

השימוש בתחבולות ובמדובבים לשם גביית הודאות

הרהורים בעקבות ע"פ 1301/06

עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל¹

מאת

בועז סנג'רו*

א. מבוא. ב. התמקדות מערכת אכיפת החוק בגביית הודאות. ג. האם בתי המשפט מסוגלים לזהות את הודאות השווא? ד. מהלכת יששכרוב לפסק דין אלזם. ה. הכשל שבשימוש במדובבים. ו. הצדקות אפשריות לשימוש בתחבולות ובמדובבים. ז. השימוש בתחבולות, בכלל, והצגת ראיה מדעית מזויפת, בפרט. ח. אחרית דבר.

א. מבוא

לפני שנים אחדות, באיחור של עשרות שנים בהשוואה לשיטות משפט אחרות, נקבע בפסיקתנו כלל פסילה של ראיות שהושגו על ידי חוקרי המשטרה שלא כדין, הידוע כ"הלכת יששכרוב"². במקום אחר הובעה – תחת הכותרת "בשורה או אכזבה" – ההערכה הפסימית שלפיה מדובר בכלל פסילה ריק מתוכן, שבהתאם למבחנים המצמצמים מאוד שנקבעו בו, ניתן יהיה לעשות בו שימוש רק לעתים נדירות³. בחלוף שנים אחדות ניתן פסק הדין בפרשת

1 ע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2009).
* פרופ' בועז סנג'רו הוא ראש החטיבה למשפט פלילי ולקרימינולוגיה במרכז האקדמי למשפט ולעסקים. תודתי נתונה לד"ר רינת קיטאי סנג'רו על הערותיה לטיטת המאמר.
2 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 2006).
3 בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה?" משפט וצבא יט 67 (2007). וראו גם יובל מריין ורינת קיטאי-סנג'רו "Miranda, Collins ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" משפטים לז 429 (2007); Binyamin Blum, "Exclude Evidence, You Exclude Justice"? A Critical Evaluation of Israel's Exclusionary Rule after Issacharov, 16 SW. J. INT'L L. 385 (2010).

אלזם, שבו נפסלה הודאתו של המנוח אשר נגבתה תוך שימוש פסול במדובבים. בהזדמנות זו יכול וצריך היה בית המשפט העליון להתוות גבולות ברורים לשימוש של חוקרי המשטרה במדובבים לשם גביית הודאות מחשודים. במאמר זה אבחן אם הפעם לפנינו בשורה או שמא אכזבה נוספת.

ב. התמקדות מערכת אכיפת החוק בגביית הודאות

בימי הביניים כשחשבו שאדם אשם בעבירה, נהגו לענותו עד שהודה בביצוע העבירה ובאשמה. כמה התקדמו מאז? על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שיעור ההרשעות במדינת ישראל במה שמכונה "עבירות רציניות" הגיע כבר לשיא הפלאי של 99.9%. רק אחד מאלף מזוכה⁴. חזונו המביעית של קפקא מתגשם לנגד עינינו המשום מה לא משתאות:

"...עוד בילדותי האזנתי לדברי אבי, כשהיה מספר בבית על המשפטים, וגם השופטים שבאו אל הסטודיו סיפרו על המתרחש בבית המשפט – בחוגים שלנו בכלל לא היה נושא אחר לשיחה – ומאז שניתנה לי ההזדמנות לבקר בעצמי בבית המשפט, אני מנצל אותה תמיד. האזנתי לאינספור משפטים בשלביהם החשובים, וככל האפשר אני גם עוקב אחריהם, ועלי להודות שלא התנסיתי אף בזיכוי ממשי אחד. 'ובכן, אף לא זיכוי אחד', מלמל ק' כמדבר אל עצמו ואל תקוותיו. 'אבל זה רק מאשר את הדעה שכבר היתה לי על בית המשפט. ובכן, גם מצד בית המשפט עצמו אין מה לצפות'⁵."

למעלה מ-90% מההרשעות מבוססות על הודאות מסוגים שונים (רובן בעסקות טיעון). ההודאה עדיין נחשבת על ידי רבים – גם שופטים – ל"מלכת הראיות", למרות שבעשורים האחרונים הוכח – באמצעות השוואות בין דגימות DNA של אסירים הזועקים לחפותם לבין

4 לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לשנת 2005, אחוז ההרשעות ב"עבירות רציניות" הגיע לשיא של 99.9% – ראו אתר האינטרנט של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה www1.cbs.gov.il/shnaton58/st11_11.3: (11.3). כן ראו טבלה מסוימת שם. אך התמונה עדיין מאוד ברורה. נוסף על כך יש לומר כי בשיטת משפט שבה הרוב המכריע של ההרשעות מושג בדרך של עסקות טיעון, הנתונים לגבי עסקות הטיעון (לרבות שיעור ההרשעות) צריכים לעניין אותנו לא פחות מהנתונים באשר למיעוט התיקים שבהם מנוהל הליך של הוכחות. יצוין כי בשנים האחרונות חלה ירידה זניחה מאוד באחוז ההרשעות, בסדר גודל של עשיריות האחוז בלבד; ראו שם.

5 פרנץ קפקא המשפט 147 (אברהם כרמל מתרגם, 1992).

דגימות מזירות הפשע – שקיימת תופעה משמעותית של הודאות שווא ושל הרשעות המבוססות עליהן.⁶ מתברר שאנשים מודים גם במעשים שלא עשו – מסיבות רבות ומגוונות. חלקן לא רציונליות ומבוססות על חולשות שונות של הנחקרים, וחלקן אפילו רציונליות לחלוטין.⁷

כשטועים לחשוב שההודאה היא ראייה חזקה וכשמוכנים להרשיע על בסיס ההודאה לבדה (בצירוף "דבר מה נוסף", שלפי ההלכה עשוי להיות "קל כנוצה"⁸) ושלפיכך איננו יותר ממס שפתיים), אין זה פלא שעיקר המאמץ של חוקרי המשטרה מושקע בניסיון לגבות מהחשודים הודאות. כפי שכתב השופט חיים כהן, "רובה ככולה של החקירה המשטרית שלאחר תפיסת חשוד מכוונת להביאו לידי הודאה"⁹. ומשמושגת ההודאה, בדרך כלל גם נפסקת החקירה.¹⁰

- 6 ראו בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא 'קיסרית הרשעות השווא'?" עלי משפט ד 245, 246-254 (2005) ("הסכנה – הרשעת חפים מפשע על סמך הודאותיהם בלבד. הפתרון – 'סיוע' – ראייה חיצונית לנאשם, אובייקטיבית, ממשית ומשמעותית"); מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו "מפּשֵׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן (הצעה להיפוך בתפיסת ההודאה: מראיה מרכזית המחפשת תוספת, לתוספת אפשרית לראיות מוצקות)" מחקרי משפט כו 733, Richard A. Leo & Richard J. Ofshe, *Missing the Forest for the Trees*: ; (2010) 747-737 *A Response to Paul Cassell's "Balanced Approach" to the False Confession Problem*, 74 DENV. U. L. REV. 1135, 1137 (1997).
- 7 ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 253-254. וראו למשל H.A. Bedau & M.L. Radelet, *Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases*, 40 STAN. L. REV. 21 (1987); 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 L. & HUMAN BEHAVIOUR 283 (1988) וראו גם אריה רטנר "הרשעות שלא בצדק: טעויות במערכת המשפט" פלילים ג 262 (1993); 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), וראו הפניות למקורות רבים נוספים שם, בה"ש 1-4. וראו גם דוח ועדת רונסימן האנגלית ודוח ועדת גולדברג הישראלית: *The Royal Commission on Criminal Justice*, Chairman: Viscount Runciman of Doxford CBE FBA, Report, Presented to Parliament by Command of Her Majesty (London, July 1993); הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (דצמבר 1994).
- 8 סנג'רו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 255-257. להפניות לפסיקה ראו יעקב קדמי על הראיות – הדין בראי הפסיקה כרך א 102 ואילך (1999).
- 9 חיים כהן המשפט 475 (1992).
- 10 Richard J. Ofshe & Richard A. Leo, *The Decision to Confess Falsely: Rational Choice and Irrational Action*, 74 DENV. L. REV. 979, 984 (1997); Cheryl G. Bader, "Forgive

הסברי להתמקדות של מערכת אכיפת החוק בהודאות הוא מורכב¹¹: ראשית, המשטרה פועלת בהתאם לקונספציה מוטעית של אשמת החשוד: מניחים מראש שהחשוד הוא האשם בעבירה שבוצעה, ומחפשים ראיות להוכחת אשמתו¹². זאת בניגוד משווע לחזקת החפות ותוך רמיסתה¹³.

שנית, ההודאה עדיין נחשבת על ידי שופטים רבים לראיה חזקה במיוחד, כמעט מכרעת¹⁴; "מלכת הראיות" ולא ל"קיסרית הרשעות השווא", ולצדדי, עדיין אפילו לא ל"ראיה חשודה"¹⁵. כפי שנראה בהמשך, השופטים אינם מסוגלים לזהות את הודאות

Me Victim for I Have Sinned": Why Repentance and The Criminal Justice System Do Not Mix – A Lesson from Jewish Law, 31 FORDHAM URB. L.J. 69, 78 (2003)

- סנג'רו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 260-261. 11
- באשר לקונספציה של אשמת החשוד, שלפיה לחשוד – מעצם היותו חשוד – מגיע עונש כלשהו, שהרי (כביכול) לא ייתכן שחשוד יהיה נקי מכל רבב, ראו תיאורו המרתק של מישל פוקו: M. Foucault, *Discipline and Punish, The Birth of the Prison* 42 (Alan A.A.S. Zuckerman, *The Protection of the Accused from* Sheridan trans., 1977) *Miscarriage of Justice*, 31 Is. L. Rev. 590 (1997); John Baldwin, *Police Interrogation: What Are the Rules of the Game?*, in *Suspicion and Silence: The Right to Silence in Criminal Investigations* 67 (David Morgan & Geoffrey M. Stephenson eds., 1994); Wayne T. Westling & Vicki Waye, *Videotaping Police Interrogations: Lessons from Australia*, 25 Am. J. Crim. L. 493, 502 (1998); Saul M. Kassir, *Human Judges of Truth, Deception and Credibility: Confident But Erroneous*, 23 *Cardozo L. Rev.* 809, 814 (2002); Jonatan Simon, *Recovering the Craft of Policing: Wrongful Convictions, the War on Crime, and the Problem of Security*, in *When Law Fails: Making Sense of Miscarriages of Justice* 115, 120 (Charles J. Ogletree, Jr. & Austin Sarat eds., 2009) 13
- ראו רינת קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" עלי משפט ג 405 (2004). 14
- Mandy Defillipo, *You Have the Right to Better Safeguards: Looking Beyond Miranda in the New Millennium*, 34 *J. Marshall L. Rev.* 637, 659, 664, 672-673 (2001); C. Weissman, *Modern Confession Law After Duckworth v. Eagan: What's the Use of Explaining*, 66 *Ind. L.J.* 825, 844 (1991); Weisselberg, *Saving Miranda*, 84 *Cornell L. Rev.* 109, 154 (1998) 15
- בעניין זה חוששני כי לא התקדמנו הרבה מאז ימי הביניים: ראו Foucault, לעיל ה"ש 12, בעמ' 37 ואילך. לגישה אחרת, הרואה את ההודאה לא כ"מלכת הראיות" אלא כ"קיסרית הרשעות השווא", ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 6. לגישה קרובה, הרואה את ההודאה כראיה חשודה, באשר נתינתה אינה רציונלית, ראו דברי השופטת דליה דורנר בדנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 736, 834 (1998). לצדדי, גישות אחרונות אלו טרם התבססו דיין בפסיקת בית המשפט העליון.

השווא. משמוצגת בפני בית המשפט הודאה שהודה הנאשם בעת חקירתו במשטרה, הסיכויים שיזוכה הם אפסיים¹⁶. שלישית, מדד מרכזי להצלחת המשטרה, להצלחת התביעה, לקידום חוקרים ולקידום תובעים עודנו אחוזו ההרשעות הגבוהה¹⁷. רביעית, גביית הודאות היא אמצעי קל וזול¹⁸. כפי ש-Stephen כתב, "It is far pleasanter to sit comfortably in the shade rubbing red pepper into a poor devil's eyes than to go about in the sun hunting up evidence"¹⁹. חמישית, השופטים אינם נוהגים לפסול הודאות ובכך משדרים לחוקרים מסר שלפיו הדרך של חילוץ הודאות מחשודים היא נכונה. נוסף על כך, גם כשנחשפות פעולות בלתי חוקיות של החוקרים לא ננקטות נגדם סנקציות משמעותיות והם ממשיכים במילוי אותם התפקידים ואף מקודמים²⁰. שישית, השופטים מאפשרים למשטרה להשתמש באופן שגרתי במעצר בתנאים מחפירים²¹ או באיום במעצר כאמצעי לחץ על הנחקרים להודות. כפי שכתבה ד"ר קיטאי, המעצר החליף את העינויים של ימי הביניים²².

- 16 מרדכי קרמניצר "הרשעה על סמך הודאה בלבד – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א 205, 205 (1993).
- 17 Keith A. Findley & Michael S. Scott, *The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases*, Wis. L. REV. 291, 328 (2006).
- 18 David Morgan & Geoffrey M. Stephenson, *Introduction: The Right to Silence in Criminal Investigations*, in SUSPICION AND SILENCE: THE RIGHT TO SILENCE IN CRIMINAL INVESTIGATIONS 13 (David Morgan & Geoffrey M. Stephenson eds., 1994); Deborah Young, *Unnecessary Evil: Police Lying in Interrogations*, 28 CONN. L. REV. 425, 473 (1996).
- 19 Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12, 17 (1910).
- 20 תחושה דומה קיימת באשר להתנהגות לא הולמת של תובעים – גם היא בדרך כלל לא עוצרת את התקדמותם.
- 21 חרף חזקת החפות, תנאי המעצר בישראל הם קשים מאוד, גרועים אפילו מתנאי המאסר; ראו רינת קיטאי "תנאי כליאתם של עצורים – בין חזקת החפות לכבוד האדם" ספר אורי קיטאי 293 (2008). וראו יצחק ענבר "תנאי המעצר כשיקול במתן החלטת המעצר" משפט וממשל ד 729, 730 (1998). אלה דבריו המאלפים של השופט המנוח שמואל ברוך שאותם הותיר לנו בגזר דין אמיץ שנתן: "בענין התנאים השוררים בתאי המעצר, דומה כי אין מחלוקת עובדתית שהמדובר בתנאים לא אנושיים... ביקרתי בעבר, וגם בתקופה האחרונה, בתאי מעצר בכל מרחב שפלה... הממצאים, בקצירת האומר, הם תנאי צפיפות בלתי אנושיים, שניים, לפעמים שלושה עצורים במיטה אחת, עצורים ישנים על הרצפה, עצורים ישנים על הגג של תא השירותים בפער שבין גג תא השירותים לגג תא המעצר, חלונות חסומים בלא אוורור, העדר כל תשתית סניטציה אלמנטרית, העדר שולחן, האנשים אוכלים מהרצפה... יש נאשמים

שביעית, רבים זקוקים לטכס ההודאה, שבמסגרתו הנחקר כביכול מסכים לכל מה שהחברה מעוללת לו וממרק את מצפוננו²³. על רקע הסבר זה, אין זה פלא שהמשטרה משקיעה מאמץ רב בגביית הודאות מחשודים. המאמץ בא לידי ביטוי הן בחקירות גלויות שמבצעים החוקרים והן – כשהחשוד אינו מודה – בחקירות סמויות, כגון באמצעות מדובבים, בדרך כלל עבריינים, המוכנסים לתאי המעצר של החשודים ומשתדלים בתחבולות שונות ומשונות לגרום להם להודות.

ג. האם בתי המשפט מסוגלים לזהות את הודאות השווא?

לכאורה, אילו ידעו השופטים להבחין בין הודאות אמת לבין הודאות שקר, לא הייתה הסכנה שבשימוש בתחבולות ובמדובבים לשם גביית הודאות גדולה. שופטים טועים לחשוב שהם יודעים להבחין בין אמת לבין שקר, אולם המחקרים מוכיחים שחוקרי המשטרה, התובעים, הסנגורים, המושבעים, השופטים ובעצם כולנו איננו יודעים להבחין בין אמת לבין שקר²⁴. כך למשל מחקרם של Leo & Ofshe מלמד כי מתוך 60 מקרים של הודאות שווא שנבחנו, הובילו הודאות השווא להרשעות שווא ב-73% מהם²⁵. מחקרם המאוחר יותר של Drizin & Leo מלמד כי מתוך 125 מקרים של הודאות שווא שנבחנו,

שישנים בכלוב ללא שירותים וללא כוור, יש נאשמים שישנים בחדרון שרוחבו עשרות סנטימטרים ספורים שאמור לשמש למפגש נאשמים עם עורכי הדין... בביקורי האחרון בבית מעצר שפלה, שבו 55 מיטות, היו במקום 97 עצורים (ואני שומע שמצב זה טוב בהרבה מהמצב היום)... משמעות הדברים היא, כאמור, לא אנושית". ראו החלטתו האמיצה (הימנעות מגזירת מאסר בפועל על המורשע, בשל תנאי כליאתו המחפירים) של בית משפט השלום ברמלה, מפי השופט שמואל ברוך, בת"פ 3516/03 מדינת ישראל נ' אלעזרה (פורסם בנבו, 2003).

Rinat Kitai-Sangero, *Detention for the Purpose of Interrogation as Modern 'Torture'*, 22 85 U. DETROIT MERCY L. REV. 137 (2008).

לתיאור מאלף של תפיסה כזו שרווחה בימי הביניים ראו FOUCOULT, לעיל ה"ש 12, בעמ' 38 ואילך. וראו Gerald M. Caplan, *Questioning Miranda*, 38 VAND. L. REV. 1417, 1420 (1985).

ראו הלפרט וסנג'רו, לעיל ה"ש 6, פרק ב'; Danny Ciraco, *Reverse Engineering*, 11 W.R.L.S.I. 41, 51-52 (2001); 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 L. & HUM. BEHAV. 211 (2005). וראו הפניות למחקרים נוספים שממציאים דומים, שם, בעמ' 212, 222.

Leo & Ofshe, לעיל ה"ש 7.

הובילו הודאות השווא להרשעות שווא ב-81% מהם²⁶. גם בפרויקט החפות האמריקני הוברר כי הודאות שווא הובילו להרשעות שווא, וכי לא המושבעים ולא השופטים הצליחו לזהות את הודאות השווא²⁷.

מייחסים אצלנו חשיבות גדולה למה שמכנים "פרטים מוכמנים" – פרטים מזירת העבירה שהמטרה מצהירה כי שמרה על חשאייתם ולכן אם החשוד יודע עליהם – ידיעתו מלמדת שהוא קשור לעבירה. אך במחקר חדש שפורסם בארצות-הברית²⁸, ושבנו נבדקו כל המקרים שבהם מצביעות הבדיקות הגנטיות שנערכו במסגרת ה-Innocence Project על הרשעה מוטעית המבוססת על הודאה, התברר שכמעט בכל המקרים היו משולבים בהודאה גם פרטים מוכמנים, שגרמו לשופטים ולמושבעים לתת אמון רב בהודאות חרף קיומם של ספקות באותם תיקים. הכיצד משולבים פרטים מוכמנים בהודאת שווא? עורכי המחקר הגיעו למסקנה שמדובר במה שהם מכנים "הודאות מזהמות", שאותן זיהמו חוקרי המשטרה בפרטים "מוכמנים" שמסרו לנחקרים – בין במודע ובין שלא במודע. גם אצלנו מייחסים השופטים משקל עצום להודאה שמשולבים בה פרטים האמורים להיות מוכמנים, עד כדי כך שהם מוכנים להרשיע חרף קיומם של ספקות משמעותיים.

מדוע בתי המשפט אינם מזהים את הודאות השווא? ההסבר שאני מציע לכך הוא מורכב: ראשית, גם לאחר המחקרים החדשים המצביעים על תופעה של הרשעות שווא על בסיס הודאות שווא, שופטים רבים עדיין טועים לחשוב שאדם לא יודה בעבירה שלא ביצע ושלפיכך אם אדם הודה בביצוע העבירה גבוהים מאוד הסיכויים שהוא אשם, עד כדי כך שניתן להזניח את האפשרות שמדובר בהודאת שווא.

שנית, המחקרים תומכים בכך שחוקרי משטרה, תובעים ושופטים אינם יודעים להבחין בין הודאת אמת לבין הודאת שווא²⁹. נראה כי "אותות האמת" שעליהם מדברת פקודת הראיות לא בהכרח מתגלים לנו יום ביומו; לא בכל יום מואילה בת קול לצאת מן השמים³⁰. שלישית, נראה כי לא רק חוקרי משטרה ותובעים, אלא אף שופטים שבויים לעתים קרובות בקונספציה המוטעית של "אשמת החשוד", שלפיה ניתן להניח שהחשוד הוא אשם ולחפש ראיות לאשמתו ושלפיה קל וחומר שניתן להניח שהנאשם הוא אשם³¹.

S. Drizin & Richard Leo, *The Problem of False Confessions in the Post-DNA World*, 82 N.C. L. REV. 891 (2004).

Brandon L. Garrett, *The Substance of False Confessions*, 62 STAN. L. REV. 1051 (2010).

28 שם.

29 ראו לעיל ה"ש 24.

30 סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"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".

31 ראו לעיל ה"ש 12.

רביעית, בהשפעת קונספציה זו, בעוד שמייחסים חשיבות רבה לפרטים נכונים – ובמיוחד "פרטים מוכמנים" – המופיעים בהודאת הנאשם, חרף האפשרות של "זיהום" ההודאה שבדרך כלל לא מודעים לה³², הרי שממעיינים בערכם של פרטים מוטעים המשולבים בהודאה או בפרוטוקול החקירה, או אפילו מתעלמים מהם³³.

חמישית, בעוד שלהודאה מייחסים בטעות משקל מכריע המוליך להרשעה אפילו בהיותה ראייה יחידה לאשמתו של הנאשם, הרי שלהכחשות שהכחיש הנאשם את ביצוע העבירה – הן בחקירת המשטרה הן במהלך המשפט – לא מייחסים בדרך כלל משמעות כלשהי. זאת הן כשקדמו להודאה, הן כשבאו אחריה הן כשחזרו ונשנו לכל אורך הדרך³⁴. שישית, גם כשהנחקר מספר "סיפורי מעשיות" על פשעים אחדים שלגבי חלקם מתברר שמדובר בהודאות שווא, עדיין קיימת נטייה לברור את ההודאה בפשע שלגביו אין הוכחה שלא הנאשם הוא שביצע אותו ולדבוק בה בדרך להרשעה³⁵.

שביעית, מכיוון שבוררים מתוך כמה הודאות בפשעים שונים את זו שעליה מבססים את כתב האישום, מכיוון שמתמקדים לגביה באמירות המפלילות ונוטים להתעלם מן האמירות המכחישות ומכיוון שמתמקדים בפרטים התואמים את זירת הפשע ונוטים להתעלם מאלה שאינם תואמים – קטנים 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), כביכול האחריות איננה מוטלת על כתפיהם. התובעים נוטים לסמוך הן על חוקרי המשטרה שפעלו לפנייהם (ושאתם יש להם קשרי עבודה קבועים) הן על השופטים שיבואו אחריהם שימנעו הרשעות שווא. ואילו השופטים, שדיהם עמוסות עבודה, נוטים לסמוך על אנשי אכיפת החוק – חוקרי המשטרה

32 ראו מחקרו של Garrett, לעיל ה"ש 27.

33 שם, בעמ' 1088. כנגד גישת הפסיקה המתמקדת בחיפוש "דבר מה נוסף" שיתמוך בקונספציה של אשמת החשוד ושל אמיתות ההודאה, ברצוני להציב את גישתו החדשה והמרעננת של שופט בית המשפט העליון ניל הנדל, שקבע כי יש לבחון "האם קיימים גם 'דבר מה חסר' או 'דבר מה סותר'", אשר פועלים בכיוון של חפות, או בכיוון של ספק באמיתות ההודאה; ע"פ 4179/09 מדינת ישראל נ' וולקוב, בפס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 2010) (הנאשם זוכה).

34 A. Farkas & E. Ro'th, *The Constitutional Limits of the Efficiency of Criminal Justice*, 37 ACTA JURIDICA HUNGARICA 139, 145 (1995-1997).

35 לדוגמאות מן המציאות האמריקנית ראו Garrett, לעיל ה"ש 27, בעמ' 1088. לדוגמה מן המציאות הישראלית ראו 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, 112 (2000).

והתובעים – כי עשו מלאכתם נאמנה והביאו בפניהם את האשמים ולא את החפים. בדומה, שופטי הערעור נוטים לסמוך על שופטי הערכאה הדיונית³⁶.
 תשיעית, הסטטיסטיקה שלפיה במדינת ישראל כמעט כל הנאשמים מורשעים³⁷ משפיעה על כל הדרגים השפעה המרדימה את החושים האמורים לגלות את הודאות השווא. כל דיון בשימוש בתחבולות בכלל ובמדובבים בפרט חייב להביא בחשבון את האפשרות של גביית הודאת שווא ואת הסבירות הגבוהה לכך שבית המשפט לא יזהה הודאה כזו.

ד. מהלכת יששכרוב לפסק דין אלזם

בפסק הדין של בית המשפט העליון שניתן לאחרונה בעניין אלזם, נדון בהרחבה יחסית השימוש של המשטרה במדובבים סמויים לשם גביית הודאות מחשודים הנתונים במעצר. אלזם הודה בהשתתפות בעבירת רצח ובטרם העיד כנגד שותפו נמצא מת (הומת כדי שלא יוכל להעיד כנגד שותפו?) במקום כלאו. ההודאה נגבתה ממנו תוך שימוש במדובבים, תוך הפרת זכותו להיוועץ בסנגור ותוך הפרת זכות השתיקה שלו – כפי שיורחב בהמשך.
 עמדת הרוב מתייחסת – בעקבות הלכת יששכרוב הידועה³⁸ – לשני מסלולים אפשריים לקביעה שהודאת נאשם איננה קבילה: האחד – על פי סעיף 12 לפקודת הראיות – אם התקיימה "פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומית הרצון ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו בחקירה"³⁹. שימו לב כמה ההלכה הזו קמצנית בפסילת הודאות: הרי החוק מדבר על הודאה "חופשית ומרצון" ולא על "פגיעה משמעותית וחמורה".
 המסלול השני הוא "הדוקטרינה הפסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין בהליך הפלילי" הידועה כהלכת יששכרוב – "בתנאי שהראיה הושגה שלא כדין"⁴⁰. האם די בכך שהראיה הושגה שלא כדין? לא. נדרש גם שקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן, שלא בהתאם לגדריה של פסקת ההגבלה⁴¹. האם די בכך? לא.

36 נטייה זו מתבטאת גם בהלכה המעקרת את הערעורים: בית משפט בערעור איננו מתערב בקביעות עובדתיות של הערכאה הראשונה ובמיוחד באשר למהימנותם של עדים; הלכה המכונה "הלכת אי-ההתערבות", ושראוי אולי לכנותה "הלכת אי-ההתאמצות": ראו סנג'רו וקרמניצר, שם, בעמ' 110 והאסמכתאות המובאות שם בה"ש⁴³.

37 ראו לעיל ה"ש 4.

38 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 2.

39 פרשת אלזם, לעיל ה"ש 1, פס' 2 לחוות הדעת של השופטת חיות; פרשת יששכרוב, שם, פס' 34.

40 פרשת אלזם, שם.

41 שם.

מדובר בנוסחת איזון המביאה בחשבון, אל מול זכויות הנאשם שנקבע שהופרו שלא כחוק – ועל פני הדברים ניתן היה לומר שעצם העובדה שפעולת החוקרים נאסרה בחוק היא כבר האיזון הראוי שקבע המחוקק ולכן יש לפסול את ההודאה – בכל זאת בית המשפט מביא בחשבון גם את כל השיקולים הבאים: חשיפת האמת העובדתית; הלחימה בעבריינות; ההגנה על שלום הציבור; זכויות נפגעי העבירה; אופייה וחומרתה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראייה; מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראייה שהושגה; ואת הנזק והתועלת החברתיים הכרוכים בפסילה – תוך הבאה בחשבון גם של חומרת העבירה שבה מואשם הנאשם⁴².

על רקע כל כך הרבה שיקולים של "Crime Control", של חוק וסדר, של מלחמה בפשיעה המוצבים על ידי בית המשפט אל מול זכויותיו של הנאשם אשר הופרו – כיצד ייתכן שאי פעם יפסלו הודאה⁴³? אפשרות אחת – כשמדובר במשפט ישן נושן, שהסתיים לפני כעשור, עסק בעבירה קלה והנאשם כבר ריצה את עונשו וכיום כלל לא מתעניין בהליכי המשפט – עיינו ערך טוראי יששכרוב. אפשרות שנייה, כשאמנם מדובר בעבירה חמורה, אך הנאשם כבר הלך לעולמו – עיינו ערך יוני אלזם ז"ל. אכן, זוהי הזדמנות מצוינת להצהיר על חשיבותה של זכות ההיוועצות בסנגור ועל חשיבותה של זכות השתיקה, לפסול את ההודאה, לזכות את הנאשם, והכל מבלי לשלם מחיר חברתי כלשהו, שהרי המנוח כבר לא יכול להטריד אותנו בעבירות נוספות.

ה. הכשל שבשימוש במדובבים

במאמר מקיף העוסק בתיחום גבולות השימוש במדובבים הציג ניר פלסר לאמץ את גישת המשפט הקנדי, המבחינה בין מדובב פאסיבי – שפעולתו נסבלת; לבין מדובב אקטיבי – שאת פעולתו יש לאסור ואת פריה אין לאכול, משום שהמדובב האקטיבי פוגע בזכותו של החשוד לשתוק⁴⁴. האם בית המשפט מאמץ הבחנה זו למשפטנו? לצערי – לא. כפי שכותב בית המשפט, המדובבים לא הסתפקו בכך שדרבנו את אלזם לוותר על זכות השתיקה, אלא אף "המדובבים פעלו באופן שיטתי על מנת להבאיש את ריחו של הסנגור שמינה"; "דירבנו את אלזם להחליף עורך דין והציעו לו את עורך הדין של אחד מהם"⁴⁵.

42 ש.ם.

43 לביקורת מפורטת על הלכת יששכרוב ראו המאמרים המובאים לעיל בה"ש 3.

44 ניר פלסר "תיחום גבולות השימוש במדובבים משטרתיים סמויים לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" מאזני משפט ג 439 (2005).

45 פרשת אלזם, לעיל ה"ש 1, פס' 5 לחוות הדעת של השופטת חיות.

נוהגים לתאר את ההליך המשפטי כהליך אדוורסרי, עם שני צדדים המתמודדים ביניהם התמודדות שאמורה להיות הוגנת. נתאר לעצמנו שהסנגור היה מדבר עם עד תביעה ומנסה לשכנע אותו לדרוש להחליף תובע כתנאי לעדותו... הרי רק על עצם הפנייה לעד הוא כבר היה מואשם לכל הפחות בהטרדת עד, וכפי הנראה גם בשיבוש הליכי משפט. אין ספק שמדובב אקטיבי עלול לגרום להודאת שווא בסבירות גבוהה בהרבה בהשוואה למדובב פסיבי. דוגמה נוספת אנו מוצאים בפרשת שך⁴⁶. התברר שהפרקליטות הסתירה מהסנגוריה תמלילים של שיחות בין החשוד לבין מדובב שהוכנס לתאו, והציגה בפני בית המשפט תמונה חלקית – רק את ההודאה המפלילה. כשהתגלה הדבר במהלך הערעור בבית המשפט העליון, הוחלט להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי על מנת שייתן הכרעת דין חדשה, המביאה בחשבון את תמלילי השיחות עם המדובב שקדמו להודאה. השופט משה רביד, שקודם לכן הרשיע את הנאשם, כתב "הכרעת דין מתוקנת" שבה זיכה את הנאשם, ובה נאמר כך:

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

ברצוני להצביע על כשל לוגי המזין את התמקדות המשטרה בגביית הודאות בכלל ואת השימוש במדובבים בפרט. מדוע המשטרה משקיעה אנרגיה כה רבה בגביית הודאות? בין היתר, בשל המחשבה המוטעית שאם אדם הודה בחקירתו, משמע שעבר את העבירה; בשל המשקל הגדול מאוד ומדי שנותנים בתי המשפט להודאה; בשל העובדה שגם לאחר דוח ועדת גולדברג וגם לאחר ה־Innocence Project האמריקני וגם לאחר כל המחקרים החדשים

46 ת"פ (מחוזי י-ם) 453/97 מדינת ישראל נ' שך (פורסם בנבו, 2003).

המראים שגם חפים מפשע מודים, עדיין מרשיעים אצלנו על סמך הודאה בלבד (בצירוף דרישה ל"דבר מה נוסף" "קל כנוצה", שאיננה שווה דבר, בין היתר משום שנדירים מאוד המקרים שבהם לא מוצאים "דבר מה נוסף". אפילו כשקובעים שבעצם אין הודאה ומזכים, "דבר מה נוסף" עדיין מוצאים⁴⁷).

כפי שהוסבר לעיל, בתי המשפט אינם מסוגלים לזהות את הודאות השווא המובאות בפניהם⁴⁸.

בעבר כתבתי מאמרים שפורסמו בישראל ובארצות-הברית, ובהם ניסיתי לשכנע שחייבים לקבוע בחוק דרישה של "סיוע" – ראייה נוספת, אובייקטיבית, חיצונית ומשמעותית⁴⁹. דרישת הסיוע נועדה להשיג שתי מטרות: האחת – הבחנה בין הודאות אמת לבין הודאות שקר; והשנייה – הכוונת חוקרי המשטרה לחקור כראוי ולא להסתפק בגביית הודאות. עליו להודות שטעיתי. במחקר חדש שכתבתי עם המתמטיקאי ד"ר מרדכי הלפרט⁵⁰, אנו מבצעים חישובים לוגיים-מתמטיים-הסתברותיים, בין היתר תוך שימוש בנוסחת Bayes, המראים שמסקלה הנכון של ההודאה הוא כל כך נמוך, עד כי גם "סיוע" לא בהכרח יועיל. מתחייב היפוך בתפיסת ההודאה: אין לראות בה ראייה מרכזית ה"מחפשת" סיוע, אלא רק סיוע אפשרי לראייה מרכזית אחרת – אם יש כזו באותו מקרה.

מכאן לכשל הלוגי שבהפעלת מדובבים: ככל שהמשטרה משקיעה אנרגיה גבוהה יותר בגביית ההודאה, משקלה הנכון של ההודאה – שגם במצב רגיל איננו גדול – קטן עוד יותר. המסקנה היא שצריך לחדול לחלוטין מהמאמצים היצירתיים לגבות הודאות. ככל שמתאמצים יותר, כך משיגים הודאות אמינות פחות.

אם נתמקד ב"ידידנו" המדובב – הבא לסייע לחוקרי המשטרה להפליל את החשוד "אויב החברה" – ניווכח שאנו כחברה נאלצים לקבל כאן סיוע משותף מפוקפק מאוד. על פי רוב המדובבים המוכנסים לתאי המעצר הם עבריינים. במחקר אמריקני המבוסס על ממצאי ה-Innocence Project נמצא שישנם עבריינים שקרנים המשמשים כמדובבים מקצועיים, שהפלילו חשודים רבים לשם קבלת טובות הנאה. היה אפילו מדובב מומחה שהיה חוקר ולומד מהפרסומים בעיתונות חומר על החשוד ועל הפשע, כדי לשקר

47 ראו פסק הדין המאלף שניתן בתפ"ח (מחוזי ב"ש) 1002/02 מדינת ישראל נ' בירמן (פורסם בנבו, 2005).

48 ראו לעיל פרק ג.

49 ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 6; Boaz Sangero, *Miranda Is Not Enough: A New Justification For* ; Demanding "Strong Corroboration" To A Confession, 28 CARDOZO L. REV. 2791 (2007).

50 ראו הלפרט וסנג'רו, לעיל ה"ש 6; Boaz Sangero & Mordechai Halpert, *Proposal to Reverse the View of a Confession: From Key Evidence Requiring Corroboration to Corroboration for Key Evidence* (forthcoming, U. MICH. J. L. REFORM).

על בסיסו ולהפלייל את החשוד⁵¹. גם ללא שקרים של המדובב החשוד עלול להתפאר באוזני המדובב בדברים שלא עשה, כדי שלא להצטייר כאדם חלש, החשוף לפגיעה מצד עצורים אחרים⁵². אפשרות נוספת היא שהמדובב מפעיל על החשוד-העצור לחץ פסיכולוגי כבד לדבר, תוך עקיפת זכות השתיקה והחיסיון מפני הפללה עצמית⁵³. עצם החקירה בתנאי מעצר פוגע ברצונית ההודאה. בית המשפט העליון האמריקני הכיר בכך באמצעות הלכת *Miranda* הידועה⁵⁴. בישראל החשוד מוחזק במעצר בתנאים מחפירים, כשהוא מנותק ממשפחתו ומחבריו; לא בנקל מאפשרים לו להיפגש עם הסנגור⁵⁵; כופים עליו שהות ממושכת עם חוקרים שנוהגים לומר לו שמצבו חסר תקווה ושעדיף לו להודות; משקרים לו שיש ראיות חזקות המפלילות אותו; ואז מוכנס לתאו של החשוד המדובב, המתחזה לחבר ומחזק את דברי החוקרים שלפיהם מצבו של החשוד נואש. מהו משקלה של הודאה כזו, בהינתן שגם ללא כל השיטות והשקרים הללו ההודאה איננה ראייה חזקה?

ו. הצדקות אפשריות לשימוש בתחבולות ובמדובבים

אתיחס בקצרה להצדקות המובאות לשימוש של המשטרה בתחבולות בכלל ובמדובבים בפרט. טענה החוזרת בכל פעם שמנסים להצדיק שימוש בתחבולות, בשקרים, בזיופים וכו' – כשם שבעבר ניסו להצדיק גם שימוש בכוח ובעבר הרחוק יותר גם שימוש בעינויים – היא שצריך לצייד את החוקרים בכלים יעילים במלחמתם בפשיעה הגואה⁵⁶. ראשית, הפשיעה אינה גואה. אין שום תימוכין אמפיריים לטענה הזו. נהפוך הוא – בסטטיסטיקה של המשטרה עצמה יש אינדיקציות חזקות לירידה בהיקף הפשיעה בהשוואה לגודל

- B. SCHEK, P. NEUFELD & J. DWYER, ACTUAL INNOCENCE: FIVE DAYS TO EXECUTION AND OTHER DISPATCHES FROM THE WRONGLY CONVICTED 126-157 (2000) 51
- Lisa Patrice Taylor, *Illinois v. Perkins: Balancing the Need for Effective Law Enforcement against a Suspect's Constitutional Rights*, WIS. L. REV. 989, 1018 (1991) 52
- Kathryn Young-sook Kim, *Self-Incrimination, Compulsion and the Undercover Agent* – *Illinois v. Perkins*, 110 S. Ct. 2394 (1990), 66 WASH. L. REV. 605, 616 (1991) 53
- אצלנו למשל פרשת שך, לעיל ה"ש 46, ופרשת אלזם, לעיל ה"ש 1.
- Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) 54
- סעיף 34(ד) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996 מאפשר להשהות פגישה בין עצור לבין סנגורו כאשר החשוד נמצא בעיצומם של הליכי החקירה. בפרשת יששכרוב הובאו ממצאי הסנגוריה הציבורית, שלפיהם המצב הרגיל הוא שעצור אינו פוגש את סנגורו לפני חקירתו הראשונה: פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 2, פס' 11 לפסק הדין. מאיר גלבוע "תחבולות בחקירה והכסא הזו בקודש הקודשים" הסניגור 75, 5 (יוני 2003). 56

האוכלוסייה⁵⁷. שנית, באשר ליעילות, אם מבינים שההודאה איננה ראייה טובה וחזקה אזי גם כל התחבולות והשקרים והזיופים שנועדו להשיגה אינם יעילים. שלישית, גם מבחינה ערכית הדרכים הללו גורמות לחברה נזק ארוך טווח. היטיב לתאר זאת הפילוסוף פרידריך ניטשה:

“...אל לנו לזלזל בחלק הרב שיש לעצם המראה של ההליכים המשפטיים והביצועיים, המונע מהפושע להרגיש באופי הנפשע שבסוג פעולתו מצד עצמה: כי הנה עיניו הרואות סוג מעשים זה עצמו המבוצע בשירות הצדק, במיטב המצפון ובהלל 'כי טוב', כגון: ריגול, הערמה, שוחד, מארב, כל מלאכת התחבולות והמלכודות של המשטרה והתביעה, ולאחר מכן שורת המעשים מטעמים עקרוניים... הלא הם גזל, אלימות, השמצה, שבי, עינויים, רצח, בכל מה שמוטבע בסוגים שונים של הענשה, וכל אלה מעשים שאין השופטים דוחים ומגנים אותם מצד עצמם, כי אם רק בנסיבות מסויימות ומבחינות מסויימות”⁵⁸.

טענה שנייה היא שקיימת מגמה “של חיזוק זכויותיהם של חשודים והתעצמות ההגנה עליהן”⁵⁹. זוהי אופטימיות חסרת תקנה. ההערכה המקובלת היא שהתהליך הוא בדיוק הפוך, החל מביטול דרישת ה“סיוע” לאורך השנים באשר לעוד ועוד ראיות⁶⁰, דרך ביטול הלכת קינזי שמנעה העדתו של השותף כנגד שותפו כל עוד משפטו תלוי ועומד⁶¹, דרך קביעת האפשרות של שתיקה במשפט כ“דבר מה נוסף” להודאה (הלכת מילשטיין)⁶², בואכה חוק מאבק בארגוני פשיעה, שלוכד ברשתו לא רק אנשי מאפיה, אלא גם גנבים החוברים לגניבה משותפת, שולל מהחשודים חלק ניכר מזכויותיהם ומכפיל את עונשיהם של המורשעים⁶³ – ואלו הן רק דוגמאות ולא רשימה ממצה.

57 ראו הנתונים שפורסמו באתר האינטרנט של משטרת ישראל: www.police.gov.il.

58 פרידריך ניטשה לגניאלוגיה של המוסר 286 (1967).

59 גלבוז, לעיל ה"ש 56, בעמ' 6.

60 בועז סנג'רו “עדות שותף לעבירה: יעילות מול אמת – על ביטול הלכת קינזי” ספר גבריאל בך 335 (דוד האן, דנה לקח ומיכאל בך עורכים, 2011).

61 שם.

62 רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 2006). וראו רינת קיטאי סנג'רו “שתיקה כהודאה: על התפישה המוטעית של שתיקה בבית משפט כדבר מה נוסף להודאה בחקירה” משפט וצבא יח 31 (2005) (המאמר נכתב לפני פסק הדין של בית המשפט העליון).

63 בועז סנג'רו “תיקון 39 לחוק העונשין במבחן סבלנותן של רשויות האכיפה – חוק מאבק בארגוני פשיעה” מגמות בפלילים לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 91 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

טענה שלישית היא "דלדול באמצעי החקירה שנותרו בידי החוקרים"⁶⁴. האומנם? והרי כיום ישנם אמצעים טכנולוגיים מפותחים, כגון האזנות סתר, וישנן ראיות מדעיות מדויקות מאוד, כגון DNA וטביעות אצבעות (אם כי גם בהן נופלות טעויות ולכן יש להימנע לחלוטין מהרשעה על סמך ראיה יחידה כלשהי⁶⁵).

טענה רביעית היא ש"התחבולה עשויה לסייע בקיצור משכי המעצר"⁶⁶. אך הרי שופטים מאשרים מעצר לצורך חקירה, והדוגמה המובאת לכך בפסיקת בית המשפט העליון היא בדיקת הכנסת מדובב לתא המעצר של החשוד...⁶⁷. במקרה כזה אפילו אין צורך בתירוץ הרגילים, כגון החשש שהחשוד ישבש את החקירה או שהוא מסוכן לציבור. כלומר מאריכים מעצרו של חשוד כדי לאפשר למשטרה להכניס לתאו מדובב, שינסה לעקוף את זכות השתיקה ואת רצונו של החשוד ולחלץ ממנו הודאה, שלאחר מכן תתקבל בבית המשפט כהודאה רצונית דווקא.

טענה חמישית היא שהודאה הניתנת בפני מדובב היא רצונית. לאדם חירות לשתוק, אך אין לו זכות שכנגדה חובה על המשטרה שלא לחקור. ברוח זו הובהר בפסיקה כי אין מקום להזהיר את החשוד בדבר זכותו לשתוק, שכן האזהרה מבהירה לחשוד "...כי אין עליו להתיירא מפני איש-המרות או לסמוך על הבטחות שהבטיח לו הלז להיטיב עמו אם יתודה"⁶⁸. אולם "אזהרה כזאת מיותרת היא לחלוטין כשמגלגל הנאשם או החשוד-בעבירה שיחה עם חברו, שאינו איש-מרות. מטבע הדברים, שאין אדם כזה מפיל פחדו על החשוד בביצוע מעשה-עבירה ואין הבטחותיו למתוודה עשויות להתקבל על הדעת ולהשפיע באיזו מידה שהיא, מפני שאין הוא איש שררה"⁶⁹. אכן, הודעה לחשוד על זכויותיו על ידי הסוכן הסמוי תגלה את זהותו ותסכל את החשאיות⁷⁰. מכאן נוהגים למהר אל הטענה כי בהבדל מאוירת הכפייה שבחקירה המשטרית, העצור אינו משיב תחת כפייה כאשר הוא מדבר עם חברו לתא⁷¹.

מנגד, כפי שכתבה רינת קיטאי:

- 64 גלבוץ, לעיל ה"ש 56, בעמ' 9.
- 65 Boaz Sangero & Mordechai Halpert, *Why A Conviction should not be Based on A Single Piece of Evidence: A Proposal for Reform*, 48 JURIMETRICS: THE JOURNAL OF LAW, SCIENCE, AND TECHNOLOGY 43 (2007).
- 66 גלבוץ, לעיל ה"ש 56, בעמ' 9.
- 67 ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 292 (1996).
- 68 ע"פ 28/59 פלוני נ' היועץ המשפטי, פ"ד יג 1205, 1208 (1959).
- 69 שם, בעמ' 1208.
- 70 Young-sook Kim, לעיל ה"ש 53, בעמ' 620-621.
- 71 Taylor, לעיל ה"ש 52, בעמ' 990.

"אווירת הכפייה קיימת גם בעת שיחה עם מדובב, אם כי באופן שונה: המעצר מקנה למשטרה שליטה על סביבתו של החשוד. לעצור אין שליטה על הבחירה בחבריו לתא, הוא אינו יכול לעזוב ואינו יכול לדרוש מהם לעזוב. החרדה הנגרמת על-ידי המעצר מוליכה את החשוד, לעתים קרובות, לחפש נחמה והקלה על-ידי דיבור עם הסובבים אותו. בניגוד לעצור אמיתי, סוכן סמוי מאומן בטכניקות פסיכולוגיות, אשר יכולות בכחש להביא את החשוד לכדי הודאה. טכניקות כאלה יכולות למשל לגרום לחשוד להמציא עבר פלילי, כדי לענות על ציפיותיו של חברו לתא. תחבולה חקירתית המנצלת את מצבו הנפשי הרעוע של החשוד לשם גביית הודאה במעשיו לוקה הן בחוסר הגינות הן בחוסר מהימנות"⁷².

ז. השימוש בתחבולות, בכלל, והצגת ראיה מדעית מזויפת, בפרט

כיצד נבחין בין תחבולה מותרת לבין תחבולה אסורה? השופט גבריאלי בכך הציע בפסק הדין בעניין ביטר כי "התשובה על השאלה מהו הגבול בין תחבולה לגיטימית לבין אמצעי פסול, הינה אולי קשה מבחינה תיאורטית אך לא כל כך קשה מבחינה מעשית, שכן תחושת הצדק, השכל הישר וחוש הפרופורציה ישמשו בנושא זה בדרך כלל מנחים בטוחים"⁷³. מבחן זה עשוי להתאים לשופט מצוין כמו השופט בך, שהוא מומחה למשפט פלילי ובעל תפיסה נכונה ומאוזנת. אך בהיעדר הנמקה תאורטית משכנעת להעברת הגבול דווקא בנקודה מסוימת, אין זה פלא ששופטים שונים העבירו את הגבול במקומות שונים⁷⁴. ובאשר למשטרה ולפרקליטות – המבחן של "תחושת הצדק, השכל הישר וחוש הפרופורציה" נכשל שוב ושוב כשלון חרוץ, כגון בפרשת גולן – כשזייפו פרוטוקול של דיון בבית המשפט ומסרו אותו למדובב, כדי שיציג אותו בפני החשוד בתא המעצר⁷⁵. למצער הכרחי היה לקבוע באופן קטגורי וללא סייגים שאסור להשתמש בתחבולה שעלולה לגרום לחף מפשע להודות. כך למשל הציע השופט בך לפסול הודאה שהתקבלה על בסיס ייצור ראיות בדויות או מזויפות לצורכי תחבולה והצגתן לנחקר⁷⁶. אך היה שופט אחר שהיה מוכן לקבל הודאה שהתקבלה בעקבות הצגה לחשוד של מברק שקרי, הקובע

72 רינת קיטאי "שאלת חוקיותו של מעצר לצורך חקירה" עלי משפט ו 47, 71 (2007).

73 ב"ש 22/87 ביטר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 52 (1987).

74 Young, לעיל ה"ש 18, בעמ' 452.

75 ת"מ (שלום ת"א) 18855/02 מדינת ישראל נ' גולן ומונסנייגו (פורסם בנבו, 2002, מפי השופט גלעד נויטל, אשר ביקר בחריפות הראויה את זיוף פרוטוקול בית המשפט על ידי המשטרה).

76 פרשת ביטר, לעיל ה"ש 73, בעמ' 55.

שטביעות אצבעותיו נמצאו בזירת העבירה (פרשת מנצור)⁷⁷. בפסק הדין החדש בעניין פילצה כותבת השופטת נאור שהיום – בעקבות הלכת יששכרוב – אולי תיפסל גם הודאה שהושגה לא באמצעות זיוף ראייה, אלא "רק" באמצעות שקר שלפיו קיימת ראייה⁷⁸. כשמוצגת בפני הנחקר ראייה מדעית שקרית המצביעה על אשמתו, ואפילו כש"רק" משקרים לו שקיימת ראייה כזו, נוצרות שלוש סכנות: האחת – החשוד עלול להשתכנע שאכן עבר את העבירה (בייחוד אם היה שתוי או מסומם ואינו זוכר את פרטי האירוע, אך לא רק במקרים כאלה); השנייה – החשוד עלול להשתכנע שלא יועיל אם יטען לחפותו (שהרי די אצלנו בראייה מדעית אחת כדי להביא להרשעה⁷⁹); והסכנה השלישית – הסתבכות החשוד בשקרים, בניסיון להסביר את נוכחותו בזירת העבירה, שכביכול הוכחה באמצעות הראייה המדעית.

ההנחה העומדת מאחורי התרת תחבולות, שקרים וזיופים היא שהמטרה היא טובה – הרשעת עבריינים⁸⁰. ברם אם נבחן את המטרה שלשמה מבוצע כל פשע, ודאי נמצא שבמקרים רבים האדם עבר, למשל, עבירת רכוש במטרה טובה, כגון לפרנס את בני משפחתו. לא ברור מדוע בעוד שבאשר לאזרח אין אנו מוכנים להצדיק עבירה באמצעות מטרתה הטובה, כשמדובר בשוטר – המופקד על שמירת החוק ולא על הפרתו וגם לא על שמירתו תוך הפרתו – עלינו לקבל שקרים, זיופים ופשעים בשל מטרתם הטובה. נוסף על כך, לפחות כל עוד שלא נסתיים משפטו של אדם בהרשעה איננו יודעים אם אכן עבר את העבירה, ומכאן שהשקרים, הזיופים ופשעי השוטרים עלולים בהחלט להיות מופנים גם כלפי חפים מפשע.

נוסף על כך, קיימת סכנה ששקרי המשטרה לא יעצרו בחדר החקירות ובתא המעצר, אלא יגלשו גם אל בין כותלי בית המשפט⁸¹. כאן צריך להבחין בין שני סוגים של הפרות חוק על ידי חוקרים: החוקר מן הסוג הראשון יודע שהחשוד חף מפשע ומבקש "לתפור לו תיק" (להפילילו). זו הפשיעה המוכרת מהספרות ומהקולנוע, ויש לקוות שהיא נדירה. החוקר מן הסוג השני מאמין באמת ובתמים שהחשוד אשם בעבירה, אך חושש שהשופט יטעה ויזכה אותו ולכן הוא נחליץ לעזרת השופט; לעזרת האמת שבה הוא מאמין; לעזרת הציבור; ומטעה את בית המשפט. קיימת סכנה שהחוקר יתפוס לא רק את החשוד כאויב (וכבר

77 ע"פ 398/89 מנצור נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1994) (השופט לויין).

78 ע"פ 2939/09, 3233/09 פילצה נ' מדינת ישראל, פס' 23 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 2009).

79 על הסכנה של הרשעת חפים מפשע שיוצרת ההסתפקות בראייה אחת לשם הרשעה – גם כשמדובר בראייה הנחשבת מדויקת מאוד כגון DNA או טביעת אצבעות – ראו Sangero & Halpert, לעיל ה"ש 65.

80 Young, לעיל ה"ש 18, בעמ' 459.

81 שם, בעמ' 463.

תפיסה זו איננה נכונה, משום שאסור להניח שהחשוד אשם. הקונספציה של אשמת החשוד היא אחד הכשלים המרכזיים בחקירת המשטרה; קיימת סכנה שהחוקר יתפוס גם את התובע ואת השופט כאויבים או לפחות כמכשולים המקפידים יותר מדי על הליך הוגן – וישקר גם להם⁸². כשמדובר בשקרים ניתן אולי לדעת היכן הם מתחילים, אך אם מתירים את התחלתם – קשה עד בלתי אפשרי לדעת עד היכן יגיעו.

דוגמה מאלפת להתממשות הסכנות שעליהן עמדתי מהווה פרשת חקירתו של מר רגב שוובר, סטודנט נורמטיבי חף מפשע, אשר לרוע מזלו נחקר על ידי חוקרים-פושעים כחשוד באונס קטינה. החוקרים שיקרו שוב ושוב לשופטים בהארכות המעצר, בדרו ראיות, סילפו ראיות, נמנעו מלברר טענת אליבי אמיתית שניתן היה לאמתה בנקל באמצעות ראיות חזקות שהיו בהישג יד, הכו את הנחקר, השפילוהו, שיסו בו מדובכים והציגו בפניו דוח מזויף של בדיקת DNA שלפיו כביכול נמצא ה-DNA שלו על גוף הקרבן. בניגוד למקרים דומים אחרים, בית המשפט שדן בתביעה האזרחית לפיצויים⁸³, בפסק דין חדש ואמיץ, פרי עטה של השופטת דליה גנות, קרא לילדים המכוערים בשמותיהם וקבע כי חוקרי המשטרה פשעו וכי אנשי הפרקליטות התרשלו בפיקוח עליהם וקיבלו את הממצאים שלהם ללא כל בדיקה. במקום אחר הרחבתי אודות פסק דין חשוב זה והצעתי ללמדו בהכשרות לחוקרי המשטרה, לפרקליטים ולשופטים⁸⁴.

ח. אחרית דבר

טוענים שכשם שהפושעים אינם שומרים על כללי משחק הוגן, כך גם החוקרים אינם יכולים להימנע משקרים ומתחבולות כי אחרת הפושעים לא יודו. אחת משתיים: אם אנו כבר יודעים שבידינו הפושע – על בסיס ראיות מוצקות אחרות – לשם מה לנו ההודאה? מה היא מוסיפה? ואם אין בידינו ראיות מוצקות אחרות – משמע שאיננו יודעים אם בידינו הפושע האמיתי או נחקר חף מפשע – מה תועיל לנו הודאה פגומה שתושג בדרכים לא דרכים המערערות את אמינותה? כיצד נוכל באמצעותה להבחין בין האשמים לבין החפים,

82 שם, בעמ' 464.

83 ייתכן כי הסיבה לכך שאיננו מוצאים פסקי דין רבים כאלה בתחום המשפט הפלילי היא שבהליכים הפליליים כולם – החל מהשוטרים, דרך הפרקליטים וכלה בשופטים – נשבים בקונספציה המוטעית של אשמת החשוד, מניחים שהחשוד/הנאשם הוא אשם ולפיכך מפרשים כל ממצא טעון פרשנות לחובתו ו/או לזכותם של חוקרי המשטרה.

84 בועז סנג'רו "פשעי שוטרים, רשלנות תובעים, אופטימיות שופטים והרשעת חפים מפשע" הסניגור 158, 4 (2010); בועז סנג'רו "אני מאשים גם את השופטים הסניגור 159, 5 (2010). להמחשה נוספת של הנושא ראו בועז סנג'רו "על הודאה ועל 'Junk Science' כטיביעת נעל – הרשעת זדורוב כמקרה מבחן" הסניגור 165, 4 (2010).

להרשיע רק את האשמים ולהימנע מהעוול הגדול ביותר שגורמת החברה לפרט יומיום – הרשעתם של חפים מפשע⁸⁵?

כאשר נבין שמשקלה הנכון של ההודאה אינו גבוה⁸⁶ ושהשימוש בתחבולות בכלל ובמדובבים בפרט מקטין עוד יותר את משקלה, וכשהדבר יבוא לידי ביטוי בחוק או בפסיקה, תאלץ המשטרה לזנוח דרכי חקירה אלה ולהתמקד בדרכי חקירה אחרות, שתולכנה לראיות אמינות יותר, בין לחובתו של החשוד ובין לזכותו – גם זו אפשרות שאסור להזניח.

85 בדומה, כתבה ד"ר רינת קיטאי כך: "מעצר לצורך הפעלת לחץ אינו יכול להוות מסגן נאמן בין חפים מפשע לבין אשמים; הוא בוחן כושר סבל ולא מהימנות; הוא עלול להביא לשבירת

החלשים, בעוד שחזקים יותר לא יישברו בגינו". ראו קיטאי, לעיל ה"ש 72, בעמ' 67.

86 ראו הלפרט וסנג'רו, לעיל ה"ש 6; Sangero & Halpert, לעיל ה"ש 50.