

תכליתה ומהותה של חובת ההנמקה העובדתית במשפט הישראלי

מאת

דורון מנשה*

מוקדש לאחי האהוב
אליהו (אלי) מנשה זצ"ל
איש אמת ואציל נפש

מבוא. א. חובת ההנמקה בעניינים עובדתיים. ב. תכליתה של חובת ההנמקה;
1. שקיפות ציבורית של המערכת השיפוטית; 2. השחזתו של אופן הפעלת שיקול
הדעת השיפוטי; 3. הטמעת הרציונל של פסק הדין בקרב הציבור הרחב; 4. פיקוח
שיפוטי על פסק הדין על ידי ערכאת הערעור. ג. הקשיים הכרוכים בחובת הנמקה
שיפוטית בהקשר העובדתי; 1. היעדרו של סטנדרט אובייקטיבי; 2. טבעה ההוליסטי
של ההכרעה העובדתית; 3. הטענה כי בפועל חובת ההנמקה לא תגשים את מטרתה.
ד. הטרנספורמציה הקונצפטואלית; 1. הערות ביחס להנמקה בעניינים הנוגעים
להתרשמות בלתי אמצעית מהעדים; 2. יסוד הדיווח בהנמקה הנוגעת להתרשמות
מעדים; 3. ספק אם חובת ההנמקה הנוגעת להתרשמות מעדים תתרום להעמקת
שיקול הדעת; 4. ממד המשחק החוזר; 5. הסתת הקשב לענייני ההתרשמות תפגע
בהליך. סיכום.

מבוא

במאמר זה נדון בשאלת תכליתה ומהותה של חובת ההנמקה השיפוטית במשפט
הישראלי. נראה כי התמודדות עם הביקורת התאורטית על חובת ההנמקה מחייבת שינוי
קונצפטואלי בהבנתה של חובת ההנמקה.

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה. ברצוני להביע תודתי והערכתי העמוקה
לעו"ד שי אוצרי על עזרתו הרבה במחקר. כמו כן נתונה תודתי לעו"ד מיכל דוידי ולעו"ד לירן
אוחיון על עזרתם במחקר.

במשפט הישראלי נהוגה בפועל חובת הנמקה כללית גם לעניינים שבעובדה כחובה מושרשת זה מכבר. יש אף הקוראים להטלת חובת הנמקה מפורטת על הנימוקים שהביאו את בית המשפט להתרשמותו הבלתי אמצעית מהעד כדי לא לרוקן מתוכן את זכות הערעור על ממצאים אלה.¹

חובת הנמקה זו כרוכה בלא מעט קשיים, ויש מלומדים אשר טענו כי הנמקה מספקת בעניינים שבעובדה (בניגוד להנמקה משפטית) היא בלתי ישימה, וכי מטבעה הטלת חובה שכזו נדונה לכישלון. בהקשר זה מעניינת ומאלפת במיוחד היא הביקורת שהועלתה של ידי Allen & Seniuk.² לעומת הדיון עד לאותה העת, שנסב בעיקרו על החשש הקונונציונלי שהועלה בפסיקת בתי המשפט כי הטלת חובת הנמקה כללית יש בה כדי להטיל מעמסה כבדה מדי על בתי המשפט, הפנו Allen & Seniuk את הזרקור לשאלה היסודית יותר, הנוגעת ליכולתם של שופטים להיות מודעים לסיבות שהביאו אותם להכרעתם ולתת הנמקה מספקת להכרעות אלה, וכן לשאלת התועלת שתצמח מהטלת חובת ההנמקה על רקע מגבלות אלה.

מאמר זה בא על רקע מאמרם של מלומדים אלה, והוא צועד עמם כברת דרך ארוכה אך גם מבקש להתמודד עם גישתם השוללת הטלת חובת הנמקה בכל העניינים שבעובדה. כמו כן, המאמר מבקש לעמוד על ההבחנה המהותית שבין אפשרותה ורציותה של הנמקה ממצאים שמקורם בתחושת האמון שניתנת בעדות כזו או אחרת, לבין הנמקה הנוגעת לשיקולים של היגיון וסבירות.

עוד נראה כי כתוצר לוואי של ההתמודדות עם ביקורתם המאלפת של Allen & Seniuk נידרש לשינוי קונצפטואלי באשר למהותה של ההנמקה העובדתית. השינוי הקונצפטואלי הנדרש הוא מעבר מראיית ההנמקה כתהליך שעניינו העלאה אל מעל סף התודעה את הנימוקים שהביאו את בית המשפט לקביעותיו העובדתיות, לראייתה כתהליך שעיקרו

1 עמנואל גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית – התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה: עיון נוסף" ספר גבריאל בך 225 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011). ראוי לציין כי ההלכה הפסוקה בישראל מבחינה, לעניין התערבות ערכאת הערעור, בין ממצאים המבוססים על התרשמות בית המשפט מעדים לבין מסקנות המבוססות על שיקולים שבהגיון, על הגיונה הפנימי של העדות ועל סבירותה ביחס למכלול הראיות. אשר לממצאי התרשמות חלה במשפט הישראלי הלכת ההתערבות, וערכאת הערעור לא תתערב בממצאי הערכאה הדיונית אלא אם מצאה שהסתירות בעדות יורדות לשורשו של עניין. לעומת זאת כאשר התגלתה טעות מהותית בהערכת המהימנות (ראו למשל ע"פ 5371/92 ג'ברין נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 690 (1993)), הרי שבאשר למסקנות וממצאים המבוססים על שיקולי היגיון וסבירות ולא על התרשמות מעדים, ההלכה היא כי אין כל יתרון לערכאה הדיונית על ערכאת הערעור. ראו ע"א 260/82 סלומון נ' אמונה, פ"ד לח(4) 253, 264 (1984); ע"א 43/83 עיזבון כהן נ' לינברג, פ"ד לח(3) 488, 493 (1984). וראו לעניין זה סקירה ממצה של הכלל וחריגיו של גרוס, שם, בעמ' 558–564.

2 Ronald J. Allen & Gerald T. Seniuk, *Two Puzzles of Juridical Proof*, 76 CAN. BAR. REV. 65 (1997). ועיינו לביקורת על עמדתם: Doron Menashe, *The Requirement of Reasons for Findings of Fact*, 8 INTE'L COMMUNITY L. REV. 223 (2006).

ביקורת על תחושת האמון שניתנת בעד זה או אחר³ או על השיפוט האינטואיטיבי-הוליסטי שהביאו לידי ההכרעה בעד השתלשלות אירועים אחת ונגד אחרת. משינוי קונצפטואלי זה ייגזר גם שינוי בהיקפה הרצוי של חובת ההנמקה ובגבולותיה.

3 הדיון במאמר זה יוצא מתוך נקודת ההנחה המשותפת לשיטות המשפט המודרניות המייעדות מקום חשוב להתרשמותו הבלתי אמצעית של בית המשפט או של קובע העובדות (fact finder) מהעדים ומעדותם. עם זאת מחקרים פסיכולוגיים שנעשו באשר ליכולתם של אנשים לגלות שקרים על פי התנהגותם של עדים, ובכלל זה גם מומחים כביכול לגילוי שקרים (כגון שופטים), מטיילים ספק בדבר האפקטיביות של כלי זה ומצביעים גם על הטיות שונות שמקורן בדעות קדומות ובחשיבה סטראוטיפית. ראו למשל Paul Ekman & Maureen O'Sullivan, *Who Can Catch a Liar?* 46 AMERICAN PSYCHOLOGIST 913 (1991); J.A. Blumenthal, *A Wipe of the Hands, Alick of the Lips: The Validity of Demeanor Evidence in Assessing Witness Credibility*, 72 NEB. L. REV. 1157 (1993); Saul M. Kassin, *Symposium: Effective Screening for Truth Telling: is it Possible? Human Judges of Truth, Deception, and Credibility: Confident but Erroneous*, 23 CARDOZO L. REV. 809 (2002); Joseph W. Rand, *The Demeanor Gap: Race, Lie Detection, and the Jury*, 33 CONN. L. REV. 1 (2000). למותר לציין כי השימוש בהתרשמות קובע העובדות מהעדים אינה תנאי הכרחי לשיטת משפט מתפקדת. מאירת עיניים במיוחד היא ההשוואה לדרך השונה בתכלית שבה התפתח המשפט העברי, שאינו מותיר לדיינים מקום לשיקול דעת עובדתי במקרה הפרטני, אלא ההכרעה היא על פי כללים מוגדרים היטב מראש, המעוצבים במנותק מהמקרה הפרטני. כפי שמציין פרופ' שלום אלבק: "הדיינים הללו מלמדים שדיני הראיות כולם אובייקטיביים, הם נקבעו לפי אומדן כל בני-האדם, ואינם סובייקטיביים, לפי כל מעשה ומעשה ולפי כל עד ועד. אין הדיין דן כל עניין לגופו ומברר כל דבר לפי המציאות ומיוחדת לו. הדיין פוסק לפי כללים קבועים מראש לכל בני האדם ולכל המעשים, לפי אומדן של האמת בעניינים אלה בכל בני-אדם ובכל המעשים". ראו שלום אלבק הראיות בדיני התלמוד 62 (1987). בנוסף מעניינת דעתו של הרמב"ם במשנה תורה, הלכות סנהדרין, כד, א-ב, כי מדובר בהתפתחות היסטורית שמקורה בהסכמת בתי הדין, וכי מעיקר הדין "יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן...". אך ראו דעתו של אלבק, שם, בעמ' 66, כי גם לדעת הרמב"ם באשר לעיקר הדין אין מדובר באומדן סובייקטיבי אלא באומדן אובייקטיבי. נציין בקצרה, למען מי שהמשפט העברי אינו מוכר לו, כי דיני הראיות במשפט העברי מורכבים מכמה נדבכים. ראו שם, בעמ' 22: ראשית, כללי פסילת עדים נרחבים שמטרתם הבטחת עדים בעלי מהימנות טנטטיבית (להוציא למשל עבריינים), ללא נגיעה אישית כלשהי (בעלי הדין עצמם אינם נחשבים עדים אלא טוענים) ובעלי כושר העדה; ראו שם, בעמ' 24-32. שנית, כללים מוגדרים היטב בדבר תוכן החובה של העדות ב"חקירתו הנגדית" (דהיינו על מה רשאי העד לומר שאינו זוכר) ומשמעות הסתירות בין עדים; ראו שם, בעמ' 40-54. לבסוף כללים בדבר אופן ההסקה מהראיות הישירות; ראו שם, בעמ' 55-61.

בהיעדר עדויות כשרות, ללא סתירות הדדיות ובלתי מוכחות על ידי עדים כשרים אחרים, ההכרעה נעשית על פי טענות בעלי הדין לפי כללים מוגדרים מראש לנאמנות טענותיהם. ראו שם, בעמ' 33-39, ולפי נטלי ההוכחה.

למרות היעדרו הכמעט מוחלט של שיקול דעת עובדתי של הדיין במשפט בעברי, תיאור דיני הראיות במשפט העברי יהיה חסר ללא אזכור "דין מרומה". ראו שולחן ערוך, חושן משפט, טו, ג-ה, המאפשר לדיין שלא להכריע על פיהם במקום שהוא יודע שהוא מרומה על ידי העדים, אף שלא נפסלו בחקירתו. אך שוב, זהו כלל שיורי המדבר באומדן חזק. ראו שולחן ערוך, חושן משפט, ט"ו, ג: "הדיין שבא לפניו דין שידוע שהוא מרומה..." (ההדגשה הוספה

סדר הדברים במאמר יהיה זה: בפרק א למאמר נציג בקצרה את הדין בישראל בכל הנוגע לחובת ההנמקה העובדתית, וכן נצביע על מגמת השינוי בדין הנוהג בקנדה ובאנגליה בעניין זה. בפרק ב נעמוד על כמה תכליות שניתנו בפסיקה ובספרות לחובת ההנמקה בהקשר המשפטי הכללי, דהיינו שקיפות ציבורית של המערכת השיפוטית, השחזתו של אופן הפעלת שיקול הדעת השיפוטי, הטמעת הרציונל של פסק הדין בקרב הציבור הרחב ופיקוח שיפוטי על פסק הדין על ידי ערכאת הערעור. בפרק ג נבחן וננתח את הקשיים השונים שמעוררת חובת ההנמקה בעניינים עובדתיים לגישתם של Allen & Seniuk. פרק ד יוקדש לתיאור השינוי, הטרנספורמציה הקונצפטואלית המוצעת במאמר להבנת טיבה של ההנמקה העובדתית. בחלק האחרון של המאמר נעמוד ביתר פירוט על ההבחנה בין הנמקה עובדתית שעניינה שיקולי סבירות והיגיון לבין זו שעניינה תחושת האמון הניתן בגרסת עד זה או אחר.

א. חובת ההנמקה בעניינים עובדתיים

הדעה שרווחה בעבר במשפט המקובל הייתה כי אין חובה הנמקה כללית, אף לא מכוח כללי הצדק הטבעי, וכי בהיעדרה של הוראת חוק מפורשת בעניין אין בית המשפט מחויב לנמק את החלטותיו.⁴ לעומת זאת במשפט הישראלי חובת ההנמקה הכללית בעניינים שבעובדה מושרשת זה מכבר בשיטתנו המשפטית. זאת ועוד, הוראות סטוטוריות שונות בדין הישראלי קובעות חובת הנמקה בעניינים שונים.⁵ הגישה הרווחת במשפט הישראלי עוד מראשית ימיו הייתה כי אין השופט יוצא ידי חובת ההנמקה באמירה סתמית שאין הוא

— ד"מ). ראו שם, בעמ' 66. השוו אליאב שוחטמן "על חובת ההנמקה במשפט העברי" שנתון המשפט העברי ו-1 319 (התשל"ט-התש"ם).

4 Michael Akehurst, *Statements of Reasons for Judicial and Administrative Decisions*, 33 MOD. L. REV. (1970) 154; Re Ross and Board of Commissioners of Police for Toronto [1953] 3 D.L.R. 597, 602; משה גביש "חובת ההנמקה של פסקי דין" הרבעון הישראלי למסים יז 207, 208 (1989).

5 ס' 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 ("בתום בירור האשמה יחליט בית המשפט בהחלטה מנומקת בכתב (להלן – הכרעת הדין) על זיכוי הנאשם או, אם מצא אותו אשם על הרשעתו"); תק' 192 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 ("פסק דין בתובענה שהוגש בה כתב הגנה יכיל הרצאה תמציתית של העניין, ממצאי בית המשפט לגבי העובדות המהותיות, השאלות שעמדו להכרעה, ההחלטה ונימוקיה"); ס' 54 לפקודת הראיות [נוסח משולב], התשל"א-1971 ("פסק בית משפט במשפט אזרחי באחד המקרים שלהלן על פי עדות יחידה, שאין לה סיוע, והעדויות אינה הודיית בעל דין, יפרט בהחלטתו מה הניע אותו להסתפק בעדות זו..."); ס' 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח משולב], התשל"א-1971 ("הרשיע בית משפט במשפט על עבירה לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977, על פי עדות יחידה של הנפגע, יפרט בהכרעת הדין מה הניע אותו להסתפק בעדות זו").

נותן אמון בדברי עד פלוני, אולם לא נקבע היקפה של חובה זאת, ולרוב נזהרו השופטים מלנקוט בלשון החיוב.⁶

גישה רווחת זו נתחזקה עוד יותר לאור הגישה המחמירה שנקט נשיא בית המשפט העליון בישראל השופט שמגר, שלפיה אי-הנמקת הממצאים העובדתיים על ידי הערכאה הראשונה עלולה להוביל לידי זיכוי של הנאשם בערכאת הערעור.⁷ כיום, אין מחלוקת כי גישה מחמירה זו חלחלה לה בקרב ערכאות השיפוט השונות בישראל עד כדי הפיכת היעדר ההנמקה לדבר כפירה של ממש, בלתי נתפס מבחינה שיפוטית.⁸

באשר למהותה של חובת ההנמקה, התפיסה המקובלת אשר קנתה לה אחיזה בספרות המשפטית⁹ ובהלכה הפסוקה¹⁰ בישראל היא כי מתוקף חובת ההנמקה על השופט להתחקות אחר האופן שבו הפעיל את שיקול הדעת המסור לו ולהעלותו על הכתב. לפיכך ברור גם כי "אין טעם לגשת לכתיבת הכרעת הדין לפני שאותו תהליך הסתיים בהכרעה".¹¹ כידוע, ההנמקה היא חלק מהותי ובלתי נפרד מפסק הדין, שנועד לסייע לשופט לבחון את טענות הצדדים ולגבש את החלטתו, לאפשר לצדדים להבין את היסודות שעליהם עומד פסק הדין וכן לאפשר לבית המשפט שלערעור לבקר את פסק הדין, במידת הצורך.¹² יתר על

6 ראו גרוס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 596. עם זאת, כפי שמציין גרוס, בצד גישה רווחת זו היו גם שופטים שפטרו את הערכאה מחובת ההנמקה. ראו למשל השופט זילברג ע"א 91/50 "מדור" בע"מ נ' ביק, פ"ד ה 796, 792 (1951).

7 ע"פ 252/89 תותרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מד (2) 575, 573 (1990). ראו גם גרוס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 593. יצוין כי למיטב ידיעתנו אין תשובה מניחה את הדעת בשאלת היחס שבין חובת ההנמקה הכללית בענייני עובדה העולה מפרשת תותרי לבין חובת ההנמקה ספציפיות כגון אלה הנזכרות בה"ש 5.

8 בעניין היקף ההנמקה הנדרשת אין הפסיקה הישראלית נוקטת גישה נוקשה. כפי שציין השופט טירקל: "יש ומתחייבת החלטה המנמקת את עצמה ארוכות, יש שנדרשת הנמקה קצרה, ויש שדי בקבלתה של בקשה או דחייתה, ללא כל הנמקה. וזאת כאשר החלטה מן הסוג האחרון כמו מתבקשת מעצמה מתוך מכלול החומר המונח בפני בית המשפט. כל מקרה ונסיבותיו". ראו ע"פ 446/01 רודמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 30, 25 (2002). כן ראו בג"ץ 7390/95 קרטה נ' המשנה לנשיא, כבוד השופט ש' לוי (לא פורסם); דנ"פ 7619/96 ציטרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(4) 852, 852 (1996); ע"א 377/81 נבואני נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(4) 726, 728 (1983); בג"ץ 1918/96 כהן נ' שופטת בית המשפט העליון ד' דורנר (פורסם בנבו, 8.9.1996). גישה שיפוטית זו תואמת גם את גישתה של הפסיקה האנגלית, כעולה מדבריו של השופט Griffiths: "Apart from such exceptions, in the case of discretionary exercise, as in other decisions of facts or law, the judge should set out his reasons, but particularity with which he is required to set them out must depend on the circumstances of the case *Eagil Trust Co Ltd v. Piggot* - before him and the nature of the decision he is giving" *Flannery v. Halifax Estate Agencies* [2001] 1 All E.R. 119, 122; *Brown* [1985] 3 All E.R. 373, 377.

9 משה לנדוי "הלכה לשיקול דעת במשפט" משפטים א 292, 303 (התשכ"ח-התשכ"ט); אורי שטרומן "האמת קבורה בעדות שמיעה" המשפט א 239, 246-247 (1993).

10 רע"פ 1516/90 יקב הגליל בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.5.1990).

11 מרדכי קרמיניצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים" הפרקליט לה 407, 427 (1983).

12 ראו למשל רע"א 1982/05 מקומון כל הצפון נ' פלוני (פורסם בנבו, 23.1.2006).

כן, במקרה שבו הוציאה הערכאה הדיונית תחת ידיה פסק דין שאינו מנומק דיו, יש בכך להוות שיקול למתן רשות ערעור.¹³

עוד נפסק כי "ההנמקה הינה חלק בלתי נפרד מכל פסק דין... ובלעדיה לא ניתן לומר ש[העניין] זכה להתברר בבית המשפט".¹⁴

לעומת המשפט הישראלי, שבו חובת ההנמקה הכללית בעניינים שבעובדה מושרשת ומבוססת זה זמן רב, במשפט הקנדי והאנגלי מדובר בהתפתחויות חדשות יחסית. בעבר רווחה כאמור הדעה כי אין חובת הנמקה כללית במשפט המקובל אף לא מכוח כללי הצדק הטבעי, וכי בהיעדרה של הוראת חוק מפורשת בעניין אין בית המשפט מחויב לנמק את החלטותיו.¹⁵ ואולם, בדין הישראלי הטילו הוראות חקיקה שונות על בית המשפט חובה פוזיטיבית לנמק את דעתו ואת הסיבות אשר הובילוהו לתוצאה המשפטית שאליה הגיע, ולעומת זאת הדין הקנדי והאנגלי נעדר במרבית המקרים אף חובה סטטוטורית כאמור להנמקה שיפוטית עובדתית.¹⁶ כפועל יוצא מכך נותרה סוגיית חובת ההנמקה השיפוטית באשר לממצאי עובדה בשולי הפסיקה האנגלית והקנדית. ניכר כי מציאות זו נעוצה בעיקרה בסיבות היסטוריות, אשר מקורן בחלוקת העבודה המסורתית בין חבר המושבעים (מוסד הנעדר מהמשפט הישראלי) לבין השופט היושב בדין.¹⁷ ואכן, עם התפתחותם של הליכים שיפוטיים (אזרחיים ופליליים) בהיעדרו של חבר מושבעים (Bench/Non-Jury Trials) החלו להישמע קולות הקוראים להנמקה שיפוטית של הכרעות הדין.¹⁸

13 עניין יקבי הגליל, לעיל ה"ש 10.

14 עניין מקומון כל הצפון, לעיל ה"ש 12.

15 Akehurst, לעיל ה"ש 4; עניין *Re Ross*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 602; גביש, לעיל ה"ש 4, בעמ' 208.

16 *R. v. Crown Court at Harrow, Ex Parte Dave* [1994] 1 All E.R. 315, 319; ראו לעניין זה: Anthony Hooper, *Criminal Procedure – Trial Without Jury– Obligation To Give Reasons For Judgment – Appellate Attitudes Where No Reasons Given*, 48 CAN. BAR. REV. 548 (1970); J.L. Montrose, *Reasoned Judgments*, 21 MOD. L. REV. 80 (1958).

17 Michael Taggart, *Should Canadian Judges Be Legally Required To Give Reasoned Decisions In Civil Cases?* 33 U. TORONTO L.J. 1, 2 (1983); Hock Lai Ho, *The Judicial Duty to Give Reasons*, 20 LEGAL STUDIES 42, 43 (2000); *R. v. Jones*, Times (Feb. 17, 1999). היטיב לסכם נקודה זו השופט Kirby בפרשת *Soulemzis v. Dudley (Holdings) Pty Ltd.* [1987] 10 NSWLR 247, 277–278 "Until a century ago the judges of the common law were not concerned with deciding questions of fact. Those questions were the province of the jury. But jurors gave no reasons and they could not be interrogated as to what facts they had found or what principles they had applied... But in the last century the creation of rights of appeal by statute, the enactments of stated case and review procedures, and the transfer to the judges of the power to decide questions of fact have provided a fertile jurisdictional basis for the question to be raised"

18 Edson L. Haines, *Obligation of Magistrates to Give Reasons for Judgment*, 1(5) CAN. BAR J. 55 (1958); David Napley, *Should Magistrates Give Reasons?* 28 THE MAGISTRATE: THE JOURNAL OF THE MAGISTRATES' SOCIETY 52 (January 1972); Hooper; SIR ALFRED DENNING, *THE ROAD TO JUSTICE* 29 (1955). וראו דברי הלורד "The Judge must give his reasons for his decision: for, by doing, he gives proof that he

בתי המשפט אמנם הכירו במרוצת השנים בחשיבות וברציות הטמונות בהנמקה השיפוטית,¹⁹ אך הם דחו את הרעיון של הטלת חובה מפורשת כאמור תוך שהם מנמקים זאת בשיקולים מעשיים ובשיקולים של מדיניות נגד חובת ההנמקה,²⁰ ובכללם שחובת הנמקה מפורשת עלולה להטיל מעמסה כבדה מנשוא על בתי המשפט, ולפיכך אינה מעשית.²¹

בחצי היובל האחרון נסתמנה תפנית חדה בפסיקה האנגלית,²² וכלשונו של השופט Henry:

"It is true that, in relation to matters in these courts, there is no statutory duty on the judge to give reasons. It is also true that for a long time it has been contended that the common law imposed no such duty. But the common law is a living thing, and it seems that the point has now come to where the common law has evolved to the point that the judge, on the trial of the action, must give sufficient reasons to make clear his findings of primary facts and inferences that he draws from those primary facts and sufficient to resolve the live issues before him, explaining why he has drawn those inferences".²³

יש לציין כי גם חקיקתו של ה-Human Rights Act 1998 באנגליה שימשה זרז למגמה זו, שכן מכוח הוראותיו של החוק הורמו אל תוך הדין האנגלי הפנימי עקרונותיה של האמנה האירופית לזכויות אדם,²⁴ ועמם גם חובת ההנמקה השיפוטית.²⁵

has heard and considered the evidence and arguments that have been adduced before him on each side: and also that he has not taken extraneous considerations into account... in order that a trial should be fair, it is necessary, not only that a correct decision should be reached, but also that it should be seen to be based on reason; and that can only be seen, if the judge himself states his reasons"

19 R. v. ; Macdonald v. R. [1977] 2 S.C.R. 665, 672 ; 74 בעמ' 2, לעיל ה"ש 2, בעמ' 74 ; Allen & Seniuk, לעיל ה"ש 2, בעמ' 2, לעיל ה"ש 2, בעמ' 74 ; R. (D) [1996] 2 S.C.R. 291, 388

20 R. v. Burns [1994] 1 S.C.R. 656, 664 ; 75-74 בעמ' 2, לעיל ה"ש 2, בעמ' 75-74 ; Allen & Seniuk, לעיל ה"ש 2, בעמ' 2, לעיל ה"ש 2, בעמ' 74 ;

21 כך למשל ציין השופט Laskin – תוך הכרה בחשיבות ההנמקה השיפוטית – כי חובת הנמקה מפורשת תכביד כל כך על מערכת המשפט עד שהיא מועדת לגרום לשופטים להסתפק בנוסחאות ריטואליות חסרות תוכן ממשי. כלשונו: "These considerations and others that could be mustered go to show what is the preferable practice, but the volume of criminal work makes indiscriminate requirement of reasons impractical, especially in provincial criminal courts, and the risk of ending up with a ritual formula makes its undesirable to fetter discretion of trial judges" ; עניין Macdonald, לעיל ה"ש 19, בעמ' 672.

22 R. v. Crown Court at Knightsbridge, ex p International Sporting Club (London) Ltd [1981] 3 All E.R. 41 ; עניין Eagil Trust, לעיל ה"ש 8, בעמ' 122 ; עניין R. v Crown Court at Harrow, לעיל ה"ש 16, בעמ' 322 ; עניין Flannery, לעיל ה"ש 8, בעמ' 377.

23 Coleman v. Dunlop Ltd. (26 November 1997).

24 מכוח סעיף 2 ל-Human Rights Act מחויבים בתי המשפט באנגליה לפרש את הזכויות המוקנות באמנה האירופית לפי פסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם או לפי המועצה

תפנית דומה נסתמנה גם בפסיקה הקנדית²⁶ עת הכיר בית המשפט העליון הקנדי בחובת ההנמקה בלשון פסקנית אשר אינה משתמעת לשני פנים, כלשונו של השופט Binnie:

“Trial Courts, where the essential findings of facts and drawing of inferences are done, can only be held properly to account if the reasons for their adjudication are transparent and accessible to the public and to the appellate courts.”²⁷

לסיום, נושא היקף חובת ההנמקה השיפוטית בפסיקה האנגלית והקנדית עדיין בחיתוליו, אך נראה כי הטרנספורמציה היוריספרודנטלית אשר חלה בשנים האחרונות מכוונת את בתי המשפט האנגליים והקנדיים אל מחוזות מציאות שיפוטית כמו זו הישראלית. עם זאת מגמה זאת הולידה גם ביקורת בספרות אשר הצביעה על הקשיים בחובת ההנמקה. כאמור, מעניינת במיוחד בהקשר זה היא ביקורתם של Allen & Seniuk, שנכתבה על רקע מגמות אלה. מעניין אפוא לבחון מחדש את חובת ההנמקה במשפט הישראלי, את מהותה ואת היקפה על רקע ביקורות אלה.

“2(1) A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any – (a) judgement decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights, (b) opinion of the Commission given in a report adopted under Article 31 of the Convention, (c) decision of the commission in connection with Article 26 or 27(2) of the Convention, or (d) decision of the Committee of Ministers taken under Article 46 of the Convention”

25 ראו את לשונו של סעיף 6(1) לאמנה האירופית לזכויות אדם: “In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly” לחובת ההנמקה השיפוטית כנגזרת מהזכות להליך הוגן לפי סעיף 6(1) לאמנה ראו J.G. MERRILLS & A.J. ROBERTSON, HUMAN RIGHTS IN EUROPE: A STUDY OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 103 (4th ed. 2001); FRANCIS G. JACOBS & ROBIN C.A. WHITE, THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 125–126 (1996); Application No. 12386/86 70 European Commission on Human Rights: Decisions and Reports (1991) 47, 58; Hadjianastassiou v. Greece [1992] 16 E.H.R.R. 219, 230–231; Van De Hurk v. The Netherlands [1994] 18 E.H.R.R. 481, 502; Ruiz Torija v. Spain [1994] 19 E.H.R.R. 553, 562; Hiro Balani v. Spain [1994] 566, 574; Helle v. Finland [1997] 26 E.H.R.R. 159, 562; Garcia Ruiz v. Spain [2001] 31 E.H.R.R. 589, 594–595. לאימוץ חובת ההנמקה מכוח ה-Human Rights Act 1998 ראו Robert Verkaik, *New Law Will Force to Give Reasons for Verdicts The Independent (August 25, 2000) 1 Magistrates Courts*, (2002) CRIM. L. REV. 412

26 .R. v. Sheppard [2002] 1 S.C.R. 869

27 שם, בעמ' 879.

ב. תכליתה של חובת ההנמקה

קודם שניגש לניתוח הקשיים השונים הכרוכים בהטלת חובת ההנמקה העובדתית על בתי המשפט, לא למותר יהיה לסקור את השיקולים והרציונלים השונים שניתנו בפסיקת בתי המשפט ובספרות להטלת חובת ההנמקה בהקשר המשפטי הכללי.

1. שקיפות ציבורית של המערכת השיפוטית

תכליתם החברתית הראשונה והעיקרית של בתי המשפט היא לסייע לפרטים בחברה בפתרון מחלוקות וסכסוכים.²⁸ לפיכך פונים פרטים רבים אל בתי המשפט בתקווה כי אלה יכריעו במחלוקותיהם עם זולתם או עם הרשויות השלטוניות. על אף דימויה של הרשות השופטת כרשות החלשה שבשלוש רשויות השלטון²⁹ אוצרים בידיהם בתי המשפט עוצמה רבה. בשל סמכויותיהם ועצמאותם, ביכולתם של בתי המשפט לשלול את חירותו של האדם, לשלול את קניינו ולפגוע בשמו ובמוניטין אשר צבר במשך חייו.³⁰ מטבעם של דברים, העצמה טומנת בחובה חשש לשרירות. לפיכך הזהיר השופט לנדוי באחד ממאמריו, כי "שיפוט אסור לו שיהפך לשיפוט שרירותי. כדי למנוע סכנה זאת אין אמצעי בדוק יותר מאשר הנמקה מלאה של פסק הדין...".³¹ מכאן כי הנמקתם של בתי המשפט מסייעת לצרכניה של הרשות השופטת בהבנת צדקתה של התוצאה המשפטית שאליה הגיע השופט. היא מקדמת את מראית פני הצדק בפני הצדדים אשר פנו

Dan Meir-Cohen, *Bureaucratic Organizations and the Theory of Adjudication*, 85 28
COLUM. L. REV. 1, 1-3 (1985).

ראו לעניין זה את דבריו של השופט Miller: "While by the constitution the judicial department is recognized as one of the three great branches among which all the powers and functions of the government are distributed, it is inherently the weakest of them all. Dependent as its courts are for the enforcement of their judgments upon the officers of appointed by the executive, and removable at his pleasure, with no patronage and no control of purse or sword, their power and influence rests solely upon the public sense of the necessity for the existence of a tribunal to which all may appeal for the assertion and protection of rights guaranteed by the constitution and by the laws of the land, and on the confidence reposed in the soundness of their decisions and purity of their motives" Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 267. United States v. Lee, 106 U.S. 196, 223 (1882) ראו גם (1962).

ראו לדוגמה בג"ץ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית משפט השלום בחדרה, פ"ד נב(3) 721 (1998).

רות גביון "בית המשפט וחובת ההנמקה" משפטים ב 89, 92 (התשל"ב). ראו והשוו גם לדבריו של פרופ' Shapiro: "A requirement that judges give reasons for their decisions – serves a vital function in constraining the judiciary's exercise of power". David L. Shapiro, *In Defence of Judicial Candor*, 100 HARV. L. REV. 731, 737 (1987). ראו גם עניין *Soulemzis v. Dudley*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 279.

אל בית המשפט.³² הצד הנפגע יודע בגין מה יצא חייב בדין,³³ ועוקץ השרירות המהול באכזבתו ניטל ממנו קמעה.

2. השחזתו של אופן הפעלת שיקול הדעת השיפוטי

הטלת חובת ההנמקה על נושאי משרה שיפוטית היא חובה בעלת ערך מחנך-עצמי, המדרבנת את השופטים לבסס היטב את החלטותיהם, שכן חובת ההנמקה תביאם לשקול ביתר יסודיות את העניין אשר הובא בפניהם, תוך מודעות לעובדה כי עליהם להעניק הסבר משכנע לשיקוליהם ולנימוקיהם.³⁴ עמד על כך השופט לנדוי במאמרו, בציניו: "הנמקה מלאה מחנכת את השופט למחשבה ברורה ולהעלאת נימוקיו – כולל תחושתו האינטואיטיבית... מעל סף תודעתו אל אור היום..."³⁵.

3. הטמעת הרציונל של פסק הדין בקרב הציבור הרחב

פסק דין המורה על אשמתו של נאשם, או לחלופין על חיובו של נתבע, יכול להחיל שתי משמעותות שונות: האחת – כי החוק הופר ועל כן יש להעניש את המפר או לחייבו; השנייה – כי הענשתו של נאשם או חיובו של נתבע, הוא פועל יוצא של נטל ההוכחה הנהוג לפי דיני הראיות. המשמעות הראשונה, מעודדת את האזרחים לציית לנורמות ההתנהגות המגולמות בדין המהותי, ואילו המשמעות השנייה מעודדת את האזרחים לדבוק בדין המהותי לפי השערתם את יכולת ההוכחה נגדם.³⁶ לאור ההבחנות הללו מבחין פרופ' דן מאיר-כהן בין "כללי התנהגות" (conduct rules) לבין "כללי החלטה" (decision rules).³⁷ המערכת המשפטית דורשת משופטים לשים לב לכללי ההחלטה או לחלופין לכללי ההוכחה (proof rules), ואילו מן האזרחים היא מבקשת לשים לב לכללי ההתנהגות ולהפנים את הרציונל הטמון בהם. לפיכך, אחד מיעדיו העיקריים של ההליך המשפטי הוא להבליט בפני

32 DENNING, לעיל ה"ש 18; ע"א 84/80 קאסם נ' קאסם, פ"ד לז(3) 60, 70 (1983).

33 שוחטמן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 322; עניין Flannery, לעיל ה"ש 8, בעמ' 377.

34 שוחטמן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 322.

35 ראו לנדוי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 303. כמו כן ראו והשוו את דבריו של השופט ברק: "החלטתו [של שופט – ד"מ] צריכה להיות מנומקת. חובת ההנמקה חשובה היא במיוחד. כל מי שהתנסה בכתיבה יודע זאת. דבר אחד הוא רעיון המשתלט על המחשבה. דבר אחר הוא העברתו של הרעיון בכור ההיתוך של ההתמודדות האינטלקטואלית המבקשת לתמוך בו, תוך מודעות לתוצאותיו. רבים הם הרעיונות אשר הצורך לנמקם הביא לחדלונם, שכן היה בהם אך הדר חיצוני שלא ניתן היה לבססו. חובת ההנמקה היא מהחשובים שבאתגרים שבפניהם חייב שופט, המפעיל שיקול דעת לעמוד". אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 46 (1987).

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

37 Dan Meir-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1984).

החברה את כללי ההתנהגות המונחים ביסודם של פסקי הדין.³⁸ ניכר כי יעד זה נובע מן המבנה של השיטה המשפטית בישראל, המבוססת על שיטת המשפט המקובל.³⁹ יעד זה מקריין על מהותה של חובת ההנמקה השיפוטית ומסייע בשרטוט הקווים המנחים לנרטיב השיפוטי הננקט. כדי להטמיע את כללי ההתנהגות החקוקים או לחילופין את הכללים אשר פותחו באמצעות "חקיקה שיפוטית", על השופט ליצור זינוק אינדוקטיבי (inductive leap) מן הראיות אשר הוצגו להצהרה שיפוטית על אודות אירוע אשר התרחש בעבר.⁴⁰ זינוק אינדוקטיבי זה נעשה באמצעות רטוריקה של שכנוע, הגלומה בתוך ההנמקה השיפוטית. עם זאת מטבע הדברים רציונל זה, אשר מובא כרציונל לחובת ההנמקה בהקשר הכללי, אינו רלוונטי בדרך כלל לחובת ההנמקה בהקשר העובדתי, אשר בה באופן טיפוסי אין בית המשפט ממלא תפקיד של מכווין התנהגות.

4. פיקוח שיפוטי על פסק הדין על ידי ערכאת הערעור

חשיבות רבה נודעת לזכות הערעור על החלטות שיפוטיות,⁴¹ שכן קיומה של זכות הערעור מחזק את יסודות ההגינות והסבירות של ההליך השיפוטי.⁴² ואכן, הדין הישראלי הפוזיטיבי מקנה זכות זו בכמה וכמה הוראות חוק.⁴³ בכך נחלקת מבחינה מוסדית העבודה של המערכת המשפטית: הערכאה הדיונית בוחנת ומסננת את הנתונים אשר הוצגו לפני פני אמות המידה הפרוצדורליות (סדרי דין, דיני ראיות וכיו"ב)⁴⁴ ומכריעה במחלוקת על ידי קביעת העובדות הרלוונטיות, איתור הדין הרלוונטי והחלתו על התשתית העובדתית

38 Nesson, לעיל ה"ש 36, בעמ' 1357–1359.

39 עמדה על כך פרופ' גביון באחד ממאמריה: "שיטת המשפט מורכבת מנורמות כלליות, המיועדות לכוון את התנהגותם של הכפופים לה. נורמות כלליות אלה צריכות להיות ידועות על מנת שיוכלו לפעול לפיהן ולהכניס את הוראותיהן כחלק במאזן השיקולים של אדם המתכנן את התנהגותו. הפונקציה של יצירת נורמות אלה היא פונקציה של חקיקה. אולם, כידוע, אין האדם יכול לצפות את כל המקרים, ואין המחוקק מספיק לכסות את כל השטחים, ולכן השופט, פרט לתפקידו הראשוני כמחיל הנורמות החקוקות על מקרים פרטיים, תוך פירושן, הוא גם משלים את הוראות החוק בדרך של חקיקה שיפוטית". גביון, לעיל ה"ש 31, בעמ' 92.

40 Nesson, לעיל ה"ש 36, בעמ' 1358.

41 בג"ץ 1520/94 שלם נ' ביה"ד הארצי העבודה, פ"ד מח(3) 227, 232 (1994).

42 בג"ץ 87/85 ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(1) 353, 372 (1988).

43 ס' 41(א) לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984 ("פסק דין של בית משפט מחוזי בערכאה ראשונה ניתן לערעור לפני בית המשפט העליון"); ס' 52(א) לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984 ("פסק דין של בית משפט שלום ניתן לערעור לפני בית משפט מחוזי").

44 ראו פרשת ארג'וב, לעיל ה"ש 42, בעמ' 373.

שנקבעה,⁴⁵ וערכאת הערעור שבה ובוחנת את ההכרעה השיפוטית,⁴⁶ ובכך יוצרת מנגנון בקרה המנסה למזער את ההסתברות לטעויות שיפוטיות.⁴⁷ עצם קיומו של מנגנון הביקורת ופתיחת הפתח לערער על ממצאי ההכרעה השיפוטית מסייעים בקבלת צדקתה של ההכרעה השיפוטית, באמצעות הקהייתה של תחושת השרירות המתפתחת אצל בעל הדין, הנובעת מאופייה הפסקני של ההכרעה השיפוטית.⁴⁸ בכך טמון החיזוק ליסודות ההגינות והסבירות של ההליך המשפטי.⁴⁹

אך זכות הערעור שווה כקליפת השום אם ניטלת מערכאת הערעור היכולת להתחקות אחר שיקוליה של הערכאה הדיונית,⁵⁰ וכלשונו של הנשיא שמגר: "אין צורך לומר, כי בהיעדר פירוט של ממצאים אין באפשרותה של ערכאת הערעור לבחון את טעמי ההכרעה".⁵¹ ודוק, כי "ככל שהחלטה של הדרגה הראשונה מנומקת יותר – 'מדברת' יותר – גדלה האפשרות לתקוף את ההחלטה בערעור, אפילו היה זה בערכאה הראשונה עניין שבשיקול-דעת..."⁵².

- 45 ברק, לעיל ה"ש 35, בעמ' 35; Aharon Barak, *The Role of the Supreme Court in a Democracy*, 53 HASTINGS L.J. 1205 (2001–2002); ניר פלסר "זכות האסיר לפרטיות והפעלת שיקול-דעת שיפוטית בחברה דמוקרטית" הסניגור 94, 5 (2005).
- 46 כלשונו של השופט בייסקי, תפקידה של ערכאת הערעור הוא "לבחון אם הממצאים שנקבעו בפסק הדין מעוגנים בחומר ראיות אמין, אם המסקנות שהוסקו במבחן ההוכחות, ההיגיון ומכלול הנסיבות, ואם התוצאה המתחייבת מבחינת הוראות הדין החלות על העניין". ע"א 586/84 מקלף נ' זילברברג, פ"ד מג(1) 138, 141 (1989).
- 47 ראו פרשת ארג'וב, לעיל ה"ש 42, בעמ' 372; חמי בן-נון הערעור האזרחי 33 (מהדורה 2, 2004).
- 48 פרשת ארג'וב, לעיל ה"ש 42, בעמ' 374. כן ראו ROGER COTTERELL, *THE SOCIOLOGY OF LAW: AN INTRODUCTION* 250–251 (1984).
- 49 הדברים האמורים תקפים ביתר שאת כאשר מדובר במשטר משפטי שבמסגרתו ערכאת הערעור אינה בוחנת את הראיות מחדש כדבר שבשגרה אלא מתייחסת אל הפסק עצמו, ורק במקרים שמתגלית בו טעות קיצונית, על פני הדברים, תיכנס הערכאה לבחינת הראיות. עם זאת גם כאשר מדובר במשטר שונה כאמור, עדיין ההנמקה של הערכאה הראשונה שופכת אור על העניין, הן כחוות דעת מסייעת לערכאת הערעור והן כדרך להבין טוב יותר את הראיות המתועדות בתיק המוצגים ובפרוטוקולים של העדויות, ולמנוע לעתים פרשנות שגויה של דברים שנרשמו בהיסח הדעת בפרוטוקולים. הבעיה האמתית מתעוררת כשמדובר במשטר שבו ערכאת הערעור שומעת ראיות מחדש. משטר זה אינו בנמצא, ועל כן אין צורך להתמקד בו.
- 50 DENNING, לעיל ה"ש 18.
- 51 ראו עניין תותרי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 574. ראו והשוו לדבריו של השופט Donaldson: "...in the absence of reasons it is impossible to determine whether or not there has been an error of law. Failure to give reasons therefore amounts to a denial of justice, and is itself an error of law". R. v. Immigration Appeal Tribunal, ex p Kahn (Mahmud) [1983] 2 All E.R. 420, 423; עניין R. v. Crown Court at Harrow, לעיל ה"ש 16, בעמ' 322.
- 52 ראו לנדוי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 304.

ג. הקשיים הכרוכים בחובת הנמקה שיפוטית בהקשר העובדתי

למרות השיקולים המגוונים שהובאו לעיל כתמיכה בחובת ההנמקה העובדתית ואף על פי שלכאורה חובת ההנמקה כמעט מתבקשת מאליה מפרדיגמת השפיטה, דהיינו ממאפייני הרציונליות⁵³ והיעדר השרירותיות, היו שטענו כי הטלת חובת הנמקה כללית נדונה מראש לכישלון והיא בלתי מעשית. כאמור, הביקורת המעניינת ביותר בהקשר זה היא של Allen & Seniuk,⁵⁴ שהחידוש בה הוא שהיא מונעת לאו דווקא מהחשש שהועלה בפסיקת בתי המשפט מפני הטלת חובת הנמקה כללית, דהיינו שיש בה כדי להטיל מעמסה כבדה על בתי המשפט,⁵⁵ אלא משיקולים יסודיים יותר הנוגעים ליכולתם של שופטים להיות מודעים לסיבות שהביאו אותם להכרעתם ולתת הנמקה מספקת להכרעות אלה.⁵⁶ נקדים ונאמר כי הגם שיש מידה רבה של אמת בטיעונים המועלים על ידי Allen & Seniuk, הרי שלדעתנו, בניגוד לדעתם,⁵⁷ אי אפשר לקבל את העמדה כי הנמקה בכל עניין שבעובדה היא בלתי אפשרית או בלתי רצויה בכל מקרה, ויש מקום להבחין בין השיפוט האינטואיטיבי וההוליסטי מטבעו של בית המשפט את מהימנותם של עדים, לבין רובד נוסף המתקיים בד בבד, שבו בית המשפט שוקל, ברמה השקופה לו עצמו, את הגרסאות השונות תוך התייחסות לשיקולי היגיון וסבירות. היעדר התייחסות מצדם של Allen & Seniuk לרובד זה מותיר פרקטיקות שונות כתופעות חידתיות ובלתי מובנות. עם זאת ביקורתם תחייב שינוי תפיסתי קונצפטואלי באשר למהותה של ההנמקה העובדתית והיקפה הרצוי. להלן נבחן בפירוט את הטיעונים שהועלו על ידי Allen & Seniuk.

1. היעדרו של סטנדרט אובייקטיבי

הטיעון הראשון שמועלה על ידי Allen & Seniuk, על מנת שבית המשפט יוכל לנמק את קביעותיו חייב להתקיים סטנדרט שיקנה אפקטיביות להנמקה זו או קריטריון למהי הוכחה מתקבלת על הדעת (acceptable), ולא – מכל נימוק שייתן בית המשפט יתבקש נימוק אחר שיצדיק את קודמו (ad infinitum). לדידם של Allen & Seniuk, כמעט בכל עניין שבעובדה אין בנמצא קריטריון אובייקטיבי שכנגדו אפשר למדוד את האמת.⁵⁸

53 ראו דברי Allen & Seniuk, לעיל ה"ש 2, בעמ' 77.

54 שם, בעמ' 69.

55 לו היה זה השיקול היחיד נגד הטלת חובת ההנמקה בנושאים עובדתיים ספק בעינינו אם היה בו כדי לגבור על השיקולים התומכים בהטלת חובה זו. תשובה טובה יותר לבעייתיות זאת היא להתחשב במסגרת השיקולים לקביעת היקף חובת ההנמקה גם בשיקולים מעשיים ובמציאות הסיטואציה שבה פועלים השופטים. ראו Ho, לעיל ה"ש 17, בעמ' 51.

56 Allen & Seniuk, לעיל ה"ש 2, בעמ' 69.

57 שם.

58 Allen & Seniuk, לעיל ה"ש 2, בעמ' 75: "For there to be 'reason' there must be some sort of standard that makes the reason effective. In the absence of such standards, any articulated 'reason' merely calls for yet another level of 'reasons' to be given to justify the first, and so on *ad infinitum*. In most fact findings, and obviously so in credibility

ראוי לשים לב שלטיעון זה של Allen & Seniuk שני היבטים: האחד הוא היעדרו של סטנדרט, קריטריון או סט של כללים מוגדרים בעלי מעמד פורמלי להכרעה בעניינים עובדתיים, והשני – שסטנדרט או סט כללים כאמור איננו יכול להתקיים, שכן "One cannot have rules with the force of law because the reality to be governed is too complex and unruly to be captured by a set of rules"⁵⁹

דא עקא, אם נקבל טענה זו, דהיינו בכדי שההנמקה תיתכן, תהיה אפקטיבית, או כדי שנדע אם היא מתקבלת על הדעת (acceptable), חייב להתקיים סטנדרט או קריטריון להכרעה בעניינים עובדתיים, וכי כזה אינו קיים, לכאורה אי אפשר יהיה להבין מדוע בשלב הסיכומים במשפט בעלי הדין לא רק מתייחסים לסוגיות המשפטיות, אלא גם מנסים לשכנע את בית המשפט בטענות עובדתיות שונות. יוצא אפוא כי ניסיון של בעלי הדין לשכנע את בית המשפט בטענות שבעובדה היה אז לכאורה נידון לכישלון מלכתחילה, שכן כל נימוק שהיו בעלי הדין מביאים לתמיכה בטענותיהם היה בלתי מספק, ובית המשפט לא היה משתכנע, ולא היה צריך להשתכנע, מאותו הנימוק עד שיינתן נימוק אחר שיצדיק אותו, וכך עד אין סוף. במילים אחרות, בהיעדר סטנדרט משותף, לפחות במידה מסוימת, של אותם הטיעונים שהם בעלי ערך משכנע, לא יכלו בעלי הדין לדעת אילו טיעונים הם בעלי ערך ואילו אינם. לכאורה לו היו אלה פני הדברים, עניינים שבעובדה לא היו כלל בגדר הדברים שהיה אפשר "לדבר" עליהם אלא רק "להראות" אותם, דהיינו לכל היותר בעל דין היה יכול להביא ראיות (עדים או ראיות חפציות) כאלה או אחרות לטענותיו,⁶⁰ אך ניסיון לשכנע את בית המשפט בטיעונים שונים על סמך אותן הראיות היה מיותר וחסר ערך.⁶¹

ספק בעינינו אם Allen & Seniuk היו מרחיקים לכת עד כדי הטענה כי המאמצים הרבים שמשקיעים בעלי הדין בניסיון לשכנע את בית המשפט בטענותיהם העובדתיות (ולעניין זה הוא הדין בניסיונותיהם לשכנע את חבר המושבעים במשפט המתנהל בפני מושבעים) הם חסרי משמעות, וכי מקור כולם בטעות או בחוסר הבנה של בעלי הדין המשקיעים מרצם במשימה סזיפית חסרת תוחלת.⁶² נראה לנו מובן שגם אם אין בנמצא סט כללים מוגדרים

matters, no criteria exist against which to objectively measure the truth. Thus, any given 'reason' will soon cascade into a torrent of prior 'reason' none of which will prove more satisfactory than its predecessor"

שם, בעמ' 75.

59 ואולי אף לא את זאת, שכן אם אין בעלי הדין יודעים מה יש בו כדי הצדיק הכרעה לטובת גרסה עובדתית מסוימת, כיצד יוכלו להחליט איזו ראייה להביא?

60 לכאורה, תיאור זה הולם טוב יותר את המצב של התרשמות בלתי אמצעית מעדים. אכן כאשר מדובר בשאלות של ההתרשמות, טיעוניהם של בעלי הדין מתמצים בדרך כלל בקביעות יותר משבשכנוע (למשל אמירות כגון "ביהמ"ש יכול היה להתרשם כי מדובר בעד לא אמין").

61 חשוב לשים לב להבדל שבין טענה זו לבין שאלת האפקטיביות של סיכומים או טיעונים של הצדדים, שהיא שאלה אמפירית. אכן אפשר לתהות באשר לאפקטיביות של סיכומים בשינוי רשמיו של בית המשפט או חבר המושבעים, שאלה התלויה בגורמים כגון פתיחות וכדומה. אלא שהטענה הנגזרת מהטיעון של Allen & Seniuk חזקה יותר, דהיינו שעצם המונח "טיעון

פורמלית להכרעות עובדתיות, אין בכך כדי להפוך את טיעוניהם של בעלי הדין לחסרי ערך או משמעות. כדי שטיעון יהיה בעל ערך משכנע, די שיתבסס על הנחות מוסכמות המקובלות על השומע, ונראה לנו שקשה לחלוק על קיומו של מסד משותף של הנחות מקובלות בחברה (אם תרצה לומר *common sense*) ובקהילה המשפטית, שהוא הבסיס המשותף לטיעונים אלה.⁶³

במובן זה ההנמקה העובדתית של בית המשפט אינה שונה, וגם בה אפשר לראות מבוססת על הנחות מקובלות אלה, ומטרתה (על פי התכליות השונות של חובת ההנמקה) היא שכנועם במעגל הראשון את בעלי הדין, במעגל השני את שופטי ערכאת הערעור, ולבסוף במעגל הרחב ביותר את כלל הקהילה המשפטית. הנחות אלה המקובלות על הקהילה המשפטית הן אפוא סטנדרט להכרעה עובדתית. אמנם אין מדובר בסטנדרט של כללים (כפי שעולה מההיבט השני של ביקורתם של Allen & Seniuk שבו נדון בהמשך) המוגדר הגדרה פורמלית, אך לדעתנו אין כל הכרח כי הן תוגדרנה פורמלית, ודי שהן מבוססות על מערכת של מוסכמות.⁶⁴

ההיבט השני של טיעון זה, דהיינו שמורכבותה של המציאות אינה מאפשרת קיומם של כללים, הוא אתגר קשה יותר. אכן אי אפשר לכחד כי המציאות היא מורכבת במידה שאינה מאפשרת קיומם של כללים במובן הצר של המילה. ההנחות המקובלות האלה אינן מערכת כללים מוגדרים היטב ומדויקים שאפשר לגזור מהן מסקנות עובדתיות חד-משמעיות באופן דדוקטיבי, ולפיכך לא אחת הנחות אלה יש בהן כדי להוביל למסקנות הפוכות זו מזו לפי המשקל שיינתן לכל אחת מההנחות או לכלל ולחריג לכלל שהגבול ביניהם אינו מוגדר.⁶⁵ אך עובדה זאת אינה עושה לדעתנו את ההנמקה לחסרת ערך. בסופו של דבר אכן המשקל שיינתן לכל אחת מאותן הנחות אינו מוגדר מראש במדויק, וגם המשקל הראשוני שניתן

משכנע" (אם כך נבין טיעון מספק או אפקטיבי) לא היה צריך להיות בגדר האפשר, משום שאין סטנדרט שאפשר להשוות אליו.

63 הנחות אלה כוללות בעיקרן הנחות פסיכולוגיות באשר לאופן התנהגותם של בני אדם, כגון ההנחה שבדרך כלל התנהגותם של בני אדם היא רציונלית, לפי האינטרס שלהם, הנחות באשר לתכליות שבני אדם שואפים אליהן, הנחות באשר להשפעות של תגובות ומצבים רגשיים שונים, הנחות באשר לאופן שבו בני אדם זוכרים או קולטים בחושיהם גירויים שונים וכד'.

64 ראוי לשים לב שבמובן ידוע גם טיעון משפטי מתבסס בסופו של דבר על מוסכמות. למשל, כלל ההכרה (*rule of recognition*) של H.L.A. Hart הוא בסופו של דבר תוצר של הסכמה, ולכן גם טיעון באשר לתקפות של כלל משפטי, המתבסס על כלל ההכרה, בסופו של דבר נסמך על מוסכמות. גם מנקודת מבט אינטרפרטיבית של R. Dworkin, הפרדיגמות בשלב הקדם-פרשני (*pre-interpretive*) מקורן במוסכמות.

65 אם ניקח דוגמה ידועה מהמשפט הישראלי, בעניין משמעותן של סתירות בעדות מצויים שני כללים האומרים למעשה דבר והיפוכו: מחד גיסא סתירות בעדותו של עד פוגעות במהימנותו ובמשקל עדותו, ומאידך גיסא קיים הכלל שאין עדות שלא תמצאנה בה סתירות, ודווקא "זיכרון מופלג" של פרטים יש בו כדי לעורר חשד ולפגום במהימנותו של עד. ראו למשל ע"פ 1258/03 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נח(6) 620, 636–637 (2004). הגבול בין תחומי חלותם של שני הכללים אינו מוגדר בחדות, והבררה איזה כלל לנקוט ואיזה לדחות – היא בידי השופט.

להם שונה מאדם לאדם ונקבע לפי ניסיון חייו,⁶⁶ אך באותה מידה הן גם אינן גמישות לחלוטין, ולא כל משקל שיינתן להן יראה סביר או מתקבל על הדעת. אפשר לראות בהנחות אלה מה ש-Dan Simon מכנה במאמרו "soft constraints",⁶⁷ וכפי שעולה מהמודל הפסיכולוגי שתיאר לקבלת החלטות שיפוטית, מאפיין זה אינו ייחודי להכרעה בעניינים עובדתיים אלא אופייני לכל דרך השכילה (reasoning) המשפטית שבה "most legal arguments are open-ended and contestable".⁶⁸ והנה גם Allen & Seniuk מודים כי בעניינים משפטיים הנמקה היא אפשרית. קשה להבין אפוא מה הטעם להבחנה שיצרו בין האפשרות לנמק עניינים שבעובדה להנמקה של עניינים משפטיים.⁶⁹

2. טבעה ההוליסטי של ההכרעה העובדתית

הטיעון השני שמעלים Allen & Seniuk נוגע לאופייה ההוליסטי של ההכרעה בעניינים עובדתיים ולמעורבות של ידע פסיבי (tacit knowledge)⁷⁰ בתהליך זה. מדובר בתהליך שבו "based on all the observations at trial, a view of what happened begins to emerge in the mind of the fact finder and it is the emergence of this overall sense of what transpired that in turn generates subsequently conclusions that this or that witness' story is consistent or inconsistent with the truth".⁷¹ ההחלטה אם לא לתת אמון בדברי עד לעולם אינה מתקבלת רק משום שהוא נטה על צדו השמאלי בזווית של 15 מעלות והזיע. שופט כן, המודע לתהליך השכילה (reasoning) שלו, טוענים Allen & Seniuk, לא יוכל לומר למה בדיוק החליט כך או אחרת אלא רק שראה לנכון להחליט כך. לפיכך הדרישה משופטים לנמק החלטתם תביא אותם ליתן נימוקים שקריים (false), שאינם משקפים בפועל את מה שהביא אותם להחלטה, ואף יעמידו את הרשות השופטת באור מגוחך (open to ridicule),

66 למשל, שופט מסוים אולי יראה בהנחה כי בני אדם ינהגו לפי האינטרס שלהם (שהם מודעים לו) ככלל כמעט מוחלט, ואילו אחר יראה בזאת הנחה חלשה יותר.

67 Dan Simon, *A Psychological Model of Judicial Decision Making*, 30 RUTGERS L.J. 1 (1998).

68 שם, בעמ' 76, 124. מתאר את תהליך קבלת ההחלטה כתהליך שבו השופט בונה מודלים מנטליים חלופיים של החלטות, ובסיומו של תהליך למקסום הקוהרנטיות בין הפרופוזיציות השונות (שהן כאמור בעלות אופי של soft constraints ועוברות בעצמן תוך כדי תהליך הבניה מחדש (restructuring) לשם הגברת הקוהרנטיות), נבחר המודל בעל מידת הקוהרנטיות הגבוהה יותר. כפי שמציין גם Simon, אופני חשיבה אלה אינם ייחודיים לשכילה בעניינים משפטיים, ואפשר למצוא אותה בתחומים שונים של המחשבה האנושית. דוגמה מאלפת לכך אפשר למצוא למשל בספר משלי, שבו מופיעים בזה אחר זה שני משלים הפוכים זה מזה: "אל תען כסיל כאיוולתו פן תשווה לו גם אתה: ענה כסיל כאיוולתו פן יהיה חכם בעיניו" (משלי כו, ד-ה).

69 טלו למשל שאלה פרשנית של חוק, כגון ההבחנה בין הסדר שלילי ללקונה, וההנמקה הכרוכה בתשובה לה.

70 MICHAEL POLANYI, *THE STUDY OF MAN* (1959).

71 ראו Allen & Seniuk, לעיל ה"ש 2, בעמ' 76.

שכן אפשר למשל שעד אשר נטה על שמאלו בזווית 15 מעלות והזיע שיקר, אך אפשר גם שלא.

נעיר מיד כי איננו רואים קושי מיוחד בעובדה שמדובר במצבור של גורמים ולא דווקא בגורם כזה או אחר, שכן הנמקה מספקת יכולה להיות גם תיאור של מכלול גורמים שהביאו להחלטה. עם זאת לדעתנו, עוקצה של טענה זו Allen & Seniuk הוא דווקא בהיבט של היעדר מודעותם של השופטים לגורמים שהביאו אותם להכרעה כזו או אחרת, דבר שיגרום להם, במודע או שלא במודע, "לבדות" גורמים כדי למלא את חובת ההנמקה ולפגוע בגילוי הלב (candor) השיפוטי. יתרה מכך, קביעת ההנמקה הבדויה יכולה ליצור קריטריון שגוי ולא אמיתי לבחינה עתידית של ראיות ולקבלת החלטות שגויה.

אנו גם מוכנים להניח כי בני אדם או במקרה דנן שופטים, אינם מסוגלים לשחזר ולהעלות אל על סף התודעה למצער חלק מהגורמים שהביאו אותם להחלטה האינטואיטיבית להאמין לעד זה או אחר שכן למרות שהנחה זו אינה ברורה מאליה,⁷² אנו נוטים לקבל את הסברה כי בחלוף הזמן בית המשפט אינו מסוגל בשלב הכרעת הדין לשחזר באופן אפקטיבי את הסיבות שהביאו אותו להאמין לעד זה או אחר (אנו מניחים למשל שקיימים לעתים עניינים ששופטים יכולים לציין לעצמם במהלך ההוכחות וכך להתגבר על בעיית הזיכרון כמו למשל העובדה שעד השהה את מתן תשובותיו או מרר בככי במהלכן, אך נראה שככלל קשה לתעד או לזכור מכלול של גורמים כאלו).

למרות כל אלה עדיין טענתם זאת של Allen & Seniuk המתייחסת לטבעה של ההכרעה העובדתית היא בעייתית בעינינו, שכן היא יוצאת מתוך נקודת הנחה שתמיד תהליך ההכרעה העובדתית מתנהל כמעט רק ברמה לא מודעת ואינטואיטיבית (למעט במקרים חריגים, כגון

72 רמז לכך אפשר למצוא למשל במחקרם הידוע של Ekman & O'Sullivan, לעיל ה"ש 3. במחקר זה נתבקשו הנבדקים בין היתר לתאר את המאפיינים ההתנהגותיים שהביאו אותם להחליט אם האנשים שהוצגו להם בקלטות וידאו הם דוברי שקר או אמת. במענה לשאלה שנשאלו קודם לצפייה בקלטת לא נמצאו הבדלים בסוג המאפיינים בין הנבדקים שבדיעבד נתגלו כמדויקים ב-80% מהמקרים ומעלה לבין אלה שדייקו ב-30% מהמקרים ומטה. לעומת זאת פילוח התשובות שניתנו במענה לשאלה שנשאלו מיד לאחר הצפייה בקלטת של הדוברים (items) השני והעשירי באשר למאפיינים שהביאו אותם להחלטה באותו המקרה הראה שנבדקים שהצביעו על מאפייני התנהגות לא-ורבליים או מאפייני התנהגות לא-ורבליים נוסף על ורבליים כמאפייני התנהגות שהביאו אותם לקביעתם דייקו יותר מאלה שציינו מאפיינים ורבליים בלבד (שם, בעמ' 917-918). לכאורה, לו ציון המאפיינים היה מקרי, אקראי או משוחזר באופן שאיננו משקף את הסיבות שהביאו את הנבדקים להחלטה בפועל, לא היה צריך להיות שוני במאפיינים שצוינו על ידי המדייקים לאלה שלא דייקו, כפי שלא היה שוני בתשובות במענה לשאלה שקודם לצפייה בקלטת. עם זאת אנו מודעים לבעייתיות שבהסקת מסקנה על סמך נתונים אלה. ראשית, מדובר בשאלה שנשאלו הנבדקים מיד לאחר שצפו בקלטת בתנאים השונים שינוי ניכר מהתנאים שבהם מתבקשים שופטים לנמק החלטותיהם. שנית, כדי להסיק מסקנה ברורה יותר היה מקום לבדוק אם היה שוני בתשובות שניתנו קודם לצפייה בקלטת בין קבוצת האנשים שדייקו בנוגע לדובר 2 לבין אלה שלא דייקו, וכן בין אלה שדייקו בנוגע לדובר 10 לבין אלה שלא דייקו. נתון זה חסר במאמר, שכן השוואת התשובות קודם לצפייה בקלטת נעשתה בין אלה שבסך הכול דייקו יותר לבין אלה שבסך הכול דייקו פחות.

קיומן של ראיות עצמאיות תומכות ומניע חזק לשקר, כדברי Allen & Seniuk⁷³). הנחה זאת נראית לנו תמוהה. לדעתנו, ההפך הוא הנכון, שופט שיושב בדין עובר ממילא, בכל משפט, נוסף על התהליך הלא מודע והאינטואיטיבי, תהליך שבו הוא שוקל ובוחר טענות עובדתיות באופן מודע ושקוף לעצמו, ולו מן הטעם הפשוט שבעלי הדין טוענים טענות עובדתיות שונות בפני השופט, הפונות להיגיון, לסבירות ולשכל הישר. האם טענות אלה נופלות על אוזניים ערלות? אם אכן צודקים Allen & Seniuk, הרי ששופטים אינם מקשיבים כלל לטיעוניהם העובדתיים של בעלי הדין או אינם מקדישים להם תשומת לב, ואם הם כן מקשיבים, נשאלת השאלה באיזו רמה נבדקות טענות אלה – הלוא הם נקלטו ברמה המודעת ולשונן לשון ההיגיון, ולכן ודאי שהשופט מנתחן במודע.

לדעתנו יהיה קשה לחלוק על כך ששופט אשר שומע טענות עובדתיות שונות מפי בעלי הדין אינו אדיש להן ועובר, נוסף על התהליך הלא מודע והאינטואיטיבי שבו מתגבשת תחושת האמון בגרסת עד כזה או אחר, תהליך מודע של בחינה עובדתית המשמש מעין ביקורת מרסנת לתהליך האינטואיטיבי למצער בשל דאגתו לאופן שבו תתקבל פסיקתו (וסביר להניח שהיה עובר תהליך מודע ביקורתי זה גם לולא שמע את טענות בעלי הדין, וכך גם ראוי שיהיה). אם המצב הוא כמו שאנו מניחים, מדוע לא יתאר בית המשפט לפחות חלק זה בתהליך שמתרחש באופן מודע, ואילו את תחושת האמון שחש כלפי גרסה זו או אחרת יתאר בשלמותה או יפרט לפי שיקול דעתו? הרי אין זו בדיה אלא תיאור תהליך ביקורת מודע שהוא אכן עובר, ושלדעתנו גם רצוי לעודדו לעבור בשל מעורבותן של הטיות קוגניטיביות שונות⁷⁴ או של חשיבה סטריאוטיפית⁷⁵ באותה תחושת אמון או חוסר אמון אינטואיטיבית.

זאת ועוד, לדעתנו גם אי אפשר לשלול א-פריורי (ולדעתנו קיימים מקרים לא מועטים כאלה) ששופט לא הצליח לגבש אמון בגרסה זו או אחרת, ובשל התהליך האינטואיטיבי של התרשמות מהעדים הוא נותר באפלה. במצבים אלה הכלי היחיד למעשה שהשופט משתמש

73 ראו Allen & Seniuk, לעיל ה"ש 2, בעמ' 77.

74 "But too often in rape cases the adversary proceeding will offer the jury the opportunity to choose between the account of a woman who alleges that she has been grievously wronged and that of a man accused of both violence. In such situations, outrage at the attacker and sympathy for the attacked mean that the jury will seldom be able to make a dispassionate evaluation of the prosecutrix's credibility". *The Corroboration Rule and Crimes Accompanying Rape*, 118 U. PENN. L. REV. 458, 460 (1970).

75 ראו Rand, לעיל ה"ש 3, וכך גם מסקנות מחקרם של וימן, רטנר ופישמן, שלפיהן: "כפי ששיערנו, ייחוס העבירות משקף את מעמדן החברתי של קבוצות מוצא שונות. הנחקרים בכל קבוצות המוצא, לרבות הערבים עצמם, נטו לייחס יותר עבירות ועבירות חמורות יותר לתמונות של ערבים. לעומת זאת האשכנזים היו אלה שנתפסו בעיקר כלא עבריינים או מבצעי עבירות מרמה בלבד. המזרחיים דורגו במקום-ביניים בין שתי הקבוצות האחרות... הם 'זכו' לייחוס עבירות רב יותר מאשר אשכנזים... אך פחות מאשר ערבים". גבריאל וימן, אריה רטנר וגדעון פישמן "מי נראה כמו עבריינין? הקשר בין מוצא עדתי לבין ייחוס עבירות" מגמות לא 208, 217 (1988).

בו הוא בחינה מודעת של סבירותן של הגרסאות השונות בדבר הנחות מקובלות של שכל ישר.⁷⁶ במצב זה תמוה בעינינו מדוע לא יידרש השופט ליתן את הנמקתו. לא זו אף זו, גם בהיבט זה ראוי לשים לב לקווי הדמיון שבין השכילה בעניינים עובדתיים לשכילה בניינים משפטיים. כפי שמציין Dan Simon, גם דרך ההכרעה בטיעונים משפטיים בהם הבחינה היא הוליסטית⁷⁷ ושוב, קשה למצוא קו מבחין בין החובה לנמק בהיבט המשפטי, המקובלת על Allen & Seniuk, לבין חובת ההנמקה בהיבט העובדתי. עם זאת יהיה חשוב לעמוד, כפי שנעשה בהמשך, על השינוי המושגי שביסוד הבנה חדשה זו של ההנמקה העובדתית.

3. הטענה כי בפועל חובת ההנמקה לא תגשים את מטרתה

הטיעון השלישי של Allen & Seniuk הוא כי בפועל חובת ההנמקה לא תגשים את מטרתה. באשר לגילויי החלטות המונעות ממניעים מושחתים, הרי ששחיתות מטבע הדברים מסווה את עצמה, וודאי שהיא לא תגלה את עצמה בהנמקה. דרך טובה יותר להתמודד עם חשש זה היא סינון קפדני של השופטים. Allen & Seniuk מדברים גם על החלטות המונעות מרעיונות או הנחות מוטעות ועל חשיבה סטראוטיפית ושכילה (reasoning) מעוותת באופן לא מודע. בעניין זה הם טוענים כי ייתכן שבמקרים בהם חובת ההנמקה מגלה חשיבה סטראוטיפית לא ראוייה אפשר לתקנה בערעור, ובאמצעות ההחלטה גם לחנך את הקהילה המשפטית, וייתכן שמדי פעם שופט שאינו מודע לשינוי ימעד ויטעה בהנמקה, אך לדעתם יעיל והוגן יותר כלפי הצדדים להתמודד עם בעיות אלה מראש על ידי חינוך והכשרה של השופטים.

נדמה לנו כי התמונה שמציירים Allen & Seniuk היא פסימית משהו. איננו חולקים על כך שחובת ההנמקה לא תסייע בגילויים של מקרים אשר בהם ההכרעה נראית על פני הדברים סבירה, אבל מונעת בסתר ממניעים מושחתים, אך בניגוד לדעתם אנו סבורים כי שופטים הגונים יכולים להפיק תועלת לא מועטה מחובת ההנמקה.

כפי שצינו, נוסף על האמון האינטואיטיבי שמתגבש אצל שופט בגרסאות העדים השונים, הוא עובר – וראוי שיעבור – תהליך מודע של ניתוח העובדות שירסן את הרושם האינטואיטיבי שנוצר אצלו ואשר עשוי לנבוע מהטיות שונות, מטעויות או מסטראוטיפים. גם אם נניח כי כל עוד ניתוח מודע זה של העובדות אינו מוכיח שהרושם האינטואיטיבי שלו איננו סביר, והשופט יכריע על פי אותו רושם אינטואיטיבי, הרי שלמצער נמנעו הטעויות שהוכחו בניתוח העובדות כבלתי סבירות (דהיינו, מחוץ לאותו "מתחם סבירות" שהוגדר על ידי ניתוח העובדות). זאת ועוד, ככל שניתוח העובדות יישא אופי מפורט יותר ויועלה על הכתב, ולא ייעשה כלאחר יד, הוא יהיה מדויק יותר, ויתגלו כשלים שלא היו מתגלים בניתוח לא קפדני. מטבע הדברים במקרה כזה מתחם האפשרויות שייראו סבירות יהיה מצומצם עוד יותר, וכך מספר הטעויות שיתגלו בניתוח זה כלא סבירות יגדל עוד יותר,

⁷⁶ למודל של הכרעה שיפוטית כזה ראו המודל של Simon, לעיל ה"ש 67.

⁷⁷ ראו המודל של Simon, שם, בעמ' 76.

וייתכן שערכאת הערעור תגלה כשלים נוספים בהנמקה שיצמצמו עוד את "מתחם הסבירות". איננו רואים במניעת טעויות אלה דבר של מה בכך. יתירה מזאת, בחינת מהלכי ההנמקה חוסכת משאבים של ערכאת הערעור ומקלה עליה בבחינת הראיות, ולכן יש להנמקה תרומה גם במונחים של שיקולי יעילות כלכלית.

באשר לטענה כי פתרון יעיל והוגן יותר כלפי הצדדים למניעת טעויות אלה יהיה הכשרה וחינוך של השופטים, נציין שאנו רואים פעולות כאלה לשירוש תפיסות מוטעות וסטראוטיפיות דבר ראוי, אך אין הוא תחליף מלא לחובת ההנמקה. התועלת שבפעולות חינוך אלה היא בכך שהשופטים יפעילו ביקורת עצמית, דהיינו ניתוח הדומה למעשה לניתוח הנדרש מהם כדי למלא את חובת ההנמקה, ואז אחת מן השתיים: או שמדובר בניתוח קפדני של העובדות על הכתב, שאם הוא נעשה איננו מבינים מדוע לא יצרף אותו השופט להכרעתו, או שמדובר בניתוח שהוא קפדני פחות, שאז לדעתנו תועלתו פחותה מהתועלת ששיפיק שופט הגון מהניתוח שהוא נדרש לעשות על פי חובת ההנמקה. ההנמקה תאפשר, לדידנו, לשופט לבחון את הכרעותיו האינטואיטיביות ולהעמידן במבחן הסבירות ובכך לחשוף דעות קדומות שאולי אינן גלויות אף לו עצמו. יתר על כן, גם אם השופט לא ייווכח במהלך ההנמקה בדעה הקדומה שהניעה אותו, ההנמקה עצמה תגרום לשקיפות הדעה הקדומה בפני ערכאת הערעור ותסייע לה בזיהוי הדעות הקדומות ובשירושן.

ד. הטנספורמציה הקונצפטואלית

כפי שצינו לעיל, חשוב לעמוד על הטנספורמציה המושגית המתחייבת מההתמודדות עם ביקורתם של Allen & Seniuk.

התפיסה כי ההנמקה העובדתית דורשת מהשופט להעלות מעל סף התודעה את הסיבות שהביאו אותו לקביעותיו העובדתיות, מתעלמת מהספק באשר למסוגלותו של בית המשפט לשחזר באופן אפקטיבי את אשר הביא אותו לתת אמון בעד זה או אחר או להאמין כי השתלשלות אירועים זו ולא אחרת היא הנכונה. כיצד אפוא יש להתייחס להנמקה? או במילים אחרות, אם בית המשפט אינו מסוגל לשחזר באופן אפקטיבי את הטעמים שהביאו אותו להאמין כי השתלשלות אירועים מסוימת היא הנכונה או להאמין לעד מסוים, מה ראוי שייעשה בהנמקה ומה תכליתה?

ובכן, כפי שהיה אפשר להבין כבר מתשובותינו לביקורות שהעלו Allen & Seniuk, אין להבין את ההנמקה כתהליך שמטרתו שחזור של הטעמים שהובילו את בית המשפט לאמונה האינטואיטיבית שהוא רוכש לגרסה מסוימת של האירועים. שיפוט אלה הוליסטיים, בלתי שקופים לשופט, וקרוב לוודאי שאינם ניתנים לשחזור או להעלאה מעל סף התודעה. תחת זאת יש לדעתנו לראות את תכליתה של ההנמקה בשיקופו של תהליך אחר שראוי שבית המשפט יבצע: תהליך של ביקורת על תחושות האמון האינטואיטיביות והעמדתן במבחן

ההיגיון והסבירות.⁷⁸ אכן אפשר לראות בו תהליך מקביל לתהליך ההתרשמות האינטואיטיבי, והוא מתווה את גבולותיו ומבקך את סבירות תוצאותיו של תהליך ההתרשמות. בניגוד לתהליך השיפוט האינטואיטיבי, הרי שתהליך הביקורת האמור גלוי ושקוף לשופט. עניינו בהערכת הראיות באופן דיסקורסיבי על יסוד הכללות עובדתיות מקובלות (אלה הם כלי ההיגיון והשכל הישר). אמנם צודקים Allen & Seniuk כי המציאות מורכבת מכדי לאפשר את ניתוחה באמצעות סט מוגדר היטב של כללים שמהם ייגזרו בצורה דדוקטיביות מסקנות חד-משמעיות. ואכן במקרים רבים הכללות עובדתיות אלה אינן מוליכות לתוצאה אחת ויחידה. חרף זאת תהליך הביקורת אינו נטול ערך. הוא מגדיר מעין מתחם סבירות ומאפשר שירושן של תחושות אמון אינטואיטיביות שהן מופרכות, בלתי סבירות או מונעות מדעות קדומות, מסטראוטיפים ומהטיות שונות. על רקע תהליך הביקורת האמור הנדרש מבית המשפט יש להבין את חובת ההנמקה ואת תכליותיה.

תכלית ראשונה של חובת ההנמקה היא הבטחת עצם קיומו של הליך ביקורת על ידי בית המשפט. אלמלא הוטלה חובת הנמקה על בית המשפט, היה נותר קיומו של תהליך הביקורת העצמית למצפוננו של השופט, ולא הייתה כל דרך לדעת כי תהליך כזה אכן התקיים, ואם כן מה היו איכותו והיקפו. הטלת חובת הנמקה מכריחה למעשה את בית המשפט לקיים תהליך ביקורת, שכן התהליך האינטואיטיבי אינו יכול להיות מתורגם להנמקה מילולית. התהליך האינטואיטיבי מטיבו הוא כפי שצינו אינו גלוי ואינו ניתן לניסוח מילולי: כל שאפשר לומר עליו הוא שתוצאתו היא אמון בגרסה זאת או אחרת. הצורך בניסוח מילולי של הנמקה מחייב אפוא את בית המשפט לבצע תהליך דיסקורסיבי, שכן רק זה יכול להיות בסיס להנמקה מילולית.

חובת הנמקה כתובה וקפדנית היא אפוא ערובה לעצם קיומו של תהליך ביקורת עצמית. תהליך זה מצדו מבטיח כי השופט אכן התמודד עם הקשיים המתעוררים בקביעותו העובדתיות, והוא מרסן את השיפוט האינטואיטיבי שעלול לנבוע מהטיות שונות, מטעויות ומסטראוטיפים.

יהיו שיטענו נגדנו שהנמקה אינה מחייבת תהליך של ביקורת. אלה יוסיפו ויטענו כי ההנמקה יכולה להיות אך תוצר למעשה רציונליזציה בדיעבד של השיפוט האינטואיטיבי, וכי גמישותן של הכללות העובדתיות שמשמשות בסיס להנמקות מאפשרת רציונליזציה של החלטות שונות זו מזו. טענת נגד זאת אינה טענה של ממש. גם אם כל שעושה השופט הוא רציונליזציה בדיעבד של שיפוטו האינטואיטיבי, הרי שרציונליזציה זאת משתמשת באותם כלים דיסקורסיביים ובאותן הכללות עובדתיות מקובלות שהצבענו עליהם. גם אם השימוש בכלים אלה אינו מוליד בהכרח תוצאה אחת ויחידה במרבית המקרים, הרי שעדיין יש בהם כדי להגביל ולרסן את השיפוט האינטואיטיבי מקום שהוא מצוי במתח עמם. זאת

78 על הצורך בקיומו של תהליך זה ראו למשל ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, בפס' 17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 8.9.2011).

ועוד, הצורך בהנמקה המתוארת אצל שופטים כדבר שמשנה לעתים את החלטתם יש בה כדי להעיד על חשיבותה בהקשר זה.⁷⁹ תכלית שנייה של חובת ההנמקה מתייחסת לבעלי הדין. גם אם נאיבי להניח כי מי שיימצא חייב בדינו ישתכנע מנימוקי בית המשפט, הנמקה עובדתית המבוססת על הכללות עובדתיות מקובלות (גם אם המסקנות מהן אינן חד-משמעיות) ומתמודדת עם טיעוני הנגד שהשמיעו בעלי הדין יש בה כדי להקהות מה מעוקצו של ההפסד. אפילו נלווה להכרעה יסוד של התרשמות אינטואיטיבית בלתי אמצעית מעדים, לפחות יודע בעל הדין שדבריו נשמעו.

לא למותר לעמוד בהקשר זה על הקשר ההדוק ועל הדמיון שקיים בין ההנמקה העובדתית של בית המשפט לטיעון של בעלי הדין בעניינים שבעובדה. כזכור, עובדת קיומו החידתי של הטיעון בעניינים שבעובדה לאור טענותיהם של Allen & Seniuk היא שעמדה ביסוד הסתייגותנו הראשונית מהקביעה הגורפת השוללת הנמקה בכל עניין שבעובדה. כעת אפשר לראות כי מדובר למעשה בשני פנים של אותו תהליך יסודי, וכן לעמוד על הדמיון היסודי שבין המבנים שלהם. במידה רבה אפשר לראות גם את היקף ההנמקה הראוי כנגזרת של היקף הטיעונים של בעלי הדין (או היקף הטיעונים של בעלי דין סבירים).

לבסוף, התכלית השלישית של ההנמקה היא במישור הערעור. ההנמקה מאפשרת לבית המשפט להצדיק את החלטתו בפני ערכאת הערעור. באמצעות ההנמקה מראה בית המשפט כיצד התמודד עם הקושיות שאפשר להעלות נגד הכרעתו האינטואיטיבית, ומדוע חרף אותן טענות לא מצא לנכון לשנות מהכרעתו. ודוק, דווקא העובדה שהתשובות לשאלות שבעובדה אינן נובעות באופן דדוקטיבי וחד-משמעי מסט מוגדר של כללים היא הנותנת. לו היה אפשר להגיע לפתרון אחד ויחיד על יסוד כמה כללים, לא היה כלל צורך לנמק את ההחלטה, שכן ערכאת הערעור הייתה יכולה לבדוק את ההכרעה בעצמה, אך בהיעדר תשובה חד-משמעית ראוי שלפני שערכאת הערעור תחליט, היא תדע מדוע השופט בערכאה למטה היה סבור כי החלטתו סבירה.

זאת ועוד, העלאת ההנמקה על הכתב והפיקוח של ערכאת הערעור יש בהם גם כדי לחדד את ההכללות העובדתיות המשמשות להנמקה וליצור האחדה מסוימת (אם כי לא מוחלטת בשל מורכבותה של המציאות) של המשקל שניתן לכל אחת מההכללות ושל אופן הפעלת שיקול הדעת. תוצאה זאת רצויה כשלעצמה בהפחיתה את תלותה השרירותית של תוצאת המשפט במיהות השופט ובניסיון חייו הפרטי.

לבסוף, חשוב לציין כי אמנם חפיפתן של ההבחנה בין שני התהליכים האמורים – תהליך השיפוט האינטואיטיבי (שאינו ניתן להנמקה) ותהליך הביקורת של השיפוט האינטואיטיבי – ושל ההבחנה המקובלת במשפט הישראלי בין התרשמות בלתי אמצעית מן העדים לבין שיקולי סבירות והיגיון – היא רבה⁸⁰ אך איננה מוחלטת. תהליך השיפוט האינטואיטיבי לשיטתנו אינו מוגבל אך להתרשמות מהתנהגות העדים על דוכן העדים, אלא יכול לנבוע מהערכה לא מודעת של סבירות הגרסה והיחסים בינה לבין מכלול הראיות.

79 ראו דבריו של ברק, לעיל ה"ש 35.

80 ראו גרוס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 558–564.

העיקר הוא שהערכה זו נעשית באופן שאינו שקוף לשופט, וכי שחזור הסיבות למתן האמון ובידודם של הגורמים השונים הוא בלתי מעשי.

1. הערות ביחס להנמקה בעניינים הנוגעים להתרשמות בלתי אמצעית מהעדים

כפי שכבר ציינו, במשפט הישראלי חובת ההנמקה גם בנושאים עובדתיים היא מורשת. היא מתמקדת מטבע הדברים במישור השיקולים הנוגעים להיגיון ולסבירות. לעומת זאת ההנמקה בדבר האמון שניתן בעד על סמך ההתרשמות הבלתי אמצעית והיקפה נתונים לשיקול דעתו של השופט. אלא שיש מלומדים הקוראים להרחבת תחולתה של חובת ההנמקה גם למידת ההתרשמות השיפוטית הישירה מעדים. דרישה זו הובעה על ידי המלומד הישראלי עמנואל גרוס. לדידו של גרוס, יש להגביר את הרציונליות של ההליך השיפוטי באמצעות שקיפות ורפלקסיביות של תהליך קבלת ההחלטות. עיון מקרוב בטיעון זה יזהה יסודות דבורקיאניים מובהקים, המבקשים לקדם את האינטגרטיבי השיפוטי, תוך עיצובה של ההנמקה השיפוטית לפי סטנדרטים קוהרנטיים אשר יישמו כמתבקש בעניינם של כל בעלי הדין.⁸¹ בלשון אחרת, גרוס מבקש כי ההנמקה השיפוטית תהא בבואה נאמנה ושקופה של הליך קבלת ההחלטות השיפוטי.

כפי שהיה אפשר להבין מהניתוח שנעשה בפרק ג, איננו שותפים לתפיסה זו. שכן בכל הנוגע לניתוח שנעשה, וצריך להיעשות, על ידי בית המשפט מלכתחילה ברמה מודעת, אפשר לדעתנו לדרוש מבית המשפט לפרט את נימוקיו, יש בכך כדי לקדם תכליות שונות. לעומת זאת, במישור ההתרשמות הבלתי אמצעית מהעדים מתעוררת במלוא תוקפה השאלה אם אכן שופטים מסוגלים לשחזר ולהעלות מעל סף התודעה למצער חלק מהגורמים שהביאו אותם להתרשמותם מהעדים.⁸² בהיעדר יכולת זאת ההנמקה המפורטת לא רק שלא תועיל, אלא בלית בררה היא תאלץ שופטים "לבדות", במודע או שלא במודע, גורמים שהביאו להתרשמותם, ובכך לפגוע בגילוי הלב (candor) השיפוטי.

כפי שצינו בדברינו לעיל בפרק ג, אנו נוטים לחשוב כי בית המשפט אינו מסוגל בחלוף הזמן בשלב הכרעת הדין לשחזר באופן אפקטיבי את הסיבות שהביאו אותו להאמין לעד זה או אחר, אך לדעתנו אפשר להכריע כנגד רציונה של ההנמקה המפורטת של התרשמות מעדים גם מבלי להכריע בשאלה אמפירית זו, ומהטעמים שנפרט להלן.

2. יסוד הדיווח בהנמקה הנוגעת להתרשמות מעדים

בכל הנוגע להתרשמות בלתי אמצעית מעדים, הרי שלהנמקה נלווה גם יסוד של דיווח, ובהקשר זה היותה של ההתרשמות תהליך הוליסטי, הכרוך גם בהבניה מחדש

81 .RONALD DWORCKIN LAW'S EMPIRE 243 (1986)

82 ראו גם דברינו לעיל בה"ש 72.

(restructuring)⁸³ ובהערכה מחדש של המידע בשל מידע חדש שנוסף לאחר העדות, מעוררת בעייתיות מיוחדת. אם נשוב לדוגמה שהובאה על ידי Allen & Seniuk, העובדה שהעד הזייע ונטה על צדו השמאלי ב-15 מעלות אינה ממצה את מכלול המידע הרלוונטי להתנהגותו של העד, ושופט גם לא יתאר התנהגותו של העד באופן זה, שאינו מעביר אלא חלק מהרושם שעולה מהתנהגות העד, אם הוא יתבקש לתת הנמקה מפורטת (למשל, נוכל לצייר בעיני רוחנו עד העונה לתיאור זה באופנים שונים הנוגעים ליציבה של העד, באופן שבו החזיק את ידיו, זווית פיו, העפעפיים וכו'. העד גם אינו סטטי, ולכן נודעת חשיבות לשאלה מתי התנהג באופן זה ומה היו האירועים שקדמו לכך). בשל מגבלות השפה האנושית אי אפשר לתאר התנהגותו של העד מבלי להזדקק לאמירות כגון העד נראה לחוץ, עצבני, מבויש, מתחמק, כועס, עצוב וכו', אלא שבכך כבר טמון יסוד של שיפוט ויחסיות. יתר על כן, בעצם הבחירה לתאר התנהגות מסוימת של העד ולא התנהגות אחרת כבר טמון יסוד של שיפוט.

מאחר והשיפוט אינו קבוע ופרטני בעניינו של כל פרט ופרט אלא הוליסטי ומשתנה לפי מידע חדש, יסוד זה הוא בעייתי (לא רק השיפוט, היינו זיהוי המצב (לחץ, עצב וכד'), אלא גם מידתו). אם ננסה את הבעייתיות בדיוק רב יותר, הרי שהבעיה היא שגם אם השופט מסוגל לשחזר את הסיבות שהביאו אותו להתרשמותו החיובית או השלילית, הרי שאי אפשר לעשות זאת ללא יסוד ניכר של שיפוט. הואיל ואין לערכאת הערעור, לפי סדרי הדין הקיימים, כל דרך להתרשם בעצמה מהתנהגות העדים (כגון תיעוד מצולם בווידיאו⁸⁴), אין לה כל דרך לבקר את הדיווח של הערכאה הדיונית, ולפיכך אחד הטעמים המרכזיים שביסוד חובת ההנמקה, דהיינו פיקוח ערכאת הערעור, אינו רלוונטי. הסתייגות זו אינה קיימת כשמדובר בהיבטים התוכניים של הראיות, שהם עניינם של שיקולי הסבירות וההיגיון, ואשר ערכאת הערעור יכולה ללמוד אותם מהפרוטוקול ומהמוצגים באופן עצמאי.

3. ספק אם חובת ההנמקה הנוגעת להתרשמות מעדים תתרום להעמקת שיקול הדעת

כדי שהטלתה של חובת הנמקה בעניינים עובדתיים תתרום להעמקת שיקול הדעת ולצמצום השרירותיות ותחושת השרירותיות בהחלטות, אין הפרמטרים לבחינת התנהגות העדים יכולים להיות "חופשיים" דהיינו בלתי מוגדרים ובלתי מוגבלים מראש לגמרי. דא עקא, שאם בעניינים הנוגעים להיגיון וסבירות קיים מסד משותף של שכל ישר, דהיינו של

83 תופעה זו קיימת גם בדרך השכילה של טיעונים משפטיים כפי שמצביע על כך Simon, לעיל ה"ש 67, בעמ' 20, אלא שבנוגע לטיעון משפטי אין מתעוררת הבעייתיות הכרוכה ביסוד הדיווח הנלווה להנמקה בענייני התרשמות.

84 אפילו תוסרת העדות, ספק אם זה יהיה פתרון לבעיה, שכן קלטת הווידאו מעבירה רק חלק מההתרחשויות בבית המשפט. לעומת זאת אם יוזמן העד להעיד מחדש בערכאת הערעור, ייפגע מנגנון ההליך ההוגן, ובעל הדין היריב כאילו עומד בסיכון מחודש (מעין סיכון כפול), אף על פי שלצד מזמין העדות היה יומו. אך חשוב מכך, עדות העד תהא ככל הנראה (בין שהעד הוא של המזמין ובין שהוא של הצד היריב) מעושה ותוצר של הדרכה שתכליתה ללמדו לשפר את הופעתו על פי מה שעלה מההנמקה העובדתית של הערכאה למטה.

הנחות מקובלות שהמשקל שיכול להינתן להן הוא לא "חופשי" לגמרי הרי בכל הנוגע להתנהגות של עדים המצב רחוק מזה. אם ערכאת הערעור תבקש לתאר רשימה של פרמטרים כאלה, הרי שראשית היא תיתקל במגבלת השפה האנושית להעביר את הדקויות הנדרשות (בתיאורים גסים כגון הזעה, נטייה לצד שמאל וכו' לא יהיה די שכן אלה יכולים להתפרש באופנים שונים), אך מלבד זאת ספק אם קיים גוף ידע מדעי מוצק דיו כדי לתמוך בקביעות אלה.⁸⁵

4. ממד המשחק החוזר

קושי נוסף באימוץ הרעיון לחיוב הנמקה עובדתית בנוגע להתרשמות מהעדים הוא חוסר רגישותו של רעיון זה לממד המשחק החוזר. אם ערכאת הערעור תקבע רשימת פרמטרים ידועה מראש לקביעת מהימנותם של עדים, עורכי הדין יוכלו להכין ולתדרך את עדיהם בהתאם. כבר היום נוהגים עורכי הדין להכין את עדיהם לקראת עדויותיהם, כולל שפת גוף,⁸⁶ וייתכן בהחלט מצב שבו עד שבכוונתו לשקר יהיה מודע לסימנים שמסדר הגוף ולכן יתכונן למתן עדותו כשחקן תאטרון לקראת הצגתו. תימוכין אפשר ניתן למצוא במחקרו של Boccaccini אודות "הכנת של עדים לעדותם" (witness preparation):

"It is a common misbelieve that witnesses simply arrive at the courthouse, take an oath of honesty, and then testify to the court about what they know... In reality, witnesses often meet with an attorney or witness preparation specialist before trial to review, discuss, and sometimes modify the substance and delivery of their anticipated testimony. This process, typically referred to as witness preparation, allows attorneys to present their witnesses who are thoroughly familiar with the subject matter of their testimony and able to persuade judges and jurors by communicating what they know in a clear and coherent manner..."⁸⁷

אכן, גם במצב הנוכחי קיים החשש שמא הכנת העדים תהיה לוקה, אך מצב זה, על כל מגרעותיו, עדיין שומר על הערפל האופף את סממני המהימנות, ואין העדים יכולים להתכונן לקראת עדותם אלא באופן גס. אלמנט חוסר הוודאות נשמר, והצדדים יכולים רק להרהר בדבר סממני ההתנהגות הנחשבים בעיני השופט מהימנים (הדברים מציגים סוג של תורה

85 עם זאת בהנחה שאכן שופט יכול להעלות מעל סף התודעה, חלקית, את הגורמים להתרשמותו, יעזור הדבר להגדיל את מידת העקיבות שלו עצמו ממקרה למקרה (גם אם לא תגדיל את העקיבות במערכת בשל הבעיה לתאר את הגורמים במילים) ולשרש סטראוטיפים. אלא שכפי שצינו, לא ברור אם בכלל יכולת זו קיימת.

86 אליהו הרנון דיני ראיות חלק ראשון 54–55 (התשמ"ה).
87 Marcus T. Boccaccini, *What Do They Really Know about Witness Preparation?* 20 BEHAV. SCI. & L. 161, 161–162 (2002). על הכנת עדים לעדות במשפט הישראלי ראו ע"פ 226/54 אלופי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט 1345 (1955); ע"פ 854/79 גבריאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 371 (1981).

סמויה, וזה לא ממש קורה, משום שאין איזו תורה שהיא שהשופטים פועלים לפיה אך חוששים לגלותה כדי למנוע יצירת ודאות.

לעומת ההנמקה בנושאי התרשמות הפגיעה בממד המשחק החוזר בעייתית פחות בכל הנוגע להנמקה על בסיס שיקולי ההיגיון הסבירות ראשית, משום שההנחות המקובלות (השכל הישר) הם גוף ידע קיים ממילא שהוא די מגובש כבר עתה והוא משותף גם להדיוטות, ושנית, משום שבהיבטים התוכניים של עדויות מרחב התמרון למניפולציות קטן יותר.

5. הסטת הקשב לענייני ההתרשמות תפגע בהליך

נראה לנו ברור שהטלת חובת הנמקה מפורטת בענייני התרשמות מהתנהגות עדים תגרור הפניית משאבים קוגניטיביים-שיפוטיים גדולים ביותר מצידו של השופט להיות מודע בכל רגע ורגע לגורמים שהביאו אותו להתרשמות כזו או אחרת מעד. אפילו אם מאמץ כזה הוא אפשרי, הפניית משאבים קוגניטיביים כה רבים מתוך סך הקשב המוגבל של השופט למטלה זו נראית לנו מופרזת ומזיקה משום שהיא תסב את תשומת לבו מהשאלות החשובות העומדות להכרעה ותפגע באיכות החלטתו.

העולה מן המקובץ הוא כי התועלת מחובת ההנמקה המתייחסת להתרשמות מעדים מוטלת בספק. גם הנימוקים המרכזיים שעמדו ביסוד חובת ההנמקה הכללית – דהיינו פיקוח ערכאת הערעור, השקיפות והקטנת השרירותיות והעמקת שיקול הדעת השיפוטי – מוחלשים אם לא בטלים לגמרי. לכן בשקילת אלה אל מול הנזק שאולי יגרם מהטלת חובה זו בהיבטים של גילוי הלב השיפוטי, הפניית משאבים קוגניטיביים-שיפוטיים מוגזמים למילוי החובה והרס ממד המשחק החוזר, נראה לנו כי לא רצוי להרחיב את חובת ההנמקה המפורטת לנושאים של התרשמות מעדים.

סיכום

במאמרנו זה ביקשנו לעמוד על מהותה של ההנמקה העובדתית בעניינים עובדתיים, כמו גם על היקפה הרצוי. ערכנו הבחנה בין הנמקה של תהליך השיפוט האינטואיטיבי של בית המשפט לבין הנמקה של תהליך הביקורת על השיפוט האינטואיטיבי בכלים של היגיון ושכל ישר. ההנמקה, המשקפת את תהליך הביקורת על השיפוט האינטואיטיבי בכלים של סבירות והיגיון העדויות, רצויה ומקדמת תכליות חשובות ומרכזיות של תהליך השיפוט, ולעומת זאת פירוט השיפוט האינטואיטיבי של בית המשפט לגורמים באמצעות הנמקתם איננו אפשרי מטעמים מעשיים שונים ואיננו רצוי מטעמים תועלתניים שונים. לפיכך, אנו סבורים כי ההנמקה העובדתית אמורה לפרט את מה שאפשר לשחזר מהליך קבלת ההחלטות ואת מה שאפשר לתאר, דהיינו את תהליך הביקורת על השיפוט האינטואיטיבי בכלים של היגיון ושכל ישר, כגון באמצעות בחינת חוסר היגיון או חוסר סבירות בגרסאות, סתירות בין עדויות, סתירות פנימיות בתוך עדות, סתירות בין עדויות שונות לבין ראיות בכתב וכיו"ב. לעומת זאת, מכיוון שהליכי השיפוט האינטואיטיבי אינם ניתנים תמיד לתיאור, לא רצוי להטיל חובת הנמקה בעניינים.