

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט

תקציר ♦ **מבוא** ♦ א. בטיחות במשפט הפלילי, על קצה המזלג 1. כללי 2. עקרון התאונות הנסתרות במשפט הפלילי ♦ ב. "השכל הישר" ו"ניסיון החיים" השיפוט 1. האומנם יש להשביט את מערכת המשפט עד שיהיו בידינו מחקרים על כל ראייה וראייה? 2. האומנם מיעוט מקרים מוכחים של הודאות שווה מצדיק את המשך ההסתמכות על הודאות? 3. גם "השכל הישר וניסיון החיים" אמורים ללמד שהודאה היא ראייה מפוקפקת 4. האם מבחני הפסיקה לבדיקת ההודאה מספקים? 5. האומנם הודאות השווה המתגלות מצויות ב"רף המוצהר של השיטה"? 6. חשיבות המודעות לתופעה של הרשעות שווה המבוססות על הודאות שווה 7. חשיבות העובדה שבתי המשפט אינם מסוגלים לזהות הודאות שווה ♦ ג. היבטים הסתברותיים בתגובת המגיבים 1. השגיאה החיובית שבהסתמכות על הודאות לשם הרשעה 2. ההסתברות האפריורית 3. השגיאה השלילית שבהוכחה באמצעות הודאות ♦ ד. "הערות שונות" 1. רציונליות ההודאות 2. טענת הכשל שביחס ההפוך שבין משקל ההודאה לבין משקל התוספת הראייתית הנדרשת 3. הצעת חקיקה המתנה חקירת חשוד בקיומו של חשד חזק ומבוסס נגדו ♦ ה. לפני סיום – פתח תקווה? ♦ אחרית דבר והמשכה של ידידות מופלאה

תקציר

במאמרנו "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)" סקרנו את הבעיות שבהסתמכות על הודאה כראיה להוכחת אשמתו של אדם; עמדנו על אפשרות התרחשותן של הודאות שווה ועל הקושי לזהותן בבתי המשפט; תיארנו מחקרים פסיכולוגיים רבים, לרבות מחקרים מעבדתיים על הודאות שווה ומחקרים שניתחו הודאות שווה שנחשפו במציאות; הראינו – באמצעות שימוש במודל הסתברותי – כי ראוי יותר להתייחס להודאה כאל תוספת ראייתית לראיות מוצקות אחרות (אם ישנן) וכי אין עוד לראות בה ראייה מרכזית להרשעה שחסרה לה רק תוספת ראייתית; הדגמנו תובנות אלו באמצעות המקרה של סולימאן אל עביד, אשר הורשע בדעת רוב באונס וברצח של

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

בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט

חנית קיקוס ז"ל. על בסיס המודל ההסתברותי, הראינו כי בהרשעת סולימאן אל עביד הגיע כשל החלפת ההתניות לממדים קיצוניים. בתגובתם למאמרנו שכותרתה "כמה שוקלת הודאה?" – עיון מחודש בשאלת משקלן הבייסיאני של הודאות נאשם – תגובה למאמרם של מרדכי הלפרט ובועז סנג'רו, מחקרי משפט כו(3),¹ הסכימו דורון מנשה ושי אוצרי לחלק מן התובנות העולות ממאמרנו, ובפרט לניתוחנו את פרשת אל עביד. אלא שהם טענו שהמחקרים שעליהם אנו מסתמכים אינם מוכיחים באופן מלא את הביקורת הכללית שלנו על השימוש המקובל בהודאה לשם הרשעה. מסקנתם המבוססת על "ניסיון החיים" ו"השכל הישר" היא כי ההודאה, גם אם איננה "מלכת הראיות", עודנה ראיה טובה למדי. בתשובתנו הנוכחית אנו מתייחסים להשגות, ובין היתר מבקרים את השימוש המופרז ב"ניסיון החיים" ובי"שכל הישר" לשם הרשעת נאשמים. זאת ועוד, אנו בוחנים שימוש זה לאור גישה תאורטית חדשה למשפט הפלילי, הגישה הבטיחותית, גישה שפיתחנו במקומות אחרים. מסקנתנו היא כי בכל זאת יש לבצע היפוך בתפיסת ההודאה.

מבוא

במאמרנו "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)",¹ סקרנו את הבעיות שבהסתמכות על הודאה כראיה להוכחת אשמתו של אדם, עמדנו על אפשרות התרחשותן של הודאות שווא ועל הקושי לזהותן בבתי המשפט ותיארנו מחקרים פסיכולוגיים רבים, לרבות מחקרים מעבדתיים על הודאות שווא ומחקרים שניתחו הודאות שווא שנחשפו במציאות. לאור מחקרים אלו ולאור האפשרות של הודאת שווא, ערכנו תחשיב הסתברותי עבור ראיות אלו. הראינו כי ראוי יותר להתייחס להודאה כאל תוספת ראייתית לראיות מוצקות אחרות, אם ישנן, וכי אין עוד לראות בה ראיה מרכזית להרשעה שחסרה לה רק תוספת ראייתית. אי-הבאה בחשבון של ניתוח הסתברותי כזה, עלולה להוביל (ואף הובילה) לכשל החלפת ההתניות ולהרשעה מוטעית על סמך הודאה. הדגמנו תובנות אלו באמצעות מקרה סולימאן אל עביד,² אשר הורשע בדעת רוב באונס וברצח חנית קיקוס ז"ל, והראינו כי הכשל בהרשעה במקרה זה הגיע לממדים קיצוניים. תורת ההסתברות מלמדת, כי ישנה הסתברות גבוהה מאוד שסולימאן אל עביד חף מפשע, וודאי שאשמתו לא הוכחה מעבר לספק סביר.

1 מרדכי הלפרט ובועז 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 (2010) (להלן: מאמרנו הראשון).

2 ת"פ (מחוזי ב"ש) 76/93 מדינת ישראל נ' אל עביד, פדאור 94(3) 550 (1994); ת"פ (מחוזי ב"ש) 76/93 מדינת ישראל נ' אל עביד, דינים מחוזי כו(4) 274 (1996); ע"פ 2109/96 אל עביד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 673, 693 (1997); דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 736, 856 (1998).

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

להרשעת סולימאן אל עביד חשיבות עצומה בעינינו. המקצועיות הנדרשת משופט איננה מתבטאת רק בזיכוי של אדם שהוכח כי הוא חף מפשע, אלא בזיכוי של אדם שהראיות נגדו יוצרות הסתברות אשמה ברמה של 90%, שאינה אמורה להיחשב כמצדיקה הרשעה.³ העובדה שסולימאן אל עביד – אדם שהסתברות חפותו גבוהה מאוד וזועקת לשמים – הורשע מלמדת שהסכנה להרשעת שווא על סמך הודאת שווא היא עצומה. ואכן, עמדת שופטי הרוב בפסק הדין בעניין אל עביד צוטטה בפסיקות מאוחרות כתמיכה להרשעות על סמך הודאות מפוקקות אחרות.⁴

לאחר כתיבת המאמר, הועברה לידינו תגובתם של דורון מנשה ושל שי אוצרי (להלן: "המגיבים").⁵ חרף הסכמתם עמנו בכמה עניינים, לרבות ניתוחנו את כשל החלפת ההתניות באשר להודאות וניתוחנו את פרשת אל עביד, המגיבים חולקים עלינו באשר לתזה המרכזית, ובמילותיהם: "בניגוד למחברים, כאשר אנו בוחנים את ערכה של ההודאה בכלים שברשותנו – כלי ניסיון החיים והשכל הישר – אנו סבורים (בדומה לעמדה המקובלת בפסיקה) כי הודאה, גם אם אינה מלכת הראיות, היא עדיין ראייה טובה למדי (וודאי שלא רק תוספת ראייתית לראיות מרכזיות אחרות)".⁶

3 בועז סנג'רו ואיתי ליפשיץ "הרשעה: רק פה אחד" עלי משפט ח 337, 338-340 (2010).

4 כך למשל, במשפט החוזר לנאשמים ברצח דני כ"ץ ז"ל, נכתב כך: "בדנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 736, 833 (1998) (להלן: ענין אל עביד), נאמר מפי כב' השופט חשיין: "מלכת הראיות" – כך כונתה לעתים הודאתו של נאשם בחקירת משטרה. וגם אם לא מלכה-על-כס היא, "נסיכת ראיות" היא, מאותן ראיות ראשונות במלכות. מי כמונו, היושבים לדין יום-יום, יודעים זאת... ברגיל, אין אדם משים עצמו רשע; ק"א: אין אדם מודה כי עבר עבירה פלונית אלא אם עבר אותה עבירה. חוכמת-הלב לימדה אותנו, שאין אדם עושה עצמו רשע במקום שהוא צדיק. בייחוד אמורים הדברים בחמורות שבעבירות, באותן עבירות השולחות אדם לשנים ארוכות אל בית האסירים. אין זו הנחה משפטית. אין זו חזקה חלוטה. הנחה של שכל-ישר היא, הנחה המייסדת עצמה על טבע האדם" (תפ"ח (מחוזי ת"א) 5052/99 מדינת ישראל נ' קוזלי, אתר נבו (25.2.2002) (להלן: עניין קוזלי במחוזי)). פרשנותו של השופט חשיין לכלל מן ההלכה היהודית שלפיו "אין אדם משים עצמו רשע" היא כידוע היפוך משמעותו האמתית של הכלל, שלפיו הודאה איננה מתקבלת כראיה לאשמתו של אדם – ראו אהרן קירשנבאום הרשעה עצמית במשפט העברי – ההודאה בפלילים וההפלה העצמית בהלכה היהודית (התשס"ה).

5 דורון מנשה ושי אוצרי "כמה שוקלת הודאה?" – עיון מחודש בשאלת משקלן הבייסיאני של הודאות נאשם – תגובה למאמרם של מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו, מחקרי משפט כו(3) "מחקרי משפט כו 503 (2011) (להלן: המגיבים, התגובה).

6 שם, בעמ' 506.

בבסיס התגובה עומדות כמה טענות מרכזיות:⁷ (א) הטענה כי "יחס הנראות" (כוחה הראייתי של ההודאה) משתנה ממקרה למקרה וכי יחס הנראות של ראיית ההודאה גבוה מן המתואר במאמרנו; (ב) הטענה כי ההסתברות האפריורית (על בסיס הראיות האחרות שמלבד ההודאה) בדרך כלל גבוהה מכפי שאנו מעריכים במאמרנו; (ג) בהתבסס על הנחות שונות, ערכו המגיבים טבלאות ובהן הסתברויות אפוסטריוריות גבוהות מאלו שאנו הערכנו במאמרנו; (ד) הטענה כי כאשר מביאים בחשבון את אפשרויות א, ב ו-ג, אזי גם אם תיתכן טעות, הרי היא נכללת ב"רף המוצהר של הטעות" הקיימת במערכת המשפט הפלילי. מרבית טענותיהם של המגיבים נסמכות על "ניסיון החיים והשכל הישר". כתוצאה מכך, תגובתם איננה מגובה באסמכתאות ממחקרים אמפיריים. הם ממעיטים מערכם של מחקרים אמפיריים מסוימים שהצגנו במאמרנו ומתעלמים לחלוטין מאלו אשר שומטים כליל את הבסיס שמתחת למסקנותיהם. ההתבצרות בגישת "השכל הישר וניסיון החיים" – שמעולם לא זכתה לביסוס כלשהו – היא בגדר טמינת הראש בחול, תוך התעלמות מוחלטת מן הספרות המחקרית העצומה המצביעה על הסיכונים הרבים שבהתבססות על הודאות במשפט הפלילי.

בתשובתנו נסביר מדוע אין להמשיך ולהסתמך עוד על "השכל הישר" הישן ועל "ניסיון החיים" המיושן כדי לנתח את ההודאה כראיה, אלא יש לבצע התאמה מחשבתית למידע המחקרי הרב של שנות האלפיים. אפילו אם ידע זה איננו מושלם, עדיין עדיף הוא על פני גישה עיוורת שמתבססת על נוחות המערכת בהסתמכות על הודאות. יתרה מכך, גם כאשר בודקים את ההודאה בכלי השכל הישר וניסיון החיים, קשה מאוד להבין את המשקל המופרז המיוחס לראיה זו. השכל הישר דווקא מלמד כי שיטות התשאול המקובלות כיום בחקירה, אשר מטרתן המוצהרת היא להפעיל לחץ על הנחקר להפללה עצמית, לשבור את התנגדותו ולחלץ ממנו הודאה, עלולות לגרום וגורמות בפועל לחפים רבים להודות.⁸ אנו נסקור

7 חלק מטענות אלה בא לידי ביטוי בתגובות קודמות של המגיבים באשר למאמרים קודמים שלנו, העוסקים בניתוח בייסאני של ראיות מדעיות: מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו "מדוע אין להסתפק בבדיקת סמים לשם הרשעה?" *רפואה ומשפט* 123 37 (2007) (להלן: הלפרט וסנג'רו "מדוע אין להסתפק בבדיקת סמים"); דורון מנשה ושי אוצרי "מחשבות נוספות על המאמר 'מדוע אין להסתפק בבדיקת סמים לשם הרשעה?' " *רפואה ומשפט* 130 37 (2007); מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו "בכל זאת אין להסתפק בבדיקת סמים לשם הרשעה" *רפואה ומשפט* 166 38 (2008); מנחם טסה "הערות לסיכום המחלוקת" *רפואה ומשפט* 176 38 (2008); בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט "הסכנה שבהרשעה על סמך נשיפה (על בדיקת הנשיפה המתיימרת לאתר נהיגה בשכרות)" *הפרקליט – ספר דיני וינר על משפט פלילי ואתיקה* 313 (2009) (להלן: סנג'רו והלפרט "הסכנה שבהרשעה על סמך נשיפה"); דורון מנשה ושי אוצרי "בדיקת שכרות ללא חשד סביר – הרהורים על החוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 72), התשס"ו-2005" *הפרקליט – ספר דיני וינר על משפט פלילי ואתיקה* 349 (2009); בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט "בכל זאת אין לבצע את בדיקת הנשיפה ללא חשד סביר; ובוודאי שמסוכן לבסס הרשעה עליה לבדה – תשובה לתגובתם של דורון מנשה ושי אוצרי" *הפרקליט – ספר דיני וינר על משפט פלילי ואתיקה* 373 (2009).

8 GISLI H. GUDJONSSON, THE PSYCHOLOGY OF INTERROGATIONS AND CONFESSIONS: A HANDBOOK 7-10 (2003) (להלן: GUDJONSSON, PSYCHOLOGY). להערכתם של Leo

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

בתשובתנו, על קצה המזלג, שיטות תשאול אלו. כמו כן נבחן את טיעוני המגיבים שלפיהם ההודאה היא "ראיה טובה למדי" אל מול מקרים של הודאות ושל הודאות שווא במשפט הישראלי. מסקנתנו היא כי השימוש בראיה זו, כפי שהוא רווח כיום, הוא עצימת עיניים ועיוורון מכוון, נטילת סיכונים בלתי-סבירים ולמעשה מודעות לאפשרות של הרשעת חפים מפשע.

מערכת אכיפת החוק – החל בחוקרי המשטרה, דרך התובעים וכלה בשופטים – ואף המגיבים עצמם, מוכנים להסתמך על ראיה כה בעייתית כמו ההודאה. לדעתנו, ההסבר לכך נעוץ בהיעדר מודעות לצורך בטיחות במשפט הפלילי ובפרט ל"עקרון התאונות הנסתרות", שעליו נרחיב את הדיבור. רעיונות אלו הם רעיונות חדשים בתחום המשפט. לאור חשיבותם, נפתח את תשובתנו לתגובת המגיבים בסקירה קצרה של נושא זה. לאחר מכן, נגיב לטענותיהם אחת לאחת.

א. בטיחות במשפט הפלילי, על קצה המזלג

נושא חדש זה פותח בשנים האחרונות בידינו ובידי אחרים – הן באשר לראיות מדעיות והן באשר למשפט הפלילי בכללותו – בכמה מאמרים.⁹ מפאת קוצר היריעה, נביא על קצה המזלג עקרונות חשובים שישמשו אותנו בתשובתנו למגיבים.

1. כללי

לשיטתנו, מערכת המשפט הפלילי היא מערכת בטיחות קריטית ("safety critical system"): היא עוסקת בחיים ובמוות ממש, וטעות בה (הרשעת שווא) עלולה לגרום נזק איום לפרט

Richard A. Leo & Richard J. Ofshe, הודאות שווא מתרחשות באופן שגורתי. ראו, *Missing the Forest for the Trees: A Response to Paul Cassell's "Balanced Approach" to the False Confession Problem*, 74 DENV. U. L. REV. 1135, 1137 (1997).

9 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, 71-74 (2009) (להלן: Halpert & Sangero, *Safety-Critical System*); William C. Thompson, *Beyond Bad Apples: Analyzing the Role of Forensic Science in Wrongful Convictions*, 37 Sw. L. REV. 1027, 1031 (2008); Boaz Sangero & Mordechai Halpert, *Toward Safety in the Criminal Justice System* (in progress) (להלן: Sangero & Halpert, *Toward Safety*); הלפרט וסנג'רו "מדוע אין להסתפק בבדיקת סמים", לעיל הערה 7; סנג'רו והלפרט "הסכנה שבהרשעה על סמך נשיפה", לעיל הערה 7, בעמ' 337-347; בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט "זהירות – טעויות בבדיקות! על הצורך ברגולציה בתחום הראיות המדעיות ובגנות הצ"ח חזקת אמינות למכשירי אכיפה" (צפוי להתפרסם בספר *הרשעות שווא בישראל* בעריכת רונית פלד, אפרת שהם ומאיר כרמון) (להלן: סנג'רו והלפרט "טעויות בבדיקות").

בועז סנגירו ומרדכי הלפרט

ולחברה.¹⁰ הרשעת שווא נחשבת בעינינו כתאונה, בדיוק כמו שהתסקות מטוס קרב היא תאונה. הנזקים שנגרמים מתאונה כזו הם עצומים. נדגים את הדברים במקרים הבאים: James Bain הורשע בשנת 1974 בעבירות של חטיפת ילד ואיננוס.¹¹ בזמן מעצרו הוא היה בן 19, והוא נידון למאסר עולם. בדצמבר 2009, 35 שנים לאחר שנכלא בגין עבירות שכלל לא ביצע, הוא זוכה מכל אשמה ושוחרר. Michael Evans ו-Paul Terry היו בני 17 בזמן מעצרו באשמת רצח ואיננוס ילדה בת 9.¹² הם הורשעו ונידונו ל-400 שנות מאסר.¹³ בשנת 2003, לאחר 27 שנות מאסר, הם זוכו ושוחררו. שופטי הרוב בתביעת הפיצויים שהגיש Evans, הגם שדחו את תביעתו, קבעו כך:¹⁴

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 הוא טרגדיה בפרופורציות קיצוניות ונוראיות, ולא רק מקרים כשל James Bain, של Michael Evans ושל Paul Terry. גם כאשר נאשם מזוכה לבסוף מעבירה, לעתים הדבר קורה רק לאחר שהוא היה נתון במעצר במשך כמה שנים.¹⁵ גם אישום שווא שבסופו של דבר מסתיים בזיכוי ללא מעצר עד תום

10 הגדרות למערכת 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)). נוספות, ראו Halpert & Sangero, *Safety-Critical System*, לעיל הערה 9, בעמ' 70-71.

11 Innocence Blog: 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.com, Dec. 17 2009, www.cnn.com/2009/CRIME/12/17/florida.dna.exoneration/index.html

12 Center on Wrongful Convictions, *Michael Evans & Paul Terry: Two-thirds of Their Lives Behind Bars for a Crime They Did Not Commit*, www.law.northwestern.edu/wrongfulconvictions/exonerations/ilEvansTerrySummary.html

13 *Evans v. Katalinic*, 445 F.3d 953, 955 (7th Cir. 2006). נציין שלא מדובר בטעות הדפסה: אכן מדובר בארבע מאות שנות מאסר.

14 *Evans v. City of Chicago*, 513 F.3d 735, 747 (7th Cir. 2008)

15 לדוגמה מן הזמן האחרון, ראו את המקרה של אפרים כהן: כהן היה במעצר במשך שלוש שנים עד שזוכה מרצח יום טוב דוויק, מאבטח סופרמרקט “חצי חינם” (תפ”ח (מחוזי ת”א) 1052/07 מדינת ישראל נ’ לוי, אתר נבו (10.2.2010)). אף שלא היה לו עבר פלילי, תסקיר המעצר קבע שהוא מסוכן, ומעצרו הוארך שוב ושוב עד ליום מתן פסק הדין (בש”פ 3329/09 מדינת ישראל נ’ לוי ואחרים, אתר נבו (28.4.2009)). על פי העיתונות, המסעדה שהייתה בבעלותו של כהן לפני מעצרו נסגרה, והוא צוטט כאומר “לחירות אין מחיר, וכשהיא נלקחת הסכום הכי גדול לא שווה אותה ואת תחושת החופש” (ליאת לוי “הצעיר שזוכה מרצח משחזר שלוש שנים ארוכות בכלא” זמן חולון בת ים (www.nrg.co.il/online/54/ART2/066/660.html) 23.2.2010).

ההליכים עלול להיות טרגדיה עצומה.¹⁶

ההשוואה להתרסקות מטוס קרב איננה רק מטפורית. כאשר מכמתים את הנזקים לערכים כלכליים, ההשוואה היא ראלית. כך למשל לאחרונה, בעניין *Limone* אושר פסק דין אשר העניק 101,750,000 דולרים כפיצויים לארבעה אנשים שהורשעו בהרשעת שווא, לבנות-הזוג שלהם ולילדיהם.¹⁷ אלו הם סכומים שערכם מגיע לשוויו של מטוס קרב מתקדם בשנות האלפיים. לפיכך לא תהיה זו הפרזה אם נדרוש בתחום הפלילי שימוש באמצעי בטיחות מסוג האמצעים שבהם משתמשים בפיתוח מטוסי קרב מודרניים.¹⁸ ודאי שחובה להשתמש באמצעי בטיחות אחרים, שעלותם אפסית. המדינה חבה חובת זהירות לאלו שהיא מעמידה לדין, בפרט משום שהיא עצמה יוצרת את הסיכון.¹⁹

זהירות ובטיחות במשפט הפלילי אינן רק הגבהת סף הספק הסביר באופן שמספר המזוכים יגדל על חשבון מספר המורשעים.²⁰ זהירות היא השקעת משאבים ואמצעים בטיחותיים סבירים – כאלו שעלותם פחותה מתוחלת הנזק – באופן שגם מספר הרשעות השווא יקטן וגם מספר זיכויי השווא יקטן. ואכן, בדיני הנויקין נוסחתו של השופט Learned Hand קובעת כי התנהגותו של המזיק אינה סבירה כאשר שיעור הנזק, בהתחשב בהסתברות

16 ראו את מקרה *Steve Gary Titus*, דורון מנשה ורביע עאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" *משפטים* לה 205, 206-207 (2005).

17 *Limone v. United States*, 579 F.3d 79, 102 (1st Cir. 2009). גם בישראל נפסקו סכומים לא מבוטלים. בפרשת "מע"ץ" נפסקו לארבעת מורשעי השווא יחדיו פיצויים בסכום כולל העולה על 12,000,000 שקלים חדשים, בשל הכרעת דין שגויה אחת (ת"א (מחוזי ת"א) 1168/01 הררי נ' מדינת ישראל, אתר נבו (8.6.2005)). לגדעון הררי נפסק סך של 4,565,000 שקלים חדשים בגין 64 חודשי מאסר שווא; ליעקב בלדוט נפסק סך של 1,784,000 שקלים חדשים בגין 25 חודשי מאסר שווא; לאורי גולברג נפסק סך של 3,639,000 שקלים חדשים בגין 51 חודשי מאסר שווא; ליוסף רחימי נפסק סך של 2,168,000 שקלים חדשים בגין 24 חודשי מאסר. בפרשה אחרת, נפסק לרגב שוובר סכום העולה על 2,000,000 שקלים חדשים כפיצויים בגין 88 ימי מעצר. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1173/06 שוובר נ' מדינת ישראל, אתר נבו (3.6.2010). כן ראו בועז סנג'רו "פשעי שוטרים, רשלנות תובעים, אופטימיות שופטים והרשעת חפים מפשע (יש ללמד את פסק הדין של השופט דליה גנות בעניין שוובר בהשתלמויות חוקרים, תובעים ושופטים)" *הסניגור* 158 4 (2010) (להלן: סנג'רו "פשעי שוטרים"); בועז סנג'רו "אני מאשים גם את השופטים" *הסניגור* 159 5 (2010) (להלן: סנג'רו "אני מאשים").

18 ההצדקה לשימוש בבטיחות בתחום פיתוח מטוסי קרב היא עלות מול תועלת. יהיה זה יקר מדי לא להשתמש בבטיחות. אם מחיר עלות תכנית הבטיחות כולה נמוך ממחירו של מטוס אחד, והיא תמנע התרסקות מטוס אחד בלבד – הדבר משתלם כלכלית.

19 על דוקטרינת *State-Created Danger*, אשר יכולה להטיל חבות על המדינה כאשר היא בפעולותיה יוצרת סיכון, ובפרט במקרים שבהם רשויות אכיפת החוק התרשלו, ראו למשל *Laura Oren, Safari Into the Snake Pit: The State-Created Danger Doctrine*, 13 WM. & MARY BILL RTS. J. 1165 (2005).

20 ראו את המקורות שבהערה 9 לעיל.

התרחשותו, עולה על ההוצאות למניעתו.²¹ אלו האמצעים שהכרחי לדעתנו לנקוט גם בתחום המשפט הפלילי.

מדע הבטיחות איננו מסתפק בלמידה מניסיון כדי למנוע תקלות בעתיד.²² למידה מניסיון יכולה לסייע לנו למנוע תקלות מסוג התקלות שכבר התרחשו. היא איננה יכולה למנוע תקלות מסוג אחר. מחיר הלמידה מן הניסיון בתחומים רבים נמצא יקר מדי. מניעת תאונות לפני שהן מתרחשות, באופן שיהיה אפשר לחסוך מחיר יקר זה, הפכה להיות מטרה ראשית של תחום הבטיחות.²³

אולם המושג בטיחות כלל אינו מוכר בתחום המשפט הפלילי. מדובר בתחום שבו הרשלנות ואף המודעות לאפשרות של הרשעת השווא ממוסדות ממש.²⁴ אפשר להיווכח בכך בכל הקשור לראיות מדעיות. המכשירים שמהם מפיקים ראיות מדעיות דומים מאוד למכשירי אבחון רפואיים. על כן אפשר לבצע השוואה בין הבטיחות בתחומים השונים. ההשוואה מלמדת על פער בלתי נסבל באשר לדרישות הבטיחות: בעוד שיצרני מכשירים רפואיים כפופים בעולם לרגולציה קפדנית המבוססת על מדע הבטיחות המודרני, מעמדם של יצרני מכשירים שמהם מפיקים ראיות מדעיות – כמו ערכה לבדיקת דנ"א (DNA) – העלולים לבדם לחרוץ את דינו של אדם למוות (בארצות הברית) או לכליאתו לכל חייו (בישראל), הוא כמעמד יצרני צעצועים. הם פטורים מכל פיקוח.²⁵ יתרה מכך, יצרנים מתריעים על כך שאין להשתמש במכשירים שמהם מפיקים ראיות מדעיות לצורכי אבחון רפואי.²⁶

בעוד שרגולציה על יצרני ציוד שממנו מפיקים ראיות מדעיות היא אמצעי בטיחות מקובל בתחומים רבים, אין שום הסבר מתקבל על הדעת מדוע היא אינה נהוגה בתחום

21 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 85-88 (1987). בפסיקה הישראלית, ראו ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, דינים עליון סו 664, פס' 16 לפסק דינו של השופט ברק (2004). וראו גם את הקביעה כי "האדם הסביר אינו רק האדם היעיל. זהו גם האדם הצודק, ההוגן והמוסרי. זהו האדם הדואג לעצמו, לזולתו ולציבור, ואף כל אלה אינם משקפים את מלוא מורכבותו" (שם). וראו גם שם, בפס' 3, 4 ו-6 לפסק דינו של השופט ריבלין. וכן רע"א 1700/10 דוביצקי נ' שפירא, אתר בית המשפט העליון (20.5.2010), פס' ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין, elyon1.court.gov.il/verdictssearch/HebrewVerdictsSearch.aspx.

22 Paul S. Ray, Halpert & Sangero, *Safety-Critical System*, in ADEDEJI B. BADIRU, HANDBOOK OF INDUSTRIAL AND SYSTEMS ENGINEERING 9.1 (Adedeji B. Badiru ed., 2006).

23 Halpert & Sangero, *Safety-Critical System*, לעיל הערה 9, בעמ' 71.

24 שם.

25 שם.

26 במדריך למשתמש מטעם היצרן (Applied Biosystems) של ערכת דנ"א מסוג "SGM PLUS", אשר נמצאת בשנים האחרונות בשימוש מעבדות המשטרה בישראל והממשות להוכחת אשמתם של נאשמים, כותב היצרן באותיות מודגשות כך: "For Research, Forensic and Paternity Use Only. Not for use in diagnostic procedures" *AmpFISTR® SGM Plus, PCR Amplification Kit User's Manual 2* (2006). עניינו הרואות כי מה שנחשב מתאים להרשעת אנשים ולשליחתם למאסר עולם, ובארצות הברית אף להוצאתם להורג, לא נחשב אמין מספיק לצורכי אבחון רפואי.

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

המשפט הפלילי. האם חייו של נאשם שנגזר עליו דין מוות או חירותו של אדם שכל חייו הבוגרים עוברים עליו מאחורי הסורגים צריכים להטריד אותנו פחות מבטיחותה של גרב אלסטית שחייבת ברגולציה או אפילו מן האפשרות של תאונה רפואית שתגרום למוות או לחבלה חמורה?

בטיחות איננה קיימת במשפט הפלילי, גם בראיות שאינן מדעיות. כך למשל, משנות השבעים פורסם מספר רב של מחקרים פסיכולוגיים ניסיוניים הנוגעים לסכנת השגיאה בעדות ראייה.²⁷ פורסמו אף נהלים לביצוע מסדרי זיהוי, אשר עשויים להפחית באופן דרמטי את סכנת הזיהוי השגוי, מבלי לפגוע כמעט ביכולת לזהות עבריינים אמיתיים.²⁸ עלות השימוש בנהלים אלו היא אפסית.²⁹ השימוש בנהלים כאלו הוא אמצעי בטיחות לכל דבר ועניין. אי-שימוש בהם הוא לא רק רשלנות, אלא אף מודעות לאפשרות של הרשעת השווא. אף שמחקרים מאירי עיניים הקוראים לרפורמה פורסמו גם בישראל, טרם היה שינוי כלשהו בעניין.³⁰

מדוע כך הם פני הדברים? מדוע מערכת המשפט הפלילי נתפסת בידי חוקרים רבים כמערכת רשלנית?³¹ מדוע אין ננקטים בה אמצעי בטיחות סבירים אשר מקובלים בתחומים רבים אחרים? מדוע בתי המשפט מקפידים כל כך על בטיחות וזהירות כלפי נאשמים אשר מואשמים בהפרת חובת הזהירות,³² בעוד שבעקרונות המנחים את מערכת המשפט הפלילי אפשר למצוא רשלנות רבה ואף מודעות לאפשרות של הרשעת חפים מפשע? התשובה לכך

Gary Wells, *Eyewitness Identification: Systemic Reforms*, Wis. L. REV. 615 (2006) 27

שם. 28

שם. 29

מנשה ועאסי, לעיל הערה 16, בעמ' 206-207; אברהם לוי "התייחסות קצרה ואוהדת לטעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" *"משפטים"* 471 (2005); אברהם מ' לוי "על האמינות הנמוכה של מסדרי זיהוי" *הסניגור* 49 (2001). 30

James S. Liebman, Jeffrey Fagan & Valerie West, *A Broken System: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995* (2000), www.fedcrimlaw.com/members/DeathPenalty/ErrorRates-DeathPenalty.pdf, reprinted in part in James S. Liebman, Jeffrey Fagan & Valerie West, *Capital Attrition: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995*, 78 TEX. L. REV. 1839 (2000); James S. Liebman, Jeffrey Fagan, Andrew Gelman, Valerie West, Garth Davies & Alexander Kiss, *A Broken System, Part II: Why There Is So Much Error in Capital Cases and What Can Be Done About It?* (2002), available at www2.law.columbia.edu/brokensystem2/report.pdf 31

ראו למשל את פסק הדין שניתן בבקשות שבר-ע"פ 1426/05 דומי נ' מדינת ישראל, אתר נבו (1.9.2008) ובר-ע"פ 1007/05 מדינת ישראל נ' בוחבוט ואח', אתר נבו (1.9.2008). במקרה זה דובר בחלון בבית ספר שאמנם עמד בתקן, ולא היו ידועים מקרים בעבר שבהם ילדים נפלו מחלון שכזה. ואולם הילדה אמיליה כהן ז"ל נפלה ממנו. השופט ג'ובראן קבע כך: "כפי שעולה מדיוננו עד כה, האדם הסביר בתפקיד המקביל לזה של דומי, צריך היה להיות מודע למסוכנותו של החלון, החורגת משאלת תקינותו על פי ההוראות". שם, בסעיף 44 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. 32

מצויה לדעתנו בעקרון התאונות הנסתרות במשפט הפלילי, שעליו עמדנו בהרחבה במקום אחר³³ ואשר נעמוד עליו בקצרה בסעיף הבא.

2. עקרון התאונות הנסתרות במשפט הפלילי

התשובה לשאלות שבפסקה הקודמת נעוצה לדעתנו בהבדל משמעותי שבין תחום המשפט לתחומי ההנדסה והרפואה. בתחומים האחרים מבחינים בתאונות, ומכל מקום ניתן לחקן. ידוע וגלוי הוא, כי מטוס הקרב התרסק. ידוע וגלוי הוא, כי הגשר קרס. ידוע וגלוי הוא, כי אבחון דלקת התוספתן היה שגוי, שכן בפעולה כירורגית להסרת התוספתן הוברר כי הוא תקין ואיננו דלקתי.³⁴ העובדה שהתאונה ושהנזקים כתוצאה ממנה גלויים, הובילה כבר בשנות הארבעים של המאה הקודמת³⁵ לפיתוחו של מדע הבטיחות המודרני וליישומו, על מנת להפחית פגמים במוצרים ונזקים הנלווים להם.³⁶

אם נתייחס בתחום המשפט הפלילי להרשעת שווא כאל תאונה,³⁷ הרי תאונות כאלו בדרך כלל אינן מתגלות.³⁸ אין "תקן זהב" שבעזרתו ניתן לקבוע לאחר הרשעה כי היא הייתה שגויה. אילו היה כזה, היו משתמשים בו כבר במהלך המשפט.³⁹ דברי נאשם לאחר הרשעתו, שלפיהם הוא חף מפשע, נתקלים בחוסר אמון מוחלט – הרי בית משפט קבע שהוא אשם.

33 ראו את המקורות שבהערה 9 לעיל.

34 ראו אריאל פרקש מה השיעור הרצוי של תוספתן לבן? חיפוש השיעור האופטימאלי של ניתוחים בחשד שווא לדלקת התוספתן בעזרת מודל פורמלי של ניתוח החלטות (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לרפואה", האוניברסיטה העברית והרסה ירושלים, 2005) www.hadassah-med.com/NR/rdonlyres/7051268D-5704-46B2-902C-436CC4F3B36C/5171/Louis_Graff,_John_Russell,_John_Whatisthedesirableofawhiteappendix1.pdf Seashore, Jan Tate, Ann Elwell, Mark Prete, Mike Werdmann, Rachel Maag, Charles Krivenko & Martha Radford, *False-Negative and False-Positive Errors in Abdominal Pain Evaluation: Failure to Diagnose Acute Appendicitis and Unnecessary Surgery*, 7 ACAD EMERG MED. 1244 (2000).

35 Halpert & Sangero, *Safety-Critical System*, לעיל הערה 9, בעמ' 71-72.

36 שם, בעמ' 71-74.

37 תוך שימוש בטרמינולוגיה מתחום ה-Organizational Theory, ו"תאוריית התאונה הנורמלית" (Normal Accidents Theory), מכנה Thompson הרשעת שווא כ-"system failure": "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 הערה 9, בעמ' 1031).

38 Halpert & Sangero, *Safety-Critical System*, לעיל הערה 9, בעמ' 85.

39 Samuel R. Gross, *Convicting the Innocent*, 4 ANNU. REV. LAW SOC. SCI. 173, 175 (2008): "False convictions are not merely unobserved, but in most cases are also unobservable. The problem is not simply that we do not know for sure whether a particular prisoner is innocent. We also may not know for sure whether he is HIV positive, but we can test him, or the prison population as a whole, or a random sample. There is no general test for the accuracy of criminal convictions. If there were, we would use it at trial"

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

לפיכך ייתכן ששיעור התאונות (הרשעות שווא) הוא עצום, אולם בשל היעדר האפשרות לגלות את הרשעות השווא, קובעי המדיניות יהיו משוכנעים באמת ובתמים שמדובר במערכת מושלמת כמעט וחסונה משגיאות.⁴⁰ מאחר שלאבחנה זו משמעויות עצומות, העלינו אותה לדרגת עיקרון. אנו מכנים אותה "עקרון התאונות הנסתרות של המשפט הפלילי". ניסחנו עיקרון זה כך:

מערכת המשפט הפלילי מאופיינת בכך שתאונות (הרשעות שווא) בדרך כלל אינן מתגלות. היעדר אפשרות לגילוי תאונות, מתורגם על ידי קובעי המדיניות למחשבה האופטימית שאין הרשעות שווא או ששיעורן זניח.⁴¹

במציאות שבה הרשעות שווא אינן מתגלות, אין למעשה כל משוב למערכת המשפט הפלילי. מאחר שכך הוא, גם לא ננקטים כל אמצעי בטיחות, עד כדי אנומליה של ממש.⁴² ב"חלון הזדמנויות" בהיסטוריה של המשפט הפלילי נמצא "תקן זהב" שבאמצעותו ניתן לבדוק הרשעות בעבר – Post-conviction DNA Testing. תוצאות הבדיקות הובילו לחקירה מחדש של הרשעות, ועד היום שוחררו במסגרת ה־Innocence Project לפחות 254 אסירים.⁴³ התגלה כי שגיאות בעדויות ראייה הוא הגורם המרכזי בהרשעת חפים מפשע בארצות הברית, בדיוק כפי שנטען במשך שנים במחקרים.⁴⁴ ואכן, בעקבות גילויים אלו אימצה מדינת ניו-ג'רסי נהלים חדשים לביצוע מסדרי זיהוי, המבוססים על הספרות המקצועית. בעקבותיה הלכו מדינות אחרות וביצעו רפורמות בהליך הזיהוי.⁴⁵ בישראל, כאמור, חרף קיומם של מחקרים מקיפים מאירי עיניים בנושאים אלו, לא נעשה דבר לשיפור המצב.⁴⁶ מדוע נהגו מדינות אלו כך והנהיגו רפורמה בהליך הזיהוי? 254 אנשים הם מספר קטן למדינה גדולה כמו ארצות הברית. מדוע לא נהגו המדינות כפי שהציעו המגיבים, וקבעו כי

40 סנג'רו והלפרט "טעויות בבדיקות", לעיל הערה 9; Halpert & Sangero, *Safety-Critical System*, לעיל הערה 9.

41 סנג'רו והלפרט "טעויות בבדיקות", לעיל הערה 9.

42 שם.

43 *Know the Cases*, Innocence Project, www.innocenceproject.org/know/Browse-Profiles.php

44 ראו Wells, לעיל הערה 27. ראו *Eyewitness Identification Reform*, Innocence Project, www.innocenceproject.org/Content/Eyewitness_Identification_Reform.php

45 ראו Wells, לעיל הערה 27, בעמ' 641-643.

46 המאמרים הבאים בנושא עדות ראייה פורסמו בישראל: מנשה ועאסי, לעיל הערה 16; דורון מנשה "זכות היצוג של חשוד בהליכי מסדר" *עלי משפט* ה' 29 (2006); דורון מנשה "פרוטוקול מסדר הזיהוי כראיה" *המשפט* יב' 59 (2007); 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); מאמריו של אברהם לוי, לעיל הערה 30.

מדובר בהרשעות שווא הכלולות ב"סף המוצהר של השיטה"⁴⁷? הסיבה לכך היא שעקרון התאונות הנסתרות כורסם מעט. הידיעה הברורה של שמות המורשעים בטעות, ראיית הפרצופים העומדים מאחוריהם והחשיפה בתקשורת של הסבל העצום של כל אחד מאותם 254 בני-אדם מתקבלים אחרת מאשר הידיעה המופשטת והסטריילית כי ישנם אנשים המורשעים לשווא.⁴⁸ זאת ועוד, נחשפו הסיכונים המשמעותיים שבהרשעה על סמך עדות ראייה והמוגבלות העצומה של "ניסיון החיים והשכל הישר" אשר ייחסו לראיה זו מהימנות כה גבוהה. סביר להניח שהשכל הישר וניסיון החיים טועים ומטעים גם במקרים רבים אחרים, שבהם אין בידינו "תקן זהב" לבדיקת ההרשעות.

ב. "השכל הישר" ו"ניסיון החיים" השיפוטי

המגיבים מסתמכים על השכל הישר ועל ניסיון החיים כדי לבסס את מרבית טענותיהם. את ההצדקה לכך הם מביאים בפירוט בפסקה הבאה:

עלול מאן דהוא לטעון נגדנו שאפילו טענתנו נכונה – קרי, אפילו לא הצליחו המחקרים להראות כי עמדתם מתחייבת מהניתוח הפורמלי ומהמחקרים האמפיריים שהם מצטטים – הרי עדיין הנטל הוא עלינו דווקא לאשש את טענותינו במחקרים אמפיריים בטרם יימשך השימוש בהודאות כראיה משמעותית (וכי אין אנו יכולים להסתפק בתמיכת טענותינו בדבר כוחה של ראיית ההודיה באמצעות הכלים של ניסיון החיים ושל השכל הישר). על טענת נגד זאת אנו, בכל הכבוד, חולקים. מעשים שבכל יום הם שבתי המשפט מכריעים בעניינים שבעובדה על סמך ניסיון החיים והשכל הישר. אדרבה, אנו מוכנים לומר במידה רבה של ביטחון שחלקם של כלים אלה רב מחלקן של ראיות המבוססות על מחקרים אמפיריים שיטתיים. יישום עקיב של טענת הנגד (הדוחה הסתמכות על השכל הישר ועל ניסיון החיים) היה מחייב אפוא דחיית מרבית הראיות שבית המשפט משתמש בהן כיום (כגון הערכת סבירותן של גרסאות שונות, הערכת מהימנותם של עדים וכיוצא באלה), וכפועל יוצא מכך השבתה מוחלטת של מערכת המשפט עד אשר יהיו בידינו מחקרים אמפיריים באשר לכל ראייה וראיה. ודוק, הדבר יחייב השבתה מוחלטת, או קרובה למוחלטת, של מערכת המשפט. וכל כך למה? משום שגם כאשר יש בידינו ראיות מדעיות (מבוססות במחקרים אמפיריים) אשר לכאורה מצביעות כשלעצמן על הסתברות אשמה גבוהה דיה לצורך הרשעה, עדיין נצטרך להשתמש בשכל הישר ובניסיון החיים כדי להעריך את גרסתו של הנאשם ואת

47 התגובה, לעיל הערה 5, בעמ' 510. וראו שם: "יוצא אפוא שאם נערוך מחקר אמפירי בשיטת המשפט ההיפותטית הזו ונגלה כי אכן היו 100 הרשעות שווא, אזי לא יהיה בתוצאות מחקר זה כשלעצמן משום בסיס לטענה נגד השופטים; הלוא היה זה אך סביר שזה סדר הגודל של הרשעות השווא שתימצאנה".

48 Gross, לעיל הערה 39, בעמ' 174.

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

ראיות ההגנה מטעמו. אם אנו דוחים, אפוא, את השכל הישר ואת ניסיון החיים ככלים ראויים לכך, מי לידינו יתקע שראיות אלה אין בהן כדי להפוך את התמונה העולה מראיות התביעה? כיצד עלינו להתמודד עם ראיות אלה עד אשר יימצאו מחקרים אמפיריים שיספקו לנו נתונים מספקים (וברזולוציה מספקת) באשר לראיות אלה?⁴⁹

1. האומנם יש להשבית את מערכת המשפט עד שיהיו בידינו מחקרים על כל ראייה וראייה?

האומנם אלו שתי האפשרויות העומדות בפנינו – להסתמך על השכל הישר או להשבית את מערכת המשפט עד שיהיו מחקרים על כלל סוגי הראיות שבהן משתמשים במשפט הפלילי? ראשית, אנו מסכימים לאפשרות המובאת בפסקה הראשונה שבציטוט דלעיל: נוכח המחקרים החדשים, הנטל לשכנע כי אפשר לסמוך על הודאה כראיה צריך להיות מוטל על התביעה. שנית, החשש מפני השבתת מערכת המשפט הוא דרמטי מאוד ודרמטי מדי. במאמרנו הראשון לא הצענו להשליך לסל האשפה את ההודאה או ראיות מקובלות אחרות. כל שהצענו היה להעמיד את המשקל המיוחס להודאה בבתי המשפט במשקל הראוי לה. המסקנה המתחייבת ממשקלה הראוי הנמוך של ההודאה היא שאין להמשיך ולהרשיע על בסיס ההודאה לבדה, אלא נדרשת לפחות ראייה משמעותית ומרכזית אחת (וההודאה איננה כזו) לשם הוכחת אשמתו של אדם.

שלישית, אין כל צורך להמתין למחקרים – כבר כיום ישנם רבים מאוד. נדרשות רק קריאה, פתיחות ונכונות להודות בטעות ולתקן. על המחקרים בתחום עדות הראייה כבר עמדנו.⁵⁰ אלא שמערכת המשפט מתעלמת מהם. עקרון התאונות הנסתרות מסביר מדוע מתעלמים מהם. בהיעדר משוב על הפרקטיקה הנהוגה באכיפת החוק, המחשבה המוטעית היא כי אין צורך לשפר דבר.

גם נושא ההודאות הוא נושא שנחקר ביסודיות במשך שנים רבות. הסכנה שבאפשרות להודאת שווא ידועה היטב, ובכל זאת מתעלמים ממחקרים אלו. דוגמה כזו מובאת בפסק הדין במשפט החוזר בפרשת רצה הילד דני כץ ז"ל.⁵¹ השופטים נתנו לקוראי פסק הדין את התחושה כי הודאת שווא היא תופעה שולית ונדירה – 50-60 מקרים כאלו מתוך כל הרשעות השווא הידועות במאה העשרים. אלא שבמועד מתן פסק הדין כבר היו ידועים מחקרים נוספים, ובהם ממצאים בדבר הרשעות שווא שהתבססו על הודאות שווא שהתגלו בפרויקט החפות, המבוסס על בדיקות דנ"א לאחר הרשעה. השופטים בחרו להתעלם מהם ולגרום לקוראים לחשוב כי בבדיקות שכאלו לא התגלה אף לא מקרה אחד של הרשעת שווא על סמך הודאה.⁵² ברטוריקה של כתיבת פסק הדין ניסו השופטים להראות כי הם בוחנים אפילו את

49 התגובה, לעיל הערה 5, בעמ' 506, הערה 7 שם.

50 ראו למשל את המקורות לעיל בהערה 46 על מחקרים שנערכו בישראל.

51 עניין קוזלי במחוזי, לעיל הערה 4.

52 ראו את הציטוט הבא מפסק הדין: "כדי לסיים את הנושא, וכיוון שהסניגור, כמו גם כב' השופטת דורנר, התייחסו למחקרים ונתונים סטטיסטיים בנושא החשש מפני הודיות כוזבות, אנו מוצאים לנכון

האפשרות הדחוקה כל כך (לדעתם), שמא הנאשמים הם המקרה ה-61, שיצטרף לאותם 60-50 מקרים של הודאות שווא שהתגלו במאה העשרים. אלא שלטענתם, העובדה שמדובר בחמישה אנשים ולא באדם אחד משמיטה כמעט לחלוטין גם את החשש הזה, שכן בכל ההיסטוריה של הרשעות השווא המוכרות לא נמצא מקרה אחד שבו חמישה אנשים הודו.⁵³ לפיכך קוראי פסק הדין יוצאים בתחושה שמדובר בהכרעת דין אבסולוטית כמעט: לא רטוריקה המביאה בחשבון סף מוצהר של טעות בשיטה, כדברי המגיבים, אלא רטוריקה המנסה לשכנע את הקוראים כי הכרעת הדין היא מוחלטת וכי נשללה גם האפשרות הדחוקה ביותר שמדובר בהודאות שווא.

אלא ששוב התעלמו השופטים מן המידע האמפירי. מקרים שבהם כמה אנשים הודו הודאת שווא באשר לאותו מעשה היו ידועים כבר במועד מתן פסק הדין. כך בפרשות הידועות של הרשעת חפים מפשע שכביכול ביצעו פיגועי טרור של המחתרת האירית – פרשת “Birmingham Six” ופרשת “Guildford Four”.⁵⁴ עובדות אלו פורסמו בדוח רשמי של

להפנות למחקרים שנעשו בארה"ב ושהתפרסמו בירחון 'הסניגור', שם נאמר, כי: 'נתונים מארה"ב מצביעים שמספר הרשעות מוטעות בעטיין של הודיות שווא הוא קטן ביותר. משני מחקרים נמצאו כ-50-60 מקרים כאלה, מתוך הרשעות השווא הידועות מאז תחילת המאה העשרים. במחקר אודות 28 אנשים שהורשעו ללא עוול בכפם וזוכו לאחר בדיקות ד.נ.א., לא נמצאו מקרים של הודיות שווא' (מאיר גלבוע "חוסר הרציונליות שבהודאת שווא רציונלית, הערות למאמרו של עו"ד עמי קובו 'הודאת שווא רציונלית' " *הסניגור* 55, 3 (2001)) (שם). מן המשפט האחרון בפסקה המצוטטת מפסק הדין, המצוטט ממאמרו של מאיר גלבוע, ניתן לחשוב שמחבר המאמר טוען כי מבין אלו שנערכו להם בדיקות דנ"א לאחר שהורשעו לא נמצאו כאלו שהודו הודאות שווא. אלא שאף שד"ר מאיר גלבוע (חוקר משטרה בעברו) המעיט מן הסכנה של הודאות שווא, הוא הוסיף משפט שנשמט מן הציטוט האמור. הנה הציטוט השלם של הפסקה ממאמרו של גלבוע: "נתונים מארה"ב מצביעים שמספר הרשעות מוטעות בעטיין של הודיות שווא הוא קטן ביותר. בשני מחקרים נמצאו כ-50-60 מקרים כאלה, מתוך הרשעות השווא הידועות מאז תחילת המאה העשרים. במחקר אודות 28 אנשים שהורשעו ללא עוול בכפם וזוכו לאחר בדיקות ד.נ.א., לא נמצאו מקרים של הודיות שווא. בפרויקט החפות המנוהל על ידי B. Scheck נמצא שהרשעתם של 15 מתוך 62 אנשים שהורשעו בטעות, התבססה על הודיות שווא". ואולם פרויקט החפות של B. Scheck מבוסס על בדיקות דנ"א לאחר הרשעה. השופטים, שאולי לא ידעו זאת, השמיטו משפט זה מן הציטוט. כך, קוראו של פסק הדין יוצא עם מסקנה מוטעית, כאילו במקרים שבהם נערכו בדיקות דנ"א לאחר הרשעה לא היה מקרה אחד שבו אדם הורשע על סמך הודאת שווא. להשלמת התמונה יצוין כי כיום מדובר כבר ב-254 מקרים (ולא ב-62), ובאחוז ניכר מהם התבססה הרשעת השווא גם על הודאה – ראו *Know the Cases*, לעיל הערה 43.

53 "לדעתנו – העובדה שמדובר בחמישה אנשים שכולם הודו, וכל אחד מהם התייחס בהודיותיו לאחרים, משמיטה כמעט לחלוטין את החשש מפני הודיות שווא. לסיכום נקודה זו נדגיש שוב, כי לא מצאנו בכל החומר הרב, מקרה שבו מדובר במספר רב כל כך של נאשמים, חמישה במספר, שכולם הודו, זה אחר זה, הודאות שווא, בהשתתפותם באותו מעשה. האם ארע כאן אותו צרוף מקרים מדהים, של חמישה אנשים, שכולם בעלי מאפיינים אישיותיים כאלה, שלדעת השופטת דורנר יכולים להוביל להודאות שווא?" (עניין קוזלי במחוזי, לעיל הערה 4, שם).

54 ראו Gudjonsson, Psychology, לעיל הערה 8, בעמ' 445-456.

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

ממשלת בריטניה כבר בשנת 1993,⁵⁵ והן נזכרות גם ברוח ועדת גולדברג אצלנו.⁵⁶ יתרה מכך, טענה זו, שבודקת אם היו בעבר הרשעות שווא כמו במקרה שלפנינו, היא גישה שמנסה ללמוד רק מן הניסיון. בתורות בטיחותיות גישה זו (המכונה "fly-fix-fly"⁵⁷) נחשבת מיושנת, והיא ננטשה. עקרון התאונות הנסתרות הופך גישה זו של למידה רק מן הניסיון לבעייתית עוד יותר בתחום המשפט הפלילי, שבו הרשעות השווא בדרך כלל אינן מתגלות. ובכל זאת, אף שהרשעות שווא הן דבר נסתר, תיארונו במאמרנו הראשון מקרה נוסף, שבו חמישה נערים הודו הודאות שווא והורשעו על פיהן בהכאה ברוטלית ובאינוס של אישה שרצה ב־Central Park בעיר ניו יורק,⁵⁸ והכול תוך שעות חקירה בודדות בלבד. במחקר אחר שבחן 125 מקרים מוכחים של הודאות שווא, הוברר כי ב-30% מהם יותר מאדם אחד הודה בפשע שלא ביצע.⁵⁹ נוסף לחמשת הנערים שהודו בהכאה הברוטלית ובאינוס של האישה, המחברים סוקרים מקרים אחרים שבהם ארבעה, שלושה ושני נאשמים הודו בפשעים שלא ביצעו.⁶⁰ עקרון התאונות הנסתרות מלמד אותנו כי סביר להניח שישנם מקרים רבים אחרים כאלו, אלא שממש מעצם ההגדרה לא ניתן לגלותם. ובכל זאת, גם אנו איננו מתכחשים לעובדה שסך כל המקרים שבהם הוכח כי אנשים הודו הודאות שווא איננו גדול יחסית לשימוש בראיה זו. האם כתוצאה מכך ניתן לקבוע שאפשר להמשיך ולהשתמש בהודאה שימוש נרחב ולייחס לה משקל גדול?

2. האומנם מיעוט מקרים מוכחים של הודאות שווא מצדיק את המשך ההסתמכות על הודאות?

ישנה טענה בספרות, כי אף שהתגלו מקרים של הרשעות שווא בכלל ועל סמך הודאות בפרט, הרי מספרם קטן ואפילו זניח.⁶¹ ברוח טענה זו, המגיבים טוענים כי ייתכן שמדובר במספר מקרים נסבל, שנמצא ב"רף ההוכחה המוצהר של השיטה".

The Royal Commission on Criminal Justice, Chairman: Viscount Runciman of Doxford 55
CBE FBA, Report, Chapter 4 – "The 'Right of Silence' and Confession Evidence"
(July 1993, London) (להלן: דוח Runciman).

ראו הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר 17/11 הוועדה 56
(בראשות השופט גולדברג, התשנ"ה-1994) (להלן: דוח ועדת גולדברג).

Halpert & Sangero, *Safety-Critical System*, לעיל הערה 9, בעמ' 71. 57

Saul M. Kassin, מאמרנו הראשון, לעיל הערה 1, בעמ' 739, בהערה 33 שם ובטקסט שמעל. ראו גם 58
& Gisli H. Gudjonsson, *True Crimes, False Confessions: Why do Innocent People Confess to Crimes They did Not Commit?* 16.2 SCI. AM. MIND 24, 24-26 (2005)

Steven A. Drizin & Richard A. Leo, *The Problem of False Confessions in the Post-DNA World*, 82 N. C. L. REV. 891, 972-990 (2004) 59
כללו באותם 125 מקרים רק כאלו אשר מסווגים כ-"proven false confessions" ולא כאלו שמסווגים "highly probable false confessions". שם, בעמ' 923.

שם. 60

מאיר גלבוע "חוסר הרציונליות שבהודאת שווא רציונלית, הערות למאמרו של עו"ד עמי קובו 'הודאת שווא רציונלית' "הסניגור 3, 55 (2001) 6 (להלן: גלבוע "חוסר הרציונליות"). 61

טענה זו איננה יכולה לעמוד. עקרון התאונות הנסתרות מלמדנו, שהמקרים שהתגלו הם קצה הקרחון בלבד. כדי להראות עד כמה טיעון זה איננו נכון, נחשוב על שיטת משפט דמיונית הבנויה על העיקרון הבא: המשטרה חוקרת חשודים. כאשר מוברר בחקירה כי אין בידי החשודים הוכחה ניצחת לחפותם, משתמשים בכלל ההכרעה השרירותי הבא: אם צבע עיניו של החשוד הוא כחול או ירוק – הוא אשם; אם צבע עיניו אחר – הוא זכאי.

למעשה, גם לו היה שימוש בכלל הכרעה זה, היה אפשר לקבוע כי אין הוכחה שהוא מוביל להרשעות שווא. שכן אם לכתחילה אין מעמידים לדין את מי שהביאו הוכחה ניצחת לחפותם, אי-אפשר יהיה למצוא הוכחה כזו גם לאחר ההרשעות. לו הייתה בידי נאשם הוכחה כזו, הוא היה מוסרה לחוקריו כדי שיימנעו מלהעמידו לדין ומלעוצרו עד תום ההליכים. אילו בכל זאת התגלה לאחר הרשעתו – במזל רב – שהנאשם חף מפשע, היה אפשר לטעון כי המקרה שלו משתייך למיעוט המקרים של טעויות וכי השיטה עומדת ברף ההוכחה המוצהר. הטענה, כי מספר המקרים האבסולוטי שבהם הוכחו הרשעות שווא המבוססות על הודאות שווא הוא נמוך ועל כן אפשר להמשיך ולהסתמך על הודאות, יכולה לתמוך גם בשימוש בכלל הרשעה המיישם קריטריון החלטה שרירותי אשר איננו רלוונטי לאשמה. אי-גילויים של מקרים רבים של הרשעות שווא המבוססות על הודאות שווא איננו מוכיח כשלעצמו שההודאה היא ראייה טובה.

לאור העובדה שקשה מאוד לגלות הודאות שווא המבוססות על הרשעות שווא, אין להסתמך על מספר המקרים שבהם הטעות הוכחה בפועל או על אופטימיות, שלפיה הטעות היא ברף ההוכחה המוצהר של השיטה. מה שמתחייב הוא בדיקה ישירה של גורמי הסיכון להודאות שווא בתנאים מבוקרים, מאחר שבתנאי הפרקטיקה המשפטית אנו כמעט עיוורים באשר לגילוי הודאות שווא. הדבר מתחייב גם מעקרונות של בטיחות. בסעיף הבא נראה כי גורמי הסיכון להודאת שווא הם כה משמעותיים, עד כי גם המשתמשים בשכל הישר אמורים להגיע לאותן מסקנות המופיעות במאמרנו.

3. גם "השכל הישר וניסיון החיים" אמורים ללמד שהודאה היא ראייה מפוקפקת

גם "השכל הישר" מלמד כי ההודאה היא ראייה מפוקפקת וחשודה. לצורך זה נתאר את שיטות התשואל המקובלות בישראל בחקירות לשם חילוץ הודאות מחשודים ונצביע על הסכנה שבהן.

במאמרו העוסק בהודאות, סקר מאיר גלבוץ את הספרות העוסקת בהרשעת שווא.⁶² כמו כן הוא ניתח את שיטות התשואל במקרי הודאות השווא (המוכחות) של טארק נוג'ידאת ושל

62 מאיר גלבוץ "האם נופל כתר של 'מלכת הראיות'? תסמונת 'אנשי השוליים' המודים הודיות שווא – כקורבנות מערכת אכיפת החוק" קורבנות: אכיפת החוק, מין וחברה 35 (ישראל קים, יעקב בר זוהר ולוי עדן עורכים, 2008) (להלן: גלבוץ "מלכת הראיות").

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

מרק קוזניצוב, תוך שימוש בפסקי הדין בענייניהם, בתמלילי החקירה של מרק קוזניצוב, בשיחותיו עם מדובבים ובריאיון אישי עם כל אחד מהשניים. המאמר חשוב לא רק בשל ערכו האקדמי, אלא גם משום שד"ר גלבוע שירת במשטרת ישראל ועסק עשרות שנים בחקירת חשודים, ולפיכך כשהוא כותב ששיטות החקירה שלהלן הן רגילות ומקובלות, הרי אין זו רק השערה אלא מעין עדות. אלו הן שיטות החקירה שבהן השתמשו בחקירתם של נוג'ידאת וקוזניצוב:

1. נקיטת תחבולות והצגת ראיות כוזבות. כפי שצינו במאמרנו, מדובר בגורם סיכון משמעותי ביותר להודאת שווא. גלבוע מציין כי לשיטה זו הייתה השפעה ניכרת על החלטתם של השניים להודות.⁶³
2. מינימיזציה. במקרה של קוזניצוב השתמשו גם בשיטת המינימיזציה (גימוד חומרת העבירה).⁶⁴
3. הפעלת מדובבים.⁶⁵
4. ערעור ביטחונו של הנחקר בגרסתו.⁶⁶
5. הצגת ביטחון עצמי רב של החוקר והאדרת דמות החוקר.⁶⁷ בריאיון עמו ציין טארק נוג'ידאת "החוקר הזה היה נראה לי שזה פסיכולוג. כמעט יעני שכנע אותי שאני עשיתי את זה".⁶⁸
6. הטחת האשמה חוזרת ונשנית.⁶⁹ בריאיון עם טארק נוג'ידאת נאמר כך: "שאלה: ישבו איתך הרבה חוקרים ושאלו אותך הרבה שאלות ככה... תשובה: בלי להפסיק. הייתי יושב על כיסא של חצי מטר וקשור עם ידיים למטה. ואותם חוקרים שואלים את אותן השאלות".⁷⁰
7. תשאול בידי חוקרים במקביל ובידי חוקרים מתחלפים.⁷¹
8. חסך בשינה.⁷² מטארק נוג'ידאת נמנעה שינה כמעט לחלוטין, עד שהודתה. מדובר בכשלושים שעות חקירה.⁷³ חקירתו של מרק קוזניצוב נמשכה ארבעה ימים, אולם שנתו נדדה לאור הלחצים הכבדים שבהם היה שרוי.⁷⁴ גלבוע הסתמך על מחקרים באשר ליכולותיהם של חיילים לבצע את משימותיהם הצבאיות ללא שינה, כדי לקבוע שמאחר

63 שם, בעמ' 54-57.

64 שם, בעמ' 54.

65 שם, בעמ' 57-58.

66 שם, בעמ' 59-60.

67 שם, בעמ' 60-62.

68 שם, בעמ' 62.

69 שם, בעמ' 62-63.

70 שם, בעמ' 63.

71 שם, בעמ' 63-64.

72 שם, בעמ' 64-67.

73 שם, בעמ' 65.

74 שם.

שלא מדובר בכמה ימים ללא שינה אלא רק בשלושים שעות, אין בכך כדי לשבור את רצונו של הנחקר.⁷⁵ אולם מחקרים פסיכולוגיים מצביעים על מניעת שינה כעל גורם מרכזי להודאות שווא.⁷⁶

9. הבטחות. בשני המקרים לא היו הבטחות ממשיות ולא נאמרו דברים בצורה של תנאי "אם תודה... אזי". אולם היו רמיזות והבטחות להקלות קטנות בחקירה שנחשבות "בתחום האפור המותר".⁷⁷

על פי גלבוע, מעטים יחלקו על כך ששיטות התשאול הללו הן "שיטות רכות".⁷⁸ אין הן שיטות פסולות, חרף העובדה שהן מחוללות לחצים נפשיים אצל נחקרים.⁷⁹ על פי גלבוע (וגם על פי הפסיקה), אין אלו לחצים שאדם רגיל איננו מסוגל לעמוד בהם. מאחר שכך הוא, הוא מנסה להסביר מדוע בכל זאת הודו השניים. הסברו הוא כי מדובר ב"אנשי שוליים", שאינם מסוגלים להתמודד עם לחצי חקירה "רכים" שכאלו.⁸⁰ במאמרו, גלבוע אינו מביא אסמכתה לטענתו שכל "אדם רגיל" יעמוד בלחצים שכאלו.

אנו חולקים על ההערכה שמדובר ב"שיטות רכות". אם אלו שיטות רכות, אפשר לדמיין מהן שיטות אחרות שאינן רכות. כבר בשיטת החקירה המותרת הראשונה שהוא מתאר – הצגת ראיות כוזבות – ישנה התעללות רבה בנחקר חף מפשע. כך לדוגמה, כאשר מזייפים דוח בדיקת דנ"א שקושר נחקר חף מפשע לזירת הפשע. נאשם חף מפשע שמקבל דיווח שקרי כזה עלול לחשוב שהוא אכן ביצע את המעשה, אך אינו זוכר זאת.⁸¹ במקרים אחרים הוא עלול להיקלע לייאוש גדול, שכן הוא מבין שהחוקרים משוכנעים כי הוא העברייני וכי אף שהוא חף מפשע, אף אחד לא יאמין לחפותו, הרי ישנן ראיות חזקות מאוד נגדו. הוא צפוי לחשוב שאין לו שום מוצא אלא לקבל את הצעות החוקרים להודות. אפשרות נוספת היא שבניסיון להסביר את הראיות המפוברקות הנחקר יסתבך בשקרים, שלאחר מכן ישמשו נגדו במשפטו.⁸² מר רגב שוובר עבר התעללות דומה. הוא החל לבכות כאשר החוקרים הראו לו

75 שם, בעמ' 65.

76 ראו GUDJONSSON, PSYCHOLOGY, לעיל הערה 8, בעמ' 390-389; O. JOHN ROGGE, WHY MEN CONFESS 242-243 (1959).

77 גלבוע "מלכת הראיות", לעיל הערה 62, בעמ' 67-69.

78 שם, בעמ' 69.

79 שם.

80 שם, בעמ' 74-80.

81 מאמרנו הראשון, לעיל הערה 1, בעמ' 741. וראו תיאור מקרה מנורבגיה אצל GUDJONSSON, PSYCHOLOGY, לעיל הערה 8, בעמ' 590-614: "On 21 February 1997, Mr A handed a note to his solicitor where he had written 'I killed B. T.'. The solicitor asked him 'Do you actually remember having done it?'. Mr A replied 'No I don't remember it, but it must have been me because everyone says so' "

82 ראו בועז סנג'רו "על הודאה ועל 'junk science' כטביעת נעל – הרשעת זדורוב כמקרה-מבחן" *הסניגור* 4 (2011); בועז סנג'רו "השימוש בתחבולות ובמדוכבים לשם גביית הודאות" *עלי משפט ט* 399, פרק ז (השימוש בתחבולות, בכלל, והצגת ראיה מדעית מזויפת, בפרט) (2011).

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

דוח מזויף ובו תוצאות בדיקת דנ"א שכביכול קושרת אותו לזירת הפשע.⁸³ הוא אמנם עמד בלחצי החקירה, אך הפך לשבר כלי. השופטת דליה גנות כתבה את הדברים הבאים:

שיחק לתובע מזלו, וכוחותיו הנפשיים עמדו לו שלא להודות בפשע שלא ביצע, ולא נותר אלא לחשוב בעצב על כל אותם מקרים בהם מודים עצורים בפשעים שלא ביצעו, רק משום שכוחותיהם לא עמדו להם, אל מול הלחץ הפסול שהופעל עליהם. האם כל הדרכים כשרות? האם מותר למשטרת ישראל לעשות ככל העולה על רוחה כדי לחלץ מפי חשוד הודאה? ודוק: מטרתה אינה לחלץ הודאות סרק, מטרתה לחקור כדי לגלות את האמת ולהשיג ראיות, והכל בדרך לגיטימית וחקית.⁸⁴

ואכן, כפי שתארנו במאמרנו, הצגת ראיות כוזבות היא גורם מרכזי להיווצרות הודאות שווא.

גם השיטות ה"לגיטימיות" האחרות שגלבוץ מתאר מטרידות מאוד. ידמינו הקוראים נחקר, קשור לכיסא⁸⁵ וידיו אזוקות,⁸⁶ כאשר החוקרים מטיחים בו שוב ושוב את אותן האשמות ודורשים ממנו להודות. כאשר הנחקר מבקש לנוח בתאו, החקירה נמשכת במסווה, תוך שימוש במדובבים. למצוקת השינה שלו לא ניתן משקל, שכן הוא "בסך הכול" לא ישן שלוש שעות או משום שאיש אינו מתייחס לעובדה ששנתו נדדה. נוסף על כך, החוקרים מפעילים על הנחקר מניפולציות שונות, ובכלל זה משקרים לו שיש בידיהם ראיות אחרות נגדו (במקרה הטוב) או אפילו מזויפים ראיות (במקרה הטוב פחות). דבר זה מכניס את הנחקר המבודד לייאוש גדול. החוקרים מערערים את ביטחונו בגרסה שלו, בעוד הם מפגינים ביטחון עצום באשמתו ואינם מקשיבים לאף טיעון חפות שלו. הם מתחלפים ונשארים רעננים, בעוד הוא הופך עייף יותר ויותר וצלילתו נפגמת. הנחקר מבין שאין עם מי לדבר, שאין לו מוצא ושהדבר היחיד שיסיים את הסיוט עבורו יהיה שהוא יאמר לחוקרים בדיוק את מה שהם רוצים לשמוע. האם בנסיבות כאלו "השכל הישר" מלמד כי אדם בהכרח לא יודה במה שלא עשה? כפי שאמר טארק נוג'ידאת בראיון עם גלבוץ, "פתאום נשברתי – רק שיעזבו אותי

83 עניין שזוכר, לעיל הערה 17.

84 שם, בס' 17 לפסק דינה של השופטת גנות (ההדגשה במקור – ב' ס', מ' ה'). וראו את שני המאמרים שנכתבו בעקבות פרשה זו, סנג'רו "פשעי שוטרים", לעיל הערה 17; סנג'רו "אני מאשים", לעיל הערה 17.

85 ראו את דבריו של טארק נוג'ידאת, בטקסט לעיל הסמוך להפניה להערה 70.

86 גבריאל רודריגז הודה בעבירה שלא ביצע, לאחר שנחקר בשפה שאינה שפת אימו כשידיו אזוקות. ראו קטע וידאו אצל גיא פלג "תיעוד: כיצד תופרים תיק לחף מפשע" *חדשות 2 באתר mako* 22.1.2010 www.mako.co.il/news-law/legal/Article-bc8c923ef375621004.htm. בקטע וידאו אחר נראה ואדים פוליצ'וק, חייל משוחרר מכרמיאל אשר הואשם לשווא על סמך עדות ראייה שגויה בגנבת נשק מחייל, כשהוא נחקר וידיו אזוקות (אם כי לא הודה). ראו יוסי מזרחי "כך המשטרה סוחטת הודאות מחשודים חפים מפשע" *חדשות 2 באתר mako* 1.4.2010 www.mako.co.il/news-law/legal/Article-29df144a35ab721004.htm.

בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט

וחלאס. אמרתי להם בסדר אני עשיתי וזהו. רק שיעזבו אותי".⁸⁷ גם מרק קוזניצוב הסביר כי הוא הבין שאין לו שום סיכוי לצאת מזה.⁸⁸ כך גם במקרים של הודאות שווא שנחשפו בארצות הברית, שבהם אנשים אמרו "אמרנו להם את אשר הם רצו לשמוע".⁸⁹ לא רק חשודים אומרים לחוקרים את מה שהם רוצים לשמוע. שיטות תשאול כאלו מופעלות גם כלפי עדים. כך הופעלו לחצים על עדת התביעה בעניין גרגורי בשירוב אשר הורשע בבית המשפט המחוזי וזוכה בבית המשפט העליון, עד אשר שיקרה לחוקרים ואמרה להם את אשר רצו לשמוע, מאחר שלא היה לה עוד כוח "להתווכח איתם".⁹⁰ בפרשת מקייטן הביא השופט אדמונד לוי ציטוט מפי אחד העדים כך:

אולם, למקרא העדות לא ניתן להתעלם מהלחץ הרב בו היה העד נתון במהלך החקירות, כפי שהעיד עליו בבית-המשפט. אבו-מוך מסר כי במהלך החקירה הראשונה ביקש לרצות את חוקריו. ובלשונו: "הם לחצו עלי שם, הכניסו לי כל מיני סוגי שטויות, ופחדתי והתחלתי להגיד מה שחשבתי שהם רוצים שאני אגיד" (שם). ובמקום אחר: "בפעם הראשונה במשטרה רציתי לצאת משם הביתה ולא לחזור, וחשבתי לאיזה כיוון הלכו החוקרים, וניסיתי לעזור להם כדי לצאת משם" (שם, בעמ' 65).⁹¹

גם עדה אחרת באותה פרשה, גל שגיא, הייתה נתונה בסערת רגשות ובכתה על דוכן העדים.⁹² היא העידה שהחוקרים הפעילו עליה לחץ רב, איימו עליה שתשב בכלא ורצו להוציא ממנה תשובות בכוח.⁹³ עדותה במשטרה הוגשה על פי הוראת סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח

87 גלבוע "מלכת הראיות", לעיל הערה 62, בעמ' 79.

88 שם, בעמ' 80.

89 ראו את מאמרנו הראשון, לעיל הערה 1, בעמ' 740.

90 ע"פ 10596/03 כשידוב נ' מדינת ישראל, אתר נבו (4.6.2006). בס' 15 לפסק דינו של השופט אדמונד לוי צוטטה העדה כך: "סיפורי לשוטרם את האמת. הרבה זמן ניסיתי להוכיח להם שאני לא משקרת. כולם ניסו להפחיד אותי איימו עלי, ועל חברות שלי. השוטרים איימו עלינו. אחרי זה בא עוד שוטר אלכס מתחנת ראשון לדבר איתי בתחנת המשטרה ברחובות. הוא התחיל להגיד לי שלא כדאי לי להתעסק איתו... אף אחד לא רצה להאמין לי שאני מספרת את האמת... אחרי זה באו חוקרים לחדר אפוא שישבנו אני ואלכס... והם רצו שאני אגיד שזה גרישה, הם אמרו לי את השם הזה. אני אמרתי להם שזה פואד. הם אמרו לי שזה גרישה, בסוף שיקרתי להם. לא היה לי כבר כוח להתווכח איתם, אמרתי שזה גרישה".

91 ע"פ 4117/06 מקייטן נ' מדינת ישראל, אתר נבו (22.2.2010), פס' 27 לפסק דינו של השופט אדמונד לוי.

92 פ"ח (מחוזי ת"א) 1131/03 מדינת ישראל נ' מקייטן, אתר נבו (3.4.2006), ס' 65 לפסק דינו של השופט שלי טימן: "גל שגיא (ע"ת מס' 28) הינה, בעל כורחה, אחת העדות המרכזיות מטעם התביעה, אבל החשש הרב שליווה את מסירת עדותה ניכר בה והביא לידי כך שהסכמנו לאפשר לה להעיד בדלתיים סגורות, ואף לוותר על שלב ההכרזה עליה כעדה עוינת. היא העידה תוך סערת רגשות ובכ"י".

93 שם, בס' 67 לפסק דינו של השופט שלי טימן. וראו שם, בס' 71 לפסק דינו של השופט שלי טימן: "גל שגיא סיפרה לנו שכשבאו השוטרים להחזיר אותה לתחנה באותו הערב, הפעילו עליה לחץ ואיומים. היא סיפרה שאיימו על אביה שיכזו אותו; ליוו אותה לחדרה בעת שהתלבשה על-מנת לוודא שהיא

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

חדש], התשל"א-1971.⁹⁴ זוהי עדות לכך כי שוב ושוב מוכרזים עדים תמימים עדים עוינים וכן לשימוש בסעיף 10א לפקודת הראיות כדי לקבל כראיה את אמרותיהם בחקירה במשטרה. המגיבים עצמם מתייחסים ללחץ כלפי עדים ולא רק כלפי חשודים. בהקשר להצעתנו לאסור בחוק חקירה ללא חשד חזק ומבוסס, הם כותבים כך:⁹⁵

הבעיה העיקרית אינה בעצם החקירה של אדם בסטטוס של חשוד, אלא בנקיטת אמצעים שונים שנועדו להציל הודאה מפי הנחקר (כגון חקירה אינטנסיבית-פסיכולוגית). אמצעים אלה הם שונים ומגוונים, וקו הגבול ביניהם לאופן החקירה של עד רגיל הוא מטושטש וחמקמק. קשה לנו אפוא לראות כיצד אפשר לנסח חקיקה שתמנע את השימוש באמצעים אלה נגד מי שאינם חשודים, ותתנה את השימוש בהם בקיומו של חשד.

אולם שיטות תשאול אלו מזהמות לא רק הודאות, אלא את ההליך הפלילי כולו. במחקר מעבדתי הראו Hasel ו-Kassin כיצד אחוז ניכר מעדי הראייה שינו את דעתם באשר לזיהוי לאחר שנמסר להם מידע מן החקירה, כגון שאחד הניצבים במסדר הודה במהלך החקירה.⁹⁶ על אחת כמה וכמה כאשר מופעל על עדי זיהוי לחץ כה כבד בשיטות תשאול שכאלו.⁹⁷ ואכן, מסירת מידע מהחקירה לעד ראייה משפיעה על עדותו. הדבר עלה במציאות בפרשת Michael Evans,⁹⁸ שהורשע בשנת 1976 ברצח ובאונס ילדה בת 9.⁹⁹ הרשעתו התבססה על עדות ראייה מפוקפקת בלבד, שנגבתה תוך הפעלת לחצים על עדת ראייה.¹⁰⁰ 27 שנים לאחר מכן הוא

אינה בורחת; הסיעו אותה למשטרה בניידת במהירות גבוהה; ואיימו עליה שהיא תשב בכלא. כשנשאלה על השפעת הדברים על עדותה אמרה שבאופן כללי אמרה את הדברים המיוחסים לה, היא אינה יודעת אם בנוסח המדויק שמופיע (ראו לעיל, עונה לשאלות בית המשפט בעמ' 902 לפרוטוקול החקירה הראשית). היא סיפרה שהשוטרים רצו בכוח להוציא ממנה תשובות, והיא רק רצתה ללכת הביתה, וענתה את כל הדברים 'שנראה לה'". וראו שם, בס' 76 לפסק דינו של השופט שלי טימן: "בחקירתה הנגדית סיפרה העדה שראתה את האדם הדתי בחנות רק מאחורה, ושלא הקריאו לה את ההודעה לפני שחתמה. היא סיפרה שבגביית ההודעה הזו הופעל עליה לחץ רב, למסור שוב את אותם הפרטים שהיו חסרים למשטרה. היא ספרה שרס"ר מיאדובסקי איים עליה שתיכנס לכלא ולא תוכל לעבוד מכיוון שהיא מעידה עדות שקר".

94 שם, בס' 67 לפסק דינו של השופט שלי טימן.

95 התגובה, לעיל הערה 5, בעמ' 528.

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

97 בפרשת מקייטן, לעיל הערה 91, היה מדובר בעדי זיהוי.

98 Evans v. City of Chicago, לעיל הערה 14.

99 Hasel & Kassin, לעיל הערה 96, בעמ' 123. וראו גם Evans v. City of Chicago, 2006 U.S. Dist. LEXIS 9831, 15 (2006).

100 "She explained that after weeks of insisting to the police that she did not know the assailants' names, the police again brought her to the station, held her there from morning until late evening locked in a roach-infested interrogation room with no

שוחרר, כאשר בדיקת דנ"א הוכיחה כי לא הוא האנס. בין שאר הבעיות שאפפו את עדות הראייה האמורה, נאמר לעדה ש-Evans הודה במהלך החקירה.¹⁰¹ זוהי דוגמה לסכנה שבנקיטת שיטות תשאול שכאלו לא רק באשר להודאת שווא, אלא גם בכל הקשור למשקלן של ראיות אחרות.

במאמר שפורסם לאחרונה, יישם William Thompson את התאוריה הארגונית "Normal Accidents Theory" של Charles Perrow¹⁰² על מערכת המשפט הפלילי.¹⁰³ בתיאורו, תוך שימוש במושגים מתאוריות ארגוניות, מערכת המשפט הפלילי אמורה להיות מערכת בעלת מידה ניכרת של יתירות (redundancy);¹⁰⁴ כלומר, הציפייה ממנה היא כי כאשר יחידה אחת נכשלת (כגון עדות ראייה שגויה), תגבנה אותה יחידות אחרות, כגון המעבדה המשטרית שמבצעת בדיקת דנ"א, התביעה שמפקחת על המשטרה, הסניגור שידע להציג או לחשוף את הטעויות, השופטים וערכאת הערעור. אלא שכפי ש-Thompson מדגים באמצעות הרשעת השווא של Josiah Sutton, היחידות הללו תלויות זו בזו ומשפיעות האחת על השנייה. לכן כאשר יחידה אחת כושלת, הסכנה היא כי היחידות כולן תקרוסנה בזו אחר זו. המסקנה היא, שמערכת אכיפת החוק איננה בעלת יתירות כפי שנדמה במבט ראשון. הלחץ המופעל על עדים תוך שימוש בשיטות תשאול אגרסיביות פוגם עוד יותר באפשרות לחשוף תקלות.¹⁰⁵ מערכת הערכים שלנו אמורה להנחות אותנו שלא להשתמש בשיטות תשאול כאלו. שיטות כאלו פוגעות בכבוד האדם, בין אם מדובר בחשוד ובין אם מדובר בעד. כאשר ישנו בכל זאת שימוש בשיטות תשאול שכאלו, "השכל הישר וניסיון החיים" שלנו אומרים לנו כי אין להן כל ערך ראייתי. לדעתנו, שיעור הודאות השווא או עדויות השווא בחקירות מסוג זה שהוכחו אינו רלוונטי כלל. אנו סבורים, ולו מבחינה ערכית, שאין להעמיד אף חשוד ואף עד בלחצים שכאלו. מדובר בפגיעה בכבוד האדם ובסכנת נפשות של ממש בחילוף הודאות כוזבות או עדויות מפלילות כוזבות. חקירה משטרית איננה אמורה להתנהל במתכונת של גיבוש ליחידה מובחרת של הצבא, שבו בוחנים את הסבולת של המועמד. כאשר צופים

bathroom, and made veiled threats about their ability to make people talk. She also revealed that the police were the first ones to bring up Evans's name, asking "Evans v. Katalinic) Januszewski whether he could have been among the men she saw" לעיל הערה 13, שם).

101 ראו את המקורות לעיל בהערה 99.

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

103 Thompson, לעיל הערה 9.

104 שם, בעמ' 1032.

105 לדוגמה נוספת לכך שהרשויות השונות של מערכת אכיפת החוק הפלילי אינן בודקות כראוי זו את עבודתה של זו ולפיכך אינן מתקנות טעויות אלא מנציחות אותן, ראו "האזנות סתר בחקירות פליליות" (חוות דעת של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור, 28.6.2010) www.mevaker.gov.il/serve/contentTree.asp?bookid=575&id=0&contentid=11264&parentcid=undefined&bctype=11244&sw=1280&hw=954

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

בהקלטות מחקירה שבה היה שימוש באמצעים שכאלו, כגון קלטות חקירתו של וולנטין טוקילה, אשר הודה הודאת שווא ברצח מטופל שלו אשר מת מוות טבעי ובכך הפליל לשווא אף את בנו של המטופל, אפשר להיווכח עד כמה השיטות הללו אינן "רכות" וכיצד הן עלולות לגרום לנחקר להיות כחומר ביד החוקר.¹⁰⁶ קשה מאוד להבין מדוע שופטים במדינה דמוקרטית מודרנית, אשר עשויים להיות רגישים מאוד לכבוד האדם בפסיקה אחת,¹⁰⁷ יכולים בפסיקה אחרת לחזור מאות שנים לאחור ולהרשיע אדם על סמך ראיות מפוקפקות שכאלו, שדרכי השגתן רומסות את כבוד האדם.

גם כאשר השופטים סבורים שהיה שימוש בשיטות פסולות ואסורות, הם מקבלים את ההודאה ומרשיעים על פיה. כך נאמר בפסק דינו של השופט מצא, אשר אישר את הרשעתם החוזרת של הנאשמים ברצח דני כ"ץ ז"ל:

בית-המשפט נמנע אמנם מלקבוע כי החקירה הייתה "סטרילית", ונכון היה להניח כי לא נעדרו ממנה "הרמות קול", מילים חריפות ואולי אפילו 'כאפות' ". בית-המשפט ציין, כי גם השימוש באלמות קלה (כדוגמת "כאפות") אף הוא מהווה אמצעי חקירה פסול. עם זאת שוכנע כי החוקרים לא הפעילו כלפי המערערים אותם אמצעי אלימות קשים ואמצעים פסולים אחרים שהמערערים הלינו עליהם; וכי באמצעי הלחץ הבלתי-חמורים, שבית-המשפט הניח כי אפשר וננקטו כלפיהם, לא היה כדי לשלול את רצונם החופשי של המערערים.¹⁰⁸

אולם אנו נמצאים כבר בשנות האלפיים. אנו יודעים כי גם כאשר אין מופעל לחץ על נחקרים, הם עלולים להודות במה שלא עשו. ללא קשר הכרחי לשאלה אם הנאשמים ברצח דני כ"ץ ז"ל ביצעו את המיוחס להם, המחשבה כי אין באמצעים כאלו כדי לשבור את כוח הרצון של הנחקר מתאימה אולי לימי האינקוויזיציה. "השכל הישר" אמור לעבור התאמה לשנות האלפיים.

4. האם מבחני הפסיקה לבדיקת ההודאה מספקים?

האם אפשר כדברי המגיבים ללמוד מנסיבות ההודאה, מתוכנה, מעושר הפרטים שלה ומן המבחנים המקובלים בפסיקה על אמינותה של ההודאה? האם אפשר לסווג הודאות ולומר

106 מאמרנו הראשון, לעיל הערה 1, בעמ' 745. בעניין זה אין טוב ממראה עיניים וממשמע אוזניים: ראו קטעים מחקירתו של טוקילה, אשר הובאו במסגרת כתבת תחקיר ששודרה בטלוויזיה בתוכנית "המקור" בערוץ 10 ביום 22.12.10, <http://news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=767910>.

107 ראו כדוגמה את בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים – חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, אתר נבו (19.11.2009), אשר בו קיבל בית המשפט את העתירה נגד חוקיות החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004, הקובע כי במדינת ישראל יוקם בית סוהר שיופעל וינוהל בידי תאגיד פרטי ולא בידי המדינה.

108 רע"פ 3268/02 קוזלי נ' מדינת ישראל, אתר נבו (3.3.2005), ס' 27 לפסק דינו של השופט מצא (להלן: רע"פ קוזלי) (ההדגשה שלנו – ב' ס', מ' ה').

"הודאה זו היא אמינה ובעלת יחס נראות גבוה", "הודאה זו היא בעלת יחס נראות נמוך"? האם מן העובדה שהודאה מסוימת איננה רק בבחינת "מודה אני" אלא היא כוללת סיפור ובו פרטים רבים אפשר ללמוד על אמינותה? כיצד נחקר חף מפשע מצליח להמציא סיפור כזה ולדעת "פרטים מוכמנים"? ובמילותיהם של המגיבים, "האין קיומו של לחץ (פסיכולוגי או אחר) קריטריון תקף להבחנה בין הודאות שבהן הסתברות הודאות השווא גדולה להודאות שבהן ההסתברות קטנה יותר? והוא הדין באשר למידת פירוטה של ההודאה, הגיונה הפנימי וכיוצא באלה".¹⁰⁹ האם מבחני הפסיקה אינם תקפים?

כפי שראינו בסעיף הקודם, שופטים רבים אינם מייחסים את המשמעות הראויה ללחצים בחקירה.¹¹⁰ התפיסה היא כי גם כאשר נחקר זוכה ל"כאפות", אין בכך כדי לשבור את כוח הרצון שלו. המסקנה העולה מן הדברים היא, שהתייחסות השופטים לרמת הלחץ שבו היה נתון הנחקר בחקירה איננה יכולה להיות בלם להודאות שווא. שכן לחץ שבעיני רבים הוא התעללות, בעיני שופטים אינו נחשב לכזה שיכול לשבור את כוח הרצון של נחקר חף מפשע. האם העובדה שהודאה איננה רק בבחינת "מודה אני", אלא היא כוללת סיפור ובו פרטים רבים, מלמדת על אמינותה? כפי שהראינו במאמרנו, לא בהכרח הנחקר הוא מי שבהודאת השווא שלו ממציא סיפור עשיר בפרטים. ההודאות שהובילו להרשעות חפים מפשע הן בדרך כלל מזוהמות.¹¹¹ הנחקר איננו בהכרח יצירתי ובעל יכולת להמציא סיפור עשיר בפרטים. לעתים קרובות מדובר בדמיון מפותח של החוקרים דווקא, אשר שמים בפי הנחקר סיפור שייחזה להיראות אותנטי ובעל כוח שכנוע. ההודאות במקרים של הרשעות השווא מזוהמות עד כדי כך, שידועים מקרים רבים שבהם לא רק שהיו בהודאה פרטים שלכאורה רק העברייין היה יכול לדעת אותם, אלא השוטרים עצמם העידו כי הנחקר גילה להם עובדות חדשות שלא היו ידועות גם להם, ואשר אומתו לאחר מכן.¹¹² את מחקרנו החדש והמאלף של Brandon Garrett¹¹³ בעניין זיהום ההודאות תיארו במאמרנו הראשון, אולם המגיבים התעלמו ממנו בתגובתם.¹¹⁴ גם מחקרים אחרים מתריעים מפני סכנה זו ואף מציגים אותה כחלק אינטגרלי מן הבעיה שבהסתמכות על הודאות.¹¹⁵

109 התגובה, לעיל הערה 5, בעמ' 520 - 521.

110 תחבולות חקירה מסוכנות, כגון בידי ראיות העלולות לשבור את רוחו של נחקר חף מפשע, נחשבות מותרות. ראו פ"ח (מתוזי נצרת) 502/07 מדינת ישראל נ' זדורוב (אתר נבו 14.9.2010) ואת הפסיקה הקודמת שעליה הסתמך בית המשפט לצורך קביעה זו. לביקורת על פסיקה זו ראו את מאמרו של סנג'רו, לעיל הערה 82.

111 מאמרנו הראשון, לעיל הערה 1, בעמ' 740.

112 כמו בפרשת Jeffrey Deskovic, שתוארה שם.

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

114 מאמרנו הראשון, לעיל הערה 1, בעמ' 740.

115 Richard A. Leo & Gudjonsson, *Psychology*, לעיל הערה 8, בעמ' 179-180, 210, 424; Steven A. Drizin, *The Three Errors: Pathways to False Confession and Wrongful Conviction*, in POLICE INTERROGATIONS AND FALSE CONFESSIONS: CURRENT RESEARCH, PRACTICE, AND POLICY RECOMMENDATIONS (Daniel Lassiter & Christian Meissner

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

Richard Leo מצביע על שלוש טעויות בחקירה המובילות להודאת שווא ולהרשעת שווא.¹¹⁶ הטעות הראשונה היא בהתמקדות בחשוד ראשוני אשר הוא חף מפשע (The Misclassification Error).¹¹⁷ אנו מכנים זאת "הקונספציה של אשמת החשוד".¹¹⁸ הטעות השנייה היא נקיטת פעולות למציאת ראיות המפלילות את החשוד, ובכלל זה כפיית ההודאה מסוג "עשיתי זאת" (The Coercion Error).¹¹⁹ הטעות השלישית היא זיהום ההודאה (The Contamination Error), באופן שהסיפור שמאחורי ההודאה (הפרטים, המניע) (postadmission narrative) ייראה משכנע.¹²⁰ טעות זו מבססת את כוחה הגדול של ההודאה¹²¹ ומונעת מן השופטים לזהותה כהודאת שווא. המגיבים טוענים למעשה שבאמצעות בחינת ה-postadmission narrative, בית המשפט יוכל לקבוע אם מדובר בהודאת אמת או בהודאת שווא. אולם במציאות שבה ההודאות מזוהמות כחלק אינטגרלי מן השיטה לגביית הודאות, אין לבחינה זו משמעות רבה. כדי להבין עד כמה מדובר בשיטה ולא במקרים יוצאי דופן, יצוין כי במחקרו של Garrett נמצא כי 36 מבין 38 הודאות שווא שהוליוו להרשעות שווא במקרי רצח ואונס ואשר נחשפו במסגרת פרויקט החפות (ואשר לגביהן היה לעורך המחקר תיעוד מספק) היו מזוהמות.¹²²

לצערנו, גם כאשר ההודאה מפוקפקת וה-postadmission narrative אינו מעיד כלל על אמינותה, מייחסים לה משקל רב. העובדה שיוחס משקל עצום להודאתו של סולימאן אל עביד, אשר היו בה פרטים בעלי חשיבות רבה שאינם נכונים כלל, מוכיחה כי מבחני הפסיקה רעועים מאוד. למעשה האמירה "מודה אני" היא שמכריעה את הכף, וכל יתר הפרטים שבהודאה נבחנים לאור הקונספציה של "אשמת החשוד".¹²³ אף פרט בהודאה שמצביע על

eds., 2010); Richard A. Leo, *False Confessions: Causes, Consequences, and Implications*, 37 J. AM. ACAD. PSYCHIATRY LAW 332, 337-338 (2009) (להלן: *False Confessions*).

שם. 116

117 שם, בעמ' 334. ראו עוד על התמקדות בחשוד אצל Keith A. Findley & Michael S. Scott, *The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases*, Wis. L. Rev. 291, 292 (2006) ("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").

118 סנג'רו וליפשיץ, לעיל הערה 3, בעמ' 340. ראו גם את עניין שוובר, לעיל הערה 17, בס' 14 לפסק דינה של השופטת גנות: "מלימוד אופן התנהלותם של חוקרי המשטרה עולה, כי מרגע מעצרו של התובע, לקו החוקרים בקיבעון מחשבתי, על פיו החשוד שבידיהם הינו האנס, והתעלמו לחלוטין מהאפשרות שמא החשוד שבידיהם אינו האנס".

119 ראו *False Confessions*, Leo, לעיל הערה 115, בעמ' 337.

שם. 120

שם. 121

122 Garrett, לעיל הערה 113, בעמ' 1054. נציין כי במאמרנו הראשון, לעיל הערה 1, הסתמכנו על גרסה מוקדמת שפרסם המחבר. בינתיים המאמר של Garrett נערך, עודכן ופורסם. הנתון שאנו מציינים כעת – 36 הודאות מזוהמות מתוך 38 הודאות שווא – מופיע בגרסה הסופית של המאמר.

123 ראו למשל רע"פ קוזלי, לעיל הערה 108, בס' 31 לפסק דינו של השופט מצא. בית המשפט קבע, כי הודאות הנאשמים ברצח דני כ"ץ ז"ל ערכבו אמת ושקר. מבחן פסיקתי מיוחד הופעל במקרה זה והוא

כך שההודאה היא כוזבת אינו זוכה להתייחסות או שהוא מגומד. כל בדל אמירה – ואפילו שולית – הנחזה להיות נכון, מועצם ונחשב הוכחה נוספת לאמתות ההודאה. מכאן גם תשובתנו לדברי המגיבים ולפיהם:

ההודאות המגיעות לבית המשפט הן מלכתחילה הודאות שהתביעה סבורה כי הן מקימות סיכוי סביר להרשעה, כך שאין מדובר בהודאות רעועות שהבעייתיות שבהן גלויה על פניהן.¹²⁴

ראשית, עובדה היא שגם הודאות מפוקפקות מאוד מגיעות לבתי המשפט, ונובע מכך שאי-אפשר לסמוך על הסינון שהתביעה כביכול מבצעת. שנית, אם מבחני הפסיקה מתירים להסתמך על הודאות מפוקפקות מאוד לצורך הרשעה, הרי ודאי שאין בהם כדי להסיר את החשש מפני הודאת שווא במקרים ברורים פחות. מבחני הפסיקה הם מבחנים רעועים מאוד, היוצאים מנקודת הנחה כי המודה הוא גם העבריין. אין בהם כדי לבדוק את השאלה אם המודה הוא באמת העבריין. כפי שהראינו במאמרנו הראשון, ההסתמכות על יכולתם של השופטים להבחין בין עדות אמת לעדות שקר איננה עומדת במבחן המציאות ואף לא במבחן המחקר.¹²⁵

5. האומנם הודאות השווא המתגלות מצויות ב"רף המוצהר של השיטה"? ראשית, אנו חולקים על טענת המגיבים כי הרף המוצהר של השיטה המשפטית הפלילית הוא 99%. ישנו רף מוצהר וישנו רף מעשי. הרף המוצהר של השיטה הוא אמינות מוחלטת כמעט.

"תאוריית השיטוי", שלפיה ההסבר לשקרים שמעורבים עם דברי האמת הוא מטרת הנחקר לשטות בחוקרים. כך כתב השופט מצא: "אלא ששקרי המערערים במקרה הנדון מהווים ראייה לכושרם ולכוננותם לשטות בחוקריהם ולהטעותם. במה דברים אמורים? בכך שלא פעם – בניסיונם להוליך שולל את חוקריהם – הציגו המערערים גירסות שקריות שתוכנן לא היה פחות מפליל מהודאותיהם בעובדות נכונות. כדברי בית-המשפט המחוזי בתארו את מגמת ה'שיטוי' שאפיינה את גירסות המערערים בחקירה: 'לא בהכרח חייב להיות "ערך מוסף" לבחירת גירסה מסוימת לעומת גירסה אחרת, כאשר שתיהן מפלילות. ערבוב האמת בשקר מקשה על המשטרה להגיע לגירסה, וגם הנאשמים מבינים זאת. הערך המוסף נמצא, במקרה זה, לאו דווקא בהחלפתו של נתון אחד בנתון אחר, אלא בעצם העובדה שיש מספר גירסות, באופן שהחוקרים מוצפים בפרטים, חלקם נכונים חלקם לא נכונים, וזהו "השיטוי"'. שוב, ללא קשר לשאלה אם הנאשמים באותו מקרה אכן ביצעו את המיוחס להם, עמדת הפסיקה היא אבסורדית. שכן אם הנאשם בהודאתו אמר אמירה מפלילה, מובן שהדבר מפורש לחובתו. אם הוא אמר אמירה שאיננה מתיישבת עם הראיות, היא נבחנת לאור הנחת המבוקש כי הוא העבריין. בחינה זו מוצאת בשקריו ראייה נוספת לאשמתו, שהרי הוא מנסה לשטות בחוקריו. האין זו (כמעט) טאוטולוגיה?"

124 התגובה, לעיל הערה 5, בעמ' 521.

125 ראו את מאמרנו הראשון, לעיל הערה 1, בעמ' 747 הערה 78 ואת הטקסט שמעל.

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

כך למשל כתב השופט Learned Hand בשנת 1923 :

Our dangers do not lie in too little tenderness to the accused. Our procedure has been always 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.¹²⁶

פרויקט החפות מוכיח כבר זה שני עשורים לערך ובכל חודש מחדש כי אין מדובר "ברוח של אדם חף מורשע", אלא באנשים רבים שחיייהם חרבו. ובכל זאת, הרטוריקה של פסקי הדין נותנת לקוראים את התחושה כי ההרשעה איננה בכפוף לשיעור טעות אפשרי כזה או אחר של השיטה, אלא ההרשעה היא ודאות מוחלטת כמעט.¹²⁷

אלא שיש למשפט הפלילי גם סף מעשי. באותה נשימה שבה מייחסים לסף הספק הסביר אמינות מוחלטת כמעט, במשפט האמריקני מקובל מאוד לאמץ את William Blackstone's ratio – 1:10, שפירושו הוכחת האשמה ברמה של כ-90.1% (10/11).¹²⁸ רציו זה מבוסס על אמרתו הידועה מאוד, שלפיה: "better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer".¹²⁹ ואכן, מסקר שנערך בין 171 שופטים עולה כי הבחירה השכיחה הייתה בסף הוכחה של 90%, שבו בחרו 56 שופטים. הבחירה הממוצעת הייתה 90.3% והחציון ¹³⁰.90%

שני הספים הללו סותרים זה את זה. אם שופטים מסתפקים בסבירות של 90% שהנאשם אשם ובהנחה – הלא-נכונה – כי זהו גם הסף שאליו מגיעים בפועל,¹³¹ אזי ההרשעה הממוצעת מבוססת ב-95%¹³² ומכאן שיש לצפות ל-5% הרשעות שווא. בארצות הברית,

126 United States v. Garsson, 291 F. 646, 649 (S.D.N.Y. 1923)
127 ראו התייחסות לרטוריקה שבפסק הדין בעניין הנאשמים ברצח דני כץ ז"ל (עניין קוזלי במחוזי, לעיל הערה 4), לעיל הערה 53 ובטקסט שמעל.

128 ראו Alexander Volokh, *n Guilty Men*, 146 U. PA. L. REV. 173, 174 (1997).
129 שם.

130 ראו C.M.A. McCauliff, *Burdens of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence, or Constitutional Guarantees?*, 35 VAND. L. REV. 1293, 1324-1327 (1982). וראו סקירה על 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).

131 והרי מאמרנו הראשון, לעיל הערה 1, מלמד על כשל בהערכת השופטים את הסתברות ההרשעה, שעלול להגיע גם לממדים קיצוניים.

132 להסבר מתמטי ולדיון מפורט באופן החישוב של מספר הרשעות השווא בהסתמך על כימות סף הספק הסביר לערך מספרי, ראו Boaz Sangero & Mordechai Halpert, *Proposal to Reverse the View of a Confession: From Key Evidence Requiring Corroboration to Corroboration for Key Evidence* (forthcoming, 44 U. MICH. J.L. REFORM) (להלן: Sangero & Halpert, *Proposal to Reverse*).

בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט

שבה ישנם כ-2,400,000 כלואים, הדבר מוביל ל-120,000 מורשעים המרצים מאסר על לא עוול בכפם – מספר שהוא רחוק מאוד מן האמונה האופטימית הבאה לידי ביטוי בפסקי הדין של בית המשפט העליון האמריקני.¹³³ 5% הרשעות שווא בישראל, אשר בה היו כלואים 22,725 בני-אדם בשנת 2009,¹³⁴ מתורגמים ל-1,136 כלואים לשווא. נוכח 40,000 הרשעות בשנה, גם כאלו שאינן מסתיימות במאסר, לפנינו 2,000 הרשעות שווא בשנה. אלו הם מספרים מפחידים. סף זה רחוק מאוד מלהבטיח כי הרשעות שווא הן עניין זניח. שיעור הרשעות שווא של 5% חושב גם על פי נתוני מציאות אמפיריים – מתוך הנתונים של פרויקט החפות באשר לנאשמים שהורשעו (כל אחד) בעבירות אונס ורצח שבוצעו בזו אחר זו, שעליהם נגזר עונש מוות – וכאן כבר אין מדובר בהשערה מבוססת בלבד, אלא בהוכחה מן המציאות.¹³⁵ מבחינה בטיחותית אסור להתעלם מכך שבעבירות חמורות פחות, שיעור מורשעי השווא עלול להיות אף גבוה יותר.¹³⁶

133 וראו פסק דין אופטימי נוסף של בית המשפט העליון האמריקני, המעריך כי הרשעת שווא היא מאורע נדיר ביותר, עד כדי 0.027% (4,000 הרשעות שווא מתוך 15,000,000 הרשעות לאורך 15 שנים): *Kansas v. Marsh*, 548 U.S. 163, 197-198 (2006).

134 הנתונים נלקחו מאתר שירות בתי הסוהר *נתונים (אסידיים)* (24.5.10): www.ips.gov.il/Shabas/TIPUL_PRISONER/Prisoners+Info/prisoners_no.htm

135 Michael Risinger, *Innocents Convicted: An Empirically Justified Factual Wrongful Conviction Rate*, 97 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 761, 762 (2007). להלן אופן החישוב של Risinger (שם, בעמ' 770-780): השיעור המינימלי של אחוז הרשעות השווא הוא תוצאה של חילוק: במונה יופיע מספר ידוע של הרשעות שווא בקרב קבוצת ייחוס בעלת מאפיינים דומים. במכנה יופיע מספר כל הרשעות בקבוצת הייחוס. כדי לקבל את גודל קבוצת הייחוס באופן אמין, Risinger בחר בקבוצה קטנה יחסית של הרשעות שווא שנחשפו במסגרת פרויקט החפות במקרים של capital rape-murder (הרשעות במקרים של עונש מוות בגין אונס ורצח בעקבותיו) בין השנים 1982-1989, שבהם נשארו דגימות דנ"א המאפשרות בדיקה. מן הנתונים שבפרויקט החפות הוברר כי ישנם 11 מזוכים כאלו. הוא הוריד (בזהירות) ממספר זה 5% כתוצאה מן האפשרות, שיתכן שחלק מן המזוכים אשמים למרות תוצאת בדיקת ה"דנ"א, ונשאר עם המספר 10.5 אשר שימש אותו למונה. לחישוב המכנה הוא השתמש בנתונים שהראו כי בין השנים הללו היו 479 הרשעות במקרים של capital rape-murder. מן הנתונים בפרויקט החפות הוברר, כי בשליש ממקרי ה-capital rape-murder לא נשארו דגימות דנ"א. המסקנה מן הדברים היא כי צפוי שבקרב 479 ההרשעות, רק בשני שלישים מן המקרים (319) יש באופן פוטנציאלי דנ"א לבדיקה. ולפיכך $10.5/319 = 3.3\%$, שיעור מינימלי של הרשעות שווא. זהו כמובן שיעור מינימלי, המניח שכל 319 המורשעים ביקשו לבדוק לאחר ההרשעה את דגימות ה"דנ"א במקרה שלהם, שהדגימות אכן נבדקו ושהתוצאה בדבר אשמה או היעדרה היא חד-משמעית. סביר להניח שהנחה זו איננה נכונה, ושלפיכך שיעור הרשעות השווא הוא גבוה מ-3.3%, אך אין נתונים בעניין זה. Risinger הניח כי קשה להאמין שמחצית מן הנאשמים לא ביקשו בדיקת דנ"א, מאחר שזוהי האפשרות האחרונה שלהם להינצל מגזר הדין. בהנחה זו הוא הגיע לרף עליון של 6.6%. אולם בשל חוסר במידע מדויק הוא בחר ב"סף הוגן" של 5%. אנו סבורים כי בעוד ש-Risinger ביסס מצוין את הסף התחתון, הרי בהתאם לגישה בטיחותית יש להביא בחשבון את האפשרות שהסף העליון גבוה מהסף שהוא שיער.

136 וראו את מאמרנו הראשון, לעיל הערה 1, בעמ' 741-742.

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

הרשעות השווא ובכללן כאלו שמקורן בהודאות שווא אינן מתיישבות עם הסף המוצהר של השיטה, שאמור להיות ודאות מוחלטת כמעט. החידוש המרכזי במאמרנו הוא כי הרשעות המבוססות על הודאה כראיה עיקרית, אף הן אינן עומדות בסף המעשי של השיטה, כאשר מכמתים אותו ל-99%, ואפילו לא כאשר מכמתים אותו ל-90%. במקום אחר נימקנו מדוע אין לרדת מסף מעשי זה של 99% לסף נמוך יותר.¹³⁷ ואכן, ידמיינו הקוראים כיצד יקבל הציבור בישראל מצב שבו בית משפט בישראל מרשיע נאשם וגוזר עליו עונש כבד, ובאותה נשימה הוא מוסיף כי ישנם 5% מקרים שבהם הוא טועה וכי אם הוא טועה, הנאשם יצטרף לחברתם הטובה של אותם 2,000 נאשמים חפים שהורשעו לשווא באותה השנה, המשלמים את מחיר הטעות המעשית של השיטה. נשוב לבטיחות במשפט הפלילי: כאשר איננו מתייחסים לסף המוצהר של השיטה (שהוא קרבה לשלמות, כביכול) אלא לסף ההרשעה המעשי של השיטה, הכרחי לנקוט באמצעים שעלותם פחותה מתוחלת הנזק כדי למנוע אותו. האם חיל האוויר יהיה מוכן לקלוט מטוסים אשר בממוצע מתרסקים כל 20 טיסות (5%)? ומאה טיסות? ואלף טיסות? ומבלי לנקוט באמצעי זהירות שעלותם פחותה מתוחלת הנזק? באופן זה, כך גם במשפט הפלילי אין להסכים לקיומן של הרשעות שווא ולטעון כי הן מצויות ברף המעשי של השיטה, אלא יש להפעיל אמצעי בטיחות סבירים כדי להפחיתן. במאמרנו הראשון הצענו כמה אמצעי בטיחות כאלה, שמטרתם לצמצם את הסכנה האיומה של הרשעת שווא על בסיס הודאת שווא, סכנה שהיא גדולה מאוד נוכח שיטות החקירה המקובלות כיום, נוכח הדין הקיים ונוכח יחסם של השופטים כלפי הודאות. במקום אחר נציע שימוש באמצעי בטיחות נוספים.¹³⁸

6. חשיבות המודעות לתופעה של הרשעות שווא המבוססות על הודאות שווא

כשמדובר ביצירה ספרותית או אמנותית, אומרים שלאחר כתיבתה ופרסומה (או יצירתה) היא מופקעת מן המחברים (או מן האמנים) ואין להם שליטה על פרשנותה. המגיבים מציעים שתי דרכים להבנת טענתנו בדבר אפשרות התרחשותה של הודאת שווא: האחת – שלילת הטענה שאין מקרים של הודאות שווא, שאז הטענה מוכתרת בידיהם כ"טריוויאלית במידה רבה";¹³⁹ והשנייה – "הודאות שווא נפוצות ממה שבתי משפט מניחים". בהמשך לפירוש השני, המגיבים טוענים כי לא הוכחנו את טענתנו מבחינה אמפירית; שכן, לטענתם, המחקרים האמפיריים שעליהם הסתמכנו "לכל היותר... מספקים נתונים באשר לחלקן היחסי של הודאות שווא בקבוצת הרשעות השווא (או בתת-קבוצה שלה). לעומת זאת אין במחקרים

137 לנימוקים מדוע יש להעמיד סף זה על 99% ולא על 90%, ראו Sanger & Halpert, *Proposal to Reverse*, לעיל הערה 132.

138 Sanger & Halpert *Toward Safety*, לעיל הערה 9.

139 התגובה, לעיל הערה 5, בעמ' 507.

אלה כל נתון באשר לחלקן היחסי של הרשעות השווא על בסיס הודאות מתוך כלל ההרשעות על בסיס הודאות (בין אם הן הרשעות שווא ובין אם הן הרשעות אמת).¹⁴⁰ במאמרנו הראשון הצגנו סוגים שונים של מחקרים אמפיריים. מחקרים מסוג אחד הציגו מקרים מן המציאות של הרשעות על סמך הודאות שהוכחו כהרשעות שווא. חשיבות המחקרים הללו איננה בקביעת שיעור הודאות השווא. חשיבותם בכך שהם מפריכים תפיסות רווחות שגויות באשר להודאה כראיה, כגון אלו שהמגיבים מחזיקים בהן. הספרות הפסיכולוגית והספרות המשפטית התריעו שוב ושוב על הסכנה הגדולה שבהסתמכות על ראיה זו. אולם עקרון התאונות הנסותרות אפשר לבתי המשפט להתעלם ממחקרים אלו. לכן, כאשר ב"חלון הזדמנויות" בהיסטוריה של המשפט הפלילי נמצא "תקן זהב" לבדיקת ההנחות שבבסיס ההסתמכות על הודאות – הבדיקות הגנטיות שלאחר ההרשעה הנערכות במסגרת פרויקט החפות – וכאשר הרשעות שנחשבו מוצקות מאוד מבחינה משפטית הובררו כשגויות, הרי מתערער הביטחון באותם כלי הכרעה משפטיים, שכאמור מעולם לא היו מבוססים מדעית.

השתמשנו גם במחקרים מסוג אחר, אשר סייעו לנו גם בהערכה מספרית של הסיכון שבשימוש בהודאה.¹⁴¹ בכך הערכנו חסם עליון ליחס הנראות של ראיית ההודאה, כלומר לכוחה הראייתי הראלי. בניגוד לעמדת המגיבים, אין משמעות הדבר כי בכך הערכנו את אחוז הרשעות השווא מסך כל ההרשעות המתבססות על הודאה, משום שישנם מקרים רבים שבהם ההרשעה מבוססת על הודאה ועל ראיות משמעותיות נוספות, בעוד שישנם מקרים שבהם ההרשעה מתבססת על הודאה כראיה עיקרית. בהחלט תיתכן מערכת משפטית היפותטית שבה 99% מההרשעות המבוססות גם על הודאה תהיינה הרשעות אמת (מאחר שהראיות נגד הנאשם כוללות הודאה ואוסף משכנע של ראיות חיצוניות נוספות), ובכל זאת הניתוח ההסתברותי שערכנו במאמר יחייב שלא להרשיע על סמך ראיית ההודאה ב-1% הנותר של המקרים, המבוססים על הודאה כראיה עיקרית. הסיבה לכך היא כי ב-1% זה של המקרים ההודאה היא הראיה המרכזית, ועל כן ההרשעה איננה בטוחה. במילים אחרות, העובדה שלא התרשלנו ב-99% מהמקרים והרשענו על סמך ראיות מספקות איננה הצדקה להתרשל ב-1% זה של מקרים נוספים, רק מפני ש"הרף המוצהר של השיטה" מאפשר 1% הרשעות שווא. יצוין ויודגש כי אנו כותבים על אודות מערכת משפטית היפותטית זו רק לשם חידוד המחלוקת עם המגיבים. להערכתנו מערכת כזו איננה קיימת במציאות, וחלק ניכר מן ההרשעות המבוססות על הודאה – הרבה יותר מ-1% – מבוסס על ההודאה לבדה, ללא ראיה נוספת עצמאית ומשמעותית כלשהי (בהבדל מ"דבר מה נוסף" קל כנוצה, שגם חשיבותו ותרומו לחקר האמת ולמניעת הרשעות של חפים מפשע הן קלות כנוצה).

במקום אחר הראינו שכל ארבע הראיות המרכזיות – הודאות, עדויות זיהוי של עדי ראיה, השוואות דנ"א והשוואות של טביעות אצבעות – כולן מקבלות בבתי המשפט משקל

140 שם, בעמ' 508.

141 ראו פירוט על מחקרים אלו להלן בסעיף 1.ג למאמר זה.

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

גדול בהרבה מן הראוי להן. מכך נובעת מסקנתנו הכללית כי אין בנמצא ראיה שהיא כה מדויקת עד כי יש בה לבדה כדי להוכיח את אשמתו של אדם מעבר לספק סביר. כך אפילו באשר לראיות המדעיות המדויקות ביותר, דנ"א וטביעת אצבעות; קל וחומר באשר להודאות ולעדויות ראייה.¹⁴² לפיכך הצענו לקבוע כלל שלפיו הכרחי לבסס הרשעה בפלילים על יותר מראיה אחת. בעוד שבמציאות האמריקנית ההערכה היא שהגורם המרכזי להרשעות שווא הוא עדויות ראייה מוטעות, הערכתנו היא שבמציאות הישראלית הגורם המרכזי להרשעות חפים מפשע הוא ההתבססות על ההודאה לבדה כמספיקה להרשעה. הערכה זו השתדלנו לבסס במאמרנו הראשון. אם מביאים בחשבון גם את עסקות הטיעון, אזי ההערכה המקובלת היא שלמעלה מ-90% מההרשעות נשענות על הודאה כראיה המרכזית.

טוענים המגיבים כך: "טול למשל את הנתון כי רבע מהמקרים של זיכויים ב-'Innocence Project' הם מקרים של הרשעות שווא על בסיס הודאה כראיה יחידה. מה נוכל ללמוד מנתון זה? אנו סבורים שלא נוכל ללמוד ממנו הרבה כל עוד לא נדע מהו חלקן היחסי של הודאות בהרשעות בכלל".¹⁴³ במאמרנו הראשון אנו מנתחים את משקלה הנכון של ההודאה ומראים שהוא נמוך. העובדה שהשימוש בהודאה הוא שכיח רק מעצימה את הסכנה, כמו גם שיטות החקירה האינטנסיביות המקובלות.

7. חשיבות העובדה שבתו המשפט אינם מסוגלים לזהות הודאות שווא

טוענים המגיבים, כי טענתנו שלפיה בתי המשפט אינם מסוגלים לזהות הודאות שווא "ייתכן שהיא נכונה, אולם היא אינה מבוססת בנתונים האמפיריים שהביאו המחברים".¹⁴⁴ ראשית, הסברנו לכך שבתו המשפט אינם מסוגלים לזהות הודאות שווא לא התבסס רק על נתונים אמפיריים, אלא גם על הסבר מורכב הכולל תשעה גורמים שונים.¹⁴⁵ שנית, אפילו הנתונים האמפיריים שהבאנו הם לבדם מוכיחים הרבה יותר ממה שמייחסים להם המגיבים, בכותבם:

כך למשל, המחברים מבקשים לתמוך מסקנה זו במחקר האמפירי של Leo & Ofshe. על פי המחקר האמור "מתוך 60 מקרים של הודאות שווא שנבחנו, הובילו הודאות השווא להרשעות שווא ב-73% מהם" (כלומר 44 הרשעות שווא). אלא מאי? כפי שכבר ציינו לעיל, סטנדרט ההוכחה "מעבר לספק סביר" אינו מחייב את בית המשפט לזהות כל

142 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 (2007) (להלן: Sangero & Halpert *Why a Conviction*).

143 התגובה, לעיל הערה 5, בעמ' 509-510.

144 שם, בעמ' 511-512.

145 מאמרנו הראשון, לעיל הערה 1, בעמ' 752-753.

מקרה ומקרה של הודאת שווא. השאלה החשובה היא אפוא: מתוך כמה מקרים של הרשעות על בסיס הודאות עלה הנתון הזה?¹⁴⁶

אלא שהמחקר לא הובא כדי לאמוד את שיעור הרשעות השווא המבוססות על הודאות שווא מבין כלל ההרשעות על בסיס הודאות. מטרת הבאתו היא לשלול הנחה אופטימית אפשרית, שלפיה בתי המשפט יודעים ומצליחים לסנן החוצה את הודאות השווא, וכן לתת הערכה מספרית לסדר הגודל של שיעור אי-הצלחה זה, הנחוץ לצורך המודל ההסתברותי. בא מחקרם של Leo ו-Ofshe ומוכיח שאינם יודעים ואינם מצליחים. להערכתנו, בתי המשפט מקבלים כמעט את כל ההודאות – הן את ההודאות האמתיות והן את רוב ההודאות השקריות. על פי המחקר האמור דחה בית המשפט רק 37% מתוך 60 הודאות שאנו יודעים שהן הודאות שווא. הודאות האמת בוודאי מתקבלות בברכה בבית המשפט, הרי סביר להניח שנלוות אליהן ראיות משמעותיות נוספות לאשמתו של הנאשם ושהן אינן יתומות. זאת ועוד, המגיבים אף מתעלמים ממחקר חדש יותר שהבאנו, שהיקפו גדול יותר – מחקרם של Leo ו-Drizin – המצביע על כך שב-82% מהמקרים קיבלו השופטים את הודאות השווא כנכונות.¹⁴⁷ טענת המגיבים שכביכול הנתונים הללו אינם מעניינים, שכן ישנן הרשעות רבות מאוד הנסמכות על הודאות כך שיתכן ששיעור הרשעות השווא הוא נמוך ולכאורה עומד ברף המוצהר של השיטה, היא טענה מקוממת. בשלב זה מקבל הדיון תפנית מפתיעה. בעוד שעד כה סברנו שהמהלך הנכון והמוסכם של הדברים הוא שתחילה מנסים אנו (הן המחקרים והן המגיבים) לאמוד את משקלה הנכון של ההודאה ("כמה שוקלת הודאה?" ככותרת תגובתם) ורק לאחר מכן לחשב את הסתברות האשמה כשהרשעה מבוססת על הודאה, הנה באים המגיבים והופכים את היוצרות. הם מניחים שהמערכת המשפטית היא מדויקת מאוד, עד כי שיעור הרשעות השווא הוא 1% בלבד, ועל סמך הנחה אופטימית זו (שהיא בעצם הנחת המבוקש) הם מגיעים למסקנה שההודאה היא "ראיה טובה" (ניתן היה לומר "מצוינת"), ששיעור הטעות שלה אינו חורג מ-1%.¹⁴⁸ במילים אחרות, המגיבים אינם רואים בעיה בכך שלבתי המשפט אין יכולת לגלות את הודאות השווא, רק בשל ההשערה (או הפנטזיה) ש-99% מההודאות המוצגות בפני בתי המשפט הן הודאות אמת. למגיבים לא מפריע שהשופטים אינם מצליחים לגלות ב-73% (ואפילו ב-82%) מהמקרים את הודאות השווא,

146 התגובה, לעיל הערה 5, בעמ' 512.

147 ראו את מאמרנו הראשון, לעיל הערה 1, בעמ' 747, הערה 79 ובטקסט שמעל. אנו מפנים שם למחקרם של Leo & Drizin, לעיל הערה 59.

148 וראו את המשך דבריהם: "גם במקרה זה, נראה שהמחשה באמצעות שיטת המשפט שבה סטנדרט ההוכחה הוא הסתברות אשמה של 0.99 תוכל לסבר את אוזנו של הקורא: נניח שבשיטה האמורה היו 4,400 נאשמים שהורשעו על בסיס הודאה. אם בית המשפט נהג לפי רף ההוכחה המוצהר של השיטה, הרי התוחלת של הרשעות השווא היא 44 הרשעות שווא (שהן 73% בקירוב מתוך 60), דהיינו מתוך 4,400 הרשעות על בסיס הודאה תהיינה 44 הרשעות שווא במוצע. יוצא אפוא שאילו מחקרם של Leo & Ofshe נערך בשיטת משפט כזו, אזי כל שאפשר לומר לגבי התוצאות הוא שככל הנראה נהגו בתי המשפט על פי סטנדרט ההוכחה המוצהר של השיטה" (התגובה, לעיל הערה 5, בעמ' 512).

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

משום שלהערכתם רוב מוחלט של ההודאות המובאות בפני השופטים הן ממילא הודאות אמת. אם אכן כך הדבר, ש-99% מהמובאים לבית המשפט הם אשמים ושבת המשפט ממילא איננו מצליח לזהות את הודאות השווא, מדוע בכלל צריך משפט ושופטים? גם אם לפנינו מיליון הרשעות על סמך הודאות, ומתברר שכאשר ישנה הודאת שווא בית המשפט אינו מזהה אותה ב-73% מהמקרים (ואפילו ב-82% מהמקרים), זהו נתון מעניין מאוד, ולא ניתן לדלל אותו אפילו בים של הודאות אמת. הנתון מלמד שאי-אפשר לסמוך על ההודאה כראיה להוכחת האשמה – ודאי שלא מעבר לספק סביר. יתרה מזו, עצם העובדה שישנם המוני מודים (והיו הרבה יותר אילו כולם נחקרו) גם היא מלמדת שאין מדובר בראיה חזקה לאשמה. לבסוף, טענה נוספת של המגיבים בעניין זה היא: "אם בית המשפט אינו שוגה בכשל שיעור הבסיס, אזי שיעור הדחייה הנמוך יחסית של הודאות שווא עשוי להצביע על כך שלהערכת בית המשפט יחס הנראות או לחלופין שיעור האשמה האפריורי הוא גבוה מהערכת המחברים בעניין".¹⁴⁹ אלא שהשאלה במחקר אקדמי ובמאמר תאורטי איננה מה חושבים השופטים על יחס הנראות, אלא מהו יחס הנראות (כוחה הראייתי הראלי של ההודאה). אנו אמורים לסייע להם, ולא לתאר ביראת כבוד את טעויותיהם.

ג. היבטים הסתברותיים בתגובת המגיבים

1. השגיאה החיובית שבהסתמכות על הודאות לשם הרשעה נראה שבעניין זה ישנה מחלוקת עיקרית בינינו לבין המגיבים. המגיבים טוענים שלא כל ההודאות זהות ושבת המשפט מסוגלים לזהותן ולהבחין ביניהן. המגיבים סבורים כי ההנחה שלנו, שלפחות אחד מכל עשרה נחקרים חפים שיהיו נתונים לחקירה פסיכולוגית-אינטנסיבית יודה, אפשרית רק אם אנו מגבילים את עצמנו למרכיב "מודה אני" שבהודאה:¹⁵⁰

במילים אחרות, בפני מי שמבקש ליישם את תאורת בייס על מקרה שבו יש הודאה כראיה "יחידה" פתוחות שתי דרכים לגיטימיות: הדרך האחת היא להתייחס להודאה ולכל מה שהוא בעל ערך ראייתי בה (כגון מידת פירוטה, נסיבות אמירתה, מיהות נתון ההודאה וכיוצא באלה) כאילו הם ראייה אחת. אם הוא בוחר בדרך זו, הרי קבוצת ההודאות שאליהן הוא מתייחס היא קבוצת כל ההודאות שלגביהן מתקיימות נסיבות אלה בדיוק (ולא מתקיימת כל נסיבה אחרת בעלת ערך ראייתי)... הדרך השנייה היא להתייחס למשותף לכל ההודאות. משותף זה הוא דל מאוד ומתמצה בכך שכל ההודאות כוללות את האמירה "אני מודה" (או מילים בעלות משמעות דומה)... באיזו דרך בחרו אם כן המחברים? נראה שהמחברים לא נקטו באף אחת משתי דרכים לגיטימיות אלה, אלא פסחו על שני הסעיפים. לכאורה נראה כי המחברים התייחסו לצד

149 שם, בעמ' 521.

150 שם, בעמ' 518.

השווה שבכל ההודאות, בהתאם לדרך השנייה שהבאנו לעיל. רק על בסיס זה אפשר אולי לקבל את הנחתם שאחד מכל עשרה נחקרים תחת אזהרה חפים (או ליתר דיוק חפים שהיו נתונים לחקירה פסיכולוגית-אינטנסיבית) יודה.

מן הדברים עולה, שעיקר המחלוקת עם המגיבים מתמקדת בהערכה המספרית של יחס הנראות. המגיבים הסיקו כי בחרנו בדרך השנייה, רק מאחר שהם לא היו מוכנים לקבל את הערכתנו שאחד או יותר מכל עשרה נחקרים חפים יודה הודאת שווא. למען הסר ספק, הנחתנו בדבר שיעור הודאות השווא אינה מוגבלת להודאות "רזות" מסוג "מודה אני", אלא מתייחסת גם להודאות עשירות בפרטים, כולל "פרטים מוכמנים", שנחזות להיות אותנטיות. חשוב לזכור את מחקרו המאלף של Garrett, המראה כי כמעט כל הודאות השווא שהובילו להרשעות שווא שנחשפו בפרויקט החפות היו עשירות בפרטים, כפי הנראה משום שהחוקרים זיהמו אותן (בין במודע ובין שלא במודע).¹⁵¹ באשר לחקירות אינטנסיביות ולוחצות כפי שתיארנו, אנו סבורים כי שיעור הודאות השווא אף גבוה מ-10%. כך או אחרת, לאור הפגיעה הקשה בכבוד האדם, יש לאסור על השימוש בשיטות כאלו.

לא ברור לנו על סמך מה המגיבים כותבים כי "מרחב הדיון שאליו מתייחסים המחקרים הוא אוכלוסיית כלל החשודים (או הנחקרים תחת אזהרה) החשופים לחקירה אינטנסיבית".¹⁵² המגיבים מבקשים ללמוד זאת מאמירתנו כי "אחד או יותר מכל עשרה נחקרים חפים מפשע צפוי להודות הודאת שווא בחקירתו במשטרה".¹⁵³ תוך הדגשת המילה "נחקרים", מבקשים המגיבים לייחס לנו התמקדות באלה שנחקרים בפועל ולהעמיס עליהם את חשדות החוקרים, שכפי שכבר הראינו אינם רלוונטיים כלל אם הם אינם עולים כדי ראיות קבילות.

כפי שהבהרנו כבר במאמרנו הראשון ונשוב ונבהיר כעת, אנו מתייחסים לכלל החשודים הפוטנציאליים – כלל האזרחים, גם אלה שלמזלם לא נחקרו בידי המשטרה. בהנחה שאין נגד ה"חשוד" התורן ראיות מלבד הודאתו, הרי כל מבוגר אחר באותו אזור היה יכול לבצע את העבירה לא פחות משהיה יכול לבצע אותה חשוד שאין ראיות נוספות נגדו. אילו נחקרו (בשיטות החקירה המקובלות במשטרת ישראל, שהן לצערנו שיטות לוחצות) כל ה"חשודים" הפוטנציאליים, אזי אנו מעריכים שאחד או יותר מכל עשרה חפים היה מודה. במצב שכזה, אילו אכן נחקרו אלפים, היינו מקבלים כל כך הרבה הודאות באשר לאותו הפשע, עד כי גם השופטים (ואולי גם המגיבים) היו נאלצים להודות שהשיטה הקיימת של הרשעה על סמך הודאה בלבד פשטה את הרגל. העובדה שהיא טרם הוכרזה פושטת רגל נובעת מכך שבכל פעם חוקרים "חשוד" תורן ביש מזל אחד.¹⁵⁴

151 ראו את מאמרנו הראשון, לעיל הערה 1, בעמ' 740 הערה 38 ובטקסט שמעל.

152 התגובה, לעיל הערה 5, בעמ' 522.

153 שם.

154 וראו את הדוגמה המספרית האינטואיטיבית שבמאמרנו הראשון, לעיל הערה 1, בעמ' 742.

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

נשוב ונסביר כיצד הגענו להערכה של 1:10 לפחות. ראשית, הסתמכנו על הדמיית חקירה בתנאי מעבדה של אנשים חפים המואשמים בעבירות קלות, ואשר בה הוברר כי אנשים מודים במה שלא עשו.¹⁵⁵ תוצאות ההדמיה הראו, כי 6% מקרב החפים שהואשמו ברמאות אקדמית הודו אף ללא שימוש בשיטות חקירה כלל. בשימוש בשיטות כאלה, גדל שיעור החפים שהודו פי שבעה – ל-43%.¹⁵⁶

לטענת המגיבים, מדובר בעבירה קלה שאיננה משקפת מציאות שבה אדם מואשם בעבירה חמורה. אנו דוחים ביקורת זו של המגיבים. אנשים רבים מורשעים על סמך הודאה גם בעבירות שנחשבות קלות. אסור לנו להקל ראש בכך. יתר על כן, הודאה ברמאות אקדמית איננה דבר קל. יש לכך השפעה גדולה על עתידו של הסטודנט. לא בכדי ניפו עורכי המחקר כבר בתחילתו סטודנטים אשר להערכתם עוגמת הנפש שיחוו במחקר הייתה צפויה להיות גדולה מדי. אותם 6% מודים מקרב החפים מלמדים אותנו, כי כאשר עוסקים באוכלוסייה רחבה, יהיו בה פרטים שיתנהגו אחרת ממה שרוכנו חושבים. אם 6% מודים בעבירות "קלות" כאלו, כאשר לא הופעלו נגדם שיטות חקירה כלשהן, הרי קרוב לוודאי שרבים אחרים יודו בעבירות פליליות קלות כאשר יחקרו בידי אנשי אכיפת החוק, ושיעורם בוודאי יגדל כאשר יופעלו נגדם שיטות חקירה.

זאת ועוד, אמנם מדובר בעבירות "קלות", אולם גם שיטות החקירה שנקטו בניסויי המעבדה היו רכות. הסטודנטים לא נחקרו שעות, ימים ואף שבועות כפי שנהוג בישראל. הם בוודאי לא היו אזוקים בזמן החקירה. אין גם מדובר בהפעלת ארסנל שלם של שיטות תשואל כפי שתוארו לעיל על קצה המזלג. מבחינה בטיחותית, מחקר שכזה אמור להדליק את כל הנורות האדומות באשר לגורמי הסיכון להודאות שווא, הן במקרים שבהם מופעל לחץ חקירתי והן אפילו במקרים שבהם אין מופעל לחץ כלל.¹⁵⁷ המסקנה היא ששיעור המודים הודאות שווא מקרב כלל הנחקרים החפים העולה מהמחקר האמור עלול להגיע בניסיונות מסוימות גם לערך הגבוה מאוד של 43%.

המגיבים אף המעיטו מערכם של מחקרים אחרים שעליהם הסתמכנו: "באשר למחקרים המתבססים על דיווח עצמי של חוקרי משטרה על אמונותיהם או על דיווח עצמי של אסירים, דומה שקשה לתמוך בהם מסקנות מבוססות".¹⁵⁸ עורכי המחקר המבוסס על דיווח עצמי של

Melissa B. Russano, Christian A. Meissner, Fadia M. Narchet & Saul M. Kassin, 155
Investigating True and False Confessions Within a Novel Experimental Paradigm, 16
PSYCHOLOGICAL SCIENCE 481 (2005); ראו את מאמרנו הראשון, לעיל הערה 1, בעמ' 741 הערה
55 ובטקסט שמעל.

156 ראו את מאמרנו הראשון, לעיל הערה 1, בעמ' 742.

157 אין זה המחקר המעבדתי היחיד שמראה כי אנשים מודים במעשה שלא ביצעו. על מחקרים נוספים,
ראו Robert A. Nash & Kimberley A. Wade, *Innocent But Proven Guilty: Eliciting*
Internalized False Confessions Using Doctored-Video Evidence, 23 APPL. COGNIT.
PSYCHOL. 624 (2009).

158 התגובה, לעיל הערה 5, בעמ' 511.

הודאות שווא בקרב אסירים באיסלנד, Gudjonsson ו-Sigurdsson, היו מודעים לבעיות אפשריות במחקר זה.¹⁵⁹ לכן, בסטטיסטיקה נכללו רק האסירים שהדיווח שלהם על הודאת שווא לא יוחס לפשע שבגינו הם ריצו מאסר בזמן הריאיון.¹⁶⁰ תוצאה זהה של 12% התקבלה בשני מחקרים שונים שגם הם נערכו באיסלנד. במחקר הראשון, שנערך בשנים 1991-1992, רואיינו 229 אסירים ואילו בשני, שנערך בשנת 1996, רואיינו 509 אסירים.¹⁶¹ אלו אינם מחקרים מדויקים, והם תקפים בעיקר לאיסלנד. אולם הם יכולים להיות אינדיקציות להערכת יחס הנראות של ההודאה.

ואכן, מחקרים אחרים המבוססים על דיווח עצמי מספקים מסקנות דומות. במחקר שנערך בצורה של שאלון עצמי בקרב אלפי קטינים בשבע מדינות באירופה, הוברר כי 11.5% מהם נחקרו במשטרה. 14% מהם דיווחו על כך שמסרו הודאות כוזבות.¹⁶² כאשר מחקר דומה בוצע בקרב אנשים הלוקים במחלות נפש שנחקרו, הוברר כי 9%-28% מביניהם – בהתאם למדינה שבה בוצע המחקר (הממוצע היה 22%) – דיווחו כי הודו לשווא בעבירה שלא ביצעו, בעוד ש-27%-41% דיווחו כי הסכימו לעסקת טיעון כאשר הואשמו בפשע שלא ביצעו (הממוצע היה 36%).¹⁶³

אם נסכם את תוצאות המחקרים, הרי אמונת החוקרים שב-5% מהמקרים הם גבו הודאות שווא יכולה ודאי להיות חסם תחתון לשיעור הודאות השווא. אסור לנו להיות אופטימיים יותר מהחוקרים עצמם. הנתונים מדיווח עצמי של אסירים, של קטינים ושל אנשים הלוקים במחלות נפש מלמדים כי למעלה מ-10% מן הנסקרים דיווחו על הודאת שווא. מניסוי מעבדה עולה כי למעלה מ-40% מן הסטודנטים יודו הודאות שווא בעבירה קלה, אם רק יפעילו עליהם שיטות חקירה. לפיכך בחרנו בהערכה של 10% (או יותר), שהיא גבוהה מעט מהרף התחתון שמתקבל מאמונת החוקרים, אך עודנה נמוכה משמעותית מהתוצאות שהתקבלו בניסויים מעבדתיים ומהאינדיקציות המחקריות האחרות.

יתרה מכך, במקרים מסוימים, כאשר אין קצה חוט לחקירה, המשטרה עוברת מ"חשוד" ל"חשוד" וחוקרת אותם בשיטות של דִּיג.¹⁶⁴ כאשר היא מגיעה לחשוד שאינו מצליח להוכיח

159 Gudjonsson, Psychology, לעיל הערה 8, בעמ' 176.

160 שם.

161 שם.

162 Saul M. Kassin, Sara C. Appleby & Jennifer Torkildson Perillo, *Interviewing Suspects: Practice, Science, and Future Directions*, 15 LEGAL AND CRIMINOLOGICAL PSYCHOLOGY 39, 43 (2010)

163 Allison D. Redlich, Alicia Summers & Steven Hoover, *Self-Reported False Confessions and False Guilty Pleas Among Offenders with Mental Illness*, 34 LAW & HUM. BEHAV. 79, 84 (2010)

164 על פי העיתונות, בחקירת רצח תאיר ראדה ז"ל עצרה המשטרה לחקירה את רפאל כהן, חסר בית ששה באזור קצרין, ולאחר מכן את ישראל נפתלי, גנן בית הספר שבו למדה תאיר. שניהם שוחררו לאחר שהאליבי שמסרו אומת. העצור השלישי, רומן זדורוב, לא הצליח להוכיח את חפותו, ובסופה של חקירה הודה במעשה והועמד לדין. ראו ג'קי חורי "החשוד ברצח הילדה – חסר בית שלן במקלט

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

את חפותו, היא מפעילה את כל כוחה כדי לחלץ ממנו הודאה. במקרים אלו ההסתברות שההודאה היא הודאת שווא גדולה מאוד, הן משום שאין ראיות נוספות לאשמתו של החשוד והן משום שההסתברות לכך שבאחת מכמה חקירות תתרחש שגיאה גדולה מההסתברות ששגיאה תתרחש בחקירה אחת ויחידה.¹⁶⁵ למעשה, מתכונת כזו של חקירה הופכת את היוצרות לחלוטין: מתחילים בחזקת אשמה (תוך רמיסת חזקת החפות); דורשים מן ה"חשוד" (שאין כל ראיה לאשמתו) להוכיח את חפותו; אם הוא נכשל בכך (ומתברר שהוכחת חפות איננה קלה גם עבור חפים) – חוקרים אותו באינטנסיביות ומשתדלים לגבות ממנו הודאה; לעתים קרובות גם מצליחים בכך (להערכתנו, כאמור, ביותר מ-10% מן המקרים); ואזי לפי הדין וההלכה הישראליים סלולה הדרך להרשעה, הרי די ב"דבר מה נוסף" קל כנוצה – שתמיד מוצאים אותו – וחסל.

תמיכה נוספת להערכתנו התקבלה מצפייה בקלטות חקירה של חקירות לוחצות, שבהן אנשים הודו במה שלא עשו. הצפייה מלמדת שאין מדובר בעניין תאורטי. השיטות שבהן השתמשו באותן חקירות נחשבות שיטות לגיטימיות ושגרתיות. ראינו כמה הן מסוכנות. הבנו מדוע הן מסוכנות. אולם שיטות אלו מופעלות שוב ושוב כעניין שבשגרה הן כלפי חשודים והן כלפי עדים, חרף הסכנה הגדולה להרשעת חפים מפשע.

אפילו אם הערכתנו איננה מדויקת, התחשיב ההסתברותי שבמאמרנו מלמד כמה חשוב שתהיה בידינו הערכה כזו וכמה עיוורים אנו בלעדיה. מערכת משפטית בטיחותית אמורה להיחרד אל מול סכנות כאלו. עליה לנקוט אמצעי מניעה נגד הרשעות שווא, אשר רק בשל עקרון התאונות הנסתרונות איננו יודעים עליהן. אולם לא כך פועלת המערכת המשפטית ולא כך סבורים המגיבים. המגיבים טוענים כי לא הוכחנו ששיעור הודאות השווא הוא גבוה. לדעתם אפשר להמשיך ולהתייחס להודאה כאל ראיה טובה. אנו סבורים שנטל ההוכחה אמור להיות הפוך. התביעה היא שצריכה להוכיח כי השימוש בהודאה כראיה הוא בטוח, ולהערכתנו המחקרים הקיימים מלמדים שאין ביכולתה לעשות כן.¹⁶⁶

בקצירין "הארץ Online חדשות" (8.12.2006) www.haaretz.co.il/hasite/spages/798683.html?more=1

שרון גל "הסיפור המלא – רצח תאיר ראדה" אתר נענע 10 (3.6.2006) docu.nana10.co.il/Article/?ArticleID=557193. וראו את כתבות התחקיר על אודות פרשה זו,

"מי רצח את תאיר ראדה?" חלק א וחלק ב אשר שודרו ביום 5.1.11 וביום 12.1.11 (בהתאמה)

במסגרת התכנית "מבט שני" בערוץ הראשון של הטלוויזיה, www.iba.org.il/media/?recorded=1&starting=10_1_2011-01-06_084224;

www.iba.org.il/media/?recorded=1&starting=10_1_2011-01-13_160739

165 על בעיות זיהוי על סמך סריקה שיטתית, ראו מרדכי הלפרט ומשה פרדס "האומנם ניתן להרשיע על

בסיס ראיה מדעית יחידה? המקרה של ראיות טביעת האצבע ו-DNA" עיוני משפט ל 399, 412-414 (2007); וראו Sanger & Halpert, *Why a Conviction*, לעיל הערה 142, בעמ' 59-61.

166 אין כוונתנו לדרישה המינימלית להוכיח כי ההודאה הייתה "חופשית ומרצון", הקבועה בסעיף 12 לפקודת הראיות. לפי הפסיקה, דרישה זו כלל איננה נוגעת למהימנות ההודאה ולמשקלה, אשר עשויים להיות אפסיים.

2. ההסתברות האפריורית

המגיבים טוענים כך:

דא עקא שנחקרים תחת אזהרה, שהמשטרה טורחת ומשקיעה בהם משאבים חקירתיים, היא אוכלוסייה שמלכתחילה החוקרים סבורים כי יש לגביה חשד. אם הבסיס לחשד זה לא התברר כמוטעה, הרי הסתברות האשמה האפריורית שאליה מצטרפת ההודאה היא גבוהה לאין שיעור משיעורי אשמה אפריוריים של $1/10,000$ ואף $1/100$... המשמעות לדעתנו היא, כי הבסיס לחשד שמביא את חוקרי המשטרה להשקיע את זמנם בחקירה אינטנסיבית של חשוד, הוא מלכתחילה בסיס המספיק כדי להגיע לשיעורי אשמה אפריוריים אצל חשודים שהם קרובים יותר ל- $1/10$ או ל- $1/1$ מאשר לשיעורי אשמה של $1/100$ או של $1/10,000$.¹⁶⁷

האומנם שיעורי האשמה האפריוריים אצל חשודים קרובים ל- $1/10$ או ל- $1/1$ (כלומר: גם ללא ההודאה מוכח שהסיכוי שהחשוד עבר את העבירה הוא 50%)? מסתבר שהמציאות עולה על כל דמיון. כך למשל, הסתברות האשמה האפריורית בפרשת עזריה הייתה נמוכה מאוד – אפסית.¹⁶⁸ הוא נעצר כחשוד במעשה מגונה בנערה שחיבק וניסה לנשק.¹⁶⁹ אלא שבמסגרת החקירה הוא נחקר גם על עבירות אחרות, והודה בין היתר גם ברצח הילד ישראל נולמן ז"ל.¹⁷⁰ הוא הודה גם במעשים נוספים שבדה ואשר הוכח כי לא ביצע אותם.¹⁷¹ אלא שמשע עזריה התגורר בעכו, ואילו הרצח בוצע בחיפה. ללא ההודאה, ההסתברות שביצע את המעשה איננה שונה מההסתברות שכל אדם שהתגורר ברדיוס כזה מחיפה ביצע את המעשה. באזור זה התגוררו מאות אלפי אנשים שהיו יכולים להיחשב חשודים במעשה במידה שווה. לא זו בלבד אלא שמשע עזריה, אדם בעל פיגור שכלי קל, התגורר בעכו ולפי עדויות האנשים שהכירוהו, מעולם לא יצא ממנה ללא ליווי.¹⁷² הסתברות האשמה האפריורית שהוא אשר רצח את הנער ישראל נולמן ז"ל היא אפסית. בכל זאת הוא הורשע על סמך הודאה מפוקפקת מאוד.

המגיבים כותבים כך:

אינדיקציה נוספת לכך ששיעורי האשמה האפריוריים של נחקרים הם גבוהים מאשר המחברים מניחים היא העובדה הבאה: מחקרים מצביעים על כך שאחוז המודים בקרב

167 התגובה, לעיל הערה 5, בעמ' 522 - 523.

168 על פרשת עזריה, ראו בועז סנג'רו ומרדכי קרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון (מ"ח 6148/95 משה עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2), 334) "עלי משפט א 97 (1999).

169 שם, בעמ' 112.

170 שם.

171 שם.

172 שם.

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

הנחקרים הוא בין 42% ל-45%-55% בארצות הברית וכ-60% באנגליה. נתון זה מאפשר לנו לחשב את הסתברות האשמה האפריורית של הנחקרים, אם מקבלים את הנחות המחקרים באשר לשכיחות הודאות בקרב חפים או בקרב אשמים.¹⁷³

אולם מה שהמגיבים מכנים "הסתברות האשמה האפריורית של הנחקרים" כלל איננה ההסתברות האפריורית. המגיבים מחשבים למעשה את שער הבסיס (Base Rate) – את אחוז האשמים מקרב כלל הנחקרים. אין לבלבל זאת עם הסתברות אפריורית, שהיא נתון שיש צורך לבחון אותו בכל מקרה ומקרה על סמך הראיות האחרות פרט להודאה. בין כלל הנחקרים יהיו כאלו שהסתברות האשמה האפריורית שלהם תהיה אפסית, כמו משה עזריה. את אלו אין לחקור כלל. בין הנחקרים יהיו גם כאלה שהסתברות האשמה האפריורית שלהם עומדת על 90% ויותר. באשר לאחרונים – ישנן ראיות קבילות משמעותיות, הקושרות אותם למעשה. לכן, ההודאה במקרים אלו יכולה להיות תוספת לראיות האחרות הנדרשת לשם הרשעה, כפי שטענו במאמרנו.

זאת ועוד, ייתכן מאוד שבאנגליה ובארצות הברית, שבנתונין השתמשו המגיבים, ישנה הקפדה גדולה יותר ודרישה לחשד מוקדם משמעותי לפני שנפתחת חקירה. כך למשל, ידוע כי בארצות הברית נדרש חשד מוקדם משמעותי – probable cause – כתנאי למעצר.¹⁷⁴ כמו כן, כאשר מבצעים חישובים כמו שהמגיבים מבצעים, מגלים שהחישובים רגישים מאוד לנתון בדבר אחוז המודים מקרב הנחקרים. ישנו הבדל גדול בתוצאה אם מדובר ב-40% או ב-60%.¹⁷⁵ בהיעדר מידע מדויק על שיעור המודים מקרב הנחקרים, קשה לספק הערכות בנוגע לשער הבסיס.

העובדה שהמשטרה מצליחה במקרים רבים לאתר את העבריין (היינו שער בסיס גבוה יחסית)¹⁷⁶ ולהעמידו לדין על סמך כמה ראיות שמשקלן המצטבר גדול אינה רלוונטית למקרים שבהם הראיות האחרות פרט להודאה אינן מבססות חשד משמעותי. הטעם לכך הוא

173 התגובה, לעיל הערה 5, בעמ' 523-524.

174 ראו את מאמרנו הראשון, לעיל הערה 1, בעמ' 787 הערה 244.

175 חישובי המגיבים מסתמכים על הביטוי המתמטי המופיע אצלם בתגובה, לעיל הערה 5, בעמ' 524 הערה 38:

$$P(G) = \frac{P(E) - P(E/\text{not} - G)}{P(E/G) - P(E/\text{Not} - G)}$$

ובמילים: ניתן לחשב את שער הבסיס (כאמור, המגיבים אינם מבחינים בין שער בסיס להסתברות אפריורית) באמצעות שלושת הנתונים הבאים: השגיאה החיובית בראיית ההודאה, השגיאה השלילית בראיית ההודאה והנתון בדבר אחוז המודים מקרב כלל הנחקרים. אלא ששלושת הנתונים האלה, המופיעים בצד ימין בביטוי המתמטי, חייבים לקיים כמה אילוצים – כך למשל נדרש שהמכנה של הביטוי לא יתאפס, שהביטוי לא יהיה שלילי ושערך הביטוי לא יהיה גדול מ-1. תחת אילוצים אלו ובטווח אי-ההודאות הגדול של ערכי השגיאה החיובית, התוצאות רגישות מאוד לערך המספרי של הנתון בדבר אחוז המודים מקרב הנחקרים.

176 איננו מביעים כאן דעה באשר להערכתם של המגיבים כי שער הבסיס בישראל הוא כ-50%.

שייתכנו מקרים שבהם שער הבסיס יהיה גבוה, ובכל זאת ההסתברות האפריורית בהם תהיה נמוכה ואף אפסית. לכן, המחלוקת בינינו לבין המגיבים מתחדדת באשר לאוכלוסיית הנחקרים שהסתברות האשמה האפריורית שלהם (על בסיס יתר הראיות, פרט להודאה) היא נמוכה מ-90%. מאחר שלדעתנו ההודאה איננה ראייה חזקה, יש בה לכל היותר כדי להיות התוספת הנדרשת באשר לאלו שרמת החשד האפריורי נגדם היא מעל 90%, על מנת להביא את הסתברות האשמה הסופית (הפוסטריורית) ל-99%.

לבסוף, יש להסתייג מההנחה החוזרת ונשנית בתגובת המגיבים, ולפיה ישנו כביכול ערך ראייתי כלשהו לכך שהחוקרים חושדים בנחקר. כך למשל, נאמר בתגובה כי "שכיחותם של אשמים גדולה יותר בקרב אוכלוסיית הנחקרים תחת אזהרה מאשר שכיחותם בקרב כלל האוכלוסייה"¹⁷⁷. שמה מבקשים המגיבים להציג בפני בתי המשפט מלבד הודאת הנאשם גם "ראיה" נוספת – חקירת הנאשם תחת אזהרה? הנה הרימו עצמם משיער ראשיהם כברון מינכהאוזן. לפנינו ביטוי מתמטי לקונספציה המוטעית של "אשמת החשוד". יתר על כן, הערכתנו (אם כי משום מה לא מפרסמים נתונים בעניין זה) היא שנגד רוב העצורים (וודאי שנגד רוב החשודים) בסופו של דבר אין מוגש כלל כתב אישום.

ודוק, אם החשד מבוסס על ראיות קבילות – ראיות אלה תוצגנה במשפט ותבססנה את האשמה. במקרה כזה גם לא יהיה מדובר בהרשעה על סמך הודאה בלבד – הנושא המרכזי של מאמרנו הראשון. אם החשד איננו מבוסס על ראיה קבילה כלשהי, אלא מדובר רק באינטואיציה של החוקר, אזי כשם שאי-אפשר להציגה במשפט כראיה לאשמה, כך גם המגיבים אינם יכולים להשתמש בחשד זה כבנתון קסם המעלה כביכול את הסתברות האשמה האפריורית. חוששנו שלא רק המגיבים טועים בכשל זה, אלא גם שופטים המניחים שאם חוקרי המשטרה והתובעים החליטו להעמיד אדם לדין, הרי הם יודעים ודאי שהוא אשם גם אם הדבר לא בא לידי ביטוי בראיות קבילות המוצגות במשפט. מכאן כבר קצרה הדרך להרשעה מסוכנת על סמך הודאה בלבד.

3. השגיאה השלילית שבהוכחה באמצעות הודאות

במאמרנו הנחנו כי אחוז המודים מקרב האשמים אינו עולה על חמישים אחוזים. הנחה זו הסתמכה על הכלל המשפטי, שלפיו היעדר הודאה בחקירה איננו מהווה ראיה מזכה.¹⁷⁸ הסתמכנו על הנחה משפטית מאחר שאין נתונים סטטיסטיים. אנו מוכנים להניח, כמו המגיבים, כי אחוז המודים מקרב האשמים עולה על חמישים אחוזים. אולם אפילו במקרה

177 התגובה, לעיל הערה 5, בעמ' 516.

178 אילו הודו 99% מהאשמים, למשל, אזי כאשר נחקר לא הודה בחקירה, זו אמורה להיות ראיה מזכה משמעותית מאוד. גם אילו רק 90% מהאשמים הודו, עדיין מדובר בראיה מזכה משמעותית. למעשה, כל הנחה ששיעור המודים בחקירה הוא מעל 50% מערערת את התפיסה המשפטית, שלפיה אי-הודאה בחקירה איננה מהווה ראיה מזכה. אם אכן שיעור האשמים שמודים הוא גבוה, ההגינות מחייבת לייחס משקל ראייתי להיעדר הודאה או לפחות להכחשה פוזיטיבית.

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

הלא-מציאותי שבו השגיאה השלילית היא אפס – כלומר שכל האשמים גם מודים¹⁷⁹ – חוזק ההודאה כראיה גדל רק פי שניים בהשוואה למה שחישבנו במאמרנו, ונותר קטן מכדי שיהיה אפשר לראות בה ראיה מרכזית.¹⁸⁰ לפיכך, אין בשינוי זה כדי לשנות את המסקנה הבסיסית כי ראוי להתייחס להודאה כאל תוספת ראייתית בלבד. כך או אחרת, הדיוק בחישובים הוא בסדרי גודל בלבד.

ד. "הערות שונות"

נתייחס בקצרה לשלוש הערות שהמגיבים ריכזו תחת כותרת זו:

1. רציונליות ההודאות

השופטת דליה דורנר כתבה שהודאה אשר ניתנה כאשר אין נגד הנאשם ראיות מוצקות אחרות היכולות לבסס את אשמתו היא ראיה חשודה, גם אם ניתנה ללא לחץ חיצוני, שכן היא איננה רציונלית. טענה זו כבר זכתה לביקורת בעבר,¹⁸¹ ואף עתה – מצד המגיבים. הם אינם רואים דבר לא-רציונלי בהודאה הניתנת מתוך ייסורי מצפון או מתוך הנחה מוטעית כי בידי השוטרים יש חומר ראיות מרשיע, כאשר בפועל אין בידם חומר כזה. כמו כן, אין לדעתם קשר בין רציונליות לשכיחותן של הודאות שווא.

הודאה במהלך חקירה (במובחן מהודאה במסגרת של עסקת טיעון, אשר עשויה להיות רציונלית) היא פעולה בניגוד לאינטרס המשפטי של הנחקר ובניגוד לשאיפתו הטבעית לחירות. לפיכך זוהי פעולה לא-רציונלית. מדוע הנחקר פועל כך? אם ההודאה היא תוצאה של ייסורי מצפון, מדוע ייסורי המצפון קיימים רק בחדרי החקירות ונעלמים עם הכניסה לאולם המשפט? נראה שהנחקר פועל תחת לחץ כזה או אחר, גם אם בעיני המשפט הלחץ איננו נחשב פסול. כאשר הודאה מושגת תחת לחץ – ואין זה משנה אם הלחץ הוא פנימי או חיצוני – ההודאה חשודה. הטעם לכך הוא שלחץ זה שגורם לאשמים להודות עלול לגרום גם לחפים להודות. שכיחותן של הודאות השווא נגזרת מהסתברות האשמה האפרורית: כאשר נחקר אנשים באופן אקראי, ללא כל חשד, שכיחות הודאות השווא תהיה גבוהה מאוד; וכאשר נחקר רק כאלו שיש נגדם ראיות מוצקות, שיעור הודאות השווא יהיה נמוך. כך אנו סבורים כי יש להבין את דבריה של השופטת דורנר. נוכח המחקרים החדשים בנושא, שעליהם עמדנו במאמרנו הראשון, אפשר לומר כי לא רק "השכל הישר" תומך בדבריה.

179 מה שיוביל למסקנה כי כל אדם שלא הודה בחקירה חייב להיות מזוכה ללא תלות בראיות האחרות נגדו.

180 שכן במקרה כזה יחס הנראות יגדל מהשיעור 10, שחישבנו על בסיס ההנחות שלנו, פי שניים – לשיעור של 20.

181 ראו גלבוע "חוסר הרציונליות", לעיל הערה 61.

2. טענת הכשל שביחס ההפוך שבין משקל ההודאה לבין משקל התוספת הראייתית הנדרשת

דווקא במקרים שבהם משקלה העצמי של ההודאה גבוה בעיני השופטים, דווקא אז חשוב לדרוש תוספת ראייתית משמעותית, בדרגה של "סיוע". שופטים רבים חושבים כנראה כמו המגיבים, כי ישנם מקרים שבהם כוחה של ההודאה גדול. בניגוד למגיבים, אנו סבורים כי גם כאשר הודאה נחזית להיות אותנטית מאוד, כוחה איננו גדול. כפי שראינו, הודאות צפויות ל"זיהום" בידי החוקרים (במודע או שלא במודע), והפרטים המשולבים בהן כתוצאה מן הזיהום מוליכים לכך שהשופטים מייחסים להן משקל עצמי גבוה. כך למשל כשהודאה כוללת פרטים "מוכמנים", שרק העבריינין האמתי אמור לדעת עליהם, או פרטים שהחוקרים לכאורה למדו מהנחקר. מאחר שכך ולאור המשקל הגבוה שמייחסים לראיה זו, דווקא במקרים אלו נדרש סיוע משמעותי. מטרת הסיוע היא מניעת הרשעת שווא במקרים כאלו בדיוק. אין משמעות הדבר כי לדעתנו במקרים שבהם משקלה העצמי של הראיה הוא מועט אפשר לוותר על דרישת הסיוע ולהרשיע. אלא שהחשש ששופט שאיננו מאמין להודאה ירשיע על פיה ממילא איננו גדול. דרישת סיוע במצב כזה מתמודדת עם סכנה קטנה מאוד. הפכנו והפכנו במשל אכילס והצב שגייסו המגיבים לעזרתם ולא מצאנו מה הקשר בין שמיטה להר סיני. המגיבים מתארים מצב אבסורדי, שלפיו אם ההודאה נראית לשופט חזקה, הוא ידרוש "סיוע" כהצעתנו, אך אז המשקל המצטבר של ההודאה בצירוף הסיוע וסכנת ההרשעה שהוא יוצר יצריכו את השופט לחפש סיוע נוסף, וכן הלאה עד אין קץ. לא ברור איך היה ניתן להסיק מהלך כזה מדברינו. ראשית, הצעתנו הייתה שהמחוקק יכפה על השופטים דרישה של "סיוע" חזק להודאה, ולא שהם יחליטו בכל שלב אם לדרוש סיוע. שנית, כל ההיגיון של דרישת הסיוע הוא שלא להרשיע על סמך ראיה יחידה (ובעניינו – ההודאה), גם אם היא נראית לשופט חזקה. אם אכן נמצא "סיוע" חזק להודאה, כבר לא מדובר בהרשעה מסוכנת מאוד על סמך ראיה אחת ויחידה שעלולה להיות מוטעית, אלא לפנינו שתי ראיות עצמאיות. במצב כזה, אין הכרח לחפש ראיה שלישית (סיוע שני). מעולם לא הצענו כך, וכל תרומתם של דברי המגיבים בעניין זה היא הזכרת המשל היפה על אודות אכילס והצב – לכל מי ששכחו. עתה, משכולנו זוכרים משל יפה זה, יש להמתין בסבלנות להזדמנות מתאימה להשתמש בו.

3. הצעת חקיקה המתנה חקירת חשוד בקיומו של חשד חזק ומבוסס נגדו בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) נאמר כך:¹⁸² "שופט לא יצווה על מעצרו של אדם, אלא אם כן שוכנע כי קיים חשד סביר שהאדם עבר עבירה, שאיננה חטא, ומתקיימת אחת מעילות אלה:...."¹⁸³ גם עיכוב מצריך חשד סביר.

182 ס' 13 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996.

183 ס' 67(א) שם.

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

עולה מהדברים, שהתניית חקירה בחשד סביר, כאשר חשוד מוחזק בתנאי מעצר או מעוכב לחקירה, מעוגנת בחוק.¹⁸⁴ אלא שהפרשנות הניתנת בפסיקה הישראלית באשר למהות החשד הסביר הנדרש כדי לעצור אדם היא שאפשר להסתפק בהנחה שאולי החשוד ביצע את העבירה, ולא נדרש חשד אמתי המבוסס על ראיות קבילות.¹⁸⁵ הפסיקה שמה את הדגש על צורכי החקירה, שיהיו "אופטימיים". החשד הנדרש בישראל נמוך מן החשד הנדרש במשפט האמריקני.¹⁸⁶ אנו סבורים כי יש להעניק פרשנות משמעותית יותר לדרישה של "חשד סביר" ולא להסתפק במצב הקיים, שבו המשטרה יכולה לעצור כמעט כל אדם שאולי יש לו קשר למעשה.

אלא שבמאמרנו הצענו דבר נוסף – שלא ייחקר אדם ללא חשד חזק ומבוסס נגדו. כך למשל, אם אדם נעצר בגין עבירה מסוימת, אין לנסות – בשיטות של דיג – לחקור אותו באשר לעבירה אחרת, כפי שהראינו שנעשה בפרשת עזריה.¹⁸⁷

המגיבים אינם מוצאים לנכון לבצע הפרדה בין עדים לבין חשודים. מבחינתם, כשם שחוקרים עדים בשיטות כאלו, כך ניתן לחקור גם חשודים. אין להטיל מגבלות מלכתחילה על עבודת המשטרה, אלא הביקורת צריכה להיות מבוצעת בדיעבד בידי בית המשפט.¹⁸⁸ אנו סבורים כי לא זו בלבד שאין לחקור חשודים בשיטות תשאל שאלו, ודאי שאין לחקור עדים בשיטות כאלו. הסכנה שעדים יאמרו את מה שהחוקרים רוצים לשמוע (גם אם אין זו האמת) חמורה שבעתיים, שכן להם עצמם בדרך כלל לא צפוי נזק, בשונה מאשר בחקירת חשוד.

באשר להצעת המגיבים שבית המשפט יבחן בדיעבד את החשד המקורי שהיה נגד החשוד ואם הוא נשאר על כנו או הופרך, הרי הצעתם יכולה להתאים למקרים מעטים בלבד, כמו פרשת אל עבד;¹⁸⁹ שכן מקרה שבו אדם נעצר על סמך חשד מסוים, מודה ולאחר מכן החשד המקורי מתברר כשגוי הוא להערכתנו נדיר יחסית. בפרשת עזריה¹⁹⁰ לא היה כלל חשד מקורי, ולכן אין לדבר על הפרכת החשד. אלא שגם במקרים אחרים, כאשר אדם נחקר על העבירה המסוימת שבה הוא מודה, ישנה סכנה כי מדובר בהודאת שווא. יתרה מכך, הנזק לנחקרים כתוצאה מהפעלת שיטות חקירה אינטנסיביות הוא עצום. כך למשל, מר רגב שוובר סבל נזקים שנאמדו בידי בית המשפט המחוזי בכ-2,000,000 שקלים חדשים כתוצאה

184 ראו רינת קיטאי סנג'רו "שאלת חוקיותו של מעצר לצורך חקירה" עלי משפט ו 47 (2007); רינת קיטאי סנג'רו המעצר: שלילת חירות טרם הכרעת הדין פרק י (צפוי להתפרסם ב-2012 בהוצאת נבו).

185 על חשד סביר, ראו למשל את דברי השופט חשין ב"ש"פ 6530/97 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל אתר נבו (29.10.97); וראו בש"פ 11109/03 שקאדנה נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 350, 355 (2004).

186 לשם השוואה, במשפט האמריקני נדרשת רמה ראייתית של "probable cause" כדי לזמן אדם לחקירה. זוהי רמה ראייתית גבוהה בהרבה מן ה"חשד סביר" הישראלי: על נסיבות המקרה להיות מספיקות כדי להצדיק את סברתו של אדם זהיר שפלוני עבר את העבירה המסוימת, ראו Dunaway v. New York, 442 U.S. 200, 216 (1979).

187 על עניין עזריה, ראו סנג'רו וקרמניצר, לעיל הערה 168 ואת הטקסט שמעל.

188 התגובה, לעיל הערה 5, בעמ' 528.

189 לעיל הערה 2.

190 לעיל הערה 168.

מחקירה שכזו.¹⁹¹ אנו חוזרים שוב על עמדתנו כי יש לאסור על שימוש בשיטות תשאול לוחצות בחקירות וכי יש להתנות חקירה שמטרתה שמיעת הודאה בקיומו של חשד חזק ומבוסס נגד הנחקר. יתרה מזו: מטרת החקירה לעולם לא צריכה להיות חילוף הודאה, אלא חיפוש האמת.¹⁹²

ה. לפני סיום – פתח תקווה?

לפני סיום, נבקש להצביע על פתח של תקווה בפסיקת בית המשפט העליון, שיצרו לאחרונה השופטים ניל הנדל ואשר גרוניס. בפסק הדין בעניין *וולקוב* קבע השופט הנדל כי יש להתייחס לא רק ל"דבר מה נוסף" התומך בהודאה – כמקובל בפסיקה – אלא אף לבחון "האם קיימים גם 'דבר מה חסר' או 'דבר מה סותר'", הפועלים בכיוון של חפות או בכיוון של ספק באמתות ההודאה.¹⁹³ חידוש מרענן נוסף בפסיקתו זו של השופט הנדל אנו מוצאים בעצם התייחסותו למחקרים החדשים באשר להרשעות שווא המבוססות על הודאות שווא, שעד כה נטו להתעלם מהם בפסיקה.¹⁹⁴

לזיכוי בפרשת *וולקוב* היה שותף גם השופט גרוניס, והוא מצטט שם דברים שכתב בזיכוי חשוב קודם שעליו החליט – בפרשת *ארקה*:¹⁹⁵

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.

191 ראו את עניין *שוזבר*, לעיל הערה 17.

192 בהערת שוליים ארוכה (התגובה, לעיל הערה 5, בעמ' 527-528 הערה 41) בסופו של הפרק העוסק בהצעתנו להתנות חקירת חשוד בקיומו של חשד חזק ומבוסס נגדו, ראו המגיבים לנכון לחזור על עיקרי תגובתם למאמרנו "הסכנה שבהרשעה על סמך נשיפה". שם דרשנו חשד סביר כתנאי לביצוע בדיקת הנשיפה, ולדעת המגיבים "די היה בכך שהבדיקות, גם כאשר הן נערכות כביכול ב'אקראיות', נערכות במקומות ובזמנים מועדים לשכרות, דבר המגדיל את שיעור האשמה האפרורי במידה מספקת". האומנם מספקת? בתשובתנו לתגובתם הבאנו נתונים שלפיהם משטרת ישראל ערכה למעלה מחצי מיליון בדיקות בשנה, ובהן אובחנו רק 11,000 נהגים כשיכורים. התחשיב שערכנו מוכיח שאפילו אם המכשיר הוא כה מדויק עד כי רק אחת מ-100 בדיקות היא מוטעית (false positive 1% בלבד), עדיין המסקנה היא שמחצית מן המורשעים היו חפים מפשע ושהבדיקה אבחנה אותם בטעות כשיכורים. אוי לנו ממערכת עשיית צדק שכזו. ראו את חילופי המאמרים, לעיל הערה 7; וכן ראו סנג'רו והלפרט "טעויות בבדיקות", לעיל הערה 9.

193 ע"פ 4179/09 *מדינת ישראל נ' וולקוב* אתר נבו (18.10.10). הנאשם זוכה. הציטוט לקוח מפסקה 4 לפסק דינו של השופט ניל הנדל.

194 שם.

195 ע"פ 7443/06 *ארקה נ' מדינת ישראל*, אתר נבו (28.9.08), פסקה 42 לפסק דינו של השופט גרוניס.

בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי

גישה זו של השופט גרוניס ניתנת לביסוס ולהצדקה במסגרת הגישה הבטיחותית למשפט הפלילי שהצענו. כאשר בעזרת פעולות חקירה נוספות אפשר להתיר ספקות, יש לבצען ואין להסתפק בהודאה. תקוותנו היא ששני פסקי דין אלה לא יוותרו בגדר היוצאים מן הכלל, אלא יבשרו על גישה חדשה וראויה יותר של בית המשפט העליון להודאות, ברוח מאמרינו.

אחרית דבר והמשכה של ידידות מופלאה

הנה כי כן, גם לאחר דיון מעמיק בטענותיהם של המגיבים דורון מנשה ושי אוצרי, עדיין המסקנות המתבקשות הן אלה: (א) משקלה של ההודאה הוא נמוך בהרבה מהמשקל ששופטים מייחסים לה; (ב) לפיכך יש לבצע היפוך של ממש במעמד ההודאה: לחדול לראותה כראיה מרכזית המחפשת "סיוע", ולראותה כסיוע אפשרי לראיה מרכזית אחרת – אם ישנה כזו; (ג) לחלופין ולעת עתה בלבד – יש לחוקק מייד דרישה של "סיוע" להודאה (בעניין זה, נראה כי המגיבים מסכימים איתנו); (ד) יש לקבוע בחקיקה, שתנאי לחקירת חשוד (העשויה/עלולה להביא להודאת אמת או שקר) הוא קיומו של חשד חזק ומבוסס נגדו. בשולי הדברים: זוהי כבר הפעם השלישית בשלוש השנים האחרונות שדורון ושי – כשמותיהם – מעניקים לנו במתנה את ההזדמנות להתמודד עם תגובתם, להשיב עליה ולהפוך את מאמרינו הראשון בכל אחד משלושת הנושאים למקיף יותר.¹⁹⁶ אנו מודים להם על נכונותם לפתח דיון אקדמי מעמיק בסוגיות חשובות מאוד ועל האתגר האינטלקטואלי. להערכתנו – בין אם ישתכנעו המגיבים מתשובותינו ובין אם לאו – זהו המשכה של ידידות מופלאה.

196 ראו את צמד "שלשות" המאמרים (מאמר ראשון שלנו; תגובה של מנשה ואוצרי; ותשובה שלנו לתגובה) האמורים, לעיל הערה 7.