CONCEPTUAL REVOLUTIONS, ch. 4 (1992).
199 עקרונות אלו הם הסימטריה, הכוח ההסברי, האנלוגיה, עדיפות המידע הישיר, הניגוד, התחרות ועקרון הקבלה, והם מבוססים על רעיונות כמו מידת כוחה ההסברי של התאוריה, מידת מורכבותה, דמינה לתאוריות המסבירות תופעות דומות, עיגונה בממצאים חיצוניים וכדומה. ראו THAGARD, שם, בעמ' 65.

200 כגון בעיית סדר הערכת הראיות: על פי תאוריית ההסתברות המותנית, בהנחה שהסתברותו של אירוע ב' כלשהי ידועה, הסתברותו של אירוע א' אינה שווה בהכרח להסתברותו של אירוע ב', וזאת, בהנחה שהסתברותו של אירוע א' ידועה. בעיה זו איננה מתעוררת במסגרת תורת הקוהרנטיות הפרשנית שבה קיים כלל של סימטריה.

201 Johnny Lynn Old Chief v. United States, 519 U.S. 172, 187 (1997).
202 Smithart v. State of Alaska, 988 P.2d 583, 591 (Ak. 1999); ראו גם מאמרם המעניין של Pennington ו-Hastie, הבוחן את החשיבות המכרעת שהייתה למודל זה

נראה כי גם בפסיקה הישראלית נעשה שימוש כמודל הסיפור. כך אפשר למצוא לא מעט התייחסויות לגרסאות הצדדים כמגוללות סיפור²⁰³ או נרטיב,²⁰⁴ ולתפקידו של השופט בבחינת שלמות הסיפור הבא לפניו ומידת הקוהרנטיות שלו, ובהכרעה בין הגרסאות הנוגדות של הצדדים, תוך שקילתן זו מול זו.²⁰⁵ כך, נאמר לא אחת כי כאשר "בית המשפט [...] נדרש להכריע בין שתי גרסאות נוגדות, [...] נדרשת הערכאה הדיונית, בניסיונה להגיע לחקר האמת, לעשות שימוש בהיגיון, שכל ישר וניסיון החיים".²⁰⁶

כבר בראשית דרכה של המדינה, הדגיש השופט אולשן, כי:

"שומה על בית המשפט לשקול את הגירסאות זו כנגד זו, ורק אם שוכנע בכך, כי הגירסא המזכה אינה מתקבלת על הדעת כלל ועיקר, מותר לו לדחותה, ולבכר על פניה את הגירסא המרשיעה".²⁰⁷

בהתייחסו לעניין משמעותו של רף ההוכחה הפלילי, בערעור בעניינו של דמיאניוק, אומר בית המשפט העליון כי:

-
- כמשפט סימפסון, והשימוש שנעשה במודל הסיפור על ידי הצדדים – Reid Hastie & Nancy Pennington, *The O.J. Simpson Stories: Behavioral Scientist's Reflections on the People of the State of California v. Orenthal James Simpson*, 67 U. COLO. L. REV. 957 (1996).
- 203 ראו, לדוגמה, ע"פ 134/52 הרסון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ז 39 (1953); רע"פ 4261/04 פארוין נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 440 (2004).
- 204 ת"פ (מחוזי ת"א) 40314/02 פרקליטות מחוז ת"א – פלילי נ' שלוש, דינים מחוזי לג(8) 430 (2003).
- 205 ראו דברי השופט א' א' לוי שלפיהם "כמעט דבר שבשגרה הוא שבית המשפט נדרש להכריע בין גרסאותיהם הנוגדות של הנוגעים בדבר בלבד, וזו מלאכה שמטבעה מורכבת היא וסבוכה" – רע"פ 332/02 מרדכי נ' מדינת ישראל, תק"על 4/04 1165 (2004); ראו גם, רע"פ 980/05 הגלילי נ' מדינת ישראל, תק"על 1/05 1738 (2005).
- 206 רע"פ 3135/04 גאבר נ' מדינת ישראל, תק"על 1/05 2866, 2867 (2005). "השכל הישר" מגלם מערכת שלמה של אמצעי הכרה, שיפוטים ערכיים, היסקים וניחושים, מודלים נרטיביים ולא מעט דגמי אב. קהילייה שיפוטית במקום מסוים מתאפיינת בתוכני ה"שכל הישר" הגלויים והסמויים המיוחדים לתרבות שבמסגרתה היא התפתחה; למאפייניו ולמקומו של השכל הישר במשפט הישראלי, ראו מאוטנר – פלילים, לעיל ה"ש 187, בעמ' 76, שם טוען המחבר, בין השאר, כי "לא אחת, מידע המופעל על-ידי שופטים כחלק מהשכל-הישר שלהם הוא מידע שאיכותו נמוכה. עם זאת, תכונה זו של המידע שאוב מהשכל-הישר נגזרת מטבעו המיוחד של ההליך השיפוטי, כדרך של קבלת החלטות באופן הקרוב לדגם התבונה המעשית [...] ואם אכן טבעו של השכל-הישר הוא שהוא מורכב, עשיר וגדוש סתירות, יוצא שכל חשיבה על המשפט במונחים של 'תשובה נכונה אחת' הינה מופרכת"; והשוו: Ronald J. Allen, *Common Sense, Rationality and the Legal Process*, 22 CARDOZO L. REV. 1417 (2001); יש הרואים בניסיון החיים המצטבר של השופטים "כצורה פרימיטיבית של מנין שכיחותי משוער [או] בסיס להסתברות סובייקטיבית עצמאית", אשר נעשה בה שימוש תדיר לצורך הכרעה בעובדות – ראו, שפירא, לעיל ה"ש 128, בעמ' 118, והאסמכתאות המובאות שם. ויש הרואים בו "זכרון קולקטיבי" הבא לידי ביטוי בחוקות שבעובדה – ראו מנשה, לעיל ה"ש 85, בעמ' 86, ה"ש 10.
- 207 עניין קנדיל, לעיל ה"ש 69, בעמ' 820.

"מול חומר ראיות לכאורה על הנאשם להציג קו הגנה ממש, ריאלי, המתקבל על הדעת, אשר אינו פרי הדמיון בלבד. אם בית המשפט הדין בדבר אינו מאמין בנכונות סיפורו של הנאשם ואינו מגלה בחומר הראיות יסוד ושורש לגירסה אשר הוא מעלה, אין הוא חייב להעדיף את הגירסה נטולת השורשים של הנאשם על הגרסה הבנויה על יסודות איתנים שלא נתערערה גם מכוח הספק, רק משום ש'ייתכן' ו'אפשרי' הדבר' שהגירסה של הנאשם, התלויה על בלימה, נכונה היא" (ההדגשות שלי – י.ו.).²⁰⁸

מכאן שלא זו בלבד שבית המשפט רואה בגרסה ובסיפור מושגים זהים וחליפיים, אלא, וחשוב מכך, הוא מתייחס באופן הנראה כתואם את מודל הסיפור של Pennington ו-Hastie לשני היבטים שונים המהווים תנאי לקבלתו של אותו הסיפור ולאמונה בנכונותו – בחינתו של הסיפור וביסוסו אל מול חומר הראיות, והדרישה שהסיפור יתיישב עם הידע הכללי של השופט וניסיון החיים שלו.²⁰⁹ נראה כי גם הדימוי הרווח בפסיקה של פסיפס,²¹⁰ פאזל,²¹¹ מארג ראיות²¹² או תמונה המצטיירת בפני השופט,²¹³ אינם אלא כינוי אחר למסגרת נרטיבית סיפורית,²¹⁴ ודאי כאשר נכללים ב"סיפור" פעולות, כוונות ומניעים, אשר הופכים אותו בעיני השופט ל"סיפור הגיוני" ו"מתקבל על הדעת".

ביטוי נוסף לאימוצו של מודל הסיפור בפסיקת בית המשפט הישראלי ניתן למצוא גם בקיומו ובבחינתו של מניע בהכרעת הדין. מחד גיסא, הלכה היא שהמניע אינו מהווה בדרך כלל יסוד מיסודות העברה וגם בהיעדרו ניתן להרשיע. אלא שמאידך גיסא, הוא משמש להבנתה ולהערכתה של התנהגות אנושית דוגמת

208 פרשת דמיאניוק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 651.

209 ראו גם את רשימתו של פרופ' מנחם פרי "הנשיקה: סיפור בשלוש וריאציות" הארץ – מוסף ספרים 7.3.2007, 12, שלפיה הכרעת הדין בעניין חיים רמון, אותה הוא מכנה כ"מטא-סיפור", ניתנה מנקודת מבט שכזו. אם כי לשיטתו יישום נכון של מתודת הכרעה זו הייתה צריכה להביא לזיכוי של רמון.

210 ראו, למשל, ע"פ 4656/03 מירופולפקי נ' מדינת ישראל, תקעל (4)04, 1825, 1827 (2004); ע"פ 2468/03 אלבויראת נ' מדינת ישראל, תקעל (4)03, 1544, 1548 (2004): "אכן מרכיבות הראיות הנסיבתיות שהוצגו תמונת פסיפס ברורה שניתן לזהות בה את המערער כמי שביצע את הרצח, והמערער לא הציג מנגד הסבר לעובדות שהוכחו, באופן המקום אפשרות מציאותית הסותרת את אשמתו".

211 ע"פ 332/01 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נו(2) 496, 511–512 (2003): "פאזל עוברתי זה יוצר מציאות מושלמת וקוהרנטית, המתבססת על מסמכים מזמן אמיתי ממספר גורמים שונים. כל המסמכים מצביעים לכיוון אחד, מציינים תמונה אחת, המביאה למסקנה ברורה בדבר אשמתו של שבס".

212 ע"פ 3494/93 ארדי נ' מדינת ישראל, תקעל (4)93, 169 (1993).

213 ראו, למשל, ע"פ 409/89 מדינת ישראל נ' רוימי, פ"ד מד(3) 465, 469–470 (1990): "השאלה היא אם הפסיפס יוצר תמונה מליאה ושלמה ואם נסגרות כל החוליות למעגל אחד".

214 ואפשר למצוא דימויים נוספים הממחישים זאת, כגון זה של השופטת שטרסברג-כהן בע"פ 230/84 הג'בי נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 785, 791–792 (1985): "חוליות, המצטרפות לשרשרת אחת שלמה".

זו של הנאשם או של העדים השונים (לבחינת קיומה של עדות שקר). במושגיו של מודל הסיפור, המניע הוא אחד מאותם גורמי רקע המשמשים ליצירתו של הנרטיב הפרשני ולהערכתו, ולפיכך הוא ממלא תפקיד מרכזי בהליך בחינת הראיות והערכתן:²¹⁵

"על אף ש[מניע] הוא חיצוני ליסודות העבירה, [הוא] מסביר את הסיבה שהמריצה את המערער לפעול כפי [ש]פעל".²¹⁶

אם כן, בהתאם למודל הכרעה זה, בית המשפט "[מ]צייר תחילה מעין מפת-דרך [...] כדי להבהיר כיצד משתבצים הפרטים השונים שעלו מדברי העדים בתוך התמונה הכוללת, או בלשון ציורית יותר – מה מיקומה של כל אחת מאבני תמונת ההרכבה בתוך התמונה הכוללת",²¹⁷ ומסתפק בכך שתיווצר "מעין תמונת הרכבה ('פזל')", שבעיקרה היא ברורה לחלוטין, אפילו נעדרים אחדים ממרכיביה".²¹⁸

אחת הביקורות נגד גישה זו הנה כי היא משפיעה על מידתו של רף ההוכחה, במובן זה שיש בה כדי להשוות את הסטנדרט הנדרש בפלילים עם מקבילתו במשפט האזרחי. על פי טענה זו, תהליך קביעת העובדות בדרך של השוואה בין גרסאות ובחירת הגרסה הטובה מביניהן, מביא להנמכת רף ההוכחה.²¹⁹ בהסתפקותו של מודל הסיפור בבחירה בגרסה הטובה יותר מבין אלו שנבחנו במשפט, ללא כל דרישה חיצונית שיהיה בה כדי לקרב את התוצאה ל"אמת העובדתית", הוא מתעלם מהצורך החברתי והמשפטי בהצבת רף מסוים של קבילות שמתחתיו גם הגרסה הטובה ביותר אינה טובה דיה.²²⁰ לכאורה, גם בעת הצורך בהכרעה בין גרסאות סותרות, אין לשנות את רף ההוכחה הפלילי, שכן מאי נפקא מינה אם הועמדה נגד גרסת התביעה גרסה שקולה בעצמתה שעניינה

215 Allen, לעיל ה"ש 130, בעמ' 419: "Motive fills in the gaps and converts formal structure into human events"

216 דברי השופטת (כתוארה אז) ביניש ברע"פ 7153/99 אלגד נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(5) 729, 752 (2001).

217 ע"פ 132/99 קסטל נ' מדינת ישראל, תק"על (2) 99 (1999).

218 בש"פ 8065/04 והב נ' מדינת ישראל, תק"על (3) 04, 2378, 2379 (2004); ראו גם, ע"פ 351/80 חולי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 477, 484-485 (1981).

219 ראו פסק הדין בערעור של השופט א' א' לוי, המבקר את הכרעת דינו של בית משפט קמא בשל כך שהנה "נסמכת על כך שגרסת המשיבה [...] סבירה יותר מגרסת ההגנה" – ע"פ 6890/04 מדינת ישראל נ' מ' ב', תק"על (3) 05, 3264 (2005); והשוו, ע"פ (מחוזי ת"א) 70068/00 לוי נ' מדינת ישראל, תקימח (2) 00, 712 (2000).

220 Craig R. Callen, *Kicking Rocks with Dr. Johnson: A Comment on Professor Allen's Theory*, 13 CARDOZO L. REV. 423, 435 (1991); כן גם על פי Nance, לא די בהשוואת סבירות הגרסאות של התובע מול זו של הנאשם, אלא נדרשת מגרסת התובע להיות סבירה ביותר מ-95%, בהינתן גרסתו של הנאשם, כמו גם כל גרסה אפשרית אחרת: Dale A. Nance, *Naturalized Epistemology and the Critique of Evidence Theory*, 87 VA. L. REV. 1593-1594 (2001). השגה זו יכולה לקבל מענה בתורתו של THAGARD דרך עקרונות הקבלה וההסבר. ראו THAGARD, לעיל ה"ש 198, בעמ' 67.

חפות הנאשם, או שנכשלה התביעה בהצגת גרסה עובדתית מכרעת מאחר שהתעורר ספק סביר בלבד בעניינה? שהרי כך או כך, בהתאם לעקרונות השיטה, לא הורם נטל השכנוע הפלילי, כמקובל היום, ודין האישום ליפול.

כשלו הנורמטיביים של מודל זה נעוצים אף בטשטוש המושגי שבין הרשעה לזיכוי.²²¹ זיכוי אינו נושא משמעות הכרתית או מחויבות אפיסטמית של אמונה בסיפור מסוים המנקה מאחריות. זיכוי הנו, לכל הפחות, ביטוי לבררת המחדל ההכרתית של השופט במקום שבו רב הסתום על הנגלה. ואולם על פי מודל הכרעה זה ברורה נחיצות הצגתה של גרסת הגנה קוהרנטית, אף שספק סביר אינו מצריך ניסוח השערה על אודות עובדות מסדר ראשון הכוללות אף את אי-ביצוע מעשה הפשע על ידי הנאשם.

בנוסף, אפשר לסבור כי בדרך החשיבה המתוארת על ידי מודל זה, מקום שבו הנאשם אינו מעלה גרסה כלל, יש כדי להקטין באופן משמעותי את הסיכוי לזיכוי בדין, שכן אין הוא מספק לשופט נרטיב מסדר שבו ניתן לתת אמון. המשמעות הנגזרת מכך היא כי בדרך זו מיטשטש ההבדל בין מידת ההוכחה האזרחית לבין זו הנדרשת בפלילים, ובכך מופרך מיתוס חזקת החפות, כאשר מוטל על הנאשם נטל להוכחת חפותו.²²² בהצביעו על מחקרים פסיכולוגיים, עמד פרופ' Luban על הקשר שבין דרך חשיבה שיפוטית זו לנחיצות הצגת גרסה סותרת וההשפעה על רף ההוכחה ושאלת קיומו של ספק:

"[W]e are typically able to doubt an explanation only when we are persuaded, at least provisionally, of an alternative explanation".²²³

ביקורת מושגית נוספת ומרתקת ביותר נגד המודל הסיפורי הוצגה אך לאחרונה. במאמר שפרסמו דורון מנשה וחמוטל שמש²²⁴ טענו המחברים כי המודל

221 סוגיה קשה נוספת, החורגת מתחום דיונונו, עוסקת בשאלת ההבחנה בין טיבו של הספק לצורך זיכוי "מחמת הספק" לבין כזה שמצדיק זיכוי "מלא". במקרים רבים, חרף קביעת בית המשפט על קיומו של "ספק סביר", הוא מסתפק בזיכוי "מחמת הספק" בלבד, ומביא לעולם יציר כלאיים בדמותו של "זיכוי מחמת הספק הסביר". כך, למשל, החלטת בית הדין הצבאי לערעורים בעניינו של עאטף זאהר שניתנה לאחרונה: "נותר בלבנו ספק [...] ספק זה, סביר הוא. הוא מדריכנו לקבל את מסקנת שופטי הרוב בדבר זיכוי של המושב, מחמת הספק", ע/117/05 התובע הצבאי הראשי נ' זאהר (טרם פורסם, 13.7.2006); להרחבה והצעה להיפותרזה פרשנית אחרת למוסד הזיכוי מחמת הספק, ראו מאיה רוזנשיין מוסד הזיכוי מחמת הספק בפסיקה הישראלית – הצעה למודל פרשני קוהרנטי (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 2006).

222 ראו: Ellen Yankiver Suni, *Who Stole the Cookie from the Cookie Jar?: The Law and Ethics of Shifting Blame in Criminal Cases*, 68 FORDHAM L. REV. 1643, n. 45 (2000).

223 David Luban, *Are Criminal Defenders Different?*, 91 MICH. L. REV. 1729, 1760 (1993).

224 Doron Menashe & Mutal E. Shamash, *The Narrative Fallacy*, 3(1) INT'L COMMENTARY ON EVIDENCE (2005) www.bepress.com/ice/vol3/iss1/art3/; Doron Menashe & Hamutal Esther Shamash, *Pass These Sirens By: Further*

הסיפורי מוביל למה שהם כינו בשם "כשל הנרטיב". הכשל מתרחש מקום שבו קובע העובדות בוחר בסיפור הלא נכון ו"מאלץ" את הראיות הקיימות כדי שאלו יתאמו לו. המעניין הוא שהסכנה של שימוש כמסגרת מושגית בנרטיב הלא נכון היא אינהרנטית למודל הסיפורי ונובעת מעצם הכוונה לבחור סיפור.²²⁵ טענת המחברים היא שכוח זה, כשלעצמו, מועד להוביל את קובע העובדות להטיה בדמות פנייה לסיפור ממבחר הסיפורים ההגמוניים הרווחים באותה קהילייה (בפרט במקרים קיצוניים בהם עלולה הפנייה להיות לסיפור הנובע כולו מדעות קדומות). ככל שמדובר במשפט הפלילי הרי סיפורים אלו – כך טוענים המחברים – הם באופן טיפוסי סיפורים מרשיעים ו/או סיפורים הפוגעים בקבוצות חלשות בחברה, שהן ממילא משוללות קול או חסרות כוח להביא את סיפורן למעמד ההכרתי ההגמוני הנחוץ לבחירתו העקבית במשפט.²²⁶ לעניין הספק הסביר בפלילים, טוענים המחברים כי השיטה הסיפורית מובילה פעמים רבות מדי להרשעה, וזאת מאחר שבתרבות הרווחת יש לכאורה יותר סיפורי אשם מסיפורי חפות. יתר על כן אף אם נניח נגישות הכרתית שווה לסיפורי חפות ואשמה, גם אז אין דבקות במודל הסיפורי עקבית עם העיקרון הרווח של הוכחה מעבר לכל ספק סביר וחזקת החפות, שכן המודל – לפחות באופן יישומו בפועל – אינו מקנה עדיפות הכרתית להכרעה של חפות. מובן נוסף שבו חוטא המודל הסיפורי בהגנה הראויה לנאשמים, הוא בכך שסיפורים נוטים להיות כלליים-חברתיים ולא אינדיווידואליים-אישיים. המחויבות לעקרון האוטונומיה של היחיד ורעיון האינדיווידואליזציה ההיסקית, אף היא כלולה במשמעות המחויבות שלא להרשיע אל נוכח קיומו של ספק סביר.

תגובתו של Allen לביקורת זו לא איחרה לבוא.²²⁷ Allen מברך על הביקורת שהוצגה נגד מודל הסיפור ולא נמנע מלכנות את מאמרו של מנשה ושמשי

Thoughts on Narrative and Admissibility Rules, 5(1) INT'L COMMENTARY ON EVIDENCE (2007) www.bepress.com/ice/vol5/iss1/art3/.

225 ראוי לציין כי לטענת המחברים, כשל הנרטיב אינו זהה לכשלי השיפוט שאיתרו כהנמן וטברסקי בשורה ארוכה של מחקרים אמפיריים. בפרט אין כשל הנרטיב זהה לכשלים של זמינות או קומונקציה, אלא הוא נפרד ועומד על רגליו שלו. בנוסף, הכשל אינו נובע משימוש רטורי מכוון לצרכים אידאולוגיים בנרטיב במשפט. הכשל הוא כאמור תוצאה טיפוסית אינהרנטית של המודל הסיפורי, והוא מועד להתלוות אף לשימוש נכון ונטול פניות במודל הסיפורי.

226 המחברים אינם נוקטים עמדה בשאלה אם קיימת מסגרת מושגית אלטרנטיבית לקביעת עובדות שאינה נרטיבית. עם זאת, הם מציעים שורה של צעדים שמטרתם לצמצם את פעולתו השלילית של כשל הנרטיב, ביניהם הרחבת מושג הרלוונטיות הראייתית, ושימור וביצור כללי הפסלות כגון הכלל הפוסל עדות סברה, הכלל הפוסל עדות שמיעה והכלל הפוסל עדות על אודות דיספוזיציה עבריינית של הנאשם. כללים אלו פועלים ככלמים על החופש הנרטיבי משום שהם מחייבים מתן מענה לשאלות של אמינות המידע ומקורותיו קודם שמתמשים בו לצורך הכרעה.

Ronald J. Allen, *The Narrative Fallacy, the Relative Plausibility Theory*, 227 *and a Theory of the Trial*, 3(1) INT'L COMMENTARY ON EVIDENCE (2005) www.bepress.com/ice/vol3/iss1/art5

כ"פנינה" בשיח הביקורתי. הוא מוכן אף להודות בפוטנציאל של תאוריית כשל הנרטיב להוביל ליצירת תאוריה חדשה של קביעת עובדות על חורבותיה של התאוריה הסיפורית הרווחת כיום, מבית מדרשו. עם זאת, מטעים Allen, באורח מפתיע כלשהו, כי המודל הסיפורי חסר ממילא יומרות נורמטיביות, ועל כן אין לבקרו על שום סטייתו מאידאלים שונים הנוגעים לחזקת החפות, משמעותו הראויה של ספק בפלילים וכיו"ב. המודל הנו, כהצהרת Allen, "מדע פוזיטיבי", כלומר תיאור או ניתוח להבדיל מהמלצה.²²⁸ לשיטתו, התוצאה של הרשעת הנאשם בהיעדר קיומו של סיפור מזכה, היא אולי מצערת, אך עדיין היא עובדה. סוגיית ההוכחה היא תמיד השוואתית. גם במשפט הפלילי הבחירה בסופו של דבר הנה בין סיפור התביעה לסיפורו של הנאשם.²²⁹

2. המודל הפרוטוטיפי

אפשר להסביר את אופן עיבוד הראיות הנעשה על ידי השופט כבואו להכריע את הדין, גם באמצעות המודל הפסיכולוגי של החשיבה הפרוטוטיפית.²³⁰ על פי מודל זה, המושתת על זרם הפסיכולוגיה התבניתית,²³¹ יש ביכולתנו להתאים סטיואציות חדשות שאינן מוכרות לנו אל דגמי אב (prototypical), שהנן קטגוריות מוכרות המאופיינות כאב־טיפוס.²³² לצורך הכרעה על פי מודל זה, נושא אתו השופט

228 ובכך למעשה נסוג Allen מהתייחסותו הנורמטיבית למודל זה ו"ישר קו" עם גישתם של Feldman ו־Bennett, כמו גם של Hastie ו־Pennington המציגים את המודל כלא יותר מתיאור נאמן של מלאכת השפיטה.

229 מנשה ושמש התייחסו אף לתגובה זו. לטענתם, אף כתאוריה פוזיטיבית, המודל הסיפורי אינו חף מספקות, והצביעו על שורה של קשיים בניסיון של הצגת המודל הסיפורי כתיאור נכון של דרכי קביעת עובדות במשפט, Menashe & Shamash, לעיל ה"ש 224.

230 PHILIP N. JOHNSON-LAIRD, MENTAL MODELS, 190–195 (1983)

231 הידועה גם בשם אסכולת הגשטלט. על פי אסכולה זו, שהתפתחה במהלך המאה ה־19, התפיסה האנושית מורכבת מתבניות שלמות, והללו מקנות לרכיביהן תכונות ומשמעויות, שלא היו מצויות בהם אילולא היו חלקים במכלול התבנית. גישה זו מרגישה את חשיבותן של תבניות שלמות בתחום התפיסה האנושית ושמה דגש על התבוננות בתמונה ככללותה, על כל מרכיביה, ועל הדרך שבה המוח האנושי משלים תמונות ומצבים שונים על פי תבניות קבועות ומוגדרות. תפיסה אורגנית־הוליסטית זו החליפה וביקרה את התפיסה האטומיסטית ששלטה במאה ה־17, והצביעה על האפקט הסינרגטי העולה מיישומה שלפיו השלם גדול מסכום חלקיו. ראו גם: Dan Simon, *A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making*, 71 UNIV. CHI. L. R 511, 560, 565 (2004): "[E]vidence is evaluated not as isolated pieces, but rather in large cognitive structures, most familiarly in the form of narratives, stories, or global accounts. [...] Each piece of evidence is seen as having more implications than its own isolated probativeness in a linear chain of inference; the pieces come together to form a narrative that is stronger than the sum of its parts"

232 Lawrence M. Solan, *Refocusing the Burden of Proof in Criminal Cases: Some Doubt About Reasonable Doubt*, 78 TEX. L. REV. 105, 138–139 (1999).

”cognitive toolbox” אשר נאסף בתודעתו במהלך השנים, ומשמש אותו בהתאמת המקרה הנבחן לכלי המתאים.²³³ גישה זו עומדת על הצורך של האדם בכלל ושל השופט בפרט, לנתח את המציאות באמצעות שבלונות קבועות ואשר שמה דגש בהתבוננות על התמונה בכללותה, ועל הדרך שבה תודעת השופט משלימה תמונות ומצבים שונים על פי תבניות קבועות וידועות. פרופ' Solan ממחיש דרך חשיבה זו באמצעות הדוגמה הבאה:

“If [...] the red traffic lights in a town you are driving through are a slightly different shade from the ones that you are used to seeing, you will generalize the off-red signals to the red ones that you know so well, and stop your car”.²³⁴

באמצעות מחקרים אמפיריים מראה Solan כי מודל זה מיושם הלכה למעשה בבית המשפט. על פי ממצאיו, מושבעים נוטים לשייך עובדות לקטגוריות המוכרות להם והקרובות ביותר לסיפור שתואר לפנייהם, והמתאימות בצורה הטובה ביותר להתנהגות פושעת שהוכחה בעבר ככזו.²³⁵ משמעותה של חשיבה זו בשאלת הוכחת האשמה רבה לאין שיעור, שכן יש בה כדי להביא לטשטוש ההבחנה בתודעת השופט בין הרשעה לבין מה שדומה או קרוב מאוד

Raid Hastie, *Emotions in Jurors' Decisions*, 66 BROOKLYN L. REV. 991, 994 (2001); ראו גם: Peter Brooks & Paul Gewirtz, *Narrative and Rhetoric in the Law*, in LAW'S STORIES – NARRATIVE AND RHETORIC IN THE LAW 8–9 (Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., 1996): “There is some evidence that jurors tend to come to the trial with a set of stock stories in their minds and that they try to fit trial evidence into the shape of one of these stock stories”

Solan, לעיל ה"ש 232, בעמ' 138–139. שם, בעמ' 141; על רקע חרירת הנרטיב למשפט כפי שתוארה לעיל, והניסיונות להתאים את מסכת העובדות המוצגת במשפט לתוך תבנית סדורה, אבטיפוסית, מבקר פרופ' Dershowitz, בין היתר, ובעיקר, את השימוש שעושה התביעה בנרטיב לצורך הצגת גרסתה. כדי להמחיש את טיעוניו, כמו גם להבהיר את העוול שנגרם לנאשם, לשיטתו, בדרך הצגה נרטיבית זו של העובדות על ידי התביעה, טוען Dershowitz כי במציאות הקיימת, מסכת של אירועים יכולה להתרחש במגוון דרכים וצורות שלא ניתן לצפותן מראש, ולהניח קיום מי מהן. כך טוען Dershowitz כי אם בעולמו של צ'קוב, רובה התלוי על הקיר במערכה הראשונה יורה תמיד במערכה השנייה או השלישית, רכישת פוליטת ביטוח חיים בעבור בן משפחה היא בהכרח סימן מקדים לרצח וכאבים בחזה או שיעול הם בהכרח סימן מקדים למוות שיבוא בהמשכם, אזי במציאות לא כל הרובים יורים, מרבית כאבי החזה נובעים מבעיות עיכול, שיעול לרוב הנו תוצאה של התקררות והתוצאה המלווה רכישת פוליטת ביטוח היא שנים ארוכות של תשלומי פרמיות למבטח. Dershowitz מזהיר מפני ראיית המציאות דרך משקפיים צ'ובייניות-פרוטופיות, באשר המציאות איננה מחוזה ידוע מראש של התנהגויות מחזוריות טיפוסיות, אלא כאוטית ורנדומלית, ומורכבת לא אחת מאירועים הסרי משמעות ומקריים, Alan M. Dershowitz, *Life is not a Dramatic Narrative*, in LAW'S STORIES – NARRATIVE AND RHETORIC IN THE LAW 99, 100–101 (Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., 1996)

להרשעה.²³⁶ Solan הדן בהשפעת דרך השיבה זו על רף ההוכחה הפלילי, עומד על הדיסוננס הקוגניטיבי הנוצר בתודעתו של השופט והשלכותיו על מידת ההוכחה, באמצעות ניסוי מחשבתי. במסגרתו של ניסוי זה נידרש לסווג תמונות של בעלי חיים לאחת משתי קטגוריות – ארנבת או דג. לדבריו, המודלים הפסיכולוגיים של החשיבה הפרוטוטיפית חוזים, כי בהינתן תמונה לא ברורה שאינה נופלת במובהק לאחת משתי הקטגוריות, תיפול ההכרעה ביניהן על פי מידת הדמיון והמתאם בין המוצג הנבחן לבין כל אחת משתי הקטגוריות, אף אם ברור שאין מתאם מדויק בין המוצג בתמונה לאב הטיפוס שאליו שויכה. לטענתו, מקום שהתמונה שתוצג לא תהיה תמונה של ארנבת, אולם ללא ספק תרמה יותר לארנבת מאשר לדג, הבחירה תיפול על הארנבת. לדבריו, פעולה תודעתית זו נעשית כדבר שבשגרה מדי יום ביומו, וברוך זו מתאפשר לנו להשתמש בידע שרכשנו בסיטואציות לא מוכרות.²³⁷ בהמשך הניסוי, מבקש Solan להוסיף דרישה, דוגמת זו של רף ההוכחה הפלילי, ולפיה בהתעורר ספקות סבירים כלשהם באשר להיות המוצג בתמונה ארנבת – יש לסווגו כדג. גם בסיטואציה זו, תסווג התמונה כארנבת, בשל אי-הנוחות לבחור במוצג בה כדג. סיטואציה זו, אשר נוצרת בשל כלל הכרעה בינארי דו-קוטבי, יוצרת מתח רב. בשל הדרישה לסווג את המוצג בתמונה כדג על אף שאיננו דג, נוצר דיסוננס קוגניטיבי שבו מתקיים ניגוד פנימי בתודעתו של השופט. המוצג לפניו איננו ארנבת, אך הוא דומה יותר לארנבת. בתודעתו הוא בטח לא דומה לדג, אך הוא מתבקש לסווגו כדג. בשל חשיבה תבניתית, הדרישה באשר לספקות סבירים עומדת בסתירה לתבנית החשיבה הקיימת והרואה במוצג כארנבת, והמפלט אל עבר האיזון הקוגניטיבי (הומאוסטזיס) נמצא בדרך של התעלמות מהמידע החדש המבקש להגדיר את התמונה כדג, ולכן גם במקרה זה תסווג התמונה כארנבת.²³⁸ תופעה זו הקשורה לדיסוננס הקוגניטיבי, מצביעה אף על נטייתו של השופט לחזק את התבנית שנבחרה ועל נטייה להתקשה ביתר שאת סביב ההכרעה שהתקבלה.

נראה כי גם השופט בן זמרה הרגיש אי-נוחות מקום שבו התמונה אשר נפרשה בפניו הייתה דומה מאוד לארנבת (הרשעה), אבל בשל ספקות שכירסמו בו לא הש בטוח לסווגה ככזו. מנגד, התמונה שנפרשה לפניו אף לא דמתה לדג (זיכוי). כדי להימנע מהכרעה של זיכוי, הציע השופט לצדדים הסדר טיעון שעיקרו הרשעה בעברה חמורה פחות וללא עונש מאסר בצדה.²³⁹ מקרה זה ממחיש את משמעותה

236 שבהתאם למדיניות המשפטית הנקוטה, צריך להוביל להכרעה של זיכוי.

237 Solan, לעיל ה"ש 232, בעמ' 138-139.

238 שם.

239 ת"פ (מחוזי י"ם) 80/95 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 5.11.1995) כפי שמתואר בע"פ 7732/95 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נ(3) 371 (1996): "משהתייצבו הצדדים לשמיעת הכרעת הדין, זימנם השופט המלומד ללשכתו והציע להם להגיע להסדר טיעון, לפיו יורשע המשיב במעשה מגונה קטין [במקום מעשי סדום, בגינם הואשם] והתניעה תסכים שלא יוטל על המשיב עונש מאסר בפועל" לאחר שהצדדים סירבו להצעה זו "ניתנה לצדדים הכרעת הדין, שהיתה כתובה ומורפסת מבעוד מועד. [...] בהכרעת דינו אמר השופט המלומד [...] נותר בלבי ספק סביר ביחס לאשמות הנאשם". יש גם לשים לב לפתרון הנבחר, המאזן בין האינטרסים השונים בדרך של שקלול חומרת העברה, השלכות הרשעה בה והעונש הצפוי בגינה.

של החשיבה הפרוטוטיפית במלאכת השפיטה. הבנייתה של תמונת מציאות היא לא רק תכתיב נורמטיבי, אלא, ובעיקר, כלי אפיסטמולוגי ואסטרטגיה קוגניטיבית, המנחים את הליך קבלת ההחלטות ועומדים בבסיסו. להכרעה בדרך זו עלולות להיות השלכות קשות, באשר דיסוננס זה של השופט בבואו להביע עמדתו עלול להביא למזעור, אם לא לביטול כליל, של כל ספק שהיה קיים בדרך להרשעה:

“[I]t should be relatively easy for the government to convict an innocent defendant when the defendant’s conduct, while not meeting all the elements of the crime, comes close to the jurors’ model”.²⁴⁰

יתרה מכך, מחקרים אמפיריים מצביעים בבירור על מועדותם של שופטים לשגיאות ולהטיות. כך נמצא כי השופטים משתמשים לא אחת באבייטיפוס סטריאוטיפיים שונים,²⁴¹ אשר משמשים בתורם להערכת התנהגות הנאשם שבפניהם, כדי לארגן בדרך זו את האינפורמציה המובאת לפניהם בדרך שתתיישב עם הידע שנצבר ברשותם. נהיר כי מודל הכרעה שכזה חותר תחת הגיונם הנורמטיבי של כלל ההכרעה הפלילי וחזקת החפות, והשלכותיו הוותיקות, ודאי כאשר:

“[Most] trials end without the defendant looking like the prototypical innocent defendant”.²⁴²

ו. מודל הכרעה אמוציונלי

התאוריות השונות שהוצגו עד כה באשר לאפיונו של הליך ההכרעה השיפוטי ומהותו וגדרו של הספק, מתעלמות, כך נראה, מהפן הרגשי-נפשי הכרוך באותו הליך. פרופ' Hestie, במאמרו על מקומן של תחושות אמוציונליות במסגרת החלטותיו של חבר המושבעים, מבקר את הגישה המחקרית המסורתית ששלטה עד לאחרונה במדעי ההתנהגות בכלל, ובחקר קבלת החלטות שיפוטיות בפרט, המבקשת לתאר הליך זה ולנתחו בכלים רציונליים ובאמצעות מודלים קוגניטיביים בלבד. לדבריו, לעתים קרובות התחושות האמוציונליות הן המשפיעות על טיב ההכרעה ועל אופייה.²⁴³ Hestie מבחין בין התחושות השונות הכרוכות והמלוות

240 Solan, לעיל ה"ש 232, בעמ' 140.

241 של מין, מוצא, גזע, מעמד וכיוצא באלה. ראו למשל גבריאלי וימן, אריה רטנר וגדעון פישמן "מי נראה כמו עברייני? הקשר בין מוצא עדתי לבין יחוס עבירות" מגמות לא(2) 208 (1988).

242 Solan, לעיל ה"ש 232, בעמ' 141. וראו בהשאלה אופן הרשעתו של ק', כאשר זעקת חפותו נענתה בעמדה לפיה "אבל כך נוהגים כל הנאשמים לדבר" – פרנץ קפקא המשפט 202 (אברהם כרמל מתרגם, 1992).

243 Hastie, לעיל ה"ש 233, בעמ' 992–993.

את תהליך ההכרעה, ומדגיש את חשיבותן של אלו המשפיעות על תוצאת ההכרעה ומושפעות ממנה.²⁴⁴

יתר על כן נראה כי גם במישור הנורמטיבי-יוריספודנטלי נתפס הפן הנפשי-אמוציונלי של הספק כמנוגד לרעיון הסבירות המקופל בסטנדרט "הספק הסביר" ובשל כך – כבלתי לגיטימי. כך, לדוגמה, פסל בית המשפט העליון האמריקני באחת הפרשות את ההסבר שניתן לחבר המושבעים באשר למהותו של הספק הסביר, בין היתר מהסיבה שכלל התייחסות ל-"moral certainty". בית המשפט פירש התייחסות זו כמנוגדת למובנו הנכון של רף ההוכחה הפלילי כמכוון להערכה אובייקטיבית בלבד של הראיות.²⁴⁵

גם בית המשפט העליון בארץ עושה שימוש, באופן עקבי, בפרשנות התואמת את אותה תפיסה כללית, שלפיה "במשפט הפלילי מודרכים אנו על ידי שיקולי השכל הישר וההגיון הבריא"²⁴⁶ וכי "בשבתו על כסא המשפט אינו חדל השופט להיות בשר-ודם, בעל רגשות ויצרים. אולם הוא מצווה על-פי החוק לכבד רגשות ויצרים אלה, שאם לא כן לא יהיה שופט כשר לעולם לדון באישום פלילי".²⁴⁷ כך מתואר הספק הסביר כ"ספק המתקבל על הדעת",²⁴⁸ ספק אשר "נוצר על ידי ראיות אובייקטיביות",²⁴⁹ תוצר של "אמת מידה אובייקטיבית" ממשית וסובסטאנטיבית,²⁵⁰ "מסקנה הגיונית ולא קלוטה מהאוויר",²⁵¹ וכזוה המחייב "ספק ממשי ורציונאלי המעוגן בעובדות המקרה".²⁵² כך אף הודגש על ידי בית המשפט העליון כבר בתחילת דרכו, כי יש לזכות את הנאשם אם "נתעורר ספק במוחו של השופט בסופו של משפט" (ההדגשות שלי – י.ו.).²⁵³

בערעור בפרשת דמיאניוק הדגיש בית המשפט העליון, במפורש את טיבו הרציונלי של הספק וסיכם את ההלכה בעניין זה כך:

- 244 Hastie מכנה תחושות אלה בשם "anticipated emotions", הקשורות בקשר ריזדרי עם ההכרעות אותן הן מלוות. שם, בעמ' 1005-1006.
- 245 Elisabeth Stoffelmayr & Cage v. Louisiana, 498 U.S. 39 (1990); וראו גם: Shari Seidman Diamond, *The Conflict between Precision and Flexibility in Explaining 'Beyond a Reasonable Doubt'*, 6 PSYCH. PUB. POL. AND L. 769, 779-778. ברומה, ובאופן כללי יותר, הביעה הוועדה המייעצת לקביעת כללי הראיות הפדרליים בארצות-הברית את עמדתה, כי שיקולים אמוציונליים הנם בלתי לגיטימיים בהליך בחינתן של ראיות והערכתן. בהערותיה לכלל הפסילה הפדרלי המחייב את שקילת הערך הפרובטיבי של ראיה אל מול סכנת ההטיה האסורה (prejudice unfair) העשויה להיות מגולמת בה, מצביעה הוועדה על שיקולים אמוציונליים כדוגמה אופיינית, גם אם לא יחידה, להטיה שכזו – Fed. R. Evid. 403, Advisory Note.
- 246 עניין בן-ארי, לעיל ה"ש 11.
- 247 דברי בית המשפט המחוזי בפרשת אייכמן. ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2033, 2081 (1962).
- 248 עניין פודמסקי, לעיל ה"ש 71, בעמ' 1196; ע"פ 426/67 בארי נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(1) 447, 483 (1968).
- 249 בש"פ 6846/02 רייכר נ' מדינת ישראל, תקיעל (3)02 709 (2002).
- 250 דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביר, פ"ד נא(1) 859, 736 (1998).
- 251 ע"פ 7951/98 ולנכיה נ' מדינת ישראל, תקיעל (2)01 583, 573 (2001).
- 252 עניין בן-ארי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 437-438.
- 253 ע"פ 10/49 היועץ המשפטי לממשלה נ' פתניאב, פ"ד ב 424, 435 (1949).

"בעת ההערכה של חומר הראיות, על בית המשפט לשאוף ליישומו של מבחן הבנוי על ההסבר הסביר. במה דברים אמורים: המבחן מורכב משני יסודות – 'ספק' ו'סביר'. שם התואר שניתוסף לשם העצם 'ספק' אינו בגדר סרה עודף מילולי מיותר; הוא בא לסייג ולהקנות לספק תכונה מוגדרת. קיומה של התכונה האמורה נבחן לפי אמות המידה הראציונאליות המקובלות עלינו. בביטוי 'סביר' טמונים הסינון והמיון בין עניינים שיש להם אחיזה הגיונית במציאות לבין דברים שהם ספקולציות נעדרות תשתית. [...] המדובר בספק המעוגן ביסודות ראציונאליים" (ההדגשות שלי – י.ג.).²⁵⁴

ובהמשך הוסיף, כי "אין להיתפס למסקנות שאינן מתיישבות עם הערכה ראציונאלית",²⁵⁵ והדגיש כי "הקביעה אם נותר ספק סביר בדבר אשמתו של נאשם או לאו, אינה פרי תחושה או התרשמות. קביעה זו מעוגנת במיונו ובסיווגו של חומר הראיות לכדי מיתאם סביר אחד".²⁵⁶

אלא שגישה זו, אשר אינה מכירה בפן הרגשי-סובייקטיבי של הספק, אינה מתיישבת, כך נראה, לא עם חלק מהתפיסות באשר למהותו, וגם לא עם החוויה השיפוטית בפועל. לפי תפיסה זו, קביעה בדבר קיומו של ספק מושפעת באופן ניכר מהערכות בדבר ההשלכות העוללות לנבוע מההכרעה, הערכות שעיקר טיבן רגשיות-מצפוניות.²⁵⁷ ביסודו של מודל הכרעה אמוציונלי זה עומדת התפיסה של תורת הרגש המוסרי אשר פותחה על ידי הפילוסוף הסקוטי Francis Hutcheson, שלפיה הערכות בדבר עובדות ומעשים אינן מבוססות על שיקול דעת שכלתני, אלא הן ביטוי של רגש.²⁵⁸ לכן גם אם נראה כי הנרטיב החיצוני של הטקסט השיפוטי חף מקונוטציות נפשיות-רגשיות מפורשות, אין בכך כדי להצביע על כך ששיקולים אלו הוצאו אל מחוץ להכרעות השיפוטיות, אלא רק הורחקו מהשיח הגלוי אל זה הסמוי. חרף הניסיונות להסוות שיקולים של תחושות ורגשות הנלוים לתהליך ההכרעה השיפוטית, ולעתים לטשטשן בדרך של הבעתן לצד השיקולים הרציונליים ויחד עמם,²⁵⁹ בכל זאת אפשר למצוא בפסיקה הכרה בקיומו של יסוד אמוציונלי-א-רציונלי זה.²⁶⁰

254 פרשת דמיאניוק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 652.

255 שם.

256 שם, בעמ' 663.

257 Peter J. Hammond, *Consequentialist Foundations for Expected Utility*, 25 *THEORY & DECISION* 25 (1988).

258 תפיסה זו אומצה ופותחה על ידי הפילוסוף הסקוטי דוד יום, אשר קבע כי הבסיס של כל התנהגותנו היא בלתי רציונלי. ראו, NORMAN KEMP SMITH, *THE PHILOSOPHY OF DAVID HUME* (1966); דוד יום, *מסכת טבע האדם* 3 (יעקב גולומב עורך, יוסף אור מתרגם, התשנ"ה).

259 כך גם כבר בפסיקה הפלילית בארץ מתקופת המנדט הבריטי, ניתנה ההנחיה לחבר המושבעים לבחון את אמיתות העדויות שלפניהם בדרך של "[S]atisfied in [...] heart and conscience" עניין *Jarad*, לעיל ה"ש 64, בעמ' 107.

260 "ההכרעה כי יכריע [שופט] במשפט תהיה ההכרעה משוכה מלבו שלו וממצפוננו שלו" – ע"פ 9352/99 פלוני נ' מדינת ישראל, תק"על 1841 (3) 1851 (2000); גישה מפוכחת זו

פחות מעשור לאחר פסק הדין בפרשת דמיואניוק, הביא השופט מישאל חשין פרשנות אנליטית משלו למהותו של הספק הסביר, אשר מכירה בגלוי ב"יסוד המוסרי-סובייקטיבי" ככזה אשר בכוחו להקים ספק, גם ללא כל יסוד רציונלי-אובייקטיבי:

"פירוקו של 'ספק סביר' לגורמיו הראשוניים [...] יעלה לפנינו, כך דומה עלינו, שני יסודות שבחלקם חופפים הם זה-את-זה: האחד הוא היסוד הראציונאלי-האובייקטיבי העשוי להקים ספק שהוא סביר והאחר הוא היסוד המוסרי-הסובייקטיבי. ואפשר שהשניים אינם אלא שני צדדים של אותה מטבע. [...] היסוד הראציונאלי-האובייקטיבי עניינו בסבירותו של הספק, [...] היסוד השני העושה ספק סביר הוא היסוד המוסרי-הסובייקטיבי [...] היסוד הסובייקטיבי נוכח בכל מקום בו קובע בית-משפט (או חבר מושבעים) כי נתקיים או שלא נתקיים ספק סביר. [...] אותו גורם מוסרי-אישי המניע, והאמור להניע שופט וחבר בחבר-המושבעים בהכרעת הדין. [...] הנהיכייכן, בסופו של ההליך הראציונאלי לבחינתן של חלופות העשויות להקים ספק סביר באשמתו של נאשם; וגם במקום שבית-משפט יאמר אל ליבו: כל חלופות אפשרויות נעדרות הן, לכאורה, כל משקל של ממש, ומכאן שהתביעה הוכיחה את אשמתו של נאשם מעבר לכל ספק סביר; גם בהגיעו אל תחנת סיום זו, אפשר שקול קטן וחרושי – קול המוסר – יעלה בו בשופט ממצפוננו ויאמר לו: אחרי כל אלה זה לא זה. אפשר שקול זה פירושו לא יהיה אלא ספק סביר 'ראציונאלי'. אפשר גם אחרת. בין כך ובין אחרת, שופט לא יוכל להתעלם ממצפוננו – אסור לו שיחמוק ממנו – ועל-פי צו לבו יעשה" (ההדגשות שלי – י.ו.).²⁶¹

הובעה באופן מפורש גם על ידי המשנה לנשיא (כתוארו אז) אלון: "באנגליה ובישראל קיימת עדיין נטייה להתעלם מן הקשר הזה שבין אישיות השופט לבין פסיקתו ולראות בו כעין מחשב אלקטרוני, המוציא את הפסק 'הנכון' לאחר שהוכנסו לקרבו הנתונים הריליבאנטיים', כמו שכל מחשב אלקטרוני תקין אחר יוציא אותו הפסק גופא, אם יכניסו לתוכו אותם הנתונים. ברם מי שעוקב אחרי הפסיקה בבתי-המשפט בישראל בשנים האחרונות, ואחרי פסיקתו של בית-המשפט העליון במיוחד, אינו יכול שלא לראות כי הפיקציה הזאת עומדת בניגוד ההולך ומחריף עם המציאות. [...] היות שהמדובר הוא בשיקול-דעת אנושי ותו לא, אין לדרוש ממנו אובייקטיביות מוחלטת, ניסיון כולל, ידיעת החומר העובדתי והמשפטי ללא פגם, איוון מושלם, והגיון ללא צל של דופי. למילוי המשימה הזאת מביא כל שופט את האוצרות השכליים והנפשיים השרויים בו, וכיוון שמכלול זה – הווי אומר אישיותו של השופט – שונה אצל שופטים שונים, ישתקף השוני הזה גם בפסיקתם" (ההדגשה שלי – י.ו.) – בג"ץ 1635/90 זרזיבסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 815-816 (1991).

עניין בן-ארי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 121-126. נראה כי בפסק דין זה, מנסה חשין לתת הגדרה ממצה למונח "ספק סביר" וקובע כי מונח זה מורכב משני יסודות, האחד "רציונלי-אובייקטיבי" כהגדרתו, והאחר הנו יסוד "מוסרי-סובייקטיבי". אולם הלכה למעשה, לפי

גם בדיון הנוסף באותה פרשה, נותן השופט חשין ביטוי מדויק של רחשי לבו, ומכריע על פי מודל זה, שעניינו צו מצפוני:

"האיש הקטן בתוכי, אותו אישון-מצפון השוכן בליבי, לא רגז ולא רטן; נהפוך הוא: הוא הורה אותי הדרך, הוא עודדני בדרכי. עתה, לעת הדיון הנוסף, נועצתי בו שוב, ותשובתו עתה הייתה כתשובתו בתחילה" (ההדגשה שלי – י.ו.).²⁶²

לעתים תחושות סובייקטיביות אלו באות לידי ביטוי בהכרעה אינטואיטיבית בלבד, ללא כל ממד אובייקטיבי מנומק. במקרים אלה, ישתמש בית המשפט בנרטיב חיצוני בעל סממנים אמוציונליים חזקים, אשר לרוב יפנה את הקורא לקול המצפון והמוסר.²⁶³ במקרים אחרים יסתפק בית המשפט בקביעה אינטואיטיבית כי "זה לא זה":

"חשתי כי מתקיים במקרה שלפנינו גם היסוד המוסרי-סובייקטיבי, אותה תחושה הטבועה במצפוני של השופט ומתרה בו, נוכח הראיות שהובאו, ש'זה לא זה'" (ההדגשה שלי – י.ו.).²⁶⁴

יתרה מכך, מחקרים בדבר הליך קבלת ההחלטות האנושי מדגישים את חשיבותם ותפקידם של התחושות והרגשות בהליך ההכרעה ככל שקטנה האפשרות לבסס את אותה הכרעה באמצעות מודלים קוגניטיביים.²⁶⁵ כך, למשל, בסיטואציות שבהן לשופט אין יכולת להכריע בין גרסאות סותרות, בא לידי ביטוי כישלונה של האסטרטגיה הקוגניטיבית, ובכך ניצב השופט בפני בעיה של ממש. קיומן של שתי גרסאות מנוגדות שולל מכל אחת מהן את כוחה הקוהרנטי, או כתיאורה של פונקציית האמונה, מונע את האפשרות להשתמש בה כבסיס לאמונה, ומביא להסתברות סובייקטיבית ותחושת שכנוע נמוכה. מקבלי החלטות מתקשים להאמין במה שאינם יכולים לדמיין או לתאר,²⁶⁶ וחוסר היכולת להתיר ספקות ולפתור את חוסר הוודאות מותיר אותם בתחושה קשה של חוסר נחת.²⁶⁷ מצבים כאלו, של כישלון ההליך הקוגניטיבי-רציונלי, מביאים לאימוץ אסטרטגיה חלופית להכרעה בנושא הנדון, שבנסיבות שכאלה טיבה יהיה לרוב רגשי. ואכן

הגדרתו של חשין, די בהתקיים אחד מהשניים כדי לקיים את הספק הסביר. ואכן ביישמו את ניתוחו הנ"ל על המקרה שלפניו, מתעלם חשין כליל מהוכחת קיומו של יסוד אובייקטיבי, ומכריע על פי קול המוסר של מצפוניו.

262 עניין בן-ארי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 477.

263 תפ"ח (מחוזי ת"א) 1172/04 מדינת ישראל נ' קוזניצוב, תקימח (4)05 5041 (2005). שם הביעו כל חברי ההרכב את "תחושות המצפון החזקות" אשר לידם "מקימות [...] ספק סביר". מהותו זו של הספק הסביר מנומקת שם ככזו הנדרשת מטעמים מוסריים הקוראים להימנע מהרשעת החף.

264 עניין שאמי, לעיל ה"ש 107, בעמ' 5154.

265 ראו Hestie, לעיל ה"ש 233, בעמ' 1008-1009.

266 Sunwolf, לעיל ה"ש 191, בעמ' 28.

267 שם, בעמ' 27.

נראה כי גם שופטי ארצנו מצייתים לאסטרטגיית הכרעה שכזו במצבים שבהם נכשל המודל הנרטיבי המסדר:

"אכן לא פעם, במיוחד במצבים של עדויות סותרות שאינן נתמכות בדבועי בראיות היצוניות, האמון הניתן על ידי בית המשפט בעדות מסוימת מבוסס בעיקר על תחושה פנימית של בית המשפט" (ההדגשות שלי – י.ו.).²⁶⁸

ברובד הסמוי יותר אפשר למצוא ביטויים אשר מצביעים על הפן הרגשי-נפשי המלווה את תהליך בחינתו של הספק, ומתארים אותו בתחושות קשות של לבטים,²⁶⁹ התחבטות, היסוסים²⁷⁰ וחוסר נחת.²⁷¹ לצד תיאורים אלו של הליך יצירת ההכרעה כתהליך אמוציונלי-פנימי, מתואר גם מיקומו של הספק "בלבב פנימה" של השופטים²⁷² שם הוא לעתים "מקנן"²⁷³ ו"מכרסם".²⁷⁴

נראה אפוא כי לא ניתן להתעלם מן הפן הסובייקטיבי-רגשי המעורב בהכרעת הדין ואשר הנו בעל חשיבות רבה ביותר, אם לא מכריעה ממש, בשאלת קיומו של הספק, אפיונו ומידתו בלבד של השופט. באופן טבעי, חשיבותן ויישומן של תחושות אלה והכרעה על פי מצפן המצפון של כל שופט, הולכים וגדלים ביחס ישיר לחומרת המקרה הנידון, האמוציות הכרוכות בו והשלכות הטעות בהכרעה:

"בהיותנו מודעים היטב לגודל המשימה שהוטלה עלינו, הכרעה בתיק רצח בכלל, ובמשפט חוזר טעון ורגיש כמו המקרה הנוכחי בפרט, עשינו כל שביכולתנו כשופטים בשר ודם, כדי שגם

-
- 268 השופט זמיר בעניין פלוני לעיל ה"ש 260, בעמ' 1846.
- 269 דברי השופט לוין בע"פ 281/82 אבוהצירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 673, פס' 12 לפסק דינו של השופט לוין (1983); תפ"ח 129/95 (מחוזי ת"א) מדינת ישראל נ' פיס, דינים מחוזי לב(2) 326 (1997).
- 270 ע"פ (מחוזי ת"א) 1716/97 מדינת ישראל נ' באום, תקי"מ 2(1999) 3562.
- 271 ע"פ 3417/99 הרישפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735, 811 (2001). כך גם אפשר למצוא ביטויים נוספים אשר מצביעים על הפן הרגשי-נפשי של הספק ואשר מתארים אותו כתוצר של תחושה אמוציונלית-סובייקטיבית של השופט. כך למשל תיאור השופט רובינשטיין קיומו של ספק מקום שבו "ידו של השופט רועדת כבואו לחתום על הרשעה", עניין בשירוב, לעיל ה"ש 2.
- 272 ראו לרוגמה, ע"פ 5298/02 אוהנה נ' מדינת ישראל, תקי"על (2) 03 213 (2003); ע"פ 4932/00 יעקבלב נ' מדינת ישראל, תקי"על (1) 02 756 (2002); ע"פ 2864/01 מפילתי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 315 (2001).
- 273 ראו, לרוגמה, ע"פ 9143/01 ברויזי נ' מדינת ישראל, תקי"על (2) 02 1641, 1646 (2002); ע"פ 5296/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 385, 397 (2000).
- 274 ע"פ 2439/93 זריאן נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 265, 272-273 (1994). וראו בהשאלה, תיאור יצירתו של שיר, כפי המובע בשירו של ביאליק "לא זכיתי באור מן ההפקר": "כי מסלעי וצורי נקרתיו וחצבתיו מלבבי. ניצוץ אחד בצור ליבי מסתתר, [...] ותחת פטיש צרותי הגדולות כי יתפוצץ לבבי, צוריעזי, זה הניצוץ עף, ניתז אל עיני, ומעיני – להרווי" – ח.נ. ביאליק שירים קל"ה (התשכ"ו).

היסוד המוסרי הכרוך בהרשעה, לצד היסודות העובדתיים-משפטיים, יבוא על סיפוקו" (ההדגשות שלי - י.ו.).²⁷⁵

ז. לקראת מודל נורמטיבי חדש – מידת הוכחה בהתאם לאינטרסים המוגנים

הגישות שסקרתי במאמר מצביעות על חוסר הנוחות של המערכת המשפטית באשר להגדרת המונח "ספק סביר", ועל כמיהתה לפתור קושי זה בשלל גישות המערבות משוואות, נוסחאות, עקרונות לוגיים ואף אמוציות. אלא שכפי שהראיתי, גם לאחר ניתוח המבחנים השונים והמגוונים לתיאורו וליישומו של רף ההוכחה "מעבר לספק סביר" בפסיקה, עדיין לא נמצאה "נוסחת קסם" אשר יש בה כדי להגדיר את היקפו של המונח כמו גם להבין את מהותו. מהניתוח לעיל עולה כי עיצובו של הסטנדרט על ידי הפסיקה נעשה שלא בצורה אחידה או קוהרנטית, ומבלי שמהותו וגבולותיו הובררו על ידה באופן סדור. בהיעדר כללים והנחיות ברורים באשר לטיבו של הספק ודרכי בחינת קיומו, מתעורר חשש לשרירותיות בהחלתו וביישומו ולא מן הנמנע כי רף ההוכחה משתנה, לא רק בטיבו אלא גם במידתו, בין שופט לשופט.

במאמר זה חשפתי את המודלים השונים המשמשים את מערכת המשפט הישראלית ביישום רף ההוכחה בהליך הפלילי. הראיתי כי הפסיקה מצייתת ליותר ממודל הכרעה אחד והצבעתי על כשלים תיאוריים ונורמטיביים בדרך יישומם. מעבר לחשיבות הרבה בעמידה על יתרונותיו ועל חסרונותיו של כל מודל ומודל והשפעתם על טיבו ועל מידתו של רף ההוכחה הפלילי, ניתן לראות כי אלו מובילים לצורך באימוץ המודל המוצע אשר יביא להלימה שבין חומרת העברה, מידת האשמה והסנקציה הנלווית לה. ניתוח הגישות השונות, על מגבלותיהן וחסרונותיהן, מדגיש את הצורך בפיתוחם של כלים המאזנים בצורה טובה יותר את האינטרסים המוגנים בהליך הפלילי.

מבלי להרחיב במסגרת מאמר זה על השיטה המוצעת, אפשר לציין ולו בקווים כלליים את הצעתי למודל החדש – מודל הכרעה שלפיו רף ההוכחה ישתנה בהתאם לחומרת העברה והעונש הצפוי לה. כך אטען כי כאשר העברה הנדונה הנה חמורה במיוחד ובצדה עונש חמור המגיע אף עד כדי מאסר עולם, עלינו לנקוט משנה זהירות, ועלינו לדקדק יותר במידת הוודאות ונכונות ההכרעה, יותר משהיינו עושים זאת, לו האשמה הייתה חמורה פחות או העונש שהיה קבוע בצדה היה קל יותר. הנה כי כן, אף שהחלק הראשון של טענתי, שלפיו עברה חמורה דורשת מידת הוכחה גבוהה, עשוי להתקבל באופן טבעי, יש לזכור כי לטענה זו פן נוסף אשר עשוי לעורר התנגדות משמעותית יותר. על פי אותה גישה אטען, כי ישנן עברות הטומנות בחובן רמה נמוכה של פליליות, שבהן הנזק מהרשעה שגויה הוא קל באופן יחסי, ועל כן בעברות כגון דא יש להסתפק ברף הוכחה נמוך. העיקרון המנחה של המודל המוצע ואשר מתווה את הדרך

275 רע"פ 3268/02 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 761, 773 (2005).

לאיזון הראוי שבין אינטרס ההגנה על חפים מפשע לבין אינטרס חשיפת האמת, הנו כזה שככל שמדובר בעברה חמורה יותר כך יש לבכר את עקרון ההגנה על פני אידאל האמת, ואילו כאשר מדובר בעברות קלות או אז פוחת משקלו של עקרון ההגנה באופן יחסי לאידאל האמת.

המודל המוצע מוצא צידוקו בתאוריות שונות של המשפט הפלילי, נורמטיביות ותאוריות כאחד. להלן אביא בתמצית מקצת מטענותי, שעליהן ארחיב במאמר ההמשך.

פרט להיבטו הסקריפטיבי של המודל המוצע המתאר נכוחה את מלאכת השפיטה כפי שהיא נעשית כיום הלכה למעשה, יש בהכרעה לפי מודל זה כדי לתת מענה נורמטיבי לאיזון הראוי של האינטרסים המוגנים בהליך הפלילי. שקלול אמת המידה להרשעה בהתאם לחומרת העברה יאה בו כדי להביא לצדק מדויק, שוויוני וצודק, באשר יוגדרו וישקלו האינטרסים הרלוונטיים לכל מקרה ומקרה במסגרת המתאימה. כך בין השאר, במסגרתו של המודל המוצע ישוקלל מושג האחריות הפלילית אשר יאפשר, בשונה מההכרעה הבינארית הקיימת כיום, הצהרה על אשמה מדויקת וצודקת יותר המשקללת בחובה את מידת הוודאות שבהכרעה.²⁷⁶

טענתי היא כי סטנדרט ההוכחה אמור לשקף איזון אינטרסים במסגרתו אין החתירה להשגת ודאות כתנאי להרשעה משום מחויבות מוחלטת או שיקול יחיד ובלעדי. מכאן שאין זה ברור מדוע תוצאת איזון זו מחייבת דווקא את הצבתו של הסטנדרט "מעבר לספק סביר" כרף ההוכחה יחיד, אחיד ובלעדי, ולא סטנדרטים אחרים. אטען כי הקיץ הקץ לעיקרון של "דין פרוטה כדין של מאה מנה"²⁷⁷ וכי יש להתנתק מהגישה הקטגורית לרף ההוכחה, ולהעדיף תחתה גישה המתירה ומאפשרת עריכת איזון ראוי בין האינטרסים הנוגעים לעניין, בין השאר, מאחר שגובה הנזק הנגרם לחברה מהרשעה או זיכוי שגוי, והרווח מהכרעה נכונה, משתנה ממקרה למקרה, בהתאם לחומרת העברה.

הכלל, כפי שהוא מיושם כיום, אינו מתיר בשום נסיבות עשיית איזונים בין הסבל הנגרם לחברה מהרשעה שגויה ובין זה הנגרם מזיכוי העבריין. גם אם בכסיס הצדקתו של רף ההוכחה נמצא הרצון למזער את מידת הכאב הפיזי והנפשי

276 ובררך זו יתאפשר, למשל, מתן פתרון ראוי לדיסוננס הנוצר מהכרעה דיוקטבית וימנעו השלכותיה של הכרעה בדרך זו. בנוסף, כפי שראינו, המכניזם הננקט להפעלתו של סטנדרט ההוכחה של "מעבר לספק סביר" בהתאם למודלים השונים, אינו מציב בהכרח רף הוכחה גבוה, ועל כן ממילא חוטא למטרה שלה נועד על פי הגישה הרווחת – מניעת הרשעות שגויות. במאמר ההמשך אעמוד בהרחבה על סוגיה זו, כמו גם על זיקת הנביעה שבין המודלים שנתחתו במסגרת מאמר זה ובין המודל המוצע.

277 במובנו הרווח של עיקרון זה בפסיקה, לעניין הקשר שבין מידת ההוכחה לרציניות העניין הנידון. ראו, למשל, דבריו של השופט אגרנט בעניין גרינוולד, לעיל ה"ש 157, בעמ' 2064. ככל הנראה שם לראשונה נקשר ביטוי זה להקשר הנ"ל, ואולם פתגם זה המופיע בתלמוד הבבלי, סנהדרין ת, ע"א – כפי שהוא במלואו הנו: "שיהא חביב עליך דין של פרוטה כדין של מאה מנה" אשר מקורו בדברים א 17, שם הורה משה לשופטים: "לאיתכירו פנים במשפט כקטן כגדל תשמעון" – לאמור, אם בא לפניך דין של פרוטה, וחזר ובא דין אחר של מנה – הקודם לפניך, הקדם לשומעו, ופשיטא, אותו דין לעני ולעשיר, לחזק ולחלש. ראו חיים זהרי מקורות רש"י: מדרשי הלכה ואגדה בפירושו (1993).

שנגרם, ללא הצדקה, רק למי שהורשע ונענש מבלי שפשע,²⁷⁸ הרי בהינתן כי מידת הכאב משתנה ממקרה למקרה, אין זה סביר כי הכלל במובנו כיום יחול בכל משפט פלילי ללא הבחנה בין מידת הסבל והכאב העלולים להיגרם לנאשם מהרשעה שגויה בעברות השונות. טענתי היא כי יש לראות בכלל ככזה שאינו מיישם הלכה למעשה את הצידוק שעל בסיסו נוצר, ובהתבסס על יישום נכון של התאוריה התועלתנית, יש לשקלל את סוג ומידת הנוק, ולהתאים את רף ההוכחה לחומרת העברה.

עוד אטען כי אותן הבחנות מסורתיות שבין ההליך הפלילי לאזרחי,²⁷⁹ אשר הובילו לקביעת סטנדרטים ראייתיים שונים ונבדלים זה מזה בדרגתם בכלל, ולקביעת אמת מידה גבוהה במיוחד בהליך הפלילי בפרט, אינן עוד בתוקפן, או למצער חל פחות בעצמתן.²⁸⁰ בנוסף אטען כי בתקופה שבה נוסח רף ההוכחה הפלילי, עונש המוות היה מקובל וחלש על מרביתו של המשפט הפלילי, ועל כן השפיע רבות על ניסוחו ומידתו, ולכן כיום, כאשר עונש זה נדיר ביותר אם בכלל,²⁸¹ אין כל צורך ברף גבוה ומחמיר בכל הליך פלילי.

שאלת היחס בין השמירה על זכויות הנאשם ובין הגשמתם של דיני העונשין המהותיים היא שאלה הנמנית עם הסוגיות המורכבות ביותר במשפט הפלילי. פרופ' Packer תיאר את תפקידם המורכב של הכללים הדיוניים באמצעות שני מודלים: האחד, מודל המלחמה בפשיעה (Crime Control Model). השני, מודל ההליך ההוגן (Due Process Model).²⁸² מודל המלחמה בפשיעה מתאר הליך פלילי שעיקר מעייניו, כשמו של המודל, מלחמה בפשיעה.²⁸³ לעומתו, מודל ההליך ההוגן מתאר הליך פלילי שעיקר מעייניו בשמירה על זכויות הנאשם.

278 אפשר גם לטעון כי אין כל הצדקה להשליך את הרצון להימנע מהרשעת חפים מפשע, דווקא על מידת ההוכחה, וכדי למוער את מספר ההרשעות השגויות, על המשפט לנקוט משנה זהירות לאורך כל שלבי ההליך הפלילי, על מגוון כללי הדיוניים, הראיתיים והמהותיים. ראו: JIM DWYER, PETER NEUFELD & BARRY SCHECK, ACTUAL INNOCENCE: FIVE DAYS FROM EXECUTION AND OTHER DISPATCHES FROM THE WRONGLY CONVICTED (2000), שם מתארים המחברים מקרים שבהם הוכחו הרשעות שגויות ופורטים את הסיבות והכשלים שהביאו לכך, חרף הסטנדרט הראיתי המחמיר.

279 כמצוין למשל בעניין פלוני, לעיל ה"ש 145, בעמ' 417-416.

280 כך למשל נקט השופט עציוני גישה ליברלית מפוכחת, והטעים כי "יתכן מאוד שבמשפט אזרחי תידרש לפעמים מידת הוכחה גבוהה יותר מזו הנדרשת במשפט הפלילי, כאשר המעשה נשוא המשפט האזרחי עולה בחומרתו בהרבה על המעשה נשוא המשפט הפלילי" – ע"א 69/75 פלוני נ' אלמוני, פ"ד לא(1) 203, 216-217 (1976); וראו גם ס' 25 לחוק הירושה, לפיו נדרש רף הוכחה של "מעבר לכל ספק" על המבקש לקיים צוואה. רף שהנו גבוה מזה שבהליך הפלילי; לעניין זה ראו גם ע"א 564/71 אדלר נ' נשר, פ"ד כ(2) 745 (1972).

281 Barton L. Ingraham, *The Right of Silence, The Presumption of Innocence, The Burden of Proof, And A Modest Proposal: A Reply To O'Reilly*, 86 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 559, 574 (1996).

282 Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process* 113 U. PENN. L. REV 1 (1964), וכן מאוחר יותר בספרו THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION (1968), 149.

283 אם כי, מדגיש Packer, שגם מודל זה של המלחמה בפשיעה, שם לנגד עיניו את הצורך במזעור טעויות ומניעת הרשעות שגויות, כל עוד אין בכך כדי לפגוע במלחמה בפשיעה, אם למשל על ידי שחרור מספר רב של עבריינים, או שחיקת ההרתעה של המשפט הפלילי.

לדבריו של Packer, כל שיטת משפט מוצאת לה את נקודת האיזון הראויה בעיניה, בהתאם לערכים שבהם היא מאמינה, בין שני המודלים הקיצוניים הללו של ההליך הפלילי. שיטת משפט נתונה יכולה לשנות מעת לעת, בהתאם להשקפותיה ולצרכיה המשתנים, את נקודת האיזון הראויה בעיניה.²⁸⁴ צורכי המשפט הם מגוונים, על אחת כמה וכמה כאשר עליהם להתאים לצורכי המציאות המשתנים ורבי-הפנים, לכן נראה כי קשה לקבוע, מראש ובאופן גורף, מהי נקודת האיזון הראויה בין הצורך להילחם בפשיעה ובין השמירה על זכויות הנאשם.²⁸⁵ החלת כלל הוכחה נוקשה ללא כל יכולת להתאימו למצבים מסוימים ולצרכים המשתנים, עלולה להסב נזק רב, ולכן יש לתמוך בהפעלתו של סטנדרט ראייתי גמיש בדרך של "ספק סביר בהתאם לחומרת העבירה". כך, למשל, אומץ לאחרונה בפסיקה הישראלית, כלל פסילת ראיות גמיש,²⁸⁶ אשר בכוחו לאזן בין האינטרסים השונים, בין השאר, בהתאם לחומרת העברה.²⁸⁷ במאמר ההמשך אראה כי יש יסוד לטעון להיותו של רף ההוכחה הפלילי גמיש בהתאם לחומרת העברה כבר כיום במשפט הישראלי "ואינה דומה לענין זה

284 ראו, למשל, החלטת בית המשפט העליון לביטול הלכת קינזי והכרתת הלכת סנקר במקומה – שלפיה תתאפשר שמיעת עדותו של עד שותף לעברה בטרם סיום משפטו, בסייגים המובאים כפי דעת הרוב של הנשיאה ביניש. במסגרת החלטה זו דן בית המשפט העליון בצורך לשנות את נקודת האיזון בסוגיה זו בהתאם לחלוף העתים והשינוי ברמת הפשיעה וטיבה, צורך אשר לשיטת בית המשפט יכול להביא לא אחת להגמשת הכללים הקיימים והוספת אחרים, אם בכוחם להביא לאכיפה יעילה יותר של הדין הפלילי – עניין בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, לעיל ה"ש 12.

בהתאם לגישה זו אפשר גם יהא להשתמש ברף הוכחה גמיש ככלי נורמטיבי, כך שהרף ישתנה בהתאם לרצון/נחיצות החברה באכיפה של סוג עברות מסוים, בהתאם לצרכיה המשתנים.

285 והשוו: Gerard E. Lynch, *Screening Versus Plea Bargaining: Exactly What Are We Trading Off*, 5 STAN. L. REV. 1399, 1406 (2002): "We really want the criminal justice system to accomplish the best practicable accommodation between the conflicting goals of promoting public safety and protecting individual rights, not to produce theoretically pure 'Bargained' dispositions of cases in מחבר: ולשם כך, מציע המחבר: 'outcomes' which conviction is uncertain may well do a better job of that than all-or-nothing jury trials"

286 אשר משליך באופן עקיף אך ברור על רף ההוכחה.

287 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 12. פסק הדין ניתן על ידי השופטת (כתוארה אז) ביניש, בהסכמת כל חברי ההרכב למעט דעתו היחידה של השופט גרוניס שנתרה במיעוט. לדבריה: "דוקטרינת הפסילה החדשה שעלינו להנהיג היא גמישה ומבוססת על הצורך לאזן בין הערך של גילוי האמת לבין ערכים נוגדים שעיקרם הגנה על זכויות הנאשם ושמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו", שם, פס' 48 (ההדגשות שלי – י.ו.). בית המשפט העליון מסביר את הצורך בכלל גמיש, אשר באמצעותו ניתן יהא להתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו, ובין הפרמטרים העיקריים, יש לקחת בחשבון את "מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה", שם, פס' 72 (ההדגשה שלי – י.ו.). שאלת פסילת ראיות, בהתאם לחומרת העברה, נדונה בעבר בפסיקה, אך היא לא זכתה לדיון מקיף. כך, למשל, קבע הנשיא לשעבר, י' כהן, בפסק הדין המפורסם לעניין פסילת הודאות נאשם, כי "מה שמותר לחוקר לעשות בחקירת רצח, ייתכן שהוא פסול בחקירת עבירות-תנועה" – ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 253 (1982); כן השוו עם דעתו הסותרת של השופט ברק,

הרשעה בחטא או בעוון להרשעה ברצח שעונש חובה של מאסר עולם בצידה".²⁸⁸ ואולם עם זאת נראה כי שאלת גמישותו של רף ההוכחה במשפט הישראלי טרם הוכרעה.²⁸⁹ במאמר אציג טיעונים בעד רף הוכחה גמיש, אצביע על התאמתו של רף כזה למובנו המקובל של רף ההוכחה הפלילי כנוסחת איזון אינטרסים,²⁹⁰ אציג את הדיון בנושא בכתיבה האנגלו-אמריקנית²⁹¹ ואעמוד על השיקולים הרלוונטיים

במקום אחר, בעניין האיזון המתבקש בשאלת הסרת חיסיון לטובת ביטחון המדינה: "על-כן, אם חומר החקירה, אשר לגביו חל החיסיון, חיוני הוא להגנת הנאשם, כי אז, בוודאי, הצדק דורש את גילוי, ושיקול זה עדיף על-פני כל שיקול בטחוני אפשרי. שום נימוק בטחוני, ויהא הוא הנכבד ביותר, אינו שוקל יותר, במשקלותיו היחסיות של הליך פלילי נתון, ממשקל הרשעתו של חף מפשע [...] לעניין זה איני רואה חשיבות לפוג העבירה, בה מואשם הנאשם, ולעונש הצפוי לו" (ההדגשה שלי - י.ו.) - ב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729, 738 (1984).

288 השופט ח' כהן בעניין עאדל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 153.

289 עמדה זו, שלפיה רף ההוכחה הפלילי עשוי להיות תלוי מקרה, הובעה בעבר בפסיקה. בפסק דינו המפורסם בפרשת קסטנר אומר לעניין זה השופט (כתוארו אז) אגרנט: "עלולה להשתנות מידת ההוכחה הדרושה ממקרה למקרה, הכל לפי רצינות העניין השנוי במחלוקת. רצוני לומר, במידה שהעבירה, נשוא הדיון הפלילי, עולה בחומרתה, כך תגדל גם מידת ההוכחה, הדרושה לגביה" - עניין גרינוולד, לעיל ה"ש 157, בעמ' 2063. ואולם באזכרו סוגיה זו בפסק דינו בערעורו של דמיאניוק מתח הנשיא (כתוארו אז) שמגר ביקורת על גישת הגמישות האמורה. עם זאת, הוא סייג את דבריו "[כ]יצגת הבעייתיות של התיזה האמורה הא ותו לא" והשאיר הסוגיה בצריך עיון - פרשת דימיאניוק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 650-651; במקרים נוספים, בדונו בסוגיה זו, הביע בית המשפט דעות סותרות, כך ציין למשל שמגר במקום אחד כי "הספק הסביר חייב [...] לפעול פעולתו הוזה, בין אם מדובר על עבירת תעבורה ובין אם מדובר בהריגה" - ע"א 744/76 שרתיאל נ' קפלר, פ"ד לב(1) 113, 122 (1977); ואילו במקום אחר קבע כי "מידת ההוכחה היא, כאמור, זו אשר מעל לספק סביר [...] אופיו של העניין יקבע מהי כמות ההוכחה הבאה להוכיחה, ולעניין זה אינו דומה מעשה מרמה לאי התייצבות בשעה היעודה לתורנות מטבח" - ע"מ 3725/91 בכרך נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 401, 408 (1991); היו גם כאלה שהביעו התנגדות מפורשת ונזעמת למודל המוצע. כך למשל מ"מ הנשיא לנדוי, בעניין עאדל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 160-161: "על כן תקוותי היא שגם להבא לא נשמע טענה שמידת ההוכחה הדרושה במשפט רצח חמורה יותר מן המידה המקובלת, דהיינו שכנוע מעל לספק סביר, או להיפך, שבמשפט פלילי על עוון או על חטא אפשר להסתפק בפחות ממידת שכנוע זו". מכאן שנראה כי טרם לובנה והוכרעה סוגיה חשובה זו, לא מבחינה פרשנית-יאורית, כך גם לא מבחינה נורמטיבית אשר יש בה כדי להשליך על המשפט הפלילי כולו.

290 "מקובל עלינו כי קיימות שתי רמות של מידת הוכחה, זו הנוהגת במשפט הפלילי (שכנוע מעבר לכל ספק סביר) וזו הנוהגת במשפט האזרחי (נטיה של מאזן הסתברויות). הטעמים העומדים ביסוד ההבחנה לא הובהרו דיים, אך הם קשורים ללא ספק באינטרסים המוגנים. כאשר האינטרס המוגן הוא 'קדושת החיים', יש ליצור שולי בטחון רחבים יותר מאשר כאשר האינטרס המוגן הוא 'קדושת החוים'" (ההדגשה שלי - י.ו.) - השופט ברק בעניין זיקרי, לעיל ה"ש 123, בעמ' 604. להרחבה ובחינת האינטרסים המוגנים, ראו במאמר ההמשך.

291 כבר באחד מפסקי הדין הראשונים בארצות-הברית שבו נעשה שימוש בסטנדרט "הספק הסביר" באחד משני המשפטים בפרשת הטבח בכוסטון משנת 1770 מסויג השימוש בסטנדרט, לפי חומרת העברה, כך לפי פרקליט ההגנה: "[T]he best rule in doubtful cases, is, rather to incline to acquittal than conviction: and [...] [w]here you are doubtful never act; that is, if you doubt the prisoner's guilt, never declare him guilty; this is always the rule especially in cases of life" (ההדגשה שלי - י.ו.) - ראו Morano, לעיל ה"ש 23.

שמן הראוי לשקול במסגרת קביעת הרף. כמו כן אציג ואנתח, בין השאר, את השתלבותו ואת השלכותיו של המודל המוצע על פונקציית המטרות של ההליך הפלילי, על אכיפת הדין הפלילי, על המעמד הריטואלי והאקספרסיבי של ההליך הפלילי ותיוג העברייני, על מושג האחריות הפלילית ובמסגרתה ההרשעה הפלילית, וכן אבחן את שאלת יישומו האפשרית של המודל החדש – הן במסגרת שלב הכרעת הדין והן במסגרת שלב גזירת הדין.