

הרשעות על סמך הודאות

האם ניתן לצמצם הרשעות שווא?

מרדכי קרמניצר | עדי גל

מרץ 2023



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

הצעה
לסדר
52

טיוטה

הרשעות על סמך הודאות – האם ניתן לצמצם הרשעות שווא?*

הצעה לסדר 52

*טיוטה זו אינה סופית והיא תוחלף בחודשים הקרובים.

נא לא לצטט או להפיץ ללא אישור המחברים

3	הקדמה
	שער ראשון: החוק
7	א. מעמדה של הודאת חוץ על ידי נאשם - הצגת הדין הקיים
7	1. סעיף 12 לפקודת הראיות ומבחן מסירת ההודאה "באופן חופשי ומרצון"
16	2. סעיף 56א לפקודת הראיות ופסילת ראייה שהושגה שלא כדין
18	3. יחסי הגומלין בין שני כללי הפסילה
21	ב. הצעות לשינוי פקודת הראיות
21	1. הצעתה של ועדת גולדברג (1994)
22	(א) הבחנה בין אלימות ממש ללחץ אחר
24	(ב) מעבר מקבילות למשקל
26	(ג) תוספת ראייתית "נזילה"
28	2. הצעה לתיקון פקודת הראיות של ועדת ארבל (2016)
30	3. הצעה לתיקון הדין
	(א) סעיף קטן (ב)(1) – פסילה קטגורית של הודאה שנמסרה תחת אלימות, איום באלימות, או התנהגות אחרת שיש בה כדי למוטט את רצונו של הנחקר
30	(ב) סעיפים קטנים ב(2) ו-ב(3) – מתן שיקול דעת לבית המשפט בדבר הודאה אשר נסיבות גבייתה נראות חשודות
35	(ג) סעיף קטן (ג) - קביעת כללי ההליך המתקיים בעקבות טענה נגד קבילות האמרה
36	(ד) סעיף קטן (ד) - אי פסילתן של ראיות נגזרות עצמאיות
37	(ה) סעיף קטן (ה) - דרישת תוספת ראייתית מסוג סיוע
	שער שני: אכיפתו ופרשנותו של החוק
40	ג. החקירה המשטרית והודאות שווא
40	1. שיטות חקירה מוכוונות אשם ושיטות חקירה מוכוונות מידע
40	(א) חקירה מוכוונת אשם
43	(ב) חקירה מוכוונת מידע
45	2. יחסי הגומלין בין הלך הרוח הציבורי בישראל ושיטת החקירה
47	3. שיטת החקירה בישראל
51	4. הצעות לגופי החקירה
51	(א) העמקה בשיטת החקירה האנגלית והטמעתה בדומה למדינות אחרות
52	(ב) אישוש או הפרכה?
53	(ג) תיעוד חזותי וקולי
55	(ד) קיצור משך זמן המעצר
57	(ה) טכניקות של הטעיה לגבי ראיות שונות
57	(ו) הקפדה על "מידור" פנימי במקרה שנגבתה הודאה בחקירה
	(ז) קיומו של הליך "פוסט מורטם" מסודר ומובנה של מערכת האכיפה בכל מקרה שבו נפסלת הודאה או שבית המשפט מבקר את גורמי האכיפה
58	
58	ד. בית המשפט והרשעות שווא
60	(א) סיווגה של טקטיקת חקירה המציגה ראיות שקריות לנחקר כאסורה

- (ב) קביעת כללים ברורים להפעלתם של מדובבים 61
- (ג) פרטים מוכמנים יוגדרו ככאלה שלא היו ידועים לצוות החקירה או בכפוף לתייעוד מלא של החקירה 65
- (ד) הגדרתו של 'דבר מה נוסף' כראיה חיצונית הן להודאה והן לנאשם 67
- (ה) הגנה מוגברת על נחקרים השייכים לקבוצה המועדת לאפליה 68
- (ו) עיון מחודש בהלכת מועדי המחייבת את הנאשם להוכיח את קיומו של קשר סיבתי בין הפעלת לחץ שהופעל עליו לבין מסירתה של ההודאה 71
- ה. הערה על זליגתן של טכניקות חקירה סיכוליות לתוך החקירה הפלילית והסכנה הטמונה בהן להרשעות שווא 72
- ו. סיכום ההמלצות 78
- (א) המלצות סטטוטוריות 78
- (ב) המלצות לגופי החקירה 79
- (ג) המלצות לבתי המשפט 80
- נספח**
- הצעתו של אורי ידן לתיקון פקודת הראיות (1981) 82
- הצעתו של השופט משה לנדוי לתיקון פקודת הראיות (1985) 83

הצעה לסדר זו מוקדשת לזכרו הברוך של השופט אליעזר גולדברג – אדם, שופט ואיש ביקורת למופת; שומר סף ונאמן טוהר המידות לדוגמה

הקדמה**

"את התפיסה כי הודיית נאשם בחקירתו הינה 'מלכת הראיות', יש לקבל עם קב חוטמין." כך נפתח דו"ח ועדת גולדברג שפורסם לפני כשלושים שנה.¹ ואולם, האינטואיציה לפיה אין אדם משים עצמו רשע אלא אם הוא באמת רשע וכי נדרשים אמצעים קשים כדי לגרום לאדם חף להודות במה שלא עשה עדיין שרירה וקיימת, ולא בנקל תיעקר מן השורש, חרף ממצאים רבים המעידים כי ההפך הוא הנכון. בניגוד לדעה רווחת לפיה רק לחצים כבדים במיוחד עלולים להביא אדם חף להודות במה שלא עשה, אנו יודעים שהודאות שווה עלולות לבוא לעולם גם עקב לחצים מתונים או קלים. הנחות בעייתיות אשר עמדו בלב דיני הראיות הישראליות בעבר – כגון שהודאה היא "מלכת הראיות", או כי חפים מפשע אינם מודים אלא תחת לחצים קשים מאד – נשחקו במידה מסוימת בדור האחרון, אבל עדיין לא נס ליחן.²

החקיקה הישראלית המסדירה את דיני ההודאות הקבועה בסעיף 12 לפקודת הראיות, קובעת שגבייתה של הודאה תהא קבילה כל עוד היא נמסרה באופן חופשי ומרצון. כלל זה, אשר מקורו במשפט המנדטורי, עמום ביותר ומותיר מרחב תמרון רחב מדי לגופי החקירה. בעוד מדינות אחרות השותפות למסורת המשפט המקובל (כולל בריטניה) עדכנו ועיבו אותו בחקיקה בהירה יותר, בישראל הוראה זו נותרה כמעין שמורת טבע של המשפט המקובל. לצד זאת, וחרף הכרתה הגוברת והולכת של הפסיקה ביחס לסכנות הטמונות בהודאות, בתי המשפט מגלים סבלנות יתרה לפרקטיקות אשר הוכח זה מכבר שהן מגבירות את הסיכויים להודאות שווא, כולל אלימות ישירה על הנחקר כל עוד לא הוכח שההודאה נמסרה בעקבות אותה אלימות. לאורך השנים, הוצעו הצעות שונות לתיקונו של הדין – החל בהצעות לשינויו של סעיף 12 לפקודת הראיות, עובר בעדכון של כללי החקירה, וכלה בפיתוחם של מבחני פסיקה לקביעת קבילותה של הודאה. אך עד היום, שיטתה המשפטית של ישראל רואה בהפעלתם של אמצעי לחץ בחקירה כפרקטיקה לגיטימית ולעיתים הכרחית.

במרכז ההצעה לסדר שלהלן ניצב הרעיון לפיו נקיטה באמצעים אשר פוגעים בגרעין הקשה של כבוד האדם חייבת להביא לפסילת ההודאה. האפשרות לפסול הודאות היא אמצעי הרתעה מן המדרגה

**תודתנו נתונה לאלי בכר, דנה בלאנדר, וגיא רובינשטיין על הערותיהם המצויינות.
¹ הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר: דין-וחשבון, פסי' 6 (דצמבר 1994). להלן: "דו"ח ועדת גולדברג". ההפניות לדו"ח לאורך הנייר יפנו לסרוגין לעמוד או לפסקה, לפי העניין ועל מנת לסייע למיקוד המקור.

² סנגירו בספרו טוען כי בהערכה שמרנית, 5% מכלל המורשעים, אפילו בעבירות החמורות ביותר – הם חפים מפשע. ראו בועו סנגירו, הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם גורמים ופתרונות 256-257 (2014). גם בארצות הברית ההערכות הן כי בין 2%-5 מההרשעות הן הרשעות שווא. על פי פרויקט החפות האמריקני, כ-25% מבין המורשעים אשר חפותם הוכחה באמצעות דגימות דנא, הודו כי ביצעו את הפשע בו הואשמו. ראו כאן <https://cardozo.yu.edu/innocence-project>.

הראשונה, שאין טוב ממנו, על מנת להבטיח התנהגות כדין של חוקרים ומיגור של תופעת הרשעות השווא. הדין הקיים אינו מספק הרתעה יעילה דייה מפני אמצעים הפוגעים בכבוד האדם. פגיעה כזו מתקיימת כל אימת שהחוקרים מצמצמים את אישיותו של הנחקר משל היה מאגר של מידע שהם פועלים לפרוץ לתוכו כדי לקבל מידע מבוקש; ובה בעת הם מתייחסים אל הנחקר כאל כלי בידיהם, כך שיאולץ לפעול נגד עצמו, נגד רצונו ונגד האינטרסים שלו. האינטרס הציבורי בצמצום העבריינות אינו יכול להצדיק פגיעה בליבו של ערך "כבוד האדם". אין זה ראוי להטיל על הנחקרים נטל כבד כזה; וחברה דמוקרטית מוכרחה למצוא דרכים לאכוף את חוקיה בדרך שאינה חותרת תחת ערכיה המרכזיים. יתרה מכך, הנכונות לפגוע בכבוד האדם ולהשלים עם פגיעה כזו כרוכה לרוב ב"חזקת אשמה" שמחליפה את "חזקת החפות" שחייבת להכתיב את היחס בין המדינה לחשוד כל עוד לא הורשע בדין. נקיטת אמצעים כאלה פוגעת לא רק במושאים של אמצעי לחץ כאלה, אלא גם באמון הציבור שהרשויות המופקדות על אכיפת החוק פועלות תוך שמירת כבוד הנחקר וכללי הגינות מינימליים. נכון שגישה זו כרוכה במחיר אפשרי שאשמים יחמקו מהרשעה ומעונש. אולם, ברוב המקרים אין אנו יודעים אם מדובר בחפים מפשע או באשמים, ועלינו להניח חפות. בטווח בינוני וארוך, תיעול החוקרים לאפיקים של חקירה המבוססת על נתונים אובייקטיביים ועל תחכום, יגביר את האפקטיביות של החקירות ויועיל למציאת אשמים ולצמצום הפשיעה. הודאת שווא של חף מובילה לעוול קשה מנשוא כלפי המודה, ובנוסף מאפשרת לאשם האמיתי לחמוק מענישה.

לצד התיקון החקיקתי המוצע, ההצעה מתייחסת להשפעתה העמוקה של הודאה על הגורמים הנחשפים אליה ומציגה המלצות לריסון השפעות פסיכולוגיות אלה. השימוש בהודאה רווח ביותר ולא פעם היא מהווה ראייה יחידה בהרשעתו של נאשם.³ שילוב זה של השימוש הרחב בהודאה והסיכון הכרוך בה לנוכח השפעתה העמוקה מחייב התאמות בקרב כל הצדדים המעורבים בהליך הפלילי, קרי: בית המשפט, התביעה וגופי החקירה. על גופי החקירה והתביעה להתרכז בראיות חיצוניות לנחקר ועל בתי המשפט לדרבן זאת על מנת למזער, באופן היעיל ביותר האפשרי, את הסיכון הכרוך בשימוש בהודאה.

הנייר יחולק לשני שערים. הראשון, הכולל את פרקים א' ו-ב', ידון בחוק, ואילו השער השני, הכולל את פרקים ג' -ה', ידון בדרכי אכיפתו של החוק במסגרת החקירות, ופרשנותו על ידי בית המשפט בפועל.

פרק א יציג את הדין הקיים ביחס לגביית הודאה ואת הפסיקה שהתפתחה לצדו לאורך השנים הן ביחס לסעיף 12 לפקודת הראיות והן בעקבות הלכת יששכרוב אשר עוגנה לאחרונה בסעיף 54א לפקודה.

פרק ב, בחציו הראשון, יבחן את שתי ההצעות האחרונות לשינוי הדין, בדגש על סעיף 12 שנדונו על-ידי ועדת גולדברג ו-וועדת ארבל. שתי הוועדות הציעו הצעות שונות ביחס לנוסח החוק אך שתייהן הבחינו בין אלימות קשה לאלימות שאינה קשה, בעוד הודאה הנגבית תחת הראשונה הוגדרה כבלתי קבילה, הומלץ שקבילותה של הודאה הנגבית תחת לחץ תותנה בקשר הסיבתי אשר

³ יניב ואקי, **דיני ראיות כרך ב**, עמ' 875 (2020) (להלן: "ואקי, דיני ראיות"); ראו גם ע"פ 4179/09 **מדינת ישראל נ' וולקוב** (פורסם בנבו, 18.10.2010), פס' 2 לפסק דינו של השופט הנדל (להלן: "פרשת וולקוב").

בין האמצעי להודאה. לדעתנו, הבחנה זו, שהיא ממילא המצב המשפטי הקיים, לרבות דוחות הוועדות שנכתבו, עלולים להעביר לחוקרים מסר בעייתי, מתירני, בדבר הצפיות מהם בכול הנוגע לזכויות הנחקר ואמצעי החקירה. יש חשש שהדבקות בחוק הקיים נובעת דווקא מרצון לקיים מסר כזה, מתוך מחשבה שבלעדיו יתקשו החוקרים לעשות את מלאכתם. על כן, בתום סקירת המלצות הוועדות, בחציו השני של הפרק תובאנה המלצות המסתמכות על חלקן וגם על החקיקה של מדינות המשפט המקובל – אנגליה, קנדה, ואוסטרליה, בהן קיימת מזה שנים הסכמה רחבה שדיני ההודאות אינם יכולים להסתכם במבחן חופשיות הרצון (voluntariness), ויש להחליפו בחקיקה מפורטת ובהירה יותר. גם במדינות כמו גרמניה ואיטליה, ששיטת המשפט בהן אינה המשפט המקובל אלא הקונטיננטלי, ההסדרים החקיקתיים רחבים ומפורטים בהרבה בכל הנוגע לגביית הודאה ואוסרים על שימוש באלימות באופן קטגורי.⁴

פרק ג יתרכז בגישות שונות לחקירה, יעמוד על העמדה המקובלת כיום בישראל, ויניח הצעות לאימוץ אצלנו של שיטה מבוססת מידע. שיטות חקירה מוכוונות אשם, שאינן זרות למשטרת ישראל, הן בעייתיות מבחינת סגולתן להביא להודאות שווא. לשיטת החקירה יש השלכות משמעותיות על דרכי החקירה, התנהלות החוקרים ועל זכויות הנחקרים, ובכלל זה מעצר של חשודים. ההמלצות הנוגעות לגופי החקירה משלבות הן הצעות שמקורן בשיטה מבוססת מידע, בצד המלצות אשר ניתן ליישמן גם ללא שינוי שיטת החקירה. למרות שהנמענים המובהקים של הפרק הזה הם חוקרי המשטרה, גם הפרקליטים, כמנחים המקצועיים של החוקרים ולעתים כמלווים של חקירות הם נמעניו.

פרק ד מכוון לשופטים שבידיהם הסמכות והיכולת להכווין את החקירות באופן שיבטיח את כבוד הנחקר ויצמצם את הסיכון להודאות שווא והרשעות שווא. שיטה משפטית המאפשרת הרשעה על סמך הודאה, מוכרחה לגלות חוסר סובלנות כלפי שיטות חקירה המפעילות לחץ יתר על הנחקר, פיסיו או פסיכולוגי, ומסר זה צריך להיות מובהק בפרשנות הדין שצריכה להציב איזונים ובלמים בפני אמצעי חקירה פסולים ומפוקפקים. עדיף ברור הסדר חקיקתי ראוי, אך גם בהיעדרו - על המערכת המשפטית לדרבן את הגופים החוקרים לרכז את מאמציהם לאיסוף ראיות חיצוניות לנאשם.

פרק ה יתייחס לסכנת זליגתן של טכניקות חקירה אשר נעשה בהן שימוש על ידי שירות הביטחון הכללי, לתוך החקירה הפלילית והכשרתה של זליגה זו על ידי כלל הגופים המעורבים⁵ – התביעה, החקירה, ובית המשפט. החלחול של אמצעי חקירה הפוגעים בכבוד האדם מתרחש לרוב כאשר מדובר בנחקרים הנתפסים כ"אחר" או כ"אויב". סופם שהם מוחלים על כלל הנחקרים, אך בקלות רבה יותר ובאינטנסיביות גבוהה יותר על "אחרים". לכן, כרוכה בשימוש הזה גם פגיעה בשוויון בפני החוק.

לבסוף, **פרק ו** יסכם את ההמלצות המופיעות לאורכו של הנייר. רבות מן ההמלצות מהוות המשך של דו"ח ועדת גולדברג. הגם שהדו"ח פורסם לפני קרוב לשלושים שנה, רבות מהמלצותיו נותרו

⁴ ארצות הברית תובא גם היא במישרין אך כדוגמה הפוכה, כלומר כביטוי לעמימות העשויה להתרחש בהעדר חקיקה ברורה והנסיגה הטמונה בה לכללי פסיקה – הן בבית המשפט והן ברשויות אחרות.

⁵ ענין זה נהיה אפילו יותר קריטי עכשיו לנוכח ההסכמים הקואליציוניים ששב"כ יפעל נגד ארגוני פשיעה. ראו יהושע בריינר "בכירים בשב"כ מתנגדים לדרישה של בן גביר לפעול מול ארגוני פשיעה" **הארץ** (19.1.2023)

חשובות ומשמעותיות ונכון לאמצן. מטרתו העיקרית של נייר זה הינה להתמקד בהמלצות שלא התקבלו על דעת רוב חברי וועדת גולדברג, להציג המלצות נוספות, וכן ולחדד היבטים אחדים במספר קטן של המלצות מסוימות.

סיוטלה

שער ראשון: החוק

א. מעמדה של הודאת חוץ על ידי נאשם - הצגת הדין הקיים

הדין הישראלי כולל שני כללים מרכזיים אשר משמשים את בית המשפט לבחון את קבילותה של הודאת חוץ של נאשם. הראשון הוא הכלל הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות לפיו הודאתו של נאשם תהא קבילה בבית המשפט רק אם מצא שהוא מסרה באופן חופשי ומרצון. כלל הפסילה השני, אשר תחולתו מתפרשת על כל ראייה, נקבע בהלכת **יששכרוב**, ולאחרונה עוגן גם בחוק, ולפיו הודאה עשויה להיפסל אם נקבע שהיא נגבתה שלא על פי דין. בין שני כללים אלה נקודות דמיון ושוני, והיחס ביניהם ממשיך להתעצב על ידי בתי המשפט.⁶ פרק זה יסקור בעיקרו את כלל הפסילה אשר בסעיף 12 ואת מסגרת ההליך הפלילי בו הוא נבחן, לאחר מכן ידון בקצרה בכלל הפסילה שנקבע ב**יששכרוב** ועוגן בחוק, ומידת השפעתו על סעיף 12.

1. סעיף 12 לפקודת הראיות ומבחן מסירת ההודאה "באופן חופשי ומרצון"

(א) ייבואו של המבחן האנגלי "חופשי ומרצון" לדין הישראלי ופרשנויות הפסיקה

על פי סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש] התשל"א 1971, הודאתו של נאשם מחוץ לבית המשפט ("הודאת חוץ") תהא קבילה רק אם התביעה הציגה עדות אודות הנסיבות שבהן נמסרה ההודאה, ואם בית המשפט מצא כי ההודאה הייתה "חופשית ומרצון", וזאת כחריג לכלל האוסר על עדות מפי שמועה.⁷ הסעיף התקבל בדין הראיות הישראלי בירושה מסעיף 9 לפקודת העדות המנדטורית, משנת 1933, אשר קבע כי "לא תקובל עדות בדבר התודות הנאשם שעבר עברה, אלא אם כן הביאה הקטיגוריה עדות על המסבות שבהן התודה הנאשם, וברי לבית המשפט שנתודה הנאשם מרצונו ועל דעת עצמו".⁸

המחוקק המנדטורי ובית המשפט באנגליה סברו כי אף אם לפי מבחני כלליים של מהימנות ההודאה הייתה מתקבלת, ללא הוכחה כי היא נמסרה בחופשיות, אין לקבלה.⁹ בפסק הדין מראשית המאה הקודמת, *Ibrahim v. R* (1914) הזכיר הלורד סומנר כי אי קבילותה של אמירה של אדם כנגד עצמו,

⁶ ואקי דיני ראיות, ה"ש 3 לעיל, 885.

⁷ שם, 875. הסעיף קובע כי "עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודאה ובית המשפט ראה שההודיה הייתה חופשית ומרצון." שנים ספורות לאחר חקיקת פקודת הראיות המקורית, בשנת 1979 הוסיף המחוקק את סעיף 12(ב), הקובע כי "בית המשפט רשאי לקבל כראיה, להוכחת הנסיבות שבהן ניתנה הודיית נאשם, גם תצהיר בכתב של מקבל ההודיה, שבו הוא מפרט את נסיבות גביית ההודיה ומצהיר כי ההודיה היתה חפשית ומרצון, והוא אם נתקיים אחד מאלה:

(1) הנאשם מיוצג וסניגורו ויתר על חקירת מקבל ההודיה;
(2) ההודיה היתה על עבירה שהיא עוון או חטא והנאשם, במענה לשאלת בית המשפט ולאחר שבית המשפט הסביר לו את זכותו לחקור את נותן התצהיר, אישר שקרא את ההודיה או שהיא הוקראה לו, אינו כופר בכך שההודיה היתה חפשית ומרצון וויתר על חקירת מקבל ההודיה"

⁸ הנוסח המקורי היה כדלקמן:

"Evidence of a confession by the accused that he has committed an offence is admissible only when the prosecution has given evidence of the circumstances in which it was made and the court is satisfied that it was free and voluntary"

⁹ קנת מן, "עתיד הדרישה לרצון חופשי בחקירת חשודים" **משפטים** ט"ז 76, 77 (תשמ"ו). מן מפנה למקרה בו בית המשפט מצא שההודאה אמיתית אך סרב לקבל אותה לנוכח נסיבות מסירתה.. ראו: *Commissioners of Customs and Excise v. Harz Power* (1967) 151 Cr. App. R. 123, בעמ' 145 (מן, שם, בעמ' 77).

אלא אם הוכיחה התביעה שהיא ניתנה מרצון, הינה כלל עתיק במשפט הפלילי האנגלי. 'במובן זה שלא הושגה על ידי פחד מרעה או תקוה לטובה, שהופעלו על ידי איש מרות.'¹⁰

בעניין סיץ' התייחס השופט לנדוי לדבריו של הלורד סומנר, באומרו כי "גם בית-משפט זה הלך בעקבות הגדרות כאלה, בזמן המנדט וגם מאז קום המדינה."¹¹ אלא שהיה זה דמיון חלקי. מצד אחד, ובדומה לתקדימים אנגליים, אימץ בית המשפט הישראלי את הגישה ביחס לאותם אמצעים אשר עשויים להשפיע על הנאשם להודות במה שלא חטא בו.¹² בה בעת, ובניגוד מסוים למשפט המנדטורי, אשר מצא שאחת מתכליותיו של סעיף 9 היא גם להגן על זכותו של הנאשם להליך הוגן,¹³ בית המשפט הישראלי לא היה עקבי בעניין זה.

מצד אחד של המתרס המשיך בית המשפט העליון את ההלכה האנגלית בכך שבמרכז בחינתו של הרצון החופשי הציב את התנהלות החוקרים. עמדה זו, אשר כונתה לימים "הגישה האובייקטיבית"¹⁴ ביקשה לבחון את אמצעי החקירה ולא את נסיבותיו של הנאשם הספציפי. כפי שקבע השופט לנדוי, נושא דגלה של הגישה:

"ההלכה הפסוקה היא שהודאה, אשר ניתנה בלחץ איומים או בהשפעת דברי פיתוי והבטחות, דינה להיפסל; ואין נפקא מינה אם אולי סבור בית-המשפט שלמרות האיום או ההבטחה לא גרם הדבר במקרה הקונקרטי שלפניו למתן הודאה כוזבת."¹⁵

ובמקום אחר ציין לנדוי כי עיקרו של סעיף 12 הוא:

¹⁰ מקורו של תרגום זה בע"פ 69/53 סיץ' נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל ז' 801 (1953), פס' 12 בפסק דינו של השופט לנדוי (להלן: "עניין סיץ'"). ראו: 30 T.L.E. 20; 11 L.T. 20; 83 L.J.P.C. 185; 59 A.C. (1914) *Ibrahim v. R.* 383; 24 Cox, C.C. 174, P.C. ואקי מציין כי המבחן גובש במאה ה-18 במה שכונה "כלל הווידוי" וזאת על רקע נוהג של אדונים לפתות את משרתיהם להודות במעשים תוך הבטחה למחילה, אלא שלבסוף הם נעזרו בהודאות אלה במסגרת הליכים פליליים שנפתחו בעניינם. כלל הווידוי נועד להגביל את השימוש בהודאות שהושגו באמצעות פיתוי והבטחות ולבסוף אומץ במשפט המקובל במסגרת הדרישה לפיה על ההודאה להיות חופשית ומרצון ולא בכפייה או בתרמית. ראו ואקי, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 886-887.

¹¹ שם.
¹² ראו למשל דבריו של מ"מ הנשיא אגרנט (כתוארו דאז) בע"פ 307/60 ג'רבוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1541, פס' 4. לימים הובעה ביקורת על גישה זו בדבריו של השופט מ' לנדוי בועדת החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת: דין וחשבון, חלק ראשון, עמ' 55 (1987) (להלן: "דו"ח ועדת לנדוי").

¹³ בנימין בלום ואח' 'אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית" משפטים 816, 818 (תשע"ח) (להלן: "בלום ואח', 'אופן בחינת הודאות"). המחברים מפנים למשל לפרשת *Berkowitz v. Atty Gen.*, 9.P.L.R. 654 (S.C., 1942), במסגרתה בית המשפט העליון המנדטורי קבע שחוקר הוליך שולל את הנחקרים בכך שלא אמר להם שעומדת להם זכות השתיקה ולכן ההודאה שמסרו פסולה. בית המשפט קבע שם שמהימנותה של ההודאה אינה שיקול להכרעה אם רצונו החופשי של הנחקר נפגע לפי סעיף 9 לפקודת העדות. שם.

¹⁴ יעקב קדמי, על הראיות: הדין בראי הפסיקה (2003) בעמ' 30.
¹⁵ ע"פ 264/65 ארצי נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד כ(1) 225, 231. באותו עניין, מצטט לנדוי גם את דברי מ"מ הנשיא אגרנט (כתוארו דאז) בעניין אחר בו קבע: "מחמת אפיה ה'בלתי הוגן' של החקירה שגרמה למתן ההודאה – או בגלל האמצעים ה'פסיכולוגיים' שהשתמשו בהם כדי להשיגה – הוחלש רצון השתיקה של הנאשם-העציר במידה כה ניכרת עד שהחוק מניח – ללא התחשבות בתוכן ההודאה – כי בנסיבות כאלו אין לבטוח באמיתותה." ראו גם דבריו של השופט שמגר בע"פ 636/77 לוי נ' מדינת ישראל לב(3) 774: "אך נדוש יהיה להוסיף כי גם איומים לסוגיהם יש בהם כדי לפסול קבילותה של הודיה והדברים ידועים". בחלוף השנים, עמדתו של השופט לנדוי התרחקה מהמודל המסורתי האנגלי בכך שסוג האמצעים אשר סבר כי שימוש בהם שולל מניה וביה את קבילותה של ההודאה – הלך והצטמצם, והדברים קיבלו ביטוי בדו"ח שפרסם. ראו בהרחבה בפרק ה להלן.

"ההגנה על זכותו של האזרח – של כל אזרח וגם של האזרח החשוד בביצוע עבירה פלילית – שלא ליפול קורבן למעשי אלימות משטרתית ולפגיעה בכבוד האדם בעת חקירתו, או בלשון הנשיא ב' כהן בענייניו כאן, השמירה על שלמות הגוף והנפש של הנחקר – היא העיקר בעניי."¹⁶

אלא שלצד גישה זו התפתחה גישה נוספת, אשר הובלה על ידי השופט חיים כהן וקיבלה ביטוי בפרשה המפורסמת **עמוס ברנס**,¹⁷ אשר לימים כונתה "הגישה הסובייקטיבית". לפי גישה זו, את קבילותה של הודאה יש לבחון בהתאם לאופן השפעתם של אמצעי החקירה על שלמות הרצון של הנחקר. על כן, גם אם נקט החוקר באמצעים פסולים, על בית המשפט לבחון אם הם הביאו את הנחקר לידי הודאת שקר או גרמו לנחקר למסור את ההודאה שלא באופן חופשי ומרצון. ככל שימצא בית המשפט כי חרף השימוש באמצעי הפסול, הייתה בידי הנחקר אפשרות לבחור באופן חופשי האם למסור את הודאתו – זו תתקבל. קרי, עבור השופט כהן שלילת הרצון החופשי אינה נובעת מעצם הפסלות שבאמצעים אלא רק מהשפעת האמצעים על רצונו החופשי של הנחקר, שהרי "הודיית הנאשם לחוד, והתעללות חוקריו לחוד".¹⁸ השאלה במבחן זה אם כן, היא עובדתית שכן במסגרתה בית המשפט שואל את עצמו אם הנחקר הודה בשל אמצעי החקירה הפסול. וכך קבע השופט כהן בעניין **אבו מדיג'ם**, שם נטען שהחוקרים הפעילו אלימות פיזית קשה על הנאשם:¹⁹

עדיין נשאלת השאלה אם היה במכות שספג – אם ספג – כדי לשלול חופשיות הודיתו של המערער נימור או רצונו לתתה. יש והמודה ספג מכות מידי חוקריו, וההודיה שנתן בסופה של חקירה היתה חופשית וניתנה מרצון (...). השאלה היא שאלה שבעובדה: 'האם היה באמצעים הפסולים כדי להביא נאשם מיוחד זה העומד לפנינו לידי הודיית שקר או כדי לשלול רצונו, או שמא נאשם מיוחד זה אין אותו אמצעי פסול עשוי להשפיע עליו, (...) העובדה שלא היה באמצעים הפסולים כדי לשלול רצונו ולפגום בחופשיות הודייתו, טעונה הוכחה חיובית, ועל פי רוב ניתן להוכיחה על ידי עצם ההודיה, צורתה, טיבה, תוכנה ואופן נתינתה. (...) זו שיטתי שאני דוגל בה מימים ימימה: תמיד גרסתי, הודית הנאשם לחוד, והתעללות חוקריו לחוד; כשם שזה דינו לבוא על עונשו כחוק בשל העבירה שעשה שהודה בה מרצון, כן אלה דינם לבוא על עונשם כחוק בשל מעשיהם הבלתי חוקיים שנתגלו לבית משפט במשפט "זוטא". אין בה בפסילת ראייה שהיא כשרה, כאילו היתה שלא כדין. פושע מסוכן עלול לצאת לחופשי על לא שום זכות בכפיו, ונמצאת מלחמת המשפט בפשע מסוכלת ומנוצחת; ואין הפסילה פוגעת כהוא זה בחוקרים האלימים שמעלו בתפקידם כאנשי משטרה וכעובדים המדינה, ונמצא כבוד האדם ובטחונו מופקר בידי בעלי זרוע בלתי אחראיים.

¹⁶ ע"פ 183/78 **אבו מדיג'ם נ' מדינת ישראל**, פד"א לד(4) 533, 539 (1980).

¹⁷ ע"פ 127/76 **ברנס נ' מדינת ישראל** פד"א ל(3) 507. במסגרת פרשה זו הורשע עמוס ברנס בגין רציחתה של רחל הלר בשנת 1976, ונידון למאסר עולם. הרשעתו התבססה על הודאה שמסר ברנס לחוקריו, וזאת על אף שבמהלך המשפט טען כי הודאתו נמסרה תחת אלימות ומניעת שינה. לימים, חשף קצין משטרה שבמהלך חקירתו של ברנס נפלו פגמים והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי), יהודית קרפ, פתחה בבדיקה מחודשת של הפרשה. ממצאי הבדיקה תמכו בגרסתו של ברנס, אולם הוחלט לנקוט בהליך משפטי נגד ראש צוות החקירה בגין עדות שקר (שהסתיים לבסוף בערעור בזיכוי תמוה). בקשותיו של ברנס למשפט חוזר המשיכו להידחות. לא למותר לציין כי בצעד יוצא דופן, עוד בזמן שריצה ברנס את עונשו, פנה אליו השופט כהן במכתב התנצלות וניסה להביא לשחרורו המוקדם. ברנס שוחרר מהכלא לאחר 12 שנים בעקבות קיצור עונשו, אבל הוא המשיך להילחם על חפותו גם לאחר שחרורו. לבסוף, בשנת 2002, הסכימה השופטת דורנר לקבל את בקשתו (הרביעית) למשפט חוזר ובדצמבר 2002 החליט בית המשפט המחוזי בנצרת לזכותו ללא דיון שכן הפרקליטות חזרה בה מכתב האישום. בהספד שנשא השופט דורנר בהלווייתו של השופט חיים כהן, סיפרה כי מיד שנודע לו על החלטתה לקיים משפט חוזר, התקשר אליה כהן, כשהיה כבר על ערש דווי, והודה לה על שתיקה את "העוול שעשה". בשנת 2010 פסק בית המשפט פיצויים לזכות ברנס בגין הנזק שנגרם לו. שנה לאחר מכן, נפטר ברנס. ראו באתר קליניקת החפות של האוניברסיטה העברית בירושלים, "פרשת הרשעת השווא של עמוס ברנס".

¹⁸ שם.
¹⁹ ע"פ 369/78 **אבו מדיג'ם נ' מדינת ישראל**, פד"א לג(3) 376, 381-382 (1980). לנדוי ישב באותו הרכב וחלק על דבריו של כהן בעניין זה.

המחלוקת הוכרעה בשנות השמונים (זמן קצר לאחר עניין **אבו-מדיג'ס**) עם קבלתה של "גישת הביניים", אשר הוצעה על ידי השופט גולדברג בעניין **מועדי**.²⁰ גישה זו מבקשת לפשר בין שתי הגישות לעיל ובמידה רבה הפכה להלכה המחייבת. לפי גישת הביניים, בית המשפט יבחן במסגרת סעיף 12, כבחינה עובדתית, האם היה באמצעי הפסול כדי לצמצם באופן ניכר את רצונו החופשי של הנחקר כאשר מסר את הודאתו. אם מצא בית המשפט כי הנחקר היה כפוף לאמצעי חקירה פסולים באופן קיצוני תפסל ההודאה מבלי לבחון האם השפיעה בפועל על רצונו של הנחקר. כלומר, על הודאות אשר גביתן נעשתה תוך שימוש באמצעי חקירה שנמצאו פסולים באופן קיצוני קרי, "דרכים כה נפסדות עד שהן פוגעות בערכי יסוד מקובלים",²¹ "כגון התעללות פיסית חמורה או שיטות אחרות, ביניהן שיטות" פסיכולוגיות", שהשימוש בהן פוגם ב"דמותו ההומנית של המשטר במדינתנו, שעליו אנו שומרים מכל משמר"²², תחול הגישה האובייקטיבית, מבלי לבחון כיצד השפיעה על הנחקר באופן סובייקטיבי, והן תיפסלנה גם ללא בחינה של אמינותן. ואולם, במקרים בהם נמצא שההודאה ניתנה שלא תחת אמצעים פסולים באופן קיצוני, תחול גישתו של השופט כהן ותערך בדיקה של מהימנות ההודאה לאחר שתקבל כראייה, במסגרת בחינת משקל הראיות במשפט העיקרי.²³

על אף שבגישת הביניים ניכר כי עמדתו של השופט כהן יצאה "כשידה על העליונה"²⁴ (למעט במקרי קצה בהם מופעלים אמצעי חקירה פסולים באופן קיצוני), עם השנים, התחזקה גם העמדה הפרשנית של לנדוי לסעיף 12 ומבחן חופשיות הרצון נתפס לא רק ככלי להבטחת מהימנותן של הודאות אלא גם – לפחות ברמה העקרונית, אם כי לא בהכרח הלכה למעשה – כאמצעי להגן על טוהרו של ההליך הפלילי וזכויותיו של הנחקר להליך הוגן. על דברים אלה עמדה השופטת ביניש (כתוארה דאז) בפרשת יששכרוב כאשר קבעה כי פרשנות זו של סעיף 12 השתרשה ביתר שאת לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.²⁵

²⁰ ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, (1984).

²¹ שם, פס" 47 לפסק דינו של השופט גולדברג.

²² שם, פס" 7 לפסק דינו של הנשיא כהן. השאלה בדבר מהם אמצעים פסולים באופן קיצוני לא קיבלה הגדרה טכנית על ידי בית המשפט. מאוחר יותר, במסגרת "בגיץ הוועד נגד עינויים", נכנס בית המשפט לעובי הקורה וקבע כי הטקטיקות בהן השתמש השב"כ הן פסולות באופן קיצוני. ראו בהרחבה בפרק ה.

²³ את סיכום דברים זה של השתלשלות המחלוקת הציע השופט שהם בפסק דינו בע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל (נבו), 2/8/2018, פס" 84 לפסק דינו של השופט שהם.

²⁴ מן, "עתיד הדרישה לרצון חופשי", ה"ש 9 לעיל, בעמ' 81.

²⁵ ראו דבריה של השופטת ביניש בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006), פס" 32-34 לפסק דינה: "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יצר הזדמנות למבט פרשני מחודש גם בנוגע לתכליתו של כלל הפסילה המעוגן בסעיף 12 לפקודת הראיות. בהתאם לרוחו ולעקרונותיו של חוק היסוד, מן הראוי לחזק כיום את מעמדה של התכלית בדבר הגנה על זכויותיו של הנחקר, כך שהיא תהווה טעם מרכזי העומד בפני עצמו לשם פסילת קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות. משמעות הדבר הינה כי בנסיבות מתאימות שיפורטו להלן, תיפסל קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 הנ"ל בשל פגיעה שלא כדן בזכויותיו של הנחקר, וזאת אף כאשר אין מתעורר חשש בדבר אמינות ההודאה" וגם – "לצד ההגנה על שלמות גופו ונפשו של הנחקר נועד סעיף 12 לפקודת הראיות על פי לשונו המפורשת להגן על אוטונומית הרצון ועל חופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו בחקירה (הודאה 'חופשית ומרצון')... בהתחשב כך, פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומית הרצון ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו בחקירה, תוביל לפסילת ההודאה לפי סעיף 12 הנ"ל... פגיעה מן הסוג האמור היא שתוביל לפסילת קבילותה של ההודאה בהתאם לסעיף 12 הנ"ל, והכל בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו... על פי רוחו והשראתו של חוק היסוד מן הראוי לקבוע כי ההגנה על חופש הרצון של הנחקר מהווה כיום תכלית העומדת בפני עצמה ומהווה טעם נכבד ועצמאי לפסילת קבילותה של ההודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות". לקריאה נוספת אודות השפעתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על הזכות להליך הוגן ראו בעז אוקון ועודד שחם, "הליך ראוי ועיכוב הליכים", המשפט ג 265 (תשנ"ו); אליהו הרנון, "ראיות שהושגו שלא כדן - האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו?" מחקרי משפט יג 139 (1996); אהרן ברק, "הקונסטיטוציונליזם של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (מהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1996).

(ב) אבות פסול

ככלל, נהוג להבחין בין כמה קטגוריות, או בכינוי הנפוץ "אבות פסול", אשר בגינן עלול בית המשפט לפסול ראייה על שום שלא ניתנה באופן חופשי ומרצון. קטגוריות אלה כוללות נקיטת אלימות ואיום בה; שיטות חקירה בלתי הוגנות; הפעלת לחצים נפשיים בלתי הוגנים; תחבולות בלתי הוגנות; ופיתוי והשאה בלתי הוגנים.²⁶ בעוד אבות פסול אלה קשורים בחופשיות הרצון, ישנן חובות אחרות שחלות על חוקרי המשטרה אשר נפסק, כי אי עמידה בהן עשויה להביא לפסילת ההודאה. המרכזיות בחובות אלה הן החובה לידע את החשוד שהוא זכאי להיוועץ בעורך דין, וכן החובה להזהיר אדם שהוא חשוד וכי אין הוא חייב לומר דבר אלא אם רצונו בכך וכי כל שיאמר יכול לשמש כראיה. כיום, אי עמידה בחובות אלה, נופלת תחת הלכת יששכרוב, אשר עוגנה בסעיף 56א לפקודת הראיות.

בהתאם להלכת **מועדי**, השימוש באמצעים הללו, להוציא דרכי חקירה של אלימות קשה, שהן לעולם אמצעי פסול ופוסל, אינו מביא בהכרח לפסילתה של ההודאה והם נבחנים באמות מידה של סבירות והגינות ובהתאם לנסיבות המקרה.²⁷ לפיכך, בשלב ראשון, ועוד בטרם יבחן בית המשפט כיצד השפיע האמצעי על הנאשם, נדרש הוא ראשית לבחון את השאלה האם האמצעי הספציפי שננקט במסגרת החקירה הינו פסול. בשלב השני, אם שוכנע בית המשפט כי האמצעי שנעשה בו שימוש הוא אמצעי פסול, קמה חזקה כי אמצעי זה פגע באוטונומיה של הנחקר וברצונו החופשי ועל התביעה יהיה לשכנע את בית המשפט כי על אף השימוש באמצעי האמור, לא היה בו כדי להשפיע על חופשיות הרצון של הנחקר והאוטונומיה שלו.²⁸ בחינה זו נעשית במסגרת "משפט זוטא".

(ג) בחינת קבילות ההודאה ב"משפט זוטא"

משפט זוטא נערך כאשר הנאשם חולק על טענת התביעה, לפיה ההודאה שהיא מבקשת להציג לבית המשפט, נמסרה באופן חופשי ומרצון. משפט הזוטא יכול להיערך בכל שלב אשר בו מעלה הנאשם את הטענה כי הוא מתנגד לקבילות ההודאה, והוא מתנהל כמו ההליך העיקרי, עם פרשת תביעה ופרשת הגנה, כאשר על בית המשפט להכריע בתומו - הגם שאת נימוקיו הוא רשאי לתת בסוף ההליך - האם ההודאה תיכלל במצבור הראיות או שדינה פסילה.²⁹ ככלל, הנטל להוכיח כי ההודאה ניתנה באופן חופשי ומרצון, רובץ על התביעה ומכאן שהיא זו אשר נושאת הן בנטל הבאת הראיות והן בנטל הוכחת קבילות ההודאה. באשר לסניגוריה, אין די בהעלאת טענות כלליות בדבר היעדר קבילותה של ההודאה, עליה לנמק ולפרט מהו האמצעי הפסול שנעשה בו שימוש המצדיק את הפסילה ובאילו נסיבות הופעל אמצעי זה. לאחר מכן, על התביעה להוכיח ברף הוכחה הגבוה ביותר, מעבר לספק סביר, כי במהלך חקירתו של הנאשם לא נעשה כלל שימוש באמצעי פסול או שנעשה שימוש באמצעי כזה (כאשר אין מדובר באמצעי פוסל בהגדרה) אך רצונו החופשי לא נפגע כאשר מסר את הודאתו. אם הצליח הנאשם לעורר ספק שהודאתו ניתנה שלא מרצונו החופשי, יש לפסול

²⁶ קדמי, על הראיות, ה"ש 14 לעיל, בעמ' 43.

²⁷ שם, בעמ' 39.

²⁸ ואקי, דיני ראיות, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 897.

²⁹ שם, בעמ' 918. סדר דיוני זה אינו קבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות, וגם לא בקודמו - סעיף 9 לפקודת העדות. לפי בלום ואחי הפרקטיקה של משפט הזוטא נקלטה כבר בימי המנדט הבריטי, ככל הנראה באמצעות מנגנון השלמת החסר שבסימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל, 1922. ראו בלום ואחי, "אופן בחינת הודאות חשודים", ה"ש 13 לעיל, בעמ' 826.

את ההודאה.³⁰ משהחליט בית המשפט לפסול את ההודאה, עליו להתעלם ממנה. לחלופין, אם החליט בית המשפט לקבלה, יהא עליו להכריע בדבר משקלה הראייתי במסגרת המשפט העיקרי.

בעבר, בית המשפט לא היה רשאי לעיין בתוכן הודאתו של הנאשם במסגרת משפט זוטא, וזאת על מנת שלא להטות את שיקול דעתו בהמשך ההליך. אלא שכיום איסור זה הוסר ולשופטים נתון שיקול הדעת האם לעיין בתוכנה או לאו – דבר אשר גרר שלל ביקורות לפיהן ניהול משפט זוטא עלול לפגוע בנאשם שכן בית המשפט, אשר נחשף לתוכן ההודאה חרף העובדה שהיא נפסלה, עלול להיות מוטה לטובת התביעה.³¹ ועדת גולדברג, למשל, סברה כי הנאשם חושף את עצמו לאפשרות שבית המשפט ימצא את גרסתו בלתי אמינה כבר בתחילת המשפט ועל כן הציעה לחדול מקיומם של משפטי הזוטא.³² מנגד, הועלו טענות התומכות בקיומו של משפט הזוטא. נטען, למשל, כי הוא מאפשר לשים דגש על קבילות ולא על משקל ההודאה, לזקק את השאלה בדבר קבילות ההודאה, בשונה ממשקלה. עוד נטען כי ישנה חשיבות לכך שהאחריות לקבילותה של ההודאה מוטלת לפתחם של התביעה והגופים החוקרים, ושכן יש בכך כדי להוות כלי חינוכי מפני נקיטת אמצעים פסולים נגד נחקרים.³³ לפי בלום, רבין ואריאל, משפט הזוטא כשלב פרוצדורלי נפרד מבטיח גם הגנה על זכויותיהם של חשודים, שכן הוא מאפשר לנאשם להעיד אודות הנסיבות בהן מסר את ההודאה, וזאת מבלי לוותר על זכות השתיקה לה יהא זכאי מאוחר יותר, בשלב המשפט.³⁴

(ד) קביעת משקל ההודאה על פי מבחן פנימי ומבחן חיצוני

אם הכריע בית המשפט במסגרת משפט הזוטא כי ההודאה קבילה, עובר הוא לבחון בהליך העיקרי את משקלה בשני מבחנים מצטברים – פנימי וחיצוני. היחס אשר בין המבחנים הפנימי והחיצוני, הינו כשל 'מקבילית כוחות' – ככל שהמבחן הפנימי זוכה למשקל רב יותר כך יכול המבחן החיצוני להיות בעל משקל קטן יותר, ולהפך.³⁵

המבחן הפנימי: תפקידו של המבחן "חופשית ומרצון" הינו להגן על הנאשם מפני לחצים חיצוניים המופעלים עליו על ידי אנשי מרות ולא על ידי לחצים פנימיים – פסיכולוגיים, נפשיים ואחרים – אשר עשויים להובילו למסור הודאת שווא. לשם התגברות על לחצים פנימיים אלה, פיתח בית המשפט מבחן אשר נועד לבחון את סימני האמת הנובעים מההודאה. סימנים אלה כוללים בין היתר את "הגיונה או חוסר הגיונה הפנימי, סידורם או בלבולם של הפרטים הנמסרים בה וכיוצא בהם סימנים של שכל ישר המביאים אדם בר דעת להתייחס לדברי זולתו באמון..."³⁶ ואולם, ניתן לתהות עד כמה נוהגת הפסיקה כבוד עקבי במבחן זה. שכן גם כאשר הוכח בברור שנמסרו בהודאה

³⁰ שם, בעמ' 920.

³¹ שם. ואק, **דיני ראיות**, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 918-920, 921-920.

³² ראו **דו"ח ועדת גולדברג**, ה"ש 1 לעיל, בפס' 29. לעמדת הוועדה יש לצמצם ככל הניתן את עילות קיומו של משפט הזוטא ולשקול את משקלה של ההודאה בסופו של ההליך – ככל ראייה אחרת – גם אם נטען שהיא נגבתה באמצעים פסולים.

³³ ואק, **דיני ראיות**, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 921-922.

³⁴ בלום ואחי, "אופן בחינת הודאות חשודים", ה"ש 13 לעיל, בעמ' 837.

³⁵ ע"פ 7090/15 **ח'ליפה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 28.5.2016), פס' 64 לפסק דינו של השופט שהם.

³⁶ שם.

פרטים שקריים בנושאים מהותיים, כמו ביחס למקום בו נטמנה גופת הקורבן באישום על רצח, לא תמיד היה בכך כדי לערער – בסופו של דבר – מבחינת בית המשפט את ביטחוננו בנכונות ההודאה.³⁷

בבואו של בית המשפט לבחון את המשקל הפנימי של ההודאה, עליו לתת את הדעת גם לאישיותו של הנאשם ולאופן בו היא עשויה להשפיע על מהימנות ההודאה. כך, עליו לקחת בחשבון את מאפייניו האישיים של הנאשם כמו גילו, מאפייני אישיותו הרלבנטיים, השכלתו, קיומם של קשיי שפה, או כל מוגבלות פיסית, נפשית, או שכלית אחרת.³⁸ אך ככל שאין מדובר בנאשם בעל מאפיינים שכאלה, ספק אם לבית המשפט, במסגרת משפט זוטא ובמסגרת ההליך העיקרי, עומדים הכלים לבחון את יכולתו של אדם "רגיל" לעמוד בלחצים פנימיים, ומכאן חולשתו הרבה של המבחן.

המבחן החיצוני: לצד המבחן הפנימי, בפסיקת בית המשפט העליון נקבעה ההלכה שלשם הרשעה המבוססת על הודאה אשר ניתנה מחוץ לכותלי בית המשפט, יש להעמיד את ההודאה גם במבחן חיצוני, לפיו, לצד הראיה נדרשת התביעה גם להציג ראיה מסוג "דבר-מה נוסף".³⁹ ראיה זו יכולה להיות מכל סוג – ישירה או נסיבתית, והעיקר שיהיה בה כדי לאמת את תוכן ההודאה.⁴⁰ מטרתה של תוספת ראיתית זו היא, על פניו, להסיר את החשש שהיה זה לחץ פנימי או חיצוני אשר גרם לנאשם להודות על לא עוול בכפו, ולכן ראיות המסתמכות על התנהגותו או דבריו במסגרת מתן הודאתו – אינן מספיקות כשלעצמן ונדרש שתהיה להן תמיכה המחזקת את אמינותם,⁴¹ ושתוכל לאמת את ההודאה, אך אין דרישה לראיה המסבכת את הנאשם בביצוע העבירה. לכן, התנהגותו של הנאשם במהלך מסירת ההודאה אינה יכולה לשמש כדבר-מה נוסף, אך שחזור הפשע על ידו,⁴² מסירת פרטים מוכמנים, ובנסיבות חריגות אף שתיקתו בבית המשפט,⁴³ יכולים להיחשב כדבר מה

³⁷ סלימאן אל עביד הורשע בבית המשפט המחוזי על בסיס הודאות שמסר למדובר לפיהן אגס ורצח את חנית קיקוס. הגם שבמהלך משפטו חזר בו מהודאותיו, דחה בית המשפט המחוזי בבאר שבע את טענותיו ודן אותו למאסר עולם. אל עביד ערער על פסק הדין ועוד לפני שנשמע ערעורו התגלתה גופתה של המנוחה במיקום אשר לא התיישב עם הודאותיו. לאור כך, בוטל פסק דינו של בית המשפט המחוזי אך הדין הוחזר לאותו מותב כדי לגבות ראיות חדשות והוא הורשע בשנית. אל עביד ערער שוב, הפעם לבית המשפט העליון אשר קבע כי יש לבטל את הרשעתו בגין רצח ולהותיר את הרשעתו בגין מעשה האונס. לבקשותיהם של אל עביד והתביעה, הורה נשיא בית המשפט דאז, אהרן ברק, לקיים דיון נוסף ובסופו הוכרע כי אין בסתירה אשר בין ההודאה למיקום הגופה כדי להוריד או להעלות מאמיתות ההודאה או לפגוע במשקלה הפנימי. דני"פ 4342-97 **מדינת ישראל נ' אל עביד**, פ"ד נא(1) 736 (1998). לאחר שריצה את עונשו במשך 27 שנים שוחרר אל עביד בשנת 2020, וזאת לאחר שהמליץ שר המשפטים לשעבר דניאל פרידמן לנשיא שמעון פרס, לקצר את עונשו, לנוכח המחלוקות שנתגלו בין השופטים בכל אחד משלבי ההליך. אל עביד המשיך לדבוק בחפותו ובראיון שנתן לימים, טען שחוקריו התעללו בו מינית.

³⁸ ואקי, **דיני ראיות**, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 934. למשל, כאשר מדובר בהודאה של נאשם קטין, גובר הסיכוי שהודאתו נבעה בשל רצון לרצות את המבוגר אשר חקר אותו.

³⁹ כאשר ההודאה נמסרת לא בפני איש מרות, התוספת הראייתית הדרושה לצורך הרשעה, היא של "דבר מה מוגבר" אשר גובל כמעט בראיה מסייעת. ראו **ואקי**, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 882 (המפנה לע"פ 515/73 **דהן נ' מדינת ישראל** פ"ד כח(1) 460, 467 (1974); ע"פ 428/72 **בן לולו נ' מדינת ישראל**, פד"מ כח(1) 267 (1973)).

⁴⁰ **ואקי**, שם, בעמ' 942.

⁴¹ קדמי, **על הראיות**, ה"ש 14 לעיל, בעמ' 119.

⁴² ע"פ 3338/99 **פקוביץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(2000) 701, 667 (5).

⁴³ לעניין שתיקתו של נאשם במשפטו ראו רע"פ 4142/04 **מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סב(1) 378 (2006). שם נקבע כי בית המשפט יהא רשאי לשקול אימתי לראות בהימנעותו של הנאשם מלהעיד כ"דבר מה נוסף" והציע שלוש אמות מידה אפשריות. ראשית, כאשר ההודאה בעלת משקל פנימי גבוה במיוחד וכאשר על פי המבחן הפנימי של ההודאה בית המשפט שוכנע שהיא קוהרנטית ומשכנעת מבחינת טיבה, הגיונה וסימני האמת העולים ממנה; שנית, על בית המשפט יהיה לשאול עצמו האם הוסר כל חשש שישנן נסיבות מיוחדות אשר הפעילו על הנאשם לחץ פנימי להודות כגון מאפיינים מיוחדים או חברתיים אשר הנאשם כפוף להם. לבסוף, על בית המשפט לוודא כי אין אינדיקציות העשויות להצביע על כך ששתיקתו של הנאשם גם היא נובעת מלחץ כלשהו – פנימי או חיצוני. רק בהתקיימן של שלוש אמות מידה אלה, יוכל בית המשפט לקבוע כי יש בכוחה של שתיקת הנאשם במשפטו לשמש כ"דבר מה נוסף". ראו שם, פסי' 33-34 לפסק דינה של השופטת ארבל. בעקבות החלטת בית המשפט העליון פורסמה הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 3012.4 המורה כי ככל שה-"דבר מה הנוסף" שהיה בחומר החקירה לא התגבש לכלל ראיה קבילה ובעלת משקל במהלך המשפט, התביעה תבקש לראות בשתיקת הנאשם "דבר מה" רק על פי אמות המידה שנקבעו בהלכת מילשטיין ויין משקל מיוחד להודאות חוץ שתועדו באופן חזותי. כמו כן נקבע שההחלטה לבקש מבית המשפט לעשות שימוש בשתיקת הנאשם לצורך זה טעונה אישור פרקליט המחוז או פרקליט הפיקוד הרלוונטי.

נוסף להודאתו.⁴⁴ לפי פסיקת בית המשפט העליון, משקלה של התוספת הראייתית יכול להיות "קל כנוצה",⁴⁵ הגם שדרישה זו יכולה להיות תובענית יותר ולהגיע לכדי ראייה "מסייעת", והכל בהתאם לנסיבות ולמשקל אותו מייחס בית המשפט להודאה עצמה.⁴⁶

מקובל להפנות לשלושה סוגים של מבחנים לפיהם ניתן לקבוע אם הראייה יכולה להיחשב כדבר מה נוסף: מבחן הפרטים המוכמנים, מבחן ההזדמנות, ומבחן ההשתלבות במציאות. על פי מבחן הפרטים המוכמנים, בית המשפט בוחן האם ההודאה אשר מסר הנאשם כוללת פרטים אשר באופן טבעי יהיו ידועים למבצע הפשע ולא יהיו בידיעתו של מי שלא היה מעורב בפשע. מבחן זה הוא המבחן המקובל ביותר. ככל שההודאה כוללת יותר פרטים "נסתרים" או "מיוחדים", ילך ויגדל המשקל הראייתי של אותה הודאה.⁴⁷ למשל, פרטים מוכמנים אשר נמסרים בעת שחזור שנערך בהשתתפות הנאשם, מהווים "דבר מה נוסף",⁴⁸ אך הם יכולים גם להגיע לכדי סיוע.⁴⁹ לאורך השנים הובעו ביקורות רבות על מבחן הפרטים המוכמנים, מן הטעם שישנו מקום לחשש שהחוקרים שמו אותם בפיו של הנאשם, בכוונה או שלא בכוונה, כי זירת הפשע "זוהמה" לאחר ביצוע הפשע או כי מידע דלף לתקשורת והגיע לנחקר באמצעותה, באופן אשר סותר את מטרתו של המבחן. מודעות גוברת זו אמנם הובילה את בתי המשפט לנקוט בזהירות מוגברת ביחס לפרטים מוכמנים, במיוחד כאשר אלה דלפו לתקשורת, אך בית המשפט מחשיב פרטים מוכמנים גם כאלה אשר היו ידועים לחוקרים בטרם מסר אותם הנחקר.⁵⁰

במסגרת המבחן השני, מבחן "ההזדמנות", שואל עצמו בית המשפט האם הייתה לנאשם הזדמנות לבצע את העבירה בה הודה. קרי, האם הנאשם אכן נכח במקום ובזמן שבו התרחש המעשה, ואין לו הסבר מספק אחר להימצאותו זו. ככל שמדובר במקום שהנאשם נמצא בו באופן שגרתי, יקטן משקלה הראייתי של "ההזדמנות" זו, וככל שמדובר במקום "מיוחד", ילך ויגדל המשקל הראייתי של נוכחות הנאשם שם. מבחן זה יכול לשמש כמבחן יחיד רק בנסיבות יוצאות דופן וכאשר באופן שגרתי, אין לנאשם סיבה להיות במקום בו בוצע הפשע.⁵¹ לבסוף, מבחן ההשתלבות במציאות משלב

⁴⁴ ואקי, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 942-943.

⁴⁵ ע"פ 178/65 אושה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(3) 154, 156; ע"פ 428/72 בן לולו נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 267, 270; פרשת מישלטיין, ה"ש 43 לעיל; דני"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 736, 834 (1998).

⁴⁶ פרשת מילשטיין, ה"ש 43 לעיל, פס' 20 לפסק דינו של השופט לוי; ע"פ 8589/13 רמילאת נ' מדינת ישראל, פס' 35 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 27.1.2015).

⁴⁷ קדמי, על הראיות, ה"ש 14 לעיל, בעמ' 108. בעניין זדורוב ציין דנציגר כי "כוחו של השחזור טמון למעשה בפרטים המוכמנים הטמונים בו, עליו להתיישב עם דרך התרחשות העבירה בפועל ולהימסר על ידי הנאשם ללא התערבות זרה של החוקרים". ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.12.2015), פס' 311 לפסק דינו של השופט דנציגר. קדמי, שם, בעמ' 109.

⁴⁸ בפרשת אל עביד (בשלב הערעור) קבע השופט גולדברג כי "כדי שבקיאות בפרטים תהא בעלת אופי מסבך, יש להקפיד על כך שהבקיאות בפרט תהיה ברורה וגלויה, ולא תהיה מוטלת בספק; כי קיומו של הפרט במציאות יוכח כדבעי וכי פרט זה לא יכול היה להימצא אלא בתודעתו של מי שביצע את העבירה. כמו כן, קיים יחס הפוך בין שכיחות הפרט לבין משקלו הראייתי, כלומר: "ככל שמדובר בידיעת פרטים 'נסתרים' יותר, ו'מיוחדים' יותר להתרחשות נשוא האישום – כן ילך ויגדל משקלה הראייתי של הידיעה" (י' קדמי על הראיות) כרך א, [15] (בעמ' 82). (ככל שידיעת הפרט נפוצה יותר כן היא מאבדת מאופייה המסבך. "ע"פ 2109/96 אל עביד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 673 (1997), פס' 42 לפסק דינו של השופט גולדברג. (להלן: "ערעור אל עביד")

⁵⁰ בעבר היו ניסיונות מצד נאשמים לצמצם את מבחן הפרטים המוכמנים לאותם הפרטים אשר אינם ידועים לחוקרים אך ניסיונות אלה לא צלחו, ראו קדמי, על הראיות, ה"ש 14 לעיל, בעמ' 110. קדמי מפנה לעניין מידג'ס, ה"ש 16 לעיל, ו-ע"פ 361/78 קבועה נ' מדינת ישראל, פד"א לג(1) 123 (1978). לדעתנו, ישנו מקום לבחון בשנית את מבחן זה, ראו דיון נרחב יותר בפרקים ג' ו-ד'.

⁵¹ קדמי, על הראיות, ה"ש 14 לעיל, בעמ' 110. על פניו, המשקל של מבחן זה צריך להיות כפוף גם לשאלת הסגירות או הפתיחות של המקום לאנשים נוספים פרט לנאשם. ככול שהוא פתוח יותר, מדובר בהזדמנות שהייתה להרבה מאד אנשים, שהנאשם הוא אחד מהם.

את שני המבחנים הקודמים ומטרתו היא להראות שהודאת הנאשם משתלבת במסכת האירועים הכללית.⁵²

התפתחותו של מבחן משולש - בעניין **וולקוב** הציע השופט הנדל מבחן משולש לשם בחינת משקלה של ההודאה. לפי מבחן זה, על בית המשפט לבחון ראשית את זהותו של הנאשם והאם הוא שייך לקבוצה אשר לחבריה סיכון גדול יותר למסירת הודאות שווא, וכן, ברמה האישית הנוגעת לנאשם, האם הלה בעל מאפיינים אישיים המחזקים את האפשרות שמסר הודאת שווא. שנית, יש לבחון את הגיונה הפנימי של ההודאה עצמה, תוך "כניסה לעובי הקורה של סיפור המעשה ועלילות החקירה"; לבסוף, יש לבחון את קיומו של דבר מה נוסף, אך לצד המבחן הראייתי המקובל, על בית המשפט לשאול את עצמו "האם קיימים גם 'דבר מה חסר' או 'דבר מה סותר' כלומר, האם ישנן ראיות אשר מאתגרות את ההודאה ואינן תומכות בה.⁵³ מבחן זה אומץ על ידי מותבים שונים אך טרם נקבע כהלכה מחייבת.⁵⁴

לאורך השנים מבחן ה"חופשי ומרצון" היה מושא לביקורות בשל עמימותו הרבה: מצד אחד, גם במצב של איום חמור (לפגיעה קשה) ומידית במסגרת חקירה, יש למאומים (הנחקר) בחירה בין כניעה לאיום לבין עמידה נגדו ונשיאה בתוצאות, ואין להניח שהודאה שנגבתה כך תיחשב כזו שנמסרה מרצון חופשי. מצד שני, ברור שהסכמה אינה חופשית באופן מלא אם הופעלו על המודה לחצים, פיתויים או הבטחות. אולם הדין מתקשה לקבל שכל התנהלות חקירתית הפוגמת במידת מה בחופשיות הרצון, די בה כדי לפסול את ההודאה. לא ברור היכן עובר הגבול בין שתי חלופות הקצה האלה, ואם בכלל ניתן לשרטט גבול ברור כזה. אכן, המענה לשאלת חופשיות הרצון תלוי בהבחנות עדינות ולא ברור עד כמה צריכה חופשיות הרצון להיפגע כדי להביא לפסילת ההודאה. ככלל, אין זה ברור כי מבחן זה, הנוגע לשאלת הפגיעה ברצונו החופשי של אדם, יכול לקבל מענה בינארי (נפגע או לאו נפגע) שכן ישנן דרגות שונות של פגיעה שכזו. יתרה מכך, גם בהנחה שניתנה תשובה לשאלה הנורמטיבית, הכיצד ניתן לקבוע מה התרחש בעולם הרצוני של הנחקר?

מטעמים אלה, גם מבחני הפסיקה אשר נועדו לחזק את מבחן חופשיות הרצון גררו חששות וביקורות, בעיקר ביחס לתוספת הראייתית הקלה מדי הנדרשת לצורך הרשעה על בסיס הודאה. כפי שנציג בפרק השלישי, כאשר מדובר בהודאה שאינה מוקלטת או מצולמת, לחוקרים עומדת

⁵² ראו שם, בעמ' 111 וההפניות השונות. מבחן זה נותר עמום יחסית ומיושם באופן נסיבתי בהתאם למצבור הראייתי. ראו למשל הקטע הבא מתוך עניין **איטל**: "נוסף על הראיות שצוינו לעיל, קיימות ראיות שיש בהן כדי לאשר את תוכן ההודאה ולהצביע על אמיתותה, במובן זה שהן מלמדות על השתלבותם של הפרטים שעליהם סיפר המערער ללירז במסכת האירועים הכללית. בין אלה ניתן למנות את דבריו של המערער ללירז טרם הרצח בדבר ה'עבודה' שקיבל, שיש בהם כדי להסביר את המניע שלו לרצח; עדויותיהם של פאיז, חוסאם והמערער עצמו על דבר ביקורם של פאיז וחוסאם אצל המערער לאחר הרצח, מפגש שאודותיו סיפרה גם לירז; עובדות אובייקטיביות, ובראשן הקרבה בין ביתו של המערער לזירת הרצח והימצאותו שם סמוך למועד ביצוע הרצח, בשילוב עם חוסר יכולתו של המערער להוכיח כי שהה בביתו בשעה המשוערת שבה בוצע הרצח; ואוסף הראיות שהביאו את בית המשפט המחוזי לקבוע, בצדק, כי המערער 'השתמש' בעסקת הרובה כפיתיון להבאתו של אבו רוס לזירת הרצח, לרבות עדותו של פאיז על כך שהמערער סיפר לו כי המנוחים נרצחו במקום שבו היו אמורים להשלים את עסקת הנשק. ראו ע"פ 7532/12 **איטל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 11.12.2016), פס' 176 לפסק דינו של השופט סולברג.

⁵³ פרשת **וולקוב**, הי"ש 3 לעיל, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל. על כך ביקש להוסיף השופט סולברג גם מבחן רביעי והוא "בפני מי ניתנה ההודאה" ראו בע"פ 7532/12 **איטל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 11.12.2016) פס' 142 לפסק דינו. היבט זה נוגע למהימנותו של האדם שבפניו ניתנה ההודאה – איש מרות או עד מעוניין.

⁵⁴ ראו למשל: עניין **רמילאת**, הי"ש 45 לעיל, פס' 31-32 לפסק דינו של השופט דנציגר; ע"פ 3140/10 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 25.11.2012) פס' 7; עניין **זדורוב**, הי"ש 47 לעיל, פס' 89 לפסק דינו של השופט דנציגר; ע"פ 6296/13 **אדריס נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 22.3.2015), פס' 7-8 לפס' דינו של השופט הנדל; ע"פ 4855/16 **שוויקי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 11/11/2018), פס' 29 לפסק דינו של השופטת וילנר. על יתרונותיו וחסרונותיו של מבחן משולש זה, ובפרט על הקושי לסווג מאפיינים אישיים ככאלה המגבירים את הסיכוי למסירתה של הודאת שווא – נדון בפרק השלישי.

האפשרות להביא לכך שהיא תעמוד בשני המבחנים, הפנימי והחיצוני, על ידי השפעה מודעת או בלתי מודעת, שלהם על תוכנה, ואף על מסירתם של פרטים שהם לכאורה מוכמנים. משקלה העצמאי של "ההזדמנות" אינו רב: ספק שה-"הזדמנות" שהייתה לנאשם הייתה זוכה למשקל של ממש לולא נמסרה הודאה. במובן זה, ערכם של המבחנים האלה הוא מאד מוגבל, ועלול להיות גם אפסי. לאור ביקורות אלה, הוצע לדרוש תוספת ראייתית חזקה יותר מסוג סיוע⁵⁵ שבכוחה לסבך את הנאשם,⁵⁶ או לקבוע כלל של דרישת סיוע, אשר ניתן יהיה לחרוג ממנה מטעמים שיירשמו.⁵⁷ הועלו גם הצעות לעגן את הדרישה לתוספת ראייתית בחוק, מבלי להגדיר את אופייה, על מנת שלבית המשפט יוותר שיקול הדעת להכריע ביחס אליה, בהתאם לנסיבות העומדות בפניו.⁵⁸ נכון להיום, אף אחת מהצעות אלה לא התקבלה.

2. סעיף 56 לפקודת הראיות ופסילת ראייה שהושגה שלא כדין

בשנת 2006 פרסם בית המשפט העליון את פסק דינו בעניין **יששכרוב** ואת ההלכה אשר הייתה לכלל הפסילה הפסיקתית. הלכה זו הביאה לשינויים עמוקים הן בדיני הראיות והן בסדרי הדין הפליליים.⁵⁹ בלבה של פרשה זו ניצבה הודאתו של חייל בסדיר, אשר הודה בפני חוקרו בעבירות של שימוש והחזקה הקבועות בפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973. הגם שיששכרוב הודה בביצוע העבירות, החוקר לא הודיע לו כי הוא עצור ולא עדכן אותו כי הוא זכאי להיוועץ בעורך דין. בית המשפט העליון בחן האם לנוכח כך דינה של ההודאה להיפסל.

השופטת ביניש (כתוארה דאז) נדרשה תחילה לקבילתה של ההודאה על פי סעיף 12, וקבעה כי "מרכז הכובד הרעיוני של כלל הפסילה הנדון הושם על החשש מפני קבלתן של הודאות שווא כראיה".⁶⁰ לפיכך, קבעה, בהעדר חשש למהימנות הודאתו של הנאשם – אין מקום לפוסלה. ביניש

⁵⁵ על מנת שראיה תחשב כראיית "סיוע" עליה להיות נפרדת מהראייה הדורשת סיוע, עליה לסבך את הנאשם באחריותו לעבירה, ועליה להוות ראייה אשר יש בה כדי לסייע בהוכחתו של עניין מהותי או דבר מה המצוי במחלוקת. להרחבה ודוגמאות ראו גיא בן דוד, "מעריך התופסות הראייתיות בישראל ומגמותיו", **משפט ועסקים** כב 1, 7-6 (2019), וההפניות שם.

⁵⁶ ואקי, **דיני ראיות**, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 944 וההפניות בהערה 310 שם.

⁵⁷ ראו עמדת (קרמניצר) **בדו"ח ועדת גולדברג**, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 64-66. ראו גם דליה דורנר, "מלכת הראיות נ' טארק נוג'ידאת – על הסכנה שבהודאות שווא ועל הדרך להתמודד עמה" **הפרקליט** מט 7, 21 (2008).

⁵⁹ יואב ספיר וגיא רובינשטיין, "הסיפור של יששכרוב: יששכרוב בפעולה – על יתרונויותה של דוקטרינת הפסלות היחסית ועל תרומתה להגנה על זכויות הפרט" **מעשי משפט** י 333, 335 (2019). במאמרם המחברים מסבירים מדוע צדק בית המשפט בהחלטתו לקבוע כלל פסילה יחסי (המותיר שיקול דעת לבתי המשפט ביחס לפסילת הראיה), ולא מוחלט (אשר אינו מותיר שיקול דעת), כפי שהיה נהוג בעבר בארצות הברית ביחס לפסילת ראיות שהושגו בחיפושם שהפרו את הוראות החוקה. לטענתם, הניסיון האמריקאי מלמד שכלל פסילה מוחלט אשר אינו מותיר מרחב שיקול דעת לבתי המשפט להימנע מפסילה של ראיות שהושגו באופן בלתי חוקי, מוביל להיווצרותם של חריגים רבים אשר למעשה מרוקנים את הכלל המרכזי מתוכנו. פער זה בין הכלל הקבוע בספר החוקים אשר ידוע לציבור הרחב ובין החריגים הפסיקטיים יוצר קשיים מהותיים שכן בעוד הציבור הרחב סבור שהוא מוגן מפני פגיעה משטרית, דה פקטו, החריגים הרבים פוגעים בתמריץ של רשויות החקירה לפעול כדין שכן הן יודעות שאמצעים בלתי כשרים אינם מובילים בהכרח לפסילה. המחברים מוסיפים ומראים כיצד הכלל היחסי יציר הפסיקה הישראלית תורם רבות להגנת זכויות הנאשם ומהווה תמריץ חשוב לרשויות החקירה לשמור על חוקיות המעצר והחקירה.

⁵⁹ יואב ספיר וגיא רובינשטיין, "הסיפור של יששכרוב: יששכרוב בפעולה – על יתרונויותה של דוקטרינת הפסלות היחסית ועל תרומתה להגנה על זכויות הפרט" **מעשי משפט** י 333, 335 (2019). במאמרם המחברים מסבירים מדוע צדק בית המשפט בהחלטתו לקבוע כלל פסילה יחסי (המותיר שיקול דעת לבתי המשפט ביחס לפסילת הראיה), ולא מוחלט (אשר אינו מותיר שיקול דעת), כפי שהיה נהוג בעבר בארצות הברית ביחס לפסילת ראיות שהושגו בחיפושם שהפרו את הוראות החוקה. לטענתם, הניסיון האמריקאי מלמד שכלל פסילה מוחלט אשר אינו מותיר מרחב שיקול דעת לבתי המשפט להימנע מפסילה של ראיות שהושגו באופן בלתי חוקי, מוביל להיווצרותם של חריגים רבים אשר למעשה מרוקנים את הכלל המרכזי מתוכנו. פער זה בין הכלל הקבוע בספר החוקים אשר ידוע לציבור הרחב ובין החריגים הפסיקטיים יוצר קשיים מהותיים שכן בעוד הציבור הרחב סבור שהוא מוגן מפני פגיעה משטרית, דה פקטו, החריגים הרבים פוגעים בתמריץ של רשויות החקירה לפעול כדין שכן הן יודעות שאמצעים בלתי כשרים אינם מובילים בהכרח לפסילה. המחברים מוסיפים ומראים כיצד הכלל היחסי יציר הפסיקה הישראלית תורם רבות להגנת זכויות הנאשם ומהווה תמריץ חשוב לרשויות החקירה לשמור על חוקיות המעצר והחקירה.

⁶⁰ עניין **יששכרוב**, ה"ש 25 לעיל, פסי 30 לפסק דינה של השופטת ביניש (כתוארה דאז).

אמנם הוסיפה כי לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תכליותיו של סעיף 12 כוללות גם את זכויותיו של הנאשם להליך הוגן, אך במקרה הנדון, קבעה כי משום שיששכרוב היה מודע ממילא (בפועל) לזכויותיו, אי יידועו לגבי זכותו לעורך דין, לא שלל את אוטונומיית הרצון שלו למסור הודאה, משום שלא נפגעה אפשרותו לבחור אם לשתף פעולה עם חוקריו או לא.⁶¹

ואולם, חרף אי תחולתו של סעיף 12, קבעה ביניש שלבית המשפט עומד שיקול הדעת לפסול ראיה אם מצא שיש בה כדי לפגוע באופן מהותי בזכותו של הנאשם להליך הוגן ושהיא הושגה שלא כדין, קרי: "באמצעי חקירה אשר מנוגדים להוראה הקבועה בחוק, בתקנה, או בנוהל מחייב, באמצעים בלתי הוגנים, או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות-יסוד מוגנת."⁶² ואולם לא כל הפרה או סטייה שנעשת "שלא כדין" תביא לפסילת ההודאה. לבית המשפט מסור שיקול דעת לבחון את קבילותה של ראיה בכל מקרה לגופו ולפי נסיבותיו, וזאת על מנת לאזן באופן ראוי בין זכויותיו של הנאשם והשמירה על הוגנות ההליך הפלילי לבין ערך גילוי האמת, ההגנה על שלום הציבור, וכיבוד זכויותיהם של נפגעי העבירה.⁶³

לדברי ביניש, ישנן שלוש קטגוריות של שיקולים אשר צריכים להנחות את שיקול הדעת השיפוטי בהחלטה על פסילת ראיה, אך אין מדובר ברשימה סגורה. הראשונה, נוגעת לחומרתה ואופייה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה. על כן, כאשר הופרה הוראת חוק אשר נועדה להגן על זכויותיו של נאשם, תגדל הנטייה להורות על פסילת הראיה. במסגרת זו יש לתת את הדעת לשאלה האם רשויות אכיפת החוק פעלו בתום לב או שמא בזדון. הקטגוריה השנייה נוגעת למידה בה השפיע אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה. במסגרת זו יש לבחון ראשית, עד כמה אי החוקיות השפיעה על מהימנותה וערכה ההוכחתי של הראיה, ושנית, האם קיומה של הראיה עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה. קבוצת השיקולים השלישית נועדה לבחון את המחיר החברתי אשר ישלם הציבור בפסילת הראיה אל מול קבלתה. בהקשר זה קבעה ביניש כי בית המשפט יידרש לשאלת חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות האשמה, ומידת חומרתה. קבוצת השיקולים השלישית, לדבריה, אינה נקיה מקשיים, ולכן ההכרעה בנושא תיוותר "לימים שיבואו".⁶⁴

כלל הפסילה יציר הפסיקה שנוסד ביששכרוב הכה שורשים במהירות אך במשך שנים רבות הוא נותר לפיתוחה הבלעדי ללא התערבותו של המחוקק. הערכאות השיפוטיות נדרשו להתמודד עם מגוון רחב של שאלות הנוגעות לטיבה, מסגרתה ורכיביה ככלל,⁶⁵ ובפרט בדבר יחסה להודאות חוץ של נאשם ויחסו לסעיף 12. לאחרונה, בחלוף כשש עשרה שנים מאז התפרסם פסק הדין בעניין

⁶¹ לפי בלום ואח', הלכת יששכרוב לא הביאה לשינוי של ממש בכל הנוגע לסעיף 12, במיוחד כאשר משווים אותה לפרשנות המנדטורית ולזו שניתנה לאחר מכן על ידי השופט לנדוי. לטענתם גישתה של השופטת ביניש אינה שונה באופן מהותי מעמדתו של השופט גולדברג בעניין מועדי, ובית המשפט רק המיר למעשה מושג עמום אחד "חופשי ומרצון" במונח ערטילאי אחר – "אוטונומיית הרצון של הנחקר". ראו בלום ואח', "אופן בחינת הודאות חשודים", ה"ש 13 לעיל, בעמ' 821.

⁶² עניין יששכרוב, ה"ש 25 לעיל, פס' 64 לפסק דינה של השופטת ביניש.

⁶³ ספיר ורובינשטיין, "הסיפור של יששכרוב", ה"ש 59 לעיל, בעמ' 336.

⁶⁴ עניין יששכרוב, ה"ש 25 לעיל, פס' 49 לפסק דינה של השופטת ביניש (כתוארה דאז).

⁶⁵ שאלה מרכזית עלתה ביחס לתחולתה של הדוקטרינה על חקירתם של עדים. להרחבה בנושא ראו מאמרם של גיא רובינשטיין ומשה סרגוביץ', "דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ותחולתה על עדים", פורום עיוני משפט מב 5, 7 (2019).

יששכרוב, תוקנה פקודת הראיות, והתוסף סעיף 56א אשר מעגן את סמכות בית המשפט לפסול ראיה שהושגה שלא כדין כדלקמן:⁶⁶

(א) בית המשפט הדן במשפט פלילי רשאי שלא לקבל ראיה שהושגה שלא כדין, ובכלל זה הודעת נאשם או עד, חפץ או כל ראיה אחרת, אם שוכנע שקבלתה במשפט תפגע באופן מהותי בזכות להליך הוגן,⁶⁷ בשים לב לאופייה ולחומרתה של ההפרה, למידת ההשפעה של ההפרה על הראיה שהושגה ולעניין הציבורי שבקבלת הראיה או באי-קבלתה; בסעיף קטן זה, "הפרה" – השגת ראיה שלא כדין.

(ב) אין באמור בסעיף קטן (א) כדי לפגוע בכללים לפסילת ראיות הקבועים בהוראות חיקוק אחרות.

בדומה לכלל הפסיקה, סעיף החוק קובע דוקטרינה יחסית, כלומר דוקטרינה אשר מעניקה לבית המשפט את שיקול הדעת לקבוע האם יש לפסול את הראיה, ואין הוא מוכרח לעשות כן. בדיונים שקדמו לקבלתו של החוק, הובהר כי מטרתו היא לקבע את הלכת יששכרוב בצורה נאמנה לנוסחת האיזון שהתפתחה בפסיקה, וכן לקבוע שבית המשפט יהא רשאי לפסול גם ראיות שהתקבלו מעדים וראיות חפציות, כמענה לסוגיה שעד אותה עת נותרה פתוחה בפסיקה.⁶⁸ הסעיף על כן כולל שני תנאים מצטברים, הראשון, שהראיה הושגה שלא כדין, והשני, שקבלתה של הראיה במשפט תפגע בצורה מהותית בזכות להליך הוגן. בגדרי המבחן השני, הגדיר המחוקק סוגי שיקולים אשר נתונים לשיקולו של בית המשפט: אופייה וחומרתה של ההפרה, מידת השפעתה של ההפרה על הראייה שהושגה, וכן העניין הציבורי⁶⁹ הן ביחס לקבלתה של הראיה והן ביחס לאי קבלתה. הנחת המוצא בעניין זה הייתה שהעניין הציבורי לא כולל רק את ערך קידום האמת ואת הזכויות של יתר המעורבים בהליך, אלא גם את טוהר ההליך האכיפתי שעשוי להתממש באי קבלת הראיה.⁷⁰

לאחרונה התייחסה הנשיאה חיות לסעיף החוק החדש וציינה כי "ניתן לבית המשפט שיקול דעת להכריע בשאלת קבילותה של ראיה שהושגה שלא כדין וזאת בהינתן נסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתאם לאמות המידה שנקבעו בהלכת יששכרוב... תפיסה זו לא השתנתה אף לאחר חקיקת החוק לתיקון פקודת הראיות... אשר במסגרתו נוסף סעיף 56א".⁷¹

3. יחסי הגומלין בין שני כללי הפסילה

היחס שבין כלל הפסילה הסטטוטורי שבסעיף 12 לבין זה הפסיקתי שבהלכת יששכרוב נקבע באופן עקרוני במסגרת פסק הדין של ביניש. לדבריה, סעיף 12 נועד:

⁶⁶ ס"ח התשע"ז, חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 19) התשפ"ב-2022, עמ' 388.

⁶⁷ בפסיקה נקבע כי המבחן הינו פגיעה בצורה מהותית בזכות להליך הוגן שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה.

⁶⁸ ראו דבריו של היועץ המשפטי של הוועדה, גור בליי, פרוטוקול מס' 202 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, (7 בפברואר 2022), בעמ' 11.

⁶⁹ המילה "אינטרס" הוחלפה ב"עניין" על מנת לאפשר מושג שסתום רחב יותר. שם, בעמ' 14.

⁷⁰ פרוטוקול מס' 140 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, (15 בדצמבר 2021), עמ' 22, דבריה של ענת הורוויץ מטעם הסניגוריה הארצית.

⁷¹ דנ"פ 6970-22 בן אוליאל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7/2/2023) פס' 13. (להלן: "דנ"פ בן אוליאל").

"להגן על זכותו של הנחקר לשלמות הגוף והנפש ועל זכותו לאוטונומיה של הרצון החופשי... לעומת זאת, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית נועדה למנוע פגיעה שלא כדין בזכות להליך פלילי הוגן אם תתקבל הראיה במשפט... אשר על כן, מתקיימת הצדקה תכליתית לכך שדוקטרינת הפסילה הפסיקתית תחול על הודאות נאשמים לצידו של כלל הפסילה הקבוע בסוף 12 לפקודת הראיות. בהתאם לכך, עשויה הודאת נאשם להימצא קבילה לפי הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות אך להיפסל במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ולהפך."⁷²

עוד ציינה השופטת ביניש כי תכליותיהם של סעיף 12 וכלל הפסילה הפסיקתית שונות, שכן בעוד הראשון נועד להעניק סעד לנאשם בעבור פגיעה שנפגע בה במהלך חקירתו, כלל הפסילה הפסיקתית נועד להגן עליו מפני פגיעה עתידית בהליך הפלילי:

לצד התכלית שעניינה הגנה על אמינותן של הודאות נאשמים, מיועד כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות להגן על זכותו של הנחקר לשלמות הגוף והנפש ועל זכותו לאוטונומיה של הרצון החופשי. פסילתה של הודאה לפי סעיף 12 מהווה, אפוא, סעד בגין פגיעה משמעותית שהתרחשה בעת גביית ההודאה באחת מזכויותיו האמורות של הנאשם. לעומת זאת, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית נועדה למנוע פגיעה שלא כדין בזכות להליך פלילי הוגן אם תתקבל הראיה במשפט. התכליות האמורות אינן סותרות זו את זו, אלא משלימות אחת את רעותה.⁷³

השופט גרוניס (כתוארו דאז), אשר דחה את הערעור של יששכרוב בדעת יחיד, הביע חשש מפני המעבר שחל בתחום דיני הראיות מכללי קבילות לכללי משקל, וסבר כי כלל הפסילה הפסיקתית הינו ביטוי נוסף לו. לדבריו, הגם שכללי קבילות אשר פוסלים ראיה מניה וביה עשויים להביא לאי חשיפת האמת, הרי שבמרבית הפעמים הם יופעלו כנגד התביעה, ולא כנגד הנאשם, ולכן החלתם מגבירה את הסיכון לכך שאשם יימצא זכאי, משום שהוחלט שלא לקבל ראיה מפלילה. מנגד, קבלתה של אותה ראיה בשל מעבר מכללי קבילות לכללי משקל, מגבירה את הסיכון ההפוך, קרי - שהזכאי ימצא אשם, שכן במקרה זה הכלל פועל לטובת התביעה. לפי גרוניס, אין לראות בשני הסיכונים כשווי ערך, ומוטב להימצא במסגרת הסיכון הראשון ולא השני.⁷⁴

⁷² עניין **יששכרוב**, ה"ש 25 לעיל, פסקה 75. דוגמה לכך ניתנה למשל בעניין **שי**, שם הורה בית המשפט כי יש לזכות את המערער מעבירה של גרם מוות ברשלנות, חרף ההודאה המפלילה שמסר – אשר נמצאה קבילה, וזאת מפני שזכותו להיוועץ בעורך דין, הקבועה בחוק סדר הדין הפלילי, הופרה, ראו ע"פ 9956/05 **שי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(2) 742 (2009). למסקנה דומה הגיע בית המשפט העליון גם בעניין **חייבטוב**. שם, המערער מסר הודאה מפלילה למדובב, אלא שהוחלט שיש לפסול את ההודאה ולזכותו מעבירות רצח ושוד, בשל פגיעה קשה בזכות ההיוועצות בעורך דין. פגיעה זו התבטאה בהתעלמותם של החוקרים מבקשותיו החוזרות של חייבטוב לשוחח עם עורך דינו, ובמיוחד בהבטחת שווא שהבטיח המדובב לחייבטוב – בידיעת החוקרים – כי הוא שוחח עם עו"ד אביגדור פלדמן על עניינו של חייבטוב, והלה הסכים לייצגו בדיון שצפוי היה להיערך. הבטחה זו הייתה משוללת כל יסוד, ואכן, בדיון הארכת מעצר, ציפה חייבטוב לפגוש בעו"ד פלדמן, ולא הגיע כל עורך דין לייצגו. ככלל, נמנעה מחייבטוב האפשרות להיוועץ בעורך דין למשך למעלה משלושה שבועות. בית המשפט מצא כי בשל כך נפגעה זכותו להליך הוגן ונפגעה הגינותו של ההליך הפלילי. עניין **חייבטוב**, ה"ש 23 לעיל, פס' 101-105 לפסק דינו של השופט שהם. לצד הפגיעה בזכות ההיוועצות, סברה השופטת ברק ארז כי גם אילו לא הייתה נפסלת ההודאה בשל זכות ההיוועצות, הרי שדינה פסילה בשל הסמים שסיפק המדובב לחייבטוב, שם, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ברק ארז.

⁷³ עניין **יששכרוב**, ה"ש 25 לעיל, פס' 75 לפסק דינה של השופטת ביניש (כתוארה דאז).

⁷⁴ שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוניס (כתוארו דאז). עוד העיר גרוניס, שככל שכלל הפסילה הפסיקתית שמקורו בארצות הברית, מאומץ לשיטתנו המשפטית בישראל, נכון להבחין בצורה ברורה יותר בין תכליתו ובין תכליתו של סעיף 12, על ידי חזרה "לפרשנות המקורית של סעיף 12" והחלתו אך לגבי מקרים בהם ישנו ספק במהימנותה של ההודאה. כלל הפסילה הפסיקתית, לעומת זאת יוכל לטפל בכל אותם מקרים בהם אין קושי באשר לאמיתות ההודאה.

הערה זו המסתייגת מהמעבר מכללי קבילות למשקל, ובפרט במקרים של הודאות מבטאת היטב את הסכנה אשר מרחפת מעל סעיף 12. כיום, האתוס השיפוטי הכללי בקשר לראיות הוא של קבילות עקרונית וטיפול בבעיות באמצעות גמישות בקביעת משקלה של הראיה. ביטחונם העצמי של השופטים מובילם לא פעם לנקודת הנחה שקבלתה של תמונה ראייתית-עובדתית רחבה ככול האפשר תסייע בידם בגילוי האמת. ומצד שני, מניחים, שלא כרוכה בגישה זו כל חיסרון או סיכון. בהקשר להודאות הנחה זו אינה מבוססת, שכן משהתקבלה הודאה, הנטייה הרווחת היא לתת לה משקל מרבי ולכן האתוס האמור מביא לכך שדה פקטו, הגישה השיפוטית לפסילת הודאות לפי סעיף 12 היא מצמצמת.⁷⁵

בעניין **מירז**, התייחס השופט הנדל לכל אחד מכללי הפסילה כ- "מבנה משפטי בן שלוש קומות"

בקומה הראשונה מתגורר סעיף 12(א) לפקודת הראיות [...]. בקומה השנייה מצויה פסילה פסיקתית [...]. בקומה השלישית בית המשפט אינו פוסל את ההודאה אלא שוקל אותה [...]. (הקומה שנייה [...]) לא נועדה להרוס את הקומה הראשונה [...] להדגיש כי מדובר בשתי קומות שעל בית המשפט לבקר בשתייהן במקרה המתאים. אין סתירה ואין תחרות בין הקומות, אלא על בית המשפט לבחון את המקרה תוך בחירה בקומה המתאימה.⁷⁶

אם מקבלים דימוי זה, נראה כי מרחפת סכנה כי הקומה הנוספת של הלכת יששכרוב (כיום סעיף 5א5) תהפוך נוחה יותר לשימוש לאור שיקול הדעת שבה, ותחלחל גם לפרשנותו של סעיף 12, באופן שיצמצם את היקף תחולתו, כדרך אותה הציע השופט גרוניס. בלום ואח' הצביעו על חשש דומה. לטענתם, ישנה סכנה שהלכת יששכרוב "תקרין" על סעיף 12 באופן אשר יאפשר איזונים בין רצונו החופשי של הנחקר אל מול שיקולים אחרים כמו שלטון החוק או מניעת עבריינות.⁷⁷ יש לקוות

שם, פס' 5. את ההבחנה הזו אין לדעתנו לקבל. כאמור בראשיתו של פרק זה – הפרשנות המקורית של סעיף 12 אמנם שמה דגש על מהימנות ההודאה אך האמצעים אשר בית המשפט קבע שעשויים לעורר קושי לגביה היו רחבים יותר וכללו גם צמצום בחופש רצונו של הנחקר, ולא רק פגיעה קשה בו עד כדי שלילתו או קרוב לשלילתו. חזרה לפרשנות המקורית כיום באופן אשר אינו שם דגש על אוטונומיית הרצון של הנאשם מצד אחד, ומותר על כן את ההלכות הקובעות שפגיעה מינורית לכאורה בזכויותיו אינה מביאה בהכרח לפסילתה של ההודאה אלא תישקל על ידי בית המשפט - עלולה לרוקן את סעיף 12 מתוכנו.

⁷⁵ לעניין זה הביא השופט גרוניס מדבריו של השופט ש' לויך שהיה דעת מיעוט בד"נ 23/85 **מדינת ישראל נ' טובול** פ"ד מב(4) 309, בעמ' 359-360. לנוכח חשיבות הדברים, נציגם כאן במלואם:

"מעבר לשאלות תיאורטיות של פרשנות מבצבצת מבין השיטין ובתוך השיטין של חוות דעתם של שופטי הרוב הגישה, שכלל שיוסרו ה"מכשולים הטכניים" של קבילות שלפניהם הועמדו בתי המשפט בעבר ועדיין עומדים הם כיום, כן יגבר כוחו של בית המשפט לעשות צדק ולקבוע את העובדות כהויותן; גישה זו נותנת משקל מכריע למה שהיא רואה ככוחם הבלתי מוגבל של בתי המשפט לגלות את האמת על יסוד התרשמותם מהעדויות בלבד והיא מבקשת להסיר מעל דרכה הוראות פרוצדורליות וראייתיות שלדעת הדוגלים בה כבר עבר עליהן הכלל. לגבי דידי גישתם של שופטי הרוב פשטנית מדי; היא מדגישה מקרים אינדיבידואליים שבהם נמנע מבית המשפט, עקב מכשול ראייתי, מלהגיע לחקר האמת (ומקרים כאלה קיימים ללא ספק) אך היא מתעלמת מקיומם של מקרים רבים אחרים שבהם עשויים שופטים שונים להתרשם במידה שונה מחומר ראיות נתון ולפיכך להגיע לקביעות עובדתיות שונות זו מזו; לא זו בלבד שכושר האבחנה של שופטים שונים אינו זהה, אלא שלעיתים אין משך שמיעת הראיות והזמן הקצר בו עומד עד על דוכן העדים מאפשרים לבית המשפט להגיע למסקנות ודאיות במידה מספקת ומה גם שה"אמת" נקבעת אך לפי המציאות כפי שהיא עולה מחומר הראיות, העשויה שלא לשקף את המציאות "בשטח". בנסיבות אלה יש בהצבת מכשולים ראייתיים "פורמליים" כביכול כדי לאזן את התמונה ולהטות את הכף, במידה מסויימת לעבר סטנדרטיזציה בקביעת הממצאים העובדתיים, לתרום לבטחון המשפטי ולשמש מעין ערובה קונסטרוקטיבית מפני טעות או שרירות; קיומם של "מכשולים" פורמליים כאמור, דרוש ביתר שאת בשיטה משפטית כמו שלנו, בה קביעת הממצאים העובדתיים מסורה, בדרך כלל, אך לערכאה הדיונית ואין בית משפט לערעורים נוהג להתערב בהם אלא במקרים מיוחדים ונדירים. ודוק: אין אני מתכוון לומר שכל הוראה "פורמלית" רצויה היא אך בשל היותה כזו, אלא יש לבחון בכל מקרה באיזו מידה היא משרתת מטרה רצויה ובאה לאזן סיכונים אותם יש למנוע... אין ספק בדבר שכל שיטה משפטית המעדיפה קיומן של ערובות ראייתיות או דיוניות על פני מתן שיקול דעת בלתי מוגבל לבית המשפט או השוללת את קיומן משלמת מחיר לטובת רעותה. אכן בכל מקרה שבו נוצר עימות בין השיטות שומה על המחוקק או הפרשן, לפי הענין, ליצור את נוסחת האיזון המתאימה שתיתן ככל האפשר משקל מתאים לאינטרסים ולשיקולים המכחישים זה את זה."

⁷⁶ ע"פ 4109/15 **מירז נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 9.7.2017) (להלן: פרשת **מירז**).
⁷⁷ בלום ואח', ה"ש 13 לעיל, בעמ' 824. לפיכך, הם מציעים להבהיר בחוק את ההבחנות בין שתי הדוקטרינות תוך הדגשת ייחודיותו של סעיף 12, אשר "איננו נתון לאיזונים שביסוד הדוקטרינה הפסיקתית והוא איננו תלוי בהכרח באי

שחשש זה יוסר לנוכח הבהרתו של המחוקק בסעיף 56א(ב) כי אין בתיקון כדי לפגוע בכללי פסילה אחרים. בהקשר זה יש לציין כי במסגרת דיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט, התעוררה האפשרות להוסיף את התיקון לצד סעיף 12, לנוכח העובדה שהוא נוגע לשאלת קבילות וכן משום שבדומה לסעיף 12, הוא נועד לשמש גם את המשטרה, הפרקליטות והסניגורים, ולא רק את בית המשפט. אלא שלבסוף הוחלט להכניסו תחת הפרק בדבר "משקלן של ראיות", בין היתר משום שהסעיף רחב יותר מהודעות שבעל פה, וכולל כאמור גם ראיות חפציות, עדים וראיות אחרות.⁷⁸

אין להמעיט בחשיבותה של הלכת יששכרוב ובעיגונה בחוק. בצדק נאמר כי האפשרות של פסילת ראייה שהושגה שלא כדין שולחת מסר חזק לבתי המשפט, לגורמי החקירה, ולציבור בכללותו, שחומרת העבירות בהן מואשם נאשם לא יכולה להצדיק הפרת זכויות ברגל גסה,⁷⁹ וכי הזכות להליך הוגן היא זכות יסוד. יחד עם זאת, כלל פסילת הראייה לא נועד להגן על אוטונומיית החשוד וכבודו, ואלה נותרו לטיפולו של סעיף 12⁸⁰ סעיף המהווה ירושה של המשפט המקובל המנדטורי ואשר חרף "שסתומי הביטחון" שהוספו לו במהלך השנים בקביעת המבחן הפנימי והחיצוני, אינו מהווה רשת הגנה מספקת מפני הודאות שווא והרשעות שווא. לא בכדי במרוצת השנים הוצעו הצעות לעיצוב מחדש של הסעיף ולקביעתן של אמות מידה אחרות לבחינת קבילותן של הודאות נאשמים. בהצעות אלה, בבעיותיהן וכן בהישגיהן החלקיים - נדון כעת.

ב. הצעות לשינוי פקודת הראיות⁸¹

1. הצעתה של ועדת גולדברג (1994)

הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר הוקמה בשנת 1993, ובראשה עמד השופט אליעזר גולדברג (להלן: "ועדת גולדברג"). הוועדה כוננה על-ידי שרי המשפטים והמשטרה דאז, פרופ' דוד ליבאי ומשה שחל, וזאת לשם "בחינת המצב המשפטי, באשר להרשעת נאשם על סמך הודאתו ללא ראיות חיצוניות נוספות ולבדיקה התוספת הנדרשת כ'דבר מה' ומהם הלקחים שיש להפיק מהמצב העובדתי והמשפטי בנושא זה."⁸²

מסקנותיה של הוועדה פורסמו בדו"ח אשר כלל דעת רוב ושתי דעות מיעוט, אחת מטעם הח"מ (קרמניצר), והשנייה מטעם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי) דאז, יהודית קרפ. בבסיסו של הדו"ח נקבע כי יש לגבש הנחיות וכללים ברורים ביחס לחקירה המשטרתית, ולקבוע בחוק מהם אמצעי חקירה פסולים אשר נקיטתם תביא לפסילת ההודאה. לצד זאת, המליצה הוועדה לחייב

חוקיותו של האמצעי ששלל את חופשיות רצונו של הנחקר" שם. לעומתם, טענו מרין וקיטאי-סנגירו כי יש להידרש להלכת יששכרוב רק במקרים של הודאות רצוניות, אך כאשר עולה חשש לעניין רצוניות ההודאה או אם הנאשם טוען לפגם ברצוניות ההודאה יש לבחון את טענתו לפי סעיף 12 יובל מרין ורינת קיטאי-סנגירו "Collins, Miranda", ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב, **משפטים** לו 429, 493 (2007).

⁷⁸ לדברי היועץ המשפטי של הוועדה כל אחת מן האפשרויות הייתה בעייתית, האפשרויות היו כדבריו "לכלול את זה ב-12א או ב-55א או 56א, כל אחד עם החסרונות והיתרונות שלו." פרוטוקול מס' 202, ה"ש 68, עמ' 27.

⁷⁹ ספיר ורובינשטיין, "הסיפור של יששכרוב", ה"ש 59 לעיל, בעמ' 350.

⁸⁰ יש לציין שעמדת הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל הייתה כי יש לעגן במסגרת התיקון גם את ההוראה לפסילה אבסולוטית של ראייה שנלקחה תוך פגיעה בגופו או נפשו של הנחקר, אך היא לא התקבלה. פרוטוקול מס' 202, ה"ש 68, בעמ' 21.

⁸¹ ההצעות המוצגות כאן הן הצעותיהן של שתי הוועדות האחרונות בזמן ועדת גולדברג וועדת ארבל. לעיון בהצעות קודמות ודיון בהן ראו בנספח.

⁸² בנוסף, התבקשה הוועדה לבחון מחדש את העילות בחוק לעריכת משפט חוזר. תת פרק זה יתמקד במשימתה הראשונה של הוועדה. לעיון בהצעה לסדר בסוגיית המשפט החוזר ראו קרמניצר ואח', **הצורך בהסדרה מיוחדת של המשפט החוזר בישראל הצעה לסדר 44**, 2021 (המכון הישראלי לדמוקרטיה).

פיקוח על החקירה ולהעניש חוקרים אשר מפרים את כלליה; לאפשר לעורכי דין לנכוח בחדרי החקירות כבר בראשיתן, וזאת על מנת להרתיע את החוקרים מפני הפרת הכללים; לתעד את החקירות בוידאו ובהקלטות שמע; וכן לגבש תורת חקירה מסודרת אשר תשמור על תקינותה של החקירה, לצד כינונו של גורם בקרה חיצוני אשר יפקח עליה.

בעוד המלצות אלה ללא ספק היוו התקדמות חשובה לכיוון הגנה על הנחקרים ועקרון החוקיות, הדו"ח המשיך הצעה מוקדמת יותר, מאת השופט לנדוי, לפיה יש להבחין בין אמצעי חקירה המתבטאים באלימות ממשית, ובין אלימות סתם. במובן זה, ניתן להצביע על אי התאמה בין הניתוח המעמיק המופיע בראשית הדוח, ביחס למורכבות חקירתם של נאשמים, לבין מסקנותיו והמלצותיו ביחס לתיקון סעיף 12 לפקודה. על פערים אלה אעמוד להלן.

הנוסח שהציעה הוועדה לסעיף 12 היה כדלקמן:

12. (א) אמרה של אדם מחוץ לבית המשפט תקובל כראיה נגדו במשפט פלילי.
 (ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), לא תקובל האמרה כראיה אם ניתנה לאחר שנקטו כלפי הנחקר באחד מאלה: יחס בלתי אנושי, אלימות של ממש, עינויים גופניים עינויים נפשיים, השפלה קשה, או איום באחד מאלה.
 (ג) טען נאשם שאמרתו הושגה באמצעי כאמור בסעיף קטן (ב), על התביעה להוכיח שהאמרה לא הושגה כאמור.
 (ד) אין באמור בסעיף קטן (ב) לפסול ראיות עצמאיות אחרות לאשמתו של הנאשם שנתגלו כתוצאה מההודיה.
 (ה) לא יורשע נאשם על פי אמרה שנתקבלה לפי סעיף קטן (א) אלא אם יש בחומר הראיות ראיה חיצונית נוספת שהיא בגדר ראית סיוע, דבר לחיזוק, או דבר מה נוסף, אשר יש בה, בנסיבות הענין, לדעת בית המשפט, להסיר ספק בדבר אמינותה של האמרה בכל הנוגע לביצוע העבירה. לענין סעיף קטן זה רשאי בית המשפט להביא בחשבון גם את אי קיומן של הוראות שבדין או הוראות מחייבות אחרות בעת החקירה.
 (ו) טען נאשם שאמרתו ניתנה לאחר שנקטו כלפיו באמצעי כאמור בסעיף קטן (ב), תקובל האמרה על תנאי וההכרעה בענין קבילותה תנתן בהכרעת הדין, אם ביקש זאת הנאשם.

(א) הבחנה בין אלימות ממש ללחץ אחר

דו"ח גולדברג נפתח עם האזהרה ש"את התפיסה לפיה הודאת נאשם בחקירתו היא 'מלכת הראיות', יש לקבל עם קב חוטמין".⁸³ הדו"ח מתייחס בכובד ראש לנסיבות אשר עשויות להוביל נחקר להודות לשווא ומסביר כי לא רק אמצעים ושיטות של לחץ כפייתי עלולים להוביל להודאת שווא, אלא גם סמכותיות, בידוד, ועייפות. על פי הדו"ח "לכל נחקר 'סף שבירה' אישי, על פי אישיותו ויכולתו לגייס כוחות נפשיים כדי לעמוד בתנאי לחץ, ומכאן שגם אמצעים שדרגת חומרתם אינה מגעת לכדי אלימות של ממש ... עלולים לגרום לנחקר כי יודה במה שלא חטא."⁸⁴ יתרה מכך, מבהיר הדו"ח,

⁸³ דו"ח ועדת גולדברג, ה"ש 1 לעיל, פס' 1.
⁸⁴ שם, פס' 8-9.

נסיבות החקירה עשויות להשפיע על הנחקרים כך ש"מתוך שיקולי כדאיות רגעיים" יסברו שמוטב להם להודות בחקירה ולשים לה סוף, מתוך הנחה שיוכלו להוכיח את חפותם במסגרת המשפט. ישנם אשר אף עושים כן מתוך שיקולים ולחצים חברתיים לשם הגנה על העברייין האמיתיים, טעמים של "כבוד המשפחה" וכיוצא באלה.⁸⁵

ואולם, לצד ההכרה העקרונית שלא נדרש בהכרח הרבה על מנת להביא נחקר להודאת שווא, הדו"ח מפנה להצעה מוקדמת יותר מאת השופט לנדוי ולדברי ההסבר שלו בדבר הצורך לנקוט אמצעי נגד יעילים כלפי עבריינות הולכת וגוברת, ולא להשתמש דווקא "בכסיות משיי".⁸⁶ בהצעתו (ראו דיון בה ובהצעות נוספות אשר קדמו להצעת ועדת גולדברג בנספח) לנדוי הציע להבחין בין עינויים ואלימות ממש, לבין הפעלת לחץ אחר.⁸⁷ לדבריו, "לא כל פגיעה פיזית קלה תכניס את המקרה לגדר הסוג הראשון". בדומה לכך, ציינה ועדת גולדברג כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מותיר ספק שצריך לתקן את סעיף 12, ושעל הסעיף החדש "להלום את האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים, או משפילים".⁸⁸ כלומר, הוועדה אינה עורכת הבחנה ישירה בין שני סוגים אלה של הפעלת לחץ, אך בבחירתה לאסור את הסוג הראשון בלבד (עינויים ואלימות ממש), הרי שהבחנה זו נערכת מניה וביה. אפיונה של אלימות כממשית משמיעה לכאורה את קיומה של אלימות "סתם", אלימות שאינה ממשית. אלא שבבסיסים של מעשי אלימות קלים ניצבת אותה פסלות אינהרנטית המלווה מעשי אלימות קשים ומשכך זו וגם זו פסולות מדעיקרא. איסורה של אחת, גם אם מבחינת קבילות ההודאה בלבד, אינה אלא הכשרה משתמעת של השנייה, גם אם באופן בלתי מכוון.

גופו של הנחקר מוכרח להיות מחוץ לתחום עבור החוקר, ללא פשרות.⁸⁹ הבחנה בין סוגים שונים של אלימות פיזית או נפשית מעבירה מסר בעייתי ביותר לרשויות לפיו גופו של הנחקר מותר, מבחינת קבילות ההודאה, כל עוד אין מגיעים לדרגת אלימות חמורה או השפלה קשה. האמצעי עשוי אמנם להוות עברה פלילית או משמעתית, אלא שהבחנה בין מה שהוא אסור אך אינו פסול היא קשה, מבבלת, ויש לה כוח הנעה שלילי אשר במידה רבה מכשיל את הרעיון של חינוך החוקרים. שהרי מה כוללת אלימות שאינה של ממש? טלטול קל, סטירה קלה, גרימת סבל על ידי צוות קשות של ישיבה או עמידה, המעדה? מהי השפלה שאיננה של ממש? עיכוב באפשרות להתפנות לצרכים? וכיצד אמור החוקר להבחין בין אלימות של ממש לאלימות שאינה של ממש?⁹⁰ בהקשר זה, יש לציין כי הוועדה העלתה אף את הרף הגבוה ממילא של האמנה הבין-לאומית נגד עינויים

⁸⁵ שם, פס' 12-15. הדו"ח מזכיר ארבע קטגוריות שמנתה ועדת רונסימן האנגלית (Runciman) לתופעה: (1) נחקרים אשר מודים באופן רצוני מתוך איזו תשוקה מורבידית או על מנת להשתחרר מתחושת אשם אשר מלווה אותם בגין סיבה אחרת; (2) רצון להגן על אדם אחר מפני העמדה לדיון; (3) שיקולי כדאיות רגעיים ללא הבנה של ההשלכות ארוכות הטווח; (4) השתכנעות מדברי החוקרים שהם באמת ביצעו את הפשע המיוחס להם. ראו פס' 16 לדו"ח.

⁸⁶ שם, פס' 23.

⁸⁷ שם.

⁸⁸ שם, פס' 25. הוועדה מביאה לצורך כך את סעיף 1 לאמנה המגדיר את המונח "עינויים" כ-"מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור... בין אם פיזי, בין אם מנטלי, במטרה להוציא ממנו או מאדם שלישי מידע או הודאה, להענישו על מעשו שביצעו, או נחשד בביצועו, הוא או אדם שלישי, או להפחיד או לאנוס אותו או אדם שלישי...". האמנה, וגם המשפט הבינלאומי המנהגי אינם אוסרים רק על עינויים אלא גם על יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל. סעיף 16, אליו הוועדה לא הפנתה קובע כדלקמן: "מדינה חברה תקבל על עצמה למנוע בכל שטח שבסמכות שיפוט מעשים אחרים של יחס אכזרי, בלתי-אנושי או משפיל, או עונשים שאינם בחזקת עינויים כמוגדר בסעיף 1, מקום שמעשיה כאמור בוצעו על-ידי או בעידודו או בהסמכתו של עובד ציבור או אדם אחר הממלא תפקיד רשמי, או השלמתם בשתיקה. במיוחד, חובות המפורטות בסעיפים 10, 11, 12 ו-13 יחולו אגב החלפת איזכורים בדבר עינויים באיזכורים של צורות עונשים אכזריים, בלתי-אנושיים או משפילים".

⁸⁹ עמדתו (קרמניצר) על הדברים מצויים גם במסגרת דו"ח גולדברג, בעמ' 59.

⁹⁰ ראו ת"פ (ת"א) 201/93 מ"י נ' גייבאלי (1994).

אשר אוסרת על יחס משפיל, וקבעה במקומו השפלה קשה. ההצעה אף אינה מתייחסת לאמצעי דיכוי או התשה שיש בהם כדי למוטט את רצונו של נחקר. אלא שגם אמצעים כגון קשירתו של הנחקר בצורות שונות, כיסוי פניו או הושבתו באופן המסב סבל הם יעילים בשבירת התנגדותו של הנחקר, השימוש שבהם רווח יותר מאשר השימוש באמצעים קיצוניים של אלימות, ואין כל ערובה שהם מניבים הודאת אמת ולא האשמה עצמית שקרית שתכליתה להסיר את לחץ החקירה.⁹¹

בנוסף, אמצעים אלה פוגעים בגרעין הקשה של כבוד האדם. הנחקר חדל להיות ישות אוטונומית, אלא עובר רדוקציה לשני ממדים בלבד: מאגר מידע שיש לפרוץ לתוכו על מנת לקבל את המידע הדרוש ממנו ואתר לגרימת כאב, סבל ופחד, כדי לאפשר את הפריצה הזו. במובן זה, הנחקר הופך כלי בידי חוקריו והחומרה המיוחדת של הפיכתו לאמצעי בלבד מתבטאת בכך שהוא כלי המכוון נגד עצמו, נגד רצונו ונגד האינטרסים שלו.⁹² את המשמעות של אמצעים אלה יש לראות בהקשר הכולל שבו הם מופעלים וההשלכות נפשיות שלו: הנחקר מודע למה שעושים לו, אך אין הוא יודע למה הוא עוד צפוי. הוא נתון לשרירות ליבם של החוקרים, ושום דבר- לא גופו, על כל חלקיו, גם האינטימיים ביותר, לא רצונו ולא צרכיו הבסיסיים ביותר אינם חסינים מפניהם. הוא מצוי בחוסר ישע גמור, שכן אינו רשאי ואינו יכול להגן על עצמו מפני שרירותה הבלתי מוגבלת של המדינה באמצעות נציגיה שחוקרים אותו. זהו סבל נפשי קשה ביותר, וספק אם הנכונות להצדיק או להשלים עם הפגיעה הכרוכה בכבוד האדם משקפת הבנה מלאה למלוא משמעותה והשלכותיה של פגיעה זו.⁹³ לאור זאת, אין למצוא נחמה בדברי ועדת גולדברג על האחריות האישית שאמורה להיות מוטלת על חוקרים שנקטו באמצעים בלתי חוקיים. בלתי מעשי ובלתי מציאותי שיינקטו צעדי ענישה כלפי מי שנקטו באמצעים שנתפסו כיעילים ונחוצים, ואולי אף הכרחיים, ואשר הניבו הודאה שלפי מערכת המשפט היא קבילה. ועוד נשוב לנקודה זו.

מערב מקבילות למשקל (ב)

הגם שבראשית הדו"ח מכירה הוועדה בכך שלא רק עוצמת הלחץ קובעת את האופן בו יגיב הנחקר, אלא גם אישיותו של הנחקר הספציפי, בסופו של דבר הדו"ח אינו קובע כי יש לראות באמצעי לחץ רכים כביכול כאמצעים שיש להוציא ממתחם הקבילות. המלצת הוועדה היא שהודאה שניתנה בתנאים אלה לא תדון במסגרת שאלת קבילותה במשפט זוטא – הליך אשר הציעה לבטלו, אלא רק במסגרת הכרעת הדין אם מבקש זאת הנאשם. לדעת הוועדה, אמצעים פסולים שכאלה עשויים לפגוע בכבודו של הנחקר, אך איזון ראוי בין זכויותיו של הנחקר ובין מלחמה יעילה בעבריינות מחייבת שלא לפסול הודאה אשר אינה עולה לכדי עינויים. הדו"ח מעביר, לכן, מסר של הבנה לכך שאמצעים חריגים (עד רמה ידועה) הם הכרחיים וכי יש הצדקה לקבל הודאה למרות שנקטו להשגת אמצעים שיש לראות בחומרה.⁹⁴

קבילות מותנה שכזו, שקולה, לרוב, לקבילות מלאה. הסיכון שמסתכן נאשם בבקשה להכריע נגד קבילות ההודאה בסוף ההליך הוא גדול מדי, שכן הנטייה תהיה לקבל הודאה כזו ודחיית בקשתו

⁹¹ דו"ח ועדת גולדברג, ה"ש 1 לעיל, עמדת המיעוט, בעמ' 58.

⁹² שם, בעמ' 60.

⁹³ ז'אן אמרי ממחיש את השפעותיה ההרסניות של אלימות "קלה" על נפשו של הנחקר ומשקף כיצד היא מבססת את תחושת חוסר האונים שלו. ז'אן אמרי העינויים 68 (יונתן ניראד מתרגם, 2000).

⁹⁴ דו"ח ועדת גולדברג, ה"ש 1 לעיל, פסי' 27.

לפוסלה עלולה להיות קטלנית או פוגענית מאד כלפי טענותיו המבקשות להפחית ממשקלה. כך, שמבחינה מעשית, יש כאן מעבר מבדיקת קבילות לבחינת משקלה של ההודאה.⁹⁵ בהקשר זה, מציינת הוועדה כי "יש לשקול הודיה שנגבתה באמצעים פסולים (שאינם מגיעים לכדי עינויים) ככל ראייה אחרת, בסופו של הליך".⁹⁶ יש מקום לחשש שהמעבר מקבילות למשקל של רוב הטענות המועלות נגד קבילות יביא לכך שהטענות הללו נגד ההודאה יזכו לפחות התייחסות: בהעדר ראייה הפוכה, בתי המשפט יעדיפו את גרסאות החוקרים על פני גרסת הנאשם, ומכל מקום ימנעו מלקבוע ממצאים חד משמעיים בדבר אמתות טענותיו. ההשפעה בכיוון של פחות משמעותי במשקל ההודאות הללו צפויה להיות מעטה. ודאי כאשר אין מקבלים כאמת את טענות הנאשם על הלחץ שהופעל עליו. אך גם כאשר יימצא ממש בטענות אלה, המסר הסמוי של דוח הוועדה הוא- "לא נורא, מדובר במחיר הכרחי ומידתי של הצורך להיאבק בפשיעה." המסר הזה אינו מעודד לזכות במקרים אלה אלא להפך- להרשיע.

קבלת החלטת לפיה הראייה קבילה ויש רק לבחון את משקלה מתעתעת מאוד ומזכירה במידת מה את החלטתו של הנחקר להודות בעת החקירה – ללא מודעות שהודאתו, במרבית המקרים, תחרוץ את דינו לשבט. כבר נמצא כי כאשר אדם מודה באשמה, ההסתברות להרשעתו בדין גדלה במידה ניכרת גם אם הוא חוזר בו מהודאתו בעת הדיון המשפטי וטוען שמדובר בהודאת שווא.⁹⁷ גם אחרי שוועדת גולדברג הסירה מן ההודאה את כתר המלכות שהתנוסס מעליה כמלכת הראיות, קשה מאד להיפטר מן הכוח הסוגסטיבי החזק של "הוא הודה באשמתו במו פיו" כהוכחה ניצחת לאמיתות ההודאה. ספק אם שופטים מקצועיים מחוסנים מפניו יותר מאשר הדיוטות. וגם לעניין זה עוד נשוב.⁹⁸

יתרה מכך, מנקודת מבט חינוכית של רשויות החקירה, הרי שהעברת האמצעים הפחות חמורים מקבילות למשקל, מבלי שישנה דרישה סטטוטורית להפחית מהמשקל, אינה הופכת אפילו את ההודאה לחשודה, ומכאן שלא ברור לחוקר מדוע שלא לנקוט באמצעים שכאלה. בהעדר "שוט" של פסילת ההודאה, מהו התמריץ המניע חוקר להימנע מאמצעים שכאלה?⁹⁹ גם אם במרביתן המוחלט של הפעמים, אין החוקרים מבקשים לעוות את האמת, החשש הוא שדווקא שאיפה למלא את תפקידם תוביל אותם לסטות מהוראות הדין. כלומר, דווקא דבקותם באמת כפי שהיא נראית בעיניהם ורדיפתם אחריה (כאשר לא נלווית אליה מידה בריאה של ספקנות) עלולה ליצור מוטיבציה להוכיח את אותה אמת, לטובת המאבק בפשיעה, ויהי מה. זו גם הסיבה, שאין אמצעי הרתעה יעיל יותר מפני התנהגות שלא כדין של חוקרים, כמו אפשרות פסילתה של אמרה אשר הושגה באמצעים פסולים. מנגד, הפחתת משקל של אמרה שנמסרה עקב השימוש באמצעי פסול מעבירה מסר עמום מדי. קשה לתאר כי בתי המשפט יצליחו להעביר מסרים ברורים לעניין הוגנות הליך החקירה, אם

⁹⁵ שם.

⁹⁶ פסי' 30. ההדגשה במקור.

⁹⁷ איתן אלעד, **הפסיכולוגיה של השקר ושיטות לחשיפתו** (2005), (נראה אצל שירלי יהושע-שטרן, "ממלכת הצללים של מערכת אכיפת החוק"- הרשעות שווא: היבטים פסיכולוגיים בעבודתו של חוקר משטרה בישראל" **קרמינולוגיה ישראלית** ו' 65, 67 (תשע"ז)).

⁹⁸ הוועדה הבחינה בהקשר זה בין המשפט הישראלי לאנגלו-אמריקאי באומרה שמשום שבשיטת המשפט הישראלית אין חבר מושבעים עוצמת הקושי פחותה, שכן השופטים מסוגלים לבחון את הראייה ולברר את האמת. לכן, המגמה לפיה ישנו מעבר מקבילות של הראייה למשקלה בהליך, ראוי שתאומץ. לדיון ביקורתי בהנחה זו נשוב בפרק ד.

⁹⁹ לטענתו של רובינשטיין, פסילות קבילות של הודאה כשלעצמה אינה צפויה להרתיע חוקרי משטרה אשר אינם מתעניינים בהכרח בתוצאתו הסופית של ההליך הפלילי נגד הנחקר, אלא את הפרקליטות. ראו בהקשר דומה: Guy Rubinstein, *Selective Prosecution, Selective Enforcement, and Remedial Vagueness*, Wis. L. Rev. 325, (2022).

הדין בכך יעבור משלב הקבילות המתברר במשפט זוטא אל המשפט גופו ואל הכרעת הדין. מסר בעייתי מועבר גם על ידי אמירות של שופטים המשקפות הבנה לחריגות קלות יחסית מן הדין, כמעט בנוסח של "הכרח בל יגונה". מבלי לרצות בכך, אמירות כאלה עשויות לעודד ולתמרץ סטייה מן הדין, מתוך כוונה לגלות את האמת ותחושה שאין מנוס מכך.

הוועדה הדגישה בהקשר זה, כי אין די בכך שבית המשפט יביע את סלידתו מדרכי חקירה פסולות על מנת לעוקרם מן השורש אצל "חוקר השבוי בכבלי קונספציה מסוימת לנקוט בדרך פסולה, תוך מתן לגיטימציה עצמית כי בדרך זו יגלה את האמת."¹⁰⁰ במקרה כזה, טוענת הוועדה, יש לנקוט "סנקציות של ממש כלפי כל חוקר שסרח, אם בהעמדתו לדין פלילי או לדין משמעתי, הכל לפי העניין." ואולם, הדין חל רק על האמצעים, ולא על ההודאה עצמה. והרי, אם האיזון הנכון הוא זה שבא לידי ביטוי באי פסילה, למה אינו משפיע על מידת האחריות של החוקר שסטה? כלומר, ישנה הבחנה בין קבילות הראיה לבין נקיטה באמצעים משמעתיים או אף פליליים כלפי חוקר שסרח, אלא שהאפשרות להעמיד לדין (פלילי או משמעתי) חוקר, אינה צריכה להוות חלופה מספקת לשאלת הקבילות. ההתייחסות להפרתם של כללי החקירה במסגרת משקל ההודאה בלבד תמקד את תשומת הלב השיפוטית באמינות ההודאה, ולא תינתן הדעת די הצורך לטוהר ההליך משפטי.¹⁰¹ הנחת רוב חברי הוועדה כי ניתן להתמודד עם מוטיבציה בעייתית של חוקרים באמצעות הליכים משמעתיים או פליליים נגד אלה מהם שסורחים היא, לדעתנו, אשליה.

בהינתן שהחקירה הניבה תוצאות שהדין מכשיר אותן, ושיש בהן תועלת חברתית, קשה לתאר שיבואו חשבון עם החוקרים אלא אם בכלל, ולכל היותר - כפסדה בלבד, "לשון בלחיי", על מנת לצאת ידי חובה. מי שיצטרכו לבוא חשבון עם חוקרים כאלה לא יוכלו לנקוט יד קשה ותקיפה כלפיהם, ובה בעת להסתכל על עצמם במראה, כלומר לחיות טוב עם מצפונם. כאשר שיטת המשפט משגרת מסרים מנוגדים, הכוח המשכנע שלהם נחלש. סביר שנמעני המסרים – החוקרים – יבקשו לאתר את המסר הדומיננטי, היותר חשוב, וזאת גם לאור המוטיבציה הבסיסית שלהם. דווקא משום שהחוקרים מנהלים מערכה נגד הפשיעה, הדעת נותנת שהעיקר מבחינתם יהיה השגת ההודאה וההרשעה הנסמכת עליה. המהלך של הוועדה בעניין זה כמוהו כניסיון לאכול את העוגה ולהשאיר שלמה. מה שלא "עובד" ביחס לעוגות לא יסכון גם לגבי הודאות. ככל שמכשירים את ההודאה, מכשירים במשתמע, למעשה, גם את האמצעים שנקטו להשגתה.

(ג) תוספת ראייתית "נזילה"

המלצת דעת הרוב בוועדה הייתה לעגן בסעיף 12(ה) את הדרישה לתוספת ראייתית, מבלי להגדיר את משקלה ודרגתה. קרי: בית המשפט יקבע מהי התוספת הדרושה בכל מקרה על פי נסיבותיו, והוא יהא רשאי להביא בחשבון גם את אי קיומן של הוראות שבדין או הוראות מחייבות אחרות בעת החקירה. בבסיסה של ההמלצה ניצבת הנחת המוצא שמכיוון שהחוקרים אינם יודעים מה תהא התוספת הנדרשת לראות עיניו של בית המשפט הם ישאפו להמשיך ולחפש אחר ראיה בעלת

¹⁰⁰ דו"ח ועדת גולדברג, ה"ש 1 לעיל, פס' 40.

¹⁰¹ שם, בעמ' 62 לדו"ח.

משקל. יתר על כן, לפי הוועדה ממילא דרישה לתוספת ראייתית מסוימת תוביל את החוקרים, לרוב, לאתרה, ומכאן שמוטב להותיר דרישה "נזילה"¹⁰².

אלא שמודל זה אינו מדריך כראוי את החוקרים והתובעים ויוצר אי וודאות. התוצאה עלולה להיות אי התאמה בין הערכות של המשטרה והתביעה מצד אחד לבין בית המשפט מצד שני לגבי מה שנדרש בנוסף להודאה. מבחינה תועלתנית-רציונלית, אין טעם להשקיע מאמץ גדול באיתור ראיות בכל מקרה, במיוחד במקרים שבהם משקל ההודאה הוא רב מאד. זהו בזבוז שבא על חשבון צרכים אחרים. שנית, הערכת הוועדה שהחוקרים תמיד יתאמצו למצוא עוד ועוד ראיות אינה מתיישבת עם הרצון והנטייה, המוסדית והאישית, שלא לעשות יותר ממה שדרוש. ובנוסף, סביר שהמשטרה תעריך את משקל ההודאה הערכת יתר לעומת הערכה שיפוטית שלה. מצד שני, בתי המשפט עלולים להתאים את הסטנדרט הנדרש למה שהם בפועל מקבלים. ההסתמכות על המבחנים- הפנימי והחיצוני- לאמינות ההודאה, המופעלים על ידי בית המשפט, אינה מרגיעה. להפך. חוקרים מיומנים יכולים לגרום לכך שההודאה תעמוד במבחנים אלה על ידי השפעה שלהם על תוכן ההודאה כך שתשקף היגיון פנימי ועל ידי הכוונה של הנאשם לעבר המידע החיצוני-האובייקטיבי על הפשע שנמצא בידיהם.¹⁰³

מכיוון שהוועדה היתה חלוקה ביחס לתוספת הראייתית הדרושה הוחלט לכלול גם את הצעתם של שלושה מחבריה, אשר נועדה לכלול, לצד ההצעה האמורה, סעיף קטן נוסף. לפי סעיף זה, אמרה שהתקבלה לאחר שהופעל לחץ שאינו עולה כדי אלימות של ממש, או לאחר שהופרה הוראת דין או הוראה מחייבת אחרת החלה על החקירה, תתקבל רק אם לצד תוספת ראייתית מסוג סיוע, או – במקרים מיוחדים, גם בכפוף להצגתה של ראיה אחרת, חיצונית לנאשם, אשר יש בה כדי לתמוך בהודאה:

לא יורשע נאשם על פי אמרה שניתנה לאחר שנקטו כלפיו באמצעים פסולים שאינם עולים כדי האמצעים הפסולים המפורטים בסעיף קטן (ב), או תוך הפרה של ממש של הוראות שבדין או הוראות מחייבות אחרות החלות על החקירה, אלא אם יש בחומר הראיות ראיה חיצונית נוספת שהיא בגדר ראיית סיוע. ואולם במקרים מיוחדים ומטעמים שיירשמו רשאי בית המשפט להרשיע בהיעדר סיוע, אם יש בחומר הראיות ראיה נוספת שהיא חיצונית לנאשם, אשר יש בה בנסיבות הענין כדי לתמוך בהודייתו בעבירה.¹⁰⁴

סעיף קטן זה מהווה תוספת חשובה אך אין בו די. דו"ח הוועדה נפל כאן בפח של האמונה הבסיסית באמיתות ההודאה. מה שחקירה טובה צריכה לחפש הן ראיות אובייקטיביות אודות הפשע מנקודת ראות של אמצע, כלומר יהיה כיוון אשר יהא – בין תמיכה בהודאה ובין להפרכתה. יש לתמרץ את המשטרה לאסוף בצורה שיטתית ובלתי מגמתית את כל הראיות בזירת העבירה וכל ממצא

¹⁰² שם, פסי' 34.

¹⁰³ במחקר מקיף שערכו קאסין, גולדשטיין וסאביצקי על שיטות חקירה אמריקאיות נמצא כי הנחות מוצא שגויות של אשמה מתמרצות חקירות אגרסיביות יותר ומביאות חוקרים לפרש באופן שגוי הכחשות של נאשמים. כפי שנרחיב בהמשך, 'ראיית המנהרה' והטיות קוגניטיביות מייצרות למעשה "לולאה של חיזוק עצמי" אשר לא פעם הולכת ומתהדקת ככל שהתנגדותו של החשוד גוברת. ראו: Saul M. Kassin et al., *Behavioral Confirmation in the Interrogation Room: On the Dangers of Presuming Guilt*, 27 LAW & HUM. BEHAV. 187 (2003).

¹⁰⁴ דו"ח ועדת גולדברג, הי"ש 1 לעיל, פסי' 35.

אובייקטיבי רלוונטי אחר. הסתמכות על הודאות ותוספת ראייתית לא משמעותית, הן תמריץ בכיוון ההפוך.

2. הצעה לתיקון פקודת הראיות של ועדת ארבל (2016)

בשנת 2016 פורסמה הצעת חוק ממשלתית שנוסחה על ידי הוועדה המייעצת לשר המשפטים לעניין סדר דין פלילי וראיות בראשות שופטת בית המשפט העליון בדימוס עדנה ארבל.¹⁰⁵ הוועדה עסקה במשך כשלוש שנים בנושא של הודאת חוץ של נאשם והגישה את המלצותיה לשרת המשפטים דאז, איילת שקד, במאי 2015. הגם שההצעה עברה בקריאה ראשונה ועברה לטיפול של ועדת החוקה, חוק ומשפט, בדומה להצעות קודמות הנוגעות לסעיף 12 – היא לא אומצה.

(א) עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חפשית ומרצון.
 (ב) בית המשפט רשאי לקבל כראיה, להוכחת הנסיבות שבהן ניתנה הודיית נאשם, גם תצהיר בכתב של מקבל ההודאה, שבו הוא מפרט את נסיבות גביית ההודאה ומצהיר כי ההודאה היתה חפשית ומרצון, והוא אם נתקיים אחד מאלה:

(1) הנאשם מיוצג וסניגורו ויתר על חקירת מקבל ההודיה;

(2) ההודיה היתה על עבירה שהיא עוון או חטא והנאשם, במענה לשאלת בית המשפט ולאחר שבית המשפט הסביר לו את זכותו לחקור את נותן התצהיר, אישר שקרא את ההודיה או שהיא הוקראה לו, אינו כופר בכך שההודיה היתה חפשית ומרצון וויתר על חקירת מקבל ההודיה.

(ג) **חלופה א'**: הודאת הנאשם כי עבר עבירה לא תהיה קבילה אם ניתנה **בעקבות** נקיטת אמצעי חקירה הכוללים עינויים, כלפי נותן ההודאה, בידי איש מרות או מי מטעמו.

חלופה ב': הודאת הנאשם כי עבר עבירה לא תהיה קבילה אם ניתנה **לאחר** נקיטת אמצעי חקירה הכוללים עינויים, כלפי נותן ההודאה, בידי איש מרות או מי מטעמו.

(ד) בית המשפט רשאי שלא לקבל הודאה של נאשם כי עבר עבירה, אם שוכנע שההודאה הושגה שלא כדין ושקבלתה כראיה במשפט תפגע באופן מהותי בזכותו של הנאשם להליך הוגן, בשים לב לאינטרס הציבורי בקבלת ההודאה.

(ה) (1) **חלופה א'**: לא יורשע נאשם על סמך הודאה שהתקבלה לפי סעיף זה אלא אם כן מצא בית המשפט בחומר הראיות ראיה **חיצונית** התומכת באמיתות ההודאה (בסעיף קטן זה – ראיה מאמתת);

חלופה ב': לא יורשע נאשם על סמך הודאה שהתקבלה לפי סעיף זה אלא אם כן מצא בית המשפט בחומר הראיות ראיה **חיצונית להודאה**, התומכת באמיתות ההודאה (בסעיף קטן זה – ראיה מאמתת);

(2) על אף האמור בפסקה (1), התקיימה נסיבה מיוחדת מהנסיבות שלהלן, לא יורשע נאשם על סמך הודאה שהתקבלה לפי סעיף זה אלא אם כן מצא בית המשפט בחומר הראיות ראיה חיצונית המסבכת את הנאשם בביצוע העבירה:

(א) הנאשם היה קטין בעת גביית ההודאה;

(ב) נקטו כלפי הנאשם אמצעי לחץ פסולים שאינם עולים כדי עינויים כהגדרתם בסעיף קטן (ו);

¹⁰⁵ הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (תיקון מס' 18) (הודאת נאשם), התשע"ו-2016, (28.3.2016) (להלן: הצעת ועדת ארבל).

(ג) הנאשם סבל בעת גביית ההודאה מלקות שכלית או נפשית של ממש;
 (ד) תיעוד הודאת הנאשם היה לקוי במידה המשפיעה על יכולת בית המשפט להתרשם מההודאה ולהעריכה;
 (ה) נסיבה אחרת שבשלה סבר בית המשפט כי ראיה חיצונית המסבכת את הנאשם כאמור נחוצה לשם הסרת ספק בדבר אמיתות ההודאה;

(3) **חלופה א'**: על אף האמור בפסקה (2), רשאי בית המשפט להסתפק, לצורך הרשעת נאשם על סמך הודאה שהתקבלה לפי סעיף זה, בראיה מאמתת, **אם מצא שאין בנסיבה המיוחדת כאמור אותה פסקה כדי להשפיע על אמיתות ההודאה.**

חלופה ב': על אף האמור בפסקה (2), רשאי בית המשפט להסתפק, לצורך הרשעת נאשם על סמך הודאה שהתקבלה לפי סעיף זה, בראיה מאמתת, מטעמים מיוחדים שיירשמו.

(ו) בסעיף זה –
 "איש מרות" – בעל סמכות אכיפה על פי דין;
 "עינויים" – מעשה הגורם במכוון לכאב חמור או לסבל חמור, גופני או נפשי."

בניגוד להצעות קודמות אשר ביקשו להשמיט את המונח "חופשית ומרצון", ועדת ארבל סברה כי ראוי לשמר משמעויות רחבות ותפישות שניתנו לביטוי זה, חרף הביקורת שהושמעה נגדו במשך השנים. על פי דברי ההסבר, הפסיקה שהתפתחה והתבססה במשך השנים בתחום הניחה סביב סעיף 12 לפקודה נדבכים של תפישות ופרשנויות, שאותם ראוי לשמר. הביטוי "חופשית ומרצון" קיבל משמעות רחבה יותר מפירושו הלשוני הצר שרווח בפסיקה תחילה באופן אשר כלל רק כפייה ואלימות או שימוש באמצעי תחבולה. עם השנים, לפי הוועדה -

הוסט הדגש בפסיקה גם לטענות בדבר הפעלת לחצים נפשיים או פסיכולוגיים בלתי הוגנים כטעם לפסילת הודאה, וחלה התפתחות חשיבתית בנוגע לטעמים המונחים בבסיס כלל הפסילה המתואר לעיל במובן זה שלצד התכלית של הבטחת אמינותן של הודאות, התגבשה תכלית נוספת של הגנה על זכויות נאשמים בחקירה ושמירה על טוהר ההליך הפלילי, והובעה הדעה כי כלל הפסילה נועד בין השאר גם לחנך את החוקרים ולהרתיע את גורמי החקירה מפני שימוש באמצעי חקירה פסולים.¹⁰⁶

אלא שחרף דברי הסבר אלה, שהיגיון רב בצדם, החריגים שהציעה הוועדה לכלל חופשיות הרצון, כמעט שבולעים את הכלל ובמידה רבה חותרים תחת הנימוק להותירו. הגם שהוועדה הדגישה כי הפסיקה הרחיבה את משמעות "חופשיות הרצון" כך שתחול גם על לחצים נפשיים או פסיכולוגיים, העמדה המשתקפת מההצעה ממשיכה את התפישה העקרונית שבאה לידי ביטוי גם בהצעות שקדמו לה, לפיה רק אמצעי חקירה קיצוניים יפסלו מניה וביה את קבילותה של ההודאה, ובמידה רבה אף מעלה את רף אי הקבילות.

אכן, בניגוד לוועדת גולדברג אין היא מציעה לעבור מכלל של קבילות למשקל ובכך שולחת מסר חשוב לרשויות החקירה והתביעה. אך בה בעת, נסיבות הפסילה קיצוניות יותר. כך, בעוד ועדת גולדברג התייחסה לחקירה אסורה ככזו הכוללת "יחס בלתי אנושי, אלימות של ממש, עינויים גופניים עינויים נפשיים, השפלה קשה, או איום באחד מאלה", על פי סעיף (ג) להצעת ארבל, הודאה

¹⁰⁶ שם, דברי ההסבר בעמ' 2.

תיפסל בהתקיימם של עינויים, המוגדרים בסעיף (ו) בהתאם לסעיף 1 לאמנה הבינלאומית נגד עינויים כ- "מעשה הגורם במכוון לכאב חמור או לסבל חמור, גופני או נפשי".

על פי דברי ההסבר לחוק, סעיף (ג) נועד לעגן בחוק, לראשונה, איסור מפורש על עינויים – ניסיון אשר ראוי לכל שבת. אלא שצמצום קבילותה של הודאה לעינויים באופן הזה מחטיאה את המטרה ומהווה הסדר ביניים מסדר שני או שלישי שמוטב בלעדיו. על אף שהמבחן "חופשי ומרצון" נותר על כנו, הכללתה של הוראה זו בהכרח מקרינה עליו וצפויה לצמצמו לכדי פרשנות צרה אשר ממנה ניסתה וועדה לכתחילה להימנע. בדומה לכך, הוראות סעיף (ג) מקרינות גם על סעיף (ד). על פניו, סעיף זה נשא, לפני שתוקנה פקודת הראיות, חשיבות רבה בכך שביקש לעגן את הלכת יששכרוב בחוק על ידי הסמכתו של בית המשפט לפסול הודאה אם שוכנע שהיא הושגה שלא כדין, אלא ששוב - סעיף (ג) אשר מצמצם את מתחם אי הקבילות לעינויים, עלול, גם אם לא בהכרח, להקרין על פרשנותו של בית המשפט את אי החוקיות הקבועה בסעיף (ד) גישה מצמצמת יתר על המידה, שאין לה הצדקה. בין לבין, עוגנה הלכת יששכרוב בחוק, והתייטר הצורך בסעיף (ד).

לבסוף, שלא כמו ההצעות הקודמות הפנתה ההצעה "זרקור" למצבים מסוימים שבהם תידרש תוספת ראייתית כבדת משקל, המסבכת את הנאשם בביצוע העבירה. עם זאת, הוצע גם בפסקה (3), להעניק לבית המשפט שיקול דעת להסתפק בכל זאת – גם בהתקיים נסיבה מיוחדת – בראיה מאמתת, בשל נסיבות גביית ההודאה או תוכנה. בנוסף, בפסקה (3) הוצעו שתי חלופות לנסיבות שבהן יסתפק בית המשפט בראיה מאמתת, במקרים שבהם, ככלל, נדרשת על פי המוצע ראייה מסבכת, וזאת אם בית המשפט סבר שאין בנסיבה המיוחדת כדי להשפיע על אמיתות ההודאה. בדומה לסעיפים הקודמים בהצעה, גם ביחס לתוספת הראייתית, נראה כי פשרה בין חברי הוועדה היא זו אשר הובילה להסדר ביניים עמום. אכן, ישנה חשיבות בקביעת תוספות ראייתיות מוגברות במקרים בהם מעורבות קבוצות חלשות אשר מועדות יותר להודאות שווא. אלא שמלבד לאותת לבית המשפט באילו קבוצות רגישות מדובר, שיקול הדעת הנתון לבית המשפט רחב מאוד וברף שכנוע נמוך מאוד (של סברה בלבד) ומכאן שלא ברור עד כמה הוא מוסיף על המצב הקיים. יתרה מכך, דווקא קביעתה של רשימה סגורה מסתכנת בהוצאה מן הכלל של נאשמים אשר אינם חברים בקבוצות אלה אך בה בעת לוקים ברגישות מיוחדת לתנאים של מעצר וחקירה.

לאור כל האמור, (וגם משום שההצעה של וועדת ארבל מכילה חלופות שונות ללא הכרעה ביניהן), אנו סבורים שדוח ועדת גולדברג, שיש בו ניתוח רחב יחסית של הסוגיות (ולא רק הצעה לחקיקה) והוא זונח את מבחן "החופשי ומרצון" - מהווה נקודת פתיחה עדיפה לדיון בנושא.

3. הצעה לתיקון הדין

(א) סעיף קטן (ב)(1) – פסילה קטגורית של הודאה שנמסרה תחת אלימות, איום באלימות, או התנהגות אחרת שיש בה כדי למוטט את רצונו של הנחקר

(א) אמרה של אדם מחוץ לבית המשפט תקובל כראיה נגדו במשפט פלילי.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), לא תקובל האמרה כראיה אם -

(1) ניתנה לאחר שנקטו כלפי הנחקר באחד מאלה: עינויים גופניים או נפשיים, יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל, אלימות, או איום באחד מאלה או בהתשה, דיכוי או כל התנהגות אשר עשויה הייתה למוטט את כוח רצונו של הנחקר;

נכון להיום, בהתאם להלכת מועדי, אלימות כלפי נחקר אינה מצדיקה את פסילתה של ההודאה, אלא אם הוכרע שהתקיים קשר סיבתי בין האלימות שהופעלה לבין גבייתה של ההודאה. בית המשפט העליון מחרה מחזיק אחר הלכה זו,¹⁰⁷ מבלי לשאול שאלות על אף שהלכת מועדי התקבלה לפני כארבעים שנה וחרף הידע האמפירי הרב שהצטבר מאז בשדה המחקר הקרימינולוגי, הפסיכולוגי והמדעי אשר, לדעתנו, אינו מאפשר להותירה כאבן שאין לה הופכין. האבחנה שנחקרים מודים גם בנסיבות של אלימות קלה כביכול אינה מוטלת בספק. מחקרים אמפיריים משקפים שדי באמצעי לחץ רכים בהרבה כדי להביא אדם להודות בפשע שלא ביצע, קל וחומר שימוש באלימות.¹⁰⁸

בית המשפט הכיר זה מכבר בכך שהודאת שווא יכולה להינתן גם בהיעדר אמצעים של אלימות קשה וגם ועדת גולדברג הכירה בכך ש-"לכל נחקר 'סף שבירה' אישי, על פי אישיותו ויכולתו לגייס כוחות נפשיים כדי לעמוד בתנאי לחץ, ומכאן שגם אמצעים שדרגת חומרתם אינה מגעת לכדי אלימות של ממש (כגון, מניעת שינה), עלולים לגרום לנחקר, כי יודה במה שלא חטא."¹⁰⁹ בה בעת, המסר שיוצא מבית המשפט על ידי בחינה זו של קשר סיבתי בין כל סוג של אלימות שאינה קיצונית לבין ההודאה שניתנה, הינה דה פקטו התרה לשימוש באלימות בחקירה והיא אינה הולמת את הנהוג כיום במדינות דמוקרטיות. על בית המשפט להבהיר שכל שימוש באמצעי פוגעני ומשפיל תביא לכדי פסילתה של ראייה. עבור רשויות החקירה, ישנו קושי רב ליישם דוקטרינה אשר מתירה "שימוש באמצעים רכים". לעומת זאת, איסור גורף מעביר הנחייה ברורה לגופי החקירה ולבתי המשפט דלמטה. יתרה מכך, לנוכח התפתחויות מדעיות ובין היתר השתכללות היכולת להתחקות ביתר דיוק אחר מקומם של חשודים - אין ולא יכול להיות צידוק לשימוש באלימות על מנת להוציא מידע מנחקר. גם אם המשטרה זקוקה לעיתים לשימוש בכוח על מנת לעצור חשודים או על מנת להגן על עצמם מפני גורמים עוינים, אין כל הצדקה לשימוש באלימות כנגד חשודים אשר נמצאים במעצר על מנת לגבות מהם ראייה או הודאה. יש באמתחתם של גופי החקירה דרכים אחרות, מתוחכמות יותר, וצודקות יותר.¹¹⁰

עיון במשפט המשווה מלמד כי מדינות דמוקרטיות אחרות, מרחיבות יותר (ממה שמציע דוח גולדברג) את תחום אי הקבילות של הודאות. כך, למשל, באנגליה, הגם שמקורו של סדר הדין הפלילי הוא במשפט המקובל, חשיבותו פחתה לאורך השנים, ואת הבכורה תפסו הוראות סטוטוריות. הוועדה המלכותית בדבר ההליך הפלילי (1981) ביקשה להחליף את המבחן העמום של המשפט המקובל "חופשי ומרצון", והמליצה לפרלמנט להסדיר בחקיקה ובהנחיות את חקירתם של חשודים, ובתוך כך להגדיר מתי הודאה תהא בלתי קבילה באופן קטגורי ומוחלט. כיום, דרכי

¹⁰⁷ ע"פ 6359/21 מדינת ישראל נ' אל עמראני (פורסם בנבו, 8.9.2022), פסי' 36 לפסק דינו של השופט שטיין.
¹⁰⁸ ראו למשל: Saul M. Kassin & Katherine L. Kiechel, *The Social Psychology of False Confessions: Compliance, Internalization and Confabulation*, 7 AM. PSYCH. SOC. 125 (1996);

Robert Horsdelenberg et al, *Individual Differences and False Confessions: A Conceptual Replication Of Kassin and Kiechel* (1996), 9 PSYCH., CR & L 1 (2003). לדיון אודות האמצעים הללו ראו פרק ד.

¹⁰⁹ דו"ח ועדת גולדברג, הי"ש 1 לעיל, פסי' 9.
¹¹⁰ Eve Bresnik Primus, *The Future of Confession Law: Toward Rules for the Voluntariness Test*, 114 MICH. L. REV. (2015), 36.

החקירה נשענות על חקיקה, קודי התנהגות, כללי בית משפט, ומדריכים מקצועיים.¹¹¹ דבר החקיקה המשמעותי ביותר בכל הנוגע לסדר הדין הפלילי, לרבות גבייתן של הודאות, הוא חוק המשטרה והראיות הפליליות ה-112 (Police and Criminal Evidence Act 1984) אשר חקיקתו היוותה קו פרשת מים בהיסטוריית ההליך הפלילי באנגליה ביחס לחקירות ומעצרים והוא ממשיך להתפתח ולהתרחב על ידי תיקוני חקיקה תדירים.

סעיף 2(76) לחוק מפרט את התנאים לפסילתה של הודאה וקובע כי –

אם, בהליך כלשהו בו התביעה מבקשת לקבל ראיה של הודאה אשר נמסרה על ידי הנאשם, ובית המשפט סבור שההודאה ניתנה או עשויה היתה להינתן (a) על ידי דיכוי האדם שמסרה; או (b) בעקבות דבר מה שנאמר או נעשה אשר עשוי היה, בנסיבות הקיימות באותו הזמן, להביא להודאה בלתי מהימנה; בית המשפט לא יקבל את ההודאה כראיה כנגדו, למעט אם התביעה מוכיחה לבית המשפט מעבר לכל ספק סביר שההודאה (ללא קשר לאמיתותה) לא הושגה כאמור.¹¹³

בסוף שנות השמונים, בית המשפט לערעורים קבע בעניין *Fulling* שמשמעות המונח דיכוי (oppression) בסעיף 2(76)(a) היא המשמעות המילולית הרגילה שלו ולשם כך השתמש בהגדרתו במילון אוקספורד, קרי "הפעלת סמכות או כוח בצורה מכבידה, קשוחה או פסולה; יחס בלתי צודק או אכזרי המפונה כלפי יחידים, כפופים וכו', [או] הטלת נטל בלתי סביר או בלתי צודק".¹¹⁴

בניגוד לפסילתה של ראיה משום שרצונו החופשי של החשוד "דוכא" כפי שקבוע בסעיף (a), סעיף (b) לא מניח בהכרח מעשה פסול מצד המשטרה. ישנם חשודים "רכים" אשר עלולים להודות במה שלא עשו גם ללא לחץ בלתי חוקי שהופעל עליהם. לכן, המבחן כולל גם פן סובייקטיבי, בצידו של פן אובייקטיבי. סעיף זה מעגן את מה שהפסיקה הישראלית הכירה זה מכבר כאותן "קבוצות סיכון" של נאשמים אשר עשויים להודות בעבירה שלא ביצעו בשל מאפיינים אישיותיים כגון ניסיון לרצות, אשמה על פשע אחר שביצעו, ביטחון עצמי נמוך וכן הלאה.¹¹⁵

חקיקה נוספת שראויה לציון בהקשר זה היא האוסטרלית. באוסטרליה מבחן הוולונטריות של המשפט המקובל עומד בבסיס החקיקה אך הוא התפתח לכלול קריטריונים וכללים נוספים. לבית המשפט מסור שיקול הדעת לפסול הודאה גם אם נמצא שהיא נמסרה באופן וולונטרי, וזאת בשלושה מקרים – כאשר יהיה זה בלתי הוגן כלפי הנאשם אם תתקבל האמרה; מטעמים של תקנת הציבור (כגון שהמשטרה פעלה באופן בלתי חוקי); וכאשר הסכנה לעיוות דין גוברת על ערכה הראייתי של ההודאה. סעיף 84 ל-Uniform Evidence Act קובע שהודאה לא תיחשב כוולונטרית אם היא הושגה כתוצאה מהתנהגות אלימה, מדכאת, לא אנושית או משפילה, בין אם כלפי מי

¹¹¹ הגם שבאנגליה יש 43 מחוזות של כוחות משטרה סדר היום המשטרתי, לרבות דרכי החקירה, נקבע על ידי מועצת מפקד המשטרה הארצית ומיושם בכלל המחוזות.

¹¹² להלן: "חוק הראיות האנגלי".

¹¹³ כל התרגומים בנייר זה הם של המחברים, אלא אם צויין אחרת.

¹¹⁴ "Exercise of authority or power in a burdensome, harsh, or wrongful manner; unjust or cruel treatment of subjects, inferiors etc., [or] the imposition of unreasonable or unjust burdens"
R. v. Fulling [1987] QB 426, 432 (CA) (Eng.)

¹¹⁵ עניין **זדורוב**, ה"ש 47 לעיל, פסי' 138.

שמסר את ההודאה ובין כלפי אדם אחר ; או כתוצאה מאיום למעשה כאמור.¹¹⁶ אוסטרליה גם עיגנה בדין את בדיקת הנתונים האישיים של הנחקר המודה. נקבע כי על בית המשפט לשקול "כל מצב רלוונטי או מאפיין של האדם אשר ביצע את המעשה, כולל גיל, אישיות וחינוך וכן כל נכות שכלית, אינטלקטואלית או פיסית של הנחקר."¹¹⁷

דוגמה שלישית שראויה לאזכור היא גרמניה. סעיף 136a לקוד הגרמני להליך הפלילי מגן באופן מפורש ומפורט על אוטונומיית החשוד (או עדים) וכבודו האנושי, בכל הנוגע לאמרות שמסר לבית המשפט, לתביעה או למשטרה.

סעיף 136a(1) מונה את האמצעים האסורים לשימוש במהלך חקירה: התעללות פיסית, עינוי פסיכולוגי, אמצעים חודרניים, תרופות משנות תודעה, סמים או היפנוזה, כפייה בלתי חוקית, מניעת שינה או מנוחה, איום בשימוש באמצעים בלתי חוקיים, הבטחות ליתרונות בלתי הולמים, ורמייה. אמצעים אלה אסורים משום שהם נוטים למוטט את כוח רצונו של הנחקר, אבל הם אסורים באופן קטגורי ללא קשר לאופן השפעתם במקרה הנדון, ואין לנקוט בהם, אפילו אם הנחקר מסכים לכך.¹¹⁸ כמו כן, מכיוון שגרמניה אשררה את האמנה האירופית לזכויות אדם, והטמיעה את הוראות האמנה במשפט המדיני שלה, סעיף 3, האוסר על עינויים ויחס אכזרי, והפרשנות שניתנה לו על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם, מחייב את רשויות האכיפה בגרמניה. ככל שהאמרה הושגה באמצעי זה, התוכן הנמסר אסור לשימוש גם במסגרת תשאול של עדים או עדות מומחים (סעיף 163a(V)). מכיוון שכלל הפסילה מוחלט, סעיף 136a אינו מתיר איזון בין שיקולים שונים וכל ראייה שהושגה תוך הפרה של הסעיף אינה קבילה, ללא קשר לערכה הראייתית או לחומרת העבירה הנדונה.

בהשראה ממדינות אלה, הצעתנו היא שהרישא של סעיף קטן 1 יכלול אמצעים אסורים אשר כלולים כולם באמנה נגד עינויים עליו חתומה ישראל.¹¹⁹ נוסח זה מעביר את המסר כי יחס משפיל או אכזרי אינו נופל בחומרתו בהכרח מעינוי פיזי. לצד זאת, נכללים גם מעשי אלימות ללא הבחנה בין "אלימות של ממש" או אלימות שאינה של ממש. זהו, בעינינו מסר חינוכי הכרחי אשר קובע שגופו של הנחקר מוגן מפני החוקר. הרעיון שניתן להפריד דיכוטומית ולמצב גדר בין אלימות קלה לאלימות קשה בנוי על אשליה. לעומת זאת, ברור שלא ניתן עוד להגן על גוף הנחקר, שכן מרגע שמוסר ממנו ה"טאבו" כל שימוש באלימות מזמין אסקלציה והוא בבחינת מדרון תלול. לצד זאת, הסיפא מחייבת לתת את הדעת גם ביחס לאמירות או מעשים אשר עשויים למוטט את כוח רצונו

Carol A. Brook et al., *A Comparative Examination of Police Interrogation of Criminal Suspects in Australia, Canada, England and Wales, New Zealand, and the United States*, 29 WM. & MARY BILL RTS J. 909, 952 (2021).

¹¹⁷ ובשפת המקור: "any relevant condition or characteristic of the person who made the admission, including age, personality and education and any mental, intellectual or physical disability to which the person is or appears to be the subject". יש לציין שהודאה תיחשב כוולונטרית אלא אם טען הנאשם אחרת או שהנסיבות מעוררות ספק ביחס לרצונו למסרה. במקרה כזה, ההודאה תיפסל אלא אם התביעה מצליחה להוכיח, במאזן הסתברות, שהיא נמסרה מרצון. יש להסתייג מרף ראיית נמוך זה, שאין כל הצדקה לאמצו.

Thomas Weigned, *The Potential to Secure a Fair Trial Through Evidence Exclusion: A German Perspective*, in DO EXCLUSIONARY RULES ENSURE A FAIR TRIAL? A COMPARATIVE PERSPECTIVE ON EVIDENTIARY RULES 61, 76 (Sabine Gless et al. eds., 2019).

¹¹⁹ נכון להיום, האיסור על עינויים אינו קבוע בחוק הישראלי וזאת על אף שישראל חתומה על האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי-אנושיים או משפילים. זאת אף בניגוד להמלצותיה של ועדת טירקל ובניגוד להצעת היישום של ועדת צ'חנובר הצוות לבחינה וליישום הדוח השני של הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 10.05.31 (ועדת טירקל) בנושא הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינ-לאומי לפיה נכון לחוקק את עבירת העינויים, והקבינט קיבל את עמדתה כבר בשנת 2016.

של הנחקר גם אם הם אינם מגיעים לכדי אלימות. אמצעים אלה כוללים למשל, הבטחה או פיתוי מחד גיסא, או איום שאינו נוגע לאלימות בהכרח, מאידך גיסא. דוגמה קיצונית הינה אדם המודה במסגרת גביית הודאה, בביצועה של עבירה כדי להסיר מעל משפחתו איום של ביטול אשרת עבודה או שהייה במדינה.

בדומה לדין האנגלי והאוסטרלי, נוסח זה יאפשר לבית המשפט להביא בחשבון את מאפייניו המיוחדים של הנחקר הנדון אשר עשוי להיות בעל כוח רצון ועמידה חלש בשל מאפייניו האישיותיים. בכך יש כדי לתמרץ את התביעה והמשטרה לספק ערובות מספקות לשמירה על האוטונומיה של החשודים, ולהוות תמרץ שלילי לשימוש התדיר בתרגילי חקירה כגון מדובבים וראיות בדויות, ואף בהפחתת השימוש במעצרים - כלים בעייתיים כשלעצמם,¹²⁰ ובמיוחד כאשר הם מופנים כלפי קבוצות פגיעות כמו קטינים, פגועי נפש, או שייכים לאוכלוסייה מוחלשת.

במקרים בהם הראיה העיקרית נגד נחקר היא הודאתו אך לטענתו, שיש לה תימוכין, ננקט כלפיו אמצעי מן המפורטים בסעיף 12(ב)(1), תיבחן טענתו על ידי שופט חוקר או גורם מהפרקליטות שאין לו זיקה לצוות החקירה. לצד זאת, מכיוון שנמצא שהודאה מחוץ לכותלי בית המשפט, שהנאשם מבקש לחזור ממנה, עשויה להוביל להטיות קוגניטיביות גם בקרב השופטים, ראוי לשקול אפשרות שמשפט הזוטא יתקיים על ידי מותב נפרד מהדין בדין העיקרי על מנת למנוע את החשיפה של ההודאה שנפסלה ואת השפעתה, בדומה לדין הנהוג למשל באיטליה.¹²¹ באיטליה, אין הליך מוגדר של "משפט זוטא" אבל יש שופט בהליך הקדם משפט, אשר מחליט אילו מהראיות שנאספו על ידי התביעה יוצגו לשופט הדין בתיק. רק ראיות שהוחלטו על ידי השופט שהן קבילות וראויות לעבור לשלב הבא יועבר לתיקית המשפט. מערכת זו, הנקראת "מערכת שני התיקים", כפופה לסעיף 431 לקוד סדר הדין הפלילי (Codice Di Procedura Penale), אשר קובע אילו ראיות ניתן להעביר לשלב המשפט.¹²²

הנחות קודמות בספרות, וכן בהצעות חקיקה קודמות, לפיהן מוטב שבית המשפט יעמוד על משקלה של ההודאה בסופו של המשפט אינה הולמת ממצאים בדבר השפעותיה העוצמתיות של הודאה על הטיותיהם של שופטים לאחר חשיפתם להודאה. הגם שישנם שיקולים טקטיים נגד קיומו של משפט זוטא,¹²³ הניסיון מלמד שללא טענות נגד קבילות, הסיכוי שההודאה לא תספיק להרשעה

¹²⁰ להרחבה אודות הבעייתיות בשימוש במעצרים כאמצעי חקירה ראו: דליה צמרין חלק, "עיוותי דין בחקירה בהקשר למניעת זכויות הנחקר" בתוך: **הרשעות שווא - היבטים פילוסופיים, פסיכולוגיים וארגוניים** 242 (פלד-לסקוב ואחי עורכים, 2012), רינת קיטאי סנגירו, "שאלת חוקיותו של מעצר לצורך חקירה" **עלי משפט** ו 47 (התשס"ז).

¹²¹ לפירוט ראו: Hanna Kuczynska, *Mechanisms of Elimination of Undesired Evidence from Criminal Trial: A comparative Approach*, 7 REV. BRASILERIA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL 43, 70 (2021).

ראו הצעה זו גם אצל בנימין בלוס ואחי, "אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית" **משפטים** מו 815, 843 (תשע"ח). חלופה אחרת, אשר הציע ואקי, היא שמשפט הזוטא ייערך לפני המותב הדין בתיק העיקרי, ושרק אם המותב מכריע על פסילת ההודאה – יועבר ניהול התיק אל מותב משפט אחר. ראו ואקי, **דיני ראיות**, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 923.

¹²² ראיות אלה כוללות: ראיות אשר באופן אובייקטיבי לא ניתן להגיע אליהן במהלך המשפט; ראיות אשר עלולות להיאבד לפני המשפט; ראיות פיזיות הקשורות לפשע, אמרות חוץ של הנאשם, ומסמכים אשר שני הצדדים מסכימים על העברתם.

¹²³ כאמור בפרק ב, ועדת גולדברג סברה כי הנאשם חושף את עצמו לאפשרות שבית המשפט ימצא את גרסתו בלתי אמינה כבר בתחילת המשפט. במצב דברים זה, בו נחשף בית המשפט לתוכן ההודאה חרף העובדה שהיא נפסלה אחר-כך, ההכרעה השיפוטית עלולה להיות מוטת. ראו בדוח גולדברג, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 18. לכך ניתן להוסיף את העלויות של העלאת הטענה, בעיקר כתיבת נימוקים של בית המשפט להחלטתו על חוסר אמינותו של הנאשם, באופן המהווה נקודת פתיחה רעה ביותר עבור הנאשם. טיעונים אלה נכונים אך הם אינם גוברים על הסכנות הטמונות בהצגתה של הודאה אשר נגבתה במקרים הנטענים להיות תחת סעיף 12(ב)(1). במקרים המפורטים בס"ק (2) ו(3) ניתן שבית המשפט יקבל את האמרה על תנאי שלא במסגרת משפט זוטא וההחלטה על קבילותה תתקבל בסוף הדין. זאת מפני שההכרעה בטענות של קבילות מסוגים אלה היא מושכלת יותר לאחר שהתמונה כולה נפרשת בפני בית המשפט.

הוא קלוש. כאשר עורך הדין של הנאשם מוותר על התנגדות להגשת ההודאה בטענת חוסר קבילות תוך שהוא שומר על זכותו לטעון אחר כך נגד משקל ההודאה, הסיכוי שיקבע בסוף שההודאה נמסרה כדת וכדין אך משקלה נמוך ואינו מאפשר לסמוך עליה לשם הרשעה – קטן ביותר.

(ב) סעיפים קטנים ב(2) ו-ב(3) – מתן שיקול דעת לבית המשפט בדבר הודאה אשר נסיבות גבייתה נראות חשודות

- (2) סבר בית המשפט כי נסיבות גביית האמרה מחשידות אותה כשקרית ולא השתכנע באמינות ההודאה;
- (3) אם הנזק לטוהר ההליך השיפוטי שבקבלת האמרה עולה על הנזק האפשרי לעשיית דין אמת שבפסילתה;

בסעיף קטן ב(2) מוצע לעגן כלל פסילה למקרים שאינם נופלים בגדר סעיף קטן (1), כלומר כשלא הוכח שימוש באמצעי הפוגע בגרעין של כבוד האדם. הרציונל לפסילה הוא החשש לחוסר אמינותה, שעשוי לנבוע משימוש באמצעים פסולים שאינם נופלים בגדר סעיף קטן (1), מן הלחץ "הרגיל" של חקירה בתנאים של מעצר, לעתים תוך שילוב עם מאפיינים אישיותיים ההופכים את הנחקר "קל לשבירה" או במונחים נזיקיים בעל "גולגולת דקה". סעיף זה מסמך את ידיו של בית המשפט לבחון, בהסתמך על מכלול הנסיבות, לרבות נתוני האישיים של הנחקר, אם מדובר בהודאה החשודה בשקר. בתוך כך, על בית המשפט לבחון שני תנאים: השפעתו המצטברת של מכלול האמצעים אשר ננקטו במסגרת החקירה (הפסולים והחוקיים) על אמינות ההודאה והאם יש בחומר הראיות כדי לסתור את ההנחה שמדובר בהודאה שקרית. ברור שאם יש בחומר הראיות סממנים או אינדיקציות לשקריות ההודאה, יש להביאם בחשבון. חשיבות נודעת גם לשאלה – האם ניתן להצביע על הסבר סביר להודאת הנאשם, בשים לב לכך שהיא ככלל צעד של פגיעה עצמית, לעתים קשה ואף אנושה, ולכן טעונה הסבר. בהעדר הסבר, מתחזקת הסברה שההודאה נמסרה עקב הלחץ שבו היה נתון הנחקר ולכן יש לפקפק באמינותה.

סעיף זה אינו תלוי בהעלאת טענות מצדו של הנאשם, אלא מאפשר לבית המשפט, מיוזמתו הוא, להחיל כלל פסילה מסויג ונדחה (עד להכרעת הדין) אשר מתנה את קבילות ההודאה ביתר הראיות אשר יוצגו בפניו במהלך המשפט.¹²⁴

סעיף קטן (3) מהווה המשך ישיר של סעיף קטן (2), במובן זה שהוא מותיר בידי בית המשפט את סמכויותיו הנתונות לו כיום. מטרתו היא להסמך את בית המשפט לפסול אמרות אשר נגבות תוך פגיעה בהוגנות הליך החקירה, כתמונת ראי להלכת יששכרוב ועיגונה בפקודה. גם בפקודת הראיות, זוהי סמכות בשיקול דעת אשר תסמך את הרשות השופטת לגבות מחיר ראייתי במקרה המתאים, למשל, על שימוש בפיתוי פסול, במסגרת שאלת הקבילות. הפעלת הסמכות היא פרי איזון

¹²⁴ סעיף זה כולל בתוכו את הצעתה של ועדת גולדברג לפיה כאשר "מתעורר חשש בליבו של בית המשפט שהנאשם הודה עקב פגם בנפשו (הגם שאינו מוגיע כדי מחלת נפש)" – ייעזר בעדויות מומחים. שם, ה"ש 1 לעיל, בעמ" 50. הסעיף שהוצע אז הינו תוספת לחוק סדר הדין הפלילי הקובע: "א) בית המשפט רשאי ביוזמתו, או לפי בקשת אחד הצדדים, למנות מומחה מטעמו אשר יחוה דעתו בענין מצבו הנפשי והשכלי של הנאשם ואישיותו, ובלבד שניתנה הסכמת הנאשם לכך. (ב) נתמנה מומחה כאמור בסעיף קטן (א) יהיו הצדדים רשאים להזמין את המומחה לבית המשפט ולחקירה, אולם לא יהיו רשאים להביא עדות נוספות של מומחה לענין הנדון אלא ברשות בית המשפט."

בין הפגיעה בטוהר ההליך השיפוטי אם תתקבל ההודאה לבין הפגיעה בעשיית דין אמת. ההודאה תיפסל כאשר הפגיעה הראשונה עולה על השנייה.

הסדר דומה מצוי בדין האנגלי. סדר הדין הפלילי באנגליה נשען על הוגנות ההליך וכל ראייה - בין אם הושגה באמצעים בלתי חוקיים, בלתי הוגנים או תוך הפרתן של זכויות – יכולה להיחשב כפגיעה בהליך הוגן. שיקול הדעת בעניין זה על כן, נתון לבית המשפט. סעיף 78 לחוק הראיות האנגלי קובע כדלקמן:

בכל הליך בית המשפט רשאי שלא להתיר את הגשתה של ראייה אשר התביעה מבקשת להסתמך עליה אם הוא סבור כי, ולאחר ששקל את כל הנסיבות לרבות הנסיבות אשר ליוו את השגתה של הראייה, לקבילותה של הראייה תהא השפעה שלילית על הוגנות ההליך באופן שבית המשפט מוכרח שלא לקבלה.¹²⁵

בתי המשפט באנגליה העניקו פרשנויות שונות לתיבה "השפעה שלילית" ולכן הטעם המדויק לפסילה נותר שנוי במחלוקת. מה שברור הוא שהשופטים נהנים ממידה רבה של שיקול דעת בהפעלתו של סעיף 78 ולכן יש ערך תקדימי מועט באופן יחסי להחלטות מסוג זה. המסקנה לכך, היא שראיות הנגזרות מהתנהגות בלתי חוקית אינן בהכרח פסולות בדין הפלילי האנגלי, אבל הן יכולות להפעיל את סעיף 78 בהתאם לנסיבות.¹²⁶

(ג) סעיף קטן (ג) - קביעת כללי ההליך המתקיים בעקבות טענה נגד קבילות האמרה

(ג) הועלתה טענה נגד קבילות האמרה לפי סעיף קטן (ב)(1), בית המשפט יפסול את ההודאה, אלא אם הוכיחה התביעה מעבר לספק סביר שההודאה – ללא קשר לאמיתותה האפשרית – לא נגבתה בנסיבות האמורות. סבר בית המשפט שאמרה הושגה בנסיבות כאמור בסעיף קטן (ב)(2) או שהתקיימו התנאים אשר בסעיף (ב)(3), תקובל האמרה על תנאי, וההכרעה לענין קבילותה תינתן בהכרעת הדין.

הצרוף של הוראות אלה נועד להעביר מסרים ברורים לחוקרים בדבר ציפיות המערכת מהם, כלומר היחס השלילי החד-משמעי כלפי אמצעי חקירה הפוגעים בכבוד האדם (מול המצב היום שבו המסר המערכת הוא עמום ועמוס בסתירה פנימית, שעלולה לעודד דווקא שימוש באמצעים כאלה). המסר הנוסף הוא שהשיטה המשפטית מעוניינת אך ורק בהודאות אמת, רואה בהודאות שקר מפגע חמור וחוששת מפני הודאות שווא גם בתנאים של חקירה במעצר שלא נעשה בהם שימוש באמצעים שהם פוגעניים במיוחד. מה שמתחייב הוא שינוי בתפיסה הבסיסית כלפי המעצר והתשאול של נחקרים וחשודים: האמירה שמרבים לחזור עליה שאין מדובר בשיח בין סוחרים הגונים¹²⁷ צריכה להיות מוחלפת בתביעה נורמטיבית, מסוג זה הקיימת באנגליה, לפיה המעצר והתשאול חייבים להיערך באופן הוגן, אחראי, מתוך כבוד, וללא אפליה בלתי חוקית.

(ד) סעיף קטן (ד) - אי פסילתן של ראיות נגזרות עצמאיות

¹²⁵ Brook et al., *A comparative Examination of Police Interrogation* 126 לעיל, בעמ' 957.

¹²⁶ שם, בעמ' 958.

¹²⁷ ע"פ 216/74 כהן נ' מדינת ישראל, כט(1) 340, 352 (1974), פסק דינו של השופט ויתקון.

(ד) פסל בית המשפט אמרה לפי סעיף קטן (ב), אין בכך לפסול ראיות עצמאיות אחרות לאשמתו של הנאשם שנתגלו כתוצאה מההודאה.¹²⁸ ואולם, לא תוסק מסקנה לחובת הנאשם מן העובדה שהודאתו הובילה לראיה נגדו.

יש קשר בין הדינים החלים על פסילת הודאה לבין סוגיית הראיות הנגזרות העצמאיות. ככל שהדינים החלים על פסילת הודאה יוצרים הרתעה מספקת מפני שימוש באמצעים פסולים, אין צורך בהרתעה נוספת, ולהפך. המחיר של פסילת ראיה עצמאית הוא כבד משום שהוא עלול להביא לזיכויו של האשם, על כל ההשלכות השליליות של תוצאה זו. זאת ועוד, אמון הציבור בשיטה המשפטית עלול להיפגע שכן הציבור מצפה לזיקה חזקה בין האמת העובדתית לבין האמת המשפטית ומבקש לראות בהליך המשפטי אמצעי לגילוי האמת וקביעתה, להבדיל מזירת היאבקות שבה נגבה מחיר על חשבון הציבור וביטחונו ממי ש"פישל". בהתאם לכך, ובדומה להצעתה של ועדת גולדברג,¹²⁹ מוצע לעגן את הגישה המקובלת אצלנו בנושא, ולא להחיל את דוקטרינת פירות העץ המורעל ככל שאלה נוגעות לראיות עצמאיות הנובעות מההודאה, אך הדבר יהא נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, וזאת בהלימה לסעיף 56 לפקודה.¹³⁰ לצד זאת, מוצע להוסיף את הסיפא על מנת לחדד את ההבחנה בין ההודאה לראיות הנגזרות ממנה. זאת, גם כדי למנוע תמריץ שלילי ביחס למסירת מידע כזה.¹³¹

(ה) סעיף קטן (ה) - דרישת תוספת ראייתית מסוג סיוע

(ה) לא יורשע נאשם על סמך הודאה שהתקבלה לפי סעיף זה אלא אם כן מצא בית המשפט בחומר הראיות ראיה חיצונית לנאשם המסבכת את הנאשם בביצוע העבירה. אולם, במקרים מיוחדים ומטעמים שיירשמו, רשאי בית המשפט להרשיע בהעדר סיוע, אם יש בחומר הראיות ראיה נוספת שהיא חיצונית לנאשם אשר יש בה בנסיבות הענין, כדי לתמוך בהודאתו בעבירה. הוכחה – באמצעי תיעוד אלקטרוניים – כי נמסרו על ידי הנאשם פרטים על העבירה שהם בתחום ידיעתו המיוחדת של מי שהשתתף בביצוע העבירה, ואשר לא היו ידועים למקורות אחרים – תשמש סיוע.

המדינות שנסקרו מלמדות שהדרישה לתוספת ראייתית במקרים של הודאת חוץ משתנה והיא תלויה נסיבות ועבירות.¹³² בשיטות משפט המחויבות לעקרון ההערכה החופשית של ראיות על ידי

¹²⁸ נוסח זה לקוח מהצעתה של ועדת גולדברג.

¹²⁹ כאמור בדוח גולדברג "אם נמצא האקדח בו בוצעה העבירה, במקום שהנאשם ציין אותו בהדיה פסולה, אף עובדה זו לא תשמש ראיה קבילה. לא כן אם נמצאו על האקדח טביעות אצבעותיו של הנאשם, שהן בגדר ראיה עצמאית לאשמתו, שתקובל כראיה" ראו שם, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 17.

¹³⁰ ראו בהרחבה בפרק א. סעיף 56 הותיר את סוגיית הראיות הנגזרות פתוחה.
¹³¹ כך למשל, המשפט האנגלי לא אימץ את דוקטרינת "פירות העץ המורעל" הקובעת שיש לפסול ראיות אם הן הושגו באופן בלתי חוקי או בלתי הוגן. סעיף 76(4)(a) לחוק הראיות האנגלי משקף את עמדת המשפט המקובל, כאשר הוא קובע כי "העובדה שהודאה נפסלה במלואה או בחלקה בשל סעיף זה, לא משפיעה על קבילותה של ראיה... בדבר עובדות שהתגלו כתוצאה מאותה הודאה." יחד עם זאת, סעיף 57(5) מוסיף שהראיה הנגזרת חייבת להיות רלוונטית בזכות עצמה ואין היא יכולה להיות תלויה בשום צורה בכך שהחשוד הוא המקור לה. גם בית המשפט הגרמני אימץ עמדה דומה. אמנם ראייה שנפסלה אינה יכולה להיכלל במצבור הראיות או להוות בסיס להחלטה של בית המשפט, אך אין בכך כדי למנוע את קבלתן של ראיות נגזרות. Weigned, *Evidence Exclusion: A German Perspective*, ה"ש 128 לעיל, בעמ' 84-85.

¹³² גיא בן דוד במאמרו מציין כי סקוטלנד למשל דורשת להוכיח שהעבירה בוצעה ושהאשם הוא זה שביצע אותה – על ידי שתי ראיות עצמאיות לכל אחד מהיסודות הללו. כמו כן, בארצות הברית נדרשת תוספת ראייתית ולא ניתן לבסס הרשעה רק על הודאה, אבל בדומה לדין הישראלי, גם בדין האמריקאי עוצמת התוספת משתנה בהתאם לנסיבות. בית המשפט העליון האמריקאי קבע הלכות נוספות בנושא זה אשר קומנטרים חילקו אותם לשניים: פשעים מוחשיים (כמו

בית המשפט, כמו המשפט הגרמני, אך טבעי הוא שלא תימצא הוראה כזו. אין ללמוד מכך על האופן בו מתייחסים חוקרים, תובעים ובתי משפט להודאה ערומה. אם ההכרעה על דיות הראיות היא בידי חבר מושבעים שאינו מנמק את הכרעותיו, יש ערך מוגבל, אם בכלל, לדרישה פורמלית כזו.

במסגרת ועדת גולדברג, הצעתנו היא להעלות את דרישת החיזוק להודאה ל"סיוע" כדרישה כללית, כאשר ניתן לרדת ממנה, במקרים מיוחדים, ומטעמים שירשמו, ולהסתפק בראיה נוספת שיש בה, בנסיבות העניין, כדי לתמוך בהודאתו בעבירה, ושהיא חיצונית לנאשם.¹³³ ועדת ארבל הציעה גם היא לקבוע בדין נסיבות שבהתקיימותן על בית המשפט לדרוש תוספת ראייתית של סיוע תוך יצירת דיפרנציאציה בין התוספות שיידרשו בנסיבות שונות לשם הרשעה על סמך הודאת חוץ של נאשם כראיה היחידה.¹³⁴ איננו סבורים שיש ליצור דיפרנציאציה שכזו. דבר מה נוסף יכול תמיד להימצא כאשר תרים אחריו, קל וחומר כאשר מקורו בנאשם. לכאורה, ניתן לקבוע שדבר-מה נוסף יהא תוספת ראייתית חיצונית לנאשם, על מנת להסיר את החשש שההודאה נמסרה מתוך לחצים פנימיים או חיצוניים של המודה.¹³⁵ ואולם, תמיד ניתן למצוא עיגון במציאות למה שנמסר בהודאה, ואם חסר- אפשר להביא להשלמה כזו. כאשר מחפשים חיזוק להיפותזה, הוא כמעט בהכרח יימצא. האם מדובר בדרישה שגם אם אינה מועילה, אינה מזיקה? אנו חוששים שיש בה כדי להזיק משום שהיא יוצרת תחושת ביטחון כוזבת ביחס להודאה. הימצאות דבר מה נוסף מסייעת לבית המשפט להשתכנע בכך שהוא יכול לסמוך על ההודאה. ומשום שדבר מה נוסף ימצא תמיד, אין הצדקה להשתכנעות הזו, בעצם מדובר בהונאה עצמית.

ההוראה המוצעת מיועדת לצמצם את הסיכון של הרשעת אדם חף. יש לה תכלית נוספת של המרצת החוקרים והתובעים לעשות מאמץ מירבי לאתר ראיות כאלה, שהן בהכרח חיצוניות לנאשם – גם במקרים מיוחדים. ההנחה היא שככלל מאמץ כזה יהיה פורה. ככול שהראיות האלה מתגלות בשלבים מוקדמים של החקירה, גיליון מפחית את הסיכון שהחוקרים יפעילו לחץ (גם חוקי) על מי

פציעות גוף או עבירות רכוש) יכולים להיות מאומתים על ידי הוכחה שהפשע התרחש ואין צורך בהצגת ראיה הקושרת בין העבירה לנאשם. לעומת זאת כאשר הפשע אינו מוחשי (כמו העלמות מס) התוספת הראייתית צריכה להיות כזו אשר מסבכת את המודה. באנגליה אין דרישה לתוספת ראייתית מלבד בשתי עבירות: בעברה של עדות שקר, ובעברה של נהיגה במהירות מופרזת כאשר ישנו רק עד ראיה אחד. תחת זאת, שופט רשאי, במקרים מסוימים, להנחות את חבר המושבעים בדבר הסכנה שבהסתמכות על עדויות מסוימות, וזאת כאשר ישנו בסיס ראייתי לחשוד שהעדות הנשמעת אינה מהימנה. גיא בן דוד, "מבט דסקריפטיבי ומבט ביקורתי על מערך התוספות הראייתיות בישראל ומגמותיו" **משפט ועסקים** כב 1 (2019). בגרמניה אין הוראה סטטוטורית הקובעת תוספת ראייתית, ולא נמצא גם כלל פסיקתי הקובע זאת. בניו זילנד ישנה הוראה שקובעת בפירוש שאין צורך בתוספת ראייתית מלבד עבירות ספציפיות (לפי סעיף Evidence Act-121 עבירות אלה כוללות: שבועות שווא, זיוף, הצהרות כוזבות, או בגידה).

¹³³ סנגירו מתח ביקורת על הסיפא המוצעת באומרו כי הנוסחה המוצעת עמומה מדי, לנוכח דוגמאות שהוצגו. לדבריו: "הנוסחה של 'במקרים מיוחדים ומטעמים שירשמו' היא מעורפלת מאוד ומדי. חובת הנמקה של פסק דין חלה על השופט ממילא. מה הם 'המקרים המיוחדים'?" הדוגמאות שמביא פרופ' קרמניצר בדוח הוועדה – "העבירה בוצעה לפני זמן רב ולא היה ידוע על ביצועה, שיטת ביצוע שיש בה כדי להעלים סימנים תומכים" – אינן יוצרות מהות ברורה אלא מותירות פתח מילוט שדרכו, חוששני, יעברו כל המקרים שבהם השופט יאמין להודאה אך לא תוצג בפניו ראיה סיוע. והרי ניתן לחזות בטענה (טאטולוגית) של התביעה, של לפיה עצם העובדה שלא נמצאו סימנים תומכים היא הנותנת שדובר "בשיטת ביצוע שיש בה כדי להעלים סימנים תומכים". בועז סנגירו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם "מלכת הראיות" או שמא קיסרית הרשעות השווא, **עלי משפט** ד 245, 273-272 (תשס"ה). דברים אלה אינם משכנעים: זמן רב שחלף מאז ביצוע העברה שלא היה ידוע עליו הוא נתון אובייקטיבי שאינו נתון למניפולציה רטורית. באשר לשיטת ביצוע המעלימה סימנים תומכים, ברור שהכוונה לשיטה מוכחת, כלומר כזו שיש אינדיקציות ברורות לשימוש בה, כגון שהגופה הרלוונטית בותרה, נשרפה או אוכלה בחומצה.

¹³⁴ הצעת החוק קובעת כי על דרך הכלל תידרש תוספת מאמתת לשם הרשעה על סמך הודאת חוץ של נאשם, אך בנסיבות מסוימות, הקבועות בדין תידרש תוספת מסבכת. נסיבות אלה כוללות את המקרים הבאים: כאשר הנאשם היה קטין בעת גביית ההודאה; כאשר ננקטו על פי הנאשם אמצעים פסולים שאינם עולים כדי עינויים; כאשר הנאשם לקה בעת גביית ההודאה בלקות שכלית או נפשית; וכאשר התייעוד של הודאת הנאשם היה לקוי במידה המשפיעה על יכולתו של בית המשפט להתרשם מההודאה ולהעריכה. כן מוצע לדרוש תוספת ראייתית כל אימת שמתקיימת נסיבה שבעטייה בית המשפט סבור כי נדרשת ראיה המסבכת את הנאשם בביצוע העברה לשם הסרת ספק בדבר אמיתות ההודאה.

¹³⁵ את רעיון זה הציע אהוד קמר, "דבר-מה נוסף מפי הנאשם", **פלילים** ה 277, 280 (ינואר 1996).

שאינו כלל מעורב בפשע. כל עוד רוב החקירות מתקיימות ללא תיעוד מלא, דרישה זו היא חיונית, ואין לוותר עליה.

בספרות ובפסיקה ישנה מגמה לבחון את התוספת הראייתית מכיוון הפוך, של הפרכה. השופט הנדל בפסק דין **וולקוב** הציע להרחיב את בחינת קיומו של דבר מה נוסף לבחינה של "דבר מה חסר" או "דבר מה סותר".¹³⁶ גישה זו התקבלה במידה רבה בפסיקה,¹³⁷ ואף הוצעו הצעות להרחיבה.¹³⁸ מן הראוי לתמרץ את גופי החקירה לתור אחר דבר מה חסר ודבר מה סותר, שכן ספק אם יעשו כן ללא תמריץ כזה. אין מניעה לאמץ את מבחן ההפרכה כמבחן העשוי להפחית ממשקלה של הודאה, ובמקביל לדרוש, ככלל, סיוע פוזיטיבי כתנאי להרשעה.¹³⁹

¹³⁶ פרשת **וולקוב**, הי"ש 4 לעיל, פ"ס 4 לפסק דינו של השופט הנדל.
¹³⁷ למשל: עניין **זדורוב** הי"ש 47 לעיל, ע"פ 6296/13 **אדריס נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 22.3.2015); ע"פ 4855/16 שוויקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.11.2018); ע"פ 3140/10 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 25.11.2012).
¹³⁸ דורון מנשה ואיל גרונר, "כיצד למזער את סיכון של הודאות השווא", **משפט מפתח כתב העת של פרקליטות המדינה** (דצמבר 2016).

¹³⁹ הלפרט וסנגירו סבורים כי אין להתייחס להודאה כראיה מרכזית הדורשת סיוע, אלא להתייחס להודאה כתוספת ראייתית עבור ראייה מרכזית אחרת. לדבריהם רק בכך יהיה כדי לשנות את המגמה של התרכזות בחשוד. מרדכי הלפרט ובוועד סנגירו, "מכשל 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). לדעתנו, יש בהצעה זו משום הפרזה, במיוחד לגבי הודאות שנתקבלו בחקירות שיש לגביהן תיעוד מלא.

שער שני: אכיפתו ופרשנותו של החוק

ג. החקירה המשטרית והודאות שווא

כפי שעולה מהפרק הקודם, חרף ההבדלים אשר בין המלצות ועדות גולדברג וארבל לתיקון החוק ביחס למבחן חופשיות הרצון, הן חולקות מכנה משותף עקרוני והוא ההבחנה בין שימוש באמצעים פסולים המבטאים "אלימות של ממש" אותם יש לפסול באופן קטגורי, ואמצעים שאינם עולים כדי אלימות זו וניתן לקבלם בהתאם לנסיבות. גם אם הצעות אלה לא התקבלו, הבחנה זו מאותתת לחוקרים, לבתי המשפט, ולציבור הרחב, שאלימות "סתם" והשפלה "סתם" במהלך חקירה הן הכרח בל יגונה, ויתרה מכך - שאמצעי לחץ אחר שאינו עולה כדי אלימות והשפלה, הוא אמצעי הכרחי. מסר זה בעייתי ביותר בשלושה מישורים מרכזיים.

ראשית, הוא אינו עולה בקנה אחד עם ספרות המחקר מהעשורים האחרונים לפיה די במניפולציות פסיכולוגיות כדי להביא את הנחקר הרגיל למסור הודאת שווא.¹⁴⁰ כפי שנרחיב מיד, מחקרים אמפיריים מלמדים כי חקירות המתאפיינות בהפעלת לחץ על הנחקר ומשתמשות בטקטיקות אשר מאפיינות שיטות "מוכוונות אשם" הן פחות אפקטיביות מפרספקטיבה של חקר האמת. לעומת זאת, חקירות המתמקדות בראיות החיצוניות לנאשם, ומוכרות כשיטות "מוכוונות מידע" עשויות להוביל לתוצאות בטוחות יותר וכתוצאה מכך – לחזק את ביטחון הציבור ואמונו במערכת החוק. שנית, איתות לכך שאלימות "קלה" או השפלה "סתם" הם אמצעים כשרים או לפחות נסבלים, מגדיל את הסיכוי להתרחשותם ומרחיב אזורים אפורים בחוקיותם אשר טבעם להתפשט. שלישית, אתוס חקירתי שכזה טומן בחובו השלכות נרחבות על רמתה הכללית של החקירה המשטרית, על דמותם של החוקרים ותכונותיהם, ועל הכשרתם.¹⁴¹

1. שיטות חקירה מוכוונות אשם ושיטות חקירה מוכוונות מידע

בקרב המדינות הדמוקרטיות ניתן להצביע על שתי שיטות חקירה מרכזיות – שיטות מוכוונות אשם (interrogative methods accusatory) ושיטות מוכוונות מידע (information gathering methods),¹⁴² כאשר על הרצף ביניהן ניתן למקם שיטות חקירה היברידיות נוספות אשר משלבות את השתיים. שתי השיטות מתבססות על טכניקות פסיכולוגיות לחקירתם של חשודים, אך הן שונות זו מזו בהנחות המוצא הראשוניות שלהן ובכלים בהם הן משתמשות.

(א) חקירה מוכוונת אשם

אחד מעקרונות היסוד שבמשפט הפלילי הוא חזקת החפות לפיה הנאשם חף מפשע כל עוד אשמתו לא הוכרעה על ידי בית המשפט המוסמך לקבוע זאת. חזקה זו, מכתובה את נטל ההוכחה והרף הראייתי לפיהן על התביעה להוכיח אשמה מעבר לכל ספק סביר בכדי להביא להרשעתו של

¹⁴⁰ ראו למשל: Saul M. Kassin, *False Confessions: Causes, Consequences, and Implications for Reform*, 112 POLICY INSIGHTS FROM THE BEHAVIORAL AND BRAIN SCIENCES (2014) 1.

¹⁴¹ מרדכי קרמניצר "הרשעה על סמך הודאה – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א 205, 215 (1993).

¹⁴² הילה שפרלינג-סטרן וליל פטישי, "שיטות חקירת חשוד והסיכון להודאת שווא: שקרים ביחס לראיות המפלילות כגורם סיכון מרכזי לנחקר חף מפשע" הסניגור 4, 274.

נאשם.¹⁴³ ואולם, בהליכים פליליים הקודמים למשפט, חלוקה זו בין חזקת אשם לחזקת חפות עשויה להיות עמומה יותר,¹⁴⁴ ובפרט במסגרת חקירה מכוונת אשם.¹⁴⁵ חקירה מכוונת אשם מתוארת בספרות הקרימינולוגית והפסיכולוגית כחקירה המתבססת על עימות ומניפולציות פסיכולוגיות המופעלות על הנחקר, על מנת לגבות ממנו הודאה.¹⁴⁶

הדוגמה הפרדיגמטית לסוג חקירה שכזה היא טכניקת ריד, אשר פותחה בשנות השישים על-ידי ג'ון ריד, חוקר משטרה לשעבר ממשטרת שיקגו, ופרד אינבאו, פרופסור למשפטים מאוניברסיטת נורת'ווסטרן.¹⁴⁷ היא מחולקת לשלושה שלבים מרכזיים: ניתוח מידע (fact analysis), ראיונות (interviews), וחקירה (interrogation). לפי מדריך ריד, איסוף המידע מתבצע באופן אידיאלי בטרם ראיונות עם חשודים פוטנציאליים¹⁴⁸ אך יש לנצל כל הזדמנות לערוך ראיון, וזאת גם אם החוקרת טרם הספיקה לאסוף די מידע עובדתי חיצוני.¹⁴⁹ השלב הראשון והשני על כן לא פעם מתמזגים זה בזה, גם אם אידיאלית הם אמורים להיות מובחנים ונפרדים.

שלב הראיון אינו כולל עימותים אלא מתמקד בהמשך איסוף מידע של החוקרת מהמראיין בכדי להעריך האם יש להמשיך לשלב השני ולחקרו. הראיון מתנהל בצורה פתוחה, שאינה אקוויזטורית (מאשימה), וללא מבנה מסודר, אלא באופן איטי יחסית על מנת לאפשר למראיין להגיב ולחשוב על תשובותיו. בשלב זה על החוקרת לנסות ולזהות האם המראיין מנסה לשקר או לרמות, תוך שעליה לבחון, על-פי המדריך- "קשר עין, הבעות, רטוריקה וסימנים אחרים שעשויים להעיד אם הוא משקר או דובר אמת."¹⁵⁰ על החוקרת להעריך זאת על פי התנהגותו לצד הערכה עצמאית של המידע העובדתי שאספה.¹⁵¹ אם החוקרת בטוחה, או בטוחה למדי בכך שהמראיין משקר, היא תתקדם לשלב השני. כלומר, יכולתה של החוקרת לזהות האם החשוד דובר אמת מהווה מרכיב מכריע בהחלטה האם להניח שהחשוד עשוי להיות אשם ולהתקדם לחקירה.¹⁵² שלב זה צריך, אך

¹⁴³ רינת קיטאי, "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים", **עלי משפט** ג' 405, 406-407 (תשס"ד) (להלן: "קיטאי, 'חשיבותה של חזקת חפות'").

¹⁴⁴ שם, בעמ' 433-434. כפי שמדגימה קיטאי, בפסק הדין *Bell v. Wolfish* 441 U.S. 520 (1979) של בית המשפט העליון האמריקני נפסק בדעת רוב כי חזקת החפות יפה בשלב המשפט אך אין היא רלוונטית להליכים הקודמים לו, ולכן אין כל מניעה שנאשמים יזכו ליחס זהה ליחס כלפי עבריינים מורשעים בזמן החזקתם במעצר. בישראל, ובמדינות משפט מקובל אחרות, וכן בקונטיננט חזקת החפות חלה לאורך כל ההליך הפלילי עד להרשעתו של הנאשם. ראו שם.

¹⁴⁶ Jeaneé C. Miller et al., *Accusatorial and information-gathering interview and interrogation methods*: 146 "Accusatorial and information-gathering interview and interrogation methods", 24 *PSYCHOLOGY, CRIME & LAW* 935 (2018) (להלן: "Miller et al., *Accusatorial and information-gathering interview and interrogation methods*").

¹⁴⁷ Jeaneé C. Miller et al., *Accusatorial and information-gathering interview and interrogation methods*: 146 "Accusatorial and information-gathering interview and interrogation methods", 24 *PSYCHOLOGY, CRIME & LAW* 935 (2018) (להלן: "Miller et al., *Accusatorial and information-gathering interview and interrogation methods*").

¹⁴⁸ Joseph P. John E. Reid, *The Reid Technique, in THE INVESTIGATOR ANTHOLOGY* (Brian C. Jayne eds., 2d ed. 2018). בשנת 1931 בארצות הברית, הוועדה הלאומית לשמירת חוק ואכיפה, פרסמה את דו"ח וויקראם אשר היה אחד הפרסומים הרשמיים הראשונים שסיפקו הצצה לטכניקות החקירה במדינה. (ראו: George Wickersham et al., nat'l comm'n on law observance & enft, report on lawlessness in law no. 11, enforcement) הדו"ח חשף שטכניקות החקירה בהן נעשה שימוש ברחבי ארצות הברית התבססו על טכניקות "מדרגה שלישית" ("third-degree"), אשר כללו ארבעה אמצעים מרכזיים: אלימות פיזית אשר אינה מותרת צלקות; תשאול ממושך אשר נועד לכלות את כוחותיו של הנחקר ולהגביר את רצונו להתוודות; אימים, אשר הותאמו לגילו או למצבו המנטלי של הנחקר, ומעצר מנהלי ללא משפט. כאשר נודע לציבור האמריקני אודות הטכניקות הללו, התעורר סקנדל לאומי שהוביל להמצאתה של טכניקת ריד, אשר נחשבה לטכניקה מדודה הרבה יותר שכן היא החליפה את האלימות בכושר השיפוט של החוקרים. ראו אתר של טכניקת ריד הכולל הכשרות, מאמרים, התייחסות לטענות בדבר הקשר בין טכניקת ריד להודאות שווא, ועוד: [/reid.com](http://reid.com).

¹⁴⁹ Fred E. Inbau et al., *Criminal Interrogation and Confessions*, 11 (4th ed., 2004) (להלן: "Inbau et al., *Criminal Interrogation and Confessions*").

¹⁴⁹ שם, בעמ' 6.

שם.

¹⁵¹ שם.

¹⁵² פונג מצייין כי הגם שלפי **מדריך ריד** חוקרים יכולים להבחין בין חשודים אשמים וחפים מפשע 86 אחוז מהפעמים, בשנת 2014 נערך מחקר מקיף אשר מצא שהיכולת האמיתית של חוקרים מיומנים לזהות שקר קרובה יותר ל-67%

אינו מחוייב, להיות מבוסס על ממצאים פורנזיים, ובכושר האבחנה של החוקרת לאור ההכשרה שעברה. ואולם, לא ברור עד כמה ישנה יכולת כזו, כאשר ההתרשמות אינה מבוססת בעיקר על ממצאים פורנזיים. מרואיין, בייחוד אם הוא בתחנת משטרה, עלול להתפתות לשקר כזה או אחר מטעמים שונים, מבלי שתהיה לו זיקה לעבירה. התרשמות כזו יכולה להביא לידי ביטוי סטראוטיפים שונים שנוגעים למוצאו, עברו הפלילי, מראהו, "המרחק" בינו לבין החוקרת, הביטחון העצמי או חוסר הביטחון שהוא מקרין וכדומה.

משנקבעה הנחת היסוד שהחשוד אשם לכאורה, עוברת החוקרת לשלב השני, שלב החקירה, אשר, על פי מדריך ריד, צריך להיות בנוי מתשעה צעדים (על החוקרת להפעיל שיקול דעת אם כולם נדרשים): (1) עימות חיובי, במהלכו החוקרת מתעמתת עם החשוד באמצעות הצהרות ישירות ביחס לאשמתו כגון: "החקירה שערכנו מצביעה על כך שאתה גנבת את הכסף"; (2) מתן השערה לסיבת ביצוע המעשה, אשר נועדה לספק לחשוד הצדק מוסרי, תוך שהחוקרת מצמצמת את אחריותו ומטילה את האחריות המוסרית על הזולת. (3) דחיית ניסיונות הכחשה מצד החשוד. הנחת המוצא היא שנחקר אשם יחדל בשלב מסוים להתנגד להאשמות, בעוד חף מפשע ימשיך להתעקש שהוא לא ביצע את הפשע לגביו הוא נחקר. (4) יצירתו של "נרטיב מאגד" אשר יקשור כל הכחשה עם ההצדקות המוסריות שסיפקה מוקדם יותר החוקרת (לדוגמה: "אני שמחה שצינת עובדה זו כי אני מבינה שזה לא היה הרעיון שלך"); (5) התקרבות פיזית לעבר הנחקר וניסיון לייצר קשר עין עמו; (6) התמודדות עם הלך רוח פסיבי שהחשוד צפוי לשרות בו לאחר שנוכח להבין שהכחשותיו אינן מועילות לו. (7) הצגתן של שאלות אלטרנטיביות, אשר כוללות רק אפשרויות מפלילות. כך, למשל, החוקרת עשויה לשאול: "האם תכננת את המעשה או שביצעת אותו בלהט הרגע?"; (8) ביסוס של וידוי משתמע באמצעות בחירה באחת מהאלטרנטיבות שהוצגו תוך ניסיון לגבות נסיבות נוספות של הפשע מצד החשוד; (9) המרת הווידוי שבעל פה להודאה בכתב.¹⁵³

לפי האתר הרשמי של מכון ריד, אשר אחראי על הכשרות רשמיות של השיטה והפצתה, הטכניקה נהוגה בין היתר בבליגיה, איטליה, סלובקיה, לוקסמבורג, סלבודור, ברזיל, אקוודור, ג'מייקה, פרו, הודו, הפיליפינים, מלזיה, סין, דרום קוריאה, ערב הסעודית, עיראק, וישראל.¹⁵⁴ בעוד לא כל שיטות החקירה המתבססות על טקטיקות אקוויטוריות עוקבות אחר הצעדים שלעיל, הן חולקות לרוב שלוש טקטיקות בסיסיות: (1) מקסום תחושה אצל החשוד שהוא "נתפס" וזאת באמצעות הצגתן של ראיות רבות לאשמתו (כולל ראיות בדויות), ותיגו כשקרן אם הוא מכחיש את מעורבותו; (2) מתן הצדקות לביצוע המעשה (למשל: זו הייתה תאונה, דחפו אותך לכך, היית תחת השפעת סמים או אלכוהול וכו').¹⁵⁵ (3) בידודו של החשוד בחדר על מנת ליצור סביבה "סטרילית" ולהרחיק

אחוים. ראו: Allan Fong, *Interrogations and False Confessions: How the Innocent Are Made Guilty*, 30 S. CAL. REV. L. & SOC. JUST. 363, 372-373 (2021).

¹⁵³ ראו מדריך ריד, ה"ש 148 לעיל, בעמ' 313-314.

¹⁵⁴ אין בכך כדי להעיד בהכרח שהמדינות הללו מאמצות את הטכניקה בשלמותה, והאתר גם אינו מבחיר מה היקף השימוש בה במדינות אלה.

¹⁵⁵ Laure Brimbal et al., *Developing Rapport and Trust in the Interrogative Context: An Empirically-Supported and Alternative Customary Interrogation Practices*, in INTERROGATION AND TORTURE: INTEGRATING EFFICACY WITH LAW AND MORALITY 146, (Steven J. Barela et al., eds., 2020). (להלן: "Developing Rapport").

אותו מהעולם החיצון.¹⁵⁶ ברמה הפסיכולוגית, כל אלה מייצרים יסוד נוסף, שמתבטא ביצירת תלות בחוקרת.

אמנם מדריך ריד מעודד עמדה אובייקטיבית כלפי הנאשם, ולפי העמדה הרשמית של מכון ריד אין מדובר בשיטה מוכוונת אשם,¹⁵⁷ אך קשה להתכחש לעובדה שהצעדים המומלצים לחקירה נבנים סביב הנחת היסוד הראשונית של אשמה אלא אם החשוד מצליח לשכנע אחרת. לכל אורך החקירה, על החוקרת לדחות כל הכחשה או התנגדות מטעם החשוד, אלא אם הוא הביע את אותם סימנים אשר לפי מדריך ריד נוטה לבטא אדם חף מפשע. הנחת מוצא זו מובילה לכך שטקטיקת החקירה מבוססת על הובלתה של הודאה תחת לחץ, הכוללת פעמים רבות תרגילי חקירה והצגתן של ראיות בדויות.¹⁵⁸ קרי, מרגע שהתרשמה החוקרת בדבר שקרנותו של המרואיין - בין אם בגין ראיות חיצוניות ובין אם בשל התנהגותו - הוא עלול למצוא את עצמו תחת מכבש לחצים אשר עלולים להובילו למסור הודאה.

(ב) חקירה מוכוונת מידע

בניגוד לשיטה מוכוונת אשם, מטרתה המוצהרת של חקירה מוכוונת מידע, היא איסוף מידע מהימן ככל הניתן ביחס לנשוא החקירה. מטרת החקירה, אינה להשיג וידוי, אלא להביא את הנחקר למסור כמה שיותר פרטים ומידע. דוגמה נפוצה לשיטת חקירה מוכוונת מידע הינה שיטת PEACE, (להלן: "פיס") אשר פותחה עבור אנגליה ו-וויילס על ידי משרד הפנים האנגלי בשנת 1992, ומודלים המתבססים על שיטה זו אומצו במדינות דוגמת ניו-זילנד, נורבגיה, שוודיה ודנמרק.¹⁵⁹ ראשי התיבות מבטאים את שלבי החקירה: תכנון והכנה (Planning and Preparation); דיאלוג והסבר (Engage and Explain); הבהרות ואתגרים (Account Clarifications and Challenges); סיומת (Closure); והערכה (Evaluation).

בשיטה זו על גוף החקירה לנתב את מאמציו לאיסוף מקסימלי של מידע החיצוני לנחקר בשלב הראשון.¹⁶⁰ כאשר הנחת המוצא היא שאין להזדרז לנהל ראיונות לפני שנאסף המידע הדרוש ככל הניתן.¹⁶¹ בשלב השני מתנהלת החקירה כאשר על החוקרת לעודד את הנחקר למסור כמה שיותר מידע,¹⁶² לאו דווקא הודאה.¹⁶³ במקרים של אי שיתוף פעולה או הכחשת מעורבות, נמצא שטקטיקות כגון הצגת ראיות (שאינן בדויות), הצגתן של סתירות במידע שנמסר, הצגתן של שאלות פתוחות, שאלות חזרתיות, שאלות מעמיקות, התעקשות והתמדה, סיכום חוזר של המידע שנמסר,

¹⁵⁶ Kyle C. Scherr et al., *Cumulative Disadvantage: A Psychological Framework for Understanding How Innocence Can Lead to Confession, Wrongful Conviction, and Beyond*, PERSPECTIVES ON PSYCHOLOGICAL SCIENCE 353, 361 (2020).

¹⁵⁷ Joseph P. Buckley, *Clarifying Misrepresentations About Law Enforcement Interrogation Techniques*, 12 (Feb 12, 2020).

¹⁵⁸ *Developing Rapport*, ה"ש 155 לעיל, בעמ' 6.

¹⁵⁹ בועז סנג'ור, "ביקורת החקירה המשטרית" **מעשי משפט** יב 217, 233 (2021). יש לציין שאתר מכון ריד מציין את הולנד ונורווגיה כמדינות שמשמשות גם הן בשיטת ריד. יתכן שהן השתמשו בו בעבר או שהן סיגלו היבטים מסויים ולא אחרים. כך או כך, האתר אינו מרחיב בעניין זה.

¹⁶⁰ שפרלינג-סטרן ופטישי, ה"ש 142 לעיל, בעמ' 6. להרחבה ראו *Accusatorial and Information-Gathering*, ה"ש 146 לעיל.

¹⁶¹ Ray Bull & Bianca Baker, *Obtaining Valid Discourse from Suspects PEACE-fully: What Role for Rapport and Empathy?*, in THE DISCOURSE OF POLICE INTERVIEWS 42, 47 (Marianne Mason & Frances Rock eds., 2020) ("Obtaining Valid Discourse").

¹⁷² שפרלינג-סטרן ופטישי, ה"ש 142 לעיל, בעמ' 6.

¹⁶³ *Developing Rapport*, ה"ש 155 לעיל, בעמ' 11.

שתיקה והקשבה של החוקרת, והבעת דאגה ואמפתיה – הן בעלות ערך. לעומת זאת נמצא שהפרעות חוזרות, שאלות מנחות, והצעת נרטיב סיבתי לביצוע הפשע (טקטיקות המאפיינות שיטות אקוויזטוריות) – אינן אפקטיביות בקבלת מידע.¹⁶⁴ מטרת החקירה היא לאסוף עובדות אשר יקדמו את פענוח התיק ויהיו בעלות ערך בבית המשפט, לכן, על החוקרות חל איסור להונות את הנחקרים.¹⁶⁵ החוקרת מונחית להסביר לנחקר אודות העבירה שהוא נחשד בגבי ביצועה, ולהדגיש את חשיבותה של כנות תוך ניסיון לקבל את גרסתו המלאה. חשודים רשאים להציג את גרסתם ללא הפרעות, והחוקרות מצופות להקשיב בקשב רב. רק לאחר שניתנה ההזדמנות לנחקר לספק את המידע, מוצג לו המידע שנאסף עובר לחקירה, והוא מעומת עם סתירות הקיימות בגרסתו.¹⁶⁶

לשם כך, עושה החוקרת שימוש אסטרטגי בראיות (Strategic Use of Evidence) קרי, החוקרת שומרת אצלה מידע או ראיות - מבלי לגלותם לנחקר – ובאמצעות חשיפה מחושבת שלהן היא יכולה להעריך את מידת מהימנותו. בבסיס גישה זו מונחת התיאוריה שאשמים וחפים מפשע משתמשים באסטרטגיות שונות במהלך חקירה. בעוד מצופה שחפים מפשע יהיו כנים יותר וינסו להציג כמה שיותר מידע, אשמים יחפשו להימנע מלהזכיר מידע מפליל אם הוא לא מוצג להם ולכן יטו לספק הצהרה קצרה יחסית או אף כזו שסותרת את הראיות הקיימות. לאחר שנמסרה הצהרה מלאה מצד הנחקר, על החוקרת לעמת באיטיות ובוזהירות את הנחקר, תוך מעבר משאלות כלליות לספציפיות, עם סתירות הקיימות בין גרסאותיו.¹⁶⁷ בניגוד לטכניקת ריד שמתבססת על הבעות פנים ושפת גוף על מנת לאתר שקרים של החשוד, מודל פיס נעזר בטקטיקות שנועדו לאפשר אבחון מדויק יותר של מהימנות באמצעות הפרטים שמוסר הנחקר בגרסתו. כמו כן, אם החוקרת מוצאת פערים או סתירות במידע שנמסר היא עשויה להגביר את העומס הקוגניטיבי על נחקר כדי לנסות לחשוף ביתר קלות שקרים ורמייה – כמו לבקש ממנו לספר את גרסתו לאירועים בסדר כרונולוגי הפוך, או לשאול אותו שאלות בלתי צפויות.¹⁶⁸

גם שיטה זו כאמור, נשענת על טכניקות פסיכולוגיות ויתכן שחלקן אף יכולות להשתלב בטכניקת ריד, אלא שמטרתן המרכזית במקרה של מודל פיס היא שיפור הדרכים בהן הנחקר ישתף פעולה באופן אמין ולא חרדתי עד כמה שניתן בעוד מצבו הנפשי של הנחקר בטכניקות מוכוונות אשם אינן מתחשבות במצבו הנפשי של הנחקר אלא אף מנסות לעודד את הבאתו למצב חרדתי ומעורר. בהתאם לכך, אחד המרכיבים החשובים ביותר במודל פיס ובמודלים שצמחו ממנו – אשר זוכה לעניין וכתובה מוגברת בשנים האחרונות - הוא השימוש בטקטיקות המסייעות בטיפוחה של סביבה אוהדת, אמפתיה, אמפתית ואף יחסי ידידות ואמון בין החוקרת לחשוד.¹⁶⁹

בעשורים האחרונים מספר הולך וגדל של מדינות וארגונים החליטו לפתח שיטות חקירה המבוססות על מודל הפיס.¹⁷⁰ בשנת 2016 בנאום שנשא הדווח המיוחד מטעם האו"ם לנושא

¹⁶⁴ Obtaining Valid Discourse, ה"ש 161 לעיל, בעמ' 48-49.

¹⁶⁵ Christian A. Meissner et al., *Accusatorial And Information-Gathering Interrogation Methods And Their Effects On True And False Confessions: A Meta-Analytic Review*, 10 J. EXP. CRIM. 459, 463 (2014) שם.

¹⁶⁷ *Developing Rapport*, ה"ש 155 לעיל, בעמ' 16-17.

¹⁶⁸ שם, בעמ' 15.

¹⁶⁹ ראו למשל שם, וכן ה"ש 161 לעיל.

¹⁷⁰ הולנד יצרה הדרכת חקירה לשוטרים וחוקרים אשר מתבססים על מודל הפיס; נורווגיה יצרה תוכנית דומה אשר נועדה להחליף מניפולציות פסיכולוגיות מתשאלים ויצרה מודל חדש המבוסס על המודל האנגלי. גם ניו זילנד

העינויים בפני העצרת הכללית, הוא קרא "לערוך התייעצות ציבורית רחבה על ידי מדינות ובעלי עניין רלוונטיים אחרים כדי לקיים דיאלוג על פיתוח פרוטוקול אוניברסלי לראיונות (וחקירות) המבוסס על עקרונות יסוד של דיני זכויות אדם, לרבות איסור עינויים, התעללות וכפייה".¹⁷¹ לשם כך, הדגיש הדווח המיוחד שמודל הפיס ומודלים של ראיונות חקירתיים שנוצרו על בסיסו יכולים לספק הדרכה חיובית לפרוטוקול במגוון רחב של הקשרים חקירתיים, לרבות חקירות מודיעיניות וצבאיות.¹⁷²

2. יחסי הגומלין בין הלך הרוח הציבורי בישראל ושיטת החקירה

תופעת הודאות השווא זוכה מזה כמה עשורים להתייחסות רחבה ומגוונת בשלל דיסציפלינות,¹⁷³ כאשר השאלה המנחה היא מה מביא אדם חף מפשע להודות בעבירה שלא ביצע.¹⁷⁴ לצד זאת, הלכה והתפתחה כתיבה אשר בוחנת את הסוגייה מנקודת מבטם של גופי החקירה, ושואלת מה עשוי להניע חוקרות וחוקרים להפעיל לחץ עודף על נחקרים על מנת לחלץ מהם הודאות.¹⁷⁵ התשובה לשאלה זו מורכבת גם היא משלל מאפיינים סוציולוגיים, פסיכולוגיים, וקוגניטיביים אשר משפיעים אחד על משנהו.

בשנות השישים פיתח הרברט פקר שני מודלים לתיאורן של תפיסות מתחרות העומדות בבסיסן של מערכות פליליות:¹⁷⁶ מודל הפיקוח על הפשיעה (Crime Control) ומודל ההליך ההוגן (Due Process). מודל "ההליך ההוגן" מתמקד במערכת משפט אשר שמה דגש על זכויות חוקתיות של חשודים ונאשמים גם אם הדבר גובה זמן נוסף בפענוח הפשעים.¹⁷⁷ מנגד, במודל הפיקוח על הפשיעה, מטרתן של רשויות האכיפה היא שמירתו של הסדר הציבורי ואכיפתו של הדין הפלילי.¹⁷⁸ הבדל משמעותי נוסף בין המודלים הוא הנחות האשמה והחפות.¹⁷⁹ בליבו של מודל הפיקוח ניצבת הנחת המוצא שרשויות האכיפה מיומנות ויעילות באיתורם של עבריינים, הן אינן מונעות מאינטרסים זרים אלא פועלות בהגינות ובאופן ניטרלי, ולכן במרבית המקרים, אנשים חפים מפשע אינם מוצאים עצמם חשודים ועצורים.¹⁸⁰ אם הוחלט לעצור מאן דהוא או להגיש נגדו כתב אישום, מתבקש לשער שישנן ראיות מבוססות לכך שבוצעה עבירה ומכאן שהחזקה צריכה להיות של אשמה – לא של חפות. באופן זה, הנחת יושרן של הרשויות מחליפה את הנחת החפות של החשוד וסוללת את חזקת האשם.¹⁸¹ לדעתנו, מתבקש להטיל ספק בהנחת המוצא בדבר תקינות פעולתן של רשויות

ואוסטרליה הטמיעו את השיטה, לפני כעשרים שנה. *Accusatorial and Information-Gathering*, הי"ש 146 לעיל, בעמ' 938.

¹⁷¹ Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: Note by the Secretary General (5 August 2016), A/71/298, p.7 (להלן: "דו"ח הדווח המיוחד").

¹⁷² שם, בעמ' 13.

¹⁷³ להרחבה אודות הכתיבה הקיימת עד שנת 2017 בנושא ראו: Richard A. Leo, *The Criminology of Wrongful Conviction: A Decade Later*, 33 J CONTEMP. CRIM. JUST. 82 (2017).

¹⁷⁴ באופן כללי, ניתן לחלק את הגורמים המרכזיים המגבירים את הסיכוי להודאת שווא לשלושה: הנחקר עצמו, קרי מאפייניו האישיותיים, לרבות הרקע הסוציולוגי ממנו הגיע, וכן כושרו האינטלקטואלי, הפיזי והמנטלי; תנאי החקירה כגון משכה, ומיקומה; וכן טכניקות ואמצעים בהם נעשה שימוש במהלך החקירה. שפרלינג-סטרן ופטישי, הי"ש 142 לעיל, בעמ' 1. באשר לקטגוריה הראשונה, יש להדגיש כי ישנה סכנה בקטגוריזציה הקיימת לא פעם בספרות המחקר ליצור טיפולוגיה של אנשים המועדים להודאת שווא. יצירתן של קבוצות כאלה יוצרת רושם מוטעה שאנשים "רגילים" עלולים לא להודות לשווא.

¹⁷⁵ יהושע-שטרן, הי"ש 97 לעיל, בעמ' 68.

¹⁷⁶ לעיתים בצוותא אך ברוב המקרים ניתן להבחין בהעדפתו של מודל אחד על פני האחר.

¹⁷⁷ קיטאי, "חשיבותה של חזקת חפות", לעיל הי"ש 143, בעמ' 421.

שם.

¹⁷⁹ יהושע-שטרן, הי"ש 97 לעיל, בעמ' 9.

¹⁸⁰ קיטאי, "חשיבותה של חזקת חפות", לעיל הי"ש 143, בעמ' 423-422.

¹⁸¹ שם.

האכיפה, גם אם אין מפקפקים ביושרן. השפעתם של סטראוטיפים ודעות קדומות, שלחלקם יש גיבוי סטטיסטי, עלולה להביא לחשדנות יתר כלפי קבוצות מסוימות, בעיקר מיעוטים וזרים, וכתוצאה מכך גם לאכיפת יתר כלפיהן. עוד נרחיב על כך בהמשך.

במדינות דמוקרטיות, שני המודלים מתקיימים לרוב במתח זה לצד זה תוך ניסיון לאזן בין הערכים המתחרים הטמונים בהם, אך לא פעם ידו של אחד המודלים גוברת בשל מאפיינים חברתיים והיסטוריים. ממחקר שערכו יהושע-שטרן ושהם, עולה שבקרב חלק נרחב מהציבור הישראלי, וכן בקרב השוטרים בישראל, מודל הפיקוח נהנה מתמיכה רחבה יותר. לדבריהן, הרטוריקה הציבורית הכללית שמה דגש על "לחימה בעבריינות ופשע", אשר משפיעה על תפיסת ההליך הפלילי ומגבירה את ההתמקדות בהרשעתם של עבריינים.¹⁸² לכך יש להוסיף מתחים מבניים בחברה הישראלית, ותחושת איום בטחוני אשר בגינם הציבור הישראלי מגלה סובלנות לשימוש בכוח במסגרת פעילות השיטור. הגבלתה של המשטרה עשויה להיתפס בעיני הציבור וכן בעיני השוטרים כאבן ריחיים מיותרת הפוגעת באפקטיביות המאבק בפשיעה. זהות מקצועית זו, תורמת למציאתם של אמצעים חדשים אשר יכולים להיות אף אלימים, להשגת מטרותיה של המשטרה.¹⁸³ מאפיין חברתי נוסף שעשוי להשפיע על התנהגות החוקרים הינו לחץ ציבורי לפענוח פשעים במהירות. לחץ זה מתרגם את עצמו ללחץ על הנחקרים וניסיון להביאם להודאה במקום להשקיע זמן יקר נוסף בחיפוש אחר ראיות נוספות, חיצוניות לנאשם.¹⁸⁴ שילוב זה יוצר תרבות מקצועית ונורמות פנים ארגוניות אשר רואות בלחימה בפשע ערך עליון ושימוש באמצעים פסולים כאמצעי לגיטימי אשר יש להותירו למיטב שיקול דעתה של השוטרת.¹⁸⁵

במישור הארגוני, ישנה חשיבות לתרבות אשר מתפתחת ומעצבת נורמות וכללי התנהגות המשפיעים על פיתוחן של תכונות אישיות בקרב השוטרים.¹⁸⁶ לחץ פנים ארגוני (המתווסף ללחץ הציבורי) לפתרון פשעים באופן אשר עלול לדרבן "קיצורי דרך" והידרשות לאמצעים פסולים או אפורים מבחינת חוקיותם הן במהלך החקירה והן בבית המשפט, בעוד החשיפה המתמשכת לפשיעה יוצרת תרבות של סולידריות פנימית לצד עוינות וחשדנות כלפי הסביבה החיצונית למשטרה.¹⁸⁷ מצב זה, בשילוב נטייה טבעית הקיימת בארגונים ל-"התקרנפות", קרי - נטייה לחשיבה קבוצתית אשר מתאפיינת בהפעלת לחץ על חברי הקבוצה להתאים את עמדותיהם לעמדת הרוב, עלולה לנפק הצדקות להחלטות הקבוצה כאשר מוסריותן או נכונותן מוטלות בספק.¹⁸⁸

מישור מרכזי אחר הוא זה הפסיכולוגי. בתוך קונפליקטים תמידיים עמם השוטרות נאלצות להתמודד הולכות ומתגבשות קבוצות הנתפסות כ"בעייתיות" אשר השימוש באמצעים פסולים כלפיהן נראה לגיטימי יותר. תפיסה זו משפיעה כבר על שלב המגע הראשוני שוטרת-אזרחית: מה

¹⁸² יהושע-שטרן, ה"ש 97 לעיל, בעמ' 23.

¹⁸³ שם, בעמ' 75.

¹⁸⁴ שם, בעמ' 78-79.

¹⁸⁵ שם, בעמ' 87.

¹⁸⁶ שם, עמ' 77.

¹⁸⁷ שם, בעמ' 78.

¹⁸⁸ שם, בעמ' 85. חשובה לענייננו הבחנתה של סוזן בנדס בדבר נטייה הקיימת בתוך המשטרה האמריקאית להביע נאמנות לרעיון או תיאוריה ספציפיים שהתפתחו ביחס לחקירה - מי אשם, מדוע, וכיצד. בחינה של תיאוריה אלטרנטיבית לעמדה שהתקבעה עשויה להיראות כביטוי לאי נאמנות, קרי, פגיעה בסולידריות הקבוצתית והארגונית. חוקר נוסף בשם ג'ון לורי הראה שנטייה זו רלוונטית במיוחד לסוגיות של גזע - המשטרה תיטה להימנע מבחינה תיאורית סותרות ביחס להנחות מוצא הקשורות בגזע, לאור ההנחה המוקדמת שהן נכונות, ועל כן בחינה אלטרנטיבית נראית כ"בזבוז זמן". לשני חוקרים אלה מתייחס טאסליץ: Andrew E. Taslitz, *Wrongly Accused: Is Race a Factor in Convicting the Innocent*, 4 Ohio St. J. Crim. L. 121, 128 (2006). (להלן: *Wrongly Accused*, Taslitz).

נדרש כדי לעורר חשד הנתפס כסביר? מה מצדיק מעצר במצב דברים זה? היא מחלחלת גם לחדר החקירות שכן נחקרים הנתפסים כ"שונים" – בין אם בשל מרחק פיזי, אתני, לאומי, מעמדי, או אחר – מקבלים יחס שונה מזה המוענק לנחקר "משלנו".¹⁸⁹ דברים אלה נכונים במיוחד במקרה של עבירות ביטחון וזאת משום שהזמן דוחק או שיש לחץ ציבורי. כל אלה מועדים להעדיף הפעלת לחץ על הנחקר חלף איסוף ראיות רחב יותר.¹⁹⁰

נטיות אלה של תוקפנות כלפי ה"אחר" אינן מייחדות חוקרות ושוטרים, אך מתוקף חוסר השוויון האינהרנטי בתוך חדר החקירות הן מסוכנות הרבה יותר,¹⁹¹ על אחת כמה וכמה כאשר ישנו לחץ לפענח את התיק. יחס שלילי כלפי קבוצה מסוימת עשוי להגביר נטייה טבעית ל"ראיית מנהרה" – הטיה המובילה כל אדם לראות נתונים ההולמים את הנחת המוצא שלו תוך התעלמות בלתי מודעת מנתונים אשר אינם עולים בקנה אחד עם אותה הנחה.¹⁹² בעוד שהטיה זו טבעית בכל הליך הסקת מסקנות, היא מסוכנת ביותר בחקירה משטרתית שכן היא עשויה לעודד מתן משקל יתר לראיות המתיישבות עם הנחת האשם, ומשקל חסר לראיות התומכות בגרסתו של הנחקר.¹⁹³ היא עלולה להוביל לזיהום החקירה על ידי העברת מידע – גם באופן בלתי מודע – לנחקר. בעוד החוקרות אינן חסינות מפני הטיית קוגניטיביות באף אחת מבין שיטות החקירה, נראה שטבעה של חקירה מכוונת אשם מחזקת אותן, שכן היא מאפשרת (ומעודדת, הלכה למעשה) את החוקרת להתעלם מכל גרסה של הנחקר המערערת את הנחתה הראשונית ובכך מייצרת קיבעון מחשבתי וביטחון יתר כוזב אשר רק מגביר את הלחץ עליו.¹⁹⁴ הנחקר בתורו – במיוחד נחקר בלתי מיומן – צפוי להגיב באופן חרדתי, אשר עלול לסבכו עוד יותר.¹⁹⁵

3. שיטת החקירה בישראל

משטרת ישראל אינה מגדירה באופן רשמי את שיטת החקירה שלה כ"שיטת ריד", אך כאמור, מכון ריד כן כולל את ישראל כאחת מהמדינות אשר משתמשות בטכניקת החקירה שלו ומהפסיקה שבות ועולות לדיון טקטיקות אשר מאפיינות שיטת חקירה מכוונת אשם.¹⁹⁶ מקריאת פסקי הדין, וכתובה של סניגורים מייצגים,¹⁹⁷ מתקבל הרושם שחקירות מתנהלות מתוך הנחת אשם ולא חפות, וכאשר ממאן הנחקר להודות, הלחץ גובר. אין לכחד שבשנים האחרונות נראה שחל מיתון בחקירות מבחינת השימוש באלימות קשה – לכל הפחות במסגרת החקירה הפלילית – אלא שבמקומה גובר השימוש באלימות אחרת, מרוככת יותר, ובשל מגמת ריכוך האמצעים ממשכה לשרות האינטואיציה, גם בציבור וגם במערכות האכיפה, שאדם חף לא יודה אם מפעילים עליו אמצעים

¹⁸⁹ יהושע-שטרן, ה"ש 97 לעיל, בעמ' 81.

¹⁹⁰ Andrew E. Taslitz, *Police are People Too: Cognitive Obstacles to, and Opportunities for, Police* (2010) 7, 15 OHIO ST. J. CRIM. L. 8. *Getting the Individualized Suspicion Judgment Right*, 8 (להלן: Taslitz, *Police are People Too*).

¹⁹¹ יהושע-שטרן מצביעה על מה שמכונה בספרות הפסיכולוגית "דיסוננס קוגניטיבי". דיסוננס זה מתרחש כאשר נוצרים פערים בין תפיסתו של אדם את עצמו לבין הפעולות אותן הוא מבצע. פערים אלה מייצרים אשמה אשר עשויה לבוא לידי ביטוי דווקא בהגברתה של תוקפנות. יהושע-שטרן, ה"ש 97 לעיל, בעמ' 82-83.

¹⁹² שם, בעמ' 80.

¹⁹³ שם, בעמ' 79.

¹⁹⁴ שפרלינג-סטרן ופטישי, ה"ש 142 לעיל, בעמ' 6.

¹⁹⁵ ראו: Saul M. Kassin, *Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations*, L. HUM. BEHAV., 6 (2010) (להלן: Kassin, *Police-Induced Confessions*).

¹⁹⁶ במאמר שעסק בהרשעות שווא, תאר מאיר גלבווע (חוקר משטרה לשעבר) חלק משיטות החקירה המקובלות במשטרה, וביניהן – שימוש בתרגילי חקירה והצגתן של ראיות כוזבות, הקטנה של חומרת העבירה, וחתימה תחת ביטחון של הנחקר וגרסתו. ראו מאיר גלבווע "האם נופל כתר של 'מלכה הראיות'?" תסמונת 'אנשי השוליים' המודים הודיות שווא – כקורבנות מערכת אכיפת החוק" בתוך **קורבנות: אכיפת החוק, מין וחברה** 35 (קים ואחי עורכים, 2008).

¹⁹⁷ חגיית לרנאו "הודאות שווא הרשעות שווא" **עלי משפט** יא 351, 384 (תשע"ד).

כאלה, שנתפשים כמתונים. אלימות "מתונה" כזו הכרוכה למשל בתנוחות ישיבה או עמידה, וכן באמצעים אחרים, כגון איומים ישירים או עקיפים באלימות (בין אם על ידי חוקר ובין באמצעות מדובב), במעצר של קרובי משפחה, וכן חקירות ממושכות ומתישות לרבות מניעת שינה. נעשה גם שימוש בפיתוי והשאה שעיקרם ב"מידע" או בהבטחה (מרומזת או ישירה) בדבר היתרונות הכרוכים בהודאה, בעיקר תוצאה עונשית קלה הרבה יותר. אמצעי נוסף שננקט הוא עיכוב המפגש עם עורך הדין או יצירת ספקנות וחשדנות כלפי עורך הדין. על ידי כך מוחמרים האפקטים הנפשיים הנגרמים על ידי כך שאדם נמצא מבודד בתנאי מעצר.

דוגמאות מהשנים האחרונות להפעלתה של אלימות "קלה" או איום באלימות שבות ועולות בעדויות בפני בית המשפט. כך למשל, היה בעניינו של **מירז**,¹⁹⁸ חוקר מע"מ מבוגר, עובד ציבור ותיק ללא עבר פלילי, שנחקר בגין חשד לקבלת שוחד. הוא הושם בתא מעצר ביחד עם שני שוטרים סמויים שהתחזו לעצורים בניסיון לדובבו. מירז, אשר הוזר על-ידי עורכת דינו שעשויים להיות מדובבים במהלך החקירה, בחר שלא לספר להם בגין מה הואשם. על מנת לגבור על בחירתו שלא לשתף את השוטרים הסמויים, התבקשו הסוהרים לשתף פעולה עם תרגיל חקירה ושוחחו "בטעות" ליד התא אודות סיבת המעצר של מירז. כאשר "גילו" ה"עצורים" (הלוא הם השוטרים הסמויים) בגין מה הואשם, האשימו את מירז בשקר, וטענו שהוא שוטר סמוי תוך איומים מובהקים באלימות. בשלב זה הוצא מירז מתא המעצר לתא מעצר סמוך, אלא שגם בו היו שני שוטרים סמויים, אחד מהם העמיד פני חולה שהטיפול בו משתנה.¹⁹⁹ בתא השני ננקטה כלפי מירז טקטיקה אחרת, אך כפי שציין השופט הנדל אשר היה בדעת מיעוט – האיום לא הוסר, והחשש מפני פגיעה בו המשיך לשרור מעליו. זמן קצר לאחר מכן, הודה בחשדות שיוחסו לו. בית המשפט העליון קבע בדעת רוב, שההודאה נמסרה באופן חופשי ומרצון.²⁰⁰

במסגרת החקירה אודות הרצח בדומא, פירט אחד הנחקרים "נגיעות של החוקרים בגופו, באופן שעורר אצלו "רתיעה". כך תיאר הנאשם את הדברים:

כל החקירות מלווים בין השאר בנגיעות אם זה שצריך לסדר אותי הוא מוריד לי את הרגל. אם זה סתם נגיעה, שם עלי יד או נשען עלי או כל מיני דברים שהפריעו לי במיוחד לאור הדיבור והנושאים שעליהם הם דיברו זה הוסיף לזה. לדוגמה: רוני למשל אמר שלא היה מפריע לו לחוות חוויה מינית עם גבר וכאלו שם עלי את היד. מבחינתי זה היה דבר שהפריע לי.²⁰¹

במקרה אחר, טען הנאשם כי האלימות שהונהגה כלפיו כללה "משיכות ידיים וגרירות":

¹⁹⁸ פרשת **מירז**, הי"ש 76 לעיל.
¹⁹⁹ לא ברור אם מטרתה של ההתחזות היתה לרמוז למירז שאם יקלע למצוקה פיזית, הוא לא יטופל. בית המשפט ביקש מהפרקליטות להבהיר מה היתה מטרתו של השוטר הסמוי בתפקיד זה והפרקליטות טענה שהדבר חוסה תחת חיסיון.
²⁰⁰ שלוש שנים לאחר הרשעתו של מירז הלה זוכה במסגרת משפט חוזר. ת"פ (מחוזי-ים) 34088-10-11 **מדינת ישראל נ' מירז** (פורסם בנבו, 16.12.2020). המשפט החוזר נקבע לאחר שבהליך שהתנהל נגד מעורבים אחרים בפרשה העיד מירז אשר המשיך לדבוק בעמדתו לפיה הודאתו נגבתה ממנו באיומים. על מנת להזים את טענותיו נדרשה המדינה להעיד את המדובבים אך משסרבה קבע בית המשפט שיש לזכותם מהעבירות שיוחסו להם. לנוכח הסתירה אשר בין ההליכים שהתנהלו נגד יתר המעורבים מחד גיסא ונגד מירז מאידך גיסא, קבע בית המשפט העליון על קיומו של משפט חוזר, אשר במסגרתו, כאמור, זוכה מירז.
²⁰¹ תפ"ח (מרכז) 932-01-16 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 19/06/2018), פסי' 473 לפסק הדין.

"אחד השוטרים גרר אותי לחדר אחר וגם אז עם צעקות ושאלות. מה קרה. זה כבר לא היה שאלות אלא הם פשוט אמרו לי שאני רצחתי את הבחור הזה ובגלל זה הוא נהרג... אני לא זוכר מי אבל הם משכו אותי מהידיים. אני לא זוכר בכמה חדרים הייתי אך אני יודע שלאורך כל הזמן הם גררו אותי מחדר לחדר, מחוקר לחוקר והכל היה במשיכות ידיים ובגרירות.... תפסו אותי בידיים וגררו אותי בכוח, תפסו אותי בכתף, בגב, משכו אותי, גררו אותי. בשבילי זו הייתה השפלה וטראומה." ²⁰²

בהקשר זה יש לציין כי טענות לאיזוק ידיים ורגליים לכיסא החקירה מבלי שישנו בהכרח איום הנובע מהנחקר, שבות ועולות מפסקי הדין בתיאורים של הנאשמים. ²⁰³

בפסקי דין אחרים (במיוחד של נחקרים פלסטינים) חוזרות טענות של נאשמים לפיהן במהלך החקירה איימו החוקרים על משפחותיהם. בעניין **נמרי**, טען הנאשם כי אמנם לא הופעלה כלפיו אלימות אך כן הופעלו עליו לחצים נפשיים – לדבריו חוקריו איימו עליו שבתו ייהרס ושהוריו ייעצרו; ²⁰⁴ טענות דומות הועלו גם בעניין **שינאוי**. לפי פסק הדין "הנאשם סיפר .. על מסכת איומים ולחצים שהופעלו כנגדו בחקירות... אשר כללו איומים בהריסת ביתו. הוא הוסיף כי איימו גם לעצור את בני משפחתו ... ' אם לא תודה, אנחנו נהרוס את הבית שלכם, ונעצור את כל המשפחה שלך... אמרו לי שאתה תודה או שאנחנו נהרוס את הבית שלך. בגלל כל הלחץ והאיומים אני העדפתי שאני אהיה הקורבן ולא המשפחה שלי." ²⁰⁵ בעניין **אבו עזא ראתיב**, נעצרו בני המשפחה למשך 24 שעות כמנגנון הפעלת לחץ. אמו, אביו, ואחותו של הנאשם נעצרו, מבלי שננקטו הליכים משפטיים נגד איש מהם, ובית המשפט הסכים כי "מטרתם היחידה (של המעצרים) הייתה הפעלת לחץ על הנאשם כדי שיודה במיוחס לו." ²⁰⁶ ואולם, בכל המקרים הללו, מצא בית המשפט שיש להרשיע את הנאשמים ולקבל את הודאותיהם כקבילות.

גם חקירות ממושכות (לרבות מניעת שינה) שבות ועולות בהקשר של חשודים פלסטינים ותחת הצדקה של צורכי ביטחון. בעניין **פריח** למשל, אמר הנאשם: "לכל בן אדם יש יכולת מסויימת לסבול עד גבול מסויים. כשהוא יושב 16 שעות ו-18 שעות כבול בידיו ורגליו על כיסא, ורואים שאין תועלת יום ולילה הוא לא מדבר, אז הם אומרים לו בוא נגמור עם זה אדם, אני אומר שאין לי כלום להגיד והם אומרים: 'לא, יש לך, יש לך דברים', ואתה רוצה לסיים עם זה כבר.... אם היו נותנים לי

²⁰² בית המשפט התייחס בביטול לאלימות מסוג זו באומרו כי "לא כל שימוש בכוח ייחשב לאלימות" וכי ממילא, לפי הלכת **מועדי**, גם אם הופעלה אלימות יש לבחון האם היה בה כדי לשלול את רצונו החופשי של הנחקר. לפי בתי המשפט "אליבא דגרכתו של הנאשם עצמו משיכות הידיים והגרירות אירעו רק באותן פעמים בהן העבירוהו מחדר חקירה אחד למשנהו, ולא במהלך החקירה גופה. בנסיבות אלו מסתברת יותר האפשרות לפיה השימוש בכוח – בהנחה שהיה כזה, ואין אנו קובעים זאת כלל ועיקר – היה פונקציונלי, כגון שנועד להסב את תשומת לבו של הנאשם או לזרזו, זאת להבדיל מהפעלת אלימות לשמה, לשם חילוץ הגרסה." ת"פ (מחוזי ירושלים) 1238/00 **מדינת ישראל נ' בן ניסים עטיה** (פורסם בנבו 07/06/2016), פסי' 40 לפסק הדין.

²⁰³ ראו למשל: תפ"ח (באר שבע) 3767-03-15 **מדינת ישראל נ' פרוץ** (פורסם בנבו, 10/5/2020); ת"פ (רחובות) 12876-06-18 **פרקליטות מחוז מרכז - פלילי נ' פלוני** (פורסם בנבו, 8/11/2020); ע"פ (איו"ש) 4416-07 **בטאט נ' התביעה הצבאית** (פורסם בנבו, 11.6.2008); תפ"ח (ב"ש) 48112-12-17 **מדינת ישראל נ' אבו גודה** (פורסם בנבו, 5.3.2019); תפ"ח (ב"ש) 3767-03-15 **מדינת ישראל נ' מיכאל פרוץ** (פורסם בנבו, 10.5.2020); תפ"ח (ת"א) 1147-02 **מדינת ישראל נ' אל-סייד** (פורסם בנבו 22.9.2005); תפ"ח (ת"א) 1110-04 **מדינת ישראל נ' בן איילין ארקא** (פורסם בנבו, 30.3.2006); ת"פ (נתניה) 1535-98 **מדינת ישראל נ' אסולין** (פורסם בנבו, 1.1.2004).

²⁰⁴ תפ"ח (באר שבע) 67631-12-15 **מדינת ישראל נ' חמרי** (פורסם בנבו, 17/12/2017).

²⁰⁵ תפ"ח (נצרת) 66356-06-18 **מדינת ישראל נ' שינאוי** (פורסם בנבו, 15/11/2021).

²⁰⁶ ת"פ (תל אביב-יפו) 40033-07 **מדינת ישראל נ' אבו עזא ראתיב** (פורסם בנבו, 19/06/2008).

יותר לחץ ויותר זמן הייתי מודה ביותר אשמות. יש כוח מסויים, יש רף מסויים שהבן אדם יכול לסבול. 207

טקטיקה אחרת אשר חוזרת על עצמה היא עיכוב המפגש עם עורך הדין או יצירת ספקנות וחשדנות כלפי עורך הדין. בהחלטה שניתנה לאחרונה קיבל בית המשפט המחוזי את טענות הנאשם וקבע שהחוקרת ייעצה לו שלא לדבר עם עורך דינו איתו ביקש לשוחח מספר פעמים, בטענה שאותו עורך דין מתעסק בתחום האזרחי ואילו הוא מואשם בעבירה פלילית. כאשר הנאשם עמד על בקשתו ולא וויתר, החלה החוקרת לחקור אותו תוך הפרה ברורה של זכות ההיוועצות.²⁰⁸ יש לציין שבעניין זה, ובפרט מאז פרשת אבו עזא, בית המשפט העביר מסר ברור לגורמי החקירה ש"ייעוץ משפטי" שמכוון למנוע התייעצות עם עורך דין עולה כדי תחבולה אסורה.²⁰⁹ גם טקטיקות אחרות כגון "התשאול הנעלם" או ה"מונולוג הסוגסטיבי"²¹⁰ הוגדרו כשיטות חקירה שיש להימנע מהן. הגם שעוד לא ברור עד כמה, נכון להיום, הפנימו רשויות החקירה את המסר, מדובר בצעד חיוני וחשוב מצדו של בית המשפט. אך מעבר לכך – ברי כי גוף חוקר הנוקט בשיטה כזו של אמצעי לחץ "רכים" מזמין שיתייחסו בחשדנות רבה לאמינותו ולגרסתו על אופן ניהול החקירה. ההנחה הניתנת לסתירה היא שגרסתו בפני בית המשפט אינה אמינה.

ועדת גולדברג המליצה לחייב את נוכחותו של עורך דין כ"משקיף" בזמן החקירה,²¹¹ כאשר החקירה אינה מתועדת בווידיאו.²¹² לפיכך הוצע לתקן את חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 אלא שההצעות השונות שהונחו על שולחן הכנסת בעניין זה לא התקבלו על ידי המחוקק וכיום

²⁰⁷ תפ"ח (באר שבע) 1062-08 מדינת ישראל נ' פריח (פורסם בנבו, 13/11/2022), פס' 26 לפסק הדין. ראו גם ע"פ 1784-14 עאשור נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3/9/2015). בשני המקרים קיבל בית המשפט את ההודאות כקבילות. בעניין עאשור קבעה השופטת ברק ארז כי "אף אם העייפות הקשתה על אבו עסב, עולה בבירור כי רוחו לא נשברה כתוצאה מהיעדר השינה וכי הוא פעל בהתאם להבנתו את המצב הראייתי בעניינו." שם, פס' 61.

²⁰⁸ ת"פ (תל אביב יפו) 664-06-17 מדינת ישראל נ' מור (פורסם בנבו, 29/6/2022).

²⁰⁹ ראו לאחרונה תפ"ח (בי"ש) 48082-12-17 מדינת ישראל נ' אבו ג'ודה (פורסם בנבו, 10.8.2021).

²¹⁰ התשאול הנעלם הינו תשאול אשר נעשה מחוץ לחדר החקירה באופן אשר אינו מאפשר לעמוד על הנאמר במסגרתו. לשיטה זו התייחס השופט פינקלשטיין: "הוכחה לפנינו, למרבית הצער, שיטת חקירה הכוללת חקירתם של חשודים בביצוע עבירות חמורות, באופן שאינו מתועד חזותית כלל, שלא כדין. דרך חקירה כזו פוגעת באופן מהותי ביכולתו של בית המשפט לדעת כיצד התנהלו באמת חלקים מהותיים של החקירה, וזאת בניגוד לכוונתו הברורה של המחוקק. ... מאחר שמדובר בחקירות הנעלמות מעינינו, אין אנו יכולים לדעת מה היה אורכן, והאם הופעלו בהן לחצים, אינומים, או אמצעי פיתוי והשאה אסורים. החשש הוא שאם נקטו החוקרים אמצעי חקירה פסולים על פניהם, נעשה הדבר בחלק הסמוי מן העין, ולא בחלק הגלוי של החקירה. חשיפתו של התשאול הנעלם מערערת את ההנחה בדבר תקינותה של החקירה כולה... יתר על כן, חשיפתו של התשאול נעלם עלולה להביא לכך שבית המשפט לא יוכל לשלול, ולו מפני הספק, את טענת הנחקר בדבר אמצעים בלתי חוקיים שנקטו נגדו באותו פרק זמן של חקירה, כפי שנעשה במקרה זה, ולכך יש משמעות רבה". ראו את דבריו בתפ"ח (מרכז) 10101-11-09 מדינת ישראל נ' ע"י ש' (פורסם בנבו, 29/11/2015), על דברים אלה חזר לאחר מכן גם השופט גרוסקופף בע"פ 19-2947 מדינת ישראל נ' לטוין (פורסם בנבו, 3.12.2020). מונולוג סוגסטיבי הוא ביטוי למעין מונולוג מתמשך אשר חוקר נוקט בו על מנת לגרום לעד למסור הודאה. את השיטה הסביר השופט דנציגר כך: שיטת" המונולוג הסוגסטיבי "היא שיטת חקירה פסיכולוגית אשר במסגרתה נקט מהלך שכנוע חוזר ונשנה משך פרק זמן ממושך, ללא הפסקה, על מנת להשפיע על כוח התנגדותו של הנחקר. תכליתה של שיטה זו היא "לשבור" את כוח התנגדותו של הנחקר על מנת להניעו למסירת הודאה מבלי שיוכל לעשות שימוש רצוני ומושכל בזכות השתיקה העומדת לו. משכך, לטעמי, שיטת חקירה זו פסולה מיסודה שכן היא סותרת עקרון יסוד במשפט הפלילי – הזכות מפני הפללה עצמית – באמצעות שחיקת או אף ביטול רצונו החופשי של הנחקר." ראו סעיף 81 לעניין אבו עזא.

²¹¹ שם.

²¹² לדבריה: "חקירת חשוד, על כל חלקיה עד לגביית האמרה, היא השלב המכריע בהליך הפלילי, מבחינת היווצרותה של הודיית השוא. כיום נערכת החקירה כאשר רק החוקרים והנחקר נוכחים בה, וכבר עמדנו על כך כי הן לנאשם והן לחוקר שסרח יש עניין בהעלמת אמת לגבי טיבה של החקירה. לנאשם יש מניע חזק לשקר כדי לנקות עצמו מן האשמה המיוחסת, ואילו לחוקר שנקט באמצעים פסולים סיבה טובה להתכחש למעשיו. לדעת הוועדה יש לפתוח את דלתותיהם של חדרי החקירה לעורכי-דין כבר מן השלב הראשון של החקירה (ובכלל זה שלב התשאול), לאחר שהובא לתחנת משטרה, כשהחקירה אינה מתועדת בהסרת וידאו". דו"ח ועדת גולדברג, ה"ש 1 לעיל, פס' 47. הוועדה הדגישה שנוכחותו של עורך דין תהא זכותו של העצור אך כי "אין לחייב את המשטרה שלא לחקור אלא בנוכחות עורך דין" וכי יקבעו חריגים בהתקיימם ויכל קצין משטרה בדרגת רב פקד ומעלה למנוע את זימון עורך הדין לחקירה וזאת מטעמים של ביטחון המדינה או מניעת סכנה לשלומו של אדם. שם, עמ' 27.

אין כלל המתיר לעורך דין לנכוח במהלך חקירתו של חשוד.²¹³ על פניו, החשש המרכזי שהובע הינו כי נוכחותו של עורך דין עשויה להפריע למהלך החקירה ולהקשות על המשטרה לנהל חקירה רציפה ויעילה. אלא שנראה שנוכחותו של עורך דין עלולה להיות בעייתית גם מסיבות נוספות. ראשית, יש לתת את הדעת לכך שברבים מהדיונים שנערכו בנושא וכן במסגרת הצעות החוק, מועלית נוכחותו של עורך דין בחדר החקירות כתחליף לתייעוד חזותי. הנחת מוצא זו עשויה בטווח הרחוק לפגוע בחשודים שכן קשה לתאר נוכחות קבועה של עורך דין במהלך החקירה כולה שיכולה להימשך ימים רבים ואף שבועות. שנית, מפני שנוכחותו של עורך דין בחדר החקירות כרוכה בהוצאות משמעותיות, שככל הנראה לא ימצא להן מימון ציבורי. במצב זה, בו ישנה זכות אשר נאשמים רבים יתקשו לממשה בשל חוסר באמצעים, צפוי להביא לחוסר שוויון עמוק בין החשודים ובזכותם להליך הוגן.

4. הצעות לגופי החקירה

כאמור בדו"ח ועדת גולדברג, אין די בתיקונו של סעיף 12 על מנת לשפר את ההליך הפלילי, שכן "שורש הבעיה נעוץ בעיקרו בחקירה המשטרית, ועיקר המאמץ חייב להיות, על כן, מופנה לאמינות תוצאותיהם של הליכי החקירה."²¹⁴ המלצותיה החשובות של הוועדה כללו גם גיבושה של תורת חקירה והקנייתה באופן שיטתי לחוקרים, הקפדה על מיון השוטרים שיעסקו במקצוע החקירה מבחינת אופיים ותכונותיהם, קביעתם של תנאים מוקדמים להצבתו של איש משטרה בתפקיד חוקר, והקמת בית ספר ייעודי לתשאל בו ירכשו חוקרי המשטרה – המיועדים והקיימים – את הידע הרב שפותח במטרה להבטיח חקירה מקצועית ואובייקטיבית.²¹⁵ כאמור, מחקרים אמפיריים מעידים כי האמצעים המופעלים בשיטות חקירה מוכוונת אשם, מגבירים את הסיכוי לגבייתתה של הודאת שווא. על כן, אפשרות אחת היא לשנות את תפיסת החקירה ולקרבה לשיטת החקירה הנוהגת באנגליה שהיא מוכוונת מידע ומתאפיינת בחיפוש ראיות החיצוניות לנאשם חלף התמקדות בנחקר עצמו. אפשרות אחרת, שהיא אינה חלופית בהכרח אך יתכן שהיא באופן יחסי קלה יותר לביצוע, היא הפניית זרקור לסוגיות ספציפיות, ולתת מענה ראוי לבעיות הטמונות בהן. נתייחס לשתי האפשרויות הנ"ל.

(א) העמקה בשיטת החקירה האנגלית והטמעתה בדומה למדינות אחרות

²¹³ בעקבות ועדת גולדברג הונחו כמה הצעות חוק על שולחנה של הכנסת אשר ביקשו לתקן את חוק סדר הדין הפלילי באופן אשר יתיר לעורך דין להימצא בחקירה מראשיתיה אך כולן נדחו (ראו למשל: פ/2459; פ/155/17; פ/3274/18; פ/1299/19). בשנת 2012 הוועדה המייעצת בראשות השופטת מרים נאור המליצה לשר המשפטים דאז, יעקב נאמן, שלא לאפשר את נוכחותו של עורך דין במהלך החקירה. מספר שנים לאחר מכן ביקשה שרת המשפטים מגורמי משרדה לבחון את הנושא בשנית, אלא שאותה ועדה, הפעם בראשותה של השופטת ארבל, ייעצה בשנית שלא לאפשר את נוכחותו של עורך דין. יחד עם זאת, לפי חוק סדר הדין הפלילי (מעצרים) על הקצין הממונה הקובע כי יש לעצור את החשוד להודיעו בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין. כמו כן, חוק הסניגוריה הציבורית מורה שעל הממונה על התחנה או על החקירה להודיע בהקדם האפשרי לעצור או לחשוד כי באפשרותו לבקש כי ימונה לו סניגור ציבורי. אמנם אין בכך כדי לאזן את חוסר השוויון אשר בין החוקר לחשוד בחדר החקירה אך נוכחותו של עורך דין בתחנה ופגישתו עם החשוד - ככל שהחוקרים פועלים בהתאם להוראות אלה - יכולים לסייע להגן על זכויותיו של החשוד ולזהות בשלב מוקדם לחצים ופיתויים המופנים אליו. להרחבה אודות חשיבות זכות ההיוועצות מיד לאחר מעצרו של חשוד ראו טיעון הסניגוריה הציבורית כ"ידיד בית המשפט" בעניין יששכרוב. ראו גם מרדכי קרמניצר "הרשעה על סמך הודאה – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א' 205, 208 (1993); אורי שטרזמן "הגנת החשוד מפני הודאות שווא" המשפט א' 217, 221 (1993).

²¹⁴ דוח ועדת גולדברג, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 38.

²¹⁵ שם, בעמ' 38-39. בין היתר מציינת הוועדה את ההשפעה הפסיכולוגית של שיטות החקירה על הנחקר ועל החוקר, מצבים המשפיעים על מתן הודאה, אמצעים להגברת המוטיבציה מצדו של הנחקר, השפעתן של הנחות מוקדמות על הנחקר ועל החוקר וכן על החקירה ותוצאותיה, גורמים המשפיעים על מתן הודאת שווא, המעצר כמצב לחץ והשפעתו על הנחקר והחקירה, ועוד. ראו שם.

בחקירה המקובלת כיום, כאשר נמצאה זירת פשע וישנו חשוד, כפי שהסביר קצין המשטרה לשעבר מאיר כרמון "החקירה תלויה ביכולת התשאול של החוקר ובלחצים שיופעלו על הנחקר על מנת להביאו לשתף פעולה."²¹⁶ דגש מרכזי זה שמושם על הנחקר מגביר את הסיכוי לגבייתה של הודאת שווא. דוגמה נפוצה לשיטת חקירה אשר אינה מתמקדת בהודאה היא השיטה האנגלית אשר הורחב לגביה לעיל.

שיטת החקירה האנגלית, מלבד היתרונות האמורים ביחס להיותה מוכוונת מידע, מהווה מודל מעניין גם מפני השקיפות שלה. השיטה אינה מקבלת ביטוי רק בנהלים פנימיים, היא מלווה בהוראות חוק מפורטות המצויות, בין היתר, ב-Police and Criminal Evidence Act משנת 1984 ובמיוחד בקודים הנלווים אליו.²¹⁷ קודים אלה חוקקו בהמשך לסעיף 66 לחוק אשר קובע שמשרד הפנים (The Home Secretary) יקבע הוראות ביחס לסמכויות המשטרה, כולל זכויותיהם של חשודים. הקודים מפרטים הוראות ביחס לנושאים כגון עיכובים וחיפושים, מעצרים, תשאולים והם עוברים ריענון באופן תדיר על ידי הרשויות²¹⁸ בצירוף הזמנה לציבור להעיר הערות. הקודים מוכרחים להיות זמינים בכל תחנות המשטרה הן עבור השוטרים, הן עבור העצורים והן עבור הציבור. נושא התשאול של חשודים בעבירות פליליות מוסדר בקוד C (ישנו קוד נפרד המסדיר את התשאול ביחס לעבירות טרור, תחת קוד H).

המלצתנו אינה לייבא את החקיקה האנגלית כמות שהיא, אך לנוכח ההצלחה הרבה שהיא נוחלת ויישומה הממושך, ראוי בהחלט לבחון את אפשרויות יישומה.²¹⁹

(ב) אישוש או הפרכה?

בשנים האחרונות, הולכת וגוברת הקריאה להעמיד את השערות החקירה, ואת הראיות השונות העולות ממנה במבחן הפרכה. כבר נאמר מפי קציני משטרה לשעבר כי "חייבים לקבוע כללי חקירה המבוססים על המחויבות של החוקר לבחון כל ממצא וכל עדות על פי כללי ההפרכה... צריך להחליף את דרכי החשיבה של החוקרים הפליליים... בעיקרון המתודולוגי המוצע, החוקר יבחן כל עדות וכל ראיה במבחן האימות וההפרכה. כל טענה שלא ניתנת להפרכה כמוה כדברי הבל, כמשהו לא רלוונטי, משהו שאין להתייחס אליו כלל."²²⁰ פיתוחם של מבחני הפסיקה ביחס ל"דבר מה חסר" משקפים מגמה דומה של ניסיון הפרכה, אך ישנה חשיבות רבה באימוצה של מתודולוגיה זו לא רק על ידי הפרקליטות ובית המשפט²²¹ אלא גם במסגרת החקירה עצמה.

²¹⁶ מאיר כרמון, חוקרים ונחקרים - משחק המוחות: האפשרות לבסס חקירה פלילית על כלים מדעיים, 145 (2008).

²¹⁷ ישנן הוראות חוק נוספות שעשויות להיות רלוונטיות. למשל ה-Criminal Procedure and Investigations Act 1996 אשר קובע הוראות מיוחדות לגילוי מסמכים מהמשטרה לתביעה ולסנגוריה.

²¹⁸ לפי סעיף 4(67) לחוק, אם משרד הפנים רוצה לשנות את אחד הקודים, ישנה חובת התייעצות עם הגורמים הבאים: אנשים שהמשרד סבור שמייצגים את דעותיה של המשטרה, לשכת ראש העיר לשיטור ופשיעה; המועצה המשותפת של לונדון; מועצת מפקדי המשטרה הארצית; המועצה הכללית של לשכת עורכי הדין; הארגון המשפטי של אנגליה ו-וויילס, המכון למנהלים משפטיים; גורמים אחרים בהתאם לשיקול דעתו של שר הפנים. כל התייעצות ותוצאותיה מפורסמת באתר האינטרנט של הקודים והחוק. ראו דוגמה לדו"ח התייעצות עבור הקודים C ו-H כאן: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/796951/2019-04-23-Post-Consultation-Response.pdf

²¹⁹ ועדת גולדברג המליצה כי יש לקבוע על ידי שר המשטרה "תקנות המשטרה (חוקרים)" על מנת לקבוע כללים ביחס למותר ואסור בחקירה, בדומה להצעה שפורסמה באנגליה. עוד הומלץ שהתקנות יקבעו חובת פיקוח של מפקדים על הליך החקירה וכי יקבעו סנקציות משמעותיות על הפרתם של כללים שאינה עולה לכדי עבירה פלילית. ראו דו"ח ועדת גולדברג, הי"ש 1 לעיל, בעמ' 25. תקנות אלה לא הותקנו עד היום.

²²⁰ כרמון, חוקרים ונחקרים, לעיל הי"ש 216, בעמ' 148.

²²¹ ראו המלצה משלימה עבור בית המשפט בפרק הבא, תחת שינוי התוספת הראייתית.

גם לדברי יצחק אילן, אשר שימש, בין השאר, ראש אגף החקירות בשירות הביטחון הכללי, יכולת ההפרכה היא קריטית. הוא תאר שלושה מבחנים מכריעים עבור כל השערה העולה בחקירה ביחס לחשוד: יכולתו של הנחקר למסור פרטים מוכמנים אשר לא היו ידועים לגוף החוקר קודם לכן; אם הנחקר מוסר אליבי אשר יש באפשרותו רק להפריך ולא לאמת. אם הוא לא אומת – אין הוא מספיק ויש להמשיך בניסיון ההפרכה; והשערה אשר מצליחה לקשור בין אירועים שונים אשר קודם לא ניתן היה לקשור ביניהם, ומסבירה את הקשר ביניהם. למשל, אם הודאה כוללת מידע אודות ביצועם של שני פשעים בזמנים ובמקומות שונים, שלפני ההודאה לא ניתן היה לקשור ביניהם, הדבר ייחשב כמבחן מכריע להשערה שההודאה אמת.²²²

כאשר מחפשים חיזוק להיפותזה, הוא כמעט בהכרח יימצא. היה זה קארל פופר אשר אמר כי "קל להשיג אישושים או אימותים לכל תיאוריה כמעט – אם אנחנו מחפשים אישושים [...] מבחן אמיתי של התיאוריה הוא ניסיון לסתור אותה או להפריכה."²²³ פופר הבהיר שרק ניסיון הפרכה תקף מבחינה לוגית, וכי תמציתה של הרציונליות היא מודעות למועדות שלנו לטעות. מדען בעל אחריות אינו מנסה לצדק את השערותיו וגם אם ההשערה עומדת בעינה, הרי שאין זה סימן לאמיתותה, אלא רק שיהא זה רציונלי להמשיך להחזיק בה עד שתבוא טובה יותר. במובן זה, על-פי פופר, מדעיות תקפה רק אם היא יכולה לנסח את התנאים בהם היא תכריז שהיא עצמה הופרכה. אילן אימץ את התזה של פופר כשהשווה את החקירה המשטרית להפרכתה של היפותזה מדעית והסביר כי חשיבה לוגית אינה יכולה לאמת השערות אלא להפריכן בלבד. כל השערה, הסביר אילן, יש לנסות ולתקוף באמצעות מבחנים מכריעים. רק אם נכשלה החוקרת בניסיון לסתור את ההשערה באמצעות מבחנים אלה, ניתן לומר כי ההשערה אוששה, וגם אז - לא באופן אבסולוטי.²²⁴

ברוח דומה, הציע סנגירו כי לצד כל צוות חקירה אשר קו חקירתו מוביל אותו לחשוב כי החשוד אשם, יש למנות צוות מקביל אשר תפקידו לנסות ולהפריך זאת.²²⁵ הבעיה בהצעה זו נעוצה בכך שאם התפקיד של הצוות הוא לצאת ידי חובת התנגדות בכל מקרה, יש סיכון שלא יקבל קשב אמיתי ורציני. לא בטוח גם שצוות משטרתי פנימי יוכל להימנע לחלוטין מהטיה מוסדית. לכן, ראוי לשקול גם הצעות חילופיות: עידוד גישה ביקורתית וספקנית בתוך הצוות החוקר; צוות קבוע לבקרת איכות של חקירות כאלה, שיהיו בו גם גורמים מקצועיים חיצוניים (מחוץ למשטרה), הטלת התפקיד של "פרקליט השטן" על פרקליט מלווה. בכל מקרה, ישנה חשיבות רבה להנכחה משמעותית יותר של ספק לאורך הליך החקירה על מנת להימנע מיצירתה של "תיבת תהודה".

(ג) תיעוד חזותי וקולי

הכלי של תיעוד חזותי פותח בעקבות המלצות ועדת גולדברג לבדיקת הרשעה על סמך הודאה בלבד ומתוך הכרה בבעייתיות ההסתמכות על הודאות. לדברי הוועדה "מעלתה העיקרית של ההקלטה בוידאו שהיא מאפשרת לצופה בה 'נוכחות' בזמן החקירה. כתוצאה מכך יקטן עוד יותר מספר

²²² שם. להשלמת התמונה ראו גם: יצחק אילן "פילוסופיה של חקירה פלילית – חקר האמת, חלק ב'" משפט מפתח: **כתב העת של פרקליטות המדינה** 8 (אפריל 2021).

²²³ קארל פופר "מדע: השערות והפרכות" **ספר המקורות, פילוסופיה של המדע**, 5 (1977) (נראה אצל אילן, חקר האמת חלק ב', ה"ש 222, בעמ' 57).

²²⁴ יצחק אילן, "פילוסופיה של חקירה פלילית – חקר האמת, חלק א'" **משפט מפתח: כתב העת של פרקליטות המדינה** 51, 59 (אוגוסט 2019).

²²⁵ בועז סנגירו, **הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם גורמים ופתרונות**, 188 (2014); בועז סנגירו "ביקורת החקירה המשטרית", ה"ש 159 לעיל, בעמ' 222.

הטענות נגד אופן החקירה, ובידי בית המשפט יהא להגיע, במידה רבה יותר, לחקר האמת. הקלטה כזו גם תאפשר בקרה ציבורית על שיטות התחקיר של המשטרה, ותתרום לתדמיתה החיובית.²²⁶ עוד הדגישה הוועדה, כי עדיפה הקלטת החקירה בוידאו על הקלטה קולית.²²⁷ הוועדה ציטטה לעניין זה ממוזכר שערכה המשטרה בסוף שנות השמונים שקבע כי רישום דברי החשוד עלול לעתים לשנות בתכלית את הפירוש ומטעם זה מחפשות משטרות רבות בעולם טכניקה שתאפשר 'רישום' מהימן וללא סילוף.²²⁸

המלצות אלה אומצו באופן חלקי עת חוקק חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002, אשר קבע את חובותיהם וזכויותיהם של נחקרים, וכן את חובות החוקרים הנגזרות מחובות וזכויות אלו. לפי החוק, חקירה משטרתית צריכה להיות מתועדת באמצעי שמע, ובעבירות חמורות – גם באמצעות וידאו. מטרתו הינה לסייע לבתי המשפט לוודא את נסיבות מסירת ההודאה, להתרשם כי ההודאה ניתנה באופן חופשי ומרצון, כאשר כך היה, ובכך הן לספק הגנה טובה יותר על זכויות של הנאשם, והן לעמוד ביעילות רבה יותר על טיב הראיות המובאות בפניו כדי לשפר את יכולתו להגיע לחקר האמת. אכן, תיעוד חזותי מטבעו מוגבל להפעלת אמצעי התיעוד ואינו יכול "לכסות" כל מפגש אפשרי בין חוקר לנחקר או לחצים שהועלו על החשוד לפני תחילת החקירה, למשל בעת מעצרו. ובכל זאת, החוק טמן בחובו הבטחה לשנות הן את דרכי החקירה והן את ההתדיינות בבית המשפט ברמה הראייתית, והבטחה זו יושמה באופן חלקי בלבד.

כבר במועד החקיקה נקבע כי בשל אילוצים תקציביים, חובת התיעוד תוחל על עבירות חמורות, ותתרחב לעבירות נוספות במרוצת הזמן, אלא שנכון להיום חובת התיעוד בוידאו חלה רק על עבירות שהעונש המרבי עליהן הוא 10 שנים או יותר. את יתר העבירות ניתן לתעד רק בכתב או בשמע. זאת, חרף ביקורות שהושמעו על ידי הסניגוריה הציבורית והוועדה המייעצת לשר המשפטים בעניין סדר הדין הפלילי, בראשות השופטת (כתוארה דאז) מרים נאור. זו וגם זו סברו שיש להרחיב את חובת התיעוד החזותי כך שתחול על כל עבירה, ולמצער – על כל עבירה שהעונש המרבי שנקבע לה הוא מאסר חמש שנים ומעלה.²²⁹

אחד האמצעים החשובים ביותר להגברת השקיפות והפחתת הסכנה ללחץ בחקירה המוביל להודאת שווא הוא תיעוד חזותי של החקירה. המצב הקיים הינו בלתי סביר לנוכח הטכנולוגיה הקיימת כיום ואפשרויות התיעוד הנגישות לכל אדם הנושא מכשיר נייד. יש לדאוג לכך שכל התשאולים והראיונות יתועדו באמצעות וידאו, בשלמותם, ובזווית צילום המאפשרת להתבונן הן בחוקרת והן בחשודה – בכל העבירות, או לכל הפחות בעבירות אשר העונש המרבי שנקבע להן הוא

²²⁶ דו"ח ועדת גולדברג, ה"ש 1 לעיל, פס' 54.

²²⁷ שם, פס' 53.

²²⁸ שם, פס' 53.

²²⁹ ראו עמדת הסניגוריה הציבורית בנוגע לתזכיר חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס'), התשע"ב-2012, עמ' 2. הדין מורה לערוך תיעוד רשום גם של ראיון עדים, אך בעניין יפרח עמדה השופטת אגמון גונן על כך שתרשומת איננה תיעוד אובייקטיבי ואינה יכולה ללמד האם התובעים שמרו על הכללים במהלך ניהולו. לאור כך נקבע בהחלטה כי יש לקבוע חובת תיעוד באמצעות הקלטת המפגש, וכי אם הראיון עם העד לא הוקלט, על בית המשפט לפסול את הראיה בהתאם להלכת יששכרוב. ואולם, המדינה הגישה עתירה לביטול החלטתו של בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון (ביושבו כבג"ץ) קיבל את העתירה והבהיר כי שגה בית המשפט המחוזי כאשר הטיל על התביעה חובות אשר אינן מעוגנות בחקיקה, וכי ראוי שסוגיה זו "תמצא את מקומה בהסדר סטטוטורי מתאים." ראה בהתאמה: ת"פ 17-18772-01-17 **מדינת ישראל נ' יפרח** (פורסם בנבו, 9.12.2018) פס' 10.1 לפסק הדין; בג"ץ 841-19 **מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בתל אביב** (פורסם בנבו, 8.4.2019), פסק דינה של הנשיאה חיות. לא מן הנמנע שיש מקום לקדם גם את סוגיה זו.

מאסר בן חמש שנים ומעלה.²³⁰ בנוגע ליתר העבירות מוצע לחייב תיעוד קולי מתחילתה ועד סופה של החקירה. בהקשר זה יש לציין שאנגליה מחייבת תיעוד קולי בכל חקירה של חשוד תחת אזהרה בעבירה שניתן להגיש בה כתב אישום ואשר נערכת בתחנת משטרה, ורק בהתקיים חריגים הקבועים בחוק (אשר רובם נובעים מכך שהעבירות הנחקרות קלות יחסית), ניתן לתעד את החקירה בכתב ולציין מדוע לא נעשה תיעוד קולי.²³¹ גם בארצות הברית רשויות אכיפת החוק הפדרליות, כולל ה-FBI, DEA ו-ATF, נדרשות להקליט את כל חקירות המשמורת של חשודים.²³²

המלצה זו עולה בקנה אחד גם עם לקחים אשר הופקו בארצות הברית בעקבות פרויקט החפות, אשר הראו כי תיעוד חזותי מלא של חקירות פליליות מביא לצמצום משמעותי בהיקף מסירתן של הודאות שווא בידי חשודים.²³³

האפשרות לעמוד על התנהלות הנחקר והחוקר שהובילו להודאה מעניקה סט כלים חשוב ביותר עבור בית המשפט בעודו מעריך את מידת הכנות והוולונטריות בה ההודאה נמסרה והיא מוצגת שוב ושוב כאמצעי מרכזי להפחתת הרשעות שווא בכתובה קרימינולוגית ומשפטית כאחד.²³⁴ בהקשר זה, יש להזכיר גם את המלצתה של ועדת טירקל לפיה חקירת שב"כ תתועד באופן חזותי מלא. הדיווחים החוזרים ונשנים אודות אלימות פיזית על ידי השב"כ משקפים כי השיטה הקיימת, קרי זכרון דברים ופיקוח, אינה מספקת בהכרח. גם לא הפיקוח המופעל לפי וועדת צ'נובר. הענקת פטור גורף מחובת התיעוד בעבירות ביטחון פוגעת באופן שאינו מידתי בזכויות האנשים אשר מתעצמת לנוכח הסדרים נוספים בחקיקה אשר חושפים את החשודים בעברות אלה לפגיעות ומסירתן של הודאות שווא: מניעה או הגבלה של פגישות עם עורכי דין, מעצר לתקופות ארוכות יותר, עיכוב הבאתם בפני שופט, וקיום דיונים שלא בנוכחותם. ראוי לציין שבאנגליה, חלה חובה כי חקירתו של נחקר החשוד עבירת טרור תיעשה בצילום חזותי עם קול.²³⁵

(ד) קיצור משך זמן המעצר

קורה לעתים שאדם נעצר לצורכי חקירה, ומתברר כי נעשו מעט מאד, אם בכלל, פעולות חקירה בזמן מעצרו. נוצר רושם ברור שהמעצר במקרה זה נועד, לאמתו של דבר, לשמש אמצעי לחץ על הנחקר, כדי שישבר ויודה. מכיוון שישנו צורך אנושי להשתייך ולקבל תמיכה נפשית ורגשית,

²³⁰ ניתן היה לחשוב שעד שיונהג תיעוד מלא של החקירות בפועל תהיה המשטרה חייבת לאפשר נוכחות של עורך דין במהלך החקירה כולה, כפי שהציעה ועדת גולדברג (דו"ח גולדברג, ה"ש 1 לעיל, פס' 46-50). אולם כאמור איננו תומכים בהצעה כזו. היא עלולה להביא, מבחינת המציאות, לדחיית ההנהגה של תיעוד, משום שכביכול יש פיתרון אלטרנטיבי. אין זה מעשי שעורך דין יהיה נוכח בכל מגע שבין החוקרים לבין החשוד. רק מי שידם משגת יוכלו להרשות לעמם נוכחות מאסיבית של עורך דין במהלך החקירות. נוכחות עורך הדין אינה כלל תחליף לתיעוד. אין לעודד שיטה שבה עורך דינו של הנאשם עשוי להפוך לעד.

²³¹ הכלל לתיעוד חזותי גמיש יותר והקוד מאפשר לחוקרים לבצע באופן חזותי תוך מתן המלצות מתי כדאי לעשות כן (חקירות של בעלי לקות שמיעה או דיבור, חקירות של קטינים או בעלי מוגבלות, חקירות שהחשוד מבקש שיתעדו אותו באופן חזותי, וכל חקירה אחרת לפי שיקול דעתו של קצין החקירות). כמו כן, במסגרת גילוי המסמכים שהתביעה מחויבת אליה, עליה להעביר העתק של קלטת החקירה במלואה בנוסף לסיכום של תמליל הראיון. בנוסף לכך, הסניגור רשאי לנכוח בעצמו ברבים מהראיונות ולערוך תרשומות משלו. להרחבה אודות הפרקטיקות באנגליה וכן לסקירה השוואתית עם מדינות נוספות במשפט המקובל ראו: Brook et al., *A comparative Examination of Police Interrogation*, הערה 126 לעיל.

²³² Fong, *Interrogations and False Confessions*, ה"ש 152, בעמ' 386.

²³³ עמדת הסניגוריה בנוגע לתזכיר חסד"פ, ה"ש 229, עמ' 2.

²³⁴ Kassir, *Police-Induced Confession*, ה"ש 195 לעיל, בעמ' 25-27.

²³⁵ סעי' 1.4 לקוד E (revised 2018) Code of Practice on audio recording interviews with suspects; סעיף 15.13 לקוד H - Code of Practice in connection with: The detention, treatment and questioning by Police Officers - The treatment of persons in police detention under Section 41 of, and Schedule 8 to, the Terrorism Act 2000 The treatment and questioning by Police Officers of detained persons in respect of whom an authorisation to question after charge has been given under Section 22 of the Counter-Terrorism Act 2008 (2019)

במיוחד בזמנים של לחץ ומתח מוגברים – הבידוד הממושך שיוצר המעצר מהעולם החיצון, מהווה טכניקת לחץ כשלעצמה. מעצר ממושך יכול גם להגביר עייפות ותחושה של חוסר אונים וייאוש.²³⁶

מזה כמה שנים שמובעת ביקורת על כך שחשודים נעצרים לא כאמצעי אחרון בהכרח אלא כאמצעי הרתעה,²³⁷ מה שמטבע הדברים מגביר את הסיכוי להודאת שווא לנוכח הלחץ המצוי במסגרת מעצר והניסיון להביא לסימום במהירות האפשרית.²³⁸ בהתאם לכך, מומלץ להוסיף הוראות מפורטות ביחס לסכנת הודאת השווא וניהול פרוטוקול מפורט ביחס לעצור. גם בעניין זה הדין האנגלי יכול לשמש מקור להשראה. סעיף 12.8 לקוד C הבריטי (המהווה חלק מחוק הראיות האנגלי) קובע שיש להגביל את התשאולים בזמן, ולוודא שיש הפסקות למנוחה וארוחות. המגבלה הכללית על כל כוחות המשטרה ביחס למעצר ותשאול היא שאלה חייבים להתבצע באופן "הוגן, אחראי, ובכבוד ללא הפליה בלתי חוקית". לאחר מעצר, חשודים יכולים להיות במעצר עם אישורו של שוטר בכיר עד 36 שעות, אבל ניתן להאריך את משך זמן זה על ידי פנייה לשופט עד למשך זמן של 96 שעות, ללא משפט. הקוד מציין כי ידוע שחשודים רגישים או שחשים מאוימים עלולים להתוודות בפרק זמן אפילו קצר יותר. עוד מצוין כי משך ותנאי מעצר כפופים לביקורת של קצין משטרה ממונה בדרגת סמל, אשר אינו מעורב בחקירה והוא אחראי לוודא את רווחת העצורים. סעיף 1.1. עוד קובע הקוד כי יש לטפל במהירות בכל האנשים במעצר ולשחרר אותם ברגע שהצורך במעצר אינו חל עוד. כמו כן, על מנת לאפשר ביקורת שיפוטית על תנאי המעצר, הקוד מפרט שורה של הוראות לשמירתו של פרוטוקול כתוב ביחס להתקדמות הטיפול בחשוד בזמן מעצר. המשטרה מחויבת לנמק מהן הסיבות להמשך המעצר וכן לנמק את החלטותיה במהלך חקירה, במיוחד ביחס לנושאים ראייתיים כמו – תגובתה ביחס לבקשתו של החשוד לסיוע משפטי, ביצוע החקירה, או הליך זיהוי כלשהו. יש להזכיר לחשודים את זכויותיהם המשפטיות – כולל זכות השתיקה שלהם – בכל שלב משמעותי של המעצר, ויש לתעד זאת בפרוטוקול ביחד עם תגובתו של החשוד – ככל שישנה. כל 24 שעות חובה להתיר לחשוד 8 שעות מנוחה רצופות, ללא תשאול, וללא העברה ממקום למקום או כל הפרעה אחרת ביחס לחקירה. זמן מנוחה זה צריך להיות בלילה או בזמן הולם אחר אשר לוקח בחשבון מתי העצור ישן או נח.²³⁹

על המשטרה להציב יעדים לצמצום מספר המעצרים ולערוך השתלמויות בנושא לשוטרים וקצינים ואף לקבוע כי מעצרים בלתי מוצדקים יהוו מדדים הפוגעים בקידום.²⁴⁰ לצד זאת, מוצע לספק לשוטרים חינוך והכשרה מעמיקים אודות הקשר אשר בין מעצר להודאת שווא וכן לעגן את הסכנה הטמונה בכך במסגרת נוהל ברור, בהשראת הדין האנגלי. לצד זאת, הן התובעים, הן בתי המשפט חייבים לפקח על מעצרים לשם חקירה כדי לוודא שמדובר אך ורק במעצרי אמת מבחינת תכליתם וכי החקירה המתנהלת מחייבת החזקה של הנחקר במעצר.

²³⁶ Kassin, *Police-Induced Confession*, ה"ש 195 לעיל, בעמ' 27-28.

²³⁷ גיא לוריא, *מדיניות ריבוי המעצרים ומגיעתה בשוויון*, 57-58 (2018).

²³⁸ Kassin, *Police-Induced Confession*, ה"ש 195 לעיל, בעמ' 24.

²³⁹ ראו סעיף 12.2 לקוד C. עיון דומה בנהלי המשטרה הפתוחים לעיון הציבור מגלה נהלים לקוניים ביחס לחקירות ומעצרים. נוהל המשטרה בדבר תנאי חקירה הוגנים (נוהל מספר 300.05.064) שחל החל מסוף שנת 2015 קובע כי "יש להקפיד על רישום כל השיחות עם החשוד, בציון מועדי החקירה המדויקים, תוכן השיחה, והטעמים המיוחדים לחקירה ממושכת או לחקירה בשעות חריגות". הוראה זו אינה מספקת. ראשית, היא אינה חלה על מעצר ראשוני, שנית הניסוח "יש להקפיד" אינו מחייב דיו. על כל גוף חקירה לעמוד ברף רישום מלא ומדויק. על בית המשפט לתמרץ את המשטרה לעשות כן על ידי התנייה שבהעדרו של תיעוד זה תותנה קבלת ההודאה, ללא יוצא מן הכלל, בסיוע.

²⁴⁰ לוריא, ה"ש 237 לעיל, עמ' 75.

(ה) טכניקות של הטעיה לגבי ראיות שונות

ראיות בדויות יכולות להיות מוצגות לנחקר במגוון דרכים – חוקרת יכולה לספר לנחקר ששותפיו לעברה כבר הודו בביצועה, שהאליבי שלו נבדק ונשלל, ואף שנמצאה ראיה פורנזית הקושרת אותו לזירת הפשע. בישראל בית המשפט העליון הכשיר ראיות בדויות ככל שהן מתוארות לנחקר ולא מוצגות לו, אלא שבמחקר מקיף שנערך על-ידי מספר קרימינולוגים, נמצא כי אחת הטקטיקות המועדות ביותר להודאות שווא, היא הצגתן של ראיות בדויות, תהיינה אלה מילוליות או פיזיות. על פי המחקר, הצגתן של ראיות מפלילות במהלך חקירה מגבירה את תחושת החרדה אצל נחקרים, ומידע שגוי ביחס לאירוע יכול אף לשנות את זכרונם (קל וחומר אם הנחקר היה תחת השפעת אלכוהול או סמים בעת האירוע).²⁴¹ מחקר אחר, אשר בוסס על מודלים דומים, הצליח לייצר אצל 70 אחוז מן הנדגמים זיכרון כוזב לפיו היו מעורבים בביצועה של עבירה. הסיכון עולה בצורה משמעותית כאשר הנחקרים הם אוכלוסיות רגישות כמו קטינים ובעלי מוגבלויות.²⁴² למחקרים אלה ולהפנמתם חשיבות רבה, שכן האינטואיציה היא הפוכה. לפי האינטואיציה, שאינה מבוססת על נתונים, התגובה הצפויה אצל אדם חף היא דחייה מוחלטת ונחושה של ממצאים הנוגדים את חפותו, שבה הוא משוכנע לחלוטין.

נכון להיום, נטיתן של מדינות דמוקרטיות הינו ריסון של טקטיקות כאלה. כך, למשל, בבריטניה, מאז השינוי החוקתי רמייה מתבצעת, אם בכלל, באמצעות הצגה מחושבת של ראיות ולא על-ידי שקרים המוצגים לחשוד;²⁴³ בניו זילנד הגם שאין הוראה קוגנטית בעניין זה בית המשפט פסל הודאה שהתקבלה מפי נאשם לאחר שהחוקרים הטעו אותו ביחס לחוזקת הראיות אשר יש בידה ביחס לאשמתו.²⁴⁴ בגרמניה חל איסור מפורש על רמייה.²⁴⁵ הגם שלא ניתן כנראה למנוע כליל טקטיקות של הטעיה, מוצע להטיל איסור מוחלט על טקטיקות רמייה הכוללות הטעיה ביחס לראיות, לרבות טענה בעל פה אודות קיומן של ראיות מכריעות נגד הנחקר, שאינן קיימות במציאות.²⁴⁶

(ו) הקפדה על "מידור" פנימי במקרה שנגבתה הודאה בחקירה

הודאות הן ראיות חזקות אשר מעוררות את הטיית האישוש בקרב גורמים המתוודעים אליהן,²⁴⁷ והן משפיעות לא רק על החוקרים עצמם. ישנו גוף הולך וגדל של מחקרים המעידים שגם מדענים החשופים למידע מוקדם, עשויים לפרש נתונים אובייקטיביים באופן אשר הולם ציפיות מוקדמות. ראיות חזקות כמו הודאות, מדרבנות הטיית כאלה והופכות את האבחון הפורנזי לכזה אשר חשוף לפרשנות. הצעה שנועדה להתמודד עם הטיית אלה היא יצירתו של פרוטוקול המתעד את המידע

²⁴¹ Kassir, *Police-Induced Confession*, ה"ש 195 לעיל, בעמ' 20.

²⁴² שם.

²⁴³ Brook et al., *A Comparative Examination of Police Interrogation*, הערה 126 לעיל, בעמ' 937.

²⁴⁴ R. v. Hennessy [2009] NZCA 363 at [37] N.Z., שם, בעמ' 940.

²⁴⁵ Weigned, *Evidence Exclusion: A German Perspective*, ה"ש 128 לעיל, בעמ' 76.

²⁴⁶ להרחבה בסוגיה זו ראו שפרלינג-סטרן ופטיש, ה"ש 142 לעיל.

²⁴⁷ Scherr et al., *Cumulative Disadvantage*, ה"ש 156 לעיל, בעמ' 12, 19.

שנאסף במהלך החקירה ולהסדיר את היקף הראיות אליו נחשפים הגורמים השונים בחקירה וכן את המועד בו הם נחשפים אל הודאה. אין זה מובן מאליו למשל שמומחית הבוחנת טביעות אצבע צריכה לדעת אודות ההודאה לפני שהגיעה למסקנותיה הבלתי תלויות.²⁴⁸ ניתן לשקול גם להעביר פרוטוקול זה במסגרת גילוי מסמכים להגנה. במסגרת החקירה, מוצע לשמור על "מידור" מסויים בין גורמי החקירה השונים, על מנת למזער ככל הניתן הטיות קוגניטיביות בקרב גורמים אשר אינם מנויים על חוקרי המשטרה, וזאת על מנת למנוע זיהום של ראיות פורנזיות.²⁴⁹

(ז) קיומו של הליך "פוסט מורטם" מסודר ומובנה של מערכת האכיפה בכל מקרה שבו נפסלת הודאה או שבית המשפט מבקר את גורמי האכיפה

כאשר בית המשפט פוסל הודאה או מבקר את גורמי האכיפה מבלי לפסול את ההודאה, ישנה חשיבות עליונה בלמידתם של המחדלים או הטעויות שנעשו במסגרת החקירה – הן ברמת המשטרה והן ברמת הפרקליטות. הליך כזה יאות לצבור הרחב שטעויות שאירעו במסגרת חקירה (בין אם בגביית הודאה או השגת ראייה שנפסלה) נלקחות ברצינות ונלמדות לעומקן על מנת להימנע מהן בעתיד. מעבר לכך, הליך רפלקטיבי יאפשר לבחון דה נובו, ללא לחץ של זמן המאפיין חקירה "חיה", הטיות ודפוסים אשר יש לשנותם. במסגרת זאת, יש מקום לשאוב השראה מחיל האוויר וארגונים שונים דוגמת בתי חולים אשר פיתחו תחום בטיחות כך שהעובדים בהם יתומצו לשתף בדברים שקרו להם ללא סכנת ענישה. מטרתה של הפתיחות הזו היא לעודד כנות ושקיפות, וזאת לנוכח הנורמה שרווחת שלא לספר אודות מקרים שעשויים היו להיחשב בגדר עבירות משמעות או תקלות. עיקרון זה שזכה לכינוי 'כמעט ונפגע' אינו צריך להחליף הליכי משמעת ככל שאלה נדרשים, אך יש לאמצו במקביל.

ד. בית המשפט והרשעות שווא

לבית המשפט תפקיד מכריע להכווין ולתמרץ התנהגות נאותה של חוקרים ולהישמר מפני מתן גמישות יתר לתנאי קבלתה של הודאה או העדפת שיקול דעת על פני כללים. במהלך השנים התווה בית המשפט אמות מידה אשר נועדו להבחין בין תרגילי חקירה פסולים ומותרים²⁵⁰ אולם נראה כי מותבים ממשכיכים להעריך ביתר את מהימנותה של הודאת החוץ – בין אם כתוצאה של הטיות קוגניטיביות לטובתה של הודאה, ובין אם מתוך מתן שיקול דעת רחב לגופים החוקרים ולפרקליטות.²⁵¹

אין להמעיט בהטיות הפסיכולוגיות של השופטים, ובאופן בו מסירתה של הודאה משפיעה גם עליהם. חרף ההבנה הרווחת שתופעת הודאות השווא אינה תופעה שולית או נדירה, כפי שנהוג היה

²⁴⁸ שם, בעמ' 19.

²⁴⁹ לביקורת דומה של ראיית מנהרה אליה חשופים גם הפרקליטים. לרנאו, ה"ש 197 לעיל, 387.

²⁵⁰ הוכרע כאמור כי טקטיקות הטעיה כגון בידוי ראיות או הצגתם של ממצאים פורנזיים מזויפים לנחקר אסורות ע"פ 2939/09 פילצה נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 15.10.2009) פס' 20. עוד נמצא כי המונולוג הסוגסטיבי והתשאול הנעלם חותרות תחת הזכות לאי הפללה עצמית וזכות השתיקה. ראו בהרחבה בהערה 210 לעיל.

²⁵¹ הצעתם של פישר ושטיין היא לייקר את השימוש בהודאת חוץ על ידי קביעת הפחתה בחומרת העונש במקרה שהודאת החוץ נכללת בסל הראיות. מנגנון זה, אותו הם מכנים "עונש הודאה" יביא לדעתם לכך שהתביעה תעודד את המשטרה לחתור לאיתורן של ראיות חיצוניות ואילו השימוש בהודאה יעשה רק כאשר המשטרה לא הצליחה לאתר די ראיות חלופיות כדי ליתר את הגשה. ספק אם מדובר בהצעה משכנעת. סביר יותר שבתי המשפט יפרידו בין שתי הסוגיות- האם יש ראיות מספיקות להרשעה ואם כן - מהו העונש הראוי? השיטה המוצעת אינה מתיישבת עם עקרון הענישה ההולמת ותביא להבדלים בענישה שלא ניתן להצדיקם מוסרית. טליה פישר ואלכס שטיין, "דיני ראיות", בתוך: הגישה הכלכלית למשפט, 1103 (אוריאל פרוקציה, עורך, 2012).

לחשוב בעבר, מחקרים אמפיריים מראים שמרגע שנמסרה הודאה כמעט בלתי אפשרי להתעלם ממנה והיא חושפת כל גורם שהתוודע אליה להטיית האישוש, כלומר – נטייה לראותה כנכונה והיא יכולה אף לזכות בתשומת לב משמעותית יותר מאשר ראיות פורנזיות אשר סותרות אותה.²⁵² כאמור, נטייה זו אינה רק משפיעה על השופטים. גם חוקרים פורנזיים, בוחני פוליגרף, ועורכי דין (סניגורים ופרקליטים) – כולם מועדים להנחת אשם מרגע שנגבתה הודאה.²⁵³

כפי שציין בית המשפט העליון האמריקני בעבר, הצגתה של הודאה במשפט הופכת את יתר הראיות לשטחיות, והמשפט האמיתי מתרחש ברגע קבלתה של ההודאה:

no other class of evidence is so profoundly prejudicial... [t]rials of fact accord confessions such heavy weight in their determinations that 'the introduction of a confession makes the other aspects of a trial in court superfluous, and the real trial, for all practical purposes, occurs when the confession is obtained.'²⁵⁴

אכן, מחקרים אמפיריים משקפים כי כאשר נגבית הודאה, האפשרות להשתכנע אחרת מראיות אחרות הסותרות את ההודאה – קטנה ביותר. כך קרה למשל שגם כאשר ראיות פורנזיות מסוג ד.נ.א הפריכו את אשמתו של נאשם שהודה ולאחר מכן חזר מהודאתו, בית המשפט קבע שהוא אשם והתביעה והמשטרה מצאו דרך להסביר מדוע הראיות אינן יכולות להתיישב עם אשמתו.²⁵⁵

הטיות פסיכולוגיות משפיעות גם על ההחלטות במשפטי זוטא לטובת קבילות ההודאות, בין השאר בשל חזקת התקינות אך גם בשל הטיה טבעית להעדיף ודאות על פני ספק וסגירת קצוות פתוחים על פני השארת העניין פתוח. בשלב ההכרעה על קבילות, שופטים סומכים על עצמם כי ידעו להבחין, בשלב ייחוס המשקל, בין הודאה אמינה להודאה שקרית. אולם, מדובר באמונה שאין לה בהכרח על מה לסמוך, והתוצאה היא סבלנות יתרה כלפי טקטיקות חקירה שממצאים אמפיריים קושרים להודאות שווא. כפי שהובהר, מטרתה של הצעה לסדר זו היא שינוי חקיקה אשר יתווה כללים ברורים יותר ביחס למותר ואסור במסגרת חקירה, ובאופן אשר יקנה לשופטים כלים טובים יותר על-מנת להכריע אודות קבילותה ומשקלה של הודאת חוץ. אולם, בין אם ההצעה תתקבל ובין אם לאו – לבית המשפט עומדות כבר עתה דרכים לצמצם את טקטיקות אלה ואת הסיכון להודאות והרשעות שווא.²⁵⁶

Sara C. Appleby & Saul M. Kassin, *When Self-Report Trumps Science: Effects of Confessions, DNA*,²⁵² *and Prosecutorial Theories on Perceptions of Guilt*, 22 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 127 (2016)

²⁵³ בעוד מערכת פלילית מניחה שאיסוף של ראיות מסוגים שונים נעשה באופן עצמאי ובלתי תלוי, מחקר על הטיות אישוש מציע חשיבה מחודשת. פרויקט החפות האמריקני הראה שב-78% מהמקרים בהם נגבתה הודאת שווא, הייתה טעות ראייתית אחת נוספת לפחות (ב-63% מהמקרים היו טעויות בעדויות פורנזיות, ב-29% מהמקרים היה טעויות בעדויות ראייה, וב-19% מהמקרים היו טעויות של מודיעים). בכל המקרים הללו ההודאה נלקחה בחלק מוקדם יחסית של החקירה ונדעה לגורמים נוספים אשר היו מעורבים בחקירה. Scherr et al., *Cumulative Disadvantage*, ה"ש 156 לעיל, בעמ' 12.

²⁵⁴ *Colorado v. Connelly*, 597 U.S. 157, 182 (1986). אמנם בארצות הברית בעיה זו גוברת לנוכח שיטת המושבעים, אך הדברים נכונים גם ביחס לשופטים עצמם. (נראה אצל Richard A. Leo, *Why Interrogation Contamination Occurs*, 11 OHIO ST. CRIM. L. 193 (2013). הערה 93).

²⁵⁵ Jennifer Lackey, *False Confession and Testimonial Injustice*, 110 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 43 (2020)²⁵⁵ יש לציין שמרבית ההצעות המפורטות מטה אינן "מהפכניות". הן נדונו במידה משתנה על ידי שופטי בית המשפט העליון בהזדמנויות שונות לאורך השנים.

(א) סיווגה של טקטיקת חקירה המציגה ראיות שקריות לנחקר כאסורה

בית המשפט העליון הכשיר תרגילי חקירה מסוג ראיות בדויות כל עוד הן נמסרות בעל פה כמעין מצג שווא, ולא "פוברקו" והוצגו לנחקר.²⁵⁷ הרציונל אשר בהבחנה, כפי שהסביר השופט דנציגר בעניין **זדורוב**:

מקורו בהנחה כי באמירת אי-אמת על ידי איש מרות נשמרת יכולתו של הנחקר, אשר יודע את המציאות לאשורה, לקבל החלטה חופשית אם להודות, כשביכולתו להציג את גרסתו שלו. לעומת זאת, בידוי ראיות עלול להוביל למצב שבו נחקר חף מפשע יסבור שאין ביכולתו להוכיח את חפותו ולכן ימסור הודאת שווא.²⁵⁸

כאמור, במחקר מקיף שערכו לאחרונה קאסין ואח' נמצא שהצגתן של ראיות מפלילות במהלך חקירה מגבירה את תחושת החרדה אצל נחקרים, וכי מידע שגוי ביחס לאירוע יכול אף לשנות את זכרונם²⁵⁹ (קל וחומר אם הנחקר היה תחת השפעת אלכוהול או סמים בעת האירוע).²⁶⁰ מחקר אחר הצליח לייצר אצל אחוז ניכר מן האנשים זיכרון כוזב לפיו היו מעורבים בביצועה של עבירה כאשר נטען כי ישנן ראיות הקושרות אותן לאירוע.²⁶¹ חרף ההבחנה הקיימת בדין בין הצגה פיזית של ראיות בדויות לבין הצגתן המילולית,²⁶² מחקרים מלמדים שאופן בדיית הראיות והאופן בו אותם חוקרים מציגים אותן (בעל פה או בהצגתן בפועל) אינו בהכרח רלוונטי כאשר מדובר בנחקרים הנוטים לייחס אמון לגורמי אכיפת החוק – יהיו אלה נחקרים לא מנוסים או כאלה אשר בוטחים בחפותם. הבדלים נרשמו בעיקר ביחס לאופן בו הנחקרים הפנימו את האשמה והשתכנעו בכך שהם אכן אשמים. כאשר הוצגו להם ראיות בדויות ולא רק נטען שהן קיימות, רמת השכנוע עלתה, אך הודאות שווא נמסרו בשני המקרים.²⁶³

²⁵⁷ ראו דבריו של השופט בך: "אין לשלול שימוש בתחבולות מסוימות מצד המשטרה, אף אם יש באלה מידה של הטעיה כלפי החשוד... כך למשל לא הייתי, כשלעצמי, רואה פגם בכך אם החוקרים, תוך חקירת החשוד, נותנים לו להבין, בשיחה בעל-פה, כי חבריו כבר הודו או כי פרטי השתתפותו בפשע כבר ידועים ומוכחים, אפילו אין דברים אלה תואמים את האמת לאמיתה, על מנת לבחון את תגובותיו של החשוד... במאבק נגד עולם הפשע אין לפעמים מנוס מלהשתמש בתחבולות מסוג זה. אך חייבים לתחום גבולות לשימוש באמצעים כאלה, ולדעתי חיבור מסמכים שקריים ו"מפוברקים" חורג מתחום המותר. ישנו הבדל משמעותי בין אי-גילוי האמת או אף אמירת אי-אמת לנחקר לבין הטעייתו על-ידי חיבור מסמכים כוזבים המתיימרים להיות ראיות ממשיות. ישנה כאן סכנה, כי ייפרץ כל סכר. אם מותר למשטרה ולתביעה "לפברק" אישור כוזב בדבר תוצאות של בדיקת טביעת אצבע, אזי אין מניעה לכך, שמחר תזויפנה טביעות אצבע עצמן וכן בדיקות באליסטיות... לא נראה לי, כי תחבולה שלובשת צורה קיצונית ובוטה כזו הינה לגיטימית, ואפילו אין כוונה להעלים בסופו של דבר את פרטי התחבולה מפני בית המשפט ומפני הנאשם". ב"ש 22/87 **ביטר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא, עמ' 54-55.

²⁵⁸ **זדורוב**, ה"ש 47 לעיל, פס' 59 לפסק דינו של השופט דנציגר. טכניקת ריד, נוקטת בעמדה דומה. על פי המדריך אין בראיות כוזבות כשלעצמן כדי להביא להודאתו של נחקר, שכן חף מפשע (שאינו קטין ושאינו לוקה במוגבלות נפשית או שכלית) לא יודה; הוא ימשיך להתעקש על חפותו ויהפוך כועס, נרגז ומתוסכל לכל היותר. הצגתן של ראיות אלה הן הכרח גם אם נראות לא אתיות, שכן אין דרך אחרת להתמודד עם פושעים וחשודים בפשע. **מדריך ריד**, ה"ש 148 לעיל, עמ' 429, 446-435.

²⁵⁹ *Kassin, Police-Induced Confession*, 195 לעיל, בעמ' 28.

²⁶⁰ Jerome H. Skolnick & Richard A. Leo, *The Ethics of Deceptive Interrogation*, 11 CRIM. JUST. ETHICS 3, 8 (1992).

²⁶¹ *Scherr et al., Cumulative Disadvantage*, ה"ש 156 לעיל, בעמ' 9.

²⁶² יש לציין שפסקי הדין אשר ערכו את ההבחנה לא ביססו אותה על ממצאים או ספרות המספקת תימוכין עבורה.

²⁶³ שפרלינג-סטרן ופטישי, ה"ש 142 לעיל, בעמ' 10.

עוד נמצא, שחפים מפשע מועדים לכתחילה להודאת שווא משום שהם נוטים לוותר על זכות ההיוועצות או זכות השתיקה, מתוך ההנחה השגויה שחפותם תתגלה במהרה – אם לא בפני החוקרים, אז בפני בית המשפט. כמו כן, נחקרים חפים מפשע נוטים לגלות אמון רב יותר בחוקרים ולהיות מושפעים על ידם. הם מועדים גם להסתבך בשקרים שמטרתם להרחיק את עצמם מן העבירה, אלא שהפרכתם של שקרים אלה בשלב מאוחר יותר, תוכל לשמש כתוספת ראייתית להודאת השווא שנמסרה.²⁶⁴ לעומתם, אשמים נוטים לגייס את מלוא יכולתם הקוגניטיבית לשם קבלת החלטות בשירות האינטרס העצמי שלהם, נמנעים מלנדב מידע, ולא נוטים לוותר על זכויותיהם.

מעבר לסכנה הקונקרטית של גביית הודאת שווא ופגיעה בחקר האמת, הצגתן של ראיות בדויות פוגעת גם בזכות להליך הוגן. מסירתו של מידע בדוי חותרת תחת אוטונומיית הרצון של הנחקר, שכן היא מובילה אותו לחרדה קשה וניפוץ האמון בעצמו ובזכרונו. נחקר אשר מאמין לטענות שנמצאו ראיות מוצקות המוכיחות את אשמתו צפוי להיקלע למצוקה נפשית קשה, אשר נטען שאינה נופלת מהתעללות נפשית.²⁶⁵

מותבים שונים כבר הביעו את דעתם שיש לתת את הדעת בשנית לקבילותן של הודאות המתקבלות לאחר שהנחקר הוטעה על ידי החוקרים לחשוב שנמצאו ראיות אובייקטיביות לאשמתו. בעניין **זדורוב** השופט דנציגר ציין שהלכת **יששכרוב**, אשר חיזקה את חשיבותו של טוהר ההליך הפלילי, מחייבת לעיין מחדש בהבחנה אשר בין הטעיה שבעל פה לדין בדיית ראיות.²⁶⁶ עמדה דומה הביעה גם השופטת נאור (כתוארה דאז) בעניין **פילצה**, באומרה כי "העובדה שאיש מרות אומר לנחקר דברים שלידיעתו אינם אמת מעוררת, ותמיד עוררה, תחושת אי נחת."²⁶⁷

תחושה זו מוצדקת. על בית המשפט לתמרץ את החוקרים לאתר ראיות אובייקטיביות התומכות בחשד או שוללות אותו, שכן ההיתר לשקר מעודד תפיסה מסוכנת, לפיה המטרה היא השגת הפללה (להבדיל מחקר האמת) ומטרה זו מכשירה אמצעים מגוונים נוספים. לכן, כאשר מוצגים שקרים – גם בעל פה – ביחס לקיומן של ראיות אובייקטיביות המסבכות את הנאשם בעברה (המוכיחות את מעורבותו בפשע), על האיסור צריך להיות מוחלט, וככלל אמור להביא לפסילת ההודאה. סטייה תתאפשר במקרים מאד מיוחדים וחריגים.

(ב) קביעת כללים ברורים להפעלתם של מדובבים

מדובב הוא אדם אשר פועל מטעמה של המשטרה בניסיון להוציא מידע מטעם החשוד, מבלי ליידע אותו כי הוא משתף פעולה עם חוקריו. מדובב יכול להיות שוטר סמוי, עבריין מורשע, או עצור.²⁶⁸ מכיוון שהחשוד אינו מיודע אודות זהותו האמיתית של המדובב, וחשוד בלתי מנוסה עשוי אף לא לחשוד בכך, נעלם ממנו גורם חיוני אשר קיים בחקירה רגילה, קרי: ההבנה של החשוד באשר למשקל ולמשמעות שיש לאמירותיו. בעוד שברמה העקרונית (ואף ברמה הנורמטיבית) יש ציפייה

²⁶⁴ שם.

²⁶⁵ שפרלינג-סטרן ופטישי, ה"ש 142 לעיל, בעמ' 11, וההפניות שם למאמרה של קיטאי-סנגיר.

²⁶⁶ עניין **זדורוב**, ה"ש 47 לעיל, פס' 59 לפסק דינו של השופט דנציגר.

²⁶⁷ ע"פ 2939/09 **פילצה נ' מדינת ישראל**, פס' 23 (פורסם בבנו, 15.10.2009). נאור חזרה על דבריה כאן גם בע"פ 10477/09 **מובראק נ' מדינת ישראל** (10/4/2013), פס' 108-100, אך בשני המקרים קבעה שאין בראיות הבדויות כדי לפסול את ההודאה.

²⁶⁸ ואקי, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 897.

שגרסה הנמסרת בהליך רשמי בפני גורם מוסמך תהיה גרסת אמת, אין כל ציפייה דומה לגבי שיח בין שני אנשים פרטיים. אדם עשוי לספר לאחר על עברה שבפועל לא ביצע ממניעים שונים, כגון התפארות, כדי ליצור מאזן אימה בין האומר לבין המדובב שמציג עצמו כעברייני, וכיוצא באלה. יש הבדל יסודי, מבחינת הזיקה המונחת לאמת, בין הודאה הנמסרת לאיש רשות לבין סיפור שמספר עצור למי שהוא מבחינתו עצור אחר. קושי נוסף טמון במאפייניהם של המדובבים כעבריינים לשעבר, מאפיינים המכניסים ממד של אינטרסים ותמריצים אישיים לפעולותיהם, שלא בהכרח הולמים את האינטרס הציבורי.²⁶⁹

בקנדה קבע בית המשפט כי לא ניתן להפעיל מדובב במקביל לחקירה גלויה שכן הדבר יפגע בזכות השתיקה של החשוד המעוגנת בסעיף 7 לצ'ארטר. בהתאם לכך, המשטרה אינה רשאית לגבות מידע מהחשוד אם החשוד אינו מנדב אותו בעצמו.²⁷⁰ הגם שעמדה זו נראית לי הנכונה ביותר על מנת להגן על זכויותיו של החשוד, יתכן שלנוכח השימוש הנרחב של פרקטיקת הדיבוב בהליך החקירתי בישראל, מעבר חד לעמדה הקנדית יהיה בלתי ישים. לכן, בשלב ראשון (מבלי ליתר את המעבר לעמדה הקנדית בהמשך), יש לעמוד על כך שדין הדיבוב הינו כדין חקירה רשמית.

בעבר קבע בית המשפט העליון שחקירה על ידי מדובב היא טכניקה לגיטימית הנתונה (ככל טכניקה אחרת) למבחני הסבירות הרגילים, ולשאלה האם פעולת המדובב פגעה ברצונו החופשי של הנחקר למסור את ההודאה.²⁷¹ אך בפרשת אלזם החל בית המשפט לנקוט בזהירות רבה יותר ונקבע שדיבוב הוא תרגיל חקירה הוגן רק אם הוא אינו פוגע בזכות ההיוועצות של החשוד או בזכותו לאי הפללה עצמית.²⁷² מגמה זו התחזקה בפסק דין חייבטוב במסגרתו הוחלט לזכות את חייבטוב מעבירת רצח בשל פגמים חמורים באופן פעולתו של המדובב בחקירה.²⁷³

מאוחר יותר, בפרשת רדאי, נדונה התנהגותו של מדובב אשר פעל באופן דומה למדובב בעניין חייבטוב. במקרה זה "קיבל" המדובב את הנאשם לארגון הפשע שלו, ושידל אותו להשתמש בסמים (וכן לבצע עבירות נוספות, שגם בגינן הוגשו נגד רדאי כתבי אישום אך בוטלו מכוח טענת ההגנה מן הצדק). חילוץ ההודאה עצמה נעשה תוך תחבולות מתוחכמות, בהן המדובב הודה בפני הנאשם ברצח שביצע כדי לתמרץ את הנאשם להפגין גילוי לב דומה; ובעבור ההודאה שהושגה העניקו גורמי החקירה למדובב טובות הנאה. בשל פגמים אלו זוכה רדאי, תוך המלצה מפורשת של שופטי בית המשפט המחוזי כי "טוב יעשו גורמי החקירה והתביעה אם יבחנו את התקלות וההערות שפורטו בהכרעת הדין".²⁷⁴ ואולם, חרף חשיבותן של התפתחויות אלה ונוספות,²⁷⁵ אשר הקשיחו באופן ניכר

²⁶⁹ הסניגוריה הארצית, דוח פעילות 2018 (יוני 2019) בעמ' 142 (להלן: "דו"ח הסניגוריה הציבורית (2018)").
²⁷⁰ שם, בעמ' 143. בית הדין האירופי לזכויות אדם אימץ עמדה הדומה לעמדה הקנדית. ראו שם.

²⁷¹ שם.

²⁷² פרשת אלזם, פס' 5 לפסק דינה של השופטת (כתוארה דאז) חיות. במקרה זה נפסל הדיבוב אולם יש לציין שה"מחיר" של פסילת הראייה לאינטרס הציבורי היה נמוך יחסית, כיוון שבעת הפסילה הנאשם כבר מת.

²⁷³ דוח הסניגוריה הציבורית (2018), בעמ' 145. השופטים התייחסו לפגמים בארבעה מישורים מהותיים: היעדר התייעוד של ההנחיות והתדרוכים שקיבל המדובב; השימוש בסמים שעשה המדובב יחד עם חייבטוב, כאשר גורמי החקירה היו מודעים לשימוש זה אך בחרו שלא להפסיקו; הבטחות שקריות מצד המדובב לכך שעורך דין מפורסם יכול לייצגו, וניסיונותיו להסית את החשוד כנגד הסניגור הציבורי שכבר מונה לו; וטובות הנאה משמעותיות שניתנו למדובב על ידי גורמי החקירה, ללא כל תיעוד. כתוצאה מפגמים אלו, סבר השופט מלצר שיש לפסול את החקירה כולה ותוצריה מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק. עניין חייבטוב, הי"ש 23 לעיל.

²⁷⁴ שם, בעמ' 146.

²⁷⁵ ראו בהרחבה שם.

את תנאי השימוש במדובבים, הנחת המוצא בפסיקה לפיה אין כל פסול בטכניקת חקירה זו, נותרה כשהייתה. הנחה זו שגויה משלוש סיבות עיקריות.

ראשית, חשיפתם של חשודים לעבריינים מורשעים אשר מפעילים עליהם מכבש לחצים מכוון תוך איומים או הבטחות שווא – ובתמורה מקבלים טובות הנאה מובהקות מצד גורמי חוק²⁷⁶ - פוגעת באופן ממשי בחופשיות הרצון של החשוד ונקל להניח שלחצים מן הסוג הזה לא היו מתקבלים לו היו מופעלים על ידי חוקרת מן השורה. הרושם שנוצר הוא שגורמי האכיפה סבורים שהמעבר מחקירה על ידי אנשי מרות לחקירה באמצעות מי שמבחינתו של החשוד אינם כאלה (למרות שבפועל הם עשויים להיות גם כאלה) מצדיק התרה מלאה של הרצועה, ומה שלא היה עולה על הדעת בחקירה של אנשי מרות, כגון הכנסת החשוד לאווירה של פחד וחוסר אונים, שבה הוא חושש לחייו (מבחינתו חשש מבוסס) אם לא יספק למדובבים חומר מפליל על עצמו – הופך להיות מוצדק על-ידי הפעלתו של מדובב.²⁷⁷ במובן זה, השימוש השיטתי במדובבים נראה כמו מהלך של המשטרה שתכליתו לעקוף את הכללים שהמשפט פיתח כדי להבטיח את הוגנות ההליך וכדי לצמצם את פער הכוחות בין המדינה לבין החשוד העצור. האם ראוי ששיטת המשפט תיתן ידה למהלך עקיפה כזה?

יתרה מכך, מערכת הכוחות בין הצדדים – הנובעים משיקולי הישרדות בתנאי מעצר וכליאה (במיוחד חשש או אף פחד מן המדובב שעלול להביא ל"יודוי" אודות פשע שלא היה ולא נברא כדי לשפר את מעמדו מול המדובב) מדרבנים לא פעם הודאות שווא מצד חשודים.²⁷⁸ שיטה רווחת, שנקטה גם כאן, היא שהמדובבים המציגים עצמם כעבריינים כבדים ביותר, "מגלגלים" לעבר החשוד חומר מפליל נגד עצמם, כגון החזקה או שימוש בסם מסוכן. משעה שהחשוד מחזיק מידע מפליל כזה נגדם, הוא נדרש לספק חומר מפליל על עצמו כדי שיווצר בין הצדדים מאזן של אימה. אם לא יעשה זאת, יש להם סיבה טובה לפגוע בו, כדי להבטיח שלא יפליל אותם. ככול שהמשחק במדובבים עובד, והחשוד רואה בהם עבריינים גרידא, קל יותר לחשוד לספק להם מידע, גם שקרי, נגד עצמו, שכן אין הוא חושש מהפללה שלו בפני הרשויות. כלומר, יש כאן שימוש באמצעי פסול מובהק- איום בסכנה לחיים, השולל את רצונו החופשי של החשוד ושהוא בלתי נסבל במדינת חוק. הערך הראייתי של דברים הנמסרים בנסיבות אלה כמשקפים אמת הוא קלוש ביותר.

שנית, חזרה מן ההודאה עשויה להיות בעייתית ברמה הראייתית וזאת לאור קשיים בתיעודן של החקירות הללו ובהתחקות אודות טובות ההנאה שקיבל המדובב. בשל כך, פרסמה הסנגוריה גילוי דעת מפורט בו טענה בנחרצות כנגד פרקטיקה זו אשר לדבריה נעשית "תחת מעטה כבד של סודיות וחסיון".²⁷⁹ גם בתי המשפט, ובמיוחד בית המשפט במחוז מרכז,²⁸⁰ חזרו והתריעו בשנים האחרונות הן על העדר תיעוד מלא של החקירות והן על בעייתיות בפעולתם של מדובבים,

²⁷⁶ **דוח הסנגוריה הציבורית (2018)**, ה"ש 269 לעיל, בעמ' 143.

²⁷⁷ דברים דומים הביע גם אנדרו טאסליץ ביחס למודיעים בבתי הכלא האמריקנים (jail informants). לדבריו: "The ease of using informants stems partly from the freedom it grants law enforcement from many otherwise applicable legal and practical investigative limitations."

Andrew E. Taslitz, *Prosecuting the Informant Culture*, 109 MICH. L. REV. 1077, 1080 (2011).

²⁷⁸ ראו בהרחבה **דוח הסנגוריה הציבורית (2018)**, ה"ש 269 לעיל, בעמ' 140-153.

²⁷⁹ שם, בעמ' 150.

²⁸⁰ תפ"ח (מחוזי מרכז) 24139-09-17 **מדינת ישראל נ' גולובקו** (פורסם בנבו, 6.11.2018). בערער שהגישה הפרקליטות לבית המשפט העליון הוחלט כי הנחיית הפרקליטות צריכה להיות גלויה, אך לא המסמך המשטרתי המבצעי ביחס לעצם פעולת הדיבוב (ע"פ 7984/18 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 19.2.2019). דו"ח הסנגוריה הציבורית (2018), ה"ש 269 לעיל, בעמ' 147. ראו גם תפ"ח (מחוזי לנוער נצרת) 44182-03-16 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 11.2.2019).

וההתרעות נשלחו לגורמים הבכירים ביותר במערכת אכיפת החוק. למשל, בתיק שעסק בהפעלתם של מדובבים בכלא צבאי, קיבל השופט פינקלשטיין את בקשתה של הסניגוריה לעיין במסמך אשר קיומו התגלה במהלך ניהול המשפט שהיווה "טיוטת הנחיה פנימית" של פרקליט המדינה המהווה המשך לנוהל משטרתי ביחס לדיבוב במסגרת חקירה חסויה. המדינה העדיפה לחזור בה מהאישומים על פני גילוי המסמך והנאשמים זוכו תוך שהשופט פינקלשטיין קבע באופן נחרץ כי ראוי "שהנחיה נורמטיבית זו תהיה גלויה ולא סודית, וזאת ללא כל קשר להליך המסוים שבפנינו. הדיון בשאלה העקרונית באילו תנאים ומגבלות ניתן לפגוע, במדינה דמוקרטית ויהודית, בזכויות יסוד של נחקרים במהלך הפעלתם של מדובבים בחקירה – חייב לדעתנו להיות גלוי וידוע." 281 אך התיעוד נותר בלתי מספק, וגורמי החקירה ובתי המשפט נאלצים לעיתים להסתמך על עדות המדובבים.

בפסק הדין **חייבטוב** ציטט השופט שוהם את עדותו של קצין המדובבים הראשי אשר הבהיר כי המשטרה פועלת על-פי הנחיות שניסחה לעצמה, ביניהן איסור על הפעלתם של מדובבים נרקומנים או שהורשעו בעבירות מרמה; כי על חוזה עם מדובב להתנות את התגמול בעבודה ולא בהבאתן של ראיות מפלילות; וכך איסור על מגע ישיר בין צוות החקירה למדובב. 282 כפי שציינה הסניגוריה, בהנחה שהן יושמו, הנחיות אלה בעלות חשיבות אך הן אינן מספקות. אין הן מתייחסות לסוגיית התיעוד, או לחשיבותה של שקיפות גדולה יותר ביחס להיקף פעילות המדובבים ורישום של טובות ההנאה אותם הם מקבלים, ומעל הכל – הנחיות אלה נכנסו לתוקף בשנת 2006 אלא שמאז המשיכו לעלות בפני בית המשפט מחדלים רבים בהתנהלות המדובבים. 283 תחקיר תוכנית המקור אשר פורסם לפני שנתיים, זמן רב לאחר שהלכות בית המשפט היו אמורות להיטמע במערכת האכיפה מעוררות דאגה עמוקה שאין מדובר במקרה בודד. 284

מדבריו של המדובב אשר נחשף בתוכנית, עלה כי בניגוד לקביעותיו של בית המשפט העליון והנחיותיה של הפרקליטות (כפי שזו העידה עליהן), מדובבים מקבלים בונוסים אם הם "מצליחים" לגבות הודאות, וכי הוא עצמו אף התבקש להעיד עדות שקר בבית המשפט ולהעיד כי התשלום ניתן לו בגין שיתוף פעולה בלבד. התחקיר חשף בנוסף כי בניגוד למה שנמסר לבית המשפט, אין הפרדה בין הצוות החוקר למדובב ושהוא מקבל מידע רב, כולל פרטים מוכמנים, אשר מועברים לחשוד. המדובב אף טען כי הוא לעיתים נקרא להשלים תמלולים של הקלטות, דבר אשר חותר תחת מהימנותו של התמליל. לאור הדברים הללו, הסנגור הארצי הגיש בקשה ליועץ המשפטי לממשלה כי יפתח בחקירה פלילית אשר תבחן את התנהלותה של יחידה המדובבים והחוקרים אשר היו מעורבים בתיקים בהם העיד המדובב. 285

זמן קצר קודם לכן, בשנת 2019, פרסמה הסניגוריה הציבורית דו"ח פעילות אשר בו פרסמה את המלצותיה לרפורמה ביחס להפעלתם של מדובבים. הגם שרובן דורשות יישום בתוך דרגי המשטרה,

281 שם, בעמ' 1474.

282 עניין **חייבטוב**, פס' 79 פסק דינו של השופט שוהם. על פי הנוהל, מי שממנה את המדובב הוא קצין הדיבוב וגביית הודעות מהמדובב נעשית על ידי שוטר שאינו מצוות החקירה.

283 **דוח הסניגוריה הציבורית (2018)**, ה"ש 269 לעיל, בעמ' 150.

284 **הסניגוריה הציבורית, דוח פעילות 2019** (אוגוסט 2020), בעמ' 24.

285 שם.

רצוי וראוי שבית המשפט יעודד את הטמעתן.²⁸⁶ על בית המשפט להישמע להפצרותיה החוזרות ונשנות של הסגוריה בעניין זה ולהחמיר את המבחנים המשפטיים, אשר יעודם יהיה לבחון את קבילותן ומשקלן הראוי של הודאות אשר נמסרו למדובר. עצם גביית ההודאה על ידי מדובר צריכה להגביר את החשש כי מדובר בהודאת שווא ועל כן ראויות לבחינה קפדנית ונוקשה אף יותר. הקו המנחה את בית המשפט מוכרח להיות איסור מפורש וברור על כל הפעלה של אלימות או איום באלימות אשר הייתה נקבעת כבלתי חוקית אם הייתה מופעלת על ידי שוטר.

(ג) פרטים מוכמנים יוגדרו ככאלה שלא היו ידועים לצוות החקירה או בכפוף לתיעוד מלא של החקירה

כפי שהורחב לעיל, פרט מוכמן הוא פרט אשר לא פורסם לציבור ולא נמסר לאמצעי התקשורת, וחשוד לא יכול לדעת עליו אלמלא נמצא בעצמו בזירת העבירה. בתוך כך יש להבחין בין פרט מוכמן אשר היה ידוע לצוות החקירה, לבין מצב בו החשוד מוסר מידע או פרט כלשהו אשר לא היה ידוע לחוקרת עובר לחקירה, והוא מאשש את הודאתו ומגלה שהיא אכן אמת (למשל כאשר הנחקר מוסר את מיקום כלי הנשק או הרכוש הגנוב – שלא היו ידועים לחוקרים ואלה אכן נמצאים שם). פרט מוכמן מן הסוג השני (ככל שברור שלא היה ידוע לחוקרים) הוא אימות ממעלה ראשונה של ההודאה. אלא שבית המשפט בישראל אינו חד משמעי ביחס לאפיון זה, ואפילו לא ביחס לעצם "המוכמנות" של אותו פרט עובדתי.²⁸⁷

ככלל, ניתן להניח שהחוקרים אינם מעבירים במודע ובכוונת מכוון פרטים לנחקר, אולם ישנה סכנה ממשית שחוקרת תמסור – שלא במודע – לנחקר פרטים אודות הפשע, והלה יחזור עליהם בפני אותה חוקרת או חוקר אחר.²⁸⁸ סכנה זו גוברת במיוחד בחקירות מוכוונות אשם, וזאת לא משום שחוקרים פועלים במזיד אלא מפני שחסרים איזונים ובלמים פנימיים בתוך תהליך החקירה מן הסוג הזה, אשר מסייעים למנוע זיהומים שכאלה.²⁸⁹ חקירה מוכוונת אשם אשר מדרבנת חקירה אינטנסיבית תוך עימותים והצהרות חד צדדיות מגדילה את הסיכוי שהחוקרת תעביר פרטים לנחקר. זיהום זה יכול להתרחש הן בטרם ההודאה והן לאחריה על מנת להשלים פרטים חסרים.²⁹⁰ במקרה זה, גם תיעוד חזותי אינו יכול לספק מענה הולם שכן לא נראה שניתן ללכוד כל תקשורת הקיימת בין חשודים וחוקרים, קל וחומר בזמן מעצר.

²⁸⁶ ראשית, המליצה הסניגוריה לאסור באופן מפורש את ביצוען של פעולות בלתי חוקיות במהלך הדיבור, כגון אימונים, שידול לביצוע עבירות נוספות או שימוש בסמים. שנית, המליצה הסניגוריה להישמר מפני זיהום החקירה והעברתם של פרטים מוכמנים למדוברים – כפי שיורחב מיד, בהקשר זה יש לחשוב מחדש על המשקל הניתן לפרט מוכמן אשר ידוע לחוקריו. שלישית – לחייב תיעוד חזותי של כל קשר הנוצר בין המדובר לחשוד; רביעית, להגדיר באופן רחב את המונח "טובות ההנאה" המועברות לידי המדוברים כך שיכלול שיפור בתנאי המעצר או המאסר, התערבות בכתב האישום שהוגש נגדו או בעונש שהושת עליו, ולא רק פרטים כספיים ותיעוד מפורט של טובות ההנאה שניתנו על ידי גורמי החקירה, או אלה שהתבקשו על ידי המדובר כך שאלה יהיו גלויים לעיונם של הסגוריה ובית המשפט. חמישית, העברתו של כלל המידע שהצטבר ביחס למדובר כולל טובות ההנאה שקיבל מהמשטרה והתייחסויות למהימנותו לסניגור המייצג ולבית המשפט. ככלל, המלצתה של הסניגוריה היא לאמץ את עמדתו של השופט מנחם פינקלשטיין אשר מצא בעניין גולובקו כי יש לחשוף את הן את הנחיות המשטרה והן את הנחיותיה של הפרקליטות, המתייחסות להפעלת המדוברים תוך עידודו של דיון ציבורי פתוח ומיועד. דוח הסניגוריה הציבורית (2018), ה"ש 269 לעיל, בעמ' 153-151.

²⁸⁷ ע"פ 3880/17 זיאדאת נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31/12/2019), פס' 19; עניין מובראק, ה"ש 267 לעיל, פס' 129-124.

²⁸⁸ Leo, *Why Interrogation Contamination Occurs*,²⁸⁸ ה"ש 254 לעיל, בעמ' 210.

²⁸⁹ שם, בעמ' 197-198.

²⁹⁰ שם, בעמ' 210.

פרטים שאינם פומביים עלולים להימסר לחשוד מחוץ לשלב החקירה המוקלטת; ואם כך קורה, נמנעת מבית המשפט האפשרות לקבוע באופן אובייקטיבי אם מדובר בפרט מוכמן, אם לאו.²⁹¹ על כך יש להוסיף את העובדה שהחוקרים יודעים שפרטים מוכמנים היא תוספת ראייתית מספיקה כ- "דבר מה נוסף". בכך יש כדי לדרבנם כדי לנסות ולחלץ מהחשוד את אותם פרטים הידועים להם, ולהוביל אותו, ולא דווקא מכוונת זדון או אף במודעות, למסור להם את אותם פרטים "מוכמנים".²⁹²

בית המשפט מודע לנטייה זו ובעניין **וולקוב** הזהיר השופט גרוניס (כתוארו דאז) שעל הרשויות "להיזהר ... שלא ידלפו במהלך החקירה פרטים שונים לנחקר, שמא יתלה הוא בכך את מקור ידיעתו עליהם." אך לצד אזהרה זו, אין כיום מניעה משפטית שפרט שכבר היה ידוע לחוקרים ונמסר במהלך חקירה יחשב כפרט מוכמן, ורק המשקל שינתן לאותו פרט נתון לשיקול דעתו של המותב. כך קבע השופט גרוניס באותה פרשה:

"עשויות להיות דרגות שונות של ידיעת פרטים מוכמנים, ובהתאם עשוי להשתנות משקלו של נתון זה. בגדר הערכת משקלם של הפרטים המוכמנים יש חשיבות הן למרכיב הכמותי והן למרכיב האיכותי. מן הבחינה הכמותית, ככל שמספרם של הפרטים המוכמנים שמכילה ההודיה גדול יותר, כך קטן החשש שמקור ידיעתו של המודה אינו מעורבותו באירוע... מן הבחינה האיכותית, ככל שהפרט הינו "מוכמן" יותר – קרי, ייחודי לאירוע העבריני המסוים ולידיעתו של העושה הספציפי – כך גדל המשקל שיש לייחס לו."²⁹³

בית המשפט אינו חולק על כך שהדרך העדיפה לאמת הודאה היא באמצעות פרט חדש שלא היה ידוע לצוות החקירה, ולכן ינתן משקל משמעותי יותר לפרט שכזה אם נמסר, אך אין כל מניעה להסתפק בפרטים אשר ידועים לחוקרים, וזאת חרף הסיכון המוגבר שבכך, שכן לכאורה מדובר בהכרח. עמדה זו מקובלת גם על שיטת ריד. לפי המדריך ישנו סיכון מוגבר בהסתמכות על פרט שכזה כאימות להודאה אלא שמכיוון שלא כל הפשעים מציעים אישוש עצמאי ברור או ניתן לאימות,²⁹⁴ אין מניעה לקבלו כתמיכה משמעותית למהימנות הודאה.

נגד עמדה זו, קרי - שפרטים מוכמנים מוכרחים לעיתים להיות כאלה שכבר ידועים לחוקרים, יצא יצחק אילן, במאמרו אודות חקר האמת. לדבריו, ישנה חשיבות ראשונה במעלה למסירתם של פרטים מוכמנים, ולא רק לשם הפללה. אם הנחקר אינו יודע פרטים מוכמנים, ההשערה בדבר

²⁹¹ שם, בעמ' 213.

²⁹² דורנר, "מלכת הראיות", ה"ש 57 לעיל, בעמ' 21. בערעור **אל עביד** קבע השופט גולדברג שידעת פרטים מוכמנים יכולה לשמש כראיית סיוע, גם אם היא איננה חיצונית להודאה, בהתקיים שלושה תנאים מצטברים: בקיאותו של הנאשם בפרט ברורה וגלויה ולא מוטלת בספק; קיומו של הפרט הוכח כדבעי; ופרט זה לא יכול היה להימצא אלא בתודעתו של מי שביצע את העבירה. עוד ציין כי "קיים יחס הפוך בין שכחות הפרט לבין משקלו הראייתי". בהתאם לכך, סבר גם השופט דנציגר בעניין **זדורוב** כי הלה מסר פרטים מוכמנים, כאשר לדבריו, שוכנע בכך, בין היתר, גם מהתייעוד החזותי. ערעור **אל עביד**, ה"ש 49 לעיל, בפס' 42. ראו למשל את דבריו של השופט דנציגר בעניין **זדורוב**: "אדגיש כי צפייה בחקירה שבה מסר מידע זה והדגים אותו לראשונה (כמו-גם ביתר ההדגמות), מלמד בבירור ובצורה חד משמעית כי מקור המידע הוא במערער וכי לא היתה כל הדרכה או הכוונה בעניין זה מצד מי מהחוקרים." עניין **זדורוב**, ה"ש 47 לעיל, פס' 312. יחד עם זאת, מכיוון שמקור המידע המוכמן הוא במערער קבע השופט דנציגר כי יש בכך כדי להפחית מעוצמתה של ראיה זו כסיוע להודאות.

²⁹³ פרשת **וולקוב**, ה"ש 3 לעיל, פס' 23.

²⁹⁴ **מדריך ריד**, ה"ש 148 לעיל, בעמ' 433.

אשמתו הופרכה וניתן להסיק שמדובר בהודאת שווא.²⁹⁵ יתרה מכך, לדבריו יש להתעקש על כך שנחקר ימסור לפחות פרט אחד אשר לא היה ידוע גם לחוקריו שכן כמעט תמיד ניתן למצוא פרט שכזה, לדבריו -

אירועים פליליים הם עתירי פרטים, וכמעט תמיד אפשר למצוא פרט מוכמן חדש, כזה שהגוף החוקר לא ידע עליו לפני הודאת הנחקר. במקרה זה האישוש של ההשערה, שהודאת הנחקר אמת, יחוזק במידה ניכרת.²⁹⁶

הצעתנו היא על כן לשלב את עמדתו של אילן עם הדין המצוי, כך שפרט מוכמן שהיה ידוע לצוות החקירה ישמש אימות להודאה רק כאשר קיים תיעוד מלא של החקירה, כזה המאפשר לשלול את האפשרות שהפרט הועבר, במודע או שלא במודע, על ידי מי מהחוקרים לחשוד. אם בית המשפט אינו מייחס משקל ראייתי למסירתו של "פרט מוכמן" אשר פורסם בתקשורת, אין זה ברור מאליו שעליו לקבל ללא עוררין פרט אשר היה ידוע לחוקרים. כאן וגם כאן, הסכנה היא שהנחקר למד אודות הפרטים מגורם חיצוני ולא ממעורבותו באירוע. שינוי גישה מצד בית המשפט ביחס לפרטים המוכמנים יהיה בעל משמעות ניכרת שאין בצדה עלות גבוהה במיוחד לרשויות החקירה; להפך. עמידה על כך שפרט מוכמן יהא זה אשר אינו ידוע לרשויות החקירה יסייע להגיע למידה גבוהה יותר של ודאות אודות מידת מעורבותו של המודה, וימנע מראש זיהום של ההודאה והחקירה כולה. פרט כזה, על כן, כל עוד תועד באמצעים אלקטרוניים, יכול לשמש כתוספת ראייתית מסוג סיוע. לצד זאת, מכיוון שהשאלה מה ידעו החוקרים ומה לא אינה פשוטה למענה, ככל שהחקירה מתועדת במלואה מראשיתה, ניתן לדעתנו לייחס משקל מסוים, מוגבל, לפרט מוכמן, חיצוני לנאשם, שלא ידוע ברבים, אך ידוע לחוקרים, כך שייחשב כדבר מה נוסף.

(ד) הגדרתו של 'דבר מה נוסף' כראיה חיצונית הן להודאה והן לנאשם

כאמור בפרק א', בכדי שראיה מסוימת תהווה "דבר מה נוסף" עליה לעמוד בשני תנאים – עליה לאמת פרטים בהודאה, ועליה להיות חיצונית להודאתו של הנאשם. מטרתה של ראייה זו היא לספק כלי אובייקטיבי לבית המשפט על מנת לעמוד על אמינות ההודאה ה"סובייקטיבית" של הנאשם. מטרתו של ה"דבר מה" הינה לבסס את קיומה של ההודאה במציאות החיצונית. אלא שעל פי הדין הקיים, די בכך שהראיה תהא חיצונית להודאה, לא לנאשם עצמו. לכן, מסירתם של פרטים מוכמנים (במובן הרחב) על ידי הנאשם, שקריו בנושאים מהותיים, התנהגות מפלילה שלו, שחזור שהציג לחוקריו – כל אלה יכולים לשמש כדבר מה נוסף. אלא שגם בכך יש כדי לשמש תמריץ שלילי עבור גופי החקירה להפעיל לחץ עודף על הנחקר.²⁹⁷

²⁹⁵ יצחק אילן, "פילוסופיה של חקירה פלילית - חקר האמת חלק א'", משפט מפתח 51, 59-60 (2019). ראו גם אצל סנגור, ביקורת החקירה המשטרתית, ה"ש 159 לעיל, בעמ' 234.

²⁹⁶ אילן מפנה לקרל המפל שקובע שעבור היפותזה מדעית רצוי ביותר כי היא תאושש גם על ידי ראיות חדשות – על ידי עובדות אשר לא היו ידועות, או לא נלקחו בחשבון, בשעה בה נוסחה ההיפותזה. היפותזות ותיאוריות רבות במדעי הטבע אכן קיבלו תמיכה מתופעות "חדשות" כאלו, וכתוצאה מכך חוזק אישושן במידה ניכרת. ראו אצל אילן, שם, בעמ' 51.

²⁹⁷ לכאורה ניתן היה לחשוב שיכולתו של אדם לשחזר את הפשע שביצע גוברת על החשש מפני העברתם של פרטים מוכמנים אלא שאם החוקרים, במתכוון או לא, מעבירים מידע על אופן ביצוע העברה לנחקר הוא יהיה מסוגל לשחזר עברה שלא ביצע.

פיתרון אפשרי יהא להתנות מעמדה של ראייה כ-"דבר מה נוסף" בשלושת התנאים הבאים: עליה לאמת פרטים בהודאה (תנאי אשר קיים כבר עתה), עליה להיות חיצונית לנאשם, ועל הרשויות החוקרות להשקיע ניסיונות כנים בניסיון להפריכה. התנאי השני נחוץ שכן ככל שמטרתו של דבר-מה נוסף היא להסיר את החשש שההודאה נמסרה מתוך לחצים פנימיים או חיצוניים של המודה, הרי שלא די בראיה נוספת אשר מקורה באמירותיו או מעשיו. הותרתו של דבר מה נוסף בגדרי הנאשם מדרבנת את החוקרים להתמקד בו ולא בראיות חיצוניות. שינוי הלכה זו ידריך את החוקרים לתור אחר ראיות מסוג נוסף, תמתן את הלחץ המופעל על חשודים ותסייע בגילוי האמת.²⁹⁸

התנאי השלישי נחוץ שכן מציאתה של ראייה חיצונית לנאשם היא תנאי הכרחי אך לא מספיק, שכן תמיד ניתן למצוא עיגון במציאות למה שנמסר בהודאה (ולאו דווקא לחלק של הפללה עצמית שבה), ואם חסר-אפשר להביא להשלמה כזו. זו הסיבה שהשופט הנדל הציע להרחיב את בחינת קיומו של דבר מה נוסף לבחינה של "דבר מה חסר" או "דבר מה סותר".²⁹⁹ הצעה זו, אשר אומצה על ידי מותבים שונים אך אינה מהווה נכון להיום הלכה מחייבת, נראית נכונה וטובה כל עוד היא מבוססת על מאמצים כנים.³⁰⁰ חיפוש אחר ראיות אלה עשוי גם לאזן את ההטיות של ראיית המנהרה ושל אישוש, הטבעיות כל כך להליך חקירתי.

לצד זאת, מומלץ כי בית המשפט ינסה באופן אקטיבי לרכך את השפעתה הרבה של ההודאה, על ידי עמידה אקטיבית על טיבה - כך שכאשר נאשם חוזר בו מהודאתו, בית המשפט ידרוש לקבל הסבר מדוע בחר הנאשם למסור הודאה למשטרה, שככלל נוגדת את האינטרס האישי שלו. בנוסף, יש להכיר בחוסר הטעם לזקוף לחובת הנאשם את חוסר היכולת שלו לזכור מה בדיוק התרחש בחקירה, מה קדם למה, מה בדיוק נאמר לו וכו'. ספק רב אם ניתן לצפות שאדם יכול לזכור את כל הפרטים האלה, במיוחד לנוכח ההשפעות הפסיכולוגיות שחקירה לוחצת יוצרת אצל הנחקר, ובפרט דיסאוריינטציה ביחס לזמן ומקום. בהקשר זה, הן על התביעה והן על בית המשפט לגלות קפדנות יתרה כאשר מתגלה שקר כלשהו מצד המשטרה. הניסיון מלמד כי שקר מצד חוקר עשוי להיות קצו של קרחון של אמצעים פסולים שננקטו ושקרים רבים שנועדו לכסות עליהם.

(ה) הגנה מוגברת על נחקרים השייכים לקבוצה המועדת לאפליה

מזה כמה עשורים שהשתרשה ההבנה שיש לספק הגנה מוגברת במהלך החקירה לנחקרים בעלי מאפיינים מיוחדים. קטינים ומוגבלים שכלית או נפשית זכאים להגנות מיוחדות מכוח חוק במהלך חקירתם או העדתם,³⁰¹ ובית המשפט הכיר זה מכבר כי ישנן קבוצות סיכון נוספות אשר מצדיקות את נקיטתם של אמצעי זהירות בבואו לבחון הודאות שנגבו מהם. קבוצות אלה, כזכור, כוללות למשל נחקרים אשר בשל מאפיינים נפשיים מועדים להפנמת אשמה, נחקרים אשר השתמשו באלכוהול או סמים, נחקרים בעלי זרות תרבותית אשר עשויה ליצור קושי שפתי, ואף נחקרים אשר

²⁹⁸ אהוד קמר, "דבר-מה נוסף מפי הנאשם", פלילים ה' 277, 280 (ינואר 1996). טיוטה של מאמר זה הוצגה בשעתו בפני ועדת גולדברג. הוועדה המליצה לבסוף ששיקול הדעת בדבר סוג הראיה יהיה נתון לבית המשפט אשר יקבע האם התוספת הנדרשת תהיה דבר מה נוסף, חיזוק, או סיוע.

²⁹⁹ פרשת וולקוב, ה"ש 3 לעיל, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל.
³⁰⁰ שיקולי עלויות אלה צריכים להיות נתונים לשיקול דעתה של הרשות החוקרת. לכאורה, ניסיון הפרכה כרוך בעלויות משמעותיות נוספות אך יתכן כי מהלך החקירה הרגיל יכול לנפק אותן גם ללא מאמץ מיוחד.

³⁰¹ חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), תשס"ו-2005; חוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971.

אינם מורגלים במעצר וחקירה עשויים להיות מועדים ביתר שאת למסירתה של הודאת שווא.³⁰² הכרה זו של המותב בנסיבותיה האישיות של הנאשמת העומדת בפניהם, בת חשיבות עליונה, שכן משמעה "איתות" פנימי של השופטים לעצמם כי עליהם לנקוט בקפדנות יתרה וזהירות מוגברת על מנת להימנע מהרשעת שווא.

ואולם, דווקא מיעוטים אתניים לא הוכרו עד היום ככאלה אשר זכאים להגנה מיוחדת, לא בשל מאפייניהם האישיותיים, אלא לנוכח השתייכותם לקבוצה אשר מועדת לאפליה ומכאן הסיכוי המוגבר להטיות קוגניטיביות מצד חוקריהם.³⁰³ כפי שהוסבר בפרק הקודם, בישראל, סוג החקירה,³⁰⁴ האקלים הציבורי, וההנחות המקדמיות בקרב החברה הישראלית ביחס למיעוט הפלסטיני עשויות להגביר את הסיכוי שבמסגרת חקירה משטרתית, קביעת מידת אמינותם של מיעוטים ערבים, ובפרט תושבי השטחים, תוטה לרעת החשוד. מטבע הדברים, שוטרים הינם בעלי ניסיון והכשרה, ומשום כך בעלי אינטואיציות מושכלות יותר מיתר האוכלוסייה באשר למידת האשם של נחקר העומד בפניהם, אבל אלה אינן מחסנות אותם בהכרח מההטיות הללו.³⁰⁵

מצב זה בעייתי במיוחד כאשר האישומים קשורים בעבירות ביטחוניות, אשר מצדיקות על פי חוק את הפעלתם של אמצעים חמורים יותר בשלב החקירה כגון מעצר מנהלי, מניעתו או עיכובו של קבלת ייעוץ משפטי, והעברתן של החקירות לשב"כ אשר משמען הסתפקות בזכ"דים ולא בתיעוד חקירה מלא. שילוב זה בין סיכוי מוגבר להטיות קוגניטיביות מצד חוקרי המשטרה בנוסף להבחנה סטטוטורית אשר מצמצמת את זכויות הנחקרים, מצדיק זהירות מוגברת מצד המותבים בבואם לבחון הודאות של קבוצות מיעוט אתניות שנגבו בחקירה.³⁰⁶

על אמצעי זהירות אלה לכלול הכרה כפולה: ראשית, הכרה בסיכוי כי הנחקר שייך לקבוצת סיכון לא מתוקף נסיבותיו האישיות בהכרח אלא מתוקף שיוכו האתני אשר יתכן שהביא להשלמות סטריאוטיפיות מצד חוקריו, ושנית, הכרה בכך כי הוא חשוף לנטיות דומות מצד המותב קל וחומר לאחר שהוצגה בפניו הודאתו של הנאשם.³⁰⁷ שופטים, כמו שוטרים, מקבלים החלטות במגבלות של זמן ומידע, ומכאן ששתי הקבוצות עשויות במודע או לאו, להביא להשלמתם של נתונים חסרים לפי סטריאוטיפים אשר נובעים מהנחות מוקדמות, ואשר אינן מבוססות משפטית.³⁰⁸

³⁰² ראו למשל עניין **זדורוב**, ה"ש 47 לעיל, פס' 138 לפסק דינו של השופט דנציגר; ראו גם פס' 11-15 לדו"ח ועדת גולדברג, ה"ש 1 לעיל, וההפניות שם.

³⁰³ כפי שמציין לוריא, על פי נתוני עבר כגון הדוח של הצוות למיגור הגזענות נגד יוצאי אתיופיה, על אף ששיעורם של קטינים מהאוכלוסייה האתיופית הוא 2% מהאוכלוסייה, ב-2015 שיעור התיקים אשר נפתחו כנגדם הגיע ל-7.6%, ושיעור כתבי האישום שהוגשו נגדם הגיע ל-8.5%. לוריא, ה"ש 237 לעיל, עמ' 49.

³⁰⁴ אנדרו טאסליץ הסביר מה קורה כאשר טכניקות חקירה מכוונות אשם מצטלבות עם אפליה. לדבריו, הנחת אשם כלפי נחקר אשר ממילא חשוף לאפליה שיטתית צפויה להוביל את האחרון לעוונות והתגוננות תוך מחסום שפתי שלא פעם קיים ממילא, אלא שתגובות אלה עשויות להוביל את החוקרים לחשוד בו אף יותר, להתעלם מתיאוריות חלופיות, ולהגביר את הלחץ על הנחקר – על ידי הצגתן של ראיות שקריות, ערעור בטחונו העצמי, ותשאול ארוך.

Taslitz, *Wrongly Accused*, ה"ש 188 לעיל, בעמ' 131-132.

³⁰⁵ Taslitz, *Police are People Too*, ה"ש 190 לעיל, בעמ' 7.

³⁰⁶ שם.

³⁰⁷ מחקרים משקפים כי בתי המשפט נוטים לסמוך על יכולתם לגבש עמדה ביחס להודאת חוץ ורק לאחר מכן מתמודדים עם הפגמים והבעיה שצצו בה. ראו בהרחבה אצל לרנאו, ואת הדוגמאות שהיא מביאה מניסיונה האישי כסניגורית בכירה. לרנאו, ה"ש 197 לעיל, 391.

³⁰⁸ אורן גזל איל ואח', "ערבים ויהודים בהליכי הארכת מעצר ראשוני" **משפטים** לח 627, 629 (תשס"ט).

סוגיות של הטיה מקדמית בקרב שופטים זכו למחקר אמפירי ותיאורטי מקיף בעיקר בארצות הברית, לנוכח טענות לאפליה חריפה נגד שחורים במערכת הפלילית.³⁰⁹ במחקר אמפירי שנעשה על ידי חוקרים מאוניברסיטת קורנל נמצא כי חרף מחויבותם המקצועית והאתית של השופטים להחלה שוויונית של הדין, מרביתם של השופטים הלבנים שנבדקו הראו אסוציאציות אוטומטיות בין לבן ו"טוב" ושחור ו"רע", אפילו במידה גבוהה יותר מזו שמצאו סקרים אחרים בקרב האוכלוסייה הלבנה האמריקאית בכללותה.³¹⁰ כאשר נשאלו השופטים היכן הם ממקמים את עצמם ביחס ליתר השופטים הנבדקים באשר ליכולתם להימנע ממשוא פנים בקבלת החלטות, 97% מהשופטים הניחו שהם נמצאים ב-50% העליונים, ו-50% מהשופטים סברו שהם ב-25% העליונים. במילים אחרות, השופטים הביעו ביטחון יתר ביכולתם להימנע מהשפעותיהן של דעות קדומות, מה שכתוצאה מכך הביאם דווקא להיות מושפעים מהן, שכן בהיעדר מודעות לנטיותיהם, הם לא פעלו באופן אקטיבי כדי לרסן. ואכן, אותו מחקר מצא שכאשר שופטים אשר השתתפו בניסוי היו בעלי מוטיבציה להימנע מדעות קדומות, הם הצליחו לרסן את הנטייה להן.³¹¹

בהקשר של הודאות מעניינים במיוחד המחקרים המסבירים את הקשר החזק בין אי אמון ודעות קדומות. ככלל, כל תהליך של חיפוש האמת הוא משימה סבוכה וקביעות עובדתיות עשויות להתברר כשגויות, אך הליך זה הופך בעייתי כאשר מעורבות הטיות כלפי מוצאו של הנאשם. אי אמון נוטה להיות חלק אינהרנטי מדעה קדומה שכן מייחסים למופלה רמת כנות נמוכה ולא פעם גם פקפק במידת האינטליגנציה, ולכן בכושר הזיכרון שלו.³¹² אי אמון משפיע כמובן על אופן החקירה אך גם על בית המשפט, במיוחד כאשר מוצגת בפניו הודאה מצד הנחקר אשר הוא מנסה לחזור ממנה.³¹³

גם בישראל בוצעו מחקרים שונים הנוגעים לאפליה במערכת המשפט הפלילית. רטנר ופישמך התמקדו בבחינתם של גזרי הדין, שיעורי ההרשעה, וחומרת העונש שהושת, ומצאו שלערכים יש סיכויי הרשעה גבוהים יותר וכי חומרת העונשים המושתים עליהם רבה יותר.³¹⁴ הווה אומר, זהותה

³⁰⁹ במחקר מקיף שפרסם לאחרונה המרשם הלאומי האמריקני לזיכויים, נמצא כי הגם שהשחורים מהווים 13.6% מכלל אוכלוסייתה של ארצות הברית, הם מהווים 53% מתוך 3,200 זיכויים רשומים, כלומר שבהסתמך על נתונים אלה, אדם אמריקאי שחור בעל סיכוי גבוה פי שבע מלבן אמריקאי, להיות מורשע לשווא בפשעים חמורים אחרים מהשנים האחרונות מלמדים כי האוכלוסייה השחורה מהווה כ-38% מכלל העצורים והכלואים בארצות הברית; מתוך 100,000 איש מקרב האוכלוסייה ישנם 2,306 שחורים שנמצאים בכלא לעומת 450 לבנים יאסר במהלך תקופת חייו, ביחס לאחד מ-17 לבנים; גברים שחורים בעלי סיכוי גבוה פי שישה להיאסר מגברים לבנים - MARK GODSEY, BLIND INJUSTICE: A FORMER PROSECUTOR EXPOSES THE PSYCHOLOGY AND POLITICS OF WRONGFUL CONVICTIONS 691 (2019); דמי ערבויות לשחרורם של נאשמים שחורים נקבעים על סך גבוה יותר בממוצע של כ-25% מדמי ערבויות של נאשמים לבנים; שופטים פדרליים מטילים עונשים ארוכים יותר ב-12% מעונשים המוטלים על לבנים שפשעו בפשעים דומים; וישנו סיכוי גבוה יותר שנאשמים שחורים ידונו לעונש מוות מאשר נאשמים לבנים. Jeffrey Rachlinski et al., *Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges?*, 84 NOTRE-DAM LAW REVIEW, 1196, 1197 (2009) (להלן: *Does Unconscious Racial*); Rachlinski et al., *Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges?*, 84 NOTRE-DAM LAW REVIEW, 1196, 1197 (2009) (להלן: *Does Unconscious Racial*); ההסבר שהחוקרים העניקו לממצא זה הינו כי השופטים שנבחנו נתקלים באחוז גבוה יותר של שחורים המואשמים בפשיעה, מלבנים.

³¹¹ Rachlinski et al., *Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges?*, 84 NOTRE-DAM LAW REVIEW, 1196, 1197 (2009) (להלן: *Does Unconscious Racial*); בעמ' 1225.

³¹² Sheri Lynn Johnson, *The Color of Truth: Race and the Assessment of Credibility*, 1 MICH. J. RACE & ETHNICITY 261 (1996).

³¹³ Taslitz, *Wrongly Accused*, 136 MICH. J. RACE & ETHNICITY 136 (2002).

³¹⁴ יחד עם זאת, לדברי המחברים לא ניתן היה להכריע כי הדבר נובע בהכרח מחשיבה סטריאוטיפית של שופטים, שכן ישנם משתנים אחרים רבים אשר עשויים להוביל לתוצאה בדין. הפער יכול לנבוע גם מכך שהתביעה היא זו שמבקשת את העונש; איכות הייצוג עשויה להיות מושפעת מהמשאבים של הנאשם ויתכן שידם של הרבה נאשמים ערבים אינה משגת מה שמובילם להשכיר את שירותם של עורכי דין עם פחות ניסיון; הפער יכול להיות מיוחס גם להסדר הטיעון הרבים בהם התביעה משפיעה על רמת הענישה; יתכן גם שיש קשר בין סוג העבירות שנבדקו. גול איל ואח', *ה"ש* 308 לעיל, בעמ' 632-633. ראו גם מחקרים נוספים אליהם הם מפנים כגון מחקר אשר בדק כיצד משפיעה זהותה האתנית של שופטת על גזרי דין בעבירות אלימות ונמצא כי גם שופטים ערבים מחמירים עם נאשמים ערבים ביחס לנאשמים יהודים, וכן מחקר אחר, אשר התמקד לא בשלב ההרשעה אלא בשלב הארכת המעצר הראשוני, מצא כי לחשוד יהודי

האתנית של הנאשמת עשויה לשחק תפקיד הן במהלך החקירה, והן בבית המשפט; ומשום כך יש להחשיב קבוצות מיעוט אתניות אשר מועדות לאפליה, כקבוצת סיכון עצמאית אשר דורשות הגנה, אשר נדרשת ראשית להיות תודעתית.³¹⁵ לצד זאת, ישנה חשיבות להכיר בנטייה הספציפית להביע אי אמון כלפי "האחר".

הגנה נוספת, ממסדית יותר, קשורה במחקר וחינוך. על מערכת בתי המשפט להטמיע את ערכתם של מבחנים אשר יסייעו לבחון את מידת ההטיה. מכיוון ששופטים עשויים להיות בעלי ביטחון יתר ביחס ליכולתם לשלוט בנטייתיהם הקוגניטיביות, מבחנים אמפיריים יסייעו בניטור אובייקטיבי יותר וישקפו מהי מידת התיקון הדרושה והיקפה.³¹⁶ ברי כי גם עודף זהירות מצדם של שופטים אינה תוצאה רצויה ובחינה אובייקטיבית תקופתית תסייע להישמר מעודף תיקון. חינוכם של השופטים באשר לנטייות טבעיות אלה גם הוא הכרחי, הן במהלך השתלמויות לשופטים מכהנים והן בלימודי ההכשרה.³¹⁷

(ו) עיון מחדש בהלכת מועדי המחייבת את הנאשם להוכיח את קיומו של קשר סיבתי בין הפעלת לחץ שהופעל עליו לבין מסירתה של ההודאה

לבסוף, וללא תלות בהליך החקיקתי המוצע לעיל, יש הצדקה לשוב ולעיון מחדש בהלכת מועדי אשר קבעה את הצורך בקיומו של קשר סיבתי בין הפעלת אלימות או אמצעי לחץ אחר שהופעל לבין מסירתה של ההודאה. הלכה זו, הדורשת בחינה עובדתית בכל מקרה לגופו כדי לעמוד "האם היה באמצעי החקירה הפסול כדי לשלול את חופשיות רצונו של הנאשם במסירת הודאתו"³¹⁸ הושרשה בפסיקה והפכה לאבן שאין לה הופכין,³¹⁹ וזאת חרף ארבע התפתחויות משמעותיות: ראשית, ממצאים בתחום הקרימינולוגי המעידים על הקלות בה ניתן להשפיע על נפשם ותודעתם של נחקרים עצורים והוכחות אמפיריות כי לא רק "פגיעה בצלם האנושי" עשויה להוביל לשלילת חופש הרצון. שנית, ממצאים שהצטברו לאורך העשורים האחרונים ביחס לכוחה של הודאה על הטייתו הקוגניטיביות של המותב עצמו. ההנחה שעמדה בלבה של ההלכה לפיה ניתן יהיה לרכז את כוחה של ההודאה באמצעות הפחתת משקלה (במקום פסילתה) בהתאם לנסיבות המקרה מעידה על ביטחון יתר של השופטים בעצמם שאין לו בהכרח במה להיתלות. שלישית, ההלכה, אשר עוצבה בשנות השמונים, אינה הולמת את האמצעים המדעיים שהתפתחו בעשורים האחרונים, אשר מאפשרים מגוון כלים לניהול חקירה מתוחכמת יותר, חיצונית לחשוד. רביעית, ישנו ספק אם ההלכה הולמת את חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר צריך היה לעורר שאלות בדבר חוקתיות עצם הפעלתה של אלימות על נחקר ברף נמוך הרבה יותר מאותם מקרי קצה שנקבעו

אשר מובא בפני שופט יהודי, ישנם סיכויים גבוהים יותר להשתחרר מאשר סיכויו של נאשם ערבי. כאשר השופט הוא ערבי לא נמצא הבדל בין זהותו של הנאשם ביחס להחלטת המעצר. שם, בעמ' 649-652.

³¹⁵ Jeffrey J. Rachlinski et al., *Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges?* NOTRE DAME L. REV. 1196, 1222 (2009).

³¹⁶ סוג אחד של מבחנים הינו ה- Implicit Association Test (IAT) אשר פותח במשך עשרות שנות מחקר הנוגע למשוא פנים וסטריאוטיפים. הוא זכה לתהודה רבה ונבחן בו למעלה מארבעה וחצי מיליון אנשים ברחבי העולם. המבחן יכול להתבצע בצורות שונות אך לרוב הוא כולל פעילות הנעשית בצורה ממוחשבת בה הנסקרת מתבקשת להתאים מילים לפרצופים. להרחבה אודות המבחן ראו Rachlinski et al., *Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges?*, בעמ' 1201-1198.

³¹⁷ ראו המלצות אלה והמלצות נוספות שם.

³¹⁸ עניין **יששכרוב**, הי"ש 25 לעיל, פסק דינה של השופטת ביניש, עמ' 33.

³¹⁹ בית המשפט העליון שב ומאשר את ההלכה. ראו אך לאחרונה בע"פ 6359-21 **מדינת ישראל נ' עמרנני** (פורסם בנבו, 8.9.2022), פסי' 36-38 לפסק דינו של השופט שטיין.

בהלכת מועדי. ככל גוף אחר, גם בית המשפט נדרש לערוך רפלקסיה אודות הלכותיו ותקדימיו. הלכת מועדי דורשת עיון מחודש שזוה.

ה. הערה על זליגתן של טכניקות חקירה סיכוליות לתוך החקירה הפלילית והסכנה הטמונה בהן להרשעות שווא

לצד הפסיקה הרואה שימוש באלימות כאמצעי אסור בחקירה הפלילית, בחקירה הסיכולית גבולות אלה מטושטשים וקשה ביותר למנוע זליגה שלהם לתוך החקירה הפלילית. לכאורה, ישנו קו המבחין בין סוגי החקירות – הן מבחינת הגוף החוקר, הן מבחינת הוראות הדין בעבור כל אחת מסוגי העבירות הנחקרות, והן באשר ליחסו של בית המשפט כלפי טכניקות החקירה. אך המציאות, מטבעה, אינה נותרת "סטריילית" וניכרת זליגה של אמצעים ורטוריקה מצד אחד של המתרס לצדו השני.

באוקטובר 1987 פרסמה ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת את ממצאיה ("דוח ועדת לנדוי"). ועדה זו, אשר בראשה עמד הנשיא בדימוס משה לנדוי, כוננה על מנת להמליץ בשני נושאים: שיטות ונוהלי החקירה של השירות בנושאי פח"ע ובמתן עדות בבית המשפט ביחס לחקירות הללו.³²⁰ בכל הנוגע לשיטות ונוהלי החקירה, הגיעה הוועדה לחמש מסקנות עיקריות: ראשית, אין להפעיל לחץ מופרז על הנחקר אשר מגיע לדרגת עינויים גופניים, התעללות, או פגיעה חמורה בכבודו אשר שוללת ממנו את צלם אנושיותו. שנית, שימוש באמצעים אשר אינם עולים לכדי החומרה האמורה, צריך להיות מידתי כנגד הסכנה הצפויה, וזאת בהתאם למידע אשר בידי החוקר באותה עת. שלישית, יש להגדיר מראש, בהנחיות מחייבות, מהם אמצעי הלחץ הפיסי והפסיכולוגי אשר מותר לחוקר להפעיל בעת חקירה. רביעית, יש לפקח באופן קפדני כי חוקרי השירות נשמעים להנחיות. חמישית, ככל שחוקר סטה מן המותר על פי ההנחיות, הממונים עליו מחויבים להגיב "בתקיפות וללא היסוסים" ולנקוט בצעדי משמעת, ובמקרים חמורים להעמידו לדין פלילי.³²¹

לדברי הוועדה "חקירה יעילה של השירות לסיכול מעשי פח"ע לא תתכן ללא שימוש במכשיר החקירה של החשודים [...] [ואילו] חקירה יעילה של חשודים בפח"ע לא תיתכן בלי שימוש באמצעי לחץ [...]".³²² כלומר, חרף האזהרה מפני אמצעי לחץ המגיעים לדרגת עינויים, על פי הדו"ח "אין להמנע מהפעלת מידה מתונה של לחץ פיסי."³²³ הסיבה לכך, בין היתר, היא שעל החוקרים לגבור

³²⁰ דוח ועדת לנדוי, ה"ש 12 לעיל, בעמ' 3. הרקע למינוי הוועדה היה, בראש ובראשונה, פרשת נפסו והפליליות הנגועה בחקירתה של פרשה זו על ידי סגל השב"כ. עזאת נפסו הואשם בעבירות חמורות של ריגול, בגידה, וסיוע לאויב במלחמה ובמסגרת חקירותיו הוא הודה באישומים שיוחסו לו. במהלך משפט הזוטא שנערך בבית הדין הצבאי, הוא טען כי חוקרי השירות נקטו כלפיו באלימות קשה, אך טענותיו הוכחו על ידי חוקריו במסגרת עדותם בשבועה, ובית הדין גזר עליו עונש מאסר בן 18 שנה, וגירוש מן הצבא. לימים, נחשף קשר פלילי שקשרו גורמים בכירים מהשירות לשיבוש הליכים של ועדות אשר חקרו בפרשת קו 300, ובתוך כך נתחזקו הספקות גם ביחס לטענותיהם של החוקרים בקשר להרשעתו של נפסו. חלק מטענות נפסו אודות החקירה אוששו לימים כנכונות במסגרת חקירה פנימית בשירות. התפתחויות אלה חשפו כי בחקירתו של נפסו הופעלו עליו לחצים, שהוכחו אחר כך בבית הדין בעדויותיהם של חוקרי השירות. לסקירה של הוועדה ועל תפקידו של היועץ המשפטי בשב"כ ראו אלי בכר, שב"כ במבחן: ביטחון, משפט וערכי הדמוקרטיה (2020).

³²¹ דו"ח ועדת לנדוי, שם, עמ' 45-55.

³²² שם, עמ' 71.

³²³ שם, עמ' 71-72.

"על רצון עיקש (של הנחקר) שלא לגלות מידע ועל פחדו של הנחקר שיבולע לו מידי אנשי ארגונו אם יגלה מידע." על כן, אמצעי הלחץ צריכים להיות בעיקרם פסיכולוגיים, קרי – חקירה "נמרצת וממושכת ושימוש בתחבולות כלל מעשי הטעיה." אך אם אין בכך די והמטרה אינה מושגת – אין להמנע, כאמור, מהפעלת לחץ פיזי.³²⁴

בהקשר זה, הוועדה סברה כי ישנה חשיבות רבה להגנת הצורך שהיתה קבועה בסעיף 22 לחוק העונשין (היום, סעיף 34 לחוק).³²⁵ מניתוח הסעיף הוועדה הגיעה למסקנה כי "לא גורם הזמן המכריע אלא ההשוואה בין חומרת שתי הרעות – הרעה שבהפרת החוק כנגד הרעה העומדת להתרחש במקום או במאוחר... שקילת שתי הרעות זו כנגד זו חייבת להיעשות על-פי מושג המוסר הנטועים בלבו של כל אדם הגון וישר... המבחן הקובע הוא האמונה ולא מה היה המצב למעשה."³²⁶ לצד זאת, סיפקה הוועדה רשימה, אשר הופיעה בחלקו החסוי של הדוח, אשר לא פורסם עד היום, של שיטות חקירה מותרות אשר מהוות לטעמה "לחץ פיזי מתון".³²⁷ הממשלה אימצה את המלצות הוועדה.

שבע שנים לאחר מכן, הגישו ארגוני החברה האזרחית וכן עותרים ספציפיים בקשות לבג"ץ שיקבע שאמצעי החקירה שהופעלו לגביהם אינם חוקיים.³²⁸ האמצעים שהוצגו על ידי העותרים לא הוכחו על ידי המדינה, אשר סיפקה תמונה ביחס לדרכי חקירה מסוימות בהן נקטו חוקרי השב"כ, ועדכנה את בית המשפט כי ההחלטה על קיומן נעשתה על פי נוהל אשר אושר על ידי ועדת שרים

³²⁴ שם, 71-72.

³²⁵ שם, בעמ' 52-53. סעיף החוק קובע כי "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו". על דו"ח לנדוי נמתחה ביקורת רבה בקרב מלומדים ופעילי זכויות אדם. כתב העת Israel Law Review הקדיש סימפוזיון שלם לדו"ח בשנת 1989, זמן קצר לאור פרסומו. כך, למשל, פרופ' אלן דרשוביץ ואח' טענו כי אין זה ראוי שהגנת הצורך תשמש כבסיס נורמטיבי להצדקת מעשיהם של חוקרי השב"כ, וכי יש להפעילה במקרים ספורים שאינם צפויים, ולא כעניין שיטתי מערכתי. ש"ז פלר טען בהקשר זה כי כל לחץ בחקירה הוא אסור. ראו: *Symposium on the Report of the Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service Regarding Hostile Terrorist Activity*, 23 ISR. L. REV. (1989); Alan M. Dershowitz, *Is it Necessary to Apply "Physical Pressure" to Terrorists – and to Lie about it?* Shneur-Zalman Feller, *Not Actual "Necessity" but Possible "Justification"*, Not 197, 193; Mordechai Kremnitzer, *The "Moderate" Pressure, but Either "Unlimited" or "None at All Landau Commission Report – Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the Needs of Security*, שם, בעמ' 216. גם ארגוני זכויות אדם מחו נמרצות כנגד מסקנות הדו"ח בטענה שהוא מכשיר עינויים. ביקורת זו גברה במסגרת האינתיפאדה הראשונה אשר פרצה זמן קצר לאחר פרסום הדו"ח וכאשר החלו להתפרסם עדויות אודות יחסו של שב"כ כלפי עצירים פלסטינים. בשנת 1991 פרסם ארגון בצלם דו"ח בשם "חקירות פלסטינים בתקופת האינתיפאדה: התעללות, לחץ פיזי מתון או עינויים" אשר עורר הדים רבים בקרב הציבור הישראלי והקהילה הבין לאומית. ארגון "אמנסטי" ציין כי "שיטות החקירה הנהוגות, המהוות עינויים או התעללויות, הן או שעולות בקנה אחד, לפחות בחלקן, עם ההנחיות הסודיות של ועדת לנדוי, או שהן מהוות הוכחה כי מאז 1987 השב"כ מפר בצורה גורפת הנחיות מעין אלו, כמו גם את האיסורים הבין-לאומיים באשר ליחס עצירים." (Israel and the Occupied Territories: The Military Justice System in the Occupied Territories: Detention, Interrogation and Trial (Procedures (London, Amnesty International, July 1991); דו"ח זה נמסר לוועדת האו"ם לזכויות האדם בז'נבה. הארגון האמריקני – Lawyers Committee for Human Rights מתח ביקורת באותה שנה כאשר טען כי ההיתר ל"לחץ פיזי ופסיכולוגי מתון" שהעניקה ועדת לנדוי "מנוגד לכל הנורמות הבין-לאומיות האוסרות עינויים או יחס אכזרי, לא אנושי ומשפיל" ראו: *Critique Review of the U.S. Department of State's Country Reports on Human Rights*: Practices for 1990: Israeli-Occupied Territories (New York: Layers Committee for Human Rights, 1991). בשנת 1991 הגיש הוועד הציבורי נגד עינויים עתירה לבג"ץ בדרישה לגנוז את המלצות הוועדה להתיר שימוש ב"לחץ פיזי מתון" אך העתירה נדחתה בטענה שהיא כללית מדי.

³²⁶ **דוח ועדת לנדוי**, ה"ש 12 לעיל, בעמ' 52.

³²⁷ בחלק הפומבי נכתב כך: "ניסחנו איפוא קובץ הנחיות לחוקר השירות, המגדיר על פי ניסיון העבר, בדיוק ככל האפשר, את גבולות המותר לחוקר ובעיקר את האסור לו. אנו משוכנעים שאם יישמרו סייגים אלה ככתבם וכרוחם תובטח יעילות החקירה ועם זאת תהיה רחוקה מהפעלת ענויי גוף או נפש, מהתעללות בנחקר או מהשפלת כבוד האדם שלו." **דוח ועדת לנדוי**, ה"ש 12 לעיל, פס' 4.8. בה בעת, הוועדה מבהירה כי לא נדרש רף חשד גבוה במיוחד על מנת להימנע מהפעלת כוח פיזי בחקירה, ודי ב"מידע הנותן יסוד סביר לחשד שהוא מעורב בדרך כלשהי בפעילות חבלנית עוינת, או בחתרנות מדינית האסורה על פי הדין בישראל או בשטחים." שם, בעמ' 72.

³²⁸ בג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד** (נא) 817 (1999) (להלן: "בג"ץ הוועד נגד עינויים").

מיוחדת לעניין חקירות בשב"כ. לאחר שמנה הנשיא ברק את שיטות החקירה שנדונו קבע (והרכב השופטים צידד בו פה אחד), כי הן פסולות וכי "סמכויותיו של חוקר שב"כ אינן חורגות מסמכויותיו של חוקר משטרה".³²⁹ בה בעת, הוסיף כי סייג הצורך עשוי לעמוד לחוקר לאחר מעשה כטענה העשויה לפטור אותו מאחריות פלילית, בהתקיים תנאי הסייג, וכן שהיועץ המשפטי לממשלה "יכול להדריך עצמו באשר לנסיבות בהן לא יועמדו לדין חוקרים, אשר לפי הטענה פעלו במקרה בודד מתחושה של 'צורך'".³³⁰

זמן קצר לאחר מכן, פרסם היועץ המשפטי דאז, אליקים רובינשטיין, מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה בה ציין כי בעקבות פסיקת בג"ץ, הסמכויות הנתונות לחוקר שב"כ זהות לסמכויותיהם של שוטרים ואין הם רשאים לחרוג מהן. אך מקום בו חוקר נקט באמצעי חקירה הדרוש מיידית למידע חיוני "לשם מניעת סכנה מוחשת של פגיעה חמורה בבטחון המדינה, בחיי אדם, בחרותו או בשלמות גופו, ואין דרך סבירה אחרת בנסיבות העניין להשגתו המיידית של המידע, ונקיטת אמצעי החקירה היתה סבירה בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה" – רשאי היועץ לשקול שלא לנקוט בהליכים פליליים כנגד אותו חוקר, וזאת כל עוד אין מדובר בעינויים.³³¹

כך, למעשה, הכשירו בית המשפט העליון והיועץ המשפטי לממשלה את "חקירות הצורך" – אשר תחולתן התרחבה גם לקבלתו של אישור מראש, ולא רק בדיעבד.³³² אך מבלי לדון בקשר אשר בין חקירות אלה לבין חקירות של גופי אכיפה, לרבות אכיפת האיסורים הנוגעים לביטחון המדינה והציבור שאינם שב"כ, קרי: המשטרה. על פניו, ההבדל המרכזי בין שני סוגי החקירות הללו הוא שבעוד שהראשונה היא באופייה סיכולית, וצופה פני עתיד, השנייה, המשטרית, מתבצעת לאחר מעשה. ניתן לפקפק בעמידותה של הבחנה זו, שוועדת לנדוי סמכה עליה ידיה. גם חקירה משטרית, במיוחד כאשר מדובר בעבריינות אידאולוגית, סדרתית או מאורגנת (ועברות נגד בטחון המדינה והציבור הן כאלה, אך גם פשעי שנאה ופשיעה חמורה ומאורגנת) מיועדת לסיכול לא פחות מאשר לענישה. ואילו חקירות שב"כ מיועדות ברור גם לאכיפה על ידי הבאה לדין וכליאה של עבריינים. בשני סוגי החקירה הללו יש אפוא הן יסוד סיכולי ברור והן יסוד אכיפתי-עונשי.

הכשרתן של חקירות "הצורך" מקרינה גם על החקירות הפליליות, גם אם אלה לא הוחלו עליהן מפורשות.³³³ היסטורית, ישנן עדויות ברורות לכך שטקטיקות חקירה שהוגבלו לסוג אחד של

³²⁹ "לממשלה או ראשי השב"כ אין סמכות לקבוע הנחיות, כללים והיתרים באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה של חשודים בפעילות חבלנית עוינת, מעבר להנחיות ולכללים המתבקשים מעצם מושג החקירה. בדומה, לחוקר שב"כ אינדיבידואלי – כמו לכל שוטר – אין סמכות לנקוט אמצעים פיזיים אלה פוגעים בחירותו של הנחקר במהלך החקירה, אלא רק אמצעים המתבקשים בדרך כלל ובאופן אינהרנטי ממהות החקירה, הנדרשת להיות חקירה הוגנת וסבירה. ... כדי להביא לידי כך שהממשלה תהא מוסמכת להורות על שימוש באמצעים פיזיים במהלך החקירה מעבר למותר על פי דיני החקירה הרגילים... יש צורך בהוראת חוק כדיון.. הסייג בדבר "צורך" אינו יכול לשמש עוגן לסמכויות אלה." בג"ץ הוועד הציבורי נגד עינויים, ה"ש 328 לעיל, פסי' 38 לפסק דינו של הנשיא ברק.

³³⁰ שם.
³³¹ הנחית היועץ המשפטי לממשלה, חקירות שב"כ והגנת הצורך- מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה (בעקבות פסי' בג"ץ, 28/10/1999).

³³² עשרים שנים לאחר שניתן פסק הדין בבג"ץ הוועד הציבורי נגד עינויים, קבע בית המשפט העליון, בעניינו של פארס טביש, כי סייג הצורך מסמך מראש, ולא בדיעבד, את החוקר להשתמש באמצעי חקירה מיוחדים הכוללים שימוש בכוח, וכי אין כל פסול בכך שהחוקר מקבל "אור ירוק" אפריורית, תוך התייעצות עם הממונים עליו ובהתאם להנחיות פנימיות. לפי השופט אלרון, הגנת הצורך יכולה לחול אפריורית בשם ה-"וודאות המשפטית" ממנה זכאי החוקר ליהנות. משמעותה של העברת הסמכות לגורמים הממונים משמעה הטמעה עמוקה של השימוש בכוח כחלק סטנדרטי מהליך החקירה, באותם מקרים בהם ישנה וודאות קרובה לסכנה, גם אם אין היא מיידית. שאלת כבוד האדם של הנחקר אינה נדונה בפסק הדין של השופט אלרון במסגרת שיקולי הסבירות של הפעלת הכוח. בג"ץ 9018/17 טביש נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 26.11.2018).

³³³ Mordechai Kremnitzer, *The Landau Commission Report - Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the Needs of the Security Service*, 23 ISR. L. REV. 216, 261-262 (1989).

חקירה חלחלו לעבירות נוספות,³³⁴ וממילא מבחינת החוק הישראלי, אין שום זיקה של סייג הצורך דווקא לשב"כ. אם מתקיימים תנאי הצורך הוא יחול על כל חוקר בכל מסגרת, ולהלכה גם על כל אדם. במקרים חמורים, וכאשר יש לחץ פנימי וחיצוני למצוא אשמים, סייג הצורך והגישה הסלחנית כלפי אלימות רכה מהווים מקור השראה והצדקה עצמית להפעלתם של לחצים בלתי חוקיים גם על ידי המשטרה. הסכנה לזליגה זו נובעת גם מהנטייה הטבעית לקוהרנטיות משפטית בתוך מערכת, ועקב כך שחוקרים שואפים לכך שיהיו בידיהם כמה שיותר סמכויות בחקירה.

על הקירבה הפוטנציאלית שבין סוגי החקירות עמד חבר הכנסת (ולימים שר המשפטים) דוד ליבאי, במסגרת דיון במליאה בעקבות פרסומו של דו"ח לנדוי:

לפרשנות החוק של הוועדה עלולות להיות תוצאות מעשיות חמורות ביותר ... משום שלפי התשתית המשפטית, המצדיקה לדעת הוועדה אלימות מתונה מצד חוקרי השב"כ, אפשר להצדיק שימוש יומיומי באלימות גם בחקירת עבירות פליליות על-ידי משטרת ישראל. [...] כפי שהוועדה אומרת, המצב המשפטי הוא, שהחוק אינו נותן היום את הכלים האלה. ואילו הוועדה באה לתת היתר להפעלה מתונה של לחץ פיסי, והפעלה זו אסורה. המכות, הסטריות, הבעיטות, המפורטות בדוח הגלוי... הופכות להיות שיטה חוקית, אף שכרגע הן אסורות. [...] איך היא נותנת את ההיתר? [...] היא נצמדת לדוקטרינת הצורך בסעיף 22 לחוק העונשין. [...] לפי ההנמקה של הוועדה אני יכול לבסס לך בכל בית-משפט צידוק לכך, שאנשי משטרת ישראל יתחילו להשתמש באלימות, כדי למנוע אינוס, שוד, עבירות חטיפה, רצח, פעילות של כנופיות ואספקת סמים, וכדי להוציא את המידע הנדרש למעצר של אנשים מועדים או כאלה המתכננים עבירות³³⁵

לא בכדי העיר חבר הכנסת אמנון רובינשטיין לאחר פרסום הדו"ח כי: "אין כאן רק עניין של שב"כ. יש כאן עניין של שלטון החוק."³³⁶

הסממן המובהק ביותר לזליגתה של חקירת הצורך לחקירה הפלילית הינו בכך שחקירות הצורך נעשות סמוך לפני חקירה פלילית אשר במהלכה נגבית הודאה, ללא הזדקקות נוספת לאמצעי לחץ.³³⁷ סמיכות הזמנים בין החקירות, והעובדה שאותו מותב דן בתוצאות של חקירה שמשלבת גם חקירה סיכולית וגם פלילית – חותרים תחת ההבחנה אשר בין החקירות. קשה להשתחרר מן הרושם שחקירת השב"כ היא שמבשילה את נכונות הנחקר למסור הודאה, והעברתו "בשל" לידי המשטרה לא באה אלא כדי ליצור באופן מלאכותי הבחנה בין שני שלבים, שלמעשה הם אחד.

בעניין **אברושמי**, אשר הורשע בגין רצח אמיל גרינצוויג חקירת השב"כ נערכה כמעט ברצף של 66 שעות. הוא הורשה לישון במשך שש שעות בלבד במשך כל התקופה, נמנעה ממנו כניסה לשירותים והוא עשה את צרכיו במכנסיו. במשטרה נחקר אברושמי במשך שלושה ימים ברצף, ובית המשפט

³³⁴ Kremnitzer, *The Landau Commission*, שם, הערה 90.

³³⁵ דוד ליבאי, הישיבה ה-361 של הכנסת ה-11, 4/11/1987 עמ' 13, דין וחשבון ועדת לנדוי והשלכותיו.

³³⁶ הישיבה ה-361 של הכנסת ה-11, 4/11/1987 עמ' 15, דין וחשבון ועדת לנדוי והשלכותיו.

³³⁷ מרדכי קרמניצר ויובל שני, "האם חייבים לאכול את פירות העץ המורעל?" **המכון הישראלי לדמוקרטיה – בלוג סיווג בטחוני** (4.7.2018).

המחוזי לא פסל את ההודאות שנגבו על ידי השב"כ אך נתן להן משקל מועט וביסס את ההרשעה בעיקרה על חקירות המשטרה. במסגרת ערעורו של אברושמי (שנדחה), קבע בית המשפט העליון שיש להותיר את קבילותן של ההודאות שהתקבלו במהלך חקירת השב"כ בצריך עיון, אך קבע שהודאותיו בפני המשטרה קבילות, שכן עבר פרק זמן מספיק בין החקירות (ארבעה ימים) שדי בו כדי שהנחקר יחדש כוחותיו ויראה בחקירת המשטרה כמנותקת מקודמתה.³³⁸

בפרשת **בן אוליאל**, אשר הורשע ברצח משפחת דוואבשה בדומא, טען הנאשם כי הודאתו למשטרה נמסרה בסמיכות לאחר שהופעלו עליו אמצעי לחץ במסגרת חקירת שב"כ. שילוב סוגי החקירות נדון על-ידי בית המשפט המחוזי מרכז אשר קבע כי

אין לקבל את עמדת ההגנה ולקבוע חזקה משפטית חלוטה לפיה כל הודאה שנמסרה לאחר הפעלת אמצעים אלימים הינה פסולה כראיה. אף אין מקום לקבוע כי לשם הוכחת ניתוק הקשר בין ההודאה שניתנה בחקירת הצורך ובין ההודאות המאוחרות, נדרש בהכרח קיומו של אירוע חיצוני, כגון מפגש של הנחקר עם עורך-דינו. קביעת כלל מעין זה אינה מתיישבת עם הפסיקה הכללית ביחס לסעיף 12 לפקודה ובפרט עם פסק-הדין בעניין אל סיד הנזכר לעיל. כללים נוקשים מעין אלה לא נקבעו כהלכה אף בפסקי-הדין של שיטות המשפט הזרות אליהם הפנתה ההגנה בסיכומיה³³⁹

הערעור שהגיש בן אוליאל על הכרעת המחוזי נדחה על ידי בית המשפט העליון פה אחד.³⁴⁰ השופט אלרון קבע כי הודאותיו של המערער קבילות הן במסגרת הוראותיו של סעיף 12 לפקודת הראיות והן במסגרת הלכת **יששכרוב**.³⁴¹ לדבריו, השאלה המשפטית אשר בגדרי סעיף 12 אינה נוגעת לעצם מתיחת הגבול שבין חקירת הצורך להודאות שנמסרו בחקירה הפלילית, שכן שאלה זו הוכרעה ונקבע שממילא ניתן למתוח גבול בין חקירה זו להודאה שנגבתה אחריה. השאלה המשפטית נוגעת לקשר הסיבתי אשר בין האמצעים המיוחדים שהופעלו במסגרת החקירה הראשונה לבין ההודאות שנגבו 36 שעות לאחר מכן. במקרה זה, קבע כי לנוכח מאפייניו הסובייקטיביים של הנאשם ונסיבותיו הקונקרטיות של המקרה ובכלל זה: "הזמן שחלף מאז

³³⁸ כך קבע השופט חלימה: "אבהיר חד-משמעית, שאין להבין מדבריי, שחקירת השב"כ התנהלה ב"כסיות משיי". כזאת לא אמרתי ולזה לא התכוונתי. העובדה, שניתנה למערער האפשרות לישון רק 6 שעות מתוך תקופה של 66 שעות רצופות אומרת דרשני; והטענה בקשר לעשיית הצרכים במכססיים הינה החמורה שבטענות. מצב זה מן ההכרח ומן הדין שיובא בחשבון המאוזן, שיקבע את עמדתו הסופית של בית המשפט; לאמור: כלום נוצר מצב של פגיעה בערכי יסוד מקובלים, שיחייב פסילת תוצאות החקירה? וכלום נשלל רצונו של הערער או נפגמה חופשיות הודאתו עקב החקירה המתמשכת בנתונים המתוארים לעיל? על השאלות המוצבות לפנינו ענה בית המשפט בתשובה מסויגת, דהיינו: בית המשפט לא היה מוכן לפסול את דברי המערער אך ורק בשל המצב העובדתי שתואר לעיל. מאידך גיסא, לא נתן בית המשפט משקל מלא לדברים שאמר המערער בדבר חקירת השב"כ. במלים אחרות: אילו היה בית המשפט קמא עומד לפני ברירה אחת - שיש להרשיע את המערער על-פי ממצאי חקירת השב"כ בלבד - לא היה עושה כן, וזאת אף אם תוכן הדברים שהוקלטו מפיו יוצר הנחה חזקה, שהוא אשר ביצע את המעשה. אמנם הורשע המערער בסופו של דבר, אך ההרשעה מבוססת בעיקר על הדברים שאמר המערער במשטרה... "ע"פ 154/85 **אברושמי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(1) 387, פס" 9-10 לפסק דינו של השופט חלימה. וכך מצא בית המשפט המחוזי בפרשת **מחמיד**: אמרותיו אלה של נאשם 2 מיום 12.13.27 דומה כי נמסרו מתוך רצון טוב וחופשי וזאת אקבע, גם אם אקבל טענתו כי במהלך החקירות הקודמות למועד האמור היו, לצערנו, צעקות, קללות ואלימות פיזית קלה, כלשון ב"כ בסיכומים. תפ"ח (מחוזי חי') 14-01-46914 **מדינת ישראל נ' מחמיד** (פורסם בנבו, 31.1.2017), פס" 93.

³³⁹ תפ"ח (מרכז) 932-01-16 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 19.6.2018), פס" 233 להחלטה.

³⁴⁰ על פי דיווחים בתקשורת, כמה חודשים לאחר מכן הגיש בן אוליאל תביעה נגד שב"כ בעבור פיצויים של מיליוני שקלים בגין עינויים שעבר לטענתו. נטעאל בנדל "בן אוליאל בתביעת ענק נגד שב"כ: "החקירה פרצה באופן בוטה את גדרי ההגנה", **ישראל היום** (2022.12.19).

³⁴¹ ע"פ 7388/20 **בן אוליאל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 1.9.2022), פס" 61 לפסק דינו של השופט אלרון (להלן: "ערעור בן אוליאל"). בקשתו של בן אוליאל לדיון נוסף נדחתה, ראו **דני"פ בן אוליאל**, ה"ש 71 לעיל.

חקירת הצורך הראשונה; התנהלות המערער בחקירות; ה"אוירה" באותן חקירות; זהות החוקרים; ועדויות המערער והחוקרים באשר לחקירות אלו.³⁴²

ברשימה שהקדיש הח"מ (קרמניצר) לפרשה זו יחד עם יובל שני,³⁴³ עמדנו על כך שישנו קושי רב בהגנה על זכויות נאשם כאשר ישנו ערבוב בין חקירה סיכולית לחקירה פלילית. כפי שהבהרנו במאמר, בית המשפט מעביר מסר מסוכן לחוקרים לפיו שימוש באמצעים פסולים אינו שולל מניה וביה הודאה שנמסרה במסגרת חקירה שנעשתה סמוך לאחר השימוש באותם אמצעים (36 שעות אחרי חקירת הצורך). אך מסר זה חותר תחת עמדת בית המשפט עצמו ביחס לחופשיות הרצון ויש לו נזק מצטבר שקשה לחזות את היקפו.³⁴⁴

השיטה של "חילופי כובעים" בחקירה נועדה מלכתחילה להכשיר את השרץ, כלומר לאפשר הן שימוש באמצעי לחץ קיצוניים והן השגת הודאה שהיא כביכול חופשית וקבילה. היא, לכן, בבחינת "הבה נתחכמה לו", לו – לאיסור נגד עינויים, והיא מעודדת את השימוש בהם.³⁴⁵ מדובר במהלך אחד, שיש בו שני שלבים אחוזים זה בזה, כאשר הראשון מוביל לשני. המשטרה מקבלת משירות הביטחון את החומר הרלוונטי לצורך המשך החקירה, וכך נשמרת ומקוימת אחדות החקירה, למרות חילופי החוקרים. לכן, אל לה למערכת המשפט לתת יד לשיטה פסולה זו. ניתן להיווכח שההבחנה בין מניעה לבין אכיפת חוק היא מלאכותית ולא מחזיקה מים. הסיבה העיקרית שבית המשפט מכשיר את ההודאה במשטרה היא חומרת העברה המיוחסת לנחקר. לכן, גם, אין זה מתפקידנו להציע כיצד כן ניתן להכשיר את ההודאה, אולם נבהיר להלן מה לא יכול לבוא בחשבון כהודאה קבילה לאחר שנעשה שימוש באמצעי לחץ חריגים.

כאשר ניכר שנחקר לא היה מודה במשטרה אלמלא הלחץ הקשה שהופעל עליו, ההודאה במשטרה אינה פרי של עץ מורעל- היא ענף מענפיו, ויש הכרח לפוסלה. בנוסף, כאשר נחקר נמצא תחת החשש שאם לא יודה יופעלו עליו שוב לחצים מהסוג שהופעל עליו (אם לא חמורים יותר) - ההודאה אינה חופשית. היא ההפך מכך. אין מדובר רק בהודאה אלא בכל ראייה שבנויה על שיתוף פעולה אקטיבי של הנחקר, כמו שחזור. התרתה של השיטה המקובלת - של הודאה בעקבות שבירה בחקירת שבי"כ, הזוכה להלבנה בהמשך על ידי חקירה משטרתית המושרית על ידי החקירה שקדמה לה - מתמרצת את החוקרים להתנהלות כזו.

נקודה אחרונה הזועקת מפרשת בן אוליאל היא ההבחנה המשתמעת בין נאשם יהודי ונאשם שאינו יהודי. פסילת הודאותיו של הקטין שנעצר בחשד למעורבות בתשתית טרור, ובפשעי שנאה שכללו הצתה והיזק לרכוש, על ידי בית המשפט המחוזי מרכז (המצטרפת להחלטות פסילה קודמות), מלמדת על ההבדל המכריע ביחסה של מערכת אכיפת החוק בין יהודים וערבים, ובעיקר תושבי השטחים. בעוד אלפי עצורים ערבים, בהם קטינים רבים, סובלים מפגיעה בהליך ההוגן, כמו מניעת מפגש של עצור עם עורך דינו, הביקורת הציבורית ובמידה רבה גם הביקורת השיפוטית, מתעוררת אגב טענותיהם של נאשמים יהודים ביחס לפגיעה בזכויותיהם להליך הוגן. לכאורה, ניתן היה

³⁴² ערעור בן אוליאל, שם, פסי' 13.

³⁴³ קרמניצר ושני, ה"ש 337 לעיל.

³⁴⁴ שם.

³⁴⁵ קשה מאד למתוח קו גבול בין עינויים לבין אמצעים בלתי אנושיים, אכזריים או משפילים. זאת, משום שעינויים כוללים גם גרימת סבל נפשי חמור, וקשה מבחוץ לאמוד אותה. אך גם הצורות האחרות של פגיעה בגרעין כבוד האדם שנכרכו יחד עם עינויים באמנה נגד עינויים, אסורות לחלוטין.

לחשוב ולקוות שהכרה זו בזכות להליך הוגן (ליהודים) תביא להכרה אפשרית בזכויותיהם של אחרים אלא שלאמיתו של דבר, אין זה ברור כלל שה"גילוי" של זכויות חשודים בטרור יהודי, מבורך מאד כשלעצמו, יועיל גם לחשודים פלסטינים, שכן עבור רבים בחברה הישראלית מדובר בשתי מטריות ושני ציבורים שהם שונים לחלוטין. כך, בעוד עשוי להיות חלחול מיטיב של מה שיקבע לגבי חשודי טרור יהודי לגבי חשודי טרור פלסטינים, ישנה גם סכנה ממשית שבמקום "משפט אחד יהיה לכם", תתמסד ותתקבע שיטה משפטית שבה בפועל היקף הזכויות של חשודים נקבע לפי מוצאו האתני של החשוד.

ו. סיכום ההמלצות

מטרתו של נייר זה אינה דיון תיאורטי בהודאות שווא מחד גיסא, ולא בשרטוטה של תוכנית מדיניות מוגמרת מאידך גיסא. הצעה לסדר זו נועדה להצביע על פרקטיקות, הנחות, והטיות קוגניטיביות של המעורבים בהליך הפלילי, אשר מעלות באופן בלתי סביר, לדעתנו, את סכנת הודאות השווא. סכנה זו אינה ניתנת למיגור מוחלט, אך היקפה הרחב אינו גזירה משמיים וניתן לצמצמו תוך איזון הולם בין שמירה על כבודם של חשודים לבין הגנת הציבור. לפני כחמש שנים מונתה הוועדה הציבורית למניעת הרשעות שווא ותיקונן אשר בראשה מכהן השופט דנציגר. אנו מקווים שההמלצות שלהלן תסייענה לוועדה במשימתה החשובה.

(א) המלצות סטטוטוריות

לו דעתנו היתה נשמעת היה ראוי לנסח את סעיף 12 כך:

(א) אמרה של אדם מחוץ לבית המשפט תקובל כראיה נגדו במשפט פלילי.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), לא תקובל האמרה כראיה אם

(1) ניתנה לאחר שנקטו כלפי הנחקר באחד מאלה: עינויים גופניים או נפשיים, יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל, אלימות, או איום באחד מאלה; או בהתשה, דיכוי או כל התנהגות אשר עשויה הייתה למוטט את כוח רצונו של הנחקר;

(2) סבר בית המשפט כי נסיבות גביית האמרה מחשידות אותה כשקרית, ולא השכנע באמיתות ההודאה;

(3) אם הנזק לטוהר ההליך השיפוטי שבקבלת האמרה עולה על הנזק האפשרי לעשיית דין אמת שבפסילתה.

(ג) הועלתה טענה נגד קבילות האמרה לפי סעיף קטן (ב)(1), בית המשפט יפסול את ההודאה, אלא אם הוכיחה התביעה מעבר לספק סביר שההודאה – ללא קשר לאמיתותה האפשרית – לא נגבתה בנסיבות האמורות. סבר בית המשפט שאמרה הושגה בנסיבות כאמור בסעיף קטן (ב)(2) או שהתקיימו התנאים אשר בסעיף (ב)(3), תקובל האמרה על תנאי, וההכרעה לענין קבילותה תינתן בהכרעת הדין.

(ד) פסל בית המשפט אמרה לפי סעיף קטן (ב), אין בכך לפסול ראיות עצמאיות אחרות לאשמתו של הנאשם שנתגלו כתוצאה מההודאה. ואולם, לא תוסק מסקנה לחובת הנאשם מן העובדה שהודאתו הובילה לראיה נגדו.

(ה) לא יורשע נאשם על סמך הודאה שהתקבלה לפי סעיף זה אלא אם כן מצא בית המשפט בחומר הראיות ראיה חיצונית לנאשם המסבכת את הנאשם בביצוע העבירה. אולם, במקרים מיוחדים ומטעמים שיירשמו, רשאי בית המשפט להרשיע בהעדר סיוע, אם יש בחומר הראיות ראיה נוספת שהיא חיצונית לנאשם אשר יש בה בנסיבות הענין, כדי לתמוך בהודאתו בעבירה. הוכחה – באמצעי תיעוד אלקטרוניים – כי נמסרו על ידי הנאשם פרטים על העבירה שהם בתחום ידיעתו המיוחדת של מי שהשתתף בביצוע העבירה, ואשר לא היו ידועים למקורות אחרים – תשמש סיוע.

(ב) המלצות לגופי החקירה

(א) העמקה בשיטת החקירה האנגלית המבוססת על חקירה מוכוונת מידע, ובחינה של אפשרות הטמעתה, בדומה למדינות אחרות. שיטת החקירה האנגלית, מלבד היתרונות האמורים ביחס להיותה מוכוונת מידע, מהווה מודל מעניין גם מפני השקיפות שלה. השיטה אינה מקבלת ביטוי רק בנהלים פנימיים, היא מלווה בהוראות חוק מפורטות המצויות, בין היתר, ב- Police and Criminal Evidence Act משנת 1984 ובמיוחד בקודים הנלווים אליו.

(ב) איזון בין פרדיגמות אישוש והפרכה במגוון דרכים כגון עידוד גישה ביקורתית וספקנית בתוך הצוות החוקר; מינוי של צוות קבוע לבקרת איכות של חקירות כאלה, שיהיו בו גם גורמים מקצועיים חיצוניים (מחוץ למשטרה), הטלת התפקיד של "פרקליט השטן" על פרקליט מלווה וככלל הנכחה משמעותית יותר של ספק לאורך הליך החקירה על מנת להימנע מיצירתה של "תיבת תהודה".

(ג) הרחבתו של התיעוד החזותי והקולי כך שכל התשאולים והראיונות יתועדו באמצעות וידאו, בשלמותם, ובזווית צילום המאפשרת להתבונן הן בחוקרת והן בחשודה – בכל העבירות, או לכל הפחות בעבירות אשר העונש המרבי שנקבע להן הוא מאסר בן חמש שנים ומעלה. בנוגע ליתר העבירות מוצע לחייב תיעוד קולי מתחילתה ועד סופה של החקירה.

(ד) קיצור משך זמן המעצר ופרסום הנחיות ברורות ביחס למותר ואסור במסגרת מעצר ובכלל זו חינוכם והכשרתם של שוטרים ביחס לחשיבות ההקפדה היתרה על רווחתו של עצור על מנת למנוע הודאת שווא בעבור פשע שלא ביצע רק על מנת לסיים את ההליך הפלילי. בהקשר זה, על בתי המשפט לוודא שמעצרים משמשים רק לצרכי חקירות אמת ולא כאמצעי לחץ על העצור.

(ה) בחינה מחודשת של טקטיקת הצגתן של ראיות בדויות לנוכח ממצאים אמפיריים המשקפים את כוח השכנוע האדיר של ראיות בדויות עד כדי שינוי זיכרון. הגם שלא ניתן כנראה למנוע כליל טקטיקות של הטעיה, מוצע להטיל איסור מוחלט על טקטיקות רמייה הכוללות הטעיה ביחס לראיות, לרבות טענה בעל פה אודות קיומן של ראיות מכריעות נגד הנחקר, שאינן קיימות במציאות.

(ו) הקפדה על "מידור" פנימי במקרה שנגבתה הודאה בחקירה על מנת למזער ככל הניתן הטיית קוגניטיביות בקרב גורמים אשר אינם מנויים על חוקרי המשטרה, וזאת על מנת למנוע זיהום של ראיות פורנזיות. הצעה שנועדה להתמודד עם הטיית אלה היא יצירתו של פרוטוקול המתעד

את המידע שנאסף במהלך החקירה ולהסדיר את היקף הראיות אליו נחשפים הגורמים השונים בחקירה וכן את המועד בו הם נחשפים אל הודאה. ניתן לשקול גם להעביר פרוטוקול זה במסגרת גילוי מסמכים להגנה.

(ז) קיומו של הליך פוסט מורטם מסודר ומובנה של מערכת האכיפה בכל מקרה שבו נפסלת הודאה או שבית המשפט מבקר את גורמי האכיפה, לא כחלופה להליכי משמעת אלא כאמצעי בקרה ורפלקסיה המתווספים אליהם.

(ג) המלצות לבתי המשפט

לצד כל אלה, ישנה חשיבות רבה בכך שבית המשפט ינקוט באמצעי זהירות מוגברים ביחס לראיות אשר נגבות תחת טקטיקות אשר נמצא כי הן מגבירות את הסיכויים להודאות שווא.

(א) סיווגה של טקטיקת חקירה המציגה ראיות שקריות לנחקר כאסורה: על בית המשפט לתמרץ את החוקרים לאתר ראיות אובייקטיביות התומכות בחשד או שוללות אותו, שכן ההיתר לשקר מעודד תפיסה מסוכנת, לפיה המטרה היא השגת הפללה (להבדיל מחקר האמת) ומטרה זו מכשירה אמצעים מגונים נוספים. לכן, כאשר מוצגים שקרים – גם בעל פה – ביחס לקיומן של ראיות אובייקטיביות המסבכות את הנאשם בעברה (המוכיחות את מעורבותו בפשע), על האיסור צריך להיות מוחלט, וככלל אמור להביא לפסילת ההודאה. סטייה תתאפשר במקרים מאד מיוחדים וחריגים.

(ב) קביעת כללים ברורים להפעלתם של מדובבים: עצם גביית ההודאה על ידי מדובב צריכה להגביר את החשש כי מדובר בהודאת שווא ועל כן ראיות לבחינה קפדנית ונוקשה אף יותר. בין היתר, מומלץ להוסיף דרישה לתיעוד מלא של פעולת הדיבוב, גביית מחיר ראייתי בהעדר תיעוד, וכן גילוי ההוראות אשר ניתנו למדובב לבית המשפט ולהגנה. הקו המנחה את בית המשפט מוכרח להיות איסור מפורש וברור על כל הפעלה של אלימות או איום באלימות אשר הייתה נקבעת כבלתי חוקית אם הייתה מופעלת על ידי שוטר.

(ג) הבחנה בין פרטים מוכמנים: מומלץ להבחין בין פרטים שאינם בידיעת הציבור, והנחקר בכלל זה, וגם לא הועברו אליו על ידי החוקרים לבין פרטים אחרים, כאשר הקטגוריה בעלת המשקל הרב ביותר היא פרטים אשר לא היו ידועים כלל לצוות החקירה. אלה האחרונים יוכלו להוות אפילו תוספת ראייתית מסוג סיוע. עמידה על כך שפרט מוכמן יהא זה אשר אינו ידוע לרשויות החקירה יסייע להגיע למידה גבוהה יותר של וודאות אודות מידת מעורבותו של המודה, וימנע מראש זיהום של ההודאה והחקירה כולה. פרט כזה, על כן, יכול לשמש כתוספת ראייתית מסוג סיוע. לצד זאת, מכיוון שהשאלה מה ידעו החוקרים ומה לא אינה פשוטה למענה, ככל שהחקירה מתועדת במלואה מראשיתה, מומלץ לייחס משקל מסוים, מוגבל, לפרט מוכמן שלא ידוע ברבים, אך ידוע לחוקרים, כך שייחשב כדבר מה נוסף.

(ד) התנייתה של מעמדה של ראיה כ-"דבר מה נוסף" בשלושת התנאים הבאים: עליה לאמת פרטים בהודאה (תנאי אשר קיים כבר עתה), עליה להיות חיצונית לנאשם, ועל הרשויות החוקרות להשקיע ניסיונות כנים בניסיון להפריכה. ראוי להתייחס ל"דבר מה חסר" ול"דבר מה סותר" כאל ראיה המפחיתה ממשקל ההודאה. מוצע שבית המשפט ינסה לרכז את השפעתה הרבה של ההודאה, על ידי עמידה אקטיבית על טיבה - כך שכאשר נאשם חוזר בו מהודאתו, בית המשפט ידרוש לקבל הסבר מדוע בחר הנאשם למסור הודאה למשטרה, שככלל נוגדת את

האינטרס האישי שלו. בנוסף, יש להכיר בחוסר הטעם לזקוף לחובת הנאשם את חוסר היכולת שלו לזכור מה בדיוק התרחש בחקירה, מה קדם למה, מה בדיוק נאמר לו וכו'. ספק רב אם ניתן לצפות שאדם יכול לזכור את כל הפרטים האלה, במיוחד לנוכח השפעותיה הפסיכולוגיות שחקירה לוחצת יוצרת אצל הנחקר, ובפרט דיסאוריינטציה ביחס לזמן ומקום. הן על התביעה והן על בית המשפט לגלות קפדנות יתרה כאשר מתגלה שקר כלשהו מצד המשטרה.

(ה) הגנה מוגברת על נחקרים השייכים לקבוצה המועדת לאפליה והטמעתם של אמצעי זהירות: ראשית על מותב להכיר בסיכוי כי הנחקר שייך לקבוצת סיכון לא מתוקף נסיבותיו האישיות בהכרח אלא מתוקף שיוכו האתני אשר יתכן שהביא להשלמות סטריאוטיפיות מצד חוקריו, ושנית, הכרה בכך כי הוא חשוף לנטיות דומות מצד המותב עצמו, קל וחומר לאחר שהוצגה בפניו הודאתו של הנאשם. שנית, על מערכת בתי המשפט להטמיע את עריכתם של מבחנים אשר יסייעו לבחון את מידת ההטיה. מכיוון ששופטים עשויים להיות בעלי ביטחון יתר ביחס ליכולתם לשלוט בנטיותיהם הקוגניטיביות, מבחנים אמפיריים יסייעו בניטור אובייקטיבי יותר וישקפו מהי מידת התיקון הדרושה והיקפה. חינוכם של השופטים באשר לנטיות טבעיות אלה גם הוא הכרחי, הן במהלך השתלמויות לשופטים מכהנים והן בלימודי ההכשרה.

(ו) עיון מחודש בהלכת מועדי הדורשת את הוכחת קיומו של קשר סיבתי בין האמצעי שאסור שהופעל לבין מסירתה של ההודאה.

(ז) איסורה של השיטה המקובלת לפיה הודאה בעקבות שבירה בחקירת שב"כ, זוכה להלבנה בהמשך על ידי חקירה משטרתית המושגת על ידי החקירה שקדמה לה. מתיחת קו גבול ברור בין חקירה סיכולית וחקירה פלילית. הודאה שנמסרה במשטרה לאחר חקירת צורך אינה פרי של עץ מורעל- היא ענף מענפיו, ויש הכרח לפוסלה. אין מדובר רק בהודאה אלא בכל ראייה שבנויה על שיתוף פעולה אקטיבי של הנחקר, כמו שחזור.

דיון בהצעות מרכזיות לתיקון סעיף 12 לפקודת הראיות אשר קדמו לוועדת גולדברג**הצעתו של אורי ידן לתיקון פקודת הראיות (1981)**

ההצעה הראשונה לשינוי סעיף 12 הועלתה על ידי פרופסור אורי ידן אשר פרסם בספטמבר 1981 הצעה לתיקון מקיף של פקודת הראיות בכתב העת "הפרקליט":³⁴⁶

36. אמרה של אדם לא תשמש ראיה נגדו במשפט פלילי שהוא נאשם בו, אלא אם שוכנע בית המשפט שהנאשם נתן אותה מרצונו החופשי, ושלא כתוצאה מאלימות, מאיום או מפיתוי, או ששוכנע, מתוך האמרה או בדרך אחרת, שהיא אמרת אמת."

בדברי ההסבר להצעה נכתב כי ההוראה בסעיף 36 אמנם מבוססת בעיקרה על הדין הנוהג על פי סעיף 12 לפקודה, אך יש בה שלושה שינויים. ראשית, הנוסח המוצע מדגיש את ההיבט "הענייני" ולא רק הפרוצדורלי. שנית, הנוסח המוצע דורש שהאמרה לא תתקבל אם ניתנה כתוצאה מאלימות, איום או פיתוי.³⁴⁷ שלישית, ההצעה מרחיבה את הדין הקיים שכן היא מוסיפה את החלופה של שכנוע בית המשפט בכונות האימרה, וזאת מן הטעם ש"אם הוכחה האמת לגופו של ענין, אין להתעלם ממנה, מפני ליקויים טכניים."³⁴⁸

חידושה העיקרי של ההצעה, אם כן, היה בכך שבית המשפט יהא רשאי לבסס את הכרעתו על הודאה שנאשם מסר מחוץ לבית המשפט לא רק אם הוכח שזו ניתנה באופן חופשי ומרצון, אלא גם אם שוכנע שהיא הודאת אמת. שינוי אשר נועד "לעשות משפט צדק לגופו של ענין גם במקרה שקיום הדרישות הטכניות לא הוכח."³⁴⁹

על הסכנה שבהעדפתו של מבחן האמת על פני כל שיקול אחר, עמד אליהו הרנון. לדבריו, יש להטיל ספק באפשרות לחוקק דיני אמרת נאשם מבלי הוראות לעניין כללי ההתנהגות של חוקרים ודין של ראיות אשר הושגו באמצעים בלתי חוקיים או בלתי הוגנים.³⁵⁰ קבלת החוק כמות שהוא, הזהיר, עלולה להביא "(ל)סכנה של התגברות הזלזול בזכויות הפרט ובכבודו כאדם. יש חשש שתתחזק בשורות החוקרים ההרגשה, כי המטרה של בירור האמת מקדשת את כל האמצעים."³⁵¹

ביקורת דומה הושמעה גם על ידי השופט משה לנדוי:

"הפעלת אלימות ולחץ פסיכולוגי כבד חייבים להביא לידי פסילת ההודיה מניה וביה, אפילו בית-המשפט סבור כי היא הודית אמת. גם מי שדוגל עקרונית במבחן האמת,

³⁴⁶ אורי ידן, "הצעת חוק הראיות החדש", הפרקליט לד 137 (1981).

³⁴⁷ שם. בנוסף, הוצע בסעיף 52 להצעה, כי בית המשפט לא ידרש ל"דבר מה נוסף", ודי יהיה בחובת הנמקה.

³⁴⁸ שם, בעמ' 155.

³⁴⁹ שם, בעמ' 140.

³⁵⁰ אליהו הרנון, "הערות לחקיקה: היש מקום למהפכה בדיני הראיות? (הערות על הצעת חוק הראיות, התשמ"א-

1981)", משפטים יב 575, 592 (תשמ"ג).

³⁵¹ שם, בעמ' 591.

היסס בעבר לקבל הודייה שהיתה פרי אלימות, מן הטעם שמכל-מקום אין זה בטוח לסמוך על הודיה כזאת. חוששני שקבלת הגרסה הקיצונית הגלומה בסעיף 36, סיפא של הצעת ידן, תתיר את הרצועה לחלוטין להפעלת אלימות ועינויים בחקירה המשטרית של חשודים; כי הודיה שנתקבלה כך תהיה קבילה מכל-מקום, והסנקציה של העמדת השוטר המכה והמענה לדין פילי רחוקה מלהיות סנקציה יעילה.³⁵²

על רקע ביקורות אלה, גם משרד המשפטים הסתייג מלתמוך בהצעה ולא נקט בהליכים לקראת הבאתה בפני הכנסת. שנתיים לאחר מכן, ביולי 1983 פנה היועץ המשפטי לממשלה דאז, יצחק זמיר, אל השופט לנדוי וביקש ממנו לנסח עבור משרד המשפטים הצעה חדשה לפקודת הראיות.

הצעתו של השופט משה לנדוי לתיקון פקודת הראיות (1985)

חרף הביקורת שמתח, סבר לנדוי שאין מקום לנסח הצעת חוק חדשה לחלוטין אלא שנכון יותר להציע תיקונים להצעתו של ידן. על כן, הצעת חוק הראיות, תשמ"ה-1985, כללה שתי גרסאות – גרסה א' נותרה הצעתו של פרופ' ידן משנת 1981, ואילו השנייה נוסחה כדלקמן:

37. (א) אמרה של אדם מחוץ לבית המשפט לא תקובל כראיה נגדו במשפט פלילי, אם הושגה כתוצאה מאחד מאלה:

(1) אלימות של ממש, עינויים גופניים או איום באחד מאלה, עינויים נפשיים או השפלה קשה של הנחקר.
 (2) הבטחה, פיתוי או לחץ אחר, על מנת להביא את הנחקר לידי מתן אמרה מפלילה. אולם לא יפסול בית המשפט אמרה כזאת, אם שוכנע מתוך האמרה או על פי ראיות אחרות, שהאמרה היא אמרת אמת.

(ב) טען נאשם שאמרתו הושגה באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן (א), על התביעה להוכיח שהאמרה לא הושגה כאמור, או אם טען הנאשם שאמרתו הושגה באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן (א)(2) – שהאמרה היא אמרת.

לנדוי, והוועדה המייעצת שכללה נציגים ממשרד המשפטים, סברו שנכון לנטוש את המבחן "חופשי ומרצון" הקבוע בסעיף 12 בפקודה שכן הוא עלול לעוות את הערכת המציאות כמות שהיא.³⁵³ לפי לנדוי, יש להניח כי אדם הנחקר בתנאים מגבילים, בין אם במעצר ובין אם לאו, אינו פועל מרצונו החופשי, אלא אם הוא מוסר את דבריו מתוך חרטה.³⁵⁴ לכן, הועדף להתלות את קבילותן של הודאות במידת הלחץ שהפעיל החוקר על הנחקר, תוך הבחנה בין שתי רמות של לחץ. הסוג ראשון, החמור יותר, כולל אלימות של ממש, עינויים פיזיים או נפשיים או איום באחד מאלה, או השפלה קשה של הנחקר.³⁵⁵ הסוג השני, החמור פחות, הוא הבטחה, פיתוי או הפעלת לחץ אחר על הנחקר כדי להביאו להודאה. כאשר הנאשם טוען לשימוש בכל אחד מסוגי חקירה אלה על התביעה להוכיח

³⁵² משה לנדוי, "הערות על הצעת חוק הראיות המתוקנת", משפטים ט"ז 17, 25 (תשמ"ו).

³⁵³ שם, בעמ' 26.

³⁵⁴ שם.

³⁵⁵ שם, בעמ' 26-27. לנדוי מסביר כי הכוונה בעינויים נפשיים היא למשל חקירות ליליות ממושכות, כאשר אל הנחקר מכוונת אלומת-אור חזקה ומונעים ממנו שינה כדי להתישו; השפלה קשה היא, למשל, הפשטתו של הנחקר עירום או באילוצו לעשות "תרגילי סדר". הדוגמה הראשונה מושפעת כנראה מספרו של ארתור קסטלר, **אפלה בצהריים** (1940), הספר השני מבין טרילוגיה שעוסקת במוסר האלימות ונכתב על רקע מסע הטיהורים שערך סטלין בברית המועצות.

מעבר לכל ספק סביר כי לא כך. אם לא צלחה במשימתה, הרי שבמקרה מן הסוג הראשון תיפסל ההודאה, ואילו במקרה מן הסוג השני, ההודאה תתקבל אם בית המשפט השתכנע שהיא אמת.³⁵⁶

הצעתו של לנדוי זכתה לתמיכה רחבה יותר מהצעתו של ידן, אך גם היא לא הייתה חפה מביקורת. כך, למשל, סבר הרנון שאין להבחין בין אלימות של ממש ובין אלימות, ובין השפלה קשה של הנחקר ובין השפלה.³⁵⁷ אהרון אנקר סבר כי אין זה הגיוני להתלות את קבילות ההודאה באמתותה, שכן בית המשפט אינו יכול לקבוע האם מדובר בהודאת אמת עד אשר שמע את כל הראיות שבמשפט.³⁵⁸ אנקר אף הציע שלא לזנוח את מבחן הרצון החופשי. לדבריו, יתרונו של המבחן נובע מגמישותו היחסית המאפשרת המשך וויכוח ציבורי בנושא, ובקושי הצפוי להתאחד סביב מבחן אחר.³⁵⁹

ביקורת חריפה יותר על ההצעה מתח קנת מן, אשר סבר כי ככלל, בגישתו של השופט לנדוי ביחס לסעיף 12 כפי שבאה לידי ביטוי בפסיקה,³⁶⁰ וכן בתזכיר חוק הראיות אשר שואב את ניסוחו מגישתו השיפוטית טמונה "סכנה ממשית". זאת מפני שלנדוי מציע שקבילותה של הודאה תוכרע על ידי בחינה של דרכי החקירה ולא של האופן בו דרכי החקירה עלולים להשפיע על הנחקר. יוצא, לפיכך, שהמשטרה אינה מתבקשת לשמור על רצונו החופשי של הנאשם ודרכי חקירה אנושיות, אלא נדרשת לעמוד בדרישה צרה הרבה יותר – שתנהל את חקירותיה באופן שבית המשפט יוכל להסיק כי האמרה נראית נכונה (בדומה לכל ראייה אחרת), בצירוף התנאי שלא השתמשה באמצעים קיצוניים אסורים.³⁶¹ אלא ששלילת רצונו החופשי של הנחקר, טען מן, יכולה להתבצע גם בהיעדר נקיטה באמצעים אסורים מעין אלה.³⁶² לא חייב להתקיים יחס ישיר בין חקירה הנועזת באמצעים פסולים ובין מסירתה של הודאת שווא שכן גם אישיותו של הנחקר – אשר אינה חייבת לקבל ביטוי במאפיין חיצוני כלשהו – עשויה להוביל להודאת שווא. כך, למשל, הודאת שווא עלולה להימסר כתוצאה ממעצר, או אף מחשש מפני מעצר או התמשכותו, תנאי המעצר וחקירה נמרצת – גם אם זו נעשית בגבולות המותר.³⁶³

על כן, בעוד גרסתו של ידן מאותתת לחוקרי המשטרה, כי לא נדרשת הגנה על חופשיות הרצון והדעת של החשוד, כל עוד ישתכנע בית המשפט שההודאה שנמסרה היא הודאת אמת, גרסתו של לנדוי, מכשירה כל אמצעי לגביית הודאה מחשוד, כל עוד לא הופעלה עליו פעולה אשר משפילה את

³⁵⁶ מנוסח ההצעה עולה לכאורה כי במקרה השני הסתירה היא רק בהוכחת האמתות של ההודאה, אבל לא סביר שלא ניתן לסתור את הטענות על ידי הפרכתן לעיצומן.

³⁵⁷ אליהו הרנון, "הערות על חוק הראיות הרצוני", משפטים ט"ז 39, 50 (תשמ"ו).

³⁵⁸ אהרון אנקר, "הערות לחוק הראיות המוצע", משפטים ט"ז 54, 58 (תשמ"ו). הצעתו הייתה "לנסח את סעיף קטן (2) כדלקמן: '(2) הבטחה, פיתוי או לחץ אחר שהביאו אותו למסור את האמרה שלא מרצונו החופשי'. אם הצעה לסדר זו תתקבל, יהיה מבחן ברור יחסית לגבי המקרים החמורים (סעיף קטן (1) ותישאר המחלוקת לגבי המקרים הקלים יותר, כאשר היום ידם של הדוגלים במבחן המהימנות על העליונה. יש להתאים את סעיף קטן (2) על ידי השמטת הסיפא, החל מן המילים "או אם טען" וכו'".

³⁵⁹ אנקר, ה"ש 358 לעיל, בעמ' 58. כאמור, נימוקים דומים ביחס למבחן הרצון החופשי הביעה גם ועדת ארבל אשר הגישה את מסקנותיה לשרת המשפטים בשנת 2015.

³⁶⁰ ראו בהרחבה בפרק א'.

³⁶¹ מן, "עתידי הדרישה לרצון חופשי", ה"ש 9 לעיל, בעמ' 81.

³⁶² שם, בעמ' 80. לדבריו: "אם הגישה האובייקטיבית של השופט לנדוי מחמירה עם המשטרה כיוון שהיא פוסלת הודאות מהימנות כאשר התנהגות המשטרה פסולה, היא מחמירה עם הנאשם במובן זה שהיא מאפשרת ויתור על הדרישה לרצון חופשי בפועל בעת מתן האמרה. בהשוואה לכך, הגישה של השופט כהן איננה מחמירה עם המשטרה במקרים שבהם לא קיימת השפעה שלילית על הנאשם. אבל היא מחמירה עם המשטרה במובן שהיא מחייבת שמירה בפועל על הרצון החופשי של הנאשם", שם בעמ' 81. כזכור, גישתו של השופט כהן בעניין אבו מדיג'ם הייתה כי יש לבחון האם אמצעי החקירה השפיעו על חופשיות הרצון של הנחקר, ולא לפסול הודאה מניה וביה רק משום שהופעלו אמצעים פסולים. על בית המשפט לשאול את עצמו האם השימוש באמצעי הפסול מנע מהנחקר לבחור אם למסור הודאה באופן חופשי ומרצון. עניין מדיג'ם, ה"ש 19 לעיל.

³⁶³ ראו גם עמדת הח"מ (קרמניצר) בדו"ח ועדת גולדברג, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 65.

כבודו.³⁶⁴ זו הסיבה, טען מן, ששתי הגרסאות – הן של לנדוי והן של ידין, אינן כה רחוקות זו מזו. למעט אמרות הנמסרות בעקבות דרכי חקירה קיצוניים, שתי הגרסאות מציעות לבטל את הדרישה להוכחת רצון חופשי של הנחקר ולהחליפה בהוכחה של מהימנות רגילה.³⁶⁵

בפתח דבריו של לנדוי, בטרם הציג את הצעתו, כתב כי קיבל על עצמו את התפקיד שהטיל עליו היועץ המשפטי לממשלה תחת "חששות כבדים" שמא הצעתו תיגנז בדומה לקודמותיה ואת דבריו סיים שוב -בנימה סקפטית:

"מסופקני אם הצעותי אלה תשאנה פרי, כל עוד יתקיים הנוהג שדו"ח של ועדה או של יחיד אשר ישבו על המדוכה והתעמקו בסוגיה זו או אחרת והציעו את הצעותיהם לא יזכו ל"אשראי" לפחות עד כדי כך שהוויכוח על אותה סוגיה לא יתחדש מלכתחילה, כאילו דבר לא נעשה."³⁶⁶

חששותיו של לנדוי, במובן זה - התממשו. בין אם משרד המשפטים סבר שיש טעם בביקורות השונות שהופנו לעברה, ובין אם מסיבה אחרת – הממשלה לא קידמה את הצעה. יחד עם זאת, מאמציו לא הלכו לטמיון, שכן כעשור לאחר מכן, הן קיבלו ביטוי מובהק במסגרת הצעתה של ועדת גולדברג.

³⁶⁴ מן, ה"ש 9 לעיל, בעמ' 90.

³⁶⁵ שם, בעמ' 83.

³⁶⁶ לנדוי, "הערות על הצעת חוק הראיות" ה"ש 352 לעיל, בעמ' 33.

פרופ' מרדכי קרמניצר הוא עמית בכיר במרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה; פרופסור אמריטוס בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. מומחה למשפט פלילי, ציבורי ומינהלי, זכויות אדם, שחיתות שלטונית ומידתיות.

עו"ד עדי גל היא חוקרת במרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה ודוקטורנטית בבית הספר למשפטים באוניברסיטת ייל.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

מסת"ב:
978-965-519-423-4