

זה כל הסיפור – הרהורים על הכרעת תובע בדבר העמדה לדין פלילי

יניב ואקי¹

מבוא

תובעים נדרשים מדי יום ביומו לקבל הכרעות מעין שיפוטיות. בתחום הפלילי תובע נדרש להכריע אם יש להעמיד חשוד לדין או אם לסגור את התיק בעניינו. פעמים רבות, וכחלק מתהליך ההכרעה האמור, התובע צריך להכריע אם לקבל את סיפורו של המתלונן או את סיפורו של החשוד.

ההחלטה על העמדה לדין מחייבת הידרשות לשני יסודות מצטברים: יסוד ראיתי ושיקולי מדיניות – ראיות מספיקות ועניין ציבורי. על התביעה לבחון שני יסודות אלו ולהכריע בהתאם לתוצאות בחינתם מה שיעלה בגורלו של התיק הפלילי ומה שיעלה בגורלו של האדם שהתיק הפלילי נפתח נגדו.²

כתנאי להחלטת העמדתו של אדם לדין על התובע להגיע למסקנה כי אין בליבו ספק סביר באשמתו של הנאשם, ואחר כך למסקנה שלפי אמונתו ותפיסתו המקצועית אפשר להרשיע את החשוד מעבר לכל ספק סביר, ועליו להוסיף ולבדוק אם יש סיכוי סביר להרשעה, היינו מה היה בית המשפט קובע על סמך מכלול הראיות. בשלב זה על התובע לחשוב "בנעלי השופט" ולהעריך את סיכויי ההרשעה. ההחלטה על העמדה לדין תתקבל רק אם השתכנע התובע כי סיכויי ההרשעה עולים על סיכויי הזיכוי.³

מודל הסיפור

ההחלטה בדבר העמדה לדין ניזונה גם מניסיון חייו ומתפיסתו של התובע, אך הערכת הראיות והחלטת סטנדרט ההכרעה "סיכוי סביר להרשעה" מבוססות במידה רבה על שכנוע, ולכן חשוב תפקידו של הנרטיב, ההתרשמות מן האופי, העקיבות והקוהרנטיות של נפגע העבירה וסיפורו מצד אחד ומגרסת ההגנה של החשוד מצד שני.

דרישת "סיכוי סביר להרשעה" מחייבת את התובע להעריך את סבירותה של ההכרעה הצפויה בתיק, והיא כוללת בחינה משפטית של הראיות ואומדן סיכויי ההרשעה לאור הראיות. על התובע לנבא את תוצאת המשפט ולמעשה עליו לבחון אם יש אפשרות, מבין כלל האפשרויות שעשויות להתקיים, שהנאשם יורשע. נוסף על כך עליו לבחון אם סיכויי

"ההחלטה בדבר העמדה לדין ניזונה גם מניסיון חייו ומתפיסתו של התובע, אך הערכת הראיות והחלטת סטנדרט ההכרעה 'סיכוי סביר להרשעה' מבוססות במידה רבה על שכנוע, ולכן חשוב תפקידו של הנרטיב, ההתרשמות מן האופי, העקיבות והקוהרנטיות של נפגע העבירה וסיפורו מצד אחד ומגרסת ההגנה של החשוד מצד שני"

התממשותה של האפשרות הזאת עולים על סיכויי האפשרות שהנאשם יזוכה. עליו להעריך אם בסוף המשפט יהיה אפשר לבסס אשמה מעבר לכל ספק סביר. התובע אינו יכול להסתפק בהערכה אישית שלו את הראיות אלא עליו להעריך את הראיות מנקודת מבטו הצפויה של בית המשפט, אם הן מותירות ספק באשמתו של הנאשם אם לאו. מכאן שאין די באמונתו של התובע באשמתו של הנאשם (כמובן על פי הראיות בתיק) אלא עליו להעריך אם בכוחן של ראיות אלה להוביל את בית המשפט, בהתאם לכללים המשפטיים, להתרשם מהן התרשמות דומה להתרשמותו.

כדי לצלוח שלב זה על התובע להגיע למסקנה כי סיכויי ההרשעה גדול מסיכויי הזיכוי. לשם כך עליו לשקול אלה מול אלה את סיכויי ההרשעה וסיכויי הזיכוי. העמדה לדין תתאפשר, כאמור, רק אם סיכויי ההרשעה סבירים, ממשיים, מציאותיים וגוברים על סיכויי הזיכוי.⁴

לצורך תיאור תהליך מחשבתי זה והבנתו אפשר להיעזר בגישה הקרויה "מודל הסיפור" (The Story Model) או "המודל הנרטיבי" (The Narrative Model). על פי גישה זו, שיש לה ביטוי במחקריהם של חוקרים רבים⁵ ורווחת מאוד גם בספרות המשפטית⁶ – ההכרעה

4 שם.

5 W. Lance Bennett & Martha S. Feldman, *Reconstructing Reality in the Courtroom: Justice and Judgment in American Culture* 41–90 (1981); Nancy Pennington & Reid Hastie, *A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model*, 13 *Cardozo L. Rev.* 519 (1991)

לעבודות נוספות שלהם ראו Nancy Pennington & Reid Hastie, *Explaining the Evidence: Tests of the Story Model for Juror Decision Making*, 62 *Journal of Personality & Social Psychology* 189 (1992); Nancy Pennington & Reid Hastie, *Explanation-Based Decision Making: Effects of Memory Structure on Judgment*, 14 *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory & Cognition* 521 (1988)

6 ראו למשל Richard A. Posner, *Law and Literature* 346–347 (1998); Arthur Applbaum, *Are Lawyers Liars? The Argument of Redescription*, 4 *Legal Theory* 63 (1998); Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law* – A

1 ד"ר יניב ואקי, מנהל מחלקת עררים בפרקליטות המדינה. עמית הוראה בכיר בפקולטה למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למנהל.

2 יניב ואקי "מרחב שיקול הדעת בהחלטה על העמדה לדין" **משפט מפתח** 1, 15 (2013).

3 יניב ואקי "סיכוי סביר להרשעה: סבירותו של סיכוי" **ספר יורם דנציגר** 423 (2019).

של המציאות.¹⁰ מעבר לשימוש הטבעי במודל הסיפור לשם הבניית המציאות, נדמה כי מדובר בצורך חיוני, אם לא קיומי, המאפשר לארגן ולהבין את ההווה האנושית.¹¹ לא ייפלא אפוא כי היה אף מי שראה באדם "יצור נרטיבי".¹²

הקרב על הנרטיב

בהתאם למודל ההכרעה הסיפורי, ההכרעה העובדתית היא תמיד השוואתית. גם במשפט הפלילי הבחירה בסופו של דבר היא בין סיפור של חפות לסיפור של אשמה.¹³

ברמה הלטנטית קיים אצל כל אדם, לרבות התובע, מאגר של נרטיבים פנימיים ועמדות נורמטיביות, הנבנים ומעוצבים באמצעות מבנה האישיות ונטיות האופי, ניסיון החיים וההשתייכות המגדרית, הלאומית, התרבותית, הדתית ועוד.¹⁴ לכן אפשר להניח שבתהליך קבלת ההחלטות התובעים משווים, גם אם ברמה נמוכה של מודעות, את הנרטיב החיצוני המוצג בגרסות המעורבים השונים (בעיקר נפגע העבירה החשוד בה) מול אותם נרטיבים פנימיים-אינדיבידואליים הרלוונטיים לנסיבות העניין, ותוצאותיה של השוואה זו משפיעות במישרין על הכרעתם.¹⁵ התובעים בוחנים את הראיות המובאות לפנייהם בהתאם לשאלת השתלבותן לכלל סיפור קוהרנטי, מפרספקטיבה של סיפור הקיים

"בהתאם למודל ההכרעה הסיפורי, ההכרעה העובדתית היא תמיד השוואתית. גם במשפט הפלילי הבחירה בסופו של דבר היא בין סיפור של חפות לסיפור של אשמה"

העובדתית, והליך קבלת ההחלטות האנושי בכלל, מתוארת כתהליך של בחינה והשוואה של היפותזות אלטרנטיביות, המשתמש בכלים אפיסטמולוגיים ובדפוסים נרטיביים ככלים לארגון ולעיבוד הידע, הנתונים והראיות המובאים במסגרתו. גישה נרטיבית-הוליסטית זו אינה בוחנת באופן אטומיסטי כל ראיה וראיה בנפרד אלא את הראיות כמכלול. על פי מודל זה, הערכת הראיות מונחית על ידי שאיפה קוגניטיבית המאחדת את העובדות לסיפור קוהרנטי, וסבירותן של גרסות עובדתיות שונות נבחנת בהליך השיפוטי על פי מידת התאמתן לסיפורים הקיימים בידע החברתי של התובע. בהתאם למודל הסיפורי, ההכרעה בין הסיפורים המתחרים תיעשה לפי מידת ההתאמה בין סיפורי הצדדים לקטגוריות שונות כגון למידת הקוהרנטיות והשלמות של הסיפורים המתחרים.⁷

בסיסה של תיאוריה זו בהבנה שהמבנה הפסיכולוגי האנושי מחייב את התובע לבחון את המידע המובא לפניו במשקפיים נרטיביים.⁸ ברוח תפיסה זו, כל תהליך של קביעת עובדות הוא בפועל השוואה בין הסיפורים המושמעים לנו ובין הסיפורים הנועצים בידע החברתי-קהילתי שלנו.⁹ סיפורים אלה הם דרך לארגון שיפוטים ערכיים והבנייה

"המבנה הפסיכולוגי האנושי מחייב את התובע לבחון את המידע המובא לפניו במשקפיים נרטיביים. ברוח תפיסה זו, כל תהליך של קביעת עובדות הוא בפועל השוואה בין הסיפורים המושמעים לנו ובין הסיפורים הנועצים בידע החברתי-קהילתי שלנו"

10 Nancy Pennington & Reid Hastie, לעיל ה"ש 5, Bennett & Feldman *The Story Model for Juror Decision Making*, in *Inside the Juror: The Psychology of Juror Decision Making* 192, 194 (Reid Hastie ed., 1993)

שולמית אלמוג *משפט וספרות* 79 (2000).

11 Jerome Bruner, *The Narrative Construction of Reality*, 18 *Critical Inquiry* 1 (1991); Mark Turner, *The Literary Mind* 4-12 (1996)

12 Mark Currie, *Postmodern Narrative Theory* 2 (1998)

13 Ronald J. Allen, *The Narrative Fallacy, the Relative Plausibility Theory, and a Theory of the Trial*, 3 *Int'l Commentary on Evidence* (2005)

14 ההכרעה השיפוטית מנקודת מבטו של מודל הסיפור, ראון, יניב ואקי, *מעבר לכל ספק סביר - גמישות ההוכחה בדיון הפלילי*, פרק 5, בעמ' 105 (2013).

15 אלמוג, לעיל ה"ש 10, בעמ' 60; מנחם מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" *פלילים* 11 ז (1998).

16 אלמוג, לעיל ה"ש 10, בעמ' 60.

Theory of Legal Reasoning 214-237 (2005); Robert P. Burnes, *A Theory of the Trial* 121 (1999); Michael Risinger, *John Henry Wigmore, Johnny Lynn Old Chief, and "Legitimate Moral Force": Keeping the Courtroom Safe for Heartstrings and Gore*, 49 *Hastings L.J.* 403, 440-442 (1998)

7 Dan Simon, *A Psychological Model of Judicial Decision Making*, 30 *Rutgers Cam L. J.* 1, 29-30 (1998) נוספים שחוצו לניתוח דרך החשיבה וההכרעה העובדתית ולניתוח מאלף של החשיבה השיפוטית והצעה למודל "פסיכולוגי" אחר, ראו שם, בעמ' 23-32, 61.

8 Robert Weisberg, *Proclaiming Trials as Narratives: Premises and Pretenses*, in *Law's Stories - Narrative and Rhetoric in the Law* 61, 67 (Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., 1996)

9 Henry Chambers, *Reasonable Certainty and Reasonable Doubt*, 81 *Marq. L. Rev.* 655, 680-681 (1998): "Whenever people are confronted with information, they must assimilate it into the knowledge that they already possess regarding the world"

סיפורים מתחרים וכשל הנרטיב

שיטת הכרעה זו, בדרך של השוואת סיפורי הצדדים המתחרים, עשויה לעורר כמה ביקורות.²⁰

בשיטת הכרעה זו ברורה חשיבותה של הצגת גרסה מנוגדת לטענת האשמה, ולכן הימנעותו של החשוד מהצגת סיפור של חפות מונעת הטלת כל ספק בגרסה המפלילה.²¹ משמעות הדבר היא כי בדרך זו עלולה להיפגע חזקת החפות, שכן על החשוד ועל הנאשם מוטל נטל הוכחת חפותו.²² בהצביעו על מחקרים פסיכולוגיים עמד Luban על הקשר שבין דרך חשיבה זו לנחיצות הצגתה של גרסה סותרת,²³ שמטבע הדברים משפיעה גם על סוגיית

ההעמדה לדין.

הצגת העובדות בצורה בינארית, גרסה מול גרסה שאחת בלבד נכונה והאחרת מתבטלת בפניה, חוטאת למטרת חקר האמת. הצגה קוטבית של המחלוקת העובדתית, וההכרעה המתבססת על אימוץ אחד מהקטבים בלבד, אינה יכולה לשקף נכוחה את המציאות המורכבת ורב-הפנים. תפיסה כזו מתעלמת ממיידע רב

וחשוב, ועל כן הכרעה שמתבססת עליה לוקה בפשטנות ומצמצמת את כוחה לתאר באופן אמיתי ומדויק את האירוע שאירע. מודל הסיפור

“בשיטת הכרעה זו ברורה חשיבותה של הצגת גרסה מנוגדת לטענת האשמה, ולכן הימנעותו של החשוד מהצגת סיפור של חפות מונעת הטלת כל ספק בגרסה המפלילה. משמעות הדבר היא כי בדרך זו עלולה להיפגע חזקת החפות, שכן על החשוד ועל הנאשם מוטל נטל הוכחת חפותו”

“התובעים בוחנים את הראיות המובאות לפניהם בהתאם לשאלת השתלבותן לכלל סיפור קוהרנטי, מפרספקטיבה של סיפור הקיים בתודעתם ומשקף את השקפת עולמם וניסיונם”

בתודעתם ומשקף את השקפת עולמם וניסיונם.¹⁶ בהתאם למתודה הנרטיבית, הכרעה בשאלת קיומו של אירוע נדון נעשית בעיקר על ידי עימות בין סיפורים מתחרים, ולצד הראיות הספציפיות והאינפורמציה המובאת לפניהם, התייחסות גם לסיפור, או למארג של סיפורים, הקיימים בתודעתם ומכוננים את נקודת מבטם, האישית והמקצועית.¹⁷

השימוש בנרטיב מסדר וההשוואה בין סיפורים מתחרים נועדו להעניק לסיפור הנבחר את השלמות וההבנה הנדרשות להכרעה, בין השאר על ידי מילוי והשלמת החלקים החסרים והסבר למניעים ולמטרות שבבסיסם. בדרך זו מתחזק הביטחון בקיומו של הסיפור הנבחר, גם אם לא בקיומה של האמת המוחלטת.

התבנית הנרטיבית משמשת אפוא כאסטרטגיה של הכרעה, מספקת תמונה שלמה יותר ומאפשרת להגיע להכרעה הדרושה למרות מגבלות תפיסת האמת כולה.¹⁸ על רקע תפיסה זו היה אף מי שאמר כי “the entire law of evidence [...] is really a law of narrative”.¹⁹

Criminal Trial, in Law's Stories – Narrative and Rhetoric in the Law 135 (Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., 1996).

Carrie Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System in a 20 Postmodern, Multicultural World*, 1 J. Inst. Stud. Leg. Eth. 49, 57–59 (1996).

Chambers, לעיל ה"ש 9, בעמ' 691.

Ellen Yankiver Suni, *Who Stole the Cookie from the Cookie Jar?: The Law and Ethics of Shifting Blame in Criminal Cases*, 68 Fordham L. Rev. 1643 n. 45 (2000). כידוע, כלל יסודי הוא כי “חובת ההוכחה רובצת על שכמה של הקטיגוריה עד סוף כל הסופות”; דבריו של השופט ש"ז חשין בע"פ 20/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה(2) 1187, 1196 (1951). שם גם הודגש כי “אין [על הנאשם] להוכיח את חפותו מפשע”. גם על פי החוק נקבע כי הנאשם רשאי אך לא חייב להביא ראיות להגנתו (ס' 159 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 43), ובידוי הזכות אם להיעדי במשפט או להימנע מכך (שם, ס' 161).

David Luban, *Are Criminal Defenders Different?* 91 Mich. L. Rev. 1729, 23 (1993).

William Twining, *Narrative and Generalizations in Argumentation* 16 *About Questions of Fact*, 40 S. Tex. L. Rev. 351, 355–356, 358–359 (1999). בהסתמכו על המחקרים שנעשו במדינות ה-common law ובמדינות אירופה המחזיקות בשיטה הקונטיננטלית, Twining קובע, בעמ' 360, כי: “Stories are psychologically necessary in the context of human decision making” James R. Elkins, *The Stories We Tell Ourselves in Law*, 40 Journal of Legal Education 47, 52–53 (1990). ראו גם מאוטרנר “שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה”, לעיל ה"ש 14, בעמ' 25: “כששופטים מביטים לאחור ומעריכים באופן משפטי את האירועים העובדתיים שהם דנים בהם, הם עוסקים בעצם בפעילות נרטיבית, יותר מאשר בפעילות משפטית, דהיינו בפעילות של כתיבת סיפור או תסריט באשר לדרך בה העולם עובד ובאשר לדרך בה עבד העולם במקרה המסוים שהם דנים בו.” Hans-Georg Gadamer, *On the Circle of Understanding, Hermeneutics Versus Science?* 68 (John M. Connolly and Thoma Keutner eds. & trans., 1988).

Paul Gewirtz, *Victims and Voyeurs: Two Narrative Problems at the* 19

פעמים רבות מדי השיטה הסיפורית עשויה להוביל להעמדה לדין, מאחר שבתרבות הרווחת יש לכאורה סיפורי אשם רבים יותר מסיפורי חפות. יתר על כן, אף אם נניח נגישות הכרתית שווה לסיפורי חפות ואשמה, גם אז הדבקות במודל הסיפורי אינה עולה בקנה אחד עם העיקרון הרווח של הוכחה מעבר לכל ספק סביר ועם חזקת החפות, שכן המודל – לפחות באופן יישומו בפועל – אינו מקנה עדיפות הכרתית להכרעת חפות. מובן אחר שהמודל הסיפורי חוטא בו בהגנה הראויה לנאשמים הוא נטייתם של סיפורים להיות כלליים-חברתיים ולא אישיים. המחויבות לעקרון האוטונומיה של היחיד אף היא כלולה במשמעות המחויבות שלא להעמיד לדין אדם במצב שסיכוייו לזיכוי בו עולים על סיכויי הרשעתו.

המודל הפרוטוטיפי: מצ'וב ועד קפקא

את אופן עיבוד הראיות בידי תובע, בהחלטה אם להעמיד חשוד לדין, אפשר להסביר גם באמצעות המודל הפסיכולוגי של החשיבה הפרוטוטיפית.²⁸ על פי מודל זה, שמקורו בפסיכולוגיה התבניתית,²⁹

הפוסל עדות על אודות דיספוזיציה עבריינית של הנאשם. כללים אלו פועלים כבלמים לחופש הנרטיבי משום שהם מחייבים מענה על שאלות של אמינות המידע ומקורותיו קודם שמשמשים בו לשם הכרעה.

Philip N. Johnson-Laird, *Mental Models* 190–195 (1983): “many natural 28 categories are mentally represented by prototypes, i.e., schemata of their most characteristic members” (שם, בעמ' 190). לדיון על ההכרעה השיפוטית באמצעות מודל הכרעה זה, ראו, ואקי, מעבר לכל ספק סביר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 119.

29 ראו גם Dan Simon, *A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making*, 71 U. Chi. L. Rev. 511, 560, 565 (2004): “[E]vidence is evaluated not as isolated pieces, but rather in large cognitive structures, most familiarly in the form of narratives, stories, or global accounts. [...] Each piece of evidence is seen as having more implications than its own isolated probativeness in a linear chain of inference; the pieces come together to form a narrative that is stronger than the sum of its parts”

מוביל להכרעה בינארית שאינה רגישה דיה לקשת המקרים הנדרשים להכרעה.²⁴

ביקורת מושגית אחרת ומרתקת על המודל הסיפורי הציגו דורון מנשה וחמוטל שמש.²⁵ במאמרם טענו מנשה ושמש כי המודל הסיפורי מוביל ל"כשל הנרטיבי": קובע העובדות בוחר בסיפור הלא-נכון ו"מאלץ" את הראיות הקיימות כדי שיתאמו לו. סכנת השימוש כמסגרת מושגית בנרטיב הלא-נכון היא אינהרנטית למודל הסיפורי ונובעת מעצם הכורח לבחור סיפור.²⁶

כורח זה עצמו מועד להוביל את התובע להטיה בדמות פנייה לסיפור ממבחר הסיפורים ההגמוניים הרווחים באותה קהילה, בפרט במקרים קיצוניים שניתן פנייה לסיפור הנובע כולו מדעות קדומות.

במשפט הפילי סיפורים אלו הם באופן טיפוסי סיפורים מרשיעים או סיפורים הפוגעים בקבוצות חלשות בחברה, שממילא הן משוללות קול או חסרות כוח להביא את סיפורן למעמד ההכרת-הגמוני הנחוץ לבחירתו העקבית במשפט.²⁷

“The recognition that if ‘truth’ is to be arrived at, it is best done through a multiplicity of stories and deliberations, rather than only two”

Doron Menashe & Hamutal. E. Shamash, *The Narrative Fallacy*, 3 Int'l 25 Commentary on Evidence 6 (2005); Doron Menashe & Hamutal Esther Shamash, *Pass These Sirens By: Further Thoughts on Narrative and Admissibility Rules*, 5 Int'l Commentary on Evidence (2007)

26 ראו לציון כי לטענת המחברים, כשל הנרטיב אינו זהה לכשלי השיפוט שאתורו כהנמן וטרסקי בשורה ארוכה של מחקרים אמפיריים (Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky eds., 1982). בפרט אין כשל הנרטיב זהה לכשלים של זמינות או קומוניקציה אלא הוא נפרד ועומד על רגליו שלו. זאת ועוד, הכשל אינו נובע משימוש רטורי מכוון לצרכים אידאולוגיים בנרטיב במשפט. הכשל הוא כאמור תולדה טיפוסית אינהרנטית של המודל הסיפורי, והוא מועד להתלות אף לשימוש נכון ונטול פניות במודל הסיפורי.

27 המחברים אינם נוקטים עמדה בשאלה אם קיימת מסגרת מושגית חלופית לקביעת עובדות שאינה נרטיבית. עם זה הם מציעים שורת צעדים שמטרתם צמצום פעולתו השלילית של כשל הנרטיב, בהם הרחבת מושג הרלוונטיות הראייתית ושימור וביזור כללי הפסלות, כגון הכלל הפוסל עדות סברה, הכלל הפוסל עדות שמיעה והכלל

"[W]hen we hear that a suspect ran away from the scene of the crime after being accused of committing it, we tend to conclude that he was guilty, because experience has taught us that guilt is most frequently the reason for escape".³³

Solan ממחיש דרך חשיבה זו באמצעות הדוגמה הבאה:

"If [...] the red traffic lights in a town you are driving through are a slightly different shade from the ones that you are used to seeing, you will generalize the off-red signals to the red ones that you know so well, and stop your car".³⁴

באמצעות מחקרים אמפיריים מראה Solan כי מודל זה מיושם הלכה למעשה בהליך ההכרעה העובדתי

הפלילי. על פי ממצאיו, בתהליך ההכרעה העובדתי מושבעים נוטים לשייך עובדות לקטגוריות המוכרות להם, הקרובות ביותר לסיפור שתואר להם והמתאימות ביותר להתנהגות פושעת שהוכחה ככזו בעבר.³⁵ משמעותה של חשיבה זו בשאלת הוכחת האשמה רבה מאוד, שכן יש בה כדי לטשטש את ההבחנה בין הרשעה ובין מה שדומה או קרוב מאוד להרשעה,³⁶ וברורה השפעת הדבר על סוגיית ההעמדה לדן.

"גישה זו עומדת על הצורך של האדם בכלל ושל התובע בפרט לנתח את המציאות באמצעות דפוסים קבועים ומדגישה את ההתבוננות בתמונה בכללותה ובדרך שתודעת התובע משלימה בה תמונות ומצבים שונים על פי הדפוסים הקבועים הידועים. לשם הכרעה על פי מודל זה, התובע מחזיק ב'ארגז כלים קוגניטיבי' שנבנה בתודעתו במהלך השנים והוא משמש אותו בהתאמת המקרה הנבחן לכלי המתאים"

ביכולתנו להתאים נסיבות חדשות שאינן מוכרות לנו לדגמי-אב, פרוטוטיפים – לקטגוריות מוכרות המאופיינות כאבות-טיפוס.³⁰ על פי אסכולה זו, שהתפתחה במאה ה-19 וידועה גם בשם אסכולת הגשטלט, התפיסה האנושית בנויה דפוסים, המקנים לרכיביהם תכונות ומשמעויות שלא היו בהם אלמלא היו חלקים במכלול. גישה זו עומדת

על חשיבותם של דפוסים שלמים ומדגישה את ההתבוננות בתמונה בכללותה בתחום התפיסה האנושית, ועל הדרך שהקוגניציה האנושית משלימה בה תמונות ומצבים שונים על פי דפוסים ידועים וקבועים. תפיסה אורגנית-הוליסטית זו החליפה את התפיסה האטומיסטית ששלטה במאה ה-17, והצביעה על האפקט הסינרגטי העולה מיישומה: השלם גדול מסך כל חלקיו. יסודה של גישה

זו הוא אסטרטגיה קוגניטיבית המבקשת להבנות את המציאות בהתאם לקטגוריות ידועות ומוכרות.³¹

גישה זו עומדת על הצורך של האדם בכלל ושל התובע בפרט לנתח את המציאות באמצעות דפוסים קבועים ומדגישה את ההתבוננות בתמונה בכללותה ובדרך שתודעת התובע משלימה בה תמונות ומצבים שונים על פי הדפוסים הקבועים הידועים. לשם הכרעה על פי מודל זה, התובע מחזיק ב'ארגז כלים קוגניטיבי' שנבנה בתודעתו במהלך השנים והוא משמש אותו בהתאמת המקרה הנבחן לכלי המתאים.³² המידע מוצג, מעובד ונבחן בהתאם לניסיון העבר ולהשתלבותו בסיטואציות דומות:

come to the trial with a set of stock stories in their minds and that they try to fit trial evidence into the shape of one of these stock stories" Adrian A. S. Zuckerman, *Law, Fact or Justice?* 66 B.U. L. Rev. 487, 496 (1986).

34 Solan, לעיל ה"ש 30, בעמ' 139-138. 35 שם, בעמ' 141: "jurors will tend to associate facts with legal categories based on the closest conceptual match to mental models of the crime that they already possess, as opposed to the jury considering whether the government has proven each element of the crime beyond a reasonable doubt".

36 אשר בהתאם למדיניות המשפטית הנקוטה צריך להוביל להכרעת זיכוי. לעיל ה"ש 30, בעמ' 140-139.

Lawrence M. Solan, *Refocusing the Burden of Proof in Criminal Cases: 30 Some Doubt About Reasonable Doubt*, 78 Tex. L. Rev. 105, 138-139 (1999): "we build models that contain stereotypical information [...] called 'prototypes' [...] It is what allows us to apply our knowledge of the world to unfamiliar problems"

31 בעשורים האחרונים יש כתיבה ענפה בנושא. ראו למשל, Ray S. Jackendoff, *Semantics and Cognition* 17 (1983); Gilles Fauconnier, *Mental Spaces* 16 (1994); M. Abu-Hareira, *An Early Holistic Conception of Judicial Fact Finding*, *Juridical Rev.* 79 (1986).

32 Raid Hastie, *Emotions in Jurors' Decisions*, 66 Brooklyn L. Rev. 991, 994 (2001). ראו גם Peter Brooks & Paul Gewirtz, *Narrative and Rhetoric in the Law* 8 (Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., 1996): "There is some evidence that jurors tend to

אם כן ברור ששיטת הכרעה כזו עלולה להניב תוצאות קשות, ודאי במקרים שכל גרסה של חפות מתבטלת בהם בטענה הקפקאית כי "כך נוהגים כל הנאשמים לדבר"³⁹ וכשברוב התיקים והמשפטים החשודים והנאשמים אינם נראים כאב-טיפוס החף מפשע.⁴⁰

סיכום – מה שנראה כמו ארנבת עשוי להתגלות כדג

Solan, הדן בהשפעת דרך חשיבה זו על ההכרעה העובדתית במשפט הפלילי, עומד באמצעות ניסוי מחשבתית על הדיסוננס הקוגניטיבי הנוצר בתודעתו של השופט ועל השלכותיו על מידת ההוכחה הפלילית. בניסוי זה הוצגו למשתתפים תמונות של בעלי חיים והם התבקשו לסווגם לקטגוריית ארנבת או לקטגוריית דג. Solan מראה כי גם כשהתמונה המוצגת למשתתפים אינה ברורה וכשברור שהמוצג בה אינו ארנבת ואינו דג, התמונה תסווג לקטגוריה שהיא דומה לה יותר, אף אם ברור שאין מתאם מושלם בין המוצג בתמונה לקטגוריה ששויכה אליה. לפיכך גם כשתוצג דמות שאינה ארנבת אך היא דומה לארנבת יותר משהיא דומה לדג, היא תסווג לקטגוריית ארנבת. לטענתו, פעולה תודעתית זו, הנעשית כדבר שבשגרה, מאפשרת לנו להשתמש בידע שרכשנו בסיטואציות לא מוכרות, ולמעשה היא אחת מחוזקות האדם:⁴¹

"Our ability to fit new situations into categories characterized by prototypical situations is not only commonplace but a human strength".⁴²

בהמשך הניסוי ביקש Solan להתאים את מתודת ההכרעה של המשתתפים לשיטה הנהוגה בהליך הפלילי. בהתאם לדרישת רף ההוכחה הפלילי של "מעבר לכל ספק סביר" נדרשו המשתתפים לסווג את התמונה שהוצגה להם בקטגוריית דג אם התעוררו בהם ספקות סבירים בהיותה ארנבת. בהתאם לתהליך החשיבה הפרוטוטיפי, גם בסיטואציה זו, מראה Solan, תסווג התמונה כארנבת, בגלל אי-הנוחות לבחור במוצג בה כדג. סיטואציה זו, הנוצרת בשל כלל הכרעה בינארי, דו-קוטבי, מחוללת מתח רב. הדרישה לסווג את המוצג בתמונה כדג אף שאינו דג מעוררת דיסוננס קוגניטיבי, כמוהו כניגוד הפנימי בתודעתו של השופט: המוצג לפניו אינו ארנבת אך הוא דומה יותר לארנבת.

39 ראו בהשאלה אופן הרשעתו של ק', כאשר זקקת חפוז נענתה בעמדה "אבל כך נוהגים כל הנאשמים לדבר"; פרנץ קפקא **המשפט** 202 (אברהם כרמל מתרגם, 1992).

40 Solan, לעיל ה"ש 30, בעמ' 141.

41 Solan, לעיל ה"ש 30, בעמ' 138-139.

42 שם, בעמ' 138.

על רקע חדירת הנרטיב למשפט והניסיונות להתאים את מסכת העובדות העולה מן הראיות בתיק לדפוס סדור, אב-טיפוסי,³⁷ אלן דרשוויץ מבקר גם, ובעיקר, את השימוש שעושה התביעה בנרטיב לשם הצגת גרסתה. כדי להמחיש את טיעונו ולהבהיר את העול שנגרם לנאשם, לשיטתו, בדרך הצגה נרטיבית זו של העובדות על ידי התביעה, דרשוויץ טוען כי במציאות הקיימת, מסכת של אירועים עשויה להתרחש במגוון דרכים ואופנים שאין לצפותם ואין ולהניח מראש את קיומם של אלה ולא אחרים. אם בעולמו של צ'קוב, הוא מוסיף וטוען, רובה התלוי על הקיר במערכה הראשונה יורה תמיד במערכה השנייה או השלישית, רכישת פוליסת ביטוח חיים עבור בן משפחה היא בהכרח סימן מקדים לרצח, וכאבים בחזה או שיעול הם בהכרח סימן למוות שיבוא בהמשך, אזי במציאות לא כל הרובים יורים, רוב כאבי החזה נובעים מבעיות עיכול, שיעול נובע בדרך כלל מהצטננות, ורכישת פוליסת ביטוח אינה מבטיחה אלא שנים רבות של תשלומי פרמיות למבטח. דרשוויץ מזהיר מפני ראיית המציאות דרך משקפיים צ'קוביים-פרוטוטיפיים, שכן המציאות אינה מחזה של התנהגויות מחזוריות טיפוסיות, אלא כאוטית ומורכבת לא אחת מאירועים מקריים וחסרי משמעות.³⁸

"אם בעולמו של צ'קוב רובה התלוי על הקיר במערכה הראשונה יורה תמיד במערכה השנייה או השלישית, רכישת פוליסת ביטוח חיים עבור בן משפחה היא בהכרח סימן מקדים לרצח, וכאבים בחזה או שיעול הם בהכרח סימן למוות שיבוא בהמשך, אזי במציאות לא כל הרובים יורים, רוב כאבי החזה נובעים מבעיות עיכול, שיעול נובע בדרך כלל מהצטננות, ורכישת פוליסת ביטוח אינה מבטיחה אלא שנים רבות של תשלומי פרמיות למבטח"

37 לפי הטענה, השופטים משתמשים לא אחת באבות-טיפוס סטריאוטיפיים שונים, המשמשים בתורם להערכת התנהגות הנאשם שלפניהם, כדי לארגן בדרך זו את המידע המובא לפניהם בדרך שתתיישב עם הידע שצברו. סטריאוטיפים אלה עשויים להיות קשורים במגדר, במוצא, בגזע, במעמד וכיוצא באלה. ראו למשל גבריאל וימן, אריה רטנר וגדעון פישמן "מי נראה כמו עבריין? הקשר בין מוצא עדתי לבין יחוס עבירות" **מגמות** לא 208 (1988).

38 Alan M. Dershowitz, *Life is not a Dramatic Narrative, in Law's Stories* 88 – Narrative and Rhetoric in the Law 99, 100–101 (Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., 1996).

מתברר אפוא כי דרך חשיבה והכרעה המצייתת למודלים קוגניטיביים אלה מעוררת חשש כי גם כשהראיות ישרטטו תמונה של "כמעט אשמה" אבל לא של "אשמה" (ארנבת), אך תמונה שדומה לארנבת משהיא דומה לתמונה של חפות (דג), היא עדיין עלולה להיות מסווגת בקטגוריית ארנבת.

על התובע להיות מודע לכוחו המשכר של הנרטיב ולרסן את השפעתו. בעומדו להכריע בשאלת העמדה לדין עליו להזהיר עצמו כי זה לא כל הסיפור.

"על התובע להיות מודע לכוחו המשכר של הנרטיב ולרסן את השפעתו. בעומדו להכריע בשאלת העמדה לדין עליו להזהיר עצמו כי זה לא כל הסיפור"

בתודעתו הוא ודאי אינו דומה לדג, אך הוא מתבקש לסווגו כדג. בשל חשיבה תבניתית, הדרישה להכריע מעבר לספקות סבירים סותרת את דפוס החשיבה הקיים, הרואה במוצג ארנבת, והמפלט אל עבר האיזון הקוגניטיבי (הומאוסטזה) יימצא בהתעלמות מהמידע החדש המבקש להגדיר את הדמות כדג, ולכן גם במקרה זה תסווג התמונה כארנבת.⁴³ תופעה זו הקשורה לדיסוננס הקוגניטיבי מלמדת גם על נטייתו של השופט לחזק את הדפוס שנבחר ועל נטייה להתקבע ביתר שאת בהכרעה שהתקבלה.

להכרעה בדרך זו עלולות להיות השלכות קשות, שכן דיסוננס זה עלול להביא לידי מזעור, אם לא לביטול מוחלט, של כל ספק שקינן בתובע באשר להעמדה לדין ואף להרשעה במשפט:

"[I]t should be relatively easy for the government to convict an innocent defendant when the defendant's conduct, while not meeting all the elements of the crime, comes close to the jurors' model".⁴⁴

43 שם, בעמ' 138-139.

44 Solan, לעיל ה"ש 30, בעמ' 140.