

הרשעה על סמך ראיות נסיבתיות – דיון בשאלת מודל ההכרעה הראוי בעקבות פסק הדין קריאף

מאת

בנימין בלום ואלישע הרלב*

מאיר קריאף הואשם ברצח על בסיס ראיות נסיבתיות בלבד. בפסק הדין המזכה, ובעקבותיו, התעורר דיון באשר למודל ההכרעה הראוי במקרים אלו: השופט הנדל, בדעת מיעוט, הציע להחליף את המודל התלת-שלבי המקובל בפסיקה באישומים המבוססים על ראיות נסיבתיות בלבד במודל דו-שלבי כדרך למניעת הרשעות שווא. אולם ממסגרת הדיון נעדרה לחלוטין התייחסות לזווית הפסיכולוגית באשר לדרך הבחינה הראויה, אף שלמחקר בתחום יש תובנות חשובות בנושא. הערת פסיקה זו מציעה סקירה קצרה של ממצאים פסיכולוגיים עדכניים הרלוונטיים לדיון האמור, ובהם שנאת היסק, הטיית המקור-תוכן ושנאת היסקים במסגור רווח, כפי שיוגדרו בהמשך. על סמך ממצאים אלו הערה זו בוחנת את הצעתו של השופט הנדל בחינה ביקורתית. הממצאים שנציג מערערים על הקביעה שהמודל התלת-שלבי הוא אכן גורם שבכוחו להוביל להרשעות שווא.

מבוא. א. הכרעה שיפוטית על סמך ראיות נסיבתיות; 1. ראיות נסיבתיות; 2. המודל התלת-שלבי; 3. המודל הדו-שלבי – הצעתו של השופט הנדל בפסק הדין קריאף; 4. יישום פסיכולוגי במקרה קריאף. ב. ראיות נסיבתיות והיסקים; 1. שנאת היסק; 2. היסקים שליליים; 3. היסקים במסגור רווח. סיכום.

מבוא

בע"פ 6392/13 הואשם מאיר קריאף ברצח.¹ מסכת הראיות נגד קריאף הייתה נסיבתית בלבד: שיחות טלפון שניהל, מניע בדמות חובות כספיים למנוח וזמני יציאתו מהבית. אף שזיכוי בבית המשפט העליון ניתן פה אחד, הוא עורר דיון באשר לשיטת הבחינה

* ד"ר בנימין בלום הוא מרצה בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. אלישע הרלב הוא בוגר תואר ראשון בפסיכולוגיה ובמשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. אנו מבקשים להודות למערכת "דין ודברים" על הערותיהם המועילות.
1 ע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריאף (פורסם בנבו, 2015) (להלן: עניין קריאף).

הראויה של ראיות נסיבתיות בהליכים פליליים.² דיונים חשובים אלו עסקו בכמה היבטים מרכזיים של הסוגיה, ובהם הציע השופט הנדל לשנות את מודל ההכרעה הנהוג במקרים של אישומים המבוססים על ראיות נסיבתיות בלבד, בשל חשש מהרשעות שווא. לדעתנו, בפסק הדין חסרה התייחסות להיבט הפסיכולוגי – היבט שהוא קריטי לבחינתה של שאלת ההרשעה על בסיס ראיות נסיבתיות. מבלי להקיף את שלל הסוגיות הפסיכולוגיות העולות מפסק הדין, הערה זו נועדה להיות קריאת כיוון לסוגי השיקולים שבהם ראוי להתחשב בקביעת הסטנדרטים המשפטיים בעת בחינתן של ראיות נסיבתיות, בתקווה שמחקרים פסיכולוגיים יובאו בחשבון ביצירת המודלים המשפטיים להכרעות בעניינים אלו ואחרים. נוסף על זה, לאור הצגת הפן הפסיכולוגי והאמפירי נטען כי ככל הנראה אין הצדקה לחששו של השופט הנדל מפני הרשעות שווא במקרים המתבססים על ראיות נסיבתיות בכלל ובשימוש במודל התלת-שלבי בפרט, מה שמאיר באור ביקורתי את הבסיס להצעתו. יודגש כי אין בדברים כדי להיות דיון פסיכולוגי מקיף ומספק בעניין או הכרעה בין המודלים השונים להערכת ראיות נסיבתיות – אלא הצעה לדרך התבוננות והזמנה לעיון ומחקר אמפירי נוסף שיתמקד בהשוואתה של דרך קבלת ההחלטות לפי המודל המקובל בפסיקה – המודל התלת-שלבי – לעומת המודל הדר-שלבי שהציע השופט הנדל, במיוחד משום שהמחקר בתחום נמצא בראשיתו, ומסקנותיו טרם נבחנו בחינה מקיפה.

בתחילה נציג את ההבדל בין ראיות נסיבתיות לישירות, את יחס הפסיקה לראיות נסיבתיות ואת המודל התלת-שלבי שבו נהוג להשתמש במקרים המבוססים על ראיות כאלו. לאחר מכן נפרט את הצעתו של השופט הנדל לעבור לשימוש במודל דו-שלבי בשל חשש מהרשעות שווא. לשם בחינת הצעה זו נציג ממצאים אמפיריים ופסיכולוגיים השופכים אור על חששו של השופט הנדל, ולאורם נדון בשאלה אם המודל התלת-שלבי אכן מוביל להרשעות שווא.

א. הכרעה שיפוטית על סמך ראיות נסיבתיות

1. ראיות נסיבתיות

הספרות בדיני הראיות חלוקה באשר להבחנה בין ראיות נסיבתיות לישירות. אף יש המרחיקים לכת וטוענים שאין ביניהן הבדל של ממש, ושניתן במאמץ מסוים לסווג כל ראיה כנסיבתית.³ עם זאת הבחנה זו בין ראיות ישירות לנסיבתיות נפוצה הן בספרות

2 מלבד הדיון בפסק הדין, ראו: יניב בן-הרוש, "ראיה היא ראיה היא ראיה", עורך הדין כו (תשע"ה) 86.

3 Richard K. Greenstein, "Determining Facts: The Myth of Direct Evidence", 45 *Hous. L. Rev.* (2009) 1801, pp. 1806–1807.

המשפטית בארץ ומחוצה לה והן בתפיסות ציבוריות רווחות באשר לדרכי הוכחה. לצורך הערת פסיקה זו נתייחס להגדרה הרווחת לראיות נסיבתיות בפסיקה הישראלית, הגורסת שראיות נסיבתיות "...אינן מוכיחות במישרין את העובדות הטעונות הוכחה, אלא הן מוכיחות עובדות אחרות, מהן ניתן להסיק מסקנה בדבר התקיימות העובדות הטעונות הוכחה..."⁴. זאת, לעומת ראיות ישירות, אשר מוכיחות במישרין את העובדות שבמחלוקת.

לדוגמה, במשפטו של קריאף העובדה טעונת ההוכחה הייתה שהנאשם הוא שירה במנוח, ובכך גרם למותו. לפיכך אם היה עד ראייה מזהה את קריאף יורה במנוח – היה הדבר מסווג כראיה ישירה, שכן ראיה זו הייתה מבססת את העובדה שנדרשת להוכחה. לעומת זאת עדות שלקריאף היה חוב כספי למנוח יכולה לכל היותר לבסס את העובדה שלנאשם היה מניע לבצע את הרצח. מניע כשלעצמו אינו העובדה טעונת ההוכחה, הגם שהוא נוטה לאשש את האפשרות שהיא התקיימה, כלומר שקריאף הוא שרצח את המנוח. לכן ראיה בדבר החוב תסווג כראיה נסיבתית.

אף שההבחנה בין שני סוגי הראיות רווחת בפסיקה, המשפט הישראלי – כמו מרבית שיטות המשפט המערביות – אינו מבחין ביניהן מבחינה איכותית. לכן מערכת המשפט הישראלית מתירה הסתמכות על ראיות נסיבתיות הן לשם הכרעה בדין אזרחי והן לשם הרשעה בפלילים.⁵ אלא שמערכת המשפט משנה את הליך הערכת הראיות כאשר מדובר בתיק פלילי המבוסס על ראיות נסיבתיות בלבד: במקרים אלו פיתחה מערכת המשפט הישראלית את המודל התלת-שלבי להכרעה.

2. המודל התלת-שלבי

בית המשפט העליון הביא לידי ביטוי לראשונה באופן מפורש את המבחן התלת-שלבי (המכונה גם "המודל התלת-שלבי") בבג"ץ יונה יהב נ' פרקליטת המדינה.⁶ מאז מבחן זה יושם במקרים רבים, ובהם גם פסקי דין מהעת האחרונה שניתנו בבית המשפט העליון.⁷ שלבו הראשון של המבחן הוא הסקת העובדות הרלוונטיות הספציפיות הנובעות מן

4 ע"פ 2132/04 קייס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2007), פסקה 6 לפסק דינה של השופטת א' פרוקציה. הדיון בנושא ההגדרה הוא נרחב ומרתק, אך שוכן מעבר לצורכי הערה זו. לדוגמה, אחת ההצעות היא לסווג ראיה נסיבתית אם היא דורשת לפחות שני היסקים על מנת להגיע למסקנה: Eyal Zamir, Ilana Ritov and Doron Teichman, "Seeing is Believing: The Anti-Inference Bias", 89 *Ind. LJ.* (2014) 195, p. 198.

5 עניין קריאף (לעיל, הערה 1) פסקה 97 לפסק דינו של השופט נ' סולברג.
6 בג"ץ 2534/97 יונה יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 14 (1997). את שורשיו העמוקים יותר של המבחן התלת-שלבי ניתן למצוא בע"פ 493/82 חמו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 645 (1986).

7 לדוגמאות, ראו: ע"פ 2960/14 חזן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2017); ע"פ 3263/13 בן שטרית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2017).

הראיות הנסיבתיות. לדוגמה, בשלב זה ייקבע אם רישומים בפנקסו של המנוח על אודות חובו של הנאשם, או עדותו של אדם ששמע על חובו של הנאשם למנוח, מהימנים, ואם ניתן להסיק מהם שאכן היה חוב שכזה בין השניים. בשלב השני פונה בית המשפט לבחון את התמונה הכוללת העולה ממכלול הראיות הנסיבתיות. כלומר, אם לחזור למקרה קריאף, בשלב זה בית המשפט בוחן את התמונה העולה מכך שלנאשם היה מניע, שהוא יצא מביתו בזמן מתאים לביצוע הרצח, שהוא נעדר אליבי או שהאליבי הופרך, ושהוא ניהל שיחות טלפון בעניין. בשלב השלישי הנאשם מתבקש לספק גרסה מזכה המתיישבת עם הראיות הנסיבתיות שהוצגו. בדוגמה של קריאף, זו הזדמנותו של הנאשם להציע שלא הוא ביצע את הרצח אלא אדם אחר אשר היה גם הוא בעל מניע ואמצעים מטבע הדברים, לא בכל מקרה יגיע בית המשפט לשלב השלישי, שכן לעתים התמונה הכוללת העולה ממכלול הראיות הנסיבתיות לא תהא מסבכת דייה כדי לחייב את הנאשם לספק הסבר. לדוגמה, עצם יציאתו של קריאף מהבית בזמן המתאים לרצח והיות גובהו של הרצח דומה לזה של הנאשם ככל הנראה לא יספיקו לבדם. כמו כן **עוצמת ביסוסו של השלב השני תשליך על סוג ההסבר שיידרש בשלב השלישי**.⁸ אולם נושאים אלו חורגים מגבולות הערת פסיקה זו, אשר תעבור עתה להתמקד בביקורתו של השופט הנדל על המבחן התלת-שלבי.

3. המודל הדו-שלבי – הצעתו של השופט הנדל בפסק הדין קריאף

בפסק דין קריאף הציע השופט הנדל מסיבות עקרוניות לנטוש את המבחן התלת-שלבי ולעבור למודל דו-שלבי.⁹ בשלב הראשון המודל של הנדל בוחן אילו עובדות ספציפיות ניתן לזקק מתוך מכלול הראיות. בשלב השני יש לבחון אם עובדות אלו כשלעצמן מצביעות מעבר לספק סביר שהנאשם הוא שביצע את הפשע.¹⁰ העדפתו של השופט הנדל למודל הדו-שלבי איננה סמנטית בלבד. לדידו, היא מפחיתה את הסכנה להרשעות שווא לעומת המודל התלת-שלבי.¹¹ לפי הנדל, אף שכוונת הפסיקה מעולם לא הייתה להעביר את נטל השכנוע לשכמו של הנאשם, משתמע בעקיפין מן המבחן התלת-שלבי כי בפועל נטל זה עשוי לרבוץ עליו. זאת, כאמור, כיוון שבשלב השלישי למבחן מתבקש הנאשם לספק גרסה חלופית שתתיישב עם הראיות אך תזכה אותו לאחר שהתביעה הוכיחה רק לכאורה את מעורבותו באמצעות ראיות נסיבתיות.

8 עניין קריאף (לעיל, הערה 1) פסקה 124 לפסק דינו של השופט נ' סולברג.
 9 שם, פסקה 1 לפסק דינו של השופט נ' הנדל.
 10 שם, פסקה 3 לפסק דינו של השופט נ' הנדל.
 11 שם, פסקה 1 לפסק דינו של השופט נ' הנדל.

נוסף על חשש זה, מעלה השופט הנדל חשש שבית המשפט יעבור לבחינת השלב השלישי גם במקרים שבהם התביעה לא עמדה בנטל המצדיק זאת. תופעה זו עלולה להתרחש למשל בשל התייחסות שגויה לשקריו או לשתיקתו של הנאשם בחקירה.¹² מלבד שיקולים אלו התפתח בפסק הדין דיון מרתק על יחסן של שיטות משפט זרות לראיות נסיבתיות, כמו גם עיון בהלכות המשפט העברי בנושא. אנו סבורים כי מלבד הדיון הנרחב שהתנהל חשוב להתייחס לתובנות התנהגותיות ופסיכולוגיות אשר לא הוזכרו בפסק הדין, ואליהן נפנה כעת.

ב. ראיות נסיבתיות והיסקים

כאמור, הפסיקה הישראלית מאפשרת לבסס הרשעה בפלילים על ראיות נסיבתיות בלבד. כלומר, שופט יכול לבסס הרשעה על מסכת ראיות אשר אינן מכילות ראיה ישירה אם יראה לנכון להסיק מהן שהנאשם ביצע את הפשע הנדון. אכן, אין סיבה א-פריורית לסווג ראיות נסיבתיות כנחותות או מהימנות פחות, או לחשוד שהן מביאות לתוצאות מדויקות פחות מאלה שביאור ראיות ישירות. אדרבה, ישנם מחקרים המדגימים כיצד ראיות נסיבתיות מסוימות הן מדויקות יותר, ולכן מובילות להרשעות שווא מעטות מאלה של ראיות ישירות. למשל, מחקר הראה שזיהוי באמצעות עדות ראייה שגוי בכ-13,58%¹³ ואילו בזיהוי על סמך DNA נפלה טעות ב-1% מהמקרים בלבד.¹⁴ מחקר נוסף אשר עסק בהרשעות שווא מצא שב-68% מהן מקור הטעות היה עדויות ישירות, ורק ב-9% מהן היו הראיות נסיבתיות.¹⁵

עם זאת המחקר הפסיכולוגי מלמד שגם אם מבחינה לוגית ופורמלית אין הבחנה חדה וברורה בין שני סוגי הראיות, וגם אם ראייה מסוג אחד איננה עדיפה איכותית על פני רעותה – הרי ניכר הבדל רב בין בני אדם בהתייחסותם לראיות השונות ובשקילתם את סבירותה של מסכת עובדות ספציפית לאורן.¹⁶ מבחינה אמפירית דומה שאין הצדקה לחשוד מפני מתן משקל עודף לראיות נסיבתיות, אלא להפך; ההסתמכות עליהן מהוססת ולעתים מועטה מדי, ולא בצדק. כעת נפנה לגורמים הפסיכולוגיים המסבירים, לפחות חלקית, תופעה זו.

12 שם, פסקה 4 לפסק דינו של השופט נ' הנדל.
 13 Brian L. Cutler and Steven D. Penrod, *Mistaken Identification: The Eyewitness, Psychology and the Law* (1995) p. 13.
 14 Jonathan J. Koehler, "When Do Courts Think Base Rate Statistics Are Relevant?", 42 *Jurimetrics J.* (2002) 373, p. 394.
 15 Hugo Adam Bedau and Michael L. Radelet, "Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases", 40 *Stan. L. Rev.* (1987) 21, pp. 56–58.
 16 Kevin Jon Heller, "The Cognitive Psychology of Circumstantial Evidence", 105 *Mich. L. Rev.* (2006) 241, p. 241.

1. שנאת היסק

הנקודה המרכזית ביותר לדיוננו היא שהרשעה על סמך ראיות נסיבתיות והסתברותיות היא דבר אשר הפסיכולוגיה האנושית מתקשה לקבל. בשורה של מחקרים נמצא כי מקבלי החלטות נמנעים מלהטיל אחריות על אדם – הן בהליכים אזרחיים והן בפלילים – כאשר אחריותו מתבססת על ראיות נסיבתיות בלבד אף אם ההסתברות האובייקטיבית למהימנותן של הראיות הנסיבתיות אינה נופלת מזו של הראיות הישירות.¹⁷

לתופעה רחבת היקף זו הוצעו הסברים רבים, כמו למשל הקלות שבה ניתן לדמיין תרחישים חלופיים כאשר מדובר בראיות נסיבתיות בלבד.¹⁸ אולם מחקרים מן העת האחרונה מלמדים שההימנעות להסתמך על ראיות נסיבתיות, או מה שקרוי בספרות "שנאת ההיסק" (Anti-inference Bias), היא תופעה עוצמתית גם כאשר כמעט בלתי אפשרי לדמיין תרחיש חלופי פוטר או מזכה.¹⁹ כלומר, עצם הדרישה להיסק לוגי בהיעדרן של ראיות ישירות היא המפחיתה את ההסתברות, ללא קשר לעוצמת הראיות הנסיבתיות עצמן או קיומם של תרחישים חלופיים.

שנאת ההיסק הודגמה במגוון הקשרים וסוגי ראיות שונים. למשל, באחד המחקרים נשאלו הנבדקים אם ירשיעו אדם בגין נהיגה במהירות מופרזת על סמך שתי טכנולוגיות שונות של מצלמות מהירות: האחת קולטת את מהירות הרכב בצילום יחיד; השנייה היא מערכת של שתי מצלמות סמוכות המתעדות את המיקום ואת הזמן שבהם חלף הרכב ומאפשרת להסיק את המהירות הממוצעת בקטע כביש זה. בפני כל נבדק הוצג מקרה שבו נהג נתפס במצלמה כשהוא נוהג במהירות גבוהה מהמותר. אולם לחלק מהנבדקים נאמר שהמערכת שצילמה את מהירותו של הנהג היא זו המצלמת צילום יחיד, ואילו לאחרים נאמר שזו המערכת המכילה שתי מצלמות. לפיכך קבוצת הנבדקים הראשונה ניצבה בפני הכרעה על סמך ראיה ישירה, ואילו קבוצת הנבדקים השנייה נדרשה להסתמך על היסק על מנת להרשיע – חישוב המהירות שמבצעת מערכת המצלמות על סמך שני הצילומים.

אשר לשני סוגי הטכנולוגיות הוגדר שהסיכוי לטעות הוא זהה ומזערי (2%). גם החריגה במהירות הייתה זהה בשני המקרים. לפיכך נהיר שפורמלית נעדרה סיבה רציונלית להעדיף הרשעה על סמך טכנולוגיה אחת על פני רעותה. עם זאת אחוזי ההרשעה בתרחיש השני שבו חושבה המהירות על בסיס שני הצילומים היו נמוכים

17 דוגמה לניסויים הממחישים זאת: Zamir, Ritov and Teichman (לעיל, הערה 4) בעמ' 215–204.

18 Keith E. Niedermeier, Norbert L. Kerr and Lawrence A. Messé, "Jurors' use of naked statistical evidence: Exploring bases and implications of the Wells effect", 76 *Journal of Personality and Social Psychology* (1999) 533, p. 533.

19 Zamir Ritov and Teichman (לעיל, הערה 4), בעמ' 195.

במובהק מאחוזי ההרשעה על סמך המצלמה היחידה.²⁰ כלומר, נבדקים נרתעו יותר מלהרשיע את הנהג על סמך הראיה שנתפסה בעיניהם כהיסקית ונסיבתית אף שמדובר בהיסק פשוט, רציונלי ואמין.

הממצאים בדבר הרתיעה מהסתמכות על ראיות נסיבתיות חזרו על עצמם במגוון תרחישים שונים: במקרים פליליים ואזרחיים, בהכרעות משפטיות ובשאלות של מדיניות, וכאשר נבדקים נתבקשו להכריע בעצמם או לומר כיצד אחר צריך להכריע. מבלי לנסות ולהסביר את סיבותיה של הטיה קוגניטיבית זו נבקש להסב את תשומת הלב להשלכותיה של התופעה על נושא הדיון בפסק דין קריאף. הכרה בשנאת ההיסק עשויה להפיג חלק מן החששות שהביע השופט הנדל בפסק הדין. לפי המחקר נראה כי החשש הממשי יותר הוא דווקא **הימנעות מהרשעה** על סמך ראיות נסיבתיות ולא הרשעה על פיהן ללא ביסוס מספק.²¹

מלבד התובנה המרכזית של שנאת ההיסק מחקרים עדכניים מצביעים על הטיות פסיכולוגיות נוספות אשר רלוונטיות ליישומן של המודל התלת-שלבי. נציג כעת שתי תובנות כאלו בקצרה, אך לא לפני שנבהיר שמוכן שהליך קבלת ההחלטות האנושי מורכב משיצג כאן, והן מוצגות על מנת להעשיר את הדיון והמחשבה ולא כיומרה לגיתוח פסיכולוגי שלם.

2. היסקים שליליים

כזכור, בשלב האחרון של המבחן התלת-שלבי מתבקש הנאשם להציע גרסה מזכה לפי הראיות שהציגה התביעה. בשלב זה על השופט לקבוע אם החלופה שהנאשם מציע היא סבירה או בלתי סבירה לפי מכלול הנסיבות. אם יקבע השופט שניתן להסיק שגרסתו של הנאשם לא תיתכן לפי הראיות שהוצגו – אזי ייזקף הדבר לחובתו והוא יורשע.²² התופעה הפסיכולוגית הרלוונטית לכך נחקרה אך לאחרונה וכונתה "הטיית המקור-תוכן" (Source-Content Bias).²³ לפי המחקר הנדון, יותר משבני אדם נרתעים מפני היסקים, הם מסתייגים מהיסקים בעלי תוכן שלילי. כלומר, כאשר מתבססים על ראיות, ההיסק שעובדה מסוימת **איננה נכונה** קשה מהיסק שעובדה אחרת היא נכונה. בניסוי לדוגמה הוצג בפני נבדקים מקרה של אדם שהחנה את רכבו בבוקר במקום מסוים. לאחר ציון העובדה שלעתים כלי רכב נגנבים נשאלו הנבדקים אם הם **יודעים**

20 שם, בעמ' 204–207.

21 מלבד הדיון הפסיכולוגי נעשו גם מחקרים בתחום, בעיקר על פסקי דין של מושבעים, אשר מצביעים על נקודה זו. לסקירה קצרה על אודות הנושא הכוללת את הנתונים שהוצגו בפרק ג ראו: Heller (לעיל, הערה 16) בעמ' 244–245.

22 עניין קריאף (לעיל, הערה 1) פסקה 97 לפסק דינו של השופט נ' סולברג.

23 John Turri, "Skeptical Appeal: The Source-Content Bias", 39 *Cognitive Science* (2015) 307.

שרכבם עודנו שם, או רק משערים שזה המצב. ההבדל בין שתי קבוצות הנבדקים היה שחלקם נשאלו אם הרכב לא נגנב, וחלקם נשאלו אם הרכב עודנו במקום. זהו המקום להדגיש, שמוכן שאם הרכב נגנב הוא אינו חונה במקום, ולכן אין סיבה רציונלית להסכים עם האמירה שהוא במקומו יותר מהאמירה שהוא לא נגנב.

במפתיע נמצא שבהיעדר ראיה ישירה להיות הרכב במקומו, נבדקים שנשאלו אם הרכב לא נגנב היססו לומר זאת יותר מנבדקים שנשאלו אם הרכב עודנו במקומו²⁴ אף שמבחינה רציונלית אין הבדל משמעותי בין שתי האפשרויות. בחינה מעמיקה יותר אף מלמדת שהסיכוי שהרכב נמצא במקום שבו חונה אותו בעליו נמוך מהסיכוי שלא נגנב, שכן ניתן לדמיין תרחישים אפשריים לבד מגנבה (כגון גרירה) שבהם הרכב לא יישאר במקומו מבלי שייגנב.

ומהתם להכא: הטיית המקור-תוכן עשויה לגרום לשופטים להימנע מלקבוע על סמך ראיות נסיבתיות שהסברו של הנאשם לא יעלה כלל על הדעת. למשל, במקרה של קריאף יהיה לשופט קל להסיק לאור ראיות התביעה בלבד שהנאשם ביצע את העבירה (ההכרעה הנדרשת לפי המודל הדו-שלבי, שגם בעניינה תהיה רתיעה כלשהי בשל שנאת היסק) יותר משהיה לו קל להסיק שאיש זולתו לא היה יכול לבצע אותה.

נדגיש כי בניגוד לשנאת ההיסק שנחקרה ותועדה לעומק גם בהקשר המשפטי, תחום שנאת ההיסקים השליליים טרם יושם בהקשר המשפטי. אולם אף שיש צורך במחקר נוסף על מנת להבין אותו על בוריו, הוא עשוי להיות בעל השלכות לסוגיית המבחן הראוי להרשעה על בסיס ראיות נסיבתיות.

3. היסקים במסגור רווח

אם נוסף להתמקד בשלב השלישי של המודל, עולה שעל מנת לזכות את הנאשם – על השופט להכריע כי ניתן להסיק על סמך הראיות הנסיבתיות שגרסת הנאשם היא אפשרית ולכן מעוררת ספק סביר.²⁵ לפיכך אפשר שתעלה הטענה שגם בשלב זה נדרש השופט לערוך היסק, ושבשל שנאת ההיסקים הוא עלול להימנע מכך, מה שיפעל דווקא לרעתו של הנאשם. לא זו אף זו: במצבים שבהם בית המשפט מגיע לשלב השלישי, הוא עשוי להשוות בין ההסתברויות של שני הסברים חלופיים לאותן ראיות נסיבתיות. השוואה שכזו עשויה להוביל להעדפת הגרסה המפלילה על פני רעותה על אף שנאת ההיסק והטיית המקור תוכן. דומה שזהו לפחות חלק מן החשש שהביע השופט הנדל בפסק דינו. לחשש זה ניתן להשיב בשתי דרכים:

ראשית, בשל שוני בין רף ההוכחה בפלילים לבין רף ההוכחה שעל פיו הנאשם צריך לשכנע את השופט בהיתכנות גרסתו בשלב השלישי, נדמה שחשש זה מופרז. במסגרת

24 שם, בעמ' 312–316.

25 עניין קריאף (לעיל 1) פסקאות 99–100 לפסק דינו של השופט סולברג.

השלב השלישי על השופט לקבוע רק שגרסתו של הנאשם **תיחכן**, ולא שהיא הוכחה מעבר לספק סביר.²⁶ משכך, כל עוד בתי המשפט דבקים במצוות החוק והמודל התלת-שלבי, אין הדבר צריך להביא להשוואת סבירותן של הגרסאות.

שנית, אף כאן לספרות הפסיכולוגית באשר להטיות קוגניטיביות יש כדי להפיג את חששותיו של השופט הנדל. מחקרים מן העת האחרונה מלמדים ששנאת ההיסקים פוחתת כאשר ההכרעה ממוסגרת כרווח ולא כהפסד.²⁷ המחקר הרלוונטי לענייננו הראה שכאשר הסתמכות על היסק מובילה לרווח ולא הפסד, ההסתייגות מפני הסתמכות על הראיות הנסיבתיות נחלשת. ניסוי שבחן השערה זו תיאר בפני הנבדקים תרחיש שבו רפתן סיפק למחלבה חלב חריג מבחינת אחוז החלבון שבו. לחלק מהנבדקים נאמר שאחוז החלבון היה גבוה, ולכן איכותי ויקר יותר, ולחלקם נאמר שאחוז החלבון היה נמוך, ולכן גרר עמו הפחתת תשלום. נוסף על כך, בין הנבדקים נבדלו גם הראיות שאחוז החלבון בחלב שסיפק הרפתן היה חריג: לחלקם נמסר שהדבר הוכח בראיות ישירות, ולחלקם נמסרו ראיות שמהן ניתן להסיק את הדבר. גם בניסוי זה ההסתברות לטעות הוגדרה כזוה בין סוגי הראיות, ולפיכך גם כאן לא היה בסיס רציונלי להתייחסות שונה לתרחישים.

מלבד שנאת ההיסק שהציגו נבדקים – שתאמה את שורת הניסויים הקודמים בתחום – נמצאו הבדלים בהיסקים בין התרחיש שלפיו לרפתן מגיעה תוספת תשלום ("תנאי הרווח") לעומת הפחתת תשלום ("תנאי ההפסד"). הרתיעה מפני הסתמכות על ראיות נסיבתיות הייתה נמוכה יותר כאשר הדבר זיכה את הרפתן בתשלום גבוה יותר. כלומר, נמצא שנאת ההיסקים נחלשת כשמדובר בהיסק שתוצאתו נתפסת כרווח.²⁸

ההקבלה לזיכוי בתיק המבוסס על ראיות נסיבתיות בלבד נראית מתבקשת. בשיטת משפט המקדשת את זיכוי החף אף יותר מהרשעתם של אשמים, הסקת מסקנה שתוביל לזיכוי של אדם שאפשר שהוא חף מפשע אמורה להיתפס כרווח. לכן לפחות להלכה הדבר צריך להוביל לנכונות גבוהה יותר להסתמך על היסקים המבססים את חפותו של הנאשם. לא זו אף זו: מחקרים שונים הצליחו לבסס שנטל ההוכחה, זהות התובע, הסטטוס קוו והמצב המשפטי קשורים לנקודת הייחוס – במקרה הזה חזקת החפות. גם מסיבה זו יש להניח שהרשעות יסווגו כהפסד וזיכויים כרווח ולכן הרשעות בשל ראיות נסיבתיות בלבד תהיינה נדירות.²⁹

26 שם, שם.

27 Eyal Zamir, Elisha Harlev and Ilana Ritov, "New Evidence About Circumstantial Evidence", 41 *Law & Psychology Rev.* (2017) 107.

28 שם.

29 Eyal Zamir and Ilana Ritov, "Loss Aversion, זאת, ראו: לרשימת מאמרים המראים זאת, Omission Bias, and the Burden of Proof in Civil Litigation", 41(1) *J. Legal Stud.* (2012) 165, p. 171; Daniel Kahneman, "Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics", 93 *American Economic Review* (2003) 1449, p. 1457; Cass R. Sunstein, "Behavioral Analysis of Law", 64 *U. Chi. L. Rev.* (1997) 1175, pp. 1180–1181.

עם זאת גם תופעת ההיסק במסגור רווח טרם נחקרה די צורכה, ויש להיזהר מפני הסתמכות יתרה עליה. נוסף על כך, ההנחה שזיכוי נתפס כמסגור רווח טעונה בעצמה הוכחה, ואכן יש מקום לחשש שהמציאות אינה כזו. לכן גם בהקשר זה מתבקש מחקר המשך וזהירות בהסקת המסקנות.

4. יישום פסיכולוגי במקרה קריאף

לפני סיכום נפנה כעת להדגים בקצרה את ההשלכות של התופעות הפסיכולוגיות המתוארות מעלה על המקרה של קריאף. על מנת לפשט את הדיון נתמקד בכך שפעילויותיו המתועדות של קריאף (חובותיו הכספיים למנוח אשר סיפקו לו מניע לרצח ושיחות הטלפון שביצע סמוך לרצח) מתיישבות עם היותו הרוצח, ואילו ראיות אחרות שבעניינין העידו עדי ראייה (גובהו של הרוצח וצבע אופנועו) מאתגרות תאוריה זו.

ראשית, כבר בשלב השני של המודל התלת-שלבי שנאת ההיסק עשויה להשפיע על בית המשפט להסתייג מהקביעה שהראיות נגד קריאף אכן מבססות חשד של ממש נגדו באופן שיחייב אותו להעניק הסבר במסגרת השלב השלישי במודל. כלומר, בהיעדר הכרעה כי יש חשד של ממש נגד הנאשם, לא יגיע בית המשפט לשלב השלישי, והנאשם לא יידרש כלל להסבר חלופי. נוסף על זה, גם אם יעבור בית המשפט לבחון במסגרת השלב השלישי את טענתו של קריאף, שלפיה אדם אחר ביצע את הרצח, נראה שהוא יתקשה לקבוע שלא ייתכן שהיה זה אדם אחר, שכן מדובר בהיסק שלילי. במקרה זה, אף יותר מאשר במקרים שבהם נוסתה תופעת שנאת ההיסק, קשה לשלול קיומם של אנשים אחרים בעלי מניע לרצוח את המנוח. לבסוף, כאשר השופט יבחן את הנסיבות המלמדות שהיה זה אדם אחר זולת קריאף שביצע את הרצח, יהיה לו קל יותר להסתמך על ראיות כגון אי-ההתאמות בין גובה הנאשם וצבע אופנועו לבין עדויות הראיה על מנת לגבש את המסקנה המזכה, שכן זיכוי החף ייתפס כמסגור רווח. בשל כל המאפיינים הללו נראה כי הפסיכולוגיה האנושית תטה את השופט לכיוון זיכוי גם אם ייעשה שימוש במבחן התלת-שלבי. לכן דומה שהחשש מפני הרשעות שווא מופרז.

מנגד, אפשר שתישמע הטענה שבזכות כישוריהם או ניסיונם שופטים מסגלים לעצמם יכולת להתגבר על חלק מההטיות הקוגניטיביות שבהן לוקים הדיוטות.³⁰ ואכן, בכמה מחקרים נבדקה השאלה אם שופטים חשופים לאותן הטיות ובאותה עצמה כמו אנשים "רגילים". אף שחלק מניסויים אלו מלמדים על יכולותיהם המוגברות של שופטים בקבלת החלטות, הם רחוקים מלהצביע על חסינותם מפני ההטיות הפסיכולוגיות

30 על העמדות הגורסות כי הכרעות שיפוטיות הן מוטות לעומת אלו הגורסות כי הליך החשיבה השיפוטי חף מקשיים אלו, ניתן לקרוא במאמר: דן זכאי ודידה פלייסיג, "חשיבה היוריסטית והשפעתה על החלטות שיפוט", *משפט ועסקים יב (תש"ע) 91*, בעמ' 91 ו-113. לפירוט נוסף וסיכום ממצאים בתחום: Doron Teichman and Eyal Zamir, "Judicial Decisionmaking: A Behavioral Perspective", *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law* (2014) 664.

השונוות. למשל, נמצא שלרוב שופטים אינם מצליחים להתעלם מראיות שנקבעו כבלתי קבילות,³¹ וששופטים מושפעים גם הם – אף אם במידה פחותה מהדיוטות – מהטיות כמו הטית העיגון, האגוצנטריות, החכמה בדיעבד, המסגור והייצוגיות.³² לפיכך נראה כי אי אפשר לענות בפשטות על השאלה אם שופטים מושפעים מההטיות השונות שהוצגו בחיבור זה כמו הנבדקים שעליהם נעשו הניסויים. זהו כיוון חשוב למחקר המשך. עם זאת על סמך הממצאים בדבר אי-יכולתם של שופטים להתעלם מהטיות דומות יש חשש ממשי שניסיונם, הכשרתם וכישרונם של השופטים אינם מבטיחים חסינות כזו. יתרה מזאת, נזכור שמלכתחילה המוטיבציה של השופט הנדל לפתוח את הנושא לדיון נבעה, בין היתר, מהכרתו בכך שטעויות שיפוטיות עלולות להתרחש.³³

סיכום

ברשימה זו הראינו כי יש יסוד להניח שהסבירות להרשעת שווא שתתבסס על ראיות נסיבתיות נמוכה יחסית לפי מחקרים התנהגותיים שהתמקדו בשנאת ההיסק. סקרנו מחקרים עדכניים בתחום אשר מראים שמבחינה פסיכולוגית גם במסגרת השלב האחרון במודל התלת-שלבי יש סיכויים נמוכים להרשעה: הן מפני שתהיה רתיעה מהיסק שגרסתו של הנאשם אינה נכונה, בשל שנאת ההיסקים השליליים, והן מפני שתהיה נטייה גבוהה יותר לקבל את גרסתו של הנאשם על סמך הראיות הנסיבתיות, בשל שנאת ההיסק הפחותה במסגור רווח. לכן אנו סבורים שלמרות חששו של השופט הנדל מפני הרשעות שווא הנגרמות משימוש במודל התלת-שלבי, אין בכך כדי להצדיק את פסילת השימוש במודל זה.

Andrew J. Wistrich, Chris Guthrie and Jeffrey J. Rachlinski, "Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding", 153 *U. PA. L. Rev.* (2005) 1251 31

Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski and Andrew Wistrich, "Inside the Judicial Mind", 32 *Cornell L. Rev.* (2001) 777, pp. 787–794. להבהרת הנקודה נציין דוגמה אחת מתוך מאמר זה. באחד המחקרים הציגו בפני שופטים מקרה של תאונה שעליהם לפסוק בו פיצויים לצד הנפגע על בסיס הנזקים שנגרמו לו. לפני ההכרעה, לחלק מהשופטים הוצג הסכום 75,000 דולר כחלק מהצגת המקרה, ולא באופן שהיה אמור בהכרח להשפיע על הערכת הנזקים שנגרמו לנפגע. נמצא כי הצגת מספר זה שינתה במידה ניכרת את פסיקת ההוצאות: שופטים שהמספר הוצג בפניהם פסקו פיצויים של 882,000 דולר בממוצע, ואילו שופטים שלא נחשפו למספר זה פסקו בממוצע סכום גבוה במובהק – 1,249,000 דולר. כלומר, נראה שהטיית העיגון פעלה על השופטים: משהוצג להם עוגן לפסיקת ההוצאות הם הושפעו ממנו אף שלא ברור אם הייתה לכך הצדקה רציונלית (יצוין כי ניתן לערער על כך. ראו הדיון בעמ' 792–794).

עניין קריאף (לעיל, הערה 1) פסקה 1 לפסק דינו של השופט הנדל. 33

נציין שוב שהניתוח הפסיכולוגי בהערת פסיקה זו איננו מתיימר להיות שלם ואינו יכול להכריע לברו בין שני מודלי ההכרעה שנידונו בפסק דין קריאף. יתרה מזאת, נדגיש שאין בכוונתנו לטעון כי ההטיות הפסיכולוגיות שנידונו טעונות תיקון או ביטול (Debiasing). תחילה נחוץ מחקר נוסף בתחום זה, במיוחד בהקשריו המשפטיים, כדי לגבש מסקנות החלטיות סביב השאלה אם הטיות אלו מובילות לתוצאות צודקות יותר. מחקר נוסף עשוי לדוגמה לבחון לעומק ובשיטתיות את הפסיקה הענפה שיישמה את המודל התלת-שלבי לבחינת אופן יישומו והשלכותיו. שנית, אין בנקודות שנידונו לעיל כדי לשלול את מגוון הטיעונים החשובים האחרים שהועלו בזכות המודל הדו-שלבי. מטרתנו הייתה להצביע על שיקולים שזכרם לא בא במסגרת פסק הדין על מנת להעמיק את רמת השיח הבין-תחומי בכל הנוגע להיסקים משפטיים על בסיס ראיות נסיבתיות – סוגיה שבה מחקרים פסיכולוגיים עשויים להעשיר דיונים משפטיים דוקטרינריים ותאורטיים, ולכן ראוי לתת עליהם את הדעת.

נבהיר כי לא נעלמו מעינינו הטענות בדבר שיעור ההרשעות הגבוה במדינת ישראל שיש בו כדי להוליד חששות מוצדקים מפני הרשעות שווא.³⁴ טיעונים אלו עשויים לשכנע רבים שראוי "לנצל" נקודות תורפה פסיכולוגיות – אשר בחלקן דנו – כדי להפחית את שיעור ההרשעות ובכך לצמצם תופעה מדאיגה זו. עם זאת ברשימה זו הראינו כי בעיית הרשעות השווא איננה קשורה בהכרח להסתמכות מוגזמת על ראיות נסיבתיות. אדרבה, רבות מהרשעות השווא הידועות לנו מתבססות דווקא על ראיות ישירות כגון עדויות ראייה והודאות.³⁵ הרשעות שווא והרשעות על סמך ראיות נסיבתיות הן שתי תופעות מובחנות, אשר נקודת ההשקה ביניהן טעונה מחקר וביסוס נוסף. אולם על פי המידע שבידינו כעת, דומה שכדי לטפל בתופעת הרשעות השווא עלינו למקד את מאמצי מערכת המשפט דווקא בהסתמכות היתר על ראיות ישירות ולא נסיבתיות.

בחיבור אמנם ראינו שאם לשופטים יש עמדת בסיס הנוטה להרשעה יותר מאשר לאנשים רגילים, או עמידות בפני הטיות, אזי הדבר עלול להשפיע על נכונותם להרשיע בתיקים המתבססים על ראיות נסיבתיות, הן משום שהרשעה בעיניהם תיראה היסק המוביל לרווח, והן משום שהם עלולים לנטות לכך בעת הסקת המסקנות מהראיות הנסיבתיות. אולם, גם אם זהו המצב בשטח, אין הוא מצביע על בעיה בראיות נסיבתיות ובמודל התלת-שלבי, אלא בעמדות הבסיס של מערכת המשפט. לכן, דווקא משום שאנו תומכים במאבקו של השופט הנדל בתופעת הרשעות השווא נראה כי המסקנה המתבקשת היא שהמפתח לפתרון מצוי בהתמודדות עם שורשיה, הנטועים גם, או בעיקר במקומות אחרים במערכת המשפט.

34 לדיון נרחב בתופעה: בועז סנג'ור, **הרשעת החפים מפשע בישראל ובעולם – גורמים ופתרונות** (תשע"ד-תשע"ה). לעמדה שלפיה שיעור הרשעות השווא אינו כה גבוה כפי שנטען, ראו: אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל, **שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים – אוניברסיטת חיפה ומחלקת המחקר של הרשות השופטת** (2012).

35 בנוסף למחקרים אותם הצגנו, ראו: Samuel R. Gross, "Exonerations in the United States: 1989 through 2003", 95(2) *J. Crim. L. & Criminology* (2005) 523, p. 542.