

קביעת עובדות בהליך המשפטי – משפט ופסיכולוגיה

מאת

מוחמד עלי*

תאוריות רציונליות של דיני הראיות מתארות את המשימה העיקרית של קביעת העובדות בהליך המשפטי כמשימה אפיסטמולוגית של הכרעה קוגניטיבית בידי קובע העובדות, בין שהוא נמנה עם חבר מושבעים ובין שהוא שופט מקצועי. בה בעת הליך קביעת העובדות משתמש במידע אמפירי מתחום המדע, לרבות מתחום הפסיכולוגיה, בלי לתת את הדעת על המתח שעשוי להיווצר בפנייה של המשפט למידע מתחום הפסיכולוגיה. חיבור זה בא לדון בכמה נושאים הנוגעים למפגש שבין הליך קביעת העובדות לבין הפסיכולוגיה ולהאיר כמה נקודות שמתעוררות בעקבות הניסיון לאמץ תובנות מהמחקר הפסיכולוגי אל תוך הליך קביעת העובדות, שהן ייחודיות למחקר הפסיכולוגי ואינן קיימות בתחומי ידע אחרים. הסיבה הבולטת לייחודיות זו היא החפיפה האפשרית של הידע שטמון במחקר הפסיכולוגי עם הידע הכללי שמצוי אצל קובע העובדות, אשר מגולם ברעיון "השכל הישר" ו"ניסיון החיים". זרקור המאיר נושאים אלה עשוי להניב תובנות שיש בהן כדי לאפיין את המתחים שנוצרים במפגש בין הפסיכולוגיה להליך קביעת העובדות ולתת הסברים לכמה תופעות שמתרחשות במהלך תפקודה של מערכת המשפט כמייצרת הכרעות עובדתיות. תובנות אלו עשויות לקדם הבנה טובה יותר של נקודות ההשקה בין הליך קביעת העובדות לבין הפסיכולוגיה ולתרום לקידום הכרעה עובדתית שתגשים באופן טוב יותר את הזכויות המהותיות, הן בשימור המאפיינים הנורמטיביים של ההליך, שהם ערובה לקיום התכונה הפונקציונלית שלשמה נועד – הכרעה בסכסוך בתוך פרק זמן מוגבל – והן בשימור התכונה האספירטיבית הנדרשת לשיפורו של הליך קביעת העובדות באמצעות אימוץ מידע אמפירי מהימן מתחום הפסיכולוגיה.

* ד"ר למשפטים, שופט בית המשפט המחוזי בחיפה. חלקים מהמאמר מבוססים על עבודת מחקר לקבלת תואר דוקטור בנושא "היבטים עיוניים ומעשיים בהפקת ראיות מאופי הנאשם ומהתנהגותו". תודתי נתונה לפרופ' דורון מנשה ולד"ר רביע עאסי, שליוו אותי בכתיבת החיבור, קראו את המאמר, האירו נקודות נסתרות והעירו הערות חשובות. תודתי נתונה גם לקוראים החיצוניים וכן לשופט נאסר ג'השאן מבית המשפט המחוזי בחיפה ולד"ר אבישג פומרנץ, שטרחו, קראו והעירו הערות חשובות.

א. מבוא. ב. הליך קביעת העובדות ואפיסטמולוגיה; 1. אפיסטמולוגיה והיחס שבינה לבין הליך קביעת העובדות; 2. הליך קביעת העובדות ואפיסטמולוגיה לנטורליסטית. ג. גישה ריאליסטית וגישה התנהגותית למשפט; 1. הליך קביעת העובדות בתוך תפיסה ריאליסטית; 2. הליך קביעת העובדות וגישה התנהגותית למשפט. ד. פטיכולוגיה ומשפט – יחסים מורכבים; 1. מבט כללי; 2. פרספקטיבה היסטורית; 3. סיבות אפשריות למתח הקיים בין הפטיכולוגיה למשפט. ה. "השכל הישר" ו"ניסיון החיים" כביטוי למתח בין הפטיכולוגיה לבין הליך קביעת העובדות; 1. "השכל הישר" ו"ניסיון החיים" – הגדרה; 2. קשיים ואתגרים; 3. פרדוקס השכל הישר. ו. האם הפטיכולוגיה יכולה להיחשב מדע? ז. ראיות מדעיות במשפט; 1. ייחודה של הראיה המדעית; 2. ראיה מדעית – בין פריי (Frye) לדאוברט (Daubert); 3. על השופט כמדען; 4. שילוב תובנות מהמחקר הפטיכולוגי בהליך קביעת העובדות. ח. סיכום.

א. מבוא

ההליך המשפטי נועד להשיג תוצאה – החלת זכויות וחובות מהותיות על הצדדים המתדיינים. תנאי הכרחי להגשמת תכלית זו – בירור העובדות וקביעת המסד העובדתי הרלוונטי.¹ זהו השלב הראשון. בשלב השני פונה בית המשפט לעסוק בהחלת הנורמה המשפטית המהותית על יסוד התשתית העובדתית.² רעיון זה מצוי בליבן של התאוריות הרווחות שעוסקות בקבלת החלטות עובדתיות בהליך המשפטי.³ בבסיס רעיון זה מונח

1 אהרון ברק, "על משפט שיפוט ואמת", *משפטים* כז (תשנ"ז) 11; רע"א 6546/94 *בנק איגוד נ' אוזלאי*, פ"ד מט(4) 54 (1995); דורון מנשה, "אידיאל חשיפת האמת ועקרון הגנה מפני חפים מפשע – אנטומיה של יחסים מסובכים", *קרית המשפט א* (תשס"א) 307.

2 מרדכי קרמניצר, "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתמייחים למהימנות של עדים", *הפרקליט לה* (תשמ"ד) 407.

3 Larry Laudan, *Truth and Error in Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology* (2006); Alex Stein, *Foundation of Evidence Law* (2005) pp. 12, 34 גרונו, *מהות הספק הסביר במשפט הפלילי* (2017) בעמ' 53–59 (להלן: מנשה וגרונו); ראו גם כלל 102 לכללי הראיות הפדרליים (Federal Rules of Evidence); Jack B. Weinstein, "Some Difficulties in Devising Rules for Determining Truth in Judicial Trials", 66 *Colum. L. Rev.* (1966) 223. מנגד קיימות תאוריות שמנסות להציב ערכים אחרים, ראו: דורון מנשה, *לוגיקה של קבילות ראיות* (2008) בעמ' 20–39 (להלן: מנשה, "לוגיקה של קבילות ראיות"), שמציב את הוקרת האמת ומניעת שקרים כיעד עיקרי; Charles Nesson, "The Evidence or The Event? On Judicial Proof and The Acceptability of Verdicts", 98 *Harv. L. Rev.* (1985) 1357 David P. Leonard, "The Use of Character to Prove Conduct: Rationality and Catharsis in The Law of Evidence", 58 *U. Colo. L. Rev.* (1988) 1, (לפי גישה זו חלק מיעדי ההליך הוא הצורך בהיטהרות – catharsis); Chris W. Sanchirico, "Character Evidence and The Object of Trial", 101 *Colum. L. Rev.* (2001) 1227; David Enoch and Talia Fisher, "Sense and 'Sensitivity': Epistemic and Instrumental Approaches to Statistical Evidence", *Stan. L. Rev.* (2015) 67 (לפי הגישה

העיקרון שלפיו קביעת העובדות היא הליך רציונלי שמניח קיומה של "אמת" אובייקטיבית בנוגע למה שהתרחש בעבר, אשר ניתנת לחשיפה באמצעות הכלים הניתנים בידי קובע העובדות.⁴ חשיפת ה"אמת" היא העומדת אפוא במרכזו של הליך קביעת העובדות במשפט. בכך נבקש לראות הכרזה כי החיבור מנער מעליו תאוריות של דיני הראיות שאינן שמות את חשיפת האמת כיעד מרכזי.⁵

הליך קביעת העובדות באפיונו הרציונלי מכוון להשגת תוצאות מיטביות, לכן עליו לכלול מרכיבים אספירטיביים (Aspirational), שנועדו להשגת יעדים אופטימליים (Optimal) של דיוק עובדתי מיטבי.⁶ שאיפה לדיוק עובדתי היא שאיפה להקטנת משגים, ומכאן להפחתת הסיכונים הנובעים ממצבים של חוסר ודאות.⁷ מצבים אלה אינהרנטיים להליך קביעת העובדות. זאת ועוד, הפחתת חוסר הודאות ודיוק בתוצאה העובדתית עשויים להמעט ממתחים שנוצרים בשל חוסר הודאות, כגון הצורך באכיפת המשפט הפלילי כדי ליצור סדר חברתי תקין אל מול החשש מהרשעת חפים מפשע והנזק החברתי הכרוך בכך.⁸ לפיכך ודאות רבה יותר תגרום להפחתה בהרשעת חפים מפשע ולענישת האשמים. בזה וגם בזה טמון אינטרס חברתי חשוב. לפי כל תאוריה של דיני ראיות שרואה בערך חשיפת האמת יעד מרכזי, הקטנת מרחב אי-הודאות, כלומר הגברת הדיוק, היא יעד שיש לשאוף אליו משום שיש בו כדי להקטין משגים שעלולים להיווצר תוך כדי תפקודה של המערכת המשפטית כיוצרת הכרעות עובדתיות.

הליך קביעת העובדות הוא הליך מורכב. כדי להגשים את היעדים שבבסיס ההליך – חשיפת האמת אגב שאיפה לדיוק מיטבי – משתמש קובע העובדות במידע שהצדדים מביאים לפניו. מידע זה מוחדר אל ההליך המשפטי באמצעות מנגנונים שתפקידם לתווך בין המידע לבין קובע העובדות ולברור את המידע הרלוונטי והאיכותי. הדבר נעשה בין היתר באמצעות כללי הראיות. בניגוד למה שמקובל לחשוב, הנתונים שעליהם נסמך בית המשפט בקביעתו אינם רק הראיות הפורמליות שמגישים הצדדים. נוסף על ראיות אלו, נדרש קובע העובדות לידע "כללי" המצוי אצלו, שהוא מרכיב חשוב בקבלת ההחלטה. ידע זה מגולם ב"השכל הישר" וב"ניסיון החיים". היבט זה נזנה בדיון סביב קבלת

המובעת במאמרים אלו דיני הראיות הם כלים שמיועדים להשגת יעדים חברתיים של הכוונת התנהגות והרתעה).

4 William Twining, *Rethinking Evidence – Exploratory Evidence* (1990) p. 76. גישתו של Twining קרובה אפוא לגישה אפיסטמולוגית פונדמנטלית; ראו גם: Donald Nicolson, "Truth, Reason and Justice: Epistemology and Politics in Evidence Law", *57 Mod. L. Rev.* (1994) 726, pp. 729–730.

5 לדיון בגישות השונות של דיני הראיות ראו טליה פישר, "דיני הראיות בראי התיאוריה", **עיוני משפט** לט (2016) 107, בעמ' 108–114 (להלן: פישר).

6 Twining (לעיל, הערה 4) בעמ' 75.

7 Stein (לעיל, הערה 3) בעמ' 12–25.

8 מנשה וגרונר (לעיל, הערה 3) בעמ' 59–60.

ההחלטות העובדתיות במשפט, ולרוב ההתמקדות היא בראיות הפורמליות שהצדדים מגישים ובכללים לקבילות הראיות ולפסלותן. ירידת קרנם של כללי הסף לקבילות ראיות והתקרבות אל משטר הוליסטי יותר שבו כל הנתונים מונחים לפני קובע העובדות, עשויות לגרום להפניית תשומת לב מחקרית ליחס שבין הידע הכללי המצוי אצל קובע העובדות לבין המידע הפורמלי שהצדדים מספקים.

אחד ממקורות המידע שאפשר שיובאו אל הליך קביעת העובדות הוא מחקרים מתחום הפסיכולוגיה. גוף ידע זה טומן בחובו הבטחה לנתונים שעשויים לשפר את תוצאות ההליך של קביעת העובדות. לצד ההבטחה קיימת מורכבות לא מבוטלת שנובעת הן מהצורך לעמוד על איכות המידע עצמו והן על המנגנון הקשור ביבוא המידע אל ההליך הקונקרטי (למשל בהגשת חוות דעת). מורכבות רבה עשויה להתעורר בשל המתח שקיים בין השימוש במידע מתחום הפסיכולוגיה לבין הידע שמצוי ב"השכל הישר" וב"ניסיון החיים". נדגיש כי המידע הפסיכולוגי שאליו נדרשים במאמר הוא אותו מידע הרלוונטי להליך קביעת העובדות. המחקר הפסיכולוגי יכול להיות רלוונטי לדיון בסוגיות מהותיות במשפט שאינן מענייננו במאמר זה.

מאמר זה מנסה לבחון בזכוכית מגדלת את המורכבות שביחסים בין הליך קביעת העובדות לבין המחקר בתחום הפסיכולוגיה. לצורך הבנת מורכבות יחסים אלו יש להקדיש חשיבה אנליטית לסוגיה מקדמית הנוגעת למאפייניו של הליך קביעת העובדות ולעיצובו הראוי. כאן מתעוררות שאלות בדבר טיבו של ההליך, באיזו מידה הוא נלכד על ידי מרכיבים אמפיריים מדעיים, עד כמה הוא מבוסס על מידע לא אמפירי וכזה שלא הושג במתודולוגיה מדעית, ובעיקר – מהם יחסי הגומלין בין השניים. מייד מזדקרת השאלה אם הליך קביעת העובדות יכול להיות הליך מדעי אמפירי "טהור", ואם זו מטרה ראויה שיש לשאוף אליה. שאלות אלו, בצל המורכבות של ההליך המשפטי, מחייבות הנחת מצע אנליטי שינסה להעמיק חקר במאפייניו של ההליך.

נקודת המוצא לדיון היא כי יש לראות בהליך קביעת העובדות כחוסה בתאוריה רציונלית שמבקשת לחשוף את האמת. אחד המאפיינים העיקריים של התאוריות הרציונליות הוא תפיסתן את הליך קביעת העובדות כמשימה אפיסטמולוגית. נקודת מבט תאורתית זו היא חלקית ולא שלמה. חולשתה בהחמצתה את הרכיבים ה"מדעיים" המשמשים בהליך קביעת העובדות. יותר מזה, התאוריות תופסות את ההליך על פי מובנים אפיסטמולוגיים שמרניים. המשגה נכונה של הליך קביעת העובדות ועמידה על רכיבו, שנעים בין צירי המדע לאפיסטמולוגיה, הן חיוניות להבנת ההקשר הכולל של הנושא המרכזי של חיבור זה – היחסים המורכבים בין פסיכולוגיה לבין הליך קביעת העובדות.

המאמר שואף להניח תשתית עיונית אנליטית של מורכבות ההליך של קביעת העובדות ובתוך כך לנסות לעמוד על חלק מכוחות המשיכה שיוצרים את המורכבות. נקודת הסתכלות זו מאפשרת לזהות כמה מתחים וקשיים שמתעוררים במהלך תפקודו של ההליך המשפטי כמייצר הכרעות עובדתיות. עמידה על מתחים אלו תאפשר להפיק

תובנות בדבר היחס שבין הפסיכולוגיה למשפט. תובנות אלה יתרמו להגעה להחלטה עובדתית מדויקת יותר. בדרך להשגת יעדים אלו יהיה צורך לאפיין חלק מן המסגרות התאורטיות שבהן מתקיים הדיון.

לנקודות התפר שבין הליך קביעת העובדות מנקודת ראות משפטית לבין דיסציפלינות שעשויות להיות מקור למידע הנדרש לצורך קביעת העובדות, לא הופנתה תשומת לב מחקרית מספקת. הפרקטיקה השיפוטית נדרשת "תוך כדי תנועה" למחקרים מתחום הפסיכולוגיה בלי לתת את הדעת על המורכבות שעשויה להיות כרוכה בכך ולהשפעה על הליך קביעת העובדות. מנגד, הדיסציפלינות האחרות ממעטות לעסוק בהשלכת המידע על ההליך השיפוטי. רשימה זו מנסה אפוא לתרום תרומה צנועה באמצעות ניסיון לאפיין את קו התפר שבין המשפט לבין הפסיכולוגיה – כייצוג ייחודי של המדע ככלל – ולהציע קווי מתאר כלליים לסדר חדש שיאפשר אימוץ מידע איכותי ומועיל להליך קביעת העובדות. נראה כי אף שקיים דיון ענף במאפייני ההליך המשפטי מזה ובמחקר הפסיכולוגי מזה (שלא בהקשר של הדיון המשפטי), קיים חסר בדיון אינטגרטיבי בשניהם באכסניה מחקרית אחת.

מסענו יעבור דרך כמה תחנות. אפתח בביאור הזיקה הראויה להבנתי בין הליך קביעת העובדות לבין אפיסטמולוגיה – זו תהיה התחנה הראשונה שבה יעסוק פרק ב. בפרק ג אתבונן על היחסים שבין הליך קביעת העובדות לבין הפסיכולוגיה מנקודת ראות של גישה ריאליסטית והתנהגותית למשפט. בפרק ד אמקד את המבט במורכבות היחסים שבין הפסיכולוגיה למשפט תוך כדי הפניית תשומת לב מיוחדת להליך קביעת העובדות. פרק ה יעסוק במוסד "השכל הישר" ו"ניסיון החיים", שמגלם את הידע הכללי שמצוי אצל קובע העובדות. השכל הישר וניסיון החיים הם נקודת הסתכלות טובה על המתח שמתקיים בין הפסיכולוגיה לבין המשפט. בפרק ו אדון בשאלה אם ניתן לבחון את המידע שמצוי במחקר הפסיכולוגי במבחנה של מדע. בחינה זו נדרשת כדי לבחור את המסגרת שבה יתקיים הדיון במידע שמקורו במחקרים פסיכולוגיים. בפרק ז אפנה זרקור אל הראיות המדעיות במשפט ואל תפיסתן בהליך המשפטי, וכך אל כמה תופעות שמתרחשות אגב הידרשות קובע העובדות לידע מדעי ככלל ומתחום הפסיכולוגיה בפרט. לבסוף אסכם את הממצאים.

ב. הליך קביעת העובדות ואפיסטמולוגיה

1. אפיסטמולוגיה והיחס שבינה לבין הליך קביעת העובדות

תאוריות שבמרכזן יעד רציונלי של חשיפת האמת מזהות לרוב את הליך קביעת העובדות עם אפיסטמולוגיה.⁹ אפיסטמולוגיה היא ענף בפילוסופיה שעניינו חקר הידיעה, ההצדקות

9 שם, שם; Stein (לעיל, הערה 3) בעמ' 34–56; L. Jonathan Cohen, *The Probable and* *The Provable* (1997) pp. 351–356.

שמבססות אמונה באותה ידיעה, וכיצד אותה אמונה הופכת תקפה.¹⁰ במסגרת תורה זו נבחנות שאלות חשובות כגון מהי ידיעה, כיצד היא נרכשת, כיצד ניתן לתקף אותה, ומה היחס שבינה לבין המציאות.¹¹ מכאן שלדיני הראיות יש הרבה מה לחפש – ולמצוא – אצל האפיסטמולוגיה,¹² שכן כדי להגיע לתוצאות מהימנות יש להצדיק את ההכרעה העובדתית במשקפיים אפיסטמולוגיים.¹³

אפיסטמולוגיה נושאת בחובה מאפיינים נורמטיביים שאינם אמפיריים המבוססים על היסקים לוגיים, אובייקטיביים ורציונליים (משפטים הקשורים זה בזה בקשרי היגיון).¹⁴ הטענה כי אדם נצפה רץ מחוץ לבית כשבידו סכין ולכן הוא רצח את הקורבן שנמצא בדירה; האמונה כי אדם שבורח מפני שוטר מסתיר דבר-מה – הן טענות המבוססות על היסק לוגי. במונחים אפיסטמולוגיים "טהורים", קביעה עובדתית מסוימת (המאורע התרחש/לא התרחש, הנאשם תקף/לא תקף) טומנת בחובה ממד של אמונה שמבוססת על תהליך הסקה מחשבתית, בשונה ממסקנה אמפירית שמבוססת על ניסוי (שלרוב בוצע בידי אחרים) שמוליד את האמונה כי ידיעה מסוימת היא אמת.¹⁵ התפיסה האפיסטמולוגית היא אפוא רעיון שנועד לתמוך בקשר שבין נתון מסוים לבין אמונה באותו נתון על בסיס הנחות לוגיות, ולא נועדה לבחון הקשרים סיבתיים באופן מתודולוגי אמפירי כפי שעושה המדע.¹⁶ זאת ועוד, אפיסטמולוגיה היא תהליך אינדיווידואלי במהותו (אם ניקח

-
- Mike Redmayne, "Rationality, Naturalism, and Evidence Law", 2003 *L. Rev.* 10
 849, p. 850. *M.S.U.-D.C.L.* (2003) 849, p. 850. ראוי להזכיר כאן את הגישות הסקפטיות שלפיהן לא ניתן להצדיק אמונות ובכך לא ניתן להשיג ידע, ראו ביקורת בנקודה זו: Cohen (לעיל, הערה 9) בעמ' 351–356; Stein (לעיל, הערה 3) בעמ' 58–63.
- John L. Pollock and Joseph Cruz, *Contemporary Theories of Knowledge* (1999) pp. 11–12. 11
- Michael S. Padro, "The Field of Evidence and the Field of Knowledge", 24 *Law & Phil.* (2005) 321 12
 האינוקוויזטורית, מכוונות להשגת יעדים אפיסטמולוגיים, אולם כל אחת מהן משתמשת במתודולוגיה שונה כדי להגיע ליעד זה. השיטה האדוורסרית שמה את הדגש על מרכיב העימות בין הצדדים, ואילו השיטה האינקוויזיטורית שמה את הדגש על ערכים של חקר וכרייה של מידע בכלים מקצועיים.
- Alvin Goldman, "Why Social Epistemology Is Real Epistemology", *Social Epistemology* (Adrian Haddock, Alan Millar, and Duncan eds., 2010) 1, p. 2 13
- שמאל והגו ברגמן, מבוא לתורת ההגיון: המדע העיוני של הסדר (1964). 14
- Richard Kitchener, "Genetic Epistemology: Naturalistic Epistemology vs Normative Epistemology", *Norms in Human Development* (Leslie Smith, Jacques Vonèche eds., 2006) 77, p. 81 15
- שם, שם. 16

את דקארט כמייצג מובהק), שמתבסס על לוגיקה ועל זיכרון יותר מאשר על אינטראקציה חברתית.¹⁷

לעומת אפיסטימולוגיה, מדע הוא דיסציפלינה אמפירית במהותה, שנשמכת על איסוף נתונים אמפיריים על תופעות מסוימות כדי לנבא את התרחשותן. בשונה מאפיסטימולוגיה, מדע עוסק בנתונים אמפיריים פרי מחקר שיטתי.¹⁸ האמונה בידיעה מדעית היא אפוא תולדה של תצפית אמפירית, למשל: מרחק הבלימה של רכב שנע במהירות נתונה; השאלה אם דגימת דם מכילה רכיבים כימיים שמקורם בסמים – אלה הם נתונים שאינם עניין להיסק לוגי אלא ידיעות שנרכשות על בסיס נתונים אמפיריים או יישום נתונים אמפיריים קיימים. מההבדל שבין טענה אמפירית לבין טענה אפיסטימולוגית נגזרים הבדלים בשיטת המחקר השלטת בכל תחום.¹⁹

אי אפשר לומר כי הליך קביעת העובדות הוא הליך אמפירי טהור. אפיסטימולוגיה בהגדרתה הקלאסית מפעילה מתודה אפריורית, ואילו הליך קביעת עובדות במשפט מפעיל מתודולוגיה מעורבת, הן אפריוריות והן אפוסטריוריות. כך לדוגמה ההליך המשפטי נדרש לחוות דעת של מומחים ולשימוש בראיות מדעיות שבמהותן מבוססות על מחקר אפוסטריורי. כמו כן הידרשות קובע העובדות לנתונים אמפיריים (שביסוד חלק מן הראיות המדעיות) עשויה לכאורה לא להתיישב עם התכונה הנורמטיבית של האפיסטימולוגיה, אשר מתבטאת בין היתר בקיומן של הנחות מקדמיות קבועות.²⁰ ביטוי לדברים אלו הוא הליך ההכללה הלוגי שקובע העובדות מבצע (למשל חשוד נצפה בורח מהבית כשבידו סכין ומייד לאחר מכן התגלתה גופה ועליה סימני דקירה – משמע הוא רצח), לעומת ראיה שמגלמת תוצאה מדעית אמפירית (ראיית דני"א שלפיה דגימת דם שהייתה על בגדיו של החשוד מתאימה לדם הקורבן), וככזו אין היא מגלמת היסק לוגי. התאוריות הקיימות העוסקות בקבלת החלטות עובדתיות בהליך המשפטי אינן מביאות בחשבון שאפיסטימולוגיה בתפיסתה הקלאסית אינה משקפת את המורכבות של הליך קביעת העובדות, והיא הסתכלות צרה וחד-ממדית על ההליך. עובדה זו הופכת את השימוש במונח "אפיסטימולוגיה" בהקשר המשפטי כמבטא את חשיפת האמת גרידא ללא התכונות הנלוות ליעדים האפיסטימולוגיים, כלומר ההצדקות לידע (מהימן). היא גם מחמיצה את היעד האספירטיבי שתפקידו להבטיח שיפור במהימנות התוצאה. חשוב מכך – היא מחמיצה את מורכבותו של הליך קביעת העובדות.

Lorraine Code, "Testimony, Advocacy, Ignorance: Thinking Ecologically about Social", *Social Epistemology* (Adrian Haddock, Alan Millar and Duncan eds., 2010), pp. 29–50.

Kitchener (לעיל, הערה 15) בעמ' 77.

אביבה גבע, מוסר ועסקים: מקבילים נפגשים (2011) בעמ' 359–362.

Kim Jeagwon, "What is Naturalized Epistemology", 2 *Philosophical Perspectives* 20 (1988) 381, p. 383.

2. הליך קביעת העובדות ואפיסטמולוגיה לנטורליסטית

מתוך מוגבלותה של האפיסטמולוגיה לתפוס במדויק את הליך קביעת העובדות, אנו מציעים הכנסת נקודת מבט נוספת – נטורליסטית. השקפה נטורליסטית מבקשת לתת לתופעות, להתרחשויות ולהתנהגויות למיניהן – אשר קובע העובדות נדרש לתת להן משמעות במהלך קביעת העובדות – הסבר באמצעות מתודולוגיה מדעית, כמו כל תופעה מדעית אחרת מעולם הטבע – העולם הנטורליסטי.²¹

המתודה המדעית יכולה להיות מאפייין אחד של הליך קביעת העובדות אך לא בלעדי. נטישה מוחלטת של קריטריונים נורמטיביים (היסקים לוגיים) שמאופיינים במידה של קביעות, אשר קובע העובדות נדרש להן שלא על פי מתודולוגיה מדעית, ושאינם נחשבים אפוא מדע, תשמיט את נקודת האחיזה שבאמצעותה ניתן להצדיק אמונה על פני רעותה. במצב דברים זה לא נהיה מסוגלים אלא להתבונן אמפירית איך אמונות מתגבשות.²² במילים אחרות, לא כל תופעה ניתנת להסבר מדעי. קיימות תופעות שבעת ההכרעה אינן מוסברות באמצעות "הוכחה" אמפירית, ולא ניתן לעכב את ההכרעה המשפטית עד לגיבושה של תאוריה מדעית באמצעות ניסוי. על כן התבססות מלאה על נתונים אמפיריים תגרום לפגיעה בייעוד הפונקציונלי של הליך קביעת העובדות – הכרעה במחלוקות בתוך זמן מוגבל. הייעוד הפונקציונלי יכול להתקיים רק אם ניתן להתבסס על אמונות קיימות שאינן בהכרח מדעיות.²³ הליך קביעת העובדות מחייב אפוא קיומם של יסודות פילוסופיים נורמטיביים לשם פעולתו התקינה. ואולם, יסודות אלה אינם יכולים לקיים לברם את התכונה האספירטיבית של הליך קביעת העובדות. מימושה של תכונה זו אינו מאפשר התעלמות מבסיסי ידע קיימים בתחומי המדע ככלל ובפסיכולוגיה בפרט. דהיינו, השאיפה לדיוק עובדתי מחייבת לתור בלא הפסק אחר מידע מהימן כדי לשפר את הליך קביעת העובדות.

אחד הניסיונות שמבקש לשמר את היסודות הנורמטיביים של האפיסטמולוגיה, אך בה בעת לחשוף אותה לממדים מטריאליסטיים, ריאליסטיים ופוזיטיביסטיים – הוא ניסיון ששולח את ידיו למדעי הטבע. גישה זו מכונה אפיסטמולוגיה נטורליסטית (Naturalized Epistemology).²⁴ מתוך גישה זו מעניינת אותנו גישה שהיא ענף שלה –

21 ניתן לציפייה באתר: David Papineau, Naturalism, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2007) (<https://stanford.io/3sNuusi>) (נצפה לאחרונה בינואר 2022).

22 Redmayne (לעיל, הערה 10) בעמ' 852.

23 שם, בעמ' 864; Cohen (לעיל, הערה 9) בעמ' 353–354.

24 להרחבה: Barry Stroud, "The significance of naturalized epistemology", 6 *Midwest Studies in Philosophy* (1981) 455, pp. 455–471.

האפיסטמולוגיה החברתית (Social Epistemology).²⁵ גישה זו, במובנה הכללי ביותר, מאפשרת בחינת ההצדקות לאמונה/ידע על בסיס אמפירי.²⁶ הגישה הקיצונית של האפיסטמולוגיה הנטורליסטית מבקשת להחליף את האפיסטמולוגיה במדע,²⁷ ליתר דיוק – בפסיכולוגיה.²⁸ גישה מעודנת יותר של אפיסטמולוגיה נטורליסטית, שנציגה הבולט הוא אלווין גולדמן (Alvin Goldman), מנסה ליישב את "האמפירי עם הנורמטיבי". גישה זו אינה מבקשת לראות במידע האמפירי כתומך בבסיס הידע האפיסטמולוגי, כלומר במהות שאלת הידע/האמת,²⁹ אלא היא מנתקת את הידע/האמת עצמם מהאופן שבו יש להצדיקם ומהתהליכים הקשורים בהשגת הידע,³⁰ מתוך ההנחה כי הידע (הנורמטיבי לא האמפירי) מושג בתהליך שניתן לבחינה במאפיינים של אמינות מדעית, ולכן הוא יכול להיות נתון למחקר אמפירי.³¹ המחקר האמפירי, כך גורסת האפיסטמולוגיה החברתית, אינו מצטמצם לתהליכים המנטליים, שהם אינדיווידואליים גרידא (היסק לוגי), וכולל גם קשרים לעולם החיצוני – לחברה ולאינטראקציה חברתית עם סוכני מידע אחרים.³² לכן הכרחי שלאפיסטמולוגיה יהיה ממד חברתי.³³ מרעיון זה צמחה האפיסטמולוגיה החברתית.

תפיסה זו של "עירוב התחומין" בין הממד הנורמטיבי לממד האמפירי מבטאת טוב יותר את מורכבותו של הליך קביעת העובדות בהדגישה את ההידרשות המתמדת למידע חיצוני כדי להצדיק (במובנים אפיסטמולוגיים) ידע מהימן, ובמינוחנו – דיוק בקביעת

-
- Goldman (לעיל, הערה 13) בעמ' 1-6. 25
- Ronald Allen and Brian Leiter, "Naturalized Epistemology and the Law of Evidence", 26
87 *Va. L. Rev.* (2001) 1491, p. 1497.
- שם, בעמ' 1494. הביקורת על האפיסטמולוגיה החברתית היא כי היא חותרת תחת האפיסטמולוגיה ולכן היא איננה אפיסטמולוגיה כלל, ראו Goldman (לעיל, הערה 13) בעמ' 1; Susan Haack, *Evidence and Inquiry: Towards Reconstruction Epistemology*; 1 (1993) ch. 6. ניתן לשים את הדיון בשאלה אם אפיסטמולוגיה נטורליסטית היא אפיסטמולוגיה בהקשר כללי יותר של דיון הנוגע לפילוסופיה של המדע. גישה אחת שמועילית באשר לדיון האמור היא רעיון "הפסיכולוגיה המשפרת" The Ameliorative (Psychology). לפי רעיון זה, באמצעות המחקרים הפסיכולוגיים ניתן לשפר את הטיעון האפיסטמי הנורמטיבי (מה ראוי שיהיה), ולכן האפיסטמולוגיה היא לאמיתו של דבר ענף של המדע. הטענה שעומדת גישה זו היא כי לצורך הבחירה איזו גישה פסיכולוגית ראוי לנקוט נדרשת בחירה אפיסטמולוגית, ומכאן אפשר שתעורר טענה מעגלית. אחת התשובות לטענה זו היא כי תאוריה נורמטיבית אינה חייבת להיות מקשה אחת, ראו: Michal Bishop, *Epistemology and The Psychology of Human Judgment* (2005) p. 19.
- Richard Foley, "Quine and Naturalized Epistemology", 19 *Midwest Stud. In Phil.* 28
(1994) 243, p. 243.
- Allen and Leiter (לעיל, הערה 26) בעמ' 1494. 29
- Jeagwon (לעיל, הערה 20) בעמ' 385. 30
- Allen and Leiter (לעיל, הערה 26) בעמ' 1495; Goldman (לעיל, הערה 13) בעמ' 1. 31
- Allen & Leiter (לעיל, הערה 26) בעמ' 1495. 32
- Alvin Goldman, "Foundation of Social Epistemics", 73 *Synthese* (1987) 109 33

העובדות. באמצעות הפיסה זו ניתן אפוא להצדיק שימוש בפסיכולוגיה (ובנתונים מדעיים ככלל) ובה בעת לשמר את הקריטריונים הנורמטיביים של הליך קביעת העובדות, וכן היא מתארת נכון יותר את הליך קביעת העובדות ואת מורכבותו. כפי שאבהיר בהמשך, בהקשר של הליך קביעת העובדות, הפסיכולוגיה היא ייצוג מעניין של המדע בשל מאפייניו הייחודיים של הידע שבו היא עוסקת.

* * *

נקודת מבט כללית זו הייתה ניסיון לאפיין את הליך קביעת העובדות, לבחון את היחס שבינו לבין אפיסטימולוגיה ולעמוד על הכוחות הפועלים, ושצריכים לפעול, עליו. מכאן אמשיך ואעמיק בכמה עניינים הקשורים ליחס שבין הליך קביעת העובדות לבין הפסיכולוגיה מזוויות שונות. לפני כן אבקש למקם את הדיון בזיקה לשתי מסגרות: התפיסה הריאליסטית למשפט והגישה ההתנהגותית למשפט – בהקשר של העיסוק בהליך קביעת העובדות.

ג. גישה ריאליסטית וגישה התנהגותית להליך קביעת העובדות

1. הליך קביעת העובדות בתוך תפיסה ריאליסטית

השאלה מה יש לפסיכולוגיה להציע לשם שיפור הליך קביעת העובדות מצויה בליבה של התבוננות ריאליסטית במשפט בכלל ובדיני הראיות בפרט. לאורך הזמן זוהו חוקרי משפט הנוטים להידרש לתובנות מדעיות ולמחקר אמפירי כנמנים על גישה ריאליסטית של המשפט.³⁴ הגישה שננקטת במחקר מסוג זה חותרת תחת גישה פורמליסטית שרואה במשפט מדע דוקטרינרי; מערכת מובנית, אוטונומית, בעלת היגיון פנימי פורמלי וחובק-כול.³⁵ אינני מתיימר לעמוד על זרמיו השונים של הריאליזם המשפטי או להתחקות אחר שורשיו ואחר יישומיו השונים.³⁶ הדבר חורג ממטרות המאמר.³⁷ עם זאת אציין שאין לקבל את העמדה שרואה בריאליזם משפטי לא יותר מאוסף של ביקורות על

34 חנוך דגן, "התפיסה הריאליסטית של המשפט", ספר דורנר (שולמית אלמוג, דורית בייניש ויעד רותם – עורכות, 2009), 303, בעמ' 304–305 (להלן: דגן).

35 R.H. Pildes, "Forms of Formalism", 66 *U. Chi. L. Rev.* (1999) 607, pp. 608–609

36 William Twining, "Other People's Power: The Bad Man and English Positivism, 1897–1997", 63 *Brook. L. Rev.* (1997) 189

37 הריאליזם שמתקשר לחיבור זה שם את הדגש על ניסויים אמפיריים ומבקש לערוך ניסוי פרגמטי על דרך פעולתו השוטפת של מנגנון קבלת ההחלטות כדי לחשוף טעויות אפשריות ולספק משוב חיובי באמצעות כלים שמספקים מדעי החברה, ראו: Gary B. Melton, "Realism in Psychology and Humanism in Law: Psycholegal Studies at Nebraska", 69 *Neb. L. Rev.* (1990) 251

הפורמליזם בלי שיהיה בכוחו להציע תוכנות סדורות על המשפט שבאמצעותן ניתן לפתח את המשפט.

המשפט הוא מוסד דינמי המגלם שלושה מתחים מכוננים: כח-תבונה, מדע-אומנות, ומסורת-קדמה. על פי התפיסה הריאליסטית, ייחודיותו של המשפט הוא בהכלתם של שלושת המתחים המכוננים הללו. המשפט הוא אינו כח בוטה, אבל גם לא תבונה טהורה; הוא לא רק מדע וגם לא רק אומנות. המשפט הוא לא רק צופה פני עבר, אך גם לא רק צופה פני עתיד. הריאליזם דוחה כל אחת ואחת מן התפיסות החלקיות הללו, העולות מרבים מן הניתוחים התורת-משפטיים העכשוויים. עבור הריאליסט, ההימצאות בשלושת המתחים הללו היא שמגדירה את המשפט. תורת המשפט המבקשת להכריע או לרכך את אחד המתחים תימצא בהכרח חסרה.³⁸

דברים אלו מבטאים בצורה מיטבית את מורכבות המשפט, אך חסרונם הוא בהיעדר רגישותם לייחודיות שהליך קביעת העובדות נושא בחובו. בעיצוב המדיניות המשפטית במישור הנורמות המהותיות המאפיין הבולט הוא הערכי, ואילו הליך קביעת העובדות, הגם שאיננו חף משיקולים ערכיים, הוא בעיקר הליך שיעדיו הם אפיסטמולוגיים אוניברסליים, ולתפישתי זהו יעד אובייקטיבי בר השגה. לפיכך אין לראות באזהרה מפני ריכוך המתחים, כפי שמציין דגן, ככזו שמערערת את השאיפה להגשים את המטרה הרציונלית של הליך קביעת העובדות. הקריאה הנכונה של הדברים היא כי אומנם קיים מתח בין שלושת הקטבים (כוח-תבונה, מדע-אומנות ומסורת-קדמה), אך מתחים אלה כפופים לעדכון מתמיד שמוליך לשינוי נקודת האיזון,³⁹ הן נקודת האיזון הפנימית בין כל צמד של קטבים והן נקודות האיזון בין שלושת המתחים. במילים אחרות, אין מקום להנחה כי המתח הוא סטטי ונח על זרי הדפנה (Complacent), אלא הוא דינמי ובעל נטייה אספירטיבית. אספירטיבית אך לא חתרנית.

אחד המתחים שראוי לעמוד עליו לצרכינו הוא המתח שמעוררים שני הקטבים, המדע והאומנות. מתח זה, כפי שאבאר בהמשך, קיים בהקשר שבו אני עוסק ביתר שאת, ואף מעצם הגדרתו של מדע, לפחות לפי גישה פופריאנית.⁴⁰ יותר מזה, מתח זה לא יחדל מלהתקיים, והוא יוסיף להתקיים במסגרת התמורות שמתרחשות בעולם של חוסר ודאות. דגן מתאר מתח גם בין מסורת לקדמה ואינו מתעלם מהרצון הלא פוזיטיביסטי לקיומה

38 דגן (לעיל, הערה 34) בעמ' 306.

39 שם, בעמ' 307.

40 המיוחסת ל-Karl Raimund Popper, אחד הפילוסופים המשפיעים ביותר במאה העשרים בתחום הפילוסופיה של המדע. להרחבה ראו גד פרוידנטל, פילוסופיה של המדע – הפילוסופיה של המדע של קרל פופר: מושג ההפרכה יחידה 5 (תשל"ז); וכן ראו בהמשך בפרק ו.

של דינמיקה שתובעת חדשנות, אלא שלפי גישתו אין להתעלם מהמסורת הקיימת.⁴¹ כלומר, הוא מציג גישה שמאזנת בין המסורת הקיימת לקדמה הנדרשת ומציע ליישב ביניהן בניסיון לאפיין את הריאליזם המשפטי.⁴² לפי תפיסה זו, ריאליזם משפטי מוכן להניח קיומה של מסורת משפטית שאינה בהכרח מדעית, שלצידה זרמים מדעיים שבאמצעותם ניתן לפתח את המשפט. גישה זו מתיישבת עם האופן שבו לואלין (Llewellyn) מתאר את ממד הדינמיות שצריך להיות טבוע במשפט, כלומר חתירה מתמדת לייצור הכללים ולשיפורם.⁴³ בהקשר של הליך, קביעת העובדות הדינמיות צריכה להיות מגויסת לשיפור דיוק ההכרעה העובדתית.

קיומם של מתחים אין משמעותו כי יש לחדול מחשיפה מתמדת של המתחים ומערכון נקודת האיזון מחדש. בגישה זו מובלעים סימנים פסימיים במידת-מה לאפשרות להביא את המשפט לדרגת דיוק "מדעי" מוחלט. אם אפשרות זו תתממש, המשפט ישתנה לבלי הכר, ויהיה צורך להגדירו מחדש מן היסוד (שוו בדמיונכם מצב שבו הנאשם מחובר למכונה שמגלה ברמת דיוק מוחלטת אם גרסתו נכונה אם לאו, מצליבה מידע ומגיעה למסקנה העובדתית). אך הריאליזם, לפי התפיסה המוצגת על ידי מי שיוצא מתוך הנחה שמתח בין מדע ל"לא-מדע", בין מסורת לקדמה – יתקיים לעולם ועד. גם המדע עצמו, לפחות בעת הזו, יוצא מתוך נקודת הנחה שאין הוא מסוגל לתת הסבר לכל תופעות הטבע.⁴⁴

בנקודות התפר שבין דיני הראיות לפסיכולוגיה ניתן לזהות היטב את ידיה של הגישה הפורמליסטית אל מול טביעות האצבע של הריאליזם.⁴⁵ בעיסוק בדיני הראיות ניתן לזהות שתי גישות: ה"מסבירה" – המשויכת לפורמליזם משפטי; ה"קונטקסטואלית" המזוהה עם גישה ריאליסטית.⁴⁶ לפי הגישה הראשונה, המבט מופנה בעיקר להסבר ולניתוח של כללי ראיות קיימים. אומנם בתוך כך נודעת חשיבות לפסיכולוגיה, אך תפקידה משני. לפי הגישה הקונטקסטואלית, יש לשים את דיני הראיות על הכללים ועל התופעות הקשורות בהם בקונטקסט רחב יותר ותמיד לבחון את ביצועיה של מערכת המשפט ואת הכשלים שעלולים להיווצר.⁴⁷ לפי גישה זו כללי הראיות הקיימים הם רק מרכיב אחד במארג שלם של ידע שאיננו אך ידע שגובש בתוך הדוקטרינה המשפטית, ולפיכך לידע בתחום הפסיכולוגיה – שעוסק בהתנהגות האדם – יש מה לתרום ואין לחשוש מפנייה אליו.

41 דגן (לעיל, הערה 34) בעמ' 51.

42 שם, בעמ' 52.

43 K.N. Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (1960) pp. 36–38

44 Peter W. English and Bruce D. Sales, *More Than The Law* (2005) p. 10

45 Twining (לעיל, הערה 4) בעמ' 154.

46 שם, בעמ' 155.

47 שם, שם.

2. הליך קביעת העובדות וגישה התנהגותית למשפט

הישר אל תוך מסגרת הדיון הריאלסטית נכנסת הגישה ההתנהגותית של המשפט, אשר מבקשת להחדיר אל תוך השיח של קבלת ההחלטות העובדתיות תובנות מהמחקר הפסיכולוגי – לעצב את כללי הראיות הקיימים, לבקדם, ובמידת הצורך – לגרום לשינויים.⁴⁸ ניתוח כלכלי של המשפט כולל אף הוא תובנות "התנהגותיות" באשר לדיני הראיות ומנסה להבין, לשפר ולחדש את דיני הראיות הקיימים.⁴⁹ אולם המובן המקובל לגישה ההתנהגותית בהקשר הנדון הוא המכוון להתנהגות לא רציונלית, המניחה כי לא כל ההחלטות שמתקבלות הן פרי עיבוד כלכלי-רציונלי של המידע.⁵⁰ מקובל לזהות את הגישה ההתנהגותית כמתקשרת בעיקר למחקריהם של כהנמן וטברסקי בנוגע להטיות (הירוסטיקות) בקבלת החלטות – הטיות הנובעות לרוב מקיומו של קיצור דרך בתהליך הקוגניטיבי של עיבוד המידע.⁵¹ לא ניתן בשום אופן להפריז בחשיבות מחקריהם של כהנמן וטברסקי (ואחרים), בהשפעתם על דיני הראיות ובפוטנציאל האדיר הטמון בהם לפיתוח הליך קבלת ההחלטות בהקשר ההליך המשפטי. נדמה שכל דיון בכללי ההיסק הראייתי שאינו נדרש, ולו למקצת התובנות העולות ממחקרים אלו, נמצא חסר. אולם אני מבקש להתבונן על הגישה ההתנהגותית של דיני הראיות במבט רחב יותר, כחובקת תובנות נוספות החורגות ממחקרים אלו, בשני מובנים: הראשון – ניסיון לאמץ תובנות רחבות יותר לא רק בעניין קיומן של הטיות, השפעתן על הראיות ותפיסתן אצל מקבל החלטות, אלא במגוון רחב יותר של נושאים שמעסיקים את הפסיכולוגיה, ואשר נוגעים ל"טבעו של האדם"; המובן השני, בחינת הרובד האינדיווידואלי של בעל הדין (בעיקר הנאשם) והאופן שבו ניתן לבחון את הכללים הראייתיים הקיימים אגב יישומם בהליך הספציפי.⁵² מישור זה יכול לערב למשל תובנות מתחומים הקשורים בחקר תאוריות האישיות או מתחומי חקר הפסיכולוגיה החברתית. יישום מעניין של הדברים עשוי להיות קשור לשאלות הנוגעות לראיות באשר לאופיו של הנאשם והיכולת לגזור מהן מסקנות בדבר מעשיו.⁵³

48 פישר (לעיל, הערה 5) בעמ' 134.

49 Ron A. Shapira, "Symposium: The Economics of Evidentiary Law: Economic Analysis of the Law of Evidence: A Caveat", 19 *Cardozo L. Rev.* (1998) 1607; Richard D. Friedman, "Symposium: The Economics of Evidentiary Law: Economic Analysis of Evidentiary Law: An Underused Tool, an Underplowed Field", 19 *Cardozo L. Rev.* (1998) 1531.

50 פישר (לעיל, הערה 5) בעמ' 126-137.

51 שם, בעמ' 126-127.

52 Taslits E. Andrew, "Myself Alone: Individualizing Justice through Psychological Character Evidence", 52 *Md. L. Rev.* (1193) 1, p. 26.

53 ראו לדוגמה Edward J. Imwinkler, "Reshaping the 'Grotesque' Doctrine of Character Evidence: The Reform Implications of the Most Recent Psychological Research", 36 *Sw. U.L. Rev.* (2008) 741, p. 748.

* * *

עד כה עסקתי בהצבת הדיון ביחס שבין הליך קביעת העובדות לבין הפסיכולוגיה במסגרות תאורטיות כלליות. כפי שצוין במהלך הדיון, המסגרות שנבחנו עשויות להיות רלוונטיות לא רק לפסיכולוגיה אלא גם לדיסציפלינות נוספות, אך הטענה המוצגת במאמר זה היא כי המפגש בין הליך קביעת העובדות לבין המידע שבו עוסקת הפסיכולוגיה יוצר מורכבות ייחודית ומעניינת שנבקש להאיר אותה ולדון בה. אמשיך אפוא לפלס את דרכנו אל ליבתה של מורכבות זו.

ד. פסיכולוגיה ומשפט – יחסים מורכבים

1. מבט כללי

הן המשפט והן הפסיכולוגיה עוסקים תדיר בהתנהגות האדם. האופן שבו ניתן להשיג הרתעה ראויה; מה היחס בין אישיות הנאשם לבין התנהגותו; כיצד לפרש התנהגות של נאשם ולהסיק ממנה מסקנות עובדתיות – כל אלה הם עניינים שהפסיכולוגיה מתעניינת בהם. משכך, אך טבעי לחשוב כי ההשקה בין הנושאים תגרום לזרימה של מידע מן הפסיכולוגיה למשפט ולכינונם של קשרי גומלין הדוקים יותר בין השניים.⁵⁴ במקום זאת היחסים בין משפט לפסיכולוגיה הם מורכבים ולעיתים אף עוינים.⁵⁵ לפיכך המשפט נוהג לאמץ באיחור מחקרים מתחום הפסיכולוגיה שהיו יכולים להיות רלוונטיים למשפט ככלל ולתחום קבלת ההחלטות העובדתיות בפרט או אף להתעלם ממחקרים כאלה.⁵⁶ הטענה הנשמעת תדיר היא שככלל בתי המשפט והמשפטיים אינם ממהירים להתעדכן במחקרים חדשים מתחום הפסיכולוגיה או לבקש חוות דעת בתחומים אלו למרות חשיבותם להליך קביעת העובדות.⁵⁷ אחד המלומדים תיאר את היחסים בין משפט לפסיכולוגיה כ- "Highly neurotic, conflict ridden ambivalent affair".⁵⁸ גם אם ביטוי זה מקצין את המורכבות ואינו "מאבחן" בצורה מיטבית את היחסים – עדיין קיים גרעין של אמת בדבריהם.

54 אשר להליך קביעת העובדות, לפי התפיסה המסורתית, הידע הפסיכולוגי יושם במסגרת חוות דעת של בעלי דין פגועי נפש. תפיסה זו מכנה פלדמן "עידן ישן" של העיסוק בפסיכולוגיה במשפט, ראו יובל פלדמן, "פסיכולוגיה ומשפט – המעבר מעידן ישן לעידן חדש", **משפט ועסקים** (2010) 267, בעמ' 276.

55 R. E. Redding, "How Common-Sense Psychology Can Inform Law and Psychological Research", 5 *U. Chi. L. Sch. Roundtable* (1998) 107, p. 107.

56 שם, בעמ' 108.
57 David Carson, "Psychology and law: A Subdiscipline, an Interdisciplinary Collaboration or a Project?", *Hand Book of Psychology in Legal Contexts* (2003, 2nd edition) 1, p. 2.

58 Donald N. Bersoff, "Psychologists and the Judicial System: Broader Perspectives", 10 *Law & Hum. Behav.* (1986) 151, p. 155.

מחקרים מתחום הפסיכולוגיה עשויים להיות רלוונטיים ומועילים לתחום קבלת ההחלטות העובדתיות במשפט. כללי הראיות פרי פיתוחו של המשפט המקובל אינם אלא תובנות "אמפיריות" שפותחו לאורך השנים ממקרה למקרה על בסיס אינטואיציה שיפוטית. כפי שכבר נכתב בשנת 1929 :

For centuries the law has been fumbling with what has only recently become the subject matter of psychology. Lawyers, judges, juries, legislators, and governmental officers have always vaguely known that their task was the prediction and control of human conduct. In performing this task they built up an empirical technique of regulation called the law, in every branch of which, from contracts to crimes, appear assumptions as to why and how people act in given situations... Out of this technique of regulation has grown a rough and ready science of behavior which crystallized unfortunately before the dawn of modern psychology.⁵⁹

בין שני העולמות – המשפט והפסיכולוגיה – קיימים אפוא קווים משיקים שלא לומר חופפים, אך למרות זאת היחסים ביניהם מורכבים, והמורכבות מחריפה דווקא בנקודת ההשקה שבין הפסיכולוגיה לבין העיסוק בקביעת העובדות.⁶⁰ עם זאת לא ניתן להתעלם מכך שעם הזמן עוד ועוד משפטנים מבינים את חשיבותם של המחקרים הפסיכולוגיים בתחום קביעת העובדות, ואט אט מתגבר העיסוק במחקר בתחום התפר שבין המשפט לפסיכולוגיה.⁶¹ במובן זה, המאמר הנוכחי מנסה לתרום את תרומתו למגמה זו בשימת דגש על המשפט הישראלי.

2. פרספקטיבה היסטורית

מקובל לייחס את תחילת העיסוק בקשר שבין המשפט לפסיכולוגיה למשפטן הגרמני-אמריקני מונסטרברג (Munsterberg), אשר כתב את החיבור החשוב הראשון

59 R.M. Hutchins and D. Slesinger, "Legal psychology", 36 *Psychol. Rev.* (1929) 13, p. 14 ; ראו גם : Paul E. Meehl, "law and Fireside Inductions Some Reflections of Clinical Psychologist", 27 *J. Soc. Issues* (1971) 65, p. 66
60 David Carson, "Investigative Psychology and Law: Toward Collaboration by Focusing on Evidence Inferential Reasoning", 8 *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling* (2001) 74
61 Dan Simon, *In Doubt – The Psychology of The Criminal Justice Process* : ראו למשל : (2012); Michael J. Saks and Barbara A. Spellman, *The Psychology Foundation of Evidence* (2016) p. 123

שעוסק ביישומים מתחום המחקר הפסיכולוגי בדיני הראיות.⁶² בספר שכתב בשנת 1908 הציע בין היתר כי פסיכולוגים יסייעו לבית המשפט בהערכת מהימנות העדים.⁶³ ויגמור (Wigmore), אחד המשפטנים המזוהים ביותר עם דיני הראיות, הסתייג ממחקרים אלו ובכלל מהרעיון של יישום מחקרים פסיכולוגיים בתחום המשפט, וביקר בחריפות את מונסטרברג.⁶⁴ חוקרים נוספים פעלו ופיתחו את המחקר בתחום זה. ניתן לציין את הצ'נס (Hutchins), שהיה פעיל בשנות העשרים של המאה הקודמת. הוא וסלסינגר (Slesinger) כתבו יחד מאמרים רבים בתחום הראיות וזיקתו של המחקר הפסיכולוגי לתחום זה.⁶⁵ לאחר "רמיסה" של עשרות שנים, שב והתעורר העיסוק ביישומי הפסיכולוגיה בתחום המשפט בכלל ובדיני הראיות בפרט.⁶⁶

טווינינג (Twinning) סבור כי העיסוק בפסיכולוגיה בדיני הראיות היה אחת הסיבות לניעורו מחדש של העיסוק בתחום דיני ראיות.⁶⁷ עלייתו של המחקר בתחום זה הייתה בד בבד עם זניחת הפורמליזם המשפטי ועליית התפיסה הריאליסטית של המשפט ששילבה דיסציפלינות נוספות עם המשפט.⁶⁸ לא רק זאת, ואולי קיים קשר בין הדברים – בשנים האחרונות המגמה שמאפיינת את תחום דיני הראיות היא זניחת כללי הקבילות והתמקדות בהערכת משקל הראיות, קרי הליכה לקראת מתודה של חופש מכללי ראיות והתקרבות למודל הוליסטי.⁶⁹ מגמה זו עוררה צורך גובר בפיתוחן של תאוריות, מנגנונים וכלים לשקילת הראיות,⁷⁰ מתוך ההבנה כי במיסודם ובפיתוחם של כללים לשקילת ראיות יהיה נכון ומועיל להידרש למחקרים מתחום הפסיכולוגיה.⁷¹ הדבר נראה מתבקש לנוכח היעדרם הכמעט מוחלט של כללים בדבר האופן שבו יש להעריך את ערכן הפרובטיבי של ראיות ולדרג את משקלן.⁷²

Michael J. Saks and William C. Thompson, "Assessing Evidence: Proving facts", 62 *Hand Book of Psychology* (2003) 329, pp. 333, 329

63 שם, בעמ' 333.

64 Saks and Thompson (לעיל, הערה 62) בעמ' 333.

65 שם, שם.

66 Twinning (לעיל, הערה 4) בעמ' 70.

67 שם, שם.

68 שם, שם.

69 Micheal S. Pardo, "Juridical Proof, Evidence, and Pragmatic Meaning: Toward Evidentiary Holism", 95 *Nw. U.L. Rev.* (2000) 399, pp. 400–402 העליון קיים ביטוי למגמה זו, ראו בין היתר: ד"נ 23/85 *מדינת ישראל נ' טובול*, פ"ד מב(4) 309 (1988) (להלן: עניין טובול).

70 Twinning (לעיל, הערה 4) בעמ' 21.

71 Pardo (לעיל, הערה 69) בעמ' 401.

72 אין זה המקום לדון בסיבות שגרמו לשיטות משפט לבחור באסטרטגיה זו. במשפט הישראלי ניתן להפנות להוראה הכללית בסעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971, ולפיה: "ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם ענין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט".

3. סיבות אפשריות למתח הקיים בין הפסיכולוגיה למשפט

ראוי לעמוד על הרקע ליחסים המתוחים שבין המשפט לפסיכולוגיה, ונראה לי שהעניין חשוב לשם בחינת התפתחות המחקר ביחסים אלו בעתיד. חוקרים מעלים כמה טענות כדי להסביר את מורכבות היחסים בין המשפט לפסיכולוגיה ואת הרתיעה מפנייה למחקרים פסיכולוגיים, בייחוד בתחום קבלת ההחלטות העובדתיות. ניתן למנות טענות אלו: המשפט מפגין יחס של התנשאות כלפי המחקר הפסיכולוגי; שופטים הם שמרנים בטבעם, ואילו מחקרים מדעיים מגלים פתיחות וליברליות; שופטים מפגינים מחשבה אגוצנטרית ואוחזים בתובנה כי אינם צריכים את מדעי החברה כבסיס לידע; השופטים חשים "מאוימים" מצד מדעי החברה, שבין היתר עוסקים בחקר התנהגות האדם; שופטים אינם מבינים נכון את המחקרים ואת המידע הגלום בהם; האדם נוטה לחשוב אינטואיטיבית ולא במודל מחשבה מדעי; היעדר תאימה והלימה במנגנון ההיסק בין שני התחומים: המדע עוסק במסקנות אמפיריות, אך לא כך פועל ההיסק בהליך קביעת העובדות.⁷³

מנקודת ראות מערכתית ניתן להוסיף את הטענה כי יכולת המשפט לערוך שינויים, לא כל שכן השופט היחיד, היא מוגבלת, וגם אם קיים רצון להידרש למחקרים פסיכולוגיים, מגבלות מוסדיות, כגון הצורך בשינוי חקיקה, קיומם של תקדימים מחייבים וכו', מונעות או מעכבות אפשרות זו.⁷⁴ נראה כי הטיעון האחרון אינו מתיישב עם שיקול הדעת הרחב שנתון לשופט בהליך קביעת העובדות ועם החוסר בהסדרה בחוק של כללים לבחינת משקלן של ראיות.⁷⁵ במסגרת מאמר זה אבקש לרכז את הטיעונים במצע עיוני שלפיו הליך קביעת העובדות הוא הליך רציונלי. נראה כי חלק מן הטיעונים שמנתי הם מופע לסיבות מהותיות שניתנות להסבר לפי גישה זו. אעיר תחילה כי מנקודת מבט היסטורית הכלל הנוקשה שנקבע בעבר בדבר קבילותן של ראיות מדעיות לא תרם לקבלת מידע מחקרי מתחום הפסיכולוגיה אל תחום קביעת העובדות.⁷⁶ מנקודת מבט מהותית ניתן לטעון כי אידיאל השפיטה נתפס ככזה המבוסס על מודל רציונלי אשר מניח כי הכרעה עובדתית אובייקטיבית היא יעד בר השגה השואף להשיג הכרעה מדויקת ככל

73 Alexander Tanford, "The Limits of a Scientific (לעיל, הערה 58); Bersoff Jurisprudence: The Supreme Court and Psychology", 66 *Ind. L.J.* (1990) 137, pp. 152–156.

74 לימור עציוני, "האם פסיכולוגיה יכולה לשמש כ"מקדם הגנה" נשים בגירות קורבנות גילוי עריות בילדות כמקרה מבחן לבירור הקשר בין הפסיכולוגיה למציאות הפלילית – נזיקת", **שערי משפט** ה (תש"ע) 71, בעמ' 126.

75 ניתן כמובן להצביע על הצדקות למצב דברים זה ואף לטעון כי הסדרה של כללי הכרעה בעניין מהימנות ומשקל הראיות היא בלתי אפשרית, אך נותיר את הדיון בעניין זה למסגרת אחרת.

76 ראו בהמשך דיון בפרק ז למאמר.

שניתן.⁷⁷ מנקודת מבט זו יש להידרש לשאלה אם הפסיכולוגיה יכולה לספק מידע מהימן שהמשפט יכול להידרש אליו ולהסתמך עליו כדי לקיים יעדים אלו. נקודה זו מתקשרת עם חוסר הרגישות לטענה כי מהימנות המדע איננה תבנית "בינארית", ובתוך המדע עצמו קיים מדרג של תקפות ומהימנות מדעית. תפיסה דיכוטומית עלולה לגרום לאידיאלוציה של הראיה המדעית, ומכאן נובע החשש מפני אימוץ תובנות מחקריות שעשויות להתפס כלא מספיק מהימנות, כלומר לא "מדעיות".⁷⁸ בפסיקת בית המשפט העליון בישראל ניתן למצוא הד לדברים הללו בדבריו האלה של בית המשפט העליון באחד מפסקי הדין: "פסיכולוגיה אינה מדע מדויק, ועדיין לא הגענו ליום בו הפסיכולוג מפענח את צילום הנפש כשם שאורטופד מפענח צילום קרסול".⁷⁹ בשנים האחרונות ניתן למצוא בפסיקת בית המשפט העליון מחקרים שאומצו מתחום הפסיכולוגיה, אך בלא דיון בשאלת תוקפם ומהימנותם של המחקרים הפסיכולוגיים ככלל ושל אותם מחקרים בפרט. דוגמה מובהקת לכך ניתן למצוא במקרים שבהם נדרש בית המשפט העליון להכריע בסוגיות עובדתיות בהידרשות ל"זיכרונות מודחקים" – מהימנותם של זיכרונות מטראומה שעולים לתודעה לאחר תקופה ארוכה של שכחה מוחלטת.⁸⁰

הרתיעה משימוש במחקרים פסיכולוגיים בנימוק שהפסיכולוגיה איננה מדע מדויק מתיישבת במידה מסוימת עם גישה רציונלית שתובעת דיוק עובדתי בהליך קביעת העובדות. בתחומי המשפט המהותי קיימת אפשרות רחבה להידרשות לשיפוט ערכיים, ואילו הליך קביעת העובדות חותר לתוצאה אובייקטיבית של חשיפת האמת. לפיכך שאיפתו של קובע עובדות רציונלי היא לפעול בהתמדה לשיפור דיוק ההכרעה העובדתית, ותהליך שכזה כרוך בבדיקה מתמדת של תקפות המידע החיצוני המיובא אל ההליך המשפטי. בדיקה זו אין משמעותה כי ניתן לזנוח את הידע הקיים אצל קובע העובדות, משום שלא ניתן להתעלם מהעושר האפיסטמי שבו.⁸¹ כמו כן לא ניתן

77 יניב ואקי ונחשון שוחט, "מעבר לספק סביר" וקול המוסר של השופט: הצעה למודל הכרעה משולב – רציונלי-אמוציונלי", *ספר אליקים רובינשטיין* (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, מרים מרקוביץ-ביטון ורינת סופר – עורכים, 2020), 1853, בעמ' 1853.

78 David S. Gaudill and Lewis H. Larue, *No Magic Wand – The Idealization of Science in Law* (2006) pp. 15–44.

79 דנ"א 6211/13 *היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' פלונית*, פסקה 17 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 23.12.2013). פסק דין זה לא דן דיני ראיות אלא בשאלות דיני האימוץ.

80 ע"פ 5582/09 *פלוני נ' מדינת ישראל*, פסקה 110 ואילך לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 20.10.2010) (להלן: עניין פלוני). באותו מקרה השתמש בית המשפט בדוקטרינת הזיכרון המודחק על בסיס זה "שהמחוקק הישראלי אימץ את הדוקטרינה של זיכרון מודחק כפי שעולה מדברי ההסבר והרקע להארכת תקופת ההתיישנות". לדיון רחב בנושא זה ראו אורנה אליגון דר, "זכרונות מודחקים: ראייה משפטית במחלוקת חברתית – בעקבות ע"פ 3958/08 שמואל נ' מדינת ישראל", *משפט וממשל* (2017) 443.

81 Stein (לעיל, הערה 3) בעמ' 37.

להתעלם מהיותו מכשיר פונקציונלי שבלעדיו מערכת קביעת העובדות אינה יכולה לתפקד.⁸²

העמדה המצדיקה את חששו של המשפט מלהידרש לפסיכולוגיה משיקולים הנוגעים לתקפותו המדעית של תחום זה מעלה טיעון נגדי בעל משקל. לפי טיעון זה, לתובנות האינטואיטיביות – הלא מדעיות – של המשפטנים, שעל בסיסן פותחו דיני הראיות במשפט המקובל, אין עדיפות על התובנות הפסיכולוגיות או על תובנות מדעיות אחרות, גם אם הן אינן בעלות מהימנות מדעית גבוהה.⁸³ הטיעון ממשיך כך: התובנות בתחום הפסיכולוגיה מבוססות במידה כזו או אחרת על מחקרים אמפיריים וניסויים קליניים, ואילו כללי הראיות מבוססים על אינטואיציה לא מדעית בעליל או למצער על נתונים אמפיריים בדרגה נחותה מזו של הניסוי המדעי. היה מי שקרא למצב דברים זה "שופטים כפסיכולוגים חובבנים".⁸⁴ הטענה היא אפוא כי התובנות האינטואיטיביות אינן טובות מהפסיכולוגיה, ודווקא הפסיכולוגיה יכולה לתרום להערכת תפקודם של כללי הראיות כדי לגרום לשינויים כשמתברר שהם אינם מדויקים והם טעוני שינוי.⁸⁵ המחשה מובהקת לביקורת זו היא התמורות שחלו ביחס המשפט למהימנות עד מזהה בעקבות המחקרים הפסיכולוגיים בעניין כשלים בזיכרון.

טענה זו אינה חפה מקשיים והיא נוגעת לשאלות יסוד בנוגע למאפייני המודל הראוי של הליך קביעת העובדות.⁸⁶ האם המודל הראוי הוא זה של דעת תאורטית או זה של תובנה מעשית (Practical Wisdom)? דעת תאורטית היא מודל המופעל במסגרת פרדיגמות אקדמיות, ותובנה מעשית היא מודל הנשען על קבלת החלטות על בסיס מודל פרגמטי של מידע ספציפי העומד על הפרק, שלא בהכרח באמצעות תהליך דווקטיבי.⁸⁷ בין שני מודלים אלה נראה כי ההליך השיפוטי קרוב למודל של תובנה מעשית יותר מלזה של דעת תאורטית. המשימה החשובה היא למצוא פרדיגמה שבאפשרותה ניתן לאפיין את היחסים המורכבים בין היותו של הליך קביעת העובדות פרדיגמה של תובנה מעשית לבין המרכיבים האמפיריים שקובע העובדות נדרש אליהם. התקווה היא כי מאמר זה יסייע לסרטט קווים ראשוניים למורכבות זו בהקשר של המחקרים הפסיכולוגיים. לשאלה אם הפסיכולוגיה יכולה להגיע לדרגת מדע אתיחס בהמשך. אחת הטענות המועלות להסבר מורכבות היחסים בין הליך קביעת העובדות לפסיכולוגיה שראויה

82 Redmayne (לעיל, הערה 10) בעמ' 868.

83 Bonnie and Slobogin, "The Role of Mental Health Professionals in the Criminal Process: The Case for Informed Speculation", 66 *Va. L. Rev.* (1980) 427, pp. 461–466.

84 Saks (לעיל, הערה 62) בעמ' 331.

85 שם, בעמ' 332.

86 Doron Menashe, "Is Judicial Proof of Facts a Form of Scientific Explanation? A Preliminary Investigation of 'Clinical' Legal Method", 12 *Int'l J. Evidence & Proof* (2008) 32.

87 מנחם מאוטנר, "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים", פלילים ז (1998) 11 (להלן: מאוטנר).

לתשומת לב, מתמקדת בתזה שלפיה קיימת חפיפה בין תחומי העניין של הפסיכולוגיה לידע הכללי שמצוי ממילא אצל קובע העובדות. אני מכוון למה שמכונה "ניסיון החיים" ו"השכל הישר". החפיפה שעשויה להתקיים בין הנושאים הנחקרים בפסיכולוגיה לבין הידע הכללי שמצוי אצל קובע העובדות מצויה בליבה של המורכבות והיא כר פורה למתחים.

את הפרק הבא אייחד לדיון מעמיק יותר במתח שמתקיים בין הידע שעשוי להימצא אצל קובע העובדות המגולם ב"השכל הישר" וב"ניסיון החיים" לבין הפסיכולוגיה. באמצעות הדיון במתח האמור אדון לעומק באחד הביטויים החריפים והמעניינים של מורכבות היחסים בין המשפט לפסיכולוגיה, ולשם כך יהא צורך להמשיג את המונחים "השכל הישר" ו"ניסיון החיים" בהקשר של הליך קביעת העובדות. בנושאים אלו אדון בפרק הבא.

ה. "השכל הישר" ו"ניסיון החיים" כביטוי למתח בין הפסיכולוגיה למשפט

1. "השכל הישר" ו"ניסיון החיים" – הגדרה

הכרעה במחלוקת עובדתית מחייבת את קובע העובדות להשתמש בידע ובתובנות כלליות שאותן הוא רכש בדרכים שונות במהלך חייו. בלעדי תובנות אלו לא יהיה אפשר להגיע להכרעות.⁸⁸

מקבלי ההחלטות העובדתיות במשפט [מסתמכים], באופן טיפוסי, על נסיונם המצטבר, כפי שהטביע חותמו על מאגר הידע שלהם, באופן בלתי שיטתי... חשוב להדגיש – כי אין הדברים אמורים בחריג המצומצם של "ידיעה שיפוטית" בלבד, כי אם בשימוש התדיר שנעשה בניסיון החיים בעת הערכת "סבירויות" שונות, בעת בחינת משמעותן הטבעית של מילים וביטויים, בקביעות עובדתיות המשמשות תשתית להכרזות של מדיניות שיפוטית, ואגב בדיקת מהימנותן של עדויות.⁸⁹

88 שם, בעמ' 49.

89 רון שפירא, "שימוש בטכניקות הסתברותיות לזיהוי אנשים על סמך ראיות נסיבתיות", פלילים ב (תשנ"א) 113, בעמ' 118; ראו גם: Richard Lempert, "Laying the Culture Card: Trials in a Multicultural democracy", 5 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* (1997) 113; Vijaya Samaraweera, "An Act of Truth in Sinhala court of law: On Truth, Lies and Judicial Proof Among the Sinhalla Buddhists", 5 *Cardozo j. Int'l & Comp. L.* 133 (1997) כמו כן ראו: ע"א 91/51 "מדור" חברה לבנין ולפיננסים בע"מ נ' ביק, פ"ד ה

מאגר המידע של קובע העובדות שעליו הוא מסתמך הוא פרי ידיעות ואמונות שהוא רוכש באופנים שונים, והוא מגולם בעקרונות המכונים "ניסיון החיים" ו"השכל הישר" (Common Sense). ידע זה הוא מרכיב חשוב בהכרעה העובדתית, ובלעדיו לא ניתן להגיע להחלטות עובדתיות.⁹⁰

בפסיקה בית המשפט ניתן למצוא שימוש במונחים אלו שלא בהקשר של ההכרעה העובדתית הנדונה במאמר זה. כך למשל ניתן למצוא שימוש במונח "השכל הישר" לצורך הכרעה בין שיקולים ערכיים כמבחן אפשרי לקשר סיבתי משפטי וכן בהקשרים נוספים.⁹¹ מופעים אלו של המונחים "שכל ישר" ו"ניסיון חיים" אינם מענייננו כאן. במאמר זה אני מכוון לתפקידם של מונחים אלו בהכרעה רציונלית בהליך קביעת העובדות במחלוקות עובדתיות (חפות מכל מטען ערכי), וביתר מיקוד – כשהם משמשים כלי פונקציונלי להערכת הראיות הפורמליות שהצדדים מציגים.

מהם בדיוק אותם "שכל ישר" ו"ניסיון חיים"? ניתן לומר כי זהו צבר הידע הפורמלי והלא פורמלי המצוי אצל קובע העובדות אשר משפיע על קבלת ההחלטה העובדתית, ונועד לו תפקיד פונקציונלי. כמו כן ניתן לומר כי השכל הישר וניסיון החיים הם אותו צבר אמונות הנוגע לעולם שמצוי אצל קבוצה תרבותית מסוימת.⁹² באגד המידע ניתן לזהות שלושה נדבכים: הראשון, סט של הנחות בסיסיות בנוגע לעולם הפיזי ולעולם החברתי (כיצד פועל העולם בהקשר הפיזי ובהקשר החברתי); השני, סט של אמירות חברתיות ואמונות משותפות בנוגע לעולם הפיזי ולעולם החברתי; השלישי, דרך מחשבה משותפת (way of thinking) על העולם החברתי ועל זה הפיזי. שני הנדבכים הראשונים מבטאים מאפיינים של תוכן המידע, הרובד השלישי מתייחס לתהליכים הקשורים בעיבוד הנתונים, ובייחוד התהליכים הקוגניטיביים המעורבים בתהליך החשיבה.⁹³ במילים אחרות, השכל הישר מורכב מבסיס נתונים ולצידו "מערכת הפעלה". כל אלה מהווים את מאגר הידע הקיים אצל קובע העובדות.

792 (1953); ע"פ 325/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' ירקוני, פ"ד יח(4) 20, בעמ' 28 (1964).

90 אך לא רק. מאוטנר טוען כי בשל הקשר בין הכרעה שיפוטית להכרעת עובדתית והצורך שפסק הדין יינהג ממקובלות, תובנות אלה מעצבות גם את ההכרעה בשאלות משפטיות, וכי ההפרדה בין שתי השאלות אינה אפשרית. מאוטנר (לעיל, הערה 87).

91 לעניין ההכרעה בין שיקולים ערכיים ראו בין היתר רע"א 9247/20 רוסו נ' שגב אקספרס ראשון לציון בע"מ (פורסם בנבו, 24.1.2021); לשימוש לצורך מבחן הקשר הסיבתי ראו בין היתר ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) 113 (1982); בהקשרים נוספים כגון קביעת סטנדרט זהירות ראו בין היתר ע"א 7276/18 עזבון המנוחה פלונית נ' מדינת ישראל המרכז לבריאות הנפש "מעלה הכרמל" (פורסם בנבו, 2.3.2021).

92 Garth J. O. Fletcher, "Psychology and Common Sense", 39(3) *American Psychologist* 203, p. 203 (1984).

93 שם, בעמ' 204.

מאוטנר שם את הדגש על היחס שבין הידע שנצבר אצל קובע העובדות לבין היבטים תרבותיים ומדגיש כי השכל הישר וניסיון החיים הם למעשה חלק מן התרבות. לפי גישתו:

השכל-הישר הוא מערכת תרבותית בלתי-מוחשית המכילה את המידע האמפירי והנורמטיבי על העולם שבאמצעותו ניתן לתפקד כהלכה בחיי היומיום בקבוצה חברתית מסוימת. במילים אחרות, השכל-הישר הוא אותו רכיב של התרבות המכיל את הידע הבלתי-פורמלי של בני-האדם על-אודות הדרכים שהעולם החברתי והעולם הטבעי פועלים בהן, ועל-אודות מה שיכול להיחשב ראוי ביחסים שבין בני-האדם.⁹⁴

הידע הכללי המצוי אצל קובע העובדות הוא במגוון נושאים, הן נושאים חברתיים (מהי ההתנהגות הראויה, הסבירה) והן נושאים שעשויים להיחשב מדעיים מובהקים. כך למשל קובע העובדות מיישם תדיר תובנות מדעיות כגון חוקי הגרביטציה, ללא צורך ב"ראיות" פורמליות שמוגשות בהליך בירור העובדות, וללא צורך בכלים מתמטיים כגון חוות דעת.⁹⁵ מצב דברים זה מזמן את השאלה מהו קו התפר בין מידע שלצורך הוכחתו נדרשת חוות דעת לזה שלהוכחתו ניתן להסתפק בעיבוד הראיות באמצעות השכל הישר. להמחשה, בית המשפט עשוי לקבוע כי מעשיו של הנאשם גרמו למות הקורבן בלי שתוצג חוות דעת פתולוגית לאחר ביצוע נתיחת הגופה שתקבע את התהליכים הביולוגיים והכימיים שגרמו למוות. השכל הישר וניסיון החיים כוללים אפוא מרכיבים לא מבוטלים של אמונות אובייקטיביות בנוגע לאופן שבו מתנהל העולם, וניתן לאפיין אותם במידה של קביעות. אמונותיו של האדם, במיוחד השקפותיו החברתיות, הן קבועות ואינן נוטות להשתנות בתדירות גבוהה.

נקודת אחיזה טובה לתפיסת מהותם של השכל הישר וניסיון החיים היא הבנה נכונה של תפקידם הפונקציונלי בהליך קבלת ההחלטות. ניסיון החיים והשכל הישר אינם יכולים לשמש כלי מסדר ראשון, כלומר להיות תחליף לראיות שעל הצדדים להציג או למלא חלל ראייתי שהצדדים הותירו, אולם יש להם תפקיד חשוב לא פחות. הם משמשים פרמטר מסדר שני שתפקידו לבחון את סבירות הראיות המוצגות לקובע העובדות, להעריך את מהימנותן, את משקלן, את דיותן ואת היחסים הטרגוטיביים ביניהן.⁹⁶ הליך קביעת העובדות כרוך בהסקת מסקנות באמצעות הכללות (Generalization). ניסיון החיים והשכל הישר משמשים בסיס להכללות שקובע העובדות

94 מאוטנר (לעיל, הערה 87) בעמ' 21.

95 נקודה מעניינת למחקר היא הניסיון לאפיין את סוגיו השונים של הידע הכללי המצוי אצל קובע העובדות. מעניינת עוד יותר השאלה באילו תנאים הופך מדע לידע כללי שמצוי בשכל הישר ובניסיון החיים שאין צורך להוכיחו בראיות פורמליות.

96 דורון מנשה, "פרדיגמה חדשה להבנת הידיעה השיפוטית, והשלכותיה בעידן המידע הדיגיטלי", **משפט מפתח** (2015) 51, בעמ' 53 (להלן: מנשה).

מבצע בתהליך שכלתני מן הראיות שמונחות לפניו.⁹⁷ אותו ידע כללי מתפקד כמעין מערכת הפעלה שמאפשרת קבלת החלטות. תפקיד זה אמור להיות בעל תכונות אובייקטיביות, שיאפשרו עקיבות בקבלת ההחלטות. השכל הישר וניסיון החיים נבדלים ממושגים נורמטיביים דוגמת "האדם הסביר" ומושג ה"סבירות" ככלל. בשיח המשפטי הישראלי מושגים אלו נתפסים כמבחינים נורמטיביים שמגלמים עמדה ערכית שבאמצעותה ניתן לקבוע מהו ה"ראוי", לעומת מבחן עובדתי גרידא כפי שמקובל לראותו במשפט המקובל.⁹⁸ מושג ה"סבירות" אינו מתיימר אפוא להיות כלי פונקציונלי שנועד להכרעה עובדתית ולא נועד לשקף את המציאות כפי שהיא משתקפת בידיעותיו של קובע העובדות, אלא שאיפה למצב נורמטיבי, שלעיתים חותר תחת מה שקובע העובדות יודע על הוויית החיים.

2. קשיים ואתגרים

השימוש בניסיון החיים ובשכל הישר עשוי לעורר כמה קשיים, הן באשר לתוכן הידע שמרכיב מאגרים אלו והן באשר לאופן תפעולו תוך כדי קבלת ההחלטה.⁹⁹ אשר לתוכן הידע, לעיתים רבות קשה להגדיר מה המידע המצוי בשכל הישר ובניסיון החיים לנוכח שונות במאגר הידע של קובעי עובדות שונים, לכן קיימת בעיה של חוסר אחידות. חוסר האחידות יכול לנבוע מתפיסות שונות של המציאות, שהן תולדה של סיבות מגוונות, כגון השתייכות לתרבויות שונות.¹⁰⁰ אין זה סוד שאנשים שונים תופסים את ההוויה

97 Douglas Walton and Fabrizio Macagno, "Common Knowledge in Legal Reasoning about Evidence", 3 *Int'l Comment. On Evidence* (2005) 1, p. 2.

98 אורית קמיר, "איך הרגה הסבירות את האישה – חוס דמם של 'האדם הסביר' והישראלית המצויה" בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזואלוס, "פלילים ו (תשנ"ח) 137; יורם שחר, "האדם הסביר והמשפט הפלילי", **הפרקליט לט א (תש"ן-תשנ"א) 79** (להלן: שחר).

99 Redding (לעיל, הערה 55) בעמ' 127.

100 בפסיקה ניתן למצוא כמה דוגמאות: בע"פ 1385/06 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 6.4.2009) נדון מקרה של נאשם ישראלי ערבי בעבירות אלימות ומין כלפי זוגתו. בהידרשו לאחת מאמרות החוץ של הנאשם מצא בית המשפט המחוזי בדברי הנאשם, שלקוחים מאמירה ידועה בתרבות הערבית, כי "[המתלוננת] מכניסה אותי לים ומחזירה אותי צמא", כמעין "הודאה במקצת" בביצוע העבירה. בהידרשו לאמירה זו העיר השופט ג'ובראן, שישב בדין בבית המשפט העליון, כי משמעות הדברים בערבית אחרת, והם נועדו להצביע על אדם שהוא "מנוסה" ו"תחמן"; בע"א 2976/00 **הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' לידאווי**, פ"ד נו(6) 874 (2002) נדונה תביעת עיזבון מנוח שנהרג בתאונת דרכים שאירעה שלושה ימים לאחר שהמנוח ערך טקס שבו גזר מתוך תמונה שבה הופיעה מותו את ראשו, הכניס את גזיר התמונה לתוך כוס מים ואמר "אל מי פראק" (המים הם פרדה). טקס זה נבחן בשל טענת חברת הביטוח כי התאונה נגרמה בידי המנוח כדי לשים קץ לחייו. הבדלים תרבותיים יכולים למצוא ביטוי גם בעניין הערכת מהימנות על בסיס התנהגות (Demeanor), ראו Charles Bond et al., "Lie Detection across Cultures", 14 *Journal of Nonverbal Behavior* (1990) 189.

החברתית ולעיתים את העולם הפיזי תפיסות שונות. לכן המידע המצוי בשכל הישר לא תמיד קונסיסטנטי. כך למשל תופעות סוציאליות ניתנות לפרשנויות שונות בשים לב לשוני התרבותי אצל קובע העובדות או בתרבויות השונות שבהן מתרחשת התופעה.¹⁰¹ לפעמים הידע הכללי של קובע העובדות לוקה בחסר ואינו מבטא את מכלול התובנות האנושיות, ולעיתים הידע אינו מעודכן ואינו משקף קיומן של דעות שונות. אחת הטענות שיכולות להתעורר כאן היא שלאמיתו של דבר ההחלטה העובדתית מושפעת מהידע המשותף אצל הקבוצה השלטת בחברה שממנה לרוב באים קובעי העובדות, והיא אינה מבטאת את הידע המצוי בקבוצות מיעוט או בקבוצות מוחלשות.¹⁰² כמו כן חלק מן הידע הכללי עשוי להיות מושפע מהטיות ומדעות קדומות, במיוחד כלפי קבוצות אוכלוסייה שקובע העובדות אינו נמנה עליהן. כשל נוסף עשוי להיגרם מכך שבמקרים רבים למידע מסוים ניתן צביון "מדעי", אולם לאמיתו של דבר אין הוא מתוקף מבחינה מדעית אמפירית. הצמדת תכונה של "מדעיות" למידע שאינו כזה עלולה להוביל את קובע העובדות לייחס לו משקל רב יותר ולהעדיפו על פני מידע מהימן אחר.

גם בשפעולו של הידע עשויים להתעורר קשיים שניתן לרכזם כך: (א) טשטוש בין הראוי לבין האמפירי: קובע העובדות מביט אל העבר ומנסה לתת פרשנות למידע המצוי לפניו על סמך השכל הישר וניסיון החיים, אך לעיתים, במודע או שלא במודע, הפרשנות אינה מבוססת על מידע אמפירי (מה היה בפועל) אלא על מה שראוי שיהיה, כלומר חריגה מן הפרשנות העובדתית וגלישה אל שיפוט ערכי.¹⁰³ לדוגמה, פרשנות התנהגותו של בעל הדין עשויה להוביל את קובע העובדות להידרש למבחנים נורמטיביים של סבירות (מה ראוי שהאדם הסביר יעשה או שהיה עושה) חלף מבחנים עובדתיים סובייקטיביים (מדוע האדם התנהג כפי שהתנהג במקרה הנוכחי);¹⁰⁴ (ב) במצבים מסוימים שנבחנות בהם שאלות שנועדו לפרש את אשר התרחש בעבר, שופטים נוטים לבחון את הדברים במבט צופה עתיד, מתוך שאיפה לעיצוב התנהגות בעלי הדין בעתיד, באמצעות הכרעות עובדתיות.¹⁰⁵ הדבר נעשה כדי להחדיר תמריצים להתנהגות עתידית של בעלי הדין, מה שעשוי להחדיר אלמנטים של שיקולי מדיניות ולהתנתק מהכרעה עובדתית בנוגע למה התרחש בעבר.

Dorom Menashe and Mutal E. Shamash, "The Narrative Fallacy", 3 *Int'l Comment. On Evidence* (2005) 1

102 מה שעשוי להיות נימוק לצורך במינוי שופטים מרקע תרבותי שונה, ראו Tracy E. George, "Court Fixing", 43 *Arz. L. Rev.* (2001) 9, p. 19; גיא לוריא, "מינוי שופטים ערבים לבתי המשפט בישראל", **משפט וממשל** (2014) 307.

103 מאוטנר (לעיל, הערה 87) בעמ' 15.

104 להבדלים בתפיסת מוסד "האדם הסביר" בין המשפט הישראלי למשפט המקובל, ראו קמיר (לעיל, הערה 98); שחר (לעיל, הערה 98).

105 מאוטנר (לעיל, הערה 87) בעמ' 23; כדוגמה לכך מאוטנר מביא את ההצדקה לכלל הקבוע בסעיף 10א' לפקודת הראיות תוך הידרשות לדיון שנערך: עניין **טובול** (לעיל, הערה 69). השוו: Enoch and Fisher (לעיל, הערה 3).

הואיל והשכל הישר וניסיון החיים הם אותן הפיסות המצויות אצל קובע העובדות ואשר על בסיסן הוא מעריך את הראיות, קיים מתח מתמיד בין ידע זה לבין המידע שמצוי מחוץ לידע הכללי, ולעיתים קיימת סתירה בין השניים. גילויים מדעיים יכולים לעיתים לסתור ידע המצוי בשכל הישר ובניסיון החיים – כך כשמדובר בתפיסות הנוגעות לטבע העולם שבהן עוסקים מדעי הטבע,¹⁰⁶ וכך כשמדובר בתובנות הנוגעות לטבע האדם שבהן עוסקת הפסיכולוגיה.¹⁰⁷

3. פרדוקס השכל הישר

חוסר האחידות בין הידע אשר מצוי בשכל הישר ובניסיון החיים מצד אחד לבין נתונים אמפיריים המצויים במחקרים הפסיכולוגיים מצד אחר מוביל למתח בין השניים. מתח זה עשוי לגרום למה שמכונה "פרדוקס השכל הישר", שאיננו אלא עמדה ביקורתית על המשפט.¹⁰⁸ הטענה הגלומה בפרדוקס היא כי כשהמחקר הפסיכולוגי נוגד את השכל הישר, המשפט אינו שש לקבלו, וכשהמחקר תואם את השכל הישר – הוא נתפס כלא מועיל.

הפרדוקס נובע מתחרות בין הידע המצוי בשכל הישר לבין המידע שמקורו במחקר הפסיכולוגי. במקרים שבהם הידע הפסיכולוגי תואם את השכל הישר והתובנות מצויות ממילא אצל קובע העובדות, אין כל קושי בקבלת מידע זה.¹⁰⁹ אלא שבמקרה זה קבלת המידע אינה תורמת לשיפור ההליך ולשאיפה לדיוק העובדתי, שכן המידע ממילא קיים, נגיש ונעשה בו שימוש. המבחן האמיתי הוא כשקיים מידע מתחום המחקר הפסיכולוגי שאיננו תואם את השכל הישר ואת ניסיון החיים. במצב דברים זה עלול המידע להיתקל בהתנגדות, בהיותו נוגד את התובנה האינטואיטיבית ועלול להיות מתויג כלא קביל ואף לא הגיוני (הבה נחשוב כמה זמן לקח למשפט להפנים את הסיכונים בהרשעה על פי עדות ראיה).¹¹⁰

תוצאה אפשרית היא שקובע העובדות יהא מוכן לקבל מידע טריוויאלי שאין בו תרומה של ממש, ומנגד הוא ידחה מידע שעשוי לשפר את ההליך באמצעות מדע מתחום

106 Fletcher (לעיל, הערה 92) בעמ' 206 English and Sales (לעיל, הערה 44) בעמ' 175.
 107 Fletcher (לעיל, הערה 92) בעמ' 206. מצד אחר הפסיכולוגיה מזהה את השכל הישר כאיום על הפסיכולוגיה עצמה: "Can Psychology Become a Science?", Scott O. Liliefeld, *Personality and Individual Differences* (2010) 281, p. 281.
 108 יובל פלדמן, "פסיכולוגיה ומשפט – המעבר מעידן ישן לעידן חדש", *משפט ועסקים* (2010) 267, בעמ' 276 (להלן: פלדמן).
 109 ראו לדוגמה ע"פ 721/80 *תורג'מן נ' מדינת ישראל*, פ"ד לה (2) 466 (1981).
 110 פלדמן (לעיל, הערה 108) בעמ' 276.

הפסיכולוגיה, ולמצער יערים קשיים בפני קבלתו של מידע כזה, משום שהוא אינו מתיישב עם השכל הישר.¹¹¹

המתח בין הידע המצוי בשכל הישר ובניסיון החיים לבין המידע המצוי מחוצה לו אינו צריך להפחית מהרצון התמידי למצוא את שביל הזהב שבו ילכו שניהם, שכן על המשפט ועל המדע לקיים יחסי גומלין. יחסי הגומלין חייבים להכיר בהיותו של המשפט מבוסס על ניסיון עשיר של מידע אמפירי ש"עובד" כבר שנים רבות. לכן על המשפט לגייס את המדע לביצוע משימה משותפת עימו והיא שיפור מאגרי הידע הכללי באמצעות אימוץ מחקרים אמפיריים תקפים.¹¹² לצד זאת יש לעודד שימוש במידע האמפירי השיפוטי המצוי בשכל הישר, וטעות היא לראות במידע האגור בשכל הישר מידע נטול ממד מדעי כלשהו.¹¹³ יש תוקף גם לאמפיריות המצויה בפרקטיקה שלפיה פועל המערך המשפטי בקבלת ההחלטות.¹¹⁴ לפיכך אין לדבר רק על מדעי החברה במשפט אלא גם על המשפט ומדעי החברה, כשני תחומים שלובים.¹¹⁵ הדבר מצריך מתודולוגיה פלורליסטית שמשלבת ניסיון מדעי לא אמפירי ומדע ניסויי.¹¹⁶ נוסף על זה, השכל הישר וניסיון החיים יכולים להיות גם נקודות מפתח להיפותזות לפיתוח תאוריות עתידיות.¹¹⁷

בנקודה זו נדרשת אזהרה. הביטוי "שכל ישר" עשוי לבטא את הממד האפיסטמולוגי נורמטיבי, ואילו ניסיון החיים עשוי לבטא ניסיון אמפירי.¹¹⁸ אלא שניסיון אמפירי זה אינו מבוסס על מתודה מדעית ולרוב אינו נשען על בסיס ידע שקיבל תוקף מחקרי באמצעות ניסויים אמפיריים.¹¹⁹ מכאן שבסיס הידע הכללי כולל פן אמפירי אך בדרגה נחותה מהאמפיריות המדעית המקובלת. מאפיינים אלו יכולים לגרום להטמעת תפיסות מוטעות שמנוגדות לידע אמפירי מדעי מהימן. בסיס הידע המצוי בשכל הישר ובניסיון החיים הוא בעל פונקצייה חשובה לתפקוד השיפוטי, ובלעדיו לא ניתן להגיע להכרעות עובדתיות, אך בה בעת הקשיים שמצויים בו מחייבים טיוב הידע הקיים, ובכך לשמר ולפתח את הפונקצייה האספירטיבית של הליך קביעת העובדות.

111 Redding (לעיל, הערה 55) בעמ' 113; ראו: *Holbrook v. Flynn* U.S. 560, 571 (1986) (שבו בית המשפט דחה את הטענה כי נוכחות אנשי משטרה חמושים במהלך המשפט תשפיע על שיקול הדעת של המושבעים ותטה את דעתם).

112 Richard Redding, "Reconstructing Science Through Law", 23 *S. Ill. U.L.J.* (1998) 585

113 Redding (לעיל, הערה 55) בעמ' 128.

114 שם, שם.

115 שם, שם.

116 שם, בעמ' 129.

117 שם, בעמ' 130.

118 לא מצאתי בסיס שמעגן את ההבחנה האמורה, אך הדבר אינו מפחית מתוקפה, שכן היא הבעת עמדה מהותית על בסיס הידע הקיים מלבד השימוש הסמנטי.

119 למעט מקרים שבהם מאגר הידע הטמון בשכל הישר ובניסיון החיים נשען על מחקרים מדעיים שאומצו במשפט כמו בנוגע לקשיים בשימוש בעדים מזהים.

בתחרות בין השכל הישר וניסיון החיים לבין הידע הפסיכולוגי, כמי שנושא זרעים פוטנציאליים לערער על השכל הישר, אנו נדרשים לבחינת תיקופן המדעי של אותן תובנות מתחום הפסיכולוגיה. מנגד, ניתן לזהות כי במקרים מסוימים המשפט אינו מעודד שיפור התובנות שביסוד השכל הישר. המחשה טובה לכך היא הקביעה כי מומחה אינו אמור להעיד על נושאים שהידע הכללי עוסק בהם, אלא רק על עניינים הנוספים על הידע הכללי.¹²⁰ כבר בפסק דין בעניין Frye נכתב:

The rule is that the opinions of experts or skilled witnesses are admissible in evidence in those cases in which the matter of inquiry is such that inexperienced persons are unlikely to prove capable of forming a correct judgment upon it, for the reason that the subject-matter so far partakes of a science, art, or trade as to require a previous habit or experience or study in it, in order to acquire a knowledge of it. When the question involved does not lie within the range of common experience or common knowledge, but requires special experience or special knowledge then the opinions of witnesses skilled in that particular science, art, or trade to which the question relates are admissible in evidence.¹²¹

בפסיקת בית המשפט העליון נדונה בהקשר דומה שאלת קבילותה של הערכת מהימנות של חוקר ילדים כשהילד שנחקר בידי חוקר ילדים מעיד בבית המשפט, ובית המשפט מתרשם ממהימנותו של הילד.¹²² בדרך כלל המתח בין בסיס הידע הפסיכולוגי לבין בסיס הידע הכללי הקיים אצל השופט סמוי מן העין, אולם במקרה זה מדובר במתח גלוי על פני השטח. הסוגיה התעוררה באחת הפרשות שנדונו בבית המשפט העליון.¹²³ דעת

Bruce D. Sales and Daniel W. Shuman, *Experts in Court: Reconciling Law, Science, and Professional Knowledge* (2005) pp. 14, 28

Frye v. United States 293 F. 1013, 1014 (D.C. cir. 1923) (להלן: עניין Frye); ניתן להזכיר בהקשר זה גם את כלל 704 לכללים הפדרליים, האוסר על הבאת ראיות ל-Ultimate Issues, כלומר האיסור להציג ראיות למסקנה הסופית שבית המשפט אמור להכריע בה, לדוגמה שאלת החפות והאשמה.

122 אין זה המקום לסקור את המקרים שבהם הדבר אפשרי, ראו חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955. במקרים מסוימים עדותו של ילד שהיה קורבן לעבירה מהעבירות שמוגדרות בחוק, נגבית בידי חוקר ילדים. חוקר הילדים מכין הערכה באשר למהימנות העדות של הילד ובהמשך אף מעיד בבית המשפט, ואילו הילד עצמו אינו מעיד בבית המשפט. במצבים מסוימים ניתן להעיד את הילד בבית המשפט, ובית המשפט יכול להתרשם ממהימנותו. במצבים אלה מתעוררת שאלת מעמדה של הערכת המהימנות של חוקר הילדים.

123 ע"פ 337/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.9.2013) (להלן: ע"פ 337/13 פלוני).

הרוב קבעה כי אם הילד התייצב להעיד בבית המשפט, אין להידרש כלל לדעתו של חוקר הילדים ולהתרשמותו ממהימנות הילד, ולכן ראה זה איננה קבילה.¹²⁴ ביסוד גישה זו הייתה ההנמקה כי הערכת מהימנות העדים היא נושא ששמור לבית המשפט ולו בלבד. לצד זאת ניתן למצוא גישות מנוגדות לזו שאינן רואות מניעה להידרשותו של בית המשפט לדעתו של חוקר הילדים בעניין מהימנות העד גם אם הילד עצמו מעיד בבית המשפט ובית המשפט מתרשם ממהימנותו במישרין.¹²⁵ מחלוקת זו ממחישה היטב את המתח שהזכרתי, בין הידע הכללי שמצוי אצל בית המשפט לבין "איום" חיצוני שבא להחליף את הידע הכללי או להגביל את השימוש בו ובכך לצמצם את מרחב שיקול הדעת פרי הפעלתם של השכל הישר וניסיון החיים. חלק מהשופטים לא ראה מניעה מהתעלמות ממידע רלוונטי לקביעת מהימנות העד, משום שהוא עשוי לערער על הידע הכללי שמצוי אצל קובע העובדות – אותו שכל ישר וניסיון חיים.

לאגירתו של מידע שהופך לחלק מהידע הכללי של קובע העובדות אין תנאי סף ואין כלים אפקטיביים לבקרה על תוכן מידע זה, אולם המשפט כן מציב מחסומים בפני קבלת מידע שמבוסס על מדע שהצדדים מבקשים להכניסו פורמלית אל הליך בירור העובדות. מחסומים אלה מבקשים למיין את הראיות לראיות מדעיות ולכאלה שאינן מדעיות. בצומת זה מתעוררת השאלה אם יש לנהוג בידע מתחום הפסיכולוגיה כמדע. בשאלה זו אעסוק בפרק הבא.

1. האם הפסיכולוגיה יכולה להיחשב מדע?

כדי להשיב על השאלה אם הפסיכולוגיה יכולה להיחשב מדע נדרשת תשובה לשאלה מקדמית: מהו מדע? אינני מתיימר למצות את הדיון הפילוסופי עתיק היומן בשאלה מהו מדע, מהי חקירה מדעית וכיצד ניתן להבחין בין מדע לפסידו-מדע.¹²⁶ שפע העיסוק בעניין זה כאורך ההיסטוריה האנושית המודרנית. עם זאת אני רואה להתעכב קמעא על כמה הגדרות מקובלות כדי שיהיה אפשר למקם את הפסיכולוגיה בתוך דיון זה. בדיון המשפטי הרווח השאלה מהו הידע שייחשב מדע התמקדה בהגדרה ממוקדת אחת. בהידרשו לשאלה זו בפרשת **דאוברט**, שבה נדונה שאלת קבילותן של ראיות מדעיות, ציין בית המשפט העליון בארצות הברית כך:

124 השופטים הנדל ודפנה ברק-ארוז, וראו גם דעת השופט מצא: דנ"פ 3281/02 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.9.2002).

125 עמדת השופט דנציגר: עניין ע"פ 337/17 פלוני (לעיל, הערה 123); עמדת השופט שהם בע"פ 4583/13 סן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.9.2015). אחד הנימוקים העיקריים שמעלים הדוגלים בגישה זו הוא סיפוק כלי עזר אמין נוסף לבדיקת מהימנות העדות, בדמות חוות דעת חוקר הילדים.

126 דניאל פיש, "קביעת התנאים להוכחת עניינים מדעיים במשפט: פילוסופיה ולא מדע", **המשפט טו**(1) (תש"ע) 275, בעמ' 284–290 (להלן: פיש).

The adjective “scientific” implies a grounding in the methods and procedures of science. Similarly, the word “knowledge” connotes more than subjective belief or unsupported speculation. The term “applies to any body of known facts or to any body of ideas inferred from such facts or accepted as truths on good grounds.”... Of course, it would be unreasonable to conclude that the subject of scientific testimony must be “known” to a certainty; arguably, there are no certainties in science. ... “... Instead, it represents a *process* for proposing and refining theoretical explanations about the world that are subject to further testing and refinement”. But, in order to qualify as “scientific knowledge”, an inference or assertion must be derived by the scientific method.¹²⁷

בדברים אלו נטה בית המשפט לאמץ גישה “פופריאנית”, המיוחסת לקארל פופר (Popper).¹²⁸ אפרט: עיקר השיח סביב מהותו של המדע והגדרתו נוגע לשני היבטים: גוף הידע והמתודולוגיה של השגת הידע. פילוסופים אחדים של המדע התמקדו בגוף הידע ובניסיון לאפיין אותו, למשל עמנואל קאנט, אשר פירש את המדע כמערכת חוקי טבע המבטאים קשרים סיבתיים הכרחיים בחלל ובזמן.¹²⁹ הוגים אחרים, ובראשם פופר, ביקשו להסיט את המבט מגוף הידע, משום שעל בסיס התמקדות בגוף הידע לא ניתן להבחין בין ידע שניתן לקרוא לו מדע לבין ידע אחר שמבוסס על אמונה במונחים אפיסטמולוגיים. לפי פופר, גוף הידע הוא למעשה השערות שלעולם לא ניתן לתארן כ”אמת”. אם אותן השערות נבחנות בתהליכי מחקר שיטתי, וכל עוד הן עומדות במבחנים אלה, ניתן לומר כי הן מספקות בסיס לעובדה מדעית. מובן אפוא כי יכולת זו קשורה קשר הדוק לקיומו של מנגנון – מתודולוגיה – שמסוגל להפריך או לאשש את אותן השערות.¹³⁰ פיינמן מציע הגדרה הכוללת שלושה אלמנטים: גוף ידע שנוצר מגילויים של דברים; קיומה של שיטה מיוחדת לגילוי דברים; האלמנט השלישי הוא מעשי, שמכוון לטכנולוגיה שניתן להשתמש בה בדברים שנתגלו לתרומה של גילויים חדשים.¹³¹

על בסיס אפיונים אלה ניתן לומר כי מדע הוא “הידע על אודות העולם, שהושג כתשובה להצגת שאלות על העולם, באמצעות שיטות של מחקר מדעי. המתודולוגיה של

127 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.* 125 L. Ed. 2d 469 (1993) (להלן: עניין **Daubert**)

128 K. R. Popper, *The Logic of Scientific Discovery* (1959)

129 פפיטה האזרחי, **על הספקנות** (1966) בעמ' 38.

130 Popper (לעיל, הערה 128). לביקורת על גישת פופר ראו: Martin Gardner, “A Skeptical

13 Look at Karl Popper”, 25(4) *Skeptical Inquirer* (2001)

131 ריצ'ארד פיינמן, **המשמעות של כל זה** (1999).

המחקר המדעי היא חקירה שיטתית, מבוקרת, אמפירית וביקורתית של השערות, לגבי קשרים משוערים בין תופעות... שונות בעולם, תוך ניסיון להוכיח אותן אך גם להפריכן.¹³² עם זאת יש צורך בשתי הבהרות: הראשונה – "הידע על אודות העולם" מכיוון לידע על העולם האמפירי ולא על העולם בכללותו. אשר לעולם העובדות, ההגדרה אינה כוללת "עובדות" מוסריות כגון ערכים, זכויות וחובות; השנייה – בהתייחסנו למדע יש להבחין בין מדע (science) לבין "מדע" כ־Wissenschaft.¹³³ המובן הראשון מתייחס למדע אמפירי, והמובן השני הוא מושג רחב יותר שחובק כל למידה ומחקר אקדמי עיוני שיטתי בתחום כלשהו (למשל אומנות, דת וכו'), שאינו בהכרח אמפירי.¹³⁴ בהתייחסותי למדע אני מכוון למובן הראשון, קרי למדע האמפירי.

ומכאן לשאלה אם ניתן לראות בפסיכולוגיה "מדע". אני מעלה שאלה זו משום שנכון להיום יש מי שסבורים כי התשובה לשאלה היא בשלילה.¹³⁵ נראה שגם הפסיכולוגים עצמם, שלא ניתן לחשוך בנטייתם להעלות את קרנו ה"מדעית" של תחום עיסוקם, עדיין מעוררים שאלה זו.¹³⁶ מלבד זאת, עיסוק בשאלה אם פסיכולוגיה היא מדע, חשוב מבחינה תאורטית ומעשית, לצורך חידוד ההבנה כיצד על המשפט להתמודד עם מחקרים מתחום הפסיכולוגיה,¹³⁷ וכן כדי לדעת במה שונים מחקרים אלו ממחקרים מתחום מדעי הטבע, וכיצד ניתן לבדוק את תקפותם המדעית.¹³⁸

הניסיון לצבוע את כל המחקרים מתחום הפסיכולוגיה בצבע אחד מחמיץ את התמונה הנכונה, והדבר נכון ככלל לתחומי ידע נוספים. יש צורך לבחון כל מחקר וכל ממצא לפי הדרך שבה נערכת בדיקה מדעית.¹³⁹ אם ניצמד לגישה הפופריאנית לאפיון המדע, אשר כפי שהובהר לעיל שמה את הדגש על המתודולוגיה ולא על גוף הידע, במוקד הבחינה בהקשר של פסיכולוגיה נמצאת התצפית. בדיקה באמצעות תצפית נדרשת לשלושה אלמנטים: הראשון, הכללים שלפיהם יש לערוך את התצפיות המדעיות; השני, כיצד יש לבנות תאוריה שמציעה הסברים לתצפיות אלו; השלישי, שאלת התקפות, כלומר קשרי הסיבתיות בין התצפיות לבין ההסברים.¹⁴⁰ תהליכים אלה נגזרים מעקרון ההפרכה

132 מאיר גלבוץ, "חקירה ומחקר מדעי – או האחריות המוגברת של החוקר לחשיפת האמת בהליך הפלילי", **הרשעות שווא היבטים פילוסופיים, פסיכולוגיים וארגוניים** (רונית פלד לסקוב, אפרת שהם ומארי כרמן – עורכות, 2012) 13.

133 הביטוי הוא מונח בשפה הגרמנית שמשמעותו המילולית – מדע.

134 Sven Hansson and Edward Zalta (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2017).

135 ישעיהו ליבוביץ', **בין מדע לפילוסופיה** (2002) בעמ' 181–185.

136 סם ש' רקובר, "הלוגיקה שבפסיו: האמנם הפסיכולוגיה היא מדע?", **גלילאו** 40 (2000).

137 Jeremy A. Blumenthal, "A wipe of the Hands, A Lick of the Lips: The Validity of Demeanor Evidence in Assessing Witness Credibility", *72 Neb. L. Rev.* (1993) 1157.

138 שם, בעמ' 1161.

139 David L. Faigman, "To Have and Have not: Assessing the Value of Social Science to the Law as Science and Policy", *38 Emory L.J* (1989) 1005, p. 1040.

140 רקובר (לעיל, הערה 136).

שהתווה פופר, שלפיו הקריטריון לבחינת תאוריה מדעית טמון ביכולת להעמיד אותה למבחן שמסוגל פוטנציאלית להפריכה.¹⁴¹ ככל שניסיונות ההפרכה שהתאוריה עומדת בהם רבים יותר – כך ערכה המדעי גובר. שאלת התצפית היא שאלה שקשורה למעמדה של התאוריה, וזו השאלה המקדמית שעומדת על הפרק.

מקובל לבחון את התצפית בשלושה מדדים: אובייקטיביות, פומביות ואפשרות שחזור והכפלה. אובייקטיביות מכוונת למצב שבו תהליך התצפית, לרבות מאפייני הצופה, אינם משפיעים על ההתנהגות הנצפית.¹⁴² דרישת הפומביות קשורה ליכולתם של חוקרים אחרים לבצע את אותה תצפית.¹⁴³ הדרישה השלישית – אפשרות השחזור וההכפלה – מבטיחה שהתצפית תהיה ניתנת לשחזור ונועדה להבטיח כי הממצא אינו מקרי וחד-פעמי ואינו תולדה של צירוף מקרים של גורמים סיבתיים אקראיים.¹⁴⁴ קריטריונים אלה הם אידיאליים, וניתן בהחלט לדבר על דירוג בתוך כל קריטריון. יתרה מזו, המדדים נתונים לשינויים, למשל בעקבות גילוי טכניקות בדיקה חדשות. המחקר הפסיכולוגי עשוי לקיים דרישות אלה, מה שיכול להביא אותו לדרגה של מדע. מחקרים פסיכולוגיים נהנים ממידה של אובייקטיביות וניתן לשחזרם. עם זאת קיימת נקודת חולשה והיא במישור הפומביות. כך תיאר ביקורת זו רקובר:

יש סוג אחר של תופעות, המוכרות לכל אחד ואחת מאיתנו, שבבירור אינן עונות על דרישה אחת לפחות – הדרישה לפומביות. התחושות שלנו, הרגשות, המחשבות, הדימויים שאנו "רואים בראש", והצלילים שאנו שומעים – כל התופעות הללו, שאני מכנה אותם בשם "החויות הפרטיות" או "ההתנהגות הפרטית", בבירור אינן עונות לדרישות הפומביות. רק אני מסוגל לחוות את תחושת הכעס כלפי זה שפגע בי ואין אף אחד בעולם שיכול לחוש את מה שאני חש. כמו כן, אין שום אפשרות בעולם שאני אחווה את חויותיו של [פלוני]... ולעולם לא אוכל לצפות בחויות אלו. רק אני מסוגל להיות מודע למחשבותיי, ולבחון אותן בתהליך קוגניטיבי מיוחד במינו שנקרא בשם "אינטרוספקציה", דהיינו הסתכלות פנימית.

ביקורת זו חשובה פחות ביישום מחקרים מתחום הפסיכולוגיה בעולם המשפט, משום שלרוב, כשעסקינן במחקרים הקשורים להליך קביעת העובדות, מבטו של קובע העובדות מופנה בעיקר אל ההתנהגות החיצונית המופגנת, היינו לביטוי לאותן תחושות פנימיות, אך לא לתחושות הפנימיות עצמן. אין בכך כדי לומר כי המשפט אינו מתעניין בהלכי מחשבה פנימיים. נהפוך הוא. אלא שההליך המשפטי, בייחוד בנוגע לקביעת

K. R. Popper, *Conjecture and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge* (1963) 141 pp. 33–59.

142 רקובר (לעיל, הערה 136).

143 שם.

144 שם.

העובדות, בוחן את תהליכי המחשבה בדרך עקיפה, בהתבוננות בביטוי המוחצן של תהליכים אלה, בעיקר ההתנהגות, ובבניית סכמות של היסקים. אשר לדיון המשפטי, החוויה האישית אינה נותרת מוכמנת אם כי גורמת לתוצאה שמובילה לצורך בקיום הבירור העובדתי. קיומה של תוצאה (מה שלא ניתן לומר על תחושה שנותרת חוויה אישית) מבטיח יכולת סבירה של מדידה ומחקר של התחושות הפנימיות. לפיכך החיסרון הקיים בהיעדר יכולת לכמת את התחושות הפנימיות איננו קריטי כשמדובר ביישום המחקרים בהליך קביעת העובדות.¹⁴⁵

יתרה מזאת, הפסיכולוגיה עצמה מצאה פתרון ולו חלקי לסובייקטיביות של התחושות ולחוסר היכולת לשכפלן. הפתרון מבוסס על הרעיון שיש להתייחס לחוויות הפרטיות כחלק מהמושגים התאורטיים שמרכיבים את התאוריה או ההשערה המדעית.¹⁴⁶ פתרון זה מוצא קו מקשר שבאמצעותו ניתן להסביר התנהגות. דוגמה: אם נשמעה ירייה ולאחר מכן נראה אדם רץ, נוכל להשתמש בכמה מושגים כדי להסביר את התנהגותו, וכאן יעמדו לפנינו כמה אפשרויות: פחד (אם כן מפני מי ומפני מה?); תודעת אשמה; סקרנות וכו'. לפי דרך הסתכלות זו, מה שנבחן הוא ההתנהגות אשר מוסברת במושגים שמרכיבים את החוויות הפרטיות האפשריות של האדם.

לסיכום, ניתן לראות במחקרים מתחום הפסיכולוגיה כעונים על הדרישות שמכשירות אותה להיות מדע.¹⁴⁷ עם זאת יש לציין שתי הסתייגויות: האחת, לא ניתן להתייחס אל כל המחקרים באותה מידה, ויש לבחון תקפותו של כל מחקר בכלים המתודולוגיים המדעיים המקובלים. בכך אין חידוש, שכן בחינה זו יש לערוך גם למחקרים מתחום מדעי הטבע; שנית, קיים קושי בכימות החוויה הפרטית של האדם ובמציאת קשרי התאמה בינה לבין ההתנהגות, אך אין בכך כדי לומר כי לא ניתן לאפיין בצורה כללית קשר בין חוויה פרטית לבין התנהגות, או למצער להציע כמה חוויות פנימיות שמסבירות את ההתנהגות.

הביקורות שנשמעות על אימוץ מחקרים פסיכולוגיים במשפט מתייחסות לסיכון האפשרי לפגיעה ביציבות המשפט וליצירת חוסר ודאות, משום שקיים חשש שכל אימת שיתפרסם מחקר חדש המשפט יאמצו.¹⁴⁸ אכן, יציבות היא ערך פונקציונלי חשוב שמבטיח תפקוד המשפט כחלק מהמערכות החברתיות הקיימות, אך נפקות הביקורת על הליך קביעת העובדות מצומצמת למדי. ראשית, בהקשר של הליך קביעת העובדות, השינוי שעשוי להתחולל איננו קריטי כלל. בשונה משינוי בתפיסה ערכית של כללים משפטיים, שינוי בתפיסה הנוגעת להליך קביעת העובדות נועד לשפר את היכולת לשחזר

David L. Faigman, "Expert Evidence: The Rules and the Rationality the Law Applies (or should apply) to Psychological Expertise", *Handbook of Psychology* (2005) 367, pp. 391–392, 467.

146 ריבוב (לעיל, הערה 136).

147 Faigman (לעיל, הערה 145) בעמ' 357; Barbara A. Spellman, "Psychology: Science in ; Liliefeld ; Spite of Itself", 544 *Nature* (2017) 414. (לעיל, הערה 107).

148 Faigman (לעיל, הערה 139) בעמ' 1040.

את אירועי העבר. משימה זו נוגעת לרובד אובייקטיבי – של חשיפת האמת – וככזו אינה פוגעת בציפיות הצדדים בנוגע לתוצאה המשפטית. שאלת האמת העובדתית היא שאלה אובייקטיבית והיא אינה ניתנת לעיצוב או לשינוי, ועל כן הצדדים אמורים להיות אדישים לכלים לחשיפתה; שנית, יציבות איננה ערך מוחלט, ולעיתים האינטרס החברתי שטמון באימוץ מידע חדש גובר על הצורך ביציבות, ולכן גם בהקשר זה "אמת או יציב – אמת עדיף"; שלישית, לרוב שינויים שמתרחשים הם פרי תהליכים הדרגתיים ואינם פתאומיים. כמו כן לרוב, עובר לשינוי מתקיים שיח חוץ-משפטי כדי שקבלת השינוי אל תחום המשפט לא יהיה בה כדי להרעיד את אמות הסיפים. הדברים רלוונטיים ביותר שאת כשמדובר בתחום הפסיכולוגיה, שחוקר תחומים "נגישים" לציבור.

לאחר שהצבתי את הפסיכולוגיה כתחום שיכול להיות נתון למחקר מדעי, עולות ומזדקרות כמה שאלות הנוגעות לייחודה של הראיה המדעית במשפט, ההצדקות לבחינתה באופן אחר מיתר הראיות, וכיצד המשפט נוהג בה. הטיפול בראיה המדעית במשפט אף יוצר תופעות מעניינות שראוי לתת עליהן את הדעת. על כל אלה אעמוד בפרק הבא.

ז. ראיות מדעיות במשפט

1. ייחודה של הראיה המדעית

כמעט בכל שיטת משפט קיימת הבחנה ברורה בין ראיות שאינן מדעיות לבין ראיות מדעיות.¹⁴⁹ לרוב, הבחנה זו נוגעת לשיח המקובל בדיני הראיות בדבר קבילות. בשונה מראיה "רגילה" שניתן להגישה ללא כלי נלווה, אשר לראיה מדעית קיימת ההנחה כי היא איננה נגישה לקובע העובדות, ונדרשים אפוא "מתווכים" לשם הנגשתה. הנגשת המידע נעשית בדרך כלל באמצעות מומחים שעדותם היא חריג לכלל הפוסל עדות סברה.¹⁵⁰ הבחנה זו נועדה לאפשר זרימה חופשית יותר של מידע שאינו נחשב מדע ולהציב מחסום בפני ראיות המבוססת על מדע – או אז על המידע לעמוד בסטנדרטים מסוימים כדי להתקבל כמידע מהימן שיהיה אפשר להתבסס עליו בקבלת ההחלטה.

הגישה המקובלת היא כי ראיה לא מדעית אינה מצריכה בחינה מקדמית של מהימנות ותקפות, ואילו ראיה מדעית צריכה לעמוד במבחן מקדים של מהימנות. בשיטות המשפט קיים דיון נרחב בקריטריונים שמאפשרים לראיות מדעיות להיחשב לראיות קבילות, אך כמעט שאין קיים דיון כיצד ניתן להבטיח (אם בכלל) את מהימנות הידע הכללי – השכל הישר וניסיון החיים – שמשמש את קובע העובדות. לכך קיימת חשיבות בתחום המדע שבו אנו עוסקים (פסיכולוגיה), משום שהוא עשוי להתחרות בגוף הידע שמגולם בשכל הישר ובניסיון החיים.

149 Charles T. McCormick, *On Evidence* (3d. 1984) pp. 208, 642
 150 מנשה, "לוגיקה של קבילות ראיות" (לעיל, הערה 3) בעמ' 178–185.

קיימים כמה רציונלים להבחנה בין ראייה מדעית לבין ראייה שאיננה מדעית: ראשית, ראיות מדעיות מתיימרות להציג נתונים שהם "מדע" והן מוצגות באצטלה של מדע, ואילו ראיות רגילות אינן נתפסות כמדע ואין סביבן "הילה" של מדע.¹⁵¹ התאמת דנ"א למשל דורשת מומחיות מדעית, ולעומת זאת קביעת מהימנות של עד אינה נתפסת כעניין מדעי, למצער נושא זה נתפס כעניין שאין מניעה שהשופט יעסוק בו ללא צורך במומחיות, או שניתן לראות בשופט "מומחה" לעניין; שנית, כנגזרת מהמאפיין הראשון, קיימת תפיסה שלפיה קובע העובדות נוטה לייחס לראיות מדעיות משקל רב ממשקלן האמיתי או שהוא מעדיף על פני ראיות אחרות שאינן מדעיות (למשל עדות שרכב נסע במהירות המותרת אל מול מצלמת שתיעדה מהירות מופרזת);¹⁵² שלישית, התפיסה המקובלת היא כי הראיה המדעית היא אובייקטיבית ומדויקת. ראייה שאיננה מדעית נתפסת כראיה שכוללת מרכיבים סובייקטיביים, ועל קובע העובדות להכריע בדבר מהימנותה ומשקלה; רביעית, בתחומי המדע, ובייחוד במדעי הטבע, קיימים סטנדרטים נגישים וברורים של מתודולוגיה לבדיקת תקפותו ומהימנותו של המידע.¹⁵³

קובע העובדות אינו יכול שלא להידרש למתודולוגיה הנדרשת לשם בדיקת תקפותו ומהימנותו של המידע שמוכר לפניו. הידע הכללי המצוי אצלו אינו מאפשר להעריך את מהימנות הראיה המדעית ללא הידרשות למתודולוגיות אשר המידע עליהן אמור להיות מסופק לו בידי מומחה (אומנם קובע העובדות מוחזק כמי שמסוגל להעריך את מהימנות העד, אך אין להניח כי הוא יודע את המתודולוגיה הקשורה בבדיקה סרולוגית למשל). מצב דברים זה הוא תולדה של הדרישה המקובלת כיום במשפט האנגלו-אמריקני לאופן שבו על קובע העובדות לבחון את קבילות הראיה המדעית. מייד ארחיב את הדיון בשאלת דרישות הסף לקבילותה של ראייה מדעית.

2. ראייה מדעית – בין פריי (Frye) לדאוברט (Daubert)

מתי ידע יוגדר "מדע" ומתי יתקבל כראיה "מדעית"? בשאלות אלה עוסק תחום הפילוסופיה של המדע, אך גם המשפט מתמודד עימן.¹⁵⁴ הדיון המדובר ביותר בהקשר זה הוא בין שני צירי הפסיקה: פסק דין פריי אל מול פסק הדין בעניין דאוברט.¹⁵⁵ פסק דין פריי עסק בשאלה מהם התנאים הנדרשים להיותה של ראייה מדעית קבילה בהליך השיפוטי. האמת תיאמר כי השאלה טומנת בחובה שאלה מקדמית – מהם המאפיינים

151 בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט, "ראיות מדעיות מול 'Junk Science': עלי משפט י"א (תשע"ד) 425, בעמ' 432 (להלן: סנג'רו והלפרט).

152 שם, שם.

153 שם, שם.

154 נושא העדות ככלל במשפט המקובל לא היה מובן מאליו בצורתו העתיקה של ההליך האדוורסרי, שכן היה נהוג כי המושבעים "יצאו לשטח" כדי "לאסוף" ראיות בעצמם, ראו: Haack (לעיל, הערה 27).

155 עניין Frye (לעיל, הערה 121); לדיון בהלכות אלו ראו מנשה, "לוגיקה של קבילות ראיות" (לעיל, הערה 3) בעמ' 189.

שצריכים להתקיים בראיה כדי שתעורר דיון בשאלה זו. הואיל והדיון בשאלת קבילות הראיה המדעית הולך יד ביד עם הדיון הלב־משפטי בהבחנה בין מדע לפסידו־מדע, השאלות נדונות ללא הבחנה.¹⁵⁶

התשובה שניתנה בפסק דין פריי לשאלה מתי ראיה מדעית תהא קבילה היא כאשר הידע הופך מקובל בקרב הקהילה המדעית הרלוונטית. הלכת פריי, שניתנה בשנת 1923, משלה בכיפה עד שנות התשעים, והיא התוותה תפיסה חד-ממדית, ולפיה קובע העובדות יקבע אם הנתון הוא מדעי על בסיס מקובלות העמדה המדעית בקהילה המדעית הרלוונטית.¹⁵⁷ גישה זו ייתרה את הצורך שבית המשפט יבחן בעצמו את התקפות המדעית של המידע ואת מהימנותו ואפשרה להישען על גורם חיצוני בדמות הקהילה המדעית. מובלעת בתפיסה זו ההנחה שלא ניתן לצפות משופט להיות "מדען" שבידיו כלים להעריך את מהימנות המידע שמציג המומחה, ולכן שמה את כובד המשקל על הערכתם של עמיתיו בקהילה המדעית הרלוונטית לתאוריה שהוא מציג. מנקודת מבט אפיסטמולוגית, וליתר דיוק מתוך נקודת מבט של אפיסטמולוגיה חברתית, מקובלות הידע בקרב קהילת המדענים יוצרת ערובות להישגים אפיסטמולוגיים טובים.¹⁵⁸

הלכת פריי נבחנה בבית המשפט העליון בארצות הברית בשנות התשעים בפסק הדין בעניין דאוברט.¹⁵⁹ בהלכה זו, שהוגדרה בזמנה כלא פחות ממהפכה, נקבעו ארבעה קריטריונים לבחינת קבילותה של ראיה מדעית:¹⁶⁰ הקריטריון הראשון שאוב מתורתו של פופר, ועל פיו התאוריה שמונחת בבסיס הראיה המדעית יכולה לעמוד בפני אפשרות בדיקה בניסיון להפריכה, אך נבדקה ולא הופרכה; הקריטריון השני הוא קיומה של יכולת

Dale A. Nance, "Reliability and the Admissibility of Experts", 34 *Seton Hall L. Rev.* 156 (2003) 191.

סג'ורו והלפרט (לעיל, הערה 151) בעמ' 425.

Christian List, "Group Knowledge and Group Rationality: A Judgment Aggregation Perspective", *Social Epistemology – Essential Reading* (2011) 221, p. 221.

159 עניין **Daubert** (לעיל, הערה 127); באותו מקרה נדונה תביעתם של שני קטינים שנוולדו עם מומים נגד יצרנית תרופות שיצרה תרופה למניעת בחילות בזמן היריון. ביסוד התביעה עמדה הטענה כי המומים נגרמו משימוש אימהות הוולדים בתרופה בזמן היריון. חברת התרופות הציגה חוות דעת שלפיהן מחקרים שנערכו לא הצביעו על קשר בין החומר הפעיל בתרופה לבין המומים. מנגד, התובעים הגישו חוות דעת שלפיהן התרופה עלולה לגרום למומים שמהם סבלו התינוקות. חוות דעת אלו התבססו על מחקרים חוץ-גופיים, על מחקרים בבעלי חיים, על מחקרים פרמקולוגיים וכן על ניתוח מחדש של חלק מהמחקרים שנעשו על בני אדם שעליהם התבססה חברת התרופות. הקביעה בערכאה הראשונה הייתה שמקום שקיימים מחקרים אפיסטמולוגיים רבים לא ניתן להתבסס על מחקרים אחרים, וכי הניתוח מחדש של המחקרים לא התקבל משום שלא פורסם ולא זכה לביקורת עמיתים כדרישת הלכת פריי (Frye). ראו גם מנשה, "לוגיקה של קבילות ראיות" (לעיל, הערה 3) בעמ' 191–192.

David L. Faigman, "The law's Scientific Revolution: Reflections and Ruminations on the Law's use of Experts in Year Seven of the Revolution", 57 *Wash. & Lee L. Rev.* (2000) 661.

לבדוק את שיעור הטעות ואת טווח הטעות של התאוריה המוצעת; הקריטריון השלישי נועד להבטיח כי התאוריה פורסמה ועברה ביקורת עמיתים; הקריטריון הרביעי עוסק במקובלות התאוריה בקהילה המדעית, כלומר המבחן שנקבע בהלכת פריי. נראה כי בתוך מקבץ זה של קריטריונים ניתן לציין שני קווים מנחים: היכולת לבחון את המידע במתודולוגיה מדעית ומקובלות הידע בקהילה המדעית.

הפסיקה בישראל הושפעה במידה רבה מהפסיקה בארצות הברית. מנשה טוען כי בניגוד לנוקשות שנתגלתה בהלכת פריי, הפסיקה בישראל גילתה יתר גמישות בעידן הלכת פריי, והוא זוקף זאת לתפיסה בדבר מומחיות השופט לעומת שיטת המושבעים.¹⁶¹ בשיטת המושבעים קובע העובדות אינו נדרש לבחון את קבילות הראיה והשופט משמש שומר סף, ואילו בשיטת משפט שאין בה מושבעים הן שאלת הקבילות והן שאלת המשקל נדונות על ידי שופט מקצועי ולא על ידי מושבעים הדיוטות.¹⁶²

בכמה פסקי דין שניתנו לאחר פסק דין דאוברט אימץ בית המשפט העליון את ארבעת המבחנים של ההלכה האמורה.¹⁶³ כך היה בעניין **חאמד**, שבו נדון לראשונה בבית המשפט העליון בישראל תוקפה של ראיה המבוססת על דנ"א.¹⁶⁴ בעניין **מצגורה** נדונה קבילותה של עקבת נעל בהליך פלילי.¹⁶⁵ בית המשפט העליון בחן את הראיה – במבחני הלכת **דאוברט** – והגיע למסקנה כי הראיה קבילה אך משקלה אפסי. כפי שניווכח בהמשך, מודל הבחינה של קבילות ראיות "מדעיות" איננו המודל הבלעדי ובפסיקה הוצע מודל אחר, לפחות באשר למידע שאיננו מבוסס על תאוריות מדעיות מבוססות.

הקריטריונים שנקבעו בהלכת **דאוברט** נועדו להגמיש את הקריטריון שנקבע בהלכת פריי, שנראה נוקשה ועשוי לא לחבוק תחומי ידע מהימנים שניתן להסתמך עליהם בבטחה בהליך המשפטי אף שעוד לא הפכו להיות מקובלים בקהילה המדעית, למשל בשל חדשנותם.¹⁶⁶ הקפיצה שבוצעה בפסק דין **דאוברט** לא הייתה סוף המהלך בכל

161 מנשה, "לוגיקה של קבילות ראיות" (לעיל, הערה 3) בעמ' 190; לעמדה מעט שונה שרואה התאמה עם המשפט בארצות הברית ראו פיש (לעיל, הערה 126) בעמ' 300; יעקב קדמי, **על הראיות** (2009) בעמ' 785.

162 אחת הביקורות העולות בנוגע לטענה זו היא כי קביעת העובדות נשענת בעיקר על ניסיון חיים ועל כישורים אישיים ולא דווקא על כישורים משפטיים. לפיכך לשופט המקצועי, שלרוב הוא משפטן, אין עדיפות על מושבע, לא כל שכן קבוצה של מושבעים בעלי תובנות "על החיים", ראו *Frederick Schauer, "On The Supposed Jury-Dependence of Evidence"*, 155 *U. Pa. L. Rev.* (2006) 165.

162 Barbara a. Spellman, "On the Supposed Expertise of Judges in Evaluating Evidence", 155 *U. Pa. L. Rev. Pennumbra* (2006) 1, p. 5.

163 פיש (לעיל, הערה 126) בעמ' 300–305; נראה שגם בקנדה אומצה הלכת *Daubert*: ראו *R. v. J.-L.J.* [2000] 2 S.C.R. 600. *R. v. Mohan* [1994] 2 S.C.R. 9.

164 ע"פ 9724/02 **אבו חאמד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(1) 71 (2003).

165 ע"פ 1620/10 **מצגורה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 3.12.2013) (להלן: עניין **מצגורה**).

166 Nance (לעיל, הערה 156) בעמ' 22; בג"ץ 27/86 **לוברטובסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים**, פ"ד מ(3) 757, בעמ' 759 (1989).

הקשור להגמשת הקריטריונים לקבילותה של ראיה מדעית, והמעבר ממשטר המקובלות בקרב הקהילה המדעית לקריטריונים המגוונים שנקבעו בהלכת דאוברט לא היה סוף המהפכה. שני פסקי דין נוספים של בית המשפט בארצות הברית הלכו בעקבות הלכת דאוברט ותרמו לגמישות נוספת בקריטריונים. שני פסקי דין אלו ועימם הלכת דאוברט כונו "התרילוגיה של דאוברט".¹⁶⁷

בפסק הדין בעניין ג'נרל אלקטריק (General Electric) נקבע כי גם אם קיים חוסר במתודולוגיה, כל עוד אין מדובר במתודולוגיה כושלת, אין הדבר מציב מחסום בפני קבילות הראיה.¹⁶⁸ פסק דין זה הגמיש את הקריטריון הנוגע למתודולוגיה, ואילו בפסק דין קומו טייר (Kumho Tire) התייחס בית המשפט העליון לבסיס הידע שעליו נשענת התאוריה.¹⁶⁹ באותו מקרה החיל בית המשפט את המבחנים שנקבעו בהלכת דאוברט על תחומי ידע אחרים שאינם נחשבים "מדע", אשר מבוססים על ידע, על ניסיון מקצועי ועל מומחיות טכנית (לדוגמה התמחות טכנית בצמיגים ובמכונאות, ידע טכנולוגי וכו'). המומחיות בתחומים אלו מבוססת על ניסיון אישי ועל ידע נרכש ולא על לימוד מתודי של תחומי ידע מדעיים כמו מדעי הטבע.¹⁷⁰

אם כן, הדיון בקבילותה של ראיה מדעית על פי "התרילוגיה של דאוברט" מאפשר גמישות בבחינת קבילותו של ידע מדעי. הפסיקה בארצות הברית אפשרה קבלת מידע כשקיים חוסר במתודולוגיה וכן קבעה כי ניתן לבחון ידע שאיננו בבחינת "מדע" על בסיס הקריטריונים שנקבעו בהלכת דאוברט.¹⁷¹ ניתן למצוא בפסיקת בית המשפט העליון בישראל התייחסות להבחנה בין מדע לבין תחום ידע שאינו מדע אלא כזה שמבוסס על מומחיות, וניתן אף למצוא עיגון להבחנה זו בפקודת הראיות.¹⁷² באחד מגלגוליה של

167 Faigman (לעיל, הערה 145) בעמ' 369.

168 *General Electric company v. Joiner* 522 U.S. 136 (1997); פסק הדין עסק בהוכחת קשר סיבתי בין מחלת סרטן שהתפתחה אצל עובד לבין חשיפתו לחומרים מסוכנים בזמן עבודתו. להוכחת קשר זה הובאו חוות דעת אך לא היה בנמצא מחקר שהצביע על קיומה של סיבתיות בין החשיפה לחומר לבין המחלה.

169 *Kumho Tire Company Ltd. v. Carmichael* 526 U.S. 137 (1999) (להלן: עניין Kumho).

170 בהתבסס על לשון כלל 702 לכללים הפדרליים, שלפיו: "If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise".

171 הקביעה בפסק הדין, ראו עניין Kumho (לעיל, הערה 169); וראו גם Michael Risinger, "Defining the 'Task Hand': Non-Science Forensic Science After Kumho Tire Co. v. Carmichael", 57 *Wash. & Lee L. Rev.* (2000) 767; K. Issac DeVyver, "Opening the Door but Keeping the Lights Off: Kumho Tire Co. v. Carmichael and the Applicability of the Daubert Test to Nonscientific Evidence", 50 *Case W. Res. L. Rev.* (1999) 177, p. 202; Faigman (לעיל, הערה 145) בעמ' 385.

172 ראו סעיף 20 לפקודת הראיות שעוסק ב"חוות דעת מומחה ותעודת רופא", אשר קובע כי "בית המשפט רשאי, אם אין הוא רואה חשש לעיוות דין, לקבל כראיה, בכתב, חוות דעתו

פרשת **זדורוב** ציין השופט עמית כי "כאשר אנו עוסקים בדנ"א או בזיהוי חומרים והרכבם – ענייננו במדע. כאשר אנו עוסקים בפיענוח תצ"א, פענוח תצלום רנטגן והדמייה, השוואת תרמילים וקליעים, השוואת טביעות נעליים, השוואת טביעות צמיגים והשוואת כתבי יד – כל אלה עניינים שבמומחיות".¹⁷³ אשר לאופן שבו יש לבחון ידע שמבוסס על מומחיות, בעניין **מצגורה** יישם השופט הנדל את המתווה של הלכת **דאוברט** גם לצורך בחינת מומחיות.¹⁷⁴ מנגד, השופט עמית סבור כי במקרה של חוות דעת שמבוססת על מומחיות (ולא מדע) מדובר בראיה נסיבתית שאומנם מוגשת באמצעות חוות דעת, אך אין הכרח כי תיבחן לפי הקטריונים של הלכת **דאוברט**, ובית המשפט אף עשוי, במקרים מסוימים, לבחון את הראיה בעצמו.¹⁷⁵ בכך יש ביטוי לגמישות נוספת לקבלת ראיות שמבוססות על מומחיות; בכך גם טמון מסר חינוכי נלווה נוסף וחשוב – הפחתת הסיכון במתן משקל יתר לראיה מדעית רק בשל הגדרתה ככזו.

הלכת **דאוברט** נועדה בראשיתה לקביעת כלל סף של קבילות שנועד לסנן את הראיות ולקבוע איזו ראיה תיחשב קבילה ותהא אפשרות להציגה לפני המושבעים. יושם אל לב כי לפי הלכת **דאוברט**, לצורך בחינת שאלת הקבילות נדרש השופט, שמשמש שומר סף, להידרש למהימנות הראיה, ולמעשה עליו לבחון כל ראיה כזו אם היא עומדת בתנאי סף של מהימנות. מצב זה שונה ביסודו מהתפיסה המקובלת בדרך כלל של כללי הפסלות של הראיות, שבעניינן קביעת המהימנות היא אפרורית ומובלעת בכלל עצמו. למשל, עדות שמועה שבעניינה נקבע כלל פסלות בשל הנחה אפרורית שהיא אינה ראיה מהימנה, והשופט איננו נדרש לבחון מהימנותה של כל ראיה פרטנית. במצב דברים שבו יש לבחון את שאלת המהימנות מראש כתנאי לקבילות, עשוי להתעורר חשש לדחיית ראיה מהימנה, אך כזו שאיננה זוכה לדרגת מהימנות גבוהה, תוך כדי התעלמות מכך שבין תחומי הידע המדעיים (ואפילו מדעי הטבע) קיימת שונות במהימנות המידע, שעשויה להיווצר מסיבות שונות שקשורות במחקר המדעי עצמו.¹⁷⁶ נקודה זו עשויה להיות חשובה לתחומי ידע שהניבו תובנות אשר מצד אחד אינן מגיעות לכדי דרגת מהימנות גבוהה, ומצד אחר מהימנותן מספקת כדי לחצות את סף הקבילות – והדברים עשויים להיות בעלי משמעות בידע מתחום הפסיכולוגיה.

בשיטת משפט שבה השופט איננו משמש שומר סף לקובע העובדות, אלא הוא שקובע הן את קבילות הראיה והן את משקלה, קבילות הראיה המדעית ומשקלה עשויים

של מומחה בשאלה שבמדע, שבמחקר, שבאמנות או שבידיעה מקצועית (להלן – חוות דעת), ותעודה של רופא על מצב בריאותו של אדם (להלן – תעודת רופא)."
 173 ע"פ 7939/10 **זדורוב נ' מדינת ישראל**, פסקה 37 לפסק דינו של השופט עמית, אל מול פסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 23.12.2015) (להלן: עניין **זדורוב**).
 174 עניין **מצגורה** (לעיל, הערה 165) פסק דינו של השופט הנדל.
 175 עניין **זדורוב** (לעיל, הערה 173) פסקה 45 לפסק דינו של השופט עמית.
 176 Gaudill & Larue (לעיל, הערה 78).

להתלכד לשאלה אחת. כך החשש כי בית המשפט יחסום ראיה במישור הקבילות בשל מהימנותה פוחת, שכן ממילא לא יהיה צורך לערוך דיון נפרד במהימנות לצורך הקבילות ולצורך הערכת המשקל.

גם בשיטת משפט שאין בה הפרדה בין הגורם שמכריע בשאלות סף של קבילות לבין הגורם שמעריך את מהימנות הראיה, עולה חשש לקיומו של חוסר רגישות כלפי הטענה כי מהימנות הנוגעת לראיה מדעית עשויה להשתרע על פני מדרג ואיננה "בינארית". המבחנים שנקבעו בהלכת דאוברט עצמה אינם מבחנים בינאריים.¹⁷⁷ שאלות כגון היכולת לבחון את המידע, אם המידע נבדק, בכמה ניסיונות עמדה ההשערה, מהי מידת ביקורת העמיתים או איכותה – נושאות בחובן מדרג.¹⁷⁸ לפיכך מהימנות הראיה המדעית איננה סוגיה חד-ממדית, וניתן בהחלט לומר כי קיים מדרג של מהימנות. במדע עצמו קיים שיח סביב מהימנותן של מסקנות ותאוריות מדעיות, וכאשר ראיה מדעית מוצגת בהליך המשפטי, היא אמורה לשקף לא רק את תקפותה המדעית של התאוריה אלא גם את הלבטים בעניינה, את הביקורות עליה ואת ההסתעפויות ממנה.

חלק מהמחקרים הפסיכולוגיים יכולים להיבחן במתודות מדעיות, שכן אין מגבלה כי יעמדו לבחינה של תצפית מדעית. משהוכנס המחקר הפסיכולוגי תחת כנפיה של החקירה המדעית, וקיימת אפשרות כי מחקר פסיכולוגי ייבחן על פי מתודולוגיה מדעית, ניתן ליישם את הכללים שנקבעו בהלכת דאוברט על ידע מתחום הפסיכולוגיה.¹⁷⁹ בחינה כזאת תאפשר הכנסתן של תובנות מתחום מחקר זה להליך המשפטי, ומנגד – את דחייתן של תובנות שמהימנותן מוטלת בספק. מובן כי לאחר שראיה צולחת את מבחן המהימנות יהיה צורך להעריך את משקלה בזהירות הנדרשת הנובעת מן החשש שלא להאדיר את ערכה רק בשל היותה מתויגת כ"מדעית". נראה כי משימה זו אפשרית בשיטת משפט שאינה נסמכת על מושבעים אלא על שופטים מקצועיים.

בארצות הברית נדונו מקרים שנעשה בהם ניסיון להציג חוות דעת מתחום הפסיכולוגיה.¹⁸⁰ באחד המקרים לא אפשר בית המשפט עדות של פסיכיאטר מטעם נאשם שהואשם בעבירת אינוס, שמטרתה הייתה להוכיח כי לנאשם אין "קווי אופי" של אנס.¹⁸¹ באותו מקרה לא דחה בית המשפט על הסף אפשרות לעדות כזו אלא בחן את העדות ונימק את החלטתו על בסיס היעדר מקובלות בקהילה המדעית לקיומם של קווי

177 Nance (לעיל, הערה 156) בעמ' 198–199.

178 שם, בעמ' 199.

179 Paul C. Giannelli, "AKE v. Oklahoma: The Right to Expert Assistance in a Post-Daubert, Post-DNA World", 89 *Cornell L. Rev.* (2004) 1305, pp. 1320–1324.

180 לצורכי מאמר זה ההתייחסות לפסיכולוגיה ולפסיכיאטרייה היא אחת, מתוקף העובדה כי שני תחומי מחקר אלה כוללים גוף ידע שעוסק בהתנהגות האנושית.

181 *People v. Stoll* 783 P.2d 698 (Cal. : ראו גם; *State v. Cavallo* 443 A.2d 1020 (N.J. 1982) 181 (1989).

אופי משותפים קבועים לאנשים.¹⁸² בפסיקת בתי המשפט בישראל ניתן למצוא מקרים שבהם בית המשפט לא פסל הגשת חוות של פסיכולוג מטעם נאשם כדי להוכיח את מצבו הנפשי בעת ביצוע העבירה שלא בהקשר של קיומה של מחלת נפש, אלא לשם הוכחת טענה הנוגעת להתקיימות היסוד הנפשי של העבירה.¹⁸³

3. על השופט כמדען

הקריטריונים לקבילותה של ראייה מדעית לפי פסק דין **דאוברט**, בשונה ממבחן המקובלות בקרב הקהילה המדעית בפסק דין **פריי**, מחייבים את קובע העובדות "להפשיל שרוולים" ולהיכנס בעצמו לבדיקת המידע המובא לפניו באמצעות חוות דעת מומחה,¹⁸⁴ שכן לא די במקובלותו של הידע אצל גורם חיצוני ולא ניתן לסמוך על קריטריון זה בלבד.¹⁸⁵ גישה זו מטילה על קובע העובדות תפקיד של מעין "מדען" שאמור להכריע במהימנות המידע המובא לפניו. כדי שקובע העובדות יוכל להעריך את מהימנות המידע, יש צורך כי יהיו בידיו כלים (מסדר שני) לצורך הערכת מהימנות המידע. בהתחשב בהיותה של השאלה המוצגת בחוות הדעת שאלה של מדע, המידע אינו נכלל בידע המצוי בשכל הישר ובניסיון החיים. ניתן לצפות כי בידי שופט יהיו כלים להערכת מהימנות עד ראייה, אך אין מצופה כי יהיו בידיו כלים להערכת תקפותה ומהימנותה של תאוריה מדעית.

החסר בשכל הישר ובניסיון החיים בידע על מתודולוגיות מדעיות מטיל על המומחה שמעיד בבית המשפט תפקיד של "מלמד". המומחה נדרש לא רק לבסס את מהימנותו ואת מהימנות התאוריה אלא גם לסייע לבית המשפט להבין את התאוריה המוצעת, את יסודותיה המדעיים ואת המתודולוגיה שבבסיס המחקרים שגיבשו אותה.¹⁸⁶ תפקידו של המומחה הוא אפוא כפול: לספק לקובע העובדות מידע מסדר ראשון (הידע עצמו) וכן מידע מסדר שני: כלים מתודולוגיים לשם הכרעה במהימנות המידע כתחליף לחסר בידע הכללי. הדבר עשוי לעורר צורך בראיות למהימנות המידע מסדר שני שמספק המומחה, שכן לא ניתן להניח כי הידע מצוי בשכל הישר ובניסיון החיים. מצב זה עלול ליצור כשל מעגלי. כשל זה הוא תולדה של המבחנים שנקבעו בהלכת **דאוברט**, ואינו מתרחש לפי

182 הביקורת העיקרית שנשמעה כלפי פסק הדין הייתה כי העדות לא הוכרה אף שבית המשפט משתמש תדיר בחוות דעת של פסיכיאטרים כדי להוכיח קיומה של מחלת נפש או מצב נפשי, ואין מדובר במדע חדש, ראו: Andrew (לעיל, הערה 52) בעמ' 50.

183 ע"פ 3768/08 **סלאמה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 7.11.2010).

184 רע"פ 7093/10 **מדינת ישראל נ' דריזין**, פסקה 2 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 1.7.2012).

185 סנג'רו והלפרט (לעיל, הערה 151) בעמ' 431; פיש (לעיל, הערה 126) בעמ' 295.

186 Michael J. Saks, "Expert Witnesses, Nonexpert Witnesses, and Nonwitness Experts in Social Science Research in Law- A New Paradigm", *Psychology and Law – Criminal and Civil Perspectives* (Ronald Roesch & Nathalie Gagnon eds., 2007) 421, p. 424

המבחן שנקבע בהלכת פריי, שלפיו די לסמוך על מקובלות הידע בקהילה המדעית הרלוונטית.

הכשל המעגלי שעליו הצבעתי עשוי לדחוק בקובע העובדות ובמיוחד בקובע העובדות המקצועי (השופט להבדיל מהמושבעים) לפנות לתהליכי למידה עצמאיים ולהפוך לשופט "למדן", שלא לומר "מדען". ניתן להביא שתי דוגמאות לכך מפסיקת בית המשפט העליון – אחת מתוך ידע שאיננו פסיכולוגיה והשנייה מתחום ידע משיק לעיסוק במחקר הפסיכולוגי – ולא מפתיע ששתיהן של אותו שופט.

בע"פ 5459/09 נדונה פרשה של אונס אכזרי שבוצע בילדה כבת עשר וחצי שנים.¹⁸⁷ פרשה זו עברה כמה גלגולים, ובאחד הגלגולים נדרש בית המשפט העליון לערער שהגיש הנאשם לאחר הרשעתו (בשנית לאחר משפט חוזר). בין יתר הראיות שעל בסיסן הורשע הנאשם הייתה ראיית דנ"א שהופקה מחומר בילוגי שהיה בזירת האירוע. ראייה זו הוצגה באמצעות חוות דעת של כמה מומחים מטעם הצדדים. לצד עושר המידע שסיפקו המומחים, הן על המתודולוגיות המדעיות שקשורות לראיית דנ"א והן על יישומן במקרה הנוכחי, בתזה מרשימה, פנה השופט עמית אל מקורות ידע נוספים כמו גם למאמרים מכתבי עת מקצועיים שסיפקו הסברים לראייה, לרבות המתודולוגיה הקשורה בהפקת הראייה. מקורות אלה אינם מתייחסים מטבע הדברים רק ליישום המתודולוגיות במקרה הנתון אלא גם לבחינת המתודולוגיות עצמן. מידע זה לא שימש רק להכרעה במחלוקת הקונקרטיה שעמדה על הפרק, אלא היה בו גם כדי להעשיר את ניסיון החיים והשכל הישר של קובע העובדות, הן השופט שנדרש בעצמו לתיק והן שופטים נוספים שכפופים מבחינה נורמטיבית לקביעות אלה.

דוגמה נוספת היא ע"פ 5582/09.¹⁸⁸ לעומת המקרה הקודם שבו מושא ההתלבטות היה שאלה מדעית שכמעט שאין חולק על התאוריה שבבסיסה, במקרה זה עמדה להכרעה סוגיית "הזיכרון המודחק" של נפגעת עבירת מין, סוגיה שלא ניתן לומר כי מהימנותה המדעית היא כראיית דנ"א. באותו מקרה הגישה המתלוננת בהיותה בגיל 26 תלונה שלפיה מאז היותה בת 4 ועד היותה בת 10 עשה בה אביה מעשים מגונים ומעשי אונס, ורק בגיל 23 עלה לתודעתה כי אביה הוא שפגע בה מינית בילדותה. בהליך המשפטי עלתה השאלה בדבר מהימנות אותם זיכרונות מודחקים שעולים לתודעה בחלוף שנים רבות. גם במקרה זה, אף שלפני בית המשפט הונחו חוות דעת מטעם הצדדים, פנה בית המשפט למקורות חיצוניים שכוללים מקורות מדעיים ופעל במתכונת "השופט המדען".

מודל השופט המדען עשוי לעמוד תחת ביקורת משני כיוונים. ביקורת מכיוון אחד קשורה בטבורה למבחני הלכת דאוברט ולמעשה היא ביקורת כלפי אפקטיביות השינוי שחוללה הלכת דאוברט עצמה. לפי ביקורת זו, בשל מגבלות הידע המדעי המצוי אצל

187 ע"פ 5459/09 שוורץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.7.2015).

188 עניין פלוני (לעיל, הערה 80).

השופט והחוסר בידע המתודולוגי, השופט אינו פועל כשופט מדען כלל, אלא למעשה נוקט אסטרטגיה של הישענות על הדעה הרווחת בקהילה המדעית, כלומר חזרה בפועל אל מבחן המקובלות שנקבע בהלכת פריי.¹⁸⁹ הביקורת מהכיוון הנגדי, שגם היא קשורה בתנאים שנקבעו בהלכת דאוברט, יוצאת מהנחה כי השופט אכן פונה ללימוד עצמי של המתודולוגיה, והוא אכן מתפקד לפי המודל של השופט המדען, אך היות שהלכת דאוברט מחייבת אותו לעסוק בעניינים שחורגים מתחום מומחיותו – הוא הופך ל"מדען חובבן".¹⁹⁰ נראה כי ביקורת זו מתייחסת למקרי קיצון, שכן בשגרה שופטים עוסקים במדע בסיסי, וניתן להניח כי כישוריהם מאפשרים להם להעריך את מהימנותן של חוות הדעת שמוגשות להם.¹⁹¹ בהתחשב בחפיפה בין תחומי הידע הנחקרים בפסיכולוגיה לבין התחומים שבהם עוסק השופט, הביקורות – מכאן ומכאן – עשויות להיות בעוצמה פחותה כשמדובר בידע מתחום הפסיכולוגיה.

הביקורות עשויות להבליט את התובנה כי קיימת שונות בתפקודם של השופטים במסגרת הליך קביעת העובדות, ולהאיר את הצורך בהכשרתם של השופטים ובטיפוח הידע הכללי שלהם. עם זאת הביקורות אינן מבטלות את הצורך לבחון את המודל של השופט המדען ואת השאלות שהוא מעורר, בייחוד בנוגע לפסיכולוגיה. שאלות אלה נוגעות ליכולתו של קובע העובדות לברור את מהימנות המידע וליכולתם של הצדדים המתדיינים למיצוי יכולתם להתעמת עם מידע זה בתיק הספציפי ולהביא ראיות נגדיות מטעמם. שאלה נוספת נוגעת להיעדרם של מנגנוני בקרה על האפשרות שהשופט ירכוש ידע זה ויהפוך אותו לחלק מהשכל הישר ומניסיון החיים, אשר מטבע הדברים עשוי לשמש אותו להכרעה בתיקים נוספים – בין במודע ובין שלא במודע.

אלו שאלות כבדות משקל, ובמאמר זה אסתפק בצעד הראשון – הצגת המורכבות, שנראה כי איננה זוכה לתשומת לב מחקרית, בתקווה כי בעתיד יהיה אפשר להעמיק יותר בסוגיות אלו. השאלות שהוצגו עלו בנוגע למצבים שבהם ראייה מדעית מוגשת לבית המשפט באמצעות חוות דעת, והן פותחות אשנב לדיון באפשרויות נוספות שבהן קובע העובדות עשוי להשתמש בידע מתחום הפסיכולוגיה שלא בהכרח באמצעות חוות דעת אלא בצורות אחרות. ועל כך מיד.

4. שילוב תובנות מהמחקר הפסיכולוגי בהליך קביעת העובדות

התבוננות רחבה יותר על ההליך המשפטי מלמדת כי מעורבות ידע מדעי ככלל וידע מתחום הפסיכולוגיה בפרט עשויה להיות במופעים שונים ולא רק בהגשת חוות דעת.

189 Nance (לעיל, הערה 156) בעמ' 199–200.

190 אבישי אנטונובסקי, "הפסיכולוגיה ומערכת המשפט – התילכה השתיים יחדיו? על תרומת הידע על הטבע האנושי (המצוי) לתהליך עשיית הצדק (הרצוי)", **שערי משפט** ה (תש"ע) 11, בעמ' 21; Nance (לעיל, הערה 156) בעמ' 202.

191 שם, שם.

בפרק הקודם הצבעתי על תופעת השופט כמדען, שעניינה חריגה מהראיה הפורמלית המובאת לבית המשפט באמצעות חוות דעת ופנייה אל מקורות ידע חיצוניים. הפנייה למקורות ידע חיצוניים עשויה להתרחש בדרך נוספת של פנייה למחקרים שכוללים תובנות פסיכולוגיות תאורטיות, למשל בקריאת מאמרים ומחקרים שלא אגב דיון בהערכת המידע המוצג לבית המשפט באמצעות חוות דעת. בהקבלה למודל "השופט המדען" ניתן לדבר כאן על "השופט הלמדן" או "השופט הסקרן".

לעומת ההליך המשפטי הנוטה יחסית לקבל תובנות פסיכולוגיות תאורטיות, למשל מחקרים בעניין כשלים בעדות ראייה, אין הוא שש לקבל תובנות קליניות המתייחסות במישורין להליך הספציפי.¹⁹² כך למשל יהא קשה יותר להגיש חוות דעת שבאה להוכיח כי נאשם לא ביצע את העבירה, משום שמאפייני אישיותו אינם מתאימים לעבריו, או חוות דעת של פסיכולוג כי בהסתכלות שערך גילה שנאשם הוא אמין.¹⁹³

ביטוי מפורש לרתיעה מפני קבלת חוות דעת מתחום הפסיכולוגיה ניתן למצוא באחת מהפרשיות שהגיעה לבית המשפט העליון, שבה ההרשעה התבססה על הודאת הנאשם.¹⁹⁴ באותה פרשה הואשם הנאשם ברצח, ובמהלך חקירתו במשטרה הודה בביצוע העבירה (לפני מדובב ולאחר מכן לפני חוקרים), אך במהלך המשפט טען שהודאתו לא הייתה אמת. בין היתר נטען כי ההודאה הייתה תולדה של מצבו המנטלי של הנאשם "ובשל אישיות הנוטה להיכנע לסמכות".¹⁹⁵ לאחר כמה גלגולים הגיע העניין לדיון נוסף בהרכב של תשעה שופטים. השופטת דורנר ביטאה עמדה כי יש לנהוג "בחשדנות" כלפי ראייה המבוססת על הודאת נאשם במשטרה, בהיות המעשה "לא רצינונלי", וכי "לעתים קשה לעמוד על השפעתם של מאפייני אישיות ייחודיים של נאשם, בשילוב עם תנאי המעצר והחקירה, על אמיתות הודאתו".¹⁹⁶ מכאן שיש לבחון את מבנה אישיותו של הנאשם כחלק מבחינת אמיתות הודאתו. השופטת דורנר אף ציינה כי

192 דורון מנשה ורביע עאסי, "טעות בזיהוי הזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה", **משפטים** לה (תשס"ה) 205; ע"פ 4784/13 **סומך נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 18.2.2016); ע"פ 2529/05 **ראובנוב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 19.6.2006); ע"פ 3179/13 **ווינר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 15.6.2015) (להלן: **עניין ווינר**); ע"פ 9880/04 **מדינת ישראל נ' אמיר** (פורסם בנבו, 20.6.2007). ראו גם: Amina Memon et. al., *Psychology and The Law* (2nd ed. 2004) pp. 107–125, 169–179.

193 Andrew (לעיל, הערה 52) בעמ' 26; קיים כמובן בסיס ידע רחב, גם הוא בפסיכולוגיה, שלפיו הקשר בין מאפייני אופי לבין התנהגות הוא רופף, ראו: Miguel A. Mendez, "The Law of Evidence and the Search for a Stable Personality", 45 *Emory L. J.* (1996) 221, p. 226. זאת ועוד, אומנם בהליך הפלילי נדרש בית המשפט לחוות דעת של פסיכאטרים במקרה של נאשמים שיש חשד שהם סובלים ממחלת נפש, מכוח חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א–1991, אך חוות דעת זו לא נועדה לספק ראיות לקביעה העובדתית אם הנאשם ביצע את העבירה.

194 דנ"פ 4342/97 **אל עביד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(1) 736 (1998).

195 שם, בפסקה 69 לחוות דעתו של השופט אור.

196 שם, בפסקה 6 לחוות דעתה של השופטת דורנר.

"סבורים מלומדים שונים כי על רשויות החקירה ובתי-המשפט להסתייע באנשי מקצוע, כדוגמת פסיכולוגים, באבחון מצבו הנפשי והשכלי של הנאשם ובזיהוי הסיבות האמיתיות אשר הובילו אותו להודות באשמה".¹⁹⁷ דבריה של השופטת דורנר לא התקבלו, ויתר השופטים לא היו שותפים לעמדה כי בהודאת נאשם טבוע מעשה לא רציונלי, אם כי כל השופטים היו בעמדה כי יש לבחון ראייה זו בזהירות. השופט חשין ז"ל התייחס לצורך להידרש לעדויות מומחים באשר למבנה האישיות של הנאשם וציין דברים אלו:

לא מצאתי תימוכין – לא בהלכה, כי כל הודאה – או כמעט כל הודאה – תלויה בדרכה לבית-המשפט בעדויות של מומחים לנפש האדם – פסיכולוגים, פסיכיאטרים, פסיכיאטרים – מומחים שיעירו על מאפייני אישיות ייחודיים של הנאשם, על מבנה נפשו, על הסיבות הלא-רציונליות (כנטען) שהביאו אותו להודות במעשה שאפשר לא עשה כלל. ואם מומחים אלה יתייצבו על צד אחד, נדע מעצמנו כי מומחים-שכנגד ייעשו אגודה למחנה יריב. ובמלחמה זו של מומחים במומחים – היכן נהיה אנו? בוקה ומבוקה ומבולקה.¹⁹⁸

כיצד אפוא ניתן להסביר את העובדה כי המשפט נוטה לקבל תוכנות פסיכולוגיות תאורטיות (כשהן מתגברות על המחסום המתבטא בפרדוקס השכל הישר) יותר מאשר חוות דעת שנוגעות להליך הקונקרטי? נראה כי לא ניתן לייחס עמדה זו לשאלות הנוגעות לתקפות הידע.¹⁹⁹ לתפיסתנו, קיימות סיבות עמוקות יותר להבחנה זו והן נוגעות לתוכנה כי ההליך השיפוטי מבוסס על מודל מעשי ולא על מודל תאורטי. במבט ראשון הדברים נראים סותרים: כיצד זה שהמודל השיפוטי המעשי נוטה לדחות ראיות קונקרטיות אך מוכן לקבל מידע תאורטי כללי? אך לא היא. מסקנות תאורטיות כלליות אינן פועלות ישירות על הליך קביעת העובדות והן מאפשרות לשופט לברור ולגזור את התוכנות הנדרשות למקרה הספציפי. מהלך זה מותיר מרחב של שיקול דעת שמאפשר את תפעול ההליך במתכונת של מודל שיפוטי מעשי, מה שלא ניתן לומר על ראיות שנוגעות להתדיינות הקונקרטית, אשר מצמצמות את מרווח שיקול הדעת ומחייבות את השופט לפעול במרחב שיקול דעת מצומצם יותר. נקודה זו עשויה להסביר את הסתירה הלכאורית בין נכונות קובע העובדות לקבל ראייה קונקרטית שאיננה כוללת תוכנות

197 ש.ם.

198 חרף דברים אלו נעיר כי כעולה מפסק הדין, בית המשפט שדן בבירור הראיות נדרש לחוות דעת של פסיכולוגים, הן מצד ההגנה והן מצד התביעה, בנוגע למצבו המנטלי ולמבנה אישיותו של הנאשם בזיקה לדיון בטענה כי אלמנטים אלו הובילו אותו להודות הודאת שווא.

199 ראו סעיף 20 לפקודת הראיות; עניין Kumho (לעיל, הערה 169).

כלליות, לבין ראייה שנושאת עימה ידע כללי על אודות טבע האדם (למשל, סברתו של עד כי הנאשם אינו נוהג למסור אמת).

המחקרים מתחום הפסיכולוגיה, כמו כל תאוריה, מוצגים בצורה כללית ומופשטת.²⁰⁰ מצב דברים זה מחייב יצירת מנגנונים שבאמצעותם יהיה אפשר ליישם את התאוריה ולהפיק ממנה תובנות רלוונטיות להחלטה הקונקרטית. הדבר נעשה באמצעות עדות, בדרך כלל עדות מומחה. פנייה של קובע העובדות אל תאוריה מדעית שאיננה מתחום הפסיכולוגיה ויישומה בהליך הקונקרטי ללא עדות של מומחה בתחום הידע הרלוונטי – הוא מהלך שעשוי לעורר התנגדות.²⁰¹ המצב הנוגע לתאוריות מתחום הפסיכולוגיה שונה. בשונה מפנייה למדעי הטבע, המשפט אינו מסתייג מהאפשרות כי השופט יפנה באופן עצמאי אל ידע מופשט מתחום הפסיכולוגיה ויביאו כחלק משיקוליו. אומנם התחרות בין מידע זה לבין השכל הישר וניסיון החיים עשויה לעיתים להציב חסמים בפני אימוץ המידע, אולם במקרים רבים בסופו של דבר המידע מוצא את דרכו אל ההליך המשפטי.

מעניין לבחון מדוע המשפט אינו מסתייג מפנייה לא פורמלית (שלא באמצעות ראיות פורמליות) לידע תאורטי מתחום הפסיכולוגיה, בשונה מתחומי ידע אחרים. אחד הניסיונות להשיב לשאלה זו הוא בהבחנה שלקוחה מ"עולם התוכן" המשפטי – ההבחנה בין "עובדה" לבין "משפט". אם המידע הוא עובדה, כי אז לא ניתן להגיש אותו לשופט אלא באמצעות עדות, ואולם אם מדובר בשאלה של משפט אין נדרשים אמצעי תיווך. יש הגורסים שמחקרים פסיכולוגיים מופשטים שאינם נוגעים להליך הנדון אינם בגדר "עובדה" אלא הם "משפט".²⁰² עמדה זו נובעת מהשוואת מאפייניו של נתון עובדתי לנתון שאיננו כזה. לפי דעה זו, מחקרים פסיכולוגיים מתאפיינים ב"כלליות" בדומה לכללים משפטיים.²⁰³ לכן יש לנהוג במחקרים פסיכולוגיים כפי שיש לנהוג במאמר משפטי או בתקדים מחייב. לפיכך אין חובה כי המתדיינים יציגו מחקרים כלליים על ידע מתחום הפסיכולוגיה באמצעות עדות, לרבות עדות מומחה, ובית המשפט רשאי לפנות

David L. Faigman, Elise Porter & Michael J. Saks, "Check Your Crystal Ball at the Courthouse Door, Please: Exploring the Past, Understanding the Present, and Worrying about the Future of Scientific Evidence", 15 *Cardozo L. Rev.* (1993) 1799, pp. 1825–1828.

ע"א 472/81 קצין התגמולים נ' אברגיל, פ"ד לז(2) 785 (1983). במקרה זה בית המשפט העליון הסתייג מהכרעתו של השופט בין חוות דעת רפואיות על בסיס למידה עצמאית ממקורות מידע חיצוניים. ראו גם: ע"א 472/89 קצין התגמולים נ' אברהם רוט, פ"ד מה(5) (1991) 203.

Monahan & Walker, "Social Authority: Obtaining, Evaluating and Establishing Social Science in Law", 134 *U. Pa. L. Rev.* (1986) 477; Edward J. Imwinkelried, "The 'Bases' of Expert Testimony. The Syllogistic Structure of Scientific Testimony", 67 *N.C. L. Rev.* (1988) 1, pp. 15–19.

Monahan & Walker (לעיל, הערה 202) בעמ' 490.

למחקרים אלו באופן לא פורמלי ולהתבסס עליהם בהכרעתו.²⁰⁴ קלסיפיקציה זו – עובדה אל מול משפט – בצורתה הטכנית מחמיצה את השאלות המהותיות שהן תולדה של המתח בין הידע הפסיכולוגי להליך קביעת העובדות. ייתכן שמתחת להבחנה זו מסתתרת גישה שמזוהה את החפיפה בין הידע הפסיכולוגי לבין השכל הישר וניסיון החיים.

אני מבקש להתבונן על הדברים אחרת. האפשרות להשתמש במחקרים אמפיריים מתחום הפסיכולוגיה ללא הצגת המידע באמצעות עדות נגזרת מהיותה של תכלית נתונים אלה בעיקר טיוב הידע הכללי המצוי אצל קובע העובדות במסגרת השכל הישר וניסיון החיים. שיפור בסיס הידע הכללי אינו מצוי במסגרת הדיון האדוורסרי, לא נעשה לצורך הליך קונקרטי, והצדדים אינם אחראים לו. יעד זה של שיפור הידע הכללי אף אינו מצוי בגדר היעדים שתאוריות רציונליות על ההליך השיפוטי רואות לנגד עיניהן. מצב דברים זה עשוי להסביר מדוע בתי המשפט אינם מוצאים קושי בהתבססות על מחקרים פסיכולוגיים אמפיריים כלליים ומופשטים, ללא צורך ב"מתווכים".²⁰⁵

הפנייה הלא פורמלית של בית המשפט למקורות חיצוניים לשם השגת "ידע כללי" היא אפשרית בשיטת משפט שבה ההחלטה העובדתית מתקבלת על ידי שופט מקצועי. כוחם של הצדדים המתדיינים להשפיע על הידע הכללי מוגבלת למדי, והידע הכללי ממילא אינו גלוי (לעיתים אף לא לשופט עצמו). ההכשרה המקצועית של השופט (היותו אקדמאי שרכש השכלה גבוהה) עשויה להקנות לו כלים סבירים לברור את המידע שאותו הוא מאמץ. מאפייניו של השופט במשטר של שיפוט שלא בידי מושבעים מאפשרים במידה רבה פיתוחם של כלים מתודולוגיים שיכולים להפחית את החשש מפני אימוץ מידע לא מהימן.²⁰⁶ לצד כישורי השופט נזכיר גם את הניסיון שהוא רוכש במהלך כהונתו השיפוטית וכן השתלמויות שהוא עובר. נקודה זו מאירה את חשיבות המאמץ לשיפור מתמיד של הידע באמצעות לימוד והשתלמות.

204 שם, בעמ' 495, 497.

205 ראו למשל בעניין הודאת שווא: רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי (פורסם בנבו, 14.12.2006), שם הובאו מחקרים שמצביעים על כמה וכמה סיבות אפשריות נוספות להודאות שווא שלא מחמת הפעלתם של אמצעים פסולים, ובהם עיוות בתפיסת המציאות של הנאשם, ניסיונותיו של הנחקר לרצות את חוקריו ולזכות באהדתם, לקות נפשית או שכלי ועוד. ראו גם ע"פ 6296/13 אוריס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.3.2015); ע"פ 4179/09 מדינת ישראל נ' וולקוב (פורסם בנבו, 18.10.2010); בעניין חקירה סוגסטיבית והשפעתה הפסיכולוגית על הנחקר ראו ע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.8.2012); בנושא כשלים אצל עדים מזהים ראו ע"פ 4784/13 סומך נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.2.2016); עניין ווינר (לעיל, הערה 192); ע"פ 4263/14 נעאים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.6.2015).

206 לביקורת על עמדה זו ראו מנשה, "לוגיקה של קבילות ראיות" (לעיל, הערה 3) בעמ' 262–271.

לתפיסתנו, פנייתו של השופט למקורות חיצוניים באופן לא פורמלי כשהיא נעשית בזיקה להליך ספציפי, תהיה נתונה בכמה מגבלות: ראשית, המידע הכללי שאליו רשאי השופט לפנות הוא על נקודות שהצדדים העמידו במחלוקת; שנית, הצדדים הביאו ראיות על נושא זה באמצעות מומחים מטעמם; שלישית, מתן אזהרה לצדדים כי השופט מתכוון לפנות למקורות ידע חיצוניים.²⁰⁷ מנשה מציע רעיון דומה בעניין ידיעה שיפוטית, כדי לאפשר לצדדים להתייחס לידע ה"פרטי" שבכוונת השופט להשתמש בו.²⁰⁸ שאלה היא אם "אזהרות" אלה נדרשות כאשר המידע המדעי "עובד" בידי חוקרי משפט ומוצג על ידיהם במחקרים משלהם. אין ספק שמצב דברים זה מקטין את הצורך של קובע העובדות להיכנס לקרביו של הידע המדעי. במצב דברים זה חוקרי המשפט עשויים למלא תפקיד של "מדענים" שאמורים לבחון את הידע המדעי ולהציג חילוקי דעות ותזות נוגדות, מה שעשוי לסלול את הדרך בפני קובע העובדות להשתמש במידע זה בבטחה. הצעות אלה אינן פתרון מושלם לנוכח מאפייניהם החמקמקים ולעיתים הנסתרים של השכל הישר וניסיון החיים, אך גם במעט שבהם יש תועלת.

ח. סיכום

מאמר זה מעלה אל הבמה את הליך קביעת העובדות, עורך ניסיון לאפיין את ההליך ומנסה לעמוד על כוחות המשיכה שמבקשים לעצב את דמותו, תוך כדי הסתכלות על הליך קביעת העובדות בעיני התאוריות העוסקות בהליך קביעת העובדות במשפט. כשהליך קביעת העובדות נתפס כנושא יעדים אפיסטמולוגיים, קיים צורך לאפיין ולהגדיר מחדש יעד זה אגב התבוננות מבעד לתפיסה אפיסטמולוגית נטורליסטית, שעשויה לאפשר החדרת מידע אמפירי להליך, בלי לזנוח את התכונות הנורמטיביות שמקנות תפקוד יציב של הליך קביעת העובדות. במובן מסוים ניתן לומר כי התבוננות זו היא שיקוף של דיון פילוסופי עתיק יומין בשאלה כיצד ידע מושג.

תפיסה זו סוללת את הדרך להנחת מצע לדיון אנליטי ביחסי הגומלין בין המשפט לבין הפסיכולוגיה כתחום ידע שיכול להיחשב מדעי וביכולתו לספק תובנות מחקריות לשיפור הליך קביעת העובדות, במובן של השגת דיוק עובדתי טוב יותר. במחקר הפסיכולוגי טמון ידע מהימן שעשוי לגרום לשיפור הליך קביעת העובדות, אלא שהפוטנציאל הטמון בידע זה מציב אתגרים. הפסיכולוגיה נושאת ייחודיות הנובעת מהיותם של תחומי העניין של הידע שהיא חוקרת חופפים את הידע הכללי שמצוי אצל השופט שמתבטא ברעיון "השכל הישר וניסיון החיים". חפיפה זו היא מקור למתחים שנוצרים כשידע מתחום הפסיכולוגיה משמש בסיס לקבלת החלטות עובדתיות. אחד הביטויים למתח זה הוא "פרדוקס השכל הישר": השופט נוטה לקבל את המידע

207 השוו: מנשה (לעיל, הערה 96).

208 שם.

שממילא מתאים להשקפתו, ובכך אין כל תועלת, והוא מחמיץ מידע מהימן שעשוי לשפר את ההחלטה כשהוא אינו תואם את הידע הכללי.

במאמר זה עסקתי בתצורות שונות של נתונים מתחום המדע בתוך הליך קביעת העובדות ובמעמדן של ראיות מדעיות בהליך המשפטי אגב התייחסות לפסיכולוגיה. במהלך דיון זה הצבעתי על תופעה שאותה כיניתי "השופט כמדען". תופעה זו עשויה להתרחש לנוכח הצפייה מהשופט-קובע-העובדות כי יעריך בעצמו מהימנות מידע מדעי באמצעות מתודולוגיות שאינן חלק מהידע הכללי שמצוי אצלו. במצב דברים זה קובע העובדות עשוי לפנות ללימוד המידע והמתודולוגיה הקשורה בידע באופן עצמאי ולא פורמלי, שלא באמצעות הראיות שהצדדים מספקים.

נקודה נוספת שעמדתי עליה היא נכונות בית המשפט לפנות באופן לא פורמלי למחקרים פסיכולוגיים שמציגים תאוריות כלליות מופשטות, בשונה מהרתיעה לפנות לתאוריות מדעיות אחרות. הסברתי נכונות זו על רקע החפיפה הקיימת בין התאוריות בתחום הפסיכולוגיה לבין הידע הכללי שמצוי בשכל הישר ובניסיון החיים.

למרות המתחים הקיימים, הקשר בין המשפט לבין הפסיכולוגיה הוא חיוני. למידע האמפירי חשיבות, והוא עשוי להגשים את המטרה הרציונלית של הליך קביעת העובדות, חשיפת האמת, ואת ההיבט האספירטיבי שבה – הגעה לדיוק עובדתי. עם זאת לא ניתן להחליף את העושר המצוי במשפט באופן טוטאלי במדע אמפירי. במציאות הקיימת נראה כי הדבר בלתי אפשרי ואף עשוי לפגוע בתפקודה של מערכת המשפט. נדרש אפוא שילוב מיטבי בין השניים, ומאמר זה מבקש להניח את התשתית הראשונית לכך.