

מפְּשֵׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן (הצעה להיפוך בתפיסת ההודאה: מראיה מרכזית המחפשת תוספת, לתוספת אפשרית לראיות מוצקות)

מרדכי הלפרט ובעז סנג'רו

תקציר ♦ מבוא ♦ א. אפשרות התרחשותן של הודאות שווא ♦ ב. האם בתי המשפט מסוגלים לזהות הודאת שווא? ♦ ג. הניתוח שבפסקי הדין בפרשת אל עביד – הודאה בצירוף "דבר מה נוסף" או אפילו "סיוע" ♦ ד. כשל החלפת ההתניות ♦ ה. יישום הלוגיקה של נוסחת Bayes על הודאות ♦ ו. ביקורות אפשריות על הניתוח ההסתברותי של ההודאה כראיה לאשמה ♦ ז. הניתוח המוצע: התייחסות רצינית להסתברות האשמה האפריורית של אל עביד ♦ ח. כשל החלפת ההתניות בפרשת סולימאן אל עביד ♦ אחרית דבר

תקציר

בפסיקה האמריקנית כבר הכירו בכך שכל הראיות הן הסתברותיות, ולא רק הראיות הסטטיסטיות המובהקות. גם שופטי ישראל מכירים בכך שההסתברות להודאת שווא איננה אפסית. דרכם לנסות ולהתגבר על אפשרות התרחשותן של הודאות שווא היא העמדת ההודאה במבחן פנימי – "סימני האמת" העולים מההודאה, ובמבחן חיצוני – תוספת ראייתית של "דבר מה נוסף". מאמר זה מתריע מפני אשליה קוגניטיבית, הנובעת מכשל החלפת ההתניות (the fallacy of the transposed conditional), אשר עלולה להטעות את השופטים ביישום שני המבחנים הללו. בתחומים אחרים של חיינו, כגון בתחום האבחון הרפואי, כשל החלפת ההתניות ידוע ומשתדלים להימנע ממנו. גם באשר לחלק מהראיות המדעיות כשל זה ידוע ומוכר. לצערנו, בתחום הערכת משקלן של ראיות שאינן מדעיות רבים אינם מודעים לכשל זה, וכתוצאה מכך מרשיעים הרשעות שאינן בטוחות. האשליה מתרחשת כאשר השופט, לאור "סימני האמת" הפנימיים העולים מההודאה, סבור כי אם בהינתן שהאדם חף מפשע ההסתברות

* פרופ' בעז סנג'רו הוא ראש החטיבה למשפט פלילי ולקרימינולוגיה במרכז האקדמי למשפט ולעסקים. ד"ר מרדכי הלפרט הוא פיזיקאי העוסק במחקר ובפיתוח בתעשייה. תודתנו נתונה לד"ר רינת קיטאי סנג'רו על הערותיה לטיוטת המאמר.

מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו

שיודה הודאת שווא היא נמוכה, אזי גם התוספת הראייתית בדמות "דבר מה נוסף" הנדרשת לצורך הסרת החשש מפני הודאות שווא יכול שתהא נמוכה, כלומר "קלה כנוצה". האמת המפתיעה היא, כפי שנראה, שגם ספק קלוש באמתות ההודאה עלול לגרום במקרים מסוימים לספק עצום בוודאות ההרשעה. סכנה זו עלולה להגיע לממדים קיצוניים במקרים שבהם פרט להודאה אין ראיה משמעותית הקושרת בין הנאשם לבין הפשע שבו הוא מואשם. במאמרנו אנו מיישמים את התובנה בדבר האשליה הקוגניטיבית הנובעת מכשל החלפת ההתניות במקרה הידוע של סולימאן אל עביד, אשר הורשע בדעת רוב באונס וברצח של חנית קיקוס ז"ל. אנו מראים כי אילו טיעון זה היה נדון שם בכובד ראש, הוא היה אמור להוביל למסקנה שלא רק שיש ספק סביר בהרשעה, אלא יתרה מזו, הסתברות החפות במקרה זה היא גבוהה מאוד. זאת ועוד, התחשיב ההסתברותי שאנו עורכים (במגבלות המספרים הלא-ידועים) מראה כי ראוי יותר להתייחס להודאה כאל תוספת ראייתית לראיות מוצקות אחרות, אם ישנן, ואין עוד לראות בה ראיה מרכזית להרשעה שחסרה לה רק תוספת ראייתית.

לאור הסכנה הממשית להרשעת חפים מפשע, אנו קוראים לרשויות אכיפת החוק שלא לפתוח בחקירה אינטנסיבית במטרה לקבל הודאה מחשוד שאין כנגדו חשד חזק ומבוסס כי ביצע את אותה עבירה פלילית. אנו קוראים למחוקק לתקן את החוק כך שלא תתאפשר חקירה כזו, וכן לקבוע דרישת סיוע חיצוני חזק כתנאי להרשעה על סמך הודאה. ההיפוך המוצע בתפיסת ההודאה יצריך ודאי הפנמה ארוכת טווח.

מבוא

לאור חשיפתם בעשורים האחרונים של מקרים רבים בעולם¹ בכלל ובישראל² בפרט, אין עוד מקום לפקפק בכך שאנשים עלולים להודות בפשע שלא ביצעו ואף להיות מורשעים על סמך הודאותיהם אלה. גם שופטי ישראל, הן אלה המייחסים להודאות אמינות נמוכה והן אלה המייחסים להן אמינות גבוהה, מכירים בכך שתיתכנה הודאות שווא.³

1 בוועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא" *עלי משפט* ד 245, 249-251 (התשס"ה) והאסמכתאות המובאות שם (להלן: סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה"); Boaz Sangero, *Miranda is Not Enough: A New Justification for Demanding "Strong Corroboration" to a Confession*, 28 CARDOZO L. REV. 2791, 2794-2800 (2007) (להלן: Sangero, *Miranda is Not Enough*).

2 כדוגמה ראו את התיאור של פרשת *טארק נוג'ידאת*, אשר הודה ברצח החייל אולג שייחט בעוד שלא הוא היה הרוצח, אצל דליה דורנר "מלכת הראיות" נ' טארק נוג'ידאת – על הסכנה שבהודאות שווא וכיצד להתמודד עמה" *הפרקליט* מט 7 (התשס"ז). ראו גם את פרשת *דינה בר יוסף*, אשר הודתה והורשעה במסגרת עסקת טיעון בגניבת 450 ש"ח ממעבידיה שאצלם עבדה כעוזרת בית. שנים לאחר מכן הוברר כי לא היא הייתה הגנבת. בקשתה למשפט חוזר התקבלה (מ"ח 1114/00 בר יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 222, 224 (2000)), ובמשפט החוזר היא זוכתה (מ"ח 1114/00 בר יוסף נ' מדינת ישראל פ"ד נד(5) 225, 228 (2000)).

3 "הודאת נאשם מחוץ לבית-המשפט, כמוה ככל ראיה אחרת. כשם שאין לצאת לגביה מן ההנחה כי אין אדם משים עצמו רשע, כן אין לצאת מנקודת מוצא כי כל הודאה חשודה להיות הודאת

מְשָׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

לפיכך לפי ההלכה הישראלית יש לבחון את משקל ההודאה במבחן פנימי ובמבחן חיצוני מצטבר.⁴ במסגרת המבחן הפנימי נבדקת ההודאה על פי "סימני האמת" הפנימיים העולים מתוכה, כגון הגיונה או חוסר הגיונה הפנימי. המבחן השני הוא המבחן החיצוני, הידוע כ"דבר מה נוסף". בפסיקה נקבע כי ישנה השפעה הדדית בין המבחן הפנימי לבין המבחן החיצוני: ככל שהמשקל העצמי של ההודאה קטן, כך המשקל הנדרש מ"דבר המה הנוסף" גדל, ויש שדרגתו המתחייבת אף תגיע לכדי ראיית "סיוע".⁵ במקום אחר עמדנו על הכשל שבהלכה זו.⁶

מכיוון שההסתברות שהודאה שמסר חשוד היא הודאת שווא איננה הסתברות אפסית, אנו מציעים מודל חדש לניתוח ההסתברות של משקלה של ההודאה. אנו מיישמים את הניתוח באשר למקרה סולימאן אל עביד, אשר הורשע באונס וברצח של חניתי קיקוס ז"ל על סמך הודאה ו"דבר מה נוסף" (שלדעת חלק מהשופטים היה אף בגדר "סיוע") שמצא בית המשפט בחומר הראיות. אנו מראים שטיעון מרכזי הצפוי להוביל לקביעה כי ישנה הסתברות גבוהה מאוד שאל עביד חף מפשע לא זכה להתייחסות כלשהי של שופטי הרוב.

הטיעון שלנו מתייחס לאשליה קוגניטיבית הנובעת מכשל החלפת ההתניות (the fallacy of the transposed conditional).⁷ אף שהעקרונות הסטטיסטיים באבחון הרפואי

שווא". הציטוט לקוח מפסק דינו של השופט גולדברג, אשר הציע לזכות את אל עביד בע"פ 2109/96 אל עביד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 673, 693 (1997) (להלן: הערעור הפלילי) (ההודגשות הוספו – מ' ה', ב' ס'); "ניסיון החיים מלמד, כי ברוב המקרים, כאשר ההודאות אינן פרי נקיטת אמצעים פסולים לשם קבלתן – וכך המקרה שלפנינו – מודים בני-אדם במעשים שביצעו ולא במעשים שלא ביצעו. אין בכך כדי לומר שלא קיימים מקרים שבהם מודים בני-אדם במעשים שלא ביצעו. מקרים כאלה הם החרוג ולא הכלל, ומשום קיומם, נדרשים בתי-המשפט לנהוג בזהירות מרבית, בקפדנות רבה ובדקדקנות יתרה בכל הודאה המובאת בפניהם ועליהם להשתכנע באמינותה על-פי האמת הפנימית שבה, נסיבות נתינתה ואישיותו של הנאשם. וגם מששוכנעו כך, עדיין לא ירשיע בית-המשפט על סמך ההודאה בלבד אלא אם באו לה חיזוקים בצורת 'דבר-מה נוסף' " (ההדגשה הוספה – מ' ה', ב' ס'). הציטוט לקוח מפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן, אשר הרשיעה את אל עביד בדנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 736, 856 (1998) (להלן: "הדין הנוסף").

4 ראו למשל ד"ר 3081/91 קזלי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 458, 441 (1991).

5 ע"פ 4769/92 ניג'ס נ' מדינת ישראל, פדאור (1) 94, 57, סע' 7 לפסק דינו של השופט גולדברג (1994). ההבחנה בין התוספת הראייתית החלשה המכונה "דבר מה נוסף" לבין התוספת הראייתית החזקה המכונה "סיוע" תפורט להלן בפרקים ב-ר.ג. בקליפת אגוז: ה"סיוע" הוגדר בפסיקה הישראלית כראיה עצמאית, ממקור זר לראיה הטעונה סיוע, המתייחסת לשאלה מרכזית שביריעת המחלוקת שבמשפט והנוטה לסבך את הנאשם בביצוע העבירה, ראו למשל ע"פ 387/83 מדינת ישראל נ' יהודאי, פ"ד לט(4) 197 (1985). "דבר מה נוסף" נדרש בפסיקה הישראלית כתוספת ראייתית להודאה, ומטרתה להסיר את החשש שהנחקר הודה מתוך לחץ פנימי שבתוכו ובדה את הסיפור מלבו. בפסיקה הסתפקו לעניין זה בתוספת ראייתית "קלה כנוצה". להפניות לפסיקה ראו אצל יעקב קדמי על הראיות – הדין בראי הפסיקה כרך א 102 (התשנ"ט).

6 סג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה", לעיל הערה 1, בעמ' 266-267.

7 Persi Diaconis & David Freedman, *The Persistence of Cognitive Illusions*, 4 THE BEHAVIOURAL AND BRAIN SCIENCES 317, 333 (1981) ראו בהרחבה אצל Boaz Sangero &

מנחים רופאים ויועצים להישמר מכשל זה, עדיין טועים בו רבים.⁸ לצערנו בעולם המשפט מתעלמים התעלמות צורמת מכשל זה, התעלמות המובילה להרשעות שאינן בטוחות. הצורך להיזהר מפניו זוהה במשפט רק בהקשרים מסוימים, בעיקר כאשר לבדיקות אבהות,⁹ כאשר להסתברות ההתאמה מקרית של דנ"א (DNA) במשפט הפלילי¹⁰ ובאשר לבדיקות סמים במקומות עבודה.¹¹ אך בדרך כלל המשפטים אינם מודעים לכשל זה או מתעלמים ממנו. משמעות הכשל, אשר זכה לכינוי "כשל התובע" ("the prosecutor's fallacy"),¹² היא שהשופט טועה ומחליף בין הסתברות התקיימותה של הראייה בהינתן האשמה או החפות (הסתברות המניחה את המבוקש)¹³ לבין ההסתברות המותנית ההפוכה – שהיא החשובה לצורך ההכרעה המשפטית הגורלית – הסתברות האשמה או החפות בהינתן הראייה. בשפה הבייסיאנית, לצורך קביעת הסתברות האשמה או החפות בהינתן שבה תיתכן טעות, חייבים להביא בחשבון את הסתברות האשמה האפריוורית – הסתברות האשמה ללא הראייה

Mordechai Halpert, *Why a Conviction Should not be Based on a Single Piece of Evidence: A Proposal for Reform*, 48 JURIMETRICS J. 43, 47-63, 87-90 (2007). וראו אצל מרדכי הלפרט ומשה פרדס "האומנם ניתן להרשיע על בסיס ראייה מדעית יחידה? המקרה של ראיות טביעת האצבע ו-DNA" עיוני משפט ל 399, 418-402 (2007).

8 ראו את דוגמת האבחון הרפואי אצל: Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Evidential Impact of Base Rates*, in JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES 153, 154 (1982), Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky eds., כמו כן סברו מחצית מהיועצים במחקר שנערך בגרמניה בטעות כי תוצאה חיובית בבדיקת HIV משמעותה ודאות של 100% שנברק מקבוצת סיכון נמוך הוא נשא. רוב היועצים סברו בטעות כי בבדיקת HIV חוזרת שוללת כל אפשרות של תוצאה חיובית כוזבת. ראו אצל Gerd Gigerenzer, Ulrich Hoffrage & Axel Ebert, *AIDS Counselling for Low-Risk Clients*, 10 AIDS CARE 197, 207 (1998).

9 United States v. Spann, 617 A.2d 247, 254 (N.J. 1993)
10 בש"פ 5174/99 האלדי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג' (4) 289, 291 (1999). בעניין האלדי דווח לשופט דוונר כי הסתברות ההתאמה המקרית בבדיקת דנ"א עמדה על 1/17,450. על סמך נתון זה הסיקה השופטת כי ישנם מאתיים גברים נוספים בישראל בעלי אותו פרופיל גנטי, ולפיכך הורתה על שחרור הנאשם ממעצרו.

11 Gonzalez v. Metropolitan Transportation Authority, 174 F.3d 1016, 1023 (9th Cir. 2003); Ishikawa v. Delta Airlines, 343 F.3d 1129, 1131 (9th Cir. 2003). וראו אצל מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו "מדוע אין להסתפק בבדיקת סמים לשם הרשעה?" *רפואה ומשפט* 37 123 (2007); דוונר מנשה ושי אוצרי "מחשבות נוספות על המאמר 'מדוע אין להסתפק בבדיקת סמים לשם הרשעה?' *רפואה ומשפט* 37 130 (2007); מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו "בכל זאת אין להסתפק בבדיקת סמים לשם הרשעה" *רפואה ומשפט* 38 166 (2008); מנחם טסה "הערות לסיכום המחלוקת" *רפואה ומשפט* 38 176 (2008).

12 William C. Thompson & Edward L. Schumann, *Interpretation of Statistical Evidence in Criminal Trials: The Prosecutor's Fallacy and the Defense Attorney's Fallacy*, 11 LAW & HUM. BEHAV. 167 (1987)

13 ראו עניין *Spann*, לעיל הערה 9, בעמ' 252: "...the trier of fact cannot convict a defendant of a crime through a formula that assumes the defendant committed the crime"

מקֶשֶׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן המרכזית נגד החשוד. הסתברות אפריורית זו נלמדת מיתר הראיות. ככל שהסתברות זו נמוכה יותר, כך האשליה הקוגניטיבית קיצונית יותר.¹⁴

מקרה טיפוסי אחד שבו ההסתברות האפריורית תהיה נמוכה מאוד הוא כאשר חקירה נפתחת כתוצאה מחשד כלשהו והחשוד אכן מודה, אלא שבדיעבד מתברר כי לחשד המקורי לא היה בסיס, כך שפרט להודאה ול"דבר מה נוסף" כלשהו (אשר עשוי להיות "קל כנוצה"), אין דבר הקושר את הנאשם לעבירה הפלילית.¹⁵ מקרה טיפוסי נוסף הוא כשחשוד בעבירה מסוימת נחקר לגבי עבירה אחרת בניסיון חקירתי של "ירייה באפלה" או "דיג", ללא כל חשד אובייקטיבי כי אותו נחקר קשור גם לעבירה האחרת. במהלך אותה חקירה החשוד מודה בעבירה האחרת, והודאתו נותרת הראיה המשמעותית היחידה.¹⁶ כפי שנראה במאמר זה, במקרים אלו האשליה הקוגניטיבית מגיעה לממדים קיצוניים: ברוב המקרים מסוג זה שבהם יוחלט להרשיע, תהא זו הרשעת שווא.

הנה מהלך המאמר בתמצית: בפרק הראשון והשני נעמוד על אפשרות התרחשותן של הודאות שווא ועל (אי-) האפשרות לזהותן בבתי המשפט. בפרק השלישי נציג את מקרה המבחן – פסקי הדין בפרשת *סולימאן אל עביד*. בפרק הרביעי נבהיר את כשל החלפת ההתניות. בפרק החמישי, שבו החידוש המשמעותי שבמאמר, ניישם את הלוגיקה של נוסחת Bayes על הודאות, ובפרק השישי נתמודד עם ביקורות אפשריות על ניתוח זה. בפרק השביעי והשמיני ניישם את המודל שפיתחנו על העובדות של פרשת אל עביד. נסיים באחרית דבר.

א. אפשרות התרחשותן של הודאות שווא

בעבר ראו רבים בהודאתו של נאשם את "מלכת הראיות".¹⁷ בעשורים האחרונים הצביעו מחקרים רבים על תופעה של הודאות שווא. בעקבות הממצאים של ה-"Innocence Project" הנערך ב-Cardozo School of Law,¹⁸ לא מדובר עוד בהשערות אלא בהוכחה ממש שחשודים

14 הסבר מפורט יותר של כשל החלפת ההתניות מובא להלן בפרק ד.

15 כזה הוא לדעתנו מקרה *סולימאן אל עביד*.

16 ראו כדוגמה את מקרה *משה עזריה*: 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 נ' מדינת ישראל*, פ"ד נא(2), 334) "עלי משפט א 97 (התש"ס).

17 ראו למשל אצל Stephen C. Thaman, *Miranda in Comparative Law*, 45 St. Louis U. L.J. 581, 581 (2001) "Historically, confessions of guilt have been the 'best evidence in the whole world'".

18 ראו אצל B. SCHEK, P. NEUFELD & J. DWYER, ACTUAL INNOCENCE: FIVE DAYS TO EXECUTION AND OTHER DISPATCHES FROM THE WRONGLY CONVICTED (2000). בספר זה, שכתבו מייסדי פרוייקט החפות, מדווחים ומנותחים למעלה מ-70 הזיכויים הראשונים, שהתרחשו עד לפרסומו בשנת 2000. לתמונה עדכנית יותר ראו באתר האינטרנט של פרוייקט החפות: www.innocentproject.org. כן ראו אצל K.A. Findley, *Learning from Our Mistakes: A Criminal Justice Commission to Study Wrongful Convictions*, 38 CAL. W. L. REV. 333 (2002); E.V. Lafollete, *State v. Hunt and Exculpatory DNA Evidence: When is a New*

ונאשמים רבים הודו הודאות שווא ואף הורשעו על בסיסן. עד היום שוחררו על בסיס השוואות דנ"א למעלה ממאתיים אסירים אשר הורשעו ברצח או באונס ואשר נידונו למוות או למאסר עולם. בכרבע מהמקרים בוססה ההרשעה על הודאה בלבד.¹⁹ יש לזכור כי רק בחלק קטן מהתיקים שלגביהם מועלית הטענה שמדובר בהרשעת שווא מתקיימים התנאים הפיזיים ההכרחיים לשם ביצוע הבדיקה הגנטית. לפיכך יש ללמוד מהמקרים שבהם נחשפה הרשעת השווא בבדיקת דנ"א על קיומם של מקרים רבים נוספים של הרשעות שווא. מדובר, בעצם, בקצה הקרחון.²⁰

קיומה של תופעה של הודאות שווא אושש גם במחקרם הידוע של Radelet ו-Bedau. ב-49 מביין 350 הרשעות השווא שעליהן עמדו החוקרים שם דובר בהודאות שווא. יתרה מזו, ב-17 מקרים ניתנו הודאות השווא של הנחקרים וולונטרית, מבלי שחוקרי המשטרה הפעילו לחצים פסולים.²¹ מכאן שלא די בהתייחסות לגורמים חיצוניים למתן הודאות שווא, אלא יש לתת את הדעת גם על גורמים פנימיים של הנחקר המודה.

מחקר חשוב נוסף ערכו Leo ו-Ofshe.²² במחקר מובאים ממצאים על אודות 60 מקרים של הודאות שווא בארצות הברית לאחר פסק הדין המנחה בעניין *Miranda*.²³ שם נקבע כי על המשטרה להודיע לחשוד על זכותו החוקתית שלא להשיב לשאלות חוקריו (זכות השתיקה), על כך שאם ישיב, תשובותיו עלולות לשמש ראיה נגדו ועל זכותו החוקתית להיפגש עם סגור (פרטי או ממונה) לפני החקירה ולדרוש את נוכחותו במהלכה. הפרת כללי *Miranda* בידי המשטרה מוליכה לפסילת הודאתו של הנחקר כראיה במשפט.²⁴ Leo ו-Ofshe הראו כי גם לאחר כללי *Miranda*, גם משעברה המשטרה מחקירה בכוח ל"חקירה פסיכולוגית", עדיין ישנה בארצות הברית תופעה של גביית הודאות שווא (ושל הרשעות על פיהן).²⁵

Trial Warranted?, 74 N.C. L. REV. 1295 (1996); D. De Foore, *Postconviction DNA Testing: A Cry for Justice from the Wrongly Convicted*, 33 TEX. TECH L. REV. 492 (2002); K. Christian, 'And the DNA Shall Set You Free': Issues Surrounding Postconviction DNA Evidence and the Pursuit of Innocence, 62 OHIO ST. L. J. 1195 (2001).

19 ראו את שתי האסמכתאות הראשונות המובאות בהערה 18. וראו מחקר עדכני המנתח את מאתיים הזיכויים הראשונים בפרויקט החפות: Brandon L. Garrett, *Judging Innocence*, 108 COLUM. L. REV. 55, 76 (2008).

20 GISLI H. GUDJONSSON, THE PSYCHOLOGY OF INTERROGATIONS AND CONFESSIONS: A HANDBOOK 36-37, 158-216 (2003).

21 H.A. Bedau & M.L. Radelet, *Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases*, 40 STAN. L. REV. 21, 63-65 (1987).

22 R.A. Leo & R.J. Ofshe, *Criminal Law: The Consequences of False Confession: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation*, 88 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 429 (1998).

23 *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

24 שם.

25 Leo & Ofshe, לעיל הערה 22.

מקֶשֶׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

בספרות הפסיכולוגית הוצעו שלוש קטגוריות למיון של הודאות שווא: רצונית (voluntary), כפייה המובילה לכניעה (coerced-compliant) וכפייה פנימית (internalized-coerced).²⁶ בקטגוריה הראשונה נמצאים אלו שפונים למשטרה מיזמתם ומפלילים את עצמם במה שלא עשו.²⁷ בדרך כלל מדובר בתיקים מסוקרים. כך למשל, בשנת 1932 הודו מאתיים אנשים מיזמתם כי חטפו את בנו של Charles Lindbergh;²⁸ למעלה מחמישים אנשים הודו ברציחתה של השחקנית Elizabeth Short בשנת 1947;²⁹ John Mark Karr הודה בשנת 2006 ברצח הלא־מפוענח והמסוקר מאוד של הילדה JonBenet Ramsey שהתרחש בארצות הברית בשנת 1996.³⁰ הסיבות להודאה מסוג זה הן צורך פתולוגי בתשומת לב או הענשה עצמית, תחושות אשם, הזיות ומחשבות שווא או ניסיון לגונן על אחר – ילד, אה או אדם קרוב אחר.³¹

בקטגוריה השנייה (coerced-compliant) נמצאים אלה שלחץ החקירה גורם להם להודות. הם יעדיפו להודות בתמורה להטבות קצרות טווח, שיסתכמו למשל בכך שיאפשרו להם לישון, שיניחו להם לנפשם או שישחררו אותם.³² כדוגמה למקרה שכזה אפשר להביא את עניינם של חמישה נערים שהודו בשנת 1989 בהכאה ברוטלית ובאינוס של אישה שרצה ב־Central Park בעיר ניו יורק.³³ הם שוחררו רק בשנת 2002, לאחר שהאנס האמתי, Matias Reyes, הודה מיזמתו, גילה בקיאות בפרטי התקיפה והודאתו אומתה באמצעות בדיקת דנ"א.³⁴ כל אחד מחמשת הנערים טען לאחר הזיכוי כי הוא ציפה ללכת לביתו לאחר החקירה.³⁵

בקטגוריה השלישית (coerced-internalized), מצויים אנשים חפים מפשע אשר במהלך החקירה משתכנעים כי הם באמת אשמים.³⁶ לאמונה זו מתווספים לעתים גם זיכרונות שווא.

- Saul Kassin & Lawrence Wrightsman, *Confession Evidence*, in THE PSYCHOLOGY OF EVIDENCE AND TRIAL PROCEDURE 67, 72-80 (1985); Saul Kassin, *The Psychology of Confessions*, 4 ANNU. REV. LAW SOC. SCI. 193, 195 (2008) (להלן: *Psychology of Confessions*).
ש.ם. 26
ש.ם. 27
ש.ם. 28
ש.ם. 29
ש.ם. ראו גם אצל Neal Karlinsky & Mary Kate Burke, *Does Karr Believe He Did it? The Truth in John Mark Karr's False Confession* ABCNews (Aug. 30, 2006), abcnews.go.com/US/LegalCenter/story?id=2372612&page=1.
Kassin, *Psychology of Confessions*, לעיל הערה 26. 30
ש.ם. 31
ש.ם. 32
Saul M. Kassin and Gisli H. Gudjonsson, *True Crimes, False Confessions: Why do Innocent People Confess to Crimes they did not Commit?*, SCIENTIFIC AMERICAN MIND 24, 24-26 (June 2005) 33
ש.ם, בעמ' 26. 34
Kassin, *Psychology of Confessions*, לעיל הערה 26. 35
ש.ם, בעמ' 195-196. 36

כך למשל, Michael Crowe בן ה-14 הודה בדקירתה וברציחתה של אחותו, לאחר שהחוקרים הטעו אותו לחשוב שיש להם ראיות פיזיות לגבי אשמתו,³⁷ והוא אף החל להאמין בכך. ההאשמות נגדו הוסרו לאחר שהחוקרים מצאו כתמי דם של הקרבן על בגדיו של שכן. במחקרו המרתק של Brandon L. Garrett, שבדק 39 הרשעות במקרי אונס, במקרי רצח ובמקרים משולבים של רצח ואונס על סמך הודאה, הרשעות אשר בדיעבד התגלה בעזרת ראיות דנ"א כי הן הרשעות כוזבות, הוברר כי 38 מההודאות לא היו "סתמיות" (מסוג "אני עשיתי זאת"), אלא כי אלו היו הודאות עשירות בפרטים ובמידע מדויק בדבר אופן התרחשות הפשע.³⁸ המחבר מתאר כיצד במקרים רבים נטען בבתי המשפט שאלו פרטים שרק העברייין האמתי היה יכול לדעת, וכי החוקרים לא סיפקו פרטים אלו בשגגה או במתכוון לנחקר.³⁹ כדי להמחיש את הדברים המחבר מביא את מקרה Jeffrey Deskovic אשר הורשע ברציחתה ובאינוסה של בת כיתתו בת ה-15 על סמך הודאותיו במשטרה.⁴⁰ במשפט שבו הורשע טענה התביעה כי הנאשם תיאר בבירור שלושה פריטים מזירת הרצח שלא היו ידועים לציבור הרחב, והוא תיאר בפרט כיצד היכה את הקרבן בראשה בבקבוק⁴¹ שהיה מונח על שביל. השוטרים העידו כי לאחר ששמעו זאת, הם ביצעו למחרת היום בדיקה קפדנית ומצאו את מכסה הבקבוק בזירת הפשע.⁴² בסיכומיו הדגיש התובע כיצד מכסה הבקבוק נמצא רק לאחר שהנאשם סיפר על כך. מאחר שכיום אנו יודעים כי בדיקת דנ"א שנערכה בשנת 2006 העלתה התאמה לאדם אחר בשם Steven Cunningham, רוצח מורשע אשר הודה לאחר הבדיקה ברציחתה של אותה נערה, הרי ברור שאותה הודאה של Deskovic "זוהמה", כפי הנראה בידי החוקרים, אשר גרמו לכך שתכלול פרטים מזירת הפשע.⁴³ כך בהכרח "זוהמו" גם רבות מבין אותן 38 הודאות שווא המלאות בפרטים שרק העברייין האמתי יכול לדעת, אף שחוקרי משטרה העידו כי אין אפשרות לכך. כאשר Deskovic נשאל מדוע הוא הודה במה שלא עשה, הוא השיב כך: "Believing in the criminal justice system and being fearful for myself, I told them what they wanted to hear".⁴⁴

גם שיטות חקירה מותרות כוללות בתוכן גורמי סיכון. האחד הוא עצם המעצר וזמן החקירה. ככל שהחקירה נמשכת זמן רב יותר, כך הסיכון להודאת שווא עולה.⁴⁵ במחקרים

37 ש.ם.
 38 Brandon L. Garrett, *The Substance of False Confessions*, 62 STAN. L. REV. 1051 (2010)
 39 ש.ם.
 40 ש.ם.
 41 במקור מופיע "Gatorade bottle" ולא סתם בקבוק. ש.ם.
 42 ש.ם.
 43 ש.ם.
 44 ראו אצל Fernanda Santos, *After 16 Years, Innocent Man Leaves Prison – Americas – International Herald Tribune*, NEW YORK TIMES (September 21, 2006), available at www.nytimes.com/2006/09/21/world/americas/21iht-prison.2892402.html; Kassin
Psychology of Confessions, לעיל הערה 26, בעמ' 206.
 45 ש.ם, בעמ' 201-202.

מקשף החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

שנעשו בארצות הברית ואשר מבוססים על דיווחים של חוקרים, עולה שמשך חקירה ממוצעת הוא שעה וארבעים דקות ומשך חקירה ארוכה הוא ארבע שעות ועשר דקות בממוצע.⁴⁶ ממחקר שנתיח 125 הודאות שווא מוכחות עולה כי 34% מהן הושגו בחקירות שארכו 6 עד 12 שעות, וכי 39% מהן הושגו בחקירות שארכו 12 עד 24 שעות.⁴⁷ יצוין כי חקירת אדם בישראל נמשכת כמה ימים ולעתים יותר, וגם כאשר החקירה מסתיימת לכאורה, היא עשויה להימשך במסווה באמצעות מדובב.

גורם סיכון שני הוא הצגתן של ראיות מפוברקות בפני הנחקר, המצביעות לכאורה על אשמתו, כגון התאמה בטביעות אצבעות. ראיות מפוברקות הן גורם סיכון מרכזי להודאות שווא,⁴⁸ כפי שהוכח הן בקרב אלה שהודו הודאות שווא בחקירה משטרתית והן בניסויי מעבדה פסיכולוגיים.⁴⁹ כשמציגים בפני הנחקר ראיה מדעית שמוכיחה לכאורה את אשמתו, כגון התאמה של טביעות אצבעות, ישנן שלוש סכנות: האחת היא שהנחקר עלול להשתכנע שהוא אכן ביצע את העבירה (בייחוד אם הוא היה נתון להשפעת סמים או אלכוהול בזמן האירוע והוא איננו זוכר את מה שהתרחש,⁵⁰ אך גם ללא השפעה כזו⁵¹); הסכנה השנייה היא שהנחקר ישתכנע שכל טענותיו לחפותו לא תועלנה;⁵² הסכנה השלישית היא שהנחקר יסתבך בשקרים, אשר יחזקו את ההנחה המוטעית שהוא אשם. כפי הנראה לנוכח סכנות אלה קבע בית המשפט האנגלי לערעורים כי אין להטעות את החשוד בצורה אקטיבית, אם כי אין חובה לגלות לו את מלוא חומר החקירה נגדו.⁵³

גורם סיכון שלישי הוא בשיטת חקירה מסוג מזעור (minimization): החוקר מפחית מחומרת העבירה ומגלה כביכול הבנה למעשה, באופן שמציג את המעשה כתאונה, כמעשה ספונטני או כמעשה שסיבותיו "מוצדקות לכאורה" מבחינות אחרות.⁵⁴

במחקר מעבדתי שבו ניסו לדמות תנאי מציאות, הוכח הכוח של טקטיקות חקירה מסוימות להגדלת כמות ההודאות, הן הודאות אמיתיות מ"אשמים" והן הודאות שווא מ"חפים".⁵⁵ הסטודנטים שהשתתפו בניסוי לא ידעו שהם בניסוי הבוחן הודאות שווא.

46 ש.ם.

47 ש.ם.

48 ש.ם, בעמ' 202-203.

49 ש.ם.

50 Deborah Young, *Unnecessary Evil: Police Lying in Interrogations*, 28 CONN. L. REV. 425, 462 (1996).

51 DAVID WOLCHOVER & HEATON ARMSTRONG, ON CONFESSION EVIDENCE 95 (1996);

Welsh S. White, *False Confessions and the Constitution: Safeguards against Untrustworthy Confessions*, 32 HARV. C. R. – C.L.L. REV. 105, 128 (1997)

R. v. Oickle [2000] 2 S.C.R. 3, section 43 52

R. v. Imran & Hussain (1997) C.L.R. 754 53

54 Kassin, *Psychology of Confessions*, לעיל הערה 26, בעמ' 202.

55 Melissa B. Russano, Christian A. Meissner, Fadia M. Narchet & Saul M. Kassin, *Investigating True and False Confessions within a Novel Experimental Paradigm*, 16 PSYCHOLOGICAL SCIENCE 481 (2005)

מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו

סטודנטים ומשפטי פעולה עם עורכי הניסוי התבקשו לפתור בעיות לוגיות בצורה עצמאית, ללא עזרה מאחרים.⁵⁶ משפטי הפעולה ביקשו מאחרים תשובה לשאלות ובכך גרמו לחלק מהמשתתפים לעבור על חוקי הניסוי. "האשמים" היו המשתתפים שסיפקו תשובה, ו"החפים" היו אלו שלא סיפקו תשובה. הן החפים והן האשמים הואשמו בהפרת חוקי הניסוי ולאחר מכן ברמאות אקדמית. הם נחקרו והתבקשו לחתום על הודאה. ללא שימוש בטכניקות חקירה, רק 6% מהחפים הודו בעוד ש-46% מהאשמים הודו.⁵⁷ בשימוש בטכניקת חקירה מסוג minimization הודו 18% מהחפים ו-81% מהאשמים. בשימוש בטכניקת חקירה מסוג deal (הצעה להקלה בסנקציה) הודו 14% מהחפים ו-72% מהאשמים. שילוב של שתי טקטיקות החקירה הוביל לכך ש-43% מהחפים ו-87% מהאשמים הודו. מכאן, שטקטיקות חקירה אמנם מעלות (פי שניים) את ההסתברות שעברייני יודה, אולם הן מעלות בצורה ניכרת (פי שבעה) את האפשרות שאדם חף מפשע יודה.

אינדיקציות עקיפות באשר לשיעור הודאות השווא התקבלו במחקר המבוסס על תוצאות סקר שנערך בקרב 603 חוקרי משטרה בארצות הברית ובקנדה. לפי הסקר סברו החוקרים שהודאות מפלילות נגבות מ-68% מהחשודים וכי כ-5% מההודאות נגבות מאנשים חפים.⁵⁸ אינדיקציות עקיפות נוספות אפשר למצוא בסקר שנערך באיסלנד, שם דיווחו 12% מהאסירים שרואיינו כי הודו בפשע שלא ביצעו.⁵⁹

גורמי סיכון להודאות שווא מצויים גם באישיותו של הנחקר. נחקרים מסוימים פגיעים יותר להשפעה חיצונית, ולכן גם מצויים בסיכון גבוה יותר להודאת שווא.⁶⁰ אנשים בעלי נטייה לרצות אחרים פגיעים יותר, כתוצאה מהלהיטות שלהם להימנע מעימותים, בייחוד עם בעלי סמכות. גם אנשים בעלי רמה מוגברת של חרדה, אנשים מפורחדים, מדוכאים, הוזים או בעלי הפרעות אישיות אחרות מצויים בסיכון מוגבר. קטינים מצויים בדרגת הסיכון הגבוהה ביותר להודות במה שלא עשו. אנשים בעלי מוגבלויות שכליות או פיגור מצויים גם הם בקבוצת סיכון גבוהה.⁶¹

באנגליה הגיעה ועדת Runciman למסקנה שישנה תופעה של הרשעת חפים מפשע על סמך הודאות שווא, ולפיכך הציעה שינויים בחוק כדי להתמודד עם סכנה זו, הן באשר לקבילות ההודאה והן באשר לתוספת הראייתית הנדרשת.⁶²

56 שם, בעמ' 482.

57 שם, בעמ' 484.

58 Saul M. Kassin, Richard A. Leo, Christian A. Meissner, Kimberly D. Richman Police, Lori H. Colwell, Amy-May Leach & Dana La Fon, *Interviewing and Interrogation: A Self Report Survey of Police Practices and Beliefs*, 31 LAW & HUM. BEHAV. 381 (2007)

59 GUDJONSSON, לעיל הערה 20, בע' 174-178.

60 Kassin, *Psychology of Confessions*, לעיל הערה 26, בעמ' 203.

61 שם, בעמ' 206.

62 *The Royal Commission on Criminal Justice*, Chairman: Viscount Runciman of Doxford CBE FBA, Report, Chapter 4 – "The Right of Silence and Confession Evidence",

מִקְשָׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

נקודת מפנה פוטנציאלית בהתייחסות לאפשרות של הודאות שווא בישראל היא דו"ח ועדת גולדברג.⁶³ לפי הדו"ח, סיבה שכיחה להודאות שווא היא לחץ חיצוני שמפעילים החוקרים על הנחקר. לא מדובר רק בלחץ כפייתי או גס שמטרתו לשבור את רוחו של הנחקר ולטמטם את חושיו. לכל נחקר סף שבירה אישי משלו. גם מניעת שינה ובוודאי מניעת ההיזקקות לשירותים עלולה לגרום לנחקרים מסוימים להודות במעשים שלא עשו. גם ללא מעשה פסול מצד החוקרים אלא כבר מעצם קיומה של חקירה בתנאי מעצר, ישנו חשש לשבירת כוח הרצון של הנחקר.⁶⁴ החשש גדול בייחוד כשמדובר בנחקרים שאינם עבריינים ושאינם מורגלים במעצר ובחקירה. סיבות נוספות להודאות שווא קשורות בנחקר עצמו. לעתים זו תולדה של לחץ נפשי, לעתים ההודאה קשורה באישיותו הבעייתית או הלא-בשלה של הנחקר.

ועדת גולדברג עמדה על קיומם של שלושה גורמי סיכון עיקריים,⁶⁵ אשר כפי שנראה בהמשך, ציונם רלוונטי מאוד לפרשת אל עביד. גורם הסיכון הראשון הוא מבנה אישיותו של הנחקר. מדובר בנחקרים שאינם מבחינים בין דמיון לבין מציאות, בנחקרים שמעוניינים לכפר על התנהגויות אסורות בעבר (אמתיות או דמיוניות) ובנחקרים בעלי נטייה להרס עצמי. בקבוצה זו נכללים גם בעלי ליקויים שכליים או נפשיים, קטינים, מסוממים ושיכורים. גורם הסיכון השני הוא השפעת החקירה או המעצר על הנחקר. מדובר בנחקרים שמתוך תשישות נפש שבלחץ החקירה מבקשים לשים לה קץ, לעתים תוך מחשבה (מוטעית מאוד) שבמשפטם יוכיחו את חפותם. יש שהנחקר מוכן להודות בעבירה קלה מזו שבה נחשד משיקולי כדאיות רגעיים. להשלמת התמונה יצוין כי חרף חזקת החפות, תנאי המעצר בישראל הם קשים מאוד וגרועים אפילו מתנאי המאסר.⁶⁶ תנאי המעצר הקשים פועלים אף הם לשבירת כוח הרצון של הנחקר. גורם הסיכון השלישי הוא הודאה בהשפעת שיקולים ולחצים חברתיים, כגון הרצון לחפות על הפושע האמתי.

Presented to Parliament by Command of Her Majesty (July 1993, London) (להלן: דו"ח Runciman).

63 הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר דו"ח הוועדה (1994) (להלן: דו"ח ועדת גולדברג).

64 עניין *Miranda*, לעיל הערה 23. בישראל הנחקר צפוי למעצר ממושך, לחקירות אינטנסיביות תוך שימוש בתחבולות ובהתשה, להכנסת מדויב לתאו אשר למעשה ממשיך את החקירה במסווה, ועוד.

65 דו"ח ועדת גולדברג, לעיל הערה 63, בעמ' 8 ואילך. למיון אחר (לארבע קטגוריות) ראו ס' 32 לדו"ח Runciman, לעיל הערה 62.

66 רינת קיטאי "תנאי כליאתם של עצורים – בין חזקת החפות לכבוד האדם" ספר *אורי קיטאי – אסופת מאמרים משפטיים לכבודו עם פרישתו מכס השיפוט* 293 (בועז סנג'רו עורך, התשס"ח); רינת קיטאי "שאלת חוקיותו של מעצר לצורך חקירה" *עלי משפט* ו' 47 (התשס"ז); י' ענבר "תנאי המעצר כשיקול במתן החלטת המעצר" *משפט וממשל* ד' 729, 730 (התשנ"ח). על התנאים האימים במתקני המעצר ראו הסנגוריה הציבורית דו"ח על תנאי המעצר והמאסר במתקני הכליאה של משטרת ישראל ושירות בתי הסוהר בשנת 2007 (2008), www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/BE106D84-B9C5-4474-.BBBD-2705E230ECF5/11235/DohTnaeiKliaa2007.pdf

המחשה עדכנית כיצד לחצי חקירה גורמים לאדם להודות הודאת שווא היא פרשת יוסף זוהר וולנטין טוקילה, אשר זוכו לאחרונה מאשמת רצח אביו של יוסף זוהר, משה זוהר.⁶⁷ משה זוהר לקה במחלת ניוון שרירים סופנית, ובערוב ימיו היה מחובר למכונת הנשמה. טוקילה, אשר עבד במולדביה כרופא ובישראל כאח סיעודי, טיפל במשה זוהר בביתו עד פטירתו. במשך תשעה חודשים, עד פתיחתה של החקירה, היה ברור שמשה זוהר נפטר מוות טבעי ממחלתו הקשה. אלא שאז נעצר טוקילה בחשד שרצח את גרושתו ואת האישה שבה טיפלה בביתה, עבירות שבהן הוא גם הורשע. במהלך חקירה זו הוא נחקר גם בעניין מותו של משה זוהר. גם הבן יוסף זוהר נחקר, ומסר לשוטרים כי הופיע בבית האב בליל פטירתו, לאחר שיחת טלפון מטוקילה שהודיע לו כי אביו אינו חש בטוב. גם טוקילה אישר זאת בעדותו. אולם החוקרים לא מצאו בפלטי הפירוט של שיחות הטלפון רישום של שיחה כזו בין השניים, ועל כן היו בטוחים כי מדובר בשקר משותף ומחשיד. השוטרים פתחו בחקירה לוחצת מאוד נגד טוקילה, אשר התעקש כי שיחת הטלפון אכן התקיימה. החקירה ארכה שעות ארוכות, שבמהלכן צעקו החוקרים שוב ושוב על טוקילה כי הוא "משקר משטרה", לעתים כשהמרחק בין פרצופו של החוקר העומד, גדל הגוף, לבין פרצופו של טוקילה היושב הוא סנטימטרים ספורים. בהמשך החקירה וכתוצאה מלחציה חזר בו טוקילה מגרסתו בדבר קיומה של אותה שיחת טלפון, ובסופה של החקירה הפליל גם את יוסף זוהר ברצח אביו, הודה כי היה שותף לרצח ואף שחזר אותו.⁶⁸ אלא שבדיעבד הוברר כי החוקרים טעו, כי שיחת הטלפון הקריטית מופיעה בפלטי השיחות וכי היא אכן התקיימה. הנה דברי השופט ג'ורג' קרא אשר זיכה את יוסף זוהר מאשמת הרצח (ההדגשות הוספו – מ' ה', ב' ס'):

בסופה של החקירה שמתנהלת במשטרת גלילת, ולאחר שהחוקרים אומרים לו כי בידם ראיות "אובייקטיביות", לפיהן אין כל שיחה לביתו של הנאשם, יסכים טוקילה בסופה של חקירה צורמנית, צעקנית ומאיימת לחזור בו מאמירתו, כי היתה שיחת טלפון...

טוקילה, האמין לחוקרים ולא למראה עיניו ולמעשה ידיו, ונכון היה לאשר לחוקריו ובהמשך, אף להטיח פרט זה בפני הנאשם, כי לא היתה כל שיחת טלפון. טוקילה היה כה משוכנע באי קיומה של שיחת הטלפון שהוא עצמו אישר שביצע, עד כדי כך שגם כאשר החוקרים מגלים את דבר קיומה של שיחת הטלפון, הם מתקשים עד מאוד לשכנע את טוקילה להפסיק להאמין לשקר של עצמו (שקר שהחוקרים כפו עליו) שלפיו לא היתה שיחת טלפון.⁶⁹

67 תפ"ח (מחוזי ת"א) 1051/03 מדינת ישראל נ' זוהר, אתר נבו (15.11.2007); תפ"ח (מחוזי ת"א) 1050/03 מדינת ישראל נ' טוקילה, אתר נבו (26.11.2007).

68 ש.ם.

69 עניין זוהר, לעיל הערה 67, דברי הסיכום בפסק דינו של השופט קרא.

מקֶשֶׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן
והנה דברי השופט ישעיהו שנלר, אשר זיכה את טוקילה מאשמת רצח (ההדגשה הוספה –
מ' ה', ב' ס'):

בבחינת הודעות הנאשם עולה כי למעשה כל פרט בעדותו שיש בו כדי להביא למסקנה
כי המנוח נרצח, וכן כל פרט בדבר מעורבותו ואופן מעורבותו של הבן ברצח, ובמיוחד
כל הקשור לשאלה כיצד בוצע הרצח – לא בא כתיאור הנאשם, אלא רובם ככולם
של הפרטים האמורים, בא מצד החוקרים, ואומץ על-ידי הנאשם, בין אם
באופן מלא ובין אם בשינויים אלה או אחרים שאינם משמעותיים.⁷⁰

חכמת השופטים היא בבחינת חכמה שלאחר מעשה, רק כאשר ישנה ראייה אובייקטיבית
(פלטי שיחות הטלפון) המראה כי החשד המקורי של השוטרים לא היה מוצדק. רק בדיעבד,
כאשר השופטים מודעים לראיות האובייקטיביות וצופים בקלטות החקירה, אפשר לקבוע כי
"ממהלך חקירתו של טוקילה מתקבל הרושם הברור כי הוא היה 'כחומר בידי היוצר', קרי:
בידי החוקרים".⁷¹ לולא אותה ראייה אובייקטיבית המפריכה את התסריט המוטעה ואת
השערות החוקרים, וחרף קיומם של צילומי וידאו של החקירה המתפרסים על פני עשרות
שעות והמראים את הדינמיקה בחקירה, ייתכן מאוד שההודאה והשחזור לא היו נחשבים
ככאלה שהוצאו תוך כדי "חקירה צורמנית, צעקנית ומאיימת", אלא היו נחזים כראיות
מרשיעות אותנטיות.

מקרה זה ממחיש כיצד לחצים של חקירה אינטנסיבית שלכאורה אינם אסורים (כאלו
שצלחו את משפט הזוטא), מסוגלים "לשגע" נחקר ולגרום לו לומר את מה שהחוקרים רוצים
לשמוע. מקרה זה ממחיש כי לא רק אדם על סף הפיגור עלול להודות בעבירה שלא עבר, אלא
אף אדם שהוא רופא בהשכלתו יכול להודות ולשחזור (שחזור הנחזה להיות אותנטי) את
ביצועו של רצח שלא היה ולא נברא ואף להאמין בסופה של החקירה בשקרים שנכפו עליו.
כאן ברצוננו לעמוד על טעות יסודית המזינה לדעתנו את אופן פעולתה של המשטרה
בחקירותיה. כפי שנראה בהמשך, משקלה הנכון של ההודאה כראיה הוא נמוך יחסית, הן
משום שניתנות גם הודאות שווא לא מעטות והן משום שהשופטים אינם מסוגלים להבחין בין
הודאת אמת לבין הודאת שווא. אלא שההודאה עדיין נתפסת בטעות כראיה חזקה ביותר
("מלכת הראיות"), ולפיכך חוקרי המשטרה משקיעים מאמצים רבים בגביית הודאות. והנה
הטעות: ככל שהאנרגיה המושקעת בגביית ההודאה, תוך שימוש בשיטות חקירה שונות
ומשונות כגון מדובבים אקטיביים, גדולה יותר, כך קטנים עוד יותר אמינותה של ההודאה
והמשקל הנכון שיש לתת לה. בד בבד, ייתכן שהאנרגיה שהחוקרים משקיעים בגביית
ההודאה לא רק תביא לכך שהנחקר יודה הודאת שווא, אלא אף תמנע לאחר מכן מהשופט את

70 עניין טוקילה, לעיל הערה 67, פס' 211 לפסק דינו של השופט ישעיהו שנלר.

71 עניין זוהר, לעיל הערה 67, ס' 6 לפסק דינו של השופט ד"ר עמירם בנימיני.

האפשרות לזהות הודאת שווא, כגון במקרה שהחוקרים מוסרים לנחקר פרטים, שלאחר מכן נחשבים ל"פרטים מוכמנים", אשר ידיעתם מחזקת את ההודאה.

מן המחקרים שנערכו בעשורים האחרונים עולה כי הסיבות להודאות שווא הן מגוונות מאוד, וחלקן אף משונות: היו שהודו הודאות שווא כדי להיפטר מעול המשפט בעבירות קלות, כאלה שהודו כדי לחפות על חבריהם וכאלה שהודו כדי להשיג פרנסה למשפחותיהם במימון של ארגון פשע; היה מי שהודה בתקווה שכך שמו לא יפורסם בעיתון; היו שהודו כדי להגיע במהירות לבחינה באוניברסיטה או למשחק שחמט חשוב; היו כאלה שהודו בשל מחלות נפש; היו כאלה שהודו מחשש מפני עונש מוות; הייתה מי שהודתה מחשש שתתפרסם כנואפת; היו כאלה שהודו אף שהיו שיכורים מכדי לזכור את שהתרחש; אדם אחד הודה בשוד שלא ביצע כדי שלא להישלח כחייל לצפון אירלנד; אדם אחר הודה כבדיחה; והיה גם מי שהודה כדי להרשים את חברתו, ובהיותו בכלא הודה ברצח נוסף שלא ביצע רק כדי להוכיח שתתיכן הרשעת שווא, ואף הצליח בכך. המציאות עולה על כל דמיון;^{72 73} היו גם נאשמים שהודו בפני בית המשפט (ולא רק בחקירה משטרתית), ולאחר מכן הוברר כי לא הם מבצעי העבירה.⁷⁴

מעבר לדוגמאות שסיפקה לנו המציאות, יש לעמוד על כך שעצם ההודאה באשמה היא תמוהה, שכן מדובר בפעולה של אדם בניגוד גמור לאינטרס שלו. כפי שכתבה השופטת דורנר במסגרת של דעת מיעוט בדיון הנוסף בפרשת אל עבד (ההדגשות הוספו – מ' ה', ב' ס'):
:

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,

72 ראו למשל אצל Bedau & Radelet, לעיל הערה 21, בעמ' 58-63; דו"ח ועדת Runciman, לעיל הערה 62; דו"ח ועדת גולדברג, לעיל הערה 63; A. RATNER, CONVICTING THE INNOCENT; WHEN JUSTICE GOES WRONG (Ph.D. Dissertation, Ohio State University, 1983); A. Ratner, *Convicted but Innocent: Wrongful Conviction and the Criminal Justice System*, 12 LAW & HUM. BEHAV. 283 (1988); אריה רטנר "הרשעות שלא בצדק: טעויות במערכת המשפט" פלילים ג 262 (התשנ"ג); ליאון שלף "תיקונו של עיוות דין" הפורקליט מא 346 (התשנ"ג-התשנ"ד). וראו גם את הדוגמה המאלפת של פרשת *בן עזרא וכן אדי*, המתוארת בדנ"פ 3391/95 *בן אדי נ' מדינת ישראל*, פ"ד נא(2) 377 (1997).

73 גורם מרכזי נוסף להודאות-שווא הוא המחשבה המוטעית של חשוד שלאחר הודאתו הראשונה, החוקרים חילצו ממנו תוך שימוש באמצעים פסולים, אין חשיבות להודאות נוספות שימסור. לעתים מטעים את החשוד לחשוב כך, ולאחר ההטעיה גובים ממנו הודאות נוספות שהן לכאורה כשרות, הרי לא נלווים להן אמצעים פסולים נוספים, ראו אצל P. Mirfield, *Successive Confessions and the Poisonous Tree*, CRIM. L. REV. 554 (1996).

74 תשעה מתוך מאתיים המשוחררים הראשונים בפרויקט החפות הודו בבית המשפט ולא רק בחקירה. ראו אצל Garrett, לעיל הערה 19, בעמ' 74 (וכן בהערה 71 שם). שבעה מהם הודו ברצח ושניים הודו באונס.

מקפץ החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן מעוררת חשד באמיתות ההודאה. חשד זה אינו תאורטי גרידא, אלא הוא הוכח לא אחת בניסיון האנושי.⁷⁵

כפי שהראינו במקום אחר, משניתנה הודאת שווא, קרוב לוודאי שהנאשם בכל זאת יורשע.⁷⁶ הנחה פסימית זו מתבססת על ההערכה כי בתי המשפט אינם מסוגלים לזהות הודאות שווא. על כך בפרק הבא.

ב. האם בתי המשפט מסוגלים לזהות הודאת שווא?

כך כתב השופט Goldberg בפסק-הדין המנחה בעניין Escobedo v. Illinois:

We have also learned the companion lesson of history, ancient and modern, that a system of criminal law which comes to depend on the confession will, in the long run, be less reliable and more subject to abuses than a system which depends on extrinsic evidence independently secured through skillful investigation.⁷⁷

מחקרים מצביעים על כך שבתי המשפט אינם מסוגלים לזהות הודאות שווא. המחקרים מלמדים שלא חוקרי המשטרה, לא התובעים, לא המושבעים, לא השופטים ובעצם כולנו איננו יודעים להבחין בין הודאות אמיתיות לבין הודאות שווא.⁷⁸ כך למשל, מחקרם של Leo & Ofshe מלמד כי מתוך 60 מקרים של הודאות שווא שנבחנו, הובילו הודאות השווא להרשעות שווא ב-73% מהם. גם מחקרם של Drizin & Leo מלמד כי מתוך 125 מקרים של הודאות שווא שנבחנו, הובילו הודאות השווא להרשעות שווא ב-81% מהם.⁷⁹ גם בפרויקט החפות האמריקני הוברר כי הודאות שווא הובילו להרשעות שווא, וכי לא המושבעים ולא השופטים הצליחו לזהות את הודאות השווא.⁸⁰

גם הפסיקה הישראלית חוששת (אם כי נראה שלא מספיק) מהודאות שווא. ההלכה הישראלית היא שלאחר בחינת קבילות ההודאה על פי סעיף 12 לפקודת הראיות, שלפיו

75 הדיון הנוסף, לעיל הערה 3, בעמ' 834.

76 סג'ור "ההודאה כבסיס להרשעה", לעיל הערה 1, בעמ' 255-257, 274-265.

77 Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478, 490 (1964)

78 ראו למשל אצל Saul M. Kassin, 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 & HUM. BEHAV. 211 (2005) וראו הפניות למחקרים נוספים

שממצאיהם דומים, שם בעמ' 212, 222.

79 ראו אצל Leo & Ofshe, לעיל הערה 22; S. Drizin & Richard Leo, *The Problem of False Confessions in the Post-DNA World*, 82 N.C.L. REV. 891 (2004).

80 ראו אצל Garrett, לעיל הערה 19, בעמ' 76.

עליה להיות "חופשית ומרצון",⁸¹ יש לבחון את משקל ההודאה במבחן פנימי – "סימני האמת הפנימיים" – ובמבחן חיצוני – "דבר מה נוסף":

משקלה של הודאה נבחן על-פי שני מבחנים מצטברים... האחד פנימי ומשנהו חיצוני. המבחן הפנימי מתייחס לתוכנה של ההודאה, והוא תר, על-פי ההיגיון וניסיון החיים, אחר סימני האמת, המתגלים בתוכן ההודאה. סימנים אלו נלמדים מנוסח הדברים, סדר הרצאתם, מידת פירוטם, סבירותם הפנימית ומבחנים כיוצא באלה. המבחן השני הוא, כאמור, חיצוני. אין הוא מעוגן אך ורק בתוכנה של ההודאה, אלא מטרתו לחפש אחר סימנים שמחוץ לדברי המערער עצמו בהודאתו, אשר יש בהם כדי ללמד על אמיתותה. זהו המבחן אשר מתבטא בחיפוש אחר קיומו של "דבר-מה" נוסף.⁸²

בפסיקה נקבע כי ישנה השפעה הדדית בין המבחן הפנימי לבין המבחן החיצוני: ככל שהמשקל העצמי של ההודאה קטן, כן המשקל הנדרש ל"דבר מה נוסף" גדל, ויש שדרגתו המתחייבת אף תגיע לכדי ראיית סיוע.⁸³ במקום אחר כבר עמדנו על הכשל שבהלכה זו:

במלים אחרות: רק כשההודאה נראית לשופט חלשה תידרש תוספת ראייתית משמעותית, וכשההודאה נראית לשופט חזקה ימשיכו להסתפק בתוספת קלה כנוצה. ברם, דווקא כשההודאה היא חזקה להערכת השופט, דווקא אז חשובה מאוד ראיית הסיוע החיצונית – כדי למנוע אפשרות של הרשעת חף מפשע. שהרי כשהשופט סבור שההודאה חזקה, הוא ודאי ירשיע על-פיה. הנה-כי-כן... מוגבלת דרישת הסיוע למקרים הנדירים מאוד שבהם בעצם אין בה צורך – המקרים, שבהם השופט ממילא מעריך שמשקלה של ההודאה נמוך. והרי ההיגיון מלמד שבמקרים הללו ממילא קטנה סכנת ההרשעה. ואילו ברוב הגדול של המקרים, שבהם השופט רואה בהודאה ראייה חזקה ואמינה (שלא לומר מלכת הראיות), די יהיה בתוספת במשקל נוצה כדי להרשיע.⁸⁴

האם שופט שבפניו עומדת הודאת נאשם מסוגל לקבוע אם היא הודאת אמת על פי שני המבחנים הללו? מפרשת *מרדכי בן עזרא*⁸⁵ ו*סימון בן אדי*⁸⁶ אפשר ללמוד כי מערכת ראיות

81 להרחבה בעניין זה ראו אצל סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה", לעיל הערה 1, בעמ' 260-265.

82 עניין קוזלי, לעיל הערה 4, בעמ' 458.

83 ראו לעיל הערה 5.

84 סנג'רו, "ההודאה כבסיס להרשעה", לעיל הערה 1, בעמ' 266-267. נדגיש כי אין מדובר בכשל החלפת ההתניות המתואר בפרק ד, אלא בכשל נוסף, כשל בהערכת משקלה של ההודאה ובהערכת משקלה של התוספת הראייתית שיש לדרוש, שעליו עמדנו שם.

85 ע"פ 3044/92 *בן עזרא נ' מדינת ישראל*, פדאור (2)93 (1993).

86 ראו עניין *בן אדי*, לעיל הערה 72.

מְקַשֵּׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

שנחזתה בעיני בתי המשפט (לרבות העליון) כמשכנעת מעבר לספק סביר, איבדה מאמינותה למול מערכת נוספת של ראיות, גם היא משכנעת מעבר לספק סביר בעיני בתי המשפט (לרבות העליון). מרדכי בן-עזרא הורשע על פי הודאתו ברצח של חלפן כספים. הרשעתו של בן-עזרא התבססה על אמרתיו ועל הודאותיו שמסר לחוקרי המשטרה, וכן על כך שידע פרטים שונים על מעשה העבירה, שחלקם היו, על פי קביעת בית המשפט, "מוכמנים", כך שלא היה יכול לדעת אותם אלמלא נטל חלק במעשה העבירה.⁸⁷ 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 שתיבחר, מסקנתן אחת – שהתוודות הנאשם בדבר מעורבותו במעשי העבירה היא התוודות אמת.⁸⁸

בן-עזרא ערער לבית המשפט העליון. במקביל לכך חלה התפתחות בחקירת הרצח, וראיות חדשות שהתגלו לאחר שהסתיים משפטו של בן-עזרא הביאו להגשת כתב אישום נגד אדם אחר – סימון בן-ארי. בן-ארי הורשע באותו רצח ואילו בן-עזרא זוכה ממנו בהסכמת הפרקליטות.⁸⁹ טענתו העיקרית של סנגורו של בן-ארי בפני הערכאות השונות הייתה כי יש בהרשעתו של בן-עזרא ברצח המנוח כדי להעלות ספק באשמתו של בן-ארי, מאחר שאין כל ראיה שהתקיים קשר כלשהו בין בן-עזרא לבין בן-ארי בביצוע הרצח, ומאחר שכל אחת מן ההרשעות מושתתת על מסכת עובדתית שונה לחלוטין. לפיכך לא יכולות שתי ההרשעות לדור בכפיפה אחת.⁹⁰ נציגת הפרקליטות, כפי שהיא מצוטטת בפסקי הדין של בית המשפט העליון בעניין *בן-ארי*, הבהירה בטיעון בעל פה כי:

בהתחשב בעובדה שהרשעתו של המערער (בן עזרא – א' ג') מבוססת בעיקרה על הודיותיו, ולעומתה עומדת הרשעתו של סימון בן-ארי על יסודות מוצקים של ראיות חיצוניות ואובייקטיביות, ובהעדר ראיות לקשר בין סימון בן-ארי למערער, הגיעה המשיבה למסקנה כי יהיה זה נכון להסכים לערעורו של המערער ולזיכויו מהעבירה בה הורשע.⁹¹

וכן כי:

87 שם, בעמ' 387.

88 שם, בעמ' 388.

89 שם, בעמ' 389.

90 ע"פ 6251/94 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45, 63-64 (1995).

91 שם, בעמ' 59.

מרדכי הלפרט ובוועז סנג'ור

יש שתי מערכות עובדות שמספיקות להרשעה. יש ספק אם הן משתלבות זו בזו ובחרנו ללכת ולסמוך על הגירסה האחת נגד המערער שנראית לנו יותר אמינה. הראיות נגד המערער הינן, לדעתנו, יותר מוצקות.⁹²

רוב השופטים בפרשה סברו כי ההרשעות של בן-עזרא ושל בן-ארי, המייחסות כל אחת את מעשה הרצח לאדם אחר, אינן יכולות להתקיים במקביל.⁹³ השופט קדמי אף כתב כי "לא ניתן היום, בדיעבד, לומר בוודאות שערעורו [של בן-עזרא] היה מתקבל" (ההדגשה והתוספת בסוגריים הן שלנו – מ' ה', ב' ס').⁹⁴

אלא שהוא הוסיף כי:

בנסיבות העניין – לנוכח עוצמת התשתית הראייתית העומדת לחובתו של בן-ארי ובהתחשב בטיבה של התשתית שעמדה בבסיס הרשעתו של בן-עזרא – חייב התרחיש העומד בבסיס הרשעתו של בן-עזרא בדבר ביצוע הרצח, לפנות את מקומו לתרחיש העומד בבסיס הרשעתו של בן-ארי.⁹⁵

שופטי הרוב באותו מקרה השתכנעו כמו המשטרה מהעדויות החזקות נגד בן-ארי והרשיעו אותו. השופט גולדברג קיבל את עמדת בית המשפט המחוזי שדן בעניינו של בן-ארי, שלפיה בן-עזרא הוא עד הפכפך, בלתי-מהימן ובעל נטייה להרס עצמי, ולכן אמירותיו אינן מטילות ספק באשמתו של בן-ארי.⁹⁶ השופט קדמי, בדיעבד, מצא פגמים ב"דבר מה הנוסף" שגרם להרשעתו של בן-עזרא. שופטי המיעוט, דורנר, מצא ואור, סברו כי יש לזכות את בן-ארי, מאחר שאמירותיו של בן-עזרא והרשעתו יצרו ספקות גם לגבי בן-ארי.

העולה מהפרשה הוא שלמרות "סימני האמת" ו"דבר המה הנוסף" שנמצאו באשר להודאתו של בן-עזרא, לרבות ידיעתו של "פרטים מוכמנים", השתכנעו ארבעת שופטי הרוב כי הראיות נגד בן-ארי משכנעות יותר מהראיות נגד בן-עזרא ולכן החליטו להרשיע אותו ולא את בן-עזרא. לולא התגלתה פרשת בן-ארי, ייתכן מאוד⁹⁷ שהרשעתו של בן-עזרא הייתה מאושרת גם בערעור. נראה שעובדת היותו של בן-עזרא עד הפכפך ובלתי-מהימן וכן טיעונו של השופט קדמי, אשר מצא בדיעבד פגמים ב"דבר מה הנוסף", לא היו מונעים (ולא מנעו

92 עניין בן-ארי, לעיל הערה 72, בעמ' 416.

93 שם, בעמ' 415, 417, 446, 470. נציין כי אליבא דשופטים כך וחשין אין לקבל את העמדה שלפיה ההרשעות של בן-עזרא ובן-ארי אינן יכולות לדור בכפיפה אחת. עמדתם התבססה על השערה שנדחתה בידי שאר השופטים, מאחר שלא היה לה גיבוי בחומר הראיות. ראו שם, בעמ' 399, 401, 478.

94 שם, בעמ' 447.

95 שם, בעמ' 446.

96 שם, בעמ' 475.

97 להערכתנו אפילו קרוב לוודאי.

מִקְשָׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן בפועל בבית המשפט המחוזי) את הרשעתו של בן-עזרא. מכאן שבית המשפט יכול לשנות ולמצוא "סימני אמת" ו"דבר מה נוסף" באשר להודאתו של אדם שאיננו מבצע העבירה. מאלפים דבריה של השופטת דורנר באשר לפרשה זו:

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.⁹⁸

הנחה מרכזית התומכת בהשקפתם של אחדים שהודאות הן כמעט תמיד אמיתיות, היא שלחשוד אין טעם להכחיש את אשמתו כשהוא יודע שבידי המשטרה ישנן ראיות מוצקות המצביעות עליה. אך במקרה מן הסוג שבו עוסק מאמרנו – שבו אין נגד החשוד ראיה משמעותית כלשהי מלבד הודאתו (שממנה הוא לרוב כבר חזר) – אין לחשוד סיבה שכזו להודות. הודאתו נותרת בלתי-רציונלית, ולכן גם חשודה מאוד.

אלא שסכנות אלו טרם הופנמו והוכרו בהלכה הישראלית. הפסיקה עדיין רואה בהודאה כלי ראיתי חשוב ומקובל, ומניחה באופטימיות כי בית המשפט, גם ללא ראיות סיוע חיצוניות חזקות, מסוגל להשתכנע כי תוכן ההודאה אמת – ולא לטעות.⁹⁹ יתרה מזו: ישנם שופטים, גם בבית המשפט העליון, המאמינים כי לחצי החקירה דווקא הם שיגרמו לעבריין נחקר להודות הודאת אמת.¹⁰⁰ בכך הם מתעלמים מחזקת החפות ומהאפשרות שאותם לחצים עלולים גם לגרום לאדם חף מפשע להודות ואולי אף להאמין לתוכן ההודאה הכוזבת שנכתבה עליו.¹⁰¹ זאת ועוד, במקרים מסוימים אף כאשר הוכח כי אדם הודה במה שלא עשה, אפילו ברצח, בחר בית המשפט להטיל עליו אחריות מסוימת, הואיל ובהודאתו הכוזבת "הוא שהביא [זאת] על עצמו", הואיל והוא הטעה את חוקריו ועל כן "אין לו אלא להלין על עצמו".¹⁰²

98 ראו בדיון הנוסף, לעיל הערה 3, בעמ' 841.

99 "עם זאת, בטרם אפרט בעניינינו, אבקש לציין, כי מאז דו"ח וועדת גולדברג אכן הועם זוהרה של ההודאה כ'מלכת הראיות', והופנה זרקור לחשש מאפשרות הרשעת אדם חף מפשע. עדיין, לגישתי, יש לה להודאה מקום של כבוד בסולם הראיות הקיימות במשפט פלילי, והיא בבחינת כלי ראיתי חשוב ומקובל באותם מקרים בהם שוכנע בית המשפט כי מדובר בהודאת אמת". ראו ע"פ 6679/04 סטקלר נ' מדינת ישראל, תק-על (2)06, 1655, ס' 23 לפסק דינה של השופטת ארבל (2006).

100 "כפי שפירט בית משפט זה בפסיקתו, קיימים טעמים כבדי משקל למתן הודאה שאינה הודאת שווא. בין טעמים אלו אדגיש את האפשרות של לחץ בו נתון נחקר בחקירה, וכן מקרים בהם מבקש הנחקר למסור את גרסתו, כאשר לא ברור לו מהן הראיות שבידי החוקרים ומה תמונת המצב כנגדו, ועל כן הוא סבור כי הודאתו תסייע בעדו. במקרים שכיחים נוספים בוחר הנאשם לשתף פעולה עם חוקריו כדי לפרוק מעליו תחושת מועקה, או מונע על-ידי שיקולי כדאיות מול חוקריו שמא יפיק מהודאתו המיידית יתרון בבית המשפט". ראו שם (ההדגשה הוספה – מ' ה', ב' ס').

101 ראו עניין זוהר טוקילה, לעיל הערה 67, והטקסט שמעל.

102 ראו את ההחלטה בדבר מתן פיצויים לטארק נוג'ידאת, אשר הודה ברצח החייל אולג שייחט בעוד

לבסוף, ברצוננו להציע מענה מרוכז לשאלה מדוע בתי המשפט אינם מזהים את הודאות השווא. הסברנו לכך מורכב מהדברים הבאים:

ראשית, חרף המחקרים העדכניים המלמדים על קיומה של תופעה רחבת היקף של הודאות שווא ושל הרשעות שווא המבוססות עליהן, שופטים רבים עדיין טועים לחשוב שאדם אינו צפוי להודות בעבירה שלא ביצע, ושלפיכך אם אדם הודה בביצוע העבירה, גבוהים מאוד הסיכויים שהוא אכן אשם, עד כי אפשר אפילו להזניח אפשרות זו וכמעט להתעלם ממנה. שנית, המחקרים תומכים בכך שחוקרי משטרה, תובעים, שופטים ובעצם כולנו איננו יודעים להבחין בין הודאת אמת לבין הודאת שווא.¹⁰³ נראה כי "אותות האמת" שעליהם מדברת פקודת הראיות לא בהכרח מתגלים לנו מעשה יום ביומו.¹⁰⁴

שלישית, נראה כי לא רק חוקרי משטרה ותובעים אלא אף שופטים שבוים לעתים קרובות בקונספציה המוטעית של "אשמת החשוד", שלפיה אפשר להניח שהחשוד הוא אשם ולחפש ראיות לאשמתו; קל וחומר שאפשר להניח שהנאשם הוא אשם.¹⁰⁵

רביעית, בהשפעת קונספציה זו, בעוד שפרטים נכונים – ובמיוחד "פרטים מוכמנים" – המשולבים בהודאת הנאשם מתפרשים כתומכים במסקנה שההודאה היא אמיתית (חרף האפשרות של "זיהום" ההודאה, שלא מודעים לה מספיק¹⁰⁶), הרי באשר לפרטים מוטעים המשולבים בהודאה או בפרוטוקול החקירה הנטייה היא למעט בערכם או אפילו להתעלם מהם כליל.¹⁰⁷

חמישית, בעוד שלהודאה מיוחס משקל מכריע המוליך להרשעה אפילו היא ראייה יחידה

שלא הוא היה הרוצח, ב"ש (מחוזי נצרת) 3040/05 נוג'ידאת נ' מדינת ישראל, אתר נבו (2.11.2006), ס' טז לפסק דינו של השופט אהרן אמינוף: "המבקש, כאמור, לא נפל קרבן לעלילה כוזבת של אחר, אלא היה זה הוא שהביא על עצמו, בהודאותיו המפורטות במשטרה וכן בהודאותיו המפורטות מאוד בפני בית משפט השלום בנצרת כשהובא בעת הבקשה להארכת מעצר ובבקשה למעצר עד תום ההליכים. המבקש הטעה את רשויות החקירה, כפי שפורט בהרחבה לעיל, ואין לו להלין אלא על עצמו. לפיכך, נראה לי כי יש לפסוק למבקש פיצויים מופחתים". בדומה לכך תוארה התנהגותו של יוסף זוהר בחקירה כמוזרה וכמעלה חשד שניסה לשבש את החקירה. ראו את פסק הדין בעניין זוהר, לעיל הערה 67, בס' 32 לפסק דינו של השופט ד"ר עמירם בנימיני. אנו תמהים כיצד אפשר לומר על אדם חף מפשע, אשר חירותו נשללה ממנו לצורך חקירה ושגרסתו הראשונית והאמתית נדחתה שוב ושוב ושוב בידי החוקרים בשיטת חקירה המצליחה "לשגע" אדם אחר (טוקילה), כי עולה חשד שהוא ניסה לשבש את החקירה. אנו סבורים, בעקבות צפייה בקלטות מהחקירה, שמזלו הטוב של יוסף זוהר שהוא הצליח לעמוד בלחץ, ושלא הפך גם הוא לחומר ביד החוקר כפי שאירע הרבר לטוקילה. יש לשבח ולגנותו.

- 103 ראו לעיל הערות 78-80 ואת הטקסט המפנה אליהן.
- 104 סעיף 53 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971 – "ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם ענין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט".
- 105 ראו בוועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה?" משפט וזכא יט 77, הערה 33 והאסמכתאות המופיעות שם (2007).
- 106 ראו את מחקרו של Garrett, לעיל הערה 38.
- 107 שם, בעמ' 1088.

מִקְשָׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

לאשמתו של הנאשם, הרי להכחשות שהכחיש הנאשם את ביצוע העבירה – הן בחקירת המשטרה והן במהלך המשפט – לא מיוחסת בדרך כלל משמעות כלשהי, בין אם הן קדמו להודאה, בין אם באו אחריה ובין אם הן היו קיימות לכל אורך הדרך.¹⁰⁸

גם כשהנחקר מספר על פשעים אחדים שלגבי חלקם מתברר חד־משמעית שמדובר בהודאות שווא, עדיין ישנה נטייה לברור את ההודאה בפשע שלגביו אין הוכחה שלא הנאשם הוא שביצע אותו ולדבוק בה בדרך להרשעה.¹⁰⁹

שביעית, מכיוון שבוררים מתוך כמה הודאות בפשעים שונים את זו המובאת לבית המשפט, בוררים לגביה אך ורק את האמירות המפלילות, מתעלמים מן ההכחשות, בוררים את הפרטים התואמים את זירת הפשע ומתעלמים מאלה שאינם מתאימים – פוחתים עוד יותר הסיכויים שבית המשפט ידע לזהות שמדובר בהודאת שווא.

שמינית, חוקרי המשטרה נוטים לסמוך על התובעים ועל השופטים שיבואו אחריהם ויסננו החוצה את הטעויות (הודאות השווא שגבו החוקרים); התובעים נוטים לסמוך הן על חוקרי המשטרה שפעלו לפנייהם (ושעמם יש להם קשרי עבודה קבועים) והן על השופטים שיבואו אחריהם (הרי הם השופטים) שימנעו הרשעות שווא; ואילו השופטים, שידיהם עמוסות עבודה, נוטים לסמוך על אנשי אכיפת החוק – חוקרי המשטרה והתובעים – כי עשו מלאכתם נאמנה והביאו בפניהם את האשמים ולא את החפים. בדומה, שופטי הערעור נוטים לסמוך על שופטי הערכאה הראשונה.¹¹⁰

ותשיעית, הסטטיסטיקה הקיצונית שלפיה במדינת ישראל כמעט כל הנאשמים מורשעים (בשנים האחרונות הגענו אפילו לשיעור הרשעות, ב"עבירות רציניות", של 99.9% – רק אחד מאלף זוכה¹¹¹) משפיעה על כולם – בכל הדרגים – השפעה המרדימה את החושים האמורים לגלות את הנאשמים החפים מפשע ואת הודאות השווא.

בטרם נציע מודל תאורטי מתחום ההסתברות והלוגיקה לדיון שיטתי בהודאות בכלל ובהודאתו של סולימאן אל עביד בפרט, נפנה לניתוח פסקי הדין בעניינו בכלים המשפטיים המקובלים.

108 A. Farkas & E. Röth, *The Constitutional Limits of the Efficiency of Criminal Justice*, 37 ACTA JURIDICA HUNGARICA 139, 145 (1995-97). וראו להלן הערות 121-127 ואת הטקסט המפנה אליהן.

109 לדוגמאות מן המציאות הקשה ראו Garrett, לעיל הערה 38, בעמ' 1088.
110 נטייה זו מוצאת את ביטוייה גם בהלכה מעקרת-הערעורים שלפיה בית משפט שבערעור איננו מתערב בקביעות עובדתיות של הערכאה הראשונה ובמיוחד באשר למהימנותם של עדים; הלכה המכונה "הלכת אי-ההתערבות", וש אפשר לכוונה "הלכת אי-ההתאמצות" – ראו בועז סנג'רו ומרדכי קרמניצר, "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדין" *עלי משפט* א 97, 110 והאסמכתאות המובאות שם בהערה 43 (התש"ס).

111 ראו את אתר האינטרנט של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה www1.cbs.gov.il. כן ראו טבלה מסוימת שם (11.3): www1.cbs.gov.il/shnaton58/st11_03.pdf.

**ג. הניתוח שבפסקי הדין בפרשת אל עביד – הודאה בצירוף "דבר מה נוסף"
או אפילו "סיוע"**

בבית המשפט המחוזי הורשע סולימאן אל עביד ברוב דעות על פי הודאתו באשמת אונס ורצח הנערה חנית קיקוס ז"ל.¹¹² במרבית הודאותיו הייתה גרסת אל עביד כי לאחר שאנסה ורצחה, השליך את גופת המנוחה באתר המזבלה דודאים, מקום עבודתו. אך בטרם נשמע ערעורו, התגלה שלד המנוחה בכור ניקוז ליד השכונה נאות חצרים שבפאתי באר שבע, מקום שאיננו מתיישב עם הודאותיו של אל עביד. לפיכך בוטל פסק דינו של בית המשפט המחוזי, והדיון הוחזר אליו כדי שיבחן ראיות חדשות וכדי שייתן פסק דין חדש. בית המשפט המחוזי הרשיע את אל עביד שנית,¹¹³ שוב ברוב דעות, בהבדל חשוב אחד: בעוד שבפסק הדין המחוזי הראשון סבר שופט המיעוט הנדל כי יש לזכות את הנאשם מחמת הספק, הרי בפסק הדין המחוזי השני, לאור מציאת הגופה במקום שאיננו מתיישב עם ההודאה, תמך השופט הנדל בזיכוי מלא.¹¹⁴ ערעורו של אל עביד לבית המשפט העליון נתקבל חלקית וברוב דעות מורכב, כך שאושרה הרשעתו באשמת אונס ובוטלה הרשעתו באשמת רצח. לבקשות שני הצדדים הורה נשיא בית המשפט העליון לקיים דיון נוסף, שבסופו הורשע אל עביד ברצח בדעת רוב של שישה כנגד שלושה שופטים, ובאינוס בדעת רוב של שבעה שופטים כנגד שניים. השופט קדמי הציע להרשיעו בעבירת האינוס אך לא בעבירת הרצח.¹¹⁵

באשר למבחן הפנימי של "סימני האמת" העולים מן ההודאה עצמה, נטו שופטי הרוב המרשיעים בכל אחת מן הערכאות לייחס להודאתו של אל עביד אמינות גבוהה, חרף שורה ארוכה של פרכות בהודאה (כגון העילה לנסיעה, מקום האיסוף של המנוחה, תיאור המנוחה, אופן ההמתה ומקום השלכתה של הגופה).¹¹⁶ שופטי הרוב בבית המשפט העליון, הן בערעור

112 ת"פ (מחוזי ב"ש) 76/93 מדינת ישראל נ' אל עביד, פדאור 94(3) 550 (1994) (להלן: פסק הדין המחוזי הראשון).

113 ת"פ (מחוזי ב"ש) 76/93 מדינת ישראל נ' אל עביד, דינים מחוזי כו(4) 274 (1996) (להלן: פסק הדין המחוזי השני).

114 לדעתנו, גם אלה שאינם מקבלים את ההצעה לשנות את החוק הישראלי, שלפיה הרשעה תתאפשר רק פה אחד ולא יהיה די ברוב דעות, צריכים להסכים כי אם עמדת המיעוט איננה "זיכוי מחמת הספק", אלא "זיכוי מלא", מן הראוי לקבוע שמתקיים ספק סביר המחייב זיכוי. נושא זה חורג מתחום מאמרנו זה. ראו אצל בוועז סנג'רו ואיתי ליפשיץ, "הרשעה – רק פה אחד" עלי משפט ח 337 (2010).

115 בשנת 1997 הזמין שר המשפטים, לצורך דיון בבקשתו של אל עביד לקיים משפט חוזר, חוות דעת משופטת בית המשפט העליון (בדימוס) מרים בן-פורת, אשר הצטרפה לעמדת השופטים המרשיעים.

116 הפרכות נסקרו בידי השופט גולדברג בערעור הפלילי והן מסוכמות בידי השופטת דורנר בדיון הנוסף, לעיל הערה 3, בעמ' 849-847: "מן המקובץ עולות התמיהות העיקריות הבאות: מה טעם ראה העותר, לאחר שכבר הודה באינסוסה וברציחתה של המנוחה, להסתיר את מקום הימצאה של הגופה? מדוע התוודתו של המערער בפני המדובב הייתה חלקית בלבד... מה ההסבר לחלל בתודעת העותר בכל הנוגע לתיאור המנוחה, לגילה, למראה החיצוני שלה ולבגדים שלבשה, למרות שאלו פרטים אשר סביר להניח כי ייחרטו בזכרונו של אנס ורוצח ואין סיבה נראית לעיץ מדוע יסתירם בהודאתו? כיצד

מְקַשֵּׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

הפליילי והן בדיון הנוסף, התרשמו בייחוד מסרט הוידאו של השחזור.¹¹⁷ המחקרים שנעשו בעשורים האחרונים מטילים כאמור ספק רב בעצם יכולתם של שופטים להבחין בין אמת לבין שקר.¹¹⁸ גם שופט המיעוט דורנר צפתה בסרט השחזור, ובכל זאת מסקנתה היא: "לסיכום, שקלולם של שלושת המרכיבים שיש בהם כדי להשפיע על הערכת משקלה הפנימי של ההודאה – לאמור: מבנה אישיותו של מוסר ההודאה, נסיבות גבייתה וסימני האמת העולים מתוכנה של ההודאה – מוליך למסקנה כי משקלה העצמי של ההודאה הוא חסר".¹¹⁹ הגם שאנו מפקפקים מאוד באמינותה ובהגיונה הפנימי של הודאה זו, לא נוכל במסגרת מאמר זה להיכנס לכל אותם פרטים המובאים בארבעת פסקי הדין השונים שניתנו בפרשה זו בידי תריסר שופטים על פני מאות עמודים. הנחתנו היא שהמעוניינים בדבר קראו או יקראו את פסקי הדין עצמם, ונסתפק בהצבעה על עניין חשוב מאוד בעניינו, העשוי לשמש לקוראים מעין "מורה נבוכים" בקריאת הערכותיהם השונות כל כך של השופטים: רק שופטי המיעוט המזכים, הנדל בבית המשפט המחוזי וגולדברג בערעור בבית המשפט העליון, הצליחו להביא כתימה לעמדתם ציטוטים נרחבים ורזופים מ"הודאותיו" של אל עביד.¹²⁰ למקרא ציטוטים אלה, שבהם נע אל עביד כמטוטלת בין הודאה שלעתיים קרובות איננה הגיונית, לבין הכחשת ביצוע הפשע ואמירה כי שיקר כשהודה בביצועו וחוזר חלילה,¹²¹ קשה לייחס אמינות רבה

אפשר להסביר את העובדה שהעותר לא היה עקיב בנוגע לתיאור סוג המשקה החרף ששתה או לדרך שבה השיג משקה זה? מהן נסיבות נסיעתו של העותר לצומת...?"

117 כך למשל, כתב-התוויה השופט חשין: "בשיבתי בערעור מן-המניין אין אני רואה אלא כתיבי בידין למיניהם... לא כן בעניינינו-שלנו. צפיתי בסירטי השיחזור שאל-עביד הוא הגיבור הראשי בהם. ראיתי את אל-עביד מתאר את שאירע ושמעתי את קולו בהצגות השיחזור. האדם יראה לעיניים ואני ראיתי לעיניו של אל-עביד והקשבתי רב-קשב לקולו. אחרי כל אלה ידעתי בי – ככל שיוכל אדם לדעת – כי הודייתו אין היא הודיית-שווא..." ראו בדיון הנוסף, לעיל הערה 3, בעמ' 832.

118 ראו לעיל הערות 78, 79 ואת הטקסט שמעליהן. נציין שגם בעניין *זוהר טוקילה*, (לעיל הערה 67 והטקסט שמעל), ייחסה התביעה חשיבות רבה לשחזור. אלא שבמקרה ההוא, עדויות אובייקטיביות שהפריכו את עמדת התביעה וכן קלטות החקירה, הביאו את השופט ישעיהו שנלר לכתוב כך: "בנסיבות אלו, גם אם נבחן את השחזור האוטנטי" הרי שאין לבחון שחזור זה במנותק מאשר אירע לפני אותו שחזור ובמנותק מאותן פעולות שהראה הנאשם שאלו בוצעו כביכול, כשהחוקרים הם אלה שהסבירו לנאשם שאם הדברים בוצעו כפי שהוא הדגים להם, הרי אין הדברים הגיוניים, ואזי או שהחוקרים סיפרו לו את אשר אירע או הדגימו את אשר אירע". ראו את פסק הדין בעניין *טוקילה*, לעיל הערה 67, בסעיף 211 לפסק דינו של השופט שנלר (ההדגשה הוספה – מ' ה', ב' ס').

119 הדיון הנוסף, לעיל הערה 3, בעמ' 848-849.

120 ראו את פסק הדין המחוזי השני, לעיל הערה 113, בס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל; הערעור הפליילי, לעיל הערה 3, בעמ' 699-713, בפסק דינו של השופט גולדברג.

121 בצורה דומה מאפיין גם השופט גולדברג את הודאתו של אל עביד, ראו את הערעור הפליילי, לעיל הערה 3, בעמ' 715. ואילו השופט דורנר מביאה ציטוטים מאלפים מדבריו של המדובר שבאוזניו הודה (ואף הכחיש...) אל עביד, המשקפים בלבול: "פעם אתה אומר שכן לקחת אותה, פעם אתה אומר לא, אני לא מבין אותך"; "תחליט, עשית או לא עשית?"; "אני לא מבין אותך, אתה הרגת אותה או לא הרגת אותה, תגיד לי". ראו בדיון הנוסף, לעיל הערה 3, בעמ' 846.

להודאתו.¹²² לעומתם נאלצו השופטים המרשיעים לבור את המוץ מן התבן, את המפליל מן המזכה, ולהביא בפסקי הדין שלהם קטעים קצרים, לעתים רק משפט קצר או חלק של משפט, כדי להלך בין הטיפות ולא להכניס לציטוט את ההכחות התכופות או את אין-ספור הפרטים הלא-הגיוניים. אכן, זהו ביטוי מובהק לפעולה אנושית תחת כנפיה של קונספציה, במקרה הזה הקונספציה המסוכנת של "אשמת הנאשם", שלפיה מניחים שהנאשם אשם ומחפשים תמיכה להנחה זו והסברים לפרטים שאינם מתיישרים עמה. נביא כמה דוגמאות בולטות לכך: כך למשל, שאל השופט סגל: "האם בשל העובדה שהגופה נמצאה... בבור הניקוז... נסיר כל אשמה מן המודה...?"¹²³ דוגמה אחרת היא עדותו של המתמלל מטעם המשטרה של הקלטות שיחותיו של הנאשם עם המדובב, אשר נחשבו בידי בית המשפט להודאה: המתמלל העיד שהוא חשב שאמירות כגון "אני חף מפשע" אינן רלוונטיות ושאינן צורך לתרגמן, אלא שיש לתרגם רק אמירות המתייחסות לרצח;¹²⁴ כך למשל, גם לאחר שהגופה נמצאה במקום בלתי-צפוי, שאינו מתיישב עם ההודאה, נמנעה המשטרה מלחקור בכיוונים אחרים:¹²⁵ בדומה לכך השתדלו שופטי הרוב המרשיעים ליישב, לעתים תוך המצאת תרחישים חדשים,¹²⁶ בין מקום גילוי הגופה לבין הגרסה שבהודאה, במקום להסיק את המסקנה המתבקשת שהסיק השופט הנדל: "אם הצליח המערער לשכנע כי גופת המנוחה הוטמנה במזבלה, 'מי לידינו כף יתקע כי לא יצליח הוא בנקודות אחרות... מציאת הגופה... מהווה

122 ראו את הציטוטים הנרחבים שמביא השופט גולדברג מתמלילי השיחות של אל עביד עם המדובב בערעור הפלילי, לעיל הערה 3, בעמ' 699-713.

123 פסק הדין המחוזי השני, לעיל הערה 113, בס' 7 לפסק דינו של השופט סגל. הציטוט המלא הוא כדלקמן: "האם בשל העובדה שהגופה נמצאה לאחר שנתיים (!) בבור הניקוז, כשלעצמה, כשניתן בהחלט להבהיר ממצא זה, כמבואר לעיל, תחת אותן מגבלות ידועות של הודאות הנדרשת בפלילים, נסיר כל אשמה מן המודה, כאשר למשקל הודאותיו באונס וברצח בפני המדובב, החוקרים, שופטת המעצרים והתבטאותותיו כלפי אשתו ואמו, וכלפי צלם הטלוויזיה בערבית, ייחסנו ואנו מייחסים גם עתה משקל מירבי, ובעיקר כאשר להודאה זו נמצאו גם תימוכין מסייעים למכביר בחומר הראיות?"

124 פסק הדין המחוזי השני, לעיל הערה 113, בס' 21 (3) לפסק דינו של השופט הנדל.

125 שם, בסעיף 21 (4) לפסק דינו של השופט הנדל.

126 בהתייחסו לשני התרחישים שהציעו שופטי הרוב המרשיעים, כתב השופט גולדברג כך: "לאפשרות כי המערער מסר הודאת אמת בכך כי זרק את הגופה למזבלה, אלא שלאחר שזרק אותה שם ניצל את הימים עד למעצרו, כדי להעביר את הגופה למקום שנמצאה, לא רק שאין אחיזה בראיות, אלא שהיא מתכרסמת בכך ש'מיד באותו לילה, הגיעו משאיות כמידי לילה ושפכו אשפה באותו מקום, וכך מידי לילה (למעט ליל שבת) בכל יום נשפכה באתר דודאים אשפה בכמות של 500 טון' (כדברי סגן הנשיא גלעד). אם כך, לא סביר הוא כי המערער הצליח לחפור מבעד לאלפי טונות של אשפה, למצוא את הגופה, ולהעבירה למקום אחר. האפשרות כי המערער הוא שזרק מיד את גופת המנוחה לבור שבו נמצאה, אף היא בגדר השערה. לא רק שאין היא נסמכת בהודאותיו, ואינה מבוססת על כל ראיה אחרת, אלא ש..." (ומצביע על סתירות באשר ללבוש הגופה – מ' ה', ב' ס') "...אם כבר הודה המערער ברציחת המנוחה, מה טעם ראה שלא לגלות כי טמן אותה במזבלה והעבירה אחר כך לבור...? אפשרות לכאורית אחרת, הגיונית לא פחות, היא כי המערער אכן לא ידע היכן מצויה גופת המנוחה... הנה-כיי-כן, לאפשרויות כולן (כשהן עומדות לעצמן), אין אחיזה בחומר הראיות, וכולן בגדר השערות, כל עוד לא הוכח החלק הראשון, הנוגע לאיננוס". ראו בערעור הפלילי, לעיל הערה 3, בעמ' 713-714.

מְקַשֵּׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

ראיה עצמאית המונעת... את הקביעה כי הודאת הנאשם הודאת אמת היא" ¹²⁷; כך למשל, התייחס השופט אור להכחשותיו של אל עביד השזורות לכל אורך הודאתו: "...לא ניתן לייחס משקל משמעותי להכחשות אלה, בהעדר הסבר כלשהו של אל עביד למדובב או בעדותו בבית המשפט, מה סיבה היתה לו להודות הודיית שווא בפני המדובב".¹²⁸

נראה כי הקונספציה המוטעית של אשמת הנאשם אף הוליכה חלק מן השופטים להתיימר להבין בתחומי הפסיכולוגיה הקוגניטיבית ולהקל ראש בפיגור השכלי שבו לוקה הנאשם. אמנם הייתה מחלוקת בעניין זה בין המומחה מטעם ההגנה, שסבר כי לאל עביד מנת משכל (איי־קיו – IQ) 51 וכי מדובר ב"פיגור אורגני", לבין המומחה מטעם התביעה, שהעריך את מנת המשכל ב-53 וסבר כי מדובר ב"פיגור סביבתי".¹²⁹ חלק משופטי הרוב המרשיעים השתדלו מאוד לשכנע כי חרף קביעות המומחים בדבר פיגור, הם כשופטים הצליחו להתרשם ישירות מן הנאשם ומכך שהוא מקיים אורח חיים מסוים, לרבות הקמת משפחה ועבודה הכוללת הפעלת מכשירים ונהיגה, ולפיכך הם קבעו כי הפיגור איננו משמעותי.¹³⁰ ודוק: השופטים לא דנו בפיגור הקיצוני הנדרש לשלילה מוחלטת של האחריות הפלילית, אלא בפיגור המחייב זהירות באשר להודאה. קו הגבול המקובל לקביעת מצב של פיגור שכלי עובר במנת משכל 70. הנורמה היא מנת משכל 100 (ולשופטים ודאי הרבה יותר). האם היה בכלל מקום למחלוקת? האם אין זה מובן מאליה שמנת משכל נמוכה כל כך (בערך 52) היא פיגור המחייב התייחסות זהירה מאוד להודאה? האם טרם הופנמו הלקחים שנקבעו ברו"ח "הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר", אשר הצביע על הלוקים בשכלם כמשתייכים לקבוצת סיכון של נחקרים העלולים להודות הודאות שווא בסבירות גבוהה מהרגיל?¹³¹ הן המחקרים והן מקרים מציאותיים מלמדים כי גם אנשים נורמליים עלולים להודות הודאות שווא כדי להשתחרר מלחץ של חקירה.¹³² על רקע זה, האם אין הערכתו של השופט גולדברג שייתכן שאל עביד הודה כדי להשתחרר מלחץ החקירה¹³³ או הערכתה של השופטת דורנר בדבר "אפשרות סבירה, אם לא

127 דברי השופט הנדל מצוטטים בידי השופט גולדברג בערעור הפלילי, לעיל הערה 3, בעמ' 691-692.

128 ראו בדיון הנוסף, לעיל הערה 3, בעמ' 817.

129 ראו בפסק הדין המחוזי השני, לעיל הערה 113, בס' 13 לפסק דינו של השופט גלעדי. כאמור, אלה היו הערכותיהם של המומחים לדבר. וראו אצל משה זכי ושרון רינגר "האחריות הפלילית של הלוקה בשכלו: היבטים משפטיים ופסיכולוגיים" *דפואה ומשפט* 26, 84 (2007) (יצוין כי כדברי זכי ורינגר, שם, בעמ' 92, מנת משכל של כ-52 איננה מסוגלת כ"פיגור קל", אלא כ"פיגור בינוני").

130 שם. גם חלק משופטי בית המשפט העליון ניסו את כוחם בהערכות מן התחום הפסיכולוגי-קוגניטיבי – ראו בדיון הנוסף, לעיל הערה 3, בעמ' 856.

131 ראו את דו"ח ועדת גולדברג, לעיל הערה 63, בעמ' 8-10.

132 ראו במאמרו של White, לעיל הערה 51, בעמ' 108. ראו גם את עניין *טוקילה חוהר*, לעיל הערה 67, ואת הטקסט שמעל.

133 ראו בערעור הפלילי, לעיל הערה 3, בעמ' 697-698. הנאשם העיד כך: "לשאלתך מדוע הודיתי אני משיב שאני הייתי נתון בלחץ לא ידעתי להגן על עצמי ושיקרתי. לשאלתך מאיזה לחץ הייתי אני משיב שכל אחד זורק לי מילה כל אחד תופס אותי ומוציא אותי מהחדר אז שיקרתי, זה יותר טוב, יש לי ברירה? אין לי ברירה. זה יותר טוב להודות זה פחות חקירות... כאשר אתה אומר לי שכל אדם אחר

למעלה מכך, שהודאות העותר נמסרו מפיו כתוצאה מאופיין המכוון והמדריך של החקירות יחד עם רצונו של העותר להשיב לחוקריו באופן שירצה אותם¹³⁴ סבירות יותר מעמדותיהם של שופטי הרוב המרשיעים, הנוטים להתעלם מאפשרויות אלו?

כדי להוסיף משקל להודאתו של אל עביד, הדגישו השופטים המרשיעים שוב ושוב כי הוא הודה יותר מפעם אחת ובפני גורמים שונים – המדובר שהוכנס לתאו, חוקרי המשטרה, שופטת המעצרים, ואפילו אמו ורעייתו, אשר להן אמר כשביקרוהו באולם המעצרים כך: "סיפרתי להם הכל תעזבו אותי".¹³⁵ כאשר להודאה שיוחסה לו בפני שופטת המעצרים, הרי כפי שמדקדק בדבריו השופט קדמי, נראה כי לא מדובר בהודאה נוספת, אלא באישור בפני שופטת המעצרים כי הוא כבר הודה קודם לכן – בפני החוקרים.¹³⁶ להערכתנו, כך צריך היה להתייחס גם לאמירתו הנזכרת לעיל של אל עביד ולאמו ולרעייתו.

מרכז הכובד השני בפסקי הדין המרשיעים הוא התוספת הראייתית להודאה. כפי שהסביר השופט גלעדי בבית המשפט המחוזי, אף שההלכה מסתפקת ב"דבר מה נוסף", יש לדרוש בענייננו "סיוע" של ממש, משלוש סיבות: האחת – לא נמצאה הגופה (ולאחר מכן נמצאה, אך במקום בלתי-צפוי בהשוואה להודאה); השנייה – מדובר בנאשם מפגר בשכלו, אשר ייתכן שימסור הודאת שווא כדי לרצות את חוקריו; והשלישית – "העובדה שלא נמצאה כל ראייה אובייקטיבית הקושרת את הנאשם למנוחה" (ההדגשה הוספה – מ'ה, ב' ס').¹³⁷ חלק מהשופטים המרשיעים ראו בתוספות הראייתיות הקלושות שנמצאו להודאתו של אל עביד לא רק "דבר מה נוסף", שמשקלו עשוי לפי ההלכה הישראלית להיות "קל כנוצה", אלא אפילו "סיוע" ואפילו "סיוע חזק". נקדים לכן ונאמר כי עובדה זו מלמדת לדעתנו כי

יבין שאם הוא יגיד את אותם דברים הוא יהיה בבית סוהר הרבה זמן אני משיב שהכל שקר. מרוב הלחץ והפחד הייתי בוכה להם ולא עזר שום דבר... כל הזמן הייתי בלחץ אפילו לא היה לי זמן לנשום... לשאלתך מה חשבתי שיקרה אם אני אודה בפניהם אני משיב שחשבתי שיעזבו אותי מהחקירות ויתחילו לחפש את הבחורה". כפי שכתב השופט גולדברג: "מכאן, שאין מקום לשלול את האפשרות כי לחץ המעצר, אינטנסיביות החקירה וחרדתו של המערער (שלא הייתה לה אחיזה במציאות) מפני אלימות החוקרים, כפי שזו באה לידי ביטוי באמירתו למדובר לאחר הודאתו בחקירה, כי 'עכשיו יתחילו המכות'... הם שהביאו את המערער להודאת שווא" (שם, בעמ' 698). בנקודה זו נבקש לחלוק מעט על השופט גולדברג: אמנם החוקרים לא היכו את אל עביד, אך מכיוון שהיכו בנוכחותו את המדובר (שם, בעמ' 679), אין לקבוע שחרדתו של אל עביד לא הייתה מעוגנת במציאות, הרי החוקרים הפחידוהו. וראו תמיכה חזקה באפשרות שההודאה באה לרצות את החוקרים בציטוט של השופט דורנר מתוך חוות הדעת של המומחה מטעם התביעה, שם, בעמ' 841-842.

134 שם, בעמ' 846.

135 שם, בעמ' 681.

136 שם, בעמ' 730. כך אמר אל עביד לשופטת: "זה לא נכון. אני מרגיש לא טוב. אני אומר שכבר נשברה הצלחת. זה נכון שאני הודיתי שרצחתי ואנסתי את חניתי קיקוס. אין לי מה להגיד מעבר לכך" (שם, בעמ' 681).

137 ראו בפסק הדין המחוזי השני, לעיל הערה 113, בס' 6 לפסק דינו של השופט גלעדי. בדומה לכך קבע שופט הרוב אור בפסק הדין בדיון הנוסף, לעיל הערה 3, בעמ' 820, כי "אין ראייה חפצית או אובייקטיבית ישירה לאשמתו".

מְקַשֵּׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

לשם הקטנת החשש של הרשעת חפים מפשע על סמך הודאות שווא, אין די בכך שהמחוקק יקבע בחוק דרישה של "סיוע", אלא עליו להוסיף ולהגדירו בחוק במפורש ובצמצום. ודוק: הסיבה השלישית שמציינן השופט גלעדי לצורך ב"סיוע" של ממש – "העובדה שלא נמצאה כל ראיה אובייקטיבית הקושרת את הנאשם למנוחה" – מחייבת, אם תופסים נכון את מהותו של ה"סיוע", את המסקנה שאין בפרשת אל עביד סיוע כלשהו להודאה מתוך הגדרה ממש. שהרי אם אין "סיוע" (הרי "לא נמצאה כל ראיה אובייקטיבית הקושרת את הנאשם למנוחה"), אזי אין "סיוע"...¹³⁸

בפסקי הדין שתמכו בהרשעתו נמצאה תמיכה להודאתו של אל עביד בארבעה דברים: ראשית, ביכולתו לתאר נכונה את מצבה של החורשה ביום היעלמה של המנוחה; שנית, ביכולתו למסור פרטים מסוימים על אודות המנוחה (אי-היותה בתולה, עישון הסיגריות והצתתן במצת שהיה ברשותה, קיומם של שקית ניילון או של תיק); שלישית, בעדותו של שומר האתר מוחמד שחדה בדבר הגעתו התמוהה של אל עביד לאתר דודאים בערב היעלמה של המנוחה בשעה מוקדמת מן הרגיל; ורביעית, בהכחשתו השקרית של אל עביד את ביקורו האמור באתר.¹³⁹

אל עביד נמצא משקר בדברים מסוימים, כגון הכחשתו הגורפת במהלך המשפט את ביקורו החריג במזבלה בליל הרצח. אל עביד גם הכחיש כי הודה בפני המדובב. הוא הכחיש כי שתה קפה בצריף של שחדה יחד עם הנהגים האחרים. בית המשפט קבע כי אל עביד שיקר גם בדברים שהיו גלויים לעין.¹⁴⁰ אמנם על פי ההלכה הישראלית שקרי הנאשם עשויים לשמש ראיה לחובתו, ואפילו בדרגת "סיוע".¹⁴¹ ואולם להערכתנו הלכה זו משקפת תפיסה לא-נכונה של המושג "סיוע". סיוע אמור להיות ראיה אובייקטיבית, חיצונית לנאשם, ממשית, הקושרת את הנאשם לביצוע העבירה שבה הוא מואשם.¹⁴² בניסיון להתקרב למודל רצוי זה של המושג "סיוע", קבעה הפסיקה כמה תנאים שעליהם להתקיים בנוגע לשקרי הנאשם כדי שייחשבו לסיוע.¹⁴³ המרכזי שבהם הוא שעל השקרם להיות מהותיים לעבירה שבה הוא מואשם. כפי שהראו נכונה שופטי המיעוט הנדל, גולדברג ודורנר,

138 כך כשמדובר בתפקידו של השופט. שונה הדבר באשר לתפקידו של חוקר המשטרה: בהיעדר "סיוע", תפקידו הוא, במקום להתמקד בחקירת החשוד כמקובל במקומותינו, לצאת לשטח, לחקור חקירה אמיתית ולנסות לאתר ראיות נוספות אשר תחשופנה את האמת – הן ראיות מפלילות והן ראיות מזכות. כך עשוי שינוי החוק, תוך קביעה של המחוקק שגורש סיוע משמעותי וחזק כתנאי להרשעה על סמך הודאה, לא רק למנוע הרשעות שווא על בסיס הודאות שווא, אלא אף לכוון את חוקרי המשטרה לחקור כראוי. ראו אצל סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה", לעיל הערה 1, בעמ' 260-262, 274-267.

139 ראו בדיון הנוסף, לעיל הערה 3, בעמ' 850.

140 שם, בעמ' 757.

141 ע"פ 161/72 סדסור נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 203 (1974).

142 לאפיון הדרישה הראויה של "סיוע חזק" ראו אצל סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה", לעיל הערה 1, בעמ' 256, 274-265, Sangero, *Miranda is Not Enough*; לעיל הערה 1, בעמ' 2817-2825. להגדרת ה"סיוע" בפסיקה הישראלית, ראו לעיל הערה 5.

143 שם, בעמ' 222.

תנאים אלה אינם מתקיימים בשקריו של אל עביד.¹⁴⁴ הניסיון האנושי, השיפוטי והמחקרי מלמד כי אנשים רבים משקרים לעתים תכופות, ומסיבות שונות ומשונות. על אחת כמה וכמה כשאדם נתון בלחץ של חקירה פלילית. גם אדם חף מפשע עשוי לשקר בניסיון להרחיק מעצמו חשד. כך למשל, אם נכח אדם כזה בזירת העבירה, ייתכן מאוד שישקר ויאמר שלא היה שם. חשוד חף מפשע עלול להעדיף למסור גרסה שקרית, אם לדעתו גרסתו האמתית תהיה קשה לאימות או שלא תזכה לאמון,¹⁴⁵ או שיבחר לשקר כדי להדוף את ההאשמה נגדו ויאבד בשל כך מאמינותו (אובדן האמינות מהווה גורם לחץ נוסף).¹⁴⁶ הוסיפו לכך את פיגורו השכלי של אל עביד, ותקבלו גם שקרים באשר לעובדות שאין כל טעם לשקר לגביהן. אולם שקרים לחוד, ואונס ורצח לחוד:¹⁴⁷ שקרי הנאשם אינם יכולים להוות תחליף להוכחת האשמה.¹⁴⁸

לדעתנו, שקריו של נאשם אינם צריכים להיחשב אפילו ל"דבר מה נוסף". הרי מטרתה של דרישה זו היא הסרת החשש שהנאשם הודה הודאת שווא מתוך לחץ פנימי שבתוכו. לשם כך אין תועלת בראיות הנובעות מן הנאשם, כגון סימני אשמה בדבריו ובהתנהגותו. בפסיקת בית המשפט העליון הסתפקו השופטים בסימנים כגון הסתבכות הנאשם בשקרים, הצעתו לשמש עד מדינה, שחזור של הנאשם¹⁴⁹ ולאחרונה אפילו שתיקה במשפט בנסיבות מסוימות.¹⁵⁰ תוספת "קלה כנוצה" כזו איננה ממלאת את ייעודה – אימות ההודאה. דוגמה מאלפת, הן לכך שאין טעם לראות בשחזור "דבר מה נוסף" והן לכך ש"דבר המה הנוסף" ה"קל כנוצה" יציר הפסיקה איננו מסוגל למלא את תפקידו (הסרת החשש שמדובר בהודאת שווא), הוא פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בעניינו של יבגני בירמן.¹⁵¹ ואלה פרטי המקרה: חסר בית נרצח. המשטרה חיפשה את הרוצח "מתחת לפנס", והאשימה ברצח חסר בית אחר, שלרוע מזלו הסתובב באותו אזור והכיר את המנוח. בית המשפט דן ב"הודאה" שהציגה התביעה, והגיע למסקנה שלא מדובר כלל בהודאה בהמתת המנוח, אלא רק בהודאה בהכאתו. לא הוכח כלל שהנאשם גרם למות המנוח, וודאי שלא

144 ראו (בהתאמה) בפסק הדין המחוזי השני, לעיל הערה 113, בס' 19 לפסק דינו של השופט הנדל; בערעור הפלילי, לעיל הערה 3, בעמ' 721; בדין הנוסף, לעיל הערה 3, בעמ' 851-852.

145 Danny Ciraco, *Reverse Engineering*, 11 W.R.L.S.I. 41, 61 (2001). ידועה התופעה שחף מפשע משקר כדי לשפר את גרסת הגנתו. ראו בעניין זה אצל DAVID BENTLEY, ENGLISH CRIMINAL JUSTICE IN THE NINETEENTH CENTURY 173, 199-200 (1998).

146 DAVID WOLCHOVER & HEATON ARMSTRONG, ON CONFESSION EVIDENCE 113 (1996).

147 כפי שכתב השופט הנדל, העובדה שהנאשם משקר או לא מספק הסבר איננה מוכיחה את האשמה מעבר לספק סביר. "תוצאה אחרת אינה אלא העברת הנטל מצידו האחד של המתחם לצידו השני". ראו בפסק הדין המחוזי השני, לעיל הערה 113, בס' 23 לפסק דינו של השופט הנדל.

148 ראו למשל ע"פ 179/58 אלישיב נ' היועץ המשפטי, פ"ד יב 2012, 2014 (1958).

149 להפניות לפסיקה ראו אצל קדמי, לעיל הערה 5.

150 רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, תק-על 4022 (4) (2006). וראו אצל רינת קיטאי סנג'רו "שתיקה כהודאה: על התפישה המוטעית של שתיקה בבית משפט בדבר מה נוסף להודאה בחקירה" משפט וצבא יח 31 (התשס"ה) (המאמר נכתב לפני פסק הדין של בית המשפט העליון).

151 תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1002/02 מדינת ישראל נ' בירמן (טרם פורסם, 29.3.2005).

מִקְשָׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

הוכחה כוונה להמית. כדברי בית המשפט, שהתרשם 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". לפיכך זוכה הנאשם מעבירת הרצח. בכל זאת מצא בית המשפט לנכון לדרון גם ב"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".¹⁵² 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 שקריו של הנאשם והן השחזור. יצוין כי בית המשפט הסתייג מן ההלכה שלפיה שחזור מהווה "דבר מה נוסף", אך ראה את עצמו כפוף לה.¹⁵³ ואכן נראה כי בכל 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), תמיד אפשר יהיה למצוא "דבר מה נוסף", אם רק רוצים למוצאו. כפי שניווכח להלן תוך ניתוח פרשת אל עביד, למצער יימצא ה"דבר מה הנוסף" המבוקש באותו חשד קלוש שהוליד לחקירה ולהודאה.

כפי שהראו נכונה שופטי המיעוט, גם הפרטים שידע אל עביד, המשובצים בהודאותיו, אינם ייחודיים דיים כדי להיחשב "דבר מה נוסף", שלא לדבר על "סיוע".¹⁵⁴ לפי ההלכה, "כדי שבקיאות בפרטים תהא בעלת אופי מסבך, יש להקפיד על כך שהבקיאות תהיה ברורה וגלויה, ולא תהיה מוטלת בספק; כי קיומו של הפרט במציאות יוכח כדבעי וכי פרט זה לא יכול היה להימצא אלא בתודעתו של מי שביצע את העבירה. כמו כן, קיים יחס הפוך בין שכחות הפרט לבין משקלו הראייתי".¹⁵⁵ משונה בעינינו ששופטי הרוב היו מוכנים לראות כ"דבר מה נוסף", חלקם אף כ"סיוע" וחלקם אפילו כ"סיוע חזק", את העובדה שהנאשם ידע שהמנוחה מעשנת (תוך שימוש במצת!),¹⁵⁶ שהיא איננה בתולה¹⁵⁷ ושהיא נושאת שקית ניילון

152 שם, בפס' 9 לפסק דינו של השופט פלפל.

153 שם. ואלה הדברים כלשונם: "אי אפשר לומר בשום פנים ואופן ששחזור הינו ראיה חיצונית, נוספת על ההודאה. שכן מהו שחזור? שחזור הינו, למעשה, הודאה נוספת של הנאשם. בהנחה שלא היה שחזור, והנאשם נחקר במשטרה פעמיים, והתודה פעמיים בביצוע העבירה, האם יעלה על הדעת לומר שההודאה השניה הינה דבר מה נוסף להודאה הראשונה? בוודאי שלא! כך גם שחזור שנעשה על ידי נאשם שהודה לא יכול לעניות דעתי להיות דבר מה נוסף להודאה! ... המלצותיהם של הפרופסורים רובינשטיין, קרמניצר וד"ר סנג'רו מושכות את הלב – אולם כל עוד פקודת הראיות [נוסח חדש] לא תוקנה אנוס אני לפסוק על פי ההלכה המקובלת כיום ששחזור יש בו כדי להיות דבר מה נוסף..."

154 ראו למשל בדיון הנוסף, לעיל הערה 3, בעמ' 851.

155 הערעור הפלילי, לעיל הערה 3, בעמ' 719 והאסמכתאות המובאות שם.

156 ראו את התייחסותו של השופט גולדברג לתופעה הלא-נדירה של עישון, שם, בעמ' 720.

157 לא זו בלבד שבימינו נערות רבות אינן בתולות, אלא אף, כפי שהבהיר השופט גולדברג, "אין לשלול את האפשרות כי דבריו על כך שהמנוחה לא הייתה בתולה נבעה מ'תפיסת עולמו' על המתירנות המינית שבה נוהגות נערות". ראו שם, בעמ' 720.

(או תיק...),¹⁵⁸ את העובדה שהנאשם ידע שהמנוחה לבשה מכנסיים וחולצה (או שמלה...) ¹⁵⁹ ואת העובדה שהוא ידע על תעלה שנחפרה בחורשה שבה, לפי הודאתו, בוצעו האונס (שלמעשה לא הוכח מעולם) והרצח (שלא הוכח שבוצע באותה חורשה).¹⁶⁰ לא זו בלבד שלא מדובר בפרטים ייחודיים הקושרים את אל עביד אל העבירות, אלא אף, כפי שהראתה השופטת דורנר, יש בחומר הראיות אינדיקציות לכך שחוקרי המשטרה והמדוכב הם שלימדוהו, במודע או שלא במודע, פרטים אלה.¹⁶¹ במאמר מוסגר יצוין כי ראוי היה לקבוע הלכה שתגביל את הפרטים שידיעת הנאשם עליהם תיחשב מפלילה, לפרטים שלא היו בידיעת החוקרים.¹⁶²

שופטי הרוב המרשיעים התרשמו מאוד מעדותו של שחדה על ביקורו המוזר של אל עביד במקום עבודתו במזבלת דודאים בליל היעלמותה של הקרבן, עת הקדים בכשעה, הגיע שלא בבגדי עבודתו ושלא במכונית מעבידו ואולי גם התנהג מעט מוזר. כפי שהסביר נכונה השופט הנדל, בכל תיק שבו ישנה הודאת נאשם, ישנו גם משהו שיצר את החשד. בענייננו זהו הביקור המוקדם במקום העבודה. אם בעקבות ההודאה (שניתנה כתוצאה מחקירה שהתקיימה בשל החשד הקלוש המוקדם) נשוב אל אותו חשד קלוש מוקדם ונהיה מוכנים לראות בו "דבר מה נוסף" להודאה, הרי אפשר לוותר על דרישה זו לחלוטין.¹⁶³ מעניין שגם לאחר שגופתה של הקרבן התגלתה במקום אחר ולא באתר האשפה שבו עבד אל עביד ושבו לפי הודאתו הוא קבר אותה, עדיין המשיכו שופטי הרוב המרשיעים לראות בביקורו המוקדם במקום עבודתו תוספת ראייתית משמעותית להודאת הנאשם, ואפילו בדרגה של "סיוע". אנו מזמינים את

158 שם, בעמ' 720.

159 שם, בעמ' 716.

160 וראו הסבר אפשרי שמעלה השופט גולדברג למקור הידיעה של פרט זה: "בידי המערער היה להבחין בקיומו של המחפר, כשחלף מדי יום בכביש בדרכו לעבודה... ולא זו בלבד, אלא שגם לא מן הנמנע כי המערער הבחין, בזמן נסיעתו בכביש, בתעלה שנחפרה". ראו שם, בעמ' 719. כמו כן ישנה כמובן האפשרות שאל עביד למד פרט זה מחוקריו, אשר לימדו אותו בין במודע ובין שלא במודע: "מהשאלה המדריכה ששאל החוקר במהלך השחזור עולה לכאורה כי [מצבה של החורשה – מ' ה', ב' ס'] היה ידוע למשטרה בעוד מועד". ראו בדיון הנוסף, לעיל הערה 3, בעמ' 850. לבסוף, אפילו אם הכיר אל עביד את החורשה ואת התעלה, האומנם הדבר מלמד שביצע שם אונס ורצח? (אלא אם כן רותמים את העגלה לפני הסוסים ומניחים מראש שההודאה היא הודאת אמת).

161 שם, בעמ' 843-845.

162 וראו אצל סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה", לעיל הערה 1, בעמ' 272-273 ובהערה 102, שם.

163 פסק הדין המחוזי השני, לעיל הערה 113, בס' 19 לפסק דינו של השופט הנדל. למהלך מוטעה המתחיל בחשד קלוש המוביל לחקירה, ממנה להודאה ההופכת את אותו החשד הקלוש לתוספת ראייתית והמסתיים בהרשעה, ראו את דברי השופט אור בדיון הנוסף, לעיל הערה 3, בעמ' 800. השופט אור מוכן לראות אפילו בביקור המוקדם במקום העבודה "ראיית סיוע משמעותית ביותר... זוהי ראייה אובייקטיבית, עליה באה עדות עצמאית שנמצאה מהימנה, אשר קושרת את אל עביד לסביבת המקום בו נעלמה המנוחה, ולזמן בו נעלמה". ראו שם, בעמ' 801. אנו סבורים שזוהי תפיסה מאוד לא נכונה של משמעות המושג המשפטי "סיוע".

מקשף החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

הקוראים לשאול את עצמם כמה פעמים הם הגיעו למקום עבודתם מוקדם מן הרגיל, ואם באשר לכל אחד מאותם מקרים זמין בזיכרונם הסבר משכנע לפשר ההקדמה.

הנה כי כן, גם הניתוח של ההודאה ושל התוספת הראייתית הנדרשת בכלים המקובלים היה צריך להוביל למסקנה שאשמתו של אל עביד לא הוכחה, ודאי שלא מעבר לספק סביר. ההודאה איננה אמינה והתוספות הראייתיות ודאי שאינן בגדר "סיוע", ואפילו "דבר מה נוסף" אין לראות בהן. אלא שלהערכתנו, ניתוחנו דלעיל ישכנע בעיקר את המשוכנעים (ואולי גם את הקרובים לשכנוע) נוכח קריאת פסקי הדין של שופטי המיעוט המזכים. לעומתם, המשוכנעים בנכונות עמדתם של שופטי הרוב המרשיעים עשויים שלא לשנות את דעתם למקרא הפרק הנוכחי של מאמרנו. להם ולשופטי הרוב המרשיעים מוצע הניתוח האלטרנטיבי שלהלן, המומחש באמצעות הלוגיקה הבייסיאנית, אם כי אינו תלוי בה.¹⁶⁴

ד. כשל החלפת ההתניות

כשל החלפת ההתניות 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. ככל שהשוני גדול יותר, כך האשליה הקוגניטיבית הנובעת מכשל זה קיצונית יותר.¹⁶⁵ להלן דוגמאות אחדות לכשל זה:

1. אבחון רפואי.¹⁶⁶ יצרן מדווח (נכונה) כי ערכה ביחית לבדיקת נשאות איידס (HIV) היא מדויקת מאוד וכי ההסתברות לקבלת תוצאה חיובית כוזבת היא רק 0.1%. כלומר, אילו היו 1,000 אנשים בריאים נבדקים, הרי רק לגבי אחד מהם הייתה מתקבלת תוצאה חיובית כוזבת בבדיקה (שלפיה מדובר כביכול בנשא HIV) כתוצאה מטעות. ביש גאד נבדק בערכה זו ותוצאת הבדיקה הייתה חיובית. המחשבה שההסתברות של אותו אדם להיות נשא היא 99.9% והמחשבה שההסתברות של אותו אדם לא להיות נשא היא 0.1% בלבד, עלולה להיות אשליה קוגניטיבית עצומה שמקורה בכשל החלפת ההתניות. האמת היא שההסתברות של אותו אדם להיות נשא תלויה גם במידת שכיחותו של נגיף האיידס באוכלוסייה שאליה הנבדק משתייך ("השער הבסיסי"). אם מדובר בנבדק מקבוצת סיכון נמוך (אינו מקבל עירוי דם, אינו מזריק לגופו דבר, אינו מקיים יחסי מין שאינם בטוחים), אשר שכיחות הנשאות שבה היא מקרה אחד ל-10,000 אנשים, ואם ההסתברות השגיאה השלילית היא אפס,¹⁶⁷ הרי

164 גם שיטות לוגיות אחרות, כגון תורת ההסתברות האינדוקטיבית, אם תיושמה בצורה ראויה, תובלנה למסקנה שמן הראוי היה לזכות את אל עביד.

165 ראו אצל הלפרט ופרדס, לעיל הערה 7, בעמ' 402-412; Sangero & Halpert, לעיל הערה 7, בעמ' 47-56.

166 ראו את ניתוח הדוגמה האמורה לעיל אצל הלפרט ופרדס, לעיל הערה 7, בעמ' 403-408.

167 ההסתברות השגיאה השלילית היא ההסתברות שהבדיקה תראה בטעות כי הנבדק אינו נשא, בעוד שהוא כן נשא.

מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו

הסתברות הנשאות שלו היא כ-9% בלבד (ולא 99.9%), בעוד שהסתברות שהאדם בעצם בריא היא כ-91% (ולא 0.1%).

הנה הסבר קצר לכך: אם ייבדקו 10,000 אנשים מקבוצת הסיכון הנמוך שאליה משתייך ביש ג'א, תתקבל תוצאה חיובית באשר ל-11 מהם: אחד, למרבה הצער, הוא אכן נשא HIV; 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 ג'א הוא נשא היא רק 1/11, כ-9%, או, בניסוח אופטימי יותר, כ-91% שהוא איננו נשא HIV. זוהי דוגמה לאשליה קיצונית, של הסתברות של 99.9% לנשאות, בעוד שהסתברות הנכונה היא 9% בלבד.

2. תוצאה חיובית של בדיקה לגילוי סמים בשתן במקומות עבודה.¹⁶⁸ בבדיקות אקראיות לצוותי אוויר התגלה כי דיילת מסוימת צרכה סם מסוג הרואין. נתון כי ההסתברות לקבלת תוצאה חיובית כוזבת בסוג בדיקה זה היא 1%. כלומר, אם 100 אנשים שלא צרכו סמים היו נבדקים, לגבי אחד מהם הייתה מתקבלת בטעות תוצאה חיובית. כשל החלפת ההתניות הוא המחשבה שלאור תוצאת הבדיקה החיובית, ההסתברות שאותה דיילת צרכה סם מסוג הרואין היא 99% בעוד שההסתברות שהיא לא צרכה את הסם היא 1% בלבד. זוהי מחשבה מוטעית. ההסתברות הנכונה תלויה ביתר הראיות שיש באשר לאותה דיילת. המודל הרפואי יקבע, למשל, כי בהינתן ששכיחות השימוש בהרואין סמוך לבדיקה באותו מקום עבודה היא צרכן 1 ל-1,000 עובדים ובהינתן שהסתברות השגיאה השלילית היא אפס, אזי חרף תוצאת הבדיקה החיובית ישנה הסתברות של כ-91% שאותה דיילת לא השתמשה בסם.

3. הסתברות של התאמה מקרית בבדיקת דנ"א.¹⁶⁹ נתון שההסתברות שתימצא התאמה בין דגימת דנ"א של העבריין שנמצאה בזירת הפשע לבין דגימת דנ"א של חשוד, בהינתן שהחשוד חף מפשע, היא 1/17,425. המחשבה שהסתברות חפותו של חשוד מסוים שנמצאה לגביו התאמה גם היא 1/17,425 בלבד היא דוגמה מצוינת לכשל החלפת ההתניות.¹⁷⁰ הסתברות חפותו של הנאשם תלויה כמובן גם בשאר הראיות. הרי ככל הנראה ישנם במדינה אנשים רבים נוספים שלהם פרופיל גנטי כזה. מכאן שללא תשתית ראייתית נוספת ראויה, אין אפילו עילה למעצרו עד לתום ההליכים המשפטיים.¹⁷¹

כהסבר אינטואיטיבי לתוצאות מפתיעות אלו נציין שבכל אחת מהדוגמאות ניסינו לגלות תופעה נדירה באמצעות בדיקה: בדיקת האיידס מנסה לאתר נשא אחד מקרב 10,000 אנשים בריאים; בדיקת הסמים מנסה לאתר צרכן אחד של סם מסוג הרואין מקרב 1,000 אנשים

168 ראו את המקורות השונים, לעיל הערה 11. כן ראו על ההבדל בין המודל המשפטי למודל הרפואי בנוגע לבדיקות סמים אצל הלפרט וסנג'רו "מדוע אין להסתפק בבדיקת סמים לשם הרשעה?", שם, בעמ' 126-127.

169 ראו את עניין מאלדי, לעיל הערה 10.

170 כאשר מביאים בחשבון את הסתברות שגיאת המעבדה, שהיא כנראה גבוהה בהרבה מהסתברות ההתאמה המקרית, הכשל גדול בהרבה. ראו אצל הלפרט ופרדס, לעיל הערה 7, בעמ' 426-433; Sangero & Halpert, לעיל הערה 7, בעמ' 73-80.

171 ראו את עניין מאלדי, לעיל הערה 10.

מְקֻשָּׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

שאינם צורכים את הסם; בדיקת ה־דנ"א מנסה לאתר עברייני אחד שביצע עבירה מסוימת מקרב כלל תושבי המדינה. כך למשל, בדוגמה של בדיקת הסמים, שכיחות השימוש בסם מסוג הרואין בקרב צוותי האוויר היא 1 ל-1,000. הכשל מתרחש כאשר מתעלמים מנתון זה בדבר שכיחות השימוש בסם. אולם אם יבצעו בדיקות סמים ל-1,000 עובדים, תתקבלנה 11 תוצאות חיוביות, לפי הפירוט הבא: תוצאה חיובית אחת תתקבל כאשר לנבדק שהוא אכן צרכן סם; 10 תוצאות חיוביות נוספות תתקבלנה כתוצאה מטעויות הבדיקה (טעות 1 ל-100 נבדקים "נקיים" משמעותה כ-10 טעויות ל-999 הנבדקים ה"נקיים"). מכאן שמכל 11 תוצאות חיוביות רק אחת היא תוצאת אמת, ולכן ההסתברות שאדם שהתקבלה לגביו תוצאה חיובית בבדיקת הסמים אכן צרך את הסם היא 1/11, כלומר כ-9%. ההסתברות של אותו עובד שבדיקת הסמים שלו הייתה חיובית (כלומר הצביעה על כך שהוא צרך סם) להיות "נקי" (חרף התוצאה החיובית בבדיקה) היא 91%. ככל ששכיחות השימוש בסם שממנה מתעלמים נמוכה יותר, כך האשליה הקוגניטיבית קיצונית יותר. לו היה מדובר בצוותי אוויר אשר שכיחות השימוש בסמים בקרבם גבוהה יותר, כך למשל 1 מ-10 שצורך את הסם, אזי הייתה האשליה פחותה בהרבה. חישוב פשוט יראה כי במקרה זה לכל 100 תוצאות חיוביות אמיתיות היו מתקבלות רק 9 תוצאות כוזבות.¹⁷²

צורה נוספת של הסבר לתוצאות המפתיעות האמורות לעיל היא בעזרת הסתברויות מותנות. נדגים אותה בכל הקשור להסתברות ההתאמה המקרית בבדיקת ה־דנ"א. הסתברות התאמה של 1/17,425 היא הסתברות מותנית. זו ההסתברות שתימצא התאמה בין דגימת דנ"א של העבריין לבין דגימת דנ"א של חשוד, בהינתן שהחשוד חף מפשע. הסתברות זו מניחה את המבוקש (חפות או אשמה), ולכן היא איננה ההסתברות שאמורה לעניין את בית המשפט לצורך הכרעתו במשפט הפלילי. על בית המשפט להתעניין בהסתברות המותנית ההפוכה, היינו הסתברות החפות בהינתן ההתאמה הגנטית (וחרף קיומה).¹⁷³ כך למשל, אם אין ראיות משמעותיות נוספות המצביעות על כך שהחשוד ביצע את העבירה פרט לעובדה שהעבריין היה גבר, אזי מכיוון שישנם מלבד החשוד עוד מאתיים גברים בישראל¹⁷⁴ שלהם אותו פרופיל גנטי שהופק מזירת הפשע, הרי ההסתברות שדווקא החשוד הוא שביצע את העבירה (בהינתן ההתאמה בבדיקת ה־דנ"א) היא 0.5% (0.5%=1/200). מכאן שהסתברות החפות בהינתן ההתאמה (וחרף קיומה) היא 99.5%

172 הנה הסבר קצר לדברים: נתון כי שכיחות השימוש בסם היא 1 ל-10. מכאן נובע כי מקרב 1,000 עובדים, 100 צורכים את הסם ו-900 אינם צורכים את הסם. כאשר נבדוק את 100 העובדים שצרכו את הסם, נקבל 100 תוצאות חיוביות (כאשר ההנחה היא שאין שגיאה שלילית). כאשר נבדוק את 900 העובדים שלא צורכים את הסם, נקבל 9 תוצאות כוזבות (שגיאה חיובית אחת לכל 100 בדיקות תניב בממוצע 9 שגיאות לכל 900 עובדים). מכאן שנקבל 109 תוצאות חיוביות, שמהן 9 בלבד הן כוזבות. לפיכך ההסתברות שאותו נבדק (שלו תוצאה חיובית בבדיקה) אכן צרך סם היא 100/109, השקולה ל-91%. ההסתברות שאותו נבדק לא צרך את הסם היא 9%.

173 הסתברות החפות בהינתן ההתאמה משלימה ל-1 את הסתברות האשמה בהינתן ההתאמה.

174 הכפלת מספר מקורב של גברים בישראל (3.5 מיליון גברים) בהסתברות ההתאמה המקרית נותנת את התוצאה 200. ראו את עניין מאלדי, לעיל הערה 10.

(המשלים ל-100% של 0.5%). כשל החלפת ההתניות במקרה זה הוא ההתייחסות להסתברות ההתאמה בהינתן חפות (0.006% = 1/17,425), אשר בעצם מניחה את המבוקש כאילו היא הסתברות החפות בהינתן ההתאמה (בעוד שלמעשה היא כ-99.5%).¹⁷⁵ באופן זה גם הכשל במקרה של האבחון הרפואי המתואר לעיל הוא ההחלפה בין ההסתברות לקבלת תוצאה חיובית בהינתן שהאדם איננו נשא (0.1%), לבין ההסתברות שהאדם איננו נשא בהינתן (וחרף) התוצאה החיובית בבדיקה (שהיא למעשה 91% ולא 0.1%). הכשל במקרה של בדיקת הסמים המתוארת לעיל הוא החלפת ההסתברות לקבלת תוצאה חיובית בבדיקה בהינתן שהאדם לא צרך את הסם (1%), בהסתברות שהאדם לא צרך את הסם בהינתן (וחרף) התוצאה החיובית (91%).

אולם כפי שמראות דוגמאות אלו, הסתברויות מותנות יכולות להיות שונות לחלוטין, אפילו בכמה סדרי גודל.¹⁷⁶ הקשר בין שתי הסתברויות מותנות הפוכות ניתן באמצעות חוק Bayes. קשר זה מצריך את ידיעת ההסתברות האפריורית של המאורעות. נעבור אפוא לדון בהודאות תוך שימוש בלוגיקה הבייסיאנית לשם המחשה.

ה. יישום הלוגיקה של נוסחת Bayes על הודאות

בפתח הדברים נאמר כי הקוראים שאינם חפצים בהמחשה המתמטית, מוזמנים לדלג אל ההמחשה המספרית האינטואיטיבית שבהמשך המאמר.¹⁷⁷ נתון מקרה שבו נאשם נחקר בחדש לביצוע עבירה מסוימת והודה בה. בנייתוח ההסתברותי נציג את המקרה כשתי השערות וכאירוע נתון. השערה אחת היא השערת האשמה שהנאשם אכן ביצע את העבירה (נסמן אותה ב-G, מלשון "guilty"). השערה שנייה היא השערת החפות שהנאשם לא ביצע את העבירה (נסמן אותה ב-I, מלשון "innocent"). האירוע הנתון הוא ההודאה של הנאשם בביצוע העבירה במהלך החקירה (נסמן אותו ב-E, מלשון "evidence").

נוסחת Bayes, כשהיא מוצגת בצורה של יחסים, קובעת כך:¹⁷⁸

$$(1) \text{ posterior odds} = \text{likelihood ratio} \times \text{prior odds}$$

175 הגנה הסבר קצר למספרים: אם נתון שמדובר באדם חף מפשע, הרי הסיכויים שיהיה לו פרופיל גנטי זהה לזה שנמצא בזירת הפשע הם רק 0.006% (1/17,425). הדבר עלול ליצור את האשליה הקוגניטיבית, שהסיכויים שהאדם שאצלו נמצא אותו פרופיל גנטי הוא מבצע העבירה הם עצומים – 99.994% (ההשלמה ל-100%). אך אנו מחפשים את ההסתברות של האשמה בהינתן תוצאת הבדיקה של ההתאמה הגנטית. מכיוון שישנם בישראל כ-200 גברים שלהם פרופיל גנטי זהה, אזי בהיעדר ראיות משמעותיות נוספות, ההסתברות שדווקא החשוד הנוכחי, מבין כל אותם 200 אנשים, הוא מבצע העבירה, היא כ-0.5% בלבד.

176 ראו אצל הלפרט ופרדס, לעיל הערה 7, בעמ' 403-408.

177 מעט לאחר הטבלה, בתחילת הפסקה שבהמסכה מופיעה ההפניה להערה 195.

178 וראו פירוט בעניין במקורות המופיעים לעיל בהערה 7.

מקשף החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן
 יחס הנראות (likelihood ratio) הוא היחס בין ההסתברות שהנחקר יודה בהינתן שקיימת
 אשמה, לבין ההסתברות שהנחקר יודה בהינתן שקיימת חפות.

$$(2) \text{ likelihood ratio} \equiv \frac{P(E|G)}{P(E|I)}$$

משמעות הסימון $P(A|B)$ היא ההסתברות (probability) של מאורע A בהינתן מאורע B. זהו הביטוי המתמטי לחוזק הראיה (במקרה שלנו – ההודאה). כך למשל, יחס נראות 10 פירושו כי הסתברות התקיימות הראיה בהינתן שהנאשם אשם, היא פי עשרה מהסתברות התקיימות הראיה בהינתן שהנאשם חף מפשע. אולם יחס הנראות כשלעצמו איננו מדד להסתברות אשמתו או חפותו של הנאשם, מאחר שהוא איננו מביא בחשבון את הראיות האחרות, אלא בעצם מניח את המבוקש (המונה של יחס הנראות מניח את האשמה והמכנה מניח את החפות).

יחס ההסתברות האפריורית (prior odds) הוא היחס שבין הסתברות האשמה לבין הסתברות החפות ללא ההודאה, אלא בהתבסס על הראיות האחרות שבידינו:¹⁷⁹

$$(3) \text{ prior odds} \equiv \frac{P(G)}{P(I)}$$

המכפלה של יחס הנראות ביחס ההסתברות האפריורית מאפשרת לחשב את מבוקשנו במשפט הפילי – יחס ההסתברות האפוסטריורית ($\text{posterior odds} = \text{likelihood ratio} \times \text{prior odds}$). יחס זה משקלל את הראיה המרכזית עם הראיות האחרות, והוא מוגדר כך:

$$(4) \text{ posterior odds} \equiv \frac{P(G|E)}{P(I|E)}$$

כשיחס ההסתברות האפוסטריורית הוא 1, הסתברות האשמה בהינתן ההודאה זהה להסתברות החפות בהינתן ההודאה. כשיחס זה גדול מ-1, הסתברות האשמה גבוהה מהסתברות החפות. ככל שיחס זה גדול יותר, כך האשמה מוכחת יותר. כשיחס זה קטן מ-1, הסתברות החפות בהינתן (וחרף) ההודאה גבוהה מהסתברות האשמה. ככל שיחס זה קטן יותר, כך הסתברות החפות גדולה יותר.

¹⁷⁹ כך למשל, אם ישנו אי מבודד (אין נכנס ואין יוצא) שבו התרחש פשע, ובאי מתגוררים 100 בני-אדם שכל אחד מהם חשוד באותה מידה, אזי הסתברות האשמה האפריורית תהיה 1/100 ואילו הסתברות החפות האפריורית תהיה 99/100. הצבה בנוסחה תיתן כי יחס ההסתברות האפריורית במקרה זה הוא

$$\text{prior odds} = \frac{P(G)}{P(I)} = \frac{1/100}{99/100} = 0.0101$$

בשפה הבייסיאנית אומרים כי כדי להכריע במשפט עלינו לדעת את יחס הסתברות האשמה האפוסטריורית. הנוסחה ממחישה לנו את החשיבות העצומה של ה-prior odds, הנקבעים באמצעות כל הראיות שבתיק מלבד ההודאה. כך למשל, כשאדם נחקר ללא חשד חזק ומשמעותי ואין בנמצא ראיות אחרות נגדו מלבד הודאתו, ותחת ההנחה שכל אחד במדינה יכול להיות מבצע העבירה באותה המידה, אזי הסתברות האשמה האפריורית יכולה להיות נמוכה עד כדי אחד למיליונים.¹⁸⁰ התעלמות מהסתברות אפריורית כה נמוכה היא התעלמות מגורם בעל שישה סדרי גודל (!) בחישוב הסתברות האשמה – הסתברות המהווה את מידת הוודאות שיש לנו בהרשעה. הזנחת הסתברות אפריורית שכזו היא דוגמה לדרגה קיצונית של כשל החלפת ההתניות.

כיצד נקבע את יחס הנראות של ההודאה? כפי שראינו, המחקרים מוכיחים כי ישנה תופעה של הודאות שווא. נחקרים רבים מודים בעבירות שכלל לא ביצעו. סביר להניח שהמקרים הלא-מעטים שבהם נחשפו הודאות שווא הם רק קצה הקרחון של התופעה.¹⁸¹ נקדים ונאמר כי לצערנו אין סטטיסטיקה בדוקה של הודאות שווא. אולם במחקר של Russano et al., אשר עסק בהודאת שווא ברמאות אקדמית, שיעור אלו שחתמו על הודאה כוזבת כאשר הופעלו עליהם שיטות חקירה משולבות היה 43%.¹⁸² על פי סקר שנערך בקרב 603 חוקרי משטרה בארצות הברית, נמצא שהחוקרים סבורים שכ-5% מהחפים מודים.¹⁸³ באיסלנד, 12% אחוז מהאסירים שרואיינו דיווחו כי הודו בפשע שלא ביצעו.¹⁸⁴ אמנם אין לנו סטטיסטיקה בדוקה של הודאות שווא; אך נוכח המחקרים שנסקרו לעיל, נוכח מקרים של הודאות שווא שנחשפו¹⁸⁵ ואל מול חקירות לוחצות שתועדו בזמן האחרון, כגון זו שבה נחקר ולנטיין טוקילה¹⁸⁶ וזו שבה נחקר טארק נוג'ידאת,^{187 188} אנו מוכנים להסתכן ולהעריך שייכתן

180 כך למשל העריך מומחה ההגנה בעניין R. v. Adams, [1996] 2 Cr. App. R. 467; R. v. Adams, [1998] 1 Cr. App. R. 377, פרוף Donnelly, את ההסתברות האפריורית של הנאשם להיות העבריין בכ-1/3,600,000, ראו אצל Sangero & Halpert, לעיל הערה 7, בעמ' 55, הערה 48.

181 GUDJONSSON, לעיל הערה 20, בעמ' 173.

182 ראו אצל Russano, Meissner, Narchet & Kassin, לעיל הערה 55, ובטקסט שמעל.

183 ראו אצל Kasson, Leo, Meissner, Richman Police, Colwell, Leach & La Fon, לעיל הערה 58, ובטקסט שמעל.

184 GUDJONSSON, לעיל הערה 20, בעמ' 174-178.

185 מקרים אלו כוללים אף הודאות בפני מדובבים. ראו תפ"ח (מחוזי ת"א) 1172/04 מדינת ישראל נ' קוזנייצוב, אתר נבו (12.12.2005); וראו את מקרה סמירנוב, חסר בית אשר הודה בפני שני מדובבים כי בחודש דצמבר 2004 רצח חסר בית אחר בשם סרגיי דבורקין ושרף את גופתו. אלא שדבורקין התקשר לאחותו והודיע לה שהוא חי. ודאי שהוא לא נרצח. סמירנוב שוחרר ממעצר. ראו מקור עיתונאי לפרשה זאת: צבי הראל ורוני זינגר "ה'נרצח' הודיע שהוא בחיים, והנאשם ברצח שוחרר", *הארץ* 6.1.05, ניתן לציפייה כאן: www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=523888&contrassID=1. באשר לסכנה של הודאות שווא בפני מדובבים, ראו ניר פלסר "תיחום גבולות השימוש במדובבים משטרתיים סמויים לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" *מאזני משפט* ג 439 (התשס"ה).

186 ראו לעיל הערה 67, ואת הטקסט שמעליה.

מִקְשָׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

מאוד שאחד או יותר מכל עשרה נחקרים חפים מפשע צפוי להודות שווא בחקירתו במשטרה.¹⁸⁹ כפי שנראה להלן, גם נוכח הערכות אופטימיות בהרבה, שלפיהן ההסתברות להודאת שווא היא רק 1 ל-100 או אפילו רק 1 ל-1,000, עדיין ישנה סכנה גדולה להרשעת שווא במקרים שבהם ההסתברות האפריורית נמוכה. האם בתי המשפט יודעים לזהות הודאות שווא אלו? כפי שראינו בפרק ב, המחקרים מלמדים שחוקרי המשטרה, התובעים, המושבעים, השופטים ובעצם כולנו איננו יודעים להבחין בין הודאות אמתיות לבין הודאות שווא.¹⁹⁰

יובהר כי בעוד שבאשר לראיות מדעיות, כגון דנ"א וטביעת אצבעות, יחס הנראות אמור לשקף, מלבד את האפשרות של התאמה מקרית, גם את האפשרות של טעות בבדיקת המעבדה או של טעות מומחה,¹⁹¹ הרי באשר להודאות מקובל בעולם המשפט כי בית המשפט הוא המומחה. לפיכך יש להתייחס לאפשרות של טעות של בית המשפט בקביעת אמתות ההודאה.¹⁹²

לשיטתנו, ה־likelihood ratio כשמדובר בהודאות מושפע הן מהאפשרות שמדובר בהודאת שווא והן מהאפשרות של טעות של בית המשפט בהערכת אמתות ההודאה. כדי להדגים את האמור בצורה כמותית, נניח שהייתה לנו סטטיסטיקה בדוקה שלפיה ההסתברות להודאת שווא בהינתן שהנאשם חף מפשע היא 1 ל-10 נחקרים. נניח גם שבמקרה של הודאת שווא, הסיכויים שבית המשפט יגלה זאת הם 50% (לאור המחקרים שנסקרו לעיל, כגון זה של Leo & Ofshe, זוהי הערכה שמרנית ואופטימית). מכאן שההסתברות שהודאה מסוימת היא הודאת שווא שלא תתגלה בידי בית המשפט היא 1 ל-20 (0.05). נציב מספר זה במכנה של יחס הנראות. לצורך המונה של יחס הנראות, עלינו להעריך את ההסתברות שהאדם יודה בהינתן שהוא אשם. כידוע, אי־הודאה (הכחשה) איננה נחשבת ראייה לחפות. הדבר משקף את ההערכה שרבים מן האשמים מכחישים, עד שסביר להניח שרוב האשמים מכחישים. מכאן שההסתברות שאדם יודה בהינתן שהוא אשם תוכל לכל היותר לקבל

187 ראו אצל דורנר, לעיל הערה 2.

188 לטעמנו יש לאסור חקירות לוחצות שכאלו, מאחר שלא זו בלבד שהן פוגעות בכבוד האדם ומהוות עינוי נפשי בלתי נסבל, אלא שאף אין בינן לבין גילוי האמת דבר. הרבה מאוד אנשים עלולים להודות בתנאי חקירה שכאלה בכל דבר שהחוקרים יבקשו מהם להודות בו, ללא קשר למציאות.

189 נציין כי בתי המשפט מתייחסים לתוצאה חיובית של בדיקת סמים כאל ראייה המספיקה לבדה להוכחת היסוד העובדתי של העבירה של צריכת סמים, ללא צורך בדבר מה נוסף, על סמך הנתון כי הסתברות השגיאה בבדיקה נמוכה מטעות חיובית אחת לכל 500 בדיקות (99.8% מהבדיקות מדויקות). מהעובדה שבאשר להודאה כן נדרשת תוספת ראייתית ("דבר מה נוסף") עולה לכאורה שבית המשפט מניח כי ההסתברות להתרחשות הודאת שווא גבוהה מערך זה של 1 ל-500. ראו בג"ץ 27/86 לוברטובסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד (3) 757, 758-759 (1986); וראו גם את המקורות המובאים לעיל בהערה 11.

190 כך למשל מלמד מחקרם של Drizin & Leo, לעיל הערה 79, כי מתוך 125 מקרים של הודאות שווא שנבחנו באותו מחקר, הובילו הודאות השווא להרשעות שווא ב-81% מהם.

191 וראו פירוט בעניין במקורות המובאים לעיל בהערה 7.

192 ראו אצל Sangero & Halpert, לעיל הערה 7, בעמ' 87-88.

מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו

את הערך 0.5, המשקף את האפשרות שלפחות מחצית מהאשמים מכחישים –
 $P(E|G) \leq 0.5$.¹⁹³ נציב במכנה של יחס הנראות את הערך הנוח פחות להוכחת טענתנו,
שהוא 0.5, ונקבל כך:

$$\text{likelihood ratio} = \frac{P(E|G)}{P(E|I)} = \frac{0.5}{0.05} = 10$$

אם מקבלים את ההכרעה הערכית שלפיה מוטב ש-100 עבריינים יזוכו ובלבד שחף מפשע
אחד לא יורשע, כלומר שמקרב 101 הרשעות נסבול לכל היותר הרשעת שווא אחת, הרי
מוצדק להרשיע רק על סמך יחס הסתברות אפוסטריורית שהוא לפחות 100.¹⁹⁴ מכאן שיחס
ההסתברות האפריורית (זה שללא ההודאה) צריך להיות לפחות 10:

$$\text{prior odds} = \frac{\text{posterior odds}}{\text{likelihood ratio}} \geq \frac{100}{10} = 10$$

ומכאן יש לדרוש כי:

$$\text{prior odds} = \frac{P(G)}{P(I)} \geq 10 \Rightarrow P(G) \geq 10 \times P(I)$$

ובמילים: הסתברות האשמה ללא ההודאה, הנלמדת מהראיות האחרות, צריכה להיות בשיעור
של 91% לפחות כדי שאפשר יהיה להגיע להוכחת האשמה מעבר לספק סביר (סף הסתברות
אפוסטריורית 100) על סמך ההודאה.

¹⁹³ או בהסתכלות אחרת, הסתברות השגיאה השלילית כשמדובר בהודאות היא גבוהה מ-50%.
¹⁹⁴ ראו את עניין Schlup v. Delo, 513 U.S. 298, 325 (1995), אשר מצטט את Starkie כדלקמן:
“See also T. Starkie, Evidence 756 (1824) (‘The maxim of the law is... that it is better
that ninety-nine... offenders should escape, than that one innocent man should be
condemned’); ראו גם את עניין Finchim v. Commonwealth, 83 Va. 689, 691 (1887)
“We have accordingly given to the case and to the argument of counsel the most
careful consideration, mindful all the time that it were better, in the eye of the law, that
ninety-nine guilty men should go unpunished, than that one innocent man should
suffer”; ראו גם את עניין United States v. Cole, 25 F. Cas. 493, 509 (1853), שם נאמר כך:
“For it is better, far better, that ninety-nine guilty persons should escape human
punishment, than that one innocent person should suffer it”
Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 453, 460-66 (1895); וראו דיון משפטי הנוגע לבחירת סף זה אצל
Stephen J. Ceci & Richard D. Friedman, *The Suggestibility of Children: Scientific
Research and Legal Implications*, 86 CORNELL L. REV. 33, 76-80 (2000)
נרחב בסף הנדרש להרשעה אצל Boaz Sangero & Mordechai Halpert, *Proposal to Reverse
the View of a Confession: From Key Evidence Requiring Corroboration, to
Corroboration to Key Evidence* (forthcoming, THE UNIVERSITY OF MICHIGAN JOURNAL
OF LAW REFORM).

מְקֻשָּׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

מכאן המסקנה, שוודאי שתפגיע רבים מן הקוראים, שנכון יותר להתייחס להודאה כאל תוספת ראייתית לראיות מוצקות אחרות, אם ישנן, ולא עוד לראות בה ראייה מרכזית להרשעה, שחסרה לה רק תוספת ראייתית. מתחייב כאן היפוך של ממש בתפיסה המקובלת של תפקידה של ההודאה במשפט הפלילי!

כדי להמחיש את המשמעות של הרשעה בתנאים אחרים, נציג נתונים אפשריים בטבלה:

הסתברות האשמה (באחוזים)	יחס הסתברויות אפוסטריורי (המסקנה הסופית)	יחס הנראות (החוזק של ההודאה כראיה לאשמה)	יחס הסתברויות אפריורי (על בסיס הראיות שמלבד ההודאה)
91% (מתחת לסף הנדרש של "מעבר לספק סביר")	10/1 (מתוך 11 הרשעות כאלה, 1 היא הרשעת שווא)	10 (בהנחה שההסתברות שאשם יודה גבוהה פי עשרה מהאפשרות שחף יודה ובית המשפט יאמין)	1/1 ("50:50") (בהנחה שעלינו לאתר את האשם מבין 2 חשודים אפשריים בלבד)
50%	1/1 (מתוך 2 הרשעות כאלה, 1 היא הרשעת שווא)	10	1/10 (בהנחה שעלינו לאתר את האשם מבין 10 חשודים אפשריים)
9%	1/10 (מתוך 11 הרשעות כאלה, 10 הן הרשעות שווא)	10	1/100
0.99%	1/100 (מתוך 101 הרשעות כאלה, 100 הן הרשעות שווא)	10	1/1,000
0.099%	1/1,000 (מתוך 1,001 הרשעות כאלה, 1,000 הן הרשעות שווא)	10	1/10,000
0.99%	1/100 (מתוך 101 הרשעות כאלה, 100 הן הרשעות שווא)	100 (בהנחה שהחוזק של הודאה כראיה הוא פי עשרה מכפי הערכתנו)	1/10,000
9%	1/10 (מתוך 11 הרשעות)	1,000 (בהנחה קיצונית)	1/10,000

מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו

	כאלה, 10 הן הרשעות (שווא)	שהחוזק של הודאה כראיה הוא פי מאה (מכפי הערכתנו)	
--	------------------------------	---	--

חמש השורות הראשונות ממחישות הסתברויות אפריוריות שונות עבור יחס נראות של 10. הראשונה היא מקרה שבו ללא ההודאה הסתברות האשמה (האפריורית, על סמך יתר הראיות) היא 50%. במקרה כזה ההסתברות האפוסטריורית (המסקנה הסופית) היא 1:10, או במילים אחרות מתוך 11 הרשעות, אחת היא הרשעת שווא. כאשר יחס ההסתברות האפריורית הוא 1 ל-10,000, אזי הסתברות האשמה פחותה מ-0.1% ואילו הסתברות החפות גבוהה מ-99.9%. עבור אלה הסבורים כי ההודאה היא ראיה מדויקת הרבה יותר מכפי שאנו מעריכים אותה (יחס נראות 10), הוספנו בטבלה את האפשרויות של יחס נראות 100 או 1,000. והנה אפילו במקרים אלה, כאשר ההסתברות האפריורית נמוכה עד כדי 1 ל-10,000, הסתברות האשמה היא רק 1% ו-9% (בהתאמה) – כזו שלא הייתה מאפשרת לתביעה לזכות אפילו במשפט אזרחי על בסיס מאזן הסתברויות.

את מהות הדברים נוכל להמחיש גם ללא שימוש במושגים בייסיאניים, אלא באמצעות דוגמה מספרית אינטואיטיבית. נניח שבוצע פשע, ואדם שנחקר ללא כל ראיה הקושרת אותו אליו (אלא אך ורק משום שהיה נתון בידי המשטרה במסגרת חקירה של עבירה שונה לחלוטין) הודה בביצועו. בהודאתו לא מסר הנחקר פרט כלשהו שלא היה ידוע כבר לחוקרים ולציבור הרחב, והמשטרה לא מצאה כל ראיה נוספת הקושרת אותו אל הפשע. נניח שהמודה מתגורר בעיר שבה שני מיליון תושבים, שכל אחד ממיליון המבוגרים שבהם היה יכול לבצע את הפשע (כאמור אין ראיה כלשהי, מלבד ההודאה, הקושרת את המודה לפשע יותר משקשור אליו כל אחד מיתר התושבים). נניח כמו קודם, שהייתה לנו סטטיסטיקה שלפיה ההסתברות להודאת שווא בהינתן שהנחקר חף מפשע היא 1 ל-10 מקרים, ושכמקרה של הודאת שווא הסיכוי שבית המשפט יגלה זאת הוא 50%. אילו נחקרו כולם,¹⁹⁵ ייתכן מאוד שהיינו מקבלים 100,000 הודאות שווא (ואולי גם הודאת אמת אחת, אם גם העברייני האמתי היה מודה). שמתוכן בית המשפט צפוי להאמין ל-50,001. הדוגמה ממחישה לנו כי בהיעדר ראיות אחרות הקושרות את החשוד לפשע, אם לפני הודאתו הסיכויים לכך שהוא מבצע העבירה היו 1 ל-1,000,000, הרי בעקבות ההודאה הסיכויים לכך שבידינו האדם הנכון אמנם מעט גבוהים יותר, אך עדיין קלושים – 1 ל-50,001. אפילו המחמירים ביותר (עם החשודים והנאשמים) לא היו מציעים להרשיע אדם במצב שכזה. גם אם נעביר את סיפורנו לעיירה שבה 10,000 מבוגרים, עדיין כל מה שנשיג באמצעות הודאה ללא סיוע הוא המעבר מיחס של 1 ל-10,000 ליחס של 1 ל-501. אפילו בכפר נידח שבו 100 מבוגרים, נקבל במקום היחס של 1

195 לצורך העניין, נניח כי ישנם מיליון צוותי חקירה, אשר כל אחד מהם איננו מודע לקיומם של צוותים אחרים ופועל תחת הקונספציה המקובלת של "אשמת החשוד", דהיינו מניח שהחשוד אשם ומשתדל לחלץ ממנו הודאה.

מְשָׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

ל-100 יחס של 1 ל-6 (17%), דהיינו אפילו לא הוכחת אשמה במאזן הסתברויות. והרי כדי להוכיח את האשמה מעבר לספק סביר יש צורך ביחס של 99 (האפשרות שהאדם אשם) ל-1 (האפשרות שהאדם חף מפשע) או קרוב לכך – מרחק שמים וארץ.

בניתוח מעניין של הודאות שניתנו במסגרת חקירת מעשי טרור, תוך שימוש שונה משלנו בנוסחת Bayes, הראה Robert Matthews כי במקרים מסוימים לא זו בלבד שההודאה לא מצביעה על אשמה, אלא שהיא עשויה אפילו להצביע על חפות! ¹⁹⁶ Matthews התבסס על מחקרים של הודאות, כגון מחקר הידוע של Gudjonsson ¹⁹⁷. מחקרים אלה מראים שמכיוון שטרוריסטים מאומנים לעמוד בלחץ החקירה ולא להודות, ומכיוון שלחץ החקירה הוא כבד במיוחד, לא מתקיימת ההנחה העומדת מאחורי השימוש בהודאה כראיה להרשעה, שלפיה ההסתברות שחף מפשע יודה פחותה מההסתברות שאשם יודה. במצב שכזה, לא זו בלבד שההודאה איננה אינדיקציה לאשמה, אלא יתרה מזו, היא אינדיקציה לחפות דווקא. ניתוח זה של הודאות הניתנות במסגרת חקירות של מעשי טרור לא זו בלבד שהוא מסביר מקרים מצערים כמו "הארבעה מגילפורד" ו"הששה מברמינגהם"; ¹⁹⁸ אפשר לדעתנו אף ללמוד ממנו כי אם ישנם סוגי מקרים שבהם ההודאה כלל לא מצביעה על אשמה, ואפילו מצביעה על חפות, ודאי שיש לבחון היטב את משקלה של ההודאה בכל המקרים, ולא לייחס לה משקל גדול מהמתאים לה. בחינה זו יש לעשות לאור הראיות האחרות שבתיק, ה־prior odds.

1. ביקורת אפשריות על הניתוח ההסתברותי של ההודאה כראיה לאשמה

ביקורת אפשרית אחת היא הטענה שההודאה איננה ראיה סטטיסטית הסתברותית ולכן הניתוח ההסתברותי שאנו עושים, תוך שימוש בנוסחת Bayes, איננו מתאים לה. ביקורת אפשרית נוספת היא הטענה כי לסטטיסטיקות של הודאות שווא (אף אם היו בידינו) ולעובדה שבמקרים רבים הוכח כי נחקרים הודו בעבירות שאותן לא ביצעו, אין רלוונטיות לבדיקת אמתות ההודאה במקרה המסוים הנדון בפני בית המשפט. הסיבה לכך היא שבית המשפט יכול (כביכול) לקבוע במקרה מסוים שמדובר בהודאת אמת, במנותק מיתר הראיות החיצוניות או חרף היעדרן. הוא יעשה זאת באמצעות התרשמות מההודאה, מקלטות החקירה, מעדות הנאשם על דוכן העדים, מטון דבריו, מתנועות גופו ומיתר "סימני האמת", מחקירת עורכי החקירה במטרה לדעת אם הם הפעילו לחצים אסורים וכיוצא באלו. ¹⁹⁹

Robert A. J. Matthews, *The Interrogator's Fallacy*, 31 BULL. INST. MATH. APPL. 3, 4 (1995)

GUDJONSSON, לעיל הערה 20, בעמ' 173.

R. v. McIlkenny, 93 Cr. App. R. 287 (1991); *Armstrong and Others*, THE TIMES (20.10.1989).

לחקרים-ציידים בריטיים, אשר גבו הודאות שווא ופברקו ראיות כדי להשיג הרשעות.

¹⁹⁹ ראו למשל ע"פ 232/55 *היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד*, פ"ד יב 2017, ס' 18 לפסק דינו של השופט זילברג (1958) ("עוד כלל אחד, ידוע ומפורסם, שמן הראוי שנוכריהו כאן, והוא: כי 'עדות שבטלה מקצתה – לא בטלה כולה', וכי בית-המשפט רשאי לתת אמון בחלק מעדותו של העד, גם אם

אשר לביקורת הראשונה, מאחר שההסתברות של הודאת שווא איננה אפסית, הכרחי לבחון מה אפשר ללמוד מתורת ההסתברות על הערכת משקלה הראוי של ההודאה.²⁰⁰ בפסיקת בית המשפט העליון האמריקני מסתמנת גישה השוללת את הודאות המטאפיסית של הכרעת המשפט, והרואה בטעות מאורע בעל הסתברות גדולה מאפס.²⁰¹ מאחר שכל הראיות הן הסתברותיות ובכללן ההודאה, הרי הסתמכות על לוגיקה מתחום תורת ההסתברות ובפרט על הלוגיקה של נוסחת Bayes יכולה לסייע לנו מאוד בקבלת החלטות, ולעזור לנו להימנע מאשליות קוגניטיביות.²⁰²

אשר לביקורת השנייה, טענה זו דומה במהותה לטענת "case specific" שהועלתה באשר לראיית ה-דנ"א. לפי טענה זו אין (כביכול) חשיבות לסטטיסטיקה של שגיאות מעבדה כשבוחנים את אפשרות השגיאה במקרה מסוים, מאחר שבית המשפט מסוגל לבחון את דרך התנהלותה של המעבדה במקרה המסוים הנדון בפניו, ולקבוע אם התרחשה טעות מעבדה במנותק מיתר עובדות המקרה.²⁰³ כנגד טענה זו נציב כמה נימוקים כבדי משקל: ראשית,

הוא רואה כדבר שקר את החלק האחר שבה. כי ניכרים דברי אמת, אפילו אם הם יוצאים מפיו של שקרן. ניכרים הדברים מתוך ה-demeanour של העד, מפני שאפילו אצל שקרן מנוסה, הטון הוא טבעי יותר כאשר הוא אומר את האמת. וב'בת-קול' זו מבחין, כמובן, רק השופט השומע את העד, ולא השופט הקורא את הפרוטוקול" (ההדגשות הוספו – מ' ה' ב' ס'').

200 ניתוחים בייסיאניים לראיות שאינן מדעיות ישנם גם בספרות המשפטית. כך למשל פורסם בכתב העת המשפטי של אוניברסיטת Cornell בארצות הברית ניתוח בייסיאני לעדות מפלילה של ילד על ניצול מיני, ראו אצל Ceci & Friedman, לעיל הערה 194, בעמ' 80-89. וראו גם אצל Sanger & Halpert, לעיל הערה 7.

201 ראו קביעות חוזרות ונשנות של בתי משפט אמריקניים שלפיהן כל הראיות הן הסתברותיות: Victor v. Nebraska, 511 U.S 1, 14 (1994) ("But the beyond a reasonable doubt standard is itself probabilistic"); Riordan v. Kempiners, 831 F.2d 690, 698 (7th Cir. 1987) ("All evidence is probabilistic – statistical evidence merely explicitly so"); United States v. Veysey, 334 F.3d 600, 605 (7th Cir. 2003) ("Statistical evidence is merely probabilistic" "It is now generally recognized, even by the judiciary that since all evidence is probabilistic – there are no metaphysical certainties – evidence should not be excluded merely because its accuracy can be expressed in explicitly probabilistic terms...") ראו אצל Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 51 STAN. L. REV. 1477, 1508 (1999).

202 אף ש-Posner במאמרו לא מציע להכניס את נוסחת Bayes למשפט, הוא רואה בה הנחיה לקבלת החלטות בתנאי אי-ודאות: "The process by which evidence is obtained, presented, and evaluated in a trial can be fruitfully modeled in economic terms, using either a search model or a cost-minimization model and incorporating Bayes' theorem as a –(ההדגשה הוספה)– guide to rational decision making under uncertainty" מ' ה' ב' ס']. ראו שם, בעמ' 1542.

203 NATIONAL RESEARCH COUNCIL, THE EVALUATION OF FORENSIC DNA EVIDENCE 85 (1996) ("The question to be decided is not the general error rate for a laboratory or laboratories over time but rather whether the laboratory doing DNA testing in this

מקשף החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

תאוריות נורמטיביות של ניבוי דורשות כדי לקבוע אם התרחשה טעות בראיה המרכזית, התייחסות למכלול הראיות האחרות במקרה הנדון, אשר בשפה הבייסיאנית מכונה "ההסתברות האפריורית". כך כתבו על עניין זה דניאל כהנמן ועמוס טברסקי:

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.²⁰⁴

כפי שראינו, ישנם מקרים שבהם ההסתברות האפריורית הנמוכה יכולה להוריד את הוודאות שבהרשעה על סמך הודאה בכמה סדרי גודל של ודאות. התעלמות מהסתברות אפריורית נמוכה שכזו היא צורה קיצונית של כשל החלפת ההתניות. הדבר נכון גם אם מאפיינים המתקיימים בהודאה מסוימת במקרה המסוים (ללא ראיות חיצוניות) כגון ההתרשמות מההודאה, מהקלטות החקירה ומעדות הנאשם בבית המשפט (מאפיינים אשר להערכתנו תמיד אפשר למצוא, בכל מקרה ומקרה) תומכים בהשערה שההודאה היא הודאת אמת.²⁰⁵

(“particular case made a critical error”; הלפרט ופרדס, לעיל הערה 7, בעמ' 414-416; Sangero & Halpert, לעיל הערה 7, בעמ' 56-59; וראו גם אצל Jonathan J. Koehler, *Why DNA Likelihood Ratios Should Account for Error (Even When a National Research Council Report Says They Should Not)*, 37 JURIMETRICS J. 425, 431 (1997).
204 Daniel Kahneman & Amos Tversky, *On the Psychology of Prediction*, 80 PSYCHOL. REV. 237, 243 (1973)

205 ראו את דבריו המאלפים של Jonathan J. Koehler, המבקר את הגישה שלפיה סטטיסטיקות של שגיאות מעבר בתעשיית בדיקות ה-DNA אינן רלוונטיות לקביעה אם התרחשה שגיאה במקרה מסוים הנדון בפני בית המשפט: “This argument is an extreme form of the base-rate fallacy. No one would argue that the unique testing features associated with a particular laboratory in a particular case should be ignored when these features are demonstrably related to a reduced error rate. But it is a fallacy to believe that the fact that such individuating features may exist denies relevance to industry-wide error-rate estimates. By this reasoning, one should predict that nearly all newly married couples will stay married, that most major-college football players will play professional football, and that most law professors who submit articles to the Harvard Law Review can expect an acceptance letter. Why? Because, in each case, it is easy to identify a host of individuating features that support the favorable outcome. The Jones newlyweds love each other deeply, Smith the college football player has an influential agent, and Taylor the law professor is working in a hot area of the law. But depressing base-rate frequency statistics tell us that 50% of marriages end in divorce, 99% of major college football players do not make it into professional football, and more than 99% of articles submitted to the Harvard Law Review are rejected. Surely a person who takes these base-rate statistics into account will make more accurate judgments than a person who relies solely on a select sample of individuating information that is consistent with the favorable outcome. Likewise, ignoring the industry-wide DNA error-rate statistics

ככל שהסתברות האשמה האפריורית הנלמדת מיתר עובדות המקרה נמוכה יותר, כך ההסתברות שהנאשם חף מפשע ושבמקרה הנדון התרחשה טעות היא גבוהה יותר. כלומר, ככל שהספק שלנו באשמתו של הנאשם במנותק מההודאה גדול יותר, כך עולה ההסתברות כי מדובר בהודאת שווא.

שנית, הסטטיסטיקה של הודאות שווא היא רלוונטית מאוד למקרה המסוים שבפנינו, מאחר שהיא מספרת לנו כמה אנשים נוספים באוכלוסיית החשודים האפשריים היו מודים, לו אך היו נחקרים במקרה המסוים. כפי שראינו בפרשת *בן עזרא וכן אדי*, מערכת ראיות שנחשבה משכנעת מעבר לספק סביר איבדה מאמינותה לטובת מערכת ראיות אחרת שגם היא נחשבה משכנעת מעבר לספק סביר. בהמשך לכך אפשר לדמיין למשל מצב, שבו לא היו עומדות בפני בית המשפט רק שתי מערכות של ראיות שכל אחת מהן לבריה עשויה להוביל להרשעה (כמו בפרשת *בן אדי וכן עזרא*); במצב שבו היו בפני בית המשפט עשר, מאה ואפילו עשרת אלפים מערכות של ראיות המבוססות על הודאה ועל "דבר מה נוסף", שכל אחת מהן בפני עצמה מספיקה במצב המשפטי הקיים (שבו לא נדרש "סיוע" להודאה) להרשעת נאשם, הרי הטענה שבית המשפט מסוגל לקבוע אם במקרה מסוים ההודאה היא הודאת אמת, לא הייתה מועילית כלל. במקרה כזה, כדי שיוכל להבחין בין ההודאות המתחרות, בית המשפט היה נאלץ להגביה את רף התוספת הראייתית הנדרשת מ"דבר מה נוסף" לרמת "סיוע" לפחות, כך שתהיה בפניו ראיה חיצונית לנאשם, עצמאית וחזקה. בית המשפט לא היה מתיימר במקרה כזה לקבוע כי הוא מסוגל לבור את הודאת האמת רק על פי המאפיינים המסוימים של המקרה שלפניו, מבין שלל הודאות השווא הצפויות להתקבל לפי הסטטיסטיקה הכללית של הודאות השווא. העובדה שמערכות ראייתיות כאלו אינן עומדות בפניו, אלא רק הודאת נאשם אחד העומד לדין, נובעת מסיבה אחת ויחידה: המשטרה לא חוקרת (ולא אמורה לחקור) את כל תושבי המדינה בניסיון לחלץ מהם הודאות.

because there exist favorable individuating features in this laboratory or in this test will produce overly optimistic estimates of the chance that the laboratory did not make an error in the instant case. Because favorable individuating features always exist (e.g., the analyst is experienced, the analyst was observed, the samples were clean, the results were double-checked, etc.), extreme caution must be exercised before concluding that the chance of error in the instant case is lower than the chance of error in the industry as a whole". Jonathan J. Koehler, *Proving the Case: The Science of DNA: On Conveying the Probative Value of DNA Evidence: Frequencies, Likelihood Ratios, and Error Rates*, 67 U. COLO. L. REV. 859, 873-874 (1996) וראו ביקורת דומה שלו אשר פורסמה בכתב העת SCIENCE, על טענה דומה מסוג "case specific" באשר לסטטיסטיקות בדבר שגיאות אנוש אצל מומחים לבריקת טביעות אצבע: Michael J. Saks & Jonathan J. Koehler, *The Coming Paradigm Shift in Forensic Identification Science*, 309 SCIENCE 892, 894-895 (2005).

מקֶשֶׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

יתרה מזו, התוספת הראייתית להודאה צריכה להיות כל כך חזקה, שלא רק שהיא תבדיל את האדם שהודה מעשרת אלפים האנשים שהיו מודים לו אך נחקרו, אלא שעליה גם לבסס את אשמת הנאשם מעבר לכל ספק סביר.²⁰⁶ התוספת הראייתית צריכה להוריד את הסתברות החפות בהינתן (וחרף) ההודאה, העומדת על למעלה מ-99.99%, אל מתחת ל-1% (הרי מוטב שמאה עבריינים יהיו חופשיים ובלבד שחף מפשע לא יורשע). תוספת זו אמורה להיות חזקה מאוד. ספק אם מתאים בכלל לכנותה "תוספת", שכן נראה שחסרות הראיות המרכזיות הדרושות להוכחת האשמה.

שלישית, גם במסגרת אחרת של הערכת ראיות, כמו ההסתברות האינדוקטיבית אשר הציג הפילוסוף L. Jonathan Cohen, הניתוח שלנו תקף.²⁰⁷ לפי שיטתו של כהן, השאלה הנכונה במשפט הפלילי איננה מהי הסתברות האשמה, אלא אם ישנו ספק לגיטימי שלא נסתר.²⁰⁸ במקרה שייטכנו רבים אשר יודו בעבירה לו אך ייחקרו באותם תנאים שבהם נחקר הנאשם העומד מולנו, ונוכח הסתברות של 50% לפחות כי מבצע העבירה האמתי לא יודה, נותר בהחלט ספק גדול. יש לשלול בעזרת ראיות חיצוניות עצמאיות וחזקות נגד הנאשם את האפשרות שמבצע העבירה איננו אחד מאותם רבים שהיו מודים לו אך נחקרו.

ביקורת אפשרית נוספת הן הטענות נגד עצם השימוש בתורת ההסתברות המתמטית במשפט.²⁰⁹ טענות מסוג אחד הן שהפורמליסטיקה וההחלה של תורת ההסתברות במשפט מעלות קשיים נורמטיביים, לוגיים ומעשיים.²¹⁰ חלק מטענות אלו קשורות לפולמוס המפורסם²¹¹ שפורסם ב"Harvard Law Review", בין Finkelstein & Fairley²¹² לבין Tribe.²¹³ טענות מרכזיות שהעלה Tribe הן שכל שימוש בהסתברות אפריורית הגדולה מאפס סותר את

206 הלפרט ופרדס, לעיל הערה 7, בעמ' 410 ובהערה 27 שם.

207 כך למשל העלו דורון מנשה ושי אוצרי טענות נגד ניתוח בייסיאני המראה כי בדיקת סמים איננה יכולה להספיק כראיה יחידה להרשעה, והביעו את דעתם שקשיים אלו נעלמים במסגרת תורת ההסתברות האינדוקטיבית. ראו אצל דורון מנשה ושי אוצרי, לעיל הערה 11, בעמ' 135-136. וראו את תשובתנו, הלפרט וסג'רו "בכל זאת אין להסתפק בבדיקת סמים לשם הרשעה", לעיל הערה 11, בעמ' 175-176. על ההסתברות האינדוקטיבית ראו אצל L. Jonathan Cohen, *The Probable and the Provable* (1977); רון שפירא "המודל ההסתברותי של דיני הראיות – חלק ב – הלוגיקה ההכרתית" עיוני משפט כ 141 (1996); יניב ואקי "סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש" *הפרקליט* מט 463, 492-494 (2007).

208 ראו למשל שם, בעמ' 492.

209 ראו למשל שם, בעמ' 484-491.

210 שם, בעמ' 486.

211 על אודות מחלוקת זו ראו אצל רון שפירא "המודל ההסתברותי של דיני הראיות – חלק א – ביקורות מסורתיות" עיוני משפט יט 205 (1994); שפירא, לעיל הערה 207; רון שפירא "שימוש בטכניקות הסתברותיות לזיהוי אנשים על סמך ראיות נסיבתיות" *פלילים* ב 113 (1991). כן ראו אצל ואקי, לעיל הערה 207, בעמ' 484-491.

212 Michael O. Finkelstein & William B. Fairley, *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, 83 HARV. L. REV. 489, 500 (1970).

213 Laurence H. Tribe, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 HARV. L. REV. 1329 (1971).

חזקת החפות, שישנו קושי מוסרי בהרשעת אדם חרף קיומו של ספק מוצהר והעובדה שאותן הסתברויות הן סובייקטיביות.²¹⁴ טענה נוספת שהועלתה היא שתורת ההסתברות המתמטית איננה תואמת את הדין הנוהג:

כך ניטען כי כלל המכפלה ההסתברותי, הקובע כי ההסתברות להתרחשותם של שני אירועים בלתי תלויים הנה מכפלת ההסתברויות של כל אחד מהם, אינה תואמת את הדין הנוהג, לעניין שקלול הצטברותן של כמה ראיות, או אופן ההתייחסות להוכחת מרכיביה השונים של עבירה (כך למשל בסתירה להלכה בעניין שקלול ראיות נסיבתיות, שלפיה "המסקנה הסופית יכולה להתקבל מתוך צירופן של כמה ראיות נסיבתיות כאלה, שכל אחת מהן אינה מספקת בפני עצמה להרשעת הנאשם" – ע"פ 524/77 מזרחי...)²¹⁵

תחילה נבהיר כי אין בהסתמכותנו על נוסחת Bayes כדי ללמד שאנו תומכים בשימוש בה במשפט לצורך הרשעה. בשום פנים ואופן איננו אומרים כי על השופט לחשב הסתברויות, ואם ההסתברות האפוסטירורית חוצה רף מסוים אזי עליו להרשיע. גם בפולמוס הידוע שבין Finkelstein & Fairley לבין Tribe היה ברור לחלוטין לשני הצדדים המשגה החמור שבהרשעת אדם על סמך ראיות זיהוי לבדה, שהסתברות הטעות שבה (בהינתן שאדם הוא חף מפשע) הינה 1/1,000.²¹⁶ יתר על כן, גם Tribe הסכים כי ההגנה רשאית להשתמש בחישובים כמותיים כדי לסתור עדות מזיקה של עד מומחה, המעיד כי ראיה מסוימת מזהה בצורה כמעט מוחלטת את הנאשם כעבריין.²¹⁷ המחלוקת שם הייתה אם אפשר להרשיע (בהבדל מלזכות) אדם בהתבסס על נוסחת Bayes כאשר ישנן ראיות נוספות.²¹⁸ באותו אופן אנו משתמשים בעובדה שכל הראיות הן הסתברותיות, כדי להדגים את אפשרות התרחשותה של אשליה קוגניטיבית כאשר להודאה. מובן שדבר זה נעשה מבלי לוותר על עקרונות חשובים בדיני הראיות כגון חזקת החפות כאשר אין ראיות קבילות אחרות שהנאשם ביצע את העבירה.²¹⁹

214 שם, בעמ' 1358-1377.

215 ואקי, לעיל הערה 207, בעמ' 486, הערה 130 (המחבר מפנה אל ע"פ 524/77 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 682, 686 (1978)).

216 Tribe, לעיל הערה 213, בעמ' 1355; Finkelstein & Fairley, לעיל הערה 212, בעמ' 497.

217 Tribe, לעיל הערה 213, בעמ' 1377, הערה 155, שם נאמר כך: "But the most common defensive use would probably be the translation into quantitative form of an expert's damaging opinion that a certain physical trace or combination of traces must 'almost certainly' have been left by the accused... I am of the tentative view that the criminal defendant should nonetheless be permitted to initiate the quantification of this sort of expert opinion in order to establish a 'reasonable doubt' as to his guilt".

218 שם.

219 כך למשל, אסור להרשיע על סמך נתון סטטיסטי שלפיו שיעור העבריינים המתגוררים ברחוב שבו מתגורר החשוד הוא גבוה. זוהי "ראייה סטטיסטית עירומה", שאיננה קשורה ישירות לחשוד והיא

מקֶשֶׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

הדבר נכון בפרט בסוג המקרים שבהם אשליה זו עלולה להגיע לממדים קיצוניים, כשאין ראיות משמעותיות נוספות לאשמתו של אדם מלבד הודאתו.

אף שאנו משתמשים במאמר זה במושגים בייסיאנים, הרי אנו עושים זאת לצורך המחשה בלבד. הדוגמאות שהבאנו לכשל החלפת ההתניות וכן הניתוח ההסתברותי של ההודאה הוסברו גם ללא שימוש ישיר בנוסחת Bayes, אלא באמצעות תרגום של הסתברויות לשכיחויות בצורה המונעת אשלויות קוגניטיביות.²²⁰ לאחר שהכשל מובהר, אנו משתמשים, לשם המחשה בלבד, במושגים בייסיאנים, המחודדים את תיאור הנושא.²²¹

אשר לכלל המכפלה ההסתברותי לעניין שקלול הצטברותן של כמה ראיות, הרי הוא דווקא תואם את הדין הנוהג. כך לדוגמה, כל התאמה באתר מדגימת דנ"א שנלקחה מזירת הפשע הפלילי לאתר מדגימת דנ"א שנלקחה מחשוד היא ראיה נסיבתית. ככל שישנן התאמות מאתרים נוספים, הסתברות ההתאמה המקרית, המחושבת באמצעות כלל המכפלה ההסתברותי, פוחתת, והראיה נגד החשוד חזקה יותר. מכאן שכלל המכפלה ההסתברותי מוביל למסקנה הסופית שהוכחת אשמתו של נאשם המבוססת על כמה ראיות נסיבתיות חזקה בהרבה מהוכחת אשמתו המתבססת על כל ראיה נסיבתית בנפרד. מהדוגמה בעניין בדיקת ה-דנ"א אפשר לראות, כי הדרך ההסתברותית הנכונה להעריך צירוף של כמה ראיות נסיבתיות תוך שימוש נכון בכלל המכפלה היא באמצעות התייחסות להסתברויות המותנות. ראיה המתוארת כמוכיחה את אשמתו של אדם בהסתברות 0.9 משמעותה שבהינתן שאותו אדם חף מפשע, הסתברות הראיה היא 0.1 (הערך המשלים את 0.9 ל-1). אם יש לנו שתי ראיות כאלו, אין פירוש הדבר שהסתברות האשמה פוחתת באופן פרדוקסי לכדי $0.9 \times 0.9 = 0.81$, אלא פירושו שבהינתן שאדם חף מפשע, הסתברות שתי הראיות במצטבר היא $0.1 \times 0.1 = 0.01$.²²² מובן שכדי לדעת את הסתברות החפות יש צורך להביא בחשבון גם את הראיות האחרות. לבסוף, יש להישמר מפני כשל החלפת ההתניות, אשר מזהה את ההסתברות שחישבנו (0.01) עם הסתברות החפות, ואת ההסתברות המשלימה ל-1 (0.99) עם הסתברות האשמה. נגד כשל זה יוצא מאמרנו זה.

- D. T. Wasserman, *The Morality of Statistical* ראו למשל אצל *Proof and the Risk of Mistaken Liability*, 13 CARDOZO L. REV. 935 (1991).
- Ulrich Hoffrage, Samuel Lindsey, Ralph Hertwig & Gerd Gigerenzer, *Communicating* 220
Statistical Information, 290 SCIENCE 2261 (2000); Gerd Gigerenzer & Ulrich Hoffrage,
How to Improve Bayesian Reasoning Without Instruction: Frequency Formats, 102
PSYCHOL. REV. 684 (1995).
- נציין כי ישנם חוקרים המשתמשים רק בניתוח בייסיאני לניתוח משקלה של ראיה שאיננה מדעית. ראו
221 Ceci & Friedman, לעיל הערה 194, בעמ' 80-89.
- ALEX STEIN, FOUNDATION OF EVIDENCE LAW 64-106 (2005) 222

ז. הניתוח המוצע: התייחסות רצינית להסתברות האשמה האפריורית של אל עביד

הערכת הסתברות האשמה האפריורית (הערכת הראיות במנותק מההודאה) כלל לא נערכה בעניין אל עביד בידי שופטי הרוב. מעיון בפסקי הדין עולה כי מה שקשר לראשונה את אל עביד לרצח היה עדותו של עד בשם מסעוד אזולאי. "העד מסעוד אזולאי, גר באופקים וביתו נמצא מול בית משפחת קיקוס".²²³ הרקע לחשד הראשוני מתואר בידי השופט אור כך:

אזולאי סיפר למשטרה, כי בעת שהגיע לבור הזבל שבמזבלה, סמוך לחצות בלילה שבו נעלמה המנוחה, מצא את אל עביד יושב במכונית של מעבידו. כששאל את אל עביד לפשר מעשיו במקום בלי השופלדוור המשמש לעבודתו, ענה אל עביד כי מוחמד שחדה (להלן – שחדה) השומר בשער המזבלה מקיים יחסי-מין עם בחורה בצרף השומר, והוא אינו רוצה להפריע לו.²²⁴ למחרת, נודע לאזולאי כי המנוחה נעלמה. בעקבות הדברים שאמר לו אל עביד, התעורר בו החשד כי הבחורה שעליה דיבר אל עביד היא המנוחה. לפיכך דיווח למשטרה על תוכן שיחתו עם אל עביד. יומיים מאוחר יותר, ביום 13.6.1993, לקח אזולאי חלק בשיחה על כוס קפה בין נהגי המשאיות ובין עובדים במזבלה. השיחה נסבה על היעלמה של המנוחה. במהלך השיחה אמר אל עביד דברים, שמהם הבין אזולאי כי המנוחה נמצאת בזבל. אזולאי דיווח למשטרה גם על דברים אלה.²²⁵

כאמור בפסק דינו של השופט 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".²²⁶ דהיינו, העד אזולאי חשד כנראה בשומר ולא באל עביד. אל עביד הודה בפני מדובב ובפני חוקריו, ועל כך בעיקר התבססה הרשעתו. כאמור בפרק ג שלעיל, בפסקי הדין שתמכו בהרשעתו נמצאה תמיכה להודאתו של אל עביד בארבעה דברים: ראשית, ביכולתו לתאר נכונה את מצב החורשה ביום היעלמה של המנוחה; שנית, ביכולתו למסור פרטים מסוימים על אודות המנוחה (איי-היותה בתולה, עישון הסיגריות והצתתן במצת שהיה ברשותה, קיומם של שקית ניילון או תיק); שלישית, בעדותו של שומר האתר שחדה בדבר הגעתו התמוהה של אל עביד לאתר דודאים בערב היעלמה של המנוחה בשעה מוקדמת מן הרגיל; ורביעית, בהכחשתו השקרית של אל עביד את ביקורו האמור

223 פסק הדין המחוזי הראשון, לעיל הערה 112, בס' 4 לפסק דינו של השופט גלעדי.

224 בעדותו המקורית של העד אזולאי הופיע הביטוי הבא: "כאשר שאלתי אותו את השאלה הנ"ל הוא אמר לי מה אני יעשה שהחבר שלי מזיין אני אפריע לו?...?" שם, בס' 34 לפסק דינו של השופט הנדל.

225 הדיון הנוסף, לעיל הערה 3, בעמ' 746-747.

226 פסק הדין המחוזי הראשון, לעיל הערה 112, בס' 34 לפסק דינו של השופט הנדל.

מִקְשָׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

באתר.²²⁷ נוסף על כך יוחסו לנאשם אמירות מחשידות ושקרים, שעליהם ועל משמעותם עמדנו לעיל.

מה משקלן של כלל הראיות נגד אל עביד במנותק מן ההודאה? שאלה זו כלל לא נדונה בידי שופטי הרוב בפסקי הדין בפרשת אל עביד. כדי להשיב על כך יש להביא בחשבון גם ראיות המצביעות על חפות. אמנם אם מניחים כי אל עביד הוא הרוצח, אפשר למצוא הסברים לראיות לחפותו המתיישבים עם הקונספציה המפלילה של אשמת הנאשם, כמו שעשו שופטי הרוב המרשיעים. אולם אנו מנסים להעריך את הסתברות האשמה האפריורית, שאיננה מניחה את המבוקש, ולצורך כך יש להביא בחשבון גם את הראיות לחפותו.

בדיעבד, כאשר אנו יודעים כי גופתה של המנוחה נמצאה הרחק מאתר האשפה דודאים, ברור לנו שרמת החשד כלפי אל עביד וכלפי שחדה שאפשר להצדיקה אובייקטיבית הייתה כה נמוכה, עד שכלל לא הייתה הצדקה לפתוח נגדם בחקירה משטרתית. סביר להניח שאם הגופה הייתה נמצאת סמוך לאחר ההיעלמות במקום שבו נמצאה כעבור כשנתיים, השוטרים היו מתמקדים בחקירתם באנשים הקשורים לאתר שבו נמצאה גופתה של המנוחה, ולא גולשים בחקירותיהם אל עבר כל מי שהתנהג מעט מוזר באותו ערב ברדיוס של קילומטרים.²²⁸ ללא הודאתו של אל עביד וההתייחסות אליה כאל הודאת אמת, איננו יודעים אפילו מתי בוצע הרצח (אולי הוחזקה הקרבן נגד רצונה בדירה בבאר שבע ונרצחה רק למחרת היום?). האם 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? ומדוע שלא נחשוד בכל אותם המונים שקיימו יחסי מין באותו לילה בכל איזור הדרום (וכן בכל אלה שמישהו חושב שקיימו יחסי מין)? אולי שחדה הביא למקום פרוצה?²²⁹ כיצד קיום יחסי מין בצריף השומר, מוזר ככל שיהיה בעיני אזולאי, קשור לרצח שבו נמצאה גופת הנרצחת הרחק משם? בדיעבד, שחדה אף הכחיש שקיים יחסי מין באותו ערב בצריף. יתר על כן, לפי עדותו של אזולאי, אמר אל עביד בשיחה על כוס קפה בין פועלים אחרים ונהגים באתר "אולי הבאתם אותה איתכם בזבל תבדקו במשאית".²³⁰ אולם כאשר אנו יודעים כי גופתה של המנוחה נמצאה הרחק מן האתר ובמנותק מן ההודאה, איו משמעות אפשר לתת לאמירה זו? העד אזולאי, שאמירותיו במשטרה הובילו לפתיחת החקירה נגד שחדה ונגד אל עביד, היה שכן של הקרבן. אך טבעי הוא שיתעניין בגורלה. אולם מדינת ישראל ענקית יחסית לעולמו הצר של אחד מאזרחיה כמו אזולאי, שהוא רחוק

227 הדין הנוסף, לעיל הערה 3, בעמ' 850.

228 וראו את דברי השופט הנדל בפסק הדין המחוזי השני, שניתן לאחר מציאת הגופה, לעיל הערה 113, בס' 21 ("פעולות אלמנטריות כמו בדיקת עברם הפלילי בעבירות מין של העובדים באזור מציאת הגופה לא נעשו").

229 על אפשרות זו עמד השופט הנדל, ראו בפסק הדין המחוזי השני, לעיל הערה 113, בס' 7 לפסק דינו.

230 הדין הנוסף, לעיל הערה 3, בעמ' 777. נוסף, כי מקריאת פסקי הדין איננו יודעים מי העלה את נושא חנית קיקוס באותה שיחת נהגים. בהחלט סביר כי היה זה אזולאי אשר התעניין בגורלה ואף חשד בשחדה או באל עביד.

מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו

מאוד מלהכיר את כל תושביה. מכאן שההסתברות שדווקא הוא (שכן של הקרבן) ייתקל לאחר מעשה סתם כך באדם הקשור להיעלמותה, כאשר בדיעבד אנו יודעים כי לחשדותיו המקוריים נגד שחדה ונגד אל 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, ואשר נסקרו לעיל בפרק ג, אינן מלמדות דבר כאשר הן מופיעות במנותק מההודאה. כך למשל, נמצא "סיוע חזק" להודאתו של אל עביד, לשיטתם של שופטי הרוב המרשיעים, בעובדה שביקר באותו לילה באתר דודאים ללא סיבה ושהכחיש זאת.

כך כתב על עניין זה השופט 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. אם בכל זאת דרוש הסבר, הרי שניתן לקבלו מתמליל שיחה שהתנהלה בין הנאשם למדובב. כזכור, התביעה בדעה כי יש לתת משקל רב לשיחות שהתנהלו בין המדובב לנאשם. הקטע הרלוונטי לענייננו הינו:

"זה חבר שלי הוא כרגע עצור... עומד להשתחרר עדיין לא בחוץ. כל אחד מאיתנו מרחיק את עצמו מהעניין. אנחנו סיכמנו ביחד על גירסה ונגיד בדיוק אותו דבר על השעה".²³¹

על הפרכות הרבות והחשובות שבראיות שהציגה התביעה כתבה השופטת דורנר כך (ההדגשות הוספו – מ' ה, ב' ס'):

הסברים אלה לפרכות וכן "היישוב" בנוגע לביקור העותר באתר הם אפשריים – אף כי בדוחק – 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".²³²

דבריהם של השופטים הנדל ודורנר מרמזים על כשל החלפת ההתניות באשר לחוזק התוספות הראייתיות שנמצאו להודאה. כאשר מניחים שהודאתו של אל עביד היא הודאת אמת (כלומר, מניחים את האשמה), הרי ה"ראיות" הנוספות נגדו מסתברות (אם כי בדוחק). אולם כאשר

²³¹ פסק הדין המחוזי השני, לעיל הערה 113, בס' 19 לפסק דינו של השופט הנדל.

²³² הדיון הנוסף, לעיל הערה 3, בעמ' 853.

מקש'ל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

ישנן רק הראיות הקלושות האחרות נגדו (ללא ההודאה) אשר נותחו בפרק ג, ואשר להן אפשר וצריך להוסיף גם ראיות לחפותו, אשר נותחו בידי שופטי המיעוט, הסתברות האשמה האפרורית של אל עביד היא נמוכה מאוד, ואפילו שואפת לאפס.

ח. כשל החלפת ההתניות בפרשת סולימאן אל עביד

כיצד נימקו שופטי הרוב בבית המשפט העליון את הרשעתו של אל עביד? תחילה השתכנעו השופטים ממבחני האמת הפנימיים בהודאה. לאחר מכן חיפשו ומצאו "חיזוקים וסיוע". כך כתב השופט אהרן 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 "מדוכב", 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 יעניין שם.²³³

אנו סבורים כי עמדת שופטי הרוב הושפעה מאותה אשליה קוגניטיבית הנובעת מכשל החלפת ההתניות. אשליה זו איננה קשורה ישירות לעמדתה של השופטת דורנר, המקובלת גם עלינו, שההודאה היא ראייה חשודה. דבר זה נכון ביחוד כשאין נגד החשוד ראיות משמעותיות אחרות המוכיחות את אשמתו; אילו היו כאלה, אפשר היה לחשוב שאין לו מה להפסיד כתוצאה מהודאתו ושלכן אין לו טעם להכחיש את ביצוע העבירה. כדי לאתר את הכשל, נפרט את שלבי התהליך שהוביל את שופטי הרוב למסקנה שיש להרשיע את אל עביד, ולאחר כל שלב ושלב נעיר את הערותינו לגביו. לצורך הדיון (בלבד) נניח כמו שופטי הרוב כי ההודאה היא ראייה טובה וכי בדרך כלל אין אדם מודה בעבירה שלא עבר:

א. ניכרים סימני אמת פנימיים בהודאה.

לצורך הדיון הנוכחי (בלבד) לא נחלוק על קביעה זו.

ב. אילו אל עביד היה חף מפשע, הרי ההסתברות שהיה מודה הודאת שווא שיש בה סימני אמת כאמור בסעיף א לעיל היא נמוכה.

לצורך הדיון הנוכחי (בלבד) לא נחלוק גם על קביעה זו.

ג. כדי להסיר את החשש ה"קטן" שבסעיף ב ולהרשיע את אל עביד די בתוספת ראייתית קטנה יחסית: "דבר מה נוסף", שמשקלו עשוי להיות קל כנוצה, או סיוע חלש, כפי ששופטי הרוב

233 שם, בעמ' 860.

המרשיעים תפסו את דרישת הסיוע,²³⁴ ואין צורך לדרוש סיוע חיצוני חזק.²³⁵ לא נכון! לפנינו סכנה להתרחשות אשליה קוגניטיבית! כאשר ישנו חשש, אפילו קטן, להודאת שווא, יש להשתמש בהיגיון של נוסחת Bayes, המלמדת אותנו כי אפילו חשש קטן לטעות בראיה המרכזית יוצר ספק עצום באשמתו של אדם במקרים שבהם פרט לאותה ראיה מרכזית אין ראיות חשובות אחרות.

הדבר דומה לאותה ראיית דנ"א שלגביה גם אם הסתברות ההתאמה המקרית נמוכה עד כדי $1/17,425$, עדיין היא לברה איננה מספיקה אפילו למעצר עד תום ההליכים.²³⁶ הסיבה לכך ידועה, ישנם מאות אנשים במדינה שהפרופיל הגנטי שלהם זהה לפרופיל הגנטי שהופק מהראיה. בדיוק כך, גם חשש קלוש באשר לאמתותה של הודאה שניכרים בה סימני אמת, אמור ליצור ספק עצום באשמתו של אל עביד. משמעותו של ספק באשר להודאה – אף של 1 ל-100, ולא רק של 1 ל-10⁶ כפי שאנו מעריכים – היא שבכל רחוב בבאר שבע, ברהט, באופקים ובכל מקום אחר בישראל שבו יש יותר ממאה גברים, יהיה (בממוצע) לפחות אדם נוסף שיודה ברצח חנית קיקוס ז"ל.²³⁷ כיצד נדע שדווקא הודאתו של אל עביד היא הודאת האמת ושהודאתו איננה אחת מאותן הודאות שווא רבות שהיו יכולות להתקבל לו אך היו נחקרים רבים מאופקים ומבאר שבע? ואולי הרוצח הוא אדם המתגורר בצפון הארץ, שהזדמן באותו יום לאופקים?

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 נכונה השופט 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 מסויימת, על סמך קצה חוט של חקירה זו או אחרת, אף אם היה מודה ניתן היה למצוא בחקירה

²³⁴ ולעניין זה הידיעה של פרטים שהחוקרים מסווגים כ"מוכמנים" ודאי שתספיק, וכפי שראינו בפרק ג – גם ראיות חלשות יותר.

²³⁵ כגון אם הגופה הייתה מתגלית באתר דודאים, או אם היה נמצא חפץ של המנוחה ברשותו של אל עביד, או אם היה מתברר ומוכח כי הוא פגש אותה באותו יום. לאפיון הדרישה הראויה של "סיוע חזק" ראו אצל סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה", לעיל הערה 1, בעמ' 256, 274-265; Sangero; *Miranda is Not Enough*, לעיל הערה 1, בעמ' 2817-2825.

²³⁶ ראו לעיל הערה 10.

²³⁷ נשמע דמיוני? בספרם של Wolchover & Armstrong מובא מקרה מפורסם שהתרחש באנגליה: כמאתיים בני-אדם התייצבו והודו הודאות שווא ברצח בעקבות חטיפתו בשנת 1932 של הינוק אחד ויחיד, "The Lindbergh Baby", בנו של הטייס הידוע. ראו אצל Wolchover & Armstrong, לעיל הערה 146, בעמ' 100.

מְקַשֵּׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

מקיפה ובחשד שבגיננו נעצר, דבר מה באי מתן הסבר או בקטעי אימרה. מכאן, ייתכן כי על סמך אותו בסיס ראייתי שהניחה התביעה בפנינו ניתן היה להרשיע אחר. אם כך המצב, ברי כי יש לזכות את הנאשם בתיק זה על פי דין.²³⁸

דברים כדורבנות! לצערנו, ההשפעה המכרעת שיש להסתברות אשמה אפרוירית נמוכה על ההסתברות (הכוללת) 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 האפרוירית, נבחנו רק לאור הקביעה שבהודאתו יש סימני אמת, היינו לאור (וליתר דיוק: לחושך) הנחת המבוקש. היה אפשר למצוא כמותן בהודאות של רבים אחרים אשר היו מתקבלות, לו אך נחקרו בתנאים זהים לאלה שבהם נחקר אל עביד. לו קיבלו דבריו (האינטואיטיביים) הנזכרים מעלה של השופט הנדל בסיס תאורטי תוך שימוש בלוגיקה הבייסיאנית, ייתכן מאוד שלא היה לשופטים האחרים מנוס מהצטרפות לחוות דעתו המזכה. שופטי הרוב המרשיעים לא ניסו להעריך את הראיות האחרות כשלעצמן פרט להודאה, ולבחון אם יש בכוחן לבסס אשמה בהסתברות משמעותית כלשהי. כל שבחנו היה אם הראיות הנוספות מתיישבות עם ההודאה, בהנחה המוקדמת שמדובר בהודאת אמת.

אנו סבורים, כמו השופט דורנר, כי ההודאה היא ראייה חשודה. לדעתנו, תמיד יש לדרוש סיוע חזק לשם הרשעה.²³⁹ אולם גם אלו החולקים עלינו והמאמינים כי ברוב המכריע של המקרים אין אדם מודה בעבירה שאותה לא עבר, חייבים להיזהר מאוד במקרה מיוחד כמו של אל עביד. אמנם אלה סבורים שההסתברות שאל עביד היה מודה הודאת שווא אילו הוא היה חף מפשע היא נמוכה, אלא שהסתברות זו "מתחרה" בהסתברות האשמה האפרוירית, שהיא במקרה זה נמוכה מאוד ואפילו אפסית. כלומר, דווקא באותם מקרים שבהם אין ראיות משמעותיות לאשמתו של הנאשם מלבד הודאתו (המקרים שבהם הסתברות האשמה האפרוירית היא נמוכה), הרי ההסתברות האפוסטריורית (המסקנה הסופית) שההודאה היא הודאת שווא היא גבוהה וודאי שלא מבוטלת. כך משכילים אותנו חוקי הלוגיקה וההסתברות. אל לנו לטמון את ראשינו בחול מפניהם ולהסתכן באפשרות ממשית של הרשעת חפים מפשע.

²³⁸ פסק הדין המחוזי השני, לעיל הערה 113, בס' 23 לפסק דינו של השופט הנדל.

²³⁹ ראו אצל סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה", לעיל הערה 1, ואצל Sangero, *Miranda is Not Enough*, לעיל הערה 1. למעשה, כפי שהראינו לעיל בפרק ה, מתחייבת מסקנה מרחיקת לכת עוד יותר, שלפיה אין לראות בהודאה ראייה מרכזית המחפשת סיוע, אלא לכל היותר תוספת ראייתית לראיות מרכזיות אחרות, אם ישנן.

אחרית דבר

סולימאן אל עביד נחשב עד לחקירתו בעניין היעלמותה של חנית קיקוס ז"ל לאדם נורמטיבי. הוא לא הסתבך עם החוק, הקים משפחה וגידל שני ילדים. הוא עבד בעבודה הגונה (אף כי לא נעימה) לצורך פרנסתו ופרנסת משפחתו.²⁴⁰

הראיות נגד אל עביד במנותק מהודאתו קלושות ביותר. לו ידעו החוקרים את שאנו יודעים בדיעבד, על מציאת הגופה במקום אחר מאשר אתר דודאים, סביר להניח שאל עביד ושחדה כלל לא היו מוזמנים לחקירה בעקבות עדותו של אזולאי. סביר להניח שאם הגופה הייתה נמצאת סמוך לאחר היעלמות במקום שבו נמצאה כעבור כשנתיים, השוטרים היו מתמקדים בחקירתם באנשים הקשורים לאתר שבו נמצאה גופתה של המנוחה, ולא גולשים בחקירותיהם אל עבר כל מי שהתנהג מעט מוזר באותו ערב ברדיוס של קילומטרים. את ה"ראיות" האחרות נגד אל עביד פרט להודאתו אפשר לסכם כך: אדם ששיקר בחקירתו ולא הצליח לתת הסברים משכנעים למעשיו בלילה שבו נעלמה הקרבן. אין ב"ראיות" אלה סיוע חיצוני ממשי להודאה. מקריאת קטעי התמלילים של החקירה המופיעים בפסקי הדין נראה שמדובר באדם מעט מוזר, שלא תמיד מדבר ברור ולעניין, דבר המשתלב בקביעת המומחים כי הוא סובל מפיגור שכלי. כפי שנאמר בדו"ח הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר,²⁴¹ אנשים בעלי פיגור משתייכים לקבוצת סיכון ומועדים לתת הודאות שווא בלחץ החקירה. יתרה מזו: הניסיון האנושי מלמד כי גם חפים מפשע הנתונים בלחץ של חקירה פלילית בגין עבירה שבה הם מואשמים, עשויים מאוד לשקר בניסיון להרחיק את עצמם מן העבירה, וודאי שייתכן מאוד שלא יזכרו את פרטי האליבי שיכול היה להושיעם, או שלא יוכלו להוכיחו.

הסתברות האשמה האפרוירית של אל עביד נמוכה מאוד. ללא הודאתו, אין דבר בעל חשיבות הקושר אותו לאונס או רצח. במצב כזה נדרש על פי חוקי הלוגיקה שהראיה המרכזית (בענייננו ההודאה) תהיה מדויקת מאוד, כדי להתגבר על הסתברות אשמה אפרוירית נמוכה כל כך.²⁴² כיום ידוע שהודאה היא ראיה הרחוקה מאוד מלהיות מדויקת עד כדי כך. כפי שהראינו לעיל בפרק המחיל את הלוגיקה הבייסיאנית על הודאות, הרי במצב של הסתברות אשמה אפרוירית (המבוססת על הראיות שמלבד ההודאה) נמוכה, גם הסתברות האשמה האפוסטריורית (המחושבת לפי כלל הנתונים שבידינו) היא נמוכה. יש להצטער על

240 הדיון הנוסף, לעיל הערה 3, בעמ' 780.

241 לעיל הערה 63, בעמ' 8-9.

242 וראו טבלה המתארת את דרישות הדיוק מהראיה כולות בהסתברות האפרוירית כדי להגיע אל מעבר לספק הסביר, אצל הלפרט ופרדס, לעיל הערה 7, בעמ' 410. מהטבלה עולה כי כאשר ההסתברות האפרוירית נמוכה עד כדי 1 ל-10,000, נדרש שההסתברות של טעות בראיה המרכזית לא תעלה על מקרה אחד למיליון. האומנם אפשר לומר על סמך "סימני האמת" העולים מהודאתו של אל עביד כי ההסתברות שאילו הוא היה חף מפשע הוא היה מודה הודאת שווא שכזו היא רק 1 למיליון?

מקֶשֶׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן

כך שעניין זה לא נדון כראוי בפסקי הדין אשר חרצו את גורלו של סולימאן אל עביד למאסר עולם.²⁴³

אנו קוראים לשופטים לבחון בכל מקרה שבו הם שוקלים להרשיע על סמך ראיה מרכזית אחת, גם את הסתברות האשמה האפריורית המיוחסת לנאשם – את הסתברות האשמה ללא אותה ראיה מרכזית. כאשר ההסתברות האפריורית נמוכה, ישנו חשש כבד כי זהו אחד המקרים שבהם התרחשה שגיאה בראיה המרכזית.

אנו קוראים למחוקק להתנות חקירה של חשוד בקיומו של חשד חזק ומבוסס נגדו, ולא לאפשר למשטרה לערוך מסעות דיג בניסיון לגבות הודאות מ"חשודים".²⁴⁴ כבר בימי הביניים, כשהשתדלו לחלץ הודאות מנחקרים גם באמצעות עינויים, ידעו שהודאה לבדה איננה בעלת משקל גדול, ולכן דרשו probable cause כתנאי מוקדם לחקירה בעינויים, ואף קבעו כלל הפוסל הודאה שהושגה ללא probable cause לחקירה.²⁴⁵ נראה שלא בכל התחומים התקדמו מאז.²⁴⁶

כמו כן יש צורך בחקיקה אשר תדרוש סיוע חזק כתנאי הכרחי להרשעה על סמך הודאה. למעשה מתחייב היפוך בתפיסת ההודאה: ראוי יותר להתייחס להודאה כאל תוספת ראייתית לראיות מוצקות אחרות – אם ישנן – ולא להוסיף ולראות בה ראיה מרכזית להרשעה, שחסרה לה רק תוספת ראייתית. ואפילו לפני שנגיע להיפוך המוצע בתפיסת ההודאה, שופט המרשיע אדם על סמך הודאתו וללא סיוע חזק – ראיה אובייקטיבית, חיצונית לנאשם, משמעותית וחזקה, המצביעה לא רק על כך שהעבירה בוצעה, אלא קושרת לעבירה דווקא את האדם המסוים המואשם בביצועה – אינו יכול לישון בשלווה.

243 פרשה נוספת שמן הראוי היה לדון בה במתכונת דומה לזו המוצעת במאמר זה היא הרשעת השווא של משה עזריה ברצח הילד ישראל נולמן ז"ל. גם שם, ללא ההודאה, לא נמצא דבר משמעותי אשר קשר את עזריה אל אותו רצח, ראו אצל סנג'רו וקרמניצר, לעיל הערה 16.

244 לשם השוואה, במשפט האמריקני נדרשת רמה ראייתית של "probable cause" כדי לזמן אדם לחקירה. זוהי רמה ראייתית גבוהה בהרבה מה"חשד סביר" הישראלי: נדרש שנסיבות המקרה הן מספיקות כדי להצדיק את סברתו של אדם זהיר שפלוגי עבר את העבירה המסוימת, ראו Dunaway v. New York, 442 U.S. 200, 216 (1979).

245 JOHN H. LANGBEIN, PROSECUTING CRIME IN THE RENAISSANCE – ENGLAND, GERMANY, FRANCE 179-188 (1974)

246 וכפי שכתב פושקין: "החקירה בעזרת עינויים היתה לפנינו מושרשת כל-כך בנוהג של בתי-הדין, עד כי הפקודה הנאורה המבטלת את הנוהג הזה, לא נתקיימה למעשה ימים רבים. הדעה היתה, כי יש צורך בהודאת בעל-דין כדי לתת תוקף גמור לאשמתו, – רעיון שאינו מבוסס כל עיקר, ולא עוד אלא שהוא בניגוד להגיון המשפטי הבריאי: כי אם הכחשת הנאשם אינה מתקבלת כהוכחה לצדקתו, כל שכן שהודאתו אינה צריכה לשמש הוכחה לאשמתו". א. ס. פושקין *בת הקפיטן, רומאנים וסיפורים* 291 (מהדורה שנייה, מ.ז. ולפובסקי מתרגם, הוצאת הקיבוץ המאוחד, התשכ"א).

מרדכי הלפרט ובוועז סנג'ור