

המשפט הפלילי הישראלי בראי הרשעת זדורוב

פרופ' בועז סנג'ור*

בשלוש סוגיות, שפסק-הדין בפרשת זדורוב מדגים עד כמה נחוצה בהן רפורמה במשפט הפלילי בכלל, ובדיני הראיות בפרט, כדי להקטין את התופעה של הרשעת חפים מפשע. אין עוול גדול יותר שגורמת המדינה לאזרחיה באופן שיטתי. סוגיות אלה נוגעות למהות הספק הסביר, למשקל הודאת הנאשם ולהבחנה שבין "מדע זבל" לבין ראיה מדעית שניתן להסתמך עליה במשפט הפלילי. סוגיה רביעית, בה כבר דנתי במקום אחר ולכן לא אפרט כאן, היא עצם האפשרות הקיימת במשפטנו להרשיע אדם ברוב דעות, חרף עמדתו המזכה של שופט המיעוט. סבורני כי אישור הרשעתו, המוטעית לדעתי, של זדורוב ברוב דעות בלבד בבית-המשפט העליון, מהווה המחשה נוספת לצורך בשינוי חקיקתי לפיו הרשעה תיתכן רק פה אחד.⁷ שינוי כזה הוא הכרחי בשיטת משפט שלנו, ששיעור הזיכויים בה הוא אפסי.⁸

א. הרשעה איננה ג'ינס - גישת "המארג הראייתי" מול גישת "הספק הסביר"

חברתנו מתהדרת בהצהרות יפות. בהתאם לחזקת החפות,⁹ האדם חף מפשע עד שתוכח (אם תוכח!) אשמתו מעל ספק סביר.¹⁰ מהו "הספק הסביר"?¹¹ קרבה לוודאות. כשבסיום המשפט נותר ספק שאיננו פרי הדמיון אלא מעוגן בחומר הראיות, אפילו אם הסתברותו נמוכה, והתביעה - חרף מאמציה, בעזרת המשטרה ובעזרת מומחיה - לא הצליחה להסירו, יש לזכות את הנאשם.

בדצמבר 2015 אישר בית-המשפט העליון, ברוב דעות, את הרשעתו של רומן זדורוב ברצח המחריד של הנערה תאיר ראדה ז"ל, אשר בוצע בתא שירותים בבית-ספרה. פסק-הדין משתרע על פני כ-300 עמודים,¹ ומצביע בעיניי על שורה של בעיות עמן מתמודדת מערכת המשפט הפלילי הישראלית. השופטים אומנם השתדלו להגיע לחקר האמת ולעשות צדק, אך הם פעלו במסגרת של כללים משפטיים בעייתיים - הן בתחום המשפט הפלילי המהותי, הן בתחום המשפט הפלילי הדיוני והן בתחום המשפט הפלילי הראייתי, ולכן הגיעו, לדעתי, לתוצאה מוטעית. קריאת פסקי-הדין (שניים של בית-המשפט המחוזי בנצרת ואחד של בית-המשפט העליון) אינה משכנעת, לטעמי, שהוכח כי זדורוב הוא הרוצח. בוודאי לא מעבר לספק סביר כנדרש במשפט פלילי, ולהערכת אפילו לא במאזן הסתברויות כנדרש במשפט אזרחי (51%).² לעתים אף ניכר כי השופטים שביימים בקונספציות מיושנות, החל מהקונספציה של אשמת החשוד,³ דרך המחשבה המוטעית שההודאה היא "מלכת הראיות",⁴ ועד לכשל החלפת ההתניות, שלפיו אם הסיכויים לטעות בראיה המפלילה המרכזית נמוכים, אזי גם הסיכויים לחפות נמוכים (מדובר, כמובן, בהזנחה של שאר הראיות או בהתעלמות ממשמעות היעדרן).⁵

המחקרים החדשים בעולם מצביעים על תופעה משמעותית של הרשעת חפים מפשע,⁶ שתורמים לה גורמים רבים. אדון כאן בקצרה

* פרופסור מן המניין, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת-גן. תודתי נתונה לפרופ' רינת קיטאי-סנג'ור, לד"ר אלקנה לייס ולחברות מערכת "הסניגור" ד"ר ענת הורוויץ ועוה"ד מורן כרמון על הערותיהם המועילות לטיוטות המאמר.

1 ע"פ 7939/10 **זדורוב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 23.12.2015) (להלן: **עניין זדורוב**). בינתיים נדחתה גם הבקשה לדיון נוסף: דנ"פ 1329/16 **זדורוב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 5.7.2016).

2 לניתוח מפורט של הספקות שמוטירה ההרשעה הראשונה ראו בועז סנג'ור "על הודאה ועל 'junk science' כטביעת נעל - הרשעת זדורוב כמקרה-מבחן" **הסניגור** 4, 165 (2010) (להלן: סנג'ור "junk science").

3 על הקונספציה של אשמת החשוד ראו: בועז סנג'ור **הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות** 51-56 (2014) (להלן: סנג'ור **הרשעת חפים מפשע**); Keith A. Findley & Michael S. Scott, *The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases*, 2006 Wis. L. Rev. 291, 292 ("focus on a suspect, select and filter the evidence that will 'build a case' for conviction, while ignoring or suppressing evidence that points away from guilt"); Saul M. Kassin, *On the Psychology of Confessions: Does Innocence Put Innocents at Risk?*, 60 Am. Psychol. 215, 216 (2005); Richard A. Leo et al., *Promoting Accuracy in the Use of Confession Evidence: An Argument for Pretrial Reliability Assessments to Prevent Wrongful Convictions*, 85 Temp. L. Rev. 759, 769-770 (2013); Boaz SANGERO, SAFETY FROM FALSE CONVICTIONS 67-74 (2016).

4 על תפישת ההודאה כמלכת הראיות מול תפישתה כקיסרית הרשעות השווא ראו: בועז סנג'ור "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'ור "מלכת הראיות או קיסרית הרשעות השווא"); וראו סנג'ור **הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 56-94, SANGERO; לעיל ה"ש 3, בעמ' 157-173.

5 על כשל החלפת ההתניות ראו: סנג'ור **הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 51-57, SANGERO; לעיל ה"ש 3, בעמ' 57-65, Boaz SANGERO & Mordechai Halpert, *Why A Conviction Should Not Be Based on a Single Piece of Evidence: A Proposal for Reform* 48 JURIMETRICS J. 43-94 (2007).

6 על ממדי התופעה של הרשעת חפים מפשע ראו סנג'ור **הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 27-42. על הגורמים לתופעה ראו שם, בעמ' 43 ואילך. לפתרונות אפשריים ראו SANGERO, לעיל ה"ש 3.

7 בועז סנג'ור ואיתי ליפשיץ "הרשעה: רק פה אחד" **עלי משפט** ח 337 (2010).

8 בועז סנג'ור "לא סכנה אלא תופעה - תשובה לתגובת השופט מרדכי לוי על הספר 'הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות'" **מאזני משפט** י 51, 78-74 (2015).

9 רינת קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" **עלי משפט** ג 405 (2003); Rinat Kitai, *Presuming Innocence* 55(2) OKLA. L. Rev. 257 (2002).

10 הדבר אף קבוע בס' 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 ("נפקותו של ספק" - "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר").
11 להרחבה בנושא הספק הסביר ראו: יניב ואקי **מעבר לספק הסביר - גמישות ההוכחה בדין הפלילי** (2013).

כפי שכתב השופט דנציגר, "קיומן עומד אפוא בסתירה מהותית לאופן התרחשות הרצח, כפי שתואר על ידי המערער" [בהודאתו הבעייתית, שעל בסיסה הורשע, ב.ס.].¹⁴

שופטי הרוב חשבו אחרת, כשהשופט עמית אף מציע הסבר שלא זו בלבד שלא הוכח, אלא אפילו לא נטען על-ידי התביעה. מעבר לכך, ההסבר אף עומד בניגוד לטענותיה של התביעה, שהסכימה כי העקבות הזרות יוצרות מסלול יציאה מהתא.¹⁵ למרות זאת, השופט עמית מציע את ההסבר הבא לסוגיית העקבות בזירת הרצח: "את שלוש טביעות הנעליים הזרות, ניתן להסביר במהומה ששררה עם גילוי הגופה... תא השירותים קטן וצפוף, ואין צורך בדמיון מפותח כדי לצייר את התמונה לפיה מאן דהו מנסה 'להיתלות' מעל המנוחה והאסלה - רגל פה (על מיכל ההדחה) רגל שם (על הקיר) - בעוד שני הפרמדיקים שנכנסו לתא בודקים אם המנוחה בחיים...".¹⁶

ראשית, לדעתי דווקא נדרש דמיון מפותח כדי לדמיין אדם נתלה מעל פרמדיקים המטפלים בגופה. שנית, החשש הגדול מפני הרשעת חף מפשע הוא העומד בבסיס הדרישה להוכחת האשמה מעבר לספק סביר. תפקיד הסיניגור הוא להעלות ספקות סבירים - המעוגנים בחומר הראיות. מנגד, תפקיד התביעה הוא לסתור כל ספק סביר באמצעות ראיות קבילות - שאז אובדת לספק סבירותו. ומהו תפקיד השופט נוכח ספק סביר שהתביעה לא הצליחה לסתור חרף מאמציה? להציע הסבר חסר בסיס ולהרשיע? כמי שחוקר את המשפט הפלילי כשלושה עשורים, אציע לשופטים תשובה שונה: במקרה כזה, תפקיד השופט הוא לזכות.¹⁷

ב. מהרשעת זדורוב לחקיקה של דרישת "סיוע" להודאה

ברוב דחוק של 51 מול 50 חברי כנסת נדחתה בינואר 2016 הצעת חוק של ח"כ דב חנין,¹⁸ לפיה לא ניתן יהיה להרשיע על בסיס הודאה בלבד ויידרש "סיוע" - ראייה עצמאית נוספת, המלמדת שהנאשם שהודה עבר את העבירה. לפי הצעת החוק, הראייה המסייעת לא תהיה ראייה שבאה מפי הנאשם: לא שחזור שמבצע הנאשם (שאיננו אלא המשך ההודאה), לא שקרים שמשקר הנאשם (שלא בהכרח מלמדים על ביצוע העבירה) ולא ראיות נוספות שמקורן בנאשם עצמו.¹⁹ לדעתי, הרשעת זדורוב מהווה דוגמה טראגית לחשיבותה הניכרת של הצעת חוק זו.

בתום המשפט, יש משמעות הסתברותית²² לעובדה שהפרקליטות והמשטרה, אשר במסגרת ההליך האדברסרי-יריבותי יודעות את טענות הנאשם, לא הצליחו לאתר ראיות שתפרכנה את הספק הסביר הנטען, חרף כל מאמציהן. לכן, הסיכויים שנאשם שאשמתו לא הוכחה מעבר לכל ספק סביר אכן חף מפשע, אינם זניחים.

עד כאן, על קצה המזלג, התיאוריה המשפטית והתיאוריה ההסתברותית. אלא שהתביעה פיתחה מושג אחר, שלצערי אומץ על-ידי חלק מהשופטים - "המארג הראייתי". מהו פשרו? אם נדמה את הראיות לבד ג'ינס, הרי שחוטי שתי וערב עשויים ליצור אריג כה חזק, עד כי חורים בו לא בהכרח מסכנים את יציבות הבגד. צו אופנת הנוער הוא אפילו לגזור בכוונה חורים במכנסי הג'ינס, במחשבה שכך הוא יפה יותר. החורים אינם מורידים מערך הבגד וייתכן אף שמחירו יאמיר. אימוץ דימוי האריג ההליך הפלילי מוביל למחשבה המוטעית שדי במארג ראייתי הנחזה כחזק. וכשם שאת החורים בג'ינס ניתן להסביר, כך עלול שופט להיגרר אחר התביעה בהצעת הסברים לספקות הסבירים, במקום לדרוש מהתביעה הוכחה מלאה של הסברים אלה. שהרי כשם שהספק הסביר חייב להיות מעוגן בחומר הראיות - אחרת איננו נחשב לספק סביר אלא לספק מדומיין, כך גם ההסברים לספק טעונים הוכחה באמצעות ראיות קבילות שתספקנה התביעה והמשטרה לבית-המשפט. שופט המציע בעצמו הסברים לספקות הסבירים שכלל לא הוכחו (וכפי שנראה מיד - שאפילו לא נטענו), בהתלהבותו מ"המארג הראייתי", מנחית מכת מוות על "הספק הסביר" ועל חזקת החפות. כנגד הדימוי לאריג, ניתן להציע דימוי לשלשלת, שאם אחת מחוליותיה שבורה, לא תוכל לשאת בעומס הכבד - לא של העוגן המחובר אליה באנייה, ולא של הרשעת אדם העשוי להיות חף מפשע.

פסק-הדין שבו, לצערי,²³ נדחה ערעורו של זדורוב על-ידי בית-המשפט העליון, מחזיק 292 עמודים רוויי דוגמאות להבדלי הגישות שתיתרתי. אסתפק בדוגמה מאלפת: השופט דנציגר, שהציע לזכות את זדורוב מחמת הספק, כתב בחוות-דעתו שנותרו ספקות סבירים. אחד מהם הוא שלוש טביעות נעליים, מגואלות בדם, שנמצאו במסלול יוצא מתא השירותים שבו נרצחה הילדה: על מכסה מושב האסלה, על מיכל ההדחה ועל הקיר המפריד בין התא לבין תא סמוך. לא הייתה מחלוקת שהעקבות אינן של זדורוב, ולפי המומחה המשטרתי הן גם אינן תואמות לאף אחד מזוגות הנעליים שנמסרו לבדיקתן: של חשודים אחרים ושל מחלצים ושוטרים שנכחו בזירה.

12 ראו Sangero & Halpert, לעיל ה"ש 5.
 13 "לצערך" - משום שלדעתי צריך היה לזכות את הנאשם. אשמתו לא הוכחה מעבר לספק סביר (קרוב למאה אחוזים) ולהערכתי אפילו במאזן הסתברויות (51%) לא הוכחה אשמתו. לכן, לא די היה אפילו בזיכוי "מחמת הספק" כעמדת שופט המיעוט.
 14 עניין **זדורוב**, לעיל ה"ש 1, פס' 293 לפסק-דינו של השופט דנציגר.
 15 שם, פס' 297 לפסק-דינו של השופט דנציגר ("המשיבה עצמה מציגת כי שלוש העקבות 'מסלול יציאה' מהתא ואיננו יודעים של מי הן").
 16 שם, פס' 52 לפסק-דינו של השופט עמית.
 17 ראו, למשל, ע"פ 603/92 **ברוך נ' מדינת ישראל** פ"ד (2) 114 (1992) שם קבע בית-המשפט העליון כי לא ניתן להשתית קביעת עובדות על גרסה עובדתית שכלל לא נטענה.
 18 ראו הודעת הכנסת מיום 6.1.16: knesset.gov.il/news/pressreleases/pages/press060116h.aspx.
 19 להנמקה מפורטת לדרישה של "סיוע" להודאה ראו סג'ורו "מלכת הראיות או קיסרית הרשעות השווא", לעיל ה"ש 4; SANGERO, לעיל ה"ש 3, בעמ' 157-181; Boaz Sangero, *Miranda Is Not Enough: A New Justification for Demanding "Strong Corroboration" to a Confession*, 28 CARDOZO L. REV. 2791, 2791 (2007); RICHARD A. LEO, POLICE INTERROGATION AND AMERICAN JUSTICE 284-285 (2008).

הרשעת זדורוב מבוססת על הודאה מחוץ לכותלי בית-המשפט. בפסק-הדין של בית-המשפט העליון המאשר את ההרשעה, משתקפות גישות שונות ביחס למשקל ההודאה. לפי הגישה המיושנת, שכל השופטים שישבו בערעור של זדורוב דוחים, רואים בהודאה את "מלכת הראיות". גישה זו עומדת בסתירה לכל המחקרים החדשים,²⁰ לפיהם: גם חפים מפשע מודים; הגורמים להודאות-שווא מגוונים ואינם מצומצמים לאוכלוסיות חלשות; שיעור הודאות-השווא איננו זניח; ואין לבית-המשפט דרך להבחין בין הודאה אמיתית לבין הודאה שקרית. לאור מחקרים אלה, הצעתי בעבר לראות בהודאה את "קיסרית הרשעות-השווא" ובדומה להצעת החוק של ח"כ חנין, לחוקק דרישת "סיוע" להודאה.²¹

יחד עם זאת, התנערות שופטי הרוב מהגישה המיושנת נעשתה, לדעתי, רק במישור ההצהרתי,²² כאשר במישור המעשי אותם שופטים הרשיעו לבסוף על בסיס הודאה שאין לצדה ראיה עצמאית משמעותית כלשהי, אלא רק שקרי הנאשם וידיעתו "פרטים מוכמנים" - שאינם עונים על הדרישה הרצויה של ראיה עצמאית משמעותית. לעומת זאת, שופט המיעוט יורם דנציגר, מעניק גם הוא משקל משמעותי מאוד להודאה, אולם כשמשקל ההודאה הוא בעיניו "בינוני", נוכח בעיות הקיימות בה - כבפרשת זדורוב - הוא דורש "סיוע".²³ אלא שבפרשת זדורוב אין סיוע חיצוני להודאה. כפי שאראה בהמשך, ידיעת זדורוב את תנוחת הקורבן בזמן ביצוע הרצח איננה יכולה לעלות כדי "סיוע", אף אם מדובר לכאורה ב"פרט מוכמן".²⁴ אילו, למשל, דבריו בהודאתו היו מובילים את החוקרים לראיה עצמאית כגון סכין הרצח או בגד עם ממצאי ד.נ.א. משמעותיים, אזי היה "סיוע". כך או אחרת, השופט דנציגר קבע שנתר "ספק סביר" המעוגן בחומר הראיות ולפיכך הציע לזכות.

השופט דנציגר מאמץ בפסיקתו גם את גישתו המתקדמת של השופט ניל הנדל בפסיקה קודמת, לפיה לא די בחיפוש המסורתי אחר "דבר מה נוסף" להודאה, אלא הכרחי לחפש גם "דבר מה סותר" ו"דבר

מה חסר" שיפעלו בכיוון של זיכוי. דהיינו: "יש לבדוק אם ההודאה לוקה בחסר בנקודה חשובה או סותרת את שהתרחש בפועל בעניין מהותי".²⁵ מדובר בניסיון הרואי של השופט הנדל לתקן בפסיקה את הליקוי הבסיסי המאפשר הרשעה על סמך הודאה בלבד, אלא שכפי שיובהר להלן, הרשעת זדורוב על-ידי שופטי הרוב, המשוכנעים שדי בצירוף של הודאה ו"פרטים מוכמנים" כדי להבטיח שלא יורשע חף מפשע [כביכול: הודאה + פרטים מוכמנים = הרשעה] מוכיחה שנדרש שינוי יסודי בדמות חקיקה שתמנע הרשעה ללא "סיוע" חזק להודאה: חיצוני, עצמאי, אובייקטיבי, ממשי.

"פרטים מוכמנים" הם פרטים מזירת הפשע, שהמשטרה מצהירה ששמרה על חשאיותם, ולפיכך מקובל לחשוב שאם הנאשם ידע לספר עליהם בהודאתו במשטרה, משמע שהוא קשור לפשע. כך אכן ניתן היה לחשוב לפני מהפיכת הד.נ.א. והבדיקות הגנטיות במוצגים, שהובילו כאמור לחשיפתן של מאות הרשעות-שווא בארצות-הברית. הפרופסור האמריקני ברנדון גארט, בשני מחקרים רצופים, בחן לעומק 63 הודאות-שווא של מורשעים, שהשוואת ד.נ.א. במסגרת פרויקט החפות האמריקני הוכיחה את שקריותן. בהודאות-שווא אלה - של חפים מפשע - לא אמורים להופיע פרטים מוכמנים. ובכל זאת ב-59 מ-63 הודאות-השווא מופיעים פרטים מוכמנים. הכיצד? מסקנת המחקר היא שחוקרי המשטרה, במודע או שלא במודע, מלמדים את הנחקרים בשאלותיהם את הפרטים ה"מוכמנים".²⁶ לפיכך, הפרטים המוכמנים אינם מגוונים עלינו מפני הודאות-שווא ונדרשת ראיה עצמאית בדרגת "סיוע". אך הרשעת זדורוב עדיין מתבססת על ידיעתו "פרטים מוכמנים", שהיו ידועים לחוקרי המשטרה.

גם היחס לשקרי הנאשם בחקירתו טעון שינוי. המחקרים מלמדים שחפים מפשע צפויים לשקר, מחשש הרשעה,²⁷ במיוחד כשחוקרי המשטרה משקרים לנחקרים שנמצאו ראיות מדעיות המפלילות אותם, כבחקירת זדורוב.²⁸ הנחקר צפוי להתיימש מהאפשרות

20 חלקם מבוססים על השוואות גנטיות של דגימות מזירות הפשע מול דגימות מגופם של אסירים, הנערכות במסגרת פרויקטים של חפות בארצות-הברית ובמיניוטה נוספות. לסקירת המחקרים ראו סנג'רו **הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 56-94; SANGERO, לעיל ה"ש 3, בעמ' 157-173.

21 סנג'רו "מלכת הראיות או קיסרית הרשעות השווא", לעיל ה"ש 4.

22 עניין **זדורוב**, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק-דינו של השופט עמית.

23 שם, פס' 46 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

24 השו: שם.

25 המבחן הוצע על ידי השופט הנדל בפסק-הדין בע"פ 4179/09 **מדינת ישראל נ' וולקוב** (פורסם בנבו, 18.10.2010). כך מתומצת המבחן על ידי השופט דנציגר בעניין **זדורוב**, לעיל ה"ש 1, בפס' 89 לפסק-דינו: "על פי המבחן המשולש, יש לבדוק שלושה היבטים בהודאת חוץ של נאשם: 'מי אמר', 'מה אמר', 'דבר מה' [ראו עניין וולקוב, פסקאות 3-4]. ההיבט הראשון עניינו זהותו של הנאשם שהודה. האם, למשל, משתייך הוא לאחת מן הקבוצות אשר לחבריה נשקף סיכון גדול יותר למסירת הודאות-שווא? ההיבט השני דורש התמודדות עם פרטי ההודאה: הגיונה הפנימי, סבירותה, רציפותה, מידת הקוהרנטיות שבה וכיוצא באלו. בתוך כך, יש ליתן את הדעת גם לשלב שבו הודה הנאשם במהלך החקירה, כאשר המטרה היא להתחקות אחר הדינמיקה החקירתית בהקשר זה. ההיבט השלישי, דרישת ה'דבר מה', אינו כרוך רק בבדיקת קיומה של תוספת ראייתית לצורך קבלת ההודאה, אלא מחייב לבחון אם קיים גם 'דבר מה חסר' או 'דבר מה סותר'; דהיינו, יש לבדוק אם ההודאה לוקה בחסר בנקודה חשובה או סותרת את שהתרחש בפועל בעניין מהותי".

26 המחקר הראשון, בו נבחנו 40 הרשעות-שווא על סמך הודאות-שווא, הוא: Brandon L. Garrett, *The Substance of False Confessions*, 62 STAN. L. REV. 1051 (2010); המחקר השני, בו נבחנו 23 הרשעות-שווא נוספות על סמך הודאות-שווא, הוא: Brandon L. Garrett, *Contaminated Confessions*, 193, 195-196 (2013); על התופעה של זיהום הודאות ראו גם: Richard A. Leo et al., *Revisited*, 101 VA. L. REV. (2015); Richard A. Leo, *Why*, 771-764 (2011), לעיל ה"ש 3, בעמ' 771-764.

27 בועז סנג'רו "השימוש בתחבולות ובמדובבים לשם גביית הודאות" **עלי משפט** ט 399, 416-414 (2011) (להלן: סנג'רו "השימוש בתחבולות").

28 ראו דברי שופט המיעוט דנציגר בעניין **זדורוב**, לעיל ה"ש 1, בפס' 6: "קושי נוסף בא לידי ביטוי בסוג הראיות שביחס אליו בוצעה ההטעיה. כאמור לעיל, הטעיה בדבר קיומן של ראיות מדעיות ואובייקטיביות המפלילות את החשוד, דוגמת מציאת דמה של המנוחה על חפציו, יש בה כדי להעצים את החשש מפגיעה באוטונומיית הרצון שלו בשל טיבן המדויק והמוחלט כביכול של ראיות אלה, אף בבסיבות בהן לא הוצגה לפניו ראיה ממשית בדויה לעניין זה".

בדומה, נקבע בדוח הנ"ל של האקדמיה הלאומית האמריקנית למדע, שאין כל בסיס מדעי לזיהוי באמצעות השוואה בין טביעות נעליים מהזירה לבין נעלי הנאשם.³⁵ ובכל זאת, כשהורשע זדורוב בבית-המשפט המחוזי בצרפת, קיבלו השופטים את התרשמותו הסובייקטיבית של ה"מומחה" המשטרתי בנושא הדמיון של טביעות הנעליים כראיה מדעית וביססו את ההרשעה גם עליה - בנוסף להודאה הבעייתית של זדורוב בפני המדובב ובפני החוקרים. סמוך לאחר פסק-הדין פרסמתי מאמר ביקורת בכתב-העת "הסניגור", בו הצעתי לראות בהשוואה של טביעות נעליים "מדע זבל".³⁶ בהמשך, בפרשת מצגורה, תיקן בית-המשפט העליון את הטעות שרווחה בתחום זה. השופט ניל הנדל בחן היטב את הספרות המדעית ואת עבודת ה"מומחה" המשטרתי, והבהיר שמשקל חוות-דעתו אפסי, משום שהיא אינה עומדת בסטנדרטים המדעיים והמשפטיים.³⁷ באמצע את הלכת מצגורה, ובאתרו פגמים קשים בעבודת ה"מומחה" המשטרתי, הבהיר שופט המיעוט יורם דנציגר בפסק-הדין בפרשת זדורוב, כי אין כל משקל לחוות-הדעת של "מומחה" זה באשר להתאמה הייחודית כביכול שמצא בין נעלי זדורוב לבין טביעות על מכנסי הקורבן.³⁸

אולם השופט עמית סבר אחרת. לשיטתו,³⁹ בעוד שראיה מדעית, כגון ד.נ.א., אכן חייבת לעמוד בסטנדרטים מדעיים, הרי שניתן לקבל עדויות מומחים על התרשמותם שאינה מבוססת על המדע, ואף לבסס עליהן הרשעות.⁴⁰ כך, בעוד שהשופט הנדל (בפסק-דין מצגורה) ראה בהעדר כל בסיס נתונים וסטטיסטיקה בתחום זה סממן לחוסר מדעיותו, מבחין השופט עמית (בפסק-דין זדורוב) בין מדע לבין "מומחיות" וסבור שכשם שאנו משווים בין שתי תמונות של אנשים ללא צורך בסטטיסטיקה, כך אין לדרוש סטטיסטיקה באשר לטביעות נעליים.⁴¹

לדעתי, ההשוואה שעורך השופט עמית מוטעית, משום שבעוד שמדמיון או השוני בין הפרצופים יכול השופט להתרשם בעצמו, באשר לטביעות הנעליים הוא אינו מסוגל לעשות זאת ללא ה"מומחה". הרי השופט עמית כותב: "אודה ולא אבוש, כי למעט

שיאמינו לו ולהודות הודאת-שווא בניסיון לקבל הקלה. אפשרות נוספת היא שכדי להסביר את "הראיות המפליגות" הנאשם מסתבך בשקרים.²⁹ אך יש לזכור שאין די בהוכחה שזדורוב שיקר, אלא נדרשת הוכחה שרצח. קריאת פסקי-הדין (שניים של המחוזי בצרפת ואחד של בית-המשפט העליון) אינה משכנעת לטעמי שהוכח כי זדורוב רצח. בוודאי לא מעבר לספק סביר כנדרש במשפט פלילי, ולהערכתי אפילו לא במאזן הסתברויות כנדרש במשפט אזרחי.³⁰

אם מבקשים אנו להפסיק לנהוג ככנות-יענה, המתעלמות מהמחקרים החדשים אודות הרשעת חפים מפשע על סמך הודאות-שווא, הכרחי לקבוע בחוק דרישת "סיוע" להודאה כתנאי להרשעה, וחשוב לטעמי כי חברי הכנסת ייחשפו למחקרים אלה לקראת הפעם הבאה בה תועלה להצבעה הצעת חוק בנושא.

ג. טביעות נעליים, "מדע זבל" והרשעת זדורוב

ראיות מדעיות, כהשוואת ד.נ.א., מקדמות את יכולת המשפט להגיע לאמת. אך ראיות המתחזות למדעיות, המוצגות על-ידי "מומחים", לעיתים שרלטנים, מחבלות ביכולת זו. דוח האקדמיה הלאומית האמריקנית למדע מ-2009 בוחן היטב את הראיות הפורנזיות המוגשות לבתי-המשפט ומזהיר מפני התחומים נטולי הבסיס המדעי.³¹ כך, למשל, באשר להשוואה מיקרוסקופית של שיער: בעבר הופיעו בבתי-המשפט "מומחים" מטעם המשטרה והתביעה וטענו שהשוו מבעד לעדשת המיקרוסקופ בין שיער מזירת הפשע לבין שיער שנלקח מהנאשם ומצאו ביניהם זהות. שופטים קיבלו עדויות אלה כמדעיות ונאשמים רבים נשלחו למאסר על בסיסן. אך כשפותחה השוואה גנטית של שיער, הוכח שכלל לא ניתן לזהות שיער באמצעות מיקרוסקופ. מדובר ב-"junk science".³² דוגמא נוספת היא זיהוי אדם על פי טביעת שיניים על גבי העור של הקורבן. לאחר שנאשמים רבים נשלחו למאסר על בסיס חוות-הדעת של אותם "מומחים" ולאחר שהאקדמיה הלאומית האמריקנית למדע קבעה שאין לתחום זה כל בסיס מדעי,³³ הוחלט לאחרונה במדינת טקסס לא רק להפסיק לקבל השוואה כזו כראיה במשפט, אלא אף לפתוח לדיון מחדש תיקים של הרשעות שהתבססו על "מדע זבל" זה.³⁴

29 סנ'ורו "השימוש בתחבולות", לעיל ה"ש 27, בעמ' 414-416.

30 לניתוח מפורט של הספקות שמוחיתה ההרשעה הראשונה ראו סנ'ורו "junk science", לעיל ה"ש 2.

Comm. on Identifying the Needs of the Forensic Sci. Cmty., Nat'l Acad. of Sci., Strengthening Forensic Sci. in the U.S.: A Path Forward (2009) (להלן: דוח NAS).

32 סנ'ורו **הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 125-135; בועז סנ'ורו ומרדכי הלפרט, "ראיות מדעיות מול 'junk science'", **עלי משפט** יא 425, 452-447 (2014); דוח NAS, לעיל ה"ש 31, בעמ' 160-161.

33 דוח NAS, לעיל ה"ש 31.

34 ראו דיווחים ב-NY Times: www.nytimes.com/2016/02/13/us/texas-panel-calls-for-an-end-to-criminal-ids-via-bite-mark.

35 blogs.wsj.com/law/2016/02/12/texas-commission-recommends-ban-on-bite-mark-evidence; WALL STREET JOURNAL: <http://www.wsj.com/articles/however-there-is-no-consensus-regarding-the-number-of-individual-characteristics-17-5-31>.

36 סנ'ורו "junk science", לעיל ה"ש 2. "However, there is no consensus regarding the number of individual characteristics needed to make a positive identification, and the committee is not aware of any data about the variability of class or individual characteristics or about the validity or reliability of the method. Without such population studies, it is impossible to assess the number of characteristics that must match in order to have any particular degree of confidence about the source of the impression"

37 ע"פ 1620/10 **מצגורה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנוב, 3.12.2013).

38 עניין **זדורוב**, לעיל ה"ש 1, פס' 341 לפסק-דינו של השופט דנציגר (סיכום הסוגיה) והדיון הנרחב שלפני כן.

39 בעוד שבאשר להחלטה להרשיע השופט עמית הוא משופטי הרוב, הרי שקביעתו באשר לטביעת הנעליים היא עמדת מיעוט, כך שהלכת מצגורה עומדת בעינה.

40 עניין **זדורוב**, לעיל ה"ש 1, פס' 38-40 לפסק-דינו של השופט עמית.

41 ש.מ.

השופט עמית מייחס חשיבות לכך ש"מול חוות דעתו של שור לא הציבה ההגנה, בשתי הערכאות, חוות דעת שניתן לאמצה".⁴⁹ פה קבור הכלב: בהתאם לשיטה ה"אדברסרית" תר השופט אחר הכרעה בין מומחה התביעה לבין מומחה ההגנה. אך כשלא מדובר במדע אלא ב"מדע זבל", לא תיתכן חוות-דעת שניתן לאמצה, זאת מתוך הגדרה ממש. על השופט לדחות את שתי חוות-הדעת. פה קבור הנאשם: בשל התייחסותו המוטעית לחוות-הדעת של ה"מומחה"-השופט לא כאל "מדע זבל" אלא כאל "מומחיות", מגיע השופט למסקנה שמדובר ב"ראיה נסיבתית עוצמתית",⁵⁰ כמעט מכרעת. גם לאחר שמטעמי זהירות הוא מוריד את משקלה ל"ראיה נסיבתית בעלת משקל בינוני",⁵¹ היא חוברת להודאתו הבעייתית של הנאשם ומוליכה למאסר עולם. קשה להשתחרר מהמחשבה שאחרי הכל, היידעונים-בודקי-הנעליים שוב חרצו גורלות.

אחרית דבר

הפסימיים יתמקדו בפסק-הדין של שופטי הרוב, המאשרים את הרשעתו של רומן זדורוב בעבירת הרצח חרף חולשת הראיות נגדו, תוך הסתפקות ב"מארג ראייטי"; תוך מתן משקל מופרז להודאה; ותוך קבלה על-ידי אחד מהם של "מדע זבל" כ"מומחיות" שבכוחה להפיל אדם.

האופטימיים יתמקדו בפסק-הדין של שופט המיעוט ד"ר יורם דנציגר, אשר העניק לחוות-הדעת של ה"מומחה"-השופט את המשקל האפסי הראוי לה; דרש "סיוע" להודאה (אם כי יש להקפיד יותר באשר לעצמאות, לאובייקטיביות ולמשקל הנדרש של ה"סיוע"); והציע לזכות מחמת הספק; ילכו בעקבותיו אל הפסיקות המרעננות החדשות שעליו הוא מתבסס, של השופט ניל הנדל, הן באשר למעמדה של ההודאה (לא עוד התמקדות רק ב"דבר מה נוסף", אלא חיפוש "דבר מה חסר" ו"דבר מה סותר") והן באשר למשקלה האפסי של השוואה של טביעות נעליים (הלכת מצגורה); פסיקות אשר תואמות יותר את המחקרים החדשים בתחום המשפט הפלילי; יישאו עיניהם אל הכנסת, בתקווה כי תתחיל בחקיקת דרישה של "סיוע" להודאה ותמשיך בשיפורים נוספים של משפטנו הפלילי;⁵² ויקוו לטוב.

טביעה מספר 1 התקשיתי לזהות את מה שראה המומחה שור, אך זו בדיקת תורתו-אומנות-נסיונו".⁴² בכך, בפועל, השופט ספק מפקיד - ספק מפקיר בידי ה"מומחה" את ההכרעה במשפט. אחת משתיים: או שמדובר במדע (כגון השוואה גנטית של ד.נ.א.) - שאז ניתן לסמוך על הראיה; או שלא מדובר במדע אלא בהתרשמות בלבד - שאז על השופט לדרוש מה"מומחה" להראות לו את שרואה ה"מומחה", ואם השופט אינו מצליח לראות זאת בעצמו - אל לו לקבל זאת כראיה. הרי אין טענה שמומחיותו של ה"מומחה" היא בכך שראייתו טובה משל השופט.

השופט עמית מסביר-מרגיע: "החשש [הוא] שמא חוות דעת של מומחה, אם מומחה בעל-שם או מומחה שרלטן, שהוצגה במונחים טכניים ומשכנעים, תקבל משקל-עודף על ידי חבר המושבעים".⁴³ אלא שהחשש שראיה לא מדעית המוצגת כמדעית תסנוור עיני שופטים קיים לא רק בארצות-הברית, אלא גם אצלנו.⁴⁴

נימוק נוסף אותו מביא השופט עמית הוא "חשיבות ההתרשמות הבלתי אמצעית של הערכאה הדיונית מהמומחה".⁴⁵ אך אין די בכך. אם לא מדובר במדע, נדרשת התרשמות ישירה של השופטים מהראיה עצמה ולא רק מהמומחה, אחרת מפקירים את גורל הנאשם בידי ה"מומחה".

מחקרים שנעשו על בסיס הנתונים שנאספו בפרויקט החפות האמריקני מלמדים על נטייה של מומחי המשטרה לייצר ראיות מפלילות, לעתים בתום לב תוך הפרזה במשמעות הממצאים ולעתים אפילו תוך הטעייה מודעת של בתי-המשפט.⁴⁶ בנוסף, יש אצלנו נטייה חזקה של השופטים להעדיף את מומחי התביעה על מומחי הסניגוריה, כפי שניתן לראות באופן קיצוני בשני פסקי-הדין של בית-המשפט המחוזי בצרפת אשר ניתנו בפרשת זדורוב.⁴⁷ למרבה השמחה, את היחס המחפיר למומחית האמיצה לרפואה משפטית, ד"ר מאיה פורמן-רזניק, כבר תיקנו בינתיים בזה אחר זה בית-הדין לעבודה, ראש המכון לרפואה משפטית ד"ר חן קוגל, נציבת הביקורת על הפרקליטות, השופטת בדימוס הילה גרסטל, ובית-המשפט העליון - הפעם פה אחד.⁴⁸

42 שם, פס' 46 לפסק-דינו של השופט עמית.

43 שם, פס' 41 לפסק-דינו של השופט עמית.

44 סנגירו **הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 105 ואילך.

45 עניין **זדורוב**, לעיל ה"ש 1, פס' 42 לפסק-דינו של השופט עמית.

46 ראו סקירת המחקרים אצל סנגירו **הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 135-139; וראו Brandon L. Garrett & Peter J. Neufeld, *Invalid Forensic*

Science Testimony and Wrongful Convictions, 95 Va. L. Rev. 1, 72 (2009).

47 ראו סנגירו "junk science", לעיל ה"ש 2, בעמ' 10.

48 עניין **זדורוב**, לעיל ה"ש 1, פס' 262-283 לפסק-דינו של השופט דנציגר; פס' 23 לפסק-דינו של השופט עמית; פס' 5 לפסק-דינו של השופט זילברטל.

49 שם, פס' 49 לפסק-דינו של השופט עמית.

50 שם, פס' 49 ו-56 לפסק-דינו של השופט עמית.

51 שם.

52 להצעות מפורטות לשיפור ראו SANGERO, לעיל ה"ש 3.