

”מעבר לספק סביר” וקול המוסר של השופט: הצעה למודל הכרעה משולב רציונלי-אמוציונלי

מאת

יניב ואקי ונחשון שוחט*

“Decision is a form of action, and ...
there is no action without emotion”

Richard Posner¹

הכלל המחייב את התביעה להוכיח את אשמתו של הנאשם במשפט פלילי מעבר לספק סביר הוא מן העקרונות המבוססים ביותר בשיטתנו המשפטית ומבטא את המחויבות היסודית של מערכת המשפט להגנה על חפים מפשע מהרשעת שווא.

מאמר זה מוקדש לדיון באחת ההתלבטויות המרכזיות בקשר למושג הספק הסביר – מהו היחס בין המימד האובייקטיבי של כלל ההוכחה מעבר לספק סביר לבין המימד הסובייקטיבי-פנימי? האם ההכרעה השיפוטית היא תמיד רציונלית לחלוטין או שאפשר כי תהיה גם אמוציונלית? האם הספק המחייב (או המאפשר) זיכוי הינו כזה המעוגן תמיד בספקות המוסבריים באופן לוגי, או שהוא עשוי לנבוע גם ממימד מצפוני המוביל את השופט להעדיף ריסון היכן שהוא אינו מרגיש תחושת שכנוע פנימי מספקת?

במאמר זה נבקש להציע ולהצדיק “מודל הכרעה משולב: רציונלי-אמוציונלי” כאפיון של כלל ההכרעה הרצוי במשפט הפלילי. מודל הכרעה זה מתבסס על ההכרה בקיומם של יחסי השלמה והדדיות בין מודל ההכרעה הרציונלי לבין מודל ההכרעה האמוציונלי. המודל הרציונלי-אובייקטיבי הוא העיקרי והדומיננטי, ולרוב ייטה בית המשפט לפעול על פיו, בעיקר, תוך תלייתו של הספק הסביר בתרחישים ממשיים המוסבריים באופן לוגי. לצדו ממלא המודל האמוציונלי-סובייקטיבי תפקיד חשוב, שיורי ומשלים.

המאמר עורך דיון ביקורתי בהצדקות מחקריות, היסטוריות ופילוסופיות למודל ההכרעה הרציונלי המקובל מזה ולמודל ההכרעה המצפוני-סובייקטיבי המשלים מזה ומתנקז למסקנה לפיו שני המודלים אינם מוציאים זה את זה אלא משלימים זה את זה. אנו טוענים כי ההכרה בספק פנימי שיורי מתיישבת עם החוויה השיפוטית ועם אידאל השפיטה; כי לרגש תפקיד בלתי

* ד”ר יניב ואקי, מנהל מחלקת עררים בפרקליטות המדינה, מרצה בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי, המכללה למינהל ומחבר הספר **דיני ראיות**; ד”ר נחשון שוחט, משרד מיתר, עורכי דין, ומרצה למשפט פלילי והתיאוריה של דיני הראיות.

Richard A. Posner, *Emotion versus Emotionalism in Law*, in *THE PASSIONS OF LAW 3* (Susan A. Bandes eds., 1999) 1

נמנע וחשוב בהערכת ראיות ובקבלת החלטות; כי אין לבטל כליל, ותמיד, ערכו האפיסטמי של ספק מנטלי; כי נכון לתאר יחס של השלמה בין קריטריון "הקבלה" (האובייקטיבי) לבין קריטריון "האמונה"; כי הכרה בתוקפו של הספק המנטלי, במקרים מתאימים, משקפת הכרה במגבלות הליך חקר העובדות במשפט; וכי ניתן ליישב המודל המוצע גם עם חובת ההנמקה של פסקי דין.

הטיעון המרכזי שמעלה המאמר הוא כי האחריות השיפוטית והשאיפה להשגת "נוחות מוסרית" (moral comfort) ביחס להכרעה במשפט הפלילי והשלכותיה אינן מתיישבות עם צו התעלמות מספק אישי-מצפוני המתעורר אצל השופט.

מודל ההכרעה המשולב מאפשר לתאר מעין "מקבילית כוחות" בין שני רכיביו. אופן יישומו עשוי להשתנות בהתאם לאופייה ולטיבה של התשתית הראייתית הקיימת בכל מקרה ומקרה. ככל שנקודת האחיזה הראייתית האובייקטיבית בתיק היא חזקה יותר ועשירה במידע – איכותית וכמותית – יוכל השופט להסתמך בקלות על הבחינה הלוגית-רציונלית ברמת ביטחון מספקת. לעומת זאת, במצבים של דלות ועמימות ראייתית כללית, כאשר השופט מתקשה לחלץ תמונת מציאות ברורה מהגרסאות שבפניו ומתקשה לבחור בנרטיב אחד של המציאות, תתגבר באופן טבעי הנטייה לפנות אל המודל האמוציונלי ולהסס לגבי רמת הביטחון של תהליך ההיסק הלוגי-אינדוקטיבי.

א. מבוא. ב. אופיו הדואלי של הספק הסביר. ג. המעבר ממודל הכרעה אמוציונלי למודל הכרעה רציונלי במדינות המשפט המקובל; 1. סטנדרט הספק הסביר כתחליף לסטנדרט "הוודאות המוראלית"; 2. סטנדרט הספק הסביר ככלי לסיוגם של ספקות א-רציונליים; 3. סטנדרט הספק הסביר כמבחן של ספק הניתן להסבר; 4. סטנדרט הספק הסביר ככלי ל"נוחות מוסרית" של מקבלי ההכרעה. ד. המעבר ממודל הכרעה רציונלי לאמוציונלי במשפט הישראלי; 1. הגישה המסורתית – מודל הכרעה רציונלי; 2. ההכרה בספק אמוציונלי בפסיקה הישראלית; 3. המחויבות המוראלית של הדיין במשפט העברי. ה. הצדקות למודל הכרעה רציונלי; 1. מודל הכרעה רציונלי ואידאל השפיטה; 2. מודל הכרעה רציונלי כחלק מהמשגת הספק הסביר. ו. הצדקות הנורמטיביות לאימוצו של מודל הכרעה משולב רציונלי-אמוציונלי; 1. הספק המנטלי מתיישב עם החוויה השיפוטית ואידאל השפיטה; 2. מקומו של הרגש בהערכת ראיות ובקבלת החלטות; 3. ערכו האפיסטמי וחשיבותו של הספק המנטלי; 4. על יחס השלמה בין קריטריון הקבלה לקריטריון האמונה; 5. הספק המנטלי כביטוי למגבלות ההליך; 6. הספק המנטלי ואידאל הנוחות המוסרית; 7. הספק המנטלי בראי חובת ההנמקה. ז. סיכום: מודל הכרעה המשולב – קווים לדמותו.

א. מבוא

הכלל המחייב את התביעה להוכיח את אשמתו של הנאשם במשפט פלילי מעבר לספק סביר הוא מן העקרונות המבוססים ביותר בשיטתנו המשפטית. הכלל מבטא את המחויבות של מערכת

המשפט להגנה על חפים מפשע מהרשעת שווא ונחשב לספינת דגל נורמטיבית. הוא בעל מעמד חוקתי ואף תואר כ"חוט הזהב" השזור לאורכה של מסורת המשפט המקובל לדורותיו.² אלא שמושג "הספק הסביר" הוא מושג הנושא מטען ערכי, אינטלקטואלי והיסטורי מורכב, והוא איננו מובן מאליו. מאז הופעתו לקראת סוף המאה ה-18, מזה למעלה ממאתיים שנה נמשכים הניסיונות לפרשו ולבארו. נמשכים החיפושים אחר נוסחאות שינהירו את פשרו, נמשכות ההתלבטויות וההצעות השונות לאופן המשגתו, ומתווספים מחקרים המנסים להתחקות אחר האופן שבו הוא מובן על ידי שופטים ומושבעים. מסע היסטורי, אנאליטי וביקורתי זה הינו מקיף, רחב יריעה ומרתק. הוא מתפרש על פני פרספקטיבות רבות ומגוונות.³ המסע אינו צפוי להגיע אל קיצו, בדמות פיתרון אחיד, במסגרת המאמר הנוכחי. מאמר זה מוקדש לדיון באחת ההתלבטויות המרכזיות – לעיתים מוצנעת מתחת לפני השטח, ובשנים האחרונות מפורשת וגלויה בפסיקה – מהו היחס בין המימד האובייקטיבי של כלל ההוכחה מעבר לספק סביר לבין המימד הסובייקטיבי-פנימי? האם ההכרעה השיפוטית היא תמיד רציונלית לחלוטין או שאפשר כי תהיה גם אמוציונלית? האם ההכרעה בספק סביר המחייב זיכוי מבוססת בהכרח על קריטריונים לוגיים של "קבלה", או שגלום בה גם מימד מובחן של "שכנוע" אישי, כתנאי נוסף? האם הספק המחייב (או המאפשר) זיכוי הינו כזה המעוגן תמיד בספקות המוסברים באופן לוגי, או שהוא עשוי לנבוע גם ממימד מצפוני המוביל את השופט להעדיף ריסון היכן שהוא אינו מרגיש תחושת שכנוע פנימי מספקת? האם וכיצד ניתן לתת סימנים ולתקף אמירות כאמרותיו של השופט רובינשטיין על אודות "קול המוסר של השופט" או כי "הספק עשוי לנבוע מהצטברותם של גורמים, שתוצאתם היא כי ידו של השופט רועדת בבואו לחתום על הרשעה"?⁴ אכן, מורשתו השיפוטית והערכית החשובה של השופט רובינשטיין מניחה בפנינו בין השאר את האתגר העיוני והנורמטיבי שיעמוד במרכזו של מאמר זה, כפי שכתב:

2 הביטוי "golden thread" מפי הלורד סאנקי בהלכת Woolmington v. DPP, [1935] A.C. 462. בפסק דין HL(E) In re Winship, 397 U.S. 358 (1970) בית המשפט העליון של ארצות הברית פסק כי הנחיית המושבעים ביחס לחובתה של התביעה הכללית להוכיח את האשמה מעבר לספק סביר מהווה זכות חוקתית של הנאשם המוגנת בגדרו של התיקון ה-14 לחוקה; בישראל מעוגן הכלל בס' 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864. לפי הגישה הרווחת הכלל מעוגן חוקתית בס' 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150, ראו בין השאר ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.1.2007); בג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(2) 757 (1997); גם באנגליה מוכר מעמדו המעין חוקתי של העיקרון, ראו ADRIAN A. ZUCKERMAN, THE PRINCIPLES OF CRIMINAL EVIDENCE 124 (1989); עניין Woolmington, לעיל ה"ש 2.

3 לדיונים מפורטים בספרות המשפטית בישראל על אודות כלל הספק הסביר, מקורותיו ומודלים לפרשנותו ראו בין השאר: יניב ואקי מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בדין הפלילי (2013); נחשון שוחט שוחט החובה המשפטית והמוסרית להגן על חפים מפשע מפני הרשעת שווא: עיון ביקורתי-אנאליטי במחויבויותיה הנורמטיביות והפרוצדוראליות הנגזרות של מערכת המשפט (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת חיפה, 2015); דורון מנשה ואייל גרונו מהות הספק הסביר (2017); מיכה לינדנשטראוס על הספק הסביר: סוגיות נבחרות (מהדורה שנייה, 2007); עמנואל גרוס ומיכל עורקבי "מעבר לספק סביר" קריית המשפט א 229 (2001).

4 ע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.6.2006).

קולמוסים שיפוטיים ואקדמיים רבים נשתברו ומשתברים בשאלת הגדרתו ואפיונו של הספק הסביר, ואם לא נמצאה עד הנה נוסחת הקסם, כנראה גם לא תימצא; ימשיכו איפוא בתי המשפט בהתחבטות התמיד, תוך בדיקת כל מקרה לגופו בגדרו השכל הישר – אף שדווקא כמי שמרבה להידרש לציווי השכל הישר, אודה כי לא תמיד די בו, בודאי בגדרי המשפט הפלילי. כשלעצמי שותף אנכי להסתייגות מנוסחאות מתמטיות ודומותיהן בהכרעות שיפוטיות, בכלל ובתחום זה; עם שיש בהן חידוד המוחין, מסופקני מאוד אם ניתן לכמת סיטואציות עובדתיות ואנושיות לכלל נוסחה מתמטית. הנסיבות החברתיות והאנושיות אינן יכולות, לטעמי, להתכמת – וגם קולו של המוסר אינו יכול להיכנס לתוך נוסחה [...]; כשלעצמי סברתי, כי "הספק עשוי לנבוע מהצטברותם של גורמים, שתוצאתם היא כי ידו של השופט רועדת בבואו לחתום על הרשעה" [...]. רעת היד היא שידורו של הקול הפנימי, אותו "אישון" – "איש קטן" [...]. וכנהוג לומר, "כאשר יש ספק – אין ספק" [...]. בדיקת הספק היא מאמץ רצוי וראוי. יש בה משום ענוה, ההכרה כי אין אדם, ושופט בכלל כמוכן, חסין מטעות. [...] ההתלבטות המלווה שופט בהכרעתו היא דבר חיובי. היא מחייבת אותו להעמיק חשוב, לשוב ולשקול, לשוב ולהרהר, ויעיד כל אחד מאתנו, כי מתקיימים בו לא אחת דברי הפסוק "ולילות עמל מינו לי" [...]. מן הביטחון המופרז יש להיזהר, יש בו מן היוהרה ולעתים גם מחוסר האחריות, בניגוד לאתגור המתחדש, שלעולם אינו כלה. [...] המעגל נסגר במקום שהחל. הספק הוא במוחו ובתחושתו של בית המשפט. הוא איננו ניתן להגדרה; אך הוא ניתן להנמקה.⁵

במאמר זה נבקש להעמיק העיון בטיבו של הליך ההכרעה העובדתי במשפט בראי השאלות הללו, ולהציע תובנות באשר לאופיו של רף ההוכחה. נצביע על מודלים המשקפים לדעתנו את הליך ההכרעה השיפוטי ואשר יש בכוחם כדי להאיר את סטנדרט ההוכחה "מעבר לספק סביר" בהשראת התבטאויות של כמה משופטי בית המשפט העליון בשנים האחרונות. מטרתנו היא להציע פרספקטיבה שנכנה כ"מודל ההכרעה המשולב: הרציונלי-אמוציונלי". במגמה לתקף גישה זו, נציג המשגה מפורטת ליחס שבין המימד האובייקטיבי לסטנדרט "הספק הסביר" לבין המימד הסובייקטיבי-השיורי שהוא עשוי להכיל. נעמוד על תימוכין נורמטיביים ומעשיים למודל, נשיב על הביקורות הנפוצות כלפיו, ונשאף לחזק המגמה הניכרת בעמדות שהובעו מפיהם של כמה משופטי בית המשפט העליון⁶ על אודות מקומו החשוב, המשלים, של המימד הסובייקטיבי-מצפוני להכרעה.⁷

5 אליקים רובינשטיין "ספק ספיקא והיד הרועדת: דברי הקדמה לחיבורו של ד"ר יניב ואקי סבירותו של ספק" אצל ואקי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 16.

6 התבטאויות מייצגות מאת השופטים חשין, הנדל, דנציגר וג'ובראן תפורטנה בפרק הרביעי להלן.

7 לאורך המאמר נשתמש באופן מתחלף במונחים שונים כגון: "סובייקטיבי", "אמוציונלי/רגשי", "פנימי", "מצפוני", "אינטואיטיבי", "תחושה", "מוסרי" ועוד. מובן שאין זהות במשמעותם של המונחים הללו והם אינם חלופיים לחלוטין, אלא שהם מסבירים יחדיו יסודות של החלטה להימנע

בהידרש לשאלה זו נעמוד על קיומן של מגמות סותרות לכאורה בהתייחס להתפתחות של סטנדרט "הספק הסביר", פרשנותו ויישומו. אם עוקבים אחר התפתחותו של סטנדרט ההכרעה הפלילי מגלים דבר מאוד מעניין. למרות שנדמה כי סטנדרט ההכרעה המשמש אותנו כיום היה כאן מאז ומתמיד, נראה שלאורך התקופות והשנים חלשו עליו מגמות פרשניות שונות ולפחות במובן מסוים, מתחרות.⁸ במשפט המקובל, סטנדרט ההכרעה במקורו היה אמוציונלי, שופטים ומושבעים הורשו לזכות כל אימת שלא שוכנעו באופן סובייקטיבי-פנימי באשמתו של הנאשם. מלכתחילה הודגשו מונחים דתיים-מצפוניים אשר חיבו שכנוע פנימי מוחלט. על פי כמה מן המחקרים ההיסטוריים הבולטים סימנה קליטתו של סטנדרט הספק הסביר, ברוח "תקופת האורות" והשינויים המובהקים בדפוסי החשיבה הפילוסופית והמשפטית, מעבר מובהק ממונחי הכרעה שהתבססו על שכנוע פנימי-מצפוני אל מונחים שנועדו לגלם אידאל רציונלי (וביניהם גם כלל ההוכחה מעבר לספק סביר). בהתאם לסיבה זו אפיונו של הספק המוביל לזיכוי כספק "סביר" נועד למנוע הכרעות המתבססות על ספקנות מוגזמת והססנות שאינם מעוגנים בראיות ובהסברים הגיוניים. מאז ועד היום, ככלל, ניתן לזהות במדינות האנגלו-אמריקניות הקפדה בעניין זה, לפחות ברטוריקה השיפוטית הדומיננטית, ואף התחזקות של המגמה במהלך המאה ה-20 הניכרת בתליית דרישות נוספות להכרה ב"סבירותו" של הספק שלאורו בלבד מצווים המושבעים לזכות.

בישראל, לעומת זאת, רף ההוכחה שנקלט עם קום שיטת המשפט הישראלית ובהשפעה ישירה של המשפט המקובל, אופיין לרוב ככזה אשר מציית למודל הכרעה רציונלי, ואולם במהלך עשרים השנים האחרונות נדמה שחלה נסיגה משמעותית בפסיקה ביחס למעמדה של תפיסה זו כתפיסה בלעדית. מאז פסק דינו של השופט מישאל חשין בעניין **בן ארי**,⁹ מתרחבת בקרב שופטי בית המשפט העליון הנטייה לאפיין את הספק שלאורו עשוי בית המשפט לזכות גם כספק פנימי-מצפוני, שאיננו תמיד מוחשי ונתלה בהסבר מסוים.¹⁰ במאמר זה נציג טיעונים בזכות מודל ההכרעה המשולב, הרציונלי-אמוציונלי הן מבחינה דסקריפטיבית והן מבחינה נורמטיבית. מעבר לביטוי המפורש בפסיקה, נעמוד על התאמתו לאופן שבו מופעל שיקול הדעת השיפוטי, בהקשר של הכרעת הדין הפלילית הלכה למעשה,

מהרשעה הנובעת מתחושה של היעדר שכנוע פנימי מספק של השופט, אף שתחושה זו אינה ניתנת להנמקה שלמה במונחים לוגיים-רציונליים. לדעתנו השימוש במונחים השונים לאורך המאמר, בהתאם להקשר, נחוץ דווקא מכיוון שמשמעותם איננה זהה. כל אחד מן המונחים תורם את חלקו להסבר הלך הנפש שעשוי לייצר תחושה חזקה של השופט שלא מוצדק להרשיע.

8 כפי שנסביר ונמחיש בפרקים 3-4 להלן, תיאור זה מבוסס על הכללה. בכל אחת משיטות המשפט ניתן למצוא ביטויים לשתי הגישות. עם זאת, לדעתנו בהחלט ניתן להצביע על מגמות כלליות בכיוונים סותרים של השיח הפרשני הדומיננטי.

9 דנ"פ 3391/95 **בן ארי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(2) 377, 437-438 (1997).

10 אפשר שלפחות חלק מן ההסבר למגמות הסותרות הללו נובע מן ההבדל המשמעותי בין שיטות המשפט: הנחיות שיפוטיות לקראת הכרעה בלתי מנומקת של מושבעים בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית, לעומת הכרעת דין מפורטת ומנומקת של שופט מקצועי ומנוסה בישראל. הגם שלאורך רובו של המאמר נתייחס למעמדו של הספק האמוציונלי באופן כללי ומבלי להידרש להבחנה בין שופטים למושבעים, אנו סבורים שמודל ההכרעה המשולב מקבל משנה תוקף כשמדובר בהכרעה של שופט מקצועי המגובה בפסק דין המפרט הראיות והשיקולים העומדים ביסודו.

וזאת בפרט במצבים ראייתיים מסוימים. מבחינה נורמטיבית ננתח טעמים משמעותיים המצדיקים הכרה במימד סובייקטיבי-שירי כבסיס להכרה בספק סביר לגיטימי, כחלק מן המחויבות של מערכת המשפט לעיקרון ההגנה על חפים מפשע. זה יהיה סדר הילוכנו:

בפרק השני נדון באופיו הדואלי של הספק הסביר. נתייחס לשני נושאים חשובים כרקע להבנת מהותה של ההתלבטות בשאלת ההכרה בתוקפו של ספק פנימי-סובייקטיבי. הנושא הראשון הוא גמישותו ועמימותו של סטנדרט ההכרעה. המונח "ספק סביר" מכיל מסר מורכב ודואלי: מצד אחד, הציווי לשילובה של ספקנות וביסוסו של עקרון ההנאה מן הספק; מצד שני, הציווי לדחייתה של ספקנות מוגזמת.¹¹ מורכבות זו של הסטנדרט היא שביסוד גמישותו, ולפיכך מתעוררות התלבטויות ביחס לפירושו ולאופן יישומו. הנושא השני שנציב כרקע לדיון הוא הבנתה של ההתלבטות גם כביטוי של המתח בין שתי אסכולות פילוסופיות: האסכולה הקלסית המדגישה האידאל של ניצחון ההגיון והתבונה על הרגש, לעומת האסכולה הרומנטית המדגישה כישלוננו האימננטי של מודל חשיבה (כל שכן מודל של עשיית משפט צדק) נוקשה שאינו מותיר מקום לשילובם של המצפון והרגש.

בפרק השלישי נתאר את המעבר ממודל הכרעה אמוציונלי למודל הכרעה רציונלי במשפט המקובל. נתחקה אחר שורשיו ההיסטוריים של סטנדרט הספק הסביר ונלמד הן על המגמה של מעבר להדגשת המימד הרציונלי, והן על הביקורת כלפי מגמה זו במונחי השיח האקטואלי והמושגים של ימינו. מבחינה תאורית נאפיין את מגמת ההדגשה של מודל הכרעה האובייקטיבי במדינות המשפט המקובל (בשיח הגלוי לפחות). מבחינה נורמטיבית נדגיש קיומו של יסוד משמעותי של ביקורת כלפי מגמה זו.

בפרק הרביעי נציג המגמה הפוכה והרצויה לשיטתנו המתרחשת במשפט הישראלי בשנים האחרונות: מעבר ממודל הכרעה רציונלי למודל הכרעה שמכיר גם במקומו האפשרי, השירי, של הספק הפנימי-מצפוני. נראה כי ניתן לזהות בפסיקה הישראלית מוטיב ברור העומד על מרכזיותה של דרישת הסבירות כאבן בוחן אובייקטיבית לסיוגם של ספקות אפשריים.¹² עם זאת, אל מול הנטייה שהייתה בפסיקה להדגיש המימד האובייקטיבי שמייצג הסטנדרט, נראה כי בשנים האחרונות שופטי בית המשפט העליון אינם מהססים, יותר ויותר, לבטא גישה שלפיה יש מקום להכיר גם בספק הפנימי-מצפוני כנימוק גלוי ומפורש, ולגיטימי, לזיכוי במצבים מסוימים. מטרתנו במאמר זה היא לחזק מגמה זו ולתמוך בה, על ידי הצגת טיעונים בזכות מודל הכרעה משולב המתאר יחסי השלמה והדדיות בין שני רכיביו של המבחן.

11 ראו ההגדרה הקלאסית של הלורד דנינג לספק הסביר השוללת התחשבות ב-"fanciful possibilities" ומבהירה כי הוכחה מעבר לספק סביר איננה הוכחה מעבר לצלו של ספק: Miller v. Minister of Pensions, [1947] 2 All E.R. 918; ובע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 652-653 (1993): "אל לו לבית המשפט לחוש להתרחשות מאורע רחוק ויוצא דופן המתיישב, אם אמנם אירע, עם חפותו של הנאשם, בעוד שהעדויות שבית המשפט האמין בהן מוליכות למסקנה סבירה הרבה יותר שהנאשם אינו חף. מן ההכרח להתעלם מאירועים רחוקים מהמציאות".

12 שם, בעמ' 652.

בפרק החמישי נסקור הצדקות עיקריות לאימוצו של מודל הכרעה רציונלי, ואגב כך גם טיעונים נגד ההכרה במודל האמוציונלי. פרק זה נחוץ וחשוב להבנת הגישה המשפטית המסורתית והצדקותיה המעשיות והנורמטיביות. מפרק זה נלמד כי אין עוררין על מרכזיותו של מודל ההכרעה הרציונלי. ישנם טעמים חזקים לראותו כמבחן המרכזי והדומיננטי החולש על ההכרעה במשפט. נציג כמה מן הטעמים הללו, אך נדגיש כי השאלה שאנו מבקשים לעורר אינה נוגעת לתוקפו של מודל ההכרעה הרציונלי, אלא ל**בלעדיות** שלו. סקירת ההצדקות למודל ההכרעה הרציונלי והביקורת מכיוון מציבות אתגר בפני ניסיונו לתקף מקומו של מודל ההכרעה האמוציונלי כמודל משלים.

הפרק השישי יוקדש לדיון מפורט בהצדקות למודל ההכרעה האמוציונלי כמודל שיורי ומשלים, ולתיקוף חשיבותו וערכו האפיסטמי של הספק המנטלי. בפרק זה נציג הצדקות מחקריות ופילוסופיות למודל ההכרעה האמוציונלי המקבלות ביטוי גובר והולך בספרות העדכנית בתחומים של הפסיכולוגיה הקוגניטיבית, חקר מדעי המוח והמחקר המשפטי האינטר-דיסציפלינרי של "משפט ורגש" ("Law and Emotion"). באמצעות מחקרים עדכניים, המצביעים על תרומה מועילה של הרגש לקבלת החלטות בהקשרים מסוימים, נעמוד על תפקידו הבלתי-נמנע של הרגש בתהליכי חשיבה אנושיים, בגיבוש ההכרה ובקבלת החלטות. נראה כי ההנחה המציגה הבחנה מושגית ברורה בין "ההגיון" לבין "הרגש" נכשלת בתיאור הקשר המתקיים ביניהם בתהליכי הערכה של מצבים וגיבוש ההכרה, ונטען כי יחס זה מתבטא בהזנה הדדית ובבקרה הדדית. לאור זאת, נציג את "**הגישה הקונטקסטואלית**" המוצאת ביטוי בספרות המשפטית של השנים האחרונות. הגישה הקונטקסטואלית מדגישה כי ישנם סוגים מובחנים של השפעות רגשיות. הדיון בשאלה אם נכון להכיר במשקל של מצב תודעה סובייקטיבי ובתרומתו לקבלתה של החלטה הוא דיון התלוי בסיטואציה ובהקשר שבהן נדרש אדם לקבל החלטה. גישה זו מתיישבת עם כלל המתיר להתחשב בתפקידו החשוב והמועיל של מנגנון הבקרה הפנימית-מצפונית של השופט על תהליך ההיסק הלוגי ועל רמת הביטחון שהוא חש בהסתמכות עליו במקרה נתון. כלל של הכרה בספק המנטלי של השופט מתיישב עם החוויה השיפוטית ועם "אידיאל השפיטה" בראי הערכים שביסוד המשפט הפלילי. הכרעת הדין במשפט הפלילי מתבססת על שקילה רציונלית של שופט מקצועי, שבעקבותיה נטילת אחריות אישית-מוסרית על ההכרעה. אקט זה של נטילת אחריות על החלטה גורלית מחייב מידת ביטחון פנימי בתוקף ההכרעה. מקומו של ספק מנטלי המעורר אי-נחת מצפונית עשוי לכן להיות בעל ערך רב לאור ההקשר, שהוא המטרה להבטיח קבלת החלטה ברמה מספקת של ביטחון אפיסטמי ובהתאמה מקסימלית לערכיה היסודיים של שיטת המשפט.

בפרק השביעי נסכם הצעתנו למודל ההכרעה המשולב: הרציונלי-אמוציונלי. מודל ההכרעה זה מתבסס על הכרה בקיומם של יחסי **השלמה והדדיות** בין מודל ההכרעה הרציונלי לבין מודל ההכרעה האמוציונלי. שני המודלים אינם מוציאים זה את זה. המודל הרציונלי-אובייקטיבי הוא העיקרי והדומיננטי, ולרוב ייטה בית המשפט לפעול על פיו, בעיקר, תוך תלייתו של הספק הסביר בתרחישים ממשיים המוסברים באופן לוגי. לצידו ממלא המודל האמוציונלי-סובייקטיבי תפקיד חשוב, שיורי ומשלים. הדואליות של סטנדרט ההכרעה היא דו-כיוונית. כשם שהסבירות עשויה לשמש לסיגום של ספקות באשר הם, כך נחוצה לעיתים גם נקודת המבט ההפוכה: הספק

המתעורר בליבו של השופט ושאינו נותן מנוח, עשוי במצבים מסוימים לסייג ההיתלות בניתוח הלוגי של הראיות ולגבור עליו.

ב. אופיו הדואלי של הספק הסביר

בעניין עלי ביטא השופט הנדל באופן יפה וגלוי את אופיו הדואלי של סטנדרט ההוכחה מעבר לספק סביר ואת ההתלבטות המלווה את יישומו:¹³

על הספק הסביר להיות "הגיוני". ספק שאינו סביר מעורר ספק בעצם קיומו. ברם, הגיונו של הספק אינו נעוץ רק במישור האובייקטיבי. לא ניתן להכריע דינו של נאשם על סמך הגרסא הנכונה "אובייקטיבית". [...] ספק יכול להתעורר גם על מצע עובדתי שאינו בהכרח הגיוני. הספק הסביר יכול ויהיה סובייקטיבי, תולדה של התרשמות הערכאה המבררת [...] הכרעת הדין חייבת להיות מנומקת [...] בהצהרה על התוצאה לברדה, תהא היא לזיכוי או להרשעה, לא סגי.
Reasonable doubt must have its reasons

מחד גיסא, מודגשת במובאה זו הציפייה לעיגונו הרציונלי של הספק הסביר, בראיות ובנימוקים ברורים. מאידך גיסא, מצויה גם ההכרה בכך שהספק המוביל לזיכוי יכול להתעורר לעיתים "על מצע עובדתי שאינו בהכרח הגיוני", תולדה של ההתרשמות הסובייקטיבית של הערכאה המבררת. תפיסה זו של הספק הסביר, שלכאורה מכילה בתוכה סתירה, איננה חדשה או ייחודית. מקרב המשפטנים הרבים שהתייחסו למובנו הכפול האפשרי של הספק הסביר בהקשר הזה, ראוי לציין את ההגדרה המשפיעה של צוקרמן,¹⁴ הכוללת שני רכיבים. הרכיב הראשון תולה את הספק הסביר במימד אובייקטיבי מוחשי – לא בציפייה לעמידה ב"רף הסתברותי" זה או אחר, אלא בזיהויו של "ספק מאובחן" ("Perceptible doubt") – תרחיש חפות שהראיות כמכלול אינן מאפשרות להסירו מעל הפרק.¹⁵ לעומת זאת, חלקה השני של ההגדרה מדגיש את היעדר היכולת לכפות על ההכרעה השיפוטית, על ההתרשמות הכוללת מן הראיות ואף על מושג "הספק הסביר" עצמו הבנייה אובייקטיבית נוקשה. הרכיב השני להגדרה תולה את ההכרה במימד הסובייקטיבי להכרעה הן בהבנת טיבה ההוליסטי של הערכת הראיות והן בחובת המאמץ

13 ע"פ 3676/11 עלי נ' מדינת ישראל, פס' 5-6 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 9.10.2012).

14 ADRIAN A. ZUCKERMAN, THE PRINCIPLES OF CRIMINAL EVIDENCE 125, 137 (1989)

15 שם, בעמ' 137: "What makes this sort of evidence fall short of proof beyond reasonable doubt: is the fact that there is a definite possibility, which cannot be dismissed as unfounded, that the accused is innocent. Thus as long as the evidence in the case leaves room for a perceptible possibility of innocence, however small, we cannot convict"

המוסרית והמשפטית כעקרון העל החולש על הכרעת הדין במשפט הפלילי.¹⁶ אל שני המוטיבים הללו נדרש בפירוט בהמשך המאמר.

הנושא הראשון הטעון הבנה הוא כי מושג "הספק הסביר" המשמש להגדרת דרישת ההוכחה הפלילית הינו מושג דואלי וגמיש מעצם טיבו. אופיו הדואלי איננו מקרי, אלא הוא נובע מכך שהמושג מכיל בחובו את שתי תכליות היסוד של ההליך הפלילי ואת המתח המובנה ביניהן. התכלית הראשונה הינה השאיפה למיצוי חקר האמת, הרצון לרמת התאמה גבוהה בין ההכרעות השיפוטיות לבין העובדות כפי שאירעו במציאות ובכלל זה הצורך לאפשר הוכחת אשמתם של עבריינים ומיצוי הדין כלפיהם בשיעור הצלחה גבוה. תכלית זו חיונית להצלחת פרויקט המשפט הפלילי בכללותו ולהגנה על האינטרסים הציבוריים.¹⁷ מנגד ניצבת המטרה היסודתנית הנוספת,¹⁸ היא המחויבות להגנה על חפים מפשע מפני הרשעות שווא.¹⁹

תיאור ההיבטים הרבים בהם ניכר מתח בסיסי ותמידי בין שתי תכליות היסוד של ההליך הינו נושא חשוב החורג מגדרו של מאמר זה.²⁰ לענייננו חשוב להבין שמתח זה מצוי גם בליבו של

16 שם, בעמ' 136 – "It is neither possible nor desirable to hide from the jury that the final step in the assessment of evidence is subjective. Naturally, this element of subjectivity leaves room for flexibility but the jury must understand that they must be fully convinced, in their own minds, of the accused's guilt to the exclusion of all doubt. The clearer the jury's understanding of the moral, as well as legal, duty owed to the accused the less scope there will be for variation in the standard"

המשפטן האוסטרלי ריצ'ארד אגלסטון ביטא עמדה דומה: "The criminal standard of proof is essentially a subjective one, and requires that the jury be brought to a particular state of mind" – RICHARD EGGLESTON, EVIDENCE, PROOF AND PROBABILITY 42 (2nd ed. 1983).

17 ממרת בלקסטון ודומותיה ("מוטב כי עשרה אשמים יימלטו [מדין] מאשר שחף מפשע ייחיד יסבול") מצהירות על נכונות לפשרה משמעותית על מטרה זו. WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND Bk IV, ch. 27, 420 [*358] (1769, 1962). כמוכך שאין להסיק מממרות כגון אלו כוונה להגדרת יחס רצוי אליו חותרת מערכת המשפט או תיאור מצב מצוי, אלא שזהו משפט היפותטי המבטא מחויבות באופן סימבולי בבחינת "אפילו אם היינו נדרשים לפשרה שכזו, היינו מוכנים לה". מבחינה מעשית מערכת המשפט חותרת להצליח לממש את חקר האמת ולהביא עבריינים על עונשם בשיעור הצלחה גבוה.

18 ערך יסודתני (foundational) בהקשר הנדון הינו ערך המהווה חלק מן התשתית המוסרית הבסיסית שממנה נגזרים העקרונות והמדיניות. המשמעות היא הצבת תכלית בלתי תלויה אליה חותרת המערכת, להבדיל מתכלית נוכחת העשויה להיות גורם משפיע, אינסטרומנטלי או מסייע בלבד.

19 כפי שהדגיש הול לפני שנים: "ההכללה האחת החשובה ביותר שניתן לתאר בהתייחס להליך הפלילי הינה כי מטרתו הסופית הינן דואליות וכי קיים ביניהן קונפליקט" – Jerome Hall, Objectives of Federal Criminal Procedural Revision, 51 YALE L.J. 723 (1942) (בתרגום חופשי של המחברים).

20 ראו שוחט, לעיל ה"ש 3, שם מציע המחבר מודל לבחינת רמת המחויבות של מערכת המשפט להגנה על חפים מפשע בהתבסס על שש מחויבויות מובחנות: המחויבות הנורמטיבית להקצאת סיכוני המשגה; המחויבות הפרוצדורלית; המחויבות הראייתית-אפיסטימית; המחויבות לבקרה ופיקוח, לגילוי טעויות ותיקון; המחויבות המוראלית; והמחויבות האקספרסיבית. החיבור מנתח ביטוי של המתח בין שתי תכליות היסוד הללו במסגרת כל אחת משש המחויבויות; בספרו החשוב תיאור פאקרא את המתח התמידי במסגרת ההליך הפלילי בין "מודל מיגור הפשיעה" (Crime Control

מושג הספק הסביר. סטנדרט הספק הסביר מייצג, אולי יותר מכל מושג משפטי אחר, את מחויבותה הגבוהה של מערכת המשפט להגנה על חפים מפשע ואת הנכונות להתפשר על מקסום חקר האמת לשם כך.²¹ עם זאת, הנכונות להתפשר על חקר האמת אינה בלתי מוגבלת לנוכח הצורך להגן על החברה באמצעות אכיפה יעילה של המשפט הפלילי. סטנדרט ההכרעה מכיל מיסודו את הדילמה ומבטא את החיפוש החמקמק אחר נקודת האיזון בין שתי התכליות הללו. הוא מהווה בעצמו כלי הקיבול להתלבטות האנושית והמערכתית הנצחית ביחס לגבולות היומרה של השפיטה ושל האחריות הנלווית לה. מושג הספק הסביר הוא לפיכך ביטוי לרעיון, לאידאל, לשאיפה, לאחריות ולאחריות.

תפיסה זו של מושג הספק הסביר כמושג דואלי מאירה באור אחר את גמישותו ואת עמימותו. זהו ייחודו של מושג הספק הסביר וזהו גם יתרונו.²² נדמה שזו גם הסיבה לכך שהשיח השיפוטי נזהר ככלל מלפתור עמימות זו. תפיסה זו של מושג הספק הסביר, כמושג שבעיקרו מספק הכוונה עקרונית-נורמטיבית קשורה באופן הדוק להתלבטות שבה אנו מתמקדים: שאלת ההכרה בספק הסובייקטיבי, שגם אם לא תמיד ניתן לשים עליו במדויק את האצבע, הרי הוא נמצא שם, נוכח ומטריד, והשופט אינו מסוגל בכנות ובישרה להסירו.

הנושא השני הטעון הבהרה הוא כי מעל לשאלות הללו מרחפת שאלה רחבה יותר על אודות החוויה האנושית ועל אודות טבעה של ההכרה. זו שאלה הניצבת במרכז המתח שבין האסכולה הקלאסית וחתירתה לניצחון ההגיון והתבונה על הרגש, לבין האסכולה הרומנטית המדגישה את חשיבותם של המוסר הטבעי, הרגש והגורם האינדיווידואלי בעיצוב ההכרה. האסכולה הרומנטית מסתייגת מאידאל החשיבה הרציונלי-אמפריציסטי הנוקשה ומן הניסיונות להכפפת התאוריה על אודות הידע והמוסר לאמות מידה אוניברסאליות.²³

ייתכנו מספר גישות לתיאור היחס בין המימד האובייקטיבי לבין המימד הסובייקטיבי להכרעה. בקצה האחד ניתן לתאר מודל אובייקטיבי אקסקלוסיבי, החותר להצרנה לוגית והמחייב לעולם הנמקה ברורה של הסיבה או הסיבות להטלת הספק וסבירותו, במונחים התובעים ניתוק מתחושתו הפנימית של השופט. בקצה השני ניתן לתאר גישה התולה את עיקר ההכרעה ברושם, באינטואיציה או ברגש מבלי לצפות או להציב דרישה להנמקה כלשהי. בטווח ניתן לתאר גישות ביניים מרוככות יותר. זאת אכן ננסה לעשות באפיון מודל ההכרעה המשולב

(Model) לבין "מודל זכויות הנאשמים" (Due Process Model) מצד שני. HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 165 (1968).

21 כפי שהבהירה השופטת דורנר בעניין **בן ארי**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 461: "ההסתברות לתוצאה מוטעית במשפט הפלילי מתעצמת לנוכח דרישת ההוכחה מעבר לספק סביר". סטנדרט ההוכחה המקטין את שיעורי המשגה באופן כללי הוא כידוע סטנדרט של מאזן הסתברויות.

22 השופט ג'רום פרנק כתב על ה"Resources of ambiguity". ב" Larson v. Ho Ann Cab Corp., 209 F.2d 929 (1954) הפנה פרנק לכתביהם של ARTHUR L. CORBIN, ON CONTRACTS vol. III 3 (1954) ושל IVOR A. RICHARDS, THE PHILOSOPHY OF RHETORIC (1936). מובאות אלו מתייחסות לטבעה ולמגבלותיה של הקומוניקציה האנושית ומסבירות כי ישנם מושגים שניסיונות מילוליים חוזרים ונשנים להגדירם מתבררים כחסרי תוחלת, נוטים לבלבל ונכשלים בהכלת המורכבות של הרעיונות שהם מבטאים.

23 לתיאור התנועה הרומנטית כ"תגובה" למהפכת ההשכלה וסקירת תימות מרכזיות במסגרתה ראו ISIAH BERLIN, THE ROOTS OF ROMANTICISM 21-45 (Henry Hardy ed., 1999).

המוצע. כך למשל, ניתן לתאר יחסי הדדיות והשלמה בין המימד האובייקטיבי לבין המימד הסובייקטיבי להכרעה. ניתן להכיר בחשיבות ובדומיננטיות של מודל ההכרעה האובייקטיבי, מבלי לשלול קיומו של מימד סובייקטיבי שיוזי. אנו סבורים שניתן גם לתאר מצבים ראייתיים שונים, שעשויים לבטא את הכרחיותה של ההכרה במימד הסובייקטיבי. בנוסף, ניתן לתאר כיצד כל אחד משני המימדים משמש לטיוב ההכרעה בדרך של מילוי פונקציה של בקרה ומודעות עצמית. כך למשל, הכרה באופי הסובייקטיבי של תהליך הערכת הראיות וגיבוש המסקנות במשפט אינה מחייבת להמעט מחשיבותה של דרישת ההנמקה האובייקטיבית. ההנמקה ממלאת פונקציה של חשיפת שיקוליו הבלתי מודעים של השופט כתהליך של בקרה עצמית אובייקטיבית, היא מאפשרת גם בקרה חיצונית על שיקוליו של בית המשפט ומסייעת לקבלתם של פסקי הדין. מצד שני, הדגשת אופייה האובייקטיבי ככלל של ההכרעה אינה שוללת פנייה אל קריטריון עצמת השכנוע הפנימי לצורך בקרה על מידת הביטחון בתהליך ההיסק. לתובנה זו יש משנה תוקף, לדעתנו, ככל שמושם דגש רב יותר על האחריות המוסרית-מצפונית שנלווית להכרעה ולאחריותו האישית של השופט לקיומה. מודל ההכרעה המשולב אינו מיועד אפוא לבחור בין מודל ההכרעה האובייקטיבי לבין מודל ההכרעה הסובייקטיבי, או בין הנחות הגישה הקלאסית לבין הנחות הגישה הרומנטית. הוא מיועד לגשר ולשלב ביניהן. הוא מבוסס על תיאור תפיסת חווית השיפוט כפי שהיטיב לבטאה שופט בית המשפט העליון של ארצות הברית ויליאם ברנן – חוויה המבוססת על אינטראקציה בין השכל לבין הרגש, ההיגיון והניסיון, כ"דיאלוג בין הראש לבין הלב".²⁴ מודל ההכרעה המשולב לא יפתור את ההתלבטות השיפוטית, בדרך של הנחיה ברורה, אלא יותיר אותה על כנה, תוך מתן לגיטימציה לביטוי השיקולים והתחושות של בית המשפט והגורמים שהביאו להחלטה לזכות, כהווייתם.

ג. המעבר ממודל הכרעה אמוציונלי למודל הכרעה רציונלי במדינות המשפט המקובל

במשפט המקובל, מאז קליטתו של מונח הספק הסביר ובהתפתחות הפסיקה מאז (במשפט האמריקני בפרט). ניתן לתאר מגמה של מעבר משיח במונחים של "שכנוע פנימי מלא" ו"מצפון מסופק" לשיח של דפוס הוכחה אובייקטיבי. מגמה זו אינה חד-מימדית והיא אינה שוללת קיומה של התלבטות מתמשכת ביחס למשמעותו של סטנדרט הספק הסביר וביחס למקומו של הספק המצפוני-סובייקטיבי.

ראוי להקדים בכמה משפטים לגבי הקונטקסט ההיסטורי אשר היווה את הרקע לקליטתו של רף ההוכחה "מעבר לספק סביר". במאות ה-17 וה-18 חלו תמורות משמעותיות שעיצבו את

William Brennan, *Reason, Passion, and "The Progress of the Law"*, 10 CARDOZ. L. REV. 3, 24 (1988) "[j]udging, properly understood, involves the interaction of reason and passion, of logic and experience, 'dialogue between head and heart'" Stephen Wizner, *Passion in Law*. ראו גם Stephen Wizner, *Legal Argument and Legal Decisionmaking: A Comment on Goldberg v. Kelley*, 10 CARDOZO L. REV. 179 (1988).

ההליך הפלילי ושיטות ההוכחה במשפט המקובל. ההיסטוריון המשפטי ג'ון לנגביין מסביר כיצד בין השנים 1690 ו-1790 התגבשו באנגליה מאפייניו העיקריים של ההליך האדברסרי.²⁵ שינויים אלו בהליך המשפטי היו קשורים באופן הדוק לרוחה הייחודית של התקופה. הייתה זו תקופת הנאורות ("האורות").²⁶ מעטות, אם בכלל, הן התקופות בהיסטוריה האנושית שהותירו חותם כה מובהק והשפעה לדורות כתקופה זו. בה עוצבו ההנחות והמושגים העיקריים שביסוד השיח של ימינו בהתייחס לטיבה של ההוכחה המשפטית. אלו נבעו מן הרעיונות הכלליים על אודות המחשבה וטבע האדם וכן מתורת המוסר הליברלית. בתקופה זו התגבשו האמון והביטחון ברכישת הידע האנושי ובחשיבה השכלתנית (הרציונליזם); "האומץ לדעת" בלשונו של קאנט, היה לסיסמה המייצגת של התקופה;²⁷ האמון ברציונליזם ובאמפריציזם התבטא גם בשאיפה לארגון המידע ולדיוק בשפה. מהפכת ההשכלה התאפיינה ביומרה ליישם את השיטה המדעית לשם השגת פיתרון ושליטה בכל הבעיות האנושיות: מחקר עובדות, דרך ארגון מבנה החברה, ועד להגשמת הצדק.²⁸ בתקופה זו פותחה באופן חסר תקדים, מתוחכם ומעשיר הדוקטרינה התיאורטית שבסיס דיני הראיות ושנותרה הדומיננטית עד ימינו. זוהי, בלשונו של טווינינג, "המסורת הרציונליסטית הקלאסית של התיאוריה הראייתית" המבוססת על מערך של הנחות אפיסטמולוגיות ביחס להיתכנות חשיפת האמת, מלאכת השפיטה וקביעת העובדות במשפט וביחס לטיבה של השכילה השיפוטית. על קרקע זו צמח גם מושג "הספק הסביר" כפיתוח נוסף למושג "הוודאות המוראלית".

התיעוד הרשמי הראשון לשימוש במושג הספק הסביר במשפט פלילי מצוי במשפטי "הטבח בבוסטון" במסצ'וסטס (אז אחת מן הקולוניות האמריקניות) בשנת 1770.²⁹ לאחר מופע מתועד

25 מאפיינים אלו כללו אימוץ ההכרעה על פי שיטת המושבעים המודרנית שבה נדרשו המושבעים לבחינת הראיות והערכתן. מעבר מהליך של "עימות ישיר" (altercation) בו נדרש הנאשם להשיב במישורין להאשמות מפי "מאשים", אל הליך אדברסרי שבו התביעה מחויבת להציג ראיותיה והנאשם מיוצג על ידי עורך דין המנסה לערער את הקיים של התביעה (לפחות בתיקי פשיעה חמורים). בין כלל השינויים הפורמטיביים הללו נדרש גם עיצובו של סטנדרט ההכרעה אשר ישמש להנחיית המושבעים. JOHN H. LANGBEIN, THE ORIGINS OF ADVERSARY CRIMINAL TRIAL 1-6 (2003).

26 נהגים לקשר את תחילת התקופה לכתביהם של הוגים חשובים כברוך שפינוזה, ג'ון לוק, אייזק ניוטון וולטייר ואת סופה אל עלייתה של האסכולה הרומנטית בתחילת המאה ה-19. המונח "Enlightenment" (בגרמנית "Aufklärung", בעקבות "Lumieres" – "האורות" – הצרפתי) הוצג בחיבורו של עמנואל קאנט "תשובה לשאלה: מהי הנאורות?", משנת 1784. Emanuel Kant, *An Answer to the Question: "What is Enlightenment"*, in KANT'S POLITICAL WRITINGS 54 (H.B. Nisbett trans., Hans Reiss ed., 1991).

27 "נאורות היא יציאתו של האדם ממצב חוסר הבגרות שגזר על עצמו. חוסר בגרות הוא חוסר יכולתו של אדם להשתמש בהבנתו ללא הדרכתו של אחר. חוסר בגרות זה הוא דבר שהאדם כפה על עצמו, אך הגורם לו איננו חוסר הבנה, אלא חוסר נחישות ואומץ להשתמש בו ללא הדרכה מאחרים. Sapre aude, 'העז לדעת', 'אזור אומץ להשתמש בהבנתך' – זהו המוטו של נאורות" – שם, בעמ' 79. ISIAH BERLIN, THE AGE OF ENLIGHTENMENT 14 (1956).

28 NICHOLAS CAPALDI, THE ENLIGHTENMENT – THE PROPER STUDY OF MANKIND 40 (1967)

29 משפטי הטבח בבוסטון (The Boston Massacre) היו שניים: Rex v. Rex, (1770) ו-Rex v. Rex v. Preston, (1770). המשפטים התקיימו בעקבות אירוע בו כמה חיילים בריטיים שהותקפו מילולית ופיזית ברחוב על ידי תושבים זועמים (כולל באמצעות אלות, אבנים וכדורי שלג שנזרקו לעברם)

ראשון זה עדיין לא היה השימוש בסטנדרט עקבי או תדיר. ניתן למצוא מופעים נוספים שלו בעשור האחרון למאה ה-18 בארצות הברית ובאנגליה.³⁰ השימוש בו התגבר לאורך חציה הראשון של המאה ה-19 עד שהתקבע כסטנדרט ההכרעה האחד והמחייב במשפט האנגלו-אמריקני. המבחן שאומץ בפסיקה האמריקנית בהלכת Webster הידועה שילב בין דרישת ההוכחה של "מעבר לספק סביר" לבין דרישת "הוודאות המוראלית" אשר קדמה לו. עם השנים הלך וגבר משקלו של מבחן הספק הסביר כמבחן הדומיננטי, ובשלהי המאה ה-20 ציווה בית המשפט העליון על זניחתו כליל של מבחן הוודאות המוראלית.³¹

בפרק זה נתאר מגמה זו בהתבסס על גישותיהם המובחנות של ארבעה חוקרים חשובים, שהתיימרו להסביר את שורשיו של מושג הספק הסביר ואת הרקע לקליטתו כסטנדרט ההכרעה במשפט הפלילי. בכל אחת מארבע הגישות מגלים תיאור מעט שונה של מגמת המעבר אל מושגי ההכרעה האובייקטיבית, וגם נימה ביקורתית מפורשת על התרחקות השיח המשפטי של ימינו מן הנדבך המדגיש את רמת השכנוע הדרושה ואת מימד האחריות המצפונית הכרוך בהכרעה. אנו מוצאים ערך רב בעיון בכל אחת מארבע הפרשנויות הללו והאופן שבו הן מצביעות על החסר שנגרם מניתוק מושג הספק הסביר ממונחי השכנוע הפנימי ותחושת הוודאות של השופט או המושבע כפשוטה.

פתחו בירי של אש חיה לעבר ההמון. כתוצאה מן הירי נהרגו חמישה מבין המתקהלים ואחרים נפצעו. האירוע תרם להחרפת המתחים בין הקולוניות האמריקניות לממשל הבריטי והיה לאחד מסמלי המחאה שהובילה למהפכה האמריקנית כמה שנים לאחר מכן. שמונה חיילים וקצין (Preston) הועמדו לדין באשמת רצח. סניגורם היה ג'ון אדאמס, לימים אחד המנהיגים החשובים של המהפכה האמריקנית ונשיאה השני של ארצות הברית. שישה מן החיילים זוכו מאשמה. שניים הורשעו בעבירה של הריגה (Manslaughter) ונגזר עליהם עונש מופחת (benefit of clergy) של הטבעת סימן באגודל (branding) חלף עונש מוות (תיק Wemms). כעבור כמה חודשים זוכה גם הקצין Preston מאשמה. משפטי הטבח בבוסטון זכו מטבע הדברים לתהודה ציבורית נרחבת. אל מול לחץ וציפייה לגמול כלפי החיילים הבריטים, הקפידו רשויות השלטון של קולוניית מסצ'וסטס על הבטחת זכותם של הנאשמים להליך הוגן. שני פסקי הדין מאוד ישנים והם מתועדים במקורות אחרים אליהם הפנינו. לא מצאנו (גם כעת) מראה מקום מדויק שלהם פרט לאותם מקורות שמדווחים עליהם ושם מופיע כפי שמצויין בה"ש. תיעוד ההליכים מופיע ב- JOHN ADAMS, THE ADAMS PAPERS: THE LEGAL PAPERS OF JOHN ADAMS vol. 3, 46-98, 98-314 (L. Wroth & H. Zobel eds., 1965). התיעוד של סיכומי הצדדים והנחיות השופטים למושבעים בעניין Preston לא נשמר. בעניין Wemms התיעוד מאפשר לזהות את השימוש המפורש הראשון, ככל הידוע, בסטנדרט הספק הסביר. הראשון להתחקות אחר הליך זה כהליך המשפטי שבו נעשה השימוש הראשון בסטנדרט היה אנטוני מוראנו: Anthony Morano, *A Reexamination of the development of the* REASONABLE DOUBT AND PROBABLE CAUSE – HISTORICAL PERSPECTIVE ON THE ANGLO-AMERICAN LAW OF EVIDENCE, 22 (1991).

30 דרישת ההוכחה מעבר לספק סביר התקבעה כסטנדרט הדומיננטי באנגליה בסביבות אמצע שנות העשרים של המאה ה-19 ולקראת אמצע המאה בארצות הברית. Shapiro, שם, בעמ' 174; K.J.M. SMITH, LAWYERS, LEGISLATORS AND THEORISTS: DEVELOPMENTS IN ENGLISH CRIMINAL JURISPRUDENCE 1800-1957 48 (1988).

31 *Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 40 (1990); *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1 (1994).

1. סטנדרט הספק הסביר כתחליף לסטנדרט "הוודאות המוראלית"

מבין המחקרים המתחקים אחר שורשיו של מושג הספק הסביר נחשב מחקרה של ברברה שפירו למשמעותי והמשפיע ביותר.³² הניתוח של שפירו מלמד על האופן שבו השפיעו ההתקדמות בתחומי החשיבה הפילוסופית-אפיסטמולוגית והתיאולוגית במאות ה-17 וה-18 והרעיונות של הפילוסופים האמפריציסטיים הבריטיים בפרט, על התפתחותו ועל קליטתו אל המשפט של מושג "הוודאות המוראלית" ("Moral Certainty") ובעקבותיו מושג "הספק הסביר" כהסבר נלווה. טענתה המרכזית של שפירו הינה שבהפרדת מושג הספק הסביר ממושג הוודאות המוראלית שממנו ולאורו צמח, אבד נדבך חשוב ומרכזי הנחוץ להבנת פשרו. לפיכך לדידה יש להבטיח שאותו הרעיון שהוכל במושג הוודאות המוראלית יתבטא בהנחיות הניתנות למושבעים, בלשון המקובלת בימינו.³³

מספר תובנות של שפירו ראויות להדגשה בהקשר דיונונו. ראשית, מדגישה שפירו כי מושג "הוודאות המוראלית" ומושג "הספק הסביר" שהתפתח מתוכו החליפו בהדרגה מונחי הכרעה שהיו שגורים לפנייהם באנגליה של המאות ה-17 וה-18. המושגים הנפוצים היו: "שכנוע מלא" ("full persuasion") וכן "מצפון מסופק" ("satisfied conscience").³⁴ שפירו רואה בכך מעבר ממונחים דתיים שהתרכזו במצפון הפנימי למונחים "חילוניים" ואל דפוסי פעולה וחשיבה המבטאים את הדומיננטיות של ההיגיון על פני הרגש.³⁵ המעבר ההדרגתי בין המושגים לא

32 Shapiro, לעיל ה"ש 29.

33 כתביה של שפירו כוללים סקירה מרתקת של מקורות פילוסופיים ותיאולוגיים הממחישים ההתפתחות שחלה ביחס למושגי ההכרה, טבעה של הידיעה האנושית והשיטות התקפות לרכישת ידע על בסיס הערכה אובייקטיבית של ראיות. התפתחות זו באה בתגובה למשבר אינטלקטואלי שניכר במאה ה-16 לנוכח קריאת התיגר מצדה של האסכולה ההומניסטית אשר הטילה ספקות עמוקה בתחומים אלה. הפילוסופים האמפריציסטיים של המאה ה-17 וה-18 נדרשו לגבש ולתקף מחדש את מושגי הידיעה האנושית, ההוכחה וה"וודאות". שפירו מדגימה השפעתו של שיח אינטלקטואלי זה על עיצוב המושגים המשפטיים. לשם כך היא מצטטת בהרחבה מן המסות המשפטיות (Treatises) החשובות שקלטו המושגים הפילוסופיים הללו אל הדוקטרינה המשפטית. השפעה משמעותית במיוחד הייתה לחיבורו של ג'ון לוק משנת 1690, "מסה אודות ההבנה האנושית" JHON LOCKE, AN ESSAY CONCERNING HUMAN UNDERSTANDING bk. IV, ch. XVI (1690).

34 Shapiro, לעיל ה"ש 29, בעמ' 163-169. בשלב ראשון החליפו מושגים כגון "mind" ו-"judgment" את מושג המצפון. בהמשך לכך לאורך המאה ה-18 החלו שופטים ועורכי דין להתמודד באופן מורכב עם שאלת הספקות הלגיטימיים.

35 המעבר להדגשת ההכרעה המבוססת על הגיון ניכר כבר בכתיבה המוקדמת יותר שהתייחסה אל מושגי "השכנוע" ו"המצפון" בפני עצמם. כך למשל, מבחן "המצפון המסופק" נקשר עד כדי זהות לאמונה רציונלית – rational belief. כך הן בפסקי הדין של התקופה והן בכתבים הפילוסופיים שמהם נקלטו. במסה התיאולוגית של טיילור משנת 1660 תואר המצפון כפונקציה של ההבנה ולא של הרגש ("function of the understanding, not of the passions"). המצפון ה"בטוח" או ה"נכון" נקשר אל מושג הוודאות המוראלית. המבחן הוצג כמבחן של "שכנוע מלא" ("full persuasion") המבוסס על שיפוט הגיוני פרקטי. טיילור הציג גם את הקונספט של ה"מצפון הסביר או החושב" ("probable or thinking conscience"), הנבדל מן ה"מצפון הבוטח" או ה"מצפון הספקני". על יסוד הצטברות של הסתברויות המתקפות את אותה המסקנה עשוי להגיע "המצפון" לרמה של "moral demonstration". JAMES TAYLOR, DUCTOR DUBITANTUM 3-4, 30, 55 (1660), כמוכב אצל

שיקף לשיטתה שינוי מהותי בסטנדרט ההוכחה או ברמת ההגנה על חפים באמצעותו, אלא חיפוש אחר תיאור נהיר וברור יותר של אותו הסטנדרט הגבוה, בהתאמה להתפתחות השיח הפילוסופי. סקירתה קושרת את מושגי הוודאות המוראלית והספק הסביר למצב דעת המתגבש על בסיס השכילה האובייקטיבית-רציונלית.

לגישה של שפירו הבנת מושג הוודאות המוראלית היא יסודית לצורך ההבנה והיישום הנכונים של מושג הספק הסביר. מושג הוודאות המוראלית מופיע באופן נרחב בכתבי התקופה. לצורך הבנתו מפנה שפירו בין השאר לחיבורו המשפיע של ג'ון לוק "מסה על שכל האדם"³⁶. לוק הדגיש את ההבחנה בין "סוגים" או "תחומים" נבדלים של ידע (במקור: "Realms of Knowledge") ובהתאמה להם סוגים מובחנים של הוכחה או של "וודאות" שאליה ניתן לשאוף ושעליה ניתן להסתמך. סוגי הידע כוללים את הידע "הפיזי", המבוסס על קליטה חושית ישירה; והידע ה"דמונסטריבי" או ה"מתמטי", הנגזר מאקסיומות כהכרח לוגי. שני סוגים אלו מאפשרים לדבר במונחים של וודאות של ממש. סוג הידע השלישי, לעומת זאת, הוא הידע הנרכש באמצעות "ראיות מוראליות" כגון עדויות או דיווחים מסדר שני לגבי מידע אשר נקלט באמצעות החושים.³⁷ הידע מן הסוג השלישי, הרלוונטי לחקר אמפירי של אירועים, אינו מאפשר ודאות מוחלטת מעצם טיבו, אולם הוא מאפשר "וודאות מוראלית". מושג הוודאות המוראלית פותח בשיח הפילוסופי כדי לתקף את רכישת הידע באמצעים רציונליים וכדי להציל השימוש בידע זה מן הספקנות הגורפת, לצרכים מעשיים. מצד אחד רכישת ידע שכזו מובחנת מוודאות "מוחלטת". מצד שני, היא אינה מבוססת על ניחוש או על דעה גרידא אלא על רמות מובחנות של "הסתברות" (probability). הוודאות המוראלית, לפי לוק והוגי דעות נוספים של התקופה, הינה דרגת הסתברות כה גבוהה, המגיעה כדי ודאות מעשית שאינה מותירה מקום לספק.

סקירתה של שפירו מדגישה כי מושג הוודאות המוראלית כיוון לרמת ההוכחה (השכנוע) הגבוהה ביותר שאליה ניתן לשאוף על יסוד ראיות מוראליות. במילותיו של לוק: "These probabilities rise so near to Certainty, that they govern our Thoughts as absolutely... as the most evident demonstration"³⁸. הוודאות המוראלית סימנה דרישה מקסימליסטית ביחס לכמות ולאיקות הראיות, לדרגת "הסתברות" שאינה מותירה ספק. היא סימנה ביטוי לאידאל הוכחתי. בשני פסקי דין בעלי חשיבות היסטורית במשפט האמריקני ניתן ביטוי מפורש ליסוד הסובייקטיבי להכרעה, כך בפסק הדין של השופט שו מבית המשפט העליון של מדינת מסצ'וסטס משנת 1850 בעניין *Webster*, שעיגן ההגדרה מבוססת "הוודאות המוראלית" ואשר רוחה משך למעלה ממאה שנים.³⁹ הוודאות המוראלית הוגדרה בין השאר כך: "It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves

Shapiro; בשנת 1703 קישר גם פופנדרוף את המבחן המצפוני אל הוודאות המוראלית ואל "שכילה הגיונית אשר אינה מותירה סיבה כלשהי לספק". SAMUEL VON PUFENDORF, OF THE LAW OF NATURE AND NATIONS 11, 17-18 (B. Kennet & W. Percivale trns., 1703), מובא אצל Shapiro, לעיל ה"ש 29, בעמ' 167.

Shapiro, לעיל ה"ש 29, בעמ' 158.

שם, בעמ' 157-158.

LOCKE, לעיל ה"ש 33, Shapiro; לעיל ה"ש 29, בעמ' 158-159.

Commonwealth v. Webster, 59 Mass. (5 Cush.) 320 (1850).

the minds of jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction, to a moral certainty, of the truth of the charge” בפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין *Winship* מ-1970 בו עוגן כלל ההוכחה מעבר לספק סביר כזכות חוקתית נקבע בין השאר: “The reasonable doubt standard is indispensable, for it ‘impresses on the trier of fact the necessity of reaching a subjective state of certitude of the facts in issue’”⁴⁰

עם זאת, במהלך המאה ה-20 הקו הדומיננטי בפסיקה בתי המשפט בארצות הברית הסתייג יותר ויותר משימוש במונחים של מצב דעת סובייקטיבי לצורך הנחיית המושבעים באשר למשמעותו של הספק הסביר. כך נפסלה הנחיה למושבעים אשר עשתה שימוש בביטוי “satisfied”, לאחר שנקבע כי בביטויים כגון דא, אשר מציגים את ההכרעה השיפוטית ככזו הנסמכת על “אמונה” או על “תחושה” סובייקטיבית, יש כדי לחטוא למובנו האובייקטיבי של סטנדרט ההכרעה.⁴¹ לבסוף נפרדה הפסיקה גם ממונח הוודאות המוראלית.⁴²

טענתה העיקרית של שפירו היא טענת ביקורת: עקב זניחתה של דרישת הוודאות המוראלית שהייתה נדבך חיוני להבנת הספק הסביר, אבדה מהות חשובה. אבדו אותם ההסברים לוודאות המוראלית שהוצגו לעיל: השאיפה לרמת ההוכחה (השכנוע) הגבוהה ביותר האפשרית מבחינה מעשית. שפירו מפצירה כי לנוכח השינויים שחלו בשיח הפילוסופי והמשפטי מאז המאות ה-18 וה-19 וזניחתו של מושג הוודאות המוראלית, שאינו מובן בימינו למושבעים, חייבת להימצא הדרך לשוב ולבטא את הרעיון המקורי שהיה גלום במושג זה במסגרת ההנחיות למושבעים ביחס לדרישת ההוכחה מעבר לספק סביר. שתי ההבהרות הצריכות לדידה להיכלל בהסבר למושבעים הן שבעולם המעשי לא ניתן להגיע לוודאות מוחלטת מצד אחד, אולם מצד שני על המושבעים לשאול את עצמם, בטרם ירשיעו, אם אכן הגיעו הראיות לרמת הוודאות הגבוהה ביותר האפשרית מבחינה מעשית ביחס לדברים המתרחשים בעולם האמיתי.⁴³

40 עניין *Winship*, לעיל ה"ש 2.

41 *Seago v. New York Central R.R. Co.*, 147 A.L.R. 372 (1942). (כך למשל, בעניין *Hernandez*, נפסלו הנחיות אשר הורו למושבעים להרשיע בהתבסס על מה שהם מאמינים בליבם, בנשמתם וברוחם (*United States v. Hernandez*, 176 F.3d 719, 731 (3d Cir. 1999)).

42 בשני פסקי דין משנות התשעים, קבע בית המשפט העליון כי השימוש במונח הוודאות המוראלית במסגרת ההנחיות למושבעים פוגע בזכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן. הציווי להיפרדות ממושג הוודאות המוראלית נומק בחשש שמא תפיסתו של סטנדרט ההכרעה במונחים פנימיים-סובייקטיביים תוביל לדילולו ולהרשעה על יסוד תחושות, להבדיל מראיות: עניין *Victor v. Nebraska*, לעיל ה"ש 31, בעמ' 38. כן ראו עניין *Cage v. Louisiana*, לעיל ה"ש 31, שם פסל בית המשפט העליון הנחייה דומה אשר השתמשה בלשון של “moral certainty” להגדרת מידת הוודאות הנדרשת לצורך הרשעה. באופן כללי יותר, הביעה הוועדה המייעצת לקביעת כללי הראיות הפדרליים בארצות הברית את עמדתה, כי שיקולים אמוציונליים הנם בלתי לגיטימיים בהליך בחינתן של ראיות והערכתן. בהערותיה לכלל הפסילה הפדרלי המחייב את שקילת הערך ההוכחתי של ראיה אל מול סכנת ההטיה האסורה (unfair prejudice) העשויה להיות מגולמת בה, מצביעה הוועדה על שיקולים אמוציונליים כדוגמה אופיינית, גם אם לא יחידה, להטיה שכזו — Fed. R. Evid. 403, Advisory Note.

43 הנוסח המלא של ההנחיה המוצעת על ידי שפירו: “We can be absolutely certain that two plus two equals four. In the real world of human actions we can never be absolutely certain of anything. When we say that the prosecution must prove the defendant's guilt beyond a

בהידרדר לסוגיית מקומו של הספק הפנימי-סובייקטיבי לנוכח סקירתה של שפירו אנו מוצאים אפוא שני פנים שונים. מצד אחד, אימוץ מושג הספק הסביר נבע ממעבר לשיח במונחי חשיבה והכרעה רציונליים, שאינם רגשיים. מצד שני, ברור כי "הוודאות המוראלית" מחייבת, הגם שעל בסיס הערכה אובייקטיבית ככל הניתן, שכנוע בדרגה הגבוהה ביותר. דרישת הוודאות המוראלית חייבה התגבשותו של מצב דעת. טרונייתה של שפירו על ירידת קרנה של הוודאות המוראלית וקריאתה להשבת מהות זו אל הבנת הסטנדרט היא בבחינת קריאה, לדעתנו, לאימוצה של התפיסה של השופט רובינשטיין שלפיה "הספק עשוי לנבוע מהצטברותם של גורמים, שתוצאתם היא כי ידו של השופט רועדת כבואו לחתום על הרשעה", כמו גם ביטוי להכרה בכך שסיכומה של הבחינה האובייקטיבית היא מצב שכנוע ותוקף: האם מומשה אותה דרגת ההוכחה התואמת את הסטנדרט המקסימלי של "וודאות מוראלית". ההחלטה לזכות נובעת מכך שכפשוטם של דברים, לא הושגה בראי הראיות שהוצגו במשפט רמת הוודאות הדרושה, שלאורה יכול השופט לומר "אני בטוח ככל שניתן להיות בטוח". זאת ללא צורך הכרחי בהסבר נוסף.

2. סטנדרט הספק הסביר ככלי לסיוגם של ספקות א-רציונליים

למחקרה של שפירו קדם מחקרו של אנטוני מוראנו, שפורסם בשנת 1975.⁴⁴ מוראנו כתב בתגובה לאי-דיוק היסטורי שהוצג במספר פסקי דין של בית המשפט העליון של ארצות הברית בהסתמך על כתביהם של מיי, וויגמור ומקורמיק, לפיו סטנדרט הספק הסביר נקלט אל המשפט במשפט בגידה שנוהל באירלנד בשנת 1798.⁴⁵ מוראנו הפנה לפסקי דין בארצות הברית, בקנדה וגם באנגליה בהם נעשה שימוש בסטנדרט כמה שנים לפני כן.⁴⁶ בנוסף ביסס את הטענה המקובלת מאז, כי השימוש המתועד הראשון בסטנדרט הספק הסביר היה במשפטי "הטבח

reasonable doubt, we do not mean that you, the jury, must be absolutely certain of the defendant's guilt before finding the defendant guilty. Instead, we mean that you should not find the defendant guilty unless you have reached the highest level of certainty of the defendant's guilt that it is possible to have about things that happen in the real world and that you must learn about by evidence presented in the courtroom".

44 Morano, לעיל ה"ש 29.

45 העמדה שרווחה טרם מחקרו של מוראנו הייתה זו שהוצגה על ידי השופט מיי בשנת 1876 ואומצה על ידי וויגמור ומקורמיק. John W. May, *Some Rules of Evidence: Reasonable Doubt in Civil and Criminal Cases*, 10 AM. L. REV. 642 (1876); JOHN H. WIGMORE, EVIDENCE Sec. 2497 (3rd ed. 1972); CHARLES T. MCCORMICK, LAW OF EVIDENCE sec. 341 (2nd ed. 1972). בכתיבים אלה זוהתה הופעתו הראשונה של כלל הספק הסביר דווקא באנגליה (ולא בקולוניות האמריקניות) אלא במשפט בעבירת בגידה שנוהל באירלנד בשנת 1798 (Ire. 1798). Bond's Case, 27 How. St. Tr. 523 (Ire. 1798); Finney's Case, 26 How. St. Tr. 1019 (Ire. 1798). העליון של ארצות הברית בפסק הדין בעניין Apocada v. Oregon, 406 U.S. at 412 (1972) ובמשפט העליון סבר בטעות, לפיכך, כי סטנדרט הספק הסביר התגבש רק לאחר שאומצה חוקת ארצות הברית (שנת 1789).

46 Morano, לעיל ה"ש 29, בעמ' 515-516 וההפניות שם למספר פסקי דין מן העשור האחרון של המאה ה-18.

בבוסטון" שהתקיימו במסצ'וסטס בשנת 1770. אך עניינו העיקרי של מוראנו לא התמצה בתיקון אי־הדיוק ההיסטורי אלא פנה למהות. מוראנו חלק על העמדה שהביע מיי לפיה סטנדרט הספק הסביר שיקף החמרה בסטנדרט ההוכחה שנהג לפניו, הקשה על הרשעה ולכן נכשל בהגנה מספקת על האינטרס החברתי בענישת עבריינים. מוראנו גם הסתייג מן העמדה שהועלתה על נס בפסיקת בית המשפט העליון של ארצות הברית לפיה הסטנדרט ביטא מחויבות גבוהה יותר להגנה על חפים. **מוראנו מצא והסביר כי למעשה, סטנדרט הספק הסביר הוצג לראשונה על ידי התביעה ושיקף הקלה ביחס לסטנדרט ההוכחה שנהג לפניו, שאותו מפרש מוראנו כסטנדרט שחייב לזכות את הנאשם לנוכח "כל ספק" ("any doubt"), ללא דרישת הסבירות.**⁴⁷ לדידו של מוראנו, תכלית הצגתו של הסטנדרט הייתה צמצומה ולא חיזוקה של ההגנה על נאשמים מפני החשש להרשעת שורא.⁴⁸

עיון בסיכומי הצדדים במשפט הטבח בבוסטון (תיק Wemms) מלמד על כך שהסניגור ג'ון אדאמס טען בלהט על אודות העיקרון שלפיו מוטב לזכות אשם מאשר להרשיע חף, ולפיכך לנוכח ספק "אין לפעול" ואין להרשיע. כנגד טיעון זה עמדה התביעה בסיכומיה על סטנדרט הספק הסביר כטיעון מסייג. מוראנו מסיק כי הסטנדרט הוצג כחידוש מפי התביעה שנועד לסייג את הקריאה לזיכוי לנוכח ספק באשר הוא, ובכך להקל על ההרשעה.⁴⁹

מוראנו מתאר מציאות שבה המושבעים נדרשו להרשיע על בסיס שבועה אישית ביחס לאמונתם הכנה, וזאת בהיעדר סטנדרט הוכחה מנחה. ברקע למציאות זו עמדה תפיסה דתית עמוקה. ההנחה הייתה שבשבועה בפני האל טמון ממילא שכנוע שמעבר לכל ספק.⁵⁰ הנחיית המושבעים ביחס לנטל השכנוע החלה רק במהלך המאה ה־17. בתקופה שמאז, הסטנדרט הנפוץ ביותר היה מבחן "המצפון המסופק" ("satisfied conscience"). במאה ה־18 התפתחה ההגדרה של מבחן "הסיפוק המלא" ("full satisfaction"). מבחנים אלו מפורשים על ידי מוראנו, גם בהתבסס על ביטויים בהנחיות מתועדות למושבעים וגם בהתבסס על היסוד הבלתי מסויג של ההנחיה, כדרישה לזיכוי לנוכח "כל ספק", ובכלל זה גם ספק א־רציונלי.⁵¹ את ההתפתחות הפילוסופית של "הוודאות המוראלית" שצברה דומיננטיות במאה ה־18 מזהה מוראנו, בניגוד לשפירו, לא כביטוי לדרישה הוכחתית מקסימלית, אלא דווקא לסיוגה ולהחלשתה. את טיעוניהם

47 שם, בעמ' 508.

48 "[...] courts should recognize that the rule, far from being the climax of enlightened efforts to protect the accused, was instead the result of efforts to minimize the protection afforded defendants by jurors' irrational doubts of guilt" – שם, בעמ' 528.

49 שם, בעמ' 517–518, בהפניה ל־ADAMS, לעיל ה"ש 29. מוראנו מציין שראש הרכב השופטים בחר להתעלם בהנחיית המושבעים מן החידוש שהוצע בסיכומי התביעה, לעומת אחד משופטי הרכב שחזר עליו.

50 Morano, לעיל ה"ש 29, בעמ' 510. בהקשר זה מפנה מוראנו בין השאר להסברו של Britton מהמאה ה־13 בנוגע למהות השבועה: "if the jurors are in doubt of the matter and not certain", הרי שהם מחויבים לזכות. FRANCIS M. NICHOLS, BRITTON – AN ENGLISH TRANSLATION AND NOTES 26–27 (1901).

51 Morano, לעיל ה"ש 29, בעמ' 511–512. לדוגמה: "fully satisfied beyond all doubt of his guilt". Morano, מובא אצל שם, Maha Rajah Nundocomar, 20 How. St. Tr. 923, 1078 (India, 1775), שם, בעמ' 512. לדוגמאות נוספות ראו שם.

של הוגים משפיעים כוילקינס, בויל, גלאנוויל ולוק על אודות ההבחנה בין ודאות מוחלטת לבין ודאות מוראלית מזהה מוראנו כהקלה ביחס למבחן "הסיפוק המלא". גם מוראנו מדגיש מגמת המעבר למונחים רציונליים וחיזוק האמון בהם. במקביל, חידושים שחלו בהליך המשפטי במתן זכות הייצוג, האפשרות לנאשם להציג ראיות וכללי ראיות שגרמו לחסימת מידע מן המושבעים הקשו על הוכחת האשמה לנוכח הדרישה לזיכוי לנוכח כל ספק. זו הייתה לדעתו של מוראנו הקרקע שאפשרה את קליטתו של סטנדרט הספק הסביר.

גישתו של מוראנו מקדמת עוד יותר מגישתה של שפירו את הבנת המעבר ממושגי חשיבה מצפוניים וסובייקטיבים אל דפוס הכרעה אובייקטיבי באמצעות הצגתו של מושג הספק הסביר. בהתאם, גם ביקורתו חדה יותר. הניתוח של מוראנו מבהיר כי ככל שנוטים להדגיש הסבירות ככלי רטורי ומסייגים את מימד האחריות המצפונית על ההכרעה אזי מתרחקים מן התפיסה האידיאלית של סטנדרט ההכרעה הפלילי כספינת הדגל הנורמטיבית שמבטיחה מפני טעויות של הרשעת חפים.

3. סטנדרט הספק הסביר כמבחן של ספק הניתן להסבר

סטיבן שפארד הציג ניתוח מעניין שתחילתו כסינתזה בין הפרשנויות של שפירו ושל מוראנו.⁵² לשיטתו, אימוצו של הסטנדרט "מעבר לספק סביר" הגביל את עצמאות שיקול הדעת של המושבעים וסייג את התפיסה שלפיה הערכת קיומו של הספק צריכה להתבצע באופן חופשי ומצפוני.

שפארד הסביר שטרם קליטתו של סטנדרט הספק הסביר חלש על ההכרעה עקרון "עצמאות שיקול הדעת" של המושבעים. המושבעים נדרשו להעריך את משמעות הספקות שהתעוררו במוחם באופן עצמאי, לפי מצפונם, במסגרת מבחן "המצפון המסופק" ("satisfied conscience").⁵³ על רקע זה תוספת הדרישה להוכחה מעבר לספק סביר אכן סימנה שינוי בהבנתו של סטנדרט ההוכחה. דרישת הסבירות שימשה להצבת מגבלה משמעותית על עצמאות שיקול הדעת של המושבעים. גם שפארד, כמו מוראנו, גורס שהשימוש במונח הספק הסביר הוכנס באופן מודע ומכוון על ידי התביעה, לנוכח ביקורת על תופעה של הססנות בקרב חברי מושבעים של התקופה, לנוכח ציפייה מוגזמת לוודאות.⁵⁴ לדעתו עובדה זו אינה סותרת הסבריה של שפירו לגבי מקורותיו של המונח בכתיבה הפילוסופית של התקופה והזיקה החזקה למושג הוודאות המוראלית.

טיעונו העיקרי של שפארד מתמקד באופן שבו התפתחה והתחזקה מגמה זו של סיוג הספקות וצמצום ההגנה על נאשמים במהלך השנים שחלפו מאז. שינויים תרבותיים ולינגוויסטים וביטחון גובר והולך בכוח ההיגיון גרמו לפירושו של הסטנדרט מחוץ להקשרו המקורי. ברבות השנים הדגש הוסט באופן משמעותי מביטוי הרעיון המקורי של הוודאות המוראלית, לתוספת

52 Steven Sheppard, *The Metamorphoses of Reasonable Doubt: How Changes in the Burden of Proof have Weakened the Presumption of Innocence*, NOTRE DAME L. REV. 1165 (2002–3).

53 שם, בעמ' 1171–1174.

54 שם, בעמ' 1183.

גוברת והולכת של תנאים ביחס לטיבו של הספק שעל ההגנה לעורר כדי למנוע הרשעה. שפארד אפיין שלבים הדרגתיים בהתפתחות זו. ראשית הוצגה ההגדרה מבוססת הסינתזה בין הוודאות המוראלית לבין הספק הסביר. בהמשך, הניסיונות לבאר את משמעות "הספק הסביר" התאפיינו בעיקר על דרך השלילה, כגון על ידי אבחון הספק הסביר כספק שאיננו "קל", "טריוויאלי", "דמיוני", או "מרוחק". בשלב זה ניתן לזהות ניצנים של הצבת דרישות ביחס למשקלו של הספק, אשר הובילו להסטה של תשומת הלב מעצמת הראיות שהציגה התביעה אל עבר דיותו או משקלו של הספק שעליו מצביע הנאשם. בשלב הבא, במהלך חצייה השני של המאה ה-19 ובמגמה שנמשכה אל המאה ה-20, הגיעה תפנית ששפארד מגדיר כ"סטייה משמעותית מן המובן המקורי של הסטנדרט": "הספק הסביר" הפך ל"ספק הניתן לארטיקולציה" (articulable doubt).⁵⁵ שפארד מייחס מגמה זו למספר גורמים משפיעים: הטרוגניות של הרכבי חברי מושבעים, מעורבות גוברת ומתוחכמת יותר של עורכי דין, מגמת התפתחותו של מעין "מדע משפטי" ונטייה תרבותית ואקדמית להתבססות גוברת והולכת על הרציונליזם, החיפוש אחר מונחים מדויקים יותר, ספציפיים ומדידים לצורך הגדרתו של הספק המחייב זיכוי, ועוד.⁵⁶ החידוש הוא בכך שלא די בכך שיתקיים ספק אישי אצל המושבע, אלא שהוא נדרש ליכולת לנמק ולשכנע בתוקפו של ההסבר.⁵⁷ השלב הרביעי שאותו מדגיש שפארד, אירע במקביל לאימוצו של סטנדרט הספק הסביר ככלל בעל מעמד חוקתי במשפט האמריקני, והוא היפרדותו הסופית ממושג הוודאות המוראלית וקיבועה המפורש של דרישת הארטיקולציה.⁵⁸ לדעתו של שפארד, בכך הושלמה סטייה מרחיקת לכת ומהותית מן הרעיון המקורי שביטא הסטנדרט. הושלם מעבר משמעותי מתפיסתו של הספק הסביר כספק כללי – אותו הספק הניצב כנגד הוודאות המוראלית "הנכפית על השכל" ושאינן אדם סביר המטיל בה ספק – לספק המחייב אבחון ספציפי הסבר ושכנוע. לטענתו של שפארד, שינוי זה פוגע בחזקת החפות ומעביר את

55 המונח articulable doubt עשוי להיות מתורגם, בהקשר בו מדובר, כספק שניתן לנמקו, בשימת דגש על היכולת להצביע על גורמים או תרחישים אובייקטיביים וקונקרטיים.

56 Sheppard, לעיל ה"ש 52, בעמ' 1204–1205.

57 שם, בעמ' 1206. שפארד מדגיש שיש הבדל בין הסברה לפיה "ספק סביר" הינו מניה וביה ספק שניתן להסבירו, לבין הרעיון שעל המושבע מוטל להצליח לבטא את אותו ההסבר. שפארד מזהה את ההופעה הראשונה של גרסה זו, תחילה באופן בלתי עקבי, בפסקי דין החל משנת 1873. את נקודת המפנה המשפיעה הוא מזהה בהערת עורך המהדורה ה-14 למסה של גילברט, משנת 1883: "An undefinable doubt, which cannot be stated with the reason upon which it rests, so that it may be examined and discussed, can hardly be considered a reasonable doubt, as such a one would render the administration of practice impractical". SIMON GREENLEAF, A TREATISE OF THE LAW OF EVIDENCE 33–34 (Simon Greenleaf Croswell ed., 14th ed. 1883). שפארד רואה הערת עורך זו כהטעיה של ממש, הן לנוכח הסטייה מן הכוונה המקורית של גרינליף והן לנוכח יצירת המצג של אחדות דעים בקרב מלומדי המשפט של התקופה ביחס לדרישה ליכולת להגדיר ולבטא את הספק. שם, בעמ' 1207.

58 הנימוק של בית המשפט העליון לזניחת ההיזקקות למושג הוודאות המוראלית היה החשש מדילולו של הסטנדרט, אך שפארד גורס שבכך אבדה המשמעות המקורית שביטאה דרישת הוודאות המוראלית, כשבמקביל התבססה הדרישה ליכולת ארטיקולציה של הספק.

המוקד מבחינה ביקורתית של העוצמה ורמת השכנוע של מערך הראיות מצד התביעה אל דקדוק בטיבו ובדיותו של הספק שמעלה הנאשם.⁵⁹ איננו ממהרים להצטרף לביקורת זו במובנה הגורף. כאמור, איננו באים במאמר זה לשלול את מרכזיותו של מודל ההכרעה האובייקטיבי, כשם שאיננו מבקשים לפקפק בצורך להותיר על כנה גמישותו של סטנדרט הספק הסביר והביטוי לאיזון העדין הדרוש בין תכליות המשפט הפלילי. כך גם איננו סבורים שיש טעם לשלול, ככלל ובפרט בפסקי דין מנומקים הנכתבים על ידי שופטים, את מקומה החשוב והמרכזי של ההנמקה האובייקטיבית, לרבות הסבר אודות הגורמים המעוררים את הספק. אנו סבורים שיש מקום להפיק תובנה מתונה יותר, אך משמעותית, והיא כי יש להימנע מהכתבתו של מודל אובייקטיבי-סובייקטיבי דיכוטומי. חובת ההנמקה ומבחן עצמת השכנוע הפנימי ותחושת הביטחון הסובייקטיבית של השופט עשויות לדור בכפיפה אחת ולהשלים זו את זו. המודל המשולב מהווה הזיקוק הנכון של סטנדרט ההוכחה, בהתאמה למובאות לעיל מדברי השופטים הנדל ורובינשטיין. בשיטת המשפט הישראלית, הוא אינו מיותר או מחליף את חובת ההנמקה של פסקי דין אלא מבטא הכרה בספק פנימי-מצפוני שמביע השופט כחלק מן ההנמקה הלגיטימית.

4. סטנדרט הספק הסביר ככלי ל"נוחות מוסרית" של מקבלי ההכרעה

בהקשר דיוננו אנו מוצאים חשיבות מיוחדת בפרשנות למקורותיו של סטנדרט הספק הסביר שהציע גיימס וויטמן.⁶⁰ התזה של וויטמן אינה מוצגת כתיזה חלופית לתזות שנסקרו עד כה הקושרות את התפתחותו של סטנדרט הספק הסביר לחשיבה הפילוסופית על אודות טבען של הידיעה וההוכחה ושל הוודאות המוראלית. היא מוסיפה עליהן הבהרה חשובה שלפיה התכלית ההיסטורית של סטנדרט הספק הסביר מעולם לא הייתה אפיסטמית גרידא. תזה זו נכנה, בעקבות וויטמן, כתיזת "הנוחות המוסרית" (Moral Comfort) והיא מהווה לדעתנו נדבך הכרחי בהבנת תכליתו של סטנדרט הספק הסביר.

טענתו העיקרית של וויטמן, היא שהניסיון לפרש ולהבין את תכליתו ההיסטורית של הסטנדרט בהתייחס לפונקציה של חקר האמת בלבד מחטיא מהות מרכזית. וויטמן הדגיש את חשיבות ההתבוננות על סטנדרט ההכרעה של "מעבר לספק סביר" ככלי המשרת את הנוחות המוסרית עבור מקבלי ההחלטה (המושבעים במקור, ובמבט רחב יותר גם מערכת המשפט והחברה בכללותה). סטנדרט הספק הסביר לא נועד להבטיח מפני סיכון המשגה, אלא הוא אומץ על מנת להסיר את האחריות המוסרית ביחס למשגה אפשרי. הוא נועד לסמן את מילוי החובה המוסרית של המושבע (וברמת הפשטה גבוהה יותר, של שיטת המשפט), באופן המאפשר הרשעה ללא היסוס, גם בתנאי אי-הוודאות האינהרנטית בהם מתנהל חקר העובדות במשפט. ההבהרה הראשונה של וויטמן הינה תאוריית-היסטורית ומתייחסת להקשר החברתי-משפטי-דתי שלאורו נקלט סטנדרט הספק הסביר. הוא לא נועד במקור להגן על נאשמים, אלא להיפך:

59 Lawrence M. Solan, *Refocusing the Burden of Proof in Criminal Cases: ראו*, *Some Doubt About Reasonable Doubt*, 78 TEX. L. REV. 105 (1999–2000)

60 JAMES Q. WHITMAN, *THE ORIGINS OF REASONABLE DOUBT* (2008)

הוא נועד להגן על נשמותיהם של המושבעים במקרה שישגו. המציאות ששררה במאות ה-17 וה-18, עם התפתחות מוסד המושבעים והפונקציה החדשה שנדרשה מהם, הטילה על המושבעים אחריות מוסרית כבדה ומוחשית. במושגים הדתיים של התקופה ובמציאות של שימוש נרחב בעונשי מוות, נשאו המושבעים באחריות ישירה ל"דמם" של המורשעים. נשמותיהם צפויות היו להיענש בעולם הבא, בייסורי גיהנום ("damnation") באם חלילה הרשיעו אדם בשוגג. מצב זה יצר הססנות מרובה לנוכח חשש עמוק של המושבעים לאחריותם הדתית-מוסרית ולגורלם. הם נמנעו לעיתים קרובות מלהרשיע נאשם גם בהיעדר סיבה להטיל ספק וזאת בשם הרצון "ללכת בדרך הבטוחה" וכדי שלא לסכן את ביטחונם שלהם. כלל הספק הסביר, לפי וויטמן, שימש במקור להסרת החשש של המושבעים לנשמותיהם. הוא נועד למנוע הססנות יתר ולאפשר הרשעות וזאת בעולם נוצרי-דתי שבו היווה חשש הענישה בעולם הבא שיקול דומיננטי. באמצעות סטנדרט ההכרעה הוגדרו הציפיות כלפי המושבעים: ככל ששקלו בכובד ראש ובייחוס את הראיות עד תום ולא מצאו שמתעורר ספק סביר כלשהו ביחס לאשמתו של הנאשם, הרי שהם לא יישאו באחריות הדתית-מוסרית באם טעו חרף מאמציהם הכנים. בדרך זו הכלל סיפק את הנוחות המוסרית שאפשרה הרשעה.

בהמשך לתוכנה זו, טען וויטמן שהשיח הרווח בימינו תולה בסטנדרט הספק הסביר תכלית שונה מזו שיועדה לו. על כן, אין להתפלא על הבלבול בהבנתו.⁶¹ הוא הסביר שסטנדרט הספק הסביר נועד לספק מענה לדילמה מוסרית, בחשיבות שאיננה פחותה מן ההבניה הלוגית: השאלה היא מהו תוקף הזכות והסמכות שלנו כבני אנוש להכריע בגורלם של אחרים בתנאי חוסר ודאות אינהרנטיים? בתקופה ההיסטורית שבה נקלט סטנדרט הספק הסביר, אינטרוספקטיביות שכזו אפיינה מאד את ההתלבטויות של חברי מושבעים. לעומת זאת, לאורך השנים ועם חיזוק האמון והביטחון ביחס לתוקף ולאפקטיביות של חקר העובדות האובייקטיבי-רציונלי, נחלשה מאד ההתלבטות והספקנות בפן של האחריות המוסרית האישית. כיום אנו חיים, הסביר וויטמן, בעידן המתאפיין בביטחון רציונלי-אפיסטמי גבוה מאד, כאשר רמת ההססנות ביחס לשאלת הזכות המוסרית להכריע הינה מועטה יחסית. המצבים הניחנים במורכבות ראייתית של ממש בימינו אינם פחותים מאלו שלגביהם התלבטו חברי מושבעים במאה ה-18, אולם הנטייה היא להתבונן על מלאכת קביעת העובדות במשפט כעל מעין תהליך "בילוש" לוגי שנועד להשגת דיוק עובדתי. השפיטה וההכרעה מעוררים "less moral discomfort and more factual mystery".⁶² הניתוח מאיר העיניים של וויטמן תואם לדעתנו את ההתעוררות בשיח השיפוטי בתיאור "הקול הפנימי" והאחריות המוסרית המוטלת על השופט. הוא מוביל לתוכנה כי לא ניתן ולא נכון לנתק הדרישה לרמת דיוק עובדתית גבוהה במשפט הפלילי מהדרישה לנוחות מוסרית. המחויבות לחקר האמת ותקיפות תחושת הצורך להיזהר מפני האחריות המוסרית הנלווית להרשעה שגויה, ניצבות יחדיו בבסיס המחויבות של מערכת המשפט להגנה על חפים ובבסיס

61 שם, בעמ' 5. "This makes it unsurprising that our law should find itself in a state of confusion today. We are asking the reasonable doubt standard to serve a function that it was not originally designed to serve, and it does its work predictably bad"

62 שם, בעמ' 18.

תהליך החשיבה וההתלבטות של השופט או המושבע.⁶³ עולה אפוא, כי שילובו של מימד סובייקטיבי-מצפוני בהכרעה השיפוטית במשפט הפלילי הינו מתבקש ואפילו אינהרנטי. דרישת הביטחון האפיסטמי במונחים ראייתיים-לוגיים והשגתה של הנוחות המוסרית הם כלים שלובים. אנו סבורים כי יש להבין את סטנדרט הספק הסביר, ברוח הפסיקה של בית המשפט העליון, בראש וראשונה כנושא מטען של אחריות מוסרית שיפוטית. הוא כרוך במחויבות המוראלית, כציווי להליך דליברטיבי מודע ומכוון המדקדק בקיומו של הספק.

ראייה זו של הפונקציות הנתלות בסטנדרט ההכרעה כ"כלים שלובים" תואמת את הבנת מודל ההכרעה המשולב המוצע במאמר זה: המימד האובייקטיבי המכוון לבחינתם והסרתם מעל הפרק של תרחישי חפות ממשיים המעוגנים בראיות, והרכיב הנוסף של חובת המאמץ ודרישת השכנוע הפנימי-סובייקטיבי ביחס לאשמתו של הנאשם. היחס שבין שני המימדים של ההכרעה אינו קבוע אלא דינמי. ככל שרמת הביטחון האפיסטמית גוברת, באופן טבעי נחלשים ההיסוסים והחששות המוסריים, ולהיפך. ככל שמוותרות הראיות עמימות, גם אם קיים קושי להצביע על הגורם הספציפי המעורר את הספק, באופן טבעי גוברת אצל השופט או המושבע תחושת האחריות המוסרית וחובת הזהירות, עד שלעיתים הוא ירגיש מחויב מצפונית לנהוג בדרך הבטוחה ולזכות.

ד. המעבר ממודל הכרעה רציונלי לאמוציונלי במשפט הישראלי

גם גישת הפסיקה בישראל לפרשנותו של מושג הספק הסביר היא מורכבת ומגוונת. כמה כותבים כבר עמדו על כך שלא ניתן לחלץ מן הפסיקה משמעות אחידה וברורה למושג.⁶⁴ בהמשך לכך ניתן להציע מספר תובנות נוספות כאפיון של גישת בית המשפט העליון. ראשית, הפסיקה נמנעת מדיון דוקטרינרי שיטתי ומקיף בהגדרתו של מושג הספק הסביר במגמה לגבש תפיסה אחידה ומחייבת. להבנתנו, היעדרו של ניסיון כזה, במשך שנים, איננו מקרי. שופטי בית המשפט העליון מכירים בעמימותו של הסטנדרט ובכך שהניסיונות להגדירו במושגים חלופיים הם מאד מוגבלים.⁶⁵ דרישת הספק הסביר מפורשת כהכוונה עקרונית וכערוכה חוקתית, בזיקה הדוקה

63 שם, בעמ' 24.

64 ואקי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 77; גרוס ועורקבי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 233, סיכמו את עמדת השיח השיפוטי הישראלי בקביעה: "נראה כי בסופו של דיון רחב עדיין אנו נמצאים בנקודה ממנה באנו והיא, כי אין דרך אחת לבחון את קיומו של הספק הסביר וכי הליכה בדרכים דומות לא תוביל אנשים שונים להגיע למסקנה אחת, וכי כל ניסיון לתת הגדרה מדויקת למהותו של הספק הסביר לא תצליח"; לינדנשטראוס סיכם הסקירה המקיפה בספרו, בקביעה דומה: "הספק הסביר [הינו] מושג שעיקרו בתחום ההרגשה, המחשבה, הסבירות, ההגיון הבריאה ה-"common sense". מכל מקום אין הוא מושג מוחשי". לינדנשטראוס, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9.

65 לסקירת משפט משווה וספרות בהתייחס לשאלה אם יש טעם בהגדרה והסבר נוספים של מושג הספק הסביר ראו ואקי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 69-81; שוחט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 341-345. הטיעונים נגד הגדרתו של הסטנדרט מתמקדים ב"בעיית המעגליות" – החלפת עמימות ואי-בהירות אחת בעמימות ואי-בהירות חדשה או נוספת; ב"בעיית ההיסט" – מחקרים אמפיריים שבדקו הבנה ויישום של מושבעים מעלים חשש כי ככל שמוסיפים הגדרות משנה וסייגים לתיאור "הספק

למחויבות הגבוהה של מערכת המשפט להגנה על חפים. עיקר הדגש במימוש של רעיון הספק הסביר עובר אל שלב היישום בהתייחס לנסיבות המקרה. בכך מותיר הסטנדרט גמישות ושיקול דעת שיפוטי.

במספר פסקי דין חשובים, תוך הימנעות מפורשת מסיכום ממצה, הניח בית המשפט העליון "תפיסה מנחה כללית". כך נעשה בראש וראשונה בפסק הדין בעניין **דמיאניוק**,⁶⁶ באמצעות קיבוץ של הגדרות ופרשנויות בולטות מן המשפט האנגלי והאמריקאי ומן הספרות. אכן, בכל שיטת משפט ניתן לאתר מספר פסקי דין כאלו, המהווים "נכסי צאן ברזל" בהנחת התשתית הרעיונית החיונית להבנת סטנדרט ההכרעה. מעבר לפסקי הדין הללו, משופעת הפסיקה בהבעת דעות יחיד ספורדיות, בניסיון לזקק ההבנה, להרחיב השיח, לייבא רעיונות מעולם התאוריה או להציע פרספקטיבה נוספת או דעה אישית ביחס למהותו של הספק הסביר.⁶⁷ אנו מייחסים ערך רב לניסיונות הללו, אך דווקא בהם מצויה ההמחשה להיעדרו של דיון דוקטרינרי מקיף. דעות אלה, אף שהעשירו את השיח, לא הובילו לרוב לפיתוחה של הלכה אחידה. ההתבטאויות נותרו כדעות המייצגות גישות של שופטים וכזויים שעורכי דין עשויים להיאחז בהם בטיעוניהם וזאת מבלי שנעשה ניסיון, גם לאחר שנים, לכנסם לתיזה מסדרת, כהלכה פסוקה.

עיון במקבץ המקורות שגובש לצורך ההצגה של "גישה מנחה" בפסק הדין בעניין **דמיאניוק** מלמד על עיקריה: ההבחנה בין ההוכחה מעבר לספק סביר לבין הציפייה ל"וודאות גמורה" או "מוחלטת" והסתפקות ב"מידה המגיעה לכלל אפשרות הקרובה 'עד מאוד' לאמת או לוודאות"; התייחסות ל"מידה גבוהה של הסתברות הגובלת בוודאות" (הגם שתוך שלילת הגדרתו של רף ההוכחה במונחים הסתברותיים נומריים); דרישה מפורשת להסבר ולאטיקולציה של הספק, ואף לנטל החל על הנאשם, לנוכח הראיות, להציג קו הגנה פוזיטיבי שממנו עולה הספק;⁶⁸

הסביר" נוטה ההגנה על נאשמים להיחלש וגוברת הנטייה להרשיע; ובכשלונו של ניסיונות ההגדרה הנוספים להכיל מלוא מורכבותו של הסטנדרט. בפסק הדין של ה-7th Circuit בארצות הברית בעניין "[T]hat definition is: U.S. v. Lawson, 507 F.2d 433, 443 (7th Cir. 1974), הובעה העמדה כי: impossible, that the phrase itself is self-defining, that there is no equivalent phrase more easily understood, that every attempt to explain renders an explanation of the explanation necessary, that the better practice is not to attempt the definition, and that any effort at further elucidation tends to mislead in its refinements [...]"

66 עניין **דמיאניוק**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 652-653.

67 דוגמאות בולטות להבעות דעות יחיד כאלו כוללות את ניסיונה של השופטת דורנר לעגן את "תורת ההסתברות האינדוקטיבית" של הפילוסוף האנגלי ג' ל' כהן, כנגד מודלים של הסתברות פסקליאנית-נומרטיבית בפרט בהתייחס למבחן ההרשעה על יסוד ראיות נסיבתיות. אל גישת כהן נתייחס בפרק החמישי להלן. ע"פ 3974/92 **אזולאי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(2) 565 (1993); ע"פ 6359/99 **מדינת ישראל נ' קורמן**, פ"ד נד(4) 653, 661 (2000); דעות יחיד אגביות שהובעו, בפסיקה ישנה יותר, ביחס לשאלה אם סטנדרט ההכרעה עשוי להשתנות בהתאם לחומרת העבירה. זו הייתה גישת השופט אגרנט בע"פ 232/55 **היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינולד**, פ"ד יב 2017, 2063 (1955). בית המשפט העליון העלה האפשרות שוב בפסק הדין בעניין **דמיאניוק**, לעיל ה"ש 11, בהסתייגות רפה והותיר הנושא בצריך עיון; בולטות מכולן הן דעות היחיד המובעות בהתייחס לאפשרות הזיכוי לנוכח ספק פנימי-מצפוני.

68 כך במקור בעניין **דמיאניוק**: "בית-משפט זה כבר הטעים מספר פעמים, כי נאשם שהובא נגדו חומר הוכחות מספיק כדי הרשעה, לא די לו, לשם הפרכת הראיות, כי יספר סיפור בעלמא או כי יעלה

גילום עמדה השואבת מגישתו של הלורד דנינג לפיה "אל לו לבית המשפט לחוש להתרחשות מאורע רחוק ויוצא דופן המתיישב, אם אומנם אירע, עם חפותו של הנאשם, בעוד שהעדויות שבית המשפט האמין בהן מוליכות למסקנה סבירה הרבה יותר שהנאשם אינו חף. מן ההכרח להתעלם מאירועים רחוקים מהמציאות";⁶⁹ ההכרח, מצד אחד, לבסס את הספק על יסודות אובייקטיביים, "רציונליים"; ולצד זאת, ביטוי סטנדרט הספק הסביר כ- "highest attainable standard"; ולבסוף, ביטוי למבחן הספק הגלוי מתוך הראיות (perceptible) של צוקרמן,⁷⁰ כחלק מסל המאפיינים שקובצו לצורך ההסבר האקלקטי. לענייננו, מעניינת במיוחד הגדרת היחס בין המימד הסובייקטיבי לבין המימד האובייקטיבי של הספק המוצגת בפסק הדין, בהשפעת המשפט המקובל ובהמשך לפסיקה קודמת. נפנה כעת להבנת עמדת מוצא זו ולבחינת המגמה בפסיקה בעשור האחרון, המתרחק מתפיסה זו כתפיסה בלעדית.

1. הגישה המסורתית – מודל הכרעה רציונלי

בראשית דרכה של הפסיקה הישראלית,⁷¹ השימוש הרווח לצורך הגדרת רף ההוכחה הפלילי ותיחומו של הספק בגדרו, היה בדרך של "ספק המתקבל על הדעת".⁷² המימד השכלי-רציונלי להערכת הספק הוא המודגש. בשלב מסוים אומצה הדרישה ל"ספק סביר" ונקלטה במשפט הישראלי.⁷³

גרסה סתם, אשר לכאורה אינה מתיישבת עם קיומם של יסודות האישום. מול חומר ראיות לכאורה על הנאשם להציג קו הגנה ממש, ריאלי, המתקבל על הדעת, אשר אינו פרי הדמיון בלבד. אם בית המשפט הדין בדבר אינו מאמין בנכונות סיפורו של הנאשם ואינו מגלה בחומר הראיות יסוד ושוורש לגרסה אשר הוא מעלה, אין הוא חייב להעדיף את הגרסה נטולת השורשים של הנאשם על הגרסה הבנויה על יסודות איתנים שלא נתערעה גם מכוח הספק, רק משום ש"יתכן" ו"אפשרי הדבר" או שהגרסה של הנאשם, התלויה על בלימה, נכונה היא", שם, בעמ' 651 בציטוט ע"פ 134/52 הרסון נ' היועץ המשפטי, פ"ד ז(1) 39 (1953).

69 שם, בציטוט ע"פ 112/69 חליחל נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 733, 741 (1969).

70 ראו לעיל ה"ש 14 לעיל וטקסט נלווה בה"ש 15.

71 כבר בפסיקה הפלילית בארץ מתקופת המנדט הבריטי, ניתנה ההנחיה לחבר המושבעים לבחון את אמיתות העדויות שלפניהם בדרך של "S]atisfied in [...] heart and conscience" – Jarad v. Attorney General, 5 P.L.R. 111 (1938).

72 רף הוכחה זה מצוי בשימוש אף היום בהליכים אזרחיים שעניינם נכסי נפקדים. ראו ס' 20(ב)(2) וס' 34(ב) לחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950, ס"ח 86.

73 ראו ע"פ (מחוזי י-ם) 6260/02 ציון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.7.2003), שם מבחין השופט גל בין שני המונחים. מעניין לקרוא את הסיפור שמספר ג'ורג' פלטשר אותו שמע משלו גינוסר, על השתלשלות תרגומו של המונח האנגלו-אמריקאי "reasonable" לשפה העברית: בכירים במשרד המשפטים ביקשו לתרגם את המונח ובמהלך ניסיונותיהם הללו הם הגיעו למסקנה כי לא ניתן להסביר את הקונספט של reasonable במילה אחת. לכן, בשנות ה-60 הם קיימו ישיבה כדי לחשוב על פתרונות אפשריים. שם עלה הרעיון לאמץ את המונח התלמודי "סברא" ולהתאים אותו לעברית של היום וכך נולד המונח "סביר" עליו הצהירו כ-reasonable העברי. המונח "סברא" התלמודי משמעו "הגיוני", "רציונלי". כך נוצר המונח "סביר" בשפה העברית, בתחילה כמונח משפטי ובהמשך גם השתרש בשפה העברית, כאשר לפחות בערוץ המשפטי הוא פורש ככזה אשר דורש הכרעה רציונלית שלא מותריה מקום לספק אמוציונלי שאינו מבוסס על ההיגיון. בכך למעשה עלתה בקנה אחד הדרישה לספק רציונלי במשפט הישראלי עם מונח הספק במשפט האנגלו-

בערעור בפרשת דמיאניוק הדגיש בית המשפט העליון לראשונה, במפורש, ובאופן סדור ומעמיק, את טיבו הרציונלי של הספק וסיכס את ההלכה הרווחת באותו זמן כך:

בעת מיון הראיות לצורך בחינת השאלה אם נתקיימה המידה הדרושה של ודאות, פועל בית המשפט בהכרח על-פי הערכה סובייקטיבית. יחד עם זאת, יש לשאוף לשילובה של אמת מידה אובייקטיבית לתוך ההערכה האמורה. זו תציב לה תחומים ותסייע ביצירת אמצעי סינון שיוסיפו יסוד אובייקטיבי המושתת על אדני הסבירות. לשון אחר, בעת ההערכה של חומר הראיות, על בית המשפט לשאוף ליישומו של מבחן הבנוי על ההסבר הסביר. במה דברים אמורים: המבחן מורכב משני יסודות – "ספק" ו"סביר". שם התואר שנתווסף לשם העצם "ספק" אינו בגדר סרח עודף מילולי מיותר; הוא בא לסייג ולהקנות לספק תכונה מוגדרת. **קיומה של התכונה האמורה נבחן לפי אמות המידה הרציונאליות המקובלות עלינו.** בביטוי "סביר" טמונים הסינון והמיון בין עניינים שיש להם אחיזה הגיונית במציאות לבין דברים שהם ספקולציות נעדרות תשתית. [...]

המדובר בספק המעוגן ביסודות רציונאליים.⁷⁴

בהמשך הדגיש גם כי "אין להיתפס למסקנות שאינן מתיישבות עם הערכה רציונאלית",⁷⁵ וכי "הקביעה אם נותר ספק סביר בדבר אשמתו של נאשם או לאו, אינה פרי תחושה או התרשמות. קביעה זו מעוגנת במיונו ובסיווגו של חומר הראיות לכדי מיתאם סביר אחד".⁷⁶ תפיסה זו עלתה בקנה אחד עם התפיסה ששלטה באותם ימים אשר ראתה את הליך ההכרעה השיפוטי כהליך אובייקטיבי, נטול רגשות ויצרים.⁷⁷ מלאכת השיפוט מוצגת כמלאכת מחשבת רציונלית, ובמסגרתה מתואר הספק כ"ספק ממשי ורציונאלי המעוגן בעובדות המקרה",⁷⁸ הנובע מ"אמת מידה אובייקטיבית" ממשית וסובסטאנטיבית,⁷⁹ ואשר מחייב לא רק סיבה והסבר אלא שאלה צריכים להיות גם סבירים.⁸⁰

גישה זו נקלטה במשפט הישראלי בזיקה ישירה לטיפוחו של "אידאל השפיטה".⁸¹ ביסוד אידאל השפיטה מונחת ההשקפה כי מקצועיות השופטים וכישוריהם הקוגניטיביים מאפשרים להם לנטרל דעות קדומות, הטיות מחשבתיות וכל השפעה שלילית חיצונית אחרת. בהתאם

אמריקני – George P. Fletcher, *What Common Lawyers Can Learn From European Theorists* – *of Criminal Law*, 17 BAR ILAN L. STUD. 91 (2002).

74 עניין דמיאניוק, לעיל ה"ש 11, בעמ' 652 (ההדגשות הוספו).

75 שם.

76 שם, בעמ' 663.

77 "בשבתו על כסא המשפט אינו חדל השופט להיות בשר-ודם, בעל רגשות ויצרים. אולם הוא מצווה על-פי החוק לכבוש רגשות ויצרים אלה, שאם לא כן לא יהיה שופט כשר לעולם לדון באישום פלילי" – דברי בית המשפט המחוזי בע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2033, 2081 (1962).

78 דנ"פ בן ארי, לעיל ה"ש 9.

79 דנ"פ 4342/97 אל עביד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 736, 859 (1998).

80 ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302 (1993).

81 ואקי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 440–441.

לאידאל זה, הליך ההכרעה השיפוטי מוצג כחף מהטיות אמוציונליות ומשיקולים רגשיים. אידאל השפיטה מבדיל בין הכשירות הקוגניטיבית האוניברסאלית המיוחסת גם למושבעים (על מגבלותיה ובהתחשב בביקורות ובספקנות המובעות כלפיה מעת לעת), לבין כשירותם הייחודית של השופטים. מנשה מכנה גישה זו כ"תיזת מקצועיות השפיטה".⁸² ההכרעה השיפוטית נתפסת, בהדגשת יתרונה הייחודי, כהערכה אובייקטיבית בלבד של הראיות. היא ניתנת ללא תלות בהשלכות תוצאותיה: "[השופט] מצווה על-פי החוק לכבוש רגשות ויצרים [...], שאם לא כן לא יהיה שופט כשר לעולם לדון באישום פלילי".⁸³

2. ההכרה בספק אמוציונלי בפסיקה הישראלית

עיון בפסיקה של השנים האחרונות מגלה התפתחות משמעותית המתבטאת בסיוג בלעדיותה של הגישה הרציונלית ובנכונות גוברת והולכת להכיר במימד הסובייקטיבי של ההכרעה. יותר מכך, העיון בפסיקה מגלה, לדעתנו, תחושת צורך מצדם של חלק מן השופטים להסתייג מן ההצגה של מלאכתם וחוביותם השיפוטית (בהכרעה במשפט פלילי בפרט) כחוויה סטרילית המנותקת מהתחבטות פנימית, אחריות מצפונית ומן החיפוש אחר הנוחות המוסרית הנחווית גם כרגש. יותר ויותר, מבטאים השופטים את המורכבות הנוספת שמכילה משימתם ומחויבותם המקצועית, לפי הבנתם.

בפסיקה בית המשפט העליון של העשור האחרון ניתן למצוא ביטוי גובר והולך להכרה ב"מודל הכרעה אמוציונלי" בהתייחס למושג הספק הסביר, באופן המוסיף נדבך חשוב ואשר משנה את "התפיסה המנחה" שגובשה בהלכת דמיאניוק. אם בעבר הציפייה מן השופטים הייתה להסוות תחושות פנימיות המעורבות בתהליך ההכרעה השיפוטי, ולטשטשן בדרך של הבעתן כשיקולים רציונליים או השלובים עמם, בשנים האחרונות ניתן למצוא בפסיקה ביטוי מפורש ליסוד אמוציונלי-א-רציונלי. לא זו בלבד שהשופטים נכונים להכיר ביסוד זה כאילוץ הכרחי, אלא שהם הולכים צעד נוסף ומדגישים את חשיבותו והקשר ההדוק שבינו לבין מחויבותם הערכית שלא להרשיע אדם בניגוד לצו מצפונם. האידאל הפרסונלי-אמוציונלי השלוב בעשיית הצדק זוכה במשפט הפלילי בישראל לעדנה מחודשת. הדיון על אודות הרכיב האמוציונלי בגדרו של סטנדרט ההכרעה תופס את קדמת הבמה, ומוצג ללא כחל ושרק כאבן בוחן שירותית שעשויה להוביל לזיכוי במקרים מתאימים.

ראשיתה של המגמה בפסיקה פורצת הדרך של השופט מישאל חשין בעניין **בן ארי**. השופט חשין פיתח פרשנות אנאליטית למהותו של הספק הסביר, אשר מכירה בגלוי ב"יסוד המוסרי-סובייקטיבי" ובכך שצו לבו של השופט עשוי להקים הספק המחייב זיכוי, גם ללא יסוד רציונלי-אובייקטיבי.⁸⁴

82 לדיון ביקורתי בתזת מקצועיות השפיטה כנימוק להבחנה בין שופטים מקצועיים לבין מושבעים בהקשר של הטיות שיפוט, ראו דורון מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות 257–275 (2008); ראו גם דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיזת ברבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83 (1997).

83 דברי בית המשפט המחוזי בעניין אייכמן, לעיל ה"ש 77, בעמ' 2081.

84 ע"פ 6251/94 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45, 121–126 (1995) (ההדגשות הוספו).

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

בדיון הנוסף באותה פרשה, שוב נתן השופט חשין ביטוי מדויק לרחשי לבו (וגם לכשרונו הספרותי) ובחר להציג הכרעתו במונחי המודל האמוציונלי מבלי לנסות לטשטש טיב הבנתו ושיקוליו: ⁸⁵

האיש הקטן בתוכי, אותו אישון־מצפון השוכן בליבי, לא רגז ולא רטן; נהפוך הוא: הוא הורה אותי הדרך, הוא עודדני בדרכי. עתה, לעת הדיון הנוסף, נועצת בו שוב, ותשובתו עתה הייתה כתשובתו בתחילה.

בפרשת יומטוביאן שב וציין השופט חשין שהלכה למעשה: "ההכרעה כי יכריע [שופט] במשפט תהיה ההכרעה משוכה מלבו שלו וממצפוננו שלו". ⁸⁶ בדומה, הסביר השופט רובינשטיין בעניין **בשירוב**, כי ההכרעה של השופט צריכה להיעשות על פי "הקול הפנימי" שלו. ⁸⁷ וברשימתו מאירת העיניים הנושאת את הכותרת "ספק ספיקא והיד הרועדת" הוסיף וביאר: ⁸⁸

כשלעצמי סברתי, כי "הספק עשוי לנבוע מהצטברותם של גורמים, שתוצאתם היא כי ידו של השופט רועדת בבואו לחתום על הרשעה" [...]. רעדת היד היא

85 דנ"פ בן ארי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 477 (ההדגשות הוספו).

86 ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 651, פסק דינו של השופט חשין (2000).

87 דברי השופט רובינשטיין בעניין **בשירוב**, לעיל ה"ש 4.

88 רובינשטיין, לעיל ה"ש 5, עמ' 16.

שידורו של הקול הפנימי, אותו "אישון" – "איש קטן" שעליו דיבר השופט מישאל חשין.

בפרשת פארס עמד גם השופט הנדל על חשיבותו של מודל הכרעה אמוציונלי:⁸⁹

לנוכח חשיבותו של הספק הסביר בדין הפלילי, בו הוא משמש ככלל-על, אומר זאת: לעיתים הספק "אובייקטיבי" ולעיתים "סובייקטיבי". יש שהוא מבוסס על נתון שאפשר להצביע עליו בקלות בראשית תהליכי ההכרעה, ויש שהוא נגזר מהליך פנימי של השופט, אשר מקנן בו ספק שהוא אינו מוכן לוותר עליו לאחר בחינת כל הראיות. ראוי לציין כי יש להיזהר ממצב בו תוך כדי השאיפה להגדרת הספק הסביר, בית המשפט משנה את המבחן או מגביל אותו. ודוק, "סביר" – לא פחות מכך אך גם לא יותר.

בשנים האחרונות, החלה להתגבש בבית המשפט העליון גישה הרואה בספק הרציונלי והספק האמוציונלי כספקות חלופיים (ולא מצטברים). בהתאם לכך, יכול השופט להסתמך על "צו לבו" ו"קול מצפונו" בלבד – ולזכות נאשם גם מקום שאמות המידה הרציונליות-אובייקטיביות מובילות למסקנה בדבר היעדר ספק סביר בשאלת האשמה. גישה זו הובעה על ידי השופט דנציגר בעניין פלוני:⁹⁰

האם עולה ממבחן זה כי משהגיע השופט לכלל מסקנה, על פי אמות המידה הרציונליות המקובלות, כי התביעה הוכיחה שלא קיים ספק סביר באשר לאשמתו של הנאשם, מנוע הוא מלהאזין לקול הפנימי שקורא לו ממעמקי ליבו, ממצפוניו, ומורה לו לזכות את הנאשם? נמנה אני עם אלה הסבורים כי על השופט להאזין, במקרה כגון דא, לקול מצפוניו, לצו לבו, ולזכות את הנאשם.

על גישה זו חזר השופט דנציגר גם בפרשת זדורוב:⁹¹

על השופט להאזין לקול מצפוניו ולזכות את הנאשם שעה שלאחר בחינת כללם של דברים, אין הוא משוכנע כי המסקנה היחידה העולה מהמסכת הראייתית היא בדבר אשמתו, אלא נותר הוא עם ספקותיו אשר מונעים בעדו להורות על הרשעתו של הנאשם [...]. לדידי, הרציונל המקובל המסביר את הצורך ברף הוכחה של מעבר לכל ספק סביר בדין הפלילי, לפיו עדיף זיכוי מן הספק של האשם מקיום חשש להרשעת שווא של החף מפשע [...], מסביר אף את הצורך לאפשר לשופט היושב בדין להסתמך בסופו של דבר על צו לבו. זאת, כאשר

89 ע"פ 273/14 מדינת ישראל נ' פארס, פס' 5 (פורסם בנבו, 23.12.2014); וראו דברי השופט הנדל בפרשת עלי שצוטטו לעיל, ה"ש 13.

90 ע"פ 7401/07 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 6 (פורסם בנבו, 31.7.2008). וראו גם ע"פ 10479/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.6.2009).

91 ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.15.2015) (ההדגשות הוספו).

מצפוננו מורה לו לזכות נאשם, אף אם אמות המידה הרציונאליות המקובלות מובילות למסקנה כי הנאשם ביצע את המיוחס לו.

בגישה דומה מחזיק גם השופט ג'ובראן: ⁹²

לא נשלים סקירה קצרה זו, מבלי להתייחס לאפשרות לזכות נאשם, גם כאשר לכאורה הורם הנטל בידי התביעה, והוכחה אשמתו מעבר לכל ספק סביר. המדובר במקרים, בהם השופט היושב לדין, בוחר לזכות את הנאשם לאור שיקולים מוסריים-מצפוניים המנחים אותו, ולאור העדיפות לזיכוי אשם על הרשעת חייב עליה עמדנו לעיל (ובלשונו הציורית של השופט מ' חשין: "אפשר שקול קטן וחרישי – קול המוסר – יעלה בו בשופט ממצפוננו ויאמר לו: אחרי כל אלה זה לא זה". אפשר שקול זה פישורו לא יהיה אלא ספק סביר רציונאלי").

במקביל וברובד הסמוי יותר, אפשר למצוא בפסיקה מהשנים האחרונות גם התבטאויות המצביעות על "הרכיב האנושי בשיפוט"⁹³ ועל כך שהמדובר בשופט בשר ודם.⁹⁴ ישנם שופטים המצביעים על הפן הרגשי-נפשי המלווה את תהליך בחינתו של הספק, ומתארים אותו בתחושות קשות ובהתחבטויות, בלבטים,⁹⁵ ובהיסוסים.⁹⁶ לצד תיאורים אלו של הליך יצירת ההכרעה כתהליך אמוציונלי-פנימי וכ"מלאכת מחשבת של בשר ודם ולא מלאכת מחשב",⁹⁷ מתואר גם הספק ככזה אשר "מכרסם" בלבבותיהם של השופטים.⁹⁸

92 ע"פ 9809/08 לזרובסקי נ' מדינת ישראל, פס' 72 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 25.11.2010).

93 דברי השופט הנדל בעניין לזרובסקי, שם, פס' 3.

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

95 ע"פ 6952/10 בשימוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.1.2011); ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.12.2008); ת"פ (מחוזי-י) 263/99 מדינת ישראל נ' ביטון (פורסם בנבו, 26.12.1999); ת"פ (מחוזי-י) 102/99 מדינת ישראל נ' סלאם (פורסם בנבו, 2.8.1999).

96 ע"פ 231/56 זיגוריין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 1298, 1300 (1962). כך גם אפשר למצוא ביטויים נוספים אשר מצביעים על הפן הרגשי-נפשי של הספק ואשר מתארים אותו כתוצר של תחושה אמוציונלית-סובייקטיבית של השופט.

97 דברי השופט הנדל בעניין לזרובסקי, לעיל ה"ש 92, פס' 3.

98 ע"פ 2439/93 זריאן נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 265, 272–273 (1994).

מעניין במיוחד שמבין דעות היחיד שעלו בפסיקה ביחס לטיבו של סטנדרט ההכרעה ומבין כל התיאוריות והסוגיות לגביהן העלו שופטי ישראל הרהורים לאורך השנים, ההכרה בספק הפנימי-מצפוני היא הסוגיה שלגביה הצטברה מסה משמעותית של דעות, באופן המאפשר לדבר על השתרשותה של תפיסה מנחה הגם שנדמה כי הלכה פסוקה טרם גובשה. מגמה זו במשפט הישראלי ראויה לדעתנו לבחינה נורמטיבית מעמיקה באמצעות עיון בהצדקות לכל אחד משני המודלים: המודל הרציונלי אל מול המודל האמוציונלי ולכך נפנה בפרק הבא, לא לפני שנעמוד בתמצית על התייחסותו של המשפט העברי לסוגיה.

3. המחויבות המוראלית של הדיין במשפט העברי

עמדה מורכבת ורב ממדית לסטנדרט ההכרעה, ניתן למצוא גם במסורת המשפט העברי. כללי דיות ההוכחה במשפט העברי, בדומה למשפט הרומי, התבססו על פיתוח כללי הערכה לוגיים שיטתיים⁹⁹ ועל ניסוחם של תנאים פורמליים ואריתמטיים להרשעה. הדוגמאות הבולטות הן הדרישה להרשעה על בסיס הודאה או שני עדים.¹⁰⁰ תפקידם הראשוני של השופטים או הדיינים היה לשלוט על ההליך ולבחון את קיום דרישות ההוכחה הפורמליות. לכך נוספה ההתבססות על "חזקות" באופן שקישר את ההוכחה במשפט כבר מימיו הקדומים ביותר למושגים של לוגיקה והסתברות ועל יישום הכללות הנסמכות על הניסיון האנושי. מודל ההכרעה העיקרי במשפט העברי אף הוא אפוא מודל הכרעה רציונלי.

ואולם, לצידם של הכללים הפורמליים ניצבה במשפט העברי הדגשתה של המחויבות המוראלית: אותה חובת זהירות ותחושת אחריות מצפונית עמוקה המצופה מן הדיינים. ביטויים אלו של המחויבות האישית של הדיין בדיני נפשות עוגנו במקורות המשפט העברי הרבה לפני שנקלטו אל הפילוסופיה המערבית הליברלית. בספר שמות מופיע הפסוק: "מִדְּבַר־שֶׁקֶר, תִּרְחֹק; וְנִקִּי וְצַדִּיק אֶל־תִּפְחָג, כִּי לֹא־אֶצְדִּיק רָשָׁע".¹⁰¹ לפי פירוש השד"ל, הפסוק מהווה אזהרה לדיין "שיהיה מפקד תמיד מלטעות בדין, ולחשוב בליבו, כי טוב שיזכה את החייב משיחייב את הזכאי",¹⁰² באופן המעיד על הטמעתו של עקרון העדיפות הרבה לפני ימיו של בלקסטון.¹⁰³

99 בשונה מפיתוח הדין באמצעות דיון קוואסטי צר במשפט הרומי, הגמרא נהגה לחפש את ה"פשט" שבפסוקי התנ"ך ובמדרש, אולם שתי השיטות התבססו על הצגת דיון ופתרונות בהידרש למצבים ראייתיים קונקרטיים.

100 נאמר בתורה: "על פי שנים עדים או שלשה עדים יומת המֵת לא יומת על פי עד אֶחָד" (דברים יז 6). אולם, הדרישה לשני עדים הינה רק בנוגע למעשה העבירה (ההתנהגות האסורה), להבדיל מהנסיונות של העבירה אותן ניתן להוכיח מכוח רוב ומכוח חזקות חברתיות והתנהגויות מקובלות. לסקירה מפורטת ראו "ראיות בפלילים במשפט העברי" (נייר עמדה מאת יעקב שפירא מטעם משרד המשפטים – המחלקה למשפט עברי, 8.4.2014).

101 שמות כג 7.

102 פירושי שמואל דוד לוצאטו לתורה תורגמו ופורסמו במקור על ידי שלמה א' נכון. הפירושים לשמות כג מובאים ב- www.tora.us.fm/tnk1/jdl/MefarsheyTanach002-23.htm (יש לציין שהשד"ל חי וכתב במאה ה-19 והושפע גם מכתביהם של פילוסופים מערביים בני תקופת הנאורות, כגון ג'ון לוק, מונטסקיה ואח').

103 ראו את מימרתו המפורסמת של Blackstone, שלפיה: "It is better that ten guilty persons escape: than that one innocent suffer". BLACKSTONE, לעיל ה"ש 17. הרציונל המקובל לחומרתו של רף

מעל ליישומם של כללי ההוכחה חלשו עקרונות מנחים שציוו על הדיינים לדקדק, במקרה הצורך, כך שפסיקתם תבטא לא רק את "האמת" אלא את השאיפה הגבוהה יותר, היא "האמת לאמיתו". מושג "האמת לאמיתו", כמטרת השפיטה, נתון לפירושים ויישומים שונים (לאו דווקא, או בעיקר, בתחום המשפט הפלילי). קיים בו רובד המחייב לוודא כי הדין "שאינו מרומה". כלומר, כשמתעורר ספק מחויב הדיין לחקור היטב ולדקדק בפרטי העדויות, ולא להסתפק בקיום רף ההוכחה הפורמלי (כגון שני עדים). מדובר בהעמקת חקר המיועדת להסרת ספקות. ישנם המפרשים "אמת לאמיתו" כציווי לנורמה כללית של ישרה ואף כאפשרות לסטות מן הנורמה הכללית היכן שהדבר דרוש לשם עשיית הצדק. וישנם פירושים הקושרים "האמת לאמיתו" עם פסיקה לפני משורת הדין. לענייננו חשובה ההכרה בקיומו של מימד מנטאלי של נטילת האחריות המצפונית על ההכרעה והגשמתה של הנוחות המוסרית הדרושה.¹⁰⁴ מלאכת השפיטה מתבצעת ב"חרדת קודש": "כל הדין דין אמת לאמיתו נעשה שותף להקדוש ברוך הוא במעשה בראשית";¹⁰⁵ "[...] הם (=הדיינים) שלוחיו של אלקי המשפט [...] הכרה עליונה זו, שהיא נותנת חרדת קודש בלב הדיין העדים ובעלי הדין [...] ומביאה אותם לה[י]דמות במעשיהם לאלקי המשפט, לדון דין אמת לאמיתו".¹⁰⁶ בדיני נפשות מתווסף הציווי המפורש יותר, כי "לעולם יראה הדיין כאלו חרב מונחת לו בין ירכותיו וגיהנם פתוחה לו מתחתיו".¹⁰⁷ בציוויים אלו ניתן למצוא רובד של אחריות אישית-מצפונית על ההכרעה, בדיני נפשות במיוחד, שאינה מתמצית בהתאמה לקריטריונים ראייתיים אובייקטיביים. לבחינה הרציונלית מתווספת הדרישה להנחת הדעת השלמה של הדיין כי אכן נעשה דין אמת וצדק והדגשת אחריותו לוודא שאכן כך ולהרשיע רק כשמצפוננו נקי מחשש כי צדיק ייהרג. אנו סבורים שיש מן המשותף בין מושגים אלו לדרישת הוודאות המוראלית: השכילה היא רציונלית, אולם מצב השכנוע הסופי הוא גם פנימי-סובייקטיבי.

ההוכחה הפלילי, מתבסס על ההנחה כי הנזק שייווצר לחברה מהרשעה שגויה גדול יותר מזה שייווצר בעקבות שחרור העבריין, ועל כן ייעודו של רף ההוכחה לצמצם ולמזער את מספר ההרשעות השגויות. עקרון זה, המכונה על ידנו "עקרון העדיפות", הובע על ידי הוגים רבים, כגון הרמב"ם: "יותר טוב ויותר רצוי לפטור אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים" – הרמב"ם ספר המצוות כרך א לא תעשה, מצווה ר"צ, שא (מרדכי דב רבינוביץ עורך, הרב יוסף קפאח מתרגם, התשי"ח); ביטוי להתלבטות המוסרית בשאלת הצדקה של הקרבת חפים לצורך מיצוי הדין כלפי רשעים ובאפשרות קביעתו הסמלית-עקרונית של "שיעור ההקרבה" הנסבל, משתקפת מחילופי הדברים בין ה' לאברהם באשר לגורלם של צדיקי סדום בעקבות ההחלטה להחריב את העיר, ומשאלת אברהם כמה צדיקים דרושים כדי להציל את העיר כולה מחורבן.
 104 ובענישה "עיוני משפט" לב 583, 591–592 (2011).
 105 בבלי, שבת י, ע"א. השו"ש, קיט, ע"ב.
 106 בן ציון מאיר חי עזיאל הגיוני עזיאל חלק ב, 63 (התשנ"ב).
 107 בבלי, סנהדרין ז, א; הרמב"ם (סנהדרין יג, ח'ט') ניסח את הדברים כך: "לעולם יראה דיין עצמו כאילו חרב מונחת לו על צווארו וגיהנם פתוחה לו מתחתיו, וידע את מי הוא דן ולפני מי הוא דן ומי עתיד להיפרע ממנו אם נטה מקו האמת [...] כל דיין שאינו דן דין אמת לאמיתו גורם לשכינה שתסתלק מישראל[...]".

בפרשת **בשירוב** התייחס השופט רובינשטיין למחויבות המוטלת על הדיין: "יש להטעים את הספק; איננו יודעים גם ברגע זה אל נכון מי הוא שקטל את המנוח [...] אלא שכאמור – מטה כף הספק; וכדברי חכמים, 'ספק נפשות להקל' [...] והקול הפנימי לא הניח לדחות את הערעור. לעת הזאת קוראים דמיו של המנוח מן האדמה ללא מענה"¹⁰⁸.

ה. הצדקות למודל הכרעה רציונלי

בהתאם לתפיסה המודרנית המקובלת, המשפט נועד לפתור סכסוכים ולהסדיר מערכות חברתיות ויחסים בין המדינה לפרט על יסוד יישום כללים משפטיים שוויוניים וחקר עובדות רציונלי. ההליך המשפטי המתקיים בפני בית המשפט מתאפיין בניטרליות, באובייקטיביות ובשקיפות מרבית. ציפיות אלה משמעותיות הן ביחס להחלת הדין והן ביחס לחקר העובדות. הציפייה היא לשיקוף של מציאות עובדתית חיצונית, אובייקטיבית, בלתי תלויה ולהתאמה נכונה בין העובדות לבין הדין. לנוכח אידאל השפיטה הרציונלי, קיימת חשדנות רבה כלפי מתן ביטוי לרכיבים אמוציונליים בתהליך השפיטה. מודגשת הציפייה מהשופט לעסוק בעובדות, בראיות ובדין תוך התעלות מעל לתחושותיו או רגשותיו. יתר על כן, נראה כי גם במישור הנורמטיבי-יוריספרודנטאלי נתפס הפן הנפשי-אמוציונלי של הספק כמנוגד לרעיון הסבירות המקופל בסטנדרט "הספק הסביר" ובשל כך – כבלתי לגיטימי.

במאמר זה אנו מבקשים להציע ולהצדיק "מודל הכרעה משולב: רציונלי-אמוציונלי". לכן הדיון בהצדקות למודל ההכרעה הרציונלי איננו משני או אגבי אלא חיוני. בפרק זה נציג הסיבות להיותו של מודל ההכרעה הרציונלי המודל השגור והדומיננטי. בפרק נציג כמה מן הגישות המשפיעות והחשובות ביותר בספרות, המציעות המשגה לסטנדרט הספק ולהכוונה העקרונית שהוא מספק במונחים אובייקטיביים. איננו מבקשים לבקר תפיסות אלה מיסודן אלא להוקיר אותן ולעמוד על תרומתן המשמעותית לשיח. הן מאפשרות הבנה טובה יותר של תהליך הסרת הספקות השיטתי הדרוש כתנאי להרשעה.

1. מודל ההכרעה הרציונלי ואידאל השפיטה

מודל ההכרעה הרציונלי נתמך בשורה של הצדקות כלליות הקשורות לציפיות ביחס לאופיים של ההליך המשפטי ושל מלאכת השפיטה המקצועית. ההתבססות על מונחי הוכחה אובייקטיבים נובעת מן הרצון למזער את יסוד השרירותיות והמזל במשפט. הגישה האובייקטיבית תואמת לרוחה של תקופת הנאורות שהשפיעה על עיצוב סטנדרט הספק הסביר ביסודו, ולמסורת החשיבה הרציונליסטית-אמפריציסטית בתחום דיני הראיות. הדרישה לסינון של ספקות אמורפיים באמצעות פיקוח אובייקטיבי ושימוש ב"סבירות" כאבן בוחן נובעת מן ההכרה בחשיבותה של התכלית הכללית של המשפט הפלילי: מיצוי הדין כלפי עבריינים בשיעור

108 ראו בבלי בבא קמא ד, א; נחום רקובר בהשתתפות ראו יעקובי **ניבי תלמוד**, 27, כמצוטט בעניין **בשירוב**, לעיל ה"ש 4.

הצלחה משמעותית. תכלית זו מחייבת לסייג כוחם של ספקות מרוחקים וספקולטיביים שאין להם אחיזה במציאות. תכלית המשפט הפלילי היא חקר האמת ו"הגינות ההחלטה" במובן של התאמה בין ההכרעה השיפוטית לבין העובדות כפי שארעו בפועל.¹⁰⁹ ברוח זו מפורסמת הסתייגותו של ג'רמי בנטהאם, בסרקזם האופייני לו, מפני היתלות מוגזמת ב"ממרת בלקסטון"¹¹⁰ ודומותיה להצדקת זיכויים הנובעים לדידו מ"הגזמות סנטימנטליות" ושאינם מחויבים מניתוח הראיות.¹¹¹ זהו גם הסנטימנט בבסיס האמירה המפורסמת והמצוטטת לרוב של הלורד דנינג, לעניין אפיונו של הספק הסביר ודחייתן של "אפשרויות מרוחקות ודמיוניות": "The law would fail to protect the community if it permitted fanciful possibilities to deflect the course of justice"¹¹². האיזון המתחייב לנוכח התכליות היסודיות של ההליך הפלילי מתבטא בדרישה הכרחית ל"רצינות" של הספק, כתנאי להכרה בו. הגישה הדומיננטית בשיח קושרת באופן הדוק בין תנאי הרצינות לבין הגישה האובייקטיבית והיכולת להצביע על ספק מוחשי ומוגדר. הצדקה נוספת למודל ההכרעה האובייקטיבי נקשרת ליתרונות ולתכליות של חובת ההנמקה. ההנמקה מאפשרת שקיפות. היא מעודדת הבנה וקבלה של פסקי הדין והסנטנדרטים לפיהם פועלת מערכת המשפט על ידי הציבור. היא מאפשרת ביקורת על שיקולי בית המשפט (מצד הציבור וכמובן גם מצדה של ערכאת הערעור). טענה נוספת היא כי חשיבותה של חובת ההנמקה האובייקטיבית מתבטאת בשלב שלאחר גיבושה של התרשמות או מסקנה לכאורית, סובייקטיבית. היא מוליכה לתהליך רפלקטיבי מודע של ביקורת עצמית. יכולת ההנמקה האובייקטיבית מהווה בעצם תנאי לתיקוף ההתרשמות הסובייקטיבית.¹¹³

109 הגישה האובייקטיבית נעוצה במסורת הממשיכה גישתו המובהקת של ג'רמי בנטהאם, שהגדיר עיקרון "הגינות ההחלטה" כעיקרון העל בדיני הראיות: "The direct aim of adjective law is rectitude of decision, that is the correct application of valid laws to true facts. The collateral aim is to minimize the pains of vexation, expense and delay [...] Evidence is the basis of Justice". מובא אצל W.L. TWINNING, RETHINKING EVIDENCE: EXPLANATORY ESSAYS 38 (1990).
 110 ראו לעיל ה"ש 17. לסקירה מעניינת של הביטויים הרבים והמגוונים לממרת בלקסטון כביטוי לעיקרון העדיפות (ביחסים מספריים שונים) וכן של עמדות ביקורתיות כלפיה לאורך ההיסטוריה ראו Alexander Volokh, *n Guilty Men*, 146 U. PA. L. REV. 173 (1997).
 111 JEREMY BENTHAM, THE WORKS OF JEREMY BENTHAM vol. II 169 (1829, John Bowring ed., 1843): "But we must be on our guard against those sentimental exaggerations which tend to give crime impunity, under the pretext of insuring the safety of innocence. Public applause has been, so to speak, set up to auction. At first it was said to be better to save several guilty men, than to condemn a single innocent man; others, to make the maxim more striking, fix the number ten; a third made this ten a hundred, and a fourth made it a thousand. All these candidates for the prize of humanity have been outstripped by I know not how many writers, who hold, that, in no case, ought an accused person to be condemned, unless evidence amount to mathematical or absolute certainty. According to this maxim, nobody ought to be punished, lest an innocent man be punished". בעמ' 195.
 112 Miller v. Minister of Pensions, [1947] 2 All E.R. 918, 919.
 113 Doron Menashe, *The Requirement of Reasons for Findings of Fact*, 8 INTERNATIONAL COMMUNITY L. REV. 223 (2006); דורון מנשה "תכליתה ומהותה של חובת ההנמקה העובדתית במשפט הישראלי" **על משפט** יא 399 (2014); עניין **דמיאניוק**, לעיל ה"ש 11.

ההצדקות הללו מקבלות משנה תוקף לנוכח התפיסה השגורה כי מקצועיות השופטים וכישוריהם הקוגניטיביים, הכשרתם וניסיונם מאפשרים להם לנטרל דעות קדומות, הטיות חשיבה והשפעות רגשיות.¹¹⁴ תזת מקצועיות השפיטה מניחה היכולת של השופט להתנתק מרגשותיו ולשפוט באופן שקול ואובייקטיבי, כערוכה לתהליכי קבלת החלטות ראויים ואמינים יותר.¹¹⁵ תפיסה רדיקלית בדבר מקצועיות השפיטה עשויה להתייחס אל השופט כאל מי שמחויב ומסוגל במסגרת תפקידו להתנתק מכל רגש ולפעול בהתאם לקריטריונים אחידים של התאמה אובייקטיבית ו"קבלה" בלבד: "הצגת תפיסות אישיות [...] אינה עולה בקנה אחד עם אופי התפקיד השיפוטי, המושתת על החלת אמות מידה אובייקטיביות כלליות, והיא עלולה לפגוע פגיעה מהותית במערכת המשפט".¹¹⁶

2. מודל ההכרעה הרציונלי כחלק מהמשגת הספק הסביר

מעבר למערכת הציפיות הכללית ביחס לטיבו של הליך חקר העובדות המשפטי, ניתן למצוא הצדקות מתוחכמות יותר למודל ההכרעה הרציונלי בתאוריות חשובות המשמשות להסבר והמשגה של מונח הספק הסביר. כל אחת מן התאוריות הללו מצדיקה דיון מעמיק הרבה יותר ממה שיתאפשר כאן (לרבות עיון ביקורתי המתייחס למגבלות של כל גישה, לצד יתרונותיה). המטרה העיקרית של הדיון שלהלן היא להציב על בסיסו תשתית נורמטיבית כנגד מודל ההכרעה האמוציונלי. נשיב לטיעונים הללו בפרק הבא במגמה לרכך ההתנגדות להכרה במימד הסובייקטיבי. אך חלקם, נודה בכנות, נותרים ויותר כנימוקים בעלי משקל המסתייגים מהמודל האמוציונלי בגדרו של הספק הסביר. בסופו של דבר, זו שאלה של פרספקטיבה כוללת. השאלה היא אם נכון לקבל הגישות הללו, או איזו מהן, כתפיסה בלעדית.

נתחיל ממודל "ההסתברות האינדוקטיבית" שהוצג על ידי ג'ונתן כהן, מהכותבים החשובים והמשפיעים ביותר בתחום התאוריה של דיני הראיות. גישת ההסתברות האינדוקטיבית מיועדת להבהיר את הרציונל והמתודולוגיה של הוכחת העובדות במשפט, כאשר סטנדרט ההכרעה הפילי מהווה דוגמה אחת בגדרה של שיטה לוגית-הכרתית כוללת. הטיעון שבמרכז ספרו של כהן הינו שלילת התאמתו של מודל ההסתברות הפסקליאנית¹¹⁷ לצורכי ההוכחה המשפטית

114 ראו למשל דנ"פ 23/85 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד מב(4) 309, 357 (1988).

115 ראו למשל דבריו של השופט דב לוין בע"פ 4912/91 תלמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 581, 612-613 (1993): "השופטים המלומדים בדרגה הראשונה צוברים נסיון עם השנים, ויש להם היכולת לקיים תהליך מחשבתי מורכב ומעמיק זה באובייקטיביות, באחריות ומתוך ראיית התמונה הכוללת. הדברים אמורים הן בכרוך עובדות האמת מתוך כלל הדברים והן בעניין ההתרשמות הישירה מטבעו של העד, אישיותו ואמינותו".

116 בג"ץ 2491/02 בן ארי נ' השופט דן ארבל, מנהל בתי המשפט, פס' 5 (פורסם בנבו, 1.8.2002).

117 כדי לדייק, כהן מייחס את מקורות הגישה ההסתברותית-נומרטיבית לפסקל ופרמה ואת המשך פיתוחה החשוב לצורך גזירת רמות הוכחה משפטיות לליבניץ וברנולי. L. JONATHAN COHEN, THE PROBABLE AND THE PROVABLE (1977). הגישה כולה מתכנסת תחת הגדרת הגג "הסתברות פסקליאנית". להסבר מקיף על אודות תאוריית ההסתברות הפסקליאנית אל מול תאוריית ההסתברות האינדוקטיבית (בייקוניאנית) בהקשר של חקר העובדות במשפט ראו רון שפירא

והצבתה של תאוריית "ההסתברות האינדוקטיבית" מיסודם של בייקון ושל מיל, תחתיו. כהן מבקר בחזית רחבה את מודל ההסתברות הפסקליאנית בהקשר המשפטי ומסביר כי השאלה שאותה חותר המשפט לברר מלכתחילה אינה מה "מסתבר" (probable) אלא מה "ניתן להוכחה" (provable). ובהתאם, השאלה אינה מהי ההסתברות לכך שהנאשם ביצע את המעשה המיוחס לו, אלא האם ישנה סיבה להטיל ספק במסקנה לפיה הוא אכן ביצע את המעשה. אמת המידה המגבשת את ההוכחה אינה רמת ההסתברות כזו או אחרת, אלא שהביטחון בהיסק מבוסס על שלילת היסקים חלופיים אפשריים אחרים לנוכח הראיות.

גישת ההסתברות האינדוקטיבית מתארת צבירתן של ראיות המייצרות "תמיכה אינדוקטיבית" להשערה עובדתית מסוימת. תהליך ההוכחה במשפט הפלילי חותר ל"שלמות ראייתית" (כלומר למירב האינפורמציה הרלוונטית). כנגד זאת, ביישום מבחן הספק הסביר ההתמקדות היא בבחינת המידע החסר ומשמעותו. כהן מתאר פרוצדורה של "אלימינציה אינדוקטיבית" (eliminative induction).¹¹⁸ זהו תהליך המבוסס על בחינתם של כלל הראיות וגורמי המידע הקיימים, והסרה שיטתית של אפשרויות "ההפרכה" של תיזת האשמה לאורם. ככל שמתבררת עמידותה של טענה בפני ניסיונות ההפרכה, כך עולה הערך האינדוקטיבי שלה ומתקרב ל"שלמות הראייתית". ניסיון הסיוג או ההפרכה מתבצע באמצעות גורמי מידע קיימים ובחינת משמעותם של פרטי המידע החסרים. דרישת ההוכחה מעבר לספק סביר, לפי כהן, מחייבת לבחון כל פרופוזיציה קונקרטיה העשויה להצביע על סיבה שלא לקבל ההיסק הרגיל והטבעי המוצע על בסיס הראיות של התביעה. ככל שהניסיון נכשל והסיבות להטיל ספק מוסרות מעל הפרק, אזי מוכחת האשמה מעבר לספק סביר.¹¹⁹

כנגזרת ברורה מגישתו, היה כהן הראשון להדגיש את ההבחנה בין הכרעה מבוססת "קבלה" ("acceptance") לבין הכרעה מבוססת "אמונה" ("belief"). הוא הציג מודל הוכחה לוגי-אובייקטיבי מובהק, המבטא שאיפה להליך רציונלי מודע ומבוקר. כהן טען כי המודל המוצע מתגבר על בעיות אופייניות של קישור בין מושגי הסתברות לבין קריטריון של "אמונה רציונלית". מודל ההסתברות האינדוקטיבית מציע "כלל של קבלה" המבוסס על סגירות דוקטיבית ועקביות לוגית, להבדיל ממושגים של שכנוע פנימי.¹²⁰ השאלה לשיטתו היא אם נמצאה סיבה להטלת ספק, אם לאו. הא ותו לא.

¹¹⁸ "המודל ההסתברותי של דיני הראיות: חלק א' – ביקורות מסורתיות" עיוני משפט יט 205 (התשנ"ה).

¹¹⁹ Cohen, שם, בעמ' 245.

¹²⁰ שם, בעמ' 249–250. בנוסף כולל כהן הדרישה שלא להכיר בספקות דמיוניים ומרוחקים. הוא אינו מפרש דרישה זו כשילוב של אמת מידה "כמותית" אלא כדרישה שלא להתחשב באפשרויות "בלתי-רלוונטיות". על ניסיונות ההפרכה או הסיוג של ההכללות המוצעות להתבסס על סוגי גורמי מידע המוכרים בניסיון האנושי ככאלו שהפריכו או סייגו את ההכללה ("[...] are commonly known to have been falsified by it") ולא על אפשרויות "דמיוניות".

¹²⁰ שם, בעמ' 310–311.

השופט אלכס שטיין תרם הבהרה משמעותית נוספת בכך שקישר בין מבחן "הספק הגלוי" או "הספק המאובחן" בראיות ("Perceptible Doubt") להנמקה מוסרית-נורמטיבית.¹²¹ התייחסותו של שטיין אל סטנדרט ההכרעה מהווה חלק מתיזה נורמטיבית כוללת – עשירה, חשובה ומאירת עיניים – שהציע ביחס לדיני הראיות החולשים על ההליך המשפטי. על ההוכחה המשפטית חולשות שתי תכליות יסודתניות, לפי שטיין.¹²² הראשונה, היא תכלית אפיסטמית של חקר האמת. השנייה היא התכלית הנורמטיבית המגדירה את האופן שבו יוקצו סיכונים המשגה. במשפט הפלילי המחויבות להגנה על חפים מפני הרשעת שווא מייצרת חסינות לנאשם (במינוח של רונלד דבורקין: "Trump card")¹²³ מפני החשיפה לסיכון של הרשעת שווא. תכלית זו חולשת על ההליך לכל שלביו ומגדירה את העקרונות והכללים לקבלתן של ראיות. במסגרת תיזה נורמטיבית זו, שקיים קשר ישיר בינה לבין תורת "הצדק כהגינות" של הפילוסוף המשפטי ג'ון רולס,¹²⁴ מציע שטיין גם פירוש לתכליתו ומהותו של סטנדרט הספק הסביר.

הניתוח של שטיין מבוסס על הבחנה בין שני סוגים נבדלים במהותם של סיכונים להרשעת חף מפשע. "סיכון מספר 1" מאופיין על ידי שטיין כסיכון הטעות הנובע מהרשעה לנוכח קיומו של "ספק מאובחן": כל ספק גלוי בראיות שהינו בעל ערך הוכחתי ממשי, וזאת ללא תלות בדרגת הסתברות האשמה.¹²⁵ "סיכון מספר 2" לעומת זאת, הינו הסיכון האינהרנטי לטעות הכרוך בפעולתה של מערכת צדק אנושית הנדרשת להכרעות בתנאי מידע חסר. הסיכון מהסוג השני עלול להתממש גם היכן שההליך המשפטי אינו חושף ספק גלוי ומאובחן. שטיין מדגיש שההגנה השוויונית על חירות הפרט מחייבת הכרה בחסינות נוקשה ובלתי מתפשרת על הנאשמים מפני "סיכון מספר 1". חשיפת הנאשם לסיכון מסוג זה מבודדת אותו כיחידה אינדיבידואלית נושאת סיכון, ולפיכך פוגעת בשוויון.¹²⁶ לעומת זאת, החשיפה ל"סיכון מספר 2", החלה באופן שוויוני על כלל האזרחים הינה "ההגנה הטובה ביותר שניתן להקצות".¹²⁷

121 ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW (2005). המונח "ספק גלוי" או "מאובחן" (perceptible doubt) מאמץ את ההגדרה של ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 14.

122 להגדרת ערך יסודותני, ראו לעיל ה"ש 18.

123 RONALD M. DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 79–92, 277 (1977): "[...S]ome rights are simply not expressions of social utility; they are rather [...] absolute *side-constraints* on the pursuit of social utility – i.e., moral protections of individuals that must be unconditionally respected as one sets out to do social good, protections that preclude their being sacrificed for that social good"; דבורקין מגדיר ומאפיין הזכות של אדם שלא להיות מורשע בעבירה שהוא חף מביצועה כזכות ב"מובן חזק" (genuine right) החסינה מפני רדוקציה תועלתנית.

124 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1972). ראו שוחט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 128–134.

125 STEIN, לעיל ה"ש 121, בעמ' 172–178. כמו בגישתו של COHEN, לעיל ה"ש 117, הדגש הוא על קיומו של "משקל ראיתי", להבדיל מהסתברות. במינוח משפיע אחר: קריטריון "המשקל הקנסייאני", בעקבות (JOHN MAYNARD KEYNES, A TREATISE ON PROBABILITY 71–77 (1921).

126 ניתן להמחיש את הטענה גם כך. סיכון מס' 2 להרשעה מוטעית בהיעדר ספק מאובחן (סביר) הינו סיכון המוטל כהכרח, כמעין "מס סיכון הרשעת שווא" שכל האזרחים נושאים בו באופן שוויוני. ההשתתפות בנטל המס החיוני ככל אזרח אחר אינה פוגעת בדרישת ההגינות והצדק. לעומת זאת, בחשיפתו של נאשם לסיכון קונקרטי של הרשעת שווא, מתוך מודעות לקיומו של סיכון טעות

ניתוח זה מקנה רובד נוסף לעמדה הרואה במודל ההכרעה הרציונלי מודל בלעדי. רובד זה נגזר מהבנת העקרונות המגדירים את טיבה של המחויבות להגנה על חפים ואשר תחמים אותה. שיטתו מיועדת להבהיר את טיבה המדויק של ההכוונה העקרונית של סטנדרט הספק הסביר. ניתן להתייחס לכך, במונחים שהצגנו עד כה, כניסיון לתאר ולתקף את "הנוחות המוסרית" המושגת באמצעות סטנדרט ההכרעה. הנוחות המוסרית נובעת מקיום המחויבות לתור אחר כל ספק אובייקטיבי מאובחן. זיהויו של ספק מוחשי שכזה אינו מאפשר להרשיע, ללא קשר להסתברותו. לעומת זאת, היכן שהבחינה המדוקדקת של הראיות אינה מגלה עיגון לספק כזה, לא זו בלבד שמתאפשרת הרשעה, אלא שהיא גם מתחייבת מעקרון השוויון בנשיאה בסיכון. הגנה נוספת לנאשם מעבר ליישום המבחן המוצע עלולה להיתפס כמתן זכות יתר וכהפרה של עקרון השוויון בפני החוק.

דוגמה קיצונית יותר לביקורת על מודל ההכרעה האמוציונלי מצויה בספרו של לארי לאודן.¹²⁸ התזה הכללית של לאודן חותרת לצמצום משקל היתר המופגן לדעתו כלפי החשש מפני הרשעת חפים במערכת המשפט של ארצות הברית. מנקודת מוצא זו הוא יוצא במתקפה כלפי עצם השימוש במושג "הספק הסביר", תוך שלילה מוחלטת של התאמתו לשמש כסטנדרט הכרעה. מקור הבעיה מצוי לשיטתו בפרשנותו והבנתו של כלל הספק הסביר במונחים המתרכזים ב"רמת שכנוע" או במצב דעתם של המושבעים.¹²⁹ סטנדרט הוכחה באשר הוא, לפי לאודן, צריך לספק הגדרה ברורה ומוכנת שניתן להחיל ולבחון במונחים של התאמה או אי-התאמה. עליו להתייחס למצב הראיות הנדרש ולא לרמת שכנוע או למה שהמושבע מעריך או חושב (או חמור מכך: להערכת המושבע את משמעות המצב התודעתי שלו). כך נהוג בתחומי מחקר אחרים הנוקטים במונחים של דיות הוכחה שאינה מבוססת על ודאות.¹³⁰ על כלל ההכרעה להגדיר באופן מדויק ככל הניתן את הפרמטרים הדורשים לצורך הוכחה קבילה. במצב הקיים, לפי לאודן, מתקשה המושבע להבין מה בעצם מצופה ממנו. בהיעדר הבנה משותפת, אחידה וברורה של כלל ההכרעה נוצרת שיטת הכרעה בלתי עקבית, לא יעילה, ושלא ניתן לחזות באופן סביר את תוצאותיה. לאודן מרחיק לכת עד כדי תיאור הנכונות לקבל פירוש סובייקטיבי של הסטנדרט כ"שערורייתית".¹³¹ סטנדרט כזה, הוא מסביר, אינו יכול לקיים את התכלית המרכזית הנתלית בו, שהיא שליטה מעשית בהקצאת סיכוני המשגה – היחס הקביל שאותו על שיטת המשפט

הגלום בראיות (תהא דרגת הסתברותו נמוכה ככל שתהא) יש משום הטלת מס נוסף מעבר לסיכון הכללי החל על כלל האזרחים. על כן הוא מפר את דרישות ההגיונות והשוויון. שם.

127 לדיון מעמיק המתאר קשר ישיר בין תיאוריית הצדק כהגיונות של ג'ון רולס, ל"תורת הזכויות" של רונלד דבורקין וההבחנה המוצעת על ידי שטיין, לצורך תיקוף של "מובן חזק" למחויבות להגנה על חפים במשפט הפלילי ראו שוחט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 121–135.

128 LARRY LAUDAN, TRUTH AND ERROR IN CRIMINAL LAW: AN ESSAY IN LEGAL EPISTEMOLOGY 51 (2007). יש לציין כי לאודן איננו משפטן אלא מומחה לאפיסטמולוגיה. טיעונו מצביעם אתגר בפני החשיבה המשפטית המקובלת.

129 שם, בעמ' 51–52, 80. לאודן מדגים זאת בצייטוט מונחים השגורים בפסיקה האמריקאית לתיאור הספק הסביר, ביניהם: "sense of", "firm conviction", "satisfied conscience", "abiding belief" "certainty". ביטויים דומים נפוצים גם בפסיקת בתי המשפט בישראל.

130 שם, בעמ' 80.

131 שם, בעמ' 30–32: "This is a travesty of a system of proof".

להגדיר מראש, לשיטתו – בין false positives (הרשעות שגויות של חפים מפשע) לבין false negatives (זיכויים שגויים של אשמים).¹³² לאחר כל אלה, קורא לאורך לרפורמה: יצירתו של סטנדרט אובייקטיבי, המתייחס במישרין אל הראיות, ולא אל מצב דעתו או רמת השכנוע של השופט או המושבע.

ביקורת נוספת על "מודל ההכרעה האמוציונלי" מנומקת בספרם החשוב של דורון מנשה ואייל גרונר **מהות הספק הסביר**.¹³³ המחברים מניחים תיזה סדורה מקיפה ומרתקת על אודות הספק הסביר, טיבו וגבולותיו. הספר נכתב מלכתחילה כניסיון לפיתוח אנאליטי מפורט, מפורש וברור יותר אשר יסייע בפיתרון עמימותו של סטנדרט ההכרעה. מיסודו מבוסס הפרויקט על מונחיו של מודל ההכרעה האובייקטיבי-רציונלי, כמודל **נורמטיבי**.¹³⁴ חיבורם של מנשה וגרונר מניח תשתית לוגית שיטתית שבעצם ממשיכה את פיתוח ההגדרה האובייקטיבית מעבר לקריטריון "הספק המאובחן" או "תרחיש החפות שלא ניתן להפריך" שהוצג עד כה על פי גישותיהם של כהן, צוקרמן, שטיין ואחרים. חדשנותו בהצבת שלושה תנאים – לוגיים, פרגמטיים ונורמטיביים – להכרה בסבירותו של תרחיש המועלה על ידי ההגנה כתרחיש המעורר הספק. כלומר, מדובר באימוץ מפורש של דרישת ה"ארטיקולציה" של הספק, תוך הוספת תנאים הכרחיים **נוספים**.¹³⁵ במלים אחרות, מדובר בניסיון לאפיון מדויק יותר של סיבות לאי-הכרה בספקות מסוגים מסוימים.

132 ניתן לחלץ שלושה רבדים עיקריים לביקורת של לאודן: ביקורת על עמימותו של הסטנדרט, היותו לא מובן ונתון ליישום שאיננו אחיד; ביקורת על הגנת יתר על נאשמים במחיר הדיוק העובדתי – לשיטתו של לאודן זוהי שיטת הוכחה גרועה, הנכשלת במונחים אפיסטמולוגיים; וביקורת על אי-מימוש התכלית של יחס רצוי בין סיכוני המשגה. טענתו הכללית של לאודן היא שדיני הראיות, הכללים ההליכיים וסטנדרט הספק הסביר מבטאים "העדפת יתר" לתכלית ההגנה על חפים מפשע, בלשונו: "reigning in distributional excess" שם, בעמ' 123–125. חיבור זה צר מלהכיל דיון ביקורתי מקיף במחקרו של לאודן ובקריאת התיגר מצדו כלפי מושכלות יסוד בדוקטרינה המשפטית. לדיון נוסף ראו שוחט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 218–234. יש לציין שלפחות חלק מן הביקורת של לאודן נקשרת במישרין אל שיטת המושבעים שבה אין כל חובת הנמקה של הכרעת הדין. אפשר שכלפי שיטת משפט כמו זו הישראלית, שבה שופטים מקצועיים נדרשים לנמק את החלטתם לזכות או להרשיע, לרבות בהתייחס לשאלת קיומו של הספק הסביר, הייתה ביקורתו של לאודן מרוסנת יותר.

133 מנשה וגרונר, לעיל ה"ש 3.

134 הניתוח המובא בספר **מהות הספק הסביר**, לעיל ה"ש 3, הינו נורמטיבי ולא דסקריפטיבי. גם בהקשר הדיון במודל ההכרעה האמוציונלי, מנשה וגרונר מבחינים בין הטענה הדסקריפטיבית לפיה פסיכולוגית בני אדם לא מסוגלים לקבל החלטות מבלי לערב רגש לבין טענה נורמטיבית בדבר ייחוס משקל או עדיפות לנטיית הרגש אל מול מסקנה שכלית מנוגדת.

135 שם, בעמ' 3. את גישתם מכנים מנשה וגרונר כ"אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת", המובחנת מ"אסטרטגיית ההכרעה הכללית". להלן ההסבר התמציתי של החידוש העיקרי שהם מציעים: "לפי אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת יש לקבל או לדחות השערות חפות על פי התקיימותם, או אי-התקיימותם, של חסמים להשערת החפות. החסם העיקרי הוא החסם השיטתי, שלפיו יש לקבל השערת חפות או לדחותה על פי מבחן ההכללה ומבחן ההפרכה של קבלת השערות חפות. חסמים נוספים הם החסם ההסתברותי, שלפיו יש לדחות השערות חפות שההסתברות שהן מציעות לתרחיש החפות היא מזערית עד כדי הצדקה להתעלם ממנה לצרכים מעשיים. לפי החסם הטבעי, אין לקבל השערות חפות הסותרות את חוקי הטבע ואינן עומדות בקריטריונים של רציונליות

כתיזה כללית, מנשה וגרונו אינם מבקשים לשלול תפקידו של הרגש בקבלת החלטות ובשפיטה בפרט. הם מציבים את השאלה באילו סוגים של רגשות ראוי להתחשב, ובאיזה אופן. את ביקורתם כלפי פירושו של כלל ההכרעה במשפט הפלילי כמודל אמוציונלי ניתן לסכם בשלוש טענות מצטברות: **הטענה האפיסטמית** המניחה עדיפותה המובהקת של מסקנה רציונלית, תוך הדגשה כי לתחושה מצפונית-רגשית שאיננה מגובה בהסבר רציונלי – אין כל ערך הוכחתי;¹³⁶ **טענת הצידוק המערכתית-נורמטיבי** על פיה מודל ההכרעה האמוציונלי-מצפוני מנוגד לחובת ההנמקה הפומבית וחשיפת השיקולים לדיון וביקורת. **וטענת הפונקציה הרפלקטיבית של המצפון הביקורתי**, לפיה השופט מחויב לדקדק ולחקור הסיבות שבגללן התעורר הספק בלבו. "האם אתה מאתר רציונל העומד בבסיס הספק המנטלי?"¹³⁷

אומנם, מנשה וגרונו אינם טוענים שדרישת הסבירות מחייבת לשלול א-פריורית את מודל ההכרעה האמוציונלי. גם לשיטתם, "ניתן להגיע למסקנה רגשית שלספק כלשהו יש אחיזה במציאות מבלי לדעת לנמק זאת".¹³⁸ אך לדעתם, המצב המנטלי כשהוא לעצמו אינו יכול לשמש צידוק. מצב מנטלי עשוי לייצג מצב חיזוני אמיתי או שקרי באותה מידה. על כן, השופט נדרש לנוכח ספק מנטלי, לקיים הליך בקרה רפלקטיבי ולתור אחר הסיבות האובייקטיביות לקיומה של תחושת הספק. אם בבדיקה זו הוא אינו מוצא תמיכה לתחושת הספק, אין הצדקה להעדיף התחושה על פני המסקנה הרציונלית. כלומר, השופט אינו רשאי לבטל מסקנתו המנומקת אך בשל ספק המתגנב ללבו חרף מסקנה זו. בתגובה לטיעון "המצפוני" מציעים מנשה וגרונו הבחנה בין "מצפון מסורתי" ל"מצפון ביקורתי":¹³⁹

מצפון מסורתי הוא נתון אמפירי-פסיכולוגי של מסקנה ללא בחינה ביקורתית של מסקנה זו. המצפון המסורתי הוא ביטוי [...] להפנמת אמונות ודעות מקובלות. מצפון ביקורתי הוא תוצאה של חשיבה רפלקטיבית בדבר הראוי לעשות. [הוא] תוצאה של שיקול דעת ביקורתי, רציונלי; זהו מצפון שהוא תוצאה של בחינה

בסיסית. לפי החסם הפרוצדורלי, אין לקבל השערות חפות שכיוון מצריך משאבים שהמדינה אינה יכולה לעמוד בהם, או שהתקבלה הכרעה דמוקרטית לגיטימית שלא לעמוד בהם מטעמים של חלוקה תקציבית".

136 שם, בעמ' 43.

137 שם. טיעון זה עקבי למאמר קודם של מנשה שהוקדש להצדקת חובת ההנמקה של פסקי דין. באותו מאמר טען מנשה כי תכליתה של חובת ההנמקה לעודד תהליך של עיון ביקורתי של השופט במסקנותיו, אשר אפשר שגובשו באופן אינטואיטיבי, תת מודע או על בסיס רושם ראשוני. דורון מנשה "תכליתה ומהותה של חובת ההנמקה העובדתית במשפט הישראלי" **עלי משפט** יא 399 (2014). השווה לגישתם של אלן וסניוק, שלפיה תהליך גיבוש המסקנות העובדתיות איננו נעשה באופן מודע, ומעצם טבעו אינו נתון להנמקה שלמה. Ronald J. Allen & Gerald T. Seniuck, *Two Puzzles of Judicial Proof*, 76 CAN. BAR REV. 65 (1997). מעניין לציין כי במאמרו זה, הבחין מנשה בין גורמים של לוגיקה וסבירות המחייבים הנמקה סדורה, לבין גורמים בהכרעה השיפוטית המבוססים על התרשמות ישירה ושלא ניתן לצפות לנימוקם. לגבי גורמים מן הסוג השני, הכיר מנשה שהטיעונים ביסוד דרישת ההנמקה הפומבית והשקיפות המאפשרות ביקורת – נחלשים באופן משמעותי.

138 לעיל ה"ש 3, בעמ' 40.

139 שם, בעמ' 41.

ביקורתית של הרעיונות שאדם מחזיק בהם [...] אנו סבורים שהטענה שמן הראוי ששופט ינהג לפי צו מצפונו חלה על המצפון הביקורתי בלבד ולא על המצפון המסורתי. אם שופט מגיע למסקנה שמתקיים ספק סביר לאחר שיקול דעת ביקורתי ולכן מצפונו מחייב אותו לזכות, זוהי הסתמכות לגיטימית על המצפון. במצב זה היסוד הרגשי של המצפון הוא תנאי מצטבר ונוסף של היסוד הרציונלי של ההנמקה. ואולם, אם המצפון הוא מסורתי, השופט אינו מציג ביקורת שניתנת לבחינה פומבית ולכן צו מצפוני זה אינו עולה בקנה אחד עם רעיון ההנמקה הציבורית. הטענה שגם במצב זה מוצדק שהשופט ינהג לפי מצפונו היא בעצם ויתור על חובת ההנמקה והסתפקות בכך שהשופט 'מרגיש' שזו התוצאה הנכונה ודי בהרגשה זו. בהנחה שמשפט צריך להתנהל לפי עקרונות רציונליים של הנמקות ציבוריות, יש לדחות את הלגיטימיות של זיכוי על יסוד מצפון מסורתי [...] כפי שלא ניתן להצדיק פסיקה של שופט בניגוד לחוק כאשר מצפונו של השופט נוגד את החוק, כך גם אין לאפשר הכרעת דין מזכה מכוח המצפון כאשר שיקול רציונלי תומך בהרשעה.

גישה זו מגלמת הנחות היסוד של אידאל השפיטה האובייקטיבי, ברוח האסכולה הקלאסית: הנחה בדבר רצינותה ועדיפותה של מסקנה רציונלית על פני תחושת חסר או אי-נחת פנימית-סובייקטיבית; הטענה כי מצב מנטלי אינו יכול לשמש כצידוק וכהנמקה לגיטימיים; וציפייה מובלעת לניצחון ההיגיון על הרגש. אלו הן ההנחות המצדיקות את העיון הנוסף שאליו נפנה כעת.

1. ההצדקות הנורמטיביות לאימוצו של מודל הכרעה משולב רציונלי-אמוציונלי

לכל תזה יש אנטי-תזה, ולעיתים נכונה ונחוצה הסינתזה. כזו תהיה נקודת המבט שנציע בהתייחס למקומו של מודל ההכרעה האמוציונלי. בפרק זה נתמקד בתיאור יתרונותיו, תרומתו ואף חיוניותו, לדעתנו, של מודל ההכרעה המשולב: הרציונלי-אמוציונלי. נציג הצדקות מחקריות ופילוסופיות למודל ההכרעה האמוציונלי והאופנים בהם מתבטאים יתרונותיו המשלימים (או המסייגים), ונבקש למתן, אך במעט, ההיתלות הדוגמטית בשיח אובייקטיבי אקסקלוסיבי שפול קאמפוס אפיין כ"סגידה אי-רציונלית לרציונליות"¹⁴⁰.

כפי שנראה, מחקרים עדכניים רבים מלמדים כי המימד הרגשי-סובייקטיבי הוא גורם משמעותי בהערכת מידע ובקבלת החלטות על ידי בני אדם. הבחנה אנאליטית או סמנטית לא תסייע היכן שדפוס החשיבה האנושי, גם של שופטים, משלב באופן בלתי נמנע אינטואיציה

140 קמפוס טען כי למשפט נטייה לכפות סיבתיות לוגית הכרחית על חיי המעשה, הנוטים לעיתים קרובות לאי-סדר ואקראיות. PAUL F. CAMPOS, JURISMANIA: THE MADNESS OF AMERICAN LAW (1998).

ורגש. כך בכלל, וכך בפרט במצבים המחייבים קבלת החלטות גורליות ובעלות משמעות אופרטיבית ומוסרית בתנאי מידע חסר. יותר מכך: המחקרים מלמדים כי המימד הרגשי-סובייקטיבי איננו מימד שיש לעשות כל מאמץ "להתעלות מעליו" אלא שהוא עשוי גם לתרום לקבלת החלטות נכונות. בכתיבה הפילוסופית ובתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית, ובאופן שגובר והולך גם בכתיבה המשפטית, מצויות הסתייגויות מתיאור גיבושן של דעות ומסקנות בתהליך לוגי טהור שאינו מערב מוטיבציה ורגש. אל מול מודל החשיבה הרציונלי הטהור ויומרתו להבטיח חקר האמת ומימוש הצדק, ניצבת העמדה לפיה דפוס החשיבה האנושי הינו מורכב יותר, ומבוסס על אינטראקציה בין ההיגיון לבין הרגש. הגישה המחקרית העדכנית הינה "הגישה הקונטקסטואלית" לפיה נבחנים תפקידם ותרומתם של הרגש ושל המצפון בהתייחס לסיטואציה ולהקשר.

יש להדגיש שאנו מבקשים להציג ולנמק עמדה מרוככת של הטיעון בזכות ההכרה במקומו של הרגש בשפיטה. איננו כופרים בדומיננטיות של מודל ההכרעה הרציונלי ובשאיפה למימוש. אנו מבקשים לסייג ולאתגר את יומרתו למשול לבדו. הביקורת המסוימת שנעביר כלפי מודל ההכרעה הרציונלי היא ביקורת במובן חלש בלבד. פניה לאפשר הוספה והשלמה, ביקורת ופיקוח הדדי, לא תחליף. מודל ההכרעה המשולב מציע שככל שהעיגון האובייקטיבי של הכרעת הדין (ההכרה בספק סביר, או שלילתו) הוא חזק יותר, אז נלווית לו גם תחושת תוקף סובייקטיבית פשוטה ומוכנת מאליה. אין צורך לדבר עליה. די בהצדקה הרציונלית. לעומת זאת, ככל שהתשתית הראייתית והניתוח האובייקטיבי מותירים עמימות ומתרחקים מאידאל השלמות של החקר הרציונלי-אמפריציסטי, כך עשוי לגבור הקושי לגבות המסקנות הלכאוריות במישור הלוגי בתיקוף הכרתי-סובייקטיבי. במצבים כאלו עשוי ספק שיורי לנקר ולהותיר אי-נחת מוסרית. השאלה אפוא היא זו: מתוך כיבוד מודל ההכרעה הרציונלי, האם יש בו תמיד כדי לגבור על תחושת היעדר שכנוע פנימי של השופט באשמתו של הנאשם שבפניו? האם מצווה השופט להתעלם מאי-נחת שכזו? הוויכוח, כפי שנראה, הוא גם על השפה וגם על טיבה של ההנמקה השיפוטית.

מטרתנו בפרק זה, במענה לביקורת שהצגנו במלוא עוזה בפרק הקודם, תהיה לשכנע כי שגיאה היא להניח כי הספק המצפוני של אדם – ובפרט של שופט מקצועי ומנוסה לנוכח תשתית ראייתית שהוצגה בפניו – הוא "חסר ערך הוכחתי", כי זיכוי לאורו הינו "חסר צידוק", או אינו מתיישב עם חובת ההנמקה. נבקש גם לדחות הטענה כי הנכונות לזכות מחמת ספק פנימי-מצפוני מנוגדת לאידאל השפיטה. אדרבא, נבקש להשיבה על כסאה כביטוי חשוב לאידאל השפיטה עצמו.

אנו סבורים שהטענות לפיהן לספק סובייקטיבי או לתחושת חוסר ביטחון לעולם אין "ערך אפיסטמי" ו"צידוק" כאמות מידה מסייגות בהקשר של החלטה אם לנקוט בפעולה, הן טענות שבהקשר הנדון מניחות את המבוקש. הסיבה לכך שהן אטרקטיביות ונפוצות כל כך היא כי השיח הראייתי המסורתי נטוע היטב במסורת החשיבה הרציונלית-אמפריציסטית וביומרתה להשגת סדר ושליטה, גם צדק. הקריאה לשילובו של מודל ההכרעה האמוציונלי נובעת מהכרה בהיותה של ימרה זו מוגבלת ובלתי מושלמת. לא תמיד ניתן לתלות במימושה רמת ביטחון זהה ולא תמיד יוכל שופט בן אנוש, ביושר ובכנות, לפעול בהסתמך עליה בלבד. נפנה כעת לפירוט ההצדקות להכרה במודל ההכרעה האמוציונלי כמודל שיורי או משלים.

1. הספק המנטלי מתיישב עם החוויה השיפוטית ואידאל השפיטה

העובדה ששופטים נכבדים של בית המשפט העליון מוצאים לעיתים צורך לבטא המימד הסובייקטיבי להכרעה¹⁴¹ – הוא מימד של מוטיבציה, תחושת אחריות מצפונית ורגש – מלמדת על טיבה של החוויה השיפוטית. עמדה זו המדגישה המימד הפרסונאלי של השפיטה ושיקול דעת המבוסס על אינטראקציה מתמדת בין ההיגיון לבין הרגש, הובעה בעבר גם על ידי כמה מן השופטים שהותירו חותמם והשראתם על המשפט האמריקני: מבנג'מין קרדוזה וג'רום פרנק ועד לווליאם ברנן וריצ'רד פוזנר. אפשר כי התחזקות המגמה של מתן ביטוי מפורש למימד הסובייקטיבי בשפיטה אינה רק עניין מהותי אלא שהיא קשורה אל האומץ לחרוג (וכך להרחיב) את גבולות השיח המסורתי ולתאר את הלך המחשבה של השופט בכנות ובאופן ריאליסטי. זהו האומץ לתאר השופט כבן אנוש, שאינו פועל כמחשב והכרעתו אינה מבוססת על אלגוריתם. הוא מגבש דעתו בהשפעת ניסיונו והבנתו, התרשמותו, אישיותו וערכיו. מנחה אותו מוטיבציה פנימית-ערכית. הוא מחויב לחוק ולעובדות שבפניו, הוא פועל לפי קריטריונים לוגיים ואובייקטיביים, אך אינו חוסם וממילא אינו יכול לחסום השפעתם של המצפון והרגש. בבואו להכריע דינו של נאשם, הוא מתחבט בשאלת האחריות והסמכות.

מן החלוצים שראו חשיבות בהצגה הגלויה של גישה זו היה השופט ג'רום פרנק. בספרו המשפיע משנת 1949 – Courts on Trial – הניח פרנק תפיסה כנה ומרתקת על אודות אידאל השפיטה, חקר העובדות והגשמת הצדק.¹⁴² בהתייחס לשאלת מקומו של הרגש במלאכת הערכת הראיות וההכרעה, הדגיש פרנק חיוניותה של גישה רפלקטיבית של מודעות עצמית גלויה על פני ההיתלות באתוס מקצועיות מוקצן שאיננו מעשי ושכופה על השופט ניתוק מתגובותיו הרגשיות ומתחושת הצדק הפנימית. במבט היסטורי, תיאר פרנק קיומו של קונפליקט מתמיד המתבטא כמעין תנועת מטוטלת, בין שני אידאלים של "עשיית צדק": אידאל פורמליסטי של יישום חוקים, כללים ולוגיקה טהורה ולעומתו הכמיהה לאידאל של שפיטה אנושית המבוססת על המצפון והרגש.¹⁴³ פרנק טען נגד הניסיון לדמות אופי אובייקטיבי מרוחק ובלתי פרסונלי להליך המשפטי, לרבות תהליך חקר העובדות שבמרכזו. הוא תיאר "צורך אנושי שאינו ניתן להדחקה ל'פרסונליזציה של הצדק'". הוא תאר כיצד הכמיהה לצדק אנושי ניכרת מדי יום ביומו בבתי המשפט. השופטים מדברים במונחים של הגישה הקלאסית אך במציאות הם פועלים גם באופן "רומנטי". השאלה לפי פרנק איננה אם יש לאפשר מקום לאידאל הצדק האנושי ולרגש בשפיטה – שכן הדבר בלתי נמנע – אלא אם יש להכיר בפונקציה שהם ממלאים באופן מוצהר ולהסמיך באופן מפורש לפעול על פיהם, בכנות ובגלוי.¹⁴⁴ פרנק סיכם בקריאה נלהבת להכרה בשילובו הלגיטימי של הרגש במלאכת השפיטה, ובהקשר של קביעת העובדות בפרט:¹⁴⁵

141 ראו הדעות שצוטטו בפרק הרביעי לעיל.

142 JEROME FRANK, COURTS ON TRIAL: MYTH AND REALITY IN AMERICAN JUSTICE (2nd ed. 1966)

143 שם, בעמ' 407–408.

144 שם, בעמ' 409.

145 שם, בעמ' 412.

We could not, if we would, get rid of emotions in the administration of justice. The best we can hope for is that the emotions of the trial judge will be sensitive, nicely balanced, subject to his own scrutiny. The honest, well-trained judge, with the completest possible knowledge of the character of his powers and of his own prejudices and weaknesses, is the best guaranty of justice. The wise course is to acknowledge the necessary existence of "personal element" and to act accordingly. Indeed, as Ehrlich puts it, this personal element "should not be tolerated as something unavoidable but should be gladly welcomed".

בשנים האחרונות הצטרפו שופטים חשובים נוספים למחנה המעדיף שיח גלוי לגבי מקומו של הרגש בשפיטה, תפקידו וגבולותיו. השופט ריצ'ארד פוזנר, מן האבות של התיאוריה הכלכלית למשפט, הניח תיזה מנומקת, מנקודת מבטו כשופט, על אודות תפקידו של הרגש בשפיטה. פוזנר הדגיש את ההבחנה הדרושה בין "רגש" (emotion) לבין "רגשנות" (emotionalism).¹⁴⁶ הפונקציה של הרגש בשפיטה היא חיונית ובלתי נמנעת. לדבריו:¹⁴⁷

[E]motion is necessary to precipitate any decision that is not merely the conclusion of syllogistic or other purely formal reasoning—the kind of reasoning a computer can do better than a human being. Decision is a form of action, and [...] there is no action without emotion.

פוזנר מדגיש הצורך של שופטים לקבל החלטות בתנאי אי-ודאות אינהרנטית, מצד אחד, וקיומן של השפעות רגשיות, אידאולוגיות ומוטיבציוניות מצד שני. באמצעות ההבחנה בין "רגש" לבין "רגשנות" מבהיר פוזנר כי השופט בהחלט נדרש להפעיל "שליטה עצמית" – שאף אותה הוא מתאר כסוג של רגש המיועד לשמש כבקרה על רגשות אחרים.¹⁴⁸ השופט אינו מצופה לנטרל או "להשתיק" נטיות רגשיות אלו, אלא דווקא "להרחיב" הפנייה לגירויים רגשיים רלוונטיים נוספים (שאפשר שלא הוצגו בפניו) כדרך לוודא שנשקלים כל השיקולים הרלוונטיים להכרעה.¹⁴⁹ להבנתנו, פוזנר מתאר בעצם תהליך רציונלי-אמוציונלי משולב המתבטא יחדיו כ- Practical Reasoning. על השופט להיות מודע לרגשותיו ולהשפעתם, לבקר אותם בתהליך מודע ולוודא כי

146 Posner, לעיל ה"ש 1.

147 שם, בעמ' 311. במקום אחר הסביר: "[...] confronted with having to decide an actual case, the judge discovers (consciously or not) that semantic and logical analysis simply will not yield a 'reasonable' answer, where what is reasonable depends on ideology, common sense, human emotions, and other factors that are not part of formal legal analysis". JONATHAN MASUR, HOW JUDGES THINK: A CONVERSATION WITH JUDGE POSNER (published at The Law School of The University of Chicago Website, available at: <https://www.law.uchicago.edu/news/how-judges-think-conversation-judge-richard-posner>).

148 שם, בעמ' 324.

149 שם; Mark Spottswood, *Emotional Fact-Finding*, 63 U. KAN. L. REV. 41, 50 (2014).

הם אינם מפרים את האיזון הראוי בין השיקולים, אך לא לחסום את תחושותיו לגבי ההכרעה המוצדקת. עליו לבקר המוטיבציה והרגשות המשפיעים עליו ולאזן אותם מול שיקולים אחרים, אך אין הוא מצופה להתכחש אליהם או להתעלם מהם. עמדה זו מתיישבת לדעתנו עם מודל ההכרעה המשולב.¹⁵⁰

שופט בית המשפט העליון האמריקני ויליאם ברנן ביטא עמדה דומה ביחס לאופן הפעולה של שיקול הדעת השיפוטי.¹⁵¹ ברנן התייחס אומנם במישורין לתחום הפרשנות החוקתית, אך עמדתו ביחס לבחינת "הסבירות" ולטיבה של השכילה השיפוטית הינה בעלת השלכה רחבה יותר ורלוונטית לא פחות (אולי אף יותר) לתיאור פעולתו של שיקול הדעת של השופט לגבי הכרעת הדין במשפט הפלילי. ברנן מכנה התכונה האנושית המניעה שופטים לפעול ולבטא הצדק כ-"Passion". כוונתו לטווח של תגובות רגשיות ואינטואיטיביות למערך נתון של עובדות וטיעונים, החולשים על המודעות עוד לפני שנכנסים לפעולה נוסחאות ההיקש הלוגי. ברנן מבחין בין "passion" לבין סנטימנטליות אי-רציונלית. הוא מתארה כ-"[a]ny kind of feeling by which the mind is powerfully affected". גם לדבריו השופט אינו אמור לפסוק לפי "spasmodic sentiment [...] vague and unregulated benevolence", אולם את מלאכת השפיטה לא ניתן להבין לדבריו אלא כחוויה המבוססת על אינטראקציה בין השכל לבין הרגש, ההגיון והנסיון, כ"דיאלוג בין הראש לבין הלב".¹⁵²

זוהי פעולתו של מודל ההכרעה המשולב, וזו מהותה של ההחלטה לזכות על יסוד ספק פנימי-מצפוני. אין מדובר בהכרעה סנטימנטלית גרידא כי אם בספק פנימי חזק המלווה את ניתוח הראיות האובייקטיבי. מודל ההכרעה המשולב איננו סותר את אידאל השפיטה. נהפוך הוא: הוא מבטא אידאל שפיטה מהותי ורחב יותר, הכולל נטילת אחריות מצפונית השלמה עם ההכרעה ותוצאותיה. הוא מבטא אידאל שיפוטי-מנהיגותי הכולל ביקורת עצמית וענוה; אידאל שפיטה שלפיו לעיתים מצפוננו של השופט מחייב אותו להשהות שיפוטו. בדיאלוג הקבוע בין הראש לבין הלב, יש שחכמת הלב היא המנצחת. זוהי, אנו סבורים, החוויה השיפוטית האוטנטית והראויה אשר השופטים נוטלים כיום חופש לבטאה.

2. מקומו של הרגש בהערכת ראיות ובקבלת החלטות

כותבי מאמר זה אינם מומחים בתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית או חקר הרגשות. ממילא לא יוכל מאמר זה להכיל סקירה מקיפה של הדיון המרתק בשאלת ההשפעה של הרגש על החשיבה,

150 לדעת שטרן, לא רק שהצגת השופט כנטול רגשות חוטאת למציאות, אלא גם שאדם אשר חסר תכונות זהות אישיות, מתאים פחות לתפקיד השיפוטי – ידידיה צ' שטרן "בין שופט לשיפוט" **משפט וממשל** ט 189, 202 (2005). גם השופט ברק מכיר בספרו בקיומה של סובייקטיביות שיפוטית, אם כי בצורתה המוגבלת והצרה, "סובייקטיביות שעברה סינון אובייקטיבי, אך בסופו של יום זו הכרעה סובייקטיבית" – אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 399 (2004).

151 Brennan, לעיל ה"ש 24.

152 ראו Wizner, לעיל ה"ש 24. שם נכתב כי לדעת ברנן "[j]udging, properly understood, involves the interaction of reason and passion, of logic and experience, in a 'dialogue between head and heart'".

על הערכת גורמי מידע ועל קבלת החלטות. השאלות הן רבות: כיצד מוגדר בכלל רגש; האפיון של סוגים שונים ומובחנים של רגש; זיהוי הגורמים המעוררים רגש; השאלה אם וכיצד ניתן לנטרל השפעות רגשיות בהערכה של ראיות ובקבלת החלטות; הדיון בשאלה אם השפעות הרגש על תהליך החשיבה וההיסק הן בהכרח שליליות או שהן עשויות לתרום לקבלת החלטות נכונות, ועוד. השאלות הללו נחקרות בתחומים רבים: הפילוסופיה, הפסיכולוגיה הקוגניטיבית, הפסיכולוגיה הכלכלית וחקר קבלת החלטות, פסיכולוגיה אבולוציונית, הנורופסיכולוגיה (חקר מדעי המוח), מחקר משפטי אינטר-דיסציפלינארי, ועוד. השאלות הן מגוונות והמחקר לגביהן מתפתח. ניתן לומר כי עצם הימרה להבין את תפקידו של הרגש והשפעתו על החשיבה שלנו היא מוגבלת ומסופקת.

בהתייחס לתכליתו המצומצמת והמוגדרת של מאמר זה נתמקד לכן בטענה הבאה: כי הטענות החותרים לבסס הבחנה ברורה בין הערכה רציונלית לבין הערכה רגשית, והטענות השוללים באופן מוחלט כל תפקיד או ערך לרגש בקבלת הכרעות צודקות יותר (בפרט בהקשר של הגורמים להטלת ספק) – הם טענות המנותקים מקונטקסט מחקרי מרתק המתייחס לסוגיות אלו ממש. השאלה בשיח המחקרי העדכני כבר מזמן אינה האם הרגש מעורב ומשפיע על קבלת החלטות – לרבות חקר עובדות – אלא באיזה אופן הוא משפיע, והאם ניתן להבחין בין השפעות חיוביות התורמות לקבלת החלטות נכונות יותר לבין השפעות מזיקות. בשנים האחרונות חודרות שאלות אלו יותר ויותר גם לשיח המשפטי.

מחקרים רבים מלמדים כי המימד הפנימי-סובייקטיבי הוא גורם משמעותי ובלתי נמנע בהערכת מידע ובקבלת החלטות של בני אדם. המודל הרציונלי הטהור אינו תואם במלואו להנחות ולהכללות שעל פיהן פועל המשפט למעשה. ההוכחה במשפט אינה דמונסטריבית אלא מבוססת על מידע חסר. היא מבוססת על פנייה אל תפיסות ואל דעות ביחס לאופן פעולתו של עולם המעשה; בהערכת ה"אפשרי" וה"סביר". ההתבססות הניכרת על ניסיון החיים אינה בלתי תלויה בניסיון החווייתי (הישיר או העקיף) ובהכרה הסובייקטיבית של קובעי העובדות. ההוכחה המשפטית מתבססת באופן משמעותי גם על נרטיב המכוון אל דפוסים מנטליים ותרבותיים.¹⁵³ לעיתים קרובות מתחייבת התבססות על התרשמות שיפוטית מ"אותות אמת" ומהימנות בהתבסס על גורמים פסיכולוגיים. מימד זה של "התרשמות" אינו אובייקטיבי לחלוטין. בהליך המשפטי קיים מתח מתמיד בין השאיפה לרציונליות לבין הפנייה אל השכנוע הרטורי, שעשוי לכוון גם לרגש. גיבוש המסקנות מבוסס באופן משמעותי על העדפות מבוססות "אופיי" ו"איכות", המושפעות גם מגורמים אמוטיביים של הכרה והזדהות.¹⁵⁴ טיעוני הצדדים במאמץ לשכנע מבוססים על עירוב בין טענות אובייקטיביים לאלמנטים סובייקטיביים ורגשיים. בסופו של דבר, כדי להרשיע נדרש השופט להגיע למצב תודעתי של שכנוע.

Peter Murphy, *Evidence, Proof and Facts: An Introductory Essay*, in PETER MURPHY, 153 (2003) Allen & Seniuck; EVIDENCE PROOF AND FACTS: A BOOK OF SOURCES 1–26 (2003)

.137

שם 154

המחלוקת בשאלת מקומו של הרגש בחקר עובדות, ובמשפט בפרט, היא מחלוקת ישנה נושנה ששורשיה היסטוריים. ניתן לאפיין קיומן של שלוש גישות.¹⁵⁵ הגישה הקלאסית, המוטמעת היטב, מוצאת שורשיה כבר בכתבי אריסטו, שראה את מחוז המשפט כ־ "intellect void of desire"¹⁵⁶ גישה זו רואה באור שלילי כל השפעה של הרגש על תוצאות משפטיות ורוחקת להגבלתה של כל השפעה כזו. בפרק השני תארנו השפעתה הרבה של גישה זו על המסורת הרציונלית-אמפריציסטית שביסוד השיח הראיתי במשפט. גישה זו נותרה דומיננטית בשיח המשפטי עד היום. כנגדה ניצבת גישה הפוכה, בהשראתו של הפילוסוף הסקוטי David Hume שכתב כי: "Reason is, and ought only to be, the slave of the passions"¹⁵⁷. Hume הדגיש שכל שכיחה רציונלית בהכרח מוכוונת באמצעות הרגש. לפי תפיסה זו, כל ניסיון לשלול מקומו של הרגש בתהליך חקר עובדות מוכיח עצמו כחסר טעם ואינו מסייע להגברת הדיוק, אלא מזיק.¹⁵⁸ פילוסופים כגון יוהאן גוטפריד הרדר (הנחשב לאחד מאבות האסכולה הרומנטית במאה ה-19) ולודוויג ויטגנשטיין דחו גם הם האפשרות לתאר מודל היסק אנושי שאינו כולל אלמנט כלשהו של סובייקטיביות והסתמכות על רגש. אחד מטיעוניה המרכזיים של האסכולה הרומנטית היה שיתכנו מספר קונצפציות נבדלות של "הגיון" (reason), התלויות בתרבות ובשפה. הציפייה לתהליך שכיחה הגיוני המנותק לחלוטין מן הרגש, לפי הגישה הרומנטית, היא מיסודה ביטוי לא נכון של אופן פעולתה של החשיבה.¹⁵⁹

על רקע הסתירה בהנחות המוצא של שתי הגישות הללו, בולטת בשנים האחרונות מגמה מחקרית בתחום המשפט שהנחת המוצא שלה מורכבת יותר: ישנם סוגים מובחנים של השפעות רגשיות שניתן לתאר. הדיון בשאלה אם נכון להכיר ברגש או במצב תודעה סובייקטיבי ובתרומתם, או שיש לשלול אותם ולהגן מפניהם, הוא כיום יותר ויותר דיון תלוי הקשר. Spottswood מכנה גישה זו כ"הגישה הקונטקסטואלית"¹⁶⁰.

155 לסקירה מפורטת ראו Spottswood, לעיל ה"ש 149.

156 ARISTOTLE, 3 POLITICS 1287a כמצוטט אצל Spottswood, שם, עמ' 47.

157 Hume אימץ ופיתח גישתו של הפילוסוף הסקוטי בן המאה ה-18, Francis Hutcheson, שפיתח את "תורת הרגש המוסרי" לפיה הערכות בדבר עובדות ומעשים אינן מבוססות על שיקול דעת שכלתני אלא הן ביטוי של רגש. בהמשך לכך טען גם Hume כי הבסיס של כל התנהגותנו הוא בלתי רציונלי. ראו NORMAN KEMP SMITH, THE PHILOSOPHY OF DAVID HUME (1966); דוד יום **מסכת טבע האדם** 3 (יעקב גולומב עורך, יוסף אור מתרגם, התשנ"ה).

158 Spottswood, לעיל ה"ש 149, בעמ' 48. כפי שמציינים בצדק מנשה וגרונו, לעיל ה"ש 3. Hume הציג עמדה ספקנית עמוקה ביחס לעצם הקבילות והתוקף של היסקים אינדוקטיביים, כלומר בחקר האמת האמפריציסטית. בדיון מעשי על אפיסטמולוגיה משפטית לא ניתן להסתמך על עמדתו הפילוסופית של Hume שכן נובעת ממנה ספקנות עמוקה כלפי עצם התוקף של חקר העובדות בהליך הפלילי. אנו שותפים להסתייגות זו.

159 ראו למשל JOHN DEWEY, THE QUEST FOR CERTAINTY: A STUDY OF THE RELATION OF KNOWLEDGE AND ACTION (1929); RICHARD RORTY, PHILOSOPHY AND THE MIRROR OF NATURE (1979); PAUL FEYERABEND, AGAINST METHOD (2nd ed. 1988). לתיאור התנועה הרומנטית כ"תגובה" למהפכת ההשכלה וסקירת תימות מרכזיות במסגרתה ראו ISAIAH BERLIN, THE ROOTS OF ROMANTICISM 21–45 (Henry Hardy ed., 1999).

160 Spottswood, לעיל ה"ש 149, בעמ' 52–53.

In this new tradition, authors have stressed the need for close attention to the specific context in which emotional states arise, arguing that the impact of emotional arousal is hard to predict and situationally variable [...] The result of taking this complexity into account is that we must be wary of simple “solutions” to the “problem” of emotions in the trial process. Thus, as Blumenthal summarizes, the common judicial assumption that people can suppress the effects of their moods and emotions when thinking about a case turns out to be neither clearly true nor clearly false. Instead, what we see is subtle situational variance.

לגישה זו מספר יתרונות. היא מכירה במורכבות היחס בין ההיגיון לבין הרגש. לכן היא גם גישה מעשית. היא מאפשרת להבחין בין גורמים שונים ומובחנים העשויים להשפיע על הערכת הראיות וההכרעה במשפט ולבחון את סוג ההשפעה בה מדובר. היא מאפשרת להבחין בין סיטואציות ראייתיות שונות ובין הקשרים שונים ותוצאות שונות של ההכרעה המשפטית. בדרך זו מתאפשר דיון מעמיק השואב ממחקרים מתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית, ומזהה כשלים והטיות לעומת השפעות חיוביות של תחושות אינטואיטיביות. בדרך זו, ניתן לבחון השפעה רגשית-מצפונית בהקשרה הנורמטיבי, כלומר לאיזה ערך משפטי ולאילו מוטיבציה היא מתקשרת. ישנם רגשות שניתן לזהותם כ-“הטיות” או “הפרעות”. לעומת זאת ישנם רגשות המתעוררים לנוכח תחושת אחריות ומחויבות לערך או לתכלית. הבדלים אלו זוכים לדגש גובר והולך בספרות המשפטית והפילוסופית של ימינו. אנו סבורים שניתן לתאר תהליך של “התבגרות” בשיח המשפטי-אקדמי המתקדם. ניתן לאפיין מעבר משיח שנהג לאורך שנים להציב את ההיגיון מול הרגש לעבר שיח המתעניין בבחינת הקשרים ההדדיים ביניהם, וכיצד מתבטא הרגש בהקשרים שונים במשפט ובכלל זה בחקר העובדות המשפטיות. מכאן צמיחתה של

מגמה מחקרית חשובה הקרויה: **Law and Emotions**.

הדיון העדכני אינו מתנהל רק במישור הפילוסופי. לא ניתן, למשל, להתעלם מספרו פורץ הדרך של חוקר מדעי המוח הנודע פרופ' Antonio Damasio 'Descartes' Error, Emotion, Reason and the Human Brain¹⁶¹. הכותרת מלמדת על המסקנה: הפרכת ההבחנה הדואליסטית של הפילוסוף בן המאה ה-17 רנה דקארט בין הגוף לבין המוח, ודחיית ההבחנה בין ההיגיון לבין הרגש. דמסיו ערך מחקרים על מטופלים שסבלו מפגיעות באונה המצחית (prefrontal cortex) באחד החלקים האחראים על עיבוד הרגשות. מחקריו הדגימו השפעה משמעותית של הפגיעה הפיזית על יכולת קבלת ההחלטות. בכך חתר דמסיו להציג ביסוס מחקרי נייורוביולוגי-קליני לתפקיד המרכזי של הרגשות בקוגניציה חברתית ובקבלת החלטות. מחקריו הדגימו כיצד מצבים רגשיים משפיעים באורח ניכר על האופן שבו בני אדם חושבים ומקבלים החלטות. בהיעדר הכלים הרגשיים (במחקר נבע החוסר ממגבלה פיזית) בני אדם אינם מסוגלים לקבל החלטות או שהם מקבלים החלטות המזיקות להם. כך גם ביחס להחלטות ובחירות בנאליות ופשוטות, כגון הבחירה מה לאכול. תיאוריית ה-“embodied cognition” שפיתח דמסיו היא מן המשפיעות ביותר

161. ANTONIO DAMASIO, DESCARTES' ERROR, EMOTION, REASON AND THE HUMAN BRAIN (1994)

כיום בתחום חקר הפסיכולוגיה, מדעי המוח והכלכלה ההתנהגותית. שאלת הקשר בין ההיגיון לבין הרגש אינה עוד שאלה מופשטת. מחקריו של דמסיו מלמדים שיעור המצריך עדכון של הנחות המוצא בתחומי שיח ומחקר רבים: לא תיתכן שכיחה רציונלית שאין בבסיסה הכוונה רגשית כלשהי.

אין להתפלא, לאור האמור, על פריחתו של המחקר המשפטי האינטר-דיסציפלינארי בנושא ה־Law and Emotions. העיסוק בנושא בשנים האחרונות הוא חסר תקדים בהיקף, בגיוון ובעומק. קתרין אברמס מתארת שלושה שלבי התפתחות של מגמה מחקרית זו: זיהוי (Recognition), הכרה ואפיון (Reconnaissance), ורגולציה (Regulation).¹⁶² כלומר, הדגש המחקרי כיום איננו מתכחש עוד להיבטים הרבים בהם מעורבות אמוציות בתהליכי החשיבה וההכרעה במשפט. המחקר העדכני עוסק בזיהוי ואפיון של הגורמים הללו, בבחינתם ובניתוח הנורמטיבי ביחס לסוגי השפעות, בהקשרן. אתגר זה כולל דיון בשאלה אלו השפעות רגשיות מחייבות ריסון ופיקוח, לעומת הקשרים בהם שילוב הרגש וההיגיון הוא בלתי נמנע ואף עשוי לסייע למימוש הצדק.

כותבים בתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית ביטאו תופעה אותה כינו כ"פרדוקס הרגשות". מצד אחד ממלא הרגש תפקיד אוניברסלי בטבע האדם ובהכוונת החלטותיו. מצד שני לא ניתן להתכחש לכך שלעיתים פעולה על סמך הרגש היא בלתי רציונלית מבחינה אובייקטיבית ויש לרסנה. בדומה להבחנה של פוזנר בין "רגש" לבין "רגשנות" הוצעו הבחנות נוספות, כגון אתגר ההבחנה בין Irrational Emotion ("רגש בלתי-רציונלי", או "רגשנות") לבין Emotional Wisdom ("תבונה רגשית").¹⁶³ ניתן להתרשם עד כמה תלויה ההבחנה בנקודת ההשקפה, בעמדת המוצא ובשפה. ביחס לשאלות הראויות האלו אין לצפות, לדעתנו, לפיתרון המבוסס על הכללות או דיכוטומיה. אתגר ההבחנה בין "רגש בלתי-רציונלי" לבין "תבונה רגשית" או "שיקול דעת המערב אינטואיציה ורגש" הוא אתגר המחייב את השופט לנקוט בתהליך של בקרה עצמית, לפנות אל החוש המקצועי שלו, אל ניסיונו ואל חוש הצדק המנחה אותו. בהחלט מצופה מן השופט לקיים ביקורת עצמית על רגשותיו, אך אין נובע מכך שבכל מקרה עליו לדחות את האיתות או החשש הנובע מהם.

162 Kathryn Abrams, *Barriers and Boundaries: Exploring Emotions in the Law of Family*, 16 VIRGINIA JOUR. OF SOCIAL POLICY & THE LAW 301 (2009). לפי אברמס, השלב הראשון החל לצבור תאוצה בשנות השמונים של המאה הקודמת. עיקרו היה בזיהוי האופן הסמוי שבו מעורבים רגשות בתהליך קבלת ההחלטות במשפט. השלב השני המשיך את השלב הראשון, בחקר אינטר-דיסציפלינארי שמטרתו ללמוד על סוגי השפעות הרלוונטיות במיוחד בתחום המשפט. זהו שלב של העמקת חקר תאורטי ואמפירי, באמצעות פניה לתחומים בהם קיימת מסורת מחקרית משמעותית ביחס להשפעת הרגשות. השלב השלישי, הנמצא בתחילתו הוא הניסיון לגבש תיזה נורמטיבית. כלומר, האתגר הוא להציע תובנות ביחס לתיקונים הדרושים במשפט עצמו.

163 Martie G. Haselton & Timothy Ketelaar, *Irrational Emotions or Emotional Wisdom? The Evolutionary Psychology of Emotions and Behavior*, in press, HEARTS AND MINDS: AFFECTIVE INFLUENCES ON SOCIAL COGNITION AND BEHAVIOR (Frontiers of Social Psychology Series, J. Forgas ed., 2005).

על יסוד סקירת ספרות בתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית הציע Spottswood לתאר "מודל דו-שלבי של קוגניציה"¹⁶⁴. הבחנה זו מבוססת על ההמשגה של פרופ' דניאל כהנמן.¹⁶⁵ את השלב הראשון הוא מכנה System 1. דפוס זה מבוסס על אינטואיציות המתגבשות באופן ספונטני ללא צורך במאמץ מנטלי או בתהליך חשיבה מודע. אף על פי כן, בתהליך טבעי המבוסס על הניסיון ועל זיהוי דפוסים, בני אדם מסוגלים להסתמך עליו ולבצע פעולות מורכבות על בסיסו. השלב השני מכונה System 2, והוא מחוץ ההערכה הרציונלית – "deliberative rationality". בהקשר של ההכרעה במשפט (בהתייחס למושבעים) מתאר Spottswood הפרדה לכאורית בין שני השלבים. בראשון מתגבשות מסקנות רבות על בסיס אינטואיציה. בשני דרושה הערכה אובייקטיבית ביקורתית. הבחנה זו תואמת לכאורה את גישתם של מנשה וגרונר שהוצגה בפרק הקודם. ואולם, מאמריו של Spottswood מוקדש לניתוח הקשר ש"אינו ניתן לניתוח" בין שני השלבים, ובין הרגש לבין הניתוח "ההגיוני" (במיוחד בסיטואציות ראייתיות מסוימות). הוא מסיק כי ניסיון ההפרדה נועד לכישלון מאחר ופעולתו של הרגש אינהרנטית לחקר העובדות הרציונלי;¹⁶⁶

Depending on the source and type of emotion, these effects will sometimes heighten their ability to render good decisions, and at other times undermine it. But the critical point is that trying to separate the products of emotion from those of reason will generally be futile, because emotions are an inherent component of rational factfinding, rather than something that competes with or undermines it.

חשובה במיוחד לדיוננו ההתייחסות לשלב גיבוש ההכרעה. Spottswood מדגיש מספר גורמים משמעותיים בשלב זה. ראשית, ספק אם אדם יכול להתנתק בשלב השני מרשמים ומאינטואיציות שגובשו בשלב הראשון. ההתרשמות ומצב הדעת משפיעים על האופן שבו בני אדם זוכרים, מארגנים את המידע, משחזרים אותו לעצמם ומפרשים אותו: "emotions shape thinking on both levels."¹⁶⁷ הבעיה הנוספת מתעוררת כאשר בהערכת הראיות ישנה אי-התאמה בין הרושם הכללי מן הראיות לבין הניתוח האנליטי באופן המייצר מתח או דיסוננס קוגניטיבי. אלו מצבים בהם השופט או המושבע מגבשים מסקנה אינטואיטיבית חזקה, אבל לא בהכרח מצליחים לנמק אותה באופן שלם. מצב זה מתמרץ לעיתים תופעה המכונה "motivated cognition": הפעלת ההערכה הרציונלית באופן מוטה במאמץ להתאים הניתוח "האובייקטיבי" לאינטואיציה. מחקרים יסודיים בתחום ההטיות הקוגניטיביות מלמדים כי זוהי נטייה אנושית אינהרנטית.¹⁶⁸ לכן, לנוכח המתח בין מצב הדעת הסובייקטיבי לבין היכולת לנמקו, שופטים ומושבעים עלולים

Spottswood, לעיל ה"ש 149.

DANIEL KAHNEMAN, THINKING, FAST AND SLOW 19–24 (2012) 165

שם, בעמ' 45. 166

שם, בעמ' 76. 167

TIMOTHY D. WILSON, STRANGERS TO OURSELVES: ; 81–80 בעמ' 165, לעיל ה"ש 165, בעמ' 81–80; KAHNEMAN, לעיל ה"ש 165, בעמ' 95–97 (2002). 168

לחוש אי-נחת משמעותית. המשמעות היא כי הציפייה לכך ששופט יצליח לבצע בקרה מודעת שתנתק ממצב הדעת הסובייקטיבי שלו וכי בקרה זו תשמח כמבחן אמין ויחידי לתוקף של ספק פנימי המקונן בו אינה תמיד מבוססת ואינה תמיד מוצדקת.

ישנה חשיבות מיוחדת בזיהוי תפקידו האפשרי של הרגש בהקשר של סיוג מידת הביטחון בהסק. בתחום של חקר העובדות במשפט, רגשות או תחושות לעולם אינן יכולות לשמש לקביעת ממצא עובדתי פוזיטיבי. אך אין הכרח להסיק מכך שלרגש אין משמעות וערך במובן המסייג את הביטחון להסתמך על היסק נטען, ומרסן החלטה או פעולה. השאלה הממוקדת יותר היא אם לרגש עשוי להיות תפקיד לא בהוכחה אלא בהכרה בהיעדר וודאות מספקת. לכן חשוב להבין ש"ספק" מעצם מהותו מתעורר ונחוה בעיקר באופן פנימי-סובייקטיבי. אם הספרות המחקרית עוסקת בתרומתו של הרגש לתהליך קבלת החלטות הפוזיטיבי, הרי מקומו משמעותי עוד יותר – כרגש החולש על שיקול הדעת ומכוון המוטיבציה – בהקשר של זיהוי מצבים של חוסר נכונות לפעול ושל ריסון הפעלה של כוח.

מחקר משמעותי נוסף הוא מחקרו של Hastie. Hastie הציג את "מודל הסיפור" כתיאור לאופן גיבושן של הכרעות מושבעים.¹⁶⁹ במאמרו על מקומן של תחושות אמוציונליות במסגרת החלטותיו של חבר המושבעים, הוא מבקר הגישה המסורתית המבקשת לנתח ההכרעה במשפט בכלים רציונליים ובאמצעות מודלים קוגניטיביים בלבד. לדבריו, לעיתים קרובות תחושות אמוציונליות משפיעות באופן משמעותי על טיב ההכרעה ועל אופייה.¹⁷⁰ Hastie מבחין בין התחושות השונות הכרוכות ומלוות את תהליך ההכרעה, ומדגיש במיוחד את חשיבותן של אלו המשפיעות על תוצאת ההכרעה ומושפעות ממנה.¹⁷¹ לדבריו, קביעה בדבר קיומו של ספק מושפעת באופן ניכר מתחושות ורגשות ועל הערכות בדבר ההשלכות העלולות לנבוע מההכרעה. אלו הערכות שעיקר טיבן רגשיות-מצפוניות.¹⁷² Hastie מדגיש שגם אם נראה כי הנרטיב החיצוני של הטקסט השיפוטי חף מקונוטציות נפשיות-רגשיות מפורשות, אין בכך ללמד ששיקולים אלו הוצאו אל מחוץ להכרעות השיפוטיות, אלא רק הודחקו מהשיח הגלוי אל זה הסמוי.¹⁷³

מחקרים בדבר הליך קבלת ההחלטות האנושי מצביעים על קשר הדוק וטבעי בין חשיבות ההשפעה של תחושות ורגשות לבין כמות ואיכות המידע המצוי. תחושה ולו עמומה של חוסר

- Nancy Pennington & Hastie Reid, *The Story Model for Juror Decision Making*, in R. 169
 .HASTIE, INSIDE THE JUROR: THE PSYCHOLOGY OF JUROR DECISION MAKING 192–221 (1993)
 לביקורת על המודל הסיפורי 3 D. Menashe & H.E. Shamash, *The Narrative Fallacy*, 3
 .INTERNATIONAL COMMENTARY ON EVIDENCE 1 (2006)
 .Raid Hastie, *Emotions in Jurors' Decisions*, 66 BROOKLYN L. REV. 991, 992–993 (2001) 170
 Hastie מכנה תחושות אלה בשם "anticipated emotions", הקשורות בקשר דו-צדדי עם ההכרעות 171
 אותן הן מלוות. שם, בעמ' 1006–1005.
 Peter J. Hammond, *Consequentialist Foundations for Expected Utility*, 25 THEORY & 172
 .DECISION 25 (1988)
 Hastie, לעיל ה"ש 170, בעמ' 993–992. ראו שם ביקורתו החריפה של Hastie על ההתעלמות 173
 מהמימד האמוציונלי של ההכרעה מצד גישות מחקריות שונות המקובלות בתחום של מדעי החברה
 וההתנהגות.

ידיעה מספק¹⁷⁴ עשוי לערער את ביטחון ההסתמכות על מודלים קוגניטיביים.¹⁷⁵ מגבלותיה של האסטרטגיה הרציונלית באות לידי ביטוי בסיטואציות שבהן לשופט אין יכולת לחלץ תמונת מציאות ברורה מהגרסאות שהוצגו לפניו. במצבים אלו עלול השופט להרגיש שהוא ניצב בפני שוקת שבורה. מצבים אלה, שבהם מקבלי ההחלטות מתקשים לבחור בנרטיב אחד של המציאות ומצויים במצב של חוסר יכולת להגיע להכרעה עובדתית, מביאים לאימוץ אסטרטגיה חלופית להכרעה, שבנסיבות שכאלה טיבה יהיה לפחות בחלקו רגשי. בהתייחסו לסיטואציה זו, אשר נמצאים בה שופטים ומושבעים במשפט, כותב Hastie:

[Where] the evidence is so sparse or so inchoate that the juror is unable to construct a narrative summary. In such cases, the explanation-based story construction process is blocked, and the juror will rely on other means to make a decision [...] Under these circumstances [...] the ultimate decision might be based almost solely on emotional factors.¹⁷⁶

המחקרים על אודות תפקידו של הרגש בקבלת החלטות מחייבים לדעתנו לסייג את הניסיון לתאר את "הספק הסביר" במונחים רציונליים-אובייקטיביים טהורים. ניסיון ההמשגה האובייקטיבי אינו מתאר נכוחה את תהליך ההכרעה השיפוטי ואת תלייתו במונחים של תוקף וביטחון, וודאות מספקת וצידוק. כל המונחים הללו נקשרים באופן בלתי נמנע להערכה משולבת, אובייקטיבית וסובייקטיבית – מימדים המזינים זה את זה, ומבקרים זה את זה.

3. ערכו האפיסטמי וחשיבותו של הספק המנטלי

על יסוד סקירה תמציתית זו רצוי לעיין מחדש בטיעוני הביקורת כלפי מודל ההכרעה האמוציונלי. הטענה שלפיה למצב מנטלי "אין ערך הוכחתי" מחייבת הבחנה בין ייחוסו של ערך הוכחתי פוזיטיבי במובן של הסתמכות על מצב מנטלי או תחושה להוכחת קיומה של עובדה (כל שכן של אשמה פלילית) לבין ייחוס משקל למצב מנטלי של חוסר ביטחון כסיבה שלא להכיר ברמת ההוכחה הגבוהה הדרושה. אלו שתי שאלות שונות. הנכונות לייחס משקל לספק פנימי-סובייקטיבי אינה שקולה לייחוס ערך הוכחתי כלשהו לתרחיש נטען או לקביעת מצב דברים עובדתי. השאלה אפוא הינה אם כגורם מסייג ומתריע המונע הסתמכות על מערך של קבלות לוגיות, ניתן לטעון שלעולם אין ערך ותרומה לתחושת אי-התאמה או חוסר דיות סובייקטיבית. האם נכונה הטענה כי רצינותו של ספק מנטלי תמיד תלויה ביכולת לבטאו בסיבות רציונליות? אנו סבורים כי לנוכח הספרות המחקרית שהוצגה והגישה הקונטקסטואלית, התשובה לשאלה זו צריכה להיות שלילית, הן מושגית והן מעשית-אמפירית. שאלת קיומו של ספק המצדיק להימנע

174 הכוונה לחוסר ידיעה להחליט בין גרסאות עובדתיות ולא חוסר ודאות שעניינו חוסר ביטחון בהחלטה. לפירוש על ההבחנה בין שני מצבים אלה ונפקותם הנורמטיבית, ראו יניב ואקי ומאיה רוזנשיין "בין זיכוי 'מחמת הספק' לזיכוי 'מחמת הספק הסביר'" ספר דיורד וינר 489, 522–532 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).

175 ראו Hastie, לעיל ה"ש 169, בעמ' 1008–1009.

176 שם, בעמ' 1009.

מהרשעה היא מן ההקשרים המובהקים ביותר בהם תהא זו טעות לבטל באופן גורף ערכו ורצינותו של ספק מנטלי.

אנו מציעים מבט אחר גם כלפי הטענה שלפיה "אין במצב מנטלי מימד ביקורתי" וכי המבחן האובייקטיבי הוא תנאי להכרה ב"רצינותו" של הספק. גישתו של כהן שהוסברה לעיל מתארת את ההוכחה המשפטית כתהליך של הצבת הכללה או מסקנה שמציעה ראייה (או שמציע מערך הראיות בכללותו) תוך זיהוי ובחינה של כל הגורמים העשויים לסייג ההיסק הרגיל ולסמן האפשרות שמדובר במצב שהוא לא רגיל (abnormal). אולם ניתן לשאול אם תחושת אי-התאמה כללית שחש השופט לאור ניסיונו וחושיו לגבי מערך ההוכחה שהוצג אינה עשויה להצביע, ברצינות שאיננה פחותה, על אפשרות שלא כושתה, שהיא בלתי רגילה, אף אם לא מוחשית. אנו סבורים שאין קשר הכרחי בין אופן הביטוי של הגורם לתחושת החסר והאפשרות כי בפני בית המשפט מצב קשה ובלתי רגיל שאינו מאפשר ביטחון בהרשעה, לבין רצינותו ומשקלו. לעיתים תחושת חסר ואי-שכנוע כללית עשויה להיות חזקה לא פחות מאשר נימוק אובייקטיבי.

מבחינה זו, אנו מבקשים להדגיש שתי טענות. ראשית, כי הנכונות לשלב מימד סובייקטיבי-מצפוני של ביקורת עצמית על תהליך ההיסק ורמת הביטחון בו, מהווה בעצמה ערובה נוספת לרצינות. היא אינה מיועדת להחליף את ההערכה האובייקטיבית אלא לוודא ועל ידי כך לחזק את תוקפה. שנית, כי דווקא שופט מקצועי ומנוסה המיישם את תהליך ההערכה והניתוח האובייקטיבי של ראיות באופן שגרתי, מפתח מיומנות ומעין "חוש מומחיות", עשוי לזהות מצבים מיוחדים שבהם הוא עצמו אינו בטוח מספיק בתהליך ההיסק האובייקטיבי שלו. כלומר, אף לפי תיזת מקצועיות השפיטה אפשר לטעון כי ספק סובייקטיבי של שופט מקצועי, הנובע מניסיונו ומחושיו, מהווה תמרור אזהרה משמעותי יותר מספק סובייקטיבי של מושבע.¹⁷⁷ כאשר מתחשבים בנוסף לכך במשמעותה של הכרעת הדין במשפט הפלילי והשלכותיה – כסיטואציה ייחודית של הפעלת כוח כופה מצד השלטון כלפי האזרח – אנו סבורים שישנה הצדקה משמעותית שלא לתלות שביעות רצון מוחלטת וגורפת ביחס למימוש האידאל הרציונלי, תוך ביטול "רצינותה" של תחושת אי-נחת, חוסר שלמות ואי-וודאות מספקת המתעוררת בלבו של השופט, ומעוררת בו תחושת היסוס וריסון עצמי.

אנו מוצאים טעם להסתייג גם מן הטיעון לפיו ההכרה בספק הפנימי-מצפוני כמבחן שיוורי או משלים מייצר פגיעה בהגינות ובשוויון. הקושי הראשון בטיעון זה הוא שנובעת ממנו התייחסות אל כל המצבים שבהם לא ניתן לאתר בראיות "ספק מאובחן" כמצבים דומים במהותם, המחייבים התייחסות שוויונית. מן הכיוון ההפוך, ההנחה היא שהספק הפנימי-מצפוני המטריד שופט מקצועי ומנוסה איננו רלוונטי להבחנה בין מקרים. מכל שנכתב עד כה, ניתן להבין מדוע יש להסתייג מטענה זו. יתר על כן, היכולת לחשוף ולנמק הספק המאובחן קשורה להיקפם ולאיכותם של המשאבים שהושקעו בחקירה וכן לסוג המערך הראייתי ולמידת הביסוס האובייקטיבי של התשתית הראייתית מלכתחילה. את מגוון המצבים הראייתיים והגורמים

177 גם דעה זו עולה מגישת השופט רובינשטיין: "נשוב לספק: בסופו של יום נותר הוא יצור חמקמק, הקשה להגדרה כמו – להבדיל – אמרתו של השופט האמריקני פוטר סטיוארט על פורנוגרפיה, שקשה להגדירה אך כשוראים יודעים כי היא לפנינו. יש בכל אלה כמובן משמעות למיומנות השופטים ולנסיגונם". רובינשטיין, לעיל ה"ש 5.

המונעים מן השופט להיות משוכנע כי הוכחה אשמתו של הנאשם לא ניתן להכליל באמצעות נוסחה יחידה.

איננו מוצאים כי הציפייה לשילובו של מימד של שכנוע וביטחון סובייקטיבי בצדקת ההכרעה מפר את עיקרון השוויון. טענה זו נובעת מן ההבדל בין גישותיהם, תחושותיהם ותפיסות העולם של שופטים שונים. אך הבדלים אלו הם בלתי נמנעים בכל מערכת הנסמכת על מנהיגות אנושית. הבדלים אלו ניכרים לכל אורכו של ההליך המשפטי. ממילא הם מתבטאים גם במסגרת ההנמקה האובייקטיבית של הכרעות דין. כפי שהסברנו, גם בתהליך ההנמקה האובייקטיבי שלובים תחושות והתרשמויות, רגשות והעדפות, השפעות של דפוסי חשיבה מנטליים, של רטוריקה ונרטיב. השופט בוחר אילו גורמים להדגיש, על יסוד התרשמותו הסובייקטיבית, וכיצד לתארם. ראינו כי הספרות המחקרית מצביעה על ההשפעה הבלתי נמנעת של הרגש בשני שלבי הערכת הראיות (system 1 ו-system 2) וכי לא ניתן להפריד ביניהם לחלוטין. עמדנו גם על גמישותו של סטנדרט "הספק הסביר", גמישות הטבועה בו מיסודו והקשורה לתכליתו. הגורם האנושי לעולם ישפיע על אופן יישומו. לפיכך אנחנו סבורים שמלכתחילה הטענה שלפיה הכרעה לפי המודל האובייקטיבי תהיה שוויונית ובלתי תלויה בגורם האנושי (או אפילו פחות תלויה בו), ואילו הנכונות להכיר בספק מצפוני-סובייקטיבי תפר את עקרון השוויון, היא טענה מלאכותית.

מבחינה מושגית איננו סבורים ששילובו של מבחן הביטחון הסובייקטיבי להצדקת הרשעה בפלילים מפר את עקרון השוויון. הזכות היא ליחס השווה, למימוש הזכויות ההליכיות, להפגנת הדאגה, העיון המעמיק ושיקול הדעת. כל טיעון המבקש לגבש "זכות שוויונית" ביחס לאופן פעולתו של שיקול הדעת השיפוטי, אופן גיבושן של המסקנות, ואף הגדרתו ויישומו האחיד של סטנדרט ההכרעה הוא טיעון המועד לכישלון. ההכרה במימד האחריות האישית, חובת המאמץ וחובת הזהירות הנצמדות להכרעת הדין הפלילית שזורות בכתיבה המשפטית לאורך הדורות. תיאור הצידוק להרשעה מעבר לספק סביר במונחים שמשלבים בין ניתוח והנמקה אובייקטיביים לבין שכנוע סובייקטיבי מגדיר את הגישה הערכית ואת חובת הזהירות כלפי כלל הנאשמים. הוא מבטא חיזוק של המחויבות השיפוטית להגנה מפני הרשעת שווא כגישה עקרונית מנחה. השוויון בין הנאשמים ניכר ביחס ודאגה המופגנים; בדקדקנות אובייקטיבית וסובייקטיבית כאחת שנועדה לוודא, ככל הניתן, שאשמתו של הנאשם הוכחה. אנו סבורים שהכרה באחריות הנלווית להכרעה ובצורך של השופט להיות שלם עמה מצפונית וסובייקטיבית הינה קונסיסטנטית לחלוטין עם חובת היחס השוויוני.

אנו מסכימים להבחנה של שטיין בין "סיכון מספר 1" לבין "סיכון מספר 2"¹⁷⁸ במובן שלנוכח ספק גלוי ומאובחן (אובייקטיבית) זכאי הנאשם לחסינות מוחלטת ולעולם לא ניתן להרשיע. אך כמו צוקרמן,¹⁷⁹ אנו סבורים שאין בכך כדי לשלול תלייתה של ההכרעה בדבר הספק במצב שכנוע שהוא גם סובייקטיבי, הגם שמעצם טבעו, מתגבש בהכרה של השופט ולא ניתן לכפייה.

178 טקסט נלווה לה"ש 125–126 לעיל.

179 טקסט נלווה לה"ש 14–16 לעיל.

4. על יחס ההשלמה בין קריטריון הקבלה לקריטריון האמונה

בהתאם למודל ההכרעה המשולב המוצע, קריטריון ה"קבלה" האובייקטיבי וקריטריון ה"אמונה" או השכנוע הסובייקטיבי משלימים זה את זה ומבקרים זה את זה. בהתייחס לגישות המציעות לתלות מבחן הספק הסביר בקריטריון של "קבלה", הרי שיש מקום להרהור נוסף בשאלה אם חקר העובדות במשפט אכן מבוסס אך ורק על מודל מתודי ואנאליטי של הצבת הכללות ומבחני הפרכה כנגדן. התיאור האנאליטי-רציונלי מייצג אידאל חשיבתי. יישומו הינו מורכב יותר. בהקשרים מסוימים של חקר העובדות במשפט, מונחיו מתבררים לדעתנו כפחות מתאימים לתיאור הגורמים המשפיעים על הערכת הראיות ושקרוכים יותר לקריטריון ה"אמונה" דווקא. מאז פורסם ספרו של כהן זכו גורמים קוגניטיביים נוספים המעורבים בתהליך הערכת הראיות להדגשה בספרות המחקרית. התחזקה ההכרה בכך שהערכת הראיות אינה מבוססת רק על "תמיכה ראייתית" אל מול ניסיונות הפרכה, אלא לא פחות מכך על הרושם הכללי מן העצמה ומן הקוהרנטיות של מערך הראיות ומתאמת טיעוני הצדדים לדפוס חשיבה טיפוסיים.¹⁸⁰ חלק נכבד מטיעוני הצדדים מבוססים על נרטיב, רטוריקה ופנייה אל ניסיון החיים במובן המוליך השופטים והמושבעים "להאמין" או "לא להאמין".¹⁸¹ במצבים ראייתיים לא מעטים, על אף המשכה האנאליטית של ההבחנה, קיים קושי לנתק באופן חד כל כך בין קריטריון ה"קבלה" לבין קריטריון ה"אמונה". אפשר שנכון יותר לתאר תהליך דליברטיבי שיפוטי שבו קריטריון הקבלה וקריטריון האמונה שלובים זה בזה, מפרים זה את זה, או מסייגים זה את זה – לפי ההקשר.

סטנדרט הספק הסביר ממילא אינו קובע, ואינו יכול לקבוע, רף "קבלה" מוגדר, סטטיסטי או אחר. כל הגדרה אובייקטיבית עדיין מותירה עמימות ביחס לקריטריון ה"קבלה". גם בגישות החותרות להמשגה אובייקטיבית של "ספק מאובחן" ו"שלילת תרחיש חפות המתיישב עם הראיות" נותרת השאלה לאלו סוגי תרחיש ניתן להיזקק, לעומת תרחישים שהינם "מרוחקים". גם הניסיון לתאר מערך של "קבלות" מותר, כפי שהוסבר לעיל, מרחב משמעותי להתרשמות, להערכות ולאמונה של השופט ביחס להתאמה בין הטיעונים לבין המציאות. ניסיון ההבניה האנאליטי של שיקול הדעת אינו משנה מן העובדה כי בסופו של דבר מבוססת ההכרעה על מצב תודעתי מסוים.

מכיוון שתהליך ההוכחה פונה כל העת לשכנע ולגרום לשופטים ולמושבעים להאמין כי התקיים תרחיש עובדתי מסוים, הרי שלא ניתן לנתק באופן חד בין קריטריון ה"אמונה" לבין קריטריון ה"קבלה". האמונה והקבלה שלובות זו בזו. גם המסקנות בשאלת קיומו של הספק הסביר אינן מתגבשות בתהליך שהוא לחלוטין גלוי ומודע.

ישנן סיטואציות ראייתיות בהן קיים קושי מובנה להסתמכות על התיאוריה של כהן, כשהיא לבדה, ושהן אין מנוס מהפעלת שיקול דעת המבוסס על התרשמות כללית ורמת שכנוע לנוכח כלל הנסיבות. הפרספקטיבה המשלבת בין התהליך הדליברטיבי של התמודדות עם שאלת הספק הגלוי, יחד עם דרישה לרמת שכנוע אישית גבוהה במיוחד מתבררת כמתאימה יותר. נתייחס

180 Murphy, לעיל ה"ש 153, בעמ' 8.

181 לפירוט ראו ואקי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 106–119.

לשתי סיטואציות ראייתיות לדוגמה. הראשונה היא "בעיית המהימנות". לפי כהן, גם בחינת משקלה של עדות מתבצעת באמצעות הלוגיקה של ניתוח הסיבות שלא לקבלה.¹⁸² החקירה הנגדית מבוססת על הצגתן של סיבות שלא לקבל ההכללות שעל בסיסן מייחס בית המשפט אמון או משקל לעדויות בדרך כלל. לדעתנו, קשה ואף מלאכותי לתאר הערכה של מהימנות עדויות כתהליך לוגי-אנאליטי טהור, ולהתעלם ממקומן של ההתרשמות הכללית מן העדות, הקוהרנטיות שלה, וכוחה לשכנע. כך לא רק בשאלת ההכרה בספק אלא גם לצורך שלילתו. בעולם המעשה אין לצפות שעדות תתגלה כנקייה מכל רבב ושתהיה עקבית באופן מוחלט (בוודאי שלא בהתגוששות אדברסרית כשעדה בלתי מנוסה נחשפת לחקירה נגדית מתוחכמת המכוונת למצוא כל דופי אפשרי בעדותה ובאישיותה, ולהכשילה). ברוב המקרים יעלה בידי ההגנה להצביע על ליקויים, הגזמות ואפילו שקרים בעדות. לא כל הצלחה כזו תחייב דחייתה של העדות כולה. מצד שני, ככל שמהלך הדיפת הספק במקרים הללו איננו לוגי-אנאליטי לחלוטין, כך גם הספק עשוי להתעורר מתחושת חוסר ביטחון כללית לגבי אמינותה של העדות והיכולת להתבסס עליה.

בעיה נוספת היא בעיית "העד השוגה". בית המשפט נדרש לבסס הכרעתו על התרשמות מעדויות. מעבר לשאלת המהימנות, קיים צורך לבחון השפעתן האפשרית של מגבלות רלוונטיות רבות: מגבלות הקליטה החושית של העדים ואפשרות הטעות במהלכה; טבעו הסובייקטיבי של הזיכרון האנושי הנוטה לעיתים להשלמת פרטים מן הדמיון באופן בלתי מודע; מגבלות הדיוק של מסירת העדות בבית המשפט; ו"הטיה" טבעית שקיימת אצל עדים הנוטים לפעמים לראות את עצמם ואת תפקידם כגורם חושב ומרכזי באופן הגורם לחיזוק הנחישות והביטחון העצמי שלהם בעדותם. ג'רום פרנק הזהיר כי "העד השקרן [...] מסוכן הרבה פחות מן העד המהימן אך השוגה, המסיק מסקנות בהתבסס על דמיונו".¹⁸³ המאפיינים הללו זכו מאז פורסם ספרו של פרנק לתימוכין משמעותיים בתחום המחקר של הפסיכולוגיה הקוגניטיבית.¹⁸⁴ ברור כי הערכת האפשרות כי העד המעיד בפני בית המשפט שוגה מתבצעת בראש וראשונה לפי בחינה אובייקטיבית-רציונלית ובאמצעות בחינתם של גורמים ספציפיים העשויים להצביע על אפשרות הטעות. אך בסופו של דבר נחוצה התרשמות סובייקטיבית. כיצד יש להתייחס לאי-דיוקים שנתגלו? איזה משקל יש להעניק לרמת הביטחון של העד ולמסקנות שלו? גם בהערכה מעין זו

182 COHEN, לעיל ה"ש 117.

183 FRANK, לעיל ה"ש 142, עמ' 19.

184 חוקרת משפיעה במיוחד בנושא הליקויים בגיבוש "הזכרון האנושי" ושל עדויות ראיה הינה אליזבת' לופטוס שפרסמה עשרות מאמרים וספרים. ראו בין השאר, ELIZABETH LOFTUS, EYEWITNESS TESTIMONY (1996). לופטוס המשיכה בפיתוח מחקריו פורצי הדרך של פרדריק בארטלט משנות ה-30 של המאה הקודמת. ראו FREDERICK BARTLETT, REMEMBERING (1932). כיום קיימת מסה מחקרית משמעותית מאד המסתייגת מן היכולת לסמוך באופן לא ביקורתי על עדויות ראיה גם מתוך הנחת מהימנותן. לעניין זה ראו גם מאמרם המשפיע של מנשה ועאסי: דורון מנשה ורביע עאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" משפטים לה 205 (2005); ת"פ (מחוזי ב"ש) 8334/05 מדינת ישראל נ' סאלם (פורסם בנבו, 21.1.2007); Kenneth A. Deffenbacher, *Eyewitness Accuracy and Confidence – Can We Infer Anything About Their Relationship?*, 4 LAW AND HUMAN BEHAVIOR 243 (1980).

שלובה בחינה עובדתית-אנאליטית עם מימד של רושם, ביטחון ושכנוע. אלו רק שתי דוגמאות לסוגיות אופייניות בהערכת ראיות שקשה לתאר לגביהן, לשיטתנו, מודל רציונלי טהור ואופטימלי. השופט נדרש להסתמך על ניסיונו, על חושיו ועל תחושותיו. בסופו של יום הוא נדרש לתוקף שהוא גם אובייקטיבי וגם סובייקטיבי.

המודל המשולב מציע קיומם של יחסי בחינה ופיקוח הדדיים בין המימד הרציונלי לבין המימד האמוציונלי. שניהם יחדיו תורמים לתיקוף ההכרעה, הביטחון האפיסטמי והנוחות המוסרית. כל אחד מהם משמש כערובה לשני. מימד הביקורת הרציונלית משמש לביקורת על מצב הדעת המנטלי הסובייקטיבי. וכך גם להיפך: מימד הביקורת המצפונית-סובייקטיבית (תחושת הביטחון של השופט) משמש לביקורת על תהליך ההיסק האובייקטיבי והיכולת להסתמך עליו בבטחה בנסיבות העניין. אנו סבורים שכך, ללא הבחנה אנאליטית מודעת, מתבצע תהליך בחינת הראיות וההכרעה במשפט בפועל, ושאינן הצדקה או יכולת לשנות טבעו זה. תיאור זה של שיקול דעת שיפוטי המשלב בין נימוקים מוגדרים ומודעים לבין תחושת ביטחון, תוקף או חסר כללי שלא כולם מודעים, הוא להבנתנו המצב שביקשו שופטי בית המשפט העליון לבטא כשהתייחסו ל"קול הקטן" או ל"קול המוסר" בתוכם שאינו מאפשר להרשיע.

5. הספק המנטלי כביטוי למגבלות ההליך

ההכרה השיפוטית בספק המנטלי, לעיתים, היא הכרה בחוסר השלמות: חוסר השלמות של המערך הראייתי ושל תהליך שחזור העובדות; חוסר השלמות של מערך ההיסקים הלוגי על סמך הראיות (כדי תחושת חוסר ביטחון באשר לתוקפו ועוצמתו); חוסר השלמות של כוחותיו של השופט עצמו. עמד על כך השופט רובינשטיין כשכתב: "בדיקת הספק היא מאמץ רצוי וראוי. יש בה משום ענוה, ההכרה כי אין אדם, ושופט בכלל כמובן, חסין מטעות"¹⁸⁵. השופט עשוי להרגיש, לעיתים, את כל אחד משלושת סוגי חוסר השלמות הזו. השופט עשוי לחוש כי האמת ביחס למקרה שבפניו פשוט איננה בהישג ידו, כפשוטם של דברים – כי הוא אינו משוכנע באשמתו של הנאשם.

חקר העובדות במשפט מתבצע בתנאים של מידע חסר ותחת אילוצים ומגבלות אובייקטיביים של זמן ומשאבים. בין השאר, נדרשים גם שופטים מקצועיים לבחון עדויות מכלי שני וראיות שמשקלן אינו ברור כל צורכן ושעשויות להותיר עמימות. בתי המשפט נדרשים לבצע תהליך של הערכת פרטי מידע ושחזור, וכנגדו תהליך של אלימינציה של תרחישים אפשריים. תהליך זה, ברובו, מבוסס על שאיפה לשיטתיות לוגית ולתליית ממצאי העובדה – חיוביים או שליליים – בהסברים מוחשיים. ואולם, בתנאים לא מושלמים, ובמצבים ראייתיים מסוימים, גם תהליך ההיסק הלוגי האינדוקטיבי-דוקטיבי איננו מושלם, ולא ניתן לצפות לכך שיהיה מושלם. קריאת פסקי הדין בהם התייחסו שופטי בית המשפט העליון למשקלו של קריטריון ההכרעה הפנימי-מצפוני מלמדת על כך שהנמקה זו לעולם לא באה כתחליף "עצל" לניתוח הרציונלי-המדוקדק. באף מקרה לא התמצתה הדעה המזכה בתחושה בלבד, אלא שהנימוק המצפוני-

185 רובינשטיין, לעיל ה"ש 5.

אמוציונלי השלים תיאור הספקות במישור האובייקטיבי.¹⁸⁶ ההנמקה הנוספת באותם פסקי דין באה כדי לומר: "גם אם לא הצלחתי להסביר באופן נקודתי מספיק את הגורמים לספק המטריד אותי באופן אובייקטיבי, הרי הוא שם, נוכח. תחושתי הפנימית לנוכח מכלול הראיות אינה מאפשרת לי להסירו". זהו מובן חלש, אך לא סמנטי בלבד, להכרה בתפקידו החשוב של מודל ההכרעה האמוציונלי. הוא לא נועד גם לשיטתנו, לשמש בפני עצמו, להוכיח עובדות או לבחנתן. הוא משמש לבקרה נוספת על התוקף והביטחון של ההסתמכות על ההליך, על הראיות ועל ההיסק. השופט המנוסה, בחושי, בוחן אם חקר האמת מבחינתו מוצה.

ההכרה בספק המנטלי קשורה גם להכרה בייחודה של ההוכחה המשפטית ומגבלותיה. מדובר בתהליך המתבצע בתנאי מידע חסר ובמגבלות של זמן ומשאבים מצד אחד, והניחן בסופיות גורלית מצד שני. בשונה מתחומים אחרים המתבססים על חקר עובדות, ניתוח נתונים וקבלת החלטות, הרי שייחודה של הכרעת הדין במשפט הפלילי הינה בנחרצות ההכרחה שלה ובתוצאות המעשיות הנובעות ממנה. שופט הדין במשפט פלילי נדרש להכרעה בינארית – להרשיע או לזכות. בתחומי פעולה אחרים, כאשר מתעוררת תחושת "חוסר שלמות" או חוסר ביטחון מספק בקשר לתהליך או למסקנות, קיימות אפשרויות רבות בטרם הכרעה, כאמצעי בקרה וזהירות. ניתן לאסוף מידע נוסף. ניתן להשהות החלטה או פרסום מסקנות. ניתן לשחזר בדיקות ולבצע ניסויים נוספים כדי לוודא תוקף הממצאים. ניתן להגיע למסקנות או החלטות מסויגות או מותנות. ניתן לנקוט בכלי בקרה כאלו ואחרים. ככל שהסוגיה שעל הפרק והשלכותיה משמעותיות יותר, אדם ישאף לבסס החלטותיו על רמת אמונה ושכנוע גבוהה יותר.

השופט במשפט הפלילי נדרש לקבל החלטה תחת מגבלות רבות שאינן תלויות בו. המשטרה מבצעת חקירה. הצדדים מציגים בפניו טיעונים. העדים מציגים בפניו מידע מכלי שני (או שלישי) התלוי ביכולת הקליטה, בהתרשמות ובזיכרון שלהם, לרבות טעויות והטיות. איכותו של המידע תלויה לעיתים גם באיכותו של הייצוג המשפטי וברצינות העבודה שעשו הצדדים וגם במזל (ראיות שנמצאו או לא נמצאו). ההליך המשפטי מוגבל בזמן ובמשאבים. ובסופו נדרש השופט להחליט, בנקודת זמן אחת, לכאן או לכאן. הוא אינו רשאי לדחות ולהמתין בתקווה שיתגלה מידע חדש. הוא לא יכול לשחזר ניסויים או להכתיב ביצוע בדיקות טובות ואמינות יותר (כדיעבד, שכן עסקינן בחקר עובדות של אירועים שהתרחשו בעבר) או לחפש עדים טובים יותר. הוא גם אינו רשאי לקבל החלטה חלקית או מסויגת, או לשוב ולעיין במסקנותיו מעת לעת. לעיתים נדירות ויוצאות דופן בלבד יוכלו "מחקרים מאוחרים" (משפט חוזר) לתקן שגיאות שנפלו במקור, וגם באותם מקרים לא ניתן יהיה לתקן נזק בלתי הפיך ועוול מוסרי שנגרם. הכרעת

186 לדעתנו מסקנה זו עולה למקרא רוב פסקי הדין הישראלים הנזכרים במאמר זה. לשם המחשה בלבד, בעניין 10479/08 פלוני, לעיל ה"ש 90, סקר השופט דנציגר שורה של תמיהות ושאלות ביחס למערך הראיות של התביעה ואף קבע כי "המערער הרים את הנטל הטקטי, שכן הוא סיפק הסבר חלופי סביר והגיוני, שלא ניתן לומר עליו כי הוא חסר שחר, בהסתמך על כך שפלוני הפגינה בעבר דפוס אובדני [...] משהעלה המערער גרסה אפשרית הנתמכת בראיות חיצוניות, הרים הוא את הנטל הטקטי לקיומו של ספק סביר [...]", פס' 28. כך גם בעניין זדורוב, לעיל ה"ש 91, התבסס פסק דינו על ניתוח אובייקטיבי דקדקני של הראיות ועל שאלות חשובות שלא נמצא להן מענה בראיות (כגון ההסבר לטביעת כף הרגל בזירת הרצח וקשיים ראייתיים רבים נוספים). הניתוח האובייקטיבי הותיר מחלוקת בקרב השופטים ופנים לכאן ולכאן. ראו גם עניין לזרובסקי, לעיל ה"ש 92.

הדין היא גורלית וסופית. עבור השופט במשפט הפלילי בעיית חוסר השלמות היא לכן בעיה מרכזית. כל המאפיינים הללו מחזקים את חשיבות מימד הביטחון העצמי ותוקף השכנוע כתנאי לקבלת ההחלטה אף מעבר לתפקיד שהם ממלאים בקבלת החלטות בכל תחומי העיסוק והעשייה של בני אדם.

בתחומים רבים עשוי אדם לאחר הניתוח הרציונלי לחוש חוסר ביטחון ולהימנע מנקיטת פעולה לנוכח סיכוני המשגה ומשמעותם. כך ביתר שאת כאשר מדובר בהחלטה שאינה נוגעת רק לעניינו שלו, אלא עלולה לפגוע באחרים שכלפיהם הוא חב חובת זהירות ואמון. זהו ייחודה המוסרי-נורמטיבי של הכרעת הדין במשפט הפלילי. השופט נושא בחובות אמון וזהירות גבוהות במיוחד, והוא מצווה להעדפה מובהקת של סוג משגה אחד על פני האחר. לאור זאת, אנו מוצאים כי הטיעון השולל לחלוטין ערכו של ספק מנטלי-מצפוני, כשהשופט בעצמו חושש ומוטרד מאפשרות של עיוות דין, הוא טיעון בעייתי במיוחד. השופט במשפט הפלילי נושא באחריות מוסרית שלא להרשיע אדם כשהוא עצמו אינו משוכנע באשמתו. לפי מודל ההכרעה המשולב המוצע על ידנו, לא זו בלבד שהוא רשאי להתחשב בספק המנקר בתוכו, מכל סיבה שהיא, אלא שאסור לו להתעלם ממנו ולהרשיע בכל זאת. לנוכח הבנת חוסר השלמות, ניתן לטעון שכאן טמונה שלמותו של השופט – כשאין הוא מהסס להשעות שיפוטו (ולזכות מחמת הספק) כשהוא מרגיש שאין בידו יסוד נאות לשפוט.

6. הספק המנטלי ואידאל הנוחות המוסרית

קיים קשר הדוק בין ההכרה במימד המצפוני להכרעה לבין תפיסת המחויבות של החברה ושל מערכת המשפט להגנה על חפים מפשע. נימוק זה מודגש כנדבך מרכזי בכל ההתבטאויות השיפוטיות בנושא זה. זהו ביטוי ל"גישה הקונטקסטואלית" לניתוח מקומם של הרגש והמוטיבציה במשפט. הטיעון להכרה בספק המנטלי נקשר לתחושת האחריות והריסון העצמי שהשופטים נוקטים כלפי עצמם. בשלב זה של המאמר נדמה שאין צורך להרחיב עוד את הדיבור בנושא זה. ההקשר של ההרשעה הפלילית הוא הקשר ייחודי ומובחן בהיבט של תוצאותיו המעשיות והמוסריות. מדובר בסיטואציה יוצאת דופן וחריגה שבה מפעילה המדינה כוח כופה כלפי האזרח ושוללת ממנו זכויות יסוד. השופטים אינם פועלים בהקשר זה כחוקרי עובדות במובן הרגיל אלא כמי שנושאים על שכמם האחריות המוסרית לוודא "הנאמנות לערך המצדיק" וכי הסנקציה הפלילית מופעלת אך ורק כלפי מי שאכן ביצעו עבירה. לא ניתן לדעתנו לנתק משימה זו ממונחים של ביקורת עצמית מצפונית.¹⁸⁷

187 לפי טיעון "הנאמנות לערך המצדיק" או "עקביותה של ההצדקה המוסרית": מעמדו של עקרון ההגנה על חפים נובע מתפקידו המיוחד לשמש כבלם המיועד לרסן הפעלתו של כח שלטוני כופה. הוא נדרש כדי להבטיח את מירב הנאמנות והעקביות ביחס לתכליות ולערכים המצדיקים את עצם הענקת הסמכות והכוח בידי השלטון לפגוע בחירויות יסוד של הפרט. השקפה זו גורסת שהסמכות והכוח ניתנים בידי המדינה, לאור התכליות החברתיות, במשורה ובאופן מותנה. הריסון בהפעלת הכוח השלטוני להעניש נדרש לא בהכרח משום שכך "עדיף" אלא כדי להבטיח שהשימוש בסמכות הענישה ייעשה אך ורק בגדר תכליתה. זהו עיקרון של ישראל, המחייב חובת מאמץ למנוע "נזק אגבי" של הרשעות שווא. גישת הנאמנות לערך המצדיק נגזרת מזיהוי פערי הכוחות המשמעותיים

טיעונונו בעד ההכרה במודל ההכרעה המשולב: הרציונלי-אמוציונלי נשען גם על הפרשנויות ההיסטוריות שנסקרו בפרק השלישי לעיל. מונח "הספק הסביר" כולל דואליות ומכיל עמימות. הוא איננו נתון ליישום אחיד. הסקירות ההיסטוריות של שפירו, מוראנו, שפארד וויטמן מלמדות כי ככל שמושם הדגש על דרישת הסבירות ועל תליית קריטריונים אובייקטיביים נוספים להכרה בלגיטימיות של הספק, אז מתרחקים מאידאל ה"וודאות המוראלית" ומאידאל "הנוחות המוסרית". הקריאה להכרה בספק הפנימי-מצפוני כמבחן שיורי מבטאת גישה הממתנת תהליך זה ומציבה מחדש במרכזה של ההכרעה במשפט הפלילי את ההתלבטות המוסרית ואת האחריות האישית של השופט.

במקרים הקשים נדרש בית המשפט להעריך הראיות ולהכריע על רקע המתח שבין הציווי להכיר בספק לבין הציווי להדוף ספקות מוגזמים. אלו ציוויים סותרים שמוטל על השופט ליישב ביניהם. לרוב יוביל אותו הניתוח הרציונלי לפיתרון ולביטחון בהכרעה. אך לעיתים ימצא כי על כף המאזניים שאלה ערכית-מצפונית בדבר הלגיטימיות של הטלת סיכון המשגה הקיים לדעתו לנוכח הראיות שהוצגו בפניו, על שכמו של הנאשם. וכך עשוי לחוש השופט, מצפונית, כי הרשעה איננה מוצדקת.

7. הספק המנטלי בראי חובת ההנמקה

אחת הביקורות המרכזיות נגד מודל ההכרעה האמוציונלי היא כאמור, שהוא אינו מתיישב עם חובת ההנמקה של פסקי דין. התשובה הראשונה לטענה זו היא כי בהתאם למודל ההכרעה המשולב, ובהתייחס למשפט הפלילי בישראל בפרט, ההכרה בספק המצפוני-פנימי אינה נתפסת כתחליף לניתוח האובייקטיבי של הראיות ושל שיקול הדעת השיפוטי בהכרעת הדין. השופטים נוהגים כך ובהתאם למודל ההכרעה המשולב יהיה מצופה מהם להמשיך לנהוג כך. מודל ההכרעה האמוציונלי הוא שיורי ומשלים. המחלוקת, לכן, היא אם בהנמקת הזיכוי יש לקדם השימוש במונחים רציונליים בלבד או שניתן לשלב בהם אמת מידה מצפונית ולבטא השפעתה על ההכרעה במקרה נתון. זהו כאמור גם ויכוח על השפה ועל החופש של השופטים לתאר בכנות ובאופן חופשי את תחושתם ואת הגורמים שהניעו את החלטתם. הויכוח איננו ביחס לחובת ההנמקה אלא ביחס לשאלה אם יש לכפות מערך סגור של סוגי הנמקה.

לכן, ראשית יש להשיב כי סוג הנימוקים הלגיטימי לתיקופה של הכרעה משפטית עשוי להשתנות לדעתנו הן לפי ההקשר המשפטי-תוצאתי והן לפי סוג הסיטואציה הראייתית. דורון מנשה הדגיש, במאמרו המתייחס לחובת ההנמקה של פסקי דין, שישנם גורמים המבוססים על רושם שלגביהם לא יהא זה מעשי להחיל אותה חובת הנמקה החלה לגבי מצבים ראייתיים המבוססים על ניתוח אובייקטיבי. ישנם גורמים ראייתיים משפיעים שלגביהם, לדברי מנשה, הטיעונים שבבסיס חובת ההנמקה נחלשים.¹⁸⁸ חשובה עוד יותר ההתייחסות להקשר המשפטי

בין המדינה לבין הפרט, חובת האמון וחשש משימוש-יתר בכוח השלטון גם ודווקא לאורן של תכליות חשובות וחיוניות. הגישה קשורה בטבורה לקריטריון הנוחות המוסרית כפי שתואר. ראו שוחט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 147–153.

188 מנשה, לעיל ה"ש 113.

של הרשעה במשפט פלילי. נדמה לנו כי הגישה השיפוטית הרווחת מכירה בכוחו ובחשיבותו של נימוק המבוסס על הדגשת המחויבות הגבוהה והייחודית של מערכת המשפט להגנה על חפים מפשע. שגורים בפסיקת בית המשפט העליון ביטויים לכלל העדיפות ולחובת הזהירות והאחריות של השופט. אנו סבורים שגם ההתייחסות לתחושת אי-נחת פנימית-מצפונית המונעת הרשעה במקרה נתון נכנסת לגדרה של הנמקה ציבורית רלוונטית. נכון להעדיף שקיפות לגביה ולא להסוותה בהנמקה אובייקטיבית מאולצת. יותר מכך, ניתן לאפיין קיומה של "מחויבות אקספרסיבית" של ממש בפסיקה לביטוי עקרון ההגנה על חפים מפשע כספינת דגל נורמטיבית. מערכת המשפט מטפחת באמצעות פסקי הדין מסר נורמטיבי כללי ביחס לחשיבות ההגנה על חפים בהליכי חקירה ומשפט. פסקי הדין ממלאים פונקציה חינוכית המעצבת אתוס ומגדירה את מערך הציפיות ממערכת המשפט ומסוכניה.¹⁸⁹

לדעתנו, אין זהות או סימטריה בין חובת הנמקה של הרשעה לבין חובת הנמקה של זיכוי. אומנם שתי התוצאות טעונות הנמקה, אך קיימים הבדלים בסוג ובעצמה של הנימוקים. הוכחה פוזיטיבית מחייבת תיקוף, הסבר, שקיפות וחשיפה לביקורת מלאה. החלטה לזכות, לעומת זאת, איננה הוכחה שלילית או הפרכה. לפיכך אנו סבורים שסוגי הנימוקים והגורמים שעשויים להוביל שופט להחליט שהאשמה לא הוכחה באופן מספק הם מגוונים יותר. מכל מקום, הטיעונים הנתלים בחובת ההנמקה הם טיעונים משניים שמשקלם תלוי בגישה המהותית ביחס למעמדו של הספק המנטלי.

בסופו של דבר, נימוקים אלו מחזירים אותנו לטיעון בדבר "הנוחות המוסרית", המזכיר כי ההכרעה במשפט הפלילי איננה רק חידה לוגית, אלא החלטה שיש בה מימד של נטילת אחריות אישית, מוסדית וחברתית. על כן, שלוב בה בהכרח מימד של הערכה והצדקה מצפונית. זהו מימד שראוי לשיטת המשפט לבטאו באופן מפורש ולא להסתירו או להמעיט מחשיבותו.

ז. סיכום: מודל ההכרעה המשולב – קווים לדמותו

כעת נוכל לפנות לסיכום הצעתנו להכרה במודל ההכרעה המשולב: הרציונלי-אמוציונלי. אנו סבורים שהוא המודל המתאר בצורה הנכונה ביותר את תפיסת האחריות השיפוטית, את החוויה השיפוטית ביחס לתהליך גיבוש ההחלטה, הלכה למעשה, ואת ההצדקות המגוונות שהוצגו במאמר זה. בפרק זה נתכנס להגדרה של מודל ההכרעה המשולב, כתפיסה רצויה; נסכם הצדקותיו העיקריות ונתאר קווים לדמותו ולאופן יישומו.

כפי שניתן היה להתרשם, בכל מודל הכרעה טהור טמונים כשלים תיאוריים וכל אחד מהם מעורר קשיים נורמטיביים. סקירת יתרונותיו וחסרונותיו של כל מודל הכרעה בפני עצמו הובילה אותנו לבחון אפשרות, ואף הכרחיות, השילוב ביניהם. הצעתנו להכיר במודל ההכרעה המשולב מבוססת על דחיית הדיכוטומיה ועל תיאור קיומם של יחסי השלמה והדדיות בין מודל ההכרעה הרציונלי לבין מודל ההכרעה האמוציונלי. שני המודלים אינם מוציאים זה את זה. הם משלימים

זה את זה ומשמשים לבקרה זה על זה. יחדיו, הם מתארים את תחושת האחריות השיפוטית, את החוויה השיפוטית וההתחבטות בטרם הכרעה, את החיפוש אחר גיבושה של "הנוחות המוסרית" ו"הוודאות המוראלית". יחדיו הם מובילים להכרעות צודקות יותר בראי הבטחת התוקף של ההרשעה הפלילית ומימוש המחויבות להגנה על חפים.

הרכיב הראשון להגדרה מדגיש את הרכיב הרציונלי והחובה לזיכוי לנוכח כל ספק מאובחן (perceptible doubt). גם לפי מודל ההכרעה המשולב, מודל ההכרעה הרציונלי הוא העיקרי והדרומיננטי. לרוב ייטה ויוכל בית המשפט לפעול על פיו. הרכיב השני הינו רכיב משלים ושיורי, המבוסס על הכרה בכך שהשלב הסופי בהערכת הראיות וגיבוש תוקף המסקנה הוא סובייקטיבי. מצב זה איננו רק בלתי נמנע אלא גם רצוי. בבסיסו הדרישה כי השופט או המושבע יהיה משוכנע ושלם עם מסקנתו כי לא נותר ספק, כפועל יוצא מהבנת המחויבות המשפטית והמוסרית הכבדה הנלווית להכרעה הייחודית במשפט הפלילי.

מודל ההכרעה המשולב מתחייב מן ההכרה במימד הפרסונלי של השפיטה ומימוש הצדק, שביסוד השיטה המשפטית. הוא מבטא את האחריות האישית והמוסרית. הוא אינו סותר לדעתנו את "אידיאל מקצועיות השפיטה" אלא להיפך: הוא מבטא אידאל שיפוטי שיש בו מימד אישי-מצפוני והוא מכיר במשקלה וברצינותה של תחושה של שופט מקצועי כי טיב ואיכות המעריך הראייתי שהוצג בפניו, איננו מספק. לא תמיד יוכל השופט לנמק באופן מדויק את המקור לתחושתו זו, אך הוא לא רשאי להתעלם ממצבו התודעתי, מן הספק המקונן, מתחושת האחריות והמחויבות שלא ליטול סיכון שהוא חש להרשעת אדם חף מפשע.

מודל ההכרעה המשולב אינו קורא לביסוסן של הכרעות שיפוטיות על תחושה ותו לא. החתירה היא לעולם למימושו ולמיצויו של מודל הכרעה רציונלי ולהנמקה סדורה. הרכיב האמוציונלי הוא משלים ושיורי. משקלו וחשיבותו של ספק פנימי-סובייקטיבי עשויים להשתנות בהתייחס לטיב וסוג המעריך הראייתי וקריטריון ההערכה שהוא מדגיש. מודל ההכרעה המשולב מתאר תהליך הערכה דו-כיווני לפיו מודל ההכרעה הרציונלי ומודל ההכרעה האמוציונלי משמשים לביקורת זה על זה ולגיבוש התוקף של כל אחד מהם. ההמשגה האנאליטית המקובלת לספק הסביר מציגה קריטריון ראשוני של "שכנוע" לעומת הטלת ספק, כמצב דעת, שאליו משולבת אמת מידה אובייקטיבית של סבירות, המשמשת ככלי לסיוגו של הספק הסובייקטיבי. מודל ההכרעה המשולב מדגיש חשיבות ההכרה גם בבקרה ובבחינת התוקף מהכיוון ההפוך: קריטריון הוכחה אובייקטיבי, שאליו משולבת אמת מידה סובייקטיבית. השופט בוחן מידת התוקף והביטחון של תהליך ההיסק הלוגי. לעיתים תיוותר בלבו של השופט התחושה שגם אם קשה לבטא הגורמים שאינם מאפשרים לו להיות בטוח באשמתו של הנאשם, הרי שתחושת חוסר הביטחון עודנה משמעותית.

מודל ההכרעה המשולב מבוסס על היתרונות של הנמקה שיפוטית כנה וגלויה. הוא מכיר באפשרות של שופט לבטא ולנמק הספק הקיים לדעתו במישור האובייקטיבי, אך גם להתבסס באופן גלוי על ספק פנימי-סובייקטיבי שיורי, הנתפס להבנתו עם אחריותו המשפטית והמוסרית כלפי הנאשם. מודל ההכרעה חוזר גם אל ההסברים ההיסטוריים לקליטתו של הספק הסביר במאה ה-18: קריטריון "הנוחות המוסרית", ודרישת "הוודאות המוראלית" שכיוונה למצב דעת של שכנוע – הערכה אובייקטיבית שבסופה מסקנה ה"נכפית על השכל" והשופט או המושבע בטוח "ככל שהוא יכול להיות בטוח" ביחס לעניינים המתרחשים בעולם האמיתי.

לבסוף, מודל ההכרעה המשולב מאפשר לתאר מעין "מקבילית כוחות" בין שני רכיביו. אופן יישומו עשוי להשתנות בהתאם לאופייה ולטיבה של התשתית הראייתית הקיימת בכל מקרה ומקרה. ככל שנקודת האחיזה הראייתית האובייקטיבית בתיק היא חזקה יותר ועשירה במידע – איכותית וכמותית – יוכל השופט להסתמך בקלות על הבחינה הלוגית-רציונלית ברמת ביטחון מספקת. לעומת זאת, במצבים של דלות ועמימות ראייתית כללית, כאשר השופט מתקשה לחלץ תמונת מציאות ברורה מהגרסאות שבפניו ומתקשה לבחור בנרטיב אחד של המציאות, תתגבר באופן טבעי הנטייה לפנות אל המודל האמוציונלי ולהסס לגבי רמת הביטחון של תהליך ההיסק הלוגי-אינדוקטיבי. במצב זה עשויה להתעורר תחושת חסר כללית לגבי האינפורמציה ואמינותה שאינה נובעת בהכרח מגורם מסוים או מתרחיש חפות קונקרטי. במקרים אלה עשוי השופט להחליט שמצפונו מונע ממנו לקבל הכרעה סופית, כופה וגורלית.

כמהחשה וכמובן מבלי למצות, ניתן לתאר סוגי מצבים ראייתיים שבהם תגבר הנטייה להסתמך באופן טבעי גם על מודל ההכרעה האמוציונלי. ישנם מקרים שבהם המבנה הראייתי פונה מעצם טבעו אל רמת שכנוע סובייקטיבית. למשל, כאשר ההכרעה מתבססת על הערכת מהימנות, מקרים של "גרסה מול גרסה", מצבים המבוססים על רושם ועל פנייה לנרטיב או לטענות בדבר אופן התרחשותם של אירועים בחיי המעשה. טענות מסוג זה הפונות אל הפסיכולוגיה וההכרה של השופט, שחלקה מתגבשת באופן מודע וחלקה באופן לא מודע, בהחלט פונות ל"שכנוע" המבוסס על רושם ואמונה יותר מאשר על תיקוף אמפירי. מצבים אלו מאופיינים בעמימות ומיסודם מחייבים שכנוע סובייקטיבי. אם כך, הרי גם משקלו של הספק המצפוני-פנימי גובר. השופט עשוי להרגיש קושי בדחיית האפשרות שתרחיש בלתי רגיל, אף אם קשה לאבחנו באופן ספציפי, קיים ולא הופרך. השופט עשוי לחוש שהאמת לא התבהרה, כפשוטה. שהליך ההוכחה המשפטי – חרף כל יתרונותיו – מוגבל. וכי לפיכך, עליו להכיר במגבלות של ההליך, במגבלות שלו עצמו כשופט בן אנוש, במגבלות ה"הבטחה" של חקר העובדות הלוגי-רציונלי, ולקבוע כי בלב שלם הוא אינו יכול להרשיע. כדברי השופט רובינשטיין, יש בבדיקת הספק וההכרה בקיומו בליבו של השופט, משום ענווה, ההכרה כי אין אדם ושופט חסין מטעות.

המודל המשולב מתחייב לדעתנו גם מגמישותו של מושג "הספק הסביר" ומן הדואליות שהוא מבטא, כאיזון בין שתי התכליות שביסוד ההליך הפלילי. אנו סבורים שמידת הרצינות שבה שופטים מתייחסים לספק הפנימי-מצפוני ולתוקפו כספק שיורי קשור למשמעות ההכרעה ולעצמת הפגיעה בנאשם הנובעת ממנה, כלומר במשמעותו של סיכון המשגה. ככל שהמשמעות האופרטיבית של ההכרעה היא הרסנית יותר ופוגעת פגיעה קשה יותר בזכויות היסוד של הנאשם, בידי המדינה, כך גוברת באופן טבעי תחושת האחריות המצפונית של השופט; וכך יתקשה להתעלם מרצינותו של ספק פנימי ביחס לאשמתו של הנאשם וביחס לצידוק המוסרי לפעולה. נדגיש שוב, טיעוננו בזכות מודל ההכרעה המשולב איננו טיעון המבקש לשנות מושכלות יסוד בדבר מרכזיותו של מודל ההכרעה הרציונלי. גם בהתאם למודל ההכרעה המשולב הוא יוותר כברירת המחדל שעל פיה יוכרע הדין ברוב המקרים. גם לפיו תוותר השאיפה לרציונליות ולהנמקה אובייקטיבית ברורה. גם לפיו בוודאי שלא ניתן לפעול על יסוד רגשות בלבד, כל שכן לבסס קביעה עובדתית פוזיטיבית. ההכרה היא בספק הפנימי-מצפוני כרכיב שיורי, שעשוי לגבור ולהנחות ההכרעה של השופט בנסיבות מסוימות. ההכרה היא בחוסר השלמות של מודל

ההכרעה הרציונלי, בכל מקרה ובכל מערך ראייתי. תהליך קבלת ההחלטות הרציונלי הטהור אינו מושלם בנסיבות רגילות, וגורמים ייחודיים להליך ההוכחה במשפט הפלילי מדגישים עוד יותר את חוסר השלמות. ההכרה היא בלגיטימיות של החלטה של שופט להעדיף יסוד זה ואף לבטא אותו ולהסביר אותו. הנכונות להכיר בספק סובייקטיבי-מצפוני, שיורי, מתיישבת עם הכרה במחויבות להגנה על חפים מפשע "במובן חזק", הווה אומר במובן הגובר על שיקולי התועלת ועל תכלית מקסום חקר האמת. זכותו של הנאשם במשפט פלילי היא שלא להיות מורשע היכן שהשופט הדין בענייניו איננו משוכנע באשמתו ואיננו מסוגל להסיר ספקותיו שלו. לא ניתן כמובן "לחייב" או "לצוות" על שופט להחיל קריטריון של ספק שיורי או להכיר בו (להבדיל מן הציווי לזכות לנוכח כל ספק אובייקטיבי מאובחן ומוחשי). השופט מצווה לחובת אמון וזהירות ולבחנה מעמיקה ויסודית של הראיות, תוך בחינת כל אפשרות של חפות. ברוב המקרים תהליך אובייקטיבי זה יאפשר הכרעה. אך כפי שלא ניתן לצוות על שופט להחיל קריטריון של ספק סובייקטיבי, גם לא ניתן לצוות עליו להתעלם ממנו, כאשר מבחינתו הוא רציני.¹⁹⁰

שיטת המשפט הישראלית מבוססת על אידאל שיפוטי. אידאל זה מתבסס יותר מכל על ערובה של אחריות, יושר וכנות של שופט בן אנוש. המשימה והאתגר מוטלים על השופט, כשנצמדת אליהם האחריות המצפונית הכבדה. בשיטה המבוססת על אידאל שיפוטי אנושי, יותר מבכל שיטה אחרת המבוססת על פרוצדורות וערובות אחרות בהן נתלית הלגיטימיות של ההחלטה והנוחות המוסרית (לרבות הכרעה פה אחד של מושבעים) – הטלת האחריות השיפוטית מחייבת גם הכרה בתוקף של הספק האישי-מצפוני. אלו שני צדדים לאותו המטבע. מצפוננו של השופט הוא מצפוננו של מערכת המשפט כולה, הוא מצפונה של החברה. התעלמות מן הספק המצפוני של השופט תותיר הרשעת שווא שחלילה תיפול על מצפוננו, על מצפונה של החברה. מודל ההכרעה המשולב מגן אפוא על הישרה והמצפון של השופט. על המצפון והישרה של החברה. על המצפון והישרה של כולנו.

190 עשויה לעלות השאלה, מהי נפקותו של ספק רגשי-סובייקטיבי של שופט כלפי חבריו למושב? איננו מתייחסים במאמר זה לסוגיה הכללית של מעמדה של דעת מיעוט מזכה (הרשעה בדעת רוב). מדובר בסוגיה נכבדה שכשאלה של דין ראוי, יש לה פנים רבות. עם זאת, ראוי להדגיש שהנכונות להכיר במשקלו של ספק פנימי-מצפוני ובכוחו להנחות השופט בהחלטתו אינה מובילה למסקנה כי ספק זה אמור לחייב שופטים אחרים למושב. כדברי השופט מ' חשין: "[...] כל שופט הוא לעצמו, והכרעה כי יכריע במשפט תהיה ההכרעה משוכה מלבו שלו וממצפוננו שלו [...] ספק שאחז בחברי אינו ספק שניתן להעבירו – כמות שהוא מלב אל לב, ממצפון אל מצפון [...] – עניין בן ארי, לעיל ה"ש 84, פס' 8 לפסק דינו של השופט חשין.