

חופש הוכחה נגד כבלי הוכחה – כשלים ומהמורות בדרך לדיוק העובדתי במשפט

אסף הרדוף*

המאמר מביט בסוגיית היסוד בה"א הידיעה בדיני הראיות, שהיא שאלת מפתח לגבי כל ענפי המשפט המעשי: חופש ההוכחה אל מול כבלי ההוכחה, כשתי גישות להגעה לממצאים עובדתיים מדויקים במערכת המשפט. דרך פריזמה זו המאמר מביט בשלושת שלבי ההוכחה: איסוף הראיה והפקתה במהלך הכנת התיק; הצגת הראיה בליטיגציה בבית המשפט; ועיבוד הראיה לקראת ההכרעה העובדתית השיפוטית. המאמר ממחיש את חופש ההוכחה הקיצוני הקיים בישראל בכל שלושת השלבים, תוך הפניית אצבע מאשימה אל המחוקק על הפיתוח הדל במיוחד של דיני הראיות.

המאמר חושף כשלים רחבים בשלושה מישורי פעולה מפורסמים בדיני הראיות: משקל, דיות וקבילות. מישור המשקל מופקר לחלוטין, בלי כבלי הוכחה ממשיים; מישור הדיות כרוך בעמימות עצומה ובסתירה בין תכליתו המסתמנת לבין אופן פעולתו; ואילו מישור הקבילות כרוך בכשל של חשיפת בית המשפט לראיה שקבילותה שנויה במחלוקת, וזאת כחלק מכשל רחב יותר: דיני הראיות אמורים להסדיר את ההיסק השיפוטי, אך אינם יכולים להצליח בכך משום שבית המשפט הוא שמיישם.

משם המאמר עובר לזיהוי שני מכשולים שיטתיים בדרך לשיפור: ההכחשה המערכתית של אי-הדיוק העובדתי במשפט, וההניעה החזקה של השחקנים החוזרים במערכת לא לשנות את הסטנדרטים ולא להשתנות.

כהארה אחרונה המאמר מראה כי גם סטנדרטים הבאים לצמצם את הסיכוי להיסק עובדתי שגוי עלולים, באופן אירוני, דווקא לקדם את הסיכוי להיסק עובדתי שגוי. כללי הוכחה הבאים למזער סיכוי לאי-דיוק עובדתי

* דוקטור, מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת; מלמד וחוקר את כל ענפי המשפט הפלילי למן שנת 2009; לשעבר תובע וסנגור בפרקליטות הצבאית; מפעיל ערוץ היוטיוב "משפטים בקטנה". תודה רבה למערכת **משפט ועסקים** תחילה, ולעורך הלשוני בהמשך, על הערות והצעות מצוינות, שהובילו לשיפור המאמר. המאמר מוקדש לראש האבירים הלוחמים בסכנה השיטתית להרשעות חפים בישראל – ידידי בועז סנג'ור. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com.

שעונים על תפיסת סכנה ועל יצירת כלים לנטרולה; אולם בעוד הסכנה היא ממשית, כלי הנטרול הם פיקטיביים או חלשים מכפי חזותם, לפחות בהקשרים רבים מאוד. מנגנון הנטרול משקף תפיסת אמת עובדתית גורפת, "סכמת מהימנות", סברה משתמעת כי בהתמלא תנאים כאלה ואחרים הגענו בבטחה לנחלת האמת העובדתית. זהו פרדוקס הסטנדרט. הדרך שהמאמר מציע היא טיוב סטנדרט ההוכחה, מחד גיסא, לצד ספקנות בריאה לגבי כל סטנדרט שהוא, מאידך גיסא.

מבוא

פרק א: הוכחה וחופש ההוכחה

1. ראיות וממצאי עובדה
2. חופש ההוכחה מול גישת הכללים
3. שלושת השלבים של דיני ההוכחה

פרק ב: שלושת שלבי ההוכחה

1. חיפוש ראיות ואיסופן – דיני ההוכחה מול חופש ההוכחה החקירתית
2. הצגת ראיות בבית המשפט – דיני ההוכחה מול חופש ההוכחה הליטיגטורי
3. הקביעה העובדתית – דיני ההוכחה מול חופש ההוכחה השיפוטי
 - (א) דיני הראיות – מבט כללי
 - (ב) הקביעה השיפוטית בנושא ראיה מדעית, הודאת חוץ ומסדר זיהוי

פרק ג: כשלים ומכשולים שיטתיים – דיני ההוכחה מול חופש ההוכחה

1. כשל המשקל
2. כשל הדיוק
3. כשל הקבילות

פרק ד: המכשולים בדרך לשיפור הדיוק

1. קיר ההכחשה
2. ההניעה לא להשתנות

פרק ה: פרדוקס הסטנדרט – כיצד שאיפות גבוהות עלולות לכוון למטה סיכום

מבוא

חלקים בסדר הדין ובדיני הראיות באים לקדם את ההגעה אל האמת העובדתית, אשר חיונית להשגת מטרותיו של הדין.¹ לדין נשזרים סיכונים משגה, הבאה בחשבון של טעויות שיפוטיות אפשריות, ויצירת מנגנוני ביטחון, שפירושם קביעה של מחיר חברתי שאנו מוכנים לשלם בגין טעות בקביעת הממצאים אל מול מחיר חברתי שאיננו מוכנים לשלם.² הקצאה של שיקולי משגה היא מהלך נורמטיבי המבקש למזער טעויות מסוגים מסוימים, הנתפסות כקשות יותר מבחינה ערכית. במשפט הפלילי מדובר בטעות של הרשעת שווא,³ אשר הספרות המשפטית טוענת כי מערכת המשפט אינה עושה מספיק כדי למונעה.⁴

האומנם מערכת המשפט אינה עושה מספיק כדי לדייק בממצאים העובדתיים, ומה היא יכולה לעשות? מאמרי יביט בשאלה מכרעת זו ברובדי הפשטה מגוונים, בפריומה של חופש הוכחה נגד כבלי הוכחה. אטען כי הקושי של מערכת המשפט בהגעה לדיוק עובדתי הוא רחב ועמוק בהרבה מכפי הנחזה ומכפי המוצג, וכי הדרך לשיפור סבוכה אף היא מכפי שמצטייר. הקושי לדייק בעובדות עולה לאורך שלושת שלבי ההוכחה: איסוף הראיה והפקתה, הנעשים על ידי הרשות החוקרת; הצגת הראיה בבית המשפט, הנעשית על ידי התביעה; ועיבוד הראיה לקראת ההכרעה העובדתית, הנעשית על ידי בית המשפט. אגרוס כי האחריות לכישלון בדיוק הממצאים אינה מוטלת על בית המשפט בלבד, אלא גם – וקודם לכן – על המחוקק, אשר לא פיתח מספיק את דיני הראיות בישראל, והותיר חופש הוכחה רחב מדי בשלושת שלבי ההוכחה. בד בבד אסביר כי

- 1 ראיות הן הבסיס לדין/צדק. JEREMY BENTHAM, RATIONALE OF JUDICIAL EVIDENCE, כמופנה אצל Alex Stein, *Inefficiently Applied to English Practice* 1 (1827), 66 ALA. L. REV. 423, 424 (2015). Lisa Dufraimont, *Evidence Law and the Jury: A Reassessment*, 53 MCGILL L.J. 199, 203 (2008). (להלן: *Evidence Law*).
- 2 ראו Stein, *Inefficient Evidence*, שם, בעמ' 430; Michael S. Pardo, *The Nature and Purpose of Evidence Theory*, 66 VAND. L. REV. 547, 559 (2013).
- 3 דורון מנשה "אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים" **קריית המשפט** א 307, 310–309 (2001) (להלן: מנשה "אידיאל חשיפת האמת"); Pardo, לעיל ה"ש 2, בעמ' 560.
- 4 הקול הביקורתי הבולט בישראל בהקשר זה הוא ללא ספק קולו של סנג'רו, אשר מקדם את רעיון הבטיחות מפני הרשעות שווא ודן באופן ביקורתי בפרקטיקות חוזרות במשפט הפלילי. ראו, למשל, בועז סנג'רו ומרדכי קרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון" **עלי משפט** א 97 (1999); מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו "לקראת בטיחות במשפט הפלילי" **עיוני משפט** לו 363 (2013); בועז סנג'רו **הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות** (2014) (להלן: סנג'רו **הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם**); בועז סנג'רו **בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע** (2023). ספרו האחרון של סנג'רו יהווה בסיס חשוב לדיונים רבים במאמרי.

אפילו פיתוח חקיקתי, רחב ככל שיהיה, לעולם לא יוכל לספק פתרון שלם לבעיית אי־הדיוק העובדתי, ולעולם לא יתקרב להוות נוסחה להגעה לאמת. הדבר הקרוב ביותר לנוסחה משפטית לדיוק עובדתי הוא ספקנות בריאה של מערכת המשפט ושחקניה כלפי יישום הסטנדרטים וכלפי הסטנדרטים עצמם, אולם אפילו יעד לא מושלם כזה הוא קשה עד בלתי אפשרי להשגה.

המאמר יכלול חמישה פרקים. **פרק א** יעסוק בפילוסופיה של דיני ראיות, ויציג את המאבק החשוב ביותר במסגרתם – זה שבין גישת חופש ההוכחה לבין גישת הכללים. אף שמדובר במאבק היסוד של דיני הראיות בה"א הידיעה, הכתיבה המופשטת בעולם על חופש ההוכחה אינה עשירה כפי שהיה אפשר לצפות, ובישראל היא דלה מאוד. הפרק יסתיים באימוץ חלוקת ההוכחה לשלושה שלבים אנליטיים שהמאבק האמור עולה בהם, בלוויית הסבר לאילו ענפי משפט הם מתחברים: חיפוש ואיסוף של ראיות; הצגת הראיות בערכאה שיפוטית; ולבסוף הכרעה שיפוטית עובדתית.

פרק ב ירד ברמת ההפשטה ויעסוק (באופן לא ממצה) בסוגיות קונקרטיות בדיני הראיות במשפט הפלילי, במשפט המנהלי ובמשפט האזרחי, כדי להמחיש את המנצח העיקרי במאבק האמור בישראל: חופש ההוכחה. הפרק ידון במאבק ביחס לשלושה סוגי ראיות שנדונו לאחרונה בהרחבה באופן ביקורתי בספרות המשפטית: ראיה מדעית; הודאת חוץ; ומסדר זיהוי או זיהוי בעדות ראיה.⁵ הדיון ימחיש את חופש ההוכחה הרחב הקיים בשלושת שלבי ההוכחה באשר לסוגים אלו של ראיות, ובהקשרים מסוימים – באשר לראיות בכלל.

לאחר זיהוי האתגרים בפרק הקודם, **פרק ג** יעלה ברמת ההפשטה למדרגת ביניים בין שני קודמיו, ויזהה שלושה כשלים גדולים בדיני הראיות. תחילה יעסוק הפרק באופן ביקורתי בשאלות יסוד בדיני הראיות: משקל, דיוק וקבילות. מובן שמאמר יחיד אינו מסוגל או מתיימר למצות את הדיון אף בשאלת יסוד אחת, לא כל שכן בכמה, ויומרתו היא אך להצביע על קשיים רחבים ועמוקים שאינם מוכרים ונדונים בישראל, היטב או כלל. שני מישורים המתיימרים לפתור בעיות – מישור המשקל ומישור הדיוק – נכשלים בצליחת האתגרים, בגין נוזליות ההסדרה ובגין הטיות קוגניטיביות. כשל שלישי עולה במישור הקבילות, בדמות ההשפעה האפשרית של ראיה פסולה על בית המשפט, כביטוי לכשל רחב ומטריד במיוחד בשדה – הקושי של דיני הראיות להגביל את הגוף שמפרש אותם.

פרק ד יעבור לשני מכשולים גדולים הניצבים בפני הצעות לטיוב הסטנדרט ההוכחתי: האחד הוא ההכחשה המערכתית של אי־הדיוק העובדתי במשפט בכלל ושל תופעת הרשעות השווא כנקודת הקיצון בפרט; והמכשול האחר, הקשור לקודמו, הוא העדר הניעה של השחקנים החוזרים במערכת להודות בטעות מתמשכת, לשנות ולהשתנות, ולעבוד קשה יותר לקראת העלאת הסטנדרט, ואף קיומה של הניעה הפוכה. **פרק ה** ימשיך ויעלה ברמת ההפשטה אל זיהוי של פרדוקס מכריע בדיני הראיות, כמופע של פרדוקס רחב. אצביע על סכנה מושגית שיטתית: דווקא יצירת סטנדרטים

5 שם, בפרקים ה–ז.

שמטרתם לצמצם את הסיכוי להיסק עובדתי שגוי עלולה לקדם את הסיכוי להיסק עובדתי שגוי, בגין הערכת יתר שלהם והישענות יתר עליהם, לנוכח התפיסה המשתמעת והשגויה שעמידה בסטנדרטים מובילה לאמת העובדתית. זהו פרדוקס הסטנדרט. הדרך לפתור אותו עוברת בהכרה בכך שסטנדרטים הם דרך מועילה לזיהוי אתגרים וקשיים אך אינם בגדר נוסחה לדיוק עובדתי, משום שכזו אין במשפט, ואף לא מחוץ לו. לבסוף יבוא סיכום.

פרק א: הוכחה וחופש ההוכחה

1. ראיות וממצאי עובדה

שני ענפי משפט עיקריים עוסקים בראיות ובחופש ההוכחה באופן ישיר ועקיף, גלוי וסמוי: סדר הדין ודיני הראיות. גם הדין המהותי מסדיר היבטים מסוימים בעקיפין, כמפורט בהמשך. עיקר הדיון האקדמי בחופש ההוכחה מתמקד בדיני הראיות, בנעשה בבית המשפט, אולם הרבה לפני כן קיים חופש הוכחה רחב וחשוב, כפי שיידון בהמשך. אפתח ואזכיר בקצרה מהן ראיות וכיצד הן פועלות, שכן הדבר אינו מובן מאליו. פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), אינה מגדירה את המונח, וכמוה גם בית המשפט, שפשוט ניגש לראיות קונקרטיות באופנים כאלה ואחרים. ראיה היא נתון (או מערך נתונים) המסוגל לקדם או להסיג מסקנה על אודות קיומו של נתון (או מערך נתונים) נטען אחר. ראיות מאפשרות היסק עובדתי: מהלך קוגניטיבי המחבר עדות, מסמך, חפץ וכדומה עם טיעון עובדתי, באמצעות הישענות כזו או אחרת על ידע מוקדם באופן כללי,⁶ על הכללות (גלויות או סמויות, פורמליות או אחרות), ובהמשך על דדוקציה (מסקנות מן הכלל אל הפרט) והנחות משנה.⁷ דדוקציה מחייבת כללים, שאם לא כן טענות עובדתיות אינן יכולות להוביל להיסק.⁸ לפני השופט מוצג נעלם שיש לאתר. היא עשויה לפתוח עם הנחת מוצא שנראית לה הגיונית ומבוססת על ידע מוקדם ועל נסיון חיים; לבחון השערות סבירות שעולות בקנה אחד עם בסיס הידע שלה; לבחון השערות סבירות אחרות שגם הן מתיישבות עם בסיס הידע שלה; לאסוף מידע נוסף ולהכריע אם הוא תומך בהשערה ההתחלתית או באחת ההשערות החלופיות, או שמא נדרשת השערה חדשה; ולבסוף להגיע להיסק, שדיוקו

6 Kenneth M. Ehrenberg, *Less Evidence, Better Knowledge*, 60 MCGILL L.J. 173, 188 (2015).

7 Kevin M. Clermont, *A Theory of Factfinding: The Logic for Processing Evidence*, 104 MARQ. L. REV. 351, 371, 376-377 (2020).

8 Ronald J. Allen, *Factual Ambiguity and a Theory of Evidence*, 88 NW. U. L. REV. 604, 617 (1994).

תלוי בהכרח באיכות המידע שהוצג.⁹ בית המשפט שוקל היסקים השעונים על ראיות שעורכי הדין והעדים מספקים להם, וכן על תקשורת עימם.¹⁰ קביעת ממצאי עובדה היא יסוד הכרחי בכל ענף משפט מעשי,¹¹ וברגיל היא עוסקת בהיסק על מאורעות עבר.¹² אולם ראיות אינן מכוונות רק לעבר, במובן של השאלה "מה קרה", אלא בהקשרים מסוימים גם להווה ואף לעתיד. למשל, המשפט מכוון להווה במסגרת הניסיון לעמוד על מצבו המנטלי של הנאשם כדי לקבוע אם הוא כשר לעמוד לדין; והוא מכוון לעתיד במסגרת ההכרעה אם לעצור את פלוני לימים או לחודשים לאור הראיות הקיימות על סכנות הצפויות אם יסתובב חופשי.¹³ באופן דומה, ההכרעה על ענישתו של אלמוני בגין הרשעתו בעברה מסוימת תלויה, בין היתר, בראיות על הסיכוי שהוא יעבור בעתיד עברות נוספות אל מול הראיות על הסיכוי לשיקומו ולשילובו המוצלח בחברה.¹⁴ לעיתים ההיסק מהראיות מכוון אפילו למשפט העתידי ולבית המשפט העתידי. כזה הוא, למשל, הניסיון השיפוטי לגזור מראיות גולמיות תחזית באשר לתוצאת המשפט אצל מותב עתידי אחר.¹⁵

2. חופש ההוכחה מול גישת הכללים

רעיון חופש ההוכחה עשוי לגלם תפיסות שונות, לרבות גישה חופשית למידע; הערכה או שקילה חופשית של ראיות; חופש לבחור בקריטריונים, לרבות סטנדרטים וכללים; וחופש משליטה מדרגית באשר לקביעת הממצאים.¹⁶ גישת חופש ההוכחה היא רעיון ותיק מאוד בדיני הראיות. שורשיו מיוחסים לג'רמי בנתם (Bentham), שקרא לחסל את כללי הפסילה והדיות, ולאפשר לקובעי העובדות לקבל ולשקול כל ראיה רלוונטית, ללא

-
- Michael L. Seigel, *Rationalizing Hearsay: A Proposal for a Best Evidence Hearsay Rule*, 9 72 B.U. L. REV. 893, 899–901 (1992).
- Craig R. Callen, *Hearsay and Informal Reasoning*, 47 VAND. L. REV. 43, 59 (1994).
- Clermont, לעיל ה"ש 7, בעמ' 353.
- Allen, לעיל ה"ש 8, בעמ' 627.
- ס' 13(א) ו-21(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים); רינת קיטאי סנג'ור "האומנם גניבת בקבוק בושם מחנות קוסמטיקה מסכנת את ביטחון הציבור? על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור" **עלי משפט** ד 325, 339–335 (2005); מיכל טמיר "חלופות מעצר – האם הן תמיד לטובת הנאשמים?" **משפט וממשל** יז 367, 384–386 (2016).
- HERBERT L. PACKER, *THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION* 53–54 (1968); רות קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין בפסיקת בית-המשפט העליון" **משפטים** כד 97, 102 (1994); רות קנאי "הצעה לתיקון קביעת גזר הדין" **מחקרי משפט** יג 227, 234 (1996).
- ס' 21(ב) לחוק המעצרים; בש"פ 8087/95 **זאדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 133, 146 (1996).
- William Twining, *Freedom of Proof and the Reform of Criminal Evidence*, 31 ISR. L. REV. 439, 448–449 (1997).

סינון מוקדם או מיון מוקדם לראיות מהימנות ולראיות לא מהימנות.¹⁷ כפי שהסביר פרדריק שאוור (Schauer), בזמנו של בנתם לא היה בנמצא תחום מסודר ומפורט של דיני ראיות, ונראה בדיעבד שהאחרון ניסה לקטוע באיבו תהליך צמיחה של כללי הוכחה.¹⁸ טיעונים בעד חופש הוכחה פופולריים גם כיום, ומנגידים את דיני הראיות לדין המהותי, בטענה כי בעוד חופש לשופט לפסוק לפי ערכיו בדין המהותי אינו מתקבל על הדעת, חופש לקבוע ממצאי עובדה דווקא קביל ואף נחוץ.¹⁹ חופש ההוכחה מגלם חירות של קובעי ממצאי העובדה ממגבלות טכניות או מלאכותיות באשר לתהליך השכילה האנושי.²⁰ ההנחה היא שקיים גוף שיפוטי המעוניין ומסוגל להגיע לאמת העובדתית באמצעות ההליך הדיוני, והרצון הוא להסיר ממנו מכשולים בדרכו אל היעד או לפחות לא להציב בפניו מכשולים משפטיים שאינם משקפים מטרות ערכיות חוץ-הוכחתיות.²¹

לפי גישה זו, למשפט אין בלעדיות על עולם הלוגיקה, ולצורך היסק מדויק די בחוקי המחשבה.²² יש לאפשר לקובע הממצאים ליישם את ההכללות האישיות שלו על אודות המציאות כדי לקבוע את הערך ההוכחתי של כל ראיה, ולדחות את התפיסה שלפיה ניתן לעצב כללים מדויקים בתוך עולם הראיות העשיר ועולם ההיסקים המגוון,²³ בהיותם עולמות תלויי הקשר בהכרח.²⁴

במילים אחרות, גישת חופש ההוכחה משקפת תפיסה שלפיה השאיפה להחיל הכללות מדויקות בעולם פרטני תיכשל בהכרח,²⁵ בין היתר משום שהכללות כאלה ילקו בהכרח ברוחב יתר או בצרות יתר.²⁶ הגישה מפקפקת בכללים להגבלת שיקול הדעת אף באשר למושבעים משכילים ואינטליגנטיים, קל וחומר לגבי שופטים.²⁷ במקום לכבול את שיקול הדעת השיפוטי, מוטב לאפשר לקובע העובדות לבחון ולהעריך כל ראיה

17 BENTHAM, לעיל ה"ש 1, בעמ' 477–494, כמופנה אצל Stein, *Inefficient Evidence*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 428 ו-440.

18 Frederick Schauer, *On the Supposed Jury-Dependence of Evidence Law*, 155 U. PA. L. REV. 165, 168–169 (2006).

19 Alex Stein, *Against 'Free Proof'*, 31 ISR. L. REV. 573, 576–577, 583 (1997).

20 Twining, לעיל ה"ש 16, בעמ' 452; Andrew L.-T. Choo, *Evidence, (In)Efficiency, and Freedom of Proof: A Perspective from England and Wales*, 66 ALA. L. REV. 493, 498 (2015).

21 תומכי חופש ההוכחה אינם מתנגדים בהכרח לכללים המבקשים להגשים מטרות חוץ-הוכחתיות, דוגמת חסינות.^{Twining, לעיל ה"ש 16, בעמ' 447 ו-450; Schauer, לעיל ה"ש 18, בעמ' 167.}

22 Choo, לעיל ה"ש 20, בעמ' 502; Charles L. Barzun, *Rules of Weight*, 83 NOTRE DAME L. REV. 1957, 1966–1967 (2008).

23 Twining, לעיל ה"ש 16, בעמ' 453–454; Jennifer L. Mnookin, *Bifurcation and the Law of Evidence*, 155 U. PA. L. REV. ONLINE 134, 142–143 (2006).

24 Mirjan Damaška, *Free Proof and Its Detractors*, 43 AM. J. COMPAR. L. 343, 344 (1995).

25 Twining, לעיל ה"ש 16, בעמ' 453–454; Mnookin, לעיל ה"ש 23, בעמ' 142–143.

26 Barzun, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1987.

27 דורון מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות 17–18 (2008).

בכוחות עצמו, לשקול אותה ולשפוט על סמך מידע נוסף.²⁸ על פי גישה זו, שופטים אינם זקוקים לכללים מיוחדים כדי לקבוע עובדות; די להם בנסיגה המקצועית ובכישוריהם הקוגניטיביים.²⁹

במסקנה זו תומכת לכאורה גם התזה בדבר מקצועיות השפיטה, שהיא ממושכלות היסוד של השיח המשפטי בישראל, וחלק מאתוס הבא לבסס לגיטימציה ציבורית.³⁰ בקשר לראיות תזה זו מרמזת על כישורים אנושיים גבוהים, המאפשרים לשופטים להתמודד בהצלחה עם אתגרים ומכשולים קוגניטיביים בדרך לקביעת ממצאים עובדתיים מדויקים.³¹ גישת חופש ההוכחה תופסת או מציגה כללים המגבילים שיקול דעת ככאלה שנוגדים עבודת מוסד המושבעים.³² מוסד זה מורכב כל פעם מחדש מאוסף אקראי של אנשים ללא ניסיון באומדן ראיות,³³ שאמורים לדון ולקבוע ממצאי עובדה ביחד.³⁴ כללי ראיות רבים פותחו בגין חשדנות כלפי מוסד זה,³⁵ כדי להגן על

- 28 שם, בעמ' 20; Dufraimont, *Evidence Law and the Jury*; לעיל ה"ש 1, בעמ' 204.
- 29 Alex Stein, *The Refoundation of* ; 576 בעמ' 19, לעיל ה"ש 19, Stein, *Against 'Free Proof'* Evidence Law, 9 CAN. J.L. & JURIS. 279, 283 (1996); ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW 112 (2005).
- 30 יששכר (איסי) רוזן-צבי "האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" **משפט וממשל** ח 49, 52 (2005).
- 31 דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה" **הפרקליט** מג 83, 96–97 (1996) (להלן: מנשה "מקצועיות השפיטה"); Schauer; לעיל ה"ש 18, בעמ' 165–166.
- 32 ע"פ 177/53 גרוסברגר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 182, 190–191 (1954); ע"פ 127/76 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 507, 511 (1976); ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 264 (1984); גרשון אוריון "בעד ביטול משפט זוטא" **הפרקליט** לב 541, 541 (1979); אמנון סטרשנוב "בזכות הפעלת סעיף 10 לפקודת הראיות לגבי נאשמים במשותף" **הפרקליט** לח 660, 665 (1989); אורי שטרוזמן "האמת קבורה ב'עדות שמיעה'" **המשפט** א 239, 241–242 (1993); עימנאל גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית: התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה" **עיוני משפט** כ(3) 551, 555–556 (1997) (להלן: גרוס "התערבות של ערכאת ערעור"); אריאל בנדור וזאב סגל **עושה הכובעים – דין ודברים עם אהרן ברק** 162–163 (2009); גיא בן דוד "עדות מפי השמועה" כפולה' בהליך הפלילי – מעמדה בדין הישראלי, הקשיים בקבלת הדין הקיים והצעה לפתרון" **דין ודברים** יא 147, 159, 193–194 (2018) (להלן: בן דוד "עדות מפי השמועה"); גיא בן דוד "חריג שיורי" לכלל הפוסל עדות מפי השמועה" **משפטים** מז 61, 63 (2018) (להלן: בן דוד "חריג שיורי").
- 33 Lisa Dufraimont, *Regulating Unreliable Evidence: Can Evidence Rules Guide Juries and Prevent Wrongful Convictions?*, 33 QUEEN'S L.J. 261, 265 (2008) (להלן: Dufraimont, *Regulating Unreliable Evidence*).
- 34 Dufraimont, *Evidence Law and the Jury*; לעיל ה"ש 1, בעמ' 208.
- 35 Kenneth S. Klein, *Truth and Legitimacy (in Courts)*, 48 ; 134 בעמ' 23, לעיל ה"ש 23, Mnookin ; 16, 19 (2016) LOY. U. CHI. L.J.

המתדיינים מפני שגיאאות טיפוסיות והטיות שיפוט בחשיבה, אשר משבשות את שיקול הדעת וההכרעה של הדיוטות.³⁶

אל מול גישת חופש ההוכחה, גישת הכללים מפקפקת בתזה שלפיה חופש הוכחה תורם בהכרח להגעה לאמת, וגורסת כי חופש כזה עלול לעוות את ממצאי העובדה.³⁷ גישת הכללים מתיימרת לסייע לבית המשפט לקבוע ממצאים, תוך הקצאה של סיכוני המשגה.³⁸ הקצאת סיכוני המשגה מתקשרת לערכים;³⁹ והרי איננו מקנים לשופטים חופש בתחום הערכים.⁴⁰ מערך של הכללות עובדתיות שגיבשה מערכת המשפט, על בסיס ידע עשיר ואיכותי, עשוי להקטין את הסיכון לטעות בקביעת הממצאים.⁴¹ גישת הכללים מקדמת את חוכמת ההמונים על חשבון חוכמת הפרט, את כוחם של יוצרי הדין על פני כוחו של קובע העובדות בתיק מסוים.⁴² היא מבקשת להגביר את הסיכוי שממצא עובדתי יבוסס על שכיחה ולוגיקה, ולא על רגש ורצון.⁴³ זהו ניסיון חיצוני לצמצם טעויות בשיקול הדעת של קובעי הממצאים, המבוסס על התובנה שקובע הממצאים פגיע יותר לטעויות בעת שימוש חופשי בשיקול דעתו מאשר במצב שבו הוא מוכפף לכלל, אפילו יהא זה כלל הלוקה בצרות יתר או ברוחב יתר.⁴⁴ ממילא קשה לתמוך בחופש הוכחה מוחלט, המתיר לקובעי הממצאים לעצב כראות עיניהם את הליך הקביעה.⁴⁵ למשל, לא יעלה על הדעת, בשם חופש ההוכחה, להתיר לצדדים להגיש – ולבית המשפט לקבל – ראיות ועדויות שלפיהן צבע עור או נטייה מינית גורמים או שוללים ביצוע עברות, או לתת לבית המשפט חופש להקצות בעצמו את סיכוני המשגה בהליך.⁴⁶

-
- 36 חיה זנברג "הכלל הפוסל עדות שמיעה: עלייתו, נפילתו ו־עלייתו?" **הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אֶלון** 230, 223 (אריה אדרעי ואח' עורכים 2018).
- 37 Stein, *Inefficient Evidence*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 470–469.
- 38 Alex Stein, *The New Doctrinalism: Implications for Evidence Theory*, 163 U. PA. L. REV. 2085, 2089–2090 (2015).
- 39 Stein, *Against 'Free Proof'*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 580–579 ו־589; STEIN, לעיל ה"ש 29, בעמ' 119.
- 40 Stein, *Against 'Free Proof'*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 580–579 ו־583; STEIN, לעיל ה"ש 29, בעמ' 136–134, 132, 122–118, 113.
- 41 Eleanor Swift, *A Foundation Fact Approach to Hearsay*, 75 CALIF. L. REV. 1339, 1350 (1987).
- 42 Schauer, לעיל ה"ש 18, בעמ' 195–194.
- 43 Damaška, לעיל ה"ש 24, בעמ' 346.
- 44 Barzun, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1987.
- 45 Callen, לעיל ה"ש 10, בעמ' 72.
- 46 Stein, *The Refoundation of Evidence Law*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 286–285 ו־320.

3. שלושת השלבים של דיני ההוכחה

בעצם קיומם – יהא זה רחב או צר, מופשט או קונקרטי, שיטתי או ספורדי – דיני ההוכחה משקפים פיסות מגישת הכללים. הקביעה העובדתית בבית המשפט מגיעה בסיומו של תהליך ארוך, ובנויה מחיפוש ואיסוף של ראיות בשלב הראשון, מהצגתן בערכאה השיפוטית בשלב השני, ומהכרעה על אודות הראיות וקביעת ממצאי עובדה על ידי הגוף המוסמך בשלב השלישי.⁴⁷

מבחינה דוקטרינרית, השלב הראשון, ברובו המוחלט, אינו שייך לדיני הראיות. בתחום הפלילי חלקו מוסדר בסדר הדין, כגון פרקטיקות שיטור מסוימות של איסוף ראיות – למשל, עצם הפתיחה בחקירה משטרתית,⁴⁸ חיפוש במקום פיזי, במחשב ועל גוף האדם,⁴⁹ חיפוש פנימי וחיצוני בגוף האדם,⁵⁰ האזנת סתר⁵¹ ויירוט נתוני תקשורת;⁵² חלקו הגדול אינו מוסדר כלל, ונותר לשיקול דעתה של הרשות החוקרת, כפי שיידון בהמשך; וחלקו מוסדר בעקיפין באמצעות הדין המהותי, כגון דיני העונשין המפלילים פרקטיקות שונות, כפי שיוסבר בהמשך. בתחום האזרחי והמנהלי שלב זה אינו מוסדר כמעט כלל, כמתואר בהמשך – איש הישר בעיניו יעשה, בגבולות הדין המהותי.

השלב השני שייך בחלקו הגדול לסדר הדין, ובחלקו הקטן לדיני הראיות. סדרי ההעדה של עדים, אוזרתם או השבעתם, חקירתם וכדומה עולים מדיני הפרוצדורה; כשרותם של עדים וכן חסיונות והסרתם מוסדרים בדיני הראיות. השלב השלישי שייך לכאורה לדיני הראיות, המסדירים את העיסוק בראיות ואת קביעתם של ממצאי עובדה, בעיקר בזירת בית המשפט.⁵³ כמפורט בהמשך, רבה אי-ההסדרה על ההסדרה: הראיות רבות, מגוונות ועשירות, ואילו דיני הראיות מעטים ודלים למדי.

פרק ב: שלושת שלבי ההוכחה

פרק זה יביט בשלושת שלבי ההוכחה שהוצגו לעיל בפריזמה של דיני ההוכחה אל מול חופש ההוכחה, תוך המחשת המאבק ביניהם באשר לראיות מדעיות, להודאות ולמסדר

47 Clermont, לעיל ה"ש 7, בעמ' 354–355.

48 ס' 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ).

49 ס' 23, 23 ו-25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969.

50 ס' 3 ו-4 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-

1996 (להלן: חוק החיפושים).

51 חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979.

52 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007.

53 Stein, *The Refoundation of Evidence Law*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 279.

זיהוי. אפתח בחיפוש ואיסוף של ראיות, תוך הטעמתו של חופש ההוכחה החקירתי הרחב אל מול מיעוטם של מסרים קונקרטיים; לאחר מכן אעבור להצגתן של ראיות בבית המשפט, תוך הדגשה של חופש ההוכחה הליטיגטורי הרחב; ומשם אתקדם לשלב הקביעה העובדתית, תוך המחשת חופש ההוכחה הרחב הקיים בשלב זה אל מול מגבלות מעטות ונזילות.

1. חיפוש ראיות ואיסופן – דיני ההוכחה מול חופש ההוכחה החקירתי

רבות מהראיות המדעיות אינן נזכרות בשום חוק. סעיפים 3–4 ו-11ב לחוק החיפוש מסמיכים את המשטרה להפיק דגימת DNA וליטול טביעה מכל חלק גוף בתנאים מסוימים, אך החוק אינו עוסק בפן המדעי של דיוק הבדיקה. החוק אינו עוסק כלל בהפקה כזו במסגרת המשפט האזרחי או המנהלי.

באשר להוראת חוק, פקודת הראיות קובעת מתי היא תתקבל במשפט הפלילי, כמפורט בהמשך, אך אין תוכן חקיקתי מפורש באשר להפקתה. לנוכח חשיבותה העצומה ואף המכרעת של החקירה המשטרית של חשודים, מתלוננים ועדים, היה מתבקש שהיא תוסדר ותפוקח, כחלק מהסמכת המשטרה והגבלתה.⁵⁴ אולם ההסדרה ספורדית ודלה בהנחיות והגבלות למשטרה כיצד לנהוג וכיצד לא לנהוג בחקירתו של חשוד. סעיף 59 לחסד"פ מחייב את המשטרה לפתוח בחקירה בכל מצב ש"נודע [לה] על ביצוע עבירה", אולם חוק זה אינו מגדיר "חקירה", ואינו מפרט מה היא כוללת ומה לא. חוק המעצרים מחייב להזהיר עצור כי הוא אינו חייב להפליל את עצמו, כעולה מסעיף 28, ומחייב ליידעו בדבר זכותו להיפגש עם עורך דין, כעולה מסעיף 34. חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002, כולל הוראות אחדות (דלות) באשר לשפת החקירה, לשעות החקירה, למיקומה ולתיעודה, אך אינו מפרט מה מותר ומה אסור לעשות בחקירה, ואינו יוצר סטנדרטים מינימליים לגבייה של אמרה בכלל והודאה בפרט. לצד ההסדרה החקיקתית הלא-קיימת של החקירה, גם פיקוח שיפוטי שיטתי על החקירה אינו קיים. אין ביקורת שיפוטית בזמן אמת כלל,⁵⁵ ומסגרת ניהול תיק ההוכחות וחקירת העדים, אף אם היא מובילה להערות שיפוטיות אנקדוטליות באשר לפרקטיקה חקירתית כזו או אחרת, אינה בגדר "פיקוח", אלא לכל היותר בקרה (או הארה) שיפוטית נקודתית מדי ומאוחרת מדי.

54 חגית לרנאו "יישום מבחין – תאוריה ומעשה בתחום סמכויות החקירה וזכויות חשודים" עלי משפט ו 105, 118–119, 132 (2007); בועז סנג'רו "ביקורת החקירה המשטרית" מעשי משפט יב 217, 226 (2021).

55 מרדכי קרמניצר "הרשעה על סמך הודאה – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א 205, 208 (1993).

המחוקק לא התייחס למסדר זיהוי כלל, ואפילו לא הסמיך גורם כלשהו לבצעו. נוהל משטרי 300.04.005 כולל הנחיות לביצוע מסדרי זיהוי. אולם נוהל, ככל הנחיה מנהלית, אינו מהווה הסמכה,⁵⁶ אף שהוא עשוי לכבול חלק מחופש ההפקה. העדר הסדרה של הפקת ראיות והעדר פיקוח שיפוטי שיטתי על ההפקה בכלל ובזמן אמת בפרט פירושו חופש הוכחה רחב. אין זה חופש להיחשף לראיות רבות ולהכריע בדבר משקלן ללא הפרעה, כפי שיידון בהמשך באשר לבית המשפט, אלא זהו חופש ליצור ולעצב את הראיות המכריעות ללא הפרעה, ואפילו ללא מתודולוגיה כללית מחייבת. הבעיה אינה רק רחבה ושיטתית, אלא גם עמוקה: החופש של החוקר, בתורו, יוצר עבור הבאים אחריו כבלים עובדתיים חזקים, שחלקם יתגלו כבלתי ניתנים להתרה, כפי שיומחש בהמשך באשר לעדויות שמועה מסוימות. אף שטרם עברו את כור ההיתוך המטפורי בבית המשפט, הכבלים הללו – המכונים בשפה המשפטית המקובלת "ראיות לכאורה"⁵⁷ – עשויים ואף צפויים לכבול את התביעה לתפיסה עובדתית מסוימת, ובהמשך לכך לכבול את בית המשפט ואפילו את הסנגוריה. התביעה תעיין בחומרים הכתובים שהפיקה המשטרה, ועשויה להכריע על בסיסם אם להגיש כתב אישום, לדרוש השלמת חקירה או לסגור את התיק בעילה כזו או אחרת.⁵⁸ אם תבחר התביעה להעמיד לדין, ההגנה תעיין בחומרים הכתובים שהפיקה המשטרה ובכתב האישום המשקף את תוכנם,⁵⁹ ועשויה להכריע על בסיס הכתוב אם לבקש שימוע, ובהמשך לכך לבחור אם לכפור באשמה באופן כללי או נקודתי, להודות בבית המשפט או להיכנס למשא ומתן עם התביעה. למשל, מסדר זיהוי שהופק עשוי לא רק לחרוץ את ההכרעה להעמיד לדין, אלא גם לעצב תפיסה סנגוראלית של העדר טעם לכפור, כלומר, תפיסה שלפיה הנאשם המכחיש משקר ומוטב לשכנעו להודות ולהגיע להסדר טיעון.⁶⁰ לבסוף, בית המשפט יעיין בכתב האישום שהתבסס על הראיות הגולמיות ויגבש ממנו רושם ראשוני. בסוגי תיקים רבים, חלק מהאמרות שהפיקה המשטרה יוגשו לבית המשפט כהשלמה לתוכן של עדות בבית המשפט ואפילו כחלופה. כלומר, מה שרשם החוקר כעדות ישירה בחקירה המשטרתית עשוי – ואף צפוי בסוגי תיקים מסוימים – ליהפך בהמשך הדרך לעדות שמועה עבור התביעה, הסנגוריה ובית המשפט, כך שהראיה הגולמית תהיה גם הראיה הסופית. כך הדבר, למשל, באשר להודאת נאשם, באשר לאמרות מפלילות של שותפים לעברה או אפילו של נפגעי עברה מסוימים, באשר לעדויות ילדים מצולמות ועוד. בהקשרים רבים הכבלים שראיות גולמיות אלו יוצרות אינם ניתנים להתרה מאוחרת, משום שזה טיבה של השמועה וזה טיבם של התיקים שבהם היא ראיית מפתח – אין

56 אסף הרדוף "דין פלילי בלתי מוסמך: עקרון חוקיות המנהל פוגש את המשפט הפלילי" ספר יורם דנציגר 389, 409 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים 2019).

57 עניין זארה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 146–147.

58 בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, פס' 6 לפסק הדין של השופט גולדברג (1997).

59 בהתאם לזכותה לפי ס' 74 לחסד"פ.

60 השו"ס סג"ר בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 4, בעמ' 251.

ראיה אחרת שתפתור את הסבך העובדתי.⁶¹ חרף זאת, חופש ההפקה – היכולת לייצר ראיות – אינו מוגבל כמעט. לחופש קיצוני זה, לאותו שטח הפקר הוכחתי עצום, יש אחראי יחיד, שאשוב אליו בהמשך: המחוקק.

מה שנכון באשר למשפט הפלילי נכון ביתר שאת לגבי המשפט האזרחי, אשר אפילו מעט הסטנדרטים של המישור הפלילי אינם קיימים בו. ככלל, בהעדרה של רשות המוסמכת לחקור ואף להשתמש לשם כך בכוח פיזי וטכנולוגי – רשות אשר מעוניינת לחקור ולחשאל לצורך הפקת ראיות לקראת משפט – אין את מי ואין את מה להסדיר. שלב הפקת הראיות במשפט האזרחי מוסדר לכל היותר באופן עקיף, דרך הדין המהותי הכללי אשר מאיים בסנקציות פליליות ואזרחיות על מי שמבצע פעולה כזו או אחרת. כך, למשל, חוק האזנת סתר אוסר על האזרח להפיק ראיות באמצעות האזנות סתר ושולל את קבילותן באופן גורף, אך אינו אוסר הקלטת שיחות בלי ידיעתם של יתר בעלי השיחה ובלי הסכמתם.⁶² חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, הופך פגיעות שונות בפרטיות לעברה ולעוולה – למשל, צילום אדם ברשות היחיד בלי הסכמתו – אך כולל גם סעיף הגנות ויוצר כלל פסילה חלש.⁶³ סוג הראיה שהוא אולי הבולט והשכיח ביותר במשפט האזרחי והמנהלי – התצהיר – משקף חופש הפקת קיצוני במיוחד, ועוד ביחס לראיה שהיא מלכתחילה מגמתית באופן מוקצן. לבד מהגוף שמולו הוא נעשה, ולבד מאזהרה קצרה בדבר תחולת הדין המהותי בגין תצהיר כוזב, הנדרשת לפי סעיף 15 לפקודת הראיות, ניתן לחבר תצהיר בדרכים אין ספור, ואכן כך נעשה. במילים אחרות, שלב הפקת הראיות במשפט האזרחי – מופקר.

2. הצגת ראיות בבית המשפט – דיני ההוכחה מול חופש ההוכחה הליטיגטורי

לצד המשטרה, ובהקשרים מסוימים אף יותר ממנה, התביעה היא השחקן החזק ביותר של המשפט הפלילי. הן בתיקים קונקרטיים והן בענייני מדיניות, היא מנחה את המשטרה כיצד לפעול, והיא שמופקדת על ההכרעות המכוננות בהליך הפלילי – אם להעמיד לדין חשוד, באילו עובדות ובאילו עברות.⁶⁴ בהמשך היא מכריעה באופן

61 אסף הרדוף לא מה ששמעת: מבט אנליטי ביקורתי בכלל הפוסל עדות שמועה ובחריגיו החקיקתיים בישראל פרקים 3 ו-4 (2024) (להלן: הרדוף לא מה ששמעת).

62 ראו ס' 1, 2 ו-13 לחוק האזנת סתר. לביקורת ראו אסף הרדוף "אין אמן – אין פרטיות? הקלטה חד-צדדית כהאזנת סתר ופגיעה ב'פרטיות' ראייתית" ICON-S-IL Blog (16.4.2018) <https://tinyurl.com/287uy3uw>; אסף הרדוף "רעיון בלתי-קביל, אמת לא-נוחה: פסילת ראיות בגין אופן השגתן" משפט וממשל כ 141, 165–166 (2019) (להלן: הרדוף "רעיון בלתי-קביל").

63 ראו ס' 1, 2, 4, 5, 18 ו-32 לחוק הגנת הפרטיות. לביקורת ראו הרדוף "רעיון בלתי-קביל", לעיל ה"ש 62, בעמ' 152–154.

64 Henry M. Hart, Jr., *The Aims of the Criminal Law*, 23 LAW & CONTEMP. PROBS. 401, 428 (1958); Erik Luna, *Principled Enforcement of Penal Codes*, 4 BUFF. CRIM. L. REV. 515, 544–545 (2000); William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH.

אסטרטגי וטקטי כיצד לנהל את התיק, במובן אקטיבי ובמובן ריאקטיבי. במובן אקטיבי היא בוחרת אילו אנשים יישארו מחוץ למעגל העדים, ואילו סיפורים לא יושמעו על ידיה; היא בוחרת את העדים שהיא תביא, שעימם אסור להגנה לדבר מחוץ לבית המשפט; היא בוחרת את סדר הגעתם ואת האופן שבו היא תפרוש לפני בית המשפט את התמונה העובדתית הנטענת וכל חלק ממנה; והיא בוחרת אם ליזום הסדר טיעון. במובן ריאקטיבי היא מכריעה כיצד להגיב על התנהלות ההגנה, על הצעות, טענות, בקשות, התנגדויות ועדויות, כמו גם על הצעות, הערות והכרעות של בית המשפט. ההגנה, בתורה, מכריעה באופן אסטרטגי וטקטי כיצד להגיב על התנהלות התביעה, אם הנאשם יעיד או ישתוק, אם יובאו עדי הגנה נוספים ואילו, אם ליזום הצעה להסדר טיעון או לחלופין כיצד להגיב על הצעה כזו שהעלתה התביעה, וכדומה. גם בית המשפט מכריע אם ומתי להעיר ולהציע, בין במסגרת סמכותו הפורמלית ובין מחוץ לה ולפרוטוקול, ומכריע במחלוקות נקודתיות בין הצדדים. במשפט האזרחי, כל תובע מחליט כאמור באופן נקודתי, בלי שיטה ובלי פיקוח ציבורי כלשהו, וכך בדיוק מחליט גם הנתבע.

החופש של הצדדים אינו מעוצב ברגיל באופן פרטני בהתייחס להצגתה של ראייה מסוג מסוים. ככל שהוא מותווה, הוא מעוצב ומוגבל בעיקר בסדר הדין, לאו דווקא באופן בהיר וקשיח. במישור הפלילי, למשל, החופש של התביעה לנסח את כתב האישום מווסת בסעיף 85 לחסד"פ. הסעיף מציין מה על כתב האישום לכלול, אך אינו מציין מה אל לו לכלול. גם בין המרכיבים שעליו לכלול, "תיאור העובדות המהוות את העבירה", למשל, הוא פרמטר המותיר לתביעה שיקול דעת רחב במיוחד. סעיפים 149(3)–(4) לחסד"פ מאפשרים להגנה להעלות טענה מקדמית בגין "פגם או פסול בכתב האישום" או לטעון כי "העובדות המתוארות [בן] אינן מהוות עבירה", בהתאמה; אך החוק אינו מפרט מה פירושם של אלה, ומותיר את העניין להכרעת בית המשפט. החסד"פ מכונן בסעיף 174 שלושה סוגי חקירות – ראשית, נגדית וחוזרת – אולם הוא אינו מספק מתווה להתנגדויות ולהכרעה בהן, למעט רישומן, כעולה מסעיף 119. גם חקיקה אחרת אינה מספקת מתווה כאמור, וכך נוצר חופש ליטיגטורי קיצוני להתנגד ולהגיב על התנגדות, וחופש שיפוטי קיצוני להכריע.

במישור האזרחי, תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: תקסד"א), מווסתות כתבי תובענה והגנה. תקנות 9–15 מפרטות מרכיבים שונים הכרחיים, וקובעות כי רק הם יפורטו, אולם עדיין נותר לצדדים מרחב שיקול דעת רחב ביותר באשר לאותם מרכיבים. תקנה 67 מתווה את דרך הבאת הראיות בבית המשפט, ותקנה 68 עוסקת בהכרעה בהתנגדויות, אולם התקנות אינן מפרטות את העילות להתנגדות, וכך שוב מוקצן חופש ההוכחה.

L. REV. 505, 507–509, 512 (2001); מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים ה 173, 174–173, 180, 184–186 (1996); אסף הרדוף "קוטלו של אויבנו הוא בננו: פערי הרזולוציה בין המשפט הפלילי לחברה, בין חיים למוות, בין קורבן לעבריין ובין גמול לנקמה" עלי משפט טו 41, 49–51 (2020).

בהקשרים מסוימים החופש הליטיגטורי מוגבל, באופן סדרתי או נקודתי. במקרים ספורים דיני הראיות קובעים, למשל, כי עדים מסוימים אינם כשרים להעיד במשפט הפלילי,⁶⁵ אף שגם לגביהם נותר חופש לטעון כי הם כשרים בכל זאת.⁶⁶ במקרים רבים מעט יותר, בכל ענפי המשפט, פקודת הראיות, חקיקה נוספת ופסיקה מנחה מקנות חסיונות לעדים מסוימים או בהקשר מסוים,⁶⁷ ובכך חוסמות את זרימת המידע בבית המשפט (ואף לפני כן), אולם גם לגביהם נותר חופש להסרת החיסיון או לתיחמומו הפרשני.⁶⁸ ברגיל חופש ההצגה של ראיות רחב ביותר. בהקשרים נקודתיים קיים דין מיוחד להצגתה של ראיה מסוג מסוים. למשל, בנוגע לחוות דעת מומחה, שעשויה להתקשר לראיה מדעית, סעיפים 83–84 לחסד"פ חורגים מהכלל שלפיו הנאשם אינו חייב להודיע לתביעה על עדיו או למסור לעיונה את ראיותיו. תקנה 15 לתקסד"א מחייבת כל צד לצרף לכתבי הטענות שלו כל חוות דעת של מומחה רפואי שבכוונתו להסתמך עליה, ותקנה 87 מחייבת חוות דעת כזו כדי להוכיח עניין שברפואה, ומחייבת לאפשר בדיקה רפואית מטעם הצד שכנגד. באשר להודאת חוץ, החוק אינו קובע הוראות מיוחדות לאופן ההגשה, אך מקובל לערוך "משפט זוטא".⁶⁹ אין פרקטיקה מיוחדת כזו באשר להודאת בעל דין במשפט האזרחי. באשר להצגת ראיות של מסדר זיהוי, אין בחוק כל התייחסות מיוחדת; ואין בדין התייחסות מיוחדת לעדות ראיה מזהה במשפט האזרחי והמנהלי.

3. הקביעה העובדתית – דיני ההוכחה מול חופש ההוכחה השיפוטי

(א) דיני הראיות – מבט כללי

דורון מנשה כתב בעבר כי דיני הראיות קובעים ארבעה סוגי מגבלות: כללי היסק, דוגמת חזקות; כללי הגבלת מידע מעטים, דוגמת פסילת ראיות; אסטרטגיות הכרעה באשר לסיכוני הטעות בקביעת הממצא, דוגמת מידת ההוכחה; ופיקוח על האחרונות, בעיקר באמצעות כללי דיוק והנמקה.⁷⁰

65 ס' 3–5 לפקודת הראיות; ס' 2 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955 (להלן: החוק לתיקון דיני הראיות).

66 אסף הרדוף "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או המבט הרביעי על הכשרות להעיד במשפט הפלילי" **דין ודברים** ג 273, 291–300 (2007).

67 למשל, ס' 49–51 לפקודת הראיות; ב"ש 298/86 **ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב**, פ"ד מא(2) 337 (1987); רע"א 5247/15 **ג'אנופולוס נ' הימנותא בע"מ** (אר"ש 28.8.2016).

68 אסף הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון? חסיון עורך-דין וירטואלי" **משפט ועסקים** יט 305, 339–341 (2015) (להלן: הרדוף "חיסיון מרחוק").

69 בנימין בלום, יורם רבין וברק אריאל "אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית" **משפטים** מו 815, 826–829 (2017).

70 מנשה "מקצועיות השפיטה", לעיל ה"ש 31, בעמ' 85–92.

למען הדיוק, דיני הראיות עוסקים כולם בהכוונת היסקים, הכוללת דחיפות ובלמים המשתנים בחוזקתם. כללים מעטים בלבד עוסקים בדחיפה של היסק קוגניטיבי עובדתי, כגון חזקות. רובם המוחלט של דיני הראיות הקיימים עוסקים בבלמים. למשל, כלל פסילה מונע לחלוטין היסק בהסתמך על ראיה, אף שהוא אינו מונע הגעה למסקנה המבוקשת בדרך אחרת; כלל חיסיון מונע מבעל דין אחד (לפחות) גישה לראיה המצויה בידי אחר, לאו דווקא בעל דין, ומונע היסק שיפוטי על סמך אותה ראיה; כלל של מידת ההוכחה – מעבר לספק סביר, למשל – יוצר עיכוב עקרוני בדרך השיפוטית להיסק המכריע; וכלל דיות יוצר עיכוב מושגי בדרך להיסק השיפוטי המכריע בהסתמך על ראיות מסוגים מסוימים, בתובעו תחילה מהצד המבקש לסמוך עליהן, ובהמשך מבית המשפט המבקש להסתמך עליהן, להציג תוספת ראייתית.

הן הדחיפות והן הבלמים של ההיסקים ניתנים לאפיון כמשרתים שלוש מגמות מופשטות, אשר לעיתים משתלבות ולעיתים מתנגשות, ועולות גם בסדרי הדין.⁷¹ האחת היא החתירה לאמת העובדתית – מגמה הוכחתית. כך, למשל, החקירה הנגדית תוארה בישראל כ"גולת הכותרת של דיני הראיות",⁷² כ"מכשיר היעיל ביותר... לשם גילוי האמת במשפט".⁷³ החתירה לאמת אינה יעד עצמאי, אלא יעד ביניים בדרך להגשמת הדין המהותי, אשר אף הוא יעד ביניים, הבא להגשים ערכים.⁷⁴ מגמה כללית שנייה היא הגנה על ערכים חיצוניים להליך או שיקולי מדיניות.⁷⁵ – מגמה ערכית.⁷⁶ בהינתן שהדין המהותי עצמו הוא מכשיר שמטרתו להגשים ערכים, אין זה רציונלי להעלים עין מפגיעה קשה בערכים בגין החתירה לאמת. מגמה זו עולה, למשל, מכללי פסילה ערכיים,⁷⁷ מחסיונות⁷⁸ ומקידומה של הגינות דיונית.⁷⁹ המגמה השלישית, יעילות, משקפת הבנה של מוגבלות כלכלית לצד שאיפה להתגבר על מכשולים לא ענייניים.⁸⁰ למשל, תקנה 67 לתקסד"א, העוסקת בדרך הבאת הראיות, מסמיכה את בית המשפט להחליט אם העדויות

71 הרדוף "רעיון בלתי-קביל", לעיל ה"ש 62, בעמ' 142–143.

72 אליהו הרנון "היש מקום למהפכה בדיני הראיות?" **משפטים** יב 575, 580 (1982).

73 בג"ץ 124/58 **היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת**, פ"ד יג 5, 23 (1959).

74 D. Taylor Tipton, *The Dunkin' Donuts Gap: Rethinking the Exclusionary Rule as a Remedy* in *Constitutional Criminal Procedure*, 47 AM. CRIM. L. REV. 1341, 1356 (2010).

75 נינה זלצמן "אמת עובדתית" ראמת משפטית – מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" **עיוני משפט** כד 263, 269–266 (2000).

76 Barzun, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1985–1986, *Dufraimont, Evidence Law and the Jury*; לעיל ה"ש 1, בעמ' 205.

77 הרדוף "רעיון בלתי-קביל", לעיל ה"ש 62, בעמ' 144–146.

78 הרדוף "חיסיון מרחוק", לעיל ה"ש 68, בעמ' 311–313; אסף הרדוף "חיסוי ללא מיצוי: דיני החסיונות, הגיונם ומוגבלותם – בעקבות ספרו של יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים (2021)" **הפרקליט** נה 311 (2022) (להלן: הרדוף "חיסוי ללא מיצוי").

79 אסף הרדוף "הגנה נגד הגינות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)" **משפט וממשל** כא 117, 137–144 (2020).

80 Callen, לעיל ה"ש 10, בעמ' 70, *Stein, Inefficient Evidence*; לעיל ה"ש 1, בעמ' 429–430.

הראשיות יישמעו בעל פה או בכתב, במגמה לקדם ניהול יעיל של הדיון. כללי יעילות מבקשים לחתור להכרעה משפטית תוך יצירת תמריצים לצדדים למשפט, מחד גיסא, ותוך התפשרות בנוגע למספר העדויות והראיות ולטיב התהליך הביקורתי של העיון בהן, מאידך גיסא.⁸¹ שיקולי תקציב, שהם חלק מובהק ממגמה זו, פוגעים בהכרח בפוטנציאל האיכות של הממצא העובדתי.⁸² מגמת היעילות דוחפת לפתרון סכסוכים בהליך האזורי גם על חשבון תהליך בירור העובדות השיפוטי,⁸³ וכך גם בדין הפלילי, אשר ברגיל מסתיים בהסדרי טיעון ובהודאות.⁸⁴ תופעה זו מוכרת וממוסגרת תחת התופעה הרווחת של עומס שיפוטי כבד.⁸⁵

מחוץ לישראל נכתב כי דיני הראיות אינם מספקים מסגרת אנליטית עקיבה, אלא אך מכוננים מערך של חריגים שונים לרעיון חופש ההוכחה, כלומר, כללים המגבילים את ההיסק העובדתי.⁸⁶ אמירה זו מדויקת גם באשר לישראל – הן במובן של הטעמת חופש ההוכחה הרחב והן במובן של העדר דמיון ממשי בין החריגים השונים לחופש. המשטר הקיים בישראל משלב את גישת הכללים עם גישת חופש ההוכחה, עם נטייה ברורה למדי בעד האחרונה.⁸⁷ לעומת הדין המהותי והדין הדיוני בתחומים הפלילי והאזורי בישראל, הנהנים מעושר חקיקתי, ממבנים שיטתיים ומהסדרים מסועפים, אין כאלה בנמצא בדיני הראיות בישראל, והדבר משליך במישורן על החופש הליטיגטורי והשיפוטי.

החקיקה המרכזי בשדה זה, פקודת הראיות, פגום מן היסוד. אי-השיטתיות של הפקודה זועקת כבר מלידתה. אי-אפשר לזהות מבנה הגיוני אשר יסביר אילו סוגיות מוסדרות בה ואילו לא, ואי-אפשר אפילו לזהות סדר בתכנים. הפקודה מתחילה דווקא

81 Doron Menashe, *Is Judicial Proof of Facts a Form of Scientific Explanation? A Preliminary Investigation of 'Clinical' Legal Method*, 12 INT'L J. EVID. & PROOF 32, 44–48 (2008).

82 טליה פישר ואלכס שטיין "פרק כא: דיני ראיות" הגישה הכלכלית למשפט 1107–1106, 1104, 1103, 1102 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012); דורון מנשה ואיל גרונר מהות הספק הסביר במשפט הפלילי: מידת ההוכחה מעבר לספק סביר וההבחנה בין זיכר מחמת הספק לזיכר מוחלט 165 (2017).

83 ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446, פסקי הדין של השופטים אלון וגולדברג (1988).

84 עמי קובו נאשמים בלתי-עקביים בבית המשפט: מודים באשמה וטוענים לחפותם 57–56, 50–49 (2009); סג'ר הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם, לעיל ה"ש 4, בעמ' 24; קנת מן "סדר דין פלילי מנהלי: הסדרי טיעון, הרשעות שווא של אשמים ופיקוח שיפוטי" משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים 217, 219 (אלון הראל עורך 2017).

85 בנימין כהן "צמצום העומס – כיצד?" מחקרי משפט ח 85 (1990); משה בורנובסקי ורן לחמן "שימות הבוררות, כמנגנון להקלה בעומס על מערכת בתי-המשפט בישראל" הפרקליט מ 269 (1992); קרן וינשל-מרגל, ענבל גלון ויפעת טרבולוס "יצירת מדד משקלות תיקים להערכת העומס השיפוטי בישראל" משפטים מד 769 (2015).

86 Twining, לעיל ה"ש 16, בעמ' 453, Dufraimont, *Evidence Law and the Jury*; לעיל ה"ש 1, בעמ' 204–205.

87 Doron Menashe & Guy Alon, *Criminal Law – Does a Confession Matter? A Defendant's Confession as Irrelevant to Prove His Guilt*, 42 W. NEW ENG. L. REV. 191, 192 (2020).

בסמכות להזמין עדים; עוברת לכשרות בהקשרים מסוימים (אך לא באחרים); מתקדמת לסוגיות שונות בקשר לסוגי ראיות שניתן לקבל כתנאים מסוימים (אך לא בקשר לסוגים אחרים); ממשיכה לעדויות שונות בכתב (אך לא לאחרות); מתייחסת לראיות מסוגים מסוימים (אך לא מסוגים אחרים); ממשיכה לחסיונות מסוגים מסוימים (אך לא לאחרים); עוברת למשקל בהקשרים מועטים בלבד, תוך קפיצה לשאלות של קבילות וחזקות; ומסתיימת ב"שונות".

תוכן הפקודה דל במיוחד: בלידתה היא נשאה בסך הכל כשישים סעיפים, ובחלוף יותר מחמישים שנה היא לא התרחבה באופן ממשי, ותוקנה עשרים פעמים בלבד, שאף לא אחת מהן כללה רפורמה מקיפה.⁸⁸ באופן מפורסם, הלכת **יששכרוב** המתונה שמונה שנים למחוקק, עד שלבסוף נאלץ בית המשפט העליון למלא את החסר.⁸⁹ רק בחלוף עוד שש-עשרה שנים נוספות שכפל אותה המחוקק,⁹⁰ באופן אשר בשלב זה כבר לא חידש דבר.⁹¹

הלכת **יששכרוב** נאלצה לסתום לקונה על רקע אחד המחדלים הגדולים של פקודת הראיות: העדר בררת מחדל מפורשת באשר לקבילותן של ראיות או פסילתן,⁹² שהיא מהשאלות המרכזיות בדיני הראיות.⁹³ אומנם, בפסק דין **פלונית** של בית המשפט העליון משנת 2019 כתב השופט שטיין על עיקרון יסודי בדיני הראיות, "עקרון הקבילות", המורה לבתי המשפט לקבל ולשקול כל ראיה השייכת לעניין, כלשונו של סעיף 1 לפקודת הראיות.⁹⁴ אולם לבד מהיות הדברים אמרת אגב בדעת יחיד, המונח "עקרון הקבילות" לא שב להופיע מאז בבית המשפט העליון. ממילא אין להיסק השיפוטי שלעיל בסיס פרשני. בררת המחדל היחידה שניתן להסיק מסעיף 1 לפקודה נוגעת

88 התיקון האחרון יצר מעין חיסיון חדש לעדות של בעלי מקצוע בהליך פלילי בנושא עברות מין או אלימות חמורה במשפחה. ראו ס' 4(1) לחוק חסיון ראיות (טיפול נפשי בהליכים פליליים שעניינם עבירות מין או עבירות אלימות חמורה במשפחה) (תיקוני חקיקה), התשפ"ב-2022, ס"ח 1050 (תיקון עקיף לפקודת הראיות).

89 ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461, פס' 13 לפסק הדין של השופטת ביניש (2006).

90 ראו ס' 1 לחוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 19), התשפ"ב-2022, ס"ח 984.

91 אסף הרדוף "חוק יסוד: רטוריקה חוקתית" **פורום עיוני משפט** מו' 1, 22 (2023).

92 בהצעת חוק ישנה נכתב כי המצב בישראל, בעקבות המשפט האנגלי, הוא שניתן להגיש רק מה שדיני הראיות הכשירו, וכל היתר פסול. ההצעה ביקשה להפוך זאת ולקבוע כלל שלפיו "כל דבר העשוי להביא לידי הוכחת נידון כשר לראיה". ראו "הצעת חוק ראיות חדש" **הפרקליט** לד' 137, 140–141, 153 (1981). מחוץ לישראל ראו Barzun, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1967–1968.

93 Schauer, לעיל ה"ש 18, בעמ' 166; Stein, *Inefficient Evidence*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 427; Dufraimont, *Regulating Unreliable Evidence*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 280; טליה פישר "דיני הראיות בראי התיאוריה" **עיוני משפט** לט 107, 109 (2016).

94 בג"ץ 1347/18 **פלונית נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פס' 4 לפסק הדין של השופט שטיין (אר"ש 23.7.2019).

בהזמנת עדים לעדות: זו תתאפשר כאשר הראיה קבילה והעדויות רלוונטיות.⁹⁵ מלשון הסעיף אי־אפשר לגזור בררת מחדל באשר לקבילות או לרלוונטיות, ואין אפשרות להסיק כי רלוונטיות היא תנאי חיוני לקבילות או להפך, משום שמדובר בתנאים מצטברים לשמיעת עדות, אשר שונים בהכרח זה מזה מבחינה מושגית. כך אנו נותרים עם סימן שאלה מובנה המלווה כל ראיה אשר קבילותה או פסילתה לא הוסדרו במפורש. אי־ההכרעה העקרונית בשאלה מותירה חופש רחב לצדדים לטעון כי סוג חדש של ראיה הוא קביל או לא קביל.

חופש הוכחה קיצוני עולה מהפקודה גם בגין העדרן השיטתי של הגדרות מפתח. רוב מונחי היסוד בפקודה אינם מוגדרים, ואילו מונחי יסוד אחרים בדיני הראיות אינם מופיעים בפקודה כלל. כך או כך, לכל המונחים ברמת ההפשטה הגבוהה ביותר בשדה אין הגדרה חקיקתית: "ראיה", "קבילות"/"פסילה", "חיסיון", "כשרות", "רלוונטיות", "ידיות", "חזקה", "נטל ההוכחה", "מהימנות", "משקל" ועוד. זה המצב גם באשר למונחים המצויים ברמת הפשטה נמוכה במעט אך עדיין גבוהה: "עדות שמועה", "עדות סברה", "ראיה ישירה", "ראיה נסיבתית", "סיוע", "חיזוק", ועוד. את שלא עשה המחוקק לא עשתה גם הפסיקה המנחה בישראל, אשר לכל היותר סקרה מבחנים כאלה ואחרים למונחים או מאפיינים שונים שלהם. ממילא אין זה תפקיד הפסיקה להגדיר מונחים חקיקתיים; תפקידה לפרשם.

בהעדר הגדרות למונחי היסוד, ההסדרה הקיימת המועטה נותרת נזילה, חלשה ופתלתלה.⁹⁶ בתוך חומות משפטיות מועטות המגבילות את חופש ההוכחה נפערים חורים, חלקם קטנים וחלקם גדולים, המאפשרים לחופש לפרוץ. אפילו בהנחה שקיים כלל הוכחה רלוונטי, הראיות אינן מגיעות לליטיגטורים עם כותרות אובייקטיביות ומחייבות. הן מותירות חופש ליטיגטורי רחב לטעון – לפי הצורך, ההטיה וההניעה – כי משהו הוא "ראיה" או לא, "ראיה ישירה" או לא, "סיוע" או לא, "עדות שמועה" או לא וכדומה;⁹⁷ ולצד זאת קיים חופש שיפוטי רחב להכריע בטענות.

התכנים העמומים והמדוללים מלכתחילה של פקודת הראיות ושל חקיקה אחרת בדיני הראיות בישראל הולכים ונשחקים לטובת גישת חופש ההוכחה. המגמה של

95 בררת מחדל זו תמוהה כשלעצמה, לנוכח הקושי להכריע בדבר קיומם של התנאים המצטברים בטרם נשמעה העדות. באשר לקבילות, הדברים יורחבו להלן בתת-פרק 3.3. באשר לרלוונטיות, כלי זה אינו מצטיין בחסימת ראיות מראש, משום היותו תלוי הקשר באופן קיצוני, והוא אף אינו מצטיין בפעולה כלשהי בדיעבד, משום שלאחר שכבר התקבלה ראיה והוחלט כי היא אינה רלוונטית, ממילא אין צורך בפעולה משפטית לגביה. הרדוף "חיסיון מרחוק", לעיל ה"ש 68, בעמ' 323–324.

96 ראו, למשל, אמירה פסיקתית על חוסר הבהירות וחוסר העקיבות של המונחים השונים של נטלים: רע"א 3646/98 כ.ו.ע. לבנין בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד נז(4) 891, 898 (2003).

97 למשל, השאלה מהי "עדות שמועה" מורכבת בהרבה מכפי שמערכת המשפט נוטה לזהות או להודות, ועשויה להקיף הרבה יותר ראיות מכפי שהאינטואיציה מעלה. Mary Morton, *The Hearsay Rule and Epistemological Suicide*, 74 GEO. L.J. 1301, 1305–1306 (1986); G. Michael Fenner, *Law Professor Reveals Shocking Truth About Hearsay*, 62 UMKC L. REV. 1, 21–25 (1993).

הגברת חופש ההוכחה על חשבון כללי הוכחה, שמתחזקת ברחבי העולם,⁹⁸ מתחזקת גם בישראל זה כארבעה עשורים,⁹⁹ ומתבטאת בקריאה להתמודד עם קשיים דרך מישור המשקל, ולא באמצעות מחסומים ראייתיים הפוגעים באמת העובדתית.¹⁰⁰ בהקשרים ערכיים עולה קריאה לצמצם את כללי הפסילה ולבכר את החתירה לאמת העובדתית,¹⁰¹ אשר מאפשרת בתורה להגשים את הדין המהותי.¹⁰² בהקשרים הוכחתיים גרידא בסיסו של חופש ההוכחה מקושר למקצועיות השפיטה ולכושר השיפוטי להתמודד בהצלחה עם מכשולים שהאדם מן היישוב מועד בהם תדיר, ולבטא את הקשיים הגלומים במכשולים באמצעות מתן משקל הולם לראיות.¹⁰³ הפסיקה בישראל חותרת בעקביות להרחבת חופש ההוכחה, במה שהעגה המקומית מכנה "מגמת המעבר מקבילות למשקל" – כינוי שאינו מדויק, משום שהמגמה אינה מסתפקת בזניחתם של כללי הקבילות המעטים,¹⁰⁴ אלא תומכת בהתרחקות מכללים המגבילים את שיקול הדעת השיפוטי בכלל, דוגמת הגבלת הכשרות להעיד בדיני המשפחה.¹⁰⁵ מדובר במגמה של חופש הוכחה, של שחרור בית המשפט מכבלים על ידי בית המשפט עצמו.

98 Twining, לעיל ה"ש 16, בעמ' 441; STEIN, לעיל ה"ש 29, בעמ' 109–111; Schauer, לעיל ה"ש 18, בעמ' 180; Barzun, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1967 ו-1986; Allen, לעיל ה"ש 8, בעמ' 631; Choo, לעיל ה"ש 20, בעמ' 505; Dufraimont, *Regulating Unreliable Evidence*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 281.

99 מנשה "מקצועיות השפיטה", לעיל ה"ש 31, בעמ' 85.
100 ראו, למשל, ר"ע 423/83 **מדינת ישראל נ' עיזבון סילוורמן**, פ"ד (4) 281, פס' 4 ו-9 (1983); ע"א 703/86 **ברנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מג(4) 529, 532 (1989); ע"א 4384/90 **ואחורי נ' בית החולים לניאדו**, פ"ד נא(2) 171, פס' 12 (1997); אפרת פינק ורתם רוזנברג רובינס "הפוליגרף כמכשיר לגילוי האמת או כראיה מדעית: עיון מחדש בסוגיית קבילות הפוליגרף בהליכים פליליים" **הפרקליט** נג 295, 322–325 (2014); בן דוד "עדות מפי השמועה", לעיל ה"ש 32, בעמ' 156–159; בן דוד "חריג שיורי", לעיל ה"ש 32, בעמ' 77 ו-80; זנדברג, לעיל ה"ש 36, בעמ' 243–244.
101 ראו, למשל, ע"פ 4039/19 **נחמני נ' מדינת ישראל**, פס' 102 לפסק הדין של השופט עמית (אר"ש 17.3.2021).

102 הרדוף "רעיון בלתי-קביל", לעיל ה"ש 62, בעמ' 185–188.
103 Schauer, לעיל ה"ש 18, בעמ' 165–166.
104 הכינוי הלא-מדויק משקף את נטייתם של רבים במערכת המשפט לערוב ולערב יחד מחסומים ראייתיים שונים, כגון קבילות, כשרות, חיסיון וכדומה, אף שיש מי שניסו לעשות סדר. לזיהוי הבלבול המושגי ולעשיית סדר ראו, למשל, משה לנדוי "הערות על הצעת חוק הראיות המתוקנת" **משפטים** טז 17, 20 (1986); לימור זר-גוטמן "חובת הסודיות של עורך הדין וחיסיון עורך דין-לקוח: הגיעה השעה להיפרד" **הפרקליט** מו 168, 171–180 (2002); יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" **ספר אורי קיטאי** 247 (בועז סנג'רו עורך 2007); הרדוף "חיסיון מרחוק", לעיל ה"ש 68, בעמ' 323–329; יצחק עמית **חסינות ואינטרסים מוגנים: הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי** פרקים ה-ט (2021).

105 פישר, לעיל ה"ש 93, בעמ' 110.

כאמור, הנחת המוצא המקובלת בבסיסה של מגמת חופש ההוכחה בישראל היא שבעיות כאלה ואחרות בראיות ניתנות לפתרון באמצעות מישור המשקל. כרוב מושגי המפתח בדיני הראיות, גם "משקל" אינו מוגדר בפקודה, והרי לנו ראייה ראשונה לחופש הרחב במישור זה. את המושג ניתן לתאר כהמשך למושג חשוב אחר שאינו מוגדר בפקודה: "רלוונטיות". ראייה היא "רלוונטית" אם היא משליכה על ההאמנה או אי-ההאמנה לטענה עובדתית שבמחלוקת, בנושאה פוטנציאל לשנות את קבלתה השיפוטית של הטענה העובדתית או את דחייתה. בהמשך לכך, "משקל" הראיה מתאר את מידת השינוי.¹⁰⁶

אף מחוץ לישראל אפיק המשקל משקף חופש שיפוטי רחב במיוחד, המתאפיין במיעוט כללים,¹⁰⁷ בהימנעות של הדין מסלילת דרך ברורה לקובעי העובדות.¹⁰⁸ כך ביתר שאת בישראל. כעולה מסעיף 53 לפקודת הראיות, "ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם ענין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט". כלומר, המחוקק "הכווין" את בית המשפט במלאכה זו בהתאם לשילובם של שלושה פרמטרים, אשר בלשון המעטה אינם כובלים את שיקול הדעת השיפוטי או אפילו מנחים אותו. "התנהגותם של עדים" היא פרמטר אינטואיטיבי לחלוטין, אשר לא נחוצה הנחיה חקיקתית להסקת חשיבותו.¹⁰⁹ בד בבד, פרמטר זה כללי מאוד: אין בסעיף 53 בדל פירוט של התנהגות העדים או הכוונה חקיקתית כיצד ראוי להעריכה. השאלה סבוכה ועמוסת משתנים, וכוללת, בין היתר, שפת גוף מגוונת, נימת דיבור וסגנונו, ופענוח מדויק של כל אלה לחוד וביחד.¹¹⁰ שני הפרמטרים הבאים תורמים אפילו פחות. הפרמטר "נסיבות העניין" עמום לחלוטין, ואינו נותן לשופט כל הנחיה או הכוונה; ואילו הפרמטר "אותות האמת" תמוה במיוחד, בהינתן שהאמת היא מה שבית המשפט תר אחריה בכלל, ובעניין זה בפרט, ו"אותותיה" מצויים מטיבם במחלוקת. בהתאם, ההסדרה החקיקתית של סוגיית המשקל היא מלאכותית גרידא, ללא מסר מגביל מעשי.¹¹¹

איזו נפקות קיימת לדין המהותי – שסביבו סובבים המחקר וההוראה המשפטית, מצד אחד, וכתבי האישום, התובענה והעתירות, מצד אחר – בשעה שבית המשפט חופשי כמעט לחלוטין לקבוע את העובדות, לנוכח דלותם הכללית של דיני הראיות, וחופשי לחלוטין או כמעט לחלוטין לקבוע כי הוא אינו מאמין לטענותיו העובדתיות של מתלונן או נאשם באופן קונקרטי? הוסיפו על כך את נטייתן של ערכאות ערעור לא

106 Clermont, לעיל ה"ש 7, בעמ' 382.

107 Barzun, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1958.

108 Clermont, לעיל ה"ש 7, בעמ' 355–357.

109 Seigel, לעיל ה"ש 9, בעמ' 905.

110 Allen, לעיל ה"ש 8, בעמ' 625–626. האומנם זו שאלה שקובעי הממצאים מסוגלים לענות עליה

בעצמם? כלל לא בטוח. *Walter Sinnott-Armstrong, Which Evidence Law? A Response to*

Schauer, 155 U. PA. L. REV. ONLINE 129, 132 (2006).

111 היה מי שתיאר כללי דיות כמשקל: Barzun, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1959. חרף הקשר, מדובר בשאלות מסדר שונה.

להתערב בממצאי עובדה בכלל ובקביעות שיפוטיות על אודות עדות שמועה בפרט¹¹² – נטייה המוכרת כ"הלכת אי-ההתערבות"¹¹³ – ותקבלו חופש גדול עוד יותר, הנקי אפילו מבקרה שיפוטית ממשית.¹¹⁴

איני בטוח שקיימת דרך ליצור הכללות מדויקות שיגבילו את בית המשפט במישור המשקל. אולם אני בטוח, כמוסבר להלן בתת-פרק 11, כי המשקל אינו מישור המסוגל להוות תחליף למישורים אחרים בדיני הראיות, כגון מישור הקבילות, כפי שמערכת המשפט מציגה. עוד אני בטוח כי סעיף 53 מיותר, במובן זה שגם בלעדיו לא היה משתנה דבר וחצי דבר במערכת המשפט. על רקע זה מעניין שסעיף 53 מכבד ברטוריקה השיפוטית הישראלית בקביעת הממצאים.¹¹⁵ אולי כך בדיוק משום שאין הסעיף אומר דבר לבד ממתן מנדט חקיקתי בלתי מוגבל לבית המשפט – מנדט שנראה כי בית המשפט שש לקבלו.

(ב) הקביעה השיפוטית בנושא ראיה מדעית, הודאת חוץ ומסדר זיהוי

מה אומרים דיני הראיות בישראל על הקביעה השיפוטית העובדתית באשר לשלושת מקרי המבחן שלעיל?

אף שחוק החיפוש מסמיך הפקה משטרית של דגימת DNA ונטילת טביעת אצבע, הוא לא קבע סטנדרטיזציה מדעית, ולא קבע – במישור הפלילי, המנהלי או האזרחי – כי ראיות כאלה קבילות או פסולות, בתנאים מסוימים או בכלל. בהמשך להעדרה של בררת מחדל חקיקתית באשר לקבלה או לפסילה, אשר הוטעם לעיל, לליטיגטורים יש חופש התחלתי לבקש להגיש ראיות מדעיות לבית המשפט. חופש זה צומצם בפסיקה בהקשרים נקודתיים בלבד, תוך העלאת "מבחן הראיה המדעית" בבית המשפט העליון בישראל, בהמשגה כזו או אחרת, באשר לבדיקת פוליגרף,¹¹⁶ לבדיקת

112 Fenner, להלן ה"ש 97, בעמ' 48; Schauer, לעיל ה"ש 18, בעמ' 199.

113 ראו, למשל, ע"פ 125/50 יעקובוביץ' נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ו 514, 561–560 (1952); ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, פס' 12–21 (אר"ש 8.9.2011); ע"פ 2647/21 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 29 (אר"ש 21.8.2022); ע"פ 7388/20 בן אוליאל נ' מדינת ישראל, פס' 44 לפסק הדין של השופט אלרון (אר"ש 1.9.2022). לתמיכה במיעוט התערבות ראו, למשל, מרדכי קרמניצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים" הפרקליט לה 407, 411–414 (1983). לביקורת ראו, למשל, גרוס "התערבות של ערכאת ערעור", לעיל ה"ש 32, בעמ' 571–590. סנג'רו קרא להלכה זו "הלכת אי-ההתאמצות". ראו סנג'רו בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 4, בעמ' 264.

114 מוסד הערעור מבקש, בין היתר, לאפשר תיקון שגיאות בערכאה הדיונית וליצור אחריות לערכאה הדיונית. Anne Bowen Poulin, *Government Appeals in Criminal Cases: The Myth of* Asymmetry, 77 U. CIN. L. REV. 1, 5–6 (2008); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי כרך ב 963–964 (מהדורה שלוש-עשרה 2020).

115 חיפוש במאגר "נבו" בשלהי 2024 אחר אזכור שיפוטי של הסעיף העלה 1,257 תוצאות.

116 עניין ביאזי, לעיל ה"ש 83, בפס' 4–29 לפסק הדין השופט בך. השופטים אֶלון וגולדברג התעלמו ממדעיותה של בדיקת הפוליגרף, ונשענו על הסכם בין הצדדים לקביעת ממצא על פיה.

DNA¹¹⁷, לבדיקת טביעות נעל¹¹⁸ ועוד¹¹⁹, תוך הדהוד של דיונים מבתי משפט אמריקניים על אודות הרף המדעי הדרוש כדי לקבל ראיה.¹²⁰ בשטח, ראיות מדעיות רבות, ובכלל זה השוואת טביעות אצבע, מתקבלות כדבר שבשגרה אף מבלי שעברו את מבחן הראיה המדעית, בגין מומנטום והעדר התנגדות בעבר להגשתן, כלומר, הן נהפכו לסטנדרט ראיתי הלכה למעשה.¹²¹

באשר להודאות חוץ, סעיף 12(א) לפקודת הראיות דורש הוכחה כי מסירת ההודאה הייתה "חפשית ומרצון" כתנאי לקבלתה. לכאורה, מסלול פסילה זה הוא מהחדים ביותר בישראל, במובן זה שהוא אינו מאפשר איזון שיפוטי: בית המשפט אינו רשאי לקבל הודאה שנמסרה מבלי שהייתה חופשית ומרצון.¹²² אולם המסר של הסעיף רחוק מלהיות חד. באופן שאינו מפתיע בשלב זה, המונח "רצון חופשי" אינו מוגדר בפקודת הראיות (וכמוהו גם המונחים הפסיקטיים "אמצעי פסול" ו"אמצעי פסול קיצוני"), ולא בכדי, באשר השאלה מהו בכלל רצון חופשי מגלמת סוגיה פילוסופית סבוכה ביותר, והביטוי נותר עמום.¹²³ עמימותו מהדהדת חופש הוכחה קיצוני המצביע לכל הכיוונים. בסוף הדרך בית המשפט נהנה מחופש פרשני קיצוני לקבוע כי חרף פגמי הפקה כאלה ואחרים ההודאה נמסרה בכל זאת באופן חופשי ומרצון. אין תרחיש שבו בית המשפט מנוע מלקבוע כי חרף הפסול בהפקה ההודאה נמסרה מרצון חופשי; כל שעליו לעשות

117 ע"פ 9724/02 אבר-חמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 71 (2003). ראיות כאלה קבילות כמעט בכל בית משפט בארצות הברית: Jennifer Eckroth, *Tainted DNA Evidence and Post-Conviction Reversals in Houston, Texas: Suggested Solutions to Curb DNA Evidence Abuse*, 31 Am. J. Crim. L. 433, 437 (2004). להיסטוריה של ראית ה-DNA והשימוש בה במשפט הפלילי האמריקני ראו, למשל, Andrew C. Bernasconi, *Beyond Fingerprinting: Indicting DNA Threatens Criminal Defendants' Constitutional and Statutory Rights*, 50 Am. U. L. Rev. 979, 987 (2001).

118 ע"פ 1620/10 מצגורה נ' מדינת ישראל, פס' 11–21 (אר"ש 3.12.2013).

119 למשל, דגימת שיער. ראו ע"פ 6199/20 בן אבו נ' מדינת ישראל, פס' 87–88 (אר"ש 8.3.2022).

120 Frye v. United States, 293 F. 1013, 1014 (D.C. Cir. 1923); Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993).

121 אסף הרדוף "מדעי ההסכמה: שילוב בדיקת הפוליגרף במשפט הפלילי" הפרקליט נד 125, 142–143 (2016) (להלן: הרדוף "מדעי ההסכמה"). הצעות קונקרטיות עדכניות לטיוב הסטנדרט בישראל היו, בין היתר, להכפיף את התחום הפורנזי לקוד אתי, להפריד את התחום מרשויות האכיפה, להשית אסדרה על התחום ועל הכלים הפורנזיים, לעודד שקיפות וגילוי, לדרוש עמידה בסטנדרט מדעי ולמנוע קבלת ראיות מדעיות שלא עמדו בסטנדרט, ולחייב סיוע לשם הרשעה. ראו סנגירו **בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 157–160.

122 ע"פ 1292/06 תורק נ' מדינת ישראל, פס' 55 לפסק הדין של השופט פוגלמן (אר"ש 20.7.2009); יובל מרין ורינת קיטאי-סנגירו "Collins, Miranda" ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב "משפטים" לז' 429, 434 (2007).

123 בועז סנגירו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף" **משפט וצבא** יט 67, 74–76 (התשס"ז); בלום, רבין ואריאל, לעיל ה"ש 69, בעמ' 818.

מבחינה רטורית הוא לזהות או להמשיג סיבה רציונלית ולא פסולה להודאה.¹²⁴ רגע לפני הקביעה השיפוטית, התביעה נהנית מחופש קיצוני להציע לבית המשפט רטוריקה בדרך לקבלת ההודאה למרות הפגמים, במסגרת חופש ההצגה של ראיות; בעוד ההגנה נהנית מחופש קיצוני דומה לגרוס כי התנאי העמום לא התקיים גם אל מול תשתית עובדתית סותרת, אך מבלי ליהנות מהחזות המהימנה של התביעה.¹²⁵ כמובן, התביעה וההגנה חופשיות להגיע להסדר טיעון על סמך הראיות מבלי שעברו בקרה שיפוטית, והן אכן משתמשות בחופש זה.¹²⁶ לבסוף, המבחן העמום של פקודת הראיות משליך הרחק לאחור, ומתיר הלכה למעשה לחוקרי המשטרה להפיק הודאות במעצר בתחבולות, בשקרים, במרמה, באלימות ובלחצים – חופש ההפקה.

לא למותר להזכיר כי במשפט האזרחי אפילו הסטנדרט הלא-גבוה-במיוחד של חופשיות הרצון אינו נדרש כדי לקבל הודאת בעל דין, וכי הודייתו של בעל דין במשפט אזרחי אינה כוללת תנאי קבילות פורמלי כלשהו. פקודת הראיות מזכירה את המונח "הודיית בעל דין" בסעיף 54, העוסק ב"הכרעה על פי עדות יחידה במשפט אזרחי". המחוקק יצר חובת הנמקה לקביעה העובדתית במצבים המפורטים בסעיף, אך משתמע מהסעיף כי חובת ההנמקה האמורה אינה קיימת כאשר העדות היחידה שהובילה את בית המשפט להכרעה העובדתית היא הודיית בעל דין.¹²⁷ במילים אחרות, במקרה כזה אין כל סטנדרט הוכחתי, אפילו עמום.

בהעדר הוראת חוק בנושא, קיים חופש הוכחה רחב להפיק מסדר זיהוי, להגישו ולקבלו. כצפוי, הפסיקה לא הצמיחה כללי קבילות בסוגיה, אלא הציגה רטוריקת משקל גמישה.¹²⁸ במשפט האזרחי אין פרקטיקה כזו כלל, וככל שעולה שאלה של זיהוי, היא אינה כפופה לסטנדרט הוכחתי ממשי. דוגמה זו, ככל האחרות, מלמדת על חופש הוכחה קיצוני גם בשלב השלישי, על בעיותיו ואתגריו שתוארו בפרק א.

124 הרדוף "רעיון בלתי-קביל", לעיל ה"ש 62, בעמ' 157–159.

125 השוו לפער בין האמון השיפוטי במומחה התביעה לאמון השיפוטי במומחה ההגנה. ראו סנגירו **בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 132, ה"ש 577.

126 שם, בפרק ט.

127 ע"א 6129/04 טרטמן נ' "הכשרת הישוב" חברה לביטוח בע"מ, פס" 5 (אר"ש 5.12.2005).

128 ראו, למשל, ע"פ 2180/02 קאסם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 642, פס" 2 לפסק הדין של השופטת ביניש (2002); ע"פ 10360/03 שרד נ' מדינת ישראל, פס" 26 (אר"ש 2.3.2006); ע"פ 4209/14 קרן נ' מדינת ישראל, פס" 39 (אר"ש 15.11.2015). במקרי קיצון נקבע משקל אפסי למסדר זיהוי תמונות: ע"פ 559/77 מאירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 180, 182 (1978). לתהייה שמא אין די בכללי משקל בעניין זה ראו דורון מנשה ורביע עאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" **משפטים** לה 205, 324 (2005). הצעות קונקרטיות עדכניות בישראל היו, בין היתר, לפרסם פרוטוקולים בטיחותיים, להודיע לעד שייתכן שהמבצע אינו נוכח במסדר, להעדיף מסדר זיהוי חי, להימנע מהבלטת החשוד ולא ליידע את עורך המסדר מיהו החשוד, לתעד את המסדר, לערוך אותו בנוכחות סגור, לשלול הגשה וקבלה של ראיה שלא עמדה בתנאים, ולדרוש סיוע חזק. ראו סנגירו **בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 223–225.

פרק ג: כשלים ומכשולים שיטתיים – דיני ההוכחה מול חופש ההוכחה

פרק א הציג את המסגרת המופשטת לדיון – גישת חופש ההוכחה אל מול גישת הכללים – תוך אימוץ החלוקה לשלושה שלבים: חיפוש ראיות ואיסופן, הצגתן בערכאה שיפוטית, ולבסוף הכרעה שיפוטית עובדתית. פרק ב דן במסגרת המופשטת באופן קונקרטי בכל אחד משלושת השלבים – הן באופן כללי והן בהרחבה באשר לראיה מדעית, להודאת חוץ ולמסדרי זיהוי. פרק זה יישען על קודמיו כדי להאיר באופן ביקורתי רובד ביניים של הפשטה, ולהציג שלושה כשלים באשר לדיני ההוכחה. תוך דיון בסוגי ראיות שיש להם מבחני קבילות – הראיה המדעית והודאת החוץ – אטען כי מישור המשקל כושל בפתיחת האתגרים בתחום זה ובאחרים, וכמוהו כושל גם מישור הדין. אוסיף כי גם מישור הקבילות כושל בשיטת משפט שבה הקבילות מוכרעת על ידי קובעי הממצאים.

1. כשל המשקל

השיח השיפוטי בישראל באשר לראיה המדעית לא הציג בדל הסבר מדוע נדרש לפסול ראיות המתיימרות להיות מדעיות אך אינן עומדות ברף מדעי גבוה, למעט תיאור חולשתן של הראיות.¹²⁹ אולם מדוע בכלל חולשתה של ראיה מכוננת עילת פסילה, וכיצד? הרי לכאורה בית המשפט המקצועי, המחזיק במומחיות בקביעת משקל ומהימנות, יכול לשקול אותה, למדוד אותה, ולדחות את ההיסק המוצע לגביה, באופן חלקי או מוחלט. שקילה ואומדן של ראיות הם תפקידים המובהק של קובעי הממצאים, ואנו מניחים שהם מסוגלים להתמודד בהצלחה עם צורות אין ספור של ראיות שגויות או מטעות.¹³⁰ מדוע אם כן על הראיה המדעית לעמוד בסטנדרטים של מהימנות ותקפות, אשר אינם חלים על ראיות אחרות, כגון עדות ראיה?

סנג'רו, למשל, השיב כי ראיה מדעית מתיימרת להיות מדעית; כי ההילה שיש למדע צפויה לסנוור את עיני השופטים ולהוביל למתן משקל עודף; כי מעשי יותר לדרוש עמידה בסטנדרטים האמורים מראיה מדעית; וכי רצוי שכל הראיות שחורצות גורלות יהיו מהימנות ותקפות, והראיות המדעיות הן נקודת ההתחלה הנכונה.¹³¹ מבין ההנמקות הללו, הראשונה לוקה בטאוטולוגיה; השלישית אינה מבססת הצדקה כשלעצמה, אלא

129 עניין **ביאזי**, לעיל ה"ש 83, בפס' 4–29 לפסק הדין של השופט בן. פסקי דין בולטים נוספים דנו בקבילותה של ראיה מדעית אך לא הסבירו כלל מדוע דינה של ראיה מדעית לא איכותית להיפסל.

ראו, למשל, עניין **אבו-חמאד**, לעיל ה"ש 117; עניין **מצגורה**, לעיל ה"ש 118.

Gordon Van Kessel, *Hearsay Hazards in the American Criminal Trial: An Adversary-Oriented Approach*, 49 HASTINGS L.J. 477, 487–488 (1998).

131 סנג'רו בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 4, בעמ' 96–97.

רק הסבר; והרביעית מרמזת שההבחנה אינה רצויה כלל. לעומתן, ההנמקה השנייה משכנעת ומוכרת, אף שאינה ההנמקה השיפוטית המקובלת. בספרות המשפטית במדינות זרות הוטעם הכוח ה"משחד" של הראיה המדעית,¹³² כוח "מאגני" אפילו.¹³³ את אותם "שוחד" או "מאגיקה" מערכת המשפט מוכנה לאפשר כאשר לדעתה סוג הראיה המדעית איכותי ומוביל לאמת העובדתית בהסתברות גבוהה. לעומת זאת, כאשר המדע מפוקפק, מערכת המשפט חוששת: לא מהראיה, אלא מהיסק שגוי לגביה. קו מחשבה זה הוצע בשיטת מושבעים כהליך שמירת סף.¹³⁴

לכאורה קו זה מפוקפק בשיטתנו, ואולי אף מיותר ומזיק. מדוע לשלול מבית המשפט המקצועי את האפשרות לקבל ראיה מדעית בסטנדרט צנוע יותר, דוגמת בדיקת פוליגרף, בהליך אזרחי ואפילו פלילי, ללא הסכמת הצד האחר? באופן כללי, בית המשפט הוא זירה מלאכותית, שבה לעדים יש הניעה חריגה לשקר, ועורכי הדין דוחפים את השופטים לקביעה המשרתת אותם. בזירה כזו השופטים מודעים לדאגות אלו, ואמורים להיות אמונים על המשמר הקוגניטיבי.¹³⁵ באופן קונקרטי, מערכת המשפט יודעת היטב שמומחים ומדע נרתמים באופן מגמתי, ולא בכדי השתמש בית המשפט העליון בביטוי "שכירי חוות דעת" בהקשר זה במישור האזרחי.¹³⁶

תחת התזה של מקצועיות השפיטה, חולשתה של ראיה אינה מבססת כל סיבה לפסול אותה. אם ראיה היא חלשה מבחינה אובייקטיבית, בית המשפט המקצועי מסוגל לכאורה – ובמצטבר אף מעוניין – לבטא זאת במישור המשקל.¹³⁷ ככלות הכל, ראיות מסוימות, חרף הרלוונטיות שלהן, מקבלות לבסוף משקל אפסי. לדוגמה, ראיה שבית המשפט מצא כשקרית אינה נפסלת משום כך; אין כלל פסילה של ראיות שבדיעבד נמצאו שקריות, ודברי העד אינם נמחקים מהפרוטוקול או מוצאים מתק בית המשפט. גם נחיתות מבנית של ראיה אינה מובילה בהכרח לפסילתה.¹³⁸ אז מדוע בכל זאת לפסול ראיה לחלוטין, שלא על רקע ערכי?

הרציונל המשכנע היחיד עניינו ספקנות בריאה – לא רק כלפי המהימנות של סוגים מסוימים של ראיות, אלא גם ואף בעיקר כלפי היכולת השיפוטית הקוגניטיבית להתמודד עימם בהצלחה. לב הספקנות נוגע לא בראיה החשודה, כפי שבית המשפט בישראל נוהג להטעים, אלא בהערכת הראיה על ידי אדם, בהיסק האנושי האפשרי בעקבותיה,¹³⁹

DONALD E. SHELTON, FORENSIC SCIENCE EVIDENCE: CAN THE LAW KEEP UP WITH SCIENCE? 165 (2012).

סנגירו הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם, לעיל ה"ש 4, בעמ' 20–21 ו-105–154.

CHRISTINE BECK LISSITZYN, FORENSIC EVIDENCE IN COURT: A CASE STUDY APPROACH 96 (2008).

השוו Ehrenberg, לעיל ה"ש 6, בעמ' 196.

ע"א 4330/07 אוריאל נ' בית חולים רמב"ם חיפה, פס' כז (אר"ש 5.3.2009).

Roger Park, A Subject Matter Approach to Hearsay Reform, 86 MICH. L. REV. 51, 58 (1987).

Seigel, לעיל ה"ש 9, בעמ' 916.

Stein, Inefficient Evidence, לעיל ה"ש 1, בעמ' 424.

בבלבול ובהטעיה,¹⁴⁰ ביתר דיוק, חשש מרכזי אחד עניינו יצירת דעה קדומה,¹⁴¹ לקראת הכרעה רגשית;¹⁴² וחשש מרכזי אחר הוא מפני מתן משקל יתר לסוגי ראיות מסוימים,¹⁴³ להבדיל ממשקל חסר, שממנו מערכת המשפט חוששת פחות.¹⁴⁴ באופן קונקרטי באשר לראיה מדעית בסטנדרט ירוד טענתי בעבר כי הסיבה התקפה האפשרית היחידה לפסילתה היא סברה כי אפילו בית המשפט המקצועי אינו מסוגל להתמודד עם הראיה כראוי במישור המשקל, כלומר, לתת לה את המשקל הראוי והמדויק, ולהימנע ממתן משקל יתר.¹⁴⁵ מכלל פסילה זה ומכללי פסילה הוכחתיים אחרים משתקפת ההנחה כי מירוב האפשרות לקביעת ממצאים מדויקת בבית המשפט מחייב סינון של מידע וראיות שחשודים לא רק כבעלי מהימנות נמוכה, אלא גם כמטים ומטעים.¹⁴⁶ לכל הפחות בנוגע למומחים אין שוני גדול בין מושבעים לבין שופטים מקצועיים: אלה ואלה בורים בשדות ידע שאינם משפטיים.¹⁴⁷ הראיה נפסלת בגין החשש מהטיה וטעות קוגניטיביות שיפוטיות, בגין כוחה המהפנט של הראיה, העולה בהתאם לכוחה החברתי.¹⁴⁸

כך נכון גם באשר להודאת שווא, בשינויים המחויבים. קבלת הודאת חוץ משקפת כנראה את ההנחה הפסיכולוגית-המשפטית¹⁴⁹ ש"אין אדם משים עצמו רשע", כלומר, שאין אדם מעמיד פני רשע אם הוא אינו כזה באמת.¹⁵⁰ ההנחה היא שהודיה היא

Andrew J. Wistrich, Chris Guthrie & Jeffrey J. Rachlinski, *Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding*, 153 U. PA. L. REV. 1251, 1252 (2005).

Dufraimont, *Evidence Law and the Jury* 141 לעיל ה"ש 1, בעמ' 207.

Stein, *The Refoundation of Evidence Law* 142 לעיל ה"ש 29, בעמ' 294.

MIRJAN R. DAMAŠKA, EVIDENCE LAW ADRIFT 15, 28–31 (1997) Barzun, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1972; Pardo, לעיל ה"ש 2, בעמ' 570; Dufraimont, *Evidence Law and the Jury*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 205.

144 חזקות הן כלל הדוחף היסק, ומאותת בכך על חשש (נדיר) מפני משקל חסר: אלמלא החזקה היה בית המשפט עלול לא לגזור לבדו את המסקנה המתבקשת, ולכן הוא נדחף אליה.

145 הרדוף "מדעי ההסכמה", לעיל ה"ש 121, בעמ' 157–158. כן ראו ת"פ (מחוזי ת"א) 664-06-17 **מדינת ישראל נ' מור**, פס' 140 (אר"ש 29.6.2022).

146 פישר, לעיל ה"ש 93, בעמ' 117.

DAMAŠKA, לעיל ה"ש 143, בעמ' 32–33.

148 הרדוף "מדעי ההסכמה", לעיל ה"ש 121, בעמ' 157–160.

149 מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות, לעיל ה"ש 27, בעמ' 223–224.

150 מיכל אהרוני "מלכת הראיות וגזרת המלך: על מעמדה של הודאת נאשם במשפט העברי" **ספר אורי קיטאי** 17, 21 (בועז סנג'ור עורך 2007); אוריאל חרל"פ "הפרדוקס של כלל ההודאה ומשמעותו המקורית הנשכחת" **מחקרי משפט** לד 1, 2 (צפוי להתפרסם). סנג'ור הציג פרשנות שונה מאוד, שלפיה אין לסמוך על אדם שמודה: סנג'ור **בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 59–60, 68, 74, 83 ו-86. פרשנות נוספת שוללת במפורש את שתי האחרות ומטעימה כי במשפט העברי דובר בכלל משפטי גרידא – אייכולתו של נאשם להודות בעברה ואייכולתו של

כנה.¹⁵¹ במשפט האזרחי קיימת הנחה מקבילה: הודאת חוץ של בעל דין עומדת בניגוד לאינטרס שלו, ומשום היותה לרעתו ומפיו, היא כנראה נכונה.¹⁵² מן העבר האחר, מדוע במשפט הפלילי נפסלת הודיה שלא ניתנה מרצון חופשי? שתי סיבות אפשריות עיקריות מועלות כתשובה. האחת משקפת רציונל ערכי שלפיו השגת הודיית חוץ לא מרצון חופשי פוגעת באוטונומיה של הפרט, באופן המחייב הגנה שיפוטית מאוחרת.¹⁵³ התשובה האחרת עולה מהרציונל ההוכחתי: בהעדר רצון חופשי של המודה בזמן ההודיה, קיים חשש שהאחרונה אינה משקפת את האמת.¹⁵⁴ אולם שוב עולה התהייה שלעיל: לכאורה בית המשפט המקצועי מסוגל להתמודד עם החשש האמור במישור המשקל. אם הודאה אכן נמסרה לא מרצון חופשי, ואם בית המשפט המקצועי מסיק שהיא חסרת משקל משום כך, אזי אין טעם מהותי בכלל הפסילה.¹⁵⁵ הרציונל היחיד שנותר לעמוד לזכות רעיון הפסילה נוגע בכוח המהפנט הכללי של ההודאה: כוח ראייתי שהוא "סכמת מהימנות", סברה משתמעת שסוג של ראיה משקף אמת עובדתית.¹⁵⁶ סכמה קוגניטיבית חזקה זו פועלת אף על שופטים, ולא רק לגבי הודאות שנמסרו באופן חופשי, אלא גם על הודאות שנמסרו באופן מופקפק, שאם לא כן לא היה כאמור טעם הוכחתי בכלל הפסילה. במילים אחרות, פקפוק שיפוטי באופן הפקת ההודאה גורם לפקפוק שיפוטי בתוכנה, אך אינו שומט בהכרח את הקרקע תחתיה ואינו מאפס בהכרח את משקלה, שאם לא כן לא היה טעם בכלל פסילה.

אסכם ואכתוב כי ברובד מופשט בית המשפט המקצועי אמור להיות מסוגל להתמודד עם חולשה ראייתית במישור החביב עליו, המוצג כפתרון הקסם של בית המשפט המקצועי לשפע אתגרים בדיני הראיות: המשקל. אולם למעשה מישור זה אינו מתאים להתמודדות עם האתגר שעולה במישור הקבילות, משום שהבעיה המובנית

בית המשפט לקבל את הודאתו ולהישען עליה. אהרון קירשנבאום "אין אדם משים עצמו רשע": הלכה פרדוקסלית במשפט הפלילי העברי" **פלילים** 197, 209 (1998).

151 דנ"פ 4342/97 **מדינת ישראל נ' אל עבד**, פ"ד נא(1) 736, 833–834 (1998); ע"פ 4179/09 **מדינת ישראל נ' וולקוב**, פס' 3 לפסק הדין של השופט הנדל (אר"ש 18.10.2010); אליהו הרנון "הצורך ב'דבר-מה-נוסף' להרשעת אדם על-פי הודאה שמסר מחוץ לבית-המשפט" **הפרקליט** כח 364, 360 (1973); זנדברג, לעיל ה"ש 36, בעמ' 240–241.

152 ע"א 8836/07 **בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן**, פ"ד סג(3) 577, פס' 33 לפסק הדין של השופט דנציגר (2010); ע"א 7008/09 **עבד אל רחים נ' עבד אל קאדר**, פס' 19 לפסק הדין של השופט עמית (אר"ש 7.9.2010).

153 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 89, בפס' 24 לפסק הדין של השופטת ביניש. בארצות-הברית ההגנה השיפוטית על האוטונומיה של הרצון קדמה לכלל הפסילה הפסיקתית. Tipton, לעיל ה"ש 74, בעמ' 1345–1346.

154 ע"פ 5614/92 **מדינת ישראל נ' מסיקה**, פ"ד מט(2) 669, 677–678 (1995); קנת מן "עתיד הדרישה לרצון חופשי בחקירת חשודים" **משפטים** טז 76, 77–78 (1986).

155 הרדוף "רעיון בלתי-קביל", לעיל ה"ש 62, בעמ' 180.

156 ראו הרדוף **לא מה ששמעת**, לעיל ה"ש 61, בפרק 4 ואילך.

בנוגע למישור המשקל היא הרציונל למעבר למישור אחר בכלל וליצירתו של כלל פסילה בפרט. אם קיימת סיבה לפסול ראיה מדעית או הודאה שהופקה באופן מופקפק, אין היא חולשתה של הראיה, אלא דווקא כוחה המהפנט, סכמת המהימנות שבבסיסה, משקל היתר שהיא דוחפת אליו בשיטתיות. מישור המשקל כושל בפתיחת הבעיה, משום שהוא הוא הבעיה.¹⁵⁷

2. כשל הדיות

כערוכה לתקפות השכנוע השיפוטי, בסוגי מקרים מסוימים נדרשת תוספת ראייתית כזו או אחרת: מישור הדיות. במשפט הפלילי, בשורת מקרים לא ארוכה אך חשובה, המחוקק מחייב את בית המשפט, אם הוא מעוניין להישען על ראיה מפלילה מסוג מסוים לצורך הרשעת הנאשם, להציג תימוכין בצורת תוספת ראייתית: "דבר מה נוסף", "דבר לחיזוק" ו"סיוע". הסיוע נחשב התוספת הראייתית הגדולה והמהותית ביותר,¹⁵⁸ והוא נדרש, למשל, עבור עדות שמועה של ילד לפני חוקר ילדים,¹⁵⁹ עדות שמועה של אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית שהופטר מעדות,¹⁶⁰ עדות של עד מדינה¹⁶¹ ועוד. ההמשגה המקובלת לדרישות הדיות מתמקדת בבעייתיות של עדים מסוימים וראיות מסוימות.¹⁶² למשל, נכתב כי יש לחשוד בעדותו של עד מדינה, משום שהוא קיבל מהמדינה תמריץ ישיר להפליל את הנאשם שעל הפרק,¹⁶³ וכי יש להטיל ספק בעדותו של שותף לעברה, משום שיש לו תמריץ להפליל את חברו כדי להתנער מאשמתו שלו או כדי לזכות בחסדי התביעה, ולכן נדרש חיזוק לעדותו.¹⁶⁴ במישור האזרחי לא הותוו סוגי תרחישים שבהם נדרשת תוספת, כאילו שם אין בעייתיות בעדים מסוימים ובראיות מסוימות, או כאילו שם אין דרך לזהותם ולהכלילם.

עולה דיסוננס חריף בין הגבלתו הקונקרטית של חופש ההוכחה השיפוטי מזה לבין ההנחה הכללית שלפיה בית המשפט מסוגל להעריך במדויק עדויות מזה.¹⁶⁵ מישור

157 מטעמי מקום לא אפרט את הסיבות לפקפק בכך שהתזה בדבר מקצועיות השפיטה פירושה כושר שיפוטי לקבוע ממצאי עובדה מדויקים. על אלה הרחבתי במקום אחר: שם, בפרק 1.

158 על דרישה זו ראו, למשל, יאיר הורביץ "ראיית הסיוע במשפט הפלילי – מגמות חדשות" **משפטים** ט 249 (1979); שלמה ניסים "מקומה הדיוני של דרישת הסיוע בהליכים פליליים" **עיוני משפט** יב 621 (1987).

159 ס' 11 לחוק לתיקון דיני הראיות.

160 ס' 20 לחוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005.

161 ס' 54א(א) לפקודת הראיות.

162 PETER MURPHY, MURPHY ON EVIDENCE 587, 590 (10th ed. 2007); גיא בן דוד "מבט דסקריפטיבי ומבט ביקורתי על מערך התוספות הראייתיות בישראל ומגמותיו" **משפט ועסקים** כב 1, 42 (להלן: בן דוד "מערך התוספות הראייתיות בישראל").

163 ראו, למשל, דנ"פ 4971/02 **זגורי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(4) 583 (2004).

164 ראו, למשל, ע"פ 194/75 **קינזי נ' מדינת ישראל**, פ"ד ל(2) 477 (1976).

165 Park, לעיל ה"ש 137, בעמ' 88.

הדיות, בעצם קיומו, מביע אי-אמון שיטתי וכללי בבית המשפט, ומטיל ספק ניכר ביכולתו בהקשר של שני חששות: החשש האחד הוא שעדות מפלילה לא מדויקת תיחזה כמדויקת בבית המשפט; והחשש השליש הוא שהעדות תהיה משכנעת עד כדי כך שלבית המשפט לא יהיה ספק סביר בגרסה העובדתית שהראיה מציעה. כלומר, מישור הדיות מטיל ספק סביר בכך שאסטרטגיית ההכרעה במשפט הפלילי, הספק הסביר, תגן כראוי לבדה על חפים מפני הרשעות שווא. אין לטעות: דרישת הדיות אינה חופפת לדרישת האשמה מעבר לספק סביר, אלא נוספת עליה.¹⁶⁶ בהמחזה אנליטית, דרישת התוספת נולדת כך:

עדות/ראיה מפלילה בעלת מהימנות בסיסית כללית + חשש
מהטעיה/טעות/שקר של העד/הראיה + חשש מהטיה/אי-זיהוי
של השקר/הכשל מצד השופט + חשש שרף הספק הסביר לא יועיל בסניור
החף + הנחה שתוספת תועיל בחלק מהמקרים = דרישת דיות

אף שהמשוואה מפשטת מעט את הרציונל שבבסיס רעיון הדיות, היא אינה פותרת שאלות רבות או מקדמת מענה להן, ומישור הדיות נותר עמום ונזיל במיוחד. מצד אחד, אין לפנינו הגדרה חקיקתית כלשהי – או אפילו הגדרה פסיקתית ברורה, חד-משמעית ומחייבת – למושג "סיוע" או למושגים הקשורים "דבר מה נוסף" ו"דבר לחיזוק".¹⁶⁷ מצד אחר, ממילא אפיונה של ראיה קונקרטית כ"סיוע" או כ"לא סיוע" כרוך בחופש הוכחה רחב עד בלי די לכל הנוגעים בדבר: חופש לרשות החוקרת להפיק ראיות שונות ומשונות; חופש לתביעה להציג לפני בית המשפט ולטעון כי הן מהוות תוספת; וחופש לבית המשפט לקבוע אם אכן כך או אחרת. בהינתן שמלכתחילה דרישת הדיות באה לרסן גוף אשר בשלב זה חש כי הוא צלח בבטחה את רף הספק הסביר, נזילות זו נהיית מגמתית באופן מובנה, והסוגיה נהפכת לרטרית יותר ממהותית.¹⁶⁸ בשפה מופשטת, גם מישור זה מבקש לצמצם את חופש ההוכחה, אך עושה כן במידה רבה באופן מלאכותי ושרירותי.¹⁶⁹

166 אסף הרדוף "חופש הוכחה עד בלי די(ות)? מבוא לספר 'התיאוריה של דיני הראיות' דורון מנשה **התיאוריה של דיני הראיות** 14, 58–64 (גיא סנדר עורך 2017) (להלן: הרדוף "חופש הוכחה עד בלי די(ות)"); אסף הרדוף "סיוע, חיזוק, דבר מה, שום דבר? התוספת שתופסת: מבט אנליטי בשאלת דינת הראיות" **"המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה** 104, 4, 9 (2021) (להלן: הרדוף "התוספת שתופסת").

167 אילו הייתה הגדרה פסיקתית בהירה וחדה, לא היו מתנהלים ויכוחים אין ספור אם ראיה מסוימת עונה על דרישותיה.

168 הרדוף "חופש הוכחה עד בלי די(ות)?", לעיל ה"ש 166, בעמ' 61–64. סנג'רו כתב, באשר לתוספת מסוג "דבר מה נוסף", כי אין לה משמעות משום שממילא היא תימצא תמיד על ידי השופטים המעוניינים בה. ראו סנג'רו **בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 167 ו-183. סבורני שכך נכון, ולו במידת מה, אפילו באשר לסיוע.

169 הרדוף "חופש הוכחה עד בלי די(ות)?", לעיל ה"ש 166, בעמ' 62; בן דוד "מערך התוספות

כדי להקנות שיטתיות במישור הדיות, נדרשת חשיבה מערכתית רחבה על כל סוגי המקרים שבהם ראוי לדרוש תוספת, תוך מתן הסבר מדוע אותה תוספת תסיר את הספק המערכת. מעבר לשיטתיות נדרשים צעדים לכבילה, שהרי זה לכאורה תפקידה המכריע של התוספת. צעד אחד יהיה לספק הגדרה פורמלית למונחי המפתח, כלומר, למונחי התוספת.¹⁷⁰ אולם הגדרה זו חייבת להיות מופשטת במידת מה, ומשכך החיבור בין הראיה הפרטנית לבין ההגדרה המופשטת לעולם יחייב עדיין שיקול דעת שיפוטי, הווה אומר, חופש הוכחה. צעד נוסף לשינוי, שהוא מורכב יותר בישראל, נוגע בכעיה שתוארה מוקדם יותר באשר לדיני הראיות: העדר האפקטיביות של כללים שבאים להגביל את המהלך הקוגניטיבי השיפוטי, באשר כללים אלו מפורשים ומוחלים על ידי אותו שופט שהם מתיימרים להגבילו. הואיל והתודעה האנושית אינה מסוגלת להגן על עצמה מפני עצמה, כמוסבר ב־ת־פרק הבא, מה שנוותר לשקול הוא פיצול מוסדי (bifurcation): העברת שאלת הדיות לגוף אחר.¹⁷¹ אולם, מצד אחד, קשה לראות כיצד ומדוע יצליח גוף אחר להיטיב להתמודד עם אותה שאלה עובדתית; ומצד אחר, ניתן להציע כי זה ממילא מה שערכאת הערעור עושה. היו אף מי שכתבו כי דרישת התוספת אינה מסוגלת לקדם את הדיוק העובדתי, ולכן היא מיותרת ואף מזיקה, ומוטב להסירה לחלוטין לטובת הדיוק הסטנדרט של הספק הסביר.¹⁷²

3. כשל הקבילות

לאחר ההצבעה על כשל המשקל וכשל הדיות, הגענו לכשל הקבילות. ככתוב לעיל, אם אנו אכן סומכים על סעיף 12 לפקודת הראיות ועל בית המשפט באשר לזיהוי הודאת שווא, אזי אין טעם בפסילתה, שהרי בית המשפט ממילא יִקנה לה משקל אפס; ואם איננו סומכים על בית המשפט שזוהי הודאת שווא, מה הטעם בקיומו של כלל פסילה?¹⁷³

הראיות בישראל, לעיל ה"ש 162, בעמ' 45–49; יניב ואק "החופש להכריע – התבוננות ביקורתית על הדרישה לתוספת ראיות" **הפרקליט** נה 57, 62 ו-64–65 (2022).

170 סנג'רו ביקר את הפרשנות הפסיקתית הקיימת למונח "סיוע", והציע הגדרה למונח "סיוע חזק": "ראיה משמעותית, אובייקטיבית, חיצונית ועצמאית (לא מפי הנאשם או מהתנהגותו, לא הודאה נוספת ולא שחזור ולא שקרים וכו') התומכת בהשערה שהנאשם אכן ביצע את העבירה..." סנג'רו **בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 186. מובן שזו אינה הגדרה מחייבת, והיא עודנה מותירה שיקול דעת רחב.

171 רעיון זה יפורט באשר לכשל הבא, שם הוא עשוי להוות פתרון ישים.

172 דורון מנשה **התיאוריה של דיני הראיות** 68–74 (גיא סנדר עורך 2017); מנשה וגרונר, לעיל ה"ש 82, בעמ' 127–128. אשוב לעניין זה בפרק ד.

173 מה שנכון באשר להודאת חוץ נכון גם באשר לראיה המדעית, שבה דנתי לעיל. למשל, בעניין **מצגורה** קבע השופט הנדל כי טביעת נעל היא ראיה המשקפת טכניקה מדעית, אלא שמשקלה עשוי להיות מוגבל, ובאופן קונקרטי הוא היה אפסי. ראו עניין **מצגורה**, לעיל ה"ש 118, בפס' 22. סנג'רו (באופן שלא הצלחתי להבין לנוכח הקביעה השיפוטית כי הראיה דווקא משקפת טכניקה מדעית)

ניתן אולי להשיב שבית המשפט אינו צריך לזהות הודאת שווא, אלא רק לזהות חשש או חשש ממשי להודאת שווא, בגין אופן הפקתה. אולם בשיטת משפט שבה הגוף שבוחן את קבילות הראיה הוא גם הגוף אשר מכריע את משקלה בפרט, וקובע את העובדות בכלל, הבחנה זו אינה יותר מסמנטיקה. אין חשיבות מכרעת לשאלה מה בית המשפט חושב על אופן ההפקה של הראיה או על מידת קרבתו לאידיאל המקובל; שאלת המפתח הייתה ועודנה אם בית המשפט סבור שמדובר בהודאת שווא. ויכוח פסיקתי התקיים בעבר אם לעיין בהודאה במסגרת ההכרעה בנוגע לקבילותה, לנוכח חשש מהשפעתה על השופט. ויכוח זה כלל זגזוג פסיקתי ממושך בישראל, עד להכרעה נחרצת שלפיה ניתן לעיין, בהעדר חשש השפעה כאשר מדובר בשופט מקצועי, להבדיל ממושבעים.¹⁷⁴

אולם אם השופט מוצא משקל ממשי בהודאה, לאו דווקא מלא, ממילא אין חשיבות לכך שהוא פסל אותה לאחר שנחשף אליה: העיון בה טומן בחובו את הפוטנציאל לחולל במוחו השלכות קוגניטיביות זהות או דומות לאלה שרעיון הפסילה בא למנוע. אף אם יחליט השופט לפסול את הראיה שבמחלוקת, ולא יוכל להישען עליה באופן פורמלי וגלוי, הראיה עלולה להטותו ולהטעותו, לירות עבורו חץ ולעודדו לסמן את המטרה סביבו על ידי הישענות רטורית מלאכותית על ראיות אחרות. כלומר, ראיה זו יוצרת צריבה קוגניטיבית בלתי ניתנת לריפוי, לפחות לא לריפוי על ידי הנצרב עצמו: את הסכנה הקוגניטיבית מהראיה אין בכוחו של השופט הדן במחלוקת הקבילות לנטרל בעצמו.¹⁷⁵ סכנות אלו ניתנות להמשגה כחלק מהטיית העיגון, שלפיה קיימת נטייה

שיבח את הנדל על תיקון הטעות הפסיקתית בנוגע לטביעות נעל. סנג'רו **בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 140. אם אנו סומכים על בית המשפט שיזהה ויסבור כי הראיה המדעית שלפניו קלוקלת, או בשפתו של סנג'רו "מדע זבל" (שם, בעמ' 130–143), אזי מה הטעם לפסול אותה? בית משפט לא יבסס את הכרעתו על מה שהוא עצמו תופס כזבל. לעומת זאת, אם איננו סומכים על בית המשפט שיזהה ויסבור כי הראיה שלפניו משקפת "מדע זבל", מה הטעם לפסול ראיות מסוג זה? כאן, בכל זאת, קיים הבדל בין הראיה המדעית להודאת החוץ. כאשר לראיה המדעית ניתן ליצור מסרים בהירים – בין שהם מקדמים דיוק הוכחתי ובין שלא – בנוגע לסוגים קונקרטיים שלה. כך, למשל, כל שופט מבין כי בדיקת פוליגרף אינה קבילה במשפט הפלילי, ובהתאם לכך אינו צפוי אפילו להיחשף לבדיקה. אולם עצם הניסיון של צד מסוים להגיש בדיקת פוליגרף מרמז על תוכנה, ושופט הסבור כי יש תוקף לבדיקה זו עלול להיות מושפע מעצם הבקשה.

174 ע"פ 69/49 **לוי נ' היועץ המשפטי**, פ"ד ד 92, 89 (1950); עניין **גרוסברגר**, לעיל ה"ש 32, בעמ' 190–191; ע"פ 307/60 **יאסין נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יז 1556, 1541 (1963); עניין **ברנס**, לעיל ה"ש 32, בעמ' 511; ע"פ 183/78 **אבו מידג'ס נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(4) 540, 533 (1980); ע"פ 516/79 **ברזיו נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(2) 576, 586–587 (1981); עניין **מוערי**, לעיל ה"ש 32, בעמ' 264; ע"פ 3405/07 **כהן נ' מדינת ישראל**, פס" 1 ו-3 (אר"ש 13.5.2007).

175 כך כתבתי בעבר לגבי הפסילה הערכית: אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית" **דין ודברים** ח 33, 77 (2014); הרדוף "רעיון בלתי-קביל", לעיל ה"ש 62, בעמ' 180. וכך כתבתי לאחרונה כאשר לפסילה ההוכחתית: הרדוף **לא מה ששמעת**, לעיל ה"ש 61, בפרק 2.

להסתמך יתר על המידה על פיסת המידע הראשונה הנלמדת על אודות דבר מסוים (העוגן) לשם קבלת החלטה;¹⁷⁶ ומהטיית האישוש, המתבטאת בהעדפת מידע המשתלב עם אמונותיו הקיימות של אדם, תוך התעלמות ממידע סותר או ממידע שתומך באפשרויות חלופיות.¹⁷⁷

באופן מופשט, מחלוקת סביב קבילות הוכחתית תסבוב מטיבה סביב תנאי הדוקטרינה של הקבילות, כאשר ההנחה הזמנית שנאמץ היא שתנאים אלו מבטיחים בסבירות גבוהה את אמיתותה ולפיכך מגבירים את הסיכוי לקביעה שיפוטית עובדתית מדויקת. תחת הנחה זו, לפנינו ארבע אפשרויות:

(1) הן מבחינה אובייקטיבית (בהנחה שיש כזו) והן מבחינתו הסובייקטיבית של בית המשפט, הראיה שבמחלוקת עומדת בתנאי הדוקטרינה, משקפת את האמת בסבירות גבוהה, והיא קבילה;

(2) בית המשפט מקבל או פוסל את הראיה המצויה במחלוקת בהתאם לדין, אך בשני המקרים הוא אינו מאמין כלל לראיה שבמחלוקת;

(3) הראיה שבמחלוקת אינה עומדת בתנאי הדוקטרינה מבחינה אובייקטיבית, אך למרות זאת בית המשפט מאמין לה מבחינה סובייקטיבית, ולפיכך עורך תמרון פרשני על מנת לקבלה;

(4) הראיה שבמחלוקת אינה עומדת בתנאי הדוקטרינה מבחינה אובייקטיבית, בית המשפט מאמין לה מבחינה סובייקטיבית, אך פוסל אותה כמצוות הדוקטרינה.

באפשרות (1) אין סכנה מההיחשפות השיפוטית לתוכן הראיה, משום שהראיה החשודה נחשדה לשווא. באפשרות (2) בית המשפט עשוי לקבוע כי הראיה אינה עומדת בתנאי החוק ואינה קבילה, או לקבל את הראיה אך לתת לה משקל אפסי, כפי שסמכותו לתת לכל ראיה קבילה. גם כאן אין סכנה מההיחשפות לתוכן, משום שהרובד הסובייקטיבי של דחיית תוכן הראיה מבטל את חשיבותה המעשית של קבילותה או פסלותה, לפחות במבט בערכאה הדיונית.

בשתי האפשרויות הבאות עולה בעיה. אפשרות (3) מגלמת בעיה של תמרון שיפוטי. באופן כללי, אין בסיס להניח כי השופט מסוגל לקבל את הכרעות הביניים בתיק במנותק לחלוטין מהשקפתו באשר לשורה התחתונה הרצויה של ההליך בכללותו.¹⁷⁸ באופן קונקרטי, כללי ראיות רבים מציבים מסגרת לדיון גרידא, ומותירים שיקול דעת שיפוטי רחב על אודות יישומם.¹⁷⁹ תמרון שיפוטי של כללי פסילה הוא

Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 176 185 Sci. 1124, 1128 (1974).

Lee Ross, David Greene & Pamela House, *The "False Consensus Effect": An Egocentric Bias in Social Perception and Attribution Processes*, 13 J. EXPERIMENTAL SOC. PSYCH. 279 (1977).

Schauer, לעיל ה"ש 18, בעמ' 192–193.

Mnookin, לעיל ה"ש 23, בעמ' 138 ו-140.

מציאות – בעולם ובישראל.¹⁸⁰

אפשרות (4) היא תמונת מראה של קודמתה: השופט מאמין לראיה אך נאלץ לפסול אותה; הוא מכבד את הדין ונמנע מתמרנו. לכאורה אין בעיה, בהנחה הזמנית שהדוקטרינה מדויקת. אולם כאן עולה בעיה קוגניטיבית. ההשלכה והמטרה המשפטיות המתבקשות מפסילת ראיה הן יחס שיפוטי אליה כאל לא כלום, אפס מוחלט.¹⁸¹ ככלל, זו משמעותה של הסוגיה: יחס בינרי לראיה¹⁸² – קבילה או פסולה.¹⁸³ בענייננו, בית המשפט יודע שהראיה קיימת ומאמין כי היא ראויה להיפסל וכי אל לו לשקול אותה ולהיסמך עליה, במישרין או בעקיפין; אולם הוא אינו מסוגל לאינה מתודעתו בשלב קביעת הממצאים או לאיין את הערכתו שלראיה יש משקל הגבוה מאפס.¹⁸⁴

בלשון מופשטת, הבעיה נובעת מהעדרה של אכיפה חיצונית של כלל ההוכחה, מכך שאין עיצוב המאפשר לערוך את תהליך המיון והסינון של הראיות באופן מוקדם ונפרד מההליך העיקרי.¹⁸⁵ במילים אחרות, אין פיצול מוסדי, שבמסגרתו שאלות של פסילה נדונות על ידי גוף שאינו נוטל חלק בהכרעה העובדתית.¹⁸⁶ פיצול כזה הוא פתרון אפקטיבי, אך הוא מצריך כמובן משאבים, ובישראל הוא מצריך גם שינוי תפיסתי עמוק – מיטוט קיר ההכחשה שיפורט מייד. באין פיצול, עולה ונוכחת – בעולם בכלל ובישראל בפרט – בעיה מוסדית קשה באשר לדיני הראיות: לפחות בחלקם הם אינם ניתנים ליישום על ידי השופטים הדנים בתיק.¹⁸⁷ התודעה האנושית אינה מסוגלת להגן על עצמה מפני עצמה.

180 Seigel, לעיל ה"ש 9, בעמ' 895; Fenner, להלן ה"ש 97, בעמ' 27–33 ו-99–97; Eleanor Swift, *The Hearsay Rule at Work: Has It Been Abolished De Facto by Judicial Decision?*, 76 MINN. L. REV. 473, 491–495 (1992). בישראל ראו הרדוף "רעיון בלתי-קביל", לעיל ה"ש 62, בעמ' 149–150, 153–154 ו-156–157; הרדוף **לא מה ששמעת**, לעיל ה"ש 61, בפרק 4 ואילך.

181 Damaška, לעיל ה"ש 24, בעמ' 349.

182 Park, לעיל ה"ש 137, בעמ' 54; Barzun, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1958.

183 ע"פ 6144/10 **נטצאו נ' מדינת ישראל**, פס' 13 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (אר"ש 10.4.2013).

184 Damaška, לעיל ה"ש 24, בעמ' 349–350; DAMAŠKA, לעיל ה"ש 143, בעמ' 48–50.

185 Schauer, לעיל ה"ש 18, בעמ' 199–202.

186 Damaška, לעיל ה"ש 24, בעמ' 352; DAMAŠKA, לעיל ה"ש 143, בעמ' 51–52; Sinnott-Armstrong, לעיל ה"ש 110, בעמ' 130; Mnookin, לעיל ה"ש 23, בעמ' 135–136; Guthrie & Rachlinski, לעיל ה"ש 140, בעמ' 1325–1327. לטעון ישראלי בעד העברת התיק למותב אחר לאחר פסילת הודאה במשפט זוטא ראו בלום, רבין ואריאל, לעיל ה"ש 69, בעמ' 834–835. פיצול כזה מחייב כמובן משאבים שיפוטניים נוספים ומסרב את ההליך.

187 Sinnott-Armstrong, לעיל ה"ש 110, בעמ' 130; Mnookin, לעיל ה"ש 23, בעמ' 137; הרדוף **לא מה ששמעת**, לעיל ה"ש 61, בפרק 2.

פרק ד: המכשולים בדרך לשיפור הדיוק

הכשלים שנדונו בפרק הקודם הם אינהרנטיים, רחבים ועמוקים בדיני הראיות שלנו. לעומת זאת, בסדר הדין, לפחות במישור הפלילי, שבו יש את מי ומה להסדיר, הדברים נראים לרגע פשוטים יותר לשינוי: ניתן לכאורה לפתח שיטות יסודיות יותר להפקת ראיות מדויקות, יהיו אלה ראיות מדעיות, הודאת חוץ או מסדר זיהוי. אולם גם כאן עולים שני מכשולים חוזרים בפני הצעות לשיפור הדיוק העובדתי: קיר ההכחשה של אי-הדיוק והעדר ההניעה לשיפור.

1. קיר ההכחשה

אפילו נחפש בנרות, נתקשה למצוא משפטן המוכן להכריז כי אי-דיוק עובדתי בכלל והרשעת חפים בפרט רצויים; ברור שהם אינם רצויים. בהקשר זה עולה מפעם לפעם במערכת המשפט הפלילי, ובציבור בישראל בכלל, ציטוט מפורסם של הרמב"ם: "יותר טוב ויותר רצוי לפטור אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים"¹⁸⁸. זהו ניסוח יפה למסר ליברלי על הסכנה הקשה של הרשעת חפים, וביתר דיוק – על הסכנה הקשה של ענישת חפים או על הסכנה הקשה של יישום עונש מוות על חפים. אולם בעין ביקורתית, את הצלחתה של מימרת הרמב"ם ניתן לזקוף להיותה ברובד מופשט לחלוטין, אלא שזהו גם האות לכשלונה: אמירה זו אינה מאיימת על איש ואינה מסיטה איש מדרכו הרגילה. חוץ מהמסר הכללי של זהירות מפני הרשעת חפים או ענישתם, שעליו אין כמעט מי שמתווכח בימינו, המימרה אינה אומרת דבר, בדומה לסעיף 53 לפקודת הראיות; אילו אמרה דבר ממשי, הייתה נעה מאזור הקונסנזוס לאזור המחלוקת. לכאורה, הדבר הקונקרטי ביותר במימרה נוגע ביחס המספרי: המימרה נוקבת מספרים, ובשפה מודרנית פירושה הוא שיש לזכות אלף אשמים כדי לא להרשיע חף אחד. אולם למעשה, אף את המסר של היחס המספרי שלעיל ניתן ומתבקש לתפוס כאמירה סמלית גרידא, כרטוריקת שווא על מניעת הרשעת שווא, ולא כנוסחה או יחס, לא כל שכן נוסחה מדויקת וממצה. המימרה אינה אומרת, למשל, אם יותר טוב ויותר רצוי לפטור אלפיים חוטאים מלהרוג נקי אחד, עשרת אלפים חוטאים וכדומה. אם ניצמד לרגע לשאלה הנורמטיבית המספרית, ואם נניח לרגע שלא נסכים להקריב חף כדי להרשיע אלף אשמים, מהו מספר האשמים שלא נסכים עוד לוותר על הרשעתם כדי לא להקריב חף? עשרת אלפים? מאה אלף? כל מספר שנעלה יהיה שרירותי וסתמי, בדיוק

188 ספר המצוות לרמב"ם, מצוות לא תעשה, רצ (מהדורת לוי). ציטוט זה עלה בפסיקה לא אחת. ראו, למשל, ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' יז לפסק הדין של השופט רובינשטיין (אר"ש 20.10.2010); ע"פ 4275/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק הדין של השופט מלצר (אר"ש 9.6.2017); ע"פ 7535/17 בקשי דורון נ' מדינת ישראל, פס' 28 לפסק הדין של השופטת וילנר (אר"ש 25.5.2021).

כמו אחד לאלף, וממילא כל "עסקה" מסתיימת בהסכמה לשליחתו של חף להרשעה ולעונש. מעבר לכך, איננו יודעים מה ה"מספר" הרלוונטי לתיק שלפנינו, ואין לנו נקודת ייחוס ממשית לחברו למכלול.

מבחינה נורמטיבית, האומנם אנו מבכרים זיכוי של אלף אשמים מאשר הרשעה של חף? איני בטוח כלל. אם נשאל את הציבור בכללותו או את נפגעי העברה בפרט – אותם נפגעים שההרשעה בתיקיהם תוקרב כדי לא להרשיע חף בתיק אחר – נראה שהם ידחו את ה"עסקה", אשר תאפשר לעבריינים להיות חופשיים ולהמשיך לפשוע.¹⁸⁹

בשפה מודרנית ותחת הדוקטרינה הקיימת, קיימים מנגנונים מגוונים למניעת הטעות של הרשעת חפים, שאחד הבולטים מביניהם הוא רף ההוכחה במשפט הפלילי. כחלק מהקצאת סיכוני המשגה שהוזכרו מוקדם יותר, זיכוי מחמת הספק מעיד על תפיסה מערכתית כללית וסברה שיפוטית קונקרטית כי הנאשם שלפנינו אשם, אולם אשמתו לא הוכחה ברף גבוה מספיק כדי לטבוע בו את אות הקלון של מורשע ולהטיל עליו את העונש ההולם את מעשיו.¹⁹⁰ באופן מערכתי פירושו המובנה של הספק הסביר הוא הגדלת סך ההכרעות השגויות בהליך הפלילי, במובן של זיכוי אשמים.¹⁹¹ כמו המימרה על האלף מול האחד, גם רעיון הספק הסביר מוסבר לעיתים באמצעות הסתברות ומספרים.¹⁹² אולם כל מספר שתקצה המערכת יהיה שרירותי, ישלים באופן משתמע עם הרשעת חפים, וממילא, כמו המימרה של הרמב"ם, יחיה בעיקר ברובד מופשט ורטורי, ללא תרגום מוחשי ואובייקטיבי, ותוך הותרת חופש הוכחה קיצוני. אפילו היה רף הסתברותי כללי נקוב, למשל 95%, התיק הטיפוסי אינו מגיע עם רף הסתברותי, ואינו כולל נתונים שהצטברותם מאפשרת לזקק רף מדויק. בין בעולמו של הרמב"ם ובין בעולם הדוקטרינה המודרנית, אין דרך מעשית לנקוב מספרים ולסכום אותם כדי למנוע הרשעות שווא. גם פנייה לנוסחאות מתמטיות לא תוביל למספר מדויק, משום שהמשתנים בנוסחה מבטאים היפותזות גרידא.¹⁹³

189 יניב ואקי מרבה לכתוב על סוגיית הספק הסביר, וניתח אותה מזוויות מגוונות. ראו, למשל, יניב ואקי "סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש" **הפרקליט** מט 463 (2007); יניב ואקי **מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בדין הישראלי** (2013). סנג'רו מדגיש כי לא בכל ההקשרים מדובר במשחק סכום אפס שבו ניתן למנוע הרשעת חפים מפשע רק במחיר של זיכוי אשמים, שהרי ככל שבאמצעים בטיחותיים נהפוך את הראיות למדויקות יותר כן נקטין את שיעור ההרשעות של חפים מפשע ובר בבר נגדיל את שיעור לכידתם של העבריינים האמיתיים. ראו סנג'רו **בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 34–35.

190 ליישום במקרים קשים בישראל ראו, למשל, ע"פ 347/88 **דמיאניוק נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(4) 221, פס' 441–445 ו-456–457 לפסק הדין (1993); ע"פ 3792/01 **פרידה נ' מדינת ישראל**, פס' 14–16 לפסק הדין של השופט לוי ופסק הדין של השופט חשין (אר"ש 25.3.2002).

191 מנשה "אידיאל חשיפת האמת", לעיל ה"ש 3, בעמ' 312.

192 ראו, למשל, ואקי **מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בדין הישראלי**, לעיל ה"ש 189, בשער הראשון, בפרק הרביעי; מנשה וגרונר, לעיל ה"ש 82, בעמ' 105–106.

193 הרדוף "חופש הוכחה עד בלי די(ות)?" , לעיל ה"ש 166, בעמ' 42.

שתי הדרכים היחידות המונעות לחלוטין הרשעות שווא הן זיכוי בכל תיק או הימנעות מוחלטת מאישום, ובמקבילה האזרחית – דחייתן של כל התובענות או הימנעות מהגשתן. ברור כי שתי הדרכים מייטרות לחלוטין את המשפט המהותי והדיוני, ומעקרות את מטרות המשפט המעשי. המשפט הפלילי נולד כדי להשיג את מטרות ההפלה;¹⁹⁴ הוא נולד כדי להפיל, להרשיע ולהעניש, ולא כדי לזכות; לא כוננו משפט פלילי כדי להוכיח את חפותו של מישאו. גם המשפט האזרחי לא נולד כדי להוכיח שמישהו לא הפר חוזה או לא ביצע עוולה. דחיית אישומים ותובענות אינה אלא תוצר לוואי הכרחי של מסננות גסות בדרך לבית המשפט.

למרבה הצער, גם המסננת השיפוטית עלולה להיות גסה מדי, ואף נסותרת בכשלונותיה. במישור הפלילי, בית המשפט יודע על קיום האפשרות להרשעת שווא, אינו מעוניין להגיע אליה (וכמוהו ולפניו גם התביעה והמשטרה), ויודע גם על רעיון הספק הסביר ועל האפשרות להישען עליו מבחינה רטורית בתיקים כאלה ואחרים. בית המשפט אף יודע על האפשרות שהוא עצמו יחוש כי אין ספק סביר באשמתו של חף ולכן ירשיע. מבחינה תאורטית, כאן באים להצלת החף מנגנונים קשורים, כגון מישור הדיוט; אולם גם אלה עלולים להיכשל, כמוסבר לעיל, וכך אין באמת חיסון מוקדם מפני הסכנה שבית המשפט יחוש כי אין ספק סביר באשמת החף, ואין תרופה מאוחרת. אף שבית המשפט ער לאפשרות של תאונה בכלל ושל תאונה סמויה בפרט, ה"תאונה" הקונקרטית מתרחשת באולמו ובהשתתפותו, אך בזמן אמת ואף בדיעבד נותרת סמויה מעיניו ומעינינו. בתרחיש כזה בית המשפט אינו הפתרון; הוא חלק מהבעיה. לפנינו קביעת אשמה שיפוטית אשר דילגה בהצלחה מעל המכשולים בדרך להרשעה, בתרחיש שבו כשלו מנגנוני הבטיחות הקיימים מפני הרשעת שווא במשפט הפלילי. כפי שברגיל איננו יודעים בוודאות מיהו האשם שזופה, למעט במקרים של פסילה ערכית מהותית,¹⁹⁵ כמעט לעולם איננו יודעים בוודאות מיהם החפים שהורשעו.

הסבר לכך עולה במבט מתורת המשחקים.¹⁹⁶ לפני כתב האישום הפיקה המשטרה ואספה את הראיות החזקות ביותר שיכלה להשיג. במשפט ניסתה ההגנה כמיטב יכולתה לערער את ראיות התביעה. כמעט בלתי אפשרי לחשוף בדיעבד ממצא שיפוטי מכריע כשגוי, לאחר שהתיק תם ולאחר שזכות הערעור מוצתה. אילו הייתה ראייה ניצחת בידי

194 Lindsay Farmer, *Criminal Wrongs in Historical Perspective*, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW 214, 214 (R.A. Duff et al. eds., 2010); Darryl Brown, *History's Challenge to Criminal Law Theory*, 3 CRIM. L. & PHIL. 271, 278–282 (2009); Shlomit Wallerstein, *Criminalising Remote Harm and the Case of Anti-democratic Activity*, 28 CARDOZO L. REV. 2697, 2699 (2007); מרדכי קרמיניצר "האם חסרי עבירות אנחנו? על הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 13), תש"מ-1980" **משפטים** יג 159, 160 (1983).

195 הרדוף "רעיון בלתי-קביל", לעיל ה"ש 62, בעמ' 182.

196 להרחבה ראו JOHN VON NEUMANN & OSKAR MORGENSTERN, *THEORY OF GAMES AND ECONOMIC BEHAVIOR* (1944); GUILLERMO OWEN, *GAME THEORY* 1 (2d ed. 1982); William B.T. Mock, *Game Theory, Signalling, and International Legal Relations*, 26 GEO. WASH. J. INT'L L. & ECON. 33, 38 (1992).

מי מהצדדים, הוא היה מציג אותה במשפט.¹⁹⁷ קשה לדמיין ראייה כזו, וקשה עוד יותר לדמיין שמסיבה כלשהי ובדרך כלשהי היא הופקה רק אחרי המשפט, ולא עד תחילת המשפט או אף באיחור במהלכו.¹⁹⁸ לעומת זאת, אילו מלכתחילה הייתה ראייה כזו, המחלוקת הייתה נעלמת או מנותבת לאפיק אחר. כך, אילו הייתה ראיית הגנה כזו מלכתחילה, כתב האישום לא היה מוגש, ואילו הופקה ראייה ניצחת כזו לאחר הגשתו, האישום היה מבוטל. בהתאמה, אילו הייתה זו ראיית תביעה, ההגנה כנראה לא הייתה כופרת בעובדה הנטענת, אלא מתאימה אליה את קו ההגנה. אם כן, לעומת הריאליזם של סכנת הרשעת השווא, ה"סכנה" של חשיפת הטעות השיפוטית בהרשעת שווא – חשיפה משכנעת ונחרצת – היא אפסית, ושמורה למצבי קיצון או להתפתחות טכנולוגית נדירה, כגון בדיקות ה-DNA.¹⁹⁹

מסוכן ככל שיהיה, המשפט הפלילי לפחות מושך מעט תשומת לב ביקורתית בעניין החשש מטעות עובדתית, בעיקר החשש מטעות של הרשעת חפים. המשפט הפלילי כולל אף מנגנון מיוחד לתיקון מאוחר של פסק דין חלוט: המשפט החוזר.²⁰⁰ אומנם, רוב הבקשות למשפט חוזר נדחות בישראל, אפילו בתיקים שעוררו ספקנות ציבורית,²⁰¹ בין היתר משום שבית המשפט מצפה למצוא ראיית חפות ניצחת, ואין כזו;²⁰² ורוב המשפטים החוזרים תמים בהרשעה.²⁰³ אולם לכל הפחות קיים פוטנציאל לתיקון.

לעומת זאת, במשפט האזרחי והמנהלי אין פוטנציאל כזה. סכנת הטעות קיימת גם שם, ואף ברור שהסכנה של חיוב הנתבע לשווא היא גבוהה בהרבה מהסכנה של הרשעת נאשם חף, משום שרף ההוכחה נמוך בהרבה. לא רק שהשדות אינם כוללים מנגנון לתיקון מאוחר, החורשים בשדות אלו אינם נוטים להביע התרגשות מיוחדת – או אפילו התרגשות כלשהי – מהאפשרות של טעות.²⁰⁴ כך, למשל, קביעה שיפוטית כי חוזה הופר או כובד, קביעה שיפוטית כי הייתה או לא הייתה השפעה הוגנת על מחבר צוואה, קביעה שיפוטית כי נערך שימוע מספיק לעובד שפוטר – כל אלה עשויות לשגות, ולאחר

197 אין בדיקת "תקן זהב" שתוכיח בבירור את שגגת ההרשעה. ראו הלפרט וסנג'רו, לעיל ה"ש 4, בעמ' 398–399.

198 להתמודדות עם ראיות מן הסוג האחרון ראו, למשל, יוסף אלרון "קבלת ראיות שלא על פי סדר הדין" **המשפט** יב: ספר עדי אור ז"ל 15, 16–30 (2007).

199 סנג'רו **בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 18–19.

200 ס' 31 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

201 מ"ח 8498/13 **אל-עביד נ' מדינת ישראל** (אר"ש 12.2.2015).

202 סנג'רו **הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 240.

203 ראו, למשל, מ"ח 9974/04 **שוורץ נ' מדינת ישראל** (אר"ש 5.9.2005) והרשעה מחודשת שאושרה בבית המשפט העליון: ע"פ 5459/09 **שוורץ נ' מדינת ישראל** (אר"ש 20.7.2015). בקשה לדיון נוסף נדחתה בקצרה עקב היות הטענות "ערעוריות": דנ"פ 5306/15 **שוורץ נ' מדינת ישראל**, פס" 8 (אר"ש 6.9.2015). לדיון ביקורתי במשפט החוזר בישראל ראו סנג'רו וקרמניצר, לעיל ה"ש 4.

204 כדברי שטיין, בניגוד למשפט הפלילי, שבו קיימת סיבה עקרונית להעדיף זיכוי שגוי על הרשעה שגויה, במשפט האזרחי אין סיבה להעדיף ממצא חיובי כוזב (false positive) על ממצא שלילי כוזב (false negative). Stein, *Inefficient Evidence*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 430.

שפסק הדין נהיה חלוט, נסתם הגולל על תיקון המשגה. גם בשדות אלו התאונות נסתרות, וגם בהם תורת המשחקים מרמזת שלא נוכל לחשוף את הטעות בעתיד. בהעדר מסלול ממשי לתיקון מאוחר במערכת המשפט,²⁰⁵ נותר פוטנציאל לתיקון ציבורי-חברתי לכל היותר. אולם ההניעה לתיקון כזה דלה, וממילא תיקון כזה אינו מאיים על מערכת המשפט במובן של חשיפת ערוותה.

האומנם קיימת סיבה תקפה להתייחס בביטול לחשש מסכנת המשגה בשדה המנהלי ובשדה האזרחי? ההגנה היתרה במשפט הפלילי מפני שגגה אפשרית בקביעת ממצאים, לעומת ההגנה המינימלית במשפט האזרחי משגגה כזו, מתקשרת כנראה להמשגה המטפורית הפופולרית של ההליך הלא-פלילי כ"דיני ממונות",²⁰⁶ לעומת המשגתו של ההליך פלילי כ"דיני נפשות".²⁰⁷ אולם דיכוטומיה זו נראית משכנעת רק כאשר היא מושטת ומוקצנת. עולה ממנה כאילו המשפט הפלילי עוסק רק בתיקים כבדים כרצח ואונס, וכאילו אין הוא עוסק גם בזוטות מוחלטות, כעברות תעבורה קלות, מצד אחד; וכאילו המשפט האזרחי והמנהלי עוסקים רק בחוזים כלכליים קטנטנים, וכאילו אין הם עוסקים גם בשאלות הוות גורל, כגון סכסוך על מקרקעין, על פיטורים מעבודה או על משמורת ילדים, מצד אחר.²⁰⁸ הכרעה בסכסוך ירושה, למשל, עשויה לשאת השלכות מעשיות מרחיקות לכת מבחינת עיצוב או מיטוט של מערכות יחסים בתא המשפחתי.²⁰⁹ גם הכרעה בענייני נזיקין עשויה לכלול השלכות כלכליות וחברתיות, ואף אקספרסיביות.²¹⁰ האומנם ניתן לטעון ברצינות כי טעות עובדתית בתיק פלילי בעברת

205 הביטוי "משפט חוזר בהליך אזרחי" אינו אוקסימורון מוחלט. אין לו עוגן פורמלי, אך הפסיקה הכירה בו, והוא עולה לשולחן, אם כי לעיתים רחוקות. רעיון נדיר זה אינו סובב סביב חשש לאי-דיוק עובדתי, אלא בעיקר סביב חשש לתרמית כלפי בית המשפט. ראו, למשל, ע"א 4682/92 **עזבון שציה נ' בית טלטש בע"מ**, פס' 5–6 (אר"ש 7.4.2003); רע"א 1491/24 **גבאי נ' קפיטולניק**, פס' 11–13 (אר"ש 13.5.2024).

206 ראו, למשל, ע"א 8423/06 **שדה נ' לוינזון**, פס' 1 לפסק הדין של השופט רובינשטיין (אר"ש 10.8.2010); ע"א 2144/13 **עזבון מנצין נ' הרשות הפלסטינאית**, פס' 122 לפסק הדין של השופט סולברג (אר"ש 6.12.2017); עניין **בקשי דורון**, לעיל ה"ש 188, בפס' 32 לפסק הדין של השופט הנדל.

207 ראו, למשל, בג"ץ 5699/07 **פלוגית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(3) 550, 773 (2008); ע"פ 3250/10 **מדינת ישראל נ' פלוגי**, פ"ד סה(2) 470, פס' 31 לפסק הדין של השופט גרוניס (2012); ע"פ 8279/11 **מור נ' מדינת ישראל**, פס' 93 לפסק הדין של השופט דנציגר (אר"ש 1.7.2013).

208 אכן, הביטוי "דיני נפשות" עלה גם בהקשרים של דיני המשפחה. ראו, למשל, ע"א 316/86 **אלמונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מא(3) 544, 549 (1987); ע"א 3763/92 **פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מז(1) 876, 869 (1993); ע"א 6953/94 **פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נג(3) 432, 418 (1999).

209 עיריית רייך-זיו "משנים מפני השלום": חופש הציווי או חופש החוזים? חופש החוזים עדיף – היבטים עיוניים ומעשיים בהסדרתה של הצוואה ההדדית "משפט ועסקים" כד 401, 402 (2021).

210 בעז סגל "הרתעת מאסדרים באמצעות דיני הנזיקין: ההבחנה בין דיני הפיצוי לדיני האחירות" **משפטים** מט 575, 571 (2019).

חטא היא באופן כלשהו הרת גורל יותר מאשר טעות עובדתית בתיק אזרחי רחב היקף?²¹¹

כלומר, עולה בעיה ידועה ורחבה באשר לקביעת ממצאי עובדה בכל ענפי המשפט המעשי. כלשונה החריפה של אלינור סוויפט (Swift), אין מתודולוגיה או פרספקטיבה אובייקטיבית במערכת המשפט לבחינת נכונותה של ההכרעה העובדתית. בדיקה מחודשת על ידי ערכאה אחרת במערכת המשפט אינה מספקת גרסה אובייקטיבית של האמת, ואף מחוץ למערכת המשפט אין נקודת התייחסות חותכת לממצאים.²¹² הן תחושת ההצלחה והן תחושת הכישלון בקביעת הממצאים אינן שעונות על משוב ממשי, אימות או הפרכה חיצוניים של ממצאים עובדתיים.²¹³

כך, לצד ההצהרה המערכתית הקולקטיבית בדבר הסלידה מהרשעת חפים, כטעות הקיצון הנוראית של מערכת המשפט, קיימות פרקטיקות שיטור ומשפט רבות אשר מבט ביקורתי מציע באופן משכנע שהן מתנגשות ברעיון המופשט ויוצרות או מגבירות את הסכנות להרשעת שווא. גם במשפט האזרחי קיימים סוגי ראיות אשר מבט ביקורתי מציע שהן יוצרות או מגבירות את הסכנות לקביעת ממצא עובדתי לא מדויק, כגון התצהיר, שהוא כזכור ראייה מגמתית וחשודה במיוחד אך פופולרית ביותר מבחינה מעשית.²¹⁴ דא עקא, מי שנוטל חלק בפרקטיקות של יצירת הראיות הללו, הגשתן והישענות עליהן ידחה את הטענה כי הן מתנגשות ברעיון המופשט. זהו קיר ההכחשה. אומנם, התחושה של פלוגי – יהא זה שוטר, עורך דין או שופט – כי הוא מוצלח ומדויק במלאכה של קביעת ממצאים עובדתיים שבמחלוקת, בהישענות על חומרים גולמיים ועל עדויות כאלה ואחרות, אינה יותר מהאמנה גרידא, ביטחון עצמי הבנוי על ניסיון,²¹⁵ וביתר דיוק – על אשליה והטיה קוגניטיבית.²¹⁶ אולם כיצד מנפצים את האשליה הזו? כיצד ממוטטים את קיר ההכחשה?

בקשר לחשש מהרשעת שווא בישראל ניסה סנג'רו למוטט את הקיר באמצעות מתקפה כללית על טיב הראיות, בלוויית דוגמאות קונקרטיות של הרשעת חפים, רובן מארצות הברית ומקצתן מישראל. אולם כרסום בכוחם של סוגי ראיות אינו מספיק לבדו כדי להצביע על הרשעת חפים; ואילו כוחם של סיפורים זרים אינו רב דיו למוטט את קיר ההכחשה הישראלי.²¹⁷ ממילא, חלק מהמתקפות על הקיר אינן כרוכות בהוכחות

211 השוו DAMAŠKA, לעיל ה"ש 143, בעמ' 120–121.

212 Swift, A Foundation Fact Approach to Hearsay, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1350.

213 הלפרט וסנג'רו, לעיל ה"ש 4, בעמ' 398–399.

214 הרדוף לא מה ששמעת, לעיל ה"ש 61, בפרק ד.

215 חיים ה' כהן "דין אמת לאמיתו" גבורות לשמעון אגרנט 35, 77–79 (א' ברק ואח' עורכים 1987).

216 DAMAŠKA, לעיל ה"ש 143, בעמ' 32.

217 סנג'רו הוא מהכותבים הבולטים בעברית באקדמיה למשפט, ובמבוא לספרו בעברית הוא אף יוצא בקצרה נגד הסתף לעבר השפה האנגלית. ראו סנג'רו בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 4, בעמ' 15. עם זאת, לצד התייחסויות קונקרטיות וחשובות לדין בישראל, נפח הדיון שלו בפסיקה האמריקנית גדול מנפח דיונו בפסיקה הישראלית. סנג'רו ייחס זאת לכך שבעוד בארצות הברית קיים "פרויקט החפות", שבמסגרתו מוכחות עוד ועוד הרשעות של חפים מפשע, בישראל

ממשיות של חפות, שמתאפשרות בעיקר בהתבסס על השוואות גנטיות, אלא כוללות בעיקר כרסום כזה או אחר במערך הראיות המרשיע וניסיון מאוחר להטיל בו ספק.²¹⁸ ניסיון כזה אינו מקעקע את ההרשעה, ואינו מסוגל להטיל בה קלון של הרשעת שווא. יתר על כן, אפילו היו כל הדוגמאות האמורות נחרצות, לא היה בכוחן למוטט פרקטיקות ותיקות רחבות שהובילו לאין ספור אישומים והרשעות אשר המערכת לא ראתה סיבות לפקפק בהן בדיעבד. סיפור על כישלון חריף אחד אינו יכול למוטט חומה של אלף הצלחות, אפילו הצלחות על בסיס אשליה; וסיפור על עשרה כשלונות חריפים אינו יכול למוטט חומה של עשרת אלפים הצלחות מדומיינות. בהתאם, המערכת תתפוס או תציג את מבקרה כדון קישוט הנלחם בטחנות רוח, וטענותיו כי הוא נלחם באויב אמיתי יהיו לשווא. זעקה חדה ומתמשכת שהרשעת השווא היא תופעה²¹⁹ אומנם שורטת את קיר ההכחשה שוב ושוב, אך הקיר עודנו איתן. הוא בנוי מאבנים חזקות – אבני ההצדקה העצמית והפער בין המופשט והמוסכם לבין הקונקרטי והשנוי במחלוקת.

פערם בין עיקרון מופשט לבין הקונקרטיזציה שלו הם תופעה רחבה. למשל, קיים קונסנזוס ציבורי נגד התעללות בבעלי חיים ונגד הסבת סבל להם לא לצורך, אך באותה נשימה קיימות אין ספור פרקטיקות אנושיות פוגעניות ונצלניות כלפי בעלי חיים.²²⁰ אל מול התמיכה הרחבה ברעיון מופשט, המציאות מלאה מופעים קונקרטיים אשר מבט ביקורתי מראה כי הם מתנגשים באופן חזיתי באותו רעיון מופשט. אולם מי שמממש את אותם מופעים ותומך בהם לא יודה שהם מתנגשים ברעיון המופשט, אלא יטען כי הרעיון המופשט אינו רלוונטי להם כלל. כך גם עולה מהפער בין הקונסנזוס המדעי והתרבותי ההולך ומתרחב בדבר נזקי האקלים החמורים שהמין האנושי מחולל לבין שכיחותן העצומה של פרקטיקות תעשייתיות ואישיות מזהמות ומזיקות, דבר שאף הוביל לטביעת המונח "הכחשת שינוי האקלים".²²¹ באופן רחב אף יותר, כולנו נסכים

אי-אפשר לקיים פרויקט כזה, משום שהרשויות לא שמרו את הממצאים הדרושים לעריכת הבדיקות הגנטיות. שם, בעמ' 19 ו-162.

218 שם, בעמ' 117–118 (דוגמה לאפשרות של הרשעה שגויה) ו-197 (דוגמה לטיהור על ידי ועדת חקירה עשרות שנים לאחר המקרה).

219 בועז סנג'רו "לא רק סכנה, אלא תופעה – תשובה לתגובתו של השופט מרדכי לוי על הספר 'הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות' מאזני משפט י 67 (2015). נראה כי סנג'רו מודע לקושי במיטוט קיר ההכחשה שהמשפטים בנו ומשמרים, ולכן ספרו הקודם פנה גם לציבור הרחב. ראו סנג'רו **הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 12.

220 Gary L. Francione, *Animals, Property and Legal Welfarism: "Unnecessary" Suffering and the "Humane" Treatment of Animals*, 46 RUTGERS L. REV. 721, 731, 739, 745 (1994); אסף הרדוף "התעללות ראויה? בין צער בעלי חיים לעונג האדם" **דין ודברים** י 141, 156–166 (2017) (להלן: הרדוף "התעללות ראויה?").

221 *Why Is It Called Denial?*, NAT'L CTR. FOR SCI. EDUC. (Jan. 15, 2016), <https://ncse.ngo/why-it-called-denial>. הסרט המצליח בנטפליקס **אל תסתכלו למעלה** (אדם מקיי במאי 2021) מהדהד ומקציץ את רעיון הכחשת המציאות בהקשר זה.

שצריך לעשות "טוב" ולמנוע "רע". בד בבד, חלק מאיתנו משתתפים בהווה אנושית שאחרים מתארים כ"רעה", ואטומים לטענות שהיא "רעה", לא כל שכן שאנו "רעים".

2. ההניעה לא להשתנות

המכשול השני והקשור שניצב בפני שיפור הדיוק העובדתי הוא בעיית ההניעה. סנג'רו השווה את מערכת המשפט הפלילי למערכות כגון רפואה, תחבורה ותעופה, וכתב כי היינו דוחים הצעה לכרטיס טיסה חינוך בחברת תעופה ששיעור ההתרסקות בטיסותיה הוא אחוז אחד.²²² אולם ההשוואה אינה מדויקת, וזאת לא רק לנוכח הוויכוח אם ה"טיסה" המשפטית אכן מתרסקת, אלא גם לנוכח הבדל מכריע אחר: איננו צרכנים של משפט, על כל ענפיו ורשויותיו. במגבלות כלכליות ואחרות, אנו יכולים לבחור אם לטוס ובאיזו חברה, אם לנסוע ובאיזה רכב, אם להשתמש בתרופה ובאיזו. לעומת זאת, אין לנו כל בחירה והשפעה באשר למשפט המקומי: על החוק, בית המשפט ורשויות אחרות. מיעוטנו יכולים לבחור לעזוב ולהיקלט במדינה אחרת – החלטה אשר מטיבה מתחשבת בפרמטרים רבים מספור, שהמשפט אינו בהכרח המרכזי מביניהם – אך גם במדינה זו לא תהיה לנו השפעה על הדין. ה"חוזה" בין האזרח לבין המדינה בכלל, ובהקשר הפלילי בפרט, הוא מטפורי ופיקטיבי לחלוטין.²²³

גם השוטר, עורכת הדין ושופטת הערכאה הדיונית אינן בוחרות במשפט. יתרה מזו, האחרונות הן חלק מהמערכת, חלק שבהכרח הפנים ואף יישם את כלליה ומנגנוניה. ככלל, מערכות אינן חובבות שינוי, לא כל שכן שינוי הכרוך תחילה בהודאה בטעות מערכתית מתמשכת, ובהמשך בגיוס משאבים ומאמץ לקראת שינוי עמוק, כמתחייב מהצעות לטיוב הדיוק העובדתי של מערכת המשפט. כרסום משכנע בדיוקה של פרקטיקה, להבדיל ממיטוטה המוחלט, אינו צפוי להניע מישור ברשויות, במשרדי עורכי דין ובבית המשפט להודות כי הוא חלק מהבעיה, ולעבוד קשה יותר באופן שיטתי. הצעות ממשיות, אשר מטיבן אינן במישור הקלישאה של המימרה על האלף מול האחד, צפויות לעורר התנגדות. באופן כללי, אנשים רבים כמהים לשינוי העולם סביבם ולשיפורו; מעטים בהרבה כמהים או אפילו מוכנים להשתנות ולשפר את עצמם. טלו, למשל, סוגיה משפטית פשוטה יחסית לשינוי, במובן זה שהיא אינה מערבת הפקת ראיות: עסקת הטיעון. איזה סיכוי קיים להצעה הנקודתית של סנג'רו שבית המשפט יבחן היטב את רצונית ההודאה, ויבחן את חומר הראיות בכלל ואת קיומו של סיוע בפרט, בטרם יאמץ את העסקה?²²⁴ הרי הצעה זו מתנגשת בשלושה צדדים עמוסים המייחלים לסיום התיק.²²⁵ התביעה, הסנגוריה ואף הערכאה הדיונית ככולות כולן

222 סנג'רו בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 4, בעמ' 33.

223 ל"חוזה" זה ראו תומאס הובס לריתן 1 (יוסף אור מתרגם התשכ"ב).

224 סנג'רו בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 4, בעמ' 259–260.

225 בהקשר של העומס על בתי המשפט ראו לעיל ה"ש 85.

במשפט שהן לא בחרו, ושרויות בעומס זמן, אשר באופן שיטתי מדכא יסודיות.²²⁶ כתופעה, בית המשפט אינו טורח אפילו לבחון את יסודות העברה של נאשם שמודה (במסגרת עסקה או לא במסגרת עסקה), אלא עובר באופן אוטומטי להרשעה, וזאת בניגוד לסמכותו ובאופן הפוגע בזכויות הנאשם ובאינטרס הציבורי.²²⁷ אם אפילו יישום פשוט של ידע בסיסי בדיני העונשין אינו נעשה בתיק הודאה, מי בדיוק ישקיע מאמץ קוגניטיבי בפענוח תיק שכל צדדיו מבקשים לסיימו? קל וחומר שזה המצב במשפט האזרחי, שבו איש אינו חושש שאנשים הגיעו להסדרי פשרה אשר אינם משקפים את האמת העובדתית.²²⁸

לעומת עורכי הדין, המשטרה ובית המשפט, מי שנהנה מהעדר לחץ זמן ומחופש הבחירה הגדול ביותר במשפט הוא המחוקק. כאמור, המחוקק הפקיר את דיני הראיות במדינת ישראל למן קומה ועד היום,²²⁹ ומתעלם באופן מתמשך מקשיים, כשלים וחסרים בסדר הדין.²³⁰ אין לנו ראיות לסבור כי הוא מעוניין לעבוד קשה יותר כדי לדייק את תוצריה העובדתיים של מערכת המשפט בפרט וכדי להשביחה בכלל, להבדיל מלנצלה לתועלתו הפוליטית. אין קופונים פוליטיים מובהקים לגזור בדיני הראיות; אין פלא שהם מופקרים.

אסיים בהמחשה באמצעות מבט מפוכח קצרצר במחקרים קודמים שלי. בשעתו בנית מודל הפללה נורמטיבי, במגמה לאפשר דין פלילי מהותי מדויק יותר – עניין שלפחות בזירת המשפט הפלילי חשיבותו אינה פחותה מזו של דיוק עובדתי בהכרעה.²³¹ במאמר ביקורת כתב אברהם טננבוים, בין היתר, כי המודל משוכלל ו"יתקבל בברכה ובהסכמה כמעט על ידי כל אדם חושב", אולם "במציאות אין אנו פועלים לפי קריטריונים הגיוניים".²³² כלומר, לפי הביקורת, אין מי שיאמץ את השכילה וההיגיון. בהקשר שונה לחלוטין, זעקתי על ההתעלמות ואי-האכיפה השיטתיות של רשויות האכיפה ושל הרשות השופטת בכל הנוגע בסבלם של בעלי החיים, על העדר ההניעה להגן עליהם ועל ההניעה להעלים עין מהפגיעה העצומה והשיטתית בהם, וקראתי להקים רשות להגנת בעלי חיים.²³³ אולם בהעדר הניעה כאמור אין מי שיקשיב להצעה. במילים כלליות, הצעות לטיוב המשפט אינן יכולות לשנות את המשפט מבלי

226 Rinat Kitai-Sangero, *Plea Bargaining as Dialogue*, 49 AKRON L. REV. 63, 84–85 (2016).

227 אסף הרדוף "פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי" **המשפט** כד 39, 51–62 (2018).

228 עניין **ביאזי**, לעיל ה"ש 83, בפסקי הדין של השופטים אלון וגולדברג.

229 הרדוף "חיסוי ללא מיצוי", לעיל ה"ש 78, בעמ' 340.

230 הרדוף "חוק יסוד: רטוריקה חוקתית", לעיל ה"ש 91, בעמ' 29–30; אסף הרדוף "המהפכה החוקתית שלא הייתה: תרומתו הזניחה של העידן החוקתי לשדה הפלילי" **ספר סלים גינבראן** 849 ו-872–876 (אהרן ברק ואח' עורכים 2023) (להלן: הרדוף "המהפכה החוקתית שלא הייתה").

231 אסף הרדוף **הפשע המקוון** פרק ראשון (2010).

232 אברהם נ' טננבוים "טובים השניים מן האחד": בעקבות הספר 'הפשע המקוון' מאת אסף הרדוף **הפריקליט** נב 395, 405 (2013).

233 הרדוף "התעללות ראווה?", לעיל ה"ש 220, בעמ' 167–176 ו-226–231.

להראות או ליצור הניעה מבוססת של השחקנים החזקים. דיון בנוקיהן העצומים של הרשעות השווא אינו מספיק.²³⁴ במערכת המשפט נמצא בעיקר להט רטורי להעיד על איכותה ולהכחיש את כשליה, ולהט מהותי להיאבק נגד שינויה ונגד העלאת הסטנדרטים שבבסיסה.²³⁵

פרק ה: פרדוקס הסטנדרט – כיצד שאיפות גבוהות עלולות לכוון למטה

אפילו בהנחה שיתממשו שינויים ושיפורים בפרקטיקות ההפקה, ההצגה והדיון השיפוטי בסוגי ראיות, צפוי מופע של פרדוקס אנושי מטריד ורחב. באופן אירוני, דווקא יצירת סטנדרטים בנושא הפקת ראיות ועיבודן, במטרה לצמצם את הסיכוי להיסק עובדתי שגוי, עלולה לקדם את הסיכוי להיסק עובדתי שגוי. בדומה להטיית האישוש, שלפיה אנו נוטים "לחפש או לפרש ראיות בדרך שתתמוך באמונות, בציפיות ובהשערות הקיימות",²³⁶ ניתן לשער כי סטנדרטיזציה של המגמה ההוכחתית עלולה לפגוע בדיוק העובדתי לנוכח תפיסה משתמעת ושגויה שלפיה עמידה בסטנדרטים כשלעצמה מובילה לאמת העובדתית. זהו פרדוקס הסטנדרט הראיתי.²³⁷ כך הוא נראה כההליך:

שאיפה מערכתית לצמצם אי-דיוק עובדתי שיפוטי סמוי ← זיהוי כשלים וקשיים
 ← יצירת סטנדרטים הוכחתיים וגיבוש דוקטרינה של הוכחה ← היווצרות תפיסה של הליטיגטורים ובית המשפט כי די בהיצמדות לדוקטרינה ← אובדן ביקורתיות כלפי הדוקטרינה והתרחקות עד התעלמות מהרציונל שבבסיסה ← הישענות על הדוקטרינה בדרך לאי-דיוק עובדתי שיפוטי סמוי

אמחיש את הדברים באשר להודאת החוץ. שלל הצעות עדכניות הועלו לצמצום הרשעות השווא בגין הודאת חוץ. חלקן התייחסו לשיפור ההפקה של ההודאה – אם באופן מופשט, כגון מניעת לחץ פסיכולוגי משמעותי, ואם באופן קונקרטי, כגון תיעוד החקירה במלואה והתרת נוכחות סגור; חלקן התייחסו לקבלת הראיה בבית המשפט

²³⁴ סג'רו בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 4, בעמ' 30–32.

²³⁵ גם בתחומים אחרים נמנעו בעבר משיפור הבטיחות אך בסופו של דבר הגיעו לכך. ראו שם, בעמ' 37–38. יש להניח שהמחקר המתמשך של סג'רו – שאף הוביל להקמתו של המכון לבטיחות במשפט הפלילי, להפעלתו של "צוות בטיחות במשפט הפלילי" ולפרסום דוח מפורט – ימשיך בניסיון לשיפור המציאות המשפטית. על המכון לבטיחות במשפט הפלילי ועל "צוות בטיחות במשפט הפלילי", שבו משתתפים אנשי אקדמיה, תובעים, סגורים, חוקרי משטרה ועוד, ראו המכון לבטיחות במשפט הפלילי דוח מסכם לשנים תשפ"א–תשפ"ב: 2020–2022.

²³⁶ סג'רו בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 4, בעמ' 70. ראו גם שם, בעמ' 128.

²³⁷ כמסבר בהמשך, פרדוקס הסטנדרט הראיתי הוא מופע של פרדוקס הסטנדרט.

ולהישענות עליה רק בתוספת סיוע חזק.²³⁸ נדמיין לרגע כי כל ההצעות יתקבלו. נדמיין כעת הודאה שנגבתה לפי תנאי הסטנדרט המשופר: ללא לחץ, תיעוד מלא, בנוכחות סנגור. עוד נדמיין כי מדובר בהודאת שווא – למשל, כזו שנבעה ממניע פנימי.²³⁹ נדמיין כי נמצא לה סיוע, מסיבות הקשורות לתיק, לחשוד או לנזילותו של הסיוע, כמוסבר לעיל. לבסוף, נדמיין כי החשוד ידע פרטים מוכמנים חרף חפותו (שהרי אילו היה די בידיעה זו לאישוש אמיתותה של ההודאה, היא הייתה התנאי היחיד לכך). מה צפוי כעת? בית המשפט כנראה יחוש ביטחון רב באשמתו של הנאשם: הרי כל העובדות התקיימו. הנטייה של שחקן חוזר במערכת המשפט להישען על התזה הסמויה המשתמעת שלפיה עמידה בכללי המערכת מספקת את הביטחון הדרוש והראוי – מובנית ממש. ממבט בהווה אל מול העתיד האפשרי נעבור למבט בהווה אל מול העבר. כאמור, סעיף 12 לפקודת הראיות נולד בשעתו כדי להבטיח כי הודאה תתקבל רק אם היא נמסרה באופן חופשי ומרצון, מתוך תפיסה שכך נמנע הודאת שווא. בהעדרו של סעיף זה היה אפשר לקבל כל הודאה, לרבות כזו שהופקה באלימות קיצונית. לידת הסעיף פתרה לכאורה את הבעיה או חלקה, בעוד חלקה האחר נפתר לכאורה באמצעות סטנדרטים משפטיים מצטברים, כגון אזהרת החשוד, זכות ההיוועצות והמפגש עם סנגור, וכדומה. השחקן המערכתי מביט בדרישות אלו וחש כי די בעמידה בהן להשגת הביטחון הנדרש לעומת הדין בעבר, אשר לא הציב דרישות כאלה.

כך גם באשר לכללי הוכחה אחרים. סעיף 12 הוא חריג אחד מני רבים לכלל הפוסל עדות שמועה – עניין אשר רבים שכתבו על הסעיף לא התייחסו אליו כמעט. סעיפים 9, 10 ו-10א לפקודת הראיות יצרו סטנדרטים ראייתיים – תנאים דוקטרינריים לקבלת עדות שמועה; וסעיף 10א יצר גם סטנדרט ראייתי מצטבר וצנוע להישענות עליה לצורך הרשעה – תוספת מסוג חיזוק. כל אלה באים, בתנאיהם הפורמליים, לצמצם את הסיכוי לאי-דיוק עובדתי שיפוטי סמוי. אולם התנאים בחריגי הכלל הפוסל עדות שמועה אינם מסוגלים להבטיח כי השמועה נכונה; לכל היותר בכוחם להסיר חשש קונקרטי אחד לגביה או לאמת פרט מסוים בתוכנה.²⁴⁰ באופן כללי, אין בתנאים ערובה ממשית לנכונות התוכן של עדות שמועה; ואילו הייתה כזו, עדות השמועה הייתה מתייתרת.²⁴¹ העמידה בתנאי הדוקטרינה נוסכת תחושה מערכתית של בטיחות, אולם תחושה זו אינה יותר מאשליה. במובן זה, הדוקטרינה אינה פותרת את הבעיה; הדוקטרינה היא הבעיה. כך נכון גם באשר למישור של דיות הראיות, אשר מסיר כביכול סכנות להרשעת שווא ומרים את הסטנדרט שמישורי הקבילות והמשקל מכווננים. קיים בסיס לחשש

238 סנג'רו בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 4, בעמ' 194–195.

239 שם, בעמ' 164.

240 השווה Edmund M. Morgan, *Some Suggestions for Defining and Classifying Hearsay*, 86 U. PA. L. REV. 258, 269–273 (1938).

241 זו המחשה קונקרטית לבעיה שתוארה ככשל חוזר בתאוריות של ראיות: כדי שהן יפעלו, קובעי העובדות צריכים לדעת את התוצאה שהם תרים אחריה, ואם הם יודעים, אזי ההליך המשפטי ממילא מיותר. Allen, לעיל ה"ש 8, בעמ' 618–619.

שדרישת הדיות, בהיותה פורמלית, שולחת את בית המשפט לחיפוש אחר הראיה התומכת, ומשכיחה ממנו את החיפוש המהותי אחר הספק הסביר; בית המשפט עלול לשקוד על האתגר הקונקרטי תוך זניחת האתגר המופשט.²⁴² הסטנדרט של ראייה עיקרית בשילוב תוספת מסוג מסוים נחזה כבטוחה מפני הרשעת שווא; קיומו של הסטנדרט והעמידה בו משדרים מסר גורף משתמע של ביטחון. אולם ביטחון זה, כמוסבר לעיל, הוא חסר בסיס.

אפילו בראיות המדעיות עשויה לעלות שגגה, לרבות בבדיקת ה-DNA, שמצטיירה כחזקה ביותר, ואשר אף יצרה סטנדרט ראייתי גבוה במיוחד בפני עצמה.²⁴³ אולם כוחה התדמיתי – כוח ההשפעה הקוגניטיבי המסנוור שלה – גדול עד כדי כך שגם "עדותו של אלוהים" תיחזה כשקר בבואה לסתור את הבדיקה.²⁴⁴

באופן כללי, כללי הוכחה הבאים למזער סיכוי לאי־דיוק עובדתי שעונים על תפיסת סכנה, מחד גיסא, ועל יצירת כלים לנטרולה, מאידך גיסא. בעוד הסכנה היא ממשית, כלי הנטרול הם פיקטיביים או חלשים מכפי חזותם, לפחות בהקשרים רבים מאוד. מנגנון הנטרול משקף תפיסת אמת עובדתית גורפת, "סכמת מהימנות", סברה משתמעת כי בהתמלא תנאים כאלה ואחרים הגענו בבטחה לנחלת האמת העובדתית. אולם למעט חוקי טבע מבוססי מדע, אשר ממילא מיותרים בסכמה, תנאים כאלה אינם ניתנים לזיקוק לכדי הכללה מדויקת. כאשר התנאים מתיימרים לכוון היסק מדיבור והתנהגות אנושיים – כגון ההיסק שהודאה מרצון חופשי משקפת אמת, ואף ההיסק שהודאה מרצון חופשי עם תיעוד וסיוע חזק משקפת אמת – ברור כי תנאיו של הסטנדרט משקפים ומקדמים הכללה לא מדויקת. בד בבד, הפיכתם לסטנדרט מקובל עלולה להוביל להיצמדות לו לא עוד כמכשיר שיש לבחון בשבע עיניים את התוצר שלו, אלא כתו תקן לאמת, כתוצר שאין טעם שיפוטי לפקפק בו, ואשר יש אף טעם שיפוטי סדרתי לדחות את הפקפוק ההגנתי בו, כלומר, לדחות טענות המכוונות לסוגיות שאינן עולות מהתנאים כגחמה מיותרת. הסטנדרט שיתקבל צפוי ליצור או לשקף סכמת מהימנות גלויה או סמויה, וזו כובלת את התודעה המערכתית לתפיסה כי הינה הגענו אל האמת.²⁴⁵

אומנם, אם נצא מהנחה מתמדת בדבר הצורך בשיפור הסטנדרטים, מהנחה שעלינו לטפס על הר ללא פסגה, תצטמצם הסכנה.²⁴⁶ אולם, אף אם ניתן לקבל הנחה כזו בעולם האקדמי, קשה עד בלתי אפשרי לקבלה בעולם הפרקטיקה, משום שהיא כרוכה בספקנות עצמית עמוקה מדי. כפי שהוטעם לעיל, אנשי המערכת צפויים להתמסר לסטנדרט לא רק במובן פורמלי, אלא גם במובן קוגניטיבי. או אז הסטנדרט אינו פותר את הבעיה; הסטנדרט הוא הבעיה.

242 הרדוף "חופש הוכחה עד בלי די(ות)?" לעיל ה"ש 166, בעמ' 60; הרדוף "התוספת שתופסת", לעיל ה"ש 166, בעמ' 9.

243 סנג'רו בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 4, בעמ' 100–114.

244 שם, בעמ' 98–99.

245 הרדוף לא מה ששמעת, לעיל ה"ש 61, בפרק 4 ואילך.

246 סנג'רו בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 4, בעמ' 44–46, 86–87 ו־222.

באופן כללי אף יותר, מדובר בפרדוקס אנושי שיטתי, שמופעיו רבים מספור. למשל, בעולם הביטחון קונספציה לגבי ההגנה הנדרשת למדינה אל מול אויב מסוג מסוים עלולה לנסוך תחושת ביטחון מופרזת. אם תבוקר קונספציה ותיקה בטרם כשלה, צפוי שהביקורת תידחה כסרק; רק לאחר תבוסה גלויה, אם וכאשר תגיע, תקרוס הקונספציה. בעולם המסחרי, סופרים ואומנים טובים ייכשלו בנסיונם לקבל הזדמנות ציבורית תחת הסטנדרט הקיים השופט את עבודותיהם; רק במקרים נדירים הם יזכו בחשיפה ובהצלחה, ויזכירו את כשלונו הנקודתי של הסטנדרט לגביהם.²⁴⁷ במישורים אחרים יישארו התבוסות נסתרות או בנות הכחשה. בעולם האקדמיה הבעיה עולה, למשל, מהתפיסה שדירוגו של כתב עת מלמד על איכות מחקריו, כך שגם מבלי לבחון את המחקרים לגופם ניתן להסיק לכאורה כי מחקר שפורסם בכתב עת בדירוג גבוה הוא איכותי, בעוד שמחקר שפורסם בכתב עת בדירוג נמוך הוא מפותק. אולם ברור כי מחקר לא איכותי עשוי להתפרסם בכתב עת שמדורג גבוה, וזאת בגין טעות, הטעיה או הטיה: טעות של השיפוט והמערכת, הטעיה של המחבר או הטיה של המערכת לטובת המחבר מסיבה אישית או ערכית. ברור עוד כי בחירת הסטנדרטים אינה אובייקטיבית, ועשויה לשרת ערכים סמויים, וכי מחקר איכותי עשוי להתפרסם בכתב עת המדורג נמוך מסיבות מגוונות, כגון אדישותו של החוקר לסוגיית הדירוג כשלעצמה או חיבתו לכתב עת מסוים או לעורך מסוים. במילים כלליות, גם סטנדרט שנראה נמוך או מוצג ככזה עשוי לכלול מופעים של מצוינות, אשר יאותתו על פקפוק בדיוקו של הסטנדרט.²⁴⁸ לעומת זאת, כשלונו של הסטנדרט עצמו יהיה סמוי או בר הכחשה. מה שנכון באשר לסטנדרט עובדתי נכון כנראה גם באשר לסטנדרט נורמטיבי, שאף הוא מנוסח באופן שאינו מדויק ואינו יכול לדייק; אך לאחר שנוסח והתקבע, המערכת נצמדת אליו ונאטמת לקולות הקוראים לשיפורו. בעולם המשפט, למשל, התבוסה הנסתר של הסטנדרט עשויה לעלות, למשל, מהישענות על דוקטרינה חוקתית ותפיסתה כסטנדרט איכותי להגנה על זכויות אדם, כך שפגיעה בזכויות אדם שצלחה את המסננת היא כזו שמערכת המשפט תסכים עימה. אולם לבד מכך שהסטנדרט נזיל וגמיש באופן מוקצן, ומיושם על ידי מוח אנושי מוגבל ומוטה, אין קושי ממשי לגרוס כי הסטנדרט הקיים אינו גבוה כפי שמוצג.²⁴⁹

ניתן לסבור כי קיימת סתירה בין ביקורתי החריפה על דלות ההסדרה החקיקתית בדיני הראיות בישראל, המותירה חופש הוכחה עצום, לבין ביקורתי על כך שהיצמדות דוקטרינלית לסטנדרטים כחזות הכל עלולה להוביל לאי־דיוק עובדתי. אולם אין סתירה

²⁴⁷ למשל, הספר **הארי פוטר ואבן החכמים** נדחה בשתיים-עשרה הוצאות לאור בטרם התפרסם וסלל את הדרך לאחת מסדרות הספרים המצליחות בהיסטוריה: *From an Impoverished Single Mom to World's Richest Writer, a Look at JK Rowling's Incredible Journey*, ECON. TIMES (Jul. 31, 2023), <https://did.li/ngix5>.

²⁴⁸ אסף הרדוף "מבחן אמריקני: על אובדן הדרך של מדדי ההצלחה במבחני הלשכה ובאקדמיה למשפט" **ספר יעקב נאמן** 565 (אהרן ברק ודוד גליקסברג עורכים 2023).

²⁴⁹ הרדוף "המהפכה החוקתית שלא הייתה", לעיל ה"ש 230, בעמ' 890.

ממשית ביניהן. לא טענתי כי מישוהו, ובכלל זה המחוקק, מסוגל ליצור סטנדרטים מדויקים לחלוטין, כלומר, לנסח תנאים שיבטיחו ממצא עובדתי מדויק בכל תיק ותיק; הדבר אינו אפשרי. נראה שהכללות עובדתיות שאינן בנליות ומדעיות ילקו תמיד בצרות יתר או ברוחב יתר, בין שהן מגיעות מהמחוקק ובין שהן מגיעות ממוחו של השופט הפרטני. הראשונות עדיין עדיפות, בהיותן שקופות יותר ושרירותיות פחות. הן עדיפות בכך שהן משקפות ומקדמות את חוכמת ההמונים, ולא את חוכמת האחד או השלושה או אפילו התריסר במקרה של מושבעים. הן עדיפות בכך שהן מאפשרות טיעונים ושיח במישור אחיד וגלוי יחסית. גישת הכללים מסוגלת וצריכה לזהות בעיות וסכנות; היא אינה מסוגלת להציע להן פתרון שלם.²⁵⁰

יצירתם של כללים הוכחתיים, בין בחקיקה ובין בהלכה, היא צעד חשוב לטיוב הדיוק, אך אין היא ערובה ודאית לאמת. כללים במגמה הוכחתית (שאינם מיועדים לקדם מטרה ערכית חיצונית או מטרה של יעילות) אינם אלא תמרורי אזהרה מפני מהמורות, נקודות אור על כשלים ומכשולים בדרך. נקודות אור אלו, בין שהן מעטות (כמו בישראל) ובין שהן רבות, אינן ממצות את הדילמות העובדתיות, אינן ממלאות את כל הבורות ואינן מסירות את מלוא החושך. על המחוקק להאיר מהמורות חוזרות – משימה שהוא נכשל בה במדינת ישראל מקומה ועד היום – ובד בבד על בית המשפט האחריות לרחוק מהתפיסה שהוא נשען על נוסחה עובדתית לאמת, לרחוק מהתפיסה שנוסחה כזו קיימת או אפילו אפשרית, בין שהמחוקק אחראי לניסוחה ובין שבית המשפט העליון. הדבר הקרוב ביותר לנוסחה משפטית לדיוק עובדתי הוא ספקנות בריאה: ספקנות בריאה בחופש ההוכחה וספקנות בריאה בגישת הכללים, ספקנות בריאה ביישום הסטנדרט וספקנות בריאה בסטנדרט עצמו.

אומנם, ייתכן מאוד שהרעיון האמור קשה עד בלתי ניתן ליישום. ספק רב עד כמה השחקנים השונים במערכת המשפט מסוגלים ליישם בדקדקנות סטנדרטים קיימים, ובנשימה שאחרי כן להזכיר לעצמם שזהו תנאי חיוני אך לא תנאי מספיק. מערכת תתקשה להיצמד לכלליה ובד בבד לפקפק באיכותם, באשר כל אחת משתי המשימות הללו חותרת במידה מסוימת נגד רוחה של האחרת. קשה עד בלתי אפשרי לשחק את המשחק ולגלות ספקנות לכלליו, ואכן ספק אם כך השחקנים החוזרים פועלים. אין זאת אומרת שלשחקנים אין ספק בכללים; ניתן לשער כי יישום הכללים מותיר אותם מתוסכלים, לפחות מפעם לפעם. תסכול זה, בתורו, הוא פתח לביקורתיות, הזמנה ל"הגדלת ראש" ולהבנת מוגבלותם של הכללים ואי-דיוקם. כמו מחקרים אקדמיים אחרים, גם מאמר זה מבקש לפתוח שער לביקורת, להזמין "הגדלת ראש", ולהאיר את הבמה באור אשר יזכיר את שכולנו יודעים: אפשר לעשות את מלאכתנו טוב יותר, תמיד.

250 הרדוף לא מה ששמעת, לעיל ה"ש 61, בסיכום.

סיכום

במאבק העתיק והמתמשך בין גישת חופש ההוכחה לבין גישת הכללים שני הצדדים מעלים טיעונים מופשטים חזקים מאוד. הטיעון שלפיו המשפט אינו מסוגל לזקק הכללות מדויקות ומועילות עבור עולם הליטיגציה המגוון והעשיר – משכנע במידה רבה. הטיעון שלפיו הגוף הקונקרטי הקובע ממצאי עובדה אינו מסוגל לבדו לזקק הכללות מדויקות וליישמן במקרה הקונקרטי באופן מדויק – משכנע ביתר שאת. אלה ואלה טיעונים אשר תקפים לא רק לשלב האחרון והמדובר יחסית בקשר לחופש ההוכחה, הלא הוא קביעת הממצאים בבית המשפט, אלא גם לשלבים שלפניו, הסמויים למדי בהקשר של חופש ההוכחה: איסוף הראיות והפקתן על ידי הגוף החוקר בשלב הראשון, והצגתן בבית המשפט על ידי הליטיגטורים בשלב השני. גם כאן מבט ביקורתי יצביע על חוסר יכולת לערוך הכללות מערכתיות מדויקות, ועל חוסר יכולת פרסונלית כזו ביתר שאת, שהרי מה שהמערכת כולה אינה מסוגלת לעשות אינו בכוחם של אנשים יחידים כנראה, לא כל שכן בכוחו של כל שופט ושופטת באשר הם.

במציאות המשפטית הנוכחית, מצד אחד כל שחקני המשפט בישראל נהנים מחופש הוכחה רחב מאוד, קיצוני בהקשרים מסוימים, ומצד אחר הכללים המגבילים אותם או הסטנדרטים שצמחו – ולו כהנחיה – הם כאלה שאין קושי לפקפק בדיוקם. בהקשרים מסוימים הבעיה רחבה אף יותר. מישור המשקל, אשר מוצג בישראל זה כארבעה עשורים כתחליף רצוי למישורים אחרים, עשוי וצפוי להיכשל בפתירת בעיות קוגניטיביות מסוימות שמטופלות במישורים אחרים, משום שאי-יכולתו להתמודד בהצלחה עם הבעיות הייתה הסיבה להסדרתן מלכתחילה במישורים האחרים. המישורים האחרים פותחו וקיימים משום שמישור המשקל כושל, לפחות בהקשרים מסוימים. אולם גם הם כושלים. מישור הדיות עשוי להיכשל בהצעת מנגנון ביטחון לפתרון שלעיל, בהיותו שעון על אינטואיציה באופן כללי, ובהיותו מופעל ברובד אינטואיטיבי ונזיל, ועוד על ידי גופים החותרים למסקנה מסוימת. אפילו מישור הקבילות עשוי להיכשל בהקשרים מסוימים, כמופע של כשל רחב במיוחד: הכשל של דיני הראיות בהגבלת הגוף אשר מיישם ומפרש אותם, כלומר, בשמירה על התודעה האנושית מפני כשלים אפשריים באותה תודעה אנושית ממש.

אלה כשלים באמות היסוד של דיני הראיות. שינויים מערכתיים קונקרטיים לטיוב הדיוק העובדתי צפויים להיתקל בשני מכשולים. האחד הוא ההכחשה המערכתית של תופעת אי-הדיוק העובדתי של מערכת המשפט ושל נקודת הקיצון הנורמטיבית שלו – הרשעות השווא. קיר הכחשה ותיק ואיתן זה מבוצר בתחושת ביטחון מערכתית, אף אם זהו בטחון שווא. המכשול האחר והקשור הוא העדר הניעה מערכתית לעריכת שינויים, לקראת עבודה מאומצת בסטנדרטים גבוהים יותר. אוזנה של המערכת אטומה להצעות מרחיקות לכת, השעונות על תקיפת עבודתם המתמשכת של המערכת ושחקניה ועל האשמתם המפורשת או המשתמעת בפעולה מתמדת בסטנדרטים נמוכים ובתוצרים

מפוקפקים, וקוראות להם לעבוד קשה בהרבה ולהשתפר. קריאה כזו קל להשמיע, אך קשה לשמוע, וקשה במיוחד לקבל.

לבסוף, אפילו בעולם דמיוני שבו יתקבלו הצעות הטוב תעלה במערכת המשפט בעיה אחרת, שכבר עלתה ועולה – גם בה וגם מחוץ לה: פרדוקס הסטנדרט. ניסוחם וכינונם של סטנדרטים הוכחתיים כובלים, בכל שלושת שלבי ההוכחה, צפויים להוביל את המערכת להערכת יתר שלהם ולהישענות יתר עליהם. אין פירוש הדבר שעלינו להימנע עקב כך מסטנדרטים בכלל או להימנע מאימוץ סטנדרטים גבוהים לדיוק עובדתי בפרט. פיתוחם של סטנדרטים מלמד על בעיה או אתגר מורכבים, ועל שאיפה מערכתית להיטיב להתמודד עימם. פיתוח חקיקתי יכול וצריך לשקף הבנה שיטתית של המורכבות, זיהוי של מכשולים ובורות גלויים וסמויים, והישענות על חוכמת ההמונים כדי לצמצם את הסיכוי שמערכת המשפט תיפול בבורות אלו בעתיד. לפחות בכוח, חוכמת ההמונים עולה על חוכמת הפרט, וגישה זהירה שיטתית כלפי מכשול עדיפה על התמודדות אד הוק עם כל מכשול בכל תיק, על קפיצת אמונה שיפוטית מעל בור – קפיצה שאיש אינו יכול לראות במדויק אם הסתיימה בהצלחה או בפילה קשה.

עם זאת, מיטב המוחות של המין האנושי טרם פיתחו שיטה לזיהוי האמת העובדתית בכל עניין והקשר, ולפיכך גם גישה זהירה אינה מבטיחה הצלחה. סכנת היוהרה ובטחון השווא היא לעולם ממשית, בין כאשר השופט פתר את האתגר לבדו ובין כאשר הוא נשען על הפתרון החקיקתי. הכישלון הקונקרטי נותר נסתר מעין המערכת ומעין השופט. לפיכך, ועם כל הקושי הכרוך בדבר, ספקנות בריאה במערכות ובאנשים היא הבסיס לסטנדרטיזציה, אולם לצידה נדרשת גם ספקנות בריאה באשר לסטנדרטים עצמם. שני סוגי הספקנות צריכים ללוות אותנו, כך שניצור סטנדרטים גבוהים אך מבלי לסבור ולחוש ביטחון שעמידה בהם מבטיחה דיוק תמיד. גבוהים ככל שיהיו הסטנדרטים, עלינו לגלות חשדנות מתמדת הן כלפי הפעלתם בתיק נתון והן כלפיהם עצמם, בטפסנו על הר טיוב חסר פסגה. התובנה שאיננו גבוהים כפי שסברנו היא קשה ועגומה. קשה ועגומה לא פחות היא התובנה שהטיפוס הממתין לנו הוא אינסופי. אולם קשות ועגומות ככל שיהיו, תובנות אלו הן תנאי הכרחי בדרכנו למעלה.