

**הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם
גורמים ופתרונות**

הסדרה למשפט וחברה

עורכי הסדרה

ד"ר יצחק בנימיני

עידן צבעוני

ועדה אקדמית

פרופ' אליעזר (אד) גרינשטיין

פרופ' רבקה פלדחי

פרופ' חנן חבר

הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם גורמים ופתרונות

בועז סנג'רו

דסלינג

Convicting the Innocent Causes and Solutions

Boaz Sangero

Law and society series

Series Editors: Dr. Itzhak Benyamini and Idan Zivoni

Academic Board: Prof. Ed Greenstein, Prof. Rivka Feldhay, Prof. Hannan Hever

Editor: Dr. Yoav Shiber

Language editor: Noa Heyne

Graphic Design: Inbal Reuven and Udi Goldstein

Cover Design: As We design

All Hebrew rights reserved by the author and

© RESLING Publishing, 2014

Resling, Itamar Ben-Avi 3, Tel-Aviv 64736

www.resling.co.il

Printed in Israel, 2014



ספר זה רואה אור בתמיכת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים.

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לאחסן במאגר מידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או בכל אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר שבספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

עיצוב עטיפה: As We design

סדר דפוס: ענבל ראובן ואודי גולדשטיין

עורך: ד"ר יואב שיבר

עריכת לשון: נעה היינה

www.resling.co.il

רסלינג, איתמר בן-אבי 3, תל אביב 64736

טל': 03-6956704

נדפס בדפוס חדקל בע"מ, תל אביב
© כל הזכויות שמורות להוצאת רסלינג ולמחבר
נדפס בישראל, 2014

לרעיית רינת

לאחיי: מירי, שמואל, אריס

לילדיי: נמרוד (משה), יפתח (נתן), אבישג (מלכה)

תוכן העניינים

הקדמה / 11

מבוא / 15

א היקף התופעה של הרשעת חפים מפשע - מציאות או חלום בלהות? / 27

1. מבוא / 2. מהפכת ה-DNA ופרויקט החפות האמריקני / 3. עיקרון התאונות הנסתרות של המשפט הפלילי / 4. דרכים שונות לאומדן היקף הרשעות השווא / 5. הנזקים הנגרמים מהרשעת חפים מפשע

ב גורמים מרכזיים להרשעת חפים מפשע - חלק ראשון: ראיות / 47

1. מבוא / 2. 'כשל החלפת ההתניות' המוליך להרשעה על סמך ראיה יחידה / 3. התפיסה המוטעית של 'אשמת החשוד' / 4. 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא? - הרשעה על סמך הודאה בלבד / 5. עדויות ראייה מוטעות / 6. עדויות שקר / 7. ראיות מדעיות / (א) מבוא: משרלוק הולמס ועד CSI / (ב) טביעת אצבעות / (ג) השוואה גנטית של DNA / (ד) ראיות מדעיות מול 'junk science' / (ה) הצגה מטעה של תוצאות הבדיקות המדעיות על-ידי מומחים בבתי המשפט / (ו) חוסר דיוק של המכשירים המשמשים להפקת ראיות מדעיות / (ז) 'הינשוף' - מכשיר לבדיקת שכרות נהגים / (ח) בדיקות לאיתור סמים בגוף הנבדק / (ט) סיכום ביחס לראיות המדעיות / 8. ראיות נסיבתיות מטעות / 9. השפעה מטעה של ראיות שונות זו על זו / 10. האמת העובדתית מול 'האמת המשפטית'

ג גורמים מרכזיים להרשעת חפים מפשע -

חלק שני: פרוצדורה / 169

1. מבוא / 2. תפקיד השופט: 'השיטה האדברטרית' ופאסיביות השופט /
3. טעויות של שופטים / 4. תפיסת תפקיד לא נכונה של חוקרי משטרה /
5. הימנעות המשטרה מחקירת כיוונים אחרים / 6. הסתרת ראיות מזכות על-ידי המשטרה או התביעה ובידוי ראיות / 7. תפיסת תפקיד לא נכונה של תובעים / 8. ייצוג גרוע על-ידי סגורים / 9. עסקות הטיעון - הגולם שקם על יוצרו

ד הקושי העצום בחשיפת טעויות ובתיקון / 225

1. מבוא / 2. כלל סופיות הדיון במשפט הפלילי / 3. הערעור - יעיל או עקר? /
4. המשפט החוזר - מציאות או חלום? / 5. הדיון הנוסף - מעשי או תיאורטי? /
6. החנינה - האם מתאימה לתיקון הרשעות שווא?

ה לקראת בטיחות במשפט הפלילי / 249

1. מבוא / 2. בטיחות בתחומים כגון התעופה, התחבורה וההנדסה /
3. הצורך בבטיחות במשפט הפלילי / 4. החובה המוסרית לאמץ אמצעי בטיחות למערכת המשפט הפלילי / 5. ההצדקה הכלכלית לאימוץ אמצעי בטיחות למערכת המשפט הפלילי / 6. לקראת בטיחות במשפט הפלילי

אחרית דבר / 263

נספח - הפניות לספרים ולמאמרים של המחבר בנושאי הספר / 265

הערות / 271



תודתי נתונה בראש ובראשונה לרעייתי היקרה פרופ' רינת קיטאי סנג'רו - על הערותיה המפורטות לטיוטות השונות של הספר, ועל השיחות המרתקות שניהלנו לאורך השנים אודות נושאי הספר. כמו כן ברצוני להודות לילדיי נמרוד סנג'רו ויפתח סנג'רו - על שקראו עמי כל פרק ועזרו לי להתאים את הכתיבה לציבור הרחב ולא רק למשפטנים; לתלמידיי בסמינרים בנושא הרשעת חפים מפשע, שאותם אני מלמד כשני עשורים במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת-גן - על סקרנותם שהניבה אין ספור דיונים מעניינים בנושאי הספר; לד"ר מרדכי (מוטי) הלפרט, שותפי לכתיבת מאמרים אקדמיים בשנים האחרונות בנושאי הספר - על פירות המאמרים הבאים לידי ביטוי גם בספר זה; לשופט (בדימוס) אורי קיטאי, אשר קרא את טיוטת הספר והאיר את עיניי בהערותיו; לד"ר חגית לרנאו, סגנית הסנגור הציבורי הארצי, אשר קראה את טיוטת הספר והחכימה אותי בהערותיה; למשה סנג'רו, לאיריס אברו, למאיר אברו, לשמואל סנג'רו ולרונית קיטאי, אשר קראו את חלקו הראשון של הספר וסייעו לי בהתאמת הטקסט גם לקוראים שאינם משפטנים; לעורכת הלשון נעה היינה; לעורך יואב שיבר; לעורך הדין Peter Neufeld ול-Paul Cates מה-Innocence Project, על התמונות של חפים מפשע שהורשעו, נאסרו ולבסוף זוכו, המופיעות על כריכת הספר; להוצאת רסלינג ולעורכים ד"ר יצחק בנימיני ועידן צבעוני; לאילן פוטש; לענבל ראובן; ולמרכז האקדמי למשפט ולעסקים - על תמיכה כספית בהוצאת הספר לאור.

ירושלים, חורף תשע"ד, המחבר



הקדמה

ספר זה אינו מיועד רק למשפטנים או קרימינולוגים. כתבתיו בעיקר עבור הציבור הרחב שאיננו עוסק בנושא באופן מקצועי. ספר זה אינו מומלץ לקריאה לפני השינה. אנו חושבים טובות על מערכת אכיפת החוק שלנו, עד כדי כך שאנו נוהגים לכנותה "מערכת עשיית הצדק". נוח לנו לחשוב שהכול בה מתנהל כשורה. גם אם לעתים מתגנבים ללבנו ספקות מסוימים, אנו נוטים להדחיקם ומעדיפים להמשיך לא לדעת.

אין עוול שגורמת המדינה לאזרח, הגדול מהרשעתו של אדם חף מפשע. בעבר ניתן היה לפקפק בעצם קיומן של הרשעות של חפים מפשע ולראות בהן תופעה זניחה. כפי שכבר נאמר אצלנו (ועדת גולדברג, 1993), "בעניין זה איש באמונתו יחיה, יש שירבה בהערכת המקרים ויש שימעיט בה". אלא שכיום לא נותר עוד מקום לספקנות בעניין זה, ואם קיימת ספקנות מקורה כנראה בבורות. לשינוי זה הובילו בין השאר "מהפכת ה-DNA" ופרויקט החפות האמריקני, שבמסגרתו נערכות השוואות גנטיות בין דגימות מגופם של אסירים לבין דגימות שנשמרו מזירות הפשע. על בסיס השוואות כאלה במסגרת פרויקט החפות המקורי (כיום כבר ישנם

פרויקטים דומים נוספים, הן בארצות־הברית והן במדינות אחרות) כבר זוכו למעלה מ־300 אסירים אשר הורשעו בעבירות החמורות ביותר – אונס ורצח, ונידונו לעונשים החמורים ביותר – מאסר עולם או מוות. כחלק ניכר מהמקרים לא זו בלבד שהבדיקות הגנטיות שללו את האפשרות שהמורשע הוא מקור הדגימות שנמצאו בזירת העבירה, אלא אף הוכילו לאיתורם של האשמים האמיתיים באותן עבירות, פושעים אשר ההרשעות המוטעות אפשרו להם להלך חופשיים ובחלק מהמקרים גם להמשיך ולפשוע. ממצאים אלה מחייבים התייחסות חדשה לנושא, רצינית יותר. גם בישראל נחשפות מפעם לפעם הרשעות של חפים מפשע, והעוסקים בנושא יודעים כי הן מהוות רק את קצה הקרחון של התופעה, שהרי קשה מאוד להוכיח שהרשעה היא מוטעית.

לאחר כשני עשורים שבהם חקרתי את התופעה של הרשעת חפים מפשע, לימדתי וכתבתי עליה, הגעתי למסקנה שלשם תיקון יסודי של השיטה הקיימת לא די בפנייה אל ציבור המשפטנים אלא הכרחי להביא את עיקרי הדברים – לרבות המחקרים העדכניים ביותר בנושא – לידיעת הציבור הרחב. אחרי הכול, מערכת אכיפת החוק – המשטרה, הפרקליטות ובתי־המשפט – פועלת בשמם ובמימונם של כלל האזרחים, ומן הראוי שיינתנו להם הכלים הבסיסיים להערכת השיטה הנוכחית ולגיבוש עמדתם בשאלה האם הם מסכימים לאופן הנוכחי שבו הרשויות מייצגות אותם בהליכים הפליליים, או שהם מעוניינים בשינוי ודורשים שיפור.

המידע המוצג בספר מגיע משני מקורות עיקריים. האחד הוא מחקריי בתחומים שונים של המשפט הפלילי ושל מערכת אכיפת החוק הפלילי. את ההפניות אליהם ניתן למצוא בסוף הספר, יחד עם קישורים לאתרי אינטרנט אקדמיים שבהם ניתן למצוא את רוב המאמרים במלואם. חלק מהמאמרים נכתבו יחד עם שותפי לכתיבה בשנים האחרונות, הפיזיקאי והמתמטיקאי ד"ר מרדכי הלפרט, שעמו ערכתני ניתוחים לוגיים־הסתברותיים הממחישים

את חולשותיהן של ראיות שונות שנוהגים להתבסס עליהן לשם הרשעת נאשמים ושליחתם למאסר, ושעמו אני שוקד על כתיבת תיאוריה חדשה של בטיחות במשפט הפלילי, שנועדה לאפשר את שיפור המצב. התיאוריה תפותח בספר שהתקבל לפרסום בהוצאת הספרים של אוניברסיטת אוקספורד (Safety in the Criminal Justice System, forthcoming, Oxford University Press) והיא מתומצתת בפרק האחרון של הספר הנוכחי. כמעט כל מחקריי – לרבות הספר הזה – זכו להערותיה המחכימות של רעייתי פרופ' רינת קיטאי סנג'רו, שאף היא חוקרת, כותבת ומלמדת את מערכת המשפט הפלילי ואת סדר הדין הפלילי, ושואפת לשמירה על הליך הוגן ועל זכויותיהם של חשודים ושל נאשמים. מכיוון שהספר נועד לציבור הרחב ולא רק למשפטנים ומכיוון שהוא איננו מניח ידע מוקדם הכרחי כלשהו, נעזרתי גם בבניי נמרוד ויפתח, שלהם הקראתי כל פרק שכתבתי וביקשתי שיעצרו אותי בכל פעם שמופיע מושג שטרם הוגדר והוסבר על מנת שאבאר אותו (בתי הצעירה אבישג אולי תסייע לי בספר הבא). בנוסף סייעו לי בניי בחידוד הטיעונים ובהבהרתם.

המקור השני והחשוב לא פחות שעליו מבוסס הספר הוא המפגשים עם הסטודנטים והרצאותיי בסמינר "הרשעת חפים מפשע – הגורמים לתופעה ופתרונות ראייתיים ודיוניים", שאותו אני מלמד כשני עשורים ב"המרכז האקדמי למשפט ולעסקים" ברמת-גן. במסגרת הסמינר אני פוגש בכל שנה סטודנטים, שבתחילתו מייצגים ברובם את ההערכה המקובלת בציבור הישראלי, שלפיה הרשעת חפים מפשע היא נדירה ומהווה מחיר הכרחי לשם אכיפת החוק ושמירה על שלום הציבור מפני "הרעים" – העבריינים המבקשים להפר את החוק ולפגוע בנו, "הטובים". הספקנות שמביאים עמם הסטודנטים באשר לעצם קיומן של הרשעות-שווא, הקונפורמיות וההזדהות עם מערכת המשפט והסקרנות הבריאה מאוד – כל אלה מזינות דיונים מרתקים שבמהלכם אני משתדל

להאיר את עיניהם של תלמידיי באשר למצב לאשורו, אך גם לומד מהם הרבה. אצייך כדוגמא שזכיתי ללמד גם חוקרי משטרה, אשר בתחילת הסמינר גילו התנגדות רבה לביקורת על מערכת אכיפת החוק בכלל ועל חוקרי המשטרה בפרט, אך במהלכו שינו את גישתם ובסופו אף האירו את עיניי לגבי ליקויים נוספים שעליהם לא ידעתי. אכן, מכל מלמדיי השכלתי.

מבוא

ב-1998 נעלמו שמונה פאונד של קוקאין מחדר שבו הוחזקו ראיות במשטרת לוס-אנג'לס. חוקר המשטרה רפאל פרו נתפס כמי שגנב ומכר את החומר. התביעה כרתה אתו עסקת טיעון שבמסגרתה הוא התחייב לחשוף את האופן שבו התנהלה היחידה המשטרתית שבה עבד. התברר שעשרות שוטרים עסקו באופן שיטתי בהפללת חפים מפשע, ו"שתלו" עליהם סמים ונשק. לעתים הם לא טרחו אפילו "לשתול" את הראיות אלא רק העידו במשפט עדות שקר, שלפיה כביכול מצאו אצל החשודים סמים או נשק. פעמים אחרות שיקרו שהחשודים הודו או שהפלילו אחרים. באחד המקרים ירו השוטרים ארבע פעמים בצוואר ובחזה בג'אווייר אובנדרו, צעיר כבן תשע-עשרה ללא עבר פלילי, שהיה בלתי-חמוש. לאחר מכן שיקרו השוטרים שאובנדרו היה חמוש. בית-המשפט האמין להם וגזר עליו 23 שנות מאסר באשמת פריצה לדירה, החזקה לא חוקית של נשק והתנגדות למעצר תוך שליפת נשק בנוכחות שוטרים. כתוצאה מהירי נותר הצעיר משותק מחזהו ומטה. לאחר החקירות שהתנהלו במחלקה, שוחררו 156 אנשים שהורשעו בשיטה זו, רובם היספנים.¹ הפרשה הזו, הידועה כפרשת רמפרט (Rampart), היא רק אחת מבין

שלוש עשרה פרשות שנחשפו בשנים האחרונות בארצות-הברית, שבהן חוקרי משטרה מושחתים הפלילו באופן שיטתי למעלה מאלף אזרחים חפים מפשע.²

כידוע, משטרת ישראל מבצעת בדיקות שכרות לנהגים באמצעות מכשיר נשיפה המכונה "ינשוף". די בתוצאת הבדיקה שמפיק המכשיר לשם הרשעתו של אדם בעבירה של נהיגה בשכרות. המחוקק ובתי-המשפט מעולם לא חייבו את התביעה או המשטרה או לחלופין את יצרן המכשיר לספק נתונים בדוקים על שיעור השגיאה של המכשיר. בהתבסס על כך שבכל סוג של בדיקה נופלות טעויות ותוך אימוץ שיעור השגיאה הידוע מתחום בדיקות הסמים, נניח ששיעור "השגיאה החיובית" (מצב שבו חף מפשע מזוהה כשיכור) הוא רק 1%. בתחום האבחון הרפואי ידוע שגם בדיקה עם שיעור שגיאה נמוך מניבה טעויות רבות מאוד כשהיא מבוצעת בקרב אוכלוסייה בדרגת סיכון נמוך - כזו שהמחלה נדירה בקרבה. לכן החליטו, לדוגמא, שלא לבצע בדיקות נשאות איידס (HIV) נרחבות בקרב האוכלוסייה, כדי לא לזרוע פאניקה מיותרת נוכח ריבוי הטעויות הצפוי. משטרת ישראל מבצעת כחצי מיליון בדיקות שכרות בשנה, תוך שהיא בודקת נהגים באופן אקראי וללא חשד מוקדם. באחת השנים האחרונות פורסם שרק כ-11,000 מתוך מספר זה של בדיקות הנהגים נמצאו שיכורים. חישוב סטטיסטי פשוט יחסית, שאת תוכנו אפרט בהמשך, ושאותו ערכתי עם ד"ר הלפרט, מלמד שלפי ההנחה של 1% שגיאה חיובית כמחצית(!) מאלפי הנהגים שהורשעו כלל לא היו שיכורים, ושלמעשה מדובר בטעויות בבדיקות.³ התוצאה הזו מנוגדת אולי לאינטואיציה של אנשים רבים, אך היא ניתנת להוכחה, ולאחר שמוכיחים אותה אי אפשר שלא להיות מוטרדים מאופן כזה של הרשעת אזרחים שומרי חוק בעבירות שלא ביצעו.

שתי הדוגמאות שבהן פתחתי - האחת כרוכה בזדון והשנייה ברשלנות של אנשי אכיפת החוק - נועדו רק להמחשה על קצה

המזלג של התופעה רחבת ההיקף של הרשעת חפים מפשע. בהמשך הספר ייפתח הדיון בכל סוגיה (כגון ראייה או פרוצדורה מסוימות שבהן משתמשים להוכחת האשמה) בדוגמאות אחדות של הרשעת חפים מפשע הרלוונטיות לאותה סוגיה. כל אלה יחד יתאספו לכדי שלל מטריד של דוגמאות.

בפרק הראשון, "היקף התופעה של הרשעת חפים מפשע - מציאות או חלום בלהות?", תוצג תחילה העמדה המסורתית, שבה לצערי מחזיקים רבים עד היום ושלפיה הרשעת אדם חף מפשע היא מאורע נדיר, עד כדי כך שאין לנו כחברה צורך אמיתי להיות מוטרידים ממנה ולפעול לשיפור המצב. לעמדה מסורתית זו אין עוד מקום לאחר מהפכת ה-DNA והגילויים הרבים של הרשעות מוטעות בעבירות החמורות ביותר, שנעשו במסגרת פרויקט החפות האמריקני (אשר תואר בקצרה בהקדמה ויתואר בהרחבה בפרק הבא) ופרויקטים דומים ברחבי העולם. כפי שניווכח, הדבר שאפשר גישה מוטעית זו הוא מה שאני וד"ר הלפרט מכנים "עיקרון התאונות הנסתרות של המשפט הפלילי". כאשר ישנה תקלה במטוס והוא מתרסק; כאשר גשר לא תוכנן ונבנה כהלכה והוא קורס; כאשר מאבחנים לא נכון את מחלתו של המטופל, מעניקים לו טיפול לא מתאים ומצבו מחמיר - במקרים האלה אנו יודעים, גם אם רק לאחר מעשה, על התאונה. הגילוי מוליך להפקת לקחים ולשינוי שמטרתו למנוע הישנות של אותו סוג של תקלה. יתרה מזאת, בתחומים שונים כגון תעופה, חלל, תחבורה, הנדסה ואבחון רפואי, הובילו גילוי התאונות ושיעורן הידוע לפיתוח תחום הבטיחות המודרני, השואף למנוע מראש גם סוגי תקלות שטרם התגלו. לעומת זאת, כשמתרחשת תאונה בתחום המשפט הפלילי - הרשעה של אדם חף מפשע - סביר להניח שלעולם לא נגלה זאת. אין לנו "תקן זהב" שבאמצעותו ניתן לקבוע אם ההרשעה הייתה נכונה. אילו היה כזה, היינו משתמשים בו כבר במהלך המשפט הראשון. לאור הבנה זו של עקרון התאונות הנסתרות של המשפט הפלילי

וכמקובל בכל תורת בטיחות מודרנית, תוצג בהמשך הספר הערכת סיכונים שמטרתה לאמוד את שיעור הרשעות השווא. תוצענה שתי דרכים עיקריות לעשות כן: האחת על בסיס מחקר אמפירי המתייחס לנתונים ממשיים מפרויקט החפות האמריקני; השנייה על פי תחשיב תיאורטי המבוסס על סטנדרט ההרשעה המקובל במשפט הפלילי - "מעבר לספק סביר", שאותו ערכתי עם ד"ר הלפרט. שתי הדרכים מוליכות לתוצאה מדאיגה.

בסיום הפרק הראשון יתוארו הנזקים הכבדים שמסבה הרשעה של חף מפשע הן למורשע ולקרובים לו והן לחברה בכללותה, כתוצאה מכך שהפושע האמיתי נותר חופשי ולעתים ממשך לפשוע. ראשית, מן הבחינה המוסרית, חובה על המדינה לעשות כל הניתן באופן סביר כדי להימנע מכך. לפי התיאוריה המקובלת של האמנה החברתית, המדינה נוצרה כדי לשמור על זכויותיו של הפרט ובוודאי שאל לה לפגוע בו ללא הצדקה ולגרום לו עוול. בנוסף לדיון המוסרי, יוצגו בפרק השני גם תחשיבים של הנזקים הכלכליים שנגרמים בעקבות הרשעות שווא, בהתבסס על סכומי פיצויים שנפסקו לחפים מפשע שהורשעו, נאסרו, ולאחר מכן זוכו. הפרקים השני והשלישי יוקדשו לגורמים המרכזיים להרשעת חפים מפשע, שאותם חילקתי לגורמים המשתייכים במיון המקצועי לתחום דיני הראיות - דרכי ההוכחה במשפט; ולגורמים המשתייכים לתחום הפרוצדורה הפלילית - סדרי הדין, אופן ניהול החקירה והמשפט. לא מדובר בכל הגורמים האפשריים אלא בעמידה על המרכזיים שבהם, וזאת במטרה להבין ממה נובעות הרשעות השווא ואולי גם מה צריך לעשות כדי לצמצם את ממדי התופעה הקשה הזו.

דיני הראיות עוסקים בשתי שאלות מרכזיות - קבילות ומשקל. שאלת הקבילות מתייחסת לעצם ההחלטה של בית המשפט לקבל ראיה מסוימת כראיה שעליה ניתן יהיה להסתמך באותו משפט או שיש לדחותה כ"בלתי-קבילה". לדוגמה, בשיטות משפט שונות,

לא רק בישראל, נהוג שלא לקבל "עדות שמיעה" (לרוב מדובר באדם המעיד ששמע אדם שני - שאיננו מופיע במשפט ולכן לא ניתן לחקור אותו - אשר סיפר לו שאדם שלישי אמר או עשה דבר מה). המגמה השכיחה כיום (מגמה שלדעתי לעתים אינה רצויה) בתחום דיני הראיות היא שכמעט כל הראיות האפשריות הן קבילות, והשאלה המרכזית לגבי כל ראיה היא מה המשקל שיש לייחס לה. המשקל שמייחס בית המשפט לראיה אמור לשקף את כוחה הריאלי להוכיח את אשמתו של אדם או את חפותו. כפי שניווכח, גורם מרכזי להרשעות מוטעות הוא ייחוס משקל גדול מדי לראיה מסוימת. טעות כזו ניזונה לעתים קרובות מ"כשל החלפת ההתנביות", שעליו נעמוד בהמשך. טעות בסיסית נוספת המזינה כמה מהגורמים להרשעות שווא היא התפיסה המוטעית של "אשמת החשוד", שלפיה מניחים שהחשוד אשם ונותר רק למצוא ראיות אשר תוכנה זאת. כך, למשל, מוליכה התפיסה המוטעית הזו להתמקדות בנחקר, בניסיון לגבות ממנו הודאה בביצוע העבירה, ולהסתפקות בהודאה זו לשם הרשעה. למעשה עד היום עיקר המאמץ החקירתי של המשטרה מושקע בחילוף הודאות מהנחקרים.

במציאות הישראלית, גורם מרכזי להרשעת חפים מפשע הוא הרשעה על סמך הודאת החשוד בעת חקירתו במשטרה. הרשעה כזו היא "קיסרית הרשעות השווא". הדבר שמוכיל למרכזיותה הוא התפיסה המסורתית שלפיה ההודאה היא "מלכת הראיות": אם אדם הודה שעבר עבירה מסוימת, משמע שבהכרח עבר אותה, שהרי אחרת לא היה מודה בביצועה. אלא שהמחקרים מלמדים שישנם מקרים רבים שבהם חפים מפשע מודים בביצוע עבירות שלא עברו, ושבת-המשפט אינם מסוגלים להבחין בין הודאות אמת לבין הודאות שווא, ולכן גם אלה שהודו הודאות שווא מורשעים בדרך כלל. בפרק המשנה שיוקדש להודאה, יוצע גם ניתוח לוגי-הסתברותי שמטרתו לאמור את כוחה הריאלי של ההודאה להוכיח

את אשמתו של המודה. הניתוח מלמד שמשקלה נמוך באופן משמעותי ממה שנוטים לייחס לה, עד כדי כך שמתחייב היפוך של ממש בתפיסת ההודאה ותפקידה במשפט.

גורם מרכזי נוסף להרשעות מוטעות הוא עדויות ראייה מוטעות. כפי שניתן ללמוד מהנתונים האמפיריים של "פרויקט החפות", במציאות האמריקנית זהו הגורם השכיח. מחקרים פסיכולוגיים מלמדים על חולשותיו של הזיכרון האנושי. במקרים רבים עדי ראייה המתבקשים להצביע ב"מסדר זיהוי" על האדם שאותו ראו מבצע את העבירה נוטים לבחור באדם כלשהו מבין הניצבים במסדר, מתוך הנחה מוטעית שמבצע העבירה ודאי נמצא ביניהם, שעה שבמציאות הוא כלל לא ניצב במסדר. חרף הבעיות הרבות הקיימות בזיהוי על ידי עדי ראייה, בעיות שאותן אסקור בהמשך, בתי המשפט מעניקים לראיה זו משקל גבוה מאוד, ומרשיעים גם בתיקים שבהם זוהי הראיה היחידה כנגד הנאשם. קיימות, כמובן, גם עדויות שקר, שבהן לא מדובר בטעות של העד אלא כוונה להטעות ולהפליל את הנאשם. גם אליהן אתייחס בהמשך.

גורמים מרכזיים נוספים להרשעות מוטעות משתייכים לתחום הראיות המדעיות. הראיה המדעית לכאורה מדויקת מאוד, ולכן אין זה מפתיע ששופטים נוטים להתבסס עליה בהרשעותיהם. להערכתי, שופטים נוטים להסתנוור מן הראיה המדעית ולייחס לה כוח מאגי שאין לה. המחקרים מוכיחים שאין אף סוג של ראיה מדעית שהינו מדויק לחלוטין ושלא נופלות בו טעויות. אפילו הראיה החזקה ביותר בתחום - השוואה גנטית של DNA - אינה מדויקת לחלוטין, שכן השיטה המדעית אמנם אמינה מאוד אך בעת ביצוע הבדיקות במעבדות נופלות טעויות. כך, למשל, התרחשו מקרים רבים שבהם זוהמו דגימות באופן שהשפיע על תוצאותיהן. אין פירוש הדבר שאין להסתמך על ראיית ה-DNA אלא שיש להתייחס גם ליתר הראיות שבתיק. גם טביעת אצבעות היא ראיה טובה מאוד, אך כפי שניווכח בהמשך גם בה נופלות

טעויות, והשיטה המשפטית הקיימת איננה יודעת להתמודד עמן ואף איננה משתדלת לעשות כן.

בעיה מרכזית הקיימת ביחס לכל הראיות המדעיות היא שבתו המשפט מסתמך על עדויות מומחים, שלעתים הינן מטעות מאוד. לא אחת קורה שהשופט הופך למעין "חותמת גומי" המתרגמת את חוות-דעתו המוטעית של המומחה לפסק-דין מרשיע. יתרה מזאת, קיימים כמה תחומים פסבדו-מדעיים שלאחרונה הוכתרו בספרות המקצועית כ-"junk science" (ניתן לתרגום כ"מדע זבל" או כ"מדע פגום"; להלן: מדע זבל) ובתי-משפט ממשיכים לקבל את עדויות ה"מומחים" המבוססות עליהם ולהסתמך עליהן בפסקי-דין מרשיעים. כך, למשל, נאשמים רבים נשלחו למאסר לאחר שזוהו כמבצעי העבירות על בסיס השוואה מיקרוסקופית של שערותיהם אל מול שערות שנמצאו בזירות העבירות, אולם לאחרונה - כשהחלו לבצע השוואות גנטיות של שיער - הוכח שאין כל בסיס מדעי התומך ביכולת הנטענת של ה"מומחים" לזהות אדם על-פי התבוננות בשערו מבעד לעדשת המיקרוסקופ.

גורם מרכזי נוסף להרשעות מוטעות הוא חוסר הדיוק של המכשירים המשמשים להפקת ראיות מדעיות, כגון הערכה המשמשת לבדיקת שתן במטרה לקבוע האם הנבדק נטל סמים אסורים או ה"ינשוף", המכשיר לבדיקת פכחות נהגים, שנזכר לעיל. בתחומים אחרים, כגון התעופה, תעשיית המכוניות והרפואה, מתייחסים למערכות כאלה כאל "מערכות בטיחות קריטיות" (safety critical systems) ולכן ישנו פיקוח על היצרנים, המחייב אותם לפתח מכשירים מדויקים. אף על פי שהוכח שהמכשירים המשמשים להפקת ראיות מדעיות אינם מדויקים, סטנדרטים כאלה של הנהגת בטיחות באמצעות פיקוח (רגולציה) כלל לא מוכרים בתחום המשפט הפלילי.

גורמים נוספים להרשעות של חפים מפשע שאליהם אתייחס בפרק השני הם "ראיות נסיבתיות" מטעות, הפער הקיים בין האמת

העובדתית לבין "האמת המשפטית" וההשפעה המטעה של ראיות שונות זו על זו.

הפרק השלישי יעסוק בגורמים להרשעת חפים מפשע המשתייכים לתחום הפרוצדורה הפלילית - הכללים המסדירים את הליכי החקירה והמשפט. טעות נפוצה היא לחשוב שהפרוצדורה היא עניין טכני ולא מהותי. למעשה, כללי הפרוצדורה הפלילית מגדירים את זכויותיו של האזרח אל מול השלטון ולהם תפקיד מרכזי בשמירה על זכויות האדם הבסיסיות, כגון הזכות לחירות. תחילה נעמוד על תפקידו של השופט. מקובל להבחין בין שיטות משפט "אינקוויזיטוריות" לבין שיטות משפט "אדברסריות". בשיטות ה"אינקוויזיטוריות" השופט חוקר באופן אקטיבי ומשתדל לגלות את שהתרחש במציאות ולאחר מכן להסיק מכך את המסקנות המשפטיות המתבקשות בהתאם לדין; בשיטות ה"אדברסריות" השופט פאסיבי למדי ורק מכריע בין עמדות ההגנה והתביעה לאחר שאלה הוצגו על ידי עורכי הדין. בישראל נהוגה שיטה הקרובה יותר למודל האדברסרי. שיטה זו עלולה להוליך לפסק דין מוטעה. טעויות שופטים עלולות לנבוע מפרשנות מוטעית של הדין המהותי (פרשנות האיסור הקבוע בחוק), של הפרוצדורה (אופן ניהול המשפט, האם, לדוגמא, יש לאפשר חקירה נגדית ממושכת של עד מסוים) או של דיני הראיות (האם יש לקבל ראיה מסוימת, ואם כן, איזה משקל יש לתת לה). במציאות הישראלית כמעט שאין זיכויים. לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, 99.7% מהנאשמים ב"עבירות רציניות" מורשעים (בהמשך אתייחס גם לטיעוניהם של החולקים על נתון זה). בפרק הרביעי נבחן את השאלה האם נתונים סטטיסטיים אלה לא מעלים את הסבירות שההרשעות מתבצעות מבלי שבתיהם המשפט יבצעו סינון משמעותי של המקרים שבהם הועמד לדין האדם הלא נכון, או שכלל לא נעברה עבירה. מצפים מהשופטים לדעת להבחין בין אמת לשקר, אך מחקרים מוכיחים שאיש איננו מסוגל לעשות זאת. באופן טבעי

טעויות שופטים בהבחנה בין אמת לשקר צפויות להביא לפסקי דין מוטעים. להערכתני, גם שופטים מושפעים לעתים מהתפיסה המוטעית של "אשמת החשוד" או "אשמת הנאשם". קונספציה זו, בשילוב עם נטייתם של שופטים להאמין לדבריהם של השוטרים והתובעים ולהסתמך עליהם במקום לנקוט בגישה האובייקטיבית יותר של "כבדהו וחשדהו", צפויה להוליך לטעויות נוספות.

מהו תפקידו של חוקר משטרה? לא להפליל את החשוד אלא לחקור כראוי במטרה למצוא ראיות אשר אולי תתמוכנה באשמתו של החשוד, אולי תתמוכנה דווקא בחפותו ואולי תתמוכנה באשמתו של אדם אחר. התפיסה המוטעית של "אשמת החשוד" עשויה להוליך את החוקר לזניחת כיווני חקירה חשובים ולהתמקדות בחשוד במטרה למצוא ראיות אשר תתמוכנה באשמתו המשווערת, ובעיקר בניסיון לחלץ ממנו הודאה, שגם אם איננה נכונה, קרוב לוודאי שתוביל להרשעתו. תפיסת תפקיד לא נכונה של חוקרי משטרה מסוימים, שלפיה הם יודעים בוודאות שהחשוד אשם בעבירה וכדי להגן על החברה עליהם לסייע לשופטת להגיע למסקנה הנכונה, עלולה להוליך אותם לכיוונים שליליים, לרבות הסתרת ראיה בעלת פוטנציאל מזכה, שיפור ראיה מפלילה ואפילו בידוי ראיות.

מהו תפקידו של התובע? בוודאי לא השגת הרשעה בכל מחיר. התובע מייצג את המדינה ואת הציבור בכללותו, והגדרה נכונה של תפקידו היא שעליו לסייע לבית המשפט להגיע לתוצאה הנכונה ולעשות צדק. היותו נציג הציבור מחייב אותו לנהוג בהגינות מרבית. אלא שבמציאות מתפתחת לעתים קרובות דינמיקה של תחרות בין התביעה לבין ההגנה, אשר עלולה ליצור מוטיבציית-יתר ולסחוף תובעים לנסות להשיג הרשעה בכל מחיר. לעתים עלול הדבר להוביל להסתרת ראיות מזכות מעיני ההגנה ומעיני בית-המשפט, להדרכת עדים ולפרקטיקות אסורות או לא ראויות אחרות, אשר עלולות לתרום להיווצרותם של עיוותי דין.

בשמירה על זכויותיהם של חשודים ושל נאשמים נודעת חשיבות רבה לעבודתו של הסנגור המייצג אותם, במיוחד בשיטה ה"אדברסרית" שבה בית־המשפט הוא פאסיבי והצגת עמדותיהם של שני הצדדים מוטלת על התובע והסנגור. התביעה תמיד מיוצגת, ובדרך־כלל באופן מקצועי. הנאשמים, לעומת זאת, לא תמיד מיוצגים וייצוגם לא נעשה תמיד באופן מיטבי. אמנם, מאז הקמתה בישראל של הסנגוריה הציבורית השתפר המצב באופן משמעותי, אך הוא עדיין רחוק משלמות. ייצוג גרוע עלול גם הוא לגרום או לתרום להרשעתו של חף מפשע או לפחות לא למנוע אותה. לעתים מדובר בסנגור שאיננו מוכשר לתפקיד ולעתים בכזה שאינו מבצע את העבודה הנדרשת. נזק משמעותי שגורמים סנגורים הוא הפעלת לחץ על הנאשמים להודות באשמה כדי להשיג עסקות טיעון, שהרי לא תמיד מדובר בהודאות אמת.

בקרב הציבור, התפיסה המקובלת של "הליך פלילי" היא של משפט מלא המתנהל בפני שופטים, שבמהלכו נשמעות ומוצגות ראיות, נחקרים עדים, נשמעים טיעונים ורק לאחר מכן מתקבלת הכרעה. במציאות קם גולם "עסקות טיעון" על יוצרו. ההערכה היא שכ־80%-90% מההליכים הפליליים מסתיימים בדרך של עסקת טיעון (כשלא בוחלים בדרך זו, מכנים אותה "הסדר טיעון"): הנאשם מודה באשמה בתמורה למחיקת סעיף אישום זה או אחר או הקלה בעונש, ובית־המשפט מאשר את העסקה שנרקמה בחדרי חדרים בין הסנגור לבין התובע. קיצור הדרך הזה מאפשר לתביעה להגיש מאות אלפי כתבי אישום בשנה ולהשיג הרשעות כמעט בכלום, ללא צורך לנהל משפט ולהוכיח את האשמה. אין ספק שתעשייה זו מאפשרת הרשעות מוטעות רבות.

עד כאן, על קצה המזלג, הגורמים המרכזיים להרשעתם של חפים מפשע. לכאורה ניתן להתנחם במחשבה שגם אם נוצרה הרשעה מוטעית, עדיין ייתכן מאוד שהטעות תתוקן בהליכים נוספים באותו עניין: ב"ערעור", ב"משפט חוזר", ב"דיון נוסף" או

ב"חנינה". אלא שכפי שנראה בפרק הרביעי, העוסק בהליכים אלה, לאחר ההרשעה נשלט המשפט הפלילי על ידי "כלל סופיות הדיון". כלל זה - אשר לו היגיון מסוים, אך לא היגיון מאוד משכנע - מדכא את כל ההליכים המשפטיים שלאחר ההרשעה והופכם לעקרים או לא מציאותיים. בערעור שלטת "הלכת אי-ההתערבות" (או אולי יש לכנותה אי-ההתאמצות?) שלפיה בית משפט הדין בערעור נוטה להתערב רק נוכח טעות בפרשנות החוק שנפלה בפסק הדין הראשון, אך אינו נוטה להתערב בשאלות עובדתיות ובמיוחד לא בממצאי מהימנות העדים. מכיוון שמרבית הרשעות-השווא נוצרות בשל קביעות עובדתיות מוטעות, התוצאה המעשית היא שהערעור במתכונתו הקיימת הוא הליך עקר. אין זה פלא שרק לעתים נדירות מתקבל הערעור וההרשעה מומרת בזיכוי. כפי שניזכר, ההליכים האפשריים האחרים - "הדיון הנוסף" ו"המשפט החוזר" - אינם רק עקרים, אלא גם כמעט שאינם מתקיימים במציאות. כך, למשל, בשני העשורים האחרונים התקבלו מאות אלפי הרשעות בשנה, ואילו בית-המשפט העליון העניק בממוצע בכל שנה רק משפט חוזר אחד. האומנם שופטי ישראל אינם טועים לעולם? לבסוף, הליך החנינה לא נועד לכירור האמת ולעשיית צדק, אלא לעשיית חסד במקרים חריגים.

בפרק החמישי - "לקראת בטיחות במשפט הפלילי" - תוצג בקצרה תיאוריה חדשה שנועדה להתמודד עם התופעה של הרשעת חפים מפשע, אשר על פיתוחה אני שוקד בשנים האחרונות עם ד"ר הלפרט. נקודת המוצא לתיאוריה זו הנה לימוד הבטיחות המודרנית מתחומים אחרים שבהם היא מפותחת, כגון תעופה, תחבורה והנדסה. תחילה אסקור בקצרה את הבטיחות המודרנית הקיימת בתחומים אחרים. לאחר מכן אעמוד על הצורך בבטיחות במשפט הפלילי ובהמשך אבסס הן חובה מוסרית והן הצדקה כלכלית לאימוץ אמצעי הבטיחות למערכת המשפט הפלילי. לבסוף אציע בקצרה גישה בטיחותית חדשה. פירוט מלא של תיאוריה זו יובא

בעתיד בספר שאני כותב יחד עם ד"ר הלפרט - *"Safety in the Criminal Justice System"*

באחרית דבר אדגיש שהדרך לשיפור המצב הקיים היא אמנם ארוכה, אך אין ספק שתחילתה בפקיחת העיניים ובהפסקת ההכחשה של התופעה - הקיימת לא רק במדינות אחרות אלא גם בישראל - ובהפסקת ההתייחסות לעיוותי הדין כאל גזירת גורל. לפקחת עיניים זו מיועד הספר.

היקף התופעה של הרשעת חפים מפשע - מציאות או חלום בלהות?

1. מבוא

רבים טועים לחשוב שהרשעה פלילית של אדם חף מפשע היא מאורע נדיר, אשר שכיח רק בספרות ובקולנוע. אמנם ברור לכולם שמאורע כזה עלול להתרחש, אך ישנה נטייה לגמד את היקף התופעה. עוד טוענים שמדובר במחיר סביר והכרחי שעלינו כחברה לשלם כדי לקיים מערכת אכיפת חוק ולהגן על האזרחים מפני העבריינים.

בעבר פקפקו רבים באשר לעצם קיומה של התופעה. היו אמנם התבטאויות שהצביעו על הכרה בקיומה, ופורסמו מחקרים אשר איששו את קיומה, אך הספקנים נותרו ספקנים. השופט שמעון אגרנט עמד על כך ש"מטבע הדברים לא קיימת וטרם נוצרה, באיזו ארץ שהיא מערכת משפט העשויה לפעול בשלמות וללא תקלה ולעשות צדק מוחלט בכל מקרה ומקרה [...] אף השופטים, בהיותם אך בני אדם, עלולים לטעות מדי פעם בפעם"⁴. השופט חיים כהן כתב: "כל עוד מופקדת השפיטה בידי בשר ודם, אי-

אפשר למנוע טעויות".⁵ ברוח הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (ועדת גולדברג), נאמר: "לא נוכל לעולם לדעת כמה הרשעות-שווא אירעו, שהתגלותן נמנעה. בעניין זה איש באמונתו יחיה, יש שירכה בהערכת המקרים ויש שימעיט בה".⁶

באנגליה שלטה בעבר הגישה השמרנית, שלפיה התופעה של הרשעת חפים מפשע כלל אינה קיימת.⁷ גישה זו ספגה מהלומות ניצחות עם חשיפת הרשעות השווא הידועות של האירים שנפלו קרבנות לחוקרים-ציידים בריטים: "הארבעה מגילפורד" ו"השישה מברימינגהם".⁸ הראשונה מבין שתי הקבוצות מוכרת לציבור מסרט הקולנוע "בשם האב", שלמרבה הצער מהווה תיאור נאמן של המציאות. בעקבות החשיפה פורסם ב-1993 דוח ועדת רונסימן (Runciman),⁹ ויחסם של האנגלים לנושא השתנה. כאחד מלקחי החשיפה הוקם בהמלצת הוועדה גוף ציבורי עצמאי, שאינו מסונף לממשל ולא למערכת בתי-המשפט, המכונה (Criminal Cases Review Commission); הוועדה לבחינה מחודשת של תיקים פליליים), שתפקידו לבדוק מקרים שבהם ייתכן שהורשע חף מפשע. גוף זה מבצע חקירות עצמאיות ומעביר בכל שנה תיקים נבחרים רבים להכרעה חדשה של בית המשפט. בחלק ניכר מהתיקים הללו אסירים שהורשעו בטעות זוכו ושחררו.¹⁰

בארצות-הברית נערכו ופורסמו מחקרים רבים המלמדים על התופעה של הרשעת חפים מפשע. אציין אחדים מהמרכזיים שבהם: מחקרם של הוגו בדאו ומייקל ראדלט (Bedau & Radelet), המתמקד בעונש המוות;¹¹ מחקרו של אריה רטנר (Ratner),¹² מחקרם של ריצ'ארד ל'יאו וריצ'ארד אופשי (Leo & Ofshe), המתמקד בהרשעה על סמך הודאת-שווא,¹³ ומחקרם של סמואל גרוס (Gross) ואחרים, המתמקד בשנים 1989-2003.¹⁴ כאמור, גם שלל המחקרים הללו אשר הצביעו על קיומה של התופעה לא החדירו אמונה בקרב חלק מהספקנים. אולם עם הופעת הבדיקות הגנטיות וחקר ה-DNA,

השתנה המצב. זוהי נקודת המפנה המשמעותית ביותר בהתייחסות לתופעה, ולכן אייחד לה תת-פרק נפרד. אך קודם לכן אתייחס בקצרה לשאלת ההגדרה של הרשעת חף מפשע. במסגרת פרויקט החפות מבצעים בדיקות גנטיות שבהן לא זו בלבד שנשללת התאמתו של האדם שהורשע בטעות, אלא בחלק ניכר מהמקרים הבדיקות אף מובילות לאיתור העבריין האמיתי. עם זאת, נדירים הם המקרים בהם ניתן להוכיח באופן ודאי את חפותו של אדם. רק בחלק קטן מאוד מהתיקים הפליליים – בעיקר במקרי אונס שבוצעו על ידי זרים – ניתן לבצע בדיקות גנטיות כאלה. במקרים רבים אחרים כל שניתן לדעת בבדיקה שלאחר ההרשעה הוא שהראיות אינן מוכיחות כנדרש את אשמת המורשע. לשיטתי, גם למקרים כאלה יש להתייחס כאל הרשעות של חפים מפשע, או לכל הפחות כאל מקרים שבהם קיימת סכנה ממשית שמדובר בהרשעה של חף מפשע. עקרון התאונות הנסתרות של המשפט הפלילי, עליו אעמוד בהמשך, מצביע על כך שהמקרים מן הסוג הראשון (הוכחת חפות ממשית: "Actual Innocence") והמקרים מן הסוג השני (חשש ממשית להרשעה מוטעית) מהווים יחדיו רק את קצה הקרחון של היקף תופעת הרשעת החפים מפשע.

2. מהפיכת ה-DNA ופרויקט החפות האמריקני

הידע המדעי הדרוש להשוואות גנטיות קיים משנות השמונים של המאה העשרים. בשנות התשעים חלה התקדמות רבה שאפשרה לבצע בדיקות מדויקות אפילו על בסיס דגימה קטנה מאוד של רקמה אנושית מזירת העבירה, שאותה ניתן להגדיל במעבדה לקראת ביצוע הבדיקה.¹⁵ בארי שק ופיטר ניופלד (Scheck & Neufeld) ייסדו ב-1992 בבית הספר למשפטים קרדוזו שבאוניברסיטת ישיבה שבניו-יורק (Cardozo School of Law, Yeshiva University,) את פרויקט החפות ("Innocence Project"). הם הדריכו

סטודנטים למשפטים שאיתרו ראיות מדעיות בארכיונים והסדירו בדיקות DNA לאסירים הטוענים לחפותם. יודגש כי לא בכל תיק ניתן לבצע בדיקה, אלא רק בתיקים המעטים יחסית שבהם קיימות ראיות - כגון כתמי זרע על בגדים - שעדיין נשמרו ושניתן להשוותן לדגימת DNA הנלקחת מאסיר. מייסדי הפרויקט קבעו שעל האסיר לחתום על הסכמה לכך שכל תוצאה תפורסם ברבים - גם אם הבדיקה תוכיח את אשמתו.

ממצאי הפרויקט מדהימים: מאז תחילתו ב־1992 זוכו על בסיס בדיקות ה־DNA הנערכות במסגרתו למעלה מ־300 אסירים שהורשעו בעבירות החמורות ביותר - אונס או רצח (בדרך־כלל רצח בעקבות אונס) ושנידונו לעונשים החמורים ביותר - מאסר עולם או מוות. מדובר בלמעלה משליש מהמקרים שבהם נערכו ההשוואות הגנטיות(!). בנוסף, בכמחצית מהמקרים שבהם זוכו האסירים, הובילו הבדיקות גם לחשיפת העברייין האמיתי.¹⁶

אין מקום להטלת ספק בחפותם של המזוכים במסגרת פרויקט החפות. זאת מכיוון שגם תוצאה של השוואת DNA אשר לה פוטנציאל לזיכוי האסיר - כגון במקרים בהם נשללת האפשרות של התאמה בין האסיר לבין הזרע מזירת העבירה, אף על פי שהיא ראייה חזקה מאוד לחפותו של האסיר, לא בהכרח מובילה לזיכוי. בדרך כלל היא מובילה את הרשויות האמריקניות לבדיקת המקרה מחדש. רק כאשר משתכנעים שהאסיר אכן חף מפשע, למשל כאשר ההשוואה הגנטית לא רק שוללת התאמה בין הדגימה מזירת הפשע לבין האסיר, אלא אף מראה על התאמה בין הדגימה מהזירה לבין אדם אחר שלאחר חקירה נוספת מתברר כי הוא אכן העברייין האמיתי, או כאשר חקירת המקרה מחדש חושפת טעויות בראיות אחרות שהובילו להרשעה, האסיר מזוכה. תוצאת בדיקת DNA כשלעצמה לא תמיד מספיקה לזיכוי.¹⁷

הבדיקות הגנטיות הנערכות לאחר ההרשעות, במסגרת פרויקט החפות האמריקני ובמסגרת פרויקטים אחרים בעולם, מהוות "חלון

הזדמנויות" חד-פעמי. זאת משום שיש בדינו כלי רב עוצמה לבדיקת הרשעות שנקבעו בתיקי אונס בעבר - כשטרם נערכו בדיקות כאלה באופן שוטף, ומשום שכיום מבוצעות הבדיקות הגנטיות כבר בשלב החקירה המשטרטית, ולכן פרויקט החפות לא צפוי להתקיים שנים רבות נוספות - לפחות לא במתכונתו הנוכחית. אך הרשעות שווא צפויות להתרחש גם לאחר שיסתיים הפרויקט. לכן חשוב מאוד לנצל הזדמנות זו ולהפיק מהפרויקט את מרב הלקחים בשאיפה לשיפור מערכת המשפט הפלילי.

למרבה הצער, במדינת ישראל לא ניתן, כך מסתמן, לקיים פרויקט חפות דומה המבוסס על בדיקות גנטיות. זאת משום שרשויות אכיפת החוק, כפי הנראה, לא מלאו את חובתן לשמור לאחר ההרשעות על הממצאים והדגימות מזירות הפשע הדרושים לביצוע הבדיקות.¹⁸

מחקרם של פרופסור סמואל גרוס ופרופסור מייקל שאפר (Gross & Shaffer) אשר פורסם לאחרונה תחת הכותרת "זיכויים בארצות-הברית, 1989-2012 - דוח של מרשם הזיכויים הלאומי" הוא המחקר העדכני ביותר בתחום.¹⁹ גרוס ושאפר אוספים נתונים על זיכויים של חפים מפשע בארצות הברית, הכוללים הן זיכויים על בסיס השוואות DNA והן זיכויים על בסיס נתונים אחרים. החוקרים זהירים מאוד, לדעתי זהירים מדי, בצירוף מקרים למאגר הנתונים שלהם: רק במקרים שבהם הרשויות הכירו באופן רשמי בכך שמדובר בהרשעת שווא של חף מפשע והמורשע זוכה, הם מצרפים את המקרה למאגר. זאת חרף העובדה שבידיהם נתונים על מקרים רבים נוספים שבהם קרוב לוודאי שמדובר בהרשעת שווא. החוקרים מדגישים שאפילו תחת מבחן מצמצם זה של הכרה בטעות על ידי מערכת אכיפת החוק, הם הצליחו לאסוף רק חלק מהמקרים, ושלמעשה מדובר בייסודו של מאגר נתונים אשר צפוי לגדול מאוד כשיצורפו אליו מקרים רבים נוספים של זיכויים רשמיים שהחוקרים טרם איתרו. ובכל זאת מדובר בכמות מרשימה

של זיכויים: 891 זיכויים של אנשים בודדים, מתוכם בכשליש מהמקרים התבסס הזיכוי על השוואת DNA, ועוד 1,170 זיכויים של קבוצות אנשים, וביחד 2,061 (!) זיכויים רשמיים של חפים מפשע שהורשעו ונשלחו למאסר או לגרדום.

הזיכויים הקבוצתיים נובעים מחשיפת שלוש-עשרה פרשות של שחיתות משטרתית, שבכל אחת מהן שוטרים טפלו באופן שיטתי האשמות שווא על אזרחים חפים מפשע ובדו ראיות כדי להפיל אותם ולזכות בקידום. פרשות אלה ממחישות כמה מהגורמים המרכזיים להרשעת חפים מפשע - ביניהם תפקידה של המשטרה והשפעת הרעה של עסקות הטיעון על ההליך המשפטי.

משמעות הממצאים של פרויקט החפות האמריקני, לצד פרויקטים דומים הקיימים במדינות שונות בעולם ושל מאגר הזיכויים האמריקני היא עצומה. בעוד שבעבר האמינו רבים שאין דרך לדעת על הרשעות השווא ולפיכך "איש באמונתו יחיה", כיום, כפי שכתב פרופסור לאון שלף, "השאלה איננה אם קיימות טעויות, אלא מה כמותן, כיצד להפחית את מספרן, ומה לעשות כאשר הן מתגלות".²⁰

3. עקרון התאונות הנסתרות של המשפט הפילי-²¹

בתחומים כמו תעופה, הנדסה ואבחון רפואי, התרחשות התאונה היא גלויה וניתנת לצפייה. פגם במטוס קרב עלול להוביל להתרסקותו הגלויה ופגם בגשר עלול להוביל לקריסתו הגלויה. אבחון שגוי של דלקת התוספתן, יתגלה כאשר בפעולה כירורגית להסרת התוספתן יוברר שאיננו דלקתי. העובדה שהתאונה והנזק גלויים הובילה כבר בשנות הארבעים של המאה הקודמת לפיתוח תחום הבטיחות המודרני וליישומו לשם הפחתת הפגמים כמוצרים והנזקים הנלווים להם. הדברים עוגנו גם בחקיקה ראשית ובהסדרי פיקוח (רגולציה). מנהל התעופה האמריקני (ה־Federal Aviation Administration; להלן:

FAA) מפקח על הבטיחות בתחום התעופה ואחד מתפקידי מנהל המזון והתרופות האמריקני (ה־Food and Drug Administration; להלן: FDA) הוא לפקח על תחום המכשירים הרפואיים.

אם נתייחס להרשעת שווא כאל תאונה, הרי שתאונות כאלו בדרך כלל אינן מתגלות. אין "תקן זהב" שמאפשר לקבוע לאחר הרשעה שהיא הייתה שגויה. אם היה כזה, היו וודאי משתמשים בו כבר במהלך המשפט הראשון.²² גם הבדיקות הגנטיות הנערכות בפרויקט החפות אינן מעניקות לנו "תקן זהב" לבחינת נכונותן של כל ההרשעות ובכל התקופות; נפל בידינו "תקן זהב" לבחינת הרשעות בעבירות מסוימות מאוד (בעיקר אונס בין זרים - שאז ישנן לעתים קרובות דגימות גנטיות ושאלת זיהויו של המבצע היא מרכזית) בתקופה מוגדרת מאוד (בעיקר שנות השמונים ושנות התשעים של המאה העשרים. לאחר מכן החלו לבצע בדיקות גנטיות כבר במהלך החקירה המשטרית).

נוסף להיעדרו של "תקן זהב" לבחינת נכונות ההרשעות, דברי נאשם לאחר הרשעתו, שלפיהם הוא חף מפשע, זוכים לחוסר אמון מוחלט, שהרי בית משפט קבע שהוא אשם. מכאן שייתכן ששיעור התאונות (הרשעות השווא) הוא עצום, אולם בשל היעדר אפשרות לגלותן, קובעי המדיניות משוכנעים שמדובר במערכת כמעט מושלמת וחסונה משגיאות. מאחר שלאבחנה זו משמעויות עצומות, ד"ר הלפרט ואנוכי מכנים אותה "עקרון התאונות הנסתרות של המשפט הפלילי". עיקרון זה מנוסח על ידינו כך:

מערכת המשפט הפלילי מאופיינת בכך שתאונות (הרשעות שווא) בדרך כלל אינן מתגלות. היעדר האפשרות לגילוי התאונות מתורגם על ידי קובעי המדיניות למחשבה האופטימית שלפיה שיעור הרשעות השווא זניח.

במציאות שבה הרשעות שווא אינן מתגלות אין משוב למערכת המשפט הפלילי. כך, התגלה שבמעבדה לזיהוי פלילי אשר שירתה

את המשטרה ביוסטון שבארצות הברית, הופקו במשך שנים רבות תוצאות בדיקה שגויות, שהוליכו להרשעת חפים מפשע רבים ולמאסרים ממושכים. בהיעדר ביקורת חיצונית, העובדים במעבדה לא ידעו עד כמה הפרקטיקה שלהם גרועה.²³ בשל עקרון התאונות הנסתרות, הדרך היחידה שבה ניתן לבחון את מערכת המשפט הפלילי היא באמצעות ההשוואה לתחומים אחרים בחיינו שבהם תקלות עלולות לגרום נזקים כבדים - מערכות בטיחות קריטיות (Safety-Critical Systems). הפער העצום שמצאנו מלמד שמערכת המשפט הפלילי איננה מודעת לכך שהפרקטיקה שלה כה גרועה. חשוב מאוד להבין שמשום שהרשעות השווא הן נסתרות, אין לשאוב אופטימיות ממספר המקרים המוגבל שבהם הוכח באופן חד-משמעי שמדובר בהרשעת שווא. יש יסוד מוצק להניח שמספרן בפועל של הרשעות השווא גדול בהרבה. יחד עם זאת, אף על פי שרובן המכריע של הרשעות השווא הן נסתרות, אציע להלן דרכים שונות לאמוד את היקפן.

4. דרכים שונות לאומדן היקף הרשעות השווא²⁴

כדי לקבל מושג משמעותי על היקף התופעה של הרשעת חפים מפשע, אציע להלן שתי דרכי חישוב נפרדות ועצמאיות. הראשונה מתבססת על נתוני מציאות אמפיריים שנאספו בפרויקט החפות האמריקני ונתחו על ידי הפרופסור האמריקני מייקל רייזינגר (Risinger); השנייה היא תחשיב תיאורטי שערכתי יחד עם ד"ר הלפרט, המבוסס על סטנדרט הוכחת האשמה המקובל אצלנו ובשיטות משפט אחרות, והוא הוכחת האשמה "מעבר לספק סביר". ראשית אתייחס למחקרו של רייזינגר. ממצאי מחקרו מראים ששיעור הרשעות השווא בקרב אלו שהורשעו בעבירות משולבות של אונס ורצח ואשר נידונו למוות נע בין מינימום של 3.3% למקסימום של 6.6%. ה"הערכה ההוגנת" של החוקר לשיעור הרשעות השווא

היא 25.5% להלן בקצרה דרך החישוב: כדי לחשב את השיעור המינימלי של הרשעות השווא יש לחלק מספר ידוע של הרשעות שווה בקרב קבוצת ייחוס בעלת מאפיינים דומים (מספר זה יופיע כמונה) במספר הכולל של ההרשעות באותה קבוצת ייחוס (מספר זה יופיע כמכנה). על מנת לקבל גודל אמין של קבוצת הייחוס, בחר רייזינגר בקבוצה קטנה יחסית של הרשעות שווה שנחשפו במסגרת פרויקט החפות: 11 מקרים משולבים של אונס ורצח אשר התרחשו בשנים 1982-1989, שבהם נותרו דגימות DNA לבדיקה ואשר בהם הנאשמים נידונו לעונש מוות (capital rape-murders). מהמספר הזה הפחית רייזינגר 5%, זאת בשל האפשרות שחלק קטן מהם אשמים למרות תוצאת בדיקת ה-DNA. לאחר ההפחתה הוא נותר עם המספר 10.5 (במונה). בשנים 1982-1989 היו בארצות הברית 479 הרשעות במקרים של רצח ואונס שבהם נגזר על הנאשם עונש מוות. הנתונים בפרויקט החפות מראים שבשליש מהמקרים של רצח ואונס לא נותרו דגימות DNA. משמעות הדבר היא שבקרב 479 ההרשעות רק בשני שלישים מהמקרים - 319 - יש באופן פוטנציאלי DNA לבדיקה. ומכאן בחישוב פשוט: $3.3\% = 10.5/319$ - השיעור המינימלי של הרשעות השווא. זהו השיעור המינימלי, שכן לא ברור אם כל 319 המורשעים ביקשו והצליחו להשיג בדיקות שלאחר ההרשעה של דגימות ה-DNA. כמו כן, מדי פעם מזוכה אדם נוסף על בסיס השוואות גנטיות הנערכות במסגרת הפרויקט, כך שמספר הזיכויים גדל, ובהתאם לכך צפוי גם שיעור הרשעות השווא לעלות מעבר ל-3.3%. הרשעות השווא חושבו רק על בסיס המקרים שבהם המורשעים כבר זוכו, ולכן מדובר בשיעור מינימלי. רייזינגר העריך שקשה להאמין שמחצית מהנאשמים לא ביקשו בדיקת DNA, שהרי זהו הסיכוי האחרון שלהם להשתחרר ממאסר. תחת הנחה זו הוא הגיע לשיעור מקסימלי של 6.6%. בשל חוסר במידע מדויק הוא בחר ב"הערכה הוגנת" של 5%. בעוד שהשיעור המינימלי מבוסס על נתונים ברורים ומציע חישוב

מושכל של מספר הרשעות השווא שכבר נחשפו, הרי שחישובי ההערכה המקסימלית ו"ההערכה ההוגנת", כפי שמעיד רייזינגר, הם הערכות בלבד. בנוסף, יש להביא בחשבון את האפשרות שכאשר לא מדובר בעבירות כה חמורות עם עונשים כה חמורים כמו אלה שחקר רייזינגר, בתי-המשפט נזהרים פחות ושיעור הרשעות השווא גדול באופן משמעותי.

דרך החישוב השנייה, שאותה הצעתי יחד עם ד"ר הלפרט, מבוססת על סטנדרט הוכחת האשמה המקובל במשפט הפלילי - "מעבר לספק סביר". מדובר בדרישה חשובה מאוד, הנובעת מההכרעה הערכית שלפיה האפשרות של הרשעת חף מפשע מטרידה אותנו כחברה הרבה יותר מהאפשרות של זיכוי אדם אשם, הגם שזיכוי כזה אינו רצוי. כיצד נפרש דרישה זו? כיצד נכמת אותה? פרשנות אפשרית אחת היא שאם בתום המשפט נותר ספק באשר לאשמתו של הנאשם, והספק איננו תיאורטי אלא מעוגן בחומר הראיות, ואם התביעה לא הצליחה להסיר ספק זה, הרי שגם אם הספק קטן מאוד יש לזכות את הנאשם.

רבים נוטים לנסות לכמת את סטנדרט הספק הסביר. במשפט האמריקני מקובל מאוד לאמץ את "היחס של בלקסטון" (Blackstone's Ratio) - 1:10 - שפירושו הוכחת האשמה ברמה של כ-90% (ליתר דיוק כ-90.91% [10/11]).²⁶ יחס זה מבוסס על אמרתו הידועה של בלקסטון, שלפיה מוטב שעשרה אשמים יימלטו מעונש מאשר שחף מפשע אחד יסבול.²⁷ ואכן, מסקר שנערך בין 171 שופטים עלה שהבחירה השכיחה ביותר הייתה בסף הוכחה של 90%, שבו בחרו 56 שופטים, הבחירה הממוצעת הייתה 90.3% והחציון 90%.²⁸

אם נניח שהיחס התיאורטי של בלקסטון הוא גם היחס הממוצע בפועל, כפי שעולה גם מסקר השופטים הנ"ל, הרי שמדובר בתוצאות מטרידות מאוד. בשנת 2008 היו 2,310,984 אסירים בבתי-הכלא בארצות-הברית.²⁹ ביניהם יש וודאי כאלה שהסתברות

האשמה הנובעת מהראיות נגדם במשפט גבוהה מהסף המינימלי להרשעה שהוזכר לעיל - 90.91%. נניח שהתפלגות הסתברות האשמה המתקבלת מהראיות כנגד כל אותם 2,310,984 אסירים היא אחידה, החל מרמת הסתברות הסף של 90.91% ועד לרמה המרבית של 100%. כלומר, בכל רמת הסתברות אשמה יהיה מספר זהה של מקרים. מכאן נובע³⁰ ש- $1/22$ (4.545454%) מתוך 2,310,984 האסירים האמריקניים, שהם 105,044 אסירים, הם למעשה חפים מפשע(!) (באופן אינטואיטיבי ניתן להציג זאת גם כך: ההרשעה הממוצעת תהיה בוודאות הממוצעת של 95.46% - שבין הסף הנבחר 90.91% לבין 100%).

לכאורה ניתן לטעון שהתחשיב שלנו, המבוסס על הוכחת האשמה בבית המשפט ברמה של 90% או יותר לאחר שמיעת עדים ובחינת ראיות, אינו מתאים למציאות שבה מרבית ההליכים מסיימים בעסקות טיעון - ללא בירור העובדות. ייתכן שהטענה מוצדקת, אך יחד עם זאת, התמונה שמתקבלת מבדיקת הרשעות המבוססות על עסקות טיעון קודרת עוד יותר. זאת מאחר שבעסקות טיעון אין כל דרישה להוכחה מעבר ל-90%; די בכך שהנאשם מודה כדי להרשיעו. יתרה מזאת, ידוע שאחת הסיבות המוליכות את התביעה להתקשר בעסקת טיעון היא שהראיות שבידיה אינן מספיקות לשם השגת הרשעה במשפט הוכחות. ואכן, במציאות, הרשעות שווא מתרחשות גם כאשר אנשים מודים בעבירה במסגרת עסקות טיעון.³¹

לכאורה, ניתן לחשוב שבישראל המצב טוב יותר, שכן הרטוריקה המקובלת באשר לחובת התביעה להוכיח את האשמה מעבר לספק סביר איננה של 90% כבמשפט האמריקני, אלא של 98% או 99%, או של דרישה ל"מידה גבוהה של הסתברות הגובלת בוודאות".³² אלא שבמציאות שופטים רבים מרשיעים תוך הסתפקות בהרבה פחות מ-99%, וחוששני שהם אינם מקפידים לדרוש אפילו רף של 90%.³³ בנוסף, כפי שניווכח בפרק הבא, לעתים כשנרמה במבט

ראשון שמדובר בהרשעה בהסתברות אשמה גבוהה, לוקים אנשי אכיפת החוק (וגם שופטים) באשליה קוגניטיבית ("כשל החלפת ההתניות") הגורמת להם לחשוב שמדובר בהסתברות גבוהה בעוד שלמעשה הסתברות האשמה האמיתית פחותה באופן משמעותי. לכך מתווספת גם ההלכה (שקבע בית המשפט העליון) המאפשרת הרשעה על סמך ראיה יחידה, וזאת אפילו כשמדובר בראיות לא מדויקות כגון עדות ראיה או הודאה בחקירה (בצירוף "דבר מה נוסף קל כנוצה"). הלכה זו מאפשרת הרשעות רבות ברמת הוכחה שבוודאי נופלת אפילו מהרף של 90%.

להלן אתרגם סף הרשעה מציאותי של 90% (בהבדל מסף הרשעה נשגב אך דמיוני של 99%) למציאות הישראלית. בשנת 2009 היו כלואים בישראל 22,725 אסירים.³⁴ אם מסתפקים בהסתברות של 90% שהנאשם אשם, אזי ההרשעה הממוצעת מבוססת ב-95%, ומכאן שניתן להניח שישנן כ-5% הרשעות שווא, שהן 1,136 אסירים (בממוצע) שהורשעו לשווא וכלואים בישראל בכל זמן נתון(!). את משמעות הרשעות השווא בשיעור של 5% מההליכים הפליליים ניתן להמחיש גם כך: כשמדובר בעבירות לא חמורות, כגון עבירות התעבורה, ישנם שופטים הדנים בעשרות תיקים ביום. שופט המרשיע שישים נאשמים ביום, והמודע לתמונה שהוצגה לעיל, צריך ללכת לביתו בידיעה שבכל יום כזה הוא מרשיע (בממוצע) שלושה אנשים חפים מפשע. שופט הדן בתיקי פשעים חמורים ומרשיע בכל שנה שישים נאשמים, צריך לדעת ששלח באותה שנה (בממוצע) שלושה חפים מפשע למאסר ממושך. עלי להדגיש שאינני מתיימר לקבוע שהשיעור של הרשעות השווא הוא בדיוק 5%. השיעור המדויק עשוי להיות נמוך יותר או גבוה יותר (להערכתי הוא גבוה יותר). כך או אחרת, הן המחקר האמפירי של רייזינגר והן התחשיב התיאורטי שהצעתי אינם מאפשרים להניח שאחוז מורשעי השווא הוא זניח. כיצד אם כן ניתן להסביר את הביטחון של בית המשפט העליון הישראלי בנכונותן

של מאות אלפי ההרשעות הנקבעות בישראל בכל שנה, ביטחון הבא לידי ביטוי, בין היתר, גם בחוסר הנכונות לאפשר משפטים חוזרים ביותר מאשר מקרה בודד בשנה (בממוצע)?³⁵ התשובה נעוצה בעקרון התאונות הנסתרות. העובדה שמרבית הרשעות השווא נסתרות מובילה לכך שלמרות ששיעור הרשעות השווא עלול להיות עצום, קובעי המדיניות יכולים להניח באופטימיות שהמערכת כמעט מושלמת והמציאות איננה טופחת על פניהם.

בעודי כותב ספר זה פורסם מחקר אמפירי חדש ומרתק, שבוצע ביוזמה מבורכת של מושל מדינת וירג'יניה שבארצות-הברית ובמיומן ממשלתי.³⁶ בדומה למחקר של רייזינגר, גם המחקר החדש מבוסס על בדיקות DNA אשר בוצעו לאחרונה בממצאים שנשמרו מהרשעות משנות השמונים. אולם בשונה מהמחקר של רייזינגר, בסיס הנתונים של המחקר החדש איננו הזיכויים אשר הושגו בפרויקט החפות האמריקני. תחילתו של המחקר בניסיון של אנשי פרויקט החפות האמריקני להשיג דגימה ביולוגית מזירת הפשע של מורשע מסוים אשר טען לחפותו. בתיק בית המשפט לא נמצאה דגימה, ולאחר חיפוש יסודי התברר שנשמרה דגימה במעבדה שבה נבדק בזמנו סוג הדם של אותו נאשם. התברר שהמומחית הסרולוגית (lab serologist) באותה מעבדה - מארי ג'יין בורטון (Burton) - נהגה לשמור במעבדה דגימות מכל המקרים שבהם טיפלה. בעקבות התגלות מאגר הדגימות, הורה ב־2005 מושל וירג'יניה לערוך השוואות גנטיות בין כל זוגות הדגימות שאותרו (כל זוג מורכב מדגימה מזירת הפשע ודגימה מגופו של המורשע), ואשר נלקחו במסגרת תיקים שהסתיימו בהרשעה בפשעים מסוג אונס, תקיפה מינית, רצח או הריגה. הייתה זו החלטה חשובה מאוד, אשר לראשונה יזמה בדיקות מקיפות של דגימות שנתרו לאחר ההרשעות - לא רק כשהאסיר פונה ומבקש לבצע בדיקה, אלא בשיטה של "נבדוק את כולם" ("test-them-all"). נאספו נתונים אודות 634 תיקים, מתוכם 422 תיקים של הרשעות באונס ובתקיפות

מיניות אחרות בין השנים 1973-1987. בכמחצית מהתיקים של התקיפות המיניות ניתן היה לקבוע האם קיימת התאמה בין ה-DNA מזירת העבירה (מגוף הקורבן, מבגדים וכדומה) לבין ה-DNA של המורשע. בכמחצית מהתיקים לא ניתן היה לעשות כן, מסיבות שונות כגון כמות לא מספקת של חומר גנטי. לאחר מחקר מעמיק שכלל השוואות גנטיות ובדיקה של כלל הנתונים ככל תיק, הגיעו החוקרים לארבע התוצאות הבאות:³⁷

א. ב-40 מתוך 422 התיקים (שהם 9%), השוואת ה-DNA שללה את האפשרות שמקור ה-DNA שנמצא בזירת העבירה הוא גופו של האדם שהורשע.

ב. ב-33 מתוך 40 התיקים הנ"ל (שהם 8% מכלל התיקים!) לא זו בלבד שהשוואת ה-DNA שללה את האפשרות שמקור ה-DNA מזירת העבירה הוא גופו של המורשע, אלא שבדיקת כלל הנתונים שבתיק תמכה במסקנה שיש לזכות את האדם. (ייתכנו, למשל, מקרים שבהם ישנם שני אסירים שהורשעו כמבצעים בצוותא של אותה עבירה, וכך ה-DNA מזירת העבירה אינו תואם את ה-DNA של מורשע אחד כי הוא שייך למורשע השני. במקרה כזה עדיין ייתכן ששניהם אשמים בעבירה - ונדרשת בחינה של ראיות אחרות).

ג. ב-40 מתוך 227 התיקים (18%) שבהם ניתן היה לקבוע בעקבות השוואת ה-DNA אם המורשע הוא מקור ה-DNA מזירת העבירה, התשובה שללה אפשרות זו.

ד. ב-33 מתוך 40 התיקים שבסעיף ג' (שהם 15% מ-227 התיקים!) לא זו בלבד שהתשובה הייתה שלילית, אלא שבדיקת כלל הנתונים שבתיק תומכת במסקנה שיש לזכות את האדם.

מהו הנתון שצריך לעניין אותנו כשאנו מנסים להעריך את שיעור הרשעות השווא? תחילה אשאל שאלה אחרת: אילו יכולנו לבצע בעבר - בשנים בהן הורשעו אותם אנשים - בדיקות גנטיות, כמה

חפים מפשע שהורשעו בטעות היו מזוכים? התשובה לשאלה זו היא 9%, אם יש נכונות להסתפק בכך שההשוואה הגנטית שוללת את התאמתו של המורשע, או 8%, אם מדקדקים ובודקים האם לאור מכלול הראיות בתיק ייתכן שהמורשע בכל זאת אשם. התשובה שלעיל לוקחת בחשבון את כלל התיקים שנבדקו. אולם לדעתי, כשאנו מבקשים לאמוד את שיעור ההרשעות של חפים מפשע, עלינו להתייחס רק ל-227 התיקים שבהם הבדיקה הגנטית מאפשרת לקבוע אם מדובר באדם הנכון. לכן התוצאות הרלוונטיות לענייננו הן 18%, אם יש נכונות להסתפק בכך שההשוואה הגנטית שוללת את התאמתו של המורשע, או 15%, אם מדקדקים ובודקים האם לאור מכלול הראיות שבתיק ייתכן שהמורשע בכל זאת אשם. אלה הן תוצאות מבהילות: 15 (או אולי אפילו 18) מכל 100 אנשים שהורשעו באונס (או בתקיפה מינית אחרת) היו חפים מפשע.

אנסה להמחיש באופן נוסף מדוע לדעתי, מבין שלל הנתונים המוצגים במחקר, רק הנתונים אודות התיקים שבהם ה-DNA מאפשר ממצא חד משמעי רלוונטיים לענייננו. נניח שכל 422 המשפטים התנהלו בעלטה, שלא הייתה מאפשרת לנו לדעת אם ההרשעה נכונה. נניח שהיינו משיגים פנס פלא, המאפשר להאיר חלק מהמשפטים - באופן אקראי. היינו נכנסים עם הפנס לכל 422 האולמות, אך רק ב-227 מהם הוא היה פועל, מאיר את עינינו ומאפשר לנו לקבוע האם מדובר באדם הנכון. נניח שהיינו מוצאים במשפטים מוארים אלה הוכחה לכך ששיעור ההרשעות של חפים מפשע הוא 15% (או אפילו 18%). מה השיעור הצפוי של הרשעות של חפים מפשע - לכל הפחות במשפטי אונס (ותקיפות מיניות אחרות) אשר נערכו במדינת וירג'יניה באותן שנים? אכן, מדובר בשיעור המבהיל שבין 15% לבין 18%.³⁸

למרות נתונים חדשים אלה אמשיך לאורך הספר לבסס את טיעוניי על ההנחה, שעד לאחרונה הייתה חדשנית ועתה צפויה להפוך שמרנית, שלפיה שיעור ההרשעות של חפים מפשע בעבירות

חמורות הוא (לפחות) 5%. כפי שנראה להלן, גם נתון זה הוא מדאיג מאוד ומחייב התייחסות חדשה לנושא.

5. הנזקים הנגרמים מהרשעת חפים מפשע³⁹

ניתן להפריד בין הנזקים הנגרמים לחף מפשע שהורשע, לבני משפחתו ולמכריו, לבין הנזקים הנגרמים לחברה בכללותה. הנזקים הנגרמים למורשע-בטעות הם, כמובן, עצומים: עצם הרשעתו, הקלון הנלווה אליה, והעונש, שעשוי להיות קנס כספי או אף שלילת חירות שתחילתה במעצר ואחריתה במאסר. בחלק מהמדינות ייתכן אפילו עונש המוות, שמשמעותו נטילת חיים. בעוד שנזקים שנגרמו לשבויי מלחמה או לנפגעי תאונות נחקרו ביסודיות ותועדו בהרחבה, רק לאחרונה החלו להיבחן הנזקים הפסיכולוגיים שנגרמים לחפים מפשע שהורשעו. מחקר שבחן 18 משוחררים שזוכו, הצביע על כך שאישיותם השתנתה. נצפו אצלם מאפיינים של הפרעות פוסט-טראומטיות והפרעות דיכאון. המשוחררים דיווחו על קשיים פסיכולוגיים ועל קשיי הסתגלות חברתית, בעיקר ביחסים קרובים.⁴⁰

כדי להבין את עוצמת הנזק שהרשעה מוטעית גורמת, ניתן לבחון מקרים אחדים באופן פרטני. ג'יימס ביין (Bain), לדוגמא, הורשע ב-1974 בחטיפה ואונס של ילדה בת תשע. הוא היה בן תשע-עשרה בעת מעצרו ונידון למאסר עולם. ב-2009, 35 שנים לאחר כליאתו בשל עבירות שלא ביצע, הוא זוכה ושוחרר. חיים בוגרים שלמים עברו מאחורי הסורגים לשווא.⁴¹ מייקל אוונס (Evans) ופול טרי (Terry) היו בני שבע-עשרה בזמן מעצרום באשמת אונס ורצח של ילדה בת תשע. שניהם הורשעו ונידונו ל-200 עד 400 שנות מאסר. הם זוכו ושוחררו ב-2003, לאחר 27 שנות מאסר.⁴² שופטי הרוב בתביעת הפיצויים שהגיש אוונס קבעו כך: "מה שקרה למר אוונס - הרשעתו המוטעית וכליאתו לתקופה משמעותית מחייו -

היה טרגדיה בפרופורציות עצומות".⁴³

להערכתו, כמעט כל מקרה של הרשעת שווא המסתיימת במאסר הוא טרגדיה קיצונית ונוראה. בפרויקט החפות האמריקני לבדו נחשפו למעלה מ-300 טרגדיות הדומות באופיין לטרגדיות שהזכרתי לעיל. המחקר של גרוס ואחרים, שהוזכר לעיל, מפרט כאלפיים זיכויים שהתקבלו בעקבות חשיפתן של הרשעות של חפים מפשע. וכאמור, זהו רק קצהו הגלוי של הקרחון הנסתר.

אפילו בישראל הקטנה שבה לא קיים פרויקט חפות, נחשפו לא מעט טרגדיות כאלה. מר עמוס ברנס הורשע ברצח ונשלח למאסר ממושך. לאחר שנים רבות מאוד של מאבק עיקש, הוא זוכה בהליך של משפט חוזר⁴⁴ ואף נפסקו לו פיצויים משמעותיים. באופן דומה, הצעירים שזכו על לא עוול בכפם להיות מוכתרים כחברי "כנופיית מע"ץ" (מועצת עבריינים צעירים), הפסידו את השנים שהיו אמורות להיות היפות בחייהם מאחורי סורג ובריח. בדרך נס, לאחר שחוקר משטרה בדימוס שמצפוננו התעורר התוודה וסיפר כיצד חוקרי המשטרה התעללו בהם כדי לסחוט מהם הודאות, הם זוכו בהליך של משפט חוזר, וגם להם נפסקו פיצויים משמעותיים.⁴⁵ מר גרגורי שניידר, ניצול שואה, הועמד לדין בעבירות של מעשה מגונה ומעשה סדום. הוא הורשע בבית משפט שלום בעקבות עלילת שווא של ה"קורבן", וזוכה לכסוף בבית-המשפט המחוזי. סמוך לערעור ולפני זיכוי, צוטטו דבריו הבאים בעיתונות: "הלוואי שהייתי מקבל סרטן במקום הדבר הזה שאמרו עלי שעשיתי". הוא סיפר שתקופה זו הייתה קשה לו יותר מהתקופה שבה היה בגטו.⁴⁶ מר ארנלדו לזרובסקי נידון בשל עלילת שווא דומה של אותו ה"קורבן" לארבע שנות מאסר. הוא זוכה רק במשפט חוזר, לאחר שהורשע בשלוש ערכאות ולאחר שנשא את עונשו. בתו סיפרה שקיבל התקף לב והפך לשבר כלי.⁴⁷

נזקים נוספים - חלקם ישירים וחלקם עקיפים - נגרמים לבני משפחתו של המורשע-בטעות ולמכריו. בית-המשפט האמריקני

הכיר בנזקים כאלה בפרשת לימון (Limon), שם אושר פסק-דין של \$101,750,000 פיצויים לארבעה אנשים שהורשעו לשווא, לבנות-זוגם וילדיהם.⁴⁸ התעריף של הערכאה הנמוכה - מיליון דולר לשנת מאסר - אושר גם בערעור. נשותיהם זכו לפיצויים של יותר ממיליון דולר כל אחת, והילדים זכו ל-\$250,000 כל אחד. גם תעריפים שנתיים יקרים יותר אושרו. ג'ואן ג'והנסון (Johnson) פוצה בסכום של \$21,000,000 בגין אחת-עשרה שנות מאסר שווא⁴⁹ - כמעט \$2,000,000 לכל שנת מאסר. גם במקרים אחרים נפסקו פיצויים גבוהים.

גם בישראל נפסקו פיצויים משמעותיים. בפרשת מע"ץ נפסקו לארבעת המורשעים לשווא (יחדיו) למעלה מ-\$12,000,000 שקלים.⁵⁰ בפרשת ברנס נפסקו למורשע-בטעות, אשר היה במאסר כשמונה וחצי שנים, כ-\$5,000,000 שקלים.⁵¹ בפרשה אחרת, שלא הגיעה לכדי הרשעה מוטעית, נפסקו למר רגב שוובר למעלה מ-\$2,000,000 שקלים פיצויים בגין 88 ימי מעצר שווא והתעללות במהלכו, אם כי בערעור הופחת הסכום לכ-\$200,000 ש"ח.⁵²

סכומי הפיצויים - בארצות הברית מיליוני דולרים ובישראל מיליוני שקלים - מלמדים אותנו שני דברים חשובים: האחד הוא מידת הנזק שנגרם למורשע בטעות, כפי שמעריכים אותה בת-המשפט; השני הוא הנזק הכלכלי הגדול שגורמות או צפויות לגרום ההרשעות של חפים מפשע למדינה. אמנם בשל עקרון התאונות הנסתרות של המשפט הפלילי רוב הרשעות השווא אינן נחשפות, ולכן המדינה לא נאלצת לפצות את המורשעים בטעות, אך די במקרים הנחשפים ובפיצויים הנפסקים בהם כדי ללמדנו על הנזקים המשמעותיים.

אך ישנם נזקים גדולים יותר מהפיצויים שעל המדינה לשלם למורשעים בטעות. האחד - עדיין כלכלי - הוא הוצאות החקירות והמשפטים המוטעים והמאסרים שבעקבותיהם. השני - הגדול, להערכתנו, משני קודמיו - הוא הפגיעה המשמעותית באמון הציבור

במערכת המשפט ובמוסדות המדינה כתוצאה מהרשעתם של חפים מפשע. ראוי להזכיר שהמדינה הוקמה כדי לשמור על זכויות הפרט ובוודאי שלא כדי לפגוע בו ולגרום לו עוול. כאן אציין, במאמר מוסגר, שלא ניתן לשקם אמון זה על ידי ההכחשה הכושלת של עצם קיומן של הרשעות השווא. על מנת לשקם את אמון הציבור על המדינה לעשות הכול כדי לתקן את הטעויות לאחר מעשה, ולעשות הכול כדי למנוע מלכתחילה טעויות נוספות. על כך אפרט בפרקים הרביעי והחמישי של הספר. לבסוף, הנזק המשמעותי האחרון הנגרם לחברה בכללותה - הכבד ביותר, להערכתך, מבין הנזקים המפורטים לעיל - הוא שלאחר ההרשעה המוטעית הפושע האמיתי ממשיך להלך חופשי ולעתים גם ממשיך לפשוע. כך, לפי הנתונים שנאספו בעקבות פרויקט החפות האמריקני, 250 הזיכויים הראשונים לברם מראים שלפחות 40 מהעבריינים האמיתיים ביצעו עבירות חמורות בעת שהמורשעים-בטעות במקומם היו כלואים בבתי-סוהר, ובהן 56 עבירות אונס ו-19 מעשי רצח.⁵³



**גורמים מרכזיים להרשעת חפים מפשע -
חלק ראשון: ראיות**

1. מבוא

ישנם גורמים רבים המוליכים להרשעת חפים מפשע. חלק ניכר מהם משתייך לתחום דיני הראיות. להלן אעמוד על המרכזיים שבהם. באופן כללי ניתן לתאר את ההיסטוריה של דיני הראיות כך: בכל דור ודור אנו מגלים שהמשקל שניתן בעבר לראיה מסוימת היה גדול בהרבה מזה המגיע לה והמשקף את כוחה האמיתי להוכיח את אשמתו של אדם. בעניין זה ישנו פער של שנים בין התפתחות הידע המדעי לבין ההפנמה שלו בקרב המשפטנים. המחקר המדעי כבר הוכיח את הבעיות הקשות שעשויה ראייה לעורר: אי־הדיוק האינהרנטי לעדויות ראייה, בין היתר בשל מגבלות הזיכרון האנושי; הבעייתיות הרבה בהסתמכות על הודאות, שהרי המחקרים מלמדים שלא רק אשמים אלא גם חפים מפשע מודים בעבירות ושלבתי המשפט אין כלים לזיהוי הודאות השווא; חוסר האפשרות לזהות אדם על־פי התבוננות מבעד לעדשת המיקרוסקופ בשיערו והשוואתו לשיעור מזירת

העבירה; העובדה שאפילו בראיות טובות כבדיקות גנטיות והשוואת טביעות אצבעות מתרחשות שגיאות מעבדה בהיקף משמעותי ועוד. אלא שמערכת המשפט, הרגילה להכריע על-פי ראיות שבעבר נחשבו מדויקות מאוד, איננה ממהרת לשנות את כלליה בהתאם לידע המדעי העדכני. בדרך כלל ישנו פער של שנים רבות, אפילו של דור שלם, בין ההתפתחות המדעית לבין הפנמתה במערכת המשפט. בתקופת המעבר ממשיכים לתת לראיה הבעייתית משקל גדול מאוד בהוכחת אשמתו של אדם, מבלי לעשות שימוש בידע החדש. הדוגמא המרכזית לפער הזה, התורם להרשעות שווא רבות, היא ההלכה המשפטית המאפשרת להרשיע אדם על בסיס ראיה יחידה, כגון עדות ראייה, הודאה, השוואה גנטית או השוואה של טביעות אצבעות, וזאת חרף העובדה שאף אחת מראיות מרכזיות אלה איננה נקיה משגיאות. הדבר מתאפשר, בין היתר, בשל "כשל החלפת ההתניות", שעליו אעמוד להלן.

2. 'כשל החלפת ההתניות', המוליך להרשעה על סמך ראיה יחידה

כפי שכתבו כהנמן וטברסקי, הכשל להעריך את הרלוונטיות של הסתברות התחלתית לנוכח ראיה מסוימת הוא אולי אחד מהמקרים המשמעותיים ביותר של התרחקות האינטואיציה מהתיאוריה הנורמטיבית של ניבוי.⁵⁴

כשל החלפת ההתניות⁵⁵ מתייחס להסתברויות מותנות. הכשל נוצר כשמחליפים את ההסתברות של התרחשות מאורע A בהינתן מאורע B, בהסתברות של התרחשות מאורע B בהינתן מאורע A. הסתברויות מותנות הפוכות אלו עשויות להיות שונות בערכיהן המספריים אפילו בכמה סדרי גודל (פי עשרה, פי מאה, פי אלף וכן הלאה). ככל שהשוני גדול יותר, כך האשליה הקוגניטיבית הנובעת

מכשל זה קיצונית יותר. להלן דוגמא מתחום האבחון הרפואי - שם, בהבדל מתחום "האבחון המשפטי", מודעים לכשל זה ומשתדלים להימנע ממנו.

יצרן מדווח (נכונה) שערכה ביתית לבדיקת נשאות איידס היא מדויקת מאוד ושהסתברות לקבלת תוצאה חיובית כוזבת (false positive) היא רק 0.1%. כלומר: אילו היו אלף אנשים בריאים נבדקים, הרי שרק לגבי אחד מהם הייתה מתקבלת תוצאה חיובית כוזבת בבדיקה (שלפיה מדובר כביכול בנשא איידס). ביש-גדא נבדק בערכה זו ותוצאת הבדיקה הייתה "חיובית". המחשבה שהסתברות שהוא אכן נשא היא 99.9% ושהסתברות שהוא לא נשא היא 0.1% בלבד, עלולה להיות אשליה קוגניטיבית שמקורה בכשל החלפת ההתניות. ההסתברות שאותו אדם נשא תלויה גם במידת שכיחותו של נגיף האיידס באוכלוסייה שאליה הנבדק משתייך ("שיעור הבסיס"). אם מדובר בנבדק מקבוצת סיכון נמוך (שאינו מקבל עירוויי דם, אינו מזריק לגופו דבר ואינו מקיים יחסי מין שאינם בטוחים), אשר שכיחות הנשאות שבה היא מקרה אחד ל-10,000 אנשים (ואם הסתברות השגיאה השלילית false negative - ההסתברות שהבדיקה תראה בטעות שהנבדק איננו נשא בעוד שהוא נשא) היא אפס), הרי שהסתברות הנשאות שלו היא כ-9% בלבד (ולא 99.9%), בעוד שהסתברות שהאדם בריא היא כ-91% (ולא 0.1%).

ההסבר: אם ייבדקו 10,000 אנשים מקבוצת הסיכון הנמוך שאליה משתייך ביש-גדא, תתקבל תוצאה חיובית ביחס ל-11 מהם: אחד, למרבה הצער, הוא אכן נשא איידס, ו-10 נוספים הם המקרים של טעות בבדיקה (1 מ-1,000; 10 מ-9,999). מתוך ה-11 רק אחד הוא אכן נשא. לכן ההסתברות שביש-גדא הוא נשא היא רק 1/11, כ-9%, או, בניסוח אופטימי יותר, כ-91% שהוא איננו נשא. זוהי דוגמה לאשליה קיצונית של (כביכול) הסתברות של 99.9% לנשאות, בעוד שהסתברות הנכונה היא 9% בלבד.

הכשל במקרה של האבחון הרפואי המתואר לעיל הוא ההחלפה שלנו בין ההסתברות לקבלת תוצאה חיובית בהינתן שהאדם איננו נשא (0.1%), לבין ההסתברות שהאדם המסוים איננו נשא בהינתן (וחרף) התוצאה החיובית בבדיקה (שהיא באשר לאדם מקבוצת הסיכון הנמוך 91% ולא 0.1%). כאמור, בתחום האבחון הרפואי רבים מודעים לכשל הזה, ולפיכך רופא מקצועי איננו מסתפק בתוצאת הבדיקה אלא משקלל אותה עם נתונים נוספים אודות הנבדק.

דוגמא נוספת לכשל החלפת ההתניות מתייחסת לעובדה שאנו מניחים שכמעט לכל רצח יש מניע. נניח לצורך ההדגמה שההסתברות לכך שיש לרצח כלשהו מניע היא 99%. מהי ההסתברות לכך שאדם מסוים שיש לו מניע - כגון שנאה לקורבן או אפשרות לרשת אותו - גם רוצח אותו? וודאי שלא 99%. יש אנשים אשר להם המוני שונאים אולם אינם נרצחים. כשל לוגי כזה הוביל את חוקרי המשטרה לחשוב שמר יוסף זוהר רצח את אביו כדי לרשת אותו. לכאורה היה לו מניע: הוא היה אחד היורשים. אך למעשה האב לא נרצח: הוא היה חולה במחלת ניוון שרירים סופנית ומת מוות טבעי. הדבקות של חוקרי המשטרה בתפיסה המוטעית של "אשמת החשוד" הוליכה למשפט של ארבע וחצי שנים, שבמהלכן היה יוסף זוהר במעצר חודשים אחדים ולאחר מכן במה שמכונה "מעצר בית" - עד שלבסוף התבררה הטעות והוא זוכה.⁵⁶

בתחומי הלוגיקה, המתמטיקה וההסתברות, פותחה דרך טובה לשקלול תוצאות הבדיקה יחד עם הנתונים האחרים על אותו המקרה. הדבר נעשה באמצעות "נוסחת בייס" ("Bayes Theorem"), שבה ניתן להשתמש גם בתחום המשפט, כפי שאראה בהמשך. נזכור שהשאלה שבה על בית המשפט להכריע היא הסתברות האשמה בהינתן תוצאה חיובית בבדיקה (למשל, אם נמצאה התאמה גנטית בין פרופיל ה-DNA של הנאשם לבין דגימה מזירת

העבירה, מהי ההסתברות שהנאשם הוא אכן מבצע הפשע?). המדע איננו מסוגל לספק תשובה לשאלה של הסתברות האשמה, אלא תשובה מוגבלת (כמידת הדיוק של הבדיקה) לשאלה אחרת - הסתברות התוצאה החיובית בבדיקה בהינתן האשמה או החפות. לפיכך, כדי להשיב על השאלה הראשונה, חייבים להביא בחשבון את "ההסתברות האפריורית", ההתחלתית - זו שלפני הבדיקה, הנלמדת מן הראיות האחרות (ומהיעדרן). למרבה הצער, משפטנים רבים, לרבות שופטים, אינם יודעים לעשות זאת (ואף אינם מודעים לכך שאינם יודעים לעשות זאת). הם נכשלים בכשל החלפת ההתניות גם עשרות שנים לאחר שכהנמך וטברסקי התריעו מפניו, ולאחר שאחד מהם אף זכה בפרס נובל.

ייתכן שבשלב זה הדברים נדמים בעיני חלק מן הקוראים כמסובכים. בהמשך - כשנדון בכל אחת מהראיות המרכזיות המשמשות להרשעת נאשמים בבתי-המשפט בנפרד - נראה כיצד יש להימנע מכשל החלפת ההתניות.

3. התפיסה המוטעית של 'אשמת החשוד'

התפיסה המוטעית של "אשמת החשוד" הרווחת בקרב חוקרי משטרה, תובעים ואפילו שופטים, יוצרת טעויות רבות ומזינה גורמים מרכזיים להרשעת חפים מפשע - הן מתחום דיוננו הנוכחי - הראיות - והן מהתחום שבו נעסוק בפרק הבא - הפרוצדורה. כפי שתיאר מישל פוקו בספרו הידוע על הולדת בתי-הסוהר, בעבר הייתה קיימת תפיסה שלפיה לחשוד, מעצם היותו חשוד, מגיע עונש כלשהו, שהרי (כביכול) לא ייתכן שחשוד יהיה נקי מאשמה.⁵⁷ חוששני שמהו מתפיסה זו מלווה אותנו עד היום. חזקת החפות שעליה אנו מצהירים כחברה⁵⁸ מוחלפת, מבחינה מעשית, בחזקת אשמה. הנחת עבודה כזו היא נוחה מאוד, שהרי קל יותר להתמקד בחקירת כיוון אחד מאשר להתפרש על פני כמה כיווני

חקירה. הנחת עבודה זו נוחה גם משום שהחשוד הנוכחי בדרך כלל כבר עצור בידי המשטרה. ההנחה נתמכת על ידי ההערכה (הלא נכונה) שלפיה מרבית החשודים גם אשמים. היא צוברת תאוצה לאחר שמוגש כתב־אישום נגד החשוד והוא הופך לנאשם: בשלב זה כבר קיימת סטטיסטיקה ידועה שלפיה רובם המכריע של הנאשמים מורשעים, דבר הגורם לרבים להסיק שהם אכן אשמים. ההנחה האחרונה עלולה להטעות גם שופטים.

במקרים רבים קיים מתח מובנה בין שתי מטרות שונות העומדות לנגד עיניו של חוקר המשטרה: האחת היא חקירה אובייקטיבית בניסיון לאתר את העבריין אשר ביצע את הפשע, והשנייה היא איסוף ראיות מפלילות נגד החשוד. המטרה הראשונה מחייבת גישה אינקוויזיטורית, חקירתית, המחייבת פתיחות לאפשרויות שונות, אך למטרה השנייה דינמיקה אדברסרית, יריבותית, המוליכה להתמקדות בחשוד מסוים. מכיוון שבתיקים רבים ישנו חשוד כבר משלב מוקדם, עלולה המטרה השנייה לגבור על הראשונה ולהוליך לאיתור ראיות מפלילות נגד האדם הלא נכון.

השפעת התפיסה המוטעית של "אשמת החשוד" על עבודת חוקרי המשטרה היא הרסנית. מכיוון שמניחים שהחשוד אשם וכל שנותר הוא להוכיח את אשמתו, מתמקדת החקירה, רובה ככולה, בחשוד, בדרך־כלל בניסיון לחלץ ממנו הודאה. כפי שכתב השופט חיים כהן בספרו: "למעשה, רובה ככולה של החקירה המשטרתית שלאחר תפיסת חשוד מכוונת להביאו לידי הודאה"⁵⁹. משמושגת ההודאה בדרך־כלל גם נפסקת החקירה. כיווני חקירה אחרים שהיה בכוחם לשפוך אור על חקר האמת נזנחים. גם אם ישנם ניסיונות מאוחרים לשוב אליהם, הראיות לא תמיד נשמרות. סימנים שאינם מתיישבים עם הקונספציה אינם נקלטים או נדחים כבלתי־אמינים או כבלתי־משמעותיים.⁶⁰

המחשה יפה להשפעת התפיסה המוטעית של "אשמת החשוד" על אופן פעולתם של גורמי אכיפת החוק השונים מצאתי במאמר

שכותרתו "הנדסה לאחור" ("Reverse Engineering"), ובו השווה המחבר את פעולתם של גורמי אכיפת החוק לזו של מהנדסים המקבלים מוצר מוגמר ומנסים לגנוב את הרעיון ולהעתיק אותו, תוך פירוקו והליכה מן הסוף אל ההתחלה.⁶¹ בדומה למהנדסים, אנשי אכיפת החוק השבויים בקונספציה יתחילו - מחשבתית לפחות - במוצר המוגמר של ההרשעה הפלילית, יניחו שהחשוד אכן עבר את העבירה המיוחסת לו, ויחפשו אך ורק ראיות התומכות במסקנה זו. כך, לצערי, נראים חקירות משטרה רבות, עבודתם של חלק מהתובעים ואפילו פסקי הדין של חלק מהשופטים. כפי שכתב הפילוסוף של המדע קארל פופר, קל להשיג אישושים לכל תיאוריה - אם אישושים הם מה שאנו מחפשים.⁶²

הנפילה בשבי הקונספציה היא נטייה אנושית המוכרת בתחום הפסיכולוגיה. היא מוסכרת, בין היתר, באמצעות כמה הטיות קוגניטיביות מוכרות, לרבות הטיית האישוש (הנטייה לחפש או לפרש ראיות בדרך שתתמוך באמונות, בציפיות או בהשערות הקיימות), הטיית החוכמה-שלאחר-המעשה (המכונה גם "ידעתי-זאת מלכתחילה"); והטיית התוצאה (שהיא דומה להטיית החוכמה-שלאחר-המעשה ומתייחסת להחלטות שקיבלנו בעבר).⁶³

לא זו בלבד שהטיות קוגניטיביות אלה קיימות בתחומים רבים של חיינו, במערכת המשפט הפלילי נוספים עליהן גם לחצים (כגון הלחץ הציבורי על חוקרי המשטרה לפענח פשעים ולתפוס עבריינים) ותהליכים המחזקים מאוד את התפיסה המוטעית של אשמת החשוד. בנוסף, חלק מהכללים והפרקטיקות המקובלים במערכת המשפט הפלילי אף מחזקים את ההטיות. דוגמא מרכזית לכך היא שיטת החקירה הידועה כ"שיטת ריד" (Reid). לפי שיטה זו מבחינים בין ראיון או תשאול (interview), שבמהלכו חוקרים את האדם בפתיחות בניסיון לקבל מידע ולהגיע לאמת, לבין חקירה (interrogation), שאותה מבצעים כשהחוקר משוכנע באשמת החשוד, בניסיון מוצהר לגרום לנחקר להודות.⁶⁴ שיטת חקירה כזו

מחזקת מאוד את התמקדות המשטרה בנחקר מסוים, אשר ייתכן מאוד שנבחר כתוצאה מההטיות הקוגניטיביות הנ"ל. אילו אכן היה לחוקרי המשטרה "סטנדרט זהב" שבאמצעותו היו יכולים לקבוע אם החשוד הוא אכן מבצע העבירה, אולי היה טעם בהתמקדות כזו. אך המחקרים מלמדים שחוקרים, תובעים, מושבעים, שופטים ולמעשה כולנו לא מסוגלים להבחין בין אמת לשקר.⁶⁵ בנוסף, אם אכן היינו יודעים שהחשוד הוא אכן מבצע העבירה משמע שהיו לנו ראיות משמעותיות אחרות שהובילו לידע הזה, ובמקרה כזה כלל לא היינו זקוקים להודאה.⁶⁶

דוגמא מאלפת להשפעתה ההרסנית של התפיסה המוטעית של "אשמת החשוד" על עבודת המשטרה ועל עבודת התביעה ניתן למצוא בפרשה שנודעה בארצות-הברית בשם "הארבעה מנורפולק" (The Norfolk Four).⁶⁷ הדיון בפרשה גם מקשר בין הפרק הנוכחי לפרק הבא, העוסק בהודאות שווא. אישה נאנסה ונרצחה בביתה. חוקרי המשטרה חקרו את השכן שלה - מלח המשרת בצי האמריקני בשם ויליאמס, אשר נישא זמן קצר קודם לכן. בתחילה הכחיש ויליאמס כל קשר לפשע. לאחר מכן הועבר לידי של פורד - חוקר משטרה קשוח, בעל מוניטין של מומחה לחילוף הודאות מחשודים. לאחר חקירה לוחצת בתנאי מעצר, הודה ויליאמס באונס וברצח. הוגש נגדו כתב-אישום. אלא שההשוואה הגנטית הראתה שה-DNA מזירת הפשע אינו שלו. האם שחררו אותו? לא. פנו לשותפו לדירה - מלח נוסף, בשם דיק. לאחר חקירה לוחצת שחקר אותו פורד, גם דיק הודה באונס וברצח. אלא שגם ה-DNA שלו לא התאים לדגימה מזירת הפשע. האם שחררו את שניהם? - לא. חזרו אל דיק ודרשו ממנו לספר מי עור היה איתם בעת ביצוע הפשע. בחקירה לוחצת סיפק דיק שמות של שני אנשים נוספים: אריק וג'ורג'. החוקרים איתרו את אריק וילסון, אך לא מצאו אדם בשם ג'ורג'. לפי התיאור שמסר דיק באשר לג'ורג' שאולי לא קיים, הגיעו החוקרים אל אדם נוסף - תייס. בחקירה לוחצת הודה גם תייס, והפליל שניים

נוספים - פולי ופאריס. בהמשך הגיעו החוקרים לחשוד שביעי - דנסר. ארבעה מהשבעה לא עמדו בלחצי החקירה והודו בכיצוע הפשע. כל השבעה נבדקו וה-DNA של אף אחד מהם לא התאים ל-DNA מזירת הפשע. בשלב זה אירע לחשודים נס: באלארד, אסיר עם הרשעות באונס ובעבירות אלימות אחרות, כתב מהכלא לחברתו-לשעבר, שהייתה חברתה של קורבן הרצח, וסיפר שהוא האנס והרוצח. המכתב הועבר למשטרה. האסיר נחקר, הודה וסיפר שפעל לכדו. בדקו את ה-DNA שלו והוא נמצא מתאים ל-DNA מזירת הפשע. לא נמצא שום קשר בינו לבין השבעה האחרים. האם שחררו אותם לבסוף? אפילו במצב כזה סימאה התפיסה המוטעית של אשמת החשודים את עיני השוטרים והתובעים. התביעה בנתה סיפור שלפיו כביכול שבעת המלחים התגודדו ליד ביתה של הקורבן ורצו לפרוץ אליו ולאנוס אותה, אך לא ידעו לפרוץ. בשלב זה הגיע למקום, לגמרי במקרה, עבריין המין באלארד והציע להם להצטרף ולסייע להם בכיצוע הפשע. גם השופטים נלכדו כנראה בקונספציה המוטעית, וארבעת המלחים שהועמדו לדין הורשעו ונגזרו עליהם שנות מאסר רבות. רק כעבור למעלה מעשור נחשפה הפרשה בסרט התיעודי המרתק "ההודאות" (*The Confessions*) של הבימאית עפרה ביקל (Bikel). התחקיר שודר במסגרת תוכנית הטלוויזיה "פרונט-ליין" (*Frontline*).⁶⁸ אציין שביקל כבר הביאה באמצעות סרטיה התיעודיים עטורי הפרסים, העוסקים בהרשעתם של חפים מפשע, לשחרורם של 13 אסירים. ניתן לראות בסרטיה פרויקט חפות של אישה יקרה אחת. בהמשך פורסם על אודות הפרשה גם ספרם המפורט של וולס וליאו "הבחורים הלא-נכונים"

⁶⁹(Wells & Leo, *The Wrong Guys*)

כיצד ניתן להשתחרר מהתפיסה ההרסנית של אשמת החשוד? ראשית, יש להיות מודעים לה. שנית, יש להזהיר מפניה ומפני תוצאותיה המטעות בהכשרות הניתנות לחוקרי המשטרה, לתובעים ולשופטים. יש להדגיש בפני חוקרי המשטרה שתפקידם איננו לפענח

את התיק בכל מחיר אלא לסייע לבית המשפט להגיע לאמת ולעשות צדק. לפיכך, אם יש ביכולתם לגלות ולחשוף ראייה התומכת בזיכריו של החשוד - חובה עליהם לגלותה ולחושפה. שלישית, יש לעודד את חוקרי המשטרה לחקור כמה כיוונים ולא להתמקד אך ורק בחשוד שבידיהם ובניסיון לגרום לו להודות. בהתאמה, יש לשבח ולקדם לא רק חוקר שהשכיל לאתר ראיות המפלילות את החשוד אלא גם חוקר שחשף את האמת ומנע העמדה לדין של חף מפשע. רביעית, על התובע לפקח על החקירה המשטרית ובמידת הצורך לכוון את חוקרי המשטרה לכיווני חקירה נוספים. נדרש גם פיקוח על עבודתו של התובע. חמישית, רצוי לשלב בכל צוות חקירה החוקר פשע חמור חוקר שתפקידו יהיה "לשחות נגד הזרם": לחפש דווקא ראיות לחפותו של החשוד ובכך להעשיר את החקירה ולהפכה למקיפה וטובה יותר.⁷⁰ כמובן שלא מדובר ברשימה סגורה של המלצות ולא במתכון מוכח. כל כוונתי היא להראות שיש הרבה מה לעשות בתחום הזה, כדי להימנע מהשפעתה הרעה של הקונספציה. בהמשך נראה כיצד התפיסה המוטעית של "אשמת החשוד" מטעה ומזינה גורמים שונים להרשעת חפים מפשע, הן מתחום הפרוצדורה, כגון אופן עבודת המשטרה, והן מתחום הראיות, כגון היחס המוטעה אל הוראת הנחקר - אליה אתייחס להלן.

4. 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא? הרשעה על סמך הודאה בלבד

ב-1660 נעלם בפתאומיות אנגלי בשם וויליאם האריסון. שלחו את משרתו ג'והן פרי לחפש אחריו. המשרת לא שב לביתו באותו הערב, והדבר עורר את חשדם של חוקרי המשטרה. הם חקרוהו ברציפות משך ימים אחדים. לכסוף הודה כי רצח את אדונו. בנוסף, הודה כי אמו ואחיו (של המשרת) סייעו לו בביצוע הרצח. גופת הארון לא נמצאה מעולם. כל השלושה נשפטו, הורשעו והוצאו להורג

בתלייה. שנתיים לאחר מכן שב האדון לביתו וסיפר כי נחטף, נמכר כעבד והועבר לטורקיה.⁷¹

האם סיפור כה מזעזע עלול להתרחש גם בימינו? למרבה הצער, התשובה חיובית, עם הבדל אחד: במדינת ישראל העונש לא יהיה מוות אלא מאסר עולם. בחלק מהמדינות בארצות-הברית גם עונש המוות ייתכן.

עמוס ברנס הורשע ב־1976 על בסיס הודאתו ברצח החיילת רחל הלר ז"ל, ונידון למאסר עולם. השופטים לא האמינו לו כשטען שנחקר באמצעים פסולים ושהודאתו הייתה הודאת שווא אלא האמינו לחוקרי המשטרה שהכחישו זאת. החוקר מרכוס אף הכחיש את עצם נוכחותו בזמן שחזור הפשע על ידי ברנס. בעקבות המלצתה של עורכת-הדין יהודית קרפ בדוח שעסק בפרשה זו, הועמד החוקר מרכוס לדין והורשע בבית המשפט המחוזי במתן עדות שקר, בהתבסס, בין היתר, על עדותו של אחד מחוקרי המשטרה, עוזי נבות. נבות העיד שברנס דובר אמת והחוקר מרכוס הוא ששיקר. דוח קרפ אף הצביע על כך ששני שוטרים – רב-סמל סימון אבוטבול ורב-סמל דוד כהן – הודו שראו את השוטר אלכז מכה את ברנס, בניגוד לעדויות השוטרים בבית המשפט המחוזי. עם זאת לאחר מכן, למרות עדויות אלה, זוכה מרכוס בבית המשפט העליון. רק לאחר שנים רבות התקבלה בקשתו של ברנס למשפט חוזר על ידי שופטת בית המשפט העליון דליה דורנר, אשר פירטה בהחלטתה הפרות חמורות של החוק בהתנהלותם של חוקרי המשטרה בפרשה.⁷² ב־2002 ברנס זוכה, כשהפרקליטות בחרה שלא להגיש נגדו כתב-אישום חדש. בהמשך הגיש ברנס תביעה לפיצויים וזכה בה. פרט מעניין הוא ששופט בית המשפט העליון חיים כהן, אשר היה בהרכב שדחה את ערעורו של ברנס על הרשעתו, תמך לאחר מכן במתן חנינה לברנס, לאחר שהוצגו בפניו על ידי החוקר עזרא גולדברג ראיות התומכות בחפותו של ברנס.⁷³ ב־1979 הורשעו ארבעה צעירים, על בסיס הודאותיהם, בביצוע

עבירות חמורות לרבות הצתות, ונידונו לעונשי מאסר ממושכים. הם כונו בתקשורת "כנופיית מע"ץ" (מועצת עבריינים צעירים). עדויותיהם במשפט, שלפיהן חוקרי המשטרה התעללו בהם וכך השיגו מהם הודאות שווא, נדחו. בית המשפט האמין להכחשותיהם של החוקרים. 14 שנים לאחר חקירתם, לאחר שהארבעה כבר סיימו לרצות את עונשי המאסר, הודה בפני התקשורת שי שמחי, קצין משטרה שהיה מעורב בחקירה, שהעדויות נגבו מהנאשמים תוך שימוש באלימות קשה ובהשפלות. הוא תיאר מול מצלמות הטלוויזיה כיצד נלקחו הצעירים לשפת הים, הושפלו ועונו על ידי החוקרים עד שהודו. כן העיד שההודאות הוכתבו לנחקרים על ידי החוקרים ואף שוכתבו, ושהחוקרים העידו שקר בבית-המשפט. בעקבות עדות זו דרשו ארבעת הנאשמים, שכבר מתחילת משפטם טענו שהם חפים מפשע, משפט חוזר. היועץ המשפטי לממשלה הסכים לבקשה. הבקשה התקבלה. נוכח הראיות החדשות נאלצה הפרקליטות להסכים לזיכוי והארבעה זוכו ב-1998 על ידי בית המשפט המחוזי לאחר שנות מאסר ארוכות.⁷⁴

ב-1981 הורשע קצין צה"ל סגן עיזאת נאפסו בבית דין צבאי על יסוד הודאתו בעבירות ביטחוניות חמורות, לרבות ריגול, ונידון ל-18 שנות מאסר ולגירוש מהצבא. עדותו שלפיה הודה הודאת שווא בשל לחצים פסולים מצד חוקריו נדחתה והכחשות חוקריו התקבלו. ערעורו על הרשעתו נדחה. רק בהמשך התברר לרשויות שאכן הייתה זו הודאת שווא שהושגה באמצעים פסולים לרבות חקירה במשך שבועיים שכללה עינויים, ושהחוקרים שיקרו בפני בתי הדין. ההרשעות העיקריות בוטלו ונאפסו שוחרר ב-1987, לאחר שבע וחצי שנות מאסר.⁷⁵ פרשת נאפסו הייתה אחד הגורמים המרכזיים להקמתה של ועדת לנדוי, שחקרה את חקירות השב"כ. ב"דוח ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת" מ-1987, אשר נודע כ"דוח ועדת לנדוי" (על שם הנשיא לשעבר של בית המשפט

העליון משה לנדוי, יו"ר הוועדה), נחשפה תופעה רחבת היקף: התברר שבמשך שנים רבות נהגו חוקרי השב"כ להפעיל על הנחקרים לחצים פסולים לרבות לחצים פיזיים, כלומר מכות ואף עינויים. עוד התברר שחוקרי השב"כ נהגו באופן שיטתי לשקר לבתי המשפט שההודאות נגבו ללא הפעלת אמצעים פסולים. בתי המשפט, באופן שיטתי, האמינו לחוקרים ולא לנחקרים.⁷⁶ נקל לשער שחלק מההודאות שהושגו כך היו הודאות שווא, מהן קצרה הדרך להרשעות שווא של חפים מפשע.

ב-2003 נחטף ונרצח החייל אולג שייחט ז"ל. לאחר שנחקר, הודה טארק נוג'ידאת בכיצוע הרצח ושחזר אותו מול מצלמות החוקרים. בהודאתו ידע לספר על "פרטים מוכמנים" מזירת העבירה (כאלה שלפי הצהרת חוקרי המשטרה נשמרו בסוד, כך שעצם ידיעתם מצביעה על קשר לפשע): פיסת בד מוכתמת בדם (שרק לאחר בדיקתה במעבדה התברר שלא היה לה קשר לרצח) והכרזים בגווני האדמה במקום הרצח. סביר להניח שנוג'ידאת היה מורשע על בסיס הודאתו, שאף נתמכה בידיעת "פרטים מוכמנים". למזלו, נתפסו הרוצחים האמיתיים, הובילו את החוקרים אל המקום בו הטמינו את הנשק, ורק אז התברר שההודאה של נוג'ידאת והשחזור שנלווה לה היו שקריים. הוא שוחרר לאחר מעצר של עשרה חודשים.⁷⁷

ב-11.9.2004 לפנות בוקר נרצח בדקירות סכין אלכסנדר באסוב ז"ל בעת שלן על ספסל בגן הציבורי, המכונה "גן העיר", ברחוב יצחק שדה בבת-ים. המנוח היה חסר-בית ונהג ללון בגנים ציבוריים. המשטרה עצרה לחקירה כמה חסרי-בית שהסתובבו באזור, ביניהם מרק דוד קוזניצוב. בתחילה הכחיש קוזניצוב כל מעורבות ברצח, אך לאחר חקירות הודה במעשה. המשטרה לא מצאה ראיה כלשהי הקושרת אותו לרצח מלבד הודאתו. בין היתר, לא נמצאה הסכין גם לאחר שחיפשו אותה במקום שאותו ציין הנאשם בהודאתו, ולא נמצאו על בגדי הנאשם כתמי דם של הנרצח חרף העובדה שבמהלך הרצח ניתז מגופו דם רב. גם ה"פרטים המוכמנים", אשר

לטענת המשטרה והתביעה נמסרו בהודאת הנחקר, התבררו במהלך המשפט כפרטים שכל חסרי־הבית באזור ידעום. במשפטו טען קוזניצוב שהודה הודאת שווא נוכח לחצי החוקרים. בצעד נדיר זיכו השופטים את קוזניצוב, כפי הנראה משום שהשכילו להבין שמדובר בהודאת שווא. בין היתר, כתבו כך:

זאת ועוד, הנאשם בעדותו בבית המשפט השאיר עלי רושם אמין ונתן הסברים סבירים ומתקבלים על הדעת לדברים שנאמרו בהודאתו במשטרה. הנאשם הסביר כי לא הצליח לעמוד בלחץ החיצוני והפנימי של החקירה [...] הנאשם אף הסביר את רגשותיו במהלך החקירה למדוכבים וטען כי לא בצע את הרצח [...]. התרשמתי [...] כי בגלל אישיותו החלשה, ומחמת היותו מכור לאלכוהול במשך תקופה ארוכה, לא הצליח הנאשם להתמודד עם לחצי החקירה החיצוניים והפנימיים ולכן סיבך תחילה במעשה העבירה את חברו ובהמשך כאשר הוצגה בפניו על ידי חוקריו התשתית הראייתית לכאורה העומדת כנגדו, למרות שמוחו היה מעורפל ולדבריו לא זכר דבר, הודה בביצוע הרצח, הן על מנת לרצות את חוקריו ולהפחית הלחץ שהופעל עליו והן כמסקנה המתבקשת מהתשתית הראייתית שהוצגה בפניו על ידי החוקר. רק לאחר שהנאשם חדל לצרוך אלכוהול במשך תקופה ארוכה, במהלך תקופת מעצרו, התבהרה בפניו התמונה, זכרונו או חלק ממנו חזר אליו, והוא החל לראות את המציאות כמות שהיא. בדבר התחזקה הבנתו ובטחונו כי לא הוא זה שרצח את המנוח.⁷⁸

חלק מהקוראים עשויים אולי לחשוב שבתי המשפט מסוגלים בדרך כלל לסנן החוצה את הודאות השווא המובאות בפניהם על ידי המשטרה והפרקליטות ולא להרשיע על בסיסן. אלא שכפי שציין בית המשפט באותו פסק הדין בפרשת קוזניצוב:

אכן קשה למצוא בפסיקה, אם בכלל, מקרים בהם הוחלט שהודאות נאשם קבילות וחרף זאת, מצא בית המשפט שלא לסמוך עליהן, בחינת משקלן, להרשעת הנאשם. אולם, מהראוי

כי הוראות הדין והפסיקה, בכל הקשור לבחינת משקל ההודאה, לרבות נושא הלחץ הפנימי של הנאשם, לא יוותרו כאות מתה בלבד, וכמצוות אנשים מלומדה. דומה, כי אם אכן יש ליישם הלכות אלו, המקרה דנן הולם אותן.⁷⁹

ואכן, נדיר מאוד שבית המשפט מזכה אדם אשר הודה בביצוע עבירה. גם כשהנאשם מכחיש במשפטו ומעיד שהודה הודאת שווא בשל לחצי החוקרים, קרוב לוודאי שלא יאמינו לו, וזאת גם אם מלבד ההודאה אין ראיה משמעותית הקושרת את הנאשם לביצוע העבירה.

למשה עזריה פגם שכלי מלידה. מומחים שבדקוהו קבעו שהוא סובל מפגיגור שכלי. כך נקבע בחוות הדעת (מטעם התביעה) של הפסיכולוג פרופ' שגן:⁸⁰

[...] במבחן וכסלר משה עזריה פעל על רמה של מפגר בדרגה של פגיגור קל. כלומר: מתחת לרמה של 65IQ [...] בסיכום, לפנינו אדם המופיע כמפגר בשכלו בדרגה קלה ובעל אישיות לא מפותחת [...]

לפי עדויות מכריו, מעולם לא יצא מעכו ללא ליווי. הרצח שבו הואשם התרחש בחיפה. עזריה - אז בן 21 - נעצר ב־26.9.81 כחשוד בביצוע מעשה מגונה בנערה, שאותה חיבק וניסה לנשק. למחרת גבו החוקרים הודאה שלו ברצח הילד ישראל נולמן ז"ל וכן הודאות במעשים נוספים שבדה מלבו ואשר הוכח ונקבע שלא עשה. כבר למחרת ההודאה, כשהובא לבית המשפט להארכת המעצר, סיפר עזריה שהודה תחת לחץ ומכות של החוקרים. בית המשפט ציווה על חקירת תלונתו. ממצאי הקצין הבודק, פקד פטר קורבולי, היו שעזריה אכן הוכה סמוך למסירת ההודאה, אלא שהממצאים לא נמסרו לבית המשפט ולסנגור ונחשפו רק לאחר שנים.

שתי חוות דעת של מומחיות בתחומן, בלשנית ופסיכולוגית, קבעו כי הלשון שבה כתובה ההודאה מצביעה על כך שההודאה לא יכלה לבוא מפיו של עזריה. בנוסף, הקשר בין התיאור שבהודאה

לבין העובדות שנתגלו בשטח, ובמיוחד הממצאים הפתולוגיים, כה חלש עד כי רבות הסתירות מההתאמות.

חוקרי המשטרה לא האמינו ל"הודאה" ולכן בדקו את עזריה בירושלים בדיקת פוליוגרף בשיטה האמינה הידועה בשם פח"מ (פרטי חקירה מוכמנים), שבה לא מתיימרים לקבוע האם האדם דובר אמת או שקר, אלא בודקים האם גופו מגיב באופן חריג למשמע פרטים מזירת הפשע. אלה היו ממצאי הבדיקה: "מצב זה איננו מצביע על כך שהנבדק ביצע את המעשה (כפי שתואר ע"י המכון לרפואה משפטית)".⁸¹ ממצאים אלה לא הובאו לידיעת בית המשפט משום שתוצאות בדיקת פוליוגרף אינן קבילות כראיה במשפט, אך גם לידיעת הסנגור לא הובאו.

דוח מקיף שכתב כחודשיים לאחר הרצח ולפני משפטו של עזריה קצין משטרה מאגף החקירות של מחוז הצפון - רב־פקד מונדי מגן - שולל לחלוטין את האפשרות שעזריה הוא הרוצח, תוך הנמקה מפורטת ומשכנעת. גם דוח זה לא הובא לידיעת בית המשפט והסנגור (כפי הנראה בהנחה שאין חובה לגלות דוח מסוג זה) ונחשף רק לאחר שנים.

ובכל זאת, אולי בעקבות הלחץ הציבורי הכבד לפענח את הרצח ונוכח הצהרתו של מפכ"ל המשטרה איבצן, שפורסמה בעיתונות, כי אם לא יימצא הרוצח בימים הקרובים יוחלף צוות החקירה המיוחד, נלקח עזריה, כחודשיים לאחר מעצרו, ימים ספורים לאחר הדוח הנ"ל (השולל את האפשרות שהוא הרוצח) לבדיקת פוליוגרף נוספת, הפעם בתל-אביב. ה"בדיקה" נערכה אף על פי (או דווקא בגלל) שלא התווספה ראייה ממשית כלשהי נגדו מאז הודאתו, ואף על פי שכבר היו, כאמור, ממצאים של בדיקת פוליוגרף קודמת, שלפיהם נראה שהוא איננו הרוצח.

בדיקה זו, שנמשכה מהבוקר עד הלילה, הולידה "הודעה" של עזריה, ובה הוא כביכול מספר שהיה עד ראייה לרצח. בעקבות ההודעה הוצא עזריה לשחזור בחצי הלילה. מה"שחזור" עצמו

נקל להתרשם שלא עזריה מוביל את חוקריו אלא חוקריו מובילים אותו, ויתרה מזאת, אירועי יום בדיקת הפוליגרף, אשר הייתה, כפי הנראה, מן הארוכות בהיסטוריה, הועלמו מעיני בית המשפט וההגנה כאחד. רק בשנת 1995, 14 שנים לאחר כליאתו של עזריה, קיבלו סוף סוף דורשי טובתו, לאחר אינספור בקשות, את תמלילי אותה בדיקה-חקירה וחלק מהקלטותיה. החומר מוכיח שחוקריו של עזריה הם שהכניסו את הודעתו לפיו לאחר מאמץ של יום שלם, תוך הפעלת תחבולות ולחץ, מתן הדרכה צמודה ואפילו רישום של דברים שלא אמר והשמטת דברים שכן אמר.

ימים ספורים בלבד לאחר ההודעה וה"שחזור" המפוקפק הוגש כתב אישום, שממנו נעדרו עובדות מרכזיות ביותר, כגון מעשי התעללות של הרוצח בקורבן ובגופתו, המלמדים על מאפיינים פסיכו-פתולוגיים שאינם בנמצא אצל עזריה.

במהלך השנים שבהן שהה עזריה בבית האסורים, נרצחו למרבה הצער, ילדים נוספים בשיטת ביצוע ייחודית זהה לזו שבה נרצח הילד ישראל נולמן ז"ל. הדמיון בין המקרים היה כה רב עד שמומחים ידועי שם, הפתולוג ד"ר רוגב (בעבר ראש המכון לרפואה משפטית באבו-כביר) והפסיכיאטר ד"ר סגלי, קבעו שמדובר באותו רוצח-סדרתי.

כיום קיימת, כידוע, היכולת לקבוע בוודאות באמצעות בדיקת DNA אם הזרע על בגדי המנוח הוא של המורשע. בשיאה של התכתבות ממושכת (שנמשכה שנים אחדות) בין דורשי טובתו של עזריה לבין הרשויות, התכתבות שבה נדרשו הבגדים לצורך בדיקה מעבדתית, התקבלה לפתע ההודעה כי הבגדים בוערו. זאת אף על פי שהחוק מורה במפורש על שמירת מוצגים בתיק רצח לצמיתות. בכך נשללה האפשרות להוכיח מדעית חד-משמעית שעזריה אינו הרוצח. עזריה ריצה שש עשרה וחצי שנות מאסר עד לשחרורו בהליך חנינה. בקשתו למשפט חוזר נדחתה על ידי נשיא בית המשפט העליון דאז, השופט אהרן ברק. במהלך מאסרו הדרדר מצבו הנפשי.

פרשה נוספת שהסעירה בזמנה את הציבור הישראלי היא הרשעת סולימאן אל-עביד ברצח הנערה חנית קיקוס ז"ל. להלן תקציר של תיאור המקרה על ידי בית המשפט העליון:⁸²

הנערה חנית קיקוס ז"ל (להלן - המנוחה), שהייתה כבת שבע-עשרה במותה, התגוררה באופקים. ב־10.6.1993 יצאה המנוחה מביתה כדי להשתתף בחגיגת יום הולדת של חברה, אורן כהן, בביתו שבבאר-שבע. לקראת האירוע קנתה המנוחה מצית וחולצה כדי לתתם מתנה לחברה. בצאתה לדרך לקחה עמה את המתנות בשקית ניילון. סמוך לשעה 19:45 הגיעה לתחנת "טרמפים" שבפאתי אופקים, הנמצאת ליד תחנת אוטובוס הנוסע לבאר-שבע. בשעה 20:10 נראתה המנוחה עומדת לברה בתחנת ה"טרמפים", לאחר שנמנעה מלעלות לאוטובוס שהגיע קודם לכן לתחנתו. הייתה זו הפעם האחרונה שהמנוחה נראתה בחיים. מאז לא נודעו עקבותיה, עד שנתגלה שלד גופתה, כעבור שנתיים ימים, בתוך בור (תא ביקורת) סמוך לנאות חצרים שבפאתי באר-שבע. את הבור כיסה מכסה בטון שמשקלו 10-20 ק"ג.

סולימאן אל-עביד, שבעת הרצח היה כבן ארבעים שנה, הוא תושב העיירה רהט שליד באר-שבע, נשוי ואב לילדים. בתקופה שבה נעלמה המנוחה עבד אל-עביד במזבלת "דוראים" הנמצאת ליד הדרך הראשית בין אופקים לבאר-שבע. תפקידו היה לרחוף וליישר את האשפה המובאת במשאיות למזבלה ולכסותה באדמה באמצעות שופלדוזר שהפעיל. את משמרתו היה מתחיל בחצות הלילה ומסיים בשעה שש בבוקר. לעבודה היה מגיע בכגדי עבודה כשהוא נוהג במכונית של מעסיקו.

ב־18.6.1993, שבוע לאחר היעלמה של המנוחה, נעצר אל-עביד. השתלשלות הדברים עד למעצרו הייתה כדלהלן: מסעוד אזולאי, אחד מנהגי המשאיות המביאות אשפה למזבלה, סיפר למשטרה שביום היעלמה של המנוחה הוא הגיע עם משאיתו למזבלה סמוך לשעה 23:45 ומצא את שער הכניסה נעול. הוא

המתין עד ששומר המזבלה, מוחמד בחרי שחדה, פתח את השער בשעה 00:05. כשנכנס, אמר לו שחדה שכשיגיע לבור של המזבלה שבו שופכים את האשפה, יאמר לאל-עביד, הנמצא שם, לחזור ולקחת את השופלדוור. כשהגיע אזולאי לבור מצא את אל-עביד יושב במכונית של מעבידו. כששאל אותו לפשר מעשיו במקום בלי השופלדוור ואם "אינו יכול יום אחד לא להריח את הזבל", ענה לו אל-עביד כי שחדה מקיים יחסי מין עם בחורה בצריף השומר והוא אינו רוצה להפריע לו. למחרת ראה אזולאי ניידת משטרה ליד ביתה של המנוחה ונודע לו שהיא נעלמה. הוא נזכר בשיחתו עם אל-עביד, והעלה בדעתו את האפשרות כי המנוחה היא הבחורה שעליה דיבר אל-עביד. לפיכך פנה למשטרה וסיפר על שיחתו עם אל-עביד.

ב-13.6.1993 שוב הגיע אזולאי עם משאיתו למזבלה, ובשיחה שהתפתחה בין נהגי המשאיות ובין עובדים במזבלה על היעלמה של המנוחה, הפטיר אל-עביד משפט שאותו פירש אזולאי כמרמז על כך שהמנוחה נמצאת בזבל. גם על כך סיפר אזולאי למשטרה. נוכח דבריו של אזולאי נפל החשד על שחדה כמי שקשור בהיעלמה של המנוחה. לפיכך החליטה המשטרה לחקור את אל-עביד על הידוע לו.

בחקירתו הראשונה ב-18.6.1993 אמר אל-עביד ששחדה "אף פעם לא הביא בחורה לאתר", וכן הכחיש כי אמר פעם אחרת. הוא אף הכחיש שהשתתף בשיחה עם נהגי המשאיות על היעלמה של המנוחה. לשאלת החוקר מה היה סדר יומו בתאריך 10.6.1993, השיב ששהה כל אותו יום בביתו עד שיצא לעבודה בשעות הערב. גם שחדה, שנעצר, הכחיש בחקירתו שקיים יחסי מין עם בחורה במזבלה ב-10.6.1993, אולם סיפר שבאותו יום הגיע אל-עביד למזבלה, שלא כמנהגו, בשעה 22:30 במכוניתו הפרטית, ואמר לו שהוא הולך לברוק את כמות האשפה שנמצאת במזבלה. אל-עביד שהה זמן קצר במקום, שטף את מכוניתו, ויצא באומר

שיחזור לעבודתו בשעה הרגילה. לדברי שחרה היה ביקור זה יוצא דופן, שכן אל-עביד מתחיל את עבודתו רק בחצות הלילה, ואין לו מה לעשות במקום קודם לכן כי משאיות האשפה אינן פורקות לפני חצות את האשפה שהן מביאות. בנוסף לכך אל-עביד הגיע במכוניתו הפרטית, כשבדרך כלל הוא בא לעבודה במכונית של מעבידו. בשלב זה הוחלט לעצור את אל-עביד.

בתאריכים 20.6.1993 ו-21.6.1993 נחקר אל-עביד ודבק בגרסתו שב-10.6.1993 הגיע לעבודה כרגיל. על-פי הגרסה שمسר, הוא ישן בביתו עד השעה 22:00, אכל ארוחת ערב, צפה בטלוויזיה ויצא לעבודתו בסביבות השעה 23:00.

בתאריך 22.6.1993 בשעה 17:00 הוכנס מדובב לתאו של אל-עביד. המדובב, ערבי גם הוא, הציג את עצמו בפני אל-עביד (לאחר שהוכה על ידי השוטרים לעיני אל-עביד כדי ליצור אמינות לסיפור הכיסוי שלו) כמי שנתפס בעת שניסה לגנוב רכב.

במהלך שיחתו עם המדובב הודה אל-עביד שאסף בחורה במכוניתו, אנס אותה וזרק אותה. אחרי כן גם הודה לא אחת בפני חוקריו באינוסה וברציחתה של המנוחה, ואף שחזר פעמיים את מעשיו. לאחר שביקר אותו עורך דינו דאז בבית המעצר, אמר אל-עביד לחוקרים שהודאתו בפניהם הייתה שקרית. אולם לא חלף זמן רב ואל-עביד שב והודה בעבירות שיוחסו לו.

הודאת אל-עביד הביאה את התביעה להגיש נגדו כתב אישום באשמת אונס המנוחה ורציחתה. בית המשפט המחוזי בבאר-שבע הכריע ברוב דעות להרשיע את אל-עביד בעבירות שבכתב האישום והוא ערער לבית המשפט העליון על הרשעתו.

טרם נשמע הערעור, נתגלה ב-11.6.1995 שלד גופתה של אישה צעירה בבור ליד נאות חצרים, ונתעורר חשדם של אנשי המשטרה שמדובר בגופת המנוחה. בדיקות DNA אישרו בוודאות שהשלד הוא של המנוחה. בית המשפט העליון החליט לבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי ולהחזיר אליו את הדין כדי

שיגבה את הראיות הנוספות שנאספו לאחר מציאת הגופה וייתן פסק-דין חדש. משהוחזר התיק לבית המשפט המחוזי, הוצגו בפניו ראיות נוספות, הקשורות בעיקר במציאת הגופה.

המקום שבו נמצאה גופת המנוחה (כשמונה-עשר ק"מ מהמזבלה), אינו אחד משני המקומות שעליהם הצביע אל-עביד בחקירותיו במשטרה כמקום שבו השליך את גופתה. בהודאתו הראשונה ב-22.6.1993 מסר שהשליך את גופת הנערה ליד גשרון סמוך לשדה תימן אשר על כביש אופקים-באר-שבע, כשמונה ק"מ מבאר-שבע, ולשם הוביל את השוטרים לאחר הודאתו. בהמשך חקירתו, ב-23.6.1993, שינה אל-עביד את טענתו ומסר שהשליך את גופת הנערה במזבלה, ובכך נתן הסבר לביקורו יוצא-הדופן במזבלה כלילה שבו נעלמה המנוחה. בגרסה זו דבק בכל ההודאות שנתן לאחר מכן.

עד כאן תיאור העובדות הלקוח מפסק הדין. חרף העובדה שהגופה נמצאה במקום המרוחק מהמזבלה; חרף העובדה שהחשד נפל על אל-עביד רק בשל הימצאותו במזבלה כליל הרצח, בשל התנהגותו האולי-מעט-תמוהה ובשל המחשבה (המוטעית) שהמנוחה נקברה במזבלה; וחרף העובדה שמלבד הודאתו (שלוותה גם בהכחשות) לא הייתה ראייה משמעותית נוספת כלשהי כנגד אל-עביד; הוא הורשע גם בפסק-הדין השני באונס וברצח, ברוב דעות. פסק הדין ניתן על ידי אותם השופטים שהרשיעוהו בפסק הדין הראשון, ונגד דעתו החולקת של השופט ניל הנדל. שופט המיעוט, אשר סבר בפסק הדין הראשון שיש לזכות את המערער מחמת הספק, היה נחרץ, בפסק הדין השני, שיש לזכותו זיכוי מוחלט. בערעור על ההרשעה בפני בית המשפט העליון אושרה הרשעתו באונס ובוטלה הרשעתו ברצח אך בדיון הנוסף בפני בית המשפט העליון בהרכב מורחב של שופטים הורשע אל-עביד, ברוב דעות, הן באונס והן ברצח ונידון למאסר עולם.

לעת עתה אניח לפרשה זו, אולם לאחר הדיון במשמעותה של

הרשעת אדם על סמך הודאתו בלבד אשוב להרשעת אל-עביד ואצביע על ההסתברות הגבוהה לכך שמדובר בהרשעה של חף מפשע.

הרשעה על סמך הודאה בלבד היא מקור מרכזי להרשעת חפים מפשע. לפחות בעבר נטו בתי המשפט לראות בהודאתו של נאשם ראייה משכנעת מאוד שניתן וצריך לבסס עליה הרשעה, עד כדי כך שהיא הוכתרה ל"מלכת הראיות". מעניין לציין שתואר זה מיוחס לוישינסקי (Vyshinsky), ראש התביעה הכללית בתקופה אפלה בתולדות המשטר הסובייטי. גם סטאלין ייחס ערך גדול להודאות, לפחות במשפטים פוליטיים.⁸³

נקודת מפנה בהתייחסות בישראל לתופעת הודאות השווא וההרשעות של חפים מפשע מהווה הרוח המאלף של "הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר" (1994) (להלן: ועדת גולדברג). הוועדה סקרה את המחקר שנעשה בנושא ועמדה על גורמי הסיכון העיקריים המוליכים להודאות שווא. גורם אחד כזה הוא מבנה אישיותו של הנחקר. סיכון להודאת שווא קיים אצל נחקרים שאינם מבחינים בין דמיון לבין המציאות, אצל נחקרים המעוניינים לכפר על התנהגות אסורה בעבר - אמיתית או דמיונית ואצל נחקרים בעלי נטייה להרס עצמי. בקבוצה זו נכללים גם בעלי ליקויים שכליים או נפשיים, קטינים, מסוממים ושיכורים. דוגמא ישראלית להודאת שווא שכזו של אדם שאיננו מבחין בין דמיון למציאות נראה בהמשך - פרשת הודאתו של בן-עזרא ברצח שלא ביצע.

גורם סיכון מרכזי שני הוא לחצים חברתיים, כגון הרצון לחפות על העבריין האמיתי. נשמע דמיוני? ייתכן. אך הדבר אכן מתרחש. אברהם מיכאל הועמד לדין באשמת החזקה וניהול של מקום הימורים והודה בכיצוע העבירה. את העדות הבאה נתן במשפט חוקר המשטרה ציון שבו:

... הייתה לי תחושה שהוא בעצם 'קוף' של מישהו. קוף בתחום ההימורים, זה אדם שבעל המועדון משלם לו כסף כדי שהוא יבוא למשטרה ויגיד שהוא בעל המקום. בעל המקום גם מודריך את העובדים להגיד שאותו קוף הוא בעל המקום [...] דבר נוסף, ההיכרות שלי עם האיש עצמו, היכרות קודמת בפעם הקודמת הייתי במועדון ההימורים והוא פתאום ציץ ואמר שהמקום שלו, לאחר שחקרתי אותו ראיתי שהוא לא בעל המקום לפי התשובות, ואז הוא שוחרר במקום [...] דבר שלישי זה ההיכרות שלי את המקום שפשטנו אליו. מאחר ופשטנו שם מספר חודשים קודם לכן ידענו מי בעל הבית האמיתי, הוא דוד בנימין [...] הוא בעל כל הבניין וגם מפעיל את ההימורים ...

להלן חלק מפסק הדין של בית המשפט משנת 2007. הפעם לא "קנה" בית המשפט את ההודאה אלא זיכה את הנאשם:

עיון בכלל ראיות התביעה מלמד כי הייתה מודעת או לפחות הייתה חייבת להיות מודעת כי הנאשם אינו המנהל של בית ההימורים. נוכח האמור לעיל לא היה מקום להגיש נגדו כתב אישום בגין עבירה לפי סעיף 228 לחוק [איסור החזקה או הנהלה של מקום לעריכת הגרלות או הימורים, עבירה שדינה שלוש שנות מאסר, ב.ס.]. היה מקום להגיש כתב אישום על שיבוש מהלכי משפט.

כלומר: המשטרה והתביעה ידעו שמדובר באדם המודה בעבירה שלא עבר, ובכל זאת בחרו להאשימו בה(!). יתרה מזאת, מתברר שהתופעה איננה נדירה, ולחוקרי המשטרה יש אפילו שם עבורה - "קוף". וכפי שמעיר השופט דניאל בארי בסוף פסק הדין:

הערת סיום - מקרה זה הוא דוגמה למקרים רבים אחרים בהם מוגשים כתבי אישום נגד חשודים בתחום ההימורים שלא פעם לוקחים על עצמם עבירות שלא ביצעו. ראוי לגבש מדיניות חדשה בעניין זה ולנקוט בצעדים שיביאו להעמדתם לדין של העבריינים האמיתיים.⁸⁴

גורם סיכון שלישי להודאות שווא הוא השפעת החקירה והמעצר על הנחקר. ישנם מקרים שבהם הנחקר מוכן להודות בעבירה קלה יותר מזו שבה נחשד, משיקולי כדאיות רגעיים. ישנם נחקרים המודים הודאות שווא כדי להקל את לחץ החוקרים, ומניחים שכשיספרו זאת לשופטים יאמינו להם. הם טועים. כאן יש לעמוד על כך שחרף חזקת החפות, תנאי המעצר בישראל שבהם מוחזקים הנחקרים קשים מאוד, למעשה גרועים אפילו מתנאי המאסר.⁸⁵ כך, למשל, כתב השופט המנוח שמואל ברוך בגזר דין אמיץ שנתן:

בעניין התנאים השוררים בתאי המעצר, דומה כי אין מחלוקת עובדתית שהמדובר בתנאים לא אנושיים [...] ביקרתי בעבר, וגם בתקופה האחרונה, בתאי מעצר בכל מרחב שפלה [...] הממצאים, בקצירת האומר, הם תנאי צפיפות בלתי אנושיים, שניים, לפעמים שלושה עצורים במיטה אחת, עצורים ישנים על הרצפה, עצורים ישנים על הגג של תא השירותים בפער שבין גג תא השירותים לגג תא המעצר, חלונות חסומים בלא אוורור, העדר כל תשתית סניטציה אלמנטרית, העדר שולחן, האנשים אוכלים מהרצפה [...] יש נאשמים שישנים בכלוב ללא שירותים וללא כוור, יש נאשמים שישנים בחדרון שרוחבו עשרות סנטימטרים ספורים שאמור לשמש למפגש נאשמים עם עורכי הדין [...] בביקורי האחרון בבית מעצר שפלה, שבו 55 מיטות, היו במקום 97 עצורים (ואני שומע שמצב זה טוב בהרבה מהמצב היום) [...] משמעות הדברים היא, כאמור, לא אנושית.⁸⁶

בתנאי מעצר כאלה, עוד לפני הגיענו ללחצים פסולים או כשרים שמפעילים חוקרי המשטרה, ישאלו נא הקוראים את עצמם כלום אין אפשרות שהם עצמם, או לפחות אחדים ממכריהם, היו מודים בביצוע עבירה שלא עברו, לו אפשרה הודאה כזו שחרור מידי מן הלינה בכלוב או על גג תא השירותים ומן האכילה על הרצפה.

מהמחקרים עולה שהסיבות להודאות שווא מגוונות ביותר, וחלקן משוננות: היו רבים שהודו הודאות שווא כדי להיפטר

מעול המשפט (במיוחד בעבירות קלות); היו שהודו כדי לחפות על חבריהם או על קרוביהם או כדי ששמותיהם לא יפורסמו בתקשורת; היו שהודו כדי להגיע מהר למשחק שח־מט חשוב או לבחינה באוניברסיטה; היו שהודו בשל מחלת נפש; היו שהודו מחשש מפני עונש המוות; הייתה מי שהודתה מחשש פן תתפרסם כנואפת; היה אדם שהודה כי חשש להישלח כחייל לצפון אירלנד; היו שהודו אף שהיו שיכורים מכדי לזכור את שהתרחש; היה אדם שהודה כבדיחה; והיה אפילו אדם שהודה ברצח שלא ביצע כדי להרשים את חברתו, ובהיותו ככלא הודה ברצח נוסף שלא ביצע - רק כדי להוכיח שתיתכן הרשעת שווא - והצליח (!). המציאות עולה על כל המיון.⁸⁷

אם נשים בצד את הדוגמאות מן המציאות, הרי שעצם ההודאה באשמה היא תמוהה, שכן מדובר בפעולה של אדם בניגוד גמור לאינטרס שלו. כפי שכתבה שופטת בית המשפט העליון דליה דורנר:

הודאת נאשם היא ראייה חשודה, וזאת אף אם ניתנה שלא בעקבות לחץ חיצוני אשר הופעל על הנאשם. שכן, בהיעדר ראיות מוצקות אחרות, שיש בהן כדי להוכיח את אשמת הנאשם אף בהיעדר הודאה, מתן הודאה הוא במקרים רבים פעולה בלתי רציונלית, ונקיטת צעד לא רציונלי של עצם מסירת הודאה, מעוררת חשד באמינות ההודאה. חשד זה אינו תאורטי גרידא, אלא הוא הוכח לא אחת בניסיון האנושי.⁸⁸

כשטועים לחשוב שההודאה היא ראייה חזקה, וכשמוכנים להרשיע על בסיסה בלבד, אין זה פלא שעיקר המאמץ של חוקרי המשטרה מושקע בניסיון לגבות מהחשודים הודאות. ההסבר שלי לכך מורכב: ראשית, המשטרה פועלת על-פי התפיסה המוטעית של "אשמת החשוד": מניחים שהחשוד הוא האשם ומחפשים ראיות לאשמתו. שנית, ההודאה עדיין נחשבת (בטעות) לראיה מכרעת. שלישית, מדרד מרכזי להצלחת המשטרה, להצלחת התביעה, לקידום

חוקרים וחוששני שאף לקידום תובעים עודנו אחוז ההרשעות הגבוהה. רביעית, גביית הודאות היא אמצעי קל וזול בהשוואה לדרכי החקירה האלטרנטיביות. כפי שניסח זאת המלומד האנגלי ג'יימס סטפן (Stephen): "הרבה יותר נעים לשבת בנוחות בצל ולזרות פלפל אדום לתוך עיניו של "שד" אומלל מאשר להתרוצץ בשמש בחיפוש אחר ראיות"⁸⁹. חוששני שמשטרת ישראל עדיין חוקרת, ככלל, כמשטרה עצלה ולא מתוחכמת. חמישית, השופטים אינם נוהגים לפסול הודאות ובכך משדרים לחוקרים שהדרך של חילוץ הודאות מחשודים היא נכונה. שישית, השופטים מאפשרים למשטרה להשתמש באופן שגרתי במעצר בתנאים מחפירים או באיום במעצר כאמצעי לחץ על הנחקרים להודות. שביעית, נראה שרבים עדיין זקוקים לטקס ההודאה, שבמסגרתו הנחקר כביכול מסכים לכל מה שהחברה מעוללת לו וממרק את מצפוננו.

אינדיקציה מסוימת להתייחסות אל המעצר כאמצעי לגיטימי לגביית הודאות, ולהתייחסות אל גביית הודאות כאמצעי מרכזי להפללת חשודים, אני מוצא בשימוש התדיר בביטוי המקומם "שיתוף פעולה" בין העצור לבין חוקריו. משום מה מצפים מן העצור-הנחקר "לשתף פעולה" עם חוקריו כנגד עצמו (!). כביכול היה האדם כלי לאספקת ראיות שתפללנה אותו. כמה התרחקנו בעניין זה מגישתו היפה של המשפט העברי: "אין אדם משים עצמו רשע". כך מתאר גישה זו פרופ' אהרון קירשנבאום:

אכן, 'אין אדם משים עצמו רשע'! אין הוא חייב, אין הוא יכול, לשתף-פעולה עם מנגנון השיפוט המעמיד אותו לדין. אין הוא חייב, אין הוא יכול, לסייע בידי העדים המרשיעים אותו וביד הרשות המאשימה אותו [...] שמורה לאותו נאשם אוטינומיה מסוימת [...] 'השטח הפרטי' שלו. הוא מנוע מלעזור להליך החוקר אותו והשופט אותו.⁹⁰

מה קובע הדין הישראלי באשר למעמדן במשפט של הודאות נחקרים בפני המשטרה? מבחינים בין שתי שאלות נפרדות: האחת - עצם קבילותה של ההודאה כראיה במשפט; והשנייה - אם היא קבילה - מהו המשקל שראוי לייחס לה?
סעיף 12(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 קובע כך:

עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה הייתה חפשית ומרצון.

שופטי ישראל התחבטו רבות בשאלה כיצד לפרש את דרישת החוק "חפשית ומרצון", עד כי התפתחו בפסיקת בית המשפט העליון שלוש אסכולות שונות. הגישה הראשונה היא "הגישה החוקתית-חינוכית": אם נקבע שהאמצעי שבו נקט החוקר כנגד הנחקר הוא פסול, ההודאה תיפסל, ללא צורך בבדיקה אם ההודאה אמיתית חרף נקיטת האמצעי הפסול. הגישה השנייה היא "גישת המהימנות": השאלה היחידה היא עובדתית, האם האמצעי הפסול גרם לכך שהנחקר הודה הודאת שווא. בין שתי גישות קיצוניות אלה קיימת מחלוקת רעיונית באשר לדרך שבה ראוי לפסוע כדי להגן על זכויות הנחקר: האם אף במחיר של הימלטות עבריינים מן הדין?

הגישה השלישית היא "גישת הביניים" ובמסגרתה נקבע איזון כדלקמן: הודאות שנגבו תוך שימוש באמצעים פסולים באופן קיצוני, כגון התעללות פיזית חמורה, תיפסלנה ללא קשר לאמינותן. באשר לאמצעים פסולים שאינם קיצוניים, תחול הגישה השנייה דלעיל - בבדיקה עובדתית של מהימנות ההודאה.⁹¹ הקושי המרכזי ב"גישת הביניים" הוא שהיא משדרת לחוקרי המשטרה מסר שלפיו מותר להם, כביכול, להשתמש באמצעים לא-חוקיים ובלבד שאינם פסולים באופן קיצוני (למשל: מכת אגרוף היא אסורה, אך סטירת לחי היא אפשרית).

כך או אחרת, באופן מעשי כמעט כל ההודאות מתקבלות כראיות במשפט ואינן נפסלות.⁹² באחד מפסקי הדין כתב שופט בית המשפט העליון חיים כהן את הדברים המרתקים הבאים:

אודה כי למקרא ולמשמע הערעור הנוכחי התחלתי לראשונה לפקפק במקצת, שמא הגיע הזמן והמלחמה בפשעי הפושעים צריכה להידחות מפני המלחמה בפשעי שוטרים. שאלתי את עצמי אם על ידי השימוש השיפוטי אשר אנו השופטים עושים בראיות – ולו גם כשרות מבחינת דיני הראיות – שהושגו על ידי חוקרים-פושעים, אין אנו עושים עצמנו שותפים לאחר המעשה לפשעיהם: סוף סוף אין החקירה המשטרית כולה אלא הליך הכנה למשפט, ויש בפשעי החקירה כדי להטיל צל כבד על הליכי המשפט הבאים בעקבותיה. אילו ראיתי שהועלנו בתקנתנו, ולו רק במקצת מן המקצת, והחוקרים הפושעים באו על עונשם הראוי להם, ומקרי ההתעללות בעצורים הולכים ומתמעטים – כי אז החרשתי; אבל הרושם העגום הוא שהמקרים הולכים ורבים, וחומרתם הולכת ומחריפה. השוטרים מצפצפים על הביקורת הנמתחת עליהם מפי השופטים ואינם מקיימים הוראותיהם, ואין פוצה פה ומצפצף.⁹³

אכן, רווחת ההערכה ש"מקרי ההתעללות בעצירים" שראה לנגד עיניו השופט חיים כהן פחתו. כיום לא נוהגים חוקרי המשטרה להכות את הנחקרים כדבר שבשגרה. אלא שישנן דרכים יעילות אחרות לרמוס את כוח רצונו של הנחקר, את זכות השתיקה ואת החיסיון מפני הפללה עצמית גם יחד. חוקרים רבים משתמשים היום בשיטות חקירה פסיכולוגיות. במחקר שערכו ליאו ואופשי (Leo & Ofshe),⁹⁴ מובאים ממצאים אודות 60 מקרים של הודאות שווא בארצות הברית לאחר פסק הדין המנחה והידוע בעניין מירנדה (Miranda).⁹⁵ בפסק דין זה קבע בית-המשפט העליון האמריקני את הכללים שכולנו מכירים היטב מסרטי הקולנוע: על המשטרה להודיע לחשוד על זכותו החוקתית לא להשיב לשאלות

חוקריו (זכות השתיקה), על כך שאם ישיב, תשובותיו עלולות לשמש ראיה נגדו ועל זכותו החוקתית להיפגש עם סנגור (פרטי או ממונה) לפני החקירה, ולדרוש את נוכחותו במהלכה. הפרת כללי מירנדה בידי המשטרה מוליכה לפסילת הודאתו של הנחקר כראיה במשפט. ליאו ואופשי הראו כי גם לאחר כללי מירנדה, גם משעברה המשטרה מחקירה בכוח פיזי ל"חקירה פסיכולוגית", התופעה של גביית הודאות שווא (ושל הרשעות על בסיסן) עדיין קיימת בארצות הברית.

ועדת גולדברג המליצה על תיעוד החקירות בווידיאו ועל נוכחות סנגור כמשקיף על החקירה במשטרה. כך ניסח זאת שופט בית־המשפט העליון האמריקני ברנדיס (Brandies):⁹⁶ "אור השמש הוא המחטא הטוב ביותר; אור החשמל - השוטר היעיל ביותר". להמלצות אלה חשיבות גדולה הן לשם תיעוד החקירות, תיעוד שייתן לבית המשפט כלים להערכת ההודאה (גם באשר ללחצים שהופעלו על הנחקר וגם באשר למיון בין מידע שבא מהנחקר עצמו לבין מידע שהוזרם - במודע או שלא במודע - על ידי החוקרים) והן לשם השפעה חיובית על אופן החקירה של החוקרים ועל שלמות גופם ונפשם של הנחקרים וביטחונם העצמי. עם זאת, ההמלצה על נוכחות הסנגור כמשקיף לא יושמה אצלנו מעולם, וההמלצה על תיעוד החקירה בווידיאו מיושמת רק באופן חלקי (בטענה, הלא משכנעת בימינו, שהצילום יקר).⁹⁷

לאחר מבחן הקבילות, אותו צולחות כמעט כל ההודאות, נקבע בפסיקה הישראלית שיש לבחון את משקל ההודאה על-פי שני מבחנים: הראשון פנימי - "משקל עצמי" - על-פי "אותות האמת" העולים מתוך ההודאה, כגון רצף הסיפור ואי־היותו מופרך על פניו; השני חיצוני - קיומו של "דבר מה נוסף" מלבד ההודאה. אשר למבחן הראשון, להערכתו צריך להיות קוסם כדי להצליח להפעילו, שהרי המחקרים מלמדים שחוקרי משטרה, תובעים, שופטים, ולמעשה כולנו, לא יודעים להבחין בין הודאה אמיתית לבין הודאת שווא.⁹⁸

ישנה נטייה לייחס חשיבות גדולה למה שמכנים "פרטים מוכמנים" - פרטים מזירת העבירה שהמשטרה מצהירה ששמרה על חשאינותם, ושלכן, אם החשוד יודע עליהם, משמע שהוא קשור לעבירה. עם זאת, מחקר חדש שפורסם בארצות הברית מלמד אחרת. במחקר נבדקו 40 מקרים שבהם הבדיקות הגנטיות אשר נערכו במסגרת פרויקט החפות מצביעות על הרשעה מוטעית המבוססת על הודאה. ממצאי המחקר הראו שבכל המקרים, למעט שניים, היו משולכים בהודאה גם פרטים מוכמנים, והם אלה שגרמו לשופטים לתת אמון רב בהודאות השקריות ולהתעלם מספקות. הכיצד? מנין ידעו אותם אנשים שהודו הודאות שווא על הפרטים המוכמנים? עורך המחקר, פרופ' ברנדון גארט (Garrett), הגיע למסקנה שחוקרי המשטרה "זיהמו" את ההודאות על ידי מסירה, בין במודע ובין שלא במודע, של פרטים "מוכמנים" לנחקרים.⁹⁹ אצלנו מייחסים השופטים משקל עצום להודאה שמשולכים בה פרטים האמורים להיות מוכמנים, עד כדי כך שהם מוכנים להרשיע, חרף קיומם של ספקות משמעותיים. דוגמא טובה לכך הן פרשות מרדכי בן-עזרא וסימון בן-ארי. בן-עזרא הורשע על פי הודאתו ברצח חלפן כספים. הרשעתו התבססה על אמרותיו ועל הודאותיו בפני חוקרי המשטרה, וכן על כך שידע פרטים שונים על מעשה העבירה, שחלקם היו, על פי קביעת בית-המשפט, "מוכמנים". כך סיכם זאת בית המשפט המחוזי:

...בפנינו מערכת עובדות וממצאים, חלקם מזירת העבירה, שהנאשם לא יכול היה לדעת אותם, אלא אם השתתף במעשי העבירה בפועל [...] בחינתן של אמרות הנאשם מכל זווית ראייה שיתבחר, מסקנתן אחת - שהתוודות הנאשם בדבר מעורבותו במעשי העבירה היא התוודות אמת.¹⁰⁰

בן-עזרא ערער על הרשעתו לבית המשפט העליון. במקביל לכך חלה התפתחות בחקירת הרצח, וראיות חדשות שהתגלו לאחר סיום

משפטו של בן-עזרא הביאו להגשת כתב אישום נגד אדם אחר - סימון בן-ארי. בן-ארי הורשע באותו רצח ובן-עזרא זוכה ממנו בהסכמת הפרקליטות.

רוב שופטי בית המשפט העליון (ארבעה מתוך שבעה) שדנו בדיון הנוסף בהרשעתו של בן-ארי, סברו כי ההרשעות של בן-עזרא ושל בן-ארי, המייחסות כל אחת את מעשה הרצח לאדם אחר, אינן יכולות להתקיים במקביל. למרות "סימני האמת" וה"דבר מה נוסף" שנמצאו ביחס להודאתו של בן-עזרא, לרבות ידיעתו "פרטים מוכמנים", השתכנעו ארבעת שופטי הרוב שהראיות כנגד בן-ארי משכנעות יותר מהראיות כנגד בן-עזרא, ולכן החליטו להרשיע את בן-ארי. לולא התגלתה פרשת בן-ארי, ייתכן מאוד שהרשעתו של בן-עזרא הייתה מאושרת גם בערעור. נראה שעובדת היותו של בן-עזרא עד הפכפך ובלתי-מהימן והפגמים אשר נמצאו בדריעבד ב"דבר מה נוסף" שהצטרף להודאתו - כל אלה לא היו מונעים (ולא מנעו בפועל בבית המשפט המחוזי) את הרשעתו של בן-עזרא. מכאן שבית המשפט יכול לשגות ולמצוא "סימני אמת" ו"דבר מה נוסף" ביחס להודאתו של אדם שאינו מבצע העבירה. מאלפים דבריה של השופטת דליה דורנר:

פרשה זו ממחישה כמה קל לבסס את הרשעתו של אדם על הודאה שניתנה מפיו, ואף למצוא לה ראיות תומכות חיצוניות. רק כאשר התגלו ראיות חדשות שלא התיישבו עם המסגרת העובדתית שעלתה מן ההודאה, התערערה אותה הודאה, שקודם לכן ניתן בה אמון מלא על ידי בית-המשפט.¹⁰¹

עוד מעניין כי העובדה שקיים פסק-דין (של בית-המשפט המחוזי) לפיו הוכחה אשמתו של בן-עזרא "למעלה מספק סביר" לא מנעה מבית המשפט העליון בדיון הנוסף לאשר את הרשעתו של בן-ארי באותו רצח, לקבוע כי אשמתו הוכחה "מעבר לספק סביר", ולא לקבל את טענתו (הנראית נכונה), שלפיה עצם העובדה שבן-עזרא

הורשע באותה עבירה מהווה ספק סביר המחייב את זיכוינו. ניתן ללמוד מכך על סטנדרט ההוכחה "מעבר לספק סביר" המקובל בפסיקה הישראלית. להמחשה: אם הסטנדרט הוא 99%, אזי לפנינו פסק-דין אחד - בעניינו של בן-עזרא - שלפיו ישנה הסתברות של 99% שבן-עזרא רצח את הקורבן (פסק דין שניתן בבית-המשפט המחוזי, אם כי לאחר מכן זוכה בן-עזרא בבית-המשפט העליון), ופסק דין שני - בעניינו של בן-ארי - שלפיו ישנה הסתברות של 99% שבן-ארי הוא שרצח את הקורבן, ושמלמד שבן-עזרא לא רצח אותו (שהרי רוב השופטים קבעו שלא ייתכן שהשניים ביצעו את הרצח יחדיו)...

לפי ההלכה שנקבעה על ידי בית המשפט העליון, לאחר המבחן הפנימי של ההודאה - המבחן של "משקל עצמי", מגיע תורו של מבחן שני, חיצוני, של "דבר מה נוסף", מלבד ההודאה. מקובל לחשוב שמטרתו של המבחן השני היא להסיר חשש שהנאשם הודה מלחץ פנימי שבתוכו וברדה את הסיפור. אם זו מטרת המבחן, הרי שאין היגיון בהסתפקות בראיות הנובעות מן הנאשם, כגון סימני אשמה בדבריו ובהתנהגותו. והנה, בפסיקת בית המשפט העליון, הסתפקו שופטים בכל אחד מהדברים הבאים: בהסתבכות הנאשם בשקר, בהצעתו לשמש עד מדינה, בשחזור הפשע על ידו ואפילו בשתיקתו במשפט. בפסיקה נקבע שאם ההודאה נראית לבית-המשפט אמינה, די בתוספת ראייתית "קלה כנוצה"¹⁰².

לימוד הפסיקה מצביע על כך שהדרישה ל"דבר מה נוסף" היא למעשה מס-שפתיים, שהרי תמיד מוצאים שהיא באה על סיפוקה, ולפיכך אין בכוחה להשיג את שתי המטרות שלשמן היא נוצרה. הראשונה מבין מטרות אלה והמודגשת יותר בשיח בנושא, היא תמיכה באמינות ההודאה. השנייה, שלהערכתנו גם היא חשובה מאוד, היא הדרכת חוקרי המשטרה שלא להתמקד אך ורק בנחקר בניסיון לחלץ ממנו הודאה, אלא לחקור ולחפש ראיות חיצוניות (ביחס לנחקר) אובייקטיביות וממשיות.

אם החשש הוא שהנחקר מסר הודאת שווא, רק ראייה עצמאית בדרגת "סיוע" עשויה להסיר את החשש. ראייה בדרגת "סיוע" היא ראייה אובייקטיבית, עצמאית, חיצונית לנאשם, התומכת במסקנה שהנאשם הוא שביצע את העבירה.

כאמור, אין טעם לראות בשחזור הפשע "דבר מה נוסף", ויציר הפסיקה שצוטטה לעיל – אותו "דבר מה נוסף" "קל כנוצה", איננו יכול להסיר את החשש שמדובר בהודאת שווא. דוגמא לכך היא פסק הדין שנתן בית המשפט המחוזי בבאר שבע בעניינו של יבגני בירמן:¹⁰³ חסר בית נרצה. המשטרה חיפשה את הרוצח "מתחת לפנס", והאשימה ברצח חסר בית אחר, שלרוע מזלו הסתובב באזור והכיר את המנוח. בית המשפט דן ב"הודאה" שהציגה התביעה והגיע למסקנה כי כלל לא מדובר בהודאה בהמתת המנוח, אלא רק בהודאה בהכאתו. לא הוכח שהנאשם גרם למות המנוח, ובוודאי לא הוכחה כוונה להמית. להלן דברי בית המשפט, אשר התרשם שהנאשם נחקר תחת לחץ:

עיון בחקירה מחזק את האפשרות שהמשיב נלחץ בחקירה וקיבל את הרושם שאין טעם אלא להודות, לכל הפחות במשהו. מסתמנת תמונה של רצון מצידו לסיים את החקירה תוך הפחתת הנזק. סיפורו, כאמור, אינו מלא, אינו משכנע ונשמע סוריאליסטי במידת מה.¹⁰⁴

הנאשם זוכה אם כן מעבירת הרצח. למרות זאת מצא בית המשפט לנכון לדון גם בדרישה ל"דבר מה נוסף": "הגם שקבעתי שהודאת הנאשם אין פירושה הודאה בקטילת המנוח, עלי לבדוק, למקרה שערכאת הערעור תסבור אחרת, אם המאשימה השכילה להביא דבר מה נוסף להודאת הנאשם."¹⁰⁵ והנה, גם במקרה שבו נראה כי לא הנאשם הוא שרצח את הקרבן, מצא בית המשפט כי התקיים "דבר מה נוסף" כהגדרתו בפסיקה, ואפילו כפול – הן שקרי הנאשם והן השחזור. יצוין כי בית המשפט הסתייג מן ההלכה שלפיה שחזור

מהווה "דבר מה נוסף", אך ראה את עצמו כפוף לה. ואכן נראה שבכל מקרה שבו נפל חשד כלשהו על אדם, ולו רק חשד קלוש מאוד, הרי אם הודה החשוד בעבירה (וכפי שנוכחנו זה עתה - גם אם לא הודה אך מייחסים לו הודאה), תמיד אפשר יהיה למצוא "דבר מה נוסף", אם רק רוצים למוצאו. לכל הפחות ימצא ה"דבר מה נוסף" המבוקש באותו חשד קלוש שהוליך לחקירה ולהודאה. פרופ' קרמניצר הציע במאמרו "הרשעה על סמך הודאה בלבד - האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?"¹⁰⁶ לחלק את השאלה לשתי שאלות-משנה: האחת - האם קיים סיכוי של ממש שתתקבל הודאה שבה הודה הנחקר במה שלא עשה? השנייה - אם כן, מה הסיכוי שהנאשם יזוכה לאחר שנתן הודאה כזו? למרבה הצער, התשובה לשאלה הראשונה היא שהסיכויים שהודאת שווא תתקבל על ידי בית המשפט הם גבוהים; התשובה לשאלה השנייה פשוטה, כפי שהעריך זאת קרמניצר: הסיכויים לזיכוי אפסיים. עתה עלי להתמודד בקצרה עם טענת הנגד המרכזית, שלפיה קיימים במציאות מקרים שבהם אין בנמצא ראייה נוספת בדרגה של "סיוע" להודאה, ואז עלולים ליזכות אדם אשם. ראשית, במציאות הישראלית, של הרשעות בלמעלה מ-99% מהעבירות הרציניות,¹⁰⁷ האפשרות שמדי פעם - לעתים רחוקות, להערכתי - יזוכה אשם, איננה מדירה שינה מעיניי. שנית, במחקר אשר נערך באנגליה ביוזמת ועדת רונסימן (Runciman) נמצא שברוב התיקים מצויה ראיית סיוע, וכי בחלק ניכר מיתר התיקים מסוגלת המשטרה לאתר ראיית סיוע - אם רק ידרשו זאת ממנה.¹⁰⁸ שלישית, אם חוקרי המשטרה והתובעים אשר אמורים להנחותם ידעו שללא ראיית "סיוע" בנוסף להודאה אין הרשעה, אזי יושקע המאמץ החקירתי באפיקים הנכונים, תבוצענה חקירות ממשיות במקום ההתמקדות בחילוץ הודאות, ותימצאנה ראיות ממשיות חיצוניות לנאשם. בימינו, נוכח התקדמות המדע, ניתן וצריך לאתר ראיות כאלה. חשוב לזכור שאנו עוסקים בנחקר אשר הודה. אם במצב רגיל,

ללא הודאה, אולי קשה להשיג ראיות, הרי שכשיש הודאה, צפויה המשימה להיות קלה שבעתיים: יאמרו החוקרים לנחקר המודה שאינם מאמינים לו, או שאין אפשרות משפטית לקבל את הודאתו ללא סיוע, ויבקשוהו לכוונם אל ממצא אובייקטיבי חיצוני. לכאורה - מדוע שיפיל עצמו? אך באותה מידה - מדוע שיודה? והרי מדובר באדם שזה עתה הודה. ואז תתכן אחת משלוש אפשרויות: האפשרות האחת - אם ההודאה אמיתית, קשה להאמין שהעברייך האמיתי לא יוכל לכוון לעבר ראיה חיצונית, כגון המכשיר שבאמצעותו בוצעה העבירה או מקומות בזירה שבהם הסתובב והותיר סימנים או פעולות הכנה שעשה לקראת ביצוע העבירה.

האפשרות השנייה - אם הנחקר המודה איננו מסוגל להצביע על ראיות סיוע כלשהי, זוהי אינדיקציה חזקה לכך שיתכן שמדובר בהודאה שהנחקר בדה מלבו.

האפשרות השלישית - החשוד הודה ולאחר מכן חזר בו ואינו מוכן להמשיך ו"לשתף פעולה" עם חוקריו נגד עצמו ולכוונם אל ראיות סיוע. גם הודאה שהחשוד חזר בו ממנה היא בעיניי מאוד חשודה. כך, למשל, גבוהים הסיכויים שניתנה שלא מרצונו הטוב והחופשי או עקב לחץ פנימי.

נזכור כי במשפט הפלילי המודרני אנו מחויבים להגביל את ההרשעות למקרים שבהם הוכחה האשמה "מעבר לספק סביר". עצם העובדה שלא ניתן למצוא ראיה ממשית כלשהי לכך שאדם עבר עבירה, פרט להבל פיו, שאותו בינתיים כבר שאף חזרה, יוצר לדעתי לפחות "ספק סביר" המחייב זיכוי.

היתרון הגדול של דרישת הסיוע הוא תפיסת שתי ציפורים במכה אחת: גם אימות ההודאה וגם הכוונת החוקרים לחקור כראוי. בעבר סברתי שדי בדרישה של "סיוע" כדי לצמצם באופן משמעותי את התופעה של הרשעות שווא על בסיס הודאות שווא. כך הצעתי במאמרים שפורסמו אצלנו בכתב העת "עלי משפט"

ובארצות הברית בכתב העת *Cardozo Law Review*. לאחר מכן הגעתי למסקנה שגם "סיוע" לא יספיק, אלא נדרש היפוך בתפישת ההודאה: ההודאה אינה צריכה להיחשב לראיה מרכזית שדרושה לה רק תוספת ראייתית משמעותית בדרגת "סיוע"; עליה להיחשב לתוספת ראייתית אפשרית לראיה מרכזית אחרת - אם יש כזו. במאמרים שכתבתי עם ד"ר הלפרט, אשר פורסמו אצלנו ב"מחקרי משפט", שם הדגמנו את הדברים תוך כדי ניתוח ההרשעה של סולימאן אל-עביד ברצח הנערה חנית קיקוס ז"ל, ובארצות-הברית בכתב-העת *University of Michigan Journal of Law Reform*, שם הדגמנו את הדברים תוך כדי ניתוח הרשעתו של ג'ורג' אלן - אנו מנתחים את ההודאה ניתוח לוגי-הסתברותי, בין היתר בעזרת נוסחת בייס (Bayes Theorem), ומראים שהמשקל הנכון שיש לתת לה הוא נמוך מאוד. להלן תמציתו של הניתוח.

כיצד נחשב את כוחה הראייתי המוגבל של הודאה? נוסחת בייס, כשהיא מוצגת בצורה של יחסים, קובעת שהסתברות האשמה האפוסטריורית (הסופית) (posterior odds), שהיא מבוקשנו בסיום המשפט, שווה ליחס הנראות (likelihood ratio) - המשקף את כוחה הראייתי של ההודאה - כפול הסתברות האשמה האפריורית (ההתחלתית) (prior odds), זו שחושבה על בסיס הראיות האחרות:

הסתברות האשמה הסופית =

הסתברות האשמה ההתחלתית X יחס הנראות של ההודאה

(posterior odds = likelihood ratio x prior odds)

"יחס הנראות" הוא ההסתברות שאשם יודה, לחלק להסתברות שחף מפשע יודה. זהו הביטוי המתמטי לכוחה של הראיה. "ההסתברות האפריורית" היא הסתברות האשמה לחלק להסתברות החפות - ללא ההודאה, אלא על בסיס הראיות האחרות. המכפלה של "יחס הנראות" ב"הסתברות האשמה האפריורית" היא מה שאנו מחפשים במשפט הפלילי - שהיא למעשה "הסתברות

האשמה האפוסטריורית". זהו שקלול של ההודאה עם יתר הראיות (ממש כמו השקלול שעושה רופא מקצועי בין תוצאת בדיקה חיובית לבין השתייכותו של הנבדק לקבוצת סיכון נמוך באוכלוסייה). המשוואה מראה לנו את החשיבות העצומה של הסתברות האשמה האפריורית, זו המוקדמת שלפני ההודאה. כאשר אדם נחקר ללא חשד מוקדם משמעותי וחזק ואין נגדו ראיה כלשהי מלבד הודאתו, ובהנחה שכל אחד אחר יכול היה לבצע את העבירה, אזי הסתברות האשמה האפריורית, המוקדמת, עשויה להיות נמוכה מאוד, אחד למיליונים. ההתעלמות מהסתברות אשמה אפריורית כל-כך נמוכה היא מקרה קיצוני של כשל החלפת ההתניות.

כיצד נעריך את "יחס הנראות" של ההודאה? אין לנו סטטיסטיקה מוכחת באשר להודאות שווא. אך על בסיס המחקרים שפורסמו, על בסיס הודאות השווא שנחשפו ועל בסיס הידיעה שבחקירות ננקטות שיטות לוחצות, אני מעריך שלפחות 10% מהחפים אשר יחקרו כך יודו בכיצוע עבירה.

האם השופטים מסוגלים לזהות את הודאות השווא המוגשות להם? המחקרים מלמדים שחוקרי משטרה, תובעים ושופטים אינם מסוגלים לזהות הודאות שווא, גם כשהם משוכנעים שניסיונם מאפשר זאת. במחקר שערכו ריצ'ארד ליאו וריצ'ארד אופשי (Leo & Ofshe) מתוך 60 הודאות שווא אשר הוגשו לבתי המשפט, 73% הובילו להרשעות מוטעות. במחקר חדש יותר, של ליאו וסטיבן דריזין (Leo & Drizin) מתוך 120 הודאות שווא 82% הובילו להרשעות שווא.¹⁰⁹ לצורך החישוב, נניח הנחה אופטימית שלפיה השופטים מסוגלים לזהות 50% מהודאות השווא המוגשות להם.

בעזרת נוסחת בייס, עשיתי עם ד"ר הלפרט חישוב, שתוצאתו היא שכדי להגיע להוכחת האשמה מעבר לספק סביר (שאצלנו נחשבת כאמור להסתברות של 99%), על הסתברות האשמה האפריורית - זו שלפני ההודאה ושינקבעת על בסיס הראיות האחרות - להיות מאוד גבוהה, של 91%. אפילו אם יבחרו

השופטים ליטול סיכון משמעותי להרשעת חפים מפשע ולהסתפק בהוכחת אשמה בהסתברות של 90% בלבד, עדיין על הסתברות האשמה האפריורית להיות בגובה משמעותי, של 110.50% לכן, המסקנה, שוודאי תפתיע רבים, היא שמתחייב היפוך בתפישת ההודאה: צריך להפסיק לראותה כראיה מרכזית שחסרה לה רק תוספת ראייתית ולהתחיל לראות בה תוספת ראייתית לראיות מרכזיות - אם ישנן כאלה.

אין פירוש הדבר שצריך להשליך את כל ההודאות לפחי האשפה. יש להודאה תפקיד חשוב נוסף - היא כלי חקירתי שמסייע לחוקרים להגיע לראיות אחרות. אך כשאין ראיות אחרות ואנו נותרים רק עם ההודאה חרף כל המאמצים של החוקרים להשיג ראיות אחרות, במקום לעצום עיניים ולהרשיע, צריך להבין ולהפנים את הדבר, שייתכן מאוד שההודאה היא הודאת שווא. העובדה שלמרות המאמצים לא נמצאו ראיות נוספות להוכחת אשמתו של אותו אדם, מגדילה מאוד את ההסתברות שמדובר בהודאת שווא, עד כדי כך שרוב הסיכויים הם שכך הדבר.

מכיוון שקשה לנו לתפוש זאת, מאחר שהדבר מנוגד לאינטואיציה שלנו, אנסה להסביר זאת בדרך נוספת: נניח ש-10% מההודאות הנגבות מחשודים בחקירות המשטרה הן הודאות שווא. נחלק את כלל התיקים שבהם יש הודאות לשתי קבוצות: בקבוצה הראשונה יהיו המקרים שבהם מלבד ההודאה יש לנו ראיות חזקות נוספות, כגון בדיקה גנטית או טביעת אצבעות או אפילו ראיות בינוניות נוספות כגון עדות ראייה. בקבוצה השנייה יהיו המקרים שבהם אין ראיה משמעותית נוספת כלשהי מלבד ההודאה. היכן תתרכזנה הטעויות - עשירית מההודאות שהן שקריות? לא סביר שהן מצויות בתיקים ה"חזקים", שבהם יש ראיות חזקות נוספות, כגון השוואת DNA. בתיקים הללו ההודאות כנראה אמיתיות. מכיוון שרוב הודאות השווא מתרכזות בקבוצה הקטנה יחסית של התיקים שבהם אין ראיות נוספות, ההסתברות להודאת שווא

בקבוצה זו היא גבוהה מאוד.

כאן ברצוני לעמוד על כשל נוסף שאני מוצא בחקירות המשטרה: משום שהחוקרים מאמינים שההודאה היא ראיה חזקה, והתובעים והשופטים מעודדים אותם לחשוב כך, החוקרים משתדלים כמיטב יכולתם להשיג הודאות, ונוקטים לשם כך שיטות שונות ומשונות, החל מהפעלת לחץ על הנחקר, דרך שקרים שלפיהם יש נגדו ראיות חזקות, אפילו מדעיות (כך, למשל, נעשה לאחרונה בפרשת רומן זדורוב),¹¹¹ ועד לשימוש במדוכבים, שחלקם פועלים בשפלות. והנה הכשל: ככל שמשתדלים יותר לחלץ הודאה בדרכים כאלה, כך משקל ההודאה - שגם במצב רגיל איננו גדול - הולך וקטן. בסופו של דבר ניתן להשיג הודאה, אך ככל שנתאמץ להשיגה - משקלה הריאלי יפחת ויהפוך אפסי.¹¹² היא לא תלמד אותנו אם הנאשם אכן עבר את העבירה.

מהו מקור כוחה של ההודאה כראיה? ההנחה היא שההסתברות שאשם יודה בעבירה גדולה משמעותית מההסתברות שחף מפשע יודה בעבירה. לכן מניחים שאם אדם הודה - כנראה שעבר את העבירה. את ההנחה הזו אין לקבל כמובנת מאליה. כך, במחקר באנגליה שהתמקד בחקירת אירועי טרור, החוקרים מצאו שמכיוון שהטרוריסטים ממחותרת ה־IRA (הצבא האירי הרפובליקני) אומנו לעמוד בלחצי החקירה ולא להודות, משמע שאם נחקר הודה, רוב הסיכויים שהוא היה דווקא חף מפשע.¹¹³ במילים אחרות: במקרים מסוימים לא זו בלבד שההודאה לא מצביעה על אשמה, אלא היא עשויה אפילו להצביע על חפות (!). הדבר נשמע כמעט אבסורדי, כי הוא מנוגד לכל מה שלימדו אותנו בעבר. אך הוא יכול להסביר את הפרשות הידועות של הרשעות השווא של הארבעה מגילפורד (המתועדת בסרט "בשם האב") ושל השישה מברמינגהאם.¹¹⁴ מי הודו שם בחקירות הקשות של החוקרים-הציידיים הבריטים? - אזרחים אירים תמימים ולא טרוריסטים של ה־IRA. להלן דוגמא מספרית אינטואיטיבית, שהבאתי עם ד"ר הלפרט,

להמחשת הסיכון שבהסתמכות על ההודאה כראיה יחידה להרשעה. נניח שבוצע פשע, ואדם אשר נחקר ללא כל ראיה הקושרת אותו לפשע (אלא, למשל, אך ורק משום שהיה נתון בידי המשטרה במסגרת חקירת עבירה שונה לחלוטין) הודה בכיצועו. בהודאתו לא מסר הנחקר פרט כלשהו שלא היה ידוע לחוקרים ולציבור מראש, והמשטרה לא מצאה ראיה נוספת כלשהי הקושרת אותו אל הפשע.

נניח שהמודה מתגורר בעיר בת שני מיליוני תושבים, שכל אחד ממיליון המבוגרים שבהם יכול היה לבצע את הפשע (נזכור כי אין ראיה כלשהי מלבד ההודאה הקושרת את המודה לפשע יותר משקשור אליו כל אחד מיתר התושבים).

נניח שהייתה לנו סטטיסטיקה שלפיה ההסתברות להודאת שווא בחקירה משטרתית בהינתן שהנחקר חף מפשע היא אחד מעשרה מקרים; וש במקרה של הודאת שווא הסיכויים שבית המשפט יגלה זאת הם 50% (ההנחה האחרונה היא אופטימית: מחקרים מלמדים שהשופטים מוטעים על ידי רוב הודאות השווא המובאות בפניהם ומרשיעים).

אילו נחקרו כך כולם, ייתכן מאוד שהיינו מקבלים 100,000 הודאות שווא (נשמע דמיוני? כמאתיים בני אדם התייצבו והודו הודאות שווא ברצח בעקבות חטיפתו ב-1932 של תינוק אחד ויחיד, "the Lindbergh baby", בנו של הטייס הידוע לינדברג¹¹⁵) ואולי גם הודאות אמת אחת - אם גם העבריין האמיתי היה מודה. מתוך הודאות שווא אלה צפוי בית המשפט להאמין ל-50,001. שלעיל ממחיש לנו שבהיעדר ראיות אחרות הקושרות את החשוד לפשע, אם לפני הודאתו הסיכויים לכך שהוא מבצע העבירה היו 1 למיליון, הרי שבעקבות ההודאה הסיכויים לכך שבידינו האדם הנכון אמנם גבוהים יותר אך עדיין קלושים - 1 ל-50,001. אפילו המחמירים ביותר עם חשודים ונאשמים לא היו מציעים להרשיע במצב כזה. גם אם נעביר את סיפורנו לעיירה עם 10,000 מבוגרים

בלבד, עדיין כל מה שנשיג באמצעות הודאה חסרת כל סיוע, הוא המעבר מיחס של 1 ל-10,000 ליחס של 1 ל-501. אפילו בכפר נידח עם 100 מבוגרים בלבד, נקבל במקום היחס של 1 ל-100 יחס של 1 ל-6 (17%). כלומר, אפילו לא הוכחת אשמה ב"מאזן הסתברויות" - 51% - שבו מסתפקים במשפט האזרחי. אך כדי להרשיע מעבר לספק סביר יש צורך בקרוב ל-100% של ודאות.

נשוב עתה לפרשת סולימאן אל-עביד. להלן ניתוח הסתברותי של הרשעתו, אותו ערכתי עם ד"ר הלפרט.¹¹⁶ הערכת הסתברות האשמה האפריורית (הערכת הראיות במנותק מההודאה) כלל לא נערכה בידי שופטי הרוב. מעיון בפסקי הדין עולה שהדבר שקשר לראשונה את אל-עביד לרצח היה אך ורק עדות העד אזולאי. כאמור בפסק דינו של שופט המיעוט הנדל, "מה שמשך את תשומת ליבו של העד אזולאי לאחר שהתפרסמה היעדרות הנערה, היו דברי הנאשם לגבי חברו השומר והתנהגותו של האחרון ולא דווקא התנהגות הנאשם." כלומר: העד אזולאי חשד כנראה בשומר ולא באל-עביד.

אל-עביד הודה בפני מדובב ובפני חוקריו, ועל כך בעיקר התבססה הרשעתו. בפסקי הדין שתמכו בהרשעתו נמצאה תמיכה להודאתו בארבעה דברים: ראשית, יכולתו לתאר נכונה את מראה החורשה שבה לרבירו התבצע הרצח ביום היעלמה של המנוחה; שנית, יכולתו למסור פרטים מסוימים אודות המנוחה (אי-היותה בתולה, עישון סיגריות והצתתן במצת שהיה ברשותה, קיומם של שקית ניילון או תיק); שלישית, עדותו של שומר האתר שחדה בדבר הגעתו התמוהה של אל-עביד לאתר הפסולת בערב היעלמה של המנוחה בשעה מוקדמת מהרגיל; ורביעית, הכחשתו השקרית של אל-עביד את ביקורו באתר.

מה משקלן של כלל הראיות נגד אל-עביד במנותק מההודאה? שאלה זו כלל לא נדונה בידי שופטי הרוב. כדי להשיב עליה יש להביא בחשבון גם ראיות המצביעות על חפות. אם מניחים

שאל-עביד הוא הרוצח אפשר כמובן למצוא הסברים לראיות לחפותו המתיישבים עם הקונספציה המפלילה של אשמת הנאשם, כפי שאכן עשו שופטי הרוב המרשיעים. אולם כדי להעריך את הסתברות האשמה האפריורית, שאיננה מניחה את המבוקש, יש להביא בחשבון גם את הראיות לחפותו.

לאחר מעשה, כאשר אנו יודעים שגופתה של המנוחה נמצאה הרחק מאתר האשפה, ברור שרמת החשד שאותה אפשר להצדיק באופן אובייקטיבי כלפי אל-עביד וכלפי שחדה צריכה הייתה להיות כה נמוכה, עד שכלל לא הייתה הצדקה לפתוח נגדם בחקירה משטרתית. סביר להניח שאם הגופה הייתה נמצאת סמוך לזמן ההיעלמות במקום שבו נמצאה כעבור כשנתיים, לא היו השוטרים מתפרשים בחקירותיהם אל עבר כל מי שהתנהג באופן תמוה באותו ערב באותו אזור. האומנם בעובדה שלהבנתו של העד אזולאי שחדה קיים יחסי מין בצריף השומר, יש כדי לקשור את שחדה (או את אל-עביד) לרצח, כאשר בדיעבד אנו יודעים שגופת הקרבן נמצאה הרחק מהאתר? בדיעבד, שחדה אף הכחיש שקיים יחסי מין באותו ערב בצריף. לפי עדותו של אזולאי, אמר אל-עביד בשיחה על כוס קפה בין פועלים אחרים ונהגים באתר - "אולי הבאתם אותה אתכם בזבל תבדקו במשאת". אולם כאשר אנו יודעים שגופת המנוחה נמצאה הרחק מן האתר ובמנותק מן ההודאה, איזו משמעות אפשר לתת לאמירה זו? העד אזולאי, שאמירותיו במשטרה הובילו לפתיחת החקירה נגד שחדה ונגד אל-עביד, היה שכן של הקרבן, וטבעי שיתעניין בגורלה. ההסתברות שדווקא הוא (שכן של הקרבן) ייתקל במקרה באדם הקשור להיעלמותה, כאשר בדיעבד אנו יודעים שלחשדותיו המקוריים נגד שחדה ואל-עביד לא היה בסיס, היא נמוכה מאוד. מכאן שעצם חקירתו של אל-עביד הייתה מקרית. באותה מידה אפשר היה לחקור אקראית אנשים רבים אחרים.

בדומה, גם יתר הראיות נגד אל-עביד שהתגלו במהלך חקירתו אינן מלמדות דבר במנותק מההודאה. כך, למשל, נמצא "סיוע חזק" להודאתו של אל-עביד, לשיטתם של שופטי הרוב המרשיעים, בעובדה שביקר באותו לילה באתר דודאים ללא סיבה והכחיש זאת. כך כתב על עניין זה שופט המיעוט (בבית-המשפט המחוזי) ניל הנדל:

בשלב בו התביעה סברה שגופת המנוחה מצויה באתר דודאים, ניחא. אבל עתה, כאשר גם לגרסת התביעה, המנוחה לא נקברה באתר דודאים ואף לא הגיעה אליו... מה החשיבות היא שהנאשם הגיע למקום ואפילו הכחיש זאת.

על הפְּרָכּוֹת הרבות והחשובות בראיות שהציגה התביעה כתבה שופטת המיעוט (בבית-המשפט העליון) דליה דורנר כך:

הסברים אלה לפרכות וכן "היישוב" בנוגע לביקור העותר באתר הם אפשריים - אף כי ברוחק - אם יוצאים מתוך הנחה כי תוכן ההודאה הוא אמת. שכן, למשל, קשה ליישב את ההסבר הגורס כי פרטי האירוע לא נחקקו בזיכרונו של העותר עם תיאורו המדויק את החורשה ואת מקום השלכת הגופה. ברם, כאמור, מטרת הדרישה לראיה נוספת היא לקבוע אם ההודאה היא אמת. לדעתי, משלא נמצא קשר בין הביקור באתר לבין ביצוע העבירה, הרי שהביקור הבלתי מוסבר שוב אינו רלוונטי, והוא נותר - למצער - 'מחזיק מפתחות ללא מפתח'.

דבריהם המשכנעים (אם כי לא את שופטי הרוב המרשיעים) של השופטים הנדל ודורנר מרמזים על כשל החלפת ההתניות באשר לחוזק התוספות הראייתיות שנמצאו להודאה.

כיצד נימקו שופטי הרוב בבית המשפט העליון את הרשעתו של אל-עביד? תחילה השתכנעו השופטים באמיתות ההודאה ממבחני האמת הפנימיים. לאחר מכן הם חיפשו ומצאו "חיזוקים וסיוע". כך כתב השופט אהרון ברק:

חברי השופט אור עמד בהרחבה, בפסק-דינו המפורט, על מרכיב ה"יש" שבמקרה דנן. הודאותיו של אל עביד עומדות במבחנים ובאמות-המידה השונות שנקבעו לעניין "המשקל הפנימי" של הודאת נאשם. הודאות אלה עקיבות ברובן, עשירות בפרטים ומאופיינות באותם אותות אמת המחזקים את משקלן ה"פנימי". ההודאה הראשונה ניתנה שלא בפני איש רשות אלא בפני "מדובב", ויש בכך כדי לחזק את אמינותה. בה בעת, עומדות הודאות אלו על תלן גם לאור המבחן ה"חיצוני". מקובל עלי ניתוחו של חברי השופט אור בדבר התקיימותם של חיזוקים וסיוע להודאות אל עביד במקרה דנן - והמעין יעיין שם.

נראה שעמדת השופט ברק ויתר שופטי הרוב הושפעה מאותה אשליה קוגניטיבית המכונה כשל החלפת ההתניות. כאשר ישנו חשש, אפילו קטן, להודאת שווא, יש להשתמש בהיגיון של נוסחת ביס, המלמדת אותנו שאפילו חשש קטן לטעות בראיה המרכזית יוצר ספק עצום לגבי אשמתו של אדם, במקרים שבהם פרט לאותה ראיה מרכזית אין ראיות מרכזיות אחרות. לפיכך גם חשש קלוש באשר לאמיתותה של ההודאה של אל-עביד, שניכרים בה סימני אמת, אמור ליצור ספק עצום לגבי אשמתו. משמעותו של ספק באשר לאמיתות ההודאה, אפילו של 1 ל-100 ולא רק של 1 ל-10 כהערכתי, היא שבכל רחוב בישראל שבו ישנם יותר ממאה גברים, יהיה (בממוצע) לפחות אדם אחד נוסף אשר יודה ברצח חנית קיקוס ז"ל - אם כולם יחקרו על ידי המשטרה כפי שנחקר אל-עביד. כיצד ניתן לדעת שדווקא הודאתו של אל-עביד היא הודאת האמת ואיננה אחת מאותן הודאות השווא הרבות אשר היו יכולות להתקבל לו היו נחקרים אנשים רבים?

התשובה חייבת להימצא בחומר הראיות הנוסף נגד אל-עביד, או, בשפת הלוגיקה הבייסיאנית, בהסתברות האשמה האפריורית של אל-עביד. ככל שהסתברות האשמה האפריורית נמוכה יותר,

כך עולה ההסתברות שהודאתו, למרות סימני האמת שבה, היא אחת מהודאות השווא. כך כתב שופט המיעוט ניל הנדל:

אומר זאת בצורה ברורה יותר. האפשרות של הרשעת הנאשם הינה רק אפשרות אחת במובן נוסף. אם ניתן להרשיע את הנאשם על סמך הודאותיו בתוספת דבר מה מתבקשת מסקנה אחרת. ייתכן, כי אם היה נעצר חשוד אחר, בעל אישיות מסוימת, על סמך קצה חוט של חקירה זו או אחרת, אף אם היה מודה ניתן היה למצוא בחקירה מקיפה ובחשד שבגיניו נעצר, דבר מה באי מתן הסבר או בקטעי אמרה. מכאן, ייתכן כי על סמך אותו בסיס ראיתי שהניחה התביעה בפנינו ניתן היה להרשיע אחר. אם כך המצב, ברי כי יש לזכות את הנאשם בתיק זה על פי דין.

דברים כדרכנות! אך ההשפעה המכרעת של הסתברות אשמה התחלתית (אפריורית) נמוכה על ההסתברות הכוללת (האפוסטריורית) של האשמה לא נדונה כלל באותו מקרה בידי שופטי הרוב המרשיעים. הראיות המהוות "דבר מה נוסף" נגד אל-עביד, ואשר מהן אפשר ללמוד על הסתברות האשמה האפריורית, נבחנו רק לאור הקביעה שבהודאתו יש סימני אמת, היינו לאור (אך למעשה לחושך) הנחת המבוקש. ניתן היה למצוא כמותן בהודאות של רבים אחרים אשר היו מתקבלות, לו רק נחקרו בתנאים זהים לאלה בהם נחקר אל-עביד. לו קיבלו דבריו (האינטואיטיביים) של השופט הנדל בסיס תיאורטי תוך שימוש בלוגיקה הבייסיאנית, ייתכן מאוד שלא היו השופטים האחרים יכולים שלא להצטרף לחוות דעתו המזכה. שופטי הרוב המרשיעים לא ניסו להעריך את הראיות האחרות ולבחון אם יש בכוחן לבסס אשמה בהסתברות משמעותית כלשהי. כל שבחנו היה אם הראיות הנוספות מתיישבות עם ההודאה, מתוך ההנחה המוקדמת שמדובר בהודאת אמת, שהיא למעשה הנחת המבוקש.

סולימאן אל-עביד נחשב עד לחקירתו בעניין היעלמותה של

הקורבן לאדם נורמטיבי. הוא לא הסתבך עם החוק, הקים משפחה ופרנס אותה. הראיות שנאספו נגדו במנותק מהודאתו קלושות ביותר. לו ידעו החוקרים את שאנו יודעים בדיעבד, על מציאת הגופה במקום אחר מאשר אתר הפסולת דודאים, סביר להניח שאל-עביד ושחרה כלל לא היו מוזמנים לחקירה בעקבות עדותו של אזולאי. את ה"ראיות" האחרות נגד אל-עביד אפשר לסכם כך: אדם אשר שיקר בחקירתו ולא הצליח לתת הסברים משכנעים למעשיו בליל היעלמות הקרבן. אין ב"ראיות" אלה סיוע חיצוני ממשי להודאה. מקריאת קטעי התמלילים של החקירה המופיעים בפסקי-הדין נראה שמדובר באדם מעט מוזר, אשר לא תמיד מדבר ברור ולעניין, דבר המשתלב בקביעת המומחים שהוא סובל מפיגור שכלי. כפי שנאמר ברוח ועדת גולדברג לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד,¹¹⁷ אנשים בעלי פיגור משתייכים לקבוצת סיכון ומועדים לתת הודאות שווא בלחץ החקירה. יתרה מזאת: הניסיון האנושי מלמד כי גם חפים מפשע הנתונים בלחץ חקירה פלילית בגין עבירה שבה הם מואשמים, עשויים מאוד לשקר בניסיון להרחיק עצמם מזירת העבירה, ובוודאי ייתכן מאוד שלא יזכרו את פרטי האליבי אשר יכול היה להושיעם או שלא יוכלו להוכיחו. הסתברות האשמה האפריורית של אל-עביד נמוכה מאוד. ללא הודאתו, אין דבר בעל חשיבות הקושר אותו לאונס או לרצח. במצב כזה, כדי להתגבר על הסתברות אשמה אפריורית נמוכה כל-כך, נדרש על-פי חוקי הלוגיקה שהראיה המרכזית (במקרה זה ההודאה) תהיה מדויקת מאוד. כיום ידוע שהודאה היא ראייה הרחוקה מאוד מלהיות מדויקת. יש להצטער על שעניין זה לא נדון כראוי בפסקי-הדין אשר חרצו את גורלו של אל-עביד למאסר עולם.

לשם השוואה: במאמר שפורסם בישראל, שבו ניתחתי עם ד"ר הלפרט את משקלה הנכון של ההודאה ניתוח לוגי-הסתברותי, השתמשנו כמקרה מבחן בהרשעת סולימאן אל-עביד; במאמר מקביל שפורסם בכתב-עת אמריקני השתמשנו כמקרה מבחן

בהרשעתו הדומה של ג'ורג' אלן. כפי שנוכחנו, חוקרי המשטרה הגיעו אל אל-עביד במקרה ועל סמך הנחה שגויה שהקורבן נקברה במזבלת דודאים. גם אל ג'ורג' אלן הגיעו החוקרים במקרה ועל סמך הנחה שגויה: הוא נעצר ברחוב רק משום שהיה דומה לאדם אחר שאותו חיפשה המשטרה כחשוד ברצח. בדיעבד, בתחנת המשטרה, התברר שלא מדובר באדם שאותו חיפשו. אך באותה הזדמנות אלן גם נחקר, הופעל עליו לחץ והוא נאלץ להודות ברצח. הן אל-עביד והן אלן הורשעו על סמך הודאותיהם. בשני המקרים הראנו שמבחינה הסתברותית הסיכויים לכך שהורשע האדם הנכון קלושים. כשנתיים לאחר פרסום המאמרים, בנובמבר 2012, ביטל בית משפט אמריקני את הרשעתו של אלן, לאחר שהשוואה גנטית הוכיחה שה-DNA מזירת הפשע אינו שלו. הוא שוחרר לאחר כשלושים שנות מאסר. מתי ישוחרר גם סולימאן אל-עביד, הנתון כבר כעשרים שנים מאחורי סורג ובריח?¹¹⁸

הניתוחים ההסתברותיים מחייבים מהפך בתפיסת ההודאה: לא עוד הראיה המרכזית שיש למצוא לה תוספת ראייתית משמעותית ("סיוע"); אלא תוספת ראייתית אפשרית לראיה מרכזית אחרת – בתנאי שיש כזו. לכן, על המחוקק להתנות את חקירת החשוד בקיומו של חשד חזק ומבוסס נגדו, ולא לאפשר למשטרה לבצע "דייג" (fishing) בניסיון לגבות הודאות מ"חשודים". במצב החוקי הקיים, ההתבססות על הודאות בחקירות במשטרה לשם הרשעות בבתי המשפט תמשיך להוות גורם מרכזי מאוד להרשעת חפים מפשע בישראל.

לסיום דיון זה, אעמוד בקצרה על ממדי התופעה במציאות האמריקנית, כפי שהם באים לידי ביטוי במחקרם החדש של גרוס ושאפר. ב-135 מתוך 891 הזיכויים הרשמיים הפרטניים המובאים במחקר, הודו החפים מפשע בפשעים שלא ביצעו. בנוסף, ב-112 מהזיכויים הורשעו החפים מפשע בהתבסס על הודאות שווא של אחרים, שנקבע בפסקי הדין שהיו שותפים לעבירה. הדבר ממחיש

סכנה גדולה נוספת שיוצרות הודאות שווא וההתבססות עליהן במשפט - הרשעה מוטעית של אדם אחר. יחדיו מדובר בכרבע מהזיכויים הרשמיים.¹¹⁹

5. עדויות ראייה מוטעות

ב-1980, אדם בשם ג'פרי סטריטר המתין מחוץ לאולם בית משפט בפלורידה. הסנגור של אחד הנאשמים פנה אליו וביקש את עזרתו: הוא ביקש מסטריטר שישב לצדו באולם בית המשפט, במקום שבו יושב בדרך כלל הנאשם, כדי לבחון את זיכרונו של עדי הראייה. הסנגור לא הודיע לשופטים על ההחלפה. למרות שהנאשם נכח באולם, שלושת עדי הראייה זיהו בכיטחון רב דווקא את סטריטר, המבוהל, כעבריין שאותו ראו בזירת הפשע. סטריטר הורשע, נעצר ליום אחד ושוחרר רק לאחר שהובהרה הטעות.¹²⁰

במקרה אחר, פקיד תחנת רכבת שהיה קורבן לשוד מזויין בתחומי התחנה זיהה את החשוד במסדר זיהוי. בהמשך הצליח החשוד להוכיח שכלל לא היה במקום בזמן האירוע (טענת "אליבי"). כשנשאל הפקיד למקור הטעות, השיב שהחשוד נראה לו מאוד מוכר, ולכן בחר בו. התברר שהחשוד שירת כמלח בבסיס קרוב לתחנת הרכבת, ובכמה הזדמנויות רכש כרטיס מאותו פקיד.¹²¹

מקרה דומה התרחש בקולורדו. אנתוני האריס הואשם בהשתתפות באונס קבוצתי של מלצרית. היא זיהתה אותו במסדר זיהוי תמונות שערכה המשטרה והביעה ביטחון גמור בזיהוי. בדיקות דם וזרע הוכיחו שלא ייתכן שהוא האנס. התברר שבעבר עבד האריס כשוטף כלים במקום אחר, שבו עבדה הקורבן כקופאית, ושלכן פניו נראו לה מוכרים.¹²²

ישנם אין ספור מקרים כגון אלה, של טעויות גורליות של עדי ראייה. אסתפק באחד נוסף, שמדגים גם מעורבות של המשטרה בהיווצרות הטעות. אישה נאנסה בפארק בבאפלו שבמדינת ניו-

יורק ב־1982. חוקרי המשטרה הציגו בפניה תמונות של חשודים אפשריים והיא הצביעה על אחת מהן - של וינסנט ג'נקינס ואמרה שהיא הקרובה ביותר לתמונת האנס אשר נחרתה בזיכרונה, אם כי לדבריה האנס נראה שונה. המשטרה לא ערכה בפניה מסדר זיהוי כמקובל - בהשתתפות החשוד וניצבים הדומים לו. במקום זאת, לקחו אותה לחדר שבו יכולה הייתה להתבונן דרך זכוכית חד־כיוונית בשני אנשים בלבד - בג'נקינס שחור העור ובאדם נוסף, לבן. גם בפרוצדורה לא תקנית זו לא היה כדי לשכנע את הקורבן שזהו האנס. החוקרים הפעילו עליה לחץ כבד לזהות את החשוד כאדם שאנס אותה. לאחר מכן לקחו אותה להביט עליו מקרוב. גם מקרוב לא יכולה הייתה לזהותו, וקולו נשמע לה שונה משל האנס. לבסוף אמר לה חוקר: "חכי רגע, יש לי תמונה ישנה יותר" והביא תמונה של ג'נקינס, בשחור־לבן, שצולמה חמש שנים לפני האונס. רק אז "זיהתה" אותו הקורבן כאנס. במהלך המשפט גדל ביטחונה בזיהוי המוטעה ותיאוריה השתנו בהדרגה. במשפט עצמו העידה שהיא לגמרי בטוחה בזיהוי וטענה שבזיכרונה נחרתו פני האנס. נראה שהמניפולציות של החוקרים הצליחו לשנות את התמונה אשר נחרתה בזיכרונה ולהחליפה בתמונתו של ג'נקינס. לא היו ראיות אחרות שקשרו את ג'נקינס לאונס. האם הורשע? כן. הוא נידון למאסר ממושך ושהה 16 שנים מאחורי סורג וברית, עד שב־1999 זוכה על בסיס השוואת DNA אשר הוכיחה שהזרע מזירת העבירה אינו שלו.¹²³

בפרויקט החפות האמריקני הוברר שהגורם המרכזי להרשעות השווא היה עדות ראייה שגויה: ב־76% מ־250 הזיכויים הראשונים היו ההרשעות המוטעות מבוססות רק או גם על עדויות ראייה מוטעות.¹²⁴ רבים סבורים שזהו הגורם השכיח ביותר להרשעתם של חפים מפשע. כך, למשל, במחקרו של אריה רטנר (Rattner) נמצא שהגורם המרכזי ל־52% מהרשעות השווא הנדונות בו היה זיהויים שגויים; ובמחקרם של בדאו וראדלט (Bedau & Radelet) נמצא שיעור

דומה.¹²⁵ במחקר האמריקני העדכני ביותר - של גרוס ושאפר (Gross & Shaffer), המונה 891 זיכויים רשמיים של חפים מפשע שהורשעו, כ-76% מהמקרים התבססה ההרשעה המוטעית גם (ולעתים רק) על עדות ראייה מוטעית. בכמחצית ממקרים אלה מדובר בטעויות של העדים ובכמחצית מדובר בשקרים - לעתים כאשר לזיהוי המבצע ולעתים אפילו כאשר לעצם התרחשות העבירה.¹²⁶

תחום עדות הראייה נחקר ונסקר בספרות הפסיכולוגית כבר בשנות השבעים של המאה העשרים והבעיות היו ידועות כבר אז. כך, למשל, התברר שאם מסבירים לעד שייתכן שהחשוד כלל לא נמצא בין הניצבים במסדר הזיהוי, שיעור זיהויי השווא יורד באופן משמעותי, ושיעור הזיהויים הנכונים - של העבריינים האמיתיים - יורד במעט מאוד. כשלא מסבירים זאת לעדים, הנטייה שלהם היא להניח שהעברייין נמצא בין הניצבים, ולבחור בניצב הדומה ביותר לעברייין שראו בזירת העבירה, על דרך האלימינציה. עם זאת, גם כאשר מוסבר הדבר לעדים, שיעור השגיאה בעדויות הראייה נותר משמעותי מאוד. מחקרים הראו שטעויות מתרחשות באופן קבוע במציאות ולא רק בסימולציות במעבדה.¹²⁷

חרף הבעיות הקשות שעולות מעדויות הראייה, מעמדה של עדות זו במשפט הפלילי גבוה מאוד: בשיטות משפט רבות די בה כדי לקבוע שאדם מסוים הוא המבצע של עבירה מסוימת, ללא כל צורך בראיות נוספות.¹²⁸ שופטים נשבים בקסמן של אמירות של העדים המזהים, כגון: "לעולם לא אשכח את הפרצוף הזה"; "אני בטוח כ-100% שזה האיש"; "אין לי ספק שזה הוא" וכדומה. אך המחקרים מלמדים שבניגוד לאינטואיציה שלנו אין קשר בין מידת הביטחון של העד המזהה לבין נכונות הזיהוי. מידת הביטחון משקפת נתונים ומשתנים חברתיים וסביבתיים ונתונים אישיותיים ואישיים של העד, ולא מלמדת על נכונות הזיהוי.¹²⁹ עוד מתברר מהמחקרים שבניגוד לאינטואיציה של רבים, העובדה שהעד נותן בעדותו פירוט רב של תיאור האדם אותו ראה איננה מעלה את

ההסתברות לזיהוי נכון.¹³⁰

מחקרים רבים בתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית הראו שהזיכרון האנושי מועד לכשלים ולהטיות, במיוחד כשמדובר בזכירת פרצופים. מקובל בקרב החוקרים לחלק את התהליך לשלושה שלבים,¹³¹ שכל אחד מהם הוא מקור לטעויות זיהוי. בשלב הראשון, שלב הרכישה (acquisition) תופס העד את ההתרחסות ורוכש את האינפורמציה. בשלב זה העין של העד נחשפת לשלל פרטים חזותיים והאוזן שלו לשלל אפקטים קוליים, אך תשומת הלב שלו מתמקדת רק בחלק מהפרטים. באירועים מחרידים או טראומטיים או באירועים קצרים (כאופייני לפשע פלילי), העד מסוגל לקלוט רק חלק קטן מן ההתרחסות. כך נוצרת תמונה מקורית לקויה וחסרה או מעוותת.

השלב השני הוא שלב השמירה בזיכרון (retention) - בתקופת הזמן שבין התרחשות האירוע לבין הרגע שבו העד מתבקש לשחזר את שראה ושמע. בשלב השלישי והאחרון, השחזור (retrieval), העד משחזר את המידע שרכש ושמר בזיכרונו, ומביאו לידיעת אחרים. השחזור אינו תלוי אך ורק בטיב המידע או התמונה שנרכשו בעת האירוע, אלא גם בחוויות שהעד חווה בתקופת השמירה בזיכרון וכן בנסיבות המתקיימות בזמן שבו הוא נדרש לשחזר את שראה ושמע. כאמור, המחקרים מלמדים שבכל אחד משלושת השלבים קיימת אפשרות סבירה של עיוות המוליך לטעות. חלק מהגורמים לעיוות הם משתנים אישיים ותלויי נסיבות, כגון יכולותיו האישיות של העד, משך זמן הצפייה באירוע, מידת הלחץ שבו נתון העד בזמן האירוע (לעתים העד הוא הקורבן, לעתים הוא חושש מאלימות); חלקם משתנים תרבותיים חברתיים; וחלקם משתנים מערכתיים, כגון אופן החקירה המשטרית, סוג השאלות, אופן עריכת מסדר הזיהוי, מספר הניצבים ובחירתם, ההנחיות והרמיזות הניתנות במהלכו, התנהגות הניצבים וכדומה.¹³²

אפשרויות הטעות מתעצמות מאוד כשלא מדובר במסדר זיהוי

תקיז, שכולל ניצבים, אלא במסדר זיהוי תמונות או ב"זיהוי" מתוך אלבום החשודים של המשטרה, שהוא בעייתי ביותר. למעשה, אין לייחס לבחירה של תמונה מאלבום תמונות כל משקל של זיהוי, שכן מדובר ב"דייג" (fishing): כל בחירה של תמונה צפויה להיחשב לתשובה נכונה, משום שכל התמונות הן של בעלי עבר פלילי ואין ביניהן תמונות סתמיות המקבילות לניצבים במסדר הזיהוי.¹³³

בסצנה הפותחת את סרטו של הבמאי רוברט אלטמן "משהו ללבוש", נראה השחקן הנפלא מרצ'לו מסטרויאני בורח מזירת עבירה. ישנו עד ראייה לבריחתו. העד הוא סיני. חוקרי המשטרה מבקשים מהעד לתאר את הנמלט, וכשתאורו איננו מניח את דעתם משום שאיננו מפורט, הם לוחצים עליו בשאלותיהם. בשלב מסוים העד המבוהל משיב בצעקה: "אינני יודע - כל הלבנים נראים לי דומים!". ממש כשם שלנו, אולי, כל הסינים נראים דומים. המחקרים מלמדים שכאשר אדם מתבקש לזהות בני קבוצה אתנית או גזעית אחרת, ההסתברות לטעות עולה באופן משמעותי. כשאנו מתמקדים בכך צבענו וגזענו, אנו מאתרים סימני זיהוי משניים, שיכולים אחר כך לסייע בזיהוי. אך כשאנו רואים בן קבוצה אחרת, אנו מתרכזים בפרטים הראשוניים הכולטים בעינינו במיוחד: צבעי העור, השיער, העיניים וכדומה. כשמתווספים לכך סטריאוטיפים ודעות קדומות, סכנת הטעות גדולה עוד יותר. כך, ידועים מקרים רבים בארצות הברית שבהם עדי ראייה לבנים טעו בזיהוי חשודים שחורים. גם בישראל נבדקה התופעה: במחקר בהשתתפות 500 נבדקים משלוש קבוצות מוצא, נערכו סימולציות של מסדרי זיהוי, והתברר ששיעור הטעויות היה גבוה במיוחד כאשר המזהה התבקש לזהות בן קבוצה אחרת.¹³⁴

להלן המחשה מזעזעת לסכנת הזיהוי הבן-גזעי: ב-1985 הורשע אדם שחור בשם רונלד קוטון באונס אישה לבנה בשם ג'ניפר תומפסון בבורלינגטון שבצפון קרוליינה. הקורבן הייתה בטוחה בזיהוי של קוטון כמי שאנס אותה, בין היתר משום ששהתה עמו

זמן משמעותי והייתה נחושה בכוונתה לבחון אותו בקפדנות בזמן האירוע כדי שתוכל לזהותו לאחר מכן. אך היא בכל זאת טעתה בזיהוי. קוטון הורשע וזוכה רק כעבור שנים, ב-1995, לאחר שהשוואות DNA לא רק שללו אותו כאנס, אלא אף הוכילו אל אסיר שחזר אחר. ג'ניפר תומפסון עשתה מאמצים רבים להתריע מפני טעויות כאלה ואף כתבה עם קוטון ספר המספר את סיפורם, בשם "הבחירה בקוטון" (*Picking Cotton*).¹³⁵

בעוד שבתי המשפט נוטים לייחס לזיהוי החשוד על ידי עד הראייה משקל גדול מאוד, הנטייה היא לא לייחס משקל משמעותי לאי-זיהוי, כלומר למצב שבו העד אינו מזהה את החשוד, או מזהה ניצב אחר במסדר הזיהוי.¹³⁶ נוטים להניח שאי-הזיהוי נובע מקוצר זכרוננו של העד, מן הפחד שלו, וכדומה, ולפיכך מנעם מלראות באי-הזיהוי ראייה משמעותית לחפותו של החשוד. ייתכן מאוד שהסבר לכך הוא השפעת התפיסה המוטעית של "אשמת החשוד". אלא שאותם גורמים המיוחסים לאי-הזיהוי, כמו למשל קוצר הזיכרון, עלולים כמובן לגרום גם לזיהוי מוטעה של החשוד כמבצע העבירה חרף היותו חף מפשע. הלוגיקה מחייבת שאם מייחסים ערך מפליל רב לזיהוי, יש לייחס גם ערך מזכה לאי-הזיהוי.

בעקבות המחקרים הפסיכולוגיים על הבעיות בעדויות ראייה, הוצעו כמה נהלים לביצוע מסדרי זיהוי שנועדו לצמצם את האפשרות לזיהוי שגוי, תוך השפעה מועטה על האפשרות לזהות את העבריינין האמיתי כאשר הוא נוכח במסדר. החוקר המרכזי בתחום זה – גארי וולס (Wells) הציע שבע הנחיות לביצוע המסדר: הראשונה – רק חשוד אחד ישתתף בכל מסדר זיהוי; השנייה – החשוד לא יבלוט; השלישית – תינתן אזהרה לעד שיתכן שהעבריינין לא נמצא במסדר; הרביעית – מסדר הזיהוי יבוצע בשיטה שבה העד רואה בכל שלב רק ניצב אחד ("מסדר עוקב"), במקום השיטה הנהוגה כיום, שבה העד רואה את כל הניצבים יחדיו ומוטה לבחירה באחד מהם, על דרך האלימינציה ("מסדר זיהוי סימולטני"); החמישית – גם העד

וגם עורך המסדר לא ידעו מי הוא החשוד ומי הם הניצבים ("מבחן עיוור כפול"); השישית - תילקח מהעד המזהה הצהרה מיידית בדבר רמת הביטחון שלו בזיהוי החשוד, מבלי לתת לעד המזהה משוב על הזיהוי שבוצע. ההמלצה השביעית של וולס, המבוססת על חישובים הסתברותיים ועל נוסחת בייס, היא שאין לבצע מסדרי זיהוי כאשר אין חשד משמעותי נגד החשודים, משום שהדבר צפוי להפלייל חפים מפשע רבים מאוד.¹³⁷ דרך חדשה שפותחה באנגליה, המסייעת ביישום המלצות אלה, היא מסדר זיהוי ממוחשב, המבוסס על מאגר סרטי וידאו קצרים של ניצבים. לאחר צילום סרט קצר עם החשוד, מקרינים בפני העד המזהה סרטים קצרים, של החשוד ושל ניצבים הדומים לו, בזה אחר זה, כשהסרטים נבחרים על ידי תוכנת מחשב, ללא מעורבות כלשהי של צוות החקירה.¹³⁸

להמלצות אלה ניתן וצריך להוסיף גם תיעוד מלא בווידיאו של מסדר הזיהוי, כך שבית המשפט יוכל להתרשם כמעט ישירות מהאופן שבו התנהלו הדברים. כל הפעולות הללו ניתנות ליישום בעלות כספית שהנה זניחה בהשוואה לנזק הפוטנציאלי. בישראל, חרף המחקרים שקראו לרפורמה, לא נעשה דבר משמעותי לשיפור המצב.¹³⁹ עד היום עלינו להסתפק פחות או יותר בהלכה שנקבעה כבר בשנות השבעים של המאה העשרים בפסק הדין המנחה בפרשת קריב, שלפיה, בין היתר, "...מסדר הזיהוי מורכב ממספר אנשים אשר בהתאם למקובל עלינו אינו צריך להיות פחות משמונה ואשר דומים לחשוד במידת האפשר מבחינת גילם, גובהם, משקלם, לבושם והמראה החיצוני שלהם". במקרהו של קריב מצאו חוקרי המשטרה לנכון לערוך מסדר זיהוי שבו הניצב היחיד שלא היה מגולח ומסורק היה החשוד. עוד נקבעה שם זכותו החשובה של החשוד לנוכחות סגור במסדר הזיהוי.¹⁴⁰

באמצעות נוסחת בייס, ניתן לאמוד גם את כוחה הראייתי המוגבל משחושבים של עדות הראייה, באופן דומה לבחינת כוחה של ההודאה שהוצגה לעיל. כשהראיה היחידה התומכת באשמתו

של אדם היא זיהויו על ידי עד ראייה, ואין בנמצא ראייה נוספת כלשהי, עלינו לשאול את עצמנו את השאלה הבאה: אילו במקום הניצבים במסדר זיהוי רגיל (בדרך כלל שמונה עד תריסר) היינו מאפשרים לעד להתבונן מקרוב באלף ניצבים – כמה מהם היו נחזים בעיניו כאדם שאותו ראה בזירת הפשע? ואילו התאפשר לו להתבונן במאה אלף תושבים? או בכל תושבי המדינה? על בסיס המחקרים הפסיכולוגיים ועל בסיס מקרים ידועים מהמציאות המשפטית, ניתן להעריך (באופן שמרני) שלפחות 10% מהזיהויים צפויים להיות מוטעים. בנוסף, ידוע לנו שחוקרי המשטרה, התובעים ובתי-המשפט לא יוכלו לסנן החוצה את הזיהויים המוטעים. נניח שיסננו החוצה את מחציתם. אזי נגיע לתוצאת חישוב דומה מאוד לזו שעשינו לעיל באשר לכוחה של ההודאה. חישוב מפורט יותר העלנו על הכתב במאמר שכתבתי יחד עם ד"ר הלפרט.¹⁴¹

הבנה והפנמה של האפשרות של זיהוי מוטעה על ידי עד ראייה ושל האפשרות של הרשעה מוטעית שתתבסס עליו צריכות כמובן להוביל לבחינה קפדנית של ראיות נוספות, הן כאלה המצביעות על אשמה, והן כאלה המצביעות על חפות. אולם לא די בכך: יש לקבוע כלל משפטי שלפיו כאשר מדובר בחשוד שאין ראיות משמעותיות נוספות (מלבד עדות הראייה) המצביעות על אשמתו, **אסור לבסס הרשעה פלילית על עדות הראייה לבדה**, שהרי הסיכוי גבוה שהיא תהיה מוטעית. המציאות והמחקרים אכן מוכיחים שבחלק ניכר מהמקרים של הרשעות שווא על בסיס עדויות ראייה מוטעות לא הייתה ראייה מפלילה משמעותית נוספת שקשרה את החשוד אל העבירה. לפיכך יש לקבוע **בחוק דרישה של "סיוע חזק" גם לעדות הראייה כתנאי להרשעה: ראייה נוספת, עצמאית, התומכת באופן משמעותי במסקנה שהנאשם ולא אדם אחר הוא אשר ביצע את העבירה**. כל עוד לא יבוצע שינוי הכרחי זה, תמשכנה עדויות ראייה מוטעות להביא להרשעתם של חפים מפשע לא מעטים.

6. עדויות שקר

כל עדות מפלילה הנשמעת בבית המשפט עלולה להיות שקרית. לעתים יש לעדים מניעים ומטרות לשקר ולהעליל על אחרים, כגון שנאה, טינה, שאיפה לשפר את מצבם במשפטי גירושין או לזכות בכסף במשפטים אזרחיים המתבססים על הרשעות במשפטים פליליים ועוד. מקרים של עדויות שקר ישנם לכל אורך ההיסטוריה: החל מאשת פוטיפר, שניסתה לפתות את יוסף ומשלא נענה לה טפלה עליו האשמה בניסיון לאונס, ובכך גרמה למאסרו עד לפתרון חלומותיו של המלך פרעה, דרך עלילת השווא שנרקמה נגד קצין הצבא הצרפתי דרייפוס בדבר בגידה רק בשל היותו יהודי ועד למקרים בני ימינו. יש להיות מודעים הן לאפשרות שתימסר עדות שקר והן לכך שלשופטים אין כלים פלאיים להבחנה בין אמת לשקר. גם כשהעד איננו משקר ביודעין, עדיין ייתכן מאוד שהוא טועה. הסכנה של עדות שקרית מתעצמת כשמדובר בעדים שהובטחה להם טובת הנאה תמורת עדותם, כגון "עדי מדינה"¹⁴². דיוויד גריי נחשד והואשם באונס. קורבן האונס אמנם סברה בטעות שהוא היה הזר שאנס אותה, אולם טביעות האצבעות מזירת הפשע לא היו שלו. גם הממצאים האחרים (זרע, שיער) לא קשרוהו לפשע. בנוסף, היה לו אליבי (טענת "במקום אחר הייתי") חזק - עדויותיהם של אנשים שונים שעמם שהה ביום העבירה. משפטו הסתיים ב-"hung jury" - מצב שבו המושבעים אינם מצליחים להגיע להכרעה. במצב כזה יכולה התביעה לוותר או לבקש משפט חדש בפני מושבעים אחרים. התובע, שנזקק לעד נוסף, החליט לנהוג כבלש ולבקר בעצמו בכלא. כפי שהעיד לאחר מכן, הוא שוחח עם כמה אסירים שהיו כלואים עם גריי, כדי לברר אם הם יודעים משהו. הוא מצא בחור בן 22 שהואשם בפריצה והשיג ממנו עדות שקר נגד גריי. במשפט עצמו התייצב תובע אחר, שכן התובע הראשון היה צריך להעיד על שיחותיו עם העד החדש. העד החדש ידע

למסור פרטים מזירת העבירה, אותם כביכול סיפר לו הנאשם, כגון שהטלפון נותק ושהתוקף נעל נעליים בצבע יין. בנוסף, סייע העד לתביעה להתמודד עם טענת האליבי של הנאשם, בהעידו שהנאשם אמר לו ששכנע את עדי האליבי לחפות עליו. מה קיבל העד החדש בתמורה לעדותו? לפי עדותו שלו – לא קיבל דבר, אלא העיד מתוך תחושת אזרחות טובה (של פורץ...). גם התובע מהמשפט הראשון, מי שגייס את העד החדש בכלא, העיד שלא הובטחה לעד תמורה כלשהי. אך התברר שחרף העובדה שנידון לשלוש שנות מאסר, היה העד החדש כלוא שבעה חודשים בלבד ושוחרר. הסנגור ביקש לפסול את עדותו. התובע (השני) טען כי אמנם היו לעד סיבות לשקר, אך מכיוון שידע למסור "פרטים מוכמנים" מזירת העבירה, אשר המשטרה והתביעה הצהירו שלא חשפו בפניו, משמע שהוא דובר אמת. השופט החליט לקבל את העדות וגרר הורשע ונידון ל-60 שנות מאסר. רק לאחר שהיה כלוא 20 שנים, הוכח באמצעות השוואת DNA שמדובר בהרשעת שווא והוא שוחרר, ב-1999. שנים לאחר מכן נשאל העד על המקרה והשיב כי איננו זוכר כלל שדיויד גריי הודה בפניו בביצוע העבירה.¹⁴³

בפרויקט החפות האמריקני נחשפה תופעה רחבת היקף של "אסירים מלשינים" ("Jailhouse Snitches") – עצורים או אסירים שהעידו עדויות שקר נגד שותפיהם לתא, שלפיהן כביכול הודו בפניהם בביצוע עבירות ומסרו להם "פרטים מוכמנים". ב-52 מתוך 250 ההרשעות המוטעות הראשונות שנחשפו (21%), נתמכה ההרשעה בבית המשפט גם בעדות שקרית כזו. התברר שבבתי הכלא פעלו מלשינים מקצועיים אשר הפלילו אנשים רבים, שאת חלקם אפילו לא פגשו. כך, היה מלשין פעלתן שהפליל 20 אנשים. היה מלשין שקרן שהיה מבצע מחקר בספרייה ומאתר מאמרי עיתונות אודות הפרשה שעליה העיד, כדי ללמוד עליה פרטים ולשפר את שקריו. בתמורה לעדויותיהם בבית המשפט זכו המלשינים בהסכמים עם התביעה והמשטרה, שזיכו אותם בהטבות

שונות, החל מהטבה בתנאי מאסרם, דרך הקלה באישומים הפליליים נגדם ובעונש שקיבלו וכלה בהטבות כספיות. מדאיג במיוחד הוא הממצא שלפיו בכמה מהתיקים נראה בדיעבד (לאחר שהממצאים הגנטיים הוכיחו שמדובר בהרשעת שווא) שעדות השקר כאילו "נתפרה" במיוחד כדי לחזק את טיעוני התביעה בדיוק בנקודות החולשה שלהם.¹⁴⁴ אשר להטבות כספיות, גם אצלנו הדבר מקובל. כך, למשל, נחשף בבית המשפט ובתקשורת כי בהסכם עם עד המדינה בפרשת "הולילנד" נכללו הטבות לעד בשווי מיליוני שקלים.¹⁴⁵

ההסתמכות על "מודיעים" או "מלשינים" מקצועיים מועדת כמובן לפורענות. גם הסתמכות על מי שעושה כן באופן חד-פעמי בעייתית, שהרי יש לו תמריץ לשקר, במטרה להיטיב את מצבו. אף ההסתמכות על "מדובבים" צפויה להניב עדויות שקריות.¹⁴⁶

בפרשה שהתרחשה בארצות-הברית ב-1995, סבר חוקר המשטרה רוברט פרוז שגילה תופעה של ניצול מיני של ילדים על ידי מבוגרים תושבי הסביבה. הוא נטל ילדה בת 10 בשם דונה במכוניתו ויחד סיירו ב-22 בתים שעליהם הצביעה הילדה וסיפרה שהיא וחברותיה נוצלו בהם מינית. היא סיפרה שנאנסה על ידי מבוגרים רבים, כפי הנראה כל המבוגרים שאותם הכירה. לאחר מכן הצטרפה אליה אחותה מלינדה בת ה-12 והוסיפה שמות וסיפורים נוספים על אורגיות שבהן השתתפו מבוגרים וילדים. בסופו של דבר האשימו הרשויות 43 גברים ונשים ב-29,726 (!) עבירות של אונס וניצול מיני של 60 ילדים במשך כשש שנים. ב-1996 העידה מלינדה שלא היו דברים מעולם ושחוקר המשטרה לחץ עליה לספר את הסיפורים הדמיוניים. בעקבות זאת זוכו חלק מהמורשעים - אלה שטרם סיימו את מאסריהם. פרשה זו ממחישה גם תופעה המכונה "היסטריה של ניצול מיני של ילדים".¹⁴⁷

עדויות שקריות או לא נכונות ליוו את המשפט משחר ימיו. הדרך המרכזית להימנע מהרשעות מסוג זה של חפים מפשע היא

לחדול להסתמך על עדותו של אדם אחד ויחיד כדי להרשיע אדם אחר ולדרוש ראיות משמעותיות נוספות.

7. ראיות מדעיות

(א) מבוא: משרלוק הולמס ועד CSI

לכאורה, ניתן היה לצפות שהראיות המדעיות יקדמו מאוד את המשפט הפלילי ויהפכו אותו למשוכלל ולמדויק יותר. אין ספק שבדיקות DNA והשוואות של טביעות אצבעות, חרף היותן מה שמכנים "ראיות נסיבתיות", הן ראיות הרבה יותר מדויקות מהראיות המסורתיות המכונות "ישירות" (המספרות על הפשע עצמו) – עדות הראייה וההודאה. והנה, בכל זאת, ממצאי פרויקט החפות האמריקני הם שב-185 מתוך 250 הזיכויים הראשונים של חפים מפשע, המהווים 74% (!), בוססו ההרשעות גם על ראיות מדעיות.¹⁴⁸ 60% מהן היו מוטעות. מדוע דווקא הראיות המדויקות יותר הן המטעות יותר? ההסבר המרכזי הוא שהן מסנוורות את עיני השופטים.

כולנו מתייחסים למדע ביראת כבוד מוצדקת. אולם השופטים אינם מדענים. הם משפטנים טובים הנדרשים להכריע בשאלות מגוונות, מכל תחומי החיים, חלקן מתחום המדע. בימינו, כמות הידע שבידי האנושות היא כה גדולה, עד כי אדם אחד אינו יכול להיות מומחה בתחומים רבים, כפי שהיו ענקי הרנסנס. לכן השופטים נעזרים במומחים, המציגים בפניהם את תוצאות הבדיקות המדעיות שערכו. מכיוון שהשופט הוא שמכריע ולא המומחה, השופט יכול (ולדעתי אף חייב) שלא להסתפק בעדות של המומחה על תוצאות הבדיקות שערך, אלא לדרוש ממנו לפרט בפני בית המשפט את דרך עבודתו, כך שהשופט יוכל לבדוק אותה. הכול, כמובן, בהנחה שהוכח שהשיטה המדעית עצמה, שבמסגרתה פעל המומחה, היא תקפה ומהימנה. לא כל השופטים עושים כן.

שופטים רבים סומכים על המומחים בעיניים כמעט עצומות, עד כדי כך שבפועל הם עלולים לשמש כחותמות גומי שלהם. מכיוון שבמשפט הפלילי אין סימטריה ואין שוויון כוחות בין התביעה לבין ההגנה, כמעט כל הראיות המדעיות מוצגות במשפט על ידי התביעה. המעבדות לזיהוי פלילי, העוסקות במה שמכונה "מדע פורנזי" (forensic science), מדע משפטי - שימוש במדע להפקת ראיות משפטיות, פועלות בדרך כלל בכפיפות למשטרה ולתביעה. חוקרי המעבדות עובדים עבודה שוטפת וצמודה עם חוקרי המשטרה ולעתים גם עם התובעים. בהיותם בני אדם, קשה לצפות מהם לאובייקטיביות גמורה. סביר להניח שלוחצים עליהם לאתר ראיות אשר תתמוכנה באשמת החשוד. בנוסף, מזינים אותם בפרטי חקירה שכלל אינם רלוונטיים לבדיקות שאותן עליהם לבצע ושמוחקים את המחשבה שהחשוד אשם, כגון העובדה שהורדה או שהקורבן זיהה אותו. גם כאן משחקת תפקיד חשוב התפיסה המוטעית של "אשמת החשוד". לעתים הגדרת העבודה המתבקשת מחוקרי המעבדה כוללת אך ורק את הבדיקות העשויות להפליל את החשוד, מבלי לבצע בדיקות אחרות שעשויות לזכותו ואולי אף להפליל אדם אחר. בהמשך עשויה גם עדות המומחה בבית המשפט להיות מטעה: מומחים נוטים להעיד שהדיוק של הבדיקה שביצעו גבוה באופן משמעותי מהדיוק האמיתי שלה, שנקבע על-פי המחקר המדעי העדכני.

שופטים רבים כלל לא מודעים לאפשרות, הקיימת תמיד, של טעות בבדיקת המעבדה. הם אינם שואלים את המומחים על כך, והמומחים מצדם לרוב אינם טורחים מיוזמתם לספק נתונים כאלה. באשר למרבית ענפי "המדע הפורנזי", גם אם המומחים היו רוצים לספק לבתי המשפט נתונים על אודות דיוק הבדיקה ואומדן השגיאה שלה, הם לא היו יכולים לעשות כן, שכן אין בנמצא בסיסי נתונים (databases).

יתרה מזאת, רוב ענפי "המדע הפורנזי", במיוחד אלה שבהם

המומחה מעיד על השוואה שביצע בין סימנים מזירת הפשע לבין הסימנים שמותיר חפץ של הנאשם או איבר בגופו, פותחו במיוחד לשם פענוח פשעים; הם לא פותחו על ידי אנשי מדע. תחומים אלה אינם מבוססים על מחקר מדעי שיטתי עם מאגרי נתונים ראויים לשם, אלא על ניסיון שרכשו ה"מומחים" תוך שימוש באותה שיטה לשם פענוח פשעים. בהמשך נראה דוגמאות לכך.

היו שהציעו להבחין בין "מדענים" לבין "טכנאים". לשם הבטחת אובייקטיביות, מדענים מתכננים בדיקות כדי לגלות אם תוצאה מסוימת היא נכונה או שהיא תוצר של זיהום. לעומתם, טכנאים רק מבצעים בדיקות שגרתיות ולא מצפים מהם להבין את היסודות המדעיים המונחים בבסיסן. טכנאים בדרך כלל יודעים כיצד, אך אינם יודעים מדוע. תחומים פורנזיים רבים הם לכל היותר בגדר טכנאות ולא בגדר עבודה מדעית. הטכנאים, גם כשהם מבצעים את עבודתם כראוי, חסרים את ההכשרה המדעית הנדרשת כדי לתכנן ניסויים שיהפכו את עיסוקם למדעי. בנוסף, אין להם מאגרי הנתונים שעליהם ניתן לבצע חישובים סטטיסטיים. כאמור, תחומים פורנזיים רבים פותחו על ידי אנשי אכיפת חוק, שבניסיונם לפענח פשעים, ולעתים קרובות בניסיונם למצוא ראיות המפלילות את החשוד, נטו להפוך הנחות לא מבוססות בדבר ייחודיותם של סימנים מסוימים ל"מדע". לשיטתם, אם סימן מסוים שנמצא בזירת הפשע דומה לסימן אשר מותיר חפץ או איבר של הנאשם, אזי בהכרח זהו החפץ או האיבר שהותיר את הסימן. הדבר נכון גם ביחס להשוואה מיקרוסקופית של סיבים, של סימני כליים, של כלי נשק, של טביעות נעליים, של טביעות שיניים ואפילו של טביעות אוזניים. אין גבול לדמיון. כך התאפשרה היווצרותם של כמה תחומים המוכתרים כיום לא כמדע אלא כמדע זבל, כגון זיהוי החשוד כמבצע העבירה באמצעות השוואה מיקרוסקופית (בהבדל מהשוואה גנטית - שהיא אכן מדויקת מאוד) בין שיערו לבין שיער אשר נמצא בזירת העבירה וכגון זיהוי באמצעות כלב שהריח ממצא

מזירת העבירה ולאחר מכן הריח את החשוד.

לרשימת האשמים במצב החובבני הקיים, ניתן לצרף גם את הבלש הטוב מכולם, שרלוק הולמס, וגם את חוקרי המעבדה לזיהוי פלילי המככבים בסדרת הטלוויזיה העכשווית הפופולרית, CSI. מה כולנו אוהבים בשרלוק הולמס? בין היתר, את האמונה שניתן בכוח המוח להסיק תמיד ובאופן מדויק מהממצאים מזירת העבירה מיהו העבריין וכיצד בדיוק פעל. בדומה, בסדרת הטלוויזיה CSI משכילים אנשי המעבדה לזיהוי פלילי לפענח כל פשע באופן מדויק. חוששני שלא רק הציבור הרחב, אלא גם עובדי המעבדות הפורנזיות חונכו על המיתוס של שרלוק הולמס.¹⁴⁹ מחקרים מצביעים על תת-תרבות לא מדעית שהתפתחה במעבדות מתוך להיטות לרצות את חוקרי המשטרה ו"לספק את הסחורה". זאת במקום לדבוק במדע, גם כאשר תוצאותיו אינן חד-משמעיות ועלולות לאכזב את מי שמאמין שהחשוד הוא מבצע העבירה ומחפש דרך לשכנע את בית המשפט.¹⁵⁰

כך, במה שנודע כ"שערוריית המעבדה ביוסטון", הוחלט על סגירתה של מעבדה משטרתית לזיהוי פלילי בארצות הברית לאחר שהתברר שבמשך שנים רבות סיפקה המעבדה בשיטתיות תוצאות בדיקות מוטעות שעל בסיסן הורשעו ונאסרו רבים. השערורייה נחשפה בתוכנית טלוויזיה מ-2002, אשר לא הותירה לרשויות אפשרות שלא לחקור אותה ביסודיות. לאחר כמה דוחות חלקיים, פורסם ב-2007 דוח חקירה מקיף,¹⁵¹ המראה שורה ארוכה של כשלים בעבודת המעבדה המשטרתית. בכלל זה, הימנעות מעריכת ניסויי ביקורת נאותים לבדיקות DNA, דיווחים מטעים באופן שיטתי באשר למשמעות הסטטיסטית של התאמות ה-DNA שנמצאו, הימנעות מדיווח על ממצאים "מוזכים" - הפועלים לטובתו של החשוד, התפארות של המומחים בפני בתי המשפט בתארים שאין להם ובהכשרות שלא עברו, הצגה מטעה של הממצאים ואפילו זיוף שלהם. התנהלות שערורייתית זו נמשכה עשור שלם.¹⁵²

בכל בדיקה תיתכן "התאמה מקרית" (אם כי בבדיקות DNA - ובהן בלבד - הסתברותה קלושה מאוד) ובכל בדיקה קיימת אפשרות ממשית של טעות בבדיקת המעבדה או טעות של המומחה. בניגוד למחשבה הרווחת כאשר לעדות מומחה אודות ראייה מדעית, שלפיה כל ההכרעות הן אובייקטיביות, ישנם עניינים הנתונים לפרשנותו הסובייקטיבית של המומחה את הממצאים. אפשרות הטעות, הקיימת תמיד, בשילוב עם "כשל החלפת ההתניות", הובילו, כפי שנראה בהמשך, להרשעות של חפים מפשע.

בעיה נוספת בתחום הראיות המדעיות היא שמכשירי הבדיקה, כגון מכשיר ה"ינשוף" המשמש לאיתור שכרות בקרב נהגים, הערכות המשמשות לבדיקות סמים ואפילו הערכות המשמשות לבדיקות DNA, אינם מדויקים. למעשה, כלל לא נעשה ניסיון רציני לפתחם כך שיהיו מדויקים יותר - כמקובל במערכות אחרות שבהן רמת הבטיחות היא קריטית ("Safety-Critical Systems"), כגון בתחומי התעופה, התחבורה, ההנדסה והמכשירים הרפואיים. גם כאן אפשרות הטעות ו"כשל החלפת ההתניות" תורמים להרשעות מוטעות רבות.

להלן נבחן באופן מפורט יותר את הראיות המדעיות המרכזיות. נתרכז במיוחד בתרומתן לגילוי האמת במשפט הפלילי ולהרשעות חפים מפשע. כבר עתה אציין שבעוד שאת "מדע הזבל" יש לסלק מבתי המשפט בכוח פנים, הרי שבראיות שהן אכן מדעיות צריך כמובן להמשיך ולהשתמש, אך יש לעשות זאת בזהירות רבה, להבדיל מהרשלנות הקיימת היום.

(ב) טביעת אצבעות¹⁵³

במהלך חקירת פיגועי הטרור במדריד ב-2004 איתרה המשטרה הספרדית טביעת אצבע על תיק שבו היו נפצים. ההנחה הייתה שהיא שייכת לטרוריסט שביצע את הפיגוע. טביעת האצבע

נשלחה גם ל-FBI האמריקני אשר סרק אותה אל מול המאגר שלו בעזרת מערכת ממוחשבת (Automated Fingerprint Identification System). המערכת הוציאה פלט של 20 המועמדים בעלי "ציון ההתאמה" הגבוה ביותר, וכיניהם עורך הדין האמריקני ברנרדון מייפילד. שלושה מומחי FBI קבעו שמייפילד הוא המקור לטביעה ואף הצהירו בבקשת המעצר כי הזיהוי ודאי (100%). גם מומחה אותו מינה בית המשפט האמריקני קבע שהטביעה שייכת למייפילד. למזלו של מייפילד, לאחר ששהה שבועיים במעצר, עצרו הספרדים את הטרוריסט האמיתי. התברר שטביעת האצבע של מייפילד אמנם דומה מאוד לזו של הטרוריסט, אך לא זהה לה. אלמלא נתפס הטרוריסט האמיתי, ייתכן מאוד שמייפילד החף מפשע היה מורשע. זאת משום שבשיטות משפט רבות, בכלל זה, האמריקנית והישראלית, די בהתאמה של טביעת אצבע מזירת הפשע לטביעת הנאשם כדי לקבוע את זיהויו כמבצע העבירה, אלא אם יש לו הסבר משכנע אחר להימצאות טביעת אצבעו בזירת העבירה. למייפילד לא היה הסבר כזה. בעקבות הפרשה נכתב דוח מקיף של המפקח הכללי במשרד המשפטים האמריקני. הדוח קבע שטביעות אצבע משני אנשים שונים יכולות להיות דומות עד כדי כך שארבעה מומחים עלולים להתבלבל ולקבוע בטעות שמדובר בטביעות מאדם אחד. לפי ממצאי הדוח, המקור לבלבול הוא העובדה שהטביעות שברשימה המתקבלת מהמערכת הממוחשבת (AFIS) הן כאלו שמראש דומות מאוד לטביעה מזירת העבירה. לפיכך, עלינו להיות מודאגים מכל זיהוי שמבוסס על מאגר טביעות. עוד קבע הדוח שאין זה המקרה הראשון בו נעשית התאמה שגויה ושבעבר התגלו עשרות התאמות שגויות. הדוח קבע כי יש לבצע מחקר שיבחן את שיעור השגיאה של מומחים בתחום.

קביעה ברוח דומה מוצגת ברוח חדש ומקיף של האקדמיה הלאומית למדע - "הדרך לחיזוק המדע הפורנזי בארצות הברית",

הממליץ לבצע מחקרים כאלו¹⁵⁴. מתברר שהתוצאות של בחינות המומחיות הקיימות, אף שהן מספקות מידע מסוים לגבי השגיאה, כלל לא תוכננו למדוד את אחוז השגיאה בהשוואות של טביעות אצבעות.

בישראל, בפרשת קריזבסקי, הואשם אדם בניסיון לשוד בהתבסס על טביעת זרת על קסדה. לפי עדות הקורבן, בעליה של חנות תכשיטים, העבריינין, שהיה חבוש בקסדת אופנוע, ניסה לשדוד אותו בחנותו, איים עליו באקדח (שהתברר כאקדח צעצוע) ואף הכה אותו באמצעותו. המשטרה השוותה את טביעת הזרת שנמצאה על הקסדה (שאותה נטש העבריינין בקרבת מקום) לטביעות שבמאגר הנתונים שלה וכך איתרה את החשוד קריזבסקי. בחקירתו במשטרה השיב הנאשם לשאלות חוקריו כך:

אין לי קסדה, אין לי אופנוע... לא החזקתי קסדה של אופנוע... לא הייתה ברשותי באיזה שהוא שלב קסדה של אופנוע... גם לא מישוהו מהחברים שלי מחזיק בקסדה של אופנוע... גם לא מישוהו נתן לי לשמור עבורו קסדה של אופנוע... בחיים לא נתן לי מישוהו בעבר להחזיק קסדת אופנוע ולא החזקתי בעבר קסדה של אופנוע."

בדומה, העיד במשפטו: "...אין לי מושג איך הגיעה לשם טביעת האצבע שלי."¹⁵⁵

שופטים נוהגים להניח שאם מומחה קובע שקיימת התאמה בין טביעת אצבע מזירת הפשע לבין טביעת הנאשם, הרי שמדובר בקביעה מוחלטת ללא אפשרות של טעות. כך, במקרה של קריזבסקי, מכיוון שהנאשם לא סיפק הסבר חלופי להימצאות טביעת אצבעו על הקסדה מזירת ניסיון השוד, הגיע השופט למסקנה ההגיונית, היחידה לשיטתו, והרשיע את הנאשם. זאת חרף העובדה שדובר באדם נורמטיבי אשר שירת בצבא ביחידה קרבית, ושלא היו נגדו ראיות משמעותיות נוספות. הספק הגדול באשמתו

אשר מן הראוי היה שיוביל לזיכוי, משתקף רק בעונש הקל, יחסית למקרים אחרים של ניסיון שוד, אשר נגזר עליו - שישה חודשי מאסר בלבד, לא מאחורי סורג ובריה אלא בעבודות שירות. שיטת הזיהוי לפי טביעות אצבעות קיבלה פרסום רב במאה הקודמת עקב השימוש הנרחב בה בתחום הזיהוי הפלילי. אחת הדמויות המרכזיות בפיתוח השיטה היה פרנסיס גלטון, קרוב של צ'ארלס דארווין. במשך כל שנות המאה ה-20 התפיסה בעולם המשפטי הייתה שזיהוי אדם על סמך טביעת אצבע הוא זיהוי מוחלט. בהיעדר הסבר מניח את הדעת מצד הנאשם לאופן שבו הגיעו טביעות אצבעותיו לזירת הפשע, די היה בכך כדי להרשיעו, ללא צורך בראיות נוספות. בשלהי המאה ה-20 ובתחילת המאה ה-21 התברר (לאנשי המדע, לאו דווקא למשפטנים) שזיהוי על-פי טביעות אצבעות אינו מוחלט. בהשוואה בין טביעות אצבעות התגלו שגיאות הן בבדיקות מומחיות למעבדות והן במקרים שהתרחשו במציאות. התברר שטביעות של אנשים שונים עשויות להיות דומות כל-כך, עד שכמה מומחים עשויים להעיד בביטחון מלא שמדובר בהתאמה של 100%.

השוואת טביעות האצבעות נעשית בידי מומחה או מערכת ממוחשבת. השוואת מומחה משמשת בעיקר לזיהוי פלילי. השוואה ממוחשבת שימושית במערכות מסחריות, כגון אלו המשמשות כבקרת כניסה: אימות זהותו של אדם לצורך אישור כניסה למתחם מוגן. ב-1993 החלו להשתמש בישראל במערכות ממוחשבות לזיהוי טביעת אצבעות (AFIS) לזיהוי פלילי. מערכת AFIS סורקת מאגר טביעות, משווה בין כל אחת מהטביעות במאגר לבין טביעה שנמצאה בזירת הפשע ומספקת רשימת מועמדים מהמאגר, להם טביעת אצבע בעלת דמיון לזו שנלקחה מהזירה. המומחה קובע אם אחד מהמועמדים הוא בעל הטביעה מהזירה. המערכת הממוחשבת היא כלי עזר בלבד למומחה ואיננה מדויקת דיה כדי להכריז על זיהוי ללא אישור המומחה.

מחקר מ-2002 הראה שאף-על-פי שלכל אדם יש כנראה טביעת אצבע הייחודית רק לו (אם כי אין לכך הוכחה מדעית), אנשים שונים חולקים נקודות משותפות בטביעותיהם.¹⁵⁶ נובע מכך שקיימת תמיד סבירות שבדיקת זיהוי לפי דגימה של טביעת אצבע תניב תוצאה שגויה. יתרה מזאת: במקרים שבהם איכות התמונה של טביעת האצבע ירודה, דיוק הזיהוי פוחת בצורה חדה. מכיוון שאיכות התמונה של טביעות אצבע הנלקחות מזירת הפשע ירודה בדרך כלל, דיוק הבדיקה נפגע באופן אינהרנטי כמעט. לעתים הטביעה חלקית בלבד. בשיטות ההשוואה המקובלות מוכרזת התאמה בין טביעות אצבעות כאשר המומחה מזהה נקודות השוואה שמספרן אינו נופל ממינימום מסוים. מספר זה משתנה משיטה לשיטה וממדינה למדינה. באנגליה נהוגה שיטת 16 הנקודות מתוך 32 נקודות השוואה מקובלות ובפסקי דין ישראלים מוזכר המספר 12 ולפעמים אף 9 או 7 בלבד. מידע זה כשלעצמו מצביע על כך שמדובר בהסתברות ולא בוודאות. בנוסף, מחקרים הראו את האופי הסובייקטיבי של השוואת הטביעות: מומחים שונים מגיעים למסקנות שונות ביחס לאותן נקודות השוואה, וכן מגיעים למספרי נקודות השוואה שונים לחלוטין. מכאן שגם גישת נקודות ההשוואה אינה עומדת במבחן האובייקטיביות המדעית.

ב-1996 פורסמו בארצות הברית תוצאות של מבחני מומחיות שנערכו ל-156 מומחי טביעת אצבעות. התוצאות הדחימו את הקהילה הפורזנית: מתוך 156 נבחנים, רק 68 הצליחו לזהות נכונה את כל שבע הטביעות שנכללו במבחן. נספרו 48 התאמות שגויות. סיכום התוצאות של כמה בחינות מומחיות שנעשו למומחי טביעת אצבע בארצות הברית מראה שהם מבצעים שגיאה מסוג התאמה כוזבת בכ-1% מהמקרים במוצע. "שגיאות חיוביות" מתרחשות לא רק במחקרים, אלא גם במקרים הנדונים בבתי המשפט. כך, הקרימינולוג סימון קול (Cole) סוקר במאמרו 22 מקרים מתועדים שהתרחשו בארצות הברית, באנגליה ובסקוטלנד, בהם נעצרו

אנשים ולעתים אף נענשו בטרם התבררה הטעות. ראוי להזכיר שקשה מאוד לגלות שגיאה בעולם המשפט (ראו פרק 3.3 - "עיקרון התאונות הנסתרות"), בהיעדר "תקן זהב", הקובע לאחר הרשעה אם היא נכונה או מוטעית. חלק ניכר מהרשעות השווא אינן מתגלות ככאלה לעולם.

מן העובדה שבהשוואת טביעת אצבעות מתרחשות שגיאות אין להסיק שאין להשתמש בה כראיה במשפט פלילי. בכל מדידה מדעית יש שגיאות. אולם תנאי הכרחי לשימוש במדידה מדעית הוא מידע מדויק על אומדן השגיאות. כך, האבחון הרפואי נעזר בתהליך קבלת ההחלטות בתוצאות בדיקות מדעיות שיש בהן שגיאה תוך שימוש מושכל בהסתברות התרחשות השגיאה ותוך מאמצים להפחיתה. אומדן השגיאה של מומחים אנושיים אינו ידוע. סיבה אפשרית לכך היא שהמומחים ממשיכים לטעון (אולי בהשראת מיתוס שרלוק הולמס) שהשיטה היא מוחלטת ושגם אם יש טעויות, אזי מדובר במקרים מסוימים ובמומחים מסוימים בלבד. לכן, למרות אין ספור המלצות לבצע מחקרים לאומדן שיעורי הטעויות, טרם נערכו המחקרים הדרושים.

אף על פי ששיעור השגיאה אינו ידוע, שיעור זה חשוב מאוד, כפי שהדגמתי יחד עם ד"ר הלפרט¹⁵⁷. בהנחה כי מדובר בשיעור שגיאה של 1%, הבה נבחן את ההשלכות. נניח שבוצעה גניבה והראיה היחידה נגד הנאשם היא התאמה שמצא המומחה בין טביעת אצבעו לבין טביעה שנמצאה בזירת הפשע. רבים יחשבו שמשמעות שיעור שגיאה כזה היא שרק במקרה אחד מ-100 מקרים נטעה אם נרשיע את הנאשם. כלומר, שההסתברות שבאמת מדובר בעבריינין שעבר את העבירה היא 99%. אולם מחשבה זו שגויה. נניח שמדובר בעיר שבה מתגוררים מיליון תושבים מבוגרים וכולם בה חשודים באותה מידה (אין ראיות נגד אף אחד מהם). אחד מהם אכן ביצע את הגניבה. אם המומחים ישו בין טביעת האצבע מזירת העבירה לבין טביעות האצבעות של אותם מיליון אנשים, תמצאנה

10,001 התאמות. התאמה אחת תימצא כנראה לעבריין האמיתי (זאת בהתבסס על ההנחה הלא-נכונה שאין שגיאה מסוג אי-התאמה כוזב אצל מומחה אנושי). 10,000 התאמות נוספות תמצאנה בשל טעויות (טעות אחת מכל מאה השוואות - 1% - משמעותה 10,000 טעויות מתוך 999,999 השוואות). בהנחה שלכל אחד מהתושבים הסתברות זהה לכצע את הגניבה (שהרי אין כנגדם ראיות נוספות), נובע שהסתברות האשמה של אותו נאשם היא רק $1/10,001$. מה שהיה נדמה במבט ראשון כהסתברות אשמה של 99% מתגלה כהסתברות אשמה של 0.01% בלבד (עשירית הפרומיל). זהו מקרה נוסף של "כשל החלפת ההתניות". הסיבה לכשל זה היא שלא הבאנו בחשבון את הסתברות האשמה האפריורית, שהיא הסתברות האשמה ללא ראייית טביעת האצבעות. תחת ההנחה של הדוגמה שלעיל, שלכל אחד ממיליון תושבי העיר המבוגרים הסתברות אשמה זהה, ותחת ההנחה שראייית טביעת האצבע היא הראיה היחידה נגד החשוד, מדובר בהסתברות אפריורית של אחד למיליון. בהשפעת "כשל החלפת ההתניות" מתעלמים מהסתברות נמוכה זו. מדובר בהזנחה של שישה סדרי גודל(!) בחישוב הסתברות האשמה - הסתברות המהווה את מידת הוודאות שיש לנו בהרשעה. לכן, כאשר משתמשים בראיה של השוואת טביעות אצבע, תמיד יש להביא בחשבון את הראיות האחרות, כולל את הראיות התומכות בזיכוי הנאשם. רק כשכמה ראיות, שאחת מהן היא טביעת אצבע, מצביעות על כך שאדם מסוים הוא העבריין, והסתברות האשמה על בסיס ראיות אלה גבוהה מערך מסוים (למשל 99% או קרוב לכך, באופן המקיים את הדרישה המקובלת להוכחת האשמה מעבר לספק סביר, כלומר: קרבה לוודאות), יש מקום להרשעת הנאשם. לאור אפשרות הטעות, אין להרשיע אדם על בסיס טביעת האצבעות לברדה.

בנוסף, יש לדרוש שהראיות השונות תהיינה בלתי תלויות זו בזו. מחקרים שנעשו לגבי מומחי טביעות אצבעות הראו כיצד מידע

חיצוני עלול להשפיע על החלטתם. הדבר מכונה "אפקט הצופה". הצופה נוטה לפרש את הממצאים על-פי הציפיות שלו מהם. בכך ישנה אפשרות של הטיה גם בקרב מומחים. לדוגמה, במחקר אחד התגלה כי בשישה מתוך 24 מקרים שבהם סופק למומחה מידע לגבי ראיות אחרות, כגון שהחשוד הודה בחקירה בביצוע העבירה (עובדה המגדילה את ביטחון המומחה בכך שמדובר בטביעות זהות) או לחילופין, שהחשוד היה במאסר או במעצר בזמן ביצוע העבירה (ועל כן לא יכול היה לבצעה), שינה המומחה את קביעתו הקודמת לגבי התאמת הטביעות. במחקר נוסף, ארבעה מתוך חמישה מומחים שקבעו בעבר התאמה בין שתי טביעות אצבע מסוימות שינו את דעתם לאחר שניתן להם מידע כגון זה. זאת לאחר שעורכי המחקר ביקשו מעמיתים של המומחים לשתף פעולה עם הניסוי ולמסור שוב את הטביעות למומחים עם המידע השגוי שמדובר בטביעות ממקרהו הידוע של מייפילד (האחת של מייפילד והשנייה מזירת הפשע), אשר כזכור היו דומות מאוד אך לא זהות. המידע החיצוני הלא נכון שנמסר למומחים בניסוי זה גרם להם לשנות את דעתם בנוגע להתאמה שאותה קבעו קודם לכן. באורח דומה, בפרשת ברנדון מייפילד עצמה, מצביע דוח החקירה על כך שהמומחים ידעו, טרם חיוו דעתם באשר להתאמת הטביעות, כי מייפילד מוסלמי, שאשתו מצרייה, שייצג טרוריסט בדיון שעסק במשמורת על ילד וכי התרועע עם אנשים החשודים כטרוריסטים. נראה שידיעות אלו השפיעו על הערכותיהם. הוועדה קבעה כי חרף העובדה שאין עדויות שלפיהן הזיהוי הראשוני הושפע ממידע זה, בשלבים מאוחרים יותר הובא המידע בחשבון ותרם לעיכוב בגילוי השגיאה.

גישה נאותה (best practice) לזיהוי טביעות אצבעות תהיה כאשר המומחים הבודקים ומשווים בין הטביעות לא ידעו דבר על הפשע עצמו ועל הראיות האחרות הקיימות נגד החשוד. יש לוודא שאלו העוסקים בהשוואה לא ידעו דבר לגבי החקירה עצמה ולגבי מידת

החשד כלפי הנחקר, אלא רק יחוו דעה מקצועית לגבי זהות או אי־זהות בין שתי טביעות אצבעות. למיטב ידיעתי, מומחי טביעות אצבע בישראל יודעים את פרטי החקירה. חוות הדעת נכתבת רק לאחר שהחקירה הסתיימה והנחקר לא סיפק ראיה ניצחת לחפותו. כך, למעשה, חוות הדעת נכתבת רק לאחר שמהחקירה עולה שאי אפשר להפריך אותה. לפיכך, גם אם יש טעויות רבות בזיהוי, הן לא מתגלות בבתי המשפט.

לסיכום, זיהוי אדם על־פי טביעות אצבעות הוא שיטה מדעית, אולם כבכל שיטה מדעית, גם בה תיתכנה שגיאות. הכשל העיקרי בהתייחסות המשפט לראיה זו הוא בהתעלמות המוחלטת מאפשרות השגיאה ובמחשבה שמדובר בשיטה נטולת שגיאות. לצורך המשך השימוש במתודת ההשוואה בין טביעות אצבעות יש לערוך מחקרים לגבי שיעור השגיאות. לאחר מכן אפשר יהיה להשתמש בהסתברות השגיאות לצורך קבלת החלטות מושכלות בבתי המשפט. לכשיובהר לשופטים ולמחוקק שיעור הטעויות, יש להניח שיפסיקו להסתפק בראיה זו כראיה יחידה לשם הרשעה. רק כאשר מכירים באפשרות השגיאה ניתן לנקוט בצעדים הנדרשים כדי להפחית את שיעורה ולמנוע הרשעות של חפים מפשע.

(ג) השוואה גנטית של DNA¹⁵⁸

ב־2008 פנתה משטרת גרמניה לציבור באמצעות העיתונות והציעה 100,000 יורו עבור מידע שיוכיל למעצרה של רוצחת סדרתית אשר כונתה "הפאנטום מהיילברון" (Phantom of Heilbronn). עקבות ה־DNA שלה התגלו בכ־40 זירות פשע, בגרמניה, באוסטריה ובצרפת, ובכלל זה בשישה מקרי רצח. במקרה אחד, שבו התגלו עקבות ה־DNA של האישה, היו גם עדויות ראייה שתיארו את העבריין כגבר. המשטרה פרסמה קלסטרון של הגבר, במחשבה שאולי "הרוצחת" היא טראנס־סקסואל או שמדובר במלווה שלה.

בתחילת 2009 הועלה הפרס על מידע ל-300,000 יורו. באמצע 2009 נפתרה התעלומה: מעולם לא הייתה רוצחת סדרתית. ה-DNA שנמצא בזירות הפשע היה של חפה מפשע, אשר עבדה במפעל בבוואריה המייצר את מטושי הכותנה ששימשו בבדיקות. ה-DNA של העובדת זיהם את המטושים.¹⁵⁹

טעויות בבדיקות ה-DNA מתרחשות. מקרה של זיהום נרחב דווח במאמרם של קווין סאליבן (Sullivan) ואחרים מהשירות הפורנזי הבריטי, הקשור לחקירת מקרה רצח באנגליה.¹⁶⁰ התברר ש-20 מתוך 300 העובדים במפעל לייצור שפופרות פלסטיק זיהמו דגימות שהיו בתיקי עבודה בשל מגע עם ה-DNA שלהם. ה-DNA של 14 מתוכם תאם לפרופילים גנטיים שהופקו ממקרי פשע לא מפוענחים, ונתפסו כדגימות אותנטיות מזירות הפשע, השייכות לעבריינים. משמעות הדבר היא שקיימת אפשרות מוחשית של זיהום עוד לפני שהדגימה תגיע למעבדה, על ידי אנשים הרחוקים אלפי קילומטרים מזירת הפשע, הנמצאים במגע עם המכשור או עם הממצאים עצמם, ואין דרך לגלות זאת. יתרה מזאת, זיהום יכול להיגרם על ידי קרוב משפחה של הקורבן, שוטר, חבר בצוות זיהוי פלילי או אנשים מהציבור הנמצאים בזירת העבירה.¹⁶¹ אין צורך במגע ישיר עם הממצאים כדי ש-DNA אנושי יזהם דגימה מזירת פשע. DNA יכול להיות מועבר על ידי רסיסים מיקרוסקופיים הנישאים באוויר כאשר אדם נושם, מדבר, מתעטש או משתעל או על ידי השלת תאי עור מתים. זיהום בבדיקות DNA הוא בעיה אינהרנטית וקשה.

יהיו אנשים שימשיכו להיות אופטימיים ויטענו שמקרי זיהום כאלו לכל היותר יגרמו לכך שהעברייין האמיתי לא יימצא, אך שהם לא יפלילו אדם חף מפשע. אולם העובדה שדגימות מזדהמות בקלות, מבלי שנדע על כך, יוצרת סכנה בטיחותית. אחת הסכנות היא זיהום צולב, שבו חומר גנטי של חשוד (או כזה שלאחר הבדיקה יהפוך לחשוד) מזהם את הדגימה מזירת הפשע והחשוד

נחזה בטעות כעברייין.

דוגמא ידועה לזיהום צולב היא חקירת רצח הפעוט ג'ידיין לסקי באוסטרליה ב-1998.¹⁶² סריקת הפרופיל הגנטי שהופק משתי דגימות DNA הובילה להתאמה לנערה צעירה הסובלת מפגיגור שכלי, שהפרופיל שלה היה במאגר כתוצאה מחקירת עבירת מין שבוצעה בה. חקירת המקרה שללה את מעורבותה ברצח. בירור העלה שבאותה תקופה שבה נבדקו כתמי הדם מזירת רצח הפעוט, נחקרה באותה מעבדה עבירת המין שבוצעה נגד הנערה. אף על פי שאנשי המעבדה טענו שהאפשרות לזיהום איננה סבירה, ואף על פי שהיה מדובר בשתי דגימות שונות, שכל אחת מהן עברה שתי בדיקות (ארבע בדיקות בסך הכול), המסקנה הסופית של חוקר מקרי המוות הייתה שדגימת ה-DNA מזירת הרצח של הפעוט לסקי זוהמה על ידי חומר גנטי של הנערה. חוקר מקרי המוות לא ידע להצביע על האופן המדויק שבו התרחש הזיהום. הוא ציין שבעבר התגלו באותה מעבדה מקרי זיהום נוספים, שמקורם המדויק לא אותר.

עוד באוסטרליה, ב-2008 בוטלו ההאשמות כנגד ראסל ג'והן גסה בגין רצח שבוצע בשנת 1984, שהאישום בו היה מבוסס על בדיקת DNA. התברר שדגימת ה-DNA שלו והדגימה מזירת הרצח עובדו באותו יום ובאותה מעבדה, ועלה חשש שמדובר בזיהום צולב.¹⁶³ ב-2009 התגלה באוסטרליה מקרה נוסף של זיהום שהוביל להרשעת שווא של הסטודנט פארה ג'אמה.¹⁶⁴ הפרופיל הגנטי שלו היה במאגר כתוצאה מהיותו חשוד בפשע אחר, שלגביו נחקר אך לא הועמד לדין. חקירת מקרה אונס הובילה להתאמה בין פרופיל האנס לפרופיל הסטודנט. ג'אמה הורשע ונידון לשש שנות מאסר. הוא שהה במאסר כשנה וחצי עד שלמזלו הודיע התובע לבית המשפט שהדגימה ככל הנראה הזדהמה. בית המשפט ביטל את ההרשעה ושחרר את ג'אמה.

גם בארצות הברית נחשפו מקרי זיהום. במישיגן נחקר מחדש

רצח הסטודנטית ג'יין מיקסר משנת 1969, בעזרת טכנולוגיית DNA שלא הייתה זמינה בחקירת הרצח המקורית.¹⁶⁵ החקירה המחדשת הובילה להתאמה לשני חשודים, ג'והן רואלס וגארי ליטרמן. אלא שרואלס היה פעוט בן ארבע בזמן הרצח ולכן היה ברור שלא הוא הרוצח. מנגד, הוגש כתב אישום נגד ליטרמן. למרות היעדר הסבר הגיוני להתאמה בין דגימת הרוצח לדגימה של רואלס הפעוט ולמרות שהוברר ששלוש הדגימות – של הקורבן ושל שני החשודים – עובדו באותה מעבדה באותו זמן, ליטרמן ככל זאת הורשע ברצח הסטודנטית.

יש להתייחס בחשדנות להתאמת DNA תמוהה, ולא למהר להגיש כתב אישום. ב־2004 הודיע תובע בנוי ג'רזי, בהתייחסו לאונס ולרצח מ־1968 של הילדה ג'יין דורורה, שבדיקת DNA חשפה את הרוצח ג'רי בלאמי. בדיעבד, התברר שהדגימה של החשוד בלאמי והדגימה מזירת הרצח הופקו באותה מעבדה ובאותו יום, דבר שהעלה חשד כבד לזיהום. התובע ההגון ביטל את האישום נגד בלאמי, ובצדק, שכן לא דובר בחשד בלבד. ב־2008, לאחר בדיקת הדגימות במעבדות אחרות, התקבלה תוצאה אחרת, ועל־פיה הוגש כתב אישום נגד אדם אחר, רוברט זרינסקי, שייחס לו את רצח הילדה דורורה. זרינסקי, שהיה כלוא מ־1975 בגין רצח אחר, מת בכלאו בטרם החל משפטו.¹⁶⁶

השימוש במשפט הפלילי בראיה המדעית של השוואה בין הפרופילים הגנטיים של שתי דגימות הוא חדש יחסית – תחילתו בשנות השמונים של המאה ה־20. ההשפעה של ראיה חדשה זו על עולם המשפט הפלילי עצומה, ומתבטאת בשני כיוונים שונים לחלוטין. האחד – האפשרות שנפתחה לחשיפת הרשעות רבות של חפים מפשע, אשר באה לידי ביטוי בפרויקט החפות האמריקני, עליו עמדתי בתחילת הספר. השני – השימוש של התביעה והמשטרה בראיית ה־DNA לשם חקירה, איתור חשודים, ביסוס החשד וביסוס האשמה במשפט. הכיוון הראשון – חשיפת הרשעות שווא – אינו

מעורר קושי; הוא חיובי לחלוטין ומאפשר הן מניעת עוול עצום והן הפקת לקחים בדרך לשיפור מערכת אכיפת החוק הפלילי. הכיוון השני, לעומת זאת, של הרשעת נאשמים על בסיס השוואת DNA, טומן בחובו לא רק סיכויים אלא גם סיכונים משמעותיים שאסור להתעלם מהם.

בעוד שהצורך להתייחס לאפשרות של "התאמה מקרית" בין הפרופיל הגנטי של החשוד לבין הפרופיל הגנטי מזירת העבירה מוסכם על הכול, קיימת בעולם המשפט נטייה חזקה לטמון את הראש בחול ולהתעלם מההשפעה העצומה של שגיאות המעבדה. בבדיקות הגנטיות מופק פרופיל גנטי מדגימה של רקמה אנושית (דם, זרע, תאי עור, שיניים, שיער, רוק, זיעה, ציפורניים, שתן או רקמה כלשהי) אשר נמצאה בזירת הפשע ואשר מניחים שהיא של העבריין (הנחה שאינה מובנת מאליה!). כאשר ישנו חשוד, נלקחת גם ממנו רקמה ומופק פרופיל גנטי להשוואה. לא משווים את כל אתרי ה-DNA משום שהשוואה איננה מעשית. מסתפקים בהשוואת מספר אתרים מוגבל - בעבר בדרך כלל 9 וכיום בארצות הברית ובמדינות נוספות 13 - שלהם שונות גדולה בין בני אדם. אם אין התאמה בין שני הפרופילים הגנטיים אפילו באתר אחד בלבד, משמע שמקור הדגימה מזירת הפשע אינו החשוד, שהרי ברור כי לא מדובר באותו DNA. לעומת זאת, גם אם קיימת התאמה בין כל האתרים שנבדקו אין בכך כדי להבטיח שגם יתר האתרים זהים ושמדובר באותו אדם. יש לחשב את ההסתברות להתאמה מקרית. לשם כך בוחנים את שכיחות הפרופיל הגנטי שהופק באוכלוסייה מסוימת (בדרך כלל על-פי גזע החשוד) כדי לדעת מהי ההסתברות שלאנשים אחרים יש אותו פרופיל גנטי.¹⁶⁷ הסטטיסטיקאי המלווה את בדיקת המעבדה מסתמך על טבלאות שכיחות אללים באוכלוסייה (אלל [allele] הוא אחת מתוך כמה צורות מולקולריות אפשריות של אותו גן המצוי באותו אתר -

לוקוס - במיקום קבוע בכרומוזומים הומולוגיים). ההנחה (שגם היא אינה מובנת מאליה) היא כי שכיחויות האללים השונים אינן תלויות זו בזו. לכן מכפילים את השכיחויות זו בזו ומקבלים את מה שנחשב ל"אפשרות ההתאמה המקרית". מספר זה עשוי להיות קטן מאוד - 1 למיליונים ולעתים אפילו 1 למיליארדים ואף טריליונים. לכן השפעתו הצפויה על השופטים היא גדולה, ויש להיזהר מפני הסתנוורות יתר מן הראיה המדעית.

"אפשרות ההתאמה המקרית" היא ההסתברות שבהינתן שהדגימה מזירת הפשע איננה של החשוד, בכל זאת תימצא התאמה בין הדגימות בבדיקת ה-DNA. כבר בשלב זה נעצור לרגע ונזכור שהשאלה שבה על בית המשפט להכריע אינה זו, אלא ההסתברות שהנאשם אכן אשם בעבירה בהינתן שיש התאמה בבדיקה. התשובה לשאלה זו מחייבת שקלול של יתר הראיות שבתיק, שקלול שניתן לעשותו בעזרת נוסחת בייס (Bayes Theorem). דווקא משום שהמשפטנים מודעים לאפשרות ההתאמה המקרית, ומשום שהיא מובעת לעתים בערכים אסטרונומיים (כגון הקביעה שרק מבין כל מיליארד אנשים צפוי להימצא אדם עם פרופיל גנטי כשל הדגימה מזירת הפשע והנאשם), גדלה הסכנה של הרשעת חף מפשע על סמך השוואת DNA, תוך התעלמות (כמקובל, למרבה הצער) מן האפשרות המסתברת הרבה יותר של טעות בבדיקת המעבדה.

טעויות מומחים מתרחשות מפעם לפעם, ושיעורן איננו מבוטל: בניתוח ממצאים של פרויקט החפות האמריקני מופיעות עדויות המומחים (לא רק באשר ל-DNA) במקום השני ברשימת הגורמים להרשעות שווא. כך למשל, תת-תרבות לא אקדמית של חלק מעובדי המעבדות, בשילוב עם לחצים כבדים המופעלים עליהם למצוא התאמה ודעה מוקדמת שיש להם ביודעם כי הדגימות המועברות אליהם על ידי המשטרה אינן אקראיות אלא של חשודים - כל אלה יוצרים הטיות בבדיקה.¹⁶⁸

קיימים ארבעה שלבים בתהליך הפקת ראיות ה-DNA: זיהוי ה-

DNA הנלקח מזירת הפשע; זיהוי ה-DNA הנלקח מהחשוד; קביעת הזהות ביניהם; שלילה סטטיסטית של האפשרות שלשני אנשים שונים פרופיל גנטי זהה בכל האתרים שנבדקו. שלושת השלבים הראשונים מתבצעים במעבדה והאחרון על ידי סטטיסטיקאי. בכל אחד מהארבעה אפשרית טעות.¹⁶⁹ מקור משמעותי לטעויות בבדיקה יוצר תהליך ה-"PCR", תהליך שבו משכפלים כמות קטנה מדי של DNA (שאינה מאפשרת בדיקה) ליצירת כמות גדולה שתתאים לבדיקה. גם זיהום קטן בדגימה הקטנה עלול להיות משוכפל לכדי זיהום גדול בדגימה המוגדלת, והדבר מטה את תוצאות הבדיקה. הזיהום עלול להתרחש בכל אחד משלבי הבדיקה, החל מאיסוף הממצאים (די, למשל, בהתעטשות על הדגימה) ועד לבדיקה עצמה (שימוש בג'ל לא מתאים בתהליך ההפרדה האלקטרו-כימי עלול גם הוא ליצור שגיאה). הבדיקה עצמה כוללת גם פרשנות סובייקטיבית של קווים הנראים על גבי תוצר הבדיקה. פרשנות מוטעית עלולה להניב שגיאה חיובית. גם טעויות אנוש פשוטות ביותר כגון החלפת שמות בין שתי דגימות עלולות ליצור שגיאה חיובית.¹⁷⁰ ברוח מ-1992 של האקדמיה הלאומית האמריקנית למדע (National Academy of Science) העוסק בראיות מדעיות, נקבע ששגיאות מעבדה מתרחשות אפילו במעבדות הטובות ביותר ואפילו כשהמומחים בטוחים שנקטו בכל אמצעי הבטיחות.¹⁷¹

המציאות מספקת דוגמאות רבות להרשעות בעבירות חמורות, כרצח ואונס, המבוססות על שגיאות במעבדות. בארצות-הברית ידועות פרשות ההרשעות המוטעות של ג'ושיה סוטון, טימוטי דורהאם ושל נאשמים חסרי מזל אחרים.¹⁷² ב-2001 הודיע שר המשפטים של ניו זילנד שממשלתו תפצה בכ-900,000\$ את דיוויד דופרטי על כך שהורשע וסבל שלוש שנות מאסר בגין אונס ילדה - הרשעה שגויה אשר התבססה על בדיקת DNA מוטעית. שגיאה ניו זילנדית נוספת שבדרך נס לא הגיעה לבית המשפט התרחשה בשנת 2000. חקירה אשר נועדה לאתר את מקור השגיאה לא הצליחה

לקובעו בוודאות וקבעה שכנראה מדובר בזיהום כלשהו בשלבים הראשונים של עבודת המעבדה.¹⁷³

פרופ' וויליאם תומפסון (Thompson) מדווח על שגיאות חיוביות רבות ועל בעיות בהתנהלות של מעבדות DNA בארצות הברית ובארצות אחרות, הן במקרים רגילים (של השוואה בין דגימה מזירת העבירה לבין דגימה מהחשוד) והן במקרים של סריקת מאגרי מידע. תומפסון מסתמך על רישומי מעבדות ומתריע על השכיחות הגבוהה והלא-צפויה של מקרים שבהם מתגלה במעבדה ערבוב וזיהום בין דגימות: חומר מדגימה אחת מועבר בדרך לא ידועה לאחרת. תופעות אלו מתרחשות באופן קבוע גם במעבדות הנחשבות לטובות ביותר. תומפסון מתייחס גם לאפשרות של זיוף תוצאות הבדיקה על ידי טכנאי המעבדה בניסיון להסתיר התרחשות של זיהום, התרחשות הגורמת לעיכוב בעבודת המעבדה ונתפסת כרשלנית ולפיכך עלולה לעלות לעובר במשרתו.¹⁷⁴ בסקירה של ג'ונתן קוהלר (Koehler) מ-1993, מדווח על בדיקות מומחיות-מקצועיות שבהן אומדן השגיאה החיובית נע בין 1% לבין 4% - שיעור עצום בהתחשב בכך שההשלכות הצפויות הן הרשעות בעבירות חמורות.¹⁷⁵

בעיה משמעותית נוספת היא שיצרני הערכות המשמשות לביצוע הבדיקות אינם נדרשים לעמוד בסטנדרטים גבוהים של דיוק. חרף הסכנות הרבות לטעויות, אין כל פיקוח (רגולציה) על היצרנים של ערכות הבדיקה לשימוש משפטי. בפרט, אין חובת דיווח כמקובל בתחום המכשירים הרפואיים, בתעשיית המכונות ובתחומים אחרים שבהם הבטיחות קריטית. היעדר הבטיחות מגיע גם לאנומליות. כך, למשל, במדריך למשתמש של חברת "אפלייד ביוסיסטמס" (Applied Biosystems), המייצרת ערכות לבדיקות DNA שבהן משתמשים גם בישראל, כותב היצרן באותיות מודגשות: "לשימוש לצורכי מחקר, לשימוש פורנזי או לקביעת אבהות בלבד. לא לשימוש לאבחון רפואי."¹⁷⁶

מה שנחשב מתאים כדי לגרום להוצאתם להורג של נאשמים בארצות מסוימות על סמך ראיה יחידה,¹⁷⁷ או לשליחתם למאסר עולם או למאסר ממושך - גם בישראל (שימוש פורנזי) לא נחשב לטוב מספיק לשם אבחון רפואי. קשה להבין את השוני בין ההתייחסות הרצינית לאפשרות של מוות או פציעה כתוצאה מתקלה במכשיר רפואי או הנדסי (כגון תקלה בכלמי מכונית) לבין ההתייחסות החובבנית למוות, למאסר ממושך או לנזק עצום אחר כתוצאה מהרשעת שווא. כל עוד לא תשתנה הגישה המקובלת אצל יצרני ערכות הבדיקה, במעבדות, בכתי המשפט ובבית המחוקקים, תמשכנה הבדיקות הגנטיות להניב לא רק תוצאות מדויקות והוכחה נכונה או שלילה נכונה של אשמתו של החשוד, אלא גם טעויות והרשעות של חפים מפשע.

(ד) ראיות מדעיות מול 'Junk Science'

בימי הביניים ובתחילת העת החדשה, בשנים 1450-1750, נערכו באנגליה משפטים פליליים שבהם הואשמו נשים בהיותן מכשפות המקיימות קשרים הדוקים עם השטן. להוכחת אשמתן נעזרה התביעה בחוות דעת מומחים, אשר חיפשו - ולעתים קרובות מצאו - על פני גופיהן של הנאשמות את "סימן השטן". במיוחד חיפשו שרידי פטמות שמהן מניקות המכשפות את השטן. המומחים פיתחו שיטות בדיקה מיוחדות. בתי המשפט קיבלו את עדויותיהם כראיות המבססות את האשמה. גם כשלא נמצא "סימן השטן", לא ראו בכך סימן לחפות. עונשן של המורשעות היה מוות.¹⁷⁸ כמה התקדמנו מאז? ב-1977, בהומווד שבמדינת אילינוי שבארצות הברית, הבחינו שוטרים בצעירה בלבוש לא מסודר פוסעת לצד הדרך. כששאלוה למעשיה אמרה שנאנסה. היא נלקחה לבית חולים ושם ניטלו מגופה דגימות זרע ושיער. חוקרי המשטרה הציגו בפניה תמונות רבות מתוך אלבומיהם והצעירה בחרה אחת מהן כדומה לגבר

שאנס אותה. מאוחר יותר זיהתה אותו במסדר זיהוי. שמו היה גארי דוטסון.¹⁷⁹ במקרה הזה לא דובר בטעות בזיהוי, שכן בשלב מאוחר יותר הודתה הצעירה כי בדתה מליבה את סיפור האונס ואת ההאשמה של דוטסון, בניסיון להסתיר מהוריה שקיימה יחסי מין מוסכמים עם החבר שלה (שאיננו דוטסון). היא אף כתבה ספר המתאר את הפרשה, בשם "סלח לי" ("Forgive Me").¹⁸⁰ במשפט, שהתקיים ב־1979, הצעירה הצביעה על דוטסון כעל מי שכביכול תקף אותה. מלבדה היה לתביעה רק עד אחד נוסף – מומחה למדע פורנזי. מרבית המומחים הללו עובדים בשירות המשטרה, וכזה היה גם המומחה שהעיד במשפטו של דוטסון. בתחילת עדותו הצהיר שכתב עבודת הסמכה באוניברסיטת קליפורניה בברקלי. לאמיתו של דבר למד באוניברסיטה רק קורס בן יומיים.

ב־1977 עדיין לא ידעו לבצע בדיקות גנטיות. המומחים למדע פורנזי נהגו להעיד בבתי המשפט על התרשמותם הסובייקטיבית – שאליה נהגו להתייחס כאל אובייקטיבית – מהתבוננותם מבעד לעדשת המיקרוסקופ על ממצאים מזירות הפשע: שיער, סיבים, סימני נשיכה, סימני כלים, תרמילים של כדורים שנורו ועוד. המומחה העיד על שני עניינים. הראשון – השוואה מיקרוסקופית של שיער. הוא העיד שמצא בדגימות אשר נאספו בבית החולים מגוף הנערה כמה שערות בושת שאינן שלה ושדומות לשיערו של דוטסון ויכולות היו להגיע ממנו. המומחה לא הבהיר לכמה אנשים בארצות הברית יש שיער דומה, כפי הנראה למיליונים. הוא גם לא יכול היה לעשות כן, שהרי עד עצם היום אין מחקר המספק נתונים על שכחות סוגים שונים של שיער באוכלוסייה. כיום ידוע שהשוואה מיקרוסקופית של שיער היא שיטה לא מהימנה, שלא ניתן לסמוך עליה: ייתכן מאוד ששני מומחים אשר יתבקשו לחוות דעה על ההתאמה בין שתי שערות יגיעו למסקנות שונות מאוד. עד היום אין הגדרות מדעיות למונחים שבהם השתמשו המומחים בתחום זה, כגון "קונסיסטנטי" או "דומה". כיום אנשי המדע (האמיתי) מכנים

תחום זה של השוואה מיקרוסקופית של שיער "junk science" - מדע זבל. הרוח האחרון, מ-2009, של האקדמיה הלאומית האמריקנית למדע, שהוא האורים והתומים בתחום זה, לפחות בארצות הברית, סוקר באופן מפורט את כל תחומי ההשוואה המיקרוסקופית הנ"ל וקובע כי נכון להיום לאף אחד מהם אין בסיס מדעי. התחום היחיד שאכן מבוסס מדעית הוא השוואות ה-DNA.¹⁸¹

כבמשפטים רבים אחרים, בית המשפט קיבל את עדותו של המומחה בעניין השוואת השיער כעדות המפלילה את דוטסון בכיצוע אונס. התחום השני שעליו העיד המומחה היה השוואה "סרולוגית" של סוגי דם. תחום זה מהימן אמנם מבחינה מדעית, אך איננו יכול ללמד הרבה לצורך המשפט, משום שמיליוני אנשים חולקים אותו סוג דם. למעשה, השוואת סוגי דם מתאימה רק לשלילת האפשרות שהנאשם הוא האדם שדמו נמצא בזירת העבירה, ולא מתאימה להפלתו. המומחה העיד שהן לרוטסון והן לאדם שזרעו נמצא בגוף הנערה סוג דם B. סוג דם זה משותף ל-11% מבני הגזע הלבן (הנערה תיארה את תוקפה המדומה כלבן). לכן ראייה זו נראתה מפלילה. אך המומחה לא סיפר לבית המשפט שמכיוון שגם סוג דמה של הנערה היה B, ומכיוון שנוזלים מגופה היו מעורבבים בדגימה, מקור הזרע יכול היה להיות כל אדם בעולם. יתרה מזאת, בידי המומחה הייתה גם ראייה השוללת את מעורבותו של דוטסון: בכמה מקומות על תחתוני הנערה נמצא סוג דם A, שלא יכול היה להגיע מהנערה או מרוטסון, שהרי לשניהם סוג דם B. המומחה הטעה את בית המשפט באומרו שזהו כנראה זיהום בכדיקה. היה עליו להעיד שסימני סוג הדם A שוללים את מעורבותו של דוטסון בעבירה. לחילופין, קבלת ההסבר הלא נכון בדבר זיהום אפשרי צריכה הייתה להוליך לשלילת כל ראייה המתבססת על השוואת סוגי דם - בכל המשפטים הפליליים.

רוטסון הורשע באונס ונידון למאסר של 25 עד 50 שנים. רק לאחר מכן התוודתה הנערה שברתה מליבה את הסיפור. ב-1985

הגיש דוטסון בקשה לחנינה המבוססת על עדותה החדשה של הנערה. מושל מדינת אילינוי דחה את הבקשה. תקוותו האחרונה של דוטסון נותרה בדיקת DNA. הבדיקה שללה את מעורבותו ואף נמצאה התאמה גנטית בין הדגימה שנלקחה מגוף הנערה ביום שבו נעברה לכאורה העבירה לבין ה־DNA של החבר של הנערה. אפילו אז לא נאות המושל לחנון את דוטסון. רק ב־1989 זיכה אותו בית משפט והוא שוחרר לאחר 12 שנות מאסר. על פי הממצאים של פרויקט החפות האמריקני, ב־185 מתוך 250 המקרים הראשונים של זיכוי על בסיס בדיקות גנטיות של חפים מפשע אשר הורשעו בטעות, שהם 74%, הוצגו במשפט גם ראיות פורנזיות.¹⁸² רובן - כ־60% - היו מוטעות ומטעות.

המשפט איננו מדע; ודאי לא מדע מדויק. במשפט מתקבלות החלטות גורליות בתנאים של אי־ודאות. במחקר המדעי לא חייבים להגיע למסקנות דווקא עכשיו; ניתן להמשיך במחקר עד שיגיע לשלב מתקדם, שבו ניתן יהיה להגיע למסקנות מדויקות. במשפט צריך להכריע תוך זמן סביר ולא ניתן להמתין ללא הגבלת זמן לנתונים נוספים. המדע נחשב למדויק ולכן אין זה פלא שהמשפטים מחזרים אחריו. חוקרי משטרה, תובעים ושופטים המבססים את אשמתו של הנאשם על ראיה מדעית, חשים בטוחים ומשכנעים יותר. אם אכן מדובר בראיה מדעית של ממש - המבוססת היטב על מחקרים מדעיים תקפים ומהימנים - ההתבססות עליה במשפט הפלילי מבורכת. זאת בתנאי שלא מסתנוורים מן הראיה המדעית ולא נופלים עפר לרגליה. ראינו שאפילו הראיות המדעיות החזקות ביותר בימינו - השוואה גנטית של DNA והשוואה של טביעות אצבעות - אינן חזקות דיין כדי להוכיח לברן את האשמה בדרגת הוודאות הנדרשת - "מעבר לספק סביר". מדוע? מעט בשל האפשרות הקיימת ל"התאמה מקרית" והרבה בשל האפשרות המסתברת הרבה יותר לטעות בבדיקת המעבדה או בהערכותיהם של המומחים.

פרק משנה זה מוקדש לאותן ראיות מתחזות המוצגות בשרלטנות כראיות מדעיות כשלמעשה אין להן בסיס מדעי מספיק. אצלנו מכנים לעתים גם אותן "ראיות מדעיות", אפילו בפסיקה של בתי המשפט, כפי שניווכח מייד. בעולם כבר פורסמו לא מעט מחקרים המכנים אותן, בצדק, "מדע זבל". "מדע הזבל" המתחזה למדע אמיתי עלול להטעות שופטים ולגרום להם לחשוב שמדובר במדע של ממש ובכך לגרום להרשעות של חפים מפשע.

איך יוכל השופט להבחין היטב בין ראייה מדעית טובה לבין "ראייה מדעית" גרועה שאותה אסור לקבל? בעבר נהגה במשפט האמריקני, ובעקבותיו במשפט הישראלי, הלכת פריי (Frye) הידועה, שנקבעה ב-1923.¹⁸³ לפי הלכה זו די בהכרה של הקהילייה המדעית הרלוונטית בשיטה שעליה מבוססת הראייה כדי שתהיה קבילה במשפט. הלכה זו משלה בכיפה 70 שנים, עד להחלפתה בהלכה המשוכללת יותר שנקבעה ב-1993 בפסק-הדין דאוברט (Daubert).¹⁸⁴ בעוד שהלכת פריי אפשרה לשופטים להימנע מבחינה מעמיקה של התחום המדעי הרלוונטי ולהסתפק בכך שהשיטה מקובלת על קהילייה מסוימת, הלכת דאוברט נועדה להשיג זהירות גדולה יותר במשפט: היא מטילה על השופטים את תפקיד "שומרי השער" העומדים בפתח בית המשפט וחוסמים את הכניסה לראיות לא מדעיות המוצגות בשרלטנות כמדעיות. על השופטים להתאמץ ולהתעמק בתחום המדעי הרלוונטי ולברוק אם השיטה המדעית שעליה מבוססת הראייה מהימנה ותקפה. מהימנה - משמע שכמה מומחים שונים אשר יבצעו את הבדיקה אמורים לקבל את אותה התוצאה. תקפה - משמע שהשיטה אכן מוליכה לתוצאות הנכונות. בין היתר, השיטה צריכה לעמוד בעיקרון ההפרכה שקבע הפילוסוף של המדע קארל פופר, המקובל כמבחן לכל תיאוריה מדעית: השיטה היא מדעית אם קיימת אפשרות להפריכה ואם היא אכן נבדקה ועמדה במבחן בהצלחה. אך אם כלל לא ניתן להפריך אותה, או אם בדקו אותה והיא נכשלה או אם כלל לא בדקו אותה - זו

איננה שיטה מדעית.

חוקרי משטרה, מומחי משטרה, תובעים וגם שופטים משתמשים בלא מעט "ראיות זבל". בפרויקט החפות האמריקני נמצא שהרשעות שווא רבות נגרמו בשל סוגים שונים ומשונים של "מדע זבל": התקבלו אפילו דברים שברור שהנם מופרכים, כמו מומחה שהסתובב בבתי משפט עם כלב וקיבלו את טענתו שהכלב מזהה ריח גם כעבור שנים ורופא שיניים מומחה שהסתובב עם פנס מיוחד המאיר באור כחול פלאי ומאפשר למומחה לראות סימנים על עור הגוף אשר לא ניתן לראותם ללא הפנס המיוחד והמומחיות. היו בתי משפט אמריקניים שקנו את ה"מציאות" הללו וביססו הרשעות גם עליהן.¹⁸⁵

כדוגמה אחרונה (והפעם גם מפורטת) לתחום זה אתייחס לראיה אחרת אשר יש הטוענים לחשוב שהיא מדעית - השוואה של טביעות נעליים. ב־2010 הרשיע בית המשפט המחוזי בנצרת את רומן זדורוב ברצח המזעזע של הנערה תאיר ראדה ז"ל, אשר נרצחה בתא השירותים שכבית ספרה.¹⁸⁶ טביעות אצבעות רבות שנמצאו בזירת הפשע, דגימות ביולוגיות רבות ושיער שנמצאו בה נבדקו במעבדות. אף אחת מהדגימות הללו אינן מתאימות לזדורוב. ההרשעה מבוססת על שתי ראיות בעייתיות: האחת היא הודאת החשוד בחקירתו במשטרה והשנייה היא טביעת נעל. ההודאה בעייתית מאוד - כפי שראינו באופן כללי בפרק ב.4, וכפי שהראיתי באופן ספציפי למקרה של זדורוב במאמר נפרד.¹⁸⁷ כאן אתייחס רק לטביעת הנעל.

במה מדובר? מומחה-שוטר השווה בין סימני דם שנמצאו על מכנסי הג'ינס של הקורבן לבין נעלי זדורוב והגיע למסקנה שקיימת התאמה. בדומה להשוואה מיקרוסקופית של שיער, גם כאן לא מדובר במדע וודאי שלא במדע מדויק. גם כאן לא מדובר בנוסחאות מתמטיות ובחישובים תקפים אלא אך ורק בהתרשמות המומחה-השוטר ממראה עיניו. יתרה מזאת, משום שלא ניתן לראות

את ההתאמה וכדי לסייע לבית המשפט לראותה, צבע המומחה-השוטר עבור בית המשפט אזורים מסוימים בתמונת המכנסיים ואזורים מסוימים בתמונת טביעת הנעל. אלא שכטענת הסנגור, נדרש לא מעט דמיון כדי למצוא התאמה. בנוסף, לא נבדקו טענות הסנגור שהעידול שבכתם הדם שעל המכנסיים כלל לא שייך לטביעת נעל כלשהי, אלא מדובר בסימן שנוצר ממקש הניווט של הטלפון הסלולארי של הקורבן אשר היה בכיס המכנסיים, וש"אם מניחים את שקף הטבעת הניסיון [של הנעל] באופן התואם לשלושת הפגמים בחלקו העליון השמאלי של הכתם, נמצא חוסר התאמה בין גבולות סוליית הנעל לגבולות הכתם בחלקו התחתון".¹⁸⁸

לכסוף, מומחה מטעם ההגנה חלק בעניין זה על חוות הדעת של המומחה-השוטר. אלא שבית המשפט, כנראה בהשפעת התפיסה ההרסנית של "אשמת החשוד", עולב במומחי ההגנה, בעצם מומחיותם וכתוצאה מכך גם בממצאיהם, תוך שהוא חולק שבחים למומחי התביעה שהנם בעצמם שוטרים. כך, למשל, גם העובדה ש"בחקירתו הנגדית אישר המומחה, כי מעולם לא העניק חוות-דעת בתחום הטבעת נעל למשטרה או לתביעה"¹⁸⁹ שמשא לקעקוע מומחיותו של מומחה ההגנה. כלום אין מרבית מומחי ההגנה לוקים ב"ליקוי" כזה? מדוע זה נתפס כליקוי? אולי העובדה שמומחה התביעה פעל כל חייו המקצועיים להרשעת נאשמים ומעולם לא נתן חוות דעת לסנגוריה צריכה לשמש לפיחות באובייקטיביות של חוות דעתו? כך או אחרת, לאחר שבית המשפט קבע שמומחה המשטרה מקצועי יותר ממומחה ההגנה, הוא העדיף את חוות דעתו וביסס עליה הרשעה, חרף העובדה שמדובר למעשה בהתרשמות של המומחה ממראה עיניו (שכאמור מצריך צביעה כדי להביאו גם לעיניו של בית המשפט). מה היה מחליט בית המשפט לו הוגשה חוות דעת של מומחה שלישי, בכיר משני המומחים גם יחד? סביר להניח שיש בעולם מומחה כזה. סביר להניח שאז היינו מקבלים פסק דין שונה. כך נראים הדברים כשלא מדובר במדע אמיתי אלא

ב"מדע זבל", נטול קריטריונים מדעיים. על "מדע" שכזה, שאיננו מדע מדויק ועל כך כולם מסכימים, אסור לבסס הרשעה.

ואכן, לאחר שכתבתי דברים אלה במאמר שבו ניתחתי את הרשעתו של זדורוב,¹⁹⁰ ניתנה החלטתו של בית המשפט העליון שדן בערעור, לקבל כראיה חוות דעת שלישית, אותה נתן המומחה (האמריקני) הידוע ביותר בתחום זה, שעל ספרו ועל מומחיותו הסתמך בבית המשפט המחוזי המומחה-השוטר מטעם התביעה. בחוות דעת זו נקבע כי לא ניתן לקבוע שעל מכנסי הקורבן מצויה טביעת נעלו של זדורוב. בית המשפט העליון החליט להחזיר את התיק לשופטי בית המשפט המחוזי על מנת שידונו בראיה זו ויתנו פסק דין חדש.¹⁹¹ בעקבותיו צפוי גם ערעור לבית-המשפט העליון, כמובן.

אילו היה ה"מדע" שאותו הציע לבית המשפט המחוזי מומחה התביעה נבחן במבחני הקבילות הידועים אשר נקבעו לראיות מדעיות בהלכת פריי ולאחר מכן בהלכת דאוברט, היו נראים הדברים אחרת: ראשית, ייתכן שחוות דעתו לא הייתה מתקבלת כמדע אפילו על-פי הלכת פריי, הדורשת הסכמה רחבה בקהילייה המדעית הרלוונטית. שנית, לא נכון היה לקבלה על-פי ההלכה המאוחרת יותר דאוברט, המנחה את השופטים להיות שומרי השער שימנעו כניסת ראיות לא מדעיות המוצגות באופן מטעה כמדעיות אל בין כותלי בית-המשפט והדורשת כי ראיה והתיאוריות שעליהן היא מבוססת תהיינה ניתנות לבדיקה אמפירית ולהפרכה כדי שהראיה תיחשב למדעית. איזו בדיקה אמפירית ואיזו הפרכה תיתכנה מול דרגת ההסתברות העליונה המופיעה בסולם שעליו מסתמך המומחה-השוטר, הנקראת "זאת הנעל!"? או מול קביעתו ש"אפשרי בהחלט" שמדובר בטביעת הנעל של הנאשם? או מול קביעתו שצירוף הטביעות מוליך לדרגה הגבוהה של "קיימת סבירות גבוהה"? בית המשפט מייחס משקל עצום וחורץ גורלות לסולם שבו השתמש המומחה-השוטר, וקובע בפסק דינו כך: "שימוש בסולם דרגות אחיד וקבוע הינו מקובל בכל ענפי המדע

הפורנזי [...] אי שימוש המומחה קופר [המומחה האנגלי שהעיד מטעם ההגנה] בסולם דרגות כלשהו, מערער את יסודות חוות דעתו.¹⁹² אלא שהדרגות השונות הן למעשה הערכות סובייקטיביות מאוד של המומחה ואינן פרי ניסוי או חישוב הניתנים לבדיקה ולהפרכה. האם עצם קיומה של דרגת הוודאות המוחלטת "זאת הנעל!" איננו מלמד שהמומחים המקבלים סולם זה אינם זהירים ואולי אפילו שרלטנים? והנה, על בסיס הערכה סובייקטיבית זו על הנאשם לרצות מאסר עולם. בנוסף, המומחה-השוטר אינו מספק לבית המשפט את שיעור הטעות של הבדיקה, כנדרש על-פי הלכת דאוברט.

הבעיה המרכזית היא שבית המשפט הניח שעליו לבחור בין שתי חוות הדעת אשר הוצגו בפניו מטעם התביעה ומטעם ההגנה, בין מומחיותו של "מומחה" אחד לבין מומחיותו של "מומחה" שני, וכלל לא בדק כראוי את עצם קיומה של מומחיות מדעית בתחום זה. הרוח של האקדמיה הלאומית האמריקנית למדע מ-2009, מתייחס גם להשוואה של טביעות נעליים וקובע במפורש שאין לה ביסוס מדעי. בין היתר קובע הרוח את הדברים הבאים:

אין תמימות-דעים באשר למספר של מאפיינים אינדיבידואליים הדרושים לשם זיהוי חיובי, והוועדה אינה יודעת על בסיס נתונים כלשהו באשר לשונות של סוג או מאפיינים אינדיבידואליים או באשר לתקפות או למהימנות של השיטה. ללא מחקר כזה של האוכלוסייה, בלתי-אפשרי להעריך את מספר המאפיינים שצריכים להתאים כדי ליצור מידת ביטחון כלשהי באשר למקור הטביעה.¹⁹³

רוח זה כלל לא נדון במשפט זדורוב. האסמכתא המדעית ביותר שהוצגה בו היא מאמר בעברית של המומחה-השוטר עצמו.¹⁹⁴ לבסוף, אל מול טביעת הנעל שנמצאה לכאורה על גבי מכנסי הקורבן, לא נמצאה טביעת נעל כלשהי של הנאשם על הרצפה או

על מושב האסלה או על מיכל ההדחה או על הקיר שבין התאים (נתיב המילוט של הרוצח לפי גרסת המשטרה והתביעה שאומצה בפסק הדין), וזאת אף על פי שנמצאו שם טביעות נעליים אחרות, קטנות יותר. שמא ריחף באוויר? רומן זדורוב הורשע ונידון למאסר עולם.

מדוע השופטים מקבלים ראיות "מדעיות" גרועות? איך ניתן להסביר את העובדה שבית המשפט מקבל כמדעית ראייה אשר אנשי המדע כותבים עליה במפורש שאין לה בסיס מדעי? אוכל להציע שלושה הסברים אפשריים: האחד - בית המשפט "בורח" מהתעמקות בהיבטים המדעיים של הראייה - התעמקות המתחייבת מהלכת דאוברט - ומסתפק בהכרה בשיטה בקרב קהילייה כלשהי. אך אפילו הלכת פריי המיושנת מכוונת אל הקהילה המדעית, ולכן גם לפיה צריך היה לפנות למקורות רציניים כמו דוח האקדמיה הלאומית האמריקנית למדע מ-2009, ולא אל קהיליית הידעונים-בודקי-הנעליים. ברור שלמי שמתפרנס מהשוואה של טביעות נעליים יש אינטרס להציג את התחום כמדע. בנוסף, לאחר שבתי משפט אחדים טועים ומקבלים ראיות גרועות כראיות קבילות ומפלילות, הלכת התקדים המחייב הישראלית והלכת פריי האמריקנית עלולות לשכפל את הטעות גם בבתי משפט אחרים.

הסבר אפשרי שני, המוכר ממקרים דומים שהתרחשו בארצות-הברית, הוא הרצון העז לפענח רצח או אונס מזעזעים: בעקבות רצח או אונס המזעזעים את החברה, יש נטייה לפתוח לרווחה את שערי בית המשפט ולקבל ראיות גרועות. קשה לציבור, קשה למשטרה ולתביעה ואולי גם לשופטים, עם רצח או אונס לא מפוענחים. להסבר זה מצטרף הסבר נוסף: כשמוצגת בפני בית המשפט ראייה גרועה התומכת בהרשעה, לנאשמים חסרי אמצעים קשה להתגונן מפניה.

הסבר אפשרי שלישי ואחרון שאציע מחזיר אותנו אל גורם מרכזי להרשעת חפים מפשע בישראל - הרשעה על סמך הודאת

הנחקר במשטרה. בית המשפט כנראה מסונוור מההודאה, מאמין לה ומאמין לחוקרים, עד כדי כך שהוא מוכן לקבל גם מדע זבל התומך בה. באופן כללי ניתן לומר שבמקרים שבהם יש בידי התביעה ראייה משמעותית אחת ויחידה - בדרך כלל מדובר בעדות ראייה או בהודאת החשוד במשטרה - התביעה איננה חפצה להתייצב בפני בית המשפט רק עמה, והמשטרה "הופכת עולמות" כדי להשיג ראייה נוספת כלשהי. בהיעדר ראייה טובה, הראיה שמוצאים עשויה להיות מתחום "מדע הזבל". כשבית המשפט מאמין להודאה או לעדות הראייה, גם הוא עלול להיגרר להכרה בראיה "מדעית" שכזו ולבסס את ההרשעה גם עליה.¹⁹⁵

(ה) הצגה מטעה של תוצאות הבדיקות המדעיות על-ידי מומחים בבתי המשפט

נהוג להבחין בין המהימנות (reliability) של השיטה העומדת מאחורי הראיה המדעית לבין תקפותה (validity) של השיטה ושל עדות המומחה אודות הראיה. שיטה איננה מהימנה אם איננה מניבה תוצאות מדויקות ועקביות. כפי שראינו, חלק מהראיות אשר הוצגו בעבר - ושחלקן עדיין מוצגות - בפני בתי המשפט מבוססות על שיטות פורנזיות לא-מהימנות, כגון השוואה מיקרוסקופית של שיער, סימני נשיכה, טביעות נעליים והשוואות קול. אשר לתקפות, כמובהר בדוח מ-2009 של האקדמיה הלאומית האמריקנית למדע, וכפי שהתריעו מדענים רבים בכתביהם, לשיטות זיהוי אלה אין כל הוכחה מדעית והן אינן מבוססות על בסיס נתונים (database) כלשהו. בעיה שנייה היא שכפי שמלמדים הנתונים של פרויקט החפות, מרבית העדויות של מומחי התביעה (61%) אינן תקפות אלא פגומות, שכן הן מציגות באופן מוטעה ומטעה את הממצאים של הבדיקות, תוך הסקת מסקנות באופן שאינו מדעי. זאת הן באשר לראיות שאינן מהימנות הנזכרות לעיל והן באשר לראיות

המדעיות המהימנות, כגון השוואות DNA ובדיקות דם סרולוגיות. המשותף לטעויות המומחים בעדויותיהם בפני בתי המשפט הוא ההצגה של הראייה הפורנזית כחזקה מכפי שהיא במציאות.¹⁹⁶

לכאורה, על-פי הלכת דאוברט, היו השופטים אמורים להתייבב כ"שומרי השער" ולחסום את הכניסה בפני ראיות שאינן תקפות ומהימנות מבחינה מדעית. אלא שבמציאות בדרך כלל רק התביעה מצליחה להגיש חוות דעת של מומחה, והיא בדרך כלל מפלילה, בעוד שלנאשם אין המשאבים הדרושים להצגת חוות דעת מטעמו. מכיוון שהשופט איננו מומחה בכל אחד מהתחומים המדעיים או הפסבדו-מדעיים המוצגים בפניו, הוא מוטעה לעתים קרובות על ידי חוות הדעת המוטעה של מומחה התביעה, מבלי שיש בידי הסנגור כלים להפריכה. מעניין לציין שדווקא במשפטים האזרחיים, שבהם לא דנים בדיני נפשות ובחירותו של אדם אלא בדרך כלל אך ורק בכסף, מתעמקים השופטים הרבה יותר בראיות המוצגות כמדעיות ומשמשים בפועל כ"שומרי השער". הכיצד? במשפט האזרחי מוצגות לעתים קרובות חוות דעת של מומחים מטעם שני הצדדים למשפט, התובע והנתבע, דבר המאפשר לשופט לעמת את חוות הדעת זו עם זו ולברר באופן מעמיק הרבה יותר את המהימנות והתקפות של הראייה.¹⁹⁷ בנוסף, בתחומים מסוימים כגון תביעות לפיצויים בגין נזקי גוף בתאונות דרכים, נוהגים בתי המשפט למנות מומחה אובייקטיבי מטעם בית המשפט. במשפט הפלילי השופטים מניחים שמומחי התביעה פועלים על-פי אמות מידה מדעיות ומדייקים, ובמקביל מניחים שהסנגורים יצליחו לחשוף את אי-הדיוקים, אם אלה קיימים. שתי ההנחות אינן נכונות.

רכישת המיומנות המקצועית בתחומים הנבדקים במעבדות לזיהוי פלילי נעשית במסגרת של גופים הקשורים למשטרה ולתביעה. המומחים המעידים במשפטים הפליליים הם כמעט תמיד מטעם התביעה, וכמעט תמיד עובדים בשירות המשטרה. דוגמה קיצונית ל"מומחה" רב פעלים כזה היה פרד זיין (Zain),

ראש המעבדה לזיהוי פלילי במדינת וירג'יניה המערבית שבארצות הברית, אשר בחר ללבוש מדי משטרה ולשאת אקדה. במסגרת פרויקט החפות התגלה שזיין נהג לזייף תוצאות של בדיקות רבות כדי ליצור ראיות, כביכול מדעיות, המפלילות את החשודים. חקירה חשפה שהוא שיקר במצח נחושה בעדויותיו כמומחה בפני בתי משפט בתריסר מדינות שונות בארצות הברית. לעתים קרובות העיד זיין בבתי משפט שכביכול ביצע בעצמו בדיקות שלמעשה בוצעו על ידי אחרים.¹⁹⁸ למבקשים להתנחם בעובדה שהפרשה לקוחה מהמציאות האמריקנית, אזכיר שתחקירים עיתונאיים בישראל דיווחו כי פרופ' יהודה היס, בהיותו ראש המכון לרפואה משפטית באבר-כביר, שבו מבוצעות נתיחות פתולוגיות של גופות ומופקות ראיות המשמשות להרשעת נאשמים, נהג גם הוא להעיד בפני בתי המשפט כי ביצע בעצמו נתיחות שאותן למעשה ביצעו אחרים.¹⁹⁹

כפי שראינו בפרק המשנה הקודם בתיאור המקרה של גארי דוטסון, מומחה התביעה הטעה את בית המשפט הן בהצגת ממצאי סוג הדם והן בהצגת ממצאי השיער. דוגמא נוספת להטעיה הקשורה להשוואה מיקרוסקופית של שיער היא פרשת הרשעתו של ג'ימי ריי ברומגארד, שבה העיד מומחה התביעה שמצא התאמה בין שיער ראשו של הנאשם לבין שיער ראש מזירת הפשע, ושמצא התאמה בין שיער הבושת של הנאשם לבין שיער בושת מזירת הפשע. עד כאן לפנינו עדות מסוג "מדע זבל", שעליה כבר עמדנו בפרק המשנה הקודם. אולם המומחה לא הסתפק בכך. הוא הרחיק לכת בעדותו וטען ללא כל ביסוס מדעי שהסיכויים להתאמה מקרית של שיער הראש הם רק (ודווקא) 1 ל-100 מקרים, שהסיכויים להתאמה מקרית של שיער הבושת הם רק (ודווקא) 1 ל-100 מקרים ושהסיכויים להתאמה מקרית הן של שיער הראש והן של שיער הבושת נמוכים מאוד - 1 ל-10,000 (מאה פעמים מאה) מקרים. זאת, כשלא רק שאין כל בסיס מדעי (כגון בסיס נתונים כלשהו)

לקביעה של אחד למאה, אלא אין גם כל בסיס להכפלה: הכפלה כזו מניחה שמדובר במאורעות בלתי-תלויים, בזמן שלמעשה יש קשר (בצבע, למשל) בין שיער ראשו של אדם לבין שיער הבושת שלו. התחשיב השקרי נחזה בעיני בית המשפט כמדעי ותרם להרשעה המוטעית באונס ולחמש עשרה שנות מאסר, עד לזיכוי על בסיס בדיקת DNA.²⁰⁰

דוגמא נוספת להצגה מוטעית של ממצאים נוגעת לבדיקות הדם הסרולוגיות. במקרה של פרי מיטשל, הזרע הגיע מאדם בעל סוג דם O "מפריש", הקיים אצל 35% מהאוכלוסייה. הסרולוג המומחה בחר להעיד בבית המשפט שמכיוון שהאונס בוצע על ידי גבר, ומכיוון שהגברים הם כמחצית מהאוכלוסייה, יש לחלק את המספר 35 לשתיים, וכיוון שכך, רק ל-17.5% מהגברים יש סוג דם כמו של הנאשם וכמו של הדגימה מן הזירה. אך הסטטיסטיקה הנכונה היא שסוג דם זה קיים הן בקרב 35% מהנשים והן בקרב 35% מהגברים. לא הייתה כל סיבה מדעית או הגיונית לחלוקה לשתיים. עדות המומחה התקבלה ללא עוררין והנאשם הורשע ונידון למאסר ממושך. חלוקה משונה זו לשתיים בוצעה גם על ידי מומחים נוספים, בתיקים נוספים, ויצרה מצג שווא של ראיות מפלילות.²⁰¹

ברבים מהמקרים נמנעו המומחים מלכצע בדיקות שעשויות היו לשלול את מעורבותו של החשוד בפשע, ובמקרים אחרים הסתירה התביעה מההגנה ממצאים המצביעים על חפותו של הנאשם. במשפט עצמו, לעתים הציגו התובעים בסיכומיהם את ממצאי המעבדה באופן מוטעה ומטעה, על מנת שיחזו כמפלילים.²⁰²

תופעה נוספת שהתגלתה היא שלא ניתן להתנחם במחשבה שהמומחים המעידים עדויות מוטעות ומטעות הם רק כמה "תפוחים רקובים": מדובר במספר רב של מומחים. על-פי הממצאים של פרויקט החפות האמריקני, בין 250 הזיכויים הראשונים יש עדויות פגומות של 81 מומחים שונים, אשר בוצעו ב-54 מעבדות שונות, ב-28 ממדינות ארצות הברית. אי-אפשר שלא לחשוב על אלפי

התיקים האחרים שבהם העידו אותם מומחים, שההרשעות בהן לא בוררו מחדש, וכפי הנראה לעולם לא תתבררנה - בין היתר משום שכרוב התיקים אין דגימות גנטיות שאותן ניתן יהיה לבדוק.²⁰³ הצגה מוטעית של תוצאות הבדיקות המדעיות על ידי מומחים בבתי המשפט מתרחשת לא רק ביחס לראיות הפסבדו-מדעיות, אלא גם ביחס לראיות המדעיות. ראשית, במה שנוגע לבדיקות DNA, כפי שראינו בפרק המשנה העוסק בראיה זו, המומחים נוהגים אמנם להציג בפני בתי המשפט את אפשרות "ההתאמה המקרית", אך אינם נוהגים לספק את שיעור הטעויות בבדיקות המעבדה. במצב שבו אפשרות ההתאמה המקרית היא נדירה עד כדי אחד למיליונים, ואילו אפשרות הטעות בבדיקות המעבדה היא שכיחה הרבה יותר - בשיעור של אחוזים אחדים, על בתי המשפט ועל המחוקק להטיל על התביעה לספק גם את הנתון האחרון כתנאי לקבילותה של הראיה במשפט. שנית, במה שנוגע להשוואות של טביעות אצבעות, כפי שראינו בפרק המשנה העוסק בראיה זו, המומחים אינם מספקים לבתי המשפט נתונים כלשהם - לא על אפשרות ההתאמה המקרית (שהכול מניחים שהיא נדירה אף על פי שטרם נאסף בסיס נתונים כלשהו שיוכל לבסס הנחה זו) ולא על האפשרות המסתברת הרבה יותר של טעות בהערכת המומחה. בהמשך נראה כי בעיה זו קיימת גם ביחס לראיות המדעיות הפחות מרכזיות - בדיקות שכרות ובדיקות סמים.

לסיכום, על מנת לצמצם את מספרן של הרשעות השווא הניזונות מעדויות מומחים פגומות, יש צורך בשינויים יסודיים בתחום זה: שינוי אחד הוא ניתוק בין המעבדות לבין המשטרה כך שהבדיקות תבוצענה במעבדות אובייקטיביות; שינויים נוספים יוצעו בחלקו האחרון של הספר.

(1) חוסר דיוק של המכשירים המשמשים להפקת ראיות מדעיות

כפי שהראנו ד"ר הלפרט ואנוכי במאמרים שכתבנו יחד,²⁰⁴ הסיכונים הקיימים ביחס לראיות המדעיות דומים מאוד לסיכונים הקיימים ביחס למכשירים לאבחון רפואי. בכל בדיקה רפואית עלולה ליפול שגיאה. כך גם בראיות המדעיות. אולם בעוד שעל יצרני המכשירים הרפואיים חלה חובת פיקוח (רגולציה) מלאה, הנעשית על ידי גופים כגון מנהל המזון והתרופות האמריקני (ה-FDA) והיחידה לאישור מכשירים רפואיים (אמ"ר) הישראלית, על הפקת הראיות המדעיות אין כל פיקוח. החובות החלות על יצרן מכשיר המפיק ראיות מדעיות אינן שונות מאלה החלות על יצרן צעצועים. התקנים לאישור המכשיר הפורנזי - כשהם קיימים - מתייחסים למוצר הסופי בלבד. אין בהם התייחסות לדרך שבה פיתחו את המכשיר או את התוכנה. ביצועי המכשיר נבחנים בתצורה הסופית שלו, והוא נחשב ל"קופסה אטומה" (black box) שאין צורך להתעניין במה שיש בתוכה אלא אך ורק בפלט שלה.

מדוע בדיעבד, כשמכשיר פותח בצורה לא בטיחותית, אין די בבדיקתו על ידי ניסוי במתכונת של "קופסה אטומה"? התשובה לכך היא שבדיקת התוצאות שמניב המכשיר, הנעשית בתנאי מעבדה, איננה מסוגלת לנבא את ביצועי המכשיר "בתנאי השטח" שבהם יעבוד, וכן אין בה כמות מספקת של ניסויים אשר תוכל להסיר חשש סביר. האם היה מי מהקוראים מוכן לטוס במטוס שלא פותח ופוקח בתהליך בטיחותי ולא עמד בבדיקות האיכות - לרבות תוכנה - המקובלות, ולהשליך יהבו רק על כך שהמטוס כבר טס אלף פעמים ולא התרסק? ואולי דווקא בטיסה ה-1001 יהיה כשל תוכנה שניתן היה לגלותו מראש לו רק פותח המכשיר על-פי כללי איכות התוכנה ותקניהם המקובלים בתחום זה?

בתחומי התעופה, התחבורה, ההנדסה והמכשור הרפואי רמת הבטיחות של המכשירים גבוהה בהרבה מזו של המכשירים

המפיקים ראיות מדעיות, שעל-פיהם נשלחים אנשים רבים למאסר. הרשויות המפקדות על הבטיחות בתחומים אלה, כגון ה-FDA האמריקני, אינן מסתפקות בבדיקת המוצר הסופי, אלא נהוגה בהן בדיקה קפדנית, החלה על כל שלבי הפיתוח של המכשיר, בהתאם לתקנים מחמירים. בפרט, ישנן דרישות מחמירות מהיצרן הנוגעות לתוכנת המכשיר. אחד העקרונות של ה-FDA לתקפות של תוכנה, הוא שבדיקת התוכנה לאחר שנכתבה איננה מספקת כדי לקבוע אם התוכנה שלמה ונכונה: יש לפקח ולוודא שתהליכי התכנון, הפיתוח וכתבת התוכנה ובדיקתה נעשו באופן שמונע שרוב של פגמים לתוכה. העקרונות הקפדניים המהווים בסיס לדרישות ה-FDA מבוססים על תחום הנדסת הבטיחות ועל שיטות פיתוח הנהוגות ב"מערכות בטיחות קריטית" (safety-critical-systems). מערכות אלו מוגדרות כמערכות אשר תפקוד לקוי שלהן עלול לגרום למוות, לפציעה חמורה, לנזק כלכלי חמור, לכשל המשימה כולה, לנזק סביבתי או לנזק גדול לרכוש. מערכות אלו אינן מצויות רק בתחום המכשירים הרפואיים. הן מצויות גם בשימוש גופים ביטחוניים, בתעשיית המטוסים, בתחבורה, בשימוש גופים פיננסיים ועוד. התיאוריה העומדת מאחורי פיתוח מערכות כאלו היא שהבטחת איכותן ובטיחותן מושגת על ידי יישום תהליכי איכות בכל שלבי פיתוח המוצר, ואין די בבדיקת הביצועים של המוצר הסופי. פיתוח מערכות כאלו כפוף בדרך כלל לתקנות של המחוקק ולפיתוחן מתלווה גם פיקוח.

ה-FDA האמריקני מבחין בין שלושה סוגים של מכשירים רפואיים, על-פי מידת הסכנה הנשקפת מהם לציבור ומידת הפיקוח הנדרש עליהם: בדרגת הסיווג הגבוהה מצויים מכשירים שתקינותם קשורה הדוקות לסכנת חיים, כגון קוצב לב. עליהם חלים, כמובן, הסטנדרטים הגבוהים ביותר. בדרגה הנמוכה מצויים אביזרים שכלל אינם מסכנים חיי אדם, כמו גרב אלסטית, אך אפילו הם כפופים לסטנדרטים קפדניים.²⁰⁵ למרבה הפלא, אפילו

סטנדרטים כאלה לא נקבעו למכשירים המפיקים ראיות מדעיות. כפי שראינו לעיל ביחס לערכות לבדיקת DNA, וכפי שנראה להלן ביחס לבדיקות שכרות ולבדיקות סמים, בטיחות המכשירים המשמשים במשפט מפגרת שנות דור אחרי בטיחות המכשירים המשמשים במערכות בטיחות קריטית אחרות.

(ז) 'הינשוף' - מכשיר לבדיקת שכרות נהגים²⁰⁶

ידועה הממרה בשבח שתיית היין - "ויין ישמח לבב־אנוש"²⁰⁷ לא עצם השתייה אסורה אלא הנהיגה בהשפעתה של כמות אלכוהול גבוהה. צריכת כמויות גדולות של אלכוהול גורמת לאיבוד היכולות המוטוריות ולהפרעות בראייה וביכולת התגובה. מכאן הסכנה הגדולה שבנהיגה בשכרות. הדם הוא המעביר את האלכוהול מהמעיי הדק לרקמות הגוף ובכללן למוח. ממצאים ניסיוניים הראו שריכוז האלכוהול בדם עומד ביחס ישר לריכוז האלכוהול במוח. לפיכך, מנקודת המבט של הרפואה המשפטית, רמת האלכוהול בדם התקבלה כמדד מקובל לכמות האלכוהול המשפיע על הגוף.²⁰⁸ הסמכות לבצע בדיקת דם לגילוי ריכוז אלכוהול מוגבלת בחוק הישראלי רק למצב שבו קיים חשד שהנהג מצוי במצב של שכרות. אך גם בהיעדר כל חשד, החוק מאפשר לעכב נהגים באופן אקראי לשם ביצוע בדיקות של ריכוז האלכוהול באוויר נשוף ("בדיקת נשיפה"). לדעתי, הדבר כרוך בפגיעה משמעותית בכבודו, חירותו, שגרת חייו ופרטיותו של הנהג הנבדק. בנוסף, למקרה של סירוב להיבדק קבע המחוקק את הפיקציה (חזקה משפטית שאין לה ביסוס עובדתי חזק) המחמירה מאוד, שלפיה הנהג ייחשב כמי שנהג במצב של שכרות, וזאת במתכונת של חזקה חלוטה - שלא ניתן לסתור אותה. גם פיקציה זו מהווה סטייה משמעותית מהסדר הכללי הקבוע לחיפוש בגופו של אדם. לעבירה של נהיגה בשכרות קבוע בחוק עונש מזערי (עונש מינימום; ניתן לגזור עונש חמור

ממנו) של שלילת רישיון הנהיגה למשך שנתיים, וזאת בנוסף לכל עונש אחר.²⁰⁹

כדי להבין את העיקרון העומד בבסיס בדיקת הנשיפה, נשווה אותה למשקה אלכוהולי בבקבוק סגור, שאיננו ממלא את הבקבוק. חלק מהאלכוהול מתנדף מהנוזל, ולכן האוויר שבבקבוק יכיל אדי אלכוהול. על-פי "חוק הנרי" (Henry's Law),²¹⁰ יחס בין ריכוז אדי האלכוהול באוויר שבבקבוק לבין האלכוהול הנוזלי, בתנאי שיווי משקל, הוא יחס קבוע. מכאן שאם ניתן לדעת את ריכוז האלכוהול באוויר שבבקבוק ניתן גם לדעת את ריכוז האלכוהול בנוזל: על ידי הכפלת ריכוז האלכוהול באוויר ב"קבוע היחס". המודל הכימי בבדיקת הנשיפה דומה למודל הבקבוק. האלכוהול המצוי בכלי הדם מתנדף כאדים באוויר הריאות. אם יודעים את "קבוע היחס" (Blood Breath Ratio - BBR) ואת ריכוז האלכוהול באוויר הריאות, ניתן לכאורה לדעת גם את ריכוז האלכוהול בדם על ידי הכפלה פשוטה.²¹¹

בדיקת ריכוז האלכוהול באוויר הריאות נעשית על ידי נשיפת אוויר למכשיר המדידה. משטרת ישראל משתמשת במכשיר המכונה "ינשוף" (Drager Alcotest 7110 MK III IL). על-פי מדריך ההפעלה של המכשיר, נעשה בו שימוש בשתי שיטות לקביעת ריכוז האלכוהול באוויר הנשוף. האחת, באמצעות העברת אור אינפרה-אדום ובדיקת כמות הקרינה הנבלעת על ידי האלכוהול. ככל שאחוז האלכוהול גבוה יותר, נבלעת קרינה רבה יותר (ולהפך). השיטה השנייה – באמצעות תא דלק. באוויר ישנו הפרש מתחים, ועל ידי מדידת הזרם ניתן לקבוע את שיעור האלכוהול. ככל שיש יותר אלכוהול, הזרם גבוה יותר (ולהפך).²¹²

גורמי השגיאה בבדיקת הנשיפה רבים ומגוונים. בעיה מרכזית אחת קשורה לאותו יחס קבוע (BBR) בין ריכוז האלכוהול באוויר הנשוף לבין ריכוז האלכוהול בדם. יחס זה משתנה מאדם לאדם ויכול להשתנות אצל אותו אדם מזמן לזמן. ערכים נמוכים במיוחד

של יחס דם-נשיפה (המעידים לכאורה על צריכת כמות גדולה של אלכוהול) מתקבלים בשלב הספיגה שלאחר השתייה, שבו קצב יציאת האלכוהול מהגוף נמוך מקצב היספגותו בדם. שלב זה עשוי להסתיים דקות ספורות לאחר סיום השתייה, ועלול להימשך אפילו עד שלוש שעות לאחר סיום השתייה - בהתאם לגורמים שונים. בארצות הברית, שבה בדיקות נעשות רק כשקיים עוד לפניהן חשד סביר שהנהג נהג בשכרות, מניחים על סמך הזמן החולף מהמעצר ועד לבדיקת הנשיפה שרוב הנבדקים נמצאים לאחר שלב הספיגה. הנחה זו איננה בהכרח נכונה לישראל, שבה בדיקות הנשיפה נעשות כבר בשלב העיכוב בכביש, ולא זמן משמעותי לאחר המעצר - בתחנת המשטרה.²¹³

מלבד הבעיה העקרונית של יחס דם-נשיפה המשתנה מאדם לאדם, ישנן בבדיקות הינשוף בעיות נוספות. האחת מכונה "אלכוהול בפה": אם ישנה הצטברות של אלכוהול בפה, הוא מצטרף לאוויר הנשוף ועלול לגרום לקריאות גבוהות שאינן משקפות את ריכוז האלכוהול באוויר הריאות. אלכוהול יכול להימצא בפה מסיבות שונות: שתייתו סמוך לבדיקה, שימוש בתרסיס לרענון הפה המכיל אלכוהול, אכילת מוצרי מזון המכילים אלכוהול, כגון לחם או שתייה קלה, אלכוהול העולה מהקיבה בשל מחלות קיבה או הקאה, בעיקר בשלב הספיגה ועוד. בעיות אחרות בבדיקת הנשיפה קשורות לשלב בו מתבצעת בדיקת ריכוז האלכוהול באוויר הנשוף. באוויר נשוף של אדם ישנם לפחות מאתיים חומרים שונים. אולם בדיקת כמות אור האינפרה-אדום הנבלע באלכוהול איננה ספציפית לאלכוהול (ethanol). חומרים אחרים המצויים באוויר הריאות, כגון אצטון, עלולים לבלוע את אותה קרינה, וכך המכשיר יראה קריאה גבוהה משל ריכוז האלכוהול באוויר הנשוף. אמנם מכשיר הינשוף מצויד בגלאי נוסף מסוג תא דלק, האמור להיות ספציפי יותר מגלאי האינפרה-אדום ובכך לפתור את בעיית הספציפיות, אלא שגם יעילות גלאי תא הדלק מוטלת בספק על ידי מומחים.²¹⁴

נוסחת בייס מאפשרת לנו לעשות חישוב לוגי-הסתברותי המלמד כי אפילו אם אחוז הטעויות בבדיקה הוא נמוך יחסית - למשל 1%, עדיין הבדיקה תהיה מדויקת רק עבור אוכלוסיות עם שיעור שיכורים גבוה. בהתאמה, הבדיקה תהפוך מאוד לא מדויקת אם נבדוק באקראי אנשים רבים שרובם המכריע אינם שיכורים. יוזכר כי בדוגמא של בדיקת נשאות האיידס שהובאה בדיון ככשל החלפת ההתניות (פרק ג[2]), ראינו כי גם ערכת בדיקה מאוד מדויקת, בעלת תוצאה חיובית כוזבת (false positive) המופיעה רק במקרה אחד מאלף בדיקות, עלולה להטעותנו אם נבדוק אדם מקבוצת סיכון נמוך, ששיעור הנשאות בה הוא 1 ל-10,000 בני-אדם. אמינות הבדיקה עולה ככל ששכיחות השיכורים בקרב קבוצת הנהגים הנבדקים גבוהה יותר. דרך אפקטיבית להשיג זאת היא באמצעות הדרישה שייבדקו רק אותם הנהגים אשר לגביהם ישנו חשד סביר שהם שיכורים - דרישה שאינה קיימת בדין הישראלי.

כאן המקום להדגיש שכשמיחסת לאדם נהיגה בשכרות בהתאם לשילוב בין מכשיר בדיקת הנשיפה לבין החוק והתקנות החלים בישראל, ברובם המכריע של המקרים לא מדובר בשיכור כלוט אותו נוטים לדמיין כל אימת שנזכרת מילה עם השורש ש.כ.ר. למעשה, לנוכח האפשרות החוקית להוכיח שכרות גם ללא בדיקת דם או בדיקת נשיפה, אלא, למשל, באמצעות עדות של השוטר על אופן נהיגתו של הנאשם במכוניתו ועל אופן התנהגותו בעת מעצרו ואחריו, עיקר הצורך בתוצאות בדיקת הנשיפה הוא דווקא במקרים הגבוליים של "שכרות" יציר החוק (על פי רמת ריכוז האלכוהול באוויר הנשוף) ולא דווקא שכרות במובנה בלשון המדוברת. אביא את דבריו של שופט תעבורה מנוסה מאוד - ד"ר אברהם טננבוים:

מהו 'הפרופיל' של 'הנהג העבריין' הממוצע שמואשם בעבירה של נהיגה בשכרות? בית משפט זה ראה מאות נהגים (אם לא יותר) שהואשמו בנהיגה בשכרות. אכן, מצאנו נהגים שנהגו ברמת

שכרות גבוהה ומסוכנת. הללו ברור שידעו על מצבם והתעלמו ממנו. היו גם נהגים שסובלים מבעיית שתייה כללית ובכל זאת נהגו. אולם ניתן לומר שאלו המיעוט דווקא. רובם הגדול של הנהגים/נהגות שהובאו לפני הם בחורים/בחורות צעירים שיצאו לבילוי עם חבריהם. כמות האלכוהול שצרכו לא הייתה גבוהה. בדיקות המאפיינים שערכה להם המשטרה היו תקינות וחלקם לא יכלו לדעת בדיוק את רמת שכרותם. הרבה מאוד מהם סברו בכנות כי שתו במידה המאפשרת להם להמשיך ולנהוג, וכאמור, לא הייתה להם כל דרך לדעת את רמת שכרותם. רובם ככולם הם אנשים חיוביים, נורמטיביים לחלוטין, שומרי חוק, ללא עבר פלילי וברוב המקרים גם ללא עבר תעבורתי משמעותי. הם הפנימו את העבירה וברור כי מעתה ייזהרו משנה מונים מנהיגה כזו. מדובר באנשים בראשית דרכם שלחלקם השלילה מהווה פגיעה קשה בהכנסתם ובאורח חייהם.²¹⁵

במדינות רבות בארצות הברית נדרשת סיבה סבירה (probable cause) להאמין שהנהג שיכור, כתנאי מקדים לביצוע בדיקות שטח לשכרות. זאת מאחר שבדיקות השכרות פורשו בפסיקת אותן המדינות כ"חיפוש" האסור ללא סיבה סבירה, על-פי התיקון הרביעי של חוקת ארצות הברית ועל-פי החוקות הפנימיות של אותן המדינות. לעתים הדבר מעוגן גם בחוקי השכרות המדינתיים. בדיקות נשיפה תיתכנה לאחר ביצוע מעצר בחשד של עבירת שכרות. במקרה כזה, נדרשת סיבה סבירה לעצם ביצוע המעצר. מכלול הנסיבות באותו אירוע יקבע אם לשוטר הייתה סיבה סבירה להאמין שהנהג היה תחת השפעת אלכוהול. הסימנים המצביעים על שכרות כוללים ריח אלכוהול, הודאת החשוד כי שתה, פנים סמוקות, עיניים אדומות או זגוגיות, דיבור המבליע מלים, הליכה מתנודדת, בעיות איזון, מעורבות בתאונת דרכים או נהיגה לא יציבה. השאיפה היא למבחן אובייקטיבי.²¹⁶

בישראל, לעומת זאת, מאפשר החוק בדיקות שכרות אקראיות,

גם ללא חשד סביר. מכאן שאין לגזור גזירה שווה מהאמינות המיוחסת לבדיקת הנשיפה בארצות הברית אל אמינות הבדיקה הנערכת בישראל. אמנם בשני המקומות מדובר במכשירים המבוססים על טכנולוגיה דומה, אך מכיוון שבדיקות השכרות בארצנו מבוצעות ללא דרישה של חשד, הרי שאמינות הבדיקה נפגמת באופן משמעותי. נוכח בדיקת אלכוהול, ללא ראיות אחרות, כלל לא ברור כי התבצעה עבירה פלילית. קיימת סכנה גדולה שטעויות הבדיקה "תייצרנה" עבירות מדומות, יש מאין. לכן יש לשנות את החקיקה הישראלית, כך שתאפשר בדיקות שכרות רק לנהגים שיש חשד סביר להיותם שיכורים, המגובה בראיות קבילות (כנהוג בפסיקה האמריקנית).

בנוסף, לנוכח הטעויות האינהרנטיות לבדיקת הנשיפה, אשר מהווה למעשה חיפוש של המטבע (ריכוז האלכוהול המשפיע על המוח) תחת הפנס (האוויר הנשוף) ולא במקום הימצאו (בדם), מן הראוי לקבוע בחקיקה שלכל נהג שנמצא שיכור בבדיקת הנשיפה (שקדם לה חשד סביר) יוצע לעבור בדיקת דם. מרגע שתיערך בדיקת הדם, לא תשמש בדיקת הנשיפה ראיה לשכרות, אלא רק הצדקה לעריכתה של בדיקת הדם. סירוב להיבדק בדיקת נשיפה לא ייחשב לעבירה אם החשוד יבקש לעבור בדיקת דם. רק סירוב לעבור את שתי הבדיקות, על רקע של חשד סביר, מתאים אולי להיחשב כעבירה פלילית (של סירוב ולא של נהיגה בשכרות). לעולם אין לכפות בדיקת דם - נוכח פולשנותה ופגיעתה המשמעותית באוטונומיה של האדם. אין לכפות בדיקת נשיפה - נוכח חוסר דיוקה - אם האדם מעדיף את בדיקת הדם, המדויקת יותר.

בנוסף, כיתר המכשירים המשמשים להפקת ראיות מדעיות, גם מכשיר ה"נשוף", המיוצר על ידי החברה הגרמנית "דראגר" (Draeger) והמשמש את משטרת ישראל לבדיקת נהגים, לא פותח בסטנדרטים הנדרשים ממערכת בטיחות קריטית ונופלות בו טעויות. זאת ועוד: משטרת ישראל בחרה לחסוך כסף ולא רכשה

את הדגם המשוכלל והמדויק יותר של המכשיר.²¹⁷

גם עתה, לאחר ההסברים, ישנם ודאי קוראים הסבורים או מקווים שרק אחוז קטן מאוד מהנהגים המורשעים בנהיגה בשכרות על בסיס בדיקות הנשיפה שאותן עורכת משטרת ישראל הם חפים מפשע, ומבקשים להתנחם במחשבה שבכל מקרה מדובר בעבירה לא חמורה. אך כפי שאומרים היום בני הנוער: "אז זהו, שלא". ראשית, ממצא מוטעה של שכרות עלול להוליך - במקרה של תאונה קטלנית - להרשעה בעבירת ההריגה, שדינה עד עשרים שנות מאסר, במקום בעבירה של גרימת מוות ברשלנות, שדינה עד שלוש שנות מאסר. שנית, תחשיב שערכתי עם ד"ר הלפרט מראה שייתכן מאוד ששיעור עצום מן המורשעים בנהיגה בשכרות בישראל - כמחצית (!) - הם חפים מפשע.²¹⁸

נשמע דמיוני? לפי הנתונים שפרסמה משטרת ישראל, ב-2008 נערכו כ-300,000 בדיקות שכרות.²¹⁹ על-פי פרסומים בעיתונות, ב-2009 בוצעו 530,000 בדיקות. רק 11,000 מהנבדקים נמצאו שיכורים.²²⁰ נניח שיש רק אחוז בודד של בדיקות מוטעות המזהות אדם פיכח כשיכור (false positive). בארצות הברית בודקים רק את מי שיש נגדו חשד סביר. אם היינו פועלים כאמריקנים ובודקים רק 10,000 נהגים שיש נגדם חשד סביר (כגון לפי אופן נהיגתם סמוך לעיכובם לבדיקה), שמתוכם נניח ש-5,000 הם באמת שיכורים, היו מתקבלות התוצאות הבאות:

1% שגיאיות מ-5,000 בדיקות הנערכות לאלה שאינם שיכורים (חרף החשד), פירוש הדבר 50 טעויות. בנוסף, בהנחה שגם השגיאה השלילית (קביעה שאדם שיכור הוא פיכח, false negative) היא 1%, המכשיר היה מצביע על עוד 4,950 שיכורים (אמיתיים). קיבלנו 50 טעויות של זיהוי פיכחים כשיכורים מול 4,950 תוצאות נכונות באשר לשיכורים אמיתיים - סביר להניח שרבים היו מוכנים לקבל יחס כזה.

עתה נראה מה התרחש כנראה בישראל, כשבדקו באופן

סיטונאי 530,000 נהגים ללא דרישה מוקדמת של חשד סביר, ומתוכם רק 11,000 נמצאו שיכורים. החוק הישראלי ובתי המשפט אינם מחייבים את המשטרה והתביעה לספק נתונים בדוקים מיצרן המכשיר באשר לאחוזי השגיאה החיובית (זיהוי של פיקח כאילו היה שיכור) והשגיאה השלילית (זיהוי של שיכור כאילו היה פיקח). לצורך התחשיב נניח שוב ששיעורי השגיאות הם 1%. עבור שגיאה חיובית ושלילית של 1% ועבור 530,000 נבדקים ו-11,000 תוצאות חיוביות, מניב החישוב המתמטי שערכנו ד"ר הלפרט ואנוכי תוצאה של 5,242 פיקחים המאובחנים בטעות כשיכורים. כלומר, מורשעים 11,000 נהגים שמתוכם רק 5,758 (52%) באמת שיכורים, ואילו 5,242 (48%) הנוספים מורשעים בטעות. ערך הניבוי החיובי של הבדיקה הוא נמוך מאוד - 52% בלבד. משמעות הדבר היא שאחד מכל שני מורשעים כלל לא היה שיכור(!).²²¹

(n) בדיקות לאיתור סמים בגוף הנבדק²²²

סרן תומר פאר, כמו רבים מאתנו, היה כנראה משוכנע שניתן לסמוך על בדיקות המעבדה לאיתור עקבות סמים בשתן. בדיקות כאלה נערכות לעתים על ידי המשטרה הצבאית החוקרת (מצ"ח), לאיתור חיילים הצורכים סמים ולהרתעת חיילים מלעשות כן. אכן, עבור חייליו של סרן פאר באה הבדיקה בהפתעה. אך עבור המפקד לא הייתה כל הפתעה בעצם עריכת הבדיקה: הוא עצמו תיאם עם חוקרי מצ"ח את המועד. כדי לשמש דוגמא אישית, וחרף העובדה שלא היה חייב לעשות כן, התנדב סרן פאר להיבדק. לתדהמתו הרבה, תוצאת הבדיקה הייתה "חיובית", כלומר, נמצאו עקבות סמים בשתן. הוא אמנם זוכה במשפטו משום שהשופטים הבינו שלא מתקבל על הדעת שהשתמש בסמים ותיאם בדיקה ואף התנדב להיבדק, ולכן כפי הנראה היה זה מקרה נוסף של טעות בבדיקת המעבדה. אך מה היה קורה אילו הטעות הייתה מתרחשת בבדיקה

של אחד מחייליו של סרן פאר, שלא ידע מראש על הבדיקה? קרוב לוודאי שהיה מורשע בעבירה שאותה לא עבר.²²³ בפסק הדין בבג"ץ בעניין לוברטובסקי קבע בית המשפט העליון שבדיקת מעבדה לגילוי סמים בשתן, המבוססת על שילוב השיטה הרדיואימונולוגית (RIA) ושיטת הכרומטוגרפיה הנוזלית בלחץ גבוה, שהיא בעלת דיוק של 99.8%-100%, היא ראייה שדי בה כדי להוכיח את היסוד העוברתי של העבירה, דהיינו, שכל אחד מן העותרים באותה עתירה צרך חשיש אשר חדר לגופו. בנוסף נקבע ש"בהעדר אינדיקציה לסתור בחומר הראיות, מותר להסיק, על פי ניסיון החיים הכללי והשכל הישר, כי חומר זה חדר לגופו בידיעתו של אותו אדם, אלא אם הוא הוכיח אחרת או הצביע על נסיבות העלולות לעורר ספק סביר לטובתו".²²⁴ כך, על בסיס חזקה עוברתית, מוכיחים, או ליתר דיוק, מניחים את התקיימותו של היסוד הנפשי הנדרש בעבירה - המחשבה הפלילית, המוגדרת כמודעות לרכיבי היסוד העוברתי. הלכה זו שרירה וקיימת עד היום, ובתי משפט - בעיקר בתי דין צבאיים - מסתמכים עליה כדי להרשיע נאשמים שתוצאת בדיקת הסמים אותה עברו הייתה חיובית.

לכאורה, נוכח הדיוק הגבוה שבית המשפט מייחס לבדיקה - 99.8%, ניתן לחשוב שאם מרשיעים על-פי תוצאת הבדיקה לבררה, גם ללא כל ראיה נוספת לכך שהנאשם צרך סמים, אפשרות הטעות והרשעתו של חף מפשע היא מזערית. אך יש להביא בחשבון את האפשרות של טעות בבדיקת המעבדה. כשמדובר בבדיקת סמים, ובהיעדר ראיות אחרות, כלל לא ברור כי התבצעה עבירה פלילית. קיימת סכנה שטעויות הבדיקה "יצרו" עבירות יש מאין. מקור השגיאות בבדיקות סמים הוא רחב. ידועה התופעה המכונה בשם cross-reactivity, שבה מיני מזון מסוימים כפרג או תרופות מסוימות גורמים לתוצאה חיובית כוזבת.²²⁵ התופעה קיימת גם בבדיקת האימות המשוכללת ביותר, מסוג "GC/MS". בנוסף תכנה שגיאות טכנאים, כגון כיוול לא נכון, אי-ניקוי המכשיר,

זיהומים שונים וטעויות אנוש או החלפה בין דגימות של נבדקים שונים, ככל אחד משלבי הבדיקה. כמו כן, "עישון פסיבי" וחשיפה פסיבית לא יזומה חוזרת, אף לכמויות קטנות של הסם, עלולים להביא לתוצאה חיובית מטעה בבדיקה. על-פי הספרות המדעית, נראה שסדר גודל אמינות התוצאות של בדיקות סמים, הכוללות גם בדיקות אימות מתוחכמות, נע סביב 1% שגיאה בקירוב.²²⁶ בהיעדר ראיות נוספות, משמעות הדבר היא שבחלק ניכר מהמקרים הממצא החיובי של המעבדה יהיה מוטעה ומטעה. מכאן שההתייחסות המקובלת בישראל לבדיקת סמים כאל ממצא מוחלט מוטעית, מסוכנת ועלולה להוביל להרשעת חפים מפשע.

כדי להמחיש את הסכנה מבלי לפרט את החישובים הלוגיים-הסתברותיים המוליכים אליה, אביא את דבריו של בית משפט אמריקני, המבוססים על נוסחת בייס, שכבר ראינו לעיל את התועלת הרבה שניתן להפיק ממנה להערכה ריאלי של כוחן וחולשותיהן של ראיות, תוך התגברות על "כשל החלפת ההתניות":²²⁷

הבעיה שמעלה נוסחת בייס היא שאם לבדיקה יש 1% תוצאות חיוביות-כוזבות, ולאוכלוסייה הנבדקת יש שתן "מלוכלך" במקרה אחד מעשרה, אזי מתוך אלף בדיקות מאה מהתוצאות ה"חיוביות" תהיינה נכונות ועשר שגויות; אך אם לאוכלוסייה הנבדקת יש שתן "מלוכלך" רק במקרה אחד מאלף, אזי בדיוק אותה הבדיקה שתבוצע בדיוק באותה הזהירות תניב עשר תוצאות חיוביות-כוזבות על כל תוצאה חיובית נכונה.

בית המשפט האמריקני מראה שאמינות תוצאת הבדיקה תלויה בשכיחות השימוש בסמים בקבוצה הנבדקת. בדוגמה, שבה רק אדם אחד מאלף אינו "נקי", כלומר צרך סמים, הרי שאף על פי שאמינות הבדיקה באופן כללי עומדת על ממוצע של 1% בלבד של תוצאה חיובית-כוזבת, תתקבלנה עשר תוצאות חיוביות מוטעות לכל תוצאה חיובית אמיתית. בנתונים אלה, שבהם רק תוצאה אחת

מכל אחת עשרה תוצאות חיוביות היא נכונה, ההסתברות שהנבדק אכן השתמש בסמים היא 9% (1/11) בלבד ואילו ההסתברות שהתרחשה שגיאיה בבדיקה היא 91% (10/11). מנגד, אם תופעת השימוש בסמים נפוצה בקבוצה הנבדקת עד כדי אדם אחד מעשרה, הרי על כל עשר תוצאות חיוביות נכונות יש רק תוצאה חיובית מוטעית אחת.

אפילו אם נקבל את האופטימיות שבפסיקה הישראלית, לפיה שיעור הטעויות בבדיקות איננו 1% כמדווח בספרות המדעית אלא רק 0.2%, גם אז חישוב שערכתי יחד עם ד"ר הלפרט מראה שמתוך שלוש תוצאות חיוביות המתקבלות בסביבה "נקייה" יחסית - שבה רק אדם אחד מאלף נבדקים משתמש בסמים, רק אחת מהן היא תוצאת אמת, בעוד שהשתיים האחרות הן תוצאות כוזבות, הצפויות להוליד להרשעתם של חפים מפשע.²²⁸

המסקנה המוצעת היא שאין להסתמך על בדיקת סמים לבדה לצורך הרשעה, אלא יש לדרוש ראיות קבילות נוספות נגד הנאשם, אשר תצבענה על כך שעבר עבירה של שימוש בסם. בנוסף, יש לשלול בבדיקות המוניות הנערכות ללא חשד סביר מוקדם המעוגן בראיות. אין להשתמש בבדיקות המוניות לאיתור חשודים ולהרשעתם, אלא יש לבדוק רק חשודים, כך שהבדיקה תוכל לאמת או להפריך את החשד הראשוני. במצב הקיים אנו מרשיעים באופן שיטתי גם חפים מפשע.

(ט) סיכום ביחס לראיות המדעיות

ישנן כמה מסקנות משותפות העולות מתוך ההתייחסות בנפרד לכל אחת מהראיות המדעיות. האחת היא שיש לפתח את המכשירים המשמשים להפקת ראיות מדעיות כפי שמפתחים מערכות בטיחות קריטית בתחומי התעופה, ההנדסה והרפואה, כך שיהיו מדויקים יותר. שיפור זה לא רק ימנע הרשעות מיותרות לחלוטין

של חפים מפשע הנובעות מטעויות בבדיקות המדעיות, אלא גם ישכלל את אכיפת החוק כך שפחות אשמים יימלטו מעונש.

מסקנה משותפת שנייה היא שעל בתי המשפט לבחון ביתר קפדנות את הראיות המדעיות המוצגות בפניהם ולא לקבל ראיות מפוקפקות הראויות לתואר "מדע זבל". כדי לקבוע שראיה מסוג מסוים תהיה קבילה במשפט, עליה לעמוד בסטנדרטים המדעיים המקובלים, להיות אמינה, תקפה וניתנת להפרכה - אך, כמובן, מבלי שהצליחו להפריכה. גם כשמדובר בראיות טובות, על בית המשפט לדרוש מהתביעה להציג נתונים בדוקים על אפשרות ההתאמה המקרית ועל שיעור הטעויות כתנאי לקבלת הראיה המדעית. בנוסף לבדיקת השיטה המדעית שעליה מבוססת הראיה, על בית המשפט לדרוש מהמומחה לפרט בפניו את הבדיקות שעשה ואת הדרך שבה הגיע למסקנתו, להתעמק בה ולבקרה. בנוסף, על בית המשפט לנהוג ביחס של "כבדהו וחשדהו" כלפי המומחים השונים, ולא ללכת שבי אחר עדויותיהם.

מסקנה מתבקשת שלישית היא שהכרחי לשפר מאוד את כל התחום המכונה "מדע פורנזי": יש לנתק את הקשר בין המעבדות לבין המשטרה והתביעה ולהקים מעבדות עצמאיות ואובייקטיביות. אין למסור למומחים פרטי חקירה שאינם דרושים לשם ביצוע הבדיקה, כגון שהחשוד זוהה או הודה או שיש נגדו ראיה מדעית אחרת. פרטים אלה עלולים לגרום להטיה של המומחה מהתלם האובייקטיבי שבו עליו לבצע את הבדיקה. יש לחזק את המקצועיות ואת האתיקה של עובדי המעבדות הפורנזיות. הכרחי לעודד מחקרים מדעיים, אשר יתרמו להפיכת התחום המכונה מדע פורנזי למדעי יותר. יש להפוך את עבודת המעבדות הפורנזיות לשקופה יותר ולהסדיר גילוי מרכי לסנגורים, על מנת שיוכלו להגן על הנאשמים כראוי. להבטחת הגנה ראויה, רצוי להקים מעבדות אשר תבצענה בדיקות לא רק עבור התביעה, אלא גם עבור הסנגוריה. המסקנה הרביעית שמוצעת היא שיש לשנות את דיני הראיות

כך שלא ניתן יהיה להרשיע אדם על בסיס ראייה יחידה כלשהי, שהרי אפילו בראיות המדעיות המדויקות ביותר - ההשוואות הגנטיות וכן השוואות טביעות האצבעות - נופלות טעויות בשיעורים שאינם זניחים.

עד כאן לעניין הראיות המדעיות, ומכאן לגורמים נוספים להרשעות מוטעות, מתחום דיני הראיות.

8. ראיות נסיבתיות מטעות

כך כתב לפני כ-800 שנים רבי משה בן מימון (הרמב"ם):

האזהרה שהוזהרנו מלהוציא לפועל את העונשים על פי אומדן חזק ואפילו קרוב לודאי, כגון שהיה אדם רודף אחר שונאו להרגו ונמלט ממנו לבית, ונכנס אתו הרודף אחריו, ונכנסנו אנחנו אחריהם ומצאנו את הנרדף הרג ומפרפר, ושונאו הרודפו עומד עליו כשהסכין בידו ושניהם מגואלים בדם - הרי אין הסנהדרין הורגים רודף זה על דרך קיום העונש כיון שאין שם בירור בעדים שראו את הרציחה [...] ואל יקשה בעיניך דבר זה, ואל תחשוב שזה דין עוול - לפי שהדברים האפשריים יש מהם שאפשרותם קרובה מאד, ומהם שאפשרותם רחוקה מאד, ומהם בינוניים בין אלו, וה'אפשר' רחב מאד. ואלו הרשתה תורה לקיים עונשים באפשר הקרוב מאד, אשר כמעט קרוב למחויב המציאות כרגמת מה שהזכרנו - כי אז היו מקיימים את העונשים במה שהוא יותר רחוק מזה ובמה שהוא עוד יותר רחוק, עד שיקיימו את העונשים וימיתו בני אדם בעוול באומדן קל לפי דמיון השופט. לפיכך סתם יתעלה את הפתח הזה וצוה שלא יקייים שום עונש אלא עד שיהיו שם עדים המעידים שברור להם אותו המעשה, בירור שאין בו שום ספק, ואי אפשר להסבירו אחרת בשום אופן. ואם לא נקיים את העונשים באומדן החזק מאד - הרי לא יוכל לקרות יותר משנפטור את החוטא; אבל אם נקיים את העונשים באומדן וברימוי אפשר שביום מן הימים נהרוג נקי - ויותר טוב ויותר רצוי לפטר

אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים.²²⁹

הרבה דברים יפים ניתן למצוא בפסקה זו של הרמב"ם: זהירות רבה מפני הרשעת חף מפשע (לפחות כשמדובר בעונש המוות); עמידה על הסכנה של "מדרון חלקלק": כשם שאין יציבות כשעומדים על מדרון חלקלק, כך אם נסתפק היום בראיות נסיבתיות הנראות משכנעות, הדבר יוביל לכך שנסתפק מחר בראיות נסיבתיות פחות משכנעות, ומחרתיים נסתפק בראיות נסיבתיות שאינן משכנעות דיין; הימנעות מהרשעה על בסיס "אומדן" (אומדן, הערכה) - אפילו אם הוא חזק עד קרוב לוודאי; פרופורציה הגדולה מאה מונים מזו המקובלת במשפט האנגלו-אמריקני, הבאה לידי ביטוי בממרה הידועה של המלומד האנגלי בלקסטון (Blackstone), שלפיה מוטב שעשרה אשמים יצאו לחופשי מאשר שחף מפשע אחד יורשע. לצורך הדיון הנוכחי, נלמד מהרמב"ם שדין תורה דוחה הוכחות נסיבתיות, אפילו אם הן נראות מאוד משכנעות, משום שהן עלולות להטעות.

נהוג להבחין בין "ראיות נסיבתיות" לבין "ראיות ישירות". "ראיה ישירה" מצביעה ישירות על הדבר שרוצים להוכיח באמצעותה. למשל, עד מעיד שראה את הנאשם תוקף את הקורבן. כאשר מובאת בפני בית המשפט ראיה ישירה, תפקידו המרכזי הוא קביעת מהימנותה (האם העד משקר) ותקפותה (האם העד זיהה באופן מדויק את הנאשם). בניגוד לכך, "ראיה נסיבתית" אינה מוכיחה במישרין עובדה השנויה במחלוקת במשפט, אלא היא מוכיחה התקיימות נסיבה, שממנה ניתן להסיק - בעזרת ההיגיון - את התקיימותה של עובדה מסוימת. התפקיד המרכזי של בית המשפט שבפניו מובאות ראיות נסיבתיות הוא הסקת מסקנות. קביעת הממצא העובדתי נעשית בדרך של הסקת מסקנה הגיונית מהנסיבות שהוכחו. להלן דוגמאות לראיות נסיבתיות: חפצים השייכים לנאשם אשר התגלו ברכב ששימש לביצוע השוד; מיקומו

של רכב בכביש לצורך קביעת אחריות לתאונה; הימצאות טביעת אצבעו של הנאשם בזירת העבירה; תדפיס שיחות טלפון שהתקיימו בין קו הטלפון של הנאשם לבין קו הטלפון של קורבן העבירה; שרידי ירי על חולצת הנאשם; התנהגות מחשידה של נאשם כגון הסתרתו בתוך ארון.

פסק הדין בפרשת נגר הוא דוגמה מעניינת לאפשרות להוכיח את עצם ביצוע העבירה על סמך ראיות נסיבתיות.²³⁰ עברייני בשם ארכיב נעלם בזמן שהנאשמים נמלטו מהכלא. גופתו לא נמצאה מעולם, אך היו ראיות נסיבתיות לביצוע עבירת רצח על ידי הנאשמים נגר ואלחרר. נגר, אלחרר וארכיב נראו יוצאים יחדיו. רק נגר ואלחרר חזרו. הם הגיעו לדירתם מלוכלכים בבוץ. נגר ואלחרר סיפרו לאחד מחבריהם שארכיב "התבזבז". היו עדויות שנגר ואלחרר רכשו אקדח. מאז אותו יום שבו נראו השלושה יוצאים יחד, משפחתו של ארכיב לא שמעה ממנו, ולא היו עדים אמינים שראו אותו בחיים. לנאשמים היה מניע לרצח: ארכיב אנס את גיסתו של נגר וניסה לשדלה לעבוד בזנות עבורו. נגר אמר לגיסתו למחרת שובו מהטיול עם ארכיב שארכיב לא יציק לה יותר וגם לא לאף אחד אחר.

במשפט יש להוכיח הן את עצם ביצוע העבירה (corpus delicti) והן את זהות המבצע. כדי להוכיח שבוצעה עבירת רצח יש להראות שנגרם מוות, ושהמוות נגרם על ידי מעשה בלתי חוקי של אדם אחר, ולא, למשל, על ידי התאבדות. בפסק דין נגר נקבע שגם את העובדה שבוצעה עבירה ניתן להוכיח לא רק על ידי ראיות ישירות אלא גם על ידי ראיות נסיבתיות, וזאת גם כשמדובר ברצח: אין לקבל את ההנחה שבהיעדר גופה המצביעה באופן ישיר על עובדת המוות, קיים ספק אינהרנטי ביחס להתקיימות העבירה. ניתן לכן להוכיח שבוצע רצח גם אם לא נמצאה גופה ולא הוכח בראיה ישירה שנגרם מוות.

קיימת אפילו טענה שלפיה "ראיות נסיבתיות אוצרות כוח שאין

בידיהן של ראיות ישירות: שעד יכול שלא יאמר אמת, ואילו ראייה נסיבתית אינה יכולה לשקר".²³¹ אמרה זו אינה מדויקת, שכן גם מהימנותה של ראייה נסיבתית יכולה להיות מוטלת בספק (למשל במקרה של השתלת טביעת אצבע בזירת העבירה - כפי שיודגם להלן באמצעות פרשת השוטר הזיפן מיכלזון²³²), וכפי שכתב שופט בית המשפט העליון מאיר שמגר בפסק הדין הנ"ל בפרשת נגר: "אין לעולם לשכוח כי הנסיבות בלבד אינן אלא עובדות, והוכחתן של אלו תלויה על פי רוב בעדותם של בני אדם. נסיבות כשלעצמן אמנם אינן אומרות דבר שקר, אולם אלו המעידים עליהן עושים זאת לא אחת. זאת ועוד, ייתכן שהעד הוא בעל דעה קדומה או נתפס לטעות..."²³³

בהבדל ממשנתו של הרמב"ם שהוזכרה בתחילת הפרק, במשפט בן ימינו מרשיעים גם מרשיעים על בסיס ראיות נסיבתיות. הדבר כמובן מגדיל את הסכנה להרשעת חפים מפשע. כך, במחקר של הוגו בדאו ומייקל ראדלט (Bedau & Radelet), שבו נסקרו 350 עיוותי דין בעבירות שדינן מוות, כ-30 מקרים היה עיוות הדין תוצאה של ראיות נסיבתיות מטעות, ומתוכם כ-16 מקרים דובר באבחנה מוטעית של סיבת המוות. התאבדויות ותאונות פורשו בטעות כרצח. לדוגמה, אדם הורשע ברצח אשתו בירייה, ורק לאחר ההרשעה התברר שניסתה להתאבד והוא ניסה להסיט את הנשק כדי למנוע זאת ולהצילה, אך לרוע המזל לא הצליח.²³⁴

במחקרם החדש של גרוס ושאפר (Gross & Shaffer) מדווח על 129 מקרים שבהם זוכו באופן רשמי אנשים שהורשעו בפשעים אשר כלל לא בוצעו - אפילו לא על ידי אחרים. חלק מהם מבוססים על ראיות נסיבתיות מוטעות.²³⁵ בשנת 2000 הורשע במישיגן רוברט פראנסוורס לאחר שנאלץ להודות בחקירה משטרתית לוחצת שגנב מעטפה עם כסף ממעבידו. מייד לאחר מכן הכחיש וסיפר שהפקיד את המעטפה בתיבת שירות של הבנק, כפי שהיה אמור לעשות. שמונה חודשים לאחר שהורשע נעלמה מעטפת כסף נוספת. הפעם

פירקו אנשי הבנק את תיבת ההפקדה ומצאו שלוש מעטפות כסף תקועות בה, לרבות זו שפראנסוורס הורשע בגניבתה. המקרה מדגים, כמובן, לא רק את האפשרות שראיה נסיבתית (העובדה שאנשי הבנק לא מצאו את הכסף סמוך לאחר שהופקד) תטעה אותנו, אלא גם את האפשרות שאדם יאלץ להודות בעבירה שאותה כלל לא עבר.

אינני טוען שיש להפסיק להכיר בראיות נסיבתיות במשפט הפלילי; כבודן במקומן מונח. אחרי הכול, גם הראיה המדעית המדויקת ביותר - השוואת DNA - היא למעשה ראייה נסיבתית ולא ראייה ישירה. בנוסף, דווקא הראיות הישירות - עדות הראייה והודאת הנאשם בפני המשטרה - הן הראיות המרכזיות הבעייתיות ביותר. עם זאת, יש להיות מודעים לכך שהראיות הנסיבתיות עלולות ליצור רושם מוטעה שאדם עבר עבירה שלא הוא עבר, ועלולות אפילו ליצור רושם מוטעה שנעברה עבירה שכלל לא נעברה (גם לא על ידי אדם אחר) ולכן אסור ללכת שבי אחריהן. בין היתר, אין להרשיע על סמך ראייה נסיבתית יחידה.

9. השפעה מטעה של ראיות שונות זו על זו

ביש המזל של ג'ושוע סוטון, נער בן שש-עשרה מיוסטון שבארצות הברית, החל ב-30.10.98, כשקורבן אונס זיהתה אותו כאחד משני הגברים שאנסוה. הנער, שהיה משוכנע בחפותו, ביקש לבצע השוואה גנטית בין דגימה מגופו לבין הזרע אשר נמצא בגוף הקורבן סמוך לאחר האונס. הבדיקה בוצעה במעבדה לזיהוי פלילי של משטרת יוסטון. תוצאת הבדיקה שהוגשה לבית המשפט הייתה כי קיימת התאמה. המשפט היה קצר, סוטון הורשע ונידון ל-25 שנות מאסר.²³⁶

כשמדובר בשתי ראיות מתחומים שונים לחלוטין (זיהוי הנאשם כעבריין על ידי הקורבן והתאמה גנטית בין הנאשם לבין הדגימה

מגוף הקורבן) נוטים לחשוב שהראיות הן עצמאיות לחלוטין. לכן, בהנחה המקובלת שלכל אחת מהן כנפרד משקל גדול בזיהויו של אדם כמבצע העבירה (הנחה שכפי שראינו היא נכונה ביחס להשוואה גנטית, אם כי גם בה תיתכן טעות, ולא נכונה ביחס לעדות ראייה), אנו מסיקים שההסתברות שאכן מדובר באנס קרובה לוודאות.

הקורבן נאנסה באכזריות, תוך נסיעה במכוניתה, על ידי שני גברים שאילצוה באיומי אקדח להיכנס למכונית כשהייתה סמוך לביתה, ולאחר מכן התחלפו ביניהם בתפקידי הנהיגה והאונס. הקורבן לא הצליחה להבחין בכירור בפניהם של התוקפים, אולם הבחינה שהאחד חבש כובע בייסבול והאחר כובע צמר. היא תיארה אותם בעדותה במשטרה כשחורי עור וכקטנים ממנה במידותיהם. לאחר ימים אחדים, בעת שנסעה במכוניתה באזור ביתה, הבחינה הקורבן בשלושה גברים שחורים. אחד חבש כובע בייסבול והשני חבש כובע צמר. היא מייד דיווחה על כך למשטרה, שעצרה אותם. הזיהוי הראשוני של סוטון על ידי הקורבן היה בעייתי מאוד. חוקרי המשטרה לא ערכו מסדר זיהוי כמקובל, אלא הושיבו כל אחד משלושת החשודים במושב האחורי של נידת אחרת והסיעו אותם למגרש חנייה. שם התבקשה הקורבן לזהותם מתוך מכוניתה שלה, ממרחק של מטרים אחדים. השוטרים אפילו לא הנחו את החשודים להסיר את כובע הצמר ואת כובע הבייסבול. הקורבן זיהתה את חובשי הכובעים כמי שאנסוה. הזיהוי התבצע מבלי שהקורבן הייתה יכולה להבחין במידותיהם של החשודים - שהרי ישבו בניידות המשטרה. סוטון היה שחקן כדורסל מצטיין. הוא היה גבוה מאוד ובעל מידות גוף גדולות בהרבה משל הקורבן (אשר כזכור תיארה את האנסים כקטנים ממנה). לקראת עדותה במשפט כבר מסרו החוקרים לקורבן שנמצאה התאמה גנטית, ולכן, באופן אנושי, העידה במשפט עצמו שהיא בטוחה בזיהוי.

במקביל, מתברר שגם למומחית שערכה את ההשוואה

הגנטית במעבדה היו ספקות באשר להתאמה. אלא שחוקרי המשטרה כנראה מסרו לה שהקורבן זיהתה את החשוד כמי שאנס אותה. מידע זה גרם לה להתמקד בממצאים שתמכו בהתאמה, ולהתעלם מממצאים אשר שללו התאמה - ממצאים שלגביהם אף נמנעה התביעה מחובתה ליידע את ההגנה. הבדיקה בוצעה במעבדה המשטרית של יוסטון, שכזכור נסגרה כשהתנהלותה השערורייתית נחשפה בתוכנית טלוויזיה. מומחה ידוע, פרופ' וויליאם תומפסון (Thompson), אשר התבקש במסגרת תחקיר הטלוויזיה לבדוק את עבודת המעבדה במקרה של סוטון, הגיע למסקנה שהממצאים שהיו בידי מומחית המעבדה, לא זו בלבד שלא תמכו בהתאמה גנטית בין הנער סוטון לבין הזרע שנאסף מגוף הקורבן, אלא יתרה מזאת, היו בידיה ממצאים שעל בסיסם היה עליה להעיד בבית המשפט שההתאמה נשללה לחלוטין (!). הפרופיל הגנטי של הנער לא התאים לאחת מהדגימות שנאספו מזירת העבירה, והמומחית, וכפי הנראה גם התובע, בחרו להתעלם מדגימה זו.²³⁷ להערכת תומפסון, סביר להניח שמומחית המעבדה הושפעה מהידיעה שקורבן האונס זיהתה את סוטון, כשם שסביר להניח שהקורבן, בעדותה בפני בית המשפט, הושפעה מהידיעה שנמצאה התאמה גנטית. כך, שתי ראיות חלשות השפיעו זו על זו, חיזקו זו את זו, והביאו לזיהוי המוטעה ולהרשעתו של נער חף מפשע באונס שכלל לא היה מעורב בו. הנער היה כלוא חמש שנים עד שבדיקות DNA חדשות שללו את מעורבותו בפשע.

דוגמאות נוספות להשפעות ראיות אחת על השנייה - תופעה הידועה כ"אפקט הצופה" - ראינו לעיל בעת הדיון בהשוואות של טביעות אצבעות, כגון בחשד המוטעה בעורך הדין האמריקני ברנדון מייפילד כמעורב בביצוע פיגועי הטרור במדריד ב-2004. מלכתחילה, בחקירה המשטרית, יש להשתדל שלא לאפשר השפעה כזו של הראיות זו על זו, ולא לחשוף בפני המומחים והעדים מידע הנוגע לראיות אחרות. בדיעבד, במשפט עצמו, יש

להיות מודעים לאפשרות שהראיות אינן עצמאיות וחזקות כפי שהן נחזות.

10. האמת העובדתית מול 'האמת המשפטית'

חיים ארלוזורוב, ראש המחלקה המדינית של הסוכנות היהודית, נרצח על שפת ימה של תל-אביב בלילה שבין ה-16 ל-17 ביוני 1933. החשד נפל על חברי התנועה הרוויזיוניסטית, בשל התנגדותם החריפה למשא ומתן שניהל ארלוזורוב עם הממשל הנאצי בעניין יהודי גרמניה ורכושם. הוגש כתב אישום לבית המשפט לפשעים חמורים בירושלים, ובו ייחסה התביעה עבירת רצח לאברהם סטבסקי ולצבי רוזנבלט, ועבירה של ייעוץ ושידול שני הנאשמים האחרים לביצוע הרצח לאבא אחימאיר. אחימאיר זוכה לאחר שמיעת ראיות התביעה. בפסק הדין מיום 8.6.34 נקבע ברוב דעות כי סטבסקי השתתף ברצח בכוונה תחילה של ארלוזורוב בכך שעקב אחריו, עצר אותו, הפנה אור פנס כלפיו והיה נוכח במקום קרוב לביצוע העבירה. לפיכך הורשע סטבסקי בעבירת רצח, ונגזר עליו עונש מוות. לממצא זה של הרוב לא ניתנה כל הנמקה. רוזנבלט זוכה מכיוון שלא נמצא סיוע ממשי לעדות הגברת ארלוזורוב, כפי שהיה דרוש אז לשם הרשעה לפי פקודת העדות. גם לגבי הזיכוי לא ניתנה הנמקה בנוסף לאמור לעיל. שופט המיעוט סבר כי יש לזכות גם את סטבסקי, מכיוון שגברת ארלוזורוב טעתה, בתום לב, בזיהוי. על פסק הדין של בית המשפט לפשעים חמורים ערער סטבסקי לבית המשפט העליון, ובערכאה זו ניתן פסק דין מנומק ב-20.7.34. הערעור התקבל, פסק הדין של בית המשפט לפשעים חמורים בוטל, וסטבסקי זוכה. ההנמקה המרכזית של שופטי המנדט הבריטי הייתה כי מלבד עדות הראייה של הגברת ארלוזורוב נדרשה על-פי החוק שהיה אז בתוקף ראייה נוספת בדרגת "סיוע", ומכיוון שהמשטרה והתביעה לא הצליחו

להציג ראייה כזו, יש לזכות את הנאשם חרף העובדה שהשופטים האמינו לעדות הגברת ארלוזורוב, אשר זיהתה את סטבסקי. הן הזיכוי נטול ההנמקה של רוזנבלט בערכאה הראשונה והן הזיכוי של סטבסקי בערעור לא הסירו את הכתם שדבק בהם. אין זה פלא שהם ובני משפחותיהם לא מצאו מנוח עד אשר יוכל מאוחר יותר, ב־1982, החליטה ממשלת ישראל על הקמת ועדת חקירה. הוגשה עתירה לבג"ץ ונטען שהחלטת הממשלה היא התערבות אסורה בפסק דין חלוט (פסק דין סופי שלא ניתן לערער עליו) של בית משפט. בית המשפט העליון (בשבתו כבית דין גבוה לצדק) פסק שאין מניעה למנות ועדת חקירה לבירור העובדות של פרשה אשר ניתן לגביה פסק דין של בית משפט, משום שתפקידי שני הגופים שונים: בית המשפט קובע את "האמת המשפטית", וועדת החקירה מוסמכת לתור אחר האמת העובדתית, ההיסטורית. זהו הרקע לדבריו המעניינים של השופט פרופ' מנחם אלון:

הגדרת המושג "אמת" וקביעתם של מבחני האמת בכל תחום מתחומי החשיבה והעשייה האנושית, קשות הן כקריעת ים סוף. כמה יגיעות יגעו בכך וכמה מחשבות חשבו ועלו בלבם של הוגים ומלומדים ועדיין לא עלתה בידם; ואולי אין היא ניתנת כל עיקר להשגה בתפיסתם של בני אנוש, וידיעתה אינה אלא נחלת "עולם האמת". ומשמדובר על בירור האמת בעולמה של מערכת המשפט, אין כוונתנו אלא לבירור האמת, במידה שניתן להגיע לחקרה על-פי הנורמות המהותיות והכללים הפרוצדוראליים שבאותה מערכת משפט, שכמסגרתה מתקיים הבירור המשפטי. שונות הן הגדרות הנורמות המהותיות, הנקוטות בידי ועדת חקירה, ודרכי בירורן של נורמות אלה פועלות הן במישור שונה מדרך הבירור המשפטי [...] הליכיה של ועדת החקירה אינם הליכים שיפוטיים, שהרי "אינה חייבת לנהוג לפי סדרי הדין של בית משפט, והיא רשאית לקבל כל ראייה שהיא בכל דרך הנראית לה מועילה", ואין היא כפופה לדיני הראיות הנהוגים בבית המשפט

[...] ומשום כך "דין וחשבון של ועדת חקירה לא ישמש ראיה בכל הליך משפטי" [...] אשר על-כן כל מסקנה שהיא, אליה תגיע ועדת החקירה, אינה מתיימרת, ולא יכולה להתיימר, לשנות מן האמת המשפטית, שנקבעה בפסיקתו של בית המשפט. אך ועדת החקירה רשאית להגיע - ומתיימרת היא לשאוף להגיע - בדרכי חקירה וראיות הנראות בעיניה, לחקר האמת העובדתית, שלא תמיד מוכרחה היא לעלות בקנה אחד עם האמת המשפטית. שתי אמיתות אלה יחסיות הן, ולא תמיד זהות הן, ולא זו בלבד אלא אף אין הן צרות זו לזו. שהרי יודעת היא מערכת המשפט, ומודע הוא השופט, כי נקודות המוצא, דרכי הברור, מהותן של נורמות וכללי ההכרעה בעולם המשפט ומלאכת השיפוט שונים הם מאלה שבחקר העובדתי-ההיסטורי, ומתוך כך יודעים ומודעים הם, כי יש שמסקנות ו"אמיתות" שונות יעלו בידי כל אחד מהם²³⁸.

ואכן, ועדת החקירה בראשות שופט בית המשפט העליון דוד בכור, הגיעה למסקנה ש**סטבסקי ורוזנבלט היו חפים מפשע**, לא הם רצחו את ארלוזורוב, והם ובני משפחותיהם ראויים לניקוי שמם: "אנו קובעים פה אחד שאברהם סטבסקי וצבי רוזנבלט לא היו רוצחיו של חיים ארלוזורוב ז"ל ולא הייתה להם יד ברצח."²³⁹ ניתן ללמוד מכך שדרישה בחוק של "סיוע" לעדות ראייה (ולאודאה) עשויה למנוע הרשעת חפים מפשע. למרבה הצער הדרישה בוטלה.

קיימים מקורות שונים לפער בין האמת העובדתית לבין מה שמכנים "האמת המשפטית". אחד מהם הוא חזקות (פרזומציות) שונות הקבועות בחוק. כך, למשל, קיימת בדין הפלילי חזקה שלפיה אם אדם החזיק כמות מסוימת של סם, הסם לא הוחזק לשם שימושו העצמי אלא כנראה לשם סחר. ההבדל בין שימוש עצמי לבין סחר הוא הבדל של שמיים וארץ: בעוד ששימוש בסמים, במיוחד בסמים קלים כגון מריחואנה, מהווה עבירה קלה יחסית, שהצדקתה מוטלת בספק, מכיוון שהמשתמש פוגע רק בעצמו (ויש מדינות שבהן השימוש איננו אסור כלל), הרי שסחר בסמים נחשב

לעבירה חמורה מאוד אשר לה עונשים כבדים, מכיוון שהסוחר בסם פוגע באחרים. בחוק הישראלי המסדיר את הנושא – "פקודת הסמים המסוכנים", נקבע שלגבי מריחואנה חזקת הסחר חלה כשמדובר בכמות מעל 15 גרם.²⁴⁰ מכיוון שזו כמות קטנה יחסית, ייתכן בהחלט שאדם ירכוש מריחואנה לשימוש עצמי, למשל שקית של 20 גרם, שאיננה כמות גדולה, והחוק משום מה יראהו כמי שהחזיק סמים שלא לשימוש עצמי, כמו סוחר סמים. זוהי, כמובן, חקיקה רעה, הצפויה ליצור פער בין האמת העובדתית (אדם רכש מריחואנה לשימושו העצמי) לבין "האמת המשפטית" (האדם עלול להיות מורשע בעבירה חמורה של החזקת סם שלא לשימוש עצמי, אם לא יצליח לסתור את החזקה הקבועה בחוק).

דוגמה נוספת לחזקה המרחיקה את המשפט מהאמת מצויה בסעיף 64 לפקודת התעבורה: נהג המסרב להיבדק בבדיקת הנשיפה אשר מטרתה גילוי שכרות (ושאינה מדויקת, כפי שנוכחנו לעיל), נחשב כמי שעבר עבירה של נהיגה בשכרות. במקרה כזה מדובר בחזקה חלוטה, שהנהג הנאשם לא יכול לסתור אותה בבית המשפט ולהוכיח שלא היה שיכור. בפרקטיקה המקובלת במשטרת ישראל, גם נהג המסכים לנשוף לפיית המכשיר אך נשיפותיו אינן די חזקות לצורך הבדיקה, מואשם בסירוב ולמעשה, לפי החוק, בנהיגה בשכרות. הנהג לפנינו פער נוסף בין האמת העובדתית לבין "האמת המשפטית": ייתכן שנהג יהיה פיכח לחלוטין ובכל זאת יורשע בנהיגה בשכרות.

דוגמה שלישית לחזקה היוצרת פער בין האמת העובדתית לאמת המשפטית, קבועה אף היא בדיני התעבורה, ולפיה אם נעברה עבירת תנועה תוך שימוש ברכב מסוים, חזקה שבעל הרכב הוא הנהג העבריין אלא אם כן הצליח לסתור את החזקה, כגון באמצעות חשיפת האדם שנהג ברכב בפועל בזמן העבירה.²⁴¹ יתרה מזאת, בפסיקת בתי המשפט נקבע שאפילו אם הוכח שבעל הרכב שהה בחו"ל בזמן ביצוע עבירת התנועה אין די בכך לזיכוי, כל

עוד איננו מראה מיהו שנהג ברכב בזמן העבירה. לדעתי, גם חזקה זו איננה רצויה, ככל הפיקציות. ראשית, ייתכן שבעל הרכב לא נהג בו בזמן העבירה אך אינו יודע ואינו יכול לשחזר מיהו שנהג בו (אם, למשל, שהה מחוץ לישראל בעת ביצוע עבירת התנועה). שנית, ייתכן שהוא יודע מי נהג ברכב, אך אינו מסוגל להסגיר את בנו היקר לו. שלישית, גם אם סבורים שיש להעניש בעל רכב אשר אינו מוכן להסגיר את הנהג, עדיין יש לקבוע לכך עבירה מתאימה ולא להרשיע אדם באופן פיקטיבי בעבירת תנועה שאותה לא עבר. רביעית, אם מרשיעים אדם בעבירה שלא עבר משמע שמניחים למי שעבר את העבירה ומאפשרים לו להמשיך ולנהוג. ויותר מכך: לא מדובר בטעות, אלא בהרשעה במודע של חף מפשע.²⁴²

מקור אפשרי נוסף לפער בין האמיתות הוא מצב שבו בית המשפט נמנע מלברר עניין עובדתי מסוים כדי לא לפגוע באינטרס המוגן על ידי חסינות, כגון החיסיון על ידיעות שהגיעו לרופא במסגרת הטיפול בחולה או הידיעות שהגיעו לעורך הדין במסגרת הטיפול בלקוח. בנוסף, בשיטה "האדברסרית" המקובלת אצלנו (ראו פרק ג.2 שלהלן), בית המשפט אינו יוזם הצגת ראיות נוספות אלא מסתפק בראיות שהצדדים בחרו להציג בפניו. כך, ייתכן שראיה מסוימת אשר עשויה לשפוך אור יקרור ולחשוף את האמת העובדתית כלל לא תוצג במשפט, וזאת אפילו כשניתן באופן סביר להשיגה. כך, במשפטה של מרגלית הרשפי, אשר הורשעה בעבירה של "אי-מניעת פשע" (של רצח ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל), שבדרך כלל לא נאכפת, הרוצח עצמו - יגאל עמיר, משום מה לא זומן להעיד.²⁴³

גורם אחרון שאותו אזכיר הוא אלמנט הזמן: בעוד שבבדיקה מדעית או היסטורית ניתן להמשיך ולחקור ללא הגבלת זמן, בית המשפט מחויב לתת פסק דין תוך זמן סביר, והוא יעשה כן אף אם הראיות שבפניו חלקיות ואף אם ניתן היה להשיג ראיות נוספות במחיר ההמתנה לבואן.

מחלוקת מעניינת באשר לפער בין האמת העובדתית לבין "האמת המשפטית" התעוררה בפרשת ביאזי. לא מדובר בהליך פלילי, אלא בתביעה אזרחית בעקבות סכסוך אודות יכול של בצל. התובע והנתבע הגיעו להסכם, שאף קיבל תוקף של פסק דין, שלפיו שניהם ייבדקו בבדיקת פולִיגרף ויקבלו עליהם את מסקנות הבדיקה. בדיקת הפולִיגרף, במיוחד כשמטרתה הבחנה בין אמת לשקר, רחוקה מלהיות מדויקת. לכן במשפט פלילי היא אינה קבילה כראיה. אך במשפט האזרחי יכולים הצדדים להסכים על קבלתה, וכאן אפילו הסכימו להופכה לחורצת גורלו של המשפט. תוצאות בדיקות הפולִיגרף היו שצד א' שיקר וצד ב' אמר אמת. בית המשפט המחוזי נתן תוקף להסכם בין הצדדים ופסק לטובת צד ב', דובר האמת על־פי הפולִיגרף. אלא שבהמשך התגלה מסמך בכתב אשר הוכיח שהאמת העובדתית הייתה דווקא הפוכה מממצאי הפולִיגרף.

בדיון בערעור שהוגש לבית המשפט העליון, נחלקו הדעות בין שלושת השופטים.²⁴⁴ השופט אליעזר גולדברג כתב: "יש שבעימות בין 'האמת הפורמלית' ובין 'האמת המהותית' גוברת ידה של הראשונה."²⁴⁵ בהתאם לכך הוא אישר את פסק הדין המחוזי, המעדיף את תוצאות הפולִיגרף, שהצדדים הסכימו לקבלן, על פני האמת. השופט מנחם אלון כתב שמטרת ההליך השיפוטי היא פתרון הסכסוך בין הצדדים וסיומו, ובירור האמת אינו אלא אמצעי כדי להגיע לפתרון זה. כן כתב בהרחבה על יתרונותיה הרבים של הפשרה. לפיכך גם הוא אישר את פסק הדין המחוזי, שאימץ את תוצאות הפולִיגרף.²⁴⁶ לעומתם, שופט המיעוט גבריאל בכך לא הסכים שבית המשפט יהפוך לחותמת גומי של בודק הפולִיגרף ויפסוק דבר מוטעה, וכתב את הדברים המאלפים הבאים:

אם למשל יציעו הצדדים שתוצאת המשפט תיקבע באמצעות זריקת מטבע (שזהו למעשה הימור פסול כשלעצמו), או על ידי פנייה למגידת עתידות, אשר תסיק מסקנותיה מתוך עיון בקלפים

או בשאריות קפה או בעזרת ממצאיו של אסטרולוג – האם רשאי בית המשפט לתת את אישורו לפרוצדורה שכזאת ולהתחייב מראש לתת את פסק־דינו על־פי התוצאות של אותם 'הליכים'? וחמור עוד יותר: האם מותר לבית המשפט להתחייב, שיכבד תוצאותיהן של 'בדיקות' כאלה, אפילו הן נוגדות את התרשמותו מחומר הראיות המצוי כבר לפניו?²⁴⁷

בפרשת ביאזי דובר בהליך אזרחי, בבצל ובכסף. במשפט הפלילי, לעומת זאת, מדובר בהרשעה עם קלון ובמקרים רבים גם בחירותו של אדם. לכן, לדעתי, אין להשלים עם המושג "אמת משפטית" כשהפער בין האמיתות מוליך להרשעה (בהבדל מפער המוליך לזיכוי) שאיננה מתיישבת עם האמת העובדתית. המסקנה המתבקשת היא כי אין לקבל את התפיסה שלפיה כל תפקידו של בית המשפט הוא לפסוק על־פי "האמת המשפטית" שהוכחה בפניו. תפקידו גדול ומשמעותי יותר: עליו לעשות כל שביכולתו כדי להגיע לאמת העובדתית, וליצור התאמה בינה לבין האמת המשפטית. כיצד עליו לעשות כן? בין היתר, על ידי הדברים הבאים: ראשית, על ידי הימנעות מקביעות פיקטיביות; שנית, על ידי ניסיון לברר ראיות נוספות; שלישית, על ידי התרת ראיות הגנה באופן ליברלי, גם אם במצב רגיל אינן קבילות, כגון בדיקת פוליגרף התומכת בחפותו של הנאשם. במצב הקיים, עלינו להיות מודעים לקיומו של פער בין האמת העובדתית לבין "האמת המשפטית", אשר מוביל לעתים להרשעות של חפים מפשע.

עד כה ראינו תשעה גורמים מרכזיים להרשעת חפים מפשע מתחום דיני הראיות. השכיחים מביניהם הם להערכת הודאות שווא, עדויות ראיה מוטעות או שקריות וראיות מדעיות (או פסבדו־מדעיות) מטעות. עתה נעבור לשמונה גורמים מרכזיים אחרים להרשעות שווא, מתחום הפרוצדורה הפלילית. נפתח בתפקידו של השופט במשפט הפלילי.



גורמים מרכזיים להרשעת חפים מפשע - חלק שני: פרוצדורה

1. מבוא

החקירה המשטרית ואיסוף הראיות, המעצר והליכי המשפט - כל אלה כפופים לפרוצדורה מסוימת, לכללים של סדר הדין הפלילי. הכללים אינם רק טכניים, כפי שטועים לעתים לחשוב. הם מעצבים את זכויות החשודים והנאשמים. למעשה, הם מגדירים את זכויותיו של האזרח אל מול רשויות השלטון ואת סמכויות השלטון לפגוע בזכויותיו של האזרח, ובראש ובראשונה בחירותו, העלולה להישלל במעצר ולאחר מכן במאסר. כפי שכתב שופט בית המשפט העליון משה לנדוי: "דרכי החקירה המשטרית הנהוגה במשטר פלוני הן בבואה די נאמנה של טיב המשטר כולו. שומה על אנשי המשטרה ושומה על בתי-המשפט לשמור ולהישמר מתופעות הידועות לנו לשמצה ממשטרים טוטליטריים, שבדרכיהם לא נלך"²⁴⁸.

בטרם אתייחס לגורמים המרכזיים להרשעת חפים מפשע מתחום הפרוצדורה הפלילית, אבקש להזכיר תפיסה מוטעית כללית המרחפת מעל כולם, הלא היא הקונספציה המוטעית של

"אשמת החשוד". תחת תפיסה זו מניחים שהחשוד אשם, מחפשים ראיות להוכחת אשמתו, ולאחר מכן מניחים שהנאשם אשם ומחפשים הנמקות לביסוס אשמתו ולתירוץ הספקות. לקונספציה זו השפעה הרסנית, הן על אופן חקירתה של המשטרה (הנוטה להתעלם מסימנים לחפות החשוד), הן על עבודתה המשפטית של הפרקליטות (הקובעת, למשל, אם יש די ראיות להוכחת האשמה ונוטה להתעלם מראיות לחפות החשוד) והן על גיהול המשפט ועל הכרעת הדין על ידי בית המשפט.

2. תפקיד השופט: 'השיטה האדברסרית' ופאסיביות השופט

מקובל לחלק את שיטות המשפט הנוהגות במדינות שונות לשיטות משפט "אדברסריות" מול שיטות משפט "אינקוויזיטוריות". שיטת המשפט האדברסרית מבוססת על יריבות בין שני הצדדים, המתחרים ביניהם, כשהשופט הוא די פאסיבי. התובע מצד אחד, הנאשם וסגורו מצד שני, הם הקובעים אלו טענות יועלו במשפט, אלו עדים יוזמנו להעיד, אלו שאלות תופנינה אליהם בחקירותיהם, אלו ראיות תוגשנה לבית המשפט וכן הלאה. השופט אמנם משקיף על המשפט ומנהלו, אך בדרך כלל איננו יוזם הבאת עדים, הצגת ראיות, השמעת טיעונים וכו'. ההנחה היא שהאמת תתברר באופן מיטיבי כשכל צד יטען טיעונו באופן המשכנע ביותר.

לעומת זאת, בשיטת המשפט האינקוויזיטורית, המקובלת, למשל, בכמה ממדינות אירופה, כגון צרפת וגרמניה, לשופט תפקיד מרכזי הרבה יותר בקביעת מהלך המשפט. השופט עצמו יוזם שמיעת עדים והצגת ראיות, חוקר את העדים, ותפקידו אינו רק שמיעה פאסיבית והכרעה בסוף ההליך, אלא הוא משתדל לחקור ולברר את עובדות המקרה ככל האפשר.

כשהוקמה מדינת ישראל, אומצו למשפט הישראלי כללי המשפט האנגלי, שהוא אדברסרי. אמנם, במהלך השנים חוקקה

הכנסת חוקים באוריינטציה מעט יותר אינקוויזיטורית והשופטים עצמם הנהיגו שינויים מסוימים בסדרי הדין שהם בעלי מאפיינים פחות אדברסריים ומעט יותר אינקוויזיטוריים. עם כל זאת, ככלל, השיטה היא עדיין אדברסרית.

השיטה האדברסרית הטהורה - "ישחקו הנערים (הקטגור והסנגור) לפנינו" ופאסיביות השופט עלולות להביא להרשעת חפים מפשע. שיטה זו מניחה שוויון כוחות בין שני הצדדים, שבהתאם לו כל צד יוכל להציג כראוי את עמדתו. לעתים המציאות רחוקה מאוד מהנחה זו. כך, כאשר הסנגור מעניק ייצוג גרוע, בין מפני שאינו מסוגל ליותר ובין משום שהוא רשלן או כאשר התובע נלהב מאוד ומדי. יש להכיר במציאות שבמסגרתה פועל התובע: מצד אחד, ישנה תפיסה של תפקיד התובע כמסייע לבית המשפט להגיע לאמת, וככפוף לחובה לנהוג בהגינות מוחלטת. מצד שני, קיימת השיטה האדברסרית, היוצרת תחרות ועמה שאיפה חזקה לניצחון, העלולה לפגוע באתוס של שירות האמת.²⁴⁹

בנוסף, בעוד שלצד התביעה ניצבת המשטרה, אשר חוקרת את המקרה ומאתרת ראיות להוכחת האשמה, לצדו של הנאשם לא מתייצבת, ולמעשה לא קיימת "משטרת הסנגוריה". בדרך כלל אין לו הכלים והמשאבים הדרושים כדי לחקור ולהשיג ראיות לחפותו. יתרה מזאת: שיטת המשפט הישראלית, להבדיל משיטות אדברסריות אחרות, כגון האמריקנית, איננה מעורדת את הסנגור לחקור ולאתר ראיות. נהפוך הוא, היא אף מהלכת עליו אימים ומרתיעה אותו באמצעות עבירות כמו הטרדת עד, שיבוש הליכי משפט וכדומה, בצירוף הפרשנות המרחיבה שהתביעה באישומיה והשופטים בהרשעותיהם העניקו לעבירות אלה. כך, בעוד שבמציאות האמריקנית סנגור שאינו טורח להיפגש עם העדים לפני המשפט, גם עם עדי התביעה, נחשב לרשלן, בישראל סנגור שייצור קשר עם עד תביעה צפוי להיות מואשם בהטרדת עד אם לא גם בשיבוש הליכי משפט. לכך יש להוסיף כי התביעה היא הקובעת מי יהיו עדיה,

כך שגם עד הגנה פוטנציאלי עשוי להיות מצורף על ידי התביעה לרשימת עדיה ומרגע זה אסור יהיה לסנגור לדבר אתו. כל זאת נכון כשהנאשם מיוצג. אך במקרים רבים הוא אינו מיוצג כלל, משום שאין ידו משגת לשכור עורך דין. אמנם הקמת הסנגוריה הציבורית שיפרה את המצב באופן משמעותי, אולם עדיין לא הכול זכאים לייצוג במימון ציבורי ולא בכל העבירות זכאי נאשם לייצוג כזה.

יש אומרים שהשיטה האדברסרית היא מהדורה מודרנית של הדו-קרב, אלא שבמקום להשתמש בכוח פיזי משתמשים הצדדים בכוח המוח. יש הסבורים שהמרמה נטלה את כוח הזרוע. מייחסים לג'ורג' ברנרד שאו את האמירה הביקורתית, שהשיטה האדברסרית מניחה שאם תסית שקרן בשקרן, האמת תצא לאור.²⁵⁰

אין הכרח לנקוט בקיצוניות זו או אחרת. ניתן לנקוט בשיטת ביניים, שתתבסס הן על יסודות אדברסריים – כל צד יוכל להציג עדים וראיות ולחקור את העדים של הצד השני והן על יסודות אינקוויזיטוריים – גם השופט ייטול חלק פעיל בניסיון להגיע לאמת העובדתית. השינוי המרכזי שאותו אני מציע להנהיג הוא העמדת כל חומר החקירה לעיונו של השופט עוד לפני תחילת המשפט. בשיטה האדברסרית התביעה "מטפטפת" לשופט את חומר החקירה שאספה המשטרה טיפין-טיפין לאורך המשפט, בהתאם לשיקולים טקטיים. כך קורה שמכל היושבים באולם המשפט – התובע, הנאשם והסנגור – דווקא השופט יודע על הפרשה הכי מעט. אמנם בתום המשפט ידע יותר, אך ייתכן שבתחילת המשפט ישמע עדות של עד מבלי לדעת עד כמה היא חשובה ומבלי להפיק ממנה את המרב. אם תוטל על הפרקליטות החובה להמציא לשופט את מלוא חומר החקירה עוד לפני המשפט והשופט ילמד חומר זה מראש, הוא יבין טוב יותר את העדויות הנשמעות בפניו ואף יוכל להוסיף שאלות הבהרה משלו לעדים. במציאות הקיימת ייתכן שהחלט מצב שבו ראייה שבכוחה לסייע לנאשם ולהביא לזיכויו כלל לא תוצג במשפט, כי שני הצדדים סברו משיקולים טקטיים שלא כדאי

להם להציגה.²⁵¹ אם נדמה את בית המשפט לסוס המוליך את עגלת הצדק כשעיניו חסומות כך שלא יוכל להביט לצדדים, מוצע להסיר את הכיסויים מעיניו כדי שיוכל לראות תמונה שלמה ככל האפשר. כך, משיגדלו הסיכויים להגעתו לאמת, יקטנו הסיכויים להרשעתו של חף מפשע (ואף לזיכוי של אשם).

3. טעויות של שובטים

כדי שיהיה סיכוי סביר למזער את טעויות השופטים המוליכות להרשעות חפים מפשע, יש, ראשית כל, להכיר בעובדה שגם השופטים, כיתר בני התמותה, טועים מפעם לפעם. היטיב לתאר זאת שופט בית המשפט העליון חיים כהן במאמר מרתק שכתב לאחר פרישתו, ובו עמד על שבעה דברים שיש בהם כדי לסלף את האמת: דעה קדומה; חוסר סבלנות; תפישות תרבותיות ומוסריות שונות; רוח הזמן; אהדה פוליטית; גדולה;

סמכותיות אנוכית: זהו מעין מכנה משותף לכל הדברים הקודמים: השררה שאנו נותנים לעצמנו לשפוט. לגבי השופטים אין נפקא מינה שהשררה הוטלה עליהם על ידי שנתמנו בתוקף החוק: נהפוך הוא, חוקיות השררה אך מוסיפה על סכנת הגדלנות. היסטוריון מגיע לכדי תפקיד קביעת עובדות בזכות עבודתו ומחקריו; ואילו השופט זוכה לגושפנקא של החוק כאילו נחה עליו רוח הקודש. עיקר הסכנה הוא בהפרזה בערך עצמו, בחוכמתו, בלמדנותו ובוודאות (בלתי־מבוססת) שכל המידות הטובות והנכונות מופקדות בידיו. סכנה זו הולכת וגוברת עם השגרה – במידה שאתה צובר ניסיון, אתה מוסיף ביטחון עצמי; אלא השגרה מביאה גם לידי היסח הדעת וגם לידי אוטומטיות, שבשניהם יש מכשול לגילוי האמת.²⁵²

ובהמשך כתב, בהתבססו על הפילוסוף עמנואל קאנט: "מה שנראה לשופט בערכאה ראשונה, בתבונתו ובתום לבו, כאמת, יכול וייראה

בעיני השופט שלערער כטעות, וכן להיפך... בעצם הפעלת ההגיון האנושי ממילא טמונה סכנת טעות.²⁵³

אילו כל השופטים היו מודעים כשופט חיים כהן לכך שהם טועים מפעם לפעם, היה זה צעד משמעותי להקטנת הסכנה של הרשעת חפים מפשע. השופט כהן עצמו, לאחר שהגיע למסקנה שכנראה טעה בדחיית ערעורו של עמוס ברנס, ביקר אצלו בכלא ושכנע אותו להסכים לקבל חנינה ולהשתחרר ולהמשיך במאבקו לעשיית צדק ולזיכוי בהיותו מחוץ לבית האסורים. שנים לאחר מכן וסמוך מאוד למותו הודה לשופטת דליה דורנר על שסללה את הדרך לתיקון טעותו, בקבלה את בקשתו של ברנס לעריכת משפט חוזר.²⁵⁴

גורם מרכזי ראשון שאני מייחס לטעויות שופטים המוליכות להרשעות חפים מפשע הוא התפיסה המוטעית של "אשמת החשוד" (או - מאוחר יותר - הנאשם). לא רק חוקרי משטרה ותובעים לוקים בתפיסה מוטעית זו, אלא גם שופטים. השערת עבודה כזו נתמכת גם על-ידי הסטטיסטיקה, שלפיה כמעט כל הנאשמים מורשעים במוקדם (במסגרת של עסקת טיעון) או במאוחר (לאחר שמיעת עדים והצגת ראיות). קונספציה זו היא הרסנית לא רק משום שהיא "הורגת" את חזקת החפות, שלפיה אדם הוא בחזקת חף מפשע עד שתוכח, אם תוכח, אשמתו, מעבר לספק סביר; אלא גם משום שכאשר מאמצים אותה היא מהווה חזקה הפוכה - חזקה של אשמה. באופן זה אין היא מותירה אפילו פתיחות מרבית לשתי האפשרויות, של אשמה ושל חפות.

גורם מרכזי שני שאני משייך לטעויות שופטים המוליכות להרשעת חפים מפשע היא הנטייה, הטבעית אולי, של שופטים לסמוך על אחרים. ראשית, על אנשי אכיפת החוק - הן על חוקרי המשטרה המעידים בפניהם והן על התובעים הטוענים בפניהם. מלאכת הסינון של התביעה נתפסת על ידי אחדים כגורם מרכזי לשיעור ההרשעות הגבוה: הם מניחים כי רשויות החקירה והתביעה מיומנות ויעילות באופן המאפשר להן לגלות את הפושעים האמיתיים

ולסננם מכלל האוכלוסייה. כך ניסחה זאת פרופ' רינת קיטאי:

ההנחה כי הרשויות פועלות כדין, במיומנות וביושר, או 'חזקת תקינות המנהל' או 'כשרות המנהל', המקובלת גם בתחומים אחרים של המנהל הציבורי, מחליפה למעשה את ההנחה בדבר חפותו של החשוד או הנאשם וסוללת את הדרך לחזקת אשמה.²⁵⁵

בנוסף, לעתים קרובות, התובעים של אתמול הם השופטים של היום. באופן טבעי, תפיסת העולם המאשימה שתובע מפתח במשך השנים איננה נעלמת עם מינויו כשופט. כן סביר להניח שרוב הנאשמים במדינה מתוקנת אכן אשמים. הנחה זו יוצרת פיתוי להניח שגם הנאשם הנוכחי אשם.

לדעתי, המציאות מחייבת, כפי שאראה בהמשך באמצעות דוגמאות, שמן הראוי שיתקיים יחס של "כבדהו וחדדהו" בין השופטים לחוקרי המשטרה. דומה ששופטים גם נתפסים לעתים למחשבה המוטעית שתפקידם הוא להתייצב לצד חוקרי המשטרה והתובעים במלחמתם בפשיעה ונגד הנאשמים. מחשבה כזו צפויה להוליך לא רק להרשעות של אשמים, אלא גם להרשעות מוטעות של חפים מפשע. היטיב לתאר זאת הפילוסוף פרידריך ניטשה:

[...] אל לנו לזלזל בחלק הרב שיש לעצם המראה של ההליכים המשפטיים והביצועיים, המונע מהפושע להרגיש באופי הנפשע שבסוג פעולתו מצד עצמה: כי הנה עיניו הרואות סוג מעשים זה עצמו המבוצע בשירות הצדק, במיטב המצפון ובהלל 'כי טוב', כגון: ריגול, הערמה, שוחד, מארב, כל מלאכת התחבולות והמלכודות של המשטרה והתביעה, ולאחר מכן שורת המעשים מטעמים עקרוניים ואף ללא צידוק של 'פעולה מתוך ריגשה', הלא הם גזל, אלימות, השמצה, שבי, עינויים, רצח, ככל מה שמוטבע בסוגים שונים של הענשה, וכל אלה מעשים שאין השופטים דוחים ומגנים אותם מצד עצמם, כי אם רק כנסיבות מסוימות ומבחינות מסוימות.²⁵⁶

שנית, שופטים נוטים לסמוך על עדי התביעה ועל מומחי התביעה ולא תמיד מטילים בהם ספק כנדרש לצורך בירור האמת. שלישי, שופטי ערכאת הערעור נוטים לסמוך בעיניים כמעט עצומות על שופטי הערכאה הראשונה שהרשיעו את הנאשם-המערער. הדבר בא לידי ביטוי מובהק בהלכת בית המשפט העליון שלפיה ככלל, אין שופטי הערעור מתערבים בממצאים העובדתיים של שופט או שופטי הערכאה הראשונה, ובמיוחד לא בקביעות באשר למהימנות העדים. על הלכה מעקרת ערעורים זו אעמוד בהרחבה בהמשך.

גורם מרכזי שלישי שאני מזהה לטעויות שופטים המוליכות להרשעת חפים מפשע הוא חוסר האפשרות להבחין בין עדויות אמת לבין עדויות שקר, לצד אמונתם של שופטים רבים כי הם דווקא כן מסוגלים להבחין ביניהן. המחקרים מלמדים שבני אדם, לרבות שופטים, אינם מסוגלים לעשות כראוי הבחנה כזו, וכי הם מרבים מאוד לטעות.²⁵⁷ בעניין זה השיטה המשפטית עצמה מוליכה באופן אינהרנטי להרשעות שווא: היא מניחה שהשופטים מסוגלים להבחין בין עדות אמת לעדות שקר ואף מטילה עליהם את המשימה הבלתי-אפשרית לעשות זאת כדבר שבשגרה. כאן משתלבת נטייתם, הטבעית אולי, של השופטים לא להאמין לדברי הנאשמים גם כשהם דוברים אמת. גם אם רבים מהנאשמים אכן משקרים, אסור לשופטים להניח שגם הנאשם הנוכחי משקר, ועליהם לבחון את דבריו בפתחות מרבית. בהחלט לא תמיד הם עושים כן.²⁵⁸

טעויות השופטים מגוונות, וכוללות, בין היתר, את הטעויות הבאות: טעות בהערכת משקלה הנכון של ראיה מסוימת - המקרה הטיפוסי הוא הרשעה על סמך ראיה יחידה זו או אחרת, אף על פי שאין בנמצא ראיה שהנה מדויקת כל כך עד שבכוחה (הריאלי - בהבדל מכוחה המשפטי) להוכיח אשמתו של אדם מעבר לספק סביר; טעות בהערכת משקלן הכולל של הראיות; טעות בהערכת

משקלו של הספק הקיים בתיק; טעות בדרך ניהול המשפט, המקפחת את הגנתו של הנאשם; טעות בפרשנות הדין המהותי החל על המקרה, המרחיבה את האיסור.

אני סבור כי שיעורן הגבוה מאוד של ההרשעות מהווה אינדיקציה לכך שהשופטים טועים ומרשיעים גם חפים מפשע. כל הגורמים להרשעות שווא שנסקרו לעיל ושיסקרו להלן, לרבות כוחן המוגבל של הראיות המקובלות, טעויות אנוש ופגמים בהליכי החקירה והמשפט, צפויים להניב, לצד האישומים הרבים המוגשים נגד אשמים, גם אישומים לא מעטים נגד חפים מפשע. לכאורה, ניתן היה לצפות שהשופטים יאתרו חלק משמעותי ממקרים אלה ויזכו את הנאשמים. אלא שמתברר שהזיכויים נדירים מאוד ומכאן שהראיות המוטעות מטעות גם את השופטים, ואף יתר הפגמים נעלמים מעיניהם. זאת ניתן ללמוד מכך שכמעט אין זיכויים במדינת ישראל.

אם הזיכוי היה פרח או חיה, כבר מזמן צריך היה להכריז עליו כפרח מוגן או כחיה מוגנת בסכנת הכחדה. לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לשנת 2004, אחוז ההרשעות ב"עבירות רציניות" היה 99.8%. בשנים 2005 ו-2006 עלה אחוז זה ל-99.9%²⁵⁹. משמעות הדבר היא שרק אחד מאלף נאשמים – פרומיל בודד, זוכה. בהמשך הייתה ירידה מזערית בשיעור ההרשעות ל-98.6% ב-2007 ול-99.7% ב-2008. אין זה פלא שאנשי רשויות אכיפת החוק דרשו מהלשכה המרכזית לסטטיסטיקה להפסיק לפרסם נתונים אלה, בטענה הלא משכנעת שהם מטעים.²⁶⁰ בשנתון הסטטיסטי של 2011 כבר לא מופיעים אחוזי ההרשעה – וחבל שכן. המספרים שפורסמו כוללים אמנם גם עסקות טיעון וזיכויים חלקיים, אך התמונה ברורה מאוד. נוסף על כך יש לומר שבשיטת משפט שבה הרוב המכריע של ההרשעות מושג בדרך של עסקות טיעון, הנתונים לגבי עסקות הטיעון (לרבות שיעור ההרשעות) צריכים לעניין אותנו לא פחות מהנתונים לגבי מיעוט התיקים שבהם מנוהל הליך של הוכחות.

גם העובדה שבחלק מהתיקים המסווגים כ"הרשעה" הנאשם אינו מורשע בכל סעיפי האישום אלא רק בחלקם איננה משנה את התמונה, שהרי הפרקליטות היא השולטת בבחירת סעיפי האישום. לפיכך יש טעם רב בהגדרת הזיכוי כזיכוי מכל האישומים.

לאחרונה פורסם מחקר המבקש לכפור בתמונה שהציגה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. לפי המחקר החדש, מכיוון שבתיקים רבים מואשם הנאשם בכמה עבירות, מזוכה מחלקן ומורשע רק בחלקן, הרי שיש למנות גם את העבירות שמהן זוכה כ"זיכויים".²⁶¹ לדעתי, התמונה שהציגה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה היא האמורה לעניין אותנו ולא התמונה שמציגים מחברי המחקר, וזאת בשל ארבע סיבות: ראשית, כאמור, הפרקליטות היא שקובעת בכמה ובאלו עבירות יואשם הנאשם. לעתים נדמה שמוסיפים עבירות מופרכות רק כדי לוותר עליהן במשא ומתן בדרך לעסקת הטיעון. שנית, "זיכוי" בעל משמעות הוא זיכוי מכל העבירות ויציאה לחופשי. שלישית, הנתונים שעליהם מתבסס המחקר החדש כוללים גם את עסקות הטיעון, וכך נוצר מצב שבו כמעט בכל התיקים יימצאו "זיכויים" מעבירות אחדות: כמעט כל התיקים מסתיימים בעסקות טיעון, והרי עסקות הטיעון הן בהגדרתן הסכמי פשרה שבהן התביעה מוותרת על חלק מהאישומים (או על ענישה מחמירה). כלומר: מרבית המקרים הנתפסים במחקר החדש כ"זיכויים" כלל אינם החלטות של שופטים לזכות, אלא וויתור של הפרקליטות על אישומים מסוימים (שאולי מלכתחילה לא התכוונה אליהם ברצינות) במסגרת של עסקות טיעון. אני מסופק אם זהו שימוש קביל בשפה העברית - לכנות במילה "זיכוי" החלטה של הפרקליטות ולא של בית המשפט. בוודאי שאין הדבר תואם את התפיסה המקובלת בציבור של המושג "זיכוי". ורביעית, במה שנוגע לזיכויים במלוא מובן המלה, שבהם הנאשם לא מורשע בשום עבירה, המחקר החדש דווקא מחזק את ממצאיה של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, בהצביעו על פחות מ-1% זיכויים:

0.4% בבתי משפט השלום ו-0.7% בבתי המשפט המחוזיים.²⁶² אומרים שבמשפט חשובה הוודאות; אצלנו הושגה ודאות כמעט מוחלטת - כמעט כולם מורשעים. פרספקטיבה היסטורית מלמדת שבעשורים הראשונים של המדינה היה שיעור זיכויים גבוה בהרבה - של עשרות אחוזים (לפי אותה שיטת חישוב של הל"מ"ס!) ומעשור לעשור הולכים הזיכויים ונעלמים מבתי המשפט.²⁶³ שופטי ישראל שכחו כיצד מזכים אדם. חזונו המבעית של פרנץ קפקא מתגשם לנגד עינינו, שמשום-מה אינן משתאות:

[...] עור בילדותי האזנתי לדברי אבי, כשהיה מספר בבית על המשפטים, וגם השופטים שבאו אל הסטודיו סיפרו על המתרחש בבית-המשפט - בחוגים שלנו בכלל לא היה נושא אחר לשיחה - ומאז שניתנה לי ההזדמנות לבקר בעצמי בבית-המשפט, אני מנצל אותה תמיד. האזנתי לאינספור משפטים בשלביהם החשובים, וככל האפשר אני גם עוקב אחריהם, ועלי להודות שלא התנסיתי אף בזיכוי ממשי אחד. 'ובכן, אף לא זיכוי אחד', מלמל ק' כמדבר אל עצמו ואל תקוותיו. 'אבל זה רק מאשר את הדעה שכבר היתה לי על בית-המשפט. ובכן, גם מצד בית-המשפט עצמו אין מה לצפות.'²⁶⁴

גורם מרכזי נוסף שאני מייחס לטעויות שופטים המוליכות להרשעת חפים מפשע הוא תפיסה לא נכונה של המושג "ספק סביר".²⁶⁵ כידוע, מקובל שבמשפט פלילי על התביעה להוכיח את האשמה, כתנאי להרשעה, מעבר לספק סביר. זהו כלל של זהירות שנועד להקטנת הסכנה של הרשעת חפים מפשע, והוא משקף הכרעה ערכית יפה שלפיה הרשעת חף מפשע גרועה בהרבה מזיכוי אשם. חוששני ששופטי ישראל אינם נוהגים לפי הכלל החשוב הזה. להערכתי, מדי יום מורשעים נאשמים גם כשקיים ספק סביר לגבי אשמתם.²⁶⁶ ההגדרה הנכונה של "ספק סביר" המחייב זיכוי איננה כמותית אלא איכותית: אם בסיומו של המשפט נותר בלב השופט

ספק המעוגן בחומר הראיות, והתביעה לא הצליחה להסירו, אזי גם אם הסתברות התרחיש הזה נמוכה מאוד השופט חייב לזכות את הנאשם.²⁶⁷ רבים מתקשים לעכל וליישם כלל כזה, ומכאן הנטייה לנסות ולכמת את הספק הסביר לאחוזים. בתרגום לאחוזים מקובל אצלנו לומר שנדרשים 98% או 99% של ודאות, או שנדרשת מידה גבוהה של הסתברות הגובלת בוודאות כדי להרשיע.²⁶⁸

לא כל שופטי ישראל הם מומחים למשפט פלילי. בשיטה הנוהגת אצלנו, שופט אחד עשוי להכריע בסכסוכים העוסקים בענפי משפט שונים לחלוטין. ביום א' הוא עשוי לרדן בדיני חוזים, ביום ב' - בדיני שטרות, ביום ג' - בדיני נזיקין, ביום ד' - בהוצאה לפועל וביום ה' גם בתחום המשפט הגורלי ביותר - המשפט הפלילי. שופטי ישראל פועלים תחת עומס עבודה גדול. הזמן שביכולתם להקדיש לכל תיק מוגבל. שופט, כמובן, איננו מחשב אלא אדם. נניח שהוא מגיע למסקנה שהסתברות שהנאשם עבר את העבירה גבוהה, למשל 85%. מובן שלפי עקרונות המשפט הפלילי עליו לזכות את הנאשם, אך האם אנו בטוחים שכך יפעל השופט? נדרשת הפנמה משמעותית של עקרונות המשפט הפלילי כדי לזכות נאשם במקרה כזה. אם השופט חושב שהנאשם עבר את העבירה בסבירות גבוהה, כגון 85%, הוא עלול לחשוש שאם יזכה את הנאשם כל מי שיקרא את פסק הדין ילגלג עליו - במיוחד הנאשם, היודע שהוא אשם. נוסף על כך, אם הנאשם אכן אשם, לאחר שיזוכה הוא עלול לעבור עבירות נוספות. זו רק הדגמה לגדלות הנפש הנדרשת משופט כדי לזכות אדם שהוא מאמין שהוא אשם, אלא שאשמתו הוכחה רק ב-85% ולא ב-99%.

חוששני שיש שופטים המרשיעים נאשמים אפילו ב"מאזן הסתברויות" (51%), כפי שהם רגילים לעשות במשפטים אזרחיים, שבהם הם דנים לעתים תכופות יותר. יש שופטים המסתפקים בכך שבסיום המשפט האפשרות של אשמה נראית להם מסתברת יותר מהאפשרות של חפות. כל נשכח שהכלל של 51%, המקובל

במשפט האזרחי, הוא היעיל ביותר אם ברצוננו להגיע לאחוז הגבוה ביותר של החלטות נכונות ביחס לאמת העובדתית. כאמור, נדרשת הפנמה משמעותית של הטעמים לכלל המיוחד החל במשפט הפלילי בדבר הרשעה מעבר לספק סביר. נדרשת נכונות לשלם את המחיר שבהכרעה הערכית הנעלה אשר בדברי הרמב"ם: "ויותר טוב ויותר רצוי לפטור אלף חוטאים מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים"²⁶⁹. בהתאם להכרעה ערכית זו בדבר הזהירות הרבה שיש לנקוט טרם הרשעה, היה ניתן לצפות לשיעור ניכר של זיכויים. המציאות הישראלית שונה מאוד, והסטייה מן הכלל של הוכחת האשמה מעבר לספק סביר היא גורם מרכזי לכך.

הבעיה מחריפה נוכח האפשרות הקיימת במשפט הישראלי, בשונה מכמה שיטות משפט זרות, להרשיע אדם ברוב דעות. כפי שהראיתי במאמר משותף עם ד"ר איתי ליפשיץ, עדיף היה לקבוע כלל של "הרשעה – רק פה אחד"²⁷⁰. כלל כזה הוא הכרחי נוכח דעת מיעוט של זיכוי בלתי-מסויג, והוא רצוי גם נוכח דעת מיעוט של זיכוי "מחמת הספק". ראשית, ניתן לומר שאם שופט אחד סבור שיש ספק סביר, אזי בקרב חבר השופטים כקולקטיב נותר ספק סביר המחייב זיכוי. שנית, בחינה השוואתית מלמדת שבשיטות משפט אחרות די בדרך כלל בדעת מיעוט כדי לזכות, וזאת אפילו כשמדובר לא בדעתו של שופט מקצועי אלא בדעתו של מושבע אחד מתוך תריסר מושבעים. על-פי רוב נדרשת הכרעה פה אחד לצורך הרשעה או לפחות רוב "מיוחס" מאוד, כגון עשרה מול שניים. ספק אם יש שיטת משפט, כזו שממנה היינו רוצים ללמוד, המאפשרת הרשעה ברוב דחוק של קול יחיד כבשיטתנו. שלישית, מעבר למניין הראשים יש לעמוד על המשמעות העמוקה של דעת מיעוט מזכה (במקומותינו). מדובר בפסק דין של שופט מקצועי (בהבדל ממושבע, שאיננו משפטן ואיננו מנוסה בתחומים הרלוונטיים), אשר למד את כל החומר שבתיק, שמע את כל העדים ואת טיעוניהם של שני הצדדים, עיין בכל הראיות ולבסוף הגיע

למסקנה שיש לזכות את הנאשם - לכל הפחות משום שאשמתו לא הוכחה מעבר לספק סביר (ואולי אפילו משום שהשתכנע שהנאשם כלל לא עבר את העבירה המיוחסת לו). זהו מגדלור עם זרקור רב עוצמה, המתריע מפני הסכנה הממשית ששני השופטים האחרים, הסבורים שיש להרשיע את הנאשם, דווקא הם הטועים. זרקור כזה, המכוון אל עינינו, אמור למנוע מאתנו שינה ערבה כשהנאשם מורשע ונשלח לכלא. הפסיקה הישראלית מספקת לנו דוגמאות לתחושות הקשות ולספקות המנקרים הנותרים בעקבות הרשעות ברוב דעות, על אפן ועל חמתן של דעות המיעוט המזכות.²⁷¹

כאמור, במציאות הישראלית כמעט תמיד מרשיעים, וכמעט תמיד ההחלטה מתקבלת פה אחד. במצב כזה, במקרים המעטים שבהם יש שופט במיעוט הסבור שיש לזכות את הנאשם, הסיכויים לכך שהאשמה לא הוכחה כנדרש הם להערכתנו גבוהים יחסית ומחייבים זיכוי. זאת במיוחד על רקע החשש ששופטים מרשיעים גם כשיש ספק סביר (בניגוד לתיאוריה ולהצהרות) ולא תמיד מקפידים על הוכחת האשמה מעבר לו.

המחשבה שהערכתו של אחד השופטים שלפיה צריך לזכות את הנאשם צריכה להוליך לתוצאה סופית של זיכוי, מתחזקת מאוד כשמדובר בהרכב מצומצם יחסית של שלושה שופטים. אילו ישב בית המשפט שלנו בהרכב מורחב של תשעה שופטים או יותר, ייתכן שניתן היה להסתפק בשמונה מול אחד לשם הרשעה, אך הכרעה ברוב דחוק של שניים מול אחד איננה משכנעת שלא מדובר בכיש-מזל אשר פקד את הנאשם. זהו גם מסר מאוד לא רצוי לציבור.

לסיום יודגש כי טעויות השופטים הן מגוונות מאוד - הרבה יותר מהטעויות הטיפוסיות שעליהן עמדתי לעיל. מלבד ההכרעה בתום המשפט - אשם או זכאי, מקבל השופט אין ספור החלטות, ובהיותו בן תמותה, בכל אחת מהן עלולה ליפול טעות. אין פירוש הדבר שיש להתייאש ולבטל את מערכת המשפט הפלילי, אלא שעלינו להיות מודעים לבעיה ולחפש ללא הרף דרכים לשיפור.

4. תפיסת תפקיד לא נכונה של חוקרי משטרה

קטינה נאנסה בדרכה לביתה על ידי אדם זר. הקטינה מסרה למשטרה תיאור שלו ושל לבושו. כחודשיים לאחר האונס ראה אבי הקטינה בסופרמרקט אדם שנראה לו דומה לקלסטרון אשר הורכב על-פי הוראות הקטינה. הוא חש לביתו והביא את בתו על מנת שתזהה את החשוד. הקטינה לא זיהתה אותו אלא נבהלה ופרצה בבכי מבלי להביט בו, אך אביה איתר את פרטיו ודיווח למשטרה. למחרת נעצר החשוד - מר רגב שוובר, סטודנט נורמטיבי ביש מזל. מכאן ואילך החלה מסכת שקרים של חוקרי משטרה לשופטים שדנו בהארכות המעצר; שקרים שהוליכו להארכות חוזרות ונשנות של המעצר ולהגשת כתב אישום. בין היתר, שיקרו לשופטים אשר התבקשו להאריך את מעצרו שהקטינה כביכול זיהתה אותו; שנמצאו בביתו כובע, משקפי שמש וכפפות התואמים את התיאור שאותו מסרה הקטינה, ושהיו לו התבטאויות מפליליות. החוקרים סרבו לתחינות אמו של החשוד לבדוק את יומנו לשם איתור אליבי ונמנעו מבדיקת שיחות הטלפון לאיתור מיקומו בעת האירוע. רק לאחר שבוצעו פעולות בסיסיות אלה, הוכח שמר שוובר שהה בזמן האונס במקום אחר. בינתיים הוחזק 88 ימים ו-88 לילות במעצר, שבמהלכו הכוהו החוקרים והתעללו בו. כך, למשל, דרשו ממנו לאונן בפניהם (!), משום שחשבו שהאנס אינו שופך זרע. בנוסף, שיקרו והציגו בפניו בדיקה גנטית מפוברקת שלפיה ה-DNA שלו נמצא (כביכול) על גוף הקורבן. המחקרים מלמדים שבידוי ראיה מדעית טומן בחובו סכנות ולכן אסור להשתמש באמצעי חקירה כזה: הוא עלול לגרום לחף מפשע להתייאש מהאפשרות שיאימנו לו ושיווכה ולהודות הודאת שווא או להסתבך בשקרים אשר יתמכו בהרשעתו. הפרקליטות אישרה את הצגת הבדיקה הגנטית המפוברקת בפני הנחקר ונכשלה כישלון חרוץ בפיקוח על חוקרי המשטרה ובבדיקה רצינית של פירות עבודתם הבאושים.

מקרים מסוג זה מתרחשים אצלנו לעתים קרובות הרבה יותר משנוח לרובנו לחשוב. מה מיוחד במקרה זה? בדרך כלל נטיות השופטים הן לזלזל בטענות חשודים ונאשמים שהחוקרים פעלו נגדם שלא כחוק; להאמין לדבריהם של אנשי אכיפת החוק העוסקים ב"מלאכת הקודש" של "המלחמה בפשיעה"; להניח שאם הוגש נגד אדם כתב אישום משמע שהוא כנראה אשם, שהרי החוקרים והתובעים ודאי עשו מלאכתם נאמנה. לא כך נהגה השופטת דליה גנות. במהלך בירור תביעת הנזיקין טרחה לרדת לחקר האמת, חקרה כראוי את חוקרי המשטרה, ביררה את רשלנות הפרקליטות כנדרש וכתבה פסק דין אמיץ, נכון משפטית וצודק מוסרית, שראוי ללמדו בהשתלמויות חוקרים, בהשתלמויות פרקליטים ואף בהשתלמויות שופטים.²⁷²

יש לבוא חשבון עם חוקרי המשטרה שפשעו. בשונה מהמקובל, לפנינו פסק דין אמיץ, שבו פשעי השוטרים ומחדלי הפרקליטים אינם מטויחים, אלא הילדים המכוערים נקראים בשמותיהם (השוטרים וסקר, דסטה, סוויד, ג'ורנו ואפילו המפקח יצחק שטרן). באשר ליסוד הנפשי של חוקרי המשטרה שפשעו, מוסיפה השופטת גנות וקובעת: "התנהלות זו של שוטרי משטרת ישראל, לרבות השפלתו הנוראית והכאתו של התובע, נעשו בכוונה תחילה, בשל רצונם לחלץ מפי התובע הודאה ככל דרך אפשרית, ואף בניגוד לדין, תוך פגיעה קשה בכבודו כאדם, ובבריאותו." על הדרישה מהחשוד לאונן בנוכחות החוקרים כתבה: "מדובר בהתנהלות בלתי נסבלת, אשר יש לדרוש את מיצוי הדין עם העומדים מאחוריה."²⁷³ גם בפרשת עמוס ברנס, שעליה עמדנו לעיל, הפעילו חוקרי המשטרה איומים ואף אלימות נגד החשוד כדי לאלצו להודות באשמה, ולאחר מכן שיקרו בבית המשפט בהכחישם הכחשה מוחלטת לא רק את האיומים והאלימות, אלא אפילו את עצם נוכחותו של ראש הצח"מ (צוות החקירה המיוחד) מרקוס בעת השחזור שבו כפי הנראה הכה את ברנס.²⁷⁴

בניגוד לחזקת החפות, אשר כהצהרה הכול מכירים בחשיבותה, מניחים חוקרי המשטרה שהחשוד אשם ושתפקידם למצוא ראיות להוכחת אשמתו. הראיה המועדפת היא ההודאה, הן משום שקל וזול להשיגה, הן בשל חוסר מודעות לתופעה של הודאות שווא ושל הרשעות שווא המבוססות עליהן והן משום ששופטים רבים עדיין טועים לראותה כ"מלכת הראיות". לפיכך נוטים חוקרי המשטרה להתמקד בחשוד, בגופו ובנפשו ולוחצים עליו להודות בעבירה המיוחסת לו. לעתים, כשאינם משיגים את מבוקשם בקלות, הם משתמשים בתחבולות ובמדובבים לשם השגת ההודאה הנכספת. לעתים קרובות התחבולות הן כשרות בעיני השופטים.²⁷⁵ אולם כפי שנוכחנו לעיל בעת הדיון בהודאות שווא, לא זו בלבד שמשקלה הריאלי של הודאה הוא נמוך בהרבה מהמשקל שנוטים לייחס לה השופטים, אלא שכל שעולה כמות האנרגיה שחוקרי המשטרה משקיעים בגבייתה, כך הולך משקלה הריאלי ופוחת. בסופו של דבר תושג ההודאה, אך לא ניתן יהיה ללמוד ממנה הרבה באשר לשאלה האם הנחקר אכן עבר את העבירה.

צריך להבחין בין שני סוגים של הפרות חוק על ידי חוקרים: החוקר מהסוג הראשון יודע שהחשוד חף מפשע ומבקש "לתפור לו תיק" (כלומר להפלילו). זו הפשיעה המוכרת מהספרות ומהקולנוע, והיא כנראה נדירה. החוקר מהסוג השני מאמין באמת ובתמים שהחשוד אשם בעבירה, אך חושש פן השופט יטעה ויזכה אותו ולכן נחליץ לעזרת השופט, לעזרת האמת שבה הוא מאמין, ולעזרת הציבור, ומטעה את בית המשפט. הוא טועה לחשוב שכל האמצעים כשרים לשם כך – הוא הרי מגן עלינו. הדבר עלול להוליך להסתרת ראיות מזכות הפועלות לטובת החשוד, ל"שיפור" ראיה מפלילה כדי להפכה לחזקה יותר ואפילו לבידוי ראיות מפלילות. קיימת סכנה שהחוקר יתפוס לא רק את החשוד כאויב (וכבר תפיסה זו איננה נכונה, משום שאסור להניח שהחשוד אשם. כפי שהראיתי לעיל, התפיסה המוטעית של "אשמת החשוד" היא אחד הכשלים

המרכזיים בחקירות המשטרה), אלא גם את התובע ואת השופט, או לפחות יתפוס אותם כמכשולים המקפידים יותר מדי על הליך הוגן - ולכן ישקר להם. כשמדובר בשקרים ניתן אולי לדעת היכן הם מתחילים, אך קשה עד בלתי־אפשרי לדעת עד היכן יגיעו. פשעי חוקרים מהסוג השני הם כנראה שכיחים הרבה יותר ולכן גם מסוכנים יותר כתופעה. לכך יש להוסיף שקשה עד בלתי־אפשרי לחשוף לאחר מעשה את פעילותו הבלתי־חוקית של החוקר. היה מי שדימה את הסיכויים לכך שעדות שקר ברורה של שוטר תיחשף על ידי תובע לסיכויים לכך שהשוטר אשר העיד שקר ייפגע על ידי מכת ברק משמיים זועמים.²⁷⁶

התפיסה הנכונה של תפקיד חוקר המשטרה היא שעליו לסייע לבית המשפט בחשיפת האמת. כשחוקר המשטרה מסתיר דבר מה מבית המשפט או מציג בפניו מידע שקרי, הוא מטעה אותו ומונע ממנו את מילוי תפקידו השיפוטי ואת עשיית הצדק.

כשטועים לחשוב שתפקיד המשטרה הוא "לפענח" כמה שיותר תיקים ולהכשירם להגשת כתבי אישום, ובמיוחד כשמתגמלים ומקדמים שוטרים בהתאם לקריטריון זה, צפוי הדבר להטות את החקירה המשטרתית ולחבל בה. במקרים המתאימים ראוי להעמיד את החוקר שסרח לדין משמעתי או אפילו לדין פלילי. יש להקנות תפיסת תפקיד נכונה כבר במהלך הכשרתם של חוקרי המשטרה לתפקידם.

5. הימנעות המשטרה מחקירת כיוונים אחרים

התפיסה המוטעית של "אשמת החשוד" גורמת לכך שהחוקרים מתמקדים בחיפוש ראיות לאשמתו של החשוד ומזניחים כיווני חקירה אחרים. בכך, נגרם נזק משמעותי לא רק לחשוד החף מפשע, שלעתים קרובות מוחזק במעצר ונתון תחת סכנה של הרשעת שווא, אלא עלול גם להיגרם נזק בלתי־הפיך לאפשרות לחשיפת האמת

ולגילוי העברייין האמיתי, כלומר, נזק לחברה בכללותה. הזמן הוא אויב מר של גילוי האמת. אם המשטרה איננה חוקרת באופן רציני בכיוונים אחרים, לרבות באשר לחשודים אחרים, האפשרות לתקן מחדל זה מאוחר יותר איננה מובטחת. ראיות מיטשטשות או הולכות לאיבוד, עדים לא תמיד ניתנים לאיתור מאוחר יותר.

הגדרה נכונה של תפקיד חוקר המשטרה אינה איתור ראיות להפללת החשוד, אלא איתור כל ראיה רלוונטית שניתן להשיג באמצעים חוקיים ושניתן באמצעותה לקבוע את האמת העובדתית כפי שהתרחשה במציאות. לחשוד ולנאשם אין משטרה משלו: גם הוא אזרח או תושב המדינה הזכאי לעזרתה, ולפיכך חובה על המשטרה לסייע לו בחשיפת ראיות התומכות במסקנה האפשרית, שהוא חף מפשע. רגב שווכר, שעל האשמת השווא שלו עמדנו לעיל, וכן אמו התחננו בפני חוקרי משטרה ערלי אוזניים לבדוק את תדפיס שיחות הטלפון שלו בזמן האירוע ואת יומנו שנותר בביתו כשנעצר. רק באיחור ניכר הואילו החוקרים לבדוק את הראיות האלה, שהוכיחו את חפותו.²⁷⁷ על חוקרי המשטרה לברר עד תום טענת אליבי – "במקום אחר הייתי", ולא לעלוז על כך שהחשוד אינו מצליח לבסס טענתו.

כשחוקרי המשטרה שבויים בתפיסה המוטעית של "אשמת החשוד", סימנים שיש בהם כדי לערער את התפיסה הזו אינם נקלטים או נקלטים אך נדחים כלא אמינים או לא משמעותיים. איש אינו שש לשוב לנקודת ההתחלה של החקירה. לחוקרי משטרה ישנה נטייה להימנע מלהעלות על הכתב דברים של החשוד שפועלים לטובתו. לדוגמה, בפרשת סולימאן אל-עביד תרגם המתורגמן תרגום חלקי, סלקטיבי, רק את אמירותיו המפלילות לכאורה של אל-עביד, ונמנע מלתרגם את הכחשותיו. לאחר מעשה הסביר שסבר שעליו לתרגם רק את דברי הנחקר המתייחסים לרצח. ההכחות כביכול אינן מעניינות...²⁷⁸

כשם שמהנדסים המקבלים מוצר מוגמר ומנסים לגנוב את

הרעיון ולהעתיק את המוצר מבצעים "הנדסה לאחור" (Reverse Engineering), מפרקים את המוצר ותוך הליכה מן הסוף אל ההתחלה מנסים להבין כיצד הוא בנוי,²⁷⁹ כך חוקרי המשטרה השבויים בתפיסה המוטעית של "אשמת החשוד" יתחילו במוצר המוגמר של הרשעה פלילית, יניחו את המבוקש ויחפשו אך ורק ראיות התומכות במסקנה זו. דימוי אחר לחלק מחקירות המשטרה הוא של צייד המבקש ללכוד את טרפו.

בעניין זה העלו תלמידיי בסמינר העוסק בהרשעת חפים מפשע במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת-גן רעיון מצוין: כדי שניתן יהיה להשתחרר מהתפיסה המוטעית של "אשמת החשוד" ולחקור כראוי גם בכיוונים אחרים תוך פתיחות מחשבתית, יש לצרף לצוות החקירה חוקר שתפקידו לחפש ראיות המוכיחות שהחשוד דווקא חף מפשע. זאת, בדומה לצוות "הפכא מסתברא" שמקובל לשלב בחיל המודיעין בצבא. לכאורה ניתן היה להטיל על החוקרים גם תפקיד זה, אך בדינמיקה של החקירה כפי שתוארה לעיל, ספק אם חוקר המחפש ראיות לאשמתו של החשוד מסוגל למלא היטב גם את התפקיד של חיפוש ראיות לזכות החשוד. אין ספק ששילוב חוקר שזהו תפקידו ישפר מאוד את החקירה. לפיכך, טיעון הנגד המרכזי יהיה וודאי כלכלי: מניין יילקח הכסף הדרוש לשם כך? תשובותי הן שראשית, אין הכרח לבצע זאת בכל חקירה. די אם נייחד זאת לחקירת פשעים חמורים, שבהם ממילא מקימה המשטרה צוות חקירה מיוחד ("צח"מ"). שנית, אין הכרח במשכורת נוספת: ניתן להטיל את התפקיד על אחד מחברי הצוות הקיים. שלישית, אם בכל זאת מכשירים חוקר המתמחה בתפקיד זה, הוא יכול להצטרף לכמה צוותי חקירה שונים, החוקרים פשעים שונים. לבסוף, אפילו אם לאימוץ הרעיון יהיה מחיר כלכלי מסוים, ראוי לאמצו. זאת הן בשל חובתה המוסרית וחובתה המשפטית של המדינה להימנע ככל האפשר מהרשעת חפים מפשע, והן משיקולי תועלת: כשהתפיסה המוטעית של

"אשמת החשוד" מובילה להרשעת חף מפשע, הפושע האמיתי נותר חופשי וצפוי להמשיך ולפגוע בחברה.

6. הסתרת ראיות מזכות על ידי המשטרה או התביעה ובידוי ראיות

בקטגוריה זו נכללים מקרים מגוונים של התנהגות לא הולמת, אסורה ואף פושעת של חוקרי משטרה, לרבות הסתרת ראיות מזכות, הפעלת לחצים פסולים על חשודים להודות בעבירות שלא עברו ועל עדים להעיד עדויות מפלילות כנגד חשודים, הטיית מסדרי זיהוי וסילוף ובידוי של ראיות מפלילות. נשמע דמיוני? להלן דוגמאות אחדות מן המציאות.

אזרח אפרו-אמריקני בשם סטיבן טיטוס נעצר בסיאטל שבארצות הברית כשנהג במכוניתו. לצדו ישבה ארוסתו. המכונית דמתה לתיאור שהיה בידי המשטרה של מכוניתו של אנס. במסדר זיהוי זוהה טיטוס על ידי קורבן האונס. במהלך המשפט הוצגו צילומים של טביעות צמיגים בזירת הפשע אשר נראו זהים לטביעות שמותירים צמיגי מכוניתו של טיטוס. טיטוס הורשע ונידון ל-15 שנות מאסר.

ימים ספורים לאחר מכן התרחש באותו אזור אונס דומה. בעקבותיו נערך תחקיר עיתונאי. התגלה שבתיק החקירה במשטרה היה צילום נוסף של טביעת צמיגים שונה לחלוטין מזירת הפשע ועליו תאריך האונס הראשון. הצילום לא הוצג במשפט. התברר שחוקרי המשטרה, אשר חששו שאין להם די ראיות להרשעת טיטוס, הסיעו את מכוניתו לזירת האונס וצילמו את טביעות הצמיגים אשר לאחר מכן הוצגו במשפט (!). עוד התברר שהיה דמיון חזותי מפתיע בין טיטוס לבין האנס האמיתי אשר נתפס לאחר מכן²⁸⁰ – וכפי שראינו בדיון בעדויות ראייה, עדויות אלה הן מקור מרכזי לטעויות.

דניאל אליהו הואשם בגניבה ובפריצה. עד התביעה המרכזי היה השוטר יהודה מיכלזון ממדור טביעות האצבעות, אשר העיד שמצא התאמה בין טביעות אצבעות מזירת הפשע לבין טביעות האצבעות של הנאשם. הנאשם והסנגור טענו שהשוטר מיכלזון זייף את תוצאות הבדיקה. כשהעיד קצין המשטרה זאב שטיינברג, ראש המדור הפלילי במחוז תל-אביב, שאל אותו הסנגור האם נכון שבעבר, במשפט רצח פינקלשטיין, נתפס מיכלזון בזיוף טביעות אצבעות מפלילות בהתאם להנחייתו של שטיינברג, ואף הודה בכך. הקצין שטיינברג שיקר ואמר שלא ידוע לו דבר כזה. על בסיס עדותו דחה בית המשפט המחוזי את הטענה שהשוטר מיכלזון מזייף טביעות אצבעות, טענה שאותה כינה "פנטסטית". על בסיס עדותו של השוטר הזייפן מיכלזון הרשיע בית המשפט את הנאשם וגזר עליו שלוש שנות מאסר. במהלך הערעור לבית המשפט העליון הומצא פרוטוקול משפט פינקלשטיין והוכח שהשוטר מיכלזון אכן זייף טביעות אצבעות ושהקצין שטיינברג שיקר לבית המשפט כשנשאל על כך. כך כתב שופט בית המשפט העליון ברנזון:

במשפט זה נתגלו לנו שני מומנטים חמורים ביותר, שיש בהם כדי לעורר דאגה רבה בלב כל מי שחרד לטוהר המידות במשטרה ולמשפט צדק במדינה: הדבר האחד הוא שסמל המשטרה יהודה מיכלזון [...] ניסה, באוגוסט 1953, לזייף טביעות אצבעות במשפט רצח יהודה על כך בפומבי [...] ננקטו נגדו אמצעים משמעותיים ואף הורד בדרגה, אך הוא ממשיך למלא תפקיד במשטרה, ובפברואר 1954 הופיע במשפטו של המערער הנוכחי בענין של טביעות אצבעות, כאילו לא קרה דבר. הדבר השני הוא זה, שקצין המשטרה זאב שטיינברג [...] הרהיב עוז כנפשו להעיד במשפט זה [...] עדות מטעה במתכוון. מתקבל הרושם שלהיטותם של אנשי משטרה מסוגם של הנ"ל להשיג הרשעה נגד אנשים, שהם מאמינים באשמתם, עשויה להורידם מדרך היושר וההגינות.²⁸¹

השופט ויתקון הוסיף:

בענין טביעת אצבעות, כאמצעי להוכחת פשעים, תלוי השופט במהימנות המומחה הנקרא לחקור ולהעיד בפניו, כמעט ללא כל אפשרות של בדיקה או ביקורת מצד השופט. חוקר מטעם המשטרה, אשר עשה מלאכתו רמיה, ולאחר שהודה בכך מרשים לו הממונים עליו להמשיך בתפקידו ולהופיע כעד מומחה לטביעת אצבעות - זוהי שערוריה, והלואי שהיועץ המשפטי יתן דעתו עליה.²⁸²

כדי לצמצם את האפשרות לפשעי חוקרים שכאלה, יש להיגמל מהגישה האופטימית הרואה במקרים הנחשפים בפנינו "מספר קטן של פירות רקובים בסל מלא פירות בריאים", כפי שבחר השופט אהרן ברק להציג זאת בפסק הדין בעניין טובול.²⁸³ בתיאבון ראשית, כפי שניתן ללמוד מהגיבוי שנתן הקצין שטיינברג לשוטר הזיפן מיכלזון, לא מדובר בהכרח בתפוח רקוב אחד, אלא ייתכן שהריקבון קיים בכל המערכת. שנית, טבעו של ריקבון שאם לא מטפלים בו ובגורמים לו ביסודיות הוא נוטה להתפשט: הפירות הרקובים צפויים להדביק גם פירות בריאים בסביבתם.

בפרשת משה עזריה שתוארה לעיל בדיון בהודאות שווא, העלימו חוקרי המשטרה ראיות אשר היו עשויות להוכיח את חפותו של עזריה, לרבות הממצאים של הקצין הבודק קורבולי שחקר את טענתו של עזריה שלפיה הוכה לפני שנאלץ להודות, ומצאה נכונה; ולרבות בגדי המנוח, שעליהם היו כתמי זרע של האנס, שהיו מאפשרים לבצע השוואה גנטית, ולטענת הרשויות הושמדו בטעות - חרף העובדה שהחוק מחייב שמירתם לצמיתות.²⁸⁴

בדיון לעיל בהודאות שווא ראינו מקרים שבהם חוקרי משטרה הפעילו על נחקרים לחצים פסולים כדי שיודו, וכי גם חפים מפשע נאלצו במצבים אלה להודות. מלבד המקרה של עזריה, אזכיר גם את "פרשת מע"ץ" שבה, שנים רבות לאחר הרשעות השווא ומאסרם של צעירים חפים מפשע, הודה בתקשורת קצין משטרה בדימוס שהעדויות נגבו תוך שימוש באלימות קשה ובהשפלות.

הוא תיאר מול מצלמות הטלוויזיה כיצד נלקחו הצעירים לשפת הים, הושפלו ועונו על ידי החוקרים עד שהודו. כן העיד שההודאות הוכתבו לנחקרים על ידי החוקרים ואף שוכתבו, ושהחוקרים העידו שקר בבית המשפט.

ב-2010 נחשף בעיתונות דוח פנימי של משטרת ישראל שקבע כי "אלפי תיקים פלייליים נפתחים מדי שנה בתחנות המשטרה ללא הצדקה עניינית, כדי לרשום הישגים סטטיסטיים מלאכותיים המשקפים לכאורה מאבק בפשיעה."²⁸⁵

במבוא לספר עמדנו על פרשת רמפרט (Rampart), שבה שוטרים מושחתים טפלו האשמות שווא של סחר בסמים ואחזקה בלתי-חוקית של נשק והפלילו 156 אזרחים. פרשה אחרת היא פרשת טוליה (Tulia). טוליה היא עיר קטנה בטקסס שבארצות הברית, שבה יצאו שוטרים למלחמת חורמה בתושבים השחורים. לא היה זה פעם, מזמן, סמוך-לאחר ביטול העבדות, אלא ב-2003. סוכן משטרה בשם טום קולמן העיד בכמה משפטים שונים ש-50 אנשים שונים מכרו לו סמים. 50 סוחרי סמים. כולם שחורים. חמישית מתוך 250 המבוגרים השחורים שהתגוררו בטוליה. כמה מהם הורשעו על ידי בית המשפט? - כולם. כל 50 האנשים הורשעו על בסיס עדותו של קולמן. לאחר חקירה נחשף שקולמן עצמו היה פושע ורמאי, והמורשעים זוכו ושוחררו. בשתי הפרשות הללו - רמפרט וטוליה יחדיו, יש כ-200 הרשעות של חפים מפשע והן מהוות בסיס נתונים חדש למחקר. מפרשות אלה ניתן ללמוד, למשל, שהמערכת המשפטית לא יודעת לסנן החוצה עדויות שקר. כמו כן ניתן ללמוד מהן על עסקות הטיעון, ולכן נשוב אליהן בהמשך.

לאחרונה פורסם המחקר הערכני ביותר בעניין זה, של פרופ' גרוס ושל שאפר (Gross & Shaffer), המאגר 2,043 זיכויים של אמריקנים חפים מפשע שזוכו רשמית בשנים 1989-2012.²⁸⁶ מתוכם, 1,170 מקרים משתייכים לזיכויים קבוצתיים של חפים מפשע אשר הורשעו במסגרת 13 פרשות פשיעה משטרתית

מאורגנת שנחשפו בשנים האחרונות. מלבד 1,170 מקרים אלה, גם ב-368 מתוך 873 הזיכויים הפרטניים, שלא במסגרת של פרשות המוניות, נשענו הרשעות השווא גם על "official misconduct" – התנהגות לא הולמת או אסורה של חוקרי משטרה או תובעים. מדובר ב-42% מהזיכויים הפרטניים וב-75% מכלל המקרים – נתונים המציבים גורם זה להרשעת חפים מפשע בראש סולם הגורמים, אפילו לפני עדויות ראייה מוטעות או שקריות. כפי שמבהירים מחברי המחקר, אין בידיהם את מלוא הנתונים. כרגיל בתחום הרשעות-השווא, מדובר רק בקצה הקרחון, שעל מרביתו חל עקרון התאונות הנסטרות של המשפט הפלילי.

נשוב למציאות הישראלית. בפסק הדין בפרשת מדר מתאר בית המשפט העליון את שהתרחש במילים הבאות:

עוד תקף בא־כוח המערער את הזיהוי שזיהתה העדה א' את המערער בתחנת המשטרה, בהתחשב בכך שהמערער הובא לתחנה בהיותו כבול שעה שהעדה הייתה בחדרו של החוקר, ובהתחשב בכך שבית-המשפט המחוזי לא האמין לשוטרים כי אך בדרך מקרה הובא המערער למקום אותה שעה.²⁸⁷

כלומר: חוקרי המשטרה השפיעו שלא כדין על העדה לזהות את החשוד כמבצע העבירה, חרף העובדה של"זיהוי" כזה יש פוטנציאל טעות עצום, וזאת במקום לקיים מסדר זיהוי עם ניצבים לפי הכללים. האם בית המשפט העליון מגנה את התופעה באופן שיבהיר לחוקרים חד-משמעית שאסור לנהוג כך? אלה דברי השופטת בייניש:

האופן שבו נוצרה ההזדמנות שבה זיהתה העדה את המערער, אכן מעורר חשש כי המשטרה פעלה שלא כראוי. זיהוי בנסיבות כאלה הוא אף בעל משקל מופחת. עם זאת, העדה א' העידה בבטחון רב, ואף תגובתיה בעת שגילתה את המערער בחדר והתרגשותה מהמפגש עמו, יש בהן כדי לתת ערך לזיהוי שזיהתה את המערער.

חששותיו של בית-המשפט מן האופן שבו ננקטו הצעדים לזיהוי בידי העדה, מחייבים כי תיערך בדיקה ביחס לדרך פעולתו של מי שהיה אחראי להבאת המערער לחדר החקירות, וביחס לעדות שנמסרה בעניין זה. אף-על-פי-כן, אין בעובדה זו כדי לאיין את העדות שניתנה בעקבות ההליך שנגקט.²⁸⁸

מהו המסר של בית המשפט העליון לחוקרי המשטרה? אולי: "אסור לנהוג כך, אבל אם כבר נהגתם כך והשגתם ראייה מפלילה, אנו השופטים לא נבחל בה אלא נשתמש בה." לאור תשובה כזו, מה צפויים החוקרים לעשות בעתיד?

במקרים רבים מורשעים הנאשמים על בסיס עדויות שוטרים. יש להניח שמרבית העדויות אמיתיות. עם זאת, אין לי ספק שיש ביניהן גם עדויות שקר. הסיכויים שבית המשפט יאמין לנאשם ולא לשוטר קלושים. לאחרונה ניתן פסק דין יוצא דופן בעניין זה, בפרשת שי קורן.²⁸⁹ כוח משטרה (יס"מ [יחידת סיור מרחבית] מרכז) שפעל ברמלה עצר שני חשודים. במהלך המעצר הוכו העצורים קשות ונגרמו להם חבלות, שברים ודימום תת-עורי וחיצוני. לאחר האירוע חששו ארבעת השוטרים המכים כי שוטר חמישי, שי קורן, שלפי פסק הדין ידוע בהגינותו, ידווח נכונה על האירוע והם יתקשו לתת הסבר לכוח המופרז שהפעילו. לפיכך החליטו הארבעה (עומסי, סמובסקי, ניר ויואב) לטפול עליו האשמת שווא, שלפיה כביכול הוא זה שהכה את העצורים, תוך שהוא בועט בפרצופיהם בהיותם שכובים על הקרקע, כשידיהם אזוקות מאחורי הגב.

המחלקה לחקירות שוטרים "קנתה" את הסיפור השקרי של הארבעה והגישה כתב אישום נגד השוטר דובר האמת. שופטת בית משפט השלום בראשון לציון איטה נחמן לא יכולה הייתה להסתפק בהנחה הרגילה, שלפיה אנשי הרשות הם דוברי אמת - זאת מאחר שבאופן נדיר היו גרסאות השוטרים מנוגדות זו לזו, כך שברור היה שחלקם משקררים. השופטת כחנה את הדברים בקפדנות, ולאחר בירור מעמיק ובהתבסס על ראיות לרבות צילום וידאו מזירת

האירוע, קבעה כך:

מהימנות עדויותיהם של שוטרי היס"מ, וקציני היחידה שלא לקחו חלק באירוע [...] נמצאה בעיני כנמוכה ביותר, עד כדי כך שאינה מתקיימת כלל ועיקר. עדויותיהם של לוחמי היס"מ בביהמ"ש נמצאו סותרות האחת את רעותה ואף את אשר ציינו ברו"חות הפעולה שכתבו [...] התנהלות בעייתית, בלתי ראויה ואף שעורריתית אשר מעלה תהיות רבות לעניין יושרם האישי, אמינותם ומהימנותם.²⁹⁰

בין היתר, קבעה השופטת שהשוטרים זייפו את הדוחות והכניסו בהם שינויים שתואמו ביניהם. יתרה מזאת, השופטת קבעה: "... התרשמותי מחוסר מהימנותם של שוטרי היס"מ וכי למעשה אינם מורגלים באמירת אמת אלא בכזו מוכוונת מטרה."²⁹¹ זוהי אמירה מאוד משמעותית. מן הראוי לפרסמה בקרב ציבור השופטים. בעוד שבדרך כלל עליהם לבחור בין מתן אמון בדברי אזרח לבין מתן אמון בדברי שוטרים, והם נוטים מאוד לאפשרות השנייה, הרי שבמקרה זה נאלצה השופטת לבחור בין האפשרות של שוטר שקרן לבין האפשרות של שוטרים אחדים שקרנים. ולא זו בלבד שהשקרנים נחשפו, אלא שהתגלתה שיטה של ממש: "למעשה אינם מורגלים באמירת אמת אלא בכזו מוכוונת מטרה".

דוגמאות אחרונות שאביא כאן, מן השנה האחרונה, הן פרשת סמירניק, שבה נקלטו ארבעה שוטרים על ידי מצלמות האבטחה המותקנות במסדרון בית המשפט כשהם מחליפים ביניהם את עדויותיהם הכתובות שמסר להם התובע ומשוחחים אודותיהם, כלומר, מתאמים עדויות²⁹², ופרשת ברמי, שבה קצין משטרה שתפקירו הפעלת סוכנים הפעיל סוכן-מדיח נגד בעלה של גרושתו של הקצין והביא להרשעתו בעבירת סמים.²⁹³ בכל שנה נחשפות פרשות חדשות, וסביר מאוד להניח שמאחורי כל פרשה שנחשפת מסתרות פרשות רבות שאינן מתגלות.

לסיום סעיף זה אבקש לסיג מעט את דברי. דווקא משום שבאמתחתי תיעוד של מקרים רבים שבהם נחשפו פשעי חוקרים - רק אחדים מהם הוצגו לעיל - אינני רוצה שייווצר הרושם המוטעה שכל החוקרים או רובם אינם שומרים על החוק. אני מניח שרובם פועלים כשורה, עושים מלאכה חשובה ואין לי עניין לעלוב בהם. אך הנימוס איננו מצדיק חזקת כשרות שתחול על כולם. המקרים הרבים שנחשפו מחייבים את השופטים לנהוג בעדויות השוטרים הנשמעות בפניהם מנהג של "כבדהו וחשדהו". אחרת תמשכנה הפעולות האסורות של חלק מחוקרי המשטרה לגרום להרשעותיהם של חפים מפשע. בנוסף, יש גם ללמד מקרים כאלה בהכשרות החוקרים, כדי שיבינו אלו נזקים קשים הם עלולים לגרום אם ינהגו שלא כדון, ובהכשרות התובעים, כדי שייטיבו לפקח על חקירת המשטרה.

7. תפיסת תפקיד לא נכונה של תובעים

בפרשת אבו-סעדה, עציר מנהלי הוכה למוות במהלך חקירה אלימה שבוצעה על ידי עצירים אחרים, חברי ארגון חמאס. עציר בשם זקזאק נחקר על ידי המשטרה וסיפר ששמע את זעקות המנוח בוקעות מאוהל סמוך לאוהל מגוריו, אך לא יכול היה לראות את הנעשה באוהל השכן משום שפתחיו היו סגורים. בחקירה נוספת הציע זקזאק לחוקריו להחזירו למתקן הכליאה כדי שיוכל לגלות את זהות הרוצחים, אשר ודאי יבקשו לחקור אותו על אודות חקירתו במשטרה. כלומר: נראה שהעד זקזאק לא ידע מי היו הרוצחים. כחצי שנה לאחר מכן - בהודעתו הרביעית למשטרה - שח זקזאק לחוקריו שהאוהל השכן, שבו בוצע הרצח, היה פתוח לרווחה ודרך הפתח ראה היטב את אבו-סעדה (המערער) ושני עצירים נוספים מכים את המנוח. בתמורה לעדותו בבית המשפט, הבטיחו חוקרי המשטרה שחרור מהמעצר המנהלי והעברה לירדן. השר לביטחון

פנים הוציא תעודת חיסיון שהתייחסה ל-32 מסמכים, לרבות שלוש ההודעות הראשונות של זקזאק וביניהן ההודעה הראשונה, שבה סיפר שהאוהל היה סגור ולכן לא יכול היה לראות דבר ובוודאי לא לזהות מי היו הרוצחים. במהלך המשפט עתר הסנגור להסרת החיסיון ולגילוי הראיות. התובעת, עורכת הדין שלוה לוי, טענה באותו דיון שאין בחומר החסוי דבר העשוי לסייע לנאשם בהגנתו והציעה שרק בית המשפט, ללא הסנגור, יעיין בחומר בדלתיים סגורות. לדיון שנקבע לצורך העיון התובעת לא הופיעה ובמקומה נשלחה קצינת משטרה אשר לא הכירה את התיק. שלושת השופטים בבית המשפט המחוזי בנצרת התרשלו בכדיקתם וקבעו בהחלטתם שהחומר החסוי אינו רלוונטי למשפטו של אבר-סעדה (ראו הדיון דלעיל בטעויות שופטים). והרי אין ספק שהודעתו הראשונה של זקזאק, שבה סיפר שהאוהל היה סגור, הייתה רלוונטית מאוד. בסיכום טענותיה בפני בית המשפט הדגישה התובעת לוי את מהימנותו הרבה של העד זקזאק, והטעימה שיכול היה לראות את הנעשה באוהל דרך הפתח הפתוח. במהלך הערעור הסנגור לא טען נגד החלטת בית המשפט שלפיה החומר החסוי אינו רלוונטי, שכן לא עלה בדעתו שהשופטים התרשלו כל כך בכדיקתם.

בדרך נס נדירה, לא זו בלבד שהדבר התגלה בפרקליטות המדינה תוך הכנת תשובה לערעור, אלא שאף החליטו שם (כפי הנראה עורך הדין יהושע למברגר בהגינותו) להודיע לבית המשפט את שקרה ולהציע זיכוי מחמת הספק. במאמר מוסגר אציין שאף על פי שעמדת פרקליטות המדינה הייתה ראויה שבעתיים מעמדת פרקליטות המחוז, גם היא הייתה מוטעית. ראשית, הם כתבו שמדובר בטעות מצערת אשר נבעה מכך שהתובעת לוי חשבה שהחומר - שלוש ההודעות הראשונות של העד זקזאק בפני המשטרה - אינו אמין. אך הרי הגוף המוסמך לקבוע זאת הוא אך ורק בית המשפט. שנית, הם טעו כשביקשו שהזיכוי יהיה רק "מחמת הספק". בהיעדר אפשרות לחקירה נגדית של העד זקזאק

על אודות הודעותיו הראשונות, אין ערך להודעתו הרביעית ולפיכך אשמתו של הנאשם אבו-סעדה כלל לא הוכחה. ואכן בית המשפט העליון קבע שמדובר בזיכוי מלא ולא רק בזיכוי מחמת הספק. וכפי שקבעה השופטת דליה דורנר, כל שלוש רמות הביקורת שהסדיר המחוקק ביחס לתעודת החיסיון כשלו:²⁹⁴ שר הפנים (שלא בדק את תוכן המסמכים); התובעת (שהטעתה את בית המשפט באשר לחשיבותו של החומר שמשום מה הוטל עליו חיסיון); שופטי בית המשפט המחוזי (שהתרשלו בכדיקתם). בית המשפט העליון המליץ לקבוע פרקטיקה שלפיה לא התובע המטפל בתיק אלא פרקליט אחר יבחן אם קיימת הצדקה להוצאת תעודת חיסיון.

מהי הגדרת התפקיד הנכונה של התובע כמשפט הפלילי? האם מותר לו להסתיר מהנאשם, מסנגורו ומבית המשפט חומר חקירה שעשוי לסייע לנאשם בהגנתו? האם תפקידו של התובע הוא להשיג הרשעה בכל מחיר? לא ולא. תפקידו של התובע הוא לסייע לבית המשפט בחשיפת האמת, שהיא הבסיס לעשיית צדק. התובע מייצג את כולנו, שהרי הפרקליטות היא זרוע של הממשלה הנבחרת. הדבר מטיל עליו חובת הגינות גבוהה במיוחד: עליו לפעול בהגינות מוחלטת. אם הוא יודע על חומר חקירה שעשוי לסייע לנאשם בהתגוננותו, גילוי איננו מעשה חסד הנתון לשיקול דעתו: הוא חייב לגלותו. אלא שכפי שראינו, שיטת הדיון האדברסרית יוצרת דינמיקה של תחרות העלולה לגרום לתובעים להשתדל לנצח בכל מחיר. תפיסת תפקיד לא נכונה של תובעים צפויה להיווצר כשהצלחתם נמדדת באחוזי ההרשעות הגבוהים שהם משיגים. אני מאמין שרוב התובעים נוהגים כשורה וממלאים את תפקידם החשוב תוך שמירה על החוק. אלא שנוכח כוחם הרב, די במיעוט של מפרי חוק כדי להסב נזקים כבדים. כדי ליצור תפיסת תפקיד נכונה של תובעים, הוצע לטפח אתוס תובע הדומה לאתוס השופט, שתפקידו הוא כמובן חשיפת האמת ועשיית צדק.²⁹⁵

בפרשת יוסף שך התברר שהפרקליטות הסתירה מהסנגוריה תמלילים של שיחות בין החשוד לבין מדובב שהוכנס לתאו, והציגה בפני בית המשפט תמונה חלקית - רק את ההודאה המפלילה. כשהתגלה הדבר במהלך הערעור בבית המשפט העליון, הוחלט להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי על מנת שייתן הכרעת דין חדשה, המביאה בחשבון את תמלילי השיחות עם המדובב אשר קדמו להודאה. השופט משה רביד, שקודם לכן הרשיע את הנאשם, כתב "הכרעת דין מתוקנת", מזכה, ובה נאמר:

המדובב ניצל את הרגשת אין האונים של הנאשם, שהיה כשנה וחצי בארץ ואשר עמד בפני לחץ החוקרים למסור גרסה. קריאת התמלילים מראה שהנאשם ניסה לרצות את החוקרים במסירת גרסה שתיראה להם. הגרסאות שמסר בחקירה לא נאמרו בחרווה. הנאשם התלבט בין הרגשת חפותו לבין הרצון לרצות את השוטרים ומכאן האמירות השונות שלא תמיד עלו בקנה אחד באשר למה שאירע בזירת ההריגה. הדבר עולה בביור מקריאת התמלילים שבהם מנסה הנאשם בשיחות עם המדובב להעלות גרסאות שייראו בעיני החוקרים ובוהן אותן עמו. המדובב ניסה לטעת הרגשת ייאוש אצל הנאשם ולומר לו שמצבו קשה. הקריאה בתמלילים מראה עד כמה היה הנאשם נואש ואין לשלול את האפשרות שאכן לא עשה את המעשה המיוחס לו, כפי שטען בפני המדובב, לפי אחת מהגרסאות הרבות שהעלה. בנסיבות אלה, המשקל שיש לתת לאמרות הנאשם בחקירה הוא קטן, משום שקשה לדעת אם הן פרי מצפונו המציק על מה שעולל או אלה דברים שהמדובב גרם לו לומר, או שהדברים נאמרו מלחץ נפשי הנובע מברידותו.²⁹⁶

הפרקליטות לא חשפה את תמלילי השיחות בין הנאשם למדובב ובכך הטעתה את בית המשפט וגרמה לכך שהרשיע את הנאשם במקום לזכותו. בתקנו טעות זו לאחר שנחשפו התמלילים ובזכותו את הנאשם, הגדיר השופט רביד את התנהגות הפרקליטות כ"חוסר

תום לב אובייקטיבי": "התביעה לא נהגה בתום לב אובייקטיבי והיה עליה להציג לבית המשפט את התמלילים של שיחות הנאשם והמדובב, מה עוד שקיים קשר הדוק כפי שהתברר לי, בין דברי הנאשם בפני החוקרים ובין שיחותיו עם המדובב." ²⁹⁷ חוששני שגם חוסר תום לב סובייקטיבי היה כאן. כשהפרקליטות מסתירה מבית המשפט חומר כל-כך חשוב, היא למעשה מונעת ממנו למלא כראוי את תפקידו - זיהוי נכון של העובדות והחלת הדין עליהן - ומכשילה אותו.

דוגמה מסוג אחר: בפסק הדין בפרשה שנודעה כ"פרשת האונס ברמת השרון", כתבה שופטת בית המשפט העליון דורית בייניש את הדברים הבאים:

עוד טוען טל בפנינו, כי אין חולק כי המתלוננת הוררכה על ידי התובעת במשפט ואף קיבלה דף ובו שאלות ותשובות מתבקשות. בית-המשפט לא מצא בעובדה זו פגם במהימנות המתלוננת, הגם שסבר כי התובעת בתיק הרחיקה לכת במידה בה הדריכה את המתלוננת. ²⁹⁸

ובהמשך היא מוסיפה: "האמון שניתן לעדות זו היה מוחלט. הוא ניתן למרות ההכנה המדוקדקת (ואף מדוקדקת מדי) של העדה (המתלוננת) לעדותה." ²⁹⁹

זוהי, כמובן, תפיסת תפקיד מעוותת של התובעת, שלפיה כביכול המטרה היא השגת הרשעה בכל מחיר - אפילו על ידי הדרכת העדה מה להשיב בחקירתה בבית-המשפט, במקום להנחותה להשיב על כל השאלות בהתאם לאמת העובדתית. בנוסף, חוששני שהסתמכות בית המשפט על העדות-שלאחר-ההדרכה לביסוס ההרשעה איננה משרדרת לתובעים מסר נכון באשר לדרך פעולתם בעתיד. מכיוון שהשופטים אינם ממהרים להחיל סנקציות דינויות ולפסול ראיות כאלה, ³⁰⁰ הוצע לקבוע כללי אתיקה מפורטים אשר יחייבו את התובעים במשפטים פליליים, כך שאם יחרגו מהם ניתן

יהיה להעמיד את התובע, באופן אישי, לדין משמעתי.³⁰¹ חוששני שחריגות התובעים מדרך הישר, שאותן נוטים השופטים לראות כמקרים חריגים בלתי מייצגים, הנן רבות, אלא שרובן אינן מתגלות לעולם. הנה שוב עיקרון התאונות הנסתרות של המשפט הפלילי. במחקרם של גרוס ושאפר (Gross & Shaffer), הסוקר כאלפיים זיכויים של חפים מפשע שהורשעו בארצות הברית, נמצא הגורם "התנהגות בלתי הולמת של הרשויות" (official misconduct) כגורם המרכזי להרשעות מוטעות: הוא מופיע ב-42% מ-873 הזיכויים הפרטניים, וכמובן שגם בכל 1,170 הזיכויים הקבוצתיים – בפרשות שבהן נחשפה שחיתות משטרתית שיטתית. בחלק מהמקרים מדובר בעבירות שביצעו חוקרי משטרה, בחלקם בעבירות של תובעים ובחלקם בשני הדברים יחדיו.³⁰²

כדי להקטין סכנה זו להרשעת חפים מפשע יש ראשית להכיר בקיומה, ולאחר מכן לנקוט בפעולות לצמצומה: חינוך והסברה בקרב אנשי אכיפת החוק; הסדרת סנקציות נגד אנשי אכיפת החוק העוקפים את החוק ואכיפתו; פסיקה נחרצת יותר של בתי המשפט במקרים הנחשפים, לרבות בדרך של פסילת ראיות אשר הושגו שלא כדין ובדרך של זיכוי נאשמים שראיות המצביעות על חפותם הוסתרו; פסיקה אשר תשדר מסר ברור יותר באשר לאמות המידה הגבוהות שהאזרחים זכאים לדרוש ולקבל מאנשי אכיפת החוק המייצגים אותם; פיקוח חיצוני על עבודת הפרקליטות; ועוד.

8. ייצוג גרוע על ידי סנגורים

דניס וויליאמס ושלושה אפרו־אמריקנים נוספים משיקאגו, הואשמו בחטיפת בני זוג לבנים מתחנת דלק, ברצח הגבר, באונס קבוצתי של האישה וברציחתה. רק לאחר שנות מאסר רבות הוכח שדניס היה חף מפשע והוא זוכה. התברר שסנגורו – ארצ'י וסטון – העניק לו ייצוג משפטי גרוע מאוד. כך, חרף המטען הרגשי הכבד

והנטייות הגזעניות הצפויות במשפט שבו שחורים נאשמים באונס ורצח של לבנים, לא התנגד הסנגור לכך שהתביעה פסלה בזה אחר זה מושבעים שחורים מלשבת בחבר המושבעים, עד שהשיגה הרכב נוח עבורה של 11 לבנים ושחורה יחידה. בניתוח המשפט ניתן להבחין בטעויות גסות רבות של הסנגור, אשר נמנע מלהעלות טענות הגנה חזקות שהיו לויליאמס. התברר שממש בזמן משפטו של ויליאמס היה הסנגור וסטון נתון בהתמוטטות אישית ובפשיטת רגל כלכלית.³⁰³

לפרדריק דיי מסן-דיאגו שהורשע באונס שלא ביצע היו ראיות חדשות להוכחת חפותו, לרבות תצהיר של האנס האמיתי המספר כי פעל לבדו. הוא העביר את החומר לסנגור על מנת שיפתח בהליך לזיכוי. שנתיים לאחר מכן התברר לו שהסנגור לא ידע באיזה הליך עליו לפתוח ולכן לא נקף אצבע. בנוסף הוא גם איבד את החומר. בתקופה זו החל הליך שבו ביקשה הפרקליטות להשמיד את הראיות שבתיק המקורי. למזלו של דיי, החלה לטפל בתיק הסנגורית כרמלה סימונסיני מארגון ללא כוונת רווח הפועל בקליפורניה. לאחר שהשיגה החלטה של בית המשפט, שלפיה אסור להשמיד את הממצאים, הוסדרה בדיקה גנטית ודיי זוכה על בסיס הממצאים הגנטיים ועל בסיס התצהיר של האנס האמיתי. גם כאן התברר שהסנגור הרשלן היה נתון בפשיטת רגל כלכלית כשהיה אמור לטפל בשחרורו של דיי.³⁰⁴

דיי יוד שפארד הואשם באונס שלא ביצע. הסנגורית שלו עמלה קשה עד שהשיגה מהתביעה עסקת טיעון אשר נראתה לה מצוינת. היא כלי-כך כעסה על שפארד משום שלא הסכים להודות בעבירה, עד שניתקה עמו את הקשר, ניהלה את המשפט מבלי לדבר איתו ואפילו לא הכינה אותו לעדותו בבית המשפט. בנוסף, היא נמנעה מלשוחח עם עד האליבי שהיה עם שפארד בזמן שבו כביכול ביצע את הפשע.³⁰⁵

סטיבן טוני אשר הואשם באונס שלא ביצע התחנן בפני

הסנגורית שלו להסדיר בדיקה של זרעו להוכחת חפותו, אך היא סירבה.³⁰⁶ רוברט מילר זוכה לאחר שבדיקה גנטית לא רק הוכיחה שלא הוא היה האנס, אלא אף הוכיחה שהאנס האמיתי הוא אדם אחר הנתון בבית-הסוהר בגין אונס אחר שבביצעו הודה. חרף זאת, הסנגור שמונה לו ממשרד הסנגור הציבורי לחץ עליו, גם לאחר שכבר נודעו תוצאות הבדיקה הגנטית, להודות במסגרת של עסקת טיעון.³⁰⁷

אד הונאקר הואשם בחטיפה ובאונס חרף העובדה שהיה מרוחק מאה מיילים מזירת הפשע. מומחה סרולוג טען שהוא מזהה את הזרע. אלא ששנים אחדות לפני האונס עבר הונאקר ניתוח עיקור להסרת צינור הזרע ומאז לא היה מסוגל לייצר זרע. הסנגור, מסיבות טקטיות משונות, לא העלה עובדה זו בחקירת הסרולוג בבית המשפט. לאחר מעשה הצהיר הסרולוג כי לו הובא דבר ניתוח העיקור לידעתו, היה קובע באופן חד-משמעי שלא ייתכן כי הונאקר היה האנס. מחדל הסנגור עלה להונאקר בעשר שנות מאסר, עד לשחרורו לאחר בדיקת DNA.³⁰⁸

אלה דוגמאות אחדות מני רבות. בנייתוח 62 המקרים הראשונים של זיכוי חפים מפשע בעקבות בדיקות DNA במסגרת פרויקט החפות האמריקני נמצא כי כ-17 מהם (27%) תרם להרשעה המוטעית ייצוג גרוע של סנגור.³⁰⁹ קשה להפריז בחשיבותו של ייצוג משפטי טוב להצבעה על אפשרות חפותו של נאשם. חרף זאת, נמצאו מקרים רבים של נאשמים חפים מפשע אומללים שזכו לייצוג מסנגורים שלא היו מוכשרים לתפקידם, שהיו עמוסים מכדי לטפל בתיק כראוי או שהיו אדישים, שיכורים או מנומנמים במהלך המשפט.³¹⁰

דוגמא נוספת לרשלנות סנגור מצויה בפרשת סוטון, שעליה עמדנו בדיון בהשפעת ראיות מטעות האחת על רעותה: מול עדות מפלילה שהציג מומחה התביעה, לא זו בלבד שהסנגור נמנע מלנסות להשיג ולהציג עדות מומחה מטעם ההגנה, אלא אף יצר

בבית המשפט מצג שווא שלפיו בכוונתו לפנות למומחה כזה. בסופו של דבר הוא לא הסדיר בדיקה כזו בשל עלותה הכספית. מכיוון שבהמשך לא הגיש חוות דעת, נטה בית המשפט לחשוב שנערכה בדיקה כזו ושתוצאותיה היו לרעת הנאשם ולכן הסנגור נמנע מלהציגה במשפט. הדבר נזקף לחובת הנאשם ותרם להרשעתו המוטעית.³¹¹

להלן דוגמה מהמציאות הישראלית: בפרשת משה עזריה, שאליה התייחסנו בדיון בהודאות שווא, אף על פי שדובר בהודאת שווא שהייתה רחוקה מאוד מלהיות "חופשית ומרצון" כדרישת החוק, נמנע הסנגור מלערער על החלטת בית המשפט לקבל את ההודאה כראיה קבילה. בדחתו את הבקשה למשפט חוזר, מצא לנכון השופט אהרן ברק להתבסס על כך, בכותבו: "הנני משוכנע, כי הודאה זו ניתנה על ידי המבקש, כשהיא חופשית ומרצון. יצוין כי בערעורו של המבקש לבית-המשפט העליון הוא לא ערער על ההחלטה במשפט זוטא, לפיה ההודאה (ת/46) והשחזור ניתנו באופן חופשי ומרצון".³¹² אך שימו לב: הנאשם העיד שהוכה על ידי חוקרי המשטרה לפני מסירת ההודאה. הקצין הבודק (מטעם המשטרה) פטר קורבולי הגיע למסקנה שהוא אכן הוכה. מה ניתן ללמוד מכך שסנגורו, משום מה, נמנע מלערער על ההחלטה שניתנה במשפט הזוטא? (הליך מקדמי שבסיומו קובע בית המשפט האם ההודאה היא קבילה). האם יש להתייחס להחלטה גורלית זו (שלא לערער) כאל החלטה שקולה של הנאשם הלוקה בשכלו, או שמא סביר יותר להניח שהייתה זו החלטה אומללה של הסנגור, אשר הניח, כנראה, שאין לו סיכוי להצליח באמצעות ערעור על ממצאי מהימנות של הערכאה הראשונה? זאת, במיוחד לנוכח ההלכה מעקרת הערעורים שעליה אעמוד להלן, שלפיה בערעור לא נוטים השופטים להתערב בקביעות כאלה של בית המשפט הראשון.³¹³ ואף על פי כן, בנסיבות הפרשה שלפנינו, כשההרשעה כולה קמה ונופלת על ההודאה, ונוכח טענה בדבר אלימות שוטרים שקדמה להודאה של אדם

הלוקה בשכלו, קשה להבין כיצד לא ערער הסנגור על ההחלטה במשפט הזוטא. מכל מקום, אין ספק שאלמלא הוסתרה מהסנגור חוות הדעת של הקצין הבודק קורבולי, ודאי היה מערער בעניין זה. על רקע מחדל זה של הסנגור, קשה מאוד להבין את האמור בהמשך ההחלטה של השופט ברק, ובמיוחד את המילים "הוא טען כל טענה אפשרית. אינני סבור כי ייצוגו של המבקש נפגם, וכי יש בכך כדי להוסיף משקל לבקשתו למשפט חוזר".³¹⁴

דוגמא נוספת מהמציאות הישראלית אוסיף מניסיוני האישי (היחיד) כנאשם. בעוונותיי, הזרמן לי, כמו, כפי הנראה, למרבית הנהגים שצברו די קילומטרים על הכביש, להיות פעם בתפקיד הנאשם במשפט תעבורה. בהיותי משוכנע בצדקתי וברצוני להוכיחה, פניתי לסנגור בעל שם בתחום הזה, הנוהג לשלוח מדי שנה מכתבים לאלפי עורכי הדין בישראל, לספר על מומחיותו בתחום התעבורה ולבקשם להפנות אליו לקוחות (תמורת שליש משכר הטרחה...³¹⁵). בהתאם לשיחה טלפונית בינינו, קבענו פגישה, שלקראתה שלחתי לו את החומר על מנת שיקרא אותו כך שנוכל לדון בו בפגישתנו. כשהגעתי לפגישה התברר לי להפתעתי שהסנגור כלל לא קרא את החומר. הוא ביקש שאסמוך עליו בכל זאת. תוך כדי שיחתנו, התייצב בפניו אחד מעורכי הדין השכירים שהוא מעסיק והודיעו על לכתו לבית המשפט לדיון בתיקו של פלוני אלמוני. הסנגור בעל המשרד שאל: "יש הגנה בתיק?". תשובתו המפתיעה של הסנגור השכיר הייתה: "לא יודע, לא קראתי את החומר. אקרא בבית המשפט." הסנגור הבכיר כלל לא כעס עליו ואפילו לא הופתע מתשובתו המעידה על רשלנות רבה בהכנת התיק, אלא איחל לו הצלחה ובירכו לשלום. לאחר שהתאוששתי מחזיונות הרשלנות שבהם צפיתי בזה אחר זה, שילמתי לסנגור הבכיר על הפגישה ושחררתיו מהטיפול בתיק.

דוגמאות נוספות לכשל בייצוג ניתן למצוא במאמרו של עוה"ד אדוה אלאב ושל פרופ' נטע זיו.³¹⁶ להלן אחרות מהן, כפי שהן

מובאות שם:

בעניין פלוני הורשע המערער במסגרת הסדר טיעון בעברות של מגע עם סוכן חוץ, קשירת קשר לבצע פשע ועברות בנשק. הוא נידון לשמונה וחצי שנות מאסר בפועל... נטען שהסנגור שייצג את המערער בבית המשפט המחוזי הגיע להסדר טיעון עם התביעה בניגוד לעמדת המערער. נטען שגם כאשר הוצג הסדר הטיעון בבית המשפט ונתבקשה תגובת המערער עצמו, טען המערער לחפותו. או אז, נטען, קם הסנגור הקודם והודה בעובדות כתב האישום המתוקן בשם המערער. כמו כן נטען, שהסנגור הקודם לא טרח לעיין בכל חומר החקירה, ומשכך לא ירד לשורשה של התשתית הראייתית. להודעת הערעור צורף תצהיר מטעם הסנגור הקודם, שבו אישר את הנטען והסכים כי התנהלותו בבית המשפט המחוזי הייתה פגומה.³¹⁷

בית המשפט העליון דחה את הטענה לכשל בייצוג.

בעניין פלוני הורשע המערער בעבירת אינוס ונידון לחמש שנות מאסר בפועל. המערער לא הכחיש את קיומו של המגע המיני, ואולם טען כי הרבר נעשה בהסכמה הדדית. סנגוריו של המערער בערעור טענו, שייצוגו בבית המשפט המחוזי היה בלתי ראוי וגרם לעיוות דין חמור למערער, משום שעדי התביעה לא נחקרו בחקירה נגדית ראוייה, חומרים מחומר החקירה הרלוונטיים להגנה לא הוצגו לבית המשפט ולא זומנו עדי הגנה רלוונטיים. נטען שמקור הכשל הוא בכך שלסנגור הקודם לא היה ניסיון בתחום המשפט הפלילי, והופעתו בתיק זה הייתה לו הופעת בכורה.³¹⁸

בית המשפט העליון דחה את הטענה לכשל בייצוג.

פסק הדין בעניין דענא, שניתן ביום 26.11.07, הנו המקרה הראשון שבו נתקבלה טענת כשל בייצוג בערעור פלילי בבית המשפט העליון אשר הביאה לביטול הרשעה. היה זה ערעורם של שני אחים שהועמדו לדין בגין רצח בן דודם, ואשר יוצגו

בבית המשפט המחוזי בידי אותו סנגור. במסגרת הסדר טיעון תוקן כתב האישום, באופן שהמערער 1 הודה והורשע בעברת רצח, ואחיו - המערער 2 הודה והורשע בעברת סיוע לרצח - כלומר היה זה הסדר טיעון מותנה, זה בהודאתו של זה. הסדר הטיעון לא כלל הסכמה עונשית, והמערער 1 נידון למאסר עולם, ואילו המערער 2 נידון ל-14 שנות מאסר. המערער 1 ערער על הכרעת הדין, והמערער 2 על גזר הדין. בערעורו ביקש המערער 1 לחזור בו מהודאתו, וטען כי הודה מתוך לחץ נפשי פנימי וחיצוני עקב הבררה שהוצגה לו על ידי סנגורו, שלפיה אם יודה הוא בעברת הרצח, יסייע בכך לאחיו שיוורשע בעקבות כך אך בסיוע לרצח [...] בית המשפט העליון קיבל את הטענה, התיר לו לחזור בו מהודאתו, והורה על ביטול הרשעתו של המערער 1. נקבע, כי קיים בסיס של ממש לחשש שהודאתו של המערער 1 לא ניתנה מרצונו החופשי, אלא שנבעה מתוך רצון לסייע לאחיו ולמשפחתו.³¹⁹

כן נקבע שייצוגם המשותף של המערער ושל אחיו על ידי אותו הסנגור היה נגוע בניגוד עניינים.

בעניין עבדוב הועמד אדם לדין יחד עם אחר בכיצוע עברת אינוס. משך כל משפטו הכחיש המערער מגע מיני כלשהו עם המתלוננת. בתום שמיעת הראיות וטרם הגשת הסיכומים בכתב, נפל עורך דינו למשכב ומאוחר יותר נפטר. עורך הדין של הנאשם האחר התנדב להגיש סיכומים בכתב עבור שני הנאשמים. בסיכומיו הכתובים טען עורך הדין, שהמערער קיים מגע מיני עם המתלוננת, ואולם הדבר נעשה בהסכמתה [...] המערער טען כי לא ידע על שינוי החזית [”שינוי חזית” - שינוי בקו ההגנה והסכמה עם התביעה בעניין שקודם לכן היה שנוי במחלוקת. במקרה זה - קיום המגע המיני. הבהרת המחבר] שנעשה שלא בהסכמתו במועד כה מאוחר של המשפט, שינוי אשר היה בו להטיל דופי במהימנות גרסתו של המערער, וכי קיימת אפשרות שהדבר השפיע על שיקול דעת השופטים, אשר נדרשו להכריע בין גרסתו

לבין גרסת המתלוננת [...] לבית המשפט העליון הובאה בעל פה עמדת עורך הדין המדובר [...] ציין עורך הדין שפעל מתוך אמונה שהדבר יועיל למערער, אך היה מודע לכך שהמערער עמד איתן בגרסתו. בית המשפט העליון דחה את הערעור וקבע, כי הדרך שבה פעל עורך הדין לא הייתה ראויה, ואולם אותו כשל בייצוג לא הוביל לעיוות דין תוצאתי.³²⁰

אסתפק בדוגמאות אלה. אינני יודע אם כל הנאשמים הנזכרים בהן היו חפים מפשע. אך ראשית, הן מדגימות את חשיבותו הרבה של ייצוג טוב ואת הסכנה להרשעת חפים מפשע שבייצוג רע. שנית, הן מדגימות את יחסו של בית המשפט העליון לטענות של כשל בייצוג: מבין עשרים המקרים המובאים במאמרו של אלאב וזיו, רק במקרה אחד קיבל בית המשפט את הטענה של כשל בייצוג במשפט פלילי. הדבר נובע ממבחן מחמיר מדי שקבע בית המשפט, הדורש לא רק הוכחה של ייצוג גרוע, אלא גם הוכחה של קשר סיבתי בין הייצוג הגרוע לבין תוצאת המשפט. כלומר: על המערער להוכיח שאילו היה מקבל ייצוג טוב, תוצאת המשפט יכולה הייתה להשתנות והוא יכול היה להיות מזוכה. קשה עד בלתי אפשרי להוכיח דבר כזה.

בפרשת אורן עמיאל התקבלה באופן נדיר טענה של כשל בייצוג, ובשל כך הורה בית המשפט העליון על עריכת משפט חוזר. עמיאל היה חייל בשירות סדיר שרכב על אופנוע יחד עם נוסע, חברו הטוב. כתוצאה מהתנגשות עם אוטובוס, הועף החבר מהאופנוע, ראשו נחבט בכביש והוא נהרג במקום. מלבד נהיגה רשלנית, הואשם עמיאל בארבע עבירות נוספות: נהיגה ללא רישיון רכב תקף, נהיגה ברכב שניתן עליו איסור שימוש, נהיגה ללא תעודת ביטוח, שינוי זהות (מספר) של רכב. חרף העובדה ששלוש מארבע העבירות הנוספות כלל לא בוצעו, אלא דובר בחוסר ידיעה על צו איסור השימוש שניתן לפני רכישת האופנוע ובטעויות רישום שיצרו רושם מוטעה של זיוף המספר ושל היעדר ביטוח,

ואף על פי שהיו לעמיאל טענות הגנה טובות, נתן לו סנגורו "עצת אחיתופל"³²¹ – הוא הורה לו לשמור על זכות השתיקה ונקט עבורו בקו הגנה אחיד של הכחשה טוטלית, שלפיו התביעה לא הוכיחה כי המבקש הוא האדם שביצע את כל העבירות. לקו הגנה זה לא היו סיכויים ריאליים מלכתחילה, משום שבחקירתו המוקדמת במשטרה, מייד לאחר התאונה, עמיאל לא הכחיש את מעורבותו בתאונה. בשל גילו הצעיר, מצבו הנפשי הקשה בעקבות התאונה והאמון המוחלט שנתן במומחיות הסנגור, קיבל עמיאל את העצה ושתק במשפטו. לא זו בלבד שעמיאל הורשע ונידון לשנתיים מאסר (בערעור הופחת המאסר לשנה וחצי), אלא שמשרד הביטחון גם ביטל את ההכרה בו כנכה צה"ל ואת הקצבה החודשית אשר שימשה למחייתו. זאת משום שהרשעותיו בעבירות הנ"ל יצרו את הרושם כי נכותו נגרמה עקב התנהגות רעה וחמורה מצדו. באופן נדיר, היועץ המשפטי לממשלה אליקים רובינשטיין הסכים לבקשה למשפט חוזר ואף הסכים לזיכוי מידי מאחת מהעבירות (איסור שימוש ברכב). בנסיבות מיוחדות אלה, קיבל נשיא בית המשפט העליון את הבקשה.³²²

נשוב לממצאי פרויקט החפות האמריקני. בחלק ניכר מהמקרים שנחשפו של הרשעות שווא על רקע של ייצוג משפטי עלוב, דובר בנאשמים עניים ובסנגורים במימון המדינה, אשר קיבלו שכר טרחה זעום עבור הייצוג.³²³ כדי לאפשר לנאשמים ייצוג הולם יש מצד אחד להקצות לכך את המשאבים הדרושים כך שהסנגורים העובדים בשירות הסנגוריה הציבורית יקבלו שכר הולם ויפעלו בעומס עבודה סביר, ומצד שני לקבוע נורמות של ייצוג הולם ולאכוף אותן כך שסנגורים רשלנים יישאו באחריות למעשיהם ולמחדליהם, העלולים להוליד (ולעתים גם מוליקים) להרשעות שווא.

בישראל חל שיפור משמעותי במצב עם הקמת הסנגוריה הציבורית, המונהגת על ידי משפטנים מצוינים, כמה מהם בעלי התואר דוקטור למשפטים, המפקחים על עבודתם של הסנגורים

החיצוניים שאותם מעסיקה הסנגוריה הציבורית. אלא שתקציבה של הסנגוריה הציבורית עדיין נמוך מאוד בהשוואה לתקציבה של הפרקליטות. גם כיום נאשמים רבים מופיעים בפני בתי המשפט ללא כל ייצוג. בנוסף, תקציבה המוגבל של הסנגוריה הציבורית לא תמיד מאפשר לה להיעזר בעדים מומחים. הדרישה להקצאת משאבים גדולים יותר לסנגוריה הציבורית נתקלת במציאות הישראלית בטענה של חוסר משאבים. כנגד טענה לא משכנעת זו ברצוני להציב שני טיעונים: האחד הוא שמוטלת על המדינה המחויבות המוסרית הכבדה לדאוג לייצוג הולם לנאשמים שאותם היא עצמה מעמידה בסכנה של הרשעת שווא ושלילת חירות בלתי־מוצדקת. כשהמדינה לא עומדת במחויבותה זו, היא למעשה מסכימה במודע להרשעתם של חפים מפשע. את הטיעון השני, שניתן לראותו כפועל יוצא של הראשון, למדתי מפרופ' יורם שחר, שהציע לקחת את התקציב הכולל של הפרקליטות והסנגוריה הציבורית ולחלקו שווה בשווה בין שני הגופים החשובים האלה. טענת הנגד וודאי תהיה שאם יקטן תקציב הפרקליטות, לא ניתן יהיה לקיים את אותן מספר של הליכים המתקיימים כיום. לכך תשובתי היא: אדרבא! נוכח פליליות היתר (over-criminalization) שאליה הגענו, דווקא רצוי שהפרקליטות תיאלץ להתמקד בעבירות המשמעותיות ולא תטרוד אלפי אנשים באישומים של מה בכך. אפשרות נוספת היא, כמובן, להגדיל את התקציב הכולל. מדינה המעוניינת להאשים אנשים חייבת להקצות משאבים למימון הגנה ראויה עליהם – וזאת לשם צמצום הסכנה הנוראית של הרשעת חפים מפשע. אין עוול גדול יותר שגורמת המדינה לאזרחיה. הדבר חמור שבעתיים כשהוא נעשה באופן שיטתי ומבלי שמשתדלים לצמצמו.

מייסדי פרויקט החפות האמריקני מדווחים שלאחר כל זיכוי שהם משיגים הם נוהגים להתקשר לסנגור אשר ייצג את הנאשם במשפטו הראשון, לספר לו שהאסיר זוכה לאחר שהוכח, בין היתר

באמצעות בדיקה גנטית, שהורשע בטעות, ולשמוע את תגובתו. רבים מהסנגורים המומים למשמע הידיעה. הדבר מלמד שהניחו שהנאשם היה אשם³²⁴. התפיסה המוטעית של "אשמת החשוד" היא הרסנית מאוד ופוגעת לא רק בתפקודם של חוקרי משטרה, תובעים ושופטים, אלא אף בתפקודם של סנגורים. בנוסף, מאוד מפתה להניח שהנאשם אשם: הרי בניגוד לחזקת החפות שהיא נורמטיבית,³²⁵ מבחינה סטטיסטית רוב הנאשמים כנראה אשמים. בעוד שבמשפט אזרחי עורכי הדין נוטים להיות אופטימיים ולהניח שיש להם במוצע סיכוי של 50% לזכות במשפט, הרי שבמשפט פלילי הסנגורים פסימיים מאוד. לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שיעור ההרשעות בישראל בעבירות רציניות הוא למעלה מ-99%³²⁶ והסנגור, שמכיר את הנתונים, יודע שהסיכויים לזיכוי קלושים. במצב כזה המוטיבציה שלו להתאמץ ולנסות להוכיח את חפות מרשו צפויה להיות נמוכה. סביר יותר להניח שיבחר למקד את מאמציו בהשגת עסקת טיעון. עסקת הטיעון מקטינה את הסיכון הנשקף לנאשם. אחת הסכנות היא שהיא תהיה אטרקטיבית לא רק לנאשם אשם שאכן עבר את העבירה, אלא גם לנאשם חף מפשע, החושש מהעונש הכבד הצפוי לו אם לא יבחר בעסקת טיעון ולאחר מכן יורשע בטעות. על כך בפרק הבא.

9. עסקות הטיעון - הגולם שקם על יוצרו

לי פאסטו הייתה רעייתו של האחראי על הכספים בחברת הענק אנרון (Enron) שהתמוטטה. בעלה הואשם בהונאה שתרמה להתמוטטות החברה. אף על פי שהיא עצמה, שהייתה אם לשני פעוטות, שהתה באותה תקופה בביתה, החוקרים הפדרליים חשבו שידעה על הרמאות של בעלה ואולי אפילו סייעה לו. הם איימו עליה שיאשימו אותה בעבירה חמורה יחסית שעונשה 12 שנות

מאסר. במקביל היה ידוע שבעלה צפוי ללכת למאסר ממושך ושלכן, אם תלך גם היא למאסר, הילדים הקטנים יישארו ללא הורים בבית. לאור זאת הציעה לה התביעה עסקת טיעון עם עונש מומלץ של חמישה חודשי מאסר בלבד. העסקה כללה הבטחה מפורשת שבני הזוג לא יאסרו בו זמנית, כך שבכל זמן נתון יהיה לילדים הקטנים הורה בבית: תחילה תיאסר האם ורק לאחר שחרורה ייאסר האב. האם ניתן לומר שהאם בחרה בחירה חופשית ומרצון להודות? נראה שלא. לאחר שהודתה, השופט סבר שהעונש המוסכם קל מדי וגזר על הגב' פאסטוו שנת מאסר.³²⁷

בפרק שדן בפשעי שוטרים המוליכים להרשעת חפים מפשע, הוצגו פרשות רמפרט וטוליה - שתיים מבין 13 פרשות שנחשפו בשנים האחרונות בארצות הברית, שבהן חוקרי משטרה מושחתים הפלילו באופן שיטתי למעלה מאלף אזרחים חפים מפשע. כאמור, בפרשת רמפרט התברר שעשרות שוטרים עסקו באופן שיטתי בהפללת חפים מפשע, תוך שהם "שותלים" אצלם סמים או נשק. לאחר חקירת הפרשה שוחררו 156 אנשים שהורשעו באופן הזה - רובם היספנים. בפרשת טוליה, סוכן משטרה העיד שקר בכמה משפטים שונים וטען שחמישים תושבים אפרו-אמריקנים שונים מכרו לו סמים. כולם הורשעו על בסיס עדותו. לאחר חקירה נחשף שסוכן המשטרה עצמו היה פושע רמאי והמורשעים זוכו ושוחררו. כבר עמדנו על כך שניתן ללמוד מפרשות אלה שהמערכת המשפטית לא יודעת לסנן החוצה עדויות שקר. עתה נראה שניתן ללמוד מהן הרבה גם ביחס לעסקות הטיעון. פרשות רמפרט וטוליה מוכיחות שעסקות הטיעון יוצרות מצב קשה. 81% מהמורשעים בטעות הודו בעסקות טיעון חרף חפותם. האם טעו כשבחרו לעשות כך? לא בהכרח. בפרשת טוליה, בעוד שהעונש הממוצע למי שהודה הודאת שווה במסגרת של עסקת טיעון היה 4 שנות מאסר, העונש הממוצע למי שעמד על חפותו היה 51 שנות מאסר (!). המערכת מטילה מעין קנס כבד על ניהול משפט: מענישים בחומרה את מי

שעומד על חפותו, וכך דוחפים את רוב הנאשמים להודות. בסרטה התיעודי המרתק של הבימאית עפרה ביקל, **הטיעון** (באנגלית: *The Plea*); בתרגום לא מילולי לעברית: "עסקת הטיעון"³²⁸, מתועדות פרשות שבהן ניצבו חפים מפשע בפני הדילמה האיומה: האם להסתכן בהרשעה בעבירה חמורה מאוד ובמאסר ממושך, או להודות בעבירה קלה יותר במסגרת של עסקת טיעון ולהשיג פתרון בטוח יחסית של עונש קל. יצוין ויודגש שהסרט מבוסס על תחקיר מקצועי מקיף ושהעובדות המוצגות בו נתמכות על ידי מאמרים משפטיים מקצועיים. כמעט כל הנאשמים סיפרו שהסנגורים לחצו עליהם להסכים להודות במסגרת של עסקת טיעון. לצ'ארלי גמפרו הוצעה עסקה בטווח של 7 עד 21 שנות מאסר, והשופט איים עליו שאם יתעקש על זכותו למשפט הוכחות וירשע, יגזור עליו עונש כבד בהרבה - בטווח של 25 שנים עד מאסר עולם. השופט הודיע לו שלאחר תחילת המשפט לא יסכים לעסקת טיעון ודרש ממנו להחליט החלטה כה גורלית תוך 15 דקות. פרופ' ברוס גריין (Green) מאוניברסיטת פורדהאם המרואיין בסרט מבהיר שאיומים כאלה נחשבים לחוקיים וההודאה נחשבת להודאה מרצון. פרופ' אלברט אלשולר (Alshuler) מאוניברסיטת שיקאגו אמנם הביע דעתו שהודאה כזו היא הודאה כפויה, אך הוא התכוון לדין הרצוי. בדין המצוי, גם אצלנו, הודאה כזו נחשבת להודאה חופשית ומרצון. וכפי שאומר בסרט פרופ' ג'ון לאנגביין (Lengbeine) מאוניברסיטת ייל: "כל אחד מאיתנו יודה אם הפער שבין האיום לבין ההצעה יהיה מספיק גדול". גמפרו נאלץ להודות במסגרת עסקת טיעון ונשלח למאסר שממנו שוחרר ב־2004, לאחר שמונה שנות מאסר ולאחר שוועדת השחרורים צפתה בסרט התיעודי. כפי שאומר פרופ' סטפן שולהופר (Schulhofer) מאוניברסיטת ניו-יורק, המרואיין בסרט, התובעים משתמשים בעונשים החמורים הנגזרים בסיום משפטים המתנהלים בדרך של הוכחות ושמיעת עדויות כדי להרתיע נאשמים מפני ניהול משפטים כאלה וכדי להוליקם

להסכים להודות במסגרת של עסקות טיעון. בפרשת הרן, די היה בפיתוי של שחרור מידי בערבות כדי לגרום לשבעה חפים מפשע להודות. אחת המודות הייתה ארמה פיי סטיוארט האומללה, שמאוד רצתה לשוב הביתה לילדיה הקטנים שאותם גידלה כאם חד-הורית. אלה שלא הודו נאלצו לשהות חמישה חודשים ארוכים במעצר - 150 ימים ו-150 לילות של המתנה למשפטם, עד שקרה נס והם שוחררו, לאחר שהתברר שהמודיע המשטרתי היה שקרן. בדרך כלל לא מתרחשים ניסים כאלה, גם לא לחפים מפשע. ארמה פיי לא יכולה הייתה להרשות לעצמה ולילדיה 150 ימי מעצר הרחק מהם, הודתה בעבירה שלא ביצעה, ולכן גם לאחר שנחשף שהמודיע המשטרתי היה שקרן והנאשמים שלא הודו שוחררו, היא לא זוכתה ונאלצה לשאת בקנס ובשלילת זכויות סוציאליות, שמוטטו אותה כלכלית ולא אפשרו לה לכלכל את ילדיה.

מבין הנאשמים שהמקרים שלהם מתועדים בסרט, קלי ג'רט היא היחידה שהפער הגדול בין ההצעה שהוצעה לה (5 עד 15 שנים אם תודה בשוד) לבין העונש שלו הייתה צפויה במשפט (25 שנים עד מאסר עולם אם תורשע גם ברצח הנשרד) לא גרם לה להודות בפשע שלא ביצעה. אשמתה היחידה הייתה היותה חברתו של מבצע השוד והרצח. יתרה מזאת: לאחר שבאופן נדיר קיבל בית המשפט העליון את עתירת ה"הביאס קורפוס" שהגישה (בעתירת "habeas corpus" מתבקש בית-המשפט להורות לרשויות להביא בפניו אדם שחירותו נשללה כדי לברר אם יש לכך הצדקה), הוצע לה שחרור מידי אם רק תודה ואפילו אז לא הסכימה להודות. קלי ג'רט היא אישה מיוחדת מאוד. בסרט מתארים אותה כאישה דתייה, שמצפונה לא אפשר לה לשקר ולהודות בעבירה שלא ביצעה. היא מעידה: "האמנתי במערכת הצדק שלנו". פרופ' גרין אומר בסרט: "היו לה ערכים שהיו חשובים לה יותר מהחירות". אך כמה אנשים מלבד קלי ג'רט היו מצליחים לעמוד בלחץ כזה

ולא להודות ולהשתחרר? 28 שנים מחייה היא שילמה במאסר על היושר הקיצוני הזה. היא שוחררה שנתיים לאחר הסרט, ב-2005. רובנו, בני התמותה, היינו כנראה מודים בסיטואציה כזו גם בפשע שלא ביצענו ובלכד שנשתחרר.

לנוכח עקרון התאונות הנסתרות, קשה מאוד לחשוף הרשעת שווא של חף מפשע. הדבר קשה שבעתיים במקרה הטיפוסי שבו הנאשם הודה באשמה שיוחסה לו במסגרת עסקת טיעון. מקרה נדיר שבו, חרף האמור לעיל יצאה האמת לאור, הוא פרשת הגב' דינה בר יוסף, שהיא אשמה על ידי בעלי הבית שבו עבדה כעוזרת בגניבה של 450 ש"ח. מחשש שלא יאמינו לה שהיא חפה מפשע, היא נאלצה להודות, במסגרת עסקת טיעון, בעבירה של גניבה ממעביד, שהיא צורה חמורה יותר של עבירת הגניבה. אלא שגם לאחר פיתוריה של בר יוסף, המשיכו הגניבות מבית המתלוננים. הם הבינו שהגנב הוא אדם אחר - כפי הנראה כנס ושגרמו לגב' בר יוסף עוול נוראי. לפיכך הם פנו למדור התביעות במשטרה במכתב, המצוטט בפסק הדין, שבו נאמר כך:

מזה זמן ברור לנו שהגברת דינה בר יוסף ידיה נקיות ולא עשתה את המעשה שיחסנו לה. היא לא לקחה מאיתנו כסף. התעוררנו לזה, אחרי שגם כשהפסיקה לעבוד אצלנו חסרו לנו סכומי כסף. ומכאן הוכחה חותכת שהגברת בר יוסף נקיה מכל אשמה. אנחנו טפלנו בנושא היעלמות הכספים באופן מתאים ובהצלחה. צפינו שאם וכאשר יתנהל משפט נגד הנ"ל נוזמן על ידי התביעה להעיד במשפט. כמובן שהיינו מודיעים לבית המשפט שתלונתנו בטעות יסודה. מכיוון שלא הוזמנו להעיד וביוזמתנו חידשנו את הקשר עם הגברת בר יוסף, אז נודע לנו שמשפטה הסתיים. מצאנו לנכון ולחובה לתקן את העוול שנגרם לה על ידינו. אנו פונים ומבקשים לבטל את הרישום הפלילי נגדה. אנו מוכנים להעיד בפני בית משפט או כל מוסד שיפטי אחר מתאים, כדי להעמיד את הדברים על דיוקם.³²⁹

היועץ המשפטי לממשלה הנחה את המשטרה לבצע חקירה נוספת, ובסיומה של חקירה זו הודיע לבית המשפט את הדברים הבאים:

קריאת ההודעות שנגבו במהלך החקירה, מותרת רושם כי הנחקרים אינם מגלים בחקירה את כל הידוע להם בעניין זה, וניכר כי הם מתחמקים ממתן תשובה חד משמעית, במיוחד ביחס לחשדות כנגד הבן, שבינתיים גם אינו מצוי בקשר עם הוריו [...] כמו כן, התנהגות בני המשפחה המתלוננים ביחס למבקשת, בטחונם כי היא חפה מפשע ופעולותיהם לפייסה ולפצותה במתנות יקרות ערך, אף הם מעוררים תמיהות באשר לאשמתה.³³⁰

בהתאם לדבריו אלו, ובאופן נדיר, הסכים היועץ המשפטי לממשלה דאז אליקים רובינשטיין (כיום שופט בית המשפט העליון) לזיכוי, ובית המשפט העליון זיכה את הגב' בר יוסף - אחת-עשרה שנים ארוכות לאחר שהואשמה והורשעה. לכאורה ניתן ללמוד מפסק דין זה שמערכת אכיפת החוק הפלילי שלנו יודעת לתקן את טעויותיה. אלא שמדובר במאורע נדיר. כפי שנראה בפרק הבא, בית המשפט העליון מקבל בממוצע רק בקשה אחת בשנה למשפט חוזר מתוך מאות בקשות ולנוכח מאות אלפי הרשעות. רובן המכריע של הרשעות השווא תיוותרנה לעד בצל עקרון התאונות הנסותרות של המשפט הפלילי. ניתן להדגים זאת באמצעות המקרה הנוכחי: מה היה קורה אילו הגניבות מבית המתלוננים לא היו נמשכות? או אילו המתלוננים לא היו מגלים מיהו הגנב האמיתי, או שהיו אדישים לעוול שגרמו? או שהיו מתביישים להודות בטעותם או חוששים לחשוף את הטעות מחשש שבנם יוכתר כגנב? לו הייתה אחת מחמש האפשרויות הללו מתקיימת, לא היה המקרה נחשף לעולם. במקרים רבים אחרים, גם לאחר שהמקרה לכאורה נחשף, רשויות אכיפת החוק ובתי המשפט לא מצאו לנכון לתקן את הטעות. התיקון הוא מאורע נדיר, בגדר נס.

בכתבה עיתונאית העוסקת בנושא הודאות שווא של חפים

מפשע במסגרת עסקות טיעון, מצוטטים דבריה הבאים של הגב' בר-יוסף:

מבחינתי, הסיפור הזה אף פעם לא ייגמר. את החרדות שלי כשאני רואה מכונית משטרה אי אפשר להפסיק. כשיצאתי מהמעצר הייתי שבורה. חשבתי שאף אחד לא יאמין לי שלא גנבתי, אפילו בעלי. חוץ מזה, אף אחד לא פיצה אותי על מה שקרה, על הכסף ששילמתי לעורך דין ועל הסבל שנגרם לי. אנשים אומרים לי שאני צריכה ללכת לבית משפט לבקש את הכסף הזה, אבל זה לא פשוט בשבילי. גם כשאני מספרת עכשיו מה קרה אני מרגישה רע [...] אמרתי לשוטרים שהילדים שלי צריכים להגיע מהגן בשעה אחת ואין מי שיפתח להם את הדלת ושהתינוק שלי, בן שלושה חודשים, נמצא אצל המטפלת ואני צריכה להניק אותו. רק בארבע נתנו לי להתקשר לבעלי שילך לילדים. אחר-כך המשוכו לצעוק עלי שאני גנבתי את הכסף והכי טוב שאודה ואלך הביתה. התעקשתי שלא גנבתי כלום. בערב הסיעו אותי לאבו-כביר ושמר אותי במעצר עם שתי פרוצות בחדר מטונף. אחת הפרוצות היתה נחמדה וניסתה לנחם אותי, אבל במשך יומיים לא יכולתי להפסיק לבכות. לא חקרו אותי במעצר ובסוף לקחו אותי לבית משפט.³³¹

בבית המשפט הגיעה בר יוסף לעסקת טיעון עם התביעה, והודתה באשמה תמורת הבטחה שלא תישלח למאסר. "אחרי שהייתי יומיים באבו-כביר חשבתי שעדיף להודות במשהו שלא עשיתי ולא להיפרד שוב מהילדים ולשבת במקום הנורא הזה", היא מסבירה. באולם שאלה אותה השופטת אם היא מבינה את עסקת הטיעון. בר יוסף תיארה את תשובתה במילים האלה: "לא יכולתי לשמור יותר בלב ואמרתי לה, 'כבוד השופטת, אני קיבלתי עלי והבנתי, אבל אני לא מאמינה שהודיתי בדבר כזה'.³³²

דוגמה נוספת, מהשנה האחרונה, היא פרשת מימוני ובאשה. במשפט נפרד הורשע יחזקאל באשה ברצח הקורבן לאחר קטטה ביניהם. במשפט השני הואשמו חברו של יחזקאל, יצחק מימוני

ואחיו גיל באשה בשותפות ברצח. שניהם הסכימו להודות במסגרת עסקת טיעון ולהישלח למאסר. בסופו של דבר הפרקליטות חזרה בה מהסכמתה לעסקת הטיעון, והתנהל משפט שבו הוכח שהאח גיל באשה כלל לא נכח בזירה בזמן האירוע, אלא הוזעק למקום טלפונית, לאחר מעשה, כדי לפנות את אחיו הפצוע יחזקאל באשה לבית החולים. גם ביחס למעורבותו של החבר יצחק מימוני בעבירת ההמתה נותר ספק גדול. ובכל זאת, האח גיל והחבר יצחק הסכימו להודות בשותפות לעבירה החמורה של הריגה, כנראה כדי שלא להסתכן בהרשעה ברצח. המקרה מדגים הן את הסכנה המוחשית שגם חפים מפשע יודו במסגרת עסקת טיעון והן את האפשרות של שיקול דעת מוטעה מאוד של הפרקליטות ביחס לעסקות טיעון.³³³

במסגרת של עסקת טיעון, הנאשם מסכים להודות בעובדות המגבשות עברה מסוימת ובתמורה התביעה מוותרת על האשמתו בעברה חמורה יותר או מסכימה לעונש פחות חמור מזה הצפוי לנאשם אם יורשע לאחר משפט שבו יישמעו עדים ותוצגנה ראיות. היתרון המרכזי המיוחס לעסקות הטיעון הוא היעילות. יש המוסיפים לזכות עסקות הטיעון את האפשרות הניתנת לנאשמים שאינם רוצים לקחת סיכון להשיג ודאות באשר לתוצאות ההליך וכן הקלה בעונש, תוך קיצור הסבל שגורם ההליך עצמו. החיסרון המרכזי בשיטה זו הוא שמכיוון שמוותרים על בירור האמת, גם חפים מפשע מורשעים. בספרות המשפטית אנו מוצאים התייחסויות שונות לעסקות הטיעון: הפרופסורים וויליאם סטונץ ורוברט סקוט (Stuntz & Scott) הציעו לראות בעסקת הטיעון חוזה;³³⁴ פרופ' פרנק איסטרברוק (Easterbrook) הציע לראות בה פשרה;³³⁵ פרופ' סטפן שולהופר (Schulhofer) הציע לראותה כאסון.³³⁶ להערכתנו, מבין שלושת האפיונים שהוצעו לעסקות הטיעון, האפיון כ"אסון" הוא המשקף ביותר את התופעה. מנגנון עסקות הטיעון הוא אחד המנגנונים המרכזיים המאפשרים הרשעות רבות של חפים מפשע. זוהי, למעשה, תעשייה שלמה של הרשעות, הן של אשמים והן של

חפים מפשע. יש, כמובן, קשר הדוק בין שיעור ההרשעות הגבוה מאוד אצלנו לבין שיעור עסקות הטיעון. השניים מחזקים זה את זה: מצד אחד, מכיוון שבעסקת טיעון התוצאה היא תמיד הרשעה ולא זיכוי, ברור שעסקות הטיעון תורמות לכך ששיעור ההרשעות אצלנו כל כך גבוה (לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, ב"עבירות רציניות" שיעור ההרשעות הוא למעלה מ-99%).³³⁷ מצד שני, משום ששיעור ההרשעות אצלנו כל כך גבוה, אין זה פלא שכמעט כולם מעדיפים להודות במסגרת עסקות טיעון – גם האשמים וגם החפים מפשע.

פרט לפרשות אחדות שנחשפו, כגון טוליה, רמפרט והרן שהוזכרו לעיל, מקרים שהם בבחינת היוצאים מן הכלל שאינם מעידים על הכלל, רוב רובן של עסקות הטיעון משרת את "עקרון התאונות הנסתרות" של המשפט הפלילי שלפיו, כאמור, הרשעות השואו בדרך כלל לא מתגלות לעולם. כפי שאמר פרופ' אלשולר: "עסקת הטיעון נועלת את הקופסה ללא יכולת לבדוק מה יש בתוכה".³³⁸

ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת עלולה לאשר את הצעת חוק סדר הדין הפלילי (הסדר טיעון), התש"ע-2010.³³⁹ חוק זה יכשיר בפועל את השתלטות עסקות הטיעון על המשפט הפלילי, וזאת מבלי לקבוע מנגנון למניעת הרשעות של חפים מפשע. הצעת החוק הישראלית מאכזבת מאוד. חרף השימוש בביטוי המעורר "הסדר טיעון", מבחינה מהותית זו הייתה ונותרה "עסקה". בית המשפט העליון אמר עליה פעמים רבות: "הכרח בל יגונה". רק ביחס לדברים שיש מקום לגנותם מתעורר הצורך להתנצל. פרופ' קנת קיפניס (Kipnis) סיפר על מרצה האומר לסטודנט כך:³⁴⁰ "כרי לתת לך ציון עלי לטרוח ולקרוא את עבודתך. הצצתי בעמוד הראשון ונראה לי שהציון יהיה חלש - D. אני מציע שתסכים לציון B מבלי שאצטרך לקרוא. התלמיד נאלץ להסכים ומוותר על הסיכויים לקבל A. האם היינו מקבלים מהמרצים דרך יעילה

כזו של קביעת ציונים? ברור לכולם שאיננה מוסרית. אך שליחת אנשים למאסר בדרך דומה נחשבת אצלנו "הכרח בל יגונה" או אפילו דבר חיובי. בשנים האחרונות בית המשפט העליון אף מעודד את השימוש בעסקות הטיעון, בשם האינטרס הציבורי והיעילות. עסקות הטיעון השתלטו על ההליך הפלילי במדינת ישראל: ההערכות הן שב-80% עד 90% מהתיקים כלל לא מבררים את האשמה בדרך של הצגת הוכחות. בית המשפט העליון קיבל כנימוקים לגיטימיים מצד התביעה לעריכת עסקת טיעון לא רק את השאיפה לחסוך במשאבים אלא גם את קיומם של קשיים ראיתיים.³⁴¹ אך הרי כשאינן ראיות המספיקות להרשעה ייתכן מאוד שמדובר באדם חף מפשע. הפער הגדול בין העונשים הדרקוניים הקבועים בחוק העונשין שירשנו מהמנדט הבריטי, לבין העונשים שמציעה התביעה, עלול לפתות חפים מפשע להודות הודאות שווא באופן רציונלי לחלוטין.

הצעת החוק עלולה להנציח את המצב הרע הקיים. היא קובעת שעל בית המשפט לוודא אך ורק שהנאשם הבין את תוכן העסקה ושהודה באשמה מרצונו. אחת הבעיות הקשות שמעלה החוק היא שאין דרך פלא לוודא שההודאה הייתה מרצון. כולם הרי לוחצים על הנאשמים להודות: תובעים, שופטים ואפילו סנגורים. בעיה קשה עוד יותר היא שהצעת החוק כלל לא דורשת שבית המשפט ינסה לוודא שתוכן ההודאה אמת. במצב החוקי הקיים, לצורך הגשת כתב אישום די ב"אפשרות סבירה להרשעה".³⁴² התביעה אפילו לא נדרשת להראות שקיימות "ראיות לכאורה" להוכחת האשמה, דבר הנדרש, לדוגמא, לצורך מעצר עד תום ההליכים. אמנם אין לצפות להוכחה מעבר לספק סביר במסגרת של עסקת טיעון, אך יש לקבוע בחוק שתיק החקירה של המשטרה והתביעה יועבר לבית המשפט, ושעל בית המשפט יהיה לבחון אם יש ראיות שלפחות לכאורה מוכיחות שהנאשם אכן עבר את העבירה (רצוי מאוד לקבוע רף הוכחה גבוה יותר, כגון 51%). אם לא ייקבעו מנגנוני בטיחות

כאלה, תמשיך להתנהל תעשייה שלמה של הרשעות ללא הוכחות, הן של אשמים והן של חפים מפשע.

שיקול הדעת השיפוטי המאפשר לדחות עסקת טיעון הוא מצומצם מדי (וכשהוא כבר מופעל, מדובר כמעט תמיד בהחמרה בעונש), ושיקול הדעת של התביעה לבחור בעסקת טיעון הוא רחב מדי. קיימת אפילו תופעה של ניפוח כתבי אישום לשם השגת עסקות מסוימות. זוהי, למעשה, סחיטה. הצעת החוק כלל לא מגסה למנוע זאת.

נדרש גם פיקוח חיצוני על עבודת הפרקליטות ועל המדיניות שלה.³⁴³ במקום שבו השיטה היא של עסקות טיעון, שיטה שאני מסתייג ממנה מאוד, צריכה להיות לנאשם זכות לקבלת הצעה הוגנת לעסקת טיעון.³⁴⁴ הדבר לא צריך להיות חסד של התובע המסוים כלפי הנאשם המסוים או סנגורו. בהיעדר זכות כזו, הופכות רוב זכויות הנאשמים לריקות מתוכן, שהרי מרבית ההליכים הפליליים במדינת ישראל מסתיימים בעסקות טיעון, ללא ניהול משפטי הוכחות שבהם לכאורה נשמרות זכויות מסוימות של הנאשמים. בנוסף, צריך לפקח על מדיניות הפרקליטות הקובעת מה יהיה הפער בין העונשים, שכן אחרת עסקות הטיעון מפתות חפים מפשע להודות בעבירות שלא עברו. דרך מעשית לכך היא הקמת גוף חיצוני לפיקוח על הפרקליטות. הקמת גוף כזה היא הכרחית, הן לנוכח כוחה העצום של הפרקליטות והן לנוכח התופעה של הרשעת חפים מפשע. צריך גם לקבוע מדיניות שלפיה לא כורתים עסקת טיעון כאשר אין בנמצא ראיות משמעותיות לאשמתו של הנאשם. אם לא יוכנסו בהצעת החוק השינויים ההכרחיים, במיוחד חובת עיון של השופט בתיק החקירה כדי לוודא שיש הוכחות משמעותיות לכך שהנאשם עבר את העבירה, עדיף לא לחוקק חוק זה כלל.

לסיום, אבקש להתייחס בקצרה לטענת הנגד המושמעת אצלנו שוב ושוב, שלפיה ללא עסקות הטיעון מערכת אכיפת החוק הפלילי

תקרוס. הלכנו בעניין זה אחרי האמריקנים. הגענו למאות אלפי תיקים בשנה. בארצות הברית פורסמו מאמרים אקדמיים המצביעים על הקשר הדו-כיווני בין עסקות הטיעון לבין מה שמכנים עודף פליליות (Over-Criminalization). בכיוון האחד עסקות הטיעון אפשרו ריבוי הליכים; ובכיוון השני, מכיוון שהמערכת מנהלת כיום יותר מדי הליכים, היא אכן לא מסוגלת לעשות כן תוך הקפדה על בירור האשמה וללא עסקות הטיעון.

בפסק הדין המנחה של בית המשפט העליון האמריקני בעניין בריידי (Brady, 1970), נקבע שניתן להשתמש בעסקת טיעון במקרה שבו יש ראיות חזקות נגד הנאשם והעסקה מאפשרת לו להודות וכך לחסוך למערכת משאבים ולקבל הקלה בעונש. עוד קבעו בפסק הדין בריידי שעסקות הטיעון לא נועדו ללחוץ על נאשמים להודות כשהאשמה איננה חד־משמעית. בית המשפט הזהיר שאם יתברר בעתיד שלא מקיימים כלל זה ולא עומדים בדרישות החוקתיות, הוא ישקול מחדש האם לאסור על עסקות הטיעון לחלוטין. אך הלכת בריידי נכשלה. כיום ידוע שגם חפים מפשע מתפתים להודות.

אם הגב' לי פאסטור, עליה סופר לעיל, הייתה מערערת לבית המשפט העליון, היא הייתה יכולה ליצור הזדמנות טובה לבחינה מחודשת של הלכת בריידי. אך מטעמים מובנים היא העדיפה להודות במסגרת של עסקת הטיעון שלמעשה נכפתה עליה ולשוב במהרה לילדיה הקטנים.³⁴⁵ ממש כשם שמעדיפים יומיום לעשות נאשמים רבים אחרים. גם שם בארצות הברית; גם כאן בישראל.

המשפט הפלילי הוא גולם שקם על יוצרו. הוא משתלט על חיינו. ישנה הנחה מוטעית שלפיה את כל תחומי החיים ניתן להסדיר באמצעות המשפט הפלילי, אשר במקורו נועד, כמובן, לתופעות האנטי-חברתיות המסוכנות ביותר. אך אם כמעט הכול עלול להיחשב פלילי, הרי ש"תפסת מרובה לא תפסת". אנו מאבדים את הסטיגמה, את הקלון שבהרשעה הפלילית. רבים מדי מוכתרים כעבריינים.

אם אנו מבינים שאנו ניצבים בפני פליליות יתר, שאותה יצרו עסקות הטיעון המאפשרות להשיג בקלות מאות אלפי הרשעות בשנה, אזי האיום שהמערכת תקרוס כבר לא כל-כך מפחיד. אגלה לקוראים סוד קטן: אם תבוטל השיטה של עסקות הטיעון, או לפחות תצומצם באופן משמעותי, שום דבר לא יקרוס. בפרקליטות יאלצו לקבוע סדרי עדיפויות ולהתרכז באכיפת העברות בעלות האופי הפלילי האמיתי, שלגביהן יש ראיות משמעותיות, ויפסיקו לרדוף את האזרחים באמצעות המשפט הפלילי כשמדובר בעניינים של מה בכך. בה בעת, מתוך צמצום תעשיית עסקות הטיעון, נרוויח את החזרה לניסיון ראוי למשפט צדק שלאחר הוכחות. או אז נפסיק להרשיע אנשים באופן סיטונאי מבלי להתעניין באופן רציני בשאלת אשמתם.

עד כה ראינו תשעה גורמים מרכזיים להרשעת חפים מפשע מתחום דיני הראיות, ושמונה גורמים מרכזיים מתחום הפרוצדורה המשפטית. להערכתי, השכיחים מביניהם מתחום הראיות הם הודאות שווא, עדויות ראייה מוטעות או שקריות וראיות מדעיות (או פסאודו מדעיות) מטעות. השכיחים מביניהם מתחום הפרוצדורה הם תפיסות תפקיד לא נכונות של חוקרי משטרה ושל תובעים, טעויות שופטים ומנגנון עסקות הטיעון. ומשני התחומים יחד – התפיסה המוטעית של "אשמת החשוד". בפרק הבא ניווכח בקושי העצום בחשיפת טעויות ובתיקונן לאחר שהורשע אדם חף מפשע.



הקושי העצום בחשיפת טעויות ובתיקון

1. מבוא

לעתים, אותו גורם שהביא לעיוות הדין הוא המנציח אותו ומונע את תיקונו. כך, אם מדובר בהסתרת ראיות "מזכות" על ידי אנשי המשטרה או הפרקליטות, סביר מאוד להניח שימשיכו להסתירן ויחסמו את הדרך לגילויין, ולו רק כדי לא להפליל את עצמם.

גורם נוסף, הפעם תמים, הוא שלאחר הגשת כתב האישום בדרך כלל מפסיקה המשטרה לחקור. לא חוקרים בכיוונים נוספים ולא מחפשים אחר הפושע האמיתי. מניחים שהפושע הוא הנאשם שנגדו הוגש כתב האישום. לכך יש להוסיף את חוסר ההתלהבות הטבעי של כל אדם או מוסד מהודאה בטעותו. לא מן המשטרה תבוא לחשוד החף מפשע הישועה. קל וחומר שלא לאסיר החף מפשע. הרי אם הורשע, חזקה שהוא אשם, ובניהול חקירה בעניינו ניתן לראות פגיעה במערכת השיפוטית.

אם לא המשטרה – מי יחקור, ימצא את הפושע האמיתי ויוכיח את חפות האסיר? בדרך כלל התשובה היא אף אחד. האסיר נמצא בדרך כלל בחוסר אונים מוחלט. לעתים קרובות הוא מרושש

כלכלית, מאחר שאיננו יכול לעבוד ואף הוציא סכומי כסף גדולים בשלבים הראשונים של משפטו ובערעור.

במחקרם של הוגו בדאו ומייקל ראדלט (Bedau & Radelet) נמצא שלעתיים קרובות, במקרים שבהם נחשפו עיוותי דין בארצות הברית, נעשה הדבר על ידי עורך דין בעל מצפון, שהמשיך לטפל בתיק במשך שנים ללא שכר.³⁴⁶ ממצאים אלה נכונים למה שהתרחש בארצות הברית בעבר. כיום המקור המרכזי לחשיפת הרשעות שווא הוא פרויקט החפות. באנגליה הוקם גוף ציבורי עצמאי, "הוועדה לבחינה מחודשת של תיקים פליליים" (Criminal Cases Review Commission), שתפקידו לכרוק מקרים שבהם מועלית הטענה שהאדם שהורשע חף מפשע. גוף זה מבצע חקירות עצמאיות ומעביר בכל שנה תיקים נבחרים רבים להכרעה מחדש של בית המשפט. בחלק ניכר מהתיקים שהועברו עד כה זוכו האסירים.³⁴⁷ בישראל מתחילה בשנים האחרונות למלא תפקיד פעיל המחלקה למשפטים חוזרים שבסנגוריה הציבורית, אם כי מספר התיקים שבהם היא מטפלת עדיין מצומצם מאוד.

גם חלוף הזמן פועל לרעתו של האסיר שנעשה לו עוול: ראיות הולכות לאיבוד, עדים פוטנציאליים שוכחים, עוקרים למקום אחר, מתים.

כללי המשפט, ובראשם "כלל סופיות הדיון" שעליו אעמוד להלן, גם הם אינם מקלים על האסיר שנעשה לו עוול. מרגע שהורשע בטעות, קשה מאוד להפוך את הקערה על-פיה. כפי שניווכח בהמשך, אפשרות הערעור מוגבלת מאוד. כלל סופיות הדיון חל למעשה כבר עם מתן פסק הדין של הערכאה הראשונה. להלכה קיים מכשיר דיוני לתיקונו של עיוות הדין – הלא הוא המשפט החוזר. האם מדובר במכשיר יעיל? גם את זאת אבקש לבחון בהמשך. לבסוף, אתייחס בקצרה גם לאפשרויות של "דיון נוסף" ושל "חנינה".

2. כלל סופיות הדיון במשפט הפלילי

סופיות הדיון חלה על "פסק דין חלוט": פסק דין סופי שלא ניתן לערער עליו במסגרת ההליך הרגיל של ערעור, בין משום שכבר הוגש ערעור והתקבלה לגביו החלטה ובין משום שחלף המועד הקבוע בחוק להגשת הערעור. כפי שהסביר השופט המנוח חיים כהן:

סופיות פסק־הדין צומחת מהפיקציה שלפיה מה שנפסק סופית בבית משפט מוסמך, הוא האמת [...] רואים מעשה בית דין כאילו היה האמת. אין מתיימרים לומר כי אמנם קובע כל פסק־דין סופי את האמת לאמתה, אם מכוח עצם סופיותו, ואם מכוח החוק או סמכות השופטים: אומרים רק שהסופיות יוצרת דימוי של אמת, או תחליף לאמת, שאין מהרהרים אחריהם.³⁴⁸

במשפט הרומי הקדום הקפידו כל־כך על כלל סופיות הדיון, עד שלא קיימו כל הליך ערעור על פסק הדין. הנמקתם הייתה שאם השופטים במשפט הראשון טעו, אין כל ערובה לכך שהשופטים במשפט השני (בערעור) לא יטעו; ואם ברור לנו שהשופטים במשפט השני (בערעור) לא יטעו, מדוע להניח שהשופטים במשפט הראשון טעו? ובכל זאת, גם במשפט הרומי העניקו "סעד מן היושר" לנפגע מפסק דין מוטעה.³⁴⁹

הסופיות אינה ערך בפני עצמו אלא אמצעי להשגת מטרות אחרות. יש לבחון היטב את המטרות האלה כדי להצדיק את הסופיות וכדי לקבוע לה גבולות וחריגים. מטרה מרכזית של כלל סופיות הדיון היא שימור ההרתעה שיוצר פסק הדין, באמצעות מניעת ערעור נוסף עליו. לאחר שנגזר הדין ומוצתה זכות הערעור, הנטייה היא לא להותיר תקוות להמשך ההליכים המשפטיים.³⁵⁰ החריג לעניין זה הוא גילוי עובדות המהוות עילה למשפט חוזר. השאיפה היא להעניק לפסק הדין יציבות מרבית, כדי לשמור על השפעתו המרתיעה.

שיקול נוסף התומך בכלל סופיות הדיון הוא היעילות. לו היו נותנים לערער על פסק הדין שוב ושוב, בכל פעם שהמורשע מעוניין בכך, לא היה לדבר סוף, לפסק הדין לא היה ערך רב, והרשות השופטת לא הייתה מסוגלת למלא תפקידה. גם בלי זאת כורעים בתי המשפט תחת הנטל. ישנו אינטרס כללי ומנהלי לשים קץ להליכי המשפט. מצד אחד ניתן לשאול: הייתכן שנוותר על הסיכוי לחשיפת האמת ולעשיית צדק רק בשל מחיר הבריור הנוסף? מצד שני ניתן להקשות: היה זה מעשי להתעלם לחלוטין משיקול היעילות?

שיקול אחר שהועלה בדיונים ביחס לכלל סופיות הדיון הוא זכות הנתבע במשפט אזרחי שלא יוטרו עוד ועוד בהליכים משפטיים. השיקול הזה יכול להסביר פסיקה של בית המשפט העליון, שלפיה כלל סופיות הדיון נמנה עם הכללים שתכליתם עשיית צדק. האמת והצדק לעתים מתנגשים. כאן מדובר בצדק לנתבע, שלא יוטרו שוב ושוב בהליכים משפטיים, מול הצדק שבגילוי האמת. מקובל לקבוע נקודה של סופיות הדיון ונעילת שערי המשפט, בין היתר תוך העדפת הצדק לנתבע - שלא יוטרו שוב. אף על פי שמדברים על "צדק" לנתבע, ייתכן שיהיה זה מדויק יותר להשתמש במונחים של הגינות וחסד, שהרי הצדק נגזר מהאמת שבצדו האחר של המאזן.

האם שיקול זה, זכותו של הנתבע שלא להיות מוטרו, הוא בעל משקל גם במשפט הפלילי? בסיטואציה השכיחה שבה מורשע מבקש להוכיח את חפותו, ודאי שלא. במצב זה אין מדובר בהטרדת הנתבע, אלא בהטרדת המערכת המשפטית. אך כשמדובר בנאשם שזוכה, הרי שכללים כגון "סיכון כפול" אכן ניזונים גם מהשיקול של חוסר רצון להטריד את הנאשם שוב ושוב ולגרום לו עינוי דין. לפי כלל הסיכון הכפול לא ניתן, בין היתר, להעמיד אדם לדין פעם נוספת בגין עבירה שממנה כבר זוכה (ובכך להעמידו בסיכון נוסף), אם כי ניתן אצלנו לערער על הזיכוי. במאמר מוסגר אציין

שבנושא זה עדיפות בעיניי כמה שיטות משפט אחרות, ובראשן שיטת המשפט האמריקנית, שבהן לאחר שאדם זוכה מניחים לו לנפשו והפרקליטות איננה יכולה לערער על הזיכוי.

אל מול ההצדקות לכלל סופיות הדיון יש לשקול את הסכנה האימה של הרשעת חפים מפשע שאלה הן תוצאותיה האפשריות: הרס חיי המורשע, הרס חייהם של בני משפחתו, הסיכון שהפושע האמיתי נותר חופשי ואולי גם שב לפשוע ופגיעה באמון הציבור במערכת עשיית הצדק.

להערכת, במשפט הישראלי ניתן משקל גדול מדי לכלל סופיות הדיון. כפי שניווכח בהמשך, כאשר מדובר בבקשות למשפטים חוזרים של אסירים הטוענים לחפותם, הדבר בא על חשבון ערך גילוי האמת. הדברים הבאים של בית המשפט העליון, ביחס לתיקון החוק ולהרחבת העילות למשפט חוזר, מהווים לדעתי דוגמה לנאמר לעיל, שהיא לכל הפחות סמנטית-טרטורית, אך קרוב לוודאי שיותר: "... קבע התיקון נקודת איזון חדשה בין שני ערכים: הערך של סופיות הדיון מחד גיסא והצורך להבטיח מנגנון דיוני, אשר יאפשר במקרים מתאימים תיקון טעות שנפלה בהרשעתו של אדם, מאידך גיסא".³⁵¹ חוששני שלמשנה לנשיא בית המשפט העליון דאז (השופט שלמה לוין) התחלפו במקצת היוצרות: בסופיות הדיון, שהיא במהותה אמצעי להשגת ערכים אחרים, הוא רואה ערך בפני עצמו, בעוד שהערך האמיתי (הצדק); תיקון הטעות וההגעה לאמת) נתפס בעיניו כ"צורך להבטיח מנגנון דיוני". עדיפה עשרת מונים גישתו של השופט המנוח חיים כהן לכלל סופיות הדיון (ולמשפט החוזר):

כל עוד מופקדת השפיטה בידי בשר ודם, אי אפשר למנוע טעויות – ועשיית צדק ומניעת עוול אינן עולות בקנה אחד עם כללי הסופיות. אפילו נומר שניתן לגלות בעקרון הסופיות צדק פורמלי, צדק מהותי אין בו. הושבת שופטים בשנייה ובשלישית כבראשונה באה לעשות את הצדק המהותי.³⁵²

3. הערעור - יעיל או עקר?

שאלתי אותו אם יש סיכוי לבטל את גזר-הדין אם יהיה רע [...]. הוא הסביר לי שלא מבטלים גזר-דין סתם כך, ללא סיבה. את זה הבנתי היטב וקיבלתי את נימוקיו. כשבוחנים את הענין בקור-רוח זה נראה טבעי בהחלט. אילו נהגו להיפך היתה יותר מדי ניירת מיותרת. [אלבר קאמי, "הזר"³⁵³].

ראובן חלה ומחלתו לא חלפה תקופה ממושכת. לאחר שנבדק על ידי רופא וקיבל חוות דעת, הוא היה מעוניין בחוות דעת שנייה, של רופא אחר. הוא ניגש לרופא שני, ביקש ממנו חוות-דעת על מצבו ושלם לו על כך. הרופא השני היה עסוק מאוד. הוא עיין בחוות הדעת של הרופא הראשון, סמך עליו וכתב חוות דעת שנייה - מבלי לבדוק את החולה.³⁵⁴ האם היינו מסתפקים בחוות דעת שנייה כזו, המבוססת אך ורק על קריאת חוות הדעת הראשונה, או שהיינו מצפים מהרופא השני לבדוק את החולה לפני כתיבת חוות הדעת השנייה?

לפני שנשוב לשאלה זו של חוות דעת שנייה, נשוב לקושייתם של הרומאים הקדמונים, אשר באה כהנמקה להיעדר הליך ערעור על פסק הדין: אם השופטים במשפט הראשון טעו, אין כל ערובה שהשופטים במשפט השני (בערעור) לא יטעו; ואם ברור לנו שהשופטים במשפט השני (בערעור) לא יטעו, מדוע עלינו להניח שהשופטים במשפט הראשון טעו? כיום מקובל ברוב שיטות המשפט לקיים הליך ערעור על פסק הדין. ההנחה היא שיש לו פוטנציאל להגיע לתוצאה טובה יותר מזו שאליה הגיעו במשפט הראשון. לעתים קרובות ההנחה הזו מתחזקת כתוצאה מכך שבערעור יושבים שופטים רבים יותר (בדרך כלל שלושה, לעומת שופט אחד במשפט הראשון) ומנוסים יותר - שהרי מדובר בערכאת שיפוט גבוהה יותר. כמו כן קיים חשש ששופט היודע שפסק דינו חסין מביקורת לא ישקיע את משאבי הזמן והחשיבה הדרושים

לכירור ולבחינה מעמיקה של כל הסוגיות המתעוררות במשפט. החוק הישראלי מעניק לכל מורשע זכות לערער פעם אחת על פסק הדין. הזכות מוגבלת כך שעליו להגיש את ערעורו סמוך לאחר מתן פסק הדין. לעתים נדירות ניתן להגיש ערעור שני. הדבר מותנה הן בכך שהמשפט הראשון לא התנהל בבית המשפט המחוזי אלא בבית משפט השלום (זאת משום שהערעור על פסק דין של בית משפט מחוזי כערכאה ראשונה מוגש לבית המשפט העליון, ואין ערכאה גבוהה יותר אשר תדון בערעור שני) והן בכך שבית המשפט העניק רשות מיוחדת להגשת ערעור שני – רשות הניתנת רק במקרים חריגים, ובמיוחד כשמדובר בהלכה חדשה אשר נקבעה בפסק הדין.

כלי הערעור מוגבל מאוד: טעויות בערכאה הראשונה חוזרות לעתים קרובות גם בערעור, וגם ייצוג גרוע נמשך לעתים קרובות גם בערעור. בנוסף, ראיות "מזכות" שלא הוצגו בפני הערכאה הראשונה, רוב הסיכויים שלא תוצגנה גם בפני ערכאת הערעור. כשמתגלות ראיות כאלה, מתרחש הדבר בדרך כלל שנים לאחר הערעור. לבסוף, וכאן הקושי הגדול ביותר, ערכאת הערעור נמנעת, לרוב, מבחינה מעמיקה של קביעות עובדתיות של הערכאה הראשונה.

החוק אמנם מאפשר ערעור אפקטיבי, שבכוחו לתקן טעויות ועיוותי דין. על-פי סעיף 213 לחוק סדר הדין הפלילי, תשמ"ב-1982, סמכויות ערכאת הערעור רחבות מאוד:

בית המשפט רשאי, בפסק דינו, לעשות אחת מאלה:

(1). לקבל את הערעור, כולו או מקצתו, ולשנות את פסק הדין של הערכאה הקודמת או לבטלו וליתן אחר במקומו, או להחזיר את המשפט עם הוראות לערכאה הקודמת;

(2). לדחות את הערעור;

(3). ליתן בקשר לפסק הדין כל החלטה אחרת שהערכאה הקודמת היתה מוסמכת לתתה.

אך בית המשפט העליון קבע הלכה שלהערכת מעקרת את הליך הערעור, הופכת אותו למס שפתיים, כזה שאין בכוחו לתקן עיוותי דין. ההלכה השלטת אצלנו היא שערכאת הערעור איננה מתערבת בממצאי עובדה שקבעה הערכאה הראשונה, בייחוד כשמדובר במהימנות עדים, אלא מתמקדת בקביעותיה המשפטיות.³⁵⁵ דומה הדבר ל"חוות דעת שנייה" של רופא שני המסתפק בקריאת חוות הדעת של הרופא הראשון ומסרב לבדוק בעצמו את החולה. בהתאם להלכה נוחה זו, המכונה "הלכת אי־ההתערבות" ושניתן לכנותה גם "הלכת אי־ההתאמצות", ההנמקה המרכזית לדחיית רובם המכריע של הערעורים באה לידי ביטוי בצמד המלים "נחה דעתנו", המופיע באין ספור החלטות שבהן נדחו ערעורים בזה אחר זה; צמד מלים שיותר מהרחבת דעת יש בהן מנוחה. מאחר שמרבית התוצאות הלא נכונות, מרבית הטעויות ומרבית עיוותי הדין לא נובעים מטעות משפטית אלא מטעות עובדתית, בדרך כלל טעות בהערכת הראיות, ערכאת ערעור שאיננה יורדת לפרטי העובדות איננה מסוגלת לעשות צדק ולתקן עיוותי דין.³⁵⁶ הלכת אי־ההתערבות מתוארת על ידי בית המשפט העליון באופן הבא:

אכן, תפקידה של ערכאת הערעור אינו לבחון מחדש את אשמתו של הנאשם, את צדקתו או את רשעתו; תפקידה הוא להעביר תחת שבט ביקורתה את פסק הדין של הערכאה הדיונית ולבחון אם 'כשר' הוא או 'פסול' ואם נפל בו פגם היורד לשורשו של ענין. אם לא נמצא פגם כזה, אל לה לערכאת הערעור להתערב בו, אפילו סבורה היא כי התוצאה שאליה היתה מגיעה, לו ישבה כערכאה דיונית, יכול שהיתה אחרת.³⁵⁷

ובפסק דין נוסף:

הלכה היא כי בית־המשפט בשבתו כערכאת ערעור אינו נוטה להתערב בקביעות עובדתיות של בית משפט של הערכאה

הראשונה אשר שמעה את העדויות, התרשמה מהן ובחנה אותן אלא במקרים חריגים [...] הלכה היא, כי אין זה מספיק להצביע על שורה של תמיהות, אפילו הן רבות, לגבי הקביעות העובדתיות של הערכאה הראשונה, אלא צריך שתהיינה עובדות המראות בעליל שלא יכול היה השופט להתרשם כפי שהתרשם.³⁵⁸

התנורות כזו של בית המשפט הדין בערעור מתיקון טעויות עובדתיות של בית המשפט הראשון, העלולות להוליך להרשעה מוטעית, איננה גזירת גורל: יש שיטות משפט שבהן נהוגה "שיטת הערכאה הכפולה",³⁵⁹ שבה הראיות נבחנות גם בערעור. בתי המשפט שם אינם כורעים תחת הנטל כפי שמאיימים שיקרה אצלנו אם נהפוך את הערעור להליך רציני ויעיל. אין הכרח שערכאת הערעור תבחן מחדש את כל העדויות והראיות אשר הובאו בערכאה הראשונה. די בבדיקה נוספת של קטעי העדויות ושל הראיות שעליהם מסתמכים הצדדים בערעור.

נימוק נוסף המועלה לתמיכה בהימנעות ערכאת הערעור מלהתערב בקביעות העובדתיות של בית המשפט הראשון הוא שלשופטים הראשונים, אשר שמעו את העדים והתרשמו מהם, יש כלים טובים יותר לקביעת מהימנותם. גם נימוק זה אינו משכנע. ראשית, ישנן קביעות עובדתיות רבות שאינן מבוססות על התרשמות מעדים. שנית, המחקרים מטילים ספק ביכולתם של השופטים לקבוע אם עדים מעידים אמת או שקר. שלישית, השופטים הדנים בערעור יכולים לקרוא את פרוטוקול העדות, וכן ניתן לצלם ולהקליט את העדויות כך שיוכלו לצפות בהן.

במאמר מוסגר, ייתכן שנטייתם של שופטי הערעור שלא לחוות דעה ביחס למהימנותם של עדים נובעת גם מכך שבעצם, כפי שלמדנו מהמחקרים, בני אדם אינם מסוגלים לקבוע אם אחרים משקרים, טועים או אומרים אמת. לפיכך, אילו היינו מבקשים ומקבלים גם את חוות דעתם של שופטי הערכאה הראשונה וגם את חוות דעתם של שופטי הערעור ביחס לעדותו של כל עד, היינו

נתקלים יום בואין ספור הערכות מנוגדות, דבר שהיה חותר תחת עצם מעשה השפיטה ולפחות חותר תחת דימויה הטוב בעיני הציבור.

במצב הקיים, אין בסיס לגישה האופטימית שלפיה ערכאת הערעור תתקן הרשעה מוטעית. נוכח גורליותו של פסק הדין הפלילי והאפשרות שחף מפשע יורשע וייאסר, הכרחי, לדעת, לשנות לחלוטין את תפיסת הערעור הקיימת במדינת ישראל.

4. המשפט החוזר - מציאות או חלום?³⁶⁰

פרשת משה עזריה: לאחר הרשעתו של משה עזריה, פרשה שתוארה לעיל, התגלו ראיות רבות המטילות ספקות גדולים בנכונותה: תמלילים והקלטות של חקירתו אשר נערכה במסווה של בדיקת פוליגרף, שלא נמסרו לסנגור בזמן המשפט הראשון, החושפים שהחוקרים לימדוהו את הדברים שמסר בהודאתו; חוות דעת מומחה להקלטות שלפיה נמחקו קטעי הקלטות; ממצאי חקירת הקצין הבודק קורבולי, אשר קבעו שטענת עזריה כי הוכה לפני הודאתו נכונה (הממצאים לא נמסרו בזמנו לסנגור); דוח שכתב בזמנו קצין אגף החקירות במחוז הצפון רב-פקד מגן, השולל לחלוטין את האפשרות שעזריה היה הרוצח; ממצאיה של בדיקת פוליגרף שנערכה בשיטה המדויקת ביותר - פרטי חקירה מוכמנים - השוללים את האפשרות שעזריה ידע על האופן שבו נרצח הקורבן; חוות דעת הפתולוג הבכיר, לשעבר ראש המכון לרפואה משפטית באבו־כביר, ד"ר רוגב, שלפיה דובר בשיטת ביצוע ייחודית המשותפת לרצח שבו הורשע עזריה ולכמה רציחות נוספות שבוצעו לאחר מאסרו; חוות דעת של הפסיכיאטר ד"ר סקלי בדבר אותה שיטת ביצוע; חוות דעת של הפסיכולוגית ד"ר אורתר, שלפיה ההודאה שיוחסה לעזריה לא באה מפיו; חוות דעת הבלשנית ד"ר בלום־קולקה, שלפיה ההודאה שיוחסה לעזריה איננה

בלשון שהייתה שגורה בפיו; המחקרים החדשים בנושא הודאות השווא בכלל והודאות השווא של הלוקים בשכלם בפרט; השמדת בגדי הקורבן עם כתמי הזרע שניתן היה להשוותם גנטית לדגימה מגופו של האסיר עזריה, אשר בוצעה על ידי הרשויות; ועוד.³⁶¹ כל הראיות הללו צורפו לבקשתו של משה עזריה לקיים משפט חוזר בעניינו. היעדרות לבקשה אין פירושה החלטה שהמבקש חף מפשע, אלא אך ורק החלטה שישנם ספקות המצדיקים בירור נוסף, יסודי. נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק דחה את הבקשה בקובעו שחרף כל האמור לעיל אין לו ספק בנכונות ההרשעה.³⁶² החלטה אומללה זו משקפת את יחסו השלילי של בית המשפט העליון הישראלי לבקשות למשפט חוזר ואת שלטונו חסר המצרים של כלל סופיות הדיון.

כמי שייצג את משה עזריה בבקשתו למשפט חוזר והשתכנע שהוא חף מפשע, אני ודאי חשוד בהיעדר אובייקטיביות. לכן אסכים שתיתכנה הערכות שונות ביחס לחפותו או אשמתו של עזריה ברצח שבו הורשע. אך הרי לא זו השאלה. במאמר משותף הראינו פרופ' מרדכי קרמניצר ואנוכי³⁶³ שמדובר בהבדלי גישות בולטים ביחס למקומו הראוי של המשפט החוזר: האם די בספקות מסוג אלה שהועלו בבקשתו של עזריה למשפט חוזר, או שמא נדרשת כבר בשלב הבקשה הוכחה ניצחת של חפות? ההערכה הפסימית שגישתו של בית המשפט העליון היא השנייה מביין השתיים או קרובה לה מתחזקת לנוכח הכרעת השופט ברק שלא לקיים משפט חוזר, תוך היחפזות לסתום את הגולל ללא בירור ממשי של כמה עניינים עובדתיים שלגביהם הוגשו ראיות הזועקות להישמע.

וכך הכריע בית המשפט: בלי לשמוע את קציני המשטרה קורבולי ומגן, שמסרו תצהירים אשר לפחות לכאורה שופכים אור חדש על הפרשה; בלי שנחקרו בפניו קציני המשטרה והתובעת ביחס לפגישה עם פקד קורבולי, שבה לחצו עליו לבקש להמשיך ולחקור אף על פי שכבר הגיש דוח אשר מסקנתו היא שעזריה הוכה סמוך

להודאתו; בלי שבוררו עד תום ההקלטות והתמלילים מהחקירה במכון הפוליגרף ומשמעותם; בלי שנחקר השוטר המכה לוזון; בלי שנחקרה השמדת בגדי המנוח וסיכול בדיקת ה־DNA ואם אמנם נעשה הדבר בתום לב; בלי שאפשרו לעזריה לטעון לקבילותה של בדיקת הפוליגרף בשיטת פח"מ (פרטי חקירה מוכמנים) התומכת בזיכוי; בלי שניתן לו להוכיח בצורה מסודרת, בעדות על "שיטת ביצוע", את האפשרות שאדם אחר ביצע את הפשע; בלי שניתנה למומחים ד"ר רוגב (הפתולוג) וד"ר סקלי (הפסיכיאטר) ההזדמנות להגן על ממצאי הדוחות שלהם, שבהם פקפק נציג הפרקליטות עו"ד מיכאל שקד. ההחלטה שלא לאפשר משפט חוזר גם מתעלמת כמעט לחלוטין ממשמעות הסתרתן של ראיות שונות מעיני הסנגוריה ובית המשפט.

דחיית הבקשה למשפט חוזר היא סוף פסוק מוחלט ביחס לנטען בבקשה, והיא חורצת לשבט את גורלו של המבקש, ללא בירור של טענותיו. הגישה המקובלת, שלפיה בדיון בבקשה למשפט חוזר מתייחסים לפסק הדין כאילו אין בו כל פגם, אינה מתאימה במקרה זה, לאור השינוי המהותי שהתחולל במשפטנו בתחום ההתייחסות להודאת נאשמים. הרשעת עזריה באה לעולם כשעדיין ראו את ההודאה כ"מלכת הראיות". מדוח ועדת גולדברג למדנו שהודאת נאשם כמוה ככל ראייה אחרת, ושקיימת סכנה ממשית שמדובר בהודאת שווא, במיוחד כשאין ראייה אובייקטיבית חיצונית משמעותית וכשמדובר בנאשם רפה שכל. לפיכך מוצדק היה לאפשר משפט חוזר גם במסגרת המבחן השמרני של "אפשרות לשינוי תוצאות המשפט".

כפי שהראיתי יחד עם פרופ' קרמניצר,³⁶⁴ הפגמים דלעיל הטיילו על היועץ המשפטי לממשלה (מיכאל בן-יאיר) נטל שבו, למרבה הצער, הוא לא עמד. לא זו בלבד שראוי היה שישכים לבקשה למשפט חוזר, אלא אף מתבקש היה שינקוט פעולות חקירה אקטיביות כדי לאפשר גילוי של האמת, לרבות בדיקות פוליגרף

של החוקרים ויצירת הזדמנות לעד מדינה מביניהם. נראה שגישת היועץ המשפטי חושפת בעיה מבנית קשה, הלא היא השיתוף והתלות ההדדית בין בית המשפט והתביעה הכללית: מצד אחד, בית המשפט סומך על היועץ וכפי שנראה בהמשך הופך את עמדתו למפתח הכמעט יחיד למשפט חוזר. מצד שני, היועץ חש שעליו להגן על המערכת השיפוטית. זאת מכיוון שהוא משמש כראש המערכת שהובילה את המהלכים אשר הביאו להרשעה, ומכאן שיש לו זיקה ואחריות לאותה ההרשעה שאותה הוא מתבקש עתה להסכים לקעקע. ליועץ גם אינטרס לקיום מערכת יחסים הבנויה על אמון ועל הערכה מצד בתי המשפט כלפי התביעה הכללית. מכאן הקושי הגדול הניצב בפני עמדה של ניטרליות ושל פתיחות מלאה, הדרושה למילוי כהלכה של תפקיד היועץ המשפטי לממשלה בעניין זה ושל ציפיית בית המשפט ממנו.

יש לקוות שהספקות הרבים והכבדים שמתעוררים ביחס להרשעה בפרשת עזריה הנם דבר יוצא דופן. אך אין ספק שהמקרה איננו יוצא דופן כמה שנוגע לדחיית הבקשה למשפט חוזר. באופן מסורתי מתנגדים הפרקליטות והיועץ המשפטי לממשלה לקיומם של משפטים חוזרים, ואף מקשים על הבירורים הדרושים להכנת הבקשות.³⁶⁵ בית המשפט העליון דוחה אותן לעתים כה תכופות, עד כדי כך שפרופ' אמנון רובינשטיין הביע דעתו שקיימות רק שתי אפשרויות: האחת - "שופטי ישראל אינם בשר ודם אלא בני אלים שאינם טועים לעולם"; השנייה - המערכת אינה מעוניינת לתקן טעויותיה מחשש שחשיפתן תפגע בתדמיתה.³⁶⁶ זאת אף שדומה כי דווקא הכחשת קיומה של טעות כלשהי היא הפוגעת בתדמיתה, ושתיקוננו של עיוות דין יהיה דווקא שעתה היפה ביותר של המערכת. מעניין לציין שבשיטות משפט שבהן נמסר חלק מההכרעות השיפוטיות - ההכרעות העובדתיות - לחבר מושבעים, קל יותר למערכת להודות שנפלה טעות ולקיים משפט חוזר, שהרי ניתן לייחס את הטעות לא לשופט אלא למושבעים.

משך יובל שנותיה הראשונות של המדינה קפץ בית המשפט העליון את ידו ביחס לבקשות לקיום משפטים חוזרים עד כדי כך שניתן למנות על אצבעות יד אחת את מספר הבקשות שהתקבלו. ב-1994 פורסם דוח ועדת המומחים, ועדת גולדברג, לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר.³⁶⁷ הוועדה המליצה על הרחבה משמעותית של העילות למשפט חוזר הקבועות בחוק. המחשבה והתקווה היו שהדבר יביא לשינוי ממשי ולפתיחת שערי הנעולים של המשפט החוזר. גם הכנסת אמרה דברה, ותיקנה את סעיף 31 לחוק בתי המשפט, תוך הרחבה ניכרת של העילות:

[הגדרתה בחוק של העילה האחת -] "בית משפט פסק כי ראיה מהראיות שהובאו באותו ענין יסודה היה בשקר או בזיוף, ויש יסוד להניח כי אילולא ראיה זאת היה בכך כדי לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון";

[הגדרתה החדשה של העילה השנייה -] "הוצגו עובדות או ראיות, העשויות, לבדן או ביחד עם החומר שהיה בפני בית המשפט בראשונה, לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון" (כאן ביטלה הכנסת את הדרישה המכבירה שלפיה הראיות חייבות להיות חדשות, כאלה שהמבקש לא ידע ולא יכול היה לדעת עליהן בזמן משפטו הראשון);

[הגדרת העילה השלישית -] "אדם אחר הורשע בינתיים בכיצוע אותו מעשה העבירה, ומהנסיבות שנתגלו במשפטו של אותו אדם אחר נראה כי מי שהורשע לראשונה בעבירה לא ביצע אותה";

[והגדרתה בחוק של העילה הרכיבית, מעין "עילת סל" כללית -] "נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין".

כאן עיקר ההרחבה, שכן עילה כללית זו מאפשרת לשופטים לעשות צדק במגוון לא ידוע של מקרים. למשל, ניתן להשתמש בעילה זו במקרה של ייצוג לא הולם במשפט הראשון, כפי שראינו בדיון

בכשלי ייצוג.

כשם שהבינה זאת השופטת דליה דורנר, החקיקה הזו היא בהשפעת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו מ-1992, אשר "הקנה מעמד של זכות-יסוד חוקתית לזכותו של אדם להליך הוגן". לדבריה,

"כיום אין אפוא המחוקק - ולא-כל-שכן בית-המשפט - חופשי כבעבר לבחור את נקודת האיזון בין הזכות להליך פלילי הוגן לבין עקרון סופיות הדין [...] שונתה נקודת האיזון לטובת הזכות להליך הוגן.³⁶⁸"

עוד כתבה השופטת דורנר באותה החלטה:

בישראל הציעו גישה דומה ד"ר בועז סנג'רו ופרופ' מרדכי קרמניצר:

'נוכח הפגמים הגדולים [...] בהליכי החקירה והפגיעה בזכויות הבסיסיות ביותר של הנאשם, ניתן וצריך היה להסתפק בפחות מאשר 'ספק סביר' העולה מניתוח חומר הראיות, כדי להצדיק קיומו של משפט חוזר. הצטברותם של פגמים אלה הופכת את ההליך להליך הנגוע באי-הגינות מטעם המדינה כלפי הנאשם. אי הגינות כזו מגבירה את הצורך להיזקק למשפט חוזר - לא רק לשם בירור האמת, אלא גם לצורך החזרת האמון של הציבור במערכת המשפט, במיוחד כשמדובר בפשע החמור של רצח ובעונש החמור של מאסר עולם חובה.³⁶⁹'

בהתאם לגישה זו, קיבלה השופטת את בקשת עמוס ברנס למשפט חוזר, לאחר שנדחו כמה בקשות קודמות שלו. עם זאת, גישתה המיוחדת של השופטת דורנר אינה מלמדת דבר על הגישה הרווחת עדיין בבית המשפט העליון ביחס לבקשות למשפט חוזר. למרבה הצער, נראה שבמוקדי ההכרעה בעניין עצם קיומו של משפט חוזר - היועץ המשפטי לממשלה ובית המשפט העליון - עולם כמנהגו נוהג. הן לאחר דבריה המשמעותיים מאוד לענייננו של ועדת גולדברג והן לאחר ציוויו החדש של המחוקק, משפטים חוזרים

כמעט שלא מתקיימים כלל. גם בקשות המעלות ספקות כבדי משקל נדחות בזו אחר זו.

רק במקרים מעטים מאוד - בממוצע אחד בלבד בשנה, אל מול מאות אלפי הרשעות ומאות בקשות, מתקבלות בקשות למשפטים חוזרים. נראה שהגורם המכריע ביחס להחלטה איננו התעמקות בחומר הראיות בניסיון לאתר עיוות דין ולתקנו, אלא מה שאני מכנה "מבחן טכני-פורמאלי-מוסדי" של עמדות גורמים שונים במערכת אכיפת החוק, ובמיוחד עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, שכמעט תמיד מתנגד לבקשה. כך, כשקיבל נשיא בית המשפט העליון דאז השופט ברק את בקשתם של כוזלי וארבעה אחרים שהורשעו ברצח הילד דני כ"ץ ז"ל, הוא נימק זאת באופן הבא:

אלה הטעמים, המונחים ביסוד החלטתי:

א. חילוקי הדעות והעמדות השונות שביסוד הבקשה 67. קשה לא לייעח במקרה שבפני משקל, לריבוי הדעות וחילוקי הדעות שבין הגורמים הציבוריים-מקצועיים המעורבים בעניין. בולטת מכל המחלוקת שנפלה, למעשה, בין חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מר מיכאל בן יאיר, שסבר כי אין מקום להתנגד לבקשה, ובין חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מר אליקים רובינשטיין, שסבר כי יש להתנגד לה. בצידן מצויות בפני גם עמדת פרקליטות המדינה הסוברת כי יש להתנגד לבקשה ומנגד - דוח קרפ, וחוות-דעתה של הסנגוריה הציבורית, מהן עולה כי יש לקבל את הבקשה.³⁷⁰

מאפיין נוסף של החלטות בית המשפט העליון הוא שהשופטים אינם מסתפקים בספקות; נראה שבית המשפט העליון תר אחר קלף ה"ג'וקר" - ראייה ניצחת לחפות. מכיוון שבשלב המוקדם של בקשה למשפט חוזר אין עדיין בירור יסודי של טענות המבקש, הן העובדתיות (מטבע הדברים) והן המשפטיות, הרי שהפעלתו (בפועל) של המבחן המחמיר הזה חורצת לשכט את גורל הבקשות.

ואכן, במקרים המעטים שבהם התקבלו בקשות, דובר בדרך כלל בקיומו של "ג'וקר" כזה, ראייה ניצחת לחפות, שבעצם איננה מותרת לשופטים ברירה אלא לקבל את הבקשה, בחרוה או שלא בחרוה. כך, בפרשת מע"צ דובר בהודאתו של חוקר המשטרה שמחי מול מצלמות הטלוויזיה כי הוא וחבריו החוקרים התעללו בנחקרים כדי לסחוט את הודאותיהם המפוקפקות. מול "ג'וקר" כזה אפילו היועץ המשפטי לממשלה לא יכול היה להגן על כלל סופיות הדיון.³⁷¹ בדומה, בפרשת חייאט התקבלה הבקשה לאחר שגם היועץ הסכים שנפלה טעות בייחוס עבירת ההצתה למבקש, שהרי התברר שאדם אחר ביצע אותה.³⁷² מפרשה זו ניתן ללמוד גם על חוסר אמינותה של הודאת נאשם, שהרי חייאט הודה בהצתה וברור כיום שלא הוא ביצע אותה.

תיאורו הקולע של השופט המנוח חיים כהן את הליך הבקשה למשפט חוזר המקובל במדינת ישראל תקף גם היום:

שניים הם הליכי המשפט החוזר: תחילה מוגשת בקשה לנשיא בית המשפט העליון, אם מטעם היועץ המשפטי לממשלה ואם מטעם הנידון (או קרוביו לאחר מותו), להורות על עריכת משפט חוזר; ואם יורה כך, יקבע גם את בית המשפט שישמע את המשפט החוזר. על פני הדברים יש פה כפילות פסולה ומיותרת: אם הנשיא השתכנע שנתגלתה עובדה חדשה או ראייה חדשה, ושיש בה כדי לחייב זיכוי של הנידון – על שום מה לא יזכה אותו?³⁷³

משמעות הדברים של השופט כהן היא שהמבחנים המקובלים בפסיקה הישראלית הם כל-כך מחמירים, עד שבמקרים הנדירים שבהם מתקבלת הבקשה למשפט חוזר ניתן מייד גם לזכות את המבקש.

מאז אמנם תיקנה הכנסת את החוק, ולא רק הרחיבה את העילות כך שיהיה ברור שלא נדרש "ג'וקר" – ראייה ניצחת לחפות – כדי לערוך משפט חוזר, אלא אף הוסיפה סמכות לבית המשפט העליון

לקבל את הבקשה ולזכות את המבקש כשהדבר מתאים גם ללא עריכת משפט חוזר (אם כי סמכות זו הותנתה, משום מה, בהסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה). אך למרות זאת, ידיהם הקפוצות של נשיאי בית המשפט העליון (ושל השופטים שאותם הם מסמיכים לדון בבקשות אלה) לא נפתחו.

החלטת השופטת דורנר בפרשת ברנס היא היוצאת מן הכלל. ראשית, היא לא הייתה השופטת שתפקידה לדון בבקשות למשפט חוזר (ובשנים האחרונות נוהגים נשיאי בית המשפט העליון להאציל סמכותם זו לשופט מסוים, בדרך-כלל שמרון), אלא שופטת תורנית, והבקשה של ברנס התגלגלה לשולחנה בדרך מקרה. שנית, ברנס, בייאושו, לאחר דחיית בקשותיו הקודמות בזו אחר זו, לא הגיש בקשה משפטית מסודרת, אלא מסמך אשר תואר באוזניי על ידי מי שקרא אותו כ"מחברת עם שירים והרהורים". נקל לתאר מה היה עולה בגורלה של בקשה כזו אילו נפלה בידי שופט שמרון, כגון השופט שדחה את בקשתו הקודמת. אך השופטת דורנר העבירה את הבקשה לידי הסנגוריה הציבורית וביקשה לערוך בקשה משפטית כנדרש. לאחר שהסנגוריה הציבורית הגישה בקשה מקצועית ולאחר בירור מעמיק שנעשה בפתיחות לא אופיינית, הגיעה השופטת למסקנה הבאה:

איני בטוחה עוד כלל ועיקר באשמתו או בחפותו של ברנס. אפשר שהמית את רחל הלר, אפשר שלא. בסופה של פרשה זו רק דבר אחד ברור לי - בהליך הרשעתו של ברנס נפלו פגמים חמורים. שוכנעתי, כי בפגמים אלו, הרובצים לפתחה של המדינה, בצירוף האפשרות כי מודעות להם הייתה משנה את תוצאות משפטו של ברנס, די כדי להורות על קיום משפט חוזר.³⁷⁴

בכך גילתה השופטת הבנה נדירה של ההליך: כדי לאפשר משפט חוזר לא הכרחי שהמבקש יוכיח את חפותו. די בספקות משמעותיים כדי לחייב בירור מעמיק במסגרת היסודית יותר של משפט חוזר,

שהתוצאה שלו לא תהיה בהכרח זיכוי.

זוהי גישה יוצאת דופן. מכיוון שהעילות למשפט חוזר הקבועות כיום בחוק החדש הן כבר די רחבות, נראה כי לא מהן תבוא הישועה. יש לאמץ את עמדת המיעוט בוועדת גולדברג (של פרופ' קרמניצר) ולשלב בתהליך קבלת ההחלטות גורם חוץ מערכתי - שאיננו חלק ממערכת בתי המשפט ואיננו חלק ממערכת אכיפת החוק, למשל איש אקדמיה.³⁷⁵ אם ישכיל המחוקק לקבל גם המלצה זו, אזי אולי יוגשם סוף סוף החלום, והמשפט החוזר ייפך גם במדינת ישראל למציאות. קבלת בקשה אחת בלבד בשנה (בממוצע) היא מס שפתיים ולא מכשיר רציני לתיקון עיוותי דין ולזיכוי חפים מפשע שהורשעו.

אסיים בשתי מחשבות נוספות שיש לי על תפקיד המשפט החוזר. האחת - בדוח ועדת גולדברג נאמר נכונה שככל שהערובות להליך הוגן הקיימות במשפט הראשון חלשות יותר, כך גדל הצורך בעילות רחבות למשפט חוזר.³⁷⁶ כפי שנוכחנו בדיון בגורמים הפרוצדורליים להרשעות שווא, הערובות הקיימות אצלנו אינן חזקות (יזכר, למשל, שרוב מכריע של ההרשעות נקבע כמעט ללא בירור, במסגרת עסקות הטיעון, ויזכר הליך הערעור העקר, שבו לא מתעמקים בעובדות), ולכן הצורך בהליך יעיל של משפט חוזר, שבינתיים אינו קיים, גדול ביותר. המחשבה השנייה - כפי שנוכחנו במהלך הדיון בגורמים ראייתיים להרשעות חפים מפשע, ניתן לשרטט תהליך היסטורי, שבו בכל דור מבינים שראיות מסוימות, שבעבר נחשבו לחזקות מאוד בהוכחת אשמתו של אדם, למעשה אינן כה חזקות ונופלות בהן טעויות העלולות להטעות שופטים. ניתן וצריך להשתמש במשפט החוזר כמכשיר לתיקון עיוותי דין, תוך בחינת הרשעות מן העבר והראיות שעליהן הן בוססו בראייה המעודכנת יותר המקובלת כיום.

5. הדיון הנוסף – מעשי או תיאורטי?

סעיף 30 לחוק בתי המשפט קובע כך:

ענין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה, רשאי הוא להחליט, עם מתן פסק דינו, שבית המשפט העליון ידון בו דיון נוסף בחמישה או יותר [...] רשאי כל בעל דין לבקש דיון נוסף כאמור; נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר [...] רשאים להיענות לבקשה אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת [...] או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה...

לכאורה, ניתן היה לחשוב שהאפשרות הקבועה בחוק לקיים "דיון נוסף" עשויה לסייע בזיכוי חפים מפשע שהורשעו. אך האפשרות לדיון נוסף מוגבלת מאוד כבר בחוק עצמו. מטרת ההסדר איננה מתמקדת במקרה המסוים (ובמורשע המסוים) אלא בהלכה הכללית ובעיצובה. לכן מוסיף סעיף החוק וקובע שבית המשפט "רשאי [...]. לקבוע את הבעיה שתעמוד לדיון נוסף, ומשעשה כן, לא יקויים הדיון הנוסף אלא באותה בעיה."

בפסיקת בית המשפט העליון פורש סעיף החוק באופן המצמצם מאוד את האפשרות לדיון נוסף, תוך מתן משקל מכריע לעקרון סופיות הדיון: מדובר בעניין החורג מגבולות העוול הפרטי שנגרם לנאשם. חשיבות ההלכה לאינטרסים של רבים אחרים, ולא חשיבותה למתדיין המסוים, היא המכריעה בשאלה אם לקיים דיון נוסף או לא; מוסד הדיון הנוסף אינו מהווה ערכאת ערעור נוספת. הוא לא נועד לאפשר הזדמנות נוספת להשיג על קביעותיו העובדתיות של בית המשפט; העובדה שפסק הדין לא ניתן פה אחד אינה עילה מספקת למתן רשות לדיון נוסף. גם העובדה שבית המשפט העליון הכריע בניגוד לעמדת שתי הערכאות הראשונות אינה מקימה עילה כזו.³⁷⁷

להערכת, מרבית הטעויות הגורמות להרשעות של חפים מפשע

אינן טעויות משפטיות אלא טעויות בקביעת עובדות המקרה על ידי בית המשפט. בטעויות כאלה הליך הדיון הנוסף אינו עוסק, ולפיכך לא ממנו תבוא הישועה לחף מפשע שהורשע.

6. החנינה - האם מתאימה לתיקון הרשעות־שווא?

סעיף 11 לחוק יסוד: נשיא המדינה מסמיך את נשיא המדינה להעניק חנינה. ההבדל בין החנינה לבין המשפט החוזר הוא ההבדל בין חסד לצדק. החנינה מתאימה, למשל, למקרה שבו אסיר חלה במחלה חשוכת מרפא ויש מקום לרחם עליו ולשחררו לפני סיום מאסרו; ובהכללה, למקרים של שינוי נסיבות שלא היה צפוי בעת מתן גזר הדין, המצדיק עשיית חסד עם המורשע. לפיכך, פתרון הקסם - החנינה - שנוהגת הפרקליטות להציע במקרים שבהם ישנן טענות כבדות משקל שלפיהן מדובר בעיוות דין, אינו יכול לבוא כתחליף למשפט החוזר, אלא, לכל היותר, כפתרון ביניים למבקש עד להכרעה המחודשת בעניינו. שהרי אם אכן מדובר בעיוות דין, לא מדובר בחסד (שאז אולי הייתה החנינה פתרון הולם) אלא בצדק: זכותו של המבקש היא שיעשה עמו צדק ולא חסד. זכותו של הציבור היא שהאמת תצא לאור וכל הלקחים הדרושים יופקו. שימוש בחנינה כבסעד ביניים ראינו בפרשת עמוס ברנס: לשופט המנוח חיים כהן, לאחר שהשתכנע שטעה בדחתו את ערעורו של ברנס, הייתה הגדלות הנדרשת כדי להודות בטעות. הוא טרח לבקר את ברנס בכלא ולשכנעו להסכים לקבלת חנינה ולשחרור שאין בו ויתור על מאבקו לצדק. ברנס אכן השתחרר בהליך של חנינה, אך המשיך במאבקו עד שזוכה בעקבות בקשה למשפט חוזר. מניסיוני אוסיף שכאשר טיפלתי בבקשה למשפט חוזר של משה עזריה, הציעה הפרקליטות הסדרת חנינה במקום המשפט החוזר. במשפחת עזריה לא התלהבו מהאפשרות של חנינה, המותירה את הקלוץ. לפיכך, מצד אחד הבהרתי לפרקליטות שהחנינה הכרחית אך לא

תבוא במקום המשפט החוזר; ומצד שני שכנעתי את משפחת עזריה שהחנינה לא תמנע את השאיפה לצדק באמצעות המשפט החוזר. לנוכח סבלו הרב של משה עזריה הכרחי היה, ראשית לכול, לשחררו מן המאסר, שבמהלכו הדרדר מצבו הנפשי. עזריה אכן נחון, לאחר מאסר ממושך של שש עשרה וחצי שנים. לצערי, בקשתו למשפט חוזר נדחתה על ידי השופט ברק.

ובכל זאת, קיימת גם דעה, שאותה העלה אצלנו פרופ' ליאון שלף המנוח, שלפיה מכיוון שהליך המשפט החוזר אינו מספק מענה הולם למורשעים בטעות, אין לבחול בעשיית צדק גם באמצעות הליך החנינה.³⁷⁸ גישה כזו מקובלת גם במשפט האמריקני. לבסוף, קיים בחוק הישראלי גם מכשיר נוסף - "העמדת שאלה". סעיף 32 לחוק בתי המשפט קובע כך:

(א) הוגשה בקשה לנשיא המדינה למתן חנינה [...] והתעוררה שאלה אשר לדעת שר המשפטים ראויה לדיון בבית המשפט העליון ואשר אינה יכולה לשמש עילה למשפט חוזר לפי סעיף 31, רשאי שר המשפטים להעמיד את השאלה לבית המשפט העליון.

(ב) בית המשפט העליון [...] החליט לדון, ידון בה כאילו הורה נשיא בית המשפט העליון על משפט חוזר לפי סעיף 31.

סעיף 32 לחוק בתי המשפט משקף את ההבדל בין הליך החנינה, שבמקורו נועד לחסד ולא לבירור משפטי ולעשיית צדק, לבין המשפט החוזר. לפיכך, אם במהלך הליך החסד (חנינה) מתברר שיש מקום לעשיית צדק, מאפשר הסעיף מעבר למסלול המתאים לכך - המשפט החוזר. אלא שעל סעיף חוק זה הצטבר אבק רב, ככל הנראה מעולם לא נעשה בו שימוש. גם ממנו לא תבוא הישועה למורשעים שלא בצדק.

עד כה נוכחנו כי לאחר שכבר התרחשה התאונה והאדם החף מפשע הורשע, הסיכויים לכך שמערכת המשפט תגלה את הטעות,

תברר את האמת שוב ועד תום ותזכה אותו קלושים מאוד. עקרון התאונות הנסתריות של המשפט הפלילי, הלכת אי-ההתערבות של ערכאת הערעור בממצאים העובדתיים שקבעה הערכאה הראשונה וכלל סופיות הדיון סוגרים על המורשע בטעות מלפנים ומאחור, מנציחים את הטעות ואינם מאפשרים תיקון, זיכוי ושחרור ממאסר. מעבר לצורך בשינוי יסודי בגישה כלפי האפשרות לטעות וההכרח לתקנה, צורך העולה מן הדברים שנפרשו בפרק הנוכחי, יש, כמובן, לחפש דרכים לצמצום מלכתחילה של היקף התאונות, כלומר הרשעות השווא. לשם כך יש להפוך את מערכת אכיפת החוק הפלילי לבטוחה יותר. לכך יוקדש הפרק האחרון של הספר.



לקראת בטיחות במשפט הפלילי

1. מבוא

חברת תעופה מפרסמת את עצמה כך:

מטוסינו נוחים מאוד, עם מרווחים גדולים בין כורסאות הנוסעים. המזון המוגש אצלנו הוא "גורמה". הצוות - מקצועי מאוד ואדיב מאוד. אנו מקרינים בטיסות סרטים חדשים שעדיין מוקרנים בבתי הקולנוע ואפילו מציעים לנוסעים עיסוי במהלך הטיסה. מחיר כרטיס הטיסה נמוך, וההתרסקויות נדירות.*

* רק 1% מכלל טיסותינו.

האם מישוהו יבחר לטוס עם חברת התעופה הזו, אשר לה שיעור התרסקויות של אחת ממאה טיסות? כמובן שלא. ועם זאת, אף על פי ששיעור ההרשעות של חפים מפשע הרבה יותר גבוה מ-1% מהנאשמים, במשפט הפלילי, בניגוד לתחומים אחרים היוצרים סיכון, עדיין חסרה דוקטרינה של בטיחות מודרנית. כפי שראינו, המחקרים החדשים, ובמיוחד ההשוואות הגנטיות הנערכות במסגרת פרויקט החפות האמריקני הבהירו שהרשעות

של חפים מפשע אינן נדירות. אך בפסיקה של בתי המשפט נטען שמספר הרשעות השווא נמוך מאוד ומהווה מחיר סביר שהחברה יכולה לשלם עבור אכיפת החוק והסדר. במאמרים שפרסמנו לאחרונה בכתבי עת משפטיים בישראל ובארצות הברית ובספר נוסף שאנו כותבים, מציעים ד"ר מרדכי הלפרט ואנוכי גישה שונה למערכת המשפט הפלילי - גישה בטיחותית.³⁷⁹

להשקפתנו, מערכת זו היא מה שמכנים בתחומי החלל, התעופה, התחבורה, ההנדסה והמכשור הרפואי "מערכת בטיחות קריטית". היא עוסקת בעניינים של חיים ומוות, וטעות במערכת צפויה לגרום נזק כבד לפרטים ולחברה. אנו תופסים את הרשעות השווא כתאונות, בדיוק כמו התרסקות מטוס קרב. כפי שהראינו, השוואה זו איננה רק מטפורית אלא גם נכונה מבחינה כלכלית. יישום העקרונות של זהירות ובטיחות במשפט הפלילי ישמש להעלאת סף "הספק הסביר" הדרוש לשם הרשעה. אך יותר מכך, העקרונות הללו יובילו להשקעה באמצעי בטיחות שעלותם סבירה, כך שניתן יהיה לצמצם לא רק את מספר הרשעות השווא אלא גם את מספר הפעמים שבהן האשמים אינם נתפסים, מועמדים לדין ומורשעים.

על-פי הנוסחה הידועה והמקובלת בתחום דיני הנזיקין שפיתח השופט האמריקני לרנד הנד (Hand), התנהגות המזיק איננה סבירה כאשר היקף הנזק, בהתחשב גם בהסתברות התרחשותו, גדול מעלות האמצעים למניעתו.³⁸⁰ אמצעים למניעת הנזק שעלותם סבירה חייבים להיות מוטמעים במשפט הפלילי.

הדרך לבטיחות מודרנית במשפט הפלילי מתחילה בתחום הראיות המדעיות. החלטות גורליות על בסיס בדיוק מדעיות מתקבלות גם בתחומים אחרים, לרבות תעופה, תחבורה, הנדסה ומכשור רפואי, ולפיכך קיימים כבר פתרונות בטיחותיים מוכרים. ההשוואה חושפת פער עצום בין אמצעי הבטיחות בראיות המדעיות לבין הבטיחות בתחומים האחרים. גם ביחס לראיות הלא-מדעיות

מוותרים אפילו על אמצעי בטיחות פשוטים וזולים, כגון, כפי שראינו, ניהול נכון של מסדרי הזיהוי. אמצעי הבטיחות הדרושים לא שולבו במשפט הפלילי משום שבדרך כלל לא ניתן לדעת שהתרחשה הרשעת שווא. הדבר מוביל לאופטימיות יתר. קובעי המדיניות והציבור מאמינים שהמערכת כמעט מושלמת, ולכן לא רואים שום צורך להשקיע משאבים בבטיחות. הדבר יסודי מאוד וחשוב ולפיכך ד"ר הלפרט ואנוכי מעלים אותו לדרגת עיקרון ומכנים אותו "עקרון התאונות הנסחרות של המשפט הפלילי". על עיקרון זה עמדתי בתחילת הספר. כל תורת בטיחות במשפט הפלילי צריכה להיות מבוססת עליו. סיבה נוספת לכך שלא ננקטים אמצעי בטיחות היא שאוכלוסיית החשודים והנאשמים היא, ככלל, אוכלוסייה חלשה, נטולת כוח פוליטי.

2. בטיחות בתחומים כגון התעופה, התחבורה וההנדסה³⁸¹

המונח "בטיחות" מוגדר בחיל האוויר האמריקני באופן הבא: "השתחררות מהתנאים העלולים לגרום מוות, פגיעה גופנית, מחלות תעסוקתיות או נזק או אובדן של ציוד או רכוש או נזק לסביבה."³⁸²

עד תום מלחמת העולם השנייה הגישה לבטיחות בתעופה הייתה "טוס-תקן-טוס" (Fly-Fix-Fly).³⁸³ מטוס היה טס עד להתרחשות תאונה. אז היו נחקרות הסיבות לאותה תאונה מסוימת, הליקויים היו מתוקנים והמטוס היה ממשיך לטוס. לעתים הלקחים שנלמדו עוגנו בכללים וברגולציה. כך המשיכו עד לתאונה הבאה - ולאחריה חזרו על התהליך מתחילתו. אך דרך זו לא יכולה להגן עלינו מפני ליקויים אחרים שאינם ידועים ועלולים לגרום לתאונות בעתיד. עם ההתקדמות הטכנולוגית המהירה והעלייה הדרמטית במחירי המטוסים, הגישה "טוס-תקן-טוס" כבר לא הייתה מספקת. מחיר

הלימוד מהניסיון הפך גדול מדי. לכן, לפני כ-70 שנים השתנתה התפיסה לחלוטין ותחום הבטיחות המודרנית נולד.

כלל בסיסי בתחום התעופה קובע ש"יש לתכנן ולהבנות את הבטיחות למטוסים, בדיוק כפי שהדבר נעשה כאשר לביצועים, ליציבות ולשלמות המבנית. צוות בטיחות חייב להיחשב כחלק חשוב של מפעל יצרני בדיוק כמו צוות העוסק בלחץ, באווירודינמיקה או בעומס.³⁸⁴ מניעת התאונות לפני התרחשותן הפכה למטרה המרכזית של הבטיחות. שיטת "טוס-תקן-טוס" פינתה מקומה לשיטה "זהה-נתח-שלוט" (Identify-Analyze-Control): זיהוי שיטתי של סיכונים עתידיים, ניתוחם ופיתוח אמצעים לנטרולם. כיום, ביחס למערכות בטיחות קריטיות, המדינה מפקחת על היצרן כדי לוודא שהוא מפתח את המוצר בהתאם לשיטות הבטיחותיות. למטרה זו הוקמו בארצות הברית גופים מפקחים, כגון מנהלת התעופה הפדראלית (FAA - Federal Aviation Administration); ומנהלת המזון והתרופות (FDA - Food and Drug Administration). העיקרון המנחה בהנדסת בטיחות הוא שהבטיחות של מוצר לא ניתנת להשגה רק על ידי בדיקת המוצר הסופי, כביכול היה "קופסה אטומה", שלא מתעניינים במה שיש בתוכה אלא רק בתוצאות שאותן היא מפיקה. לפיכך מוטלת על היצרן החובה להוכיח את בטיחות המוצר באמצעות שיטות פיתוח בטיחותיות מקובלות. כך גם כאשר לתוכנות מחשב: חייבים לכותבן באופן שמראש ימנע כשלים ותוך שימוש בפונקציות לא מסובכות, על מנת שתתאפשר בדיקה.³⁸⁵

תיאוריית הבטיחות המודרנית מייחסת חשיבות גדולה למניעת ליקויים לפני התרחשותם. לכן, מוטלת חובה לדרווח על "תקריות" ולא רק על תאונות. תקרית היא התרחשות בעלת פוטנציאל לנזק, שלמרבה המזל נמנע.³⁸⁶ חקירת תקריות היא מרכיב חשוב מאוד בבטיחות המודרנית. במערכת המשפט הפלילי אפילו תאונות אמיתיות לא תמיד נחקרות. יתרה מזאת, לא רק שאנשי אכיפת

החוק הפלילי לא חוקרים תקריות, אלא שכאשר אדם כמעט מורשע בטעות אך הדבר מתגלה ברגע האחרון והטעות נמנעת, הם טופחים לעצמם על השכם ואומרים: "תראו כמה אנו טובים - הרי גילינו את הטעות". נסו לדמיין את אנשי התעופה מתגאים בכך ששני מטוסים כמעט התנגשו, אך בסופו של דבר לא התנגשו, במקום להיות מודאגים ולחקור ביסודיות את מקור הסכנה...

3. הצורך בביטוחות במשפט הפלילי³⁸⁷

ניתן לחשוב על בטיחות כעל נקיטת אמצעים למניעת הרשעות שווא באמצעות העלאה של רף ההוכחה הנדרש להרשעה. כך, במונחים המקובלים במשפט האמריקני, ניתן לדרוש הוכחת האשמה בדרגה של 95% במקום 90% (אצלנו אמנם מדברים על 98% או 99%, אך זו רק רטוריקה).

רכים ודאי יתנגדו ליצירת בטיחות בדרך כזו של העלאת הרף הנדרש להוכחת האשמה. מציאת האיזון האופטימאלי בין זיכוי שווא לבין הרשעות שווא היא בעיה אינהרנטית של המשפט הפלילי. מצד אחד, אנו הרבה יותר מודאגים, ובצדק, מהרשעות שווא מאשר מזיכוי שווא. מצד שני, איננו רוצים לוותר לחלוטין על מערכת המשפט הפלילי כדי להפחית את הרשעות השווא לאפס.

בעקבות שני המודלים הידועים שהציג המלומד הרברט פאקר (Packer), מודל השליטה בפשיעה, חוק וסדר (Crime Control), מול מודל ההליך ההוגן, שמירה על זכויות החשודים והנאשמים (Due Process)³⁸⁸, אנשים נוטים לחשוב שנגזר עלינו לשחק "משחק-סכום-אפס": אם אנו רוצים הליך הוגן יותר עם פחות הרשעות מוטעות, עלינו להסתפק בפחות שליטה בפשיעה ולהסכים ליותר זיכוי שווא. אך על ידי פיתוח הבטיחות של המשפט הפלילי נוכל לנצח בשתי החזיתות. חשוב להבין שאין כאן סתירה: אם תגדל הבטיחות, למשל על ידי שיפור המהימנות של ראיות מסוימות,

נשיג שתי ציפורים במכה אחת: נפחית את הסכנה הנוראית של הרשעת חפים מפשע ונגדיל את היעילות של תהליך הרשעת האשמים האמיתיים.

4. החובה המוסרית לאמץ אמצעי בטיחות

למערכת המשפט הפלילי³⁸⁹

בהתאם לתיאוריה המקובלת של האמנה החברתית, המדינה הוקמה כדי להגן על זכויותיהם של בני החברה, ובוודאי שלא כדי להרע להם.³⁸⁹ בעוד שבתחומים אחרים בחיינו, כתעבורת מכונות, הסיכון לתאונה קיים והמדינה משתדלת להקטינו באמצעות קביעת תקנים מחייבים של בטיחות, הרי שביחס לסכנה של הרשעת חפים מפשע המדינה עצמה היא שיוצרת את הסיכון: בהתמקדות בחשוד מסוים מבין כלל תושבי המדינה, בהעמדתו לדין, בשימוש בראיות בעייתיות ובמכשירים לא מדויקים לשם הוכחת האשמה, בהרשעה ובענישה החמורה. לכן, במשפט הפלילי יש למדינה - יוצרת הסיכון, חובה מוסרית גבוהה בהרבה (בהשוואה לתחום התחבורה, למשל) לנקוט באמצעים להקטנתו.

בתחומים אחרים של חיינו, כגון ביטחון, חינוך ובריאות, היעדר תקציב מספיק נתפס כהסבר לגיטימי לכך שהמדינה לא משקיעה את כל המשאבים האפשריים לשיפור מצב הדברים בכל התחומים כל הזמן. לשיקול הזה לא צריך להיות מקום של כבוד בדיון בבטיחות במשפט הפלילי. ראשית, כאמור, המדינה עצמה היא שיוצרת - ובמודע - סיכון זה; לא מדובר בסיכון קיים שהמדינה משתדלת להקטין. הן בדיני הנזיקין והן במשפט הפלילי מקובל העיקרון שלפיו חובה על היוצר מצב מסוכן לפעול לנטרול הסכנה. שנית, אין השתדלות של ממש להקטנת הסיכון הרב: המושג "בטיחות" כלל אינו מוכר במשפט הפלילי, ודאי לא במשמעותו המודרנית. גם דברים בסיסיים ביותר שניתן לעשות בנקל אינם

נעשים. שלישית, דווקא בתחום המשפט הפלילי, ודווקא משום שהמדינה עצמה היא היוצרת את הסיכון להרשעת חפים מפשע, הפתרון לבעיית המימון הוא בהישג יד: כשם שהיקף אכיפת החוק נגזר מתקציב מסוים (המשמש, בין היתר, למשכורות לשוטרים, לחוקרים, לתובעים, לסנגורים הציבוריים, לשופטים, למומחים, למימון שיטות ומכשירים שנועדו לאיסוף וליצירת ראיות ועוד), כך עליו להיגזר מתקציב מסוים הכולל בתוכו גם את עלות הבטיחות. כלומר: בהנחה (שאיננה מחויבת המציאות) של תקציב קבוע, ניתן לקיים בטיחות ולהסתפק במעט פחות הליכים פליליים. המטרה איננה אכיפה מקסימלית. אכיפה מקסימלית פוגעת קשות בחירותנו והופכת את חיינו לבלתי נסבלים. במצב הקיים רבים סבורים שהגענו לפליליות יתר (Over-Criminalization): המשפט הפלילי תפח ותופס מקום גדול מדי בחיינו.

5. ההצדקה הכלכלית לאימוץ אמצעי בטיחות למערכת המשפט הפלילי-³⁹¹

חשיבות הבטיחות מוסברת בתחום מטוסי הקרב כמונחים של ניתוח עלות מול תועלת: יהיה זה יקר מדי שלא להנהיג עקרונות של בטיחות. לדוגמא, כשפיתחו את מטוס הקרב של הצי האמריקני F-14, העלות הכוללת של תוכנית הבטיחות עבור כל המטוסים יחדיו הייתה חמישה מיליוני דולרים, שחולקו על פני עשר שנים. המחיר של מטוס F-14 בודד היה אז חמישה-עשר מיליוני דולרים. מכאן שאם הצליחו לחסוך אפילו התרסקות אחת ויחידה - הרי שהתוכנית הייתה מאוד משתלמת כלכלית.³⁹²

הנזק הכלכלי מהרשעות שווא גם הוא משמעותי מאוד וגם הוא ניתן לחישוב. בשנים האחרונות כמה חפים מפשע שהורשעו זכו לפיצויים משמעותיים. כפי שראינו לעיל בפרק (5), בארצות הברית כבר פסקו כמיליון דולר לשנה של מאסר שווא; ובישראל

כבר פסקו כמיליון שקלים לשנה כזו. בפרשת לימון (Limon), ארבעה מורשעים בטעות, בנות זוגם וילדיהם, זכו לפיצויים של 102 מיליוני דולרים³⁹³ - כמיליון דולר לכל אחד לכל שנה של מאסר שווא. פשע אחד שמפוענח באופן מוטעה ומוביל להרשעה מוטעית של כמה אנשים, עלול לגרום לנזק כלכלי של למעלה ממאה מיליון דולרים - כמחירו של מטוס קרב מודרני. לפיכך, מספיק שהנהגת אמצעי בטיחות במשפט הפלילי תמנע הרשעה אחת בלבד של חף מפשע כדי שיהיה זה משתלם כלכלית להשקיע מיליוני דולרים בבטיחות. וכפי שהראיתי לעיל, מדובר במספר רב של הרשעות שווא.

6. לקראת בטיחות במשפט הפלילי³⁹⁴.

נקודת המוצא של ניתוח בטיחותי של המשפט הפלילי היא עיקרון התאונות הנסתרות, שאותו ד"ר מרדכי הלפרט ואנוכי מגדירים כך: מערכת המשפט הפלילי מתאפיינת בתאונות (הרשעות מוטעות) שבדרך כלל לא מתגלות.

חוסר האפשרות לחשוף טעויות מתורגם על ידי קובעי המדיניות לאופטימיות חסרת בסיס באשר למספרן הזניח כביכול של הרשעות השווא.

מערכת המשפט הפלילי אינה מודעת לכישלונותיה. ניתן לתקן זאת באמצעות גישה משווה ולימוד מתחומים אחרים המיישמים תיאוריות בטיחות. עיקרון התאונות הנסתרות מראה עד כמה לא די בשיטת הבטיחות המיושנת "טוס-תקן-טוס" בתחום המשפט הפלילי, מכיוון שבלתי-אפשרי ללמוד מניסיון העבר כשהתאונות אינן מתגלות.

השלב הבא בפיתוח דוקטרינת בטיחות הוא הערכת סיכונים. כפי שהראיתי לעיל בפרק "דרכים שונות לאומדן היקף הרשעות השווא", ישנן שתי דרכי חישוב עצמאיות המצביעות על שיעור

גבוהה של הרשעות שווא, כ-5% מכלל ההרשעות, אפילו בעבירות החמורות ביותר. הדרך האחת היא מחקרו האמפירי של פרופ' רייזינגר, המנתח את ממצאי פרויקט החפות האמריקני; הדרך השנייה היא תחשיב תיאורטי שערכתי עם ד"ר הלפרט, המבוסס על סטנדרט ההוכחה המקובל "מעבר לספק סביר". אם כך, מנין האמונה שמערכת המשפט הפלילי בטוחה? התשובה כרוכה בעיקרון התאונות הנסתרות של המשפט הפלילי.

בשיטת משפט כשלנו, המאפשרת הרשעה המבוססת באופן בלעדי על זיהוי במסדר זיהוי חרף כל המחקרים הפסיכולוגיים והמקרים שנחשפו במציאות המוכיחים שזו לא ראייה מדויקת; ומאפשרת הרשעה המבוססת באופן בלעדי על הודאת הנאשם במשטרה חרף העובדה שהמחקרים מראים שההודאה לא צריכה להיחשב למלכת הראיות, אלא לקיסרית הרשעות השווא; במציאות כזו אנו רחוקים מאוד מדרגה גבוהה של ביטחון בהרשעה.

לאור זאת מציעים ד"ר הלפרט ואנוכי התאמה של הסטנדרט המקובל לתורת הבטיחות המודרנית. הרשעה פלילית תיחשב לנכונה רק אם:

- א. האשמה הוכחה מעבר לספק סביר, ובנוסף:
- ב. כל אמצעי הבטיחות הסבירים ננקטו כדי להבטיח שלא תתרחש הרשעת שווא.

גישה שלא דורשת אמצעי בטיחות יוצרת אנומליה בהשוואה לתחומים אחרים. אם היינו מפעילים את הסטנדרט "מעבר לספק סביר" בתחום מטוסי הקרב - אם היינו דורשים למשל 90% או אפילו 99% של ביטחון שהטיסה תעבור בשלום - ברגע ששיעור התאונות היה מגיע ל-1% מכל הטיסות היינו קובעים שהמטוס בטוח לטיסה. אך אפילו שיעור תאונות קטן פי מאה שהיה קיים בעבר - 0.01%, נחשב ליקר מדי. לכן תעשיית המטוסים פיתחה ויישמה שיטות של בטיחות מודרנית. הנוכל לתאר חיל אוויר שיקבל שיעור התרסקויות של 1% מבלי לנסות להקטינו?

דוגמה נוספת ואחרונה: נניח שהוגשו נגד נאשם ראיות חזקות, כגון שילוב של טביעת אצבעות וזיהוי במסדר זיהוי. במצב המשפטי הנוכחי די אפילו באחת משתי הראיות הללו כדי להוכיח את האשמה בהתאם לסטנדרט של "מעבר לספק סביר". עתה, נניח שנמצאה בזירת הפשע דגימת DNA שלפי מיקומה אמורה להיות של מבצע העבירה. ללא ההתאמה המוצעת הדורשת לא רק הוכחה מעבר לספק סביר אלא גם נקיטה של כל אמצעי הבטיחות הסבירים, לא יהיה צורך לבצע השוואת DNA, שהרי מקובל לחשוב שטביעת האצבע והזיהוי במסדר הזיהוי, כל אחת משתי הראיות האלה בנפרד ובוודאי שילובן יחד, מוכיחות את האשמה מעבר לספק סביר. אך אדם בשם סטפן קוואנס שהורשע על סמך טביעת אצבעות ומסדר זיהוי זוכה לאחר שש שנות מאסר, בהתבסס על התוצאות של השוואה גנטית שנערכה לאחר ההרשעה ובהתבסס על התוצאות של חקירה מחודשת, אשר חשפו שההרשעה הייתה מוטעית.³⁹⁵

מכאן להמלצות אחדות שהצעתי יחד עם ד"ר הלפרט, על

אמצעי בטיחות ספציפיים:³⁹⁶

א. מוצע לייסד גוף מרכזי לבטיחות במשפט הפלילי, בדומה למנהל המזון והתרופות האמריקני (FDA). אחד מתפקידיו יהיה לחקור הן תאונות במשפט הפלילי (הרשעות שווא) והן תקריות (תאונות שנמנעו), ולהפיק לקחים מעשיים – פעולות שכיום (כמעט) אינן מבוצעות. בנוסף, גוף כזה יוכל לפקח על הפרקטיקות הנוהגות במשטרה ובפרקליטות כדי להפכן לבטיחותיות. במצב הקיים, חרף כוחה הרב וסמכויותיה

מרחיקות הלכת של הפרקליטות, אין עליה פיקוח חיצוני.³⁹⁷

ב. יש לקבוע סטנדרטים גבוהים, בדומה לאלה החלים על מכשירים רפואיים, שיחולו על מכשירים המשמשים להפקת ראיות מדעיות כגון ערכות DNA, ערכות לבדיקות סמים, מדי נשיפה לבדיקת שכרות נהגים ומכמונות מהירות.³⁹⁸ המצב

הקיים כיום, שבו הערכה לביצוע בדיקת DNA שבה משתמשת מערכת אכיפת החוק הפלילי כדי לבסס הרשעות בעבירות החמורות ביותר איננה עומדת בסטנדרטים המקובלים בתחום הרפואי - מצב זה איננו מתקבל על הדעת.³⁹⁹

ג. במה שנוגע לעדויות ראייה יש לפעול על-פי הפרוטוקולים שהוצעו בספרות המקצועית (בעיקר הפסיכולוגית), לרבות: הבהרה לעד שייתכן שהעבריון לא נוכח במסדר הזיהוי, תיעוד בווידאו של כל מסדרי הזיהוי, מעבר ממסדר זיהוי סימולטאני למסדר זיהוי עוקב, ואולי אף מעבר למסדר זיהוי ממוחשב. לפני הכנסת פרוטוקולים אלו לשימוש, יש לדאוג להכשרה ולאיומן של האנשים העוסקים בכך. בנוסף, אין תועלת בביצוע מסדר זיהוי אשר במרכזו אדם שאין כלפיו חשד מוקדם משמעותי. פעולה כזו יוצרת סיכון גדול להרשעת שווא.

ד. יש לתעד בווידאו את כל חקירות החשודים ולהוציאן מן האפלה. עלות ההקלטה נמוכה ותרומתה לבטיחות תהיה משמעותית: זהו אמצעי בטיחות סביר שאי-הנקיטה בו באשר לכל החקירות הוא מחדל רשלני.⁴⁰⁰

ה. תיאוריות ארגוניות מלמדות שמערכת המשפט הפלילי חייבת לשאוף לעצמאות של הראיות כך שלא תשפענה זו על זו. כך, למשל, יש להסתיר מפני עובדי המעבדה פרטים על המקרה ועל החקירה אשר אינם נחוצים לביצוע הבדיקה, כגון העובדה שהקורבן זיהה את הנאשם או שהנאשם הודה בביצוע העבירה.

ו. הבטיחות צריכה להיות מיושמת לאורך כל הליכי החקירה והמשפט וגם לאחר ההרשעה. יש לאפשר בדיקות DNA למורשעים המבקשים להיבדק; וכמובן שיש להקפיד על שמירת הדגימות מזירות הפשע גם לאחר ההרשעות; שמירה שבישראל, למרבה הצער, לא הקפידו עליה.

ז. יש לקבוע כלל משפטי שלא יאפשר הרשעה המבוססת על ראיה אחת ויחידה. המחקרים מלמדים שאין כיום ראיה

מדויקת מספיק שאינה משאירה מקום לטעות. לא רק הראיות המסורתיות כגון הודאה ועדות ראייה אינן מספיק מדויקות לשם הוכחת האשמה מעבר לספק סביר, אלא גם בראיות המדעיות החזקות ביותר - DNA וטביעת אצבעות, נופלות טעויות, ולכן יש לדרוש ראייה נוספת.⁴⁰¹ באופן ספציפי, יש לשנות כליל את הגישה כלפי הודאות חשודים בחקירותיהם במשטרה: לא עוד לראות בהודאה ראייה חזקה שנדרשת לה רק תוספת ראייתית, אלא, בשל משקלה הריאלי הנמוך של ההודאה, יש לראות בה את התוספת הראייתית לראיות מרכזיות אחרות - אם ישנן.⁴⁰²

המלצתנו הכוללת היא כי יש לפתח תיאוריה של בטיחות למשפט הפלילי. כמה פתרונות ספציפיים אמנם הוצעו, אך לא די בהם. בהינתן הנזק העצום שגורמות הרשעות השווא, הכרחי לפתח תיאוריית בטיחות מקיפה ושיטתית. לאור עיקרון התאונות הנסתרות, תיאוריה כזו חייבת לאמץ שיטות מודרניות של בטיחות שפותחו בתחומים אחרים, שבהם התאונות גלויות. פיתוח תורת בטיחות למשפט הפלילי יצריך מחקרים רבים של חוקרים מתחומים שונים. המחקרים יאפשרו להעריך סיכונים ולהציע אמצעים לנטרול הסכנה, מבלי לפגוע במטרות של המשפט הפלילי. רק כך תיתכן מערכת משפט שבה גדול יותר שיעור העבריינים האמיתיים המורשעים, וקטן יותר שיעור החפים מפשע המורשעים.

לסיום, ד"ר הלפרט ואנוכי הצענו פרופורציות חדשות להרשעות השווא ולעלויות הכלכליות של תופעה זו: נוכחנו לעיל בנזקים העצומים הנגרמים לאדם המורשע לשווא. ראינו שבארצות הברית אומדים בתי המשפט שנת מאסר שווא בכמיליון דולרים, וכי גם בישראל שולמו פיצויים של מיליוני שקלים לאנשים שנכלאו ולאחר מכן זוכו. בפרק העוסק באומדן הרשעות השווא ראינו שיייתכן מאוד שכ-5% מההרשעות הן הרשעות מוטעות של חפים מפשע, וכי משמעות הדבר בישראל, שבה כ-20,000 אסירים,

היא שבכל זמן נתון מאכלסים את בתי הסוהר כאלף חפים מפשע. נניח לצורך התחשיב שבמונחים ישראליים נזקו של אדם כתוצאה משנת מאסר שווה הוא כמיליון שקלים. עתה נדמיין עולם שאינו כפוף לעיקרון התאונות הנסתרות של המשפט הפלילי, עולם שבו הרשעות השווא מתגלות בשלב זה או אחר. בעולם כזה, ייתכן שהיה על המדינה לשלם בכל שנה פיצויים על מאסרי שווא של חפים מפשע שלאחר מכן זוכו בסכום כולל של מיליארד שקלים (כאלף אסירים כפול כמיליון שקלים). בארצות הברית תוצאת התחשיב מגיעה למאה מיליארד דולרים (כ־100,000 אסירים כפול כמיליון דולרים). זאת, כמובן, מלבד נזקים אחרים, כגון הנזקים לחברה הנובעים מכך שהאשמים האמיתיים לא נתפסו ומעלות ההליכים והמאסרים המיותרים. בעולם כזה יהיה זה יקר מאוד למדינה שלא להשקיע בבטיחות. בעולם כזה היה נושא הבטיחות במשפט הפלילי הופך ודאי לאחד המרכזיים במערכות הבחירות.



אחרית דבר

תם וכמובן טרם נשלם. הדרך לשיפור המצב הקיים היא אמנם ארוכה, אך אין ספק שתחילתה בפקיחת העיניים ובהפסקת ההכחשה של התופעה של הרשעת חפים מפשע, הקיימת לא רק במדינות אחרות אלא גם בישראל, ובהפסקת ההתייחסות לעיוותי הדין כאל גזירת גורל. ספר זה נועד לפקיחת עיניים זו. תקוותי היא שהועלתי בפקיחת העיניים, לא רק בקרב העוסקים במשפט הפלילי, אלא גם בקרב הציבור הרחב. בכוחו לקבוע אם הוא מסכים לכך שמערכת אכיפת החוק המייצגת אותו תמשיך להיות רשלנית ולייצר עוול רב תוך הרשעה שיטתית לא רק של אשמים, אלא גם של חפים מפשע.



נספח

הפניות לספרים ולמאמרים של המחבר בנושאי הספר

את רוב המאמרים שנכתבו על ידי פרופ' בועז סנג'רו ניתן לאתר באינטרנט, בארבע הכתובות הבאות:

- אתר המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת-גן - רשימת הפרסומים האקדמיים של המחבר (הן בעברית והן באנגלית), רובם עם קישוריות למאמרים המלאים, בכתובת האינטרנט הבאה:
<http://www.clb.ac.il/law/staff.htm?id=27&p=16>
- אתר המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת-גן - מאמרים קצרים במשפט פלילי, אשר פורסמו בכלי-התקשורת, בכתובת האינטרנט הבאה:
http://www.clb.ac.il/law/criminal_law/articles.htm
- מאגר המאמרים האקדמיים הבינלאומי SSRN - Social Science Research Network, מאמרים אחדים (בשפה האנגלית) של המחבר, בכתובת האינטרנט הבאה:
<http://ssrn.com/author=1518496>
- מאגר המאמרים האקדמיים הבינלאומי b-press (Berkeley Press), מאמרים נבחרים (בשפה האנגלית) של המחבר, בכתובת האינטרנט הבאה:
[/http://works.bepress.com/dr_boaz_sangero](http://works.bepress.com/dr_boaz_sangero)

ספרים

1. הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות (הוצאת "רסלינג", 2014).
2. ספר שהתקבל לפרסום ונמצא בתהליך כתיבה: Safety in the Criminal Justice System (forthcoming, Oxford University Press, co-author Dr. Mordechai Halpert).

מאמרים

3. "לקראת בטיחות במשפט הפלילי", עיוני משפט לו 363 (2013). (נכתב עם ד"ר מרדכי הלפרט).
4. "ראיות מדעיות מול 'Junk Science'" (נכתב עם ד"ר מרדכי הלפרט ועתיד להתפרסם בכתב-העת "עלי משפט").
5. "'חווית המעצר': כמה שווה חירותו של אדם ומהם נזקיו של מעצר-שווא?" "הסניגור" 4, 191 (2013).
6. "זהירות - טעויות בבדיקות! על הצורך ברגולציה בתחום הראיות המדעיות ובגנות הצעת-חוק חזקת אמינות למכשירי אכיפה", בספר הרשעות שווא: היבטים פילוסופיים, פסיכולוגיים וארגוניים (בעריכת ד"ר רונית פלד, פרופ' אפרת שהם וד"ר מאיר כרמון, 2012) עמ' 55 (נכתב עם ד"ר מרדכי הלפרט).
7. "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעורנו חי)", משפטים על אתר ד' (2012).
8. *A Safety Doctrine for the Criminal Justice System* (co-author Dr. Mordechai Halpert) 2011 Michigan State Law Review 1293 (2012)
9. "בכל זאת היפוך במעמד ההודאה - תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי", מחקרי משפט כ"ז (2011) 529 (נכתב עם ד"ר מרדכי הלפרט).
10. "השימוש בתחבולות ובמדוכבים לשם גביית הודאות", עלי משפט ט' (2011) 399.
11. "עדות שותף לעבירה: יעילות מול אמת - על ביטול הלכת קינזי", בספר גבריאל בכ (בעריכת דוד האן, דנה כהן-לקח, מיכאל בכ, 2011) 335.
12. *Proposal to Reverse the View of a Confession: From Key Evidence Requiring Corroboration to Corroboration for Key Evidence* 44 University of Michigan Journal of Law Reform 511 (2011). (co-author - Dr. Mordechai Halpert)

- Halpert)
13. "הרשעה - רק פה אחד", עלי משפט ח' (תש"ע) 337 (נכתב עם ד"ר איתי ליפשיץ).
14. "פשעי שוטרים, רשלנות תובעים, אופטימיות שופטים והרשעת חפים מפשע", הסניגור 158 (2010) 4.
15. "מִכְשָׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה - סולימאן אל עביר כמקרה מבחן (הצעה להיפוך בתפיסת ההודאה: מראיה מרכזית המחפשת תוספת, לתוספת אפשרית לראיות מוצקות)", מחקרי משפט כו (2010) 733 (נכתב עם ד"ר מרדכי הלפרט).
16. [תגובה: דורון מנשה ושי אוצרי, "כמה שוקלת הודאה? - עיון מחודש בשאלת משקלן הבייסיאני של הודאות נאשם - תגובה למאמרם של מרדכי הלפרט וברעז סנג'ור", מחקרי משפט כז (2011) 503].
17. "אני מאשים גם את השופטים", הסניגור 159 (2010) 5.
18. "על הודאה ועל "junk science" כטביעת נעל - הרשעת זדורוב כמקרה-מבחן", הסניגור 165 (2010) 4.
19. "פיקוח חיצוני על עבודת הפרקליטות", הסניגור 145 (2009) 4.
20. "הסכנה שבהרשעה על סמך נשיפה (על בדיקת הנשיפה המתיימרת לאתר נהיגה בשכרות)", הפרקליט - ספר דיויד וינר על משפט פלילי ואתיקה (תשס"ט) 313. (נכתב עם ד"ר מרדכי הלפרט).
- [תגובה: דורון מנשה ושי אוצרי, "בדיקת שכרות ללא חשד סביר - הרהורים על החוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 72), התשס"ו-2005", הפרקליט - ספר דיויד וינר על משפט פלילי ואתיקה (תשס"ט) 349].
21. "בכל זאת לא רצוי לבצע את בדיקת הנשיפה לגילוי שכרות ללא כל חשד; ובוודאי שמסוכן לבסס הרשעה עליה לבדה - תשובה לתגובתם של דורון מנשה ושי אוצרי", הפרקליט - ספר דיויד וינר על משפט פלילי ואתיקה (תשס"ט) 373. (נכתב עם ד"ר מרדכי הלפרט).
22. *From a Plane Crash to the Conviction of an Innocent Person: Why Forensic Science Evidence Should Be Inadmissible Unless it has been Developed as a Safety-critical System*, 32 Hamline Law Review (2009) 65. (co-author - Dr. Mordechai Halpert)
23. "בכל זאת אין להסתפק בבדיקת סמים לשם הרשעה" רפואה ומשפט 38 (2008) 166. (נכתב עם ד"ר מרדכי הלפרט).
- [תגובה: מנחם טסה, "הערות לסיום המחלוקת", רפואה ומשפט 38 (2008) 176].

23. "ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית: 'דמוקרטיה מתגוננת' או דמוקרטיה מגומדת? - על טיפולן של רשויות אכיפת החוק - המשטרה, הפרקליטות ובתי המשפט - בהתנגדות להינתקות" (פורסם בספר אורי קיטאי - אסופת מאמרים משפטיים לכבודו עם פרישתו מכס השיפוט, נבו, תשס"ח) 193.
24. *Are All Forms of Joint Crime Really 'Organized Crime'? On The New Israeli Combating Criminal Organizations Law and Parallel Legislation in the U.S. and Other Countries*, 29 Loyola Los Angeles International and Comparative Law Review 61 (2007)
25. "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרו - בשורה או אכזבה?", משפט וצבא יט (תשס"ז) 67.
26. *Miranda Is Not Enough: A New Justification for Demanding "Strong Corroboration" To A Confession*, 28 Cardozo Law Review 2791 (2007)
27. "היש בכוחה של ה'הגנה מן הצדק' לעשות צדק? (בעקבות הסדרת ההגנה בחוק סדר הדין הפלילי)", הסניגור 125 (תשס"ז) 4.
28. *Why A Conviction Should not be Based on A Single Piece of Evidence: A proposal for Reform*, 48 Jurimetrics: The Journal of Law, Science, and Technology, 43 (2007). (co-author - Dr. Mordechai Halpert)
29. "מדוע אסור להסתפק בבדיקת סמים לשם הרשעה?", רפואה ומשפט 37 (2007) 123. (נכתב עם ד"ר מרדכי הלפרט).
30. ותגובה: דורון מנשה ושי אוצרי, "מחשבות נוספות על המאמר 'מדוע אין להסתפק בבדיקת סמים לשם הרשעה?'", רפואה ומשפט 37 (2007) 130.
30. "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הרעת השיפוטי בענישה), תשס"ה - 2005", עלי-משפט ה' (תשס"ו) 247.
31. "ההודאה כבסיס להרשעה - האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא? הסכנה - הרשעת חפים מפשע על סמך הודאותיהם בלבד. הפתרון - 'סיוע' - ראיה חיצונית לנאשם, אובייקטיבית, ממשית ומשמעותית", עלי-משפט ד' (תשס"ה) 245.
32. "תיקון 39 לחוק העונשין במבחן סבלנותן של רשויות האכיפה - חוק מאבק בארגוני פשיעה", בספר מגמות בפלילים לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין (בעריכת אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא, בהוצאת אוניברסיטת בראיילן ולשכת עורכי הדין, תשע"א-2010) 91.
33. "פרשנות מרחיבה בפלילים! האומנם אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו

- בלבר נתכנו עלילות החקיקה? על נשיא בית-המשפט העליון כמחוקק-על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת", עלי משפט ג' (תשס"ג) 165.
34. "באין חשד אין חקירה אמיתית: דוח ועדת החקירה הממלכתית בעניין פרשת היעלמותם של ילדים מבין עולי תימן", תיאוריה וביקורת 21 (2002) 47.
35. "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט", עלי משפט ב' (תשס"ב) 127.
36. "המשפט החוזר - מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון (מ"ח 6148/95 משה עזריה נגר מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334)", עלי משפט א' (תש"ס) 97 (נכתב עם פרופ' מרדכי קרמיניצר).
[תגובה: לראון שלף, "על סופיות הדיון ועל עשיית צדק במשפט פלילי: הרהורים נוגים על משפט חוזר, ערעור פלילי וחנינה", קרית המשפט א' (תשס"א) 133].
37. "להטוטנות פרשנית בפלילים? ומיתת נשיקה לכלל הפרשנות המצמצמת? (עוד על 'בכוונה לפגוע' בעבירת לשון הרע)", משפטים כ"ט (תשנ"ח) 723.
38. "היהפכו המטרות למניעים? ומה צפוי להלכת הצפיות? (עוד על 'בכוונה לפגוע' כסימן ייחוד של עבירת לשון-הרע ועל פרשנות המשפט הפלילי)", משפטים י"ח (תשמ"ח) 337.
39. "טביעת אצבעות: הסכנה של הרשעת חפים מפשע", גלילאו, פברואר 2010, 30 (נכתב עם ד"ר מרדכי הלפרט).

* קרוב למאה מאמרים קצרים בנושאים משפטיים פורסמו בעיתונות היומית ("הארץ", "מקור ראשון", "ידיעות אחרונות", "Y-NET", "מעריב") ובביטאונים של לשכת עורכי-הדין בישראל ("עורך הדין" ו"הלשכה"). ניתן לעיין בהם באתר המרכז האקדמי למשפט ולעסקים www.clb.ac.il בכתובת: http://www.clb.ac.il/law/criminal_law/articles.htm ובאתר המאגר המשפטי של "נבו הוצאה לאור", בכתובת: www.nevo.co.il



הערות

1. לפירוט על אודות פרשה זו ופרשות דומות אחרות, ראו: Russel Covey, *Mass Exoneration Data and the Causes of Wrongful Convictions* (2011) ניתן לצפייה באתר SSRN, בכתובת האינטרנט: <http://ssrn.com/abstract=1881767> או <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1881767>
2. Samuel R. Gross, Michael Shaffer, Exonerations in the United States, 1989–2012 - Report by the National Registry of Exonerations, בכתובת האינטרנט: http://globalwrong.files.wordpress.com/2012/05/exonerations_us_1989_2012_full_report.pdf
3. ראו הפירוט שלהלן בפרק ב.7(ז).
4. בג"ץ [פסק-דין של בית-המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק] 177/50 ראובן נגר יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד ה [כרך חמישי של פסקי-הדין של בית-המשפט העליון] 737, 751.
5. חיים כהן, "ואשיבה שופטיך כבראשונה", ספר חמ"י גבריהו: מחקרים במקרא ובמחשבת ישראל (ב"צ לוריא - עורך, תשמ"ט) (בסוף המאמר).
6. דין וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (דצמבר 1994) (להלן: דוח ועדת גולדברג), עמ' 54.
7. ראו למשל: Justice in Error (C. Walker & K. Starmer - eds., Blackstone Press Limited, 1993)
8. R. v. McKenny, 93 *Criminal Appeals Review* 287 (1991); *Armstrong and Others*, *The Times*, (20.10.1989)

9. *The Royal Commission on Criminal Justice*, Chairman: Viscount Runciman of Doxford CBE FBA, Report, Presented to Parliament by Command of Her Majesty (להלן: ועדת Runciman). (July 1993, London)
10. Lisa Griffin, *The Correction of Wrongful Convictions: A Comparative Perspective*, 16 *American University International Law Review* (2001) 1241. ראו אתר האינטרנט של הוועדה, בכתובת: www.crc.gov.uk. וראו שם קישור לדוחות השנתיים של הוועדה.
11. Hugo A. Bedau, Michael L. Radelet, *Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases*, 40 *Stanford Law Review* (1987) 21.
12. Arye Rattner, *Convicting the Innocent: When Justice Goes Wrong* (Ph. D. Dissertation, Ohio State University, 1983); Arye Rattner, *Convicted but Innocent: Wrongful Conviction and the Criminal Justice System*, 12 *Law and Human Behavior* (1988). וראו גם אריה רטנר, "הרשעות שלא בצדק: טעויות במערכת המשפט", פלילים ג (תשנ"ג) 262.
13. Richard A. Leo, Richard J. Ofshe, *Criminal law: The Consequences of False Confession: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation*, 88 *Journal of Criminal Law & Criminology* (1998) 429. וראו הפניות למקורות רבים נוספים שם, בהערות 1-4.
14. Samuel R. Gross et al., *Exonerations in the United States, 1989 Through 2003*, 95 *Journal of Criminal Law & Criminology* 523 (2005).
15. ראו, למשל, ספרו של Garrett הנזכר להלן בהערה 16, עמ' 217-222.
16. ראו: ראשית, הספר האחרון, המנתח ניתוח יסודי את 250 הזיכויים הראשונים במסגרת פרויקט החפות: Brandon L. Garrett, *Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong* (Harvard University Press, 2011)
- שנית, לסקירה העדכנית ביותר ראו אתר האינטרנט של פרויקט החפות: www.innocenceproject.org
- שלישית, ראו גם הספר הראשון, שכתבו מייסדי הפרויקט לפני כעשור, המנתח את כ־70 הזיכויים הראשונים: Barry Scheck, Peter Neufeld, Jim Dwyer, *Actual Innocence: Five Days to Execution and Other Dispatches from the Wrongly Convicted* (Doubleday, 2000).
17. דוגמה למקרה כזה, שבו למרות בדיקת DNA המצביעה בכיוון של חפות הנאשם לא זוכה, הנה המקרה של ג'ורג' אלן (Allen), אשר הורשע באופן מפוקפק מאוד באונס וברצח על סמך הודאה בלבד. התובע בסיכומיו טען

- שהזרע מזירת הפשע שייך לנאשם. בדיעבד, שנים רבות לאחר ההרשעה הוברר בבדיקת DNA שהזרע שייך לבן זוגה של הנרצחת. בכל זאת הרבר לא הוביל לזיכוי ואלן עדיין הוחזק במאסר. לשיטת התביעה, הבדיקה הוכיחה לכל היותר שהקורבן ובן זוגה קיימו יחסי מין. ראו: Boaz Sangero and Mordechai Halpert, *Proposal to Reverse the View of a Confession: From Key Evidence Requiring Corroboration to Corroboration for Key Evidence*, 44 University of Michigan Journal of Law Reform 511, 539 (2011). רק בנובמבר 2012, לאחר שלושים שנות מאסר ושנים אחדות לאחר השוואת ה-DNA, בוטלה הרשעתו של אלן והוא שוחרר ממאסרו.
18. ראו למשל: בועז סנג'רו ומרדכי קרמניצר, "המשפט החוזר - מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון (מ"ח 6148/95 משה עזריה נגד מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334)", עלי משפט א' (תש"ס) 97, 136-138.
19. Gross & Shaffer, לעיל הערה 2.
20. לאון שלף, "תיקונו של עיוות דין", הפרקליט מא (תשנ"ג-תשנ"ד) 346.
21. חלקים מפרק-משנה זה מבוססים על המאמרים הבאים, אותם כתבתי יחד עם ד"ר מרדכי הלפרט: Boaz Sangero and Mordechai Halpert, *A Safety Doctrine for the Criminal Justice System*, 2011 Michigan State Law Review 1293 (2012); מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו, "לקראת בטיחות במשפט הפלילי", עיוני משפט לו 363 (2013).
22. Samuel R. Gross, *Convicting the Innocent*, 4 Annual Review of Law and Social Science 173, 175 (2008) "False convictions are not merely unobserved, but in most cases are also unobservable. The problem is not simply that we do not know or sure whether a particular prisoner is innocent. We also may not know for sure whether he is HIV positive, but we can test him, or the prison population as a whole, or a random sample. There is no general test for the accuracy of criminal convictions. If there were, we would use it at trial."
23. ראו הלפרט וסנג'רו, לעיל הערה 21, ה"ש 135; וכן: Michael Bromwich, Independent Investigator, Fourth Report of the Independent Investigator for the Houston Police Department Crime Laboratory and Property Room, 3 Washington, D.C (January 4, 2006).
24. חלקים מפרק-משנה זה מבוססים על המאמרים הבאים, אותם כתבתי יחד עם ד"ר מרדכי הלפרט: Boaz Sangero and Mordechai Halpert, *A Safety Doctrine for the Criminal Justice System*, 2011 Michigan State Law Review 1293 (2012); מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו, "לקראת בטיחות במשפט הפלילי", עיוני משפט לו 363 (2013).

25. Michael Risinger, *Innocents Convicted: An Empirically Justified Factual Wrongful Conviction Rate*, 97 Journal of Criminal Law & Criminology 761, 780 (2007)
26. Alexander Volokh, *n Guilty Men*, 146 University of Pa. Law Review 173, 174 (1997)
27. שם. "...better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer" ("...better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer")
28. C.M.A. McCauliff, *Burdens of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence, or Constitutional Guarantees?* 35 Vand. Law Review 1293, 1324-1327 (1982). וראו סקירה של סקרים נוספים עם תוצאות דומות אצל Lawrence M. Solan, *Refocusing the Burden of Proof in Criminal Cases: Some Doubt about Reasonable Doubt*, 78 Texas Law Review 105, 125-129 (1999)
29. Bureau of Justice Statistics, Prison Statistics , ניתן לצפייה בכתובת האינטרנט: <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/abstract/p06.htm>
30. לחישוב המתמטי המפורט ראו הלפרט וסנג'רו, לעיל הערה 21, ה"ש 242.
31. Brandon L. Garrett, *Judging Innocence*, 108 Columbia Law Review 55, 74 (2008); אורן גול, "הסדרי טיעון ובעיית החף", משפטים לה(1) 27-29 (2005).
32. ראו למשל: י' קדמי, על הראיות - הדין בראי הפסיקה (כרך ב, תשנ"א), Alex Stein, *Foundations of Evidence Law* (2005) 16 ;829.
33. בוועז סנג'רו ואיתי ליפשיץ, "הרשעה: רק פה אחד", עלי משפט ח' 337, 340-339 (2010).
34. נתוני "שירות בתי הסוהר, ארגון כליאה לאומי", ניתן לצפייה בכתובת האינטרנט: http://www.ips.gov.il/Shabas/TIPUL_PRISONER/Prisoners+Info/סהכ+אסירים.htm
35. סנג'רו וקרמניצר, לעיל הערה 18, עמ' 149-157.
36. John Roman, Kelly Walsh, Pamela Lachman, Jennifer Yahner, *Post-Conviction DNA Testing and Wrongful Conviction* (Research Report submitted to the U.S. Department of Justice, 2012)
37. שם, עמ' 5-6. יצוין כי המחקר בדק גם תיקים של הרשעה בהמתת אדם, אך מטבע הדברים מספר התיקים שלגביהם נמצאו בזירת הפשע דגימות גנטיות ואף נשמרו הוא קטן בהרבה בהשוואה למקרים של אונס, שבהם באופן שגרתי נלקחת דגימת זרע מגוף הקורבן. בנוסף, במקרים של אונס בין זרים, שבהם אין טענת הגנה שלפיה יחסי המין קוימו בהסכמה, הדגימה הגנטית מלמדת באשר לחפות או אשמה הרבה יותר מאשר בתיקי המתה.

- במחקר נאספו מעט מדי נתונים אודות תיקים של המתה מכרי שניתן יהיה להגיע מהם לניתוחים סטטיסטיים מועילים.
38. להשלמת התמונה אציין שעורכי המחקר נזהרים מלקבוע שהנתון המשמעותי יותר הוא 15% (או אפילו 18%), ולא 8% (או 9%), בנימוק שלא ניתן לדעת אם 227 התיקים שבהם ניתן לקבוע אם ה־DNA מזירת העבירה הוא של המורשע, מהווים מדגם מייצג של 422 ההרשעות ושל כלל ההרשעות באונס ובתקיפות מיניות באותה תקופה בוירג'יניה (שם, עמ' 56). אלא שמכיוון שהם קובעים ש־422 ההרשעות הן כן מדגם מייצג של כלל ההרשעות בעבירות אלה בוירג'יניה באותה תקופה – שהרי באופן מקרי לחלוטין נערכו הבריקות במעבדה של Mary Jane Burton ולא במעבדה אחרת, ומכיוון שלא נמצא גורם כלשהו שיוביל לכך שבכמחצית התיקים שבהם מאפשר ה־DNA הכרעה יהיה שיעור ההרשעות המוטעות שונה מאשר במחצית האחרת – אין סיבה טובה להניח ש־227 התיקים אינם מייצגים. יתרה מזאת: אפילו אם אינם מייצגים, אולי משמעות הדבר היא ששיעור הרשעות השווא בתיקים שבהם ה־DNA לא מאפשר הכרעה הוא דווקא גדול יותר? כל עוד איננו יודעים מהי תוצאת הבריקה, עצם העובדה שבתיק מסוים ניתן (או לא ניתן) לקבוע באמצעות השוואה גנטית אם תפסנו את האדם הנכון, כלל איננו רלוונטי לשאלה האם מדובר באשם או בחף מפשע שהורשע בטעות. (למעשה, הבחירה בשיעור הרשעת חפים מפשע של 8% בלבד משמעותה היא הנחה שבכל מאות התיקים שבהם לא התקבלה תוצאה מבריקת ה־DNA לא הייתה ולו הרשעה אחת של חף מפשע. אין לנו כל סיבה סבירה להניח כך). כך או אחרת, אני מצטרף לקביעת עורכי המחקר שגם אם שיעור ההרשעות של חפים מפשע בעבירות אלה הוא "רק" 8%, גם ממצא כזה הוא מדאיג מאוד ומחייב פעולה משמעותית לשם שיפור המצב – שם, עמ' 58.
39. חלקים מפרק משנה זה מבוססים על המאמרים הבאים, אותם כתבתי יחד עם ד"ר מרדכי הלפרט: Boaz Sangero and Mordechai Halpert, *A Safety Doctrine for the Criminal Justice System*, 2011 Michigan State Law Review 1293 (2012); מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו, "לקראת בטיחות במשפט הפלילי", עיוני משפט לו (2013) 363.
40. Adrian T. Grounds, *Understanding the Effects of Wrongful Imprisonment*, 32 Crime & Justice 1 (2005).
41. Innocence project, Florida Man is Freed After 35 Years, (December 17, 2009) <http://www.innocenceproject.org/> Content/2301.php

- Man exonerated, freed from prison after 35 years, CNN (December 17, 2009)
- ניתן לצפייה בכתובת האינטרנט: <http://www.cnn.com/2009/CRIME/12/17/florida.dna.exoneration/index.html>
- Center on Wrongful Convictions, Michael Evans and Paul Terry, available at: <http://www.law.northwestern.edu/wrongfulconvictions/exonerations/ilEvansTerrySummary.html> .42
- Evans v. City of Chicago*, 513 F.3d 735, 747 (2008). התרגום לעברית שלי - ב.ס. .43
- מ"ח (משפט חוזר) 3032/99 עמוס ברנס נגד מדינת ישראל, פ"ד (פסקי-דין של בית-המשפט העליון) נו(3) 354, 384. בית-המשפט העליון הורה על עריכת משפט חוזר. הפרקליטות בחרה שלא להגיש כתב-אישום מחודש. בתביעת הפיצויים של ברנס נדחתה טענת הפרקליטות שלפיה לכאורה אין לפרש זאת כזיכוי - ראו ת.א. (ת"א) [תיק אזרחי, בבית-המשפט המחוזי תל-אביב] 2001/04 עמוס ברנס נגד מדינת ישראל (אתר נבו). .44
- ת"א (ת"א) [תיק אזרחי, בית-המשפט המחוזי תל-אביב] 1168/01 הררי ואח' נגד מדינת ישראל (אתר "נבו" 8.6.2005). .45
- ע"פ [ערעור פלילי, בית-המשפט המחוזי תל-אביב] 71364/01 גרגורי שניידר נגד מדינת ישראל, אתר נבו (21.10.02); ראובן שפירא, "תעלומה במלתחות הקנטרי", מעריב (16.11.01) (NRG) ניתן לצפייה בכתובת האינטרנט: <http://www.nrg.co.il/online/archive/ART/210/635.html> .46
- ע"פ [ערעור פלילי, בבית-המשפט העליון] 9809/08 ארגלדו לזרובסקי נגד מדינת ישראל, אתר נבו 25.11.10; אביעד גליקמן, התקדים: "אבא לא ידע שזופה. אנחנו בגן עדן" ynet, 25.11.10 ניתן לצפייה בכתובת האינטרנט: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3989696,00.html> .47
- Limone v. United States*, 579 F.3d 79, 102 (2009) .48
- Ben Meyerson, Record verdict: Former gang member awarded \$21 million for wrongful conviction, Chicago Tribune (23/6/2009) ניתן לצפייה בכתובת האינטרנט: <http://www.chicagotribune.com/news/local/chi-federal-police lawsuitjun23,0,3802704.story> .49
- ת"א (ת"א) 1168/01 הררי ואח' נגד מדינת ישראל (אתר נבו 8.6.2005). .50
- למר גרעון הררי נפסק סך של 4,565,000 ₪ בגין 64 חודשי מאסר שווא; למר יעקב בלדוט נפסק סך של 1,784,000 ₪ בגין 25 חודשי מאסר שווא; למר אורי גולברג נפסק סך של 3,639,000 ₪ בגין 51 חודשי מאסר שווא; ולמר יוסף רחימי נפסק סך של 2,168,000 ₪ בגין 24 חודשי מאסר שווא. סה"כ למעלה מ-12 מיליון ₪ פיצויים על נזקים עצומים שגרמה הרשעה שגויה אחת.

51. פסק-הדין השני הנזכר לעיל בהערה 44.
52. ת.א. (ת"א) (תיק אזרחי, בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב) 1173/06 רגב שובר נגד מדינת ישראל (אתר נבו 22.5.2010); ע"א [ערעור אזרחי, בבית-המשפט העליון] 4584/10, ע"א 4699/10 מדינת ישראל נגד רגב שובר וערעור שכנגד (ניתן ב-4.12.12, פורסם בנבו).
- וראו טרילוגיית המאמרים בעקבות פרשה זו: בועז סנג'רו, "פשעי שוטרים, רשלנות תובעים, אופטימיות שופטים והרשעת חפים מפשע (יש ללמד את פסק הדין של השופטת דליה גנות בעניין רגב שובר בהשתלמויות חוקרים, תובעים ושופטים)", הסניגור 158 (2010) 4; בועז סנג'רו, "אני מאשים גם את השופטים", הסניגור 159 (2010) 5; בועז סנג'רו, "חויית המעצר: כמה שווה חירותו של אדם ומהם נזקיו של מעצר-שווא?", "הסניגור" 191, 11-4 (2013).
53. ספרו של Garrett, לעיל הערה 16, עמ' 232.
54. D. Kahneman & A. Tversky, *On the Psychology of Prediction*, 80 *Psychological Review* 237, 243 (1973). ("The failure to appreciate the relevance of prior probability in the presence of specific evidence is perhaps one of the most significant departures of intuition from the normative theory of prediction")
55. Boaz Sangero & Mordechai Halpert, *Why A Conviction Should Not be Based on A Single Piece of Evidence: A Proposal for Reform*, 48 *Jurimetrics: The Journal of Law, Science, and Technology*, 43 (2007).
56. ראו תפ"ח [תיק פשעים חמורים] (מחוזי ת"א) 1051/03 מדינת ישראל נגד זוהר, אתר נבו (15.11.2007); וראו גם - באותה פרשה - תפ"ח (מחוזי ת"א) 1050/03 מדינת ישראל נגד טוקילה, אתר נבו (26.11.2007).
57. M. Foucault, *Discipline and Punish, The Birth of the Prison* (Translated from the French by Alan Sheridan, England, 1977) 42.
58. רינת קיטאי, "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים", עלי משפט ג' 405 (2003) Rinat Kitai; *Presuming Innocence*, 55 *Oklahoma Law Review* 257 (2002).
59. חיים כהן המשפט (תשנ"ב), עמ' 475.
60. מרדכי קרמניצר, "הרשעה על סמך הודאה בלבד - האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א (1993) 205.
61. Danny Ciraco, *Reverse Engineering*, 11 *W.R.L.S.I.* 41, 61 (2001).
62. Karl R. Popper, *Science: Conjectures and Refutations*, in *Conjectures and Refutations* (London, 1969) at 33-35.
63. Keith A. Findley & Michael S. Scott, *The Multiple Dimensions of Tunnel*

- Vision in Criminal Cases*, Wisconsin Law Review 291, 307-322 (2006)
64. שם, עמ' 334 ואילך; Fred E. Inbau et al., Criminal Interrogation and Confessions (2001).
65. ראו: Saul M. Kassir, Christian A. Meissner & Rebecca J. Norwick, *I'd Know a False Confession if I Saw One: A Comparative Study of College Students and Police Investigators*, 29 Law & Human Behavior 211 (2005).
- להפניות למחקרים דומים נוספים ראו שם בעמ' 212, 222.
66. וראו ביתר הרחבה: Sango & Halpert, לעיל הערה 17.
67. על עובדות הפרשה הידועה כ"The Norfolk Four" ניתן ללמוד מאתר האינטרנט של פרויקט החפות האמריקני ומהקישורים למקורות נוספים המופיעים שם: http://www.innocenceproject.org/Content/The_Norfolk_Four.php
68. לצפייה בסרט "The Confessions" ניתן לנסות להשתמש בקישור האינטרנט הבא: <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/the-confessions>
69. Tom Wells & Richard A. Leo, *The Wrong Guys* (2008)
70. אזיין בסיפוק שאת ההצעה האחרונה העלו לפני כעשור תלמידיי בסמינר העוסק בהרשעת חפים מפשע, שאותו אני מלמד במרכז האקדמי למשפט ולעסקים (רמת גן).
71. Sceeck, Neufeled and Dwyer, לעיל הערה 16.
72. מ"ח (משפט חוזר) 3032/99 ברנס נגד מדינת ישראל, פ"ד (פסקי-דין של בית-המשפט העליון) נו(3) 354 (2002).
73. ראו: שם; וכן: דליה דורנר, "מלכת הראיות נגד טארק נוג'ידאת - על הסכנה שבהודאות-שווא ועל הדרך להתמודד עמה", הפרקליט מט (תשס"ז) 7, 13; מוסף "הארץ", 2.12.11, עמ' 22-29; הערך "עמוס ברנס" בויקיפדיה.
74. דורנר, לעיל הערה 73, עמ' 12. לפירוט רב יותר ראו מ"ח (משפט חוזר) 1966/98 הררי נגד מדינת ישראל, פדאור 98(3) 166 (1998). וראו גם הערך "כנופיית מע"צ" בויקיפדיה.
75. דורנר, לעיל הערה 73, עמ' 12. לפירוט רב יותר ראו ע"פ [ערעור פלילי] 124/87 נאפסו נגד התובע הצבאי הראשי, פ"ד (פסקי-דין של בית-המשפט העליון) מא(2) 631 (1987). וראו גם הערך "עיוזאת נאפסו" בויקיפדיה.
76. "ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת - דין-וחשבון", פורסם בספר לנדוי כרך ראשון - כתבים עמ' 269-341 (אהרן ברק ואלניער מזוז עורכים, 1987).
77. לתיאור המקרה ראו דורנר, לעיל הערה 73. להחלטת בית-המשפט העליון על מעצרו של נוג'ידאת עד לתום ההליכים המשפטיים נגדו ראו בש"פ

- [תיק בקשה בתחום הפלילי] 696/04 סבייח נגד מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 647 (2004).
78. ת.פ.ח. (ת"א) [תיק פשעים חמורים בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב] 1172/04 מדינת ישראל נגד מרק דוד קווניצוב (ניתן ב-12.12.05, מופיע במאגר נבו), עמ' 89.
79. שם, עמ' 82.
80. להפניות מדויקות לאסמכתאות ביחס לפרשת משה עזריה ראו בועז סנג'רו ומרדכי קרמניצר, לעיל הערה 18. וראו גם ליאון שלף, "על סופיות הדיון ועל עשיית צדק במשפט פלילי: ההורים נוגים על משפט חוזר, ערעור פלילי והנינה", קרית המשפט א' (תשס"א) 133.
81. שם.
82. להפניות מדויקות אל ארבעת פסקי הדין השונים (שניים בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע - לפני ואחרי מציאת גופת הקורבן במקום שאינו מתיישב עם הודאת הנאשם; ושניים בבית המשפט העליון - בהליך של ערעור ובהליך של דיון נוסף) אשר ניתנו בעניינו של סולימאן אל-עביר, ראו מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו, "מקְשֶׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה - סולימאן אל עביר כמקרה מבחן (הצעה להיפוך בתפיסת ההודאה: מראיה מרכזית המחפשת תוספת, לתוספת אפשרית לראיות מוצקות)", מחקרי משפט כו (2010) 733. ניתוח פרשה זו מבוסס על מאמרנו זה.
83. ראו H.J. Berman, *Soviet Criminal Law and Procedure* (Cambridge, Massachusetts, 1966), p. 92. וראו גם, אודות וישינסקי: Ideas and Forces .in Soviet Legal History (Z.L. Zide - ed., N.Y., Oxford, 1992), p. 288.
84. ת.פ. [תיק פלילי בבית משפט השלום תל-אביב-יפו] 6655/06 מדינת ישראל נגד אברהם מיכאל (ניתן ב-20.11.07; ניתן לעיון באתר נבו).
85. ראו בהרחבה רינת קיטאי-סנג'רו, המעצר - שלילת החירות בטרם הכרעת הדין (הוצאת נבו, תשע"א) פרק 17 - "תנאי כליאתם של עצורים", עמ' 460-439.
86. ראו החלטתו האמיצה (הימנעות מגזירת מאסר בפועל על המורשע, בשל תנאי כליאתו המחפירים) מיום 26.11.03 של השופט (בבית משפט השלום ברמלה) שמואל ברוך ז"ל בת"פ [תיק פלילי] 3516/03 מדינת ישראל נגד אלעזרה (לא פורסם בפרסום רשמי; ניתן לאיתור במאגרים המשפטיים).
87. להפניות מפורטות למחקרים שבהם התגלו הדברים ראו בועז סנג'רו, "ההודאה כבסיס להרשעה - האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות-השווא? הסכנה - הרשעת חפים מפשע על סמך הודאותיהם בלבד. הפתרון - 'סיוע' - ראייה חיצונית לנאשם, אובייקטיבית, ממשית

- ומשמעותית", עלי-משפט ד' (תשס"ה) 245, 254, הערה 34.
88. דנ"פ [דיון נוסף של בית-המשפט העליון בהליך פלילי] 4342/97 מדינת ישראל נגד אל עביד, פ"ד נא(1) 736, 834 (1998). ההרגשה שבציטוט הוספה.
89. "It is far pleasanter to sit comfortably in the shade rubbing red pepper into a poor devil's eyes than to go about in the sun hunting up evidence" אצל Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 American Law Review 12, 17 (1910)
90. אהרון קירשנבאום, "אין אדם משים עצמו רשע": הלכה פרדוקסלית במשפט הפלילי העברי", פלילים ז (תשנ"ט) 197, 221. וביתר הרחבה: אהרון קירשנבאום הרשעה עצמית במשפט העברי (תשס"ה).
91. שם, ע' 255-256.
92. השינוי שיצרה בעניין זה ההלכה הידועה כ"כהלכת יששכרוב" הוא מזערי - ראו בוועז סנג'רו, "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב - בשורה או אכזבה?", משפט וצבא יט (תשס"ז) 67; ולאחרונה: בוועז סנג'רו, "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)", משפטים על אתר ד' (2012).
93. ע"פ [ערעור פלילי, בפני בית-המשפט העליון] 369/78 אבו מדיג'ם נגד מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 376, עמ' 381.
94. Richard A. Leo & Richard J. Ofshe, *Criminal Law: The Consequences of False Confession: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation*, 88 Journal of Criminal Law & Criminology 429 (1998)
95. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)
96. L.D. Brandies, *Other People's Money and How the Bankers Use It* (N.Y., 1967) 62 ("Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman")
97. וראו ביתר הרחבה סנג'רו, לעיל הערה 87, עמ' 276-279.
98. להפניות למחקרים כאלה ולפירוט רב יותר ראו הלפרט וסנג'רו, לעיל הערה 82, עמ' 747-753.
99. Brandon L. Garrett, *The Substance of False Confessions*, 62 Stanford Law Review 1051 (2010)
100. הפרשה כולה מתוארת בפסק-הדין של בית-המשפט העליון בדיון הנוסף שנערך בעניינו של בן-ארי - דנ"פ [דיון נוסף פלילי] 3391/95 בן-ארי נגד מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 377, 388 (1997).

הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם

101. פסק-הדין: דנ"פ [דיון נוסף פלילי] 4342/97, לעיל הערה 88, עמ' 841.
102. להפניות לפסיקה של בית-המשפט העליון ולפירוט רב יותר ראו סנג'רו, לעיל הערה 87, עמ' 48.
103. תפ"ח [תיק פשעים חמורים] (מחוזי ב"ש) 1002/02 מדינת ישראל נגד בירמן (לא פורסם, 29.3.2005).
104. ש.ם.
105. ש.ם.
106. קרמניצר, לעיל הערה 60.
107. לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לשנת 2004, אחוז ההרשעות ב"עבירות רציניות" נע בשנים האחרונות בין 99.9% לבין 99.7% - ראו אתר האינטרנט של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה <http://www1.cbs.gov.il>. gov.il. כן ראו שם טבלה מס. 11.3 : http://www1.cbs.gov.il/shnaton58/st11_03.pdf
108. *The Royal Commission on Criminal Justice*, Chairman: Viscount Runciman of Doxford CBE FBA, Report, Presented to Parliament by Command of Her Majesty (July 1993, London) p. 65
109. Steven A. Drizin & Richard Leo, *The Leo & OfShe Problem of False Confessions in the Post-DNA World*, 82 New Criminal Law Review 891 (2004)
110. לחישובים המפורטים ראו הלפרט וסנג'רו, לעיל הערה 98.
111. בועז סנג'רו, "על הוראה ועל 'junk science' כטביעת נעל - הרשעת זדורוב כמקרה-מבחן", הסניגור 165 (2010) 4.
112. ראו ביתר הרחבה - בועז סנג'רו, "השימוש בתחבולות ובמדובבים לשם גביית הודאות", עלי משפט ט' (2011) 399.
113. Robert A. J. Matthews, *The Interrogator's Fallacy*, 31 Bull. Inst. Math. Appl. 3, 4 (1995)
114. R. v. McIlkenny, 93 Criminal Appeals Review 287 (1991); "*Armstrong and Others*", The Times, (20.10.1989)
115. David Wolchover & Heaton Armstrong, On Confession Evidence 100 (1996)
116. הניתוח מבוסס על המאמר שכתבתי יחד עם ד"ר הלפרט, לעיל הערה 82, עמ' 780-787.
117. דוח הוועדה לעניין הרשעה על סמך הוראה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (1994) ("ועדת גולדברג") עמ' 8-9.
118. ראו הלפרט וסנג'רו, לעיל הערה 82; Sangero & Halpert, לעיל הערה 17; בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט, "קיסרית הרשעות-השווא (אלן זוכה לאחר 30 שנה - מתי יזוכה אל-עביד?)", "הארץ" 11.11.12.

119. Gross & Shaffer, לעיל הערה 2, עמ' 58 טבלה 16.
120. המקרה מובא במאמרם של דורון מנשה ורביע עאסי, "טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" משפטים לה 206, 215 (2005). תיאור מפורט יותר של המקרה ניתן לצפייה באתר המדגים מקרים מפורסמים של עדויות ראייה מוטעות, בכתובת: <http://www.victimsofthestate.org/CC/MEI.htm#Streeter>
121. שם, עמ' 264.
122. שם, עמ' 264-265.
123. לפירוש גדול יותר של המקרה ראו ספרו של Garrett, לעיל הערה 16, עמ' 48-45.
124. שם, עמ' 279, תרשים 5A.
125. Arye Rattner, *Convicted But Innocent: Wrongful Conviction and the Criminal Justice System*, 12 *Law & Human Behavior* 283 (1988); Bedau & Radelet, לעיל הערה 11, עמ' 21. כ־193 מתוך 350 [55%] עיוותי-הדין שחושף המחקר האחרון התרחשו טעויות של עדים.
126. Gross & Shaffer, לעיל הערה 2, עמ' 52, טבלה 14.
127. Gary Wells, *Eyewitness Identification: Systemic Reforms*, *Wisconsin Law Review* 615, 615-616 (2006); Gary L. Wells, Amina Memon, and Steven D. Penrod, *Eyewitness Evidence Improving Its Probative Value*, 7 *Psychological Science in the Public Interest* 45, 50-51 (2006); Margery Malkin Koosed, *The Proposed Innocence Protection Act Won't - Unless It Also Curbs Mistaken Identifications*, 63 *Ohio State Law Journal* 263 (2002); Gabriel W. Gorenstein, Phoebe Ellsworth, *Effect of Choosing An Incorrect Photograph On a Later Identification By An Eyewitness*, 65 *Journal of Applied Psychology* 616 (1980)
128. ראו האסמכתאות המובאות בהערת-שוליים 276 של המאמר הבא: Boaz Sangero & Mordechai Halpert, *Why A Conviction Should Not be Based on A Single Piece of Evidence: A Proposal for Reform*, 48 *Jurimetrics: The Journal of Law, Science, and Technology*, 43, 90 (2007).
129. ראו, למשל, מנשה ועאסי, לעיל הערה 120, עמ' 226-238 וההפניות לספרות הפסיכולוגית המובאות שם.
130. שם, עמ' 223-226 וההפניות לספרות הפסיכולוגית המובאות שם.
131. ראו, למשל, Elizabeth F. Loftus, *Eyewitness Testimony*, 20-110 (1979).
132. ראו, למשל, Gary L. Wells, *Eyewitness Identification* (1988) p. 13.
133. Gary L. Wells, Rod C.L. Lindsay, *Methodological Notes on the Accuracy - Confidence Relation in Eyewitness Identification*, 70 *Journal of Applied Psychology* 413, 414 (1985)

הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם

134. Arye Rattner, Gabriel Weimann & Gideon Fishman, *Cross Ethnic Identification and Misidentification - The Israeli Case*, 74 *Sociology and Social Research* 73 (1990)
135. Gross & Shaffer, לעיל הערה 2, עמ' 48-49;
136. מנשה ועאסי, לעיל הערה 120, עמ' 238-243. Jennifer Thompson-Canino & Ronald Cotton, Picking Cotton (2009)
137. Wells (2006), לעיל הערה 127.
138. Dan Simon, *The Psychology of the Criminal Justice Process* 86-89 (Harvard University Press, Cambridge and London) (2012)
139. ראו: דורון מנשה ורביע עאסי, לעיל הערה 120; אברהם לוי, "התייחסות קצרה ואוהרת ל"טעויות בזיהוי חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה", משפטים לה 471 (2005); אברהם מ. לוי, "על האמינות הנמוכה של מסדרי זיהוי", הסניגור 3, 49 (2001); נגה שמואלי-מאייר ואורי פרייסמן, "בעקבות ד"ר דורון מנשה ורביע עאסי: תלות בשדה' והשפעתה על מהימנותו של הזיהוי החזותי", עלי משפט ח' 317 (2010).
140. ע"פ וערעור פלילי, בפני בית-המשפט העליון 648/77 קריב נגד מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 729.
141. Sangero & Halpert, לעיל הערה 128, עמ' 90-94.
142. להרחבה באשר לעדויות של שותפים לעבירה ראו בועז סנג'רו, "עדות שותף לעבירה: יעילות מול אמת - על ביטול הלכת קינזי", בספר גבריאל בכ (בעריכת דוד האן, דנה כהן-לקח, מיכאל בכ, 2011) עמ' 335.
143. ספרו של Garrett, לעיל הערה 16, עמ' 118-123.
144. שם, עמ' 118-144. וראו גם ספרם של Neufeld ו-Scheck, לעיל הערה 71, עמ' 126-157.
145. עפרה אידלמן, "הפרקליטות מאשרת: עד המדינה בפרשת הולילנד מקבל 12,000 שקל בחודש (המדינה חשפה חלקים חסויים בהסכם עם ש"ד, שעדותו הביאה להגשת כתבי אישום נגד 16 נאשמים ובהם ראש הממשלה לשעבר אהוד אולמרט)", "הארץ", 7.8.12, ניתן לצפייה כאן: <http://www.haaretz.co.il/news/law/1.1795803>
146. בועז סנג'רו, "השימוש בתחבולות ובמדוכבים לשם גביית הודאות", עלי משפט ט' (2011) 399.
147. Gross & Shaffer, לעיל הערה 2, עמ' 52-53.
148. ספרו של Garrett, לעיל הערה 16, עמ' 279, תרשים A.5.
149. D. Michael Risinger, *Whose Fault? - Daubert, the NAS Report, and the Notion of Error in Forensic Science*, 38 *Fordham Urban Law Journal* 519 (2010)

- Michael J. Saks, Jonathan Koehler, *The Coming Paradigm Shift in Forensic Identification Science*, 309 Science 892-895 (2005) .150
- Michael Bromwich, Final Report of the Independent Investigator for the Houston Police Department Crime Laboratory and Property Room (2007) .151
- William C. Thompson, *Beyond Bad Apples: Analyzing the Role of Forensic Science in Wrongful Convictions*, 37 Southwestern Law Review 1027 (2008) .152
- ראו גם חלקים מפרק-משנה זה מבוססים על המאמרים הבאים, אותם כתבתי יחד עם ד"ר מרדכי הלפרט: Boaz Sangero & Mordechai Halpert, *Why A Conviction Should Not be Based on A Single Piece of Evidence: A Proposal for Reform*, 48 Jurimetrics: The Journal of Law, Science, and Technology, 43 (2007) ; מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו, "טביעת אצבעות: הסכנה של הרשעת חפים מפשע", גלילאו, פברואר 2010, 30.
- Committee on Identifying the Needs of the Forensic Sciences Community, *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward* (National Academy of Sciences, 2009) (להלן: דוח 2009 NAS). .154
- ת.פ. [תיק פלילי, בבית-המשפט המחוזי בבאר-שבע] 8026/02 מדינת ישראל נגד קריובסקי, דינים מחוזי לג(7) 852 (2002). (הציטיט הוא מפסקה 3 לפסק-הדין). .155
- להפניות המפורטות למחקרים הנוכרים בפרק-משנה זה שלא מובאות כאן ההפניות אליהם, ראו מאמריי המשותפים עם ד"ר הלפרט, הנוכרים לעיל בהערה 153. כאמור, חלקים מפרק-משנה זה מבוססים על מאמרים משותפים אלה. .156
- ראו שני מאמריי המשותפים עם ד"ר הלפרט הנוכרים לעיל בהערה 153. .157
- חלקים מפרק-משנה זה מבוססים על המאמרים הבאים, אותם כתבתי יחד עם ד"ר מרדכי הלפרט: Boaz Sangero & Mordechai Halpert, *Why A Conviction Should Not be Based on A Single Piece of Evidence: A Proposal for Reform*, 48 Jurimetrics: The Journal of Law, Science, and Technology, 43 (2007) ; מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו, "לקראת בטיחות במשפט הפלילי", עיוני משפט לו 363 (2013); Boaz Sangero and Mordechai Halpert, *A Safety Doctrine for the Criminal Justice System*, 2011 Michigan State Law Review 1293 (2012) .158
- Tristana Moore, *Germany Hunts Phantom Killer*, BBC News, Berlin, available at: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7341360.stm>; "Reward for 'Phantom Killer' Reaches Record €300,000", The Local, 13 Jan 09, available at: <http://www.thelocal.de/national/20090113-16739.html> .159

- ההפניות למקורות שעליהם מתבסס פרק-משנה זה ולהרחבה מעבר לו ראו
הלפרט וסנג'רו, לעיל הערה 21, פרק ד.1.ב.
- Kevin Sullivan et al., *New Developments and Challenges in the Use of the UK DNA Database: Addressing the Issue of Contaminated Consumables*, 146 *Forensic Science Int*, 175 (2004) .160
- Andrei Semikhodskii, *Dealing with DNA Evidence: A Legal Guide*, 96 (2007) .161
- Inquest into the Death of Jaidyn Raymond Leskie, Coroners Case Number: 007/98, available at: http://www.bioforensics.com/conference09/Workshop/Leskie_decision.pdf .162
- Victoria Police, "DNA review finalized, Media Release" (24 September 2008) available at: http://www.police.vic.gov.au/content.asp?Document_ID=17223 .163
- Mark Buttler and Anthony Dowsley, "DNA Fiasco with 7000 Crimes to be Re-Examined by Police", *Heraldsun* (August 07, 2008) available at: <http://www.heraldsun.com.au/news/dna-fiasco-with-crimes/story-0-1111117126767> .164
- Justice Frank Vincent, Report - Inquiry into the Circumstances that Led to the Conviction of Mr. Farah Abdulkadir Jama, Melbourne, Victoria, 2010; Kate Hagan, Court Overturns Student's Conviction for Rape Over DNA Mix-up, *Theage* (December 7, 2009) available at: <http://www.theage.com.au/national/court-overturns-students-conviction-for-rape-over-dna-mixup-20091207-kdtr.html> .165
- William C. Thompson, *Tarnish on the 'Gold Standard': Understanding Recent Problems in Forensic DNA Testing*, 30 *Champion* 10 (2006) .166
- לתיאור מפורט יותר של הפרשה, בלוויית אסמכתאות, ראו הלפרט וסנג'רו, לעיל הערה 21, פרק ד.1.ב.
- Richard Lempert, *After the DNA Wars: A Mopping of Operation*, 31 *Israel Law Review* 536 (1997) .167
- Saks & Koehler, לעיל הערה 150. .168
- אחיקם סטולר, יורם פלוצקי, "DNA על דוכן העדים", רפואה ומשפט - ספר היובל 143 (2001). .169
- לדיונים מפורטים יותר במקורות השגיאה ראו Thompson, לעיל הערה .170
.165
- The National Research Council, Committee on DNA Forensic Science (1992) .171
- להפניות למקורות של הדוגמאות שתובאנה להלן ראו הלפרט וסנג'רו, .172

- לעיל הערה 21, פרק ד.1.ב.
שם. 173
- Thompson, לעיל הערה 165. 174
- Jonathan J. Koehler, *Error and Exaggeration in the Presentation of DNA Evidence*, 34 *Jurimetrics Journal* 21-39 (1993) 175
- AmpFISTR SGM Plus, PCR Amplification Kit User's Manual 2 (2006) 176
("For research, forensic and paternity use only. Not for use in diagnostic procedures.")
- Daryl Mack הורשע ברצח על סמך ראיית DNA יחידה שהושגה במהלך סריקה במאגר פרופילים גנטיים ונידון למוות. הוא הוצא להורג ב-26.6.2006. ראו: *Mack v. State*, 75 P.3d 803 (Nev. 2003) 177
- Orna Alyagon Darr, *Marks of an Absolute Witch* (Ashgate, England, 2011) 178
- לתיאור המקרה בצירוף הפניות לאסמכתאות ראו ספרו של Garrett, לעיל הערה 16, עמ' 84-89. 179
- Cathleen C. Webb and Marie Chapian, *Forgive Me* (Old Tappan, N.J., F.H. Revell Co., 1985) 180
- דוח NAS 2009, לעיל הערה 154. 181
- ספרו של Garrett, לעיל הערה 16, שם. 182
- Frye v. United States* 293 F.1013 (D.C. Cir. 1923). לפסקי-דין העושים שימוש בהלכה זו במשפט הישראלי ראו המקורות הנזכרים אצל אברהם סהר, "האם חל שינוי במבחני ראייה בעניין שבמדע? הרהורים בעקבות ע"פ מוראד אבו-חמאד נגד מדינת ישראל וע"פ 4682/01 גבריאל לוי ומשה עטייה נגד מדינת ישראל", 30 רפואה ומשפט 166, 167-166 ה"ש 3 (2004). 183
- Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc.*, 509 U.S. 579 (1993) 184
- ראו המקרים המובאים בספרם של Scheck, Neufeld & Dwyer, לעיל הערה 16, עמ' 158-171. 185
- ת.פ.ח. [תיק פשעים חמורים בבית-המשפט המחוזי בנצרת] 502/07 מדינת ישראל נגד רומן זדורוב (ניתן ב-14.9.10, מופיע באתר נבו). 186
- בוועז סנג'ור, "על הוראה ועל 'junk science' כטביעת נעל - הרשעת זדורוב כמקרה-מבחן", הסניגור 165 (2010) 4. 187
- שם. 188
- שם. 189
- שם. 190
- החלטה של בית-המשפט העליון מיום 17.3.13 במסגרת ע"פ 7939/10 191

זדורוב נגד מדינת ישראל (מופיעה במאגר נבו). בהיותם בני אדם, ניתן, כמובן, לפקפק ביכולתם של אותם שופטים של בית-המשפט המחוזי אשר הרשיעו את הנאשם לבחון בפתיחות את נכונות ההרשעה לאור חוות-הדעת החדשה. זהו כשל מובנה נוסף בשיטת המשפט הפלילי שלנו, העלול להנציח הרשעה מוטעית.

192. ת.פ.ח. [תיק פשעים חמורים בבית-המשפט המחוזי בנצרת] 502/07 מדינת ישראל נגד רומן זדורוב (ניתן ב-14.9.10, מופיע באתר נבו).

193. ע' 5-17 לדרך, לעיל הערה 181. ("However, there is no consensus regarding the number of individual characteristics needed to make a positive identification, and the committee is not aware of any data about the variability of class or individual characteristics or about the validity or reliability of the method. Without such population studies, it is impossible to assess the number of characteristics that must match in order to have any particular degree of confidence about the source of the impression.")

194. "במהלך חקירתו הגיש המומחה את המאמר "בניית סולם חדש לדרגת 'אפשרי' (ת/363) (פורסם ב"פלילים", כרך ג', תשנ"ג), המתאר את סולם רמות הוודאות המקובל במערכת סימנים וחומרים, חוות הדעת נערכה לאור סולם זה. בעדותו הראשית וכפי המאמר, הסביר המומחה כי קיימות ומקובלות במחקרים, בעניין זה, מספר דרגות של וודאות התאמה: א. "אפשרית"; ב. "אפשרי בהחלט"; ג. "קיימת סבירות גבוהה"; ד. קיימת סבירות גבוהה מאוד"; ה. "זאת הנעל" (שהיא דרגת הוודאות המוחלטת), כאשר כל שלב מצמצם את אוכלוסיית הנעליים היכולות להותיר את העקבה הנבדקת. לדבריו, אין מדובר בסולם לינארי אלא אורדינלי, המרחק בין דרגה לדרגה אינו קבוע, קיימים גוויי ביניים אותם נדרש המומחה להציג בעדותו. "הציטוט לקוח מעמ' 253 לפסק-הדין בעניין זדורוב, לעיל הערה 186.

195. לאחר כתיבת פרק-משנה זה אודות "מדע הזבל", כתבתי עם ד"ר הלפרט מאמר מפורט יותר באותו נושא, המבוסס גם על פרק-משנה זה ועל מאמרי הנ"ל בה"ש 187, ומרחיב את הדיון אל עבר "ראיות זבל" נוספות: בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט, "ראיות מדעיות מול 'Junk Science'", עומד להתפרסם בכתב העת "עלי משפט" (2014).

196. ספרו של Garrett, לעיל הערה 16, עמ' 84-117 ובמיוחד עמ' 90.

197. שם, עמ' 91.

198. לתיאור מפורט של פרשת המומחה של Fred Zain ושל פרשות דומות אחרות ראו ספרם של Scheck, Neufeld & Dwyer, לעיל הערה 16, עמ' 107-125.

199. ראו "הארץ", 26.9.05. התחקיר המקיף בעניין זה נכתב קודם לכן על ידי העיתונאי רונן ברגמן ופורסם ב"דיעות אחרונות".
200. ספרו של Garrett, לעיל הערה 16, עמ' 97.
201. שם, עמ' 95.
202. שם, עמ' 110-111, 109-108, 113-111 (בהתאמה).
203. שם, עמ' 93.
204. חלקים מפרק-משנה זה מבוססים על המאמרים הבאים שכתבתי עם ד"ר Mordechai Halpert & Boaz Sangero, *From a Plane Crash to the Conviction of an Innocent Person: Why Forensic Science Evidence Should Be Inadmissible Unless it has been Developed as a Safety-critical System*, 32 Hamline Law Review (2009) 65; בוועז סנג'רו ומרדכי הלפרט, "זהירות - טעויות בבדיקות! על הצורך ברגולציה בתחום הראיות המדעיות ובגנות הצעת-חוק חזקת אמינות למכשירי אכיפה", בספר הרשעות-שווא: היבטים פילוסופיים, פסיכולוגיים וארגוניים (בעריכת ד"ר רונת פלד, פרופ' אפרת שהם וד"ר מאיר כרמון, 2012) ע' 55; וכן שני מאמריו הנזכרים לעיל בהערה 21.
205. ראו Device Classes באתר ה-FDA: <http://www.fda.gov/cdrh/devadvice/3132.html>
206. חלקים מפרק-משנה זה מבוססים על המאמרים הבאים, שאותם כתבתי עם ד"ר מרדכי הלפרט: בוועז סנג'רו ומרדכי הלפרט, "הסכנה שבהרשעה על סמך נשיפה (על בדיקת הנשיפה המתיימרת לאתר נהיגה בשכרות)", הפרקליט - ספר דיורד וינר על משפט פלילי ואתיקה (תשס"ט) 313; בוועז סנג'רו ומרדכי הלפרט, "בכל זאת לא רצוי לבצע את בדיקת הנשיפה לגילוי שכרות ללא כל חשד; ובוודאי שמסוכן לבסס הרשעה עליה לבדה - תשובה לתגובתם של דורון מנשה ושי אוצרי", הפרקליט - ספר דיורד וינר על משפט פלילי ואתיקה (תשס"ט) 373-392.
207. וַיִּזְן יִשְׁמַח לְבַב־אֲנוּשׁ, לְהַצְהִיל פָּנִים מְשֻׁמָּן; וְלָחֵם - לְבַב־אֲנוּשׁ יִסְעָד (תהילים קד טו).
208. להרחבה ולהפניות למקורות מדעיים ומשפטיים, ראו סנג'רו והלפרט, לעיל הערה 206.
209. שם.
210. בכימיה, חוק הנרי הוא אחד מחוקי הגזים, אותו ניסח ויליאם הנרי ב-1803. לפי החוק: "בטמפרטורה קבועה, כמות גז נתון, המומס בנוזל מסוג ונפח נתונים, הינה ביחס ישר ללחץ החלקי של גז זה בשווי משקל עם הנוזל". ניסוח שווה ערך של החוק הוא כי "המסיסות של גז בנוזל יחסית ללחץ של אותו הגז מעל הנוזל" (ויקיפדיה, הערך "חוק הנרי").

211. ראו סנג'רו והלפרט, לעיל הערה 206.
212. ראו: משטרת ישראל אגף התנועה, מדריך ההפעלת ינשוף, מד אלכוהול מסוג מכשיר 8, Drager Alcotest 7110 MK III IL.
213. ראו סנג'רו והלפרט, לעיל הערה 206.
214. שם.
215. תת [תיק תעבורה, בבית-המשפט לתעבורה בירושלים] 6858/07 מדינת ישראל נגד שושן אושרי, פס' 19-21 (5.8.07) (ניתן לאיתור באתר "נבו").
216. ראו סנג'רו והלפרט, לעיל הערה 206.
217. שם.
218. התחשיב המלא מובא במאמר הבא: בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט, "זהירות – טעויות בבדיקות! על הצורך ברגולציה בתחום הראיות המדעיות ובגנות הצעת-חוק חזקת אמינות למכשירי אכיפה", בספר הרשעות-שווא: היבטים פילוסופיים, פסיכולוגיים וארגוניים (בעריכת ד"ר רונית פלד, פרופ' אפרת שהם ור"ד מאיר כרמון, 2012) ע' 55.
219. משטרת ישראל, דין וחשבון שנתי 54 (2008), ניתן לצפייה כאן: http://www.police.gov.il/meida_laezrach/pirsomim/Documents/police_2008.pdf
220. קובי ליאני "משרד התחבורה מסכם את שנת 2009" אתר וואלה 31.12.2009, ניתן לצפייה כאן: <http://cars.walla.co.il/?w=/21/1627357>
221. לתחשיב המלא ולנתונים שעליהם הוא מבוסס ולתחשיבים אפשריים אחרים ראו סנג'רו והלפרט, לעיל הערה 218.
222. חלקים מפרק-משנה זה מבוססים על המאמרים הבאים, שאותם כתבתי עם ד"ר מרדכי הלפרט: מרדכי הלפרט, בועז סנג'רו, "מדוע אסור להסתפק בבדיקת סמים לשם הרשעה?", רפואה ומשפט 37 (2007) 123; בועז סנג'רו, מרדכי הלפרט, "בכל זאת אין להסתפק בבדיקת סמים לשם הרשעה", רפואה ומשפט 38 (2008) 166.
223. ראו זיכיוו הראשון של סרן תומר פאר על ידי בית-הדין הצבאי מחוז שיפוטי צפון - תיק צפ/ (23.3.03) 02/487; פסק-הדין של בית-הדין הצבאי לערעורים בתיק ע/03/121 (25.3.04); וזיכיוו השני על ידי בית-הדין הצבאי המחוזי בתיק צפ/02/487 (29.4.04).
224. בג"ץ [בית-המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק] 27/86 לוברטובסקי נגד בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד מ(3) 757, 759-758.
225. לפירוט רב יותר ולהפניות למקורות מדעיים, רפואיים ומשפטיים, ראו שני המאמרים שכתבתי עם ד"ר הלפרט הנזכרים לעיל בהערה 222.
226. ראו, למשל, Darold T. Barnum & John M. Gleason, *The Credibility of Drug Tests: A Multi-Stage Bayesian Analysis*, 47 Industrial & Labor

- Relations Review, 610 (1994); S.D. Ferrara et al, *Proficiency Testing for Psychoactive Substances in Italy*, 113 International Journal of Legal (Medicine 50, 52 (1999
- Ishikawa v. Delta Airlines, Inc., and LabOne*, 350 F.3d 915 (9th Cir. 2003).
- 227.
222. הלפרט וסנג'ור, לעיל הערה 222.
229. רמב"ם, ספר המצוות (תרגום הר"י קאפח), לא תעשה, רצ.
230. ע"פ [ערעור פלילי, בבית-המשפט העליון] 543/79 נגד ואחרים נגד מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 113.
231. ע"פ [ערעור פלילי, בבית-המשפט העליון] 1791/00 מחמוד חלדי נגד מדינת ישראל (פורסם במאגר תקדין-עליון 2000(1), 18).
232. פסק-דין אליהו, להלן הערה 281.
233. פסק-דין נגר, לעיל הערה 230.
234. Bedau & Radelet, לעיל הערה 11, עמ' 61-62.
235. Gross & Shaffer, לעיל הערה 2, עמ' 68.
236. לתיאור המקרה ראו מאמרו של Thompson, לעיל הערה 152, פרק II.
237. שם.
238. בג"ץ [בית-המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק] 152/82 דניאל אלון נגד ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449, 464 ואילך.
239. להשלמת התמונה ההיסטורית יצוין כי אברהם סטבסקי לא האריך ימים ולא זכה לראות את ממצאי ועדת החקירה שהסירה את הכתם שבו הוכתם, שכן כבר ב-1948 נהרג באופן טרגי על סיפון האונייה "אלטלנה".
240. סעיף 31(3) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973, בצירוף הקביעה בתוספת השנייה לחוק: "קנבוס - 15 גרם, שרף של קנבוס - 15 גרם".
241. סעיף 27 לפקודת התעבורה [נוסח חדש].
242. ראו איתן לבונטין, "על הרשעת חפים מפשע ביודעין", משפטים לו (תשס"ז) 581.
243. ע"פ [ערעור פלילי, בפני בית-המשפט העליון] 3417/99 מרגלית הר-שפי נגד מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735.
244. ע"א [ערעור אזרחי בפני בית-המשפט העליון] 61/84 ביאזי נגד לוי, פ"ד מב(1) 446.
245. שם, עמ' 474.
246. שם, עמ' 476 ואילך.
247. שם, עמ' 467.
248. ע"פ [ערעור פלילי, בפני בית-המשפט העליון] 264/65 ארצי נגד מדינת

- ישראל, פ"ד כ(1) 225.
249. מרדכי קרמניצר, "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים", משפטים יז (תשמ"ח) 475.
250. חיים כהן, "דין אמת לאמיתו", בספר גבורות לשמעון אגרנט, עמ' 54.
251. כך, למשל, במשפטה של מרגלית הר-שפי, אשר הורשעה בעבירה "אי-מניעת פשע" (רצח ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל) הרוצח עצמו, יגאל עמיר, כלל לא זומן להעיד – ראו לעיל הערה 243.
252. חיים כהן, לעיל הערה 250, עמ' 77 – 79.
253. שם, עמ' 82.
254. ראו המקורות הנזכרים לעיל בהערה 73.
255. ראו רינת קיטאי, לעיל הערה 58, עמ' 422-423 והאסמכתאות המובאות שם, הן מספרות משפטית בחו"ל הן מפסיקת בית-המשפט העליון בארצנו.
256. פרידריך ניטשה, לגניאלוגיה של המוסר 286 (ישראל אלדר מתרגם, שוקן) (1968).
257. ראו לעיל הערה 109 והקסט המפנה אליה.
258. ראו לדוגמה: בועז סנג'רו, "אני מאשים גם את השופטים", הסניגור, 159, 5 (2010).
259. ראו אתר האינטרנט של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה:
<http://www1.cbs.gov.il>
 כן ראו שם טבלה מס. 11.3:
http://www1.cbs.gov.il/shnaton58/st11_03.pdf
260. זאת ניתן ללמוד מהמחקר החדש, להלן הערה 261, עמ' 5.
261. ראו אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל, "שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים", המרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה באוניברסיטת חיפה, בשיתוף עם מחלקת מידע ומחקר בבית-המשפט העליון (2012).
262. ניתן לתהות אם יש טעם בכל הטבלאות והגרפים שבמחקר הזה, שהרי מדובר רק במדגם, שהוא לאו דווקא מייצג. בעידן חופש המידע, ובמיוחד לנוכח קיומה של המערכת הממוחשבת "נט המשפט", אשר עלתה למשלם המיסים ממון רב, לא ברור מדוע מסתפקים במדגם ולא מתכנתים את המערכת כך שתספק לציבור נתוני אמת מלאים.
263. לפירוט רב יותר ראו יואב ספיר, "הגנה ראויה על 'אנשים לא נחמדים': הערות על מגילת הזכויות הרוזה שבהצעת החוקה", משפט וממשל י (תשס"ז) 571, 581 (ירידה דרמטית בשיעור הזיכויים: 30.5% ב-1951, 20.6% ב-1960, 13.3% ב-1970, 7.66% ב-1980, 2.6% ב-2000 – על-פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה המובאים שם). נראה כי מדובר באותה שיטת חישוב שמוליכה בשנים האחרונות לתוצאה של שבר אחוז.

264. פרנץ קפקא, המשפט 147 (אברהם כרמל מתרגם, שוקן, 1992).
265. לפירוט רב יותר בלוויית אסמכתאות ראו סנג'רו וליפשיץ, לעיל הערה 33, ע' 338-340.
266. לתמיכה אפשרית בהערכה ששופטים מרשיעים גם כשקיים ספק סביר באשמתו של הנאשם, המבוססת על הפסיקה הישראלית, ראו יניב ואקי, "סבירותו של ספק: עיונים בדיון הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש", הפרקליט מט (תשס"ח) 463, 468-469, 519-520 (הכותב מראה כי בפועל שופטים מאמצים סף הוכחה גמיש, לפי חומרת העבירה).
267. אלכס שטיין, "הצעת החוק בדבר החלפת סעיף 10א לפקודת הראיות: רעיונות חדשים עם פנים ישנות", מחקרי משפט י (תשנ"ג) 157, 165; ע"פ [ערעור פלילי, בפני בית המשפט העליון] 347/88 דמיאניוק נגד מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 644.
268. יעקב קרמי, על הראיות - הדיון בראי הפסיקה (כרך ב, תשנ"א), 829; Alex Stein, Foundations of Evidence Law (2005) 16
269. הרמב"ם, ספר המצוות, לא תעשה, ר"ן; ובמהדורת פרנקל (ירושלים, תשנ"ה) הנוסח הוא: "ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד".
270. סנג'רו וליפשיץ, לעיל הערה 33.
271. לסקירה מאלפת של דוגמאות מן הפסיקה הישראלית של הרשעות ברוב דעות, המותירות ספקות כבדים וחרדה גדולה שמא הורשעו חפים מפשע, ראו "עמדת הסנגוריה הציבורית", מיום 11.2.09, אשר הוגשה לפרופ' אהרון אנקר, יו"ר "הועדה לבחינת הרשעה בדעת רוב וערעור על זיכוי במשפט פלילי", עמ' 6-12. על נייר העמדה התומים הסנגורית הציבורית הארצית דאו עו"ד ענבל רובינשטיין וסגנה דאו (וכיום הסניגור הציבורי הארצי) ד"ר יואב ספיר.
272. ת.א. (ת"א) [תיק אזרחי (תביעת נזיקין) בבית המשפט המחוזי בתל-אביב] 1173/06 רגב שוובר נגד מדינת ישראל (ניתן ב-2.5.10, פורסם במאגר "נבו").
273. שם, פסקאות 26 ו-18 (בהתאמה). וראו ההחלטות וטרילוגיית המאמרים העוסקים בפרשה זו, לעיל הערה 52.
274. ראו החלטתה של השופטת דורנר, לעיל הערה 44 והטקסט המפנה להערה זו.
275. ראו ביתר הרחבה: בוועז סנג'רו, "השימוש בתחבולות ובמדוכבים לשם גביית הודאות", עלי משפט ט' (2011) 399.
276. M.H. Freedman, Understanding Lawyers' Ethics (N.Y., 1990) 224
277. שם.

278. ראו הלפרט וסנג'רו, לעיל הערה 82 עמ' 756.
279. Danny Ciraco, "Reverse Engineering", 11 W.R.L.S.I. 41, 61 (2001).
280. ראו: http://en.wikipedia.org/wiki/Wrongful_conviction_of_Steve_Titus
281. ע"פ [ערעור פלילי בפני בית-המשפט העליון] 135/54 אליהו נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח' 1379, 1382-1383 (1954) (ההדגשה שלי, ב.ס.).
282. שם, עמ' 1383.
283. ד"נ [דיון נוסף, בפני בית-המשפט העליון] 23/85, טובול נגד מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 309, 357.
284. ראו לעיל פרק ב.4; וביתר הרחבה: סנג'רו וקרמניצר, לעיל הערה 18.
285. "הארץ", 7.11.10, מאמרו של הכתב תומר זרחין.
286. Gross & Shaffer, לעיל הערה 2.
287. ע"פ [ערעור פלילי, בבית-המשפט העליון] 2776/97 מדר נגד מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 236, 238-239.
288. שם.
289. ת.פ. [תיק פלילי בבית משפט השלום בראשון-לציון] 2774/07 מדינת ישראל - המחלקה לחקירות שוטרים נגד שי קורן (ניתן ב-28.2.12, פורסם במאגר נבו).
290. שם.
291. שם.
292. בועז סנג'רו, "גם שוטרים מתאמים עדויות ומשקרים", YNET, 25.2.13; ת.פ. [תיק פלילי, בבית משפט השלום בנצרת] 11070-10-10 מדינת ישראל נגד קיריל סמירניק (ניתן ב-13.2.13, מופיע במאגר נבו).
293. בועז סנג'רו, "האם המשטרה אינה כפופה לחוק?", YNET, 7.12.12; ע"פ [ערעור פלילי, בבית-המשפט העליון] 6049/12 ברמי נגד מדינת ישראל (ניתן ב-15.11.12, מופיע במאגר נבו).
294. ע"פ [ערעור פלילי בבית-המשפט העליון] 4765/98 אבו סעדה נגד מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 832. הקביעות באשר לפרשה זו שהבאתי לעיל בטקסט הראשי מופיעות בפסק-דין זה.
295. מרדכי קרמניצר, "תפקידו של התובע בהליך הפלילי", פלילים ה' (תשנ"ז) 173.
296. ת"פ (מחוזי ירושלים) 453/97 מדינת ישראל נגד שך (פורסם בנבו, 2003).
297. שם.
298. ע"פ [ערעור פלילי בבית-המשפט העליון] 117/00 מדינת ישראל נגד פלוני ואחרים (ניתן ב-4.5.00, מופיע במאגר נבו). ההדגשה שבתוך הציטוט הוספה על ידי המחבר.

299. שם.
300. ראו בוועז סנג'רו, לעיל הערה 92 - שני המאמרים הנזכרים שם.
301. ההצעה היא של ד"ר לימור זר גוטמן במאמרה שפורסם בכתב העת הסניגור 28, יולי 1999, עמ' 3 ואילך.
302. Gross & Shaffer, לעיל הערה 2, ע' 65-67.
303. המקרה מתואר בפירוט רב יותר בספרם של Scheck, Neufeled and Dwyer, לעיל הערה 16, עמ' 183-187.
304. שם, עמ' 187-188.
305. שם, עמ' 190.
306. שם, עמ' 190-191.
307. שם, עמ' 190.
308. שם, עמ' 192.
309. שם, נספח 2 טבלה שנייה (ע' 263).
310. שם, עמ' 188.
311. ראו לעיל הערה 236 והטקסט המפנה אליה.
312. ראו ההחלטה: מ"ח [בקשה למשפט חוזר, בפני נשיא בית המשפט העליון] 6148/95 משה עזריה נגד מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334, 360.
313. ראו פרק משנה ה.3. שלהלן.
314. שם, עמ' 361.
315. בוועז סנג'רו, "בגנות השליש הקדוש", "הלשכה" - בטאון לשכת עורכי-הדין, ירושלים, גיליון 44 (1998), עמ' 28.
316. אדוה אלאב, נטע זיו, "טענת 'כשל ביצוע' בערעורים פליליים - דימוי מול מציאות", הפרקליט - ספר דיוד וינר על משפט פלילי ואתיקה 45, 70-71 (תשס"ט-2009).
317. שם.
318. שם, עמ' 71-72.
319. שם, עמ' 72-74.
320. שם, עמ' 74-75.
321. "עצת אחיתופל" - כמשמעותו העממית של הביטוי, המתעלמת מכך שהעצה שנתן אחיתופל לאבשלום המורד הייתה דווקא עצה טובה ודווקא משום שלא התקבלה ניצח דוד המלך, בסיוע יואב בן צרויה.
322. מ"ח 10392/02 [בקשה למשפט חוזר, בפני נשיא בית-המשפט העליון] אורן עמיאל נגד מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 297.
323. Scheck, Neufeled and Dwyer, לעיל הערה 16, עמ' 188.
324. שם, עמ' 190.
325. על חזקת החפות הנורמטיבית ראו בהרחבה: רינת קיטאי, לעיל הערה 58;

- Rinat Kitai, לעיל הערה 58.
326. ראו לעיל הערה 107.
- Lucian E. Dervan, *The Symbiotic Relationship between Plea Bargaining and Overcriminalization*, 7 Journal of Law, Economics & Policy 645 (2011)
328. לצפייה בסרטה התיעודי של הבימאית עופרה ביקל, ניתן לנסות להיעזר בקישור הבא: <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/plea/>
329. מ"ח (משפט חוזר, בפני בית המשפט העליון) 1114/00 דינה בר יוסף נגד מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 225, 226 (תשס"א - 2000).
330. שם, עמ' 227.
331. הכתבה "המודים" של הכתבת סיגל נעים פורסמה בעיתון "הארץ" ב-27.5.03.
332. שם.
333. ראו בועז סנג'רו, "העיקר העיסקה, לא חשוב מי אשם", "הארץ", 31.1.13; ת.פ.ח. [תיק פשעים חמורים, בבית המשפט המחוזי בתל-אביב יפן] 1030-09 מדינת ישראל נגד מימוני ובאשה (ניתן ב-19.12.12, מופיע במאגר נבו).
334. Robert E. Scott & William J. Stuntz, *Plea Bargaining as Contract*, 101 Yale law Journal 1909 (1992)
335. Frank H. Easterbrook, *Plea Bargaining as Compromise*, 101 Yale law Journal 1969 (1992)
336. Stephen J. Schulhofer, *Plea Bargaining as Disaster*, 101 Yale law Journal 1979 (1992)
337. ראו לעיל הערה 107.
338. בסרטה של עפרה ביקל, לעיל הערה 328.
339. הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65) (הסדר טיעון) תש"ע 2010.
340. Kenneth Kipnis, *Criminal Justice and Negotiated Plea*, 86 Ethics 93, 104-105 (1976)
341. ע"פ 10960/03 חסון נגד מדינת ישראל [פורסם במאגר נבו], פסקה 11; בג"ץ 5699/07 פלונית נגד היועץ המשפטי לממשלה [פרשת הנשיא משה קצב] [פורסם ב-2008 במאגר נבו] - סעיף 5 לדברי השופטת בייניש.
342. בג"ץ [בבית-המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק] 2534/97 יהב נגד שריר, פ"ד נ"א (3) 1, 10-12.
343. ראו ביתר הרהבה: בועז סנג'רו, "פיקוח חיצוני על עבודת הפרקליטות", הסניגור 145 (2009) 4.
344. רעיון זה מוצג לראשונה בספר זה.

345. לפירוט ראו מאמרו של Dervan, לעיל, הערה 327.
346. ראו Bedau & Radelet, לעיל הערה 11, עמ' 64 ואילך.
347. ראו לעיל הערה 10 והטקסט המפנה אליה.
348. חיים כהן, לעיל הערה 55.
349. שם, עמ' 66.
350. שניאור זלמן פלר, "הרהביליטציה: מוסד משפטי מיוחד מחוייב המציאות", משפטים א' (תשכ"ח) 497, 503.
351. מ"ח (בקשה למשפט חוזר, בפני המשנה לנשיא בית המשפט העליון) 6731/96 עמוס ברנס נגד מדינת ישראל, פ"ד נא (4) 241, 248.
352. חיים כהן, לעיל הערה 5.
353. אלבר קאמי, הזר (הוצאת עם עובד, 2007. תרגום: אילנה המרמן), עמ' 99.
354. המשל שלי מבוסס על המשל שהביא השופט המנוח חיים כהן באשר לסוגיה צרה יותר - פעולתם של שופטי הערעור כשהם מתבקשים להקל בעונש - ראו מאמרו המרתק: חיים כהן, "ענישת 'צדק' - ההוררים שלאחר השפיטה", פלילים א' (תש"ן) 9, 24.
355. מקורה של הלכה זו במשפטנו הוא כנראה ע"פ [ערעור פלילי בפני בית המשפט העליון] 125/80 יעקובוביץ נגד היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ו 514, 560-561. וראו גם, למשל, ע"פ 9216/03 אלרוז נגד מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.1.06).
356. וראו עמנואל גרוס, "חקר האמת והביקורת המשפטית: התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה", עיוני משפט כ (תשנ"ז) 551.
357. ע"פ [ערעור פלילי בפני בית המשפט העליון] 1258/03, 1613/03 פלוני נגד מדינת ישראל (ניתן ב-1.3.04, מופיע במאגר נבו), פסקה 14.
358. ע"פ [ערעור פלילי בפני בית המשפט העליון] 5317/03 זריאן נגד מדינת ישראל (ניתן ב-21.3.05, מופיע במאגר נבו).
359. בית המשפט העליון שלנו מודע לקיומה של שיטת הערכאה הכפולה - ראו ע"פ [ערעור פלילי בבית המשפט העליון] 111/99 שוורץ נגד מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241, 266 (במאמר מוסגר יצוין כי שם לא הובאה שיטת הערכאה הכפולה - שהנה עדיפה לדעתי - כמודל רצוי, אלא כסיבה שבעטיה אין ללמוד משיטות המשפט האירופיות תמיכה בעיכוב ביצוע גזר דין עד לשמיעת הערעור).
360. חלקים מפרק-משנה זה מבוססים על מאמרי המשותף עם פרופ' מרדכי קרמניצר: בוועז סנג'רו ומרדכי קרמניצר, "המשפט החוזר - מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדין (מ"ח 6148/95 משה עזריה נגד מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334)", עלי משפט א' (תש"ס) 97.

361. לפירוט ראו שם.
362. ראו ההחלטה: מ"ח [בקשה למשפט חוזר, בפני נשיא בית המשפט העליון] 6148/95 משה עזריה נגד מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334.
363. סנג'רו וקרמניצר, לעיל הערה 18.
364. שם.
365. כססנגורים מבקשים לעיין בחומר חקירה כדי להכין בקשה למשפט חוזר, גם כשמדובר בחומר שעל-פי החוק (סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי) יש למסרו להם, אנשי הפרקליטות מערימים קשיים בטענה שלפיה יש שני שיקולים נגד מסירת החומר: האחד – כלל סופיות הדין, שאליו כבר התייחסו לעיל; והשני – זכויותיהם של הקורבן ובני משפחתו. מעניין לציין שבאחד התיקים המתבררים כיום, לאחר שהפרקליטות ניכסה לעצמה את זכויותיהם, עמדותיהם ורגשותיהם של בני משפחת הקורבן, הודיעה אלמנת הקורבן לבית המשפט שהעמדה שמייחסת לה הפרקליטות איננה נכונה וכי אם יש אפשרות שהורשע האדם הלא נכון ושהרוצח מסתובב חופשי, היא דווקא מעוניינת שהעניין יחקר עד תום.
366. אמנון רובינשטיין, "עד כלות ההודאה", "הארץ", 8.12.96.
367. דו"ח ועדת גולדברג, לעיל הערה 6.
368. החלטת השופטת דורנר לערוך משפט חוזר לעמוס ברנס, מ"ח 3032/99 עמוס ברנס נגד מדינת ישראל (ניתנה ב-14.3.02, מופיעה במאגר נבו) פסקות 33-35.
369. שם, פסקה 36.
370. מ"ח [בקשה למשפט חוזר, בפני נשיא בית המשפט העליון] 7929/96 כוזלי ואחרים נגד מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 529.
371. ההחלטה בתיק מ"ח 1966/98 הררי ואח', לעיל הערה 74.
372. מ"ח [בקשה למשפט חוזר] 7324/96 חייאט נגד מדינת ישראל (מופיע במאגר נבו).
373. מאמרו המאלף של חיים כהן, לעיל הערה 5.
374. לעיל הערה 368, פסקת הסיום, שמספרה 48.
375. עמ' 67 לדוח ועדת גולדברג, לעיל הערה 6.
376. דוח גולדברג, לעיל הערה 6, עמ' 54.
377. ראו, למשל: ד"נ [בקשה לדין נוסף, בבית המשפט העליון] 4/57 ברלינרבלאו נגד שר הביטחון ואחרים, פ"ד יב 25, 27; ד"נ 12/58 בנק ארץ-ישראל בריטניה בע"מ נגד מינצר ואחרים, פ"ד יב 1284, 1285; ד"נ 3/59 נחמן נגד קנטור, פ"ד יג 1425, 1426; ד"נ 7/58 זייברט נגד בישקו ואחרים, פ"ד יב 971, 973; ד"נ 17/58 פלאום בע"מ (בפירוק) נגד רטנר, פ"ד יג 337 (אם כי במקרה האחרון בית המשפט אפשר דיון נוסף לאור

- השוני הבולט בפרשנות בין הערכאות השונות).
 378. שלף, לעיל הערה 20; שלף, לעיל הערה 80.
379. ראו שלושת מאמרינו המשותפים הבאים: Boaz Sangero and Mordechai Halpert, *A Safety Doctrine for the Criminal Justice System*, 2011 Michigan State Law Review 1293 (2012); מרדכי הלפרט ובוועז סנג'ור, "לקראת בטיחות במשפט הפלילי", עיוני משפט לו 363 (2013); Mordechai Halpert & Boaz Sangero, *From a Plane Crash to the Conviction of an Innocent Person: Why Forensic Science Evidence Should Be Inadmissible Unless it has been Developed as a Safety-critical System*, 32 Hamline Law Review (2009) 65; כן ראו: Boaz Sangero and Mordechai Halpert, *Safety in the Criminal Justice System* (forthcoming, Oxford University Press).
- את האסמכתאות לפרק הנוכחי אודות בטיחות במשפט הפלילי ניתן למצוא בשלושת המאמרים הנזכרים כאן. הפרק הנוכחי מבוסס גם על מאמריי המשותפים עם ד"ר מרדכי הלפרט.
380. ראו: *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947) (L. Hand, J.); William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* 85-88 (1987).
381. פרק-משנה זה מבוסס גם על מאמריי המשותפים עם ד"ר הלפרט, הנ"ל בהערה 379.
382. *Us Air Force, System Safety Handbook* vii (2000).
383. Harold E. Roland and Brian Moriarty; *System Safety Engineering and Management* 8-9 (John Wiley & Sons, 1990).
384. Paul S. Ray, *System Safety Engineering*, in Adedeji B. Badiru, *Handbook of Industrial and Systems Engineering* 9.1 (2005).
385. Center for Devices and Radiological Health, Food and Drug Administration, *General Principles of Software Validation; Final Guidance for Industry and FDA Staff* 11 (2002).
386. International Civil Aviation Organization, *Safety Management Manual* 4.3 (2006).
387. פרק-משנה זה מבוסס גם על מאמריי המשותפים עם ד"ר מרדכי הלפרט, הנ"ל בהערה 379.
388. Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* 149-73 (1968).
389. פרק-משנה זה מבוסס גם על מאמריי המשותפים עם ד"ר מרדכי הלפרט, הנ"ל בהערה 379.
390. Rinat Kitai, *Protecting the Guilty*, 6 Buffalo Criminal Law Review 1163, 1172-79, 1186-87 (2003).
391. פרק-משנה זה מבוסס גם על מאמריי המשותפים עם ד"ר מרדכי הלפרט,

- הנ"ל בהערה 379.
392. Halpert & Sangero, לעיל הערה 379, עמ' 89.
393. לעיל הערה 48 והטקסט המפנה אליה.
394. פרק-משנה זה מבוסס גם על מאמריי המשותפים עם ד"ר מרדכי הלפרט, הנ"ל בהערה 379.
395. Simon A. Cole, *More than Zero: Accounting for Error in Latent Print Identification*, 95 *Journal of Criminal Law & Criminology* 985, 1034, 1014-1016 (2005).
396. ראו מאמריי המשותפים עם ד"ר הלפרט, הנ"ל בהערה 379. ההבדלים בין הצעותינו שם לבין ההצעות כאן הם, כמובן, על אחריות המחבר הנוכחי בלבד.
397. ראו בועז סנג'רו, "פיקוח חיצוני על עבודת הפרקליטות", הסניגור 145 (2009) 4.
398. Halpert & Sangero, לעיל הערה 204.
399. לעיל הערה 176 והטקסט המפנה אליה.
400. לפני כעשור תוקן החוק הישראלי ונקבעה בו חובה לתעד חקירות. אך המצב כיום הוא שהחובה חלה רק על עבירות חמורות שאינן עבירות ביטחוניות. ראו: חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב-2002.
401. Sangero & Halpert; לעיל הערה 128.
402. Sangero & Halpert; לעיל הערה 17; הלפרט וסנג'רו, לעיל הערה 82.

