

תפיסת ההליך הפלילי המשתקפת בהחלטות של בית המשפט העליון בנושא עדות מומחה לגבי זיכרונות מודחקים אינה מעניקה לערכים של כבוד האדם ושלטון החוק את המשקל והחשיבות הראויים להם. לטענת המאמר, ערכים אלו מצדיקים העמדה של עדות המומחה הנדונה במבחני הקבילות שפותחו בארצות-הברית ואומצו על ידי בית המשפט העליון בישראל. עדות מומחים לגבי אמיתותם של זיכרונות מודחקים אינה מספקת רקע כללי בלבד, אלא מיישמת אותו בנוגע לשאלה עובדתית העומדת לבירור במשפט. אין מדובר בעניין עובדתי פשוט שלעתים אפשר להסתפק לגביו בעדות מבוססת ניסיון. כדי שבית המשפט יוכל להעניק לעדות זו משקל בהליך מובנה, נגיש ובהיר, יש צורך במחקר בעל אופי מדעי הקובע את רמת המהימנות של הכלים שבהם השתמש המומחה. כאשר ההליך שבסופו ניתן משקל לעדות המומחה אינו כזה, כבוד האדם ושלטון החוק נפגעים בכמה דרכים: ראשית, הסכנה להפעלת כוח שרירותית כלפי הנאשם בהליך הפלילי – מועצמת; שנית, סמכות ההכרעה לגבי שאלות עובדתיות מואצלת בפועל לעד המומחה; שלישית, אין לנאשם יכולת להתגונן באופן אפקטיבי נגד ההאשמות נגדו; רביעית, יש פגיעה בהצדקה הציבורית של ההליך.

מבוא א. עדות פסיכולוג לגבי אמתות של זיכרון מודחק 1. הפסיקה בישראל 2. טרילוגיית דאוברט 3. קליטת הטריולוגיה בישראל 4. כישלון העדות הנדונה במבחני דאוברט 5. נתיב המילוט: בחינה כעדות המבוססת על ניסיון ב. סיווג של עדויות מומחה 1. עדות כללית ועדות יישומית 2. עדות פשוטה ועדות מורכבת ג. ההצדקות למבחני דאוברט 1. כבוד האדם, שלטון החוק וההליך הפלילי 2. מניעת שרירותיות 3. אי-האצלה 4. היעדר יכולת להתגונן 5. הצדקה ציבורית ד. סיכום

## מבוא

מאז מלחמת העולם השנייה נהפך כבוד האדם לאבן-יסוד במשטרים ליברליים. מקומו לא נפקד מדיונים באשר לאופי הראוי של ההליך המשפטי בכלל ושל ההליך הפלילי בפרט. כמו הבטים אחרים של ההליך הפלילי, הסוגיה של עדות מומחה נגד הנאשם מעלה שאלות הנוגעות לכבוד האדם. הכללים העוסקים במתן עדות מומחה בהליך הפלילי צריכים לשקף

\* ליאור ברשק, פרופסור חבר, ביה"ס רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.  
ותום כוכבי, בוגר תואר שני במשפטים.

את המשקל של כבוד האדם ושל שלטון החוק. להלן נטען כי בפסיקה בישראל בנושא עדות מומחה לגבי זיכרונות מודחקים אפשר לזהות תפיסה של ההליך הפלילי שאינה מעניקה לערכים אלו את המשקל והחשיבות הראויים להם. הוויכוח באשר לזיכרונות מודחקים קיבל את הכינוי הדרמטי "מלחמות הזיכרון".<sup>1</sup> הבעיה המתעוררת בהקשר המשפטי היא שגם אם מכירים בכך שהדחקה של זיכרונות היא אפשרית, עדיין אין אפשרות לדעת כיצד מנגנון ההדחקה פועל ובאילו תנאים, מה היקף התופעה, מה גורם לחזרה של זיכרון אותנטי שהודחק וכיצד אפשר להבחין בין זיכרון אותנטי לזיכרון כוזב. בשלב זה של המחקר בנושא הנסתר רב על הגלוי. הבעיה העיקרית עוסקת באפשרות לקבוע אם זיכרון מסוים הודחק במקרה נתון ועד כמה הוא אותנטי – קושי שבגיניו אפשר למצוא במשפט המשווה חשדנות רבה כלפי הרשעות המתבססות על זיכרונות מודחקים.<sup>2</sup> הוויכוח בעניין המשפטי לא פסח על ישראל. לדעתנו, על אף נפישותו, מורכבותו והסוגיות הסבוכות שהנושא מעורר לא טיפל בו בית המשפט העליון בצורה מספקת. כפי שנראה, פסיכולוגים קליניים הורשו להעיד לגבי אמתות דבריהן של מתלוננות שנשמכו על זיכרונות מודחקים, על בסיס קביעה שהמחוקק הכיר בתופעה זו בכך שהאריך את תקופת ההתיישנות לגבי עברות מין. זהו בסיס רעוע, שסייע לבית המשפט לפסוח על דיון ממשי בסוגייה של תחולת מבחני הקבילות בהקשר של זכרונות מודחקים.

במאמר זה נניח כי אחת מתכליות ההליך הפלילי היא הגנה על כבוד האדם.<sup>3</sup> בעקבות זאת נציין ארבע הצדקות לאי קבילותה של עדות מומחה בכל הנוגע לאמתות זיכרונות מודחקים. הצדקות אלו נובעות מהפגיעה בכבוד האדם המתרחשת כשכית המשפט אינו יכול לקיים הליך מובנה, נגיש ובהיר של מתן משקל לעדות מומחה, עקב היעדרם של מחקרים השופכים אור על מידת המהימנות שלה. אם כן, חוסר היכולת לקיים הליך כזה – מתן משקל

- 1 לספרות בנושא ראו ישראל נחשון "זיכרון משוחזר וזיכרון מסולף: הערכה מחדש" קרימינולוגיה ישראלית ג 39 (2014) (להלן: נחשון); לימור עציוני "בעקבות ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל – הרהורים על שאלת הזיכרון המודחק במשפט הישראלי" עלי משפט יא 479 (2014); ינון היימן "זיכרונות מודחקים בראי בית המשפט: אונס ודיסוציאציה" סוגיות יישומיות בפסיכולוגיה משפטית 205 (דוד יגיל ומשה זכי עורכים, 2011); PENNEY LEWIS, DELAYED PROSECUTION FOR CHILDHOOD SEXUAL ABUSE 10–17 (2006) (להלן: Deborah (Lewis, Delayed Prosecution); Davis and Elizabeth F. Loftus, *The Scientific Status of "Repressed" and "Recovered" Memories of Sexual Abuse*, in *PSYCHOLOGICAL SCIENCE IN THE COURTROOM: CONSENSUS AND CONTROVERSY* 55 (Jennifer L. Skeem, Kevin S. Douglas and Scott O. Lilienfeld eds., 2009); Sinéad Ring, *Due Process and the Admission of Expert Evidence on Recovered Memory in Historic Child Sexual Abuse Cases: Lessons from America*, 16 INT'L J. EVIDENCE & PROOF 66, 69–72 (2012) (Ring: להלן).
- 2 גיל שפירא "זכרון גורלי: על מעמדו המשפטי של זכרון מאוחר בעבירות מין" הסניגור 214, 4, 10–8 (2015) (להלן: שפירא).
- 3 ראו: Stefan Trechsel, *Why Must Trials be Fair?*, 31 ISR. L. REV. 94 (1997) (להלן: Trechsel); Paul Roberts and Adrian Zuckerman, *Criminal Evidence* 21 (2<sup>nd</sup> ed. 2010) (Roberts and Zuckerman: להלן); Winfried Hassemer, *Human Dignity in the Criminal Process: The Example of Truth-Finding*, 44 ISR. L. REV. 185 (2011).

לעדות המומחה – מוביל לכמה פגיעות בכבוד האדם של הנאשם: (1) הסכנה להפעלת כוח שרירותית כלפי הנאשם בהליך הפלילי מועצמת; (2) סמכות ההכרעה באשר לשאלות עובדתיות מואצלת בפועל לעד המומחה; (3) אין לנאשם יכולת להתגונן ביעילות נגד ההאשמות; (4) ההצדקה הציבורית של ההרשעה נפגעת. כל אחד מאלה מצדיק ניתוח מפורט במאמר נפרד; הרשימה הנוכחית מסתפקת בהצגה ראשונית ואינטואיטיבית של הטענות. בפרק הראשון של המאמר תוצג בקצרה הפסיקה בישראל הדנה בעדות פסיכולוג לגבי אמתות של זיכרונות מודחקים. נראה כי בית המשפט העליון אפשר לפסיכולוגים לא רק לספק עדות כללית לגבי הנושא של זיכרונות מודחקים, אלא גם להעיד לגבי אמתות הזיכרון המסוים הנדון במשפט. נציג את הטענות שלפיהן עדות זו אינה קבילה, לאור העקרונות הראייתיים שפותחו בארצות הברית ב"טרילוגיית דאוברט" ואומצו בפסיקת בית המשפט העליון בישראל (אף שלא זכו בו לדיון מקיף). לפי עקרונות אלו, עדות מומחה צריכה לעמוד במבחני מהימנות ובהם יכולת בחינה ואחוז גיאה. עם זאת, אפשר לטעון שמבחני דאוברט אינם חלים במלואם על עדות של פסיכולוג קליני בשל סיווגו כמומחה המעיד על סמך ניסיון ולא כמומחה מדעי.

בפרק ב' נטען שההרגה כזו אינה מוצדקת, מאחר שעדות המומחה בענייננו מסווגת כעדות שאינה מספקת רקע כללי בלבד אלא מיישמת אותו בנוגע לשאלה מסוימת בהליך; עדות שאינה עוסקת בעניין עובדתי פשוט שלגביו אפשר להסתפק לעתים בעדות מבוססת ניסיון אלא בעניין עובדתי מורכב שלא די בניסיון כדי לגבש ידע על אודותיו. לבית המשפט אין יכולת להעריך את משקלה של עדות המומחה בעניינים אלה בלא מחקר מדעי המספק נתונים אלה, מהסוג שכללי דאוברט דורשים. פרק ג' יעסוק בהצדקות להחלה של כללי דאוברט בכל הנוגע לסוג העדויות שאליהן משתייכת עדותו של הפסיכולוג המעיד על אמתות של זיכרון מודחק – עדויות יישומיות בעניינים עובדתיים מורכבים. נדון בארבעת הטענות שהוזכרו לעיל: מניעת שרירותיות, אי-האצלה, היכולת להתגונן וההצדקה הציבורית. טענות אלו מצדיקים להעמיד עדות של פסיכולוג לגבי אמתות זיכרון מודחק במבחני דאוברט, ומקשרים בין היכולת של השופט לקבוע את משקלן של טענות המומחה בהליך מובנה, נגיש ובהיר לבין כבוד האדם.

## א. עדות פסיכולוג לגבי אמתות של זיכרון מודחק

### 1. הפסיקה בישראל

בסעיף זה נציג על קצה המזלג את הגישה של בית המשפט העליון לנושא הזיכרונות המודחקים. בראשית סקירה זו יש לציין כי אין לנו כל יכולת או יומרה לנקוט עמדה לגבי שאלת האחריות של הנאשמים בפרשות שיוזכרו. בשום שלב לא ננקוט עמדה לגבי המשקל הכולל של הראיות הקיימות בכל אחת מפרשיות אלה. אין לנו עניין בנקיטת עמדה מסוג זה, ולא את היכולת, ההכשרה והנסיון הנחוצים לגיבוש עמדה כזו. הספקות שנעלה אינם נוגעים ל"שורה התחתונה" של פסקי הדין בכל אחת מהפרשיות, אלא לסוגיות עקרוניות שעלו במסגרתן. הנושא נדון לראשונה בשנת 2010.<sup>4</sup> השופט עמית הכיר במחלוקת בין הטוענים

4 ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.10.2010) (להלן: פרשת פלוני (2010)).

שתופעת הזיכרונות המודחקים היא עובדה מדעית מוכחת וניתנת לזיהוי לבין המטילים ספק באמינות הידע בנושא וביכולת לזהות במקרה מסוים אם מדובר בזיכרון מודחק או כוזב. השופט עמית הציג את העימות בין התאוריות, וטען כי אינו מכריע ביניהן, אך הוסיף כי התאוריה של זיכרונות מודחקים אומצה על ידי המחוקק כאחד השיקולים להארכה של תקופת ההתיישנות בעברות מין. לכן, קבע השופט עמית, מדובר ב"אסכולה מקובלת בקרב הקהילה המדעית, ברוח הלכת Daubert".<sup>5</sup> עם זאת, השופט עמית הכיר בקיומן של "סכנות אפשריות בהסתמכות על זיכרונות מודחקים"<sup>6</sup> ובקשיים בהערכת מהימנותם, ועל כן ציין כי זהירות-היתר קוראת "לתור אחר ראיות מחזקות חיצוניות שאינן נובעות מהמתלוננת עצמה כדי להרשיע את הנאשם".<sup>7</sup> עם זאת, הוא הדגיש כי לא מדובר בשאלה של קבילות – שלא הועלתה בנוגע לעדות המתלוננת או המומחה – אלא של משקל.<sup>8</sup> השופט עמית ציין משתנים היכולים לסייע להכרעה בשאלת משקל ומהימנות הזיכרונות: מטרת התהליך הטיפולי, קיומה של סוגסטיה, תיעוד הטיפול, הכשרת המטפל ומקצועיותו, עדויות המומחים מטעם הצדדים וקיומן של ראיות תומכות.<sup>9</sup>

כשנה לאחר מכן נדון ערעור של אב שהורשע בבית המשפט המחוזי בביצוע עברות מין בבתו כמה חודשים לפני שניתנה הלכת פלוני (2010).<sup>10</sup> כעד מומחה הובא פרופ' זומר, שבהתאם לתסמינים מסוימים אפיין את מצב המתלוננת כמי שעברה טראומה של ניצול מיני בילדות וצוותה לשמור על הדבר בסוד.<sup>11</sup> בית המשפט המחוזי נתן אמון בעדותו. בשונה מפרשת פלוני (2010), שם זוכה הנאשם מחמת הספק, במקרה זה – על אף כמה שאלות עובדתיות בעייתיות ומעוררות ספק – הסכים השופט עמית עם ההחלטה להרשיע את האב, בנימוק שהראיות התומכות החיצוניות הצטברו לכדי מסה קריטית והצטרפו לחוסר האמון בנאשם ובדבריו, שנטען כי חלקם מהווים הודאה או לכל הפחות ראשית הודאה.<sup>12</sup> הנושא חזר ונדון בבית המשפט העליון.<sup>13</sup> נקודת המוצא הייתה ההכרה שניתנה בהלכות קודמות לתאוריית הזיכרונות המודחקים. האמינות של דברי המתלוננת ואמתותם נבחנו לאור אמות-המידה שגובשו בהלכת פלוני (2010) ובתי המשפט אפשרו לעדים המומחים

5 שם, פס' 125 לפסק דינו של השופט עמית.

6 שם, פס' 123 לפסק דינו של השופט עמית.

7 שם, פס' 128 לפסק דינו של השופט עמית.

8 שם, פס' 124 לפסק דינו של השופט עמית.

9 שם, פס' 129 לפסק דינו של השופט עמית. במקרה הנדון נאמר כי יש לבטל את הרשעת האב, בין היתר בשל ספק לגבי מועדי הביצוע של העברות והתיישנותן, החוסר בראיות חיצוניות ובעיות לגבי ראיות שהציגה התביעה (למשל, היעדר סימני מצוקה עד גיל מאוחר וחשש לסוגסטיה).

10 ע"פ 2218/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.11.2011) (להלן: פרשת פלוני (2011)).

11 שם, פס' 56-60 לפסק דינו של השופט עמית. על גישתו של זומר ראו, למשל, אלי זומר "הזיכרות מאוחרת בהתעללות: זיכרונות מלאכותיים או האתגר הבא בפסיכותרפיה?" שיחות (ט) 46 (1994).

12 פרשת פלוני (2011), לעיל ה"ש 10, בפס' 142-148 לפסק דינו של השופט עמית.

13 ע"פ 2326/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.3.2012); ע"פ 8203/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 9.9.2012); ע"פ 3399/11 פלוני

לקבוע אם מדובר בזיכרון אותנטי. בפרשת שמואל, שנדונה בשנת 2014 וקיבלה חשיפה תקשורתית רבה, נדונה תלונה לגבי גילוי עריות. המתלוננת נזכרה באירועים בעקבות חלום שחלמה. לאחר ניתוח של דפוסי ההתנהגות של המתלוננת, של תגובתה הנפשית ושל הליך הזיכרותה טענו מומחי התביעה שהחלום משקף זיכרון אותנטי ולא זיכרון כוזב.<sup>14</sup> פרופ' זומר, שזומן גם הפעם כעד מומחה, טען כי "אין זה סביר בעיניו כי הטראומה נגרמה ממקור שאינו המערער".<sup>15</sup> משמעות הדברים היא שבניתוח בדיעבד המומחה יכול לא רק לקבוע שאכן התרחש פשע אלא גם להצביע על האשם. בחינת אמות-המידה שנקבעו בהלכת פלוני (2010) הובילה את השופטת ארבל לקבל את טענות המומחים למרות קשיים ראייתיים לא מעטים. אמירתה – "הסימפטומים מהם סבלה המתלוננת מאז הייתה נערה ועוד בטרם ניעור בה הזיכרון שהודחק, אינם מותירים מקום לספק בדבר היותה קורבן של גילוי עריות"<sup>16</sup> – צריכה להדליק נורת אזהרה. אין מנוס מהמחשבה שמדובר ברטוריקה המטאטאת אל מתחת לשטיח ספקות וקשיים יסודיים במקום להתמודד עמם באופן שקול וביקורתי. אמירה זו מבטאת את אמונו של בית המשפט ביכולת של פסיכולוג לקבוע בעדותו, בביטחון רב, שאירועים מסוימים ששבו ועלו בתודעתה של המתלוננת, לעתים בחלומות, אכן התרחשו בעבר. בקשה לקיום דיון נוסף נדחתה על ידי השופטת נאור,<sup>17</sup> אשר ציינה שבית המשפט יצא מנקודת הנחה – במקרה זה, כמו במקרים הקודמים – שלפיה התזה של זיכרונות מודחקים "אינה מעוררת קושי במישור הקבילות".<sup>18</sup> השופטת נאור הדגישה כי בית המשפט לא נתן "אמון בלתי-מסויג" בתזת הזיכרון המודחק אלא התייחס לעדות, בהמשך לפסיקה הקודמת בנושא, בזהירות יתרה.<sup>19</sup>

כפי שנראה, הדיון בנושא לא נתן ביטוי למורכבותו. בניגוד לדברי השופטת ארבל, שלפיהם ההחלטה העקרונית בכל הנוגע לקבילות העדות בנושא התקבלה בעניין פלוני (2010) "בתום דיון מפורט ומעמיק",<sup>20</sup> בית המשפט לא הבחין בין עדות המתלוננת על סמך זיכרון מודחק לבין עדות המומחה לגבי אמתות דבריה ולא העמיד את עדות המומחה במבחני הקבילות שפותחו בפסיקה האמריקנית ואומצו בישראל. השופט עמית הסתפק בטענה שהמחוקק הכיר בתופעה זו ולכן כל עדות בעניינה קבילה; השופטים שדנו בנושא אחריו הפנו לפסק דינו התקדימי כאורים ותומים בנושא. למעשה, כפי שציין גיל שפירא, שייצג את המערער בפרשת שמואל,<sup>21</sup> פסקי הדין לא עסקו בשאלת הקבילות אלא התמקדו במישור המשקל – לכאורה, מכיוון שבאי-כוחו של הנאשם לא טענו לאי-קבילות. מדובר

נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.1.2013); ע"פ 4327/12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.6.2013).

14 ע"פ 3958/08 שמואל נ' מדינת ישראל, פס' 29-32, 42-43 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 10.9.2014) (להלן: הלכת שמואל).

15 שם, פס' 31 לפסק דינה של השופטת ארבל.

16 שם, פס' 115 לפסק דינה של השופטת ארבל.

17 דנ"פ 6876/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.12.2014).

18 שם, בפס' 15.

19 שם, בפס' 18.

20 הלכת שמואל, לעיל ה"ש 14, בפס' 98 לפסק דינה של השופטת ארבל.

21 שפירא, לעיל ה"ש 2, בעמ' 10.

בהנמקה פורמליסטית, המסירה אחריות מכתפיו של בית-המשפט בכל הנוגע להקפדה על קיום הליך פלילי הוגן. גם אם נתעלם מקושי זה יש בעיות נוספות רבות בהכרעה המשפטית בפרשה זו.<sup>22</sup> בעיה יסודית בעינינו היא שההימנעות מהבחינה של עדות המומחה בהתאם למבחנים שפותחו בפסיקה האמריקנית ואומצו בפסיקה הישראלית פוגעת בכבוד האדם.

## 2. טרילוגיית דאוברט

אף שבעשורים האחרונים אפשר לזהות בשיטות המשפט האנגלו-אמריקניות מגמה של צמצום כללים ראייתיים וקידום חופש ההוכחה (בנוגע לצדדים) או חופש ההערכה (בנוגע לשופטים),<sup>23</sup> בפועל עדיין נותרו כללים לא מעטים, במיוחד בדין הפלילי.<sup>24</sup> עדות מומחה –

22 למשל, הבעיה הפרשנית של קריאה לתוך התיקון בחוק העונשין תוכן מרחיב שלא ביקש לאמץ, או הבעיה המוסדית של העברת סמכות הטיפול בשאלות עובדתיות-הוכחתיות לחוקק, גם כשלא מדובר בשיקולים חיצוניים להליך כמו ביטחון המדינה אלא בשיקולי אמינות; ראו שפירא, לעיל ה"ש 2, בעמ' 11; טל רגב וליאורה ארזי "מה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בהכרעות בדבר קבילות ראיות? דיון בעקבות ע"פ 5582/09 העוסק בקבילותם של זיכרונות מודחקים" הארת דין ו 39 (2012). לטיעון שלפיו לחוקק – ולא לשופטים – יש לגיטימציה לקבל החלטות בנוגע לעניינים ראייתיים ערכיים ראו ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE (להלן: STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW 115–116, 212–213 (2005) (Law).

23 ראו: STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW, לעיל ה"ש 22, בעמ' 107–111; דורון מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות 258 (2009) (להלן: מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות); טליה פישר "דיני הראיות בראי התיאוריה" עיוני משפט לט 107 (2016) (להלן: פישר); Mirjan R. Damaška, *Free Proof and its Detractors*, 43 Am. J. Comp. L. 343 (1995); William Twining, *Freedom of Proof and the Reform of Criminal Evidence*, 31 Isr. L. Rev. 439 (1997) (להלן: Twining, *Freedom of Proof and the Reform of Criminal Evidence*); DAMAŠKA, EVIDENCE LAW (להלן: MIRJAN R. DAMAŠKA, EVIDENCE LAW ADRIFF (1997) Alex Stein, *Against Free Proof*, 31 Isr. L. Rev. 573, 574–575 (1997); WILLIAM (ADRIFF TWINING, *RETHINKING EVIDENCE: EXPLORATORY ESSAYS* 75–80, 208–215 (2<sup>nd</sup> ed., Cambridge University Press, 2006) (1994); LARRY LAUDAN, *TRUTH, ERROR, AND CRIMINAL LAW: AN ESSAY IN LEGAL EPISTEMOLOGY* 17–18 (2006); John Jackson and Sean Doran, *Evidence, in A COMPANION TO PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY* 177, 178–179 (2<sup>nd</sup> ed., Dennis Patterson ed., 2010); JOHN D. JACKSON AND SARAH J. SUMMERS, *THE INTERNATIONALISATION OF CRIMINAL EVIDENCE: BEYOND THE COMMON LAW AND CIVIL LAW TRADITIONS* 30–33 (2012) (להלן: JACKSON AND SUMMERS); ANDREW L-T CHOO, EVIDENCE 16 (3<sup>rd</sup> ed. 2012); (CHOO Susan Haack, *Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way*, in EVIDENCE MATTERS: SCIENCE, PROOF, AND TRUTH IN THE LAW 27, 39–45 (2014) ראו: DAMAŠKA, EVIDENCE LAW ADRIFF, לעיל ה"ש 23, בעמ' 18–23; STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW, לעיל ה"ש 22, בעמ' 110, לעיל ה"ש 23, בפרק 3; ROBERTS AND ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 3, בעמ' 96–99; נינה זלצמן "אמת עובדתית" ואמת משפטית' – מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד HOCK LAI HO, A PHILOSOPHY OF EVIDENCE LAW: JUSTICE IN THE SEARCH (2000) 263

שהצורך המשפטי בה רק הולך וגובר עם התפתחות ההבנה ששאלות עובדתיות רבות מחייבות מומחיות – מעמידה לפני כללים אלה אתגרים ניכרים.<sup>25</sup> אפשר לטעון שיש לעדות זו מאפיינים המצדיקים הצבת משוכות קבילות ייחודיות: ראשית, המומחה מציע עדות ולא רק עובדות;<sup>26</sup> שנית, מותר לו להתבסס על מקורות משניים; שלישית, יש לו השפעה חזקה יותר מזו של עד רגיל על השופט; רביעית, במקרים רבים הוא יהיה קיצוני יחסית, משום שמומחים מאוזנים ומתלבטים כלל לא יוזמנו להעיד מטעם הצדדים, ואם יוזמנו – עדותם עלולה לקבל משקל מועט בשל היעדר החלטיות; חמישית, למומחה יש תמריצים להטות את עדותו במודע, בין בשל התשלום שהוא מקבל ובין בשל טובין עתידיים כמו מוניטין או שכירת שירותיו; שישית, המומחה עשוי להטות את עמדתו גם באופן לא מודע לטובת הצד שמטעמו הוא מעיד במשפט.<sup>27</sup>

האתגרים הייחודיים הכרוכים בעדות מומחה עמדו ביסוד "טרילוגיית דאוברט" – שלושה פסקי דין שבהם פירש בית המשפט העליון האמריקני את החקיקה הפרדלית בנושא. אף שברקע של פסיקה זו עומדת החלוקה בין השופטים, האחראים על קבילות ראיות, לבין

Ho, A PHILOSOPHY OF EVIDENCE LAW); Paul Roberts, (להלן: FOR TRUTH 39–44 (2008) *Normative Evolution in Evidentiary Exclusion: Coercion, Deception and the Right to a Fair Trial*, in CRIMINAL EVIDENCE AND HUMAN RIGHTS: REIMAGINING COMMON LAW PROCEDURAL TRADITIONS 163 (Paul Roberts and Jill Hunter eds., 2012); D. Michael Risinger, *Searching for Truth in the American Law of Evidence and Proof*, 47 GA. L. REV. 801 (2013); Michael S. Pardo, *The Nature and Purpose of Evidence Theory*, 66 VAND. L. REV. 547, 559–562, 570 (2013).

Learned Hand, *Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony*, 15 HARV. L. REV. (1901); DÉIRDRE DWYER, THE JUDICIAL ASSESSMENT OF EXPERT EVIDENCE 2 ; Ronald J. Allen and Esfand Nafisi, *Daubert and Its Discontents*, (להלן: Dwyer) 76 BROOK. L. REV. 131, 132 (2010)

26 זהו חריג לכלל האוסר על עדות סברה; ראו יעקב קדמי על הראיות חלק שני 754 (2009).  
27 מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות, לעיל ה"ש 23, בעמ' 180–184; משה זכי "נאמנותו של הפסיכולוג הבודק למזמין השירות – גורם הטיה בהערכות פסיכולוגיות משפטיות" רפואה ומשפט 78 44 (2011); Kristina L. Needham, *Questioning the Admissibility of Nonscientific Testimony after Daubert: The Need for Increased Judicial Gatekeeping to Ensure the Reliability of all Expert Testimony*, FORDHAM URB. L. J. 541, 567–568 (1997) (להלן: Needham); David G. Owen, *A Decade of Daubert*, 80 DENV. U. L. REV. 345, 352 (2002); David Bernstein, *Expert Witnesses, Adversarial Bias, and the (Partial) Failure of the Daubert Resolution*, 93 IOWA L. REV. 451 (2008) (להלן: Maxine D. Goodman, *What's the Big Idea?: The Challenges of Using Daubert to Assess Social Science and Nonscientific Testimony*, 59 AM. U. L. REV. 635 (2010); Frederick Schauer and Barbara A. Spellman, *Is Expert Evidence Really Different?*, 89 NOTRE DAME L. REV. 1, 10–11 (2013); Susan Haack, *What's Wrong with Litigation-Driven Science*, in EVIDENCE MATTERS: SCIENCE, PROOF, AND TRUTH IN THE LAW 180, 199–201 (2014); Susan Haack, *Irreconcilable Differences: The Troubled Marriage of Science and Law*, in EVIDENCE MATTERS: SCIENCE, PROOF, AND TRUTH IN THE LAW 78, 95–97 (2014)

המושבעים, האחראים על משקלן, העקרונות שנקבעו בה זכו לפרסום עולמי ונקלטו גם במשפט הישראלי. הספרות העוסקת בטרילוגיית דאוברט היא עצומת-ממדים, ולכן נסקור להלן רק את היבטיה הרלוונטיים לענייננו.

הפיתוחים בארצות-הברית בעניין משוכות הקבילות העומדות לפני עדות מומחה החלו בהלכת Frye (1923).<sup>28</sup> עד אז נבחנו בעיקר הרלוונטיות של העדות והכישורים של העד, ובהלכה זו נקבע מבחן פשוט נוסף לקבילות של ראיות מדעיות "חדשניות", שהפך בהמשך למבחן הדומיננטי בארצות-הברית: האם העיקרון המדעי שעליו העדות המציגה את הראיות מתבססת נתון בהסכמה כללית בתחום שאליו הוא משתייך. במובן מסוים מדובר במבחן שמרני, המאציל את סמכות ההחלטה בעניין הקבילות לקהילה המדעית וממתין לקונצנזוס מספק בקרבה כדי לקלוט את הידע הנדון לתוך המשפט.<sup>29</sup>

התפתחות חשובה התרחשה בשנת 1993, שבה ניתנה הלכת Daubert. בית המשפט העליון קבע כי עקב שינוי בחקיקה הפדרלית באשר לעדות מומחה יש צורך במבחנים חדשים.<sup>30</sup> נטען כי מבחן פריי הוא שמרני מדי משום שהוא מגביל עדויות מומחה חדשניות שעדיין שנויות במחלוקת, וכי יש לנקוט מבחן ליברלי יותר, ההולם את רוח החקיקה העדכנית (חשוב לזכור בהקשר זה כי פיתוחים משפטיים רבים בארצות-הברית בנושא עדויות מומחה נעשו בהקשר לתביעות נזיקין נגד תאגידים גדולים). שנית, נקבע כי בית המשפט צריך לתפקד כ"שומר סף" בכל הנוגע לקליטת ראיות מדעיות ושאין ביכולתו להאציל את סמכותו לקהילה המדעית. כשומר סף עליו לוודא שהעדות תהיה קבילה כראיה במשפט רק אם היא גם רלוונטית וגם אמינה. כאשר מדובר בראיות מדעיות, כמו באותו מקרה שבו נדונו נזקים אפשריים שגרמה התרופה בנדקסין, ראיות אמינות צריכות להיות "תקפות מבחינה מדעית". הדגש אינו על מידה מסוימת של דיוק; בית המשפט אימץ הגדרה מתודולוגית של המדע, הרואה בו תהליך מתמשך של שיפור הידיעות שלנו לגבי העולם. בהתאם להגדרה זו הוצעו ארבעה מבחנים (שאינם בהכרח רשימה ממצה) לבחינת המהימנות של עדויות מדעיות: (1) האם התאוריה או הטכניקה נבדקו? (2) האם הן עברו שיפוט עמיתים ופרסום? (3) מה שיעור השגיאה שלהן? (4) האם יש לגביהן הסכמה כללית בקרב הקהילה המדעית (מבחן פריי)? אם כן, הדגש עבר מהסכמת הקהילה המדעית למתודולוגיה של המומחה וליישומה.

מבחני דאוברט לא נקלטו מיד. מדינות רבות בארצות-הברית המשיכו להתמקד במבחן שנקבע בהלכת פריי וגם ברמה הפדרלית לא הייתה אחידות, משום שלא היה ברור מה גבולות ההלכה וכיצד יש ליישמה במקרים פרטניים שהתעוררו. בין היתר, לא היה ברור מה היחס

Frye v. United States, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923) 28

Ronald J. Allen and Joseph S. Miller, *The Common Law Theory of Experts: Deference or Education?*, 87 Nw. U. L. Rev. 1131 (1993) (להלן: Mike Redmayne, *Expert Evidence and Criminal Justice* 107–108 (2001)). 29

Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993) 30  
 לספק הצדקות מהותיות משמעותיות, מלבד היתלות בחקיקה הפדרלית; ראו Bernstein, *From Barefoot to Daubert to Joiner: Triple Play or Double Error?*, 40 Ariz. L. Rev. 753 (1998) ה"ש 27, בעמ' 452; Michael H. Gottesman, 27



בין המתודולוגיה הכללית לבין יישומה במקרה נתון, מה חומרת הבחינה הננקטת בערעור על קבילותה של ראיה, והדבר החשוב לענייננו – האם על עדויות מומחים מדעיות ועל עדויות מומחים שאינן מדעיות צריכים לחול אותם מבחנים. בית המשפט העליון האמריקני נדרש לעניינים אלו בשני פסקי הדין הנוספים ב"טרילוגיה".

ההלכה השנייה, הלכת Joiner (1997), עסקה בעיקר בהיקף הביקורת של ערכאת הערעור על הערכאה הדיונית.<sup>31</sup> נקבע בה כי יש להעניק לערכאה הדיונית מרחב תמרון רחב יחסית, והודגש כי על הערכאה הדיונית לבחון לא רק את המתודולוגיה של המומחה אלא גם את מסקנותיו במקרה הנדון. ההלכה השלישית, הלכת Kumho (1999), חשובה יותר לענייננו.<sup>32</sup> נקבע בה כי בתי המשפט צריכים להוות "שומרי סף" בנוגע לכל סוגי המומחיות – מדעית, טכנית או אחרת – בשל הקושי המתעורר לעתים לסווג את טיבה של מומחיות מסוימת ומתוך רצון להעמיד כל עדות מומחה למבחנים של אמינות ורלוונטיות; עם זאת, נקבע כי אין ליישם את מבחני דאוברט באופן אחיד על כל מומחיות. הלכה זו הדגישה כי הבחינה של אמינות המומחה היא גמישה, תלויה הקשר ומתחשבת באופי השאלה שעליה עליו לענות בדיון המשפטי הנדון,<sup>33</sup> כלומר: הרעיון אינו להעריך תחומי מומחיות שלמים ולפסול או להכשיר אותם קטגורית, אלא להתמקד ביכולת של המומחה לענות על השאלה המסוימת שבגינה נקרא להעיד.

אף שמדינות רבות בארצות הברית אימצו גרסה מסוימת של מבחני דאוברט<sup>34</sup> התעוררו לא מעט ביקורות על הלכות אלו. ראשית, נטען כי חסרות הנחיות בכל הנוגע לשתי שאלות חשובות: כיצד מבחינים בין עדות מדעית לעדות אחרת? ולאחר שמוסוגים את העדות – כיצד קובעים איזו דרישת אמינות להציב לפניה? שנית, נטען כי מבחני דאוברט אינם יעילים לטיפול בקשיי האמינות הנוגעים לעדות המומחה (הטיה מודעת ולא מודעת והטיית הבחירה

31 General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997).

32 Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999) (להלן: הלכת קומהו).

33 D. Michael Risinger, *Defining the "Taks at Hand": Non-Science Forensic Science After Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 57 WASH. & LEE L. REV. 767, 773–774 (2000) (להלן: Denbeaux and Risinger); Ronald J. Allen, *Expertise and the Supreme Court: What is the Problem?*, 34 SETON HALL L. REV. 1 (2003); Note, *Reliable Evaluation of Expert Testimony*, 116 HARV. L. REV. 2142, 2151–2153 (2003) (להלן: Mark P. Denbeaux and D. Michael Risinger, *Kumho Tire and Expert Reliability: How the Question You Ask Gives the Answer You Get*, 34 SETON HALL L. REV. 15, 31–34 (2003); Edward J. Imwinkelried, *The Meaning of "Appropriate Validation" in Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc., Interpreted in Light of the Broader Rationalist Tradition, not the Narrow Scientific Tradition*, 47 FLA. ST. L. REV. 735, 740–744 (2003) (להלן: Imwinkelried, *The Meaning of "Appropriate Validation"*).

34 Edward J. Imwinkelried, *The Epistemological Trend in the Evolution of the Law of Expert Testimony: A Scrutiny at Once Broader, Narrower, and Deeper*, 47 GA. L. REV. 863, 869 (2013) (להלן: Imwinkelried, *The Epistemological Trend*).

שלהם).<sup>35</sup> שלישית, נטען כי בתי המשפט מיישמים בהליכים אזוריים אמות-מידה מחמירות יותר לקביעת הקבילות של עדות מומחה (פעולה המטיבה בעיקר עם התאגידים הנתבעים בגין עוולות המוניות) מאשר בהליכים פליליים (פעולה המטיבה בעיקר עם המדינה ורשויותיה, המנהלות את התביעות נגד נאשמים).<sup>36</sup> לבסוף, על רקע טענות שאין הבדל משמעותי בין הלכת פריי לטרילוגיית דאוברט מבחינת עדויות המומחים שמתקבלות בסופו של דבר,<sup>37</sup> נטען כי האחרונה דורשת יותר מדי ידע והתעמקות משופטים, מערכת במשפט שיקולים מדעיים באופן שאינו מדויק ועקבי ומתעלמת מהבדלים חשובים בין התחומים.<sup>38</sup> למרות ביקורות אלו, הטרילוגיה מחייבת בכל הנוגע לקבילות של עדויות מומחה במישור הפדרלי; כפי שנראה כעת, היא נקלטה במידה רבה גם בארץ.

### 3. קליטת הטרילוגיה בישראל

העוסקים בדיני הראיות בישראל מזהים, מאז שנות השמונים, מעבר מכללי קבילות לכללי משקל. בתי משפט העדיפו לקבל ראיות גם כשהתעוררו שאלות של אמינות, להימנע מקביעת כללים נוקשים בעניין זה ולטפל בבעייתיות במישור המשקל, שבו הם נהנים משיקול דעת

35 Bernstein, לעיל ה"ש 27.

36 ראו: D. Michael Risinger, *Navigating Expert Reliability: Are Criminal Standards of Certainty Being Left on the Dock?*, 64 ALB. L. REV. 99 (2000); Margaret A. Berger, *Expert Testimony in Criminal Proceedings: Questions Daubert Does Not Answer*, 33 RISINGER, *Navigating Expert Reliability*); Susan (להלן: SETON HALL L. REV. 1125 (2003) D. Rozelle, *Daubert, Schmaubert: Criminal Defendants and the Short End of the Science Stick*, 43 TULSA L. REV. 597 (2007); Elizabeth L. DeCoux, *The Admission of Unreliable Expert Testimony Offered by the Prosecution: What's Wrong with Daubert and How to make it Right*, UTAH L. REV. 131 (2007); Erica Beecher-Monas, *Reality Bites: The Illusion of Science in Bite-Mark Evidence*, 30 CARDOZO L. REV. 1369, 1370–1372 (2008) (להלן: Beecher-Monas, *Reality Bites*).

37 Edward K. Cheng and Albert H. Yoon, *Does Frye or Daubert Matter? A Study of Scientific Admissibility Standards*, 91 VA. L. REV. 471 (2005).

38 Note, *Admitting Doubt: A New Standard for Scientific Evidence*, 123 HARV. L. REV. 2021. ראו גם DWYER, לעיל ה"ש 25, בעמ' 343–345; דניאל פיש "קביעת התנאים להוכחת עניינים מדעיים במשפט: פילוסופיה ולא מדע" המשפט טו 275 (2010) (להלן: פיש). אמנם מחקרים מראים כי שופטים מאמצים בחום את מבחני דאוברט, אך הם גם מגלים שבקיאות השופטים בנושאים הנדונים, ובעקבות זאת גם יכולתם לערוך את המבחנים באופן הולם, מוטלים בספק; ראו Bradley D. McAuliff and Jeniffer L. Groscup, *Daubert and Psychological Science in Court: Judging Validity from the Bench, Bar, and Jury Box*, in PSYCHOLOGICAL SCIENCE IN THE COURTROOM: CONSENSUS AND CONTROVERSY 26, 30–33 (Jeniffer L. Skeem, Kevin S. Douglas and Scott O. Lilienfeld eds., 2009). אשר לטיעון המטיל ספק בכשירותם של שופטים, יש גם טענות סותרות; ראו ERICA BEECHER-MONAS, EVALUATING SCIENTIFIC EVIDENCE: AN INTERDISCIPLINARY FRAMEWORK FOR INTELLECTUAL DUE PROCESS 5–7, 15–16 (2007) (להלן: BEECHER-MONAS, EVALUATING SCIENTIFIC EVIDENCE).

רחב יחסית.<sup>39</sup> גישה זו באה לידי ביטוי גם בעניין עדות מומחה (למעט בנושא הפוליגרף).<sup>40</sup>

39 ראו פישר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 110-111; דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותזויות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83 (1997); דורון מנשה "תכליתה ומהותה של חובת ההנמקה העובדתית במשפט הישראלי" עלי משפט יא 399 (2014). כך, למשל, בהלכה שעסקה בהקלטה שהופסקה נאמר כי "שערי בתי המשפט אסור להם שיהיו נעולים בפני חידושי המדע, ובלבד שהוכחה אמינותם", וכי ההשלכות של ההפסקות ייבחנו במישור המשקל ולא במישור הקבילות; ראו ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 561, פסקה 8 לפסק דינו של השופט ברק (1980). כך גם התקבלה עדות שסייעה בזיהוי נאשם באמצעות סימני נשיכה, על אף מחלוקת חריפה בקרב הקהילה המדעית באשר לתקפות התאוריה ולאמינותה, תוך קביעה שהבעיות בחוות הדעת יטופלו במישור המשקל; ראו ע"פ 517/86 ברוקס נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 441, 455-465 (1989). בספרות נמתחה ביקורת על הלכות אלו; ראו בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט "ראיות מדעיות מול 'junk science'" עלי משפט יא 425, 433-434 (2014) (להלן: סנג'רו והלפרט). כביטוי נוסף למגמה זו נקבע בע"פ 869/81 שניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 169, 195-198 (1984) שכל עוד אין ראיה לטיפול זדוני בהקלטה, יטופלו חסרים או פגמים בה במישור המשקל ולא במישור הקבילות. ראו גם את דברי הנשיא מ' שמגר בדנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז(3) 661, 671 (1993): "המגמה אשר באה לידי ביטוי בהתפתחותו של המשפט כהשתקפותה בחקיקה ובפסיקה בישראל, כמו גם בארצות אחרות שבהן נוהגת תפיסת המשפט האנגלו-אמריקני, היא של צמצום הסייגים החלים על קבילותן של ראיות כדי להותיר בידי בית המשפט את הסמכות להחליט על משקלה של הראיה. [...] במקום סייגים פורמאליסטיים באה בדיקת האמינות". ראו גם ע"פ 6147/92 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מח(1) 62, 69 (1993); ע"פ 7293/97 ז'אפר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 460, 473 (1998); ע"פ 804/95 גרינברג נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 200, 206 (1995); ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461, פס' 40 לפסק דינה של השופטת ביניש (2006) (להלן: הלכת יששכרוב).

40 בפסיקה נקבע כי לא רק שהבדיקה אינה קבילה (למעט בהחלטות ביניים) אלא שאסור להתייחס בהכרעת הדין, ואפילו בעקיפין, לבדיקה של הנאשם או של מי מהעדים או לסירוב לעבור בבדיקה כזו; ראו ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 485, שם הוחלט לבטל את פסק הדין של בית המשפט המחוזי ואת ההרשעה משום שהשופט נחשף לכך שהמתלוננת נמצאה דוברת אמת בבדיקת פוליגרף ונוצר חשש לעיוות דין. ראו גם בש"פ 1000/05 חסיד נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 385, 393-395 (2005); ע"פ 149/12 אלמליח נ' מדינת ישראל, פסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 24.9.2012); ע"פ 5459/09 שוורץ נ' מדינת ישראל, פסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 20.7.2015) (להלן: פרשת שוורץ). לעמדה שונה כלפי נכונותו של עד לעבור בבדיקת פוליגרף, שהושארה בצריך עיון, ראו רע"פ 7755/01 מרציאנו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 913, 922 (2002). ראו גם אסף זגורי ואברהם זגורי דין הפוליגרף – כבדיקה וכראיה 247 (2011) (להלן: זגורי וזגורי); אפרת פינק ורתם רוזנברג רובינס "הפוליגרף כמכשיר לגילוי האמת או כראיה מדעית: עיון מחדש בסוגיית קבילות הפוליגרף בהליכים פליליים" הפרקליט 3 נג 3 (2013). הובעה ספקנות גם לגבי תחומי מומחיות נוספים – ע"פ 4682/01 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 304, פסקה 7 לפסק דינו של השופט לוי (2003): "קיימים אמצעי הוכחה אשר מהימנותם טרם לובנה עד תום וממילא לא הוכרעה, ואז הנטייה היא לדחותם כראיות במשפט, והם נותרים בגדר כלי עזר לביצוע חקירה מקום שזו נדרשת. כך הוא המצב לעניין בדיקת טביעת קול, בדיקת פוליגרף, היפנוזה ובדיקה נרקואליטית ('זריקת אמת')."

ככלל אומצה גישה מתירנית יחסית, שהתמקדה בכישורי המומחה וברלוונטיות של עדותו. התפתחות חשובה התרחשה בשנת 2003, בעניין אבו־חמאד, שם קבע השופט מ' חשין כי בטרם תהיה ראייה מדעית קבילה במשפט (שם דובר בקבילות של ראיית דנ"א במשפט פלילי), עליה לעמוד במבחני דאוכרט שפותחו בארצות־הברית (אף שלא הפנה ישירות להלכה זו).<sup>41</sup> אפשר לומר שבהלכה זו הכיר בית המשפט העליון בכך שעל בתי המשפט להיות שומרי הסף במעבר שבין המדע למשפט ולקבל רק עדויות שיעמדו במבחנים אלו.<sup>42</sup> למרות קביעה זו, בהמשך לא היו ההלכות עקביות ובמקרים רבים המשיך בית המשפט העליון להקל על קבלתה של עדות מומחה. הנטייה להעדיף כללי משקל על כללי קבילות התגלתה כחזקה; ביטוי מובהק לכך ניתן בהלכת קרישוב.<sup>43</sup> באותו עניין דובר בדיון אזרחי, אך דברי השופטת נאור, המבטאים את גישתו הכללית של בית המשפט בנושא, חשובים לענייננו:

פסק־דין *Daubert* עסק בהחלטה לפסול ראיות, פירש כללים בדיני ראיות אמריקניות ביחס להלכות אמריקניות וקבע חידוש בסדרי הדין. שיטתנו שונה היא. ראיות רלוונטיות הן קבילות; משקלן נקבע בפסק־הדין. עדויות מומחים אינן צריכות לעבור (בדרך־כלל) תהליך מוקדם של סינון ומיון. *Daubert* מובא בענייננו בהקשר של בחינת משקל הראיות המדעיות.<sup>44</sup>

בספרות נמתחו ביקורות על הלכה זו, גם בשל גמישות־היתר שהייתה כרוכה בהכרעה (הגמשה של דרישות הסיבתיות והקבילות לשם קביעת אחריות נזיקית),<sup>45</sup> וגם בשל דחייתם של מבחני דאוכרט כמבחני קבילות והעדפת הטיפול בראיות מדעיות במישור המשקל.<sup>46</sup> עם זאת, היו להלכה זו הדים בהלכות נוספות של בית המשפט העליון. כך נאמר, למשל, בפרשת מלול: "גם אם המחקר המדעי טרם הגיע לרמת ראייה מדעית חד־משמעית, רשאי בית המשפט לקבוע את האמת המשפטית באשר למציאות המדעית' ולו על סמך ראיות מדעיות חלקיות

41 ע"פ 9724/02 אבו־חמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 71, פסקה 18 לפסק דינו של השופט חשין (2003): "על בית־המשפט, לכהון יסודות מספר ולהשיב על שאלות אחדות עד שיתיר לראייה מדעית להיות ראייה קבילה וראויה בהליכי משפט. האם מקובלת התאוריה בקרב הקהילייה המדעית שלעניין, ועד כמה מקובלת היא? מהו שיעור הטעויות הידוע או הפוטנציאלי? האם הבדיקה שנערכה במקרה הספציפי הייתה בדיקה אמינה וראויה? שלא כבעבר, אין נדרש כיום כי התאוריה תהא מקובלת על הקהילייה המדעית כולה, ואולם חילוקי דעות ישפיעו על משקלה של הראייה. דבר אחרון, והוא מן העיקרים: תקפות התאוריה המדעית שלעניין תולה עצמה – לעולם – באפשרות הפרכתה על־ידי ראיות אמפיריות סותרות ובהיותה נתונה לביקורתם של מומחים" (להלן: הלכת אבו־חמאד).

42 פרשת שורץ, לעיל ה"ש 40, פס' 41 לפסק דינו של השופט י' עמית; אברהם סהר "האם חל שינוי במבחני ראייה שבעניין שבמדע?" רפואה ומשפט 30 166 (2004).

43 ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215 (2004).

44 שם, בעמ' 237.

45 פיש, לעיל ה"ש 38, בעמ' 300–305.

46 זוגרי וזגורי, לעיל ה"ש 40, בה"ש 388 בעמ' 239; סנג'רו והלפרט, לעיל ה"ש 39.

תוך שהוא מקנה להן משקל הולם ותוך הסתמכות גם על ממצאים אחרים.<sup>47</sup> אף שאין כאן נסיגה מהלכת אבן-חמאד, ואף שמדובר בשני תיקים אזרחיים, הם קיבלו חשיפה רבה והם מבטאים את הנטייה של בית המשפט העליון לדבוק בכללי משקל ולא בכללי קבילות. פסק דין שכתב השופט הנדל ופורסם בסוף שנת 2013 בעניין מצגורה מהווה התפתחות חשובה. הלכה זו דנה בקבילות של עדות מומחה באשר לטביעת נעל שיכולה לקשור את הנאשם לביצוע הפשע.<sup>48</sup> התקיים דיון בהתפתחויות בנושא עדות מומחה בארצות-הברית, במבחני דאוברט ובבעייתיות של עדות בעניין טביעת נעל, בעיקר במישור הסטטיסטי: טביעה כזו אינה יוצרת התאמה מדויקת ואינה מספקת את שיעור הטעות האפשרי.<sup>49</sup> שתי נקודות חשובות עלו בפסק הדין: ראשית, הודגש כי בתי המשפט בישראל קיבלו על עצמם את מבחני דאוברט ואת תפקיד שומרי הסף בהקשר לראיות מדעיות לאחר הלכת אבן-חמאד;<sup>50</sup> שנית, אף שהלכת קומה לא הוזכרה, העיקרון שנקבע בה בא לידי ביטוי:

האם דרישת ההוכחה תתגמש אם נגדיר את המומחה לא כמדען אלא כמי שמעיד על "שאלה [...] שבידיעה מקצועית"? בענייננו, ההבדל איננו משמעותי. הרי גם אם נגדיר את המומחה לטביעות נעל כמי שמעיד על ידיעה מקצועית – קמה ומזדקרת השאלה מהן ידיעותיו, והאם בית המשפט רשאי לסמוך עליהן. כל נשכח כי מומחה לטביעות נעל מחווה את דעתו באופן קונקרטי לגבי טביעת נעל מסוימת של חשוד ספציפי. עדותו לא נועדה רק להציג בפני בית המשפט רקע כללי. חוזרים אנו אפוא לשאלה האם מסקנותיו הקונקרטיות של המומחה הן מהימנות וניתן להישען עליהן.<sup>51</sup>

מדובר באמירה עקרונית ונחזור אליה בהמשך; כעת, בכל הנוגע לעדות הנוגעת לזיהוי של טביעות נעל, נאמר כי יש "קושי לא מבוטל בהליך הסקת המסקנות, אשר מוביל מההתבוננות בטביעות הנעל ועד לקביעת טיב ההתאמה ביניהן" – קושי הנובע, בין היתר, מגמישות ומסובייקטיביות יתר ביסוד המתודולוגי והמושגי של המומחיות.<sup>52</sup> השופט הנדל הדגיש את בעייתיות העדות בהיבטים של היעדר סטטיסטיקה ואמות-מידה אובייקטיביות, פילוג בדעות המומחים בתחום, ביקורת במשפט המשווה וחשש מיוחד הנוגע למשפט הפלילי בשל הרצון להרשיע רק בהיעדר ספק סביר, בשל חזקת החפות הנגזרת מהעיקרון בדבר כבוד האדם וחירותו.

נאמר כי "דווקא בעידן טכנולוגי, ניתן לצפות שראייה של מומחה – במיוחד במשפט הפלילי – תהיה מדעית יותר ומוכחת יותר".<sup>53</sup> השופט הנדל הגיע למסקנה שאין לקבוע כי

47 דנ"א 4693/05 ב"ח כרמלי-חיפה נ' מלול, פ"ד סד(1) 533, פס' 132 לפסק דינה של השופטת נאור (2006). לעומת זאת, ראו ע"א 6102/13 עצמון נ' חיפה כימקלים בע"מ, פס' 34 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 24.9.2015).

48 ע"פ 1620/10 מצגורה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.12.2013).

49 שם, פס' 12 לפסק דינו של השופט הנדל.

50 שם, פס' 15–14 לפסק דינו של השופט הנדל.

51 שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט הנדל.

52 שם, פס' 18 לפסק דינו של השופט הנדל.

53 שם, פס' 21 לפסק דינו של השופט הנדל.

הראיה אינה קבילה עקרונית, הואיל ומדובר בטכניקה מדעית מקובלת במחקר ובפסיקה; עם זאת, הוא הדגיש כי יש לקבוע שראיה זו מוגבלת. במקרה הנדרון, למשל, הוא קבע שמשקלה אפסי: "השאלות מרובות על התשובות, ורב הנסתר על הנגלה". הודגש כי "בעקבות פסק דין *Daubert*, ואימוצו בשיטתנו, השתנו הכללים. הגיעה העת לדרוש רף מינימאלי טרם יינתן לראיה מדעית בתיק מסוים משקל, אפילו אם קבילותה לא נסתרה ברמה הכללית".<sup>54</sup> חששות המדינה באשר להשלכות של הכרעה זו הועלו בבקשה לדיון נוסף, וזו נדחתה.<sup>55</sup> אם כן, על פני הדברים נראה כי בית המשפט העליון הישראלי אימץ את כללי דאוברט בנוגע לעדות מומחה בהליך הפלילי ובכלל. ההבחנה בין משקל אפסי להיעדר קבילות אינה חשובה בענייננו; העיקר הוא שיש צורך בעמידה ברף מהימנות מינימלי לשם קבלת משקל שאינו אפסי.

#### 4. כישלון העדות הנדונה במבחני דאוברט

האם עדות של פסיכולוג בעניין אמתות של זיכרון מודחק עומדת במבחני דאוברט? כאשר הזכיר השופט עמית את הלכת דאוברט בפרשת פלוני (2010) הוא ציין רק את ההסכמה בקרב הקהילה המדעית. בחירה זו בעייתית בכמה מובנים. ראשית, זהו דווקא המבחן שהלכת דאוברט ביקשה להפחית ממשקלו, שהרי הרציונל שלה היה למנוע האצלת שיקול דעת שיפוטי לקהילה המדעית; שנית, קשה מאוד לומר שיש הסכמה בקהילה המדעית בנושא<sup>56</sup> – עניין הבא לידי ביטוי בגילויי דעת שפורסמו בעקבות הפסיקה בנושא בישראל על ידי מומחים מכאן<sup>57</sup> ומארצות-הברית.<sup>58</sup> נטען כי הפסיקה בארץ סותרת את הממצאים המדעיים בנושא ועומדת בניגוד לדעה המקובלת בנוגע ליכולת לאמת זיכרון מודחק. למרבה ההפתעה, אי-ההסכמה בנושא הוזכרה גם על ידי השופט עמית בהלכת פלוני (2011):<sup>59</sup>

"הזיכרון האנושי הוא תעלומה ההולכת ומתפענחת במהלך השנים, עם צבירת הניסיון הקליני והתפתחות הטכנולוגיה. ייתכן כי בעתיד, ועם התקדמות מכשירי ההדמייה למיניהם, ניתן יהיה לאבחן ולהבחין בין זיכרונות כוזבים לזיכרונות

- 54 שם, פס' 22 לפסק דינו של השופט הנדל.
- 55 דנ"פ 8512/13 מדינת ישראל נ' מצגורה (פורסם בנבו, 5.6.2014).
- 56 מעניינת הטענה שבעוד כ-50% מהשופטים מאמינים בקיומם של מנגנוני הרחקה, רק כ-22% מהפסיכולוגים החוקרים מאמינים בכך; ראו Elizabeth F. Loftus, Maryanne Garry, and Harlene Hayne, *Repressed and Recovered Memory, in BEYOND COMMON SENSE: PSYCHOLOGICAL SCIENCE IN THE COURTROOM* 177, 189 (Eugene Borgida and Susan T. Fiske eds., 2008) (להלן: Loftus, Garry, and Hayne). ראו גם אורן גול-אייל "התפתחויות במשפט הפלילי הדינוי והמהותי – 2012-2014" *דין ודברים* ט 517, 556-557 (2016) (להלן: גול-אייל).
- 57 גילוי דעת בנוגע למעמד המדעי של זיכרונות מודחקים ומשוחזרים" *הארץ* (12.10.2014) <http://www.haaretz.co.il/st/inter/Hheb/images/gilui.pdf>. ראו גם מיה בר-הלל "כן, לחשוך בהרשעה על בסיס חלום" *הארץ* (28.10.2014) <http://www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.2469971>.
- 58 *Israeli Supreme Court Endorses Dubious Recovered Memories Claims*, THE SOCIETY FOR A SCIENCE OF CLINICAL PSYCHOLOGY (22.9.2014) <http://www.sscpweb.org/Media-Posts/3105726>.
- 59 פרשת פלוני (2011), לעיל ה"ש 10, בפס' 101 לפסק דינו של השופט עמית.

אמיתיים, אך הדברים הם בבחינת חזון לעתיד הרחוק שלא נראה לעין. [...] ככל שידיעתי מגעת, הקונצנזוס הוא בקרב העוסקים בתחום הטיפולי-קליני אך לא בקונצנזוס המדעי-מחקרי. המחלוקת בין המצדדים בעצם קיומה של התופעה של שיכחה מוחלטת לבין השוללים את התופעה עדיין נמשכת, והיא משקפת את הפער בין התחום הטיפולי לבין התחום המדעי-מחקרי."

כדי להניח קונצנזוס בקרב הקהילה המדעית נוכל לכאורה לטעון שהקהילה הרלוונטית אינה כוללת את כלל הפסיכולוגים אלא רק את הפסיכולוגים הקליניים, אולם גם במקרה זה קשה לומר שיש קונצנזוס רחב בנושא האפשרות להעיד על אמתותו של זיכרון מודחק. קשיים חמורים יותר נוגעים דווקא לשני מבחנים שהשופט עמית לא הזכיר: יכולת הניסוי וההפרכה של הידע בעניין השחזור של זיכרונות מודחקים ובחינת אחוז השגיאה של התאוריה. מעניין לציין כי הלכת דאוברט התייחסה לעקרון ההפרכה של פופר, שנוסח בין היתר בשל הרצון להראות שפסיכואנליזה אינה תחום מדעי משום שאי-אפשר להפריך את טענותיה.<sup>60</sup> השופט חשין הדגיש כי עניין זה הוא "מן העיקרים": "תקפות התאוריה המדעית שלעניין תולה עצמה – לעולם – באפשרות הפרכתה על-ידי ראיות אמפיריות סותרות ובהיותה נתונה לביקורתם של מומחים".<sup>61</sup> בענייננו, אף שתחומי ידע מסוימים בפסיכולוגיה עברו את כור ההיתוך המדעי ומבוססים על ניסויים מוקפדים,<sup>62</sup> נראה כי הידע בנושא זיכרונות מודחקים עדיין לא שם: הוא מבוסס בעיקר על הערכות של פסיכולוגים.<sup>63</sup>

60 נטען כי הפנייה לפופר אינה רצויה משום שלפיו מדע אף פעם אינו מגיע לדרגת ה"אמינות" שבתי המשפט מחפשים; ראו Susan Haack, *Trial and Error: Two Confusions in Daubert*, in EVIDENCE MATTERS: SCIENCE, PROOF, AND TRUTH IN THE LAW 104, 107–109 (2014) (להלן: Haack, *Trial and Error*); Susan Haack, *Federal Philosophy of Science: A Deconstruction and a Reconstruction*, in EVIDENCE MATTERS: SCIENCE, PROOF, AND TRUTH IN THE LAW 122, 125–140, 146–148 (2014) (להלן: Haack, *Federal Philosophy of Science*).

61 הלכת אבו-חמאד, לעיל ה"ש 41.

62 ראו David L. Faigman, *The Evidentiary Status of Social Science Under Daubert: Is It "Scientific," "Technical," or "Other" Knowledge?*, 1 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 960, 962 (1995) (להלן: Faigman, *The Evidentiary Status of Social Science Under Daubert*); Krista L. Duncan, "Lies, Damned Lies, and Statistics"? *Psychological Syndrome Evidence in the Courtroom After Daubert*, 71 IND. L. J. 753 (1996); Frederick Rotgers and Deirdre Barrett, *Daubert v. Merrel Dow and Expert Testimony by Clinical Psychologists: Implications and Recommendations for Practice*, 27 PROF. PSYCHO. RESEARCH & PRAC. 467 (1996) (להלן: Rotgers and Barrett).

63 Edward J. Imwinkelried, *A New Era in the Evolution of Scientific Evidence – A Primer on Evaluating the Weight of Scientific Evidence*, 23 WM. & MARY L. REV. 261, 284–287 (1981). שאלת ההלימה של הכלים המקצועיים של פסיכולוגים קליניים לאמות-המידה שנקבעו בהלכת דאוברט כבר עלתה בישראל בכמה הקשרים. כך, למשל, מבחני האישיות שבהם משתמשים מומחים מטעם בית המשפט כדי להעריך מסוגלות הורית בסכסוכי משמורת אופיינו כמבחנים נטולי תקפות ומהימנות, שאינם צולחים את הרף של הלכת דאוברט; ראו דוד יגיל "שיקולים ולבטים באבחון

המדריך המקובל לאבחון וסטטיסטיקה של הפרעות נפשיות (DSM)<sup>64</sup> אמנם מכיר בשחזור זיכרון מודחק של אירוע טראומטי, ופסיכולוגים רבים אמנם שמחים להביע את עמדתם בנושאים שנויים במחלוקת אלו;<sup>65</sup> אך יש הסכמה רחבה שאין שיטה מדעית לבחינת האמתות של דברי המתלוננת ושל אותנטיות הזיכרונות שעליהם היא מעידה במקרה נתון, כלומר: שאין שיטה להבחין בין זיכרונות כוזבים לזיכרונות מודחקים.<sup>66</sup> במהדורה הרביעית של DSM אף נכתבה אזהרה המתייחסת לזיכרון כוזב; בנושא;<sup>67</sup> במהדורה החמישית צוין כי אין דרך להבחין בין זיכרון כוזב לזיכרון מודחק.<sup>68</sup> בספרות המשפטית נטען כי לעדות של פסיכולוג באשר לאמתות דברי המתלוננת אין יכולת לתרום לקידום הבירור העוברתי: אין לה כמעט ערך הוכחתי מבחינה זו שהיא לא

- מסוגלות הורית" סוגיות בפסיכולוגיה, משפט ואתיקה בישראל: אבחון, טיפול ושיפוט 183 (דוד יגיל, אמנון כרמי, משה זכי וענת לבני עורכים, 2008).
- 64 DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS 298 (5th ed., 2013) (להלן: DSM V).
- 65 ראו Faigman, *The Evidentiary Status of Social Science Under Daubert* ה"ש 62, בעמ' 967. כך, למשל, במאמר של שני פסיכיאטרים מִישראל נטען כי רוב המומחים בתחום בריאות הנפש סוברים כי יש ביכולתם לומר אם "התעללות ופגיעה מינית הן ההסבר המתקבל ביותר על הדעת להתנהגותו של הנפגע ולהצהרותיו", וכי מומחה המעניק חוות דעת בהקשר זה צריך להיות מסוגל: "(א) לקבוע במידת ודאות מתקבלת על הדעת (reasonable certainty) כי אכן הייתה התעללות ופגיעה מינית; (ב) לחוות דעתו כי הסימפטומים, קווי ההתנהגות והצהרות הנפגע הם אכן עקיבים ומתאימים לתמונה של פגיעה והתעללות מינית". ראו אליעזר ויצטום ויעקב מרגולין "זיכרונות מודחקים של טראומה נפשית בראי המשפט: בין פסיכיאטריה למשפט" רפואה ומשפט 44, 100, 109 (2011). במאמר מאוחר הם ציינו הכותבים כי ייתכן שמדובר בסוגיה שעדיף לטפל בה במישור שאינו משפטי; ראו יעקב מרגולין ואליעזר ויצטום "זיכרונות מודחקים של טראומה נפשית בראי המשפט: בין פסיכיאטריה למשפט (חלק ב)" רפואה ומשפט 48, 161, 171 (2015) (להלן: מרגולין וויצטום "זיכרונות מודחקים של טראומה נפשית בראי המשפט").
- 66 ראו, בעניין זה, Loftus, Garry, and Hayne, לעיל ה"ש 56, בעמ' 190; נחשון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 45; Lewis, *Delayed Prosecution*; לעיל ה"ש 1, בעמ' 168. ראו גם Eugene Borgida and Susan T. Fiske, *Introduction, in Beyond Common Sense: Psychological Science in the Courtroom* xxix, xxxiii (Eugene Borgida and Susan T. Fiske eds., 2008)
- 67 DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS 480–481 (4th ed., American Psychiatric Association, 1994): "There has been considerable controversy concerning amnesia related to reported physical or sexual abuse, particularly when abuse is alleged to have occurred during early childhood. [...] There is currently no method for establishing with certainty the accuracy of such retrieved memories in the absence of corroborative evidence"
- 68 DSM V, לעיל ה"ש 64, בעמ' 301: "There is no test, battery of tests, or set of procedures" that invariably distinguishes dissociative amnesia from feigned amnesia. Individuals with factitious disorder or malingering have been noted to continue their deception .even during hypnotic or barbiturate-facilitated interviews"



מראה שתרחיש עובדתי אחד סביר יותר מתרחיש עובדתי אחר, ולכן היא לא רלוונטית ולא קבילה.<sup>69</sup> במונחים של מהימנות, נטען שאין אמות-מידה ברורות לאפשרות שגורמים אחרים אחראיים לתסמינים שעליהם הפסיכולוג הקליני מבקש לבסס את השערתו שאירועים מסוימים התרחשו בעבר.<sup>70</sup> אם כן, במצב הידע הנוכחי אין אפשרות לדעת מה הסיכויים שהאבחנה בכל הנוגע למקור הטראומה – ולכן לאותנטיות התלונה – היא שגויה. בהקשר המשפטי, הבעיה היא שלשופט אין יכולת להעריך את אמינות העד ככל שהוא לא מספק את אחוז הדיוק של המתודולוגיה שלו – להבדיל, למשל, ממומחה דנ"א שמספק את ההסתברות הסטטיסטית לטעות. לכן, אפשר לומר שעדות של פסיכולוג בכל הנוגע לאמתותו של זיכרון מודחק אינה קבילה על פי מבחני דאוברט בדבר רמות תקפות ומהימנות ידועות; לכן גם אפשר לטעון, כפי שטען גול-אייל, שההחלטות בעניין קבלת עדות מומחה לגבי אמיתות זיכרון מודחק סותרות את הלכת מצגורה, שבה על פני הדברים אימץ בית המשפט העליון את כללי דאוברט בנוגע לקבילות של עדות מומחה בהליכים פליליים.<sup>71</sup>

## 5. נתיב המילוט: בחינה כעדות המבוססת על ניסיון

יש נתיב שבו יכולים ללכת אלה המבקשים לטעון בזכות הקבילות של עדות מומחה בעניין אמתות זיכרון מודחק. לא מדובר בניסיון להחזיר את הגלגל לאחור ולטעון שאין צורך במבחני

69 ראו: Melvin M. Mark, *Social Science Evidence in the Courtroom: Daubert and Beyond?*, 5 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 175, 182 (1999) (Mark); Margaret A. Berger, *When Is Clinical Psychology Like Astrology?*, 33 ARIZ. ST. L. J. 75 (2001); Mark S. Brodin, *Behavioral Science Evidence in the Age of Daubert: Reflections of a Sceptic*, 73 U. LEWIS, DELAYED PROSECUTION גם ראו גם (Brodin; (להלן: (CIN. L. REV. 867, 942–943 (2005), לעיל ה"ש 1, בעמ' 111–112, 166. ראו גם Beecher-Monas, *Reality Bites*, לעיל ה"ש 36, בעמ' 1406–1401.

70 זו ביקורת כללית נגד השימוש במה שנקרא "syndrome evidence" כדי להראות שמצב או אירוע עובדתי מסוים התרחשו בעבר: כדי לטעון שמצבים או אירועים בעבר הובילו ליצירת תסמינים פסיכולוגיים מסוימים, יש צורך בהסתברות לגבי הסיכויים שמצבים או אירועים אחרים הובילו ליצירתם. Brodin, לעיל ה"ש 69, בעמ' 885; Rotgers and Barrett, לעיל ה"ש 62, בעמ' 472; Robert P. Mosteller, *Syndromes and Politics in Criminal Trials and Evidence Law*, 46 DUKE L. J. 461 (1996); David L. Faigman and Amy J. Wright, *The Battered Woman Syndrome in the Age of Science*, 39 ARIZ. L. REV. 67 (1997). המחקרים על אודות הרחקה של אירועים טראומטיים הם בעייתיים מבחינה מתודולוגית ומהותית; בין היתר, בכל הנוגע לייחוס עצמי של שכחה מוגזמת בעבר ולאפשרות (שגם היא נצפתה בניסויים רבים) שזיכרונות כוונים נתפסים כאותנטיים. ראו Loftus, Garry, and Hayne, לעיל ה"ש 56, בעמ' 186–190. Laurence Alison, Mark Kebbel and Penney Lewis, *Considerations for Experts in Assessing the Credibility of Recovered Memories of Child Sexual Abuse*, 12 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 419, 420–428 (2006) (Alison, Kebbel and Lewis; (להלן: Alison, Kebbel and Lewis, בעמ' 887.

71 גול-אייל, לעיל ה"ש 56, בעמ' 552–559. ראו גם Brodin, לעיל ה"ש 69, בעמ' 887; Alison, Kebbel and Lewis, לעיל ה"ש 70, בעמ' 430–431; Christopher Slobogin, *The Admissibility of Behavioral Science Information in Criminal Trials: From Primitivism to Daubert to Voice*, 5 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 100, 101, 105 (1999).

דאוברט בכלל – למשל, תוך פנייה להלכה האנגלית, הדורשת אמינות מסוימת של העד אך מתמקדת ביכולתו לסייע בכירור המחלוקת ומטפלת בקשיים מתודולוגיים ובנקודות מחלוקת בעיקר במישור המשקל (כל עוד לא הופרך תחום המחקר לגמרי).<sup>72</sup> מדובר בטענה שיש להתייחס לעדות הפסיכולוג כעדות המבוססת על ניסיון – כמו, למשל, עדות של מכונאי לגבי תקלה מסוימת ברכב, עדות של איש עסקים לגבי נוהג עסקי וכן הלאה – ולכן לפטור אותה מבחינה מדעית דווקא לפי מבחני דאוברט ולהסתפק בבחינה מרוכבת.

בשנת 1995 טען מומחה מוביל בתחום כי מקום הפסיכולוגיה בכתי המשפט תלוי במידה רבה בקביעת טבעה המדעי וביכולתה לחמוק ממבחני דאוברט באמצעות סיווגה כמומחיות מבוססת ניסיון.<sup>73</sup> נתיב זה הושאר פתוח על ידי טרילוגיית דאוברט והפסיקה המאוחרת, שלא הבהירו כיצד להתייחס למגוון של תחומי מומחיות המבוססים על ניסיון – ובהם הפסיכולוגיה הקלינית, שאינה מתבססת על מחקר מדעי מקיף ומדוקדק.<sup>74</sup> אפשר לטעון שהלכת דאוברט מלכתחילה לא התכוונה לחול בתחום הפסיכולוגיה ולכן הגיוני לוותר לפחות על המבחנים של יכולת ניסוי ושיעור השגיה.<sup>75</sup> מעבר לבעיות אלו בבצוע ניסויים כדי לבדוק את הדיוק של שחזור זיכרון מודחק – בשל הקושי לבדוק בתנאי מעבדה את היכולת להדחיק טראומה של ניצול מיני בילדות<sup>76</sup> – נטען כי היישום של מבחני

- 72 ראו: ROBERTS AND ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 3, בעמ' 476-478, 482-483, 498-504; DWYER, לעיל ה"ש 25, בעמ' 347; REDMAYNE, לעיל ה"ש 29, בעמ' 161; Gary Edmond and Andrew Roberts, *Procedural Fairness, the Criminal Trial and Forensic Science and Medicine*, 33 SYDNEY L. REV. 359, 372-375 (2011); ADRIAN KEANE AND PAUL McKEOWN, THE MODERN LAW OF EVIDENCE 535-538, 541 (2012); Paul Roberts, *Expert Evidence and Criminal Trial Procedure*, in ENCYCLOPEDIA OF CRIMINOLOGY AND CRIMINAL JUSTICE: (להלן: Gerben Bruinsma and David Weisburd eds., 2014) 1480, 1483-1484, 1492 David Ormerod, *Sounding Out* גם (Roberts, *Expert Evidence and Criminal Trial Expert Voice Identification*, CRIM. L. REV. 771 (2002); Andrew Roberts, *Drawing on Expertise: Legal Decision-Making and the Reception of Expert Evidence*, CRIM. L. REV. 443 (2008).
- 73 Faigman, *The Evidentiary Status of Social Science Under Daubert* 961.
- 74 ראו Mark, לעיל ה"ש 69, בעמ' 186; Brodin, לעיל ה"ש 69, בעמ' 866-867; Alison, Kebbel, LEWIS, DELAYED, and Lewis, לעיל ה"ש 70, בעמ' 432; Ring, לעיל ה"ש 1, בעמ' 74-81; Tomika N. Stevens, *The Admissibility of*; PROSECUTION *Expert Testimony on Repressed Memories of Childhood Sexual Abuse in Logerquist v. McVey: Reliability Takes a Backseat to Relevancy*, 46 VILL. L. REV. 385 (2001) (Stevens).
- 75 ראו Michael H. Gottesman, *Scientific and Technological Evidence*, 43 EMORY L. J. 867, 875-876 (1994).
- 76 ראו נחשון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 44; Faigman, *The Evidentiary Status of Social Science Under*; Veronica B. Dahir et al., *Judicial Application*; Daubert *of Daubert to Psychological Syndrome and Profile Evidence: A Research Note*, 11 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 62, 65-66 (2005).

דאוברט מתאים יותר למדעים ה"קשיחים", המבוססים על ניסוי ואימות ולא למדעים ה"רכים", כמו מדעי ההתנהגות, המבוססים על ניסיון אישי.<sup>77</sup> כשם שמכונאי יכול להעיד על התפקוד של כלי-רכב, פסיכולוג קליני יכול להעיד על התפקוד של נפש האדם וההתנהגות האנושית. עדות כזו לא תעמוד במבחני דאוברט, אך היא גם לא צריכה לעמוד בהם. בשל ההתבססות של תחום ידע זה על צפייה, ניתוח וניסיון – ולא על ניסוי מבוקר בתנאי מעבדה – הוצע לקבוע מבחני אמינות ייחודיים לעדויות בנושא כגון יכולת שחזור, היגיון פנימי, כשירות מתודולוגית וסטטיסטית, הימנעות מהטיות וכישורים הולמים של החוקר.<sup>78</sup>

בישראל אין התייחסות ישירה לנושא, אך השופט עמית – שכזכור קבע את הלכה שלפיה עדות מומחה בענייננו קבילה – הביע עמדה מעניינת. אחד הנושאים שנדונו בפרשת זדורוב המפורסמת היה משקל העדות בעניין טביעות נעל. הדבר הוביל את השופט עמית להתנער בדעת יחיד מהלכת מצגורה.<sup>79</sup> הוא לא רק הגן על תחום המומחיות של השוואת סימני נעליים, אלא ביקש להבחין בין ידע מדעי לידע מבוסס ניסיון. הוא טען שההבחנה בין עדות מומחה על עניין שבמדע לבין עדות מומחה על עניין שבידיעה מקצועית באה לידי ביטוי בסעיף 20 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, ושהלכת מצגורה חלה לגבי ראיות מדעיות כמו דנ"א אך לא לגבי ראיות שבמומחיות כמו השוואת טביעות נעליים או כתב-יד. תחומים אלה מבוססים על ניסיונו של המומחה וכלל אינם שואפים לעמוד באמות-המידה המתודולוגיות המדעיות. לדידו של השופט עמית, אין לשופט צורך בסטטיסטיקה כדי להעריך את משקל עדותו של המומחה בעניין זה, ובהקשר זה יש הברזל חשוב בין ישראל למדינות בהן נהוגה שיטת המושבעים (ההקשר שבו ביקש השופט עמית למסגר את ההצדקה למבחני דאוברט). הוא לא הבחין בין יכולתו של השופט להעריך את הראיה בעצמו לבין יכולתו להעריך את חוות הדעת של המומחה בעניינה, גם כשמדובר בחוות דעת סובייקטיבית שאינה מתבססת על מידע אובייקטיבי וקשיח: נראה כי בשני המקרים הוא בטוח מאוד ביכולתו וכיכולתם של שופטים לקבל הכרעה מדויקת, הוגנת וצודקת.<sup>80</sup> ההשלכה של חוות דעתו על הסוגיה

77 Beecher-Monas, Evaluating Scientific Evidence, לעיל ה"ש 38, בעמ' 43-45, Brodin; לעיל ה"ש 69, בעמ' 868-869, Dara Loren Steele, *Expert Testimony: Seeking an Appropriate Admissibility Standard for Behavioral Science in Child Sexual Abuse Prosecutions*, 48 Duke L. J. 933, 954, 956 (1999) (להלן: Steele).

78 Erica; לעיל ה"ש 33, בעמ' 2154-2159, Note, *Reliable Evaluation of Expert Testimony* Beecher-Monas, *Blinded by Science: How Judges Avoid the Science in Scientific Evidence*, 71 Temple L. Rev. 55, 69-71 (1998).

79 ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל, פס' 35-45 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 23.12.2015). מאחר שדובר בדעת יחיד לא מדובר בסטייה מהלכת מצגורה; ראו גם דנ"פ 1329/16 זדורוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.7.2016).

80 יש לציין שהשופט דנציגר הביע תמיכה בהלכת מצגורה; ראו שם, בפס' 333-340 לפסק דינו. גם השופט השלישי במותב, השופט זילברטל, טען שהשאלות שעלו בהלכת מצגורה דובר הניסיון של מומחה לשכנע את בית המשפט לתת אמון בראיה מפלילה בהיעדר אמות-מידה אובייקטיביות הן "מטרידות", אף שיש מקרים שבהם בלתי-אפשרי לגבש אמות-מידה כאלו; שם, פס' 7 לפסק דינו.

של עדות פסיכולוג בעניין אמתות זיכרון מודחק ברורה: אפשר לטעון שמדובר בעדות מבוססת ניסיון ולכן קבילותה אינה מותנית בעמידה במבחני דאוברט.

## ב. סיווג של עדויות מומחה

### 1. עדות כללית ועדות יישומית

הטענה שלפיה יש להחיל על עדות מומחה בעניין אמתות זיכרון מודחק מבחנים מרוככים יחסית, מתבססת על הלכת קומהו, שבה נקבע כי היישום של מבחני דאוברט גמיש ומשתנה ממקרה למקרה, בהתאם לשאלה שעליה המומחה משיב. הטענה שלנו היא שעל רצף המבחנים האפשריים, יש למקם את שאלת האמתות של זיכרונות מודחקים בצד המחמיר. זהו סוג השאלות שלגביו יש לדרוש יישום מלא של מבחני דאוברט. ככל שהכלים המחקריים שברשותנו כיום אינם מאפשרים לחקור שאלות אלו באמצעות מתודולוגיה שתאפשר הפרכה של התאוריה, או בחינה של רמת המהימנות שלה – אין מקום לקבל עדות מומחה לגביה. לשם הצדקת טיעון זה עלינו, ראשית, להסביר מדוע שאלה זו נמצאת בצד המחמיר; ושנית, להצדיק את יישום מבחני דאוברט לגבי שאלות אלו. פרק זה עוסק בשלב הראשון באמצעות דיון בסיווג של עדויות מומחה. בפרק זה נציג את הטענה שהעדות דנן היא יישומית ולא כללית, וגם מורכבת ולא פשוטה. כדי להעניק משקל לעדויות כאלו יש צורך ביכולת ניסוי וביכולת בדיקה של רמת התקפות והמהימנות. בפרק הבא נסביר מדוע הליך שיפוטי מובנה ונגיש של הענקת משקל לעדות מומחה הוא חיוני להגנה על כבוד האדם ועל שלטון החוק בהליך הפלילי.

כאמור, ההבחנה הראשונה היא בין עדות מומחה "כללית" לעדות מומחה "יישומית". בספרות נעשו הבחנות ברוח זו בין עדות "מסכמת" לעדות "מתרגמת",<sup>81</sup> בין עדות "מסגרת" לעדות "מאבחנת",<sup>82</sup> בין עדות "מתארת" לעדות "מסיקה"<sup>83</sup> ובין עדויות "מתארות" או "מנחות" לבין עדויות "מעריכות".<sup>84</sup> כלל ההבחנות הללו מבוססות על אותו היגיון: מחד גיסא יש עדות כללית, שבמסגרתה המומחה מלמד את בית המשפט על נושא מסוים על בסיס ניסיונו (למשל: אדם

D. Michael Risinger, *Preliminary Thoughts on a Functional Taxonomy of Expertise for the Post-Kumho World*, 31 SETON HALL L. REV. 508 (2000) 81

David L. Faigman, John Monahan and Christopher Slobogin, *Group to Individual (G2i) Inference in Scientific Expert Testimony*, 81 U. CHI. L. REV. 417 (2014); David L. Faigman, John Monahan and Christopher Slobogin, *Towards a Jurisprudence of Psychiatric Evidence: Examining the Challenges of Reasoning from Group Data in Psychiatry to Individual Decisions in the Law*, 69 U. MIAMI L. REV. 685 (2015); David L. Faigman, John Monahan and Christopher Slobogin, *Gatekeeping Science: Using the Structure of Scientific Research to Distinguish Between Admissibility and Weight* Faigman, Monahan and Slobogin (להלן: *Gatekeeping Science*), 110 Nw. U. L. REV. 859 (2016) 82  
Slobogin, *Group to Individual (G2i) Inference in Scientific Expert Testimony* 756-752. Imwinkelried, *The Meaning of "Appropriate Validation"*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 756-752. 83

Samuel R. Gross and Jennifer L. Mnookin, *Expert Information and Expert Evidence: A Preliminary Taxonomy*, 34 SETON HALL L. REV. 141 (2003) 84

המעיד על נוהג עסקי בקהילה מסחרית מסוימת שבה הוא חבר), על בסיס מקורות משניים (למשל: איש אקדמיה) או על בסיס ניסוי (למשל: מדען). המומחה מחליף מסקנה מסוימת מתוך הידע שלו אך הוא עושה זאת ברמת הפשטה כללית יחסית.

מאידך גיסא, עדות יישומית מתייחסת, ברמת הפשטה נמוכה יותר, לפרטי המקרה הנדון. עדות כזו לא רק מספקת מסגרת מסוימת של ידע עבור בית המשפט, אלא מקשרת בינה לבין עובדות המקרה הנדון. עד מומחה משתמש במומחיותו (ולכן תנאי הכרחי לעדות זו הוא שעדות כללית בנושא תהיה קבילה) כדי לכאר עבור בית המשפט עובדות שמעבר לידיעה השיפוטית. דוגמה מובהקת לעדות כזו היא עדות פורנזית: לבית המשפט אין הידע או הכלים לערוך בדיקות פורנזיות במעבדה ולנתח את תוצאותיהן.<sup>85</sup> כך, למשל, אמר השופט חשין על הצורך בעדות מומחה בעניין דנ"א: "צילום רגיל רואים אנו כולנו בעינינו, בעוד שלראיית צילום הדנ"א נדרשים אנו למומחה שיתרגם לנו את שאין אנו מבינים מעצמנו".<sup>86</sup> ההבחנה בין סוגי העדויות באה לידי ביטוי גם בדברי השופט הנדל, בדבריו בעניין מצגורה שצוטטו לעיל: "בל נשכח כי מומחה לטביעות נעל מחווה את דעתו באופן קונקרטי לגבי טביעת נעל מסוימת של חשוד ספציפי. עדותו לא נועדה רק להציג בפני בית המשפט רקע כללי".<sup>87</sup> עדויות אלו מעוררות את הבעיות הקשות ביותר כשלא מדובר ביישום אובייקטיבי יחסית, המתבסס על מערכת נורמות שקופה ומבוססת אמפירית (כמו ניתוח דנ"א), אלא ביישום סובייקטיבי יחסית המתבסס על שיפוטים אישיים שאינם מבוססים אמפירית (כמו ניתוח כתב-יד). מן הסתם, הבעיות של פיקוח שיפוטי על הטיות (מודעות ולא מודעות) של עדות מומחה, הקיימות ממילא, מחמירות בהקשר של עדויות כאלו;<sup>88</sup> ככל שבעיות אלו חמורות יותר, כך ההצדקה לשימוש בכללי קבילות דוגמת מבחני דאוברט – גדלה.

מובן כי ההבחנה בין עדות כללית לעדות יישומית אינה בינארית.<sup>89</sup> ייתכנו מקרים שבהם מומחה יתבטא באופן כללי אך דבריו ישליכו על הערכת העובדות במקרה הנדון. כך, למשל, כאשר פסיכולוג טוען שאם אדם מסוים מפגין תסמינים נפשיים מסוימים אפשר לומר שהוא עבר טראומה מסוג מסוים, אזי מדובר בעדות יישומית: היא מספקת לבית המשפט הסבר כללי, אך המרחק בינה לבין פרטי המקרה הנדון קטן מאוד. לכן, כפי שצוין בטרילוגיית דאוברט, הדגש הוא על כך שיש לשים לב היטב לשאלה שעליה המומחה עונה.

85 לכן נראה כי לעתים לא יהיה מנוס מנקיטת עמדה ישירה יחסית על ידי המומחה בכל הנוגע לעובדות הסכסוך המשפטי המסוים; ראו Richard A. Epstein, *Judicial Control Over Expert Testimony: Of Deference and Education*, 87 Nw. U. L. Rev. 1156 (1993).

86 הלכת אבוחמאר, לעיל ה"ש 41, בעמ' 82.

87 ראו לעיל, ה"ש 51.

88 ראו, למשל, D. Michael Risinger et al., *The Daubert/Kumho Implications of Observer Effects in Forensic Science: Hidden Problems of Expectation and Suggestion*, 90 CAL. L. REV. 1 (2002).

89 ברור שההבחנה בין הקטגוריות אינה בינארית ואפשר להתקרב מהכללי לפרטני באמצעות הוספה של מאפיינים והבחנות; ראו Faigman, Monahan and Slobogin, *Group to Individual (G2i) Inference in Scientific Expert Testimony*, בעמ' 474-476.

עדות של פסיכולוג בעניין אמתות זיכרון מודחק יכולה להיות כללית או יישומית.<sup>90</sup> נקודת המוצא היא שבית המשפט צריך לבחון את אמינות התלונה. מאחר שלא מדובר בעד גיל אלא בעד שעדותו כרוכה על פי רוב בהדחקה, בחלומות, בהיזכריות מאוחרות ובתופעות חריגות נוספות, משימה זו חורגת מהידיעה השיפוטית ולכן מהווה עניין שבמומחיות.<sup>91</sup> עניין זה סבוך מאוד משום שעצם הסיווג של המקרה כמקרה הכרוך בזיכרון מודחק – להבדיל מזיכרון רציף ומקוטע – הוא בעייתי: במקרים רבים המתלוננים עצמם יהיו מבולבלים בנוגע לאופן שבו זכרו את האירועים, וחלקם ייזכרו בהם באופן רציף וחלקם האחר לא.<sup>92</sup> לכן, אפשר לטעון שעדות כללית, שתספק לבית המשפט רקע מאוזן על הנושא כדי שיוכל להעריך את עדות המתלוננת, היא רלוונטית וככל הנראה גם קבילה.

עדות זו לא צריכה לעמוד במבחני דאוברט במלואם. משקל העדות יתבסס בעיקר על ניסיונו של המומחה, על המוניטין שלו, על הידע שלו ועל כך שעדותו היא תיאור אותנטי ולא מוטה של הידע בתחום – עניין שאפשר לבדוק בעזרת עד מומחה מטעם הצד שכנגד. אם הידע שעליו העיד המומחה אינו עומד במבחני דאוברט – למשל: אין בנמצא מחקרים ברי-הפרכה המאששים אותו – לא יוביל הדבר להיעדר קבילות של עדותו; במקום זאת יוכל השופט להחליט כי הידע אינו רלוונטי משום שאין בו כדי לקדם את הבירור העובדתי. מכל מקום, השאלה שעליה המומחה מבקש לענות אינה מחייבת יישום מלא של מבחני דאוברט.<sup>93</sup> אולם, אם עדות המומחה מחזקת השערות מסוימות לגבי המקרה – כלומר: המרחק בין מסגרת הידע הכללית לבין עובדות המקרה הנדון קטן יחסית – אזי אפשר לומר שמדובר בעדות יישומית. אכן, במקרים רבים לא יסתפקו הצדדים בעדות כללית וירצו שהמומחה מטעמם יתייחס לפרטי המקרה (במישרין או בעקיפין) ולמהימנות התלונה עצמה. כך, למשל, המתלוננת לא תסתפק בכך שהמומחה מטעמה יסביר מדוע הדחקה הזיכרון אפשרית ולכן אין מקום לפסול את טענותיה על הסף, ותרצה שהוא גם יטען שמצבה הפסיכולוגי מחזק את ההשערה שטענותיה נכונות עובדתית; הנאשם, מצדו, ירצה שהמומחה מטעמו יפריך

90 Steele, לעיל ה"ש 77, בעמ' 948-949; Lewis, Delayed Prosecution, לעיל ה"ש 1, בעמ' 112-115; Risinger, Navigating Expert Reliability, לעיל ה"ש 36, בעמ' 116-117; Brodin, לעיל ה"ש 69, בעמ' 906-915.

91 פרשת פלוני (2010), לעיל ה"ש 4, בפס' 1 לפסק דינו של השופט עמית: "המדובר בשאלות מובהקות שבמומחיות ועל שולחנו עולה שאלה השנויה במחלוקת בין המומחים לדבר". ראו בעניין זה גם את Roberts and Zuckerman, לעיל ה"ש 3, בעמ' 486-487. יש גם דוגמאות הפוכות. בארץ, למשל, נקבע ששופט לא נדרש לסיוע של מומחה כדי לעמוד על משמעותה של המילה העברית "תירוש" משום ש"עברית היא שפה בה חי ופועל השופט [...] והיא מוטמעת בכישוריו המשפטיים"; ראו ע"א 941/05 אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי ראשון נ' חברת הכרם בע"מ, פ"ד סא(3) 350 (2006). לדוגמה נוספת, לגבי עדות של גרפולוג, ראו ע"א 2032/06 האגי נ' עוזבון המנוח זיאן, פס' 33 (פורסם בנבו, 1.2.2009).

92 Lewis, Delayed Prosecution, לעיל ה"ש 1, בעמ' 17-19.

93 Imwinkelried, The Meaning of "Appropriate Validation", לעיל ה"ש 33, בעמ' 756.

את הטענות שלפיהן דברי המתלוננת מתבססים על זיכרון אותנטי וש אפשר בכלל להעריך את אמתותם.<sup>94</sup>

כפי שראינו, בתי המשפט בישראל אינם מסתפקים בקבלת עדות כללית שתבאר את הנושא ותאפשר להם לעמוד על אמינות התלונה תוך הימנעות מהטיה שגויה כלשהי (למשל, מתן משקל-חסר בשל אי-סדירות בעדות המוכרת במחקרים אמפיריים). כמו כן, בתי המשפט מקבלים עדות יישומית בנוגע לאמתות של דברי המתלוננת. מובן שיש עדויות נוספות של פסיכולוגים ופסיכיאטרים המשתייכות לקבוצה זו כגון עדויות של מומחים המבקשים לחוות את דעתם באשר ליכולת של אדם מסוים לעמוד לדין בהקשר של טענת אי-שפיות. עם זאת, חשוב לשים לב שאנו עוסקים בעדויות העוסקות במישרין בשאלות עובדתיות מסוימות כמו עצם קיומו של פשע בעבר או זהות מבצעו. אלו העדויות השאפתניות ביותר.

כפי שראינו לעיל בפרק א.4, נראה כי במצב הנוכחי של המחקר קשה לענות על השאלה בדבר אמתות זיכרון מודחק מסוים באופן העומד במבחני דאוברט. במידה רבה זה גם המצב כיום לגבי עדויות מומחה בקשר לבעייתיות של עדויות ראייה ולאפשרות שעדי ראייה טועים. לא מעט מחקרים מציגים את כשלי מנגנון הראייה האנושי – ולכן עדות כללית שתסביר על הבעייתיות הטמונה בעדויות ראייה יכולה להיות קבילה – אך הידע בנושא לא מפותח דיו כך שמומחה יוכל ליישמו לגבי עד מסוים במשפט מסוים.<sup>95</sup> עם זאת, ראינו בפרק א.5 שאפשר לנסות ולסווג את עדות המומחה בענייננו כעדות המבוססת על ניסיון, ולכן ככזו שמהימנותה לא צריכה להימדד בכלים מדעיים.

אפשר לטעון שעדות יישומית – ממש כמו עדות כללית – לא צריכה לעמוד במבחני דאוברט במלואם. טענה זו עשויה להיות נכונה לגבי עדויות יישומיות "פשוטות", אך לא לגבי עדויות יישומיות "מורכבות" מסוג העדויות שאליו משתייכת העדות בענייננו. בכל הנוגע לעדויות מהסוג הראשון אפשר לקבל עדות מבוססת ניסיון, אך הדבר בעייתי בנוגע לעדויות מהסוג השני.

## 2. עדות פשוטה ועדות מורכבת

אפשר להבחין בספרות בנושא דיני הראיות בין שני סוגים של עדויות יישומיות שאינם עומדים במבחני דאוברט: עדויות פשוטות יחסית, העוסקות בשאלות עובדתיות שאין צורך בניסוי מבוקר כדי לבסס לגביהן קשר בין סיבה לתוצאה; ועדויות מורכבות, העוסקות בשאלות עובדתיות שרק ניסוי מבוקר יכול לבסס קשר סיבתי לגביהן. מובן, כי ההבחנה בין שני סוגי עדויות אלו – כמו ההבחנה הקודמת – אינה בינארית; עם זאת, יש רצף מסוים בין שני הסוגים, ועדות פסיכולוג בעניין אמתות זיכרון מודחק נמצאת על הרצף הזה קרוב לקצה המורכב.

94 Brodin, לעיל ה"ש 69, בעמ' 899-901; Alison, Kebbel and Lewis, לעיל ה"ש 70, בעמ' 429-428; Keane and McKeown, לעיל ה"ש 72, בעמ' 529. ראו גם Steele, לעיל ה"ש 77, בעמ' 942-941, 948-947; Laura Johnson, *Litigating Nightmares: Repressed Memories*; 939, 961-963 (2000) *of Childhood Sexual Abuse*, 51 S. C. L. REV.

95 Faigman, Monahan and Slobogin, *Group to Individual (G2i) Inference in Scientific Expert Testimony*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 434-432, 426-425.

דוגמה לעדות פשוטה יחסית היא עדות של בוחן תנועה בעניין האופן הראוי לחניית משאית הפורקת סחורה: אנו מבקשים מבוחר התנועה לומר איזו סכנה תחבורתית יצר הנהג במקרה מסוים.<sup>96</sup> דוגמה נוספת היא עדות של מפקח עבודה לגבי בטיחות השימוש בסוג מסוים של פיגומים באתר בנייה: אנו מבקשים ממנו לומר אם השימוש בהם באתר מסוים מאפשר הגנה על בטיחות הפועלים. אפשר לקבל את הטענה שבמקרים אלו אין צורך במבחני דאוברט במלואם, כולל ניסוי ואחוז שגיאה.<sup>97</sup> אמנם, אפשר לבצע ניסוי מבוקר (למשל: להעמיד משאיות במגוון אופנים ולבחון את מספר התאונות שנגרמו, או לבחון את מספר הפעמים שבהם פועלים נופלים מסוג מסוים של פיגומים), אך נראה שאין צורך בכך. הסיבה לכך אינה העובדה שהעדויות מבוססת על ניסיון.<sup>98</sup> הדבר החשוב בכל הנוגע לעדויות הפשוטות יותר הוא שדי בלולאת המשוב הטבעית – כלומר: הליך בו אנו רואים בבירור כיצד סיבה מסוימת מובילה לתוצאה מסוימת – ואפשר להניח שאין צורך בעיסוק מדעי מבוקר ומסובך לשם גיבוש ידע באופן מובנה, נגיש ובהיר.<sup>99</sup> כך, דינאל כהנמן וגארי קליין ציינו שמומחיות מבוססת אינטואיציה יכולה להתפתח כשיכולתו של המומחה להשיג את התוצאה הרצויה נבחנת בצורה מהימנה לאורך זמן.<sup>100</sup>

העניין הוא לא רק שהמדען לא יספק בהכרח תשובה אמינה יותר מבוחר התנועה או מפקח העבודה,<sup>101</sup> אלא גם שאפשר לאסוף את הידע ולהסבירו לכל אדם בהיעדר שיטות איסוף והצגה מדעיות – ולכן לקיים הליך מובנה, נגיש ובהיר של מתן משקל לעדות המומחה הנוגע בעניינים אלו. למשל, לבוחן התנועה ולמפקח העבודה יש ניסיון בכל הנוגע לתאונות שהתרחשו בפועל ולסיבות שהובילו אליהן. לולאות משוב אלו מספקות לבית המשפט את הכלים לא רק להעריך את הראיות על סמך עדויות המומחים, אלא גם להעריך את משקל העדויות עצמן. כך, למשל, יש הבדל בין מצב שבו בוחן התנועה או מפקח העבודה ראו

- 96 ראו גם Imwinkelried, *The Epistemological Trend*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 883.
- 97 Imwinkelried, *The Meaning of "Appropriate Validation"*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 745-746.
- 98 הבחנה על רקע זה אינה תורמת דבר ואף נטען שהיא עלולה להוביל לקבלת עדויות לא אמינות, שלא עברו את כור ההיתוך המדעי למרות שהיה מקום לדרוש זאת מהן; ראו Needham, לעיל ה"ש 27, בעמ' 562; Beecher-Monas, *Evaluating Scientific Evidence*; לעיל ה"ש 38, בעמ' 19; Faigman, *The Evidentiary Status of Social Science Under Daubert*; לעיל ה"ש 62, בעמ' 963-964; Stevens, לעיל ה"ש 74; Sarah Brew, *Where the Rubber Hits the Road: Steering the Trial Court Through a Post-Kumho Tire Evaluation of Expert Testimony*, 27 Wm. Mitchell L. Rev. 467, 480 (2000); David L. Faigman and John Monahan, *Standards of Legal Admissibility and Their Implications for Psychological Science*, in *Psychological Science in the Courtroom: Consensus and Controversy* 3, 9-13, 16-18 (Jennifer L. Skeem, Kevin S. Douglas and Scott O. Lilienfeld eds., 2009).
- 99 Faigman, Monahan and Slobogin, *Group to Individual (G2i) Inference in Scientific Expert Testimony*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 451-452, 455.
- 100 Daniel Kahneman and Gary Klein, *Conditions for Intuitive Expertise: A Failure to Disagree*, 64 Am. Psychologist 515 (2009).
- 101 Haack, *Trial and Error*, לעיל ה"ש 60, בעמ' 111-113; Haack, *Federal Philosophy of Science*, לעיל ה"ש 60, בעמ' 151.



שלוש תאונות מהסוג הנדון לעומת מצב שבו ראו שלוש מאות. על בסיס אותו היגיון, גם ידע קליני יכול להספיק: כשקבוצת רופאים מאבחנת בעיה רפואית מסוימת באמצעות תהליך מסוים, ניסיונם הקולקטיבי – ככל שיש להם מעקב אחר הצלחת האבחון לאורך זמן – מאפשר להעריך את הצלחת תהליך האבחון המסוים, וכך שוב יש לולאת משוב טבעית.<sup>102</sup> כדי שנוכל להעניק משקל לעדות המומחה המשתייכת לקבוצת המצבים הפשוטים אין צורך בהכרח במידע סטטיסטי מדויק, משום שלעתים הוא לא יהיה זמין, למשל: אם מדברים על עדות של מכונאי רכב בכל הנוגע לסיבת ההתלקחות של מנוע במקרה מסוים. אנו מניחים שאילו נכשל המכונאי במהלך עבודתו בזיהוי תקלות שגורמות להתלקחות של מנוע, היה הדבר מוביל לתביעות נגדו ולאבדן מוניטין. אם כן, לעתים, גם בהיעדר יכולת לבחון במדויק את אחוז הדיוק של המומחה, יש כלים להעניק משקל לעדותו משום שתחום העיסוק שלו כולל לולאת משוב טבעית לגבי תפקודו.<sup>103</sup> המצבים הבעייתיים ביותר הם אלו שאין בהם אפשרות להעריך את "הצלחת" המומחה. מצבים אלו הם מורכבים עבור המשפט – אך לא בהם אנו עוסקים, משום שבמקרה שלנו הקריטריון להצלחה ברור: האם הזיכרון שסווג כאמתי מתאר אירוע שאכן התרחש. לפסיכולוגים קליניים אין לולאת משוב ואין להם דרך לדעת אם זיכרון שהם סיווגו כאמין אינו כוזב. למעשה, אמתות הטענה אינה קריטית לטיפול קליני מוצלח<sup>104</sup> – אך זו בדיוק השאלה שעליה המומחה מנסה לענות במשפט. נטען כי הבעיה בהקשר זה היא אמינות המומחה. למשל, עדות לגבי יעילות של טיפול תרופתי – עניין נוסף המשתייך לקבוצת המצבים המורכבים יותר – תהיה אמינה יותר כשתתבסס על מחקרים מקיפים שבהם המידע גם נאסף וגם נמסר לבית המשפט באופן העולה עם אמות-מידה מדעיות, בהשוואה למצב שבו רק רופא אחד נקרא לבית המשפט והעיד על השפעת התרופה על מטופליו. בענייננו הבעיה אינה רק החשש שהמומחה מטעה את בית המשפט;<sup>105</sup> הבעיה היא שאנו לא יודעים מה רמת

102 Imwinkelried, *The Meaning of "Appropriate Validation"*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 747.

103 שם, בעמ' 748.

104 ראו, למשל, מרגולין וויצטום "זיכרונות מודחקים של טראומה נפשית בראי המשפט", לעיל ה"ש 65, בעמ' 170. על הפער בין התחומים ראו גם ענבר כהן "בין שתי דרכים – המפגש בין טיפול למשפט, כפי שבא לידי ביטוי בעדויות אנשי טיפול בתיקי עברות מין (הליכים פליליים)" **המשפט** כב 139 (2016).

105 נטען, למשל, כי ככל שהעונש האפשרי חמור יותר, כך יש לדרוש אמינות ראייתית גבוהה יותר; ראו: Rory K. Little, *Addressing the Evidentiary Sources of Wrongful Convictions: Categorical Exclusion of Evidence in Capital Statutes*, 37 Sw. U. L. Rev. 965 (2008). ביטוי לגישה זו ניתן בהלכת Barefoot בשנת 1983. בית המשפט העליון האמריקני קיבל עדות של פסיכיאטר שקבע – בשלב מתן גזר הדין בעברה שעונשה מוות, בלי לברוק את הנאשם – כי יש סיכוי של לא פחות מ-100% שהנאשם יבצע פשעים אלימים נוספים. השופט Blackmun, שיכתוב בעתיד את עמדת הרוב בהלכת דאוברט, כתב בדעת המיעוט שלו: "In the present state of psychiatric knowledge, this is too much for me. One may accept this in a routine lawsuit for money damages, but when a person's life is at stake – no matter how heinous his offense – a requirement of greater reliability should prevail" (Barefoot v Estelle, 463 US 880, 916 (1983)). ראו גם Redmayne, לעיל ה"ש 29, בעמ' 569

המהימנות של עדות המומחה – מה הסיכוי שהוא טועה. אפשר לומר שככל הנוגע למצבים מורכבים, רק ניסוי מדעי יכול ליצור ידע שאפשר להגדיר כמבוסס יחסית, ולכן להעניק לו משקל בהליך משפטי מובנה, נגיש ובהיר שלא יהיה שרירותי. כדי להשיג ידע מבוסס בנושאים אלו יש צורך במחקר מקיף, הפוסל גורמים מתערבים אפשריים – כאלו שקשה יותר להניח שהשפיעו על התוצאה כשאנו דנים בעדויות הפשוטות יחסית. גם כשלא מדובר במחקר מדעי המתבצע במעבדה אפשר להציג נתונים לגבי שיעור הדיוק של המתודולוגיה והיתרון של פנייה אליה מבחינת גיבוש הבסיס העובדתי במשפט.<sup>106</sup> אפשר להראות, למשל, שסימפטום מסוים מעיד באחוז דיוק מסוים על כך שתופעה מסוימת קרתה בעבר – אך יש צורך במחקר שיפסול גורמים אפשריים אחרים ויעמוד באמות-מידה סטטיסטיות הולמות.<sup>107</sup> לעתים מבחינים בעניין זה בין טענות שקבלתן מחייבת "קפיצה אמונית" ("leap of faith") לבין טענות הנשענות על סבירות, שכל ישר או מדע. הבחנה זו בעייתית, משום שיש הטוענים שגם קבלת ממצאים מדעיים דורשת "קפיצה אמונית": הן אמונה בפרויקט המדעי והן אמונה ב"פרידגמה" מדעית זו או אחרת.<sup>108</sup> אולם, גם אם אין מנוס מ"קפיצה אמונית", יש להדגיש את המחויבות של המדע להעמדת כל תיאוריה בבחינה מובנית, שיטתית, ביקורתית, נגישה, פומבית ושקופה על ידי קהילת חוקרים לאורך זמן, תוך הפקת ממצאים כמותיים באשר למהימנותה. חוות דעת מומחה שאינה עומדת בתנאים אלה למעשה מבקשת מהשופט לקבל אותה מתוך אמונה בניסיונו וביכולותיו של המומחה.<sup>109</sup> כדברי יורם שחר, היא יוצרת נתק מסוכן בין המשפט למדע במסגרת קביעת העובדות במשפט;<sup>110</sup> היא לא מאפשרת לשופט

- 
- Daniel W. Schuman and Bruce D. Sales, *The Impact of Daubert and its Progeny on the Admissibility of Behavioral and Social Science Evidence*, 5 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 3, 7, 10 (1999)
- Edward J. Imwinkelried, *Evaluating the Reliability of Nonscientific Expert Testimony: A Partial Answer to the Questions left Unresolved by Kumho Tire co. v. Carmichael*, 52 Imwinkelried, *Evaluating the Reliability of Nonscientific* (להלן: ME. L. REV. 19 (2000) *Expert Testimony*)
- D. Michael Risinger, *The Irrelevance*, ;59-55 בעמ' 33, לעיל ה"ש 33, Denbeaux and Risinger *and Central Relevance, of the Boundary Between Science and Non-Science in the Evaluation of Expert Witness Reliability*, 52 VILL. L. REV. 679, 718-719 (2007)
- THOMAS S. KUHN, *THE STRUCTURE OF SCIENTIFIC REVOLUTIONS* (4th ed., 2012) ראו 108
- Imwinkelried, *Evaluating the Reliability of Nonscientific Expert Testimony* לעיל ה"ש 106 בעמ' 37: "The expert testimony rules should be designed to educate the trier of fact and not merely ask the trier of fact to take an assertion by an expert on blind faith"
- יורם שחר "לשקול שוב הרשעה על בסיס חלום" הארץ (28.9.2014) <http://www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.2444955> 110

להעריך את משקלה.<sup>111</sup> זאת, בניגוד לדברי השופט עמית, שטען בהלכת זדורוב כי אין לו צורך במידע סטטיסטי לשם הערכת משקלה של עדות מומחה.<sup>112</sup>

### ג. ההצדקות למבחני דאוברט

#### 1. כבוד האדם, שלטון החוק וההליך הפלילי

עדות מומחה בעניין אמתות זיכרון מודחק צריכה להיבדק לאור אמות-מידה ברוח הלכת דאוברט – ללא קשר לסיווג השאלה עליה עונה המומחה כשאלה שבמומחיות מדעית או כשאלה שבמומחיות מבוססת ניסיון, אלא בשל היותה עדות יישומית ומורכבת.<sup>113</sup> בהלכת קומהו נטען שכל עדות מומחה צריכה לעמוד במבחני מהימנות, אך אלו משתנים ממקרה למקרה בהתאם להקשר ולשאלה שעליה המומחה מנסה לענות. כלל גמיש זה משאיר אותנו ללא הכוונה משמעותית לגבי אופן היישום של מבחני דאוברט. בפרק זה אנחנו מבקשים לציג תוכן כלל גמיש זה, ולהראות שיש מקום להחלה של כללי דאוברט בנוגע לעדויות מומחה המהוות עדויות יישומיות מורכבות בהליכים פליליים.

אנו מבקשים להצביע על שיקולים שנקשרו בערך של כבוד האדם ומצדיקים את הרעיון שלפיו ראוי כי בית המשפט יוכל להעניק לראיות משקל בהליך מובנה, נגיש ובהיר, וכנגזרת מכך שיקולים אלה מצדיקים את כללי הקבילות בכל הנוגע לעדויות מומחה יישומיות ומורכבות. נתמקד בארבעה רעיונות מוכרים ומרכזיים בשיח המשפט הציבורי שעוגנו בערך כבוד האדם, ונטען שאפשר למצוא בהם בסיס עקרוני למבחנים לקבילות של עדות מומחה: (1) מניעת שרירותיות בשימוש בכוח; (2) מניעת האצלה של שיקול דעת שיפוטי; (3) הגינות הליכית כפי שהיא מובנית ומובנת בתוך השיטה האדברסרית; (4) הצורך בהצדקה ציבורית של ההחלטות המתקבלות על ידי מוסדות מדינתיים. מאחר שהדיון הנוכחי מבוסס על עקרונות מוכרים בשיח המשפט הציבורי, אין בכוונתנו להציע תפיסה מגובשת של כבוד האדם; עם זאת, נזכיר בקצרה כמה היבטים של כבוד האדם שיעמדו ברקע ההצדקות שנציג בהמשך לכלל הקבילות שנקבע בהלכת דאוברט.<sup>114</sup>

בית המשפט העליון בישראל מדגיש את הקשר החזק בין כבוד האדם לבין האוטונומיה של הפרט; לעתים אף נראה שהמושגים מוצגים כחופפים זה את זה לחלוטין, אך רעיון

111 במידה רבה, אחוז זה משקף את הערך ההוכחתי של עדות המומחה; ראו Munia Jabbar, *Overcoming Daubert's Shortcomings in Criminal Trials: Making the Error Rate the Primary Factor in Daubert's Validity Inquiry*, 85 N.Y.U. L. REV. 2034 (2010).

112 ע"פ זדורוב, לעיל ה"ש 79.

113 ראו גם גול-אייל, לעיל ה"ש 56, בעמ' 559-558.

114 Lior Barshack, *Dignity, Descent and the Rights to Family Life*, 8 מבוססת על Barshack, *Dignity, Descent and the Rights to* (להלן: L. & ETHICS HUM. RTS. 161 (2014)).

Lior Barshack, *Transcendence and Interpretation: The Theology of Family Life of the Rule of Law, in ISLAM, LAW AND IDENTITY* 23 (Marinos Diamantides and Adam Gearey eds., 2012).

האוטונומיה אינו ממצה את הערך של כבוד האדם אלא לכל היותר היבט אחד שלו.<sup>115</sup> היבטים מרכזיים אחרים של כבוד האדם רלוונטיים גם עבור מי שאינם יכולים לפעול אוטונומית כמו תינוקות, חולי נפש או קשישים תשושי נפש. היבטים אלו יכולים להצדיק את הגבלת האוטונומיה של מי שאין ספק לגבי יכולתם לפעול אוטונומית. כך, שיקולים של כבוד האדם מועלים תדיר כטיעונים היכולים להצדיק הטלת הגבלות על האוטונומיה, למשל בהקשרים כמו מכירת איברים, השתתפות (בתשלום) בניסויים רפואיים או פונדקאות ועוד רבים נוספים.<sup>116</sup> דוגמאות מסוימות אלה מראות שכבוד האדם מגן לא רק על האוטונומיה אלא גם על שלמות הגוף האנושי מפני החלטות אוטונומיות. כמו כן, כבוד האדם מגן על השייכות המשפחתית והקהילתית של פרטים – רכיבים של אישיותנו וזהותנו שלעתים קרובות אינם תלויים בבחירה אוטונומית אלא בנסיבות הולדתנו. כבוד האדם מגן אפוא על היבטים מרכזיים של האישיות, ואפשר לטעון שרק מקצתם מבטאים את האוטונומיה של היחיד. בהגנה שהוא מעניק להיבטים מרכזיים אלה ואחרים באישיות הפרט, כבוד האדם מגן על עצם נפרדותו של הפרט מפרטים אחרים ומהקבוצה הפוליטית. אף ההגנה על שייכותו הקבוצתית של הפרט למשפחה וקהילה מבצרת את נפרדותו במרחב הפוליטי. הגבולות הבין-אישיים המגלמים רעיון זה של נפרדות – הן גבולות גופניים ופיזיים והן גבולות רעיוניים – מתקיימים בכל תרבות, אך הם מסורטטים באופן שונה בתרבויות שונות. הם בסיסיים לכבוד האדם במובן שהנפרדות של הפרט וקיומו של מרחב אישי נפרד מהמרחב הציבורי מכוננים את התפיסה העצמית שלו, את כבודו העצמי ואת יכולתו ולגבש ולהוציא לפועל את שאיפותיו ותכניותיו. יפים לעניין זה דבריו של בלוסטיין, שנכתבו לגבי הזכות לפרטיות:<sup>117</sup>

The man who is compelled to live every minute of his life among others and whose every need, thought, desire, fancy or gratification is subject to public scrutiny, has been deprived of his individuality and human dignity. Such an individual merges with the mass. His opinions, being public, tend never to be different; his aspirations, being known, tend always to be conventionally accepted ones; his feelings, being openly exhibited, tend to lose their quality of unique personal warmth and to become the feelings of every man. Such a being, although sentient, is fungible; he is not an individual.

חנה ארנדט עמדה על הנטייה של תנועות חברתיות מסוימות לטשטש את הנפרדות בין בני אדם ולמחוק את הריבוי האנושי. כמו הוגים אחרים שהיו עדים לתופעות חברתיות ופוליטיות

115 לביקורת בעניין זה ראו, למשל, אסף יעקב "דא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" **משפטים** מב 22–33 (2012).

116 ראו, למשל, Jeremy Waldron, *Dignity, Rights, and Responsibilities*, 43 ARIZ. ST. L.J. 1107, 1129–1134 (2011). לביקורת נוספת על הזיהוי של כבוד האדם עם אוטונומיה ראו David Luban, *Lawyers as Upholders of Human Dignity (When they Aren't Busy Assaulting Human Dignity)*, in LEGAL ETHICS AND HUMAN DIGNITY 65, 76, 88–90 (2007) (*it as Upholders of Human Dignity*), (להלן: *Luban, Lawyers*).

117 Edward J. Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 N.Y.U. L. REV. 962, 1003 (1964).

בראשית המאה העשרים, לא אחת התייחסה ארנדט לדימוי של גוף קולקטיבי הנוצר עקב שחיקה של הנפרדות והריבוי של בני אדם. כמו הוגים אחרים עמדה ארנדט על תפקידו של החוק בעיגון הנפרדות של היחיד: היא ראתה בחוק מערכת של חומות וגדרות המפרידה בין יחידים ויוצרת – באופן פרדוקסלי לכאורה – מרחב של חירות.<sup>118</sup>

תוכנה בסיסית במחשבתה של ארנדט – שתוצג בהמשך במסגרת הדיון ברעיון השרירותיות, אך יש לה רלוונטיות כללית להבנת הזיקה של דיני הראיות לכבוד האדם – היא שנפרדות בין-אישית קשורה לעצם האובייקטיביות והממשות של העולם שבני-האדם חולקים זה עם זה. שיטת משפט שאינה מקפידה דיה על המובחנות של טענות עובדתיות ועל הדרישות הראייתיות לביסוסן משקפת תרבות שאינה מכבדת את הנפרדות של יחידים. יש תלות הדדית בין ריבוי של נקודות מבט אינדיבידואליות והשקפות חברתיות לבין מידת הממשות והאובייקטיביות של העולם שבו אנו חיים.<sup>119</sup> חברה המדכאת את הריבוי האנושי וכופה על חבריה תפיסת עולם אחידה חותרת תחת האובייקטיביות והממשות של העולם שהיא מאכלסת, משום שאובייקטיביות נוצרת מהצלבה של נקודות מבט שונות ומנוגדות. חברה שאין בה ריבוי של נקודות מבט תוכל ביתר קלות להשליך את תעתועי דמיונה על המציאות. כשם שריבוי מתנה את האובייקטיביות של העולם שבו אנו חיים, אובייקטיביות זו מתנה בתורה את הריבוי האנושי. כפי שהעירה ארנדט, בעולם אובייקטיבי בני האדם ממוקמים בנקודות שונות במרחב ומופרדים זה מזה באמצעות אובייקטים הנצפים ממגוון של נקודות מבט. במידה שכבוד האדם נעוץ בנפרדות של היחיד, הוא מחייב הגנה על עולם אובייקטיבי משותף המפריד בין יחידים, ועל המובחנות של טענות עובדתיות.

ביחס לתפקידו של החוק בעיגון הנפרדות בין יחידים, אפשר לומר על נפרדות בשני צירים: ציר אופקי, שעניינו נפרדות בין הפרטים בחברה; וציר אנכי, שעניינו נפרדות בין הפרט, הקהילה והמדינה. ההבחנה בין הקהילה למדינה בציר האנכי חיונית לשמירה על נפרדות בין הפרטים בציר האופקי, משום שחוק המוכתב לקהילה מלמעלה יכול, במקרים רבים, לרסן את הנטייה של קהילות לכנס את חבריהן ל"גוף אחד". יש תלות הדדית בין נפרדות בציר האופקי לנפרדות בציר האנכי.<sup>120</sup> יחסי הנפרדות לאורך שני הצירים הללו נמצאים בליבה של כבוד האדם. נקודה זו תהיה רלוונטית במיוחד במסגרת הדיון בעקרונות אי-ההאצלה של שיקול-הדעת השיפוטי, אך היא רלוונטית גם באופן כללי: כבוד האדם תלוי בהפקעת כוחה של הקהילה על גורלו של היחיד ובהעברתו לגוף הפוליטי באמצעות שלטון החוק. זליגה של סמכויות ציבוריות חזרה לידי הקהילה מסכנת את כבוד האדם, משום שהיא מאפשרת ואף מעודדת את הקבוצה לבצע פעולות המטשטשות את הגבולות בין הפרטים וחוררות למרחב האישי. המחלוקות סביב ההצעות להפרטה של סמכויות מדינתיות צריכות להתפרש בהתאם לחשש זה.

118 חנה ארנדט **המצב האנושי** 93-94 (אריאלה אזולאי ועדי אופיר מתרגמות, 2014), (להלן: **המצב האנושי**).

119 לדיון בהיבט זה במחשבתה של ארנדט ראו ליאור ברשק "קודש וחול במרחב הציבורי: משפט חוקתי לאור תיאוריה של המרחב" **משפט ועסקים** (צפוי להתפרסם, 2017).

120 על שני הממדים של נפרדות והיחס ביניהם ראו, למשל, Barshack, *Dignity, Descent and the Rights to Family Life*, לעיל ה"ש 114; Lior Barshack, *Constituent Power as Body*; 114 *Outline of a Constitutional Theology*, 56 U. T. Fac. L. Rev 185 (2006).

הדרישות המזוהות עם רעיון שלטון החוק נועדו להפקיע מהקהילה כוח שרירותי על גופו וגורלו של היחיד. הן חיוניות לעיגון הנפרדות של פרטים ביחס לגוף הקולקטיבי, והנפרדות האופקית של פרטים זה מזה. פולר (Fuller), כידוע, פירט מאפיינים צורניים שבהם החוק צריך לעמוד כדי לשמור על "מוסריותו הפנימית", למשל: להיות כללי, ידוע, מפורסם, ברור, יציב, צפוי, עקבי וישים.<sup>121</sup> מדובר במאפיינים צורניים משום שהם אינם מתייחסים לתוכן של הנורמות המשפטיות. בשל כך נטען – למשל על ידי רז – כי שלטון החוק יכול לעלות בקנה אחד עם הפרות בוטות של זכויות אדם.<sup>122</sup> פולר ורז סברו כי דרישות צורניות אלה משרתות במידה מסוימת את כבוד האדם, באשר הן מאפשרות ליחיד לתכנן את עתידו;<sup>123</sup> אך תרומתו של שלטון החוק לכבוד האדם אינה מצטמצמת לכך. אף אם שלטון החוק אינו מספק ערובה לכיבוד של זכויות אדם, במידה מסוימת הוא בכל זאת מפקיע מהקהילה את כוחה על הפרט. כך, שלטון החוק לא רק משרת את יכולת התכנון של פרטים, אלא מעצים במידה רבה את החוק כגורם המתווך ומסדיר את היחסים החברתיים, ומבצר את נפרדותם של פרטים מהקהילה שבה הם חברים.

בהקשר הנוכחי חשובה יותר הטענה המזוהה בשנים האחרונות עם וולדרון, שלפיה שלטון החוק כולל לא רק תנאים צורניים ליצירת החוק אלא גם תנאים הליכיים העוסקים באכיפתו, למשל: שימוע לפני ערכאה בלתי־תלויה המקבלת הכרעות ומנמקת אותן בהתאם לראיות ולטיעונים המוצגים לפניו, זכויות לנוכחות ולייצוג בדיון ולערעור על החלטות ועקרונות נוספים המוכרים לעתים כ"כללי הצדק הטבעי".<sup>124</sup> על פי התפיסה של כבוד האדם שהציג וולדרון, כדי לבטא את הכבוד שהמדינה רוחשת לאזרחיה עליה לקיים הליך שיפוטי הוגן המאפשר להם להשתתף ביישום הנורמות המסדירות את התנהלותם. הליך זה מבטא הכרה בהם כיצורים המסוגלים להבינו, לקחת בו חלק פעיל ולקבלו כסביר והוגן.<sup>125</sup>

Applying a norm to a human individual is not like deciding what to do about a rabid animal or a dilapidated house. It involves paying attention to a point

LON L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW* (1964) 121

Joseph Raz, *The Rule of Law and its Virtue*, in *THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON* 122  
: (Raz, *The Rule of Law and its Virtue* (להלן: LAW AND MORALITY 210, 220–221 (1979)

“The rule of law may be yet another mode of protecting personal freedom, but it has no bearing on the existence of spheres of activity free from governmental interference and is compatible with gross violations of human rights”

שם. דיוויד לובן, למשל, טען שתפיסתו של פולר מושתתת על רעיון כבוד האדם; ראו David Luban, *The Rule of Law and Human Dignity: Re-examining Fuller’s Canons*, 2 HAGE 123  
.J. ON RULE L. 29–47 (2010)

.Jeremy Waldron, *The Concept and the Rule of Law*, 43 GA. L. REV. 1, 7–9. 55–57 (2008) 124  
יש לציין כי בין המבססים את שלטון החוק על כבוד האדם יש גם הטוענים שהוא מוליד גם הגבלות מהותיות, ולא רק צורניות, על תוכן הנורמות המשפטיות. טענות אלו מרכזיות פחות לענייננו.

Jeremy Waldron, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, in *GETTING TO THE* 125  
Jeremy Waldron, *How* RULE OF LAW 3 (Nomos L, James E. Fleming ed., 2011) ראו גם  
.Law Protects Dignity, 71 CAMBRIDGE L. J. 200 (2012)

of view and respecting the personality of the entity one is dealing with. As such, it embodies a crucial dignitarian idea—respecting the dignity of those to whom the norms are applied as beings capable of explaining themselves.

במסגרת ההליך הפלילי, השררה שבידי החברה על גורלו של היחיד מקבלת ביטוי דרמטי. ללא דרישות הליכיות המגוננות על הפרט ומבטאות את כבודו – דרישות שיכולות להיות פורמליות יותר או פחות, כפי שמתגלה מהשוואה בין מסורות משפטיות – ייהפך הליך זה, בשל יחסי הכוח והיחסים החברתיים שבמבנהו הבסיסי, לזירה שבה נפרדותם וכבודם של הפרטים יירמסו על ידי הכלל – אף בשיטה שבה החוקים עצמם נאורים. עקרונות כגון עצמאות ופתיחות של ההליך המשפטי (להבדיל מקיבועו מראש) מונעים מההליך להיפך למצג של הפעלת שררה צרופה של החברה על היחיד. נראה מובן מאליו שההליך הפלילי מגלם סכנה חמורה עבור הפרט, בין השאר בשל עוצמת הגינוי וטבע הסנקציות בהליך זה.<sup>126</sup> אחד הדברים המייחדים הליך זה הוא פערי הכוחות המוכנים בין התביעה לבין ההגנה. מנגנונים קהילתיים אי־רציונליים ממשיכים להיות פעילים בלב המדינה הליברלית: גם כאן רוחות השעה ושיקולים שאינם רלוונטיים יכולים להוביל לרדיפת הפרט, להוקעתו ולענישתו.<sup>127</sup> אפשר להבחין בין פגיעות בכבוד האדם הנגרמות עקב תוצאת ההליך לבין פגיעות הנגרמות במהלכו ועקב ניהולו (הבחנה זו אינה זהה להבחנה בין גישות תוצאתניות או דאונטולוגיות למשפט או להליך הפלילי, אלא מבקשת לזהות אינטואיטיבית אופנים שבהם כבוד האדם יכול להיפגע). כאשר דנים בפגיעות בזכויות עקב תוצאת ההליך מדברים בעיקר על הרשעות־שווא או על ענישה אכזרית.<sup>128</sup> במאמר זה איננו עוסקים במטרה של מניעת הרשעות־שווא כהצדקה כלכלי קבילות של עדות מומחה (ודאי שאיננו עוסקים בענישה אכזרית ובלתי־מידתית).<sup>129</sup> אנו מתמקדים בפגיעות אפשריות בכבוד האדם של הנאשם

126 ראו Choo, לעיל ה"ש 23, בעמ' 19; Twining, *Freedom of Proof and the Reform of*; Roberts and Zuckerman, *Criminal Evidence*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 442, 463–456; Andrew Ashworth, *Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure*, 22–9, בעמ' 3, לעיל ה"ש 9–22, בעמ' 15 (2002).

127 Richard B. Saphire, *Specifying Due Process Values: Toward a More Responsive Approach to Procedural Protection*, 127 U. Pa. L. Rev. 111, 115, 119–120 (1978) (להלן: Saphire); Toni M. Massaro, *The Dignity: Value of Face-to-Face Confrontations*, 40 U. Fla. L. Rev. 863, 909–911 (1988); Jeremy Waldron, *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, 105 Colum. L. Rev. 1681 (2005).

128 כותבים כמו דוורקין הדגישו את הצורך לעצב את ההליך הפלילי תוך מתן משקל ראוי לרצון למנוע הרשעות־שווא, ולכן אין לעצב אותו באופן שרירותי או באופן שמקשה על הנאשם להקים לעצמו הגנה ראויה; ראו Ronald Dworkin, *Principle, Policy, Procedure*, in *Matter of Principle* 72 (1985), בעמ' 3, בעמ' 175; Boaz Sangero, *Foundations of Evidence Law*, 252–240, לעיל ה"ש 22, בעמ' 175; and Mordechai Halpert, *A Safety Doctrine for the Criminal Justice System*, Mich. St. L. Rev. 1293 (2011).

129 בשולי הדברים נציין כי השאלה אם הרשעת־שווא מהווה כשלעצמה פגיעה בכבוד האדם אינה פשוטה: על פי התפיסה המוצעת כל הרשעה פוגעת בכבוד האדם במידת מה, אך מעבר

הנגרמות עקב אופן ניהולו של ההליך הפלילי, באופן שאינו תלוי בהשפעתן על תוצאת המשפט;<sup>130</sup> כדברי השופטת ביניש בפרשת יששכרוב: "עשיית הצדק מבוססת גם על הדרך באמצעותה מגיע בית-המשפט להכרעה בנסיבות העניין שבפניו".<sup>131</sup> רעיון זה מתבטא גם בדיונים בישראל בנושא משפט חוזר עקב עיוות דין: בצד הלכות שלפיהן עיוות דין מתקיים רק כשהפגם הדיוני משפיע על תוצאת המשפט,<sup>132</sup> יש הלכות שלפיהן עיוות דין יכול להיגרם גם בלא קשר להשפעה על תוצאות ההליך<sup>133</sup> – לא רק בשל החשש שפגם דיוני חמור יוביל להרשעת-שווא, אלא גם בשל הצדקה הנשענת על חובת המדינה לקיים הליך פלילי הוגן.<sup>134</sup> הקשר בין כבוד האדם ושלטון החוק לבין אופן ניהולו של ההליך הפלילי, להבדיל מתוצאתו, בא לידי ביטוי בגישה של דאף, פארמר, מרשל וטדרוס. הם מדגישים כי ההליך

לכך ייתכן שכאשר הרשעה לא נובעת משרירותיות, מאדישות או מכוונה לפגוע בפרט אזי הרשעת-שווא אינה פוגעת בכבוד האדם יותר מהרשעות אחרות. מדובר בנושא מורכב שאינו מחייב בירור ואי-אפשר למצותו בהקשר הנוכחי.

130 ראו: Trechsel, לעיל ה"ש 3, בעמ' 100-101, 110; אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 863 (2014); David Resnick, *Due Process and Procedural Justice*, in (J. Roland Pennock and John W. Chapman eds., 1977); NOMOS XVIII: DUE PROCESS 206, 217-219 (R. A. DUFF, TRIALS AND PUNISHMENTS 113 (1986); R. A. DUFF, TRIALS AND PUNISHMENTS); Rinat Kitai, *Protecting the Guilty*, 6 BUFF. CRIM. L. REV. 1163 (2003); Richard L. Lippke, *Justifying the Proof Structure of Criminal Trials*, 17 INT'L J. EVIDENCE & PROOF 323 (2013) (להלן: Lippke, *Justifying the Proof Structure of Criminal Trials*); עלו בספרות גם טענות שלפיהן כאשר אדם שאכן ביצע פשע מורשע בהליך שאינו הוגן (הגרלה, תובע מחוזי חסר עכבות וכן הלאה), לא הופרה אף זכות מוסרית שלו; ראו Christopher Heath Wellman, *Procedural Rights*, 20 LEGAL THEORY 286 (2014) (להלן: Wellman).

131 הלכת יששכרוב, לעיל ה"ש 39, בפס' 45 לפסק דינה של השופטת ביניש. בפס' 66 לפסק דינה הוסיפה השופטת ביניש כי "ההגנה על הזכות להליך פלילי הוגן אינה מתמצית בבחינת השפעתם הפוטנציאלית של פגמים דיוניים על תוצאות המשפט דווקא, אלא נדרשת בהקשר זה ראייה רחבה המתבססת על שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין".

132 ראו, למשל, מ"ח 6223/04 גולדין נ' מדינת ישראל, פס' 9 להחלטתו של השופט לוי (פורסם בנבו, 13.10.2004); מ"ח 4811/12 סאלם נ' מדינת ישראל, פס' 27-28 להחלטתו של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 2.5.2013); מ"ח 511/12 דוידוב נ' מדינת ישראל, פס' 19 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 11.7.2013); מ"ח 3378/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 24 להחלטתה של המשנה לנשיא נאור (30.7.2014).

133 ראו, למשל, מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 375 354 (2002); מ"ח 7929/96 קזולי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 563-565 (1999); מ"ח 5568/09 סביחי נ' מדינת ישראל, פס' 21 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 31.8.2011).

134 ראו גם דוד וינר "בעקבות פרשת עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן" קריית המשפט ד 169, 192-193 (2004). מעניינת הטענה שלפיה בארצות-הברית מתרחש תהליך הפוך מאז נהפכה הזכות להביאס קורפוס לזכות מכוונת-תוצאה באופייה, המתמקדת ברצון למנוע הרשעת-שווא ולא דווקא לשמור על נורמות הליכיות; ראו Roger Berkowitz, *Error-Centricity, Habeas Corpus, and The Rule of Law as The Law of Rulings*, 64 LA. L. REV. 477 (2004).



לא נועד רק לגילוי האמת העובדתית אלא מדובר כדיאלוג בין המדינה לנאשם, האמור לבטא את ההכרה בכבוד האדם שלו.<sup>135</sup> הכרה זו מטילה על בית המשפט לא רק חובה הנוגעת להיעדר ספקות משמעותיים בכל הנוגע למעשים המיוחסים לנאשם, אלא גם חובות הנוגעות באופן הבירור של שאלה זו כגון התחשבות בחזקת החפות של הנאשם ובזכויותיו.<sup>136</sup> הגנה על זכויות היא רכיב חשוב בהוגנות ההליך הפלילי והצדקתו.<sup>137</sup> בהתבסס על תפיסה זו נטען כי יש לקבל ערעור של נאשם שאכן ביצע את המעשים המיוחסים לו אם המדינה לא ניהלה הליך פלילי המכבד אותו ומשקף את מעמדו המוסרי.<sup>138</sup> גישה זו אינה יוצאת־דופן ושותפים לה כותבים נוספים.<sup>139</sup>

אמות־המידה הנובעות מכבוד האדם ומהעיקרון ברבר שלטון החוק, ומחייבות את המדינה במסגרת ההליך הפלילי, משליכות גם על הליך הבירור של העובדות. כך, למשל, טענו דאף ועמיתיו כי אין לקבל ראיות לגבי הרשעות קודמות – לא רק בגלל שערכן ההוכחתי נמוך מהסיכון שיובילו לעיוות דין, אלא גם משום שהן מבטאות יחס לא הולם כלפי הנאשם: הן כובלות אותו לעברו ולא מכירות בו כמי שיכול לשנות את התנהגותו בניגוד לסטטיסטיקה.<sup>140</sup> ביטוי למגמה זו ניתן גם בהלכת יששכרוב, שבה נדונה פסילת ראיות שהמדינה השיגה

- ANTHONY DUFF, LINDSAY FARMER, SANDRA MARSHALL AND VICTOR TADROS, THE TRIAL ON TRIAL: VOLUME 3 – TOWARDS A NORMATIVE THEORY OF THE CRIMINAL TRIAL 70–82 (2007) (להלן: DUFF, FARMER, MARSHALL AND TADROS). ראו גם Anthony Bottoms and Justice Tankebe, *Beyond Procedural Justice: A Dialogic Approach to Legitimacy in Criminal Justice*, 102 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 119 (2012) 135
- שם, בעמ' 87–91, 108–109. בדומה טען דורון מנשה כי כללי הקבילות במשפט רצויים לשם שימור יושרתו של השופט בכיצוע תפקידו ולשם מניעה של עיוות דין; ראו מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות, לעיל ה"ש 23, על גישתו של מנשה ראו גם שי אוצרי "מודל ביזורי של קביעת עובדות: הצעה לגישה חדשה בעקבות עיון בספר 'הלוגיקה של קבילות ראיות' מאת דורון מנשה" הפרקליט נג 247 (2014). ראו גם Ho, A PHILOSOPHY OF EVIDENCE LAW, לעיל ה"ש 24, בעמ' 48–49, 71–84. 136
- T. M. Scanlon, *Due Process*, in NOMOS XVIII: DUE PROCESS 93, 94–97 (J. Roland Pennock and John W. Chapman eds., 1977) (להלן: Scanlon). 137
- ראו גם DUFF, TRIALS AND PUNISHMENTS, לעיל ה"ש 130, בעמ' 114–119. 138
- אלאן, לדוגמה, מדגיג בעקבות טרייב את הערך הפנימי של הליך שיפוטי המתנהל כדיאלוג רציונלי בין כמה צדדים ואת הדמיון בין הליך שיפוטי מעין זה לבין פרוצדורות פוליטיות של דמוקרטיה דליברטיבית; ראו T. R. S. Allan, *Procedural Fairness and the Duty of Respect*, 18 OXFORD J. LEGAL STUD. 497 (1998) (להלן: Allan, *Procedural Fairness and the Duty of Respect*). בעיני ליפקה, המבנה של ההליך הפלילי מבטא את הכבוד שהחברה רוחשת ליכויות של כל אדם ואת הזהירות הרבה שהיא נוקטת לפני שהיא פוגעת בזכויות הפרט; ראו Lippke, *Justifying the Proof Structure of Criminal Trials*, לעיל ה"ש 130. 139
- DUFF, FARMER, MARSHALL AND TADROS, לעיל ה"ש 135, בעמ' 111–114. שילוב ראיות בנוגע להסתברות כיצוע עברה הוא בעייתי גם תוך התייחסות לקבוצה שאליה הנאשם משתייך, משום שהדבר יפגע בו "by implying that he is a prisoner of his group membership" (שם, בעמ' 254).

שלא כדיון.<sup>141</sup> בפסק הדין נאמר כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הביא לשינוי האיזון בין השיפת האמת לבין ערכים אחרים "שעיקרם הגנה על זכויות הנאשם ושמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו".<sup>142</sup> אם כן, יש לחשוב על כללים ראייתיים לא רק מנקודת המבט של הרשעת-שווא אלא גם מנקודת המבט הרואה את ההליך הפלילי כמבטא יחס של כבוד לנאשם. בהקשר זה אפשר לדבר על הקשר בין זכויות הליכיות של הנאשם לבין כבוד האדם של כלל האזרחים, אך מוקד הדיון הוא כבוד האדם של הנאשם.

על רקע הנחות אלה נדון בסעיפים הבאים בעדות מומחה בעניין זיכרון מודחק. הידע הקיים בתחום הפסיכולוגיה בעניין זיכרון מודחק אינו עומד במבחני דאוברט, בעיקר במבחנים הנוגעים לרמת המהימנות. לפיכך, בית המשפט אינו יכול לקיים הליך נגיש ובהיר של מתן משקל לעדות בעניין אמיתות זכרון מסוים. השלכה זו בעייתית מבחינת כבוד האדם של הנאשם ומבחינת עיקרון שלטון החוק בכמה היבטים: ראשית, הדבר חושף מחדש את הפרט לסכנה של ענישה שרירותית על ידי הקהילה; שנית, הדבר פוגע ביכולת של בית המשפט להכריע באופן עצמאי בשאלות העובדתיות המואצלות, הלכה למעשה, לעד המומחה; שלישית, הדבר פוגע ביכולתו של הנאשם להתגונן באופן רציונלי כנגד הטענות נגדו; רביעית, הדבר פוגע בהצדקה הציבורית של הרשעתו.

## 2. מניעת שרירותיות

ההצדקה הראשונה להחלתם של מבחני דאוברט מתבססת על הרעיון המוכר ששימוש שרירותי בכוח המדינה על היחיד הוא פגיעה בכבודו. לוק כתב כי חירות האזרח פירושה בין היתר "שלא להיות כפוף לרצונו הבלתי-יציב, הבלתי-בטוח, הבלתי-ידוע והשרירותי של הזולת", וכי "חופש זה ממרות שרירותית ומוחלטת, כה נחוץ הוא לשמירת קיומו של אדם, וקשור בה קשר כה אמיץ, שאין אדם יכול לוותר עליו אלא מתוך שאבדה לו זכותו לשמור על קיומו ואף לחיות".<sup>143</sup> רעיון זה נקשר בעקרון שלטון החוק: לפי טענה רווחת, אחת המטרות המרכזיות של עיקרון זה היא מניעת הפעלה שרירותית של כוח בחברה.<sup>144</sup> יחס שרירותי

141 הלכת יששכרוב, לעיל ה"ש 39, בפס' 39-49 לפסק דינה של השופטת ביניש.

142 שם, בפס' 48 לפסק דינה של השופטת ביניש. כפי שנאמר בפסיקה מאוחרת: "הסנונית המבשרת על תזווה בנקודת האיזון שבין האינטרסים והערכים המתחרים בסוגית קבילות ראיות במשפט הפלילי, יצאה מבית-משפט זה בפסיקתו בפרשת יששכרוב" (ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 1.8.2011)).

143 ג'ון לוק על הממשל המדיני פס' 22-23 (יוסף אור מתרגם, 2013).

144 מרטין קריגר הרהיב לגבי מאפיין זה של עיקרון שלטון החוק; ראו, למשל, Martin Krygier, *Four Puzzles About the Rule of Law: Why, What, Where? And Who Cares?*, in GETTING TO THE RULE OF LAW 64, 76 (Nomos L James E. Fleming ed., 2011): "the importance of arbitrariness as an (and perhaps the) antivalue among those who have written about the rule of law for centuries is not open to doubt"; Martin Krygier, *Rule of Law (and Rechtsstaat)*, in THE LEGAL DOCTRINES OF THE RULE OF LAW AND THE LEGAL STATE (RECHTSSTAAT) 45, 48 (James R. Silkenat, James E. Hickey Jr. and Peter D. Barenboim, Krygier, *Rule of Law (and Rechtsstaat)*: "The rule of law (להלן: Springer eds., 2014) is commonly contrasted with arbitrary exercise of power; that, above all, is the evil

איננו תמיד פוגעני, אך הוא נעשה פוגעני כשהוא נוגע, בין השאר, להפעלת כוחה האלים של המדינה. על פי התפישה שהוצגה בסעיף הקודם, קהילות עושות שימוש שרירותי בכח על מנת לשלול את הריבוי והנפרדות של חבריהן. הפגיעה של אלימות מדינתית שרירותית בכבוד האדם מועצמת בשל העובדה שפעולות המדינה טוענות מטיבן ללגיטימיות, ולכן גם כשאלמות המדינה היא שרירותית מבחינת תוצאתה וכוונת מבצעה, היא לא תוצג ככזו. שרירותיות במסגרת ההליך הפלילי לא רק תחשוף את הפרט לאלימות המדינה אלא תעצים אותה משום שהפגיעה ביחיד תתיימר להיות מבוססת, זהירה ולגיטימית.

החשש מפני שימוש שרירותי בכוח מבסס את הצורך בתנאים הליכיים להחלת נורמות משפטיות. התנאים של פולר העוסקים בחקיקה והתנאים ההליכיים של וולדרון נועדו, בין היתר, להפחית את החשש מפני סוגים מסוימים של שרירותיות שלטונית. במשפט הפלילי, המערך הנורמטיבי המיועד לבלום שרירותיות כלפי היחיד מושתת על חזקת החפות ויוצק לתוכה תוכן. שרירותיות יכולה לאפיין את תוצאת המשפט או את גישת השופט לשאלות שלפניו. מאחר שהדיון הנוכחי אינו עוסק במטרה של מניעת הרשעות-שווא, ומנסה לאתר הצדקות אחרות לכללים הליכיים, אפשר לשים את הדגש לא על שרירותיות בתוצאה אלא על שרירותיות בגישה וביחס של השופט לבירור השאלות שלפניו. שרירותיות מסוג זה קיימת בהליך הפלילי כשמסקלן של הראיות כשלעצמן, ומסקלן המצטבר, לא נבדקו באופן מסודר ושקוף. רכיבים של הערכה והתרשמות אינם הופכים בהכרח ממצא עובדתי לשרירותי, אולם

”that the rule of law is supposed to curb” קריגר מנה ארבע תוצאות שליליות להפעלה שרירותית של כוח: פגיעה בחירות, בעיקר במובן הרפובליקני; פגיעה ביכולת הפרטים לכוון את התנהגותם ולשתף פעולה זה עם זה; יצירת חשש מתמיד מפני התערבות בחיי הפרט; והפגיעה בכבוד האדם (שבה דן גם וולדרון) הכרוכה בהתייחסות לפרט כאובייקט שמופעלת עליו סמכות כשאינן לו אפשרות ממשית להעריך איזה יחס יקבל או לעשות דבר כלשהו כדי להשפיע על עניין זה; ראו לעיל Krygier, *Rule of Law (and Rechtsstaat)*, בעמ' 50; Martin Richard H. Fallon, Jr., *The Rule of Law*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Michel Rosenfeld and András Sajó eds., 2012) 233. ראו גם Krygier, *Rule of Law*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Richard H. Fallon, Jr., ed., 2012) 233; *The Rule of Law*” as a Concept in Constitutional Discourse, 97 COLUM. L. REV. 1, 7–8 (1997); Courtney Taylor Hamara, *The Concept of the Rule of Law*, in *LAW, LIBERTY, AND THE RULE OF LAW* 11, 16 (Imer B. Flores and Kenneth E. Himma eds., 2013); GERANNE LAUTENBACH, *THE CONCEPT OF THE RULE OF LAW AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS* 22, 54 (2013); Mortimer N. S. Sellers, *What Is the Rule of Law and Why Is It So Important?*, in *THE LEGAL DOCTRINES OF THE RULE OF LAW AND THE LEGAL STATE (RECHTSSTAAT)* 3, 4, 8 (James R. Silkenat, James E. Hickey Jr. and Peter D. Barenboim eds., 2014).

Richard H. Fallon, Jr., *The Rule of Law*” as a Concept in Constitutional Discourse, ראו גם 97 COLUM. L. REV. 1, 7–8 (1997); Courtney Taylor Hamara, *The Concept of the Rule of Law*, in *LAW, LIBERTY, AND THE RULE OF LAW* 11, 16 (Imer B. Flores and Kenneth E. Himma eds., 2013); GERANNE LAUTENBACH, *THE CONCEPT OF THE RULE OF LAW AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS* 22, 54 (2013); Mortimer N. S. Sellers, *What Is the Rule of Law and Why Is It So Important?*, in *THE LEGAL DOCTRINES OF THE RULE OF LAW AND THE LEGAL STATE (RECHTSSTAAT)* 3, 4, 8 (James R. Silkenat, James E. Hickey Jr. and Peter D. Barenboim eds., 2014).

אלה צריכים להיות שקופים, שקולים, רפלקטיביים ביחס לאפשרות של הטיות שונות, ורצוי אף מנומקים. כאשר בית המשפט מתבקש להשתמש בממצאים שמומחים מציגים בהיעדר מידע לגבי רמת המהימנות של ממצאים אלו, נראה כי שרירותיות היא בלתי-נמנעת.

שרירותיות בגישתו של השופט באה לידי ביטוי בהקשר זה בשני מצבים: ראשית, כשטענות עובדתיות אינן בעלות משקל ברור או, שנית, כשהן לא באמת טענות עובדתיות – מצב המתרחש כשתפיסות עולם, השקפות או דעות מוסוות כטענות עובדתיות. דוגמה מובהקת לכך הם ממצאים עובדתיים בדבר "טובת הילד", למשל בהקשר של סכסוכי משמורת. כפי שהראה מנוקין במאמרו הקלאסי על עדויות מומחה בסכסוכי משמורת, מאחורי שאלות עובדתיות לכאורה מסתתרות שאלות קיומיות "גדולות" ומחלוקות אידאולוגיות פרוצות.<sup>145</sup> גם בהקשרים אחרים בהם מומחים מתבקשים בישראל לקבוע את "טובת הילד" – למשל, בשאלה האם לשנות שם של ילד, האם לבצע בדיקת רקמות לצורך קביעת אבהות, האם לבצע ברית מילה בהעדר הסכמה בין ההורים על נושא זה, או האם להתיר לקטין לעבור טיפולים מסויימים שאינם הכרחיים מבחינה רפואית – עמדות אידאולוגיות מסתתרות מאחורי שיח של מומחיות וטענות עובדתיות.

בענייננו מתקיימים שני הסוגים של שרירותיות, שיכולים לאפיין את יחסו וגישתו של שופט לברור השאלות שלפניו. ראשית, שרירותיות נוצרת עקב היעדר ידע לגבי רמת המהימנות של הכלים והסימנים שבהם המומחה נעזר כדי להבחין בין זיכרון אותנטי לבין זיכרון כוזב. שנית, טשטוש המובחנות של טענות עובדתיות מייצר אף הוא יחס של שרירותיות. כיוון שניתן להבין באופן אינטואיטיבי כיצד שרירותיות נובעת מהעדר ידע לגבי רמת המהימנות של טענות עובדתיות, הפסקאות הבאות יתמקדו בשרירותיות מהסוג השני, זו הקשורה בטשטוש המובחנות של טענות עובדתיות. בהקשר של הפרשיות שתוארו בראשית המאמר, וחוות הדעת שניתנו במסגרתן, נשאלת השאלה אם לחלומות, לזיכרונות, לדימויים ולתחושות הצפים, עולים ומתומללים במסגרת התבוננות עצמית, שיח עם קרובים, או הדינמיקה של הטיפול הפסיכולוגי – חומרי גלם עליהם מבססים המומחים את מסקנותיהם – יש מקום בתוך "עולם העובדות", אותו מרחב של אובייקטיביות שבני אדם חולקים זה עם זה. המרחב של התבוננות פסיכולוגית המתפתח בין מטפל למטופל, בין מטופל לבין קרוביו או בין המטופל לעצמו, והתהליכים המתרחשים בו, יכולים, ואולי אף צריכים, להתנתק בהדרגה מ"עולם העובדות" המחייב, על פי תפישתה של ארנדט, מגוון של פרספקטיבות עצמאיות המאתגרות זו את זו. בהקשר של זיכרונות מודחקים, החשש אפוא אינו רק מסוגסטיה המשתילה זיכרונות באופן מגמתי. החשש הוא, בין השאר, שחומרי גלם פסיכולוגיים יטופלו במשפט כעובדות גם כאשר הם שונים מהן באופן עקרוני. בפרשות המתוארות בראשית המאמר, רק מקצת האינדיקציות עליהן נסמכו מומחי התביעה היו דפוסי התנהגות מדידים, וגם ככל שאנו מדברים על דפוסי התנהגות כאלה אין תשובה מוסכמת לשאלה עד כמה ובאילו תנאים הם יכולים לבסס את אמינות הזכרון המודחק. לכך יש להוסיף את הקושי העקרוני הנעוץ בכך שמומחי התביעה נסמכו על התרשמיות ותרשומות של גורמים מטפלים. בהקשר זה – כמו בסוגיות אחרות שבהן מתבקשת עדות

Robert H. Mnookin, *Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of* 145  
*Indeterminacy*, 39 L. & CONTEMP. PROB. 226 (1975)

של פסיכולוג – יש הכרח בכלים מובנים לתצפית ולאבחון, מתוקננים (standardized), אובייקטיביים ונתמכי ראיות – הן כדי לוודא שעסקינן בטענות עובדתיות המתייחסות לעולם המשותף והן כדי להעריך את רמת מהימנותן.

כפי שהוער בסעיף הקודם, התכחושות למוכחות של טענות עובדתיות – אף אם נאפיין קטגוריה זו של טענות באופן רחב ופתוח – קשורה באופן מהותי לאלימות שרירותית של החברה כלפי הפרט ולמחיקת הריבוי והנפרדות של פרטים. כפי שראינו, ארנדט תארה תלות הדדית בין יחס חברתי של כבוד כלפי המוכחות של טענות עובדתיות לבין שמירה על הנפרדות של פרטים. לא רק מי שמחזיק בהבחנה חדה בין שאלות עובדתיות לבין שאלות ערכיות יכול להצביע על סכנה זו של פגיעה בנפרדות של פרטים ולהתריע מפניה. במקרים רבים ממצאים עובדתיים שמומחים מספקים לבית המשפט – למשל בשאלות רפואיות – כוללים ממד של שיפוט. כאשר מדובר בממצאים העוסקים בהתנהגות אנושית, לעתים קרובות השיפוטים המוצעים לבית המשפט כמצאים כוללים גם ממד של הערכה מוסרית. ארנדט הדגישה את התפקיד של שיפוטם ושל הערכות מוסריות בהבנתנו את העולם האובייקטיבי המשותף לנו ולבני אדם אחרים; נראה כי לדידה הנוכחות של שיפוט ושל הערכה אינה מקעקעת את האופי העובדתי של טענות.<sup>146</sup> עם זאת, בצד הסוגים השונים של טענות עובדתיות – גם אלה הכוללות ממדים של שיפוט והערכה – יש תחומי שיח שאין להם דבר עם עובדות. שיח ה"דעות", למשל, שלדעת ארנדט מאפיין הן דמוקרטיה והן משטרים טוטליטריים, נוטה להציג את עצמו כשיח של עובדות גם כשאין לו כל תשתית עובדתית, ובדרך זו הוא חותר תחת האובייקטיביות והממשות של העולם המשותף.<sup>147</sup> אפיין

146 אחד הרכיבים בחשיבתה של ארנדט על שיפוטם הוא ההתמזגות של תיאור עם הערכה. ארנדט פיתחה נקודה זו כבר במסות שכוונסו בספר *ESSAYS IN UNDERSTANDING*. במסות אלה עמדה ארנדט על עדיפות השיפוט על פני הגישה של מדעי החברה לתופעות כגון מחנות השמדה בזכות יכולתם של שיפוטם להתמודד עם הלא מוכר ובשל השילוב בין ניתוח להערכה. ראו Hannah Arendt, *Understanding and Politics*, in *ESSAYS IN UNDERSTANDING, 1930-1954: FORMATION, EXILE, AND TOTALITARIANISM* 307 (Jerome Kohn ed., 2005); Hannah Arendt, *Social Science Techniques and the Study of Concentration Camps* 12 *JEWISH SOCIAL PETER BAEHR, HANNAH ARENDT, TOTALITARIANISM AND THE SOCIAL SCIENCES* (2010). במאמר על תפיסת השיפוט של ארנדט הראה רוברט פיין כי ארנדט התנגדה לפיצול בין תיאור מדעי חף מערכים מהסוג שמדעי החברה מתיימרים לספק מחד גיסא, לבין העברת ביקורת מוסרית המתעלמת מהבנה "תיאורית" של התופעה המבוקרת מאידך גיסא; ראו Robert Fine, *Judgment and the Reification of the Faculties: A Reconstructive Reading of Arendt's Life of the Mind*, 34 *PHIL. SOC. CRITICISM* 157, 169 (2008). לדעת ארנדט, עם הדעיכה של יכולת השיפוט דועכת גם היכולת להבין משום שהשתיים כרוכות זו בזו. שיפוט משלב יכולת להבנה של הפרטיקולרי מתוך חופש מהנחות יסוד תאורטיות קשיחות – עם יכולת הערכה שאינה תלויה בכללים מוגדרים מראש. כל ניסיון לשיפוט בלי להבין מוביל לתפיסה דיכוטומית ומסולפת של העולם במונחים של טוב ורע. פיין מוסיף כי בספרה על משפט אייכמן יצאה ארנדט נגד תפיסה דיכוטומית כזו של המציאות לטובת גישה המשלבת הערכה והבנה.

147 HANNA ARENDT, *THE ORIGINS OF TOTALITARIANISM* 427 (1951): "Totalitarianism's central assumption that everything is possible thus leads through consistent elimination of all

מדויק של סוגי הטענות המטשטשות את המובחנות של טענות עובדתיות מחייב דיון נרחב שלא ניתן לקיים במסגרת הנוכחית. הפסקאות הבאות יגעו בקצרה בתוצאות של טשטוש הגבולות בין טענות עובדתיות וטענות אחרות.

ארנדט הציעה בכמה הקשרים שהכחשת המובחנות של טענות עובדתיות משולה להרס העולם המשותף לבני האדם.<sup>148</sup> מקרה מובהק של הכחשה כזו הוא התייחסות לטענות עובדתיות כעניין של דעה. אחת הסכנות האורבות לפתחו של הדיון המשפטי היא שהשיח על עובדות ינוהל הלכה למעשה כשיח על דעות. כאמור, הכחשת המובחנות של טענות עובדתיות מאפיינת משטרים טוטליטריים, אך לא רק אותם: האובייקטיביות של עובדות נתונה למתקפה מתמדת מצד תעשיית הדעות גם בדמוקרטיה בעלות מאפיינים ליברליים.<sup>149</sup> כדוגמה לכך ציינה ארנדט כי העובדתיות של ההיסטוריה נמצאת תחת מתקפה מתמדת בתרבותנו ומוצגת – במפורש ולא רק משתמע – כעניין של דעה והשקפה. זוהי התקפה על העולם המשותף משום שעולם משותף זקוק, לדעת ארנדט, לעיגון בעובדתיות של ההיסטוריה.<sup>150</sup> בתפיסתה של ארנדט, טשטוש ההבחנה בין טענות עובדתיות לטענות השקפתיות, הרס העולם המשותף, צורות שונות של דחיית המציאות הארצית – כל אלה קשורים באופן

factual restraints to the absurd and terrible consequence that every crime the rulers can .conceive of must be punished, regardless of whether or not it has been committed”

148 לדיון בתופעה זו בהקשר חוות דעת של מומחים בשאלת טובת הילד, ראו ליאור ברשק “כבוד האדם בבית המשפט למשפחה: ביקורות נוספות על חוות הדעת המקצועיות” (לא פורסם). ארנדט כותבת על האופן בו שקר עלול להביא לחורבן העולם המשותף:

HANNA ARENDT, BETWEEN PAST AND FUTURE: EIGHT EXERCISES IN POLITICAL THOUGHT 252–254 (1961): “the result of a consistent and total substitution of lies for factual truth is not that the lies will now be accepted as truth, and the truth be defamed as lies, but that the sense by which we take our bearings in the real world—and the category of truth vs. falsehood is among the mental means to this end—is being destroyed. [...] If the past and present are treated as parts of the future—that is, changed back into their former state of potentiality—the political realm is deprived not only of its main stabilizing force but of the starting point from which to change, .to begin something new”

149 ראו ARENDT, BETWEEN PAST AND FUTURE, לעיל ה”ש 148, בעמ’ 239: “to the extent that factual truth is exposed to the hostility of opinion-holders, it is at least as vulnerable as rational philosophical truth”. על שיח הדעות התוקף את המציאות, ראו גם: Arendt, *Lying in Politics: Reflections on The Pentagon Papers*, NEW YORK REVIEW OF BOOKS (Nov. 18, 1971); HANNAH ARENDT, MEN IN DARK TIMES ix (1970) בעלות ממדים קהילתיים חלשים יותר הכבוד כלפי אובייקטיביות זו מבוסס יותר. מכל מקום, הטוטליטריות – מבחינת האיום שהיא מציבה כלפי האובייקטיביות של העולם המשותף (כמו גם מבחינות אחרות) – היא הקצנה של מגמות רווחות בשיח הדעות המודרני.

150 ARENDT, THE ORIGINS OF TOTALITARIANISM, לעיל ה”ש 147, בעמ’ 9: “For history itself is destroyed, and its comprehensibility—based upon the fact that it is enacted by men and therefore can be understood by men—is in danger, whenever facts are no longer held to be part and parcel of the past and present world, and are misused to prove this .or that opinion”

מהותי, ולא מקרי או אגבי, לפגיעה בנפרדות של פרטים. על כן, כאשר תרבות או חברה מסוימת מטשטשות – בין השאר בהליכים משפטיים – את ההבדלים בין טענות עובדתיות לטענות השקפתיות, הפגיעה בפרטים לא תאחר להגיע.

לפי ארנדט, הרס העולם המשותף דוחק פרטים אל קיומם הבסיסי: אל הספּרה של משק הבית שבה הם עסוקים במעגל החיים הביולוגי ובסיפוק של צורכי הגוף, ספּרה שבה הנפרדות של פרטים אינה יכולה לקבל הגנה וביטוי מלאים.<sup>151</sup> בהיעדר מרחב ציבורי ומשותף, שבמסגרתו נפרדותו של הפרט מאושרת על ידי ההצטלכות בין נקודת השקפתו על העולם לנקודת ההשקפה של פרטים אחרים, נותר לו רק המרחב הפרטי. בעולם האובייקטיבי שבני אדם חולקים זה עם זה, עצם נפרדותם של יחידים מבוצרת ומקבלת מעמד של עובדה, מתוך הכרה ביחס שבין נקודות ההשקפה הנפרדות שלהם. כך, האובייקטיביות של עולם העובדות המשותף לכל בני האדם והריבוי האנושי כרוכים זה בזה. מחד גיסא, ארנדט מדגישה שהאובייקטיביות של העולם מניחה נפרדות בין בני אדם: אובייקטיביות נולדת במפגש של נקודות השקפה שונות המאשרות, מזויות שונות, את קיומם של אותם אובייקטים ותופעות;<sup>152</sup> מאידך גיסא, נפרדות אפשרית רק בתוך עולם אובייקטיבי ומשותף שאליו בני אדם מגיחים מתוך הספּרה הפרטית של קיומם.

ארנדט מציגה בכתיבתה דוגמאות לתלות הרדית זו. בספּרה על הטוטליטריות היא מאפינת את הטוטליטריות במחיקת הנפרדות של פרטים ודחיסתם לכדי גוף קולקטיבי אחד. מאפיין זה של הטוטליטריות הוא מהותי כמו טשטוש המובחנות של טענות עובדתיות (וקריסתו של עולם אובייקטיבי משותף); כאמור, מאפיינים אלה כרוכים זה בזה. הזיקה ההדוקה בין תופעות אלה מתגלית גם בהקשרים אחרים. כך, למשל, ארנדט מאפינת תנועות דתיות הקוראות להתחדשות מוסרית ורוחנית כתנועות הדוחות הן את העולם הממשי שבני אדם חולקים זה עם זה והן את הנפרדות של חבריהן, המצופים להימצא ביחסים הרדיים של אחדות אמונה ואחדות אינטרס ולהתלכד לכדי גוף אחד. הדיון על העולם המשותף בספר המצב האנושי פורש את הזיקה בין קשרים בין-אישיים השוללים נפרדות כגון אהבה ומתת-חסד לבין דחיית עולם העובדות. בפתח דבריה, ארנדט עומדת על כך שעולם האובייקטים מפריד בין בני אדם, ובהמשך היא מתמקדת בביקורת על הנצרות: "המשימה הפוליטית העיקרית של פילוסופיה הנוצרית המוקדמת היתה למצוא קשר בין אנשים שיהיה חזק דיו להחליף את העולם, ואוגוסטינוס הוא זה שהציע לייסד לא רק את האחוּוה' הנוצרית אלא את כל

151 לפיתוח רעיון זה ראו Lior Barshack, *Dignity, Descent, and the Rights to Family Life*, 8 (2014) L. & ETHICS HUM. RTS. 161.

152 **המצב האנושי**, לעיל ה"ש 118, בעמ' 169: "תפקיד הדברים בעולם הוא לייצב את החיים האנושיים, והאובייקטיביות שלהם נעוצה בעובדה שבניגוד לאמירתו של הרקליטוס – שאותו אדם לעולם לא יוכל להיכנס [פעמיים] לאותו הנהר – ולמרות טבעם המשתנה תמיד, בני האדם יכולים לשקם את עצמיותם הרציפה (sameness), כלומר את זהותם, על ידי כך שהם מתייחסים לאותו כיסא ולאותו שולחן. [...] רק אנחנו, שהקמנו את האובייקטיביות של עולם משלנו מתוך מה שהטבע מעניק לנו, ששיבצנו אותו בתוך סביבת הטבע על מנת שיגן עלינו מפני הטבע, יכולים להשקיף על הטבע בתור משהו 'אובייקטיבי'. בלי עולם [שחוצץ] בין האדם לטבע, ישנה תנועה נצחית אבל אין אובייקטיביות".

היחסים האנושים על מתת-חסד".<sup>153</sup> כשם שהאחוה הנוצרית שוללת את עולם העובדות, היא ממוטטת את הנפרדות בין בני אדם: "אופייה הלא-פוליטי, לא-פומבי של הקהילה הנוצרית הוגדר מראשיתה באמצעותה התביעה שהיא תהווה קורפוס, 'גוף', שאיבריו אמורים להתייחס זה לזה כמו אחרים בני אותה משפחה".<sup>154</sup>

התובנה שניתן לחלץ מדוגמאות אלה ואחרות היא שפרקטיקות של שיח החותרות תחת האובייקטיביות של העולם המשותף מציבות איום ישיר כלפי הנפרדות של יחידים וכלפי כבוד האדם. טענה זו חלה גם על שיח על ראיות המערער את המובחנות של טענות עובדתיות ואת האובייקטיביות של העולם המשותף. כאשר לא מקפידים במסגרת ההליך הפילי על הבחנה בין עניינים עובדתיים לעניינים של השקפה, תחושה או "דעה", שוללים מהנאשם את האפשרות לחיות בעולם אובייקטיבי, המשותף לו ולבני אדם אחרים, עולם המעגן ומבצר את נפרדותו. לא רק שההכרעה בענייננו תהיה שרירותית, אלא שרירותיות זו קשורה במהותה למגמות חברתיות החותרות תחת הנפרדות והריבוי של פרטים, והעלולות להציב סכנות מיוחדות בפני נאשמים.

### 3. אי-האצלה

הטיעון השני נוגע בדרישה שבית המשפט יכריע בעצמו בשאלות עובדתיות. כאן אין מדובר בתוכן הידע המועבר לבית המשפט כשלעצמו אלא בהשפעתו על "מיקום" ההכרעה השיפוטית במרחב הפוליטי-חברתי. כפי שנטען לעיל, הכרעות מסוימות מסורות למדינה בלבד, משום שהיא מבצרת את מעמדו של הפרט כנפרד מהחברה, מחלצת את היחיד מאחיזתה של הקהילה ומגנה על המרחב הפרטי מפני שחיקה בהקשרים חברתיים הנוטים לחודרנות ולכפייה.<sup>155</sup> גם בעבר הרחוק, צורות מסורתיות וקדם-מדינתיות של סמכות יכלו להגן על כבוד האדם באמצעות הפקעת כוח מהחברה. במידה מסוימת תיתכן הגנה על כבוד האדם אף תחת שלטון עריץ, משום שהפקעת כוחה של החברה על היחיד תורמת לנבדלות הפרט וליצירת מרחב פרטי. גם משטר מעין זה יכול לשרת את גרעין הרעיון של הגנה על כבוד האדם באמצעות מיקום סמכות וכוח מחוץ לחברה וסימון גבולותיהם.

בספרה *יסודות הטוטליטריות* הדגישה ארנדט את ההבחנה בין משטר עריץ מסורתי לבין משטר טוטליטרי מודרני. במונחיה של ארנדט, כוח עריץ – אף כשהוא ממוטט את שלטון החוק – עדיין יכול לאפשר מרחבים של נפרדות וחירות בהשוואה למשטר טוטליטרי

153 שם, בעמ' 83.

154 שם, בעמ' 84. הזיקה בין קריסת העולם המשותף לקריסת הנפרדות הבין-אישית מומחשת שוב על ידי האופן שבו ארנדט מנתחת תופעות של עוני ורעב ודרישות "פוליטיות" להקל על מצוקות אלה כמו, למשל, דרישות האספסוף בזמן המהפכה הצרפתית. ראו Hannah Arendt, *On Revolution* (1963). לפי ארנדט, עוני ורעב מביאים בעת ובעונה אחת לקריסת העולם המשותף ולקריסת הנפרדות של פרטים. בדרישה לסיפוק צרכים הישרדותיים בסיסיים נעלמות הנפרדות והייחודיות של הקול האינדיבידואלי.

155 ראו Barshack, *Dignity, Descent and the Rights to Family Life*, לעיל ה"ש 115. בנושא האצלה של שיקול דעת שיפוטי לפסיכולוגים, ראו ליאור ברשק "כבוד האדם בבית המשפט למשפחה: ביקורות נוספות על חוות הדעת המקצועיות" (לא פורסם).



המאחד את היחידים לגוף קולקטיבי.<sup>156</sup> זאת, הן משום שכמצב של עריצות (להבדיל משלטון טוטליטרי) אין יכולת ואין מערך בירוקרטי הנחוצים להתערבות חודרנית בחיי הפרט, והן משום שאין בנמצא מסד אידאולוגי שיוליד את הרצון לעשות זאת. לכן, אף שלא מדובר בשלטון שומר חוק, בדרך כלל נשמר מרחב פרטי-אישי המוגן במידת מה מהתערבות פוגענית. להבדיל ממשטרים טוטליטריים, משטרי העריצות המסורתיים עיגנו את הנפרדות של פרטים על ידי הפרדה ברורה בין הקהילה לבין המשטר המחזיק במונופול על הכוח.

אם כן, אפשר לומר שיש חשיבות לאי-הפרטה גם במשטר שאינו ליברלי ונאור. גם במשטר כזה יש סכנה בהפרטה של סמכויות המדינה. התפיסה המוצעת של כבוד האדם מלמדת כי עצם הזליגה של צורות שררה על גורלם של פרטים בחברה – סכנה המתקיימת תמיד, גם במדינה הליברלית המודרנית – מסכנת את כבוד האדם. הדוגמה המרכזית במשפט הישראלי למתח שבין הפרטה לבין הצורך להגן על כבוד האדם היא פסק הדין בעניין הפרטת בתי הסוהר.<sup>157</sup> בהקשר של עדויות מומחים, מדובר בהפרטה של סמכות השיפוט. הטענה אינה שמדובר בסמכות שאין להפריט באופן פורמלי, שהרי נראה כי אין ויכוח בעניין זה, למרות קיומם של גופים כמו פורום תקנה, הפועלים במתכונת רשמית למדי תוך שיתוף פעולה עם גופים ציבוריים;<sup>158</sup> הטענה נוגעת בצורך להקפיד על ודאות ושקיפות לגבי "מיקום" ההחלטה השיפוטית בשל הסכנה של זליגת סמכות זו חזרה למרחב החברתי. ההצדקה לכך אינה רק החשש ממשוא פנים ומשיפוט שרירותי,<sup>159</sup> אלא הרעיון שלפיו קיבוע נוקשה של סמכות השיפוט נחוץ להגנה על כבוד האדם. חשש זה מפני הזליגה של סמכות השיפוט אל המרחב החברתי מוכר היטב במשפט. כך, למשל, הדגיש לאחרונה השופט סולברג, בהקשר של דיון בכללי הסוביידיצה, כי המשפט הפלילי "[...] צריך להתקיים בתוככי בית המשפט. מדובר בדיני נפשות. ככר העיר אינה זירה נאותה להכרעת דין".<sup>160</sup>

הטענה שלפיה זליגה של סמכות שיפוט אל התחום החברתי מנוגדת לכבוד האדם מחייבת דיון נרחב בשיטת המושבעים. לא נוכל לקיים דיון זה בהקשר הנוכחי; בקצרה אפשר לומר כי ייתכן שיש ממש בטיעון ששיטת המושבעים יוצרת סיכונים ייחודיים לפגיעה בכבוד האדם. עם זאת, יש לזכור כי שיטת המושבעים חותרת להוציא את המושבעים אל מחוץ לחברה, לבודד אותם ולמחוק את השייכויות והנאמנויות שלהם, כפי שאנו מנסים לבודד

156 לדיון באפיון של סוגי המשטר והמרחב על ידי ארנדט ראו ברשק "קודש וחול במרחב הציבורי", לעיל ה"ש 119.

157 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009). על הפרטת בתי הסוהר כזליגה של אלימות המדינה לתחום החברתי ראו Barshack, *Dignity, Descent and the Rights to Family Life*, לעיל ה"ש 115, בעמ' 177.

158 בעניין זה ראו יעקב חבה "חשיבותו של 'פורום תקנה'" המכון הישראלי לדמוקרטיה 8.5.2010; דנה פוגץ "אכיפת חוק קהילתית: על פורום תקנה ופרשת הכמרים המתעללים" המכון הישראלי לדמוקרטיה 5.8.2010; נילי כהן "אסירים, ענישה קהילתית וחינוך – בין 'סמכותה הטבעית' של המדינה לבין הפרטה, קהילתיות ופרטיות" משפט ועסקים יד 595 (2012).

159 לוק כבר התייחס לרעיון שהשיפוט הפרטי נוטה לסובייקטיביות ומשוא פנים ולכן יש צורך במדינה.

160 ע"א 409/13 שידורי קשת בע"מ נ' שמעון קופר, בפס' 2 לפסק דינו (פורסם בנבו, 11.4.2013).

את השופטים מהשפעה חברתית בשיטתנו.<sup>161</sup> בעיני התומכים בשיטת המושבעים, שיטה זו מצליחה להפקיע את סמכות השיפוט מהחברה באופן מוצלח אף יותר משיפוט על ידי שופטים מקצועיים. לעתים קרובות נטען כי שופטים מקצועיים מייצגים את נקודת המבט של מעמד מסוים בחברה שעה שההרכב של חבר המושבעים וכידודם במהלך המשפט אמורים לייצר נקודת מבט נייטרלית, חיצונית ומנותקת ביחס לחברה.

קבלה של חוות דעת מומחה כרוכה בסכנה לזליגה לא מבוקרת של סמכות שיפוט. סכנה זו מתעוררת בשני מצבים: בראשון, המומחה מחווה את דעתו לגבי שאלות הנתונות מבחינה נורמטיבית לשיקול הדעת הבלעדי של בית המשפט: הכשל נעוץ בעצם הפניית השאלה אל המומחה. במצב השני, המומחה מחווה את דעתו על שאלה עובדתית שאפשר להפנות אליו, אך הוא עושה זאת באופן שלא מאפשר לשופט לקבל את חוות דעתו בלי להאציל אליו בפועל את סמכות ההכרעה לגבי אותה שאלה: כאן הבעיה היא באופן שבו חוות הדעת של המומחה מועברת לבית המשפט.

כאמור, המצב הראשון מתייחס לשאלות הנתונות לשיקול הדעת הבלעדי של בית המשפט. אין להתיר למומחה לחוות את דעתו לגביהן גם אם הוא עשוי לדעת את התשובה יותר טוב מבית המשפט. כך, למשל, מקובל כי אין לקבל חוות דעת של מומחה בכל הנוגע לשאלות משפטיות הנוגעות לדין המקומי (להבדיל מחוות דעת בנוגע לדין זר).<sup>162</sup> לעתים לא מדובר בשאלות משפטיות נורמטיביות אלא בשאלות עובדתיות מטיבן. כך, למשל, עיקרון ידוע במשפט האנגלי הוא שהערכת אמינותם של עדים היא פעולה שבתחום סמכותם של המושבעים, למעט במקרים חריגים שבהם יתקשו לבצע פעולה זו – למשל מכיוון שהעד סובל ממחלה פיזית או נפשית מיוחדת.<sup>163</sup> על פי רוב יורשה המומחה לספק עדות כללית אך לא יישומית: הוא יורשה לספק רקע על המאפיינים הקבוצתיים של העד (למשל: ילדים

161 על אופן קבלת ההחלטות של המושבעים ראו, למשל, Albert W. Alschuler, *The Supreme Court and the Jury: Voir Dire, Peremptory Challenges, and the Review of Jury Verdicts*, 56 U. CHI. L. REV. 153 (1989); Douglas G. Smith, *Structural and Functional Aspects of the Jury: Comparative Analysis and Proposals for Reform*, 48 ALA. L. REV. 441 (1997); Jennifer K. Robbennolt, *Evaluating Juries by Comparison to Judges: A Benchmark for Judging?*, 32 FLA. ST. U. L. REV. 469 (2005).

162 בעניין זה ראו, למשל, מנשה שאוה "טיבו ואופן הוכחתו של הדין הזר במשפט האנגלו-אמריקאי ובמשפט הישראלי" עיוני משפט ג 725 (1974); טליה איינהורן "קביעת תוכנו של הדין הזר ודרך הוכחתו בבתי-המשפט בישראל – הצעה לרפורמה" מאזני משפט ד 305 (2005).

163 REDMAYNE, לעיל ה"ש 29, בעמ' 163-166, 173-172; ROBERTS AND ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 3, בעמ' 488-490; Roberts, *Expert Evidence and Criminal Trial*; לעיל ה"ש 72, בעמ' 1488-1489; Paul Roberts, *Towards the Principled Reception of Expert Evidence*; 8 INT'L J. EVIDENCE & PROOF 215, 224-225, Tony Ward, *Usurping the Role of the Jury? Expert Evidence* גם 228-232 (2004) and *Witness Credibility in English Criminal Trials*, 13 INT'L J. EVIDENCE & PROOF 83 (2009).

שסבלו מהתעללות) ברמת הפשטה כללית, שתעניק למושבעים כלים לקבוע את אמינות העד, אך הוא לא יורשה לדון באמתות טענותיו.<sup>164</sup> בענייננו, השאלה הנתונה ככל הנראה לשיקול הדעת הבלעדי של בית המשפט אינה זו העוסקת בהבחנה בין זיכרון אותנטי לזיכרון כוזב – שני מצבים בהם המתלוננת מאמינה באמתות הזיכרון, מה שמפחית את היכולת לעמוד על אמינותה לאחר חקירה וחקירה נגדית;<sup>165</sup> אלא השאלה העוסקת בסיכוי שהמתלוננת משקרת – כלומר: אינה מאמינה בעצמה ב"זיכרון" שעליו היא מדווחת. מענה של מומחה לגבי שאלה זו יכול לבטא האצלה של סמכות שיפוט. עם זאת, נראה כי לבית המשפט יש קושי לענות על שתי השאלות – גם על זו שאינה שאלה שבמומחיות. עלולה להיווצר נטייה לכך שהמענה של בית המשפט לשאלה השנייה (שאינה שאלה שבמומחיות) יושפע מהמענה של המומחה לשאלה הראשונה. במילים אחרות: החשש הוא שעדות הפסיכולוג בעניין ההבחנה בין המצבים שבהם אנו מניחים שהמתלוננת מאמינה שהיא דוברת אמת תשפיע על הניסיון של בית המשפט להבחין בינם לבין מצב בו היא משקרת בידועין. בשל כך עלתה בספרות הטענה שקבלת התזה בדבר זיכרונות מודחקים תוביל במקרים רבים לקבלת התלונה כאמתית, באופן שיפגע בתפקיד השופט (או המושבעים) להעניק לראיות משקל באופן ראוי ועצמאי.<sup>166</sup>

[...] if the jury accepts the theory of recovered memory as explained by the expert, it will almost certainly also accept the complainant's story as credible. This sidelining of the jury's role in critically assessing the complainant's credibility undermines the juror's role as arbiter of the facts. [...] The challenges posed by the outcome-determinative nature of expert testimony on recovered memory are exacerbated by the uncertain status of recovered memory as a psychological phenomenon. The issue is a clear due process one; if verdicts in child sexual abuse cases are to be legitimate it is essential that it is the jury and not the experts who have the ultimate responsibility for the verdict.

המצב השני שבו מתבצעת האצלה בפועל של שיקול דעת שיפוטי הוא כשמדובר בשאלה עובדתית שבמומחיות, אך תשובתו של המומחה לא מאפשרת לבית המשפט לקבל את עדותו בלי להתפרק מסמכותו להעניק לראיות משקל הולם. הבעיה כאן אינה בבקשה העוברת מבית המשפט למומחה אלא במידע החוזר מהמומחה לבית המשפט. כפי שהודגש

164 ראו גם Allen and Miller, לעיל ה"ש 29; Ronald J. Allen, *Expertise and the Daubert*, 84 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1157 (1994).

165 Ring, לעיל ה"ש 1, בעמ' 83: "even patently false recovered memories are characterised by the witness's belief in the authenticity of the experience she describes. To compound matters, recovered memories have a more tenuous connection with the person's other recollections than do ordinary memories, meaning that gaps in recollection (which would ordinarily cast doubt on the reliability of the memory) may be explained by saying that the recovered memory was developed through therapy, whereas others were not. The capacity of the powerful instrument of cross-examination to identify inconsistencies in a complainant's testimony is so limited as to be practically useless"

166 שם, בעמ' 86.

גם בפסיקה הישראלית, האופן שבו המומחה מעביר את חוות דעתו חייב לאפשר לשופט לומר את המלה האחרונה בנוגע לשאלות העובדתיות שעולות במשפט.<sup>167</sup> מעניין לציין כי מסיבה דומה נקבע בוועדת כהן (בעניין קבילות בדיקות פוליגרף במשפטים פלייליים) כי קבלה של בדיקות פוליגרף עלולה להוביל לכך "שההכרעה בדבר אשמתו או חפותו של אדם נמסרת לידי הבודק ולא לידי בית המשפט ודבר זה נראה לנו כפסול".<sup>168</sup> במובן מסוים אפשר לטעון שבמצבים אלו יש פגיעה בעצמאות השיפוטית של השופט – לא במובנה השלילי או החיצוני, הנוגע בחופש מהתערבות גורמים ציבוריים או פרטיים בהכרעתו, אלא במובנה הפנימי, הנוגע ביכולת המהותית של השופט לבצע את תפקידו.<sup>169</sup> ככל שעדות המומחה אינה נסמכת על מחקרים המעידים על רמת המהימנות שלה, השופט לא יכול להעניק לה משקל בהליך נגיש ובהיר – ובכך, הלכה למעשה, הוא מעביר את סמכות ההחלטה למומחה. שני האופנים שבהם שיקול הדעת השיפוטי במשפט הפילי מואצל הלכה למעשה למומחה מבטאים פגיעה בכבוד האדם. כדי שההליך השיפוטי יוכל להגן על כבוד האדם, נדרש שהוא ינותק מהמרחב החברתי – באמצעות שליטה של השופט על ההליך ובאמצעות העובדה שההחלטה תתקבל על ידו. כאשר פסיכולוג מעיד לגבי אמתותו של זיכרון מורחק, השופט מאציל אליו את סמכותו וההבחנה בין המרחב החברתי למרחב המשפטי מיטשטשת.

#### 4. היעדר יכולת להתגונן

הטיעון השלישי נוגע למקומו ולתרומתו של הנאשם להליך. השאלה המתעוררת בהקשר זה אינה השאלה הכללית אם שיקולים של כבוד האדם דורשים שיינתן לנאשם מקום בהליך הפילי, אלא אם שיקולים אלה – ככל שהם עומדים ביסוד הזכות של הנאשם להשתתפות בהליך – מגבילים את סוג הראיות שאפשר להשתמש בהן בהליך.<sup>170</sup> לגבי השאלה הכללית

167 הלכת אבו-חמאד, לעיל ה"ש 41, פסקה 23 לפסק דינו של השופט חשין: "מומחה לדנ"א לא יאמר – על יסוד בדיקת דנ"א – כי פלוני הוא העבריין. המומחה ידבר אך על התאמה ועל שכיחות – אלו שתי אונות בדיקת הדנ"א – ובמקום זה יעצור. לשון אחר: המומחה לא יאמר *Ecce Homo*. לשונו של המומחה לשון היא של סטטיסטיקה, של שכיחות, של הסתברויות. קביעת זהותו של העבריין לא תיעשה בידי מומחה הדנ"א אלא בידי בית-המשפט הוא לבדו".  
168 משרד המשפטים דו"ח הוועדה לעניין פוליגרף 29 (1980). הוועדה המליצה כי בדיקות פוליגרף לא יהיו קבילות במשפטים פלייליים, בין היתר בשל היעדר מחקר מדעי אובייקטיבי, בשל היעדר אמות-מידה היכולות לשפוך אור על הסיכוי שאדם מסוים דובר אמת או שקר ובשל התלות בהתרשמות הסובייקטיבית של מפעיל הפוליגרף.

169 ראו John Ferejohn, *Independent Judges, Dependent Judiciary; Explaining Judicial Independence*, 72 S. CAL. L. REV. 353, 353–354 (1999). יש כאן הקבלה מסוים בין רעיון החירות החיובית לבין הפן החיובי של העצמאות השיפוטית; ראו, למשל, Pamela S. Karlan, *Judicial Independences*, 95 GEO. L. J. 1041 (2007). לטענה שהיכולת לבצע את התפקיד אינה חלק מרעיון העצמאות השיפוטית ראו Owen M. Fiss, *The Limits of Judicial Independence*, 25 U. MIAMI INTER-AM. L. REV. 57, n. 1 (1993).

170 זכות הנאשם להתגונן הוכרה בישראל כזכות יסוד וכזכות חוקתית שהיא חלק מהזכות להליך הוגן; ראו בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 578 (1986); דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, 197–198 (1998); ע"פ 5441/10 פלוני נ' מדינת

הועלו טיעונים המעגנים את זכות הנאשם להשתתפות בהליך הפלילי בכבוד האדם. בעיני כותבים רבים, הזכות לגבש ולהציג הגנה בהליך הפלילי אינה מוצדקת רק כאמצעי למניעת הרשעה של חפים מפשע ולקידום של גילוי האמת. דאף הדגיש כי הרשעה לא תהיה צודקת – אף אם היא משקפת את האמת – אם לא ניתנה בסופו של הליך המהווה דיון רציונלי עם הנאשם.<sup>171</sup> לטענת וולדרון שהובאה לעיל, הליך זה מבטא הכרה בכבוד האדם של הנאשם כפרט סביר ותבוני.<sup>172</sup>

השאלה המתעוררת בעניינינו היא אם שיקולים של כבוד האדם, ככל שהם עומדים ביסוד הזכות של הנאשם להשתתפות בהליך, מגבילים את סוג הראיות שאפשר להשתמש בהן בהליך. בקשר להליך הפלילי טען דיוויד לובן כי כבוד האדם מחייב לתת משקל רב ולהתייחס בכבוד לנרטיב של הנאשם ולאופן שבו הוא מספר ומסביר את מעשיו ומתאר את מהלך האירועים. תפיסתו של לובן מציבה במרכז את המעמד המיוחד שעלינו להעניק לקול ולנרטיב של הנאשם.<sup>173</sup> ייתכן טיעון שלפיו יש להגביל את סוג הראיות שאפשר להעלות נגד

171 ישראל, פס' 8 (פורסם בנבו, 2.5.2012). גם בהקשר להליך המנהלי נערכו דיונים רבים בכללי הצדק הטבעי הכוללים את זכות הטיעון של הפרט שהמדינה מאיימת לפגוע באינטרסים יסודיים שלו; ראו בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1501, 1504-1506 (1958); ע"פ 768/80 שפירא ושות' בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337, 364 (1982); בג"ץ 5182/93 יהורית לוי נ' בית הדין הרבני האזורי, רחובות, פ"ד מח(3) 1, 7 (1994); בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ ואח', פ"ד נב(1) 289, 319, 322, 347 (1998); בג"ץ 1912/97 ריש, עו"ד נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל ואח', פ"ד נב(5) 659, 659 (1998); בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 889-890 (2004); בג"ץ 2578/03 פחמאוי נ' פחמאוי, פס' 18 (פורסם בנבו, 8.6.2006); בר"מ 6966/12 נצב"א אחזקות 1995 בע"מ נ' מנהל הארנונה בעיריית טירת הכרמל, פס' 8 (פורסם בנבו, 20.1.2013).  
DUFF, TRIALS AND PUNISHMENTS 171, לעיל ה"ש 130, בעמ' 117-119. לביקורת שלפיה טיעון זה של דאף הוא פרשני בעיקרו, ולכן חסר ערך נורמטיבי מספק, ראו Wellman, לעיל ה"ש 130, בעמ' 299. ראו גם Saphire, לעיל ה"ש 127, בעמ' 152.

172 נטען גם שכדי להתייחס לנאשם כמטרה ולא כאמצעי, יש להכיר בזכותו לקחת חלק מהותי בהליכים שבמסגרתם יכולה להתקבל החלטה מדינתית לפגוע באינטרסים שלו. במובן זה, השתתפותו בהליך וטענותיו נגד ההחלטה מבטאים את ערכו, ולכן ברור שכאשר מוצג נימוק לפגיעה בפרט ואין ביכולתו להתגונן נגדו – הוא לא מקבל יחס הולם כיצור תבוני, סביר ואוטונומי, שהמדינה מעוניינת לשמוע את דבריו בכל הנוגע לאפשרות ענישתו. ראו Edmund L. Pincoffs, *Due Process, Fraternity, and a Kantian Injunction, in NOMOS XVIII: DUE PROCESS* 172 (J. Roland Pennock and John W. Chapman eds., 1977). כפי שטען סקנלון, חשיבותו הסמלית של ההליך הפלילי כביטוי ציבורי של כבוד המדינה לזכויות הפרט כופפת אותו למגבלות שאינן קשורות בהכרח לגילוי האמת. לכן, אפשר לטעון שהרעיון אינו שכל העובדות הרלוונטיות יוצגו בבית המשפט אלא שהן גם יוצגו בדרך מסוימת, המאפשרת לנאשם להגן על עצמו; ראו Scanlon, לעיל ה"ש 137, בעמ' 99-100. לטקסט חשוב בעניין זה ראו גם Allan, *Procedural Fairness and the Duty of Respect* 139, לעיל ה"ש 139.

173 Luban, *Lawyers as Upholders of Human Dignity*, לעיל ה"ש 116, בעמ' 70-73, 88. ראו גם David Luban, *Taking Out the Adversary: The Assault on Progressive Public-Interest Lawyers*, 91 CAL. L. REV. 209, 215 (2003).

הנאשם כדי להתייחס אל קולו ואל נקודת ההשקפה שלו בכבוד, אולם רבים ידחו את טענתו של לובן בדבר הכבוד והמשקל שיש להעניק לגרסת הנאשם. טענתו של לובן הועלתה כבסיס לביקורת על פטרנליזם של עורכי־דין כלפי לקוחותיהם, המתבטא באימוץ קו הגנה שאינו משקף נאמנה את קולו של הלקוח אך משרת את האינטרסים שלו. בעיני לובן, פטרנליזם מסוג זה פוגע בכבוד האדם של הנאשם.

ביקורת אפשרית על עמדתו של לובן היא שבמגרש האכזרי של המשפט הפלילי, הרווי רעשים והטיות, ספק רב אם יש מקום לדיבור אותנטי מצד מי מהצדדים. ביקורת אפשרית נוספת על עמדתו היא שיש לקדם היבטים מגוונים של כבוד האדם של הנאשם ולהציל את עורו נוכח הסכנה המועצמת הכרוכה במשפט הפלילי, ולא להסתפק רק בהגנה על היושרה והאותנטיות של קולו. לובן בעצמו מציג אפיון רחב של כבוד האדם המשלב יסודות של אי־השפלה והכרה, ולכן אין הצדקה לצמצם את כבוד האדם בהליך הפלילי לחשיבות הניתנת לנרטיב האותנטי של הנאשם.

קו טיעון נוסף הנוגע ליכולת הנאשם להתגונן בהליך הפלילי ולסוג הראיות שאפשר להעלות נגדו יכול להתבסס על ביטוי ייחודי של כבוד האדם במסגרת ההליך האדברסרי.<sup>174</sup> כפי שטענו ויטמן ואחרים,<sup>175</sup> במסורות האינקוויזיטורית האירופית והאדברסרית של המשפט המקובל מובלעות כמה תפיסות של כבוד האדם. כדברי לובן, קשה לקבוע באופן כללי וגורף שמסורת אחת מבוססת או מוצדקת יותר.<sup>176</sup> השיטה האדברסרית מעלה על נס את יכולתו וזכותו של הפרט להילחם בכוחות עצמו נגד האשמות המוטחות בו. אפשר לעגן שיטה זו בתפיסה של כבוד האדם המדגישה לא רק את הנפרדות אלא אף את התלישות החברתית של היחיד. תפיסה זו מדגישה את התושייה, היעילות ואף הדיות־העצמית שלו. לכן, אפשר לטעון שכאשר פועלים בסביבה משפטית אדברסרית, כבוד האדם של הנאשם מחייב אותנו להעניק לו כלים יעילים להצגת טענותיו ולהגנה על האינטרסים שלו.<sup>177</sup> חובה זו אף מתעצמת נוכח אי־השוויון בין הנאשם למדינה המובנה במשפט הפלילי. אי־סימטריה זו מחייבת כי יתקיימו סטנדרטים אובייקטיביים שהנאשם מצופה לעמוד בהם כדי לנצח בהליך.

כאשר נכנסים לשדה הקרב האדברסרי מומחים המצוידים במוניטין ובז'רגון מקצועי, הנתונים לגבי התקפות והמהימנות של הכלים שבהם הם משתמשים כדי לענות על שאלות יישומיות מורכבות חייבים להיות נגישים. ככל מצב אחר נפגעת יכולת הנאשם לתקוף ולהפריך טיעונים עוברתיים באמצעות הצגת נתונים סותרים, ולכן גם יכולתו להגן על

174 הטענה שלנו אינה טענה כללית הנוגעת בשלמותו ובאופיו של ההליך האדברסרי. כך, למשל, במאמר מפורסם של לון פולר הוא טען כי מה שהופך את ההליך האדברסרי לייחודי הוא השתתפות הצדדים, המציגים לפני השופט ראיות וטיעונים שקולים; פגיעה בהשתתפות במובן זה – “destroys the integrity of adjudication itself”; ראו Lon L. Fuller, *The Forms and* *Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353, 364 (1978).

175 ראו, למשל, James Q. Whitman, *Presumption of Innocence or Presumption of Mercy? Weighing Two Western Modes of Justice*, 94 TEX. L. REV. 933 (2016).

176 DAVID LUBAN, *LEGAL ETHICS AND HUMAN DIGNITY* 19-97 (2007).

177 לדוגמה לאופנים שבהם אפשר לפרש את הזכות להתגונן במשפט ראו Roger Berkowitz, “Not Guilty” – *Millennial Speculations on Legal Defense. From Queen Fredgond to Bill Clinton*, in OFFICIUM ADVOCATI 5 (Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 2000).

עצמו במשפט ולסתור את טענות התביעה – יכולת שכתרבות הטיעון האדברסרית משקפת את כבוד האדם שלו. הנאשם יכול להתגונן רק כשביכולתו להעניק לעדות המובאת נגדו משקל בהליך מובנה ונגיש. כאשר מתקבלת עדות מטעם התביעה שרמת המהימנות שלה אינה ידועה, גם אם יביא הנאשם עד מומחה מטעמו, שיעיד עדות מסוג דומה המבקשת לתמוך בטענותיו – גם אז תיפגע יכולתו האפקטיבית להגן על עצמו, וזאת בשל היעדרם קריטריונים אובייקטיביים להכרעה בין עדויות המומחים ובשל אי-הסימטריה המובנה בין הצדדים בהליך הפלילי.

יש זירות וויכוח ועימות שבהן אפשר לקבל טיעונים רכים יותר בלי שהדבר יפגע ברצינות ואף באובייקטיביות של הוויכוח, למשל: דיון במשמעות של ציור או של רומן. במצבים אלו אפשר להביא בחשבון ולעמת טיעונים פרשניים ברמת הפשטה גבוהה יחסית לאור הנחת היסוד שכל הכרעה היא שלב בדיון מתמשך. להבדיל, ההכרעה של בית משפט בהליך הפלילי היא סופית ומהווה מעשה גמור. מאפיין זה מצטרף לידע ולמשאבים המוגבלים של השופטים והפרטים המתדיינים ולמאפיינים מוסדיים נוספים ההופכים את קבלתם של טיעונים רכים ופרשניים בהליך הפלילי לבעייתית מאוד. ככל שאנו דנים בעדות בעניין עובדתי מורכב, נדרשת עמידה במבחנים של יכולת הפרכה ורמת מהימנות. בהיעדרם, יכולת הנאשם להגן על עצמו תלויה בגורמים שהם במידה רבה אקראיים.

## 5. הצדקה ציבורית

רעיון ההצדקה הציבורית דורש מהמדינה לנמק באופן פומבי את פעולותיה באמצעות טעמים שאזרחים סבירים יוכלו לקבל. רעיון זה מושתת על תפיסת המדינה כארגון פוליטי המתייחס לחבריו כשווים וחופשיים ולכן דורש כי מוסדותיו יהיו מוצדקים בעיניהם.<sup>178</sup> אחד היסודות שהוצעו לדרישת ההצדקה הציבורית הוא העיקרון ברבר כבוד האדם. חלק חשוב מהצדקה פומבית זו של פעולות המדינה, בחברה מגוונת שבה אנשים מחזיקים בתפיסות עולם שונות, הוא שהיא אינה מתבססת על תפיסות השנויות במחלוקת אידאולוגית; כך, למשל, קשה להצדיק באוזני אזרחים חילונים חקיקה המתבססת על טעמים דתיים בלבד, ויש להציג בצדם גם טעמים שאזרחים חילונים סבירים יוכלו לקבל.<sup>179</sup> מכאן נובעת הדרישה להצדקות שיהיו נגישות ("accessible") עבור כלל האזרחים.<sup>180</sup> רולס הדגיש כי הצדקה ציבורית צריכה להתבסס על ראיות מהימנות ומבוססות ("ascertainable") ועל עובדות נגישות ("open to public view").<sup>181</sup> עליה להתבסס על צורות

Jeremy Waldron, *Theoretical Foundations of Liberalism*, 37 PHIL. Q. 127 (1987); JOHN RAWLS, LECTURES ON THE HISTORY OF POLITICAL PHILOSOPHY 13 (Samuel Freeman ed., 2007); Charles Larmore, *The Moral Basis of Political Liberalism*, in THE AUTONOMY OF MORALITY 139, 146–149 (2008). ראו גם: Kevin Vallier and Fred D'Agostino, *Public Justification*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., 2014) 179. John Rawls, *The Idea of Public Reason Revisited*, in The Law of Peoples 129, 152–156 (Harvard University Press, 2001) (1997).

CHRISTOPHER J. EBERLE, RELIGIOUS CONVICTION IN LIBERAL POLITICS 255 (2002). ראו, למשל,

Rawls, *The Idea of Public Reason Revisited* 181, לעיל ה"ש 179, בעמ' 155.

הנמקה מקובלות, על שיטות המחקר ועל המסקנות של המדע שאינם שנויים במחלוקת.<sup>182</sup> למעשה, הוא טען, הנמקה מטבעה חייבת לכלול אמות-מידה לנכונות והצדקה, כמו גם מגבלות מסוימות הנדרשות בהתאם לאופי ההצדקה הנדרש.<sup>183</sup> לדעתו, בית המשפט העליון, האמון על ההגנה על הזכויות החוקתיות של הפרט, הוא דוגמה מובהקת למוסד שאמור לפעול בהתאם לחובת ההנמקה וההצדקה הציבורית.<sup>184</sup>

ביקורות שונות נמתחו על הטענה בדבר חובת ההצדקה הציבורית של בית המשפט, גם מצד וולדרון.<sup>185</sup> האם שופטים בכלל אמורים להתבסס על תפיסת צדק שיש לגביה קונצנזוס בקרב אזרחים סבירים ("overlapping consensus"), או על הכללים והעקרונות של השיטה? האם יש תפיסת צדק כזו? האם במקרים קשים אסור לשופטים להישען על תפיסות עולם שנויות במחלוקת? על אף תהיות אלו אפשר לטעון שכלל שמדובר בעקרונות של בירור עובדות, קל יותר להצביע על קונצנזוס של אזרחים המחזיקים בדוקטרינות כוללניות שונות לגבי מושגים מדעיים של תקפות ומהימנות, ואולי אף לגבי עקרונות יסוד של ההליך הפלילי כגון חזקת החפות. אפשר לטעון אפוא שבהשוואה לתחומים אחרים של פעולה שלטונית, קל יותר לבסס את הדרישה להצדקה ציבורית בנוגע לבירור העובדות במשפט הפלילי. במילים אחרות: גם אם אפשר להגן רק על גרסה רזה וצרה יחסית של רעיון ההצדקה הציבורית, בענייננו רעיון זה עשוי להישאר משמעותי ושימושי.

הדרישה להצדקה ציבורית במסגרת ההליך הפלילי לא מתמקדת בהסכמה של נאשם מסוים. נניח שנאשם מאמין ביכולות המאגיות של קוראת בקלפים. התביעה מזמנת אותה להעיד במשפטו – על סמך קריאה בקלפים – כי הוא אשם ברצח. נניח שהנאשם משוכנע בחפותו – אך גם בכוחותיה, ולכן מתעורר בלבו ספק לגבי אשמתו. האם יהיה מוצדק להרשיעו לפי עדותה? על פי דרישת ההצדקה הציבורית, המתודולוגיה של המומחה צריכה לעמוד בדרישות מקובלות של רציונליות ומקצועיות בהליך הסקת מסקנות, כדי ליצור הצדקה ציבורית מספקת בלי קשר לעמדתו של הנאשם בנושא. ככל שהדגש הוא על כבוד האדם של נאשם מסוים, המאמין בקריאה בקלפים בניגוד לדרישת ההצדקה ציבורית, התעלמות מאמונותיו בשם סטנדרט כללי של סבירות נראית פטרנליסטית. עם זאת, אפשר לטעון כי אף אם נביא בחשבון את אמונותיו האישיות של נאשם מסוים, כבודו מחייב שלא יוחלו לגביו סטנדרטים שונים של הוכחה, המקלים על מלאכת התביעה, בהשוואה לכלל האוכלוסייה. הליך משפטי המתבסס על השערות, הנחות ועניינים שנויים במחלוקת כמו מיסטיקה או אמונה דתית פוגע בהצדקה הציבורית של ההכרעה.<sup>186</sup> די ברור שיהיה קשה לנו לקבל,

JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 224 (2nd ed., 2005) (1993): "in making these 182 justifications we are to appeal only to presently accepted general beliefs and forms of reasoning found in common sense, and the methods and conclusions of science when these are not controversial"

183 שם, בעמ' 220.

184 שם, בעמ' 231-240.

Jeremy Waldron, *Public Reason and "Justification" in the Courtroom*, 1 J. L. PHIL. & 185 CULTURE 107 (2007).

Wilfried Bottke, 'Rule of Law' or 'Due Process' as a Common Feature of Criminal 186 Process in Western Democratic Societies, 51 U. PITT. L. REV. 419, 428 (1990).



למשל, כלל משפטי המאפשר למדינה להרשיע אנשים בפלילים על בסיס קריאה בקלפים. כדי שנוכל לראות בהליך הפלילי ביטוי לכבוד שהיא רוכשת לאזרחיה נדרש שהדין יתבסס על עובדות נגישות לכלל הציבור, המתורגמות לראיות בהליך נגיש ובהיר. במילים אחרות, נדרש כי יתאפשר לראות את ההליך כסביר:<sup>187</sup>

If courts are to provide what most of us will regard as a fair trial [...], and hence to instill confidence that the legal system is the right place to turn to resolve disagreements, they must base their rulings on publicly accessible facts, which they must then weigh, measure, and test using publicly accessible forms of legal reasoning. In other words, courts have to limit themselves to types of evidence and modes of analysis that are equally intelligible to everyone, at least in principle, and to employ relatively transparent procedures, so that the resulting judgments are defensible as something more than mere caprice.

זאת, על בסיס ההנחה שכלל הציבור מעריך את הסבירות של גישה מדעית לכירור שאלות עובדתיות. בשל אופיו של המדע, תמיד יש להביא בחשבון את האפשרות שידע הנמצא בלב הקונצנזוס כיום יכול להיות מופרך בעתיד. על כן, מה ש"סביר" במדע אינו בלעדיות על האמת אלא המתודולוגיה הביקורתית והאמפירית שלו, המבקשת לברר לגבי כל ידע מדעי דווקא את האפשרות שאנחנו טועים לגביו.<sup>188</sup> אופי המחקר המדעי מחויב לאמות-מידה אפיסטמולוגיות המציבות אותו כאחד היסודות – אף אם לא היחיד או המרכזי – של רעיון ההצדקה הציבורית. אנשים סבירים יסכימו על החלה של סטנדרטים מדעיים קשיחים לצורך הכרעת שאלות כבדות משקל כגון האשמות פליליות חמורות. הסכמה זו תתחזק כשיש חשש לפרשנויות ולהערכות סובייקטיביות ומוטות. במצבים אלה יש צורך בנתונים לגבי רמת המהימנות של המושגים והכלים שבהם השתמש המומחה – נתונים שיאפשרו למומחים אחרים, שופטים והדיוטות לבחון את המסקנות שאליהן הגיע.

## ד. סיכום

בפסקי הדין שקיבלו את הכינוי "טרילוגיית דאוברט" אין הצדקה מהותית לכללים החשובים שפורטו בהם. בשולי הפסיקה אפשר לאתר שאיפה למנוע בלבול והטיה של חבר המושבעים וההכרעה השיפוטית. לעתים נדמה שפסקי הדין הללו מאמצים תפיסה אופטימיסטית ואוטופית של המדע וכופים אותה על המשפט. במאמר זה ניסינו להראות כי במקרים רבים יש הצדקה למבחנים כדוגמת מבחני דאוברט. המדע אינו המתודולוגיה היחידה להשגת ידע, ובמקרים רבים מתודולוגיה שאינה מדעית תוכל להלום, במסגרת ההליך הפלילי, את הערכים של כבוד האדם ושלטון החוק. ככל שמדובר בעדויות יישומיות ומורכבות – כמו במקרה של פסיכולוג המבקש לאמת זיכרון מודחק – אין מנוס מהדרישה לקיום ממצאים מחקרניים בדבר רמת המהימנות של המתודולוגיה של המומחה. בהיעדר מחקר כזה אין לבית המשפט

Richard B. Katskee, *Science, Intersubjective Validity, and Judicial Legitimacy*, 73 187  
 .BROOK. L. REV. 857, 862 (2008)

ROBERT AUDI, *EPISTEMOLOGY: A CONTEMPORARY INTRODUCTION TO THE THEORY OF KNOWLEDGE* 188  
 .298–304 (3rd ed., 2011); SHEILA JASANOFF, *SCIENCE AND PUBLIC REASON* (2012)

כלים להעניק משקל לעדות בהליך מובנה ונגיש – וכשההליך אינו כזה, כבוד האדם של הנאשם ועקרון שלטון החוק נפגעים: ההכרעה נהפכת לשרירותית, סמכות השיפוט בעניינים שלגביהם העיד המומחה מואצלת אליו הלכה למעשה, היכולת של הנאשם להתגונן מפני האשמות נגדו נפגעת ופסק הדין לא עומד בדרישות ההצדקה הציבורית.