

תוכן עניינים

1	מבוא
	פרק ראשון:
13	מושג הישרה כאידאל של החקירה העובדתית
13	הגדרת הנושא והערות מתודולוגיות מקדימות
17	התיאורים ההיסטוריים והעקרונות שהוצעו להסברת דיני הראיות הרווחים
20	חשיפת האמת כאידאל אפיסטמי
25	ניסוחו של אידאל חלופי לאידאל חשיפת האמת – הפגנת כבוד למציאות העובדתית וישרה
74	הטעם להתמקדות המערכת השיפוטית בערך הישרה
76	הערה השוואתית בקשר למקורות היהודיים
79	ישרה (או אותנטיות) לעומת מחויבות לאמת אובייקטיבית – השפעתה של המהפכה הרומנטית
82	הערות השוואתיות לעומת שיטות לא אדוורסריות
85	הסתייגות והערות תאורטיות מסכמות
	פרק שני:
89	ניתוח ביקורתי של כללים ועקרונות לקבילות ראיות
89	הקדמה
89	מודל תאורטי לאפיון כללים בדבר רלוונטיות של ראיות
91	ההטעיה שבמושג 'רלוונטיות' על פי נוסחת ההסתברות המותנית
99	רלוונטיות כתכונה נורמטיבית הנשלטת על ידי עקרונות הדין המהותי קבילות, רלוונטיות ומהותיות כמשקפות אמות מידה שונות לערכים נורמטיביים במבחנים הראייתיים
101	מטא-רלוונטיות
107	

	המחויבות הנורמטיבית לאתר שקרנים ולהרחיקם כפי שהיא באה לידי ביטוי
107	בכללי הפסילה הראייתיים
111	ניתוח הראיות בעניין מק'קוויני
115	הקשר בין רלוונטיות לקבילות כמשקף את כיבוד המציאות העובדתית
	ראיות המובאות לצורך הוכחת מהימנות עדים כביטוי למחויבות
116	נורמטיבית להרתיע שקרנים
	עקרונות כלליים לקבלה ופסילה של ראיות: אופייה המשחד של ראיה
124	או כוחה להסיט את תשומת הלב השיפוטית
	פרק שלישי:
131	כללי פסילה
	הקדמה
131	טעמים והצדקות לכללי פסילה: אידאלים פנימיים ומטרות חוץ-הוכחתיות,
135	מטרות תוך-הליכיות לעומת מטרות חוץ-הליכיות
139	עקרון פסילת ראיות שהושגו שלא כדין ותוך שימוש באמצעים פסולים
	בחינת השיקול הדומיננטי לכאורה בשיטה הישראלית: הדין החל על ראיות
147	שהושגו באמצעים פסולים, בפרספקטיבה של המחויבות לחקר האמת
	בחינת רעיון הישרה לעומת החריגים המרכזיים לכלל הפסילה של ראיות
149	שהושגו באמצעים פסולים בשיטה הישראלית
149	פסילת הודאות נאשמים – סעיף 12 לפקודת הראיות
152	חוק האזנת סתר וחוק הגנת הפרטיות
	השיקולים הדומיננטיים בשיטה האמריקנית בנוגע לראיות שהושגו
155	באמצעים פסולים: הרתעת הרשויות וחינוך הציבור
156	עקרון הראיה הטובה ביותר
173	הכלל הפוסל עדות סברה: The opinion rule
178	חריג לכלל הפוסל עדות סברה: עדות מומחה
199	הכלל הפוסל עדות שמיעה
	הבעייתיות שבהצדקת הכלל הפוסל עדות שמיעה על יסוד רעיון
202	ה־Jury Control
	הקושי שבהנהרת הכלל הפוסל עדות שמיעה על יסוד עקרון הראיה
203	הטובה ביותר
205	הטיעונים הנורמטיביים להצדקת הכלל הפוסל עדות שמיעה
206	טיעון הנסמך על זכות הנאשם לעימות עם המעידים נגדו, והביקורת עליו
	הטיעון המצדיק את הכלל הפוסל עדות שמיעה כסוג של אסטרטגיה רציונלית
210	שמטרתה להגביר את ההסתברות לדיוק עובדתי, והביקורת עליו

- 216 המחשה: ניתוח ד"נ טובול על פי תאוריית הישרה המוצעת
ביאור חשיבות החקירה הנגדית במערכת המשפט האנגלו-אמריקנית על פי
219 עקרון הישרה
220 תאוריית העובדות המבססות וביקורת ברוח עקרון הישרה
222 החריגים לכלל הפוסל עדות שמיעה
222 קטגוריה I: קיומו של תחליף פונקציונלי לחקירה נגדית טיפוסית
קטגוריה II: אמרות אשר נסיבות מסירתן מבטיחות לכאורה מידת
226 כנות רבה
229 אמרות חוץ בכתב של עדים: סעיף 10א לפקודת הראיות
232 הכלל הפוסל עדות אופי ועדות על אודות נטייה עבריינית
סיטואציות פרדיגמטיות של ראיות על אודות אופי, נטייה עבריינית
243 ומעשים קודמים
243 ראייה אשר בית המשפט נחשף אליה באורח אינצידנטלי (כבדרך אגב)
246 ראייה אשר מטרתה היחידה היא להציג את הנאשם כבעל פרופיל עברייני
ראיות על אודות נטייה עבריינית מובהקת שהיא בעלת מאפיינים
248 ייחודיים מובהקים
253 ראיות המתבססות על השתייכות הנאשם לקבוצה מוגדרת
- פרק רביעי:
הקשר שבין 'חופש הוכחה', 'מומחיות השפיטה' ו'שימור הישרה'
257 במלאכת קביעת העובדות
- 257 הקדמה
262 טיעונים בדבר מומחיות השפיטה
262 טיעון הנוגע להכשרה המקצועית של השופט
267 טיעון המתמקד בהשלכותיו של הניסיון השיפוטי
הבעייתיות בעמדת התומכים בחופש הוכחה לנוכח מסקנותיי בדבר מומחיות
271 השופטים
מומחיות השפיטה כפיקציה שנועדה לשמר ולבסס את אמון הציבור
273 במערכת המשפט
הבעייתיות שבהעדפת מראית פני האמת או הצדק על פני קידום ערכים
275 אלה למעשה
276 האם פיקציה של מומחיות השופטים אכן מגבירה את אמון הציבור במערכת?
277 עקרון הכשירות הקוגניטיבית האוניברסלית
280 ההתנגדות הפילוסופית לטענת הכשירות הקוגניטיבית האוניברסלית
281 ביקורת על טענת הכשירות האוניברסלית מכיוון הפסיכולוגיה הניסויית

288	עמדתו של פרופ' שטיין בעניין חופש ההוכחה
293	הישרה כנקודת מבט חלופית בשאלת המומחיות השיפוטית
294	המעבר אל 'חופש ההוכחה' כביטוי לשקיעתה של פרדיגמת שיח אחת ולצמיחתה של אחרת
298	סוף דבר
301	רשימת מקורות
335	מפתח עניינים

מבוא

חיבור זה עוסק בהצבעה על כללים ועקרונות לקבלה או פסילה של ראיות, ניסוחם וניתוחם. האינטרס המחקרי של החיבור היה ללכוד את הרציונלים המשותפים לכללים אלה באמצעות מודלים תאורטיים להבדיל מניתוח הטעמים הספציפיים, הפרטניים, של הכללים.

החיבור מבקש להציג תאוריה אלטרנטיבית לאלו הרווחות בשיח הפרקטיקני-משפטי או התאורטי-אקדמי להנהרת הכללים ועקרונות הקבלה והפסלות של הראיות. ההסבר הרווח בשיח לאותם כללים, ככל שהם נשענים על טעמים הוכחתיים (auxiliary probative), הוא שאלה נועדו להגן על מושבעים כקובעי עובדות מפני שגיאות טיפוסיות או הטיות שיפוט בחשיבה, בשיקול הדעת ובהכרעה על יסוד ראיות אלה (טעם ה־Jury Control). הסבר אחר (רווח פחות) רואה בכללים אלה ביטוי לעקרון הראיה הטובה ביותר (Best Evidence Principle) המכוון להביא להשתתה של ההכרעה העובדתית על הראיות האפיסטמיות הטובות יותר. על פי הסבר זה פוסלים הכללים הנידונים בחיבורנו ראיות טובות פחות ובכך סוללים את הדרך, במישרין או בעקיפין, להבאתן של ראיות בעלות כוח רב יותר להאיר את המחלוקת העובדתית.

חיבור זה, כאמור, מציג פרשנות אלטרנטיבית להנהרתם של כללים אלה. לדעתי, לפחות חלק מההיגיון של הכללים קשור או כרוך בפונקציה של הגנה על הישרה (האינטגרטי) השיפוטית בקביעת העובדות. ההבדל בין פרשנות זו להסברים הרווחים הוא עמוק כיוון שבבסיסו מצויה טענה הדוחה ברמה העקרונית את עצם ההבניה המקובלת של המחויבויות האפיסטמולוגיות והנורמטיביות המופנמות בשיח קביעת העובדות במשפט. ההסברים הרווחים האחרים לכללי כבילת שיקול דעת השיפוטי (וכללי הראיות בכלל) מאוחדים בהנחה כי גילוי אמת עובדתית במובנה הריאליסטי-אובייקטיבי הוא הפונקציה האפיסטמית הדומיננטית של ההליך ונחלקים אך באשר לדרך או לאופן שבו משרתת אסטרטגיית הפסילה את הגשמתה של מטרה זו. לעומת זאת טוען חיבור זה כי יעדו העיקרי של השיח, כפי שהוא נגזר מהתבוננות מושכלת במכלול הכללים והסטנדרטים ובדרך שבה מעוצבת בשיח זה תפיסת התפקיד השיפוטי, אינו זהה למה שעולה לכאורה מההתמקדות ברטוריקה השיפוטית הצרופה.

ההליך אינו מכוון לחתירה בלתי מסויגת לחשיפת אמת בעולם שמחוץ למשפט אלא מתמקד בהוקרת עצם קיומה של אמת כזו. ההוקרה מבוטאת בין היתר בהגנה מפני שיבוש מכוון של האמצעים להכרת אותה ובתביעה בלתי מסויגת ליושר שיפוטי כנורמה מוסרית שהשופטים מחויבים לעשותה נר לרגליהם וכנורמה הכרתית המגדירה, במובנים מסוימים, את עצם הפשר (ב'דקדוק העומק' להבדיל מ'דקדוק השטח') של 'חשיפת האמת' בהליך השיפוטי. לכללי קבלה ופסילה יש חשיבות עצומה בהבניית יעדו של ההליך כפי שהוא משוער בחיבור זה.

למעשה, ניתן לראות את החיבור כולו כמתמקד בשני צירי מאמץ אינטלקטואליים. הציר האחד – ניסיון לזקק, למקד ולבסס את ההבניה של תוכן המחויבויות האפיסטמיות והנורמטיביות של השיח הראייתי-שיפוטי. ניתן לראות זאת, במידה מסוימת, אף כסוג של ניתוח מושג האמת בגדרו של שיח זה. ציר מאמץ שני נוגע בניתוח וביסוס הפונקציות המכוננות שיש לכללים ולעקרונות של קבלה ופסילת הראיות בהבניית תוכן של המחויבויות ההכרתיות-נורמטיביות ועיצוב מושג האמת שבו. שני הצירים האינטלקטואליים יוצרים אף מערכת מסועפת של קשרי גומלין תאורטיים. הבנה של מושג 'האמת' במשפט משליכה על עצם מדיניות הפירוש של החיבור לכללים ולעקרונות הפסילה, ולהפך – ההכרה של מהותם, אופיים ותוכנם של אלה מאפשרת לשוב ולזקק את מושג 'האמת' הייחודי של השיח הראייתי במסגרת הפרדיגמה המאופיינת ב'כללי הוכחה'.

מהו אותו ערך המסומן במסגרת המחויבות ההכרתית של השיח השיפוטי, מופעל ומיושם בפעילות השיפוטית, ואף מופנם במידה רבה כחלק ממושג האמת במשפט? אני איפיינתי ערך זה בחיבור בכמה תיאורים ושמות: אינטגרטיבי או ישרה (שהוא התואר המרכזי החובק במידה רבה את כל התארים האחרים), אתיקה שיפוטית, יושר אינטלקטואלי, הוקרת המציאות העובדתית, הפגנת כבוד לאמת ועוד. ריבוי הכינויים מעיד על כך שמדובר בקריטריון מורכב שחבויים בו מרכיבים נורמטיביים מגוונים. יתרה מזו, התאמתם של המרכיבים זה לזה אינה מושלמת. כך, למשל, מספק ערך הישרה במובנו כמניעת שקר, זיוף ומניפולציה, טעמים לפסילת ראיות מסוימות. לעומת זאת, ערך הישרה במובנו כביטוי כבוד לאמת, עשוי לתבוע דווקא את קבילותן כדי למנוע שיבוש וסילוף 'מציאות עובדתית'.

חוסר התאמה מסוים זה, אינו מעיד כשהוא לעצמו על כשל תאורטי-מושגי של החיבור; אדרבה, להשערתי הוא חלק מהגדרתו ומאופיו של ערך הישרה בקביעת עובדות. הוא אינו הופך אותו לחסר אינפורמטיביות. בנוסף, ניסיתי בחיבור לשרטט קווים מנחים ליחסי הכפיפות והעדפת קידום מרכיבים שונים של ערך הישרה. כך הראיתי שהרחקת שקרים ומעשי תרמית (בדרך של פסילת ראיות) תהא בדרך כלל מועדפת מקבלתן של אותן ראיות תוך מאמץ שיפוטי לחשיפתם של השקרים ושימוש בפוטנציאל הפרוביטיבי שלהן כחלק מהשבת הכבוד למציאות העובדתית.

חיבור זה מבקש אפוא לנתח ולפרש את השיח הקיים באורח הסוטה מהמתווה

ההסברי המקובל להנהרת תכליות קביעת העובדות במשפט, והסבר הפונקציה שממלאים כללי פסילה בהגשמת תכליות אלה. עם זאת חיבור זה אינו מגבש עמדה ספקנית-פילוסופית ואף אינו נוקט עמדה שניתן לאפיינה כריאליסטית-משפטית במובנה החזק. ניתן לראות חיבור זה אפוא כגיבוש סוג של עמדת ביניים המבקרת את התפיסה המסורתית-מקובלת אך מסתייגת מן הריאליזם המשפטי והפרגמטיזם בדיני הראיות. החיבור אכן עמל להציל את התזה המגובשת בו, הן מפני ניסיונות לצמצמה למסגרת התפיסה התאורטית הרווחת, והן מפני פרשנות רדיקלית ברוח הריאליזם והפרגמטיזם או הקונבנציונליזם בתחום דיני הראיות.

במישור הבחנת הטיעון שבו מן התפיסה הרווחת של דיני הראיות מתמודד החיבור בעיקר עם שתי טענות מרכזיות. האחת היא הטענה כי ההתמקדות בשיח השיפוטי ב'אמת הסובייקטיבית', אם אכן היא קיימת, אינה נוגדת את ערך חשיפת אמת. אדרבה, גילוי האמת 'הסובייקטיבית' נראה כמרכיב חשוב וחיוני, בדרך כלל, לחשיפת האמת במובנה ה'אובייקטיבי'. החיבור מספק תשובה לטיעון זה. אין אמת סובייקטיבית בבחינת תנאי קיום או ערוכת קיום לאותו מצב דברים, ובעולם של קוצר במשאבים קוגניטיביים הקצאה מרובה של משאבים, המיועדים להבטיח שהעדויות יינתנו בתום לב ומתוך כנות, כרוכה בהכרח בהפחתת תשומת הלב והמאמץ מביעור טעויות בעדויות שניתנו כך. יתרה מזו, לדעתי בשיח הקיים נחשבת הרתעת השקרנים מלבוא בקהל בתי המשפט (בין כבעלי דין ובין כעדים) כמועדפת אף מחשיפת שקריהם של אלה, אף שדווקא חשיפה כזו מותאמת יותר לשיקולים של התקרבות לדיוק עובדתי. אם כל זה נכון, ברי שתפיסה נורמטיבית זו אינה יכולה באורח סביר להיות מועמדת על 'חשיפת אמת' במובנה המקובל. יש גם מובן פילוסופי עמוק יותר לכישלונה של כל תאוריית רדוקציה כזו. התזה בחיבור זה היא שהימנעות משקר ומניפולציה נתפסת לא רק כמכשיר או מרכיב בחשיפת האמת אלא כערך אינטרינזי בפני עצמו. לפיכך, אפילו אם קיים קשר נסיבתי חזק בין שתי המלאכות, אין בכך כדי להעיד על מוצא ומהלך נורמטיבי זהים המצדיקים אותן. ערך 'חשיפת אמת' דר לצדו של ערך 'גילוי ומניעת השקר', ולשני אלה כוח קיום עצמאי. אין כאן יחס של יעד ומכשיר אם כי התמקדות בנקודת התבוננות ערכית אחת עשויה להביא לידי תפיסת הערך המוצג ברעותה כמכשיר או מרכיב בהגשמתו של הערך שמתוכו מתבוננים. עניין זה הוא דו-כיווני. כשם שמנקודת המבט של המחזיק בערך 'חשיפת האמת' ניתן לתפוס את גילוי השקר כמכשיר בהגשמת אותו ערך, הרי מנקודת המבט של ערך 'איתור השקר', חשיפת האמת האובייקטיבית, אם ניתן להגיע אליה, יכולה להתפס כיעד אינסטרומנטלי בלבד בדרך למטרה. בשני המקרים כמובן אין השגת היעד האינסטרומנטלי מבטיחה (אם כי יש בה לסייע) את קידום המטרה האולטימטיבית.

בד בבד מסתייג כאמור החיבור מזהויו כסוג של ביקורת ריאליסטית-פרגמטיסטית על דיני הראיות. אגב כך הוא מנתח ומבקר עמדה פרגמטיסטית כזו מבית מדרשו של נסון (Nesson). הטיעון המרכזי של נסון הוא כי השיח מייחס משקל מועט, אם בכלל,

לערך עצמו של דיוק בקביעת העובדות. לדידו, דיוק בקביעת עובדות חשוב בשיח הקיים ככל שהוא מסייע לפסק הדין להיות מקובל (acceptable) בקהילייה הרלוונטית. על גישה זו אני מותח ביקורת. שלא כתזה בחיבור, גישתו של נסון אינה מתיישבת, ובאורח ניכר, עם המעמד המיוחס בשיח המשפטי לצדק הפרטיקולרי שיש להשית בין הצדדים לסכסוך הקונקרטי. אמנם גם אני סבור שהרתעת שקרנים מלבוא בקהל משתתפי ההליך נחשבת בשיח הקיים לתכלית משפטית חשובה, אולם לדידי היא נתפסת, בהקשר הנדון, כמקושרת אף לצדק אד-הוק, שיש להשית על מתדיינים קונקרטיים, וחשוב עוד יותר, להבניית ההכרעה בעניינם על יסוד מחויבות ל'אמת'. כאמור, יש מובן עמוק מאוד של מחויבות ל'אמת' שתהליכי קביעת עובדות דווקא מופקדים על הגשמתו. העובדות הנקבעות בפסק הדין צריכות להיות מיוסדות על אמרות של עדים תמי לב הפועלים באורח ענייני ורציני לעזור לבית המשפט במלאכתו בגילוי האמת.

החיבור מסתייג אף מזהוירו של הטיעון התאורטי המופיע בו כסוג או וריאציה כלשהי של רעיון 'האמת המשפטית'. לפחות על פי גישתו של השופט אלון, ששירטט ראשון את תורת האמת המשפטית בשיטה הישראלית, הרי למיטב הבנתי, הכרעה עובדתית המבוססת על 'אמת משפטית' אינה מתימרת להוות תחליף הכרתי או מושגי של ממש לרעיון האמת העובדתית. 'אמת משפטית' אינה תיאור של מציאות נתונה אלא סממן של החלטה הנובעת מראיות, פרוצדורה ודין הקיימים ומותנית בהם. ואף מצאתי כי בדרך כלל צריכה החלטה זאת להציב כאידאל את ההתקרבות אל 'האמת העובדתית' גופא. אין כאן אפוא דבר המקביל להנחות הניתוח שבחיבור זה, לא באשר לתוכן המחויבות הנורמטיבית-שיפוטית בתהליכי קביעת עובדות, ובוודאי לא באשר לאינטואיציות הלשוניות-פרגמטיות של מושג האמת בשיח זה.

הפרק הראשון לחיבור מציג גם את האספקט הנוגע למחויבויותיהם של השופטים שלא לעשות שקר בנפשם ושלא להיות שותפים – פעילים או סבילים – למניפולציה עובדתית. עניין זה מאופיין בחיבור כדרישת ישרה שיפוטית בקביעת עובדות. אכן, ניתן לראות את השיח הראיתי, ככל שהוא נוגע לקבלה או פסילה של ראיות, יותר כקוד (או חלק מקוד) של אתיקה שיפוטית, המכוון כל כולו להתרחקות מן הכזב הבוטה, חצאי האמת והשקר האינטלקטואלי שהורתם לעתים בפוליטיקה ובתרבות של יחסי הכוח. בסופו של הפרק הראשון החיבור מעלה השערות אחדות באשר להסבר התופעה הנורמטיבית שהוא מייחס לשיח קביעת העובדות במשפט. השערה אחת היא כי את ההשפעות על דיני הראיות יש לחפש בתוך שבין תנועת ההשכלה לתנועת הנגד הרומנטית; מחד גיסא, צורך לחשוף, באופן כאילו מדעי, ראיות רבות ככל האפשר; מאידך גיסא, הרצון להימנע מסוגים מסוימים של ראיות, כדי לשמור את צלמו של המשפט. השערה מרכזית אחרת נסבה על השורשים הפילוסופיים הקאנטיאניים של המשפט המקובל. אין ספק שלאתיקה הנורמטיבית של קאנט הייתה השפעה רבה על עיצוב כללים במשפט המקובל. קאנט כלל את איסור השקר, התרמית והבטחת השווא כדוגמאות פרדיגמטיות לצווים מוסריים קטיגוריים שאינם פתוחים לסייגים כלשהם,

בוודאי לא סייגים הקשורים לתוצאות הצפויות לנבוע מהבטחת שווא או שקר במערכת נסיבתית כלשהי. שקר אינו יכול, לפי קאנט, לשמש כלל או מדריך מעשי כיוון שאינו ניתן להעמדה באמצעות חוק מוסרי כללי בהיותו מביס-עצמו. (שקר אפשרי רק בהנחה של אמון כללי בקהילייה הרלוונטית אך כאשר הוא נהפך לכלל, לא קיים עוד אמון.) נראה לי כי תפיסה אתית-נורמטיבית זו נקלטה היטב בשיח המשפטי במשפט המקובל (ובוודאי היא משקפת אינטואיציה שיפוטית רווחת). תפיסה זו הוטמעה גם ברמת עיצוב דמות השופט, ההכשרה השיפוטית הנדרשת, ותפיסת התפקיד השיפטי. שופטים אינם מדענים או היסטוריונים. במקום זאת, הם נתבעים להיות ניחנים במידות של יושר, הגינות, להפגין ניטרליות וחוסר פניות, ולשמור על טוהר ההליכים באמצעות הרחקה מהם של כל דבר שקר, מניפולציה ושחיתות.

בנקודה זו רואה החיבור את העמדה האמורה בו כסוג של השקפה המבארת את ההליך השיפוטי ותהליכי קביעת העובדות שבו כמבוססים בעיקר על צדק פרוצדורלי והגינות; ואולם מדובר בעמדה ייחודית השונה והמבדילה אותו מהשקפות טיפוסיות באשר ל'משפט כהגינות'. ההבדל המרכזי הוא ששימור הישרה כמובנה בחיבור אינו רק ערך פרוצדורלי יסודי הנוגע לדרך השגת התכלית האולטימטיבית אלא אף, לפי השקפתי, במידה רבה משמש בעצם גופו, בו בזמן, התגשמות התכליות לעצמן. הפרק השני מתמקד בכללים ובעקרונות לקבלה של ראיות. הפרק מציע מודל אנליטי להסברם ופרשנותם ועושה שימוש אף בהמשגה מתמטית פשוטה לצורך כך. הפרק מנתח את עקרון הרלוונטיות. על פי שיח הראיות, מדובר בעיקרון של נטייה הסתברותית, מעין פילטר המשרת פונקציה דקלרטיבית גרידא של מנגנוני ההכרה האנושית; האנליזה המעמיקה יותר של מושג הרלוונטיות בשיח הראיתי מגלה עם זאת, כך טוען החיבור, שתוכנו שונה מאוד, לא אפיסטמי מובהק ולא דקלרטיבי גרידא. יתרה מזו, עצם הרעיון להפעיל את מבחן הרלוונטיות בשיח כמכוון לשלול אך מידע שלא יכולה להיות לו שום נגיעה לעניין הנדון במשפט, הוא בלתי אפשרי.

החיבור מצביע על כך שרלוונטיות היא תכונה נורמטיבית הנשלטת על ידי עקרונות הדין המהותי לא פחות משהיא תכונה לוגית או עניין של שכל ישר. ניתן לומר שהפונקציה ההוכחתית שמסומנת על ידי המושג הפרגמטי-משפטי של 'רלוונטיות' אינה רק מכוונת להכרת המציאות אלא אף להכוונתה של אותה הכרה. בהקשר זה מפתח החיבור את המושג 'מטא-רלוונטיות'. המושג מציינ את סך כל התכונות בקונטקסט המשפטי, המגדירות (או לפחות מאפיינות) את התנאים שבהם מתבקשת הסתמכות על ראיות בתהליכי ההכרעה שבו. מכיוון שטבע ההוכחה המשפטית שונה מזה של ההסבר המדעי ושל ההיסק האנליטי, הרי מובן גם שהיא תישלט על ידי עקרונות מטא-רלוונטיים הנגזרים מן האופי המיוחד של השיטה. מכיוון שחיבור זה מניח שהשיח השיפוטי נשלט, בדרך כלל, על ידי מחויבויות נורמטיביות ואפיסטמולוגיות, בעלות תוכן ואופי כללי מסוימים, הרי ניתן להניח כי השתקפויותיהן של אלה ימצאו ביטוי גם בעקרונות המטא-רלוונטיים. ואכן, החיבור מצביע על כמה תופעות נורמטיביות כאלה. למשל, סעיף 1(ב)

לפקודת הראיות, אשר לפיו רשאי בית המשפט, לפי שיקול דעתו, לסרב להוציא הזמנה אם ראה שנתבקשה למטרה שאיננה גילוי האמת. יצוין כי כלל זה לא עורר, למיטב ידיעתי, תשומת לב כלשהי בספרות ובפסיקה הישראליות אף שהוא חורג מן המובן הסמנטי של מושג הרלוונטיות ומן המבחן של רלוונטיות לוגית האמורים, כביכול, לשלוט בכיפת השיח. ההסבר לכלל זה הוא, כאמור, שהעקרונות המנהירים את מושג הרלוונטיות השימושית (שאותם כיניתי מטא־רלוונטיות) מסמנים פיסת אינפורמציה (אפילו רלוונטית־לוגית), שנעשה בה שימוש למטרת הפעלת לחץ או מטרה מניפולטיבית ולא עניינית אחרת, כראיה לא רלוונטית.

תופעה נורמטיבית נוספת, המאותרת בפרק, היא הטיה כללית, המובנית במבחן הרלוונטיות הראייתית, בכיוון של הרתעת שקרנים, חשיפת שקרים ומניעת מניפולציות. עניין זה ניכר בהדגשת השיח, בכללים ובמדיניות הליברלית הנוגעת לראיות המובאות לצורך מהימנות בלבד. החיבור מצביע על כך שאותם דינים ראייתיים מיוחדים, הנוגעים להוכחה, חיזוק או ערעור מהימנות, מכוונים את קובעי העובדות להקצות מאמצים קוגניטיביים ניכרים לאיתור שקרנים אך כמעט אינם מבקשים לפעול לנטרול סיכוני הטעות שבעדות הניתנת בתום לב. ושוב, מכיוון שהמשאבים הקוגניטיביים של השופט הם מוגבלים, יש בכך הטיה הפוגעת בכוח המיצוי האופטימלי של 'חקר האמת'.

הפרק השלישי לחיבור מהווה יישום ביקורתי של העקרונות ההסבריים, שהוצגו בפרקים הקודמים, לצורך עיון, שהוא במידה רבה חדשני, בכללי הפסילה המרכזיים שבשיטת הראיות שלנו. אף כאן, לדעתי, מחמיץ הניתוח הרווח בשיח הקיים את המרכזיות של הבניית הישרה השיפוטית, העומדת כאמור בבסיס ההסבר וההנהרה של כללי הפסילה הקיימים. נאמן למסגרת ניתוח זו פותח הפרק בהצגת הפולמוס סביב פסילתן של ראיות עקב אי חוקיות בדרך השגתן. החיבור דוחה את ההסבר המקובל, ולפיו דחייתו העקרונית של כלל פסילת הראיות בשיטה הישראלית נובעת כביכול מן המחויבות הבסיסית של השיטה למאמץ מרבי להשיג את האמת. ההסבר האלטרנטיבי, שאני מציע, הוא כי העניין שהביא לידי דחיית העיקרון לא היה כל כך גילוי האמת אלא הוקרת המציאות, 'שימורה' של האמת, כמו גם אי קיומו של קשר רציונלי ונורמטיבי מספק בין אי החוקיות שהובילה להשגת הראיה ובין פסילתה של אינפורמציה שנתקבעה ושמתוכה עלולה סיפור העניין.

החיבור עובר לדון בעקרון הראיה הטובה ביותר. העיקרון פוסל כל הסתמכות של בעל דין על ראיה שהיא נחותה מזו האופטימלית מבחינה אפיסטמית (והמצויה ברשותו) להוכחת עובדה טעונת הוכחה. העיקרון נדחה, ככלל, בשיטה האנגלו־אמריקנית (גם כשמדובר בחובותיה 'הפרוביטיביות' של תביעה בפלילים). דחייתו של עיקרון זה מאששת, לדעתי, את העמדה המוצגת בחיבור ולפיה המטרה הדומיננטית של הליכים שיפוטיים, בשיח הרווח, אינה להשיג אמת תוך יצירת תנאים אופטימליים לחקירה העובדתית. אדרבה, הכלל שנקלט בשיטת משפט זו, כלל הראיה הטובה ביותר, במובחן

מהעיקרון הרחב, תומך באנליזה של חיבור זה ולפיה העניין הטעון הגנה הוא הוקרת המציאות וחקרה.

החיבור דוחה אף את הניסיון לטעון שדחיית העיקרון הרחב בדבר חובת הגשת הראיה הטובה ביותר מתיישבת עם צלמו האדוורסרי של ההליך – וכך, הולמת, בסופו של דבר, את יעד חשיפת האמת. טיעון זה מניח כי הצדדים ממילא ידאגו להצגת הראיות הטובות ביותר כאשר הן מקדמות את עניינם, ועל כן בפועל ראיות אלה תוצגנה. הנחה זאת נסתרת, לדעתי, כאשר תנאי ההתדיינות או טקטיקות רציונליות בניהולה עשויים להביא לידי אי נגישות לראיות או חוסר עניין או אינטרס בהצגתן.

הכלל הבא שנדון בו הוא כלל עדות הסברה. כלל זה פוסל מסקנות בעדות. דא עקא שהבחנה 'נטורליסטית' בין עובדות 'אטומיסטיות' ובין פרופוזיציות רוויות הערכות אינה מן האפשר. על כן הכלל, במובנו הטהור מבחינה לוגית, אינו ישים. מכאן שעדויות מסוימות נחשבות לקבילות אף שהן סברות, בעוד סברות אחרות נפסלות. מאפיינים מבחינים חשובים לעניין זה קשורים, לדעת החיבור, בשאלה הנוגעת למידת הביסוס של המסקנות על ידי העד. סברות שההתרשמות השיפוטית היא שהן בגדר ניחוש גרידא, הערכות פרועות והשערות חסרות אחריות יידחו ואילו הערכות רציניות, בוגרות, המבוססות לא ברמה המדעית אך ברמה של תבונה או חשיבה מעשית, מקיימות בסיס נאות להסתמכות ולקביעות שיפוטיות על יסודן. כל זה מותווה בקרוי המתאר של המחויבויות הנורמטיביות וההכרתיות, הכרוכות בקביעת עובדות. אליבא דחיבור זה – קבלתה של ספקולציה או השערה פרועה, גם אם אינה נובעת משקר או מניפולציה, אינה הולמת את אידאל חקר האמת. הסתמכות על עדות רצינית ואחראית, לעומת זאת, אף אם אינה מתיישבת עם המובן המדעי או אף העממי של חתירה לגילוי האמת, הולמת בכל אופן את המובן המקצועי-הכרתי המיוחד של המחויבות ל'אמת' כפי שהיא מובנית בנורמה המשפטית ובהגדרת התפקיד השיפוטי למעשה.

החיבור פונה לנתח את הדיון של הפסיקה האנגלו-אמריקנית במבחן שראוי לקבוע לדרך הערכתה של עדות מומחה. החיבור מצביע על כך שאף כאן לא ערך חשיפת האמת, ככזה, הוא העיקר (אם כי אין לבטלו כליל), אלא מניעתם של מניפולציות, שקרים וגניבת דעת. לו הייתה השיטה האנגלו-אמריקנית חותרת להשגת אמת, נראה כי הדרך הפרוצדורלית שבה היה עליה לבחור הייתה מינוי מומחה מטעם בית המשפט, ואולם מינוי כזה מהווה בשיטה זאת חריג ולא כלל. השימוש בפרוצדורה האדוורסרית, המחייב את השופט לעמת ואף להכריע בין דעות שונות של מומחים, אינו נראה הולם כל עיקר שיטה המכוונת ל'השגת אמת' או להגעה להכרעה על בסיס התאוריה המדעית המועדפת. עם זאת, פרוצדורה זאת מוצלחת בחשיפתם של שקרים ומניפולציות קוגניטיביות ורטוריות (אף אם הצלחה זאת עולה בהוקעתם של ישרי דרך רבים). כלומר פרוצדורה זאת היא מוצלחת יותר להגשמת המטרות שהן, לפי חיבור זה, ספינת הדגל הנורמטיבית של השיטה, קרי מניעת שקרים והרתעת שקרנים. לעניין זה אפשר שהפרוצדורה האדוורסרית נחשבת מוצלחת אף ממינוי מומחה מטעם בית המשפט, שכן

זה מוחזק מראש כמהימן ואובייקטיבי, ובמקרים שבכל אופן יהא לו אינטרס במשפט ובתוצאותיו יתקשה בית המשפט לאתר זאת ולהכיר בהטייתו. החיבור בוחן אף את השאלה הכללית הנוגעת לעצם מבחן קבילותן של ראיות מדעיות. גם בעניין זה הוסבה ההדגשה, בהלכת דובר (*Daubert*) הנוהגת, של התפקיד המיוחד בשיטה המסור לוויכוח ולעימות (בעיקר באמצעות חקירה נגדית) כאמצעים שיש בהם להרתיע ואף לחשוף שקרים ופרכות אם כי לאו דווקא לקדם את חקר האמת או את התקדמות החקירה והבירור המדעי בהליך השיפוטי. על פי אותה הלכה אמור מוסר חוות הדעת להצביע על התנאים להפרכתה של התאוריה, כלומר על ניסוי (או קבוצת ניסויים) מכריע שתוצאות מסוימות שלו מצביעות על מופרכותה. מתודולוגיה זאת אמורה להקל על השופט. אם אכן מציג היריב ניסוי מכריע מפרין, עליו לפסול את הראיה. אם אין ניסוי כזה, הרי עליו לקבל אותה ראייה שכן זו נסמכת על תאוריה מדעית תקפה במובן הפופריאני – זו היפותזה מדעית שטרם הופרכה.

מכאן לכלל הפוסל עדות שמיעה. הוויכוח המתנהל כיום בפסיקה ובספרות מתמקד בעיקר בשאלה באיזו מידה ניתן להציג את הכלל הפוסל עדות שמיעה כסוג של אסטרטגיה פרוביטיבית המיועדת להביא בסופו של דבר לידי הגברת הדיוק בקביעת עובדות או כנורמה המכוונת לקדם תפיסה מסוימת של צדק פרוצדורלי המעלה על נס את זכות העימות, זכות עצמאית שאינה תלויה רק בתפקודה כמכשיר בחקר האמת אלא נובעת מעיקרון עצמאי בדבר זכותו של אדם להשתתף בהליכי משפטו. את הנימוק הפרוביטיבי קושרים לעתים גם לרציונל של 'Jury Control' ולעקרון הראיה הטובה ביותר. החיבור מתייחס לכל אחד מן הטעמים האלה, ומצביע על כך שכוחם ההסברי מוגבל. כשבוחנים את מעמדו הנוכחי של הכלל בשיח הקיים, אופי חריגיו, והיעדר כפיפותם של אלה לא לעקרונות הראיה הטובה ביותר ולא לאסטרטגיות הנורמטיביות הכלליות לחלוקת סיכוני משגה, מגיעים לכלל מסקנה, כמעט בלתי נמנעת, שהכלל וחריגיו כוונו בעיקר לגילוי שקרים ומניעת שקרים, רכילות או ספקולציות פרועות של עדים, יותר משכוונו למניעת טעויות שיפוטיות הנובעות מתנאי האינפורמציה שבהם מתקבלת ההכרעה. תשומת לב מיוחדת מוקדשת לניתוח סעיף 10א לפקודת הראיות על חלופותיו (בעיקר סעיף קטן [ב]) תוך היזקקות לתשתית התאורטית המוצעת בחיבור.

חותם את הפרק השלישי בחיבור העיון בכלל הפוסל עדות אופי ועדות על אודות דיספוזיציה עבריינית כראיה להוכחת אחריותו של הנאשם. החיבור תופס כלל זה כקובע מותר ואסור (או קביל ופסול) בתחום ההיסק מראיות על אודות נטייה עבריינית. כלומר העיקר מוסב אל סוג ההיסק מן הראיה ולא אל סוג הראיה או אופייה. המידע גופו אינו פסול אלא רק בהקשר מסוים של שימוש בו כדי לכונן היסק מסוים.

כשבוחנים כך את הדברים ניתן, לדעתי, לאתר קבוצות מאופיינות של סיטואציות הוכחתיות שבהן מתבקשת קבלתם של דפוסי היסק מראיות על אודות אופי, דיספוזיציה ומעשים קודמים. בכל המקרים הללו מבוסס ההיסק על נטייתו של הנאשם לבצע את

המעשה שבגינו הוגש כתב האיטום – נטייה שמוכחת עליה עדות באמצעות הצגת ראיה בדבר מעשים אחרים של הנאשם בהזדמנויות אחרות. עם זאת נבדלות קבוצות אלה באספקטים שונים ובהם: מטרת ההוכחה, השאלה אם הראיה הוצגה באורח אינצידנטלי או באופן יזום, ורמת הספציפיות של ההיסק המוצע – במיוחד באיזו מידה מבקשת ההכללה שביסוד ההיסק מן הראיה לייחד את הנאשם (או קבוצה מאופיינת במיוחד שאליה הוא משתייך), נסיבות המקרה וסוג העברות שבהן הואשם מקרב כלל העברות וכלל הנאשמים. אלה הם אספקטים רלוונטיים לצורך הבניה ושימור הישרה, כמשמעותה בחיבור זה, בהכרעה בדבר קבלה או פסילה של ראיות כאלו.

לבסוף הפרק הרביעי. פרק זה עוסק בפולמוס המרכזי ביותר בזמננו בדיני הראיות האנגלו-אמריקניים, פולמוס הנסב על ההצעות לכונן משטר שיח של 'חופש הוכחה' או 'חופש הערכה' ולזנוח, לגמרי או לפחות במידה רבה, את שיטת הכללים. הפרק בוחן טיעונים בזכות חופש הוכחה. קשת אחת של טיעונים כאלה נסבה על מומחיותה של השפיטה בשאלות ראייתיות עובדתיות. בהתאם לכך פונה החיבור לניתוח שאלת המומחיות השיפוטית. הוא מתמקד בהקשר זה בטיעוני המומחיות בשיטה הישראלית. אלה הטיעונים המסמנים שופטים מקצועיים כקובעי עובדות מועדפים מהדיוטות. החיבור בוחן שני מובנים אפשריים לטיעונים אלה. המובן המידי האינטואיטיבי, ולפיו טיעוני המומחיות הללו הם ריאליים, כלומר מכוננים לשקף את מצב הדברים למעשה, והמובן הפחות גלוי לעין, לפיו טיעונים אלה מייצגים סוג של פיקציות, שראוי, בגבולות מסוימים, להניח אותן אף שהן מציגות אך אידאל שרצוי לשאוף אליו, ושימוש המלא הוא בלתי אפשרי או קשה מאוד להשגה. מסקנת החיבור באשר לטיעוני המומחיות הריאליים היא, כי הכשרות של השופט כמשפטן וניסיונו השיפוטתי ייחודי אכן מקנים לו עדיפות מקצועית משמעותית על פני הדיוט באספקטים מרכזיים של הבניית ההכרעה העובדתית, ואולם אין בעדיפות זו כדי להצדיק את הפרוגרמות מרחיקות הלכת של חסידי חופש ההוכחה לשיטת הראיות שלנו. הנימוק לכך פשוט: המעבר לחופש הוכחה רדיקלי מלווה בסוג סיכונים ורמת סיכונים הכרוכים בעצם הפעלת שיקול הדעת השיפוטי בנסיבות נתונות להבדיל מאיכותו הכללית בנסיבות רגילות. על כן, כל עוד משמשים חשיפת האמת (ומניעת טעויות), על פי הנחת השיח הרווח, כמטרת ההליך, לא יוכל כל טיעון בדבר ערובת איכות שיקול הדעת בדרך כלל להוות, עקרונית, מענה לתביעה להסיר את שיקול הדעת במקרים שבהם עצם קיומו חושף את ההליך השיפוטי לנטייה ליצור טעויות וההכרעות שגויות. מקרים אחרונים אלה מהווים סיטואציות פרדיגמטיות של פסילה, סיטואציות המאופיינות בטעמים כבדי משקל ולפיהם אין מקום להותיר לשיקול דעת אנושי פרטני, הכפוף לנסיבות העניין, את עצם ההחלטה באשר לשאלת משקלן של אותן ראיות.

החיבור בוחן ודוחה אף את טיעון המומחיות כפיקציה האמורה כביכול לשרת מטרת של חיזוק אמון הציבור בקהיליית השיפוט, במערכת המשפט ובצדקת החלטות שיפוטיות, ולהביא לידי הפגת המתחים החברתיים תוך יצירת תחושת ודאות, ביטחון

ויציבות. החיבור דוחה את הטיעון הזה הן משיקולים של מוסריות פוליטית והן משיקולים של תבונת מעשה.

משהוצגה אזלת ידי הטיעונים המבקשים לבסס טיעון רדיקלי בזכות חופש ההוכחה על מומחיות המיוחדת לשופטים, והמסמנת אותם כקובעי עובדות מועדפים, נראה כי נותר בידי המצדדים במעבר לשיטת חופש הוכחה אך לבקש לסמן כל אדם, לאו דווקא שופט שמקצועו שפיטה, כבעל כשירות אנושית עקרונית להכריע בשאלות עובדתיות. טיעון כזה נשען על תפיסה אפיסטמולוגית כללית בדבר 'כשירות קוגניטיבית אוניברסלית' (Universal Cognitive Competence). החיבור הן בטיעון זה וביישומו בשדה קביעת העובדות במשפט. אף שאני מוצא טיעון זה כבעל כוח שכנוע, הוא נכשל לדעתי בהרמת הנטל לבסס את חופש ההוכחה. קיימות נסיבות שבהן אף הנחת רציונליות וכשירות קוגניטיבית אופטימלית של קובעי עובדות אינה יכולה להסיר את החשש משגיאה או שרירותיות. בנסיבות אלה, בכל הכרעה יש בעצם מידה של מלאכותיות או ניחוש.

בלי קשר לעמדתי זאת, הרי כנזכר השערת חיבורי היא שעצם הקריאות לחופש הוכחה מצביעות אולי על שינוי פרדיגמת השיח. מכיוון שהנחת חיבורי היא שהשיח הקיים אינו מציג את 'חשיפת האמת' כאידאל מעשי המכוון את החקירה העובדתית, הרי דווקא הקריאות למעבר הדרגתי, והמעבר החלקי אך המובהק במגמתו שקיים בפועל, ייתכן שמשקפים סוג של שינוי המכוון לעיצובו וכינונו של אידאל כזה (וזאת, כמובן, בלי להסתייג מהערותי על המידה שבה משטר חופש ההוכחה אכן מסוגל לשרת את יישומו המעשי של האידאל האמור). אידאל של 'חשיפת אמת', במובנו החזק, משנה אף את הגדרת תפקידו של השופט, ובמידה רבה את עקרונות השיטה הדיונית-ראייתית עצמה. לא עוד שופט פסיכי אלא שופט המקבל עליו אחריות להליך ולתוצאתו; שופט, שרוחו אינה שלמה עוד עם צמצום הגדרת תפקידו כאתיקן החצר, כשומר הסף מפני מניפולציות המזהמות את ההליך, ומפני שקרנים המטמאים ברגלם הגסה את מקדשי המשפט; שופט, שבלא מורא וחשש מהטעיה והערמה, מבקש לדעת עוד ועוד על אודות העניין שלפניו; המתרחק מן הטעות לא פחות מן השקר ואולי כמעט אינו נדרש להבחנה כלל, כי עשיית צדק בין הצדדים במשפט היא היקרה ללבו, וזו תובעת דווקא את גילוי האמת.

חיבור זה מבוסס כמעט בשלמותו על עבודת דוקטור שהוגשה לפני חמש שנים לאוניברסיטת תל אביב. זה המקום להודות לפרופ' אסא כשר ולפרופ' קנת מן על הנחייתם והדרכתם הנאמנה והמחכימה. כן רוב תודות לעו"ד חמוטל שמש על תרומתה לעיצוב רעיונות לגרסת החיבור בכלל, ועל תרומתה בנושא השורשים הפילוסופיים של האינטגרטי בפרט. ד"ר דוד בלנק מהחוג למתמטיקה באוניברסיטת חיפה השיא עצות מועילות באשר לניסוח הטיעונים היותר-פורמאליים המופיעים בחיבור. עו"ד רביע עאסי, עו"ד אופיר מנצל ועו"ד רינת לוי סייעו אף הם בהבאת הכתוב לידי גמר. תבוא על

כולם הברכה. עו"ד דפנה שוופי הייתה אמונה על עריכתו הלשונית של הספר והאצילה עליו מדייקנותה וחריפותה הרבה.

אני חש הכרת טובה גדולה להוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה ולהוצאת מאגנס, שבחרו לפרסם ספר זה. בפרט מופנית תודתי לגב' מרים זידאן, הממונה לשעבר על הוצאת אוניברסיטת חיפה, שתרמה מניסיונה הערות בונות ונבונות רבות ולשרון חנוכה בן-שימול הממונה הנוכחית על ההוצאה שהמשיכה בניצוח יעיל ומקצועי על המלאכה. כן אני מודה לעורכי סדרת משפט וחברה, עמיתיי וחבריי בפקולטה, פרופ' שולמית אלמוג ופרופ' אריאל בנדור, שלצד עידודם הרב אף השיאו לי עצות מעשירות ומחכימות רבות שתרמו לעיצוב המתכונת הנוכחית של הספר.

לבסוף, תודתי מעומק הלב נתונה לאשתי, אורה פישמן-מנשה, שהשקיעה עמל בלי גבול בהגהה ובעריכת העבודה וכן תרמה מחכמתה הרבה לתוכנו המהותי של החיבור.