

פסיכולוגיה משפטית: החשיבה המטא-קוגניטיבית של עדי-ראייה והשפעתה על תהליכי קבלתן של החלטות שיפוטיות

ינון היימן*

תקציר

מטרתו של מאמר זה היא לפתוח צוהר לעולם הפסיכולוגיה המשפטית, תוך ניתוח עדויות בבית-המשפט מן הזווית של נותני העדות ומזו של השופטים השומעים אותה מכס השיפוט, וניסיון להבין עדויות אלה. המאמר מביא ממצאים אמפיריים מתחום הפסיכולוגיה ומנתח אותם, תוך שימת דגש בפסיכולוגיה הקוגניטיבית. המאמר מבהיר כי עדות-הראייה היא כלי חשוב בעולם המשפטי, אך יש להתייחס בזהירות רבה להנחה כי כלי זה משקף את המציאות בצורה מדויקת ומהימנה. מוצגים הקשיים והחולשות הן מבחינת הזיכרון האנושי של העד המוסר את עדותו והן מבחינת יכולתם של השופטים בבית-המשפט להבחין מתי העד דובר אמת, מתי דבריו משקפים אמת סובייקטיבית אך לא אמת אובייקטיבית, ומתי העד משקר.

על רקע סוגיות אלה אנו בוחנים בתחילת המאמר את מהות הזיכרון האנושי, את ההשפעה הפסיכולוגית של עדות-הראייה על מתן האמון בדברי העד, ואת שני הגורמים העיקריים המשפיעים על עדויות-ראייה: משך ההיחשפות לאירוע וטעויות מטא-קוגניטיביות. בהמשך המאמר נסקרים ממצאים המבטאים הבדלי זיכרון בין גברים לנשים, ציפיות תרבותיות והבניית ציפיות, ונבחנת חסינותם של בתי-המשפט מפני השפעותיהן של הטיות אלה. נושא נוסף שנבחן במאמר הוא עד כמה דרך הצגת השאלות על-ידי עורך-הדין מתווה ומבנה את זכרונו של העד. המאמר מתייחס גם לשתי קבוצות אוכלוסייה

* עורך-דין ופסיכולוג, מרצה במרכז האקדמי פרס ומרצה מן החוץ באוניברסיטת תל-אביב, באוניברסיטת בר-אילן ובמכללה האקדמית נתניה. תחומי העיסוק של ד"ר היימן הם משפט פלילי, משפט תעבורתי ופסיכולוגיה משפטית.

ייחודיות: קטינים ואנשים הלוקים בתסמונות גנטיות. המאמר בוחן גם את משמעות בטחוננו של העד בעדותו, ומבהיר את המשמעות המשפטית של העברה תת-הכרתית.

בפרק הדיון והמסקנות מוצעת רויזיה בדיני הראיות שלפיה לא יהיה אפשר עוד להרשיע אדם על-סמך עדות-ראייה בלבד. במידה ומדובר בראיה יחידה, מוצע כי לשם הרשעה תידרש תוספת ראייתית, לכל-הפחות מסוג חיזוק, ואם העד נמנה עם העדים הייחודיים שהוצגו במאמר זה (קטינים ואנשים הלוקים בתסמונות גנטיות), מוצע שתידרש תוספת מסוג סיוע חזק. המסקנה העוברת כחוט-השני לאורך כל המאמר היא שהזיכרון האנושי חשוף למניפולציות, לשינויים, להבניה ולהטיות. בהקשר המשפטי גורמים אלה עלולים להביא לידי כך שאנשים חפים מפשע יישבו מאחורי סורג ובריח במשך שנים רבות, ועלינו לפעול למזעורה של סכנה זו.

פרולוג

- א. פסיכולוגיה משפטית
- ב. הזיכרון האנושי
- ג. מה היא תופעת המטא-קוגניציה, וכיצד היא רלוונטית לזיכרון האנושי, לעדויות-ראייה ולהכרעה שיפוטית?
- ד. ההשפעה הפסיכולוגית של עדות-הראייה על מתן האמון בדברי העד
- ה. גורמים המשפיעים על עדויות-ראייה
 1. משך ההיחשפות לאירוע
 2. טעויות מטא-קוגניטיביות נפוצות בעדויות-ראייה
 - (א) מזג-אוויר
 - (ב) מהירויות
 - (ג) משכי זמן
- ו. הבדלי זיכרון בין נשים לגברים באירועים המערבים אלימות ובאירועים ניטרליים
- ז. מטא-קוגניציות הקשורות לציפיות, לנסיון עבר ולדעות קדומות – השפעותיהן על זכירת האירוע הנצפה
 1. ציפייה תרבותית
 2. הבניית ציפיות
 3. האם בתי-המשפט חסינים מפני השפעות של נסיון עבר וציפייה תרבותית?
- ח. עד כמה דרך הצגת השאלה מהווה גורם שעשוי לשנות את מהות זכרונו של עד-הראייה ואת מהות הבנתו של השופט בנוגע לאירוע?
- ט. יצירת זכרונות כוזבים בדבר אירועים שלא התרחשו כלל
- י. השתלת זכרונות וזכרונות מודחקים
- יא. קבוצות אוכלוסייה ייחודיות המעידות לפני בית-המשפט

1. מטא־קוגניציות של קטינים
2. תסמונת ויליאמס כאחת התסמונות הגנטיות העלולות להשפיע על יכולתו של אדם להעיד
 - ב. עד כמה ודאותו ובטחונו של המזהה מעידים על זיהוי נכון?
 - ג. מטא־קוגניציה וסוגיית הלחץ בעת האירוע
 - ד. העברה תת־הכרתית (Unconscious Transference)
 - טו. דיון ומסקנות

פרולוג

"יש לי יסוד מוצק לשער, שהכוכב שהנסיך הקטן בא ממנו הוא אסטרואיד 612ב'. את האסטרואיד הזה ראו בטלסקופ רק פעם אחת, בשנת 1909. אסטרונום תורכי ראה אותו, ובכנס בינלאומי לאסטרונומיה הוא הציג את תגליתו בעסק גדול, אבל בגלל לבושו המיוחד איש לא האמין לו. כאלה הם המבוגרים. למזלו של האסטרואיד 612ב' ושמו הטוב, קם בתורכיה רודן שציוה על בני עמו ללבוש בגדים אירופאיים, ולא – יוצאו להורג. ובשנת 1920 הציג האסטרונום את תגליתו שנית, הפעם בחליפה הדורה מאור, ואז קבלו הכל את דעתו."¹

במקרים רבים בית־המשפט נאלץ להעריך את מהימנותם של עדים על־מנת לגבש מסקנות לגבי מצב עובדתי מסוים, ונשאלת השאלה כיצד ניתן להכריע איזו מבין שתי עדויות סותרות היא המהימנה. זה המצב פעמים רבות בעברות מין, למשל, כאשר צד אחד טוען כי מדובר באונס ואילו הצד האחר טוען כי מדובר בקיום יחסים בהסכמה או לחלופין שלא היו דברים מעולם. כיצד בית־המשפט יכול לקבוע שגרסה X היא שקרית וגרסה Y נכונה?² הרי בית־המשפט לא היה נוכח באירוע עצמו. בסיטואציות כגון אלה, נכון להיות, בית־המשפט רשאי להכריע בכפוף לחובת ההנמקה, קרי, הוא רשאי להרשיע את הנאשם בהסתמך על עדות יחידה, ובלבד שינמק מדוע האמין דווקא לפלוני, ולא לאלמוני.³

- 1 אנטואן דה סנט־אכזיפרי הנסיך הקטן 16 (אריה לרנר מתרגם, הוצאת עם עובד, 2011) (להלן: הנסיך הקטן).
- 2 ע"פ 8670/07 דהן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.9.2008); ע"פ 4930/07 טולדו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.12.2009).
- 3 ס' 54א(ב) לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות): "הרשיע בית משפט במשפט על עבירה לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, תשל"ז-1977, על פי עדות יחידה של הנפגע, יפרט בהכרעת הדין מה הניע אותו להסתפק בעדות זו."

בהתאם לשיטת המשפט הנהוגה כיום במדינת-ישראל, למעט במקרים חריגים, הכל כשרים להעיד אלא אם כן קיימת הוראה אחרת בחוק או בפסיקה.⁴ זאת ועוד, ניתן להרשיע נאשם על-סמך עדות יחידה של אדם אובייקטיבי, אשר יזהה את הנאשם, יזכור את האירוע ויעיד כי הוא התרחש באופן שישכנע את בית-המשפט כי אכן מדובר בזיכרון אמיתי, באירוע אמיתי ובעד אמין. זאת, אף-על-פי שמדובר בעדות המסתמכת על זכרונו הסובייקטיבי של העד.⁵

סוגיה מורכבת לא פחות היא החלטתו של בית-המשפט כאשר העד מוסר שתי גרסאות – לדוגמה, בהתאם לסעיף 10א לפקודת הראיות.⁶ הכיזד יוכל בית-המשפט להכריע איזו מגרסאותיו של העד אמינה ואיזו שקרית?⁷

השופט רשאי לבסס הרשעה בפלילים על-סמך עדות יחידה,⁸ בכפוף לכך שהזהיר את עצמו כי מדובר בעדות יחידה, וכי עליו לבחון היטב אם אפשר להסתפק בעדות

4 ס' 2 לפקודת הראיות.

5 יש לציין, לדוגמה, כי בהתאם לע"פ 420/81 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 29 (1982) (להלן: עניין כהן), זיהוי במסדר פלילי שנערך כהלכה עשוי לשמש ראיה יחידה לזיהוי של נאשם ואף להרשעתו בדין, בתנאי שהעד אמין ובית-המשפט שוכנע ביכולתו של העד לשמור בזכרונו פרטים חזותיים.

6 ס' 10א לפקודת הראיות קובע כדלקמן:

"(א) אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לבית המשפט תהיה קבילה כראיה בהליך פלילי אם נתקיימו אלה:

(1) מתן האמרה הוכח במשפט;

(2) נותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו;

(3) העדות שונה, לדעת בית המשפט, מן האמרה בפרט מהותי, או העד מכחיש את תוכן האמרה או טוען כי אינו זוכר את תכנה.

(ב) בית-המשפט רשאי לקבל אמרה כאמור בסעיף קטן (א) אף אם נותן האמרה איננו עד, בין משום שהוא מסרב להעיד או אינו מסוגל להעיד, ובין שלא ניתן להביאו לבית-המשפט משום שאינו בחיים או לא ניתן למצאו, ובלבד שבית-המשפט שוכנע שמנסיבות הענין עולה, כי אמצעי פסול שימש להניא או למנוע את נותן האמרה מלתת את העדות.

(ג) בית המשפט רשאי לסמוך ממצאיו על אמרה שנתקבלה לפי סעיף זה, או על חלקה, והוא רשאי להעדיף את האמרה על עדותו של העד, והכל אם ראה לעשות כן לנוכח נסיבות הענין, לרבות נסיבות מתן האמרה, הראיות שהובאו במשפט, התנהגות העד במשפט ואותות האמת שנתגלו במהלך המשפט, והטעמים יירשמו.

(ד) לא יורשע אדם על סמך אמרה שנתקבלה לפי סעיף זה אלא אם יש בחומר הראיות דבר לחיזוקה."

7 יוזכר כי בהרשעה על-סמך ס' 10א לפקודת הראיות נדרשת תוספת מסוג חיזוק.

8 ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221 (1993) (להלן: פרשת דמיאניוק).

יחידה זו לשם הרשעה.⁹ כמו־כן השופט רשאי לפצל את עדותו של עד ולבור בה את המוץ מן הבר,¹⁰ כלומר, לאחר שהשופט שומע את מלוא העדות, הוא רשאי לקבוע ולהבהיר מה הוא החלק האמין בעדותו של העד ומה הוא החלק שאינו אמין בעדותו.¹¹

יש לציין כי בית־המשפט, בהגיעו לשלב של קביעת מהימנותו של עד, צפוי להסתמך על הגיונו ושכלו הישר, על נסיון החיים, על מידת השתלבותם של דברי העד עם מכלול הראיות, ועל התרשמותו הבלתי־אמצעית של בית־המשפט מהעדות עצמה ומהעד עצמו.¹² אולם בד בבד מצופה שבית־המשפט ינקוט זהירות מופלגת ככל שהדבר נוגע ביכולתו להבחין בין עדות־אמת לעדות־שקר.¹³ על פניו נראה כי בית־המשפט אמור להבין כי בהבחנה זו הוא מושפע מגורמים שאינם מדידים, ועל־כן אל לו לקבוע ממצאים של מהימנות על־סמך "הרגשות סתומות ועמומות".¹⁴ אולם כאשר אנו מגיעים לפרקטיקה המעשית, אנו נתקלים לעיתים בקונספט בעייתי ככל שהדבר נוגע בתחושתו של בית־המשפט באשר ליכולתו לקבוע ממצאי מהימנות. הדוגמה שמצאנו לנכון להביא כאן היא של נאשם שהורשע באינוסה של עובדת זרה מתאילנד.¹⁵ עדותה של המתלוננת נשמעה בשפה התאית, אשר לא הייתה שגורה כמובן על לשונם של השופטים. את העדות המוקלטת תרגם מתורגמן ישראלי שמקצועיותו הייתה מוטלת בספק. בית־המשפט המחוזי (למרות הגורמים המשפיעים שהוזכרו לעיל, וגם לאחר תרגום נוסף של ההקלטות על־ידי מתורגמן אחר) התרשם עמוקות מעדותה של המתלוננת:

"עדותה של המתלוננת הותירה עלינו רושם אמין ביותר, וניכר היה מדבריה, מהתנהגותה ומתגובותיה, כי היא דוברת אמת. עדותה היתה בהירה וברורה וגירסתה היתה עקבית לאורך כל הדרך."¹⁶

סוגיה ספציפית זו של עדות המתלוננת נבחנה בערעור שהוגש לבית־המשפט העליון.¹⁷ אולם בית־המשפט העליון אינו מתערב כלל בממצאיה של הערכאה

9 ע"פ 205/84 צדיק נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 85 (1986).

10 ס' 57 לפקודת הראיות.

11 ע"פ 611/80 מטוסיאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 85 (1981).

12 ע"פ 406/78 בשירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 393 (1980).

13 ע"פ 435/78 בגין נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 169, 173 (1978), שם נאמר כדלקמן: "יש, כמובן, עדים שאדם זהיר וסביר יתייחס לדבריהם באמון; אחרים – והם הרוב – כבדהו וחשדהו! עם כל נסיונו הרב כשופטים מקצועיים, אין לנו חוש הבחנה מיוחד ואין לרשותנו 'מכונת אמת'."

14 ע"א 91/50 "מדור" חברה לבנין ולפיננסים בע"מ נ' ביק, פ"ד ה 792 (1951).

15 תפ"ח (מחוזי ת"א) 1016/08 מדינת ישראל נ' בן יהודה (פורסם בנבו, 15.7.2009).

16 שם, פס" 3 בפרק "דיון ומסקנות".

17 ע"פ 9409/09 בן יהודה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.3.2011).

הדיונית לגבי מהימנות עדים, וכך נהג גם במקרה זה, ואף חיזק את ידיו של בית- המשפט קמא באשר לסוגיית יכולתו לשפוט את מהימנות העדה. נראה שהגישה המאפיינת את בית-המשפט היא גישתו של השופט זילברג, אשר רלוונטית לענייננו כבר יותר מחמישה עשורים:

"המניע הפסיכולוגי למתן או אי-מתן אמון בדברי העד, מקורו כרגיל בדבר שאינו לא 'שקול' ולא 'מדוד' ולא 'מנוי', אלא כמעט 'סמוי מן העין', כמו עקימת שפתיים, שטף דיבור, היסוס פורתא, אזיל סומקא ואתי חיוורא (או להיפך)..."¹⁸

האומנם עד כדי כך פשוטים הדברים? הסוגיה המרכזית שמאמר זה עוסק בה היא: מהו המשקל שראוי לתת לעדות המשפטית לנוכח המגבלות של התפיסה, ההבנה והזיכרון האנושי?

א. פסיכולוגיה משפטית

מטרתה של הפסיכולוגיה המשפטית היא הרחבת הידע המדעי ביחס למערכת המשפטית, כמו גם פיתוח והצעה של שיטות להתערבות פסיכולוגית בבתי- המשפט.¹⁹ בפסיכולוגיה המשפטית שואלים ידע ושיטות מחקר מן הפסיכולוגיה ומטמיעים אותם במערכת המשפט.²⁰ מדובר בדיסציפלינה שצברה תנופה בשנים האחרונות בחוץ-לארץ,²¹ ואשר מצויה בתחילת דרכה גם בישראל.²² המחקרים הבולטים שנעשו בפסיכולוגיה המשפטית רלוונטיים במיוחד לענף הפלילי.²³ בהקשר

18 ע"פ 377/62 לוי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1065, 1074 (1963) (ההדגשה במקור). להרחבה ראו אריאל סלטו כשאת אומרת שאמרת: לא! העדר היכולת להפריך עדות מתלוננת בתיקי "אינוס היכרות" (עבודת-גמר לתואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 2011).

19 משה זכי "פסיכולוגיה משפטית מהי?" רפואה ומשפט 10, 45 (1994); משה זכי **אשנב לפסיכולוגיה משפטית** (תל-אביב, הקיבוץ המאוחד, 2003).

20 אבישי אנטונובסקי "הפסיכולוגיה ומערכת המשפט – התילכנה השתיים יחדיו? על תרומת הידע על הטבע האנושי (המצוי) לתהליך עשיית הצדק (הרצוי)" **שערי משפט** ה 11 (2010).

21 ELIZABETH F. LOFTUS, EYEWITNESS TESTIMONY (reissued with a new preface, 1996).

22 משה זכי "התפתחות ענף הפסיכולוגיה המשפטית – המצב בישראל בהשוואה לארה"ב" **רפואה ומשפט** 28, 153 (2003).

23 אריה רטנר "הרשעות שלא בצדק: טעויות במערכת המשפט" **פלילים** ג 262 (1992).

זה נעשו מחקרים בתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית (עדויות-ראייה וזיכרון),²⁴ בתחום הפסיכולוגיה ההתפתחותית (חקירת ילדים ובני-נוער),²⁵ בתחום הפסיכולוגיה הקלינית (אבחונים והערכת יציבות נפשית)²⁶ ובתחום הפסיכולוגיה החברתית (הקשרים אתניים ומגדריים בבתי-המשפט).²⁷ ענף הפסיכולוגיה המשפטית רלוונטי גם לתחום דיני הנזיקין, בעיקר בהקשר של הערכת נזקים נזיר-קוגניטיביים או נפשיים של נפגעי תאונות,²⁸ וכן לתחום דיני המשפחה, במיוחד בסוגיות של מסוגלות הורית, משמורת והסדרי ראייה.²⁹ במאמר זה יושם דגש במשפט הפלילי, תוך התמקדות בתחום הזיכרון האנושי ובהטיות מטא-קוגניטיביות בהקשר של מתן עדויות-ראייה והבנתן על-ידי בית-המשפט.

קו המחשבה העובר כחוט-השני בפסיכולוגיה המשפטית, על התת-דיסציפלינות השונות שלה, הוא שכאשר השופט מקבל את הכרעתו, הוא מושפע מגורמים לבר-משפטיים רבים – כגון תפיסת-עולמו, הרקע החברתי שממנו הוא מגיע, אינטואיציה שיפוטית, אידאולוגיה ותקשורת – לא פחות מכפי שהוא מושפע מכללי המשפט ומפסיקות העבר.³⁰ מאמר זה מחיל על המערכת המשפטית – תוך התמקדות בעדים ובשופטים – יישומים מעשיים מעולם הפסיכולוגיה שמטרתם לסייע בהבנת המערכת האקולוגית המשפטית הן מבחינת מתן העדות של העד/הנאשם והן מבחינת האופן שבו השופט מבין את העדויות השונות ואת ההשפעות הפסיכולוגיות על עדויות אלה.

ב. הזיכרון האנושי

-
- | | |
|---|----|
| Daniel L. Schacter, & Elizabeth F. Loftus, <i>Memory and Law: What Can Cognitive Neuroscience Contribute?</i> , 16 NATURE NEUROSCI. 119 (2013) | 24 |
| CHILDREN'S COMPETENCE TO CONSENT (Gary B. Melton, Gerald P. Koocher & Michael J. Saks eds., 1983) | 25 |
| .RONALD ROESCH & STEPHEN L. GOLDING, COMPETENCY TO STAND TRIAL (1980) | 26 |
| רינה כוגוש ורחל דון-יחייא מגדר ומשפט: אפליית נשים בבתי המשפט בישראל (1999). | 27 |
| דוד חנן "היבטים נזיר-פסיכולוגיים ואתיים של קביעות משפטיות הנוגעות לתביעות נזיקין אצל נפגעי-מוח" סוגיות בפסיכולוגיה, משפט ואתיקה בישראל – אבחון, טיפול ושיפוט 289 (דוד יגיל, אמנון כרמי, משה זכי וענת לבני עורכים, 2008). | 28 |
| Philip M. Stahl, <i>Child Custody Evaluation</i> , in FORENSIC PSYCHOLOGY – FROM CLASSROOM TO COURTROOM 171 (Brent van Dorsten ed., 2002) | 29 |
| חמי בן נון "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות – אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט" שערי משפט ה 177 (2009). | 30 |

כאשר אנו חווים אירוע, איננו מקליטים אותו באופן שמאפשר לנו לשחזר אותו במדויק כאשר אנו נדרשים לכך, כאילו היה סרט וידיאו. כמעט כל הגישות התיאורטיות בתחום מתייחסות לשחזור אירוע כאל תהליך תלת-שלבי.³¹ השלב הראשון הוא שלב הרכישה (acquisition), שבו אנו חווים את האירוע המקורי והוא מקודד לתוך זכרונו. בשלב זה עלינו להחליט, במודע או לא במודע, במה להתרכז, שהרי הסביבה מלאה בגירויים שונים, ואיננו יכולים להפנות את תשומת-ליבנו לכולם יחדיו. השלב השני הוא שלב השימור (retention), שבו האירוע משתמר בזיכרון במהלך הזמן שבין האירוע עצמו לבין המועד שבו אנו נדרשים לשלוף אותו מהזיכרון ולדווח עליו. בשלב זה חלק מן המידע נשאר זהה למידע שקלטנו בשלב הראשון, אך חלק מן המידע עשוי להשתנות. דברים רבים יכולים לקרות בשלב הזה ו"לזהם" את הזיכרון המקורי – לדוגמה, שיחה על האירוע או היחשפות לפרטי האירוע באמצעי התקשורת. השלב השלישי הוא שלב השליפה (retrieval), שבו אנו שולפים את המידע מזכרונו. בשלב זה אנו יכולים לשלוף הן את המידע הנובע מהאירוע עצמו והן את המידע הנובע ממרכיבים חיצוניים לאירוע עצמו, אשר "התערבבו" בזכרונו ואנו מתייחסים אליהם כאל פרטים אשר רלוונטיים לאירוע המקורי.³² נציין כי יש מקרים שבהם זכרונו של העד יתעתע בו, והוא יטע על-ידי מניפולציות מכוונות או בלתי-מכוונות – אם בשל אמונות, ציפיות או "דעות קדומות"; אם בשל מרכיבים חיצוניים לאירוע עצמו; ואם בשל היחשפות למידע כוזב (misinformation) לאחר האירוע. מניפולציות אלה גורמות לעיוות הזיכרון המקורי, להחלשתו או לגריסתו. כך, במחקרים נמצא כי מידע כוזב יצר אצל נבדקים הטיות זיכרון שונות – למשל, הם זכרו כי ראו רכב לבן מעורב בתאונה אף שבפועל הוצג לפנייהם רכב כחול, והם זכרו כי ראו אסם גדול אף שבפועל לא הוצג לפנייהם אסם כלל.³³ אחד המחקרים הקלאסיים בנושא של יצירת זכרונות כוזבים הוא מחקרן של לופטוס ופיקרל משנת 1995,³⁴ שבו סופרו לנבדקים ארבעה סיפורים אשר שלושה מהם אירעו להם בפועל ואילו הרביעי לא אירע להם מעולם. בסופו של הניסוי "זכרו" 25% מן הנבדקים גם את האירוע הדמיוני.

לתופעה זו של זכרונות כוזבים והשתלת זכרונות עלולות להיות השלכות משפטיות שליליות כאשר "מטפלים" למיניהם מפעילים סוגסטיית על המטופלים ומעוררים בהם זכרונות-שווא, שהיו מודחקים לכאורה שנים רבות ועלו וצצו בעקבות

31. ROBERT G. CROWDER, PRINCIPLES OF LEARNING AND MEMORY (1976)

32. להרחבה בנושא ראו: DANIEL L. SCHACTER, SEARCHING FOR MEMORY: THE BRAIN, THE MIND, AND THE PAST (1996); RONALD P. FISHER & R. EDWARD GEISELMAN, MEMORY-ENHANCING TECHNIQUES FOR INVESTIGATIVE INTERVIEWING – THE COGNITIVE INTERVIEW (1992); FREDERIC C. BARTLETT, REMEMBERING (1932)

33. ELIZABETH F. LOFTUS & KATHERINE KETCHAM, THE MYTH OF REPPRESSED MEMORY: FALSE MEMORIES AND ALLEGATIONS OF SEXUAL ABUSE (1994)

34. Elizabeth F. Loftus & Jacqueline E. Pickrell, *The Formation of False Memories*, 25 PSYCH. ANNALS 720 (1995)

הטיפול.³⁵ תופעה זו יכולה להתהוות גם בעקבות שאלות מנחות ואמצעי לחץ בחקירה משטרתית.³⁶

אחד המקרים המשפטיים הידועים ביותר הוא המקרה של בֶּת רתרפורד (Beth Rutherford) ממיזורי.³⁷ רתרפורד טופלה על-ידי ה־church counselor, אשר במהלך הטיפול סייע לה "להיזכר" כי בהיותה בין גיל 7 לגיל 14 ביצע בה אביה מעשים מגונים, בעוד אמה תומכת בו ומסייעת בידו. רתרפורד אף "נזכרה" כי נכנסה להיריון מאביה ואולצה לבצע שתי הפלות באמצעות קולב בגדים. הנושא הגיע לבית-המשפט, שם הצליח האב להוכיח את חפותו אך ורק בזכות העובדה שהתגלה כי בתו הייתה בתולה. ה־church counselor נתבע ונדרש לשלם מיליון דולר לבֶּת רתרפורד, אך השבר שנגרם למשפחה היה בלתי-ניתן לאיחוי.

הוברר כי טעויות שיסודן בעדויות-ראייה המבוססות על הזיכרון האנושי הן הסיבה הנפוצה ביותר להרשעת אנשים חפים מפשע.³⁸ בהקשר זה רלוונטיים במיוחד המחקרים העדכניים באשר ל־DNA. במחקרים אלה הוכח כי מורשעים רבים שהורשעו על-סמך עדויות-ראייה בלבד (ביניהם גם מורשעים שנגזר עליהם עונש מוות) נמצאו חפים מפשע בבדיקות DNA.³⁹ זה המקום לציין גם את פרויקט החפות שנערך בארצות-הברית. מדובר בפרויקט שנוסד בשנת 1992 על-ידי עורכי-הדין ברי שֶק ופיטר נויפלד מן הפקולטה למשפטים על-שם קרדוזו בניו-יורק. במסגרת הפרויקט זוכו עד כה כ־300 אסירים שהורשעו בעברות חמורות, כגון אונס ורצח. יתרה מזו, בכמחצית המקרים הובילו הבדיקות של אנשי פרויקט החפות למציאת האשמים האמיתיים בתיקים אלה.⁴⁰

-
- Elizabeth F. Loftus, *The Reality of Repressed Memories*, 48 AM. PSYCHOL. 518 35
(1993); Elizabeth F. Loftus, *Memories for a Past that Never Was*, 6(3) CURR.
DIRECTIONS PSYCHOL. SCI. 60 (1997).
- Maggie Bruck, Stephen J. Ceci & Helene Hembrooke, *Reliability and Credibility of* 36
Young Children's Reports: From Research to Policy and Practice, 53 AM. PSYCHOL.
136 (1998); Saul M. Kassin & Katherine L. Kiechel, *The Social Psychology of False*
Confessions: Compliance, Internalization, and Confabulation, 7 PSYCHOL. SCI. 125
(1996).
- Loftus, *Memories for a Past that Never Was*, לעיל ה"ש 35. 37
- C. RONALD HUFF, ARYE RATTNER & EDWARD SAGARIN, CONVICTED BUT INNOCENT: 38
.WRONGFUL CONVICTION AND PUBLIC POLICY (1996)
- Edward Connors, Thomas Lundregan, Neal Miller & Tom McEwen, *Convicted by* 39
Juries, Exonerated by Science: Case Studies in the Use of DNA Evidence to Establish
Innocence After Trial (NIJ Research Report, 1996); Gary L. Wells et al., *Eyewitness*
Identification Procedures: Recommendations for Lineups and Photospreads, 22 L. &
HUM. BEHAV. 603 (1998).
- מדרכי לוי "הסכנה של הרשעות-שווא בישראל – גורמיה המרכזיים והצעות לצמצומה: 40
בעקבות ספרו של בועז סנג'רו 'הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם – גורמים
ופתרונות' מאזני משפט י (2015).

ג. מה היא תופעת המטא-קוגניציה, וכיצד היא רלוונטית לזיכרון האנושי, לעדויות-ראייה ולהכרעה שיפוטית?

מטא-קוגניציה היא חשיבה ברמה גבוהה, ונכללים בה פיקוח על מיומנויות חשיבה, תכנון, ניווט הבנה, הערכת התקדמות וכדומה. זוהי יכולתו של הפרט לחשוב על החשיבה שלו, להיות מודע לתהליכי החשיבה שלו, לדעת מהו המידע הנדרש לצורך המטלה, ולדעת להשתמש בכלים המתאימים הדרושים לביצוע המטלה.⁴¹

אחד הרכיבים של המטא-קוגניציה הוא המטא-זיכרון. תהליכי מטא-זיכרון הם "תהליכי-על" האחראים לתחושת הידע שיש לאנשים לגבי מה שהם זוכרים. אין מדובר בזיכרון עצמו, אלא במה שאדם משוכנע שהוא זוכר. תהליכים אלה מתבססים על מידע מן הזיכרון כמו-גם מן הסביבה, ומשפיעים באופן ישיר על ביצועי הזיכרון. בהתאם למודל של קוריאט וגולדסמית,⁴² קיימים שני תהליכים מרכזיים הרלוונטיים לדיווחי זיכרון:

- תהליך ניטור (monitoring), שבו אדם מעריך באופן סובייקטיבי את ההסתברות שהתגובה של זכרונו נכונה. יעילות הניטור תלויה כנראה הן ביכולותיו של האדם והן במהות החומר שהוא נדרש להתמודד איתו.
- תהליך בקרה/שליטה (control), הקובע אם תגובה פוטנציאלית תדווח אם לאו.

תהליך הבקרה קשור לתהליך הניטור באמצעות גורם המכונה "קריטריון תגובה". קריטריון התגובה מהווה סף הסתברותי אישי, שכאשר ההערכה המתקבלת מן הניטור עוברת אותו, הנתון מדווח. הקריטריון נקבע הן לפי נטיותיו של האדם (זהירות מול פזיזות) והן בהתאם לסיטואציה שבה הוא מצוי. לדוגמה, כאשר חבר מבקש מחברו להיזכר בסרט שראה ולתאר אותו, קריטריון התגובה יהיה נמוך. לעומת זאת, כאשר אדם מעיד בבית-המשפט בנוגע לרצח שהוא היה עד לו, נצפה שקריטריון התגובה שלו יהיה גבוה מאוד, שהרי מדובר בחיי אדם. ספציפית ביחס לעדויות-ראייה נצפה שהעד יספק רמת דיוק של 100%, ולא הימורים שאינם מייצגים את המציאות ועלולים להכשיל את השופט.⁴³

John H. Flavell, *Metacognitive Aspects of Problem Solving*, in THE NATURE OF INTELLIGENCE 231 (Lauren B. Resnick ed., 1976) 41

Asher Koriat & Morris Goldsmith, *Memory in Naturalistic and Laboratory Contexts: Distinguishing the Accuracy-Oriented and Quantity-Oriented Approaches to Memory Assessment*, 123 J. EXP. PSYCHOL. GEN. 297 (1994); Asher Koriat & Morris Goldsmith, *Monitoring and Control Processes in the Strategic Regulation of Memory Accuracy*, 103 PSYCHOL. REV. 490 (1996) 42

מאידך גיסא, בשלבים ראשוניים של חקיר משטרתי ייתכן שיהיה חשוב לחוקר לקבל כמות גדולה ככל האפשר של מידע, גם אם חלק ממנו יהיה מדויק פחות, כדי לא לפספס שום קצה חוט. 43

ד. ההשפעה הפסיכולוגית של עדות-הראייה על מתן האמון בדברי העד

ניסוי שערכה אליזבת לופטוס ממחיש את החשיבות היתרה המיוחסת לעדויות-ראייה.⁴⁴ לופטוס יצרה סצנה סיפורית פיקטיבית שבה אדם מבצע שוד מזוין. היא חילקה את קוראי הסצנה לשלוש קבוצות שבכל אחת מהן 50 משתתפים. לקבוצה הראשונה היא מסרה את גרסת התביעה אל מול גרסת הנאשם. בקבוצה זו רק 18% מן המשתתפים חשבו שהנאשם אשם. לקבוצה השנייה נמסר מידע נוסף (מעבר לגרסת התביעה אל מול גרסת הנאשם), שלפיו עדי-ראייה זיהה את הנאשם. בקבוצה זו חשבו 72% שהנאשם אשם. הקבוצה המשמעותית לענייננו היא הקבוצה השלישית. בקבוצה זו הובהר למשתתפים בניסוי כי עדי-הראייה זיהה את הנאשם רק לאחר שהרכיב משקפיים, ואילו ביום האירוע הוא לא הרכיב את משקפיו. למרות נתון זה, 68% מהמשתתפים בקבוצה השלישית חשבו שהנאשם אשם. ניסוי זה מספק אינדיקציה באשר למשמעות העצומה שניתנת לעדות-הראייה בהשוואה לגורמים אחרים. חשוב עם זאת לציין כי אין מדובר בשופטים מקצועיים, אלא בנבדקים אקראיים.

חשיבות נוספת יש ליתן לדרך שבה העד מוסר את עדותו. רובין לקוף מצאה כי הדרך שבה אדם מבטא את עצמו משפיעה על אמינותו בעיני המאזין, ללא קשר ישיר למידת יושרו של האדם או למידת הדיוק של זכרונו בפועל.⁴⁵ בהקשר זה ערכה לקוף הפרדה לינגוויסטית בין דרך התבטאות גברית לבין דרך התבטאות נשית,⁴⁶ ומצאה כי הראשונה נתפסת כאמינה יותר מן האחרונה.

אובר וקונלי התבססו על עבודתה של לקוף והמשיגו מונחים הרלוונטיים לתחום עדויות-הראייה: דיבור עוצמתי ודיבור שאינו עוצמתי (powerful speech vs. powerless speech).⁴⁷ בניסוי של אובר וקונלי חולקו נבדקים לארבע קבוצות, וכל קבוצה קיבלה תיאור מקרה של תאונה בגרסה שונה. הפרטים העובדתיים היו זהים בכל הגרסאות: התאונה הייתה בין מכונית לאמבולנס, החולה באמבולנס הלך לעולמו, והמשפחה תבעה הן את נהג האמבולנס והן את נהג המכונית הפרטית בגין נזקיו של בן משפחתם המנוח. בגרסה הראשונה צוטט גבר שהפגין דיבור עוצמתי, בשנייה צוטט גבר שהציג דיבור לא-עוצמתי, בשלישית צוטטה אישה שהפגינה דיבור

Elizabeth F. Loftus, *Reconstructing Memory: The Incredible Eyewitness*, 8 PSYCHOL. TODAY 116 (1974). 44

.Robin Lakoff, *Language and Woman's Place*, 2 LANG. SOC. 45 (1975) 45

דרך התבטאות נשית מאופיינת על-ידי לקוף (Lakoff, שם), בין היתר, בחזרה על המילים "אני חושבת", "ייתכן", "אם איני טועה". ככלל, שיח נשי מתאפיין על-פי לקוף בדיבור בוטח פחות. 46

William M. O'Barr & John M. Conley, *When a Juror Watches a Lawyer*, 3 BARRISTER 8, 33 (1976) 47

עוצמתי, וברביעית צוטטה אישה שהציגה דיבור לא-עוצמתי. לאחר שבוצעו ההערכות בקבוצות כאשר לארבעת תיאורי המקרה, נשאלו הנבדקים בארבע הקבוצות השונות מהו לדעתם גובה הפיצויים שהנפגע אמור לקבל. תוצאות הניסוי מתוארות בטבלה 1.⁴⁸

טבלה 1: ייחוסים אישיותיים והערכות שיפוטיות לפי מין הדובר וסגנון הדיבור

מאפיינים	עדות גבר		עדות אישה	
	דיבור לא-עוצמתי	דיבור עוצמתי	דיבור לא-עוצמתי	דיבור עוצמתי
אינטליגנציה	6.18	7.80	5.77	8.57
חביבות	7.23	8.52	6.54	8.48
רמת אמון	8.86	10.24	7.88	9.70
סכום הפיצויים המגיע לנפגע	18,909	25,319	22,730	29,608

מטבלה 1 אנו למדים כי באותו אירוע בדיוק, דיבור עוצמתי משרה רמת אמון גבוהה יותר מאשר דיבור לא-עוצמתי. כמו-כן מתברר כי רמת האמון שבה זוכים גברים שדיבורם עוצמתי גבוהה מזו שבה זוכות נשים שדיבורן עוצמתי, אולם עדות עוצמתית של נשים "מנפיקה" כסף רב יותר מאשר עדות עוצמתית של גברים (29,608 לעומת 25,319). כלומר, סגנון הדיבור ומינו של הדובר משפיעים על האמון שאנו נותנים בדבריו ועל הדרך שבה אנו מפרשים את כנותו ואת מהימנותו, ללא קשר לאמינות העדות בפועל.

ניסוי נוסף וייחודי בהקשר זה נערך בישראל על-ידי אבישי אנטונובסקי, אשר בחן ואישש חלקית את השערתו כי עדות מומחה מפי גבר נתפסת כאמינה יותר מעדות מומחה מפי אישה.⁴⁹

48 LOFTUS, לעיל ה"ש 21, בעמ' 17.

49 אנטונובסקי, לעיל ה"ש 20. במחקר האמור השתתפו 124 שופטים ועורכי-דין, אשר קיבלו תיאור של מקרה שעסק במשמורת של קטין. בתיאור נכללה עדות מומחה מפי גבר או מפי אישה, ובה המלצה על מתן משמורת לאב. מעבר להבדל במין העד המומחה, העדויות היו זהות לחלוטין. המחקר בחן את ההשערה כי העד המומחה ייתפס כאמין יותר מאשר העדה המומחית, וכי לעדותו יינתן משקל גבוה יותר בפסיקה. כאמור, ההשערה אוששה באופן חלקי.

ה. גורמים המשפיעים על עדויות-ראייה

1. משך ההיחשפות לאירוע

ככל שהיחשפותו של עד לאירוע ממושכת יותר, הסיכויים שהאירוע או הפרצוף ייחזרו טוב יותר בזכרונו גדלים. לפרי וחבריו⁵⁰ ערכו ניסוי שבו הראו לנבדקים רצף של ארבע תמונות של פרצופים במשך 10 שניות (2.5 שניות לכל תמונה). לקבוצת נבדקים שנייה הם הראו את רצף הפרצופים במשך 32 שניות (8 שניות לכל תמונה). לאחר-מכן הראו לנבדקים 150 פרצופים שונים, והנבדקים נדרשו לדווח לגבי כל פרצוף אם זה אחד הפרצופים שהם ראו לפני כן אם לאו. מי שנחשפו לתמונות במשך 10 שניות דייקו ב-47% מהמקרים, ואילו אלה שנחשפו לתמונות במשך 32 שניות דייקו ב-58% מהמקרים. רמת הדיוק עלתה אם כן ביותר מעשרה אחוזים עם העלייה בזמן הצפייה. עם זאת, יש ליתן את הדעת לעובדה שגם במהלך היחשפות ממושכת רמת הדיוק היא 58% בלבד, ואין מדובר בוודאות מוחלטת.

2. טעויות מטא-קוגניטיביות נפוצות בעדויות-ראייה

(א) מזג-אוויר

כבר בשנת 1895 גילה קטל כי אנשים אינם זוכרים מה היה מזג-האוויר במועד ספציפי.⁵¹ קטל שאל את נבדקיו שאלה פשוטה:

“What was the weather a week ago today?”

התשובות שקיבל קטל היוו משרעת של כל סוגי מזג-האוויר האפשריים לתחילת מרס בארצות-הברית. מתוך 56 נשאלים, 16 טענו שהיה מזג-אוויר בהיר, 12 טענו שירד גשם, 7 טענו שירד שלג, 9 טענו שהיה מזג-אוויר סוער, 6 טענו שהיה מעונן ו-6 טענו שהיום היה בחלקו סוער ובחלקו בהיר. קטל הגדיר את יכולת הזיכרון של אנשים ביחס למזג-האוויר כדלקמן:

“It seems that an average man with a moderate time for reflection cannot state much better what the weather was a week ago than what it will be a

Kenneth R. Laughery, Judith F. Alexander & Alan B. Lane, *Recognition of Human Faces: Effects of Target Exposure Time, Target Position, Pose Position, and Type of Photograph*, 55 J. APPLIED PSYCHOL. 477 (1971) 50

J. McKeen Cattell, *Measurements of the Accuracy of Recollection*, 2 SCIENCE 761 51
(1895).

week hence.⁵²

המסקנה לענייננו ברורה. סנגור מוכשר המעוניין לערער את אמינותו של עד הטוען כי האירוע נחרת בזכרונו באופן מוחלט יכול לשאול את העד באשר למזג-האוויר ביום האירוע. היה אם ישגה העד, יוכל הסנגור לטעון כי מדובר בפגם באמינותו של העד. שופט שאינו מודע לעובדה שמידת זכרונו של אנשים ביחס למזג-האוויר אינה קשורה לזכרונו באשר לאירוע עצמו עלול להסיק כי העד אכן אינו זוכר באופן מלא ומדויק את האירוע שלגביו הוא מעיד.

(ב) מהירות

גרדנר גילה כי אנשים מתקשים במיוחד בהערכת מהירות של מכונית.⁵³ הוא מצא כי אנשים שראו תאונה זהה מעריכים באופן שונה מאוד את מהירות המכוניות בעת ההתנגשות. כך, לגבי מכונית שנעה במהירות של 12 מייל לשעה התקבלו הערכות שנעו על משרעת שבין 10 מיילים לשעה ל-50 מייל לשעה. מדובר בסוגיה שעולה פעמים רבות בתיקי תעבורה, ומוכרת לשופטים. אכן, הללו אינם מייחסים משקל או משמעות לעדות של אדם לגבי מהירותה של מכונית.⁵⁴

(ג) משכי זמן

אנשים מתקשים להעריך משכי זמן של אירועים ומשכי זמן בין אירועים (duration).⁵⁵ במקרה זה מדובר בהטיה חד-כיוונית – ברוב המקרים אנשים מנפקים הערכת-יתר לגבי משכי זמן.⁵⁶ בקהאוט ועמיתיו ערכו ניסוי בתחום זה.⁵⁷ בניסוי בווימה תקיפה מדומה של פרופסור לעיני 141 סטודנטים. האירוע כולו נמשך 34 שניות והוקלט לשם תזמונו המדויק. מייד לאחר האירוע נשאלו התלמידים כמה זמן נמשך האירוע. התשובה הממוצעת הייתה 81 שניות, כלומר, יותר מפי שניים ממשך האירוע בפועל.

52 שם, בעמ' 761.

53 Dillard S. Gardner, *The Perception and Memory of Witnesses*, 8 CORNELL L.Q. 391 (1933).

54 ע"פ 4775/92 עסאם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.5.1993).

55 C. Bird, *The Influence of the Press Upon the Accuracy of Report*, 22 J. ABNORMAL & SOC. PSYCHOL. 123 (1927).

56 Richard A. Block, *Memory and the Experience of Duration in Retrospect*, 2 MEMORY & COGNITION 153 (1974).

57 Robert Buckhout, Daryl Figueroa & Ethan Hoff, *Eyewitness Identification: Effects of Suggestion and Bias in Identification from Photographs*, 6 BULL. PSYCHONOM. SOC'Y 71 (1975).

ג'ונסון וסקוט ערכו ניסוי נוסף בעניין זה.⁵⁸ בניסוי זה המתינו נבדקים לניסוי, ותוך כדי כך שמעו, כביכול בדרך מקרה, שיחה "אלימה" (violent) שהתקיימה בחדר הסמוך או שיחה "ניטרלית" (neutral). לאחר-מכן יצא אדם מן החדר שבו התקיימה השיחה ("האלימה" או "הניטרלית"), ושהה כ-4 שניות עם הנבדק. הנבדקים ביקשו להעריך כמה זמן שהה איתם האדם שיצא מן החדר. גם נשים וגם גברים ניפקו הערכת-יתר לגבי משך הזמן שבו שהו עם אותו אדם. נשים העריכו את משך הזמן הזה כ-25 שניות בממוצע, ואילו גברים העריכו אותו כ-7 שניות בממוצע. כן נמצא באותו ניסוי כי בתנאים של דחק (stress) (כלומר, כאשר הנבדק נחשף לשיחה ה"אלימה") הערכת הזמנים משובשת אף יותר לכיוון של הערכת-יתר.⁵⁹

ו. הבדלי זיכרון בין נשים לגברים באירועים המערבים אלימות ובאירועים ניטרליים

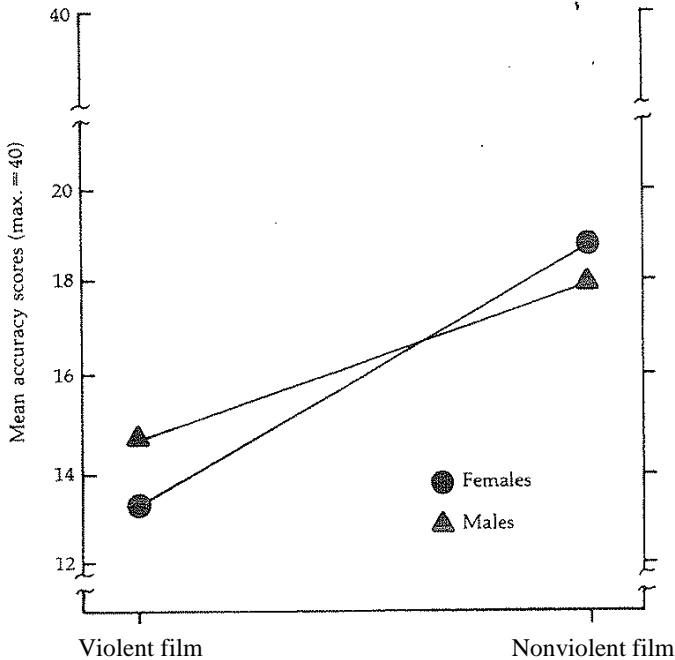
קליפורד וסקוט בחנו את סוגיית ההבדלים בין המינים בזכירת אירועי אלימות באמצעות שני סרטים קצרים.⁶⁰ בשני הסרטים נראו שני שוטרים ואדם נוסף מחפשים פושע ולבסוף מוצאים אותו. בגרסה האלימה אחד השוטרים תוקף פיזית את האדם הנוסף, ובגרסה הלא-אלימה אין תקיפה פיזית של האדם הנוסף. שני הסרטים מתחילים ונגמרים בדיוק באותו אופן, ורק החלק האמצעי שלהם שונה. כל אחד מבין 48 הנבדקים, חציים גברים וחציים נשים, צפה באחד משני הסרטים, ולאחר זמן-מה ענה על שאלון מידעי ובו ארבעים וארבע שאלות על הסרט. הן הגברים והן הנשים שצפו בסרט בגרסה האלימה זכרו את פרטי הסרט טוב פחות מאשר הגברים והנשים שצפו בגרסה הלא-אלימה. אולם בגרסה הלא-אלימה היה זכרונו של הנשים טוב מזכרונו של הגברים, ואילו בגרסה האלימה היה זכרונו של הגברים טוב מזה של הנשים.

58 C. Johnson & B. Scoot, *Eyewitness Testimony and Suspect Identification as a Function of Arousal, Sex of Witness, and Scheduling of Interrogation* (paper presented at the annual meeting of the American Psychological Association, 1976)

59 עניין זה רלוונטי, למשל, לסוגיית ההגנה העצמית. סייג ההגנה העצמית דורש תגובה מיידית. אם אדם שומע מתוך בית מסוים ויכוח שמגיע לכלל מריבה פיזית, ולאחר הוויכוח נשמעת ירייה שתוצאתה היא מותו של אחד הצדדים, אזי הערכתו של אותו עד לגבי הזמן שחלף מתום הוויכוח עד למועד הירייה היא קריטית לצורך הקביעה אם ההורג יוכל להשתמש בסייג ההגנה העצמית.

60 Brian R. Clifford & Jane Scott, *Individual and Situational Factors in Eyewitness Testimony*, 63 J. APPLIED PSYCHOL. 352 (1978)

תרשים 1: דיוק הזכירה של נשים וגברים לגבי אירוע אלים ולגבי אירוע לא-אלים⁶¹



תרשים 1 ממחיש היטב את הסוגיה: בצידו השמאלי ניתן לראות כי בגרסה האלימה זכרונם של הגברים טוב מזכרונו של הנשים, ואילו בצידו הימני ניתן לראות כי ככלל אנשים זוכרים טוב יותר אירועים שאינם אלימים, וכי לגבי אירועים אלה זכרונו של הנשים טוב מזכרונו של הגברים.

ז. מטא-קוגניציות הקשורות לציפיות, לנסיון עבר ולדעות קדומות – השפעותיהן על זכירת האירוע הנצפה

בחלק זה נעסוק בשאלה אם כאשר אדם מוסר את גרסתו בבית-המשפט, הוא מושפע וניזון רק מהאירוע שקלט בחושיו או שמא הוא מושפע גם מנסיונו ומציפיותיו. האם

61 שם, בעמ' 356.

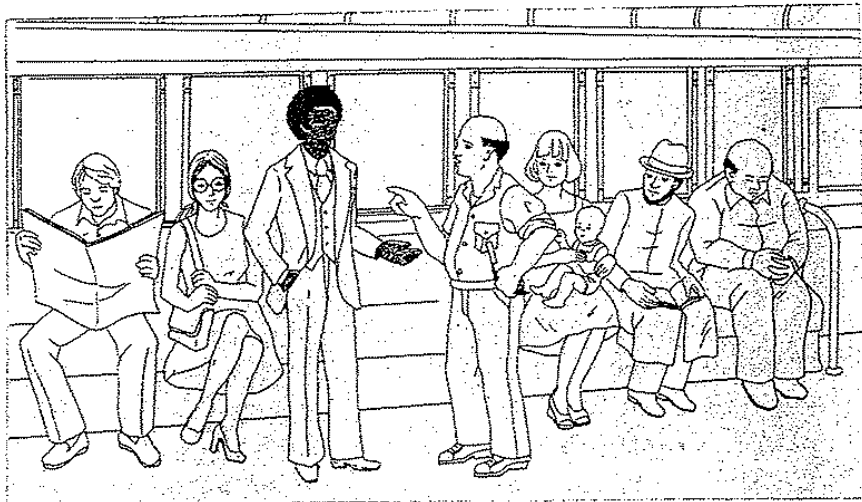
עצם האירוע נתפס אחרת בשל ציפיותיו של האדם, והאם לאחר קרות האירוע הזיכרון עשוי להשתנות בהתאם לציפיותיו המוקדמות של האדם? ויפל עונה על כך בחיוב:

“Observation is peculiarly influenced by expectation, so that errors amounting to distinct illusions or hallucinations may arise from this source... We tend to see and hear what we expect to see and hear.”⁶²

1. ציפייה תרבותית

ציפייה תרבותית היא האמונה שקבוצת אוכלוסייה מסוימת פועלת בדרך ספציפית בסיטואציות מסוימות. פעמים רבות מדובר בחשיבה סטריאוטיפית שלילית – למשל, שקבוצת אוכלוסייה בעלת מאפיינים אתניים כלשהם נוהגת בקמצנות או באלימות – אך תיתכן גם חשיבה סטריאוטיפית חיובית, הגורסת, לדוגמה, שקבוצה מסוימת היא אינטלקטואלית יותר. ציפייה תרבותית היא תופעה שכיחה מאוד, אף שהיא אינה נכונה.

אולפורט ופוסטמן ערכו ניסוי שבו בדקו סטריאוטיפים.⁶³ בניסוי חילקו החוקרים את הנבדקים ל-40 קבוצות שבכל אחת מהן 8 נבדקים, והראו לנבדק אחד מכל קבוצה, למשך זמן קצר מאוד, תמונה של שני אנשים – אדם כהה-עור הלבוש חליפה ועניבה ואדם בהיר-עור האוחז בידו סכין.



Guy Montrose Whipple, *The Obtaining of Information: Psychology of Observation and Report*, 15 PSYCHOL. BULL. 217, 228 (1918) 62

.GORDON W. ALLPORT & LEO POSTMAN, *THE PSYCHOLOGY OF RUMOR* (1947) 63

כל נבדק שראה את התמונה התבקש לספר לנבדק אחר בקבוצתו מה ראה בתמונה, הנבדק האחר התבקש לספר לנבדק שלישי את ששמע מהנבדק הראשון, וכך הלאה עד לנבדק האחרון בקבוצה, אשר תיאר לנסיין את ששמע מהנבדק שלפניו. במחצית מן הקבוצות כלל התיאור האחרון אדם כהה-עור האוחז בסכין ואדם בהיר-עור הלבוש חליפה (בדיוק ההפך ממה שנראה בתמונה). חלק מן התיאורים כללו אף איום של האדם כהה-עור "האוחז בסכין" על האדם בהיר-העור. כלומר, אנו רואים כי בניגוד גמור למה שנראה בתמונה בפועל, הנבדקים אשר העבירו מפה לאוזן את שראו או את ששמעו מסרו בשלב כלשהו מידע שגוי העולה בקנה אחד עם הסטריאוטיפים של אדם כהה-עור ושל אדם בהיר-עור.⁶⁴

2. הבניית ציפיות

שאלה נוספת שנחקרה בהקשר של זיכרון וציפיות היא עד כמה אפשר להבנות ציפיות ועד כמה הבניית הציפיות יכולה לשנות את זכרונו של אדם. ניסוי-הבסיס הרלוונטי לסוגיה זו נערך על-ידי סיפולה.⁶⁵ בניסוי חולקו הנבדקים לשתי קבוצות שבכל אחת מהן 80 אנשים. הקבוצות נדרשו ללמוד רשימה של מילים. לקבוצה אחת נאמר שמדובר במילים הקשורות לבעלי-חיים, ואילו לקבוצה האחרת נאמר שהמילים קשורות לתעבורה ושינוע. כל אחת מהמילים הוצגה לפני הנבדקים למשך עשירית שנייה. הרשימה כללה מילים כגון: monkey, horse, sael, wharl, dack, baggage. את המילים "הברורות והחד-משמעיות" זכרו אנשי שתי הקבוצות היטב, ואך מעטים טעו בזכירתן. את המילים ה"דר-משמעיות", לעומת זאת, התאימו אנשי הקבוצות השונות לשייכות האופציונלית שלהן. לדוגמה, את המילה sael זכרו אנשי קבוצת בעלי-החיים כמילה seal (כלבי-ים), ואילו אנשי קבוצת התעבורה והשינוע זכרו אותה כמילה sail (הפלגה). באופן דומה, את המילה wharl זכרו אנשי קבוצת בעלי-החיים כ-whale (לווייתן), ואילו אנשי קבוצת התעבורה והשינוע זכרו אותה כ-wharf (מזח/רציף).

פירוש המילים הדר-משמעיות בהתאם לקבוצת השייכות היה מוחלט כמעט. לדוגמה, בקבוצת התעבורה והשינוע זכרו כ-89% את המילה הדר-משמעית dack כמילה deck (סיפון), ו-80% מאנשי קבוצת החיות זכרו אותה כ-duck (ברווז) (רק 7.5% זכרו את המילה הנכונה dack).

ניסוי נוסף שבחן השפעת ציפיות על הזיכרון ערך פטרסון בשנת 1976.⁶⁶ בניסוי הראו לסטודנטים סרט על אספה פוליטית שבמהלכה עלו שני תלמידים על הבמה וקטעו את דברי המרואיין. הסטודנטים הצופים חולקו באופן אקראי לשתי קבוצות: לקבוצה א הוצג סרט מקדים שהציג את שני התלמידים המפריעים כאנשים רדיקלים

64 שם, בעמ' 50.

65 Elsa M. Siipola, *A Group Study of Some Effects of Preparatory Set*, 46 PSYCHOL. MONOGRAPHS 27 (1935).

66 לתיאור מורחב של הניסוי ראו LOFTUS, לעיל ה"ש 21, בעמ' 45.

שכל מטרתם הייתה הפרעה לעצרת הפוליטית; ואילו לקבוצה ב הוצג סרט מקדים שהציג את שני התלמידים המפריעים כדוגלים באיזון פוליטי ובמתן אפשרות לקהל היעד לשמוע דעות מכל גוני הקשת הפוליטית. האופן שבו זכרו שתי הקבוצות את אירוע האספה הפוליטית היה שונה לחלוטין. קבוצה א זכרה בחומרה רבה מאוד את מעשיהם של שני התלמידים המפריעים, ואף זכרה יסודות של תקיפה בהתנהגותם. קבוצה ב, לעומת זאת, לא זכרה שום אירוע של תקיפה או אלימות באספה הפוליטית. כלומר, אנו רואים שכאשר העד רואה אירוע, עצם הציפייה המוקדמת שלו יכולה לשנות את האופן שבו הוא מבין את האירוע ולהבנות את זכרונו של העד באשר למהות האירוע, לרמת המסוכנות שבו ולרמת האלימות הנצפית בו.

3. האם בתי-המשפט חסינים מפני השפעות של נסיון עבר וציפייה תרבותית?

השאלה המתבקשת לנוכח הממצאים שתוארו בשני התת-פרקים הקודמים היא אם ציפיות ודעות קדומות עשויות להשפיע לא רק על עדים, אלא גם על החלטות שיפוטיות. האם החלטה שיפוטית היא לוגית במהותה ובעיקרה? האין היא מושפעת מגורמים לבר-משפטיים כגון אישיות, דעות קדומות, מזג, מוצא ורקע של השופט? האם השופט מודע למכלול הגורמים המובילים אותו לפסיקתו הסופית? קיימות גישות בפסיכולוגיה הגורסות שהתנהגות האדם היא דטרמיניסטית ברובה, כלומר, שהתנהגותו והחלטותיו של האדם מוכתבות לו על-ידי מנגנון פנימי שהוא אינו מודע לו ואינו יכול להתנגד לו (ראו, למשל, את גישותיהם של זיגמונד פרויד⁶⁷ וקרל יונג⁶⁸). אם כן, האין אופיו המובנה של כל שופט מכתוב לו את מהות הפיסות והחלטותיו?⁶⁹ בניסוח מתון יותר ובהקשר הספציפי שלנו: האם שופטים, לנוכח נסיונם המקצועי ויכולתם הלכאורית לשפוט ללא משוא-פנים, חסינים מפני השפעות של נסיון עבר וציפיות?

נראה שהתשובה לשאלה אחרונה זו היא שלילית, כאשר אדם הוא אדם הוא אדם⁷⁰. בישראל קיימת טענה נפוצה בדבר העדר רף ענישה אחיד אצל שופטים שונים. אכן, כל סגור ותיק יודע, כאשר הוא נכנס אל בין כותלי בית-המשפט לאולמו של שופט ספציפי, אם שפר עליו מזלו אם לאו, ואם עסקינן בשופט מחמיר, רחמן,

SIGMUND FREUD, INTRODUCTORY LECTURES ON PSYCHO-ANALYSIS (J. Riviera 67
.trans., 1923); SIGMUND FREUD, THE INTERPRETATION OF DREAMS (1965) (1900)

Carl G. Jung, *The Concept of the Collective Unconscious*, in THE ARCHETYPES AND 68
THE COLLECTIVE UNCONSCIOUS – COLLECTED WORKS vol. 9, part 1, pp. 54–74
(1936) (1959).

Robert R. McCrae & Paul T. Costa, A : למשל: 69
Five-Factor Theory of Personality, in HANDBOOK OF PERSONALITY: THEORY AND
RESEARCH 139 (Lawrence A. Pervin & Oliver P. John eds., 2nd ed. 1999)

יששכר (איסי) רוזן-צבי "האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי 70
הפסלות" *משפט וממשל* ה' 49 (2005).

קפדן, פרוצדורלי או מהותי.⁷¹

להמחשת הסוגיה נבדוק בתפ"פרק זה את הסוגיה של הפליית מיעוטים בעולם המשפט. נושא זה נחקר רבות הן בארצות-הברית והן בישראל – שתיהן מדינות שקיימת בהן קוטביות חזקה מאוד בין אוכלוסיות, עדות ולאומים שונים.⁷² מירב תשומת-הלב הופנתה לאי-השוויון בהכרעות המתקבלות בכתי-המשפט, בשלבי ההרשעה ובגזר-הדין.⁷³

מחקר מרכזי בנושא עשתה פטרסיליה, אשר בדקה אם קיימת הפליה על בסיס גזעי במדינות קליפורניה, מישיגן וטקסס.⁷⁴ מחקרה של פטרסיליה מבוסס על מדגם של 1,380 תיקים של אסירים גברים משלוש המדינות האמורות. הממצאים הראו בצורה ברורה שנאשמים היספניים וכהי-עור קיבלו עונשי מאסר חמורים יותר מאשר נאשמים בהירי-עור. זאת, כמובן, תוך פיקוח על סוג העבירה ועל עברם הפלילי של הנבדקים. מאידך גיסא, מחקרים רבים שנעשו במהלך שנות השמונים לא הצליחו להצביע על קיומם של פערים משמעותיים בהחלטות המשפטיות שהתקבלו לגבי בני קבוצות אתניות שונות.⁷⁵

גם בישראל נעשו מחקרים אחדים בנושא זה. אחד הבולטים שביניהם הוא מחקרם של כהן ופלמור.⁷⁶ המחקר בדק קבלת החלטות הנוגעות בהפניה לקצין מבחן, ומצא כי בעוד שפיקוח של קצין מבחן הוטל ב-44.8% מהמקרים של נבדקים יהודים, החלטה דומה לגבי נבדקים ערבים התקבלה רק ב-17.5% מהמקרים, וזאת לאחר פיקוח על חומרת העבירה.

71 לאחרונה נעשה ניסיון לתקן מצב זה במשפט הישראלי, באמצעות תיקון מס' 113 לחוק העונשין – חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 102. תיקון זה אמור לתחום גבולות להכרעה השיפוטית באמצעות קביעת עקרונות ושיקולים מנחים של רף הענישה במשפט הישראלי. להרחבה ראו יניב ואקי יוירם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413 (2013).

72 אמנון כרמי "המעורבות של תהליכים תת-הכרטיים בהליך השיפוטי" סוגיות בפסיכולוגיה, משפט ואתיקה בישראל – אבחון, טיפול ושיפוט 145 (דוד יגיל, אמנון כרמי, משה זכי וענת לבני עורכים, 2008).

73 John Hagan, *Extra-Legal Attributes and Criminal Sentencing: An Assessment of a Sociological Viewpoint*, 8 L. & SOC'Y REV. 357 (1974); John Hagan & Celesta Albonetti, *Race, Class, and the Perception of Criminal Injustice in America*, 88 AM. J. SOCIOL. 329 (1982); Marjorie S. Zatz, *Race, Ethnicity, and Determinate Sentencing: A New Dimension to an Old Controversy*, 22 CRIMINOLOGY 147 (1984).

74 JOAN R. PETERSILIA, *RACIAL DISPARITIES IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM* (1983)

75 Alfred Blumstein, *On Racial Disproportionality of United States Prison Populations*, 73 J. CRIM. L. & CRIMINOL. 1259 (1982); Hagan & Peterson, *Changing Conceptions of Race: Towards an Account of Anomalous Findings of Sentencing Research*, 49 AM. SOCIOL. REV. 56 (1984).

76 Ben-Zion Cohen & Shulamit Palmor, *The Impact of Ethnicity on Probation Recommendations and Dispositions in Israel*, 2 JUSTICE Q. 197 (1985)

פישמן וסוורוקה בדקו תיקים של יהודים וערבים בבתי־המשפט בנצרת ובחיפה, ומצאו כי עונשי מאסר הוטלו על 53.1% מהמורשעים הערבים, ורק על 27.7% מהמורשעים היהודים. לעומת זאת, עונשי מאסר על־תנאי הוטלו על 44.6% מהמורשעים היהודים לעומת 37.5% מהמורשעים הערבים. יתרה מזו, בעוד שפיקוח של קצין מבחן הוטל על 9.4% מהנאשמים הערבים, הוא הוטל על 27.7% מהנאשמים היהודים.⁷⁷

פרישטיק ערך מחקר ממצה ומקיף שבו נבדקו 1,194 תיקים של מבוגרים שנשפטו בין השנים 1978 ו־1981.⁷⁸ לאחר פיקוח על סוג העבירה, התברר כי שיעור הערבים המורשעים שנשלחו לעונשי מאסר גבוה משיעור המורשעים היהודים שנאסרו (62% לעומת 48%). באופן דומה בדקו חסין וקרמניצר את הליכי השיפוט של עבריני תעבורה.⁷⁹ במחקרם זה מצאו החוקרים כי עונשים חמורים, כגון שלילת רישיון, הוטלו על 61.9% מהמורשעים הערבים, לעומת 24.1% בלבד מהמורשעים היהודים. ממצאים המצביעים על התייחסות נוקשה יותר כלפי ערבים נמצאו גם במחקרם של חג' יחיא, טייכמן ורהב,⁸⁰ אשר בדקו 852 תיקים פליליים מן השנים 1982–1983. במחקר זה נמצאו פערים לטובת יהודים הן בסוג העונש שנגזר על־ידי בתי־המשפט והן באורכם של עונשי המאסר.

מחקר עדכני יותר נערך על־ידי פישמן ורטנר.⁸¹ הממצאים העיקריים הרלוונטיים לענייננו עלו מבדיקת ההסתברות להטלת עונשי מאסר בפועל על נאשמים יהודים ונאשמים ערבים שהורשעו בדין. מעיון בממצאים עולה בבירור כי במקרים שבהם מדובר בעברות אלימות (עברות נגד גופו של אדם ועברות נגד חיי אדם) קיימת הסתברות גדולה יותר להטלת עונש מאסר על מורשעים ערבים לעומת מורשעים יהודים. הפערים מגיעים במקרים מסוימים לשיעור של פי שניים. כך, למשל, כאשר צעיר בן 25 ללא עבר פלילי מורשע בעברת אלימות, ההסתברות שיוטל עליו עונש מאסר היא 8% אם הוא יהודי, לעומת 19% במקרה של ערבי. כאשר מדובר ברווק צעיר (בן 25) שכבר נשא בעברו עונש מאסר קודם אחד, ההסתברות שבית־המשפט יטיל עליו עונש מאסר גְּלָה ומגיעה ל־61% במקרה של יהודי, לעומת 80% במקרה

77 להרחבה בסוגיה ראו אריה רטנר וגדעון פישמן "צדק לכל? יהודים וערבים במערכת המשפט בישראל" **רודפי צדק מחקרים בפשיעה ואכיפת חוק בישראל** 85 (לוי עדן, אראלה שדמי וישראל קים עורכים, 2004).

78 מרדכי פרישטיק **החשיבות היחסית של מודלים אלטרנטיביים בשיפוט צעירים גילאי 18–21 בבתי משפט בישראל** (עבודת־גמר לתואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר־אילן, 1983).

79 יעל חסין ומרדכי קרמניצר "אחידות בענישה בעבירת תעבורה" **משפטים** יח 103 (1988).

80 מוחמד סלים חג' יחיא, גיורא רהב ומאיר טייכמן "בית משפט השלום ותיפקודו עם המיעוטים בישראל" **פלילים** ד 157 (1994).

81 ARYE RATTNER & GIDEON FISHMAN, **JUSTICE FOR ALL? JEWS AND ARABS IN THE ISRAELI CRIMINAL JUSTICE SYSTEM** (1998).

של ערבי.

מחקר נוסף, שנערך בחיפה על-ידי גזל-אייל ועמיתיו,⁸² מראה שקיים קשר בין היותם האתנית של חשוד המובא להארכת מעצר ושל השופט הדין בעניינו לבין ההחלטה. מן המחקר עולה כי הסיכוי ששופט ישחרר חשוד יהודי שהמטרה ביקשה לעוצרו גדול יותר כאשר השופט הוא יהודי. לחשוד ערבי, לעומת זאת, עדיף כנראה שעניינו יידון לפני שופט ערבי (שאז סיכויי השחרור גבוהים יותר) (הספק שבעטיי סויג ממצא זה באמצעות המילה "כנראה" נובע מרמת מובהקות גבולית של הממצא). מדובר במחקר חשוב לענייננו לנוכח העובדה שבשלב הארכת המעצר לשופט אין כמעט אינדיקציות באשר לראיות הרלוונטיות בתיק, והחלטות מעצר אינן מקבלות תהודה ציבורית ואינן מתפרסמות באמצעי המדיה המשפטית. לכן מדובר בהחלטות שמתבססות לכאורה על "תחושת בטן", ואשר אינן נתונות כמעט לביקורת, להבדיל מפסק-הדין הסופי. גם כאן אנו רואים העדפה אתנית ברורה.

לסיכום, מחקרים רבים מוכיחים כי קיימות הטיות מטא-קוגניטיביות ואחרות גם אצל שופטים. יובהר כי אין לנו ספק שמדובר בהטיות שאינן מודעות ואינן נעשות במכוון. עם זאת, לדעתנו, מן הראוי שהמערכת המשפטית תיידע את השופטים היושבים בדין בדבר היתכנותן של הטיות מטא-קוגניטיביות אלה, על-מנת לאפשר את מיגורן.

ח. עד כמה דרך הצגת השאלה מהווה גורם שעשוי לשנות את מהות זכרונו של עד-הראייה ואת מהות הבנתו של השופט בנוגע לאירוע?

לופטוס ערכה ניסוי שבחן את ההשפעה של דרך הצגת השאלה על זכרונו של עד-ראייה.⁸³ היא הראתה ל-150 אנשים סרטון שבו מכונית לא עצרה בתמרור "עצור", פנתה ימינה וגרמה לתאונה. לאחר הצפייה בסרטון חולקו 150 האנשים לשתי קבוצות בצורה אקראית. קבוצה א נשאלה באיזו מהירות נעה המכונית כאשר חלפה על-פני תמרור ה"עצור", ואילו קבוצה ב נשאלה באיזו מהירות נסעה המכונית כאשר פנתה ימינה. השאלה האחרונה בשאלון שמילאו חברי שתי הקבוצות הייתה: האם אתה זוכר שהיה בסרט תמרור "עצור"? בקבוצה א זכרו את התמרור 53% מהנבדקים, ואילו בקבוצה ב זכרו אותו 35% בלבד.

82 אורן גזל-אייל, רענן סוליציאנו-קינן, גל עינב ועטאללה שובאש "ערבים ויהודים בהליכי הארכת מעצר ראשוני" משפטים לח 627 (2008).

83 Elizabeth F. Loftus, *Leading Questions and Eyewitness Report*, 7 COGNITIVE PSYCHOL. 550 (1975).

בשלב הבא בדקה לופטוס אם אפשר לשנות בפועל את זכרונם של אנשים באמצעות מידע כוזב. במחקר זה הוצג ל-40 סטודנטים סרט באורך 3 דקות, שבו נצפו 8 מפגינים המפריעים למהלך שיעור. לאחר תום הסרט נשאלו הסטודנטים 20 שאלות, שאת מהן הייתה שאלת-המטרה: קבוצה א נשאלה אם המנהיג של כנופיית 12 המפגינים היה גבר, ואילו קבוצה ב נשאלה אם המנהיג של כנופיית 4 המפגינים היה גבר. כשבוע לאחר הצפייה בסרטון ומילוי השאלון נשאלו הנבדקים כמה מפגינים היו בסרט. ממוצע התשובות בקבוצה א עמד על 8.9 מפגינים, ואילו בקבוצה ב עמד הממוצע על 6.4 מפגינים.

משמעות הדבר היא שאפשר לשנות את הדרך שבה אדם זוכר אירוע באמצעות שאלות. סוגיה זו רלוונטית, בין היתר, לדרך חקירתם של עדי-ראייה על-ידי חוקרי המשטרה, שהרי השאלות שהחוקרים שואלים יכולות להטות ולהטעות את העדים. דרך הצגת השאלות לעד יכול שתשפיע גם על הבנתו של השופט עצמו ועל דרך קבלת ההחלטות שלו. טברסקי וכהנמן, במאמרם "שיפוט בתנאי אי-ודאות: הִיריסטיקות והטיות",⁸⁴ מסבירים כי בני-אדם מתבססים על מספר מצומצם של עקרונות הִיריסטיים (כללי-אצבע), אשר מצמצמים את המשימות המסובכות של הערכת הסתברויות לכלל פעולות שיפוט זמינות ופשוטות. אחד הפרמטרים שאליהם התייחסו טברסקי וכהנמן במחקרם הוא תפיסות מוטעות של מקריות, כלומר, אמונתם של אנשים שרצף אירועים שנוצר על-ידי תהליך אקראי אמור לייצג את המאפיינים היסודיים של התהליך אפילו כאשר מדובר ברצף קצר. לדוגמה, רצף הטלות מטבע שיתן את התוצאות "עץ, פלי, עץ, פלי, פלי, עץ" נתפס כסביר יותר מאשר הרצף "עץ, עץ, פלי, פלי, פלי". המוח האנושי מחפש תבניות ומוטה לחשוב שגורם סיבתי פועל מאחורי כל רצף אירועים בולט.

אכן, עורך-דין אשר מכיר את חיפוש התבניות בקרב בני-אדם (שופטים), לרבות את רצונם של בני-אדם להפחית אי-ודאות, ישכנע את השופט באמצעות בניית סיפור מתוך העדויות.⁸⁵ כאשר בעדויות המושמעות לפני השופט קיימים חללים, ייטה השופט להשלים את החללים בראשו. פרקליט אשר מודע לכך, כמו-גם להִיריסטיקת המקריות ולחיפוש של המוח האנושי אחר תבניות, ינסה להציג סיפור שיורכב בחלקן מעדויות ובחלקן ממרכיבים שהשופט אמור להשלים בעצמו מבלי שיש להם כל אזכור או עדות במציאות. למשל, אם שופט שומע עדות שלפיה בתאריך מסוים התרחשה מעילת-ענק בבנק, ועדות נוספת שלפיה יום אחר כך טס הנאשם הפוטנציאלי לשיט הימורים באיים הקנריים, הוא צפוי לבנות לעצמו סיפור אפשרי שבו הנאשם ביצע את המעילה ומייד לאחריה הלך להמר בכסף שגנב. עורך-דין אשר מודע לרצף האופוזיציונלי הזה יקבע את סדר העדים שברצונו להביא לעדות בהתאם

Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 SCIENCE 1124 (1974) 84

Kipling D. Williams & Andrew Jones, *Trial Strategy and Tactics*, in PSYCHOLOGY AND LAW: AN EMPIRICAL PERSPECTIVE 276 (Neil Brewer & Kipling D. Williams eds., 2005). 85

לסיפור שהוא רוצה להבנות בראשו של השופט.⁸⁶

ט. יצירת זכרונות כוזבים בדבר אירועים שלא התרחשו כלל

בפרק זה נציג שלושה ניסויים שבהם נוצרו זכרונות כוזבים בדבר אירועים שלא התרחשו כלל. לופטוס ועמיתיה ניסו ליצור זכרונות יש מאין בניסוי שכלל 200 נבדקים.⁸⁷ מחצית הנבדקים בניסוי ראו סרט שבו מכונית חלפה על-פני תמרור "תן זכות קדימה", ומחצית הנבדקים ראו סרט שבו מכונית חלפה על-פני תמרור "עצור". בשלב הבא בניסוי נשאלו האנשים באופן אקראי שאלה אחת מבין השתיים הבאות: "האם המכונית חצתה את הרחוב כאשר היא חולפת על-פני תמרור 'עצור'?" או "האם המכונית חצתה את הרחוב כאשר היא חולפת על-פני תמרור 'תן זכות קדימה'?" כלומר, מבחינת הנבדקים יכלו להיות 4 אפשרויות: (א) צפייה בסרט עם תמרור "תן זכות קדימה" ושאלה על תמרור "תן זכות קדימה"; (ב) צפייה בסרט עם תמרור "תן זכות קדימה" ושאלה על תמרור "עצור"; (ג) צפייה בסרט עם תמרור "עצור" ושאלה על תמרור "עצור"; (ד) צפייה בסרט עם תמרור "עצור" ושאלה על תמרור "תן זכות קדימה".

בהמשך מילאו הנבדקים משימת הסחה שנמשכה 20 דקות, ולאחריה נבחנו במבחן אמריקאי שבו היו מחויבים להשיב על השאלות. שאלת-המפתח במבחן הייתה אם המכונית חלפה על-פני תמרור "עצור" או תמרור "תן זכות קדימה". התוצאות היו כדלקמן: במקרים שבהם התמרור בסרט והתמרור בשאלה היו זהים, 75% מהנבדקים נתנו את התשובה הנכונה; במקרים שבהם התמרור בסרט והתמרור בשאלה לא היו זהים, רק 41% מהנבדקים ענו את התשובה הנכונה.

בניסוי זה נמצא אם כן שהשאלה המטעה, המנוגדת למה שנראה בסרט, הגדילה את שיעור הטעויות פי שניים ויותר. מכך אפשר להבין את עוצמתו של מידע שגוי מאוחר אשר נמסר לאחר האירוע ויכול לגרום לשיבוש זכרוננו של אדם ברמת הסתברות גבוהה מאוד, ואף ליצירת זכרונות כוזבים בדבר מרכיבים המעורבים באירוע.

בניסוי נוסף שערכה לופטוס נעשה ניסיון ליצור אסם יש מאין.⁸⁸ לופטוס הראתה לנבדקים סרטון שהציג תאונה. לאחר הצגת הסרטון נחשפו חלק מהנבדקים לשאלה המטעה הזאת:

86 אנטוובסקי, לעיל ה"ש 20.

87 Elizabeth F. Loftus, David G. Miller & Helen J. Burns, *Semantic Integration of Verbal Information into a Visual Memory*, 4 J. EXP. PSYCHOL.: HUM. LEARN. & MEM. 19 (1978).

88 Loftus, *Leading Questions and Eyewitness Report*, לעיל ה"ש 83.

“How fast was the white sports car going when it passed the barn while traveling along the country road?”

שאר הנבדקים נחשפו לשאלה הבאה :

“How fast was the white sports car going while traveling along the country road?”

לאחר שבוע נשאלו שתי הקבוצות אם היה אסם בסרט. בקבוצה שהוטעתה באמצעות השאלה הראשונה השיבו 17% שהם ראו אסם בסרט. בניסוי נוסף בדיקו לופטוס ופלמר כיצד ניסוח של שאלה יכול להשפיע על זכרונם של אנשים.⁸⁹ הם הראו ל-150 נבדקים סרטון של תאונה בין שתי מכוניות. הנבדקים חולקו באופן אקראי לשתי קבוצות. קבוצה א נשאלה :

“About how fast were the cars going when they smashed into each other?”

קבוצה ב נשאלה :

“About how fast were the cars going when they hit each other?”

השאלה הראשונה מרמזת על מהירות גבוהה בהרבה ועל עוצמת פגיעה חמורה בהרבה בהשוואה לשאלה השנייה. כשבוע לאחר הצפייה בסרט ומילוי השאלון נשאלו הנבדקים אם הם ראו שברי זכוכית בסרטון התאונה. בסרטון עצמו לא היו שברי זכוכית כלל, אולם בקבוצה הראשונה, כמצופה, שיעור גדול יותר מן הנשאלים (יותר מפי שניים מאשר בקבוצה השנייה) ציינו כי ראו שברי זכוכית בסרטון התאונה.

טבלה 2 : השפעת ניסוחה של שאלה על הזיכרון שנשמר

hit	smashed
14% ראו שברי זכוכיות	32% ראו שברי זכוכיות
86% לא ראו שברי זכוכיות	68% לא ראו שברי זכוכיות

מטבלה זו אפשר להסיק שעצם ניסוחה של השאלה יכול להשפיע על זכרונם של אדם, ואף לצקת בו פרטי תוכן שלא היו כלל באירוע המקורי.⁹⁰

Elizabeth F. Loftus & John C. Palmer, *Reconstruction of Automobile Destruction*, 13 J. 89
VERB. LEARN. & VERB. BEHAV. 585 (1974).

90 במאמר שלעיל נערך ניסוי נוסף. 45 נבדקים צפו בסרט שבו מכוניות מתנגשות זו בזו. הנבדקים חולקו ל-5 קבוצות שבכל אחת מהן 9 נבדקים. כל קבוצת נבדקים נחשפה

י. השתלת זכרונות וזכרונות מודחקים⁹¹

סוגיה זו של השתלת זכרונות וזכרונות מודחקים היא סוגיה שבאה לידי ביטוי בעולם המשפט בעברות מין בדרך-כלל. מדובר באירוע לכאורי של זיכרון מודחק שצץ ועולה לאחר שנים רבות שבהן הוא נעדר מהמודעות של המתלוננת, בדרך-כלל בעקבות טיפול פסיכולוגי או חלום שהמתלוננת/חולמת,⁹² אשר מעלים לכאורה לתודעתו/ה של המתלוננת את האירוע הטראומטי.⁹³

מקורה של השערת הזיכרון המשוחזר של חוויות מיניות "חבלתיות" בשנות הילדות היא בתיאוריית הפיתוי של פרויד. פרויד טען בתחילת דרכו המקצועית כי הגורם המרכזי להתפתחות היסטריה הוא זכרונות מודחקים משנות הילדות. הוא הסיק זאת מכך שחולות שנזכרו באירועים נשכחים אלה של התעללות מינית חשו פורקן ריגושי והקלה בתסמינים.⁹⁴

על בסיס מסקנתו זו של פרויד הועלתה ההשערה כי ילדות הנופלות קורבן להתעללות מינית קשה אינן יכולות לעמוד בכך, ועל-כן מדחקות את החוויות הקשות הללו אל הלא-מודע שלהן. לתודעתן אין גישה לחוויות אלה, ולכן הן מכחישות את דבר התרחשותן ואינן מודעות להן. חוויות אלה יוצרות בסופו של דבר תופעות פתולוגיות, והאמונה היא שרק שחזור ועיבוד של הזכרונות והצפתם אל המודע יביאו את הילדות – שנהפכו כבר לנשים – לידי החלמה.⁹⁵

יש לציין כי פרויד חזר בו מתיאוריית "הזיכרון המשוחזר". בערוב ימיו טען פרויד

About how fast were the cars going : הגרסאות של השאלה הבאה :
 when they contacted\hit\bumped\collided\smashed each other?
 השתנה על-פי המילה שהופיעה בשאלה : contacted – 31.8 קמ"ש ; hit – 34.0 קמ"ש ;
 bumped – 38.1 קמ"ש ; collided – 39.3 קמ"ש ; smashed – 40.5 קמ"ש. כלומר, ככל
 שהמילה ששימשה לתיאור המפגש בין המכוניות הייתה חמורה יותר כן העריכו
 הנשאלים את המהירות כגבוהה יותר, וזאת חרף העובדה שכל הנשאלים צפו באותו
 סרט.

91 להרחבה בסוגיה ראו ינון היימן "זיכרונות מודחקים בראי בית-המשפט: אונס ודיסוציאציה" **סוגיות יישומיות בפסיכולוגיה משפטית** 205 (דוד יגיל ומשה זכי עורכים, 2011).

92 תפ"ח (מחוזי ת"א) 1035/03 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 6.11.2007) (להלן: תפ"ח פלוני).

93 תפ"ח (מחוזי ת"א) 1027/05 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 6.5.2009).

94 Sigmund Freud, *The Aetiology of Hysteria*, in THE STANDARD EDITION OF THE COMPLETE PSYCHOLOGICAL WORKS OF SIGMUND FREUD vol. 3, 191 (James Strachey ed. and trans., in collaboration with Anna Freud, assisted by Alex Strachey & Alan Tyson, 1962) (1897).

95 ראו בהרחבה: Linda M. Williams, *Recovered Memories of Abuse in Women with Documented Child Sexual Victimization Histories*, 8 J. TRAUMA. STRESS 649 (1995).

כי זכרונות של סיפורי התעללות מינית בילדות המוקדמת אינם זכרונות של אירועים אמיתיים, אלא דמיונות־שווא הקשורים ליחסיהן האדיפליים של הנשים עם אבותיהן.⁹⁶

סוגיית החוויות המודחקות לכאורה אשר עולות במהלך טיפול פסיכולוגי או חלום היא סוגיה ש"הרעשה" את ארצות־הברית בשנות התשעים של המאה הקודמת. אחד המקרים המפורסמים הוא זה של הולי רמונה, אשר לא אהבה לאכול מלפפונים חמוצים, מיונז, בננות ורוטב מוקצף. במהלך הטיפול הפסיכולוגי היא שוכנעה כי הרגלי האכילה שלה נבעו מכך שאביה כפה עליה יחסי מין (מלפפון חמוץ ובננה הם דמויי פין, ומיונז ורוטב מוקצף דומים לשכבת זרע). כעבור זמן תבע אביה של רמונה את המטפל וזכה בפיצויים נכבדים.⁹⁷

בישראל קיימים שני פסק־דין מרכזיים שקבעו מסמרות בסוגיה זו. הראשון הוא פסק־הדין משנת 2010 בעניין פלוני,⁹⁸ אשר נכתב רובו ככולו על־ידי השופט עמית (השופטים רובינשטיין ודניציגר צירפו את עמדתם לעמדתו של השופט עמית). בפסק־דין זה התייחס השופט עמית באופן קונקרטי לשלוש הבחנות. ההבחנה הראשונה היא בין האמת הסובייקטיבית של המתלוננת לבין האמת האובייקטיבית:

"אפילו קריאת הפרוטוקול היבש של עדות המתלוננת אינה יכולה להותיר את עין הקורא ללא לחלוחית. ברי לחלוטין כי המתלוננת מאמינה מתוך שכנוע עמוק כי המערער עשה בה את המעשים המיוחסים לו, וברי כי אמונה עזה זו היא הסיבה למצב הנפשי הקשה אליו נקלעה. זו האמת הפנימית־הסובייקטיבית של המתלוננת, אך השאלה העומדת בפנינו היא אם זו האמת החיצונית־האובייקטיבית. השאלה אינה של מהימנות דברי המתלוננת אלא של אמינות דבריה (על ההבחנה בין מהימנות לאמינות ראו ע"פ 10009/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 769 (2004)). לא 'אמיתותה' של עדות המתלוננת עומדת על הפרק אלא השאלה אם עדותה מבוססת על זיכרון מודחק עצמאי שלא השתבש במהלך השנים."⁹⁹

ההבחנה השנייה של השופט עמית היא בין שתי סיטואציות משפטיות של אונס: האחת היא מקרים של אונס שאכן התרחש בתוך המשפחה ואשר לקורבן יש זיכרון רציף ונגיש לגביו. במקרים כגון אלה, לשם הרשעת הנאשם, כל שבית־המשפט נדרש לו הוא למלא את חובת ההנמקה, קרי, בית־המשפט ינמק בפסק־דינו מדוע בחר להאמין לגרסת הקורבן, ולא לגרסת הנאשם, תוך התמקדות אפשרית במצבו הנפשי

96 ראו בהרחבה: SIGMUND FREUD, THE COMPLETE INTRODUCTORY LECTURES ON PSYCHOANALYSIS (1933) (1966).

97 MARK PENDERGRAST, VICTIMS OF MEMORY: SEX ABUSE ACCUSATIONS AND SHATTERED LIVES (1995).

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

99 שם, פס' 127 לפסק־דינו של השופט עמית.

של הקורבן כיסוד שיכול להשליך על אמינות גרסתו.¹⁰⁰ סיטואציה שנייה היא כאשר עסקינן בזכרונות מודחקים/כוזבים. אור־אז הכלים החשובים הללו – מהימנות גרסתו של הקורבן ומצבו הנפשי – מאבדים ממשקלם ומהאפקטיביות שלהם, שהרי קורבן העברה מאמין בכל נפשו ובכל מאורו כי התעללו בו מינית בילדותו.

מתוך ההבחנות הראשונה והשנייה עולה ההבחנה השלישית, החשובה ביותר לסוגיה זו, והיא "דיות הראיות". השופט עמית מבהיר כי במקרה כגון זה, של זיכרון שצף ועלה לאחר שנים כה רבות, אין די בעדותו של הקורבן הלכאורי, ועל בית־המשפט למצוא תימוכין בראיות החיצוניות לעדות המתלוננת. אין מדובר עוד, לענייננו, במילת המתלוננת מול מילתו של הנאשם בלבד, ובלשונו של השופט עמית:

"מאחר שהכלים העיקריים של מהימנות ושל מצב נפשי מאבדים ולו חלק מכוחם, על בית המשפט לתור אחר ראיות מחזקות חיצוניות שאינן נובעות מהמתלוננת עצמה כדי להרשיע את הנאשם, כגון: עדויות נוספות, מעשים דומים, הודאה או ראשית הודאה וסימנים רפואיים או נפשיים-התנהגותיים בזמן אמת."¹⁰¹

נוסף על כך קבע השופט עמית היריסטיקות (כללי-אצבע) להרשעה מעבר לכל ספק סביר בתיקים של זכרונות מודחקים/כוזבים, אשר ראוי שיעמדו לנגד עיניו של בית־המשפט בבואו להכריע לגבי תקפותם של זכרונות אלה:¹⁰²

א. מטרת ההליך הטיפולי – האם המתלונן החל בטיפול על־מנת לשחזר זיכרון לגבי עברה מסוימת (שאז הוא עלול לחוש לחץ לזכור פרטים על־מנת לסייע בחקירה הפלילית או בהעמדה לדין של מבצע העברה) או שמא הוא פנה לטיפול נפשי על־מנת לאתר את המקור לבעיותיו הנפשיות או כדי לטפל בהן (שאז החשש מפני "השלמת פרטים" פוחת)?

ב. מהות הסוגסטיה – האם המתלונן היה נתון לסוגסטיה של המטפל או של אחרים, ומה מידת הנטייה של המתלונן להיכנס למצבים של סוגסטיה או "היפנוזה" עצמית (שאז גובר החשש מפני השפעה של סוגסטיה או "השלמת פרטים" על־ידי המתלונן)?

ג. תיעוד הטיפול – האם המטפל קיים תיעוד ורישום של הטיפול במתלונן (מה שיכול לסייע לבית־המשפט לקבוע אם האחרון היה נתון לסוגסטיה של המטפל או של אחרים)?

ד. הכשרתו ומקצועיותו של המטפל – האם המטפל במתלונן עומד בסטנדרטים הנדרשים מבחינה מקצועית על־מנת לקיים את הטיפול?

ה. עדויות מומחים מטעם הצדדים – על בית־המשפט לאפשר לצדדים להגיש חוות־

100 שם.

101 שם, פס' 128 לפסק־דינו של השופט עמית.

102 שם, פס' 129 לפסק־דינו של השופט עמית.

דעת מומחים בהתייחס לתהליך הטיפולי ולשחזור הזיכרון של המתלונן.
 1. ראיות תומכות – האם קיימות ראיות חיצוניות התומכות באמינותם של הזכרונות המודחקים (כגון הודאה של המתעלל או מעשים דומים שלו שכבר נחשפו; רשומות או תיעוד של היסטוריה רפואית המעידים על התעללות מינית בילדות; תיעוד או הצהרות כתובות בזמן-אמת על-ידי נפגע העברה, דוגמת יומן או מכתב; עדות אובייקטיבית של עדי-ראייה; שרשרת של עובדות ונסיבות אחרות בעלות משקל ראייתי וכיוצא באלה)?

פסק-הדין המרכזי השני, אשר מהווה גם הוא אבן-דרך בסוגיית הזכרונות המודחקים, הוא פסק-הדין שנכתב ממש לאחרונה על-ידי השופטת (בדימוס) ארבל בע"פ פלוני, ואשר זכה בהסכמתם של השופטים ג'ובראן ומלצר.¹⁰³ פסק-דין זה עוסק בזיכרון של המתלוננת שניעור בעקבות חלום שחלמה. באמצעות החלום נזכרה המתלוננת בעברות מין חמורות שביצע בה אביה. פסק-הדין מכיר בתופעת הזכרונות המודחקים במשפט הישראלי. נקבע כי זכרונה של המתלוננת בדבר היותה נפגעת גילוי-עריות בילדותה – זיכרון שניעור בה, כאמור, בעקבות חלום שחלמה – הוא זיכרון אמין, וכי בצדק הורשע המערער במיוחס לו בבית-המשפט המחוזי.¹⁰⁴ נקבע כי לשם הרשעה בעברות מין שהזיכרון לגביהן אינו רציף יש צורך לעבור שתי משוכות נפרדות: המהימנות של המתלונן ושל גרסתו, וסוגיית אמינותו של הזיכרון. בית-המשפט הסתמך על ראיות חיצוניות שתמכו בעדותה של המתלוננת, לרבות עדויות מפי אמה של המתלוננת, רישומים מיומניה של המתלוננת וראשית הודאה של המערער. נוסף על כך, חוות-דעת המומחים איששו, לשיטתו של בית-המשפט, כי תסמיניה של המתלוננת יוצרים תמונה אופיינית של נפגעת גילוי-עריות.¹⁰⁵ מנגד, יצוין כי בפרק הזמן שחלף ממועד מתן פסק הדין התעוררו הדים בקרב חוקרים רבים אשר מסכימים כי מעמדם כראייה של זיכרונות מודחקים-משוחזרים אינו שונה ממעמדן של בדיקות פוליגרף. ומהימנותם אינה עולה על בדיקות פוליגרף, אשר כידוע אינן קבילות כראיה בהליכים משפטיים במשפט הישראלי, בשל הקושי להוכיח תקפותן מבחינה מדעית, מוצע לבחון שנית את ההסתמכות על זיכרונות מודחקים כראיה קבילה על בסיס מדעי.¹⁰⁶

103 ע"פ 3958/08 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 10.9.2014) (להלן: ע"פ פלוני).

104 תפ"ח פלוני, לעיל ה"ש 92.

105 למען שלמות הכתובים יצוין כי בית-המשפט הבהיר בפסק-דינו (ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 103) שחלק מהתסמינים בתיק אינם מקיימים קשר ישיר ומתחייב למעשים המיוחסים למערער, שכן לכל אחד מהם ייתכן הסבר חלופי. עם זאת, קבע בית-המשפט, יש לבחון את תמונת התסמינים כמכלול. הצטברות התסמינים השונים בתיק מובילה למסקנה כי לא ייתכן הסבר סביר אחר לבד מהיות המתלוננת קורבן של גילוי-עריות בילדותה.

¹⁰⁶ <http://www.haaretz.co.il/news/law/premium-1.2457356>

מסמך גילוי דעת בנוגע למעמד המדעי של זיכרונות מודחקים ומשוחזרים נצפה 18/01/2014

יא. קבוצות אוכלוסייה ייחודיות המעידות לפני בית המשפט

לפי הגישה הנהוגה כיום, כל ראיה (לרבות עדות) היא קבילה, למעט ראיה הפסולה על-פי דין,¹⁰⁷ ושדה-הקרב המשפטי עבר מסוגיית קבילותה של הראיה לסוגיית משקלה. במצב זה יכולתן של אוכלוסיות ייחודיות להעיד מקבל משנה חשיבות. לענייננו נבחרו שתי תת-אוכלוסיות רלוונטיות: הראשונה היא אוכלוסיית הקטינים, שתידון בתת-פרק שלהלן, והשנייה היא האוכלוסייה הלוקה בתסמונת הגנטית הקרויה "תסמונת ויליאמס", אשר תידון בתת-פרק שאחריו.

1. מטא-קוגניציות של קטינים

קטינים מועדים לשגיאות בעיקר בשל יכולתם המוגבלת להבחין בין מציאות לדמיון, וגם עקב היותם סוגסטביליים לעומת מבוגרים. גורם נוסף הראוי לציון בהקשר זה הוא גורם הלינגוויסטיקה. בגילאים שונים יש לקטינים יכולת שונה לבטא את עצמם, להבהיר את כוונתם ולשקף נכוחה את אשר שמעו או ראו. כמו-כן, לא תמיד קטינים מבינים מה הם נשאלים, ולעיתים הם כושלים בפירוש שהם נותנים לדבריהם או לכוונתם של אנשים בגירים. למען שלמות המצב המשפטי יובהר כי במשפט האזרחי יש צורך בהנמקה לשם ביסוס פסק-דין על עדותו היחידה של קטין מתחת לגיל 14 (סעיף 54 לפקודת הראיות). במישור הפלילי קטינים מעל גיל 12 הם עדים בגירים לכל דבר ועניין. עדותם נשמעת תחת אזהרה או שבועה, ולא נדרשת תוספת ראייתית לשם שימוש בה כבסיס להרשעה. היה אם מדובר בעדות יחידה של קטין שאינו יכול לשאת באחריות פלילית (קרי, מתחת לגיל 12), הרשעה על-סמך עדות יחידה זו מחייבת תוספת ראייתית מסוג חיזוק (סעיף 55(ב) לפקודת הראיות).

כאשר עסקינן בקטינים, הגורמים העיקריים שיש ליתן להם את הדעת בהתייחס לעדויותיהם הם אלה:¹⁰⁸

א. דמיון – יש להבדיל בין דיווח שקרי, שבו הילד הודרך לשקר, לבין קושי של הילד להבחין בין דמיון למציאות.

ב. שפה – אוצר-המילים של ילד מוגבל לעומת אוצר-המילים של אדם מבוגר. על השואל לעודד את הילד לתאר את האירוע במילותיו שלו, ולהקפיד לא לשים מילים בפיו של הקטין. אם הקטין משתמש במילים גבוהות שאינן משקפות את השפה שלו ושל ילדים בני-גילו, יש לבדוק אם עדותו עברה הטיה כלשהי מצד

107 ס' 2 לפקודת הראיות.

108 Thomas L. Feher, *The Alleged Molestation Victim, The Rules of Evidence, and the Constitution: Should Children Really Be Seen and Not Heard?*, 14 AM. J. CRIM. L. 227 (1988); RICHARD A. GARDNER, *SEX ABUSE HYSTERIA: SALEM WITCH TRIALS REVISITED* (1989); Schuman, *False allegations of physical and sexual abuse*, 14 BULL. AM. ACAD. PSYCHIATRY & L. 5 (1986).

- בגיר, אשר שם מילים בפיו.
- ג. זיכרון – ככל שהקטין צעיר יותר כן הזיכרון שלו חלש יותר ועלול להיות מושפע מדברים שלא קרו בפועל, כגון תסריטים וסטריאוטיפים.
- ד. סוגסטביליות – יש המפקפקים בכשירותם של ילדים כעדים, בטענה שהם חשופים להשפעות של שאלות מטעות. נראה שסוגסטביליות משקפת הן ליקויי זיכרון והן קבלת מידע מוטעה מהמראיין. ילדים מרגישים מחויבים להשיב על שאלות מבוגרים, ועשויים להניח כי חזרה על שאלה פירושה שהתשובה המקורית לא הייתה ראויה או מספקת. ילדים מושפעים מדמויות סמכות ונוטים לְרצותם (לכן, בין היתר, חוקר הנוער אינו אמור ללבוש מדים). רוב החוקרים מסכימים כי לדרך שבה ילדים נחקרים יש השלכות על מה שהם "זוכרים". כפועל יוצא מכך יש ליתן תשומת-לב רבה במיוחד לדרך שבה תושאל הקטין ולדרך שבה הוא מעיד, שכן קיים חשש ממשי שמדובר בעדות שמשקפת מציאות סובייקטיבית מובנית של הקטין, ולא דווקא מציאות אובייקטיבית.

2. תסמונת ויליאמס כאחת התסמונות הגנטיות העלולות להשפיע על יכולתו של אדם להעיד

- תסמונות גנטיות מסוימות מתאפיינות בכשלים קוגניטיביים כאלה ואחרים העלולים לפגוע ביכולתו של עד לתרגם את אשר קלט בחושיו לכלל עדות אמינה. בישראל לא ניתן כמעט לנושא זה ביטוי מקצועי ומחקרי. התסמונת שבה נתמקד במסגרת הנוכחית היא תסמונת ויליאמס (Williams Syndrome).
- תסמונת ויליאמס היא תסמונת גנטית הנגרמת בשל מחסור במקטע מסוים בכרומוזום מס' 7. הסובלים מתסמונת זו מתפקדים ברמת IQ שבין 40 ל-90.¹⁰⁹ בתסמונת זו קיימים קשיים בתפיסת המרחב, בזיכרון החזותי ובזיהוי של מונחי-סוד, כגון צבעים וצורות. מאפיינים בולטים של הלוקים בתסמונת זו הם שפה עשירה שאינה משקפת את יכולתם השכלית הנמוכה, כישרון מוזיקלי מפותח, רצון ליצור קשר עם הסביבה ורצון עז לְרצות אחרים.¹¹⁰
- מה המערכת המשפטית עושה כאשר היא נתקלת בתסמונות גנטיות מסוג זה? האם השופטים מודעים לחולשות ולחוזקות של הסובלים מתסמונת זו? האם אפשר להעריך מהימנות ואמינות של עדים הלוקים בתסמונת זו?¹¹¹

109 הממוצע של ציון ה-IQ באוכלוסייה הוא 100. להסבר על מבחני ה-IQ ראו: Beatrice J. Dvorak, *The New USES General Aptitude Test Battery*, 31 J. APPLIED PSYCHOL. 372 (1947).

110 Marilee A. Martens, Sarah J. Wilson & David C. Reutens, *Research Review: Williams Syndrome: A Critical Review of the Cognitive, Behavioral, and Neuroanatomical Phenotype*, 49 J. CHILD PSYCHOL. PSYCHIATRY 576 (2008).

111 יוער כי עד הלוקה בנפשו או בשכלו אינו פסול לעדות בשל כך. הרלוונטיות של הליקוי באה לידי ביטוי במשקלה של העדות, ולא בקבילותה. להרחבה ראו ע"פ 7169/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 18 (פורסם בנבו, 5.3.2009).

בע"פ 10009/03 פלוני נ' מדינת ישראל¹¹² זיכה בית-המשפט העליון (השופטים טירקל ולוי כנגד דעת המיעוט של הנשיא ברק) את הנאשם שהורשע בבית-המשפט המחוזי בביצוע מעשה מגונה, אינוס ומעשה סדום בקטינה שלוקה בתסמונת ויליאמס. בתיק זה ניתנה חוות-דעתו של ד"ר גוטהלף, אשר היטיב לתאר את התסמונת הגנטית ואת סממניה:

"(א) מנת המשכל הכוללת של הלוקים בתסמונת היא בממוצע ברמה של פיגור קל עד בינוני. קיימים פערים גדולים בין הכישורים הקוגניטיביים השונים, כגון יכולת מילולית טובה לצד חולשה בחשבון ובתפיסה מרחבית. הם מצליחים לבטא את מחשבותיהם בצורה בהירה תוך שימוש באוצר מילים עשיר ובמבנה תחבירי ודקדוקי נכון של המשפט. תיאוריהם נוטים להיות מוגזמים ביחס לסיטואציה שהם מתארים. הם סובלים מחולשה בתחום ההתמצאות במקום ובהערכת ממד הזמן, ועל-כן הם אינם מסוגלים למסור באופן מהימן מתי התרחשו האירועים או באיזו תדירות.

אצל מרבית הלוקים בתסמונת זו התגלה סף תסכול נמוך, ותגובות אופייניות שלהם הן התפרצויות זעם, עצב, כאב או בלבול.

(ב) על מאפייני התנהגותם במישור החברתי והמיני מסר ד"ר גוטהלף כי הלוקים בתסמונת נוטים להיות ידידותיים כלפי זרים מבלי לגלות הסתייגות או ביישנות. נטייתם להיות היוזמים של פנייה למבוגרים או אף לזרים, נראית על פניה כתכונה ידידותית חביבה, אך היא בסיכומו של דבר ביטוי לחוסר שיפוט ולחוסר עכבות, ועשויה להתפרש בדרך לא נאותה על-ידי הזולת. דוגמאות נוספות להתנהגויות העשויות לסבך את הלוקים בתסמונת, הינה נטייתם לפנות לאנשים זרים ברחוב, לשאול אותם שאלות אישיות לפעמים אינטימיות, להתקרב אליהם, ואף לגעת בצורה אינטימית. אין הם מסוגלים לדרג את יחסיהם עם מי שהם נמצאים בקשר בהתייחסות למעמד, גילו, מינו או מידת ההיכרות שיש להם איתו' (ראו חוות-הדעת בעמ' 5).

(ג) ד"ר גוטהלף הדגיש פן חשוב נוסף באישיותם של הלוקים בתסמונת, היינו הם מונעים על-ידי צורך להיות אהובים ומקובלים על סביבתם הקרובה ועל חבריות בכלל. הם קשובים מאוד לציפיות הבריות מהם ומנסים לרצותן. העד הוסיף כי 'תפיסתם הנאיבית של מהות היחסים הבין-אישיים הנותנת אמון מוחלט וללא כל סייג בכל אדם כולל זרים גמורים, והמניחה שאם יביעו את אהבתם לזולת, יתמסרו לו ללא תנאי, ויעשו את כל שהוא מבקש ומצפה מהם, יזכו ליחס דומה של אהבה וקבלה, הינה תכונה מרכזית באישיותם' (ראו חוות-הדעת בעמ' 5). כאמור, ד"ר גוטהלף הוסיף כי בגין כל אלה הלוקים בתסמונת ויליאמס חשופים לסכנה של ניצול מיני.¹¹³

112 ע"פ 10009/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 769 (2004).

113 שם, בעמ' 772–773.

באשר לקבילות עדותו של הלוקה בשכלו, נכון להיום מדובר בעדות קבילה, אך היא מצריכה בחינה משולשת: מבחן ההתרשמות הבלתי־אמצעית מן העד, מבחנה הפנימי של העדות וסימני אמת חיצוניים.¹¹⁴ השופט לוי ייחד את עדותה של המתלוננת הלוקה בתסמונת ויליאמס, לעומת עדות רגילה, כדלקמן:

“אני מוכן להניח כי המתלוננת הבינה את חובותיה כעדה, ובעיקר את חובתה להעיד אמת, אולם בכך לא די, הואיל ומדבריו של ד"ר גוטהלף ניתן להבין כי אם מפעילים על המתלוננת לחץ בעת חקירתה, אין לשלול את האפשרות שהיא תאשר עובדות שלא התרחשו כלל. אותו לחץ לא חייב להיות חיצוני, והוא עלול להיות פנימי, של המתלוננת עצמה, עקב אותה נטייה אשר מקורה במחלתה, לנסות להתחבב על השומע ולסבר את אוזנו, ובלשון ד"ר גוטהלף בחוות־דעתו (ראו עמ' 5): 'צורך מרכזי המניע את הלוקים בתסמונת ויליאמס הוא להיות אהובים ומקובלים על סביבתם הקרובה ועל הבריות בכלל... הם קשובים מאוד לציפיות הזולת מהם ומנסים לרצות אותן. כך לדוגמא הם מוכנים לומר את מה שהם חושבים שהוא מעוניין לשמוע כל זאת רק כדי להתחבב עליו'. נטייה זו של המתלוננת חייבה את הכול לנהוג בזהירות רבה במהלך חקירתה, וחוששני שלא הכול עמדו בכך, ולא משום ששמו להם מטרה להפיל את המערער, אלא ככל הנראה עקב אי־היכרות עם אותן מגבלות וחולשות המלוות את התנהגותם של הלוקים בתסמונת ויליאמס.”¹¹⁵

114 השופט לוי חזר ודן – שם, בעמ' 778 – בסוגיה של קבילות עדותו של הלוקה בשכלו כמרגם במבחנים הרלוונטיים ובמשקלה של עדות זו.

“עדותו של הלוקה בשכלו היא כידוע עדות קבילה, אולם מהימנותה ומשקלה צריכים להיבחן בזהירות, והפסיקה הציעה לכך שלושה מבחנים, ובלשון כבוד השופט גולדברג בע"פ 800/85 ברדה נ' מדינת ישראל (להלן – פרשת ברדה [2]), בעמ' 270–271:

‘ראשית, מבחן ההתרשמות הבלתי אמצעית של בית המשפט מן העד ומן האופן בו הוא מעיד, תוך נתינת הדעת לחוות הדעת הרפואית. שנית, מבחנה הפנימי של העדות. רוצה לומר, בדיקת העדות 'על־פי סימני האמת העולים מתוכה כגון הגיונה או חוסר הגיונה הפנימי, סידורם או בלבולם של הפרטים הנמסרים בה וכיוצא באלה סימנים של שכל ישר המביאים אדם בר דעת להתייחס לדבריו וזולתו באימון'. ... שלישית, והעיקר, מבחנה של העדות על־פי סימני אמת חיצוניים... כשהמבחן האחרון בא לשמש 'שסתום' ביטחון' לשני המבחנים הראשונים. שאפילו התרשם בית המשפט לטובה מן העד, ומצא בעדותו היגיון פנימי, עדיין קיים חשש ל'הטעיה', שלא יוסר אלא אם נמצא לעדות אימות מהותי ומשמעותי בראיה חיצונית...’ (וראה גם ע"פ 5339/98 מדינת ישראל נ' פלוני [3], בעמ' 778).

115 שם, בעמ' 779.

השופט לוי עמד גם על העובדה שנראה כי חקירת המתלוננת במשטרה הייתה סוגסטיבילית (כלומר, המשטרה ניסתה להשפיע על הרגש והמחשבה של הנחקרת באמצעים מניפולטיביים), כמו גם על העובדה שאמה של המתלוננת עברה אירוע אונס בעברה. השופט לוי הבהיר כי לשיטתו יש לזכות את הנאשם, ואי אפשר להרשיעו ברמת הוכחה של מעבר לכל ספק סביר.¹¹⁶

לענייננו, בפסק-דין זה זיכה בית-המשפט את הנאשם מחמת הספק (כאמור, בניגוד לדעת המיעוט של הנשיא ברק). לשיטתנו, לחוות-הדעת המעמיקה שניתנה בתיק זה היה משקל מכריע בזיכוי של הנאשם. יש לציין כי הכרת המאפיינים של תסמונת גנטית ספציפית זו (או של תסמונות גנטיות אחרות) עשויה לשמש כלי-עזר בידי הסנגור להצגת המתלוננת/ת כלא-אמינה באפיקים נוספים. כך, למשל, אם הסנגור יהיה מודע לעובדה שתסמונת זו מתאפיינת בחוסר התמצאות במרחב, הוא יוכל לשאול את המתלוננת/ת באשר למיקום שבו נעשו מעשי האונס או כיצד הוביל אותה/ה האנס למיקום זה. תשובה לא-נכונה תציג את המתלוננת/ת כלא-מהימנה. אולם שימוש כזה של הסנגור במאפייני התסמונת לא יצלח אם גם השופטים והתביעה יכירו אותם. לפיכך בתיקים אלה יש לשים דגש במתן חוות-דעת מעמיקה ומהימנה של מומחה, אשר תבהיר לשני הצדדים ולשופטים את מגבלותיה של התסמונת הגנטית הספציפית, ואת הסוגיות המטא-קוגניטיביות העומדות בבסיס העדות ככל שהדבר נוגע במהימנותו ובאמינותו של העד.

יב. עד כמה ודאותו ובטחונו של המזהה מעידים על זיהוי נכון?

העד טוען: "אני משוכנע במאה אחוזים שמדובר באדם שביצע את שוד הבנק." השופט דורש וחוקר: "האם לא ייתכן ששגית? האם לא ייתכן שזו טעות?" העד משיב נחרצות: "זה האיש. אני זוכר את תווי פניו באופן חד-משמעי וברור." עד כמה ודאות הזיהוי של העד אכן מהווה אינדיקציה לכך שהעד זיהה נכונה את החשוד? ככל שהדבר נוגע בפרספקטיבה המשפטית ביחס לאמינות הזיהוי ולאמינות העד, בית-המשפט קבע מסמרות בסוגיה זו בפסק-דין **אוחיון** (העוסק במסדר-זיהוי), אשר נכתב על-ידי השופטת אילה פרוקצ'יה (להלן בציטוט: א"פ):

"הטעם לבחינת מהימנות הזיהוי כשלעצמו, בנפרד מאמינותו של העד, הוא

116 וביתר פירוט (שם, בעמ' 785): "לא אוכל לומר שאשמתו של המערער במעשים שיוחסו לו הוכחה במידה הנדרשת בפלילים. תוצאה זו כמוכח קשה היא, באשר היא עלולה לטעת בלבה של המתלוננת את התחושה כי לא נעשה עמה צדק, הואיל ומי שחטא כלפיה לא יישא בעונש ויוסיף להתהלך חופשי, אולם מנגד ניצבת הסכנה האחרת, קשה וחמורה לא פחות, שיורשע בדין מי שלא חטא, והאיזון הנכון בין סכנות אלו מחייב את הכרעת הכף לזכות המערער."

הרצון להבטיח כי 'האמת הסובייקטיבית' של העד המזהה, המשוכנע באמיתות הזיהוי, תשתלב עם 'האמת האובייקטיבית' המשקפת את המציאות: 'מהימנותו [של העד המזהה – א"פ] כדובר אמת, מטביעה [...] על עדות הזיהוי [...] חותם של אמת סובייקטיבית; אך עד שיוכל בית-משפט, על-ידי שיסמוך ידו על אמת זו, להפכה לאמת אובייקטיבית (כביכול), צריך הוא להיות סמוך ובטוח תחילה שהעד, בהאמינו לתומו שכל עדותו אמת היא, לא טעה, לא מתוך היסח-הדעת ולא מתוך מגבלות הזכרון האנושי ולא מתוך השפעות חיצוניות או תת-הכרתיות. [...] בזיהוי הנאשם על-ידי קרבן העבירה, כשאין ראייה אחרת הקושרת את הנאשם לעבירה, יש, בדרך-כלל, לחשוש מטעויות מעין אלו – לא משום שלעניין זה נפגמה כהוא-זה מהימנותו של המזהה כדובר אמת, אלא אף-על-פי שלא נפגמה כלל. לפי מה שכתוב בספרים, הרי רובם ככולם של הזיהויים המוטעים שהביאו לידי הרשעתם של חפים מפשע, נעשו בתום-לב על-ידי עדי אמת: רק משום שהיו מהימנים על השופטים או המושבעים, האמינו להם גם לעניין הזיהויים. חייבים אנו ללמוד את הלקח הפשוט ממשגים אשר כאלה שכבר נחשפו ונחקרו דיים – והוא, שלעניין זיהוי של הנאשם בידי קרבן העבירה, במהימנות המזהה לא סגי. ואולם אין צריך לומר שגם לעניין זיהוי זה תנאי בל יעבור הוא, נקודת מוצא, שהמזהה יהא מהימן על בית-המשפט כדובר אמת."¹¹⁷

בית-המשפט מודע לעובדה שקיימת אמת סובייקטיבית מבחינת העד (לענייננו – מידת בטחונו של העד באשר לאמיתות הזיהוי שלו) לעומת אמת אובייקטיבית (לענייננו – מידת ההתאמה בין בטחונו של העד באמיתות זיהוי לבין אמיתות הזיהוי בפועל). בית-המשפט גם מאשר ומזהיר את עצמו באשר לזיהוי שגוי של נאשם. אולם אנו מאירים בזרקור את העובדה שרוב המחקרים מבהירים באופן חד-משמעי כי רמת בטחונו הסובייקטיבית של העד אינה עולה בקנה אחד עם המציאות האובייקטיבית כלל וכלל.

מחקרים מראים כי ודאות וביטחון של אדם בזיהוי ובעדותו אינם מהווים ערובה לאמיתותם בפועל. במחקר בנושא זה שעשו בראון ועמיתיו¹¹⁸ נמצא כי רמת הביטחון של עד בזיהוי קשורה יותר מכל לרמת בטחונו העצמי של העד, ואינה קשורה כלל לסיכויי אמיתותו של הזיהוי. כלומר, מידת הביטחון של העד בעדותו ובזיהוי היא בראש ובראשונה גורם אישיותי. גורמים נוספים שיכולים להשפיע על בטחונו של העד הם שאלות החוקר (שהרי העד משוכנע כי החוקר לא יחקור אותו באשר לאירוע או לאדם שאינו רלוונטי) ואף עצם הקריאה של העד ליתן עדות לאחר שזיהה את

117 ע"פ 9040/05 אוהיון נ' מדינת ישראל, פס' 16 (פורסם בנבו, 7.12.2006) (הציטוט לקוח מפקס-הדין בע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד (לב) 729 (1978)).

118 Evan Brown, Kenneth Deffenbacher & William Sturgill, *Memory for Faces and the Circumstances of Encounter*, 62 J. APPLIED PSYCHOL. 311 (1977)

החשוד במסדר-זיהוי (שהרי לא היו קוראים לו לתת עדות אם לא היו דברים בגו). גם הכנת העד על-ידי התביעה יכולה להעלות את בטחונו של העד בזיהויו. ניסוי של גלס, פרגסון ולינדסי אישש נקודה זו.¹¹⁹ בניסוי זה הראו לנבדקים אילוסטרציה של גנבה. הנבדקים נדרשו לזהות את ה"גנב" במסדר-זיהוי בתמונות, ולאחר-מכן "לעמוד בחקירה". מחצית הנבדקים תודרכו לפני ה"חקירה" באשר לשאלות שהם עשויים להישאל, ומחציתם לא תודרכו כלל. נמצא שהמתודרכים היו בטוחים יותר בעצמם ובתשובותיהם, ללא כל קשר לאיכות הזיהוי שלהם. יתרה מזו, עליה גדולה יותר בביטחון נמצאה דווקא אצל העדים שלא זיהו נכונה את החשוד. מכאן אפשר להסיק שסוגיה מטא-קוגניטיבית זו היא רבת חשיבות במיוחד, שהרי מידת בטחונו של העד במידע שבאמתחתו יכולה להשפיע על מידת בטחונו במתן העדות, וזו יכולה להשפיע על ההתרשמות הבלתי-אמצעית של השופט ממהימנות עדותו של העד.

תת-סוגיה נפרדת בפרק זה היא מסדר-זיהוי, אשר זוכים במעמד ראייתי גבוה במיוחד. בית-משפט יכול שיבסס הרשעה על-סמך מסדר-זיהוי ללא צורך בראיות נוספות.¹²⁰ מסדר-זיהוי מהווה על-פירוב ראיה קבילה, אף אם נפלו פגמים בביצועו, וההתייחסות לפגמים אלה נעשית רק במסגרת קביעת משקלו של מסדר-זיהוי.¹²¹ מנשה ועאסי, במחקר מעמיק שעשו בישראל,¹²² מעמידים בספק את יכולתו של עד-הראייה לתפוס היטב את פני העבריין, לבצע שימור מדויק של תווי פניו ולזהותו בשלב מאוחר יותר במסדר-זיהוי. החוקרים מציינים כי קיימים פרמטרים רבים הפוגעים ביכולתו של עד לזהות נכונה את העבריין במסדר-זיהוי (גם אם העד עצמו בטוח לגמרי בזיהויו), כגון משך היחשפות קצר לאירוע, רמות לחץ גבוהות של העד המזהה, מעמד העד המזהה כקורבן העברה ונוכחות של נשק בזירה. החוקרים שוללים ביסוס הרשעות על-סמך מסדר-זיהוי בתמונות, ומציעים רוויזיה מלאה בתחום מסדר-זיהוי, שתבטא הן בשינוי ההוראות שיינתנו לעד המזהה והן במעבר לשיטה של מסדר עוקב (שבה העד רואה בכל שלב במסדר ניצב אחד בלבד, להבדיל מהשיטה הנהוגה כיום, שבה העד רואה את כל הניצבים יחדיו). נוסף על כך החוקרים מציעים ליתן משקל משפטי גם לאי-זיהוי של החשוד, כראיה שרלוונטית לחפותו.

יג. מטא-קוגניציה וסוגיית הלחץ בעת האירוע

Gary L. Wells, Tamara J. Ferguson & R.C. Lindsay, *The Tractability of Eyewitness Confidence and Its Implications for Triers of Fact*, 66 J. APPLIED PSYCHOL. 688 (1981).

120 עניין כהן, לעיל ה"ש 5, פס' יד.

121 פרשת דמיאניוק, לעיל ה"ש 8.

122 להרחבה ופירוט ראו דורון מנשה ורביע עאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" משפטים לה 205 (2005).

הקורבן: "מראה פניו של השורד נחרת ונצרב בזכרוני, הוא נופף באקדחו לנגד עיני – זה הוא! אני משוכנע בזה."

עד כמה משפט זה נכון? מי יכול לזכור אירוע טוב יותר – קורבן האירוע או עדים חיצוניים? מה המשמעות של רמת הריכוז והעוררות אצל המזהה? עד כמה מוטיב הלחץ משפיע על יכולת הזיהוי? עד כמה הסחה (כגון אקדח המנופנף לנגד עיניו של הקורבן) יכולה לשבש את הזיהוי הוודאי של החשוד?

מתברר כי במצבי לחץ ועוררות גבוהים יכולתנו לזכור פרטים חזותיים של פני הנאשם קטנה, במיוחד אם יש גורמים מסיחים המהווים מקור סכנה (נשק, לדוגמה). קליפורד וסקוט¹²³ וכן קליפורד והולין¹²⁴ מצאו כי אירוע אלים וטעון רגשית פוגע ביכולתו של העד לזכור פרטים בהשוואה לאירוע שאינו כזה. לכן החוקרים ממליצים להתייחס לעדות בזהירות רבה אם ידוע שנגרמה לעד טראומה. לופטוס ודויל ערכו ניסוי מעניין שהיה מעורב בו נשק.¹²⁵ בניסוי הוצגו שתי סצנות שונות לשתי קבוצות: בסצנה שהוצגה לקבוצה האחת נראה אדם שנכנס למסעדה ולוקח מהקופאי כסף תוך שהוא מאיים עליו באמצעות כלי-נשק; בסצנה שהוצגה לקבוצה האחרת נראה אדם שנכנס למסעדה ומשלם ללא כל עברה. בסצנת הנשק והאיומים התמקדה עין הצופים בכלי-הנשק זמן רב יחסית, והצופים הציגו לאחר-מכן תוצאות טובות פחות בזיהוי האדם בהשוואה לצופים בקבוצה האחרת.¹²⁶

ד. העברה תת-הכרתית (Unconscious Transference)

העברה תת-הכרתית היא סיטואציה שבה הקורבן או העד משוכנעים באשר לזיהוי הוודאי של אדם כמבצע הפשע, אולם מדובר בזיהוי שגוי. העד מזהה את החשוד כ"מופר", ומשייך אותו לפשע כחשוד רלוונטי. דוגמה לתופעה זו הציגו לופטוס ודויל בהתבסס על מקרה שאירע בשנת 1984 במדינת קולורדו.¹²⁷ גברת צעירה זיהתה את אנתוני הריס בוודאות כמי שאנס אותה. מבדיקות של דם וזרע הוכח כי הריס לא היה יכול להיות האנס. לנוכח העובדה ששני אנסים אנסו את הגברת, ואחד מהם היה

123 Clifford & Scott, לעיל ה"ש 60.

124 Brian R. Clifford & Clive R. Hollin, *Effects of the Type of Incident and the Number of Perpetrators on Eyewitness Memory*, 66 J. APPLIED PSYCHOL. 364 (1981)

125 ELIZABETH F. LOFTUS & JAMES M. DOYLE, EYEWITNESS TESTIMONY: CIVIL AND CRIMINAL 4 (3rd ed. 1997)

126 Kenneth A. Deffenbacher, *The Influence of Arousal on the Reliability of Testimony*, in EVALUATING WITNESS EVIDENCE 235 (Sally M. Lloyd-Bostock & Brian R. Clifford eds., 1983)

127 LOFTUS & DOYLE, לעיל ה"ש 125. (People v. Harris, 762 P.2d 651 (Colo. 1988).

סביל, טענה התביעה כי ייתכן שהריס היה האנס הסביל (ולכן לא הותר סימנים פורנזיים של דם וזרע). ההגנה הוכיחה כי הגברת הכירה את הריס מכיוון שעבדה עימו בעבר באותו מקום עבודה, וכי היכרות זו גרמה לה לבצע העברה בלתי-מודעת של דמותו ולזהותו כאילו היה האנס.

ממקרה זה אנו יכולים להסיק את המסקנה אשר עוברת כחוט-השני לאורך כל המאמר: הזיכרון האנושי חשוף למניפולציות, לשינויים, להבניה ולהטיות. בהקשר המשפטי גורמים אלה עלולים להביא לידי כך שאנשים חפים מפשע יִשבו מאחורי סורג ובריח במשך שנים רבות.

טו. דיון ומסקנות

במאמר זה סקרנו את הזיכרון האנושי ואת הבנייתו בהתאם לתיאוריות עדכניות.¹²⁸ הבהרנו את תופעת המטא-קוגניציה ואת הרלוונטיות שלה למתן עדות ולהכרעה השיפוטית.¹²⁹ פירטנו את הגורמים הפרטיקולריים העיקריים המשפיעים על עדויות-ראייה – משך ההיחשפות לאירוע¹³⁰ וטעויות מטא-קוגניטיביות נפוצות (מזג-אוויר,¹³¹ מהירויות¹³² ומשכי זמן¹³³). המאמר דן גם בהבדלי זיכרון בין גברים לנשים באירועים המערבים אלימות ובאירועים ניטרליים.¹³⁴ כן נבדקו סוגיית הציפייה התרבותית והבניית הציפיות אצל עדים פוטנציאליים.¹³⁵ עסקנו בבדיקה של הבניית שאלות והשפעת ההבניה על זכרונו של העד.¹³⁶ נוסף על כך בדקנו והבהרנו כי אפשר לייצר זכרונות כוזבים יש מאין.¹³⁷ לאחר-מכן בחנו קבוצות אוכלוסייה ייחודיות (קטינים¹³⁸ ואנשים הלוקים בתסמונת ויליאמס¹³⁹) ואת יכולתם המטא-קוגניטיבית

128 ראו פרק ב.

129 ראו פרק ג.

130 ראו תת-פרק ה.1.

131 ראו חלק ה2(א).

132 ראו חלק ה2(ב).

133 ראו חלק ה2(ג).

134 ראו פרק ו.

135 ראו פרק ז.

136 ראו פרק ח.

137 ראו פרקים ט ו-י.

138 ראו תת-פרק יא.1.

139 ראו תת-פרק יא.2.

להעיד. לבסוף, נבחנה רמת הביטחון של העד אל מול יכולתו לתאר אירוע במדויק,¹⁴⁰ ואף הובהרו המונח "העברה תת-הכרתית" והשפעתו על מתן עדות בבית-המשפט.¹⁴¹

"כך דרכם של בעלי גאווה, שאינם מטים אוזן אלא לדברי שבח."¹⁴²

במה דברים אלה רלוונטיים לענייננו? ההליך השיפוטי מרובה דברי שבח, אך עם זאת אין הוא חף מביקורת. מאמר זה מטרתו להפנות זרקור אל הדברים שנראים כמוכונים מאליהם וכמשקפים את המציאות ואת האמת העובדתית והמשפטית כאחד אולם בפועל עלולים להיות שגויים לחלוטין. אנו קוראים ליתן את הדעת לגורמים פסיכולוגיים מוכּנים בתוך המערכת אשר עלולים להשפיע על נכונותו של ההליך ותקינותו – הן מצד העדים והן מצד המערכת השיפוטית והנפשות הפועלות בה. עלינו לזכור כי מערכת זו יכולה, בהבל-פה, לגזור את גורלו של אדם לשבט או לחסד. לכן לשיטתנו מדובר בקריאה ובדיסציפלינה (פסיכולוגיה משפטית) שחשוב שיהיו משולבות באופן אינהרנטי במערכת המשפטית, וישכנו דרך קבע בתודעתם של העוסקים במלאכה, על-מנת להגיע לאמת ולדיוק בעת עשיית המשפט.

בפרויקט החפות האמריקאי נמצא כי עדויות-ראייה מוטעות ומטעות היוו גורם משמעותי להרשעות של חפים מפשע. ליתר דיוק, ב-76% מכלל הזיכויים הראשונים של פרויקט החפות התבססו הרשעות-השווא על עדויות-ראייה מוטעות.¹⁴³

המאמר מעלה תהיות לגבי התנהלותה של המערכת המשפטית ואופן קבלת ההחלטות שלה, תוך שימת דגש בפן הפלילי של המערכת המשפטית, אשר מוצג כלפי כולי עלמא באור אובייקטיבי, הנסמך על אמון הציבור, ועל הסברה הרווחת כי אדם מורשע בפלילים אך ורק אם הוכחה אשמתו מעבר לכל ספק סביר. נזכיר כי המונח "מעבר לכל ספק סביר" הוא מונח אמורפי, אולם בהתאם לרטוריקה המשפטית, "לזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד".¹⁴⁴

140 ראו פרקים יב ו-יג.

141 ראו פרק יד.

142 הנסיך הקטן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 42.

143 בועז סנג'רו הרשעות חפים מפשע בישראל ובעולם גורמים ופתרונות 95 (הוצאת רסלינג, 2014).

144 עניין פלוני, לעיל ה"ש 98, פס' יז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין. השופט רובינשטיין חותם את פסק דינו בהאי לישנא: "כחברי סבורני, כי העיון בחומר מצביע על כך שהמתלוננת משוכנעת בעדותה, וסבלה רב, ואולי היו דבריה אמת; לכן אין זה כל עיקר המצב ממנו חששה המתלוננת (פרוטוקול עמ' 190) 'שלא ייצא מצב שהם ילכו ויספרו לכל העולם שאני חולת נפש מטורפת...'. אך הספקות שניקרו תוחמים את המסגרת המשפטית, וגם אם הספק עצמו אינו נטול ספקות, הוא מטה את הכף. כבר אמר הרמב"ם (ספר המצוות, לא תעשה ר"צ), 'ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד', ואולי לכגון דא נתכוונו דבריו." התייחסות נוספת במשפט הישראלי לסוגיית המונח "מעבר לכל ספק סביר" קיימת בע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ

המאמר מעלה ספקות רבים: האם העד עצמו מודע למשמעות דבריו ולא־יכולת של זכרונותיו? עד כמה ראוי שבית־המשפט יסתמך על זכרונו של אדם כאינדיקציה יחידה להרשעה? עד כמה השופט מושפע מגורמים לבר־משפטיים (כגון בטחון המופגן של העד, רהיטותו, טענתו באשר לטיב זכרונו ועוד).

מובן שבמסגרת המאמר אי־אפשר להציע פתרונות משפטיים מלאים אשר יענו על כל ההטיות המטא־קוגניטיביות שהוצגו. אולם ניתן ליתן כמה כיווני מחשבה מוצעים לשם מניעת הרשעת חפים מפשע ככל שהדבר נוגע בעדויות־ראייה.

בראש ובראשונה אנו מציעים שלא יהיה אפשר להרשיע אדם על־סמך עדות־ראייה בלבד, שכן מדובר כאמור בגורם משמעותי במיוחד להרשעת חפים מפשע. כאשר הגורם היחיד שמוביל להרשעתו של אדם הוא עדות־ראייה יחידה, אנו מציעים כי לשם הרשעתו תידרש תוספת ראייתית, לכל־הפחות מסוג חזוק.

ככל שהדבר נוגע בעדים הייחודיים שהוצגו במאמר זה, אנו מציעים שתידרש תוספת מסוג סיוע חזק – "ראייה נוספת, עצמאית, התומכת באופן משמעותי במסקנה שהנאשם ולא אדם אחר הוא אשר ביצע את העבירה"¹⁴⁵. נוסף על כך אנו מציעים לחייב את בית־המשפט, בבואו להרשיע בהסתמך על עדות של עדים ייחודיים, להסתייע בחוות־דעת מתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית והנורו־פסיכולוגיה, אשר יכולות להפיץ אור וידע על סוגיות כגון אלה שעלו במאמר זה. בתת־פרק יא2 למאמר הוצגה חוות־דעתו של ד"ר גוטהלף, אשר הבהירה לבית־המשפט את מהותה של תסמונת ויליאמס וסייעה לשופטים שישבו על המדוכה ליתן את הכרעתם.

באשר למשקלן הכולל של עדויות־ראייה והבנת אופן קבלת ההחלטות על־ידי בית־המשפט, אנו תקווה כי המאמר, אשר מציג מחקרים שמעידים על מגבלות הזיכרון האנושי ועל הטיות אצל אוכלוסיות שונות, יעודד שופטים ופרקליטים להתמקצע בדיסציפלינה חשובה זו, ולנסות להבין ולחקור את התהליכים הקוגניטיביים, המטא־קוגניטיביים והנורולוגיים הקשורים לזיכרון האנושי ולהליך קבלת ההחלטות של כל הגורמים במערכת המשפטית.

לסיום יצוין כי מטרתו העיקרית של מאמר זה היא להעלות את המודעות המחקרית ואת תרומתה של הפסיכולוגיה המשפטית למערכת אכיפת החוק, כדי למנוע את ישיבתם של חפים מפשע מאחורי סורג וברית. אנו מקווים שהמחוקק יאמץ את ההמלצות במאמר זה וישנה את החוק בהתאם. עד אז, ולנוכח העובדה שהחוק הכתוב אינו עוסק כמעט בסוגיות המופיעות במאמר, כמו־גם העובדה שהמחוקק אינו מדריך אותנו בשבילי הפסיכולוגיה המשפטית, רוב הסוגיות שהועלו במאמר נותרות להגיגו הבריא ולחוש הצדק של בית־המשפט, כמו־גם לכשרונו של הסגור היצירתי.

המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד א 5, 18 (1948), שם שנה הנשיא זמורה כדלקמן: "מוטב אמנם שעשרה רשעים יצאו זכאים משצדיק אחד יצא חייב."

145 סג"ר, לעיל ה"ש 143, בעמ' 101.