

# ביקורת מערכת המשפט הפלילי תוך הדגמה ממשפטו של האזרח

## משה קסטל

פרופ' בועז סנג'רו\*

[הרצאה בכנס "האזרח ק' " במכללה האקדמית ספיר, 6.6.18, אירוע של בית-הספר למשפטים בשיתוף בית-הספר לקולנוע, במסגרת פסטיבל קולנוע דרום]

צפינו בסרטם התיעודי המרתק של אירית דולב ואלון מרום. שמענו גם את דבריה המאלפים של הסניגורית, עורכת-הדין רתם רוזנברג-רובינס. בדקות הקרובות אתאר בפניכם איך אני רואה את הסרט, עם המשקפיים הכהים שיש לי, שבאמצעותם, לאחר מחקר של שלושה עשורים של מערכת המשפט הפלילי הישראלית, מאחורי משה קסטל אני רואה עוד שורה ארוכה של מורשעים שאשמתם לא הוכחה מעבר לספק סביר כנדרש, וסביב כל ליקוי בחקירת המשטרה, בעבודת הפרקליטות ובפסיקת בתי-המשפט בתיק הזה, אני רואה תופעות שלמות.

אתמקד בדבריי בשש דוגמאות לליקויים במערכת המשפט שלנו העולים מהפרק הראשון של הסדרה ואמנע מלהתייחס לשני הפרקים שבהם טרם צפיתם, ושבהם וודאי תרצו לצפות, כדי שלא ליצור "ספויילרים". אסתפק בכך שאומר ששני הפרקים הנוספים – כמו גם קריאת פסקי-הדין – מעלים ספקות משמעותיים נוספים באשר לנכונות ההרשעה.

### א. הקונספציה של אשמת החשוד

מהסרט עולה, וכך גם מפסקי-הדין, שחוקרי המשטרה הגיעו אל החשוד משה קסטל משום שבטלפון של אחד משני הנרצחים הופיעו באותו יום חמש שיחות עם משה קסטל. כבר מהשלב המוקדם מאוד הזה ועד לסיום החקירה המשטרית היא מתמקדת במשה ומתעלמת כמעט לחלוטין מאפשרויות אחרות. אני מכנה זאת "הקונספציה (או הקיבעון המחשבתי) של אשמת החשוד". האמריקנים מכנים זאת "TUNNEL VISION" – ראיית מנהרה; כמו הסוס שהסתירו לו את הצדדים והוא רואה וצועד רק בכיוון אחד.

כשחוקרי המשטרה שבויים בקונספציה של אשמת החשוד, הם מראש משוכנעים שהחשוד אשם, ומחפשים רק ראיות שתוכחנה את אשמתו. הם לא חוקרים בכיוונים אחרים ולא מחפשים ראיות שתובלנה לחשודים אחרים או תוכחנה שהחשוד לא עבר את העבירה;

---

\* פרופסור מן המניין, המכללה האקדמית ספיר; והמרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן. לאתר האינטרנט "ביקורת מערכת המשפט הפלילי" - <http://sangero.co.il>

ראיות מזכות. וכפי שכתב הפילוסוף של המדע קארל פופר, גם אם ניקח תיאוריה מוטעית לחלוטין ונחפש רק אישושים – ראיות לנכונותה – בסופו של דבר נמצא אותן לגבי כל תיאוריה.

בהמשך, גם התובעים נוטים ללכת שבי אחר הקונספציה של אשמת החשוד, ומניחים שאם המשטרה - לאחר שחקרה - הגיעה למסקנה שבידיה האדם הנכון – כנראה שזהו מבצע העבירה. לבסוף, לצערי, גם השופטים עלולים ללקות בתפישה המוטעית שהנאשם אכן אשם, המתחזקת גם מכך שכמעט כל הנאשמים אכן מורשעים. התובעים סומכים על חוקרי המשטרה, והשופטים סומכים על התובעים ועל חוקרי המשטרה.

בהיותם שבויים בקונספציה של אשמת החשוד, גם ממצאים שעשויים ללמד על חפות אינם מרשימים אותם. במקרה שלנו, בדקו שרידי ירי ודגימות DNA מהחשוד ומהמונית של החשוד ומביתו של החשוד ולא מצאו דבר. אין כל ממצא פורנזי שמצביע על אשמת הנאשם. כפי שעולה מפסק-הדין, אין ראיה משמעותית הקושרת אותו לרצח. בכל זאת הרשיעו.

דוגמא נוספת להשפעת הקונספציה: בית-המשפט לוקח מעדותו של עד הראייה רק את החלק שתורם להפללת הנאשם – הגעת הרוצח לזירה במונית לבנה, ודוחה את החלקים שלא מתאימים: תיאור הרוצח לא מתאים למשה קסטל – לא הלבוש ולא השיער; ותיאור המונית כולל גם שלט צהוב שלא היה על גג המונית של משה ושל יתר המוניות בתחנה שבמסגרתה עבד. כשמשוכנעים באשמת הנאשם, אי-ההתאמות אינן מקבלות את המשקל הנכון.

## **ב. גישת הספק הסביר מול גישת המארג הראייתי**

ליקוי מרכזי שני שהסרט מדגים הוא הפער העצום שבין המציאות לבין ההצהרה היפה שלנו כחברה, שלפיה כדי להימנע מהרשעת חפים מפשע – שהרי אין עוול גדול יותר שגורמת המדינה לאזרח בשיטתיות – לא נרשע אלא אם האשמה הוכחה מעבר לספק סביר.

הדבר קבוע גם בחוק. מה זה מעבר לספק סביר? – זו קרבה לוודאות. לעתים מכמתים אצלנו ל-99%, אך זה לא עניין של אחוזים. ההגדרה הנכונה: אם בסיום המשפט נותר ספק סביר – לא סיפורי אלף לילה ולילה, אלא ספק המעוגן בחומר הראיות, והתביעה והמשטרה לא הצליחו להפריכו חרף העובדה שיש להן משאבים גדולים לשם כך – חייבים לזכות!

במציאות הישראלית מרשיעים גם בהרבה פחות מ-99%. לצערי – גם בהרבה פחות מ-90%. חוששני שיש שופטים המסתפקים ב"מאזן הסתברויות" של 51% - כמו במשפט אזרחי שעוסק בכסף ולא בחירות.

אל מול גישת הספק הסביר, הציבה הפרקליטות את גישת המארג הראייתי – ולצד יישו שופטים רבים שמקבלים גישה מסוכנת זו, שלפיה גם אם חלק מהחוסים פרומים, די לנו בהערכה שהבד בכללותו חזק. הגישה הזו באה לידי ביטוי בסרט בדברי התובע פטר שחוזר על הדימוי הנדוש לפאזל, שבו גם אם חסרים חלקים, עדיין ניתן לראות בית, עץ וענן. אך אולי זה בית אחר? עץ אחר? ענן אחר מזה שאנו מחפשים?

כפי שמסבירה בסרט עורכת-הדין (כיום שופטת) אפרת פינק, ההלכה לגבי ראיות נסיבתיות היא שניתן להסתפק בהן להרשעה רק אם המסקנה היחידה האפשרית מהן היא שהנאשם אכן עבר את העבירה. במקרה שלנו יש הרבה ספקות מטרידים ולא נכון היה לקבוע שהראיות מאפשרות רק מסקנה הגיונית אחת. בכל זאת הרשיעו – נטלו סיכון.

בניגוד למערכות אחרות כגון תעופה, תחבורה, הנדסה ורפואה, שבהן כדי למנוע תאונות פיתחו שיטות עבודה בטיחותיות, במערכת המשפט נוהגים כביכול אין טעויות, לא עושים מספיק כדי למנוע אותן, ולאחר שהתרחשה טעות והורשע חף-מפשע, המנגנונים לתיקון טעויות מנוונים לחלוטין – ניוון שתיכף יעביר אותי למאפיין שלישי של המערכת.

אך קודם לכן רציתי לספר לכם על חברת תעופה המוכרת כרטיסים בחצי מחיר, אלא ששיעור ההתרסקויות של מטוסיה הוא 1% בעוד שלגבי החברות האחרות מדובר בהתרסקויות אחדות בשנה מתוך מיליוני טיסות. האם מישהו היה קונה כרטיס מחברה שאחת ממאה טיסות שלה מתרסקת? בחינם לא היינו לוקחים ממנה כרטיס!

משום מה, במשפט הפלילי רבים טועים לחשוב שאחוזים אחדים של הרשעת חפים מפשע זה לא נורא. זה נורא וזה איום וזו לא גזירת-גורל וצריך לפתח בטיחות במשפט הפלילי ולהקצות לזה משאבים, ובין היתר להקים מכון במימון ממשלתי לבטיחות במשפט הפלילי.

### ג. ניוון גמור של המנגנונים לתיקון טעויות

זהו מאפיין שלישי של מערכת המשפט הפלילי שלנו המודגם בסרט.

אדם קיבל מרופא המלצה לניתוח, פנה לרופא שני וביקש second opinion - חוות-דעת שנייה. הרופא השני חס על זמנו, לא בדק את החולה, אלא רק עיין בחוות-הדעת הראשונה, נטל שכרו וקבע שלא מצא טעויות. האם לא הייתם חשים מרומים?

הערעור הפלילי עקר, בעיקר בשל "הלכת אי-ההתערבות" (שאני מכנה הלכת אי-ההתאמצות) שלפיה לא נוטים להתערב בממצאי עובדה. רוב ההרשעות של חפים מפשע לא

נוצרות מטעות משפטית, אלא מטעות בקביעת העובדות. לא פלא שרוב-מכריע של הערעורים על ההרשעות נדחים.

אשר למשפט החוזר – לפני כעשרים שנה כתבתי עם פרופ' מרדכי קרמניצר מאמר שכותרתו "המשפט החוזר – מציאות או חלום? – על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון". הראנו שבית-המשפט העליון לא מסתפק בספקות המצריכים בירור, אלא מאפשר משפט חוזר רק באחד משני מקרים נדירים: כשמופיע הקלף ג'וקר – ראייה ניצחת לחפות (שאז קיומו של המשפט החוזר די מיותר); או בהתאם למבחן טכני-פורמלי-מוסדי – כשגורמים במערכת אכיפת-החוק ובעיקר היוהמ"ש באופן נדיר אינו מתנגד. התוצאה היא שמול רבבות הרשעות בשנה ועשרות בקשות למשפט-חוזר, מקבלים בממוצע רק אחת לשנה – מס-שפתיים. כביכול שופטי ישראל אינם טועים לעולם.

למשה קסטל – גם אם הוא חף-מפשע – אין הקלף ג'וקר; אין לו ראייה ניצחת לחפותו. בבקשה למשפט חוזר, שאותה כתבו בסנגוריה הציבורית במקצועיות רבה, מראים איך בכל אחת מהראיות הנסיבתיות שעל בסיסן הורשע משה, יש בעיות המותירות ספקות כבדים.

במשפט הראשון נתן בית-המשפט משקל משמעותי לראיה של איכון שיחות הטלפון של משה ביום האירוע, שכביכול הצביע על סטייה מהכביש הראשי ירושלים-תל-אביב לעבר נטף. לבקשה למשפט חוזר צורפו חוות-דעת חדשות של מומחים, המראות שבזמן הרצח הטכנולוגיה לא הייתה מספיק מפותחת כדי לקבוע את המיקום ולכן הראיה הזו לא שווה הרבה ולא ניתן לסמוך עליה. מה קובעת נשיאת בית-המשפט העליון השופטת בייניש אשר דנה בבקשה? היא מקבלת את עמדת הפרקליטות, שלפיה כביכול לא היה לאיכון משקל משמעותי בהרשעה. כביכול האיכון שימש רק לשלילת טענת האליבי של הנאשם שלפיה הסיע נוסעת בכביש ירושלים-תל-אביב, אך הנה הטלפון מצביע על נטף; ולא שימש לקביעה שהנאשם היה בזירת הרצח שליד נטף. אלא שמבחינה לוגית אין הבדל בין שתי הקביעות. בלשון השופטת בייניש בפסק-הדין שבו נדחתה הבקשה למשפט חוזר:

"בית המשפט קמא לא ביקש לתלות בחוות דעת מומחי התביעה את שלא ניתן היה לתלות בהן, קרי את מיקומו של המבקש בזירת הרצח. תחת זאת קבע בית המשפט קמא, כי על יסוד האיכון הסלולארי ניתן לקבוע בסבירות גבוהה מאוד כי המבקש סטה מכביש ירושלים-תל אביב לכיוון אזור נטף, ולכן טענתו כי נסע ישר לתל-אביב, ללא כל סטייה, אינה נכונה." <ע' 43 לפסה"ד>

מה ההבדל בין הקביעה: "לא מאמינים לך שנסעת על הכביש הראשי כי הטלפון מראה שסטיית לכיוון נטף" לבין הקביעה: "הטלפון ממקם את הנאשם באזור נטף"? לשופטת בייניש פתרונים.

ועוד משהו: האמירה "בסבירות גבוהה מאוד" מלמדת שראו באיכון הסלולרי ראייה מדעית מדויקת, ולא כפי הנאמר בדחיית הבקשה למשפט חוזר, כביכול בית-המשפט ראה בו ראייה מוגבלת.

במאמר מוסגר: השופטת אולי לא שמה לב שבפסק-הדין בערעור נאמר שעדות הראייה של הרועה וו'איל חושייה – שלא ממש מתאימה לתיאור הנאשם ומוניתו – לא כל-כך חשובה לזיהוי המערער, אלא רק לתיאור הרצח, והזיהוי הוא לפי הראיות האחרות לרבות האיכון הסלולרי...

זהו מהלך מאוד מתסכל. גם הוא מושפע מהקונספציה של אשמת החשוד: "אנו יודעים שהנאשם אשם – נא לא לנסות לבלבל אותנו עם עובדות חדשות." אני מכיר זאת כדפוס חוזר. כך, למשל, רומן זדורוב הורשע ברצח הנערה תאיר ראדה זכרה-לברכה לא רק על בסיס הודאתו הבעייתית בפני מדובב המועד לפעול בשפלות; אלא גם על בסיס ראייה כביכול-מדעית שלפיה טביעת הנעל שלו נמצאה בזירת הרצח. בהמשך השתנתה ההלכה וכיום ידוע שזו לא ראייה מדעית. אלא שבמשפטו השני של זדורוב בבית-המשפט המחוזי בנצרת, אותם שופטים שבהרשעה הראשונה ייחסו משקל רב לטביעת הנעל כראיה מדעית, במשפט השני הם אומרים: ממילא לא הייתה לראיה הזו חשיבות גדולה בהרשעה ודי לנו בהודאה בפני המדובב – ושוב מרשיעים.

אחרון-לא-חביב הדיון הנוסף – מראש לא נועד לתיקון טעויות עובדתיות אלא רק להעמדת ההלכה על מכונה – לא פלא שגם במקרה שלפנינו הבקשה לקיים דיון נוסף נדחתה. בהיעדר מנגנון ראוי לתיקון, מציעים לעתים הליך חסד במקום הליך צדק – חנינת הנשיא - גם היא במשורה.

המערכת מתבצרת סביב הרשעותיה, לא נוהגת להודות בטעויותיה, פועלת בהנחה המוטעית שאין טעויות, ולפיכך גם במקרים של הרשעות חפים-מפשע אינה מתקנת את הטעויות. תיקונו של עיוות-דין הוא מאורע נדיר – בגדר נס.

#### ד. חוסר הבחנה בין ראיות מדעיות לבין "JUNK SCIENCE"

זהו ליקוי רביעי של מערכת המשפט הפלילי שלנו המשתקף בסרט. עבירת התפרצות לא מוכרחים לפענח. אחוזי הפענוח – לפי הסטטיסטיקה המשטרית – הם כחמישה אחוזים בלבד. אבל כשמדובר ברצח - קשה לציבור עם רצח לא מפוענח. קשה גם לחוקרי המשטרה, לתובעים ולשופטים. במצב כזה, גדלה הנכונות לפתוח לרווחה את שערי בית-המשפט ולקבל

בחום גם ראיות בעייתיות. לעתים מדובר בראיות המתחזות להיות מדעיות. בעולם מכנים אותן JUNK SCIENCE או בתרגום חופשי לעברית מדע זבל.

כך, למשל, בעבר הופיעו בבתי-המשפט מומחים שהעידו על כך שהשוו מבעד לעדשת המיקרוסקופ בין שיער שנמצא בזירת העבירה לבין שיער שנלקח מהנאשם, ומצאו התאמה. הרבה מאוד נאשמים הורשעו גם על בסיס ראיה שכזו. עד שהחלו לבצע השוואות גנטיות של שיער – ואז התברר שהמומחים המשווים על בסיס התבוננות במיקרוסקופ היו שרלטנים: אי אפשר לזהות כך שיער של אדם מסוים.

בדומה, הסתובבו בבתי-המשפט ידעונים-בודקי-נעליים, שטענו שהם יודעים לזהות בוודאות את טביעת הנעל של הנאשם בזירת הפשע, וכך למשל הורשע רומן זדורוב ברצח הנערה תאיר ראדה. לאחר ההרשעה ניתן פסק-דין של השופט ניל הנדל בתיק אחר – בפרשת מצגורה, ושם השופט עשה עבודה טובה, קרא את דוח המכון הלאומי האמריקני למדעים מ-2009 ומחקרים נוספים וקבע נכונה שלא מדובר בראיה מדעית ושמסקלה אפסי. בעולם מכנים זאת JUNK SCIENCE.

גם ראיית האיכון הטלפוני שהוגשה במשפטו של משה קסטל ושתרמה להרשעתו הייתה אז JUNK SCIENCE ולא ראיה מדעית. כיום הטכנולוגיה השתפרה אך בזמן המשפט לא ידעו לדייק. בית-המשפט בכל זאת קיבל זאת כראיה מדעית שתורמת להרשעה. הכתרת ראיה עלובה ולא מדויקת כראיה מדעית היא מהלך שמאפס את סיכויי הנאשם לזיכוי גם אם הוא חף-מפשע, כי למדע יש כוח מאגי שמהפנט משפטנים. כפי שכתב מחבר אמריקני: אם אלוהים יתייצב על דוכן העדים ועדותו תסתור ראיה של DNA, כולם מייד ישאלו:

"Why is god lying like this?"

#### ה. טשטוש ההבדל שבין נאשם שמשקר לבין נאשם שרצח אדם; בין שקרן לבין רוצח

זוהי תופעה חמישית שהסרט ופסק-הדין שבו הורשע משה קסטל מדגימים. לאחר שהציג בפני משה קסטל את האיכון הסלולארי, שלפיו סטה מהכביש הראשי ירושלים-תל-אביב לכיוון נטף, וטענו שזו ראיה מדעית מדויקת, והוא היה תחת איום של הרשעה ברצח כפול וצריך היה להסביר למה ירד מהכביש הראשי גם אם לא ירד ממנו – מה הפלא שהוא הסתבך בהשערות כגון "אולי נכנסתי לתחנת דלק, תדלקתי" ? וכאשר עימתו אותו עם העובדה שכבר תדלק באותו יום, הוא המשיך להסתבך: "זה שנכנסים לתחנת דלק, זה לא דווקא מחייב להיכנס לתחנת דלק לתדלק, יכול להיות בגלל שהתחמם לך המים". על זה התביעה "חגגה" ובית-המשפט מיהר בעקבותיה ללמוד משקרי הנאשם על אשמתו. אך גם

חף-מפשע צפוי לשקר בסיטואציה כזו – לאחר שמטעים אותו לחשוב שהאיכון הסלולארי אמין. העובדה שניסה לתרץ תירוצים או אפילו שיקר לא מלמדת שגם רצח.

בדומה, להדגמת התופעה, חוקרי המשטרה שיקרו לרומן זדורוב במצח נחושה שיש נגדו ראיות מפלילות, כולל ראיות ביולוגיות. כדי להסביר למה דם של הקורבן כביכול נמצא על כלי העבודה שלו, הוא הסתבך בהשערות ובשקרים. אך זה ששיקר לא אומר שרצח. נדרשות הוכחות חזקות לכך שרצח, כאלה שתשכנענה מעבר לספק סביר – בקרבה לוודאות – ואין כאלה לא בהרשעת רומן זדורוב וגם לא בהרשעת משה קסטל.

בדומה, השופטים נוהגים לראות בהפרכת האליבי של הנאשם ראיה נוספת לכך שרצח. אלא שהפרכת האליבי היא לכל היותר הוכחה שהנאשם שיקר, ולא הוכחה שרצח. כמעט כולם משקרים מדי פעם; רבים צפויים לשקר אם יהיו תחת איום של הרשעה בעבירה חמורה; רק מעטים מאוד גם רוצחים.

תופעה שישית ואחרונה שהסרט מדגים ושאליה אתייחס היא -

#### ו. ייאוש הסניגור

בסרט התיעודי, לאחר שנדחתה הבקשה למשפט חוזר, אמרה עו"ד אפרת פינק בישיבת הסניגוריה הציבורית: "אני נעדרת אנרגיה לחלוטין". אני כמעט בכיתי אתה. היא משקפת את התופעה של ייאוש הסניגור.

במשפט אזרחי עוסקים בכסף ולא בשלילת חירות במאסר, והסיכויים של כל עורך-דין שמנהל תיק בבית-משפט נעים בממוצע סביב 50%:

"You win some, you lose some".

במשפט פלילי הסיכויים של הסניגור הם פחות מאחוז – למעלה מ-99% מהתיקים מסתיימים בהרשעה. לא פלא שעורך-דין בתחום האזרחי עשוי להיות אופטימי, אך סניגור נאלץ להיות פסימי: קרוב לוודאי שהלקוח שלו יורשע.

ייאוש הסניגור רע מאוד לנאשם; רע מאוד לסניגור – לא רק מקשה על עבודתו, אלא גם מאמלל אותו באופן אישי; ייאוש הסניגור רע מאוד לכולנו: זהו גם ייאוש שלנו כחברה מלהעניק לנאשם משפט צדק.

