

## המושבעים החדשים: בין חברה לבין משפט

מאת

מיכאל בריס\*

### א. מבוא

מאמרם של לב-און וגרוסמן (להלן: **המאמר**) עוסק בפרשת הרשעתו של רומן זודורוב באשמת רצח תאיר ראדה ז"ל, וממנף אותה להמחיש את טענתם – כי תופעת השיפוט בידי חבר מושבעים אינה מוגבלת לאולם בית המשפט. לטענתם, גם לצופים במדיה העוסקת במשפט, וגם לפעילים ברשתות החברתיות תפקיד חברתי-שיפוטי. אלה מצטרפים לחבר המושבעים הפורמלי, המופקד על הכרעות בשאלות שבעובדה בשיטת השפיטה האנגלו-אמריקנית. לשלוש קבוצות אלה חשיפה לסוגים שונים של הליכים משפטיים, ולשלושתן תפקיד שיפוטי שהחברה נדרשת לו בהיבטים שונים. משפטנים מכירים את תפקידו הפורמלי של חבר המושבעים, אך לטענתם של לב-און וגרוסמן החברה נשענת גם על קטגוריות לא פורמליות של מושבעים בביקורת חברתית על הליכי שיפוט ועל התפיסות הערכיות המשתקפות בהם ובביקורת מוסדית על מנגנוני החקירה והשיפוט של המדינה. תפקידים אלה התחדדו באופן מובהק בסערות סביב פרשת רצח תאיר ראדה ז"ל. פרשה זו גם הבליטה במיוחד את המאפיינים האקטיביים של פעילי הרשתות החברתיות בתפקידם כמושבעים החדשים – כפי שמתארים אותם גרוסמן ולב-און.

לצידה של טענה זו, ואף כנגזרת ממנה, עולה גם משמעות חדשה לשאלה מה וכיצד חברה "יודעת" – היא שאלת האפיסטמולוגיה החברתית – ועל הממשק שבין ידיעה זו לבין עולם הנורמות המשפטיות. תובנה זו עולה מן ההמשגה של פעילי הרשתות החברתיות כסוג של חבר מושבעים במובן הרחב. מידע חדש זורם ונבחן, עובר תחת שבט הביקורת והביקורת שכנגד – וראוי להכיר בחשיבותה של תופעה זו כגורם המעצב את התודעה החברתית כתופעה שיפוטית. בעמודים הבאים אבקש למצוא נקודת עוגן אפיסטמית לתובנה

\* מרצה בכיר, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט. תודתי נתונה לחברי המערכת מרדכי גרנר ומור בר, אשר תרמו תרומה של ממש לרשימה זו.

זו תוך חשיפת הבסיס התאורטי להסתמכות על חכמת ההמונים, מחד גיסא. אך מאידך גיסא, אבקש גם לתחום בין המתודולוגיות השונות – בין זו של מדעי החברה לבין זו של תורת המשפט. הבסיס לשתי המתודולוגיות הוא אחד: שיפוט הוא מעשה של רדיפה אחר האמת במציאות עובדתית קונקרטית. אך תורת המשפט מטילה מסננת נורמטיבית צפופה בפני חקר האמת, כהגנה בפני רדיפת הנאשם עצמו וכהגנה על ערכים שהחברה חפצה ביקרם. ההתמקדות בחבר מושבעים (jury) גם מבליטה את המשותף ואת המבדיל בין שתי אסכולות אלה. במקורו האיטלומולוגי juree או iurata מציינות שבועה – בהקשר זה, את שבועתם של האנשים שנבחרו לחרוץ את הדין. השבעתם של חברי ה-jury היא רק אחת ההגנות הפרוצדורליות שהן ייחודיות לתורת המשפט. אך שורש זה מציין גם את החקירה השיפוטית עצמה שלשמה הושבעו חברי ה-jury<sup>1</sup> (ואולי מדויק יותר היה לכנותו: "חבר שופטים" – אף אם לשם הנוחות נישאר במינוח הרווח, "חבר מושבעים"). מסירת החקירה לעמיתיהם של הנאשמים מבליטה את היסוד האפיסטמי החברתי של מוסד זה. לפתיחת השורות של חקר האמת יסודות אפיסטמיים-חברתיים איתנים. אך בד בבד היא מחייבת זהירות מעשית, בהקפדה על תורת הפרוצדורה המשפטית ועל הזכויות הפרוצדורליות הנגזרות ממנה. היא מחייבת גם זהירות אפיסטמית, כפי שנראה.

שיפוט של נאשם או של נתבע בידי עמיתיו רווח כבר בעת העתיקה בתרבות היוונית-רומית.<sup>2</sup> חבר המושבעים התפתח במסורת המשפט האנגלו-אמריקנית (לאחר דעיכתן של צורות שפיטה קדומות שנשענו על התערבות שמימית משוערת או מדומיינת כגון: שבועה, קרבות ו-ordeal על צורותיה השונות) בשני קווי מיתאר מושגיים שאינם בהכרח עולים בקנה אחד. נתיב אחד צמח מחשדנות בין מעמדית. המגנה כרטה קבעה כי לא יישללו מן האדם (החופשי!) זכויות וחירויות בסיסיות מסוימות אלא באמצעות משפט על פי "עמיתיו" (by his equals; ובתרגום אחר: lawful judgment of his Peers).<sup>3</sup> עמיתים אלו היו בני מעמדו של הנאשם או הנתבע.<sup>5</sup> האוכלוסייה חשדה במוסדות השלטוניים בין היתר בשל העוינות

1 מילון אוקספורד, ערך jury: <https://bit.ly/3j87Dn9>; ובמקורות נוספים, כגון: <https://bit.ly/3x8Lmh3>. המשמעות של שבועה, juree, נגזרת אף היא מלשון משפט: jur-, *Jury*, in MERRIAM-WEBSTER.COM DICTIONARY, <https://bit.ly/3r2AtcQ>; לשפיטה על ידי "חבר מושבעים" ביוון העתיקה (כזה שבפניו שפטו את סוקרטס), ובאימפריה הרומית, ראו בין היתר: Anton-; Jack Pope, *The Jury*, 39 TEXAS L. REV. 426, 427 (1961); Hermann Chroust, *Lex Acilia and the Rise of Trial by Jury in the Roman World*, 24 NOTRE DAME L. REV. 1 (1948).

2 <https://bit.ly/3LOmuPZ>: The UK Statute Law Database

3 <https://bit.ly/37r58K8>

4 לרבות נאשמים מן האצולה ונתינים זרים או זרים למחצה, אשר גם להם עמדה הזכות להישפט בפני השווים להם במעמדם, John H. Langbein, *The English Criminal Trial Jury on the*

וניגודי העניינים שהיו מוכנים בפערי המעמדות באנגליה, ודרשה הליך שנראה היה בעיניהם הוגן, אמין וקרוב יותר לאמת. בשאלת האשם, בני מעמדו של נאשם היו מסוגלים גם להבין את מניעיו ואת ההקשר של מעשיו.<sup>6</sup> אך גם לעומת זאת, במקומות שבהם השלטון חשד באוכלוסייה בחוסר אמינות או בחוסר נאמנות לשלטון, לא הונהג מנגנון זה של חבר מושבעים. כך, אנגליה ביטלה במאה ה-18 את זכותו של אדם להישפט בידי חבר מושבעים במושבותיה שבצפון אמריקה – פגיעה שהייתה אחת העילות לפרוץ המהפכה האמריקנית לפריקת העול הבריטי מעליהן. פגיעה זו בזכות לחבר מושבעים היא שהולידה שלושה תיקונים לחוקה האמריקנית מיד לאחר ייסודה.<sup>7</sup> ניתן להשוות זאת לתהליכים שהתרחשו כמאתיים שנה לאחר מכן, בארץ ישראל המנדטורית. מערכת המשפט שהונהגה בידי הבריטים סתה מן השימוש בחבר מושבעים בגלל חשדות מעין אלה ביושרה של התושבים המקומיים אלא שבניגוד לארצות הברית, זכות זו לא נכללה לאחר מכן בחוק הישראלי. יש מי שיחס לכך את המשך החשדנות הפנים חברתית הארצישראלית, המשתקפת גם כיום בשסעים העמוקים בתוך החברה הישראלית.<sup>8</sup> הניסיונות להנהיג שיטה של חבר מושבעים לאחר נפילת השלטון הקומוניסטי ברוסיה, מבטאים אף הם את החשדנות של האוכלוסייה

*Eve of the French Revolution, in THE TRIAL JURY IN ENGLAND, FRANCE, GERMANY 1700-1900* 13, 28–29 (Antonio Padoa Schioppa ed., 1987). יש לציין שרבו גם הנאשמים שסירבו להישפט בפני חבר מושבעים, משיקולים שונים, ראו Sanjeev Anand, *The Origins, Early History and Evolution of the English Criminal Trial by Jury*, 43 ALTA. L. REV. 407, 416 (2005). וראו שם, בעמ' 417–418, דיון אם בית המשפט הסתמך על חבר המושבעים גם על מנת לברר (או "לדעת") את העובדות באופן עצמאי, מבלי להסתמך על ראיות – ואם לאו. ראו גם Richard Lempert, *The American Jury System: A Synthetic Overview*, 90 CHI.-KENT L. REV. 825, 825–827 (2015); ADAM SMITH, LECTURES ON JURISPRUDENCE 283–287 (ed. R. L. Meek et al., 1978; repr'd 1982).

Jeremy W. Barber, *The Jury is Still Out: The Role of Jury Science in the Modern American Courtroom*, 31 AM. CRIM. L. REV. 1225, 1227-1230, 1248-1251 (1994) 6

Kathaline M. O'Malley, *Trial by Jury: Why it Works and Why it Matters*, 68 AM. U. L. REV. 1095, 1096-1099 (2019). (להלן: **אוימאלי**). 7

ראו אורי שטרומן "המלך עירום או חבר-המושבעים השולט בבית המשפט בישראל" **עיוני משפט** יג 175, 207 (תשמ"ח): "יש אומרים שהאנגלים סברו שהילידים אינם מתאימים לכהן כמושבעים, אך יודעי-דבר לימדוני, שסילוק המושבעים ממשפט ארצנו נעשה בגלל החשש, שחבר-מושבעים יהודי ישפוט ערבי ולהיפך". למשקל של השסעים החברתיים כשיקול בשאלת קיומו של חבר מושבעים, ראו גם Steven J. Colby, *A Jury for Israel: Determining When a Lay Jury System is Ideal in a Heterogeneous Country*, 47 CORNELL INT'L L.J. 121 (2014). 8

בשלטון;<sup>9</sup> והכישלון היחסי של ניסיונות רוסיים אלה מצביע אף הוא על חשדנות הדדית מתמשכת משני העברים – של השלטון באזרחים כמו גם להיפך.<sup>10</sup> כמו אז, גם היום, רווחת הדעה בספרות המשפטית: קיימת זכות לאדם להישפט בידי עמיתו, ולא על ידי שופט אשר משרתו ומשכורתו תלויים בממשלה.<sup>11</sup> משום כך, יש שרואים בחבר המושבעים אחת מאבני היסוד של שלטון דמוקרטי.<sup>12</sup> לענייננו, חבר המושבעים מגלם את הדמוקרטיזציה של הצדק, ולמצער – של הליך צודק.

מהלך נוסף שהוביל להתפתחות חבר המושבעים היה דמוקרטיזציה של הידע, הפקעתו מן הבלעדיות של הממסד הדתי והארצי – לרבות גם השיפוט המקצועי המודרני – והפקדתו בידי נציגי החברה בכללותה.<sup>13</sup> טענת ידיעה איננה נחושה בעלמא ונשענת היא על ביסוס,

9 Duncan DeVile, *Combating Russian Organized Crime: Russia's Fledgling Jury System* Marina Nemytina, השוור, *on Trial*, 32 GEO. WASHINGTON J. INT'L L. & ECON. 73 (1999) *Trial by Jury: A Western or a Peculiarly Russian Model?* 72 ÉRÈS 365 (2001). ראו גם את המחקר בדבר שורשיה הדמוקרטיים של שיטת חבר המושבעים ביוון העתיקה ובאנגליה, במטרה לבחון את הצעת יישומה ברוסיה המודרנית: Dmitriy Yu. Tumanov et al, *The Origin of a Jury in Ancient Greece and England*, 11 INT'L J. OF ENVIRONMENTAL & SCIENCE EDUCATION 4154 (2016).

שתי גישות רווחו ביחס למוסד חבר המושבעים שנהג ברוסיה לפני המהפכה בשנת 1917, שניתן לזהותם כך: (א) דמוקרטיזציה של ההליך הפלילי, תודעה חברתית, common sense, הוכחת האמת באמצעות החיים; לעומת (ב) ענישת ההמונים (mob punishment), משפט ללא תכלית וצעצוע בידי התביעה וההגנה (Nemytina, שם, בעמ' 365). מוסד חבר המושבעים חזר באופן חלקי בלבד בשנת 1993 (Nemytina, שם, בעמ' 366). המחשבה הייתה שמדובר בחזרה אל יסודות רוסיים מקוריים, ולא דווקא הפנמת ערכי המערב – אך לאמיתו של דבר בגרסתו המודרנית קיימים יסודות הסותרים זה את זה: מיזוג של הליכים טרום מהפכניים וגם יסודות סובייטיים, כמו החזרת המשפט אל התביעה לחקירה נוספת (שם).

10 Anna Gurinskaya, *Trial by Jury in Russia: From the Cornerstone of the Judicial Reform to the Constitutional History Artifact*, 17 VARTSVOLOVJE: JOURNAL OF CRIMINAL JUSTICE AND SECURITY, 62 (2015); על הבעייתיות המובנית והחשדנות ההדדית, ראו Stephen C. Thaman, *The Nullification of the Russian Jury: Lessons for the Jury-Inspired Reform in Eurasia and Beyond*, 40 CORNELL INT'L L. J. 355 (2007); Elena A. Kupryashina et al., *Jury Trial as the Atavism of History*, 10 J. POL & L. 212 (2017).

11 Uzi Segal & Alex Stein, *Ambiguity Aversion and the Criminal Process*, 81 NOTRE DAME L. REV. 1495, 1556 (2006).

12 Jeffrey Abramson, *Four Models of Jury*; 836–829, בעמ' 5, לעיל ה"ש 5, Lempert *Democracy*, 90 CHI.-KENT L. REV. 861 (2015).

13 יש מי הציג זאת כשני מודלים מנוגדים של תורת ההכרה: של שופטים, הנשענת על תפיסה אובייקטיבית של הידיעה (אם כי ספק אם ידיעה כזו אפשרית מבחינה אנושית), ושל חבר מושבעים, שהיא קהילתית (communitarian) ביסודה. אי-קבלת ראיה כלשהי תואמת את תורת ההכרה השיפוטית רק במקרה והיא מקדמת את ערך הדיוק של התוצאה. לעומת זאת, שלילת

וביסוס נשען על נתונים. לכן הרחבתו של בסיס הנתונים על ידי פתיחת חקירת האמת בפני ציבורים רחבים אמורה הייתה לחזק את מסקנות החקירה ולקרב אותן לידיעות אמת. אבל לא די בכך. נתונים – גם נתוני אמת – אינם מכילים את הידיעה עצמה. ממצאים אינם עומדים בחלל הריק, וללא תיווך פרשני הם נותרים חומרי גלם חסרי משמעות. פתיחת השורות של תהליכי ההיסק בפני החברה כולה עשויה לחזק אפוא את בסיס הידע גם בהעצמת התיווך הפרשני. לחברה תפקיד כפול אפוא בכינון הידע – בהגדלת הנתונים ובפרשנותם. שורשיה של גישה זו בעת המודרנית נטועים בגישת ה־"common sense של תומאס ריד, בדגש על המוסכמה האפיסטמית המשותפת: *common*. אך אולי חשוב יותר מן הבחינה האפיסטמית היא העמדת התהליך של חקר האמת לביקורת רחבה ככל שניתן. החשיפה לתקיפה היא הערובה לתיקוף ההיסק עצמו. משום כך, הגדלת חשיפה זו עשויה להעניק יתר תוקף להיסק. תובנה זו, מבית מדרשו של צ'רלס סנדרס פירס בין היתר, רואה באמת נקודת התכנסות של קהיליית החוקרים – היא "הדעה אשר גורלה להיות מוסכמת על ידי כל מי שחוקר".<sup>14</sup> הצגת האמת כהתכנסות מעמידה את האמת ואת ידיעתה על הממד החברתי, אף מעבר לכינון מוסכמות מעשיות או אפיסטמיות – והיא נדבך מרכזי בפרגמטיציזם של פירס. השער לגישה אפיסטמית זו היא קריאתו הנוקבת של פירס שלא לחסום את שביל החקירה ("Do not block the path of inquiry").<sup>15</sup> פירס דיבר על קהילייה רחבה של חוקרים שחקירותיהם מתכנסות אל האמת. פרשנויות שונות ניתנו לעמדה פירסיאנית זו, בשאלה עד כמה הוא אכן התרחק מתפיסה ריאליסטית של האמת.<sup>16</sup> אך בכל מקרה, גישתו מבליטה את תפקיד החברה בחשיפת האמת ובכינונה.

גישות אפיסטמיות אלה – ואחרות הקרובות להן<sup>17</sup> – מתמרדות (בין היתר) כנגד ביצור סמכות הידיעה בידי גוף מקצועי (שלא נאמר שלטוני) כזה או אחר, והן מבטאות מהפכה

ראיה לעולם אינה מוצדקת על פי תורת ההכרה של חבר המושבעים, משום שידע נוצר על ידי דיון והסכמה קהילתיים, ראו Ronald J. Allen, *Unexplored Aspects of the Theory of the Right to Trial by Jury*, 66 WASH. U. L. Q. 33, 38–40 (1988).

14 CHARLES S. PEIRCE, COLLECTED WRITINGS 5.407 (1934; cf.: 2.775, 1932), available at <https://bit.ly/3JeVmYv>: "The opinion which is fated to be ultimately agreed to by all who investigate, is what we mean by the true, and the object represented in that opinion is the real"

15 CHARLES S. PEIRCE, COLLECTED WRITINGS, 1.135 (1931), available at Cheryl Misak, *Charles Sanders Peirce (1839-1914)*, in ראו גם <https://bit.ly/3KaLP66>; THE CAMBRIDGE COMPANION TO PEIRCE, 1, 10 (Cheryl Misak ed., 2004).

16 Christopher Hookaway, *Truth, Reality and Convergence*, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO PEIRCE, 127 (Cheryl Misak ed., 2004).

17 Ernest Sosa, *Social Roots of Human Knowledge*, in ESSAYS IN COLLECTIVE EPISTEMOLOGY 167 (Jennifer Lackey ed., 2014); Margaret Gilbert, Daniel Pilchman,

ארוכת שנים – כזו שאולי טרם הסתיימה. לאורך הדורות קמו – לעיתים גם נפלו, ולמצער שינו את פניהם – מוסדות שמטרתם הייתה לקבוע את ערך האמת של תזה מדעית כזו או אחרת. התוצאות של קביעות אפיסטמיות מוסדיות לא תמיד היטיבו עם ערך האמת. מוסדות הכנסייה ביקשו לקבע תמונה מסוימת של עולמנו, על פי הבנתם את כתבי הקודש שבידיהם. אך הכרעת דינה של ההיסטוריה תמכה דווקא בהערה הידועה המיוחסת לגלילאו "אף על פי כן – נוע תנוע". גם המדע הממוסד אימץ תחילה גישה אפיסטמית דומה לזו של הכנסייה, וייסד ערכאות לקביעת האמת המדעית – גם אם לא כינו את עצמם בשם זה. כך, יש שיראו את ייסודם של החברות המלכותיות למדעים בלונדון ובפריז לקראת סוף המאה ה-17, ובאדינבורו כ-100 שנים לאחר מכן, ניסיונות לנכס את הסמכות של קביעת הידע המדעי – ולא רק כפורום להחלפת עמדות ומחקרים.<sup>18</sup> מבוקשם היה לנער מעליהם את הסמכותנות האריסטוטלית לטובת שיתוף פעולה מחקרי.<sup>19</sup> אך תודעה עצמית זו פינתה את מקומה לכינון סמכותנות אפיסטמית על פי המתודות החדשות של המדע. שיטות השיפוט של מאמרים ומחקרים שפורסמו על ידי החברות המדעיות פשטו צורה ועטו צורות חדשות, אך בסופו של דבר קבעו את הקריטריונים לקבלתן של תזות מדעיות בידי הקהילה המדעית. האוטוריטה המדעית התרחבה אפוא גם היא לתפיסה קהילתית, אף אם זו לא נעשתה דמוקרטית במלוא מובן המילה. לפי קריאה אחת, מסעותיו של גוליבר אינן אלא ביקורת סאטירית רבת פנים ונוקבת מפרי עטו של ג'ונתן סוויפט בראשית המאה ה-18 – כנגד היומרות האפיסטמיות הגלומות בניסיונות אלה.<sup>20</sup> אולם יסודותיה של סמכות קהילתית זו נשתמרו כיום הזה במנגנוני השיפוט האקדמי – גם כיום השופטים של מאמרים אקדמיים הם עמיתיהם האקדמיים של הכותבים בתהליך של *peer review*.<sup>21</sup> אף המשברים והתמורות

*Belief, Acceptance and What Happens in Groups, in ESSAYS IN COLLECTIVE EPISTEMOLOGY*, 189 (Jennifer Lackey ed., 2014).

Peter Dear, *Totius and Verba: Rhetoric and Authority in the Early Royal Society*, 76 *ISIS* 18 (1985), 144.

19 שם, בעמ' 151: "A new source of authority had in fact come into being". הפתגם הלטיני של החברה המלכותית למדעים היה: "nullius in verba", קרי: "לא מלים", או: "אל תסמוך על מילותיו של איש" בחקר המדעי – ובכך הדגישו את התנערותם מן הסמכותנות המדעית שקדמה להם. עם זאת, כבר הצביעו על כך שבבחירת פתגם זה מדבריהם של המשוררים הקלאסיים, במקרה זה מאגרותיו של הורציו, חתרו החוקרים תחת היומרה שלהם לעצמאות תרבותית, ראו Tina Skouen, *Science versus Rhetoric? Sprat's History of the Royal Society Reconsidered*, 29 *RHETORICA* 23, 27, 44 (2011).

20 Douglas Lane Patey, *Swift's Satire on "Science" and the Structure of Gulliver's Travels*, 58 *ELH* 809 (1991).

21 Noah Moxham, *The Royal Society and the Prehistory of Peer Review: 1665-1965*, 61 *Dear; THE HISTORICAL JOURNAL* 863 (2018), בעמ' 146-151.

בפרדיגמות המדעיות עצמן מתרחשים כתופעה בתוך קהיליית החוקרים המדעיים.<sup>22</sup> תובנות חשובות אלה, מבליטות את ההקשר החברתי של ידע ושל טענות לידיעה כחלק מתורת הכרה חברתית (social epistemology). אך האם ניתן לפתוח את שורות ההכרעה המדעית – או לענייננו: חקר העובדות בהליך משפטי – גם בפני העולם כולו? דילמה מעין זו גם עמדה – ועומדת – בבסיס מפעל הידע המהפכני של ויקיפדיה. האטרקטיביות של משאב זה טמונה בנגישות שלו הן מבחינה טכנית והן מבחינת השפות והתרבות, ובייחוד בהיקף של הנושאים שבו הוא עוסק; אם תרצו – בדמוקרטיזציה של הידע האנושי.<sup>23</sup> ובד בבד מפעל זה מושך ביקורות קשות בדבר המהימנות שלו כמקור אמין של ידע. העובדה שלא ניתן לוודא את זהותם של כותבים ושל עורכים חושף את הידע המוצג בו לסכנה של הטיות פוליטיות, אתניות, מגדריות ואחרות. הסתרת זהותם של הכותבים-העורכים כרוכה גם בהיעדר נטילת אחריות על שלימותו של ערך או על דיוקו ומהימנותו. משום כך, בתי המשפט – בארץ ובעולם – אינם נוטים לראות בוויקיפדיה מקור מידע מוסמך או מהימן.<sup>24</sup> עדות לכך היא הערך על הבעייתיות של ויקיפדיה – בוויקיפדיה

22 THOMAS KUHN, THE STRUCTURE OF SCIENTIFIC REVOLUTIONS 1–51 (2<sup>nd</sup> ed. 1970).  
 23 אזי לבראון "הערות על אודות המאפיינים והתוצאות של הדמוקרטיזציה של השיח הציבורי על משפט וצדק: הפעילות למען צדק לרומן ודורוב כמקרה בוחן" המשפט כה 187, 189 (התש"ף).

24 תא"מ (שלום ב"ש) 21839-11-16 יורם פריילינג מערכות נהיגה בע"מ נ' מדינת ישראל אגף המכס (פורסם בנבו, 23.3.2019): "הרצון ליתן תשובה פשוטה הוא כמוהו לגיטימי וראוי בהחלט אך הדרך להשיג את אותה מטרה אינה יכולה להיעשות באופן שבו קביעת עמדתה של הנתבעת תיעשה באמצעות חיפוש המידע בוויקיפדיה ובפרט בנסיבות בהן ניתן קודם לנסות ולהתייעץ עם מומחים בתחום. אין ספק כי ויקיפדיה מספקת מידע רב אך בוודאי שלא ניתן לקבוע כי כל המידע האמור הוא נכון, אמין ומדויק"; תא"מ (שלום חד') 17822-05-18 במרום הפקות 2004 בע"מ נ' אביתר דותן (פורסם בנבו, 5.5.2020): "חיפוש באתר 'גוגל', מידע מאתר 'ויקיפדיה', ואפילו לא כתבות עיתונאיות אינם עולים כדי ראיות רלוונטיות בהליך משפטי"; ת"א (ת"א) 43421/06 חדד נ' אמית רשת חינוך ציונות דתית בישראל (פורסם בנבו, 2.3.2013): "תמוה בעיני כי ב"כ משרד החינוך נטל לעצמו חרות לצרף לסיכומיו דף מ'ויקיפדיה', מעין אנציקלופדיה אינטרנטית הנכתבת על ידי הגולשים, ללא פיקוח מדעי [...] איני סבורה שדף אינטרנט יכול לשמש בסיס לקביעת ראיות במשפט, בפרט לא מידות האולם בו אירעה התאונה"; ע"פ 2589/15 וינוקורסקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.10.2018) – ויקיפדיה אינה מקור רפואי מוסמך למאפייני ההיפוגליקמיה; ע"א (מחוזי חי') 41454-12-14 עתאמלה נ' קיבוץ אושה (פורסם נבו, 10.5.2015) – ויקיפדיה ופרסומים באינטרנט אינם תחליף לשומה מקצועית; רת"ק (מחוזי חי') 5570-02-16 גורודצקי נ' ויניקמין (פורסם בנבו, 31.8.2016): "ראוי כי יובהר שויקיפדיה אינה מקור מהימן ומוסמך שראוי להסתמך עליו לצורך ההכרעה בטענת הצדדים כאשר להגדרת המוצר הנמכר"; ע"מ (מחוזי מר') 11503-05-16 קופל נ' פקיד שומה רחובות (פורסם בנבו, 19.5.2019) – דחיית חוות דעת מומחה שחלק הארי שלה מבוסס על ויקיפדיה; ת"א (מחוזי חי') 10458-04-14 קוזלי נ' מדינת



**ישראל-משרד הבטחון** (פורסם בנבו, 8.6.2016): "אין לטעמי משקל ראייתי כל שהוא לתוכנו של האתר ויקיפדיה, שהוא אמנם אתר המספק מידע, אך קוראיו יכולים להשפיע על תוכנו לתקן בו טעויות, לטעות או להטעות [...] ידיעות עיתונאיות אינן יכולות להוות ראיה לאמיתות התוכן הכלול בהן [...] זהו הדין גם בנוגע למידע על ארגוני הפת"ח, התנזים ו'חללי אל אקצא', שפורסם באתר 'ויקיפדיה'; סע (אזורי חי') 4705-03-11 **סורקיס – איל"ן - איגוד ישראלי לילדים נפגעים** (פורסם בנבו, 12.3.2014): "רישום לכאורה ב'ויקיפדיה', שוודאי שאינו בגדר ראייה". לעניין שינויים זדוניים בערכי ויקיפדיה, ראו רע"א 3776/12 **האפרתי נ' ז'קונט** (פורסם בנבו, 15.7.2021).

אך מנגד השור, בין היתר: רע"א 10011/17 **מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן** (פורסם בנבו, 19.8.2019); עע"מ 9662/16 **התיאטרון הלאומי הבימה בע"מ נ' עיריית תל אביב-יפו** (פורסם בנבו, 26.9.2019); ת"א (מחוזי י-ם) 34835-01-16 **לוי נ' לוי** (פורסם בנבו, 29.7.2019); ת"א (מחוזי ת"א) 31364-01-15 **צמרת גני חדרה 1989 בע"מ נ' ניו-פארם דראגסטורס בע"מ** (פורסם בנבו, 1.12.2019); ת"א (מחוזי ת"א) 1515/05 **הקדש מימון בן שמעון עמיאל נ' רשות הפיתוח רשות מקרקעי ישראל** (פורסם בנבו, 6.8.2019); ת"ק (שלום ח"י) 47657-05-18 **פרל נ' ALBA STAR** (פורסם בנבו, 18.10.2018); תאמ (שלום י-ם) 2437-07-17 **אי אקס פי ישראל בע"מ נ' שופיג** (פורסם בנבו, 31.5.2020); ת"ק (שלום ת"א) 55775-02-16 **בן שבת נ' רוזנברגר** (פורסם בנבו, 22.8.2016). המשותף לפסיקות אלה הוא ההצבעה על שימוש לשוני עממי ("מוצר", "שירות", "רפובליקת בננות", "רשומון (Rashomon)", "עושים מוחרם – עוברים דירה", "המראה", "ליד [lead] עסקי", "פרסומת", בהתאמה) – ולעיתים תוך השוואה למילונים אחרים, דוגמת מילון בן-יהודה, מילון אבן-שושן, ואתר המרשתת "מילוג" לשימוש במונח "השקעה": ה"פ (מחוזי ת"א) 5052-11-16 **קונדור ג'נרל אנטרפרייז בע"מ נ' פויניקס שגב בע"מ** (פורסם בנבו, 28.3.2017). השימוש נעשה להבנת שמות של הליכים רפואיים ("אקרומויפלסטיה", "PDD") אך לא עבור עדות מדעית על אודותם: ת"א (מחוזי י-ם) 5324/03 **א. ס. נ' ד"ר גדעון מן** (פורסם בנבו, 7.9.2010); תפ"ח (מחוזי ת"א) 1023-07 **מדינת ישראל נ' אשד** (פורסם בנבו, 15.3.2016), בהתאמה; על תופעה חברתית נוהגת (No-Mobile-Phobia; פייסבוק): ע"פ 8627/14 **דבראש דביר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 14.7.2015); ע"א (מחוזי ת"א) 35757-10-16 **נידילי תקשורת בע"מ נ' שאול** (פורסם בנבו, 16.1.2019), עניין **הקדש מימון בן שמעון עמיאל הנ"ל**, בהתאמה. ועדות רפואיות אף הביעו פליאה על צירוף ערכים מוויקיפדיה למסמכים רפואיים: ב"ל (אזורי ת"א) 2203-10 **נועם – המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 22.6.2010); ב"ל (אזורי נצ') 16891-11-17 **זהר – המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 12.3.2018). בתי משפט הביאו מתוך ויקיפדיה כתימוכין למושגים כלליים שבידיעת הציבור ("שבועת הרופאים", "בולען", "חרם ונידוי", נתונים אודות שיעורי העלייה בשנותיה הראשונות של מדינת ישראל, תאריכי פטירה של דמויות היסטוריות, מוניטין (אך לא ערכו השמאי) של רכב מסוג פורשה, מונחים בכלכלה דוגמת "סטיית תקן", Coefficient of variation, מונחים אדריכליים דוגמת "ריאד מרוקאי", תיאור של הגן הלאומי באשקלון, או כפתיח לדיון במהות הסאטירה או לדיון בסרבנות גט): ת"א (מחוזי י-ם) 8432/06 **פלוגי (קטיין) נ' שירותי בריאות כללית** (פורסם בנבו, 13.2.2008), תא (מחוזי חי') 53057-10-12 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 30.4.2019), ע"א (מחוזי ת"א) 56740-10-13 **עו"ד שטוב נ' צבי שינפולד**, דיין (פורסם בנבו, 16.8.2015); עב"ל (ארצי) 516/05 **מולאיוף – המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 9.1.2007); ת"א (מחוזי ת"א) 24706-04-14 **בנק אוצר החייל בע"מ נ' ניסים אקוקה** (פורסם בנבו, 9.12.2014); עפ"ת



עצמה.<sup>25</sup> אך דומה שזו גם נקודת החוזקה שלה. דמוקרטיזציה של מידע מחייבת שקיפות כלפי ביקורת, שאינה תמיד נחלתם של מקורות מידע אחרים. השוואות שנערכו בין רמת הדיוק של ויקיפדיה לאנציקלופדיה בריטניקה הראו רמות קרובות של דיוק (קצת לטובת הבריטניקה).<sup>26</sup> לעומת זאת, ביקורות על חוסר הסמכות של מקורות המידע, לוקות במעגליות. ועם זאת, ויקיפדיה עצמה מזהירה מפני הסתמכות על הכתוב בה כמקור מחקרי:

We advise special caution when using Wikipedia as a source for research.

Anyone may edit an article, deleting accurate information or adding false information.<sup>27</sup>

אם ננגיד את ויקיפדיה לאנציקלופדיות "מקצועיות", דוגמת אנציקלופדיית סטנפורד לפילוסופיה, הרי שמאמריה של זו האחרונה נתונים לבקרה מקצועית של שופטים אנונימיים ושל עורך ראשי – על פי אמות המידה של העולם האקדמי. גם תוכן זה הוא דינמי ונתון לרביזיה, כפי שמצהירים עורכיה.<sup>28</sup> אך מה מעמדם של המידע ושל הניתוחים שנמצאים בתוך ערכיה לפני אותה רביזיה, ועל סמך מה מתעדכנים המאמרים? הצבתם בפני הקהילייה החוקרת חושפת אותם לביקורת ולבקרה, ומחזקת את ערכם המדעי – בין אם כהתכנסות אל האמת, כהתרחקות מן הטעות, או כהתאמה אל תפיסות העולם של קהילייה זו באותה שעה. לאורך זמן, גם המידע המוצב באנציקלופדיות עממיות דוגמת ויקיפדיה חשוף אף הוא לביקורת ולבקרה. אולם אחד ההבדלים המשמעותיים בין אוספי ידע אלה הוא בקביעת

(ב"ש) 38109-11-18 **מדינת ישראל נ' ארזואן** (פורסם בנבו, 24.12.2018); עב"ל (ארצי) 31400-09-13 **עבדל-ראוף – המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 2.3.2017); ת"א (שלום ק"ג) 658/04 **אלדן תחבורה ותיירות בע"מ נ' עירית אשקלון** (פורסם בנבו, 15.1.2009); תא"מ (מחוזי ת"א) 36817-06-17 **אלבוגן נ' פלמרי** (פורסם בנבו, 4.10.2018); ת"א (שלום פ"ת) 19650-05-15 **יחיאל פנחס נ' כהן** (פורסם בנבו, 7.9.2017), בהתאמה; ואף על תודעה (state-of-mind) חברתית: ת"פ (מחוזי ב"ש) 23020-01-16 **מדינת ישראל נ' דוד מויאל** (פורסם בנבו, 20.7.2020) – אך בכל אלה לא הוכרה ויקיפדיה כמקור למידע מהימן כשלעצמו אלא לביסוס השימוש העממי של הדברים המופיעים בו. בסוגיות השנויות במחלוקת, דוגמת פרטי ההתייחסות של השלטון במרוקו כלפי היהודים בזמן השואה, או הרקע של הקמת בתי ראנד בירושלים – הובלטו מחלוקות אלה על גבי תשתית הידועה שבויקיפדיה: ו"ע (שלום ב"ש) 61481-01-15 **בן שטרית נ' הרשות לזכויות ניצולי השואה - משרד האוצר** (פורסם בנבו, 10.6.2019); ת"א (שלום י-ם) 702669/06 **הקדש בתי ראנד נ' עירית ירושלים** (פורסם בנבו, 27.5.2013); יחד עם מחקרים היסטוריים מוכרים.

[https://en.wikipedia.org/wiki/Criticism\\_of\\_Wikipedia](https://en.wikipedia.org/wiki/Criticism_of_Wikipedia) 25

J. Giles, *Internet Encyclopaedias Go Head-to-Head*, 438 NATURE 9001 (2005) 26  
<https://bit.ly/3Kv5ZaY>

[https://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Researching\\_with\\_Wikipedia](https://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Researching_with_Wikipedia) 27

<https://plato.stanford.edu/about.html> 28

זהותה של קבוצת הבקרה ודרכי פעולתה: אם מקצועית היא אם לאו; אם אליטיסטית ואם עממית; אם הטיית חשופות לעין כל או סמויות הן מן העין, לעיתים אף מעיניהם של החוקרים עצמם. פרמטרים שונים קובעים חולשות וחוזקות של מקבצי המידע השונים: חוקרים ומבקרים המעמידים את עצמם ואת דבריהם לבחינה גלויה מחזקים בכך את דבריהם, וניתן להניח כי יהססו מלבצע מניפולציות שעלולות להעמיד אותם במבוכה. פתיחת השורות מחייבת שקיפות על אודות זהותם של המבקרים – ולמצער להעמיד גם כלי ביקורת של הקהילייה כנגד שימוש מניפולטיבי ופסול של הנטען בו. דוגמה לכך היא מערכת הקהילות המקוונת של Stack Exchange בהן מועלות שאלות ממוקדות ומבוססות אשר חייבות לעמוד בקריטריונים – הנקבעים על ידי המשתתפים עצמם (בין אם אנונימיים ובין אם לאו). כמו כן, איכות התשובות ואף נכונותן נקבעות בידי הקהילייה (והשואל רשאי לבחור בתשובה הנראית לו הנכונה ביותר לשאלתו). בשונה מן העריכה האקדמית, אין לשופטים אלה מעמד מקצועי נפרד ולעיתים אין להם הכשרה רשמית כלשהי – אבל הקביעות והשאלות עצמן חייבות להיות מנומקות (לי אישית מחקו שאלה מתחום הבלשנות משום שלטעמם של הקוראים היא לא הייתה מבוססת דיה), ומעמדם של המשתתפים נקבע בהתאם (ירדתי ב"דירוג" השואלים כתוצאה מן המחיקה; אגב, שלא בצדק לטעמי). זהו מודל ביניים – אבל שלוש הדוגמאות הללו מצביעות על האופי ההקשרי (contextualist) של טענות ידיעה: טענה עם ביסוס עממי (דוגמת ויקיפדיה), טענה שעומדת בפני בקרה מקצועית למחצה (דוגמת Stack Exchange) או טענה העוברת שיפוט מקצועי ממוסד (דוגמת Encyclopedia Britannica, Stanford Encyclopedia of Philosophy) תתקבל כטענת ידיעה לגיטימית רק על פי ובתוך ההקשר המתאים. דוגמאות אלה גם מצביעות על החשיבות הקריטית של חשיפה לביקורת בתור אימות (verification). מה שמבדיל בסופו של דבר בין החוזקות של הטענות השונות היא רמת החשיפה שלהן לבקרה כמו גם סוג הביקורת אליה הן חשופות – ואמות המידה של אלה משתנות על פי ההקשרים השונים. אחת החוזקות של ויקיפדיה היא כושר ההתאוששות (resilience) שלה באמצעות הזמינות של תיקון קהילתי.<sup>29</sup> חשיפה, היקף, תיקון, תיקוף – אלה הם המנגנונים להבטחת מהימנות המידע כתהליך,<sup>30</sup> בדומה להתכנסות של פירס, גם אם קיימות חולשות ברגע נתון.

- VALENTIN LAGEARD, WHY IS WIKIPEDIA RELIABLE? TOWARDS AN ETIOLOGY OF 29  
WIKIPEDIA'S RELIABILITY 8 (2017)  
הטענה היא כי תהליך הבקרה יוצר אמינות גבוהה יותר מאשר בדיקת הנכונות של הערכים, 30  
ראו Jacob Rogers, *Wikipedia and Intermediary Immunity: Supporting Sturdy Crowd*  
*Systems for Producing Reliable Information*, 127 YALE L.J.F. 358, 360–369 (2017–  
2018); השוו LAGEARD, לעיל ה"ש 29, בעמ' 20-1. השוו PEIRCE, לעיל ה"ש 14.

המתודולוגיה של בירור האמת בעולם המשפט משיקה לגישות מדעיות וחברתיות אלה. התגבשות אמת המידה של "ספק סביר" במשפט הפלילי כרוכה בהתפתחויות שהתרחשו במישורים שונים – אפיסטמיים ומעשיים.<sup>31</sup> מבחינה מעשית התגבר הצורך להגדיר את הוראותיו של השופט לחבר המושבעים בניסוח חד וברור. אך בד בבד חלו התפתחויות נוספות הנגזרות מן התפקיד האפיסטמי של חבר המושבעים ושל ההליך המשפטי בכלל. כפי שראינו, מוסד חבר המושבעים עצמו שיקף דמוקרטיזציה של הידיעה – העברת סמכות אפיסטמית מן הממסד השלטוני או הדתי לידי העם – יחד עם רגישות מוגברת לערכים חברתיים דינמיים.<sup>32</sup> ממצאיו של חבר המושבעים נתנו משנה תוקף להגדרה חברתית של הידיעה. הם גם הגבירו את התוקף האפיסטמי של ממצאיהם באמצעות ביזור האחריות, שניתק בכך את קביעת העובדות במשפט מן האינטרסים הישירים של גורמי שררה וממון שעלולים היו להטות ממצאיהם אלו – אילו הם היו המופקדים על חקר האמת.<sup>33</sup> במקביל,

Theodore Waldman, *Origins of the Legal Doctrine of Reasonable Doubt*, 20 J. OF THE HIST. OF IDEAS 299 (1959); BARBARA J. SHAPIRO, *BEYOND REASONABLE DOUBT AND PROBABLE CAUSE: HISTORICAL PERSPECTIVES IN THE ANGLO-AMERICAN LAW OF EVIDENCE* 1-41 (1991); יניב ואקי **מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בדין הישראלי** 43 – 68 (2013).

Kate Stith-Cabranes, *The Criminal Jury in Our Time*, 3 VA. J. SOC. POL'Y & L. 133 (1995). ראו בייחוד בעמ' 136 ואילך לחשיבות הנובעת משיקולים אלה שחבר המושבעים יהיה מקומי, ולא פדרלי, בהגנה על הנאשם מעריצות של פקידות מנותקת ובסמכותם של חברי המושבעים לגבור על החוק ואף על העובדות ולזכות את הנאשם, כביטוי לשליטה של העם (the people) על תוצאת המשפט. אך השוו שם, בעמ' 137: חבר המושבעים נתפס כגורם לא רציונלי לעומת הנטייה כיום לעבור לגורמים רציונליים בתהליכי קבלת החלטות. אך השוו O'Malley, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1102: "I was always impressed by how thoughtful and careful the jurors were, how objective and logical their analysis was, and by the level of detail they were willing to engage [...] [M]y sixteen years of experience [...] is consistent with studies showing that juries, on average, tend to reach reasoned conclusions" ובה"ש 31 שם. לסכנות הטמונות בהפקדת ערכי החוק – ואף הבנתו – בידי חבר מושבעים, ראו David Johnson, *Trial by Jury in Ireland 1860-1914*, 17 THE J. OF LEGAL HIST. 270 (1996).

Paul D. Carrington, *The Civil Jury and American Democracy*, 13 DUKE J. OF COMP. & INT'L. L. 79 (2003); ושם, בעמ' 85: "Law departing too far from the common understanding, from common sense, or from commonly shared moral values, tends to be modified in its enforcement by civil juries to fit common habits of mind." Stanley Sacks, *Preservation of the Civil Jury System*, 22 WASH. AND LEE L. REV. 76 (1965); בייחוד בעמ' 78, ולהגנות על דרכי ההכרעה של חבר המושבעים, תוך זיקה לממד הקולקטיבי והחברתי מעמ' 85 ואילך. בשאלה השנויה במחלוקת אודות מקומו של חבר מושבעים בהליך של קביעות עונשים, במובחן מן הקביעה העובדתית, ראו Jenia Iontcheva, *Jury Sentencing as Democratic Practice*, 89 VA L. REV. 311 (2003).

רף "הספק הסביר" שיקף התמודדות פילוסופית ותיאולוגית עם רעיון הוודאות המוגבלת. מהלך אפיסטמי זה ניצב כנגד הוודאות שטענה לה הכנסייה הקתולית מן העבר האחד, וכנגד הספקנות השיטתית מן העבר האחר. ההתמודדות מול שתי קצוות אלה השתקפה ביציקת תבניות אפיסטמיות חדשות – חלקן תוך זיקה אל האפיסטמולוגיה החברתית כמו אלה של ריד ופירס. מוסד חבר המושבעים משלב מומנטים אלה, ומתרגם את תהליך הבירור העובדתי בהליך המשפטי לשפה של ידיעה חברתית: וודאות מוגבלת, המוגדרת באמצעות קביעה חברתית את עובדות המקרה. באולם בית המשפט פנימה, סדרי הדין הנוהגים במשפט המקובל אינם מאפשרים – ככלל – הצצה על הליך קביעת העובדות בידי חבר המושבעים. אולם דווקא כאשר מוציאים את ההליך האפיסטמי אל מחוץ לחדר הדיונים הפיזי הסגור, אל עבר המרחב הפתוח של הדיון החברתי, התוקף של ממצאים אלה עשוי להתחזק. הרשתות החברתיות ממלאות אפוא תפקיד אפיסטמי חשוב בתהליך זה. אך מה בין "חבר מושבעים" עממי זה להמולת האספסוף? לליניץ? כלום ניתן להתגבר על החולשות שבהפקדת הידיעה – ואת השלכותיה המעשיות – בידי ההמונים, לאור הביקורות שראינו לעיל גם כלפי מקורות מידע חברתיים אחרים?

שני גבולות עיקריים תוחמים את ההבדל בין ידיעה חברתית בתוך ומחוץ לאולם המשפט – ושניהם באים מתחום ההגנות הפרוצדורליות. אפשר לסווג גבולות אלה לשתי קבוצות: הגנות אפיסטמיות והגנות אישיות. ההגנות האפיסטמיות נועדו לחזק את ערך האמת של הראיות המוצגות בפני הגורם המכריע – בין אם מדובר בשופט מקצועי או בחבר מושבעים על פי דין. בראש ובראשונה, הדרישה להשביע את חבר השופטים/המושבעים נועדה לגדור בפני שיקולים זרים העלולים לפגוע בחקר האמת: "לא תטה משפט".<sup>34</sup> אמת, גם חבר מושבעים של ממש חשוף להטיות האפיסטמיות והערכיות של ההמון. וספק אם מוסד זה עומד בפרץ מול הסכנה של "מדע זבל" (Junk Science) והטיות קוגניטיביות במישור האפיסטמי,<sup>35</sup> ומול דעות קדומות ואף גזענות גלויה במישור הערכי. מחקרים בני ימינו הצביעו על חולשות ההליכים של מיון חברי המושבעים לאור ניסיונות מניפולטיביים של פרקליטים שבקשו לנצל כלים סוציולוגיים; על מגמות של חסימת דרכם של בני

34 דברים טז 19. הטיות אלה אינן נובעות בהכרח מאינטרסים מודעים. נציין את הקושי שנוצר מן השימוש ב"כללי אצבע" למיניהם וב"קיצורי דרך מנטליים" (Mental Shortcuts) בתהליך קבלת החלטות המשפיעה על איסוף המידע, הפנמתו ועיבודו. סכנה זו גוברת בהיעדר בקרה רפלקטיבית על התהליך, ראו חמי בן נון "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות, אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט" **שערי משפט** ה 193 (התש"ע), וראו להלן בסמוך לה"ש 35.

35 Peter Huber, *Junk Science and the Jury*, 1990 CHI. LEGAL F. 273 (1990); Shari Seidman Diamond & Neil Vidmar, *Jury Room Ruminations on Forbidden Topics*, 87 VA. L. REV. 1857, 1860–1863 (2001).

מיעוטים – על בסיס צבע עור ומוצא; ואף על שינוי כללי ההכרעה בתוך חבר המושבעים (הצבעת רוב במקום הצבעות פה אחד) על מנת להחליש את כוחם של בני מיעוטים אלה.<sup>36</sup> ועם זאת, המודעות לחולשות אלה מפנה את המאמצים לתיקון מושגי ומערכתי – ואפילו צידוקו במקרים מתאימים.<sup>37</sup> "מושבעי" הרשתות החברתיות כלל אינם נדרשים ליטול על עצמם מחויבות פורמלית במישור האפיסטמי או הערכי. היקף הטיעונים ואיכותם הוא כוחם העיקרי, אך אלה עלולים לשמש גם נקודות התורפה שלהם, כאשר מנצלים את המדיה הזו לרעה. חוסר אחריות – כשמו כן הוא, בהיעדר נשיאה באחריות.

אחת ההגנות האפיסטמיות החשובות שבהליך המשפטי היא החקירה הנגדית – בין אם על ידי השופט בשיטת משפט קונטיננטלית ובין אם על ידי היריב בשיטת המשפט המוכרת לנו יותר – האנגלו-אמריקנית. תצהיר שלא הועמד לאפשרות של חקירה אינו יכול לשמש עדות,<sup>38</sup> כפי שבעולם המדע, האפשרות של תקיפת ממצא והאפשרות של הפרכתן של

36 Thomas Ward Frampton, *The Jim Crow Jury*, 71 VAND. L. REV. 1593 (2018). קיימות נסיבות שבהן גם החוק האנגלי מאפשר החלטה על פי רוב מוחץ של דעות, כדי למנוע שיתוק של חבר המושבעים, ראו Anand, לעיל ה"ש 5, בעמ' 408; וכך גם בארצות הברית בנסיבות מסוימות, Lempert, לעיל ה"ש 5, בעמ' 828, 845, 849. לדיון הבוחן את הממשק שבין תפיסות של הטיה גזעית עם רעיון ה"common-sense" ראו Long X. Do, *Jury Nullification and Race-Conscious Reasonable Doubt: Overlapping Reifications of Commonsense Justice and the Potential Voir Dire Mistake*, 47 UCLA L. REV. 1843, 1882–1883 (2000); השו גם Matthew McCormick, *Reforming Court-Martial Panel Selection: Why Change Makes Sense for Military Commanders*, 7 GEO. MASON L. REV. 1013, 1016 (1999).

37 Barber, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1251–1248; Lempert, לעיל ה"ש 5, בעמ' 850–859; Anna Offit, *Peer Review: Navigating Uncertainty in the United States Jury System*, 6 UC IRVINE L. REV. 19 (2016); Christopher F. Karpowitz, Tali Mendelberg, *Groups and Deliberation*, 13 SWISS POLITICAL SCIENCE REVIEW 645 (2007).

38 ראו למשל, ס' 17(א) לפקות הראיות ותק' 50 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018: [...] (ב) דין מצהיר בתצהיר חלף עדות ראשית כדין עד במשפט, ואולם התצהיר ייחשב כראיה רק אם המצהיר התייצב לחקירה נגדית. (ג) נמנע המצהיר מלהתייצב לחקירה על תצהיר שצורף לכתב טענות – לא ישמש תצהירו ראיה לטובת בעל הדין שהגיש אותו, אלא ברשות בית המשפט שתינתן מטעמים מיוחדים.

הזכות לחקור אדם על תצהירו קבועה גם בתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד–1984, אלא שמדיניותו העקבית של בג"ץ היא להתיר זאת רק במקרים נדירים ביותר. לדיון נרחב ויסודי ראו עומר דקל "חקירה נגדית בבג"ץ ובבית המשפט לעניינים מינהליים" עיוני משפט לה 151 (2012).

תיאוריות הן קריטיות כדי להעניק להן תוקף.<sup>39</sup> כאמור, חשיפה לתקיפה מתקפת. כפי שראינו, אפשרות הרביזיה נחוצה גם כאשר בוחנים את מידת המהימנות של מקורות אפיסטמיים-חברתיים אחרים, דוגמת ויקיפדיה. אחרת, נאשם יהיה חשוף לחלום הבלהות של משפט שדה המנוהל בידי האספסוף. כך למשל, בעולם המשפט הזכות לחקירה נגדית גוזרת גם את הכלל הפוסל עדות שמיעה – הנחשבת "זכות דיונית מן המעלה הראשונה" מפאת תרומתה העצומה בדרך לחקר האמת.<sup>40</sup> דווקא הרביזיה של הממצאים המשפטיים מוגבלת, לאור הדוקטרינה של סופיות הדיון, הנשען בין היתר על שיקולים מערכתיים.<sup>41</sup> מכאן הקושי הגדול בקביעת משפט חוזר, כפי שהוכיחה פרשת **זדורוב** שוב, ושוב, ושוב.<sup>42</sup> היה מקום לצפות לאסימטריה הנוטה לעבר זיכוי של נאשם בעניין זה. המסורת העברית אכן מכירה בציווי שנועד להפך את הסימטריה במפורש: "והצילו העדה".<sup>43</sup> המשפט העברי גם מצמצם באופן יחסי את משקלו של השיקול המערכתי של סופיות הדיון בדיני עונשין,

- 39 כתיחום הידוע של קרל פופר בין מדע לבין "לא-מדע" באמצעות עקרון ההכחשה (principle of falsifiability), ראו Stephen Thornton, *Karl Popper*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Fall 2021 Edition, Edward N. Zalta ed.) <https://stanford.io/3KloRJx>
- 40 ע"פ 5329/98, **דג'אני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(2) 273, 280 (2003); וראו ע"פ 11/7653 **ידען נ' מדינת ישראל**, פ"ס 28 לפסק דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 26.7.2012): "בית משפט זה עמד לא אחת על חשיבותה של החקירה הנגדית כמכשיר יעיל לגילוי האמת וכערובה חיונית לבדיקת מהימנות [...] לא למותר להזכיר מושכלות יסוד, לפיהן שיטת המשפט האנגלו-אמריקאית רואה בחקירה שכנגד את גולת הכותרת של דיני הראיות, ובלשונו של המלומד Wigmore: [I]t is beyond any doubt the greatest legal engine ever invented 'for the discovery of truth'".
- 41 רתם רוזנברג-רובינס "עשרים שנה לתיקון סעיף 31 לחוק בתי המשפט: המשפט החוזר בישראל על פרשת דרכים" **עיוני משפט** מ 379 (2017). השוו בעניינים אזוריים: נינה זלצמן **מעשה בית-דין בהליך אזרחי** 3-6, 12-24 (1991), "השיקולים שבתקנת הציבור מחייבים לשים סוף לדיונים משפטיים. על כן, אין בודקים אם צדק השופט בהחלטתו, ואין טעות בפסק הדין מספקת לבעל הדין היתר להשתחרר מכבלי מעשה-בית-דין" (שם, בעמ' 4-5).
- 42 ראו את רשימת הבקשות הארוכה בפתחי החלטתו של כבוד המשנה לנשיאת בית המשפט העליון, מ"ח 6881-19 **זדורוב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 11.5.2021); ראו גם דנ"פ 1329-16 **זדורוב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 5.7.2016).
- 43 במדבר לה 25; ראש השנה כו ע"א: "וכיון דחזויהו לקטל – לא מצו חזו ליה זכותא" [=כאשר חברי בית הדין רואים את מעשה הרצח, הם מנועים מלדרון את הרוצח, כנגד הכלל המבכר ראייה ישירה על פני שמיעת עדות – "לא תהיה שמיעה גדולה מראייה" – משום שלא יוכלו לדרון את הנאשם לכף זכות]. ההימנעות מגזר דין מוות הייתה שיטתית ומודעת, ואף שנויה במחלוקת בין התנאים, כדברי המשנה הידועים, מכות א, י: "סנהדרין ההורגת אחד בשבוע נקראת חובלנית; רבי אליעזר בן עזריה אומר: אחד לשבעים שנה. רבי טרפון ורבי עקיבא אומרים: אילו היינו בסנהדרין לא נהרג אדם מעולם; רשב"ג אומר: אף הן מרבין שופכי דמים בישראל"; ראו ישראל צבי גילת "ההענשה לפי דין תורה: חידה והצעת פשרה" **שערי משפט** ט 223 (התשע"ח).

אם כי היא אינה מבטלת אותו כליל.<sup>44</sup> באותה מידה, משפט צדק מחייב הצבת מחסום בפני "מדע-זבל". חששות כאלה קיימים גם בפני חבר מושבעים המוקם על פי דין,<sup>45</sup> ותפקידו של השופט המקצועי להזהיר את המושבעים מפני תופעה זו.<sup>46</sup> שופט מקצועי עשוי אפוא "להרוויח" מדמוקרטיזציה זו של הידע, והדבר אף בא לידי ביטוי במשפט זדורוב, כפי שהראו לבראון וגרוסמן. אך עליו יהיה גם לעמוד על המשמר בסינון היצף זה של ידע, עם פתיחת השורות בפני כל.

ההגנה הפרוצדורלית השנייה אינה עסוקה במעמד האפיסטמי של הממצאים, אלא בהגנות הנוגעות לנאשם עצמו או לאחרים הנוגעים בפרשה – וכבר עמדו על כך גדולים ממני.<sup>47</sup> מגבלות הנובעות מן האופי האדברסרי של ההליך המשפטי שייכות לשתי הקבוצות: האחת בנויה על אדני תורת ההכרה, והיא האמונה שערך האמת מתחזק על ידי הפקדת התהליך בידי הצדדים עצמם – אך כתוצאה מכך, חקירת האמת מוגבלת לחומרים שהצדדים בררו להביא בפני בית המשפט; האחרת בנויה על שיקולים ערכיים, והיא התפיסה ששיתוף הנאשם באופן פעיל כצד להתדיינות משקף הגינות בסיסית – ומכאן ההודאה בכך

44 משנה סנהדרין ו, א: "נגמר הדין מוציאין אותו לסקלו [...] אחד עומד על פתח בית דין והסודרין בידו ואדם אחד רוכב הסוס רחוק ממנו כדי שיהא רואהו. אומר אחד יש לי ללמד עליו זכות' הלה מניף בסודרין והסוס רץ ומעמידו, ואפילו הוא אומר יש לי ללמד על עצמי זכות' מחזירין אותו אפילו ארבעה וחמשה פעמים, ובלבד שיש ממש בדבריו". לעניין שיקולים מערכתיים גם במשפט העברי ביחס לדיני נפשות, ראו: תוספתא, סנהדרין ט, ה (וכן הוא בסנהדרין מד ע"ב): "הרוגי בית דין יש להם חלק לעולם הבא מפני שהן מתוודין על כל עוונותיהם [...] ומעשה באחד שיצא ליסקל, אמרו לו התוודה, אמר[ן] תהא מיתתי כפרה על כל עוונותי ואם עשיתי כן אל ימחל לי ויהא בית דין של ישראל נקי, וכשבא הדבר לפני חכמ[ים] זלגו עיניהם דמעות. אמרו להם: להחזירו אי אפשר ואין לדבר סוף, אלא הרי דמו תלוי בצואר עדיו". וביחס לדיני ממונות, ראו אליאב שוחטמן **סדר הדין בבית הדין הרבני 1297–1337** (התשע"א); אליאב שוחטמן "מדבר שקר תרחק" – השלכות דיניות "עיונים במשפט עברי ובהלכה – דיין ודיון 273, 281 (יעקב חבה ועמיחי רדזינר עורכים, התשס"ז); מיכאל בריס "סתימת טענות וסתירת הדין: סופיות הדיון בשיטת הרמב"ם" **משפטי ארץ א: דין, דיין ודיון** 221 (התשס"ב).

45 Huber, *Junk Science and the Jury*, 1990 U. CHI. LEGAL F. 273 (1990) ובעבר היו חששות גדולים מכך לגבי יכולתם ויושרתם של המושבעים, ראו Anand, לעיל ה"ש 5, בעמ' 421–426.

46 Huber, לעיל ה"ש 45, בעמ' 297–302.

47 השופט מנחם אלון: בג"ץ 152/82 **אלון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לו(4) 449 (1982); ע"א 1354/92 **היועץ המשפטי נ' פלונית**, פ"ד מח(1) 711 (1994); מנחם אלון "הדין, האמת, הפשרה והשלום: על שלושה וארבעה עמודי משפט והחברה" **מחקרי משפט** יד 269 (התשנ"ח), ראו שם בהערה הפותחת את יסודותיו של מאמר מסכם זה על בסיס הרצאות ומאמרים קודמים של השופט אלון; השופט חיים ה' כהן "דין אמת לאמיתו" בתוך **גבורות לשמעון אגרנט** 35 (תשמ"ז); חיים ה' כהן **המשפט** 114–126 (מהדורה שנייה, 1996).



ששיקולי ערכים עשויים לגבור על חקר האמת. ערכים נוספים מעין אלה כוללים את ההגנה על צנעת הפרט, הזכות לשם טוב, חזקת החפות, מגבלות נורמטיביות המגבילות איסוף ראיות או חשיפתם – כל אלה עשויים לגבור על חקר האמת, כפי שפרשת **זדורוב** הבליטה באופן מיוחד. תורת המשפט קובעת כללים נורמטיביים הפועלים במקום חקר האמת – חזקות, חסיונות ועוד – שלעיתים אף חותרים תחת חקר האמת.<sup>48</sup> כלי הכרעה שיפוטיים אלה הם תוצר של הכרעה ערכית. החברה החליטה שבנסיבות מסוימות, עדיף לעשות צדק מאשר לחשוף את האמת. ההשפעה של ערכים אלה על הליך קביעת העובדות בהליך המשפטי זכה לתואר "אמת משפטית".<sup>49</sup> ידועים דבריו של הנשיא ברק כי "שעתו היפה" של השיפוט הוא כאשר שתי אלה מתקרבות "במלוא האפשר" זו לזו.<sup>50</sup> אך דווקא כינוי מעין-אפיסטמי זה עלול להסתיר את העובדה הפשוטה שהאינטרסים המוגנים אינם אפיסטמיים, ואינם נוגעים כלל לשאלת האמת. אלה הם שיקולים של מדיניות חברתית, המעוגנים בחוק ובפסיקה, הגוברים על שאלות של ידיעה ושל אמת. או בשפה פשוטה: החברה מוכנה לחיות עם שקר, ובלבד שלא ייפגעו ערכים שהם יקרים אל לבה. לעיתים, שיקולים אלה נוטים לטובת הנאשם, וכדברי הרמב"ם הנודעים כי "לזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף

48 השוו מנגד את עמדתה של השופטת בן פורת בבג"ץ 152/82, שם, בעמ' 462: "יש אפוא לקבל את סדר הדין וסדרי הראיות הקיימים כאמצעי הבטוח ביותר לגילוי האמת האובייקטיבית".

49 ע"פ 2910/94 ארנסט יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 1 (1996); דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1 (1998); ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221 (1993); ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005); ע"א 323/98 שרון נ' בנוימן, פ"ד נו(3) 245 (2002); ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006); ע"פ 10009/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 769 (2004); בג"צ 6650/04 פלוני נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581 (2006); בג"ץ 2366/05 אלנבארי נ' ראש המטה הכללי בצה"ל (פורסם בנבו, 29.6.2008); דנ"א 4693/05 ביי"ח כרמל-חיפה נ' מלול, פ"ד סד(1) 533 (2010); השוו 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215 (2004); דנ"פ 5852/12 מדינת ישראל נ' שמש (פורסם בנבו, 9.1.2012); ע"פ 7974/07 הונצ'יאן לין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.11.2010); ע"א 8958/07 פקיד שומה חל אביב יפו 5 נ' שבטון (פורסם בנבו, 18.8.2011); ע"פ 3250/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(2) 482 (2012); דנ"א 2121/12 פלוני נ' ד"ר דיין-אורבך, פ"ד סז(1) 667 (2014); נינה זלצמן "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית" – מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפטי כד 263 (2000).

50 אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11, 12 (התשנ"ו); דנ"א 2121/12 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית; ת"א (שלום ת"א) 35202-04-11 אמסלם נ' השטיח המעופף בע"מ (פורסם בנבו, 25.3.2015).

מהרוג זכאי אחד יום"<sup>51</sup> אולם לעיתים החברה נוטה לעבר האחר, ותעדיף לאמץ אמות מידה להכרעה על פיהן היא עלולה להרשיע אדם זכאי יום אחד, מאשר תשחרר אלף, או עשרות אלפי חוטאים להלך אימים ברחבותיה.

כאן צומת הדרכים, נקודת המפגש וההיפרדות של דרכי החקר השונות – המתודולוגיות של מדעי החברה ושל ההליך המשפטי. המשותף להם הוא ההכרה בתפקיד החברתי של חיפוש האמת, כערך אפיסטמי. מאמרם החשוב של לב־און וגרוסמן מבלוט משותף זה – ומעורר חשיבה על נחיצותה של שקיפות ופתיחות לביקורת בהליכי איסוף ושקילת ראיות בידי הגורמים המקצועיים המופקדים על כך בהליך המשפטי. קל לפטור בהינף יד ביקורת חיצונית שכזו, הנתפסת כלא מקצועית או עממית – אך ערך האמת עלול להיפגע מכך, ועמו גם זכויות הנאשם. ועם זאת, דרכי המשפט ומדעי החברה נפרדות באשר למשמעות של פתיחות אפיסטמית זו, ולהגנות שיש לנקוט מחמתה. מדעי החברה עשויים לזהות ברשתות החברתיות את הדור הבא של חבר המושבעים. למשפטן היכרות מוקדמת עם הדורות הקודמים של מוסד זה, על יתרונותיהם וחסרונותיהם, והוא יעמוד על המשמר כדי להגן על ערכי האמת וההליך ההוגן גם יחד. אך הדרכים הנפרדות מוליכות ליעדים קרובים: הדימוי של חבר המושבעים שמספק הניתוח החברתי מוכר לתורת המשפט, ומאפשר לה לבחון תהליכים חברתיים אלה בכלים המושגיים הייחודיים לה. ומן הבחינה המוסדית, אף אם ירדה קרנו של חבר המושבעים בעולם המשפט האנגלו־אמריקני לטענת חלק ממבקריו, הרי שתפקידו להגן על ערך האמת מפני כוחם של מוסדות שלטוניים נותר בעינו.<sup>52</sup> המפתח לתיאום בין מערכות אלה – החברתי והמשפטי – אינו בהתעלמות מן החשדות ונסיבותיהן, אלא בהתייחסות מעמיקה לחולשות ולחוזקות של כל אחת מהן. פרשת **זדורוב** – מלאה וגדושה מכל עבר בחוכמת ההמונים – נוגעת גם בשאלות הרגישות המעמדות את תורת ההכרה החברתית הרחבה מול המקצוענית האליטיסטית, ואת מגבלותיהן של שתי אלה. שמא הליך שקוף יותר, קשוב יותר, רגיש יותר – היה מונע סבל רב יותר, ומקרב אף יותר את יעדי הצדק והאמת.

51 ספר המצוות, מצוות לא תעשה ר"צ; השוו לדבריו הידועים של בלקסטון, שנכתבו כשש מאות שנה מאוחר יותר: "It is better that ten guilty persons escape than one innocent person ;suffer", WILLIAM BLACKSTONE, THE LAW OF ENGLAND – THE FOURTH BOOK 358 (1807) השוו Piers Rawling, *Reasonable Doubt and the Presumption of Innocence: The Case of the Bayesian Juror*, TOPOI 18: 117 (1999).

52 Richard O. Lempert, *The Internalization of Lay Decision-Making: Jury Resurgence and Jury Research*, 40 CORNELL INT'L L.J. 477 (2007).