

פסיכולוגיה ומשפט – המעבר מעידן ישן לעידן חדש

יובל פלדמן*

המאמר בוחן את התפתחות המחקר הפסיכולוגי-המשפטי בכמה שלבים. ראשית, המאמר מבחין בין שתי אסכולות לשילוב של פסיכולוגיה ומשפט – האסכולה הישנה והאסכולה החדשה. האסכולה הישנה מתאפיינת בשימוש שעולם המשפט עושה בפסיכולוגיה לצורך טיפול באוכלוסיות חריגות: קטינים (לרבות בעניינים הקשורים לחוקה הורית ולענייני משפחה רלוונטיים), עבריינים (במשפטים פליליים, לעיתים קרובות לצורך הערכת מסוכנות), חולי נפש או אנשים מן היישוב הממלאים תפקיד בהליך המשפטי (שופטים, עדים וכולי). המאמר בוחן את מורכבות החיבור שבין שתי הדיסציפלינות על-ידי הדגמה של קשיים אחדים, ביניהם פרדוקס השכל הישר, האיום על הסמכות השיפוטית, השימוש בעד מומחה בהליך משפטי אדוורסרי, ובעיות הנוגעות במינוחים השונים ובמטרות השונות של משפט ופסיכולוגיה.

בשלב השני המאמר מנתח את האסכולה החדשה לשילוב של פסיכולוגיה ומשפט. מדובר באסכולה מרחיבה שפותחת לפסיכולוגיה פתח לרבים מתחומי המחקר המשפטי והפרקטיקה המשפטית, ומקנה דריסת רגל למחקרים פסיכולוגיים גם בתחומי המשפט האזרחי והמשפט המנהלי. בהקשר של האסכולה החדשה המאמר דן בסוגיות שהחיבור החדש בין התחומים מעלה – שאלת הרציונליות והשלכותיה, ספרות ההטיות וההשקה לעליית המחקר האמפירי במשפט. לבסוף, המאמר בוחן את הכיוונים שאליהם ימשיך המחקר בעתיד. לצד הדומיננטיות של הביקורת ההתנהגותית על משפט וכלכלה, יעסוק המחקר, בין היתר, באושר, ברגשות, בתורת משפט טיפולית ובהבנה של מורכבות ההנעיה האנושית.

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. תודות לעוזרי-המחקר אסף אונגר ועידו נובוגרוצקי.

מבוא

פרק א: עבר

פרק ב: מאפייני הגישה הישנה (Old School)

1. פסיכולוגיה בבית-המשפט

2. העד המומחה והפסיכולוגיה הפורנזית

3. פרדוקס השכל הישר בבית-המשפט

4. צמצום תחומי המשפט

פרק ג: החיבור החדש שבין פסיכולוגיה ומשפט

1. רציונליות, ניתוח כלכלי ומגמות בזרם החדש

פרק ד: לאן הולכים מכאן?

סיכום

מבוא

מאמר זה מנסה להבין את התרומה הקיימת והתרומה האפשרית של הפסיכולוגיה למחקר המשפטי ולפרקטיקה המשפטית, מתוך התבוננות באופנים שבהם החיבור בא לידי ביטוי הן ברמה המחקרית והן ברמת המדיניות המשפטית. בהיבטים רבים מאוד המשימה מופרכת למדי. ראשית, כמות המאמרים ופסקי-הדין שצריך לסווג ולמיין גדלה באופן עצום בשנים האחרונות. שנית, מעבר להיבט הכמותי, ברמה המהותית קיימת בעיה מובנית בעצם הניסיון לתייג את פסקי-הדין או המאמר כמייצגים שילוב עם פסיכולוגיה: במקרים רבים השילוב הינו אגבי; ובמקרים אחרים קשה להגדיר מהו שילוב של התיאוריה שעליה נשענים, וההפרדה מתחומים קרובים – כגון קרימינולוגיה, עבודה סוציאלית, פסיכיאטריה וכלכלה (לאו דווקא התנהגותית) – בהפכת למשימה מורכבת.

על-מנת להתמודד עם שני הקשיים – הן הכמותי והן המהותי – אצהיר כבר כעת כי ברמה הכמותית ייחשב תחום ככזה שקיימת בו אינטראקציה בין פסיכולוגיה ומשפט כאשר ניתן לזהות מגמה של ממש, ולא רק שימושים ספורים ואגביים. ברמה המהותית, על-מנת לחמוק מן ההתמודדות עם הקושי להגדיר מהי "פסיכולוגיה", ייכללו כל אותם פסקי-דין ומאמרים שבהם קיים ניסיון לבסס טיעון משפטי על בסיס גישה מחקרית כלשהי למרכיב התנהגותי בטבע האדם.¹ זאת ועוד, במובן מסוים חלק מ"הצלחת"² התחום הופכת את המיון

1 במובן זה נוצר כאן צמצום נוסף, והוא כיוון הקשר שבין משפט ופסיכולוגיה – מוקד הקשר הוא בהשפעת הפסיכולוגיה על המשפט, ולא להפך. ראו בהקשר זה שי לביא **HOMO REUS**: המשפט הפלילי כ"מדע של הנפש" (עבודת-גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 1996), אשר מצביע גם על השפעה הפוכה בקשר שבין המשפט לבין מדעי החברה.

2 מבלי להיכנס לשאלה, הסבוכה כשלעצמה, מהי הצלחה של תחום אקדמי.

שלו לבעייתיות מאוד, שכן קיימים יותר ויותר מאמרים שבהם החלק הפסיכולוגי נהפך לחלק מסדרת טיעונים קלסית הכוללת נימוקים של יעילות, מוסר והיבטים התנהגותיים. במצב דברים זה מובן שנוצר קושי מובנה בהערכת מידת האינטראקציה בין פסיכולוגיה ומשפט כאשר רובו של המאמר המשפטי אינו עוסק כלל בהיבטים פסיכולוגיים. ככל שההישענות על פסיכולוגיה נעשית נפוצה יותר גם בקרב חוקרים "לא־מתמחים", ההישענות על מחקרים התנהגותיים נעשית טריוויאלית יותר, ובמקרים רבים היא אינה גולת הכותרת של המאמר, אלא רק פרספקטיבה נוספת בפיתוח הטיעון התיאורטי והמשפטי. בה־בעת ששינוי זה משקף מהלך התפתחות טבעי של שילוב התחומים, ברור למדי שהוא מקשה מאוד את מיפויים של תחומים אלה.

נקודה מקדמית נוספת נוגעת במספרם הרב של המאמרים המציעים מודלים מתחרים באשר למהות הקשר שבין פסיכולוגיה ומשפט.³ ניתן למצוא עשרות רבות של מחקרים על עצם היחס שבין פסיכולוגיה ומשפט, על משמעות החיבור ביניהם ועל מגבלותיו של חיבור זה.⁴ הבחירה בגישה שונה מעט במאמר זה אינה נובעת מביקורת על המודלים הקיימים למיין התחום, שכן בחלקם קיים היגיון תיאורטי רב. ההסתכלות על התחום נעשתה בעיקר תוך ניסיון להצביע על הכיוונים העתידיים שאליהם על התחום להתפתח, לדעתי, ופרספקטיבה זו היא שהנחתה אותי בסקירת אופני החיבור שבין פסיכולוגיה ומשפט.⁵

3 לעמדותיהם של שניים מן החוקרים המרכזיים בגישה הקלסית למשפט ופסיכולוגיה ראו: Gary B. Melton, *Law, Science, and Humanity – The Normative Foundation of Social Science in Law*, 14 L. & HUM. BEHAV. 315 (1990); Richard L. Wiener, *Psychological Jurisprudence and the Information Processing Paradigm*, 11 BEHAV. SCI. & L. (1993).

4 John Monahan & Laurens Walker, *Judicial Use of Social Science Research*, 15 L. & HUM. BEHAV. 571 (1991); JOHN MONAHAN & LAURENS WALKER, *SOCIAL SCIENCE IN LAW* (1990); ANDREAS KAPARDIS, *PSYCHOLOGY AND LAW – A CRITICAL INTRODUCTION* (1997).

5 נקודה מקדמית אחרונה נוגעת בתחום נוסף שבו לא יעסוק המאמר, והוא שאלת היחס שבין משפט לבין מדע בכלל ומדעי החברה בפרט. הרבה מן העיסוק המחקרי נוגע ביכולתו של המשפט לאמץ תובנות מתחום מדעי החברה, לנוכח הצורך של המשפט בתשובות ברורות ודיכוטומיות (בר־עונשין, מסוגל להיות הורה) ועיסוקה של הפסיכולוגיה במושגי־סקלה. בשאלה זו עסקו רבות, ודיון מעמיק בסוגיה זו – אף שהיא קשורה בוודאי לנושא חיבור זה – יסיט את מרכז הכובד של הדיון לשאלות תורת־משפטיות אשר אינן קשורות בהכרח לאופן החיבור שבין פסיכולוגיה ומשפט או לכיווני המחקר העתידיים של תחום זה. שאלת היחס שבין המשפט לבין מדעי החברה בהקשר הכללי והישראלי הייתה מוקד לעיסוק רב של חוקרים, אשר בחנו זאת הן בהקשר המחקרי, הן בהקשר המעשי והן בהקשר הלימודי. ראו, למשל, מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503, 568–569 (1993); מנחם מאוטנר "מעבר לסובלנות ולפלורליזם: הפקולטה למשפטים כמוסד רב־תרבותי" עיוני משפט כה 253 (2001); אוריאל פרוקצ'יה "בועות משפט – הרצאה לפתיחת שנת הלימודים" משפטים כ(1) 7 (1990); אייל זמיר "על המחקר המשפטי האינטגרטיבי" דין ודברים (1) 131 (2008); רון שפירא "על החינוך המשפטי" עיוני משפט כז 821 (2004).

לאחר סדרת הקדמות זו, אתחיל בחלקו הראשון של המאמר בסיווג נקודות המפגש שבין פסיכולוגיה ומשפט. בין היתר אבחין בין תחומי משפט שבהם לפסיכולוגיה יש השפעה ארוכת-שנים לבין תחומים שבהם ההשפעה הפסיכולוגית נמצאת בראשית דרכה. נוסף על כך אבחן את השפעת ההקשרים המוסדיים שבהם קיימת אינטראקציה בין פסיכולוגיה ומשפט – בתי-המשפט, חקיקה ועיצוב מדיניות משפטית, ואכיפה.

במסגרת המאמר אציג מגמות בתחום המשפט והפסיכולוגיה. בפרק א אדון בחלוקה המקובלת בין השילוב הישן לשילוב החדש של משפט ופסיכולוגיה. בפרק ב אציג את מאפייני הגישה הישנה (old school), שבמסגרתה ראשיתו של החיבור בין הפסיכולוגיה והמשפט נעשתה בהקשר המוסדי של בתי-המשפט. האינטראקציה בין הפסיכולוגיה לבין בתי-המשפט והשופטים היא מורכבת מכמה סיבות: הקושי של השופטים להסתמך על מחקרים פסיכולוגיים; הקושי בהסתמכות על עד מומחה מתחום הפסיכולוגיה לנוכח חוסר הוודאות השורה על התחום והעובדה שכל צד יכול להביא עד מומחה מטעמו; פרוקס השכל הישר שנוצר אצל השופטים, אשר רוצים להצדיק את פסיקותיהם ומעדיפים את השימוש באינטואיציה על השימוש בפסיכולוגיה; והעובדה שהחיבור בין הפסיכולוגיה לבין המשפט מצומצם הן מבחינת תחומי המשפט והן מבחינת סוגי האוכלוסיות. בפרק ג אסקור את מאפייני הגישה החדשה של החיבור שבין הפסיכולוגיה והמשפט – זרם המתיימר להביא את השימוש בפסיכולוגיה לכל תחומי המשפט ולכל סוגי האוכלוסיות, וזאת על-ידי דיון בשאלת הרציונליות. בפרק ד אציג כמה הצעות וכיווני מחשבה לעתיד.

פרק א: עבר

ניתן למיין את החיבורים השונים בין משפט ופסיכולוגיה בדרכים שונות. אחת החלוקות המקובלות⁶

6 לחלוקות אחרות ראו, למשל: MICHAEL KING, PSYCHOLOGY IN AND OUT OF COURT: A CRITICAL EXAMINATION OF LEGAL PSYCHOLOGY (1986). קינג בוחן כמה קטגוריות של מחקרים. הקטגוריה הראשונה שהוא בוחן היא מחקרים שבוחנים תופעות פסיכולוגיות במשפט. בקטגוריה זו גם ההיפותזה וגם הנתונים באים מתוך הפסיכולוגיה – למשל, השפעת מוצאו של המושבע על האופן שבו הוא מתייחס לנאשם. קטגוריה זו, לטענת קינג, היא הפופולרית ביותר. הקטגוריה השנייה היא מחקרים שבהם ההיפותזה מקורה במשפט והפנייה לחלק הפסיכולוגי באה על רקע שאלה שבסיסה הוא משפטי – למשל, גמירות-דעת חוזית או מחשבה פלילית במשפט הפלילי. קטגוריה זו נוצרה במשפט, ולא בפסיכולוגיה. הקטגוריה השלישית היא מחקרים שבהם הייבוא מהפסיכולוגיה מצומצם רק לשיטה המחקרית. בקטגוריה זו קינג מונה, למשל, מחקרים שעוסקים במרכיבי ענישה שונים, בפשיעה חוזרת וכדומה. חלוקה אחרת הציע קפרדיס, אשר השווה בין פסיכולוגיה במשפט, פסיכולוגיה של משפט ופסיכולוגיה ומשפט. פסיכולוגיה במשפט מתמקדת בעיקר בתחום הפורנו, בחלק העובדתי, ועוסקת בשאלות של מסוגלות הורית, מהימנות עדים, מצב נפשי של נאשם וכדומה.

נוגעת בהבחנה בין השילוב הישן לבין השילוב החדש של משפט ופסיכולוגיה.⁷ יודגש כי מאחר שהחלוקה על ציר הזמן אינה מוחלטת, היא עלולה להטעות את הקורא.⁸ דוגמות לכך הן התפתחויות תיאורטיות חדשניות רבות שחלו בתחום ה"ישן", כגון תסמונת האישה המוכה, תסמונת הניכור ההורי וזכרונות מודחקים.⁹ נוסף על כך, כפי שנראה בהמשך, חלק מתחומי ההשקפה בורם ה"חדש" נעוצים בשאלות מחקר עתיקות-יומין. עם זאת, יש לטעמי היגיון רב בחלוקת התחום לאורך ציר הזמן, בוודאי בהינתן שתכליתה של סקירה זו אינה להביא תיאור מדויק של כל המחקרים שחיברו בין פסיכולוגיה ומשפטים, אלא דווקא להצביע על התפתחות התחום.

באופן גס ניתן לומר כי כאשר עוסקים בשילוב באסכולה הישנה, ההפניה לפסיכולוגיה נעשית רק ביחס לחלקים מצומצמים מאוד של התחומים המשפטיים. בעבודה מול בתי-המשפט, ולא מול גופים אחרים במערכת המשפטית, החיבור נעשה באמצעות עד מומחה, אשר מבהיר ביחס לאוכלוסיות מסוימות מאוד הנמצאות במצבים ייחודיים מאוד את המרכיב הנפשי הרלוונטי.¹⁰ לעומת זאת, כאשר עוסקים באסכולה החדשה, בדרך-כלל אין הכתיבה

פסיכולוגיה של משפט עוסקת בשאלות כגון מדוע אנשים מצייתים לחוק, מהן השפעות הענישה, כיצד הציבור תופס עונש מוות ועוד. התחום של פסיכולוגיה ומשפט עוסק במחקר פסיכולוגי אשר מבקר את ההליך המשפטי – למשל, הטיות של שופטים בקבלת החלטות – ומנסה להפוך את מערכת המשפט לנקייה יותר מהטיות. ראו KAPARDIS, לעיל ה"ש 4.

7 אם כי במקרים רבים חלק ממה שנטען לגביו כי הוא חלק מהפרספקטיבה החדשה למשפט ופסיכולוגיה נתפס כיום כמשתייך לפרספקטיבה הישנה למשפט ופסיכולוגיה. ראו, למשל: John Monahan & Laurens Walker, *Social Science Research in Law: A New Paradigm*, 43 AM. PSYCHOL. 465 (1988).

8 עם זאת, מבחינות רבות יש כאן אכן תפיסות סותרות אשר התפתחו על ציר זמן.

9 כמובן באוכלוסייה קלסית לשילוב מן הסוג ה"ישן". ראו, למשל: August Piper, Linda Lillevik & Roxanne Kritzer, *What's Wrong with Believing in Repression? A Review for Legal Professionals*, 14 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 223 (2008); Camille L. Fletcher, *Repressed Memories: Do Triggering Methods Contribute to Witness Testimony Reliability?* 13 WASH. U. J. L. & POL'Y 335 (2003). בנוגע ליחס שבין ילדים לבין ההורה הלא-משמורן בסכסוכי גירושים קיימת התפתחות תיאורטית בשנים האחרונות, גם כאן באוכלוסייה שהיא בוודאי קלסית. ראו, למשל, בהקשר של תסמונת הניכור ההורי: RICHARD A. GARDNER, *THE PARENTAL ALIENATION SYNDROME AND THE DIFFERENTIATION BETWEEN FABRICATED AND GENUINE CHILD SEX ABUSE* (1987). לתקיפת המושג וליישומו בפסיקה ראו: Jennifer Hoult, *The Evidentiary Admissibility of Parental Alienation Syndrome: Science, Law, and Policy*, 26 CHILD. LEGAL RTS. J. 1 (2006). המוכה ראו: LENORE E. WALKER, *THE BATTERED WOMAN* (1979). בכל התחומים הללו מדובר בחיבור קלסי של פסיכולוגיה ומשפט, אולם בשל העובדה שהתופעות הפסיכולוגיות הינן חדשות יחסית מבחינה מחקרית, החדרתם למשפט מחייבת עיסוק תיאורטי ונורמטיבי החורג מזה הנדרש בדרך-כלל בסוגיות קלסיות אחרות, כגון אי-שפיות או מסוגלות הורית. ראו, למשל, את הצהרת הכוונות של ה" L. & PSYCHOL. REV." באשר לתחומים שהתחום של משפט ופסיכולוגיה שואף להתרחב אליהם: "The scope of the Law & Psychology Review"

מופנית למערכת בתי-המשפט, ממילא אין מעורבות של עד מומחה, והתרומה נעשית בעיקרה ברמת האוכלוסייה כולה, ולא ברמת הפרט שלגביו מתקיים דיון משפטי. על-מנת להבהיר יותר את המרכיבים המרכזיים של הזרם שמכונה במחקר זה "old school", אקדיש לכל אחד מהם עיון מעט מדויק יותר, אתאר את המגבלות שכל מרכיב מביא עימו, ואצביע גם על כל אותם מרכיבים שבהם ההבחנה שהצעתי אינה עומדת במבחן המציאות.

פרק ב: מאפייני הגישה הישנה (Old School)

1. פסיכולוגיה בבית-המשפט

ראשית, כאמור, ההקשר המוסדי שבו התרחש החיבור הקלסי בין פסיכולוגיה ומשפט הוא בתי-המשפט, והגורם אשר מעניק את הגושפנקה לתאימות התיאוריה הפסיכולוגית לשאלה המשפטית הוא השופט. עובדה זו יוצרת מורכבות לא-מועטה,¹¹ אשר עולה על זו המאפיינת

has expanded to include a broad variety of topics, such as consent to treatment, capital punishment, the rights of juveniles, the psychological aspects of expert and character evidence, and the intricacies of juror selection and decision-making" www.law.ua.edu/lawpsychology/index.php?page=aboutreview. כל התחומים הללו נופלים במה שמוגדר על-ידיי כשילוב הישן. בהקשר זה ראו אבישי אנטונובסקי "הפסיכולוגיה ומערכת המשפט - התילכנה השתיים יחדיו? על תרומת הידע על הטבע האנושי (המצוי) לתהליך עשיית הצדק (הרצוי)" שערי משפט ה' 11 (2009). במאמר-מבוא זה לורך שעוסק במשפט ופסיכולוגיה, מתמקד אנטונובסקי בתחומים המרכזיים לטעמו שיש בהם אינטראקציה בין פסיכולוגיה ומשפט. גם כאן כל התחומים הללו מצטמצמים למעשה לקטגוריה המוגדרת על-ידיי כשילוב הישן של פסיכולוגיה ומשפט, המתמקדת באוכלוסיות לא-נורמטיביות - עבריינים, לא-שפויים, ילדים ועדים (כפי שכבר הובהר ביחס לקטגוריה האחרונה, מובן שעדים נחשבים לאנשים נורמטיביים, אלא שמדובר בסיטואציה לא-יומיומית).

11 לדיון כללי בהנמקה השיפוטית וביחסה למדע ראו מנחם מאוטנר "שכל ישר, לגיטימציה, כפייה: על השופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז' 11-76 (1998); אריאל רוזן-צבי "על משפט ומציאות, עת לעשות הפרו תורתך" הפרקליט - ספר היובל 77-111, בעיקר סביב ה"ש 14 (1993). בהקשר של היחס למדעי החברה ראו גם: David L. Faigman, *To Have and Have Not: Assessing the Value of Social Science to the Law as Science and Policy*, 38 EMORY L.J. 1004 (1989). לדיון תיאורטי הממוקד יותר ביחס שבין בית-המשפט לבין פסיכולוגיה ראו, למשל: Alexander Tanford & Sarah Tanford, *Better Trials Through Science: A Defense of Psychologist-Lawyer Collaboration*, 66 N.C. L. REV. 741, 775-779 (1988). ראו גם: Paul C. Giannelli, *The Admissibility of Novel Scientific Evidence*: 779 (1988) *Frye v. United State, A Half-Century Later*, 80 COLUM. L. REV. 1197 (1980).

את האינטראקציה שבין הפסיכולוגיה לבין הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת. על שימוש במחקרים במסגרת הליך משפטי חלים כללים אשר אינם חלים על שילוב מחקר על-ידי המחוקק או הרגולטור. בגלל עובדה זו הושקע מאמץ רב בשאלות פרוצדורליות, הנוגעות באופן שבו על השופט להתייחס לראיה מתחום הפסיכולוגיה, במקום בשאלות של תאימות תוכנית.¹²

זאת ועוד, העובדה שהצרכן המשפטי הוא בית-המשפט משפיעה בכמה רמות. אופי הידע ששופטים דורשים שונה כמובן מזה שמחוקקים דורשים. שופטים דורשים מידע קונקרטי ביחס לאדם מסוים, בעוד המחוקק דורש מידע כללי ביחס למגמות באוכלוסייה. ממילא האחרון יכול להישען בצורה פשוטה יותר על מחקרים כלליים, ללא תיווך של עד מומחה שיעיד ביחס לסיטואציה מסוימת.¹³ התלות במומחה – על העלויות הכרוכות בכך, מחד גיסא, וחלוקת האחריות, מאידך גיסא – הקשתה גם היא את הכנסת הפסיכולוגיה לתחומי משפט נוספים.¹⁴ קל יותר להצדיק את עלויות האכיפה הגבוהות, ויש יותר מה להרוויח מחלוקת האחריות, כאשר עוסקים בתחומים שיש להם השפעה מהותית על חייהם של אנשים, כגון החזקת ילדים או קביעת מסוכנותו של אסיר, בהשוואה לאינטרסים כלכליים הנובעים, למשל, מפרשנות של חוזה.¹⁵

מורכבות נוספת, הקשורה להשפעת העובדה שהאינטראקציה בין פסיכולוגיה למשפט משמשת בעיקר כלי בשירות מערכת בתי-המשפט, הינה סטטיסטית באופייה. בניגוד למחוקק, שמבחינתו אמירה כגון "ברוב המקרים פעולה א תוביל לתוצאה טובה יותר מאשר פעולה ב" אכן משפרת את מצבו לעומת מצב שבו אין לו כל מידע לגבי קו הפעולה שכדאי לו לנקוט, מבחינת בית-המשפט המצב שונה. מגמות והכללות אשר מסייעות כאשר דנים

- David L. Suggs, *The Use of Psychological Research by the Judicial: Do Courts Adequately Assess the Validity of the Research?* 3 L. & HUM. BEHAV. 135 (1979)
- בארצות-הברית המבחן לקבילותה של ראיה מדעית הוא מבחן דאוברט (Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993)), הבוחן את "מדעיותה" של הראיה בעיקר על-פי מקובלותה בקהילה שבה היא נכתבה. לדיון בהקשר הישראלי ראו יונתן דיוויס "קבילות ומשקל ראיות מדעיות במשפט – האם יש מקום לייבא את הלכת דאוברט?" רפואה ומשפט 29, 63–50 (2003).
- Kenneth Davis, *An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process*, 55 HARV. L. REV. 364 (1942)
- הישנה.
- ראו בהקשר זה את המיון ש-Small מציע בין legal psychology לבין psychological jurisprudence. התחום הראשון עוסק בשילוב של פסיכולוגיה עם בתי-משפט, בעוד התחום השני עוסק בשילוב של פסיכולוגיה עם המחוקק. Mark A. Small, *Legal Psychology and Therapeutic Jurisprudence*, 37 ST. LOUIS U. L.J. 675 (1993)
- לדיון כללי בהשפעתן של עלויות האכיפה על עיצוב המשפט ראו: Mitchell, Polinsky & Steven, Shavell, *Enforcement Costs and the Optimal Magnitude and Probability of Fines*, 35(1) J. L. & ECON. 48–133 (1992)
- George J. Stigler, *The Optimum Enforcement of Laws*, 78(3) J. POL. ECON. 526–536 (1970)

באוכלוסיות רחבות נהפכות לבעייתיות כאשר רוצים לומר לשופט כיצד לנהוג עם אדם מסוים.¹⁶ בהקשר זה ראו, למשל, את דבריו של השופט רנקוויסט (Ranquist),¹⁷ שבהם הוא מתקיף בחריפות את עצם השימוש במדעי החברה, ומבקר את יישומם של מחקרים ממדעי החברה, עם ההכללה הגלומה בהם, למציאות פרטנית.

טנפורד (Tanford)¹⁸ מצביע על כך שבת־משפט נוטים להתעלם מרוב חוות־הדעת הפסיכולוגיות, אפילו בתחום המושבעים, הנתפס כתחום קלסי לשילוב של הפסיכולוגיה. טנפורד סקר 92 החלטות של בית־המשפט העליון בארצות־הברית, ולא מצא ולו דעת רוב אחת אשר אימצה מחקר פסיכולוגי בנוגע לכשרותן של ראיות, וזאת חרף קיומו של מחקר פסיכולוגי עשיר בתחום זה. זאת ועוד, גם במקרים שבהם תאמה מסקנת השופטים את המחקר הפסיכולוגי, הקפידו השופטים לציין כי החלטתם אינה נשענת על המחקר הפסיכולוגי. מובן שאי־אפשר לתלות את החשדנות כלפי הפסיכולוגיה בעובדה שמדובר בבתי־משפט, ולא בזרועות האחרות של מערכת השלטון, אולם אין ספק שמבחינת האיום על הסמכות הגלום בשימוש בפסיכולוגיה, האיום על סמכותם של בתי־המשפט הינו ישיר יותר. לטענת טנפורד, שופטים חוששים מאובדן שיקול־הדעת, ורוצים לשמר בידיהם את הכוח. באופן דומה ציינו השופטים בפרשת *Ballew v. Georgia*¹⁹ כי הסתמכות של שופטים על פסיכולוגיה בהליך המשפטי כמוה כ־"reliance on numerology derived from statistical studies". דברי השופט חשין בעניין אל־עביד מדגימים היטב נקודה זו בהקשר הישראלי, הן ביחס לפסיכולוגיה והן ביחס לעדים המומחים בתחום זה:

"אני מתקשה להסכים לדברי חברתי. אכן נדרש לזהירות בטיפול בהודיות שניתנו מחוץ לכותלי בית המשפט. אך לא מצאתי תימוכין – לא בהלכה, לא בדברי חכמים ולא בשכל הישר – להלכה החדשה המוצאת לנו, לאמור, כי נקביל פניה של הודיה בחשדנות. כי כל הודיה – או כמעט כל הודיה – תלויה בדרכה לבית המשפט בעדויות של מומחים לנפש האדם – פסיכולוגים, פסיכואנליטיקאים, פסיכיאטרים – מומחים שיעידו על מאפייני אישיות ייחודיים של הנאשם, על מבנה נפשו, על הסיבות הלא רציונאליות (כנטען) שהביאו אותו להודות במעשה שאפשר לא עשה כלל. ואם מומחים אלה יתייצבו על צד אחד, נדע מעצמנו כי מומחים שכנגד ייעשו אגודה למחנה יריב. ובמלחמה זו של מומחים במומחים – היכן נהיה אנו? בוקה ומבוקה ומבולקה. לא נכחד: לעיתים אפשר שכך יהיה. ואולם התמונה המתקבלת מדברי חברתי הינה כי כך עלול לקרות לעיתים מזומנות. אני חושש כי הליכה

16 אין בכך כדי לקבל תפיסה רווחת, אך שגויה, כי לסטטיסטיקה אין מה לומר ביחס לקבלת החלטות של אדם במקרה ספציפי או ביחס להכרעתו של שופט במקרה שלפניו.

17 *Lockhart v. McCree*, 476 U.S. 162 (1986).

18 Alexander J. Tanford, *The Limits of a Scientific Jurisprudence: The Supreme Court and Psychology*, 66 *IND. L.J.* 137 (1990).

19 *Ballew v. Georgia*, 435 U.S. 223 (1978).

בדרך זו המוצעת לנו עלולה לפורר את ההליך המשפטי לפירורים. לכך לא אוכל להסכים.²⁰

2. העד המומחה והפסיכולוגיה הפורנזית²¹

מן העובדה שזירת המפגש בין המשפט והפסיכולוגיה היא בית-המשפט נגזר מרכיב נוסף, והוא העובדה שבמקרים רבים עד מומחה הוא שמתווך ברמה זו או אחרת את הקשר שבין הידע הפסיכולוגי לבין מערכת המשפט. עד מומחה זה יכול שיעיד על מחקרים מסוימים, ויכול שיבצע בדיקה פרטנית של האדם שלגביו נדרשת הכרעת-דין – בין ביחס למסוכנותו, בין ביחס ליכולתו להיות הורה ובין ביחס ליכולתו לעמוד לדין.²² העד המומחה פוטר למעשה את השופטים באופן חלקי מן הצורך להתעמת עם מידע פסיכולוגי ללא כלים מתאימים, בוודאי ככל שמדובר בבדיקה פרטנית של אדם מסוים, ולא רק בחוות-דעת על מצב המחקר ביחס לשאלה מסוימת.

על-אף עובדה זו, השימוש בעד המומחה יצר בסופו של דבר קשיים אחדים אשר ייתכן שתרמו לצמצום עיסוקם של בתי-המשפט בפסיכולוגיה. מחקרים רבים הראו את הבעייתיות הקיימת בהסתמכות על עד מומחה בפסיכולוגיה. Ennis & Litwack,²³ למשל, סבורים כי לעדים מומחים מתחום בריאות הנפש יש בעיה מובנית בנטילת חלק בתהליך של קבלת החלטות קונקרטיות, בשל הבעייתיות הטמונה בהחלת תיאוריה כללית על מקרה פרטי.²⁴ שניט²⁵ טוען כי עדים מומחים מצויים בבעיה של ממש כאשר מערכת המשפט מצפה מהם לנבא את העתיד. בעיה נוספת קשורה לאדוורסריות של העד המומחה או מה שמכונה לעיתים "בעיית המומחה מטעם". העד המומחה מקבל במקרים רבים תשלום מאחד הצדדים. מבלי לטעון דבר באשר לחוסר יושרה, דווקא מומחי בריאות הנפש אמורים להיות הראשונים שידו בהשפעות המודעות והלא-מודעות של האדוורסריות של ההליך המשפטי.²⁶ אף שניתן

20 דנ"פ 4530/97 מדינת ישראל נ' אל-עביד, פ"ד נא(1) 739 (1998) (להלן: עניין אל-עביד).

21 לסקירת כמה מן הקשיים הכרוכים בהישענות על עד מומחה ראו: CAROL A. JONES, EXPERT WITNESSES: SCIENCE, MEDICINE, AND THE PRACTICE OF LAW (1994); MICHAEL. J SAKS & CHARLES H BARON, USE/NONUSE/MISUSE OF APPLIED SOCIAL RESEARCH IN THE COURTS (1980).

22 ראו: R.C. Bartol & A.M. Bartol, *History of Forensic Psychology*, in HANDBOOK OF FORENSIC PSYCHOLOGY 3 (1987); Thomas Grisso, *The Economic and Scientific Future of Forensic Psychological Assessment*, 42 AM. PSYCHOL. 831 (1987).

23 Bruce J. Ennis & Tomas R. Litwack, *Psychiatry and the Presumption of Expertise: Flipping Coins in the Courtroom*, 62 CAL. L. REV. 693 (1974).

24 ראו גם JONES, לעיל ה"ש 21.

25 דן שניט "יחסי הגומלין בין מומחים למדעי ההתנהגות לבין מערכת המשפט" הפרקליט לב 365 (1979), ראו גם KING, לעיל ה"ש 6.

26 ראו יובל פלדמן "הפסיכולוגיה של ניגוד עניינים" ניגוד עניינים במרחב הציבורי 57 (דפנה ברק-ארוז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר, 2009). כן ראו את מאמרם של גלור וגורמן:

למצוא פתרונות לא מורכבים מדי לבעיה זו,²⁷ אין ספק שיש בה כדי לפגוע באופן שבו השופטים מתייחסים לעדים המומחים בכלל ובתחום הפסיכולוגיה בפרט. קושי נוסף בשילוב הפסיכולוגיה בנעשה בבית-המשפט נוגע בסתירות הפנימיות הרבות הקיימות בתוך הפסיכולוגיה. במצבים שבהם שני הצדדים לדיון מציגים עמדות פסיכולוגיות סותרות, אשר כל אחת מהן מבוססת על מומחים שונים או על מחקרים שונים, קשה מאוד כמובן לבית-המשפט להכריע במחלוקת.²⁸ יתר על כן, מחלוקות מעין אלה, במיוחד כאשר הן מוצגות באופן אדוורסרי, מביאות לידי זילות של הפסיכולוגיה כתחום מחקר.²⁹

3. פרדוקס השכל הישר בבית-המשפט

פסיכולוג, כמו כל חוקר במדעי החברה, ינסה בדרך-כלל למצוא ממצאים אשר לא יחטאו בטריטוריאליזם. עם זאת, כאשר הוא מנסה להחזיר מושגים לתוך התחום המשפטי, הוא מצוי בבעיה: שופטים אמונים על שכל ישר – הם מעוניינים שפסיקותיהם יתקבלו על-ידי האדם מן הרחוב, ולכן הם אינם מעוניינים בממצאים אשר סותרים את מה שהגיונם אומר להם. אולם עובדה זו יוצרת פרדוקס שבולט במיוחד לגבי הפסיכולוגיה, אולי דווקא בשל היותה נגישה יותר מרפואה, למשל. מדובר בפרדוקס השכל הישר, שעל-פיו אם המידע הפסיכולוגי תואם את מה שהשכל הישר של השופט מורה לו, אזי עולה אצלו השאלה מדוע בכלל להזיקק לסיועה של הפסיכולוגיה, ואם הידע הפסיכולוגי מחדש או משנה את התפיסה הקיימת, אזי השופט מתייג אותו כלא-הגיוני. דוגמות להלך-רוח זה ניתן לראות הן בפסיקה שמאזכרת מחקר מתחום הפסיכולוגיה, שאז השופטים מקפידים להדגיש כי מחקר זה תואם

Stephen. A. Glazer & Clifford Gorman, *Demonstrating the Bias in Psychological and Psychiatric Expert Opinion*, 8 TRIAL ADVOC. Q. 92 (1989).

27 למשל, על-ידי שימוש במומחים מטעם בית-המשפט ו/או הסתמכות על חוות-דעת של ארגונים מדעיים שונים. בנוגע למומחים מטעם בית-המשפט ראו, למשל: Tahirih V. Lee, *Court-Appointed Experts and Judicial Reluctance: A Proposal to Amend Rule 706 of the Federal Rules of Evidence*, 6 YALE L. & POL'Y REV. 480 (1988).

28 דוגמה לכך ניתן למצוא בפסק-הדין *Kentucky v. Stincer*, 479 U.S. 1303 (1986), שם עמדה לדיון מידת הנזק שבעימות בין ילדים לבין תוקפיהם על דוכן העדים, ובית-המשפט התקשה להכריע בין מחקרים שקבעו כי הדבר ייטיב עם הילדים לבין מחקרים שהצביעו על הנזק העלול להיגרם להם. לבעייתיות הגלומה בעדות מומחה מזווית נוספת ראו משה זכי "עדות פסיכולוגית בבית משפט: סוגיות ועקרונות" רפואה ומשפט 5, 31 (1991).

29 ראו את דבריו של השופט חשין בעניין אל-עביד, לעיל ה"ש 20, פס' 13 לפסק-דינו, ביחס להשפעת האדוורסריות על אמינותם של מומחי בריאות הנפש, כפי שהיא נתפסת בעיניו: "ואם מומחים אלה יתייצבו על צד אחד, נדע מעצמנו כי מומחים שכנגד ייעשו אגודה למחנה יריב."

את האינטואיציה שלהם,³⁰ והן בפסיקה דוגמת זו שניתנה בעניין Watkins,³¹ אשר מתעלמת ממחקר פסיכולוגי בשל העובדה שהוא סותר את ההיגיון האינטואיטיבי.³² גם KING³³ מצביע על כך ששופטים מוכנים לאמץ תיאוריות פסיכולוגיות בפסיקתם רק אם הם משוכנעים כי תיאוריות אלה יתקבלו על ידי האדם מן הרחוב, וכי אימוצן לא יפגע בלגיטימציה של פסיקתם.

כיוון נוסף לקושי זה מועלה על ידי Mason & Quirk,³⁴ המצביעות על העדר פער משמעותי בפסיקותיהם של בתי המשפט בין מקרים שבהם מובא עד מומחה לבין מקרים שבהם לא מובא עד מומחה – עובדה אשר עשויה להצביע על מלאכותיות מסוימת בהישענות על חוות דעת פסיכולוגיות. היבט נוסף של פרדוקס השכל הישר מצוי בפרספקטיבה ההפוכה, שבה שופטים עושים שימוש בתובנות פסיכולוגיות המבוססות על תחושות לבטן, ללא התבססות על מחקרים מדעיים. כיוון מעניין בהקשר זה הוצע על ידי רדינג.³⁵ רדינג סוקר בהרחבה את הקושי של בתי המשפט להשתמש במחקרים פסיכולוגיים. טענתו מקבלת אישור מסקר נרחב שנערך בקרב בעלי תפקידים שונים במערכת בתי המשפט, המצביע

30 בפסק הדין Lee v. Veisman, 505 U.S. 577 (1992), העוסק באיסור השתתפות של כומר בטקסי סיום של בתי ספר, השופטים מתעניינים בפסיכולוגיה רק ככל שמדובר במחקר אשר תואם את האינטואיציה האנושית.

31 פסק הדין Watkins v. Sowders, 449 U.S. 341, 347 (1981) מדגים את נטייתו של בית המשפט לומר כי הוא מתבסס על נסיון החיים שלו, ולא חלילה על מחקר פסיכולוגי: "אמרנו כי קיים בליבנו ספק שמא עיינו השוטרים המזוהים בתמונתו של המערער בטרם נערך מסדר הויהווי החי. מה כוחו של ספק זה? כידוע, ערכו הראייתי של מסדר הויהווי חי נפגם במידה ניכרת אם קדם לו עיון של העד המזוהה בתמונתו של המזוהה. נסיון החיים מלמד [ההדגשה הוספה] כי ההצבעה במסדר הויהווי החי – והויהווי בבית המשפט שבא בעקבותיו – עלולים לשקף לא את זכרונו של העד המזוהה באשר למה שהתרחש בזירת העברה, אלא את זכרונו הטרי יותר של העד מן העיון בתמונה. כפי שאומר מחבר מלומד על השימוש בתמונות לצורכי זיהוי: 'Whenever a prospective witness is shown a photograph of the accused, the appearance of the accused is impressed in the memory of the witness. Thereafter, there is a danger that the identifying witness will identify the man whose photograph he saw, not the man whom he saw committing the offence'". ראו גם את פסק הדין בעניין Holbrook v. Flynn, 475 U.S. 560, 571 (1986), שם נאמר כי הניסיון האישי והשכל הישר עדיפים על מחקר.

32 ראו גם ע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (2) 466 (1981).

33 ראו KING, לעיל ה"ש 6, בעמ' 80.

34 Mary Ann Mason & Ann Quirk, *Are Mothers Losing Custody? Read My Lips: Trends in Judicial Decision-Making in Custody Disputes – 1920, 1960, and 1995*, 31 FAM. L.Q. 215 (1997).

35 Richard E. Redding, *Special Collection: Psychology and the Law: How Common-Sense Psychology Can Inform Law and Psycholegal Research*, 5 U. CHI. L. SCH. ROUNDTABLE 107 (1998).

על אי-אמון נרחב במחקר הפסיכולוגי. לתפיסתו, דווקא פסיכולוגיה שתהיה מבוססת על "common sense" יכולה להתקבל בצורה טובה יותר על-ידי בתי-המשפט.³⁶ אכן, גם בהקשר הישראלי, כאשר ניסינו³⁷ לזהות את ההקשרים שבהם המילה "פסיכולוגיה" מופיעה בפסיקת בתי-המשפט שלא באותם תחומים שהוגדרו מסורתיים, זיהינו תמיכה בטענה שהעלה רדינג.³⁸ ברוב המוחלט של המקרים לא התלווה שום ניסיון לבסס באמצעות אסמכתות מחקריות התבטאויות שונות באשר להשפעות פסיכולוגיות כאלה ואחרות.³⁹ אפשר להניח כי תופעה זו לא הייתה מתרחשת אילו דובר, למשל, בתחום

36 אולם הבעיות העולות מזניחת המחקר המדעי לטובת מידע אנקדוטי המצוי לעיתים בידיו שופטים אינן זוכות בטיפול הנדרש בכיוון תיאורטי זה. כך, למשל, שופטים עלולים לא להיות מעודכנים בהתפתחויות המדעיות; הם עלולים להיות מושפעים ממידע מסוים בשל זמינותו, ולא בשל ייצוגיותו; ועוד. להדגמת הבעייתיות הגלומה בהסתמכות שיפוטית על ידיעה אישית ראו, למשל: Ann Woolhandler, *Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts*, 41 VAND. L. REV. 111 (1988) Christopher Onstott, *Judicial Notice and the Law's "Scientific" Search for Truth*, 40 AKRON L. REV. 465 (2007).

37 על-ידי עבודה סיופית של עורך-המחקר אסף אונגר, ועל כך נתונה לו תודתי. מן הנתונים עולה כי בתחומים לא-מסורתיים המילה "פסיכולוגיה" משמשת מטבע-לשון מקובל, ולא במשמעות של תחום מדעי. להלן דוגמות אחדות מפסקי-הדין היותר-מוכרים. בבג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828 (1980), כאשר השופט ברק מבאר את המונח "תום-לב", הוא משתמש במילה "פסיכולוגיה" כמטבע-לשון שגור: "נראה לי, כי 'תום הלב' לעניין סעיף 39 לחוק החוזים הוא 'אובייקטיבי' במובן זה, שעניינו אינו רק במצב פסיכולוגי אלא אף בצורת התנהגות, הנקבעת על-פי סטנדרטים מסוימים הנראים לחברה כראויים." פסקי-דין נוספים בהקשר של סובייקטיביזציה של דיני חוזים ותום-לב במשא-ומתן עושים שימוש דומה במילה "פסיכולוגיה" – ראו, למשל, רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999). בהקשר של רשלנות נזיקית ראו, למשל, ע"א 3684/98 מדינת ישראל נ' אחלייל (פורסם בנבו, 7.3.1999). בעניין הערכת הפגיעה בערכו ה"פסיכולוגי" של נכס גדל"ן ראו ע"א 8265/96 רמט בע"מ נ' ברינברום, פ"ד נו(1) 486 (2002), וכן ע"א 2016/00 רוזנצוויט נ' רוזנבליט, פ"ד נו(4) 511 (2002). בפרשה המפורסמת של ויסות מניות הבנקים (ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996)) התייחסו השופטים, מבחינה טרורית לפחות (אין הפניה לשום מחקר), לניתוח הפסיכולוגיה של המשקיעים.

38 ראו לעיל ה"ש 35.

39 בפסקי-דין אמריקאיים, לעומת זאת, התמונה שונה. מצאתי כמה וכמה מקרים שבהם השופטים בוחרים לאזכר במפורש מחקרים פסיכולוגיים (קוגניטיביים, למשל). ראו, למשל: O Centro v. Espirita Beneficente Uniao do Vegetal, 389 F.3d 973 (10th Cir. N.M. 2004). בפסקי-דין זה, העוסק בפגיעה לכאורה בחופש הפולחן וברגשות דתיים, השופטים מאזכרים במפורש מאמרים של טברסקי, כהנמן ותיילר, ומצטטים מחקרים הנוגעים ב"endowment effect" – אפקט הבעלות המפורסם של טברסקי וכהנמן, שלפיו אנשים חוטאים בהערכת-יתר של מה שכבר נמצא ברשותם בהשוואה לדברים שאינם מצויים ברשותם. דוגמה נוספת היא פסקי-דין מניו-ג'רזי: McIntosh v. Milano, 168 N.J. Super. 466 (Law Div. 1979). בפסקי-

רפואי. ברבים מפסקי־הדין הללו קשה להבחין בין שימוש בפסיכולוגיה כתחום מחקרי לבין שימוש בה כמטבע־לשון – עובדה אשר מסבירה כשלעצמה חלק מן המלכוד של תחום זה.

4. צמצום תחומי המשפט

המאפיין הרביעי של הגישה הישנה של החיבור שבין פסיכולוגיה ומשפט הוא היקפם המצומצם של התחומים, אשר גם בהם, כפי שהראיתי לעיל, אין הידע הפסיכולוגי מתקבל בקלות יתרה. באופן גס מאוד ניתן לומר כי עיקר תשומת־הלב של החיבור בין שני התחומים מתמקד בשלוש אוכלוסיות מוגדרות (ילדים,⁴⁰ עבריינים⁴¹ ואנשים הלוקים בנפשם⁴²) וכן בסיטואציה ייחודית נוספת אשר עוסקת באוכלוסייה הרחבה אך בהקשר מוסדי מצומצם (הנוכחים בהליך המשפטי עצמו – בעיקר עדים⁴³). באופן מפורט יותר, האוכלוסיות והנושאים שבהם הפסיכולוגיה באה לידי ביטוי במשפט הם ילדים המצויים במצוקה,⁴⁴

- דין זה נעשה שימוש מפורש בחיבורם המפורסם של טברסקי וכהנמן – Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 SCIENCE (1974) 1124 – במסגרת דיון בשאלת אחריותו של פסיכיאטר לרצח שביצע מטופל שלו.
- 40 בנושא אימוץ ראו, למשל, בע"מ 377/05 פלוגית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגים, פ"ד (ס) 124 (2005).
- 41 ראו, למשל, רע"ב 10059/92 אסלאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 603 (2003), העוסק בשאלת מסוכנותם של עברייני מין על רקע בדיקה נפשית.
- 42 בע"פ 4419/95 חרד נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 752 (1996), למשל, מובאת חוות־דעתו של הפסיכיאטר שטיפל בנאשם, רוצח אביו המתעלל, הנוגעת בהתקף הפסיכוטי שחוה הרוצח בשעה שירה באביו. מבנה האישיות של הרוצח והאפיון הפסיכוטי שחוה מובאים כשיקול להמתקת עונשו. במקרים רבים אחרים עולה סוגיית אי־השפיות כטענה לפטור מאחריות פלילית. ראו, למשל, את פסק־דינה של השופטת פרוקצ'יה בעניין בש"פ 5776/09 חיון נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 31.8.2009).
- 43 לדוגמה, פסקי־דין אמריקאיים רבים מאזכרים את ספרות ההטיות של טברסקי וכהנמן. ראו, למשל: *Allen v. Chance Mfg. Co.*, 873 F.2d 465 (1st Cir. Mass. 1989), שם דנים השופטים באפקט המסגור (framing) בהתייחס לשיקוליהם של המושבעים ובאפשרות של הצדדים לנצלו לשם יצירת הטיה מכוונת.
- 44 R.J. Light, *Abused and Neglected Children in America: A Study of Alternative Policies*, 43 HARV. EDUC. REV. 556 (1973); JOSEPH GOLDSTEIN, ANNA FREUD A. & ALBERT J. SOLNIT, *BEYOND THE BEST INTEREST OF THE CHILD* (1973); JOSEPH GOLDSTEIN, ANNA FREUD A. & ALBERT J. SOLNIT, *BEFORE THE INTEREST OF THE CHILD* (1979).

ילדים כעדים,⁴⁵ עבריינים,⁴⁶ עדות-ראייה,⁴⁷ אחריות פלילית של לא-שפויים,⁴⁸ זיכרון, תפיסה, פוליגרף,⁴⁹ סמים,⁵⁰ נזקים נפשיים, מושבעים,⁵¹ מצבם הנפשי של נאשמים,⁵² משפט פלילי⁵³ וסיבות לא-ציות.⁵⁴

כפועל יוצא מצמצום תחומי המשפט שבהם יש לפסיכולוגיה נגיעה, רק חלקים מצומצמים ומובחנים מאוד באוכלוסייה נתפסים ככאלה אשר לפסיכולוגיה יש מה לחדש לגביהם במשפט. זאת ועוד, על-אף הביקורת שצוינה לעיל באשר ליחסם של השופטים לתחום הפסיכולוגיה, אי-אפשר לומר כי הבעיה טמונה בהתמקדות בבתי-המשפט, שכן בתקופה זו גם ההתמקדות המחקרית הייתה בעיקרה באותם תחומים.

צמצום זה במחקר הפסיכולוגי-המשפטי בזרם ה"ישן" מתבטא בכמה הקשרים. ראשית, אין עיסוק רחב בשאלת הרציונליות.⁵⁵ יתר על כן, הפנייה לפסיכולוגיה נעשית רק

-
- Gail S. Goodman, *The Child Witness*, 40 J. Soc. Issues 1 (1984); Lois A. Weithorn & Susan B. Campbell, *The Competency of Children and Adolescents to Make Informed Treatment Decisions*, 53 CHILD DEV. 1589 (1982); Gisli H. Gudjonsson, *A New Scale of Interrogative Suggestibility*, 5 PERS. & INDIV. DIFFER. 303 (1983) 45
- Bernard L. Diamond, *The Psychiatric Prediction of Dangerousness*, 123 U. PA. L. REV. 439 (1974); Craig Haney, *Criminal Justice and the Nineteenth-Century Paradigm: The Triumph of Psychological Individualism in the "Formative Era"*, 6 L. & HUM. BEHAV. 191 (1982) 46
- BRIAN L. CUTLER & STEVEN D. PENROD, *MISTAKEN IDENTIFICATION — THE EYEWITNESS, PSYCHOLOGY, AND THE LAW* (1995) 47
- RITA J. SIMON & DAVID E. AARONSON, *THE INSANITY DEFENSE: A CRITICAL ASSESSMENT OF LAW AND POLICY IN THE POST HICKLEY ERA* (1988) 48
- CHARLES V. FORD, *LIES! LIES!! LIES!!!: THE PSYCHOLOGY OF DECEIT* (1996); Leonard Saxe & Gershon Ben-Shakhar, *Admissibility of Polygraph Tests: The Application of Scientific Standards Post-Daubert*, 5 PSYCH. PUB. POL. & L. 203 (1999) 49
- ROBERT J. MACCOUN & PETER REUTER, *DRUG WAR HERESIES: LEARNING FROM OTHER VICES, TIMES AND PLACES* (2001) 50
- בארצות-הברית נושא המושבעים זוכה במחקרים רבים. בישראל, כידוע, אין מושבעים, והעיסוק בקבלת החלטות על-ידי שופטים נתפס כרלוונטי פחות. עם זאת, מחקרים לא-מעטים מראים כי גם ביחס לשופטים יש לפסיכולוגיה הרבה מאוד מה לתרום. 51
- THOMAS GRISSO, *EVALUATING COMPETENCIES: FORENSIC ASSESSMENTS AND INSTRUMENTS* (1986); JOHN MONAHAN, *THE CLINICAL PREDICTION OF VIOLENT BEHAVIOR* (1981) 52
- MARTIN GREENBERG & BARRY R. RUBACK, *THE SOCIAL PSYCHOLOGY OF CRIMINAL JUSTICE SYSTEM* (1982) 53
- TOM R. TYLER, *WHY PEOPLE OBEY THE LAW* (2006). נושא אחרון זה חריג מעט, שכן כאשר עוסקים בציות, אין עוסקים רק באלה שעוברים על החוק, אלא גם באלה שמצייתים לו. כלומר, המחקרים העוסקים בציות, להבדיל מהמחקרים האחרים שצוינו לעיל, אינם מתמקדים בקבוצה מובחנת באוכלוסייה. 54
- שאלת הרציונליות היא שאלה רחבה ביותר שנידונה במספר רב של תחומי ידע, ובמסגרת 55

לגבי סיטואציות ייחודיות שנתפסות כלא-יומיומיות ולגבי סוגי אוכלוסייה שונים ממה שהשופטים רגילים לראות. מאחר שאנשים בגירים שאינם עבריינים או בלתי-שפויים נחשבים רציונליים, ניתן להסתפק בפרספקטיבה פשטנית על התנהגות האדם – כזו שאין צורך בפסיכולוגיה כדי להבינה.⁵⁶

שנית, המשפט האזרחי לא נחקר כמעט. עובדה זו קשורה לנקודה שצוינה לעיל. תחומי משפט שבהם מעורבים כביכול אנשים נורמטיביים לא נתפסו כרלוונטיים למחקר פסיכולוגי-משפטי. אכן, על התמקדות זו של התחום בעיקר בנושאים של בריאות הנפש, משפט פלילי ופרוצדורה⁵⁷ נמתחה ביקורת עצמית מפי מובילי התחום המחקרי הנ"ל.⁵⁸ שלישית, ברוב המקרים המחקר מנותק מתפיסה תורת-משפטית. מעורבותה של הפסיכולוגיה במשפט אינה מעמיקה יותר מזו הבאה לידי ביטוי בפסק-דין בנושאי תעבורה, למשל, המאזכר מחקר תחבורתי הקובע כי במהירות X מרחק הבלימה הוא Y.⁵⁹ יש כמובן חריגים, הנוגעים בנסיונות שונים של אנשים העוסקים במשפט ופסיכולוגיה להצביע על

רשימה זו לא אוכל לנתח את הגישות השונות להגדרתה. בהקשר של מאמר זה ניתן לומר כי העיסוק בשאלה זו מתמקד בנסיונות לבחון את תקפותם של מרכיבים אחדים באופן קבלת ההחלטות של בני-אדם, כגון תפיסת סיכונים, שקילת חלופות, מקסום מטרות באופן קוהרנטי ועוד. חלקים נרחבים מן המחקרים הקיימים בזה החדש מתמודדים עם שאלת הרציונליות כחלק מהניסיון לבחון נושא התערבותה של המדינה בקבלת החלטות של יחידים. Jeffery Rachlinski, *The Uncertain Psychological Case for Paternalism*, 97 Nw. U. L. Rev. 1165 (2003).

56 לניסוח העמדה הקלסית ראו: Herbert A. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, 69 Q. J. Econ. 99–118 (1955) לתיאור השינויים שהיא עוברת כחלק מן המתקפה על הרציונליות ראו: Richard A. Thaler, *From Homo Economicus to Homo Sapiens*, 14 J. Econ. Persp. 133–141 (2000).

57 לגבי שני הראשונים ראו ה"ש 44–54. לגבי צדק פרוצדורלי-דיוני, גם הוא אכן מתקשר לכתיבה קלסית יותר שהתמקדה בהשפעה הפסיכולוגית של ההליכים המשפטיים: JOHN W. THIBAUT & LAURENS A. WALKER, *PROCEDURAL JUSTICE: A PSYCHOLOGICAL ANALYSIS* (1975). עם זאת, בו יש גם חידוש, הנובע מן העובדה שעוסקים בכלל האוכלוסייה, ולא בקבוצות מובחנות.

58 ראו את מאמרו של Small, לעיל ה"ש 14; Richard L. Wiener, *Law and Psychology: Beyond Mental Health and Legal Procedure*, 37 St. Louis U. L.J. 499 (1992–1993) כן ראו את מאמרו של Grisso, לעיל ה"ש 22, ביחס לחיבור הבעייתי שבין משפט לבין פסיכולוגיה ופסיכיאטרייה. לטענתו של גריסו, אחת הסיבות לצמצום היא העדר תאימות בין המושגים המשפטיים לבין אלה הפסיכולוגיים. לתפיסתו, דיאלוג פורה בין פסיכולוגיה לבין משפט מתקיים רק באותם תחומים שבהם נעשה מאמץ כן ליצור מושג שיש לו משמעות לשני התחומים. כדוגמה מוצלחת מביא גריסו את המושג "מסוגלות הורית".

59 עם זאת, מובן שבהדרגה, ככל שמתבססת הפנייה למומחים, העיסוק הפסיכולוגי תורם גם לשכלול ולהעמקה של המחקר וההבנה המשפטית, גם אם באותם תחומי עיסוק צרים שצוינו לעיל. דוגמה לכך היא המושג "טובת הילד", אשר לא היה יכול להשתכלל ככל הנראה לרמתו הנוכחית אלמלא היו פסיכולוגים מעורבים בתמונה.

יכולתה של הפסיכולוגיה להציע למשפט תפיסת-עולם נורמטיבית.⁶⁰ שתיים מן הדוגמות הבולטות הן *social analytical jurisprudence*⁶¹ ו-*therapeutic jurisprudence*⁶², שניסו לעסוק גם בפן הנורמטיבי של המשפט.⁶³ עם זאת, למעט חריגים אלה, לא נוצרה למעשה שום אמירה נורמטיבית ביחס למטרות המשפט. במובן זה קשה להצביע על סינרגייה אמיתית בין שני התחומים. החלק התיאורטי מגיע רק מן הפסיכולוגיה, והמשפט מייצר רק את הסיטואציה העובדתית הרלוונטית.

מאפיינים אלה של המחקר בורם הישן קשורים אולי לכך שבאופן מסורתי רוב העוסקים בתחום זה היו פסיכולוגים, ולא משפטנים. כך, למשל, בדיקת רקעם של החוקרים שפרסמו מאמרים ב-*LAW AND HUMAN BEHAVIOR* – כתב-העת המוביל בתחום⁶⁴ – מצביעה על כך שרק כ-10% מן המפרסמים בכתב-העת הינם משפטנים מובהקים.⁶⁵ מובן שאין לזהות באמירה זו כל ניסיון להטביע תוויות על משפטנים מול פסיכולוגים, אולם באופן שטחי למדי נראה כי הדגש האמפירי, ההתמקדות בתחומים טיפוליים יותר, הניסיון להבין מנגנונים תיאורטיים והבריחה מאמירות רחבות מאפייני יותר מחקר הנעשה על-ידי פסיכולוגים מאשר כזה הנעשה על-ידי משפטנים.

60 ראו Melton, לעיל ה"ש 3.

61 Richard L. Wiener, *Social Analytic Jurisprudence and Tort Law: Social Cognition Goes to Court*, 37 St. Louis U. L.J. 503 (1992–1993). תיאוריה זו מתכתבת עם הגישה התרפויטית, אך מנסה להתמקד יותר במרכיבים המדעיים, ופחות במרכיבים הטיפוליים של הפסיכולוגיה.

62 DAVID B. WEXLER, THERAPEUTIC JURISPRUDENCE: THE LAW AS A THERAPEUTIC AGENT (1990). בהקשר של *therapeutic jurisprudence* ראו גם את מאמרו של Small, לעיל ה"ש 14. David B. Wexler, *Therapeutic Jurisprudence and Changing Conceptions of Legal Scholarship*, 11(1) BEHAV. SCI. & L. 17 (1993). פרדיגמה זו נרחבת מזו שתוארה לעיל, ומנסה לתאר את המשפט בתחומים אחדים ככזה אשר מטרתו הנורמטיבית צריכה להיות, בין היתר, להביא לידי שיפור ברווחתם הנפשית של מושאי החוק. לפרדיגמה זו יש הצלחה ניכרת מעבר לתחומי בריאות הנפש, גם בתחומים כגון גישור ומשפחה.

63 להיבט זה אחזור בהמשך המאמר.

64 מדגם זה מוטה מאוד, שכן מדובר בכתב-עת המתאים יותר לחוקרים ממדעי החברה. עם זאת, מבין כתב-העת המוקדשים באופן ייחודי למשפט ופסיכולוגיה, מדובר בכתב-העת המוביל. כפי שנראה להלן, בורם ה"חדש" רוב הפרסומים בתחום אינם נעשים בכתב-עת המוקדש במיוחד למשפט ופסיכולוגיה – דבר המעיד אף הוא על השינוי שעבר התחום.

65 בבדיקה זו נמצא כי כ-67% מהחוקרים שפרסמו מאמרים בכתב-העת *LAW AND HUMAN BEHAVIOR* מגיעים מתחום הפסיכולוגיה לענפיה השונים (במיוחד פסיכולוגים חברתיים וקוגניטיביים), 12% משפטנים, כ-7% פסיכיאטרים, 5% סוציולוגים, 3% פילוסופים, 1% מגיעים מתחום הניהול ו-1% מגיעים מתחום מדע המדינה. ל-4% מן החוקרים יש רקע אקדמי אחר – עבודה סוציאלית, אנתרופולוגיה, תקשורת ועוד.

פרק ג: החיבור החדש שבין פסיכולוגיה ומשפט

כשם שהתואר "ישן" היה מאוד לא־מדויק, גם התואר "חדש" לוקה בחוסר דיוק דומה. עם זאת, בהמשך לקו שצוין לעיל, נראה כי אפשר בהחלט להצביע על גישה שבמובנים רבים מתפתחת מאוחר יותר ואשר יש לה מאפיינים ייחודיים השונים מאלה של הזרם הישן.⁶⁶ זרם זה מתיימר להרחיב את השימוש בתיאוריות ובמתודולוגיות פסיכולוגיות אל כל תחומי המשפט ואל כל סוגי האוכלוסיות.⁶⁷ בדרך־כלל יש לו אמירה נורמטיבית משמעותית כחלק מן הניתוח הכלכלי של המשפט (או מן הביקורת על ניתוח זה) או כחלק מן הניתוח של משפט וחברה, ולאחרונה הוא אף מציף עמדה נורמטיבית מובחנת. הנמענים של רוב המחקרים מסוג זה הם דווקא הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, ולא דווקא זו השופטת. אולם נראה שהמאפיין העיקרי של המחקר בזרם זה הוא ההתמודדות עם שאלת הרציונליות.

1. רציונליות, ניתוח כלכלי ומגמות בזרם החדש

לנוכח קיומה של תפיסה מסורתית להצדקת שילובה של הפסיכולוגיה במשפט, שנגעה באוכלוסיות תחומות מאוד ובדרך־כלל פגיעות יותר מבחינה נפשית, ההתמודדות עם שאלת הרציונליות נראית מתחייבת כמעט.⁶⁸ ראשית, על־מנת להצדיק את מעורבותו של המחקר הפסיכולוגי במשפט, יש לשלול את התפיסה כי לגבי אנשים בגירים אשר אינם חולי נפש או עבריינים אין צורך בעזרתם של פסיכולוגים כדי לנבא את התנהגותם. שיליה של תפיסת רציונליות זו עמדה בבסיסם של מחקרים רבים, אשר ביססו למעשה טענה של פטרנליזם שלפיה המדינה יודעת טוב יותר מאנשים רציונליים כביכול מה טוב להם.⁶⁹ התמודדות זו עם שאלת הרציונליות הביאה לידי כך שבשנים הראשונות עסקו רוב

66 אחד הראשונים שהשתמשו במושג "חדש" בהקשר זה הוא רכלינסקי: Jeffrey J. Rachlinski, *The "New" Law and Psychology: A Reply to Critics, Skeptics, and Cautious Supporters*, 85 CORNELL L. REV. 739 (2000). בתקופה שבה נכתב המאמר סבר רכלינסקי כי עיקר הזרם החדש יבוא לידי ביטוי ביישום של ספרות קבלת ההחלטות לתחומי משפט רבים. במרחק זמן מסוים מאז נכתב מאמרו, נראה כי רכלינסקי הצביע על כמה נקודות חשובות, אם כי נראה שהתחום התפתח הרבה מעבר למה שרכלינסקי צפה, הן מבחינה משפטית והן מבחינה פסיכולוגית.

67 להרחבה על המתודולוגיה של זרם זה ראו: Avishalom Tor, *The Methodology of the Behavioral Analysis of Law*, 4 HAIFA L. REV. 237 (2008).

68 ראו: Christine Jolls, Cass R. Sunstein & Richard Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50(5) STAN. L. REV. 1471 (1998); Jon D. Hanson & Douglas A. Kysar, *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*, 74 N.Y.U. L. REV. 630, 632 (1999).

69 ראו את מאמרו של Rachlinski, לעיל ה"ש 55.

המחקרים מסוגה זו בניתוח מחודש של סוגיות מתחום הניתוח הכלכלי של המשפט מפרספקטיבה התנהגותית. שני המאמרים המכוננים של זרם זה, שנכתבו על ידי Jolls, Snnstein & Thaler⁷⁰ ועל ידי Korobkin & Ulen⁷¹, מתבססים באופן ברור על סוג ספרות פסיכולוגי מסוים ותחום מאוד – פרדיגמת המחקר של טברסקי וכהנמן, ובהשלכה המשפטית של קבלת החלטות לא-מיטבית, המצדיקה מעורבות יתר של המשפט תוך מודעות מעמיקה יותר למגבלותיהם של בני-האדם. אכן, בשנים שלאחר-מכן הלכו בעקבות מחקרים אלה של טברסקי וכהנמן מספר עצום של מחקרים שהתפרסמו בכתבי-העת המובילים בארצות-הברית, עד כדי כך שבעיני רבים נוצרה כמעט זהות מוחלטת בין פסיכולוגיה לבין סדרת המחקרים המשותפים של השניים.⁷² כך, למשל, בחיפוש במאגר המאמרים המשפטיים ב-Lexis ניתן למצוא יותר מ-1,600 מאמרים שמאזכרים את כהנמן וטברסקי.⁷³ בפרמטרים מחקריים, כפי שנראה בהמשך, מרכזיות מאמריהם של טברסקי וכהנמן אינה מותרת לעיתים מרחב למחקרים אחרים מתחום הפסיכולוגיה שאינם נובעים מסוגת הכתיבה שלהם.⁷⁴ חשוב לדעת כי מעבר לביקורת על דומיננטיות-היתר, נשמעים גם קולות המתנגדים לעצם המשמעות הניתנת לפרויקט של טברסקי וכהנמן ולפטרנליזם הנלווה אליו, אשר לא זכו במשקל מספק בכתיבה המשפטית בתחום.⁷⁵

כפועל יוצא מן העובדה שבזרם החדש נהפכה שאלת הרציונליות של האדם למוקד הדיון, נוצר צורך נורמטיבי לפתוח את הדיון בפסיכולוגיה לכל תחומי המשפט, ולא למקדו רק באותן אוכלוסיות תחומות שבהן עסק השילוב הישן. כך, יש לשלב את המחקר הפסיכולוגי

- 70 ראו Jolls, Sunstein & Thaler, לעיל ה"ש 68.
- 71 Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 CALIF. L. REV. 1051 (2000).
- 72 Robert A. Prentice, *Chicago Man, K-T Man, and the Future of Behavioral Law and Economics*, 56 VAND. L. REV. 1663 (2003).
- 73 בדומה להערות-האזהרה שצוינו לעיל, ממגוון סיבות אי-אפשר ללמוד הרבה מן הנתון הזה, למעט ציון מגמה כללי ביותר.
- 74 ראו: Yuval Feldman & Robert MacCoun, *Some Well-Aged Wines for the "New Norms" Bottles: Implications of Social Psychology for Law and Economics*, in THE LAW AND ECONOMICS OF IRRATIONAL BEHAVIOR 358 (2005).
- 75 ראו, לדוגמה: "Beyond Heuristics and Biases", 2(1) EUR. REV. SOC. PSYCHOL. 83-115 (1991); Gerd Gigerenzer, *On Narrow Norms and Vague Heuristics: A Reply to Kahneman and Tversky*, 103(3) PSYCHOL. REV. 592 (1996), library.mpib-berlin.mpg.de/ft/gg/GG_On Narrow_1996.pdf. לסקירה מקיפה של הפער בין שתי האסכולות ראו: Gerd Gigerenzer, *Bounded and Rational*, in CONTEMPORARY DEBATES IN COGNITIVE SCIENCE 115 (In R.J. Stainton ed., 2006). בצורה כללית, טענת מחנהו של גיגרנור היא שהצגת ספרות ההטיות ככזו המצמצמת את הרציונליות של בני-האדם עושה עוול לערכים האבולוציוניים של ההטיות הנ"ל.

גם בדיני תאגידים,⁷⁶ בדיני נזיקין,⁷⁷ בדיני מיסים,⁷⁸ בדיני חוזים,⁷⁹ בדיני עבודה,⁸⁰ בדיני קניין וקניין רוחני⁸¹ ובמשפט חוקתי,⁸² ורשימה זו אינה אלא טיפה בים התפרשותם של המחקרים מן הזרם הזה על כל תחומי המשפט.

מאפיין נוסף של המחקרים מן הזרם החדש הוא שבניגוד לחוקרים בתחום ה"ישן", אין מדובר בדרך-כלל באנשים המגדירים את עצמם כחוקרים בתחום ספציפי זה, אלא בחוקרים העושים שימוש בתיאוריות אלה כדי לקדם את מחקריהם. רק לשם הדגמה, ההיקף והמגוון של החוקרים בישראל המשתמשים בתיאוריות אלה במחקריהם⁸³ מעידים עד כמה מדובר

76 Julian Velasco, *Structural Bias and the Need for Substantive Review*, 82 WASH. U. L.Q. 821 (2004), העוסק בהטיות של דירקטורים בתאגידים עסקיים.

77 Daniel W. Shuman, *The Psychology of Deterrence in Tort Law*, 42 KAN. L. REV. 115 (1993).

78 Michael W. Spicer & Lee A. Becker, *Fiscal Inequity and Tax Evasion: An Experimental Approach*, 33(2) NAT'L TAX J. 171 (1980); Deborah A. Geier, *Cognitive Theory and the Selling of the Flat Tax*, 71 TAX NOTES 241 (1996); Edward J. McCaffery, *The UCLA Tax Policy Conference: Cognitive Theory and Tax*, 41 UCLA L. REV. 1861-1947 (1994); Edward J. McCaffery & Jonathan Baron, *Thinking About Tax*, 12 PSYCH. PUB. POL. & L. 106 (2006).

79 Jeffrey L. Harrison, *Class, Personality, Contract, and Unconscionability*, 35 WM. & MARY L. REV. 445 (1994); Melvin A. Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, 47 STAN. L. REV. 211 (1995).

80 Linda H. Krieger & Susan T. Fiske, *Behavioral Realism in Employment Discrimination Law: Implicit Bias and Disparate Treatment*, 94 CALIF. L. REV. 997 (2006).

81 Jeffrey J. Rachlinski & Forest Jourden, *Remedies and the Psychology of Ownership*, 51 VAND. L. REV. 1541 (1998).

ראו: Robert G. Bone, *Hunting Goodwill: A History of the Concept of Goodwill in Trademark Law*, 86 B.U. L. REV. 547 (2006); Graeme W. Austin, *Trademarks, and the Burdened Imagination*, 69 BROOKLYN L. REV. 827 (2004).

82 Charles R. Lawrence, *The Unconscious Racism, 39 STAN. L. REV. 317 (1987)*.

83 חוקרים רבים בפקולטות השונות למשפטים ברחבי הארץ עושים שימוש בתיאוריות פסיכולוגיות מן הזרם החדש בכתיבתם. אליהם מצטרפים חוקרים רבים מתחומים של משפט וכלכלה בישראל, אשר מאזכרים מחקרים התנהגותיים במאמריהם ועוסקים בשאלות קרובות של נורמות חברתיות, קבלת החלטות על-ידי נושאי-משרה והערכות שווי של בעלות. מובן שלא היינו מוצאים אחוז כזה של חוקרים מתוך הסגל האקדמי המשפטי בישראל אילו דובר בהיבט הקלסי של משפט ופסיכולוגיה. באותה נשימה חשוב לציין כי קיימת בישראל נציגות מכובדת מאוד של חוקרים אשר מתמקדים בזרם הישן, אם כי רובם חברי סגל במחלקות שאינן משפטים. לסקירה של עבודות ישראליות בזרם הקלסי של משפט ופסיכולוגיה ראו סוגיות בפסיכולוגיה, משפט ואתיקה בישראל: אבחון, טיפול ושיפורט (דוד יגל, אמנון כרמי, משה

בתחום שנהפך לחלק מן ה"מיינסטרים" האקדמי, ולא בתחום מחקר מובחן. להערכתי, רוב החוקרים בסוגה זו לא יגדירו את עצמם כחוקרים התנהגותיים, ולתפיסתי מדובר בתופעה חיובית אשר מעלה את התחום ממעמד של תחום-נישה למעמד דומה לזה שניתן לניתוח הכלכלי של המשפט. בהקשר זה ייתכן מאוד שאותן סיבות אשר הניעו חוקרים ישראלים רבים לעסוק במשפט וכלכלה⁸⁴ מניעות אותם כעת לעסוק בחקר הניתוח ההתנהגותי, אשר מציג אוניוורסליות דומה ולפיכך זוכה בפופולריות כה גבוהה בקרב חוקרים ישראלים. פועל יוצא נוסף מן האופן שבו התחום החדש נתפס הוא העובדה שרוב המאמרים בסוגה החדשה מתפרסמים בכתבי-העת הכלליים, ולא בכתבי-עת מתמחים.⁸⁵

במקביל לעליית ה"זרם החדש", שהתרחשה בעיקר בעשור האחרון, ניתן לציין שני סוגי ספרות נוספים שקיימו אינטראקציה מסוימת עם השינויים שאליהם התייחסתי לעיל: ראשית, ספרות הנורמות החברתיות בניתוח הכלכלי של המשפט, אשר התפתחה מאוד בעשרים השנה האחרונות ופיתחה מודלים שונים הנוגעים במוניטין, באכיפה לא-פורמלית ובמשמעות חברתית;⁸⁶ ושנית, המחקרים האמפיריים במשפט, שקרנם עלתה בעיקר בשל הקמת תנועה חדשה בשנים האחרונות – ה-ELS (Empirical Legal Studies) – על-ידי קבוצת חוקרים מכמה בתי-ספר מובילים בארצות-הברית בהנהגת תיאודור אייזנברג מאוניברסיטת קורנל.⁸⁷ נראה כי לשני סוגי ספרות אלה יש השפעה משמעותית על האופן שבו הזרם החדש במשפט ופסיכולוגיה מתקדם. זאת, הן בשל החיבור הגובר לספרות

זכי וענת לבני עורכים, 2008). לדוגמה עדכנית של כתיבה של חוקר מן הזרם החדש במשפט הישראלי ראו שמואל בכר "תוכן קונקרטי לדוקטרינות עמומות: ניתוח התנהגותי של חווים צרכניים" עיוני משפט לג 277 (2010).

84 לניתוח הדומיננטיות של הניתוח הכלכלי-המשפטי בישראל ראו: Oren Gazal-Ayal, *Economic Analysis of Law in North America, Europe and Israel*, 3(2) *REV. L. & ECON.* 485 (2007).

85 כתבי-העת המתמחים המרכזיים הם: LAW & HUMAN BEHAVIOR; PSYCHOLOGY, PUBLIC POLICY & LAW; PSYCHOLOGY, CRIME, & LAW; JOURNAL OF PSYCHIATRY, PSYCHOLOGY & LAW; LAW & PSYCHOLOGY REVIEW; LEGAL & CRIMINOLOGICAL PSYCHOLOGY; PSYCHIATRY, PSYCHOLOGY & LAW. נוסף על כתבי-עת אלה, שעניינם המובהק הוא כאמור משפט ופסיכולוגיה, ונוסף על כתבי-העת המשפטיים הכלליים המרובים, גם בכתבי-עת פסיכולוגיים, כגון APPLIED PSYCHOLOGY ו-COGNITIVE PSYCHOLOGY, מתפרסמים מאמרים הנוגעים בפסיכולוגיה ומשפט. נוסף על כך יש כתבי-עת משיקים מתחום הקרימינולוגיה, כגון CRIMINAL BEHAVIOR AND MENTAL HEALTH, שבהם מתפרסמים מאמרים בתפר של משפט ופסיכולוגיה.

86 ROBERT C. ELLICKSON, *ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES* (1991); Lisa Bernstein, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 21(1) *J. LEGAL STUD.* 115 (1992); Cass R. Sunstein, *Social Norms and Social Roles*, 96 *COLUM. L. REV.* 903 (1996); Richard H. McAdams, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, 96 *MICH. L. REV.* 338 (1997).

87 ראו, לדוגמה: Theodore Eisenberg & Geoffrey P. Miller, *Attorney Fees in Class Action Settlements: An Empirical Study*, 1(1) *J. EMPIRICAL LEGAL STUD.* 27 (2004).

הפסיכולוגיה החברתית, המקבלת משנה תוקף בשל ספרות הנורמות החברתיות, והן בשל העובדה שהפסיכולוגיה, בהיותה תחום מוביל בחקר האמפירי של התנהגות האדם, קיבלה חיזוק נורמטיבי כאשר הושם דגש רב יותר במחקרים אמפיריים במשפט. עם זאת, לטעמי, אסור לסוגת הכתיבה החדשה במשפט ופסיכולוגיה ליהפך לאמפירית בלבד, רק בשל היתרון היחסי שיש בתחום זה לעוסקים בחקר הפסיכולוגיה. יש בהחלט מקום לכך שחלק מן המחקר המשולב לא יתבסס על מחקרים אמפיריים מקוריים. דווקא הפחתה של מידת האמפיריות במחקרים המשלבים פסיכולוגיה ומשפט – דבר שעלול להתפס ככריתת העץ שעליו יושבת הפסיכולוגיה, המתיימרת כביכול להציע תפיסת עולם מדעית ומגובשת יותר של טבע האדם – עשויה לאפשר כתיבה עשירה ובעיקר רלוונטית יותר. יתר על כן, בהסתכלות מלמעלה על התפתחות התחום נראה כי בחירת כיוון זה יש בה כדי לתרום רבות לתחום. ראשית, כפי שטענו חוקרים רבים, באמפיריות טמונה מלכודת מסוימת לשילוב של פסיכולוגיה ומשפט.⁸⁸ החתירה לאמפיריות גורמת לאובדן משמעותי בהיבט של הרלוונטיות, והחתירה לרלוונטיות גורמת לאובדן משמעותי בהיבט של האמפיריקה.⁸⁹ אין בכוונתי לומר כי אי-אפשר לבצע מחקר אמפירי טוב שיהיה גם רלוונטי מאוד למשפט. אולם מובן כי מנימוקים הנוגעים במושגי-הבסיס של האמפיריקה, בעיקר בכל הנוגע בתוקף חיצוני ופנימי, רלוונטיות למדיניות ציבורית ואמפיריקה מוקפדת מושכות לכיוונים שונים, ותובעות "ויתורים כואבים" מן החוקר המנסה ליישב את שתייהן.⁹⁰ במצב דברים שבו איכות האמפיריקה אינה התנאי היחיד לשילוב הפסיכולוגיה במשפט נוצר שילוב עשיר בהרבה, דוגמת זה שאנו רואים בתחומי המחקר הנוכחיים המשלבים פסיכולוגיה ומשפט. באמצעות הזיון הדדי בין כיוונים אמפיריים ולא-אמפיריים ניתן להציע תמונה שגם תהיה עשירה בתכניה וגם תיהנה מתמיכה מדעית.

שוני חשוב נוסף בורם החדש נוגע בכך שהאינטראקציה בין הפסיכולוגיה למשפט

88 Jones, לעיל ה"ש 21.

89 במובנים רבים הפרדוקס הנ"ל מלווה את התפתחותה של הפסיכולוגיה בכללותה, בלי כל קשר ליחסה למשפט. כך, למשל, הגישה ההתנהגותנית צמצמה מאוד את הרכיבים ההתנהגותיים שהיא בודקת, וזאת מנימוקים של מדעיות. כנ"ל לגבי תחומים רבים שהפסיכולוגיה לא עסקה בהם כמעט בשל המורכבות האמפירית הנדרשת לגביהם, אף שחשיבותם לחברה אינה שנויה במחלוקת (למשל, אהבה).

90 בהקשר זה ראו, למשל, את הביקורות של Konečni & Ebbesen על עריכת מחקרים עם משתנים מתופעלים בתחום המשפט. Vladimir J. Konečni & Ebbe B. Ebbesen, *External Validity of Research in Legal Psychology*, 3 L. & Hum. Behav. 39–69 (1979). על פי תפיסתם, מחקרים ניסוייים חסרים תוקף חיצוני, הנדרש לשם ניבוי במערכת המשפט, המורכבת מפריטים כה רבים (שם, ה"ש 136). ביקורת זו הניעה אותם לערוך סדרה של מחקרי שאלונים, אשר נחשבים כבעלי תוקף חיצוני גבוה יותר ממחקרים ניסוייים. אולם בחירה זו להתנתק ממחקרי מעבדה יוצרת בעיות של תוקף פנימי וקשיים בזהוי סיבתיות, וחשופה לביקורות שונות לגבי היכולת להסיק מתשובות לשאלונים על התנהגותם ה"אמיתית" של אנשים.

מתמקדת יותר ברשות המחוקקת וברשות המבצעת, ופחות במערכת השופטת. כפי שנטען לעיל, למערכת השופטת יש קשיים ייחודיים באימוץ תובנות התנהגותיות לפסיקתה.⁹¹ שילוב הפסיכולוגיה באופן שבו חוקים מעוצבים, מנוסחים ונאכפים מקטין בהרבה את החיכוך המוסדי בין הפסיכולוגיה והמשפט. אכן, בשנים האחרונות ניתן לראות כיצד הדבר בא לידי ביטוי הן ברמה המחקרית, מבחינת נושאי המחקר, והן באופן מעשי, ביוזמות הנשענות על תובנות שנאספו בזרם מחקרי זה, אשר מקודמות על-ידי רשויות רגולטוריות שונות, דוגמת רשות המיסים, רשויות סחר ורשות ההגבלים.⁹²

פרק ד: לאן הולכים מכאן?

ראינו כיצד המוגבלויות אשר אפיינו את התחום הישן נפתרו ברובן בזרם החדש של משפט ופסיכולוגיה. רוב תחומי המשפט מצויים כיום – לפחות ברמה המחקרית – ברמת אינטראקציה גבוהה למדי עם תובנות התנהגותיות וספרות פסיכולוגית מהזרם ה"חדש". מדובר בהחלט בתחום שחודר במהירות ללב הקונסנזוס באקדמיה המשפטית בעולם ובישראל. על-אף סיכום חיובי זה, ראוי להדגיש כמה מגבלות הקיימות בשילוב החדש של פסיכולוגיה ומשפט, ולהציע כמה כיווני מחקר אשר יש לקוות כי יזכו בפיתוח מואץ בשנים הקרובות.

א-אפשר להתכחש לעובדה שהניתוח ההתנהגותי זכה בעדנה עצומה בשל החיבור למשפט וכלכלה. הביקורת על הרציונליות הייתה דרך קלסית להפוך את הניתוח הפסיכולוגי לנדרש בכל אותם מקומות שבהם הניתוח הכלכלי נעשה דומיננטי בהשפעתו על ההנחות הנורמטיביות של המשפט. אין ספק שיש לכלכלה יתרונות מובנים על הפסיכולוגיה בכל הנוגע באחידות תיאורטית, בקיומה של מטרת-על נורמטיבית וביכולת השתלבות פשוטה יותר עם המשפט. כאשר ניתוח התנהגותי מתעמת עם מודל האדם הרציונלי, במיוחד כאשר המודל הרציונלי מוצג באופן מגוחך מכפי שראוי להציגו, קל מאוד להראות את תרומת המחקר, וקל גם להגדיל את קהל-היעד של קוראי המאמר.⁹³ עם זאת, נראה שאנו עדים

91 Colin Camerer, Samuel Issacharoff, George Loewenstein, Ted O'Donoghue & Matthew Rabin, *Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism"*, 151 U. PA. L. REV. 1211–1254 (2003)

92 למשל, דוח של רשות ההגבלים העסקיים הבריטית (OFT – Office of Fair Trading), שדן בתחרות עסקית ובהגנת הצרכן, עושה שימוש בכתיבה כלכלית-התנהגותית שמתמקדת בהטיות קוגניטיביות ובשגיאות בשיקול-דעת צרכני על-מנת להסביר מדוע ננקטת לעיתים מדיניות פטרנליסטית שמגבילה את החופש העסקי. Mark Armstrong, *Interactions between Competition and Consumer Policy*, 4(1) COMPETITION POL'Y INT'L 97–147 (2008)

93 למען הגילוי הנאות, אני עצמי נקטתי קו דומה כאשר שיתפתי פעולה עם אנשי ניתוח כלכלי. ראו, למשל: Robert Cooter, Michal Feldman & Yuval Feldman, *The Misperception of*

בשנים האחרונות לתהליך מבורך שבו סוגי ספרות רבים אשר אינם קשורים דווקא לקבלת החלטות זוכים בהבלטה רבה יותר, תיאוריות שמעבר לביקורת על מודל האדם הרציונלי מקבלות משקל הולך וגדל, והיבטים נורמטיביים עשירים יותר עולים כתוצאה מן המחקר ההתנהגותי.

עיקר כוונתי להצביע להלן על כיוונים שבהם נראה לי כי התחום המחקרי נמצא בשלבים ראשוניים, וכי פוטנציאל התרומה שלו הן לעולם הפרקטיקה המשפטית והן לעולם המחקר המשפטי רב מאוד.⁹⁴ כך, למשל, ייתכן שהמחקר ההתנהגותי צריך להשתחרר מהתמקדותו בביקורת על משפט וכלכלה,⁹⁵ ולהקדיש תשומת-לב רבה יותר לתחומים כגון משפט וחברה⁹⁶ ומשפט ופילוסופיה.⁹⁷ נראה כי העתיד במחקר זה טמון במציאת התחומים שבהם הפסיכולוגיה יכולה לתרום תרומה ייחודית בהבנת שאלות משפטיות אשר ניתוח כלכלי לא היה מצליח באמת לשאול. בין התחומים הללו ניתן למצוא, למשל, את האופן שבו המשפט משפיע על משמעות חברתית. גם בתחום זה ניתן כמובן להתחיל בניתוח הכלכלי, ולהראות כיצד הוא מוגבל בהשוואה לעושר התיאורטי שניתן להציע באמצעות גישות פסיכולוגיות.⁹⁸ אולם עצם הצבת המודל הרציונלי (הבסיס לגישת הניתוח הכלכלי) כנקודת הבסיס למחקר מצמצמת את סוגי השאלות הנשאלות. לא ברור אם הרווח המושג משימוש בגישה הכלכלית מוצדק עדיין. בתחומים רבים הנוגעים בתיאוריות של אכיפה, בתיאוריות של ציות ובהבנת משקלו של האינטרס העצמי בהתנהגות האנושית יש כמובן לתיאוריה

Norms: The Psychology of Bias and the Economics of Equilibrium, 4(3) REV. L. & ECON. 889 (2008); Yuval Feldman & Doron Teichman, *Are All Legal Probabilities Created Equal?* 84 N.Y.U. L. REV. 980 (2009)

94 ברור לגמרי שחלק מן הכיוונים המוצעים כאן ככיווני-המשך כבר מצויים ברמות שונות בעבודותיהם של חוקרים רבים, ואין בקביעה כי מדובר בכיוון עתידי כדי לשלול את עבודתם של אלה.

95 תופעה זו צוינה על-ידי Rachlinski, לעיל ה"ש 66, בעמ' 766: "The new law and psychology is just now cutting its teeth. Thus far, it has consumed only a diet of issues that have been predigested by law and economics. The best work, however, is yet to be done". אולם רכלינסקי עצמו, כאשר הוא מכוון למושג "פסיכולוגיה", מדבר על BDT (Behavioral Decision Theory), דהיינו קבלת החלטות, ואינו מתייחס לעולם שלם של פסיכולוגיה הנמצא מעבר לספרות זו.

96 Jason Sunshine & Tom R. Tyler, *The Role of Procedural Justice and Legitimacy in Shaping Public Support for Policing*, 37(3) L. & Soc'y REV. 513 (2003)

97 פילוסופיה ניסויית עוסקת בשנים האחרונות באופן אינטנסיבי באימוץ תובנות פסיכולוגיות בהקשר של מוסר לתוך מודלים פילוסופיים. לתיאור התנועה ראו experimentalphilosophy.com. להקשר שבין מחקרים פסיכולוגיים על מוסר לבין פילוסופיה ראו את סדרת הכרכים על Moral Psychology בעריכת Walter Sinnott-Armstrong.

98 Yuval Feldman, *The Expressive Function of the Trade Secret Law: Legality, Cost, Intrinsic Motivation and Consensus*, 6(1) J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 177 (2009)

הכלכלית תרומה רבה מאוד. אולם לא ברור אם ראוי עדיין שהשיח על סוגיות של הוגנות ולגיטימציה ועל תפקידן בציות לחוק, למשל, ייעשה מבעד למשקפיים של ביקורת על גבולות האינטרס העצמי בהסברת הציות לחוק – נקודת-מבט אשר מצמצמת את ההבנה המלאה של תרומתן.⁹⁹ באופן דומה, השיח על ההשפעות השליליות הכרוכות במשפוט של תופעות חברתיות יכול להיעשות עשיר יותר אם הדיון בו יורחב מעבר להצגתו כחידה לא-פתורה לגבי הניתוח הכלכלי של המשפט.¹⁰⁰ אפילו דיונים בנושאים קלסיים, כגון אי-ודאות ועמימות, שבהם מחקרים פסיכולוגיים רבים זכו בתהילה בשל מיצובם ככאלה המפריכים את הניבוי של התנהגות האדם הרציונלי,¹⁰¹ מנעו למעשה מן השיח ההתנהגותי את בחינת נושא העמימות המשפטית מזוויות חברתיות שאינן נובעות דווקא מביקורת על מודל הניבוי הרציונלי.¹⁰²

חשוב בהקשר זה לציין מספר לא-מבוטל של כיווני מחקר אשר משקפים גישה מבטיחה ועצמאית ביחס למקומו הראוי של הניתוח ההתנהגותי של המשפט. כך, למשל, תפיסת ה-Nudge,¹⁰³ אשר זוכה בפופולריות בממשל אובמה ומזוהה עם כתיבתו התיאורטית והמעשית של Sunstein,¹⁰⁴ מתבססת על הכרת המגבלות הקוגניטיביות של האדם, דפוסי החשיבה שלו, ההיוריסטיקות שהוא מפעיל וכולי-על-מנת לפתח דרכי השפעה שהן אומנם פטרנליסטיות אך "מעודנות", ולא כופות. גישה זו מתייחסת לטבע האדם ומנסה להתאים

99 Marjorie E. Kornhauser, *A Tax Morale Approach to Compliance: Recommendations for the IRS*, 8 FLA. TAX REV. 599 (2007); Don A. Moore & George Lowenstein, *Self-Interest, Automaticity, and the Psychology of Conflict of Interest*, 17(2) SOC. JUST. RES. 189–202 (2004).

100 Yuval Feldman & Tom R. Tyler, *Mandated Justice: The Potential Promise and Possible Pitfalls of Mandating Procedural Justice in the Workplace* (Working Paper, 2009), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133521.

101 Amos Tversky & Eldar Shafir, *The Disjunction Effect in Choice Under Uncertainty*, 3(5) PSYCHOL. SCI. 305, 306 (1992). מאמר זה מדגים יפה יישומים של ה-disjunction effect שביססו טברסקי ושפיר, ועוסק בחוסר הרציונליות של הנמקה וקבלת החלטות במצבים של חוסר ודאות. לאפקט יש יישומים משפטיים רבים. ראו יניב ואקי ומאיה רוזנשיין "בין זיכוי 'מחמת הספק' לזיכוי 'מחמת הספק הסביר'" ספר דיויד וינר: על משפט פלילי ואתיקה Uzi Segal & Alex Stein, *Ambiguity*; 39 לעיל ה"ש 489 (2009); Tversky & Kahneman; *Aversion and the Criminal Process*, 81 NOTRE DAME L. REV. 1495 (2006).

102 Yuval Feldman & Alon Harel, *Social Norms, Self-Interest and Ambiguity of Legal Norms: An Experimental Analysis of the Rule vs. Standard Dilemma*, 4(1) REV. L. & ECON. 81 (2008). במאמר זה אנו מראים כי לעמימות יש השפעה על עוצמת ההשפעה של נורמות חברתיות על התנהגות האדם.

103 On Amir & Orly Lobel, *Stumble, Predict, Nudge: How Behavioral Economics Informs Law and Policy*, 108 COLUM. L. REV. 2098 (2008). לבלוג של ה-Nudge ראו nudges.org.

104 בכובעו כיועץ לענייני רגולציה בממשל אובמה.

לו חקיקה, ולא רק מחפשת את מוגבלותה של תפיסת הרציונליות. גם העיסוק המיוחד בשאלת האושר (happiness)¹⁰⁵ עשוי להתגלות כדרמטי מבחינת ההשלכות הטמונות בו על המשפט. אומנם גם בתחום זה העיסוק הפסיכולוגי מתחיל בחלקו מנקודת המוצא של הניתוח הכלכלי,¹⁰⁶ אולם הוא מציף קשת של אפשרויות ביחס לניתוח מיוחד של תחומים רבים במשפט.¹⁰⁷ תחום זה מתקשר לתחום נוסף, שכבר הוזכר לעיל – therapeutic jurisprudence,¹⁰⁸ העוסק ביכולתו של המשפט לשפר את רווחתם הנפשית של בני-האדם. אף שתחום זה בוודאי אינו חדש, בשנים האחרונות קיימים גם בו כיוונים הקוראים להרחיב את תחום עיסוקו אל מעבר לעיסוק במספר תחום של אוכלוסיות בסיכון, כגון אנשים הלוקים בנפשם.¹⁰⁹

לפני סיום ראוי לציין את קיומו של עניין מיוחד בשני תחומים, אשר מרכזיותם הן בפסיכולוגיה והן במשפט הייתה ברורה, אולם בשל קושי להציע יישומים למדיניות הם לא זכו עד לאחרונה ביישום של ממש: התחום האחד הוא השפעת הרגשות על התנהגות במצבים אשר רלוונטיים למשפט; והתחום האחר הוא הבדלים בין-אישיים המיוחסים לטיפוסי אישיות שונים. אי-אפשר כמובן להפריז בכמות המחקר הקיימת בפסיכולוגיה ביחס לכל אחד מן ההיבטים הללו, אולם דומה כי בשל הקושי התיאורטי לכמת השפעה רגשית, ובשל הקושי המעשי לזהות אקס-אנטה הבדלים בין-אישיים, לא זכו שני תחומים אלה במקום הראוי להם במחקר הפסיכולוגי-המשפטי. בהקשר של רגשות, על-אף קשיים מתודולוגיים, התחום מתבסס בשנים האחרונות כחלק מתנועה מחקרית נפרדת – Law and Emotions¹¹⁰ – עם מספר הולך וגובר של יישומים לתחומים של משפט אזרחי. גם תחום ההבדלים הבין-אישיים

- 105 BRUNO S. FREY & ALOIS STUTZER, HAPPINESS & ECONOMICS: HOW THE ECONOMY AND INSTITUTIONS AFFECT HUMAN WELL-BEING (2002).
 106 Thomas Ulen, *Law and the Pursuit of Happiness*, paper presented at the annual meeting of the Law and Society Association, TBA, Berlin, Germany, Jul. 25, 2007.
 107 Thomas D. Griffith, *Progressive Taxation and Happiness*, 45 B.C. L. REV. 1363 (2004).
 108 Bruce J. Winick, *The Jurisprudence of Therapeutic Jurisprudence*, 3 PSYCH. PUB. POL. & L. 184, 188 (1997); Omer Shapira, *Joining Forces in Search for Answers: The Use of Therapeutic Jurisprudence in the Realm of Mediation Ethics*, 8 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 243 (2008).
 109 למשל, בהקשר של גישור, בתי-משפט לענייני משפחה, בתי-משפט לנוער ועוד. ראו: Michal Alberstein, *Therapeutic Keys of Law: Reflections on Paradigmatic Shifts and the Limits and Potential of Reform Movements*, 39(1) ISR. L. REV. 301 (2006).
 110 Terry A. Maroney, *Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field*, 30 L. & HUM. BEHAV. 119 (2006); Laura E. Little, *Negotiating the Tangle of Law and Emotion: The Passions of Law*, 86 CORNELL L. REV. 974 (2001).
 Laura R. Bradford, *Emotion, Dilution, and the Trademark Consumer*, 23 BERKELEY TECH. L.J. 1227 (2008).

זוכה בניתוח מחקרי מסוים, ומוצעות דרכי התמודדות עם המורכבות שתחום זה מציף, במיוחד בהקשרים של המשפט האזרחי.¹¹¹ אין ספק שהתפתחות בשני תחומים אלה תאפשר לתחומים רבים בפסיכולוגיה להיעשות רלוונטיים יותר למשפט.

סיכום

במאמר זה ניסיתי לתאר מגמות בתחום המשפט והפסיכולוגיה, להצביע על הקשיים שהתחום מתמודד עימם ולהפנות זרקור אל עבר הצפוי לנו מתחום זה. כפי שצוין בהסתייגויות רבות לאורך המאמר, הצלחתו של התחום הופכת את תחמתו ומיוונו ואת ניתוח המגמות שבו למשימה בלתי־אפשרית. במובנים רבים דווקא הצלחתו של התחום וההפכותו לכלי נפוץ במחקר ובניתוח המשפטיים¹¹² מקשות את מיפוי. עם זאת, על־אף הנימה האופטימית באשר לעתיד התחום, חשוב להבחין בין התחום המחקרי עצמו לבין השפעת התחום על המדיניות המשפטית. בעוד התחום ה"ישן" בוקר על־ידיי בשל צמצומו, השפעתו על המדיניות המשפטית באותם תחומים מצומצמים מוכחת, אף אם במגבלות רבות, כפי שפורט לעיל. לעומת זאת, ברוב תחומי המשפט שעליהם הצבעתי במאמר זה כחלק מן הזרם החדש מדובר בשלב זה בעיקר בהשפעה מחקרית עם התעוררות של עניין בתחום בקרב רשויות שונות בארצות־הברית. ימים יגידו אם מדובר רק בעניין של זמן הדרוש לקובעי המדיניות על־מנת לעכל את הידע המחקרי שנצבר בתחומים אלה, או שמא אותם גורמים אשר הביאו לידי כך שהפסיכולוגיה והמשפט בזרם ה"ישן" נפגשו רק בהקשרים מצומצמים מאוד ימנעו שינויים משמעותיים גם במדיניות המשפטית הרלוונטית לתחומי המחקר של הזרם ה"חדש".

111 ראו: Jeffrey J. Rachlinski, *Homo Economicus, Homo Myopicus, and the Law and Economics of Consumer Choice: Cognitive Errors, Individual Differences, and Paternalism*, 73 U. CHI. L. REV. 207 (2006). ליישום של רגולציה מובחנת על־פי שונות בין־אישית בתחום של דיני המס ראו, למשל: Alex Raskolnikov, *Revealing Choices: Using Taxpayer Choice to Target Tax Enforcement*, 109 COLUM. L. REV. 689 (2009).

112 המעין ברבים מן המחקרים הדוקטרינריים המתפרסמים בשנים האחרונות יוכל לשים לב לכך שלסדרה הקלסית של המחקרים העוסקים בטיעוני מוסר ויעילות מצטרפים מחקרים העוסקים ב"טיעונים התנהגותיים".



