

עבודה במשפטים

נושא העבודה:

"המוציא מחברו עליו הראיה"

העבודה מוגשת בחסות עמותת נוער שוחר משפט עברי

הקדמה אישית:

במסגרת תוכנית הלימודים "נוער שוחר משפט עברי" נתבקשנו להכין עבודת גמר בנושא הקשור הן למשפט העברי והן למשפט ישראלי.

רציתי לקחת נושא שמראה כיצד המשפט העברי והמשפט הישראלי קשורים זה לזה, וכיצד הלכות מהמשפט העברי שימשו ונתנו השראה לחקיקה ולפסיקה הישראלית.

הנושא שבחרתי לדון עליו בעבודה הוא "המוציא מחברו עליו הראיה" שנחשב לכלל מהחשובים ביותר בסדרי הדין ודיני הראיות.

כלל זה, אשר נקבע כהלכה במשפט העברי, מהווה למעשה כלל בסיסי בדיני הראיות גם במשפט הישראלי ובשיטות משפט רבות בעולם. הוא מכונה כלל אוניברסלי. זהו אולי הראשון בין הכללים, והבסיסי שבהם, המניח את שיטת העבודה לפיה נטל ההוכחה הוא על "המוציא".

ככל שקראתי והעמקתי, ראיתי כמה הגיון וחכמה עומדים מאחורי ההלכה, ואיך השאיפה להגיע לחקר האמת ולעשות צדק, בשילוב עם כללים של מנהג, מציאות בשטח, והגיון החיים, משמשים ביחד כדי לקבוע כללים והלכות שמחזיקים אלפי שנים, ולמרות זאת, מתפתחים ומשתנים בהתאם להתקדמות האנושית.

אני מקווה שבעבודה עמדתי בנטל השכנוע שמדובר בנושא חשוב ומעניין.

תוכן העניינים

עמוד	נושא :
4	1. מבוא
5	2. המוציא מחברו עליו הראיה לפי המשפט העברי
5	2.1 ההלכה הבסיסית – הולכים אחרי המחזיק
7	2.2 העברת נטל הראיה כחלק מיישום כלל "המוציא מחברו"
7	2.3 המוציא מחברו עליו הראיה במקרה של שוויון ראיתי ובהיעדר חזקה
8	2.4 ממון המוטל בספק- מחלוקת סומכוס וחכמים
10	3. המוציא מחברו עליו הראיה לפי המשפט הישראלי
10	3.1 עקרונות היסוד- נטל השכנוע וחובת הראיה
12	3.2 נטל השכנוע במקרים מיוחדים
13	3.3 הכרעה במקרים של "ספק" או שוויון ראיתי- "הכל או כלום" ו"הנאה מן הספק"
16	4. השוואה בין המשפט הישראלי למשפט העברי
21	5. סיכום
22	6. רשימה ביבליוגרפית

1. מבוא:

כלל "המוציא מחברו מחברו עליו הראיה" עוסק בסדרי הדין ודיני הראיות, ובפרט בשאלת נטל ההוכחה במשפט.

כלל זה מכונה כיום "כלל אוניברסאלי" והוא מקובל במרבית שיטות המשפט המודרניות. כלל זה שאוב מהמשפט העברי שם הוא מכונה "כלל גדול בדין".

הכלל קובע על מי נטל השכנוע במשפט, ועל מי החובה להביא את הראיות. כלל זה תקף בכל תחומי המשפט – פלילי, אזרחי, מינהלי, ואחרים. הוא מגדיר מיהו הצד להליך המשפטי שצריך להביא ראשון את ראיותיו, ומה נטל השכנוע שעליו לעמוד בו כדי לזכות בתביעה – קבלת פסק דין לטובתו בהליך אזרחי ומינהלי, וזיכוי או הרשעה בהליך פלילי.

כלל "גדול" או "אוניברסאלי" זה קובע כי מי שמבקש להוציא מידי חברו (כגון לקבל ממנו כסף או רכוש, לאלצו לשנות את מעשיו, להענישו על מעשה שעשה, וכו'), עליו הנטל להביא ראיות ולשכנע את בית הדין, במידת וודאות כזו או אחרת (במשפט אזרחי מעל 50% ובמשפט פלילי מעל לרמת של כל ספק סביר) כי הצדק איתו ולכן בית הדין צריך לפסוק לטובת העמדה שלו.

במסגרת עבודה זו ננתח את המקורות שמכוחם נקבע כלל "המוציא מחברו עליו הראיה" הן במסגרת המשפט העברי והן במסגרת המשפט הישראלי.

נתייחס למקרים שונים בהם מפעילים את הכלל – דרך המלך, מקרים מיוחדים שבהם הכלל מיושם בצורה לא שגרתית (היפוך נטל הראיה), וחריגים לכלל (מקרים של ספק מוחלט).

בהמשך נראה כיצד השפיע המשפט העברי על המשפט הישראלי. נשווה בין הגדרת הכלל וההפעלה שלו בכל אחת מהשיטות, ולבסוף גם נביע דעה לגבי כל אחת מהשיטות.

2. המוציא מחברו עליו הראיה על פי המשפט העברי

2.1 ההלכה הבסיסית – הולכים אחרי המחזיק

כלל בסיסי במשפט העברי בדיני ראיות הינו "המוציא מחברו עליו הראיה". כלל זה מכונה "כלל גדול בדין"¹. ובמה דברים אמורים? על פי ההלכה היהודית "התובע דבר, שהוא בחזקת הנתבע צריך להביא הוכחה לדבריו"² כלומר חובת ההוכחה היא על התובע דבר שבחזקת אחר.

כלל זה מבוסס על שני מקורות. הראשון, דין דאורייתא. מקורו של הכלל לפי הגמרא הוא פסוק מפורש בתורה: "וְאֵל הַזְּקֵנִים אָמַר שָׁבוּ לָנוּ בְּזֶה עַד אֲשֶׁר נָשׁוּב אֲלֵיכֶם וְהָיָה אֲהָרֶן וְחֹרֵר עִמָּכֶם מִי בְּעַל דְּבָרִים יִגָּשׁ אֲלֵהֶם"³. עמדה זו בטא רבי שמואל בר נחמני.

המקור השני, הינו הסברא, קרי: ההיגיון, עמדה זו הביע רב אשי אשר טען שאין צורך להתבסס על פסוק מן התורה, כאשר אפשר לפעול לפי ההגיון. כמו שכאשר אדם אינו חש בטוב, הוא זה שיפנה אל הרופא ולא הרופא אליו, כך מי שרוצה דבר מחברו עליו הנטל. וכך נאמר בגמרא:

"אמר רבי שמואל בר נחמני: 'מניין להמוציא מחברו עליו הראיה'?"
שנאמר [שמות, פרק כד, פסק יד]: 'מִי בְּעַל דְּבָרִים יִגָּשׁ אֲלֵהֶם', יגיש ראיה אליהם.
מתקיף לה רב אשי: הא למה לי קרא? סברא הוא, דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא!
אלא, קרא לכדרכי נחמן אמר רבה בר אבוה, דאמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה: מניין שאין נזקקין אלא לתובע תחלה? שנאמר: 'מִי בְּעַל דְּבָרִים יִגָּשׁ אֲלֵהֶם', יגיש דבריו אליהם."⁴

מקור נוסף בתורה לו מייחסים את הבסיס לכלל המוציא מחברו עליו הראיה, הינו פסוק ט"ז בספר דברים, פרק א': "וְאֶצְוָה אֶת שְׁפִטֵיכֶם בְּעֵת הַהוּא לֵאמֹר שָׁמַע בֵּין אֲחֵיכֶם וּשְׁפִטְתֶּם צְדָק בֵּין אִישׁ וּבֵין אֲחֵיו וּבֵין גְּרוֹ".

מקור זה הוסבר באנציקלופדיה התלמודית כך:

"תנאים למדו דין זה מן המקרא: 'וּשְׁפִטְתֶּם צְדָק', צדיק בצדקו תובע ומביא ראיות. זה עוטר טליתו, וזה אומר: 'שלי היא'; זה חורש בפרתו, וזה אומר: 'שלי היא'; זה יושב בתוך ביתו, וזה אומר: 'שלי הוא'; זה מחזיק בשדהו, וזה אומר: 'שלי הוא'. לכך נאמר: 'וּשְׁפִטְתֶּם צְדָק' - צדיק בצדקו תובע ומביא ראיות, שמשמעו: שמצדיק עצמו, ותובע ואומר: 'טלית שעליך - שלי היא'. שפטהו, שיביא הראיה שהיא שלו. ויש מפרשים, שאפילו אם הוא צדיק בצדקתו - אל תאמינו בתביעתו, בלא ראיה, ותפסקו לו הדין, המוציא מחברו עליו הראיה."⁵

¹ בבלי, בבא קמא, מ"ו א'

² אנציקלופדיה תלמודית, (כרך ט', תשי"ט) טור תנא'.

³ שמות, פרק כ"ד פסוק יד'

⁴ בבלי, מסכת בבא קמא, דף מו, עמ' א'

⁵ אנציקלופדיה תלמודית, לעיל הערה 2, תנא'

פרופ' אשר גולאק, מסביר את ההיגיון מאחורי הכלל הבסיסי של דיני הראיות ונטל ההוכחה, על בסיס החזקת החפץ שנתון במחלוקת. לדבריו, כאשר שני צדדים עומדים אחד כנגד השני, לכל צד טענה משלו, ויש צורך בראיות וההוכחות כדי לדעת, מי מהצדדים דובר אמת. חובת הבאת הראיה נגזרת מהתשובה לשאלה מי מחזיק בחפץ לגביו דן בית המשפט. מי שמחזיק בחפץ אינו צריך להביא ראיה על טענתו כי עצם החזקתו בחפץ משמשת לו כראיה. הצד שכנגד אשר מנסה להוציא את החפץ ממי שמחזיק בו הוא זה שצריך להוכיח מדוע וכיצד החפץ שייך לו, היות ולא נמצא בידו. בעלי דין נבדלים איפוא למוציא ולמוחזק, המוציא צריך לאמת את טענתו ולהביא ראיה, והמחזיק בדבר פטור מהבאת ראיה, עד שיברר המוציא את טענתו.⁶

פרופ' שלום אלבק, מוסיף ומסביר כי ההחזקה בנכס מהווה ראיה לטובת המחזיק, ומניחה את היסוד לכלל בדבר "המוציא מחברו עליו הראיה", בשל העיקרון לפיו הולכים אחר הרוב. לפי הסברו "הטעם שהמוציא מחברו עליו הראיה היא: שאומדים, שרוב המחזיקים הנתבעים בדין מחזיקים, ומיעוט בלבד של התובעים בלא ראיה בדין תובעים".⁷ כלומר ברובם המכריע של המקרים מי שמחזיק את החפץ שבמחלוקת, הוא זה שמחזיק בו בצדק והחפץ שייך לו. מניסיון העבר ובדיקת המקרים הגיעו למסקנה שזהו הכלל הבסיסי והוא יהיה נכון ברוב המקרים. וכדבריו: "הכללים של דיני הראיות והלכותיהן הם אותם הכללים לפיהם נוהג אדם נבון ובקי בדרכי בני אדם מדעתו, כשהוא רוצה לדעת מהן העובדות שעל פיהן ינהג כדי לבוא לתכלית שהוא צריך לה". וכן: "דיני הראיות אינם אלא דינים שנקבעו לפי אומדן אובייקטיבי של הנהגת כל בני אדם ושל כל העובדות, מלבד יחידים, ולא של רובם בלבד".⁸

חיים שלמה חפץ, בחיבורו "מקום בעלי הדין בשיטת דיני הראיות במשפט העברי" דיני ישראל | כרך יג-יד (תשמ"ו-תשמ"ח), מסביר כי החזקה משקפת למעשה מצב קיים או "סטאטוס קווי" המשקף את אמת השלום בחברה. מי שיוצא נגד המצב הקיים וטוען שהוא לא משקף את האמת והשלום בחברה, הוא שצריך להוכיח זאת. אחרת על משפט הצדק להעדיף את השלום הקיים ולא להפר אותו בגלל אמת לא ודאית. הכלל הוא, אם כך, יישום של השאיפה של כל שיטת משפט להעמיד צדק ושלום במשפט.⁹

⁶ פרופ' אשר גולאק, יסודי המשפט העברי – סדר דיני ממונות בישראל עפ"י מקורות התלמוד והפוסקים (ברלין, תרפ"ב), בספר הרביעי, "בתי הדינים ומהלך הדין בענייני ממונות", בסעיף ס, עמוד 111.

⁷ פרופ' שלום אלבק, הראיות בדיני התלמוד (רמת גן, תשמ"ז), פרק עשרים, עמוד 327.

⁸ פרופ' שלום אלבק, שם, בעמוד 309 ובעמוד 311.

⁹ חיים שלמה חפץ, "מקום בעלי הדין בשיטת דיני הראיות במשפט העברי" דיני ישראל | כרך יג-יד (תשמ"ו-תשמ"ח) עמודים פג-פה' והאיזכורים המופיעים שם.

2.2 העברת נטל הראיה כחלק מיישום כלל "המוציא מחברו"

לכאורה, הפעלת הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" אמורה להביא למסקנה שבכל פעם התובע הוא "המוציא מחברו", שכן הוא דורש להוציא ממון או רכוש מידי הנתבע, והוא זה שרוצה שהנתבע ישנה את מצבו.

אבל לא תמיד אלו פני הדברים ולא תמיד התובע הוא זה שנחשב "המוציא מחברו", כך שעליו נטל הראיה. ההכרעה בשאלה מי "המוציא מחברו" תלויה בשאלה מי מחזיק בנכס. לכן, אם יש תביעה שבה התובע הוא דווקא זה שמחזיק את הנכס, הפעלת הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" לפי המשפט העברי תגרום להעברת נטל הראיה מהתובע לנתבע.¹⁰

במקרים אחרים, כאשר הדין מטיל אחריות על אחד הצדדים, עלול הדבר להביא להעברת נטל הראיה אליו, אפילו כשהוא הנתבע שנדרש לפצות. כך למשל במקרים מדיני הנזיקין, כאשר אדם הוא מחזיק של חפץ או רכוש מסוכנים שגרמו נזק לאדם אחר. לדוגמה שור מועד שנגח ופגע. הנפגע תובע פיצוי ולכאורה הוא המוציא מחברו. אבל בגלל שהדין מחייב בעלים של חפץ מסוכן לשמור עליו שלא יפגע באחרים, עובר נטל הראיה אליו להראות ששמר על החפץ כמו שצריך.¹¹ ניתן לראות כי העיקרון המנחה את ההלכה הוא היגיון החיים והמציאות וכללי צדק ואמת. המשפט העברי אינו מפעיל את הכלל המשפטי כפי שהוא בכל מצב ומצב, גם אם הפעלתו אינה מתאימה. המשפט העברי מנתח את המקרה, בודק מה נכון והגיוני לפי היגיון החיים והמציאות, ולפי זה מפעיל את הכלל ומיישם אותו על המקרה שלפניו. כפי שנראה להלן, לעיתים המציאות מחייבת הפעלת כללים אחרים, כאשר הפעלת "הכלל הגדול" אינו אפשרית או אינה צודקת.

2.3 המוציא מחברו עליו הראיה במקרה של שוויון ראייתי ובהיעדר חזקה

כלל "המוציא מחברו עליו הראיה", הוא קל ליישום כאשר כפות מאזניים נוטות בבירור לטובת צד אחד. למשל, כאשר אחד הצדדים הביא ראיות משכנעות יותר, או כאשר צד אחד הביא ראיות משכנעות והצד השני לא הביא ראיות כלל.

אולם, המשפט העברי נאלץ להתמודד גם עם מקרים מסובכים יותר שבהם קשה ליישם את הכלל. כגון כאשר יש ספק בתוצאה של כפות המאזניים גם לאחר ששני הצדדים הביאו את ראיותיהם. הכלל הבסיסי במקרה של ספק על פי המשפט העברי הוא עדיין "המוציא מחברו עליו הראיה", כאשר יישום הכלל במקרה של ספק, מביא על פי רוב לתוצאה שלפיה התובע הרוצה להוציא מחזקתו של הנתבע חפץ שלטענתו שייך לו, מפסיד בתביעתו.

¹⁰ חיים שלמה חפץ, שם, בעמוד עט'.

¹¹ הדיין, הרב אברהם שיינפלד, נזיקין, במסגרת הסדרה, חוק לישראל: עריכה שיטתית ועדכנית של המשפט העברי כיסוד לחקיקה ולפסיקה על פי סדר חוקי מדינת ישראל (בעריכת פרופ' נהום רקובר) (ירושלים, תשנ"ב-1991), עמוד 172.

פרופ' אלבק, דן בכך בחיבורו וסיכם את ההלכה העקרונית בסוגיה כך :

"... אם הראיות שיש לבעלי-הדין שוות, והן מכחישות זו את זו, הריהן מבטלות זו את זו. לזה עדים כשרים ולזה עדים כשרים, והעדים מכחישים זה את זה; לזה טענות נאמנות ולזה טענות נאמנות, והן מכחישות זה את זה; לזה אין ראיות כלל ואף אינו נאמן בטענותיו, ולזה אין ראיות כלל ואינו נאמן בטענותיו, זוכה הנתבע המוחזק ומפסיד התובע הרוצה להוציא מידו, ומתקיים המצב כמו שהוא עתה בלי שינוי, משום ש'המוציא מחברו עליו הראיה'.¹²

בהתאם להסברו של פרופ' אלבק שהבאתי בפרק הקודם, כאשר יש שוויון בראיות עדיין יש יתרון לנתבע כי הוא המחזיק בחפץ וברוב המקרים המחזיק בחפץ הוא בעליו האמיתי. על פי רוב המצב המציאות משקף את המצב שצריך להיות על פי דין, לפיכך כאשר התובע לא הביא ראיה מספקת בכדי לשכנע את הרוב, למרות שהנתבע והתובע שווים בראיותיהם, יפסיד התובע מכיוון שלא הוכיח מעל הצורך. התובע אינו זוכה, אלא אם כן, עולה מן העובדות כולן שהדין עמו. שכן אחרת, לא הגון ואין סברה וטעם לעשות מעשה ולשנות את המצב במציאות, לא מן הדין ולא מן הישר ולא מטעם אחר, ולפיכך שב ואל תעשה עדיף.¹³ וחשוב להדגיש כי על התובע לזכות באומדן הראיות ביחס לכל טענה וטענה ולכל עובדה ועובדה, בשל החזקה הראייתית שיוצרת החזקה בפועל. לכן הנתבע המחזיק אינו צריך לטעון עובדות אלא כדי שיהיה אומדן על-פי רוב לדבריו כדי לקיים בידיו את החזקה, אבל התובע צריך אומדן לפי כל העובדות.¹⁴

חיים שלמה חפץ מסביר כי החזקה היא בעצם סוג של ראיה נסיבתית. לדבריו מדובר באומדנה היוצרת חזקה, או במילים אחרות, הליכה אחר אומדנה להחזיק משמעותה שימוש בראיות נסיבתיות ליצור חזקת ממון. בגלל הסברא שלפיה מחזיק בנכס הוא ברוב המקרים בעליו החוקי, נוצרת ראיה נסיבתית לטובת המחזיק, ולכן רק אם יצליח התובע להביא ראיות לזכותו יזכה בתביעתו על בסיס כלל "המוציא מחברו".¹⁵

2.4 ממון המוטל בספק - מחלוקת סומכוס וחכמים

הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" אינו הכלל היחיד בדיני הראיות. במקרה של ספק, קיימים כללים נוספים, המופעלים בנסיבות שונות, כגון עקרון "יחלוקו"; "יהא מונח עד שיבוא אליהו"; "כל דאליס גבר" ועוד.¹⁶

¹² פרופ' אלבק, לעיל הערה 7, בעמודים 324-325, וכן ראו תלמוד הבבלי, מסכת בבא קמא, דף מו, עמ' ב.

¹³ פרופ' אלבק, שם, שם.

¹⁴ פרופ' אלבק, שם. בעמודים 325-326.

¹⁵ חיים שלמה חפץ, לעיל הערה 9, בעמודים פא'-פג'.

¹⁶ אנציקלופדיה תלמודית, לעיל הערה 5, טורים תנב-תנט. וכן פנהס שיפמן, "הספק בהלכה ובמשפט", שנתון המשפט העברי, כרך א (תשל"ד), עמ' 352-328.

כללים אלו מופעלים כאשר לא ניתן ליישם את הכלל הגדול "המוציא מחברו" מכיוון שיש שוויון ראייתי ולא ניתן לדעת מי המחזיק בחפץ או ברכוש שבמחלוקת, או ששני הצדדים מחזיקים בנכס, או בנסיבות מיוחדות שבהן הפעלת הכלל פשוט לא מתאימה, או שגורמת לחוסר צדק.¹⁷

כך לדוגמה הוחל בהלכה כלל "כל דאלים גבר" במצב שבו לבית הדין אין אפשרות לדעת מי המחזיק, וכפות המאזניים מאוזנות. במקרה כזה נוצר תוהו ובוהו משפטי ולא ניתן להפעיל את הכלל "המוציא מחברו" ואז בהתאם להלכה בתלמוד – כל דאלים גבר, ומי שהשיג ראשון ראיות או חזקה בכוח, נחשב למחזיק ומכאן ידון בית הדין.¹⁸ הרמב"ם דן במקרה כזה שבו שני צדדים טוענים לזכות בשדה, אבל אף אחד לא מחזיק בו, ולאף אחד אין ראיות לזכותו או לשניהם עדים שמבטלים אחד את השני. במקרה זה קבע הרמב"ם שבית הדין לא ידון בנושא עד שאחד הצדדים ישיג בכוח חזקה בשדה, ואז יחל הדין.¹⁹

סוגיה אחת בה נחלקו חכמי התלמוד - סוגיית ממון המוטל בספק – העמידה גם כן במבחן את יישום כלל "המוציא מחברו".

בסוגיה זו טענו חכמים כי "המוציא מחברו עליו הראיה", ואילו התנא סומכוס טען כי ממון המוטל בספק עליו חולקים – "יחלוקו".

המקרה שבו עסקו סומכוס וחכמים עסק בשור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצידה, ואין ידוע אם עד שלא נגחה ילדה, או אם משנגחה ילדה, וכן כאשר הפרה נגחה את השור.²⁰

במקרה הראשון קבעה המשנה, כי משלם חצי נזק מן הפרה ורביע לוולד. במקרה השני קבעה המשנה, משתלם חצי נזק מן הפרה ורביע נזק מן הוולד.

ברור שסומכוס אינו חולק על כלל "המוציא מחברו" שמקורו לדעת כולם הן מהתורה והן מכוח סברא. אז כיצד הוא יכול לטעון "יחלוקו" במקרה של ספק?

ומצד שני, גם החכמים מסכימים שבמקרים מסוימים של ספק יופעל הכלל של "יחלוקו" ותהיה פשרה כלשהי. (החכמים אינם טוענים שממון המוטל בספק - אין חולקים ובמקומות אחרים מסכימים לכלל יחלוקו)²¹. כיצד מסבירים את הדבר?

חכמים הסבירו את עמדתו של סומכוס בכך שאם לאחר בירור כל הראיות (ולא סתם בעקבות הטענות), יש ספק עובדתי מוחלט, כזה שאינו מאפשר אפילו תשובה מי הוא "המחזיק", אין דרך

¹⁷ פנחס שיפמן, שם, בעמודים 341-342.

¹⁸ חיים שלמה חפץ, לעיל הערה 9, בעמודים ע"ט-פ' ביחס לבבא בתרא לד' ב'.

¹⁹ הרמב"ם, הלכות טוען ונטען, טו', ד'.

²⁰ בבא קמא מ"ו ע"א

²¹ בבא מציעא, ח', ע"א – דברי רש"י וכן למשל בהרמב"ם, הלכות מכירה, בהלכות מכירה (כ', י"א): "זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע ואינם ברשות אחד מהן יחלוקו" ..

להכריע לפי שיטת "המוציא מחברו", ורק במקרה כזה, מוסמך בית הדין לפסוק "יחלוקו", כאשר בכל יתר המקרים עליו לפסוק לפי "המוציא מחברו".²²

לסיכום - אין מחלוקת בין סומכוס לחכמים על נכונות הכללים במקרה של ספק. כאשר יש ספק, אולם עדיין ניתן במאזן הסתברויות לברר למי נוטה הכף, או מי המחזיק, יחול הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". ורק במקרים בהם לא ניתן בשום אופן להגיע לתוצאה, יחול הכלל "יחלוקו". המחלוקת בין סומכוס לחכמים בנושא "שור שנגח הפרה ועוברת לצידה", אינו בנכונות הכללים. שני הכללים נכונים, אבל המחלוקת היא איזה מהם נכון להחיל במקרה הזה, וההלכה הכריעה לדעת חכמים.

3. המוציא מחברו עליו הראיה לפי המשפט הישראלי

3.1 עקרונות היסוד - נטל השכנוע וחובת הראיה

המשפט הישראלי מבחין בהקשר לנטל הראיה בין נטל השכנוע לבין חובת הבאת הראיות, אם כי שניהם נחשבים כחלק מ"נטל ההוכחה".

נטל השכנוע (the burden of establishing a case) הוא החובה העיקרית המוטלת על בעל דין להוכיח את טענותיו כלפי יריבו. אי עמידה בנטל זה משמעותה דחיית התביעה.

חובת הראיה (the burden of adducing evidence) מבטאת חובה "נלווית", טפלה במהותה לחובה העיקרית. משמעותה שמי שעליו נטל השכנוע, חייב להביא ראיות לעמידה באותו נטל. ולעניינו של היריב – משמעה ה"חובה" להביא ראיות להשמטת הבסיס מתחת לכוחן של אלו שהובאו לצורך העמידה בנטל השכנוע, במידה שאין הוא יכול לעשות כן באמצעות הראיות שהביא יריבו. חובת הבאת הראיה נוצרה כדי שיהיה ברור מי צריך לפתוח בהבאת הראיות לצורך הרמת נטל השכנוע, ומה כמות ההוכחות שעליו להביא, בטרם תעבור החובה לצד השני.²³

בכל הקשור לנטל השכנוע, אימץ המשפט הישראלי את הכלל הנהוג לפי המשפט העברי לפיו "המוציא מחברו עליו הראיה": בית המשפט העליון קבע בהקשר זה מראשית קום המדינה כי "כלל אוניברסאלי הוא כי בעל דין הטוען טענה מסוימת החשובה לעמדתו במשפט בין אם הטענה חיובית או שלילית עליו הראיה".²⁴ במישור האזרחי נקבע גם כן כי "בעל דין במשפט אזרחי הטוען

²² **אנציקלופדיה תלמודית**, לעיל הערה 5, ערך "המוציא מחברו עליו הראיה", תנ"ב

²³ **יעקב קדמי**, על הראיות, חלק שני, הדין בראי הפסיקה, מהדורה משולבת ומעודכנת, תשנ"א – 1991, בעמודים 853-854, וכן מהדורת עדכון והשלמה, תשנ"ה – 1995, בעמוד 156, והאסמכתאות המפורטות שם, וכן **אהרן ברק**, מידתיות במשפט (2010) (פרק שישה-עשר: נטל ההוכחה, עמודים 529, 531.

²⁴ ע"פ 28/49 **זרקא נ. היועמ"ש**, פ"ד ד 522 פסקה 2

טענה משפטית התומכת או מבססת עמדתו יישא בנטל להניח את התשתית העובדתית הנחוצה לביסוס טענתו ולשכנע כי זו אכן מתקיימת.²⁵

לצורך הקביעה מיהו "המוציא מחברו" שעליו נטל השכנוע, הולכים דיני הראיות אחר הדין המהותי. כאשר התובע מתבסס על דין (חוק או זכות מכוח פסיקת בתי המשפט) המקים את עילת תביעתו, צריך לבדוק בדין המהותי מהן העובדות והיסודות שיש להוכיח לצורך הקמת עילת תביעה, ועל התובע יהיה להוכיח את כול היסודות והעובדות שדורש החוק. מנגד, כאשר הנתבע מבקש להעלות טענת הגנה, צריך לבדוק את היסודות והעובדות שקובע הדין לצורך ביסוס טענת ההגנה ועל הנתבע הנטל להוכיח את כולן כדי שטענת הגנתו תתקבל.²⁶

לדוגמא, בתביעות ביטוח על המבוטח (התובע) להוכיח כי מקרה הביטוח אכן התרחש ולכן הוא זכאי לפיצוי, ואילו על חברת הביטוח הטוענת לפטור מאחריות לפי אחד מהסעיפים בפוליסת הביטוח להוכיח כי התנאים לקיום הפטור התקיימו.²⁷

עוד דוגמא - במשפט רשלנות רגיל, התובע הוא שצריך להוכיח את היסודות המרכיבים את עילת תביעתו, הקבועים בעילת הרשלנות שבפקודת הנזיקין, בין היתר - שהנתבע חב לו חובת זהירות, שהוא הפר אותה, ושעקב ההפרה הזאת נגרם לתובע נזק.²⁸

השאלה אם עמד צד להליך בנטל השכנוע מוכרעת בתום הדיון כולו, ובית המשפט מכריע בה לפי כל הראיות שבפניו, והערכת מהימנותן ומשקלן, ללא קשר לשאלה מי הביא אותן. מי שבתום ההליך נוטות כפות המאזניים לטובתו – תהא ההכרעה לטובתו.²⁹ נטל השכנוע במשפט הפלילי הוא הוכחה ברמת של ודאות מעבר לכל ספק סביר, ואילו במשפט אזרחי, המבחן הינו מאזן הסתברויות ודי לשכנע כי הגרסה מסתברת יותר בשיעור של למעלה מ-50% כדי לזכות בדין.³⁰

חובת הראיה, היא החובה להביא ראיות, והיא שונה בין מי שנטל השכנוע עליו, ליריבו. כאשר מדובר בתובע שנושא בנטל השכנוע, עליו להביא את הראיות הדרושות לכאורה להוכחת כל היסודות המקימים את עילת התביעה במידה הדרושה למתן פסק דין לטובתו.

לעומת התובע, אצל הנתבע חובת הראיה הינה למעשה התראה שאם לא יביא ראיות מטעמו, עלול בית המשפט לפסוק נגדו. עליו להחליט אם להביא ראיות כנגד הראיות שהביא התובע, או לקחת את הסיכון שהתובע לא הרים את נטל השכנוע עם הראיות שהביא, ולהימנע מהבאת ראיות.³¹

²⁵ ע"א 375/72 שנס' נ. בצלציוני, פד"י כז (1) 741, 744.

²⁶ יעקב קדמי, לעיל הערה 22 בעמודים 856-862 והאסמכתאות הנזכרות שם.

²⁷ ע"א 678/86 חניפס' נ. סהר חברה לביטוח פד"י מג(4) 177, 184.

²⁸ ד"נ 4/69 נוימן' נ. כהן, פד"י כד' (2) 229, 290.

²⁹ יעקב קדמי, לעיל הערה 22, בעמוד 863.

³⁰ יעקב קדמי, שם, בעמודים 869-871.

³¹ יעקב קדמי, שם, בעמוד 866.

התובע הוא הראשון שנושא בדרך כלל, למעט מקרים חריגים, בחובה הבאת הראיות, ולכן הוא פותח את הדיון. לאחר שהביא התובע ראיות לכאורה לביסוס תביעתו, או אם הודה הנתבע בעובדות המהוות את עילת התביעה, עובר נטל הבאת הראיות אליו להוכיח מדוע לא יחויב בדיון.³² תקנות סדר הדיון האזרחי מעגנות את הכללים הללו בחקיקה שמגבשת את כללי הניהול של ההליך המשפטי בבתי המשפט.³³ עם זאת, חשוב להדגיש שנטל הבאת הראיות אינו זהה בהכרח לסדר הבאת הראיות, דהיינו על השאלה מי מבעלי הדיון מתחיל בהבאת ראיותיו בפני בית המשפט, וכפי שצוין, לעיתים, כאשר הנתבע הודה למשל בכל העובדות הנטענות בכתב התביעה ("הודאה והדחה"), אז הוא זה שיתחיל בהבאת הראיות.³⁴

הרציונל מאחורי הפעלת הכלל "המוציא מחברו" במסגרת המשפט הישראלי הוסבר במספר נימוקים - האינטרס לשמור על הביטחון והיציבות המשפטיים, המחייבים שמירת מצב קיים, כל עוד לא ניתן הסבר משכנע לשינוי; יחסי הכוחות בין הצדדים (כך למשל מוצדקת הדרישה מהתביעה הפלילית לשכנע מעבר לכל ספק סביר באשמת הנאשם); מי יישא בתוצאות חמורות יותר אם תתקבל הגרסה של הצד השני; מידת ההסתברות שעובדה מסוימת קיימת במציאות; למי מהצדדים גישה טובה יותר לראיות כחלק מדרישות הגיון וסבירות; והשיקול שאין מטילים על אדם בדרך כלל חובה להוכיח משהו שלילי שקשה להוכיחו.³⁵ שיקולים אחרים שהוזכרו הם שיקולי יעילות ושיקולים כלכליים. המטרה היא למנוע יותר מדי הליכים משפטיים שעולים כסף רב ויוצרים "פקק" וסחבת בבתי המשפט. ידוע כי זמנו של בית המשפט הוא יקר ולכן חשוב שייעשה בו שימוש מושכל. בנוסף, ההנחה היא שלבעל הדיון הרגיל יש גישה סבירה לראיות מבחינת העלויות הכרוכות באיסופן.³⁶

3.2 נטל השכנוע במקרים מיוחדים

מאחר שנטל השכנוע הולך אחר הדיון המהותי, הרי שהשאלה על מי נטל השכנוע תלויה בהוראות של הדיון הרלוונטי שחל במקרה שבפני בית המשפט. מטבע הדברים, על התובע הנטל להוכיח את כל העובדות המבססות את עילת תביעתו, והוא זה שיוטל עליו ברוב המקרים נטל הבאת הראיות. אבל גם במשפט הישראלי יש מקרים שבהם נטל הראיה (הן נטל השכנוע והן נטל הבאת הראיות) מוטל על הנתבע או מועבר לפיתחו. זאת כאשר הדיון קובע זאת במקרים המיוחדים.

³² יעקב קדמי, שם, בעמוד 864, ובעמוד 867-868.

³³ תקנות 158-159 לתקנות סדר הדיון האזרחי, תשמ"ד – 1984, וכן תקנה 66 לתקנות סדר הדיון האזרחי, התשנ"ח – 2018 המחליפות את התקנות משנת 1985.

³⁴ רע"א 1530/13 אדוארד גדלוב נ. הארגון, פורסם בנבו, 5.5.2013, בסעיף 10 לפסק הדין (להלן: "ענין גדלוב").

³⁵ דן ביין, נטל השכנוע וחובת הראיה בדיני מיסים, משפט וממשל ג', תשנ"ה, עמודים 285-287.

³⁶ טליה פישר ואלכס שטיין, הגישה הכלכלית למשפט, עורך אוריאל פרוקצ'יה 2012, פרק כא' - דיני ראיות, בעמוד 1114.

כך לדוגמא, בדיני שטרות, נטל ההוכחה מוטל דווקא על הנתבע, מכיוון שתובע שמחזיק בשטר של הנתבע, ומבקש לחייב את הנתבע לשלם לו את סכום השטר, נהנה מחזקה לפי החוק שהוא נתן בעד השטר תמורה ושהוא מחזיק בו כשורה.³⁷

גם בתביעות בנזיקין קובע הדין שנטל הראיה יעבור לנתבע במקרים מסוימים. כך למשל כאשר מדובר בנזק שנגרם עקב דבר מסוכן ששייך לנתבע³⁸, או כאשר חל הכלל של "הדבר מדבר בעד עצמו", דהיינו שבנסיבות העניין התובע לא ידע ולא יכול היה לדעת מה גרם לנזק, ומדובר בנזק שנגרם על ידי נכס שבשליטת הנתבע, וסביר יותר להניח שהנזק נגרם עקב רשלנות של הנתבע.³⁹ דוגמא קלאסית למקרה כזה הוא נזק שנגרם למטופל בניתוח. במקרה כזה המטופל לא יכול לדעת מה בדיוק קרה, כל המידע מצוי אצל הנתבעים – הרופא ובית החולים, וסביר להניח שהנזק נגרם עקב מעשיהם. לכן במקרה כזה נטל ההוכחה עובר לנתבעים.

דוגמא נוספת היא "הודאה והדחה" – כאשר הנתבע מודה בעובדות שמקימות עילת תביעה לתובע. במקרה כזה יעבור נטל ההוכחה לנתבע כדי להצדיק מדוע לא ינתן פסק דין לטובת התובע (לדוגמא – כשיש לו טענה הגנה). מקרה כזה קורה למשל בתביעות לשון הרע, כאשר הנתבע מאשר שהוא פרסם את הכתבה שיש בה לשון הרע כלפי התובע, ושמהכתבה ברור שמדובר בלשון הרע.⁴⁰ במקרים רבים שדנים בהיפוך נטל הראיה נאמר כי מדובר בחריג לכלל "המוציא מחברו".⁴¹ אני סבורה לעומת זאת כי לא מדובר בחריג לכלל, אלא ביישום של הכלל. כמו שבמשפט העברי השאלה מיהו "המוציא מחברו" תלויה בשאלה מיהו המחזיק, כך גם במשפט הישראלי, השאלה מיהו "המוציא מחברו" תלויה בשאלה מיהו זה שבמקרה הרלוונטי הדין קובע שעליו נטל השכנוע. לפי הדין נקבעת זהות "המוציא מחברו" ואם לא יצליח להרים את נטל השכנוע – יפסק הדין נגדו.

3.3 הכרעה במקרים של "ספק" או שוויון ראיתי- "הכל או כלום" ו"הנאה מן הספק"

השאלה על מי מוטל נטל השכנוע רלוונטית ככלל רק מקום בו בעלי הדין לא הציגו ראיות, או מקום בו לאחר הערכת מכלול הראיות שהונחו בפני בית המשפט, נקבע כי כפות המאזניים שוות, כלומר, קיים "ספק שקול". מקום בו ניתן להגיע להכרעה על פי התשתית הראייתית שפרשו הצדדים בפני בית המשפט, ולקבוע כי לאחד מבעלי הדין עדיפות ראייתית על משנהו – השאלה על מי מוטל נטל השכנוע היא חסרת משמעות.⁴²

³⁷ סעיף 28 לפקודת השטרות, נוסח חדש.

³⁸ סעיפים 38-40 לפקודת הנזיקין, נוסח חדש.

³⁹ סעיף 41 לפקודת הנזיקין, נוסח חדש.

⁴⁰ ע"א 3592/01 עיזבון המנוח סימן טוב מנשה ז"ל נ' ע. אהרונוב קבלנות בניין (1988) בע"מ 2001, פ"ד נ"ה (5) 193.

⁴¹ לדוגמא - תא (י-ם) 10659-09-11 דניאל רטנר נ' אליהו לוי, פורסם בנבו 31.12.2015 בסעיף 60 לפסק הדין.

⁴² ענין גדלוב, שם, בסעיף 11 לפסק הדין.

שיטת המשפט הישראלית, כמו שיטות משפט מודרניות אחרות, פועלת בשיטת "הכול או לא כלום". כלומר, יכולה להיות אחת משתי תוצאות – או שהתובע זוכה ותביעתו מתקבלת או שהנתבע זוכה והתביעה נגדו נדחית. שיטה זו נקראת גם שיטה בינארית. כזו שהתוצאה יכולה להיות 0 או 1. כך קורה במרבית המקרים, למעט מקרים מיוחדים. התוצאה נקבעת על פי המענה לשאלה האם התובע או הנתבע הרימו את נטל השכנוע המוטל עליהם או לא.⁴³

לפיכך, כאשר יש ספק, או שוויון בראיות, משמעות הדבר שמי שנטל השכנוע מוטל עליו, לא עמד בו ולכן הוא המפסיד. זהו שוב יישום הלכה למעשה של הכלל האוניברסלי לפיו "המוציא מחברו עליו הראיה".⁴⁴

כאשר מדובר במשפט פלילי, אין די בשוויון ראיתי כדי שהנאשם ייחנה מן הספק, אלא יש צורך בהרמת נטל השכנוע בכמות ששוללת ספק סביר באשמה. במשפט האזרחי לעומת זאת, הספק קיים במשמעות אחרת – שוויון בראיות, ובמילים אחרות – כאשר מהראיות שהוצגו לא ניתן לדעת מי צודק ואיזו גרסה סבירה יותר. במקרה כזה, בשל כלל המוציא מחברו עליו הראיה, יפסק הדין כנגד מי שנטל השכנוע היה עליו.⁴⁵

כפי שצוין, קיימים מקרים שבהם רשאי בית המשפט לסטות בהחלטתו מעקרון העל בדבר "המוציא מחברו עליו הראיה". כך למשל במקרים בהם הסכימו הצדדים שהחלטת בית המשפט תיעשה על דרך פשרה ולא בשיטת "ייקוב הדין את ההר" דהיינו – או התובע או הנתבע. סמכות זו קבועה בסעיף 79א(א) לחוק בתי המשפט, נוסח משולב, תשמ"ד – 1984 הקובע: **"בית משפט הדין בענין אזרחי רשאי, בהסכמת בעלי הדין, לפסוק בענין שלפניו, כולו או מקצתו, בדרך של פשרה"**. כך גם במקרים מסוימים בתחום דיני הנזיקין (למשל – אשם תורם או מעוולים כמשותף כמצדיקים חלוקת האחריות לנזק).⁴⁶ אולם מקרים אלו מצומצמים וייחודיים לתחומים מוגדרים. לפני מספר שנים, עמד לפיתחו של בית המשפט העליון דיון עקרוני בשאלה האם לאפשר סטייה מכלל מאזן ההסתברויות בדיני הנזיקין, כאשר יש ספק בשאלת קשר סיבתי בין המקרה לתוצאה, ולהכיר בחריג של "אחריות יחסית" לפיו כל צד יישא בחלק יחסי לנזק.

באותו מקרה נולדה ילדה כשהיא סובלת משיתוק מוחין ופיגור שכלי (נכות של 100%). בית החולים בו נולדה התרשל בכך שהניתוח הקיסרי בו נולדה התעכב ב-45 דקות ללא הצדקה. ואולם, לא היה ברור אם מחלתה של הילדה נגרמה בשל רשלנות זו, או בשל עצם הפגות והמחלות

⁴³ ע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999).

⁴⁴ אליהו הרנון, כיצד על שופט לנהוג כאשר אינו יודע אם להאמין לתובע או לנתבע, הפרקליט כא' (תשכ"ה), עמוד 415, בעמוד 418.

⁴⁵ יעקב קדמי, לעיל הערה 22, בעמודים 871-872.

⁴⁶ בועז שנור "הבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בישראל" משפטים לז 177, 186-193 (2007).

הנילוות לה. ובעניין זה שרר מצב של "סיבתיות עמומה" או במילים אחרות - לא ניתן היה לדעת איזו מהסיבות גרמה בהסתברות גבוהה יותר לנזק.

לכאורה, לפי כלל "המוציא מחברו עליו הראיה" מוטל הנטל על הורי הילדה לשכנע במאזן הסתברויות של מעל 50% שהנזק נגרם עקב רשלנות בית החולים, ומאחר שלא עמדו בו צריכה היתה תביעתם להידחות.

אלא שבית המשפט המחוזי⁴⁷, ואחריו ביהמ"ש העליון בהרכב של שלושה שופטים, קבעו כי במקרים של עמימות בהוכחת הקשר הסיבתי - כאשר קיימים כמה גורמים אפשריים שהיו יכולים להיות קשורים לנזק, אך לא ניתן להוכיח קשר סיבתי של אף אחד מהם ברמה של יותר מ-51% - ניתן לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות לטובת כלל של פיצוי-לפי-הסתברות, וזאת בהתקיים תנאים מסוימים, ובראשם ההנחה כי כלל מאזן ההסתברויות גורם לאי-צדק בנסיבות העניין. השופטים קבעו כי ניתן "להסתפק בהוכחת סיכון ממש", ששיעורו ייקבע בדרך האומדנה, ובאותו מקרה פסקו פיצוי בשיעור המשקף את רמת ההסתברות של אפשרות גרימת הנזק במידה שהוכחה. גישה זו מחליפה את התפיסה המסורתית בדיני הנזיקין, של "הכל או לא כלום", המבוססת על הוכחת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לנזק על פי "מאזן ההסתברויות".⁴⁸

התיק הובא לבית המשפט העליון לדיון נוסף, ובית המשפט העליון ברוב קולות של חמישה שופטים אל מול ארבעה, הפך את פסק דינו הקודם, ופסק כי, ככלל, אין להכיר בחריג האחריות היחסית במקרים של "סיבתיות עמומה".⁴⁹

השופטים הסכימו כולם כי למרות שהכלל הבסיסי נותר זה של הוכחה על פי "מאזן הסתברויות", הרי במקרים מסוימים של סיבתיות עמומה, שלא חלו במקרה הזה, יתכנו חריגים לכלל זה, במקרים בהם הפתרון הרגיל אינו נותן מענה ראוי, ובאותם מקרים ייעשה שימוש בחריג של פיצוי לפי הסתברות. המחלוקת מתייחסת לסוג המקרים בהם ניתן להחיל את החריג כאשר לא הוכחה גרימת הנזק בדרך ההוכחה הרגילה.

השופט אליקים רובינשטיין, אשר תמך בעמדת המיעוט שהובילה השופטת מרים נאור, גרס כי אין לצמצם את הדוקטרינה של "אחריות יחסית" רק למקרים נדירים, אלא להרחיבה אפילו מעבר לתחום דיני הנזיקין וליישמה על דרך הכרעתו של בית המשפט באופן כללי. וכדבריו:

"שכנודע המציאות האנושית והמשפטית, גם בתחום הנזיקין, לא אחת אינה שחור ולבן אלא גוני אפור. עשיית צדק מחייבת לעתים גמישות שאינה אפשרית בדגם הבינארי (הייתי שמח אילו נמצא לו מונח עברי מתאים) של 'הכל או לא כלום'... האחריות בה עסקינן אינה רק האחריות הנזיקית

⁴⁷ תא 1058/94 עדן מלול (קטיגה) נ' בית חולים "כרמל" חיפה, (פורסם בנבו, 2002.07.18)
⁴⁸ ע"א 7375/02 בית חולים כרמל חיפה ואח', נגד עדן מלול, פד"י ס' (1) 11.
⁴⁹ ד"נ 4693/05 בית חולים כרמל חיפה ואח', נגד עדן מלול, פד"י ס"ד (1) 533 (להלן: "ד"נ מלול").

שבמחלוקת בין בעלי הדין; היא גם אחריותו המוסדית של בית המשפט בהכרעתו. עדיין "המוציא מחברו עליו הראיה" (בבלי, בבא קמא מ"ו א'); עדיין מאזן ההסתברויות הוא עיקר; אך בהיות המציאות שסביבנו "יחסית"... ומורכבותה נעשית גדולה בחלוף השנים... היא מצדיקה פתרונות מורכבים. אלה אינם מתייחדים לעניות דעתי רק למקרים המאופיינים בהטיה הנשנית, והמצויים ברמה "קבוצתית" במישור העיוני, והתפרסותם חורגת מכך.

השופט רובינשטיין מנתח בפסק דינו אל ההלכה במשפט העברי במקרה של ספק, המאפשרת סטייה מהכללים הבינריים במקרים המתאימים, ומביע את הדעה כי על בסיסה יש מקום להחיל את דוקטרינת הפסיקה לפי הסתברות ראייתית גם במקרה הזה וגם במקרים החורגים מדיני הנזיקין, וזאת הן כדרך פרשנות רגילה ראויה והן כפרשנות במקרה של חסר (לאקונה), על סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תשמ"ח – 1988.⁵⁰ זוהי למעשה קריאת תיגר על השיטה הבינארית שביסוד הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", ועמדה הקוראת להרחבת השימוש בפתרון של פשרה או "יחלוקו" במקרים של ספק.⁵¹

ראוי לציין עוד כי גם השופט נאור הסתמכה בפסק דינה על המשפט העברי והראתה כי לפי המשפט העברי יש צידוק לסטייה מעקרון "המוציא מחברו עליו הראיה" במקרים של ספק עובדתי כחלק מגישה של פשרה הנובעת משיקולי צדק.⁵²

4. השוואה בין המשפט הישראלי למשפט העברי

הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" הוא הכלל הבסיסי בשתי שיטות המשפט – בעברי והישראלי, והוא מהווה את נקודת המוצא בכל הקשור לנטל הבאת הראיות ונטל ההוכחה. בשתי השיטות מדובר בכלל חשוב ומרכזי בדיני הראיות וסדרי הדין. לא סתם הוא מכונה בשתייהן "כלל אוניברסלי" ו"כלל גדול".

הן במשפט העברי והן במשפט הישראלי נקודת המוצא היא שלרוב, חובת ההוכחה והבאת הראיות מוטלת על התובע, מאחר שברוב המקרים הוא זה ש"מוציא מחברו".

ההבדל הבסיסי בין שתי שיטות המשפט, הוא ההיגיון והנימוקים לגיבוש הכלל המשפטי.

המשפט העברי מגבש את הכללים המשפטיים ומגיע לתוצאה, לא רק על בסיס כלל נוקשה שלא מערערים אחריו, אלא על בסיס ניסיון החיים, ההיגיון והסבירות ומתוך רצון להגיע לחקר האמת ולעשות משפט צדק.

⁵⁰ ד"נ מלול, שם, בסעיפים יט' – כ' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁵¹ להרחבה על גישת ההכרעה לפי מאזן הסתברותי והצדקתה, ראו טליה פישר ואלכס שטיין, שם, בעמודים 1109-1113.

⁵² ד"נ מלול, לעיל הערה 47, בסעיף 138 לפסק דינה של השופטת מרים נאור.

המשפט העברי עוסק בצדק ומוסר כחלק מהתפיסה המקראית של "ועשית הישר והטוב", (דברים י', י"ח), ומבקש לא רק לעשות משפט ולקבוע כללים נוקשים, אלא להגיע לתוצאה המתיישבת עם המוסר והצדק כך ש"יסוד הדיון וגדרו הוא... שצריך הוא להיות בבחינת 'אהבי ה' ש'נאו רע' (תהלים צ"ז, י'), שאינו סובל עושק וחמס..."; וכן - "צדק זו מידת דינו של עולם; שנאמר צדק צדק תרדוף".⁵³

המשפט העברי לוקח את הכלל, כפי שמופיע למשל בתורה, יורד לשורש הסוגיה מנתח את הסיבות לגיבוש הכלל, ומנסה להסביר את ההיגיון שמאחוריו. באמצעות הכללים הללו גם נותן המשפט העברי מענה במקרים גבוליים כגון כשכפות המאזניים שוות, ובמקרים שבהם לכאורה התוצאה של יישום הכלל אינה צודקת על פניה.

לאור גישה זו נתגבשה העמדה בין החכמים לפיה בית הדין רשאי, במקרים המתאימים, לפסוק גם על דרך של פשרה, לא כחלוקה שרירותית של סכום שבמחלוקת, אלא כפסיקה מכוח עקרונות של מוסר וצדק, למרות, ואולי דווקא כחלק מהחובה לפסוק לפי הדין.⁵⁴

לעומת זאת, המשפט הישראלי בנוי בשיטת בינארית, כאשר התוצאה יכולה להיות "שחור או לבן". המשפט הישראלי כולל כלל נוקשה על מנת לתת דגש לסדר, גם אם לעיתים הדבר בא על חשבון צדק. סדרי הדין שהכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" הוא חלק מהם, מנסים לגבש פרוצדורה מסודרת וברורה כדי להפוך את ההליך המשפטי ליעיל ומהיר.

נקודות המוצא השונות של השיטות הן שקובעות מתי הכללים לפיהן דומים ומתי שונים.

השיקולים והנימוקים של כל אחת משיטות המשפט שהביאו לגיבוש הכלל, כוללות שיקולים דומים ושיקולים שונים. בשתי השיטות הכלל הבסיסי בדבר "המוציא מחברו עליו הראיה", מבוסס על עקרונות הסבירות, ההיגיון וניסיון החיים.

בשתי השיטות, יש הבנה שהמצב הקיים בדרך כלל לפי ניסיון החיים את המצב הנכון מבחינה משפטית ומבחינת הצדק. לכן, שתי השיטות דורשות שמי שמבקש לשנות את המצב הקיים, ישכנע כי יש הצדקה לשינוי.

במשפט העברי, בעלי הדין נחלקים בין "מחזיק", שהוא שזה שמחזיק בחפץ או ברכוש שבמחלוקת וב"מוציא" שמבקש להוציא מידיו. המשפט העברי בודק בכל מקרה מיהו המחזיק, ומטיל את נטל השכנוע על זה שמבקש להוציא מידיו. במשפט הישראלי, הראיות הולכות אחרי הדין, ולכן השאלה מיהו "המוציא מחברו" נקבעת לפי ההוראות שקובעים החוק או הפסיקה על בסיס השיקולים שצינתי.

⁵³ ד"ג מלול, שם, בסעיף טו' לפסק דינו של השופט רובינשטיין והאסמכתאות הנזכרות שם.

⁵⁴ ה"פ (י-ם) 5324/06 מריאן נ. רוזנפלד, פורסם בנבו, 25.5.2008, סעיפים 46-32 לפסק הדין, והציטוטים הנכללים שם.

עוד הבדל בין השיטות הוסבר על ידי פרופ' גולאק כך :

"הכלל התלמודי שהמוציא מחברו עליו הראיה, מתאים אל הכלל המקובל בתורת המשפטים הכללית, שהתובע צריך לברר את תביעתו על פי ראיות. אולם, הכלל שהתובע צריך להביא ראיה נוסד על עיקר סוביקטיבי, בעל דין צריך לברר ולאמת העובדות שעליהן הוא נשען בטענותיו. מכיון שהתובע מתחיל בדין, ובא בטענותיו על הנתבע, אין הנתבע צריך לסתור דבריו בראיה שכנגדו, כל זמן שלא בירר תובע זה את טענתו בראיות. ולפי כלל זה, כשבאים להטיל חובת הבאת ראיה על הצדדים, בית דין שמים לב ביחוד לעיקר סוביקטיבי: מי מבעלי דין, שמטענתו נובעת תביעה מחברו, יבוא ויברר את תביעתו בראיות.

הכלל התלמודי, שהמוציא מחברו עליו הראיה, בנוי על יסוד אוביקטיבי, על חזקתם של החפצים שנדונים עליהם, ושהם בידי אחד מבעלי הדין. חובת הבאת ראיה אינה נקבעת על פי הייחוסים האישיים של תובע ונתבע, אלא על פי היחס האוביקטיבי אל החפצים ולפי מה שהם נמצאים בידי זה או בידי זה.⁵⁵

לעומת זאת, יש נימוקים שאינם תואמים בין שתי השיטות. כך למשל, המשפט העברי מבסס את הכללים יותר על שיקולי צדק ומוסר, בעוד שבשיטת המשפט הישראלי שיקולי יעילות כלכלית, נגישות לראיות, וגיבוש כללים שיפשטו ויקצרו את ההליך המשפטי, הן שיקולים משמעותיים ומרכזיים בגיבוש הכללים, כולל בשאלת נטל השכנוע והבאת הראיות.

כאשר יישום כלל "המוציא מחברו עליו הראיה" הוא פשוט, והראיות שבפני בית הדין יוצרות תמונה ברורה וחד צדדית, בשתי השיטות התוצאה תהיה זהה. בשתייהן יבחן בית הדין בסוף ההליך את הראיות שהציג כל צד, ואם מי שנטל השכנוע עליו הציג ראיות שברמת הסתברות של מעל 50% בהליך אזרחי, או מעל ספק סביר בהליך פלילי, תומכות בגרסתו – הוא שיזכה.

גם במקרים שבהם הראיות הן שוות, בין כששני הצדדים הביאו ראיות "שוות" או ששניהם לא הביאו כלל ראיות – וקיים שוויון ראייתי שאינו "ספק שקול", עדיין יישום הכלל הוא זהה. לפי שתי השיטות מיושם הכלל "המוציא מחברו" ומי שנטל השכנוע היה עליו – מפסיד, מאחר שרק הרמת הנטל, שמשמעותה שבירת השוויון הראייתי, מזכה בדין.

לעומת זאת, ככל שנכנסים לעומק ומגיעים למקרים גבוליים יותר, מתחילות שיטות המשפט להתרחק זו מזו. בעוד שהמשפט העברי מנסה לקבוע את הכללים המשפטיים במקרים הגבוליים על בסיס הצדק, המוסר וההיגיון, ולעיתים מוכן להתגמש לשם כך, המשפט הישראלי נותר נוקשה ועובד בשיטת "ייקוב הדין את ההר". כלומר יש לעבוד "לפי הספר" ובמידת הצורך להתאים את המציאות לכלל ולא את הכלל למציאות.

הדוגמא הטובה להבדל בין הגישות היא במצב של שוויון מוחלט היוצר ספק שקול. כפי שהוסבר מדובר במצב שבו לפי הראיות לא ניתן להגיע להכרעה, (לדוגמא לפי המשפט העברי לא ניתן

⁵⁵ פרופ' גולאק, לעיל הערה 6, בעמוד 111-112.

לקבוע מי המחזיק, או לפי המשפט הישראלי קיימת עמימות בסיבתיות), נוקשותו של המשפט הישראלי מביאה לתוצאה לפיה "המוציא מחברו עליו הראיה" ולכן מי שהנטל עליו ולא הרימו – מפסיד בכל מקרה.

לעומת זאת, המשפט העברי מציע פתרונות יצירתיים יותר במקרים כאלו, ומפעיל שורה של כללים המבוססים על שיקולי צדק, מוסר והגיון, כמו למשל, "יחלוקו", פסיקת פשרה או אפילו פסיקה בשיטת "כל דאלים גבר".

כאשר עמדה בפני בית המשפט העליון בישראל בד"נ מלול האפשרות לאמץ את גישת המשפט העברי, אם כי באופן מצומצם, באמצעות אימוץ שיטת "פיצוי לפי הסתברות" במקרים של סיבתיות עמומה בדיני נזיקין, דחה הרוב את האפשרות והותיר את השיטה הבינארית בתוקף, כאשר השופט רובינשטיין הציע לאמץ את עמדת המשפט העברי לא רק במקרה של סיבתיות עמומה אלא בתחומים רחבים יותר כאשר הדבר נכון וצודק.

אני אישית נוטה להעדיף בין הגישות את גישת המשפט העברי המאפשרת גמישות על מנת להגיע לתוצאה צודקת יותר ומוסרית יותר.

אמנם, לכאורה, התפיסה הבינארית של "הכול או לא-כלום" מקבילה למציאות שאף היא, בהקשר הסיבתי, לעולם בינארית; המציאות היא שהנתבע גרם לנזק או שלא גרם לנזק. אין מציאות "יחסית" ולכן תוצאה יחסית אינה משקפת לכאורה את המציאות ואת ה"צדק".⁵⁶

אבל לדעתי דווקא גישתו של המשפט העברי מציגה חשיבה יצירתית יותר ופרשנות מתוחכמת יותר לצדק ולאמת, מאשר השיטה "המודרנית" ו"המתקדמת" כביכול, לפחות במקרים של שוויון ראייתי מוחלט שאינו מאפשר לדעת מה האמת.

כאשר דנו חכמים במחלוקת סומכוס וחכמים, הועלתה הבעיה שהפסיקה "יחלוקו" היא לכאורה בניגוד ל"אמת" אליה מכוון המשפט העברי להגיע. הרי לא יתכן שהאמת היא חלקית. או שהתובע צודק או שהנתבע צודק. לא יכול להיות שגם התובע וגם הנתבע צודקים, כל אחד באופן חלקי.

אלא שחכמים הסבירו כי הסמכות להחליט "יחלוקו", מקורה בסמכות הכללית לפסוק לפשרה כאשר אין שום דרך אחרת לדעת מה האמת ומי צודק ויש שוויון מוחלט. זוהי עמדתו של רש"י.⁵⁷

אחרים טענו כי מקור הסמכות הוא מכוח הדין (זוהי עמדת התוספתא).⁵⁸ לפי פרשנות זו, ברגע שיש ספק שלא ניתן להכרעה, אין הכוונה שיש אפשרות א' או ב', ורק אחת נכונה, אלא ששתי האפשרויות קיימות במצב של ספק. גם קיים וגם לא קיים. הספק הוא מעין עולם ובו כל

⁵⁶ ד"נ מלול, לעיל הערה 47, סעיף 12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א. ריבלין.

⁵⁷ בבא מציעא, מב', ע"ב.

⁵⁸ שם. שם.

האפשרויות קיימות במידת סבירות כזו או אחרת. במקרה כזה, המכונה ממון המוטל במציאות שנקראת "הספק" כל המצבים הופכים שותפים בחפץ מושא המחלוקת והוא בחזקת כולם ולכן חולקים ביניהם לפי מידת הספקות.⁵⁹

ההסבר לפיו כשיש ספק, כל האפשרויות למעשה יכולות להיות האמת בהסתברות כזו או אחרת, נראה לי הסבר נכון ומתאים. ההסבר הזה גם מסתדר עם מושגים מתחום הפיזיקה המתקדמת, ותואם את התיאוריה של פיזיקת הקוונטים, המתארת את התנהגות הטבע ומספקת הסברים ופתרונות לתופעות שלא ניתן להסבירן לפי כללי הפיזיקה המוכרים.

לפי פיזיקת הקוונטים קיים מושג שנקרא "סופרפוזיציה" שמשמעותו בפשטות אומרת שמצב קיים שאינו ידוע לנו, הוא סיכום של כל ההסתברויות לאפשרויות השונות של אותו מצב. או במילים אחרות, כשאננו יודעים מהי תשובה נכונה, הרי שהתשובה הנכונה היא סיכום של כל התשובות האפשריות, וכולן נכונות כל עוד איננו בודקים ומגלים מהי התשובה הנכונה.⁶⁰

לדעתי במציאות מורכבת, שלא תמיד מאפשרת לתת פתרון צודק בשיטת "הכול או לא כלום", נכון יותר לאמץ פתרונות יצירתיים יותר שמתקרבים כמה שיותר לעקרונות של אמת, צדק ומוסר, כפי שמציעים למרבה ההפתעה הן המשפט העברי העתיק, והן פיזיקת הקוונטים המודרנית שעדיפים במקרה זה על השיטה המשפטית המקובלת בישראל ובעולם המערבי.

⁵⁹ הרב יהושע ויצמן, מחלוקת סומכוס וחכמים, בבא מציעא ב' ע"ב, אתר תורת ארץ ישראל – ישיבת מעלות, בכתובת <http://www.yesmalot.co.il/torat-il/mamarim.asp>.

⁶⁰ אתר מכון דוידסון, הזרוע החינוכית של מכון ויצמן למדע, בכתובת <https://davidson.weizmann.ac.il> בשאלה "איפה נמצא האלקטרון בסופרפוזיציה" ו"מכניקת הקוונטים – לא רק לפיזיקאים".

5. סיכום

המשפט העברי והמשפט הישראלי נוהגים בכל מה שקשור ל"נטל השכנוע" לפי הכלל המשפטי שנקבע במשפט העברי, לפיו – "המוציא מחברו עליו הראיה".

כל שיטת משפט, לפי השיקולים שהינחו אותה שלא תמיד זהים, הגיעה למסקנה כי כלל עתיק זה הוא הנכון והמתאים ביותר ברובם של המקרים בהם צריך להחליט על מי הנטל לשכנע את בית הדין בטענותיו.

המשפט העברי, המושפע ומודרך משיקולים של עשיית צדק וחקר האמת, איפשר גמישות ושיקול דעת רחב יותר לבית הדין, במקרים בעייתיים שבהם קשה להחליט מי מהצדדים צודק, והראיות אינן מצייגות תמונה ברורה וחד משמעית שמונעת הפעלה של הכלל הבסיסי. פשרה או חלוקת אחריות הופעלו כאשר נוצר שוויון ראייתי שאינו מאפשר קבלת החלטה לפי הכלל.

המשפט הישראלי, לעומת זאת, בחר לדבוק בשיטה הבינארית, לפיה לא תיתכן פשרה או חלוקה לפי הסתברות, במקרה של שוויון בראיות. במצב כזה, ייפסק הדין נגד מי שלא עמד בנטל הראיה ולא הצליח לשכנע את בית המשפט בצדקת טענותיו ברמת הוודאות שנדרשת לפי הדין.

עם כל הכבוד לצורך בוודאות משפטית, יעילות וחסכון בזמן, אני חושבת שכדי לעשות משפט צדק ולהגיע לפתרון צודק יותר, חשוב לאפשר יותר גמישות במקרים של ספק, ולתת לבית הדין כלים להחליט בצורה שנראית לו יותר צודקת, ולא בשיטה של הכול או כלום או שחור ולבן.

רשימה ביבליוגרפית

חקיקה

תקנות סדר הדין האזרחי, התשנ"ח – 2018
חוק יסודות המשפט, תשמ"ח – 1988
חוק בתי המשפט, נוסח משולב, תשמ"ד – 1984
תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד – 1984
פקודת הנזיקין, נוסח חדש.
פקודת השטרות, נוסח חדש.

פסיקה

רע"א 1530/13 אדוארד גדלוב נ. הארגז, פורסם בנבו, 5.5.2013
ד"נ 4693/05 בית חולים כרמל חיפה ואח', נגד עדן מלול, פד"י ס"ד (1) 533
ע"א 7375/02 בית חולים כרמל חיפה ואח', נגד עדן מלול, פד"י ס (1) 11.
ע"א 3592/01 עיזבון המנוח סימן טוב מנשה ז"ל נ' ע. אהרונוב קבלנות בניין (1988) בע"מ
2001, פד"י נ"ה (5) 193.
ע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999).
ע"א 678/86 חניפס נ. סהר חברה לביטוח פד"י מג(4) 177.
ע"א 375/72 שניסי נ. בצלציוני, פד"י כז (1) 741.
ד"נ 4/69 נוימן נ. כהן, פד"י כד' (2) 229.
ע"פ 28/49 זרקא נ. היועמ"ש, פ"ד ד 522
תא (י-ם) 10659-09-11 דניאל רטנר נ' אליהו לוי, פורסם בנבו 31.12.2015
ה"פ (י-ם) 5324/06 מריאן נ. רוזנפלד, פורסם בנבו, 25.5.2008,
תא 1058/94 עדן מלול (קטינה) נ' בית חולים "כרמל" חיפה, (פורסם בנבו, 18.07.2002)

ספרות מחקר

ספרים

פרופ' שלום אלבק, הראיות בדיני התלמוד (רמת גן, תשמ"ז).
אהרן ברק, מידתיות במשפט (2010).
פרופ' אשר גולאק, יסודי המשפט העברי – סדר דיני ממונות בישראל עפ"י מקורות התלמוד והפוסקים (ברליון, תרפ"ב), ספר הרביעי, "בתי הדינים ומהלך הדין בענייני ממונות.
יעקב קדמי, על הראיות, חלק שני, הדין בראי הפסיקה, מהדורה משולבת ומעודכנת, תשנ"א – 1991, ומהדורת עדכון והשלמה, תשנ"ה – 1995.
טליה פישר ואלכס שטיין, הגישה הכלכלית למשפט, עורך אוריאל פרוקצ'יה 2012, פרק כא'.
אברהם שיינפלד, נזיקין, במסגרת הסדרה, חוק לישראל: עריכה שיטתית ועדכנית של המשפט העברי כיסוד לחקיקה ולפסיקה על פי סדר חוקי מדינת ישראל (בעריכת פרופ' נחום רקובר) (ירושלים, תשנ"ב-1991).

מאמרים

דן ביין, 'נטל השכנוע וחובת הראיה בדיני מיסים', משפט וממשל ג', תשנ"ה.
אליהו הרנון, 'כיצד על שופט לנהוג כאשר אינו יודע אם להאמין לתובע או לנתבע', הפרקליט כא' (תשכ"ה), עמוד 415.
חיים שלמה חפץ, 'מקום בעלי הדין בשיטת דיני הראיות במשפט העברי' דיני ישראל' כרך יג-יד (תשמ"ו-תשמ"ח)
פנחס שיפמן, 'הספק בהלכה ובמשפט', שנתון המשפט העברי, כרך א (תשל"ד), עמ' 328-352.
בועז שנוור 'הבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בישראל' משפטים לו 177, 186-193 (2007).

כללי

אתר מכון דוידסון, הזרוע החינוכית של מכון ויצמן למדע,
בכתובת <https://davidson.weizmann.ac.il> בשאלה "איפה נמצא האלקטרון בסופרפוזיציה"
ו"מכניקת הקוונטים – לא רק לפיזיקאים".

משפט עברי

בבלי, בבא קמא, מ"ו א'
בבא קמא מ"ו ע"א
בבא מציעא, ח', ע"א

בבא מציעא, מב', ע"ב.
בבא בתרא לד' ב'.

הרמב"ם, הלכות טוען ונטען, טו', ד'.
הרמב"ם, הלכות מכירה, כ', י"א

אנציקלופדיה תלמודית, (כרך ט', תשי"ט) טורים תנא-תנטי'.

רב יהושע ויצמן, מחלוקת סומכוס וחכמים, בבא מציעא ב' ע"ב, אתר תורת ארץ ישראל – ישיבת מעלות, בכתובת <http://www.yesmalot.co.il/torat-il/mamarim.asp>