

מה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בהכרעות בדבר קבילות ראיות?

דיון בעקבות ע"פ 5582/09 העוסק בקבילותם של זיכרונות מודחקים

טל רגב* וליאורה ארזי**

א. מבוא

ב. במה דברים אמורים

ב.1. תמצית הפרשה

ב.2. תמצית המחלוקת בדבר זיכרונות מודחקים בקרב הקהילה המדעית

ג. הנמקתו של השופט עמית לקבילותה של תיאוריית הזיכרונות המודחקים

ד. ביקורת על ההנמקה

ד.1. כוונת המחוקק – האומנם?

ד.2. ערעור ההנחה הנורמטיבית

ד.2.1. עקרון הפרדת הרשויות

ד.2.2. עקרון הפרדת הרשויות והסמכות לפיתוח דיני הראיות במשפט האמריקני

ד.2.3. הטיעון המוסדי

א. מערכת תמריצים אחרת

ב. מומחיות וניסיון של בתי המשפט

ה. האם ראיות מדעיות מהוות מקרה מיוחד המצדיק את התערבות המחוקק בדיני הראיות?

ה.1. הממשק בין המדע למשפט

ה.2. הדין הראוי או הדין החסר בפסק הדין: קבילותה של ראיה מדעית חדשה

ו. סיכום

א. מבוא

בפסק הדין בפרשת פלוני נ' מדינת ישראל¹, דן בית המשפט העליון, לראשונה בהליך פלילי², בתיאוריה של זיכרונות מודחקים³. בפרשה זו הפך בית המשפט העליון את הכרעת בית המשפט המחוזי⁴ וזיכה את הנאשם

* סטודנטית למשפטים ו"אופקים", אוניברסיטת חיפה.

** סטודנטית למשפטים ופסיכולוגיה, אוניברסיטת חיפה

תודה מיוחדת לעו"ד שי אוצרי ולד"ר אמנון רייכמן. תודתנו נתונה גם לד"ר יהודה להב, לחברי מערכת "הארץ דין", לפרופ' אלי זומר, לפרופ' דני קורן, לד"ר אסף הרדוף.

1 ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם ב"נבו", 20.10.2010) (להלן: פרשת פלוני).

2 שם, פסי' 110 לפסק דינו של השופט עמית.

3 זיכרון מודחק, שכינויו הרפואי **אמנזיה אסוציאטיבית**, הוא מושג המתאר את סכירת הזיכרון של אירוע טראומטי והרחקתו מהמודעות, באופן שאינו נגיש להכרה. זהו מנגנון הגנה הגורם לכישלון פתאומי באינטגרציה של רעיונות, מידע, רגשות או חוויות, מכיוון שהם קשים מדי לתפקוד האינטגרטיבי הרגיל של המודעות, הזיכרון או התפיסה העצמית. האדם אינו מודע לקיומו של האירוע, או לכך שסכר (הדחיק) את הזיכרון, אולם הוא יכול להיזכר בו, או בחלקים ממנו מאוחר יותר, בדרך כלל בעקבות טריגר חיצוני. תופעת הזיכרון המודחק מופיעה במדריך האבחוני-סטטיסטי להפרעות נפשיות של ארגון הפסיכיאטרים האמריקני, בקטגוריית ההפרעה "PTSD with Delayed Onset". ראי, AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS 465-468 (Michael B. First et al. eds., 4th ed. (2000) (להלן: DSM)).

4 תפ"ח (ת"א) 1027/05 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם ב"נבו", 6.5.2009) (להלן: פסיקת המחוזי).

טל רגב וליאורה ארזי "מה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בהכרעות בדבר קבילות ראיות? דיון בעקבות ע"פ 5582/09 העוסק בקבילותם של זיכרונות מודחקים" **הארת דין** ו(1) (התשע"ב) 39

מחמת הספק מאונס בתו, שעדותה התבססה על זיכרונות מודחקים. זיכרונותיה באשר להתעללות המינית מצד אביה צפו ועלו לתודעתה שנים רבות לאחר התרחשות האירועים שתיארה.

בהארת פסיקה זו נבקש לדון בהנמקת בית המשפט העליון לקבילותה של תיאוריית הזיכרונות המודחקים. תחילה נציג את תמצית העובדות בפרשה ואת המחלוקת המדעית בעניין התיאוריה. בהמשך נבחן את הנמקת בית המשפט, בראשות השופט עמית, שקבע כי זיכרונות מודחקים הם ראיה קבילה. נסביר את ה"קפיצה הלוגית" בהסקת המסקנות שעשה, לדעתנו. נבקר את הבעייתיות בהנמקתו הן מבחינת העובדות שעליהן ביסס את מסקנתו והן מבחינת האופן שבו ניתח אותן. נטען כי אין בפסק הדין דיון מהותי בשאלת קבילות התיאוריה. לאחר מכן, לצורך הדיון, נניח שמסקנתו של השופט עמית נכונה והמחוקק אכן ביקש להכריע בשאלת קבילותם של זיכרונות מודחקים. משהונח כך, עולה שאלה רחבה ומהותית יותר: בידי מי נתונה הסמכות להכריע בסוגיות של קבילות ראיות בכלל, וקבילות תיאוריות מדעיות בפרט. ננסה לבסס את הטענה שהסמכות לקבוע כללים ראייתיים המבוססים על שיקולי הוכחה (לעומת שיקולים נורמטיביים)⁵ **מסורה** לבית המשפט. כן נטען שבמקרים אלו יש **עדיפות** לרשות השופטת על פני הרשות המחוקקת. לבסוף נציע שגם בהכרעה בעניין קבילותה של תיאוריה מדעית יש לבית המשפט עדיפות על פני המחוקק.

ב. במה דברים אמורים

ב.1. תמצית הפרשה

כשמלאו למתלוננת 23 שנים, עלה לתודעתה שאביה פגע בה מינית במהלך ילדותה. תהליך "הצפת" הזיכרונות המודחקים החל בעקבות ניסיון אונס, שאירע בהיותה בת 19 והיווה טריגר (מזנק) חיצוני לפריצת הזיכרונות למודעותה. בגיל 26 הגישה המתלוננת תלונה נגד אביה בגין התעללות מינית בין גיל ארבע לעשר. האב הועמד לדין בגין שלושה מעשי אינוס והורשע בבית המשפט המחוזי פה אחד.⁶ על פסק דין זה ערער האב לבית המשפט העליון.⁷

הערעור עסק בשאלה אם ניתן להרשיע את האב על סמך אותם זיכרונות מודחקים ואם אכן מדובר בזיכרונות הנבנים ומשוחזרים בהדרגה, או שמא מדובר בזיכרונות כוזבים או מושתלים. במילים אחרות, האם ייתכן שזיכרון יודחק למעמקי השכחה עד שיפרוץ החוצה, בחלוף שנים רבות, בעקבות טריגר זה או אחר? ואם אכן ניתן לשלוף זיכרון מודחק לאחר שנים, האם הוא נשמר אותנטי וחרף מעיוותים, או שבעקבות שחזור עצמי שגוי מתקבל זיכרון כוזב?⁸

בית המשפט העליון דן בקבילותם ובמשקלם של זיכרונות מודחקים, שבהם שלא כבמקרים אחרים, לקרבן העבירה הבגיר אין זיכרון רציף ונגיש להתעללות המינית שבוצעה בו בקטנותו.⁹ השופט עמית ציין כי

⁵ כללי ראיות המבוססים על שיקולי הוכחה, או על עניינים שבעובדה, להבדיל מכללי ראיות המבוססים על שיקולים נורמטיביים. להלן פרק ד.2.

⁶ פסיקת המחוזי, לעיל הערה 4. בהרכב שדן בעניין ישבו השופטים ברכה אופיר-תום, מרים סוקולוב וישעיהו שנלר. הרשעת הנאשם הייתה פה אחד, אם כי הנמקות השופטים היו נבדלות.

⁷ פרשת **פלוני**, לעיל הערה 1. בהרכב שדן בעניין ישבו השופטים יצחק עמית, אליקים רובינשטיין ויורם דנציגר.

⁸ שם, פסי' 1 לפסק דינו של השופט עמית.

⁹ שם, פסי' 91 לפסק דינו של השופט עמית.

טל רגב וליאורה ארזי "מה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בהכרעות בדבר קבילות ראיות: דיון בעקבות ע"פ 5582/09 העוסק בקבילותם של זיכרונות מודחקים" **הארץ דין ו1** (התשע"ב) 39

מקרה זה הוא הראשון מסוגו המגיע לפתחו של בית המשפט העליון בהליך פלילי.¹⁰ בפסק הדין נקבע הכלל שזיכרונות מודחקים הם קבילים, אולם עוד נקבע שמשקלם הראייתי יוכרע לפי כמה וכמה מבחנים. המבחנים שציין בית המשפט (כרשימה פתוחה) הם: מטרת התהליך הטיפולי, החשש מסוגסטיה,¹¹ תיעוד על ידי המטפל, הכשרת המטפל ומקצועיותו, עדויות מומחים מטעם הצדדים וקיומן של ראיות תומכות.¹²

בנסיבות המקרה שהובא לפתחו קבע בית המשפט שיש ספק בנוגע לעדותה של המתלוננת, המבוססת על זיכרונות מודחקים, שכן אי-אפשר להכריע אם הם אמיתיים או כוזבים. לאור זאת זוכה הנאשם פה אחד מחמת הספק הסביר.¹³

2. תמצית המחלוקת בדבר זיכרונות מודחקים בקרב הקהילה המדעית

תיאוריית הזיכרונות המודחקים שנויה במחלוקת קשה בקרב הקהילה המדעית זה שנים רבות.¹⁴ תיאור המחלוקת שזור לאורכו של פסק הדין ומצוי בלב לבה של הפרשה דן. לפיכך נציג להלן את תמציתה. לפי התזה התומכת באמיתותם של הזיכרונות המודחקים, ניתן להדחיק זיכרונות של חוויות טראומטיות עד כדי שכחה מלאה. הדחקה זו היא תוצאה של מנגנוני הגנה פסיכולוגיים המופעלים בתגובה לחוויות מאיימות. המונח הרפואי לזיכרון מודחק הוא אמנזיה דיסוציאטיבית: שכחה הנוצרת בעקבות ניתוק נפשי (דיסוציאציה) שמשמעותו חסימת האירוע והפרדתו מההכרה, או "עזיבת" הגוף מבחינה מנטלית בזמן התרחשות האירוע הטראומטי.¹⁵ הסיכוי לשכחה מלאה גובר ככל שמדובר בטראומה שנחווה בגיל צעיר יותר, ככל שהטראומה חוזרת ונשנית וככל שמערכת היחסים בין הפוגע לנפגע מבוססת על אמון.¹⁶ כמה סוגי טריגרים עשויים להביא להזכרות מאוחרת (הצפה) המלווה בתופעת דחק פוסט טראומטי (PTSD).¹⁷ יש הטוענים שהזיכרונות המודחקים מאוחסנים במוח במקום שאינו נגיש להכרה המודעת ולפיכך אינם ניתנים לסילוף.¹⁸

¹⁰ למעט החלטת השופט מלצר לעכב ביצוע בע"פ 2218/09 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 3.8.2010). לדיון בהליך אזרחי בבית המשפט העליון באפשרות של הדחקה זיכרונות עד כדי שכחה מוחלטת, ראי בע"מ 8098/04 פלוני נ' פלוני, פ"ד נט(3) 111, 116 (2004). לדיון קודם בהליך פלילי בבית המשפט המחוזי, ראי לעיל, הערה 4.

¹¹ סוגסטיה (השאה) היא תהליך פסיכולוגי שבו ניתן לגרום לבני אדם לשנות את עמדותיהם, רגשותיהם ואמונותיהם באמצעות השפעה תת-מודעת על מרכיבים אלה. סוגסטיה יכולה להיעשות בהכרה מלאה (אך גם במצב הפנוטי) והיא אינה מספקת גישה למידע ולזיכרונות קיימים, אלא משפיעה על החלטה שהאדם עשוי לקבל. בני אדם נבדלים בתגובתם להשפעת סוגסטיה.

¹² מתוך ויקיפדיה <http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A1%D7%95%D7%92%D7%A1%D7%98%D7%99%D7%94>
¹³ פרשת פלוני, פסי' 129 לפסק דינו של השופט עמית. יצוין כי בית המשפט העליון חזר על ההלכה שנקבעה בפרשת פלוני גם בע"פ 2218/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם ב"נבו", 21.11.2011) וכן בע"פ 2326/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם ב"נבו", 15.3.2012).

¹⁴ שם, פסי' 131, 153-154 לפסק דינו של השופט עמית, פסי' יב, יז לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פסק דינו של השופט דנציגר.

¹⁵ לסקירה של שני צדי המחלוקת ראי Madill A., Holch P., *A Range of Memory Possibilities: The Challenge of the False Memory Debate for Clinicians and Researchers*, 11 (5) CLIN. PSYCHOL. PSYCHOTHER., 299-310 (2004)

¹⁶ לימור עזיוני "האם פסיכולוגיה יכולה לשמש כ'מקדם הגנה' נשים בגירות קורבנות גילוי עריות בילדות כמקרה מבחן לבירור הקשר בין הפסיכולוגיה למציאות הפלילית-נזיקית" **שערי משפט** ה' 71, 104-105 (2009). לדעת הכותבת מדובר במנגנון הגנה בעל יתרון הסתגלותי, המאפשר לקרוב לתפקד באופן נורמלי במהלך הטראומה המתמשכת (כגון ניצול מיני בילדות). ראי גם אלי זומר "טראומה בגיל הילדות, אובדן זיכרון וחשיפה מושהית" בתוך **עדות כבושה או ילדות כבושה** (תמר מורג עורכת, – המועצה הלאומית לשלום הילד, 1993).

¹⁷ אלי זומר "זיכרון טראומטי: מסע מפקפק אל העבר או מסע מפרך אל עבר מפקפק?", פורסם באתר האינטרנט טראומה ודיסוציאציה ישראל - 2009-08-22-18- http://www.tdil.org/index.php?option=com_content&view=article&id=67:2009-08-22-18-59-44&catid=1:articles&Itemid=4

¹⁸ DSM, לעיל הערה 3.

¹⁸ גיודית לואיס הרמן **טראומה והחלמה** 127 (1994).

טל רגב וליאורה ארזי "מה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בהכרעות בדבר קבילות ראיות: דיון בעקבות ע"פ 5582/09 העוסק בקבילותם של זיכרונות מודחקים" **הארץ** דין ו(1) (התשע"ב) 39

מצדו השני של המתרס, יש הגורסים שמדובר בזיכרונות כוזבים המושגלים אצל המטופל במהלך טיפול פסיכולוגי,¹⁹ או בזיכרונות מסולפים שהם תוצאה של עירוב בין עובדות לפנטזיה.²⁰ מחקרים שנעשו בארה"ב מעידים שאדם מסוגל "להיזכר" באירוע שלא קרה מעולם, כאשר עובדות על אודות האירוע מוצעות לו. מצדדי גישה זו מתריעים מפני הסכנות האפשריות הטמונות בהסתמכות על זיכרונות מודחקים: חשש מפני סוגסטיה גם אם אינה מכוונת; הנטייה הטבעית למילוי חסרים בזיכרון ולהשלמתם; "הקשחת הזיכרון" (השתכנות המתלונן באמיתות הזיכרון ככל שהוא חוזר עליו).²¹

ג. הנמקתו של השופט עמית לקבילותה של תיאוריית הזיכרונות המודחקים

אף שלראשונה נדרש דיון בבית המשפט העליון, בהליך פלילי, בתיאוריה של זיכרונות מודחקים, השופט עמית לא דן בשאלת קבילותה של התיאוריה, אלא רק במשקל הראייתי שיש לתת לה. לדידו, שאלת הקבילות אינה מתעוררת כלל ומכל מקום לא הועלתה על ידי מי מן הצדדים.²² לפיכך הוא יצא מנקודת המוצא שייתכנו זיכרונות מודחקים אמיתיים.²³

השופט עמית ייחס הנחת יסוד זו לכך שהמחוקק הישראלי הכיר בתקפות תיאוריית הזיכרונות המודחקים. לדידו, ניתן להסיק מסקנה זו מכמה תיקונים לחוק העונשין שהאריכו את תקופת ההתיישנות

¹⁹ Lynn Holdsworth, *Is It Repressed Memory with Delayed Recall or Is It False Memory Syndrome? The Controversy and Its Potential Legal Implications*, 22 LAW & PSYCHOL. REV. 103 (1998)

²⁰ כפי שנטען על ידי עד מומחה (ד"ר Spiegel) בפסק הדין (Franklin v. Duncan, 884 F. Supp. 1435 (N.D.Cal.1995)). חלק מהביקורת על תיאוריית הזיכרונות המודחקים נעוצה בכך שאין לתופעה שום רישום או תיעוד לפני שנת 1800. המבקרים גורסים שממצא זה מצביע על כך שאמנזיה דיסוציאטיבית היא תסמונת תלוית תרבות ומכנים אותה "סימפטום פסיאודו-ניורולוגי". לשיטתם, הגורמים שהביאו למיצוק תופעת הזיכרון המודחק במאה העשרים הם עליית הפסיכואנליזה (ותיאוריית התת-מודע) והוליווד. ראי <http://harvardmagazine.com/2008/01/repressed-memory.html>

²¹ פרופ' אליזבת לופטוס, פסיכולוגית הנודעת במחקרה העוסקים בזיכרון האנושי ובאפשרויות השתלת זיכרונות כוזבים, פרסמה את הניסוי "אבודים בקניון", ובו השתכנעו 25% מהנבדקים שהם זוכרים אירוע מילדותם שבמהלכו הלכו לאיבוד בקניון, לאחר שסופק להם תיאור קצר של האירוע שניתן לכאורה על ידי בני משפחתם, אולם למעשה נבדה על ידי החוקרות. רבים מהנבדקים אף "זכרו" פרטים נוספים על אלה שנמסרו להם. ראי Elizabeth F. Loftus, & Jacqueline E. Pickrell, *The formation of false memories*. 25(12) PSYCHIATRIC ANNALS, 720 (1995) <http://users.ecs.soton.ac.uk/harnad/Papers/Py104/loftusmem1.pdf> גם ELIZABETH F. LOFTUS AND KATHERINE KETCHAM, *THE MYTH OF REPRESSED MEMORY: FALSE MEMORIES AND ALLEGATIONS OF SEXUAL ABUSE*, (1994) Frank Leavitt, *"The Reality of Repressed Memories" Revisited and Principles of Science*, 3(1) ; JOURNAL OF TRAUMA & DISSOCIATION, 19 (2002).

יש המפקפקים אם ממצאי ניסויים אלה שוללים את אמיתותם של זיכרונות מודחקים. לשיטתם, לעומת אירועים טראומטיים, הניסויים עוסקים בהשתלת פרטים זניחים או אירועים שוליים. העובדה שניתן להשתיל זוטי דברים בזיכרון של אדם אינה מעידה שניתן להשתיל בו אירוע טראומטי ומתמשך. לביקורת על מחקרה של פרופ' לופטוס ראי Jennifer Hoult, *'Remembering Dangerously' & Hoult v. Hoult: The Myth of Repressed Memory that Elizabeth Loftus Created* (2005), www.rememberingdangerously.com

משיקולים אתיים, אי-אפשר לערוך ניסוי שמטרתו לבחון את יכולת ההשתלה של אירוע טראומטי מתמשך, שכן הצלחת ניסוי כזה תהפוך את האירוע לזיכרון אמיתי בעיני הסובייקט.

עומק המחלוקת המדעית אינו בגדר דיון תיאורטי בלבד. היא נתנה את אותותיה גם בבתי המשפט. בארה"ב מוכרות מחד גיסא תביעות המבוססות על זיכרונות מודחקים ומאידך גיסא תביעות בגין השתלת זיכרונות כוזבים. ראי לדוגמה Hoult v. Hoult, Ramona v. Isabella, No. ; Franklin v. Duncan, 884 F.Supp. 1435 (N.D.Cal.1995) ; 57 F.3d 1, 2 (1st Cir. 1995) 61898 (Super. Ct. Napa County, Cal., May 13 1994)

²² פרשת פלוני, לעיל הערה 1, פסי' 124 לפסק דינו של השופט עמית.

²³ שם, פסי' 110 לפסק דינו של השופט עמית.

טל רגב וליאורה ארזי "מה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בהכרעות בדבר קבילות ראיות: דיון בעקבות ע"פ 5582/09 העוסק בקבילותם של זיכרונות מודחקים" הארת דין ו(1) (התשע"ב) 39

בעבירות תקיפה מינית והתעללות שבוצעו בקטין על ידי בן משפחה, או אדם שהיה אחראי לקטין: "דומה כי המחוקק הישראלי אימץ את התזה של זיכרונות מודחקים עד כדי שכחה, בעצם הארכת תקופת ההתיישנות".²⁴

התיקון הראשון שהזכיר השופט עמית הוא חוק העונשין (תיקון מס' 47), התשנ"ו-1996 שקבע כי מועד תחילת ההתיישנות בעבירות הנ"ל יחל כשקרבת העבירה יגיע לגיל שמונה עשרה שנים.²⁵ בדברי ההסבר מוצעים כמה טעמים עיקריים להארכת התקופה, ובמרכזם תופעת הדיווח המאוחר. עם טעמים אלו נמנים יחסי התלות המיוחדים בין הקרבן לפוגע "ותופעות אופייניות במקרים אלו של מגננה נפשית בדרך של הדחקה".²⁶

תיקון נוסף שציין השופט עמית הוא חוק העונשין (תיקון מס' 72), התשס"ג-2002 שהאריך עוד את תקופת ההתיישנות וקבע שהיא תחל בהגיע קרבן העבירה לגיל 28.²⁷ בדברי ההסבר צוין שבשנים שחלפו מאז תיקון 47 התברר שהתקופה קצרה מדי ונפגעי עבירה רבים מסוגלים לחשוף את העבירות רק בחלוף זמן רב יותר.²⁸

אליבא דשופט עמית, ניתן ללמוד מהכתוב בדברי ההסבר על הכרת המחוקק באמיתותה של תיאוריית הזיכרונות המודחקים ויתרה מזו, על אימוצה על ידי המחוקק באופן המחייב את בית המשפט.²⁹ על רקע כל אלה קבע השופט עמית כי "משמצא המחוקק בישראל להאריך את תקופת ההתיישנות של עבירות מין, בין היתר, מתוך הכרה בתקפות של הזיכרון המודחק, השאלה אינה של קבילות אלא של משקל עדות קורבן גילוי עריות המבוססת על זיכרון מודחק".³⁰

לדעתנו, נראה שהמחוקק ביקש להאריך את תקופת ההתיישנות בעבירות אלה בשל כמה טעמים, והאפשרות של זיכרונות מודחקים היא רק אחת מהם. ההיסק של השופט עמית מהווה לדעתנו "קפיצה לוגית". בפרק שלהלן נסביר מדוע אנו סבורות כך, נעמוד על הבעייתיות שבקפיצה לוגית זו, ונציג פרשנות אפשרית נוספת.

ד. ביקורת על ההנמקה

בפרק זה נדון בבעייתיות ההיסק של השופט עמית, שהביא לכך שאין בפסק הדין התקדימי דיון בקבילותה של תיאוריית הזיכרונות המודחקים. תחילה נבחן אם מסקנתו של השופט עמית בדבר אימוץ התיאוריה על ידי המחוקק, נכונה מבחינה עובדתית. אחר כך נדון בסמכות המחוקק להכריע בסוגיות ראייתיות עובדתיות (המבוססות על שיקולי הוכחה), להבדיל מסוגיות ראייתיות נורמטיביות-ערכיות.

²⁴ שם, שם.

²⁵ חוק העונשין (תיקון מס' 47), התשנ"ו-1996, ס"ח 42.

²⁶ דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 53) (סייג להתיישנות בעבירות מין בקטין), התשנ"ו-1995, ה"ח 238 (להלן: דברי ההסבר לתיקון 47).

²⁷ חוק העונשין (תיקון מס' 72), התשס"ג-2002, ס"ח 59. (להלן: תיקון מס' 72)

²⁸ דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 74) (הארכת תקופת ההתיישנות בעבירות מין שנעשו בקטין), התשס"ג-2002, ה"ח כנסת 2 (להלן: דברי ההסבר לתיקון 72).

²⁹ פרשת פלוני, לעיל הערה 1, פס' 110 לפסק דינו של השופט עמית.

³⁰ שם, פס' 153 לפסק דינו של השופט עמית.

ד.1. כוונת המחוקק – האומנם?

אין חולק שבדברי ההסבר לתיקונים המאריכים את תקופת ההתיישנות בעבירות תקיפה מינית והתעללות בתוך המשפחה התייחס המחוקק לתופעת ההדחקה. אך האם יש בכך כדי להעיד שהכריע, הלכה למעשה, בסוגיות התקפות והקבילות של תיאוריית הזיכרונות המודחקים, כפי שהסיק השופט עמית? לדעתנו, מסקנה זו אינה מתחייבת.

המחוקק ציין כמה שיקולים בעד ונגד הארכת תקופת ההתיישנות.³¹ השיקולים בעד נובעים ברובם מתוך הכרה בתופעת "הדיווח המאוחר", השכיחה יותר בקרב קרבנות התעללות מינית בתוך המשפחה.³² במקרים מסוג זה הקרבנות מתקשים מאוד לחשוף את ההתעללות שבוצעה בהם בשל טעמים הקשורים ליחסי התלות והקרבה בין המתעלל לקרבן.³³ הגורמים המעכבים מתחלקים לשלוש קבוצות: גורמים פנימיים של הקרבן, גורמים משפחתיים וגורמים חברתיים. עם השיקולים המצדיקים את הארכת תקופת ההתיישנות מצוינת בדברי ההסבר גם תופעת ההדחקה כמגננה נפשית.³⁴

אנו סבורות שיש לראות בכל השיקולים שנמנו מכלול המצדיק את הארכת תקופת ההתיישנות. אין כל אינדיקציה בדברי ההסבר לכך שהמחוקק ראה בתופעת הזיכרונות המודחקים שיקול עצמאי להארכת תקופת ההתיישנות, או שהתכוון למקמה בראש השיקולים. ייתכן מאוד שגם השיקולים האחרים יכולים להצדיק, כשלעצמם, את הארכת תקופת ההתיישנות. חרף זאת, דומה שהשופט עמית בידל את תופעת ההדחקה ובכך, לכל הפחות, הפחית מערכם של שאר השיקולים: "אי הכרה של בתי המשפט בעדות קורבן עבירת מין המבוססת על זיכרון מודחק מעקרת למעשה את הארכת תקופת ההתיישנות בעבירות אלה".³⁵ מסקנה אפשרית שונה מזו המצוטטת היא שהמחוקק ביקש להסיר מכשולים טכניים-פורמליים העלולים למנוע ממתלוננות וממתלוננים את הגישה לערכאות (כלומר הארכת תקופת ההתיישנות נועדה להסיר את מכשול חלוף הזמן בעבירות דנן). בכך ביקש המחוקק לאפשר לבית המשפט לשקול ולהכריע בשאלת קבילות התיאוריה, בהליך משפטי.

ראוי להדגיש שהתיקונים שעליהם ביסס השופט עמית את מסקנתו שהמחוקק קבע שזיכרונות מודחקים הם תקפים וקבילים כראיה בבית המשפט, הם תיקונים לחוק העונשין ולא לפקודת הראיות. לדעתנו, לו היה המחוקק מבקש לאמץ תיאוריה זו, במובן של הכרעה בדבר קבילותה מבחינה ראייתית, יש להניח (וראוי להניח) שהיה עושה זאת בפקודת הראיות ובמפורש.³⁶

³¹ דברי ההסבר לתיקון 47 לחוק העונשין, לעיל הערה 26, דברי ההסבר לתיקון 72, לעיל הערה 28. טיעונים נגד הארכת תקופת ההתיישנות הם, למשל: בחלוף השנים הפגיעה בקרבן קהתה/נשכחה, שיקולי מחילה, הענקת אפשרות לעברייני להמשיך במסלול חייו התקין, הכבדה על הנאשם בניהול הגנתו ובאיסוף ראיותיו לאחר שנים רבות מיום ביצוע העבירה.

³² פרשת **פלוגי**, לעיל הערה 1, פס' 94 לפסק דינו של השופט עמית: "מאפיין ייחודי של עבירות מין בקטינים במסגרת התא המשפחתי הוא חשיפה ודיווח מאוחרים של ביצוע העבירות".

³³ שם, שם.

³⁴ דברי ההסבר לתיקון 47, לעיל הערה 26.

³⁵ פרשת **פלוגי**, לעיל הערה 1, פס' 125 לפסק דינו של השופט עמית.

³⁶ אמירה מפורשת נדרשת, או לפחות רצויה, כדי להעיד שהמחוקק מודע למעשיו ולכך שהתיקון או החוק מהווה התערבות בעקרון הפרדת הרשויות. זאת בהשוואה לפגיעה בעיקרון זה בלי לעורר תשומת לב לכך. אמירה מפורשת מאפשרת להתרשם במישרין מעמדת המחוקק, לצמצם טעויות פרשניות ולהפעיל ביקורת שיפוטית במקרה הצורך. ראי התייחסות לעניין זה גם להלן בפרק ד.1.2 (עקרון הפרדת רשויות).

מכיוון שישנם קשיים לא מבוטלים בפרשנות שאימץ השופט עמית, ומכיוון שלפנינו סוגיה עקרונית, חזקה שהמחוקק לא ביקש להכריע בענייני קבילות ראיות המבוססים על שיקולי הוכחה, בלי לציין זאת במפורש. להלן נסביר מדוע חזקה זו נחוצה, גם מבחינה מהותית ולא רק מבחינה פורמלית.

2.ד. ערעור ההנחה הנורמטיבית

לצורך הדיון נניח כעת שהמחוקק אכן ביקש לאמץ את התיאוריה של זיכרונות מודחקים ולקבוע מסמרות בשאלת קבילותה, כפי שהסיק השופט עמית. משהונח כך, עולה השאלה הרחבה והמהותית יותר: בידי מי נתונה הסמכות להכריע בסוגיות של קבילות ראיות בכלל וקבילות תיאוריות מדעיות בפרט.³⁷ לדעתנו, התערבות המחוקק ביצירת כללים ראייתיים המבוססים על שיקולי הוכחה, היא בעייתית. להלן ננסה לבסס טענה זו.

ראשית, נבחין בין שיקולים אפשריים ליצירת כללי ראיות במשפט.³⁸ ניתן לסווג את כללי הראיות לשני סוגים, בהתבסס על השיקולים לקביעתם: כללים המבוססים על שיקולים נורמטיביים, וכללים המבוססים על שיקולי הוכחה.³⁹ הסוג הראשון מתבסס, כאמור, על שיקולים נורמטיביים-ערכיים, הגוברים על עקרון חשיפת האמת ומצדיקים פגיעה בו. כך, למשל, כלל הפוסל כל ראיה שהושגה שלא כדין⁴⁰ אינו עוסק במישרין בחשיפת האמת במקרה הקונקרטי, אלא בראש ובראשונה בשמירה על הגינות ההליך השיפוטי וטוהרו, או בהגנה על זכויות הנחקרים, או בחינוך רשויות האכיפה והרתעתן. באותו האופן, אך בצד האחר, החזקה החלוטה שנמען אשר קיבל הודעת גיוס בדואר רשום, אכן מודע לתוכנה, מהווה העדפה של ערך יעילות מנגנון הגיוס על פני ערך

³⁷ שאלה מקדמית לדיון זה (בידי מי נתונה הסמכות להכריע בסוגיות של קבילות תיאוריות מדעיות), היא אם ראיה מסוג עדות המבוססת על זיכרון מודחק (דהיינו "ראיית זיכרון מודחק"), היא ראיה מדעית או ראיה שאינה מדעית. במילים אחרות, שאלת רקע להערכת מהימנות עדות המבוססת על זיכרון מודחק, היא שאלת היתכנותם של זיכרונות מודחקים; ואם ניתן להכריע בשאלה זו באמצעות השכל הישר ו/או ניסיון החיים ו/או ידיעה שיפוטית, או שלשם ההכרעה נדרש ידע מדעי ו/או מומחיות. לדעתנו, אין ספק שנדרש לשם כך ידע מדעי. הטוען שהיה אפשר להכריע בפסק הדין בלי להשתמש במונח/בכלי "ראיה מדעית", אלא אך ורק על ידי בחינת מהימנותה של המתלוננת – שוגה לדעתנו. "מהימנות גרסת קורבן העבירה ומצבו הנפשי הם אפוא שני כלים מרכזיים המשמשים את בית המשפט בקביעת ממצאי מהימנות ועובדה [...] דא עקא, שכלים חשובים אלה מאבדים ממשקלם ומהאפקטיביות שלהם כאשר בזיכרון מודחק עסקינן", פרשת **פלוני**, לעיל הערה 1, פסי 127 לפסק דינו של השופט עמית.

זיכרון מודחק 'עצמאי' הוא נדיר עד מאוד והיתכנותו אינה עניין ששופט יכול, או ראוי שיכריע בו על פי ניסיון החיים, או באמצעות השכל הישר. אפילו נטען שהיתכנותם של זיכרונות מודחקים נופלת בגדר ההכרעות המתבססות על ניסיון החיים, הרי בית המשפט לא בחר בנתיב זה. בית המשפט אמנם הניח כי זיכרונות מודחקים, ככלל, הם קבילים, אולם בכך אין כדי להעיד שקביעתו התבססה על ניסיון החיים. סביר להניח שבית המשפט היה מסתפק בהערכת מהימנות העדות לו היה סבור שמדובר בראיה שאינה מדעית. תחת זאת בית המשפט סקר בפסק דינו את התיאוריה המדעית לאורכה ולרוחבה, התעמק בבני המחלוקת, וטווה שישה מבחנים לבחינת משקל ראיה המבוססת על זיכרון מודחק.

³⁸ דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה" **הפרקליט** מג 83, 85 (1996) (להלן: מנשה, שיקול דעת עובדתי). במאמר זה המחבר מציע חלוקה פונקציונלית של דיני הראיות לארבעה סוגים של כללים, שהוא מכנה "כללי הוכחה", המכוונים להנחות או לכבול את שיקול הדעת השיפוטי-עובדתי בהליכי הדיון הראיית.

³⁹ William Twining, *Freedom of Proof and Reform of Criminal Evidence*, 31 Is.L.R. 439, 450, FN 32. במאמרו, Twining מתאר את ההבחנה של ויגמור בין ראיות מסוג "rules of auxiliary probative policy" לבין ראיות מסוג "rules of extrinsic policy". ראי גם ALEX STEIN, FOUNDATION OF EVIDENCE LAW 25-27 (2005). שטיין הבחין בספרו בין "evidence rule" לבין "evidence related rules", כלומר בין כללים ראייתיים "אמיתיים", המתבססים על שיקולי הוכחה, לבין כללים הנובעים משיקולים נורמטיביים, שאינם כללים ראייתיים טהורים, אולם יש להם השפעה על דיני הראיות.

⁴⁰ לכלל הפסילה שאומץ במשפט הישראלי ראי ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי** (פורסם ב"נבו", 04.05.2006) (להלן: פרשת **יששכרוב**), והשווי Stephen C. Thaman, "Fruits of the Poisonous Tree" in *Comparative Law*, 16 Sw. J. INT'L L. 333, 334-338 (2010).

טל רגב וליאורה ארזי "מה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בהכרעות בדבר קבילות ראיות: דיון בעקבות ע"פ 5582/09 העוסק בקבילותם של זיכרונות מודחקים" **הארץ דין ו1** (התשע"ב) 39

האמת.⁴¹ במקרה האחרון, המחוקק מבקש להטיל מעין חובה נורמטיבית לקרוא הודעות שהגיעו בדואר רשום הגוברת על בירור המצב העובדתי לאשורו, דהיינו אם האדם המסוים אכן קרא את ההודעה שהגיעה כך.

הסוג השני של כללים ראייתיים נוצר על פי שיקולי הוכחה. למשל, הכלל האוסר עדות שמיעה (מלבד החריגים שהוכרו).⁴² פסלות עדות שמיעה נובעת מהטלת ספק בתוקף העובדתי שלה, שכן ערכה תלוי במהימנותו של אדם שלא הופיע כעד בבית המשפט, אי-אפשר לחקור אותו חקירה נגדית ולכן אי-אפשר לקבוע על פי עדות כזו את עובדות האירוע ולהחליט אם העדות משקפת את האמת.⁴³ במקרים אחרים נוצר הכלל הראייתי, בהתבסס על שיקולי הוכחה, לאחר שאמינותו הוכחה בבית המשפט. לדוגמה, אושרה קבילותן של מדידות מהירות מופרזת הנעשות באמצעות מכשיר הממלי"ז⁴⁴ לאחר שהוכחה אמינותו בבית המשפט.⁴⁵

ישנן הכרעות המשלבות הן מרכיבים עובדתיים והן מרכיבים ערכיים,⁴⁶ כגון סעיף 12 לפקודת הראיות, הפוסל הודאת נחקר שאיננה חופשית ומרצון.⁴⁷ מבחינה עובדתית, ישנה הצדקה לפסילת הודאות מסוג זה בשל הטלת ספק באמיתותן. מבחינה נורמטיבית, בייחוד לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁴⁸ הגנה על הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי מהווה הצדקה לפסלות הודאות שאינן חופשיות ומרצון.⁴⁹

דוקטרינת הזיכרונות המודחקים היא תיאוריה מדעית מתחום הפסיכולוגיה. לפיכך ביסוס תוקפה נעשה באמצעות כלים מדעיים בעלי סטנדרטים של הוכחה הנדרשים לשם אישוש השערה מדעית. ככל תיאוריה מדעית, סוגיית תוקפה היא שאלה עובדתית-הוכחתית ואינה יכולה להיות תלויה שיקול נורמטיבי. לשם המחשה, התיאוריה המדעית בדבר היות העולם עגול מבוססת על הוכחות מדעיות-עובדתיות ואינה יכולה להיות תלויה שיקול נורמטיבי. כפי שהמחוקק אינו יכול לקבוע שמדידות מכשיר הממלי"ז הן אמינות רק בשל רצונו להילחם בעברייני תנועה, כך הוא אינו יכול לקבוע שתיאוריית הזיכרונות המודחקים תקפה רק בשל רצונו להגן על קרבנות תקיפה מינית.⁵⁰

על פי ההבחנה בין שני סוגי השיקולים, שתוארה לעיל, תפקיד פיתוח דיני הראיות, ככל שהכלל מבוסס על שיקולי הוכחה, נתון לדעתנו בסמכות הרשות השופטת. נסמוך טענה זו, בעיקרה, על עקרון הפרדת הרשויות. לאחר מכן נציג את הטיעון המוסדי בניסיון לבסס את עמדתנו שהרשות השופטת עדיפה מן המחוקק בתפקיד זה, ולכן ראוי שסמכות זו תופקד בידיה.

41 ס' 55 (ה)2 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, ס"ח 105. משמעות חזקה זו היא שצו שנשלח בדואר רשום הובא לידיעתו של הנמען.

42 בג"ץ 124/58 **היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט המנהל חקירה מוקדמת**, פ"ד יג 5, עמ' 17 לפסק דינו של השופט אגרנט (1959).

43 אליהו הרנון "הכלל הפוסל עדות שמיעה – מה מקומו במשפט הישראלי" **משפטים** ו 73, 74-73 (1975).

44 מד מהירות לייזר, מכשיר המשמש את המשטרה למדידת מהירות הנסיעה של רכבים בתנועה.

45 ע"פ 4682/01 **לוי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(1) 304 (2003) להלן: פרשת **לוי**.

46 מנשה, שיקול דעת עובדתי, לעיל הערה 38, בעמ' 96.

47 ס' 12(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, נ"ח 18 421 (להלן: פקודת הראיות).

48 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150 (להלן: חוק יסוד כבוד האדם).

49 פרשת **יששכרוב**, לעיל הערה 40, פס' 34 לפסק דינה של השופטת ביניש. יש הטוענים שהליך קביעת העובדות קשור מטבעו לחלוקת סיכונים משגה בין הצדדים להליך. לפיכך הכרעה באופן חלוקת אותם סיכונים היא שאלה ערכית ולכן כל כללי הראיות כרוכים, במובן מסוים, בהכרעות ערכיות. לדוגמה ראי **STEIN**, לעיל הערה 39, בעמ' 107-140; Alex Stein, *Against Free Proof*, 31 *ISR. L. REV.* 573 (1997). במסגרת זו לא נכריע בין הגישות אך נציין שגם אם ערך ועובדה לעולם שלובים זה בזה, ניתן לסווג כללים ראייתיים לפי השאלה היכן מצוי מרכז הכובד של הסוגיה הראייתית – בפן העובדתי או בפן הנורמטיבי.

50 החרבה בעניין קבילותן של תיאוריות מדעיות ראי להלן פרק ה'.

ד.2.1. עקרון הפרדת הרשויות

לפי עקרון הפרדת הרשויות, לכל אחת משלוש הרשויות חלקה שלטונית נפרדת: הרשות המחוקקת אמונה על יצירת כללים, הרשות המבצעת מופקדת על הפעלת כללים והרשות השופטת אמונה על שפיטה על פי כללים. עם זאת, אין חלוקת סמכויות זו מעידה שכל רשות לעצמה היא.⁵¹ עקרון ה"איזונים ובלמים", שלפיו כל רשות מרסנת את רעותה ומונעת ממנה לנצל את כוחה, מחייב בקרה הדדית של הרשויות. הפיקוח הדמוקרטי של האזרחים אינו מספיק.⁵²

בתי המשפט הם הרשות השופטת וסמכות השפיטה נתונה בידיהם.⁵³ השפיטה מורכבת מאיתור הדין החל על עובדות המקרה הנטענות, קביעת עובדות אלו, והחלת הדין.⁵⁴ לשם כך השופט נדרש "לחקור" את העובדות שבמחלוקת ולאמתן.⁵⁵ אידאל חשיפת האמת מכונן את ההליך השיפוטי בכלל ואת ההליך הפלילי בפרט וקשה להצדיק את הפעלת כוחה של המדינה שלא כחלק משיטה אשר תכליתה לחשוף את האמת.⁵⁶ קביעתן המוסמכת של העובדות, בטרם יופעל כוחה של המדינה, היא עיקר השירות שהרשות השופטת נותנת לחברה.⁵⁷ לפיכך אנו טוענות שכאשר המחוקק מונע מהרשות השופטת לפעול על פי הפונקציות שעליה למלא, בלא הצדק נורמטיבי כבד משקל, הוא פוגע בעקרון הפרדת הרשויות.

חוק-יסוד: השפיטה מפקיד את 'סמכות השפיטה' בידי בתי המשפט,⁵⁸ אולם אינו מצייין במפורש מה טיב סמכות זו. ככל שהמונח 'סמכות השפיטה' כולל את הפונקציות שתיארנו לעיל, אזי סמכויות אלה מעוגנות בחוק יסוד. לפיכך הגבלתן על ידי המחוקק עשויה אף להיות בלתי חוקתית. לפיכך, כאשר המחוקק מקבע חזקות עובדתיות שלא מטעמים נורמטיביים, ניתן לראות בכך הסגת גבולה של הרשות השופטת, שכן היא האמורה לקבוע עובדות במקרה קונקרטי ואף לקבוע את הכללים לקביעת העובדות ככל שכללים אלו חותרים לחשיפת האמת; כאמור, אלו הם תפקידיה הבסיסיים ביותר של הרשות השופטת. פגיעה בעיקרון זה על ידי המחוקק, באמצעות התערבות בפונקציית השפיטה כאשר הוא מכריע בעניינים עובדתיים (כגון קבילות תיאוריה), קוראת להפעלת ביקורת שיפוטית. אמנם חוק-יסוד: השפיטה אינו כולל פסקת הגבלה, ולפיכך לכאורה כל התערבות כאמור דינה להיפסל, אך יש תימוכין לתחולתה של פסקת ההגבלה בדרך הפרשנות גם

51 בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם ב"נבו", 30.11.2006), פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוניס.

52 עלי זלצברגר "דוקטרינת הפרדת הרשויות ותפקיד היועץ המשפטי לממשלה בישראל" פלילים ה 149, 155 (1996) (להלן: זלצברגר, דוקטרינת הפרדת הרשויות); בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004) (להלן: בג"ץ מגדלי העופות); אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוק" משפט וממשל ג 403 (1996); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 256-257 (1993); בג"ץ 306/81 שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118, 141 (1981).

53 ס' 1 לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78.

54 מנשה "שיקול דעת עובדתי, לעיל הערה 38, בעמ' 95-95; Donoghue v Stevenson [1932] UKHL 100 (26 May 1932); רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 522 (1995). ויגמור תיאר את הפונקציה השיפוטית החוקתית כיישום החוק. יישום החוק דורש, בהכרח, לקבוע את העובדות. לשיטתנו, הטלת איסור על הרשות השופטת לחקור ולאמת את הראיות הרלוונטיות, כמוהו כאיסור הפעלת הפונקציה השיפוטית החוקתית. להרחבה ראי JOHN HENRY WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW, section 1353.

55 WIGMORE, שם, פסקה 7 יש לשים לב לכך שוויגמור דן במשפט האמריקני אשר עקרון הפרדת הרשויות מעוגן בו בחוקה.

56 דורון מנשה "אידאל חשיפת האמת ועיקרון ההגנה מפני הרשעת שווא-אנטומיה של יחסים מסובכים" קרית משפט א 273, 307 (התשס"א).

57 אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 35-36 (1987); פרשת פלוני, לעיל הערה 1, פס' 82 לפסק דינו של השופט עמית.

58 חוק-יסוד: השפיטה, לעיל הערה 53, ס' 1א.

טל רגב וליאורה ארזי "מה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בהכרעות בדבר קבילות ראיות? דיון בעקבות ע"פ 5582/09 העוסק בקבילותם של זיכרונות מודחקים" **הארץ דין ו1** (התשע"ב) 39

בחוקי יסוד שבהם היא אינה מצוינת במפורש.⁵⁹ אם הפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות עולה לכדי שינוי, ניתן לעשותה רק באמצעות חוק יסוד.⁶⁰

ניתן אף לטעון שעקרון הפרדת הרשויות הוא עקרון יסוד של השיטה ועל כן מעוגן בחוקה המטריאלית.⁶¹ פגיעה בו יכולה לעורר ביקורת שיפוטית, ככל שניתן להעביר תחת שבט הביקורת השיפוטית חקיקה הפוגעת בחוקה המטריאלית.⁶² כך או אחרת, לכל הפחות יש להעדיף פרשנות המקיימת את החוקה של מדינת ישראל על פני פרשנות שסותרת אותה.⁶³ כאמור, הפרשנות שבחר השופט עמית מביאה למתח חוקתי, ולפיכך עדיפה פרשנות שלפיה נדרשת אמירה מפורשת של המחוקק, ובפקודת הראיות, כדי שסוג ראיות מסוים ייחשב לקביל לשם הוכחת אמיתות תוכן הראיות.⁶⁴

גם אם אי-אפשר למצוא עיגון פוזיטיבי לעקרון הפרדת הרשויות בחוק-יסוד: השפיטה או בחוקה המטריאלית, קיים טיעון מושגי משדה תורת המשפט התומך במסקנה שיש לבכר פרשנות אחרת על פני פרשנותו של השופט עמית. טיעון זה מניח חלוקה לשלוש פונקציות, כאשר פונקציית השפיטה ייחודית לבית המשפט. לכן ניתן לראות בקביעתו של השופט עמית שהמחוקק יכול להכריע בעניינים שבעובדה – שגיאה מושגית, שכן הכרעות אלו הן ייחודיות לרשות השופטת. לאור זאת עשויה להתעורר השאלה שמא בית המשפט העליון חרג מסמכותו בפסק דין זה, שכן הוא ייחס למחוקק סמכות לא לו.⁶⁵

שילובם של שני הטעונוים – החוקתי והתורת-משפטי – מבסס גישה מרכזית במשפט האמריקני, ולפיה אל למחוקק להורות לבית המשפט לסווג סוג ראיות מסוים כקביל. אף על פי שעקרון הפרדת הרשויות מעוגן במשפט האמריקני בחוקה, יש בידו, לדעתנו, להצדיק התייחסות דומה לסמכות של פיתוח דיני הראיות גם במשפט הישראלי. עקרון הפרדת הרשויות חל במשטר הישראלי והוכר על ידי הפסיקה זה מכבר.⁶⁶ אמת, ההבחנה בין הרשות המחוקקת הישראלית לרשות השופטת הישראלית בכל הנוגע לסמכויות פיתוח דיני הראיות אינה כה חדה, ושינויים שנערכו בדיני הראיות נעשו על ידי שתי הרשויות. עם זאת, פקודת הראיות⁶⁷

⁵⁹ ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793, פס' 17 (2003); בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נ(3) 57 (1996), פס' 12 לפסק דינו של השופט זמיר, פסק דינו של השופט ברק.

⁶⁰ מובן שעקרון הפרדת הרשויות כולל גם עיקרון של איזונים ובלמים וראוי להביא זאת בחשבון בעת בחינת הפגיעה בו. ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 296 (1995) (פסקה 39 לפסק דינו של הנשיא שמגר) (להלן: עניין מגדל); בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750, 755-756 (2003).

⁶¹ בג"ץ מגדלי העופות לעיל הערה 52, פסק דינו של השופט חשין; אהרן ברק פרשנות במשפט פרק 7: פרשנות חוקתית, ביקורת שיפוטית ופרשנות החוק, 105, 110 (להלן: ברק, פרשנות חוקתית); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.05.2006), פס' 27-28 לפסק דינו של השופט חשין, פס' 77 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁶² בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990), פס' 25-30 לפסק דינו של הנשיא ברק; ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד יט(3) 389, 365 (1965), פס' 3 לפסק דינו של השופט זוסמן.

⁶³ ברק, פרשנות חוקתית, לעיל הערה 61, בעמ' 116-118.

⁶⁴ לעניין המתח החוקתי והצורך באמירה מפורשת ראי את דברי הנשיא שמגר: "יכול שתהיה פגיעה בחוק יסוד על-ידי חוק רגיל, אולם מן הנכון שזו תיעשה על-ידי הכנסת רק באורח מפורש. פגיעה בחוק אשר איננה מפורשת – היא פגיעה ללא כוח משפטי. חוק הפוגע בזכות מוגנת על-ידי חוק יסוד, ללא ציון מפורש – הוא חוק ללא כוח משפטי לעשות כן. חוק כזה כפוף לתרופות חוקתיות מחמת אי-חוקתיות", עניין מגדל, לעיל הערה 60, בעמ' 296 (פסקה 39 לפסק דינו של הנשיא שמגר).

⁶⁵ "כמו כן עשויה ביקורת שיפוטית להיות מכוונת לשאלת חוקיות פעולות השיפטה", ברק, פרשנות חוקתית, לעיל הערה 61, הי"ש 1 בעמ' 105. ביקורת חוקתית על בית המשפט היא סוגיה החורגת מגבולות הארה זו ועל כן לא נדון בה במסגרת זו.

⁶⁶ זלצברגר, דוקטרינת הפרדת הרשויות, לעיל הערה 52, בעמ' 155; בג"ץ מגדלי העופות, לעיל הערה 52; אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוק" משפט וממשל ג 403 (1996); ברק, פרשנות במשפט לעיל הערה 52, בעמ' 256-257; בג"ץ שרון לעיל הערה 52, בעמ' 141.

⁶⁷ פקודת הראיות לעיל הערה 47.

טל רגב וליאורה ארזי "מה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בהכרעות בדבר קבילות ראיות? דיון בעקבות ע"פ 5582/09 העוסק בקבילותם של זיכרונות מודחקים" **הארץ דין ו1** (התשע"ב) 39

מהווה בבסיסה קודיפיקציה של כללי הראיות של המשפט המקובל ונערכו בה מאז תיקונים מעטים בכל האמור בכללי קבילות שמטרתם חשיפת האמת. ניתן אפוא להצביע על מעורבותו הדלה של המחוקק בעיצוב תחום דיני הראיות הרלוונטי לענייננו.⁶⁸ בתי המשפט, לעומת זאת, פיתחו לאורך השנים את דיני הראיות פיתוח מפורט באמצעות פסיקה וקביעת הלכות.⁶⁹ גם שאלות של קבילות ראיות מדעיות נדונו בעבר בבית המשפט בישראל.⁷⁰ לפיכך יש רגליים לסברה שאף אם בישראל ההבחנה החוקתית והתורת-משפטית בין תפקיד הרשות השופטת ותפקיד הרשות המחוקקת בפיתוח דיני הראיות לא בהכרח כה חדה כפי שהיא, לפי הנתען, בארה"ב, עדיין יש תימוכין להבחנה חשובה זו. לדעתנו, הרציונלים שבעטיים עקרון הפרדת הרשויות מצדיק את עדיפות הרשות השופטת בפיתוח דיני הראיות בארה"ב, כפי שנסקור להלן, רלוונטיים גם בישראל.⁷¹

ד.2.2. עקרון הפרדת הרשויות והסמכות לפיתוח דיני הראיות במשפט האמריקני

במשפט האמריקני עקרון הפרדת הרשויות מעוגן בחוקה.⁷² ככלל, הסמכות לקבוע דין פרוצדורלי נתונה בארה"ב לבתי המשפט. מאחר שנהוג לסווג את דיני הראיות ככללים פרוצדורליים, סמכותה של הרשות השופטת חולשת על תחום זה.⁷³ נוהג הוא שהמחוקק אינו יכול להכתיב לבתי המשפט את אופן שיפוטם, או לשנותו לאחר שניתן. לו המחוקק היה יכול לעשות כן, החופש החוקתי היה חדל להתקיים. במשך שנים נאבקו ביניהם בתי המשפט והמחוקק על יכולת ההשפעה על פיתוח עקרונות ראייתיים ויישום. מבחינה היסטורית, הרשות השופטת נותרה בעלת ההשפעה העיקרית על התפתחויות בדיני הראיות.⁷⁴ לאחרונה התערב המחוקק, הפדרלי והמדינתי, ושינה כללים ראייתיים.⁷⁵

מדינות רבות בארה"ב הסדירו גם בחוקה המדינתית שלהן את סמכות בתי המשפט בכל הנוגע לכללים

הקשורים בפרוצדורה ובפרקטיקה. לדוגמה, מתוך חוקת קולורדו: "The supreme court shall make and

68 דוגמה להסדרת כלל ראייתי על ידי המחוקק היא חקיקתו של חוק המחשבים, התשנ"ה-1995 (שנתקבל בכנסת ב-17 ביולי 1995), ובו נקבע שפלטי מחשב המהווים רשומה מוסדית הם קבילים.

69 בפרשת **יששכרוב**, לעיל הערה 40, לדוגמה, קבע בית המשפט כי ביכולתו לפסול ראייה שהושגה באמצעים פסולים בלי קשר לאמיתותה. בפרשת קינזי – ע"פ 194/75 **קינזי נ' מדינת ישראל**, פ"ד (2) 477 (1976) – יצר בית המשפט כלל ראייתי חדש, ולפיו שותף לביצוע עבירה שמשפטו עדיין מתנהל אינו יכול להעיד נגד השותף האחר. כמעט שלושים שנים מאוחר יותר סויגה הלכה זו גם כן על ידי בית המשפט, בקובעו שיהיה אפשר ליישמה רק במקרים חריגים שבהם ינמק בית המשפט את בחירתו (בג"ץ 11339/05 **מדינת ישראל נ' בית-המשפט המחוזי באר שבע**, פ"ד סא(3) 93 (2006)).

70 קבילותה של ראיית דני"א נדונה והוכרעה על ידי בית-המשפט בכמה פרשות, ובין השאר בע"פ 9724/02 **מוראד נ' מדינת ישראל**, תק-מח 2002(3) (2003) (להלן: פרשת **מוראד**). במקרה אחר בחן בית המשפט את קבילותן של מדידות מהירות מופרות הנעשות באמצעות מכשיר הממל"ז: פרשת **לוי**, הערה 45 לעיל.

71 גם המשפט הישראלי, כמו האמריקני, התפתח מן המשפט המקובל האנגלי, ועל כן כפי שנטען שהמשפט האמריקני "ירש" את סמכותו הטבעה של בית המשפט בעניינים מסוג זה, כך גם בית המשפט הישראלי.

72 החוקה מפרטת את שלוש הרשויות ומציינת את סמכויותיה של כל רשות בנפרד.

73 John G. Dana, *Whose Line Is It Anyway: How Far Can the Alabama Legislature Go When Prescribing Rules of Evidence, Practice and Procedure*, 29 CUMB L. REV. 427 (1998) (להלן: דנה, אלבמה).

74 Elliot B. Glicksman, *Separation of Powers Conflict: Legislative Versus Judicial Roles in Evidence Law Development*, 17 T.M. COOLEY L. REV. 443, 444 (2000) (להלן: גליקסמן, הפרדת רשויות): "until recently [...] American jurisdiction, honored the exclusive practice of judicially developed rules of evidence"

75 שם, בעמ' 443-444.

טל רגב וליאורה ארזי "מה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בהכרעות בדבר קבילות ראיות? דיון בעקבות ע"פ 5582/09 העוסק בקבילותם של זיכרונות מודחקים" הארת דין ו(1) (התשע"ב) 39

promulgate rules governing the administration of all courts and shall make and promulgate⁷⁶.rules governing practice and procedure in a civil and criminal cases".

לסמכות זו של בתי המשפט בארה"ב בפיתוח דיני הראיות ישנם מקורות מספר: (1) המסורת של המשפט המקובל מכירה בה כסמכות טבועה של בית המשפט. מאחר שמסורת זו "יובאה" מאנגליה לארה"ב, נטען שהמשפט האמריקני "ירש" אותה.⁷⁷ (2) ישנם חוקים ספציפיים, מדינתיים ופדרליים, המאצילים סמכויות לפיתוח דיני הראיות לבתי המשפט.⁷⁸ (3) כפי שצוין לעיל, בחוקותיהן של רבות מן המדינות מצוין במפורש שלבתי המשפט יש אוטונומיה בענייני פרוצדורה ופרקטיקה.⁷⁹

חרף ההכרה הנרחבת בעדיפות הרשות השופטת בפיתוח דיני הראיות, המחלוקת בעניין הסמכות לפיתוח דיני הראיות מתעוררת מעת לעת גם במדינות ארה"ב, והמחוקק משנה על דעת עצמו את דיני הראיות.⁸⁰ הביקורת שהופנתה כלפי המחוקק בעקבות מהלכים כאלה גרסה שהוא עורך שינויים מרחיקי לכת בכללי הראיות, בסוגיות שכבר נדונו והוכרעו על ידי בתי המשפט, בעקבות לחץ ציבורי.⁸¹ מחויבותו של המחוקק כלפי האזרחים ותלותו בציבור הבוחרים מחייבות שהסמכות לכך תהיה בידי הרשות השופטת.⁸²

במדינת קונטיקט עוגנו דיני הראיות בקוד בשנת 2000. בפסק דין שניתן על ידי בית המשפט לערעורים, נקבע שאין מנוס מפירוש הקוד באופן שהוא לא התכוון להגביל את ערכאות הערעור, מאחר שפרשנות אחרת עשויה להביא לכלל מסקנה שהקוד איננו חוקתי ונוגד את עקרון הפרדת הרשויות.⁸³

במדינת קנטקי הקוד של דיני הראיות נוצר מתוך שיתוף פעולה של בית המשפט העליון והמחוקק ונקבע שבית המשפט יוכל לערוך בו שינויים או להוסיף עליו ואילו למחוקק הזכות לבקר שינויים אלה אם יש בכך משום פגיעה בתקנת הציבור.⁸⁴

כדי להצדיק את התערבות המחוקק בדיני הראיות, סווגו על ידיו חלק מדיני הראיות ככללים מהותיים ואחרים – ככללים פרוצדורליים, בטענה שמותר לו להתערב בכללים המהותיים.⁸⁵ בהסתמך על כך

76 מתוך חוקת אלבמה: "the supreme court shall make and promulgate rules governing practice in civil and criminal cases in all courts" שם, הערה 36 בעמ' 450.

77 דנה, אלבמה, לעיל הערה 73, בעמ' 432-433.

78 שם, שם.

79 נהוג לסווג במשפט האמריקני את דיני הראיות כחלק מהדין הפרוצדורלי. ראי דנה, אלבמה, לעיל הערה 73, ה"ש 36 בעמ' 434, המפרטת רשימת מדינות שחוקתן מסמיכה את בית המשפט לקבוע כללים הקשורים לפרוצדורה ופרקטיקה.

80 דוגמה לשינוי שעשה המחוקק היא שינוי הכלל הראייתי שאסר שימוש בראיה חיצונית הנוגעת להתנהגות רעה קודמת של הנאשם (bad act evidence) לצורך הוכחת אשמה. בעקבות כמה זיכויים מסוקרים ומתוקשרים התגבר חוסר האמון של הציבור ביכולת מערכת המשפט למצות את הדין עם עבריינים והתחושה כי רבים מהם מצליחים להתחמק מאחריות. בעקבות אירועים אלו קבע המחוקק כי bad act evidence היא ראיה קבילה לצורך הוכחת אשמה וניתן להעלותה בפני המושבעים, גליקסמן, הפרדת רשויות, לעיל הערה 74, בעמ' 445-448.

81 שם, בעמ' 446-447.

82 שם, בעמ' 447-448.

83 Ailla Wasstrom-Welz, *The Connecticut Evidence Code and the Separation of Powers*, 42 CONN. L. REV. 991 (2010) (להלן: וסטרום, קונטיקט); (state v. Dejesus, 953 a.ed 45, 62 (conn. 2008).

84 Robert g. Lawson, *Modifying the Kentucky Rules of Evidence- A Separation of Powers Issue*, 88 KY. L.J. 525 (spring 1999/2000) (להלן: לווסון, קנטקי). לחוק המפרט את אופן השינוי ראו 1102 .ky.r.evid. [hereinafter k.r.e.]

85 גליקסמן, הפרדת רשויות, לעיל הערה 74, בעמ' 455-456.

טל רגב וליאורה ארזי "מה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בהכרעות בדבר קבילות ראיות: דיון בעקבות ע"פ 5582/09 העוסק בקבילותם של זיכרונות מודחקים" **הארת דין** ו(1) (התשע"ב) 39

קבע בית המשפט העליון של משיגן בפסק הדין בעניין מקדוגל,⁸⁶ בניגוד להלכה הקודמת,⁸⁷ שבסוגיות של מהות, המחוקק יכול להתערב בדיני הראיות.⁸⁸ בפרשה זו קבע בית המשפט שחוק המגביל קבילות של עדות מומחה במקרי רשלנות רפואית הוא חוקתי. מבקרי פסיקה זו טוענים שהיא תביא לידי כך שהמחוקק יוכל להתערב בכל הדין הפרוצדורלי, תוך הצגתו כדין מהותי. עוד גורסים המבקרים, הרשות המכריעה – מחוקקת או שופטת, אינה צריכה להיקבע לפי סיווג הכלל כפרוצדורלי או כמהותי, אלא על פי השיקול "למי העדיפות",⁸⁹ דהיינו, לאיזו רשות העדיפות להכריע בכללים ראייתיים. כאמור, לדעתנו, שיקול העדיפות מחייב שבתי המשפט יכריעו בעניין זה.

ד.3.2. הטיעון המוסדי

עסקנו לעיל בדין הקיים, במהות פונקציית השפיטה ובשאלה למי מסורה הסמכות להכריע בעניינים שבעובדה. כעת ננסה לבסס את טיעוננו שלבית המשפט עדיפות בהכרעות בעניינים שבעובדה ועל כן ראוי שסמכות זו תימצא בידיו.

א. מערכת תמריצים אחרת

בכפוף לעקרון הפרדת הרשויות, עמדתנו היא שהרשות השופטת עדיפה מן המחוקק, בכל הקשור לפיתוח כללי ראיות המבוססים על שיקולי הוכחה. המחוקק, מעצם תפקידו ואופן בחירתו, אמור לייצג את האזרחים, ועל כן הוא עשוי להיות מושפע מלחץ ציבורי ומלחץ של קבוצות אינטרסים בעלות השפעה.⁹⁰ המחוקק עשוי להציב לעצמו מטרה מסוימת ולקבוע את הכללים המתאימים שיביאו לתוצאה המשפטית הרצויה לו. בארה"ב, לדוגמה, התערב המחוקק בדיני הראיות וקבע שניתן להציג ראיות הנוגעות לעברו הפלילי של הנאשם, כבר בשלב הוכחת האשמה. זאת ב לעומת המצב הקודם, שהתיר להשתמש בראיות מסוג זה רק בשלב הטיעונים לעונש ולאחר שהוכחה האשמה. הכלל הקודם נשען על התובנה שהצגת עברו הפלילי של הנאשם עלולה לשבש את גילוי האמת במקרה הקונקרטי הנדון בבית המשפט. השינוי בכלל זה נעשה לאחר כמה זיכויים מתוקשרים שהגבירו בקרב הציבור את החשש שעבריינים מצליחים להתחמק מעונש בקלות רבה מדי. המחוקק שינה כלל ראייתי כבד משקל במטרה להשפיע על תוצאות ההליך הפלילי בעקבות לחץ הציבור.⁹¹ שינויים מכווני תוצאה אלה פוגעים בטוהר ובאובייקטיביות של ההליך השיפוטי, שאמור להכריע בסכסוכים לאורם של עקרונות צדק משפטיים ולא לפי יעד מוכתב מראש.

ויגמור טען שיש להבחין בין כללים שהעוסקים בפרוצדורה לבין כללים העוסקים במהות ומוסווים תחת מעטה של דיני ראיות. לשיטתו, הפונקציה של המחוקק נפרדת מפונקציית השפיטה ולכן התערבות המחוקק בכללים פרוצדורליים, כגון קביעת ראיות קונקלוסיביות, היא פסולה. עם זאת, ויגמור סבור שמקרים אלו הם נדירים וכי ברוב המקרים שבהם המחוקק מתערב בדיני הראיות, מדובר בשינויים מהותיים המבוססים על שיקולים נורמטיביים ולגיטימיים. חוקיותם אינה נפגעת מעצם העובדה שהמחוקק קבע אותם. ראי WIGMORE, לעיל הערה 54. בסעיף s1354, לדוגמה, ויגמור מציין שחוק המרחיב את חוק החוזים ויוצר השתק שיחול על אחד הצדדים, בהתקיים תנאים מסוימים, יכול להיות חוקי, אף שהוא למעשה אוסר על בית המשפט לבחון את מכלול העובדות ולהכריע על פיהן.

⁸⁶ Mcdougall v. schanz, 597 n.w.2d 148 (mich. 1999) (להלן: פרשת מקדוגל).

⁸⁷ Perin v. peuler, 130 n.w.2d 4, 10 (mich. 1964) (להלן: פרשת פרין): "the function of an acting and amending judicial rules [...] has been committed exclusively to this court [...] a function with which the legislature may not meddle or interfere [...]"

⁸⁸ Hon. Daniel P. Ryan, *Michigan Rule of Evidence 702: Amend it or Leave it to Schanz?* 19 T.M. COOLEY L. REV. 1, 10; (2002); פרשת מקדוגל, לעיל הערה 86.

⁸⁹ גליקסמן, הפרדת רשויות, לעיל הערה 74, בעמ' 456.

⁹⁰ שם, בעמ' 458.

⁹¹ שם, בעמ' 445-448.

טל רגב וליאורה ארזי "מה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בהכרעות בדבר קבילות ראיות? דיון בעקבות ע"פ 5582/09 העוסק בקבילותם של זיכרונות מודחקים" **הארץ דין ו1** (1) (התשע"ב) 39

בה בעת, תפקידו של המחוקק הוא להגיב על שינויים פוליטיים, חברתיים או כלכליים. לפיכך מוצדק שישקול טעמים מסוג זה בבואו ליצור כללים ראייתיים המבוססים על שיקולים נורמטיביים. אולם, ככל שמדובר ביצירת כללים ראייתיים המבוססים על שיקולי הוכחה, אין מקום לטעמים אלו.⁹² לפיכך יש להעניק את הסמכות לפיתוח דיני הראיות, ככל שמדובר בהכרעות עובדתיות, לבתי המשפט. כך גם לעניין תקפות התיאוריה של זיכרונות מודחקים, שהיא הכרעה עובדתית, שראוי ששיקולים פוליטיים יהיו זרים לה. השאלה אם התיאוריה היא תקפה אינה יכולה להיות מוכרעת, למשל, בהשפעת לחצים תקשורתיים על המחוקק בעקבות זיכויים של עברייני מין. שיעור ההרשעות אינו יכול להשפיע על ההכרעה ההוכחתית בשאלת תקפות מדעית.⁹³

החשש מסוג המניעים של המחוקק לשינוי הדין גובר גם מנקודת הראות של הגישה הכלכלית למשפט. על פי גישה זו, האורגנים של הרשות המחוקקת הם פרטים השואפים למקסם את רווחיהם האישיים, דהיינו להגדיל את כוחם ואת סיכוייהם להיבחר מחדש.⁹⁴

ב. מומחיות וניסיון של בתי המשפט

שיקול נוסף להעדפת בתי המשפט בפיתוח דיני הראיות נעוץ במומחיותם של שופטים בהכרעות עובדתיות, הנובעת מעיסוקם התכוף בעדויות ובראיות.⁹⁵ אין חולק על כך שלבית המשפט המומחיות והכללים הטובים ביותר להכרעה בעובדות מקרה ספציפי הנדון לפניו.⁹⁶ בהשוואת "קבוצת השופטים" ל"קבוצת המחוקקים", ניסיונה של הקבוצה הראשונה בקביעת עובדות מקנה לה עדיפות על פני הקבוצה השנייה.⁹⁷

עם זאת, יש שיאמרו כי למחוקק ישנה כשירות מוסדית טובה יותר לקבוע אילו שיטות יכולות להביא לקביעת עובדות "נכונות", כגון קביעתם של כללי ראיות או שאלות בנוגע לתוקפן העקרוני של ראיות, שלא בהקשרו של משפט קונקרטי. יתרונו המובהק של המחוקק על פני בית המשפט טמון במשאביו, ובפרט ביכולתו לזמן מומחים ולערוך בירור עובדתי מקיף.⁹⁸ בירור הסוגיה על ידי המחוקק עשוי לחשוף את האמת ולחלופין

⁹² שם, בעמ' 444. אמנם המחוקק מייצג את עמדת הציבור, כגוף נבחר במדינה דמוקרטית, אולם חשוב לזכור שנבדק הכרח בדמוקרטיה הוא הפרדת רשויות, ולפיו פונקציית השפיטה היא בסמכות הרשות השופטת.

⁹³ לפי דוח הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, לשנת 2007, עולה ששיעור ההרשעות בהליך הפלילי עומד על 98.6%. ראי את דעת הקהל בלי קשר לסטטיסטיקה המהימנה. http://www.cbs.gov.il/shnaton61/st11_04.pdf. אף ששיעור ההרשעות גבוה ביותר, משפטים מתוקשרים עשויים להטות

⁹⁴ זלצברגר, דוקטרינת הפרדת הרשויות, לעיל הערה 52, בעמ' 162-163.

⁹⁵ וכן ביכולתם להבין ולהפנים עקרונות משפטיים כגון חזקת החפות, או הגבלת הדיון הפלילי להצגת ראיות המוכחות את האישום הנוכחי בלבד, מנשה, שיקול דעת עובדתי, לעיל הערה 38, הי"ש 111 בעמ' 107-106.

⁹⁶ "טעויות אנושיות אמנם ייתכנו גם אצל הרשות השופטת [...] אולם עד כה אין כמו שופטים מקצועיים מנוסים, הדנים לפי סדרי-דין קבועים ומוגדרים, ערובה לבירור האמת", בג"ץ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449, 458 (1982) מפי השופטת בן-פורת.

⁹⁷ אמת, שופטים מסתמכים בקביעת עובדות על כלים בעייתיים כגון ניסיון החיים והשכל הישר שלא אוששו אמפירית. קביעות בקשר לסבירות גרסאות ומהימנות עדים הן דוגמאות למקרים מסוג זה. אולם, כפירה בשימוש בכלים אלה על ידי השופט תוביל להשבתת מערכת המשפט, שכן היא תהא כבולה עד שתוכח באופן מדעי-אמפירי כל ראיה וראיה. דורון מנשה ושי אוצרי, "כמה שוקלת הודאה?" - עיון מחודש בשאלת משקלן הבייסיאני של הודאות נאשם תגובה למאמרם של מרדכי הלפרט ובעוז סנגירו, מחקרי משפט כו(3), "מחקרי משפט כו(2) 503 בה"ש 7.

המטילים ספק ביומרה של בית המשפט לחשוף ולבודד אמת תקפה אחת מתוך סבך של עובדות וראיות, מוסיפים שהשופטים מועדים להטיות קוגניטיביות בהליך קבלת החלטות ככל האדם ולכן אינם עדיפים מהדיוטות. ראי חמי בן נון "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות - אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט" **שערי משפט** ה' 177, 179-180 (תש"ע); מנשה, שיקול דעת עובדתי, לעיל הערה 38, בעמ' 110-107.

⁹⁸ כמו כן הזמן העומד לרשותו בהליך החקיקה עשוי להיות רב יותר, הוא יכול להקים ועדה ייעודית לבחינת סוגיה מסוימת, להורות על עריכת מחקר הנחוץ לו, ולהקצות משאבים לכל אלה.

טל רגב וליאורה ארזי "מה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בהכרעות בדבר קבילות ראיות? דיון בעקבות ע"פ 5582/09 העוסק בקבילותם של זיכרונות מודחקים" **הארץ דין ו1** (1) (התשע"ב) 39

למנוע הכרעה עובדתית שגויה שמקורה בהצגת תשתית ראייתית לוקה בחסר⁹⁹ (משום שאחד הצדדים לא הרים את נטל ההוכחה, או לא הצליח לעורר ספק סביר, עקב חוסר משאבים). באופן זה הקצאת משאבים מטעם המחוקק אף תורמת לקיומו של הליך הוגן וצודק, באמצעות צמצום פערי הכוח שבין בעלי דין (עקב אי-שוויון במשאבים). לאור טיעונים אלה, יש שיאמרו שהמחוקק רשאי וצריך להתערב בהליכי פיתוח דיני הראיות על ידי קביעת שיטות לקביעת עובדות נכונות.¹⁰⁰

למרות האמור, דעתנו היא שלבית המשפט עדיפות בבירור שאלות עובדתיות, גם כאשר אנו חורגים משאלת עובדותיו של מקרה קונקרטי. אמנם בית המשפט מוגבל ביכולתו לערוך בירור עובדתי עצמאי ומקיף, ולצורך כך הוא תלוי בצדדים. עם זאת, לטעמנו אין מדובר במגבלה משמעותית שבכוחה להטות את הכף נגד שאר השיקולים התומכים בעדיפותו המוסדית של בית המשפט. לכל הפחות במשפטים פליליים, בית המשפט יכול לדרוש מהמדינה לבצע את הבירור העובדתי הנדרש, בטרם יקבל ראיה. כך, למשל, אם המדינה מבקשת להסתמך על ראיה מדעית חדשה, בית המשפט יכול לדרוש מהתביעה להציג לפניו את תוצאותיו של הליך הבירור העובדתי הנדרש, שאם לא כן לא תתקבל הראיה. זאת ועוד, זמינותם של כלים לביצוע הבירור העובדתי אצל הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת, כגון היכולת למנות ועדות ולזמן מומחים, אינה מחייבת את המסקנה שראוי כי הן גם שתכרענה בשאלת קבילותן של ראיות מדעיות מסוג חדש, או בצורך בכלל ראייתית חדש. גם בית המשפט יכול להידרש לדוחות של ועדות מומחים שמינו הרשויות האחרות, ובלבד שההכרעה תישמר בידי בית המשפט. לבסוף, ההליך השיפוטי מאפשר את מעורבותו של הנאשם הקונקרטי שישא בתוצאות ההליך. כך ניתנת לו, לכל הפחות, הזדמנות להביא ראיות משלו, מעורבות שאינה מתאפשרת בהליך החקיקה.

לאור האמור אנו סבורות שגם בשאלת קבילות תיאוריית הזיכרונות המודחקים ישנה עדיפות לבית המשפט על פני המחוקק.

ה. האם ראיות מדעיות מהוות מקרה מיוחד המצדיק את התערבות המחוקק בדיני הראיות?

ה.1. הממשק בין המדע למשפט

בפרק זה נבחן את השאלה אם ראיות מדעיות הן מקרה מיוחד המצדיק את התערבות המחוקק בדיני הראיות, ובמילים אחרות, אם בירור מחלוקת בבית המשפט, בשאלת תוקפה של תיאוריה מדעית, שונה מכל בירור של סכסוך עובדתי אחר.

בבחון בית המשפט תזה, דוקטרינה או עדות מומחה, הקושי גובר ככל שתוכן מבוסס על יסודות רחוקים מן הידיעה השיפוטית.¹⁰¹ בתי המשפט מתקשים להתמודד עם החידושים המדעיים המתעדכנים חדשות לבקרים. שטף המידע וההתפתחויות המדעיות מותיר את המשפט הרחק מאחור. המשפט זקוק לכלים שיאפשרו לו להגיע לחקר האמת באמצעות זיקוק הראיות המדעיות הרלוונטיות, שעליהן ניתן להסתמך.¹⁰²

⁹⁹ בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994), פס' 19 לפסק דינו של השופט זמיר.

¹⁰⁰ דהיינו לא בסכסוך קונקרטי, כי אם בכללים הקובעים את אופן ההכרעה בו.

¹⁰¹ אברהם סהר "האם חל שינוי במבחני ראיה בעניין שבמדע" **רפואה ומשפט** 30, 166, 173 (2004).

¹⁰² יונתן דיוויס "קבילות ומשקל ראיות מדעיות במשפט – האם יש מקום לייבא את הלכת דאוברט?" **רפואה ומשפט** 29, 50, 51 (2003).

טל רגב וליאורה ארזי "מה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בהכרעות בדבר קבילות ראיות? דיון בעקבות ע"פ 5582/09 העוסק בקבילותם של זיכרונות מודחקים" **הארץ דין** ו(1) (התשע"ב) 39

לכל אורך הממשק בין מדעי החברה למשפט יש מתח המסכל ניסיונות "לתרגם" עקרונות מהתחום הראשון למשנהו. מדעי החברה שואלים שאלות מסיבות שונות מאלה של המשפט. השפה, המונחים והמטרות של עורכי הדין שונים מאלו של חוקרים מדעיים.¹⁰³ למשפט ולמדע יש פרספקטיבות נבדלות בעת הגדרת האמת. לפיכך מתעוררת השאלה אם ניתן להתאים בין עקרון האמת המדעית המנחה את מדעי החברה לעקרון הצדק המשפטי-חברתי המנחה את המשפט. למרות ההבדלים, דיאלוג בין התחומים מתבקש משום שידע מדעי הכרחי למשפט ותורם לו.¹⁰⁴ רמת ההוכחה הגבוהה הנדרשת בעת ניסיון לבסס תזה מדעית, והסטנדרטים המחמירים שהמדע מציב בנוגע לאובייקטיביות ולאמינות שבמחקר המדעי, מביאים לידי כך שבית המשפט מעדיף ראיות מדעיות כבסיס לקביעת ממצאים והכרעה במחלוקת בין צדדים. ככל שהסתמכותו של בית המשפט על ראיות כאלה גוברת (למשל, הרשעה המתבססת על בדיקת דנ"א כראיה יחידה),¹⁰⁵ רמת ודאות גבוהה יותר של הראיות נדרשת.¹⁰⁶ בית המשפט פונה לעולם המדע באמצעות מומחים, אולם תפקידו שלו הוא להכריע לבסוף בין מומחים חלוקים. עליו לשקול את הידע המדעי במאזניים משפטיים. באמצעות הכלים השיפוטיים העומדים לרשותו הוא קובע על בסיס חוות הדעת את האמת המשפטית באשר למציאות המדעית.¹⁰⁷ זוהי מלאכתו השיפוטית במרדף אחר האמת ובשאיפה לכינון צדק.

בסופו של יום, גם במחלוקת מדעית מדובר בהכרעה עובדתית שעל בסיסה צריך להגיע לאמת המשפטית. לדעתנו, הכרעה בקבילותה של תיאוריה מדעית אינה מקרה מיוחד, כלומר אינה שונה מכללי ראיות אחרים המבוססים על שיקולי הוכחה.¹⁰⁸ לפיכך גם במקרה זה ראוי שהסתמכות תינתן לבית המשפט ולא לרשות המחוקקת.¹⁰⁹

ה.2. הדין הראוי או הדיון החסר בפסק הדין: קבילותה של ראיה מדעית חדשה

אנו סבורות כי בפרשת **פלוגי** מוטב היה אילו בחן בית המשפט את תיאוריית הזיכרונות המודחקים בכלים ובמבחינים שבהם נהוג לבחון ראיות מדעיות חדשות הנדונות בהליך משפטי בפעם הראשונה.

בפרשת **מוראד**,¹¹⁰ שבה נדרש בית המשפט להכריע בשאלת קבילותה של ראית דנ"א, מנה בית המשפט את היסודות שעל הערכאה השיפוטית לבחון, בבואה להכריע בקבילות ראיה:

Jonathan Yovel & Elizabeth Mertz, *The Role of Social Science in Legal Decisions*, in THE BLACKWELL COMPANION TO LAW AND SOCIETY 410, 427-429 (Austin Sarat ed., 2004) (להלן: יובל).

Admitting Doubt: A New Standard for Scientific Evidence, 123 HARV. L. REV. 2021, 2032 (2010)

פרשת **מוראד**, לעיל הערה 70.

אמנון סטרשנוב "ראיות מדעיות ועדויות מומחים בבית-המשפט" **רפואה ומשפט** 177 (2001). וכן ככל שגוברת הסתמכות בית המשפט על חוות דעת של עד מומחה בעניין אותן ראיות, כך נדרשת רמת מהימנות ואמינות בדרגה גבוהה מצד המומחה המעיד.

בע"א 1639/01 **קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב**, פ"ד נח(5) 215 (2004), פס" 10 לפסק דינה של השופטת דורנר.

על ההבחנה "בין אמת עובדתית לאמת משפטית" ראי: בג"ץ **אלון**, לעיל הערה 96, בעמ' 471-475, פסק דינו של השופט אלון.

"בירור משפטי של עובדות השנויות במחלוקת צריך שיערך בזמן ובמקום קבועים, וההחלטה צריך שתקבל אז, אחת ולתמיד. הדרישה הזאת, שאינה קיימת בבית היוצר המדעי, מביאה את בית המשפט לתוצאה הבלתי נמנעת, שעליו לדחות סוגים מסוימים של ראיות ולהסתמך במידה רבה על סוגים אחרים, ונזקק הוא לכללים מיוחדים במלאכת אומנותו, השונים מאשר במחקר המדעי", בג"ץ **אלון**, שם, בעמ' 470.

"כל מסקנה, אליה תגיע ועדת החקירה, אינה מתיימרת לשנות מן האמת המשפטית, שנקבעה בפסיקתו של בית המשפט, אך ועדת החקירה רשאית היא להגיע – ומתיימרת היא לשאוף להגיע – בדרכי חקירה וראיות הנראות בעיניה, לחקר האמת העובדתית, שלא תמיד מוכרחה היא לעלות בקנה אחד עם האמת המשפטית", שם, שם.

פרשת **מוראד**, לעיל הערה 70.

"על בית-המשפט לבחון יסודות מספר ולהשיב על שאלות אחדות עד שיתיר לראיה מדעית להיותה ראיה קבילה וראויה בהליכי משפט. האם מקובלת התיאוריה בקרב הקהילה המדעית שלעניין, ועד כמה מקובלת היא? מהו שיעור הטעויות הידוע או הפוטנציאלי? האם הבדיקה שנערכה במקרה הספציפי הייתה בדיקה אמינה וראויה? שלא כבעבר, אין נדרש כיום כי התיאוריה תהא מקובלת על הקהילה המדעית כולה, ואולם חילוקי דעות ישפיעו על משקלה של הראיה. דבר אחרון, והוא מן העיקריים: תקפות התיאוריה המדעית שלעניין תולה עצמה – לעולם – באפשרות הפרכתה על-ידי ראיות אמפיריות סותרות ובהיותה נתונה לביקורתם של מומחים (והרי זה נייר הלקמוס של כל תיאוריה מדעית)".¹¹¹

אף שבית המשפט לא ציין זאת במפורש, בפרשה זו הוא למעשה אימץ את המבחנים שנקבעו בהלכת דאוברט האמריקנית, אשר הגדירה את המונח "מידע מדעי" וקבעה אמות מידה חדשות לבחינת מידע מדעי חדש במשפט:¹¹²

1. האם התיאוריה או התזה המדעית נבדקה באופן מדעי והאם ניתן להפריכה?
2. האם התזה המדעית עמדה בביקורת עמיתים ופרסום מדעי?
3. מידת יציבות המחקר שהתזה המדעית מושתתת עליו ומידת ההסתברות לטעות.
4. ההכרה הכללית בתזה המדעית בקרב הקהילייה המדעית העוסקת בנושא.

פסקי דין מאוחרים יותר רואים בפרשת **מוראד** פסק הדין שאימץ את מבחני הלכת דאוברט וקבע את המבחנים להכרת בתי המשפט בקבילות תיאוריות מדעיות חדשות.¹¹³

לדעתנו, במקרה דנן היה ראוי שבית המשפט ינהל דיון מעמיק בשאלת קבילותה של תיאוריית הזיכרונות המודחקים. לשם כך היה עליו להחיל את מבחני הלכת דאוברט ולבחון את קבילות הדוקטרינה באמצעותם.¹¹⁴ מהלך כזה מתבקש לאור אימוץ אמות המידה להכרעה בקבילות ראיות מדעיות חדשות בפסיקה קודמת. התעלמות מן ההלכה הקיימת, בלא הנמקה ראויה, פוגעת בקוהרנטיות ובעקרון הוודאות.

ו. סיכום

בהארה זו ביקשנו לבחון את פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **פלוני**, שדן לראשונה בהליך פלילי בתקפותה של התיאוריה המדעית בדבר זיכרונות מודחקים. התמקדנו בשאלה מיהו הגוף המוסמך להכריע בסוגיות של קבילות ראיות בכלל, ובסוגיות של קבילות ראיות מדעיות בפרט. טענתנו המרכזית בהארה זו הייתה שככל שמדובר בכללים ראייתיים המבוססים על שיקולי הוכחה, ראוי שעל תפקיד זה יהיה אמון בית המשפט. לדעתנו, יצירת כללים ראייתיים על ידי המחוקק היא לגיטימית וראויה ככל שמדובר בכללים

¹¹¹ שם, פס' 18 לפסק דינו של השופט חשין.

¹¹² Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals inc., 509 US 579 (1993)

¹¹³ תפ"ח (מחוזי י-ם) 606/03 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם ב"נבו", 8.1.2004), פס' 95; ת"א (שלום י-ם) 1787/04 **הררי דוד נ' כלל חברה לביטוח בע"מ** (פורסם ב"נבו", 3.7.2006). לעומת זאת, בע"א 1639/01 **קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב**, פ"ד נח(5) 215 (2004), טענה השופט נאור כי שיטת המשפט הישראלית שונה מזו האמריקנית, ועל כן יש ליישם את מבחני דאוברט בהקשר של בחינת משקל הראיות המדעיות ולא בהקשר של בחינת קבילותן.

¹¹⁴ בחרנו שלא ליישם את מבחני דאוברט על תיאוריית הזיכרונות המודחקים בהארה זו בשל קוצר היריעה. אך יותר מכך, משום שהתוצאה של בחינה זו אינה רלוונטית להארה זו, העוסקת בביקורת על הפרשנות, ההנמקה ונתיב ההכרעה של בית המשפט.

ראייתיים המבוססים על שיקולים נורמטיביים. כמו כן ראוי שכל התערבות מצד המחוקק תיעשה במפורש ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר בכללים ראייתיים המבוססים על שיקולי הוכחה.

תחילה סקרנו את תמצית עובדות הפרשה הנדונה בהארטנו. הצגנו על קצה המזלג את המחלוקת המדעית העמוקה בדבר היתכנותם של זיכרונות מודחקים.

לאחר מכן תיארנו את מסקנתו של השופט עמית, שהמחוקק הכיר בתופעת הזיכרונות המודחקים, מסקנה שהסיק מדברי ההסבר לתיקונים שנעשו בחוק העונשין, המאריכים את תקופת ההתיישנות בעבירות מין בקטינים בתוך המשפחה. לשיטתו, משהכיר המחוקק בתוקפה של התיאוריה, למעשה הכריע בדבר קבילותה, ועל כן בית המשפט אינו צריך להידרש לסוגיה זו. הסברנו מדוע, לדעתנו, ההיסק הלוגי של השופט עמית, וההנמקה שבצדו, אינם חפים מקשיים, והראינו שדברי ההסבר שעליהם הסתמך עשויים להביא למסקנה אחרת.

זאת ועוד, טענו כי אף לו היינו מקבלות את הנחת היסוד של השופט עמית, שהמחוקק ביקש להכריע בדבר קבילותה של התיאוריה, לא מתפקידו של המחוקק להכריע בסוגיה זו, אלא מתפקיד הרשות השופטת. טיעון זה מבוסס על כך שהכרעות עובדתיות נכללות בגדרי סמכותה של הרשות השופטת והן לחם חוקה. בשל כך ולפי עקרון הפרדת הרשויות, הרשות השופטת היא שצריכה להכריע בסוגיות ראייתיות המבוססות על שיקולי הוכחה. במניין השיקולים להעדפת הרשות השופטת, הצגנו את הטיעון המוסדי. טענו כי מערכות תמריצים נבדלות המניעות את אנשי שתי הרשויות, ומומחיותה של "קבוצת השופטים" בהכרעות עובדתיות, מצדיקות את העדפת הרשות השופטת בפיתוח כללים ראייתיים בעניינים שבעובדה.

לסיום דנו בשאלה אם יש לראות בראיות מדעיות מקרה מיוחד המצדיק את התערבות המחוקק. טענו כי אין למחוקק יתרון על פני הרשות השופטת בבחינת תוקפן של תיאוריות וראיות מדעיות. הראינו שניסיון העבר מלמד שבית המשפט הוא המכריע בשאלות מסוג זה, ושהפסיקה התוותה אמות מידה מנחות לבחינת קבילותה של תיאוריה מדעית חדשה.

כפי שטענו, עקרון הפרדת הרשויות לא בהכרח מצביע על גבולות חד-משמעיים בין הרשויות. לפיכך לא כל התערבות של המחוקק בדיני הראיות היא בעייתית באותה מידה. הניתוח שהצענו בהארה זו פותח פתח לשרטוט מנעד שיתאר את מידת ההתערבות הראויה של המחוקק בדיני הראיות. בקצה האחד של הספקטרום מקרים שבהם לרשות השופטת נתונה סמכות בלעדית בקביעת ה"אמת", כגון סמכותו הבלעדית של בית המשפט לקבוע את אשמתו או את חפותו של אדם החשוד בביצוע עבירה פלילית.¹¹⁵ בקצה האחר מקרים שבהם התערבותו של המחוקק היא לגיטימית, ואף מחויבת, כגון קביעת ערכים הגוברים על ערך האמת ומגבילים את יכולת בית המשפט לגלותה. שרטוט המנעד במלואו חורג מגבולות הארה זו.

במקרה שבו עסקינו, וככל שהמחוקק אכן קבע שדוקטרינת הזיכרונות המודחקים היא קבילה – לדעתנו, הפרשנות הסבירה היא שהוא עשה כן מאחר שסבר שהתיאוריה תקפה, כלומר שזיכרונות מודחקים הם זיכרונות אמיתיים. לעומת זאת פרשנות שאינה סבירה היא שהמחוקק ביקש להתבסס על שיקולים נורמטיביים ולהכריע שזיכרונות אמיתיים שקולים לזיכרונות שאינם אמיתיים, כפי שעשה בעת שהכריע כי מי

¹¹⁵ בג"ץ אלון לעיל הערה 96, בעמ' 455.

טל רגב וליאורה ארזי "מה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בהכרעות בדבר קבילות ראיות? דיון בעקבות ע"פ 5582/09 העוסק בקבילותם של זיכרונות מודחקים" **הארץ דין ו1** (1) (התשע"ב) 39

שלא קרא דואר רשום שקול למי שכן קראו (כאמור מטעמים נורמטיביים).¹¹⁶ לדעתנו, בבסיסה של ההכרעה בשאלת קבילותה של התיאוריה אין שיקול נורמטיבי אלא עובדתי-הוכחתי. לפיכך זוהי שאלה עובדתית גרידא שההכרעה בה, מקומה בבית המשפט.

לדעתנו, הפרשנות הראויה להארכת תקופת ההתיישנות היא שהמחוקק השאיר את בחינת הקבילות לבית המשפט, בכך שאפשר לו לדון בה. אילולא האריך את תקופת ההתיישנות, מקרים אלו כנראה לא היו מובאים לפתחו.

אנו סבורות שבית המשפט שגה בעת שהתעלם מן הדיון ההכרחי בשאלת קבילותם של זיכרונות מודחקים. ראוי להניח חזקה פרשנית שלפיה המחוקק אינו מתכוון להתערב בפיתוח דיני הראיות, ככל שהדבר נוגע לשיקולי הוכחה (לעומת שיקולים נורמטיביים). לכל הפחות, התערבות כזאת מצד המחוקק צריכה להיעשות במפורש ובפקודת הראיות. בית המשפט היה צריך לבחון את תוקפה של התיאוריה לפי המבחנים שאומצו בפסיקה ולהכריע בעצמו בסוגיית קבילותה.

¹¹⁶ להסבר על השיקול הנורמטיבי העומד בבסיס הכלל הראייתי בנוגע לדואר רשום, ראי לעיל תת-פרק ד.2; הערה 41.