

הצגת ראיות בדבר עברה המיני של מתלוננת בעברות מין לצורך הוכחת הסכמה

מאת

ליאת לבנון*

א. מבוא. ב. היסטוריה קצרה של הדין המסדיר קבילותן של ראיות עבר מיני.
ג. הטיעון העיקרי; 1. התפיסה של פגיעה מינית ושיטת ההיסק; 2. הקושי בהיסק;
3. התנגדות מחזקת החפות; 4. מתודת היסק חלופית; 5. סגירת המעגל: מה בין
ההיסק מן השכל הישר להיסק הבייסיאני?; 6. קריאה ביקורתית של החוק הקיים
לנוכח הניתוח הסטטיסטי. ד. מסקנות.

א. מבוא

משפטים בעברות תקיפה מינית מורכבים מבחינות רבות. הם מערבים שאלות קשות של
משפט מהותי וסוגיות דיוניות וראייתיות סבוכות. במסגרת דיני הראיות אחת הסוגיות
המורכבות נוגעת להצגת ראיות בדבר עברה המיני של המתלוננת. סוגיה זו מעסיקה את
הספרות הפמיניסטית ואת החשיבה בדיני ראיות כבר מעל שני עשורים.¹ בשיטות משפט
רבות פתחה הרפורמה בדין ראייתי זה מהלך כולל יותר של רפורמה בדיני עברות המין.²

* מרצה, אוניברסיטת ברונל, לונדון. מאמר זה הוא גרסה מקוצרת של המאמר *Sexual History Evidence in Cases of Sexual Assault: A Critical Reevaluation*, 62 U. TORONTO L.J. 609 (2012).

1 ראו למשל – ZSUZSANNA ADLER, RAPE ON TRIAL (1987); SUSAN ESTRICH, REAL RAPE 49–51 (1987).

2 בוויקטוריה הצגת ראיות בדבר עבר מיני הייתה המושא הראשון של רפורמה חקיקתית. הרפורמה בוצעה כבר בשנת 1976 עם חקיקת ה-Rape Offences (Proceedings) Act 1976. במדינות אחרות הרפורמה בוצעה עם "הגל הראשון" של רפורמות בדין המהותי. אפשר להציג כמה דוגמאות: בקנדה הרפורמה בוצעה ב-1983; בניו-סאות'וילס היא בוצעה ב-1981 (the Criminal Sexual Conduct Act 1975 s. 141A, 141B, 346A, 346B); בסקוטלנד – ב-1986 (Crimes (Sexual Assault) Amendment Act 1981); במישיגן – כבר ב-1975 (Procedure (Scotland) Act 1975 s. 141A, 141B, 346A, 346B). (The Criminal Sexual Conduct Act 1975).

חלק מן האספקטים של הסוגיה זכה לפתרון מניח את הדעת, ואילו אספקטים אחרים מוסיפים להיות כר פורה למחלוקות.³

הן הספרות והן הפרקטיקה המשפטית עסקו באינטנסיביות בהגדרת המטרות אשר לשמן מוצדק להתיר הצגת ראיות בדבר עברה המיני של המתלוננת. בשלב הנוכחי בהתפתחות המשפטית יש הכרה רחבה בלגיטימיות של הצגת ראיות כאמור לשם הספקת הסבר לנוכחות של זרע, היריון וכד'.⁴ בדומה לכך, יש הכרה רחבה ברעיון שראיות כאלה אינן יכולות לערער את אמינותה של המתלוננת⁵ (אם כי יש הטוענים שלעתים הן יכולות להצביע על קיומו של מניע ספציפי לשקר⁶). קיימת מחלוקת בשאלה אם סוגים מסוימים של ראיות בדבר עבר מיני יכולים לשמש להוכחת אמונה בהסכמה.⁷ כן קיימת מחלוקת בשאלה אם (ואילו) ראיות בדבר עבר מיני יכולות לשמש להפרכת טענה בדבר היעדר הסכמה. המאמר עוסק בשאלה אחרונה זו.

אפשר למנות שלושה שיקולים רלוונטיים בבחינת קבילותן של ראיות עבר מיני: השיקול הראשון הוא התוצאות המזיקות של הצגת ראיות כאלה לפרטיותה, לכבודה ולרגשותיה של המתלוננת, וכן האפקט המצנן של אלה על הגשת תלונות בגין תקיפה מינית;⁸ השיקול השני הוא הפוטנציאל של ראיות כאלה ליצור דעה קדומה על המתלוננת, ובעיקר הפוטנציאל שלהן לכוונן אמונה כי המתלוננת אינה מהימנה (ולכן מגישה תלונות

3 לדינונים מן העת האחרונה ראו JENNIFER TEMKIN & BARBARA KRAHE, SEXUAL ASSAULT AND THE JUSTICE GAP: A QUESTION OF ATTITUDE 145 (2008); Michele Burman, *Evidencing Sexual Assault: Women in the Witness Box*, 56 PROB. J. 379 (2009); Michelle J. Anderson, *Diminishing the Legal Impact of Negative Social Attitudes Towards Acquaintance Rape Victims*, 13 NCLR 644 (2010); Denise Roman, *Under the Rape Shield: Constitutional and Feminist Critiques of Rape Shield Laws* UC Los Angeles: UCLA Center for the Study of Women (2011), available at <http://escholarship.org/uc/item/31t8d960>

4 ראו למשל ROSEMARIE TONG, WOMEN, SEX, AND THE LAW 108–109 (1984).
5 לדוגמה Report of the Advisory Group on the Law of Rape (Chair: Lord Heilbron) ("the Heilbron Report") (Cmnd 6352, 1975), בפס' 131. כן ראו TONG, לעיל ה"ש 4, בעמ' 109. אך ראו גם John C. Smith, *R v. S.M.S* (commentary), CRIM. L. REV. 304 (1992).

6 ראו David M. Paciocco, *The New Rape Shield Provisions in Section 276 Should Survive Charter Challenge*, 21 C.R. (4th) 223 (1993).

7 ראו לדוגמה G.D. Woods, *Sexual Assault Law Reform in New South Wales: a Commentary on the Crimes (Sexual Assault) Amendment Act 1981 and Cognate Act 30*, 35 (New South Wales, Department of the Attorney General and of Justice, 1981).

8 ראו Lise Gotell, *When Privacy is Not Enough: Sexual Assault Complainants, Sexual History Evidence, and the Disclosure of Personal Records*, 43 ALTA. L. REV. 743 (2006); JENNIFER TEMKIN, RAPE AND THE LEGAL PROCESS 197 (2nd ed. 2002); Speaking up for Justice: Report of the Interdepartmental Working Group on the Treatment of Vulnerable or Intimidated Witnesses in the Criminal Justice System 9.56–9.58 (Home Office 1998).

עלי משפט יא תשע"ד הצגת ראיות בדבר עברה המיני של מתלוננת בעברות מין לצורך הוכחת הסכמה

שווא) וכי היא "מופקרת" (ולכן תמיד מסכימה לקיים יחסי מין);⁹ השיקול השלישי, ובו דן מאמר זה, הוא הרלוונטיות של הראיות להוכחת שאלה שבמחלוקת, ובמקרה שלנו – הרלוונטיות של הראיות להוכחת שאלת ההסכמה.

מעניין כי קיימת אחידות דעים כמעט מוחלטת בקרב משפטנים ומלומדי משפט, מחוקקים ושופטים בדבר הרלוונטיות של סוגים מסוימים של ראיות בדבר עבר מיני לסוגיית ההסכמה.¹⁰ כמעט שאין מי שטוען למשל שראיות בדבר עבר מיני עם הנאשם הן תמיד לא רלוונטיות לסוגיית ההסכמה.¹¹

אפילו המלומדים הסבורים שכל, או כמעט כל, סוגי הראיות בדבר עבר מיני אינם רלוונטיים לסוגיית ההסכמה אינם מספקים הסבר משכנע או מניח את הדעת לעמדתם. רוב

9 ראו לדוגמה Peggy Kobly, *Rape Shield Legislation: Relevance, Prejudice and Judicial Discretion*, 30 ALTA. L. REV. 988, especially section IV(E) (1992); Jennifer Temkin, *Sexual History Evidence – Beware of the Backlash*, CRIM. L. REV. 225, 232–233 (2003); Zsuzsanna Adler, *The*; בעמ' 8, לעיל ה"ש 8, בעמ' 197; TEMKIN, RAPE AND THE LEGAL PROCESS *Relevance of Sexual History Evidence in Rape: Problems of Subjective Interpretation*, David M. Paciocco, *The New Rape*; CRIM. L. REV. 769, 778–779 (1985); Paciocco, *Techniques for Eviscerating the Concept of Relevance: a Reply and Rejoinder to "Sex with the Accused on Other Occasions: The Evisceration of Rape Shield Protection"*, 33 C.R. (4th) 365 (1995). היו בכותבים מי שקידמו טענות בדבר דעות קדומות אחרות שעדויות בדבר עבר מיני עלולות לעורר, למשל האמונה שרוב מעשי התקיפה המינית מבוצעים על ידי זרים. ראו Susan M. Chapman, *Section 276 of the Criminal Code and the Admissibility of "Sexual Activity" Evidence*, 25 QUEEN'S L.J. 121, paras. 26–27 (1999). יש דוגמאות רבות. רוב הכותבים פשוט מניחים שסוגים מסוימים של ראיות עבר מיני הם רלוונטיים, וניגשים ישירות לשאלה אילו ראיות אינן רלוונטיות. ראו למשל D.W. Elliott, *Rape Complainants' Sexual Experience with Third Parties*, CRIM. L. REV. 4, 7 (1984).
11 בעניין R. v. Darrach, [2000] 2 S.C.R. 443, 2000 S.C.C. 46. ציין בית המשפט העליון הקנדי כי ראיות בדבר עבר מיני עם הנאשם תהיינה רלוונטיות לצורך הוכחת הסכמה רק לעתים נדירות, ואילו בתי משפט נמוכים יותר פירשו את ההחלטה כמתירה הצגת ראיות כאלה. ראו R. v. Temertzoglou, [2002] O.J. No. 4951, 11 C.R. (6th) 179; R. v. Strichland, [2007] O.J. No. 517, 45 C.R. (6th) 183. אפילו הכותבים הביקורתיים ביותר סבורים שראיות בדבר עבר מיני עם הנאשם רלוונטיות להוכחת הסכמה. ראו למשל Adler, *The Relevance of Sexual History Evidence in Rape*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 775 (such an approach fails to take into account the crucial importance of the unique identity of the partner in any sexual activity), וכך Temkin, *Sexual History Evidence*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 232–233 (שם היא דנה בדעה הקדומה שראיות מסוימות – יש להניח ראיות רלוונטיות – בדבר עבר מיני עם הנאשם). זאת ועוד, כל המשטרים המשפטיים הקיימים מתייחסים לראיות הללו כאל ראיות רלוונטיות. ראו למשל New South Wales Crimes Act 1900 s 409B(3); Michigan, People v. Adair, 452 Mich. 473, 483 (1996); England, R. v. A. (No. 2), [2001] 2 W.L.R. 1546. ראו גם H.R. Galvin, *Shielding Rape Victims in the Federal Courts: A Proposal for the Second Decade*, 70 MINN. L. REV. 763 (1986); John Spencer, "Rape Shields" and the *Right to a Fair Trial*, CLJ 452 (2001).

הכותבים מסתפקים בדחיית ההנחה (המוכחת מדעית) שלפיה בני אדם נוטים לחזור על דפוסי התנהגות בכלל ועל דפוסי התנהגות מינית בפרט.¹² איילין מקלוגן פוסעת בנתיב שונה במעט. היא רואה בראיות בדבר עבר מיני ראיות המצביעות על mere propensity. בשלב הבא היא נסמכת על חוסר האפשרות של ראיות המצביעות על propensity בלבד לבסס רלוונטיות מספקת שתוביל לקבלתן. חוסר האפשרות הזו נסמך (באופן בעייתי) על אנלוגיה לכלל שלפיו ראיות המעידות על propensity בלבד אינן מספיקות לצורך הוכחת אשמתו של נאשם.¹³ מבין הכותבים המפקפקים ברלוונטיות של ראיות בדבר עבר מיני לצורך הוכחת הסכמה הציע מייק רדמיין את הניתוח המתוחכם ביותר עד עתה.¹⁴ רדמיין מקבל את ההנחה בדבר דפוסי התנהגות חוזרים ומציין כי היא מכוננת רלוונטיות מקדמית של ראיות בדבר עבר מיני של מתלוננות. אולם, כך הוא טוען, ראיות בדבר עבר מיני יכולות להצביע הן על הסכמה והן על היעדר הסכמה. למשל, פעילות מינית חושפת את האישה לתוקפים פוטנציאליים ובכך מעלה את ההסתברות שאכן התרחשה תקיפה, ובנוסף, נשים פעילות מינית צפויות להתבייש פחות בפעילותן המינית ולכן לנטות פחות להגיש תלונות שווא. על כן, הוא מסיק, ראיות בדבר עבר מיני תהיינה רלוונטיות רק במקרים נדירים, והרלוונטיות שלהן תלויה בעובדות המקרה הספציפי.

מאמר זה מציע בסיס שונה לביקורת על המשטרים המשפטיים המסדירים קבילותן של ראיות בדבר עבר מיני של מתלוננות במדינות המשפט המקובל ובמדינות המושפעות מן המשפט המקובל. הטיעון שמקדם המאמר הוא שבמסגרת המחשבה האינדיווידואליסטית-ליברלית שבבסיס המשטרים הקיימים כמעט כל סוגי הראיות בדבר עבר מיני הן לא רלוונטיות להפרכת טענות של היעדר הסכמה. כדי לתמוך בטיעון זה אראה כי המשטרים הקיימים לקויים משתי בחינות:

12 ראו Hart Schwartz, *Sex with the Accused on Other Occasions: The Evisceration of Rape Shield Protection*, 31 C.R. (4th) 232 (1994); Diana Majury, *Seaboyer and Gayme: A Study of Inequality*, in CONFRONTING SEXUAL ASSAULT 269, 280 (Julian Roberts & Renate Mohr eds., 1994) ("The notion that consent can be inferred from, or at least that consent is more probably based on, a pattern of conduct is one of the most tenacious and fallacious leaps of logic that supports the equation of a woman's sexual activity with indiscriminate sex"); Melanie Randall, *Sexual Assault in Spousal Relationships: "Continuous Consent", and the Law: Honest but Mistaken Judicial Beliefs*, 32 MAN. L. J. 144 (2008) (analyzing sexual history evidence as merely reflecting a presumption of attacking the "rather dubious" 88 בעמ' 1, לעיל ה"ש ADLER; continuous consent) assumption that once a woman agrees to intercourse with a man, the likelihood is that "(she will continue to consent at any later stage in their relationship)".

13 ראו Aileen McColgan, *Common Law and the Relevance of Sexual History Evidence*, 16 Mike Redmayne, *Myths*, OJLS 275, 297–298 (1996). לביקורת על קו טיעון זה ראו Relationships and Coincidence: The New Problems of Sexual History, 7 E & P 75 (2003).

14 ראו Redmayne, שם.

עלי משפט יא תשע"ד – הצגת ראיות בדבר עברה מיני של מתלוננת בעברות מין לצורך הוכחת הסכמה

ראשית, הם מפעילים את ההנחה (התקפה) בדבר הנטייה האנושית לחזור על דפוסי התנהגות על קבוצת המתלוננות בעברות מין. הנחת החזרה, כך אבקש לטעון, תקפה באוכלוסייה הכללית. אולם קבוצת ההתייחסות הנכונה בתיקים של תקיפה מינית היא קבוצת המתלוננות על תקיפה מינית, ויש סיבות מקדמיות לחשוב שהנחת החזרה אינה תקפה בקבוצה זו. אם אכן כך הוא, הרי שהתלונה שוללת את הרלוונטיות שהייתה עשויה להיות לראיות עבר מיני בהיעדר תלונה. עוד אטען שכדי לבסס טענה כי הנחת החזרה תקפה בכל זאת בקבוצת המתלוננות, יש להניח בה בעת כי תלונות שווא על תקיפה מינית נפוצות מאוד. ברי כי הנחה זו שנויה במחלוקת, וככל הנראה שגויה.

שנית, המשטרים הקיימים לקויים, שכן הם מבוססים על שיטת היסק מפרקפקת (שלא לומר שגויה), שחולשותיה נחשפות כאשר היא מוחלפת בשיטת היסק בייסיאנית. הפעלת השיטה הבייסיאנית מעדנת ומחדדת את הניתוח הסטטיסטי הקודם. היא מובילה למסקנה כי יש מקרה מיוחד אחד שבו ראיות בדבר עבר מיני של מתלוננת עשויות להיות רלוונטיות – המקרה שבו לתקרת יש מאפיינים מיוחדים מאוד וחריגים מאוד ביחס לפרקטיקות מיניות מקובלות.

מבנה המאמר הוא כדלהלן: פרק (2) מציג סקירה היסטורית קצרה של הדין המסדיר קבילותן של ראיות בדבר עבר מיני; פרק (3) מציג ניתוח ביקורתי של המשטרים הקיימים; פרק (4) מסכם באמצעות הצעה להתבונן במאמר בשתי דרכים אפשריות – לראות בו מאמר פמיניסטי-ביקורתי או פתיחת צוהר למחקר אמפירי של הנחות עובדתיות עליהן מתבסס החוק.

ב. היסטוריה קצרה של הדין המסדיר קבילותן של ראיות עבר מיני

הסדרת קבילותן של ראיות עבר מיני במסגרת המשפט המקובל הייתה מורכבת ולעתים עתירת סתירות פנימיות. המשפט המקובל התיר הצגתן של ראיות עבר מיני אם היו רלוונטיות ישירות לעובדה שנויה במחלוקת, או אם היו רלוונטיות להערכת מהימנות המתלוננת.¹⁵ כל ראייה בדבר ניסיון מיני נחשבה רלוונטית לצורך הערכת מהימנות, שכן היא נטתה להראות "מופקרות". מנגד, קבילותן של ראיות עבר מיני לצורך הוכחת עובדה שנויה במחלוקת הייתה מוגבלת,¹⁶ ומכיוון שפעילות מינית במסגרת אירועים אחרים הייתה נושא צדדי ונלווה, תשובותיה של המתלוננת היו אמורות להיות סופיות. ואולם, הפסיקה פיתחה כמה חריגים שאפשרו הצגת ראיות הסותרות את תשובות המתלוננת, בעיקר היו קבילותן

15 לסקירת המקורות המשפטיים בעניין זה ראו IAN DENNIS, THE LAW OF EVIDENCE 501–502 (2nd ed. 2002); COLLIN TAPPER, CROSS & TAPPER ON EVIDENCE 314 (9th ed. 1999).

16 הכלל היה שבעיקרון אפילו ראיות בדבר אירועים מיניים ספציפיים עם אנשים מזוהים לא נחשבו רלוונטיות להוכחת עובדות מטריאליות (R. v. Hodgson, (1812) Russ & Ry 211). ראיות כאלה היו קבילות רק אם הצביעו ישירות על עובדה מטריאלית. דוגמה למצב כזה היא ראייה המוצגת כדי להסביר נוכחות זרע על גופה של המתלוננת. ראו DENNIS, לעיל ה"ש 15, בעמ' 501.

של ראיות בדבר עבר מיני עם הנאשם¹⁷ וראיות בדבר אינטראקציות מיניות אחרות שהיוו חלק מן הנסיבות שסבבו את העברה¹⁸ וכן ראיות לכך שהמתלוננת עסקה בזנות,¹⁹ או – כפי שנקבע בעניין קראוס – ראיות לכך שהמתלוננת הייתה "מורגלת בהפקרת גופה לגברים שונים ללא הבחנה".²⁰ הרציונל לחריגים הללו היה נעוץ בהסתברות הנטענת של הסכמה במקרים האמורים. תחום השתרעותם של החריגים, ובפרט של חריג קראוס, שנוי במחלוקת. איאן דניס סבר שהחריגים היו כה רחבים עד כי הם מוטטו את ההבחנה בין מהימנות לעובדות שבמחלוקת.²¹ לעומת זאת ג'ניפר טמקין טענה כי החריג שהוצג בעניין קראוס היה חלק מן האוביטר של פסק הדין, וכן כי הוא תקף רק במצבים של עובדות דומות. על כן היא הסיקה שהחריגים אינם רחבים במיוחד ואינם ממוטטים את ההבחנה בין מהימנות לעובדה שבמחלוקת.²²

בשנות השבעים המאוחרות ספגו הכללים של המשפט המקובל ביקורת נוקבת במסגרת חשיבה מחודשת כללית על עברות של תקיפה מינית במדינות המשפט המקובל. הטענות המרכזיות היו שכללי המשפט המקובל התירו הצגת ראיות לא רלוונטיות ומכוננות דעה קדומה.²³ הביקורת הובילו לרפורמה ברבות ממדינות המשפט המקובל וכן במדינות שהושפעו מן המשפט המקובל.²⁴ הגל הראשון של רפורמות נערך בשנות שהשבעים המאוחרות ובשנות השמונים המוקדמות.

המשטרים החדשים כללו בדרך כלל רשימות ארוכות ומורכבות של מצבים ספציפיים שבהם ראיות עבר מיני עשויות להיות קבילות. הרשימות הללו לא אפשרו הצגת ראיות בדבר עבר מיני לצורכי מהימנות. באשר להצגת ראיות לצורך הוכחת – או הפרכת – עובדות שבמחלוקת, הרשימות שמרו על דמיון מסוים למשפט המקובל. למשל, הוועדה המלכותית האוסטרלית המליצה להתיר הצגת ראיות בדבר עבר מיני במקרים שבהם "המעשים המיניים הקודמים היו חלק מדפוס התנהגות שהיה דומה מאוד להתנהגותה הנטענת של המתלוננת באירוע שבמחלוקת".²⁵ לעתים קרובות כללו המשטרים החדשים גם הוראה שפסלה ראיות

.R. v. Martin, (1834) 6 C&P 562; R. v. Riley, (1887) 16 Cox. CC 191 17

.R. v. Turner, [1944] K.B. 463 18

.Barker, (1829) 3 C&P 589 19

.Krausz, [1973] 57 Cr.App.R. 466, 474 20

ראו DENNIS, לעיל ה"ש 15, בעמ' 502. 21

Jennifer Temkin, *Regulating Sexual History Evidence: The Limits of Discretionary* 22

Legislation, 33 INT'L & COMP. L.Q. 942, 945–946, 973–974 (1984) להבנה דומה של

המשפט המקובל ראו McColgan, לעיל ה"ש 13. 23

J.A. Scutt, *Admissibility of Sexual History Evidence and Allegations in Rape* 23

Cases, 53 AUSTRALIAN L.J. 817, 830 (1979).

אני מתייחסת כאן בעיקר למדינות ארצות הברית וקנדה. 24

Final Report of the Royal Commission on Human Relationships (Chair: Justice Evatt) 25

(Parliamentary paper 104/1978) vol. 5 [192]. לדוגמאות נוספות ראו סעיף 750.520 לקוד

הפלילי של משיגן (אשר עודו בתוקף); סעיף 409B(3) לקוד הפלילי של ניו-סאות-וילס כפי

שנחקק בשנת 1981; סעיפים 276–277 לקוד הפלילי הקנדי כפי שתוקנו ב-1985; Australia

עלי משפט יא תשע"ד הצגת ראיות בדבר עברה המיני של מתלוננת בעברות מין לצורך הוכחת הסכמה

בדבר שם רע בתחום המיני.²⁶ ראיות בדבר שם רע הן למעשה ראיות בדבר (שמועות על) התנסויות מיניות קודמות עם גברים אחרים. על כן אלה ראיות בדבר מקרים שיש להם מכנה משותף אחד בלבד עם האירוע שבמחלוקת – עובדת קיום אינטראקציה מינית.²⁷ נוסף על הרשימות הללו בחלק מן המדינות הורו החוקים לבתי המשפט לשקול עד כמה הראיות שהצגתן מתבקשת רלוונטיות, ומה תהיינה ההשלכות של הצגתן על שני הצדדים.²⁸ רפורמות נוספות נעשו בשנות התשעים. הרפורמה באנגליה הייתה הד לרפורמות שנעשו במדינות אחרות בשנות השבעים: היא קבעה איסור כללי על הצגת ראיות בדבר עבר מיני, אשר כפוף לרשימת חריגים. סעיף 41(1) ל- Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 אוסר על כל ראיה או שאלה בדבר עברה המיני של מתלוננת. סעיף 41(3)(b) לחוק זה קובע את קבילותן של ראיות בדבר עבר מיני כאשר "ההתנהגות המינית של המתלוננת אליה מתייחסת הראיה התרחשה, על פי הנטען, בעת או בסמוך לאירוע שבמחלוקת". בעניין *R. v. A. (No. 2)*²⁹ נחלקו הלורדים באשר למשמעות המדויקת של הביטוי "בעת או בסמוך לאירוע שבמחלוקת", אך דומה כי הם הסכימו על הצורך בקיומו של קשר חזק בין האירועים³⁰ (כלל דומה היה בעבר בקנדה,³¹ באוסטרליה³² ובניו-סאות-וילס³³). החוק

Model Criminal Code, Report of the Officers Committee of Attorney General 192 (Barton, ACT, Attorney General's Department 1999).

26 החוק בוויקטוריה, כפי שתוקן ב-1976, קטלג ראיות בדבר "שם רע מיני" כלא קבילות. The Evidence Act 1958 s. 37A, as amended by the Rape Offences (Proceedings) Act 1976 ראו גם NSW Crimes Act 1900 s. 409B(2), as amended in The Crimes (Sexual Assault) Amendment Act 1981; Criminal Law (Sexual Offences) Act 1978 (Qld) s. 4(1); Evidence Act 1906 (WA) s. 36B; Evidence Act 1929 (SA) s 34L(1)(a).

27 אפשר לטעון שראיות כאלה הן לא מהימנות ולא רלוונטיות. לצורך נייר זה חשובה יותר הטענה בדבר היעדר רלוונטיות.

28 Canada Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 276-277 as enacted in 1985; ראו People v. Arenda, 416 Mich. 1, 8- לפרשנות סעיף זה ראו Michigan CSC Act s 750.520j (1982). ראו גם NSW Crimes Act 1900, s. 409b(3), as amended in The Crimes (Sexual Assault) Amendment Act 1981. משטרים ראייתיים אחרים הסתפקו בקביעה שראיות המצביעות על נטיות כלליות של המתלוננת (general dispositions), או ראיות המתייחסות ל"טוהר המיני" (chastity) שלה, אינן קבילות. בנוסף, משטרים אלה פירטו שיקולים ספציפיים שיש להביאם בחשבון כאשר בית המשפט מתיר הצגת ראיות בדבר עבר מיני. ראו Victoria Rape Offences (Proceedings) Act 1976, s. 37A which amended the Evidence Act 1958. בניו זילנד נחקקו כללים ראייתיים דומים ב-1977 (ועברו תיקון ב-1985).

29 [2001] 2 Cr.App.R. 351.

30 שתי העמדות הברורות ביותר היו של הלורד סליין (Slynn) ושל הלורד סטיין (Stein). הלורד סליין חשב שהתנהגות מינית שעליה מצביעה הראיה וההתנהגות המינית שבמחלוקת צריכות להיות ממש בעת ובעונה אחת (really contemporaneous) (פס' 12 לפסק דינו), והלורד סטיין התייחס להתנהגות שהתרחשה למשל באותו הערב, אך לא ימים, שבועות או חודשים לאחר מכן (פס' 40). השופטים האחרים לא קבעו מסגרות זמן קשיחות כלשהן.

31 סעיף 276 לקוד הפלילי הקנדי, כפי שתוקן ב-1985, התייחס להתנהגות שהתרחשה באותו אירוע שבו התרחשה לכאורה העברה (ואשר מטרתה להוכיח אמונה בהסכמה).

האנגלי מתייחס עוד לצירוף של מכנים משותפים כלליים וספציפיים: סעיף 41(3)(c) מתיר הצגת ראיות בדבר עבר מיני שהן "כה דומות (1) להתנהגות מינית של המתלוננת שבוצעה כחלק מן הארוע שבמחלוקת, עד שהדמיון אינו יכול להיות מוסבר באופן סביר כצירוף מקרים". בית הלורדים פירש את הסעיף כמתיר הצגת ראיות בדבר יחסי מין קודמים עם הנאשם בתנאים מסוימים.³⁴ על כן אפשר למנות סוג נוסף של דמיון ספציפי: זהות השותף. הפרשנות של בית הלורדים נעשתה בהשראת הכלל מן המשפט המקובל אשר התיר הצגת ראיות בדבר עבר מיני עם הנאשם.

רפורמות נוספות שנעשו בשנות התשעים המאוחרות משקפות גישה מודרנית יותר: הן אסרו הצגת ראיות שמטרתן לתמוך בהיסקים כלליים מן העבר המיני של המתלוננת להסכמה (או להיעדר מהימנות), ובנוסף דרשו מבית המשפט להתחשב במאזן הנוקמים והתועלות הצפויים מקבלת הראיה.³⁵ הדוגמה המובהקת למשטר מסוג זה מצויה בקנדה בעקבות הפרשנות שנתן בית המשפט העליון לסעיף 276(1) למשפט הפלילי, כפי שתוקן ב-1992.³⁶ הסעיף קובע איסור כללי על הצגת ראיות בדבר עבר מיני כדי להוכיח או להפריך טענות בדבר מהימנות או הסכמה. בעניין *R v. Darrach*³⁷ בחן ואישר בית המשפט העליון הקנדי את חוקתיות הסעיף. על פי פרשנות בית המשפט, "אם ראיה בדבר עבר מיני מוצגת בשל המאפיינים הלא-מיניים שלה – למשל כדי להראות דפוס התנהגות... ניתן להתירה. על פי פרשנות אפשרית (אם כי לא הכרחית או יחידה), ההחלטה לא אוסרת על הצגת כל ראיה

32 אחד מסוגי הראיות שה- Royal Commission of Human Relationship סברה שצריכות להיות קבילות הוא ראיות על מעשים מיניים שהתרחשו "at or about the time of the alleged offence". ראו Final Report of the Royal Commission on Human Relationships, לעיל ה"ש 34, כרך 5, בעמ' 192.

33 NSW Crimes Act 1900, s. 409B(3), as amended in The Crimes (Sexual Assault) Amendment Act 1981 התיר הצגת ראיות בדבר התנהגות מינית או היעדרה בעת או בסמוך לאירוע שבמחלוקת, וכן התנהגות מינית שהייתה חלק מנסיבות האירוע שבמחלוקת.

34 עניין *R. v. A.*, לעיל ה"ש 11. פרשנות זו, שאינה מעוגנת בלשון הסעיף, נחשבה הכרחית לאור הוראת סעיף 3 ל-Human Rights Act 1998 והוראת סעיף 6 לאמנה האירופית לזכויות אדם. ראו גם Spencer, לעיל ה"ש 11.

35 ראו למשל סעיף 276 לקוד הקנדי, כפי שתוקן ב-1992, וכן בניו-סאות'וילס Law Reform Commission, Review of Section 409B of the Crimes Act 1900 (NSW) (1998) (להלן: Report 87). חלק מן הרפורמות הללו כללו גם איסורים על הצגת ראיות בדבר שם רע (או טוב) בתחום המיני (למשל ניו-סאות'וילס, שם). רפורמות אחרות אסרו על הצגת ראיות שכוונו להוכחת היעדר מהימנות (סעיף 276 לקוד הקנדי, כפי שתוקן ב-1992).

36 ניצניה של גישה זו החלו להתפתח כבר ב-1976 בוויקטוריה. לפי המלצה שהופיעה ב- Law Reform Commission of Victoria, Rape Prosecutions 39-40 (Report no. 5: 1976), תוקן ה-Evidence Act 1958. סעיף 37A ציין שראיות לא תיחשבנה לרלוונטיות במידה משמעותית (substantially relevant), ועל כן לא תהיינה קבילות, אם הן לא הצביעו על יותר מנטייה כללית. כלל דומה אומץ בניו זילנד ב-1977 (the Crimes Act s. 23A). כלל זה אסר הצגת כל ראיה שמצביעה על נטייה כללית, בין שראיה זו תומכת בגרסת התביעה או בגרסת ההגנה. אולם הכללים הנזכרים עדיין לא התייחסו במפורש לטיב ההיסק שבו תומכת הראיה. עניין *Darrach*, לעיל ה"ש 11.

עלי משפט יא תשע"ד – הצגת ראיות בדבר עברה המיני של מתלוננת בעברות מין לצורך הוכחת הסכמה

בדבר עבר מיני – הביטוי 'בשל האופי המיני של הפעילות' מגביל את פסילת הראיות לאותן ראיות שעוררו את 'המיתוסים התאומים' [שמשמעו של ה'לא' של נשים מסוימות הוא למעשה 'כן', ושנשים מסוימות נוטות להגיש תלונות שווא על תקיפה מינית].³⁸ בית המשפט הבהיר שראיות בדבר עבר מיני קודם עם הנאשם תהיינה רלוונטיות במקרים נדירים בלבד. עם זאת ערכאות נמוכות נסמכו על החלטה זו כדי לאפשר הצגתן של ראיות כאלה.³⁹ הד לדיונים הקנדיים הורגש באוסטרליה⁴⁰ ובעבודות הכנה לקראת חקיקה בנוי-סאות' וילס.⁴¹ וריאציה מעניינת של הכללים האמורים נמצאת ב-Evidence Act 2008 של ויקטוריה. סעיף 41(3)(d) מתיר לבית המשפט לאסור שאלה "לא ראוייה" אשר "אין לה בסיס מלבד סטראוטיפ (למשל, סטראוטיפ המבוסס על מינו של העד, גזעו, השתייכותו התרבותית, השתייכותו הלאומית, גילו או מוגבלות מנטלית, אינטלקטואלית או פיזית). בהקשר של ראיות בדבר עבר מיני אפשר להבין כלל זה כאוסר על שאלות הבאות לתמוך בהיסקים כלליים המבוססים על "המיתוסים התאומים".

לסיכום, המשפט המקובל התיר הצגת ראיות בדבר עבר מיני למטרות מהימנות והצגת סוגים מסוימים של ראיות למטרת הוכחה או הפרכה של טענת היעדר הסכמה. בעקבות ביקורת על המשפט המקובל נעשו רפורמות במדינות רבות. החקיקה החדשה שינתה את הדין בעיקר באשר להצגת ראיות עבר מיני למטרות מהימנות (אם כי בפועל ראיות כאלה השפיעו ככל הנראה גם על שיפוטים בסוגיות של הסכמה). בנוסף, היא הצרה את תחום הראיות הקבילות לצורך הוכחת או הפרכת טענת הסכמה, אך באופן מוגבל בלבד.

ג. הטיעון העיקרי

כל הדינים החדשים קובעים עיקרון של קבילות מוגבלת של ראיות בדבר עבר מיני לצורך הוכחת או הפרכת טענות של היעדר הסכמה. פרק זה מנתח עיקרון זה בניסיון להשיב על שלוש שאלות: עם איזו תפיסה של פגיעה מינית עולה עיקרון זה בקנה אחד? על איזו

38 שם, פס' 35. ראו גם Paciocco, *The New Rape*, לעיל ה"ש 6; Schwartz, לעיל ה"ש 12, *Paciocco, Techniques for Eviscerating the Concept of Relevance*, לעיל ה"ש 9.

39 עניין Temertzoglou, לעיל ה"ש 11; עניין Strichland, לעיל ה"ש 11.

40 ה-1999 Officers Committee (לעיל ה"ש 34) המליצה בסעיף 5.2.39 לחוק המוצע לאסור היסקים באשר לנטייה כללית להסכים או לשקר, שכן ראיות התומכות בהיסקים כאלה לא נחשבו רלוונטיות ממש לנושאים המלובנים במשפט.

41 Report 87, לעיל ה"ש 35, כלל המלצה לפסול ראיות התומכות בהיסקים כלליים שלפיהם מן העובדה שלמתלוננת היה ניסיון מיני נלמד כי יש סיכוי גבוה יותר שהסכימה במקרה שבמחלוקת, או כי יש סיכוי גבוה יותר שהיא משקרת בדבר המקרה שבמחלוקת. (סעיף 5 לחוק המוצע). זאת ועוד, כאשר מקבלים ראיות בדבר עבר מיני, על בית המשפט להזהיר את המושבעים כי אל להם לעשות היסקים כאלה (סעיף 11 לחוק המוצע). הוועדה שכתבה את הדוח הייתה מודעת לדמיון בין הצעתה לבין החוק הקנדי אשר חוקתיותו נידונה באותה עת בבית המשפט העליון הקנדי. היא הדגישה שההצעה אסרה רק על היסקים כלליים ולא על היסקים ספציפיים שהיו הבסיס לדיון החוקתי בקנדה.

שיטת היסק הוא מבוסס? מהן ההנחות העובדתיות שעליהן הוא מבוסס? במקומות הרלוונטיים נמתחת ביקורת על שיטת ההיסק ועל ההנחות העובדתיות תוך חשיפת שגיאות ברציונל התומך בעקרון הקבילות (המוגבלת).

1. התפיסה של פגיעה מינית ושיטת ההיסק

כדי לנתח משטרים ראייתיים יש לברר מהם היסודות המהותיים הטעונים הוכחה, ולשם כך יש להבין את תפיסות העולם והשקפות המדיניות שבבסיס הדין המהותי. לפיכך עלינו לברר מהי התפיסה של פגיעה מינית העומדת בבסיס החוק, וזו תוביל להבהרת מהותו של יסוד היעדר הסכמה. יש לציין כי לצד היסוד של היעדר הסכמה אפשר שיהיו יסודות נוספים המשפיעים על מוסריותו של המעשה שבנדון, דוגמת פערי כוחות עמוקים בין הצדדים. לקיומם של יסודות נוספים אלה יש חשיבות לצורך הדיון שלנו, מכיוון שכפי שנראה בהמשך, אפשר שתהיה ליסודות אלה השפעה על יסוד היעדר הסכמה והכללים הראייתיים הצמודים לו. אך לא נקדים את המאוחר.

ההנחה בסעיף זה היא כי הכללים הראייתיים שבהם אנו דנים נטועים בתוך מערכות משפט התופסות פגיעה מינית כהתקפה על האוטונומיה המינית ועל היציבות הנפשית. לפיכך היעדר הסכמה הוא היסוד המרכזי המכונן את אי־מוסריותו של המעשה המיני. בנוסף, הסכמה מתייחסת לגישותיה או להתנהגותה של המתלוננת.⁴² אכן, שיטות משפט שונות עשויות להיבדל בדרך שבה הן מגנות על האוטונומיה המינית והיציבות הנפשית, ועל כן גם בהגדרה המדויקת של הסכמה (אם מדובר בהחלטה מנטלית, במצב רגשי, בהתנהגות או בצירוף כלשהו של גורמים אלה). אך הנקודה החשובה היא שבסופו של דבר היסוד המכונן את אי־המוסריות של ההתנהגות קשור במתלוננת האינדיווידואלית ולא בשום נסיבות חיצוניות לה.

תמיכה מלאה של הטיעון האמור אינה אפשרית ואינה נדרשת במסגרת מאמר זה. על כן אסתמך רק על הסבירות הגלויה של הטיעון, ואציג בקצרה רק שתי דוגמאות מן המשפט הקנדי ומן המשפט האנגלי כדי לתמוך בו. בקנדה, סעיף 265(3) וסעיף 273(1) של הקוד הפלילי מספקים הגדרה של הסכמה לצורך עברות תקיפה מינית. בעניין *R v. Ewanchuk*⁴³ דן בית המשפט העליון הקנדי בסעיף 265(3), הכולל רשימת נסיבות שבהן אי אפשר לזהות הסכמה, ושעיקרן הכפפה באמצעות כוח, פחד, איומים, מרמה, או יחסי מרות.⁴⁴ בית המשפט הצהיר כי "במצבים אלה החוק מעוניין בסיבה בשלה בחרה המתלוננת להשתתף או להסכים למעשים המיניים... על בית המשפט לבחון האם היא החליטה באופן חופשי בדבר

42 ראו ALAN WERTHEIMER, CONSENT TO SEXUAL RELATIONS 144–162 (2003).

43 [1999] 1 S.C.R. 330.

44 ההגדרה של הסכמה היא רחבה אף יותר לאור סעיף 273(1) לקוד הפלילי. ראו דיון נוסף במסגרת הטיעון המשני של מאמר זה.

ההתנהגות שבמחלוקת⁴⁵. פרשנות זו מבטאת הגנה על הקרבן האינדיווידואלי, על מעמדה כסוכנת מוסרית ועל היכולת הנגזרת שלה לבחור בעצמה באילו מעשים מיניים להשתתף.⁴⁶ באנגליה ה־Sexual Offences Act 2003 קובע כי "...a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice"⁴⁷. המונחים שבהגדרה זו חושפים בבירור מסגרת ערכית אינדיווידואליסטית, שבבסיסה הכרה ביכולות הרציונליות שחולקים כל בני האדם ואשר מתווה חובה לנהוג כבוד. לפיכך המונחים הללו משקפים הגנה על זכויות האינדיווידואל, בראש ובראשונה הזכות לבחירה חופשית בספרה המינית (שהיא נגזרת של הזכות לאוטונומיה).

תפיסה זו של פגיעה מינית פותחת את הדלת להיסק הזה: כאשר אנשים מוציאים אל הפועל את חופש הבחירה המינית שלהם, הם נוטים לחזור על בחירות והתנהגויות מסוימות. לפיכך פעילות מינית מוסכמת קודמת של המתלוננת יכולה ללמד על הסכמה מאוחרת לפעילות מינית דומה. את שיטת ההיסק הזו אכנה בשם "שיטת השכל הישר". שיטה זו היא סטטיסטית באופייה: היא מבוססת על היסק מדפוס התנהגות שרוב האנשים חולקים רוב הזמן להתנהגותו של אדם אקראי במקרה ספציפי.

תאוריית האישיות הניצבת בבסיס שיטת ההיסק של השכל הישר היא הרווחת בקרב חוקרי הפסיכולוגיה האנושית. היא מניחה כלל מוגבל של חזרה על התנהגויות אנושיות – חזרה המונעת על ידי צירוף של גורמים אישיותיים ושל מאפיינים מצביים. הרעיונות המרכזיים החולשים על התאוריה האמורה הם אלה: משקל משתנה של גורמים שונים לפעולה – בנסיבות מסוימות המאפיינים המצביים נושאים משקל רב יותר, ואילו בנסיבות אחרות האישיות דומיננטית יותר;⁴⁸ כוונן עצמי – אנשים מסוימים נוטים להתאים את התנהגותם למצב יותר מאחרים;⁴⁹ קונטינגנטיות חלקית – חלק מדפוס התנהגות קונסיסטנטיים יותר מאחרים.⁵⁰ בנוסף, תכונות ומצבים מקיימים אינטראקציות מגוונות. למשל, תכונותיו של הפרט יובילו אותו לבחור סביבה מסוימת, ולכן תהיה לתכונות הללו

45 עניין Ewanchuk, לעיל ה"ש 43, בפס' 38.

46 ראו גם שם, בפס' 28 (Having control over who touches one's body, and how, lies at the core of human dignity and autonomy. The inclusion of assault and sexual assault in the Code expresses society's determination to protect the security of the person from any (non-consensual contact or threats of force").

47 Sexual Offences Act 2003, ס' 74.

48 ראו לדוגמה Paul L. Wachtel, *Psychodynamics, Behavior Therapy, and the Implacable Experimenter: An Inquiry into the Consistency of Personality*, 82 J. ABNORMAL PSYCHOLOGY 324 (1973).

49 Mark Snyder, *Self-Monitoring Processes*, in 12 ADVANCES IN EXPERIMENTAL SOCIAL PSYCHOLOGY 85 (L. Berkowitz ed., 1979); Daryl J. Bem & Andrea Allen, *On Predicting Some of the People Some of the Time: The Search for Cross-Situational Consistencies in Behavior*, 81 PSYCHOLOGICAL REV. 506 (1974).

50 ראו למשל LEONARD BERKOWITZ, AGGRESSION, ITS CAUSES, CONSEQUENCES, AND CONTROL 128–129 (1993); N.S. Endler & J. M. Hunt, *Triple Interaction Variance in the S-R Inventory of Anxiousness*, 27 PERCEPTUAL AND MOTOR SKILLS 1098 (1968).

השפעה על המצבים שבהם הפרט מוצא את עצמו.⁵¹ קיימת אפוא רשת מגוונת של גורמים המשפיעים על ההתנהגות האנושית, ובכל זאת לפחות חלק מן הגורמים האלה ניתנים לזיהוי, והשפעותיהם ניתנות לחיזוי במידה מסוימת.

כאשר מדובר על אינטראקצייה מינית, הגורמים המשפיעים על ההתנהגות יכולים להיות העדפות רגשיות, העדפות מיניות, העדפות חברתיות או פשוט רצון לדבוק בשגרה מוכרת. הגורמים הללו מכוננים טעם להסכים, והטעם הזה הוא ככל הנראה טעם חזק, שהרי הוא גבר על טעמים נוגדים אחרים. כשקיים טעם כזה להסכים, חזרה היא מסתברת יותר.⁵² אכן אפשר שהמשקל היחסי של הגורמים הנזכרים משתנה על פי אופי הפעילות המינית הנידונה. למשל, הם עשויים להיות בעלי משקל רב יותר בהחלטה לחזור על אינטראקצייה מינית לא חודרנית ביחס למשקלם בהחלטה לחזור על אינטראקצייה חודרנית, שם גורמים נוספים – חברתיים, תרבותיים ובריאותיים – נכנסים לתמונה. עם זאת הגורמים האמורים (או לפחות חלק מהם) תמיד קיימים ותמיד מכוננים טעם לחזור על ההתנהגות, וטעם זה הוא לכל הפחות אינו טעם חלש. ברי כי נקודות הדמיון שיש בהן כדי ללמד על קיומו של טעם לחזור על ההתנהגות אינן קבועות, ולכידתן בכללים משפטיים עלולה להיות מסובכת ושנויה במחלוקת. עובדה זו מסבירה את המגוון הרחב יחסית של כללים הקובעים קבילות של ראיות בדבר עבר מיני. אך הנקודה החשובה היא שכל המשטרים הקיימים מתבססים על הנחת החזרה שתוארה לעיל.

51 Wachtel, לעיל ה"ש 48. ראו גם Mark Snyder & Thomas C. Monson, *Persons, Situations, and the Control of Social Behavior*, 32 J. PERSONALITY & SOCIAL PSYCHOLOGY 637 (1975).

52 בהקשר כללי נושא זה נדון בעיקר בקשר לקבילות ראיות אופי המכוונות להוכיח טענות באשר למהימנותו של נאשם או באשר לביצוע העברה. ככל שהדיונים בהקשר זה עוסקים בניתוח עובדתי של התנהגות אנושית, הרי הם רלוונטיים לענייננו, שכן הם "[are] founded on generalizations about human behaviour which are the product of observation and experience of the repetitive and patterned nature of much human action". ראו DENNIS, *Evidence in Criminal Proceedings: Previous Misconduct of a Defendant* (Consultation Paper no. 141, London 1996) ה" Law Commission הבריטית נסמכה על מקורות שונים כדי לתאר את תאוריית האישיות שנוכרה לעיל. בהתבסס על תאוריה זו, הוועדה הגיעה למסקנה ש: "(1) past behaviour can be probative on the question whether the defendant is likely to have acted in the way alleged; but ... the psychological research supports the emphasis currently placed on the importance of close and unusual similarities between the past conduct and that now alleged" (סעיף 6.40 לנייר העמדה).

עם זאת יש להזכיר, שטבעה הכללי של התאוריה אינו אמור להנביע כלל משפטי אחד בכל ההקשרים, כפי שהוצע על ידי Di Birch, *Rethinking Sexual History Evidence: Proposals for Fairer Trials*, CRIM. L. REV. 531, 546–547 (2002). הטעם לכך הוא שקיימים שיקולים נוספים בעלי אופי ספציפי שיש להביאם בחשבון בהקשר של ראיות בדבר עבר מיני. ראו Temkin, *Sexual History Evidence*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 236–239. אפשר לטעון עוד כי התנהגות פלילית קודמת מצביעה על חציית קו פסיכולוגי משמעותי, נוסף על הראותה שלנאשם יש סיבה לבצע פשע. לכן יש לה ערך פרדיקטיבי גבוה מזה של יחסי מין קודמים.

עלי משפט יא תשע"ד – הצגת ראיות בדבר עברה מיני של מתלוננת בעברות מין לצורך הוכחת הסכמה

אם כן, קבילותן של ראיות עבר מיני נסמכת על היסק מההתנהגות הטיפוסית של כל האנשים כל הזמן להתנהגות של המתלוננת במקרה שבמחלוקת. בדומה לראיות סטטיסטיות "עירומות", אפשר להתנגד לסוג זה של היסק מטעמים מוסריים או חברתיים חזקים;⁵³ אפשר לטעון למשל שייחוס אחריות על בסיס התנהגות של אחרים אינו הוגן; שקבלת ראיות כאלה פותחת את הדלת לקבלת ראיות סטטיסטיות המתבססות על השתייכות קבוצתית, ושהתערבות על בסיס השתייכות לקבוצות חלשות אינה רצויה מבחינה חברתית; שההנחה שבני אדם הם חופשיים באופן רדיקלי עומדת בבסיס המוסר עצמו וצריכה אפוא להיאכף על ידי החוק. טיעונים רבים ברוח זו הושמעו גם בעניין קבילותן של ראיות אופי וראיות בדבר הרשעות קודמות של הנאשם.⁵⁴ אף על פי שאני מקבלת טיעונים אלה, אבקש להתמקד כאן רק בשאלת התקפות האפיסטמית, ההיסקית והסטטיסטית של הדוקצייה האמורה, מכיוון שדומה כי חשיפת שגיאה אפיסטמית עשויה להיות בעלת כוח שכנוע רב מזה של כל טיעון שאינו אפיסטמי באופיו.

2. הקושי בהיסק

ראינו שהכללים הקובעים קבילות ראיות בדבר עבר מיני מבוססים על היסק מן השכל הישר, אשר יש לו אופי סטטיסטי. עתה נמשיך לשלב הביקורת של הכללים הללו תוך התמקדות באופן המטעה, ואולי השגוי, שבו הם מיישמים עקרונות סטטיסטיים בסיסיים. אטען כי יישום תאוריית האישינות שתוארה לעיל במקרים של תקיפה מינית הוא בעייתי: התאוריה תומכת בהיסקים מהתנהגות מינית קודמת להתנהגות מינית מאוחרת רק כשמדובר באוכלוסייה הכללית של אנשים המקיימים אינטראקציות מיניות ולא במקרים המגיעים למשפט. אשר למקרים המגיעים למשפט לא ידוע אם הנחת החזרה תקפה, ויש סיבות לחשוב שהיא אינה תקפה. לפיכך המשטרים הקיימים היו צריכים לפסול את כל סוגי הראיות בדבר עבר מיני במקום לקבל ראיות בדבר עבר מיני דומה.

השלב הראשון בניתוח יהיה איתור קבוצות התייחסות אפשריות (קבוצות שההתנהגות הטיפוסית של חבריהן מספקת ידע רלוונטי המאפשר דוקצייה באשר להתנהגות של המתלוננת במקרה שבמחלוקת). המתלוננת חברה כמובן במספר אינסופי של קבוצות

53 לעוד טיעונים מסוג זה ראו D.T. Wasserman, *The Morality of Statistical Proof and the Risk of Mistaken Liability*, 13 CARDOZO L. REV. 935 (1991); Peter Tillers, *If Wishes Were Horses: Discursive Comments on Attempts to Prevent Individuals from being Unfairly Burdened by their Reference Class*, 4 LAW, PROBABILITY AND RISK 33 (2005).
אך ראו גם Amit Pundink, *Statistical Evidence and Individual Litigants: A Reconsideration of Wasserman's Argument from Autonomy*, 12 E & P 303 (2008).

54 לדין בראיות אופי ובקשיים השונים בקבלתן ראו PAUL ROBERTS & ADRIAN ZUCKERMAN, CRIMINAL EVIDENCE 586–600 (2nd ed. 2010); Mike Redmayne, *The Ethics of Character Evidence*, 61 CURRENT LEGAL PROBLEMS 371 (2008).

סטטיסטיקות, אך אבקש לדון בשתי קבוצות שהן רלוונטיות פוטנציאלית:⁵⁵ קבוצת הציבור בכללותו וקבוצת המתלוננות על תקיפה מינית.

הקבוצה הראשונה – של הציבור בכללותו – בעניינה, כפי שראינו, הנחת החזרה תקפה. המשמעות של קביעה זו היא שרוב הציבור פועל רוב הזמן בספרה המינית על פי דפוסים קבועים למדי בהיבטים שהחוק עדיין מזהה כרלוונטיים (זהות השותף ומסגרת ההתרחשות ("settings") במובן צר). לכן אם נבדוק מדגם אקראי של האוכלוסייה הכללית, נגלה שחזרה היא אכן מסתברת, ואולי אפילו מסתברת מאוד. אלא שה"מדגם" שברשותנו אינו מדגם אקראי. כשהמדגם כולל רק מתלוננות על תקיפה מינית, הוא כבר אינו אקראי, כי אם מוטה. אילו היינו סטטיסטיקאים, די היה בכך כדי להגיע למסקנה שאין בסיס לקביעה כי הידע שיש בידינו על המדגם האקראי (הנחת החזרה) תקף גם באשר למדגם המוטה (קבוצת המתלוננות). אך אפשר להוסיף ולשאל: מדוע? האם יש טעם פוזיטיבי לא להחיל את הנחת החזרה על מתלוננות? או במילים אחרות, האם התלונה מוסיפה לנו ידע רלוונטי או שמא מדובר בנתון מקרי וחסר השפעה על איכות המדגם ותקפות המסקנות?

התלונה היא נתון המוסיף ידע רלוונטי. תלונה מרמזת שאפשר שהנחת החזרה נשברה – אפשר שנתהווה טעם לא לחזור על האינטראקציה המינית המוסכמת.⁵⁶ כדי להבין את הסיבה לכך יש לחשוב על הטעמים האפשריים להגשת תלונה בגין תקיפה מינית. יכולים להיות טעמים מגוונים להגשת תלונה, אך באופן כללי אפשר לומר שהטעמים מתחלקים לשתי קבוצות מרכזיות: קבוצה ראשונה כוללת טעמים מתחום הצדק (המתלוננת רוצה שיעשה צדק). כאן אנו מניחים כמובן שהיו למתלוננת טעמים לשבור את הדפוס, ומעבר לדרוש אף מניחים שהיא פעלה על פי הטעמים הללו, שברה את הדפוס (לא הסכימה), והותקפה. קבוצה שנייה של טעמים להגשת תלונה כוללת טעמים חברתיים הנוגעים למערכות היחסים שבין המתלוננת לבין הנאשם או אנשים אחרים (שבר במערכת היחסים עם הנאשם, התגברות חשש מתגובת המשפחה של המתלוננת אם ייודע כי היא מקיימת יחסי מין). טעמים חברתיים להגשת תלונה הם בדרך כלל לא רק טעמים להגשת תלונה כי אם גם טעמים לשבירת דפוס ההתנהגות הקודם: שבר במערכת היחסים עם הנאשם הוא טעם להגיש תלונה, וגם טעם שלא לקיים עוד יחסים עם הנאשם. כך הוא גם באשר להתגברות חשש מתגובת המשפחה. אמנם אפשר שבמקרים מסוימים הטעמים החברתיים הם אך ורק טעמים להגשת תלונה (ולא טעמים לחריגה מן הדפוס). הכוונה היא למקרים שבהם התגובות הטעמים הייתה מאוחרת לאירוע שבמחלוקת (למשל, השבר במערכת

55 קבוצות ייחוס אחרות, קטנות יותר, לא תהיינה קבוצות רלוונטיות. כדי שקבוצה תהיה רלוונטית צריך שיהא לה מאפיין שמוסיף ידע רלוונטי בדבר ההסתברות של חזרה – ידע שחורג ממה שאנחנו כבר יודעים (קרי שיש הסתברות ראשונית גבוהה המופחתת על ידי התלונה). לא נראה שיש קבוצות בעלות מאפיינים כאלה. למשל, אין זה משנה לצורך העניין אם מדובר בתלונה בדבר אונס במסגרת הנישואין או בתלונה בדבר אונס בפגישה.

56 אני מתייחסת כאן לתלונה ולא להצהרות המתלוננת כדי "לנקות" את הדיון מבלבול באשר לשאלת מהימנות התלונה. ודאי שבמציאות אין דרך להפריד בין הנושאים, ולפיכך אין זו התלונה כי אם הצהרת המתלוננת אשר אפשר להציג במקרים מסוימים כראיה.

עלי משפט יא תשע"ד – הצגת ראיות בדבר עברה המיני של מתלוננת בעברות מין לצורך הוכחת הסכמה

היחסים עם הנאשם התגלע לאחר היחסים שבמחלוקת). אך ודאי שאין מדובר בכל המקרים, וגם אין סיבה להניח שמדובר בנתח גדול מאוד של מקרים, ועל כך עוד ידובר בהמשך. אם לסכם, הטעמים להגשת תלונה מכילים פעמים רבות טעמים מוקדמים יותר לחרוג מדפוס ההתנהגות הקודם. במילים אחרות, התלונה היא אינדיקציה לכך שהיו טעמים חזקים לחרוג מדפוס ההתנהגות הקודם. לכן אם הוגשה תלונה, סביר להניח שההסתברות של חזרה צונחת, ככל הנראה הרבה.

השאלה הבאה שיש לשאול היא עד כמה ההסתברות של חזרה בקרב קבוצת המתלוננות צונחת. ראיות בדבר עבר מיני דומה תהייה אינדיקטיביות להסכמה כל עוד ההסתברות של הסכמה חוזרת (על רקע דפוס) בקרב קבוצת המתלוננות גבוהה מן ההסתברות הכללית של הסכמה בקרב קבוצת המתלוננות. אלא שאין שום דרך לדעת מהי ההסתברות של הסכמה חוזרת (על רקע דפוס) בקרב קבוצת המתלוננות. אין בידינו כל מידע באשר ליחס שבין תלונות אמת לתלונות שקר בקרב מתלוננות בעלות עבר מיני דומה דווקא. ואם אין בידינו מידע מספיק, אין סיבה לומר שראיות בדבר עבר מיני דומה אינדיקטיביות להסכמה. בהיעדר סיבה כאמור, אין מקום להציף את בית המשפט במידע על עברן המיני של מתלוננות – מידע שלכל הפחות אפשר לומר שאין באפשרותנו לדעת אם הוא אינדיקטיבי לעובדה השנויה במחלוקת.

ראינו כי מבין שתי קבוצות ההתייחסות שבחנו – האוכלוסייה הכללית וקבוצת המתלוננות – הקבוצה השנייה מספקת לנו מידע ספציפי יותר, שהוא רלוונטי למקרה, ועל כן יש לבחור בקבוצה זו כקבוצת ההתייחסות הנכונה.⁵⁷ לפני שנמשיך בדיון, יש להוציא מן הדיון אפשרות נוספת לבחירה בין שתי קבוצות ההתייחסות: אפשרות של בחירה בשתי הקבוצות בד בבד (זו של האוכלוסייה הכללית וזו של המתלוננות), ועל פי זה להתיר ראיות עבר מיני בהתבסס על החברות באוכלוסייה הכללית, וכן ראיות בדבר קיומה של תלונה. בחירה כזו תהיה מוטעית. התלונה אינה רק ראיה נגד הסכמה אשר אפשר להציגה עם ראיות נוגדות בדבר עבר מיני דומה. התלונה וראיות עבר מיני אינן אינדיקציות מנוגדות לאותה שאלה שבמחלוקת. התלונה שוללת את תקפותה של הנחת החזרה, ולכן הופכת ראיות בדבר עבר מיני ללא רלוונטיות. הידע שיש לנו על התנהגות הקבוצה הגדולה יותר (כלל האוכלוסייה) נסתר באמצעות ידע ספציפי על התנהגות הקבוצה הקטנה יותר של מתלוננות.

57 זוהי ככל הנראה הנקודה ש-McColgan רומזת עליה כאשר היא שואלת: "are women who are or have been sexually active more likely to have consented to sexual activity they characterize as rape than women who are or have not been so active? Is it more likely that a man with a reputation for generosity consented to the appropriation of his possessions, in a case where he alleges theft by the appropriator, than a man who has a reputation for meanness? Of course it is not. Neither his generosity nor her other sexual activities render it more likely that they consented to the activity of which they now complain". McColgan, לעיל ה"ש 13, בעמ' 285.

3. התנגדות מחזקת החפות

אפשר לטעון שהניתוח האמור של קבוצת המתלוננות רואה בעצם קיומה של תלונה אינדיקציה להיעדר הסכמה. הנחה זו עומדת, על פי הטיעון, בסתירה לחזקת החפות, הדורשת שהתביעה תוכיח את כל היסודות המהותיים של העברה בראיות עצמאיות מעבר לספק סביר. לפיכך הגשת התלונה אינה בעלת ערך ראייתי, ויש להתעלם ממנה במסגרת דיני הראיות.

אפשר להציג כמה תגובות להתנגדות האמורה: ראשית, הדיון שלעיל מתייחס למקרים שהגיעו לשלב המשפט. לכן בכל אחד מן המקרים הללו התלונה מלווה בהצהרת עד מהימנה באופן בסיסי לפחות, או בראיות אחרות שתומכות בתזת התקיפה. כל אחד מן הגורמים הללו הוא אינדיקציה לכך שהנחת החזרה נשברה באותו מקרה, ולכן אין צורך להיזקק לתלונה דווקא. ההיזקקות שלעיל לתלונה נעשתה מטעמים של נוחות הדיון בלבד. יש לזכור כי הצהרת עד קבילה בנסיבות מסוימות כראיה לאמתות תוכנה, ובכל מקרה היזקקות לה במשפט אינה מעוררת התנגדות חזקה כהיזקקות לתלונה.

שנית, ההתנגדות מחזקת החפות אינה שוללת את התקפות הסטטיסטית הבסיסית של הניתוח שהוצע לעיל. היא אינה מבקשת לסתור את ההנחה שהגשת התלונה מעלה את ההסתברות שבוצעה תקיפה מינית לעומת ההסתברות שבוצעה תקיפה מינית על ידי אדם אקראי מן האוכלוסייה של בת זוגו (למשל). ואמנם, ההנחה שתלונה מגדילה את ההסתברות שבוצעה תקיפה עומדת בבסיס כל, או כמעט כל, פעולת המשטרה – התלונה היא הבסיס לפעולות חקירה נוספות.

על כן כל שההתנגדות האמורה גורסת הוא שבמהלך המשפט שיקולים מתחום חזקת החפות עשויים לגרום לנו להתעלם ממידע תקף שיש בידינו. אולם השאלה היא מאיזה מידע בדיוק נרצה להתעלם, או ליתר דיוק – אם יש טעם שמקורו בחזקת החפות להתעלם מן העובדה שהוגשה תלונה בהקשר שבו אנו דנים. התשובה היא בשלילה.

בניסוח גס, חזקת החפות קובעת כי אדם חף מפשע עד שהוכחה אשמתו. זוהי חזקה נורמטיבית הנסמכת על שני שיקולים מרכזיים: שיקול ראשון הוא כי כבוד האדם תובע התייחסות מקדמית לבני אדם כחופשיים באופן רדיקלי, וככאלה הם גם יצורים מוסריים ושומרי חוק. חזקת החפות מגלמת הנחה זו של חירות רדיקלית.⁵⁸ שיקול שני הוא כי ההליך הפלילי הוא לא סימטרי, ובו למדינה נתון כוח רב בהרבה מזה של הנאשם. חוסר האיזון הזה טומן בחובו סכנה של ניצול כוח על ידי המדינה, הן בדרך של הפרת זכויות האדם של הנאשם תוך קיום ההליך (למשל בשלילת חירות מיותרת) והן בדרך של קיום הליכים לא הוגנים של קביעת אשמה.⁵⁹ חזקת החפות פועלת לצמצום סכנות אלה.

הבה נבחן את הרציונל הראשון של חזקת החפות (הרציונל מכבוד האדם). אפשר לטעון כי בכל התייחסות לתלונה גלומה התייחסות להיותו של הנאשם חבר בקבוצת הנאשמים,

58 R.J. KOESTER, DIE RECHTSVERMUTUNG DER UNSCHULD 143 (1979)

59 HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION mainly 160–168 (1968)

ולכן גלומה בה גם הנחה כי החברות בקבוצה זו מעלה את ההסתברות כי תקף את המתלוננת, כלומר אנו מתייחסים אל הנאשם כאל מי שאינו חופשי באופן רדיקלי אלא כאל מי שהחברות שלו בקבוצה כלשהי קובעת את התנהגותו. אני סבורה כי טיעון זה חסר תוקף. אחרי הכול, החברות בקבוצת הנאשמים התגבשה לאחר ההתנהגות הרלוונטית ולא לפני, ולכן ההתייחסות לחברות בקבוצה הזו אינה כרוכה בהנחה כי עצם החברות השפיעה על התנהגותו. זאת ועוד, אפילו אם יש לטיעון תוקף, הרי הוא פועל לשני הכיוונים: אם אי אפשר להתייחס לחברים בקבוצת הנאשמים כאל מי שהסתברות אשמתם עולה, כך אי אפשר להתייחס לחברות בקבוצת הנשים בעלות עבר מיני כאל מי שהסתברות הסכמתן ליחסים דומים עולה, שכן גם התייחסות כזו אינה עולה בקנה אחד עם הנחת החופש הרדיקלי. ואם כך הוא, הרי שאין לקבל ראיות בדבר עבר מיני דומה.⁶⁰

ואשר לרציונל השני של חזקת החפות (החשש מניצול לרעה של כוחה של המדינה): מרציונל זה יכולות להיגזר דרישות שונות. בהקשר שלנו הדרישה הרלוונטית היא שכמות ומשקל הראיות שדי בהן כדי להרשיע את הנאשם לא יפחתו מכמות ומשקל הראיות שדי בהן כדי להרשיע אדם אקראי מן הציבור אשר לא הוגשה נגדו תלונה. זאת, אף על פי שהסתברות האשמה של הנאשם גבוהה מהסתברות האשמה של אדם אקראי. דרישה כזו פועלת לאזן את היתרונות הניכרים של רשויות התביעה לעומת הנאשם, וכן להפחית את הסיכון של תלונות שווא בכלל ושל תלונות שווא המנוצלות על ידי המדינה בפרט.⁶¹ על כן השאלה שיש לשאול היא אם ההתייחסות המוצעת לתלונה מפחיתה מכמות ומשקל הראיות הנדרשות לשם הוכחת אשמה במשפט. התשובה היא כמוכך בשלילה. דבר אחד (מסוכן למדי) הוא לומר שעצם הגשת התלונה הוא ראייה נגד הנאשם, ועל כן כאשר מוגשת תלונה מונח על כתפי התביעה נטל קל יותר במונחים של הראיות שעליה להציג; דבר שונה לגמרי הוא לומר שהתלונה עצמה אינה ראייה נגד הנאשם, אבל היא עשויה להוביל באופן לוגי לפסילת ראיות אשר על פי הטענה תומכות בגרסת הנאשם – ראיות שבמבט קרוב יותר הופכות לא רלוונטיות בהתחשב בקיומה של תלונה. חזקת החפות מופרת רק במקרה הראשון, שבו המדינה מתפרקת מחובתה להוכיח את האשמות המתלוננת בראיות עצמאיות. היא אינה מופרת במקרה השני, שבו המדינה עדיין נושאת במלוא הנטל להוכיח את העובדות בראיות עצמאיות (ובו לא נפסלו שום ראיות תומכות תמיכה אמתית בגרסת הנאשם).

4. מתודת היסק חלופית

סעיף זה נסמך על תוכנות בייסיאניות כדי לאשש את הביקורת שהוצגה לעיל ואף לשכלל אותה. הטענה המוצגת בו היא שאם פגיעה מינית היא פגיעה באוטונומיה המינית

60 לטענה זו ראו עוד Wasserman, לעיל ה"ש 53.

61 ראו שם.

וביציבות הנפשית, שיטת ההיסק הבייסיאנית מובילה לאיסור על הצגת כל הראיות בדבר עבר מיני של מתלוננות, למעט חריג צר בלבד, וזאת לפי כל הנחה עובדתית אפשרית. משפט בייס הוא משפט פרטיקולרי במסגרת התחום הרחב יותר של הסתברות קלסית-מתמטית. כאשר משפט זה מופעל בדיני הראיות, הוא מאפשר לנו לנסות ולהעריך את הערך הראייתי של ראיות ספציפיות במקרה ספציפי, ובאופן תאורטי – גם לחשב אם יש ראיות מספיקות לצורך הרשעה בכל מקרה נתון.⁶² במונחים פשוטים, המשפט פועל כך: ראשית מחושב הסיכוי הפרירי לאשמה במקרים של תקיפה מינית. הסיכוי הפרירי לאשמה הוא הסיכוי לאשמה בהיעדר ראיות ספציפיות למקרה. הוא מחושב באמצעות איתור הקבוצה הרלוונטית של מקרים ואז חלוקת השכיחות של מקרים שבהם הנאשם אשם בשכיחות של מקרים שבהם הוא חף, וכן הבאה בחשבון של משתנה שמשקף את סטנדרט ההוכחה במשפט הפלילי. נכנה את הערך המחושב Q. הדרך לאתר את קבוצת המקרים הרלוונטיים שנויה במחלוקת קשה בגלל הבעיה הידועה כ-"reference class problem":⁶³ האם עלינו להתייחס לסיכוי שאדם אקראי מקרב האוכלוסייה כולה ביצע תקיפה מינית? לסיכוי שגבר מתוך האוכלוסייה ביצע תקיפה מינית (בהנחה שאנו יודעים שהתוקף הוא גבר)? לסיכוי שגבר בעיר הרלוונטית ביצע תקיפה מינית (למשל אם יודעים שהנאשם היה בן זוגה של המתלוננת)? אתיחס לבעיה בקצרה בשלב מאוחר יותר של הניתוח. בינתיים אציין רק שלמחלוקת הזו השפעה מוגבלת בלבד על הטיעון שאציע, שכן הוא אינו תלוי בקיומם של ערכים מספריים אקטואליים. בשלב הבא מחושב הכוח הראייתי של הראיה שבנדון. הכוח הראייתי של ראיה משתקף בערך המכונה "יחס הנראות". יחס הנראות הוא מנת ההסתברות שהראיה הייתה מתגלית בהנחה שהנאשם אשם וההסתברות שהראיה הייתה מתגלית בהנחה שהנאשם חף.⁶⁴ יחס הנראות של ראיה מסוימת אומר בכמה עלו או ירדו הסיכויים שהנאשם אשם באמצעות הצגת הראיה.

62 את משפט בייס ניסח הכומר Thomas Bayes, Essay Toward Solving a Problem in the Doctrine of Chances (The Royal Society, 1763). ראו Mike Redmayne, *Bayesianism and*

63 ל-"reference class problem" בדיני ראיות ראו Ronald J. Allen & Michael Pardo, *The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence*, 36 J. LEGAL STUD. 107 (2007) וכן Tillers, לעיל ה"ש 53.

64 באופן פורמלי, הניחו ש- $P(G|E)$ היא הסתברות האשמה בהינתן הראיה שבנדון. הניחו גם ש- $P(E|G)$ היא ההסתברות להופעת הראיה תחת הנחת אשמה. $P_0(G)$ היא הסתברות האשמה האפריורית, ו- $P_0(E)$ היא ההסתברות האפריורית להופעת הראיה. על פי משפט בייס: $P(G|E) = (P(E|G) * P_0(G)) / P_0(E)$. בדומה לכך, הניחו ש- $P(\hat{G}|E)$ היא הסתברות החפות של הנאשם בהינתן הראיה. על פי משפט בייס: $P(\hat{G}|E) = (P(E|\hat{G}) * P_0(\hat{G})) / P_0(E)$. כאשר מחלקים את (1) ב-(2) מקבלים: $P(G|E) / P(\hat{G}|E) = ((P_0(G) / P_0(\hat{G})) * (P(E|G) / P(E|\hat{G})))$. הביטוי $P(E|G) / P(E|\hat{G})$ הוא יחס הנראות, ואפשר לראות שהוא אומר בכמה פיסת ראיה ספציפית מעלה את הסתברות האשמה של הנאשם ביחס להסתברות האשמה האפריורית. ראו למשל RICK DURRANT, *ELEMENTARY PROBABILITY FOR APPLICATIONS* (2009); E.T. JAYNES, *PROBABILITY THEORY – THE LOGIC OF SCIENCE* (2003).

בהנחה שביכולתנו לחשב את יחס הנראות, אנו יכולים לומר מה ההסתברות הפוסטריורית של אשמה במקרה מסוים,⁶⁵ או למעשה – אם ההסתברות של אשמה במקרה נתון היא לפחות גבוהה כנדרש לצורך הרשעה פלילית: אם יחס הנראות גבוה מ-Q, הנאשם אשם מעבר לספק סביר. יש לציין כי אם יחס הנראות של ראיה אחת נמוך מ-Q, אפשר להכפיל יחס זה ביחס הנראות של ראיות עצמאיות אחרות.⁶⁶ הרשעה אפשרית במקום שבו יש ראיות מספיקות כדי להפיק יחס נראות כולל הגבוה מ-Q.

הפסקאות הבאות מיישמות את הלוגיקה הבייסיאנית בסוגיית הרלוונטיות של ראיות עבר מיני לשאלות של הסכמה (לא אדון באשמה כלל אלא רק ביסוד של היעדר הסכמה). בטרם יישום יש לציין כי כמו בעניין ההתנגדות מתחום ה-reference class problem, גם רוב ההתנגדויות האחרות לשיטת ההיסק הבייסיאנית אינן תקפות לטיעון שבמאמר זה: הן תקפות לחישובים בייסיאניים בתהליך ההוכחה ולא להתייחסות לעקרונות מתחום ההסתברות הבייסיאנית. רוב ההתנגדויות מתייחסות לעובדה שמסיבות שונות הערכת ההסתברויות הנחוצה כדי לחשב את יחס הנראות או הערכת דרגת העצמאות של ראיות שונות זו מזו, היא קשה עד בלתי אפשרית.⁶⁷ ההתנגדויות הללו אמנם תקפות כאשר משפט בייס מופעל בצורתו הפורמלית המלאה כדי לחשב ערכים הסתברותיים קונקרטיים. אולם אין זה המסלול שאליו אני פונה. הטיעון שלהלן נזקק רק לעקרונות המצויים בבסיס שיטת ההיסק הבייסיאנית בניסיון להכריע בשאלה אם לראיה מסוימת יש ערך ראייתי כלשהו ולא בניסיון לחשב במדויק מהו אותו ערך ראייתי.

הטיעון מתמקד ביחס הנראות כדי להכריע בשאלה אם ראיות בדבר עבר מיני דומה הן בעלות ערך ראייתי כלשהו לסוגיית ההסכמה. אם מתמקדים ביחס הנראות, ברור שראיות בדבר עבר מיני דומה ייטו להוכיח הסכמה רק אם ההסתברות לאתרון בהנחה שהמתלוננת לא הסכימה נמוכה מן ההסתברות לאתרון בהנחה שהמתלוננת הסכימה. רק במקרה כזה יחס

65 הסתברות האשמה הפוסטריורית היא הסתברות האשמה בהינתן הראיה.

66 לדרישת העצמאות של הראיות ראו גם DURRENT, לעיל ה"ש 64

67 התנגדות מרכזית אחת היא שבני אדם אינם מסוגלים לבצע בהצלחה חישוב בייסיאני. ראו Ronald J. Allen, *Factual Ambiguity and A Theory of Evidence*, 88 Nw. U. L. REV. 606 (1994). התנגדות קשורה היא ההתנגדות מקבוצת הייחוס. ראו לעיל ה"ש 63. התנגדות נוספת היא שהחשיבה האנושית בנויה סביב נרטיבים ולא סביב היסקים הסתברותיים או לוגיים. ראו למשל Nancy Pennington & Reid Hastie, *The Story Model for Juror Decision Making*, in *INSIDE THE JUROR: THE PSYCHOLOGY OF JUROR DECISION MAKING* 192 (Reid Hastie ed., 1993). עוד התנגדות היא שסטנדרט ההוכחה אינו כמותי או ניתן לכימות. אכן נראה שכך הוא, אך אין בכך כדי לפסול התייחסות להיגיון הסתברותי (להבדיל מחישובים הסתברותיים). התנגדויות נוספות מתייחסות לכך שתורת הלוגיקה אינה דורשת בהכרח שימוש בשיטות בייסיאניות, וכן לכך שיש לשיטות אלה תפקיד מוגבל בצמצום מתחם שיקול הדעת השיפוטי. להתנגדויות אלה ואחרות ראו Alex Stein, *Judicial Fact Finding and the Bayesian Method: The Case for Deeper Skepticism about their Combination*, 47 THE INTERNATIONAL JOURNAL OF EVIDENCE AND PROOF 25 (1996).

הנראות של הראיה ייטה להוריד את ההסתברות הפוסטריורית של היעדר הסכמה. על כן עלינו לברר איזו משתי ההסתברויות גבוהה יותר.

מתן תשובה לשאלה האמורה נעשה בשני שלבים: השלב הראשון הוא הגדרת קבוצת ההתייחסות; השלב השני הוא מידול הערכות בדבר ערך ראייתי.⁶⁸ מכיוון שהשאלה שבה אנו דנים אינה של אשמה לאור כל נתון המשפיע על ההסתברות לאשמה אלא רק של הסכמה לאור ראיות בדבר עבר מיני דומה, הגדרת קבוצת ההתייחסות היא פשוטה יחסית. היא דורשת רק זיהוי גורמים המשפיעים על הסיכויים להסכמה לאור קיומן של ראיות בדבר עבר מיני דומה, ו"הסכמה" נתפסת כהחלטה מנטלית אקטואלית, מצב רגשי או התנהגות (ולא כמצב עניינים חיצוני למתלוננת). בהמשך לדיון קודם, אתחיל מהבאה בחשבון את גורם התלונה, ואדון בקבוצת המתלוננות על תקיפה מינית. המסקנה מדיון זה תהיה שראיות בדבר עבר מיני דומה אינן רלוונטיות לצורך שאלות של הסכמה. בשלב הבא אבחן אם יש סיבה לזהות קבוצת התייחסות מצומצמת יותר במקרים מסוימים. הבחינה תוביל למסקנה שעבר מיני דומה עשוי בכל זאת להיות רלוונטי בקבוצה אחת של מקרים: כאשר האינטראקציה המינית שבמחלוקת כוללת מאפיינים נדירים ומיוחדים לעומת פרקטיקות מיניות מצויות.

נתחיל בבחינת קבוצת המתלוננות על תקיפה מינית ונבחן את ההסתברות לאיתור ראיות בדבר עבר מיני דומה, ראשית לפי הנחה שהייתה הסכמה ושנית לפי הנחה שלא הייתה הסכמה. כבר הזכרתי לעיל שמשימה זו דורשת מידול של הערכות סובייקטיביות בדבר ערכים ראייתיים. אפשר לטעון שהערכות כאלה הן לעתים אפשריות.⁶⁹ אולם אין זה כך במקרה שלנו. אין דרך לדעת איזו מההסתברויות הללו גבוהה יותר, והאינטואיציות של אנשים שונים תהיינה בהכרח שונות אלה מאלה.

אפשר לפתוח בבחינת ההסתברות לאיתור ראיות בדבר עבר מיני דומה בהנחה שהמתלוננת הסכימה. בהינתן הנחת החזרה,⁷⁰ אפשר להניח די בבטחה שלמשל שמונה מתוך עשרה מקרים של אינטראקציות מיניות מוסכמות הם מקרים חוזרים. לכן ההסתברות לאתר ראיות עבר מיני דומה בהנחה שהמתלוננת הסכימה היא בערך 0.8.

עתה יש להשוות הסתברות זו להסתברות לאיתור ראיות עבר מיני דומה לפי ההנחה של היעדר הסכמה. אם הסתברות זו תהא נמוכה מהקודמת, אזי ראיות עבר מיני דומה אכן אינדיקטיביות להסכמה. אך אם הסתברות זו תהא גבוהה מהקודמת, אזי ראיות עבר מיני דומה אינן אינדיקטיביות להסכמה בשום צורה.

68 לדוגמה אחת למודל כזה ראו D. Friedman, *Character Impeachment Evidence: Psycho-Bayesian (!?) Analysis and a Proposed Overhaul*, 38 UCLA L. REV. 637 (1991). ראו גם את הערותיהם של Allen & Pardo למודל זה, לעיל ה"ש 63, בעמ' 129-130.

69 אם כי בהיותן סובייקטיביות הן תמיד תהיינה שנויות במחלוקת. לביקורת על המודל של פרידמן ראו Richard H. Uviller, *Credence, Character, and the Rules of Evidence: Seeing through the Liar's Tale*, 42 DUKE L.J. 776 (1993).

70 כמו גם נתונים נוספים, ובעיקר העובדה שרוב היחסים המיניים מתרחשים בין אנשים מנוסים מינית.

כדי לערוך השוואה זו עלינו להעריך כמה מתוך המקרים של תקיפה מינית קורים על רקע יחסים דומים מוסכמים (למשל, על ידי שותף מיני או כחלק משרשרת אירועים אחת הכוללת כמה אינטראקציות מיניות עם כמה שותפים שונים). התשובה רחוקה מלהיות ברורה מאליה, ואי אפשר לדבר כאן על ידע כללי הנובע מניסיון חיים. כפי שיובהר להלן, נראה סביר באותה מידה לחשוב ששניים מתוך עשרה מקרים של תקיפה מינית קורים על רקע מגעים דומים או שתשעה מתוך עשרה מקרים של תקיפה מינית קורים על רקע כזה. על כן הסתברות של 0.2 לאיתור ראיות עבר מיני דומה (המשקפת את ההנחה ששניים מתוך עשרה מקרים קורים על רקע מגעים דומים) נראית אפשרית בדיוק כמו הסתברות של 0.9 לאיתור ראיות כאלה (הסתברות המשקפת את הנחת ה-9 מתוך 10).

הנוטים יותר לחשוב שההסתברות למציאת ראיות עבר מיני דומה היא 0.2 לפי ההנחה של היעדר הסכמה יניחו שרבים ממקרי התקיפה המינית קורים בין אנשים שרק נפגשו או שלפחות לא היה ביניהם כל מגע מיני קודם לכן,⁷¹ והם עשויים גם להניח למשל שאנשים צעירים אינם פעילים מינית בפגישות לעתים קרובות (ועוד הנחות ברוח זו). רק אם זהו מצב הדברים העובדתי, ההסתברות לאיתור ראיות עבר מיני דומה בהנחה שהייתה הסכמה אכן תהא גבוהה מן ההסתברות לאיתור ראיות עבר מיני דומה לפי ההנחה של היעדר הסכמה, וראיות אלה צריכות להיות קבילות לצורך הפרכת טענות בדבר היעדר הסכמה. יש לציין שמודל זה גם הוא מקרב אותנו להנחה שלפיה אונס בשיחים הוא מקרה התקיפה המינית השכיח ביותר.

ואולם, יהא סביר באותה מידה להניח שבתשעה מתוך עשרה מקרים של היעדר הסכמה נוכל לאתר ראיות בדבר עבר מיני דומה. אלה שהאינטואיציה שלהם נוטה יותר לכיוון ה-0.9 יעריכו כי קיימת שכיחות גבוהה של מקרי אונס בנישואין ואונס בין בני זוג; הם אף עשויים לחשוב שאנשים צעירים פעילים מינית באורח תדיר במסגרת פגישות, ושרוב הפעילות הזו היא מוסכמת אך חלקה אינה מוסכמת; או הנחות אחרות ברוח זו, שלפיה תקיפה מינית מתרחשת לעתים קרובות במסגרת שגרה מינית. אם זוהי באמת המציאות, אזי ההסתברות לאיתור ראיות עבר מיני דומה לפי ההנחה של היעדר הסכמה עשויה להיות אפילו גבוהה מההסתברות לאתר ראיות כאלה לפי הנחת הסכמה, ועל כן ראיות בדבר עבר מיני דומה אינן אינדיקטיביות להסכמה.

אין טעם ברור להניח שהמציאות המינית היא כזו או אחרת. רק מחקר אמפירי יכול לספק טעם כזה, אולם קשה לערוך מחקר אמפירי מניח את הדעת: המתודה המדויקת ביותר היא ככל הנראה לתשאל נשים הפונות למרכזי תקיפה מינית בדבר ההרגלים המיניים שלהן, ויש סיבות ברורות להימנע מתשאל שכזה.

כפי שהוסבר לעיל, אפשר להתמודד עם הקושי האמור אם טוענים שמשטרים המתירים הצגת ראיות בדבר עבר מיני דומה אכן מתאימים להגנה על אוטונומיה מינית ויציבות

71 אין זה הכרחי להניח שרוב מקרי האונס מתרחשים בין זרים, מכיוון שהסתברות של 0.6 תוביל לאותה מסקנה בדיוק בדוגמה הנזכרת. בחרתי ב-0.2 לצורך פשטות הניתוח.

נפשית, אך רק בהנחת ה-0.2, השנויה במחלוקת, על קרבתה לסטראוטיפ ה"אונס בשיחים". לכן הניתוח הבייסיאני מוביל למסקנות דומות לאלה שהגענו אליהן בסעיף הקודם.⁷² האפשרות האחרת להתמודד עם היעדר ידע מספיק היא לוותר על כל ניסיון להניח הנחות מושכלות בדבר המציאות של תקיפה מינית והיסטוריה מינית, ולהסיק כי בהיעדר ידע כאמור, ראיות בדבר עבר מיני דומה הן פשוט חסרות תועלת כשדנים בשאלת ההסכמה. אם בוחרים ללכת בנתיב זה, הרי שהניתוח הבייסיאני יתמוך בכלל פסילה גורף, כלומר יוביל למסקנה דומה לזו שהגענו אליה בסעיף 3(ג). כלל כזה פוסל ראיות שאיתורן אינו בהכרח מסתבר יותר בקיום הנחת הסכמה (וכן ראיות שאיתורן אינו מסתבר יותר בקיום הנחת היעדר הסכמה). פסילת ראיות כאלה מונעת טעויות בקביעת העובדות באשר להסכמה ועולה בקנה אחד עם (ואף מחזקת את ההגנה על) אוטונומיה מינית ויציבות נפשית.

עתה אפשר לשאול אם יש מקרים שבהם קבוצת התייחסות אחרת – קטנה מזו של המתלוננות על תקיפה מינית – עשויה לספק לנו מידע מדויק יותר. נתחיל בקבוצה של "מתלוננות הטוענות שהותקפו על ידי זר בין השיחים". נראה די בטוח להניח שרוב רובם של יחסי המין המוסכמים אינם מתקיימים עם זרים בין השיחים. לכן בהנחה שהמתלוננת לא הסכימה, ההסתברות לאתר ראיות בדבר עבר מיני דומה נדמית נמוכה מאוד. היא בוודאי נמוכה מההסתברות לאתר עבר מיני דומה כשקיימת הנחת היעדר הסכמה בקבוצת המתלוננות הכללית. חשוב מכך, אפשר בקלות להניח שהיא נמוכה מההסתברות לאתר ראיות בדבר עבר מיני דומה לפי ההנחה שהמתלוננת הסכימה: הסתברות זו היא, כפי שראינו, גבוהה יחסית לאור הנחת החזרה (הנחנו הסתברות של 0.8 כאשר קבוצת ההתייחסות הייתה זו של מתלוננות על תקיפה מינית, ואין סיבה לחשוב שהדברים שונים בקבוצת המתלוננות על תקיפה מינית בין השיחים). לכן ראיות בדבר עבר מיני דומה ייטו להוכיח הסכמה, ולפיכך צריכות להיות קבילות.

מתוך הניתוח שלעיל אנו למדים כי ראיות בדבר עבר מיני דומה עשויות להיות רלוונטיות אם לתקרת יש מאפיינים מיוחדים ונדירים לעומת פרקטיקות מיניות מצויות. הדבר אינו צריך להפתיע אותנו: כאשר מאפיינים מיוחדים כאלה קיימים, הם בדרך כלל מפורשים נגד הנאשם. "תקיפה בין השיחים" היא רק דוגמה אחת, אך אפשר להעלות על הדעת גם על תקריות אלימות. במקרים כאלה נראה אינטואיטיבי לחשוב שיש להתיר לנאשם להציג ראיות בדבר עבר מיני דומה. האינטואיציה הזו (הנתמכת בניתוח הסטטיסטי) מצאה ביטוי ברור בהצהרה הזאת של בית המשפט העליון של אונטריו בעניין *R. v. Temertzoglou*:

"Specifically, the evidence of other sexual activity has relevance in that it shows the development of a relationship between the parties which is

72 השלב הבא יהיה לאתגר את ההנחה העובדתית הזו ולחקור איזה כלל יתאים להגנה על אוטונומיה מינית ויציבות נפשית לפי הנחת ה-0.9 (ככל הנראה יהא זה כלל של קבלת ראיות בדבר עבר מיני כאינדיקציה להיעדר הסכמה ולא כאינדיקציה להסכמה). אפשר להוסיף כי אם מניחים ריבוי תלונות שווא, Q יהא נמוך יותר, ונזדקק לראיות נוספות כדי להגיע אליו.

עלי משפט יא תשע"ד – הצגת ראיות בדבר עברה המיני של מתלוננת בעברות מין לצורך הוכחת הסכמה

more than platonic, notwithstanding an age difference that might otherwise engender a presumption against the accused".⁷³

ודוקן, האינטואיציה אינה הבסיס להכרעה בדבר הקבילות. גם הצורך במשקל שכנגד שיאזן את עמדת בית המשפט אינו הבסיס להכרעה זו. השאלה היא תמיד אם יש בסיס אובייקטיבי, סטטיסטי, לאינטואיציה שלפיה בנסיבות המקרה ראיות בדבר עבר מיני הן בעלות ערך הוכחתי "מאזן" כאמור, ורק אם יש בסיס כזה אפשר להצדיק קביעה בדבר קבילותן של ראיות עבר מיני דומה.

סוגים אחרים של תקיפה מינית לא יכוננו קבוצות התייחסות רלוונטיות שהן קטנות מקבוצת המתלוננות על תקיפה מינית. אפשר להשתמש במקרה של "אונס בפגישה" כדי להדגים זאת. במקרה של אונס בפגישה, ההסתברות לאתר ראיות בדבר עבר מיני לפי הנחת הסכמה היא גבוהה יחסית בגלל הנחת החזרה, אך ההסתברות לאתר ראיות כאלה לפי הנחה של היעדר הסכמה היא לא ידועה. בהיעדר מידע ספציפי ומדויק יותר באשר לקבוצה הקטנה (מתלוננות על אונס בפגישה), צריך לבחור בקבוצת ההתייחסות הגדולה יותר (מתלוננות על עברות מין), שכן היא מספקת מדגם גדול יותר. אותו ניתוח יחול גם על טיפוסים ספציפיים אחרים של תקיפה מינית.

לסיכום, בדומה לניתוח הסטטיסטי הפשוט, גם הניתוח הבייסיאני מלמד שראיות בדבר עבר מיני דומה אינן רלוונטיות ברוב המקרים אלא אם מניחים כמה הנחות עובדתיות שנויות במחלוקת בדבר המקרים הטיפוסיים של תקיפה מינית. הניתוח הבייסיאני מלמד עוד שראיות בדבר עבר מיני דומה עשויות להיות רלוונטיות במקרים נדירים שבהם לתקרית מאפיינים מיוחדים לעומת פרקטיקות מיניות מצויות. מסקנות אלה מצביעות על צורך במחקר אמפירי על מאפיינים של תקיפה מינית, אשר יעזור להחליט אם המשטרים המצויים מוצדקים או שמא דורשים רפורמה יסודית.

5. סגירת המעגל: מה בין ההיסק מן השכל הישר להיסק הבייסיאני?

עתה אפשר לשאול כיצד הניתוח על פי השכל הישר (הנחת החזרה) מתיישב עם הניתוח הבייסיאני. בניתוח על פי השכל הישר (הנחת החזרה) ציינתי כי התלונה "שוברת" את הנחת החזרה. התלונה היא קו שבר שהופך את החזרות הקודמות לחסרות משמעות בהערכה באשר להסתברות של הסכמות נוספות. אפשר לשאול את השאלות האלה: האם אין זה מצב הדברים גם כאשר לתקרית יש מאפיינים חריגים? האם המסקנה שאליה הגענו באמצעות הניתוח הבייסיאני, שלפיה כשמדובר בתקרית בעלת מאפיינים חריגים יש להתיר הצגת ראיות בדבר עבר מיני, מרמזת כי במצב דברים זה התלונה אינה שוברת את הנחת החזרה? התשובה היא בשלילה. החריג שהוצף אל פני השטח על ידי הניתוח הבייסיאני אינו נעוץ באי־שבירת הנחת החזרה במקרים הנזכרים. הנחת החזרה נשברת גם במקרים שבהם לתקרית מאפיינים חריגים. הסיבה שבשלה יש להתיר הצגת ראיות בדבר עבר מיני במקרים

73 עניין *Temertzoglou*, לעיל ה"ש 11, פס' 29.

אלה היא אחרת: כאשר מדובר בתלונה על תקיפה מינית לעומת אינטראקציה מינית בעלת מאפיינים חריגים, נקודת המוצא היא שההסתברות של הסכמה נמוכה במיוחד. ניקח לדוגמה תלונה על אונס על ידי זר בין השיחים. כשעולה תלונה כזו, נקודת המוצא היא שהסתברות ההסכמה היא נמוכה מאוד – נמוכה מבכל מקרה תלונה אחר – מכיוון שאנו יודעים שבאוכלוסייה הכללית כמעט אין אנשים שמקיימים יחסים מוסכמים עם זרים בין השיחים, ושאיןטראקציה מינית אקראית שמתרחשת עם זר בין השיחים תהא ככל הנראה לא מוסכמת. אלא שכאשר אפשר להציג ראיות בדבר עבר מיני דומה, הרי שראיות כאלה מלמדות שהמתלוננת אינה שייכת לקבוצת האוכלוסייה הכללית אלא לקבוצה מיוחדת מאוד – קבוצת האנשים המקיימים יחסים עם זרים בשיחים. בשל קיומן של ראיות כאלה חוזרת הסתברות החזרה להיות דומה להסתברות החזרה בכל מקרה אחר (בו הנחת החזרה נשברה ככל הנראה) – לא גבוהה ממנה, אך גם לא נמוכה ממנה.

6. קריאה ביקורתית של החוק הקיים לנוכח הניתוח הסטטיסטי

לאחר שראינו כי הדין הקיים מבוסס, לפחות על פני הדברים, על היסקים שגויים, אפשר להמשיך ולשאול כיצד אפשר בכל זאת להבינו. לאור האמור לעיל, סעיף זה מציע דרכי הסתכלות ביקורתיות אפשריות בדין הקיים. הוא מציע כמה הנחות נורמטיביות ועובדתיות שכאשר הן מונחות, הדין דווקא רציונלי וקוהרנטי. אלא שכפי שנראה, מדובר בהנחות קונטרברסליות למדי.

יש שתי דרכים להבין את המשטרים הראייתיים הנוגעים לקבילות ראיות בדבר עבר מיני של מתלוננות. הדרך האחת, שהיא ככל הנראה מקובלת יותר, היא לומר שהחוק בנוי על דדוקציה מוטעית. על כן הוא נוטה ליצור הסכמה פיקטיבית על בסיס הסכמות קודמות. כלל של קבילות סלקטיבית מתקרב אפוא להיות כלל המרחיב את החריג המתיר אונס אישה על ידי בעלה לכל המקרים שבהם נשים קיימו יחסי מין דומים (ובמיוחד למקרים שבהם נשים קיימו יחסי מין חוזרים עם גבר מבלי להינשא לו). הבנה כזו של החוק אינה מכבדת את האוטונומיה והיציבות הנפשית של נשים, ועל כן השפעותיה קרובות להשפעות אחרות של קבלת ראיות בדבר עבר מיני. השפעה אחת כזו היא הפיכת נשים שקיימו יחסי מין לפגיעות יותר לתקיפה מינית, שכן עבריינים פוטנציאליים ידעו שנשים כאלה תהססנה להתלונן. לכן היא מעודדת נשים להימנע מפעילות מינית. בנוסף היא חושפת את המתלוננת לחוויה הקשה של תיאורה כ"מופקרת" ולא מהימנה, ולכן בעלת ערך אנושי נמוך.

אך אפשר להציע דרך הבנה אחרת, אולי סבירה יותר, של המשטרים הראייתיים הקיימים. דרך זו מתבססת על ההנחות העובדתיות המצויות בבסיס החוק. על פי הבנה זו, מכיוון שהנחת החזרה אינה תקפה ככל הנראה במקרים שבהם הוגשה תלונה, יש להסיק כי המשטרים הקיימים מניחים איון, או לפחות הפחתה ניכרת, של האפקט ה"מפריע" של התלונה ביחס להנחת החזרה הכללית. איון או הפחתה כאלה יכולים להיווצר לפי הנחות עובדתיות מסוימות, שאפשר להציגן באופן אמפתי או באופן ביקורתי:

הניסוח האמפתי של ההנחות העובדתיות המצויות בבסיס החוק הוא כדלקמן: כאשר המתלוננת קיימה אינטראקציות מיניות דומות, יהיו לה לעתים קרובות מניעים אחרים

להגיש תלונה מלבד קיומה של תקיפה. לכן הגשת התלונה אינה מלמדת בהכרח שהנחת החזרה נשברה. אם לנסח את הטיעון ניסוח אוהד, המציאות החברתית מינית היא כה טעונה ומורכבת, שברגע שאישה נכנסת לספרה המינית באמצעות עיסוק בפעילות מינית, יכולות להיות סיבות רבות שיובילו אותה להגיש תלונה. למשל, אפשר שמערכת יחסים הגיעה לסיום לא נעים, או שהמתלוננת פוחדת מתגובה קשה של סביבתה הקרובה כאשר ייודע שהיא הייתה פעילה מבחינה מינית. במקרה הקיצוני ביותר, שבו המניע של נשים פעילות מינית להגיש תלונות הוא כמעט תמיד שונה מהיותן מותקפות, האפקט ה"מפריע" של התלונה מאוין – עובדת הגשת התלונה היא ניטרלית מבחינה סטטיסטית כמו אכילת גלידה שלושה ימים לפני האירוע שבמחלוקת. היא אינה משפיעה על הסתברות החזרה. במילים אחרות, התלונה אינה יכולה לשמש אפילו כלי לסינון ראשוני של האשמות אמת, וקבוצת המתלוננות אקוויוולנטית מבחינה סטטיסטית לקבוצת האוכלוסייה הכללית (אין למעשה קבוצה רלוונטית של מתלוננות). במקרה הקיצוני פחות והראליסטי יותר, לנשים בעלות עבר מיני דומה יש מגוון סיבות להגיש תלונה (כולל קיומה של התקפה), ולא ידוע איזו מהן הייתה פעילה בכל מקרה ספציפי. כל עוד תלונה מונעת על ידי תקיפה בשיעור גבוה מספיק של המקרים, לתלונה יש ערך סטטיסטי כלשהו, אבל בוודאי לא ערך גבוה כפי שיש לה כאשר ברור שרק לעתים נדירות יש מניע שונה מקיומה של תקיפה להגיש תלונה. לפיכך ראיות בדבר עבר מיני עשויות להיות רלוונטיות, אך על משקלן להיות מוגבל מאוד.

הניתוח האמור מזמין ביקורת. דרך אחרת, ביקורתית יותר, לנסח אותו היא כדלקמן: שכיחות האשמות השווא על ידי נשים בעלות עבר מיני דומה היא גבוהה מאוד. אין להמעיט בהשלכות של קבלת ההנחה הזו. אם נשים שיש להן עבר מיני (דומה) נוטות להתלונן תלונות שווא, הרי שנשים כאלה אינן מהימנות. ואם כך הוא, הרי שהרפורמות של דיני הראיות אשר תוארו בסעיף 2(ב) לא השיגו את מטרתן. הרפורמות הללו היו אמורות, בראש ובראשונה, להפסיק את הקישור בין עבר מיני לבין מהימנות. אך המשטרים החדשים מכניסים למעשה בדלת האחורית את הנחת הקשר בין (סוגים מסוימים של) עבר מיני לבין היעדר מהימנות.

הטענה בדבר שכיחות גבוהה של אישומי שווא בהקשר של תקיפה מינית היא טענה מוכרת. המינימום שאפשר לומר עליה הוא שהיא חסרה ביסוס מדעי מספיק. ודאי שאפשר לחשוב שבדיוק כמו לכל יתר הנשים, גם לנשים שיש להן עבר מיני דומה אין סיבות חיצוניות להגשת תלונה. הסיבות לדרך חשיבה זו ידועות: ברוב החברות הליברליות נשים אינן צפויות לתגובות קשות אם הפעילות המינית שלהן נחשפת,, אולם קרבנות עוברות טראומה שמקשה עליהן להתלונן, ואם הן שוקלות בכל זאת להתלונן, התוצאות של הגשת התלונה צפויות להיות כה לא נעימות עד כי הן מרתיעות מלהתלונן. ודאי שאין טעם להבחנה בין נשים בעלות עבר מיני דומה לנשים בעלות עבר מיני שונה בהקשר זה. גם אם ההנחה העובדתית החלופית אינה מתקבלת כתקפה, אלא רק כאפשרית, כלל של אי-קבילות, למעט החריגים שהוזכרו, הוא הכלל הראוי. אם אין בידינו מידע מספיק כדי להחליט אם היה אירוע "מפריע" מבחינה סטטיסטית, התרת ראיות בדבר עבר מיני נסמכת

על ספקולציה בלבד. הלעטת בית המשפט בספקולציות ובראיות שלא ברור אם יש להן ערך הוכחתי לא תגדיל את הסיכויים לגילוי האמת כי אם להפך.⁷⁴ יש להזכיר כי ברוב המקרים השפעתה של אי-קבילות על המתלוננת ועל מתלוננות פונטציאליות מתיישבת עם שאיפה להגן על אוטונומיה מינית ויציבות נפשית. כאשר ראיות בדבר עבר מיני אינן קבילות, נשים אינן נמנעות מאינטראקציה מינית מחשש שתיחשף או בשל חולשתן לגברים היודעים שתהיינה להן סיבות להימנע מהגשת תלונה. בנוסף, החוויה הקשה של תיאור המתלוננת בבית המשפט כמופקרת ובלתי מהימנה, ועל כן חסרת ערך אנשי, תיחסך ממנה.

ד. מסקנות

שיטות המשפט השונות עדיין לא הגיעו למצב של שיווי משקל משפטי בנוגע לכלל של קבילות ראיות בדבר עבר מיני של מתלוננות על תקיפה מינית. כללים שהתירו הצגת ראיות כאלה זכו לביקורת נוקבת. כללים שאסרו את הצגתן הוגמשו על ידי בתי המשפט. מאמר זה ביקש להציע כי הטעם לכישלון בהגעה לפתרון מספק, ועל כן גם יציב, הוא שגיאה בנייתוח סוגיית הרלוונטיות של ראיות בדבר עבר מיני לצורך הוכחת הסכמה. ניתוח נכון אמור להוביל למסקנה כי ראיות בדבר עבר מיני דומה הן בדרך כלל לא רלוונטיות לצורך הוכחת הסכמה, למעט חריג של מקרים שבהם האינטראקציה המינית מאופיינת במאפיינים חריגים במיוחד לעומת פרקטיקות נפוצות בחברה, ומקרה אקראי המאופיין כך יהא ככל הנראה לא מוסכם. הכישלון בזיהוי מסקנה זו הוביל לכך שהרפורמה הפמיניסטית התמקדה בכלל הלא נכון – היא התמקדה בכלל שהתיר הצגת ראיות בדבר עבר מיני לצורך ערעור מהימנות המתלוננת במקום להתמקד בכלל המתיר הצגת ראיות בדבר עבר מיני עם הנאשם לצורך הוכחת הסכמה. למרבה הצער, כלל זה עדיין נותר עמנו, וכל ניסיון (לא מוסבר דיו) לבטלו נתקל בהתנגדות שיפוטית.

קיימות שתי דרכים להתבונן במאמר. דרך אחת היא לראות בו מאמר ביקורתי, המלמד שדיני הראיות הנוגעים לעברה המיני של מתלוננת טרם הגיעו להבשלה. אכן, חוקים מסוימים הולכים רחוק – אפילו עד שיקוף התפיסות הרדיקליות ביותר של פגיעה מינית (כהפרה של שוויון נשים), אם כי במידה מוגבלת. עם זאת רוב החוקים אינם עולים בקנה

74 זאת ועוד, המשטרים האלה אינם שוללים לחלוטין את האמונה שלפיה התקיפה המינית הטיפוסית מתרחשת 'בין השיחים' רק לנשים שקיימו אינטראקציות מיניות דומות יש סיבות זרות להתלונן; לנשים שהותקפו 'מאחורי שיח' אין סיבות כאלה, אפילו אם הן מנוסות מינית. על כן קשה יותר להוכיח תקיפה מינית שאינה על ידי זר המגיה 'מבין השיחים'. על פי גרסה מתונה יותר של הטיעון, שמשקפת טוב יותר כמה מן המשטרים הקיימים, מניעים חיצוניים להתלונן בדרך כלל קיימים במקרים ספציפיים – בעיקר מקרים של יחסים קודמים עם הנאשם, ואולי גם במקרה של פרשייה חברתית-מינית שמסתבכת. מניעים חיצוניים אינם קיימים כאשר ההתקפה מנותקת לחלוטין מנסיבות החיים הרגילות של המתלוננת. לכן קל יותר להוכיח תקיפה מינית במצבים של ריחוק אישי או מצבי.

עלי משפט יא תשע"ד הצגת ראיות בדבר עברה המיני של מתלוננת בעברות מין לצורך הוכחת הסכמה

אחד אפילו עם הגנה מלאה של אינטרסים אינדיווידואליסטיים. הרפורמה המשפטית לא יכולה לדעות הקדומות. אמונות שווא הן עמוקות וקשורות זו לזו; הן שבות ומופיעות דרך הדלת האחורית.

דרך אחרת היא לראות במאמר קריאה לפעולה, לכל הפחות בעשיית מחקרים אמפיריים: האם ההנחות העובדתיות שעליהן מבוססים הכללים הקיימים תקפות? האם נשים המתלוננות על תקיפה מינית עושות זאת בדרך כלל ממגוון סיבות, אשר ההתקפה היא רק אחת מהן? רק מחקר מקיף של שאלות אלה ואחרות יאפשר הערכה מושכלת של המשטרים הקיימים ויאפשר להכין הצעות לרפורמה, אם רפורמה אכן נחוצה. אותיר זאת לקוראים להחליט איזו דרך מן הדרכים המוצעות עדיפה.