

לקראת בטיחות במשפט הפלילי

מאת

מרדכי הלפרט* ובוועז סנג'רו**

תקציר

לנוכח התופעה המוכחת של הרשעות־שווא והנזקים העצומים הנגרמים בעטיין הן למורשעים ולקרוביהם והן לחברה בכללותה, המאמר מתמקד בשלבים הראשונים הנחוצים לקראת פיתוח תורת בטיחות מודרנית למשפט הפלילי, שאינה קיימת כלל כיום. לשיטתנו, מערכת המשפט הפלילי היא מערכת בטיחות קריטית (safety critical system): היא עוסקת בדיני נפשות, וטעות בה עלולה לגרום נזק איום ולחברה. הרשעת־שווא היא תאונה, בדיוק כשם שהתרסקות של מטוס־קרב היא תאונה. כפי שאנו מראים, ההשוואה אינה רק מטפורית; כאשר מכמתים את הנזקים לערכים כלכליים, ההשוואה היא ממשית. זהירות ובטיחות במשפט אינן בהכרח הגבהת רף ההוכחה, כך שמספר המזוכים יגדל על־חשבון מספר המורשעים. זהירות היא השקעת משאבים ואמצעים בטיחותיים סבירים – כאלה שעלותם פחותה מתוחלת הנזק – בחתירה לכך שגם שיעור זיכויי־השווא וגם שיעור הרשעות־השווא יקטנו.

ראשית אנו סוקרים מהי בטיחות, וכיצד היא מיושמת בתחומי התעופה, ההנדסה ומכשירי האבחון הרפואיים. אנו מגדירים מהי בטיחות בתחום המשפט הפלילי, ומנמקים מדוע הכרחי לגבש תורת בטיחות מודרנית בתחום זה. אנו מראים שכיום אין כלל מודעות לבטיחות בתחום המשפט הפלילי. הדבר בא לידי ביטוי הן בראיות מדעיות, הן בראיות שאינן מדעיות והן במערכת המשפט בכללותה, כארגון. לדעתנו, השוני במודעות לבטיחות בין תחומי התעופה, ההנדסה והאבחון הרפואי לבין תחום המשפט הפלילי נעוץ במה שאנו מגדירים "עקרון התאונות הנסחרות של המשפט הפלילי". הרשעות־שווא הן בדרך־כלל נסחרות. ייתכן ששיעור הרשעות־השווא עצום, אולם מכיוון שאי־אפשר לדעת על כל הרשעות־השווא, קובעי המדיניות מניחים כי מדובר במערכת שמתפקדת באופן משביע־רצון גם

* דוקטור לפיזיקה העוסק, בין היתר, במחקר ופיתוח בתעשייה.

** ראש החטיבה למשפט פלילי ולקרימינולוגיה, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, רמת־גן.

תודתנו נתונה לפרופ' רינת קיטאי־סנג'רו ולחברי מערכת כתב־העת עיוני משפט על הערותיהם לטיטת המאמר. אנו מודים גם על הערותיהם של משתתפי הכנסים והסמינרים שבהם הוצגה התזה המרכזית של המאמר: המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, רמת־גן; האוניברסיטה העברית, ירושלים; European University, Fiesole, Florence, Italy (2011 International Evidence Conference); The China University of Political Science and Law, Beijing, China (2011 International Evidence, Science and Justice Conference), Goethe University, Frankfurt, Germany (2011 Law, Science & Technology Conference).

ללא נקיטת אמצעי בטיחות מיוחדים. לנוכח זאת אנו מציעים עקרונות ראשוניים לתחום הבטיחות במשפט הפלילי. "עקרון התאונות הנסתרות" אמור לדעתנו להוות בסיס לכך. עיקרון זה מייחד את תחום הבטיחות במשפט הפלילי בהשוואה לבטיחות בתחומים אחרים. אנו מציעים הערכת סיכונים להרשעות־שווא המבוססת הן על מחקרים אמפיריים והן על תחשיב המסתמך על סף הוכחת האשמה המספיק כיום להרשעה – "מעבר לספק סביר". אנו מראים כי הסיכונים הם עצומים, וכי אין בסיס להערכה האופטימית כי מדובר בתופעה זניחה ושולית. בהינתן שהכלל "מעבר לספק סביר" אינו מספק ודאות מוחלטת בהרשעה וטומן בחובו סיכונים משמעותיים, מבחינה בטיחותית לא בכל מקרה ניתן להסתפק בו. יש להוסיף על כלל זה דרישה מקדמית כי העמדה לדין והרשעה יתאפשרו רק לאחר שנגקטו כל האמצעים הבטיחותיים הסבירים למניעת הרשעות־שווא. נוסף על כך אנו מציעים כמה פתרונות נקודתיים לבעיות הבטיחותיות שמאמר זה מצביע עליהן. כאחרית־דבר אנו טוענים כי אין די בפתרונות הנקודתיים, וקוראים לחוקרים נוספים מדיסציפלינות שונות להירתם למחקר ולפיתוח של תורת בטיחות מודרנית למשפט הפלילי ושל דרכים ליישומה.

מבוא

א. בטיחות בתחומי התעופה, ההנדסה ומכשירי האבחון הרפואיים

ב. הצורך בבטיחות בתחום המשפט הפלילי

1. הגדרה מוצעת לבטיחות במשפט הפלילי

2. החובה המוסרית לאמץ בטיחות למשפט הפלילי

3. ההצדקה הכלכלית לאימוץ בטיחות למשפט הפלילי

ג. דוגמאות להעדר בטיחות במשפט הפלילי

1. העדר רגולציה על יצרני המכשירים שמהם מפיקים ראיות מדעיות

(א) מבוא

(ב) העדר בטיחות בבדיקות ה־DNA

(ג) העדר בטיחות במכשירים לאיתור עבירות תנועה

(ד) העדר בטיחות בראיות מדעיות אחרות

2. אי־שימוש בפרוטוקולים ראויים למסדרי־זיהוי

3. העדר התייחסות לתיאוריות ארגוניות בכלל וליתירות (redundancy) בפרט

4. העדר מאמץ מספק להפחתת התנהגות לא־הולמת של שוטרים ופרקליטים

ד. לקראת בטיחות במשפט הפלילי

1. עקרון התאונות הנסתרות של המשפט הפלילי

2. הערכת סיכונים לגבי שיעורן של הרשעות־שווא

3. מדוע אין די בהוכחת האשמה מעבר לספק סביר

4. פתרונות בטיחותיים נקודתיים

אחרית־דבר – קריאה לפיתוח תורת בטיחות למשפט הפלילי

מבוא

בעקבות מחקרים שנעשו לאחרונה¹ ובעקבות "פרויקט החפות" (Innocence Project) האמריקני, שבמסגרתו נחשפו כבר כ-300 הרשעות של חפים מפשע באמצעות השוואת DNA,² ידוע כי הרשעות של חפים מפשע מתרחשות בתדירות לא-מבוטלת.³ מאמרנו מתמקד בדרכים להפחתת מספרן של הרשעות-השווא. לדעתנו, מערכת המשפט הפלילי היא מה שמכונה בתחומי התעופה, ההנדסה והאבחון הרפואי "מערכת בטיחות קריטית".⁴ מערכת בטיחות קריטית ניתנת להגדרה כך:

-
- 1 Samuel R. Gross et al., *Exonerations in the United States, 1989 Through 2003*, 95 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 523 (2005); Richard A. Leo & Jon B. Gould, *Studying Wrongful Convictions: Learning from Social Science*, 7 OHIO ST. J. CRIM. L. 7 (2009); Jon B. Gould & Richard A. Leo, *One Hundred Years Later: Wrongful Convictions After a Century of Research*, 100 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 825 (2010).
- 2 נציין כי תוצאה של השוואת DNA שיש לה פוטנציאל זיכוי אינה מובילה בהכרח לזיכוי. בדרך-כלל היא מובילה לבדיקת המקרה מחדש. אם בבדיקת המקרה מחדש משתכנעים כי הנאשם אכן חף מפשע – למשל, משום שמתגלה העבריין האמיתי – או אם חקירת המקרה מחדש חושפת טעויות בראיות אחרות שהובילו להרשעה, הנאשם מווכה. התוצאה של בדיקת ה-DNA כשלעצמה אינה מספיקה תמיד לזיכוי. ראו המקרה של George Allen, המתואר במאמרנו: Boaz Sangero & Mordechai Halpert, *Proposal to Reverse the View of a Confession: From Key Evidence Requiring Corroboration to Corroboration for Key Evidence*, 44 U. MICH. J.L. REFORM 511, 539 (2011).
- 3 שם. ראו גם: www.innocenceproject.org/know/; Browse-Profiles.php; Boaz Sangero & Mordechai Halpert, *Why a Conviction Should Not Be Based on a Single Piece of Evidence: A Proposal for Reform*, 48 JURIMETRICS J. 43, 64–68, 72–76 (2007); Michael J. Saks & Jonathan J. Koehler, *The Coming Paradigm Shift in Forensic Identification Science*, 309 SCI. MAG. 892, 892 (2005).
- 4 Mordechai Halpert & Boaz Sangero, *From a Plane Crash to the Conviction of an Innocent Person: Why Forensic Science Evidence Should Be Inadmissible Unless It Has Been Developed as a Safety-Critical System*, 32 HAMLIN L. REV. 65 (2009) במאמר ב"ח. HAMLIN L. REV. הצענו גישה בטיחותית לתחום הראיות המדעיות. במאמר הנוכחי אנו מציעים תיאוריה כללית של בטיחות לכל תחומיה של מערכת המשפט הפלילי. ראו גם בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט "הסכנה שבהרשעה על סמך נשיפה (על בדיקת הנשיפה המתיימרת לאתר נהיגה בשכרות)" ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 313, 337–347 (2009).
- הגדרות של מערכת בטיחות קריטית מופיעות בהקשרים הנדסיים: "A safety-critical system, subsystem, condition, event, operation, process, or item is one whose proper recognition, control, performance, or tolerance is essential to system operation such that it does not jeopardize public safety." 14 C.F.R. § 401.5 (2000). ראו הגדרות נוספות אצל Halpert & Sangero, לעיל, בעמ' 70–71.

“one in which a malfunction could result in death, injury or illness, major economic loss, mission failure, environmental damage, or property damage.”⁵

אכן, מערכת המשפט הפלילי עוסקת בדיני נפשות ממש, וטעות בה צפויה לגרום נזקים איומים לפרט ולחברה. מטרת המשפט הפלילי הן הכוונת התנהגות מראש והרשעת עבריינים בדיעבד, והרשעת־שווא נחשבת על־ידינו כתאונה, בדיוק כשם שהתרסקות של מטוס־קרב היא תאונה. כפי שנראה, ההשוואה אינה רק מטפורית; כאשר מכמתים את הנזקים לערכים כלכליים, ההשוואה היא ממשית. זהירות ובטיחות במשפט אינן בהכרח הגבהת רף ההוכחה הנדרש לשם הרשעה (“מעבר לספק סביר”), כך שמספר המזוכים יגדל על־חשבון מספר המורשעים. בטיחות, בעינינו, היא השקעת אמצעים סבירים – כאלה שעלותם פחותה מתוחלת הנזק – בחתירה לכך שהן שיעור זיכוי־השווא והן שיעור הרשעות־השווא יקטנו. אכן, בדיני הנוזיקין, נוסחתו הידועה של השופט Learned Hand קובעת כי התנהגותו של המזיק אינה סבירה כאשר שיעור הנזק, בהתחשב בהסתברות התרחשותו, עולה על ההוצאות הכרוכות במניעתו.⁶ אלה האמצעים שהכרחי לנקוט גם בתחום המשפט הפלילי. למיטב ידיעתנו, המושג “בטיחות” אינו מוכר כלל בתחום המשפט הפלילי.

הדרך לבטיחות במשפט הפלילי מתחילה בתחום הראיות המדעיות. המשפט הפלילי אינו התחום היחיד שבו מתקבלות החלטות גורליות על־סמך בדיקות מדעיות. גם בתחומי התעופה, ההנדסה והאבחון הרפואי מקבלים החלטות כאלה. בעוד ביחס לכל הראיות האחרות במשפט הפלילי ייתכנו מחלוקות בנוגע לאמצעים הסבירים שיש לנקוט כדי להפחית את הסכנה של הרשעות־שווא, בתחום הראיות המדעיות, דוגמת בדיקת ה־DNA, הפתרונות הבטיחותיים כבר מוכרים מתחום המכשירים הרפואיים ומן התחומים ההנדסיים. השוואה בין התחום המשפטי לבין אותם תחומים אחרים שהוזכרו חושפת פער בלתי־נתפס בין אמצעי הבטיחות בנוגע לראיות המדעיות בתחום המשפט הפלילי (אשר אינם קיימים כמעט) לבין אמצעי הבטיחות בתחומים האחרים, שם מקובלים אמצעים מתקדמים המבוססים על מדע הבטיחות המודרני, אשר מעוגנים במדינות רבות בחקיקה נרחבת.⁷ כפי שנראה, אמצעים פשוטים אחרים אינם ננקטים גם כאשר לראיות שאינן מדעיות. יתר על כן, התנהלות אשר בתחומים אחרים יתחשב כרשלנות ביחס לאפשרות של גרימת תאונה, ואולי אף כמודעות

5 Frances E. Zollers et al., *No More Soft Landings for Software: Liability for Defects in an Industry That Has Come of Age*, 21 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 745, 751 (2005).

6 United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947) (L. Hand, ראו: B.<PI J.); WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW* (1987) 85–88. ובמקומותינו ראו, למשל, ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498, פס' 16 לפסק־דינו של השופט ברק (2004). כן ראו שימוש נוסף בעיקרון זה ברע"א 1700/10 דוביצקי נ' שפירא, פס' ז לפסק־דינו של השופט רובינשטיין (פורסם באתר הרשות השופטת, 20.5.2010. elyon1.court.gov.il/files/10/000/017/t04/10017000.t04.pdf).

7 Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 83. ראו גם להלן תת־פרק 1ג למאמר הנוכחי.

לאפשרות של גרימת תאונה, נחשבת בתחום המשפט הפלילי כמספיקה להוכחת האשמה מעבר לספק סביר, לעיתים אף כאשר מדובר בראיה יחידה.⁸

מדוע בתחום המשפט הפלילי לא ננקטו עד היום אמצעי בטיחות מודרניים – כאלה שמבוססים על מדע הבטיחות המודרני, להבדיל מהאמצעים שנקבעו רק על-סמך "השכל הישר" (ואשר מתבטאים בעיקרם בכללים מסוימים הקיימים כיום בדיני הראיות ובסדרי הדין)? לדעתנו, התשובה נעוצה בכך שבדרך-כלל אי-אפשר לדעת שהרשעת-שווא התרחשה. הדבר מוביל לאופטימיות לא-מבוססת, שלפיה שיעור הרשעות-שווא זניח כביכול. ייתכן שמספר הרשעות-שווא עצום, אולם קובעי המדיניות והציבור בטוחים שהמערכת מושלמת כמעט, ושאינן צורך בהשקעת מאמצים ומשאבים בבטיחות. הדבר מהותי במשפט הפלילי עד כדי כך שאנו מעלים אותו לדרגת עיקרון: "עקרון התאונות הנסתרות של המשפט הפלילי". כל תורה בטיחותית למערכת המשפט הפלילי חייבת להתבסס על עיקרון זה. ללא הבנתו והפנמתו, ימשיכו מקבלי ההחלטות לחשוב שמערכת המשפט הפלילי חסינה מטעויות או ששיעור התאונות סביר ועל-כן אין צורך בבטיחות.

מהלך המאמר יהיה כדלקמן: בפרק א נתאר בקצרה את הבטיחות בתחומי התעופה, ההנדסה ומכשירי האבחון הרפואי. בפרק ב נציע הגדרה לבטיחות במשפט הפלילי, ונמקד מדוע הן מבחינה מוסרית והן מבחינה כלכלית הכרחי להשתמש בשיטות בטיחותיות. בפרק ג נראה כי בתחום המשפט הפלילי לא ננקטים אמצעי בטיחות הקיימים בתחומים אחרים בחיינו. פעולות בטיחותיות פשוטות להפחתת הסכנה של הרשעות-שווא, אפילו אם הן שגרתיות בתחומים אחרים בחיינו, אינן נחשבות חיוניות במשפט הפלילי. בפרק ד ננסח את "עקרון התאונות הנסתרות של המשפט הפלילי". נוסף על כך נציע צעד נוסף לקראת פיתוח תורת בטיחות במשפט הפלילי ונציע הערכת סיכונים להרשעות-שווא. נציע להתייחס לסיכון ההסתברותי הנובע מסף ההרשעה המקובל – הוכחת האשמה מעבר לספק סביר – כאל סיכון-הבסיס, ולנטוש אמונות-שווא כי המערכת מושלמת. נתמוך את התחשיב המוצע במחקר אמפירי. לאור עקרונות בטיחותיים נמקד מדוע הכלל של הרשעה מעבר לספק סביר, המבוסס רק על חציית סף ראייתי קבוע מסוים, אינו מספק. נציע להוסיף על כלל זה תוספת בטיחותית שתמנע אנומליות בהשוואה לתחומים אחרים שבהם הבטיחות חשובה. נציע גם פתרונות נקודתיים לכמה בעיות שהועלו במאמר זה, אשר ניתנים למימוש בצורה קלה יחסית. במסקנות נסביר כי אין בפתרונות הנקודתיים די, וכי יש לפתח תורת בטיחות שלמה למשפט הפלילי. לפיכך נקרא לחוקרים נוספים מתחום המשפט ומתחומים אחרים להצטרף למאמץ של גיבוש תורת בטיחות כזו.

8 ראו, לדוגמה, את הרשעתו של Daryl Mack ברצח בהתבסס על ראית DNA יחידה שהושגה תוך סריקה במאגר פרופילים גנטיים. הוא נידון למוות והוצא להורג ב-26.4.2006. Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 83. כן ראו: Mack v. State, 75 P.3d 803 (Nev. 2003). כפי שנראה להלן בתת-פרק 11, יצרני ערכות DNA לצרכים משפטיים מזהירים כי אין לעשות בציוד זה שימוש לצרכים רפואיים. כלומר, ערכה שאסורה לשימוש בתחום הרפואי, משום שלא עברה רגולציה בטיחותית כלשהי, מספיקה בתחום המשפטי כדי לגרום כראיה יחידה להוצאה להורג של אדם.

בטרם נצא לדרך נבהיר כי המחקרים והדוגמאות המובאים במאמר הם אומנם משיטות המשפט האמריקנית והישראלית, אך התיאוריה המוצעת היא אוניוורסלית. היא מתייחסת למאפיינים של המשפט הפלילי שרובם משותפים לשיטות משפט רבות, ולפיכך היא רלוונטית לכל שיטת משפט שבה מתכוונים ברצינות לצמצם את שיעור הרשעות-השווא.

א. בטיחות בתחומי התעופה, ההנדסה ומכשירי האבחון הרפואיים

בחיל-האוויר האמריקני מגדירים את הבטיחות כך:

“Safety – Freedom from those conditions that can cause death, injury, occupational illness, or damage to or loss of equipment or property, or damage to the environment.”⁹

עד סוף מלחמת-העולם השנייה כונתה הגישה לבטיחות “טוס-תקן-טוס” (Fly-Fix-) “Fly”¹⁰: מטוס היה טס עד שהייתה מתרחשת תאונה; הסיבות לתאונה נחקרו, והפגמים שהתגלו תוקנו; והמטוס היה ממשיך לטוס. לעיתים הלקחים עוגנו בכללים הנדסיים וברגולציות. כך עד לתקלה הבאה. הייתה זו גישה של לימוד אך ורק מהניסיון של תקלות-העבר, לשם תיקון הפגמים כך שאותן תקלות לא יישנו. שיטה זו אינה יכולה להגן עלינו מפני פגמים אחרים במטוס, לא-ידועים, שיגרמו בעתיד לתקלות מסוג אחר.¹¹ כאשר הטכנולוגיות החלו להשתנות במהירות, וכאשר מחיר המטוסים נעשה גבוה, הוברר כי אין די בגישה זו. מחיר הלמידה מהניסיון בלבד היה יקר מדי. לכן, כבר לפני יותר מחצי מאה, השתנתה הקונספציה, ומדע הבטיחות המודרנית נולד.¹²

להלן כמה מהעקרונות הבסיסיים המנחים את עולם הבטיחות, כפי שנוסחו על-ידי William Stieglitz לפני יותר משישים שנה בתחום התעופה. העיקרון הראשון הוא הבטיחות הבטיחות אל תוך תהליך פיתוחו וייצורו של המוצר:

“Safety must be designed and built into airplanes, just as are performance, stability, and structural integrity. A safety group must be just as important a part of a manufacturer’s organization as a stress, aerodynamics, or a weights group.”¹³

עיקרון חשוב שני הוא שיש להכיר בחוסר האפשרות להעריך את העבודה שהושקעה בבטיחות במונחים חיוביים:

9 US AIR FORCE, SYSTEM SAFETY HANDBOOK vii (2000), available at www.system-safety.org/Documents/AF_System-Safety-HNDBK.pdf (להלן: USAF HANDBOOK).

10 HAROLD E. ROLAND & BRIAN MORIARTY, SYSTEM SAFETY ENGINEERING AND MANAGEMENT 8-9 (1990); Halpert & Sangero, בעמ' 71.

11 Halpert & Sangero, שם.

12 שם, בעמ' 72.

13 ROLAND & MORIARTY, לעיל ה"ש 10, בעמ' 10. Stieglitz היה מחלוצי פיתוחו של מדע הבטיחות המודרני.

"The evaluation of safety work in positive terms is extremely difficult. When an accident does not occur, it is impossible to prove that some particular design feature prevented it."¹⁴

מניעת תאונות לפני שהן מתרחשות, באופן שיאפשר לחסוך את המחיר היקר של הלמידה מהניסיון, נהפכה למטרה ראשית של תחום הבטיחות.¹⁵ שיטת "טוס-תקן-טוס" פינתה את מקומה לשיטת "Identify-Analyze-Control":¹⁶ "זיהוי שיטתי של איזמים עתידיים, ניתוח האיזמים והסתברות התרחשותם, והפעלת אמצעים לנטרול הסיכון. בטיחות צריכה להיות מובנית אל תוך המוצר לאורך כל מסלול חייו – מהשלב הראשון עד לאחר שהלקוח סיים את השימוש בו. השאיפה היא להגיע ליעד של "first time safe".¹⁷

כיום, בכל הנוגע במכשירים במערכות בטיחות קריטית, הכרחי לפתח את המכשיר בשיטות בטיחותיות אשר ימנעו מראש, ככל האפשר, שרכוב פגמים לתוכו.¹⁸ במערכות כאלה המדינה מפקחת על היצרן כדי לוודא שהוא אכן מפתח את מוצריו על-פי שיטות בטיחותיות. לצורך כך הוקמו בארצות-הברית רשויות רגולטוריות, דוגמת רשות התעופה הפדרלית האמריקנית (FAA – Federal Aviation Administration), האחראית להיבטים השונים של התעופה האזרחית בארצות-הברית, ובכלל זה תחום הבטיחות בטיסות, ומנהל המזון והתרופות האמריקני (FDA – Food and Drug Administration), המפקח על מזון, תרופות, מכשירים רפואיים ומכשירי אבחון רפואיים. גם בישראל יש יחידות רגולטוריות, כגון יחידת אמ"ר, האחראית לאישורם של אביזרים ומכשירים רפואיים,¹⁹ והיחידה לתקינה במשרד התחבורה, האחראית למתן אישורי תקינה לרכבים.²⁰

עיקרון בסיסי בהנדסת בטיחות הוא שאי-אפשר לוודא את בטיחות המוצר רק על-ידי בדיקת ביצועיו של המוצר הסופי, שהרי אין מדובר ב"קופסה שחורה" שאין מתעניינים בנעשה בתוכה אלא אך ורק בפלט שלה.²¹ על היצרן מוטלת החובה להוכיח – באמצעים

-
- 14 USAF HANDBOOK, לעיל ה"ש 9, בעמ' 3.
- 15 Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 71. ראו גם: Paul S. Ray, *System Safety*, *Engineering*, in HANDBOOK OF INDUSTRIAL AND SYSTEMS ENGINEERING 9-1 (Adedeji B. Badiru ed., 2005).
- 16 USAF HANDBOOK, לעיל ה"ש 9, בעמ' 3.
- 17 Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 71.
- 18 ש.ס.
- 19 ראו ס' 65ב(2) לפקודת בריאות העם, 1940. כן ראו את האתר של יחידת אמ"ר – www.old.health.gov.il/pages/default.asp?maincat=94.
- 20 ראו צו הפיקוח על מצרכים ושירותים (יבוא רכב ומתן שירותים לרכב), התשל"ט-1978; ס' 282 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961. כן ראו "דרישות חובה לרכב מנועי" אתר משרד התחבורה he.mot.gov.il/index.php?option=com_content&view=category&id=102&Itemid=157.
- 21 ראו מדיניות ה-FDA המפורשת בעניין זה: Medical Devices/Current Good Manufacturing Practice (CGMP)/Final Rule, 61 Fed. Reg. 52601, 52606 (Oct. 7, 1996) (to be codified at 21 C.F.R. pts. 808, 812 and 820), available at www.fda.gov/downloads/MedicalDevices/DeviceRegulationandGuidance/PostmarketRequirements/

מקובלים בתחום הבטיחות, כגון שימוש בשיטות פיתוח בטיחותיות – כי המוצר שלו בטיחותי. הדבר נכון גם לגבי תוכנת המוצר: אי-אפשר לקבוע את בטיחותה רק מבדיקת התוכנה הסופית או מבדיקת ביצועיו של המוצר הסופי, שמעידים כביכול על תקינותה. יש לכתוב את התוכנה מראש באופן שימנע שרכוב פגמים לתוכה ובאופן שיאפשר את בדיקתה.²² אישור FDA מסוג "Premarket Approval" (PMA) – האישור המחמיר ביותר למכשירים רפואיים²³ – הוכר בפסיקת בית המשפט העליון האמריקני כאישור קפדני מאוד.²⁴ החקיקה האמריקנית – The Safe Medical Devices Act of 1990 (SMDA) – העניקה ל-FDA סמכות מפורשת לכלול בדרישת ה-"Good Manufacturing Practices" (GMP) למכשירים רפואיים גם דרישת קדם-ייצור מסוג "Design Validation Controls".²⁵ נוסף על כך אפשרה החקיקה ל-FDA לדרוש מהיצרן נתונים על רגישות הבדיקה (Sensitivity),²⁶ על הסגוליות שלה (Specificity)²⁷ ועל ערכי הניבוי החיוביים והשליליים שלה.²⁸ אישור FDA מסוג

QualitySystemsRegulations/MedicalDeviceQualitySystemsManual/UCM122806.pdf.

CTR. FOR DEVICES AND RADIOLOGICAL HEALTH, FOOD AND DRUG ADMIN., GENERAL PRINCIPLES OF SOFTWARE VALIDATION; FINAL GUIDANCE FOR INDUSTRY AND FDA STAFF (2002), available at www.fda.gov/downloads/RegulatoryInformation/Guidances/ucm126955.pdf. 22

Halpert – class I, class II, class III – ראו למכשירים רפואיים – Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 72-74. 23

"Premarket approval is a 'rigorous' process". Riegel v. Medtronic, Inc., 552 U.S. 312, 1004 (2008) נאמר כך: 24

RICHARD C. FRIES, MEDICAL DEVICE QUALITY ASSURANCE AND REGULATORY COMPLIANCE 367-368 (1998). 25

Sensitivity = 1 – False negative rate. לדוגמה, אם השגיאה השלילית (קרי, שיעור הנבדקים שהבדיקה הרפואית מראה בטעות שהם בריאים אף שהם חולים) היא 1%, אזי רגישות הבדיקה מוגדרת 99%. 26

Specificity = 1 – False positive rate. לדוגמה, אם השגיאה החיובית (קרי, שיעור הנבדקים שהבדיקה הרפואית מראה בטעות שהם חולים אף שהם בריאים) היא 1%, אזי הסגוליות של הבדיקה מוגדרת 99%. 27

COMM. ON DEVELOPING BIOMARKER-BASED TOOLS FOR CANCER SCREENING, CANCER BIOMARKERS: THE PROMISES AND CHALLENGES OF IMPROVING DETECTION AND TREATMENT 74 (Sharyl J. Nass & Harold L. Moses eds., The National Academies Press 2007). 28

ערך הניבוי החיובי של בדיקה (PPV – Positive Predictive Value) מוגדר באופן הבא:

$$PPV = \frac{\text{Number of True Positive}}{\text{Number of True Positive} + \text{Number of False Positive}}$$

ערך הניבוי השלילי של הבדיקה (NPV – Negative Predictive Value) מוגדר באופן הבא:

$$NPV = \frac{\text{Number of True Negative}}{\text{Number of True Negative} + \text{Number of False Negative}}$$

על החשיבות העצומה של ידיעת ערכי הניבוי החיוביים והשליליים של הבדיקה ראו מרדכי הלפרט ומשה פרדס "האומנם ניתן להרשיע על בסיס ראייה מדעית יחידה? המקרה של ראיית

PMA נחשב קפדני עד כדי כך שבית-המשפט העליון האמריקני קבע כי יצרן שקיבל אישור כזה פטור מתביעות רשלנות בנוזיקין,²⁹ שהרי הדרישה לשם קבלת האישור היא שמראש כבר נעשה כל מה שניתן כדי לוודא את בטיחות המכשיר. זו גם דוגמה לאופן שבו הנהגת בטיחות יכולה להשתלם מבחינה כלכלית.

לא נוכל לעמוד במאמר זה על כל שיטות הבטיחות הנהוגות על-ידי ה-FDA ועל-ידי רשויות מקבילות אחרות. זהו תחום עצום בהיקפו ומסובך. ניתן כדוגמה רק אמצעי בטיחות אחד – חובת הדיווח ("Medical Device Reporting" – MDR).³⁰ כאמור, בתורת הבטיחות יש חשיבות למניעת תקלות לפני שהן מתרחשות, ולא רק ללימוד מהניסיון לאחר שהתקלות גורמות נזק ומתגלות. לכן קיימת חובת דיווח גם על "תקריות", ולא רק על תאונות.³¹ "תקרית" היא סיטואציה שיש בה פוטנציאל לגרימת נזק, והעובדה שלא נגרם נזק מקורה במקריות בלבד, קרי, מזל.³² חקירת תקריות היא מרכיב חשוב מאוד בבטיחות. ה-FDA מוציא אזהרות על-סמך חובת דיווח זו כעניין שבשגרה ("Medical Device Safety Alert"),³³ ולעיתים אף מורה על איסוף מהשוק ("Recall").³⁴ נקדים את המאוחר ונאמר כי אף שאנו רגילים לשמוע על "Recall" בתחומים רבים בחיינו,³⁵ לא שמענו עד היום על "Recall" למכשיר מדעי המיועד לשימוש משפטי. הסיבה לכך אינה שמכשירים מדעיים המיועדים לשימוש משפטי תקינים תמיד ואינם מצריכים שימוש באמצעי הבטיחות "Recall", אלא שבתחום המשפטי אין מנגנונים של דיווח ובעקבותיו הפסקת שימוש.

טביעת האצבע וראיית ה-DNA "עיוני משפט ל 399, 402-408; Sanger & Halpert, לעיל ה"ש 2, בעמ' 547-550.

29 עניין Riegel, לעיל ה"ש 24.

30 FDA information regarding Medical Device Reporting (MDR), available at www.fda.gov/MedicalDevices/Safety/ReportaProblem/default.htm.

31 INT'L CIVIL AVIATION ORG., SAFETY MANAGEMENT MANUAL 4-3-4-4 (2006), available at legacy.icao.int/osg/isd/afi/Reference%20Material%5CSafety%20Oversight%20Manuals%5CSafety%20Management%20System%5CSMS%20Manual.pdf.

32 ש.ם.

33 "Medical device safety alert: issued in situations where a medical device may present an unreasonable risk of substantial harm. In some case, these situations also are considered recalls". ראו: FDA, Background and Definitions, available at www.fda.gov/Safety/Recalls/ucm165546.htm.

34 "Recalls are actions taken by a firm to remove a product from the market. Recalls may be conducted on a firm's own initiative, by FDA request, or by FDA order under statutory authority". ש.ם.

35 בתחום הרפואי ראו, למשל, מיטל יסעור בית-אור "משרד הבריאות הסיר מהמדפים תכשירים לטיפול דיאליזה" *ynet* 9.12.2010 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3997054,00.html בגין תקלה בדרושת בתחום של בטיחות מכוניות ראו "קריאה חזרה בטיחותית (safety recall) המאיץ לכלי רכב מתוצרת טויוטה" אתר משרד התחבורה (11.2.2010) he.mot.gov.il/index.php?option=com_content&view=article&id=915:-safety-recall-&catid=51:agaf-rechev-c&Itemid=106.

גם המעבדות הרפואיות אשר מבצעות את הבדיקות הקליניות מפוקחות על-פי חקיקה, המכונה "Clinical Laboratory Improvement Amendments" (CLIA), שהרי גם בהפעלת ציוד יש אפשרות לטעות. גם מעבדות לא-קליניות אשר עורכות מחקרים בעבור יצרנים המפוקחים על-ידי ה-FDA חייבות ב-"Good Laboratory Practice" (GLP).³⁶ לאחר שתיארנו בקצרה את הבטיחות המקובלת בתחומים אחרים, נפנה אל הבטיחות (שאינה מקובלת) בתחום המשפט הפלילי.

ב. הצורך בבטיחות במשפט הפלילי

1. הגדרה מוצעת לבטיחות במשפט הפלילי

המשימה בתחום התעופה היא העברת נוסעים ומטען ממקום למקום. בתחום זה תאונות מוגדרות כהתרסקות של מטוסים או נזק כספי אחר למטוסים ולציוד.³⁷ מובן שכאשר כמות התאונות מופחתת, גם המשימה מבוצעת טוב יותר וביצועי המערכת כולה משתפרים. באופן דומה, במשפט הפלילי האנלוגיה הטיפוסית לתאונה או לכשל מערכתי, דוגמת התרסקות של מטוס-קרב, היא הרשעת-שווא.³⁸ אולם גם כתב אישום שאינו מסתיים בהרשעה³⁹ או אפילו חקירה שאינה מסתיימת בכתב אישום⁴⁰ עלולים לגרום נזק משמעותי, שעשוי להיחשב כתאונה. זיכוי-שווא לא יחשב על-ידינו כתאונה, אלא כאי-ביצוע המשימה או כפגם בביצועי המערכת.⁴¹ מובן ששיפור בבטיחות ישפר גם את ביצועיה של מערכת אכיפת החוק הפלילי, שכן כאשר חף מפשע מורשע, העבריין האמיתי חומק מעונש.

-
- 36 Good Laboratory Practice for Nonclinical Laboratory Studies, 21 C.F.R. 58 (1978)
 37 על הגדרה וסיווג של תאונות לפי דרגת החומרה ולפי הנזק הכלכלי בתחום ההנדסי ראו: DEP'T OF DEFENSE, STANDARD PRACTICE FOR SYSTEM SAFETY MIL-STD-882D 18, table A-I (2000).
- 38 William C. Thompson, *Beyond Bad Apples: Analyzing the Role of Forensic Science in Wrongful Convictions*, 37 Sw. L. Rev. 1027, 1031 (2008)
 מטוס לבין הרשעת-שווא אינה חדשה. ד"ר דייוויד וינר ז"ל השתמש בה – ראו דרור ארד אילון "החקירה האחרונה של דייוויד וינר" ספר דייוויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 18 (דרור ארד אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009). גם אחרים השתמשו בהשוואה זו. ראו: Barry Scheck & Peter Neufeld, *Toward the Formation of "Innocence. Commissions" in America*, 86 JUDICATURE 98 (2002).
- 39 ראו, לדוגמה, את מקרהו של יוסף זוהר, שהואשם ברצח אביו (שבדיעבד התברר כי לא נרצח כלל, אלא מת מוות טבעי) וזוכה ממנו, כמתואר אצל מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו "מקש"ל 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, 744-745 (2010).
- 40 ראו עניין שובר, להלן ה"ש 70.
- 41 בטיחות אמורה להיות מובנית אל תוך המערכת, כך שהיא תתיישב עם דרישות המשימה, שאחת מהן היא הרשעת עבריינים. ראו USAF HANDBOOK, לעיל ה"ש 9, בעמ' 6: "Principle

לקראת דיון בבטיחות במשפט הפלילי יש צורך להגדירה. אם נחשוב בצורה אינטואיטיבית על בטיחות במשפט הפלילי כהפחתת הרשעות-השווא עליידי הגבהת רף ההוכחה הנדרש לשם הרשעה, יהיו אולי שיחשבו כי אין זה רצוי להנהיג בטיחות במשפט הפלילי. הרי מציאת נקודת האיזון המיטבית בין שיעור זיכוי-השווא לבין שיעור הרשעות-השווא היא בעיה אינהרנטית למשפט הפלילי.⁴² מצד אחד, מקובל שההכרעה הערכית שלנו כחברה היא שאנו חוששים מהרשעות-שווא הרבה יותר מכפי שאנו חוששים מזיכוי-שווא, עד כדי כך שעדיף לנו שרבים (עשרה? מאה?⁴³) יזוכו ובלבד שלא נרשע חף מפשע אחד.⁴⁴ אך מצד אחר, מקובל שאיננו מעוניינים לוותר על המשפט הפלילי כדי להקטין לאפס את הסכנה של הרשעות-שווא. לכאורה, בטיחות משמעותה הגדלת מספר העבריינים שיזוכו. אולם כפי שנראה מייד, לא בהכרח כך הדבר.

דרך אחת להגדיר בטיחות במשפט הפלילי היא כך:

”בטיחות במשפט הפלילי היא איון הגורמים העלולים להוביל לגרימת נזק לחפים מפשע.”⁴⁵

ברור שאי-אפשר להגיע לבטיחות של 100% מבלי לפגוע בהגשמת מטרותיו הבסיסיות של המשפט הפלילי, אולם ניתן וצריך להשקיע משאבים כדי לצמצם את שיעור התקלות. דרך אחרת להגדיר בטיחות במשפט הפלילי היא תוך התייחסות לאמצעים הבטיחותיים הננקטים:

”בטיחות היא מצב שבו הסיכון שמערכת אכיפת החוק תגרום נזק לאנשים חפים מפשע מופחת בתהליך מתמשך של זיהוי איומים והפחתת סיכונים.”⁴⁶

בעקבות ניתוחו הידוע של Packer שהציג את ההליך הפלילי כמונחים של שני מודלים – שליטה בפשיעה מול הליך הוגן (Crime Control v. Due Process)⁴⁷ – רבים נוטים לחשוב

objective of system safety – Ensure safety consistent with mission requirements is designed in”

David Crump, *Eyewitness*: In re Winship, 397 U.S. 358, 371 (1970) 42
Corroboration Requirements As Protections Against Wrongful Conviction: The Hidden Questions, 7 OHIO ST. J. CRIM. L. 361, 369–373 (2009)

ראו: Alexander Volokh, *n Guilty Men*, 146 U. PA. L. REV. 173, 174–175 (1997) 43
 ראו את פסק-הדין בעניין Schlup v. Delo, 513 U.S. 298 (1995) 44
 “The maxim of the law is... that it is better (משנת 1824): EVIDENCE T. Starkie (בספרו משנת 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”
 Finchim v. Commonwealth, 83 Va. 689, 691 (1887); United States v. Cole, 25 F. Cas. 493, 509 (1853)

בהגדרה זו הלכנו בעקבות ההגדרה שנתן חיל-האויר האמריקני למונח “בטיחות”. ראו USAF HANDBOOK, לעיל ה”ש 9, והטקסט שמעליה. 45

הגדרה זו אנלוגית להגדרה הבאה: “Safety is the state in which the risk of harm to persons or of property damage is reduced to, and maintained at or below, an acceptable level through a continuing process of hazard identification and risk management”
 CIVIL AVIATION ORG., לעיל ה”ש 31, בעמ’ 1-1. 46

HERBERT L. PACKER, *THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION* 73–149 (1968) 47

שנגזר עלינו לשחק "משחק סכום אפס": אם אנו חפצים בהליך הוגן יותר ובשיעור הרשעות מוטעות קטן יותר, עלינו להסתפק בשליטה פחותה בפשיעה ולהסכים לשיעור גדול יותר של זיכויים מוטעים. אך פיתוח הבטיחות במשפט הפלילי יוביל להצלחה בשתי החזיתות. יש צורך בהקצאת משאבים לשם בחינה שיטתית של האיומים, זיהוי הסכנות, ונקיטת אמצעי בטיחות אשר יפחיתו הן את שיעור הרשעות-השווא והן את שיעור זיכויי-השווא. טובנה חשובה היא שאין כל סתירה בין הדברים: ככל שנשיג בטיחות גדולה יותר – למשל, באמצעות שיפור האמינות של ראיות מסוימות – כן נגדיל את סיכויינו לתפוס שתי ציפורים במכה אחת: גם להקטין את הסכנה האיומה של הרשעת חפים מפשע וגם להשיג יעילות גדולה יותר בהרשעת האשמים האמיתיים.

2 החובה המוסרית לאמץ בטיחות למשפט הפלילי

אין עוול גדול מהרשעתו של חף מפשע. הנזקים הראשונים נגרמים למורשע: בעצם הרשעתו; באות-הקלון הנלווה אליה; ובעונש, שעשוי להיות קנס כספי ועלול להיות שלילת חירות שתחילתה במעצר ואחריתה במאסר. בחלק מהמדינות תיתכן אפילו נטילת חיים באמצעות עונש המוות. בעוד שנזקים שנגרמו לשבויי-מלחמה או לנפגעי תאונות נחקרו ותועדו בספרות,⁴⁸ רק לאחרונה החלו לחקור את הנזקים הפסיכולוגיים שנגרמים לחף מפשע שהורשע.⁴⁹ מחקר שבחן שמונה-עשר משוחררים גילה כי אישיותם השתנתה. נצפו אצלם מאפיינים של הפרעות פוסט-טראומטיות וכן הפרעות דיכאון. המשוחררים דיווחו על קשיים פסיכולוגיים ועל קשיי הסתגלות חברתית, בעיקר ביחסים קרובים.⁵⁰ התייחסות קצרה לשני מקרים יכולה להמחיש את עוצמת הנזק שהרשעה מוטעת גורמת. James Bain הורשע בשנת 1974 בחטיפתה ובאינוסה של ילדה בת תשע.⁵¹ הוא היה בן תשע-עשרה בעת מעצרו, ונידון למאסר-עולם. בדצמבר 2009, שלושים וחמש שנים לאחר שנכלא על עברות שאותן לא ביצע, הוא זוכה מכל אשמה ושוחרר. חיים בוגרים שלמים עברו עליו מאחורי הסורגים, לשווא. Michael Evans ו-Paul Terry היו בני שבע-עשרה

48 מחקרים לרוגמה: Angela Favaro et al., *Full and Partial Post-Traumatic Stress Disorder among World War II Prisoners of War*, 39 *PSYCHOPATHOLOGY* 187 (2006); Carol S. Fullerton et al., *Gender Differences in Posttraumatic Stress Disorder After Motor Vehicle Accidents*, 158 *AM. J. PSYCHIATRY* 1486 (2001); Richard A. Bryant et al., *Elevated Resting Heart Rate as a Predictor of Posttraumatic Stress Disorder*, 66 *PSYCHOSOM. MED.* 760 (2004).

49 Adrian T. Grounds, *Understanding the Effects of Wrongful Imprisonment*, 32 *CRIME & JUST.* 1 (2005).

50 שם, בעמ' 3-2.

51 *Florida Man is Freed After 35 Years*, INNOCENCE PROJECT (Dec. 17, 2009), www.innocenceproject.org/Content/2301.php; *Man exonerated, freed from prison after 35 years*, CNN (Dec. 17, 2009), www.cnn.com/2009/CRIME/12/17/florida.dna.exoneration/index.html.

בזמן מעצרו באשמת אונס ורצח של ילדה בת תשע.⁵² שניהם הורשעו ונידונו ל-200-400 שנות מאסר.⁵³ הם זוכו ושוחררו בשנת 2003, לאחר עשרים ושבע שנות מאסר. שופטי הרוב בתביעת הפיצויים שהגיש Michael Evans, הגם שדחו את תביעתו, קבעו כך:⁵⁴

“In closing, we note that what happened to Mr. Evans – his wrongful conviction and imprisonment for a substantial portion of his life – was a tragedy of epic proportions.”

אנו סבורים כי כל מקרה של הרשעת־שווא המסתיימת במאסר הינו טרגדיה בממדים קיצוניים ונוראיים. נזקים נוספים – חלקם ישירים וחלקם עקיפים – נגרמים לבני משפחתו של המורשע־בטעות ולמכריו.⁵⁵ נזק משמעותי אחרון נגרם לחברה בכללותה מכך שלאחר ההרשעה המוטעית הפושע האמיתי ממשיך להלך חופשי ואולי גם לפשוע.⁵⁶ בעוד בתחומים אחרים בחיינו, דוגמת תחום התעבורה, הסיכון לתאונה קיים והמדינה משתדלת להקטינו באמצעות קביעת סטנדרטים מחייבים של בטיחות, באשר לסכנה של הרשעת חפים מפשע המדינה עצמה היא שיוצרת את הסיכון: בהתמקדות בחשוד מסוים מבין כלל תושבי המדינה, בהעמדתו לדין, בשימוש בראיות בעייתיות ובמכשירים לא־מדויקים לשם הוכחת האשמה, בהרשעה ובענישה החמורה.⁵⁷ בהתאם לתיאוריה המקובלת של האמנה החברתית, המדינה הוקמה כדי להגן על זכויותיהם של בני החברה, ובוודאי לא כדי להרע להם.⁵⁸ לכן במשפט הפלילי מוטלת על המדינה – יוצרת הסיכון – חובה מוסרית חזקה בהרבה (בהשוואה לתחום התעבורה, למשל) לנקוט אמצעים לשם הקטנת הסיכון. כאשר דנים בתחומים אחרים של חיינו, שיקול מרכזי המובא כהצדקה לכך שהמדינה אינה משקיעה את כל המשאבים האפשריים לשם שיפור המצב הוא שאין די כסף להגשמת כל הדברים הטובים שהיינו רוצים שהמדינה תעשה, לרבות ביטחון, חינוך, בריאות, השקעה בתשתיות של כבישים כדי להפחית את תאונות־הדרכים וכדומה.⁵⁹ לשיקול זה לא צריך להיות מקום של כבוד בדיון בבטיחות במשפט הפלילי. ראשית, כאמור, המדינה עצמה היא שיוצרת – ובמודע – סיכון זה, כך שאין מדובר בסיכון קיים שהמדינה משתדלת להקטין. אכן, במשפט האמריקני קיימת בדיני הנזיקין דוקטרינה משפטית בדבר “סיכון שיצרה המדינה”

NORTHWESTERN UNIV. SCH. OF LAW, CTR. ON WRONGFUL CONVICTIONS, *Michael Evans and Paul Terry*, www.law.northwestern.edu/wrongfulconvictions/exonerations/ilEvansTerrySummary.html 52

.Evans v. Katalinic, 445 F.3d 953, 955 (2006) 53

.Evans v. City of Chicago, 513 F.3d 735, 747 (2008) 54
קבעה כי משפט הפיצויים היה לא־הוגן באופן יסודי.

.Limone v. United States, 579 F.3d 79, 102 (2009) 55

במקרה של James Bain, לדוגמה, טרם נתפס העבריין האמיתי. *Know the Cases*, INNOCENCE PROJECT, www.innocenceproject.org/Content/2300.php 56

Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 92-93. 57

Rinat Kitai, *Protecting the Guilty*, 6 BUFF. CRIM. L. REV. 1163, 1172-1179, 1186-1187 (2003) 58

Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 92-93. 59

("State-Created Danger Doctrine"), המטילה חבות נזיקית על המדינה.⁶⁰ נוסף על כך, הן ברדיני הנזיקין והן במשפט הפלילי מקובל שהיוצר מצב מסוכן מחויב לפעול כדי לנטרל את הסכנה.⁶¹ שנית, למרבה הצער, אין השתדלות של ממש מצד המדינה להקטין את הסיכון הרב: המושג "בטיחות" אינו מוכר כלל במשפט הפלילי, בוודאי לא במשמעותו המודרנית, וכפי שנראה בהמשך, גם דברים בסיסיים ביותר שניתן לעשות כנקל אינם נעשים.⁶² שלישית, דווקא בתחום המשפט הפלילי, ודווקא משום שהמדינה עצמה היא היוצרת את הסיכון להרשעת חפים מפשע, הפתרון לבעיית המימון נמצא בהישג יד: כשם שהיקף אכיפת החוק נגזר מתקציב מסוים (המשמש לתשלום משכורות לשוטרים, לחוקרים, לתובעים, לסנגורים הציבוריים ולשופטים; לתשלום שכר למומחים; למימון שיטות ומכשירים שנועדו לאיסוף ראיות וליצירת ראיות; ועוד), כך עליו להיגזר מתקציב מסוים הכולל בתוכו גם את עלות הבטיחות. כלומר, בהנחה (שאינה מחויבת המציאות) של תקציב קבוע, ניתן לקיים בטיחות ולהסתפק במעט פחות הליכים פליליים. המטרה אינה אכיפה מרבית. אכיפה מרבית פוגעת קשות בחירותנו והופכת את חיינו לבלתי־נסבלים. גם במצב הקיים רבים – ואנו בתוכם – סבורים כי הגענו לפליליות־יתר (over-criminalization): המשפט הפלילי תפח, ותופס כיום מקום גדול מדי בחיינו.⁶³ נוסף על כך, אכיפה איכותית ומדויקת עדיפה על ריבוי הליכים. אלא שלא זו בלבד שמוטלת על המדינה חובה מוסרית – ובעקבותיה ככל הנראה גם חובה משפטית – לדאוג לבטיחות במשפט הפלילי גם אם היא מצריכה משאבים; כפי שנראה מייד, בתחומים אחרים הוכח כי ההשקעה בבטיחות משתלמת אפילו בניתוח כלכלי צר, נטול שיקולים מוסריים.

60 על ה־"State-Created Danger Doctrine", אשר מטילה חבות על המדינה כאשר בפעולותיה שלה היא יוצרת סיכון, ראו: Laura Oren, *Safari into the Snake Pit: The State-Created Danger Doctrine*, 13 Wm. & Mary Bill Rts. J. 1165 (2005). ראו גם: *Deshaney v. Winnebago Cnty. Dep't of Soc. Servs.*, 489 U.S. 189, 201 (1989). באותו מקרה לא חויבה המדינה בנזיקין מאחר שלא היא יצרה את הסיכון. אולם במקרה אחר, שבו המדינה היא שיצרה את הסיכון, היא חויבה בנזיקין. מדובר במקרה שבו עצרה המשטרה נהג ונטשה את הנוסעת הצעירה באזור מוכה פשע. הנוסעת נאנסה. ראו: *Wood v. Ostrander*, 879 F.2d 583 (9th Cir. 1989).

61 ראו: *Delair v. McAdoo*, 188 A. 181, 184 (1936). ראו גם: *Ewolski v. City of Brunswick*, 287 F.3d 492, 509 (2002).

62 ראו להלן בפרק ג דוגמאות לכך שאמצעי בטיחות פשוטים, שחלקם אף ננקטים בתחומים אחרים בחיינו, אינם ננקטים כלל בתחום הראיות המדעיות.

63 Sanford H. Kadish, *The Crisis of Overcriminalization*, in *BLAME AND PUNISHMENT: ESSAYS IN THE CRIMINAL LAW* 21 (1987); Jonathan Simon, *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear* (2007); Douglas Husak, *Overcriminalization – The Limits of the Criminal Law* (2007); *Go Directly to Jail: The Criminalization of Almost Everything* (Gene Healy ed., 2004).

3 ההצדקה הכלכלית לאימוץ בטיחות למשפט הפלילי

בתחום מטוסי־הקרב חשיבותה של הבטיחות מוסברת בשיקולים של עלות מול תועלת: יהיה זה פשוט יקר מדי לא להנהיג בטיחות.⁶⁴ לדוגמה, בפיתוח מטוסי־הקרב האמריקני F-14 עמדה עלותה של תוכנית הבטיחות כולה (בעבור כל המטוסים יחדיו) על 5 מיליון דולר, שנפרשו לאורך 10 שנים (כחצי מיליון דולר לשנה). עלותו של מטוסי־קרב אחד באותה תקופה הייתה 15 מיליון דולר. מכאן שאפילו אם בזכות תוכנית הבטיחות נמנעה רק התרסקות של מטוס אחד בלבד, התוכנית השתלמה כלכלית.⁶⁵

גם בתחום המשפט הפלילי הנוזקים הכלכליים מטעויות הם עצומים ואף ניתנים להערכה. בשנים האחרונות זכו כמה תובעים בסכומי פיצויים עצומים. לאחרונה, בעניין *Limone*, אושר פסק־דין של 101,750,000 דולר פיצויים לארבעה אנשים שהורשעו לשווא, לבנות־זוגם ולילדיהם.⁶⁶ התעריף שקבעה הערכאה הנמוכה, ואשר אושר על־ידי ערכאת הערעור בנסיבותיו של אותו מקרה, היה פיצוי של מיליון דולר בעבור כל שנת מאסר לכל אחד מארבעת המורשעים לשווא. נוסף על כך זכו נשותיהם בפיצוי של יותר ממיליון דולר כל אחת, והילדים זכו ב־250,000 דולר כל אחד. מכאן שמקרה פשע אחד ש"מפוענח" לא־נכון וגורם להרשעת־שווא של כמה אנשים עלול לגרום נזק כלכלי של יותר מ־100 מיליון דולר, כמחירו של מטוסי־קרב מתקדם בשנות האלפיים. במקרים מסוימים אושרו גם תעריפים שנתיים יקרים יותר. Juan Johnson פוצה בסכום של 21 מיליון דולר בגין 11 שנות מאסר־שווא⁶⁷ – כמעט שני מיליון דולר לכל שנת מאסר. גם במקרים אחרים נפסקו פיצויים גבוהים.⁶⁸

גם בישראל נפסקו פיצויים משמעותיים. בפרשת מע"ץ נפסקו לארבעת מורשעי־השווא (יחדיו) יותר מ־12 מיליון שקלים.⁶⁹ בפרשה אחרת נפסקו לתובע יותר מ־2 מיליון שקלים פיצויים בגין 88 ימי מעצר.⁷⁰ מכאן שייתכן שאפילו אם אמצעי הבטיחות שיונהגו במשפט

64 Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 89.

65 שם.

66 עניין *Limone*, לעיל ה"ש 55.

67 Ben Meyerson, *Record Verdict: Former Gang Member Awarded \$21 Million for Wrongful Conviction*, CHI. TRIB. (Jan. 23, 2009), www.chicagotribune.com/news/local/chi-federal-police-lawsuitjun23,0,3802704.story

68 Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 89–91.

69 ת"א (מחוזי ת"א) 1168/01 הררי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.6.2005): לגדעון הררי נפסק סך של 4,565,000 ש"ח בגין 64 חודשי מאסר־שווא, ליעקב בלדוט נפסק סך של 1,784,000 ש"ח בגין 25 חודשי מאסר־שווא, לאורי גולברי נפסק סך של 3,639,000 ש"ח בגין 51 חודשי מאסר־שווא, וליוסף רחימי נפסק סך של 2,168,000 ש"ח בגין 24 חודשי מאסר־שווא. בסך־הכל נפסקו אם כן יותר מ־12 מיליון ש"ח פיצויים כתוצאה מפסק־דין שגוי אחד.

70 ת"א (מחוזי ת"א) 1173/06 שובר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 3.6.2010). כן ראו בועז סנג'רו "פשעי שוטרים, רשלנות תובעים, אופטימיות שופטים והרשעת חפים מפשע – יש ללמד את פסק הדין של השופטת דליה גנות בעניין רגב שובר בהשתלמויות חוקרים, תובעים ושופטים" הסניגור 158, 4 (2010); בועז סנג'רו "אני מאשים גם את השופטים" הסניגור 159, 5 (2010).

הפליילי יצליחו למנוע רק הרשעת־שווא אחת, כדאי כלכלית להשקיע מיליוני שקלים בבטיחות. יתרה מזו, כפי שנראה בהמשך, אין מדובר במקרה אחד של הרשעת־שווא, ואף לא בכמה מקרים ספורים, אלא במספר גדול באופן מפתיע של מקרים.⁷¹ גם כאשר נאשם מזוכה לבסוף מעברה, לעיתים הדבר קורה רק לאחר שהוחזק במעצר כמה שנים.⁷² אפרים כהן, לדוגמה, הוחזק במעצר שלוש שנים עד שזוכה מאשמת רצח.⁷³ תסקיר המעצר קבע כי אף שלא היה לו עבר פליילי, הוא מסוכן. מעצרו הוארך שוב ושוב עד ליום מתן פסק־הדין.⁷⁴ אפילו אישום־שווא שמסתיים בזיכוי ללא מעצר עלול להיות טרגדיה.⁷⁵ לדוגמה, גרגורי שניידר, ניצול שואה, הועמד לדין בעברות של מעשה מגונה ומעשה סדום.⁷⁶ הוא הורשע בבית־משפט שלום אך זוכה לבסוף בבית־המשפט המחוזי.⁷⁷ סמוך לערעור ולפני זיכוי אמר: "הלוואי שהייתי מקבל סרטן במקום הדבר הזה שאמרו עלי שעשיתי".⁷⁸ הוא העריך את התקופה הזו כקשה יותר מהתקופה שבה היה בגטו.⁷⁹ ארנלדו לזרובסקי נידון בשל עלילת־שווא דומה של אותו "קורבן" לארבע שנות מאסר. הוא זוכה רק במשפט חוזר, לאחר שהורשע בשלוש ערכאות ולאחר שנשא את עונשו.⁸⁰ בתו מספרת שקיבל התקף־לב ונהפך לשבר־כלי.⁸¹ גם חקירה המסתיימת בחזרה מכתב אישום עלולה לגרום נזק כבד.⁸² אפילו חקירה המתחילה במעצר ומסתיימת ללא הגשת כתב אישום עלולה לגרום נזק חמור, לעיתים דווקא לאלה שהקריבו למען החברה את היקר להם מכל, כגון הורה שכול.⁸³ גם כאשר אדם "רק" מאבד את מקום עבודתו, מדובר בנזק גדול

-
- 71 ראו להלן בתת־פרק ד' על הערכת סיכונים במשפט הפליילי.
- 72 כך קרה ל־John Kelly, אשר הוחזק שנה מיותרת לחלוטין במעצר לאחר שהאישומים נגדו הובררו כמופרכים. Kelly v. Curtis, 21 F.3d 1544, 1547–1549 (11th Cir. 1994).
- 73 תפ"ח (ת"א) 1052/07 מדינת ישראל נ' לוי (טרם פורסם, 27.4.2010).
- 74 בש"פ 3329/09 מדינת ישראל נ' לוי (טרם פורסם, 28.4.2009).
- 75 ראו מקרהו של Steve Gary Titus, המובא אצל דורון מנשה ורביע עאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" משפטים לה 206, 207–206 (2005).
- 76 ע"פ (מחוזי ת"א) 71364/01 שניידר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 21.10.2002).
- 77 שם.
- 78 ראובן שפירא "תעלומה במלתחות הקאנטרי" מעריב nrg 16.11.2001 www.nrg.co.il/online/archive/ART/210/635.html.
- 79 שם.
- 80 ע"פ 9809/08 לזרובסקי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 25.11.2010).
- 81 אביעד גליקמן "התקדים: 'אבא לא ידע שזוכה. אנחנו בגן עדן'" ynet 25.11.2010 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3989696,00.html.
- 82 ראו עניין שובר, לעיל ה"ש 70.
- 83 אילן מורנו שכל את בנו סא"ל עמנואל מורנו במלחמת לבנון השנייה. חרף האסון הנורא שפקד אותו ואת משפחתו, הוא נאלץ להתמודד עם מעצר־שווא ועם אישום־שווא בשוחד, שממנו נוקה לחלוטין רק לאחר יותר משנתיים. ראו עמרי אסנהיים "תיק מורנו נסגר" Mako 6.8.2009 www.mako.co.il/tv-ilana_dayan/53fd821e0b7e9110/Article-f3ce70ffc30f221006.htm.

מאוד.⁸⁴ הנה כי כן, גם כאשר ההליך הפלילי אינו מסתיים בהרשעת-שווא, הנזק לחף מפשע עלול להיות גדול.

אפילו כאשר מדובר במכשיר לבדיקת שכרותם של נהגים, אין להיתפס לטעות שלפיה לא נורא אם נרשיע גם חפים מפשע, שהרי מדובר רק בעברת תעבורה. מתברר שהרשעה כזו עלולה להוליך במקרה של תאונת-דרכים גם להרשעה בעברת חמורה של מחשבה פלילית – עברת ההריגה – ולעונש של עד עשרים שנות מאסר.⁸⁵ בית-המשפט העליון חזר פעמים רבות על הצורך להיאבק בתאונות-הדרכים ולהחמיר את הענישה.⁸⁶ מבחינה כלכלית, טעות בבדיקה הנערכת באמצעות מכשיר נשיפה עלולה לגרום נזק כלכלי של מיליוני שקלים. לכן, כאשר עונשים כבדים וקלון מוטלים על נהגים, יש לוודא שננקטים אמצעי בטיחות ושאיינו מרשיעים חפים מפשע.

בחלק זה הראינו אם כן את הנזקים העצומים הנגרמים לאדם שמורשע לשווא. הראינו כי בארצות-הברית בתי-המשפט אומדים שנה של מאסר-שווא בכמיליון דולר, וכי גם בישראל הקטנה שולמו פיצויים של מיליוני שקלים לאנשים שנכלאו ולאחר-מכן זוכו. בחלק העוסק בהערכת הסיכון נראה כי ייתכן מאוד שכ-5% מההרשעות הן מוטעות.⁸⁷ משמעות הדבר בישראל, שבה כ-20,000 אסירים, היא שבכל זמן נתון מאכלסים את בתי-הסוהר שלנו כ-1,000 חפים מפשע. נניח, לצורך התחשיב, שבמונחים ישראליים נזקו של אדם על שנה של מאסר-שווא הוא כמיליון שקלים. עתה נדמיין עולם שאינו כפוף לעקרון התאונות הנסחרות של המשפט הפלילי, קרי, עולם שבו הרשעות-השווא מתגלות בשלב זה או אחר. בעולם כזה ייתכן שהיה על המדינה לשלם בכל שנה פיצויים על מאסר-שווא של חפים מפשע בסכום כולל של מיליארד שקלים (אלף אסירים כפול מיליון שקלים). בארצות-הברית תוצאת התחשיב הזו היא מאה מיליארד דולר (100,000 אסירים כפול מיליון דולר). זאת, כמובן, מלבד נזקים אחרים, כגון הנזקים לחברה הנובעים מכך שהאשמים האמיתיים לא נתפסו ומעלותם של ההליכים המיותרים.⁸⁸ בעולם כזה היה יקר מאוד למדינה לא להשקיע

84 לדיילת בחברת תעופה נפסקו 400,000 דולר פיצויים לאחר שפוטר מעבודתה עקב תוצאה שגויה של בדיקת סמים שמקורה ברשלנות. ראו: *Ishikawa v. Delta Airlines* 343 F.3d (9th Cir. 2003), 1131, 1129.

85 בת"פ (מחוזי ת"א) 40074/07 מדינת ישראל נ' ברכה (טרם פורסם, 18.9.2008) הורשע הנאשם בהריגה בגין תאונת-דרכים שגרם כאשר היה תחת השפעת סמים ואלכוהול, ונידון ל-16 שנות מאסר; בע"פ 8266/06 קוביאקוב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 6.11.2007) נידון הנאשם ל-7 שנות מאסר בגין הריגה בתאונת-דרכים (ללא השפעת אלכוהול); ובת"פ (מחוזי ת"א) 40230/07 מדינת ישראל נ' זיוובי (טרם פורסם, 7.5.2008) נידון הנאשם ל-5 שנות מאסר בגין תאונת-דרכים שגרם בזמן שהיה תחת השפעת אלכוהול.

86 ראו, לדוגמה, עניין קוביאקוב, שם.

87 ראו להלן תת-פרק ד2. כוונתנו להרשעות מוטעות בחזק, כלומר, של חפים מפשע. אין כוונתנו להרשעות מוטעות של אשמים, שאותם היה צריך לְזַכּוֹת אילו הופעלו נכון כללי המשפט הפלילי המהותיים, הדיוניים והראייתיים. כאלה יש להערכתנו הרבה יותר.

88 עלות משפט שבו ניתן לגזור עונש מוות בארצות-הברית נעה בין מיליון דולר לכמה מיליוני דולרים. ראו Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 89 ה"ש 175.

בבטיחות. בעולם כזה היה נושא הבטיחות במשפט הפלילי נהפך בוודאי לאחד הנושאים המרכזיים במערכות בחירות.

יהיו אולי שיטענו כי הנזק הכספי לחברה קטן ממה שתוארנו לעיל, שכן רוב הרשעות השווא אינן מתגלות ועל-כן החברה אינה מפצה את הניזוקים. אולם יש לדחות טענה אפשרית כזו מכל וכל. משמעות הטענה היא שאנו יכולים לפטור מזיק ודאי מחובת הזהירות רק משום שיש קושי בהוכחת אשמתו ואחריותו. הנזק הכספי נגרם בוודאות, אלא שמי שנושאים בו בפועל – ולא בצדק – הם המורשעים לשווא. החברה מטילה עליהם לשאת את הנזק בעצמם, בעוד היא עצמה אינה נוקטת את אמצעי הזהירות הדרושים כדי למנוע נזק עצום זה.⁸⁹ טענת נגד אפשרית נוספת היא שיתכן שהפיצויים שפסקו בתי-משפט, בסכומים של מיליוני דולרים בארצות-הברית ושל מיליוני שקלים בישראל, אינם משקפים את הנזק הממשי שנגרם למורשעים בטעות, אלא יש בהם מרכיב עונשי המופנה כלפי הרשויות ולפיכך מדובר בפיצוי-ייתר. לטעמנו, נזקיה של שנת מאסר, כאשר בדיעבד מוברר כי היה זה מאסר-שווא, אינם נופלים ממה שנקבע בפסיקה. פסקי-הדין מדברים אך ורק על פיצוי לאותם אומללים שהורשעו לשווא, ולא על מרכיבים עונשיים. נוסף על כך, יש הבדל בין המצב הנדיר שבו הרשעת-השווא מתגלית בסופו של דבר לבין המצב הרגיל שבו היא אינה מתגלית לעולם, שכן עצם גילוייה של הרשעת-השווא מפחית את הסבל במידה משמעותית. הנזק במקרים שבהם הרשעת-השווא אינה מתגלית הוא בוודאי גדול עוד יותר. לבסוף, אפילו נלך לשיטתם של הסבורים כי הנזק הממשי קטן כדי עשירית ממה שנפסק בבתי-המשפט, עדיין הנזק השנתי המצטבר, בשים לב לשיעור המשמעותי של הרשעות-שווא שעליו נצביע בהמשך, הוא גדול, ומצדיק – לא רק מוסרית, אלא גם כלכלית – השקעה של מיליונים⁹⁰ בבטיחות.

ג. דוגמאות להעדר בטיחות במשפט הפלילי

1. העדר רגולציה על יצרני המכשירים שמהם מפיקים ראיות מדעיות

(א) מבוא

הסיכונים בראיות המדעיות דומים מאוד לסיכונים במכשירים לאבחון רפואי. בכל בדיקה רפואית עלולה ליפול שגיאה. כך גם בראיות המדעיות. אולם בעוד על יצרני המכשירים הרפואיים חלה חובת רגולציה מלאה, הנעשית על-ידי גופים כגון ה-FDA האמריקני ויחידת אמ"ר הישראלית,⁹¹ בעולם בכלל ובישראל בפרט אין כל רגולציה בנוגע לראיות מדעיות. יצרן של מכשיר המפיק ראיות מדעיות, כגון יצרן של ערכות וציוד לבדיקת DNA, אינו כפוף לרגולציה שתבטיח את איכות המכשיר וביצועיו.⁹² בכך החובות החלות עליו דומות לאלה החלות על יצרן מערכת שאינה מסווגת כמערכת בטיחות קריטית, כגון יצרן צעצועים. שניהם פטורים מהרגולציה על איכות המכשיר וביצועיו החלה על יצרן של מערכת בטיחות

89 ראו עניין *Limone*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 105.

90 "מיליונים" – בארצות-הברית דולרים ובישראל לפחות שקלים.

91 אתר יחידת אמ"ר, לעיל ה"ש 19.

92 Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 74.

קריטית.⁹³ התקנים לאישור המכשיר הפורנזי – כאשר הם קיימים – מופנים למוצר הסופי בלבד.⁹⁴ אין בהם שום התייחסות לדרך שבה פיתחו את המכשיר או את תוכנת המכשיר. ביצועי המכשיר, כאשר הם נבדקים, נבחנים בתצורתו הסופית, והוא נחשב "קופסה שחורה" שאין צורך להתעניין במה שיש בתוכה, אלא אך ורק בפרט שלה. להלן דוגמאות אחדות להעדר בטיחות בראיות המדעיות.

(ב) העדר בטיחות בבדיקות ה־DNA

חרף הסכנות הרבות לטעויות בבדיקות ה־DNA,⁹⁵ אין כל רגולציה החלה על היצרנים של ערכות הבדיקה לשימוש משפטי. בפרט, אין חובת דיווח כמקובל בתחום המכשירים הרפואיים, בתעשיית המכוניות ובתחומים אחרים שבהם הבטיחות היא קריטית. כפי שנדגים, תאונות אינן נחקרות באופן שיטתי, אלא במקרים מסוימים בלבד. מאכן שאפילו השיטה המיושנת "טוסי־תקן־טוס" אינה מופעלת בתחום הפורנזי באופן שיטתי.

העדר הבטיחות מגיע גם לאנומליות. כך, למשל, במדריך למשתמש של חברת Applied Biosystems, המייצרת ערכות לבדיקות DNA שבהן משתמשים גם בישראל, כותבת היצרנית באותיות מודגשות:

"For Research, Forensic and Paternity Use Only. Not for use in diagnostic procedures."⁹⁶

כלומר, מה שנחשב מתאים כדי לגרום להוצאתם להורג של נאשמים בארצות מסוימות על־סמך ראייה יחידה,⁹⁷ או לשליחתם למאסר־עולם או למאסר ממושך, אינו נחשב טוב מספיק לאבחון רפואי. קשה להבין את השוני בין ההתייחסות הרצינית לאפשרות של מוות

93 נציין כי יצרני צעצועים כפופים רגולציה שמטרתה להבטיח כי הצעצוע לא יגרום נזק למשתמש, כגון זו הנהוגה בכריטניה: Ministry for State for Small Firms and Consumer Affairs, *The Toys (Safety) Regulations* (1995). מטרת הרגולציות היא למנוע נזק למשתמשים, כגון פציעה פנימית עקב בליעת חלקים קטנים על־ידי ילדים, פציעה חיצונית מחלקים חדים, פגיעה מחומרים כימיים וכדומה. אולם אין רגולציה שמטרתה להבטיח את איכות הביצועים של הצעצוע – למשל, שהשלט־רחוק המפעיל את מכונית־הצעצוע החשמלית אכן יפעל ללא תקלות.

94 Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 74.

95 Eric E. Sobel et al., *Detection and Integration of Genotyping Errors in Statistical Genetics*, 70 AM. J. HUM. GENET. 496 (2002); Francois Pompanon et al., *Genotyping Errors: Causes, Consequences and Solutions*, 6 NAT. REV. GENET. 847 (2005); William C. Thompson, *Tarnish on the "Gold Standard": Understanding Recent Problems in Forensic DNA Testing*, 30(1) CHAMPION 10 (2006).

96 APPLIED BIOSYSTEMS, AMPFLSTR SGM PLUS, PCR AMPLIFICATION KIT USER'S MANUAL 2 (2006). ראו:

97 Daryl Mack הורשע ברצח על־סמך ראיות DNA יחידה שהושגה במהלך סריקה במאגר פרופילים גנטיים ונידון למוות. הוא הוצא להורג ב־26.6.2006, Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 83.

או פציעה כתוצאה מתקלה במכשיר רפואי או הנדסי (כגון תקלה בכלמים של מכונת) לבין ההתייחסות החובבנית למוות, למאסר ממושך או לנזק עצום אחר כתוצאה מהרשת-שווא. יתר על כן, במדריך לתוכנת GeneMapper⁹⁸ של אותה יצרנית, היא מזהירה כי אין לה שום אחריות לטעויות המופיעות במסמך המתאר את התוכנה ואת הדרך שבה יש להשתמש בה.⁹⁹ בגוף המדריך, בחלק העוסק באחריות, היצרנית מתנעת מכל אחריות לתקלה כלשהי במכשיר, ומבהירה אף כי היא אינה ערבה לכך שאין בתוכנה טעויות.¹⁰⁰ הנה כי כן, בעוד בתחום הרפואי על היצרנית להצהיר ולהוכיח בשיטות בטיחות מקובלות כי התוכנה שלה בטיחותית, בתחום המשפטי היא יכולה להצהיר כי היא אינה ערבה לכך שאין בתוכנה שגיאות. יתרה מזו, חרף הצהרות אלה של היצרנית, בתי-המשפט בארץ ובעולם מסתמכים על ראייה זו אפילו כראיה (משמעותית) יחידה להרשעה.¹⁰¹ על המחוקק להפעיל רגולציה כדי לוודא שהיצרנית מצהירה ומוכיחה באמצעים בטיחותיים מקובלים כי התוכנה שהיא ייצרה בטיחותית. אין להשלים עם האפשרות שאדם יורשע רק בשל פגם תוכנה פשוט, שהיה אפשר למנוע אילו אך היו משתמשים בשיטות בטיחותיות בפיתוח התוכנה. אכן, טעויות בכדיקות ה-DNA מתרחשות, ואפילו בהיקפים נרחבים. מקרה של זיהום נרחב דווח במאמרם של Sullivan ועמיתיו, מהשירות הפורנזי הבריטי, בהקשר של חקירת מקרה רצח באנגליה.¹⁰² לאחר בדיקת המקרה הוברר כי עשרים מתוך שלוש מאות העובדים במפעל ייצור של שופרות פלסטיק זיהמו בלא יודעין דגימות שהיו בתיקי עבודה בשל מגע של השופרות עם ה-DNA שלהם. ה-DNA של ארבעה-עשר מתוכם תאם פרופילים גנטיים שהופקו ממקרי פשע לא-מפוענחים, ונחזה כדגימה אותנטית מזירת הפשע, השייכת לעבריין. מכאן שקיימת אפשרות מוחשית שיתרחש זיהום עוד לפני שהדגימה מגיעה למעבדה, על-ידי אנשים הרחוקים אלפי קילומטרים מזירת הפשע, אשר נמצאים במגע עם המכשור או עם הממצאים עצמם, ולא תהא דרך לגלות זאת. יתר על כן, זיהום יכול להיגרם על-ידי קרובי-משפחה של הקורבן, שוטר, חבר בצוות הזיהוי הפלילי או אנשים מהציבור

- 98 APPLIED BIOSYSTEMS, GENE MAPPER ID SOFTWARE VERSION 3.1 USER GUIDE (2003).
- 99 שם, בעמ' ii: "In no event shall Applied Biosystems be liable for incidental, special, multiple, or consequential damages in connection with or arising from the use of this document".
- 100 שם, בעמ' J-3. לאחר-מכן מגיעה אזהרה ארוכה נוספת, באותיות גדולות, כי היצרנית מסירה מעצמה כל אחריות בנוגע לנזקים מסוגים שונים שייגרמו כתוצאה מהשימוש בתוכנה. שם, בעמ' J-3-J-4. אכן, בעיות בתוכנה התגלו. ראו: Jason R. Gilder et al., *Systematic Differences in Electropherogram Peak Heights Reported by Different Versions of the GeneScan Software*, 49 J. FORENSIC SCI. 92 (2004).
- 101 ע"פ 9724/02 אביר-מאד נ' נגד מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 71 (2003). ראו גם את הרשתות של Daryl Mack והוצאתו להורג על-סמך ראיות DNA יחידה, כמתואר אצל Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 83.
- 102 Kevin Sullivan et al., *New Developments and Challenges in the Use of the UK DNA Database: Addressing the Issue of Contaminated Consumables*, 146 FORENSIC SCI. INT'L S175 (2004).

שנמצאים בזירת העברה.¹⁰³ אין צורך במגע ישיר עם הממצאים כדי ש־DNA אנושי יזהם דגימה מזירת פשע. DNA יכול להיות מועבר על־ידי רסיסים מיקרוסקופיים שנישאים באוויר כאשר אדם נושם, מדבר, מתעטש או משתעל, או על־ידי השלת תאי עור מתים.¹⁰⁴ זיהום בבדיקות DNA הוא בעיה אינהרנטית וקשה.

במאמרם של Sullivan ועמיתיו מומחש כיצד בבדיקות ה־DNA נהוגה עדיין השיטה המיושנת "טוס־תקן־טוס". שלושת אמצעי הזהירות שננקטו לאחר גילוי הזיהום היו: (1) שינוי פס־הייצור של יצרן השפופרות לכוזה שיש בו מעט התערבות אנושית; (2) הקמת מאגר DNA המכיל פרופילים גנטיים של פרטים באוכלוסייה שיש אפשרות שיוזמו את המוצגים, כגון עובדי השיירות המדעי הפורנזי הבריטי, עובדי ייצור ושוטרים; (3) שימוש בתוכנות אשר סורקות, כעניין שבגרה, כל פרופיל שמתקבל מזירת פשע אל מול אותו מאגר, במטרה לשלול את האפשרות שמדובר בפרופיל מזוהם.¹⁰⁵ אכן, במסגרת תיאור הסריקות שנעשו אל מול אותו מאגר של מזהמים פוטנציאליים, מדווחים מחברי המאמר:

"To date, where such checks have been undertaken, contamination by police personnel has been detected at approximately 10% of the scenes."¹⁰⁶

מדובר בהודאה של השיירות הפורנזי הבריטי בהיקפים עצומים של טעויות בהפקת פרופילים גנטיים (אחת מכל עשר זירות פשע). אמצעי זהירות אלה הופעלו רק לאחר גילוי הנזק בשנת 2002, כלומר, עשור וחצי לאחר שבדיקת ה־DNA החלה לשמש כלי מרכזי בהרשעת נאשמים.¹⁰⁷ זוהי דוגמה למחזור אחד בשיטת "טוס־תקן־טוס". אולם שיטה זו אינה מגוננת עלינו מפני תקלות שטרם התרחשו ומפני כאלה שבתחום המשפט קשה מאוד לגלותן. אכן, תקלה דומה אחרת ובהיקף רחב התגלתה באירופה לאחר הפעלת אותם אמצעי זהירות. בשנת 2008 פנתה משטרת גרמניה לציבור, באמצעות העיתונות, והציעה 100,000 אירו בעבור מידע שיוביל למעצרה של רוצחת סדרתית שכונתה Phantom of Heilbronn.¹⁰⁸ עקבות ה־DNA שלה התגלו בכארבעים זירות פשע בגרמניה, באוסטריה ובצרפת, ובכלל זה בשישה מקרי רצח. במקרה אחד, שבו התגלו עקבות ה־DNA של אותה אישה, היו גם עדויות־ראייה שתיארו את העבריין כגבר. המשטרה פרסמה קלסטרון של אותו גבר, במחשבה שה"רוצחת" היא אולי טרנס־סקסואל או שמדובר במלווה שלה. בתחילת 2009

103 ANDREI SEMIKHODSKII, DEALING WITH DNA EVIDENCE: A LEGAL GUIDE 96 (2007)

104 שם, בעמ' 97.

105 Sullivan et al., לעיל ה"ש 102, בעמ' S176.

106 שם.

107 האדם הראשון שבהרשעתו נעשה שימוש בראיית ה־DNA בארצות־הברית היה Tommie

Lee Andrews, *United States v. Kincaid and the* 1987. ראו: Kathryn Zunno, *United States v. Kincaid and the Constitutionality of the Federal DNA Act: Why We'll Need a New Pair of Genes to Wear Down the Slippery Slope*, 79 ST. JOHN'S L. REV. 769, 770 n. 3 (2005)

108 Tristana Moore, *Germany Hunts Phantom Killer*, BBC NEWS (last updated Apr. 11, 2008), news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7341360.stm

הועלה הפרס בעבור מידע אודותיה לסכום של 300,000 אירו.¹⁰⁹ באמצע שנת 2009 נפתרה התעלומה: מעולם לא הייתה רוצחת סדרתית;¹¹⁰ ה-DNA שנמצא בזירות הפשע היה של עוברת חפה מפשע, שעבדה במפעל בבוואריה המייצר את מטושי הכותנה שבהם נעשה שימוש בבדיקות. ה-DNA של העוברת זיהם את המטושים. מאחר שאין חובת דיווח בתחום הפורנזי, ומאחר שפרטי המקרה המדויקים לא פורסמו בספרות, לא ידוע אם נערכה חקירה בעקבות אותו מקרה, ואם עובדים אחרים של המפעל זיהמו דגימות אחרות.

יהיו אולי מי שימשיכו להיות אופטימיים ויטענו כי מקרי זיהום כאלה יגרמו לכל-היותר לכך שלא נמצא את העבריין האמיתי, אך הם לא יפילילו חף מפשע. מבחינה בטיחותית זוהי טעות. העובדה שדגימות מזדהמות בקלות כזו, מבלי שנדע על כך, יוצרת סכנה בטיחותית. אחת הסכנות היא זיהום צולב, שבו חומר גנטי של חשוד (או של מי שלאחר הבדיקה ייהפך לחשוד) זיהם את הדגימה מזירת הפשע והחשוד ייחזה בטעות כעבריין.

דוגמה ידועה לזיהום צולב היא חקירת רצח הפעוט Jaidyn Leskie באוסטרליה בשנת 1998.¹¹¹ סריקה של הפרופיל הגנטי שהופק באותו מקרה משתי דגימות DNA הובילה להתאמה לנערה צעירה הסובלת מפגיור שכלי, אשר הפרופיל שלה היה במאגר כתוצאה מחקירת עֵבֶר מִן שבווצעה בה. חקירת המקרה שללה את מעורבותה ברצח. בירור העלה כי באותה תקופה שבה נבדקו כתמי הדם מזירת רצח הפעוט, נחקרה באותה מעבדה עֵבֶר המין שבווצעה בנערה. אף שאנשי המעבדה טענו כי האפשרות לזיהום אינה סבירה, ואף שדובר בשתי דגימות שונות אשר כל אחת מהן עברה שתי בדיקות (ארבע בדיקות בסך-הכל), המסקנה הסופית של חוקר מקרי המוות הייתה שדגימת ה-DNA מזירת הרצח של הפעוט Leskie זוהמה על-ידי חומר גנטי של הנערה. חוקר מקרי המוות לא ידע להצביע על האופן המדויק שבו התרחש הזיהום.¹¹² הוא ציין כי באותה מעבדה התגלו בעבר מקרי זיהום נוספים אשר מקורם המדויק לא אותר.

פרט נוסף באותה חקירה אשר מעניין מבחינה בטיחותית הוא שיצרני הציוד, שבידיהם ידע מעמיק כיצד המכשור פועל ומהן נקודות החולשה שלו, לא הוזכרו כלל בדוח. הנה כי כן, בתחום הפורנזי לא נעשה שום שימוש בידע של היצרן. אילו היה ייצור העֵרֶכָה לבדיקת DNA מפקח, אזי אם היצרן לא היה מזהיר מראש מפני תקלה מן הסוג הזה, ייתכן מאוד שהדבר היה מסתיים ב-"Recall" (איסוף מהמדפים). אולם בתחום המשפטי אין משתמשים בכלי בטיחות כגון "Recall", אלא נשענים על אופטימיות לא-מבוססת. אכן, תקלות מן הסוג הזה חזרו והתגלו באוסטרליה.

Reward for 'Phantom Killer' Reaches Record £300,000, THE LOCAL (Jan. 13, 2009), 109
www.thelocal.de/national/20090113-16739.html

David H. Kaye, *Gina's Genotypes*, 108 MICH. L. REV. FIRST IMPRESSIONS 51, 52 (2010), 110
www.michiganlawreview.org/articles/gina-s-genotypes; 'DNA Bungle' Haunts
German Police, BBC NEWS (last updated Mar. 28, 2009), news.bbc.co.uk/2/hi/
.europe/7966641.stm

Inquest into the Death of Jaidyn Raymond Leskie, Coroners Case Number: 007/98, 111
.www.bioforensics.com/conference09/Workshop/Leskie_decision.pdf

112 שם, בעמ' 85.

בשנת 2008 בוטלו ההאשמות נגד Russell John Gesah בגין רצח שבוצע בשנת 1984. האיטום התבסס על בדיקת DNA, אך התברר כי דגימת ה-DNA שלו והדגימה מזירת הרצח עובדו באותו יום ובאותה מעבדה, מה שהעלה את החשש כי מדובר בזיהום צולב.¹¹³ בדצמבר 2009 התגלה באוסטרליה מקרה נוסף של זיהום שהוביל להרשעת-שווא של סטודנט בשם Farah Jama.¹¹⁴ הפרופיל הגנטי שלו היה במאגר משום שהוא נחשד בפשע אחר, שביחס אליו נחקר אך לא הועמד לדין.¹¹⁵ חקירת מקרה של אונס הובילה להתאמה בין פרופיל האנס לפרופיל של הסטודנט. Jama הורשע ונידון לשש שנות מאסר. הוא היה בכלא כשנה וחצי עד שלמזלו הודיע התובע לבית-המשפט כי הדגימה הזדהמה ככל הנראה. בית-המשפט ביטל את הרשעתו, והוא שוחרר.¹¹⁶

גם בארצות-הברית נחשפו מקרים של זיהום. במישיגן נחקר מחדש רצח הסטודנטית Jane Mixer, משנת 1969, בעזרת טכנולוגיית DNA שלא הייתה זמינה בעת חקירת הרצח המקורית.¹¹⁷ החקירה המחודשת הובילה להתאמה לשני חשודים – John Ruelas ו-Leiterman. יצוין ויודגש כי מלבד הבעיה של זיהום צולב, מקרה זה מדגים בעיה נוספת, והיא האפשרות שההשוואה הגנטית תוביל לשני חשודים שונים שדגימותיהם מופיעות במאגר. אלא ש-Ruelas היה פעוט בן ארבע בזמן הרצח, ולכן היה ברור כי לא הוא הרוצח. נגד Leiterman הוגש בכל-זאת כתב אישום, והוא הורשע ברצח למרות העדר הסבר הגיוני להתאמה בין דגימות הרוצח לבין הדגימה של Ruelas הפעוט, ואף שהוברר כי שלוש

113 *Media Release: DNA Review Finalised*, VICTORIA POLICE (24 Sep. 2008), www.police.vic.gov.au/content.asp?Document_ID=17223; Mark Buttler & Anthony Dowsley, *DNA Fiasco with 7000 Crimes to be Re-examined by Police*, HERALD SUN (Aug. 7, 2008), available at www.heraldsun.com.au/news/dna-fiasco-with-crimes/story-0-1111117126767. בעקבות אותו מקרה בדקה משטרת ויקטוריה 6,000 תיקים מחדש. בסיום הבדיקה הודיעו כי זיהום נוסף התגלה בתיק אחר שבו לא הוגש כתב אישום. שם. המסקנות הועברו לוועדת מומחים לשם הערכה. שם.

114 JUSTICE FRANK VINCENT, REPORT – INQUIRY INTO THE CIRCUMSTANCES THAT LED TO THE CONVICTION OF MR. FARAH ABDULKADIR JAMA (2010); Kate Hagan, *Court Overturns Student's Conviction for Rape Over DNA Mix-up*, THE AGE (Dec. 7, 2009), available at www.theage.com.au/national/court-overturns-students-conviction-for-rape-over-dna-mixup-20091207-kdtr.html.

115 Hagan, שם.

116 שם. על-פי הפרסומים בעיתונות האוסטרלית, יומיים לאחר-מכן השעתה אוסטרליה את כל בדיקות ה-DNA למשך חודש. זאת, בעקבות דוח שהצביע על בעיות שיטתיות שהתגלו בשיטת הפרשנות של תוצרי הבדיקה הנהוגה במעבדה המשטרית. Milanda Rout & Rick Wallace, *Police Put Ban on DNA Evidence*, THE AUSTRALIAN (Dec. 7, 2009), available at www.theaustralian.com.au/news/nation/police-put-ban-on-dna-evidence/story-e6fgr6nf-1225808820951. חודש לאחר-מכן חודשה פעילותן של המעבדות, לאחר שאומץ תקן לאומי חדש לפרשנות של אותן בדיקות. Steve Lillebuen, *DNA Evidence Back in Courts After Ban Lifted*, HERALD SUN (Jan. 12, 2010), available at www.heraldsun.com.au/news/dna-evidence-back-in-courts-after-ban-lifted/story-e6fgr7jo-1225818467803.

117 ראו Thompson, לעיל ה"ש 95, בעמ' 14.

הדגימות – של הקורבן ושל שני החשודים – עוכדו באותה מעבדה באותו זמן.¹¹⁸ הגשת כתב האישום וההרשעה סתמו את הגולל על האפשרות לחקור את נסיבותיה של אותה התאמה תמוהה בכדיקת ה־DNA, שכן לאחר הגשת כתב האישום לא נחשבה עוד ההתאמה כהתאמה לדגימה מזהמת, אלא כראיה מפלילה.¹¹⁹ נוסף על כך, לא ידוע לנו על חקירה שנערכה לכירור ההתאמה של Ruelas הפעוט לפרופיל הגנטי של הרוצח. ההסבר היחיד שהוצע לכך הוא התיאוריה היצירתית של התובע כי Ruelas בן הארבע היה בעל דימום כרוני באפו, הסתובב בזירת הפשע, המרוחקת מאוד מביתו, ודמו הגיע אל הקורבן...¹²⁰ אולם כאשר מתייחסים להתאמת DNA תמוהה בחשדנות, ולא ממהרים להגיש כתב אישום, עשויים להתגלות דברים מעניינים. בשנת 2004 הודיע תובע בניו־ג'רזי, בהתייחסו לאונס ולרצח משנת 1968 של הילדה Jane Durrue, כי בדיקת DNA חשפה את הרוצח Jerry Bellamy.¹²¹ בדיעבד התברר כי הדגימה של החשוד Bellamy והדגימה מזירת הרצח הופקו באותה מעבדה ובאותו יום, מה שהעלה חשד כבד לזיהום.¹²² התובע ההגון ביטל את האישום נגד Bellamy. אלא שלא דובר בחשד בלבד לזיהום. בשנת 2008, לאחר בדיקת הדגימות במעבדות אחרות, התקבלה תוצאה אחרת, ועל־פיה הוגש כתב אישום נגד אדם אחר בשם Robert Zarinsky.¹²³ Zarinsky, שהיה כלוא משנת 1975 בגין רצח אחר, מת בכלאו בטרם החל משפטו, ועל־כן לא הספיקו לברר את אשמתו.¹²⁴ הנה כי כן, הנהגת בטיחות במשפט הפלילי צפויה לא רק להפחית את ההפללה של החפים מפשע, אלא אף לאפשר מציאת ראיות נגד חשודים פוטנציאליים אחרים, וכך לסייע אולי בפענוח המקרה.

-
- 118 שם. ראו את פסק־הדין בערעור שאישר את ההרשעה: People of the Mich. v. Gary Earl, 1784 Mich. App. 1784, 2007, *Leiterman*.
- 119 Thompson, לעיל ה"ש 95, בעמ' 12.
- 120 שם, בעמ' 14.
- 121 Robert Hanley, *DNA Leads to Arrest in '68 Rape and Murder of Girl*, THE NEW YORK TIMES (Jun. 17, 2004), available at www.nytimes.com/2004/06/17/nyregion/dna-leads-to-arrest-in-68-rape-and-murder-of-girl-13.html?sec=&spon=&pagewanted=all;
- Maura Dolan & Jason Felch, *The Danger of DNA: It Isn't Foolproof Forensics*, LOS ANGELES TIMES (Jan. 1, 2009), available at www.boston.com/news/nation/articles/2009/01/01/the_danger_of_dna_it_isnt_foolproof_forensics/.
- 122 William C. Thompson, *The Potential for Error in Forensic DNA Testing (and How That Complicates the Use of DNA Databases for Criminal Identification)* (paper presented at the Council for Responsible Genetics (CRG) national conference, Jun. 19–20, 2008), available at www.councilforresponsiblegenetics.org/pageDocuments/H4T5EOYUZI.pdf.
- 123 Joe Ryan, *Robert Zarinsky Formally Charged in '68 Slaying of Keansburg Girl*, NEW JERSEY REAL-TIME NEWS (Mar. 11, 2008), available at www.nj.com/news/index.ssf/2008/03/robert_zarinsky_to_be_charged.html.
- 124 John Appezato, *Suspected Serial Killer Robert Zarinsky Dead at 68*, NEW JERSEY REAL-TIME NEWS (Nov. 29, 2008), available at www.nj.com/news/index.ssf/2008/11/suspected_serial_killer_robert.html.

תקלות בבדיקות ה-DNA מדווחות בעיתונות כעניין שבשגרה.¹²⁵ מטבע הדברים, לא תמיד המידע מדויק. אולם יש לזכור כי אין חובת דיווח בתחום הראיות המדעיות, ואין שום חובה לחקור תאונות, ובוודאי לא תקריות (שבהן לא נגרם נזק אך הייתה סכנה).¹²⁶ לפיכך לעיתים קרובות העיתונות היא מקור המידע היחיד, וניתן ללמוד ממנה כי לא רק שאין נוקטים גישה בטיחותית של מניעת תאונות לפני שהן מתרחשות, אלא אף אין מנסים ללמוד מהניסיון: אפילו השיטה המיושנת "טוס־תקן־טוס" אינה מופעלת תמיד.

(ג) העדר בטיחות במכשירים לאיתור עבירות תנועה

פסק־הדין של בית־המשפט העליון של ניו־ג'רזי בעניין *State v. Chun*,¹²⁷ העוסק במכשיר הנשיפה Drager Alcotest 7110 MKIII-C, המשמש לבדיקת שכרות של נהגים, מלמד כי לא ננקטו שיטות בטיחותיות בפיתוח תוכנת המכשיר, וכי התוכנה לא הייתה מקבלת אישור משום גוף רגולטורי, דוגמת מנהל המזון והתרופות האמריקני (ה-FDA), רשות התעופה הפדרלית האמריקנית (ה-FAA), משרד ההגנה האמריקני וגופים דומים אחרים.¹²⁸ מתכנת העובד אצל היצרן העיד כי הוא אינו מכיר תקנים בסיסיים לפיתוח תוכנה, אלא משתמש בנסינו האישית כתחליף לתקן.¹²⁹ התברר שאותו מתכנת יצר כמו ידיו, בטעות, פגם תוכנה שהיה ניתן למניעה אילו נעשה שימוש בתקנים לפיתוח תוכנה.¹³⁰ הובהר כי חברת Drager לא מינתה אחראי בטיחות בפיתוח התוכנה, כמתחייב מכללי בטיחות לכתיבת תוכנה.¹³¹ למרות כל זאת קבע בית־המשפט כי תקנים לפיתוח תוכנה הם "עניין לסגנון ולתיאוריה", ואינם נחוצים בעת הזאת כדי להבטיח את בטיחותו ואמינותו של המכשיר.¹³² בית־המשפט נהג בשיטה המיושנת "טוס־תקן־טוס": לאחר שנמצא פגם בתוכנה, הוא הורה על תיקונו, ואישר את המשך השימוש במכשיר (עד לתקלה הבאה שתתגלה בו).¹³³

בישראל קבע השופט אדמונד לוי, לאחר שיצרני התוכנה של מד המהירות באמצעות לייזר (הממל"ז) סירבו לאפשר את בדיקת התוכנה, כי אין הכרח לבדוק את תוכנת המכשיר. לדעתו, ניתן לבחון את ביצועי המכשיר הסופי במצבים שונים, וכך לקבוע אם התוכנה אמינה

- 125 דוגמאות נוספות למקרים כאלה ראו אצל Thompson, לעיל ה"ש 122.
- 126 ראו את מכתבו של Stephen Saloom, מ"פרויקט החפות", ל־Terrence Sheridan ממשרתת מרילנד, ובו בקשה לפתיחת חקירה מקיפה יותר של תקרית שאירעה במעבדה בבולטימור, שהובילה לפיטוריו של מנהל המעבדה Edgar Koch. ראו: Stephen Saloom, *Allegations of Serious Negligence or Misconduct in the Baltimore Police Department Crime Laboratory and the Paul Coverdell Forensic Science Improvement Grant Program*, INNOCENCE PROJECT (Dec. 17, 2008), www.innocenceproject.org/docs/Innocence_Project_Letter_121708.pdf.
- 127 *State v. Chun*, 943 A2d. 114 (N.J. 2008).
- 128 Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 79-82.
- 129 שם, בעמ' 82.
- 130 מדובר בפגם מסוג "buffer overflow". שם.
- 131 שם.
- 132 עניין *State v. Chun*, לעיל ה"ש 127, בעמ' 160.
- 133 Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 78-82.

אם לאו.¹³⁴ קביעה זו של בית-המשפט, כי ניתן לוודא בטיחות של תוכנת מכשיר על-ידי בדיקת ביצועיו של המוצר הסופי כאילו היה "קופסה שחורה", נחזית כמסקנה משפטית הנובעת מ"שכל ישר", אולם היא מתנגשת חזיתית במדע הבטיחות המודרני, בדרך השונה שבה מאשרים מכשירי בטיחות קריטית אחרים, ובדרישות שהרשויות הרגולטוריות מציבות ליצרנים בתחומים אחרים.¹³⁵ "השכל הישר", כאשר הוא מופעל על-ידי שופטים ללא ידע טכנולוגי, מספק לעיתים תוצאות הפוכות מאלה המדעיות.

(ד) העדר בטיחות בראיות מדעיות אחרות

הדוח האחרון של מועצת המחקר הלאומית האמריקנית (NAS – National Academy of Science) בנוגע לתחום הפורנזי חשף בעיות בסיסיות בכל הראיות המדעיות.¹³⁶ הדוח מבהיר את הצורך בהסמכת מעבדות ושימוש בסטנדרטים. לדוגמה, במשך שנים רבות התקיימה בקרה גרועה על המעבדות המשטרותיות לזיהוי פלילי. כך נאמר על המעבדה של יוסטון:

"The complete lack of outside scrutiny of the Crime Lab's operations, procedures, and reporting of results allowed serious deficiencies, particularly in the DNA/Serology Section, to become so egregious that analysts in the Lab simply had no perspective on how bad their practices were."¹³⁷

לזלזול זה בבטיחות בתחום המשפטי אין כל הצדקה. בדיקות מומחיות הנערכות למעבדות DNA מלמדות על שיעור משמעותי של טעויות.¹³⁸ עדויות פורנזיות שגויות נמצאו כגורם השני בחשיבותו להרשעות-שווא בארצות-הברית.¹³⁹ אין די בידיעת אומדן

134 ע"פ 4682/01 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 304, 311 (2003).

135 ראו לעיל ה"ש 21-22 והטקסט שמעליהן.

136 NATIONAL ACADEMY OF SCIENCE (NAS), COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY, STRENGTHENING FORENSIC SCIENCE IN THE UNITED STATES: A PATH FORWARD (2009) (להלן: NAS 2009).

137 MICHAEL R. BROMWICH, FOURTH REPORT OF THE INDEPENDENT INVESTIGATOR FOR THE HOUSTON POLICE DEPARTMENT CRIME LABORATORY AND PROPERTY ROOM 2 (2006), available at www.hpdlabinvestigation.org/reports/060104report.pdf

138 Saks & Koehler, לעיל ה"ש 3, בעמ' 895. כאשר לתוצאות של בדיקות מומחיות הנערכות למעבדות DNA ראו: Jonathan J. Koehler, *Error and Exaggeration in the Presentation of DNA Evidence at Trial*, 34 JURIMETRICS J. 21, 26 (1993); Jonathan J. Koehler et al., *The Random Match Probability in DNA Evidence: Irrelevant and Prejudicial?* 35 JURIMETRICS J. 201, 206-211 (1995). כאשר לבדיקות סמים ראו את התוצאות של בדיקות המומחיות שנערכו למעבדות באיטליה, תוך שימוש במבחני אמינות משוכללים, כגון GC/MS. התוצאה הגרועה ביותר התקבלה כאשר לאופיאטים - שגיאה חיובית בשיעור 5%. השגיאה השלילית הגבוהה ביותר הייתה 30.7%. ראו: S.D. Ferrara et al., *Proficiency Testing for Psychoactive Substances in Italy*, 113 INT'L J. LEGAL MED. 50, 52 (1999).

139 Saks & Koehler, לעיל ה"ש 3, בעמ' 892.

השגיאות באמצעות בדיקות מומחיות למעבדות DNA, כפי שמוצע בספרות,¹⁴⁰ אלא יש להשתמש בשיטות בטיחותיות כדי להפחית את שיעור השגיאות.¹⁴¹ יתרה מזו, סוגים אחדים של ראיות אשר ראויים לתואר "Junk Science" ("מדע זבל" או "מדע קלוקל" – לפי הטעם), כגון השוואה מיקרוסקופית של שיער, מתקבלים עדיין, למרבה הצער, כראיות קבילות על-ידי חלק מבתיה המשפט, ואנשים נשלחים על בסיסם לתקופות מאסר ממושכות.¹⁴²

2. אי־שימוש בפרוטוקולים ראויים למסדרי־זיהוי

ב"פרויקט החפות" הוברר כי עדות־ראייה שגויה היא הגורם המרכזי להרשעות־השווא שנחשפו בפרויקט האמריקני.¹⁴³ עיון בספרות המדעית העוסקת בעדות זו מראה כי הבעיות ידועות כבר זמן רב. תחום עדות־הראייה נחקר ונסקר בספרות הפסיכולוגית כבר בשנות השבעים של המאה העשרים.¹⁴⁴ כך, למשל, הוברר כי אם עדי־ראייה המתבקש לזהות את החשוד מקבל הנחיה שלפיה ייתכן שהחשוד אינו נמצא כלל בין הניצבים במסדרי־הזיהוי, שיעור זיהוי־השווא פוחת באופן משמעותי, בעוד שיעור זיהוי העבריינים האמיתיים פוחת רק במעט מאוד.¹⁴⁵ עם זאת, גם כאשר ניתנת הנחיה כזו, השגיאה בעדויות־הראייה עדיין משמעותית מאוד.¹⁴⁶ מחקרים הראו כי טעויות מתרחשות באופן קבוע גם במציאות, ולא רק במעבדה.¹⁴⁷

140 ש.ס.

141 Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 86–88.

142 בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט "ראיות מדעיות מול 'Junk Science'" (עומד להתפרסם בכתב־העת **עלי משפט**); Brandon L. Garrett & Peter J. Neufeld, *Invalid Forensic Science Testimony and Wrongful Convictions*, 95 VA. L. REV. 1 (2009); BARRY SCHECK ET AL., ACTUAL INNOCENCE: FIVE DAYS TO EXECUTION AND OTHER DISPATCHES FROM THE WRONGLY CONVICTED 158–171 (2000); Erica Beecher-Monas, *Blinded by Science: How Judges Avoid the Science in Scientific Evidence*, 71 TEMP. L. REV. 55 (1998); Michael J. Saks & Jonathan J. Koehler, *The Individualization Fallacy in Forensic Science Evidence*, 61 VAND. L. REV. 199 (2008); BRANDON L. GARRETT, CONVICTING THE INNOCENT – WHERE CRIMINAL PROSECUTIONS GO WRONG 84–117 (2011); בועז סנג'רו "על הודאה ועל 'junk science' כטביעת נעל – הרשעת זדורוב כמקרה־מבחן" הסניגור 4, 165 (2010).

143 INNOCENCE PROJECT, www.innocenceproject.org

144 Gary Wells, *Eyewitness Identification: Systemic Reforms*, WISC. L. REV. 615, 615–616 (2006).

145 ש.ס, בעמ' 625.

146 בניסוי מעבדתי התגלה כי מבין 100 עדי־ראייה שקיבלו הנחיה כזו, כאשר העבריין האמיתי נכח במסדר, 54% זיהו אותו, 21% לא בחרו איש מהניצבים, 13% זיהו אדם אחר מסוים במקומו, והשאר בחרו בניצבים האחרים שנכחו במסדר. כאשר העבריין האמיתי לא נכח במסדר, אחוז העדים שלא בחרו איש מהניצבים עלה ל־32%, אותו ניצב שנבחר בתנאי הקודם על־ידי 13% מהעדים נבחר הפעם על־ידי 38%, ויתר העדים (30%) בחרו בניצבים האחרים שנכחו במסדר. כלומר, בחירתם של 68% מהעדים הייתה שגויה! ש.ס, בעמ' 619.

147 מדובר במחקרים שבחנו אחוז זיהוי של הניצבים במסדר, שאמורים להיות דומים לחשוד,

בעקבות המחקרים הפסיכולוגיים שהצביעו על הבעיות בעדויות־ראייה, הוצעו כמה פרוטוקולים לביצוע מסדר־זיהוי, שנועדו לצמצם את האפשרות לזיהוי שגוי תוך השפעה מועטה בלבד על האפשרות לזהות את העבריין האמיתי כאשר זה נוכח במסדר.¹⁴⁸ Wells, למשל, הציע שבע המלצות לביצוע המסדר: (1) רק חשוד אחד ישתתף בכל מסדר־זיהוי;¹⁴⁹ (2) החשוד לא יבלוט;¹⁵⁰ (3) יובהר לעד כי ייתכן שהעבריין אינו נמצא במסדר;¹⁵¹ (4) מסדר־הזיהוי ייעשה בשיטה שבה העד רואה בכל רגע נתון רק ניצב אחד ("מסדר עוקב" (sequential)), במקום השיטה הנהוגה כיום, שבה העד רואה את כל הניצבים יחדיו ומוטה לבחור אחד מהם, ולו על־דרך האלימינציה ("מסדר־זיהוי בו־זמני" (simultaneous));¹⁵² (5) גם עורך המסדר (ולא רק העד) לא ידע מיהו החשוד ומיהם הניצבים ("מבחן עיוור כפול" (double-blind));¹⁵³ (6) לאחר הזיהוי יתבקש העד באופן מיידי – לפני שיינתן לו משוב על הזיהוי שביצע – להצהיר מה רמת הביטחון שלו בזיהוי החשוד.¹⁵⁴ (7) המלצה שביעית של Wells, המבוססת על חישובים הסתברותיים ועל חוק Bayes, היא שאין לבצע מסדר־זיהוי כאשר אין חשד משמעותי כנגד החשודים, משום שהדבר צפוי להפיליל חפים מפשע רבים מאוד.¹⁵⁵

על המלצות אלה ניתן וצריך להוסיף גם תיעוד מלא בווידיאו של מסדר־הזיהוי, כך שבית־המשפט יוכל להתרשם בצורה ישירה כמעט מן האופן שבו התנהלו הדברים.¹⁵⁶ תיעוד מלא בווידיאו רצוי גם כאשר לחקירה המשטרית בכללותה.¹⁵⁷ כל הפעולות הללו

בתחנות המשטרה. התוצאות נעות בין 19.9% לבין 24%. זיהוי שגוי כזה אינו מוביל בדרך־כלל להרשעת־שווא, שכן הניצבים במסדר אינם חשודים. קשה כמובן להסיק מהמחקרים על השגיאה האמיתית בעדות־ראייה, שכן איננו יודעים כמה מבין אלה שזוהו במסדר־זיהוי הם אכן העברינים. אך מחקרים אלה מוכיחים כי גם במציאות, ולא רק במעבדה, מתרחשים זיהויים מוטעים רבים מאוד. ראו סקירה של מחקרים אלה אצל: Gary L. Wells, Amina Memon & Steven D. Penrod, *Eyewitness Evidence Improving Its Probative Value*, 7

PSYCHOLOGICAL SCIENCE IN THE PUBLIC INTEREST 45, 50–51 (2006)

148 לדוגמה להצעה כזו ראו: U.S. DEP'T OF JUSTICE, NAT'L INSTITUTE OF JUSTICE, EYEWITNESS EVIDENCE: A GUIDE FOR LAW ENFORCEMENT (1999), available at www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/178240.pdf

149 Wells, לעיל ה"ש 144, בעמ' 623.

150 שם, בעמ' 624.

151 שם, בעמ' 625.

152 שם, בעמ' 625–628.

153 שם, בעמ' 629–630.

154 שם, בעמ' 631.

155 שם, בעמ' 635–641. ראו בעניין זה גם Sangero & Halpert, לעיל ה"ש 3, בעמ' 90–94.

156 ראו, למשל, EYEWITNESS EVIDENCE: A GUIDE FOR LAW ENFORCEMENT, לעיל ה"ש 148, בעמ' VIRGINIA STATE CRIME COMMISSION, MISTAKEN EYEWITNESS IDENTIFICATION 32, 33, 38, ;24 39 (2005), available at [leg2.state.va.us/dls/h&sdocs.nsf/By+Year/HD402005/\\$file/HD40.pdf](http://leg2.state.va.us/dls/h&sdocs.nsf/By+Year/HD402005/$file/HD40.pdf)

157 ראו, למשל, באשר לאמצעי בקרה על הודאות־שווא בחקירה: Brandon L. Garrett, *The Substance of False Confessions*, 62 STAN. L. REV. 1051, 1113–1115 (2010)

ניתנות ליישום בעלות כספית זניחה בהשוואה לתוחלת הנזק.¹⁵⁸ בשנת 2001 הייתה ניו־ג'רזי המדינה הראשונה בארצות־הברית שהפעילה רפורמות בתחום עדות־ראייה, ולאחר־מכן הלכו בעקבותיה כמה מדינות נוספות.¹⁵⁹ זוהי דוגמה לכך שניתן להשתמש באמצעי זהירות פשוטים, אשר ידועים ומוכרים כבר בספרות (אם כי הפסיכולוגית, ולא המשפטית). אלה אמצעי בטיחות לכל דבר ועניין, אולם הם הופעלו רק לאחר שאנשים רבים מאוד שילמו מחיר יקר, וגם זאת, משום־מה, לא בכל המדינות. גם בישראל, ולמרות המחקרים שפורסמו וקראו לרפורמה, לא נעשה דבר משמעותי לשיפור המצב. יתרה מזו, בישראל עדיין משתמשים לעיתים במסדר־זיהוי באמצעות תמונות, אשר הוכח במחקרים כאמין הרבה פחות ממסדר־הזיהוי החי.¹⁶⁰

3. העדר התייחסות לתיאוריות ארגוניות בכלל וליתירות (redundancy) בפרט

הרשעות־שווא יכולות להיבחן גם לאור תיאוריות ארגוניות, דוגמת ה־"Normal Accidents Theory של Perrow.¹⁶¹ Thompson הדגים במאמרו כיצד אפשר לנתח את הרשעת־השווא של Josiah Sutton על־סמך עקרונות מתחום התיאוריות הללו.¹⁶² Thompson השתמש במושגים מתחום התיאוריות הארגוניות, כגון יתירות (redundancy), צימוד רופף (loose coupling), צימוד הדוק (tight coupling) ועוד.¹⁶³ מערכת המשפט הפלילי נחשבת על־ידי רבים כבעלת יתירות גבוהה:¹⁶⁴ הציפייה הרווחת היא שאם יחידה אחת שלה נכשלת (למשל, מושגת עדות־ראייה שגויה), יחידות אחרות (למשל, המעבדה המשטרתית שמבצעת בדיקת DNA, התביעה שמפקחת על המשטרה, עורך־הדין של הנאשם, השופטים וערכאת הערעור) יגבו אותה ויתקנו את הטעות.¹⁶⁵ כך אכן אמור לקרות במערכות מסוג צימוד רופף, שבהן היחידות המרכיבות את המערכת הן בלתי־תלויות.

בפרשת Sutton הורשע אדם על־סמך עדות־ראייה ובדיקת DNA.¹⁶⁶ אולם מה שנחזה כשתי ראיות עצמאיות הוברר כראיות התלויות זו בזו. הטעות החלה במסדר־זיהוי לא־תקין

158 Wells, לעיל ה"ש 144, בעמ' 632.

159 שם, בעמ' 641-643; Brandon L. Garrett, *Judging Innocence*, 108 COLUM. L. REV. 55, (2008) 123-124.

160 ראו מנשה ועאסי, לעיל ה"ש 75; אברהם לוי "התייחסות קצרה ואוהדת לטעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" *משפטים* לה 471 (2005); אברהם מ' לוי "על האמינות הנמוכה של מסדרי זיהוי" *הסניגור* 49, 3 (2001); נגה שמואל־מאייר ואורי פרייסמן "בעקבות ד"ר דורון מנשה ורביע עאסי: תלות בשדה' והשפעתה על מהימנותו של הזיהוי החזותי" *עלי משפט* ח 317 (2010).

161 CHARLES PERROW, *NORMAL ACCIDENTS: LIVING WITH HIGH-RISK TECHNOLOGIES* 5, 94 (1984).

162 Thompson, לעיל ה"ש 38.

163 שם, בעמ' 1030-1033.

164 שם, בה"ש 32 ובטקסט שמעליה.

165 שם, בעמ' 1032.

166 שם, בעמ' 1033. ראו ערעור על הרשעתו שנדחה: *Sutton v. State*, 2001 Tex. App. 337.

שכלל רמיזה/הדרכה (suggestive). לאחר־מכן, עובדת המעבדה שביצעה את בדיקת ה־DNA ידעה כי החשוד זוהה על־ידי עדת־ראייה, מה שדרכן אותה ואת התובע להתעלם מספקות לגבי ההתאמה בבדיקה. לבסוף, עדת־הראייה שהעידה במשפט ידעה כי המעבדה אישרה את הזיהוי, ועל־כן בעדותה בבית־המשפט הביעה ביטחון בזיהוי.¹⁶⁷ הדוגמה מראה כי היחידות הללו תלויות זו בזו ומשפיעות האחת על רעותה. לכן הסכנה שהיחידות כולן יקרו יחדיו גבוהה ממה שהיינו מצפים. מה שנדמה כמערכת מסוג צימוד רופף התברר למעשה כמערכת מסוג צימוד הדוק, כלומר, כמערכת המורכבת מיחידות התלויות זו בזו. מערכת אינה בעלת יתירות גבוהה ואינה מוגנת מפני קריסה אם מרכיביה תלויים זה בזה, שכן במצב של תלות, כאשר מרכיב אחד קורס, גם המרכיבים האחרים נופלים וקורסים עימו. מחקרים שנעשו לגבי מומחים לטביעות־אצבעות הראו כיצד מידע חיצוני עלול להשפיע על החלטתם. במחקר אחד התגלה כי ב־6 מתוך 24 מקרים שבהם סופק למומחה לטביעות־אצבעות מידע לגבי ראיות אחרות – למשל, שהחשוד הודה בחקירה (עובדה המגדילה את הביטחון שאכן מדובר בטביעות דומות) או שהחשוד היה במאסר או במעצר בזמן ביצוע העברה (ועל־כן לא היה יכול לבצע את העברה) – שינה המומחה את קביעתו הקודמת לגבי התאמת הטביעות.¹⁶⁸ במחקר נוסף שינו 4 מתוך 5 מומחים את קביעתם כי שתי טביעות־אצבע הן זהות, לאחר שנמסר להם מידע שגוי שלפיו אלה טביעות־האצבעות מהמקרה הידוע של Brandon Mayfield,¹⁶⁹ אשר דומות מאוד זו לזו אולם שייכות לשני אנשים שונים. מידע חיצוני מוטעה זה שנמסר להם גרם להם להטיה ולשינוי דעתם בנוגע להתאמה שאותה קבעו קודם לכן.¹⁷⁰ בפרשת Brandon Mayfield עצמה התברר כי המידע שנמסר למומחים – שלפיו Mayfield הוא מוסלמי, נשוי למצרייה וייצג בעבר טרוריסט בהליך משפטי – השפיע על היכולת לגלות את הטעות כאשר התעוררו הספקות הראשונים לגבי הזיהוי. הספקות התעוררו כאשר משטרת ספרד מצאה את החשוד הנכון.¹⁷¹

167 Thompson, לעיל ה"ש 38, בעמ' 1034.

168 Itiel E. Dror & David Charlton, *Why Experts Make Errors*, 56 J. FORENSIC IDENTIFICATION 600, 600–616 (2006).

169 במסגרת חקירתם של פיגועי הטרור שבוצעו במרדכי בשנת 2004 נמצאו טביעות־אצבעות של אחד המפגעים על תיק עם נפצים. משטרת ספרד שלחה את טביעות־האצבעות למשטרות שונות, ביניהן ה־FBI. לאחר סריקה במאגר נתונים, ולאחר שארבעה מומחים קבעו התאמה בוודאות של 100% לחשוד Brandon Mayfield, הוברר כי מדובר בטעות. ראו הלפרט ופרדס, לעיל ה"ש 28, בעמ' 421–422.

170 Itiel E. Dror, David Charlton & Ailsa E. Péron, *Contextual Information Renders Experts Vulnerable to Making Erroneous Identifications*, 156 FORENSIC SCI. INT'L 74 (2006).

171 U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, OFFICE OF THE INSPECTOR GENERAL, OVERSIGHT AND REVIEW DIVISION, A REVIEW OF THE FBI'S HANDLING OF THE BRANDON MAYFIELD CASE (UNCLASSIFIED AND REDACTED) 12 (Mar. 2006), www.usdoj.gov/oig/special/s0601/final.pdf. פתרון אפשרי שהוצע בספרות הוא להקפיד על מידור בין גורמי החקירה השונים. ראו: Elizabeth F. Loftus & Simon A. Cole, *Contaminated Evidence*, 304 Sci. 959 (2004).

בספרות המקצועית מתייחסים בהקשר זה ל"אפקט הצופה", קרי, נטייתו של הצופה לפרש נתונים באופן שיתאם את ציפיותיו ושאיפותיו.¹⁷² אחד מאמצעי הבטיחות האפשריים נגד הטיות מסוג זה הוא שימוש בפרוטוקולים מסוג "Sequential Unmasking", שבהם בזמן שבו המומחה קובע את הערכתו, הוא יודע רק את המינימום הנדרש לאותו שלב של עבודתו.¹⁷³

גם כאשר לראיות שאינן מדעיות הוכח כי הן חשופות להטיה. במחקר מעבדתי הראו Hasel ו-Kassin כיצד אחוז משמעותי מעדי-הראייה שינו את דעתם לגבי הזיהוי לאחר שנמסר להם מידע מהחקירה – למשל, שאחד מהניצבים במסדר-הזיהוי הודה במהלך החקירה.¹⁷⁴ אכן, להטיות כאלה יש השפעה גם בתיקים פליליים מן המציאות. הצעיר Evans הורשע באונס וברצח של ילדה.¹⁷⁵ הרשעתו התבססה על עדות-ראייה מפוקפקת. עשרים ושבע שנים לאחר-מכן הוא שוחרר כאשר בדיקת DNA הוכיחה כי לא הוא האנס. התברר כי העדה לא הייתה בטוחה לגבי הזיהוי, אולם נאמר לה ש-Evans הודה במהלך החקירה, ואמירה זו חיזקה את בטחונה.¹⁷⁶

נראה שבמשפט הפלילי אין מדיניות בטיחותית שמטרתה לדאוג לכך שהראיות השונות יהיו בלתי-תלויות. כך הן במערכת המשפט האמריקנית והן בזו הישראלית. כפי שנראה בסעיף הבא, אין מדיניות שתוביל ליתירות גבוהה.

4. העדר מאמץ מספק להפחתת התנהגות לא-הולמת של שוטרים ופרקליטים

ב"פרויקט החפות" האמריקני נמצא כי התנהגות לא-הולמת (misconduct) של חוקרי משטרה, של עובדי מעבדה ושל תובעים היא גורם מרכזי להרשעות-שווא.¹⁷⁷ התנהגות לא-הולמת כוללת פעולות כגון עדויות-שקר של שוטרים ועובדי מעבדה בבתי-משפט, כפיית הודאות-שווא, זיהום הודאות ב"פרטים מוכמנים", השפעה מכוונת על עדי-ראייה בתהליכי זיהוי, הסתרה מכוונת של ראיות מההגנה, השמדה מכוונת של ראיות בעלות פוטנציאל מזכה,

Dan E. Krane, Simon Ford, Jason R. Gilder, Keith Inman, Allan Jamieson, Roger Koppl, Irving L. Kornfield, D. Michael Risinger, Norah Rudin, Marc S. Taylor & William C. Thompson, *Sequential Unmasking: A Means of Minimizing Observer Effects in Forensic DNA Interpretation*, 53(4) J. FORENSIC SCI. 1006 (2008).

173 שם.

Lisa E. Hasel & Saul M. Kassin, *On the Presumption of Evidentiary Independence – Can Confessions Corrupt Eyewitness Identifications?* 20 PSYCHOL. SCI. 122 (2009).

175 שם, בעמ' 123. ראו גם: Evans v. City of Chicago, 2006 U.S. Dist. LEXIS 9831, 15 (2006). על פרשת Evans ראו גם לעיל ה"ש 53 והטקסט שמעליה.

176 עניין Evans v. City of Chicago, שם, בעמ' 15.

177 Government Misconduct, INNOCENCE PROJECT www.innocenceproject.org/understand/Government-Misconduct.php

שימוש במדובבים ובמלשינים לא-אמינים ועוד.¹⁷⁸ מספר המקרים המתועדים בארצות-הברית של התנהגות לא-הולמת של תובעים שולש בשני העשורים האחרונים.¹⁷⁹ אנו מאמינים כי רוב המקרים של התנהגות לא-הולמת אינם דומים לשעוריות המפורסמות דוגמת ה-¹⁸⁰“LAPD Rampart Scandal” וה-¹⁸¹“Tulia Scandal”, שבהן שוטרים, שהיו למעשה סוחרי סמים בעצמם, בדו ראיות ושיקרו לשם הפללת חפים מפשע. בעניין זה יש להבחין בין שני סוגים של פשיעת שוטרים: הסוג האחד הוא של חוקר משטרה מושחת אשר יודע כי החשוד אינו אשם אך רוצה להפלילו; והסוג האחר הוא של חוקר משטרה אשר משוכנע באמת ובתמים כי החשוד אשם אך חושש שבית-המשפט לא ישכיל להרשיעו, ולפיכך הוא “נחלץ לסייע” לבית-המשפט (ולכולנו), ותוך כדי כך מסתיר ראייה המצביעה על כך שהחשוד אינו אשם או “משפר” ראייה מפלילה או אפילו מפברק ראייה מרשיעה. פשיעת החוקרים מן הסוג השני היא המסוכנת יותר, משום שהיא נפוצה יותר להערכתנו ומשום שהיא נסתרת יותר. תפיסה מעוותת של התפקיד – כאילו המטרה היא להפליל ולהרשיע את החשוד – עלולה בהחלט לגרום להתנהגות כזו של חוקרי משטרה ואפילו של תובעים. היא ניוונה מן הקונספציה המוטעית של “אשמת החשוד”,¹⁸² שלפיה מניחים כי החשוד אשם בעברה המיוחסת לו, וכל שנותר הוא למצוא ראיות מספיקות לשם הרשעתו. תנאי מוקדם להתמודדות עם תופעה זו הוא לרעת שהיא קיימת ולהבין שהתנהגות כזו גם היא בגדר פשיעה, משום שהיא מטעה את בית-המשפט ומונעת ממנו את האפשרות להפעיל את שיקול-דעתו ולמלא את תפקידו.

178 שם. לדוגמאות נוספות להתנהגות לא-הולמת ראו: Andrew M. Hetherington, *Thirty-First Annual Review of Criminal Procedure – III. Trial: Prosecutorial Misconduct*, 90 GEO. L.J. 1679, 1679–1689 (2002).

179 Alexandra White Dunahoe, *Revisiting the Cost-Benefit Calculus of the Misbehaving Prosecutor: Deterrence Economics and Transitory Prosecutors*, 61 NYU ANN. SURV. AM. L. 45 (2005). בסקירה אחרת, של 13 מקרים שבהם נגזר עונש מוות ואף בוצע, נמצא כי ב-7 מקרים הייתה התנהגות לא-הולמת של התובע. באחד המקרים קיים כיום חשש ממשי שאדם חף מפשע הוצא להורג, ובארבעה מקרים אפיינה ערכאת ערעור אחת לפחות את התנהגותם של אנשי אכיפת החוק כ-“misconduct”, כ-“improper” או כ-“error”. ראו: Natasha Minsker, *Prosecutorial Misconduct in Death Penalty Cases*, 45 CAL. W. L. REV. 373, 374–376 (2009).

180 ראו להלן ה"ש 248.

181 ראו להלן ה"ש 249.

182 הקונספציה של “אשמת החשוד” היא היציאה מנקודת-הנחה שהחשוד אשם, כלומר, הנחת המבוקש. היא מובילה להתמקדות רק בראיות שמתאימות להנחת האשמה ולגימוד הראיות המצביעות לכיוון זיכוי. בספרות הדבר מכונה לעיתים “חזיון מנהרה” (“Tunnel Vision”). ניתן לדמות זאת לראייתו המוגבלת של סוס שהניחו כיסויים בצדי עיניו, שאינם מאפשרים לו להביט לצדדים, אלא קדימה בלבד. ראו, למשל: Keith A. Findley & Michael S. Scott, *The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases*, 2006 WIS. L. REV. 291, 292 (2006).

הדוגמה המאלפת הבאה תמחיש כיצד גם התנהגות שאינה עולה על-פי הפסיקה כדי התנהגות לא-הולמת היא מיותרת לחלוטין ועלולה לגרום לתוצאות קשות. John Kelly שהה שנה במעצר מיותר לחלוטין עד שההאשמות נגדו הוסרו. הוא נעצר בעוון חשד בסחר בקוקאין,¹⁸³ אלא שכבר מלכתחילה הוברר כי הוא לא היה דומה לסוחר הסמים המבוקש, וכבר לאחר שבוע קבעה המעבדה כי החומר שנמצא אצלו ואשר נחשד כסם לא היה כלל סם.¹⁸⁴ למרות זאת, בבקשות להארכות המעצר נמנעו השוטרים מלציין זאת בעדותם.¹⁸⁵ העצור לא הצליח לגייס כסף לתשלום הערבות, ולפיכך נותר במעצר.¹⁸⁶ רק לאחר שנה תמימה, משמונה לו סנגור והלה קיבל לידי את החומר, הובררו עניינים אלה והוא שוחרר.¹⁸⁷ כך אמר בית-המשפט האמריקני, אשר דן בתביעת הפיצויים של Kelly, באשר לבלשית משטרה בשם Julie Gibson, אשר ידעה על הדוח אולם לא דיווחה על כך לתובע ולא אמרה על כך דבר גם בעדותה בבית-המשפט בהליך מוקדם של הארכת המעצר:

“Although Gibson did receive the exculpatory report, she did not, on the facts of this case, have a clearly established duty to bring that report to the attention of the prosecutor or the state court...

The same is true of any failure of an officer to inform defense counsel or the court of exculpatory evidence: the officer has no such duty where she has reason to believe that the prosecutor is aware of that evidence. The Constitution places the duty to disclose known exculpatory evidence upon prosecutors.”¹⁸⁸

לדעת בית-המשפט, מכיוון שדוח המעבדה היה אמור להישלח גם לתובע, לא היו השוטרים חייבים לידע את התובע לגבי דוח המעבדה המזכה. התחושה ממקרה זה היא שלא זו בלבד שגורמים במערכת אכיפת החוק, לרבות שופטים, מודעים לאפשרות של כליאת חף מפשע, הם אף רואים את המדיניות המאפשרת זאת כמדיניות ראויה.¹⁸⁹ אין שום סיבה שבעולם שאדם יהיה כלוא שנה תמימה כאשר הראיות מצביעות בבירור, כבר מהשבוע הראשון, על ההכרח בשחרורו. על-פי התעריף שנקבע בעניין *Limone*,¹⁹⁰ מדובר בנזק של מיליון דולר שנגרם ל-Kelly. המדיניות המפורשת של בית-המשפט היא למעשה שלילת הצורך ביתירות של המערכת. מדיניות זו מעודדת מצב שבו ההחלטה תישאר בידי אדם אחד – התובע. היא אינה מעודדת גורמים שונים בתוך מערכת אכיפת החוק לתקן

.Kelly v. Curtis, 21 F.3d 1544, 1546 (11th Cir. 1994) 183

.שם, בעמ' 1547-1548. 184

.שם, בעמ' 1551-1552. 185

.שם, בעמ' 1549. 186

.שם, בעמ' 1547-1548. 187

.שם, בעמ' 1552. 188

Stanley Z. Fisher, *The Prosecutor's Ethical Duty to Seek Exculpatory Evidence in Police Hands: Lessons from England*, 68 *FORDHAM L. REV.* 1379 (2000) 189

190 ראו עניין *Limone*, לעיל ה"ש 55, וכן בטקסט שמעל ה"ש 66.

טעויות של גורמים אחרים.¹⁹¹ השוטר יכול להסתמך על כך שהתובע יעשה את עבודתו, ואין זה מחובתו להעיר את תשומת-ליבו של התובע בדבר קיומה של ראייה מזכה. יתר על כן, אין לו כל חובה לגלות להגנה, ואף לא לבית-המשפט, את כל האמת על ראיות מזכות, וזאת אפילו כאשר הוא מעיד בבית-המשפט. אין פלא שבמקרים רבים לא הועברו ראיות מזכות לידי ההגנה. זהו גורם סיכון משמעותי, שנמצא במקרים רבים של הרשעות-שווא.¹⁹² גם בישראל ידועים מקרים חמורים של חוקרי משטרה ששיקרו בבתי-משפט. כך, למשל, בפרשת עמוס ברנס, אשר הורשע ברצח ולאחר-מכן זופה במשפט חוזר, העירו שוטרים שקרים מתואמים לפני בית-המשפט.¹⁹³ למרות התקלות הרבות שהיו ידועות לבתי-המשפט, הם דחו שלוש בקשות למשפט חוזר, תוך שהם קובעים שוב ושוב כי אין בפגמים אלה כדי להטיל ספק בהרשעה.¹⁹⁴ רק בבקשה הרביעית, כאשר העניין הגיע לפני השופט דורנר, היא החליטה על משפט חוזר.¹⁹⁵ גם בפרשת משה עזריה נחשפו שקרים רבים של חוקרי משטרה.¹⁹⁶ בעקבות מה שנודע כ"פרשת השב"כ", נחשף ברוח ועדת לנדוי כי חוקרי השב"כ נהגו באופן שיטתי להפעיל על נחקרים לחצים פסולים – עד כדי עינויים – כדי לחלץ מהם הודאות, ולאחר-מכן שיקרו והכחישו זאת בבתי-המשפט.¹⁹⁷ דוגמאות עדכניות לשקרים של חוקרי משטרה לפני בתי-המשפט הן פרשת רגב שוובר¹⁹⁸ ופרשת סרגיי גבוודצקי.¹⁹⁹ במקרים

191 על מדיניות משפטית דומה בתביעות אזרחיות נגד המשטרה בנוגע להרשעות-שווא ולמאסרי-שווא ראו אצל: Adele Bernhard, *When Justice Fails: Indemnification for Unjust Conviction*, 6 U. CHI. L. SCH. ROUNDTABLE 73, 86–92 (1999). מדיניות זו השתנתה מעט לנוכח סדרה של פסקי-דין שאפשרו קבלת תביעות כאלה. ראו Garrett, *Innocence, Harmless Error, and Federal Wrongful*, 119 *Conviction Law*, 2005 Wis. L. REV. 35, 43–44 (2005).

192 *Government Misconduct*, לעיל ה"ש 177.

193 מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354, 382 (2002).

194 מ"ח 2/78 ברנס נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 12.3.1978); מ"ח 8/84 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד (ט) 589 (1985); מ"ח 6731/96 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 241 (1997).

195 מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354, 384 (2002).

196 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 נ"א(2) 334) "עלי משפט א 97 (2000).

197 "ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת – דין וחשבון" ספר לנדוי כרך ראשון – כתבים 269 (אהרן ברק ואליעזר מזוז עורכים, 1987).

198 ראו את ההפניות לפסק-הדין ולמאמרים המנתחים אותו לעיל בה"ש 70.

199 ע"פ (מחוזי מרכז) 2376-10-09 גבוודצקי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 23.3.2010). במקרה זה שוטרים ממשטרת פתח-תקוה, שסברו בטעות כי סרגיי גבוודצקי הוא רוצח סדרתי, הכו אותו בטענה כי הוא תקף אותם תחילה. בדיעבד, לאחר מציאת הרוצח האמיתי, התברר כי גבוודצקי הוא אדם נורמטיבי ללא כל עבר פלילי, וכי הוא אינו הרוצח. אלא שלנוכח העדות המתואמת של השוטרים, הוא הועמד לדין בעוון תקיפת השוטרים. הוא הורשע בבית-משפט השלום אך זופה בבית-המשפט המחוזי. השופט רמי אמיר זיכה אותו באופן מלא מן העברה של תקיפת השוטרים, כנמקו זאת בכך שיש לשלול כל ממצא המבוסס על גרסת השוטרים,

אחרים נחשפו עדויות שקריות של מומחי משטרה לפני בתי המשפט²⁰⁰ וכן הסתרת ראיות מזכות על-ידי תובעים.²⁰¹ אלה הן, כמובן, רק דוגמאות אחדות. יש מקרים נוספים שנחשפו,²⁰² ואף הם מהווים רק את קצהו הגלוי של הקרחון, אשר רובו היה ויהיה נסתר מעינינו. בעוד המתח שבין שיעור זיכויי-השווא לבין שיעור הרשעות-השווא הוא בעיה אינהרנטית במשפט הפלילי,²⁰³ התנהגות לא-הולמת ורשלנות הן גורמי סיכון מיותרים לחלוטין, ויש לשאוף לבערם מעולם המשפט. הרווח מכך שתופעה זו תיעלם יהיה עצום, ויתבטא הן בצמצום מספר המקרים של הרשעת חפים מפשע והן בצמצום מספר המקרים של אי-לכידת העבריינים האמיתיים. שיטות בטיחותיות מאפשרות לצמצם תופעה זו. הדרך לצמצום התופעה מתחילה בהפנמת המושג "בטיחות" בכל מערכות המשפט הפלילי, וכוללת, בין היתר, הדרכות תכופות לחוקרי המשטרה ולתובעים וכן פיקוח חיצוני תמידי.

ד. לקראת בטיחות במשפט הפלילי

לאחר שהראינו כי בתחום המשפט הפלילי אין מודעות לבטיחות, נציג כמה עקרונות אשר אמורים לדעתנו להוות בסיס לפיתוח תורת בטיחות למשפט הפלילי. מדובר ביסודות של הבטיחות הנדרשת המיוחדים לתחום המשפט הפלילי.

-
- באשר היא "דמיונית ובלתי מציאותית". התייצבות התביעה מאחורי אותם שוטרים המעלים גרסה דמיונית ובלתי-מציאותית והעמדתו לדין של גבוזדצקי לא אפשרו את חקירת המקרה. אין זה המקרה הראשון, וככל הנראה גם לא האחרון, שבו שוטרים תוקפים אזרחים ואחר כך מנצלים את האמון המלא של התובעים ושל בית-המשפט בעדותם כדי להאשים את הקורבנות. ראו דב גיל-הר "בריונים במדי משטרה" / news.nana10.co.il/?ArticleID=757186; דב גיל הר "בריונים במדים: האם המחלקה לחקירות שוטרים ממלאת את תפקידה?" / news.nana10.co.il/?ArticleID=757716 nana10 9.11.2010. על-אודות פרשה דומה אחרת ראו בועז סנג'רו "על אלימות ועל שקרים של שוטרים" ynet 2.4.2012. www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4210742,00.html
- 200 ראו, למשל, פרשת מיכלוזון ושטיינברג: השוטר מיכלוזון, מומחה משטרתי לטביעות-אצבעות, נהג לזייף התאמות בין טביעות-אצבעות של חשודים לבין טביעות-אצבעות מזירות פשע במטרה להפליל את החשודים; ומפקדו, הקצין זאב שטיינברג, הטעה את בית-המשפט בנוגע לכך. ראו ע"פ 135/54 אליהו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 1379 (1954). לאפשרות (שטרם הוכחה) של הטעיה בתימינו כאשר להתאמה של טביעות-נעל שנקבעה על-ידי המומחה המשטרתי בפרשת זדורוב, ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 142.
- 201 ראו, למשל, את דבריה המאלפים של השופטת דורנר בפרשת אבו סעדה, שם לא גילתה התובעת להגנה ולבית-המשפט עדות בעלת חשיבות עצומה: ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 832 (1999). ראו גם פרשת שך, שם הסתירה הפרקליטות מהסנגוריה תמלילים של שיחות בין החשוד לבין מדוכב שהוכנס לתאו, והציגה לפני בית-המשפט תמונה חלקית – רק את ההודאה המפלילה: ת"פ (מחוזי י-ם) 453/97 מדינת ישראל נ' שך (לא פורסם, 24.9.2003).
- 202 ראו, למשל, את המקרים המפורטים במאמרו של מרדכי קרמיניצר "הרשעה על סמך הודאה – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א 205 (1993).
- 203 ראו לעיל ה"ש 42 והטקסט שמעליה.

1. עקרון התאונות הנסתרות של המשפט הפלילי

מדוע מערכת המשפט הפלילי רשלנית בהשוואה לתחומי התעופה, ההנדסה והרפואה? בתחומים אלה התרחשות התאונה היא גלויה וניתנת לצפייה: פגם במטוס־קרב יוביל להתרסקותו הגלויה, פגם בגשר יוביל לקריסתו הגלויה, ואבחון שגוי של דלקת התוספתן יתגלה כאשר בפעולה כירורגית להסרת התוספתן יוברר כי הוא אינו דלקתי.²⁰⁴ העובדה שהתאונה והנזקים הנובעים ממנה גלויים היא שהובילה, כבר בשנות הארבעים של המאה הקודמת,²⁰⁵ לפיתוח מדע הבטיחות המודרני וליישומו במטרה להפחית את הפגמים במוצרים ואת הנזקים הנלווים אליהם.²⁰⁶

אם נתייחס להרשעת־שווא כאל תאונה,²⁰⁷ תאונות כאלה אינן מתגלות בדרך־כלל.²⁰⁸ אין בדיקת "תקן זהב" (gold standard test)²⁰⁹ שמאפשר לקבוע לאחר הרשעה כי היא הייתה שגויה. אילו היה כזה, היו משתמשים בו בוודאי כבר במהלך המשפט.²¹⁰ טענה של נאשם לאחר הרשעתו כי הוא חף מפשע נתקלת בחוסר אמון מוחלט, שהרי בית־משפט קבע כי הוא אשם. מכאן שיייתכן ששיעור התאונות (הרשעות־השווא) הוא עצום, אולם בשל העדר אפשרות לגלותן, קובעי המדיניות משוכנעים באמת ובתמים כי מדובר במערכת מושלמת כמעט וחסינה כמעט משגיאות. מאחר שלהבחנה זו יש משמעויות עצומות, אנו מכנים אותה "עקרון התאונות הנסתרות של המשפט הפלילי". עיקרון זה מנוסח על־ידינו כך: מערכת

Louis Graff, John Russell, John Seashore et al., *False-Negative and False-Positive Errors in Abdominal Pain Evaluation: Failure to Diagnose Acute Appendicitis and Unnecessary Surgery*, 7 ACAD. EMERG. MED. 1244 (2000)

Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 71-72.

שם, בעמ' 71-74.

Thompson מכנה הרשעת־שווא "system failure", תוך שהוא משתמש במינוח מתחום ה־"Normal Accidents Theory והתיאוריה הארגונית: "The term system failure is reserved for situations in which the system as a whole fails with catastrophic results. For present purposes, I will treat a wrongful conviction as a system failure", ראו Thompson, לעיל ה"ש 38, בעמ' 1031.

Samuel R. Gross & Barbara O'Brien, *Frequency and Predictors of False Conviction: Why We Know So Little, and New Data on Capital Cases*, 5 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 927, 928 (2008)

209 אנו מתייחסים למושג "בדיקת תקן זהב" המקובל ברפואה. בתיאוריה מדובר בבדיקה בעלת רגישות וסגוליות של 100%, או במילים אחרות, בדיקה שהשגיאה החיובית והשגיאה השלילית שלה הן 0. כאשר רוצים לבדוק אם בדיקה חדשה היא אמינה, משווים אותה לתוצאות של בדיקה שנחשבת "בדיקת תקן זהב". מאחר שאין במציאות בדיקה שלא ייתכן בה שגיאה, מקובל להשתמש בבדיקה האמינה ביותר שקיימת כ"בדיקת תקן זהב". ראו: Donna Spiegelman, Sebastian Schneeweiss & Aidan McDermott, *Measurement Error Correction for Logistic Regression Models with an "Alloyed Gold Standard"*, 145 AM. J. EPIDEMIOLOG. 184, 185 (1997)

Samuel R. Gross, *Convicting the Innocent*, 4 ANNU. REV. LAW SOC. SCI. 173, 175 (2008).

המשפט הפלילי מתאפיינת בכך שתאונות המתרחשות בה (הרשעות-שווא) אינן מתגלות בדרך-כלל. העדר האפשרות לגילוי התאונות מתורגם על-ידי קובעי המדיניות למחשבה האופטימית שלפיה שיעור הרשעות-שווא זניח.

במציאות שבה הרשעות-שווא אינן מתגלות אין למעשה שום משוב למערכת המשפט הפלילי. כפי שראינו לגבי המעבדה ביוסטון,²¹¹ בהעדר ביקורת חיצונית, לא ידעו עובדי המעבדה עד כמה הפרקטיקה שלהם גרועה. בשל עקרון התאונות הנסתרות, הדרך היחידה שבה ניתן לבחון את מערכת המשפט הפלילי היא באמצעות השוואה לתחומים אחרים בחיינו שבהם תקלות עלולות לגרום נזקים כבדים. הפער העצום שמצאנו מלמד כי מערכת המשפט הפלילי אינה יודעת כמה פרקטיקת הבטיחות שלה גרועה.

דוגמה לפרקטיקת בטיחות גרועה מצויה ברוח (הלא-אחרון בנושא זה) NRC-II של המועצה הלאומית האמריקנית למדע, משנת 1996, הנוגע בראיות DNA.²¹² הרוח קבע כי סטטיסטיקה כללית על אומדנים של שגיאות המעבדה אינה חשובה כלל לצורך הקביעה אם במקרה המסוים הנידון לפני בית-המשפט התרחשה שגיאה, משום שבית-המשפט מסוגל (כך על-פי מחברי הרוח) לברר ולוודא שבמקרה המסוים הנידון לפניו לא נפלה טעות בבדיקת המעבדה.²¹³ על קביעה זו נמתחו ביקורות נוקבות בספרות המקצועית.²¹⁴ אף-על-פי-כן, בתי-משפט בארצות-הברית²¹⁵ ובמדינות אחרות²¹⁶ אימצו את הגישה הלא-בטיחותית של דוח NRC-II.

אילו היה יצרן הערכה של הבדיקה כפוף לרגולציה כמו יצרן מכשיר רפואי, לא הייתה קביעה זו של דוח NRC-II עולה כלל לדיון. מנהל המזון והתרופות האמריקני (ה-FDA) מחייב את היצרן לספק את ערכי הניבוי החיוביים והשליליים של הבדיקה, כמו-גם את

211 ראו לעיל ה"ש 137 והטקסט שמעליה.

212 NATIONAL RESEARCH COUNCIL, THE EVALUATION OF FORENSIC DNA EVIDENCE (1996) (להלן: דוח NRC-II).

213 שם, בעמ' 85. על המחלוקת הקשה סביב אותו דוח וסביב חשיבות הסטטיסטיקה של שגיאות מעבדה, ראו הלפרט ופרדס, לעיל ה"ש 28, בעמ' 414-416, 431-427; Sangero & Halpert, לעיל ה"ש 3, בעמ' 59-56; 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).

214 ראו את ההפניות שם. כן ראו: William C. Thompson, Franco Taroni & Colin G.G. Aitken, *How the Probability of a False Positive Affects the Value of DNA Evidence*, 48 J. FORENSIC SCI. 47, 47-48 (2003).

215 *People v. Reeves*, 91 Cal. App. 4th 14, 46 (2001) ("[B]ecause appellant has not presented persuasive evidence of an ongoing controversy in the scientific community, we conclude that the NRC's recommendation is generally accepted, and DNA probability calculations need not be modified to account for a laboratory error rate").

216 *R. v. Karger* SCCRM-98-224, [2001] SASC 64. ¶¶ 664-666 (Austral.), available at www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/sa/SASC/2001/64.html?query=R.%20.v.%20Karger.

הרגישות והסגוליות שלה.²¹⁷ למעשה, גם הלכת *Daubert* קבעה את הדרישה – המכוונת כלפי התביעה – לכלול את אומדן שיעור השגיאה של ראייה מדעית כתנאי לקבילותה.²¹⁸ אלא שבתיה-המשפט אינם מתעקשים על נתון זה כפי שה-FDA משכיל לעשות.²¹⁹ עקרון התאונות הנסתרות מאפשר לקובעי המדיניות המשפטית להעלות טיעונים שונים ומשונים שלפיהם ניתן כביכול לנהוג אחרת מן המקובל בתחומים מסוכנים אחרים, וזאת ללא הוכחה מדעית ראויה.²²⁰

שלוש-עשרה שנים לאחר פרסום דוח NRC-II התפרסם דוח של ועדה שהוקמה על-ידי הקונגרס האמריקני לבדיקת התחום הפורנזי – STRENGTHENING FORENSIC SCIENCE IN THE UNITED STATES: A PATH FORWARD.²²¹ הוועדה כללה לא רק משפטנים ואנשים העוסקים בתחום הפורנזי, אלא גם אנשים מדיסציפלינות אחרות העוסקים בהנדסה ובמדע.²²² בפעם הראשונה אומץ הרעיון לערוך השוואה גם לתחומים אחרים, כגון תחום האבחון הרפואי.²²³ בדוח מופיעה קריאה לנסות להפוך את תחום הראיות המדעיות ל-“self-correcting enterprise”, בדומה לתחום האבחון הרפואי. הוועדה מציינת את בדיקות המומחיות הנערכות למעברות DNA כדוגמה לאמצעי של תיקון עצמי.²²⁴

217 לעיל ה"ש 26-28 והטקסט שמעליהן.

218 *Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

219 כך, למשל, בתיה-המשפט מאשרים את קבילותה של ראיית טביעת-האצבע מבלי לדרוש את אומדן השגיאה בראיה. רק לאחרונה נעשו מחקרים שנועדו למדוד את שיעור הטעויות של מומחים אנושיים. הגם שהבדיקות לא היו עיוורות (ועל-כן במציאות שיעור השגיאה גבוה יותר), נעו התוצאות בין 0.1% שגיאה חיובית במחקר אחד (Bradford T. Ulery et al., *Accuracy and Reliability of Forensic, Latent Fingerprint Decisions*, PROC. NAT'L ACAD. SCI. (2011), available at www.pnas.org/content/early/2011/04/18/1018707108. full.pdf) לבין 0.68% במחקר אחר (Jason M. Tangen, *Identifying Fingerprint Expertise*, PSYCHOL. SCI. 995, 997 (2011)). שיעור שגיאה כזה אינו מאפשר בשום אופן שימוש בראיה של טביעת-אצבעות כראיה יחידה להוכחת האשמה מעבר לספק סביר, ובכל-זאת בתיה-משפט בעולם כולו, ובישראל בפרט, מתייחסים להתאמה בטביעת-אצבעות כאל נתון ודאי המספיק להרשעה על-סמך ראיה יחידה. מצב דומה קיים באשר לראיות אחרות. ראו סנג'רו והלפרט, לעיל ה"ש 4; מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו "מדוע אין להסתפק בבדיקת סמים לשם הרשעה?" רפואה ומשפט 37, 123 (2007).

220 Margaret A. Berger, *Laboratory Error Seen Through the Lens of Science and Policy*, 30 U.C. DAVIS L. REV. 1081 (1997).

221 NAS 2009, לעיל ה"ש 136.

222 שם, בעמ' XX: "The committee, formed under the auspices of the National Academies' Committee on Science, Technology, and Law and Committee on Applied and Theoretical Statistics, was composed of many talented professionals, some expert in various areas of forensic science, others in law, and still others in different fields of science and engineering".

223 שם, בעמ' 18. ראו גם (מאותה השנה – Halpert & Sangero (2009), לעיל ה"ש 4.

224 NAS 2009, לעיל ה"ש 136, בעמ' 25: "The forensic science disciplines likewise must become a self-correcting enterprise, developing and implementing feedback loops that

הדוח החדש משנת 2009 נטש את העמדה שהובעה בדוח NRC-II משנת 1996, בקובעו כי שגיאת מעבדה בבדיקת ה-DNA חייבת לקבל ביטוי כמותי כולל, ואין לערוך הפרדה בין מקורות שגיאה שונים, כגון מקורות אנושיים מול מקורות אחרים.²²⁵ הדוח קובע כך: "However, even a very small (but nonzero) probability of false positive can affect the odds that a suspect is the source of a sample with a matching DNA profile"²²⁶ מדוע במשך שלושה עשרה שנים הושארה בתוקף ההמלצה להמשיך לנהוג באופן לא-בטיחותי כליכך וכה שונה מן המקובל בתחומים אחרים?²²⁷ התשובה קשורה לעקרון התאונות הנסתרות. הוועדה קמה בעקבות גילויין של בעיות ושערוריות בתחום המדע הפורנזי. כאשר קצה הקרחון של התאונות מתגלה, מתחילים לחפש פתרונות, ובמסגרת זו פונים גם לאנשים מתחומי מדע אחרים, שם הנזק גלוי ושם משתמשים באמצעי בטיחות מתקדמים. ב"חלון הזדמנויות" בהיסטוריה נמצאה "בדיקת תקן זהב" שבאמצעותה ניתן לבדוק הרשעות מסוימות (בעיקר בתיקי אונס) שנקבעו בעבר (בעיקר בשנות השמונים) – השוואות גנטיות בין דגימות מזירות הפשע לבין דגימות מגופיהם של האסירים. תוצאות הבדיקות הובילו לחקירה מחדש של מקרים, ועד היום שוחררו במסגרת "פרויקט החפות" למעלה מ-300 אסירים.²²⁸ 300 מורשעים-בטעות הינו מספר נמוך יחסית לכלל ההרשעות בארצות-הברית באותה תקופה.²²⁹ אף-על-פי-כן התקבלו הגילויים בהפתעה עצומה – לא רק בציבור הרחב, אלא גם בקרב משפטנים.²³⁰ מדוע? כי חלק מהנזק נחשף לאור יום. הידיעה הברורה של שמות המורשעים-בטעות, ראיית הפנים שמאחורי השמות והחשיפה בתקשורת של הסבל העצום של כל אחד מאותם אנשים יוצרות רושם שונה לגמרי מזה המתקבל רק מן הידיעה המופשטת והסטריילית שיש אנשים המורשעים לשווא.²³¹

allow the profession to discover past mistakes. A particular need exists for routine, mandatory proficiency testing that emulates a realistic, representative cross-section of casework, for example, DNA proficiency testing"¹²⁵. בעמ' 125.

225 שם, בעמ' 121-122.

226 שם, בעמ' 130. הדוח מפנה ל-Thompson, Taroni & Aitken, לעיל ה"ש 214, כאסמכתא לקביעה זו.

227 להסברים סוציולוגיים אפשריים לעמדה שהובעה בדוח NRC-II, לביקורות על הסברים אלה ולדברי תמיכה בהם, ראו Berger, לעיל ה"ש 220; Mike Redmayne, *Expert Evidence and Scientific Disagreement*, 30 U.C. DAVIS L. REV. 1027 (1997); William C. Thompson, *A Sociological Perspective on the Science of Forensic DNA Testing*, 30 U.C. DAVIS L. REV. 1113 (1997).

228 ראו לעיל ה"ש 2-3 והטקסט שמעליהן.

229 *Kansas v. Marsh*, 548 U.S. 163, 197-198 (2006).

230 ראו: Andrew M. Siegel, *Moving Down the Wedge of Injustice: A Proposal for a Third Generation of Wrongful Convictions Scholarship and Advocacy*, 42 AM. CRIM. L. REV. 1219, 1219 (2005). בספרות משתמשים במושג "Innocence Movement".

231 Gross, לעיל ה"ש 210, בעמ' 174.

מעקרון התאונות הנסתרות עולה כי שיטת הבטיחות "טוס-תקן-טוס" היא חסרת תכלית לחלוטין כמעט בתחום המשפט הפלילי. זאת, מאחר שקשה עד בלתי-אפשרי ללמוד מהניסיון של תאונות-עבר כאשר התאונות נסותרות. נפנה עתה לשלב הבא בפיתוח תורת בטיחות – הערכת סיכונים כללית לתחום המשפט הפלילי.

2. הערכת סיכונים לגבי שיעורן של הרשעות-השווא

הערכות סיכונים הן חלק בלתי-נפרד ממדע הבטיחות. הנחת-העבודה הנכונה היא שמערכת תיחשב לא-בטיחותית כל עוד לא הוכח באמצעות שיטות מקובלות כי היא בטיחותית.²³² אולם באופן מסורתי גילו בתי-המשפט אופטימיות באשר לאפשרות של הרשעת-שווא, וראוה כזניחה. התייחסות מפורסמת ומצוטטת מאוד לאפשרות של הרשעת-שווא היא זו של השופט האמריקני Learned Hand, אשר הגדירה כ"חלום לא-מציאותי".²³³ השופט האמריקני Antonin Scalia התייחס, בעניין *Kansas v. Marsh*, למחקר שהצביע על 340 הרשעות-שווא, תוך כפירה מסוימת בנתונים.²³⁴ הוא גם ציטט את העמדה של התובע Joshua Marquis, אשר טען כי אחוז הרשעות-השווא אפסי – רק 0.027%:

“[L]et’s give the professor the benefit of the doubt: let’s assume that he understated the number of innocents by roughly a factor of 10, that instead of 340 there were 4,000 people in prison who weren’t involved in the crime in any way. During that same 15 years, there were more than 15 million felony convictions across the country. That would make the error rate .027 percent – or, to put it another way, a success rate of 99.973 percent.”²³⁵

במאמר מוסגר יצוין כי Gross ועמיתיו, אשר אל מאמרם התייחסו התובע Marquis ובעקבותיו בית-המשפט, לא התיימרו, כמובן, לחשוף את כל הרשעות-השווא, אלא רק הצביעו על אלה שעליהן היו להם נתונים.²³⁶ התביעה ובית-המשפט העליון האמריקני מייחסים להכרעה השיפוטית במשפט הפלילי, המבוססת על הוכחה מעבר לספק סביר, אמינות מוחלטת כמעט. אולם הערכות אלה סותרות את הפרקטיקה המקובלת. כידוע, במשפט האמריקני מקובל מאוד לאמץ את "היחס של

232 Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 70.

233 United States v. Garsson, 291 F. 646, 649 (1923): "Our dangers do not lie in too little tenderness to the accused. Our procedure has always been haunted by the ghost of the innocent man convicted. It is an unreal dream. What we need to fear is the archaic formalism and the watery sentiment that obstructs, delays, and defeats the prosecution of crime"

234 עניין *Kansas v. Marsh*, לעיל ה"ש 229, בעמ' 197-198.

235 שם, תוך ציטוט המקור הבא: *The Innocent and the Shammed*, THE NEW YORK TIMES, Jan. 26, 2006, at A23.

236 Gross et al., לעיל ה"ש 1, בעמ' 542.

Blackstone ("Blackstone's ratio"), הלא הוא היחס 1:10, שפירושו הוכחת האשמה ברמה של כ-90.91% (10/11).²³⁷ יחס זה מבוסס על אמרתו הידועה מאוד שלפיה: "...better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer".²³⁸ אכן, מסקר שנערך בקרב 171 שופטים עולה כי הבחירה השכיחה הייתה בסף הוכחה של 90%, שבו בחרו 56 שופטים; הבחירה הממוצעת הייתה 90.3%; והחציון – 90%.²³⁹

אם נניח כי היחס התיאורטי של Blackstone הוא גם היחס הממוצע בפועל,²⁴⁰ כפי שעולה גם מסקר השופטים הנ"ל,²⁴¹ הדבר מוביל לתוצאות שונות בצורה משמעותית מאותן ציפיות אופטימיות לגבי אמינות ההרשעה שיוצר הסף המקובל של הספק הסביר. בשנת 2008 היו 2,310,984 אסירים בבתי הכלא בארצות הברית.²⁴² בתוך קבוצת האסירים יש בוודאי כאלה שהסתברות האשמה הנובעת מהראיות נגדם במשפט גבוהה מהסף המינימלי הנ"ל להרשעה – 90.91%. נניח כי ההתפלגות של הסתברות האשמה המתקבלת מהראיות נגד כל אותם 2,310,984 אסירים היא אחידה,²⁴³ החל ברמת-הספק של 90.91% ועד לרמה המרבית של 100%, כלומר, בכל רמה של הסתברות אשמה יש מספר זהה של מקרים. על בסיס הנחה זו ניתן לחשב (כמפורט בהערות השוליים למטה) כי 1/22 (או 4.545454%) מתוך 2,310,984 האסירים האמריקנים, שהם 105,044 אסירים, הם בעצם חפים מפשע!²⁴⁴

237 ראו Volokh, לעיל ה"ש 43.

238 שם.

239 C.M.A. McCauliff, *Burdens of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence, or Constitutional Guarantees?* 35 VAND. L. REV. 1293, 1324–1327 (1982). כן ראו סקירה של סקרים נוספים עם תוצאות דומות אצל: Lawrence M. Solan, *Refocusing the Burden of Proof in Criminal Cases: Some Doubt About Reasonable Doubt*, 78 TEX. L. REV. 105, 125–129 (1999).

240 הדבר מוטל בספק, שכן יש מקרים רבים שבהם מרשיעים נאשמים על-סמך ראיה יחידה, דוגמת עדות-ראייה או הודאה או ראיה מדעית יחידה – לעיתים עם תוספת ראייתית קלת-משקל. במקרים אלה עלול להתרחש כשל החלפת ההתניות (the fallacy of the transposed conditional), והסתברות האשמה נמוכה בהרבה ממה שנדמה. ראו Thompson, Taroni & Aitken, לעיל ה"ש 214, בעמ' 51–49; Sangero & Halpert, לעיל ה"ש 2; Sangero & Halpert, לעיל ה"ש 3.

241 יש להבחין, כמובן, בין ההערכה הסובייקטיבית של השופטים לגבי הסתברות שבה הוכחה האשמה (למשל, 90%) לבין הרמה האובייקטיבית של הסתברות האשמה כפי שהוכחה בפועל באותו תיק. להערכתנו, בדרך-כלל תהיה ההערכה הסובייקטיבית גבוהה במידה משמעותית מהרמה האובייקטיבית. זאת, בין היתר, לנוכח כשל החלפת ההתניות המוזכר לעיל בה"ש 240.

242 Stacy A. Hickox, *Justifying Rejection of Applicants with Convictions*, 8 DARTMOUTH L.J. 39, 43 (2010).

243 ראו הנחה כזו אצל: David Hamer, *Probabilistic Standards of Proof, Their Complements and the Errors that are Expected to Flow from Them*, 1 U.N.E.L.J. 71, 90 (2004).

244 אם ננסמן ב-NFC (Number of False Convictions) את מספר הרשעות-השווא, ב-N את כל המקרים שבהם נאשמים מורשעים (N=2,310,984), ב-p את הסתברות האשמה הנובעת מכלל הראיות שהוצגו במשפט נגד נאשם מסוים (משנתנה ממקרה למקרה), ב-T את הסף המינימלי

(באופן אינטואיטיבי ניתן להציג זאת גם כך: ההרשעה הממוצעת תהיה ברמת הוודאות הממוצעת שבין הסף הנבחר 90.91% לבין 100%, כלומר, 95.46%). מכאן שיש סתירה לוגית משמעותית בין הנכונות להעמיד את הסף המינימלי של הספק הסביר על יחס של 1:10, המנבא 105,044 אסירים הכלואים על לא עוול בכפם, לבין האמונה האופטימית כי במשך 15 שנים התרחשו "רק" 4,000 הרשעות־שווא לכל־היותר, וכי השיטה המשפטית בטוחה, פרט למספר זניח של טעויות.

יהיו שיטענו נגר חישוב זה שלנו כי הוא אינו מביא בחשבון את העובדה שרוב ההרשעות במשפט הפלילי מבוססות על כך שהנאשמים מודים באשמה במסגרת עסקת־טיעון.²⁴⁵ בגישה כזו מניחים כי אחוז הרשעות־השווא בקרב אלה שהודו בעסקת־טיעון הוא נמוך מאוד, למשל 0%-1%, בעוד אחוז הרשעות־השווא בקרב אלה שמנהלים משפט רגיל הוא גבוה יותר, למשל 20%. תחת הנחות אלה מקבלים שיעור הרשעות־שווא כולל שנע בין 1% ל־1.95%.²⁴⁶ בחירת מספרים אחרים תניב שיעורים אחרים, כמו־כן.

אלא שלדעתנו, ההנחות הללו מוטעות ולא־בטיחותיות. אם לפני ההליך הפרוצדורלי של עסקת־טיעון 5% מבין כל אלה שהראיות מבססות את אשמתם ברמה של 90% ומעלה הם חפים מפשע, כך יהיה גם לאחר השלב הפרוצדורלי של עסקת־טיעון. אם הדיוק הבסיסי של המערכת הוא 95% (טעות של 5%), אזי אין מקום לצפות שבעזרת "קסם" שנקרא "עסקת־טיעון" ניתן להגדיל את דיוקה באופן משמעותי. נהפוך הוא: בעוד בסיומו של משפט הוכחות נדרש שהאשמה תוכח מעבר לספק סביר, בעסקת־טיעון אין כל דרישה כזו. יצוין ויודגש כי הודאת הנאשם במסגרת עסקת־טיעון – גם אם מייחסים לה ערך הוכחתי כלשהו של האשמה – אינה באה בנוסף על הוכחה מעבר לספק סביר, אלא במקומה. ההנחה המשפטית כי אנשים חפים אינם מסכימים לעסקות־טיעון היא הנחה מוטעית נוספת

להרשעה ($T=10/11=90.91\%$), אזי תחת ההנחה כי ההתפלגות של הסתברות האשמה העולה מהראיות היא אחידה, נקבל כי:

$$NFC = N \times \int_T^1 \frac{1}{1-T} \times (1-p) dp$$

ביצוע האינטגרציה יוביל לתוצאה הבאה:

$$NFC = \frac{N \times (1-T)}{2}$$

כאשר מדברים על התפלגות אחידה, קל לראות (באופן אינטואיטיבי) את ההיגיון שבתוצאה: כדי לחשב את מספר הרשעות־השווא, יש להכפיל את N בהסתברות החפות הממוצעת $\frac{1-T}{2}$ שבין הסף הנבחר T לבין 1 (המקביל ל־100% של ודאות). הצבת המספרים תיתן:

$$NFC = \frac{1}{22} N = 105044$$

לפורמליזם מתמטי נרחב בנושאים אלה ראו Hamer, שם, בעמ' 89-96. ראו גם Sangero & Halpert, לעיל ה"ש 2.

Morris B. Hoffman, *The Myth of Factual Innocence*, 82 CHI.-KENT L. REV. 663, 672 245 (2007).

שם. 246

מבית-מדרשו של "נסיון החיים והשכל הישר השיפוטי". העדפת היעילות והסתמכות על עקרון התאונות הנסטרות מאפשרות את המשך השימוש הנרחב בעסקות-טיעון לצורכי הרשעה, גם כאשר אין ראיות מספיקות נגד הנאשם. גישה בטיחותית חייבת להביא בחשבון כי אם במשפטי הוכחות שבהם נדרשת הוכחה של 90% יש לנו – כמעט מתוך הגדרה – 5% הרשעות-שווא, במשפטים המוכרעים באמצעות עסקות-טיעון המצב בוודאי חמור הרבה יותר, משום שאין כל דרישה להוכחה מעבר ל-90%: די בכך שהנאשם מודה – וחסל. כך, למשל, מקובל שאחת הסיבות המוליכות את התביעה לעסקת-טיעון היא שהראיות שבידיה אינן חזקות דיין להשיג הרשעה במשפט הוכחות. אכן, במציאות הרשעות-שווא מתרחשות גם כאשר אנשים מודים במסגרת עסקות-טיעון.²⁴⁷ מכאן שאי-אפשר לנתק את אחוז החפים מפשע מסמכימים לעסקות-טיעון מסף ההרשעה במשפט הפלילי. לדוגמה, בכמה מקרים של שחיתות משטרתית נרחבת – דוגמת הפרשות הידועות "LAPD Rampart Scandal"²⁴⁸ ו-"Tulia Scandal"²⁴⁹, אשר הובילו להעמדה לדין של נאשמים חפים רבים – הודו רוב הנאשמים באשמה. דוגמאות אלה מראות כי אם נאשמים חפים באופן סובייקטיבי או יודעים באופן אובייקטיבי, כי הסיכוי שהם יזוכו במשפט נמוך מאוד, רובם מודים במסגרת עסקת-טיעון. לכן, כאשר קיימות נגד הנאשם ראיות אשר מספיקות בימינו להרשעה מעבר לספק סביר (וכך גם כאשר הנאשם סבור – עקב טעות שלו או עקב הטעיה – כי זה מצבו אף שהראיות אינן כה חזקות), אם מציבים לפניו אפשרות מוחשית מאוד של הרשעה בעברה חמורה ומולה אפשרות של הודאה במסגרת עסקת-טיעון בעברה קלה יותר, נאשמים רבים מקרב החפים מפשע יבחרו בעסקת-הטיעון. ייתכן מאוד שבחירתם תהיה רציונלית לחלוטין.²⁵⁰ לכן לסף הספק הסביר המקובל בניהול משפט הוכחות (כ-90%) יש השפעה ישירה על נכונותם של נאשמים להודות במסגרת עסקות-טיעון.

תמיכה אמפירית משמעותית מאוד בהערכתנו ניתן למצוא במחקר של Risinger שפורסם לאחרונה. ניתוח המבוסס על נתונים אמפיריים מ"פרויקט החפות" האמריקני חושף כי שיעור הרשעות-השווא בקרב אלה אשר הורשעו בעברות משולבות של אונס ורצח ונידונו למוות אינו קטן מ-3.3% ואינו גדול מ-6.6%, ו"ההערכה ההוגנת" של המחקר היא כי שיעור הרשעות-השווא הוא 5.5%²⁵¹ להלן בקצרה דרך החישוב:²⁵² כדי לחשב את השיעור המזערי

247 Garrett, לעיל ה"ש 159, בעמ' 74; אורן גזל "הסדרי טיעון ובעיית החף" משפטים (ה) 1, 29-27 (2005).

248 Gross et al., לעיל ה"ש 1, בעמ' 534, 536. בפרשה זו, שוטר מושחת, שעמד להישפט בעצמו בגין עברה של סחר בקוקאין, חשף כיצד הוא וחבריו ליחידה הפלילו נאשמים על-ידי פברוק ראיות, עדויות-שקר וכיוצא בזה. לפחות 100 נאשמים הופללו כך, הועמדו לדין והורשעו. רובם הודו באשמה חרף חפותם.

249 במקרה זה הועמדו לדין 38 נאשמים בגין עברות סמים כתוצאה מעדות שקרית של שוטר סמוי. רובם הודו באשמה חרף חפותם והורשעו. שם.

250 ראו עמי קובו נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט – מודים באשמה וטוענים לחפותם. 72-59 (2009).

251 Michael Risinger, *Innocents Convicted: An Empirically Justified Factual Wrongful Conviction Rate*, 97 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 761, 780 (2007).

252 שם, בעמ' 768-780.

של הרשעות-השווא, יש לחלק מספר ידוע של הרשעות-שווא בקרב קבוצת-ייחוס בעלת מאפיינים דומים (מספר זה יופיע כמונה) במספר הכולל של ההרשעות באותה קבוצת-ייחוס (מספר זה יופיע כמכנה).²⁵³ כדי לקבל את גודלה של קבוצת-הייחוס באופן אמין, כחר Risinger בקבוצה קטנה יחסית של הרשעות-שווא שנחשפו במסגרת "פרויקט החפות" במקרים משולבים של אונס ורצח מן השנים 1982-1989 שבהם נותרו דגימות DNA לבדיקה ואשר בהם נידון הנאשם לעונש מוות (capital rape-murders).²⁵⁴ מן הנתונים ב"פרויקט החפות" הוברר כי יש 11 מזוכים כאלה. Risinger הפחית בזהירות 5% ממספר זה, בשל האפשרות שחלק מהם אשמים חרף תוצאת בדיקת ה-DNA, ונותר עם המספר 10.5 (במונה).²⁵⁵ בשנים הללו היו בארצות-הברית 479 הרשעות במקרים של אונס בשילוב רצח שבעקבותיהן נגזר על הנאשם עונש מוות. מן הנתונים ב"פרויקט החפות" הוברר כי בשליש מהמקרים של רצח או אונס לא נותרו דגימות DNA. מכאן צפוי שרק בשני שלישים מ-479 ההרשעות הללו – כלומר, ב-319 מקרים – יש באופן פוטנציאלי DNA לבדיקה.²⁵⁶ מכאן שהשיעור המזערי של הרשעות-השווא הוא: $10.5/319 = 3.3\%$.²⁵⁷ זהו השיעור המזערי, כמובן, שכן לא ברור אם כל אותם 319 מורשעים אכן ביקשו והצליחו לבדוק אחרי ההרשעה את דגימות ה-DNA במקרה שלהם. Risinger העריך כי קשה להאמין שיותר ממחצית הנאשמים לא ביקשו בדיקת DNA, מאחר שזהו הסיכוי האחרון שלהם להשתחרר. תחת הנחה זו הוא הגיע לרף מרבי של 6.6%. אולם בשל חוסר במידע מדויק הוא בחר ב"הערכה הוגנת" של 5.5%.²⁵⁸ בעוד חישוב הסף התחתון הוא מבוסס מאוד, חישוב הסף העליון ו"ההערכה ההוגנת" הם בגדר הערכות בלבד, כפי ש-Risinger עצמו מעיד.

תוצאות (אמפיריות!) אלה של Risinger תואמות – בקירוב טוב – את אשר חישבנו אנו כאשר התבססנו על סף ההרשעה המקובל בארצות-הברית, של 90%. תוצאות אלה מפריכות לחלוטין את העמדה האופטימית בבית-המשפט העליון האמריקני, לפחות בכל הקשור להרשעות בעבירות אונס-רצח, שבהן ניתן לגזור עונש מוות או מאסר-עולם. לכאורה ניתן לטעון כי בישראל המצב טוב יותר, שכן הרטוריקה המקובלת באשר לחובת התביעה להוכיח את האשמה מעבר לספק סביר אינה של 90% כבמשפט האמריקני, אלא של 98% או 99%, או של דרישה ל"מידה גבוהה של הסתברות הגובלת בוודאות" כדי להרשיע.²⁵⁹ אלא שבמציאות שופטים מרשיעים תוך הסתפקות בהרבה פחות מ-99%, וחוששנו שאפילו 90% אין הם מקפידים לדרוש.²⁶⁰ נוסף על כך, כפי שהראינו במקום אחר, לעיתים כאשר נדמה במבט ראשון שמדובר בהרשעה בהסתברות אשמה גבוהה, בפועל מדובר באשליה

253 שם, בעמ' 768.

254 שם, בעמ' 774.

255 שם.

256 שם, בעמ' 778.

257 שם.

258 שם, בעמ' 779-780.

259 ראו, למשל, י' קרמי על הראיות – הדין בראי הפסיקה כרך ב 829 (תשנ"א); ALEX STEIN,

FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW 16 (2005).

260 ראו בוני סנג'רו ואיתי ליפשיץ "הרשעה: רק פה אחד" עלי משפט ח 337, 340-339 (2010).

קוגניטיבית (גם של שופטים), והסתברות האשמה האמיתית פחותה באופן משמעותי.²⁶¹ גם ההלכה המאפשרת הרשעה על-סמך ראיה יחידה – וזאת אפילו כאשר מדובר בראיות מאוד לא-מדויקות, כגון עדות-ראייה והודאה בחקירה – מאפשרת הרשעות רבות ברמת הוכחה שנופלת בוודאי אפילו מהרף של 90%.²⁶² נתרגם סף הרשעה מציאותי של 90% (להבדיל מסף הרשעה נשגב אך דמיוני של 99%) למציאות הישראלית: אם מסתפקים בהסתברות של 90% שהנאשם אשם, אזי ההרשעה הממוצעת מבוססת ב-95%, ומכאן שיש לצפות לכ-5% הרשעות-שווא. בשנת 2009 היו כלואים בישראל בכל זמן נתון 22,725 אסירים בממוצע,²⁶³ ומכאן שבאותה שנה היו כלואים בישראל בכל זמן נתון, בממוצע, 1,136 אסירים שהורשעו לשווא.

גישה בטיחותית צריכה להביא בחשבון את האפשרות שכאשר אין מדובר בעברות כה חמורות כמו אלה שחקר Risinger (אונס ובעקבותיו רצח), בתי-המשפט נזהרים פחות, ושיעור הרשעות-השווא גדול עוד יותר ובאופן משמעותי. לצורך הדיון בלבד אנו בוחרים בכל-זאת באותו סף של 5% שחישב Risinger כמייצג את שיעור הרשעות-השווא בכל המשפט הפלילי, ולא רק במקרי אונס-רצח, וזאת מהסיבות הבאות: (א) מספר זה מתבסס על מידע אמפירי; (ב) התחשיב שלנו, המבוסס על סף הרשעה מציאותי של 90%, הולך לתוצאה דומה מאוד. מכאן שהאופטימיות שלפיה ניתן להרשיע בהסתברות אשמה נמוכה יחסית, של כ-90%, מבלי לשלם מחיר כבד מאוד של הרשעת מספר רב של חפים מפשע גם בעברות החמורות ביותר – אינה יכולה לעמוד. יתר על כן, על גישה בטיחותית להביא בחשבון הערכת סיכונים מרבית, ולא תקוות לא-מבוססות כי שיעור הרשעות-השווא נמוך.²⁶⁴ יודגש כי אין אנו מתיימרים לקבוע שהשיעור המדויק של הרשעות-השווא הוא דווקא 5%. השיעור המדויק עשוי להיות נמוך יותר ועלול להיות גבוה יותר. להערכתנו הוא גבוה יותר. גישה בטיחותית תפעיל אמצעי בטיחות נגד סכנה משמעותית כזו, ולא תניח באופטימיות לא-מבוססת כי אחוז מורשעי-השווא זניח.

לאחרונה פורסם מחקר אמפירי חדש ומרתק, התומך בהערכה שלפיה שיעור הרשעות-השווא הוא אף גבוה מ-5% (JOHN ROMAN, KELLY WALSH, PAMELA LACHMAN & JENNIFER). המחקר (YAHNER, POST-CONVICTION DNA TESTING AND WRONGFUL CONVICTION (2012)). מבוסס על בדיקה גנטית של דגימות המשויות למאות תיקים, אשר נשמרו במעברתה של

261 הלפרט וסנג'רו, לעיל ה"ש 39.

262 Sangero & Halpert, לעיל ה"ש 2.

263 על-פי נתונים של שירות בתי-הסוהר, ניתנים לצפייה בכתובת www.ips.gov.il/Shabas/ TIPUL_PRISONER/Prisoners+Info/.

264 כך, למשל, בתחום התוכנה יש לצאת מנקודת-הנחה כי התוכנה שגויה ולא-בטיחותית עד שיוכח בשיטות נאותות כי היא בטוחה. ראו דוח הוועדה לבדיקת התרסקותו של משגר הלוויינים "אריאן 5" שהתרחשה בשנת 1996: INQUIRY BOARD, CENTRE NATIONAL D'ETUDES SPATIALES, EUROPEAN SPACE AGENCY, ARIANE 5: FLIGHT 501 FAILURE (1996), www.ima.umn.edu/~arnold/disasters/ariane5rep.html: "The Board is in favour of the opposite view, that software should be assumed to be faulty until applying the currently accepted best practice methods can demonstrate that it is correct". ראו גם Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 69-70.

המומחית הסרולוגית אשר בצעה בזמנו בדיקות דם באותו אזור. מושל מדינת וירג'יניה הורה לבדוק את כל הדגימות (ללא צורך בבקשות של האסירים) והתוצאות הן מטרידות מאוד: אם מתייחסים רק ל-227 התיקים שבהם השוואת ה-DNA סיפקה תשובה לשאלה האם המורשע הוא מקור ה-DNA מזירת העבירה, אזי 40 התיקים שבהם תשובת הבדיקה היא שלילית מלמדים על שיעור הרשעת חפים מפשע של 18%! גם לאחר התחשבות זהירה בראיות אחרות שבתיק, השיעור יורד רק ל-15%! - שיעור גבוה מאוד של הרשעת חפים מפשע. כיצד ניתן להסביר, אם כן, את נכונותו של בית-המשפט העליון האמריקני להאמין כי התרחשו לכל-היותר 4,000 הרשעות-שווא מתוך 15 מיליון הרשעות במשך 15 שנים? כיצד ניתן להסביר את הביטחון של בית-המשפט העליון הישראלי בנכונותן של רבבות ההרשעות הנקבעות בישראל מדי שנה, הבא לידי ביטוי בחוסר נכונותו לאפשר משפטים חוזרים ביותר מאשר מקרה אחד בשנה בממוצע?²⁶⁵ התשובה נעוצה בעקרון התאונות הנסתרות. העובדה שרוב הרשעות-השווא הן נסתרות מובילה לכך שאף-על-פי ששיעור הרשעות-השווא עלול להיות עצום, קובעי המדיניות יכולים להניח באופטימיות שהמערכת מושלמת כמעט, והמציאות אינה טופחת על פניהם.

3. מדוע אין די בהוכחת האשמה מעבר לספק סביר

הסטנדרט של הוכחת האשמה מעבר לספק סביר מקובל בשיטות משפט רבות זה זמן רב.²⁶⁶ במשפט האמריקני הוא קיבל מעמד חוקתי בפסק-הדין הידוע *In re Winship*.²⁶⁷ סטנדרט הספק הסביר זכה בהתייחסויות רבות הן בפסיקה והן בספרות.²⁶⁸ מצד אחד, הוא אמור להעניק רמת ודאות גבוהה להרשעה. מצד אחר, הסטנדרט הוא מעבר לספק סביר, ולא מעבר לספק כלשהו, כלומר, לא נדרשת ודאות מוחלטת.²⁶⁹ אילו נדרשה ודאות מוחלטת, לעולם לא היה אפשר להרשיע אשמים, שהרי ספקות דמיוניים וחסרי כל עיגון בחומר הראיות יהיו קיימים כמעט תמיד. סטנדרט הספק הסביר הוא דרישה הסתברותית מסוימת.²⁷⁰

265 סנג'רו וקרמניצר, לעיל ה"ש 196.

266 Thomas V. Mulrine, *Reasonable Doubt: How in the World Is It Defined?* 12 AM. U.J. 266 INT'L L. & POL'Y 195, 214-225 (1997) (המחבר מציג הגדרות שונות לסף הספק הסביר במדינות שונות). ראו גם Volokh, לעיל ה"ש 43.

267 *In re Winship*, לעיל ה"ש 42.

268 *Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 39 (1990); *Sullivan v. Louisiana*, 508 U.S. 275 (1993); *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1 (1994); Note, *Reasonable Doubt: An Argument Against Definition*, 108 HARV. L. REV. 1955 (1995); Note, *Winship on Rough Waters: The Erosion of the Reasonable Doubt Standard*, 106 HARV. L. REV. 1093 (1993); Robert C. Power, *Reasonable and Other Doubts: The Problem of Jury Instructions*, 67 TENN. L. REV. 45 (1999).

269 "Beyond a reasonable doubt does not mean beyond any doubt." Alex Stein, *Constitutional Evidence Law*, 61 VAND. L. REV. 65, 83 (2008).

270 "But the beyond a reasonable doubt: 14 בעמ' 268, לעיל ה"ש 268, *Victor v. Nebraska*, standard is itself probabilistic"

בפועל, מכיוון שהחוק הפלילי (לרבות הישראלי והאמריקני) מאפשר להרשיע נאשמים על-סמך ראייה יחידה, כגון עדות-ראייה יחידה או הודאה בלבד או בדיקה מדעית יחידה, ומאחר שהוא מתעלם מההסתברות האפרורית הנמוכה המאפיינת מקרים כאלה (עקב חולשתן של יתר הראיות באותם מקרים), אנו רחוקים מרמת ביטחון גבוהה בהרשעה.²⁷¹ הדבר נכון במיוחד בישראל, שכן בכמה פסקי-דין שניתנו כאן, ובניגוד להלכה האמריקנית, אופיין הספק הסביר כ"ספק סובסטנטיבי" – כזה שמעוגן בחומר הראיות וכזה ש"מאופיין בתכונה של 'מידה רבה'".²⁷² לכן אנו מציעים את התיקון הבא:

הרשעה במשפט פלילי תיקבע רק כאשר: (א) האשמה הוכחה מעבר לספק סביר; (ב) ננקטו כל האמצעים הסבירים כדי להבטיח כי אין מדובר בהרשעת-שווא.

שתי הדרישות הן מצטברות. הדרישה הראשונה יוצרת רמה מסוימת של ודאות בהרשעה, כמקובל כיום. כאמור, הגם שרמה זו נחשבת גבוהה, היא רחוקה מוודאות מוחלטת. הדרישה השנייה המוצעת בזה מיועדת ליצור את הבטיחות הנדרשת להרשעה במשפט פלילי. משמעותה היא שאין להסתפק ברף הסתברותי כלשהו (כגון 90%, כמקובל בקרב השופטים האמריקנים²⁷³) שממנו ומעלה אפשר להרשיע בכל מקרה ומקרה. אפילו דרישה להוכחת האשמה ברמה של 99% אינה אמורה להספיק לכדה, שהרי בחשבון הסתברותי בהיקפים גדולים של אלפי הרשעות היא תוביל עדיין למספר גדול מדי של הרשעות-שווא. אם במקרה מסוים הראיות הקיימות מבססות את האשמה מעבר לספק סביר, אולם ניתן להשתמש באמצעים סבירים כדי להגדיל את הוודאות לגבי אותו מקרה, חייבים לעשות כן. הגישה המקובלת, שאינה מביאה בחשבון את תנאי ב המוצע לעיל, יוצרת אנומליות בהשוואה לתחומים אחרים בחיינו. לדוגמה, אילו הפעלנו רק את סטנדרט הספק הסביר בתחום מטוסי-הקרב (90%? 99%), אזי ברגע ששיעור התקלות במטוסי-הקרב היה מגיע ל-1% תקלות לשעת טיסה, היה אפשר לקבוע כי המטוס בטוח לטיסה. אולם גם שיעור תקלות קטן פי מאה – של 0.01% לכל שעת טיסה של מטוס-קרב – התגלה כיקר מדי, וזאת אפילו במטוסים זולים יחסית משנות הארבעים של המאה העשרים.²⁷⁴ על-כן החלו להשתמש בשיטות בטיחותיות, כדי להפחית את שיעור התאונות. סטנדרט הספק הסביר לברו, אילו יושם לתחומים אחרים, היה מוביל לתוצאה שאינה מתקבלת על הדעת. אנו סבורים כי התכונה של תאונות נסחרות המאפיינת את המשפט הפלילי היא שהוליכה להסתפקות ברמת ודאות מסוימת – "מעבר לספק סביר" – מבלי לנסות לשפר את המערכת כדי לצמצם את מספר התאונות, קרי, הרשעות-השווא. הנוכל לתאר את אנשי חיל-האוויר מסתפקים במצב שבו "רק" ב-1% מהטיסות מתרחשת התרסקות, ואינם מתאמצים למזער שיעור זה? אנומליה אחרת תומחש באמצעות הדוגמה הבאה. נניח שנגד נאשם מוצגות ראיות משמעותיות, כגון טביעת-אצבעות ועדויות-ראייה. ראיות כאלה – ואפילו כל אחת מהן

271 Sangero & Halpert, לעיל ה"ש 2; Sangero & Halpert, לעיל ה"ש 3.

272 על הגדרת הספק הסביר במשפט הישראלי כ"ספק סובסטנטיבי", ועל ביקורתו של השופט ניל הנדל על אפיון זה של הספק הסביר, ראו בפסק-הדין לזרובסקי, לעיל ה"ש 80, פס' 2 לפסק-דינו של השופט הנדל.

273 ראו לעיל ה"ש 239 והטקסט שמעליה.

274 USAF HANDBOOK, לעיל ה"ש 9, בעמ' 2.

לברדה – מספיקות בוודאי בימינו להרשעת אדם באופן שייחשב "מעבר לספק סביר". נניח גם שיש דגימה מזירת הפשע שניתן להפיק ממנה בדיקת DNA. ללא הכלל המוצע, המחייב מיצוי אפשרויות קיימות להגדלת הבטיחות ואי-הסתפקות בכלל של הוכחה מעבר לספק סביר, אין צורך בביצוע בדיקת ה-DNA, שכן גם ללא הבדיקה ניתן להוכיח את אשמתו של הנאשם מעבר לספק סביר. אכן, שתי עדויות-ראייה וטביעת-אצבע הוכילו להרשעתו של Stephan Cowans. אולם לאחר שש שנים שהיה במאסר הוא זוכה על בסיס בדיקת DNA שנערכה לאחר הרשעתו ועל בסיס בירור מחדש שנעשה לאחר-מכן.²⁷⁵ מכאן שאף-על-פי שצירוף הראיות הללו (טביעת-אצבעות ועדויות-ראייה; וכאמור, די אפילו באחת מהראיות הללו לברדה) מספיק בימינו להרשעה מעבר לספק סביר כאשר אין דגימת DNA המאפשרת בדיקה, אין להסתפק בו במקרה שדגימה כזו נמצאת בדינו. מדוע? כי הרשעה מעבר לספק סביר אינה ודאות מוחלטת. דרישת הבטיחות המוצעת בזה תחייב לברוק כל פוטנציאל ראייתי שניתן באופן סביר למצותו.

במאמר מוסגר נוסף כי לדעתנו, עצם קיומו של פוטנציאל ראייתי לזיכוי שלא נברק חייב ליצור ספק סביר באשמה, המחייב זיכוי (או בירור – כשהדבר אפשרי).²⁷⁶ כל ספק סביר צריך לפעול לטובתו של הנאשם. אולם אין בכך עדיין הסבר מדוע אותה מסכת ראיות שמספיקה להרשעה במקרה אחד לא תספיק במקרה אחר, שבו יש פוטנציאל ראייתי נוסף שלא מוצה. ההסבר המלא מצוי בתפיסה הבטיחותית המוצעת, שלפיה אין להסתפק ברף ראייתי הסתברותי מסוים, אלא יש לנקוט תמיד אמצעי בטיחות נוספים כל עוד עלותם פחותה מתוחלת הנזק.

דוגמה נוספת מצויה בעניין *State v. Chun*.²⁷⁷ בית-המשפט העליון של ניו-ג'רזי אישר מכשיר נשיפה אף שהתוכנה שלו לא נכתבה על-סמך סטנדרטים לפיתוח תוכנה בטיחותית. את ההסבר הסמוי לגישה זו ניתן אולי לגלות בדבריו של השופט דימוס King, בפסק-דינו כ-"Special Master", העוסק ברמות שונות של הוכחה הנדרשות במשפט הפלילי. לגבי ההליך המסוים שנידון לפניו הוא קבע בפתח דבריו כך:

"Personally, we might be inclined to put the burden as high as 85% to 90%. However, we conclude that the State and Draeger have met the clear and convincing burden in this proceeding."²⁷⁸

כלומר, די בכך שהתביעה והיצרן (Draeger) הוכיחו את אמינות המכשיר בשיעור-סף של 85%-90%, אשר מספק, לדעת השופט, את חובת ההוכחה באותו עניין.²⁷⁹ הכרעתו של

Simon A. Cole, *More than Zero: Accounting for Error in Latent Print Identification*, 275
95 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 985, 1014-1016, 1034 (2005)

276 לגישה דומה ראו: Ariel Porat & Alex Stein, *Liability for Uncertainty: Making Evidential*
Damage Actionable, 18 CARDOZO L. REV. 1891, 1893 (1997)

277 עניין *State v. Chun*, לעיל ה"ש 127, והטקסט שמעליה.

278 Supplemental Findings and Conclusions of Remand Court, *State v. Chun* (2007) (No.
.58,879), available at www.judiciary.state.nj.us/pressrel/supplemental_opinion.pdf

279 על-פי הסבריו של השופט King (שם), יש סף אמינות למכשיר, שממנו ניתן לקבוע את קבילותו, ויש סף ודאות להרשעה, שאמור להיות גבוה יותר. נציין כי במשפט האמריקני אי-

בית־המשפט כי בעת הזו אין הכרח בסטנדרטים לתוכנת מכשיר פורנוזי, והסבריו של השופט King, מלמדים כי נשקלת רק מידת הוודאות שיש בהרשעה. לא נשקלת האפשרות הקיימת להפחית את שיעור הטעויות, תוך שימוש באמצעי בטיחות סבירים הנהוגים בתחומים אחרים. אך אם ניתן באמצעים סבירים לפתח מכשיר שדיוקו יהיה גדול יותר, מדוע לא לדרוש זאת – הן לשם מניעת הרשעות מוטעות והן לשם מניעת זיכויים מוטעים? על הטעות שבגישה כזו עמדנו לעיל.²⁸⁰

בשנים האחרונות התפתחה הלכה ישראלית שלפיה התביעה אינה חייבת להציג את הראיה ה"מקסימלית" שניתן להשיג, אלא די לה בהצגת ראיות שמספיקות להוכחת האשמה מעבר לספק סביר.²⁸¹ מסיבה זו לא מצא השופט אדמונד לוי פגם בכך שהתביעה לא העידה את חברתה הטובה של מתלוננת שנאנסה, אשר הייתה יכולה לזרות אור על גרסתה הראשונה של המתלוננת.²⁸² באופן דומה חזרה השופטת ארבל וקבעה, בעניין סטקלר, כי התביעה אינה נדרשת להוכיח את אשמת הנאשם בראיה המקסימלית, ועל־כן אין פגם בכך שהמשטרה לא ערכה מסדר־זיהוי לנאשם, שכן "כבר נפסק כי כאשר מדובר בזיהוי כתוספת ראייתית להודאה, אף כישלון בזיהוי במסדר זיהוי אין לו משמעות רבה, כאשר העד תיאר את הנאשם כדבעי".²⁸³ הלכה לא־בטיחותית זו חוזרת בפסיקות נוספות של בית־המשפט העליון.²⁸⁴ בעניין זה ניתן לשאוב עירוד מסוים מגישה חדשה של השופט גרוניס, אשר זיכה את שני הנאשמים רועי ארקה ויהונתן ממו.²⁸⁵ שוטרים חילצו הודאה מחשוד באונס, וסברו שדי בכך ושאינו צורך לקיים מסדר־זיהוי, חרף העובדה שהיה אפשר לקיימו.²⁸⁶ על כך כתב השופט גרוניס:

"מקובל עליי, כי לחוקרי המשטרה שמור מרחב גדול של שיקול דעת באשר לאמצעי החקירה הננקטים על ידם. עוד מקובל עליי, כי הודיה של נאשם עשויה להצדיק הסטת משאבים לטובתן של חקירות אחרות. יחד עם זאת, הודיה אינה פוטרת את חוקרי המשטרה מחובתם לשקול האם קיים צורך בנקיטת פעולות חקירה נוספות. במקרה הנוכחי, קיומו של מסדר זיהוי הינו מהלך חקירתי שנחיצותו הייתה כה מובהקת, עד כי היה לו מקום אף אם החשודים הודו. בנסיבות המקרה, אי קיומו של מסדר זיהוי ליהונתן הינו לדעתי בגדר מחדל חקירתי של ממש."

-
- אפשר לערוך בדיקת נשיפה ללא חשד סביר שמגובה בראיות.
- 280 ראו לעיל ה"ש 276 והטקסט שמעליה. כן ראו לעיל ה"ש 127 והטקסט שמעליה.
- 281 ע"פ 9908/04 נסראלדין נ' מדינת ישראל, פס' 22 לפסק־דינה של השופטת ברלינר (לא פורסם, 31.7.2006).
- 282 ע"פ 8002/99 בכר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 135, 143–144 (2001).
- 283 ע"פ 6679/04 סטקלר נ' מדינת ישראל, פס' 37 לפסק־דינה של השופטת ארבל (לא פורסם, 11.5.2006). כך גם באשר לאי־ביצוע בדיקת טביעת־אצבעות, שאינה נחשבת ראייה מזכה. ראו ע"פ 804/95 גרינברג נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 200, 207 (1995).
- 284 ראו, לדוגמה, ע"פ 4223/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 19 לפסק־דינו של השופט ג'ובראן (טרם פורסם, 29.11.2007).
- 285 ע"פ 7443/06 ארקה וממו נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 28.9.2008).
- 286 שם, פס' 42 לפסק־דינו של השופט גרוניס.

גישתו החדשה של השופט גרוניס, שעליה חזר בפרשת וולקוב,²⁸⁷ ניתנת לדעתנו לפרשנות גם באמצעות תורת הבטיחות המוצעת: אפילו אם הודאה בצירוף "דבר-מה נוסף" מספקת כיום להרשעה (לצערנו הרב²⁸⁸), במקרים שבהם ניתן לרדת לחקר האמת וליצור בהירות גדולה יותר על-ידי שימוש בפעולות חקירה סבירות, חייבים לעשות כן. לבסוף, יצוין כי אין מקום לחשש שאימוץ הצעתנו לקביעת הכלל הבטיחותי – שלפיו יש למצות את הפוטנציאל הראייתי, ולא לנוח על זרי הדפנה של הראיות שכבר הושגו – יוליך לזיכוי סיטוני של אשמים. ראשית, במערכת משפט פלילי שבה הבטיחות מופנמת בכל הליכי החקירה והמשפט, מספר המקרים שבהם נעשות טעויות ופוטנציאל ראייתי אינו ממומש יקטן במידה משמעותית. שנית, כאשר יש ראיות פוטנציאליות שלא נבדקו, לא חייבים לְזַכּוֹת. כבר במצב המשפטי הקיים פתוחה לפני בית-המשפט האפשרות להשתמש בסעיף 167 לחוק סדר הדין הפלילי ולהורות על הבאת ראיות חדשות ובכך לתקן את החוסר הראייתי.²⁸⁹ שלישי, לגבי המצבים שבהם החוסר הראייתי אינו בר-יתרון – למשל, במקרה שבו היה צריך לבצע מסדר-זיהוי, ועתה כבר אי-אפשר לבצעו מאחר שהעד המזוהה כבר ראה את הנאשם בתקשורת ובמהלך המשפט, או באותם מקרים שבהם לא יהיה זה הוגן כלפי הנאשם לאפשר לתביעה "מקצה שיפורים"²⁹⁰ – בית-המשפט צריך להניח לזכותו של הנאשם שהראיה הנוספת, אשר לא הושגה ולכן איננו יודעים מה הייתה תוצאתה אילו מילאה המשטרה את חובתה, פועלת לזכותו של הנאשם, ברוח הדוקטרינה של "נוק ראייתי".²⁹¹ רק אם הנחה זו מטה את הכף לכיוון של זיכוי, יש לְזַכּוֹת את הנאשם.

נוסף על כך, לאור העקרונות הבטיחותיים, ובהינתן חוסר הסימטרייה בין כוחה העצום של המדינה לבין כוחו של הנאשם, אנו סבורים כי יש לאפשר לסנגור בכל שלב להוסיף

287 ע"פ 4179/09 מדינת ישראל נ' וולקוב, פס' 36 לפסק-דינו של השופט גרוניס (טרם פורסם, 18.10.2010).

288 ראו Sangero & Halpert, לעיל ה"ש 2; הלפרט וסנג'רו, לעיל ה"ש 39; Boaz Sangero, *Miranda is Not Enough: A New Justification for Demanding "Strong Corroboration"* 28 CARDOZO L. REV. 2791, 2792–2793 (2007); *to a Confession*, 28 CARDOZO L. REV. 2791, 2792–2793 (2007) בוועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא" עלי משפט ד (2005) 245.

289 ס' 167 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

290 הגישה במשפט הישראלי היא כי הראיות צריכות להיות מובאות בזמנן הרגיל והמקובל, וכי רק במקרים חריגים ניתן לסטות מכך. ראו ע"פ 5874/00 לזרובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 249, 253–254 (2001).

291 ראו Porat & Stein, לעיל ה"ש 276, והטקסט שמעליה. כך, למשל, סבר השופט צבן בדעת מיעוט, כאשר הציע לְזַכּוֹת נאשם מאישום באונס: "בידי המאשימה יכול היה להיות כלי ראייתי טוב יותר לשלול טענתו של הנאשם, אך לא נעשה שימוש בכלי זה." תפ"ח (מחוזי י-ם) 616/09 מדינת ישראל נ' קיקוזאשוילי (טרם פורסם, 21.1.2010). באותו עניין, שעסק בעברת אונס, נעשתה בדיקת DNA להתאמה בתאי זרע בלבד, ולא בדיקת DNA לחיפוש ההתאמה בתאי עור. הנאשם טען כי אילו נעשתה, היא לא הייתה מגלה התאמה, ועל-יכן הייתה מחזקת את גרסתו כי לא חדר לגופה של המתלוננת.

ראיות שיכולות לסייע לנאשם. אם ברצוננו לרדת לחקר האמת, לוודא שאנו עושים צדק ולא לגרום להרשעות נוספות של חפים מפשע, מחובתנו לנהוג גם על-פי הכלל הבטיחותי המוצע. לבסוף, ניתן לשאול: מהם "אמצעים סבירים"? יהיה זה לא-סביר להשקיע מיליון שקלים כדי למנוע תוחלת נזק של 50,000 שקלים. אולם יהיה זה סביר להשקיע 50,000 שקלים כדי למנוע תוחלת נזק של מיליון שקלים, ויהיה זה לא-בטיחותי לא להשקיע השקעה זו. פירוט מדויק של האמצעים הסבירים יהיה אפשר לתת רק לאחר פיתוח תורת בטיחות שלמה למשפט הפלילי, כפי שאנו מציעים לעשות. אולם עצם קיומם של דמדומים אינו שולל את ההבחנה שבין היום לבין הלילה.

4. פתרונות בטיחותיים נקודתיים

בפרק זה נרכז כמה פעולות בטיחותיות שניתנות לביצוע מייד, כפי שעולה ממאמר זה. יודגש כי אין הכוונה להציע כאן את כל הדרכים שיש לנקוט לשם השגת בטיחות במשפט הפלילי, אלא רק להמחיש כי ניתן וצריך לעשות הרבה כבר כיום.²⁹² ראשית, אנו מציעים להקים גוף מרכזי לבטיחות במשפט הפלילי, בדומה למנהל המזון והתרופות האמריקני (FDA) ובדומה לרשות הלאומית לבטיחות בדרכים.²⁹³ אחד מתפקידיו של הגוף החדש יהיה לחקור הן תאונות במשפט הפלילי (הרשעות-שווא) והן תקריות (תאונות שנמנעו), ולהפיק מהן לקחים מעשיים – פעולות שאינן נעשות כיום (כמעט). נוסף על כך, גוף כזה יוכל לפקח על הפרקטיקות הנוהגות במשטרה ובפרקליטות,²⁹⁴ כדי להופכן לבטיחותיות. גוף זה יכול להיות רגולטור על הראיות המדעיות. שנית, יש לקבוע כי היצרנים של המכשירים שמהם מפקים ראיות מדעיות – כגון ערכות להפקת DNA, ערכות לבדיקות שימוש בסמים, מכשירי נשיפה לקביעת שכרות ומכשירי מדידה של מהירות מכוניות – יהיו חייבים בהליך אישור בדיוק כמו היצרנים של מכשירים רפואיים, ברמה המקובלת של "Premarket Approval"²⁹⁵ (PMA). נוסף על כך, רגולציה על יצרן של מכשירים פורנזיים תכלול חובת דיווח הן על תקלות והן על תקריות, בדיוק כמו בתחום המכשירים הרפואיים. הרגולציה תיעשה על-ידי הגוף המרכזי לבטיחות במשפט הפלילי שאנו מציעים לייסד. הצעה זו היא בנוסף על ההצעות המופיעות ברוח NAS 2009 בדבר הצורך בהסמכת מעבדות ובפיקוח עליהן.²⁹⁶ גם על מכשירי הקלטה של חקירה, קוליים או חזותיים, צריכה לחול רגולציה, כדי שלא יקרה מצב שבו ההקלטה תיפסק בדיוק ברגע החשוב ולא יהיה אפשר להגיע לגילוי האמת.²⁹⁷ לנוכח העובדה שאמצעים

292 כמו-כן, סדר ההמלצות שלהלן אינו פונקציה של חשיבותן, אלא, אולי, של הקונסנזוס שניתן לגבש סביבן.

293 חוק הרשות הלאומית לבטיחות בדרכים (הוראת שעה), התשס"ו-2006.

294 ראו בועז סנג'רו "פיקוח חיצוני על עבודת הפרקליטות" הסניגור 145, 4 (2009).

295 ראו Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 73-74.

296 NAS 2009, לעיל ה"ש 136.

297 לצערנו, ציוד נוטה "להתקלקל" בדיוק כאשר למידע מההקלטה יש חשיבות קריטית להכרעה המשפטית – ראו דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא (1) 736, 833-843 (1998) ("מתמלילי השיחות עם המדובב עולה כי המתמללים לא הצליחו תמיד לפענח את הדברים")

אלה נהוגים בתחומים אחרים ומעוגנים בחקיקה, איננו רואים שום קושי עקרוני ביישומם של פתרון זה לתחום המשפט הפלילי.

שלישית, באשר לעדויות-ראייה יש לפעול על-פי הפרוטוקולים שהוצעו בספרות המקצועית, לרבות, כמובן, תיעוד בווידיאו של כל מסדרי-הזיהוי.²⁹⁸ לפני הכנסת פרוטוקולים אלה לשימוש, יש לדאוג להכשרה ולאיימון של האנשים העוסקים בכך. נוסף על כך אנו מפנים שוב להמלצה להימנע מביצוע מסדרי-זיהוי שבמרכזו אדם שאין כלפיו חשד סביר מוקדם משמעותי, באשר פעולה כזו יוצרת סיכון גדול להרשעת-שווא.²⁹⁹ כמה מדינות כבר אימצו פתרונות כאלה. אין הצדקה לכך שבמדינות רבות – לרבות ישראל – ממשיכים לנהוג בדרכים הישנות הלא-בטוחות והרעות.³⁰⁰

רביעית, יש לתעד בווידיאו את כל חקירות החשודים ולהוציאן מן האפלה.³⁰¹ עלות ההקלטה נמוכה, ותרומתה לבטיחות תהיה משמעותית. לפיכך לא זו בלבד שזהו אמצעי בטיחות סביר שיש לנקוט, אלא אף דומה כי אי-נקיטתו אינה סבירה, אלא רשלנית.

חמישית, מסקנה אופטימית העולה מתיאוריות ארגוניות היא שיש לשאוף לכך שהראיות יהיו בלתי-תלויות ככל האפשר.³⁰² בכל הקשור לראיות מדעיות, יש להנהיג פרוטוקולים של "בדיקות עיוורת" מסוג "Sequential Unmasking".³⁰³ אסור להביא לידיעתו של עובד המעבדה את פרטי המקרה ואת פרטי החקירה הנוגעים באותו מקרה, דוגמת העובדה שהקורבן זיהה את החשוד. באשר לעבודה המשטרית, יש לדאוג לתיעוד תוכנות אלה במדריכים לעבודת החוקרים. יש לדאוג להכשרה ראויה של החוקרים, הכוללת לימוד הסכנות האפשריות והפנמת הצורך בהגברת הבטיחות במשפט הפלילי. נוסף על כך, הנהגת פרקטיקה ראויה ("Best Practices")³⁰⁴ בנוגע לניהול מידע עשויה לפתור בעיות של אי-גילוי ראיות מזכות להגנה ולבית-המשפט כתוצאה מרשלנות.

שנאמרו במהלך השיחות, ומהיגם שישנם הבדלים בין גירסת התמליל שהוגשה מטעם התביעה לבין זו שהוגשה מטעם ההגנה. באשר לחקירות המשטרה, הרי שדווקא הודאתו הראשונה והחשובה של העותר בפני איש-מרות (סנ"צ אבוקסיס) לא הוקלטה, כנראה בשל תקלה טכנית"; ההרגשות הוספו).

- 298 ראו לעיל ה"ש 156 והטקסט שמעליה.
- 299 ראו לעיל ה"ש 155 והטקסט שמעליה.
- 300 ראו לעיל ה"ש 160 והטקסט שמעליה.
- 301 Garrett, לעיל ה"ש 157, בעמ' 1113-1115. לפני כעשור תוקן החוק הישראלי ונקבעה בו חובה לתעד חקירות, אך המצב כיום הוא שחובה זו חלה רק על עברות חמורות שאינן עברות בטחוניות. ראו חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002.
- 302 ראו לעיל בטקסט שמעל ה"ש 164-165.
- 303 ראו לעיל ה"ש 173 והטקסט שמעליה.
- 304 בתחום הרפואי, לדוגמה, קיימות תוכנות מסוג Laboratory Information Management Systems, המסייעות בניהול מידע. תוכנות כאלה חייבות ברגולציה עליידי ה-FDA. ראו: Laboratory Information Management Systems, FDA: REVIEWERS AND COMPLIANCE ON OFF-THE-SHELF SOFTWARE USE IN MEDICAL DEVICES 3.2.2 (1999), available at www.fda.gov/medicaldevices/deviceregulationandguidance/guidancedocuments/ucm073778.htm#_Toc458569117

שישית, את הבטיחות יש ליישם לאורך כל הליכי החקירה והמשפט, וגם לאחר ההרשעה. מכיוון שהרשעה אינה מחייבת ודאות של האשמה, יש לאפשר בנדיבות עריכת בדיקת DNA למורשעים המבקשים זאת.³⁰⁵ כמו־כן יש להקפיד, כמובן, על שמירת הדגימות גם לאחר ההרשעות – שמירה שבישראל, לפחות בעבר, לא הקפידו עליה למרבה הצער.³⁰⁶ שביעית, משיקולי בטיחות, וכדי להימנע מהרשעות־שווא רבות, יש לקבוע כלל משפטי שלפיו אין להרשיע אדם על בסיס ראיה אחת ויחידה. כפי שהראינו במקום אחר,³⁰⁷ לא רק הראיות הקלסיות, כגון הודאה ועדות־ראייה, אינן מדויקות דיין להוכיח לברן את האשמה מעבר לספק סביר, אלא גם בראיות המדעיות החזקות ביותר, לרבות טביעות־אצבעות והשוואת DNA, נופלות טעויות, ולפיכך יש לדרוש ראיה נוספת. בפרט, יש לשנות כליל את הגישה באשר להודאות של חשודים בחקירותיהם במשטרה: אין לראותן עוד כראיה חזקה שנדרשת לה רק תוספת ראייתית, אלא יש לראותן, בשל משקלן הנמוך, אך כתוספת ראייתית לראיות מרכזיות אחרות, אם קיימות.³⁰⁸ לסיום פרק זה יודגש כי אין הוא מתיימר להקיף את כל השינויים הנדרשים, ואף לא את כל המרכזיים מביניהם, אלא רק להדגים רפורמות נקודתיות אפשריות, אשר יהיו חלק ממכלול שלם של תורת בטיחות למשפט הפלילי.

אחרית־דבר – קריאה לפיתוח תורת בטיחות למשפט הפלילי

תיארנו במאמר זה מהי בטיחות וכיצד היא מיושמת בתחומים אחרים בחיינו, דוגמת תחום התעופה. ראינו כי בתחום המשפט הפלילי, לעומת זאת, עקרון התאונות הנסתרות קובע כי כבר ברמה התיאורטית לא ייתכן משוב על מערכת אכיפת החוק. כדרכה של מערכת שאין עליה משוב, היא נהפכת לרשלנית. הבאנו דוגמאות, והראינו כי בטיחות מודרנית אינה נוהגת כלל בתחום המשפט הפלילי. זאת, חרף העובדה שניתן להשתמש באמצעים שחלקם ידועים כבר כיום, ואשר עלותם אפסית³⁰⁹ עד סבירה,³¹⁰ כדי להפחית במידה משמעותית את הסכנה הנוראה של הרשעת חפים מפשע, וזאת מבלי לפגוע באכיפת החוק. הדיון ביישום תורת בטיחות למשפט הפלילי העלה באופן מיידי פתרונות חדשים וטובים שאינם מצויים כיום במשפט, כגון רגולציה על יצרנים של ציוד מדעי לשימוש פורנוי וכן הנהגת חובת דיווח על תקריות ותאונות, אשר ינותחו על־ידי גוף מרכזי לבטיחות במשפט הפלילי. אולם האמצעים שהצענו הם נקודתיים, ואין להסתפק בהם. לנוכח הנוק העצום של הרשעות־השווא, יש צורך בתורת בטיחות שלמה ושיטתית למערכת המשפט הפלילי. (צעד נוסף בכיוון זה של פיתוח תורת בטיחות למערכת המשפט הפלילי אנו עושים בספרנו: BOAZ SANGERO & MORDECHAI HALPERT, SAFETY IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

Access To Post-Conviction DNA Testing, INNOCENCE PROJECT, www.innocenceproject. 305

.org/Content/Access_To_PostConviction_DNA_Testing.php

306 ראו, למשל, סנג'רו וקרמניצר, לעיל ה"ש 196, בעמ' 136-138.

307 Sangero & Halpert, לעיל ה"ש 3.

308 ראו Sangero & Halpert, לעיל ה"ש 2; הלפרט וסנג'רו, לעיל ה"ש 39.

309 כגון הדרכה נכונה לעד־הראייה לפני מסדר־הזיהוי.

310 כגון תיעוד וידיאו של כל החקירות.

(forthcoming, Oxford University Press) בשל עקרון התאונות הנסתרות, תורה כזו צריכה לאמץ מודלים של בטיחות מתחומים אחרים בחיינו, כגון תעופה, הנדסה ורפואה, ללא קיצורי־דרך ואמונות אופטימיות חסרות בסיס שלפיהן לא מתרחשות כמעט טעויות במשפט הפלילי.

אנו מאמינים כי הנתונים שייאספו בעקבות ההנהגה של חובת דיווח על תקריות ועל תאונות, וכן פעולות בטיחותיות נוספות, יספקו מידע רב נוסף שיאפשר למנוע תאונות כתוצאה מסיכונים שאינם ידועים כלל כיום. מכאן שחשיבות מאמרו אינה במתן פתרונות נקודתיים לבעיות מסוימות, אלא בהתוויית דרכים לקבלת מידע אמין על סיכונים מסוגים שאינם ידועים כיום ולהפיכת מערכת המשפט הפלילי למערכת מסוג "first time safe", כפי שנעשה בתחום התעופה.³¹¹

לצורך כך, וברומה לתחום התעופה, יש להפנים את הבטיחות בכל עבודתה של מערכת אכיפת החוק. יש ליישמה לכל אורך ההליך הפלילי, ואף לאחוריו. יש לספק חינוך, הסברה ואימון לחוקרי המשטרה, למומחים, לתובעים, לסנגורים ולשופטים, להפנים את המושג "בטיחות" בכל ארגון הקשור לאכיפת החוק וליצור בו אוירה של בטיחות.

פיתוח תורת בטיחות למשפט הפלילי יצריך מחקרים רבים של חוקרים מתחומים שונים. יש להביא לידי כך שמערכת המשפט תעשה שימוש רב יותר במחקרים מדעיים ותסתמך פחות על "השכל הישר" ועל "נסיון החיים". המחקרים יאפשרו להעריך סיכונים ולהציע אמצעים שינטרלו את הסכנה, מבלי לפגוע במטרות המשפט הפלילי.

רק כך תיתכן מערכת משפט שבה שיעור העבריינים האמיתיים המורשעים גדול יותר ושיעור החפים מפשע המורשעים קטן יותר; והרי אין עוול גדול יותר שהמדינה גורמת לאזרחיה.

311 Halpert & Sangero, לעיל ה"ש 4, בעמ' 71.