

הסכנה להרשעות שווא בישראל – גורמיה המרכזיים והצעות לצמצומה

בעקבות ספרו של בועז סנג'רו הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם – גורמים ופתרונות*

מרדכי לוי**

- א. פתח דבר – בעקבות ספרו של פרופ' סנג'רו 2
- ב. מבוא – על הסכנה של הרשעת שווא בישראל 2
- ג. על פרויקט החפות ומחקרים דומים 5
- ד. עיקרי ספרו של פרופ' סנג'רו 6
- ה. ביקורת על ספרו של פרופ' סנג'רו 7
- ו. שיטת המשפט, גורמי הסיכון העיקריים להרשעות שווא והצעותיי 14
1. עקרונות היסוד הרלוונטיים, מגבלות השיטה, השלכותיהם האפשריות והצעותיי 14
- 1.1. א. מידת הוודאות של ההרשעה בפלילים 14
- 1.1. ב. הבעייתיות של הרף "מעבר לספק סביר" 18
- 1.1. ג. האפשרות להרשיע נאשם ברוב דעות 19
- 1.1. ד. השיטה האדברסרית 22
- 1.1. ה. האפשרות ששופט יטעה והקושי להבחין בין עד דובר אמת לדובר שקר 25
- 1.1. ו. הערעור, סופיות הדיון והעילות למשפט חוזר 27
2. גורמי הסיכון המרכזיים לאפשרות להרשעת שווא והצעותיי 30
- 2.1. א. בעיית החף והסדרי טיעון – במיוחד של עצורים עד תום ההליכים 30
- 2.1. ב. האפשרות להרשיע על סמך עדות יחידה 32
- 2.1. ב.1. עדות זיהוי יחידה 32
- 2.1. ב.2. עדות יחידה הטעונה כיום תוספת ראייתית 34
- 2.1. ב.3. כללי 34
- 2.1. ב.4. עדות יחידה של שותף לעבירה 36
- 2.1. ב.5. עדות יחידה של עד מדינה 38
- 2.1. ב.6. עדות יחידה של מתלונן/ת בעבירת מין 38
- 2.1. ג. האפשרות להרשיע על סמך הודאה בחקירה בתוספת "דבר-מה" 39
- 2.1. ד. הבעייתיות של הסתמכות על הודאה בפני מדובב 43
- 2.1. ה. ראיות נסיבתיות מטעות 45
- ז. סיכום 45

* הוצאת רסלינג (2014)

** שופט בית המשפט המחוזי בבאר-שבע משנת 2009; לפני כן כיהן מחבר הרשימה כשופט ביחידת בתי הדין הצבאיים במשך 19 שנים, מהן כשש שנים בבית הדין הצבאי לערעורים. עד למינויו כשופט מחוזי לימד מחבר הרשימה על "ההליך הפלילי והאפשרויות לעיוות דין" במכללת "שערי משפט" וכן דיני מעצר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. כמו כן, פורסמו מאמרים אחדים של מחבר הרשימה בנוגע לשלבים השונים של ההליך הפלילי – שחלקם נזכרים בהערות 12, 13, ו-194 להלן. אני מודה לשופטים אילן שיף, נתן זלוצובר, שלמה פרידלנדר, אלון אינפלד ואריאל חזק ולעו"ד יונית פרידמן – על הערותיהם המועילות. מובן כי האחריות לתוכן הדברים כולה שלי.

א. פתח דבר – בעקבות ספרו של פרופ' סנג'רו

ספרו החדש¹ של פרופ' בועז סנג'רו (להלן גם: "המחבר") דן בנושא שהוא בעל חשיבות ראשונה במעלה. על כן, יש לברך על עצם העיסוק בנושא, על הגברת המודעות לו ועל כל מחקר בעניין זה.

לטענת פרופ' סנג'רו, "במצאיאות הישראלית כמעט שאין זיכויים"² ולפחות 5% מההרשעות בעבירות "חמורות" הן הרשעות שווא;³ ומכיוון שבבתי הכלא נמצאים כ-20,000 אסירים, לפחות 1,000 מורשעים (בממוצע) בכל זמן נתון הם חפים מפשע.⁴

אם אמנם הערכה זו נכונה, מדובר בטרגדיה נוראה, בראש ובראשונה לאלפי חפים מפשע שהורשעו במהלך השנים, ואף לחברה בכללותה; אך גם אם בישראל יש הרשעות שווא בשיעור ניכר שהוא נמוך מהערכתו של פרופ' סנג'רו, הדבר מחייב חשבון נפש ובדק בית יסודי, תוך בחינת המצב הקיים והכנסת שינויים מתבקשים בדיון.

בפועל, המחבר מפרט בספרו את הגורמים שלדעתו מובילים להרשעות שווא בישראל ובעולם ומציע פתרונות כיצד להימנע מכך בעתיד. בין היתר מסתמך המחבר על ממצאי "פרויקט החפות" האמריקני (להלן: "פרויקט החפות") וכן על מחקרים שבוצעו בחו"ל, שאל החשובים שבהם אתייחס בהמשך.

אקדים ואציין כי אמנם אני מסכים לחלק ממסקנותיו ומהצעותיו של פרופ' סנג'רו, אך אינני תמים דעים עמו לגבי חלק ניכר מטענותיו, מהערכתו ומהפתרונות שהוא מציע; והכול, כפי שאפרט להלן.

עם זאת, כאמור, יש לטעמי חשיבות לשיח המשפטי בנושא, ומן הראוי לבדוק את טענותיו של פרופ' סנג'רו לעומקן.

כמו כן, ככל שאכן יש בסיס לדעה כי בישראל יש שיעור משמעותי של חפים מפשע המורשעים בדינם, גם אם בהיקף קטן בהרבה מהערכותיו של פרופ' סנג'רו – חשוב לנסות להבין מדוע, ולבחון את ההצעות שמעלה המחבר או הצעות אחרות שתכליתן דומה, במגמה לצמצם, ככל האפשר, את הסכנה להרשעת שווא, תוך איזון ראוי בין מכלול השיקולים, הערכים והאינטרסים הרלוונטיים.

ב. מבוא – על הסכנה של הרשעת שווא בישראל

כידוע, תכליתו של ההליך הפלילי היא בירור האמת⁵ ועשיית צדק;⁶ הרשעת האשמים וזיכוי החפים מפשע,⁷ תוך הקפדה על זכויות הנאשמים להליך ראוי ולמשפט הוגן,⁸ לבל ייגרם להם עיוות דין,⁹ ותוך

¹ בועז סנג'רו הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם – גורמים ופתרונות (הוצאת רסלינג, 2014) (להלן גם: "ספרו של פרופ' סנג'רו").

² שם, בעמ' 22.

³ שם, בעמ' 41-42 ועוד.

⁴ שם, בעמ' 38.

⁵ על ערך האמת במשפט בכלל ובמשפט הפלילי בפרט, ראו למשל: ע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד א' 5, 18 (1949); ע"פ 5614/92 מדינת ישראל נ' מסיקה, פ"ד מט(2) 681, 669 (1995); דני"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 743, 721 (2000); אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11, 12-16 (תשנ"ו). על ההבדל בין "האמת העובדתית" לבין "האמת המשפטית" ועל חובת הדיין לפסוק "דין אמת לאמתו" (שבת, י, א; סנהדרין ז, א) – ראו למשל: ע"פ 190/82 מרקוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 225, 302-303 (1983); ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1)

איזון עדין וראוי בין זכויות הנאשמים לבין צרכי החברה, זכויות הקורבנות והאינטרסים הציבוריים למיציא הדין¹⁰ ולביטחון הציבור והמדינה מזה.¹¹

למעשה, עיוות דין אפשרי בכל שלב משלבי ההליך הפלילי, החל ממצערו של חף מפשע בטרם אישום, דרך עצם העמדתו לדין ובמיוחד מעצרו עד תום ההליכים,¹² על כל ההשלכות הנובעות מכך לנאשם ולבני משפחתו. עם זאת, ברי כי השיא של ההליך הפלילי הוא שלב הכרעת הדין, וכי שיא העיוות בדין הוא בהרשעתו של חף מפשע, וכפועל יוצא מכך גם בהענשתו על לא עוול בכפו.

אקדים ואציין, כי במרוצת השנים נקטו המחוקק ומערכת המשפט בישראל צעדים חשובים אחדים למניעת עיוות דין בשלבים השונים של ההליך הפלילי, הנוגעים בחלקם לא רק לסכנה של הרשעת חף מפשע, אלא גם למניעת העמדה בלתי צודקת לדין או ניהול הליך משפטי תוך סתירה מהותית לעקרונות של **צדק** ושל **הגינות** משפטית.¹³ עם זאת, הפרספקטיבה הראויה של ערך הצדק, גם בהקשר של ההגנה

197, 262-259 (1984); ד"ר 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד (מב) 3, 837, 855-853 (1988); ע"פ 10009/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 769, 788-787 (2004); ע"פ 3435/13 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 174 לחוות דעתו של השופט י' עמית (8.5.2014); חיים כהן "דין אמת לאמיתו" ספר גבורות לשמעון אגרנט 54 (1986); נינה זלצמן, "אמת עובדתית" ו'אמת משפטית" עיוני משפט כ"ד 263 (2000); דורון מנשה "שיקול-דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83, 94-95 (תשנ"ו). על היחס בין האמת העובדתית לבין ההגנה על חפים מפני הרשעה שגויה, ראו: דורון מנשה "אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעות שווא – אנטומיה של יחסים מסוכנים" קרית המשפט א 307 (תשס"א). על ההתנגשות האפשרית בין האמת לבין הציבור המשפטי, ראו הערה 120 והטכסט להערות 106-108 ו-119-120.

⁶ על הערך של הצדק במשפט, ראו למשל: סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה; סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980; סעיפים 3, 15(ב) ו-121(3) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "חסד"פ"); ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 505, 517-516 (1981) (להלן: "עניין קניר"); דני"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, 197-195 (1998); ע"פ 7702/10 כהן נ' מדינת ישראל, בפסקה א לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (29.5.2014); חיים ה' כהן המשפט 83 (תשנ"ז). על הפרספקטיבה של ערך הצדק, ראו בטכסט להערות 13-15. כן ראו הערה 122.

⁷ ראו למשל: ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 561, 575 (1980); רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סב(1) 378 (2006), בפסקה 1 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל (להלן: "עניין מילשטיין").

⁸ על הזכות להליך ראוי והוגן ראו למשל: ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא (1) 461 (2006) (להלן: "עניין יששכרוב"), בפסקאות 66-67 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש; בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, בפסקאות 24-26 לחוות דעתו של השופט א' לוי וכן בחוות דעתה של השופטת א' פרוקציה (8.10.2006) (להלן גם: "עניין ביטול הלכת קינזי"); ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל, בפסקה 18 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש ובפסקה ט לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין (4.11.2009) (להלן: "עניין שי"); דוד וינר "בעקבות פרשת עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן" קרית המשפט ד 169 (תשס"ה); יואב ספיר "הגנה ראויה על יאנשים לא נחמדים: הערות על מגילת הזכויות הרוזה שבהצעת החוקה" משפט וממשל י 571 (תשס"ה); והשוו: בועז אוקון ועוד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי", המשפט ג 265 (תשנ"ו).

⁹ המונח "עיוות דין" נזכר, בין היתר, בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: "חוק בתי המשפט") ובסעיף 215 לחסד"פ. ראו למשל והשוו: ע"פ 1523/05 פלוני נ' מדינת ישראל (2.3.2006); ענת שקולניקוב "מהו עיוות דין? לפירושו של סעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי" עלי משפט ב' 65 (תשס"ב). כן ראו לעניין המונח "עיוות דין" ועילת עיוות הדין שבסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט: מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 562-560 (1999); מ"ח 8390/01 אקסלרוד נ' מדינת ישראל, פ"ד סי(2) 607 (2005); מ"ח 9054/03 לזרובסקי נ' מדינת ישראל (28.12.2005); מ"ח 2165/11 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 15 (24.8.2011); מ"ח 6869/13 קצב נ' מדינת ישראל, בפסקה 8 (19.5.2014); עופר גוט עיוות דין בהליך הפלילי (2008).

¹⁰ על קורבנות העבירה ראו הערה 14; ועל מיציא הדין ראו: סעיף 62 לחסד"פ; בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 509 (1990); ע"פ 1767/94 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 505, 519-518 (1999).

¹¹ על האיזון כאמור, ראו, למשל, עניין מילשטיין, לעיל הערה 7, שם; והשוו: בג"ץ 3368/10 משרד האסירים הפלסטינים נ' שר הביטחון, בפסקה 52 (6.4.2014); וראו גם הטכסט להערה 62.

¹² ראו למשל: מרדכי לוי "הראיות לכאורה הנדרשות למעצר עד תום ההליכים – בחינה נוספת" משפטים לד 549, 609-608 (תשס"ה); מרדכי לוי "האם לא הגיעה העת לשינויים ביני המעצר עד תום ההליכים? הצעות לצמצום היקף המעצרים מבלי לפגוע באינטרס הציבורי" הסניגור 206, 4 (2014) (להלן: "לוי, הסניגור 206"); דוח פעילות הסניגוריה הציבורית לשנת 2013, בעמ' 16-20 (אוגוסט 2014).

¹³ כך הוכרה דוקטרינת ההגנה מן הצדק גם בישראל, תחילה בפסיקה, אם כי תוך אימוץ מבחן צר ביותר, ולאחר מכן תוך הרחבת המבחן בפסיקה, ולבסוף על ידי עיגון ההגנה בסעיף 149(10) לחסד"פ. על כך ראו למשל: מרדכי לוי "עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה לפני פסק הדין בעניין בורוביץ ובעקבותיו" המשפט י 353 (תשס"ה).

מן הצדק, היא **צדק במונח הרחב והמשוקלל, צדק בעיני הציבור בכללותו, לרבות בעיני קורבן העבירה והקורבנות הפוטנציאליים**,¹⁴ ולא דווקא בעיני הנאשם בלבד.¹⁵

כמו כן הוכרה בפסיקה הדוקטרינה של פסלות יחסית של ראיות שהושגו שלא כדין, אם כי באופן חלקי ומסויג מאד.¹⁶ כן הורחבו בחוק העילות לעריכת משפט חוזר, על ידי הוספת עילה – בגין כך שהתעורר חשש ממשי כי בהרשעה נגרם עיוות דין.¹⁷

בנוסף לכך, נעשו ניסיונות לבחון ולהציע שינויים אפשריים בדין, במטרה למנוע הרשעות שווא. כך, לפני יותר מעשרים שנה הוקמה "הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר", בראשות השופט אליעזר גולדברג (להלן: "**וועדת גולדברג**"); אלא שהמלצותיה בעניין ההרשעה על סמך הודאה בלבד טרם יושמו, הגם שחלפו מאז פרסומן כשני עשורים. גם שתי הצעות חוק שהוגשו בעניין זה, בשנים 1999 ו-2006, לא התקבלו והבעייתיות שעליה הצביעה (גם) הוועדה, טרם נפתרה.

כמו כן, בשנת 2000 הוגשה, בתיאום עם שר המשפטים דאז ועל דעתו, הצעת חוק לביטול האפשרות להרשעה ברוב דעות; אלא שהיא לא התקבלה, והמצב המשפטי בעניין זה נותר בעינו, חרף הבעייתיות שלו.

למעשה, בסוגיה הנדונה מתעוררות **בעיקר השאלות הבאות** ובהן אדון בהמשך הרשימה: בראש ובראשונה, השאלה המקדמית האם אכן קיימת סכנה ממשיכה להרשעת שווא גם בישראל; אם כן, מה הן הסיבות המרכזיות לכך; האם ניתן להעריך מהו שיעור הרשעות השווא בארץ; וחשוב מכך, מה הם הפתרונות הראויים לצמצום הסכנה, ככל האפשר, תוך איזון ראוי בין האינטרסים הציבוריים השונים לבין הערכים והשיקולים הרלוונטיים הנוגדים.

בפועל, לא יכולה להיות מחלוקת כי אף מערכת משפט אינה חפה מטעויות וכי "אף השופטים, בהיותם אך בני אדם, עלולים לטעות מדי פעם בפעם",¹⁸ ומכאן שגם בישראל אפשר כי חף מפשע יורשע בדינו;

¹⁴ ראו חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001; על כבודם וזכויותיהם של קורבנות העבירה ושל הקורבנות הפוטנציאליים ועל האיזון הראוי בין זכויותיהם לבין זכויות הנאשמים, ראו למשל דבריהם וגישותיהם של הנשיא מי שמגר ושל הנשיא א' ברק בדני"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 629, 654 (1995); מאיר שמגר "כבוד האדם ואלמוות" **משפט וממשל** ג 33, 37-38, 40-41 (תשנ"ה). על המגמה של הרחבת מעמד נפגעי העבירה, ראו: מאיר שמגר "מגמות במשפט" **עיוני משפט** כ 5, 14 (1996); עמנואל גרוס "הזכויות החוקתיות של הקרבן מחקר השוואתי" **מחקרי משפט** יז 419 (תשס"ב); גבריאל הלוי "מגמות התפתחות במשפט הפלילי הדיוני ובדיני הראיות בישראל", **קרית המשפט** ד 109, 164-166 (תשס"ד); דנה פוגץ "מהפכת הקורבנות" – היום שאחרי לקראת מודל המכיר בשיקולי ענישה פרטיים: "קרית המשפט" ד 229, 235-232 (תשס"ד). כן ראו הטכסט להערה 62.

¹⁵ ראו, למשל, עניין **מילשטיין**, לעיל הערה 7, שם ("**צדק לפרט ולכלל**"); והדברים שכתבתי בשעתם: לוי, לעיל הערה 13, בעמ' 369.

¹⁶ ראו: עניין **יששכרוב**, לעיל הערה 8, שם; ע"פ 1301/06 **עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל** (22.6.2009); עניין **שי**, לעיל הערה 8, בפסקה 11 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש. לביקורת על ההלכה, ראו: בועז סנגיר "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה?" **משפט וצבא** י"ט 67 (תשס"ז); סנגירו, לעיל הערה 1, בעמ' 201 ועוד. כן ראו יובל מרין ורינת קיטאי-סנגירו "Collins, Miranda" ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" **משפטים** לו 429 (תשס"ז).

¹⁷ בסעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט; וראו הפסיקה שבהערה 9 וכן בהמשך הרשימה.

¹⁸ כדברי השופט (כתוארו אז) שי אגרנט בבג"ץ 177/50 **ראובן נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית**, פ"ד ה 737, 751 (1951). למעשה, עצם ההליך של משפט חוזר יסודו בתפיסה כי מערכת המשפט אינה חפה מטעויות; ראו למשל: מ"ח 7724/05 **מאיר נ' מדינת ישראל**, בפסקה 8 (1.2.2006); מ"ח 5568/09 **סביחי נ' מדינת ישראל**, בפסקה 19 (31.8.2011); מ"ח 13/13 **רחמיאן נ' מדינת ישראל**, בפסקה 21 (25.5.2014).

והשאלה היא, כפי שבצדק ציין פרופ' ליאון שלף,¹⁹ שעמו מסכימים גם פרופ' סנג'רו וגם הסניגור הציבורי הארצי,²⁰ מהו היקף הבעיה או גודל הסכנה ולא עצם קיומה.

כאמור, אין מי שיחלוק על כך שהרשעתו של חף מפשע מהווה עוול קשה מנשוא – לא רק לנאשם, אלא גם מבחינת החברה והאינטרס הציבורי.

על הנזק הנגרם לנאשם המורשע על לא עוול בכפו, ולבני משפחתו, אין צורך להכביר מילים.

מניעת הרשעתו של חף מפשע היא אינטרס ציבורי חשוב, מארבע סיבות עיקריות: ראשית, הרשעה של חף מפשע **עלולה להעיד על בעייתיות מובנית** בשיטת המשפט ועל הסכנה כי חפים נוספים יורשעו, וזהו כמובן אינטרס ציבורי **למנוע** את הישנות **התממשותה של הסכנה** האמורה. **שנית,** המשמעות של הרשעת חף מפשע היא בדרך כלל **שהעבריינין האמיתי נותר חופשי וממשיך לסכן את הציבור. שלישית,** כשחף מפשע מורשע ונענש לשווא, מתעוררת **בעיה מוסרית-ציבורית. רביעית,** הרשעת חפים מפשע מהווה **פגיעה ממשית באמון הציבור** במערכת המשפט וביחוד במערכת השיפוט.

בטרם אתייחס לעיקרי ספרו של פרופ' סנג'רו, מכיוון שגם הוא נסמך על פרויקט החפות ועל מחקרים דומים, ובשים לב לחשיבותו של הפרויקט להבנת הסוגיה ולהתמודדות עמה, אעמוד בקצרה על מהות הפרויקט ועל ממצאיהם העיקריים של הפרויקט ושל מחקרים דומים. לאחר מכן, אבחן האם הממצאים של המחקרים האמורים, או חלקם, ישימים גם לגבי שיטת המשפט בישראל, ואעמוד על גורמי הסיכון הפוטנציאליים העיקריים להרשעת חפים מפשע בישראל. זאת, תוך שאעלה הצעות משלי לצמצום הסכנה להרשעת שווא – השונות ברובן מהפתרונות שאותם מציע פרופ' סנג'רו; והכול, תוך התמקדות בעיקר, גם מחמת קוצר היריעה.

ג. על פרויקט החפות ומחקרים דומים

"פרויקט החפות" נוסד בשנת 1992 בפקולטה למשפטים על שם קרדוזו בניו-יורק²¹ על ידי שני עורכי דין פליליים, בארי שיק ופיטר נויפלד. במסגרת הפרויקט הועסקו סטודנטים למשפטים בבחינת פניותיהם של אסירים שהורשעו בפסק-דין חלוט וזעקו לחפותם. הסטודנטים בחנו בקפידה את הפניות וסיננו אותן; הם ניסו לאתר ראיות פורנזיות ובעיקר דגימות DNA, בראיות שנאספו במהלך אירועי העבירות, כגון כתמי זרע על בגדים שעדיין נשמרו, תוך השוואתן לדגימות ה-DNA שניטלו מהאסירים. בעקבות פרויקט החפות זוכו כשליש מהאסירים שעניינם נבחן בפרויקט, כ-300 אסירים שהורשעו בעבירות חמורות כאונס ואף רצח, בד"כ רצח בעקבות אונס, לאחר שריצו שנות מאסר ארוכות ומתוכם כאלה שהמתינו להוצאה להורג. בכמחצית מהמקרים הובילו הבדיקות גם לחשיפתם של העבריינים האמיתיים.

¹⁹ ליאון שלף "תיקונו של עיוות דין" הפרקליט מא 346, 363 (תשנ"ד).

²⁰ ראו: סנג'רו, לעיל הערה 1, בעמ' 32; דוח פעילות הסניגוריה הציבורית לשנת 2013, לעיל הערה 12, בעמ' 48-49.

²¹ ראו אתר האינטרנט של הפרויקט: <http://www.innocenceproject.org>

הספר הראשון בעניין פרויקט החפות פורסם על ידי מייסדי הפרויקט בשנת 2000²² ובו נותחו כ-70 מקרים ראשונים של זיכויים. כעשר שנים לאחר מכן פורסם ספר נוסף²³ ובו ניתוח של 250 זיכויים ראשונים במסגרת הפרויקט.

על פי ממצאי פרויקט החפות, הגורם הנפוץ ביותר להרשעות שווא הינו זיהוי שגוי על ידי עד ראייה. גורם עיקרי נוסף להרשעות שווא הוא התנהגות בלתי ראויה של רשויות המשטרה והתביעה, כגון הסתרת חומר חקירה או השפעה על עדים כך שגרסתם תתאים לגרסת התביעה. גורם מוביל נוסף להרשעות שווא הוא התבססות על הודאות שווא בחקירה. אחד הגורמים העיקריים להודאות שווא ולהרשעות שווא הוא השימוש באסירים כמדובבים וכמלשינים, לרוב תמורת הטבות בתנאי מאסרם. גורם נוסף להרשעת חפים מפשע הוא הסתמכות על ממצאים מעבדתיים שגויים או מזויפים. הגורם העיקרי האחרון להרשעות שווא הוא ייצוג כושל ובלתי נאות על ידי סניגורים בלתי מקצועיים או רשלנים.

קדם לפרויקט החפות מחקרו של אריה רטנר, שנערך בארה"ב ופורסם בשנת 1983, ושבהלכו נחשפו מאות מקרים של הרשעות שווא, כשב-52% מהמקרים הגורם המרכזי להרשעה השגויה היה זיהוי מוטעה על ידי עד ראייה; בכ-10% מהמקרים ההרשעה התבססה על עדות שקר של אחד מעדי התביעה; ובכ-11% מהמקרים של הרשעות שווא נמצא כי הן נגרמו עקב בידוי ראיות על ידי חוקרי משטרה ותובעים.²⁴

המחקר העדכני ביותר על הרשעות שווא בארה"ב הוא מחקרם של סמואל גרוס ומיכאל שפר,²⁵ המתייחס ל-2,061 מקרים של זיכויים של חפים מפשע, 891 זיכויים מתוכם הם של בודדים – כשליש מתוכם זוכו על סמך דגימות DNA והיתר מסיבות נוספות – והשאר זיכויים של קבוצות, בעקבות פרשיות של שחיתות משטרתית שבמסגרתה טפלו השוטרים האשמות שווא כדי לזכות בקידום.

ד. עיקרי ספרו של פרופ' סנג'רו

פרופ' סנג'רו סבור כי יש ללמוד מפרויקט החפות וממחקרים נוספים שנערכו בעיקר בארה"ב, על קיומה של תופעה רחבה למדי של הרשעת חפים מפשע גם בישראל.

כזכור, לטענת פרופ' סנג'רו, "במציאות הישראלית כמעט שאין זיכויים";²⁶ זאת, שכן "לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, 99.7% מהנאשמים ב"עבירות רציניות" מורשעים" בדינם;²⁷ ולדעתו,

²² BARRY SCHECK, PETER NEUFELD, JIM DWYER, ACTUAL INNOCENCE: FIVE DAYS TO EXECUTION AND OTHER DISPATCHES FROM THE WRONGLY CONVICTED (Doubleday, 2000).

²³ BRANDON L. GARRETT, CONVICTING THE INNOCENT: WHERE CRIMINAL PROSECUTIONS GO WRONG (Harvard University Press, 2011).

²⁴ על עיקרי המחקר ראו: אריה רטנר "הרשעות שלא בצדק" פלילים ג 262 (תשנ"ג); ועל המחקר עצמו ראו בה"ש 3 שם.

²⁵ SAMUEL R. GROSS, MICHAEL SHAFFER, EXONERATIONS IN THE UNITED STATES, 1989-2012- REPORT BY THE NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS.

²⁶ סנג'רו, לעיל הערה 1, בעמ' 22 ועוד.

²⁷ שם, שם.

ב"הערכה שמרנית" כ-5% לפחות מהאסירים המורשעים "בעבירות חמורות" הם חפים מפשע, דהיינו כאלף אסירים לפחות בכל זמן נתון.²⁸

עוד סבור המחבר, כי הגם שהרטוריקה המקובלת בישראל באשר לרמת ההוכחה בפלילים אינה של 90% כבמשפט האמריקני, אלא של 98% או 99%, או של מידה גבוהה של הסתברות הגובלת בוודאות, הרי "...שבמצאות שופטים רבים מרשיעים תוך הסתפקות בהרבה פחות מ-99%, וחוששני שהם אינם מקפידים לדרוש אפילו רף של 90%".²⁹

לדעת פרופ' סנג'רו, הגורמים המרכזיים להרשעת חפים מפשע בישראל, כמו גם במדינות אחרות, נחלקים לשתי קטגוריות: האחת, נוגעת לראיות; והשנייה, נוגעת לפרוצדורה.

במישור הראייתי הגורמים להרשעת שווא, לטעמו של המחבר, הם: הרשעה על סמך **ראיה יחידה**, תוך "כשל החלפת ההתניות"³⁰ הגורם לטעות בהערכת ההסתברות; "התפיסה המוטעית של 'אשמת החשוד' הרווחת בקרב חוקרי משטרה, תובעים ואפילו שופטים";³¹ ההתבססות על הודאת נאשם בחקירה, תפיסתה כ"מלכת הראיות" והרשעה על סמך הודאה בלבד בחקירה; הרשעה על סמך **עדות ראייה מוטעית**, בעיקר בגין **טעות בזיהוי**; הרשעה על בסיס **ראיות "מדעיות"** שאינן מהימנות והצגה מטעה של ממצאי בדיקות מדעיות על ידי מומחים בבתי המשפט; והרשעה על סמך **ראיות נסיבתיות מטעות**.³²

במישור הפרוצדוראלי הגורמים להרשעת חפים מפשע הם, לגישת המחבר: השיטה האדברסרית והפאסיביות של השופט; **טעויות של שופטים**; **תפיסה לא נכונה של חוקרי המשטרה** את תפקידם; הימנעות המשטרה מלחקור כיוונים אחרים; **הסתרת ראיות** מזכות על ידי המשטרה או התביעה ובידוי ראיות;³³ **תפיסה לא נכונה של תובעים** את תפקידם;³⁴ **ייצוג גרוע על ידי סניגורים**; ועסקות הטיעון, שהן בבחינת "הגולם שקם על יוצרו".

כמענה לבעייתיות שעליה מצביע פרופ' סנג'רו הוא מציע לשנות את הדין כך שלא ניתן יהיה להרשיע נאשם על סמך ראיה יחידה **כלשהי**. כמו כן, הוא מציע, יחד עם ד"ר מרדכי הלפרט, לאמץ אמצעי בטיחות למערכת המשפט הפלילי, בדומה לבטיחות המקובלת בתחומים אחרים כגון התעופה וההנדסה, ולהקים גוף מרכזי לבטיחות במשפט הפלילי, שיחקור הרשעות שווא וכמעט-הרשעות; כשנקודת המוצא של פרופ' סנג'רו ושל ד"ר הלפרט, היא "עיקרון התאונות הנסתריות", דהיינו כי "מערכת המשפט הפלילי מתאפיינת בתאונות (הרשעות מוטעות) שבדרך כלל לא מתגלות".³⁵

ה. ביקורת על ספרו של פרופ' סנג'רו

²⁸ שם, בעמ' 41-42 ועוד.

²⁹ שם, בעמ' 37.

³⁰ שם, בעמ' 48-51. כן ראו: מרדכי הלפרט ובוני סנג'רו "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 (תשע"א).

³¹ שם, בעמ' 51.

³² לגורמים העיקריים דלעיל אתייחס בהרחבה בפרק ו.

³³ סנג'רו, לעיל הערה 1, בעמ' 189-196.

³⁴ שם, בעמ' 196-201.

³⁵ שם, בעמ' 32-34, 256-261 ועוד. על כך ראו הטכסט להערות 52-53 להלן. כן ראו, למשל: מרדכי הלפרט ובוני סנג'רו "לקראת בטיחות במשפט הפלילי" **עיוני משפט** לו 363 (2013).

אמנם, אני מסכים עם חלק מטענותיו וממסקנותיו של פרופ' סנג'רו, ובמיוחד כי ההסתמכות על ראייה יחידה ובעיקר על עדות ראייה של מזהה יחיד או על הודאת נאשם בחקירתו, עלולה להוביל להרשעה של חפים מפשע גם בישראל, כפי שהוברר בפרויקט החפות בארה"ב ובמחקרים נוספים; אולם, אינני מסכים עם פרופ' סנג'רו לגבי חלק גדול מטענותיו, מהערכותיו ומהפתרונות שהוא מציע; ולהלן אנסה להבהיר מדוע.

ראשית, אקדים ואציין כי **טענת פרופ' סנג'רו** כי אחד הגורמים המרכזיים להרשעות שווא הינו **"התפיסה המוטעית של 'אשמת החשוד' הרווחת בקרב חוקרי משטרה, תובעים ואפילו שופטים"** – אינה מבוססת, לפחות כאמירה גורפת, **למצער ככל שמדובר בשופטים בישראל**, אם כי מכיוון שגם השופטים הם בשר ודם, אפשר כי שופט יטעה אף בעניין זה. עם זאת, אני מסכים לכך שבמקרים לא מעטים, במיוחד במקרים שבהם אין ליווי של החקירה על ידי פרקליט מנוסה, חוקרי המשטרה יוצאים מתוך הנחה בדבר אשמת החשוד, מבלי לבדוק כיווני חקירה נוספים, ובעקבות כך הם מגישים, או ממליצים להגיש, כתב אישום בטרם מוצתה החקירה.

אשר לתובעים, ברי כי כאשר מוגש כתב אישום, התביעה סבורה שהנאשם הוא אשם ולגישתה יש סיכוי סביר להרשעתו, העולה על הסיכוי לזיכוי.³⁶ עם זאת, גם התביעה עלולה לשגות (אף) בעניין זה, במיוחד אם מדובר בתובע צעיר או בלתי מנוסה הסבור בטעות כי תפקידו הוא להשיג הרשעות, בעוד שכידוע תפקידו של תובע הוא לדאוג לאינטרס הציבורי, לשמש כ"קצין בית המשפט" ולחתור לביטול האמת, להרשעת האשם ולזיכוי החף. למעשה, לא מעטים הם המקרים שבהם התביעה חוזרת בה מאישומים, לרבות אישומים חמורים כרצח, כשהיא מגיעה למסקנה שהנאשם אינו אשם ושכתב האישום אינו מוצדק.³⁷

יצוין כי בעוד שהחקירה המשטרית היא אינקוויזיטורית מטבעה, ההליך השיפוטי בשיטת המשפט שלנו הוא אדברסרי, על יתרונותיו וחסרונותיו;³⁸ ועצם ההליך האדברסרי מאפשר לשופט, ברוב המקרים, לראות את התמונה על שני צדיה, דהיינו הן עמדת המאשימה והן עמדת ההגנה, במיוחד בשים לב לכך שכל נאשם בעבירה חמורה מיוצג על ידי סניגור.

שנית, הנחת המוצא של פרופ' סנג'רו כי בישראל כמעט שאין זיכויים³⁹ הינה שגויה, והיא מתבססת על נתונים סטטיסטיים גולמיים של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (להלן גם: "הלמ"ס") **ביחס לשנים 2008-2004**, בעניין שיעור ההרשעות הכולל ("בעבירות רציניות") של כ-99.7%, **שהלמ"ס אמנם פירסם בשעתו בשנתונים הישנים שלו, אלא שהלמ"ס עצמו תיקן נתונים אלו בשנתונים שלו מהשנים האחרונות**, כפי שאטעים להלן.⁴⁰

³⁶ ראו למשל: בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1 (1997); בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה (26.2.2008).

³⁷ כך, למשל, בחודש מרץ 2014 הודיעה המדינה על חזרה מהאישום ברצח נגד חגי פליסיאן ב"פרשת הבר-נוער בתל-אביב" (תפ"ח 13-07-14531). כן ראו והשוו לפרשת רצח החייל אולג שייחט ז"ל – בהערה 194. על תפקיד התביעה, ראו מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים ה' 173 (1996).

³⁸ על השיטה האדברסרית ראו בפרק 1.1.ד.

³⁹ סנג'רו, לעיל הערה 1, בעמ' 22 ועוד.

⁴⁰ ראו: שם, בעמ' 22, 80 ובה"ש 107 בעמ' 281 וכן בעמ' 177-178 ובה"ש 259 בעמ' 291 – שבהם יש הפניות לנתוני הלמ"ס לשנת 2004 ולשנתון מס' 58 של הלמ"ס לשנת 2007. כמו כן, ראו: הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **שנתונים סטטיסטיים לישראל** 61-51 (2010-2000); הודעה לעיתונות מיום 4.9.2012 מטעם הלמ"ס, בעניין "שינוי בסטטיסטיקה הפלילית (סדר

שלישית, הערכתו של פרופ' סנג'רו כי לפחות 5% מההרשעות בישראל "בעבירות חמורות" הן של חפים מפשע,⁴¹ לא רק שאינה מבוססת, אלא היא גם **מוטעית** לגישתי. יצוין כי מדובר באומדן של פרופ' סנג'רו, המבוסס על שתי דרכי חישוב נפרדות ועצמאיות, שבעיניי הן שגויות, לפחות ככל שמדובר במשפט בישראל: האחת מתבססת על נתונים שנאספו בפרויקט החפות, ביחס לעבירות משולבות של אונס ורצח; והשנייה היא תחשיב תיאורטי שערך פרופ' סנג'רו יחד עם ד"ר מרדכי הלפרט, המבוסס על סטנדרט הוכחת האשמה של "מעבר לספק סביר", בשים לב גם אל "היחס של בלקסטון".⁴²

כאמור, בפועל, בעוד שבשנתונים הישנים של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מהשנים 2004-2010, פירסם הלמ"ס כי שיעור ההרשעות בשנים 2000-2008 עמד (כביכול) על כ-99%, כפי שמציין פרופ' סנג'רו בספרו – **הלמ"ס עצמו תיקן נתונים אלו כבר לפני שנים אחדות**, בשנתונים של הלמ"ס שפורסמו בשנים האחרונות, החל משנת 2012 ואילך. כך, למשל, **בשנתון לשנת 2012 פירסם הלמ"ס כי שיעור ההרשעות בשנים 2000-2005 נע בין 81.4% ל-85.5%**. בדומה לכך, **בשנתונים של השנים 2013-2014 פירסם הלמ"ס כי שיעור ההרשעות בשנים 2011 ו-2012 היה 85.5% ו-84.9% (בהתאמה)**. מדובר בשיעור ההרשעות הכולל בעבירות השונות, לרבות עבירות "כלפי הסדר הציבורי" ועבירות "כלפי הרכוש". באותן שנים שיעור הזיכויים, לפי הנתונים העדכניים שפירסם הלמ"ס, היה כ-15%.

זאת ועוד, **בשנתונים של השנים האחרונות, לרבות בשנתון לשנת 2014, הבהיר הלמ"ס במפורש כי "הנתונים אינם כוללים את התיקים שנסגרו או נמשכו בהחלטת הפרקליטות והמשטרה, בשל החלטות מנהליות ואחרות, ולא הגיעו להכרעת הדין"**.

נמצא אפוא כי פרופ' סנג'רו הסתמך בספרו (משנת 2014) על נתונים שפירסם הלמ"ס לפני שנים רבות, שהלמ"ס עצמו תיקן בשנתונים שלו שפורסמו בשנים 2012 ואילך, ושאליהם אין המחבר מפנה בספרו.

זאת ועוד, הנתונים הגולמיים של הלמ"ס בעניין שיעור ההרשעות, ובעיקר הנתונים הישנים והבלתי-מדויקים של הלמ"ס, בלי שלצדם ניתוח של הנתונים, ובמיוחד ההסתמכות של פרופ' סנג'רו על הנתונים הגולמיים הישנים, כדי לבסס טענתו כי בישראל כמעט שאין זיכויים, בהקשר של הרשעת חפים מפשע – מעלים מצג שגוי, מטעה, או לא מדויק ולא ממצה, וזאת משלוש סיבות מצטברות: האחת, כאמור, בשנתונים של השנים האחרונות תיקן הלמ"ס עצמו את נתוני הישנים והבלתי-מדויקים כאמור והבהיר כי שיעור הזיכויים עומד על כ-15% מההרשעות בעבירות השונות, ולא על פחות מאחוז אחד כפי שפורסם בשנתונים הישנים שעליהם הסתמך פרופ' סנג'רו בספרו; וזאת כאשר שיעור הזיכויים אינו כולל כל אותם המקרים הרבים שבהם הפרקליטות או המשטרה החליטו לסגור את התיק או לחזור בהם מהגשת כתב אישום. **הסיבה השניה – הנתונים של הלמ"ס מתייחסים להרשעות בעבירות השונות או בכל "העבירות הרציניות", אשר כוללות, לפי הלמ"ס, עבירות "כלפי הרכוש" ועבירות "כלפי הסדר הציבורי",⁴³ דהיינו גם עבירות קלות יחסית, ולא רק בעבירות החמורות שאליהן בעיקר מכוון המחבר בספרו; והסיבה השלישית – הנתונים כוללים גם ובעיקר הרשעות של נאשמים על פי הודאותיהם**

ציבורי" http://www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hodaa=20121823; הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **שנתונים סטטיסטיים לישראל 63-65** (2012-2014). כך ראו בהמשך הטכסט.

⁴¹ סנג'רו, לעיל הערה 1, בעמ' 22 ועוד.

⁴² שם, בעמ' 34-42. על "היחס של בלקסטון" ועל הרף של "מעבר לספק סביר" ראו בפרק 1.1.א.

⁴³ ראו המקרא של לוח 11.3 של הלמ"ס בעניין "הרשעות במשפטים פליליים על עבירות רציניות, לפי תכונות שונות", ביחס לשנת 2004 – לוח שעל הנתונים שבו מסתמך סנג'רו בספרו, לעיל הערה 1, למשל בעמ' 22, 80, ובה"ש 107 שם.

בבית המשפט, לאו דווקא במסגרת הסדרי טיעון, כאמור לרבות בעבירות קלות יחסית ולא רק בעבירות חמורות, כשדווקא בעבירות החמורות ביותר כגון רצח ואונס, שהמחבר מרבה להתייחס אליהן, ממעטים הנאשמים להודות וכופרים לרוב.

למעשה, כ-93% מההרשעות מבוססות על הודאות הנאשמים בבתי המשפט. על כן, חשוב לנתח את הנתונים – גם של הלמ"ס – לעומקם ולבחון בעיקר את שיעור ההרשעות והזיכויים ביחס לאישומים שבמחלוקת, שבעובדותיהם כפרו הנאשמים (להלן: "האישומים שבמחלוקת"), במיוחד ביחס לעבירות חמורות, אשר כידוע נדונות לרוב בבית המשפט המחוזי.

בעניין זה, ראוי לעמוד על ממצאי המחקר הסטטיסטי העדכני והמפורט שנערך על ידי פרופ' אורן גזל-אייל, עו"ד ענבל גלון וד"ר קרן וינשל-מרגל, מטעם אוניברסיטת חיפה, בשיתוף מחלקת המחקר של הרשות השופטת,⁴⁴ אשר פורסם בשנת 2012 (להלן גם: "המחקר הסטטיסטי"), ושממנו עולה, בין היתר, כי יותר מרבע מהאישומים שבמחלוקת בבתי המשפט המחוזיים הסתיימו בזיכוי.⁴⁵

במחקר הסטטיסטי מוצג מידע תיאורי על-אודות פסקי דין בתיקים פליליים, בדגש על שיעורי זיכוי והרשעה. המחקר מבוסס על מדגם מייצג שכלל 1,417 תיקים פליליים מבתי משפט השלום ו-244 תיקים מבתי המשפט המחוזיים כערכאה ראשונה, בין 2010 ל-2012.

גם מתוצאות המחקר הסטטיסטי עולה כי שיעור הנאשמים המזוכים מכל האישומים בבתי משפט השלום ובבתי המשפט המחוזיים נע בין 0.3% ל-0.4% בלבד; ולמעשה נתונים אלו עולים בקנה אחד עם נתוני הלמ"ס שפורסמה בשעתם ושעליהם נסמך פרופ' סנג'רו. לדעת פרופ' סנג'רו, זיכוי "בעל משמעות הוא זיכוי מכל העבירות ויציאה לחופשי" ולא זיכוי חלקי, וזאת גם בשל כך ש"לעתים נדמה שמוסיפים עבירות מופרכות רק כדי לוותר עליהן במשא ומתן בדרך לעסקת הטיעון".⁴⁶ לעומת זאת, לגישתי, זיכוי בעל משמעות הוא זיכוי מאישום שבמחלוקת, במיוחד אם מדובר באישום המרכזי או באישום עיקרי, ולא דווקא זיכוי מלא. כמו כן, חזרת התביעה מאישום דינה לעניין זה כדין זיכוי, וכך גם תיקון כתב האישום על ידי השמטת העבירה המרכזית או חלק מהעבירות העיקריות שבמחלוקת.

על כן, בניגוד לגישתו של פרופ' סנג'רו, חשוב לבחון את שיעור הזיכויים אך ביחס לאישומים שבמחלוקת, ובמיוחד בבתי המשפט המחוזיים שבהם נדונות העבירות החמורות.

למעשה, הנתונים של כלל ההרשעות אינם הנתונים החשובים לענייננו, שכן ברוב המקרים מודים הנאשמים בבית המשפט בעובדות ובאישומים המיוחסים להם, וזאת לא רק במסגרת הסדר טיעון; וכאשר נאשם מודה בבית המשפט, ככלל הוא מורשע על פי הודאתו,⁴⁷ ותוצאה של זיכוי אינה מסתברת בדרך-כלל.

⁴⁴ אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל "שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים" (אוניברסיטת חיפה ומחלקת המחקר של הרשות השופטת, 2012).

⁴⁵ שם, בעיקר בעמ' 26-28.

⁴⁶ סנג'רו, לעיל הערה 1, בעמ' 178-179 ובהערה 262 בעמ' 291, שם סבור המחבר, גם כי "מדובר רק במדגם, שהוא לאו דווקא מייצג", וכי "התמונה שהציגה הלמ"ס היא אמורה לעניין אותנו, ולא התמונה שמציגים מחברי המחקר" [המחקר הסטטיסטי].

⁴⁷ ראו הוראות סעיפים 153-154 ו-156 לחסד"פ.

בחינת הנתונים במסגרת המחקר הסטטיסטי העלתה כי **בבתי המשפט המחוזיים**, רק כ-70% מהאישומים שבמחלוקת **מסתיימים בהרשעה** – כ-64% בהרשעה מלאה וכ-6% באישום מופחת – ואילו 25.5% מהאישומים שבהם כופרים הנאשמים מסתיימים **בזיכוי** (וכ-4% נוספים מבוטלים על ידי בית המשפט מסיבות שונות).

זאת ועוד, **בבתי משפט השלום פחות מ-70%** מהאישומים שבמחלוקת מסתיימים בהרשעה, והשאר, כ-15% מהם מסתיימים **בזיכוי** וכ-15% **מבוטלים**.

כמו כן, בבתי משפט השלום רק 38.5% מהנאשמים מורשעים בכל העבירות המיוחסות להם בכתב האישום, ועוד כ-26% מורשעים בחלק מהעבירות שיוחסו להם בכתב האישום או בעבירות מופחתות.

למעשה, **בבית משפט השלום** רק כ-6% מהנאשמים בוחרים לכפור באישומים נגדם ולנהל משפט הוכחות, וכ-93% מהנאשמים **מורשעים על פי הודאתם**.

עם זאת, רוב הנאשמים שהאישומים נגדם לא בוטלו, כ-76.5%, הודו במסגרת הסדר טיעון, ואילו בבתי המשפט המחוזיים כ-86% מהנאשמים שהאישומים נגדם לא בוטלו, ערכו הסדר טיעון ורק כ-6% הודו בלא הסדר. לסוגיה של הסדרי טיעון אתיחס בהמשך בנפרד.

בפועל, פרופ' סנג'רו מתבסס במסקנותיו על דוגמאות בודדות מישראל,⁴⁸ ובעיקר על מחקרים שבוצעו בארה"ב, שאינם מתאימים בחלקם לשיטת המשפט בישראל ולחברה הישראלית. כך, מן המפורסמות כי בשיטתנו ככלל מכהנים שופטים מקצועיים, ללא חבר מושבעים, ואילו בארה"ב ככלל חבר מושבעים (של הדיוטות) הוא המחליט אם להרשיע נאשם או לזכותו. הבדל חשוב נוסף בין שיטת המושבעים לבין שיטת השופטים המקצועיים הוא שמושבעים אינם מנמקים את הכרעתם, בעוד ששופט מקצועי מחויב בהנמקה. ההנמקה היא בעלת חשיבות רבה, שכן היא משמשת, בשלב הראשון, לגיבוש עמדה מבוססת ומושכלת ולביקורת עצמית של השופט בערכאה הדיונית, ובשלב השני – לביקורת של ערכאת הערעור.⁴⁹ בהקשר זה יש להוסיף כי ממחקרים שבוצעו בארה"ב, עלה כי בחלק מהמקרים של הרשעות השווא על ידי המושבעים, הכרעת המושבעים הושפעה ככל הנראה מגזעו ומצבעו עורו של הנאשם, שהיו שונים מאלה של המושבעים; וכן כי בחלק גדול מהרשעות השווא במשפט האמריקני, הדבר נבע מפרשיות שחיתות רחבות היקף שנתגלו שם, של שוטרים שטפלו עלילות שווא כדי לזכות בקידום. לשמחתנו, בישראל פרשיות רחבות היקף שכאלו, ככל הידוע אינן קיימות ולא נתגלו; ולמטרה אוסיף ואתיחס בהמשך.

בנוסף לכך, בעוד שאחד הגורמים העיקריים להרשעות שווא במשפט האמריקני, הוא ייצוג כושל, נראה כי המצב בישראל טוב יותר באופן יסודי, במיוחד למן הקמתה של הסניגוריה הציבורית,⁵⁰ לאור הרמה המקצועית הטובה למדי ככלל של הסניגורים, לרבות של הסניגורים הציבוריים, במיוחד של אלה המופיעים בתיקי העבירות החמורות בבתי המשפט המחוזיים.

⁴⁸ סנג'רו, שם, בעמ' 190-200.

⁴⁹ על חשיבות ההנמקה על ידי שופט מקצועי בכלל ובהליך הפלילי בפרט, ראו למשל והשוו: ע"פ 5653/13 ביידון נ' מדינת ישראל, בפסקאות 14-15 לפסק-דינו של השופט צ' זילברטל (2.1.2014); משה לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292, 303 (תשכ"ח-תשכ"ט); רות גביון "בית המשפט וחובת ההנמקה" משפטים ב 89, 92-93 (תש"ל-תשל"א); אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 46 (1987); דורון מנשה "תכליתה ומהותה של חובת ההנמקה העובדתית במשפט הישראלי" עלי משפט יא 399 (תשע"ד).

⁵⁰ גם פרופ' סנג'רו מסכים כי בישראל חל בעניין זה שיפור משמעותי עם הקמת הסניגוריה הציבורית – סנג'רו, שם, בעמ' 209-210.

זאת ועוד, בהבדל מהמצב בארה"ב, נראה בעיניי כי ככלל **התביעה** בישראל היא הגונה, אם כי מטבע הדברים בחלק מהמקרים (גם) התובעים שוגים, לעתים מחוסר ניסיון מספיק, ובמקצת המקרים אולי אף מהתרשלות. מכל מקום, המקרים הבודדים שפרופ' סנג'רו מציין בספרו לעניין פגמים חמורים בהתנהלות התביעה בישראל או בהגינותה,⁵¹ הינם בבחינת יוצאים מהכלל.

כאן המקום להוסיף כי לאחרונה הוקם גוף נציבות הביקורת על מערך התביעה, שבראשו עומדת הנשיאה (לשעבר) הילה גרסטל, ובעקבות כך יש להניח כי המצב הקיים בעניין זה אף ישתפר. בעניין זה **מוצע** לשקול כי תתקיים, אם במסגרת גוף חדש זה ואם במסגרת אחרת, חקירה של תקלות שבעקבותיהן הוגשו כתבי אישום נגד חפים מפשע, אף אם כתב האישום בוטל ביוזמת הפרקליטות בטרם החל או הסתיים המשפט.⁵² זאת, ברוח ההצעות של פרופ' סנג'רו,⁵³ אשר חלקן מקובלות גם עליי, כגון: הקמת גוף מרכזי לבטיחות במשפט הפלילי, אשר יחקור תאונות של הרשעות שווא וכמעט-תאונות שנמנעו ויפקח על הפרקטיקות הנוהגות במשטרה ובפרקליטות; תיעוד בווידיאו של חקירות החשודים (לרבות הודאותיהם בפני מדובבים);⁵⁴ וקביעת סטנדרטים גבוהים לבדיקות המשפטיות הנערכות בעזרת מכשירים, כגון בדיקות דנ"א ובדיקות סמים ושכרות.

אשר למשטרה, כאמור, בהבדל מבארה"ב, בישראל לא התגלו וככל הידוע לא היו פרשיות שחיתות **רחבות היקף** בקרב שוטרים; זאת, הגם שהיו – ועלולים להיות גם בעתיד – מקרים של חוקרים שנהגו שלא כדיון, וכן מקרים לא מעטים שבהם היו מחדלי חקירה, שבגין חלקם זוכו נאשמים אף מעבירות חמורות כרצח.⁵⁵ כמו כן, בלא מעט מקרים מתמקדים החוקרים בגביית הודאות מחשודים, ללא בדיקת כיווני חקירה נוספים וללא חיפוש אחר ראיות מלבד דבר-מה-נוסף (ובקיצור: **"דבר-מה"**) להודאה.

יצוין עוד כי ההסתמכות על פרויקט החפות עלולה להטעות גם **מסיבה נוספת**, שכן במסגרת הפרויקט נבחן עניינם של נאשמים שהורשעו לפני שנים רבות, בעיקר על סמך עדויות ראייה או הודאת הנאשמים בחקירה, בטרם השתכללו בדיקות הדנ"א; ועל כן, ספק אם חלקם היה מורשע כיום, לאור ההתפתחויות המדעיות ושיפור הבדיקות הפורנזיות.

⁵¹ שם, בעמ' 190-200.

⁵² ראו הערות 37 ו-194.

⁵³ סנג'רו, לעיל הערה 1, בעמ' 253-258.

⁵⁴ ראו בפרק 7.2.1. כן ראו סעיף 7 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב-2002, המפנה לתוספת לחוק בה הוגדרו העבירות שחקירתן מחייבת תיעוד חזותי, ותזכיר חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' 1), התשע"ב-2012.

⁵⁵ כידוע, קיימת בישראל מחלקה לחקירות שוטרים (מח"ש), שאינה חלק מהמשטרה, כי אם חלק מפרקליטות המדינה במשרד המשפטים, ומעולם לא נתגלתה טפילת האשמות שווא **רחבת היקף** מצד שוטרים, בדומה לפרשיות שהתגלו בארה"ב. עם זאת, גם בישראל יתכנו מקרים חריגים דומים מצד שוטרים; כך, למשל, לאחרונה פורסם כי הוגש כתב אישום נגד רכז מודיעין במשטרת צפת (ששמו יניב דניאל שלום) המואשם בכך שהפליל חף מפשע כדי לזכות בקידום.

על מחדלי חקירה, ראו למשל: ע"פ 10596/03 **בשירוב נ' מדינת ישראל** (4.6.06); ע"פ 4414/05 **אבו חטב נ' מדינת ישראל** (20.11.2006); ע"פ 4007/09 **יוסופוב נ' מדינת ישראל** (4.1.2010); ע"פ 2869/09 **זינאתי נ' מדינת ישראל** (9.11.2011) (להלן: **"עניין זינאתי"**). אמנם, עובדת קיומם של פגמים בחקירה אין בה, כשלעצמה, כדי להוביל לזיכויו של נאשם בדיון; ועל בית המשפט לבחון האם חרף קיומם של הפגמים, הוכחה אשמתו של נאשם בעבירות שיוחסו לו במידת הוודאות הנדרשת בפלילים. עם זאת, כשקיימים פגמים מהותיים בחקירה, אפשר כי יהיה בהם כדי ליצור חשש שמא קופחה הגנתו של נאשם, אם התקשה בעטיים להתמודד כראוי עם חומר הראיות שהצטבר כנגדו, או להוכיח את נכונות גרסתו, או למצער להצביע על קיום ספק סביר בשאלת אשמתו. נפקותו של הפגם תיבחן בשים לב למכלול הראיות, והשלכותיו תלויות בנסיבותיו של כל מקרה לגופו; ראו, למשל: ע"פ 5386/05 **אלחורטי נ' מדינת ישראל**, בפסקה 2(2) (18.5.2006); ע"פ 5671/07 **תראבין נ' מדינת ישראל**, בפסקה 14 (22.12.2009); ע"פ 2694/09 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בפסקה 11 (23.6.2010); ע"פ 7147/12 **סרנגה נ' מדינת ישראל**, בפסקה 31 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן (14.1.2014); רון שפירא "מחדלים בחקירת משטרה והשלכותיהם על ההליך הפלילי" **הסיניגור** 97, 5 (חלק א), אפריל 2005; 98, 5 (חלק ב), מאי 2005).

עם זאת, לטעמי לא ניתן להתכחש לכך שגם בישראל עלולים חפים מפשע להיות מורשעים, אם כי, ובניגוד לטענותיו ולהערכותיו של פרופ' סנג'רו, אקדים ואציין כי בפועל, מטעמים מובנים **בלתי אפשרי להעריך באופן מבוסס באיזה שיעור מדובר**.

כאן המקום להוסיף כי מסקר שנערך בקרב מדגם של כ-500 ממלאי תפקידים בכירים במערכת המשפט בארה"ב עולה כי להערכתם היקף ההרשעות השגויות נע בין חצי אחוז לאחוז אחד מכלל ההרשעות בשנה.⁵⁶ הערכה זו מקובלת גם עליי ככל שמדובר במשפט האמריקני, ואילו במשפט הישראלי המצב הוא טוב יותר מהטעמים שמניתי לעיל, ולכן להערכתי שיעור הרשעות שווה בישראל נמוך באופן משמעותי מאשר בארה"ב ואינו עולה על חצי אחוז מכלל ההרשעות, אם כי כאמור לא ניתן לבסס, באופן מדעי, כל הערכה בעניין זה, ויש להתייחס בכובד ראש לסכנה להרשעת שווא של כל נאשם, ומקל וחומר – של מספר גדול יותר של מורשעים לשווא.

למעשה, כפי שאציין בפרק הסיכום, הערכתי האמורה בדבר שיעור הרשעות שווה הנמוך מחצי אחוז מההרשעות, נסמכת על פרמטרים אחדים וביניהם סטנדרט ההוכחה ומידת הוודאות של ההרשעה בפלילים בישראל, שאליהם אתייחס בהמשך, שיעור האישומים שבהם מודים הנאשמים בבית המשפט, לעומת אלו שבהם הם כופרים, ושיעור הזיכויים באישומים שבמחלוקת, לצד קיומה של זכות ערעור.

בפועל, נראה כי חלק ניכר מאותם גורמים מרכזיים להרשעות שווה באנגליה ובארה"ב אכן עלולים לגרום להרשעות שווה גם בישראל. הכוונה היא, לשיטתי, להרשעות (לאחר שמיעת ראיות) המתבססות בעיקר על אחת הראיות הבאות: עדות יחידה בכלל, ובפרט של עד ראייה יחיד, ומסדרי זיהוי בעייתיים; עדות יחידה של שותף לדבר עבירה, במיוחד בטרם הסתיים משפטו; עדות יחידה של בעל מניע להפליל את הנאשם, או של בעל אינטרס להפלילו, כעד מדינה; ובעיקר הודאת שווה בחקירה בכלל ובעקבות הודאה בפני מדובר בפרט. על כן, לגורמים אלו אתייחס בהרחבה בהמשך.

בנוסף לכך, קיים חשש כי חלק מהנאשמים מודים בבית המשפט בעבירות שלא ביצעו, במסגרת הסדר טיעון הכולל תיקון כתב האישום לעבירה קלה יותר ולרוב גם עונש מוסכם, וזאת בין אם כדי להימנע מהמשך מעצרים עת תום ההליכים, בעקבות עונש מאסר מוסכם לתקופה קצרה יותר, ובין אם כדי להימנע מהסיכון שמא יורשעו בעבירה החמורה יותר המיוחסת להם בכתב האישום המקורי, על ההשלכות העלולות לנבוע מכך.

על כן, חשוב, גם לדעתי, לבחון לעומק ובכובד ראש את גורמי הסיכון הפוטנציאליים העיקריים להרשעת חפים מפשע ואת הדרכים שבעזרתן ניתן לצמצם את הסיכון ככל האפשר, תוך איזון ראוי בין מכלול השיקולים, הערכים והאינטרסים הרלוונטיים.

בעיניי, חלק ניכר מהפתרונות שהמחבר מציע אינם מוצדקים או עלולים להגביר את הסכנה לשלום הציבור ואף את הסכנה להרשעת חפים מפשע.

להמחשת הדברים יצוין, ראשית, כי הצעת המחבר כי בניגוד לשיטה האדברסרית, הנהוגה (גם) אצלנו, יעיין השופט מראש בכל חומר החקירה,⁵⁷ עלולה לגרום לחשיפתו של השופט לחומר בלתי קביל הנכלל

⁵⁶ ראו רטנר, לעיל הערה 24, בעמ' 266.

⁵⁷ סנג'רו, לעיל הערה 1, בעמ' 172.

בתיק החקירה, ובכלל זה עדויות מפי השמועה, עדויות סברה, ידיעות מודיעיניות אנונימיות, ואף חמור מכך, ממצאי פוליוגרף (שבהם נמצא הנאשם דובר שקר, או המתלונן דובר אמת) וכן עברו הפלילי של הנאשם.

אמנם, אפשר להסכים עם המחבר כאשר הוא מלין על תפקידו הפאסיבי מדי של השופט בשיטה האדברסרית; וכידוע, טענות בעניין זה אף הועלו בעבר, בעיקר בספרות;⁵⁸ אך לכך הנני מציע פתרונות אחרים מאלה המוצעים על ידי המחבר.⁵⁹

שנית, ההצעה של המחבר כי כלל לא יהא ניתן להתבסס על הודאה בחקירה כראיה יחידה, אף לא בתוספת סיוע כפי שהציע בעצמו בעבר,⁶⁰ אלא רק כתוספת ראייתית לראיה מרכזית אחרת⁶¹ – אינה סבירה בעיניי והיא מהווה הצעה קיצונית מדי, העלולה לגרום לאי-העמדתם לדין ולזיכויים של עבריינים רבים המודים בחקירתם, בהעדר ראיות אחרות נגדם. **אימוץ הצעה זו ושכמותה עלול לסכן את הציבור שלא לצורך**, באופן בלתי מאוזן ובלתי מידתי ובכך נמצאנו מתאכזרים לנפגעי העבירות ולקורבנות הפוטנציאליים, בבחינת **"כל שנעשה רחמן על האכזרים, לסוף נעשה אכזר על הרחמנים"**.⁶²

לטעמי, פרופ' סנג'רו מתמקד אך ורק בסכנה להרשעת חפים מפשע, מתעלם לחלוטין מקורבנות העבירה בפועל ובכוח ומהאינטרסים הציבוריים למיצוי הדין, להגנה על שלום הציבור ולהגנה על ביטחון המדינה, ואינו עורך כל איזון בין האינטרסים והערכים המתנגשים; ולכך אין להסכים.

בטרם אפרט את הצעותיי, חשוב לעמוד להלן על העקרונות הרלוונטיים שביסוד שיטת המשפט הישראלית ועל גורמי הסיכון הפוטנציאליים העיקריים שבגינם קיימת גם בישראל סכנה להרשעת שווא.

1. שיטת המשפט, גורמי הסיכון העיקריים להרשעות שווא והצעותיי

1.1 עקרונות היסוד הרלוונטיים, מגבלות השיטה, השלכותיהם האפשריות והצעותיי

1.1.1. א. מידת הוודאות של ההרשעה בפלילים

כידוע, על התביעה מוטלת החובה להוכיח את אשמתו של נאשם "מעבר לספק סביר". נטל זה, שנקבע בעבר בהלכה הפסוקה, עוגן עם חקיקת תיקון 39 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, בסעיף 34כב(א) שהוסף לחוק האמור: "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר...".

המשמעות של הרף "מעבר לספק סביר" היא – מעבר **לכל ספק סביר**.⁶³ עם זאת, **אין צורך להוכיח את אשמתו של נאשם על פי ודאות מוחלטת, אלא על פי "אפשרות הקרובה עד מאד לאמת או לוודאות"**.⁶⁴

⁵⁸ ראו הערה 101.

⁵⁹ ראו פרק 1.1.ד.

⁶⁰ ראו למשל: בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא? הסכנה – הרשעת חפים מפשע על סמך הודאותיהם בלבד. הפתרון – 'סיוע' ראיה חיצונית לנאשם, אובייקטיבית, ממשית ומשמעותית" **עלי משפט** ד 245 (תשס"ה).

⁶¹ סנג'רו, לעיל הערה 1, בעמ' 82.

⁶² דברי רבי אליעזר במדרש תנחומא, מצורע, סימן א; והשוו לדברי רבי יהושע בן לוי, ילקוט שמעוני, פרק טו, סוף רמו קכא. כן ראו הערה 14 בעניין נפגעי העבירה והקורבנות הפוטנציאליים.

⁶³ ראו למשל: ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 644 (1993) (להלן: "עניין דמיאניוק"); ע"פ 7443/06 ארקה נ' מדינת ישראל, בפסקה 45 (28.9.2008) (להלן: "עניין ארקה"); ע"פ 7702/10, לעיל הערה 6, שם: "...הנטל המוטל על התביעה – להוכיח את האשמה מעבר לכל ספק סביר".

זאת, שכן ודאות מוחלטת היא בלתי אפשרית; ואם יהא על בית המשפט לסמוך הכרעותיו על הודאות המוחלטת, לא תוכל החברה למצות את הדין עם פורעי חוק ולהעניש עבריינים מסוכנים, כיוון שתמיד יימצא ספק ספיקא והחברה תהא שטופה בעבריינים המשוחררים בגין צל צלו של ספק.⁶⁵

מעצם הבחירה ברמת הוכחה שאינה מוחלטת – אמנם מעל לספק סביר אך לא מעבר לכך – מתבקשת המסקנה כי קיים יחס מסוים של הרשעות חפים מפשע שיש להעדיף על פני מתן מעין פטור למעשה מאחריות פלילית לכל האשמים, אם כי יחס זה אינו מוגדר בדין ואינו ברור דיו, ואין גישה אחידה לגבי השאלה מהו היחס המיטבי בין שני סוגי הטעויות האפשריות.

על פי תפיסת הרמב"ם, עדיף לזכות אלף רוצחים מלהרשיע חף מפשע אחד: **"ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד"**.⁶⁶ עם זאת, יש לשים לב ראשית לכך שהרמב"ם התייחס אך לעבירה של רצח ושנית לכך שבשעתו דין ההרשעה ברצח היה **עונש מוות**.

התפיסה של המשפט המקובל האנגלי, שהובעה בשעתה מפי המלומד ויליאם בלקסטון, ביחס לכלל העבירות, היא כי **"מוטב שיזוכו עשרה אשמים משיורשע חף מפשע אחד"**.⁶⁷

במשפט האמריקני אכן מקובל מאד לאמץ את **"היחס של בלקסטון"** – 1:10 – ומכך מסיקים שם כי נדרשת הוכחת אשמה ברמה של כ-90%.⁶⁸

עם זאת, למעשה, אין הגדרה הסתברותית-כמותית ברורה של רף ההוכחה של "מעבר לספק סביר" או של **מידת ההסתברות הנדרשת להרשעה**, דהיינו של האפשרות הקרובה עד מאד לאמת או לוודאות.

לדעת פרופ' סנג'רו, בעוד שמבחינה **רטורית** בשיטת המשפט בישראל אין מסתפקים ברמת הוכחה של כ-90% כבמשפט האמריקני, אלא ברמת הוכחה גבוהה יותר, של הסתברות הגובלת בוודאות, שניתן לכמתה ב-98%-99%⁶⁹ – **"במצואות"**, לטענת המחבר, "שופטים רבים מרשיעים תוך הסתפקות בהרבה פחות מ-99%, וחוששני שהם אינם מקפידים לדרוש אפילו רף של 90%".⁷⁰

⁶⁴ ראו, למשל: ע"פ 232/55 **היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד**, פ"ד יג 2017, 2063 (1958) (להלן: **"עניין גרינוולד"**); ע"פ 528/76 **צלניק נ' מדינת ישראל**, פ"ד לא(3) 701, 712-709 (1977). על מידת ההוכחה במישור הפלילי; ראו גם: יעקב קדמי **על הראיות** (2009) (להלן: **"קדמי, על הראיות"**) חלק רביעי, 1672-1667; ע"פ 2518/94 **אלימלך נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(2) 481 (1997); אליהו הרנון **דיני ראיות** כרך א, 214-213 (1985) (להלן: **"הרנון דיני ראיות"**); עמנואל גרוס ומיכל עורקבי **"מעבר לספק סביר" קרית המשפט** א 229, 233-238 (תשס"א).

⁶⁵ ראו למשל: עמנואל גרוס ומיכל עורקבי, **שם**, בעמ' 237. על האינטרס הציבורי למיצוי הדין ראו גם הערה 10. כן ראו במיוחד את עמדתו של רבן שמעון בן גמליאל (בסיפא של המשנה): **"סנהדרין ההורגת אחד בשבוע [בשבע שנים] נקראת חובלנית. רבי אליעזר בן עזריה אומר: אחד לשבעים שנה. רבי טרפון ורבי עקיבא אומרים: אילו היינו בסנהדרין לא נהרג אדם מעולם. רשב"ג אומר: אף הן מרבין שפיכות דמים בישראל"** – משנה, מכות ז, א.

⁶⁶ ספר המצוות, מצוות לא תעשה, מצווה ר"צ, מהדורת פרנקל, בתרגום לעברית על ידי משה אבן תיבון; ובתרגום אחר, של הרב יוסף קאפח: **"ויותר טוב ויותר רצוי לפטר אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים"**. וראו: ע"פ 543/79 **נגר נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(1) 113, 165, בחוות דעתו של השופט, כתוארו אז, מ' אלון (1980) (להלן: **"עניין נגר"**); ע"פ 6508/02 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, בחוות דעתו של השופט י' טירקל (6.2.2003). כן ראו דבריו של השופט א' רובינשטיין בע"פ 7220/05 **נימר נ' מדינת ישראל** (31.5.2007), בפסקה ד לחוות דעתו, ובפסקה ה, בעניין גישת המשפט העברי בסוגיה של ודאות ההרשעה בדיני נפשות, לרבות זאת כי **"ספק נפשות להקל"** (בבלי, כתובות ט"ו, ע"א) ודברי רש"י שם, **"דיני נפשות להקל..."**.

⁶⁷ לסקירה השוואתית של הגישות השונות בעניין זה במשפט המקובל, ראו: GLANVILLE WILLIAMS, THE PROOF OF GUILT 186 (London, 3rd ed. 1963); Alexander Volokh, **"n Guilty Men"**, 146 U.Pa. L. Rev. 173 (1997).

⁶⁸ ראו, למשל, סנג'רו, לעיל הערה 1, בעמ' 36 והסקרים הנזכרים שם, בה"ש 28.

⁶⁹ ראו למשל: ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW 16 (2005); סנג'רו, לעיל הערה 1, בעמ' 37.

⁷⁰ סנג'רו, שם, שם.

על פי הניתוח של פרופ' הרברט פאקר, בבסיסו של ההליך הפלילי ושל כל שלב בו מצויים שני מודלים המבוססים על אינטרסים מנוגדים, והיוצרים קונפליקט ערכי מתמיד: הראשון, "מודל הפיקוח על הפשיעה", המתבסס על האינטרס הציבורי; והשני, "מודל ההליך הראוי" המתבסס על חזקת החפות ועל זכויות הפרט; כאשר המשתנה העיקרי הוא נקודת האיזון בין שני המודלים.⁷¹

בשיטת המשפט בישראל, כמו בשיטות נאורות נוספות, ניתן מעמד חוקתי לחזקת החפות⁷² ולזכויות היסוד של הפרט – לחירות,⁷³ לכבוד,⁷⁴ להליך ראוי ולמשפט הוגן⁷⁵ ועוד.⁷⁶

בד בבד, חברה מתוקנת זכאית להגן על עצמה ועל שלום תושביה מפני אלה המפרים את החוק ומסכנים את בטחון המדינה, ביטחון הציבור וביטחוננו של הפרט. כמו כן, שיטת משפט מתוקנת דואגת למיצוי הדין עם מפרי החוק ולהבטחת תקינות ההליך השיפוטי. כל אלו הם אינטרסים ציבוריים ממעלה ראשונה.

עם זאת, כאמור, האינטרס כי לא יורשע חף מפשע אף הוא אינטרס ציבורי ממדרגה ראשונה; כך שלמעשה האינטרס למנוע הרשעות שווא הוא אינטרס משותף לנאשם ולציבור בכללותו.

אף על פי כן, קשה להצביע על נקודת האיזון המיטבית בין שני המודלים שמנה פאקר ועל היחס המיטבי בין שני סוגי הטעויות האפשריות כמצוין לעיל.

לטעמי, בשים לב לכך שכאמור התפיסה של הרמב"ם התייחסה לעבירה של רצח בגין עונש המוות שהיה קבוע לצדה, ובהעדר עונש מוות בישראל – כיום אין מקום לאמץ את תפיסת הרמב"ם, אף לא לגבי עבירות חמורות כרצח, שכן היא עלולה לגרום לריבוי מקרים של זיכוי רוצחים ואשמים בעבירות מסוכנות נוספות, אשר ימשיכו להלך חופשי ולסכן את הציבור. עם זאת, לגישתי, היחס של בלקסטון אינו ראוי, במיוחד לגבי עבירות חמורות כרצח או כאונס, שעונש מאסר עולם או מאסר ממושך (בהתאמה) צפוי למורשעים בהן.

על כן, לדידי, באיזון בין מכלול האינטרסים והערכים הרלוונטיים, מן הראוי שהיחס ההולם יהיה בין זה שטבע הרמב"ם לבין היחס של בלקסטון, תוך התחשבות ברצינות העניין ובחומרת העונש הצפוי למורשע בדין.

עם זאת, מתעוררת השאלה המקדמית הכפולה, האם ניתן והאם ראוי לכמת, מבחינה אריתמטית, את סטנדרט ההוכחה בהליך הפלילי. על כך חלוקות הדעות.⁷⁷

⁷¹ HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION (1968).

⁷² ראו למשל: בש"פ 4510/91 אל תרתור נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 573, 582-583 (1991); אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5, 23 (תשנ"ו); השו"ג: מיכה לינדנשטראוס חזקת החפות במשפט הישראלי ובמשפט האמריקני – סוגיות נבחרות (תשנ"ט); דן בייך "ההגנה החוקתית על חזקת החפות" עיוני משפט כב 11 (תשנ"ט); רינת קיטאי סג'ריר המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת דין, 31-57 (2011).

⁷³ סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: "חוק היסוד"); הפסיקה הכירה בכך שהזכות לחירות היא זכות חוקתית מהמדרגה הראשונה וחשובה ממרבית הזכויות האחרות: בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 261 (1999); בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, בפסקה 72 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל (16.9.2013); בג"ץ 3368/10 בעניין משרד האסירים הפלסטיניים נ' שר הביטחון, לעיל הערה 11, שם.

⁷⁴ סעיף 2 לחוק היסוד; אהרן ברק כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה (הוצאת נבו, 2014).

⁷⁵ ראו הערה 8 לעיל.

⁷⁶ כמו, למשל, הזכות לשם טוב וזכויות היסוד לעיסוק ולקניין.

לגישתי, התשובה לכך היא חיובית בעיקרה. **אמנם**, יש **קושי רעיוני ובמיוחד קושי מעשי רב להעריך ולכמת את ההסתברות** של ודאות ההרשעה, או את הסתברות הספק הסביר, בנסיבות של המקרים הקונקרטיים. **אף על פי כן**, לטעמי נודעת **חשיבות רעיונית, ואפשר אף מעשית**, לקביעת מבחנים בשאלות אלו, לצורך בהירות הדין ואחידותו, מבחינת עיקרון השוויון וכדי שבית המשפט "לא ידבר בשני קולות";⁷⁸ וכן חשוב כי בית המשפט ישקול ויבחן, בכל מקרה נתון, האם המבחנים ההסתברותיים-כמותיים שייקבעו אמנם מתקיימים, בין אם לצורך הרשעה ובין אם לשם זיכוי.

לדידי, לגבי עבירות שדיןן מאסר עולם ראוי כי התביעה תוכיח את אשמתו של הנאשם ברמת הסתברות של כ-99%; ואילו בעבירות חמורות אחרות שדיןן מאסר ממושך – ברמת הסתברות של מעל 95%; ורק כשמדובר בעבירות קלות יחסית, כגון מרבית עבירות התעבורה⁷⁹ או חטאים ועוונות פליליים,⁸⁰ שלרוב אינם גוררים מאסר בפועל – ברמת הסתברות של 90% ומעלה.

כאן המקום להזכיר כי בפסיקה ובעיקר בספרות הועלו **שתי שאלות השנויות במחלוקת**, אשר **קשורות האחת לאחרת**, ושתיהן נוגעות למידת ההוכחה:

השאלה האחת, היא האם **לרצינות העניין** יש השפעה על מידת ההוכחה ועל עוצמת הראיות הנדרשות להכרעה במשפט; וכשמדובר במשפט פלילי, השאלה היא האם למהות העבירה או לחומרת העונש הצפוי לנאשם, יש השפעה על ההכרעה במשפט. לפי **הגישה האחת והמקובלת**, רצינות העניין מושא האישום **אינה** משנה את הכללים הבסיסיים בדבר מידת ההוכחה הנדרשת להרשעה. **עם זאת**, רצינות העניין יכולה להשליך על **בחינה קפדנית יותר** של הראיות בטרם הכרעה. **הגישה האחרת** – **העדיפה בעיניי**, הגם שאינה כה מקובלת בפסיקה – היא כי ככל שההשלכות בגין הרשעת הנאשם בעבירה המיוחסת לו הן חמורות יותר, כך גם תגדל מידת ההוכחה הדרושה לגביה⁸¹. כך, למשל, ברי כי לא הרי הרשעה ברצח,

⁷⁷ כך, למשל, המלומד Tribe מתנגד לכימות מתימטי של סטנדרט ההוכחה בפלילים: Laurence. H. Tribe, *Trial by Mathematics – Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 Harv. L. Rev. 1329, 1330 (1971)

כן ראו: רון שפירא " המודל ההסתברותי של דיני הראיות: חלק א – ביקורות מסורתיות" **עיוני משפט** יט 205, 233-225 (תשנ"ה); "המודל ההסתברותי של דיני הראיות חלק ב – הלוגיקה ההכרתית" **עיוני משפט** כ 141 (תשנ"ו).

⁷⁸ ראו למשל: ד"ר 4971/02 **זגורי נ' מדינת ישראל** (21.4.2004); מ"ח 9054/03 בעניין **לזרובסקי**, לעיל הערה 9; ע"פ 8319/05 **שלאעטה נ' מדינת ישראל** (20.7.2009) (להלן: "עניין שלאעטה"); ע"פ 4583/13 **סץ נ' מדינת ישראל** (5.12.2013).

⁷⁹ למעט עבירות חמורות יחסית או שיש עמן קלון, כגון נהיגה בשכרות או נהיגה בזמן פסילה.

⁸⁰ למעט עבירות שיש עמן קלון או עבירות בנסיבות מיוחדות, כגון גניבה על ידי מי שנבחר לראשות עיר.

⁸¹ ראו למשל והשוו: **קדמי, על הראיות חלק רביעי**, 1714-1715; עניין **גרינוולד**, לעיל הערה 64, שם; עניין **דמיאניוק**, לעיל הערה 63, בעמ' 650; עש"מ 3725/91 **בכרך נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(5) 401, 408 (1991); ע"פ 892/07 **גרנדיבסקי נ' מדינת ישראל**, בפסקה 34 לחוות דעתו של השופט י' אלון: "לא יורשע אדם ככלל, ובעבירת רצח בפרט, אלא אם הוכחה אחריותו למעשה מעבר לכל ספק סביר" (26.5.2008). כן ראו: יניב ואקי "סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש" **הפרקליט** מט 463 (תשס"ח); יניב ואקי **מעבר לספק סביר – גמישות ההוכחה בדין הפלילי** (2013).

יצוין כי הגם שלצורך קבלת החלטה על ידי **הרשות המנהלית, ככלל די בראיות מנהליות**, שהן ראיות העומדות במבחן הסבירות – **לביטול** רישיון או היתר, בהבדל מסירוב בקשה ראשונית לקבלתו, על הרשות המנהלית להתבסס על **ראיות ברורות ומשכנעות**; ראו למשל והשוו: יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** כרך ב, 756-755 (1996); ובמיוחד: בג"ץ 799/80 **שלום נ' פקיד הרישוי לפי חוק כלי הירייה**, פ"ד לו(1) 317, 328-327 (1981); בג"ץ 2527/03 **אסעיד נ' שר הפנים** (30.10.2003); ע"מ 8844/04 **שעבאן נ' משרד הפנים** (12.2.2006). כמו כן, כשמדובר בשלילת חירות, הראיה המינהלית נדרשת לרמת הוכחה גבוהה יותר מהרף המינהלי הרגיל; ראו, למשל, רע"ב 1315/14 **אלסאנע נ' היועץ המשפטי לממשלה**, בפסקה 12 (19.6.2014).

אשר למידת ההוכחה **בדין המשמעתי** – בין מאזן ההסתברויות האזרחי לבין מידת ההוכחה בפלילים – כמידה התלויה במהות העניין או העבירה, ראו למשל והשוו: עש"מ 2/89 (בש"פ 985/89) **חבר נ' מדינת ישראל**, בפסקה 2 (3.10.1990); עש"מ 4790/04 **מדינת ישראל נ' בן חיים**, פ"ד ס(1) 257 (2000); ע"פ 846/12 **ויטה נ' מדינת ישראל** (19.6.2013).

גם במשפט האזרחי, שבו ככלל די במאזן הסתברויות, כשמדובר, למשל, בעוללת תרמית או בטענת "לא נעשה דבר", נדרשת מידת הוכחה כבדה יותר, והדבר נובע מרצינותו של העניין ומטיבו: ראו, למשל, ע"א 36/99 **יפה נ' עיזבון המנוחה חנה גלזר ז"ל**, פ"ד נה(3) 272, 286 (2001); קדמי, שם, 1715.

הגוררת מאסר עולם חובה ככלל⁸² – כהרי הרשעה בעבירה של עוון או אף בעבירה של פשע שאינו פשע חמור, שהעונש הצפוי בגינה אינו מתבטא במאסר בפועל או במאסר ממושך ובוודאי לא במאסר עולם.⁸³

השאלה השנייה, המתעוררת בעיקר בספרות, היא האם יש מקום לגמישות של מידת ההוכחה בעיקר **בהתאם לאינטרסים המוגנים**,⁸⁴ אך על כך אין מקום להרחיב כאן, גם מחמת קוצר היריעה.

1.1.ב. הבעייתיות של הרף "מעבר לספק סביר"

למעשה, בכל משפט פלילי השאלה המכרעת היא האם הוכחה התביעה את אשמתו של הנאשם מעבר לספק סביר, אם לאו.

בפסיקה הובהר כי לשם זיכוי של נאשם, אין די בספק תיאורטי או בספק בעלמא, או בהעלאת גרסה סתמית או היפותטית, שהסתברותה אפסית, כי אם **נדרש ספק רציונאלי וממשי, שיש לו אחיזה ממשית בחומר הראיות ואחיזה מעשית במציאות**; זאת, על פי מבחני השכל הישר, ניסיון החיים וההיגיון.⁸⁵

אמנם, מבחן הספק הסביר הוא במהותו מבחן רציונאלי; אולם, למעשה, בסופו של דבר, **מבחן ההכרעה השיפוטית לקיומו של ספק סביר אינו רציונאלי טהור**, כי אם רציונאלי-סובייקטיבי-מצפוני משולב,⁸⁶ בכל מקרה לגופו.

חשוב מכך, אין הגדרה הסתברותית-כמותית ברורה מהו ספק סביר או אימתי הספק הוא סביר, כשם שכאמור אין הגדרה הסתברותית ברורה של רמת ההוכחה של מעבר לספק סביר. למעשה, מדובר בשני צדדים של אותו מטבע. בפועל, המבחנים שנקבעו בפסיקה לעניין רמת ההוכחה של "מעבר לספק סביר" ולעניין הספק הסביר, הם אמנם מבחנים איכותיים ומהותיים חשובים, אך לטעמי אין בהם די ונדרש גם מבחן כמותי-הסתברותי.

השאלה הכמותית-הסתברותית היא מה **ההסתברות של האפשרות הקרובה עד מאד לאמת או לוודאות** הנדרשת לצורך הרשעת נאשם – האם די למשל ב-90% הסתברות לוודאות, כנובע מהיחס של בלקסטון, או שמא נדרשת הסתברות גבוהה יותר של כ-99%; והאם רמת ההסתברות הנדרשת תלויה בחומרת העבירה ובעונש הצפוי לנאשם בגינה, אם לאו.

⁸² למעט ענישה מופחתת, לפי סעיף 300א לחוק העונשין, או כשהנאשם קטין.

⁸³ וראו ע"פ 892/07 בעניין **גרנדיבסקי**, לעיל הערה 81, שם.

⁸⁴ ראו למשל: טליה פישר "גבולות השליטה של הצדדים בהליך הפלילי" **עיוני משפט** כט 377 (2006); והשוו: ואקי, לעיל הערה 81.

⁸⁵ על מהות הספק הסביר ראו למשל והשוו: עניין **דמיאניוק**, לעיל הערה 63, בעמ' 313, 644-653, 662; דני"פ 3391/95 **בן ארי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא (2) 377, 438-437 (1997); דני"פ 4342/97 **מדינת ישראל נ' אל עביד**, פ"ד נא (1) 736, 817-818, 859 (1998) (להלן: "דני"פ אל עביד"); ע"פ 5793/02 **דוד נ' מדינת ישראל**, בפסקה 6 (27.10.2003); ע"פ 6295/05 **וקנין נ' מדינת ישראל**, בפסקה 49 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (25.1.2007); ע"פ 3751/11 **אבו טראש נ' מדינת ישראל**, בחוות הדעת של השופטים א' רובינשטיין וני הנדל (2.9.2012); ע"פ 9809/08 **לזרובסקי נ' מדינת ישראל** (25.11.2010), בפסקאות 71-72 לחוות דעתו של השופט ס' גיוראן ובפסקאות 1-3 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל; ע"פ 7653/11 **ידען נ' מדינת ישראל** (26.7.2012), בפסקה 3 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל; ע"פ 7860/10 **אלפסי נ' מדינת ישראל**, בפסקה 19 (5.2.2013); ע"פ 3435/13, לעיל הערה 5; וראו והשוו: מיכה לינדנשטראוס **על הספק הסביר – סוגיות נבחרות** (2004); יניב ואקי ומאיה רוזנשטיין "בין זיכוי מחמת הספק לזיכוי מחמת הספק הסביר" **ספר דיני וינר** 489 (2009); וכן ראו בהמשך.

⁸⁶ ראו, למשל: דברי השופט מ' חשין בע"פ 6251/94 **בן ארי נ' מדינת ישראל** פ"ד מט(3) 45, 124-125 (1995); דבריו של השופט א' רובינשטיין בע"פ 10596/03 **בשירוב נ' מדינת ישראל**, בפסקאות ד-ה לחוות דעתו (4.6.2006) – אשר צוטטו שוב על ידי השופט רובינשטיין בע"פ 5582/09 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, בפסקה ה (20.10.2010); ודברי השופט י' דנציגר בע"פ 7401/07 **מדינת ישראל נ' פלוגי**, בפסקה 6 (31.7.2008).

כפועל יוצא מכך, השאלה היא מהי מידת סבירותו של הספק הסביר הנדרש לזיכוי של נאשם – האם די בהסתברות נמוכה ביותר של 1%, או שמא אין זה ספק סביר כלל ונדרשת הסתברות גבוהה יותר של הספק כדי שייחשב כסביר, כגון של כ-10% על פי היחס של בלקסטון; ושוב – האם בעניין זה יש להתייחס לרצינות העניין, למהות האשמה או לעונש הצפוי בגינה, אם לאו.

לטעמי, **מן הצד האחד**, ספק שהסתברותו היא של פחות מאחוז אחד אינו ספק סביר; **ומן הצד האחר**, הסתברות לוודאות של פחות מתשעים אחוזים אינה מעבר לספק סביר. על כן, **מתחם או גדר המחלוקת** האפשרי בעניין ההסתברותי **נע בין דרישת ודאות לצורך הרשעה של כ-90% לבין דרישת ודאות של כ-99%**. למעשה, **בתוך מתחם זה יש למקם את הגישות השונות**, לרבות גם ביחס לשאלה אם מידת הוודאות הנדרשת תלויה ברצינות העניין אם לאו.

מכל מקום, בהעדר מבחנים הסתברותיים ברורים של מידת הוודאות הנדרשת להרשעה או של מידת ההסתברות של הספק הסביר המספיק לזיכוי, ולאור הגישות השונות ביחס לשאלה אם מידת הוודאות הנדרשת תלויה ברצינות העניין – אין תמה כי לשופטים יכולות להיות גישות שונות ביחס למידת הוודאות הנדרשת להרשעת נאשם, בעיקר **במסגרת המתחם האמור**; וזו יכולה גם להיות אחת הסיבות לחילוקי הדעות המתעוררים בחלק מהמשפטים בין השופטים הדנים בשאלת אשמתו של נאשם באותו הרכב, או בין המסקנות השונות שאליהן מגיעים מותבים אחדים לגבי שאלות דומות המתעוררות במשפטים נפרדים המתנהלים באותה פרשה.

עם זאת, בפועל, חילוקי הדעות המתגלעים לעתים בין השופטים היושבים לדין באותו משפט נובעים **לרוב מסיבות קונקרטיות**, מקצתם בנוגע לשאלות משפטיות ומרביתם מהתרשמות שונה מהעדויות של העדים העיקריים, ובעיקר מהעדות של המתלונן או של המפליל, במיוחד כשמדובר ב"עדות יחידה", וכן מהעדות של הנאשם.

כידוע, כפי שיוטעם להלן, על פי הדין בישראל, כשקיימים חילוקי דעות בין השופטים, קובעת דעתם של רוב השופטים; וכשחילוקי הדעות הם בשאלות מהימנות, ככלל ערכאת הערעור אינה מתערבת בממצאי המהימנות שנקבעו על ידי השופטים או על ידי שופטי הרוב.

1.1.ג. האפשרות להרשיע נאשם ברוב דעות

סעיף 80(א) לחוק בתי המשפט קובע את הכלל שלפיו "בית משפט הדין במותב ונחלקו דעות השופטים, תכריע דעת הרוב".

בפסיקה⁸⁷ ובעיקר בספרות⁸⁸ התעוררה שאלת המשמעות וההשלכות של דעת מיעוט מזכה והאם אין בה משום ספק סביר אינהרנטי לפסק הדין. השאלה עלתה, בין היתר, בעניין **סיבוני**⁸⁹ והיא שבה ועלתה במקרים נוספים, גם לאחרונה.⁹⁰

⁸⁷ ראו בעיקר הערות 89-90.

⁸⁸ ראו למשל: עמי קובו "דעת מיעוט מזכה – ספק סביר אינהרנטי לפסק הדין" **הסיניגור** 70, 5 (2003); בועז סנג'רו ואיתי ליפשיץ "הרשעה: רק פה אחד" **עלי משפט** ח 337 (תש"ע); סנג'רו, לעיל הערה 1, בעמ' 181-182.

⁸⁹ ע"פ 334/02 **סיבוני נ' מדינת ישראל** (13/1/03) (להלן: "עניין סיבוני").

⁹⁰ ראו למשל: ע"פ 10100/07 **מדינת ישראל נ' שחאדה**, במיוחד בפסקה 31 לחוות דעתו של השופט ח' מלצר (24.3.2010); ע"פ 3399/11 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בעיקר בפסקה 20 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-אריז (24.1.2013).

על פי הפסיקה, אמנם יש בדעת מיעוט מזכה כדי לאתגר את ערכאת הערעור,⁹¹ אך בהתאם לחוק אין בדעת מיעוט כדי ליצור ספק אינהרנטי לפסק הדין.⁹²

עם זאת, מלומדים אחדים⁹³ הביעו דעתם בעד שינוי חוק בתי המשפט, כך שהרשעה של נאשם תהא אך פה אחד.

בשעתה, בעקבות פרשת אל עביד,⁹⁴ הוגשה על ידי חבר הכנסת פרופ' אמנון רובינשטיין, בתיאום עם שר המשפטים דאז ועל דעתו, הצעת חוק לתיקון חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (מותב של שניים והרשעה פה אחד), התש"ס-2000,⁹⁵ שלפיה ניתן להרשיע נאשם בערכאה הדיונית רק בהחלטה פה אחד, וגם הרשעה בערכאת הערעור תהיה פה אחד, זולת כאשר מספר חברי המותב עולה על שלושה שופטים, ובמקרה כזה לא תובא בחשבון דעתו החולקת של שופט יחיד; אלא שהצעת החוק לא התקבלה.

כמו כן, בשנת 2007 הגישה הסניגוריה הציבורית לשר המשפטים הצעה לתיקון חוק בתי המשפט, כך שהרשעתו של אדם תהיה רק פה אחד. בעקבות כך מינה שר המשפטים ועדת מומחים בראשותו של פרופ' אהרן אנקר – הוועדה לבחינת הרשעה בדעת רוב וערעור על זיכוי במשפט פלילי (להלן: "ועדת אנקר") – אשר המליצה, בשנת 2010, להותיר על כנו את כלל ההכרעה של דעת רוב לצורך הרשעה, תוך שהמליצה על שינויים במצב הקיים לעניין הערעור על הרשעה בדעת רוב. בפועל, חוק בתי המשפט וכלל ההכרעה בדעת רוב נותרו ללא כל שינוי.

לעניות דעתי, כמו לדעתם של פרופ' סנגירו ושל מלומדים נוספים כד"ר עמי קובו, המצב הקיים בסוגיה זו אינו משביע רצון.⁹⁶ לגישתי, יש להבחין בין מחלוקת שהיא בשאלה משפטית טהורה לבין חילוקי דעות בשאלות שבמהימנות או שבעובדה, או בשאלות מעורבות, שבמשפט ובעובדה. כמו כן, לדעתי, אין מקום להרשיע נאשם על חודו של קול בערכאת הערעור,⁹⁷ כאשר דעת המיעוט המזכה היא בשאלה שאינה משפטית טהורה. ההבחנה בין חילוקי דעות בשאלה משפטית טהורה לבין חילוקי דעות בשאלות שבמהימנות או שבעובדה היא מטעמים ברורים ומובנים, שאינם מצומצמים אך להליכים פליליים, ואין צורך להרחיב על כך. אציין רק בתמצית כי לרוב נבחנת שאלת האשמה על רקע טענות שבעובדה או טענות מעורבות, עובדתיות ומשפטיות, ורק במקצת המקרים המחלוקת בין הצדדים היא משפטית טהורה או נורמטיבית ובאותם מקרים ראוי כי ההכרעה תישאר כדעת הרוב.

בפועל, משפטים פליליים נדונים לרוב, בערכאה הראשונה, לפני שופט דן יחיד, הן בבתי משפט השלום והן בבתי המשפט המחוזיים, למעט פשעים חמורים בבית המשפט המחוזי וכן מקרים מיוחדים שבהם

⁹¹ ע"פ 3399/11, ש"ס, ש"ס.

⁹² ראו הפסיקה שבהערות 89-90.

⁹³ ראו הערה 88.

⁹⁴ לעיל, הערה 85.

⁹⁵ ה"ח 1817 התש"ס, מיום 5.6.2000.

⁹⁶ ראו הערה 88. מנגד, ראו הנימוקים שהועלו בפני ועדת אנקר ונימוקי ועדת אנקר עצמה, בעד השארת המצב הקיים על כנו – בפסקאות 29 ו-32 לדו"ח הוועדה.

⁹⁷ גם כשמדובר ברוב של שני שופטים נגד אחד; ומקל וחומר, כשמדובר ברוב דעות, על חודו של קול, בהרכבים מורחבים, כגון ברוב של ארבעה מול שלושה כפי שהיה בפרשת בן-ארי, לעיל הערה 85; ראו: ליאון שלף ואסף פורת "הלכות בעייתיות במשפט הפלילי – דיון במספר סוגיות שהתעוררו בשנים האחרונות" המשפט 81, 82-83, 87-94 (תשס"א).

מחליט נשיא בית המשפט כי המשפט יידון בפני הרכב של שופטים.⁹⁸ לעומת זאת, ככלל, ערעורים על פסקי דין – הן של בית משפט שלום והן של בית משפט מחוזי – נדונים לפני הרכב שופטים.⁹⁹

כידוע, בשיטת המשפט הישראלית מכהנים ככלל שופטים מקצועיים, ללא חבר מושבעים. כמו כן, בבתי המשפט המחוזיים ובמיוחד בבית המשפט העליון מכהנים שופטים בעלי ותק משפטי רב.

לעניות דעתי, יש מקום לתהות אם דעת מיעוט מזכה של שופט בערכאת ערעור, ובמיוחד בערכאת הערעור העליונה, בשאלה שאינה משפטית טהורה – אינה יוצרת ספק סביר מובנה, בפרט כשמדובר בהרכב של שלושה ולא בדעת יחיד בהרכב מורחב.

כדי להמחיש את הבעייתיות של המצב בישראל בעניין זה, ראוי להוסיף כי בחלק משיטות המשפט הזרות יש צורך בהחלטה פה אחד לשם הרשעת נאשם, לרבות בשיטות שבהן ההכרעה היא בידי חבר מושבעים, ובשיטות אחרות – יש צורך ברוב מיוחס, כגון של עשרה מתוך שנים-עשר מושבעים. לעומת זאת, בישראל, לצורך הרשעה די ברוב דחוק, על חודו של קול, הן בערכאה הדיונית והן בערכאת הערעור, לרבות בערכאת הערעור הגבוהה ביותר, דהיינו – גם כשקיימת דעת מיעוט מזכה, של שופט מקצועי בכיר, בבית המשפט העליון, לרבות כאשר היו דעות מיעוט מזכות הן בערכאה הדיונית והן בערכאת הערעור, ואף כאשר בערכאה הדיונית הנאשם זוכה פה אחד או ברוב דעות וערעור המדינה התקבל ברוב של שניים נגד אחד.

בכל הכבוד, ההנמקה של בית המשפט העליון בעניין **סיבוני**, שלפיה "לו היה ההליך הפלילי מסתיים בהכרעתה של הערכאה הדיונית בלבד, אפשר גם אפשר שהתוצאה המרשיעה לא הייתה עושה צדק עם הנאשם. אולם זה אינו סופם של ההליכים המשפטיים, כי למערער שמורה הזכות לפנות לערכאת הערעור, ובדרך זו להביא את עניינו לדיון לפני 6 שופטים לפחות..."¹⁰⁰ – איננה כה מתיישבת עם כלל אי-ההתערבות של ערכאת הערעור בממצאי עובדה ומהימנות ואיננה מתאימה לאותם מקרים שבהם הנאשם דווקא זוכה בערכאה הדיונית או הורשע בה ברוב דעות, וגם בערכאת הערעור הייתה דעת מיעוט מזכה.

לטעמי, בחלק לא מבוטל של המקרים שבהם הייתה דעת מיעוט מזכה, ובמיוחד במקרים שבהם הייתה חוות דעת של זיכוי בערכאה הראשונה ודעת מיעוט מזכה גם בערכאת הערעור – אפשר כי מדובר בהרשעת שווא, בפרט כשדעת המיעוט המזכה התייחסה לשאלות מהימנות ולמצאים עובדתיים או לנימוקים שבהיגיון, ובעיקר כשמהנימוקים של חוות דעת הזיכוי עולה כי לדעת שופט המיעוט הזיכוי הינו מוחלט ולא מחמת ספק סביר גבולי.

עם זאת, אין להתעלם מהנימוקים של ועדת אנקר נגד שינוי הדין בעניין זה, וכן מההשלכות השליליות אשר אכן עלולות להיות לשינוי כאמור, גם ביחס לנאשמים שהורשעו ברוב דעות וכבר ריצו את מאסרם.

על כן, לדידי **מוצע** לשנות את החוק בעניין זה, תוך אימוץ **גישת ביניים** בין ההצעות השונות שהועלו, כך שייקבע כי **ככלל** הרשעת נאשם תהיה פה אחד, **מלבד** כשמדובר בשופט יחיד בהרכב שבו יותר משלושה שופטים או כשמדובר במחלוקת בשאלה משפטית טהורה. **אפשרות ביניים אחרת** היא לקבוע בחוק

⁹⁸ ראו סעיפים 37(א) ו-47 סיפא לחוק בתי המשפט.

⁹⁹ ראו סעיף 37(א) וסעיף 26 רישא לחוק בתי המשפט (בהתאמה)

¹⁰⁰ לעיל הערה 89, בפסקה 15.

שבאופן חריג, כאשר הן בערכאה הדיונית והן בערכאת הערעור הייתה דעה מזכה – יראו את הנאשם כמי שזוכה בדין. **אפשרות ביניים נוספת** היא לקבוע חריג בחוק, שלפיו כשהנאשם זוכה בערכאה הדיונית והייתה דעת מיעוט מזכה בערכאת הערעור – יראו את הנאשם כמי שזוכה.

1.1.1. השיטה האדברסרית

כידוע, בישראל כבמדינות האנגלו-סקסיות, נהוגה שיטת המשפט האדברסרית (היריבותית-לעומתית), שעל פיה כל צד במשפט פועל כדי להראות לבית המשפט את צדקתו ואת אי-צדקת הצד היריב, כשתפקיד השופט הוא בעיקרו פאסיבי. בהבדל מבשיטה האחרת, האינקוויזיטורית, בשיטה האדברסרית בית המשפט אינו מעיין בחומר החקירה שבידי הצדדים, וכל צד מביא בתורו לפני בית המשפט את הראיות שהוא מוצא לנכון להביאן לפניו, ועל בית המשפט בסוף המשפט להכריע את הדין על פי נטל ההוכחה ועל פי הראיות של הצדדים. ההנחה שביסוד השיטה האדברסרית היא כי כל צד יפעל בכל כוחו כדי להביא את עמדתו לפני בית המשפט, ומבין שתי העמדות ועל פי הראיות של שני הצדדים יוכל בית המשפט להכריע נכונה ולהוציא את האמת לאור, ובמשפט פלילי הוא ירשיע את האשם ויזכה את החף.

רבות נכתב בספרות על חסרונות השיטה האדברסרית, על הבעייתיות הנובעת מתפקידו הפאסיבי של בית המשפט ועל הצורך להכניס שינויים וגמישות בשיטה.¹⁰¹

בפועל, הכלי העיקרי שבידי בית המשפט לבחינת מהימנותם של העדים אשר הצדדים מזמנים, הוא החקירה הנגדית של כל צד את העדים של הצד היריב, ובית המשפט מסתפק בדרך-כלל בשאלות הבהרה בלבד לעדים.

כמו כן, **ככלל, בית המשפט אינו מזמן עדים מטעמו או מיוזמתו**. עם זאת, על פי סעיף 167 לחסד"פ, לאחר שבעלי הדין סיימו הבאת ראיותיהם, "רשאי בית המשפט, אם ראה צורך בכך, להורות על הזמנת עד – ואפילו כבר נשמעה עדותו בפני בית המשפט – ועל הבאת ראיות אחרות, אם לבקשת בעלי הדין ואם מיוזמת בית המשפט".¹⁰²

למעשה, רוב השופטים ממעטים לזמן עדים מיוזמתם. אלא שלעתים מתברר במהלך הבאת הראיות של הצדדים כי יש עד פוטנציאלי שעדותו היא רלוונטית ואף חשובה מבחינת האמת, אך תוכן עדותו אינו עולה בקנה אחד עם עמדותיהם של שני הצדדים כאחד, או ששני הצדדים סבורים כי אינם זקוקים לו או שאין טעם לזמנו כעד מטעמם. אמחיש זאת בעזרת שתי דוגמאות.

בדוגמה האחת, מדובר בנאשם העומד לדין בגין אינוס, הטוען כי כלל לא קיים יחסים עם המתלוננת; ובמהלך אחת העדויות מתברר כי יש אדם שמסר הודעה בחקירה ושלא זומן ואינו אמור להיות מזומן לעדות על ידי מי מהצדדים, אשר על פי הודעתו בחקירה הוא שמע מהנאשם ומהמתלוננת כי הנאשם

¹⁰¹ ראו, למשל: אורי שטרזמן "המלך עירום או חבר-המושבעים השולט בבית-המשפט בישראל" **עיוני משפט** י"ג 175 (1988); מרדכי קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" **משפטים** י"ז 475, והתגובות למאמר זה מצד השופט גבריאלי בך, אהרן קירשנבאום, משה שלגי ויעקב רובין, שם, בעמ' 500-506 (תשמ"ח); עמנואל גרוס "שיטת הדיון האדוורסרית בהליך הפלילי – האם היא מאפשרת אקטיביזם שיפוטי?" **עיוני משפט** י"ז 867 (1993); יצחק עמית "על הצורך בשינוי בהליך הפלילי" **הסניגור** 83, 5 (2004).

¹⁰² על זימון עדים מטעם בית המשפט, ראו למשל: עניין **קניר**, לעיל הערה 6; ע"פ 3971/90 **אסיס נ' השופטת אוסטרובסקי**, פ"ד מה(1) 661, 668 (1990); אליעזר לדרמן "הזמנת עדים מטעם בית המשפט במשפט פלילי" **עיוני משפט** ד 392 (תשל"ו).

קיים עמה יחסי מין בהסכמתה; עדות זו עלולה להזיק כמובן לעמדת המאשימה, ובכל זאת אפשר כי גם הנאשם לא יהא מעוניין להביאה בפני בית המשפט משיקולים שאינם נוגעים למשפט עצמו, כגון משיקולים משפחתיים הקשורים לשלום-בית עם רעייתו ולשמם הטוב של ילדיו, במיוחד במגזרים מסוימים שבהם עדות שכזו עלולה להוביל לגירושיו מאשתו ולפגיעה בעתיד ילדיו, כאשר הנאשם מאמין (גם אם, בדיעבד, בטעות) או מקווה כי גם בלעדי העדות האמורה יצליח להוכיח את חפותו.

דוגמא נוספת היא כאשר לנאשם מיוחסת עבירה על פי עדות ראייה של עדים שלדעת התביעה הינם אובייקטיביים, ובמהלך הבאת הראיות מתברר כי הנאשם טען עוד בחקירתו וכך גם בעדותו במשפט, כי אדם אחר, שהנאשם ידע לנקוב בפרטיו המלאים, הוא שביצע את העבירה; אלא שהאדם האמור אינו מאותר. מן הצד האחד, גרסת הנאשם (גם) בעניין האדם האחר אינה מהימנה בעיני המאשימה, ובהיות האחרון בלתי מאותר, לדעתה אין טעם לנסות לאתרו, מה גם שעדותו אינה מתיישבת עם עמדת המאשימה; מן הצד האחר, הגם שהעדות של האדם האחר אמנם יכולה להועיל מאד לנאשם, הנאשם מאמין ומקווה (גם אם, בדיעבד, לשווא) כי בלעדי העדות האמורה יתעורר לפחות ספק סביר שיספיק לזיכויו, ומכיוון שהאחר אינו מאותר, עלול הניסיון לאתרו להאריך את משך המשפט, ועימו את משך המעצר מקום שהנאשם עצור עד תום משפטו, ועל כן הנאשם אינו מבקש לזמן את האחר כעד מטעמו.¹⁰³

חרף השיטה האדברסרית הנוהגת, **מן הראוי לטעמי כי כל אימת שלבית המשפט מתברר כי אחד המעורבים או עד פוטנציאלי חשוב אחר לא זומן על ידי שני הצדדים – כבשתי הדוגמאות דלעיל – בית המשפט ישקול לזמנו כעד מטעמו, מיוזמתו, כדי לנסות להוציא את האמת לאור.**

זאת ועוד, קיימות כידוע, בפסיקה ובספרות, **גישות שונות** ביחס לשאלה האם על בית המשפט להיזקק לטענה עובדתית חלופית או לקו טיעון חלופי שהועלו על ידי ההגנה. הכוונה היא לקו טיעון עובדתי חלופי, שלא נטען על ידי הנאשם עצמו, בחקירתו ובמהלך משפטו, ושאינו עומד בסתירה לגרסת הנאשם במשפט; והטיעון החלופי הועלה אך על ידי בא כוחו של הנאשם, אם במהלך הסיכומים שלפני הכרעת הדין ואם במהלך הדיון בערעור.

סוגיה זו נדונה בפסיקה לא אחת, במיוחד בשנים האחרונות.¹⁰⁴ בפועל, מדובר בשתי שאלות-משנה: **ראשית**, האם במשפט פלילי בית המשפט רשאי או אף מחויב להיזקק לטענה עובדתית חלופית או לקו טיעון חלופי של ב"כ הנאשם; **ושנית**, בהנחה שהתשובה לשאלה הראשונה היא חיובית – אימתי יש

¹⁰³ דוגמא זו מבוססת במידה רבה על הנסיבות של ת"פ (מח' ב"ש) 39967-07-11 **מדינת ישראל נ' טורגמן**, שבו זומן כעד מטעם בית המשפט אדם שלא היה מאותר, תוך הוצאת צו הבאה נגדו. בסופו של דבר, הנאשם זוכה, לאחר שהתביעה חזרה בה מהאישום.

¹⁰⁴ על הגישות השונות בסוגיה זו ראו, למשל, והשוו: **קדמי, על הראיות חלק רביעי**, 1710-1711; ע"פ 240/84 **חטיב נ' מדינת ישראל**, פ"ד לט(2) 29, בפסקה 11 (1985); ע"פ 524/86 **חזקיה נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(3) 653, בפסקה 6 (1987); ע"פ 1888/02 **מדינת ישראל נ' מקדאד**, פ"ד נו(5) 221, 228 (2002); ע"פ 9613/04 **בן סימון נ' מדינת ישראל** (4.9.2006); ע"פ 6952/07 **רפאילוב נ' מדינת ישראל** (28.6.2010); ע"פ 3372/11 **קצב נ' מדינת ישראל** – בהחלטת השופט י' דנציגר בבקשה לעיכוב ביצוע העונש, בפסקאות 51-54 (18.5.2011); ובעיקר בפסק הדין, בפסקאות 146-182 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (10.11.2011); ע"פ 307/11 **שרון נ' מדינת ישראל**, בין היתר בפסקה 19 לחוות דעתה של השופט ע' פוגלמן (3.8.2011); ע"פ 8704/09 **באשה נ' מדינת ישראל**, בפסקה 33 לחוות דעתה של השופט נ' הנדל ובפסקה 3 לחוות דעתו של השופט ס' גיבראן (11.11.2012); דני"פ 9365/12 **באשה נ' מדינת ישראל** (27.8.2013); ע"פ 7147/12 **סרנגה נ' מדינת ישראל**, בפסקה 29 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן ובפסקה 2 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר, בעוד שהשופט צ' זילברטל העדיף להותיר את הסוגיה ב"צריך עיון" (14.1.2014); ע"פ 3435/13, לעיל הערה 5, בפסקאות 166-171 לחוות דעתו של השופט י' עמית.

הצדקה להיזקק לקו טיעון חלופי אשר מועלה על ידי בא כוח הנאשם בסתירה לגרסתו של הנאשם עצמו.

לכל הדעות בית המשפט לא ייזקק ובוודאי לא יקבל טענה עובדתית חלופית שלא הועלתה על ידי ההגנה במהלך הבאת הראיות במשפט ושהועלתה לראשונה בשלב הסיכומים, **מקום** שבו אין ניתן להכריע בטענה העובדתית החלופית מבלי לשמוע ראיות נוספות. במקרה שכזה המחלף הדיוני יפעל לחובת הנאשם, שהרי אין זה סביר כי יתנהל "משפט שלאחר משפט".

המחלוקת מתמקדת, אפוא, באותם מקרים שבהם אין צורך בקבלת ראיות נוספות לשם בחינת הטיעון החלופי או לשם ההכרעה בו. בשאלה זו ספק אם יש הלכה פסוקה ומחייבת של בית המשפט העליון.

לפחות לפי **אחת הגישות** של שופטי בית המשפט העליון, אין בית המשפט פטור מלבחון טענות הגנה חלופיות אפשריות העומדות בסתירה לגרסת הנאשם, ו**בלבד** שבחומר הראיות **קיימת תשתית עובדתית ממשית** שעליה ניתן לבסס את טענות ההגנה החלופיות.

לעניות דעתי, גישה אחרונה זו **עדיפה** על פני הגישה הנוגדת. זאת, לאור הרציונאליים המהותיים העומדים ביסודה של גישה זו, שהם, בין היתר, כי **בדיני נפשות עסקינן** וכן **שעל בית המשפט להקפיד על בירור הטענות השונות** המועלות על ידי הנאשם או מטעמו **ולהכריע בהן**, **ככל שיש להן אחיזה בחומר הראיות, לאור אחריותו של בית המשפט לערוך בדיקה עצמאית ובלתי תלויה של חומר הראיות, בטרם יכריע** בשאלת אשמתו של הנאשם.¹⁰⁵

עם זאת, כידוע, **"אין לדיין אלא מה שענינו רואות"**,¹⁰⁶ ועם כל הרצון של בית המשפט לנסות להוציא כאור את האמת ולעשות צדק, מדובר בצדק בגדרי המשפט;¹⁰⁷ ולא אחת יש **הבדלים** בין **"האמת המשפטית"** לבין **"האמת העובדתית"**,¹⁰⁸ מסיבות שלבית המשפט אין שליטה עליהן ואין יכולת להשפיע עליהן, במיוחד בשיטה האדברסרית.

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

¹⁰⁵ מכל מקום, ברי כי אף אם העלה נאשם גרסה שקרית המהווה "קו הגנה קיצוני", אין די בקריסת גרסתו, ויש עדיין לבחון אם התקיימו והוכחו כל יסודות העבירה שבה הואשם, מעבר לספק סביר, שכן כידוע בסופו של יום בכל משפט פלילי הנטל להוכיח את אשמתו של הנאשם ואת כל יסודות העבירה שבה הואשם מוטל לעולם על כתפי התביעה: ראו, למשל, ע"פ 8005/04 אברוטין נ' מדינת ישראל, בפסקה 43 (29.3.2007); והשוו: דן ביין "קו הגנה קיצוני וגרסאות חלופיות במשפט פלילי: עמדות והצעות" הפרקליט מג 286, 300 (תשנ"ז).

¹⁰⁶ בבלי, סנהדרין ו, ע"ב.

¹⁰⁷ על הערך של האמת, ראו הערה 5; ועל הצדק ראו הערה 6.

¹⁰⁸ ראו הערה 5.

1.1.ה. האפשרות ששופט יטעה והקושי להבחין בין עד דובר אמת לדובר שקר

למעשה, אף מערכת משפט אינה חפה מטעויות ואף שופט אינו חף מהן,¹⁰⁹ לרבות כשמדובר בהתרשמות בלתי אמצעית של שופט מקצועי ממהימנותם של עדים; ובכך אני מסכים עקרונית עם פרופ' סג'ורו.

כידוע, על פי סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: "פקודת הראיות"), "ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם ענין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט". כמו כן, על פי סעיף 57 לפקודת הראיות, "סתירות בעדותם של עדים אין בהן, כשלעצמן, כדי למנוע את בית המשפט מקביעת עובדות שלגביהן חלו הסתירות".

כפי שהובהר בפסיקה, ככלל, אי-התאמות וסתירות קלות בעדויותיהם של עדים הן בגדר חזון נפרץ; ובאופן טבעי, כל עד רואה את האירוע מנקודת המבט שלו. כמו כן, הדיוק אינו תמיד אפשרי כשמדובר בשחזור אירוע שהתרחש משך זמן קצר, במיוחד כשהמעורבים בו היו נתונים בסערת רגשות, וזאת בשים לב גם למגבלות הזיכרון האנושי. לפיכך, ככלל, אין באי-התאמות קלות בעדות או בין העדויות של עדים שונים, כדי למנוע מבית המשפט ליתן אמון באותן עדויות, ובלבד שאין מדובר בסתירות מהותיות, במיוחד לגבי ליבת העדות, שאין להן הסבר מהימן או הסבר המניח את הדעת.¹¹⁰

עם זאת, יש להבחין גם בין סתירות שמקורן בחולשת הזיכרון האנושי, במיוחד אם חלף זמן ניכר מהאירוע מושא העדות, לבין סתירות שמקורן ברצון לשקר.

כמו כן, יש להבחין בין אופן ההתייחסות השיפוטית למהימנותו של מתלונן/ת בעבירת מין למהימנותם של עדים בעבירות אחרות, שמאפייניהן שונים מהמאפיינים המיוחדים של עבירות המין, כפי שיוטעם להלן. ואכן בפסקי הדין הדנים בעבירות מין, הובהר לא אחת כי אין לצפות שגרסת מתלונן/ת בעבירות מין תהא עקבית, קוהרנטית וחסרת אי-דיוקים; זאת, בשים לב למהות עבירות המין, ולהשפעה של האירוע הטראומתי על המצב הנפשי של נפגע העבירה. על כן, יש להתמקד בבחינת ליבת הגרסה של המתלונן/ת ובשאלה האם המקשה כולה היא אמינה מעבר לספק סביר. כמו כן, נקבע כי אין לבחון את הגרסה (המהימנה) של המתלונן/ת בעבירת מין במבחן של תבונה לאחר מעשה, אלא בהתאם לתחושת הקורבן בזמן אמת, בשים לב למכלול הנסיבות; זאת, שכן בעבירות אינוס, למשל, יכול שהתנהגותה של המתלוננת "תיראה בלתי-נבונה, בלתי-סבירה ואפילו אווילית", אך אין בכך כדי לשלול את האפשרות שהבעילה הייתה שלא בהסכמתה.¹¹¹

בנוסף להבחנות דלעיל, מטבע הדברים יש הבדלים בין העדים השונים, גם מבחינת אופיים וגם כפועל יוצא ממושא העדות. כך, למשל, ישנם עדים ישרים ועדים שקרנים; עדים אובייקטיביים ועדים אינטרסנטיים; עדים נורמטיביים ועדים עבריינים. אמנם, חלק ניכר מהעדים מתרגשים מטבע הדברים; אך יש עדים מתוחכמים שאינם מתבלבלים גם כשהם משקרים; יש עדים עקביים גם כשהם

¹⁰⁹ ראו הערה 18 והטכסט להערה.

¹¹⁰ ראו והשוו: ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 317, 302 (1993); ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נר(6) 205, 220 (2002); ע"פ 7874/04 חסיד נ' מדינת ישראל, בפסקה 5 (16.2.2005); ע"פ 9908/04 נסראלדין נ' מדינת ישראל, בפסקה 13 (31.7.2006); ע"פ 9806/05 פלוני נ' מדינת ישראל (8.1.2007); ע"פ 682/09 מדינת ישראל נ' פלוני (12.5.2011).

¹¹¹ ראו למשל: ע"פ 316/85 גרינוולד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 564, 577 (1986); ע"פ 185/88 יהלום נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 547, 541 (1989); ע"פ 235/90 חדד נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 209, 214-215 (1991). כן ראו הערה 169.

משקרים, ועדים מבולבלים גם כשהם דוברים אמת; יש שקרנים פתולוגיים, גם במתכוון וגם שלא במתכוון; יש כאלה המשקרים במצח נחושה ואף כאלה השומרים על "פני פוקר", בין כשהם דוברים אמת ובין כשהם משקרים.

למעשה, גם עד שהוא שקרן מטבעו לעתים מוסר עדות שהיא אמת או אמת בחלקה, וגם עד הדובר אמת בדרך-כלל עלול לשקר בעדותו או בחלקה. כך במיוחד כאשר לעד אינטרס להפליל את הנאשם, בין אם כדי לזכות בטובת הנאה לעצמו, כגון חסינות מהעמדה לדין לעד מדינה, בין אם כדי להקטין את חלקו הפלילי של העד עצמו במסגרת אותה פרשה, או כדי לרצות את המשטרה ובעיקר את התביעה, או לנסות למצוא חן בעיניה, במיוחד אם מדובר בשותף לעבירה, ובין אם כדי לנקום בנאשם או להחזיר לו "כגמולו" על מעלליו בעבר, או כדי לחפות על מאן דהוא אחר שהוא חושש ממנו או חפץ ביקרו.

בפועל, הכלי המרכזי שבעזרתו בית המשפט מתרשם מהעדויות הוא החקירה הנגדית; ומטבע הדברים כאשר מדובר בעדות שאינה עקבית וכשקיימות סתירות מהותיות בעדות, קל יותר להתרשם מאי-מהימנותה. אולם, בחלק מהמקרים החקירה הנגדית איננה ארוכה או אינה יעילה. במקרים אחרים מדובר אמנם בגרסה עקבית שברור שיש בה לפחות גרעין של אמת, אך העד הינו מתוחכם והוא שינן היטב את גרסתו במשטרה ואף לו אינטרס להפליל את הנאשם; ואפשר כי רוב העדות אמת, אך מקצתה בנוגע לנאשם אינה אמת; וכידוע, לעתים חצאי אמת גרועים משקר וקשה יותר להבחין בשקר הנבלע בתוך עדות שמרביתה אמת.

אכן, הפסיקה הכירה באפשרות לפלג עדותם של עדים ("פליגין דיבורא"). אמנם, ככלל, אין מקום לפלג עדותו של עד, לקבל את חלקה האחד ולדחות את חלקה האחר. אולם, הדבר אפשרי באופן חריג, כשיש **טעמים מיוחדים המצדיקים** זאת, כגון הסבר המניח את הדעת או טעם מוצדק לפיצול בין חלקי העדות.¹¹²

כמו כן הכירה הפסיקה בכך ששקרי נאשם עלולים לנבוע מסיבות מגוונות ולא דווקא מכך שהוא אשם. על כן נקבע כי יש לנקוט **משנה זהירות** קודם שמייחסים משמעות ראייתית לשקרים של נאשם. זאת, שכן לעתים שקרי הנאשם נובעים ממתח נפשי או ממצוקה שבהם הוא נתון, או שמטרתם להרחיק מעבירה שלא ביצע או למנוע הסתבכותו בה, או שהם נובעים מתוך רצון לחפות על אדם אחר.¹¹³ למעשה, שקרי נאשם יכולים לחזק את ראיות התביעה ולהוות התנהגות מפלילה;¹¹⁴ ואף יכולים להגיע כדי ראיית סיוע, מקום שנדרש סיוע, אך זאת רק אם הם עומדים בחמישה תנאים מצטברים שנקבעו בפסיקה: השקרים הם בעניינים מהותיים; השקרים הם ברורים וחד-משמעיים; השקרים מוכחים

¹¹² ראו למשל: ע"פ 218/63 פיק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2) 18, 21 (1964); ע"פ 71/78 מרילי נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 813, 819 (1976); ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302, 317 (1993); ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205, 233 (2002); ע"פ 5232/10 אבו ג'ומעה נ' מדינת ישראל (8.4.2013).

¹¹³ ראו למשל: ע"פ 235/60 מנצור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז(1) 645, 647 (1962); ע"פ 950/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 561, 569 (1982); ע"פ 632/83 הרוש נ' מדינת ישראל פ"ד לט(1), 253, 269-268 (1985); ע"פ 5152/91 חליוה נ' מדינת ישראל, בפסקה 15 (17.10.1995); ע"פ 8002/99 בכר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 135, 142 (2001); ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 134 לחוות דעתו של השופט יי עמית (18.10.2010); ע"פ 3751/11 אבו טראש נ' מדינת ישראל, בפסקה 65 (2.9.2012); קדמי, על הראיות חלק ראשון, 305.

¹¹⁴ ראו למשל: עניין סיבוני, לעיל הערה 89, בפסקה 14; ע"פ 2468/03 אלבויראת נ' מדינת ישראל, בפסקה 9 (12.1.2009).

מתוך ראיות חיצוניות אחרות; השקרים נעשו בזדון ועל מנת להעלים את האמת מבית המשפט; מקורם בתחושת אשם והם אינם נובעים מעילה שאינה רלוונטית לצורך בחינת האשמה.¹¹⁵

בפועל, במקצת המשפטים הן העדויות של עדי התביעה המרכזיים והן העדויות של הנאשם ושל העדים מטעמו, הן בלתי מהימנות; אמנם, במקרים אלו קיים קושי לקבוע ממצאי עובדה ברורים; אך אין בקושי זה כדי למנוע הכרעה שיפוטית, אשר מתקבלת לא רק על סמך העדויות אלא גם על סמך יתר הראיות שהובאו לפני בית המשפט (כגון ראיות חפציות) וכן על סמך שיקולים שבהיגיון ועל סמך כללים משפטיים מהותיים וכללים ראייתיים ובעיקר על סמך שאלת נטל ההוכחה ומידתה.

כללו של דבר, גם שופט מנוסה אינו יכול תמיד להבחין בין עד דובר אמת לבין דובר שקר, ובחלק ניכר מהעדויות והמשפטים אין בהכרח "אותות של אמת" היכולים לסייע לשופט בעניין זה, והאותות הקיימים עלולים אף להטעות.

כאמור, כל בן אנוש, ובכלל זה גם שופט, עלול לשגות אף בהערכת ממצאי המהימנות של העדים; לשופטים שונים השומעים יחדיו אותם עדים במסגרת הרכב, יכולות להיות התרשמויות שונות מהעדים; ואין לדעת מי מבין השופטים שוגה בהתרשמותו, האם בהכרח שופט המיעוט או שמא שופטי הרוב דווקא, וכפי שאציין להלן, ערכאת הערעור ככלל אינה מתערבת בממצאי מהימנות ובממצאי עובדה שנקבעו בערכאה הדיונית.

1.1.1. הערעור, סופיות הדיון והעילות למשפט חוזר

כידוע, לנאשם שהורשע, ובשיטת המשפט שלנו, גם למאשימה, במקרה של זיכוי בערכאה הראשונה – הזכות לערער על הכרעת הדין. ועדת אנקר, אשר דנה גם בעניין הערעור על זיכוי, המליצה שלא לשלול מהמדינה את הזכות לערער על זיכוי ובכך להשאיר את המצב הקיים על כנו, תוך שהמליצה בפני פרקליט המדינה לקבוע, בהנחיות הפנימיות, כי החלטה בדבר ערעור על זיכוי תתקבל רק במקרים חריגים ובאישור דרג בכיר בפרקליטות.

ככלל, ערכאת הערעור אינה שומעת עדים, מלבד במקרים חריגים ביותר. בעיקר מסיבה זו, **ככלל** ערכאת הערעור – בשיטה האדברסרית, בהבדל מאשר בשיטה האיקוויזיטורית – **אינה מתערבת בממצאים עובדתיים ובממצאי מהימנות** שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, השומעת את העדים ומתרשמת מעדויותיהם באופן בלתי אמצעי, וזאת **מלבד במקרים חריגים**, כגון מקום שבו מתגלה טעות מהותית בהערכת העדויות ובמסקנות שהסיקה הערכאה הדיונית מן העובדות; או מקום שהממצאים מבוססים אך על מסקנות שבהיגיון, או כשמדובר בטעות בשאלות משפטיות, שלגביהן אין לערכאה הדיונית עדיפות על פני ערכאת הערעור כי אם להיפך.¹¹⁶

¹¹⁵ ראו: ע"פ 161/72 סרסור נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 203, 219-221 (1974); עניין נגר, לעיל הערה 66, בעמ' 140-141; דנ"פ אל עביד, לעיל הערה 85, בעמ' 802; ע"פ 7752/03 חלאילה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 259, 265 (2004); ע"פ 295/10 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 53 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל (2.4.2012).

¹¹⁶ ראו למשל: עניין מרקוס, לעיל הערה 5, בעמ' 233; ע"פ 993/03 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 485, 492, 521 (1993); ע"פ 2439/93 זריאן נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 265, 280 (1994); ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 643-645 (2000); ע"פ 6695/08 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 9 (26.1.2009); ע"פ 2590/06 סלמאן נ' מדינת ישראל, בפסקה 30 (10.12.2009); ע"פ 4267/09 עזאזמי נ' מדינת ישראל, בפסקה 8 (9.11.2009); ע"פ 420/09 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 67 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר (23.11.2009); ע"פ 3435/13 לעיל הערה 5, בפסקאות 96, 139, 148 לחוות דעתו של השופט י' עמית. כן ראו: מרדכי קרמניצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת

משניתן פסק-דין מרשיע בערכאת הערעור, הרשעת הנאשם היא סופית וחלוטה. קיימת זכות ערעור פעם אחת בלבד, וככלל לא תינתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי" אלא במשורה, במקרים חריגים שבהם הבקשה לרשות ערעור מעלה שאלה משפטית או ציבורית עקרונית החורגת מעניינם הפרטני של הצדדים, או אם מתעורר חשש לעיוות דין או לאי-צדק שנגרמו למבקש.¹¹⁷

המצב הקיים מעורר בעייתיות לא מעטה. כך, למשל, לנאשם המזוכה בערכאה הראשונה והמורשע בערכאת הערעור, אין מוקנית למעשה זכות ערעור על הרשעתו. הבעיה חריפה יותר אם הרשעתו בערעור הייתה אך בדעת רוב; ומקל וחומר, אם זיכוי (בערכאה הראשונה) היה פה אחד, מקום שהמשפט בערכאה הראשונה נדון בפני הרכב, בעוד שהרשעתו הייתה ברוב דעות. זאת, שכן על פי המצב הקיים, אין זכות לערעור שני, גם אם הערעור היה נגד הנאשם, ומכאן שניתן לומר כי לנאשם אין זכות ערעור על הרשעתו בערכאת הערעור.¹¹⁸

בהבדל מקיומה של זכות ערעור, לנאשם אין זכות למשפט חוזר. ניתן אמנם לבקש משפט חוזר, אך זאת רק בהתקיים אחת העילות החריגות הקבועות בדין, שעליהן אעמוד. הדבר נובע מכלל סופיות הדין ומשאיפת המשפט לוודאות וליציבות.¹¹⁹ עם זאת, "אמת ויציב – אמת עדיף".¹²⁰

בעניין העילות למשפט חוזר, בשנת 1996 תוקן חוק בתי המשפט, בעקבות המלצות ועדת גולדברג, כך שנוספה לשלוש "העילות הישנות" – אם נפסק שיסודה של ראייה שהובאה במשפטו של הנאשם היה בשקר או בזיוף, אם נתגלו עובדות או ראיות חדשות העשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון, או אם אדם אחר הורשע בינתיים בביצוע אותה עבירה ומהנסיבות נראה כי מי שהורשע לראשונה לא ביצע אותה – **עילה כללית**, שלפיה ניתן להורות על משפט חוזר גם אם התעורר "חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין".¹²¹

השאלה המתעוררת כיום היא האם די בשינוי דלעיל, שהוא מבורך לכל הדעות, אם לאו. לדעת פרופ' סנגרו, אין די בכך. לגישתו, "כלי הערעור מוגבל מאוד", "במצב הקיים, אין בסיס לגישה האופטימית

ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים" הפרקליט לה 407 (תשמ"ד); אורי שטרומן "האמת קבורה ביעדות שמיעה" המשפט א 239, 246-247 (תשנ"ג); גבריאלי הלוי, לעיל הערה 14, בעמ' 122-129; עמנואל גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית: התערבות של ערכאת הערעור בממצאי עובדה" עיוני משפט כ 551 (תשנ"ז); עמנואל גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית: התערבות של ערכאת הערעור בממצאי עובדה: עיון נוסף" ספר גבריאלי בך (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך, עורכים) (להלן: "ספר גבריאלי בך") 225 (2011). כמו כן, ראו המלצות ועדת אנקר, כי במסגרת ערעור על הרשעה בדעת רוב, ידון בית המשפט מחדש - "de novo" - בכל נושא הערעור, לרבות בממצאי עובדה ובמצאי מהימנות, ובמיוחד את עמדת חבר הוועדה השופט (בדימוס) אורי שטרומן, שאליה הצטרף פרופ' אנקר – בפסקה 33 ובה"ש 34 לדו"ח הוועדה. על הגישות השונות בעניין התערבות ערכאת הערעור בממצאים ובמסקנות של הערכאה הדיונית כשמדובר בעבירות מין דווקא, ראו הערה 170 להלן. על השאלה אימתית תקבל ערכאת הערעור בקשה לגביית ראיות חדשות, ראו: סעיף 211 לחסד"פ; ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל, בפסקה 4 (17.3.2013); ע"פ 6630/13 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 8 (10.7.2014); ע"פ 8080/12 מדינת ישראל נ' אולמרט, בפסקאות 8-16 להחלטת הנשיא א' גרוניס (6.8.2014).

¹¹⁷ ראו למשל: ר"ע 103/82 חניני חיפה נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982); רע"פ 2958/13 סבאח נ' מדינת ישראל (8.5.2013); רע"פ 2801/14 קניבי נ' מדינת ישראל, בפסקה 7 (1.5.2014).
¹¹⁸ ראו: ליאון שלף ואסף פורת, לעיל הערה 97, בעמ' 83-84, 97-94.

¹¹⁹ ראו למשל: מ"ח 8093/04 קסטל נ' מדינת ישראל, בפסקה 29 (28.5.2012); מ"ח 4811/12 סאלם נ' מדינת ישראל, בפסקה 21 (2.5.2013); מ"ח 3139/13 רחמיאן נ' מדינת ישראל, בפסקאות 21-22 (25.5.2014). כן ראו הערות 120, 123-122.

¹²⁰ אמרתו של הנשיא זמורה בע"א 376/46 רוזנבאום נ' רוזנבאום, פ"ד ב' 235, 254 (1949) – שעליה חזר הנשיא א' ברק בבג"ץ 265/87 ברספורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 793, 841 (1989). על סופיות הדין, ראו הערות 119, 123-122. על ודאות הדין ויציבותו, ראו הערה 119 וכן: מאיר שמגר "על התקדים ועל ודאות הדין" משפטים יז 433, 438-436 (תשמ"ח).
¹²¹ סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט.

שלפיה ערכאת הערעור תתקן הרשעה מוטעית", וההחלטות על קיום משפטים חוזרים בישראל הן עדיין במקרים מעטים מאד ומעטים מדי.¹²²

לעומת זאת, הצביע פרופ' גבריאל הלוי, לטעמי בצדק, על עליית קרנו של המשפט החוזר בישראל בעשורים האחרונים, הן מבחינה כמותית והן מבחינה מהותית, לעומת הערעור הפלילי; ולעניין הערעור על זיכוי, נראות בעיניי, באופן עקרוני ובכפוף לאמור להלן, המלצות ועדת אנקר, כי ערעור על הרשעה בדעת רוב יהיה בזכות; כי במסגרתו ידון בית המשפט שלערעור מחדש – "de novo" – בכל נושא הערעור, לרבות בממצאים עובדתיים ובממצאי המימנות; כי עצם קיומה של דעת מיעוט יהווה שיקול במסגרת השיקולים לקיום דיון בערעור בפני הרכב מורחב של שופטים; וכי קיומה של דעת מיעוט מזכה בערעור, יהווה עילה לבקשה לדיון נוסף.¹²³

לטעמי, כל עוד אין שינוי במצב המשפטי הקיים, בעניין ההכרעה בדעת רוב ובעניין זכותה של המדינה לערער על זיכוי, וכל עוד אין ערכאת ערעור נוספת בין בית המשפט המחוזי לבית המשפט העליון, מוצע לבחון, ברוח המלצות ועדת אנקר, גישות ביניים להרחבת העילות לבקשות רשות ערעור, דיון נוסף ואף משפט חוזר, כמפורט להלן, במיוחד אם הנאשם הורשע בדעת רוב בערכאת הערעור לאחר שזכה בערכאה הדיונית, או אף כשהייתה דעת מיעוט מזכה גם בערכאה הדיונית וגם בערכאת הערעור. זאת, לאור היתרונות המהותיים של הצעותיי ותרומתן הצפויה לצמצום הסכנה של הרשעת שווא – חרף ההשלכות השליליות העלולות לנבוע מאימוץ הצעותיי או הצעות ועדת אנקר, ובהן ריבוי צפוי של בקשות ושל דיונים, תוך הגברת העומס, הכבד בלאו הכי, על שופטי ערכאות הערעור בכלל ועל שופטי בית המשפט העליון בפרט.

כך, מקום שהנאשם זוכה בבית משפט השלום והורשע ברוב דעות בבית המשפט המחוזי, מוצע לשקול כי הדבר יהווה עילה לבקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, בשים לב למכלול הנסיבות ובהן רצינות העניין, במיוחד אם מדובר בהרשעה בעבירה שיש עמה קלון או אם בעקבות ההרשעה נגזר על הנאשם מאסר ממושך שהנאשם טרם סיים לרצות את רובו.

כאשר נאשם זוכה בבית המשפט המחוזי והייתה דעת מיעוט מזכה בבית המשפט העליון בהרכב של שלושה, הנני מציע לשקול כי הדבר יהווה עילה לבקשת דיון נוסף, בפני הרכב מורחב בבית המשפט העליון – גם כשאין מדובר בהלכה חשובה, קשה או חדשה,¹²⁴ אלא אך בשאלת חפותו של הנאשם, אף זאת בשים לב לרצינות העניין וליתר הנסיבות, כגון אם מדובר בעבירה שיש עמה קלון או שעל הנאשם הושת מאסר ממושך שטרם סיים לרצות את רובו – או עילה לבקש משפט חוזר; והכול, אם יסבור נשיא בית המשפט העליון, המשנה לנשיא או שופט בית המשפט העליון הן בבקשה, כי יש סיכוי של

¹²² כמו כן, לטענתו "...הגורם המכריע ביחס להחלטה איננו התעמקות בחומר הראיות בניסיון לאתר עיוות דין ולתקנו, אלא מה שאני מכנה 'מבחן טכני-פורמאלי-מוסדי'..." – סנג'ור, לעיל הערה 1, בעמ' 231, 234, 240-243. כן ראו: בועז סנג'ור ומרדכי קרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון" עלי משפט א 97 (תש"ס); ליאון שלף "על סופיות הדיון ועל עשיית צדק במשפט הפלילי: הרהורים נוגים על משפט חוזר, ערעור פלילי וחנינה" קרית המשפט א 133 (תשס"א); אפרת פינק ורתם רוזנברג-רובינס "על הבעיות המוסדיות המונעות תיקון של הרשעות שווא בישראל" מעשי משפט ה 193 (2013); דוח פעילות הסניגוריה הציבורית לשנת 2013, לעיל הערה 12, בעמ' 54-48.

¹²³ ראו: הלוי, לעיל הערה 14, בעמ' 129-141; ופסקה 33 בדו"ח ועדת אנקר.

¹²⁴ ראו סעיף 18 לחוק יסוד: השפיטה וסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט; וראו והשוו: דנ"פ 3688/14 חן נ' מדינת ישראל, בפסקה 16 להחלטת הנשיא א' גרוניס (6.8.2014).

ממש שהנאשם יזוכה אם תתקבל הבקשה וזאת בשים לב למכלול הנסיבות וגם לנימוקים של דעת המיעוט המזכה אל מול הנימוקים של דעת הרוב המרשיעה.

2. גורמי הסיכון המרכזיים לאפשרות להרשעת שווא והצעותיי

נראה בעיניי כי גורמי הסיכון העיקריים להרשעת שווא אינם נובעים מעקרונות השיטה, אלא מסיבות ראייתיות, כפי שעולה גם מממצאי פרויקט החפות; אך בטרם אתייחס לגורמי הסיכון הראייתיים, אעמוד על הסכנה כי חף מפשע עלול להודות בעבירה במסגרת הסדר טיעון – שעליה נכתב לא מעט בספרות, גם על ידי פרופ' סנג'ור.¹²⁵

2.1. א. בעיית החף והסדרי טיעון – במיוחד של עצורים עד תום ההליכים

כאמור, רוב הנאשמים מודים בבית המשפט במיוחס להם, מקצתם שלא במסגרת הסדר טיעון אך רובם בעקבות הסדר טיעון. למעשה, מהמחקר הסטטיסטי¹²⁶ עולה כי בבתי המשפט המחוזיים 81.5% מהנאשמים הודו באישומים נגדם במסגרת הסדר טיעון, ורק כ-6% הודו ללא הסדר טיעון; ואילו בבתי משפט השלום כ-61.5% מהנאשמים ערכו הסדרי טיעון, רק כ-5% מהנאשמים כפרו באישומים וניהלו משפט הוכחות, ואילו היתר הודו שלא במסגרת הסדר טיעון או שהאישומים נגדם בוטלו.

כמו כן, ממחקר שנערך על ידי ד"ר עמי קובו, שבמסגרתו רואיינו 400 נאשמים, עולה כי בעוד שכ-55% מהנאשמים הודו במשפט וטענו גם בראיון שאכן ביצעו את העבירה, כ-23% מהנאשמים כפרו במשפט וטענו גם בראיון לחפותם ואילו כ-15% מהנאשמים אמנם הודו במשפט אך בראיון עימם טענו שהם חפים מפשע;¹²⁷ לדעת ד"ר קובו, "מערכת המשפט מעניקה לנאשמים תמריצים להודות באשמה, ואף יוצרת לחצים להודאה באשמה. במקביל, לא מתקיים פיקוח מספק על קבלת ההודאה ואין ערובות מספקות לשמירת ההבנה והאוטונומיה של הנאשמים. מצב דברים זה מוביל להתפתחות תופעת הנאשמים הבלתי-עקביים, ויוצר חשש ממשי להרשעות שווא על סמך הודאות נאשמים. כדי לצמצם את תופעת הנאשמים הבלתי-עקביים ואת החשש מפני הרשעות שווא, יש לבצע רפורמה בהליך קבלת ההודאה בישראל, ולקבוע כללים שיאסרו הפעלת לחצים פסולים על נאשמים להודות באשמה".¹²⁸

לטעמי, את הצעותיו של ד"ר קובו יש לבחון בכובד ראש, ובמיוחד יש לנסות לצמצם את החשש כי נאשם יודה בעבירה שלא עשה במסגרת הסדר טיעון, בעיקר בגין היותו נתון במעצר עד תום ההליכים.

כידוע, הפסיקה הכירה בנחיצותם של הסדרי הטיעון. אמנם, בעבר, בשנת 1972, הביע השופט (כתוארו אז) י' לנדוי הסתייגות מ"עסקאות טיעון".¹²⁹ אולם, כעבור כשלושים שנה, בפסק הדין המנחה שניתן בעניין זה,¹³⁰ על ידי הרכב מורחב של תשעה שופטים, ציינה השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש, בין היתר, כי "בתי המשפט אינם מתייחסים עוד להסדרי הטיעון כהכרח לא יגונה אלא מכירים בערכם

¹²⁵ סנג'ור, לעיל הערה 1, בעמ' 24, 219-221 ועוד.

¹²⁶ הערה 44.

¹²⁷ עמי קובו נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט – מודים באשמה וטוענים לחפותם 289 (הוצאת נבו, 2009).

¹²⁸ שם, בעמ' 471.

¹²⁹ ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 543, 559 (1972).

¹³⁰ ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577 (2002).

ובתרומתם".¹³¹ בעקבות כך, השתנה גם המינוח שבו נוקטים בתי המשפט בהקשר זה, מהכינוי הישן ובעל הנימה השלילית של "עסקת טיעון", לכינוי המקובל כיום של "הסדר טיעון".¹³²

על הגישות השונות כלפי המוסד של הסדרי טיעון, על שאלת עצם ההצדקה שלו ובעיקר על יתרונותיו ועל חסרונותיו וכן על המודל העומד ביסודו – נכתב לא מעט בספרות;¹³³ וכן הוגשה הצעת חוק בנושא.¹³⁴ אך קצר המצע מלהרחיב גם בנושא חשוב זה.

להלן **אתמקד**, אפוא, אך בשאלה האם חפים מפשע עלולים להיות מורשעים במסגרת הסדר טיעון – המכונה בספרות לעתים כ"**בעיית החף**";¹³⁵ ואם כן, מה הן הסיבות לכך ומה ניתן וראוי לעשות כדי להתמודד עם הסכנה האמורה ולנסות למזערה.

לטענת פרופ' סנג'רו, המוסד של הסדרי טיעון הוא בבחינת "גולם שקם על יוצרו" והוא מהווה אחת הסיבות העיקריות להרשעת חפים מפשע.¹³⁶

לטעמי, לצד היתרונות העומדים בבסיסם של הסדרי הטיעון, אכן קיימת סכנה כי חפים מפשע יתפתו להודות במה שלא עשו, במסגרת הסדר טיעון מקל, אשר לפיו יתוקן כתב האישום המקורי כך שהאישומים החמורים יומרו לאישומים קלים יותר, וזאת בעיקר כאשר הנאשם נתון במעצר עד תום ההליכים ובמיוחד כאשר במסגרת הסדר הטיעון מוסכם על הצדדים לעתור לעונש מאסר הקצר מתקופת המעצר עד תום ההליכים, שהיא כידוע תשעה חודשים.

מכיוון שבבתי המשפט המחוזיים נדונים רק פשעים ופשעים חמורים, שעונש המאסר הצפוי בגינם (במקרה של הרשעה) הוא לרוב מעל תשעה חודשים, הסכנה האמורה קיימת בעיקר במשפטים הנדונים בבתי משפט השלום, שבהם במקרים רבים עונשי המאסר בפועל המוטלים על הנאשמים המורשעים אינם עולים על תשעה חודשים.

במצב הקיים, נאשם הנתון במעצר עד תום ההליכים, במיוחד כאמור במשפט המתנהל בבית משפט השלום, עלול **באופן טבעי** להתפתות ולהודות בעבירה שלא עבר, אם יוצע לו, על ידי בא-כוחו ועל ידי ב"כ המאשימה, הסדר טיעון שבמסגרתו יוסכם על עונש מאסר בפועל החופף את תקופת מעצרו, או מאסר לתקופה קצרה מתשעה חודשים, או אף על המרת האישום לאישום הגורר לרוב מאסר בפועל שאינו עולה על תשעה חודשים. זאת, מבלי לשקול כדבעי את ההשלכות הקשות העלולות להיות לעצם ההרשעה בעתיד, תוך התמקדות בטווח המיידי של השחרור הקרוב מהמעצר, ומתוך החשש כי ללא ההסדר הוא עלול להמשיך לשהות במעצר ואף להיות מורשע בעבירות שבכתב האישום המקורי ולהיות

¹³¹ שם, בעמ' 592.

¹³² ראו ע"פ 5699/07 פלונית (א) נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (3) 550, בפסקה 3 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש (2008).

¹³³ ראו למשל: מנחם גלברד "המודל הפסיכולוגי של תהליכי קבלת החלטות המתקבלות על ידי עורכי דין בהקשר של 'עסקת טיעון'" (חיבור לקבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת חיפה, 2009); אורן גזל-אייל ואבישלום תור "השפעת חפות על הסדרי טיעון: ממצאים אמפיריים, תובנות פסיכולוגיות, והשלכות נורמטיביות" **משפטים** לט 115 (2009); אליהו מצא "הסדרי טיעון – עבר ועתיד" **הסניגור** 171, 5, 11 (2011); מאיר שמגר "שימוש מופרז בעסקות טיעון" **עורך הדין** 93, 8 (2011); מאיר שמגר "עסקאות טיעון" **ספר גבריאל בך** 219 (2011); יוסף זוהר ומוטי מיכאלי "משפט בצל המיקוח: אפקט מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון" **עלי משפט** י"א 153 (תשע"ד). כן ראו הערה 135.

¹³⁴ הצעת חוק סדר הדין הפלילי (הסדר טיעון), התש"ע-2010.

¹³⁵ ראו למשל: אורן גזל "הסדרי טיעון ובעיית החף" **משפטים** לה 1, 34 (תשס"ה).

¹³⁶ לעיל, הערה 125.

צפוי לעונש מאסר בפועל העולה על העונש המוצע במסגרת הסדר הטיעון, ואולי גם תוך מחשבה מוטעית כי לאחר שישוחרר מהמעצר יוכל להילחם על חפותו במסגרת ערעור או משפט חוזר.

על כן, **חרף העומס הרב המוטל גם על בתי משפט השלום, הנני מציע לקצר בחוק את תקופת המעצר עד תום ההליכים במשפטים המתנהלים בבתי משפט השלום**, בגין עבירות שאינן בסמכות מקבילה של בית משפט מחוזי, וזאת לשישה חודשים – חלף התקופה הנוכחית של תשעה חודשים.¹³⁷ כמו כן, הנני מציע כי כשם שבית המשפט נוהג להבהיר לנאשם שאינו כפוף להסדרי טיעון, **בית המשפט יקפיד גם לוודא עם הנאשם, במיוחד אם ההודאה היא של נאשם העצור עד תום ההליכים – כי הנאשם המודה עושה כן מרצונו הטוב, כי הוא מבין את מהות ההרשעה וכי אינו מודה אך כדי להשתחרר ממעצרו.**

לטעמי, הצעותיי דלעיל יצמצמו את הסכנה של הרשעת חפים מפשע במסגרת הסדרי טיעון. עם זאת, יש לזכור כי אין לבית המשפט הכלים לבדוק אם נאשם המודה בפניו בעבירה אכן עבר את העבירה אם לאו, או אף האם קיימות בחומר החקירה ראיות לכאורה מעבר לספק סביר בדבר אשמתו, וזאת בין אם ההודאה ניתנה במסגרת הסדר טיעון ובין אם לאו. כמו כן, יש לזכור כי אין לבית המשפט דרך וכלים לבחון את אמיתות תשובות הנאשם לשאלות בית המשפט וכנותן; וכן יש לזכור כי הנאשם ככלל מיוצג על ידי סניגור, שחזקה עליו כי הוא ממלא תפקידו נאמנה ומבהיר לנאשם את המשמעויות של ההודאה ושל ההרשעה.

לא למותר להבהיר כי גם אם תתקבלנה הצעותיי, אין דרך להבטיח כי לעולם לא יורשע חף מפשע בכלל ועל פי הודאתו בבית המשפט בפרט, בין אם בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום המקורי ובין אם בעבירה קלה יותר שבכתב אישום מתוקן, במסגרת הסדר טיעון, **כשאינן כל סימן היכול להעיד על כך שהוא חף – לאחר שהנאשם מחליט מרצונו ומשיקוליו הוא להודות, בדרך-כלל כדי שלא ליטול את הסיכון כי יוטל עליו עונש החמור מזה המוצע לו במסגרת הסדר הטיעון, או כדי שלא ליטול את הסיכון כי יורשע בעבירה החמורה יותר שבכתב האישום המקורי, אשר בגינה הוא עלול להיות נדון לעונש חמור יותר מזה המוצע לו על פי ההסדר או מזה שהוא צפוי לו בעקבות תיקון כתב האישום במסגרת ההסדר.**

1.2.ו. האפשרות להרשיע על סמך עדות יחידה

כידוע, בעוד שבמשפט העברי "על פי שניים עדים יקום דבר", במשפט הישראלי, כבשיטות משפט אחרות, ככלל, **ניתן להרשיע נאשם על פי עדות יחידה, מלבד במקרים חריגים, כמפורט בסעיף 54א לפקודת הראיות, שאליהם אתייחס להלן בהרחבה, אך קודם לכן אעמוד על הבעייתיות הכרוכה בהרשעה על סמך עדות זיהוי יחידה, ללא תוספת ראייתית.**

1.2.ו.1. עדות זיהוי יחידה

ככלל, ניתן להרשיע על סמך עדות זיהוי יחידה, ללא תוספת ראייתית.¹³⁸ ברם, בשים לב למגבלות הזיכרון האנושי נקבע בפסיקה כי על בית המשפט לנהוג **בזהירות מרבית** בבואו לבסס הרשעה בפלילים על סמך עדות זיהוי יחידה.¹³⁹

¹³⁷ ראו: לוי, **הסניגור** 206, 4, 13-11 (2014).

¹³⁸ ראו למשל: ע"פ 4384/93 מליקר נ' **מדינת ישראל**, בפסקה 6 (25.5.1994); ע"פ 3595/06 דבאש נ' **מדינת ישראל**, בפסקה 8 (28.9.2006); ע"פ 8902/11 חזיזה נ' **מדינת ישראל**, בפסקה 47 ואילך (15.11.2012); ע"פ 5606/10 בוניפד נ' **מדינת ישראל**, בפסקאות 24-25 (19.12.2012).

בנוסף, נקבע בפסיקה כי מתוקף הזהירות המרבית הנדרשת בהרשעה מסוג זה, יש לבחון תחילה את אמינותו של העד המזהה, ולאחר מכן את מהימנותו של הזיהוי כשלעצמו, שכן גם אם מדובר בעד מהימן הבטוח בזיהוי, יתכן שהוא טעה טעות כנה. מהימנות הזיהוי נבחנת אפוא ברובד הסובייקטיבי וברובד האובייקטיבי כאחד.¹⁴⁰

על פי הפסיקה, כאשר הזיהוי הוא על פי עדות יחידה, ונסיבותיה אינן מאפשרות לסמוך על הזיהוי בוודאות מספקת, יקשה לבסס הרשעה על עדות זו לבדה.¹⁴¹ לא כן, כאשר לזיהוי הבעייתי על פי עדות יחידה יש חיזוקים ראייניים ממשיים, אשר יחד עם הזיהוי מוכיחים את אשמת הנאשם מעבר לספק סביר; כך, למשל, ברע"פ 912/05 פלאח נ' מדינת ישראל (1.2.2005) אושרה הרשעתו של המערער על סמך זיהוי ב-90% בצירוף התבטאות מפלילה של המערער וסתירות בגרסתו.

על הבעייתיות המאפיינת זיהוי על פי עד יחיד, מתוספים במקרים רבים, באופן מצטבר, קשיים הנוגעים למסדר הזיהוי שנערך למזהה ובחלק מהמקרים גם פגמים במסדר הזיהוי.

כידוע, מסדר זיהוי הינו כלי לגילוי זהותו של עבריין, שמטרתו היא לבחון את מידת קליטתו וכוח זיכרונו החזותי של העד המזהה. טעויות בזיהוי על ידי עדי ראיה, בין במסדר זיהוי ובין בכלל, אפשריות מסיבות מגוונות. הכללים הנוהגים לגבי עריכתו של מסדר זיהוי מיועדים לצמצם את החשש מפני טעויות ומפני השפעות חיצוניות.¹⁴² אין חולק כי הדרך העדיפה לביצוע מסדר זיהוי הינה עריכת מסדר זיהוי חי, אך תנאי מוקדם לכך הוא איתורו ומעצרו של החשוד במעשה העבירה. מקום שהמשטרה נקטה אמצעי זיהוי אחר, כגון מסדר זיהוי בתמונות, אין הדבר שולל את קבילות הזיהוי אלא משליך על משקלו. במקרים שבהם יש נימוק ראוי לעריכת מסדר זיהוי תמונות חלף מסדר זיהוי חי, ישוקלל הנימוק לבחירת האמצעי לעניין קביעת משקל הראיה.¹⁴³

על פי הפסיקה, פגמים במסדר זיהוי יכולים להביא להפחתת משקל הראיה אך לא בהכרח יביאו לפסילתה, והעניין מסור לשיקול דעתו של בית המשפט. רק במקרים שבהם הפגמים הם חריגים וקיצוניים עלול משקל הזיהוי להישלל כליל.¹⁴⁴

¹³⁹ נוסף לפסיקה דלעיל ראו גם והשוו: עניין דמיאניוק, לעיל הערה 63, בפסקאות 191, 211-196; ע"פ 10360/03 שדיד נ' מדינת ישראל, בפסקאות 12-14 (2.3.2006).

¹⁴⁰ ראו והשוו למשל: ע"פ 9040/05 אוהיון נ' מדינת ישראל, בפסקה 16 (7.12.2006); ע"פ 2957/10 אלאטרש נ' מדינת ישראל, בפסקה 59 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר, שהיה בדעת מיעוט בעניין זיכוי המערער – שם הובאה רשימה לא סגורה של שיקולים העשויים לסייע בידי בית המשפט להעריך האם אין מדובר בזיהוי שיסודו בטעות כנה (30.5.2012).

¹⁴¹ ראו והשוו: ע"פ 87/53 אל נבארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ז(2) 970, 964 (1953); ע"פ 275/74 אביטן נ' מדינת ישראל, פ"ד כ"ט(2) 470, 473-474 [לעניין זיהוי על פי קול, שלא היה במלוא מידת הוודאות] (1975); ע"פ 397/86 מחג'נה נגד מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 466, בפסקה 7 (1987); ע"פ 4095/91 דוריב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 190, 202 (1992); ע"פ 2180/02 קאסם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 642, 650 (2002); דני"פ 117/03 קאסם נ' מדינת ישראל (18.3.2003); ע"פ 6508/02 פלוני נ' מדינת ישראל (6.2.2003); ע"פ 3595/06, לעיל הערה 138, שם; ע"פ 1160/09 אזולאי נ' מדינת ישראל, בפסקאות 74-87 (19.10.2009); והכרעת הדין המזכה בת"פ (מח' ב"ש) 47260-11-11 מדינת ישראל נ' זיאדנה (3.9.2012), שעליה לא הוגש ערעור.

¹⁴² ע"פ 5249/01 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1), 656, 665-666 (2002); ע"פ 2180/02, שם, בעמ' 648.

¹⁴³ ראו למשל: ע"פ 1024/91 חג'בי נ' מדינת ישראל, בפסקה 8 (31.5.1992); בש"פ 5980/01 קאסם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 433 (2001).

¹⁴⁴ ראו למשל: בש"פ 5980/01, שם; ע"פ 10360/03, לעיל הערה 139, בפסקה 19; דני"פ 117/03, לעיל הערה 141; רע"פ 9901/04 ואכד נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 (15.2.2005); ע"פ 4514/10 דיבה נ' מדינת ישראל, בפסקה 44 (3.9.2012).

לדעת פרופ' סנג'רו, הכללים הקיימים כיום בעניין מסדרי זיהוי עלולים לגרום להרשעה של חפים מפשע ועל כן יש לשנותם. פרופ' סנג'רו מציע אפוא לאמץ כללים חדשים בעניין עריכתם של מסדרי זיהוי, שרובם הוצעו בשעתם על ידי המלומד Wells¹⁴⁵ ובעיקר שהעד יראה בכל שלב במסדר רק ניצב אחד, במקום שהעד יראה את כל הניצבים יחד, דבר שעלול להביא את העד לבחור באחד מהם בדרך האלימינציה; ולהדגיש מראש באוזני המזהה כי אפשר שהחשוד אינו בין הניצבים; וכן לתעד בווידיאו כל מסדר זיהוי.¹⁴⁶

לטעמי, לאור החשיבות של הדיוק בזיהוי ולאור הבעייתיות הכרוכה בזיהוי בכלל ועל ידי מזהה יחיד בפרט, על פי הכללים הקיימים, כמובהר לעיל, אכן **מן הראוי** לבחון בכובד ראש את הצעותיו של המחבר, כמו גם הצעות נוספות שהועלו בעניין זה.¹⁴⁷

חשוב מכך, לאור הממצאים של פרויקט החפות ושל מחקרים נוספים שנערכו בחו"ל ושלפיהם הגורם המרכזי להרשעות שווא הינו ההתבססות על עדות לא נכונה של מזהה יחיד,¹⁴⁸ הנני **מציע** לשנות את המצב המשפטי הקיים, שלפיו כאמור ניתן להרשיע על סמך עדות זיהוי יחידה ללא תוספת ראייתית, כך שככלל לא יורשע נאשם על פי עדות של מזהה יחיד אלא אם כן יש דבר לחיזוקה, מלבד אם ראה בית המשפט לנכון להסתפק בעדות היחידה מנימוקים שיפורטו.

ו.2.ב.2. עדות יחידה הטעונה כיום תוספת ראייתית

כללי

בעבר, עד לשנת תשמ"ב-1982,¹⁴⁹ קבעה ההלכה הפסוקה כי נדרשת ראיית סיוע לצורך הרשעה על פי עדות יחידה בארבע קטגוריות של מקרים: שותף לעבירה; קרבן של עבירת מין; אישום בעדות שקר; ועדות קטין שלא בשבועה. כמו כן, לצד ארבע קטגוריות אלו נדרש סיוע גם מכוחן של הוראות חקוקות אחדות, ביניהן סיוע לעדות של ילד לפני חוקר ילדים.

כיום, למן הוספת סעיף 54א לפקודת הראיות, בשנת התשמ"ב-1982, אין עוד צורך בראיית סיוע להרשעה על פי עדות יחידה של שותף לדבר עבירה, כי אם די בדבר לחיזוקה, כאמור ברישא של סעיף 54א(א) לפקודת הראיות; ורק כאשר השותף לאותה עבירה הינו עד מדינה, דהיינו שותף המעיד מטעם התביעה לאחר שניתנה או הובטחה לו טובת הנאה, טעונה עדותו של עד המדינה סיוע, כאמור בסיפא של הסעיף האמור.

למעשה, כיום מצומצמת דרישת הסיוע לקטגוריות מעטות, בעיקר לעדות של ילד לפני חוקר ילדים (ראו בעניין זה סעיף 54א(ג) לפקודת הראיות וכן סעיף 11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955), וכן כאמור לעדות יחידה של עד מדינה.

¹⁴⁵ Gary L. Wells, *Eyewitness Identification: Systemic Reforms*, 2006 Wis. L. Rev. 615 (2006).

¹⁴⁶ סנג'רו, לעיל הערה 1, בעמ' 99-100.

¹⁴⁷ ראו למשל: דורון מנשה ורביע עאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" **משפטים** לה 205 (תשס"ה).

¹⁴⁸ למעשה, הן מפרויקט החפות והן ממחקרים נוספים התברר כי רוב הרשעות השווא, ואף כ-75% מהן, התבססו גם, או רק, על עדויות ראייה שגויות או שקריות: ראו על כך, למשל, בספרו של Garrett, לעיל הערה 23, בעמ' 45-48; סנג'רו, לעיל הערה 1, בעמ' 95-96.

¹⁴⁹ ראו: **קדמי, על הראיות חלק ראשון**, 183-181, 188-190.

לטעמי, אחת השאלות החשובות המתעוררות, בין היתר לנוכח ממצאי המחקרים שנערכו בחו"ל בעניין הרשעת חפים מפשע על סמך עדות יחידה או ראיה יחידה, היא האם אין מקום לדרוש תוספות ראייתיות לעדות יחידה ביחס לקטגוריות של מקרים שבהם אין נדרשת כיום תוספת ראייתית כלל, הגם שנדרשה בעבר, כגון לעדות מתלווה/ת בעבירת מין, או ביחס לקטגוריות אחרות של ראיות, כגון לעדות של מזהה יחיד; ובמקרים שבהם נדרשת כיום תוספת ראייתית – כגון דבר-מה להודאה בחקירה או דבר לחיזוק עדות שותף – האם די באותה תוספת, או שמא נדרשת תוספת מחמירה יותר. לכך אתייחס בהמשך הרשימה.

כידוע, קיימים שלושה סוגים של תוספות ראייתיות: דבר-מה, דבר לחיזוק וסיוע.¹⁵⁰

בפועל, התוספות הראייתיות נחלקות לשתי קטגוריות עיקריות, השונות במהותן זו מזו: הקטגוריה הראשונה היא של ראיות מסבכות (ראיית סיוע), ואילו הקטגוריה השנייה היא של ראיות מאמתות או מחזקות (דבר-מה או דבר לחיזוק).

לפיכך, ככלל, הדבר לחיזוק, בדומה לדבר-מה ובהבדל מהסיוע, אינו צריך לסבך את הנאשם בעבירה מושא האישום.¹⁵¹

ביחס לשאלה האם הדבר לחיזוק או הדבר-מה צריך להתייחס לגזרת המחלוקת או לנקודה השנויה במחלוקת אם לאו, ניתן לומר כי קיימות שתי גישות שונות, כשהגישה המקובלת היא כי אין הדבר הכרחי.¹⁵²

כידוע, על מנת שראיה תוכל לשמש סיוע, עליה לעמוד בשלושה תנאים מצטברים: ראשית, עליה לבוא ממקור נפרד ועצמאי; שנית, עליה לסבך, או לפחות לנטות לסבך, את הנאשם באחריות לביצוע המעשה המיוחס לו; ושלישית, על הראיה לסייע בהוכחת נקודה ממשית השנויה במחלוקת בין הצדדים.¹⁵³

¹⁵⁰ בחלק מקטגוריות המקרים שבהם נדרשת תוספת ראייתית, היא נדרשת מכוח הוראות החוק החרות, בעיקר פקודת הראיות; ואילו בקטגוריות אחרות, מקורה של התוספת הנדרשת הוא מכוח ההלכה הפסוקה (כגון דבר-מה להודאת נאשם בחקירה, דבר-מה לעדות מעורב בדבר עבירה, או תוספת ראייתית לעדות של "עד מדינה לשיטתנו").

¹⁵¹ על היחס בין הדבר-מה לבין הדבר לחיזוק יש שלוש גישות: האחת, כי מדובר בתוספות זהות במהותן, השונות בשמן, כשהדבר-מה הוא יציר הפסיקה ואילו הדבר לחיזוק הוא יציר החוק – ראו, למשל, עניין מרקוס, לעיל הערה 5, בעמ' 294; השנייה, כי הדבר לחיזוק הוא מעין "דרגת ביניים" בין הדבר-מה לסיוע – ראו, למשל, ע"פ 6147/92 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מח(1) 62, 72 (1993) (להלן: "עניין כהן"); עניין מילשטיין, לעיל הערה 7, בפסקה 21 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל; והגישה השלישית, כי הדבר לחיזוק צריך רק לחזק את אמינות הראיה הבסיסית אך לא לאמתה כמו הדבר-מה – קדמי, על הראיות חלק רביעי, 339. בעיניי נראית הגישה השנייה; מכל מקום, שניהם אינן תוספות מסבכות, והשאלה החשובה היא מה המשקל של הראיה הבסיסית הטעונה תוספת, בכל מקרה קונקרטי, שלאורה נקבע המשקל הנדרש מהתוספת הראייתית. ראו גם ההערה הבאה והטכסט בהמשך.

¹⁵² לגישה האחת, שאינה הגישה המקובלת, ושלפיה הדבר לחיזוק או הדבר-מה צריך להתייחס לנקודה שנויה במחלוקת, ראו למשל והשוו: ע"פ 715/78 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 228, 236 (1979) (להלן: "עניין לוי"); ע"פ 3361/91 אבו ראס נ' מדינת ישראל (27.10.1991); ע"פ 3967/91 מזון נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 168, 173 (1992); ואילו לגישה ההפוכה והמקובלת, ראו למשל: ע"פ 169/86 חסונה נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 466, 471 (1987); עניין כהן, שם, בעמ' 69; קדמי, על הראיות חלק ראשון, 413. עם זאת, לטעמי, אפשר כי אין מדובר בגישות עקרוניות שונות, אלא במסקנות יישומיות הנובעות מהמשקל השונה של הראיה הבסיסית הטעונה דבר לחיזוק, במקרים הקונקרטיים, כך שכאשר בפועל המשקל של הראיה הבסיסית הוא מלא, אין צורך כי הדבר לחיזוק, או הדבר-מה, יתייחס לגזרת המחלוקת או לנקודה השנויה במחלוקת; ואילו כאשר מתברר כי המשקל של הראיה הבסיסית אינו גבוה, נדרש דבר לחיזוק, או דבר-מה, בעל משקל ממשי אשר יתייחס לחזית המריבה או לפחות לנקודה השנויה במחלוקת בתוככי יריעת המחלוקת; השוו: קדמי, על הראיות, שם.

¹⁵³ ראו למשל: ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ד (1) 145, 165 (2000); ע"פ 7832/04 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה ה. (3) לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין (4.5.2006); ע"פ 7450/01 אבו ליטאף נ' מדינת ישראל, בפסקה 56 לחוות דעתה של השופטת ד' ברלינר (31.7.2007) (להלן: "עניין אבו ליטאף"); ע"פ 1601/99 שהין נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ג(4) 448 (1999); קדמי, על הראיות חלק ראשון, 264-280.

כידוע, קיימת **זיקת גומלין** בין משקל הראיה הבסיסית הטעונה תוספת ראייתית לבין המשקל של התוספת הראייתית הנדרשת, כך שקיים **יחס הפוך**, של מעין "**מקבילית כוחות**", בין משקל הראיה הבסיסית הטעונה תוספת ראייתית לבין משקל התוספת. על כן, ככל שמשקלה של הראיה הבסיסית הינו גבוה יותר, משקלה של התוספת הראייתית יכול להיות נמוך יותר; ולהיפך.¹⁵⁴ ברי אפוא כי, מחד גיסא, כאשר עדות יחידה הטעונה תוספת ראייתית (של חיזוק או סיוע) אינה מהימנה כלל ועיקר, אין די לצורך הרשעה בראיית חיזוק או סיוע, אף לא במשקל גבוה. מאידך גיסא, גם כאשר ניתן אמון מלא בעדות יחידה הטעונה חיזוק או סיוע, עדיין נדרשת לה תוספת ראייתית (מסוג חיזוק או סיוע, לפי העניין), אך משקלה של התוספת אינו חייב להיות גבוה.

אמנם, בפסיקה הובהר כי התוספת הראייתית הנדרשת על פי הדין לצורך הרשעה, הינה התוספת הראייתית **המינימאלית**; לשון אחרת, הדרישה שבדין לתוספת ראייתית מהווה, אפוא, "**סף תחתון**" או "**רף מינימאלי**",¹⁵⁵ והיא מתייחסת למקרים שבהם **המשקל של הראיה הבסיסית** הטעונה תוספת הינו מלא או לפחות גבוה.¹⁵⁶ **אולם**, בפועל נראה כי לפחות בחלק מהמקרים, **המשטרה**, ביודעה מה התוספת הראייתית הנדרשת על פי דין לצורך הרשעה, **מסתפקת באיסוף ראיות על פי התוספת הראייתית המינימאלית**; וכפועל יוצא מכך, בחלק ניכר מהמקרים מוגשים כתבי אישום המבוססים על הראיה הבסיסית והתוספת הראייתית המינימאלית. בעקבות כך, **התוספת המינימאלית הופכת במקרים רבים לתוספת הסטנדרטית**, ובתי המשפט נדרשים להכריע בשאלת אשמתו של הנאשם על סמך תשתית ראייתית הכוללת לא אחת אך את הראיה הבסיסית והתוספת המינימאלית הנדרשת לה בדין.

לטעמי, **יש לשנות מצב זה מן היסוד**, ולשם כך הנני **מציע להחמיר בדרישות לתוספת ראייתית לגבי** קטגוריות שבהן קיימת סכנה מוגברת להרשעת שווא. אקדים ואציין כי כך, למשל, הנני **מציע** שמקום שנדרשת כיום, על פי הפסיקה, תוספת ראייתית של דבר-מה להודאת נאשם בחקירה, ייקבע בפקודת הראיות במפורש שככלל נדרשת תוספת ראייתית מחמירה יותר, תוך מתן שיקול דעת לבית המשפט להסתפק בדבר-מה, על פי הדין הנוהג כיום, אך זאת מנימוקים שיפורטו. כמו כן, הנני **מציע** לשנות את הדין כך שבמקום דרישת ההנמקה לגבי עדות יחידה של מתלונן/ת בעבירת מין, יידרש דבר לחיזוקה, מלבד אם יראה בית המשפט לנכון להסתפק בעדות היחידה, מנימוקים שיפורטו.

עדות יחידה של שותף לעבירה

לגבי עדות **שותף קיים רציונל כפול** ולעתים **אף משולש** לדרישה לתוספת ראייתית, שהיא כאמור מסוג **דבר לחיזוק: ראשית**, שותף לדבר עבירה הוא עבריין, ה"חשוד על האמת"; **שנית**, שותף לדבר עבירה חשוד כמי שמנסה לגמד את חלקו בעבירה ולהטיל על שותפיו אחריות גדולה ככל האפשר. **כמו כן**, לגבי שותף קיים **לעתים** חשש **שלישי** והוא כי בעדותו **ינסה** לרצות את התביעה ולזכות בטובת הנאה בעקבות עדותו.¹⁵⁷

¹⁵⁴ ראו למשל והשוו: ע"פ 715/78 בעניין לוי, לעיל הערה 148, בפסקה 7; ע"פ 209/87 שחאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 594, 596 (1987); ע"פ 4048/91 דהאר נ' מדינת ישראל, בפסקה 12 (29.12.1993); ע"פ 5300/91 עטא נ' מדינת ישראל, בפסקה 12 (29.9.1994); דנ"פ אל עביד, לעיל הערה 85, 795-796, בפסקאות 51 ו-103.
¹⁵⁵ ראו למשל והשוו: ע"פ 361/90 קהמוז נ' מדינת ישראל, בפסקה 3 (21.5.91); דנ"פ 9216/10 ז'אנו נ' מדינת ישראל (23.3.14).

¹⁵⁶ ראו למשל והשוו: עניין כהן, לעיל הערה 151, בעמ' 67; ע"פ 3631/92 ג'אבר נ' מדינת ישראל, בפסקה 12 (25.12.96).
¹⁵⁷ ראו, למשל, **קדמי, על הראיות**, חלק ראשון, 203; הרנון **דיני ראיות** חלק שני 17.

כידוע, **עד לפני שנים** לא רבות קבעה ההלכה הפסוקה כי הפרקטיקה הנכונה היא כי אין להעיד שותף לדבר עבירה בטרם הסתיים משפטו (להלן: "**הלכת קינזי**").¹⁵⁸

בפועל, אף שדובר על פרקטיקה נכונה, הפכה הלכת **קינזי** לכלל בל יעבור, אשר הקשה עד מאוד על סיומם של הליכים פליליים של שותפים לדבר עבירה, תוך המתנה לסיום משפטיהם של השותפים העומדים לדין בנפרד, ותוך הארכה של המעצר עד תום ההליכים לפרקי זמן ארוכים מדי בחלק ניכר מהמשפטים. על הלכת **קינזי** נמתחה אפוא ביקורת נוקבת הן בספרות והן בפסיקה, משהתברר כי חרף הרציונל העומד ביסודה, חסרונותיה עולים על תועלתה. על כן, תחילה סויגה הלכת **קינזי**, עד כי לבסוף היא בוטלה, למעט במקרים חריגים ביותר.¹⁵⁹

עם זאת, **הרציונאליים שעמדו ביסוד הלכת קינזי**, דהיינו החשש כי שותף לדבר עבירה המעיד לפני סיום משפטו חשוד על האמת והוא עלול לחשוש מתוצאות משפטו ולשקר בעדותו כדי שלא להפליל עצמו או כדי להקטין כמידת האפשר את חלקו בעבירה, תוך העצמת חלקם של שותפיו, או כדי לרצות את התביעה בעניינם של שותפיו – רציונאליים אלו **כוחם יפה גם כיום**, הגם שהלכת **קינזי** כאמור בוטלה.¹⁶⁰ אלא שכאמור חרף רציונאליים אלו והחששות האמורים, הוחלט כי ככלל אין הצדקה להימנע משמיעת עדויותיהם של שותפים לדבר עבירה שמשפטם טרם הסתיים, למעט במקרים חריגים ביותר. יחד עם זאת, בעניין זה ראו במיוחד את דעתו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס, כי עם ביטול הלכת **קינזי** יש "**לחזק את ה'חיזוק'**" לעדות השותף המעיד בטרם הסתיים משפטו;¹⁶¹ וכן ראו את חוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור בעניין **שלאעטה**.¹⁶²

בעקבות ביטול הלכת **קינזי** והחשש המוגבר לגבי עדות שותף שנמסרה לפני סיום משפטו, לטעמי אין להסתפק כיום בתוספת הראייתית של דבר לחיזוק עדות שותף, והנני **מציע** כי ייקבע בפקודת הראיות כי **מקום שהעדות נמסרה בטרם הסתיים משפטו של השותף יידרש לה סיוע, אלא אם כן** ראה בית המשפט, **מנימוקים שיפורטו**, להסתפק **בדבר לחיזוק ובלבד** שיתייחס ל**נקודה ממשית השנויה במחלוקת**.

כמו כן, **מקום שהשותף לעבירה שתק** בעדותו או סירב לענות על שאלות חשובות, **במיוחד אם טרם הסתיים משפטו, ואמרותיו הוגשו לפי סעיף 10א לפקודת הראיות** והן מהוות **הראיה העיקרית** לחובת הנאשם – לעניות דעתי, **אין להסתפק בדבר לחיזוק מוגבר** לאמרותיו, מכוח דרישת החיזוק הכפולה לפי סעיף 10א ולפי סעיף 54א לפקודת הראיות, כפי שקובעת כיום הפסיקה; והנני **מציע** כי ייקבע בפקודת

¹⁵⁸ ע"פ 194/75 קינזי נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 477 (1976).

¹⁵⁹ עניין ביטול הלכת קינזי, לעיל הערה 8, נקבע, ברוב דעות, כי "הכלל הינו שאין מניעה להעיד כעד תביעה עד הקשור באותה פרשה ומשפטו תלוי ועומד. במקרים חריגים ביותר ומטעמים שיירשמו כאמור בפסקה 3 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש, יהיה רשאי בית המשפט היושב לדין לדחות שמיעת עדותו של עד-שותף עד לסיום משפטו".

¹⁶⁰ על כך ראו, למשל, עניין ביטול הלכת קינזי, לעיל הערה 8, בפסקה 2 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש; בפסקאות 1-2 לחוות דעתו של השופט כתוארו אז א' גרוניס; ובפסקאות 7-9 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה. כן ראו: בועז סנגירו "עדות שותף לעבירה – יעילות מול אמת (על ביטול הלכת קינזי)" **ספר גבריאל בך** 335 (2011).

¹⁶¹ בפסקה 2 לחוות דעתו בעניין ביטול הלכת קינזי, לעיל הערה 8, ובפסקה 5 לחוות דעתו בעניין **שלאעטה**, לעיל הערה 78.

¹⁶² עניין **שלאעטה**, שם, בפסקה 22; כן ראו פסקאות 64-65 להכרעת הדין המזכה בת"פ (מח' ב"ש) 8286/09 **מדינת ישראל נ' אבו צעלוק** (24.3.2013), שעליה לא הוגש ערעור – לעניין ההקפדה על קיומו של חיזוק מוגבר לאמרות של שותפים לעבירה שהוגשו מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות.

הראיות שבמקרה זה יידרש **סיוע**, אך בית המשפט יהא רשאי, **מנימוקים שיפורטו**, להסתפק בדבר לחיזוק העונה על שתיים משלוש דרישות הסיוע.¹⁶³

עדות יחידה של עד מדינה

לגבי עדות יחידה של עד מדינה, בהבדל מאשר לגבי שותף לעבירה – הדין הקיים כאמור דורש ראיות סיוע, ואין מקום לשנות את הדין ולהסתפק בתוספת ראייתית הפחותה מסיוע, כי אם יש צורך להקפיד **היטב על דרישת הסיוע**: מכיוון שעד מדינה הוא לעולם שותף לדבר עבירה שבפועל ניתנה או הובטחה לו טובת הנאה, מתעורר לגבי עדותו של כל עד מדינה חשש משולש – הן החששות שביסוד עדותו של כל שותף לדבר עבירה והן החשש הנוסף כי ישקר בעקבות טובת ההנאה שהובטחה או שניתנה לו.¹⁶⁴

לאור החששות הטבועים בעדותו של עד מדינה, מצוות המחוקק היא כי יהיה סיוע לעדותו, ועל פי ההלכה הפסוקה יש להתייחס לעדותו של עד מדינה בזהירות מרובה, ואין להסתפק בקיומו של סיוע טכני-פורמאלי לצדה, אלא מן הראוי כי הסיוע יהיה ענייני-ממשי ומהותי, שיהיה בו כדי להפיג ולסלק את החששות המלווים עדותו של עד שכזה; ועל כך יש להקפיד במיוחד.¹⁶⁵

בנוסף לכך, הפסיקה היטיבה להכיר ב"עד מדינה לשיטתו", דהיינו עד שהוא שותף לדבר עבירה שאמנם אינו עד מדינה אך הוא סבור שהובטחה לו טובת הנאה;¹⁶⁶ ולגביו נקבע כי אף שאין מתחייב סיוע ראייתי לעדותו על פי חוק, בכל זאת יש לדרוש לעדותו תוספת ראייתית שהיא בין חיזוק לסיוע, ולעתים אף סיוע או ראיה המתקרבת לסיוע.¹⁶⁷ כמו כן, הפסיקה הכירה גם בקטגוריות מיוחדות או במקרים מיוחדים של עדים, שאמנם אינם בגדר עדי מדינה, במובן הפורמאלי, אך יש בכל זאת להתייחס אליהם, באופן מהותי, כאל עדי מדינה ולדרוש סיוע לעדותם, למרות שאינם ממלאים אחר התנאים של ההגדרה של "עד מדינה".¹⁶⁸

1.2.3. עדות יחידה של מתלוננת בעבירת מין

כזכור, עד לשנת 1982 הייתה עדות יחידה של מתלוננת בעבירת מין טעונה סיוע, ואילו כיום ניתן להרשיע על סמך עדות יחידה כאמור ללא כל תוספת ראייתית ובלבד שבית המשפט יפרט בהכרעת הדין מה הניע אותו להסתפק בעדות זו.

¹⁶³ ראו למשל והשוו: עניין שלאעטה, לעיל הערה 78; עניין זינאתי, לעיל הערה 55; דני"פ ז'אנו, לעיל הערה 155; תי"פ (מחי בייש) 8286/09, שם, שם.

¹⁶⁴ ראו, למשל: קדמי, על הראיות, חלק ראשון 193, 499; עמנואל גרוס, עד המדינה, 127-130 (1988); תפי"ח (בייש) 50292-03-11 מדינת ישראל נ' טנסקי, בפסקה 133 לחוות דעתי, שעל פיה זוכה נאשם 1 בדעת רוב ושעליה לא הוגש ערעור (2.3.2014).

¹⁶⁵ עם זאת, ברי כי משננקטה הזהירות הנדרשת לעדותו של עד מדינה, ועדותו נמצאה מהימנה, אין לפסול הרשעה על פי עדותו ובלבד שיש לה סיוע. ראו למשל: ע"פ 389/73 בן-לולו נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 489, 492 (1974); קדמי, על הראיות חלק ראשון, 496-499; גרוס, שם, בעמ' 63; והשוו: דני"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583 (21.4.2004).

¹⁶⁶ עניין אבו ליטאף, לעיל הערה 153, בפסקאות 39-41 לחוות דעתי של השופטת ד' ברלינר.
¹⁶⁷ שם, בפסקה 40.

¹⁶⁸ ראו, למשל, ע"פ 892/07 גרנדיבסקי נ' מדינת ישראל, בפסקה 17 (26.5.2008).

לטעמי, **מן הצד האחד** אכן בצדק בוטלה דרישת הסיוע לעדות של מתלוננת/ת בעבירת מין, בשים לב לכך שמדובר בעבירות שבינו לבינה/ו, שבדרך כלל אין להן סיוע ראיתי. ¹⁶⁹ אולם, **מן הצד האחר**, ספק בעיניי אם די בדרישת ההנמקה הקבועה כיום בפקודת הראיות. בפועל, ברוב המקרים קיימים חיזוקים לעדות המתלוננת; ובהעדר צורך לתוספת ראיתי, כשבית המשפט מרשיע נאשם בעבירת מין, מפורטים החיזוקים שבחומר הראיות במסגרת נימוקי הכרעת הדין, בגדר "למעלה מן הצורך".

חלף המצב הקיים, הנני **מציע** לקבוע בפקודת הראיות כי **ככלל** לא ירשיע בית המשפט נאשם על סמך עדות יחידה של מתלוננת/ת בעבירת מין אלא אם כן קיים דבר לחיזוקה, **מלבד אם** ראה בית המשפט לנכון להסתפק בעדות המתלוננת, **מנימוקים שיפורטו**.

מחד גיסא, אימוץ הצעתי יגרום לכך שחוקרי המשטרה ינסו למצוא חיזוקים לעדות המתלוננת, מקום שהם קיימים, וכאמור לרוב הם קיימים. **מאידך גיסא**, לא יהיה באימוץ הצעתי כדי למנוע מבית המשפט להרשיע נאשם גם בהעדר חיזוק לעדות המתלוננת, אך זאת במקרים חריגים וראויים, מנימוקים שיפורטו ויעמדו אפוא למבחן הביקורת של ערכאת הערעור. ¹⁷⁰ לטעמי, אם תאומץ הצעתי, תצטמצם באופן משמעותי הסכנה להרשעת חף מפשע על סמך עדות יחידה של מתלוננת/ת בעבירת מין, בין אם מדובר בעדות שקרית ובין אם מדובר בעדות שהיא אמנם מהימנה מבחינה סובייקטיבית אך אינה תואמת את המציאות האובייקטיבית או את מצב מודעותו של הנאשם. ¹⁷¹

1.2.ג. האפשרות להרשיע על סמך הודאה בחקירה בתוספת "דבר-מה"

כידוע, על פי סעיף 11 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971: "אמרתו של נאשם מותר להוכיח בעדותו של אדם ששמע אותה". עם זאת, על פי סעיף 12(א) לפקודת הראיות: "עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חופשית ומרצון".

על טיבה של הודאה בחקירה כראיה עמד בית המשפט העליון בשורה של פסקי דין. אמנם, **מן הצד האחד**, הודאת נאשם הינה ראיה משמעותית וחשובה לחובתו של המודא. כך, למשל, צוין ב-ע"פ 1714/95 **יתום נ' מדינת ישראל** (20.4.2007) כי "**הודאה בביצועה של עבירה - ובמיוחד כאשר מדובר בעבירות חמורות כשוד מזוין ורצח בעקבותיו - אינה ענין של מה בכך... נסיון החיים, העומד בבסיס קבילותה של הודיית חוץ כראיה - ולא סתם ראיה אלא בסיס להרשעה - מלמד, כי חזקה על מי שמוסר הודייה 'חופשית ומרצון', שהודייתו הודיית אמת היא...**" ¹⁷².

¹⁶⁹ על הייחוד של עבירות המין, ראו גם הטכסט להערה 111 וכן ההערה הבאה.

¹⁷⁰ על רקע הייחוד של עבירות המין הובעו בפסיקה, במיוחד בשנים האחרונות, גישות שונות ביחס לאופן התערבות ערכאת הערעור בממצאים ובמסקנות של הערכאה הדיונית בעבירות אלו; ראו למשל: ע"פ 3250/10 פלוני נ' מדינת ישראל (21.1.2012); ע"פ 814/12 מדינת ישראל נ' סויסה (25.10.2012); ע"פ 3435/13, לעיל הערה 5, בפסקה 142 לחוות דעתו של השופט י' עמית.

¹⁷¹ ראו, למשל, הכרעות הדין המזכות מאינוס בתפ"ח (ב"ש) 39094-07-12 מדינת ישראל נ' לוי (14.2.13) ובתפ"ח (ב"ש) 5501/12 מדינת ישראל נ' ט' (21.7.2013) – שעליהן לא הוגשו ערעורים. כמו כן, ראו: ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל (20.10.2010); ע"פ 2218/10 פלוני נ' מדינת ישראל (21.11.2011); ע"פ 3435/13, לעיל הערה 5, בפסקאות 84, 166-171, 174-173 לחוות דעתו של השופט י' עמית וכן חוות דעתו של השופט י' דנציגר; והשוו: ע"פ 3958/08 פלוני נ' מדינת ישראל (10.9.2014). כן ראו: לימור עציוני "בעקבות ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל – הרעורים על שאלת הזיכרון המודחק במשפט הישראלי" עלי משפט יא 479 (תשע"ד).

¹⁷² כמו כן, ראו: ע"פ 259/55 אבן זיאת נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט' 1871, 1872 (1955); ד"נ 3081/91 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 441, 473, 485 (1991); עניין מילשטיין, לעיל הערה 7, בפסקאות 5-7 לחוות דעתה של השופטת ע'י

אולם, מן הצד האחר, כפי שצוין בדו"ח של ועדת גולדברג: "את התפישה כי הודיית נאשם בחקירתו הינה 'מלכת הראיות', יש לקבל עם קב חומטין, וההנחה כי אין אדם משים עצמו רשע, במשמעות כי אין אדם מפליל עצמו ללא עוול בכפו, איננה יכולה להתקבל כהנחה משפטית... הודאה בחקירה כמוה ככל ראייה אחרת הן לענין בדיקת קבילותה והן לענין קביעת משקלה".¹⁷³

ועדת גולדברג עמדה על כך שלא רק אמצעים פסולים בחקירה עלולים להניע נחקר למסור הודיית שווא, כי אם: "סיבות אחרות למסירת הודיית שוא קשורות בנחקר עצמו בלבד. יש שהן תולדה מלחץ נפשי בו נתון הנחקר מעצם החקירה והמעצר, אף אם לא ננקטו אמצעים פסולים בחקירה, יש שההודיה קשורה באישיותו הבעייתית או הבלתי בשלה של הנחקר, ויש שהיא באה מתוך חישוב קר ותועלתני של המתוודה".¹⁷⁴

בפועל, רוב חברי ועדת גולדברג ובראשם השופט גולדברג, המליצו, בין היתר, כי יתוקן סעיף 12 לפקודת הראיות, באופן שייקבע כי "לא יורשע הנאשם על פי אמרה שנתקבלה לפי סעיף קטן (א) אלא אם יש בחומר הראיות ראייה חיצונית נוספת שהיא בגדר ראית סיוע, דבר לחיזוק או דבר מה נוסף, אשר יש בה, בנסיבות העניין, לדעת בית המשפט, להסיר ספק סביר, לדבר אמינותה של האמרה בכל הנוגע לביצוע העבירה".¹⁷⁵ פרופ' מרדכי קרמניצר, שהיה בדעת מיעוט בוועדה, הציע כי, ככלל, יידרש סיוע להודאה בחקירה, אם כי ניתן יהיה, "במקרים מיוחדים ומטעמים שיירשמו", להסתפק בראייה חיצונית אחרת לנאשם, שיהיה בה, בנסיבות העניין, כדי לתמוך בהודאה.¹⁷⁶

בשנת 1999 גובשה הצעה זו של פרופ' קרמניצר, בשינויים קלים, כהצעת חוק שיזם חבר הכנסת דאז פרופ' אמנון רובינשטיין.¹⁷⁷ גם בשנת 2006 הוגשה הצעת חוק דומה, על ידי שנים-עשר חברי כנסת מסיעות שונות ובראשם חברת הכנסת מרינה סולודקין.¹⁷⁸ אלא ששתי הצעות החוק לא התקבלו.

שאלת היחס להודאת חשוד בחקירתו התעוררה, בין היתר, בפרשת **סולימאן אל עביד**, שם היו דעות שונות של השופטים הן לגבי אשמת הנאשם והן לגבי היחס אל הודאת חשוד,¹⁷⁹ ואחד משופטי הרוב, השופט (כתוארו אז) ת' אור, היפנה אל אשר נאמר בעניין זה בהמלצותיה של ועדת גולדברג, דהיינו: "כניסוחה של הוועדה... ההודאה בחקירה אולי אינה 'מלכת הראיות', אך 'כמוה ככל ראייה אחרת הן לענין בדיקת קבילותה והן לענין קביעת משקלה'".¹⁸⁰

ארבל. כאן המקום לציין, כי בין היתר על סמך המשפט האנגלי, היו שצידדו בביטול הדרישה שבפסיקה לתוספת ראייתית מסוג דבר-מה: אליהו הרנון "הצורך ב'דבר מה נוסף' להרשעת אדם על-פי הודאה שמסר מחוץ לבית-המשפט" **הפרקליט** כח 360 (תשל"ב), אליהו הרנון **דיני ראיות** כרך ב, 282-286 (תשל"ז); עמדה דומה הובעה גם על ידי השופטת (כתוארה אז) מ' בן-פורת בע"פ 556/80 **עלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז(3) 169, 182 (1983) (להלן: "עניין עלי").

¹⁷³ מתוך פסקה 1 לפרק "פתח דבר" שבתחילת דו"ח ועדת גולדברג. למעשה, בעניין הזהירות הנדרשת באשר להרשעה על סמך הודאת נאשם בחקירתו, הייתה בוועדת גולדברג תמימות דעים, וחילוקי הדעות בוועדה נגעו לפתרונות השונים שהוצעו.

¹⁷⁴ מתוך פסקה 11 לעמדת הרוב בוועדה.

¹⁷⁵ בעמ' 22 לדו"ח הוועדה.

¹⁷⁶ בעמ' 64 לדו"ח הוועדה.

¹⁷⁷ הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות [נוסח חדש] (תיקון – אמרת נאשם מחוץ לבית המשפט), התש"ס-1999.

¹⁷⁸ הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (תיקון – דרישת הסיוע להרשעה על פי הודאה), התשס"ז-2006.

¹⁷⁹ דנ"פ **אל עביד**, לעיל הערה 85.

¹⁸⁰ שם, בעמ' 820.

בפועל, הגם שחלפו 20 שנים ממועד פרסום המלצותיה של וועדת גולדברג, טרם שונה המצב המשפטי המתייחס להרשעה על סמך הודאת נאשם בחקירה; ומכאן שבית המשפט רשאי להרשיע נאשם אך על סמך הודאתו בחקירה ובלבד שיש דבר-מה-נוסף.

כפי שהוטעם על ידי מלומדים אחדים,¹⁸¹ וכפי שעולה מהמלצות ועדת גולדברג, בעיקר מדעת המיעוט של פרופ' קרמניצר אך גם מדעת הרוב של חברי הוועדה ובראשם השופט גולדברג עצמו, ולטעמי בצדק, המצב המשפטי בעניין זה אינו משביע רצון והוא טעון שינוי. זאת ועוד, כל עוד המצב המשפטי לא שונה, המצב הקיים עלול לגרום לכך שבפועל, ובניגוד להנחיות הפסיקה – שלפיהן מטרת החקירה אינה מציאת ראיות להרשעת החשוד, אלא לחשיפת האמת -¹⁸² במקרים לא מעטים מתמקדות חקירות המשטרה בהשגת הודאות מחשודים ובעריכת שחזורים על ידי המודים, לצורך דבר-מה להודאה, ולא בחיפוש אחר ראיות חיצוניות לחשיפת האמת.

חשוב מכך, ידועים מקרים אחדים, אם כי לא רבים, שבהם הורשעו נאשמים על סמך הודאתם בחקירה, כאשר בדיעבד התברר שההודאה נגבתה באמצעים פסולים, או כי החקירה לא הייתה הוגנת ובעקבות כך הוחלט לקיים משפט חוזר, או לקבל את ערעור ההגנה בעניינם ולזכותם או לבטל את האישום נגדם, לאחר שריצו תקופות מאסר בגין הרשעתם בעבירות חמורות ובכללם רצח. הכוונה היא בעיקר לפרשת **עמוס ברנס**,¹⁸³ לפרשת **"כנופיית מע"ץ"**,¹⁸⁴ ולמקרים בודדים נוספים.¹⁸⁵ כמו כן, היו מקרים אחדים שבהם זוכו הנאשמים למרות שהודו בחקירתם בעבירות חמורות לרבות רצח ואינוס.¹⁸⁶

כידוע, על פי הפסיקה,¹⁸⁷ ההודאה בחקירה נבחנת בשני מבחנים, האחד מבחן פנימי, והאחר מבחן חיצוני, הוא מבחן הדבר-מה; וקיימת זיקת גומלין של יחס הפוך בין משקלו של הדבר-מה למשקל ההודאה, כך שכאשר משקל ההודאה הוא מלא, משקל הדבר-מה יכול להיות קל מאוד, ובנסיבות

¹⁸¹ ראו למשל: מרדכי קרמניצר "הרשעה על סמך הודאה – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" **המשפט** א 205 (תשנ"ג); אריאל בנדור "גבייה של הודאת נאשם וקבילותה – מטרות, אמצעים, ומה שביניהם" **פלילים** ה 245 (1996); אהוד קמר "דבר-מה נוסף מפי הנאשם" **פלילים** ה 277 (1996); דליה דורנר "מלכת הראיות נגד טארק נוג'ידאת – על הסכנה שבהודאות-שווא ועל הדרך להתמודד עמה" **הפרקליט** מט 7 (תשס"ז); סנג'ור, לעיל הערה 60; חגית לרנאו "הודאות שווא הרשעות שווא" **עלי משפט** יא 351 (תשע"ד). מנגד, ראו מאיר גלבוש "האם נופל כתר של 'מלכת הראיות'?" תסמונת 'אנשי השוליים' המודים הודיות שווא – כקרבנות מערכת אכיפת החוק" **קרבנות: אכיפת החוק, מין וחברה** 35 (ישראל קים, יעקב בר-זוהר ולוי עדן עורכים, 2008).

¹⁸² ראו, למשל: עניין נגר, לעיל הערה 66, בעמ' 141-142; ע"פ 721/80 **תורג'מן נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה (2) 466, 472 (1980); ע"פ 6279/03 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בפסקה 14 (5.2.2004).

¹⁸³ ראו: מ"ח 3032/99 **ברנס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו (3) 354 (2002); ת"פ (נצ') 1212/02 **מדינת ישראל נ' ברנס** (11.12.2002); ת"א (ת"א) 2001/04 **ברנס נ' מדינת ישראל** (4.8.2010).

¹⁸⁴ מ"ח 1966/98 **הררי נ' מדינת ישראל** (5.4.1998); תפ"ח (ת"א) 4063/98 **הררי נ' מדינת ישראל** (21.7.1999); ת"א (ת"א) 1168/01 **הררי נ' מדינת ישראל** (8.6.2005).

¹⁸⁵ ראו למשל והשוו: מ"ח 4181/02 **סולמי נ' היועץ המשפטי** (7.8.2002); ע"פ 296/85 **חמידאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(4) 564, 574, בפסקה 14 (1987); כן ראו ההערה הבאה והערה 194 והטכסט להערות.

¹⁸⁶ ראו למשל: ת"פ (מח' ים-ים) 453/97 **מדינת ישראל נ' שך** (24.9.2003); פח (בי"ש) 1002/02 **מדינת ישראל נ' בירמן** (29.3.2005); תפ"ח (ת"א) 1172/04 **מדינת ישראל נ' קוזניצוב** (12.12.2005); עניין **ארקה**, לעיל הערה 63; ע"פ 4179/09 **מדינת ישראל נ' וולקוב** (18.10.2010) (להלן: "עניין וולקוב").

¹⁸⁷ ראו למשל: עניין **לוי**, לעיל הערה 152, בפסקה 7 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) א' ברק; עניין **וולקוב, שם**, בפסקאות 3-4 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל, שם הציע השופט הנדל מבחן עזר משולש לעניין בחינת הודאה בחקירה: מי אמר; מה אמר; ומה הדבר-מה, כחידוק חיצוני להודאה; ועל מבחן זה חזר השופט הנדל גם בע"פ 3140/10 **פלוני נ' מדינת ישראל** (25.11.2012). כן ראו הערה 193 להלן.

מסוימות אף "קל כנוצה"¹⁸⁸. זאת ועוד, כידוע, בשיטת המשפט הישראלית אין צורך בראיה עצמאית בדבר עצם התרחשות העבירה ("קורפוס דליקטי")¹⁸⁹.

אולם, כפי שהובהר גם בדו"ח ועדת גולדברג וכפי שהדברים הומחשו בפרויקט החפות ובמחקרים נוספים, בפועל נחקרים לא מעטים מודים בחקירתם בעבירות שלא עברו, וזאת מסיבות שונות – חלקן נוגעות להתנהגות החוקרים ולתנאי החקירה, ואילו אחרות קשורות בנחקר עצמו, במבנה אישיותו ובמצב הנפשי שבו הוא נתון בעת החקירה, ואלו אינן בהכרח סיבות הגיוניות; כאשר בחלק מהמחקרים מדובר בשילוב של מספר גורמים גם יחד.

נמצא, אפוא, כי בהסתמכות על הודאת נאשם בחקירתו טמונה סכנה פוטנציאלית ממשית לטעות, המחייבת זהירות מיוחדת, וספק בעיניי אם די בדבר-מה להודאה כבסיס להרשעה, בשים לב לכך שהדבר-מה אינו חייב להיות ממקור נפרד ועל כן גם השחזור של הנאשם עצמו יכול להיות דבר-מה. כידוע, המבחנים העיקריים בעניין ראיית הדבר-מה הם מבחן ידיעת הפרטים, מבחן ההזדמנות ומבחן ההשתלבות במציאות.¹⁹⁰ על כן, נהוג לראות כדבר-מה שחזור של הנאשם, או ידיעת הנאשם "פרטים מוכמנים";¹⁹¹ אלא שלטעמי אין די בכך, שכן היו בעבר, גם בחו"ל וגם בישראל, מקרים שבהם התברר כי נאשמים הודו בחקירתם במה שלא עשו ואף שחזרו את העבירה ונטען כי ידעו "פרטים מוכמנים", כשבפועל פרטים אלו נודעו לנאשם על ידי אחד מהחוקרים, בין במתכוון ובין אם לאו, או משמועות, מרכילות או מאמצעי התקשורת.¹⁹²

כפועל יוצא מפרויקט החפות ומהמחקרים הנוספים שנערכו באנגליה ובארצות הברית וכן בעקבות מקרים שבהם התברר כי גם בישראל הודו נאשמים בחקירתם במה שספק אם עשו¹⁹³ – לטעמי אין די בדבר-מה הנדרש על פי הפסיקה ומן הראוי כי יעוגן בחוק הצורך בתוספת ראייתית מחמירה יותר.

בפועל, היו אף מקרים, אמנם מעטים, שבהם ידוע כי אף החוקרים עצמם התרשמו שאין לסמוך על דברי הנאשם בהודאתו בפניהם; כך, למשל, היה בפרשת רצח החייל אולג שייחט ז"ל.¹⁹⁴

¹⁸⁸ או שלעיתים די שהתוספת של הדבר-מה תהיה "קלה שבקלות". ראו: ע"פ 178/65 אושה נ' היועץ המשפטי, פ"ד יט (3) 154, 156 (1965); ע"פ 428/72 בן לולו נ' מדינת ישראל, פ"ד כח (1) 267, 270 (1973); ע"פ 758/78 עאדל נ' מדינת ישראל, פ"ד לג (2) 150, 158 (1979); עניין מילשטיין, לעיל הערה 7, בפסקה 20 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל.

¹⁸⁹ ראו, למשל, עניין נגר, לעיל הערה 63, בעמ' 128, 141-142; עניין עלי, לעיל הערה 172, בעמ' 182-183; ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (3) 529, 559 (2002) (להלן: "עניין סמירק").

¹⁹⁰ ראו למשל: קדמי, על הראיות חלק ראשון, 152-158.

¹⁹¹ שם, בעמ' 153-155; ע"פ 4769/92 ניג'ם נ' מדינת ישראל (4.9.1994).

¹⁹² ראו למשל: Brandon L. Garrett, *The Substance of False Confessions*, 62 *Stanford Law Review* 1051 (2010) (להלן: "Garrett").

¹⁹³ ראו למשל: Steven A. Drizin & Richard Leo, *The Problem of False Confessions in the Post-DNA World*, 82 *N.C.L.Rev.* 891 (2004); כן ראו הערות 183-186 לעיל ו-194 להלן והטכסט להערות. במיוחד ראו פסקה 3 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל בעניין וולקוב, לעיל הערה 186 – שבה יש התייחסות לעמדת המשפט המשווה, ובכלל זה המשפט העברי, וכן למחקרים מתחום תורת המשחקים ומתחום הפסיכולוגיה של המשפט הפלילי וביניהם למחקרו של פרופ' דניאל כהנמן, שלפיו בעוד שהסברים להחלטות שמקבלים בני אנוש מבוססים על ההנחה שהאדם הוא יצור רציונאלי, בפועל בעטיין של מגבלות הבנת האדם ויכולתו להחליט, לעתים השיקולים שלו הם שגויים או אינם מדויקים, בהעדר מלוא המידע הדרוש לקבלת החלטה: AMOS TVERSKY & DANIEL KAHNEMEN, *The Framing of Decisions and The Psychology of Choice*, *SCIENCE* (1981) 211, 453-458.

¹⁹⁴ Richard J. Ofshe & Richard A. Leo, *The Decision to Confess Falsely: Rational Choice and Irrational Action*, 74 *Den. U. L. Rev.* 979 (1997). לדעת השופט הנדל, שם – ולכך אני מסכים, בכל הכבוד – תובנה זו נכונה גם כשאדם נחקר במטרה בחשד לביצוע עבירה חמורה, ולכן בחלק מהמקרים עלול אדם להודות במעשה חמור שלא ביצע, אם בהעדר שיקול ואם מתוך שיקול מוטעה. השווה, למשל, להסבריו של הרמב"ם לכלל שנהג במשפט העברי כי "אין אדם משים עצמו רשע" (בבלי, סנהדרין ט, ע"ב): "אבל הסנהדרין אין ממיתין ולא מלקין המודה בעבירה, שמא נטרפה דעתו בדבר זה, שמא מן העמלין מרי נפש הוא, המחכים למות..." – הלכות סנהדרין, פרק יח, הלכה ו.

על כן, כפי שהצעתי בעבר,¹⁹⁵ הנני שב **ומציע** לקבוע בפקודת הראיות כי, **ככלל**, לשם הרשעת נאשם על סמך הודאה בחקירה, תידרש ראיות **סיוע** או ראיות חיזוק חיצונית לנאשם המתייחסת לנקודה ממשית המצויה בגזרת המחלוקת, אך בית המשפט יהיה רשאי, **מנימוקים שיפורטו, להסתפק בדבר-מה, אם יש בו כדי להסיר כל ספק סביר בדבר אמיתות ההודאה.**

הצעתי זו מקבלת משנה תוקף כאשר מדובר בהודאה בפני מדובב, או בהודאה בחקירה שנמסרה בעקבות הודאה בפני מדובב, כפי שיוטעם להלן.

1.2. ת. הבעייתיות של הסתמכות על הודאה בפני מדובב

בפסיקה נקבע, כי מסירת הודאה בפני מדובב מהווה מעשה תחבולה משטרתי לגיטימי. הרציונאל של התחבולה הינו, כי במקרים רבים החשוד יפתח את **"סגור ליבו"** באוזני המדובב, דבר אשר לא היה עושה בפני חוקר רשמי.¹⁹⁶ תחבולה זו נחשבת אפוא בגדר **"הכרח בל יגונה"**.¹⁹⁷

אמנם, להלכה, על פי הפסיקה, הפעלת מדובב כשלעצמה אינה פוגעת בזכות הנאשם לאי-הפללה עצמית, וזכות השתיקה שמורה לו גם בשיחתו עם המדובב; והשאלה הדורשת בירור היא האם נקט המדובב תחבולות פסולות מול הנאשם, אשר היה בהן כדי הפעלת לחץ בלתי-סביר על הנאשם, אשר הוביל למסירת הודאה בלתי רצונית.¹⁹⁸

ברם, חרף נחיצות השימוש במדובבים, לעניות דעתי קיימים קשיים עקרוניים ניכרים בהודאת חשוד בפני מדובב. קשיים אלו טמונים בעיקר בכך שלמעשה החשוד מוטעה לסבור כי המדובב הינו איש תמים, והנאשם מודה מבלי שהוזהר, כבחקירה משטרתית רגילה, כי ההודאה עלולה לשמש ראיה נגדו. על כן, החשוד אינו מייחס משקל או חשיבות לדברים שהוא מוסר לאיש שיחו, ואין הוא חושש כי דבריו עלולים לשמש כראיה מפלילה במשפטו.¹⁹⁹ כל זאת, בניגוד לזכות השתיקה כטהרתה.²⁰⁰

¹⁹⁴ ראו: פח (נצ' 1013/03 מדינת ישראל נ' סביח (7.7.2004); פח (נצ' 1012/03 מדינת ישראל נ' נוג'ידאת (15.7.2004); מרדכי לוי "על היחס האמביוולנטי להודאה בחקירה כראיה ועל ראיות לכאורה בעייתיות לעניין מעצר עד תום ההליכים – בעקבות חקירת רצח החייל אולג שייחט ז"ל" **הסניגור** 87, 5 (2004) (להלן: **לוי, הסניגור 87**); דליה דורנר, לעיל הערה 181. כן ראו פ"ח 1002/02, לעיל הערה 186, בפסקאות 3-4 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל.
¹⁹⁵ **לוי, הסניגור 87, שם, בעמ' 6.**

¹⁹⁶ ראו: ע"פ 476/79 **בולוס נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה (1) 785, 806-805 (1980); ע"פ 2831/95 **אלבה נ' מדינת ישראל**, פ"ד (נ) 221, 284, 291-292 (1996); והפסיקה הנזכרת בשתי ההערות הבאות.

¹⁹⁷ ע"פ 4577/98 **דיין נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 411, 405 (2001); ע"פ 7951/98 **ולנסיה נ' מדינת ישראל** (5.4.2001).
¹⁹⁸ עניין **אלזם**, לעיל הערה 16, בפסקה 4 לחוות דעתה של השופטת א' חיות; עניין **זינאתי**, לעיל הערה 55; ע"פ 6021/11 **יוסף נ' מדינת ישראל**, בפסקה 15 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל (24.2.2014) (להלן: **"עניין יוסף"**).

¹⁹⁹ לביקורת על השימוש במדובבים, ראו: ניר פלסר "תיחום גבולות השימוש במדובבים משטרתיים סמויים לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **מאזני משפט** ג 439 (תשס"ה); בועז סג"ר "השימוש בתחבולות ובמדובבים לשם גביית הודאות" **עלי משפט** ט 399 (תשע"א). מנגד, ראו: גדי אשד "החקירה המשטרתית והמודיעין האנושי" **משפט וצבא** 18, 223, 261-268 (תשס"ו).

²⁰⁰ על זכות השתיקה ראו למשל: סעיף 28(א) סיפא לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: **"חוק המעצרים"**); בג"ץ 6319/95 **חכמי נ' שופטת בית-משפט השלום בתל אביב-יפו**, פ"ד נא(3) 750, 765-766 (1997); עניין **סמירק**, לעיל הערה 189, בעמ' 546, 555; והשוו: רע"פ 8600/03 **מדינת ישראל נ' גלעד שרון**, פ"ד נח(1) 748, 756-757 (2003); רע"פ 4142/04 בעניין **מילשטיין**, לעיל הערה 7, בפסקאות 7-8 לחוות דעתו של השופט א' לוי, שהיה בדעת מיעוט לעניין תוצאת פסק הדין; אליהו הרנון "על זכות השתיקה" **משפטים** א 95 (תשכ"ח-תשכ"ט); אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי – פרשנות חוקתית 433 (1994); גיא רוטקופף **החיסיון מפני-הפללה-עצמית וזכות השתיקה במשפט הישראלי** (חיבור לשם קבלת תואר 'דוקטור לפילוסופיה', אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, תשס"ד), 281-288; ש"ז פלר "על זכות השתיקה" – חסרת הטעם וההושעה" **משפט ועסקים** א 385 (תשס"ד); בני שטיינברג "מה נותר מן האזהרה על זכות השתיקה?" **הפרקליט** מח 163, 165-169 (תשס"ה); יובל מרין ורינת קיטאי-סג"ר, לעיל הערה 16, בעמ' 448-449.

בפועל, לא אחת הנאשם מודה באוזני המדובב במה שלא עשה – אם מתוך התרברבות, אם מתוך פחד מהמדובב המציג עצמו כעברייך אלים ומסוכן, ואם כדי שהמדובב יניח לנאשם ויפסיק להציק לו; והכול, מתוך מחשבה (מוטעית) כי אין ערך לדבריו באוזני המדובב.

כמו כן, לטעמי, מתעורר לגבי ההודאה בפני מדובב קושי מהותי נוסף, בגין העדר זכות להיוועצות בעורך-דין,²⁰¹ בטרם ההודאה.

להשלמת התמונה יצוין כי הפסיקה עמדה גם על שתי סוגיות בעייתיות במיוחד הקשורות בהפעלת מדובב, העולות באופן תדיר למדי, לעתים באופן מצטבר: האחת, חדירת המדובב למערכת היחסים בין הנאשם לעורך-דינו. בעניין זה נקבע כי אל למדובב להכפיש את סניגורו של הנאשם ואל לו להיענות לבקשה של נאשם לקבל ממנו יעוץ משפטי, במקום מהסניגור.²⁰² עם זאת, קיים קושי עקרוני מבחינת זכות ההיוועצות גם מקום שלנאשם אין עדיין עורך-דין והמדובב משכנע אותו שאין צורך בכך.

הסוגיה השנייה היא התגמול המוסכם בין המדובב לבין מפעיליו, ובעניין זה נקבע כי קיימת בעייתיות רבה בקיומן של תוספות שכר דיפרנציאליות למדובב, אך אין בכך להביא בהכרח לפסילת ההודאה ועל בית המשפט לבחון את התנהגותו של המדובב ובעיקר אם הופעל על הנאשם לחץ בלתי סביר, בשים לב לאינטרסים של המדובב.²⁰³

עם זאת, נדרשת על פי הפסיקה זהירות מיוחדת בהתייחסות לראיות שהושגו תוך כדי פעולת הדיבוב; ובמקרים של הכנסת מדובב לתא המעצר, מנחה הפסיקה כי יש להקליט את השיחות של המדובב עם העצור.²⁰⁴ בעניין זה הנני מציע להקפיד כי השיחות עם המדובבים לא רק תוקלטנה, כי אם גם תתועדנה בתיעוד חזותי – תיעוד שגם כשהוא נעשה, הוא בדרך-כלל חסוי בפני ההגנה, כדי לשמור על חיסיון המדובב – וכן מוצע כי סרט התיעוד החזותי יימסר להגנה תוך טשטוש פני המדובב, ויוצג לבית המשפט ללא טשטוש. זאת, כיוון שרק בעזרת התיעוד החזותי אפשר להיווכח בתמונה המלאה של נסיבות ההודאה, כגון אם המדובב פונה לנאשם בתנועות גוף מאיימות.

בפועל, יש מקום להבחין בין מדובבים פעילים לסבילים, כשהראשונים הם הבעייתיים במיוחד ובעניינם צריך לנקוט זהירות מיוחדת; וכן בין מדובבים משטרתיים לבין מדובבים-עבריינים, ומקובל בצדק לסבור כי בעיקר האחרונים הינם חשודים, שכן למדובב-עברייך אינטרס כבד משקל לקבל טובת הנאה על הצלחתו להשיג הודאה. עם זאת, במקרים לא מעטים גם למדובבים משטרתיים אינטרס לקבלת תגמול וכן אינטרס כללי להצליח בתפקידם, לשמור על מקור פרנסתם ואף להתקדם במסלול השירות, במיוחד כשכל תפקידם מתבטא בדיבוב עצורים.

²⁰¹ על החשיבות של זכות ההיוועצות, ראו למשל: ע"פ 5203/98 חסון נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 274 (2002); עניין יששכרוב, לעיל הערה 8, בפסקאות 14-15, 20 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש; עניין שי, לעיל הערה 8, בפסקה 14 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש; עניין ארקה, לעיל הערה 63; ע"פ 8743/09 מנקין נ' מדינת ישראל (13.2.2013); ע"פ 6144/10 גטצאו נ' מדינת ישראל, בחוות דעתו של השופט ס' גיבוראן (10.4.2013); ע"פ 6281/12 דורושב נ' מדינת ישראל, בחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארוז (27.2.2014). כן ראו סעיף 34 לחוק המעצרים; יאיר תירוש "הזכות לייצוג משפטי בחקירה" – כללי הצייד במבחן המשפט המשווה" משפט וצבא 14, 91 (תש"ס).

²⁰² ראו למשל: ע"פ 8743/09 שם; עניין יוסף, לעיל הערה 198, בפסקה 18.

²⁰³ ראו: ע"פ 4029/08 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקאות 50-53 (10.7.2012); עניין יוסף, שם, בפסקה 19.

²⁰⁴ ראו למשל: ע"פ 4577/98 בעניין דיין, לעיל הערה 197, בעמ' 411; ע"פ 7951/98 בעניין ולנסיה, לעיל הערה 197, בעמ' 6. כן ראו והשוו ע"פ 2511/92 חטיב נ' מדינת ישראל (5.7.1993); ע"פ 1354/03 דקר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 83, 89-90 (2004). כמו כן, ראו הערה 54 לעיל והטכסט להערה.

על כן, הנני מציע כי להודאה בפני מדובב יידרש סיוע, כתנאי להרשעה; וכן כי גם להודאה שנמסרה בפני חוקר בעקבות הודאה בפני מדובב יידרש סיוע; אולם בית המשפט יהא רשאי, מנימוקים שיפורטו, להסתפק בדבר לחיזוק הנובע ממקור נפרד ועצמאי והנוגע לנקודה ממשית השנויה במחלוקת.

2.1.ה. ראיות נסיבתיות מטעות

כידוע, ניתן להרשיע נאשם על סמך ראיות נסיבתיות ובלבד שהן מובילות למסקנה הגיונית אחת ויחידה בדבר אשמתו של הנאשם.²⁰⁵ כמו כן, כאמור, על התביעה להוכיח אשמתו של נאשם מעבר לספק סביר. אלא שהראיות הנסיבתיות יכולות לעתים להטעות, ובמקרים לא מעטים מתעוררת מחלוקת בין השופטים אם הן מובילות למסקנה סבירה אחת.²⁰⁶

ההרשעה על סמך ראיות נסיבתיות מעוררת אפוא במשנה תוקף, באופן כפול ומכופל, את הבעייתיות של הרשעה על סמך שיקולי היגיון וסבירות, כפי שגם יוטעם להלן.

כזכור, אחד מהחריגים לכלל בדבר אי-התערבות ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים, הוא כשהכרעת הערכאה הדיונית נסמכת על שיקולים שבהיגיון, בהבדל מאשר על ממצאי מהימנות.

מאליה עולה, וביתר שאת, השאלה מה הדין כאשר אחד משופטי ההרכב בערכאה הדיונית, ובעיקר בערכאת הערעור, סבור כי הראיות הנסיבתיות אינן מובילות למסקנה הגיונית יחידה בדבר אשמת הנאשם, בעוד ששני חברי ההרכב האחרים סבורים אחרת. האם אין דעתו של שופט המיעוט בשאלות שבהיגיון מהווה מעין ספק סביר מובנה, אינהרנטי לפסק הדין כולו?

כאמור, על פי שיטת המשפט בישראל, במקרה של חילוקי דעות בין השופטים, קובעת דעת הרוב, אף כי בד"כ מדובר בדעתם של שניים מול אחד, וזאת לרבות בשאלות שבהיגיון, כגון בעניין המסקנה ההגיונית העולה מהראיות הנסיבתיות.

הדברים קשורים אפוא קשר הדוק גם לסוגיה של הרשעה ברוב דעות, שבה דנתי לעיל. לשון אחרת, לטעמי, הרשעה על חודו של קול, כשיש דעת מיעוט מזכה, היא בעייתית במיוחד כשהראיות הן נסיבתיות.

על כן, מוצע לשקול כי כשהראיות הן נסיבתיות בלבד – יהיה די לשם זיכוי של נאשם, בדעת מיעוט מזכה של שופט בערכאת הערעור, ולמצער של שופט בבית המשפט העליון.

ז. סיכום

לספרו של פרופ' סג'ורו נודעת חשיבות בעיקר כיוון שהוא מהווה הזדמנות נאותה לשוב ולבחון את הסכנה להרשעת חפים מפשע בישראל, את גורמי הסיכון העיקריים לכך ואת הפתרונות האפשריים והראויים למזעור הסכנה האמורה.

²⁰⁵ ראו, למשל: ע"פ 2799/98 סבאג' נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 408 (1999); ע"פ 5793/02 דוד נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 (27.10.2003); ע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאד, פ"ד נו(5) 221, 228-227 (2002); ע"פ 10771/08 בוחניק נ' מדינת ישראל, בפסקאות 5 ו-9 (15.12.2009); ע"פ 7860/10 אלפסי נ' מדינת ישראל (5.2.2013); ע"פ 3636/12 שויקי נ' מדינת ישראל (20.10.2013).

²⁰⁶ ראו והשוו: סג'ורו, לעיל הערה 1, בעמ' 154-158. על השאלה אם ניתן וראוי להשתמש בטכניקות הסתברותיות לזיהוי אנשים על סמך ראיות נסיבתיות, ראו: רון שפירא "שימוש בטכניקות הסתברותיות לזיהוי אנשים על סמך ראיות נסיבתיות" פלילים ב 113 (תשנ"א); והערה 77.

אמנם, סכנה זו קיימת בכל שיטת משפט, לרבות בישראל, אך בניגוד לטענותיו ולהערכותיו של פרופ' סנג'רו, לשיטתי ומהנימוקים שהובהרו, מימדי הסכנה בישראל ככל הנראה אינם "כצעקתה".

כזכור, פרופ' סנג'רו טוען כי כ-5% לפחות מהאסירים המורשעים בעבירות חמורות הם חפים מפשע, בעוד שלהערכתי שיעור הרשעות השווה בישראל הינו נמוך מכך במידה רבה ונמוך באופן משמעותי גם משיעורו במשפט האמריקאי ומהשיעור העולה מפרויקט החפות בארה"ב, מהטעמים שנמנו לעיל, ואינו עולה על חצי אחוז מההרשעות. הערכתי זו נסמכת על פרמטרים אחדים: סטנדרט ההוכחה בפלילים, ומידת הוודאות של ההרשעה, שבישראל היא עולה על 90% כמקובל במשפט האנגלו-אמריקאי על פי היחס של בלקסטון, והיא מתקרבת ל-99%; העובדה כי כ-90% מכלל ההרשעות מבוססות על הודאות הנאשמים בבית המשפט וההנחה הסבירה כי ברובם הגדול של המקרים נאשם המודה בבית המשפט אינו חף מפשע; המחקר הסטטיסטי שממנו עולה כי רק כ-70% מהאישומים שבמחלוקת מסתיימים בהרשעה; השיפוט על ידי שופטים מקצועיים, ללא חבר מושבעים של הדיוטות; העובדה כי קיימת זכות ערעור וההנחה הסבירה כי במסגרת הערעור מתבטל חלק ניכר מהרשעות השווה בערכאה הדיונית; כל זאת, אף בהתעלם מהאפשרות למשפט חוזר, במקרים חריגים.

עם זאת, גם לדעתי אין להתכחש לסכנה להרשעת חפים מפשע, אין מדובר בסכנה זניחה ואין להקל בה ראש, כי אם להיפך, יש להתייחס אליה בכובד ראש, כיאה לחומרת הסכנה, ויש לבחון אפוא את ההצעות השונות שהועלו, אשר בכוחן לצמצם ככל האפשר את הסכנה, תוך איזון ראוי בין מכלול הערכים והאינטרסים הרלוונטיים.

למעשה, בספרו של פרופ' סנג'רו מנויים הגורמים אשר הובילו להרשעות שווא של נאשמים בארצות הברית; וגם בעיניי חלק מגורמים אלו אכן מהווים גורמי סיכון מרכזיים העלולים להוביל להרשעות שווא אף בישראל ובהם חשוב אפוא להתמקד. לטעמי, המדובר בעיקר בהרשעה על סמך עדות יחידה, במיוחד כשמדובר בעד מזהה יחיד או בעד שיש לו מעורבות בעבירה או אינטרס להפליל את הנאשם, כגון שותף לעבירה, בפרט אם עדותו נמסרת בטרם הסתיים משפטו; וכן בהרשעה על סמך הודאת נאשם בחקירתו; ובנוסף לכך, גם בבעיית החף העלול להודות במה שלא עשה, במסגרת הסדר טיעון שלפיו העבירה החמורה שבכתב האישום המקורי תומר לעבירה קלה יותר או שעל הנאשם יוטל עונש קל מזה שעלול להיות מושת עליו על פי כתב האישום המקורי, ללא הסדר הטיעון, וכך במיוחד אם מוסכם כי יקבל מאסר בפועל לתקופה הפחותה מתקופת המעצר עד תום ההליכים, מקום שהוא עצור עד תום משפטו.

חלק ניכר מטענותיו וממסקנותיו של פרופ' סנג'רו אינן מקובלות עלי, בהיותן בלתי מבוססות או שגויות לטעמי, וכך גם חלק ניכר מהצעותיו אינן מוצדקות בעיניי.

בקצרה אציין כי טענותיו והאשמותיו של המחבר הן בחלקן בגדר הכללות בלתי מבוססות, בעיקר האשמותיו את התובעים על סמך מקרים חריגים שהתגלו בעבר, ובמיוחד האשמותיו בצורה גורפת את

השופטים בישראל,²⁰⁷ אשר גם הם עושים כמיטב יכולתם, בתנאים של עומס כבד, כדי לפסוק דין צדק בגדרי המשפט.

בעיניי, המשמעות המעשית של קבלת חלק מהצעותיו של פרופ' סנג'רו היא פגיעה ממשית באינטרס הציבורי של מיצוי הדין וביכולת להעמיד לדין ולהרשיע אלפי פושעים מסוכנים, בבחינת לרחם על אכזרים תוך התאכזרות לציבור הרחמנים,²⁰⁸ לא רק הקורבנות ובני משפחותיהם אלא גם הציבור בכללותו, אשר העבריינים ימשיכו לסכן אותו ללא שיירתעו מאימת הדין וממורא החוק.

בהבדל מהפתרונות המוצעים על ידי פרופ' סנג'רו, ההצעות שאני מעלה כדי להתמודד עם הסכנה להרשעת חפים מפשע, מהוות לטעמי פתרונות מדודים ומאוזנים, אשר לא רק שלא יפגעו באינטרס הציבורי, כי אם להיפך, הם אף יתרמו להגברת אמון הציבור במערכת המשפט והשיפוט.

עם זאת, חלק מהצעותיו של פרופ' סנג'רו ראויים לבחינה בכובד ראש, כגון הצעותיו לשינויים בכללים הקיימים בעניין מסדרי הזיהוי. כמו כן, גם אני שותף לדעה של פרופ' סנג'רו כי המצב המשפטי הקיים בישראל בסוגיות חשובות אחדות – כגון בעניין האפשרות להרשיע נאשם אך על סמך הודאתו בחקירה בתוספת דבר-מה, בעניין האפשרות להרשיע על סמך עדות ראייה של מזהה יחיד ללא תוספת ראייתית ובעניין האפשרות להרשיע נאשם בדעת רוב – אינו משיבוע רצון וכי אלו הם אחדים מבין הגורמים המרכזיים לאפשרות של הרשעת חפים מפשע בישראל. על כן, אני מסכים עם פרופ' סנג'רו כי בסוגיות אלו יש להחמיר בדרישות הדין לעניין אפשרות ההרשעה, אם כי הפתרונות המוצעים על ידי שונים ומתונים מאלו המוצעים על ידי פרופ' סנג'רו; והכול, כמפורט לעיל.

ח. אחרית דבר

כזכור, חלק מההצעות ומההמלצות שהועלו בשעתן כדי להתמודד עם הסכנה של הרשעת שווא, לא התקבלו או לא יושמו. הכוונה היא בעיקר להמלצות ועדת גולדברג בעניין הרשעה על סמך הודאה בחקירה; להצעות החוק שהוגשו בעניין זה ובעניין מניעת הרשעה בדעת רוב; וכן להמלצות ועדת אנקר לעניין ערעור על הרשעה בדעת רוב. בנושאים אלו נותר המצב המשפטי הבעייתי בעינו, ויש מקום לשוב ולבחון את ההצעות השונות שהועלו בעבר, וכן לבחון חלק מהצעותיו של פרופ' סנג'רו והצעות נוספות שהעליתי לעיל, שבכוחן לקדם פתרון הבעייתיות הקיימת בנושאים אלה ובנושאים נוספים ולצמצם את הסכנה להרשעת שווא.

כמו כן, יש לבחון פתרונות אפשריים לבעיית החף המודה בעבירה במסגרת הסדר טיעון, אך כדי לקצר את תקופת מעצרו, וזאת למשל על ידי קיצור תקופת המעצר עד תום ההליכים בתיקי בית משפט שלום שאינם בסמכות מקבילה של בית משפט מחוזי, לשישה חודשים, כפי שהצעתי לאחרונה.²⁰⁹

יש לקוות אפוא כי בעקבות פרסום ספרו של פרופ' סנג'רו והשיח הציבורי שהתלווה לכך,²¹⁰ יינקטו צעדים משמעותיים נוספים לאלו שננקטו בעבר, לצמצום הסכנה של הרשעת שווא, ברוח הצעותיי דלעיל או בדומה להן וברוח אותן הצעות של פרופ' סנג'רו אשר מקובלות גם עליי.

²⁰⁷ כך, למשל, האשמותיו את השופטים, כי כביכול "שכחו כיצד מזכים אדם", כי "מדי יום מורשעים נאשמים גם כשקיים ספק סביר לגבי אשמתם" וכי "יש שופטים המרשיעים נאשמים אפילו בימאזן הסתברויות" וכן "שרק לעתים נדירות מתקבל הערעור וההרשעה מומרת בזיכוי" – סנג'רו, לעיל הערה 1, בעמ' 22, 25, 179-180, 240-243 ועוד.

²⁰⁸ ראו הערה 62 והטכסט להערה.

²⁰⁹ לעיל, הערה 137, שם.

²¹⁰ בעוד שספרו של פרופ' סנג'רו מופנה בעיקר לציבור הרחב – ראו, למשל, סנג'רו, לעיל הערה 1, בעמ' 11, 263-רשימה זו מיועדת, מטבע הדברים ובשים לב לאכסניה שבה היא מתפרסמת, לציבור המשפטנים. על היבטים נוספים ולבר-משפטיים של הנושא, ראו הערה 193 לעיל וכן: **הרשעות שווא: היבטים פילוסופיים, פסיכולוגיים וארגוניים** (רונית פלד-לסקוב, אפרת שהם ומאיר כרמון עורכים, 2012); SAUL M. KASSIN & LAWRENCE S. WRIGHTSMAN (eds.), THE PSYCHOLOGY OF EVIDENCE AND TRIAL PROCEDURE (1985)