

דיני הראיות בראי התיאוריה

מאת

טליה פישך*

תקציר

המאמר מוקדש לפרישה של תורת המשפט הראייתית. במסגרתו ממופה שדה התיאוריה הראייתית ומבוררות ההצדקות לאסדרת הליך הבירור העובדתי באמצעות כללים ראייתיים. הדיון נפתח בבירור הגרעין האפיסטמי שבבסיס התיאוריות הראייתיות באשר הן, ובלבון ההצדקה המסורתית לדיני הראיות. בהמשך נסקרות גישות שמאגרות את הפונקציה האפיסטמית ואת ההצדקה המסורתית לדיני הראיות מפרספקטיבה תוצאתנית. במסגרת זו המאמר עוסק בגישה הכלכלית לדיני הראיות על שני ענפיה – גישת היעילות המערכתית (אקס-פוסט) וגישת ההתנהגות הראשית (אקס-אנטה) – ולאחר-מכן בגישה ההתנהגותית לדיני הראיות, המתמקדת ברציונליות של ההכרעות השיפוטיות. לאחר סקירת הגישות התוצאתניות המאמר פונה לליבון ההצדקות הדאונטולוגיות לדיני הראיות, ועוסק בתפקידם של דיני הראיות בהבטחת הגינותו של ההליך השיפוטי. על רקע היעלמותם ההדרגתית של דיני הראיות מהנוף הישראלי והאנגלו-אמריקני, כפי שזו משתקפת במעבר מקבילות למשקל ובאי-החלתם של דיני הראיות בערכאות שונות, המאמר מציג את סוגי הטעונונים השונים שניתן להעלות נגד הוכחה חופשית (free proof).

המיפוי של סוגי ההצדקות לדיני הראיות נערך בהתבסס על הפרספקטיבות התיאורטיות השונות שדרכן ניתן להביט על התחום. במובן זה המאמר ממלא תכלית כפולה: במקביל לפרישת אמות-המידה הנורמטיביות שלאורן יש להעריך את הכללים הראייתיים ולדון בסוגיית ההוכחה החופשית, המאמר מספק מבט-רוחב על שדה המחקר הראייתי. למהלך זה נודעת חשיבות-משפטנים רבים שוגים בחושבם כי דיני הראיות (והמשפט הדיוני באופן רחב יותר) נשענים על מסדים תיאורטיים ותורת-משפטיים דלים בהשוואה לתחומי המשפט המהותי, ולא היא. התיאוריה הראייתית עשירה ומורכבת ביותר. היא נסמכת על תחומי ידע מגוונים – החל באפיסטמולוגיה ובפסיכולוגיה, וכלה בניתוח כלכלי וסטטיסטי. ההיכרות עם התיאוריה הראייתית נחוצה כדי להבין לעומק את השפעתם של כללים ראייתיים, וכדי לעצב מדיניות ראייתית ומשפטית ראויה. חשוב להפוך את הספרות והתיאוריה הראייתיות לנגישות לציבור המשפטנים, ולהגדיל את היחשפותם של מקבלי ההחלטות למילון המושגים

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודה מיוחדת לחגי פורת, למזי אוחיון, לתומר שחל, לדניאל קצ'לניק ולחברי המערכת של עיוני משפט על עבודת העריכה הנהדרת ועל הערותיהם המחכימות, אשר שיפרו את המאמר באורח משמעותי. תודה גדולה לרועי קרייטנר, לתמי קריכלי-כץ ולאסי רוזן-צבי על השיחות ועל הערות מאירות-העיניים בשלבי הכתיבה השונים.

בתחום. דווקא על רקע המורכבות והמגוון המאפיינים את שדה התיאוריה הראייתית, מתבקש לערוך מיפוי שיטתי שלה ולתרגמה למסגרת תורת־משפטית. המאמר מוקדש למהלך ראשון מסוג זה.

מבוא

- א. הגישה המסורתית לדיני הראיות: התחקות אחר האמת
 - ב. הגישה הכלכלית לדיני הראיות
 1. מודל מזעור העלויות
 2. מודל ההתנהגות הראשית
 - ג. הגישה ההתנהגותית: הכרעה רציונלית
 - ד. הגישה הדאונטולוגית: התחקות הוגנת אחר האמת
- סיכום

מבוא

ההליך השיפוטי הוא מאורע אפיסטמי ביסודו:¹ הוא חג סביב שחזור האירוע העובדתי מושא המחלוקת.² הראיות הן הכלים המרכזיים לשחזור אותה מסכת עובדתית בין כותלי בית־המשפט.³ הן מתווכות בין הסובייקט האפיסטמולוגי (השופטים) לבין האובייקט העובדתי

1 Michael S. Pardo, *The Field of Evidence and the Field of Knowledge*, 24 LAW & PHIL. 321, 321 (2005). אומנם, סכסוכים בבית־המשפט אינם מוגבלים למחלוקות עובדתיות, ובמקרים מסוימים העובדות מוסכמות על הצדדים. אולם גם כאשר העובדות אינן שנויות במחלוקת, הן מופנמות אל תוככי ההצדקה להכרעה השיפוטית. כן ראו: HOCK LAI HO, A PHILOSOPHY OF EVIDENCE LAW: JUSTICE IN THE SEARCH FOR TRUTH 2 (2008); Dale A. Nance, *The Best Evidence Principle*, 72 IOWA L. REV. 227, 232–233, 236 (1988) (“The reasonably accurate determination of disputed factual issues is... the pivotal task to be performed at trial”); Jonathan J. Koehler & Daniel N. Shaviro, *Veridical Verdicts: Increasing Verdict Accuracy Through the Use of Overtly Probabilistic Evidence and Methods*, 75 CORNELL L. REV. 247, 249–250 (1990) (“Verdict accuracy is one of the principal goals of the trial process”); אהרן ברק “על משפט, שיפוט ואמת” משפטים כז 11 (1996); דורון מנשה “אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים” קרית המשפט א 307 (2001).

2 Ellen Bales & Sheila Jasanoff, *Experiments with Evidence: Testimony, Translation, and Judicial Witnessing after Daubert* (unpublished manuscript). השאלות העובדתיות השנויות במחלוקת אינן מתייחסות תמיד לאירועי העבר. בתביעות לפיצוי בגין אובדן כושר הכנסה, למשל, בית־המשפט נדרש להכרעות צופות פני עתיד. אולם המצב הפרדיגמטי הוא שבית־המשפט נדרש לשחזור אירועי עבר.

3 WILLIAM TWINING, *THEORIES OF EVIDENCE: BENTHAM & WIGMORE* 13 (1985); ראו: Peter Murphy, *Evidence, Proof, and Facts: An Introductory Essay*, in EVIDENCE, PROOF, AND

של ההליך השיפוטי.⁴ השפעתן משתרעת על כל חלקי ההליך השיפוטי ועל מגוון תכליותיו, באשר שחזור העובדות מהווה תנאי למימוש זכויותיהם המהותיות של הצדדים.⁵ בנתם (Bentham) עמד על מרכזיותן של הראיות בזירה המשפטית, בקובעו: "הראיות הן הבסיס לצדק. בהעדר ראיות אין צדק."⁶ דבריו אלה של בנתם מכוננים כלפי הראיות גופן. אולם ראיות לחוד ודיני ראיות לחוד: להבדיל מתמימות-הדעים השוררת (לפחות למן השתרשות המסורת הרציונליסטית) באשר למיקומן של הראיות בליבת ההוויה המשפטית, דיני הראיות מהווים מוסד שנוי במחלוקת כמעט למן היווסדו.⁷

דיני הראיות מתייחסים כידוע לכללים ולְעקרונות החולשים על תהליך הבירור העובדתי בבית-המשפט.⁸ בליבת דיני הראיות מצויים כללי הפסלות, אשר מונעים הכנסת קטגוריות שלמות של ראיות ושל עדים לסל הראייתי. התכונה הפוסלת והמדירה שבבסיסם של דיני הראיות מאפיינת את תהליך בירור האמת בבית-המשפט, ומייחדת אותו מזירות אפיסטמיות אחרות.⁹ על תכונה זו נמתחה ביקורת רבה מצד הוגים בתחום. כך, בנתם, שהכתיר את הראיות גופן כ"תמצית הצדק", ראה בדיני הראיות גילום מובהק של אי-צדק.¹⁰ בספרו

-
- FACTS 1, 4 (Peter Murphy ed., 2003); NEIL MACCORMICK, LEGAL REASONING AND LEGAL THEORY 88 (1978).
- Baosheng Zhang & Chuanming Fan, *The Value Basis of Evidence Rules, in* VALUES OF OUR TIMES: CONTEMPORARY AXIOLOGICAL RESEARCH IN CHINA 249, 252 (Deshun Li ed., 2013).
- Murphy, לעיל ה"ש 3, בעמ' 3.
- JEREMY BENTHAM, RATIONALE OF JUDICIAL EVIDENCE 15 (1827) ("Evidence is the basis of justice: exclude evidence, you exclude justice"). טוויינגג עסק בהשלכות הנגזרות מכך להוראת התחום. לשיטתו, יש לייחד חלק מרכזי בהוראת המשפט לחקר עובדות, לניהול עובדות ולארגומנטציה בשאלות של עובדה בהקשרים משפטיים (לרבות כאלה המצויים מחוץ לזירת בית-המשפט). זאת, משום שניתוח הבירור העובדתי חשוב להבנת המשפט ולפעולה במרחב המשפטי לא פחות מפרשנות וניתוח של סוגיות משפטיות. ראו: William Twining, *Taking Facts Seriously*, 34 J. LEGAL & EDUC. 22 (1984).
- Frederick Schauer, *In Defense of Rule-Based Evidence Law: And Epistemology Too*, 5 EPISTEME 295, 295 (2008) לריון מורחב ראו: Alex Stein, *The Refoundation of Evidence Law*, 9 CAN. J. L. JURIS. 279, 280 (1996).
- JAMES BRADLEY THAYER, A PRELIMINARY TREATISE ON EVIDENCE AT THE COMMON LAW 264 (1898). כן ראו את הגדרתו של Stein, לעיל ה"ש 7, בעמ' 279: "...a framework of principles, and doctrines which governs the administration, examination, and evaluation of evidence".
- Murphy, לעיל ה"ש 3, בעמ' 2 "The existence of the law of evidence is one of a number of factors which distinguish a judicial trial from other forms of inquiry into past events... trials are conducted by a judge using exclusionary legal rules of evidence, the effect of which is to keep from the fact-finders much material which is plainly relevant, and which any rational investigator would wish to take into account in his or her reconstruction (of the facts)".
- BENTHAM, לעיל ה"ש 6, בעמ' 206.

הקנוני RATIONALE OF JUDICIAL EVIDENCE שטח בנתם את התנגדותו לאסדרה של תהליך קבלת ההכרעה העובדתית בבית-המשפט באמצעות כללים ראייתיים.¹¹ הוא קרא לביטול כללי פסלות ולהחלת "השיטה הטבעית" לקביעת ממצאים עובדתיים – זו שמושחתת על נסיון החיים ועל התבונה המעשית, ואשר תואמת את האופן שבו אנשים מגיעים להכרעות עובדתיות בחיי היומיום, קרי, בהסתמך על סוגים מגוונים של מקורות מידע, מבלי לפסול קטגוריות שלמות של ראיות ועדים, ותוך ייחוס משקל מתאים על-פי מהימנות המקור והרלוונטיות של המידע.¹² לשיטתו של בנתם, השיטה הטבעית מתאימה לסביבת בית-המשפט, כשם שהיא הולמת זירות אפיסטמיות אחרות של חיי היומיום.

לימים כונתה גישה זו גישת "ההוכחה החופשית" (free proof), ועם חסידה נמנו מלומדים בולטים בתחום דיני הראיות, ביניהם ויגמור (Wigmore), תייר (Thayer) וקרוס (Cross).¹³ גם כיום מודל ההוכחה החופשית ממשיך לקבל ביטוי נרחב, הן כאידיאל נורמטיבי והן כמציאות מעשית.¹⁴ מאמר זה יוקדש למישור הנורמטיבי – לבחינה נורמטיבית של אידיאל ההוכחה החופשית ושל ההתנגדויות שניתן לנסח כלפיו. אולם בטרם אפנה לדיון במישור נורמטיבי זה, אעמוד בקצרה על מקצת ממופעיו של מודל ההוכחה החופשית בחיי המעשה. אחד המופעים הבולטים של התממשותו בפועל של מודל ההוכחה החופשית מצוי במעבר מכללי קבילות לכללי משקל. מעבר זה מאפיין את דיני הראיות בישראל ובעולם המשפט האנגלו-אמריקני, ומשתקף בהרחבת החריגים לכלל שפוסל עדות מפי שמועה;¹⁵ בהגמשת הכללים הנוגעים בעדויותיהם של עדים מיוחדים (ילדים ועדים הלוקים בשכלם ובנפשם); ובצמצום המגבלות החלות על עדויות של קרובים בהליכים פליליים.

במשפט האנגלי בוטלו בעשור האחרון הגבלות קבילות מרכזיות באשר לעדויות מפי שמועה, כמו-גם ביחס לראיות בדבר התנהגותו של הנאשם בהזדמנויות קודמות (bad

-
- 11 שם, בעמ' 7. כן ראו Murphy, לעיל ה"ש 3, בעמ' 3.
- 12 WILLIAM TWINING, RETHINKING EVIDENCE; לעיל ה"ש 3, בעמ' 13; TWINING, THEORIES OF EVIDENCE: EXPLORATORY ESSAYS 209 (2nd ed. 2006).
- 13 אלקסטיין, Foundations of Evidence; לעיל ה"ש 7, בעמ' 280; Law 108 (2005). בשנת 1972, במהלך דיון סוער על רפורמה של דיני הראיות בפלילים, הפטיר קרוס את הדברים הבאים: "I am working for the day when my subject is abolished". ראו RICHARD H. GASKINS, RETHINKING EVIDENCE; לעיל ה"ש 12, בעמ' 1. כן ראו: BURDENS OF PROOF IN MODERN DISCOURSE 24 (1992).
- 14 STEIN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 108; MIRJAN R. DAMAŠKA, EVIDENCE LAW ADRIFT 11 (1997); El eanor Mirjan Damaška, *Free Proof and Its Detractors*, 43 Am. J. Comp. L. 343 (1995); El eanor Swift, *One Hundred Years of Evidence Law Reform: Thayer's Triumph*, 88 CAL. L. REV. 2437 (2000).

לדעה נגדית, הכופרת בנצחונה של גישת בנתם ובביטוי המעשי של מודל ההוכחה החופשית, ראו Murphy לעיל ה"ש 3, בעמ' 3 ("Reform of the law of evidence continues to concentrate on limited and piecemeal tinkering with traditional rules, rather than their abolition or any radical change of the policy which maintains exclusionary rules of evidence, as (such, in existence within a legal system"

15 ע"פ מרציאנו נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(4) 539 (1992).

16. סעיף 101 ל-Criminal Justice Act 2003 (character evidence) הסיר את ההגבלות שחלו על קבילותן של ראיות הנוגעות במעשי הנאשם בהזדמנויות קודמות, וכיום התביעה יכולה להסתייע בהרשעות קודמות להוכחת נטייה עבריינית וחוסר יושר.¹⁷ מופע מעשי נוסף של מודל ההוכחה החופשית מצוי באי-התחולה (ולו החלקית) של דיני הראיות בבתי-משפט לענייני משפחה,¹⁸ בבתי-דין לעבודה¹⁹ ובבתי-דין מנהליים.²⁰ גם התרחבות התופעות של סטייה מוסכמת מדיני הראיות, של ויתור של בעלי-דין על הגנות וזכאויות ראייתיות המוקנות להם, ושל נכונות גוברת מצד בתי-המשפט לכבד הסכמות ראייתיות מעין אלה – מהווה ביטוי מעשי של הוכחה חופשית.²¹ לצד מגוון המופעים הללו – המסמנים תמורות שהתרחשו בתחולתם של דיני הראיות לאורך ציר הזמן – יש לעמוד על מופעם המצומצם של דיני הראיות מלכתחילה, דהיינו, על ההיקף המוגבל מראש של האסדרה שהם עורכים לתהליך הבירור העובדתי. דיני הראיות חולשים, מלכתחילה, על מתחם צר ביותר של תהליך קבלת ההכרעה העובדתית, מותירים שטחים רבים לשיקול-דעתו המלא של בית-המשפט, ומשמרים איים רבים של אי-הסדרה בתהליך קביעת הממצאים העובדתיים²² – החל בהעדר כללים לקביעת הרלוונטיות של

16 STEIN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 106.

17 השורשים של הגבלות הקבילות הללו נעוצים במשפט המקובל. לדיון מורחב ראו: Makin v.

Attorney General for New South Wales, [1894] AC 57 (להלן: עניין Makin).

18 ס' 8 (א) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995: "בכל ענין של דיני ראיות וסדרי דין, שאין עליהם הוראה אחרת, לפי חוק זה, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית משפט צדק; אין בהוראה זו כדי לגרוע מכללי חסינות עדים או כללי ראיות חסויות."

19 ס' 32 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969: "בית הדין לא יהיה קשור בדיני הראיות אלא בדיון על פי סעיפים 24(ב) ו-26(ב)."

20 ס' 21 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992: "בית דין לא יהיה קשור בדיני הראיות, פרט לדינים בדבר ראיות חסויות לפי פרק ג' לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971, וזאת בכפוף להוראות בחוק זה או בכל דין." יודגש – במדינה המנהלית (administrative state) של ימינו נפח הולך וגדל של הכרעות מועבר לערכאות מנהליות. ראו TWINING, RETHINKING EVIDENCE, לעיל ה"ש 12, בעמ' 213.

21 ראו ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446 (1988). בהליכים אזרחיים די על-פירוב בויתור מכללא של הצדדים על הכללים הראייתיים, והתוצאה היא שברוב המקרים הכללים הראייתיים אינם מיושמים בפועל בבתי-המשפט. בהליכים פליליים נדרשת אומנם הסכמה מפורשת של הצדדים כדי לוותר על זכאויות ראייתיות, אלא שבשל עלויות האיתות הגלומות בהבעת התנגדות להכנסת ראיה כלשהי לסל הראייתית ולזירת בית-המשפט, בפועל גם בהליכים פליליים אנו עדים לסטייה משמעותית מדיני הראיות. מצב דומה חל באנגליה. ראו TWINING, RETHINKING EVIDENCE, לעיל ה"ש 12, בעמ' 212. "...the rules are waived in practice. In civil proceedings some or most of the rules may be expressly or impliedly waived by the parties. In criminal cases it may be tactically dangerous to make technical objections; and in magistrates' courts, which try over 95 percent of our minor criminal cases, it is (a brave lawyer who raises technical points on the law of evidence)"

22 ניתן להבחין בין טענה זו של טוויינג לבין טיעונים כלליים יותר באשר לסקפטסיזם נורמטיבי: כך, טוויינג אינו סובר שהכללים הראייתיים הקיימים כושלים ביכולת האסדרה שלהם, אלא

ראיות ולהערכת משקלן, וכלה במיעוט המגבלות הכמותיות על קבלת הכרעות (בכפוף לחריגים של דרישות חיזוק וסיוע למיניהן).²³ תחומים שלמים של תהליך הבירור העובדתי אינם מוסדרים על-ידי כללים ראייתיים פורמליים, וה"שתיקות" בדיני הראיות רבות הן.²⁴ טוויינינג (Twining) היטיב לתאר הדברים, בכנותו את דיני הראיות "דיני החריגים".²⁵ כללו של דבר, גם בימינו-אנו שאלת היקף תחולתם של דיני הראיות מצויה על סדר-היום הציבורי, וגם כיום קיימים מופעים בולטים של גישת ההוכחה החופשית ושל השיטה הטבעית מבית-מדרשו של בנתם.

מעבר למציאות המעשית המתוארת, הוגים בולטים בתחום ממשיכים לרבוך בגישת ההוכחה החופשית כאידיאל נורמטיבי. למעשה, גישת ההוכחה החופשית מעצבת את השיח הראייתי זה יותר ממאתיים שנים.²⁶ לנוכח חשיבותה המעשית של תפיסת ההוכחה החופשית ולנוכח מרכזיותה בשיח התורת-משפטי ובתיאוריה של דיני הראיות, מאמר זה יוקדש להתמודדות עימה: במסגרתו אלבן את המבנים השונים של ההצדקות לאסדרת הליך הבירור העובדתי באמצעות כללים ראייתיים, ואמפה את האדנים הנורמטיביים שדיני הראיות נשענים עליהם. המיפוי של מבני ההצדקות להתערבות בהליך הבירור העובדתי ייערך בהתאם לפרספקטיבות התיאורטיות השונות שדרכן ניתן להביט על דיני הראיות. אדגים את מאפייני ההצדקה השונים שכל אחת מהפרספקטיבות התיאורטיות על דיני הראיות מציעה להכפפת הבירור העובדתי לכללים ראייתיים. במובן זה ימלא המאמר תכלית כפולה: במקביל למתן מענה לסוגיית ההוכחה החופשית, יספק המאמר מבט-רוחב על שדה התיאוריה הראייתית וישרטט מפה של התיאוריות בתחום.

מובן שהגישות התיאורטיות לדיני הראיות אינן עשויות מקשה אחת: חלקן עוסקות בתהליכי ההוכחה והבירור העובדתי כמכלול, ואחרות רלוונטיות רק לרכיבים מסוימים בהם;²⁷ חלקן מספקות תובנות דסקריפטיביות על התחום, וחלק אחר ממלאות תפקיד פרספקטיבי.²⁸

-
- שהם מקיפים חלק מצומצם בלבד מגזרת הבירור העובדתי.
- 23 Twining, Rethinking Evidence, לעיל ה"ש 12, בעמ' 212.
- 24 הדברים מצאו את ביטויים במטפורה הנודעת שבה דימה טוויינינג את דיני הראיות לחתול הצ'שיר מהספר עליסה בארץ הפלאות: חתול הצ'שיר לבש צורה ופשט צורה, הופיע ונעלם מן העין, באופן שלעולם לא היה אפשר לדעת אם הוא נוכח או לא, אם הוא יצור קיים אם לאו. כך, טוען טוויינינג, ניתן לאפיין גם את דיני הראיות. Twining, Rethinking Evidence, לעיל ה"ש 12, בעמ' 197; Integrating Theory, Research; Innovations in Evidence and Proof: Integrating Theory, Research and Teaching 22 (Paul Roberts & Mike Redmayne eds., 2007).
- 25 Twining, Rethinking Evidence, לעיל ה"ש 12, בעמ' 192 "The law of evidence is truly (a law of exceptions)". יוער כי המעבר מקבילות למשקל משנה את מרקם היחסים שבין הערכאות השונות, בצמצמו את מרחב ההתערבות הא-פריורי של ערכאת הערעור בהכרעתה של הערכאה הדינית.
- 26 Stein, לעיל ה"ש 13, בעמ' 108 ו-111. על-פי שטיין, שורשיה של גישת ההוכחה החופשית נעוצים באימוץ של כלים מדעיים ואמפיריים שהופנמו אל תהליך ההתחקות אחר האמת.
- 27 Michael S. Pardo, *The Nature and Purpose of Evidence Theory*, 66 Vand. L. Rev. 547, 560 (2013).
- 28 שם.

נוסף על כך, הדוקטרינה הראייתית – כמו הדוקטרינה המשפטית בכללותה – משקפת בסופו של יום תמהיל נורמטיבי פלורליסטי, ומהווה נקודת מפגש של פרספקטיבות תיאורטיות ושל מחויבויות נורמטיביות רבות ואף מנוגדות. בכפוף למגבלות הללו, מטרת המאמר היא למפות את התיאוריות המרכזיות בשיח הראייתי ואת תורת המשפט של דיני הראיות. יש חשיבות גדולה בשרטוט קווי המתאר של התיאוריה הראייתית: משפטנים רבים שוגים בחושבם כי דיני הראיות (והמשפט הדיוני באופן רחב יותר) נשענים על מסד תיאורטי ותורת-משפטי דל בהשוואה לתחומי המשפט המהותי, ולא היא. התיאוריה הראייתית עשירה ומורכבת ביותר. היא נסמכת על תחומי ידע מגוונים – החל באפיסטמולוגיה ובפסיכולוגיה, וכלה בניתוח כלכלי וסטטיסטי.²⁹ ההיכרות עם התיאוריה הראייתית נחוצה כדי להבין לעומק את השפעותיהם של כללים ראייתיים, וכדי לעצב מדיניות ראייתית ומשפטית ראויה. חשוב להפוך את הספרות והתיאוריה הראייתית לנגישות לציבור המשפטנים, ולהגדיל את היחשפותם של מקבלי ההחלטות למילון המושגים בתחום. יתר על כן, דווקא על רקע המורכבות והמגוון המתודולוגיים המאפיינים את התיאוריה הראייתית, מתבקש לערוך מיפוי שיטתי שלה ולתרגמה למסגרת תורת-משפטית. המאמר יוקדש למהלך ראשון מסוגו זה של מיפוי שיטתי של התיאוריה הראייתית ושל תורת המשפט שבבסיס האסדרה של הבריור העוברתי באמצעות דיני הראיות.

הדיון יפתח בכירור הגרעין האפיסטמי שבבסיסן של התיאוריות הראייתיות באשר הן, ובליבן ההצדקה המסורתית לדיני הראיות (חלק א). בהמשך אפנה לסקור גישות שתוחמות את ההצדקה המסורתית משיקולים תוצאתניים: כך, בחלק ב תיסקר ההצדקה הכלכלית לדיני הראיות, שמתמקדת הן בהתחקות היעילה אחר האמת אקס-פוסט והן בתפקידם של כללים ראייתיים בעיצוב התנהגות ראשית יעילה אקס-אנטה; בחלק ג תיסקר ההצדקה ההתנהגותית, שממוקדת ברציונליות של ההכרעות בזירה השיפוטית; וחלק ד יוקדש לדיון דאונטולוגי, המתמקד בהגינות ההליך ובהתחקות הראויה אחר העובדות השנויות במחלוקת. החלק האחרון יסכם.

כדי לחדד את ההבדלים שבין הפרספקטיבות השונות על דיני הראיות, וכדי לשכלל את הדיון ההשוואתי ביניהן, אדגים את טענותיי תוך שימוש בדוגמה קונקרטית אחידה, שעומה "אטייל" בין הזירות התיאורטיות השונות. הדוגמה שבה אסתייע תתייחס לכלל הפוסל ראיות על-אודות התנהגותו הרעה של הנאשם. כלל זה קובע – בתמצית – כי בשלב בירור האשמה התביעה אינה רשאית להציג לפני בית-המשפט ראיה אשר נוגעת בהתנהגות הנאשם בהזדמנויות אחרות ומצביעה על אופיו הרע, על נטייתו הכללית לעבריינות או על נטייתו לעבריינות מהסוג המיוחס לו (להלן: כלל האופי הרע).³⁰ הבחירה בכלל האופי הרע

Roger C. Park & Michael J. Saks, *Evidence Scholarship Reconsidered: Results of the Interdisciplinary Turn*, 46 B.C. L. REV. 949 (2006) 29

יעקב קדמי על הראיות חלק שני 702 (מהדורה חדשה, 2009); אליהו הרנון דיני ראיות חלק ראשון 81 (1977); ע"פ 265/64 שויביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(3) 421, 441 (1965) ("כל עדות הנוגעת להתנהגותו של הנאשם בעבר והמצביעה על אפיו הרע או על נטייתו הכללית (general propensity) לעסוק בפלילים או לבצע את העבירה, שבה הואשם, אין להתירה, מהטעם שהיא עשויה ליצור בלב בית-המשפט משפט קרום נגדו, שהרי קיימת תמיד האפשרות שבניתיים תיקן הלה את דרכיו וחזר למוטב"); ע"פ 411/04 טטרו נ' מדינת ישראל (פורסם

כאבן-בוחן אחידה לחידוד ההבדלים בין הגישות השונות נובעת ממרכזיותו של כלל זה בעולם המשפט האנגלו-אמריקני. בחירה זו נובעת גם מהעובדה שצמצומו של כלל האופי הרע הוא אחד הסממנים הבולטים למעבר למודל של הוכחה חופשית במשפט האנגלי.³¹ יודגש כי הצדקה לכלל האופי הרע – בכל אחת מהזירות התיאורטיות שייבחנו – תשמש בבואה להצדקה הכללית שהן מציעות לאסדרת הבירור העובדתי באמצעות דיני הראיות (תוך סטייה ממודל ההוכחה החופשית). אפתח, אם כן, בפרישת הצדקה המסורתית לדיני הראיות.

א. הגישה המסורתית לדיני הראיות:³² התחקות אחר האמת

פונקציית ההתחקות אחר האמת היא מישור הייחוס שדרכו כל הגישות התיאורטיות מביטות על דיני הראיות,³³ ובמובן זה הגרעין האפיסטמי ניצב במרכזו של שדה התיאוריה הראייתית כולו.³⁴ אין פירוש הדבר שבין התיאורטיקאים שוררת תמימות-דעים באשר

בנבו, 9.1.2006 ("הכלל הרחב הוא שאין התביעה רשאית להציג בפני בית המשפט, בשלב בירור אשמתו של הנאשם, ראיה הנוגעת להתנהגותו של הנאשם בהזדמנויות אחרות המצביעה על אופיו הרע או על נטייתו המיוחדת לבצע את העבירה שבה הוא מואשם"). החריגים לכלל מתקיימים כאשר הראיה על-אודות התנהגות הנאשם בהזדמנויות אחרות נדרשת כדי להוכיח יסוד נפשי ("עדות על מעשים דומים") או כדי להוכיח שיטת ביצוע מיוחדת ("עדות שיטה"). גם החריגים הללו נשאבו לדין הישראלי מהמשפט האנגלו-אמריקני – ראו עניין *Makin*, לעיל ה"ש 17. כן ראו נינה זלצמן "עדות 'שיטה' כראיה מסייעת – מבחן שונה לקבילות?" **משפטים** יא 528 (1981).

31 כעולה מס' 101 ל-Criminal Justice Act 2003, שנדון לעיל § 44 Criminal Justice Act, c.44 (Eng.) (101).

32 המונח "הגישה המסורתית" לדיני הראיות הוטבע על-ידי אלכס שטיין בספרו. ראו STEIN, לעיל ה"ש 13.

33 מובן שלמערכת השיפוטית יש מטרות נוספות, אך ההתחקות אחר האמת נתפסת כתכלית המרכזית של המערכת השיפוטית ושל ההליך השיפוטי. ראו ברק, לעיל ה"ש 1. דורון מנשה מכנה זאת "אידיאל חשיפת האמת". ראו מנשה, לעיל ה"ש 1. ראו גם Ho, לעיל ה"ש 1, בעמ' Vern R. Walker, *Preponderance, Probability and Warranted Factfinding*, 62 BROOK. ;85 .L. REV. 1075 (1996).

34 William Twining, *Evidence and Legal Theory*, 47 MOD. L. REV. 261, 272 (1984) ("Nearly all of the Anglo-American writers from Gilbert to Cross have shared essentially the same basic assumptions about the nature and ends of adjudication and about what is involved in proving facts in this context. There is undoubtedly a dominant underlying theory of evidence in adjudication, in which the central notions are truth, reason and justice under the law. It can be re-stated simply in some such terms as these: the primary end of adjudication is rectitude of decision, that is the correct application of rules of substantive law to facts that have been proved to an agreed standard of truth (or probability). לטענה שלפיה עקרונות ראייתיים אינם יכולים להיות אפיסטמיים מטיבם ראו: Amit Pundik, *Epistemology and the Law of Evidence: Four Doubts about Alex Stein's Foundations of Evidence Law*, 25 CIV. JUST. Q. 504 (2006).

למשקלו הסגולי של חקר האמת בהליך השיפוטי ובאשר לתפקידה של האמת במשפט.³⁵ כך, למשל, יש גישות תיאורטיות וחוקרים שכופרים בהיות חקר האמת יעד אינטרינזי של ההליך השיפוטי, ואשר מדגישים את חשיבותן של תכליות נורמטיביות חיצוניות לחקר האמת (בנייהן הרתעה) אגב עמידה על התפקיד המכשירני (אינסטרומנטלי) שחקר האמת ממלא בהגשמתן;³⁶ יש העומדים על יעדים סותרים של ההליך השיפוטי, דוגמת ההגנה על זכויותיהם של נחקרים ועדים לשם שימור הגינותה של המערכת, ועל ההתנגשות שבין היעדים הללו לבין פונקציית ההתחקות אחר האמת;³⁷ יש העוסקים במתח האינהרנטי שבין חקר האמת לבין יסוד ההסכמה במסגרתו של המודל האדוורסרי;³⁸ ואילו אחרים מדגישים יעדים חברתיים המנותקים לחלוטין מהזירה השיפוטית, דוגמת הגנה על מידע בטחוני רגיש או על התא המשפחתי, אשר ניצבים אף הם בהתנגשות חזיתית עם חקר האמת.³⁹ אולם חרף כל המחלוקות – באשר לחשיבות של חקר האמת, באשר למשקל הסגולי שיש להקנות לחקר האמת בהשוואה ליעדים אחרים, באשר לסוג הטעויות השיפוטיות שחשוב למנוע ובאשר למחיר שראוי לשאת כדי למנוע טעויות אלה⁴⁰ – קיימת הסכמה גורפת בין התיאורטיקאים בתחום דיני הראיות שלפיה תפקידו המרכזי של ההליך השיפוטי הוא התחקות אחר האמת.⁴¹ כך תיאר זאת טוויינינג:

“The pursuit of truth in adjudication must at times give way to other values and purposes, such as the preservation of state security or of family confidences; disagreements may arise as to what priority to give to rectitude of decision as a social value and to the nature and scope of

- 35 יש המדגישים את אוולט-ידיה של המערכת השיפוטית בהתחקות אחר האמת. *The Note, The Theoretical Foundation of the Hearsay Rules*, 93 HARV. L. REV. 1786, 1787 (1980) אומנם, אין זו ביקורת עקרונית נגד הפונקציה האפיסטמית של ההליך השיפוטי, אך היא כבדת-משקל מבחינה מעשית.
- 36 הדברים יידונו בהרחבה להלן בחלק ג.
- 37 Ho, לעיל ה"ש 1, בעמ' 69; Mirjan Damaška, *Truth in Adjudication*, 49 HASTINGS L.J. 289, 301 (1998). מחלוקת נוספת בהקשר זה מתייחסת לערכים הנורמטיביים שראוי לכלול כיעדים נוספים של ההליך ולמשקל הסגולי שיש לייחס לחקר האמת בהשוואה אליהם.
- 38 Thomas Weigend, *Is the Criminal Process about Truth?: A German Perspective*, 26 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 157 (2003); Richard C.C. Peck, *The Adversarial System: A Qualified Search for the Truth*, 80 CAN. BAR REV. 456 (2001).
- 39 לשיטתו של שטיין, מבחינה אנליטית ראוי לסווג יעדים אלה כחיצוניים לדיני הראיות. ראו STEIN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 108.
- 40 כך, למשל, מידת ההוכחה הפלילית, ששיעורה "מעבר לכל ספק סביר", משקפת העדפה של זכויות-שווא על הרשעות-שווא. ראו: George P. Fletcher, *Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases*, 77 YALE L.J. 880, 888 (1968).
- 41 David Enoch & Talia Fisher, *Sense and "Sensitivity": Epistemic and Instrumental Approaches to Statistical Evidence*, 67 STAN. L. REV. 557 (2015)

certain competing values... But the end of the enterprise is clear: the establishment of truth."⁴²

מעמד הבכורה של פונקציית ההתחקות אחר האמת נובע, בין היתר, מכך שהאמת היא תנאי-בלעדיר-אין להגשמת כל יעד נורמטיבי אחר: יהיו אשר יהיו הטובין שהמשפט מביא לעולם, יהיו אשר יהיו יעדיו של הדין המהותי – היכולת להגשימם תלויה בהתחקות של בית-המשפט אחר מה שאירע בפועל.⁴³ נוסף על כך, בעלי-הדין זכאים לכך שבית-המשפט ישתמש בפרוצדורות שיפחיתו את ההסתברות לטעויות עובדתיות העלולות לפגוע בזכויותיהם המהותיות.⁴⁴ מערכת שיפוטית שנכשלת באורח שיטתי בהתחקות אחר האמת תהיה נגועה בחוסר יעילות, תטיל עלויות גבוהות על בעלי-הדין ועל החברה כולה, תשרד מסרים שגויים, תיכשל באסדרת התנהגות ראשית, תפגע בזכויות מהותיות של בעלי-הדין ותאבד לגיטימיות מוסרית ופוליטית.⁴⁵ בשל כל אלה הפונקציה האפיסטמית ממלאת תפקיד מרכזי בדיני הראיות ובתיאוריה הראייתית. הדברים תקפים, וביתר שאת, ביחס להצדקה המסורתית לדיני הראיות, אשר רואה בהתחקות אחר האמת תכלית אולטימטיבית ובלבדית של דיני הראיות.⁴⁶ ביטוי לדברים מצוי בהגדרה של לורד דונדין (Lord Dunedin) שלפיה דיני הראיות הם מערכת של כללים מעשיים שהניסיון מלמד כי הם מותאמים בצורה מיטבית לקידום ההתחקות אחר האמת: "nothing more than a set of practical rules which experience..."⁴⁷ "has shown to be best fitted to elicit the truth

הגרעין האפיסטמי משמש גם נקודת המוצא הנורמטיבית לגישת ההוכחה החופשית, שניצבת בהתנגשות חזיתית עם הגישה המסורתית לדיני הראיות (כמורגם עם יתר ההצדקות לאסדרת הביורור העובדתי באמצעות כללים ראייתיים). בנתם וממשיכי דרכו ביקשו לבטל את כללי הפסלות בשל ההכרה בתפקיד האפיסטמי של ההליך, וכדי לאפשר לבית-המשפט להתחקות אחר האמת באופן מיטבי. בהתבסס על רציונליות אמפיריציסטית, הניחו בנתם

42 Twining, לעיל ה"ש 34, בעמ' 272. כן ראו את דבריו של קרמניצר בנוגע להליך הפלילי: "... מטרתו הראשונה והעיקרית של ההליך הפלילי היא בירור האמת וקביעתה כשלב ראשון והכרחי לפני החלת הדין על האמת כפי שנקבעה. המבחן הקובע של כל כלי או שיטה דיוניים הוא, לכן, מידת התאמתם למטרה של גילוי האמת והחלת החוק עליה." מרדכי קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" משפטים יז 478, 475 (1987).

43 STEIN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 12.

44 זאת, בצד שיקולים נוספים, כאמור לעיל. ראו: Robert G. Bone, *The Role of the Judge in the Twenty-First Century: Securing the Normative Foundations of Litigation Reform*, 86 B.U. L. REV. 1155, 1162 (2006).

45 Pardo, לעיל ה"ש 27, בעמ' 560.

46 1 JOHN H. WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW 1019 (1983)

47 Thompson v. R., [1918] AC 221, 226 [(1918) 13 CrAppR 61] (מצוטט אצל Ho, לעיל ה"ש 1, בעמ' 52). ראו ציטוט נוסף אצל Ho, שם: Funk v. United States, 290 U.S. 371, 381 (1933) ("The fundamental basis upon which all rules of evidence must rest – if they are to rest upon reason – is their adaptation to the successful development of the truth")

ואנשי ההוכחה החופשית שבעקבותיו כי הדרך היחידה למילוי הפונקציה האפיסטמית היא פתיחה של שערי בית-המשפט לפני כל סוגי הראיות.⁴⁸ במילים אחרות, ההנחה הנורמטיבית באשר למרכזיותה של הפונקציה האפיסטמית של ההליך השיפוטי משמשת נקודת מוצא משותפת הן לגישת ההוכחה החופשית והן להצדקה המסורתית לדיני הראיות, אשר חותרת לאסדרת הבריור העובדתי באמצעות כללים ראייתיים. ההבדל בין הגישות נעוץ בהנחות האמפיריות שביסודן: על-פי מודל ההוכחה החופשית, פתיחה של שערי בית-המשפט לפני מגוון רחב יותר של ראיות תשפר את כושר ההתחקות אחר האמת, מתוך הנחה ששיעור גבוה יותר של ראיות יתגבש למידה גבוהה יותר של דיוק (ובניסוח פשטני – יותר ראיות שוות יותר אמת). לעומת זאת, על-פי ההצדקה המסורתית לדיני הראיות, שיעור גבוה יותר של ראיות אינו מבטיח מידה גבוהה יותר של דיוק (יותר ראיות אינן בהכרח יותר אמת). זאת, בשל הכשלים המובנים בתהליך הבריור העובדתי (אשר אנשי ההוכחה החופשית מתעלמים מהם), החל בחלוקה לא-שוויונית של משאבי הוכחה, המשך בפערי מידע בין הצדדים, וכלה באופנים שבהם הבניית הראיות והצגתן עלולות לעצב את קבלת ההכרעה העובדתית.⁴⁹ הנחת-היסוד האמפירית שהגישה המסורתית מושתתת עליה היא שהאמצעי להשאת האמת אינו הבאה של כל המידע והראיות אל בית-המשפט, אלא סינון של מידע וראיות שמהימנותם האפריורית נמוכה.

הגישה המסורתית מצדיקה אם כן את אסדרת הבריור העובדתי באמצעות כללים ראייתיים בגין תרומתם של כללים אלה להשגת דיוק בהליך השיפוטי. דיני הראיות, כמו המשפט בכללותו, פועלים באופן קטגורי. לפיכך, תחת ההצדקה המסורתית יחולו כללי הפסלות על ראיות ועדים שהכללתם בסל הראייתי תרחיק את מקבלי ההכרעה העובדתית מן האמת על-פני חתך המקרים הכללי – זאת, גם אם במקרים קונקרטיים התוצאה תהא פסילה של עד או ראיה בעלי ערך ראייתי גבוה. כך, למשל, לגבי פסלותם של בני-זוג מלשמש עדי תביעה בהליך פלילי: על-פי ההצדקה המסורתית, הסיבה לפסלות זו נעוצה במהימנות הא-פרוירית הנמוכה המיוחסת לעדי תביעה שהם קרובי הנאשם, שבעטייה הכללת עדויותיהם בסל הראייתי תגרום סטייה שיטתית מן האמת בחתך המקרים הכללי.⁵⁰ ייתכן שבמקרה מסוים תהא עדותה של אשת הנאשם מטעם התביעה מהימנה, אך הבחינה היא קטגורית, ומתייחסת לקבוצה הכללית של עדי התביעה הקרובים לנאשם.⁵¹

48 STEIN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 115.

49 Gary Edmond & Andrew Roberts, *Procedural Fairness, the Criminal Trial and Forensic Science and Medicine*, 33 SYD. L. REV. 359, 365 (2011).

50 יש הצדקות חלופיות וחוקי-אפיסטמיות לכלל הפוסל עדות קרובים מטעם התביעה בהליך הפלילי, דוגמת רצון להגן על התא המשפחתי. הצדקות אלה, כמו-גם הסוגיה של עדות קרובים בכלל, יירונו בהמשך. אעיר רק כי על-פי שטיין, ככל שההצדקה לפסלות קרובים כעדי תביעה נעוצה בהגנה על התא המשפחתי, אין לסווג את הכלל ככלל ראייתי. יעדים שאינם קשורים להתחקות אחר האמת, דוגמת הערכים החברתיים המוגנים על-ידי מוסד החיסיון (בטחון המדינה, מרקם היחסים בין עורכי-דין ללקוחותיהם, התא המשפחתי וכיוצא באלה), אינם מגדירים את תפקידם של דיני הראיות ואינם חלק בלתי-נפרד מהם. הם נתפסים כחיצוניים לדיני הראיות, גם אם הביטוי הדוקטרינרי שלהם נכלל בפקודת הראיות. ראו STEIN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 108.

51 בחינה זו, ככל בחינה קטגורית, חשופה לחולשות כגון הכללת-יתר והכללת-חסר.

מז הכלל אל הפרט: איך האמור לעיל מיתרגם לזירה של כלל האופי הרע? הגישה המסורתית תצדיק את כלל האופי הרע בגין תרומתו לשכיחות ההתחקות אחר האמת (השגת דיוק) בהליך הפלילי.⁵² שני סוגים של טיעונים אמפיריים מועלים בהקשר זה בספרות בתחום. האחד מבוסס על שלילה של תופעת הרצידיביזם ושל היכולת לנבא לאורה התנהגות עבריינית, קרי, שלילת הרלוונטיות של המידע על-אודות התנהגותו של הנאשם בהודמנויות קודמות ושליטת ערכו הפרובטיבי של מידע זה.⁵³ סוג הטיעונים האחר תולה את ההצדקה לכלל לא במשקל הראייתי של המידע כשלעצמו, אלא בנטייה של מקבלי ההכרעה העובדתית להפריז בערכו הראייתי בשל פערי מידע או בשל הנחות-יסוד אמפיריות שגויות בנוגע לתופעת העבריינות החוזרת, באורה שהופך את השימוש במידע לכזה הפוגע במידת הדיוק הכללית במערכת.⁵⁴ בין שפסילת הראיה בדבר האופי הרע מבוססת על כפירה בערך הפרובטיבי, ובין שהיא מבוססת על פוטנציאל של הערכת-יתר אצל שופטים ומושבעים בשל מידע חסר, שני סוגי הטיעונים משתייכים מבחינה אנליטית להצדקה המסורתית לדיני הראיות: שורשיהם נעוצים בערך השלילי (במונחי דיוק) שיש להכללת הראיה בדבר האופי הרע בסל הראייתי.⁵⁵

52 ראו Ho, לעיל ה"ש 1, בעמ' 289.

53 ראו: Robert G. Spector, *Rule 609: A Last Plea for Its Withdrawal*, 32 OKLA. L. REV. 334, 351 (1979). לאחר הספרים הקנוניים בתחום, העוסק בהרחבה בתופעת הרצידיביזם ובנטייה

לעבריינות, ראו: HUGH HARTSHORNE & MARK A. MAY, *STUDIES IN DECEIT* (1928).

54 Ho, לעיל ה"ש 1, בעמ' 289 ("Evidence of previous misconduct is often thought to have probative value... But it is also recognized that the evidence is potentially prejudicial. This is taken to mean that the evidence is capable of leading the fact-finder away from the correct factual conclusion. Where the prejudicial effect of the evidence outweighs its probative force, admitting the evidence is more likely to obstruct than aid the discovery of truth. In such a case, it is justifiable to exclude the evidence for that is the course of action most conducive to the desired outcome"). לדיון מורחב בסיבות להערכת-יתר של מידע ראייתי, במיוחד בהקשר של מושבעים, ראו: RICHARD O. LEMPERT & STEPHEN A. SALTZBURG, *A MODERN APPROACH TO EVIDENCE: TEXT, PROBLEMS, TRANSCRIPTS, AND CASES* Mike Redmayne, *The* 216 (2nd ed. 1982).

Relevance of Bad Character, 61 CAMB. L.J. 684 (2002).

55 מובן שהדברים אינם חפים מביקורת. יש המייחסים ערך פרובטיבי למידע על-אודות התנהגויות קודמות, ומביאים תימוכין פסיכולוגיים ואמפיריים לנטייה לרצידיביזם; אחרים תוקפים את ההנחות לגבי הערכת-יתר של הראיה מצד שופטים מקצועיים, ואפילו מצד מושבעים. ראו: Susan M. Davies, *Evidence of Character to Prove Conduct: A Reassessment of Relevancy*, 27 CRIM. L. BULL. 504, 506, 533 (1991) ("current psychological literature strongly supports the commonsense intuition that people act predictably according to their characters... [T]he notion that jurors overvalue the probativeness of character or make errors because of their inability to make accurate assessments of character gains little reinforcement from contemporary work in the social sciences"). לבסוף, יש המותחים ביקורת על הגזירה הנורמטיבית שהמצדדים בכלל האופי הרע גוזרים מהנטייה להערכת-יתר של הראיה, וקובעים כי התרופה להערכת-יתר צריכה להיות דרישה לתוספות ראייתיות, ולא פסילה גורפת של הראיה. ראו: ADRIAN A.S. ZUCKERMAN, *THE PRINCIPLES OF CRIMINAL*

לסיכום הגישה המסורתית – לפי גישה זו דיני הראיות מוצדקים בהיותם אמצעי לקידום ההתחקות אחר האמת ולהשאת הדיוק בהליך השיפוט. הם נכנסים לתמונה במצבים שבהם גישת ההוכחה החופשית כושלת, דהיינו, במצבים שבהם הכללה של ראיה מסוימת בסל הראיות צפויה להרחיק את קובעי הממצאים מן האמת במקום לקרבם אליה. הבחינה, כאמור, נעשית לפי חתך המקרים הכללי. מנקודת-מבט זו, ההצדקה לכלל האופי הרע (כמו לדוקטרינה הראייתית כולה) תהא מושתתת על פוטנציאל הסטייה מן האמת הגלום בהכללת המידע על-אודות עברו השלילי של הנאשם, ועל ההנחה שהחרגת מידע זה מבסיס ההכרעה בשאלת האחריות הפלילית תגדיל את מידת הדיוק במערכת.

ב. הגישה הכלכלית לדיני הראיות

עד כה בודדתי את הגרעין האפיסטמי שבבסיס התיאוריה הראייתית. עמדתי על ההצדקה המסורתית לדיני הראיות, שרואה בחקר האמת את התכלית הבלעדית של דיני הראיות. אולם בהתמקדותה הבלעדית בחקר האמת, הגישה המסורתית אינה נותנת דין וחשבון לגבי המחיר החברתי הנלווה לתהליך זה.⁵⁶ ההתחקות אחר האמת והשגת הדיוק בהכרעה השיפוטית מופיעות עם תג מחיר בצידין: ראיות אינן צצות יש מאין. הן מוצר כלכלי. איסופן ו/או ייצורן כרוכים בהשקעת משאבים.⁵⁷ כך, למשל, עדות מומחים ניתנת תמורת תשלום, והוא הדין באיסוף ראיות DNA או בעריכת בדיקות פורנזיות. גם העלאת עדים רגילים לדוכן העדים מחייבת זיהוי של אותם עדים רלוונטיים והבאתם אל אולם בית-המשפט. לעדות נלוות לעיתים עלויות שאינן כספיות, דוגמת הכאב והסבל הנגרמים לעדים כתוצאה מגביית העדות. בהתחשב במכלול העלויות (הכספיות והלא-כספיות) הגלומות בהשגת הדיוק בהכרעה השיפוטית, יש מקום להידרש לשאלת הכדאיות הכלכלית של ההתחקות אחר האמת.⁵⁸ גישת היעילות המערכתית לדיני הראיות נבדלת מהגישה המסורתית בכך שהיא מביאה בחשבון את מגוון העלויות הללו הכרוכות באיסוף הראיות וכבירור האמת.⁵⁹

EVIDENCE 213 (1989). מכל מקום, דיון נורמטיבי ברציותו של הכלל הוא חיצוני למטרות המאמר. תכלית הדיון אינה לקבוע מסמרות בשאלה אם הכלל רצוי מבחינה נורמטיבית, אלא לעמוד על קווי המתאר המאפיינים את ההצדקות שאפשר לנסח לו מכמה זוויות תיאורטיות בהנחה שהוא רצוי מבחינה נורמטיבית. מדובר במהלך השוואתי באופיו שנועד להדגים את ההבדלים בין ההצדקות הנורמטיביות. כלל האופי הרע משמש בו לצרכים אילוסטריטיים בלבד, ואינו בעל חשיבות עצמאית.

56 גם תחת הגישה המסורתית אפשר למצוא עיסוק חלקי בשאלות אלה, אולם רק בהקשרים ספציפיים הנוגעים בהתנגשות של חקר האמת עם ערכים חברתיים חיצוניים לאמת המוגנים על-ידי החסיונות. כאמור, זירות אלה נמצאות מחוץ לגדרי הדיון, משום שמבחינה אנליטית הן ניצבות מחוץ לקורפוס הראייתי.

57 ראו: Saul Levmore & Ariel Porat, *Asymmetries and Incentives in Plea Bargaining and Evidence Production*, 122 YALE L.J. 690 (2012).

58 STEIN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 141.

59 גם מחוץ לספרות העוסקת בגישה הכלכלית לדיני הראיות אפשר למצוא הדים לתובנה שיש מחירים שלא ראוי לשלם, כפרטים וכחברה, בדרך לחקר האמת. דוגמה לכך היא ההתנגדות

על-פי גישה זו, תפקידם של דיני הראיות אינו מתמצה בהשאת הדיוק ובהתחקות אחר האמת, אלא עליהם לחתור להתחקות יעילה אחר האמת. בטרם אדרש לגישה הכלכלית לדיני הראיות, אקדים מילים מספר על ההתפתחות האינטלקטואלית של מתודה זו.⁶⁰ אסכולת הניתוח הכלכלי של המשפט התעלמה במשך שנים רבות מתחום דיני הראיות.⁶¹ מאמרים ספורים בנושא התפרסמו בראשית שנות השמונים,⁶² אך להבדיל מהניתוח הכלכלי בתחומי משפט אחרים – דוגמת הניתוח הכלכלי של המשפט הפרטי – המחקר הכלכלי בדיני הראיות באותן שנים היה מבוזר ומצומצם מאוד.⁶³ מיעוט הכתיבה ניכר גם על רקע ההשוואה לתחומי משפט משיקים, כגון הניתוח הכלכלי של סדרי הדין האזרחיים.⁶⁴ אחד הטעמים שהועלו לפריחה המאוחרת של הניתוח הכלכלי של דיני הראיות נעוץ בנטייתם של חוקרים רבים בתחום להתייחס לראיה כאל דבר אקסוגני, בבחינת יש ראיה או אין ראיה לאירוע העובדתי מושא המחלוקת.⁶⁵ כאמור לעיל, הסתכלות זו שגויה, משום שעצם קיומה של ראיה עשוי להיות תלוי בהשקעת משאבים באיסופה. ככלל, הניתוח הכלכלי של דיני הראיות מתמקד ביישום תובנות וכלי ניתוח כלכליים על כללים ומוסדות ראיתיים. ברוח הגישה הכלכלית בכללותה, גם הניתוח הכלכלי של דיני הראיות מבוסס על הנחת-היסוד שלפיה בעלי-דין פוטנציאליים וממשיים פועלים כמשיאים

לשימוש בעינויים כאמצעי לחקר האמת. בהמשך הפרק יידונו כמה הקשרים שמחוץ לזירת הגישה הכלכלית.

60 הדיון בהתפתחות הניתוח הכלכלי לדיני הראיות ובמודל מזעור העלויות, המופיע בחלק זה, פותח בחלקו במאמר: טליה פישר ואלכס שטיין "דיני ראיות" הגישה הכלכלית למשפט 1103 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

61 כן ראו: Ron A. Shapira, *Symposium: The Economics of Evidentiary Law: Economic Analysis of the Law of Evidence: A Caveat*, 19 CARDOZO L. REV. 1607, 1607 (1998); Richard D. Friedman, *Symposium: The Economics of Evidentiary Law: Economic Analysis of Evidentiary Law: An Underused Tool, an Underplowed Field*, 19 CARDOZO L. REV. 1531, 1531 (1998).

62 Note, *The Theoretical Foundation of the Hearsay Rules*, 1790-1789 בעמ' 35, לעיל ה"ש 35, Frank H. Easterbrook, *Insider Trading, Secret Agents, Evidentiary Privileges, and the Production of Information*, 1981 SUP. CT. REV. 309; Thomas Gibbons & Allan C. Hutchison, *The Practice and Theory of Evidence Law – A Note*, 2 INT'L REV. L. & ECON. 119 (1982). למאמרים מאוחרים יותר ראו, למשל, Shapira, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1607; Ronald J. Allen et al., *A Positive Theory of the Attorney-Client Privilege and the Work Product Doctrine*, 19 J. LEGAL STUD. 359 (1990); Richard D. Friedman, *Toward a Partial Economic, Game-Theoretic Analysis of Hearsay*, 76 MINN. L. REV. 723 (1992); Myrna S. Raeder, *Symposium: The Economics of Evidentiary Law: Cost-Benefit Analysis, Unintended Consequences, and Evidentiary Policy: A Critique and a Rethinking of the Application of a Single Set of Evidence Rules to Civil and Criminal Cases*, 19 CARDOZO L. REV. 1585 (1998).

63 Shapira, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1607.

64 שם.

65 Friedman, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1531; Shapira, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1607.

רציונליים של תועלותיהם. נוסף על כך, הניתוח הכלכלי של דיני הראיות מתמקד גם במסודות המשפטיים – במערכת השיפוטית ובמתכנן החברתי. לבסוף, כמו זירות אחרות בתחום הגישה הכלכלית למשפט, גם הניתוח הכלכלי של דיני הראיות מתאפיין במימד דסקרפטיבי לצד מימד פרספקטיבי.⁶⁶

1. מודל מזעור העלויות

המאמר הראשון של פוזנר (Posner), אבי הגישה הכלכלית למשפט, שיוחד לניתוח כלכלי מקיף של דיני הראיות, ראה אור רק בשנת 1999.⁶⁷ במאמרו הציג פוזנר את מודל מזעור העלויות (cost minimization model). על-פי מודל זה, תפקידם של דיני הראיות הוא להבטיח את היעילות של המערכת השיפוטית בכלל ושל הבירור העובדתי בפרט באמצעות מזעור הסך המצרפי של העלויות החברתיות הנובעות מטעויות שיפוטיות ושל העלויות החברתיות הכרוכות במניעת הטעויות הללו.⁶⁸ עלויותיה של הטעות השיפוטית מורכבות מערכן של הזכויות והחבויים המשפטיות שהמערכת השיפוטית אינה משכילה לאכוף. העלויות של מניעת הטעויות מורכבות מסך העלויות של קביעת ממצאים עובדתיים מדויקים במסגרת ההליכים המשפטיים ובשלבם הקודמים למשפט.⁶⁹ מזעור הסך המצרפי של עלויות הטעות והמניעה מחייב התגברות על כשל הנייעתי (מוטיוויציוני) וכשל מידעי (אינפורמטיבי).⁷⁰ הכשל הנייעתי נעוץ בפער שבין התועלות הפרטיות הצומחות לצדדים מבירור האמת לבין התועלות החברתיות הנלוות להתחקות אחר האמת.⁷¹ בעוד האינטרס

66 התאמתה של המתודה הכלכלית לזירה של דיני הראיות נובעת גם משאלות של הקצאת עלויות לבירור האמת בין בעלי-הדין. כך, כתוצאה נגזרת מהיות הראיות מוצר כלכלי (ומכך שיש מחיר להתחקות אחר האמת), הבאתן לפני בית-המשפט מעוררת שאלות חלוקתיות. השאלות כיצד יש להקצות את נטלי השכנוע ואת נטלי הבאת הראיות בין הצדדים להליך, ומי מהם יישא בסיכוני המשגה, הן שאלות קלסיות מתחום הכלכלה. כמו-כן, הכללים המסדירים את הקצאת העלויות ואת סיכוני המשגה בין הצדדים להליך השיפוטי הם גם תולדה של ההסכמות המתגבשות בין הצדדים; מימד החליפין המתואר עולה אף הוא בקנה אחד עם הניתוח הכלכלי. ראו Friedman, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1533; Shapira, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1607. כן ראו Raeder, לעיל ה"ש 62.

67 Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 51 STAN. L. REV. 1477 (1999). לביקורת נודעת על מודל מזעור העלויות ועל הניתוח הכלכלי של פוזנר לדיני הראיות ראו: Richard Lempert, *The Economic Analysis of Evidence Law: Common Sense*, on Stilts, 87 VA. L. REV. 1619 (2001).

68 Posner, לעיל ה"ש 67.

69 STEIN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 141. יוער כי מהפרספקטיבה הצרה של ניתוח אקס-פוסט, אי-דיוק מערכתי אינו מהווה בהכרח עלות חברתית. במצבים של תשלומי העברה, דוגמת עברות קנס או הליכים אזרחיים עם סעדים ממוניים, העלות החברתית של אי-הדיוק גלומה באפקט התמריצי אקס-אנטה.

70 שם.

71 ראו: Steven Shavell, *The Fundamental Divergence between the Private and the Social*, Motive to Use the Legal System, 26 J. LEGAL STUD. 575 (1997).

החברתי הוא למנוע את התרחשותן של שתי הטעויות האפשריות בהליך השיפוטי – הטלה שגויה של אחריות, מחד גיסא, ופטור שגוי מאחריות, מאידך גיסא – בעלי-הדין בהליך האזרחי מעוניינים לזכות במשפט בהתעלם משאלת אחריותם בפועל.⁷² הם אינם מפנימים בפונקציות התועלת שלהם את האינטרס החברתי הגלום בהתחקות אחר האמת, והתוצאה היא השקעה תת-מיטבית בבירור האמת.⁷³ הוא הדין בהליך הפלילי, שבו האינטרס של הנאשם הוא לצאת זכאי תמיד, בלא קשר לשאלת אחריותו בפועל (ובלא תלות בשאלת המשאבים החברתיים המוקצים לבירור האמת במקרה של חפות).⁷⁴ הכשל השני בהוצאתו לפועל של מודל מזעור העלויות נובע מתנאים של א-סימטריה במידע.⁷⁵ פערי המידע בין הצדדים לבין עצמם וכינם לבין בית-המשפט פותחים פתח להתנהלות אופורטוניסטית ולהסתתת בית-המשפט מן האמת. דיני הראיות נועדו לאפשר התחקות יעילה אחר האמת על-ידי צמצום השפעתם של הכשלים ההניעתיים והמידעיים הללו והוצאתו לפועל של מודל למזעור העלויות.⁷⁶

מודל מזעור העלויות שניסח פוזנר מתמקד בסך המצרפי של עלויות הטעות והמניעה, בהתעלם מאופן חלוקתן של העלויות הללו בין בעלי-הדין. שטיין הוסיף נדבך חשוב לדיון בהתייחסו להיבט החלוקה של עלויות הטעות וסיכוני הטעות בין הצדדים להליך. לשיטתו של שטיין, דיני הראיות ממלאים שלוש פונקציות מרכזיות: (1) הפחתת הטעויות (סיכוני המשגה) במערכת; (2) הוזלת עלויות המניעה של הטעות; (3) הקצאת סיכוני המשגה בין בעלי-הדין. במילים אחרות, גישתו של שטיין נבדלת מהגישה המסורתית לא רק בכך שהיא מביאה בחשבון את העלויות של מניעת הטעויות במערכת השיפוטי, אלא גם בכך שהיא מכירה בחוסר היכולת האינהרנטית להבטיח התחקות מלאה אחר האמת, ובתפקיד שדיני הראיות ממלאים בהקצאת א-הוודאות וסיכוני המשגה בין בעלי-הדין. גישתו של שטיין

72 STEIN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 142.

73 Susan Rose-Ackerman & Mark Geistfeld, *The Divergence between Social and Private Incentives to Sue: A Comment on Shavell, Menell, and Kaplow*, 16 J. LEGAL STUD. 483, 483 (1987). יוער כי המודל האדוורסרי מושתת על ההנחה כי אף שהצדדים אינם מפנימים את התועלת החברתית בפונקציות המטרה שלהם, העימות ביניהם ובין עמדותיהם העובדתיות הסותרות יוביל לתובנות עובדתיות המתחקות אחר האמת (ואשר עולות במובן זה בקנה אחד עם האינטרס החברתי). אלא שמודל זה נשען על הנחות בדבר סימטריה ביחסי הכוחות בין הצדדים ובנגישות למידע, אשר אינן משקפות בהכרח את המציאות בפועל.

74 ראו STEIN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 142.

75 ראו שם, בעמ' 143. למודל נוסף שפותח לצורך התמודדות עם כשל זה ראו דורון מנשה ולימור ריזה "יש שהגידון מנדב ראייה – תמריצים ראייתיים לעידוד חשודים ותביעה לשתף פעולה" מחקרי משפט כה 845 (2009).

76 STEIN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 143. זאת, כפי שטוען שטיין, בעיקר באמצעות שימוש בארבעה סוגים של כללים ראייתיים: כללי הכרעה (decision rules), כללי הליך (process rules), כללי מהימנות (credibility rules) ודוקטרינת הנזק הראייתי (the evidential damage doctrine). לדיון בדוקטרינת הנזק הראייתי ראו אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כה 191 (1998).

נבדלת ממודל מזעור העלויות של פוזנר בכך ששטיין מוסיף על המימד של מזעור העלויות של הטעות והמניעה שני עקרונות חשובים נוספים: האחד, עקרון השוויון (principle of equality) שחל בהליך האזרחי, ואשר מכוחו מתחייבת חלוקה שוויונית של סיכוני המשגה בין הצדדים להליך תחת הנחת שוויון א־פריורי ביניהם; והאחר, עקרון ה־equal best שחל בהליך הפלילי, ואשר גורס כי על ההליך הפלילי להתנהל בצורה שמגינה על הנאשם מפני הרשעות־שווא ומטילה את מרבית עלויות הטעות וסיכוני המשגה לפתחה של התביעה הכללית. איך כל האמור מתרגם לזירת האופי הרע? כיצד מודל מזעור העלויות עשוי להצדיק את כלל האופי הרע? להבדיל מהגישה המסורתית, תחת מודל מזעור העלויות לא תוגבל ההצדקה לכלל האופי הרע לנסיבות שבהן הכללת המידע על־אודות עברו השלילי של הנאשם תקטין את מידת הדיוק בהכרעות השיפוטיות על־פני חתך המקרים הכללי. מודל מזעור העלויות עשוי להצדיק את הכלל גם בנסיבות שבהן המידע על־אודות אופיו הרע של הנאשם צפוי לקדם את ההתחקות המערכתית אחר האמת. זאת, אם הליך ההתחקות אחר האמת – בדרך של הסתמכות על עברו השלילי של הנאשם – יימצא לא־יעיל מבחינה חברתית. ההנחה שהעלויות של מניעת טעות באמצעות מידע על־אודות עברו שלילי יחרגו מהאופטימום החברתי יכולה להתבסס, למשל, על כך ששימוש בראיית האופי הרע מחייב הרחבה של חזית המחלוקת העובדתית מהמעשה מושא כתב האישום לעבר מעשים קודמים בעברו של הנאשם, ובכך מייקר את ההליך מעבר לנקודת האופטימום.

אם כן, בעוד הגישה המסורתית ממוקדת בטעות המשפטית עצמה, תוך התעלמות מהעלויות הכרוכות במניעתה, מודל מזעור העלויות מביא בחשבון גם את העלויות של מניעת הטעות המשפטית. לפי גישה זו, דיני הראיות מוצדקים בהיותם אמצעי למזעור הסך המצרפי של עלויות הטעות ועלויות המניעה במערכת השיפוטית (לשם קידום יעילותה של המערכת במובן של cost efficiency). הם נכנסים לתמונה במצבים שבהם ההוכחה החופשית כושלת, קרי, במצבים שבהם הכללה של ראיה מסוימת בסל הראיות היא דרך יקרה מדי לברור האמת אקס־פוסט (לאחר ההתרחשות הלכאורית של האירוע מושא המחלוקת המשפטית), וכן במצבים, שכבר נדונו לעיל תחת הגישה המסורתית, שבהם הכללת הראיה צפויה להרחיק את קובעי הממצאים מן האמת במקום לקרבם אליה. מהפרספקטיבה התיאורטית של מודל מזעור העלויות, ההצדקה לכלל האופי הרע – כמו לדוקטרינה הראייתית בכללותה – מושתתת על ההנחה שהחרגת המידע על־אודות העבר השלילי של הנאשם מבסיס ההכרעה בשאלת האחריות הפלילית תמזער את הסך המצרפי של עלויות הטעות ועלויות המניעה במערכת.

2. מודל ההתנהגות הראשית

שתי הגישות שנדונו עד כה – הגישה המסורתית וגישת מזעור העלויות – מדגישות את תפקידם של דיני הראיות במימוש הפונקציה האפיסטמית של ההליך השיפוטי ובהבטחת התחקות מדויקת אחר אירועי העבר במסגרתו. לעומתן, גישת ההתנהגות הראשית לדיני הראיות, שבה אתמקד להלן, מדגישה את תפקידם של כללים ראייתיים בעיצוב העתיד יותר מאשר בהתחקות אחר העבר. גישה זו מסיטה את נקודת־המבט מהפונקציה האפיסטמית של ההליך השיפוטי לתכליות האולטימטיביות של המשפט, הנגזרות מחקר האמת, ובראשן הכוונת התנהגות רצויה בחברה. על־פיה, ההתחקות אחר האמת אקס־פוסט היא אומנם מטרה ראויה

של ההליך השיפוטי ושל דיני הראיות, אך היא אינה יעד אינטרניזי: האמת היא אך אמצעי להגשמת היעדים החברתיים האולטימטיביים של המשפט ושל ההליך השיפוטי, ובראשם הכוונת התנהגות חברתית אקס-אנטה.⁷⁷ גישת ההתנהגות הראשית מדגישה את תפקידם של כללים ראייתיים בעיצוב תמריצים להתנהגות רצויה מחוץ לכותלי בית-המשפט – בשוק, ברחוב ובכבישים.⁷⁸ להלן אבאר את הדברים.

נקודת המוצא של גישת ההתנהגות הראשית לדיני הראיות – כמו של הניתוח הכלכלי של המשפט בכללותו – היא שבלא תמריצים להפנמת העלויות החברתיות הכרוכות בפעילויות לא-חוקיות, פרטים עלולים להתעלם מההשלכות של התנהגותם על הרווחה המצרפית. המכשיר להפנמת העלויות החברתיות אל תוך פונקציות התועלת של הפרטים בחברה גלום בהטלת אחריות משפטית עליהם בלוויית סנקציה. הדרך להפנמת העלויות החברתיות אל תוך פונקציות התועלת של הפרטים בחברה עוברת בבית-המשפט, ומכאן חשיבות הדיוק בהכרעה השיפוטית: יצירת קשר סיבתי בין התנהגות הפרטים לבין התוצאות המשפטיות תלויה באורח הדוק בהתחקות של בית-המשפט אחר מה שאירע בפועל. הרתעה תושג רק אם הסנקציה המשפטית תוטל על מי שעיוול או פשע בפועל, ולהפך. מכאן שחקר האמת הוא אמצעי מתווך (proxy) חשוב בדרך להשגת יעדי ההרתעה.⁷⁹ ניתן להעריך כי התלכדות משמעותית זו בין התכלית האפיסטמית לבין יעד ההרתעה היא הסיבה שבעטייה מודל מזעור העלויות הסתפק בהדגשת התכלית של התחקות אחר האמת בזירה הראייתית. אולם, כדרכם של אמצעים מתווכים, לא בכל המקרים יעד ההתחקות אחר האמת מתלכד באופן מלא עם יעד ההרתעה. יש מקרים של מתח פנימי בין התחקות אחר האמת בהליך השיפוטי לבין השגת הרתעה. מכאן חשיבות ההבחנה בין יעד ההרתעה לבין יעד ההתחקות אחר האמת, ומכאן גם חשיבות העמידה על המדרג הלקסיקלי ביניהם בזירה השיפוטית.⁸⁰ מאחר שההתחקות אחר האמת מהווה אך מכשיר להשגת הרתעה, תחנת-ביניים בדרך ליעד ההרתעה, על הפונקציה האפיסטמית של ההליך השיפוטי ושל דיני הראיות לסגת מפני ההרתעה במקרים של התנגשות ביניהם. הדברים מביאים אותנו אל כלל האופי הרע, שהוא אחת מזירות ההתנגשות בין יעד ההתחקות אחר האמת לבין יעד ההרתעה בזירה הראייתית. הדברים הועלו על-ידי סנקיריקו (Sanchirico) במאמרו (*Character Evidence and the Object of Trial*).⁸¹ לדבריו, כלל האופי הרע אינו מתיישב עם גישה הרואה את דיני הראיות כמכוונים אולטימטיבית כלפי התחקות אחר האמת. זאת, משום שהמידע על-אודות אופי

77 ראו: Louis Kaplow, *The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis*, 23 J. LEGAL STUD. 307 (1994) (להלן: Kaplow, *The Value of Accuracy in Adjudication*); Louis Kaplow, *Burden of Proof*, 121 YALE L.J. 738 (2012) (להלן: Kaplow, *Burden of Proof*).

78 Chris W. Sanchirico, *Character Evidence and the Object of Trial*, 101 COLUM. L. REV. 1227, 1229 (2001).

79 שם.

80 ראו Kaplow, *The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis*, לעיל ה"ש; Kaplow, *Burden of Proof*, לעיל ה"ש 77. על-פי קפלו, ההקצאה המיטבית של טעויות שיפטיות נגזרת מפונקציית יצירת התמריצים להתנהגות ראשית מיטבית.

81 Sanchirico, לעיל ה"ש 78, בעמ' 1229.

הרע של הנאשם ניחן בכוח לקדם את חקר האמת, על רקע הנטייה לרצידיביזם.⁸² במילים אחרות: על-פי סנקרייקו, אי-אפשר להצדיק את הכלל הפוסל שימוש במידע על אופי הנאשם ועל מעשיו הקודמים מנקודת-מבט של בירור אקס-פוסט של שאלת ביצוע העברה. לטענתו, הדרך היחידה שבה אפשר להצדיק את כלל האופי הרע היא התכלית היסודית יותר של דיני הראיות – יצירת תמריצים להתנהגות ראויה מחוץ לכותלי בית-המשפט. ההגיגון וההצדקה לכלל נעוצים באופן שבו הוא משפיע על עצם הנטייה אקס-אנטה של פרטים בחברה לבצע את מעשה העברה. במילים אחרות, הבעיה אינה עם הערך הפרובטיבי של המידע על-אודות אופיו הרע של הנאשם, אלא עם הערך התמריצי של מידע זה. הסיבה לערך התמריצי השלילי של המידע על-אודות אופי רע נעוצה בכך שבצומת הרלוונטי ביותר מבחינה תמריצית – קרי, בנקודה שבה העבריינית הפוטנציאלית מתלבטת אם להפר את החוק – אופייה הרע הוא כבר נתון קיים. משעה שיש באמתחתה של הנאשמת הפוטנציאלית הרשעה קודמת או מעשים שליליים, ראיות אלה מתקיימות בעולם בלא תלות בשאלת מעורבותה של הנאשמת בפעילות לא-חוקית עוקבת. אם המידע על-אודות אופי רע יוכר כראיה קבילה, הוא עלול לשמש נגדה בין שהיא תבחר להפר את החוק בצומת הרלוונטי ובין שהיא תבחר להימנע מפעילות לא-חוקית. במילים אחרות, הכרה בראיה בדבר אופי שלילי תגדיל את הסתברות ההרשעה של הנאשמת בין שהיא אשמה ובין שהיא חפה מפשע, והדבר יוביל בתורו להפחתה בעלות השולית הכרוכה בבחירה בפעילות העבריינית. מכיוון שהכללת המידע על-אודות אופי רע תגדיל את הסתברות ההרשעה של הנאשמת אקס-פוסט, לרבות במצבים שבהם היא לא הייתה מעורבת בעברה הנוספת המיוחסת לה, העלות השולית של בחירתה בפעילות העבריינית אקס-אנטה עלולה לפחות. אולם יצירת תמריצים מותנית בעלות שולית זו – בשינוי מאזן העלות-תועלת (payoff) של הפרט עקב העדפה של הפעילות העבריינית על הימנעות ממנה.⁸³ הראיות הנוגעות באופייה הרע של הנאשמת ובעברה השלילי הן בעייתיות במונחים הרתעתיים, ומכאן הסיבה לחסימת דרכן בשלב ההוכחות. במילים אחרות, כדי ליצור תמריצים להימנעות מפעילות לא-חוקית, נדרש שהעבריינית הפוטנציאלית תדע מראש כי הסבירות להרשעתה ולהענשתה העתידיות תלויה אך ורק בבחירתה הנוכחית להפר את הדין. ככל שהתלות בין הסתברות ההרשעה והענישה לבין ביצוע העברה נחלשת, פוחת בהתאמה התמריץ להימנע מביצוע העברה. הכללת המידע על-אודות אופי רע בסל הראייתי בשלב ההוכחות עלולה להחליש את התלות האמורה. עקב הפגיעה בעלות השולית של הבחירה בפעילות העבריינית, ייפגע התמריץ של העבריינית הפוטנציאלית להימנע מביצוע העברה הנוספת. בשל השפעה שלילית זו, במונחי הרתעה, חל הכלל הפוסל הבאת מידע על-אודות אופי רע לפני בית-המשפט בשלב ההוכחות. על-פי

82 ראו: Alon Harel & Ariel Porat, *Aggregating Probabilities Across Cases: Criminal Responsibility for Unspecified Offenses*, 94 MINN. L. REV. 261, 280 (2009) (“The pattern-behavior doctrines are rooted in the premise that a person who has committed several-of offenses in the past is more likely to either have intended or have actually committed the offense of which that person is presently accused... It is the interdependence between the .past offense and the present alleged offense that provides the grounds for conviction”)

סנקיריקו, כלל האופי הרע מקדם הרתעה בכך שהוא מונע את הפגיעה בעלות השולית של הבחירה בפעילות העבריינית.⁸⁴

באמצעות כלל האופי הרע, סנקיריקו מכוון את הזרקור לתכלית חשובה של דיני הראיות: לשיטתו, יש להמשיג ולהבין את דיני הראיות כמכוונים ביסודם ליצירת תמריצים להתנהגות ראויה של פרטים מחוץ לאולם בית-המשפט. מובן שהקריאה לסנקיריקו מציע לכלל האופי הרע אינה מצטמצמת לקביעה כי יצירת תמריצים ראויים היא התכלית הנורמטיבית הבלעדית של דיני הראיות; אך גם אם שיקולים נוספים ניצבים בתשתיתם של דיני הראיות ובסודו של כלל האופי הרע, יהא זה בעייתי להתעלם מההשלכות התמריציות השליליות הנלוות לשימוש במידע על-אודות התנהגויות עבר שליליות בשלב ההוכחות, כמו-גם מההשלכות של כללים ראיתיים החלים בבית-המשפט אקס-פוסט על תמריצי ההתנהגות אקס-אנטה. הטיעון של סנקיריקו אינו חף מפגמים. ביקורת מרכזית שאפשר לנסח נגדו היא שהססת המבט שהוא מציע לעבר ההשפעות אקס-אנטה אינה מרחיקת-ראות דייה.⁸⁵ סנקיריקו מתמקד בתהליך קבלת ההחלטות של עבריינים פוטנציאליים בשלב שלאחר ביצוע המעשה בעל האופי הרע או ההרשעה הקודמת, כמתחייב מעצם קיומם של מעשים רעים אלה. אכן, כאשר באמתחתו של נאשם כבר מצויים מעשים קודמים רעים, הכנסת המידע עליהם בשלב ההוכחות של כל הליך עתידי תיצור אפקט תמריצי מצנן מהטעמים שנדונו לעיל. עם זאת, לא ברור מדוע, כאשר מנסחים כללים להשגת הרתעה מיטבית, יש למקד את המבט דווקא בנקודת הזמן שלאחר ביצוע המעשה הרע הראשוני או ההרשעה הראשונה, שהרי מבחינת התועלת החברתית חשוב למונע גם את המעשה הרע הראשוני או את ביצועה של העברה הראשונה, ולא רק את התרחשותן של עברות עוקבות. כדי להעריך את האפקט התמריצי של כלל האופי הרע – כמו-גם של כללים ראיתיים בכלל – יש לבחון את השפעתם על מערכת התמריצים גם בשלבים שלפני ביצוע העברה הראשונה או המעשה הרע שבתשתית אופיו הרע של הנאשם. בשלב מוקדם זה, שבו טרם נעברה העברה הראשונה, ואשר בו המעוול או העבריין הפוטנציאליים חוככים בדעתם אם לבצע אותה עברה ראשונה, להכללת המידע על-אודות אופי רע בכל הליך עתידי צפויה להיות השפעה תמריצית חיובית. זאת, משום שהעבריין הפוטנציאלי ידע שאם יבצע את העברה הראשונה, לא זו בלבד שהוא יהיה חשוף לתוחלת עונש מסוימת אם יורשע בגינה, אלא שבכל נקודת זמן עתידית הוא יהיה חשוף לתוחלת הרשעה גבוהה יותר מעצם קיומה של הרשעה קודמת. אם כן, הכללת המידע על-אודות אופי רע או הרשעות קודמות בשלב ההוכחות יוצרת אפקט תמריצי חיובי בשלב שלפני ביצוע המעשה הרע הראשוני או העברה הראשונה ואפקט תמריצי שלילי בשלב שלאחר ביצוע המעשה הרע הראשוני או צבירת ההרשעה הראשונה. השאלה איזו השפעה תמריצית חזקה יותר – החיובית בשלב הראשון או השלילית בשלב השני – היא שאלה אמפירית ביסודה. בכל מקרה, אי-אפשר להתעלם מההשלכה התמריצית החיובית שיש לכלל האופי הרע עובר לביצוע העברה הראשונה. תיחום מרויק של פרק-הזמן הרלוונטי לבחינת השפעתו אקס-אנטה הוא קריטי, אם כן, משום שבכל אחד מפרקי-הזמן מסתמנת תמונה תמריצית שונה בעליל. הטיעון של סנקיריקו מתאים אם כן פחות לראיות על-אודות אופי

84 Sanchirico, לעיל ה"ש 78, בעמ' 1229.

85 ראו Enoch & Fisher, לעיל ה"ש 41.

רע, אך הוא עשוי להתאים יותר לראיות מנבאות-עבריינות אחרות, המתבססות על משתנים שאינם בעייתיים מבחינה חברתית או שאינם בשליטת הנאשם (דוגמת גילו), ואשר משום כך ההשפעה התמריצית של הכללתם בסל הראייתי היא שלילית באופן מובהק.⁸⁶

ביקורת נוספת שאפשר למתוח על הטיעון של סנקיריקו מתייחסת להנחה האמפיריציסטית ביסודה שלפיה העלייה בתוחלת העונש של החף, כפועל יוצא מהכללת המידע על-אודות אופיו הרע, תוביל לירידה הכרחית בהפרש שבינה לבין תוחלת העונש של האשם. יש לזכור כי הכללת המידע על-אודות האופי הרע צפויה להגדיל לא רק את תוחלת העונש של החף, אלא גם את זו של האשם בעברה העוקבת. בהמשך לכך, יש מקום לטעון כי במשטר משפטי המתיר הבאת מידע על-אודות אופי רע והרשעות קודמות יתומרך הנאשם לנקוט אמצעים מיוחדים כדי לא להיות מואשם בעברה העוקבת מלכתחילה. דרך-המלך לכך היא, בפשטות, לא להיות מעורב בביצועה של אותה עברה.⁸⁷ האפקט התמריצי המתואר עשוי לגבור אף הוא על האפקט התמריצי המצנן ששרטט סנקיריקו. תשובה אפשרית לביקורת זו עשויה להתמקד בעלות החברתית של הרתעת-יתר. אבל באופן כללי יותר, כאמור לעיל, גם אם המודל של סנקיריקו רחוק מלשקף את התמונה התמריצית כולה, הוא מדגים את החשיבות של הרחבת נקודת-המבט לעבר ההשפעות התמריציות שכללים ראייתיים מחוללים בהקשר של ההתנהגות הראשית אקס-אנטה, ולא רק בהקשר של ניהול ההליך השיפוטי אקס-פוסט. יצוין כי כלל האופי הרע הוא רק זירה אחת שבה גישת ההתחקות אחר האמת מתנגשת בתכלית ההרתעתית של דיני הראיות. בכתיבה עוקבת הדגים סנקיריקו את גישת ההתנהגות הראשית לדיני הראיות באמצעות חשיפת כללים ראייתיים נוספים שאפשר להסביר על רקע עיצוב התמריצים הרצויים מחוץ לזירת בית-המשפט, ביניהם כללי השכנוע ונטלי הבאת הראיות.⁸⁸

כללו של דבר, בעוד הגישה המסורתית לדיני הראיות מתמקדת בהתחקות מדויקת אחר אירועי העבר, ובעוד מודל מזעור העלויות מתמקד בהתחקות יעילה אחר אירועי העבר, גישת ההתנהגות הראשית גורסת כי הליכים שיפוטיים וכללים ראייתיים קשורים לעיצוב העתיד יותר מאשר להתחקות אחר העבר.⁸⁹ גישת ההתנהגות הראשית מייחסת להתחקות אחר האמת ערך מכשירני (אינסטרומנטלי) גרידא בדרך להשגת תכליות אולטימטיביות, דוגמת הרתעה יעילה ומניעת התנהגות ראשית פלילית או עוולתית. גישה זו מדגישה את הצורך להסיג את ההתחקות אחר האמת מפני יעדים הרתעתיים במצבי התנגשות בין השניים. לפי גישת ההתנהגות הראשית, דיני הראיות מוצדקים בהיותם אמצעי לתמרוץ התנהגות ראשית יעילה, דהיינו, לקידום יעילות במובן של הרתעה מיטבית, להבדיל מיעילות מערכתית (cost efficiency) של הליכים שיפוטיים. מנקודת-המבט של גישת ההתנהגות הראשית והניתוח הכלכלי (אקס-אנטה), ההצדקה לכלל האופי הרע – בדומה לדוקטרינה הראייתית בכללותה – מושתתת על ההנחה שהחרגת המידע על-אודות עברו השלילי של

86 שם.

87 אוריאל פרוקצ'יה הסב את תשומת-ליבי לנקודה זו. כן ראו Park & Saks, לעיל ה"ש 29, בעמ' 1016. נושא זה חורג מתחום דיונונו.

88 Chris W. Sanchirico, *A Primary Activity Approach to Proof Burdens*, 37 J. LEGAL STUD. 273 (2008).

89 Park & Saks, לעיל ה"ש 29, בעמ' 1017.

הנאשם מבסיס ההכרעה בשאלת האחריות הפלילית תבטיח תמריצים ראויים להתנהגות ראשית מיטבית. על-פי גישה זו, כללים ראייתיים נכנסים לתמונה לא רק במצבים שבהם הם יתרמו להתחקות אחר האמת או להתחקות היעילה אחר האמת, אלא גם במצבים שבהם ההוכחה החופשית תיצור השפעות תמריציות שליליות ותצנן את התמריצים של מעוולים או של עבריינים פוטנציאליים להימנע מעיסוק בפעילות המעוולת או העבריינית.

להשלמת המיפוי התיאורטי יש להידרש לנקודת-ציון חשובה נוספת בניחות הכלכלי של דיני הראיות, המגולמת במאמר פרי-עטם של פרחמובסקי ושטיין – *The Distortionary Effect of Evidence on Primary Behavior* – המדגים כיצד שיקולים ראייתיים עלולים לעוות את התמריצים להתנהגות ראשית מיטבית.⁹⁰ אעמור על שתיים מהדוגמות המובאות במאמר. א-ר"ב נוהגים זה מול זה בכביש צר נטול שוליים. דעתו של ב מוסחת, והוא חוצה את קו ההפרדה הרציף שמפריד בין שני המסלולים. בשלב זה א ניצב לפני שתי אפשרויות בחירה: האחת – לפנות בחדות ימינה ולהיכנס למהמורה בצד הדרך, דבר שיסב לרכבו נזק בסך 1,000 ש"ח; והאחרת – להתנגש ברכבו של ב במהירות של 45 קמ"ש, תוך גרימת נזק בעלות של 3,000 ש"ח לרכבו שלו ולנזק בעלות של 4,000 ש"ח לרכב של ב. בשל מהירות הנסיעה הנמוכה לא צפויה סכנה של פגיעה בנפש. ברור שהתוצאה הרצויה מבחינה חברתית היא הבחירה באפשרות הראשונה: נגרם בעטייה נזק מצרפי של 1,000 ש"ח בלבד, והיא חוסכת נזק מצרפי של 7,000 ש"ח. אולם אם א הוא משיא רצינולי של תועלתו, הוא יבכר את האפשרות השנייה, משום שזו הדרך הממשית היחידה שלו להוכיח בבית-המשפט את האחריות של ב לתאונה.⁹¹ דוגמה נוספת המובאת במאמר מתייחסת להליך הפלילי: נוהג שבשגרה הוא שבמעקבים סמויים אחר מבצעי עברות – דוגמת סוחרי סמים או פורצים – השוטרים ממתנים עד להשלמת העסקה או עד לרגע הפריצה בטרם יזנקו לעצור את החשודים. להמתנה זו עלולה להיות עלות חברתית, דוגמת הנזק שייגרם לבית העסק בשל הפריצה. למרות זאת, במקרים רבים המשטרה בוחרת להמתין עד להשלמת העברה משיקולים ראייתיים.⁹² כללים ראייתיים יוצרים תמריץ לאיסוף ראיות, ותמריץ זה פועל את פעולתו בד בבד עם התמריצים שהדין המהותי יוצר.⁹³ שני הנהגים ברוממה הראשונה שהובאה לעיל היו בוחרים אקס-אנטה להתקשר ביניהם בהסכם המחייב את נהג א לפנות ימינה לתוך הבור במקרה של תאונה מהסוג המתואר, אך מטבע הדברים אין באפשרותם לנהל משא-ומתן מעין זה. הם יכולים להתחיל לנהל משא-ומתן רק לאחר התרחשות התאונה, ובשלב זה, משיקולים הוכחתיים, כבר נקט נהג א את קו הפעולה הפחות-יעיל. בכך נסתם הגולל על האפשרות לנקוט את קו הפעולה שהיה עדיף אקס-אנטה מבחינת שני הצדדים.⁹⁴ מאמרם של פרחמובסקי ושטיין מפנה את הזרקור לעבר נקודה חשובה מאוד שנעלמה עד כה מעיניהם של אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט: פרטים רצינוליים לעולם יביטו על הכללים המהותיים דרך המשקפת

Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *The Distortionary Effect of Evidence on Primary Behavior*, 124 HARV. L. REV. 518, 521 (2010) 90

91 שם, בעמ' 519.

92 שם, בעמ' 520.

93 שם, בעמ' 521.

94 שם, בעמ' 522.

הראייתית, ופעמים רבות הַהֲנִיעוֹת הראייתיות עלולות לעוות את התמריצים שהדין המהותי יוצר. המישור התמריצי נבדל מהמישור האפיסטמי, ולכן אין די בהתמקדות בראשון אם ברצוננו להבין ולעצב תמריצים להתנהגות יעילה.⁹⁵

הניתוח הכלכלי הוא כלי רב חשיבות להבנה של דיני הראיות, של תפקידם ושל השפעתם על עיצוב התנהגות חברתית. בדומה לתחומי משפט אחרים, גם בהקשר של דיני הראיות הפרספקטיבה התיאורטית שהניתוח הכלכלי מציע חגה סביב אמת-מידה נורמטיבית של יעילות. אולם בניתוח הכלכלי של דיני הראיות, להבדיל מהניתוח הכלכלי של הדין המהותי, אמת-המידה של יעילות לובשת שתי צורות שונות, ומהווה בסיס לשני זרמים תיאורטיים נבדלים. הזרם האחד, המשתקף במודל מזעור העלויות מבית-מדרשו של פוזנר, מתמקד ביעילותה של המערכת השיפוטית עצמה (במובן של cost efficiency). זרם זה מסתכל על ההשפעות של כללים ראייתיים אקס-פוסט, לאחר ההתרחשות הלכאורית מושא ההליך השיפוטי. להסתכלות זו אין אח ורע בניתוח הכלכלי של הדין המהותי. הזרם האחר של הניתוח הכלכלי של דיני הראיות מתמקד ביעילות במובן רחב יותר, של הכוונת התנהגות חברתית. זרם זה מתמקד בהשפעות תמריציות אקס-אנטה של כללים ראייתיים ובממשק שבין דיני הראיות לבין התנהגות ראשית יעילה. נקודת-המבט אקס-אנטה של הזרם השני ניחנה בקווי דמיון לניתוח הכלכלי שהתפתח בתחומי משפט אחרים, דוגמת הניתוח הכלכלי של דיני החוזים, דיני הנזיקין או דיני העונשין. במילים אחרות, גישת ההתנהגות הראשית לדיני הראיות עולה בקנה אחד עם הפרספקטיבה התיאורטית והלוגיקה המארגנת המאפיינות את הניתוח הכלכלי של הדין המהותי, בעוד מודל מזעור העלויות מספק נקודת-מבט שאינה מאפיינת את הניתוח הכלכלי של תחומי משפט אחרים, ואשר ייחודית לניתוח הכלכלי של הזירה הראייתית והדיונית. כך או כך, התעלמות מההיבטים הכלכליים שבבסיסם של דיני הראיות תגרום עיוותים בהבנת האופן שבו הכללים הללו פועלים ובעיצובם הראוי. אי-אפשר להבין את דיני הראיות מבלי להביא בחשבון את העלויות של טעויות בהכרעות השיפוטיות ואת היחס שבין העלויות הללו לעלויות של ההליכים למזעור טעויות בבירור העובדתי. באופן דומה, אי-אפשר לגבש הבנה ראויה של דיני הראיות מבלי להתחשב בפערי המידע שבין בעלי-הדין ובינם לבין בית-המשפט, כמו-גם בהשלכותיהם של הפערים הללו על יחסי-הגומלין האסטרטגיים שבין בעלי-הדין ובינם לבין בית-המשפט. לכסוף, אי-אפשר להבין את דיני הראיות מבלי להתחשב בהשפעותיהם התמריציות ובאופן שבו הם מעצבים את התנהגותם הראשית של הכפופים להם.

ג. הגישה ההתנהגותית: הכרעה רציונלית

בחלק הקודם של הדיון עסקתי בגישה הכלכלית לדיני הראיות. הניתוח הכלכלי מושתת על הנחת הרציונליות,⁹⁶ קרי, על ההנחה שהפעילות האנושית מורכבת ממשתתפים שחותרים

95 ש.ם.

96 הנחת הרציונליות מגדירה את הניתוח הכלכלי. כלשונו של פוזנר: [E]conomics is the science of rational choice in a world – our world – in which resources are limited in relation to human wants. The task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions – what

להשאת תועלותיהם מתוך מערכת יציבה של העדפות ובהתבסס על כמות מיטבית של מידע.⁹⁷ לפי הנחת הרציונליות, המשיאים הרציונליים של תועלותיהם, שהם האב-טיפוס של המודל הכלכלי (homo economicus), עורכים שיפטים לא-מוטים בתנאי אי-ודאות.⁹⁸ הנחת הרציונליות ניצבת גם בבסיס הניתוח הכלכלי של המשפט, ומתבטאת, בין היתר, בהנחה ש"הפרטים בחברה – שאת התנהגותם המשפט חפץ להכווין – הינם שחקנים בעלי רציונליות מושלמת".⁹⁹ הדברים תקפים, כמובן, גם בהקשר של הניתוח הכלכלי של דיני הראיות שהוצג לעיל, קרי, גם כאשר אותם שחקנים שדיני הראיות מבקשים לכוון את התנהגותם הם בעלי-דין או נאשמים פוטנציאליים, שופטים, מושבעים, פרקליטים, סנגורים ואנשי משטרה.

אולם בצד התפתחות הניתוח הכלכלי של דיני הראיות אנו עדים להתפתחות שורה ארוכה של מחקרים בתחום הפסיכולוגיה (הן אמפיריים והן ניסויים) הקוראים תיגר על הנחת הרציונליות ועל תיאוריית הבחירה הרציונלית (rational choice theory) שבבסיס הניתוח הכלכלי, בהצביעים על פערים שיטתיים בין מודל הפעולה הרציונלית לבין ההתנהגות האנושית הממשית.¹⁰⁰ מקור הפערים הללו נעוץ במה שכינה הרברט סיימון (Simon) "תופעת הרציונליות המוגבלת" (bounded rationality).¹⁰¹ על-פי סיימון, היכולות הקוגניטיביות העומדות לרשותנו כבני-אנוש מוגבלות בהיקפן. כדי למצותן, אנו מפעילים קיצורי-דרך מחשבתיים ומשתמשים בכלי-אצבע (היריסטיקות). אפשר להמשיג את השימוש בקיצורי-הדרך המחשבתיים כהתנהגות רציונלית של פרטים לנוכח מגבלותיהם הקוגניטיביות, כלומר, כהתנהגות שתכליתה למזער את הסך המצרפי של טעויותיהם בשיפוט ושל המשאבים הקוגניטיביים המנוצלים למניעת הטעויות הללו (ובמילים אחרות: עלויות המניעה של הטעויות בשיפוט).¹⁰² כמובן זה, תופעת הרציונליות המוגבלת היא מעין גלגול של מודל מזעור העלויות בהקשר של שיפטים של פרטים בחיי היומיום ושל עלויות במונחים של משאבים קוגניטיביים. אולם, גם אם מקור השימוש בקיצורי-דרך מחשבתיים נעוץ בהתנהלות רציונלית וסתגלנית שנועדה להשיא את התועלת משיפטים נכונים בעבור השקעה נתונה של משאבים קוגניטיביים, תוצאותיו בפועל הן סטייה ממודל הרציונליות המושלמת (רציונליות

RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: ראו: we shall call his "self-interest"

STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: כן ראו: 3. (6th ed. 2003)

1. (2004)

GARY S. BECKER, THE ECONOMIC APPROACH TO HUMAN BEHAVIOR 14 (1976) 97

אבישולם תור "תיקון הטיות באמצעות המשפט: מתי וכיצד?" משפט ועסקים יב 41, 44 (2010). 98

שם. 99

שם, בעמ' 42. 100

Herbert A. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, 69 Q. J. ECON. 99 (1955) 101

ביסוד תורתו של סיימון יש שני רכיבים השזורים זה בזה: האחד עוסק במגבלות המוח האנושי ובקביעות באשר לכישורים קונספטואליים מוגבלים ולזיכרון מוגבל; והאחר עוסק בהשפעות סביבתיות – הסביבה שבה המוח פועל. יש הטוענים כי רציונליות מוגבלת היא תוצר של תהליכים אבולוציוניים.

Christine Jolls, Cass R. Sunstein & Richard Thaler, *A Behavioral Approach to Law* 102

and Economics, 50 STAN. L. REV. 1471, 1474 (1998)

בלתי־מוגבלת) שבבסיס הניתוח הכלכלי.¹⁰³ זאת, משום שבעוד כללי־האצבע וקיצורי־הדרך המחשבתיים עשויים להועיל בממוצע – כעולה מהתבססותם על־פני חתך השיפוטים הכללי של בני־אדם – הם עלולים להוביל לטעויות שיטתיות בקרב תת־קבוצות מסוימות של מקרים. בתת־קבוצות אלה השימוש בכללי־האצבע יוביל פרטים לקבלת החלטות ולעריכת שיפוטים שאינם עולים בקנה אחד עם התחזיות של מודל הבחירה הרציונלית. זאת, אף־על־פי שעצם הפנייה לקיצורי־דרך ולכללי־אצבע בחתך המקרים הכללי היא רציונלית.¹⁰⁴ כללו של דבר: כפי שטוען סיימון, חרף השימוש בקיצורי־הדרך המחשבתיים – ובמקרים רבים דווקא עקב השימוש בהם – התוצאה המתקבלת היא סטייה לפרקים מקבלת החלטות רציונליות, משיקוף העדרות קבועות ומהשאת תועלת.¹⁰⁵

כאן יש להדגיש מימד חשוב נוסף של תופעת הרציונליות המוגבלת: הסטייה ממודל הבחירה הרציונלית אין משמעה שהתנהגות הפרטים היא שרירותית בהכרח; נהפוך הוא, ההסתמכות על כללי־האצבע ועל קיצורי־דרך קוגניטיביים מובילה לסטיות שיטתיות – ולכן ניתנות לחיזוי – מהתנהגות רציונלית. פריצת־הדרך המשמעותית בחקר הסטיות השיטתיות הללו התאפשרה הודות למחקריהם של זוכה פרס נובל דניאל כהנמן ועמיתו עמוס טברסקי. בסדרה ארוכה של ניסויים הדגימו כהנמן וטברסקי אופנים מגוונים ובני־שחזור של סטייה שיטתית של בני־אדם מבחירה רציונלית בתהליכים של קבלת החלטות.¹⁰⁶ כך, למשל, הם דנו בהטיית הזמינות (availability), שלפיה מקבלי החלטות נסמכים על קלות השליפה של נתונים הקשורים לאירועים כאל אינדיקציה לשכיחותם. משמעות הדבר היא שאנשים ייטו להעריך את הסתברות ההתרחשות של תאונת־דרכים כגבוהה יותר אם הם קראו על תאונת־דרכים (או היו עדים לתאונה) בסמיכות זמנים לביצוע ההערכה.¹⁰⁷ תופעה נוספת שעליה הצביעו כהנמן וטברסקי היא הטיית העיגון (anchoring), שלפיה במצבים של שיפוט בתנאי אי־ודאות מקבלי החלטות נוטים להיאחז בעוגן – ערך ראשוני כלשהו – גם אם עוגן זה אינו רלוונטי לשיפוט הנדרש. למשל, נבחנים השתמשו בעוגן מספרי לא־רלוונטי ושרירותי (המספר שעלה בגלגל־מזל) כבואם להעריך את אחוז המדינות האפריקניות החברות באו"ם. יתר על כן, גם במצבים שבהם ניחן העוגן ברלוונטיות לשיפוט הנדרש הודגמה סטייה שיטתית מהתנהלות רציונלית, שהתבטאה בהסתמכות־יתר של מקבלי החלטות על העוגן (הרלוונטי) ובקרבה מוגזמת של הערכותיהם לעוגן זה. הטיית הייצוגיות (representativeness), שעליה

103 שם.

104 שם; Avshalom Tor, *The Methodology of the Behavioral Analysis of Law*, 4 HAIFA L. REV. 237 (2008). במילים אחרות, אף־על־פי שמדובר בפעולה של אופטימיזציה, אין מדובר בהשאת תועלת במובן שבבסיס הניתוח הכלכלי. ראו שם.

105 Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 CAL. L. REV. 1051, 1060–1066 (2000).

106 לדיון בהתפתחותה של פרדיגמת ההיריסטיקות וההטיות ראו: Daniel Kahneman & Amos Tversky, *On the Reality of Cognitive Illusions*, 103 PSYCHOL. REV. 582, 583 (1996).

107 Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 11 JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES 3, 11 (Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky eds., 1982).

אעמוד בהרחבה בהמשך, נסמכת על שימושיתר בדמיון בין הנתון לבין האבטיפוס של קטגוריה רלוונטית בשיפוט ההסתברות של השתייכות הנתון לאותה קטגוריה.¹⁰⁸ כעולה ממחקריהם של כהנמן וטברסקי, מגוון ההטיות ורפואי הסטייה שהן מכתובות מהתנהגות המוגדרת כרציונלית הם קבועים ושיטתיים;¹⁰⁹ ממילא אפשר לתארם, לחזותם מראש ולכנות מודלים לאורם. במובן זה, תופעת הרציונליות המוגבלת, על שלל מופעה, מתיישבת עם המתודולוגיה הכלכלית הקונוונציונלית: היא פתוחה למידול כלכלי, ומאפשרת עריכת תחזיות תלויות-מודלים.¹¹⁰ ההבדל בינה לבין הניתוח הכלכלי נעוץ באבטיפוס שהיא מציבה בלב המודלים, קרי, פרטים בעלי רציונליות מוגבלת, להבדיל מ"האדם הכלכלי" (homo economicus) בעל הרציונליות המושלמת.

כאן נכנסת לתמונה הגישה ההתנהגותית למשפט, המיישמת את התובנות ואת הממצאים הפסיכולוגיים הללו בזירה המשפטית. הגישה ההתנהגותית למשפט מבקשת לבחון את ההתנהגות האנושית במרחב המשפטי הממשי, ולא בזה ההיפותטי, ולעצב כללים ומסודות משפטיים שיובילו לתוצאות יעילות בהתבסס על הנחות-יסוד של רציונליות מוגבלת. הגישה ההתנהגותית מגלמת את ההתפתחות האינטלקטואלית העדכנית ביותר בתיאוריה הראייתית. בעזרת כלים אמפיריים וניסויים, הגישה ההתנהגותית מפנימה תובנות מתחום הפסיכולוגיה לתוך תיאוריית הבחירה הרציונלית, כפי שהיא באה לידי ביטוי בזירה הראייתית. בפרט, היא מאתגרת את הנחת הרציונליות שבבסיס המודל הכלכלי, המייחסת רציונליות לבעלי-דין ממשיים ופוטנציאליים וכן לשופטים, למושבעים, לתובעים ולסנגורים. גישה זו מדגימה כיצד הסטיות של כל הגורמים הללו מהתנהגות רציונלית מיתרגמות למישור ההרתעה. כך, למשל, הניתוח ההתנהגותי מדגים כיצד הטיות מסוג אופטימיות-יתר שוחקות את האפקט ההרתעתי הגלום בענישה פלילית, וכיצד הפער בין ההסתברות הממשית להרשעה לבין

108 אבישלום תור "על הניתוח ההתנהגותי של המשפט" בטאון אוניברסיטת חיפה 26 (2005). כאמור לעיל, הסתמכות על זמינות המידע, שימוש בעוגנים עובדתיים או פנייה לדרגת הדמיון שבין נתון לבין אבטיפוס של קטגוריה יקדמו ברוב המקרים החלטות נכונות, ומכאן הרציונליות שבקיצורי-דרך מחשבתיים אלה. עם זאת, על-פי כהנמן וטברסקי, בחלק מהמקרים הם יובילו לטעויות שיטתיות.

109 היריסטיקות נוספות שעליהן התחקו כהנמן וטברסקי כוללות את תורת הערך (prospect theory), את ההסתגלות הנהנתנית (hedonic adaptation), את ההנחה ההיפרבולית (hyperbolic discounting), את אופטימיות-היתר (over-optimism) ואת עודף הביטחון בהערכה (judgmental overconfidence). לדיון מורחב בהיריסטיקות אלה ראו: Richard H. McAdams & Thomas S. Ulen, *Behavioral Criminal Law and Economics* (University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 440, 2008), available at <http://ssrn.com/abstract=1299963>.

110 "כלשונו של אָרוֹ: [T]here is no general principle that prevents the creation of an economic theory based on other hypotheses than that of rationality... [A]ny coherent theory of reactions to the stimuli appropriate in an economic context... could in principle lead to a theory of the economy" Kenneth J. Arrow, *Rationality of Self and Others*, in *RATIONAL CHOICE: THE CONTRAST BETWEEN ECONOMICS AND PSYCHOLOGY* 201, 202 (Robin M. Hogarth & Melvin W. Reder eds., 1987) (מצוטט אצל Jolls, Sunstein & Thaler, לעיל ה"ש 102, בעמ' 1478).

ההערכות הסובייקטיביות בקרב סוכנים שסובלים מאופטימיות יתר עלול להוביל לתת-הרתעה שיטתית. הניתוח ההתנהגותי עוסק בעיצוב מיטבי של דיני הראיות לנוכח הטיות קוגניטיביות אלה ואחרות, ומאיר את תפקידם של דיני הראיות במזעור טעויות הנעוצות בכשלים קוגניטיביים במישור של קבלת ההכרעה, במישור של תפיסת המציאות ובהקשר של מגבלות הזיכרון האנושי. הפנמת הכשלים הקוגניטיביים הללו אל תוכני הניתוח הכלכלי פותחת פתח לעיצוב כללים ראיתיים שיובילו לתוצאות מיטביות גם בתנאים מציאותיים, ומאפשרת לנחול הצלחה במקרים שבהם הסתמכות על מודלים היפותטיים של רציונליות מושלמת הובילו לתחזיות שגויות.¹¹¹

עתה, משעמדנו על מיקומה הגיאומטרי של הגישה ההתנהגותית לדיני הראיות ועל הנחת הרציונליות המוגבלת שבבסיסה, נוכל להיכנס בעובי הקורה. נפנה כעת לדון בשורשים הרעיוניים של גישה זו, ביסודותיה המתודולוגיים ובתובנות שאפשר לחלץ ממנה בנוגע לתפקידם של דיני הראיות בכלל ושל כלל האופי הרע בפרט.

השורשים האינטלקטואליים של הגישה ההתנהגותית לדיני הראיות הם כפולים, ונעוצים כאמור הן בניתוח הכלכלי של המשפט (שעל מופעים מסוימים שלו עמדתי בפרקים הקודמים) והן בניתוח הפסיכולוגי.¹¹² הניתוח הפסיכולוגי שזור באורח הדוק במחקר הראיתי, וממלא תפקיד מרכזי בשיח התיאורטי בתחום.¹¹³ הטעם לכך כמעט מובן מאליו: הדוקטרינה הראיתית

111 להרחבה ראו Korobkin & Ulen, לעיל ה"ש 105.

112 הגישה ההתנהגותית נסמכת על הנחות היסוד של הניתוח הכלכלי בניסיונה להתחקות אחר החלטותיהם של פרטים בייצור ובצריכה של מוצרים בתנאי מחסור (מוצרים כלכליים הכוללים לא רק סחורות וטובין ממשיים, אלא גם תועלות כגון זמן פנוי, סיפוק ואושר). בד בבד, כאמור בגוף הטקסט, גישה זו משתמשת בתובנות מתחום הפסיכולוגיה כדי לעדכן את האבטיפוס של מקבל ההחלטות – החל בפרט שהינו משיא רציונלי של תועלתו וכלה בפרט בעל רציונליות מוגבלת. במובן זה אפשר לטעון כי יסודותיה הנורמטיביים של הגישה ההתנהגותית נטועים בניתוח הכלכלי ואילו יסודותיה המתודולוגיים נעוצים בניתוח הפסיכולוגי. ראו Tor, לעיל ה"ש 104. למאמר המדגיש את היסודות הפסיכולוגיים של הניתוח ההתנהגותי ראו: Jeffrey J. Rachlinski, *The Psychological Foundations of Behavioral Law and Economics*, 2011 U. Ill. L. Rev. 1675, 1675. יודגש כי הדברים תקפים כמובן לא רק באשר לניתוח ההתנהגותי של דיני הראיות, אלא גם באשר לניתוח ההתנהגותי של המשפט בכללותו.

113 על-פי פרק וסקס, ההיסטוריה המשותפת של הפסיכולוגיה ושל דיני הראיות מתאפיינת בפרצי התלהבות וביניהם תקופות "יובש" ממושכות. ראו Park & Saks, לעיל ה"ש 29, בעמ' 957. אחד מאבות הניתוח הפסיכולוגי של דיני הראיות הוא הוגו מנסטרברג (Münsterberg), פרופסור לפסיכולוגיה יישומית מאוניברסיטת הרוורד. בעשור הראשון של המאה העשרים ביקש מנסטרברג להמיר את האינטואיציה של שופטים, מושבעים ועורכי-דין בתובנות מוכחות מתחום הפסיכולוגיה. ספרו מאותה תקופה בחן את הזירה השיפוטית מפרספקטיבה פסיכולוגית, ועסק, בין היתר, בבעיות תפיסה וזיכרון של עדים, בהודאות-שווא, בחקירות עדים ובהיפנוזה. ראו: Hugo Münsterberg, *On the Witness Stand: Essays on Psychology and Crime* (Doubleday 1909). מנסטרברג הניח את התשתית לחלק גדול מהתובנות המאוחרות יותר שהתפתחו בתחום הניתוח הפסיכולוגי של דיני הראיות, אולם פועלו שלו נקטע, בין היתר בשל הסתייגותו העמוקה של ג'ון ויגמור (Wigmore) מפרויקט המחקר של מנסטרברג. ויגמור מתח על מנסטרברג ביקורת נשכנית, אשר ציננה את התלהבותו עד כדי כך שהוא החליט לזנוח את

נשענת על שורה של הנחות באשר ליכולותיהם של עדים לתפוס את המציאות, לזכור אותה לאורך זמן ולשחזרה בבית-המשפט. המחקר הפסיכולוגי, במיוחד זה הניסויי, מספק תובנות רבות בנוגע לתהליכי התפיסה והזיכרון של עדי-ראייה, ובפרט בנוגע למגבלותיהם של תהליכים אלה.¹¹⁴ הנושא של זכרון עדים עלה לאחרונה על סדר-היום הציבורי בארץ בעקבות פרשה שבה הורשע אב באונס בתו על-סמך זיכרון מודחק של הבת שהתעורר כעבור שנים רבות בעקבות חלום.¹¹⁵ בצד המחקר על זכרון עדים, הניתוח הפסיכולוגי מתמקד גם ביכולתם של מקבלי החלטות בהליך השיפוטי – שופטים או מושבעים – להעריך כהלכה את המסד הראייתי המונח לפנייהם ולגזור ממנו גזירות עובדתיות מדויקות.¹¹⁶ פלח מרכזי

-
- פיתוח הנושא. ראו: John H. Wigmore, *Professor Münsterberg and the Psychology of Testimony: Being a Report of the Case of Cokestone v. Münsterberg*, 3 U. ILL. L. REV. 399, 427 (1909) (מצוטט אצל Park & Saks, לעיל ה"ש 29, בעמ' 957). בהמשך ניסה ויגמור את כוחו בסיכול מחקריו של רוברט הצי'נס (Hutchins), שהיה פרופסור למשפטים. בשנת 1926 נשא הצי'נס הרצאה ופרסם מאמר בנושא נקודת המפגש שבין הפסיכולוגיה לדיני הראיות. ויגמור יצר קשר עם הצי'נס, הביע את מורת-רוחו מן העיסוק בנושא, ואף הפנה אותו לביקורת שניסה בשעתו נגד מנסטרברג. אולם הצי'נס, להבדיל ממנסטרברג, סירב להתרשם מביקורתו של ויגמור. הוא המשיך את מחקריו בתחום הניתוח הפסיכואנליטי של התודעה, ובחן את ההשלכות של ממצאיו על מהימנותם של עדים. עם עמיתו דונלד שלזינגר כתב הצי'נס שורה ארוכה של מחקרים בתחום הניתוח הפסיכולוגי של דיני הראיות. ראו: Robert M. Hutchins & Donald Slesinger, *Some Observations on the Law of Evidence – Memory*, 28 COL. L. REV. 432 (1928); Robert M. Hutchins & Donald Slesinger, *Some Observations on the Law of Evidence – The Competency of Witnesses*, 37 YALE L.J. 1017 (1928); Robert M. Hutchins & Donald Slesinger, *Some Observations on the Law of Evidence – Consciousness of Guilt*, 77 U. PA. L. REV. 725 (1929); Robert M. Hutchins & Donald Slesinger, *Some Observations on the Law of Evidence – State of Mind to Prove an Act*, 38 YALE L.J. 283 (1929); Robert M. Hutchins & Donald Slesinger, *Some Observations on the Law of Evidence: Family Relations*, 13 MINN. L. REV. 675 (1929). לאחר שהשלימו השניים את מחקריהם, גוועה ההתעניינות בתחום לתקופה מסוימת, אך בשנים האחרונות הוא זוכה בעדנה מחודשת. ראו Park & Saks, לעיל ה"ש 29, בעמ' 957.
- 114 Park & Saks, לעיל ה"ש 29, בעמ' 957. חרף ההתפתחות שחלה בתחום הפורנזי והמדעי, עדים ממשיכים למלא תפקיד מרכזי באולם בית-המשפט. יש הסוברים כי לנוכח ההתקדמות המדעית יש להפחית את משקלה הסגולי של העדות בהכרעה השיפוטי. ראו: Kenworthy Bilz, *Self-Incrimination Doctrine is Dead; Long Live Self-Incrimination Doctrine: Confessions, Scientific Evidence, and the Anxieties of the Liberal State*, 30 CARDOZO L. REV. 807 (2008).
- 115 ע"פ 3958/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.9.2014). כן ראו "גילוי דעת בנוגע למעמד המדעי של זיכרונות מודחקים ומשחזרים" (12.10.2014) cdn-media.web-view.net/i/wjwc8c/giluidaat.pdf, שעליו חתום, בין היתר, פרופ' כהנמן.
- 116 Teneille R. Brown, *The Affective Blindness of Evidence Law*, 89 DENV. U. L. REV. 47, 51 (2011).

בגוף מחקר זה מוקדש לתרגומה של פרדיגמת ההיריסטיקות וההטיות מבית-היוצר של כהנמן וטברסקי לאולם בית-המשפט ולמקבלי ההכרעות העובדתיות בו.¹¹⁷ אחת ההטיות הקוגניטיביות שנחקרו בהקשר זה היא הטיות הייצוגיות. כאמור, מדובר באחת ההטיות המרכזיות שזיהו כהנמן וטברסקי, והסיבה להתעכבות עליה נעוצה בזיקה ההדוקה שבינה לבין מקרה-המבחן של כלל האופי הרע. אבאר: הכרעות בעלות רלוונטיות משפטית מחייבות עריכת שיפוטים קטגוריים, כגון הערכת הסבירות שהנאשם מעורב בביצוע המעשים המיוחסים לו או הערכת הסבירות של קשר סיבתי בין היחסות לחומר מִפְגֵם (teratogen) לבין מום מולד.¹¹⁸ כהנמן וטברסקי זיהו שכאשר אנשים נדרשים לערוך שיפוטים מעין אלה, הם נוטים להעריך את סבירות האירוע הנשפט (האדם או המקרה המסוימים) על-פי הערכתם לגבי המידה שבה האירוע הנדון מייצג את הקטגוריה מבחינת מאפייניו.¹¹⁹ כך, אנשים ייטו לבסס את שיפוטיהם באשר לאשמת הנאשם (השתייכותו הממשית לקבוצת האשמים) על-פי הערכתם לגבי המידה שבה הוא מייצג את קבוצת האשמים (דהיינו, ניחן

117 אחד המאמרים פורצי-הדרך בתחום הוא: Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Inside the Judicial Mind*, 86 CORNELL L. REV. 777 (2001). במאמר זה בחנו המחברים, מבחינה אמפירית, את התממשותן של חמש הטיות קוגניטיביות מרכזיות בקרב אוכלוסייה של 167 שופטים פדרליים. המחקר בדק את מידת חשיפותם של שופטים להטיית העיגון (anchoring) שנדונה לעיל; להטיית המסגור (framing), שעניינה התייחסות שונה לרווחים ולהפסדים שהם שווי-ערך מבחינה כלכלית; להטיית המבט לאחור (hindsight), שעניינה הערכת-יתר בדיעבד של הסתברות ההתרחשות של אירועים שאכן התרחשו; להטיית האוגונטריות (egocentric bias), המכונה גם "עודף ביטחון בהערכה" (judgmental overconfidence) ועוסקת בייחוס משקל-יתר להערכות ראשוניות; ולהטיית הייצוגיות (representativeness), אשר תידון מיד. המחקר האמפירי הראה שכל אחת מהתופעות הקוגניטיביות הללו השפיעה על קבלת ההחלטות של השופטים שהשתתפו במחקר. המחקר הראה כי שופטים חשופים להטיית העיגון, להטיית המבט לאחור ולהטייה של עודף ביטחון בהערכה באותה מידה כמו מקבלי החלטות אחרים, בין הדיוטות ובין מומחים בתחומים אחרים. השופטים הראו אומנם מידת חשיפות פחותה מזו של שאר האוכלוסייה להטיות המסגור והייצוגיות, אך גם בשתי ההטיות הללו הם הדגימו מידת חשיפות לא-מבוטלת. במילים אחרות: בדומה למקבלי החלטות אחרים בתנאי אי-ודאות, גם שופטים משתמשים בהיריסטיקות ובקיצורי-דרך מחשבתיים העלולים להוביל לטעויות שיטתיות. משמעות הדבר היא שגם במצבים שבהם שופטים אינם מוטים לרעה ואין להם דעות קדומות נגד איש מהמתדיינים, וגם כאשר הם מכירים את כל עובדות המקרה הרלוונטיות ואת שורת הדין, הם עלולים לשגות באורח שיטתי מעצם ההפעלה של שיקול-דעת אנושי, החשוף להטיות ולהיריסטיקות. כן ראו: Christopher R. Drahozal, *A Behavioral Analysis of Private Judging*, 67 LAW & CONTEMP. PROBS. 105 (2004); Jeffrey J. Rachlinski, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, 65 U. CHIC. L. REV. 571 (1998). מאמר מצוין נוסף בתחום, אשר עוסק בתופעת תיקון-היתר ומאתר הטייה זו דרך הפריזמה הראייתית, הוא: Ehud Guttel, *Overcorrection* 93 GEO. L.J. 241 (2004).

118 Guthrie, Rachlinski & Wistrich, לעיל ה"ש 117, בעמ' 784.

119 Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Subjective Probability: A Judgment of Representativeness*, in JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES 32, 39 (Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky eds., 1982).

בקווי מתאר דומים לקבוצת האשמים). תהליך מחשבתי זה, המכונה "היריסטיקת הייצוגיות", משקף המרה של הסבירות הממשית שהאירוע הנדון שייך לקטגוריה הרלוונטית במידה שבה הוא ניהן בקווי דמיון לקטגוריה זו ומייצג אותה.¹²⁰

כמו בהיריסטיקות אחרות, גם שורשה של היריסטיקת הייצוגיות נעוץ בניצול יעיל של משאבים קוגניטיביים: הערכה של מידת הדמיון בין המקרה הנדון לקטגוריה המתבקשת היא מטלה קוגניטיבית קלה יחסית, ובמקרים רבים יש מתאם בין רמת הדמיון לבין הסתברות השתייכותו של האירוע הנדון לקטגוריה הרלוונטית. אולם בהבעת כלל-אצבע זה עלול להוביל את מקבלי החלטות לטעויות שיטתיות בהערכת הסבירות. זאת, משום שיש גורמים המשפיעים על סבירות ההשתייכות של המקרה לקטגוריה הרלוונטית (למשל, על היות הנאשם אשם בביצוע המעשה או על היותו שייך לקבוצת האשמים) אך לא על דרגת הדמיון בין המקרה לבין הקטגוריה (למשל, לא על הדמיון בין הנאשם לבין קבוצת האשמים), ולהפך. כך, למשל, השכיחות של קטגוריית המקרים הרלוונטית (שכיחות-הבסיס – base rate) (למשל, שיעור האשמים באוכלוסייה) משפיעה על ההסתברות של השתייכות המקרה אליה (למשל, על הסתברות אשמתו של הנאשם) אך לא על דרגת הדמיון שבינו לבין הקטגוריה (למשל, לא על דרגת הדמיון שבין הנאשם לקבוצת האשמים). הדבר עלול לגרום להערכת-חסר של שכיחות-הבסיס (למשל, להערכת-חסר של המידע על-אודות שכיחות האשמים בקרב האוכלוסייה), ובאופן כללי יותר – להערכת-חסר של המידע הסטטיסטי הרלוונטי להערכת ההסתברות הממשית של השתייכות האירוע לקטגוריה (למשל, הערכת ההסתברות הממשית שהנאשם אשם במעשה המיוחס לו).¹²¹

במחקרם *Inside the Judicial Mind* בחנו גתרי, רכלינסקי וויסטריץ' את מידת חשיפותם של שופטים להטיית הייצוגיות (מקרה-המבחן עסק בהכרעה בהקשר של כלל "הדבר מעיד על עצמו" – *res ipsa loquitur*). על-פי ממצאיהם, מתוך 159 שופטים שהשיבו על השאלון הגיעו רק 40.9% להכרעה הנכונה סטטיסטית, ומכאן שכ-60% מהשופטים שהשיבו על השאלון שגו. 66% מהשופטים ששגו נקבו תשובות המשקפות חשיפות להטיית הייצוגיות.¹²² במילים אחרות, כ-40% מהשופטים שנבדקו הושפעו מהטיית הייצוגיות כאשר קיבלו הכרעה. זהו נתון משופר בהשוואה לאוכלוסייה הכללית, אשר נעדרת מומחיות של שופטים בתחום קבלת החלטות ומדגימה רמות גבוהות יותר של חשיפות להטיית הייצוגיות.¹²³ עם זאת,

120 Tor, לעיל ה"ש 104.

121 Guthrie, Rachlinski & Wistrich, לעיל ה"ש 117, בעמ' 778. באחד המחקרים תיארו החוקרים באוזני הנבחנים אישה בעלת תואר ראשון בפילוסופיה המעורבת במחאות נגד חימוש גרעיני ובפעילות לקידום צדק חברתי. כאשר נשאלו הנבחנים איזו סבירות גבוהה יותר – שהאישה היא פקידה בבנק או שהיא פקידה בבנק בעלת נטייה פמיניסטית, בחרו יותר מ-90% מהנבחנים באפשרות השנייה. זאת, חרף העובדה ששכיחותן של פקידות פמיניסטיות באוכלוסייה נמוכה כמובן משכיחותן של פקידות באוכלוסייה. הנבחנים כשלו בהערכת שכיחות-הבסיס (base rate), וייחסו משקל כבד מדי לדרגת הדמיון בין התכונות המייצגות את הקבוצה – קרי, פמיניזם – לבין חתייה אחר צדק חברתי והתנגדות לחימוש גרעיני. ראו: Gregory Mitchell, *Mapping Evidence Law*, 2003 MICH. ST. L. REV. 1065.

122 Guthrie, Rachlinski & Wistrich, לעיל ה"ש 117, בעמ' 781.

123 ראו את הממצא המתואר לעיל בה"ש 121.

מדובר בשיעור משמעותי של חשיפות להטיית הייצוגיות גם בקרב שופטים. מממצאים אלה עולה כי אי-אפשר להתעלם מהיריסקת הייצוגיות גם בזירה השיפוטית – וכאן אנו שבים לכלל האופי הרע.

לשיטתם של מלומדים רבים בתחום הניתוח ההתנהגותי של המשפט, היריסקת הייצוגיות ניצבת בתשתיתו של כלל האופי הרע ומספקת לו הצדקה.¹²⁴ על רקע הטיית הייצוגיות מתעורר החשש מפני הערכת יתר של ראיית האופי השלילי על-ידי מקבלי ההחלטות. למשל, עולה חשש מפני מצב שבו שופטים ומושבעים יתעלמו משיעור הבסיס הרלוונטי של העבריינות בחברה, וייחסו משקל ראייתי מופרז למידע – האנקדוטלי אך הייצוגי בהתייחס לקבוצת העבריינים – על-אודות עברה השלילי של הנאשמת. מזווית שונה מעט: המידע על-אודות עברה השלילי של הנאשמת בתחום עברות הרכוש עלול לצייר את הנאשמת כמי שעונה על סטריאוטיפ העבריינות גם בתחום האלימות מושא כתב האישום, ולגרום לתת-הערכה של שיעור הבסיס הרלוונטי ולהתעלמות של בית-המשפט מכך שרוב עברייני הרכוש אינם מעורבים בעברות אלימות.¹²⁵ התוצאה של הכללת ראיית האופי הרע בסל הראייתי תהיה הערכת יתר של ההסתברות למעורבותה של הנאשמת בעברה מצד בית-המשפט, מעל ומעבר למתחייב על-פי המסכת הראייתית המפלילה.

דברים אלה סוגרים מעגל ומחזירים אותנו לנקודת המוצא שבה נפתח הדיון – אל הגישה המסורתית לדיני הראיות ואל כלל האופי הרע. כזכור, על-פי הגישה המסורתית, ההצדקה לכלל האופי הרע מתבססת על תרומתו של הכלל להצלחת ההתחקות אחר האמת במערכת השיפוטית. כפי שנאמר בחלק א, תרומתו של כלל האופי הרע לחקר האמת נעוצה, בין היתר, בנטייתם של מקבלי ההכרעה העובדתית להפריז בערך הראייתי שהם מייחסים למידע בדבר מעשי עבר שליליים. החשש מפני הערכת יתר ראייתית ניצב גם בתשתית ההצדקה ההתנהגותית לכלל האופי הרע, אך חרף נקודה זו של דמיון בין שתי הגישות, חשוב לעמוד על ההבחנה העקרונית ביניהן. המצבים שנדונו תחת ההצדקה המסורתית עסקו בהערכת יתר אצל מקבלי ההחלטות בשל חוסרים במידע או בשל נתונים אמפיריים לקויים באשר לתופעת הרצדיביזם; הגישה ההתנהגותית מצביעה על היבט אחר של הערכת-היתר השיפוטית – פגמים שיטתיים בתהליך קבלת ההחלטות ובעיבוד המידע האמפירי. לשון אחר, הערכת-היתר שבה עסקנו תחת ההצדקה המסורתית לכלל האופי הרע הייתה נעוצה בכורות של מקבלי ההחלטות באשר לתופעת הרצדיביזם, ואילו הערכת-היתר שההצדקה ההתנהגותית עוסקת בה נעוצה כאי-רציונליות של מקבלי ההחלטות בעיבוד המידע הנוגע

124 Guthrie, Rachlinski & Wistrich, לעיל ה"ש 117, בעמ' 781; Mitchell, לעיל ה"ש 121; Tor, לעיל ה"ש 104.

125 Tor, לעיל ה"ש 104. בספרות ההתנהגותית הועלו הצדקות נוספות לכלל האופי הרע, ביניהן כאלה הנעוצות באפקט ההילה. ראו: Miguel A. Méndez, *California's New Law on Character Evidence: Evidence Code Section 352 and the Impact of Recent Psychological Studies*, 31 UCLA L. REV. 1003, 1047 (1984). מחקרים אחרים עוסקים בהשפעות פסיכולוגיות שאינן בתחום ההטיות הקוגניטיביות. כך, למשל, יש התולים את ההצדקה לכלל האופי הרע בכך שמידע על-אודות התנהגות שלילית בעבר ייצור אווירה עוינת כלפי הנאשמת ויפחית אצל מקבל ההחלטה את תחושת האשמה בגין הרשעת-שווא בעברה המיוחסת לה בכתב האישום. Lempert & Saltzburg, לעיל ה"ש 54, בעמ' 162; Ho, לעיל ה"ש 1, בעמ' 291.

בתופעת הרצידיביזם.¹²⁶ הערכת-היתר הנובעת מסטייה מדרך קבלת ההחלטות הרצינולית ומהיטית הייצוגיות תמשיך להתקיים גם בתנאים של מידע מלא ובמצבים שבהם טובא לפני בית-המשפט התמונה האמפירית המלאה על-אודות השלכות הרצידיביזם.

ד. הגישה הדאונטולוגית: התחקות הוגנת אחר האמת

עד כה דנתי בגישות תוצאתניות, שמשיתרות את ההצדקות לדיני הראיות על הטובין החברתיים שנובעים מהחלתם (בין שמדובר בדיוק, ביעילות, בהרתעה או ביתרון אחר). עתה ברצוני לפנות לפרספקטיבה הדאונטולוגית ולהצדקות מבוססות-הזכויות לאסדרה של תהליך בירור העובדות. הגישות הדאונטולוגיות לדיני הראיות מתמקדות בצודק ובהגון, ונשענות על ההנחה שההליך השיפוטי וההכרעה השיפוטית – כמו כל מוסד חברתי – צריכים ליהנות מלגיטימיות מוסרית.¹²⁷ על-פי התיאוריה הדאונטולוגית, לבעלי-הדין עומדות זכויות-יסוד שאי-אפשר להסיג מפני אינטרסים חברתיים נוגדים, משום שהן ניצבות מחוץ לחישוב (calculus) התועלתני.¹²⁸ במילים אחרות, ההצדקות הדאונטולוגיות לדיני הראיות מבוססות על תורת מוסר ועל פילוסופיה פוליטית חוץ-תועלתנית.¹²⁹

כאן ברצוני לחזור לרגע לבנתם ולמורל ההוכחה החופשית שנגזר ממשנתו. בנתם נחשב לאבי התועלתנות, והתנגדותו העקרונית לכללי פסלות ולאסדרה של קביעת הממצאים העובדתיים התבססה על לוגיקה תועלתנית.¹³⁰ תגובות-הנגד על גישת ההוכחה החופשית – ההצדקות התוצאתניות לדיני הראיות שנדונו עד כה – יצאו אף הן מאותו שורש רעיוני. כמו משנתו של בנתם, גם ההצדקות הללו התבססו על חתירה להשאת התועלת החברתית המצרפית ועל איוון בין העלויות והתועלות החברתיות הכרוכות באסדרת הבירור העובדתי באמצעות דיני הראיות. הגישה הדאונטולוגית כופרת בחישוב התועלתני, ויוצאת נגד ההסתכלות המערכתית שביסודו. על-פי הביקורת הדאונטולוגית, ההתמקדות התועלתנית בתועלת המצרפית מתעלמת מחלוקת התועלות והעלויות (או האושר והכאב) בין הפרטים בחברה, ובכך מתכחשת לייחודיותם ולעצם אנושיותם של הפרטים הללו.¹³¹ הביקורת

126 להבחנה בין בורות לבין אי-רצינוליות ראו גם Ho, לעיל ה"ש 1, בעמ' 289.

127 LEO KATZ, ILL-GOTTEN GAINS: EVASION, BLACKMAIL, FRAUD, AND KINDRED PUZZLES OF THE LAW 59–60, 67–73 (1996); Erik Luna, *The Practice of Restorative Justice: Punishment Theory, Holism, and the Procedural Conception of Restorative Justice*, 2003 UTAH L. REV. 205, 216.

128 Joel Feinberg, *The Classic Debate*, in PHILOSOPHY OF LAW 727, 727 (Joel Feinberg & Jules Coleman eds., 6th ed. 2000); Russell L. Christopher, *Deterring Retributivism: The Injustice of "Just" Punishment*, 96 NW. U. L. REV. 843, 862 (2002).

129 STEIN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 2.

130 MURPHY, לעיל ה"ש 3, בעמ' 3.

131 Milton C. Regan Jr., *Community and Justice in Constitutional Theory*, 1985 WIS. L. REV. 1073. ראו שם, בעמ' 1079 ה"ש 21, את ההפניה לדבריו של קנט: 'As regards happiness, men do have different thoughts about it and each places it where he wants, and hence their wills cannot be brought under any common principle, nor

הדאונטולוגית מכוונת גם נגד רכיב ההמירות (commensurability) בין התועלת (אושר) של האחד לבין העלות (הכאב) של האחר לצורך עריכת האיזון התועלתני. לבסוף, הגישה הדאונטולוגית יוצאת נגד סולם ההערכה המונוליתי שביסוד החישוב התועלתני, ומקדמת תיאוריה פלורליסטית של הערכה, שלפיה טובין נבדלים זה מזה לא רק במידה שבה הם מוערכים, אלא גם באמת-המידה שעל-פיה הם מוערכים.¹³² על-פי התיאוריה הדאונטולוגית, ההסתכלות המערכתית, הנחת ההמירות והמונוליתיות הערכית שביסוד החישוב התועלתני הופכות את הפרט לאמצעי להשאת רווחה חברתית, קרי, הופכות את הפרט מסובייקט עצמאי לאובייקט לקידום תועלת ולאמצעי המסור בידי זולתו.¹³³ התפיסה הדאונטולוגית כופרת בלגיטימיות המוסרית של הסתכלות מכשירנית מעין זו על פרטים בחברה. ההליך הפלילי היה מאז ומעולם מוקד משיכה למשנה הדאונטולוגית בכלל ולתורת הגמול של עמנואל קנט (Kant) בפרט. לפי יסוד מרכזי בחשיבה הקנטיאנית, ההצדקה הבלעדית לענישה פלילית תלויה בזיקה למעשה העברה.¹³⁴ רק הזיקה האמורה תבטיח שמירה על כבוד הנאשם כאדם, ותמנע את הפיכתו לכלי להגשמת יעדים חברתיים:

“Punishment by a court... can never be inflicted merely as a means to promote some other good for the criminal himself or for civil society. It must always be inflicted upon him only because he has committed a crime.”¹³⁵

על-פי קנט, לגיטימיות הענישה תלויה בקיומו של אשם.¹³⁶ על-פי גישות גמוליות מסוימות מדובר באשם מוסרי,¹³⁷ ועל-פי אחרות מדובר באשמה משפטית,¹³⁸ אך בכל מקרה תפיסת-היסוד היא שבהיות הנאשם סובייקט בזירה הפלילית – ולא אובייקט של ההליך – אין לגיטימיות מוסרית להענשתו בהעדר תשתית של אשם.¹³⁹ את שאלת האשם יש לברר בדרגת הוודאות הגבוהה ביותר האפשרית במגבלות האנושיות, דהיינו, בדרגת הוודאות

consequently, under any external law compatible with the freedom of everyone.’ I. Kant, *On the Proverb: That May Be True in Theory, But Is of No Practical Use*, in PERPETUAL PEACE AND OTHER ESSAYS (T. Humphrey ed. 1983)”

132 ראו בהקשר דומה: ELIZABETH ANDERSON, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS 118 (1993).

133 ועל כך אומר קנט: “For a man can never be treated merely as a means to the purposes of another or be put among the objects of rights to things: His innate personality protects him from this, even though he can be condemned to lose his civil personality.”

IMMANUEL KANT, THE METAPHYSICS OF MORALS: ESSAYS IN LEGAL PHILOSOPHY AND MORAL PSYCHOLOGY 140–141 (Mary Gregor trans., Cambridge Univ. Press 1991)

134 R.A. DUFF, TRIALS AND PUNISHMENTS 4 (1986)

135 KANT, לעיל ה"ש 133, בעמ' 140–141.

136 Anthony M. Quinton, *On Punishment*, 14 ANALYSIS 7 (1954)

137 Christopher, לעיל ה"ש 128, בעמ' 881.

138 שם.

139 “Retributivism is the view that punishment is justified by the moral culpability of those who receive it. A retributivist punishes because, and only because, the offender deserves it.” Michael S. Moore, *The Moral Worth of Retribution*, in RESPONSIBILITY, CHARACTER,

המוסרית (moral certainty).¹⁴⁰ ענישה בהעדר ודאות מוסרית מצמיחה נזק מוסרי שאינו בראיון עם תועלות נגדיות, לרבות תועלת במונחי הרתעה (שעליה התעכבתי במסגרת הדיון בהצדקות התוצאתניות). אם כן, על-פי התפיסה הדאונטולוגית, ועל-פי משנתו של קנט שבליבה, המטרה היסודית של ההליך הפלילי היא הבטחת הלגיטימיות של הענישה הפלילית, ולא השאה של רווחת הנאשם או קידום יעדים חברתיים אחרים. הפיכת הסיכונים להרשעת-שווא או לתת-ענישה במסגרת ההליך הפלילי לאמצעים להשאת תועלת חברתית שוללת את הלגיטימיות המוסרית של ההליך הפלילי ושל פעולת הענישה מכוחו. אם ההליך השיפוטי והסנקציה הפלילית הנגזרת ממנו הם כלים להשגת יעדים חיצוניים, אזי יש בכך כדי לפגוע בכבוד האדם של הנאשם. הנאשם הוא כאמור סובייקט בהליך הפלילי, ולא אובייקט שלו, ולכן העניין היחיד של הפרוצדורה הפלילית הוא שאלת אשמתו, ואותה יש לברר בדרגת הוודאות (המוסרית) הגבוהה ביותר האפשרית מבחינה אנושית. התפקיד של דיני הראיות, על-פי תפיסה זו, הוא להבטיח בירור על-פי אמות-המידה הנדונות,¹⁴¹ ולהבטיח בכך את הלגיטימיות המוסרית של ההליך הפלילי ושל הענישה מכוחו.

התפיסה הדאונטולוגית קנתה אחיזה גם בספרה האזרחית. היא מעלה על נס את הגינותו של הבירור העובדתי, להבדיל מיעילותו (כעולה ממודל מזעור העלויות) או מיכולתו להגשים ערכים חברתיים חיצוניים (כעולה מגישת ההתנהגות הראשית). כזכור, על-פי מודל מזעור העלויות של פונזר, דיני הראיות נועדו למזער את הסך המצרפי של עלויות הטעות והמניעה. הנחת-היסוד המובלעת במודל מזעור העלויות היא שאפשר להציב את עלויות הטעות לטובת התובעת ואת עלויות הטעות לטובת הנתבעת על סולם הערכה אחד. במילים אחרות, מודל מזעור העלויות נסמך על הנחת-יסוד של המירות בין העלות לתובעת כתוצאה מטעות שיפוטית לבין העלות לנתבעת כתוצאה מטעות זו. ההנחה היא שאפשר לקזז את החיסכון בעלות (הפחתת הכאב) של בעלת-דין אחת מהעלות (הכאב) של בעלת-הדין האחרת. הוא הדין בנוגע להנחת ההמירות בין עלויות הטעות לבין עלויות המניעה. תחת מודל מזעור העלויות, הזמן, הכסף והמאמצים שבעל-הדין ומשלם המיסים משקיעים בהליך השיפוטי – כדי להקטין את הסתברות הטעות – מוצבים על אותן כפות מאזניים עם עלויות הטעות למתדיינים ולציבור הרחב.¹⁴² הגישה הדאונטולוגית דוחה את הנחת ההמירות שבבסיסו של מודל מזעור העלויות, על מגוון רבדיה. ברוח גישה זו, ההתמקדות של מודל מזעור העלויות בעלות הטעות המצרפית מתעלמת מאופן החלוקה של עלות הטעות בין

AND THE EMOTIONS: NEW ESSAYS IN MORAL PSYCHOLOGY 179, 179 (Ferdinand Schoeman, ed., 1987)

140 הגדרת הוודאות המוסרית סבוכה מאוד. להלן אחת ההגדרות שהוצעו בספרות: "the form of certainty that any person is capable of achieving from an understanding of the nature of things, applying reason and thought to the testimony of others, along with personal observation and experience." Steve Sheppard, *The Metamorphoses of Reasonable Doubt: How Changes in the Burden of Proof Have Weakened the Presumption of Innocence*, 78 NOTRE DAME L. REV. 1165, 1177 (2003)

.Rinat Kitai, *Protecting the Guilty*, 6 BUFF. CRIM. L. REV. 1163, 1184 (2003) 141

STEIN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 214. 142

בעלי-הדין, וממילא משקפת התעלמות מייחודם של התובע ושל הנתבע כבני-אדם.¹⁴³ כמו-כן, העלויות של מניעת טעות נבדלות איכותית מעלויות הטעות: הוצאות המשפט נבדלות איכותית מפגמים בצדק.¹⁴⁴ הגישה הדאונטולוגית יוצאת נגד ההשטחה – המתקיימת תחת מודל מזעור העלויות – של מכלול העלויות הנבדלות (איכותית) לסולם אחד ולמאזן אחד של עלות-תועלת. בהעדר מכנה משותף אחיד בין העלויות והתועלות הנבדלות-איכותית הללו, אי-אפשר לאזן ביניהן או לקזזן זו מזו.¹⁴⁵

הפרספקטיבה הדאונטולוגית מאירה זווית ביקורתית דומה גם באשר למודל ההתנהגות הראשית. על-פי התפיסה הדאונטולוגית, הלגיטימיות של ההכרעה השיפוטית בהליך האזרחי נעוצה בחתירה בלעדית אחר צדק בין בעלי-הדין. חשיפה של בעלי-הדין לסיכון מכוון של טעות שיפוטית לשם הגשמת יעדים חברתיים חיצוניים (דוגמת הרתעה והכוונת התנהגות ראשית של אחרים) הופכת אותם לאמצעים בידי הזולת ופוגעת בכבוד האדם שלהם. הואיל ובעלי-הדין הם סובייקטים של ההליך האזרחי, ולא אובייקטים שלו, על הפרוצדורה האזרחית לחתור באופן בלעדי להתחקות אחר האמת ולהכרעה צודקת והוגנת. תפקידם של דיני הראיות, על-פי התפיסה הדאונטולוגית, הוא להבטיח בירור על-פי אמות-מידה כאלה ובכך להבטיח את הלגיטימיות המוסרית של ההכרעה השיפוטית. אם כן, הגישה הדאונטולוגית מפרקת את המכלול שלבב החישוב התועלתני: היא פורטת את סולמות ההערכה של עלויות ותועלות לפרטים, ומשרטטת תמונה אינדיווידואליסטית הממוקדת בבעלי-הדין. על-פיה, בעלי-הדין (וקורבנות אי-הצדק) אינם יחידות חסרות פנים וזהות שאפשר להציב אלה מול אלה; הם נושאי זכויות, ועל בית-המשפט להשתמש בפרוצדורות שיפוטיות את ההסתברות להתרחשות טעויות עובדתיות העלולות לפגוע בזכויותיהם המהותיות.¹⁴⁶

הביקורת הדאונטולוגית על ההצדקות התוצאתניות לדיני הראיות (דוגמת מודל מזעור העלויות או גישת ההתנהגות הראשית) ממוקדת, אם כן, בהסתכלות המערכתית של החישוב התועלתני שביסודן. הגישה הדאונטולוגית כופרת בנקודת-המבט המערכתית ומציעה תחתייה זווית הסתכלות פרטנית. אולם דווקא בשל נקודת-המבט הפרטנית המאפיינת את הגישה הדאונטולוגית, התאמתה לזירה הראייתית עלולה להיות פחותה מזו של הגישות התוצאתניות שנדונו לעיל. נקודת-המבט הפרטנית נתונה במתח פנימי עם תפקידם המערכתי של כללי ההכרעה ודיני הראיות.¹⁴⁷ למשל, בהקשר הפלילי, תיאוריות הגמול הדאונטולוגיות מקדמות מחויבות ב-זמנית כלפי שני עקרונות-יסוד: הענשת אשמים ואי-הענשת חפים. כל אחת מאלה נחשבת סטייה מעקרונות של just desert, אך בשל ההתמקדות של התפיסות הגמוליות בכל מקרה לגופו, שני הציוויים נתפסים כעקרונות מוחלטים, מבלי שהגישה הגמולית נדרשת ליחסי-הגומלין ביניהם. התיאוריה הגמולית אינה מספקת תשובה ליחסי-הגומלין (trade-off) שבין טעות לטובת הנאשם לבין טעות לטובת התביעה (או בין הענשת

143 Regan, לעיל ה"ש 131, וראו הציטוט שם מדבריו של קנט.

144 מובן שגם בתוך הקטגוריה של עלויות המשפט אפשר לשרטט הבחנות איכותיות – למשל, בין עלויות כספיות לבין פגיעה בפרטיותם של עדים.

145 STEIN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 215.

146 שם.

147 Richard A. Bierschbach & Alex Stein, *Mediating Rules in Criminal Law*, 93 VA. L. REV. 1197, 1203 (2007).

החף לבין אי-הענשת האשם) בחתך המקרים הכללי. במובן זה מדובר בתיאוריה אוטופית, המתעלמת מכך שטעויות בשיפוט הן בלתי-נמנעות במציאות ומכך שהקטנת הפוטנציאל להרשעות-שווא במערכת פירושה הגדלה בריזמנית של פוטנציאל זיכויי-שווא ולהפך.¹⁴⁸ בשל ההימנעות מהסתכלות מערכתית, ובשל תפיסת הציוויים בדבר אי-הענשת החף והענשת האשם כמחלטים, מבלי לערוך כל תיעודף והשוואה ביניהם, יש הסבורים כי אין בכוחן של תיאוריות גמול להצדיק את דיני הראיות הקיימים או לתמוך במשטרי הכרעה חלופיים. כך, למשל, ריימן (Reiman) וון-דן-הג (Van Den Haag) סבורים כי תורות גמול אינן יכולות להצדיק את מידת ההוכחה הפלילית ששיעורה "מעבר לכל ספק סביר", משום שזו אינה מתיישבת עם המחויבות הגמולית להעניש אשמים:

Should we try to convict fewer innocents and risk letting more of the guilty escape or try to convict more of the guilty and unavoidably, more of the innocent? Retributivism (although not necessarily retributivists)¹⁴⁹ is mute on how high standards of proof ought to be

גם מור (Moore) הביע עמדה דומה בקובעו כי תפיסת הגמול פותחת פתח אפשרי להחלת סטנדרט ראייתי נמוך יחסית – מאזן הסתברויות – בספירה הפלילית. לשיטתו, בהעדר מחויבות א-פריורית ליחס המערכתי הראוי שבין הרשעות-שווא לזיכויי-שווא, תיאורטיקאי של תורת הגמול עשוי לאמץ עיקרון של סימטריה בין שני סוגי הסטייה מעקרונות הצדק הגמולי:

"The retributivist might adopt a principle of symmetry here – the guilty going unpunished is exactly the same magnitude of evil as the innocent being punished – and design his institutions accordingly."¹⁵⁰

כללו של דבר, יש מקום לטענה שהתיאוריה הראונטולוגית מגלמת אתיקה טהורה ואינה יכולה לשמש תשתית נורמטיבית יישומית בזירה הראייתית.¹⁵¹ בהתחשב במתח הפנימי שבין

148 Luna, לעיל ה"ש 127, בעמ' 220.

149 Jeffrey Reiman & Ernest Van Den Haag, *On the Common Saying that it is Better that Ten Guilty Persons Escape than that One Innocent Suffer: Pro and Con*, 7 Soc. Phil. & Pol. 226, 242 (1990).

150 MICHAEL S. MOORE, *PLACING BLAME: A GENERAL THEORY OF THE CRIMINAL LAW* 157 (1997).

151 הואיל והאדמיניסטרציה של המשפט הפלילי נעשית על-ידי בני-אנוש, ולא על-ידי בני אלים, אין דרך להימנע מטעויות כהרשעת חפים, ואין דרך להגן בריזמנית על שני הציוויים גם-יחד, יהא משטר ההכרעה אשר יהא. Douglas N. Husak, *Why Punish the Deserving?*, 26 Noûs 447, 451 (1992) ("...because punishment is administered by the state rather than by god... it is inevitable that the practice of punishment will suffer from (at least) each of the following three deficiencies: It will be tremendously expensive, subject to grave error, and susceptible to enormous abuse...") אינם שוללים לחלוטין ענישה פלילית, הם פותחים פתח להענשה של חפים מפשע. David Dolinko, *Three Mistakes of Retributivism*, 39 UCLA L. Rev. 1623, 1632–1633 (1992)

הזווית הפרטנית של החשיבה הדאונטולוגית לבין התפקיד המערכתי של כללי הכרעה ושל דיני הראיות, אין תמה שהספרות העשירה בתחום תורות הגמול כוללת התייחסות מועטה בלבד לזירה הראייתית ולשאלת עיצובם של כללי הכרעה.¹⁵²

אולם, ככל שנקבל את הגישה הדאונטולוגית ואת התיאוריה הגמולית כאמות-מידה להערכת רציותם הנורמטיבית של משטרי הכרעה ושל כללים ראייתיים, אפשר להאיר לאורן גם את כלל האופי הרע. ההצדקה הדאונטולוגית לכלל האופי הרע נסמכת על הפגיעה בזכויות הנאשם ובאינדיווידואליות שלו עקב שימוש במידע זה כבסיס להרשעה.¹⁵³ שימוש כזה סותר שני עקרונות-יסוד דאונטולוגיים. האחד הוא שאין להרשיע ולהעניש אדם בגין עברה ככל שאין לו היכולת להימנע מביצועה.¹⁵⁴ הנחת קשר סיבתי בין אישיותו של הנאשם לבין מעורבותו בביצוע מעשה העברה מבטאת מימד דטרמיניסטי מובהק שאינו עולה בקנה

("The retributivist remains 'willing to trade the welfare of the innocents who are punished by mistake for the greater good of the punishment of the guilty' and thus, it would seem, committed to sacrificing – 'using' – the mistakenly convicted for the benefit of society in general... by appealing to the inevitability of mistaken convictions... retributivism itself can be accused of using convicted offenders, and thus stripped of its cloak of Kantian respectability") היא שאין דומה טעות שיטתית מלכתחילה לטעות שרירותית בדיעבד. הוגים של תורות גמול סוברים כי אימוץ של מערכת ענישה פלילית, על כל הסכנות הגלומות בה, יוצר סיכון של unjust desert כלפי ציבור של נאשמים בלתי-מזוהים, והדבר נברל איכותית מהטלה מכוונת של סיכון על נאשמים ספציפיים. ראו, למשל: Larry Alexander, *Retributivism and the* Inadvertent Punishment of the Innocent, 2 LAW & PHIL. 233, 236 (1983). הוגים אלה תולים את הלגיטימיות המוסרית של פעולת הענישה הפלילית גם בדוקטרינת האפקט הכפול. על-פי דוקטרינה זו, מבית-מדרשו של אקווינס, נורמות מוסריות כובלות באופן מוחלט רק כאשר מדובר בתוצאות מכוונות. ראו: SAINT THOMAS AQUINAS ON LAW, MORALITY, AND POLITICS. פעולה המצמיחה תוצאות חיוביות ושליליות בעת ובעונה אחת תיחשב לא-לגיטימית מבחינה מוסרית רק אם התוצאה השלילית היא מכוונת, בין כתכלית סופית ובין כאמצעי להשגת תכליות אחרות. לעומת זאת, הפעולה תותר אם תוצאת-הלוואי השלילית – למרות היותה צפויה מראש – אינה מכוונת כתכלית סופית או כאמצעי-ביניים. ראו: Michael Moore, *Justifying Retributivism*, 27 ISR. L. REV. 15, 20 (1993). על רקע האמור, ההצדקה הגמולית למוסד הענישה הפלילית היא שהתוצאה הקשה של הרשעת-שווא, אף שהיא ידועה וצפויה מראש, אינה מכוונת – לא כתכלית סופית וגם לא כאמצעי להענשת האשמים – ולכן היא לגיטימית. במילים אחרות: לפי הפרדיגמה הגמולית, הלגיטימיות המוסרית של ההליך הפלילי ושל פעולת הענישה נקבעת על-פי המעשים הננקטים למניעת מצב של הרשעת-שווא, ולא לפי תוצאותיהם.

Bierschbach & Stein, לעיל ה"ש 147, בעמ' 1203. 152

Lea Brilmayer & Lewis Kornhauser, *Review: Quantitative Methods and Legal Decisions*, 46 U. CHI. L. REV. 116, 149 (1978). 153

H.L.A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY – ESSAYS IN, לעיל ה"ש 1, בעמ' 294; Ho, *THE PHILOSOPHY OF LAW* 174 (1970) (מצוטט אצל Ho, שם). 154

אחד עם אוטונומיית הרצון של הנאשם.¹⁵⁵ העיקרון הדאונטולוגי האחר שמופר לכאורה על-ידי השימוש בראיה בדבר אופי רע הוא שאין להרשיע ולהעניש אדם בגין אישיותו. ענישה היא מוצדקת אך ורק בגין ביצוע העברה שבכתב האישום;¹⁵⁶ הכרעה ad hominem פוגעת בכבוד האדם של הנאשם. בשל הפגיעה בשני עקרונות-היסוד הללו הגישה הדאונטולוגית פוסלת את השימוש במידע על התנהגות שלילית בעברו של הנאשם לצורך הכרעה בשאלת אשמתו במקרה הנדון כעת.

אפשר לקרוא תיגר על הדברים ולטעון כי ההצדקה הדאונטולוגית לכלל האופי הרע מטשטשת בין האפיסטמי למטפיזי: השימוש בהתנהגות העבר השלילית כאמצעי לקביעת ממצא עובדתי או כבסיס לאמונה בדבר מעורבותו של הנאשם בביצוע העברה המיוחסת לו אינו שקול לקביעה כי הנאשם היה מחויב להתנהג באופן המתואר או שהוא נעדר בחירה חופשית בעצם ביצוע העברה המיוחסת לו; התנהגות העבר השלילית היא אינדיקטיבית בלבד באשר למעורבותו בעברה הנוכחית.¹⁵⁷ כך או כך, ההצדקה הדאונטולוגית לכלל האופי הרע – כמו לדיני הראיות באופן כללי – מתמקדת בהכשרת ההכרעה השיפוטית ובמתן לגיטימיות מוסרית לענישה הנגזרת ממנה.¹⁵⁸

סיכום

במאמר זה ביקשתי למפות את התיאוריה הראייתית – להשוות בין הפרספקטיבות התיאורטיות השונות על דיני הראיות ולחדד את מבני ההצדקה השונים שהן מציעות להכפפת הבריור העובדתי לכללים ראייתיים. על רקע הקריאות להוכחה חופשית (free proof) ועל רקע היעלמותם המעשית של דיני הראיות מהנוף הישראלי והאנגלו-אמריקני, כפי שזו משתקפת במעבר מקבילות למשקל, הגישות שהוצגו משרטטות את קווי המתאר השונים של התימוכין הנורמטיביים שניתן להעלות להצדקת כללי פסלות. המיפוי התיאורטי שהוצג אינו ממצה. בצד הגישות שנדונו יש גישות נוספות שלא זכו בהתייחסות – הניתוח הסטטיסטי (שאף זכה בכינוי "new evidence scholarship") או הניתוח הפמיניסטי של דיני הראיות. הניתוח הסטטיסטי הושאר מחוץ לדיון משום שהוא מתמקד בתהליכי ההיסק של מסקנות עובדתיות מתוך החומר הראייתי, ואינו זורה אור על דיני הראיות (להבדיל מהראיות גופן),

155 Stein, לעיל ה"ש 7. לדיון אנלוגי בזירת הראיות הסטטיסטיות ראו: David T. Wasserman, *The Morality of Statistical Proof and the Risk of Mistaken Liability*, 13 CARDOZO L. REV. 935 (1991); Amit Pundik, *Statistical Evidence and Individual Litigants: A Reconsideration*

.of Wasserman's Argument from Autonomy, 12 INT'L J. EVIDENCE & PROOF 303 (2008).

156 Ho, לעיל ה"ש 1, בעמ' 294; HYMAN GROSS, A THEORY OF CRIMINAL JUSTICE 76–77 (1979).

157 Enoch & Fisher, לעיל ה"ש 41.

158 להלן מאמר מכונן נוסף העוסק בתפקידם של דיני הראיות בהכשרת ההכרעה השיפוטית:

Charles Nesson, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, 98 HARV. L. REV. 1357 (1985).

בגוף הטקסט בהתמקדותו במראית פני הצדק ובקבילותה הציבורית של ההכרעה השיפוטית במובן של acceptability. זאת, להבדיל מעצם הגינותה של ההחלטה ומכשרותה המוסרית במובן של legitimacy.

על תורת המשפט הראייתית ועל השאלה הנורמטיבית שעל הפרק – ההצדקה להחלתם של דיני ראיות תוך סטייה מהמודל של הוכחה חופשית.¹⁵⁹ הניתוח הפמיניסטי של דיני הראיות, לפחות במתכונתו הקיימת, אינו מציע הסתכלות כוללת על התחום, אלא מתמקד בגזרה צרה יחסית של מצבים שבהם ההיבטים המגדריים של דיני הראיות באים לידי ביטוי חד (בעיקר בגזרת עברות המין). לפיכך גם בנייתו זה אין משום מענה כללי לשאלת האסדרה של הבירור העובדתי באמצעות כללים ראייתיים.

יודגש כי הפרספקטיבות התיאורטיות שדרכן הביט המאמר על דיני הראיות אינן בלעדיות ואינן מבטלות זו את זו: כשם שאי־אפשר להבין את דיני הראיות מבלי להביא בחשבון את עלויות הטעות בהכרעות השיפוטיות ואת היחס שבין העלויות הללו לעלויות המניעה, כך אי־אפשר להבין את דיני הראיות מבלי ליתן דין וחשבון לגבי הסטיות השיטתיות של שופטים מדפוס הכרעה רציונליים; כשם שאי־אפשר לגבש הבנה ראויה של דיני הראיות מבלי להתחשב באופן שבו הם מעצבים את ההתנהגות הראשית, כך אי־אפשר להבין את דיני הראיות אם מתעלמים מהשלכותיהם על הלגיטימיות המוסרית של ההליך השיפוטי ושל פעולת הענישה הפלילית.

159 אומנם, גם מהגישות הכלכליות או ההתנהגותיות שהוצגו אי־אפשר לגזור גזירה נורמטיבית ישירה מבלי להידרש למחויבויות ערכיות נוספות וחיזוניות (לצורך הגדרת פונקציית התועלת, למשל); אולם יש בהן גרעין נורמטיבי א־פריורי הנוגע בטבעו של הסוכן האנושי.

