

תוכן העניינים

5	הקדשה ומילות תודה
7	דבר העורך
9	הקדמה לספר
13	חופש הוכחה עד בלי די(ות)? מבוא לספר "התיאוריה של דיני הראיות"
63	על חוסר נחיצותן של תוספות ראייתיות - תגובה להקדמתו של אסף הרדוף
	<u>שער ראשון: עקרונות כלליים בתיאוריה של דיני הראיות</u>
74	שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותזות בדבר מקצועיות השפיטה
115	אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים
139	כשל הנרטיב
184	העבר את הסירנות: מחשבות נוספות בהקשר לכשל הנרטיב וכללי הקבילות
198	תכליתה ומהותה של חובת ההנמקה העובדתית במשפט הישראלי
225	יש והנידון מנדב ראייה: תמריצים ראייתיים לעידוד חשודים ותביעה לשתף פעולה
266	הוכחה משפטית, הוכחה מתמטית והסבר מדעי
	<u>שער שני: סוגיות ספציפיות בהוכחת עובדות</u>
349	הקדמה לשער השני
	בדיקת שכרות ללא חשד סביר - הרהורים על החוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 72),
354	התשס"ו - 2005
378	"כמה שוקלת הודאה?" - עיון מחודש בשאלת משקלן הביזיאני של הודאות נאשם
407	"שתיקת החפים" - עיון מחודש בהלכת מילשטיין
423	משקלה הראייתי של כבישת עדות הנאשם
441	סוף דבר
443	מפתח מושגים
449	מפתח מחברים

דבר העורך

עוה"ד גיא סנדר

הספר העומד בפניכם הוא מהחשובים שיש בעולם המשפטי של שנת 2017, עולם פוסט-מודרני שבו לא להגיד את האמת על דוכן העדים הפך לנורמה, בהינתן זאת – זהו עולם שבו הראיות הפורנזיות משחקות תפקיד חשוב מאי-פעם, עולם שבו הציבור חשוף לשיח הראיות והעובדות, מגבש עמדה, משפיע, לוחץ ואינו מוכן לקבל עוד את ההתמקצעות השיפוטית והניסיון השיפוטי כמטה קסם של חשיפת אמת ועשיית צדק מובטחת.

זהו עולם שבו מלאכתם של השופטים היא קשה מתמיד כשהם נדרשים להרחבת היריעה האינטלקטואלית שלהם עוד ועוד, לנכונות לבצע צעדים נועזים, ועם זאת לחשיבה מושכלת, מאוזנת, בעלת מעצורי השכל הישר והחוש השיפוטי. בעולם זה, ספר שבא במטרה לתת מענה לסוגיות בוערות אלו הוא בגדר חובה לכל מי שרואה עצמו חלק מעולם המשפט.

דורון מנשה מותח בכתיבתו האמיצה ביקורת על בית המשפט והשופטים היושבים בו, על התביעה ואף על השיטה כולה. כתיבתו, שמצוטטות חדשות לבקרים בבתי המשפט בישראל, מתייחסת לשלל הבעיות העולות מהשטח, תוך התייחסות לסוגיות מעשיות רבות. אין לי ספק כי מי שיעמיק בה ימצא את עצמו בעולם ייחוס חדש עם נקודת מבט שונה ומרעננת. גישה זו השפיעה רבות לא רק על הדיון הציבורי אלא על פסיקת בית המשפט בפועל, דוגמאות ניתן למצוא למכביר – בין היתר דורון מנשה צוטט אך לאחרונה בפרשת זדורוב, ניר סומך, אולמרט ועוד.

ברמה העיונית, דורון מנשה הוא תיאורטיקן של הפרקטיקה. הכתיבה שלו, עד כמה שנראית תאורטית, מדעית ואינטרדיסציפלינארית עוסקת בעיקרי השפיטה בתחום העובדתי. כך היא עושה סדר בין סנקציות ראיות פסולות לתמריצים ראויים, בין מידות הוכחה לאסטרטגיות הכרעה, בין ערך חשיפת האמת לעיקרון ההגנה על חפים.

הכתיבה מבארת את גבולות ההנמקה הראייתיים, חולשתן של ראיות התנהגותיות, הצורך בדיון מושכל אודות החשש מבדיית ראיות, שאלת האינדיבידואליזם של ראיות, האופן שבו יש

להתייחס לשאלת המשקל וההצטברות הראייתית, ההבחנות בין שיקולים חוץ הוכחתיים לשיקולים הוכחתיים ועוד עשרות סוגיות אחרות.

בכל סוגיה וסוגיה הדיון אף פעם אינו שגרתי וצפוי, נהפוך הוא: הדיון הוא תמיד חדשני, מעמיק, נועז ועם כל זאת תמיד מחובר לאופק האפשרויות של הפרקטיקה המשפטית. תמיד בגבולות הפרשנות שניתן להמירה למטבע מעשית באולם בית המשפט, ולא סתם מטבעות אלא מפתחות לחשיבה מחדש לגמרי מחוץ לקופסה, מפתחות להצלחה.

דוגמה ליישום פרקטי בפסיקה ניתן למצוא בהכרעה בפרשת זדורוב, המאמר המנתח את סוגיית הודאת נאשם באופן מושגי וסטטיסטי ומגיב לעמדות אחרות באותו עניין, תרם באופן מעשי-ממשי להכרעת שופטי בית המשפט העליון בסוגיה.

דורון מנשה הביא במידה רבה, ביחד עם רון שפירא את החשיבה המתמטית לכתיבה בדיני ראיות בשפה העברית. אכן, בספר זה בולט השימוש בכלים מתמטיים, בעיקר, אך לא רק, כלים הסתברותיים או לוגיים-מתמטיים המוצגים בצורה קלה וברורה לכל בר דעת ולא דווקא מי שעוסק במתמטיקה ביום-יום.

הקורא הנבון ישכיל למצוא תובנות בדפי הספר שיועילו לו, הספר מלא באוצרות – והם אוצרות פרקטיים. מי שישכיל לרדת לנבכי המטריה – יוכל להשתמש בהן לא רק בכתבי הטענות אלא בחיי היום יום. חלק מהתובנות הן תהליכיות ולא תוצאותיות, כאשר עצם הקריאה של הספר תביא לצורת חשיבה שהיא מחוץ לקופסה - יצירתית ושונה, לעומתן, חלק מהתובנות הן כאלו שהן ממש ברורות ציטוט מדפי הספר עצמו.

לסיכום, עולם המשפט של היום הוא דינמי, מתחדש ומשתנה. ככזה, יש צורך בכלים מסוג חדש אותם תמצאו למכביר בספר זה, על מנת לקבוע את העובדות בבית המשפט. כלים אלו הם בעלי ערך יוצא מן הכלל לכל מי שיעמיק בהם וישכיל לאמצם.

אני מאחל לכם הקוראים - קריאה שהיא מעמיקה, ביקורתית, יעילה, מחכימה ואף - מהנה.

הקדמה לספר

השופט נעם סולברג

מלאכת מחשבת עושה דורון מנשה. ספרו הוא כלי מחזיק ברכה; להלכה ולמעשה. אנחנו, בחברה האנושית בכלל ובמערכת המשפט בפרט, חותרים לרדת לחקר האמת. להרשיע את הרשע ולהצדיק את הצדיק. חרדים מאימת הדין, שלא להפוך את היוצרות. היעד אפוא ברור, הוא טבוע בנו כבני אדם – לשפוט אמת וצדק. אלו הם מושפלות ראשונים. ברם, הדרך רצופה במהמורות, ניתן חלילה להיכשל בהן ולהגיע לאבדון; להרשיע חף מפשע. דורון מנשה מציב אבני-דרך, תמרורי אזהרה והוריה, כדי שנוכל לילך בבטחה. דורון מעמת אותנו עם שאלות עיוניות, מציע תשובות, ומחייב אותנו לנקוט עמדה. לשקול עלות ותועלת שבהקפדה על כל תג ותג מדיני הראיות, האם יצא שכרנו בהפסדנו אם נוותר כאן ונדרוש שם. שומה עלינו לבחון ולעיין, לנקוט עמדה.

כך לימדנו דוד המלך: "אָמַת מְאָרָץ תִּצְמַח וְצִדִּיק מְשֻׁמִּים נִשְׁקָף" (תהילים פה, יב). אחריות כבדה היא להוציא פסק דין אנושי, על מנת שאמיתותו תהא נשקפת ממבט שמימי. דורון מנשה מעזק ומסקל, דולה ומשקה, כדי להכשיר את דרכה של האמת לצמוח מן הארץ.

המשפט האנושי מכיר במגבלותיו ומגיב בהתאם. דורון מנשה מדגים זאת בספרו, מסביר ומשכנע. הזדמן לי לאחרונה לדון בערעורו של אדם שהורשע בהריגת מפרו שפיתח אובססיה כלפי אשתו. המסכת המורכבת התנקזה אל הצורך להכריע אם התורג פעל מתוך הגנה עצמית והאם תגובתו לסכנה היתה מידתית ונחוצה. כך אמרתי לקראת חתימת פסק הדין: "יסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא 'שכל המאבד נפש אחת, מעלים עליו כאילו איבד עולם מלא'; וכל המקיים נפש אחת, מעלים עליו כאילו קיים עולם מלא'. ראשונה במעלה היא המצווה להציל את הנפש. הרמב"ם פוסק להלכה: 'הרודף אחר חברו להרגו, אפילו היה רודף קטן, הרי כל ישראל מצווין להציל הנרדף מיד הרודף ואפילו בנפשו של רודף... ואם יכולים להצילו באבר מאברי הרודף כגון שיכו אותו בחץ או באבן או בסייף ויקטעו את ידו, או ישברו או רגלו, או יסמו את עינו – עושין. ואם אינן יכולין לכוון ולהצילו אלא אם הרגוהו לרודף, הרי אלו הורגין אותו אף על פי שעדיין לא הרגו...' (משנה תורה, הלכות רוצח ושמירת הנפש א, ו-ז). ומה דינו של אדם שלא פעל באופן

פרופורציונלי, לא הציל את הנרדף באבר מאברי הרודף, אלא הרגו? 'כל היכול להציל באבר מאיבריו, ולא טרח בכך אלא הציל בנפשו של רודף והרגו, הרי זה שופך דמים וחייב מיתה, אבל אין בית דין ממיתין אותו' (שם, יג). עינינו הרואות, דילמה אנושית דרמטית ומסעירה, שאין עוד כמותה: אדם נקלע לסיטואציה שבה הוא מצווה להציל את הנפש; אם יעלה בידו – 'כאילו קיים עולם מלא'; ואולם, אם הציל את הנרדף בנפשו של רודף, מקום בו יכל להצילו באחד מאבריו – 'הרי זה שופך דמים וחייב מיתה'. ברגע האמת שנודמן לו, לאדם, בעל כורחו ובאופן בלתי צפוי, הוא-הוא השופט. לא 'יד קלה' על ההדק, לא 'יד כבדה'; יד אחראית על ההדק, להבחין בין הצלת נפש לבין שפיכות דמים. אחריות אדירה מוטלת על האדם להכריע כיצד לפעול: 'דע שיש בידך כוח לעשות, ועתיד אתה ליתן את הדין' (משנה תורה, הלכות תשובה ה, ט). כאמור, אם יכל אדם להציל את הנרדף באבר מאבריו של הרודף, ולמרות זאת הרג את הרודף, הריהו 'שופך דמים וחייב מיתה'. על המעשה הנורא מכל, מוטל העונש החמור מכל. אם כך, תימה, מדוע פוסק שם הרמב"ם 'אבל אין בית דין ממיתין אותו'? יתכן לומר, כי כאשר כפסע הוא המרחק בין שופך דמים למציל נפשות, קצרה ידו של בית דין של מטה, שאינו בוחן כליות ולב, מלהכריע את הדין; לפיכך – לא רשאי להמיתו. ברם, עתיד הוא ההורג ליתן דין וחשבון לפני מי שאמר והיה העולם, שאין דבר נעלם ממנו ואין נסתר מנגד עיניו. פריבילגיה זו, הנתונה לבית הדין במשפט העברי, אינה עומדת לו, לבית המשפט האזרחי. במערכת המשפט הדתית, שבה יושב גבוה-מעל-גבוה, יכול בית דין של מטה למשוך את ידו מן ההכרעה, ולהותירה בידי שמייים. לא כן במערכת המשפט האזרחית האנושית, בגדרה אנו פועלים, שבה שומה על בית המשפט לחרוץ את דינו של הנאשם – לשבט או לחסד – יהא היקפן וטיבן של הראיות שלפניו אשר יהא. בנדון דידן, לא היתה מלאכת הכרעת הדין קלה. הראיות – אינן חד-משמעיות; השאלה המשפטית – כבדת-משקל; לא כל הספקות הותרו. קרוב לוודאי כי לעולם לא נדע אל-נכון, מה בדיוק אירע באותו רגע מר וגמרה שבו ניצבו בן וניר, זה אל מול זה, בפעם האחרונה. בסופו של דבר, סבורני כי נותר ספק סביר שמא אכן קיים אותו סייג של הגנה עצמית לאחריות הפלילית של ניר בגין הריגתו של בן. לפיכך, גבי דידי, הרשעתו של ניר אינה יכולה להיוותר על כנה. הנה כי כן, 'הספק הסביר' במשפט האנושי, החליף את 'המשפט לא-להים הוא' שבדין הדתי (ע"פ 4784/13 ניר סומך נ' מדינת ישראל, פסקאות 193-194 (18.2.2016)).

התיאוריה של דיני הראיות

ההיסטוריה של המשפט מלמדתנו כי כשהפשיעה גואה, נוטה המשפט להתיר קמעא את הרסן ולא להקפיד הדק היטב בדיני הראיות כבימים אחרים, כשהפשיעה מועטה. בפרשה קשה שדנו בה לפני שנים אחדות – ערעור על זיכוי של אדם מביצוע עבירות מין קשות בקטינה – התלבטנו בשאלת דיוטן של הראיות הנסיבתיות. אמרתי שם, כי "אילו דנתי בתיק בערכאה ראשונה, יתכן והייתי מרשיע את המשיב; אילו אמת-המידה להרשעה בפלילים היתה זו של 'מאזן ההסתברויות' הנוהג במשפט האזרחי, הייתי מרשיעו; אחרי פכלות הכל, גרסתה של הקטינה ר' מסתברת בעיניי יותר מאשר גרסתו של המשיב; ברם, בחינת החומר הראייתי בכללותו מובילה למסקנה כי אין טעות משפטית המאפשרת התערבות ערכאת הערעור בהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי – אשר התרשם מן המכלול באופן ישיר – לפיה אשמתו של המשיב לא הוכחה מעבר לכל ספק סביר; וזוהי אמת-המידה המחייבת במשפט הפלילי... מכיוון שנוטר טעם מר, תחושה שהאמת המשפטית אינה בהכרח האמת המוחלטת, נמצא נחמה פורתא בדברי הרמב"ם: 'שהוזהרנו מלהוציא לפועל את העונשים על-פי אומד חזק ואפילו קרוב לודאי, כגון שהיה אדם רודף אחר שונאו להרגו ונמלט ממנו לבית, ונכנס אותו הרודף אחריו, ונכנסו אנחנו אחריהם ומצאנו את הנרדף הרוג מפרפר, ושונאו הרודפו עומד עליו כשהסכין בידו ושניהם מגואלים בדם – הרי אין הסנהדרין הורגים רודף זה... פינן שאין שם ברור בעדים שראו את הרצחה... ואל יקשה בעיניך דבר זה ואל תחשוב שזה דין עגל – לפי שהדברים האפשריים יש מהם שאפשרותם קרובה מאד, ומהם שאפשרותם רחוקה מאד, ומהם בינוניים בין אלו, וה'אפשר' רחב מאד. ואילו הרשתה תורה לקיים עונשים באפשר הקרוב מאד, אשר כמעט קרוב למחוייב המציאות כדוגמת מה שהזכרנו – כי אז היו מקיימים את העונשים במה שהוא יותר רחוק מזה, ובמה שהוא עוד יותר רחוק, עד שיקיימו את העונשים וימיתו בני אדם בעגל באומדן קל לפי דמיון השופט. לפיכך סתם יתעלה את הפתח הזה וצינה שלא יקיים שום עונש אלא עד שיהיו שם עדים המעידים שברור להם אותו המעשה, ברור שאין בו שום ספק ואי אפשר להסבירו אחרת בשום אופן. ואם לא נקיים את העונשים באומד החזק מאד – הרי לא יוכל לקרות יותר משנפטר את החוטא; אבל אם נקיים את העונשים באומד ובדימוי, אפשר שביום מן הימים נהרוג נקי – ויותר טוב ויותר רצוי לפטר אגף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים' (רמב"ם, ספר המצוות, מצוות לא תעשה, מצווה ר"צ). אמנם לא בעונש של מיתה עסקינן, ולא ביישום הלכה למעשה, אלא מבחינה

רעיונית. העקרון שהרשעה בפלילים תעשה רק ברמה שמעבר לכל ספק סביר, נגזר גם מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. יולזפות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד' (הסיפא של דברי הרמב"ם לעיל, בתרגום קדום). השיבה שם לעומתי, חברתי השופטת ע' ארבל, באומרה, כי "אכן, המשפט העברי מחמיר עד מאוד בדיני הראיות הנדרשים לצורך הרשעתו של אדם בפלילים. אלא שבפועל נקבע כי כאשר צורכי השעה מחייבים זאת מותר לדון אדם גם שלא לפי דיני הראיות שבתורה... כך הוכשרה האפשרות להרשיע אדם על פי הודאתו, וכן האפשרות להרשיע אדם על פי ראיות נסיבתיות. ואמנם, לצד הזהירות הנדרשת בהרשעתו של אדם, המובאת לידי ביטוי בדבריו של הרמב"ם שצוטטו על ידי חברי, הרי שהתפתחה ההבנה כי ישנה חשיבות גם לביעור הרע מקרבנו, ולפיכך התפתחו דיני ראיות התואמים את הצורך בהענשת האשמים, תוך הקפדה על הזהירות הנדרשת שלא להרשיע חף מפשע. וכך קובע בעל הטורים: 'אם רואין בית דין שצורך שעה הוא שהעם פרוצים בעבירות, דנין בין מיתה, בין ממון ובין כל מיני עונש... ונראה שאפילו אין בדבר עדות גמורה שהיה מתחייב על פיהם בדין בשעה שהיו דנים דיני נפשות, אלא שיש רגלים לדבר וקלא דלא פסיק - אם נראה לדין שיש צורך השעה לדונו בכך, הרשות בידו... ובכל יהו מעשיו לשם שמים ואל יהא כבוד הבריות קל בעיניו' (טור, חו"מ ב, יט)" (ע"פ 6304/11 מדינת ישראל נ' פלוני (20.2.2012)). דומני, כי צודקת חברתי וצודק אף אני. צודקת חברתי בהראותה כי המשפט העברי התפתח במהלך הדורות על-פי צרכי השעה, עד כדי האפשרות להרשיע על סמך ראיות נסיבתיות, אם גם בתנאים ובהירות רבה; וצודק אף אני, לעני"ד, בהצבעה על העקרון שמני אז ועד היום לא נס ליחה: יולזפות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד'. ובלבוש המודרני – שהרשעה בפלילים תעשה רק ברמה שמעבר לספק סביר.

שתי הדוגמאות שהבאתי נועדו ללמד על הכלל: התלבטות יום-יומית בשאלות של חשיפת האמת בד בבד עם מתן הגנה הולמת לחפים מפשע. ספרו של דורון מנשה עשוי להיות לנו לעזר רב, להלכה ולמעשה. ראוי המחבר המלומד להכרת הטוב על השפע שהרעיף עלינו בספרו החשוב, המעמיק והמועיל.