

שאינו צריך ראיה - מחקר וידע אמפירי בהליך הפלילי

פרופ' אורן גזל אייל*

לא למדו על תופעת הפשיעה, השלכותיה ודרכי ההתמודדות איתה. את ההחלטות המרכזיות במערכת האכיפה והמשפט הפלילית מקבלים סניגורים, תובעים ושופטים אשר לימודיהם האקדמיים כלל לא עסקו בפשע ובאכיפת החוק כגוף ידע מדעי. אין הכוונה כמובן שהם לא למדו דבר. הם למדו משפטים. הם יודעים מה קובע החוק ומה פסקו שופטים שונים בנושאים אלו ואחרים. אין מחלוקת שלידע זה חשיבות רבה. אבל דבר בלימודיהם לא הכשיר אותם לדעת מה מקדם שיקום, כיצד ניתן לשפר את ההרתעה, מה ההשלכות הקרימינולוגיות של המאסר, ובאילו מקרים ניתן להצדיקו לצורך הגנה על הציבור. הם גם לא למדו דבר על יכולותיו של הזיכרון האנושי, הגורמים שמובילים לאי דיוקים בזיכרון, לסתירות או לשקרים, המאפיינים של הודאות שווא, בשונה מהודאות אמת, הטיות בשיפוט ובהערכה סטטיסטית ותחומים רבים אחרים הדרושים למי שמתמחה בקביעת ממצאי עובדה.

בשונה ממערכות הרווחה, הבריאות או התחבורה, ההנחות שבסיס רבות מההחלטות במערכת האכיפה והמשפט הפלילית מתקבלות בלי שיש אפילו ניסיון לבחון את תקפותן. כך, בהליכים של טיעונים לעונש - המילים שיקום והרתעה נזרקות לחלל האולם לרוב מבלי שאיש מהנוכחים באולם המשפט מכיר את הידע המחקרי העצום שנאסף לאורך עשרות שנים בנושאים אלו.¹ בדיונים על מעצר, הסניגורים, התובעים והשופטים מדברים ברצינות רבה על מסוכנות לציבור או על חלופה מספיקה, לרוב מבלי שאיש מהם למד מעולם כיצד מערכים מסוכנות ומבלי שאיש במערכת ניסה לבחון מחקרית אילו פרמטרים משפיעים על הסיכוי שנאשם ימלט מהדין או ישבש הליכים.

לעיתים נראה שההתעלמות מהמחקר ומהידע היא כמעט אידאולוגיה, ושופטים מקדשים אותה גם כשידע מבוסס נמצא זמין. כך, במקרה אחד קבע בית המשפט העליון כי שופט רשאי להעריך אם חלה עלייה בהיקפה של תופעה עבריינית מסוימת על בסיס ניסיונו האנקדוטלי באולם המשפט, אף שאין כל קושי לקבל נתונים אמפיריים מהמשטרה בדבר היקף התופעה.² גם במקרים אחרים הפגין בית המשפט הסתייגות משימוש במחקרים אמפיריים.³

לעיתים ניתן למצוא מחלוקות בין הרכבי שופטים בסוגיות אמפיריות

אין חולק שהסניגוריה הציבורית שינתה מן היסוד את רמת ההגנה המשפטית של חשודים ונאשמים הזכאים להגנה במימון ציבורי ואת היקף זכאותם. על כך דובר רבות. אולם רשימה זו מבקשת להאיר תחום אחר בו תרמה הסניגוריה בעשרים שנותיה תרומה עצומה - החדרת המדע למערכת המשפט הפלילית. זה לא היה בהכרח צפוי. דבר בחוק הסניגוריה לא מלמד שהגוף החדש שנולד לפני עשרים שנה יסייע לקדם מדיניות-מבוססת-ממצאים (evidence based policy) במערכת המשפט הפלילית. על פניו, מדובר בגוף שהשפעתו על מדיניות מערכת אכיפת החוק צפויה להיות הקטנה ביותר, במערכת בה הפרקליטות, המשטרה ובתי המשפט תופסים את המקום המרכזי. אבל בדרכה העצמאית, הכמעט חתרנית, הסניגוריה מובילה שינוי בתפיסה ובשיח. בזכות הסניגוריה, דיונים על חקיקה ומדיניות, ובמידה מועטה יותר גם דיונים בבתי המשפט, כבר לא תמיד מסתפקים באינטואיציות ובפסאודו-ידע שנשען על ניסיון מוטא. הגיליון החגיגי הזה, עם חגיגות ה-20 שנה לסניגוריה הציבורית, הוא הזדמנות מצוינת לעמוד על ניצני התהליך החשוב הזה ולבחון את התקדמותו.

מערכת הבריאות נועדה לצמצם את התחלואה ולרפא את החולים. עכשיו דמיינו לעצמכם שמקבלי ההחלטות היום-יומיות, הרופאים והאחיות, היו מגיעים לתפקיד בלי כל ידע באנטומיה ובלי ללמוד אילו טיפולים יעילים ואילו תרופות עובדות. במילים אחרות, דמיינו מערכת רפואה שבה הרופאים לא למדו רפואה. הם מרפאים לפי אינטואיציות כמו רופאי האליל של פעם. מוזר לא? לא הייתי רוצה להיות מטופל של מערכת כזו.

מערכת הרווחה נועדה לסייע לאנשים הנתונים במשבר, ולשקמם. עכשיו דמיינו מערכת שבה העובדים הסוציאליים לא למדו כלל על מדיניות רווחה, פסיכולוגיה וכיצא בזאת. במילים אחרות, דמיינו מערכת רווחה עם עובדים סוציאליים שלא למדו עבודה סוציאלית. קצת מצחיק, לא? לא בטוח שהיינו נלהבים ממערכת רווחה כזו.

מערכת המשפט הפלילית נועדה להתמודד עם הפשיעה והשלכותיה. למרות זאת אין לנו כל קושי לדמיין שכל העוסקים במלאכה מעולם

* פרופ' מן המניין וראש המרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודה לדפנה גלוק, אלון הראל, חגית לרנא ומורן שלזינגר על הערותיהן המועילות.

1 לסקירה תמציתית של הידע בתחומים אלו ראו הועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים **דין וחשבון** 28-18 (2015). ראו גם חגית לרנא **עבריינות ואכיפת חוק: תיאוריה, מדיניות, ביקורת** (2016).

2 בית המשפט קבע כי ביכולתו לקבוע שעבירה מסוימת הפכה נפוצה אף בלי שיוצגו לו נתונים על כך, זאת למרות שנתונים על מספר העבירות ניתנים למציאה בקלות. בית המשפט נימק עמדה זו בטוענו כי ביכולתו להסתמך על חוש המומחיות שלו והתרשמותו המבוססת על היחשפות לתיקים המגיעים לפניו. ראו ע"פ 5535/12 **כאברי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.5.2013).

3 ראו חגית לרנא ואושרה קנצ'ולסקי "ואף על פי כן נוע תנוע" **הסניגור** 116, 5, 7-5 (2006) (ביקורת על בחירת בית המשפט להסתייג משימוש במידע אמפירי להערכת היקף ההפרה של הזכות להיוועצות). אף ראו רע"פ 3677/13 **אלהרוש נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 8.12.2014). בו הסתמך בית המשפט בהרחבה על מחקר אמפירי לצורך קביעת "מדיניות הענישה הנוהגת" בעבירה של כניסה לישראל שלא כדין (בית המשפט הסתמך על: אורן גזל-אייל "מתחמים לא הולמים: על עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" **משפטים על אחר** 1 ו (2013) <http://mishpatimonline.files.wordpress.com/2013/07/mishpatimonline06001.pdf>).

באלפי מחקרים, ומחקרים חדשים בתחומים אלו נערכים כל הזמן. כפי שבתחום הרפואה, הרווחה והפסיכולוגיה מבוצעים מחקרים רבים לבחינת דרכים שונות להתמודדות עם בעיות רפואיות, חברתיות או פסיכולוגיות, ולטיפול בהן, כך גם בתחום הקרימינולוגיה - הענף המחקרי שמרכז את חקר העבריינות ומערכת המשפט הפלילית בהסתמך על שיטות מחקר מדיסציפלינות שונות כגון פסיכולוגיה, סוציולוגיה, ביולוגיה וכיו"ב. חוקרים רבים מרכזים מאמץ להבין את תופעת הפשיעה ואכיפת החוק, את השפעות הענישה ואת התופעות הגורמות לטעויות בהערכת עובדות. אולם בזמן שמצופה מכל רופא להכיר את בסיס הידע המדעי בתחום ההתמחות שלו, פרקליט יכול להגיש כתב אישום המבוסס על הודאה בלי שקרא מחקר אחד על הודאות שזוא, תובע יכול לטעון למסוכנות בבקשת מעצר בלי שראה מעולם ולו מאמר אחד העוסק במאפיינים של מסוכנות, סניגור יכול לטעון לחוסר מהימנות של זיכרון מבלי שלמד מעולם קורס על מהימנות הזיכרון, שופט יכול להכריע את דינו של נאשם בלי להכיר בכלל את המתודולוגיה של המחקרים הפסיכולוגיים על כשלי זיכרון, שקרים, הטיות בשיפוט או הסקה הסתברותית.

גרוע מכך, מבין העוסקים בתחום יש הסבורים שאין כל ערך לידע המדעי שכן האינטואיציות שלהם טובות מכל ידע שנרכש בצורה סדורה. גם אלו שלא מחזיקים בגישה כה קיצונית יטענו פעמים רבות שהחוסר האמור בידע אינו משמעותי כי הניסיון שלהם יכול לכפר על חוסר הידע המדעי.¹¹ אולם אין טעות גדולה מזו. המחקר המדעי מלמד כי בכל תחום, ניסיון בלא היזון חוזר מידי ומדויק יוצר לרוב יותר נזק מתועלת,¹² ומרבית ההחלטות בהליך הפלילי מתקבלות בלא שמקבל ההחלטות נהנה מהיזון חוזר מלא ומדויק. כך, שופט המחליט אם יש "סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים"¹³ או "שהטלת עונש מסוים תביא להרתעתו",¹⁴ לא זוכה לדעת אם העונש שהטיל אכן קידם את הרתעת היחיד או הרתעת הרבים.

לחלוטין, כששני הצדדים למחלוקת מבססים את טענותיהם הקרימינולוגיות על אינטואיציות או על פסיקות קודמות של בית המשפט. כך, בעניין **מירום** קבע בית המשפט העליון כי התמשכות ההליכים בעבירות צווארון לבן מצדיקה הימנעות ממאסר מכיוון שההליכים הממושכים עצמם "כמוהם כעונש שאינו כתוב בשום חוק" ומכיוון ששיקול ההרתעה בבחירת העונש הוא "שיקול מפוקפק".⁴ מנגד, בעניין **אביהו הורביץ**,⁵ הלכת **מירום** נהפכה. במקרה זה קבע בית המשפט העליון כי גם במקרים מעין אלו החמרה בענישה נדרשת כדי לקדם את ההרתעה.⁶ המחלוקת הבין-דורית בבית המשפט העליון בדבר השלכות ההליך המתמשך על העונש, או ההשפעה של חומרת העונש המגיע באיחור על עברייני צווארון לבן הובילה לתוצאות שונות בשני המקרים - אולם באף אחד מפסקי הדין לא הייתה התייחסות למחקרים שבחנו מה ההשפעה של התמשכות ההליכים על נאשמים,⁷ או להשפעת עונש המאסר להרתעת נאשמים בעבירות צווארון לבן.⁸ כיוון שהמשפט אינו מדע אמפירי, הפרקליטים, הסניגורים ובתי המשפט - שהכשרתם היא משפטית בלבד - דנו בשאלות האמפיריות הללו כאילו הן שאלות נורמטיביות שניתן להשיב עליהן באמצעות עיון בפסיקות בית המשפט העליון.⁹

גם בתחומים אחרים שיקול הדעת של העוסקים בתחום כלל לא מבוסס ידע. למשל, הערכת מהימנות של עדויות ושל הודאות היא תחום שעליו קיימת ספרות מחקרית עצומה. למרות זאת שופטים, תובעים וסניגורים מסתמכים על אינטואיציות ו"שכל ישר" ומחליטים פעמים רבות בניגוד גמור לידע הקיים.¹⁰ בדומה, אופן פעולת הזיכרון הוא דבר הכרחי להערכת מהימנות של עדים, נושא בו עוסקים תובעים, סניגורים ושופטים כל הזמן. למרות זאת, הנושא לא נתפס כמרכיב חובה בהכשרתם הפורמאלית של משפטנים או כמרכיב הרלוונטי להכרעה העובדתית במשפט.

אין מדובר בתחומים שלא נחקרו. כל הנושאים שהוזכרו לעיל נבחנו

4 ראו ע"פ 125/74 מירום, חברה למסחר בינלאומי בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 57, 65 (1975).

5 ע"פ 2103/07 הורביץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.12.2008).

6 שם, פס" 337 לפסק הדין: "גם על העבריינים בעבירות אלה לדעת כי העונש, גם אם יגיע באיחור - יגיע. משתובנה זו תהא ברורה, איננו סבורים כי תיפגע ההרתעה הגלומה בענישה".

7 ראו למשל, Kenneth Mann, *The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court* (1979); Malcolm M. Feeley, *The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court* (1979); Stanton Wheeler & Austin Sarat, *Sentencing the White-Collar Offender*, 17 Am. Crim. L. Rev. 479 (1980).

8 ראו למשל Elizabeth Szojky, *Imprisoning White Collar Offenders Convicted of White Collar Crimes*, 33 Criminology 587 (1995) (מצאו שאין הבדל בשיעורי העבריינות החוזרת של מי שנדונו למאסר ומי שלא); Elizabeth Szojky, *Imprisoning White Collar Criminals?*, 23 S. Ill. U. L.J. 485 (1998-1999) (ענישה פורמאלית משפיעה פחות מענישה לא פורמאלית, וסיכויי התפיסה חשובים יותר מחומרת העונש); חיים גבאי *אפקטיביות האכיפה של דיני המס באמצעות החוק הפלילי* (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר אילן, 2014) (מצא שהסיכוי להיתפס משפיע על ההרתעה מפני ביצוע עבירות מס, אולם חומרת העונש לא נמצאה משפיעה).

9 לביקורת על התעלמות הפסיקה מהמחקרים בתחום ההרתעה ראו אורן גזל-אייל "התפתחויות במשפט הפלילי הדיוני והמהותי - 2012-2014" *דין ודברים* ט 517 (2016). ראו גם אורן גזל אייל "הריגה ממתחם העונש ההולם" *ספר דורית בניש* (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, צפוי להתפרסם ב-2016).

10 Dr. Stephen Porter & Leanne ten Brinke, *Dangerous Decisions: A Theoretical Framework for Understanding How Judges Assess Credibility in the Courtroom*, 14 Legal & Crim. Psychol. 119 (2009). ראו לדוגמה דברי בית המשפט העליון בע"פ 2094/15 *אטיאס נ' מדינת ישראל*, פס" 51 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.9.2016) לפיהם "ניסיון החיים והשכל הישר מלמדים, שאין אדם מודה באופן חופשי ומרצון בביצוע של עבירה, אלא אם כן אמת בפני; וככל שמדובר בעבירה חמורה יותר, כך גובר כוחה של הנחה זו". כמחקרים אחרים, טענה זו הועלתה בלא ניסיון לבסס אותה מחקרית.

11 ראו למשל ע"פ 355/88 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 221 (הניסיון מאפשר לשופט לבחון את האמון שיש ליחס לעדים). ראו גם ע"פ 1258/03 *פלוני נ' מדינת ישראל*, פ"ד נח(6) 625 (התערבות ערכאת הערעור בממצאי עובדה תהיה נדירה כיוון שלערכאה הדיונית יתרון בהערכת מהימנות בשל היכולת להתרשם מן העדים ובשל הניסיון השיפוטי שלה בהערכת מהימנות).

Berndt Brehmer, *In One Word: Not From Experience*, 45 Acta Psychologica 223 (1980).

12 13 סעיף 140 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

14 140 סעיף לחוק העונשין.

עדויות, נמצא במידת הביטחון העצמי שלהם במסקנה. חוקרי המשטרה האמינו יותר מההדיוטות כי הערכותיהם היו נכונות.²²

בדומה, מרבית העוסקים בתחום מאמינים שהניסיון שלהם מקנה להם יתרון בתפקידיהם המשפטיים, כגון שימוש נכון יותר בשיקולי השיקום וההרתעה בגור הדין, הסקת מסקנות עובדתיות מהראיות²³ והערכת מסוכנות של חשודים ושל נאשמים.²⁴ אלא שכמו חוקרי המשטרה בניסוי שתואר לעיל, לביטחון זה אין בסיס.²⁵

חשוב להבהיר, הניסיון אינו חסר ערך. הניסיון עשוי לסייע לניהול מהיר יותר של ההליכים, ולשנות את הדינאמיקה של הליך קבלת החלטות.²⁶ הניסיון יכול לתרום לכך שהחלטות יעמדו טוב יותר במבחן הביקורת, למשל. סניגור לומד מניסיונו אילו טענות יתקבלו ואילו לא. תובע מקבל משוב סדיר פחות או יותר על החלטה בדבר העמדה לדין, כשביט המשפט מרשיע את הנאשם או מזכה. שופט מקבל משוב מערכאת הערעור. ביקורת זו מבטיחה רמת דיוק גבוהה יותר מבחינה משפטית. אולם כיוון שגם בתי המשפט וערכאות הערעור לא נסמכים על ידע מחקרי, המשוב האמור לא מקדם דיוק במובן העובדתי. אין בו כדי לצמצם הרשעת חפים זיכוי אשמים, או כדי להבטיח שמי שצפוי לסכן את הציבור או לשבש הליכים ייעצר, ומי שהסיכוי שיעשה זאת נמוך - ישוחרר. חזו הנקודה הקריטית לגביה נדרשת מדיניות נסמכת ראיות.

ניתן לטעון כי כך פועל המשפט בכל תחום.²⁷ שופטים העוסקים בתיקי תכנון ובניה אינם מומחים לאדריכלות או לתכנון ערים, שופטי בית הדין להגבלים עסקיים לא למדו בהכרח כלכלה, ושופטי בתי הדין לעבודה הדנים בתיקי ביטוח לאומי לא התמחו בהכרח במדיניות רווחה. זה נכון. אולם המשפט הפלילי שונה מכל תחום אחר של מדיניות ציבורית, מכיוון שבכל התחומים האחרים החלטות הבסיסיות מתקבלות על ידי הרשות המפקדת על התחום. החלטות תכנוניות מתקבלות לאחר ייעוץ

בדומה, שופט המחליט לעצור חשוד בשל מסוכנותו, אינו יכול לדעת בדיעבד אם המעצר היה מוצדק. אין לשופט דרך לדעת מה היה קורה אילו הנאשם היה משוחרר. היזון חוזר מסוים יכול להימצא במצב ההפוך, בו הוחלט לשחרר את החשוד, אולם גם משוב זה הוא חלקי ולא מדויק. לא כל עבירה שמבצע המשוחרר נחשפת, ולא כל פעם שהיא נחשפת, המידע מגיע לשופט.²⁵ במקרים החריגים בהם המידע על התממשות מסוכנותו של חשוד ששוחרר מגיע לידיעת השופט, המידע מפורש בצורה מוטת בשל שורה של הטיית אנושיות.²⁶ כך, הטיית הנגישות או הבולטות מבטיחה ששופטים יתנו יותר משקל למקרים המעטים אך הבולטים שבהם החשוד ביצע עבירות כשהיה משוחרר בתנאים (ובייחוד אם מדובר בעבירה שהסתיימה בתוצאה קשה או קטלנית) מאשר למקרים הרבים בהם המסוכנות לא התממשה.²⁷ הבולטות של אותם מקרים עלולה להאפיל גם על הנזקים הרבים והמצטברים שנגרמים ממעצרים של חשודים שלא היו פוגעים באחרים אילו היו משוחררים.²⁸ מסיבה זו ומסיבות נוספות הניסיון השיפוטי לא מוביל לדיוק רב בהערכות מסוכנות או חשש מהימלטות והתוצאה היא ששופטים עוצרים פעמים רבות חשודים שאינם מסוכנים ולעיתים רחוקות יותר גם משחררים חשודים שהסכנה מהם גדולה.²⁹ הניסיון, אם כן, אינו תחליף לידע מחקרי.

בדומה, מקבלי החלטה בדבר העמדה לדין או הרשעה, אף שבחנו תיקים רבים, לא יודעים בדיעבד מתי טעו והובילו להרשעת חף או לזיכוי של אשם, ומתי צדקו. גם כאן, הניסיון לא יכול להוביל לשיפור בדיוק.

ניתן להדגים את העיוות באמצעות הדוגמא הבאה: שופטים, פרקליטים וחוקרים מאמינים פעמים רבות ביכולתם לאבחן את אותות האמת של העדים. למעשה מערכת המשפט נשענת במידה רבה על אמונה זו.²⁰ אולם מחקרים מראים כי גם חוקרי משטרה וגם הדיוטות לא מסוגלים להעריך מתי נחקר משקר.²¹ חשוב מכך, ההבדל העיקרי בין חוקרי משטרה (בעלי הניסיון) להדיוטות שנתבקשו להעריך מהימנות של הודאות ושל

15 ראו Mandeep K. Dhami & Peter Ayton, *Bailing and Jailing the Fast and Frugal Way*, 14 J. BEHAV. DECISION MAKING 141, 143 (2001) שם, שם.

17 דניאל כהנמן "נקודת מבט על שיפוט ובחירה: מיפוי הרציונליות החסומה" **דניאל כהנמן ועמיתים: רציונליות, הוגנות, אושר** 247 (מיה בר-הלל עורכת, 2005). וראו גם מאמרם של אלון הראל ודביר יוגב בגיליון זה, המציג את הטיית החרטה בהליך המעצר.

18 לדוגמה של הטיית הזמינות העוסקת בהשפעת אכזר של מקרה מוות על החלטות שיפוטיות ראו Jamie Arndt et al., *Terror Management in the Courtroom: Exploring the Effects of Mortality Salience on Legal Decision Making*, 11 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 407 (2005). להטייה שיפוטית בהחלטות מעצר ושחרור בערובה ראו Samuel R. Wiseman, *Fixing Bail*, 84 GEO. WASH. L. REV. 417 (2015).

19 ראו למשל Shima Baradaran & Frank L. McIntyre, *Predicting Violence*, 90 TEX. L. REV. 497 (2012).
20 ראו למשל סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, נ"ח 421.

Saul M. Kassir, Christian A. Meissner & Rebecca J. Norwick, *"I'd Know a False Confession If I Saw One": A Comparative Study of College Students and Police Investigators*, 29 LAW & HUM. BEHAV. 211, 216 (2005).

22 שם, בעמ' 218. מחקרים מראים כי ניסיון ומומחיות אינם משפרים את היכולת לאבחן אמת משקר, והשפעתו העיקרית של הניסיון הוא בשיפור הביטחון העצמי של האדם ביכולתו לזהות שקרים. ראו למשל, Bella M. DePaulo & Roger L. Pfeifer, *On-the-Job Experience and Skill at Detecting Deception*, 16 J. APPLIED SOC. PSYCHOL. 249 (1986) בסרט, שגו בשיעורים גדולים (90% מהדיהויים היו שגויים). אף ששיעורי השגיאה הגדולים היו דומים בקרב השוטרים והסטודנטים, השוטרים הפגינו ביטחון עצמי גדול בהרבה בתשובותיהם (השגויות). ראו גלי גינת, "כולם נראים דומים": האם גם אתם תרשיעו שחור חף מפשע? **וואלה - חדשות** 18.8.2016 news.walla.co.il/item/2989304 (מתארת מחקר שטרם פורסם של ד"ר לאה יגר, המחקר עצמו נמצא בידי הכותב).
23 שם.

24 ראו Dhami & Ayton, לעיל ה"ש 15.
25 ראו Brehmer, לעיל ה"ש 12. ראו גם, Bella M. DePaulo, *Spotting Lies: Can Humans Learn to do Better?*, CURR. DIR. PSYCHOL. SCI. 83, (1994) 84 (ניסיון לא משפר יכולת לאבחן אמת); וכן Dhami & Ayton, לעיל ה"ש 15, בעמ' 153 (שופטי שלום דיווחו על ביטחון עצמי גבוה בדיוק של החלטותיהם בבקשות מעצר, למרות שהחלטותיהם היו בלתי עקביות).

26 ראו אורן גל אייל ונחמי פוליטיס "התמקצעות או כלליות - השפעה של התמקצעות של שופטים על ההליכים והחלטות" **משפטים** מד 891 (2014).
27 ראו אוריאל פרוקצ'יה, בועות משפט, **משפטים** כ 9 (1990).

עוד אין דרישה פורמאלית להתמחות מיוחדת בקרימינולוגיה לעוסקים במשפט פלילי, האקדמיה יכולה בעיקר להציע תוכניות בתחומים אלו, אך לא יכולה להבטיח שכל מי שמורשה לעסוק במשפט פלילי אכן מכיר את תחומי הידע הרלוונטי.

חשוב להדגיש, המחקר האמפירי והקרימינולוגי אינו תרופת פלא. לשאלות רבות אין תשובות, ולא תמיד ברור כיצד ניתן ליישם את הידע המחקרי על מקרה בודד. כפי שהידע המחקרי ברפואה לא מבטיח שכל חולה יקבל את הטיפול המותאם לו ביותר, כך גם העמקת הידע המחקרי בקרימינולוגיה לא תמנע טעויות בעתיד. אולם היקף השימוש בידע המחקרי כיום הוא כה נמוך, שהחלטות רבות כוללות שגיאות בוטות ובלוטות. כך שבנקודת המוצא בה נמצאת מערכת המשפט הפלילית כיום, להעמקת הידע המחקרי והשימוש בו תהיה תרומה גדולה לשיפור איכות החלטות.

אם כך, מה הפתרון? נראה כי הדרך להבטיח שהחלטות המתקבלות במערכת אכיפת החוק ובמערכת המשפט יתבססו על ידע מדעי הוא בשיפור ההכשרות למשפטים העוסקים בתחום. לטווח הארוך, ראוי היה שכל שופט, תובע או סניגור העוסק בתחום הפלילי כדרך שגרה, יידרש גם ללימודים פורמאליים בקרימינולוגיה. אולי, למשל, לתואר שני בקרימינולוגיה שיותאם לצורך זה, או לתואר שני במשפטים שתכניו יעסקו במחקרים מהתחומים הרלוונטיים. ראוי היה לקבוע כי הסמכה של משפטן כתובע, סניגור או שופט העוסק בפלילים מחייבת גם הכשרה פורמאלית ייחודית בקרימינולוגיה. אמנם גם הכשרה כזו לא תוכל להעניק את מלוא עולם הידע הדרוש, אולם כמו בכל תחום ידע אחר, ההיכרות עם שיטות המחקר, הספרות והדרכים לאתר את הידע חשובה יותר מהקניית הידע עצמה.

בטווח הקצר יותר יש מקום להיעזר יותר בבעלי מומחיות בהליך הפלילי. כבר כיום נעזרים משפטים בחוות דעת של שירות המבחן או מעריכי מסוכנות שמעריכות את פוטנציאל השיקום או החשש מרצידיביזם. ניתן להרחיב היעזרות זו במומחים גם לתחומים אחרים. כך, לאחרונה החלו בתי המשפט להיעזר במומחים החוקרים את הזיכרון האנושי בתיקים מסויימים.²⁸ בדומה, ניתן לקבוע כי במקרים החריגים בהם יהיה מקום לטענה כי "יש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים", תידרש חוות דעת של מומחה או ביסוס מחקרי אחר לטענה.²⁹ ברי כי לא כל הכרעה תוכל להסתמך על מומחים - גם לו היו לצדדים משאבים מתאימים, לא בכל תחום ניתן להגיע למסקנה ברורה

של אדריכלים ומומחי תכנון ברשויות התכנון, הרשות להגבלים עסקיים נשענת על כלכלנים רבים בהליכי קבלת החלטות שלה, וגם מדיניות הרווחה לא נקבעת בבתי המשפט.

תחום המשפט הפלילי הוא ייחודי מכיוון שהסמכות הראשונית לקבוע מדיניות היא בידי המשפטים. תובעים ושופטים לא נכנסים לתמונה רק במקרים החריגים בהם מתעוררת מחלוקת, אלא מכריעים בכל מקרה ומקרה. אם בתחום הרווחה, החינוך, התכנון והבניה ובכל תחום ציבורי אחר, ההכרעות הראשוניות מתקבלות ברשויות המנהליות, ורק המחלוקות מגיעות להכרעה משפטית, הרי שבתחום הפלילי כל הליך מוכרע על ידי אנשי המשפט. ההחלטה על הגשת כתב אישום, על סגירת התיק או על חלופות, ההחלטה אם להרשיע נאשם וההחלטה איזה עונש להטיל עליו - הן החלטות שהרשויות המשפטיות מקבלות בכל הליך פלילי, ולא רק במקרים הספורים בהם מבקש מאן דהו לתקוף משפטית החלטה של רשות מקצועית. שיטות הערכת הראיות, רמת הענישה ומדיניות המעצרים - כל אלו נקבעים על ידי שופטים ומשפטים, וכמעט רק על ידם.

המשפט הפלילי ייחודי גם מכיוון שלא חלים בו כללי ה-deference דהיינו הכללים לפיהם בית המשפט לא בא במקום הרשות. אם ביתר ענפי המשפט הציבורי שיקול הדעת נמצא בידי הרשות השלטונית, והמשפטים רק בוחנים את חוקיות החלטותיה, במשפט הפלילי שיקול הדעת נמצא בידי המשפטים. התביעה הפלילית - המורכבת ממשפטים - היא המחליטה אם להגיש כתב אישום, היא לא רק בוחנת אם שוטרים פעלו כדיון. בית המשפט הוא המחליט אם להרשיע ואיזה עונש להטיל, הוא לא מסתפק רק בבחינה אם עמדת התביעה סבירה. וכך יוצא כי המשפטים מקבלים את החלטות הפרטניות ובתוך כך גם קובעים את מדיניות הטיפול בתופעת העבריינות. כשהדבר נעשה בלא שיש למשפטים היכרות כלשהי עם הידע המחקרי שנצבר בתחום אכיפת החוק - הסיכוי לקבלת החלטות רציונליות קטן מאוד.

אין ספק כי חלק מהאשם הוא שלנו, של האקדמיה המשפטית. אופן הכתיבה המחקרית הוא לרוב טכני ובלתי נגיש, ומרבית המחקרים מפורסמים בכתבי עת זרים ובשפה זרה. האקדמיה צריכה להנגיש יותר את הידע הנצבר בה למשפטים, באמצעות כתיבה פחות טכנית ופרסום סקירות של מחקרים בשפה העברית. בנוסף, בהליך ההכשרה בפקולטות למשפטים יש צורך לשלב ידע נרחב יותר במדעי החברה ובשיטות מחקר, כדי שמשפטים ידעו להתמודד גם עם ספרות מחקרית בתחומים שונים. אולם גם הכשרה כזו לא תוכל להתמקד בחקר הפשיעה והשלכותיה. כל

28 ראו למשל ת"פ 10873-04-13-11 **מדינת ישראל נ' אתאל** (פורסם בנבו, 29.12.2014) (בית המשפט משבח את הסניגוריה על הבאת חוות דעת לעניין של קרימינולוגית המתמחה בתחום היהוי של עדים, ואת הפרקליטות "שלא רק שלא התנגדה לחוות הדעת, אלא קיבלה אותה בברכה, והבהירה שאין היא חולקת על עקרוניתה, אלא על אופן היישום במקרה זה"). מנגד, ראו ת"פ (חי') 7306-12-13 **מדינת ישראל נ' דוידוב** (פורסם בנבו, 18.12.2014) (בית המשפט דוחה את בקשת הסניגוריה להגיש חוות דעת מאתה קרימינולוגית מומחית בקובעו כי "הערכת וקביעת ממצאי אמינות ומהימנות מסורה, כעיקרון, לבית המשפט ולו בלבד... משכך, אין מקום להיעזר בהקשר זה במומחים מטעם הצדדים).

29 כך, למשל, נטען לעיתים כי החמרה בעונשם של שוהים שלא כדיון בתוך מתחם העונש ההולם נדרשת כדי לקדם הרתעה. ראו למשל הדיון בסוגיה בעניין **אלהרוש**, לעיל ה"ש 3. כדי לבסס טענה כזו או להפריך אותה ניתן יהיה להציג מחקר שיבחן האם לאחר הפחתת עונשי המאסר המוטלים על שב"חים בעקבות הלכת אלהרוש היה שינוי במספר הנכנסים לישראל שלא כדיון, או, לעניין הרתעה אישית, האם יש הבדל בשיעורי הרצידיביזם של שב"חים שנדונו לעונשי מאסר שונים, בתקופה בה הייתה מדיניות ענישה שונה בבתי משפט שונים. להבדלים במדיניות הענישה בין המחוזות השונים בעבר ראו רע"פ 3173/09 **פראגין נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 5.5.2009), וכן גזל-אייל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 10-16.

באמצעות מומחים. אולם להרחבת ההיעזרות במומחים עשויה להיות השלכה גם למקרים אחרים, בהם בתי המשפט יחליטו בלא מומחים, מתוך הבנה טובה יותר של הידע המדעי בתחום בו הם עוסקים.

אמצעי אחר שניתן לאמץ במטרה להעמיק את הידע הקרימינולוגי של המשפטנים המופקדים על מערכת האכיפה הוא שינוי הדגש במערך ההכשרות. שיפור מסוים ניתן יהיה להשיג אם בתי המשפט, הפרקליטות, התביעה המשטרית, הסניגוריה ולשכת עורכי הדין - ירכזו את מאמציהם בעריכת השתלמויות בקרימינולוגיה ובהיבטים פסיכולוגיים, סוציולוגיים ואחרים של המעורבות בהליך הפלילי. היכרות בסיסית עם שיטות המחקר של מדעי החברה ורכישת כלים לקריאת מאמרים בתחום יכולים גם הם לסייע רבות לשיח בתחום המשפט הפלילי. לכאורה הדבר יבוא על חשבון הידע המשפטי, הזמן של כולם מוגבל והתמקדות בסוג ידע אחד עשויה לבוא על חשבון לימוד של סוג אחר. אולם במצב הקיים כיום מרבית העוסקים בתחום יודעים כיצד למצוא את המקורות המשפטיים הדרושים כדי להתמודד עם הסוגיות השונות בהן הם נתקלים. מנגד, במצב הדברים בו אנו מצויים כיום, משפטן שיבקש תשובה לשאלות הנוגעות להרתעה, מסוכנות, שיקום, מהימנות זיכרון, אמינות של עדויות, השפעות של שיטות תשאל שונות, הטיות קוגניטיביות וכיוצא באלו, לא יודע לרוב איפה להתחיל לחפש את התשובה, ולא יודע תמיד להבין את שיטות המחקר וניתוח הנתונים. ואלו שאלות שכל שופט, תובע או סניגור עוסק בהן לא פחות מאשר בפירוש המשפטי של היסוד הנפשי או העובדתי של עבירה זו או אחרת.

השינויים המוצעים אינם פשוטים ליישום. הקושי אינו רק אישי אלא גם מערכתי. גורמי המשפט לא נסמכים על ידע מחקרי ולא רואים בו חלק בלתי נפרד ממאגר הידע הדרוש להם. בעוד שברבים ממשרדי הממשלה פועלת יחידת מדען ראשי שאמורה לסייע באיסוף הידע המחקרי הנוגע לעבודת המשרד, וללוות מחקרית שיטות פעולה שונות כדי לבדוק את יעילותן, במשרד המשפטים אין ולו יחידת מחקר קטנה ביותר. ברשות השופטת יש יחידת מחקר קטנה אולם גם היא מקדישה חלק גדול מזמנה לנושאים (חשובים) הקשורים בתפעול וניהול מערכת בתי המשפט, ורק המעט שנותר עוסק בסוגיות הקשורות ישירות לפעולת השפיטה. לפיכך התרומה של מחלקה זו לשיפור הדיוק של ההכרעות השיפוטיות בכלל, ובהליך הפלילי בפרט, מוגבלת מאוד.

מבחינה זו הסניגוריה הציבורית היא גוף חריג. כבר מבחינה פרסונאלית ניכר ההבדל בינה לבין יחידות המשפט האחרות. כמעט מחצית מהצוות הפנימי בסניגוריה הציבורית הארצית הינם דוקטורים, וכנאלו ערים הרבה יותר לידע המחקרי והאקדמי. חלק מהם ערכו מחקרים אמפיריים או קרימינולוגיים,³⁰ והאחרים, אף אם הדוקטורט שלהם היה במשפטים, בקיאים במחקרים האלו כיוון שכיום מחקרים מדיסציפלינות שונות מהווים חלק הולך וגדל מהשיח באקדמיה המשפטית. הסניגוריה משתפת דרך קבע בפורומים העוסקים בסוגיות קרימינולוגיות בעולם, כמו רשת החפות, ומקדישה מאמץ מיוחד וחריג לביסוס מחקרי ואמפירי של עבודתה. ייחודה של הסניגוריה הציבורית בא לידי ביטוי גם בפורומים המשפטיים השונים בהם היא משתפת, כגון ועדות הכנסת והוועדות הציבוריות השונות העוסקות במדיניות וחקיקה. בדיונים אלו, מרבית המתדיינים מבססים טיעוניהם על אמירה זו או אחרת של בית המשפט העליון, או על אינטואיציות בדבר ההשפעה של כלל כזה או אחר על ההליכים ותוצאותיהם. מנגד, מנציגי הסניגוריה נשמעות בתדירות גבוהה הרבה יותר טענות המבוססות על ראיות או מחקרים; טענות שהרלוונטיות שלהן לקביעת מדיניות גדולה בהרבה מהרלוונטיות של הדרך בה נעשו הדברים על ידי משפטנים עד כה. הפתיחות של הסניגוריה למחקר נלמדת גם מנכונותה להקדיש משאבים זמן כדי לנצל את הידע העצום שנרכש על ידה לביצוע מחקרים, פתיחות שקשה הרבה יותר למצוא בקרב הגופים האחרים.³¹

ניצני שינוי מתחילים לראות גם בגופים אחרים. בפרקליטות יש כבר מספר קטן של מנהלי מחלקות בעלי תואר דוקטור, ומשרד המשפטים עתיד להקים מחלקת מחקר בעקבות אימוץ דוח ועדת דורנר והצעת חוק העונשין הממשלתית המתקנת את ההוראות בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה.³² בבית המשפט העליון פועלת מחלקת מחקר קטנה. מחקר אקדמי מלווה מספר תוכניות ניסיוניות, כמו בתי משפט קהילתיים או נוהל ההטיה מההליך הפלילי. אבל נראה כי יחלפו שנים רבות עד שמערכת המשפט תפנים את מה שהרפואה המודרנית הבינה זה מכבר: רופא לא יכול לנסות להתאים תרופה למחלה בלי ללמוד רפואה. משפטן לא יכול לסייע בהתמודדות עם הפשיעה בלי ללמוד קרימינולוגיה. ועד אז, המילים הרתעה, שיקום, מהימנות, מסוכנות ורבות אחרות יזרקו לחלל אולמות המשפט כמנטרה חלולה ללא כיווץ.

30 לדוגמה, המשנה לסניגור הציבורי הארצי כתבה את אחד הספרים היחידים בעברית בתחום הקרימינולוגיה, המציג תמונה מקיפה של הידע שנאסף בנושא מדיניות אכיפת החוק. ראו **לרנאו**, לעיל ה"ש 1. ד"ר אביטל מולד, מי שהייתה בעבר הממונה הארצית על ייצוג נוער, ערכה עבודת דוקטורט בעבודה סוציאלית. 31 כך מספר בקשות יידיד בית משפט שהגישה הסניגוריה מסתמכות על נתונים אמפיריים או סקירת מחקרים אמפיריים. ראו למשל ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461 (2006); ע"פ 111/99 **שוורץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(2) 241 (2000). לדוגמה נוספת לביצוע מחקר אמפירי לצורך ביסוס טענות של הסניגוריה ראו גם עניין **פראגין**, לעיל ה"ש 29 (ביסוס הטענה לפערי ענישה בין מחוזות). 32 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 128) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשע"ו-2016.