

הקושי בהתעלמות ממידע – פסיכולוגיה ומשפט

חנן גולדשמידט, * יעקב שול**

בתהליך קבלת ההחלטות במשפט השופט חשוף לפריטי מידע המגיעים ממקורות רבים. השופט אמור להתחשב במקורו של המידע, במידת אמינותו ובאופן שבו הושג כדי לברור את המידע הקביל ולהתחשב רק בו בעת קבלת ההכרעה במשפט. השאלה הכללית שנדון בה היא אם השופט אכן יכול לעשות זאת ובאילו תנאים. האם לאחר שנחשף למידע שאינו קביל מקבל ההחלטה יכול להתנהג כאילו אותו מידע לא הוצג לפניו כלל? על כך ננסה להעיר כמה הערות מהמחקר הפסיכולוגי בנושא. מאמרנו יתמקד בשאלות הקשורות לתהליך ההתעלמות עצמו כדי להבין את מקורות הקושי. נשאל, בין היתר: מה קורה כאשר המידע הראוי לשקילה מגיע מאותו מקור שמסר את המידע הלא-ראוי ובסמוך לקבלת מידע זה? מהי ההשפעה של הזמן החולף מעת הצגת המידע הלא-ראוי עד לזמן קבלת ההחלטה של השופט? האם קל יותר להתעלם מעדות חזקה או מעדות חלשה? האם הסיבה לקביעת עדות כלא-ראויה משפיעה על היכולת להתעלם מאותה עדות? האם המאמץ של מקבל ההחלטה להתעלם ממידע רלוונטי קשור למידת יכולתו לעשות כן? והאם הצגת המידע בניסוח על-דרך השלילה משפיעה על היכולת להתעלם ממנו לאחר-מכן? לבסוף נציג הסתייגויות אחדות מהמחקר הפסיכולוגי-המשפטי שיש להביא בחשבון בעת הסקת מסקנות לגבי שופטים ומשפטים הנערכים במציאות.

מבוא

פרק א: מה קורה כאשר מידע שאינו ראוי לשקילה מגיע ממקור שמסר גם מידע ראוי ובסמוך לקבלת המידע הראוי? האם יש משמעות למועד ההכרזה על המידע כלא-ראוי?

* עו"ד ד"ר חנן גולדשמידט, המרכז הבינתחומי הרצליה (מרצה מן החוץ).

** פרופ' יעקב שול, המחלקה לפסיכולוגיה, האוניברסיטה העברית בירושלים.
אנו מודים לאקדמיה הלאומית למדעים (ISF) על תמיכתה הנדיבה ביעקב שול. ברצוננו להודות גם לחברי מערכת משפט ועסקים יונתן ברוורמן, אדם טהרני ודסי אנדרמן, וכן לקורא האנונימי, על הערותיהם המועילות.

- פרק ב: האם קל יותר להתעלם מעדות חזקה או מעדות חלשה? האם אנו "מתעלמים" באותה מידה ממידע חזק וממידע חלש?
- פרק ג: האם הסיבה לקביעת עדות כלא-ראויה רלוונטית ליכולת להתעלם ממנה?
- פרק ד: האם מידת המאמץ של המנסה להתעלם מהמידע רלוונטית למידת יכולתו לעשות כן?
- פרק ה: האם הצגת המידע הלא-ראוי בניסוח על-דרך השלילה משפיעה על היכולת להתעלם ממנו?
- פרק ו: במקום סיכום – הסתייגויות אחדות מהמחקר הפסיכולוגי-המשפטי בנושא

מבוא

קוראת/יקר/ה, לפני שאת/ה ממשיכ/ה בקריאה, עצום/עצמי עיניים, התרכזי, ואל תחשוב/תחשבי על דוב לבן. אם את/ה דומה לרוב האנשים, יהיה לך קשה מאוד לא לחשוב על דוב לבן. אבל למה שיעניין אותך הקוראת/ת לחקור זיכרון של "דוב לבן"? באופן אנלוגי, תאר/י לעצמך שופט האומר לעצמו: "אל תחשוב על פריט הכתבה שהופיע על הנאשם בעיתון". האם ניתן לא לחשוב עליו? באופן כללי, היש פגם בעצם חשיפתו של בית-המשפט לחומר ראיות לא-קביל?¹ החומר הלא-קביל אסור בהגשה בהליך שיפוטי, ואם הוא מוגש, על השופט להתעלם ממנו בהמשך בעת קבלת ההחלטה השיפוטית. השאלה שאנו דנים בה היא אם אכן ניתן להתעלם ממידע ראיתי לא-קביל ובאילו תנאים. ההנחה ששופטים יכולים להתעלם ממידע לא-קביל בהליך הפלילי מופיעה פעמים רבות, במפורש או במרומז, בפסיקה ובחקיקה. כך, למשל, בסעיף 56 לפקודת הראיות נאמר:

"ראיה שאינה קבילה במשפט פלילי ונתקבלה בטעות או בהיסח הדעת, לא תשמש הוכחה לאשמה ואין לבסס עליה שום פסק-דין; אף על פי כן, העובדה שבית המשפט שמע את הראיה לא תפסול את פסק-הדין, אלא אם סבור בית המשפט שהנאשם לא

1 התהליך הפסיכולוגי שבו אנו מנסים להתעלם ממידע או מזיכרון שאינו רצוי לנו, וניסיון זה מעורר אצלנו דווקא יתר מודעות או יתר זיכרון של אותו מידע, כונה על-ידי וגנר "תהליך אירוני של זיכרון". ראו: Daniel M. Wegner, *Ironic Processes of Mental Control*, 101 (1994). *PSYCHOL. REV.* 34, 34 (1994).

2 ראו, למשל, את דבריה של הנשיאה ביניש בע"א 8987/07 פלוני נ' פלונית, פס" 4 לפסק-הדין, (טרם פורסם, 7.2.2008) (להלן: עניין פלוני); נקודת המוצא היא כי, ככלל, אין פגם בעצם חשיפתו של בית המשפט לחומר ראיות לא קביל.

היה מורשע אילולא נמסרה אותה ראייה או שאין ראייה מספקת אחרת זולתה לתמוך בה את ההרשעה.³

סעיף זה פורש בהרחבה בבית-המשפט העליון.⁴ לענייננו ניתן לסכם בקצרה שהפרשנות המחייבת קובעת כי בהתקיים אחד משני תנאים ייפסל פסק-הדין שניתן בעקבות אותה ראייה שאינה קבילה. התנאי האחד הוא תנאי בעל משמעות סובייקטיבית: האם השופט שהרשיע היה מרשיע גם ללא אותה ראייה? הבודק זאת, קרי בית-המשפט של ערעור, יעמיד את עצמו במקום אותו שופט וינסה לחשוב כיצד היה אותו שופט מכריע בהעדר אותה ראייה. זאת הוא יעשה על-סמך אמירות מפורשות של השופט בפסק-דינו⁵ או על-סמך המבנה והלשון של פסק-הדין, המעידים על דרך קבלת ההחלטות של השופט. התנאי האחר הוא תנאי בעל משמעות אובייקטיבית. הבודק תנאי זה יתעלם מהלך-המחשבה ומדרך קבלת ההחלטות של השופט, ויבדוק בעצמו, בצורה אובייקטיבית, אם יש בנתונים הרלוונטיים של אותו תיק די ראיות כשרות לבסס עליהן את פסק-הדין שניתן. שני התנאים דומים במובן זה שהם מבקשים לסלק את העדות הלא-קבילה מתוך מרקם הראיות ולבחון אם המרקם שנשאר עומד בפני עצמו כבסיס לפסק-הדין.

השאלה היא, כמובן, אם סילוק מנטלי אפשרי בכלל. האם אותו שופט ששמע את העדות הלא-קבילה יכול להתייחס לעדויות האחרות (הקבילות) כאילו לא שמע אותה? הנה ניתנים לנו "דובים לבנים", אך אוסרים עלינו לחשוב עליהם; יש לנו המידע, אבל אסור לנו להביאו בחשבון בעת קבלת ההחלטה.⁶

אך לא רק המשפט הפלילי מתעסק בשאלה הקשה של התעלמות ממידע "אסור". גם כאשר אנו נמצאים בהליך אזרחי ייתכנו מצבים שבהם שופט החשוף למידע לא-קביל אמור להתעלם ממנו לחלוטין בעת קבלת החלטותיו בתיק. לדוגמה, כאשר נמסר לבית-המשפט

3 ס' 56 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.

4 לעניין פרשנותו של סעיף זה ראו בפרט את ההלכה החשובה שנפסקה בדנ"פ 188/94 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פ"ד נא(2) 1 (1996).

5 מקרה בולט המאיר נקודה זו הוא ע"פ 1903/99 חסין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 7.4.2008), שם מתייחס השופט לוי לפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב שהרשיע את מר חסין: "לעניין זה אעיר, כי בפסק דינו התייחס בית-משפט קמא לעדותה של נעמי, לפיה נדמה היה לה כי זיהתה את המבקש כדובר, וצוין מפורשות כי 'למען הסר כל ספק, אציין כבר בשלב זה כי הייתי מגיעה לאותן מסקנות בתיק זה גם ללא עדותה של נעמי, וגם תוך התעלמות מוחלטת מעדות זו (באשר לזיהוי הקול)'. שם, פס' 11 לפסק-הדין (ההדגשות במקור).

6 לא כאן המקום להרחיב לגבי הנושאים השונים שבהם נקבעה "התעלמות ממידע" שהובא לפני השופט בהליך השיפוטי, או לגבי הסעיפים השונים בחוק הקובעים זאת. נזכיר רק, כמובן, את איסור גילוי של מידע על עברו הפלילי של הנאשם בעת פסיקת אשמתו. ראו ס' 163, 187 ו-188 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. כן ראו סיכום טוב של נושא זה בע"פ 3954/08 אבו גודה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 6.4.2009).

מידע שהוצג בהליך גישור, ואשר חסוי על-כך מפני בית-המשפט, על בית-המשפט להימנע מלהביאו בחשבון. כפי שקבעה הנשיאה ביניש בעניין פלוני:

"במקרה הנוכחי הדגיש בית המשפט את עקרון סודיותו של הליך הגישור וקבע כי זכרון הדברים הוא מסמך חסוי שנערך בהליך גישור, וככזה הינו בלתי קביל. ככל שהמשיבה אינה שבעת רצון מהחלטה זו היא יכולה להשיג עליה במסגרת הליכי ערעור רגילים, ולא במסגרת הדיון בערעור הפסלות. לצורך הדיון בערעור אצא מנקודת הנחה שאכן נגלה לבית המשפט מסמך הנוגע להליך גישור שלא היה אמור להיחשף בפניו. השאלה היא מהי נפקות חשיפת המסמך בפני בית המשפט והאם היא מחייבת פסילתו בשל כך. נקודת המוצא היא כי, ככלל, אין פגם בעצם חשיפתו של בית המשפט לחומר ראיות לא קביל. בבסיס גישה זו עומדת הנחת היסוד כי שופט מקצועי יוכל להפריד בין הראיה הקבילה לראיה שאינה קבילה, ואין בעצם קבלת מידע לא קביל כדי לפסול את השופט..."⁷

ומה בדבר מידע המגיע ממקורות חיצוניים שאינם חלק מההליך השיפוטי? למשל, מה בדבר מידע המגיע לשופט דרך אמצעי התקשורת, אשר ברור לכל כי הוא מידע "לא-ראוי", אם משום שמקורו אינו ברור לפעמים, אם משום שהוא מוצג לעיתים באופן מגמתי המוטה לכיוון מסוים, ואם – ואולי חמור וחשוב מכל – משום שהוא לא נבדק בכלים השיפוטיים, ובמרכזם זכותו של הצד האחר לסתור אותו או לפגוע במהימנותו של מוסר המידע?⁸

7 עניין פלוני, לעיל ה"ש 2, פס' 4 לפסק-הדין (ההדגשה הוספה).

8 נושא זה של דיון בתקשורת הפומבית בעדויות הנשמעות בבית-המשפט תוך כדי ניהול המשפט, וזאת תוך הוספת פרטים על עדויות אלה ודיון במשתמע מכך, עלה לדיון בשנים האחרונות בהקשרים שונים, אך נדמה כי הבולט מכולם הוא מקרה השר (לשעבר) חיים רמון, במשפט שבו הורשע בביצוע מעשה מגונה בחיילת – ת"פ (שלום ת"א) 5461/06 מדינת ישראל נ' רמון, פס' 96 להכרעת-הדין (טרם פורסם, 31.1.2007):
"לטעמנו, בתיק זה נחצו כל הקווים האדומים, המושג סוב-יודיציה דורדר לתהומות שלא הכרנו.

תוכן עדויות פורסם באמצעי התקשורת, טרם עדים השמיעו את עדותם וכך התוודענו, במספר מקרים, ל'זיהום' עדויות.

האיסור שלא לפרסם את עדות המתלוננת הופר ברגל גסה על ידי פרסום מילולי של העימות, שהיווה חלק אינטגרלי של העדות. ראיות מתיק המוצגים, לרבות צילומים, פורסמו ברבים, טרם ביהמ"ש אמר את דברו. אמצעי התקשורת עשו שימוש נלוו בבדיקות פוליגרף לשלוש עדות ההגנה האחרונות, בניסיון ליצור בציבור את התחושה שהמשפט מתנהל בתקשורת ולא בבית משפט.

תחושתנו הייתה שנעשים ניסיונות, לעתים על ידי מסרים מוסווים, לעתים בבוטות, להטות משפט. ליבנו היה גס בנאמר. לנו השופטים אין אלא את צו מצפוננו והוא הוא בלבד שמנחה אותנו."

ראו גם את דבריו של השופט בך בבג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה,

בקיצור נמרץ, בתהליך קבלת ההחלטות במשפט השופט חשוף לפריטי מידע המגיעים ממקורות רבים. השופט אמור להתחשב במקורו של המידע, במידת אמינותו ובאופן שבו הושג כדי לבור את המידע הקביל ולהתחשב רק בו בעת קבלת ההכרעה במשפט. השאלה הכללית שנדון בה היא אם השופט אכן יכול לעשות זאת ובאילו תנאים. האם לאחר שנחשף למידע שאינו קביל מקבל ההחלטה יכול להתנהג כאילו אותו מידע לא הוצג לפניו כלל? על כך ננסה להעיר כמה הערות מהמחקר הפסיכולוגי בנושא.

רוב המחקר הפסיכולוגי-המשפטי בנושא זה עוסק בהליך שבו קיים חבר-מושבעים, והם מקבלים הוראה מהשופט להתעלם מעדות או מראיה מסוימות.⁹ בישראל אנו נמצאים במודל שיפוטי שבו אין חבר-מושבעים, והשופט הוא שופט מקצועי שזו הכשרתו וזה ייעודו. המחקר הפסיכולוגי עוסק בכל היבטיה של בעיית ההתעלמות ממידע לא-ראוי. קיימות עדויות רבות על קשיים של מקבלי החלטות בכלל ושל מקבלי ההחלטות בהליך השיפוטי (מושבעים או שופטים) בפרט בנוגע להתעלמות ממידע.

המודל הפסיכולוגי העיקרי לתהליך ההתעלמות ממידע מבחין בין שלושה סוגי תהליכים. סוג אחד כולל את תהליכי קידודו של המידע. במהלך הקידוד מקבל ההחלטה קולט את המידע (קורא או שומע עדויות) ומנסה להבינו. כפי שנראה בהמשך, גורם חשוב להצלחת ההתעלמות הוא אופן הקידוד – אם הוא אינטגרטיבי (כלומר, העדויות השונות מתקשרות זו לזו ליצירת סיפור קוהרנטי) או פרטני (כל עדות מקודדת בזיכרון בפני עצמה). ככלל, הקידוד האינטגרטיבי מקשה את ההתעלמות.

סוג אחר של תהליכים כולל את תהליכי שליפת המידע. השופט מעלה מידע שקידד בעבר, ומידע זה הוא המשמש אותו בעשייתו השיפוטית. גורם חשוב בתהליך זה הוא הפירוש שמידע זה מקבל. בהמשך נדון בשאלת ההשפעה האפשרית של עדות שיש להתעלם ממנה על פירושן של אותן עדויות שיש לעשות בהן שימוש.

לבסוף, השופט יכול לנקוט תהליכי תיקון. שופט המודע להטיותיו יכול לומר לעצמו כי הוא נוטה לכיוון מסוים באופן לא-ראוי (למשל, משום שנחשף למאמר בעיתון באותו כיוון), ולכן עליו לתקן את השיפוט. אותו שופט יכול לתקן את שיפוטו, קרי, להטותו בכיוון הפוך לכיוון ההטייה. כדי שתיוקן מסוג זה יהיה יעיל, על השופט להיות מודע

פ"ד מג(4) 356, 363 (1989), אשר מבין את הקושי בהתעלמות ממידע רלוונטי המפורסם בתקשורת: "רחוק אני מלקבוע, כי לעולם לא יוכל שופט מקצועי להיות מושפע מפרסום עיתונאי."

9 לאחרונה התפרסם מאמר רחב-יריעה בנושא זה. ראו: Nancy Steblay, Harmon M. Hosch, Scott E. Culhane & Adam McWethy, *The Impact on Juror Verdicts of Judicial Instruction to Disregard Inadmissible Evidence: A Meta-Analysis*, 30 L. & Dennis J. Devine, Laura D. Clayton, Benjamin J. Hum. BEHAV. 469 (2006) B. Dunford, Rasmy Seying & Jennifer Pryce, *Jury Decision-Making: 45 Years of Empirical Research on Deliberating Groups*, 7 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 622 (2001); Saul M. Kassin & Samuel R. Sommers, *Inadmissible Testimony Instructions to Disregard, and the Jury: Substantive Versus Procedural Considerations*, 23 PERS. & Soc. PSYCHOL. BULL. 1046 (1997).

לכיוונה ולעוצמתה של ההטיה שיש לו, ולהאמין כי הטיה זו אינה רצויה. לא נסקור את העדויות המחקריות לקיומם ולחשיבותם של שלושת סוגי התהליכים המעורבים בתהליך ההתעלמות.¹⁰

מאמרנו יתמקד בשאלות הקשורות לתהליך ההתעלמות עצמו כדי להבין את מקורות הקושי. בפרק א נשאל מה קורה כאשר מידע שאינו ראוי לשקילה מגיע ממקור שמסר גם מידע ראוי ובסמוך לקבלת המידע הראוי, ומה ההשפעה של הזמן החולף מעת הצגת המידע הלא-ראוי עד לזמן קבלת ההחלטה של השופט. בפרקים ב, ג, ד ויה נשאל, בהתאמה: האם קל יותר להתעלם מעדות חזקה או מעדות חלשה? האם הסיבה לקביעת עדות כלא-ראויה משפיעה על היכולת להתעלם מאותה עדות? האם המאמץ של מקבל ההחלטה להתעלם ממידע רלוונטי קשור למידת יכולתו לעשות כן? והאם הצגת המידע בניסוח על-דרך השלילה משפיעה על היכולת להתעלם ממנו לאחר-מכן?

לבסוף, בפרק ו, נציג הסתייגויות אחדות מהמחקר הפסיכולוגי-המשפטי שיש להביא בחשבון בעת הסקת מסקנות לגבי שופטים ומשפטים הנערכים במציאות. המחקר הפסיכולוגי מנסה להשיב על השאלות שהוצגו על-ידי הצגת מודל תיאורטי של הליך קבלת ההחלטה של שופט מהרגע שבו הוא נחשף למידע עד למתן ההחלטה, גזירת נבויים מהמודל התיאורטי ובדיקתם באמצעות נתונים אמפיריים. הנתונים האמפיריים מתקבלים בדרך-כלל במחקרים מבוקרים שנערכים במעבדות, ואנו נדון כאמור במגבלותיה האפשריות של הסקה לגבי מערכת המשפט בארץ על-סמך מחקרים אלה.

פרק א: מה קורה כאשר מידע שאינו ראוי לשקילה מגיע ממקור שמסר גם מידע ראוי ובסמוך לקבלת המידע הראוי? האם יש משמעות למועד ההכרזה על המידע כלא-ראוי?

דמו מצב שבו במהלך עדות נמסרים שני פריטי מידע: העד מוסר מידע לגבי האירוע, אך מוסיף דברים ששמע לאחר-מכן לגבי אותו אירוע. עורך-הדין של הצד האחר מבקש לפסול את המידע ששמע אותו עד לאחר-מכן כעדות-שמיעה שאינה קבילה, והשופט מקבל את הבקשה, ופוסל את חלק העדות לגבי מה שנשמע.

מכיוון שאותו עד מביא שתי עדויות – האחת קבילה והאחרת לא-קבילה – המצב מעלה שתי שאלות מעניינות: האחת, אם משקלה של העדות הקבילה יורד כאשר מקור

10 לסקירה מְטָא-אנליטית של חומר זה ראו: Steblay, Hosch, Culhane & McWethy, שם. לניתוח תהליכי מהפרספקטיבה הפסיכולוגית-החברתית ראו: Yaacov Schul & Eugene Burnstein, *Suspicion and Discounting: Ignoring Invalid Information in an Uncertain Environment*, in INTENTIONAL FORGETTING: INTERDISCIPLINARY APPROACHES 321 (Jonathan M. Golding & Colin M. MacLeod eds., 1998).

העדות נותן גם עדות לא־קבילה; והאחרת, אם משקלה של העדות הלא־קבילה עולה כאשר מקור העדות נותן גם עדות קבילה. חשוב לציין כי שתי ההטיות בעייתיות, משום שהתעלמות מוצלחת משמעה ששיפוטי של שופט שנחשף לעדות לא־קבילה יהיו דומים לשיפוטי של שופט שלא נחשף לעדות זו.

במצב המשפטי שתואר קיים משתנה נוסף: תזמון ההתנגדות של הצד האחר וההכרזה על העדות כלא־קבילה. היש משמעות לכך שההתנגדות למידע לא־קביל מובעת מייד לאחר הצגתו, בהשוואה למצב שבו ההתנגדות למידע מושעת ומובעת רק לאחר זמן – אולי בקרבה לזמן קבלת ההחלטה של השופט היושב בדין?

במחקר של יעקב שול ורות מאיו שבדק שאלות אלה בקרב סטודנטים¹¹ נמצא כי כאשר שני סוגי המידע (הקביל והלא־קביל) מגיעים מאותו מקור, המשתתפים נוטים לפגוע גם במידע הקביל יותר מאשר במצב שבו שתי העדויות (הקבילה והלא־קבילה) באות ממקורות שונים. המחקר מציע שתופעה זו מתרחשת בגלל הקשר האסוציאטיבי שנוצר בתהליך הקידוד בזיכרון של המידע הראוי והמידע הלא־ראוי.¹² קידוד של מידע קביל ומידע לא־קביל המגיעים מאותו מקור יוצר קשר אינטגרטיבי בין פריטי המידע מהסוגים השונים. קידוד אינטגרטיבי זה יוצר בעיה בניסיון להפריד בין שני חלקיה של העדות. משום כך, הניסיון להתעלם מהמידע הלא־קביל גורם להתעלמות מסוימת גם מהמידע הקביל כאשר הוא מגיע מאותו מקור.

מאמרם של שול ומאיו דן גם בהסבר חלופי לתופעת הירידה בהשפעתה של עדות קבילה המתלווה לעדות שאינה קבילה. ייתכן שהתופעה מתרחשת משום שמהימנותו של העד נפגעת כאשר הוא מביא עדות לא־קבילה, ולפיכך משקלה של עדותו הקבילה יורד גם הוא. איך ניתן להבחין בין ההסברים? המחקר מנסה לעשות זאת על־ידי הבחנה בין הסיבות לפסילת העדות, קרי, על־ידי הבחנה בין מצבים שבהם הסיבה לפסילה היא "טכנית" או פרוצדורלית לבין מצבים שבהם היא מהותית (substantial) וקשורה למהימנותו של העד. מהימנותו של העד אינה אמורה להיפגע כאשר הפסילה היא פרוצדורלית. מכאן שהשוואת ההשפעה של שני סוגי הסיבות על משקלה של העדות הקבילה תעזור לנו בהבנת השפעתה של העדות הלא־קבילה.¹³ במחקרם של שול ומאיו לא נמצאו הבדלים מובהקים סטטיסטית בתפיסת מהימנותו של העד בין מצבים שבהם תיאור המקרה כלל בקשת התעלמות מסיבה פרוצדורלית לבין מצבים שכללו בקשת התעלמות מסיבה מהותית. לכן כותבי המחקר

11 Yaacov Schul & Ruth Mayo, *Two Sources are Better than One: The Effects of Ignoring One Message on Using a Different Message from the Same Source*, 35 J. Exp. Soc. PSYCHOL. 327 (1999).

12 שאלת הקידוד סבוכה למעשה מן המפורט כאן. ראו, למשל, ניתוח היבט מסוים של הקידוד בזיכרון ושל התהליך הקוגניטיבי בהקשר של התעלמות ממידע לא־ראוי אצל: David Mazursky & Yaacov Schul, *In the Aftermath of Invalidation: Shaping Judgment Rules on Learning that Previous Information was Invalid*, 9(4) J. CONSUM. PSYCHOL. 213 (2000).

13 נקודה זו של הבדלים בין סיבות להתעלמות ממידע לא־ראוי תופל בהמשך מאמר זה.

מסיקים כי מדובר כנראה בהשפעה של חיבור בזיכרון בין מידע קביל לבין מידע לא-קביל, קרי, בבעיה של קידוד המידע בזיכרון.¹⁴

אם הקושי בהתעלמות ממידע נובע מקידודם של שני חלקי העדות (הקביל והלא-קביל) בצורה אינטגרטיבית, ולא מתיוג המקור עצמו כלא-מהימן, אזי מועד ההחלטה לגבי ההתעלמות מהמידע אמור להיות משמעותי להצלחת ההתעלמות: כאשר הצורך להתעלם מהמידע ידוע בעת קידודו של המידע או קרוב למועד הקידוד, קל לנו יותר להימנע מחיבור בין המידע הקביל לבין המידע הלא-קביל. ככל שחולף זמן רב יותר, קידוד המידע נעשה אינטגרטיבי יותר, מחובר יותר, ואז הקושי להפריד אותו לשני חלקיו – הקביל והלא-קביל – גדל. לפיכך, אם ההחלטה הקובעת שהמידע אינו קביל מתקבלת מייד לאחר שמיעתו, יש סיכוי גדול יותר שתיעשה הבחנה בין סוגי המידע. ככל שההחלטה הקובעת כי המידע אינו קביל מתקבלת במועד מאוחר יותר, יהיה קשה יותר לעשות את ההבחנה.

ניבוי זה נבדק בניסוי שתוצאותיו פורסמו לאחרונה.¹⁵ במהלך הניסוי שמעו משתתפות¹⁶ קטע ממשפט אמיתי שהתנהל לגבי מקרה של אונס.¹⁷ המשתתפות, שדימו חבר-מושבעים במשפט, חולקו לתשע קבוצות שנבנו על-ידי שינוי במקביל של שני גורמים. הגורם האחד היה מידת קבילותה של העדות: קבילה, לא-קבילה או ללא עדות. הגורם האחר היה עיתוי מתן הוראותיו של השופט למושבעים בדבר החשיבות של התעלמות ממידע לא-קביל: לפני תחילת המשפט (pretrial); בסוף המשפט, קרי, לאחר שמיעת העדות ולפני דיוני המושבעים (pre-deliberation); או פעמיים – הן לפני תחילת המשפט והן בסיומו, לפני דיוני המושבעים.

תנאי בסיסי לבחינת שאלת ההתעלמות הוא כמובן שהעדות תהיה רלוונטית ובעלת משקל בהכרעת הדין. אכן, כאשר העדות הקריטית הייתה קבילה, 83% מהמשתתפות קבעו כי הנאשם אשם כאשר הוראותיו של השופט לגבי חשיבות ההתעלמות ממידע לא-קביל ניתנו לפני המשפט; 69% קבעו כך כאשר ההוראות ניתנו לפני דיוני המושבעים; ו-80%

14 Schul & Mayo, לעיל ה"ש 11, בעמ' 343. למתעניינים בדרך הקידוד בזיכרון האנושי כדאי לקרוא את המקור הבא (כאחד מני רבים): Linda J. Demaine, *In Search of an Anti-Elephant: Confronting the Human Inability to Forget Inadmissible Evidence*, 16 GEORGE. MASON L. REV. 99 (2008).

15 Linda M. Isbell, James M. Tyler & Allyson DeLorenzo, *Guilty or Innocent? Women's Reliance on Inadmissible Evidence in a Simulated Rape Case*, 37 J. APPL. SOC. PSYCHOL. 717 (2007).

16 בכוונה תחילה נכללו במחקר זה רק נבדקות נשים. הכוונה הייתה להתמקד במשפטי אונס, וההנחה הייתה שנשים יושפעו בצורה חזקה יותר מהאירוע. אין מחקרים רבים שעושים הבחנה מגדרית כה ברורה (אלא אם כן הם מוקדשים לשאלה המגדרית בלבד), אך נדמה שהמסקנות בקשר להשפעה של מועד ההכרזה על הצלחת ההתעלמות מהמידע אינן ייחודיות לנשים. להרחבה בנושא של הבדלים מגדריים בקשר לשיפוט של תקיפה מינית ראו: James W. Schutte & Harmon M. Hosch, *Gender Differences in Sexual Assault Verdicts: A Meta-Analysis*, 12 J. SOC. BEHAV. & PERS. 759 (1997).

17 מקרה האונס נלקח מתיק משפטי אמיתי, עם הסתרה של נתונים המזהים את הנוגעים בדבר.

קבעו כך כאשר הן ניתנו בשתי ההזדמנויות הללו. ההבדל בין המקרה הראשון למקרה השלישי זניח (80% לעומת 83%), וההבדל ביחס למקרה השני (69%) מעט משמעותי יותר, אך עדיין לא גדול מאוד.

כאשר העדות הקריטית לא הייתה קבילה: 25% מהמשתתפות קבעו כי הנאשם אשם כאשר חשיבות ההתעלמות הודגשה לפני המשפט; לעומת זאת, 67% מהמשתתפות קבעו כך כאשר ההוראות ניתנו לפני דיוני המושבעים (60% קבעו כך כאשר ההוראות ניתנו בשתי ההזדמנויות). ההבדל שנמצא כאן משמעותי לכל הדעות.

במילים אחרות, כאשר הצורך בהתעלמות ממידע לא-קביל מודגש "מראש", המשתתפת מצליחה להתעלם מהמידע, כלומר דוחה אותו כבר בעת קבלתו, ואז אין לו השפעה לאחר-מכן. לעומת זאת, כאשר ההוראה ניתנת רק לקראת דיוני המושבעים, קשה מאוד להתעלם מהמידע הקיים כבר בזיכרון.¹⁸

לסיכום, אם אותו עד מעיד עדות קבילה ועדות לא-קבילה, קשה יותר להתעלם מעדותו הלא-קבילה בהשוואה למצב שבו פוסלים עדות שלמה של עד. אנו מפרשים זאת לאור ההשפעה שיש לחלק הלא-קביל של העדות על חלקה האחר והקביל של העדות. גם הזמן ממלא תפקיד חשוב – קל יותר להתעלם מעדות שמוזנה כעדות לא-קבילה בעת קבלתה מאשר מעדות שנקלטה ואשר רק במועד מאוחר יותר נקבע כי היא אינה קבילה. מכאן שמי שמעוניין לפסול עדות, כדאי מאוד שיעשה זאת מייד, ואם הוא יכול – את כל-כולה.

פרק ב: האם קל יותר להתעלם מעדות חזקה או מעדות חלשה? האם אנו "מתעלמים" באותה מידה ממידע חזק וממידע חלש?

נתבונן על מקרה של חשד לגנבה בחברה מסחרית שבו יש למדינה המאשימה עד מרכזי אמין ביותר – מנהל החברה. הוא אדם מכובד בקהילה ובעל מעמד, דבריו סדורים וברורים, ובקיצור – הוא עד מושלם מבחינת המדינה. להלן נתייחס לעדות כגון זו כאל "עדות חזקה". למדינה יש ארבעה עדים נוספים שהינם חזקים פחות למרות תמיכתם בטענתה נגד הנאשם: הם בטוחים פחות בעצמם, ויש יסוד לייחס להם הנגיעה (מוטיווציה) לא-הגונה להאשים את הנאשם. להלן נתייחס לעדויות כגון אלה כאל "עדות חלשה". בהנחה לא-

18 נתון בדבר אחוז גבוה של הרשעות כאשר ההוראה להתעלם מהמידע ניתנה בשתי ההזדמנויות מפתיע, אך במחקר עצמו נבדקו משתנים נוספים, ובניתוחים נוספים של מידע זה נמצא כי נשמר המבנה של תגובת התעלמות כאשר ניתנה הוראה מראש אל מול קושי רב בהתעלמות כאשר ניתנה הוראה מאוחרת. אישוש לכך שאוהרה מוקדמת להתעלם ממידע מקילה את עצם ההתעלמות ממנו ראו אצל: Yaacov Schul, *When Warning Succeeds: The Effect of Warning on Success of Ignoring Invalid Information*, 29 J. Exp. Soc. Psychol. 42 (1993).

מציאותית שלבא־כוחו של הנאשם יש שתי אפשרויות – לפסול את העד המרכזי או לפסול את כל ארבעת העדים הנוספים, מה יהיה נכון יותר לעשות מנקודת־מבט? האם השופט יוכל להתעלם ביתר קלות מעדות חזקה שנפסלה או מעדות חלשה שנפסלה? מחקר שבדק שאלה זו מציג שלושה ניסויים שניסו לבדוק את ההשערה שאנשים מצליחים יותר למלא אחר הוראה להתעלם מעדות חזקה מאשר למלא אחר הוראה להתעלם מעדות חלשה.¹⁹

בשורה התחתונה נמצא כי כאשר אנשים צריכים להתעלם מעדות חזקה, הם משתמשים בתיקון גדול, ולעיתים אף גדול מכפי שמתחייב מן העדות. הדבר מוביל לתיקון־יתר או להתעלמות־יתר. לעומת זאת, כאשר אנשים צריכים להתעלם מעדות חלשה, נטייתם היא להשתמש בתיקון קטן, מכיוון שהם מניחים כי אותה עדות חלשה השפיעה עליהם מעט מאוד. הבעיה נוצרת כאשר הנחתם זו מוטעית, כלומר, כאשר בפועל העדות השפיעה עליהם יותר משחשבו, כפי שאכן התרחש בניסויים. המסקנה היא שהתעלמות מעדות חלשה הינה קשה יותר, למעשה, מאשר התעלמות מעדות חזקה.

בניסוי הראשון²⁰ תואר אירוע של עברה פלילית, והוצגה עדות לגביה. אחת העדויות הייתה של ילדה, ולאחר קריאת עדותה התבקשו חלק מהמשתתפים להתעלם ממנה, וחלקם לא התבקשו להתעלם ממנה. הטפלו (המניפולציה) היה לגבי מידת הביטחון של העדה – ביטחון גבוה בעדות אל מול ביטחון נמוך. המשתנה התלוי (הנבדק) היה מידת הענישה שהמשתתפים התאימו למקרה.²¹

19 Yaacov Schul & Harel Goren, *When Strong Evidence Has Less Impact than Weak Evidence: Bias, Adjustment, and Instructions to Ignore*, 15 Soc. COGNITION 133 (1997).

20 התוצאות של שני הניסויים הנוספים שנערכו באותו מחקר מצביעות באותו כיוון. הניסוי המוצג כאן הוא הראשון מבחינת סדר הניסויים, ולא בהכרח מבחינת חשיבותם.

21 ידוע כי אנשים מעריכים עדות לפי מידת הביטחון של העד בדבריו. זה המקום להעיר כי לפי המחקר, ההנחה כי ככל שאדם בטוח יותר בעדותו כן מידת הדיוק של עדותו גבוהה יותר היא הנחה מוטעית. מושג זה אף קיבל שם ספציפי: CAB – Confidence Accurate Bias. במאמר מוסגר יצוין כי למרות ההנחה ההגיונית שעדי־ראייה הבטוחים בעדותם אכן נותנים עדות מדויקת לעומת אלה שאינם בטוחים בעדותם, במחקרים שנעשו לגבי עדי־ראייה נמצא כי בטחונם של עדי־ראייה בעדותם אינו מהווה מדד אמין לדיוק של עדותם. במחקרם של Saul M. Kassin, V. Anne Tubb, Hosch & Memon 2001 (ראו: Kassin, Tubb, Hosch & Memon, *On the "General Acceptance" of Eyewitness Testimony Research: A New Survey of the Experts*, 56(5) Am. PSYCHOL. 405 (2001)) נמצא כי יותר מ־80% מהמומחים העוסקים בתחום של עדי־ראייה טוענים כי בטחונם של עדי־ראייה אינו מהווה מדד טוב למידת דיוק של עדותו. אף־על־פי־כן, לא תמיד המתאם חלש. במחקר משנת 1995 נאספו ממצאים מכמה מחקרים שבהם נבדקה מידת הביטחון של עדי־ראייה מייד לאחר שזיהו את התוקף במסדר זיהוי, ונעשתה השוואה בין אלה שאכן זיהו את התוקף במסדר לבין אלה שלא זיהו את התוקף במסדר הזיהוי. ככלל לא נמצאה התאמה בין ביטחון ודיוק, במיוחד בקרב עדי־ראייה שלא זיהו כלל את התוקף במסדר. לעומת זאת, נמצאה התאמה של 41% בקרב אלה שזיהו את התוקף במסדר והיו בטוחים בעדותם. מדוע בטחונם של עדי־ראייה בעדותם מהווה מדד חלש לדיוק העדות? נושא זה נחקר על־

המשתתפים חולקו באופן אקראי לחמש קבוצות: (1) תנאי ביקורת – לא נמסרה כלל עדותה של הילדה (להלן: ביקורת); (2) תנאי שבו נמסרה עדותה של הילדה, ניתן מידע המעיד כי היא עדות חזקה, והועברה דרישה להתעלם ממנה (להלן: חזקה+התעלמות); (3) תנאי שבו נמסרה עדותה של הילדה, ניתן מידע המעיד כי היא עדות חזקה, ולא הועברה דרישה להתעלם ממנה (להלן: חזקה+התחשבות); (4) תנאי שבו נמסרה עדותה של הילדה, ניתן מידע המעיד כי היא עדות חלשה, והועברה דרישה להתעלם ממנה (להלן: חלשה+התעלמות); (5) תנאי שבו נמסרה עדותה של הילדה, ניתן מידע המעיד על עדות חלשה, ולא הועברה דרישה להתעלם ממנה (להלן: חלשה+התחשבות).

מהשוואת תנאי הביקורת לתנאי ההתחשבות אנו יכולים להסיק על חשיבות העדות כאשר ראוי להשתמש בה, ומהשוואת תנאי הביקורת לתנאי ההתעלמות אנו יכולים להסיק על הקושי בהתעלמות.

כתוצאה אופיינית בניסוי זה נתייחס לאחוז המשתתפים אשר המליצו על הרשעה: 20% מהמשתתפים בתנאי הביקורת המליצו על הרשעה, 30% המליצו כך בתנאי חלשה+התחשבות ו-50% המליצו כך בתנאי חזקה+התחשבות. אם כן, כפי ששוער, לעדות החזקה הייתה השפעה חזקה יותר מאשר לעדות החלשה.

מה קרה כאשר הועברה בקשה להתעלם מאותה עדות? כאשר העדות הייתה חלשה, 30% מהמשתתפים המליצו על הרשעה, בדומה מאוד לשיעור המשתתפים שהמליצו כך בתנאי חלשה+התחשבות. לעומת זאת, כאשר העדות הייתה חזקה, רק 19% מהמשתתפים המליצו על הרשעה, בדומה לשיעור המשתתפים שהמליצו כך מקרב קבוצת הביקורת, אשר לא קיבלה כלל את העדות.

במילים אחרות, התוצאות מצביעות על כך שבמקרה של עדות חלשה אין הבדל בין מצב שבו נאמר להתעלם מהעדות לבין מצב שבו לא נאמר להתעלם מהעדות, קרי, קיים קושי רב להתעלם מעדות חלשה. עדות חזקה, לעומת זאת, מביאה לידי החמרה בשיפוט כאשר לא ניתנת הוראה להתעלם ממנה, אך הוראת התעלמות מהעדות מצליחה להחזיר את שיפוט האשמה לרמת הבסיס (כלומר, אל הרמה שהייתה מתקבלת אילו לא נשמעה כלל העדות). החוקרים משערים כי התעלמות מעדות לא-ראויה אינה נעשית על-ידי קידוד מחדש של המידע, אלא על-ידי תהליכי תיקון. השופט מנסה להעריך את מידת ההטיה של העדות הלא-ראויה, ולהפחית הטיה זו מהשיפוט שהתקבל על-סמך כלל העדויות. ממצאי הניסוי מצביעים על כך שעדות חזקה נתפסת לא פעם כחזקה ממשקלה האמיתי, ואילו עדות חלשה נתפסת כחלשה ממשקלה האמיתי. כתוצאה מכך בקשת התעלמות מעדות חזקה מובילה לתיקון-יתר, ואילו בקשת התעלמות מעדות חלשה מוליכה לתיקון-חסר – שתי תופעות של התעלמות לא-מוצלחת.

ידי Perfect & Hollins (ראו: T.J. Perfect & T.S. Hollins, *Predictive Feeling of Knowing Judgements in Eyewitness Memory and General Knowledge*, 10(5) APPL. COGNITIVE PSYCHOL. 371 (1996)), הטוענים כי בטחונם של עדי-הראייה אינו מהווה מנבא לדיוק עדותם מכיוון שאין להם היכולת לדעת אם הם זוכרים פרטים מהאירוע טוב יותר או טוב פחות מאשר עדי-ראייה אחרים. לכן אין להם בסיס יציב לקביעת מידת בטחונם.

לסיכום, אם מדובר בעדות לא־משמעותית, אשר אינה עושה הבדל גדול בהליך השיפוטי או בטיעון שמנסים להוכיח בעזרתה, אזי אין כל צורך לנסות לפוסלה, אף אם היא ראויה לפסילה, שכן ממילא היכולת להתעלם ממנה היא קטנה, אם לא אפסית. לעומת זאת, אם העדות חזקה מאוד, חשוב מאוד לנסות לפסול אותה, שהרי אם נפסול אותה, התיקון שיעשה השומע יפעל לטובתנו – התיקון יהיה גדול יתר על המידה, כך שהשומע לא רק יתעלם מן העדות שנפסלה, אלא "ילך" הלאה בכיוון ההתעלמות, ויש סיכוי שהוא יקבע את עמדתו כמעט כאילו ניתנה עדות הפוכה ממנה.

מובן שעדיף תמיד לבטל כל עדות באשר היא כאשר זו אינה תומכת בטיעוניך. אבל במקרה כפי שהצגנו אותו, כאשר "מותרת פסילה אחת בלבד", מסקנה זו חשובה ומדויקת.

פרק ג: האם הסיבה לקביעת עדות כלא־ראויה רלוונטית ליכולת להתעלם ממנה?

"הנפסול ראייה, שהושגה בדרכים פסולות, מכול וכול? הנבחין בין ראיות שונות לבין דרכים פסולות שונות? הניתן שיקול־דעת לבית־המשפט? על־פי אלו מבחנים?"²²

במשך שנים התלבט המשפט הישראלי בשאלה של פסילת ראיות שהושגו לא כדין²³ – אחת מהאפשרויות של מידע שמגיע לידיעת השופט אך שעליו להתעלם ממנו לאחר־מכן. לפני שנים מספר, בפסק־דין שניתן על־ידי הרכב מורחב של תשעה שופטים, נקבעה הלכה בעניין זה – הלכת יששכרוב.²⁴ בעבר היה נהוג שכל עוד אין הוראה מפורשת בחוק הקובעת אחרת, אי־חוקיות בהשגת ראיה רלוונטית אינה פוגעת בקבילותה של אותה ראיה, אך משפיעה על משקלה בהליך השיפוטי. גישה זו הסתמכה על המסורת של המשפט האנגלי המקובל, ועל שימת דגש בתכלית המשפט בדבר חשיפת האמת בהליך הפלילי.²⁵ חקיקת

22 השופט ברק בבג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לז(2) 393, 422 (1983).

23 ראו, למשל, ע"פ 177/53 גרוסברגר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 182 (1954); ע"פ 307/60 יאסין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1541 (1963); ע"פ 467/69 טקסון נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 95 (1970); ע"פ 636/77 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 768 (1978); ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197 (1984); ע"פ 154/85 אברושמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 387 (1987); ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529 (2002).

24 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם, 4.5.2006) (להלן: הלכת יששכרוב).

25 שם, פס' 42 לפסק־דינה של השופטת ביניש.

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שינתה את ההתייחסות לדברים האמורים, והובילה בסופו של דבר להלכה שנקבעה בפסק דין זה. הנחת המוצא נשארה כשהייתה, קרי, ראייה רלוונטית קבילה במשפט בלי קשר לחוקיות השגתה. עם זאת, לבית המשפט שמור שיקול דעת לפסול את קבילותה של ראייה בפלילים, אם הוא נוכח כי הראייה הושגה לא כדין, וכי קבלתה "תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לגדריה של פיסקת ההגבלה [בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - ח' ג' ו' ש']".²⁶ מדובר במצבים שבהם הספקות הם לא לגבי האמת שבבסיס הראייה, אלא לגבי דרך השגתה - אסור לנו להשתמש בה כי אין זה ראוי לעשות כן, ולא מפני שאין בה אולי אמת. אלה סיבות פרוצדורליות להתעלמות ממידע.

אל מול פסילת ראייה רלוונטית בגלל השגתה תוך הפרה של זכות מוקנית או חקיקה מפורשת,²⁷ קיימים מצבים שבהם עדות נפסלת פשוט מפני שמתברר לאחר שמיעתה כי היא שקרית בבסיסה או אינה אפשרית מבחינה פיזית - למשל, כאשר עד מרכזי חוזר בו מעדותו,²⁸ כאשר עד התביעה היחיד נמצא דובר שקר לאחר מכן,²⁹ כאשר העד המרכזי לא היה יכול להבחין בנעשה³⁰ וכדומה. אלה מצבים שבהם הספקות הם לגבי האמת שבבסיס הראייה, בלי כל קשר לדרך השגתה - אסור לנו להשתמש בעדות כי בבסיסה שקר או חוסר יכולת, אף שדרך השגתה תקינה למהדרין. אלה סיבות מהותיות להתעלמות ממידע.

מחקר פסיכולוגי שנערך בנוגע לשתי אפשרויות אלה הראה כי יש ביניהן הבדל ברור מבחינת השפעתן על מידת ההתעלמות בפועל מן המידע. במחקר של קסין וסומרס³¹ קיבלו משתתפים מקרה רצח להכרעה, לאחר שחולקו לארבע קבוצות: (1) משתתפים שקיבלו מידע נוסף קביל; (2) משתתפים שקיבלו מידע נוסף שאינו קביל בשל סיבה פרוצדורלית (עדות שהושגה באמצעים לא-כשרים); (3) משתתפים שקיבלו מידע נוסף שאינו קביל בשל סיבה מהותית (חוסר מהימנות מוחלט של העדות - הקלטה קולית); (4) משתתפים שלא קיבלו את המידע הנוסף (קבוצת ביקורת). כאשר המידע הנוסף היה קביל, 80% מהמשתתפים הרשיעו את הנאשם; כאשר המידע הנוסף לא היה קביל מסיבה פרוצדורלית,

26 שם, פס' 76 לפסק דינה של השופטת ביניש. בהמשך מציינת השופטת ביניש כי מדובר באיזון בין מכלול הזכויות והאינטרסים הנוגעים בדבר, ובמרכזם חשיפת האמת העובדתית, הלחימה בעבריינות וההגנה על שלום הציבור אל מול ההגנה על זכויות הנאשם ועל הגינותו של ההליך הפלילי. לעמדתה של השופטת ביניש הצטרפו הנשיא ברק והשופטים ריבלין, פרוקצ'יה, לוי, נאור, ג'ובראן וחשין; השופט גרוניס התנגד ונותר בעמדת מיעוט.

27 ראו, למשל, ע"פ 1301/06 עזבון אלזם נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 22.6.2009).

28 ראו, למשל, תפ"ח (מחוזי חי') 2053/05 מדינת ישראל נ' פרעוני (טרם פורסם, 20.1.2008).

29 ראו, למשל, ת"פ (מחוזי ת"א) 578/91 מדינת ישראל נ' נאבולסי, פ"מ התשנ"ב(3) 339 (1992).

30 ראו, למשל, תפ"ח (מחוזי ת"א) 1131/03 מדינת ישראל נ' מקייטן (טרם פורסם, 3.4.2006).

31 ראו Kassin & Sommers, לעיל ה"ש 9. להרחבה בנושא זה ראו עוד: Kerry L. Pickel, *Inducing Jurors to Disregard Inadmissible Evidence: A Legal Explanation Does Not Help*, 19 L. & HUM. BEHAV. 407 (1995).

56% מהמשתתפים הרשיעו את הנאשם; וכאשר המידע הנוסף לא היה קביל מסיבה מהותית (חוסר מהימנות), רק 25% מהמשתתפים הרשיעו את הנאשם. אלה הבדלים מובהקים סטטיסטית, משמעותיים וברורים.

הסיבה לפסילת עדות קשורה לקונפליקט בין שני סוגי הניעות: מצד אחד, הרצון להגיע להחלטה נכונה ככל האפשר; ומצד אחר, הרצון להגיע להחלטה שתשמר ככל האפשר את כללי המשפט ואת כללי הצדק הטבעי שבבסיסם (כולל זכויותיו של אדם באשר הוא אדם, גם אם הוא חשוד בפלילים). החלטותיהם של המשתתפים בניסוי, סטודנטים באוניברסיטה, מצביעות על כך שהרצון להגיע להחלטה נכונה גובר: כאשר העדות הלא-קבילה היא אמיתית, ואי-קבילותה נעוצה בכללים חיצוניים למוצקות אמיתותה, הם נוטים להתחשב בה ולהביאה בחשבון בעת קבלת החלטתם. נשאלת השאלה אם שופטים מקצועיים מיישבים את הקונפליקט בין "אמת" ל"יציב"³²

32 הקונפליקט בין "אמת" ל"יציב" הוא נושא בפני עצמו. בקצרה נוסף כאן כי המשפט הישראלי, כמו מערכות משפט אחרות, מתלבט ארוכות אם יש להעדיף את האמת – קרי, מה קרה בפועל ב-lis ("ריב") בין שני הצדדים של המגרש המשפטי – או שמא יש להעדיף עקרונות אחרים, ובלבד את היציבות המשפטית, שפירושה עמידה בכללי משפט, עמידה בתקדים מחייב אף אם מרגישים שיש מקום לשנותו וכולי. הביטוי הראשון בפסקתו של בית-המשפט העליון לזיכרון זה הופיע כבר בראשית ימי המדינה, בדבריו של הנשיא זמורה, נשיאו הראשון של בית-המשפט העליון: "... ברי לי שאין אני מזלזל בחשיבותו של עיקר יציבות ההלכה במתן פסקי דין. אבל, אמת ויציב – אמת עדיף" (ע"א 376/46 רוזנבאום נ' רוזנבאום, פ"ד ב(1) 235, 254 (1949)). קרי, ה"אמת", כגון עדות-אמת של עד פלוני, עדיפה על ה"יציב" – פסילת עדותו מטעמים פרוצדורליים כי כך החוק מורה. למעשה, ניתן להתייחס לשאלה זו באופן מעט רחב יותר כבחירה בין ה"אמת" ל"צדק" – החוק אינו שקול לצדק, אך הוא יונק את תקפותו מכך שהוא נתפס כצודק על-ידי החברה. כדי שמעשה שפיטה ייתפס כצודק, הוא חייב להיות צודק ביחס לכל הפרטים המעורבים באותו מעשה. הצדק הוא סובייקטיבי במובן זה שהוא מתייחס לסיטואציה ולנוגעים בדבר, אבל הוא אובייקטיבי במובן זה שכל הנוגעים בדבר והסובבים אותם אמורים להרגיש ש"נעשה צדק". המושג "צדק אובייקטיבי" נולד ממקור חברתי ערכי של כלל החברה האנושית או לפחות של זו הרלוונטית. כך שה"צדק", לענייננו, כולל את כל מרכיבי ההליך השיפוטי, ובכלל זה גם עקרונות של שמירה על זכויות נאשמים, על דרך מותרת להשגת ראיות, על דרך מותרת להסתרת ראיות שונות מידיעת הצד האחר (תוך פגיעה בזכותו לחקור את טיבן) וכולי. כך שיתכן מצב שבו נעדיף "צדק" חברתי מסוים, כגון שמירה על זכותו של אדם לפרטיות (ראו ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981), אף שבאמצעות פגיעה בזכות זו נוכל להגיע ל"אמת" העובדתית. כדוגמה בלבד יפים דבריו של השופט חשין בנוגע לחיסיון של ראיה בבש"פ 6392/97 בלביסי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 176, 179 (1997): "לאמתם של דברים, תחנת המוצא ותחנת הסיום בנושא החיסיון הוא הצורך בעשיית צדק לנאשם, בקיומו של משפט הוגן. הגינות היא אמת-המידה וצדק הוא המבחן. הם אשר יקבעו בשאלת החיסיון, ועל-פיהם יוכרע דין. עיקר היא עשיית משפט צדק לנאשם, שמירת זכותו למשפט הוגן, ופגיעה באלו תחייב מעצמה הסרת החיסיון". כך שיתכנו מצבים שבהם שופטים יימנעו מלהגיע לחקר האמת העובדתית מטעמים של מדיניות משפטית, כאשר השמירה על ערכים מסוימים עדיפה וחשובה בעיני המערכת המשפטית מגילוי האמת העובדתית. להרחבה ראו את פסק-דינו של

באותה צורה כמו ההדיוט שאינו יושב על כס המשפט.³³

פרק ד: האם מידת המאמץ של המנסה להתעלם מהמידע רלוונטית למידת יכולתו לעשות כן?

עדות-שמיעה אסורה במשפט הישראלי. השופט קיסרי קבע, בעניין חברת חשמל,³⁴ כי חלקים מן התצהירים שהוגשו לפניו היו "עדות מפי השמועה, אשר לגביה חל כלל הפסילה השולל את קבילותם כראיה."³⁵ אך לצד זה קבע השופט כי מכיוון שהגישה כיום היא לעבור מקבילות הראיות למשקל הראיות, יש להשאיר בתצהירים גם את החלקים שאינם קבילים. לפי תפישתו, השופט יכול להתעלם מעדות זו לאחר-מכן על-ידי כך שייתן לה משקל אפס, או כקביעתו של השופט – בעל-הדין יהיה זכאי לנסות להוכיח את האמור בחוות-הדעת, ואם לא יצליח, תהא "חוות הדעת לבעלת ערך אקדמי גרידא."³⁶

האם יש להתאמץ ולמחוק את החלקים הלא-קבילים?³⁷ האם העובדה ששופט מוחק ממש את החלקים הלא-קבילים שונה מהותית ממצב שבו הוא משאירם על כנם ומתעלם מהם לאחר-מכן? האם צריך להביא בחשבון את המאמץ שהשופט עושה בקשר לאותה פעולת "מחיקה"?

התיקון שעושה מקבל ההחלטה – במקרה זה השופט – הוא תהליך מכוון: הוא מחייב תשומת-לב והשקעת משאבים קוגניטיביים. אם מקבל ההחלטה לא יתאמץ, יש סיכוי גדול שהוא יביא בחשבון את הנתונים הלא-קבילים ויעשה בהם שימוש לא-מודע בהמשך, אף אם נדמה לו שהוא אינו עושה זאת.

השופט אלון בבג"ץ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449, 464-474 (1982); וכן חנן גולדשמידט "טענה פסיכולוגית נגד אמת משפטית" כוורת 8, 38 (2004).

33 פסקה זו נכתבת בהסתייגות ברורה, שהרי מדובר במחקרים שבהם הנבדקים הם סטודנטים. יש רגליים לסברה שדווקא נושא זה יהיה שונה אצל שופטים מקצועיים, אשר אמונים על התפיסה המשפטית של עדות ראויה ועדות שאינה ראויה. ראו לעניין זה את הפרק האחרון של מאמר זה.

34 ראו ת"א (מחוזי חי') 751/06 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' אי.גי.תעש גי. איי. אס בע"מ (טרם פורסם, 22.10.2008) (להלן: עניין חברת החשמל).

35 שם, בעמ' 2.

36 שם, בפסקה האחרונה של פסק-הדין.

37 או שמא מדובר ממילא בהשפעה קטנה מאוד מכיוון שברור לשופט כי זהו מידע שיש להתעלם ממנו, כפי שנקבע בע"פ 470/83 מורי נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 1, 9 (1985)? במקרה זה התברר כי הובאה לידיעת בית-המשפט הרשעה קודמת פעוטת-ערך של הנאשם, ונכתב כי "...ההשפעה האפשרית המזיקה של מידע זה הינה, בנסיבות העניין, כה מינימאלית, עד שאין לייחס לפרט זה משקל כלשהו".

נקודה זו עולה בצורה יפה במחקרם של שול ומנצורי.³⁸ במחקר זה קיבלו משתתפים עדות מסוימת והתבקשו לאחר-מכן להתעלם ממנה. כאשר ניתנה להם סיבה טובה מאוד להתעלמות – למשל, שהעדות האמורה "נגועה"³⁹ – יכולתם להתעלם ממנה הייתה טובה בהחלט: הם הצליחו להתעלם מהעדות בעת קבלת ההחלטה לגבי אשמתו של הנאשם. עם זאת, אותם משתתפים עצמם התבקשו זמן קצר אחרי כן להעריך את מידת "הנחמדות" של הנאשם. לגבי שיפוט "נחמדות" אין אותה דרישה נורמטיבית להתעלם ממידע "נגוע". השאלה לכן הייתה אם אף שהמשתתפים התעלמו מהעדות בעת קבלת ההחלטה לגבי אשמתו של הנאשם, הם ישתמשו בעדות כאשר ישפטו את מידת נחמדותו של הנאשם. אכן, זה היה המצב: הערכת הנחמדות שקיבל ה"נאשם" ממקבלי החלטות ששמעו עדות שהם היו אמורים להתעלם ממנה הייתה נמוכה מההערכה שקיבל ממקבלי החלטות שלא שמעו אותה עדות. מן התוצאות עולה כי כאשר נעשה מאמץ ספציפי להתעלם מהמידע, על-מנת לקבוע אשמה בתסריט של בית-משפט, עשו זאת המשתתפים בצורה טובה יחסית. לעומת זאת, כאשר לא נעשה מאמץ – כלומר, כאשר נשאלה שאלה שאינה קשורה ישירות לתסריט האשמה בבית-משפט – השתמשו המשתתפים באותו מידע, אף שזמן קצר קודם לכן הם תפסו אותו כלא-ראוי לשימוש. אנו משערים כי השקעת המאמץ תלויה בשני גורמים: מידת מודעותו של השופט להטיה, ומידת רצונו בהסרת ההטיה. בשיפוטי האשמה שני הגורמים פעלו במשותף לעודד התעלמות, ולכן הייתה פעולה מכוונת ויעילה של התעלמות. בניגוד לכך, בשיפוטי הנחמדות הייתה פעולה שהיא יותר "מהבטן", ולכן מקבלי החלטות לא טרחו לתקן את השפעת המידע האסור.

לסיכום, בניסוחו של השופט קיסרי לעיל, חוות-הדעת האסורה תיהפך "לבעלת ערך אקדמי גרידא",⁴⁰ אבל ערך אקדמי זה עלול להשפיע על שיקול-הדעת השיפוטי מקום שאסור שהדבר יקרה. ואולי יפים לכך הדברים שמובאים בעניין אבוטבול⁴¹ באשר לראיה פסולה, המבטאים את ההלכה הנוהגת גם כיום בהקשר זה. על-פי הלכה זו, במקרה ששופט נחשף במהלך המשפט לראיה שאינה קבילה, עליו [לה]זהיר עצמו מפורשות כי הובאה בפניו ראיה שהינה בלתי קבילה על פי הדין, וכי חובה עליו להתעלם ממנה". או-אז "ניתן לסמוך במידה רבה של בטחון על כך שאמנם השכיל השופט, גם הלכה למעשה, להשתחרר ולהתעלם מאותה ראיה פסולה".⁴²

והרי לכם, אולי, הגדרת "המאמץ להתעלם" מהמידע הפסול במשפט הישראלי.

38 Yaacov Schul & Frieda Manzury, *The Effects of Type of Encoding and Strength of Discounting Appeal on the Success of Ignoring an Invalid Testimony*, 20 Eur. J. Soc. PSYCHOL. 337 (1990).

39 עדות "נגועה" היא עדות שלוקה בכשל מובנה, משפטי או עובדתי, שבעטיו היא מוגדרת "מידע לא-ראוי" – למשל, עדות-שמיעה.

40 עניין חברת החשמל, לעיל ה"ש 34, בפסקה האחרונה של פסק-הדין.

41 ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 485 (1993) (להלן: עניין אבוטבול). ראו גם פסקי-דין חשובים המאזכרים שם כאסמכתות נוספות לעניין זה. כדוגמה בלבד ראו ע"פ 36/70 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(1) 339 (1971).

42 עניין אבוטבול, שם, בעמ' 503.

פרק ה: האם הצגת המידע הלא־ראוי בניסוח על־דרך השלילה משפיעה על היכולת להתעלם ממנו?

בפרוטוקול בית־המשפט מופיעה ההתבטאות הבאה:

"... ועיצאם אמר: 'אני לא אשם...'"

...

תגובתו לכך הייתה שיש הרבה אנשים בשם רול, וכי הוא מציע ללכת למשטרה, לומר להם שהוא חף מפשע.⁴³

בפרוטוקול אחר מופיעה ההתבטאות הבאה:

"... כל שהיא טענה בבית המשפט הוא כי היא (ולא חוקרי המשטרה) שיקרה... מכאן שהיא מאשרת, למעשה, כי התכנים והדברים שנרשמו בהודעותיה, מפיה יצאו אלא שאין בהם שום אמת."⁴⁴

ברור לכל כי בשפת היומיום אנו משתמשים לא פעם בניסוחים על־דרך השלילה, וכי דוברים ושומעים אינם מתקשים להשתמש בניסוחים כאלה ולהבין את משמעויותיהם.⁴⁵ אבל האם "לא־אשם" זהה ל"חף מפשע"?⁴⁶ האם "שיקרה" זהה ל"אין בהם שום אמת"?⁴⁷ והשאלה החשובה לענייננו כאן – האם ההבדל בין ניסוח אמירה כלשהי על־דרך השלילה לבין ניסוחה על־דרך החיוב משפיע על היכולת להתעלם מהמידע הלא־ראוי? לפני ההתייחסות לענייננו חייבים להבהיר כי יש בשפה הבדלים חשובים בין הפכים שהם על רצף ("לא־גבוה" אינו "נמוך" בהכרח, ולהפך) לבין הפכים שהם דיכוטומיים

43 תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1041/04 מדינת ישראל נ' אל תראבין (טרם פורסם, 4.1.2007) (חלק מההדגשות הוספו).

44 תפ"ח (מחוזי ת"א) 3121/97 מדינת ישראל נ' אקב (לא פורסם, 15.10.1998) (חלק מההדגשות הוספו).

45 ראו: Tamar Fraenkel & Yaacov Schul, *The Meaning of Negated Adjectives*, 5(4) INTERCULTURAL PRAGMATICS 517 (2008). כן ראו: Ruth Mayo, Yaacov Schul & Eugene Burnstein, "I Am Not Guilty" vs "I Am Innocent": *Successful Negation May Depend on the Schema Used for Its Encoding*, 40 J. EXP. SOC. PSYCHOL. 433 (2004).

46 ברור כי גם הביטוי "חף מפשע" מורכב משלילה של מושג, אך בשפה הטבעית קיבל ביטוי זה מובן של מושג אחד שלם, אולי משום שמדובר בשפה גבוהה יותר, ולא את המובן של שלילה של "פשע", כמו בביטוי "לא אשם".

47 יש לזכור שדוגמות אלה מיוחדות בכך ששתי האמירות המופיעות בכל אחת מהן – גם הניסוח על־דרך החיוב וגם הניסוח על־דרך השלילה – נאמרו על־ידי אותו עד ובאותו דיבור!

לכאורה ("לא-חי" הוא "מת", ולהפך).⁴⁸ ה"לכאורה" חשוב כאן משום שכולנו מכירים ביטויים בשפה המשתמשים בערכי-ביניים גם בהקשר של הפכים דיכוטומיים: אדם חצי מת, תשובה כמעט נכונה, או הדלת חצי סגורה. ביטויים אלה מצביעים על כך שאף-על-פי שאנו יודעים כי באופן מדויק יש רק שתי אפשרויות (חי או מת, נכון או שגוי, פתוח או סגור), אנו יכולים להתייחס למצבי-ביניים. מאיו, שול וברנשטיין, וכן פרנקל ושול, הראו כי תוצאתן של התייחסויות כאלה הן ששלילה של מושג נתפסת כחזקה פחות מן המושג ההופכי. לדוגמה, הדלת נתפסת כסגורה יותר כאשר נאמר עליה שהיא "סגורה" מאשר כאשר נאמר שהיא "לא-פתוחה".

הבחנה נוספת מתייחסת למצבים שאין בהם הפכים ברורים. אנו יודעים היטב מהי מחווה רומנטית, אך מהי מחווה לא-רומנטית? יש בין המשתמשים בשפה הסכמה לגבי מהי התנהגות הרפתקנית, אך אין למשתמשים בשפה מושג משותף לגבי התנהגות שאינה הרפתקנית. פרנקל ושול⁴⁹ הבחינו בין מושגים דו-קוטביים (bipolar), שיש להם הפך ברור, לבין מושגים חד-קוטביים (unipolar), שאין להם הפך מוסכם. הם שאלו מהו המטען האסוציאטיבי העולה כאשר אנו חושבים על שלילת מושג דו-קוטבי (למשל, לא-הגון) לעומת האסוציאציות העולות כאשר שוללים מושג חד-קוטבי (למשל, לא-הרפתקן).

מאיו, שול וברנשטיין⁵⁰ דנו בתהליכי שלילה על-פי שני מודלים תיאורטיים: על-פי מודל ההיתוך,⁵¹ כאשר אדם שומע מסר המנוסח על-דרך השלילה – למשל, כאשר נאמר לו שפלוני אינו גבוה – הוא יחשוב על אותו פלוני במונחים של "נמוך"; לעומת זאת, על-פי המודל התיאורטי החלופי – מודל הסכמה פלוס תג⁵² – השומע יחשוב על אותו אדם במונחי התכונה המתוארת, ויוסיף לה תג שלילה. בדוגמה שלעיל הוא יחשוב על פלוני במונחי גובה, ויוסיף תג המצייני כי הוא אינו גבוה. מה שחשוב לענייננו הוא שעל-פי מודל ההיתוך, המסר המנוסח על-דרך השלילה ("לא-גבוה") מיוצג במונחו ללא שלילה ("נמוך"), ואילו על-פי מודל הסכמה פלוס תג, ייצוגו של אותו מסר במונחו מכיל תיוג של שלילה ("לא-גבוה").

48 ראו Fraenkel & Schul, לעיל ה"ש 45; Mayo, Schul & Burnstein, לעיל ה"ש 45.

49 Fraenkel & Schul, לעיל ה"ש 45.

50 Mayo, Schul & Burnstein, לעיל ה"ש 45.

51 להרחבה על-אודות מודל ההיתוך ראו: JOHN LYONS, LINGUISTIC SEMANTICS: AN INTRODUCTION (1995); Katherine M. Gannon & Thomas M. Ostrom., *How Meaning is Given to Rating Scales: The Effects of Response Language on Category Activation*, 32 J. EXP. SOC. PSYCHOL. 337 (1996); LAURENCE R. HORN, A NATURAL HISTORY OF NEGATION (Stanford, Calif. 2001) (1989).

52 להרחבה על-אודות מודל הסכמה פלוס תג ראו: Herbert H. Clark & William G. Chase, *On the Process of Comparing Sentences Against Pictures*, 3 COGNITIVE PSYCHOL. 472 (1972); Klaus Fiedler et al., *Do You Really Know What You Have Seen? Intrusion Errors and Presuppositions Effects on Constructive Memory*, 32 J. EXP. SOC. PSYCHOL. 484 (1996); Marcel A. Just & Patricia A. Carpenter, *Eye Fixations and Cognitive Processes*, 8 COGNITIVE PSYCHOL. 441 (1976).

מדוע ההבדל חשוב? נקודת-המפתח היא שהחיבור בין ליבת המסר ("גבוה") לבין מושג השלילה ("לא") יכול להיפרם. בעקבות זאת אנשים שמקבלים מסר על-דרך השלילה יכולים לחשוב על דברים המקושרים לליבת המסר או לזכור רק את ליבת המסר, כך שהמובן ההפוך מן המסר יישאר במערכת הקוגניטיבית – "גבוה" במקום "לא-גבוה". כתוצאה מכך מתאפשר פירוק עתידי של המסר לשני החלקים.

מה משמעות ההבדל? אם מסר קודד על-פי מודל ההיתוך, הוא ייזכר בעתיד על-פי משמעותו, משום שהאסוציאציות שהופעלו הושפעו מן השלילה – השלילה נהפכה לחלק בלתי-נפרד מן המסר. לעומת זאת, אם המסר קודד על-פי מודל הסכמה פלוס תג, קיימת סכנה שבעתיד ינותק תג השלילה מהמסר, ובעקבות זאת מה שיישאר בזיכרון הוא המשמעות הפוכה.

באופן כללי, המחקר בתחום⁵³ מצא כי כאשר אין חלופה ברורה לניסוח על-דרך השלילה – כמו במצבים החד-קוטביים, דוגמת המקרה של "לא-רומנטי" – הקידוד הוא על-פי מודל הסכמה פלוס תג. לפיכך עצם האזכור של "לא-רומנטי" מעלה לתודעה דווקא תסריטים ו/או אסוציאציות רומנטיים.

אם נחזור לסיטואציה המשפטית, כאן אין עוסקים בתיאורים באמצעות שמות-תואר, אלא בתיאורים התנהגותיים. תיאורים כאלה דומים במובנים רבים למאפיינים החד-קוטביים שהזכרנו לעיל. נאמר על פלוני שלא אנס. אין לנו דרך טובה לייצג את ההפך, משום שההפך של "לא אנס" יכול להיות כל אחד מבין אפיונים אין-ספור. באופן דומה, נאמר כי אלמוני לא הכה את אשתו. כיצד נקודד את התיאור באופן חיובי? מה אותו אדם כן עשה? על-פי ממצאיהם של מאיו, שול וברנשטיין, מכיוון שהקידוד החיובי בעייתי, התיאור בשלילה יקודד באמצעות הסכמה פלוס תג. בעקבות זאת, אף שנאמר על האדם "לא-התנהגות", מקבלי החלטות עלולים לקבל לגביו החלטות כאילו ביצע את ההתנהגות. אם כך, כיצד ניתן לשלול בהצלחה? הממצאים מורים כי ההתעלמות מההתנהגות תהיה מוצלחת אם מקבל ההחלטות יצליח להפעיל את מודל ההיתוך, כלומר, אם הוא יצליח להביא לידי קידוד חיובי של המידע שנוסח על-דרך השלילה. מתי זה יקרה? כנראה אם תועלה הבניה שונה, הפוכה, שבה השלילה תתורגם באופן חיובי.

לסיכום, כאשר אנו פוסלים עדות בדרך של אי-קיום נטל ההוכחה, קרי, כאשר אנו משתמשים בניסוח על-דרך השלילה – "לא הוכח בראיות שהובאו לפנינו שיעקב תקף את יצחק", נביא לידי כך שהשומעים יעלו בדמיונם את התמונה של "יעקב תוקף את יצחק". בכך נורע את זרעי המחשבה בדבר אשמתו של יעקב. מי שרוצה לשכנע כי יעקב אינו אשם רצוי שירבה ככל האפשר בניסוחים על-דרך החיוב המביעים זאת, רצוי שיציג מסגרת סיפורית אשר מקיימת פעולה חיובית המרחיקה אותנו מליבת ה"אשם" – יעקב חף מפשע, הוא לא "לא-אשם"!

53 ראו, לדוגמה, Fiedler, שם. כן ראו: Herbert L. Colston, "Not Good" is "Bad," But "Not Bad" is Not "Good": An Analysis of Three Accounts of Negation Asymmetry, 28 DISCOURSE PROCESSES 237 (1999).

פרק ו: במקום סיכום – הסתייגויות אחדות מהמחקר הפסיכולוגי-המשפטי בנושא

"חוקה על שופט מקצועי, להבדיל מחבר מושבעים הדיוטות, שבבואו להרשיע על סמך חומר הראיות שבא לפניו, גם בלי שיאמר זאת ממשית, יתעלם וישתחרר כליל מעדות מסוג זה [עדות פסולה – ח' ג' וי' ש'], ואין כל סכנה שתהווה גורם משפיע או מסייע להסקת מסקנה מרשיעה נגד הנאשם."⁵⁴

כביקורת אפשרית על המחקרים השונים שנעשים בפסיכולוגיה בנושא ההתעלמות ממידע בהקשר של החלטות שיפוטיות, עולה לא פעם הסוגיה אם יש שוני באופן קבלת ההחלטה – ובעקבות זאת גם בהצלחת ההתעלמות ממידע – בין שופט לא-מקצועי (למשל, מושבע) לבין שופט מקצועי. סוגיה זו משמעותית משום שרוב-רובם של המחקרים בנושא נעשים עם משתתפים שאינם שופטים, ואף לא עורכי-דין; בדרך-כלל מדובר בסטודנטים מן הפקולטות השונות.⁵⁵

על פניו שופטים יכולים להיות מוצלחים יותר מהאדם הרגיל בהתעלמות מכוונת ממידע לא-קביל. ניתן להשעין סברה זו על טענות כגון: השופטים מלומדים יותר; הם בעלי יכולות קוגניטיביות טובות יותר בממוצע; יש להם התמחות מקצועית ספציפית בעולם המשפט, אשר מחנך אותם מן היום הראשון לאפשרות שמידע יהיה זמין להם אך לא-קביל מבחינתם; ואולי חשוב מכל – לשופטים מקצועיים יש ניסיון ספציפי עם מקרים כאלה, ולפיכך ניתן לשער שהם למדו לעשות את הפעולה הקשה של התעלמות ממידע לא-קביל. מצד אחר, ניתן להעלות סיבות טובות מדוע יש לצפות לדמיון רב בהטיות השיפוט בין שופטים מקצועיים לבין אנשים מן השורה. דווקא משום שהסיטואציה המשפטית חושפת אותם למידע רב ועמום, ינסו השופטים להתמודד עם העומס הקוגניטיבי על-ידי הבניית המידע בתוך מספר קטן יחסית של מקרים טיפוסיים – סכמות מוקדמות. במצבים כאלה המידע הלא-ראוי עלול להיתפס כמידע התומך בסיפור הכללי, אף שהוא אינו קביל. חשוב מכך, שופטים מקצועיים יהיו בטוחים יותר בעצמם בקשר ליכולתם להימנע ממידע לא-קביל, וביטחון עצמי זה יהיה להם לרועץ.

מחקרים מעטים מאוד מצליחים לחקור קבוצה של שופטים מקצועיים באותם כלים

54 ע"פ 86/74 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 421, 423 (1974) (ההדגשה הוספה).

55 כולל פקולטות למשפטים, אך לא בהכרח; ברוב המקרים רוב המשתתפים הם סטודנטים לפסיכולוגיה או למדעי החברה. יוער כי על פניו ייתכן שקיים הבדל בין שופט מקצועי לבין אדם שאינו מתחום המשפט. ברוב המקרים, עם זאת, אין הדבר משנה, שכן שאלת המחקר אינה מתמקדת בעולם המשפט, ורק הסקת המסקנות שולחת מסר אנלוגי לעולם המשפט. במקרים שבהם הנושא הוא קבלת החלטות שיפוטיות, ההבדל יכול להיות בעל משמעות, בהסתייגויות שיצוינו בהמשך.

שבהם משתמשים במחקרי הסטודנטים.⁵⁶ אחד הבולטים מבין אותם מחקרים ספורים הוא מחקרם של ויסטריך ושותפיו מן העת האחרונה.⁵⁷ במחקר זה השתתפו 256 שופטים מכהנים בערכאות מדינתיות ופדרליות בארצות-הברית, כשליש מהם נשים, כולם בעלי ניסיון שיפוטי מעשי רב.⁵⁸ לענייננו, נסקור כמה דוגמות מייצגות מתוך מחקר חשוב זה, אשר בשורה התחתונה שלו אנו למדים כי ברוב המקרים שופטים פועלים בדומה לאדם הרגיל: הם אינם מצליחים להתעלם ממידע לא-קביל שהגיע לידיעתם, גם אם הם עצמם קבעו כי מידע זה אינו קביל או אף הצהירו כי יתעלמו ממנו בעת מתן פסיקתם.

המחקר כולו הוא מחקר "בין נבדקים", קרי, לגבי כל אחת מהסיטואציות המשפטיות חולקו השופטים לשתי קבוצות באופן אקראי: קבוצה אחת קיבלה את נוסח הסיפור המשפטי ללא המידע הלא-קביל, והקבוצה האחרת קיבלה אותו סיפור משפטי בצירוף מידע לא-קביל, ונאמר לה מפורשות כי המידע אינו קביל וכי יש להתעלם ממנו. התוצאות שנבדקו הן פסיקתם של השופטים לגבי כל אחד מהסיפורים המשפטיים: קביעת האשם, גובה הפיצוי, גובה התשלום ועוד.

בדוגמה הראשונה המופיעה במאמרם של ויסטריך ושותפיו, קיבלו השופטים סיפור של מקרה אזרחי, ולחלקם נמסר מידע שהתקבל בישיבת קדם-משפט, אשר אינו קביל במשפט הנערך לאחר-מכן. בתנאי הביקורת לא קיבלו השופטים דרישה ברורה של התובע האזרחי, קרי, לא ננקב סכום כסף נדרש. בתנאי הצורך בהתעלמות קיבלו השופטים אותו סיפור, אך גם מידע על כך שבישיבת קדם-משפט דרש התובע האזרחי 175,000 דולר (בנוסף אחד של הסיפור) או 10,000,000 דולר (בנוסף אחר) (להלן: נוסח דרישה נמוכה ונוסח דרישה גבוהה, בהתאמה). נאמר מפורשות לשופטים כי מידע זה אינו קביל, וכי הוא נאמר בישיבת קדם-משפט בחיסיון מלא. בנוסף הדרישה הנמוכה, השופטים בתנאי הצורך בהתעלמות פסקו לתובע 612,000 דולר, ואילו השופטים בתנאי הביקורת (זו שלא קיבלה את המידע הלא-קביל) פסקו לתובע 1,400,000 דולר בממוצע. בנוסף הדרישה הגבוהה, השופטים בתנאי הצורך בהתעלמות פסקו לתובע 2,200,000 דולר בממוצע, ואילו

56 ראו, למשל, בג"ץ 2491/02 בן-ארי נ' השופט דן ארבל, מנהל בתי המשפט (לא פורסם, 1.8.2002), שבו נמנעה מן העותר האפשרות "לשלוח שאלונים לשופטי ישראל לערכאותיהם השונות לצרכי מחקר אקדמי... שתכליתו, לדבריו, 'לאפיין את מערכת השפיטה הפלילית בישראל, מדיניותה ותפיסתה את השופט ותפקידו'".

57 Andrew J. Wistrich, Chris Guthrie & Jeffrey J. Rachlinski, *Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding*, 153 U. PA. L. REV. 1251 (2005). כן ראו: Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*, 93 CORNELL L. REV. 1 (2007), available at [www.lawschool.cornell.edu/research/cornell-law-review/upload/Schul & Manzury](http://www.lawschool.cornell.edu/research/cornell-law-review/upload/Schul%20&%20Manzury%20Blinking-on-the-bench.pdf). למתעניינים כדאי להסתכל גם במאמרים Stephan Landsman & Richard F. Rakos, *A Preliminary Inquiry into the Effects of Potentially Biasing Information on Judges and Jurors in Civil Litigation*, 12 BEHAV. SCI. & L. 113 (1994).

58 בממוצע 13.5 שנים של שיפוט מקצועי בערכאות השונות.

השופטים בקבוצת הביקורת (זו שלא קיבלה את המידע הלא-קביל) פסקו לתובע 808,000 דולר במוצ'ע.⁵⁹

כלומר, בשני הנוסחים השופטים שהיו צריכים להתעלם מהמידע הלא-קביל לא עשו זאת. כאשר נודע להם כי בישיבת הקדם-משפט דרש התובע סכום נמוך במיוחד, הם פסקו פחות מפסיקת-הבסיס,⁶⁰ ואילו כאשר נודע להם שהתובע דרש באותה ישיבה סכום גבוה במיוחד, הם פסקו יותר מפסיקת-הבסיס.⁶¹

בדוגמה השנייה נחקרה השפעה של קבלת מידע שנהנה מחיסיון עורך-דין-לקוח. הסיטואציה הנחקרת עסקה בסכום אורחי חוזי בין שני אנשים. החוקרים השוו את שיפוטיהם של המשתתפים בשני תנאים: האחד, שבו נחשף המשתתף למידע חסוי ולא-קביל לגבי תביעות אחרות שהגיש התובע; והאחר, תנאי ביקורת, שבו לא קיבל המשתתף את המידע הלא-קביל. השופטים בתנאי הביקורת פסקו לטובת התובע ב-55% מהמקרים, ואילו השופטים אשר קיבלו את המידע הלא-קביל, ונדרשו להתעלם ממנו, פסקו לטובת התובע רק ב-29% מהמקרים. כמו בדוגמה הראשונה, אנו רואים קושי של שופטים בהתעלמות ממידע לא-קביל.

הדוגמה השלישית עסקה בהתעלמות מהיסטוריית ההתנהגות המינית של קורבן תקיפה מינית. מידע לגבי היסטוריית ההתנהגות המינית של קורבן תקיפה מינית אינו רלוונטי, ועלול להעלות לתודעתם של מקבלי ההחלטות הַטְפְּסִים (סטריאוטיפים) לא-רלוונטיים למקרה הנידון. ברוב המקרים⁶² מידע כזה המתגלה במהלך משפט אינו קביל, ועל השופט להתעלם ממנו בעת פסיקתו. בהשוואה בין השופטים מקבוצת-הביקורת, אשר לא קיבלו מידע לגבי היסטוריית ההתנהגות המינית של הקורבן, לבין השופטים אשר נחשפו למידע זה ונדרשו להתעלם ממנו נמצאו הבדלים עצומים: בקבוצת-הביקורת 49% מהשופטים מצאו את הנתבע אשם, ואילו בקבוצת המידע הלא-קביל רק 20% מהשופטים מצאו אותו אשם. בדוגמה הרביעית נחקרה התעלמות ממידע לא-קביל על-אודות עברו הפלילי של התובע. סיפור המעשה עסק באדם פרטי שתבע חברה בע"מ בתביעת נזיקין. בתנאי הראשון כלל הסיפור מידע לגבי עברות פליליות של התובע, אשר האחרונה מביניהן הייתה ארבע-עשרה שנים לפני התביעה. בתנאי הביקורת לא הוזכר המידע על-אודות עברו הפלילי של התובע. השופטים התבקשו לפסוק לגבי מתן פיצוי נזיקי של "כאב וסבל" לתובע בתביעה

59 מסתבר אם כן שהמספרים שימשו לשופטים "עוגן", כמובנו בניתוח תהליכי קבלת החלטות אנושיים, אך לא כאן המקום להרחיב בסוגיה.

60 פסיקת-הבסיס בנוסח הדרישה הנמוכה הוגדרה כפסיקתה של קבוצת-הביקורת בנוסח זה, קרי 1,400,000 דולר, או כממוצע בין שתי קבוצות-הביקורת בשני התנאים - כ-1,100,000 דולר. שימו לב כי שתי קבוצות-הביקורת קיבלו אותו מידע בדיוק, כך שלא היה מקום לצפות להבדלים ביניהן. אף שההבדלים שנמצאו אינם מובהקים סטטיסטית, הם מפתיעים מעט בכל-זאת.

61 פסיקת-הבסיס במקרה זה הייתה 808,000 דולר או כ-1,100,000 דולר, כפי שהוסבר לעיל בה"ש 60.

62 אין זה המקום להרחיב בסוגיה, ואין גם כל צורך בכך. נציין רק כי יש מקרים שבהם היסטוריית ההתנהגות המינית של קורבן-לכאורה של תקיפה מינית עשויה להיות רלוונטית.

אזרחית זו. נוסף על כך התבקשו השופטים שנחשפו למידע לגבי עברו הפלילי של התובע לפסוק אם הם מקבלים או דוחים את הצגת הראיות לגבי עברו הפלילי. מקרה זה מעניין במיוחד, כי ההחלטה בנוגע להתעלמות מהמידע נמסרה לשופטים עצמם. 84% מקרב השופטים שנחשפו למידע בדבר עברו הפלילי של התובע קבעו כי מידע זה אינו קביל, ופסקו לתובע בממוצע 685,000 דולר פיצויים. בקבוצת הביקורת, שלא נחשפה כלל למידע זה, נפסקו בממוצע 778,000 דולר פיצויים – הבדל מובהק סטטיסטית ומשמעותי. נתון מעניין נוסף הוא שחברי הקבוצה אשר נחשפו למידע הלא-קביל לכאורה אך פסקו כי הוא קביל⁶³ פסקו בממוצע 406,000 דולר פיצויים – פער גדול בהרבה.⁶⁴ לסיכום, מחקר מקיף וחשוב זה הראה בצורה ברורה כי קבלת החלטות של שופטים דומה בתוצאותיה לקבלת החלטות של אנשים ללא הכשרה וניסיון משפטיים. במילים אחרות, גם שופטים מקצועיים מושפעים ממידע שהם אמורים להתעלם ממנו, ובמקרים מסוימים אף ממידע שהם עצמם קובעים כי הוא אינו קביל וכי הם אמורים להתעלם ממנו.⁶⁵ כפי שקבע יפה השופט ברק:

“אפשרות ההשפעה על שופט מקצועי קטנה מאפשרות [ה]השפעה על שופט הדיוט, אך גם שופט מקצועי אינו אלא בשר ודם.”⁶⁶

עם זאת, מחקרי המעבדה (או מחקרי השדה) שונים ממשפטים אמיתיים במאפיין נוסף משמעותי – חשיבותה של ההחלטה. ייתכן בהחלט שכאשר ההחלטות קשורות לגורלם הממשי של אנשים, שופטים משקיעים תשומת-לב רבה יותר ונוקטים יתר זהירות. ניתן רק להעיר כי השפעתה החיובית של חשיבות ההחלטה עלולה להיות מקווצת על-ידי ההשפעה השלילית הנובעת מן הצורך ליצור תמונה ברורה וקוהרנטית שתאפשר הכרעה חד-משמעית. דווקא באותם מקרים שבהם השופט מתמודד עם הצורך להכריע בין “אשם” לבין “לא אשם”, הוא נדרש לפתור אי-בהירויות ולהבנות מסגרת סיפורית שממנה תיגזר הכרעת הדין באופן ישיר. הצורך בהבניה עלול להחריף את ההטיות שסקרנו במאמר. לבסוף, ברצוננו להפנות את תשומת-הלב של הקורא/ת לחלופה למחקרי המעבדה: מחקרי שטח ב“חיים האמיתיים” או “ניתוחי מקרה”. חלופה זו לוקה בבעיות שונות. בקצרה, ולא באופן מלא, נציין רק כי בניתוחי מקרה ובחיים האמיתיים קיימות בעיות הסקה אחרות המקשות על החוקרים לקבוע מסקנות חד-משמעיות. כדוגמה בלבד נזכיר את

63 מדובר ב-16% מקבוצת השופטים שנחשפה למידע.

64 יש להדגיש כי לפי תפיסתם של אותם שופטים אין מדובר במידע לא-קביל, ועל-כן הירידה בפיצוי אינה מפתיעה.

65 יוער כי במאמר רחב-יריעה זה קיימות גם דוגמות שבהן נמצאו הבדלים בין השופטים לבין האדם הרגיל, אך גם בהן ההבדלים היו קטנים ולא-משמעותיים. כאן הוצגו רק ארבע הדוגמות הראשונות במאמר, שעסקו בנושאים משפטיים שונים המייצגים יפה את עולם המשפט על תחומיו השונים.

66 ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד ל"ז(2) 565, 576 (1983).

משפט ועסקים יב, התשי"ע

חנן גולדשמידט, יעקב שול

חוסר היכולת להשוות לקבוצת ביקורת מובנית, וכתוצאה מכך חוסר היכולת לייחס את ההבדלים הנמצאים לגורם ברור וחד־משמעי.⁶⁷

67 יכולת הניתוח והסקת המסקנות במקרים אלה בעייתית מאוד, וברוב המקרים בלתי־אפשרית.