

# לא רק סכנה, אלא תופעה – תשובה לתגובתו של השופט מרדכי לוי על הספר "הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות"

בועז סנג'רו\*

## תקציר

חרף העובדה שהשופט מרדכי לוי חולק עליי באשר לכמה סוגיות שבהן דנתי בספרי הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות, אני מקבל באהבה את מאמר הביקורת שלו, משום שבעיניי, מעבר למחלוקות, חשובה בעיקר ההסכמה בינינו: יש הרשעות של חפים מפשע, ויש מה לעשות כדי לצמצם את התופעה. בתשובתי זו אנסה להראות כי שיעור ההרשעות של חפים מפשע הוא 5%–10%, ולא מחצית האחוז, כהערכתו האופטימית של השופט לוי. אראה עוד כי חרף השינוי באופן הצגת הנתונים על-ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, שעליו עמד השופט לוי, בישראל עדיין אין זיכויים כמעט. בהמשך אשיב על ביקורות ואתייחס לסוגיות נוספות הנדונות במאמרו של השופט לוי, לרבות התפיסה המוטעית של אשמת החשוד; סבילותו של השופט בשיטה האדוורסרית; עסקות-הטיעון והמעצר עד תום ההליכים; הרשעה על-סמך ראייה יחידה, תהא זו עדות זיהוי, עדות של שותף לעבירה, עדות של מתלונן בעברת מין או הודאה; ושימוש במדובבים ובתחבולות.

\* פרופסור מן המניין, ראש החטיבה למשפט פלילי ולקרימינולוגיה, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, רמת-גן. תודתי נתונה לפרופ' רינת קיטאי סנג'רו, אשר העשירה מאמר זה בהערותיה המחכימות; לחברי מערכת כתב-העת מאזני משפט על הערותיהם; ולעורך הלשון גיא פרמינגר על עבודתו המעולה.

תוכן עניינים

- א. ההסכמה הבסיסית החשובה שלפני המחלוקות
- ב. שיעור הרשעות-שווא – 5% – 10%, ולא רק מחצית האחוז
- ג. על-פי הרישומים של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, בישראל אין זיכויים כמעט; אך ברוח 1984 של ג'ורג אורוול, ניתן לשכתב את הרישומים
- ד. התפיסה המוטעית של אשמת החשוד
- ה. תפקיד השופט: השיטה האדוורסרית וסבילותו של השופט
- ו. הרשעת חפים מפשע בעסקות-טיעון – השפעתו ההרסנית של מעצר עד תום ההליכים
- ז. הרשעה על-סמך עדות זיהוי יחידה והדוח החדש (משנת 2014) של האקדמיה הלאומית האמריקאית למדעים
- ח. עדויות יחידות של שותף/ה לעבירה ושל מתלונן/ת בעברות מין
- ט. הרשעה על-סמך הודאה
- י. השימוש במדובבים (ובתחבולות) לשם גביית הודאות
- יא. ביקורת אקדמית על מערכת אכיפת החוק מול "האשמות" אחרית-דבר

מבוא

חרף העובדה שהשופט מרכזי לוי חולק עליי באשר לכמה סוגיות שבהן דנתי בספרי הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות, אני מקבל באהבה את מאמר הביקורת שלו, משום שבעיניי, מעבר למחלוקות, חשובה בעיקר ההסכמה בינינו: יש הרשעות של חפים מפשע, ויש מה לעשות כדי לצמצם את התופעה. ההסכמה תידון בפרק א. בפרק ב אנסה להראות כי שיעור ההרשעות של חפים מפשע הוא 5% – 10%, ולא מחצית האחוז, כהערכתו האופטימית של השופט לוי. בפרק ג אראה כי חרף השינוי באופן הצגת הנתונים על-ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, שעליו עמד השופט לוי, בישראל עדיין אין זיכויים כמעט. בפרק ד אתייחס לתפיסה המוטעית שלפיה החשוד אשם ונותר רק להוכיח זאת, ולהשפעתה ההרסנית של תפיסה זו על מערכת המשפט הפלילי. בפרק ה אדון בתפקיד השופט בשיטה האדוורסרית, שעליו השופט לוי ואנוכי חלוקים. בפרק ו אעמוד על האופן שבו תעשיית עסקות-הטיעון יוצרת גם הרשעות של חפים מפשע, ואסכים עם התובנה החשובה של השופט לוי שלפיה המעצר עד תום ההליכים מחריף את הבעיה. בפרק ז אראה מה ניתן ללמוד מדוח חדש חשוב מאוד, של האקדמיה הלאומית האמריקאית למדעים, על הקשר שבין עדויות-ראייה לבין הרשעות-שווא. בפרק ח אדון בהצעותיו של השופט לוי באשר לעדויות יחידות של שותפים לעבירה ושל מתלוננים בעברות מין. בפרק ט אדון בקיסרית הרשעות-השווא, הלא היא ההודאה. בפרק י אתייחס לשימוש במדובבים ובתחבולות לשם גביית הודאות. בפרק יא

אטען ללגיטימיות ולחשיבות של ביקורת אקדמית נטולת מורא על מערכת אכיפת החוק. אחתום באחרית-דבר.

## א. ההסכמה הבסיסית החשובה שלפני המחלוקת

תחילה אבקש להדגיש כמה דברים שכתב השופט מרדכי לוי במאמרו<sup>1</sup> המנתח את ספרי<sup>2</sup> ראשית, כבר בפתח-דבר הוא כותב: "אם הערכה זו נכונה וכלומר, לפחות 5% מההרשעות בעברות חמורות הן הרשעות-שווא, מדובר בטרגדיה נוראה – בראש ובראשונה לאלפי חפים מפשע שהורשעו במהלך השנים, ואף לחברה בכללותה. אולם גם אם שיעורן של הרשעות-השווא בישראל נמוך מהערכתו של פרופ' סנג'רו, כל עוד מדובר בשיעור משמעותי הדבר מחייב חשבון-נפש ובדק-בית יסודי..."

שנית, תחת הכותרת "ביקורת על ספרו של פרופ' סנג'רו" הוא כותב: "אני מסכים עם חלק מטענותיו וממסקנותיו של פרופ' סנג'רו, ובמיוחד עם הקביעה כי הסתמכות על ראייה יחידה – ובעיקר על עדות-ראייה של מזהה יחיד או על הודאת נאשם בחקירתו – עלולה להוביל להרשעה של חפים מפשע גם בישראל, כפי שהוברר בפרויקט החפות בארצות-הברית ובמחקרים נוספים. אולם איני מסכים עם פרופ' סנג'רו לגבי חלק גדול מטענותיו, מהערכותיו ומהפטרונות שהוא מציע."

שלישית, בסיכום מאמרו כותב השופט לוי: "עם זאת, גם לדעתי אין להתכחש לסכנה של הרשעת חפים מפשע בישראל. אין מדובר בסכנה זניחה, ואין להקל בה ראש; להפך, יש להתייחס אליה כבובד-ראש, כיאה לחומרת הסכנה, ולבחון את ההצעות השונות שהועלו לצמצום הסכנה..."

לבסוף, באחרית-דבר הוא כותב: "יש לקוות אפוא כי בעקבות פרסום ספרו של פרופ' סנג'רו והשיח הציבורי שהתלווה לכך יינקטו צעדים משמעותיים נוספים על אלה שננקטו בעבר לצמצום הסכנה של הרשעות-שווא..."

אל יקל הדבר בעיניכם. מדובר בשופט המכהן בבית-המשפט המחוזי, החורג מהעמדה המסורתית שלפיה הרשעת חף מפשע היא מאורע נדיר, ולא תופעה שצריכה להידר שינה מעינינו. מדובר בשופט אשר קורא מחקרים שפורסמו בנושא, מסיק מהם מסקנות וממליץ המלצות לשיפור המערכת. "תנו לי נקודת משען ואוכל להזיז את העולם", אמר ארכימדס. תנו לנו מאה שופטים כאלה ונוכל לשפר באופן משמעותי את מערכת המשפט הפלילי.

אלא שהמאמר עלול ליצור אצל הקוראים את הרושם השגוי שרוב השופטים הם כאלה, בעוד למעשה מדובר בשופט יוצא-דופן, אשר לימד בעברו קורס שכותרתו "ההליך הפלילי והאפשרויות לעיוות דין"<sup>3</sup> ואף פרסם כמה מאמרים בנושא. עדיין ארוכה הדרך עד שכל שופטי ישראל יכירו את התופעה הנוראית של הרשעת חפים מפשע, את

1 מרדכי לוי "הסכנה של הרשעות-שווא בישראל – גורמיה המרכזיים והצעות לצמצומה" מאזני משפט י (2015) (להלן: המאמר).

2 בועז סנג'רו הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות (רסלינג, 2014) (להלן: הספר).

3 ניתן ללמוד זאת מהערת-השוליים השנייה במאמר (המסומנת בשתי כוכביות).

גורמיה המרכזיים ואת הדרכים לצמצומה. אפילו הערכותיו של שופט יוצא-דופן לטובה אינן יכולות לא להיות מושפעות מעצם תפקידו השיפוטי, מעצם השתייכותו לקהיליית השופטים, ואולי אף מעצם הצורך הנפשי שלו להאמין כי המצב אינו כה נורא, על-מנת שיוכל להמשיך לשפוט במערכת שמשתדלת לעשות טוב, ואכן מרשיעה אשמים רבים, אך תוך כדי כך גם טועה ומרשיעה לא מעט חפים מפשע.

## ב. שיעור הרשעות-השווא – 5%–10%, ולא רק מחצית האחוז

בספרי הצגתי מחקרים אמפיריים ושיטות חישוב (שאת חלקן הצעתי גם קודם לכן במאמרים משותפים עם ד"ר מרדכי הלפרט<sup>4</sup>) התומכים באומדן שלפיו שיעור ההרשעות של חפים מפשע הוא בין 5% (בעברות החמורות) לבין 10% (בעברות הפחות-חמורות). המחקרים האמפיריים שהבאתי נעשו בארצות-הברית, חלקם על בסיס ממצאים של פרויקט החפות, שבמסגרתו נערכות השוואות גנטיות בין דגימות שנשמרו מזירות הפשע לבין דגימות הניטלות מאסירים. בישראל אי-אפשר לקיים פרויקט כזה, משום שהתברר שוב ושוב כי הרשויות (בניגוד לחוק) לא שמרו את הדגימות.<sup>5</sup> לכן עלינו לפנות למחקרים שנעשו במדינות אחרות. כפי שהראיתי בספר, הליקויים המרכזיים הקיימים במשפט הפלילי האמריקאי קיימים גם במשפט הפלילי הישראלי: כך באשר להרשעות על-סמך עדות-ראייה לבדה, חרף העובדה שהמחקרים מוכיחים כי מתרחשות טעויות רבות בהליך הזיהוי; כך באשר להרשעות על בסיס הודאת הנאשם בחקירתו במשטרה, חרף המחקרים המלמדים על שיעור משמעותי של הודאות-שווא (עד כדי כך שראוי להפסיק לראות בהודאה את "מלכת הראיות", ולהתחיל לראותה כ"קיסרית הרשעות-השווא"); כך באשר לכל יתר הראיות, לרבות הראיות המדעיות, שאף לא אחת מהן מושלמת; כך באשר לעסקות-הטיעון, המאפשרות הרשעה ללא הוכחה ברובם המכריע של התיקים הפליליים; כך באשר לקונספציה של אשמת החשוד, שבה נשבים חוקרי משטרה, תובעים ואפילו שופטים – בשתי שיטות המשפט כאחת; כך באשר לתפיסות תפקיד לא-נכונות בקרב חלק מחוקרי המשטרה וחלק מהתובעים; כך באשר לטעויות שופטים, הקיימות בשתי השיטות; כך באשר לחוסר האפשרות הממשית לתקן הרשעה מוטעית, בשל שלטונו חסר המצרים של כלל סופיות הדיון ועקרויות של הליכי הערעור (שבהם אין נוטים לברר שאלות עובדתיות) והמשפט החוזר (שעודו בגדר חלום בלבד); וכך באשר לגורמים נוספים להרשעות-שווא – הן מתחום הראיות והן מתחום הפרוצדורה.

השופט לוי משתדל להרחיק את שיטת המשפט הישראלית משיטת המשפט האמריקאית, בעיקר לנוכח ההבדל שבין שיטת המושבעים הנהוגה שם לבין שיטת השופטים המקצועיים הנהוגה אצלנו. אולם ראשית, בניגוד לטענה השגורה אצלנו, לא ברור כלל כי שיטתנו

4 מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו "לקראת בטיחות במשפט הפלילי" עיוני משפט לו 363, 402–408 (2013).  
5 בוועז סנג'רו ומרדכי קרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון (מ"ח 6148/95 משה עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334)" עלי משפט א 97, 138 (2010).

עדיפה על שיטת המושבעים,<sup>6</sup> ושנית, מכיוון ששיעור הזיכויים אצלם גבוה מאשר אצלנו,<sup>7</sup> נראה ששם יש סיכויים גבוהים יותר לזיכוי של חפים מפשע.

עוד מציין השופט לוי כי מספר המקרים המוכחים של הרשעות של חפים מפשע בישראל ושל התנהלות לא-תקינה של המשטרה או הפרקליטות, המתוארים בספר, אינו גדול. אלא שבהתאם למה שכיניתי יחד עם ד"ר הלפרט "עקרון התאונות הנסתרות של המשפט הפלילי",<sup>8</sup> אנו יודעים רק על קצה הקרחון; איננו יודעים ואיננו יכולים לדעת על רוב ההרשעות המוטעות. המערכת פועלת להנצחת הטעויות, ואינה יעילה בגילויין ובתיקון.

השופט לוי משליך את יהבו על הליכי הערעור והמשפט החוזר ככלים שבכוחם לתקן טעויות ולמנוע הרשעות של חפים מפשע.<sup>9</sup> זוהי אופטימיות-יתר: במציאות הישראלית חף מפשע שהורשע נתקל במחסום בלתי-עביר כמעט ושמך כלל סופיות הדיון במשפט הפלילי.<sup>10</sup> הליך הערעור הוא הליך עקר, שאין בכוחו לתקן את רוב הטעויות – הלא הן הטעויות העובדתיות. זאת, לנוכח ההלכה מעקרת הערעורים שלפיה הנטייה היא לא להתערב בממצאי עובדה, ובמיוחד לא בקביעת מהימנותם של עדים:

"ראובן חלה ומחלתו לא חלפה תקופה ממושכת. לאחר שנבדק על-ידי רופא וקיבל חוות-דעת, הוא היה מעוניין בחוות דעת שנייה, של רופא אחר. הוא ניגש לרופא שני, ביקש ממנו חוות-דעת על מצבו ושילם לו על כך. הרופא השני היה עסוק מאוד. הוא עיין בחוות-הדעת של הרופא הראשון, סמך עליו וכתב חוות-דעת שנייה – מבלי לבדוק את החולה. האם היינו מסתפקים בחוות-דעת שנייה כזו, המבוססת אך ורק על קריאת חוות-הדעת הראשונה, או שהיינו מצפים מהרופא השני לבדוק את החולה לפני כתיבת חוות-הדעת השנייה?"<sup>11</sup>

באשר להליך המשפט החוזר, די במספרם הזעום של המשפטים החוזרים שהתקיימו במדינת-ישראל בכל שנות קיומה להוכיח כי המשפט החוזר עדיין אינו מציאות, אלא חלום.<sup>12</sup>

6 ראו רינת קיטאי סנג'רו "הגנה מן הצדק מול סמכות ה-Nullification של חבר המושבעים – זיכוי אדם שביצע עברה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה" המשפט יד 513 (2011).

7 Alex Stein & Uzi Segal, *Ambiguity Aversion and the Criminal Process*, 81 NOTRE DAME L. REV. 1495, 1505 (2006).

8 הלפרט וסנג'רו, לעיל ה"ש 4, בעמ' 398–402.

9 המאמר, בפרק הסיכום ("העובדה שקיימת זכות ערעור וההנחה הסבירה כי במסגרת הערעור מתבטל חלק ניכר מהרשעות-השווא שהתקבלו בערכאה הדיונית; וכל זאת אף בהתעלם מהאפשרות למשפט חוזר במקרים חריגים").

10 הספר, בעמ' 227–229.

11 הספר, בעמ' 230. המשל שלי מבוסס על המשל שהביא השופט המנוח חיים כהן באשר לסוגיה צרה יותר – פעולתם של שופטי הערעור כאשר הם מתבקשים להקל בעונש. ראו את מאמרו המרתק: חיים ה' כהן "ענישת 'צדק' – הרהורים שלאחר השיטה" פלילים א 9, 24 (1990).

12 הספר, בעמ' 234–243; סנג'רו וקרמניצר, לעיל ה"ש 5. למספרים העדכניים ראו אפרת פינק ורתם רוזנברג-רובינס "על הבעיות המוסדיות המונעות תיקון של הרשעות שווא בישראל" מעשי משפט ה 193, 193 (2013)

טענה נוספת של השופט לוי היא שבמסגרת פרויקט החפות האמריקאי נחשפות על בסיס השוואות גנטיות הרשעות מוטעות שנוצרו בתקופה שבה לא ידעו עדיין לבצע השוואות גנטיות, ולפיכך סביר להניח שכיום – כאשר מבצעים השוואות גנטיות במהלך חקירת המשטרה – לא היו אותם אנשים מורשעים. ייתכן, אך אין כאן בשורה, אלא אשליה. ברוב התיקים אין כלל דגימות DNA. בפרויקט החפות מדובר בעיקר בתיקים של אונס בין זרים. כך, למשל, כאשר מדובר בעברת השוד, אין בדרך-כלל דגימה גנטית מזירת העברה. אלא שהטעויות הבסיסיות, כגון מתן משקל-יתר לראיות חלשות ומועדות לטעויות, כגון עדות זיהוי או הודאה, חוזרות שוב ושוב – הן בתיקים שיש בהם דגימה גנטית מן הזירה והן בתיקים שאין בהם דגימה להשוואה. לפיכך צריך להבין את פרויקט החפות האמריקאי כהזדמנות חד-פעמית ללמוד על כשלים סדרתיים בהליכי החקירה, ההעמדה לדין והמשפט הפלילי, ולפעול לתיקונם, ולא להשלות את עצמנו שבעידן ה-DNA לא יהיו עוד טעויות.

לאחר שהשופט לוי מפקפק באומדן הרשעות-השווא המוצע בספר, הוא מציע אומדן משלו:

”כאן המקום להוסיף כי מסקר שנערך בקרב מדגם של כ-500 ממלאי תפקידים בכירים במערכת המשפט בארצות-הברית עולה כי להערכתם היקף ההרשעות השגויות נע בין חצי אחוז לאחוז אחד מכלל ההרשעות בשנה. הערכה זו מקובלת גם עליי ככל שמדובר במשפט האמריקאי. במשפט הישראלי המצב טוב יותר, כאמור, מהטעמים שמנתי לעיל, ולכן להערכתי שיעור הרשעות-השווא בישראל נמוך באופן משמעותי מאשר בארצות-הברית, ואינו עולה על חצי אחוז מכלל ההרשעות.”<sup>13</sup>

אודה כי המהלך הזה הוא פלא בעיניי: ראשית, מדוע להעדיף הערכה סובייקטיבית של שופטים על התחשיב האובייקטיבי (המובא בספר) שערך פרופ' Risinger (על בסיס הממצאים של פרויקט החפות),<sup>14</sup> על המחקר (המובא בספר) שנערך בוויג'יניאה<sup>15</sup> ועל מחקרם החדש של פרופ' Gross ועמיתיו?<sup>16</sup> שנית, האם לא צפוי ששופטים, מעצם השתדלותם לפסוק נכונה, ייטו להערכת-חסר בבואם לאמוד את שיעור הטעויות שלהם? שלישי, הסקר שהשופט לוי מפנה אליו הוא ישן, ונערך הרבה לפני שהתפרסמו

(”מאז קום מדינת ישראל ביטל בית המשפט העליון לאחר תום המשפט הרשעות והורה על קיום משפט חוזר ב-21 מקרים בלבד, מתוכם רק 14 נידונים וזכו בסופו של דבר”).

13 המאמר, ליד ה"ש 59 ואילך.

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

15 John Roman, Kelly Walsh, Pamela Lachman & Jennifer Yahner, *Post-Conviction DNA Testing and Wrongful Conviction* (Research Report submitted to the U.S. Department of Justice, 2012).

16 Samuel R. Gross, Barbara O'Brien, Chen Hu & Edward H. Kennedy, *Rate of False Conviction of Criminal Defendants Who Are Sentenced to Death* 111 PROC. NAT'L ACAD. SCI. 7230 (2014), available at <http://www.pnas.org/content/111/20/7230.full.pdf>

הממצאים של פרויקט החפות, אשר פקחו את עיניהם של רבים, לרבות שופטים. רביעית, השופט לוי עצמו מלין על כך שהספר מתבסס על מחקרים אמריקאיים, שלדעתו אינם מתאימים למציאות הישראלית, והנה הסקר שהוא מסתמך עליו נעשה גם הוא בארצות-הברית. חמישית, אפילו אם חושבים שמערכת המשפט שלנו טובה מזו האמריקאית, מופרו עדיין להעריך את מידת הדיוק שלה כגדולה ממידת הדיוק של המערכת האמריקאית פי עשרה (רק 0.5% מול 5%). שישית, אם כבר פונים דווקא להערכה סובייקטיבית במקום לממצאים אמפיריים או בייקטיביים, אבקש להפנות להערכתו של שופט ישראלי בדימוס – השופט הרן פיינשטיין, אשר נשאל לאחרונה בתוכנית טלוויזיה מה דעתו על האומדן של 5% הרשעות-שווא, המובא בספר, והשיב כי להערכתו שיעורן גדול אף יותר.<sup>17</sup>

באופן דומה, במסגרת מחקרו המרתק "מיהו השופט? שופטים ושיקול הדעת השיפוטי: השפעות ומשתנים",<sup>18</sup> הביע ד"ר מרדכי בן ארי פליאה על כך שרק שלישי מהשופטים שרואינו במסגרת המחקר ניצלו את סמכותם הקבועה בחוק כ"מבקר רשמי של בתי סוהר" וביקרו במתקני הכליאה כדי לעמוד מקרוב על התנאים הקשים שבהם האנשים שהם מרשיעים מוחזקים. אחד מאותם שופטים מעטים שנהגו לעשות כן אמר:

"נהגתי לבקר בבתי סוהר והייתי גם במשך שנים יו"ר ועדת שחרורים. ביקרתי גם כמבקר חיצוני... ואין לי כל ספק שאני וכל שופט פלילי, עושה טעויות ושולח אנשים חפים מפשע לבית סוהר וזה נורא, וזה לווה אותי כל הזמן. אז טוב שאני מופיע בבית סוהר כדי שלא תעלם החרדה הזאת."<sup>19</sup> כנגד העמדה המשתקפת בהימנעותם של רוב השופטים לבקר בבתי-הסוהר, מספר בן ארי כך: "במסגרת מחקר פיילוט נפגשתי עם חיים כהן ז"ל ושאלתי אותו אם ידוע לו על זכותו לבקר בבית הסוהר כמבקר חיצוני. על כך הוא ענה 'זו לא זכות, זו חובה', וציין כי במהלך שנותיו כשופט, נהג לבלות כל חול המועד פסח וסוכות בבתי הסוהר השונים.<sup>20</sup> הסבר אפשרי להימנעותם של רוב השופטים מלבקר בבתי-הסוהר מצוי אולי בממצא נוסף של בן ארי במחקרו, שלפיו "כרבע מביין השופטים המכהנים [146 מתוך 561 בשנת 2007 – ב' ס'] ומבין השופטים במחקר הגיעו משורות התביעה הפלילית, כשחינוכם, ניסיונם וכיוון מחשבתם הוא כשל תובע."<sup>21</sup>

17 התוכנית "סירנות", הערוץ הראשון של הטלוויזיה הישראלית, 30.4.2014, דקה 14, ניתן לצפייה בכתובת [https://www.youtube.com/watch?feature=player\\_embedded&v=IBTwtvmDQgw](https://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=IBTwtvmDQgw).

18 מרדכי בן ארי מיהו השופט? שופטים ושיקול הדעת השיפוטי: השפעות ומשתנים (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית בירושלים, 2008).

19 שם, בעמ' 83.

20 שם, בעמ' 83, ה"ש 20.

21 שם, בעמ' 149. מחקרו של בן ארי אף חושף כי לרוב השופטים אין השכלה בסיסית בתחום הקרימינולוגיה, וגם לא השכלה מספקת וניסיון בתחום המשפט הפלילי, וכי לפני כניסתם לתפקיד של שופטים במשפטים פליליים לא ניתנה להם הכשרה כלשהי, אלא הם "נזרקים למים". שם, בעמ' 85–88, 152–158.

לבסוף, נראה כי גם השופט לוי דר-ערכי בעניין זה:<sup>22</sup>

"נראה כי חלק ניכר מאותם גורמים מרכזיים להרשעות-שווא באנגליה ובארצות-הברית אכן עלולים לגרום להרשעות-שווא גם בישראל. כוונתי היא להרשעות המתבססות בעיקר על אחת הראיות הבאות: עדות יחידה בכלל, ובפרט של עד-ראייה יחיד, ומסדרי-זיהוי בעייתיים; עדות יחידה של שותף לדבר עברה, במיוחד בטרם הסתיים משפטו; עדות יחידה של בעל מניע להפליל את הנאשם, כגון עד-מדינה; ובעיקר הודאת-שווא בחקירה בכלל ובעקבות הודאה לפני מדוכב בפרט... נוסף על כך קיים חשש שחלק מהנאשמים מודים בבית-המשפט בעברות שלא ביצעו, במסגרת הסדר-טיעון..."<sup>23</sup>.

**ג. על-פי הרישומים של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, בישראל אין זיכויים כמעט; אך ברוח "1984" של ג'ורג' אורוול, ניתן לשכתב את הרישומים**

"הדבר המפחיד הוא זה, שייתכן כי הכל אמת. אם יש בכוחה של המפלגה לתחוב ידה אל תוך העבר ולומר על מאורע זה או אחר כי לא היה ולא נברא. ברור שדבר זה מפחיד יותר מעינויים או מוות... ואם כל השאר עתידיים לקבל את השקר הכפוי מטעם המפלגה – אם אותה בדוּתה תאושר בכל המסמכים – עתיד השקר להיכנס להיסטוריה ולהיעשות אמת. 'מי שבידו השליטה על העבר' – נאמר בסיסמה המפלגתית – 'בידו השליטה על העתיד; מי שבידו השליטה על ההווה בידו השליטה על העבר...' 'בקרת המציאות' היה הדבר מכונה; ובשיחדש – 'דוחשב'."<sup>24</sup>

ג'ורג' אורוול, 1984

השופט לוי מקדיש שלושה עמודים ממאמרו<sup>25</sup> כדי לנסות לשכנע כי שיעור ההרשעות הגבוה מאוד (ומדי) – יותר מ-99% – שפרסמה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (להלן: הלמ"ס) בעשור הראשון של האלף השלישי, ואשר על בסיסו קבעתי כי בישראל אין זיכויים כמעט, היה טעות של הלמ"ס. הוא מתבסס על מחקרם משנת 2012 של גול-אייל, גלון ווינשל-מרגל, ועל שינוי בהצגת הנתונים שעשתה הלמ"ס בשנים האחרונות. כאשר לנתוני הלמ"ס, כך התייחסתי אליהם בספר:

"אני סבור כי שיעורן הגבוה מאוד של ההרשעות מהווה אינדיקציה לכך שהשופטים טועים ומרשיעים גם חפים מפשע. כל הגורמים להרשעות שווא

22 אולי הוא נקריע בין המחקרים שאליהם נחשף לבין היותו שופט מכהן.

23 המאמר, בפסקה שלאחר ה"ש 59 ובפסקה שאחריה.

24 ג'ורג' אורוול 1984 30–31 (ג' אריוך מתרגם, עם עובד, 1971).

25 המאמר, מהפסקה שאחרי ה"ש 44 עד סוף הפסקה שלפני ה"ש 51.



שנסקרו לעיל ושייסקרו להלן, לרבות כוחן המוגבל של הראיות המקובלות, טעויות אנוש ופגמים בהליכי החקירה והמשפט, צפויים להניב, לצד האישומים הרבים המוגשים נגד אשמים, גם אישומים לא מעטים נגד חפים מפשע. לכאורה, ניתן היה לצפות שהשופטים יאתרו חלק משמעותי ממקרים אלה ויזכו את הנאשמים. אלא שמתברר שהזיכויים נדירים מאוד ומכאן שהראיות המוטעות מטעות גם את השופטים, ואף יתר הפגמים נעלמים מעיניהם. זאת ניתן ללמוד מכך שכמעט אין זיכויים במדינת ישראל.<sup>26</sup>

אם הזיכוי היה פרח או חיה, כבר מזמן היה צריך להכריז עליו כפרח מוגן או כחיה מוגנת בסכנת הכחדה. לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לשנת 2004, אחוז ההרשעות ב"עברות רציניות" היה 99.8%, ובשנים 2005 ו-2006 עלה אחוז זה ל-99.9%.<sup>27</sup> משמעות הדבר היא שרק אחד מאלף נאשמים – פרומיל בודד – זוכה. בהמשך הייתה ירידה מזערית בשיעור ההרשעות ל-98.6% ב-2007 ול-98.7% ב-2008.<sup>28</sup> אין פלא שאנשי רשויות אכיפת החוק דרשו מהלשכה המרכזית לסטטיסטיקה להפסיק לפרסם נתונים אלה, בטענה הלא-משכנעת שהם מטעים.<sup>29</sup> בשנתון הסטטיסטי של 2011 כבר לא מופיעים אחוזי ההרשעה – וחבל שכך. המספרים שפורסמו כוללים אומנם גם עסקאות-טיעון וזיכויים חלקיים, אך התמונה ברורה מאוד. נוסף על כך יש לומר כי בשיטת משפט שבה רובן המכריע של ההרשעות מושגות בדרך של עסקאות-טיעון, הנתונים לגבי עסקאות-הטיעון (לרבות שיעור ההרשעות) צריכים לעניין אותנו לא פחות מהנתונים לגבי מיעוט התיקים שבהם מנוהל הליך של הוכחות. גם העובדה שבחלק מהתיקים המסווגים כ"הרשעה" הנאשם אינו מורשע בכל סעיפי האישום, אלא רק בחלקם, אינה משנה את התמונה, שהרי הפרקליטות היא השולטת בבחירת סעיפי האישום. לפיכך יש טעם רב בהגדרת הזיכוי כזיכוי מכל האישומים.

באשר למחקר, התייחסתי אליו בספר כך:

"לאחרונה פורסם מחקר המבקש לכפור בתמונה שהציגה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. לפי המחקר החדש, מכיוון שבתיקים רבים מואשם הנאשם בכמה עבירות, מזוכה מחלקן ומורשע רק בחלקן, הרי שיש למנות גם את העבירות שמהן זוכה כ'זיכויים'.<sup>[30]</sup> לדעתי, התמונה שהציגה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה היא האמורה לעניין אותנו ולא התמונה שמציגים מחברי

26 הספר, בעמ' 177–178.  
 27 ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל מס' 58 לוח 11.3 (2007) [www.cbs.gov.il/shnaton58/st11\\_03.pdf](http://www.cbs.gov.il/shnaton58/st11_03.pdf); הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל מס' 59 לוח 11.4 (2008) [www.cbs.gov.il/shnaton59/st11\\_04.pdf](http://www.cbs.gov.il/shnaton59/st11_04.pdf).  
 28 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל מס' 60 לוח 11.4 (2009) [www.cbs.gov.il/shnaton60/st11\\_04.pdf](http://www.cbs.gov.il/shnaton60/st11_04.pdf); הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל מס' 61 לוח 11.4 (2010) [www.cbs.gov.il/shnaton61/st11\\_04.pdf](http://www.cbs.gov.il/shnaton61/st11_04.pdf).  
 29 את זאת ניתן ללמוד מהמחקר החדש, להלן ה"ש 32, בעמ' 5.  
 30 ראו אורן גול-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל "שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים" (אוניברסיטת חיפה ומחלקת מחקר של הרשות השופטת, 2012).

המחקר, וזאת בשל ארבע סיבות: ראשית, כאמור, הפרקליטות היא שקובעת בכמה ובאלו עבירות יואשם הנאשם. לעתים נדמה שמוסיפים עבירות מופרכות רק כדי לוותר עליהן במשא ומתן בדרך לעסקת הטיעון. שנית, 'זיכוי' בעל משמעות הוא זיכוי מכל העבירות ויציאה לחופשי. שלישית, הנתונים שעליהם מתבסס המחקר החדש כוללים גם את עסקות הטיעון, וכך נוצר מצב שבו כמעט בכל התיקים יימצאו 'זיכויים' מעבירות אחדות: כמעט כל התיקים מסתיימים בעסקות טיעון, והרי עסקות הטיעון הן בהגדרתן הסכמי פשרה שבהן התביעה מוותרת על חלק מהאישומים (או על ענישה מחמירה). כלומר: מרבית המקרים הנתפסים במחקר החדש כ'זיכויים' כלל אינם החלטות של שופטים לזכות, אלא וויתור של הפרקליטות על אישומים מסוימים (שאוּלי מלכתחילה לא התכוונה אליהם ברצינות) במסגרת של עסקות טיעון. אני מסופק אם זהו שימוש קביל בשפה העברית – לכנות במילה 'זיכוי' החלטה של הפרקליטות ולא של בית המשפט. בוודאי שאין הדבר תואם את התפיסה המקובלת בציבור של המושג 'זיכוי'. ורביעית, במה שנוגע לזיכויים במלוא מובן המלה, שבהם הנאשם לא מורשע בשום עבירה, המחקר החדש דווקא מחזק את ממצאיה של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, בהצביעו על פחות מ-1% זיכויים: 0.4% בבתי משפט השלום ו-0.7% בבתי המשפט המחוזיים.<sup>31</sup>

אומרים שבמשפט חשובה הוודאות; אצלנו הושגה ודאות מוחלטת כמעט – כולם כמעט מורשעים. פרספקטיבה היסטורית מלמדת שבעשורים הראשונים של המדינה היה שיעור הזיכויים גבוה בהרבה – עשרות אחוזים (לפי אותה שיטת חישוב, שלא השתנתה!) – ומעשור לעשור הזיכויים הולכים ונעלמים מבתי-המשפט.<sup>32</sup> חלק משופטי ישראל שכחו כיצד מזכים אדם. חזונו המבעית של פרנץ קפקא מתגשם לנגד עינינו, שאינן משתאות משום-מה:

"...עוד בילדותי האזנתי לדברי אבי, כשהיה מספר בבית על המשפטים, וגם השופטים שבאו אל הסטודיו סיפרו על המתרחש בבית-המשפט – בחוגים שלנו בכלל לא היה נושא אחר לשיחה – ומאז שניתנה לי ההזדמנות לבקר בעצמי בבית-המשפט, אני מנצל אותה תמיד. האזנתי לאינספור משפטים בשלביהם החשובים, וככל האפשר אני גם עוקב אחריהם, ועלי להודות שלא התנסיתי אף בזיכוי ממשי אחד'. 'ובכן, אף לא זיכוי אחד', מלמל ק' כמדובר

31 הספר, בעמ' 178–179. ניתן לתהות אם יש טעם בכל הטבלות והתרשימים שבמחקר האמור, שהרי מדובר רק במדגם, אשר אינו מדגם מייצג בהכרח. בעידן חופש המידע, ובמיוחד לנוכח קיומה של המערכת הממוחשבת "נט המשפט", אשר עלתה למשלם המיסים ממון רב, לא ברור מדוע מסתפקים במדגם ולא מתכנתים את המערכת כך שתספק לציבור נתוני-אמת מלאים.

32 לפירוט רב יותר ראו יואב ספיר "הגנה ראויה על 'אנשים לא-נחמדים': הערות על מגילת הזכויות הרזה שבהצעת החוקה" משפט וממשל י 571, 581 (2007) (המצביע על ירידה דרמטית בשיעור הזיכויים: 30.5% ב-1951, 20.6% ב-1960, 13.3% ב-1970, 7.66% ב-1980 ו-2.6% ב-2000).

אל עצמו ואל תקוותיו. 'אבל זה רק מאשר את הדעה שכבר היתה לי על בית- המשפט. ובכן, גם מצד בית-המשפט עצמו אין מה לצפות.'<sup>33</sup>

השופט לוי כותב כך:

"כאמור, בעוד שבשנתונים הישנים מהשנים 2004–2010 אכן פרסם הלמ"ס כי שיעור ההרשעות בשנים 2000–2008 עמד (כביכול) על כ-99%, כפי שמציין פרופ' סנג'רו בספרו, בשנתונים שפורסמו בשנים האחרונות, החל בשנת 2012, כבר תיקן הלמ"ס עצמו את הנתונים. כך, למשל, בשנתון לשנת 2012 פרסם הלמ"ס כי שיעור ההרשעות בשנים 2000–2005 נע בין 81.4% ל-85.5%. באופן דומה, בשנתונים של השנים 2013–2014 פרסם הלמ"ס כי שיעור ההרשעות בשנים 2011 ו-2012 היה 85.5% ו-84.9% (בהתאמה). מדובר בשיעור ההרשעות הכולל בעברות השונות, לרבות עברות 'כלפי הסדר הציבורי' ועברות 'כלפי הרכוש'. באותן שנים עמד שיעור הזיכויים, לפי הנתונים העדכניים שפרסם הלמ"ס, על כ-15%."<sup>34</sup>

אלא שעיון בשנתונים האחרונים של הלמ"ס ובהודעה לעיתונות מיום 4.9.2012 בדבר "שינוי בסטטיסטיקה הפלילית"<sup>35</sup> מלמד שאין מדובר כלל ב-15% זיכויים, אלא ב-15% "אי-הרשעה", המוגדרת על-ידי הלמ"ס כך: "אי הרשעה כוללת זיכוי וזיכוי מחמת הספק. בנוסף, כלולים נאשמים שאינם מסוגלים לעמוד לדין או אינם בני עונשין בשל מחלת נפש או ליקוי כבוש שכלי ונאשמים שנמצאו חייבים בדין אולם בוצע להם הליך ביטול הרשעה (הקבוצה העיקרית בתוך קבוצת ה'אי-הרשעה' ולכן תוצג לעיתים גם בנפרד)."<sup>36</sup> בהמשך הודגש שוב כי "מרבית מקרי ה'אי-הרשעה' (77%) הם ביטול הרשעה לפי סעיף 192 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982,"<sup>37</sup> ובסעיף "הגדרות והסברים" הובהר שוב כי "ביטול הרשעה: משפטים שבהם לפני מתן גזר הדין בית המשפט נתן צו מבחן או צו שירות לתועלת הציבור תוך ביטול הרשעה – לפי סעיף 192 לחוק סדר הדין הפלילי."<sup>38</sup>

הרי לנו "אבן החכמים" המאפשרת לאלכימאים להפוך הרשעות לזיכויים... אך אם נדבר בלשון בני-אדם ולא נתחכם, צו מבחן או עונש של שירות לתועלת הציבור הבאים לאחר הרשעה אינם נהפכים לזיכוי מכוח "ביטול הרשעה". גם עונשים אלה התבססו ונותרו מבוססים על הרשעות. ללא הרשעות לא הייתה כלל לבתי-המשפט סמכות להוציא צווים עונשיים אלה. ההליך של "ביטול הרשעה" בא רק למנוע רישום

33 פרניץ קפקא המשפט 147 (אברהם כרמל מתרגם, שוקן, 1992).

34 המאמר, לפני ה"ש 45.

35 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "הודעה לעיתונות: שינוי בסטטיסטיקה הפלילית (סדר ציבורי)" (4.9.2012). [www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa\\_template.html?hodaa=201218232](http://www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hodaa=201218232)

36 שם, בעמ' 2 (ההרגשה במקור).

37 שם, בעמ' 4, תוך צירוף הערת-השוליים הנלווית לטקסט.

38 שם, בעמ' 6.

פלילי מכביד, הפוגע בסיכויי של המורשע להשתקם, ואינו הופך הרשעה לזיכוי. באופן דומה, גם ספירת המקרים שבהם הנאשמים אינם מסוגלים לעמוד לדין כזיכויים מתאימה לעולם האיום שאותו תיאר אורוול בספרו 1984. וכדי להשלים את שכתוב ההיסטוריה, לא הסתפקה הלמ"ס בשינוי מוטעה ומטעה במתכונת הנתונים שהיא מפרסמת, אלא החילה אותו רטרואקטיבית! כך נאמר בהודעה החגיגית לעיתונות משנת 2012:

"נתוני הסטטיסטיקה הפלילית מתבססים על מערכת המרשם הפלילי (מפ"ל) שפותחה במשטרת ישראל. הנתונים המובאים בהודעה זו הם על נאשמים במשפטים פליליים שנגזר דינם בשנה הנתונה ומבוססים על מערכת חדשה משנת 2000 עד שנת 2010... מאחר וההשוואה בין המערכת הישנה והחדשה היא בעייתית, הוחלט להציג את הנתונים משנת 2000 ואילך, שכולם מבוססים על המערכת החדשה (מפ"ל) בלבד ויהיו בני השוואה לאורך זמן."<sup>39</sup>

אכן, ההיגיון אינו סובל סיפור שלפיו באורח פלא גדל שיעור הזיכויים משבר אחוז (כשנים 2005 ו-2006 – עשירית אחוז) לחמישה-עשר אחוזים (פי מאה וחמישים!). בוודאי לא כאשר הגוף המפרסם את הנתונים השונים כל-כך הוא הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. לפיכך, בניגוד לסיפור האופטימי שהשופט לוי מספר במאמרו – שלפיו הלמ"ס טעתה בעבר, תיקנה (רטרואקטיבית!) את טעותה, ועתה יש לנו נתונים בדבר 15% זיכויים – ברצוני להציע נרטיב שונה לחלוטין, פסימי: במדינת-ישראל אין זיכויים כמעט. הלמ"ס חשפה ברוחותיה השנתיים – ממש כמו הילד בסיפור "בגדי המלך החדשים" – כי שיעור הזיכויים הלך וקטן לאורך השנים (ללא שינוי להטוטני בשיטת החישוב!), עד שהתכווץ מעשרות אחוזים בעשורים הראשונים של מדינת-ישראל לכדי עשירות אחוז ספורות בשנות האלפיים ("המלך עירום!"). מחברים אחדים הדגישו עובדה זו בכתביהם.<sup>40</sup> הדבר היה לצנינים בעיניהם של אנשי רשויות אכיפת החוק, והם פנו ללמ"ס וביקשו או דרשו שינוי בהצגת הנתונים.<sup>41</sup> הלמ"ס נעתרה (די מפחיד להתייצב מול מערכת המשפט...), ולא זו בלבד ששינתה את שיטת הצגת הנתונים לכוז המערפלת את שיעורם הזעום של הזיכויים, תוך הטבעתו בשיעורן הגבוה בהרבה של "אי-הרשעות" (הכוללות בעיקר הרשעות + צו מבחן או צו שירות לתועלת הציבור תוך "ביטול הרשעה"), היא אף הקטינה לעשות ופרסמה רטרואקטיבית נתונים על שנים עברו, שנועדו להתחרות בנתוני-האמת מן העבר, ולמעשה להחליפם! הסופר האנגלי אריק ארתור בלייר (הידוע בשם-העט ג'ורג' אורוול) מתהפך בוודאי בקברו ואומר: "הזהרתיםם!"

לבסוף, לאחר פרסום ספרי הובא לידעתי מחקרו המאלף של ד"ר מרדכי בן ארי "מיהו השופט? שופטים ושיקול הדעת השיפוטי: השפעות ומשתנים", שבו הוא מציג, בין היתר, ראיונות עם יותר משבעים שופטים, שמהם עולה כי רוב השופטים אינם

39 שם, בעמ' 1.

40 בוועז סנג'רו ואיתי ליפשיץ "הרשעה: רק פה אחד" עלי משפט ח 337, 347 (2010).

41 ראו לעיל ה"ש 30.

מעורכנים במחקרים על נתוני הפשיעה, ולפיכך סבורים בטעות כי הפשיעה גואה גם כאשר היא בירידה; כי הענישה בישראל קלה מדי; כי שיעור הכליאה בישראל יחסית לאוכלוסייה דומה לשיעורים בעולם (בעוד בפועל הוא גבוה בהשוואה למדינות העולם); כי החמרת הענישה צפויה להוביל לצמצום העבריינות; כי יש בכוחם להבחין בין עדות-אמת לעדות-שקר בהתאם לסימנים סטריאוטיפיים, כגון הזעה, רעד, דיבור קולח והישרת מבט לשופט; ועוד.<sup>42</sup> בן ארי הגיע למסקנה כי "הניסיון שצוברים השופטים במשך שנים, או מה שקרוי 'ניסיון' של 'שופט מקצועי' כולל, מעבר לידע המשפטי המצטבר, גם מעטה של ביטחון עצמי מקצועי, שבחלקו עלול להיות בטחון יתר, הגנתי, מוטעה ומוטה".<sup>43</sup> על רקע ממצאי מחקרו, כותב בן ארי באשר לנושא דיוננו כך:

"...כל ניסיון מעשי שאינו מתחיל בהבנה תיאורטית ואינו מלווה בשלבי טירונות של התנסות מעשית תחת הדרכה ופיקוח, עלול להתבסס ולהפנות על טעויות לא מודעות, להמשיך ולפנות לכוונים מוטעים בשל העדר הערכה ומשוב, ובמקרה של שופטים – להביא להחלטות שגויות ולפגיעה קשה במורשעים ומשפחותיהם, ובהוצאת הצדק לאור. לאור הירידה המתמדת בשיעור הזיכויים במשפטים פליליים, עולה תחושה ש'הניסיון השיפוטי' מבטל כל 'ספק סביר' בעידוד המערכת."<sup>44</sup>

עוד אציין כי פנייתם של אנשי מערכת המשפט אל הלמ"ס בבקשה/דרישה לשנות את אופן הצגת הנתונים בדבר הזיכויים וההרשעות מתיישבת מצוין עם אחרית-הדבר של ד"ר בן ארי במחקרו הנ"ל: "מתוך תשובות השופטים במחקר לשאלות שהוצגו, ועוד יותר מתגובות ביניים במהלך הראיון, ומתוך פריטי התקשורת הרבים שהצטברו בשנים האחרונות ועסקו במערכת המשפט ובמחדליה, התרשמתי שלמערכת המשפט קיימת אג'נדה מרכזית: 'שמירה על מערכת המשפט כפי שהיא, על טובתה ויוקרתה'."<sup>45</sup>

## ד. התפיסה המוטעית של אשמת החשוד

בתחילת התייחסותו של השופט לוי לנושא הוא מסתייג מן האמור בספר: "אקדים ואציין כי טענתו של פרופ' סנג'רו שאחד הגורמים המרכזיים להרשעות-שווא הוא 'התפיסה המוטעית של 'אשמת החשוד' הרווחת בקרב חוקרי משטרה, תובעים ואפילו שופטים' אינה מבוססת, לפחות כאמירה גורפת, למצער ככל שמדובר בשופטים בישראל..."<sup>46</sup> אלא שמייד לאחר-מכן השופט לוי דווקא מסכים עם האמור בספר – הן באשר

42 בן ארי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 152–157.

43 שם, בעמ' 153.

44 שם, בעמ' 157 (ההדגשה הוספה).

45 שם, בעמ' 165. בן ארי מפנה שם למאמרו של יששכר רוזן-צבי: Issachar Rosen-Zvi, *Constructing Professionalism: The Professional Project of the Israeli Judiciary*, 31 SETON HALL L. REV. 760 (2001).

46 המאמר, בפסקה השנייה בפרק ג.

לשופטים ("אפשר ששופט יטעה אף בעניין זה"), הן באשר לחוקרי המשטרה ("אני מסכים לכך שבמקרים לא-מעטים, במיוחד במקרים שבהם החקירה אינה מלווה על-ידי פרקליט מנוסה, חוקרי המשטרה יוצאים מתוך הנחה בדבר אשמת החשוד, מבלי לבדוק כיווני חקירה נוספים, ובעקבות זאת מגישים – או ממליצים להגיש – כתב אישום בטרם מוצתה החקירה") והן באשר לתובעים ("גם התביעה עלולה לשגות בעניין זה, במיוחד אם מדובר בתובע צעיר או בלתי-מנוסה הסבור בטעות כי תפקידו הוא להשיג הרשעות...").<sup>47</sup>

לכאורה (בלבד) איננו מסכימים בעניין זה, אך אילו קדם המאמר לספר, אולי היית מצטט דברים אלה של השופט לוי לחיזוק ההסבר שלי בדבר ההשפעה ההרסנית של הקונספציה של אשמת החשוד על מערכת אכיפת החוק הפלילי ובדבר תרומתה המשמעותית להרשעת חפים מפשע. הבו לנו הרכה אי-הסכמות כאלה של שופטים עם האמור בספר; תהא זו התחלה מבטיחה בדרך לשיפורה של מערכת אכיפת החוק הפלילי.

## ה. תפקיד השופט: השיטה האדוורסרית וסבילותו של השופט

לדברי השופט לוי:

"...לצד החסרונות הידועים של השיטה האדוורסרית, יש לה גם יתרונות לא-מעטים, אשר פרופ' סנג'רו מתעלם מהם. כן יש לזכור כי גם לשיטה האחרת, האינקוויזיטורית, יש חסרונות רבים משלה, שפרופ' סנג'רו מתעלם אף מהם. על-כן אין לומר שהשיטה האינקוויזיטורית עדיפה על השיטה האדוורסרית או שהשיטה האדוורסרית גורמת להרשעת חפים מפשע יותר מהשיטה האינקוויזיטורית. למעשה, יש לבחון את שיטת המשפט כמכלול, וכל עוד השיטה האדוורסרית עומדת בעינה, יש להיות מודעים לחסרונותיה ולמגבלותיה, ובעיקר לנסות לנצל את יתרונותיה ואת הכלים שהיא מאפשרת לבית-המשפט, גם אם אלה מעטים. כך, יש לנצל את האפשרות לזמן עדים מטעם בית-המשפט, ויש לבחון גם קו הגנה חלופי ובלבד שיש לו בסיס בחומר הראיות, והכל כדי לצמצם ככל האפשר את הסכנה של הרשעת-שווא."<sup>48</sup>

למקרא דברים אלה נזכרתי במילות השיר "אדוני השופט" ("אדוני השופט! אדוני השופט! זאת האמת וכל האמת, אז למה אתה לי בית סוהר רושם? אינני אשם, אינני אשם"),<sup>49</sup> שהרי לא הצעתי כלל לזנוח את השיטה האדוורסרית ולאמץ את השיטה האינקוויזיטורית, אלא

47 שם, בפסקות השנייה והשלישית בפרק ג.

48 המאמר, בפסקה שאחרי ה"ש 112.

49 את המילים כתב חיים חפר, ואת הביצוע המקסים העניק לנו אריק איינשטיין.

הצעתי לשפר את שיטתנו האדוורסרית תוך אימוץ הטוב שבשיטה האינקוויזיטורית. להוכחת חפותי אביא חלק ממה שכתבתי בעניין זה בספר:

"אין הכרח לנקוט בקיצוניות זו או אחרת. ניתן לנקוט בשיטת ביניים, שתתבסס הן על יסודות אדברסריים – כל צד יוכל להציג עדים וראיות ולחקור את העדים של הצד השני והן על יסודות אינקוויזיטוריים – גם השופט ייטול חלק פעיל בניסיון להגיע לאמת העובדתית. השינוי המרכזי שאותו אני מצייע להנהיג הוא העמדת כל חומר החקירה לעיונו של השופט עוד לפני תחילת המשפט. בשיטה האדברסרית התביעה 'מטפטפת' לשופט את חומר החקירה שאספה המשטרה טיפין-טיפין לאורך המשפט, בהתאם לשיקולים טקטיים. כך קורה שמכל היושבים באולם המשפט – התובע, הנאשם והסנגור – דווקא השופט יודע על הפרשה הכי מעט. אמנם בתום המשפט ידע יותר, אך ייתכן שבתחילת המשפט ישמע עדות של עד מבלי לדעת עד כמה היא חשובה ומבלי להפיק ממנה את המרב. אם תוטל על הפרקליטות החובה להמציא לשופט את מלוא חומר החקירה עוד לפני המשפט והשופט ילמד חומר זה מראש, הוא יבין טוב יותר את העדויות הנשמעות בפניו ואף יוכל להוסיף שאלות הבהרה משלו לעדים. במציאות הקיימת ייתכן בהחלט מצב שבו ראייה שבכוחה לסייע לנאשם ולהביא לזיכוי כלל לא תוצג במשפט, כי שני הצדדים סברו משיקולים טקטיים שלא כדאי להם להציגה.<sup>50</sup> אם נדמה את בית המשפט לסוס המוליך את עגלת הצדק כשעיניו חסומות כך שלא יוכל להביט לצדדים, מוצע להסיר את הכיסויים מעיניו כדי שיוכל לראות תמונה שלמה ככל האפשר. כך, משיגדלו הסיכויים להגעתו לאמת, יקטנו הסיכויים להרשעתו של חף מפשע (ואף לזיכוי של אשם)."<sup>51</sup>

## 1. הרשעת חפים מפשע בעסקות-טיעון – השפעתו ההרסנית של מעצר עד תום ההליכים

בספר עמדתי בהרחבה על כך שעסקות-הטיעון הן גורם מרכזי להרשעות-שווא:

"מנגנון עסקות הטיעון הוא אחד המנגנונים המרכזיים המאפשרים הרשעות רבות של חפים מפשע. זוהי, למעשה, תעשייה שלמה של הרשעות, הן של אשמים והן של חפים מפשע. יש, כמובן, קשר הדוק בין שיעור ההרשעות הגבוה מאוד אצלנו לבין שיעור עסקות הטיעון. השניים מחזקים זה את זה: מצד אחד, מכיוון שבעסקת טיעון התוצאה היא תמיד הרשעה ולא זיכוי,

50 כך, למשל, במשפטה של מרגלית הר-שפי, אשר הורשעה בעברה של "אי-מניעת פשע" (רצח ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל), הרוצח עצמו, יגאל עמיר, לא זומן כלל להעיד. ע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735 (2001).

51 הספר, בעמ' 172–173 (ההדגשה במקור).

ברור שעסקות הטיעון תורמות לכך ששיעור ההרשעות אצלנו כל כך גבוה (לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה [לפני שכתובם], ב'עבירות רציניות' שיעור ההרשעות הוא למעלה מ-99%). מצד שני, משום ששיעור ההרשעות אצלנו כל כך גבוה, אין זה פלא שכמעט כולם מעדיפים להודות במסגרת עסקות טיעון — גם האשמים וגם החפים מפשע... עסקות הטיעון השתלטו על ההליך הפלילי במדינת ישראל: ההערכות הן שב-80% עד 90% מהתיקים כלל לא מבררים את האשמה בדרך של הצגת הוכחות. בית המשפט העליון קיבל כנימוקים לגיטימיים מצד התביעה לעריכת עסקת טיעון לא רק את השאיפה לחסוך במשאבים אלא גם את קיומם של קשיים ראייתיים.<sup>52</sup> אך הרי כשאין ראיות המספיקות להרשעה ייתכן מאוד שמדובר באדם חף מפשע. הפער הגדול בין העונשים הדרקוניים הקבועים בחוק העונשין שירשנו מהמנדט הבריטי, לבין העונשים שמציעה התביעה, עלול לפתות חפים מפשע להודות הודאות שווא באופן רציונלי לחלוטין.<sup>53</sup>

השופט לוי אינו חולק על עמדה זו, אלא מוסיף עליה התייחסות חשובה לסוג של מקרים שבהם הסכנה של הרשעת חפים מפשע במסגרת עסקת-טיעון היא גדולה במיוחד: "לטענת פרופ' סנג'רו, המוסד של הסדר-טיעון הוא בבחינת 'גולם שקם על יוצרו', והוא מהווה את אחת הסיבות העיקריות להרשעת חפים מפשע. לדעתי, לצד היתרונות העומדים בבסיסם של הסדר-טיעון אכן קיימת סכנה שחפים מפשע יתפתו להודות במה שלא עשו, במסגרת הסדר-טיעון מקל שלפיו יתוקן כתב האישום המקורי כך שהאישומים החמורים יומרו באישומים קלים יותר. זאת, בעיקר כאשר הנאשם נתון במעצר עד תום ההליכים, ובמיוחד כאשר במסגרת הסדר-טיעון מוסכם על הצדדים לעתור לעונש מאסר שקצר מתקופת המעצר עד תום ההליכים, שהיא כידוע תשעה חודשים."<sup>54</sup>

בהתאם, השופט לוי מציע שתי המלצות חשובות, שבכוון להקטין את הסכנה של הרשעת חפים מפשע: "על-כן, חרף העומס הרב המוטל גם על בתי-משפט השלום, אני מציע לקצר בחוק את תקופת המעצר עד תום ההליכים במשפטים המתנהלים בבתי-משפט השלום — בגין עברות שאינן בסמכות מקבילה של בית-משפט מחוזי — מתשעה חודשים לשישה. כמו-כן, אני מציע כי כשם שבית-המשפט נוהג לוודא זאת עם נאשם שאינו כפוף להסדר-טיעון, יקפיד בית-המשפט לוודא גם עם נאשם שהודה במסגרת הסדר-טיעון — במיוחד אם מדובר בנאשם שעצור עד תום ההליכים — כי הוא מודה מרצונו הטוב, כי הוא

52 ע"פ 10960/03 חסון נ' מדינת ישראל, פס' 11 (פורסם בנבו, 6.6.2005); בג"ץ 5699/07 פלונית (א) נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 5 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 26.2.2008) (פרשת הנשיא משה קצב).

53 הספר, בעמ' 218—220.

54 המאמר, ליד ה"ש 140 ואילך.



מבין את מהות ההרשעה, וכי הוא אינו מודה אך כדי להשתחרר ממעצרו.<sup>55</sup> ההמלצה הראשונה – לקצר את תקופת המעצר עד תום ההליכים בבית-משפט השלום מתשעה חודשים לשישה – היא המלצה מקורית חשובה של השופט לוי, שאני מצטרף אליה בכל פה. אימוצה יאפשר להשיג שתי מטרות: האחת – שאליה כיוון השופט לוי – היא הקטנת הסכנה של הרשעת חפים מפשע במסגרת עסקות-טיעון; המטרה האחרת שאני מציע היא צמצום העוול האפשרי שבעצם שלילת חירותו של אדם לתקופה ממושכת כאשר טרם הוכרע דינו והוא בחזקת חף מפשע. שלילת חירות זו נעשית לעיתים קרובות בשם המסופנות, חרף העובדה שהמחקרים מלמדים כי טרם פותחה שיטה אמינה של חיזוי מסופנות, ולפיכך מדובר למעשה בניחוש.<sup>56</sup> המלצתו השנייה של השופט לוי, שלפיה בית-המשפט יוודא שהנאשם לא הודה רק כדי להשתחרר מהמעצר, משתלבת לדעתי מצוין עם ההמלצה הכללית יותר שבספר לתיקון הצעת החוק הנוכחית בנושא:

"בעיה קשה עוד יותר היא שהצעת החוק כלל לא דורשת שבית המשפט ינסה לוודא שתוכן ההודאה אמת. במצב החוקי הקיים, לצורך הגשת כתב אישום די ב'אפשרות סבירה להרשעה'.<sup>57</sup> התביעה אפילו לא נדרשת להראות שקיימות 'ראיות לכאורה' להוכחת האשמה, דבר הנדרש, לדוגמא, לצורך מעצר עד תום ההליכים. אמנם אין לצפות להוכחה מעבר לספק סביר במסגרת של עסקת טיעון, אך יש לקבוע בחוק שתיק החקירה של המשטרה והתביעה יועבר לבית המשפט, ושעל בית המשפט יהיה לבחון אם יש ראיות שלפחות לכאורה מוכיחות שהנאשם אכן עבר את העבירה (רצוי מאוד לקבוע רף הוכחה גבוה יותר, כגון 51%). אם לא ייקבעו מנגנוני בטיחות כאלה, תמשיך להתנהל תעשייה שלמה של הרשעות ללא הוכחות, הן של אשמים והן של חפים מפשע."<sup>58</sup>

## ז. הרשעה על-סמך עדות זיהוי יחידה והרוח החדש (משנת 2014) של האקדמיה הלאומית האמריקאית למדעים

השופט לוי עומד נכונה על הסכנה המשמעותית לטעויות זיהוי, ומסכים עם ההמלצות המובאות בספר לשיפור מסדרי-הזיהוי: "לדעת פרופ' סנג'רו, הכללים הקיימים כיום בעניין מסדרי-זיהוי עלולים לגרום להרשעה של חפים מפשע ועל-כן יש לשנותם. פרופ' סנג'רו מציע אפוא לאמץ כללים חדשים בעניין עריכתם של מסדרי-זיהוי, שרובם הוצעו בשעתו על-ידי ג'ולס. השינוי המוצע העיקרי הוא שהעד יראה בכל שלב במסדר רק ניצב

55 המאמר, ליד ה"ש 141 ואילך.

56 על מעצר לשם מניעת ביצוע של עברות ועל הבעיות הקשות הכרוכות בכך ראו רינת קיטאי סנג'רו המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין 111–149 (נבו, 2011).

57 בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 10–12 (1997).

58 הספר, בעמ' 220–221.

אחד, ולא את כולם יחד, שכן ראיית כל הניצבים יחדיו עלולה להביא את העד לידי בחירת אחד מהם על-דרך השלילה. כמו-כן מוצע להדגיש מראש באוזני המזוהה כי אפשר שהחשוד אינו בין הניצבים, וכן לתעד בווידיאו כל מסדר-זיהוי.<sup>59</sup> אלא שבמקום ההמלצה החשובה ביותר בעניין זה, המובאת בספר, השופט לוי מסתפק בשינוי מינורי בדין הקיים. לדעתי:

"הבנה והפנמה של האפשרות של זיהוי מוטעה על-ידי עד ראייה ושל האפשרות של הרשעה מוטעית שתתבסס עליו צריכות כמובן להוביל לבחינה קפדנית של ראיות נוספות, הן כאלה המצביעות על אשמה, והן כאלה המצביעות על חפות. אולם לא די בכך: יש לקבוע כלל משפטי שלפיו כאשר מדובר בחשוד שאין ראיות משמעותיות נוספות (מלבד עדות הראייה) המצביעות על אשמתו, אסור לבסס הרשעה פלילית על עדות הראייה לבדה, שהרי הסיכוי גבוה שהיא תהיה מוטעית. המציאות והמחקרים אכן מוכיחים שבחלק ניכר מהמקרים של הרשעות שווא על בסיס עדויות ראייה מוטעות לא הייתה ראייה מפלילה משמעותית נוספת שקשרה את החשוד אל העבירה. לפיכך יש לקבוע בחוק דרישה של 'סיוע חזק' גם לעדות הראייה כתנאי להרשעה: ראייה נוספת, עצמאית, התומכת באופן משמעותי במסקנה שהנאשם ולא אדם אחר הוא אשר ביצע את העבירה. כל עוד לא יבוצע שינוי הכרחי זה, תמשכנה עדויות ראייה מוטעות להביא להרשעתם של חפים מפשע לא מעטים."<sup>60</sup>

לעומת זאת, השינוי שהשופט לוי מציע הוא:

"חשוב מכך, לנוכח הממצאים של פרויקט החפות ושל מחקרים נוספים שנערכו בחוץ-לארץ, שלפיהם הגורם המרכזי להרשעות-שווא הוא התבססות על עדות לא-נכונה של מזוהה יחיד, אני מציע לשנות את המצב המשפטי הקיים, שלפיו ניתן כאמור להרשיע על-סמך עדות זיהוי יחידה ללא תוספת ראייתית, כך שכלל לא יורשע נאשם על-פי עדות של מזוהה יחיד אלא אם כן יש דבר לחיזוקה, זולת אם ראה בית-המשפט לנכון להסתפק בעדות היחידה מנימוקים שיפורטו."<sup>61</sup>

לדעתי, השינוי שהשופט לוי מציע קטן מכדי לשפר במידה משמעותית את המצב הרע הקיים. "דבר לחיזוק" הוא דרישה מינימלית ל"ראיה מאמתת", להבדיל מ"ראיה מסבכת". הפסיקה מדגימה שוב ושוב כי אין בכוחן של התוספות הראייתיות הנופלות

59 המאמר, ליד ה"ש 151–152.

60 הספר, בעמ' 101 (ההדגשות במקור).

61 המאמר, ליד ה"ש 154 ואילך.

מדרישת ה"סיוע" – "דבר-מה נוסף" ו"דבר לחיזוק" – למנוע טעויות והרשעות של חפים מפשע, ולו רק משום שתמיד ניתן למצוא תוספות ראייתיות כה חלשות, וזאת אפילו באותו גורם שבעטייו נפל החשד על הנאשם. רק דרישה של ראייה עצמאית חזקה הקושרת את הנאשם לביצוע העבירה – ראיית "סיוע" – עשויה להקטין (אם כי לא למנוע לחלוטין) את הסכנה. נוסף על כך, אפילו הדרישה ל"דבר לחיזוק" מסויגת על-ידי השופט לוי, כך שבית-המשפט יהא מוסמך להסתפק בעדות היחידה ללא כל תוספת ראייתית, ובלבד שינמק זאת. סמכות זו מעקרת את הדרישה.

התפתחות חדשה חשובה מאוד בתחום זה של עדויות זיהוי, אשר באה לעולם לאחר פרסום הספר, היא דוח משנת 2014 של האקדמיה הלאומית האמריקאית למדעים (The National Academy of Sciences) שכותרתו "Identifying the Culprit – Assessing Eyewitness Identification".<sup>62</sup> גם כותרת-המשנה, המציינת את שם הוועדה אד-הוק שמונתה לעמוד בראש המחקר, מעניינת מאוד: "Committee on Scientific Approaches to Understanding and Maximizing the Validity and Reliability of Eyewitness Identification in Law Enforcement and the Courts". זוהי התייחסות מדעית מקיפה לזיהוי על-ידי עדי-ראייה, אשר באה מהגוף שהוא "האורים והתומים" בתחום המדע – לפחות בארצות-הברית. הדוח נפתח באמירה החשובה הבאה:

"Eyewitnesses play an important role in criminal cases when they can identify culprits. Yet it is well known that eyewitnesses make mistakes, and their memories can be affected by various factors including the very law enforcement procedures designed to test their memories. For several decades, scientists have conducted research on the factors that affect the accuracy of eyewitness identification procedures. Basic research on the processes that underlie human visual perception and memory have given us an increasingly clear picture of how eyewitness identifications are made and, more important, an improved understanding of the principled limits on vision and memory that may lead to failures of identification."<sup>63</sup>

מכיוון שבהגדרת תפקידה התבקשה הוועדה לכתוב דוח שישקף את הקונסנזוס<sup>64</sup> הקיים בין החוקרים בתחום זה, ובו ממצאים והמלצות, ובשל האופן השמרני שבו פעלה הוועדה בהמלצותיה, קיים קונסנזוס רחב בקרב החוקרים באשר לכל אחת מן ההמלצות. לפיכך יש לאמצן לדעתי באופן מידי, ללא היסוס. תחילה אביא את אחת-עשרה ההמלצות

62 THE NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES, IDENTIFYING THE CULPRIT – ASSESSING EYEWITNESS IDENTIFICATION (prepublication copy – unedited proofs, 2014), available at [http://public.psych.iastate.edu/glwells/NAS\\_Eyewitness\\_ID\\_Report.pdf](http://public.psych.iastate.edu/glwells/NAS_Eyewitness_ID_Report.pdf).

63 שם, בעמ' 1.

64 שם.

החשובות שבדוח, אשר חלקן יהיו מוכרות לקוראים מהמחקרים ומן ההמלצות שכבר נידונו בספר, ולאחר-מכן אציין מה בכל-זאת חסר לדעתי בדוח חשוב זה. בקבוצת ההמלצות הראשונה מופיעות חמש המלצות לקביעת נהלים ראויים ("best practices") לרשויות אכיפת החוק:

1. "Train all law enforcement officers in eyewitness identification";
2. "Implement double-blind lineup and photo array procedures";
3. "Develop and use standardized witness instructions";
4. "Document witness confidence judgments";
5. "Videotape the witness identification process".<sup>65</sup>

קבוצת ההמלצות השנייה כוללת ארבע המלצות שמטרתן חיזוק ערכה של עדות הזיהוי בבית-המשפט:

6. "Conduct pretrial judicial inquiry" ("The committee recommends that... a judge make basic inquiries when eyewitness identification evidence is offered");
7. "Make juries aware of prior identifications";
8. "Use scientific framework expert testimony";
9. "Use jury instructions as an alternative means to convey information".<sup>66</sup>

(ההמלצה השביעית מדברת אומנם על המושבעים, אך אצלנו ניתן ורצוי להפנותה אל השופטים. את ההמלצה התשיעית, המתייחסת גם היא למושבעים, ניתן ליישם אצלנו בהשתלמויות לשופטים.)

קבוצת ההמלצות השלישית והאחרונה כוללת שתי המלצות לשיפור הבסיס המחקרי והמדעי של עדויות הזיהוי:

10. "Establish a national research initiative on eyewitness identification";
11. "Conduct additional research on system and estimator variables".<sup>67</sup>

אין ספק שמדובר בהמלצות חשובות מאוד, הבאות כאמור מהגוף שהוא "האורים והתומים" בתחום מבחינה מדעית. מה בכל-זאת חסר בהן? ראשית, הן מסתפקות בהמלצה לקביעת פרוטוקולים מסודרים לביצוע הפרוצדורה של מסדר-זיהוי, ואינן מפרטות "פרוטוקול

65 שם, בעמ' 72–74.

66 שם, בעמ' 74–77.

67 שם, בעמ' 77–81.

לדוגמה". כך, למשל, חסרה בהן אפילו ההמלצה הבסיסית, המוסכמת על כל החוקרים בתחום זה, שלפיה יש להבהיר לעד המתבקש לזהות כי ייתכן שהעברייין שאותו ראה בזירת הפשע אינו נמצא כלל בין הניצבים מולו במסדר-הזיהוי.

שנית, מכיוון שהוועדה הסתפקה בהמלצות המצויות בתחום הקונסנזוס, היא נמנעה<sup>68</sup> מלהמליץ אפילו המלצות חשובות שיש עליהן כמעט-קונסנזוס בין החוקרים בתחום, כגון מעבר ממסדר-זיהוי ב-זמני (סימולטני) למסדר-זיהוי עוקב, אף שידוע כי מסדר-זיהוי ב-זמני מעודד עדים לזהות את החשוד על-דרך השלילה, תוך השוואתו ליתר הניצבים. מכנה משותף (במקרה זה – בין החוקרים) הוא מטבעו נמוך. לא נכון להסתפק בהמלצות העומדות במבחן חמור זה, משום שמסדר-הזיהוי ממשיכים להתקיים, ואם אין מאמצים שיטה שיש לגביה כמעט-קונסנזוס או אפילו רק תמיכה של רוב החוקרים בתחום (כגון מסדר-זיהוי עוקב), "נתקעים" עם שיטה שרוב החוקרים בתחום מזהירים מפניה (כגון מסדר-זיהוי ב-זמני).

### ח. עדויות יחידות של שותף/ה לעברה ושל מתלונן/ת בעברות מין

השופט לוי מתמקד בסוגים מסוימים של עדויות יחידות אשר להערכתו קיימת סכנה גדולה במיוחד של הרשעת חפים מפשע אם מסתפקים בהן ללא תוספת ראייתית. כפי שהוא מסביר נכונה, המצב המשפטי הקיים בתחום זה אינו טוב:

"אומנם, בפסיקה הובהר כי התוספת הראייתית הנדרשת על-פי הדין לצורך הרשעה היא התוספת הראייתית המינימלית; לשון אחר, הדרישה שבדין לתוספת ראייתית מהווה 'סף תחתון' או 'רף מינימלי', ומתייחסת למקרים שבהם משקלה של הראייה הבסיסית הטעונה תוספת הינו מלא או לפחות גבוה. אולם בפועל נראה כי לפחות בחלק מהמקרים המשטרה – ביודעה מה התוספת הראייתית הנדרשת על-פי דין לצורך הרשעה – מסתפקת באיסוף ראיות על-פי התוספת הראייתית המינימלית, וכפועל יוצא מכך בחלק ניכר מהמקרים מוגשים כתבי אישום המבוססים רק על הראייה הבסיסית והתוספת הראייתית המינימלית. בעקבות זאת התוספת המינימלית נהפכת בהדרגה לתוספת הסטנדרטית, ובתי-המשפט נדרשים, במקרים הולכים ומתרבים, להכריע בשאלת אשמתו של הנאשם על-סמך תשתית ראייתית הכוללת אך את הראייה הבסיסית והתוספת המינימלית הנדרשת לה בדין."<sup>69</sup>

לאחר ניתוח חולשתה של הרשעה על-סמך עדות יחידה – במיוחד כאשר מדובר בעדויות יחידות של שותף/ה לעברה ושל מתלונן/ת בעברות מין – באה מסקנתו-

68 שם, בעמ' 2.

69 המאמר, ליד ה"ש 161 ואילך.

המלצת-הבטחתו המשכנעת של השופט לוי: "לטעמי, יש לשנות מצב זה מן היסוד, ולשם כך אני מציע להחמיר בדרישות לתוספת ראייתית לגבי קטגוריות שבהן קיימת סכנה מוגברת של הרשעת-שווא."<sup>70</sup>

אלא שהשינויים שהשופט לוי מציע אינם "מן היסוד", ואין בכוחם להקטין באופן משמעותי את [ה]סכנה [ה]מוגברת של הרשעת-שווא: "באשר לעדותו היחידה החשודה מאוד של שותף לעברה אשר נמסרה בטרם הסתיים משפטו (בעקבות ביטול הלכת קינזי<sup>71</sup>), השופט לוי מציע אומנם לקבוע דרישה ראויה של "סיוע"<sup>72</sup>, אך מייד אחר כך הוא מסייג-מעקר את הדרישה, בהוסיפו "אלא אם כן ראה בית-המשפט, מנימוקים שיפורטו, להסתפק ב'דבר לחיזוק', ובלבד שתייחס לנקודה ממשית השנויה במחלוקת."<sup>73</sup> באופן דומה, באשר לעדות יחידה של מתלוננת/ בעברת מין הוא מציע "לקבוע בפקודת הראיות כי ככלל לא ירשיע בית-המשפט נאשם על-סמך עדות יחידה של מתלוננת/ בעברת מין אלא אם כן קיים דבר לחיזוקה, זולת אם ראה בית- המשפט לנכון להסתפק בעדות המתלוננת, מנימוקים שיפורטו."<sup>74</sup>

ניתן בהחלט להקשות: מדוע להחשיד דווקא את עדויות המתלוננים בעברות מין? הרי יש עברות נוספות הנעשות לא בפומבי, ולפיכך יש משהו צורם בהתייחסות המיוחדת דווקא למקרה זה. כפי שהראיתי בספר, אכן אין הצדקה להבחנה כזו. כל העדויות מועדות לטעויות ומותירות ספק שמא טעה העד או שיקר, ולפיכך מותירות ספק סביר, שאינו מאפשר את הוכחת האשמה מעבר לספק סביר על-סמך עדות יחידה כלשהי. די לנו במיונים המורכבים והמסורבלים בין סוגים שונים (ולעיתים משונים) של עדים. על המחוקק לקבוע דרישה כללית של "סיוע", כך שלא יהיה אפשר להסתכן בהרשעת חף מפשע תוך הרשעה על-סמך עדות יחידה כלשהי. יתרה מזו, מכיוון שאין בנמצא ראייה שהיא מדויקת לחלוטין או שאין בה שיעור לא-זניח של טעויות – אפילו לא הראיות המדעיות החזקות ביותר – יש לקבוע בדיני הראיות כלל קטגורי שלא יאפשר הרשעה על בסיס ראייה יחידה כלשהי. רק כך נתייחס ברצינות לתופעה המשמעותית והנוראית של הרשעת חפים מפשע.

לבסוף, על חולשתו של ההסדר שהשופט לוי מציע, הכולל מתן שיקול-דעת רחב לשופטים, אעמוד להלן תוך התייחסות להרשעה על-סמך הודאה בלבד.

## ט. הרשעה על-סמך הודאה

השופט לוי עומד נכונה על הסכנה המשמעותית של הרשעת חפים מפשע שקיימת כאשר מרשיעים נאשם על-סמך הודאה שנלווה לה רק "דבר-מה נוסף", ומלין בצדק

70 שם, בפסקה האחרונה של חלק 2(ב)(2)(i).

71 ע"פ 194/75 קינזי נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 477 (1976).

72 ראו גם בוועז סנג'רו "עדות שותף לעבירה – יעילות מול אמת (על ביטול הלכת קינזי)" ספר גבריאל בך 335 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011).

73 המאמר, בפסקה שאחרי ה"ש 168.

74 שם, לפני ה"ש 176 (ההרגשה הוספה).

על אי-יישום המלצותיה של ועדת גולדברג, מלפני שני עשורים, לשינוי המצב המשפטי הקיים.<sup>75</sup> אין לי אלא להצטרף לדבריו הבאים:

"נמצא, אפוא, כי בהסתמכות על הודאת נאשם בחקירתו טמונה סכנה פוטנציאלית ממשית של טעות, המחייבת זהירות מיוחדת, וספק בעיניי אם די בתוספת 'דבר-מה' להודאה כבסיס להרשעה, בשים לב לכך שה'דבר-מה' אינו חייב להיות ממקור נפרד, ועל-כן גם השחזור של הנאשם עצמו יכול להיות 'דבר-מה'. כידוע, המבחנים העיקריים בעניין ראיית ה'דבר-מה' הם מבחן ידיעת הפרטים, מבחן ההזדמנות ומבחן ההשתלבות במציאות. על-כן נהוג לראות כ'דבר-מה' שחזור של הנאשם או עדות לכך שהוא יודע 'פרטים מוכמנים'. אלא שלטעמי אין בכך די, שכן היו בעבר מקרים, גם בחוץ-לארץ וגם בישראל, שבהם התברר כי נאשמים הודו בחקירתם במה שלא עשו, ואף שחזרו את העברה ונטען כי ידעו 'פרטים מוכמנים', ומאוחר יותר התברר כי פרטים אלה נודעו לנאשם מפי אחד החוקרים, בין אם במתכוון ובין אם לאו, או לחלופין משמועות, מרכילות או מאמצעי התקשורת... כפועל יוצא מפרויקט החפות וממחקרים נוספים שנערכו באנגליה ובארצות-הברית, וכן בעקבות מקרים שבהם התברר כי גם בישראל הודו נאשמים בחקירתם במה שספק אם עשו, אין די לטעמי ב'דבר-מה' הנדרש על-פי הפסיקה, ומן הראוי שיעוגן בחוק הצורך בתוספת ראייתית מחמירה יותר."<sup>76</sup>

אלא שלאחר הבטחה מודגשת זו באה המלצה חלשה מדי:

"על-כן, כפי שהצעתי בעבר, אני שב ומציע לקבוע בפקודת הראיות כי ככלל, לשם הרשעת נאשם על-סמך הודאה בחקירה, תידרש ראיית סיוע או ראיית חיזוק חיצונית לנאשם המתייחסת לנקודה ממשית המצויה בגזרת המחלוקת, אך בית-המשפט יהיה רשאי, מנימוקים שיפורטו, להסתפק ב'דבר-מה', אם יש בו כדי להסיר כל ספק סביר בדבר אמיתות ההודאה. הצעתי זו מקבלת משנה תוקף כאשר מדובר בהודאה לפני מדובב או בהודאה בחקירה שנמסרה בעקבות הודאה לפני מדובב..."<sup>77</sup>

75 שם, חלק 2(ג). על הודאות-שווא במציאות הישראלית ראו גם בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא? הסכנה – הרשעת חפים מפשע על סמך הודאותיהם בלבד. הפתרון – 'סיוע' – ראייה חיצונית לנאשם, אובייקטיבית, ממשית ומשמעותית" עלי משפט ד 245 (2005) (להלן: סנג'רו "קיסרית הרשעות-השווא"); מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו "מכשול החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עבד כמקרה מבחן (הצעה להיפוך בתפיסת ההודאה: מראיה מרכזית המחפשת תוספת, לתוספת אפשרית לראיות מוצקות)" מחקרי משפט 733(2010); דורון מנשה ושי אוצרי, "כמה שוקלת הודאה?" – עיון מחודש בשאלת משקלן הבייסטאני של הודאות נאשם – תגובה למאמרם של מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו, מחקרי משפט כז (2011) 503; בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט "בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי" מחקרי משפט כז (2011) 529; הגיגת לרנאו "הודאות שווא הרשעות שווא" עלי משפט יא 351 (2014).

76 שם, ליד ה"ש 196–200 (ההרגשה הוספה).

77 שם, ליד ה"ש 201 ואילך.

כפי שהסברתי בספר, אין די בתוספת ראייתית שהיא חלשה מ"סיוע", כגון "דבר-מה נוסף" או "חיווק", ואין להסתפק בהנמקה של בית-המשפט להסתפקותו בתוספת ראייתית קלה כנוצה במקום לדרוש "סיוע" חזק:

"לימוד הפסיקה מצביע על כך שהדרישה ל'דבר מה נוסף' היא למעשה מס-שפתיים, שהרי תמיד מוצאים שהיא באה על סיפוקה, ולפיכך אין בכוחה להשיג את שתי המטרות שלשמן היא נוצרה. הראשונה מבין מטרות אלה והמודגשת יותר בשיח בנושא, היא תמיכה באמינות ההודאה. השנייה, שלהערכתי גם היא חשובה מאוד, היא הדרכת חוקרי המשטרה שלא להתמקד אך ורק בנחקר בניסיון לחלץ ממנו הודאה, אלא לחקור ולחפש ראיות חיצוניות (ביחס לנחקר) אובייקטיביות וממשיות. אם החשש הוא שהנחקר מסר הודאת שווא, רק ראייה עצמאית בדרגת 'סיוע' עשויה להסיר את החשש. ראייה בדרגת 'סיוע' היא ראייה אובייקטיבית, עצמאית, חיצונית לנאשם, התומכת במסקנה שהנאשם הוא שביצע את העבירה."<sup>78</sup>

בהמשך התמודדתי עם טענת-הנגד המרכזית, שלפיה קיימים במציאות מקרים שבהם אין בנמצא ראייה נוספת בדרגה של "סיוע" להודאה, ואז עלולים לזכות אדם אשם:

"ראשית, במציאות הישראלית, של הרשעות בלמעלה מ-99% מהעבירות הרציניות, האפשרות שמדי פעם – לעתים רחוקות, להערכתי – יזוכה אשם, איננה מדירה שינה מעיניי. שנית, במחקר אשר נערך באנגליה ביוזמת ועדת רונסימן (Runciman) נמצא שברוב התיקים מצויה ראיית סיוע, וכי בחלק ניכר מיתר התיקים מסוגלת המשטרה לאתר ראיית סיוע – אם רק ידרשו זאת ממנה. שלישית, אם חוקרי המשטרה והתובעים אשר אמורים להנחותם ידעו שללא ראיית 'סיוע' בנוסף להודאה אין הרשעה, אזי יושקע המאמץ החקירתי באפיקים הנכונים, תבוצענה חקירות ממשיות במקום ההתמקדות בחילוץ הודאות, ותימצאנה ראיות ממשיות חיצוניות לנאשם. בימינו, נוכח התקדמות המדע, ניתן וצריך לאתר ראיות כאלה. חשוב לזכור שאנו עוסקים בנחקר אשר הודה. אם במצב רגיל, ללא הודאה, אולי קשה להשיג ראיות, הרי שכשיש הודאה, צפויה המשימה להיות קלה שבעתיים: יאמרו החוקרים לנחקר המודה שאינם מאמינים לו, או שאין אפשרות משפטית לקבל את הודאתו ללא סיוע, ויבקשוהו לכוונם אל ממצא אובייקטיבי חיצוני. לכאורה – מדוע שיפליל עצמו? אך באותה מידה – מדוע שיודה? והרי מדובר באדם שזה עתה הודה. ואז תיתכן אחת משלוש אפשרויות:

78 הספר, בעמ' 78–79 (ההרגשות במקור).



האפשרות האחת – אם ההודאה אמיתית, קשה להאמין שהעבריינין האמיתית לא יוכל לכוון לעבר ראייה חיצונית, כגון המכשיר שבאמצעותו בוצעה העבירה או מקומות בזירה שבהם הסתובב והותיר סימנים או פעולות הכנה שעשה לקראת ביצוע העבירה.

האפשרות השנייה – אם הנחקר המודה איננו מסוגל להצביע על ראיית סיוע כלשהי, זוהי אינדיקציה חזקה לכך שיייתכן שמדובר בהודאה שהנחקר בדה מלבן.

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

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

היתרון הגדול של דרישת הסיוע הוא תפיסת שתי ציפורים במכה אחת: גם אימות ההודאה וגם הכוונת החוקרים לחקור כראוי.<sup>79</sup>

למעשה, הצעתו של השופט לוי דומה להמלצתה של ועדת גולדברג – להותיר שיקול-דעת לשופטים בבחירת התוספת הראייתית הנדרשת, כך שלהודאה הנחזית בעיני השופטים כחלשה תידרש תוספת ראייתית חזקה ("סיוע"), אך להודאה הנתפסת בעיני השופטים כחזקה יהיה די בתוספת ראייתית חלשה ("דבר-מה נוסף"). כך התייחסתי להצעה זו:

"משפטנים ושופטים רבים חונכו ופעלו על התפיסה המסורתית של ההודאה כמלכת הראיות. השינוי הנדרש מהם כיום – לאור ממצאי ועדת גולדברג אצלנו ולאור הממצאים הרבים בעולם באשר להודאות שווא ולהרשעות שווא – הוא שינוי תפיסתי גדול, הכרוך גם בהפנמה. קשה לצפות משופט המורגל בהרשעת נאשמים על סמך הודאותיהם בלבד (כמעט), להגביל בעצמו את שיקול-דעתו תוך דרישת 'סיוע', שאותה לא קבע המחוקק. כאן נכשלת כשלון חרוץ [הנוסחה] שנקבעה בפסיקה ואומצה על-ידי ועדת גולדברג, שלפיה 'משקלה ועוצמתה של התוספת הראייתית הנדרשת להודאה... עומדים ביחס הפוך למשקלה ולעוצמתה של ההודאה. ככל שמשקלה של ההודאה גדול יותר, כן יקטן משקל התוספת הראייתית הנדרשת'. במלים אחרות: רק כשהודאה נראית לשופט חלשה תידרש תוספת ראייתית

79 שם, בעמ' 80–81.

משמעותית, וכשההודאה נראית לשופט חזקה ימשיכו להסתפק בתוספת קלה כנוצה. ברם, דווקא כשההודאה היא חזקה להערכת השופט, דווקא אז חשובה מאוד ראיית הסיוע החיצונית – כדי למנוע אפשרות של הרשעת חף מפשע. שהרי כשהשופט סבור שההודאה חזקה, הוא ודאי ירשיע על-פיה. הנה-כ"כ, על-פי [הנוסחה שהציעה ועדת גולדברג] מוגבלת דרישת הסיוע למקרים הנדירים מאוד שבהם בעצם אין בה צורך – המקרים, שבהם השופט ממילא מעריך שמשקלה של ההודאה נמוך. והרי ההיגיון מלמד שבמקרים הללו ממילא קטנה סכנת ההרשעה. ואילו ברוב הגדול של המקרים, שבהם השופט רואה בהודאה ראייה חזקה ואמינה (שלא לומר מלכת הראיות), די יהיה בתוספת במשקל נוצה כדי להרשיע.<sup>80</sup>

מעשה בחתול שהפקידוהו לשמור על השמנת, אך קבעו לו כלל: אל לך לאכול ממנה כדבר שבשגרה, אלא אך ורק במקרים שבהם תהיה ממש רעב. כאלה הן ההצעות להותרת שיקול-דעת לשופטים. אכן, השינוי המשמעותי הנדרש אינו עובר שוב דרך שיקול-הדעת הרחב של השופטים, אלא מחייב צמצום שלו. רק כך נוכל לצמצם את התופעה של הרשעת חפים מפשע על בסיס הודאות-שווא.

### י. השימוש במדובבים (ובתחבולות) לשם גביית הודאות

השופט לוי עומד במאמרו על חלק מהבעיות הקשות הכרוכות בשימוש המשטרה במדובבים לשם גביית הודאות.<sup>81</sup> אך גם הפעם אין ההמלצה חזקה דייה להתמודד עם הבעיות הקשות: "אני מציע כי להודאה לפני מדובב יידרש סיוע כתנאי להרשעה, וכי גם להודאה שנמסרה לפני חוקר בעקבות הודאה לפני מדובב יידרש סיוע, אולם בית-המשפט יהא רשאי, מנימוקים שיפורטו, להסתפק ב'דבר לחיזוק', ובלבד שהוא נובע ממקור נפרד ועצמאי ונוגע בנקודה ממשית השנויה במחלוקת."<sup>82</sup> אני מצדידי שב ומציע את ההתייחסות שבספר לבעיה זו:

"כשל נוסף שאני מוצא בחקירות המשטרה: משום שהחוקרים מאמינים שההודאה היא ראייה חזקה, והתובעים והשופטים מעורדים אותם לחשוב כך, החוקרים משתדלים כמיטב יכולתם להשיג הודאות, ונוקטים לשם כך שיטות שונות ומשונות, החל מהפעלת לחץ על הנחקר, דרך שקרים שלפיהם יש נגדו ראיות חזקות, אפילו מדעיות (כך, למשל, נעשה לאחרונה בפרשת רומן זדורוב),<sup>83</sup> ועד לשימוש במדובבים, שחלקם פועלים בשפלות. והנה הכשל:

80 סנג'רו 'קיסרית הרשעות-השווא', לעיל ה"ש 76, בעמ' 267–268.

81 המאמר, חלק ד(7).

82 שם, בפסקה האחרונה בחלק ד(7).

83 בועז סנג'רו "על הודאה ועל 'junk science' כטביעת נעל – הרשעת זדורוב כמקרה-מבחן" הסיניגור 165, 4

ככל שמשתדלים יותר לחלץ הודאה בדרכים כאלה, כך משקל ההודאה – שגם במצב רגיל איננו גדול – הולך וקטן. בסופו של דבר ניתן להשיג הודאה, אך ככל שנתאמץ להשיגה – משקלה הריאלי יפחת ויהפוך אפסי.<sup>84</sup> היא לא תלמד אותנו אם הנאשם אכן עבר את העבירה.<sup>85</sup>

אכן, אל לה למשטרה להתמקד בגביית הודאות מהחשודים. עליה לחפש ולאתר ראיות אוביקטיביות, עצמאיות ומשמעותיות בין לאשמתו של החשוד ובין לחפותו, וכן לאשמתם (או לחפותם) של אנשים נוספים. ובהינתן בכל-זאת הודאה לפני מדובב, אל לו לבית-המשפט לסמוך עליה ולהרשיע את הנאשם – בוודאי לא בהעדר "סיוע" חזק במלוא מובן המילה: אין די ב"דבר לחיזוק" ואין די בתוספת ראייתית הבאה רק לאמת את ההודאה החשודה; נדרשת ראיית סיוע חזקה ו"מסבכת", המצביעה על כך שהנאשם עבר את העברה.

### יא. ביקורת אקדמית על מערכת אכיפת החוק מול "האשמות"

במרבית מאמרו השופט לוי נוהג איפוק בהתייחסו לביקורת שבספר על מערכת אכיפת החוק הפלילי. אך כשם שסיכוייו של נאשם להיחלץ מכתב אישום פלילי בזיכוי מלא מכל האישומים הם אפסיים (שבר-אחוז, חרף כל הנסיונות לייפות את ממצאי ה"למ"ס), נראה שגם סיכוייו של איש אקדמיה המבקר את מערכת המשפט הפלילי לצאת פטור בלא כלום הם קלושים. פרק הסיכום במאמרו של השופט לוי כולל שני "סעיפי אישום". האחד:

"באשר לטענותיו ולמסקנותיו של המחבר אציין בקצרה כי חלקן הן בגדר הכללות בלתי-מבוססות, בעיקר האשמותיו כלפי התובעים, הנסמכות על מקרים חריגים שהתגלו בעבר, ובמיוחד האשמותיו הגורפות כלפי השופטים בישראל,<sup>86</sup> אשר גם הם עושים כמיטב יכולתם, בתנאים של עומס כבד, כדי לפסוק דין צדק בגדרי המשפט."<sup>87</sup>

התועיל כאן הטענה "אמת דיברתי"? והרי בוודאי יש כאן "עניין ציבורי". ישפטו קוראי הספר וישפוט מצפונם. אציין רק כי לטעמי "האשמותיי" לא היו גורפות כלל, אלא

(2010).

84 ראו ביתר הרחבה בועז סנג'רו "השימוש בתחבולות ובמדובבים לשם גביית הודאות" עלי משפט ט 399 (2011).

85 הספר, בעמ' 85.

86 "כך, למשל, האשמותיו כי השופטים 'שכחו כיצד מזכים אדם', כי 'מדי יום מורשעים נאשמים גם כשקיים ספק סביר לגבי אשמתם', כי 'יש שופטים המרשיעים נאשמים אפילו ב'מאזן הסתברויות' וכן 'שרק לעתים נדירות מתקבל הערעור וההרשעה מומרת בזיכוי'." ה"ש 213 למאמר (השופט לוי מפנה בסוף הערה זו לספר, בעמ' 22, 25, 179–180, 240–243 ועוד).

87 המאמר, ליד ה"ש 213.

מסויגות. כך באשר לתובעים: "שיטת הדיון האדברסרית יוצרת דינמיקה של תחרות העלולה לגרום לתובעים להשתדל לנצח בכל מחיר. תפיסת תפקיד לא נכונה של תובעים צפויה להיווצר כשהצלחתם נמדדת באחוזי ההרשעות הגבוהים שהם משיגים. אני מאמין שרוב התובעים נוהגים כשורה וממלאים את תפקידם החשוב תוך שמירה על החוק. אלא שנוכח כוחם הרב, די במיעוט של מפרי חוק כדי להסב נזקים כבדים."<sup>88</sup> כך גם באשר לשופטים: דומני כי הביקורת שבספר היא מדודה תמיד ומופנית רק כלפי חלק מהשופטים, ולא כלפי כולם. עם זאת, אני מודע היטב לכך שלכולם קשה לקבל ביקורת. הדבר קשה מן הסתם שבעתיים לשופטים, אשר רגילים לבקר אחרים – כחלק מתפקידם – אך אינם רגילים להיות מבוקרים (גם האקדמיה נוהגת בהם בכפפות של משי, לטעמי<sup>89</sup>).

"סעיף האישום" השני הוא זה:

"באשר להצעותיו של פרופ' סנג'רו, המשמעות המעשית של קבלת חלק מהן היא בעיניי פגיעה ממשית באינטרס הציבורי של מיצוי הדין וביכולת להעמיד לדין ולהרשיע אלפי פושעים מסוכנים. יהא זה בבחינת לרחם על אכזרים תוך התאכזרות לציבור הרחמנים – לא רק הקורבנות ובני משפחותיהם, אלא גם הציבור בכללותו – אשר העבריינים ימשיכו לסכנו מבלי להירתע מאימת הדין וממורא החוק."<sup>90</sup>

מפחיד כמעט... אך ראשית, אין אצלנו "אלפי פושעים מסוכנים". נכון שיש אלפי אסירים, אך רובם אינם מסוכנים כלל – לפחות לא במובן של אלימות פיזית. הביטוי הידוע "The Dangerous Few" – המעטים המסוכנים – משקף נאמנה את ההערכה הרווחת בקרב החוקרים. נוסף על כך, במציאות של זיכויים (במובן הפשוט של זיכוי מכל סעיפי האישום) בשיעור הנמוך של שבר אחוז קשה לי אפילו לדמיין זיכוי של "אלפי פושעים מסוכנים". אם ניטול כדוגמה את שיעור הזיכויים בשנים 2005 ו-2006 – 0.1% – אזי כדי לקבל אלף מזוכים (המינימום הנדרש כדי שיהיה אפשר אולי לדבר על "אלפי פושעים מסוכנים"), יש צורך בלא פחות ממיליון משפטים פליליים... וגם אם יגדל שיעור הזיכויים פי עשרה ויגיע ל-1%, ניתן להניח שרוב רובם של המזוכים יהיו חפים מפשע. זאת, במיוחד לנוכח הערכת שביין 5% ל-10% מהמורשעים כיום הם חפים מפשע.

שנית, המשפט הפלילי ועונש המאסר – שעודנו העונש המרכזי, לצערי – אינם פתרונות אידיאליים לכל בעיות החברה. תפיסה מוטעית של רבים בציבור ובבתי-המחוקקים, שלפיה ניתן למגר את הפשיעה באמצעות חקיקת עוד ועוד איסורים וגזירות

88 הספר, בעמ' 198.

89 אולי גם משום שחלק מאנשי האקדמיה המשפטית לוטשים את עיניהם אל כס השיפוט, ולנוכח שליטתם הבלתי-מעורערת של השופטים בוועדה למינוי שופטים, הם מתקשים למלא את תפקידם כראוי ולבקר את מערכת המשפט ללא מורא ולפי צו מצפונם.

90 המאמר, אחרי ה"ש 213.

עוד ועוד מאסרים, הובילה למצב המכונה כיום over-criminalization – פלילות-יתר.<sup>91</sup> מלוא כל הארץ משפט פלילי. האיסורים הרבים הנחקקים, יחד עם אין-ספור האיסורים הארכאיים שירשנו מהמנדט הבריטי על ארץ-ישראל ואשר אנו מחזיקים בהם משום-מה בנאמנות יותר מחצי מאה, אינם מונעים עברות, אלא יוצרים עבריינים.<sup>92</sup> תפיסה מוטעת נוספת מחלקת את הציבור לשתי קבוצות: "הם" – הרעים, פורעי החוק חסרי התרבות, אשר מנסים לגזול את הקניין שלנו; מול "אנחנו" – הטובים, שומרי החוק המתורבתים, המצויים בסכנה יומיומית. תפיסה דיכוטומית פשטנית כזו מוליכה להכרות "מלחמה" על העבריינים הפוטנציאליים. במלחמה נוטים להסיר את הכפפות. אלא שהחוק הפלילי אינו פונה רק לקבוצה מסוימת. הוא פונה לכולנו ומצמצם עוד ועוד את חירותנו. דווקא שומרי החוק היו צריכים לא להתלהב מחקיקת עוד ועוד איסורים, שכל אחד מהם נוגס בחירותנו.

באשר למאסר, לכל מי שרואה בו עדיין פתרון טוב לתחלואי החברה מומלץ מאוד לעיין ברוח החדש (משנת 2014) של האקדמיה הלאומית האמריקאית למדעים העוסק בגידול העצום בשיעור הכליאה בארצות-הברית, בסיבותיו ובתוצאותיו הקשות.<sup>93</sup> דוח זה מראה, בין היתר, כי התרומה של הגידול העצום בכליאה (מכ-200,000 אסירים בשנות השבעים של המאה העשרים ליותר משני מיליון אסירים כיום!) לירידה בפשיעה הייתה אפסית;<sup>94</sup> כי התרומה להשגת הרתעה ומניעה היא מצומצמת;<sup>95</sup> כי המאסרים מופנים בעיקר כלפי מיעוטים חלשים;<sup>96</sup> כי יש לכך השפעות חברתיות קשות, לרבות הרס של קהילות קטנות;<sup>97</sup> וכי המאסרים הרבים והממושכים גובים מחירים חברתיים וכלכליים כבדים.<sup>98</sup> הדוח ממליץ על שינוי במדיניות, בחקיקה, בפעולתן של רשויות אכיפת החוק ובפסיקתם של בתי-המשפט, במטרה לצמצם באופן משמעותי את שיעורי הכליאה.<sup>99</sup> אכן, בישראל שיעורי הכליאה נמוכים מהשיעורים בארצות-הברית, אך הם גבוהים במידה משמעותית מן המקובל במדינות אירופה, וגם בישראל, שבה כ-20,000 אסירים, ידועים מחירים חברתיים וכלכליים גבוהים הנובעים מהשימוש המסיבי בעונש המאסר. שלישית, רוב ההצעות שבספר פועלות לא רק לצמצום הרשעתם של חפים מפשע,

91 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).

92 בעוז סנג'ר "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005" עלי משפט ה 247 (2006).

93 THE NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES, *THE GROWTH OF INCARCERATION IN THE UNITED STATES – EXPLORING CAUSES AND CONSEQUENCES* (2014), available at [http://www.nap.edu/openbook.php?record\\_id=18613&page=R1](http://www.nap.edu/openbook.php?record_id=18613&page=R1).

94 שם, בעמ' 4.

95 שם, בעמ' 5.

96 שם, בעמ' 5.

97 שם, בעמ' 7.

98 שם, בעמ' 9.

99 שם, בעמ' 9-11.

אלא גם לשיפור ההצלחה בלכידת האשמים האמיתיים ובהרשעתם. כך, בעיקר, רוב השיפורים המוצעים באשר לראיות השונות מכוונים להגדלת הדיוק שלהן. ככל שהראיות יהיו מדויקות יותר כן נחטא פחות בהרשעת חפים מפשע וגם נצליח יותר באיתור העבריינים האמיתיים. זהו רווח חברתי כפול. הרי איננו מעוניינים בענישה בעלמא, אלא בענישת האשמים ובזיכוי החפים מפשע. באופן דומה, חלק מהשינויים המוצעים בתחום הפרוצדורה הפלילית צפויים לא רק לצמצם את היקף הרשעות־השווא, אלא אף להגדיל את היקף ההרשעות הנכונות. כדוגמה לנזקיה של גישה שונה אציין כי לפי הנתונים שנאספו בעקבות פרויקט החפות האמריקאי, 250 הזיכויים הראשונים לבדם מראים כי בתקופות שבהן ישבו המורשעים־בטעות בבתי־הסוהר, לפחות 40 מהעבריינים האמיתיים באותם מקרים ביצעו עברות חמורות, ביניהן 56 עברות אונס ו-19 מעשי רצח.<sup>100</sup>

### אחרית־דבר

לעיתים הירידה לפרטים מעמעמת את העיקר, ומרוב עצים אין רואים את היער. לכן את תשובתי זו למאמר התגובה של השופט מרדכי לוי על ספרי הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות ברצוני גם לסיים, ולא רק לפתוח, בהדגשת המשותף: שנינו מודאגים מהתופעה של הרשעת חפים מפשע ומציעים שינויים שונים כדי לצמצמה. אחרי ככלות הכל, הרשעת חף מפשע היא העוול הגדול ביותר שהמדינה גורמת לפרט.

BRANDON L. GARRETT, CONVICTING THE INNOCENT: WHERE CRIMINAL PROSECUTIONS GO WRONG 232 (Harvard University Press, 2011)