

# הסכנה של הרשעות-שווא בישראל – גורמיה המרכזיים והצעות לצמצומה בעקבות ספרו של בועז סנג'רו הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם – גורמים ופתרונות\*

מרדכי לוי\*\*

## תקציר

המאמר דן בסוגיה החשובה של הסכנה להרשעת חפים מפשע בישראל. זאת, בעקבות ספרו של פרופ' בועז סנג'רו, שפורסם בשנת 2014, על הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם.

המאמר עוסק בעיקר בשאלות הבאות: בראש ובראשונה, האם אכן קיימת סכנה ממשית להרשעות-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? אין חולק כי בפועל אין מערכת משפט אשר חפה מטעויות. השאלות המרכזיות הן, אפוא, מהו גודל הסכנה; וכפועל יוצא מכך, האם המצב הקיים משיבוע רצון; ואם לאו, מה הן הדרכים לצמצם את הסכנה ככל האפשר.

גם לדעתי אין להתכחש לסכנה של הרשעת חפים מפשע בישראל. אין מדובר בסכנה זניחה, ואין להקל בה ראש; להיפך, יש להתייחס אליה בכובד-ראש ולבחון את ההצעות השונות לצמצום הסכנה, אך תוך איזון ראוי בין מכלול הערכים והאינטרסים הרלוונטיים.

כפועל, גם אני שותף לדעה של פרופ' סנג'רו כי המצב המשפטי הקיים בישראל בסוגיות חשובות אחדות אינו משיבוע רצון – בעיקר בעניין האפשרות להרשיע נאשם אך על-סמך הודאתו בחקירה בתוספת "דבר-מה", בעניין האפשרות להרשיע נאשם על-סמך עדות-ראייה של מזהה

\* הוצאת רסלינג (2014).

\*\* שופט בית-המשפט המחוזי בתל אביב; קודם לכן, שופט בית-המשפט המחוזי בבאר שבע משנת 2009, ולפני כן שופט ביחידת בתי-הדין הצבאיים במשך תשע-עשרה 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 פרסם מחבר הרשימה מאמרים אחדים בנוגע לשלבים השונים של ההליך הפלילי, שחלקם נזכרים בה"ש 12, 13, ו-194 להלן. אני מודה לשופטים אילן שיף, נתן זלוצ'ובר, שלמה פרידלנדר, אלון אינפלד ואריאל חזק, וכן לעו"ד יונית פרידמן, על הערותיהם המועילות. מובן שהאחריות לתוכן הדברים כולה שלי.

יחיד ללא תוספת ראייתית, ובעניין האפשרות להרשיע נאשם בדעת רוב. על-כן אני מסכים עם פרופ' סנג'רו כי בסוגיות אלה יש להחמיר בדרישות הדין לעניין אפשרות ההרשעה, אם כי הפתרונות שאני מציע שונים ומתונים מאלה המוצעים על-ידי פרופ' סנג'רו.

חלק מהצעותיי עוסקות בדרישות לתוספות ראייתיות – בהקשחתן של אלה שבדין הקיים ובהוספתן של דרישות חדשות: דרישת סיוע להודאת נאשם בחקירה ולהודאת נאשם לפני מדוכב, או למצער ראיית חיזוק חיצונית לנאשם המתייחסת לנקודה ממשית השנויה במחלוקת, במקום "דבר-מה"; דרישת סיוע לעדות שותף שנמסרה לפני סיום משפטו של השותף, או לפחות חיזוק העונה על שתיים משלוש דרישות הסיוע; דרישת חיזוק לעדות של מזהה יחיד ודרישת חיזוק לעדות יחידה של מתלוננת בעברת מין – כך שככלל לא יורשע נאשם על-פי עדות כאמור ללא דבר לחיזוקה, אלא אם כן ראה בית-המשפט לנכון להסתפק בעדות היחידה מנימוקים שיפורטו.

עוד אני מציע לקצר את תקופת המעצר עד תום ההליכים במשפטים המתנהלים בבתי-משפט השלום, בגין עברות שאינן בסמכות מקבילה של בית-משפט מחוזי, מתשעה חודשים לשישה, כדי להפחית את הסכנה שחף מפשע העצור עד תום משפטו יודה בעברה שלא ביצע במסגרת הסדר-טיעון שבו יוצע לו להודות בעברה קלה ולקבל עונש הקצר מתשעת חודשי המעצר עד תום ההליכים.

כמו-כן אני מציע לשנות את הדין כך שככלל הרשעת נאשם תהיה פה אחד, למעט כאשר מדובר בדעת מיעוט של שופט יחיד בהרכב של יותר משלושה שופטים או כאשר מדובר במחלוקת בשאלה משפטית טהורה. מכל מקום, אני מציע שכאשר הראיות הן נסיבתיות בלבד, יהיה די בדעת מיעוט מזכה של שופט בערכאת הערעור לשם זיכוי של נאשם.

- פתח-דבר – בעקבות ספרו של פרופ' סנג'רו  
 מבוא – על הסכנה של הרשעות-שווא בישראל  
 א. על פרויקט החפות ומחקרים דומים  
 ב. עיקרי ספרו של פרופ' סנג'רו  
 ג. ביקורת על ספרו של פרופ' סנג'רו  
 ד. שיטת המשפט הישראלית, גורמי הסיכון העיקריים בארץ להרשעות-שווא והצעותיי

1. עקרונות-היסוד הרלוונטיים, מגבלות השיטה, השלכותיהם האפשריות והצעותיי

- (א) מידת הוודאות של ההרשעה בפלילים  
 (ב) הבעייתיות של הרף "מעבר לספק סביר"  
 (ג) האפשרות להרשיע נאשם ברוב דעות  
 (ד) השיטה האדוורסרית  
 (ה) האפשרות ששופט יטעה והקושי להבחין בין עד דובר אמת לעד דובר שקר

2. (ו) הערעור, סופיות הדיון והעילות למשפט חוזר  
 גורמי הסיכון המרכזיים להרשעות-שווא והצעותיי

- (א) בעיית החף והסדרי-הטיעון, במיוחד של עצורים עד תום ההליכים  
 (ב) האפשרות להרשיע על-סמך עדות יחידה

(1) עדות זיהוי יחידה

(2) עדות יחידה הטעונה כיום תוספת ראייתית

i. כללי

ii. עדות יחידה של שותף לעבירה

iii. עדות יחידה של עד-מדינה

(3) עדות יחידה של מתלונן/ת בעברת מין

(ג) האפשרות להרשיע על-סמך הודאה בחקירה בתוספת "דבר-מה"

(ד) הבעייתיות של הסתמכות על הודאה לפני מדובב

(ה) ראיות נסיבתיות מטעות

סיכום

אחרית-דבר

## פתח-דבר – בעקבות ספרו של פרופ' סנג'רו<sup>1</sup>

ספרו החדש של פרופ' בועז סנג'רו (להלן גם: המחבר) דן בנושא 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, "במציאות הישראלית כמעט שאין זיכויים"<sup>2</sup>, ולהערכתו, לפחות 5% מההרשעות בעברות "חמורות" הן הרשעות-שווא.<sup>3</sup> מכיוון שבכתי-הכלא נמצאים כ-20,000 אסירים, משמעותה של הערכה זו היא שלפחות 1,000 מורשעים (בממוצע) בכל זמן נתון הם חפים מפשע.<sup>4</sup>

אם הערכה זו נכונה, מדובר בטרגדיה נוראה – בראש ובראשונה לאלפי חפים מפשע שהורשעו במהלך השנים, ואף לחברה בכללותה. אולם גם אם שיעורן של הרשעות-השווא בישראל נמוך מהערכתו של פרופ' סנג'רו, כל עוד מדובר בשיעור משמעותי הדבר מחייב חשבון-נפש ובדק-בית יסודי, במטרה לערוך שינויים בדין שיקטינו את השיעור האמור.

המחבר מפרט בספרו את הגורמים השונים המובילים לדעתו להרשעות-שווא בישראל ובעולם, ומציע פתרונות כיצד להימנע מכך בעתיד. המחבר מסתמך, בין היתר, על ממצאיו של "פרויקט החפות" האמריקאי (להלן: פרויקט החפות) וכן על מחקרים שנעשו בחוץ-לארץ, אשר אל החשובים שביניהם אתייחס בהמשך.

אקדים ואציין כי אני מסכים אומנם לחלק ממסקנותיו ומהצעותיו של פרופ' סנג'רו, אך איני תמים-דעים עימו לגבי חלק ניכר מטענותיו, מהערכותיו ומהפתרונות שהוא מציע. עם זאת, כאמור, יש לטעמי חשיבות לשיח המשפטי בנושא, ומן הראוי לברוק את טענותיו של פרופ' סנג'רו לעומקן. כמו-כן, ככל שיש 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 את הסיבות לכך, ולבחון את ההצעות שהמחבר מעלה או הצעות אחרות שתכליתן דומה, במגמה לצמצם ככל האפשר את הסכנה של הרשעת-שווא, אך תוך איזון ראוי בין מכלול השיקולים, הערכים והאינטרסים הרלוונטיים.

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.

## מבוא – על הסכנה של הרשעות-שווא בישראל

כידוע, תכליתו של ההליך הפלילי היא בירור האמת<sup>5</sup> ועשיית צדק,<sup>6</sup> ובמילים אחרות – הרשעת האשמים וזיכוי החפים מפשע,<sup>7</sup> תוך הקפדה על זכויות הנאשמים להליך ראוי ולמשפט הוגן,<sup>8</sup> לבל ייגרם להם עיוות דין,<sup>9</sup> ותוך איזון עדין וראוי בין זכויות הנאשמים

- 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) 669, 681 (1995); דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 743 (2000); אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11, 12–16 (1996). על ההבדל בין "האמת העובדתית" לבין "האמת המשפטית", ועל חובת הדין לפסוק "דין אמת לאמיתו" (בבלי, שבת י, ע"א; בבלי, סנהדרין ז, ע"א), ראו, למשל, ע"פ 190/82 מרקוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 225, 302–303 (1983) (להלן: עניין מרקוס); ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 259–262 (1984); ד"ר 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, 853–855 (1988); ע"פ 10009/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 769, 787–788 (2004); ע"פ 3435/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 174 לחוות-דעתו של השופט י' עמית (פורסם בנבו, 8.5.2014) (להלן: ע"פ פלוני); חיים כהן "דין אמת לאמיתו" ספר גבורות לשמעון אגרנט 54 (1986); נינה זלצמן "אמת עובדתית" ראמת משפטית – מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד 263 (2000); דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83, 94–95 (1996). על היחס בין האמת העובדתית לבין ההגנה על חפים מפני הרשעה שגויה ראו דורון מנשה "אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסוככים" קריית המשפט א 307 (2001). על ההתנגשות האפשרית בין האמת לבין היציבות המשפטית ראו להלן ה"ש 120 וכן ליד ה"ש 106–108 ור"ד 119–120.
- 6 על ערך הצדק במשפט ראו, למשל, ס' 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה; ס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980; ס' 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) 516, 505–517 (1981) (להלן: עניין קניר); דנ"פ 4603/97 מושלם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, 195–197 (1998); ע"פ 7702/10 כהן נ' מדינת ישראל, פס' א לחוות-דעתו של השופט נ' הנדל (פורסם בנבו, 29.5.2014) (להלן: עניין כהן נ' מ"י); חיים ה' כהן המשפט 83 (מהדורה שנייה מתוקנת ומורחבת, 1996). על הפרספקטיבה של ערך הצדק ראו להלן ליד ה"ש 13–15. כן ראו להלן ה"ש 122.
- 7 ראו, למשל, ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 561, 575 (1980); רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סב(1) 378, פס' א לחוות-דעתה של השופטת ע' ארבל (2006) (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, פס' 66–67 לחוות-דעתה של השופטת ד' ביניש (2006) (להלן: עניין יששכרוב); בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, פ"ד סא(3) 93, פס' 24–26 לחוות-דעתו של השופט א' א' לוי וכן בחוות-דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה (2006) (להלן גם: עניין ביטול הלכת קניזי); ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 742, פס' 18 לחוות-דעתה של הנשיאה ד' ביניש ופס' ט לחוות-דעתו של השופט א' רובינשטיין (2009) (להלן: עניין שי); דוד וינר "בעקבות פרשת עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן" קריית המשפט ד 169 (2004); יואב ספיר "הגנה ראויה על אנשים לא-נחמדים": הערות על מגילת הזכויות הרזה שבהצעת החוקה" משפט וממשל י 571 (2007). השוו בעז אוקן ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג 265 (1996).
- 9 המונח "עיוות דין" נזכר, בין היתר, בס' 31(א)(4) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי-המשפט), ובס' 215 לחסד"פ. ראו והשוו, למשל, ע"פ 1523/05 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.3.2006); ענת שקולניקוב "מהו 'עיוות-דין'? לפירושו של סעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982" עלי משפט ב 65 (2002). כן ראו לעניין המונח "עיוות דין" ועילת עיוות הדין שבס' 31(א)(4) לחוק בתי-המשפט: מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 560–562 (1999); מ"ח 8390/01 אקסלרוד נ' מדינת ישראל, פ"ד ט(2) 607 (2005); מ"ח 9054/03 לזרובסקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.12.2005) (להלן: מ"ח לזרובסקי); מ"ח 2165/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 15 (פורסם בנבו, 24.8.2011); מ"ח 6869/13 קצב נ' מדינת ישראל, פס' 8 (פורסם בנבו, 19.5.2014); עופר גוט עיוות דין בהליך הפלילי (2008).

מזה לבין צורכי החברה, זכויות הקורבנות והאינטרסים הציבוריים במיצוי הדין<sup>10</sup> ובהגנה על בטחון הציבור והמדינה מזה.<sup>11</sup>

למעשה, עיוות דין אפשרי בכל שלב משלבי ההליך הפלילי, החל במעצרו של חף מפשע, בטרם אישום, המשך בעצם העמדתו לדין, ובמיוחד במעצרו עד תום ההליכים,<sup>12</sup> על כל ההשלכות הנובעות מכך לנאשם ולבני משפחתו. עם זאת, ברי כי שיאו של ההליך הפלילי הוא שלב הכרעת-הדין, וכי שיא העיוות בדין הוא הרשעתו של חף מפשע, וכפועל יוצא מכך גם העונשתו 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 בסכנה של הרשעת חף מפשע, אלא גם במניעת העמדה בלתי-צודקת לדין או ניהול הליך משפטי תוך סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.<sup>13</sup> עם זאת, הפרספקטיבה הראויה של ערך הצדק, גם בהקשר של ההגנה מן הצדק, היא צדק במובן הרחב והמשוקלל, קרי, צדק בעיני הציבור בכללותו, לרבות בעיני קורבן העברה והקורבנות הפוטנציאליים,<sup>14</sup> ולא דווקא בעיני הנאשם בלבד.<sup>15</sup>

כמו-כן הוכרה בפסיקה הדוקטרינה של פסלות יחסית של ראיות שהושגו לא כדין, אם

- 10 על קורבנות העברה ראו להלן ה"ש" 14. על מיצוי הדין ראו ס' 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, 518–519 (1999).
- 11 על האיוון האמור ראו, למשל, עניין מילשטיין, לעיל ה"ש" 7, פס' 1 לחוות-דעתה של השופטת ע' ארבל. השוו בג"ץ 3368/10 משרד האסירים הפלסטינים נ' שר הביטחון, פס' 52 (פורסם בנבו, 6.4.2014) (להלן: עניין משרד האסירים הפלסטינים). ראו גם להלן ליד ה"ש" 62.
- 12 ראו, למשל, מרכזי לוי "הראיות לכאורה הנדרשות למעצר עד תום ההליכים – בחינה נוספת" משפטים לר 549, 609–608 (2004); מרכזי לוי "האם לא הגיעה העת לשינויים בדיני המעצר עד תום ההליכים? הצעות לצמצום היקף המעצרים מבלי לפגוע באינטרס הציבורי" הסניגור 206, 4 (2014) (להלן: לוי "הצעות לצמצום היקף המעצרים"; הסניגוריה הציבורית דוח פעילות 2013 16–20 (2014) (להלן: דוח פעילות הסניגוריה הציבורית לשנת 2013).
- 13 כך הוכרה דוקטרינת ההגנה מן הצדק גם בישראל – תחילה בפסיקה, אם כי תוך אימוץ מבחן צר ביותר, לאחר-מכן תוך הרחבת המבחן בפסיקה, ולבסוף על-ידי עיגון ההגנה בס' 149(10) לחסד"פ. על כך ראו, למשל, מרכזי לוי "עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה לפני פסק הדין בעניין בורוביץ ובעקבותיו" המשפט י 353 (2005) (להלן: לוי "עוד על מהות ההגנה מן הצדק").
- 14 ראו חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001. על כבודם וזכויותיהם של קורבנות העברה ושל הקורבנות הפוטנציאליים, ועל האיוון הראוי בין זכויותיהם לבין זכויות הנאשמים, ראו, למשל, את דבריהם וגישותיהם של הנשיא מ' שמגר ושל הנשיא א' ברק בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 629, 654 (1995); מאיר שמגר "כבוד האדם ואלימות" משפט וממשל ג 33, 37–38, 40–41 (1995). על המגמה של הרחבת מעמדם של נפגעי העברה ראו מאיר שמגר "מגמות במשפט" עיוני משפט כ 5, 14 (1996); עמנואל גרוס "הזכויות החוקתיות של הקרבן – מחקר השוואתי" מחקרי משפט יז 419 (2002); גבריאל הלוי "מגמות התפתחות במשפט הפלילי הדיני ובדיני הראיות בישראל" קרית המשפט ד 109, 164–166 (2004); דנה פוג' "מהפכת הקורבנות" – היום שאחרי: לקראת מודל המכיר בשיקולי ענישה פרטיים?" קרית המשפט ד 229, 232–235 (2004). כן ראו להלן ליד ה"ש" 62.
- 15 ראו, למשל, עניין מילשטיין, לעיל ה"ש" 7, פס' 1 לחוות-דעתה של השופטת ע' ארבל ("צדק לפרט ולכלל"); לוי "עוד על מהות ההגנה מן הצדק", לעיל ה"ש" 13, בעמ' 369.

כי באופן חלקי ומסויג מאוד.<sup>16</sup> כן הוספה בחוק עילה לעריכת משפט חוזר – התעוררות חשש ממשי שבהרשעה נגרם עיוות דין.<sup>17</sup>

נוסף על כך נעשו נסיגות לבחון ולהציע שינויים אפשריים בדין במטרה למנוע הרשעות-שווא. כך, לפני יותר מעשרים שנה הוקמה "הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר", בראשות השופט א' גולדברג (להלן: ועדת גולדברג); אלא שהמלצותיה בענין ההרשעה על-סמך הודאה בלבד טרם יושמו, הגם שחלפו כבר כשני עשורים למן פרסומן. גם שתי הצעות חוק שהוגשו בענין 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 שהצעה זו לא התקבלה, והמצב המשפטי בענין זה נותר בעינו, חרף הבעייתיות הגלומה בו.

למעשה, בסוגיה הנידונה מתעוררות בעיקר השאלות הבאות, ובהן אדון בהמשך הרשימה: בראש ובראשונה, האם אכן קיימת סכנה ממשית של הרשעת-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?

אין חולק כי בפועל אין מערכת משפט שחפה מטעויות, וכי "אף השופטים, בהיותם אך בני אדם, עלולים לטעות מדי פעם בפעם".<sup>18</sup> מכאן שגם בישראל אפשר שחף מפשע יורשע בדינו, והשאלה העולה בהקשר זה – כפי שציין בצדק פרופ' ליאון שלף,<sup>19</sup> שעיימו מסכימים גם פרופ' סנג'רו וגם הסנגור הציבורי הארצי<sup>20</sup> – נוגעת בהיקף הבעיה או בגודל הסכנה, ולא בעצם 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. באשר להיבט

16 ראו עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 8, פס' 66–67 לחוות-דעתה של השופטת ד' ביניש; ע"פ 1301/06 עזובן אלזם נ' מדינת ישראל, פ"ד סג2 (2009) 177 (להלן: עניין אלזם); עניין שי, לעיל ה"ש 8, פס' 11 לחוות-דעתה של הנשיאה ד' ביניש. לביקורת על ההלכה ראו בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדין נוסף" משפט וצבא יט 67 (2007); סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 201 ועוד. כן ראו יובל מרין ורינת קיטאי-סנג'רו "Collins, Miranda, ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" משפטים 429 (2007).

17 ראו ס' 31(א)4 לחוק בתי-המשפט. ראו גם את הפסיקה לעיל בה"ש 9 וכן בהמשך הרשימה.  
18 כדברי השופט ש' אגרנט בבג"ץ 177/50 ראובן נ' יור' 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 מאייר נ' מדינת ישראל, פס' 8 (פורסם בנבו, 1.2.2006); מ"ח 5568/09 סביחי נ' מדינת ישראל, פס' 19 (פורסם בנבו, 31.8.2011); מ"ח 3139/13 רחמיאן נ' מדינת ישראל, פס' 21 (פורסם בנבו, 25.5.2014) (להלן: עניין רחמיאן).

19 ליאון שלף "תיקונו של עיוות-דין" הפרקליט מא 346, 363 (1994).  
20 ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 32; דוח פעילות הסנגוריה הציבורית לשנת 2013, לעיל ה"ש 12, בעמ' 49–48.

הציבורי, 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 שחפים 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, כאשר חף מפשע מורשע ונענש לשווא, מתעוררת בעיה מוסרית-ציבורית; רביעית, הרשעת חפים מפשע מהווה פגיעה ממשית באמון הציבור במערכת המשפט, ובמיוחד במערכת השיפוט.

כאמור, פרופ' סג'ר נסמך בספרו על פרויקט החפות האמריקאי ועל מחקרים דומים. מכיוון שכך, ובשים לב לחשיבותו של הפרויקט להבנת הסוגיה ולהתמודדות עימה, אעמוד תחילה בקצרה על מהות הפרויקט ועל הממצאים העיקריים של הפרויקט ושל מחקרים דומים, ורק לאחר-מכן אתיחס לעיקרי ספרו של פרופ' סג'ר. בהמשך אבחן אם הממצאים של המחקרים האמורים, או חלקם, ישימים גם לגבי שיטת המשפט בישראל, ואעמוד על גורמי הסיכון הפוטנציאליים העיקריים להרשעת חפים מפשע בישראל. בתוך כך אעלה הצעות משלי לצמצום הסכנה של הרשעת-שווא, אשר שונות ברובן מהפתרונות שפרופ' סג'ר מציע. כל זה ייעשה תוך התמקדות בעיקר, מחמת קוצר היריעה.

## א. על פרויקט החפות ומחקרים דומים

פרויקט החפות נוסד בשנת 1992 כפקולטה למשפטים על-שם קרדוזו בניו-יורק<sup>21</sup> על-ידי שני עורכי-דין פלייליים – ברי 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 העברות, כגון כתמי זרע על בגדים שנשמרו עדיין, ולהשוותן לדגימות ה-DNA שניטלו מהאסירים. בשלב הראשון של הפרויקט נבחנו עניינם של כ-300 אסירים שהורשעו בעברות חמורות, כאונס ואף רצח (בדרך-כלל רצח בעקבות אונס). כולם כבר ישבו בכלא שנים ארוכות, וחלקם אף המתינו להוצאה להורג. בעקבות הבדיקה המחודשת זוכו כשליש מאותם אסירים, ובכמחצית מאותם מקרים הובילו הבדיקות גם לחשיפתם של העבריינים האמיתיים.

הספר הראשון בעניין פרויקט החפות פורסם על-ידי מייסדי הפרויקט בשנת 2000,<sup>22</sup> ובו נותחו כ-70 המקרים הראשונים של זיכויים. כעשר שנים לאחר-מכן פורסם ספר נוסף,<sup>23</sup> ובו ניתוח של 250 הזיכויים הראשונים במסגרת הפרויקט.

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

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



על-פי הממצאים של פרויקט החפות, הגורם הנפוץ ביותר להרשעות-שווא הוא זיהוי שגוי על-ידי עד-ראייה. גורם עיקרי נוסף להרשעות-שווא הוא התנהגות לא-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 אלה הוא השימוש באסירים כמדוכבים 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 סנגורים לא-מקצועיים או רשלנים.

לפרויקט החפות קדם מחקרו של אריה רטנר, שנערך בארצות-הברית ופורסם בשנת 1983, ואשר במהלכו נחשפו מאות מקרים של הרשעות-שווא. כ-52% מהמקרים הגורם המרכזי להרשעה השגויה היה זיהוי מוטעה על-ידי עד-ראייה; בכ-10% מהמקרים התבססה ההרשעה על עדות-שקר של אחד מעדי התביעה; ובכ-11% מהמקרים נמצא כי הרשעת-השווא נגרמה עקב בידוי ראיות על-ידי חוקרי משטרה ותובעים.<sup>24</sup>

המחקר העדכני ביותר על הרשעות-שווא בארצות-הברית הוא מחקרם של סמואל גרוס ומיכאל שפר,<sup>25</sup> המתייחס ל-2,061 מקרים של זיכוי חפים מפשע שהורשעו, מהם 891 זיכויים של יחידים (אשר כשליש מהם זוכו על-סמך דגימות DNA והיתר מסיבות אחרות) והשאר זיכויים של קבוצות, בעקבות פרשיות של שחיתות משטרתית שבמסגרתה טפלו שוטרים האשמות-שווא כדי לזכות בקידום.

## ב. עיקרי ספרו של פרופ' סנג'רו

פרופ' סנג'רו סבור כי יש ללמוד מפרויקט החפות וממחקרים נוספים שנערכו, בעיקר בארצות-הברית, על קיומה של תופעה רחבה למדי של הרשעת חפים מפשע גם בישראל. כזכור, לטענת פרופ' סנג'רו, "במציאות הישראלית כמעט שאין זיכויים",<sup>26</sup> שכן "לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, 99.7% מהנאשמים ב'עבירות רציניות' מורשעים" בדינם,<sup>27</sup> ולדעתו, ב"הערכה שמרנית", כ-5% לפחות מהאסירים המורשעים בישראל ב"עברות חמורות" הם חפים מפשע, דהיינו, כאלף אסירים לפחות בכל זמן נתון.<sup>28</sup> עוד סבור המחבר כי הגם שהרטוריקה המקובלת בישראל באשר לרמת ההוכחה

.University Press 2011)

24 ARYE RATTNER, CONVICTING THE INNOCENT: WHEN JUSTICE GOES WRONG (Ph.D. Dissertation, Ohio State University, 1983). על עיקרי המחקר ראו אריה רטנר "הרשעות שלא בצדק: טעויות במערכת המשפט" פלילים ג 262 (1992).

25 SAMUEL R. GROSS & MICHAEL SHAFFER, EXONERATIONS IN THE UNITED STATES, 1989–2012 — REPORT BY THE NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS (2012).

26 סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 22 ועוד.

27 שם.

28 שם, בעמ' 41–42 ועוד.

בפלילים אינה של 90% כבמשפט האמריקאי, אלא של 98% או 99%, "...במציאות שופטים רבים מרשיעים תוך הסתפקות בהרבה פחות מ-99%, וחוששני שהם אינם מקפידים לדרוש אפילו רף של 90%".<sup>29</sup>

לדעת פרופ' סנג'רו, הגורמים המרכזיים להרשעת חפים מפשע בישראל, כמו- גם במדינות אחרות, נחלקים לשתי קטגוריות: האחת נוגעת בראיות, והאחרת נוגעת בפרוצדורה.

במישור הראייתי הגורמים להרשעת-שווא, לטעמו של המחבר, הם: הרשעה על-סמך ראיה יחידה, תוך "כשל החלפת ההתניות",<sup>30</sup> הגורם לטעות בהערכת ההסתברות; "התפיסה המוטעית של 'אשמת החשוד' הרווחת בקרב חוקרי משטרה, תובעים ואפילו שופטים";<sup>31</sup> התבססות 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.

במישור הפרוצדורלי הגורמים להרשעת חפים מפשע, לגישת המחבר, הם: השיטה האדוורסרית וסבילותו של השופט; טעויות של שופטים; תפיסה לא-נכונה של חוקרי המשטרה בנוגע לתפקידם; הימנעות המשטרה מלחקור כיוונים אחרים; הסתרת ראיות מזכות על-ידי המשטרה או התביעה ובידוי ראיות;<sup>32</sup> תפיסה לא-נכונה של תובעים את תפקידם;<sup>33</sup> ייצוג גרוע על-ידי סנגורים; והסדר-הטיעון, שהן בבחינת "הגולם שקם על יוצרו".<sup>34</sup>

כמענה לבעייתיות שפרופ' סנג'רו מצביע עליה 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 לאמצעי הבטיחות המקובלים בתחומים אחרים, כגון תעופה והנדסה, ולהקים גוף מרכזי לבטיחות במשפט הפלילי, שיחקור הרשעות-שווא וכמעט-הרשעות-שווא. נקודת המוצא של פרופ' סנג'רו ושל ד"ר הלפרט היא "עקרון התאונות הנסתרות", דהיינו, ש"מערכת המשפט הפלילי מתאפיינת בתאונות (הרשעות מוטעות) שבדרך כלל לא מתגלות".<sup>35</sup>

29 שם, בעמ' 37.

30 שם, בעמ' 48–51. כן ראו מרדכי הלפרט ובוטו סנג'רו "מִכְשָׁל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן (הצעה להיפוך בתפיסת ההודאה: מראיה מרכזית המחפשת תוספת לתוספת אפשרית לראיות מוצקות)" מחקרי משפט כו 733 (2010).

31 סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 51.

32 סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 189–196.

33 שם, בעמ' 196–201.

34 לרוב הגורמים העיקריים דלעיל אתייחס בהרחבה בפרק ד.

35 שם, בעמ' 32–34, 256–261 ועוד. על כך ראו להלן ליד ה"ש 52–53. כן ראו, למשל, מרדכי הלפרט ובוטו סנג'רו "לקראת בטיחות במשפט הפלילי" עיוני משפט לו 363 (2013).

### ג. ביקורת על ספרו של פרופ' סנג'רו

אמנם, אני מסכים עם חלק מטענותיו וממסקנותיו של פרופ' סנג'רו, ובמיוחד עם הקביעה כי הסתמכות 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 בארצות-הברית ובמחקרים נוספים. אולם איני מסכים עם פרופ' סנג'רו לגבי חלק גדול מטענותיו, מהערכותיו ומהפתרונות שהוא מציע. להלן אנסה להבהיר מדוע.

ראשית, אקדים ואציין כי טענתו של פרופ' סנג'רו שאחד הגורמים המרכזיים להרשעות-שווא הוא "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 ששופט יטעה אף בעניין זה. עם זאת, אני מסכים לכך שבמקרים לא-מעטים, ובמיוחד במקרים שבהם החקירה אינה מלווה על-ידי פרקליט מנוסה, חוקרי המשטרה יוצאים מתוך הנחה בדבר אשמת החשוד, מבלי לבדוק כיווני חקירה נוספים, ובעקבות זאת מגישים – או ממליצים להגיש – כתב אישום בטרם מוצתה החקירה.

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

יצוין כי בעוד החקירה המשטרית היא אינקוויזיטורית מטבעה, ההליך השיפוטי בשיטת המשפט שלנו הוא אדוורסרי, על היתרונות והחסרונות הגלומים בכך.<sup>38</sup> עצם היות ההליך אדוורסרי מאפשר לשופט, ברוב המקרים, לראות את התמונה על שני צידיה, דהיינו, הן את עמדת המאשימה והן את עמדת ההגנה, במיוחד בהינתן שכל נאשם בעברה חמורה מיוצג על-ידי סנגור.

שנית, הנחת-המוצא של פרופ' סנג'רו כי בישראל אין כמעט זיכויים<sup>39</sup> הינה שגויה. הנחתו זו מתבססת על נתונים סטטיסטיים גולמיים שפרסמה הלשכה המרכזית

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, פ"ד סב(3) 550 (2008) (להלן: עניין פלונית (א)).

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

38 על השיטה האדוורסרית ראו להלן בחלק ד(17).

39 סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 22 ועוד.

לסטטיסטיקה (להלן גם: הלמ"ס) לפיהם שיעור ההרשעות הכולל ("בעברות רציניות") בשנים 2004–2008 היה כ-99.7%. אלא שהלמ"ס עצמו תיקן נתונים אלה בשנתונים שלו מהשנים האחרונות, כפי שאטעים להלן.<sup>40</sup>

שלישית, הערכתו של פרופ' סנג'רו כי לפחות 5% מההרשעות בישראל "בעברות חמורות" הן של חפים מפשע<sup>41</sup> לא רק שאינה מבוססת, אלא גם מוטעית, לגישתי. אומדן זה של פרופ' סנג'רו מבוסס על שתי דרכי חישוב נפרדות ועצמאיות, אשר שתיהן שגויות בעיניי, לפחות ככל שמדובר במשפט בישראל: האחת מתבססת על נתונים שנאספו בפרויקט החפות ביחס לעברות משולבות של אונס ורצח; והשנייה היא תחשיב תיאורטי שערך פרופ' סנג'רו יחד עם ד"ר מרדכי הלפרט, המבוסס על סטנדרט ההוכחה בפלילים של "מעבר לספק סביר", בשים לב גם אל "היחס של בלקסטון".<sup>42</sup>

כאמור, בעוד שבשנתונים הישנים מהשנים 2004–2010 אכן פרסם הלמ"ס כי שיעור ההרשעות בשנים 2000–2008 עמד (כביכול) על כ-99%, כפי שמציין פרופ' סנג'רו בספרו, בשנתונים שפורסמו בשנים האחרונות, החל בשנת 2012, כבר תיקן הלמ"ס עצמו את הנתונים. כך, למשל, בשנתון לשנת 2012 פרסם הלמ"ס כי שיעור ההרשעות בשנים 2000–2005 נע בין 81.4% ל-85.5%. באופן דומה, בשנתונים של השנים 2013–2014 פרסם הלמ"ס כי שיעור ההרשעות בשנים 2011 ו-2012 היה 85.5% ו-84.9% (בהתאמה). מדובר בשיעור ההרשעות הכולל בעברות השונות, לרבות עברות "כלפי הסדר הציבורי" ועברות "כלפי הרכוש". באותן שנים עמד שיעור הזיכויים, לפי הנתונים הערכניים שפרסם הלמ"ס, על 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 שפרסם הלמ"ס לפני שנים רבות, אף שהלמ"ס עצמו תיקן אותם בשנתונים שלו שפורסמו בשנים 2012 ואילך, שאליהם אין המחבר מפנה בספרו.

השימוש של פרופ' סנג'רו בנתונים הגולמיים של הלמ"ס בעניין שיעור ההרשעות, מבלי לנתחם, ובמיוחד הסתמכותו על הנתונים הגולמיים הישנים והלא-מדויקים כאמור, מעלים מצג שגוי ומטעה – או למצער לא-מדויק ובלתי-ממצה – לגבי שיעור הזיכויים בישראל (וכתוצאה מכך לגבי שיעור ההרשעה של חפים מפשע), וזאת משלוש סיבות מצטברות: האחת היא, כאמור, שבשנתונים של השנים האחרונות תיקן הלמ"ס עצמו את נתוניו הישנים והלא-מדויקים, והבהיר כי שיעור הזיכויים עומד על כ-15% מההרשעות

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. כן, ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתונים סטטיסטיים לישראל 51–61 (2000–2010); ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "שינוי בסטטיסטיקה הפלילית (סדר ציבורי)" (הודעה לעיתונות, 4.9.2012, [www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa\\_template.html?hodaa=201218232](http://www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hodaa=201218232); הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתונים סטטיסטיים לישראל 63–65 (2012–2014). כן ראו בהמשך הטקסט.

41 סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 38 ועוד.

42 שם, בעמ' 34–42. על "היחס של בלקסטון" ועל הרף של "מעבר לספק סביר" ראו להלן בחלק 1ד(א).

בעברות השונות, ולא על פחות מ-1%, כפי שפורסם בשנתונים הישנים שעליהם הסתמך פרופ' סנג'רו בספרו. יתר על כן, שיעור זה של זיכויים אינו כולל את כל המקרים הרבים שבהם החליטו הפרקליטות או המשטרה עצמן לסגור את התיק או לחזור בהם מהגשת כתב אישום. סיבה שנייה היא שהנתונים של הלמ"ס מתייחסים להרשעות בכל "העברות הרציניות" – אשר כוללות, לפי הלמ"ס, גם עברות "כלפי הרכוש" ועברות "כלפי הסדר הציבורי",<sup>43</sup> דהיינו, גם עברות קלות יחסית – ולא רק "בעברות החמורות", אשר אליהן בעיקר מכוון המחבר בספרו. סיבה שלישית היא שהנתונים כוללים גם ובעיקר הרשעות של נאשמים על-פי הודאותיהם בבית-המשפט, ולא דווקא במסגרת הסדרי-טיעון, וכאמור לרבות בעברות קלות יחסית, ולא רק בעברות חמורות. דווקא בעברות החמורות ביותר, כגון רצח ואונס, שהמחבר מרבה להתייחס אליהן, הנאשמים ממעטים להודות, ולרוב כופרים באשמתם.

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

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

במחקר הסטטיסטי מוצג מידע תיאורי על-אודות פסקי-דין בתיקים פליליים, תוך שימת דגש 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, אשר נפסקו בין 2010 ל-2012. אומנם, 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. נתונים אלה עולים בקנה אחד עם נתוני הלמ"ס שפורסמו בשעתו ואשר עליהם נסמך פרופ' סנג'רו. לדעת פרופ' סנג'רו, זיכוי "בעל משמעות הוא זיכוי מכל העבירות ויציאה לחופשי", ולא זיכוי חלקי, וזאת בין היתר בשל כך ש"לעתים נדמה שמוסיפים עבירות מופרכות רק כדי לוותר עליהן במשא ומתן בדרך לעסקת הטיעון".<sup>46</sup>

43 ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל מס' 55 – 2004, מקרא ללוח 11.3 ("הרשעות במשפטים פליליים על עבירות רציניות, לפי תכונות שונות") (2004) – לוח ססנג'רו מסתמך עליו בספרו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 22 ו-80 ובה"ש 107, למשל.

44 אורן גול-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 ה"ש 1, בעמ' 178–179. בהתייחסו למחקר הסטטיסטי, לעיל ה"ש 44, אומר המחבר כי "מדובר

לגישתי, לעומת זאת, 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 העברה המרכזית או חלק מהעברות העיקריות שבמחלוקת. על-כן, בניגוד לגישתו של פרופ' סנג'רו, חשוב לבחון את שיעור הזיכויים אך ביחס לאישומים שבמחלוקת, ובמיוחד בכתב-המשפט המחוזיים, שבהם נידונות העברות החמורות. למעשה, הנתונים של כלל ההרשעות אינם הנתונים החשובים לענייננו, שכן ברוב המקרים הנאשמים מודים בבית-המשפט בעובדות ובאישומים המיוחסים להם, וזאת לא רק במסגרת הסדר-טיעון. כאשר נאשם מודה בבית-המשפט, ככלל הוא מורשע על-פי הודאתו,<sup>47</sup> ותוצאה של זיכוי אינה מסתברת בדרך-כלל.

בחנית הנתונים במסגרת המחקר הסטטיסטי מעלה כי בכתב-המשפט המחוזיים רק כ-70% מהאישומים שבמחלוקת מסתיימים בהרשעה – כ-64% בהרשעה מלאה וכ-6% באישום מופחת – ואילו 25.5% מהאישומים שהנאשמים כופרים בהם מסתיימים בזיכוי (וכ-4% נוספים מבוטלים על-ידי בית-המשפט מסיבות שונות).

כאשר לכתב-המשפט השלום, מלכתחילה רק כ-6% מהנאשמים בכתב-משפט אלה בוחרים לכפור באישומים נגדם ולנהל משפט הוכחות, וכ-93% מהנאשמים מורשעים על-פי הודאתם. מבין האישומים שבמחלוקת, פחות מ-70% מסתיימים בהרשעה, כ-15% מסתיימים בזיכוי וכ-15% מבוטלים. כמו-כן, בכתב-המשפט השלום רק 38.5% מהנאשמים מורשעים בכל העברות המיוחסות להם בכתב האישום, ועוד כ-26% מורשעים בחלק מהעברות שיוחסו להם בכתב האישום או בעברות מופחתות.

רוב הנאשמים בכתב-המשפט השלום שהאישומים נגדם לא בוטלו – כ-76.5% – הודו במסגרת הסדר-טיעון. בכתב-המשפט המחוזיים כ-86% מהנאשמים שהאישומים נגדם לא בוטלו ערכו הסדר-טיעון, ורק כ-6% הודו בלא הסדר. לסוגיה של הסדר-טיעון אתיחס בהמשך בנפרד.

פרופ' סנג'רו מתבסס במסקנותיו על דוגמאות ספורות מישראל,<sup>48</sup> אך בעיקר על מחקרים שנעשו בארצות-הברית, אשר אינם מתאימים בחלקם לשיטת המשפט בישראל ולחברה הישראלית. כך, מן המפורסמות הוא כי בשיטתנו מכהנים ככלל שופטים מקצועיים, ללא חבר-מושבעים, ואילו בארצות-הברית חבר-מושבעים (של הדיוטות) הוא המחליט ככלל אם להרשיע נאשם או לזכותו. הבדל חשוב נוסף בין שיטת המושבעים לבין שיטת השופטים המקצועיים הוא שמושבעים אינם מנמקים את הכרעתם, בעוד שופט מקצועי מחויב בהנמקה. להנמקה יש חשיבות רבה, שכן היא משמשת, בשלב הראשון, לגיבוש עמדה מבוססת ומושכלת ולביקורת עצמית של השופט בערכאה הדיונית, ובשלב השני –

רק במדגם, שהוא לא דווקא מייצג, וכי "התמונה שהציגה הלמ"ס היא האמורה לעניין אותנו, ולא התמונה שמציגים מחברי המחקר" (שם, בה"ש 262 בעמ' 291).

47 ראו הוראות ס' 153–154 ו-156 לחסד"פ.

48 סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 190–200.

לביקורת של ערכאת הערעור.<sup>49</sup> בהקשר זה יש להוסיף כי ממחקרים שנערכו בארצות-הברית עולה כי בחלק מהמקרים של הרשעות-השווא הושפעה הכרעת המושבעים, ככל הנראה, מגזעו ומצבעו עורו של הנאשם, שהיו שונים מאלה של המושבעים, וכי בחלק גדול אחר מהמקרים נבעו הרשעות-השווא מפרשיות שחיתות רחבות-היקף של שוטרים, אשר טפלו עלילות-שווא כדי לזכות בקידום. בישראל, לשמחנתנו, פרשיות רחבות-היקף כאלה אינן קיימות, ככל הידוע. בהמשך אתייחס שוב לנושא המשטרה.

גורם מרכזי נוסף להרשעות-שווא במשפט האמריקאי הוא ייצוג כושל. בהיבט זה נראה כי המצב בישראל טוב יותר באופן יסודי, במיוחד למן הקמתה של הסנגוריה הציבורית,<sup>50</sup> לנוכח הרמה המקצועית הטובה למדי של הסנגורים ככלל, לרבות של הסנגורים הציבוריים, בוודאי של אלה המופיעים בתיקי העברות החמורות בבתי-המשפט המחוזיים. זאת ועוד, להבדיל מהמצב בארצות-הברית, נראה כי ככלל התביעה בישראל הגונה, אם כי מטבע הדברים בחלק מהמקרים (גם) התובעים שוגים, לעיתים מפאת חוסר ניסיון מספיק, ובמקצת המקרים אולי אף עקב התרשלות. מכל מקום, המקרים הספורים שפרופ' סנג'רו מציין בספרו כעדות לפגמים חמורים בהתנהלות התביעה בישראל או בהגנותה<sup>51</sup> הינם בבחינת יוצאים-מן-הכלל.

כאן המקום להוסיף כי לאחרונה הוקמה "נציבות הביקורת על מערך התביעה ומייצגי המדינה בערכאות" (נב"מ), שבראשה עומדת הנשיאה (לשעבר) הילה גרסטל. בעקבות זאת יש להניח כי המצב הקיים בעניין זה אף ישתפר. בהקשר זה מוצע לשקול חקירה – אם במסגרת גוף חדש זה ואם במסגרת אחרת – של תקלות שבעקבותיהן הוגשו כתבי אישום נגד חפים מפשע, וזאת אף אם כתב האישום בוטל ביוזמת הפרקליטות בטרם החל המשפט או בטרם הסתיים.<sup>52</sup> זאת, ברוח הצעותיו של פרופ' סנג'רו,<sup>53</sup> אשר חלקן מקובלות גם עליו, 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 לפני מדוכבים);<sup>54</sup> וקביעת סטנדרטים גבוהים לבדיקות המשפטיות הנערכות בעזרת מכשירים, כגון בדיקות DNA ובדיקות סמים ושכרות.

49 על חשיבות ההנמקה על-ידי שופט מקצועי ככלל, ובהליך הפלילי בפרט, ראו והשוו, למשל, ע"פ 6653/13 ביידון נ' מדינת ישראל, פס' 14 – 15 לפסק-דינו של השופט צ' זילברטל (פורסם בנבו, 2.1.2014); משה לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292, 303 (1968); רות גביון "בית המשפט וחובת ההנמקה" משפטים ב 89, 92 – 93 (1970); אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 46 (1987); דורון מנשה "תכליתה ומותה של חובת ההנמקה העובדתית במשפט הישראלי" עלי משפט יא 399 (2014).

50 גם פרופ' סנג'רו מסכים כי בישראל חל בעניין זה שיפור משמעותי עם הקמת הסנגוריה הציבורית – סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 209 – 210.

51 שם, בעמ' 190 – 200.

52 ראו לעיל ה"ש 37 ולהלן ה"ש 194.

53 סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 253 – 258.

54 ראו להלן בחלק ד(ר). כן ראו ס' 7 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002, המפנה לתוספת לחוק שבה הוגדרו העברות שחקירתן מחייבת תיעוד חזותי, ותזכיר חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' ), התשע"ב-2012.



באשר למשטרה, כאמור, להכדיל מארצות-הברית, בישראל לא התגלו – וככל הידוע לא היו – פרשיות שחיתות רחבות-היקף בקרב שוטרים. עם זאת, היו – ועלולים להיות גם בעתיד – מקרים שבהם נהגו חוקרים לא כדין, וכן מקרים לא-מעטים שבהם התגלו מחדלי חקירה, שבגין חלקם זוכו נאשמים אף מעברות חמורות כרצח.<sup>55</sup> כמו-כן, במקרים לא-מעטים החוקרים מתמקדים בגביית הודאות מחשודים ללא בדיקת כיווני חקירה נוספים וללא חיפוש אחר ראיות תומכות להודאה מלבד "דבר-מה נוסף" (להלן בקיצור: "דבר-מה").

יצוין עוד כי ההסתמכות על פרויקט החפות עלולה להטעות 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 ה-DNA. לפחות לגבי חלק מן המורשעים הללו ניתן לומר כי ספק אם הם היו מורשעים גם כיום, לאחר כל ההתפתחויות המדעיות שהתרחשו בשנים האחרונות והשיפור שחל בבדיקות הפורנזיות.

לטעמי, לא ניתן להתכחש לכך שגם בישראל עלולים חפים מפשע להיות מורשעים, אם כי, ובניגוד לטענותיו ולהערכתיו של פרופ' סג'ורו, 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 בארצות-הברית עולה כי להערכתם היקף ההרשעות השגויות נע בין חצי אחוז לאחוז אחד מכלל ההרשעות בשנה.<sup>56</sup> הערכה זו מקובלת גם עליי ככל שמדובר במשפט האמריקאי. לעומת זאת, במשפט הישראלי המצב טוב יותר, כאמור, מהטעמים שמניתי לעיל. להערכתי שיעור הרשעות-השווא בישראל נמוך באופן משמעותי מאשר

55 כידוע, קיימת בישראל מחלקה לחקירות שוטרים (מח"ש), שאינה חלק מהמשטרה, כי אם חלק מפרקליטות המדינה במשרד המשפטים, וזו מעולם לא גילתה טפילת האשמות-שווא רחבת-היקף מצד שוטרים, בדומה לפרשיות שהתגלו בארצות-הברית. עם זאת, גם בישראל ייתכנו מקרים חריגים דומים מצד שוטרים. כך, למשל, לאחרונה פורסם כי הוגש כתב אישום נגד רכז מודיעין במשטרת צפת בחשד שהפליל חף מפשע כדי לזכות בקידום.

על מחדלי חקירה ראו, למשל, ע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.6.2006) (להלן: עניין בשירוב); ע"פ 4414/05 אבו חטב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.11.2006); ע"פ 4007/09 יוסופוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.1.2010); ע"פ 2869/09 זינאתי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.11.2011) (להלן: עניין זינאתי). אומנם, עובדת קיומם של פגמים בחקירה אין בה, כשלעצמה, כדי להוביל לזיכוי של נאשם כדין, ועל בית-המשפט לבחון אם חרף קיומם של הפגמים הוכחה אשמתו של נאשם בעברות שיוחסו לו במירת הודאות הנדרשת בפלילים. עם זאת, כאשר קיימים פגמים מהותיים בחקירה, אפשר שיהיה בהם כדי ליצור חשש שמא קופחה הגנתו של נאשם, אם הוא התקשה בעטיים להתמודד כראוי עם חומר הראיות שהצטבר נגדו, 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, פס' ז' (2) (פורסם בנבו, 18.5.2006); ע"פ 5671/07 תראבין נ' מדינת ישראל, פס' 14 (פורסם בנבו, 22.12.2009); ע"פ 2694/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 11 (פורסם בנבו, 23.6.2010); ע"פ 7147/12 סרגנה נ' מדינת ישראל, פס' 31 לחוות-דעתו של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 14.1.2014) (להלן: עניין סרגנה); רון שפירא "מחדלים בחקירת משטרה והשלכותיהם על ההליך הפלילי" הסניגור 97, 5 (חלק א, אפריל 2005), הסניגור 98, 5 (חלק ב, מאי 2005).

56 ראו רטנר, לעיל ה"ש 24, בעמ' 266.



בארצות-הברית, ואינו עולה על חצי אחוז מכלל ההרשעות. הערכת זו נסמכת על פרמטרים אחדים, ביניהם סטנדרט ההוכחה ומידת הוודאות של ההרשעה בפלילים בישראל, שאליהם אתייחס בהמשך; שיעור האישומים שבהם הנאשמים מודים בבית-המשפט, לעומת אלה שבהם הם כופרים; ושיעור הזיכויים באישומים שבמתחלוקת, לצד קיומה של זכות ערעור.

עם זאת, נראה כי חלק ניכר מאותם גורמים מרכזיים להרשעות-שווא באנגליה ובארצות-הברית אכן עלולים לגרום להרשעות-שווא גם בישראל. כוונתי היא להרשעות המתבססות בעיקר על אחת הראיות הבאות: עדות יחידה בכלל, ובפרט של עד-ראייה יחיד, ומסדריזיהוי בעייתיים; עדות יחידה של שותף לדבר עברה, במיוחד בטרם הסתיים משפטו; עדות יחידה של בעל מניע להפליל את הנאשם, כגון עד-מדינה; ובעיקר הודאת-שווא בחקירה בכלל ובעקבות הודאה לפני מדוכבב בפרט. לכל הגורמים הללו אתייחס בהרחבה בהמשך.

נוסף על כך קיים חשש שחלק מהנאשמים מודים בבית-המשפט בעברות שלא ביצעו, במסגרת הסדר-טיעון הכולל תיקון של כתב האישום לעברה קלה יותר ולרוב גם עונש מוסכם, וזאת בין כדי להימנע מהמשך מעצרים עת תום ההליכים ובין כדי להימנע מהסיכון שמא יורשעו בעברה החמורה יותר המיוחסת להם בכתב האישום המקורי, על ההשלכות העלולות לנבוע מכך.

על-כן חשוב, גם לרעתי, 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.

עם זאת, בעיניי, חלק ניכר מהפתרונות שהמחבר מציע אינם מוצדקים או עלולים להגביר את הסכנה לשלום הציבור ואף את הסכנה של הרשעת חפים מפשע. ראשית, הצעת המחבר כי השופט יעיין מראש בכל חומר החקירה<sup>57</sup> – וזאת בניגוד לשיטה האדוורסרית, הנהוגה (גם) אצלנו – עלולה לגרום לחשיפתו של השופט לחומר בלתי-קביל הנכלל בתיק החקירה, ובכלל זה לעדויות מפי השמועה, לעדויות-סברה, לידיעות מודיעיניות אנונימיות, ואף חומר מכך – לממצאי פוליגרף (שבהם נמצא כי הנאשם דובר שקר או כי המתלונן דובר אמת) וכן לעברו הפלילי של הנאשם. אפשר אומנם להסכים עם המחבר כאשר הוא מלין על תפקידו הסביל מדי של השופט בשיטה האדוורסרית, וכידוע, טענות בעניין זה אף הועלו בעבר, בעיקר בספרות<sup>58</sup>; אך בהמשך אציע לכך פתרונות שונים מאלה המוצעים על-ידי המחבר.<sup>59</sup>

שנית, הצעתו של המחבר כי לא יהא אפשר כלל להתבסס על הודאה בחקירה כראיה יחידה, אף לא בתוספת סיוע כפי שהוא עצמו הציע בעבר,<sup>60</sup> אלא רק כתוספת ראייתית

57 סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 172.

58 ראו להלן ה"ש 101.

59 ראו להלן חלק ד(ד).

60 ראו, למשל, בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות ושווא?" עלי משפט ד 245 (2005) (להלן: סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה").

לראיה מרכזית אחרת<sup>61</sup> – אינה סבירה בעיניי. זוהי 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 לא לצורך, באופן בלתי-מאוזן ובלתי-מידתי, ובכך נמצאנו מתאזרים לנפגעי העברות ולקורבנות הפוטנציאליים, בבחינת "כל שנעשה רחמן על האזורים, לסוף נעשה אכזר על הרחמנים"<sup>62</sup>.

לטעמי, פרופ' סנג'רו מתמקד אך ורק בסכנה של הרשעת חפים מפשע; מתעלם לחלוטין מקורבנות העברה בפועל ובכוח ומהאינטרסים הציבוריים במיצוי הדין, בהגנה על שלום הציבור ובהגנה על בטחון המדינה; ואינו עורך כל איוון בין האינטרסים והערכים המתנגשים. לכך אין להסכים.

בטרם אפרט את הצעותיי, אעמוד להלן על העקרונות הרלוונטיים שביסודה של שיטת המשפט הישראלית, ועל גורמי הסיכון הפוטנציאליים העיקריים שבגינם קיימת גם בישראל סכנה של הרשעת-שווא.

## ד. שיטת המשפט הישראלית, גורמי הסיכון העיקריים בארץ להרשעות-שווא והצעותיי

1. עקרונות-היסוד הרלוונטיים ומגבלות השיטה, השלכותיהם האפשריות והצעותיי

### (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 חקיקתו של תיקון מס' 39 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, בסעיף 34(א) שהוסף לחוק האמור: "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר."

משמעותו של הרף "מעבר לספק סביר" היא מעבר לכל ספק סביר.<sup>63</sup> עם זאת, אין צורך להוכיח את אשמתו של נאשם בוודאות מוחלטת, אלא על-פי מבחן ה"אפשרות הקרובה עד מאד לאמת או לוודאות".<sup>64</sup> זאת, שכן ודאות מוחלטת אינה ניתנת להשגה;

61 סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 82.

62 דברי רבי אליעזר במדרש תנחומא, מצורע, סימן א. השוו לדברי רבי יהושע בן לוי, ילקוט שמעוני, פרק טו, סוף רמז קכא. כן ראו לעיל ה"ש 14 בעניין נפגעי העברה 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, פ"ס 45 (פורסם בנבו, 28.9.2008) (להלן: עניין ארקה); עניין כהן נ' מ"י, לעיל ה"ש 6, פ"ס א לחוות-דעתו של השופט נ' הנדל: "...הנטל המוטל על התביעה – להוכיח את האשמה מעבר לכל ספק סביר".

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, 709–712 (1977). על רמת ההוכחה במישור הפלילי ראו גם יעקב קדמי על הראיות חלק רביעי 1667–1672 (2009) (להלן: קדמי על הראיות חלק רביעי); ע"פ 2518/94 אלימלך נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 481 (1997); אליהו הרנון דיני ראיות כרך א 213–214 (1985); עמנואל גרוס ומיכל עורקבי "מעבר לספק סביר" קרית המשפט א 229, 233–238 (2001).

ואם יהא על בית-המשפט לסמוך את הכרעותיו על הוודאות המוחלטת, לא תוכל החברה למצות את הדין עם פורעי חוק ולהעניש עבריינים מסוכנים, מכיוון שתמיד ימצא ספק ספיקא, והחברה תהא שטופה בעבריינים ששחררו בגין צל-צילו של ספק.<sup>65</sup> מעצם הבחירה ברמת הוכחה שאינה מוחלטת – אומנם מעל לספק סביר אך לא מעבר לכך – מתבקשת המסקנה כי קיים יחס מסוים של הרשעות חפים מפשע שיש להעדיף על מתן מעין פטור 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 מאשר להרשיע חף מפשע אחד: "ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד." <sup>66</sup> עם זאת, יש לשים לב, ראשית, שהרמב"ם התייחס אך לעברה של רצח, ושנית, שבשעתו דין ההרשעה ברצח היה עונש מוות.

התפיסה של המשפט המקובל האנגלי, אשר הובעה בשעתו על-ידי ויליאם בלקסטון ביחס לכלל העברות, היא כי "מוטב שיזוכו עשרה אשמים משירשע חף מפשע אחד."<sup>67</sup> במשפט האמריקאי אכן מקובל מאוד לאמץ את "היחס של בלקסטון" – 1:10 – ומכך מסיקים שם כי נדרשת הוכחת אשמה ברמה של כ-90% עם זאת, אין למעשה הגדרה הסתברותית-כמותית ברורה של רף ההוכחה של "מעבר לספק סביר" או של מידת ההסתברות הנדרשת להרשעה, דהיינו, של האפשרות הקרובה עד-מאוד לאמת או לוודאות.

לדעת פרופ' סנג'רו, בשיטת המשפט בישראל אומנם אין מסתפקים מבחינה רטורית ברמת הוכחה של כ-90% כבמשפט האמריקאי – אלא דורשים רמת הוכחה גבוהה יותר, של הסתברות הגובלת בוודאות, שניתן לכמתה ב-98%–99% – אולם "במציאות... שופטים רבים מרשיעים תוך הסתפקות בהרבה פחות מ-99%, וחוששני שהם אינם מקפידים לדרוש אפילו רף של 90%".<sup>70</sup>

65 ראו, למשל, גרוס ועורקבי, שם, בעמ' 237. על האינטרס הציבורי במיצוי הדין ראו גם לעיל ה"ש 10 והטקסט שלידה. כן ראו במיוחד את עמדתו של רבן שמעון בן גמליאל (בסיפא של המשנה להלן): "סנהדרין ההורגת אחד בשבוע (בשבוע שנים) נקראת חובלנית. רבי אליעזר בן עזריה אומר: אחד לשבעים שנה. רבי טרפון ורבי עקיבא אומרים: אילו היינו בסנהדרין לא נהרג אדם מעולם. רבן שמעון בן גמליאל אומר: אף הן מרבין שופכי דמים בישראל." משנה, מכות א, י.

66 ספר המצוות, מצוות לא תעשה, מצווה ר"צ, מהדרות 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, חוות-דעתו של השופט מ' אֶלֶן (1980) (להלן: עניין נגר); ע"פ 6508/02 פלוגי נ' מדינת ישראל, חוות-דעתו של השופט י' טייקל (פורסם בנבו, 6.2.2003) (להלן: עניין פלוגי). כן ראו את דבריו של השופט א' רובינשטיין בע"פ 7220/05 נימר נ' מדינת ישראל, פס' ד"ה לחוות-דעתו (פורסם בנבו, 31.5.2007), בעניין גישתו של המשפט העברי בסוגיה של ודאות ההרשעה בדיני נפשות, לרבות זאת כי "ספק נפשות להקל" (בבלי, כתובות טו, 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: "n Guilty Men", 146 U. Pa. L. Rev. 173 (1997); GUILT 186 (London, 3rd ed. 1963).

68 ראו, למשל, סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 36, וכן הסקרים הנזכרים שם, בה"ש 28.

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

70 סנג'רו, שם.

על-פי הניתוח של פרופ' הרברט פקר, בבסיסו של ההליך הפלילי, ושל כל שלב ושלב בו, מצויים שני מודלים אשר מבוססים על אינטרסים מנוגדים ויוצרים קונפליקט ערכי מתמיד: האחד, "מודל הפיקוח על הפשיעה", המתבסס על האינטרס הציבורי; והאחר, "מודל ההליך הראוי", המתבסס על חזקת החפות ועל זכויות הפרט. המשתנה העיקרי הוא נקודת האיזון בין שני המודלים.<sup>71</sup>

בשיטת המשפט בישראל, כמו בשיטות נאורות נוספות, ניתן מעמד חוקתי לחזקת החפות<sup>72</sup> ולזכויות-היסוד של הפרט – לחירות,<sup>73</sup> לכבוד,<sup>74</sup> להליך ראוי ולמשפט הוגן,<sup>75</sup> ועוד.<sup>76</sup> בד בבד, חברה מתוקנת זכאית להגן על עצמה ועל שלום תושביה מפני אלה המפרים את החוק ומסכנים את בטחון המדינה, בטחון הציבור ובטחוננו של הפרט. שיטת משפט מתוקנת דואגת למיצוי הדין עם מפרי החוק ולהבטחת תקינותו של ההליך השיפוטי. כל אלה הם אינטרסים ציבוריים ממעלה ראשונה. עם זאת, כאמור, האינטרס שלא יורשע חף מפשע אף הוא אינטרס ציבורי ממדרגה ראשונה. למעשה, האינטרס למנוע הרשעות-שווא הוא אינטרס משותף לנאשם ולציבור בכללותו. על רקע סבך זה של זכויות ואינטרסים, קשה להצביע על נקודת האיזון המיטבית בין שני המודלים שמנה פקר ועל היחס המיטבי בין שני סוגי הטעויות האפשריות, כמצוין לעיל.

לטעמי, בשים לב לכך שהתפיסה של הרמב"ם התייחסה כאמור לעברה של רצח, על רקע עונש המוות שהיה קבוע לצידה, ובהינתן שאין כיום עונש מוות בישראל, אין מקום לאמץ את תפיסת הרמב"ם, אף לא לגבי עברות חמורות כרצח, שכן היא עלולה לגרום לריבוי מקרים של זיכוי רוצחים ואשמים בעברות מסוכנות נוספות, אשר ימשיכו להלך חופשי ולסכן את הציבור. עם זאת, לגישתי, היחס של בלקסטון אינו ראוי, במיוחד לגבי עברות חמורות כרצח או כאונס, אשר למורשעים בהן צפוי עונש של מאסר-עולם או מאסר ממושך (בהתאמה). 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 בחומרת העברה המיוחסת לנאשם ובחומרת העונש הצפוי לו אם יורשע בדין.

אולם כאן מתעוררת למעשה השאלה המקדמית הכפולה: האם ניתן לכמת באופן

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, 583-582 (1991); אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5, 23 (1996); השו"ג מיכה לינדנשטראוס "חזקת החפות" במשפט הישראלי ובמשפט האמריקני – סוגיות נבחרות (1999); דן ביין "ההגנה החוקתית על חזקת החפות" עיוני משפט כב 11 (1999); רינת קיטאי סנג'רו המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין 31-57 (2011).

73 ס' 5 לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק-היסוד). הפסיקה הכירה בכך שהזכות לחירות היא זכות חוקתית מהמדרגה הראשונה אשר חשובה מרוב הזכויות האחרות: בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 261 (1999); בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פס" 72 לחוות-דעתה של השופטת ע' ארבל (פורסם נבנו, 16.9.2013); עניין משרד האסירים הפלסטינים, לעיל ה"ש 11, פס" 52.

74 ס' 2 לחוק-היסוד; אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה (2014).

75 ראו לעיל ה"ש 8.

76 למשל, הזכות לשם טוב וזכויות-היסוד לחופש העיסוק ולקניין.

אריתמטי את סטנדרט ההוכחה בהליך הפלילי, והאם ראוי לעשות כן? על כך הדעות חלוקות.<sup>77</sup> לגישתי, התשובה לכך היא חיובית בעיקרה. אומנם, יש קושי רעיוני, ובמיוחד קושי מעשי רב, להעריך ולכמת את ההסתברות של נכונות ההרשעה או של הספק הסביר בנסיבותיהם של המקרים הקונקרטיים. אף-על-פי-כן נודעת לטעמי חשיבות רעיונית – ואפשר שאף מעשית – לקביעת מבחנים בשאלות אלה לצורך בהירות הדין ואחידותו, מבחינת עקרון השוויון, וכדי שבית-המשפט "לא ידבר בשני קולות".<sup>78</sup> כמו-כן חשוב שבית-המשפט ישקול ויבחן, בכל מקרה נתון, אם המבחנים ההסתברותיים-הכמותיים שייקבעו אכן מתקיימים, בין לצורך הרשעה ובין לשם זיכוי.

לדידי, לגבי עברות שדינן מאסר-עולם ראוי שהתביעה תוכיח את אשמתו של הנאשם בהסתברות של כ-99%; ואילו בעברות חמורות אחרות שדינן מאסר ממושך – בהסתברות של יותר מ-95%. רק כאשר מדובר בעברות קלות יחסית, דוגמת רוב עברות התעבורה<sup>79</sup> או חטאים ועוונות פליליים,<sup>80</sup> אשר לרוב אינם גוררים מאסר בפועל, אפשר להסתפק בהסתברות של 90% ומעלה.

כאן המקום להזכיר כי בפסיקה ובעיקר בספרות הועלו בהקשר זה שתי שאלות שנויות במחלוקת הקשורות זו לזו הנוגעות למידת ההוכחה: השאלה האחת, היא אם לחומרת העניין יש השפעה על רמת ההוכחה ועוצמת הראיות הנדרשות להכרעה במשפט. כאשר מדובר במשפט פלילי, השאלה היא אם למהות העברה או לחומרת העונש הצפוי לנאשם יש השפעה על צורת ההכרעה במשפט. לפי הגישה המקובלת, חומרת העניין מושא האישום אינה משנה את הכללים הבסיסיים בדבר רמת ההוכחה הנדרשת להרשעה. עם זאת, היא יכולה להשליך על מידת הקפדנות בבחינת הראיות לפני הכרעה. הגישה האחרת – אשר עדיפה בעיניי, הגם שהיא אינה כה מקובלת בפסיקה – היא שככל שההשלכות בגין הרשעת הנאשם בעברה המיוחסת לו חמורות יותר כן תגדל רמת ההוכחה שתידרש לצורך הרשעה.<sup>81</sup> כך, למשל, ברי כי לא הרי

77 כך, למשל, טרייב מנגד לכימות מתמטי של סטנדרט ההוכחה בפליליים: 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 – ביקורת מסורתיות" עיוני משפט יט 205, 225–233 (1994); רון שפירא "המודל ההסתברותי של דיני הראיות חלק ב – הלוגיקה ההכרתית" עיוני משפט כ 141 (1996).

78 ראו, למשל, דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583 (2004) (להלן: עניין זגורי); מ"ח לזרובסקי, לעיל ה"ש 9; ע"פ 8319/05 שלאעטה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.7.2009) (להלן: עניין שלאעטה); ע"פ 4583/13 סץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.12.2013).

79 למעט עברות חמורות יחסית או שיש עימן קלון, כגון נהיגה בשכרות או נהיגה בזמן פסילה.

80 למעט עברות שיש עימן קלון או עברות בנסיבות מיוחדות, כגון גנבה על-ידי מי שנבחר לראשות עיר.

81 ראו והשוו, למשל, קרמי על הראיות חלק רביעי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 1714–1715; עניין גרינוולד, לעיל ה"ש 64, בעמ' 2063; עניין דמיאניוק, לעיל ה"ש 63, בעמ' 650; ע"ש 3725/91 בכרך נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 401, 408 (1991); ע"פ 892/07 גרנדיבסקי נ' מדינת ישראל, פ"ס 34 לחוות-דעתו של השופט י' אלון (פורסם בנבו, 26.5.2008) (להלן: עניין גרנדיבסקי): "לא יורשע אדם ככלל, ובעבירת רצח בפרט, אלא אם הוכחה אחריותו למעשה מעבר לכל ספק סביר...". כן ראו יניב ואקי "סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש" הפרקליט מט 463 (2007); יניב ואקי מעבר לספק סביר – גמישות ההוכחה בדין הפלילי (2013).

יצוין כי הגם שלצורך קבלת החלטה על-ידי רשות מנהלית בדבר ביטול של רישיון או היתר, להבדיל מסירוב

הרשעה ברצח, הגוררת ככלל עונש-חובה של מאסר-עולם,<sup>82</sup> כהרי הרשעה בעבירה של עוון או אף בעבירה של פשע שאינו פשע חמור, אשר העונש הצפוי בגינן אינו מתבטא במאסר בפועל או במאסר ממושך, ובוודאי לא במאסר-עולם.<sup>83</sup> השאלה האחרת, המתעוררת בעיקר בספרות, היא אם יש מקום לגמישות של רמת ההוכחה, בעיקר בהתאם לאינטרסים המוגנים,<sup>84</sup> אך על כך לא אוכל להרחיב כאן, בין היתר מחמת קוצר היריעה.

### (ב) הבעייתיות של הרף "מעבר לספק סביר"

למעשה, בכל משפט פלילי השאלה המכרעת היא אם התביעה הוכיחה 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, אלא נדרש ספק רציונלי וממשי, שיש לו אחיזה ממשית בחומר הראיות ואחיזה מעשית במציאות; זאת, על-פי מבחני השכל הישר, נסיון החיים וההיגיון.<sup>85</sup>

לבקשה ראשונית לקבלתו, די ככלל בראיות מנהליות, שהן ראיות העומדות במבחן הסבירות, על הרשות המנהלית להתבסס על ראיות ברורות ומשכנעות. ראו והשוו, למשל, יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך ב 755–756 (1996); ובמיוחד בג"ץ 799/80 שללם נ' פקיד הרישוי לפי חוק כלי הירייה, פ"ד (לו) (1) 317, 327–328 (1981); בג"ץ 2527/03 אסעיד נ' שר הפנים, פ"ד נח(1) 139 (2003); ע"פ 8844/04 שעבאן נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 12.2.2006). כמו-כן, כאשר מדובר בשלילת חירות, הראיה המנהלית נדרשת לרמת הוכחה גבוהה יותר מהרף המנהלי הרגיל. ראו, למשל, רע"ב 1315/14 אלסאנע נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 12 (פורסם בנבו, 19.6.2014).

באשר לרמת ההוכחה הנדרשת בדין המשמעתי, זו מצויה בין מאזן ההסתברויות האזרחי לבין רמת ההוכחה בפלילים, ותלויה במהות העניין או העבירה. ראו והשוו, למשל, בש"פ 985/89 חבר נ' מדינת ישראל, פס' 2 (פורסם בנבו, 3.10.1990); ע"פ 4790/04 מדינת ישראל נ' בן חיים, פ"ד (ס) 257 (2000); ע"פ 846/12 ויטה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.6.2013).

גם במשפט האזרחי, שבו ככלל די במאזן הסתברויות, כאשר מדובר בעוולת תרמית או בטענת "לא נעשה דבר", למשל, נדרשת רמת הוכחה גבוהה יותר, משום חומרתו של העניין וטיבו. ראו, למשל, ע"א 36/99 יפה נ' עיזבון גלזר, פ"ד נה(3) 272, 286 (2001); קדמי על הראיות חלק רביעי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 1715.

82 למעט בנסיבות המפורטות בס' 3300 לחוק העונשין, המאפשרות ענישה מופחתת, או כאשר הנאשם קטין.

83 ראו עניין גרנדיבסקי, לעיל ה"ש 81, פס' 34 לחוות-דעתו של השופט י' אלון.

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

85 על מהות הספק הסביר ראו והשוו, למשל, עניין דמיאניוק, לעיל ה"ש 63, בעמ' 313, 644–653, 662; דנ"פ 3391/95 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 377, 438–437 (1997) (להלן: פרשת בן ארי); דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביר, פ"ד נא(1) 736, 817–818, 859 (1998) (להלן: דנ"פ אל עביר); ע"פ 5793/02 דוד נ' מדינת ישראל, פס' 6 (פורסם בנבו, 27.10.2003) (להלן: עניין דוד); ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל, פס' 49 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 25.1.2007); ע"פ 3751/11 אבו טראש נ' מדינת ישראל, חוות-הדעת של השופטים א' רובינשטיין ונ' הנדל (פורסם בנבו, 2.9.2012) (עניין אבו טראש); ע"פ 9809/08 לזרובסקי נ' מדינת ישראל, פס' 71–72 לחוות-דעתו של השופט ס' גזבראן ופס' 1–3 לחוות-דעתו של השופט נ' הנדל (פורסם בנבו, 25.11.2010); ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל, פס' 3 לחוות-דעתו של השופט נ' הנדל (פורסם בנבו, 26.7.2012); ע"פ 7860/10 אלפסי נ' מדינת ישראל, פס' 19 (פורסם בנבו, 5.2.2013) (להלן: עניין אלפסי); ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 5. ראו והשוו מיכה לינדנשטראוס על הספק הסביר – סוגיות נבחרות (2004); ניב ואקי ומאיה רוזנשטיין "בין זיכוי מחמת הספק לזיכוי מחמת הספק הסביר" ספר דיור יזר – על משפט פלילי ואתיקה 489 (2009). כן ראו בהמשך.

אומנם, מבחן הספק הסביר הוא במהותו מבחן רציונלי, אולם למעשה, בסופו של דבר, מבחן ההכרעה השיפוטית לקיומו של ספק סביר אינו רציונלי טהור, כי אם רציונלי-סובייקטיבי-מצפוני משולב,<sup>86</sup> בכל מקרה לגופו. חשוב מכך, אין הגדרה כמותית-הסתברותית ברורה מהו ספק סביר או אימתי הספק הוא סביר, כשם שאין כאמור 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 אומנם מבחנים איכותיים ומהותיים חשובים, אך לטעמי אין בהם די, ונדרש גם מבחן כמותי-הסתברותי.

השאלה הכמותית-ההסתברותית היא מה ההסתברות של האפשרות הקרובה עד-מאוד לאמת או לוודאות הנדרשת לצורך הרשעת נאשם – האם די, למשל, בהסתברות של 90%, כנובע מהיחס של בלקסטון, או שמא נדרשת הסתברות גבוהה יותר של כ-99%? והאם ההסתברות הנדרשת תלויה בחומרת העברה ובעונש הצפוי לנאשם בגינה? כפועל יוצא מכך נשאלת השאלה 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 כדי שהספק ייחשב סביר, כגון הסתברות של כ-10% על-פי היחס של בלקסטון? ושוב – האם בעניין זה יש להתייחס לחומרת העברה המיוחסת לנאשם, למהות האשמה או לעונש הצפוי בגינה?

לטעמי, מן הצד האחד, ספק שהסתברותו היא פחות מ-1% אינו ספק סביר; ומן הצד האחר, אשמה שהוכחה בהסתברות של פחות מ-90% אינה מעבר לספק סביר. על-כן המתחם האפשרי או גדר המחלוקת האפשרית בעניין ההסתברותי נעים בין דרישת ודאות לצורך הרשעה של כ-90% לבין דרישת ודאות של כ-99%. למעשה, בתוך מתחם זה יש למקם את הגישות השונות, לרבות ביחס לשאלה אם מידת הוודאות הנדרשת תלויה בחומרת העניין אם לאו.

מכל מקום, בהעדר מבחנים הסתברותיים ברורים לגבי מידת הוודאות הנדרשת להרשעה או לגבי הסתברותו של הספק המספיק לזיכוי, ולנוכח הגישות השונות ביחס לשאלה אם מידת הוודאות הנדרשת תלויה בחומרת העניין, אין תמה שלשופטים יש גישות שונות ביחס למידת הוודאות הנדרשת להרשעת נאשם, בעיקר במסגרת המתחם האמור. זו אולי גם אחת הסיבות לחילוקי-הדעות המתעוררים בחלק מהמשפטים בין השופטים השונים בהרכב הדין בשאלת אשמתו של נאשם, או למסקנות השונות שאליהן מגיעים מותבים שונים לגבי שאלות דומות המתעוררות במשפטים נפרדים המתנהלים באותה פרשה.

עם זאת, בפועל חילוקי-הדעות המתגלעים לעיתים בין השופטים היושבים בדין באותו משפט נובעים לרוב מסיבות קונקרטיות, מקצתם בנוגע לשאלות משפטיות ומרביתם

86 ראו, למשל, את דבריו של השופט מ' חשין בע"פ 6251/94 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45, 124–125 (1995); את דבריו של השופט א' רובינשטיין בעניין בשירוב, לעיל ה"ש 55, פס' ד-ה לחוות-דעתו, שעליהם חזר בע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' ה לפסק-דינו (פורסם בנבו, 20.10.2010) (להלן: ע"פ 5582/09); ואת דבריו של השופט י' דנציגר בע"פ 7401/07 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 6 (פורסם בנבו, 31.7.2008).



מהתרשמות שונה מהעדויות של העדים העיקריים, ובעיקר מהעדויות של המתלונן או של המפליג, במיוחד כאשר מדובר ב"עדות יחידה", וכן מהעדויות של הנאשם. כידוע, כפי שיוטעם להלן, על-פי הדין בישראל, כאשר קיימים חילוקי-דעות בין השופטים, דעתם של רוב השופטים היא הקובעת; וכאשר חילוקי-הדעות הם בשאלות מהימנות, ככלל ערכאת הערעור אינה מתערבת בממצאי המהימנות שנקבעו על-ידי השופטים או על-ידי שופטי הרוב.

### (ג) האפשרות להרשיע נאשם ברוב דעות

סעיף 80(א) לחוק בתי-המשפט קובע את הכלל שלפיו "בית משפט הדין במוטב ונחלקו דעות השופטים, תכריע דעת הרוב". בפסיקה<sup>87</sup> ובעיקר בספרות<sup>88</sup> התעוררה שאלת המשמעות וההשלכות של דעת מיעוט מזכה, ואם אין בה משום ספק סביר אינהרנטי לפסק-הדין. השאלה עלתה, בין היתר, בעניין סיבוני,<sup>89</sup> והיא שבה ועלתה במקרים נוספים, חלקם לאחרונה.<sup>90</sup> על-פי הפסיקה, אומנם יש בדעת מיעוט מזכה כדי לאתגר את ערכאת הערעור,<sup>91</sup> אך בהתאם לחוק אין בדעת מיעוט כדי ליצור ספק אינהרנטי לפסק-הדין.<sup>92</sup> עם זאת, מלומדים אחדים<sup>93</sup> הביעו את דעתם בעד שינוי חוק בתי-המשפט, כך שהרשעה של נאשם תהא אך פה אחד.

בשעתו, בעקבות פרשת אל עביד,<sup>94</sup> הגיש חברה-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.<sup>95</sup> על-פי ההצעה, יהיה אפשר להרשיע נאשם בערכאה הדיונית רק בהחלטה פה אחד, וגם הרשעה בערכאת הערעור תהיה פה אחד, זולת אם מספר חברי המותב עולה על שלושה שופטים, שאז לא תובא בחשבון דעתו החולקת של שופט יחיד. אולם הצעת החוק לא התקבלה.

כמורכך, בשנת 2007 הגישה הסנגוריה הציבורית לשר המשפטים הצעה לתיקון חוק בתי-המשפט שגם בה הוצע כי הרשעתו של אדם תהיה רק פה אחד. בעקבות זאת מינה שר המשפטים ועדת מומחים בראשותו של פרופ' אהרן אנקר – הוועדה לבחינת הרשעה

87 ראו בעיקר ה"ש 89-90 להלן.  
 88 ראו, למשל, עמי קובו "דעת מיעוט מזכה – ספק סביר אינהרנטי לפסק הדין" הסניגור 70, 5 (2003); בוטז סנג'רו ואיתי ליפשיץ "הרשעה: רק פה אחד" עלי משפט ח 337 (2010); סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 181 – 182.  
 89 ע"פ 334/02 סיבוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.1.2003) (להלן: עניין סיבוני).  
 90 ראו, למשל, ע"פ 10100/07 מדינת ישראל נ' שחאדה, במיוחד פס' 31 לחוות-דעתו של השופט ח' מלצר (פורסם בנבו, 24.3.2010); ע"פ 3399/11 פלוני נ' מדינת ישראל, בעיקר פס' 20 לחוות-דעתה של השופטת ד' ברק-ארזו (פורסם בנבו, 24.1.2013) (להלן: ע"פ 3399/11).  
 91 ע"פ 3399/11, שם.  
 92 ראו הפסיקה לעיל בה"ש 89 – 90.  
 93 ראו לעיל ה"ש 88.  
 94 דנ"פ אל עביד, לעיל ה"ש 85.  
 95 ח"ח 1817, מיום 5.6.2000.



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, אך לערוך שינויים במצב הקיים לעניין הערעור על הרשעה בדעת רוב. בפועל חוק בתי-המשפט וכלל ההכרעה בדעת רוב נותרו ללא כל שינוי.

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

בפועל, משפטים פליליים נידונים 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 נשיא בית-המשפט מחליט כי המשפט יידון לפני הרכב של שופטים.<sup>98</sup> לעומת זאת, ככלל, ערעורים על פסקי-דין – הן של בית-משפט שלום והן של בית-משפט מחוזי – נידונים לפני הרכב של שופטים.<sup>99</sup>

כידוע, בשיטת המשפט הישראלית מכהנים ככלל שופטים מקצועיים, ללא חבר-מושבעים. כמו-כן, בבתי-המשפט המחוזיים, ובוודאי בבית-המשפט העליון, מכהנים שופטים בעלי ותק משפטי רב. על רקע זה 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 כאשר מדובר 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. בישראל, לעומת זאת, לצורך הרשעה די ברוב

96 ראו לעיל ה"ש 88. כנגד זה ראו את הנימוקים שהועלו לפני ועדת אנקר, וכן את נימוקיה של ועדת אנקר עצמה, בעד השארת המצב הקיים על כנו – דוח ועדת אנקר, פס' 29 ו-32.

97 גם כאשר מדובר ברוב של שני שופטים נגד אחד; ומקל וחומר, כאשר מדובר ברוב דעות על חודו של קול בהרכבים מורחבים, כגון ברוב של ארבעה מול שלושה, כפי שהיה בפרשת בן ארי, לעיל ה"ש 85. ראו ליאון שלף ואסף פורת "הלכות בעייתיות במשפט הפלילי – דיון במספר סוגיות שהתעוררו בשנים האחרונות" המשפט 1 ו 81, 82–83, 87–88, 94 (2001).

98 ראו ס' 37(א)(3) ו-47 סיפא לחוק בתי-המשפט.

99 ראו ס' 37(א)(2) וס' 26 רישא לחוק בתי-המשפט (בהתאמה).

דחוק, על חודרו של קול, הן בערכאה הדיונית והן בערכאת הערעור, לרבות בערכאת הערעור הגבוהה ביותר, דהיינו, גם כאשר קיימת 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 זופה הנאשם 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 היתה עושה צדק עם הנאשם. אולם זה אינו סופם של ההליכים המשפטיים, כי למערער שמורה הזכות לפנות לערכאת הערעור, ובדרך זו להביא את עניינו לדיון בפני 6 שופטים לפחות"<sup>100</sup> – אינה מתיישבת עם כלל אי-ההתערבות של ערכאת הערעור בממצאי עובדה ובממצאי מהימנות, ואינה מתאימה לאותם מקרים שבהם הנאשם דווקא זופה 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 גם בערכאה הראשונה ודעת מיעוט מזכה גם בערכאת הערעור – אפשר שמדובר בהרשעת-שווא, בפרט כאשר דעת המיעוט המזכה התייחסה לשאלות מהימנות ולמצאים עובדתיים או לנימוקים שבהיגיון, ובעיקר כאשר מהנימוקים של חוות-הדעת המזכה 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 שאכן עלולות להיות לשינוי כאמור, בין היתר ביחס לנאשמים שהורשעו ברוב דעות וכבר נשאו את עונש המאסר שהושת עליהם – כולו או חלקו.

על-כן מוצע בזאת לשנות את החוק בעניין זה תוך אימוץ גישת-ביניים בין ההצעות השונות שהועלו, כך שייקבע כי ככלל הרשעת נאשם תהיה פה אחד, אלא אם כן מדובר בדעת מיעוט מזכה של שופט יחיד בהרכב שבו יותר משלושה שופטים או כאשר מדובר במחלוקת בשאלה משפטית טהורה. אפשרות-ביניים אחרת היא לקבוע בחוק כי באופן חריג, כאשר הן בערכאה הדיונית והן בערכאת הערעור הייתה דעה מזכה, יראו את הנאשם כמי שזופה בדין. אפשרות-ביניים נוספת היא לקבוע חריג בחוק שלפיו כאשר הנאשם זוכה בערכאה הדיונית והייתה דעת מיעוט מזכה בערכאת הערעור, יראו את הנאשם כמי שזופה.

#### (ד) השיטה האדוורסרית

כידוע, בישראל, כבמדינות האנגלו-סקסיות, נהוגה שיטת המשפט האדוורסרית (היריבותית-הלעומתית), שעל-פיה כל צד במשפט פועל כדי להראות לבית-המשפט את

100 עניין סיבוני, לעיל ה"ש 89, פס' 15.

צדקתו ואת אי-צדקת הצד היריב, ותפקיד השופט הוא בעיקרו סביל. להכריע מהשיטה האחרת, האינקוויזיטורית, בשיטה האדוורסרית בית-המשפט אינו מעיין בחומר החקירה שבידי הצדדים; כל 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 שהציגו הצדדים. ההנחה שביסוד השיטה האדוורסרית היא כי כל צד יפעל בכל כוחו כדי להציג את עמדתו בצורה הטובה ביותר לפני בית-המשפט, וכי על-פי הראיות שיוציגו שני הצדדים יוכל בית-המשפט להכריע נכונה בין שתי העמדות ולהוציא את האמת לאור. במשפט פלילי משמעות הדבר היא שהוא ירשע את האשם ויזכה את החף.

רבות נכתב בספרות על חסרונותיה של השיטה האדוורסרית, על הבעייתיות הנובעת מתפקידו הסביל של בית-המשפט, ועל הצורך להכניס שינויים וגמישות בשיטה.<sup>101</sup> בפועל, הכלי העיקרי המצוי בידי בית-המשפט לבחינת מהימנותם של העדים שהצדדים מזמנים הוא החקירה הנגדית שלהם על-ידי 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 שבעל-הדין סיימו להביא את 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 דין ואם מיוזמת בית המשפט".<sup>102</sup> למעשה, רוב השופטים ממעטים לזמן עדים מיוזמתם. אלא שלעיתים מתברר במהלך הבאת הראיות של הצדדים כי יש עד פוטנציאלי שעדותו רלוונטית ואף חשובה מבחינת האמת, אך תוכן עדותו אינו עולה בקנה אחד עם עמדותיהם של שני הצדדים כאחד, או ששני הצדדים סבורים כי הם אינם זקוקים לו או שאין טעם לזמנו כעד מטעמם. אמחיש זאת בעזרת שתי דוגמאות. דוגמה אחת היא של נאשם העומד לדין בגין אינוס, הטוען כי כלל לא קיים יחסים עם המתלוננת. במהלך 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 קיים עימה יחסי מין בהסכמתה. עדות זו עלולה להזיק כמוכח לעמדת המאשימה, ובכל-זאת אפשר שגם הנאשם לא יהא מעוניין להביאה לפני בית-המשפט משיקולים שאינם נוגעים במשפט עצמו – כגון משיקולים משפחתיים הקשורים לשלום-בית עם רעייתו ולשמם הטוב של ילדיו,

101 ראו, למשל, אורי שטרומן "המלך עירום או חבר-המושבעים השולט בבית-המשפט בישראל" עיוני משפט יג 175 (1988); מרדכי קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" משפטים יז 475 (1987), והתגובות על מאמר זה מאת גבריאל בך, אהרון קירשנבאום, משה שלגי ויעקב רובין – שם, בעמ' 500–506; עמנואל גרוס "שיטת הדיון האדוורסרית בהליך הפלילי – האם היא מאפשרת אקטיביזם שיפוטי?" עיוני משפט יז 867 (1993); יצחק עמית "על הצורך בשינוי בהליך הפלילי" הסניגור 83, 5 (2004).

102 על זימון עדים מטעם בית-המשפט ראו, למשל, עניין קגיר, לעיל ה"ש 6; ע"פ 3971/90 אסיס נ' אוסטרובסקי, פ"ד מה(1) 668, 661 (1990); אליעזר לדרמן "הזמנת עדים מטעם בית-המשפט במשפט פלילי" עיוני משפט ד 392 (1975).

במיוחד במגזרים מסוימים שבהם עדות כזו עלולה להוביל לגירושיו מאשתו ולפגיעה בעתיד ילדיו – ומתוך אמונה או תקווה (שעלולות להתברות, כמובן, בדיעבד) שגם בלעדי העדות האמורה יצליח להוכיח את חפותו.

דוגמה נוספת היא כאשר לנאשם מיוחסת עברה על-פי עדות-ראייה של עדים שהינם אובייקטיביים לדעת התביעה, אך במהלך הבאת הראיות מתברר כי הנאשם טען עוד בחקירתו – וחזר על כך גם בעדותו במשפט – כי אדם אחר, שהנאשם ידע לנקוב את פרטיו המלאים, הוא שביצע את העברה, אלא שהאדם האמור אינו מאותר. מן הצד האחד, גרסת הנאשם (גם) בעניין האדם האחר אינה מהימנה בעיני המאשימה, ובהיות האחרון בלתי-מאותר, אין טעם לדעתה לנסות לאתרו, מה-גם שעדותו אינה מתיישבת עם עמדת המאשימה; מן הצד האחר, הגם שעדותו של האדם האחר יכולה להועיל מאוד לנאשם, הנאשם מאמין ומקווה (גם אם לשווא, בדיעבד) כי בלעדי העדות האמורה יתעורר לפחות ספק סביר שיספיק לזיכוי, ומכיוון שהאחר אינו מאותר, הניסיון לאתרו עלול להאריך את משך המשפט, ועימו את משך המעצר (מקום שהנאשם עצור עד תום משפטו), ועל-כן הנאשם אינו מבקש לזמן את האחר כעד מטעמו.<sup>103</sup>

חרף השיטה האדוורסרית הנוהגת, מן הראוי לטעמי שכל אימת שמתברר לבית-המשפט כי אחד המעורבים או עד פוטנציאלי חשוב אחר לא זומנו על-ידי שני הצדדים – כמו בשתי הדוגמאות דלעיל – ישקול בית-המשפט לזמנו ביוזמתו כעד מטעמו, כדי לנסות להוציא את האמת לאור.

זאת ועוד, קיימות כידוע, בפסיקה ובספרות, גישות שונות ביחס לשאלה אם 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, ואשר אף עומד בסתירה לגרסת הנאשם במשפט, אשר הועלה אך על-ידי בא-כוחו של הנאשם, אם במהלך הסיכומים שלפני הכרעת-הדין ואם במהלך הדיון בערעור. סוגיה זו נידונה בפסיקה לא אחת, במיוחד בשנים האחרונות.<sup>104</sup> בפועל מדובר בשתי

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

104 על הגישות השונות בסוגיה זו ראו והשוו, למשל, קדמי על הראיות חלק רביעי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 1710 – 1711; ע"פ 240/84 חטיב נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(2) 29, פס" 11 (1985); ע"פ 524/86 חזקיה נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 653, פס" 6 (1987); ע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאר, פ"ד נו(5) 221, 228 (2002) (להלן: עניין מקדאר); ע"פ 9613/04 בן סימון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.9.2006); ע"פ 6952/07 רפאלוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.6.2010); ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פס" 51-54 להחלטת השופט י' דנציגר בבקשה לעיכוב ביצוע העונש (פורסם בנבו, 18.5.2011); ובעיקר בפסק-הדין בע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פס" 146 – 182 לחוות-דעתה של השופטת מ' נאור (פורסם בנבו, 10.11.2011); ע"פ 307/11 שרון נ' מדינת ישראל, בין היתר פס" 19 לחוות-דעתו של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 3.8.2011); ע"פ 8704/09 באשה נ' מדינת ישראל, פס" 33 לחוות-דעתו של השופט נ' הנדל ופס" 3 לחוות-דעתו של השופט ס' ג'ובראן (פורסם בנבו, 11.11.2012); דנ"פ 9365/12 באשה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.8.2013); עניין סרנגה, לעיל ה"ש 55, פס" 29 לחוות-דעתו של השופט ע' פוגלמן ופס" 2 לחוות-דעתו של השופט י' דנציגר, בעוד שהשופט צ' זילברטל העדיף להותיר את הסוגיה ב"צריך עיון"; ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 5, פס" 166 – 171 לחוות-דעתו של השופט י' עמית.

שאלות-משנה: ראשית, האם במשפט פלילי בית-המשפט רשאי – או אף מחויב – להיזקק לטענה עובדתית חלופית או לקו טיעון חלופי של בא-כוח הנאשם? ושנית, בהנחה שהתשובה לשאלה הראשונה היא חיובית – אימתי יש הצדקה להיזקק לקו טיעון חלופי אשר מועלה על-ידי בא-כוח הנאשם בסתירה לגרסתו של הנאשם עצמו? לכל הדעות בית-המשפט לא ישמע – ובוודאי לא יקבל – טענה עובדתית חלופית שלא הועלתה על-ידי ההגנה במהלך הבאת הראיות במשפט, אלא הועלתה לראשונה רק בשלב הסיכומים, מקום שאי-אפשר להכריע בטענה העובדתית החלופית מבלי לשמוע ראיות נוספות. במקרה כזה יפעל המחלף הדיוני לחובת הנאשם, שהרי אין זה סביר שיתנהל "משפט שלאחר משפט". המחלוקת מתמקדת אפוא באותם מקרים שבהם אין צורך בקבלת ראיות נוספות לשם בחינת הטיעון החלופי או לשם הכרעה 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, ובלבד שבחומר הראיות קיימת תשתית עובדתית ממשית שניתן לבסס עליה את טענות ההגנה החלופיות. לעניות דעתי, גישה זו עדיפה על הגישה הנוגדת, לנוכח הרציונלים המהותיים העומדים ביסודה, ביניהם שעסקינן בדיני נפשות וכן שממילא על 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.<sup>105</sup>

עם זאת, כידוע, "אין לו לדיין אלא מה שעניו ראות",<sup>106</sup> ועם כל הרצון של בית-המשפט לנסות להוציא לאור את האמת ולעשות צדק, מדובר בצדק בגדרי המשפט.<sup>107</sup> לא אחת יש הבדלים בין "האמת המשפטית" לבין "האמת העובדתית",<sup>108</sup> מסיבות שלבית-המשפט אין שליטה עליהן ואין יכולת להשפיע עליהן, במיוחד בשיטה האדוורסרית. כמורכב, לצד החסרונות הידועים של השיטה האדוורסרית, יש לה גם יתרונות לא-מעטים, אשר פרופ' סנג'רו מתעלם מהם. כן יש לזכור כי גם לשיטה האחרת, האינקוויזיטורית, יש חסרונות רבים משלה, שפרופ' סנג'רו מתעלם אף מהם. על-כן אין לומר שהשיטה האינקוויזיטורית עדיפה על השיטה האדוורסרית או שהשיטה האדוורסרית גורמת להרשעת חפים מפשע יותר מהשיטה האינקוויזיטורית. למעשה, יש לבחון את שיטת המשפט כמכלול, וכל עוד השיטה האדוורסרית עומדת בעינה, יש להיות מודעים לחסרונותיה ולמגבלותיה, ובעיקר לנסות לנצל את יתרונותיה ואת

105 מכל מקום, ברי כי אף אם העלה הנאשם גרסה שקרית המהווה "קו הגנה קיצוני", אין די בקריסת גרסתו, ויש לבחון עדיין אם התקיימו והוכחו כל יסודות העברה שבה הואשם, מעבר לספק סביר, שכן בסופו של יום, בכל משפט פלילי, הנטל להוכיח את אשמתו של הנאשם ואת כל יסודות העברה שבה הואשם מוטל לעולם על כתפי התביעה, כידוע. ראו, למשל, ע"פ 8005/04 אברוטין נ' מדינת ישראל, פס' 43 (פורסם בנבו, 29.3.2007). השוו דן ביין "קו הגנה קיצוני וגירסאות חלופיות במשפט פלילי: עמדות והצעות" הפרקליט מג 300, 286 (1997).

106 בבלי, סנהדרין ו, ע"ב.

107 על ערך האמת במשפט ראו לעיל ה"ש 5, ועל ערך הצדק במשפט ראו לעיל ה"ש 6.

108 ראו לעיל ה"ש 5.

הכלים שהיא מאפשרת לבית-המשפט, גם אם אלה מעטים. כך, יש לנצל את האפשרות לזמן עדים מטעם בית-המשפט, וכן יש לבחון גם קו הגנה חלופי ובלבד שיש לו בסיס בחומר הראיות, והכל כדי לצמצם ככל האפשר את הסכנה של הרשעת-שווא.

#### (ה) האפשרות ששופט יטעה והקושי להבחין בין עד דובר אמת לעד דובר שקר

למעשה, אין מערכת משפט שחפה מטעויות, ואין גם שום שופט שחף מהן,<sup>109</sup> לרבות כאשר מדובר בהתרשמות בלתי-אמצעית של שופט מקצועי ממהימנותם של עדים. בכך אני מסכים עקרונית עם פרופ' סנג'רו.

כידוע, על-פי סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"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, וכל עד, באופן טבעי, רואה את האירוע מנקודת-המבט שלו. כמו-כן, הדיוק אינו אפשרי תמיד כאשר מדובר בשחזור של אירוע שהתרחש במשך זמן קצר, במיוחד כאשר המעורבים 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 את בית-המשפט מליתן אמון באותן עדויות, ובלבד שאין מדובר בסתירות מהותיות, במיוחד לגבי ליבת העדות, שאין להן הסבר מהימן או הסבר המניח את הדעת.<sup>110</sup> עם זאת, יש להבחין 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 בעברת מין לבין אופן ההתייחסות השיפוטית למהימנותם של עדים בעברות אחרות שמאפייניהן שונים מהמאפיינים המיוחדים של עברות המין, כפי שיוטעם להלן. אכן, בפסקי-הדין הדנים בעברות מין הובהר לא אחת כי אין לצפות שגרסת המתלונן/ת בעברות מין תהא עקבית, קוהרנטית וחסרת אי-דיוקים; זאת, בהתחשב במהותן של עברות המין ובהשפעה של האירוע הטראומתי על המצב הנפשי של נפגע/ת העברה. על-כן יש להתמקד בבחינת ליבת הגרסה של המתלונן/ת ובשאלה אם המקשה כולה אמינה מעבר לספק סביר. כן נקבע כי אין לבחון את הגרסה (המהימנה) של המתלונן/ת בעברת מין במבחן של תבונה

109 ראו לעיל ה"ש 18 והטקסט שלידה.

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

לאחר מעשה, אלא בהתאם לתחושת הקורבן בזמן-אמת, בשים לב למכלול הנסיבות; זאת, שכן בעברות אינוס, למשל, יכול שהתנהגותה של המתלוננת "תיראה בלתי-נבונה, בלתי-סבירה ואפילו אווילית", אך אין בכך כדי לשלול את האפשרות שהבעילה הייתה לא בהסכמתה.<sup>111</sup>

נוסף על ההבחנות דלעיל, מטבע הדברים יש הבדלים בין העדים השונים, גם מבחינת אופיים וגם כפועל יוצא ממושא העדות. כך, למשל, יש עדים ישרים ועדים שקרנים; עדים אובייקטיביים ועדים אינטרסנטיים; עדים נורמטיביים ועדים עבריינים. אומנם, חלק ניכר מהעדים מתרגשים מטבע הדברים, אך יש עדים מתוחכמים שאינם מתבלבלים גם כאשר הם משקרים; יש עדים עקביים גם כאשר הם משקרים, ויש עדים מבולבלים גם כאשר הם דוברים אמת; יש שקרנים פתולוגיים, גם במתכוון וגם לא במתכוון; יש כאלה המשקרים במצח נחושה, ואף כאלה השומרים על "פני פוקר", בין כאשר הם דוברים אמת ובין כאשר הם משקרים.

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

כפי שכבר ציינתי, הכלי המרכזי שבעזרתו בית-המשפט מתרשם מהעדויות הוא החקירה הנגדית. מטבע הדברים, כאשר העדות אינה עקבית וכאשר קיימות בה סתירות מהותיות, קל יותר להתרשם לגבי אי-מהימנותה. אולם בחלק מהמקרים החקירה הנגדית אינה ארוכה או אינה יעילה. במקרים אחרים מדובר אומנם בגרסה עקבית שברור שיש בה לפחות גרעין של אמת, אך העד מתוחכם ושינן היטב את גרסתו במשטרה, ואף לו יש אינטרס להפליל את הנאשם. אפשר גם שרוב העדות אמת אך מקצתה, בנוגע לנאשם, אינה אמת. כידוע, לעיתים חצאי אמת גרועים משקר, שכן קשה יותר להבחין בשקר הנבלע בתוך עדות שמרביתה אמת.

אכן, הפסיקה הכירה באפשרות לפלג את עדותם של עדים ("פלגינן דיבורא"). אומנם, ככלל אין מקום לפלג את עדותו של עד, לקבל את חלקה האחד ולדחות את חלקה האחר. אולם הדבר אפשרי, באופן חריג, כאשר יש טעמים מיוחדים המצדיקים זאת, כגון הסבר המניח את הדעת או טעם מוצדק לפיצול בין חלקי העדות.<sup>112</sup>

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) 541, 547 (1989); ע"פ 235/90 חדר נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 209, 214 – 215 (1991).  
כן ראו להלן ליד ה"ש 169.

112 ראו, למשל, ע"פ 218/63 פיק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2) 18, 21 (1964); ע"פ 71/78 מריילי נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 813, 819 (1976); עניין בארי, לעיל ה"ש 110, בעמ' 317; עניין נור, לעיל ה"ש 110.



כמו-כן הכירה הפסיקה בכך ששקריו של נאשם עלולים לנבוע מסיבות מגוונות, ואינם מעידים בהכרח שהוא אשם. <sup>1</sup> כך, לעיתים שקריו של הנאשם נובעים ממתח נפשי או ממצוקה שהוא נתון בהם, או מיועדים להרחיקו מעברה שלא ביצע או למנוע את הסתבכותו בה, או נובעים מרצון לחפות על אדם אחר. <sup>113</sup> על-כן נקבע כי יש לנקוט משנה זהירות קודם שמייחסים משמעות ראייתית לשקרים של נאשם. עם זאת, שקריו של נאשם יכולים לחזק את ראיות התביעה ולהוות התנהגות מפלילה; <sup>114</sup> הם יכולים אף לעלות כדי ראיית סיוע, מקום שנדרש סיוע, אך זאת רק אם הם עומדים בחמישה תנאים מצטברים שנקבעו בפסיקה: השקרים הם בעניינים מהותיים; השקרים ברורים וחד-משמעיים; השקרים מוכחים מתוך ראיות חיצוניות אחרות; השקרים נעשו בזדון ועל-מנת להעלים את האמת מבית-המשפט; מקורם של השקרים בתחושת אשם, והם אינם נובעים מעילה שאינה רלוונטית לצורך בחינת האשמה. <sup>115</sup>

כפועל, במקצת המשפטים הן עדויותיהם של עדי התביעה המרכזיים והן עדויותיהם של הנאשם ושל העדים מטעמו אינן מהימנות. במקרים אלה קיים אומנם קושי לקבוע ממצאי עובדה ברורים, אך אין בקושי זה כדי למנוע הכרעה שיפוטית, באשר זו מתקבלת לא רק על-סמך העדויות, אלא גם על-סמך יתר הראיות שהובאו לפני בית-המשפט (כגון ראיות חפציות), וכן על-סמך שיקולים שבהיגיון, על-סמך כללים משפטיים מהותיים וכללים ראייתיים, ובעיקר על-סמך השאלה של נטל ההוכחה ומידתה.

כללו של דבר, גם שופט מנוסה אינו יכול תמיד להבחין בין עד דובר אמת לבין עד דובר שקר. בחלק ניכר מהעדויות ומהמשפטים 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. מכאן ששופטים שונים השומעים יחדיו אותם עדים במסגרת הרכב עשויים לגבש התרשמויות שונות מהעדים, ואין לדעת מי מביניהם שוגה בהתרשמותו – אם בהכרח שופט המיעוט או שמא דווקא שופטי הרוב. על כך יש להוסיף, כפי שכבר ציינתי וכפי שארחיב להלן, כי ערכאת הערעור אינה מתערבת ככלל בממצאי המהימנות ובמצאי עובדה שנקבעו בערכאה הדיונית.

בעמ' 233; ע"פ 5232/10 אבו ג'ומעה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 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) 569, 561 (1982); ע"פ 632/83 הרוש נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 253, 268–269 (1985); ע"פ 5152/91 חליוה נ' מדינת ישראל, פ"ס 15 (פורסם בנבו, 17.10.1995); ע"פ 8002/99 בכר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 135, 142 (2001); ע"פ 5582/09 לעיל ה"ש 86, פ"ס 134 לחוות-דעתו של השופט י' עמית; עניין אבו טראש, לעיל ה"ש 85, פ"ס 65; יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 305 (2003) (להלן: קדמי על הראיות חלק ראשון).

114 ראו, למשל, עניין סיבוני, לעיל ה"ש 89, פ"ס 14; ע"פ 2468/03 אלבויראת נ' מדינת ישראל, פ"ס 9 (פורסם בנבו, 12.1.2004).

115 ראו ע"פ 161/72 סרסור נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 203, 219–221 (1974); עניין נגר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 140–141; דני"פ אל עביד, לעיל ה"ש 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, פ"ס 53 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 2.4.2012).



## (ו) הערעור, סופיות הדין והעילות למשפט חוזר

כידוע, לנאשם שהורשע – ובשיטת המשפט שלנו גם למאשימה, במקרה של זיכוי בערכאה הראשונה – יש הזכות לערער על הכרעת-הדין. ועדת אנקר, אשר דנה גם בעניין הערעור על זיכוי, המליצה לא לשלול מהמדינה את הזכות לערער על זיכוי, אלא להשאיר את המצב הקיים על כנו. עם זאת, היא המליצה לפני פרקליט המדינה לקבוע, בהנחיות פנימיות, כי החלטה בדבר ערעור על זיכוי תתקבל רק במקרים חריגים ובאישור דרג בכיר בפרקליטות.

ככלל, ערכאת הערעור אינה שומעת עדים אלא במקרים חריגים ביותר. בעיקר מסיבה זו, ערכאת הערעור – בשיטה האדוורסרית, להבדיל מהשיטה האינקוויזיטורית – אינה מתערבת ככלל בממצאים עובדתיים ובממצאי מהימנות שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית, השומעת את העדים ומתרשמת מעדויותיהם באופן בלתי-אמצעי. זאת, כאמור, למעט במקרים חריגים, כגון מקום שמתגלה טעות מהותית בהערכת העדויות ובמסקנות שהסיקה הערכאה הדיונית מן העובדות; מקום שהממצאים מבוססים אך על מסקנות שבהיגיון; או כאשר מדובר בטעות בשאלות משפטיות, שלגביהן אין לערכאה הדיונית עדיפות על ערכאת הערעור, כי אם להפך.<sup>116</sup>

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.<sup>117</sup>

116 ראו, למשל, עניין מרקוס, לעיל ה"ש 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) 280, 265 (1994); ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 643, 632 (2000); ע"פ 6695/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ס 9 (פורסם בנבו, 26.1.2009); ע"פ 2590/06 סלמאן נ' מדינת ישראל, פ"ס 30 (פורסם בנבו, 10.12.2009); ע"פ 4267/09 עזאמי נ' מדינת ישראל, פ"ס 8 (פורסם בנבו, 9.11.2009); ע"פ 420/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ס 67 (לחוות-דעתו של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 23.11.2009); ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 5, פ"ס 148, 139, 96 (לחוות-דעתו של השופט י' עמית. כן ראו מרדכי קרמניצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים" הפרקליט לה 407 (1983); אורי שטרומן "האמת קבורה ב'עדות שמיעה'" המשפט א 239, 246 – 247 (1993); הלוי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 122 – 129; עימנואל גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית: התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה" עיוני משפט כ 551 (1997); עמנואל גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית: התערבות של ערכאת הערעור בממצאי עובדה: עיון נוסף" ספר גבריאל בך 225 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011). כן ראו את המלצתה של ועדת אנקר כי במסגרת ערעור על הרשעה בדת רוב ידון ביה"משפט מחדש – "de novo" – בכל נושא הערעור, לרבות בממצאי עובדה ובממצאי מהימנות, ובמיוחד את עמדתו של חבר הוועדה השופט (בדימוס) אורי שטרומן, שאלה הצטרף פרו' אנקר: דוח ועדת אנקר, פ"ס 33 וה"ש 34. על הגישות השונות בנוגע להתערבותה של ערכאת הערעור בממצאים ובמסקנות של הערכאה הדיונית כאשר מדובר בעברות מין דווקא, ראו ה"ש 170 להלן. על השאלה אימתי תקבל ערכאת הערעור בקשה לגביית ראיות חדשות ראו ס' 211 לחסד"פ; ע"פ 7939/10 דזורוב נ' מדינת ישראל, פ"ס 4 (פורסם בנבו, 17.3.2013); ע"פ 6630/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ס 8 (פורסם בנבו, 10.7.2014); ע"פ 8080/12 מדינת ישראל נ' אולמרט, פ"ס 8 – 16 להחלטת הנשיא א' גרוניס (פורסם בנבו, 6.8.2014).

117 ראו, למשל, ר"ע 103/82 חניון חיפה נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982); ר"ע"פ 2958/13 סכאח נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.5.2013); ר"ע"פ 2801/14 מראד נ' מדינת ישראל, פ"ס 7 (פורסם בנבו,

המצב הקיים מעורר בעייתיות לא-מעטה. כך, למשל, לנאשם שזוכה בערכאה הראשונה אך הורשע בערכאת הערעור אין למעשה זכות ערעור על הרשעתו. הבעיה חריפה יותר אם הרשעתו בערעור הייתה אך בדעת רוב, לא כל שכן אם זיכויו בערכאה הראשונה היה פה אחד (מקום שהמשפט בערכאה הראשונה נידון לפני הרכב), בעוד שהרשעתו הייתה ברוב דעות. זאת, שכן על-פי המצב הקיים, אין זכות לערעור שני גם אם הערעור הראשון היה נגד הנאשם, ומכאן שניתן לומר כי לנאשם אין זכות ערעור על הרשעתו בערכאת הערעור.<sup>118</sup>

להבדיל מזכות ערעור, לנאשם אין זכות למשפט חוזר. ניתן אומנם לבקש משפט חוזר, אך זאת רק בהתקיים אחת העילות החריגות הקבועות בדין, שעליהן אעמוד מיד. הדבר נובע מכלל סופיות הדיון ומשאיפת המשפט לוודאות וליציבות.<sup>119</sup> עם זאת, "אמת ויציב – אמת עדיף".<sup>120</sup>

קיימות שלוש עילות ספציפיות למשפט חוזר: אם נפסק שיסודה של ראייה שהובאה במשפטו של הנאשם היה בשקר או בזיוף; אם התגלו עובדות או ראיות חדשות העשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון; או אם אדם אחר הורשע בינתיים בכיצוע אותה עברה, ולנוכח הנסיבות נראה כי מי שהורשע לראשונה לא ביצע אותה. בשנת 1996 תוקן חוק בתי-המשפט, בעקבות ההמלצות של ועדת גולדברג, כך שלשלוש "העילות הישנות" נוספה עילה רביעית, כללית, שלפיה ניתן להורות על משפט חוזר גם אם התעורר "חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין".<sup>121</sup>

השאלה המתעוררת כיום היא אם די בשינוי דלעיל, שהוא מבורך לכל הדעות, אם לאו. לדעת פרופ' סנג'רו, אין די בכך. לגישתו, "כלי הערעור מוגבל מאוד", "במצב הקיים, אין בסיס לגישה האופטימית שלפיה ערכאת הערעור תתקן הרשעה מוטעית", וההחלטות על קיום משפטים חוזרים בישראל הן עדיין נדירות מאוד, נדירות מדי.<sup>122</sup> פרופ' גבריאל הלוי, לעומת זאת, הצביע, לטעמי בצדק, על עליית קרנו של המשפט החוזר בישראל בעשורים האחרונים, הן מבחינה כמותית והן מבחינה מהותית, לעומת

(29.4.2014).

118 ראו שלף ופורת, לעיל ה"ש 97, בעמ' 83-84, 94-97.  
119 ראו, למשל, מ"ח 8093/04 קסטל נ' מדינת ישראל, פ"ס 29 (פורסם בנבו, 28.5.2012); מ"ח 4811/12 סאלם נ' מדינת ישראל, פ"ס 21 (פורסם בנבו, 2.5.2013); עניין רחמיאן, לעיל ה"ש 18, פ"ס 21-22. כן ראו להלן ה"ש 120-122.

120 אמרתו של הנשיא מ' זמורה בע"א 376/46 רזונבאום נ' רזונבאום, 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 הדיון ראו לעיל ה"ש 119 ולהלן ה"ש 122-123. על ודאות הדין ויציבותו ראו לעיל ה"ש 119 וכן מאיר שמגר "על התקדים ועל ודאות הדין" משפטים יז 433, 436-438 (1987).

121 ס' 31(א)(4) לחוק בתי-המשפט.  
122 כמור"כ, לטענתו, "...הגורם המכריע ביחס להחלטה איננו התעמקות בחומר הראיות בניסיון לאתר עיוות דין ולתקנו, אלא מה שאני מכנה 'מבחן טכני-פורמאלי-מוסדי'..." – סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 231. ראו גם שם, בעמ' 234, 240-243. כן ראו בועז סנג'רו ומרכזי קרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדין" עלי משפט א 97 (2000); ליאון שלף "על סופיות הדין ועל עשיית צדק במשפט הפלילי: הרהורים נוגים על משפט חוזר, ערעור פלילי וחנינה" קריית המשפט א 133 (2001); אפרת פינק ורתם רוזנברג-רובינס "על הבעיות המוסדיות המונעות תיקון של הרשעות שווא בישראל" מעשי משפט 193 (2013); דוח פעילות הסנגוריה הציבורית לשנת 2013, לעיל ה"ש 12, בעמ' 48-54.

הערעור הפלילי. לעניין הערעור על זיכוי, באופן עקרוני, ובכפוף לאמור להלן, מקובלות עליי המלצותיה של 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 ובמצאי מהימנות; 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.<sup>123</sup>

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 המלצותיה של ועדת אנקר, גישות-ביניים להרחבת העילות לבקשת רשות ערעור, לבקשה לדיון נוסף ואף לבקשה למשפט חוזר, כמפורט להלן. זאת, במיוחד אם הנאשם הורשע בדעת רוב בערכאת הערעור לאחר שזוכה בערכאה הדיונית, או אף כאשר הייתה דעת מיעוט מזכה גם בערכאה הדיונית וגם בערכאת הערעור. לעניות דעתי, היתרונות המהותיים של הצעותיי ותרומתן הצפויה לצמצום הסכנה של הרשעות-שווא מאפילים על ההשלכות השליליות העוללות לנבוע מהן, ובראשן הריבוי הצפוי של בקשות ודיונים, תוך הגברת העומס – הכבד בלאו הכי – הרובץ 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 שהדבר יהווה עילה לבקשת רשות ערעור לבית-המשפט העליון, ששים לב למכלול הנסיבות, וביניהן חומרת העניין, במיוחד אם מדובר בהרשעה בעברה שיש עימה קלון או אם בעקבות ההרשעה נגזר על הנאשם מאסר ממושך שרובו עוד לפניו.

כאשר נאשם זוכה בבית-המשפט המחוזי והייתה דעת מיעוט מזכה בבית-המשפט העליון בהרכב של שלושה, אני מציע לשקול שהדבר יהווה עילה לבקשת דיון נוסף לפני הרכב מורחב בבית-המשפט העליון – אף אם אין מדובר בהלכה חשובה, קשה או חדשה,<sup>124</sup> אלא אך בשאלת חפותו של הנאשם – או לחלופין עילה לבקשת משפט חוזר, והכל אם יסבור נשיא בית-המשפט העליון, המשנה לנשיא או שופט בית-המשפט העליון הדן בבקשה כי יש סיכוי של ממש שהנאשם יזוכה אם תתקבל הבקשה, וזאת ששים לב למכלול הנסיבות וגם לנימוקים של דעת המיעוט המזכה אל מול הנימוקים של דעת הרוב המרשיעה. גם כאן יש מקום להתחשב בחומרת העניין וביתר הנסיבות, כגון אם מדובר בעברה שיש עימה קלון או שעל הנאשם הושת מאסר ממושך שרובו עוד לפניו.

123 ראו הלוי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 129–141; דוח ועדת אנקר, פס' 33.

124 ראו ס' 18 לחוק-יסוד: השפיטה וס' 30(ב) לחוק בתי-המשפט. ראו והשוו דנ"פ 3688/14 חן נ' מדינת ישראל, פס' 16 להחלטת הנשיא א' גרוניס (פורסם בנבו, 6.8.2014).

## 2. גורמי הסיכון המרכזיים להרשעת-שווא והצעותיי

אני סבור כי גורמי הסיכון העיקריים להרשעת-שווא אינם נובעים מעקרונות השיטה, אלא מסיבות ראייתיות, כפי שעולה גם מהממצאים של פרויקט החפוט. אך בטרם אתייחס לגורמי הסיכון הראייתיים, אעמוד על הסכנה שחף מפשע עלול להודות בעברה במסגרת הסדר-טיעון – סכנה שעליה נכתב לא מעט בספרות, גם על-ידי פרופ' סנג'רו.<sup>125</sup>

## (א) בעיית החף והסדר-טיעון, במיוחד של עצורים עד תום ההליכים

כאמור, רוב הנאשמים מודים בבית-המשפט במיוחס להם – מקצתם לא במסגרת הסדר-טיעון, אך רובם בעקבות הסדר-טיעון. מהמחקר הסטטיסטי<sup>126</sup> 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 הסדר-טיעון, רק כ-5% מהנאשמים כפרו באישומים וניהלו משפט הוכחות, ואילו היתר הודו לא במסגרת הסדר-טיעון או שהאישומים נגדם בוטלו.

כמו-כן, ממחקר שערך ד"ר עמי קובו, שבמסגרתו רואיינו 400 נאשמים, עולה כי בעוד שכ-55% מהנאשמים הודו במשפט וטענו גם בריאיון שאכן ביצעו את העברה, כ-23% מהנאשמים כפרו במשפט וטענו גם בריאיון לחפוטם, ואילו כ-15% מהנאשמים אומנם הודו במשפט אך בריאיון עימם טענו שהם חפים מפשע.<sup>127</sup> 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."<sup>128</sup>

לטעמי, יש לבחון את הצעותיו של ד"ר קובו בכובד-ראש, ובמיוחד יש לנסות לצמצם את החשש שנאשם יודה בעברה שלא עשה במסגרת הסדר-טיעון, בעיקר משום היותו נתון במעצר עד תום ההליכים.

כידוע, הפסיקה הכירה בנחיצותם של הסדר-טיעון. אומנם, בעבר, בשנת 1972, הביע השופט י' לנדוי הסתייגות מ"עסקאות טיעון".<sup>129</sup> אולם כעבור כשלושים שנה,

125 סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 24, 219–221 ועוד.

126 לעיל ה"ש 44.

127 עמי קובו נאשמים בלתי-עקביים בבית המשפט – מודים באשמה וטוענים לחפוטם 289 (2009).

128 שם, בעמ' 471.

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

בפסק-הדין המנחה שניתן בעניין זה על-ידי הרכב מורחב של תשעה שופטים,<sup>130</sup> ציינה השופטת ד' ביניש, בין היתר, כי "בתי-המשפט אינם מתייחסים עוד להסדרי טיעון כהכרח לא יגונה... אלא מכירים בערכם ובתרומתם".<sup>131</sup> בעקבות זאת השתנה גם המינוח שבתי-המשפט נוקטים בהקשר זה, ובמקום הכינוי הישן ובעל הנימה השלילית "עסקת-טיעון", הכינוי המקובל כיום הוא "הסדר-טיעון".<sup>132</sup> על הגישות השונות כלפי המוסד של הסדר-טיעון, על המודל העומד ביסודו, על שאלת עצם ההצדקה שלו ובעיקר על יתרונותיו וחסרונותיו – נכתב בספרות לא מעט.<sup>133</sup> כמו-כן הוגשה הצעת חוק בנושא.<sup>134</sup> אך קצר המצע כאן מלהרחיב גם בנושא חשוב זה. להלן אתמקד אפוא אך בשאלה אם חפים מפשע עלולים להיות מורשעים במסגרת הסדר-טיעון – סוגיה המכונה לעיתים בספרות "בעיית החף"<sup>135</sup> – ואם כן, מה הן הסיבות לכך, ומה ניתן וראוי לעשות כדי להתמודד עם הסכנה האמורה ולנסות למזערה.

לטענת פרופ' סנג'רו, המוסד של הסדר-טיעון הוא בבחינת "גולם שקם על יוצרו", והוא מהווה אחת הסיבות העיקריות להרשעת חפים מפשע.<sup>136</sup> לדעתי, לצד היתרונות העומדים בבסיסם של הסדר-טיעון אכן קיימת סכנה שחפים מפשע יתפתו להודות במה שלא עשו, במסגרת הסדר-טיעון מקל שלפיו יתוקן כתב האישום המקורי כך שהאישומים החמורים יומרו באישומים קלים יותר. זאת, בעיקר כאשר הנאשם נתון במעצר עד תום ההליכים, ובמיוחד כאשר במסגרת הסדר-טיעון מוסכם על הצדדים לעתור לעונש מאסר שקצר מתקופת המעצר עד תום ההליכים, שהיא כידוע תשעה חודשים. מכיוון שבבתי-המשפט המחוזיים נידונים רק פשעים ופשעים חמורים, שעונש המאסר הצפוי בגינם (במקרה של הרשעה) הוא לרוב מעל תשעה חודשים, הסכנה האמורה קיימת בעיקר במשפטים הנידונים בבתי-משפט השלום, שבהם במקרים רבים עונשי המאסר בפועל המוטלים על הנאשמים המורשעים אינם עולים על תשעה חודשים. כמצב הקיים, נאשם הנתון במעצר עד תום ההליכים – במיוחד, כאמור, במשפט המתנהל בבית-משפט השלום – עלול להתפתות באופן טבעי להודות בעבירה שלא עבר אם יוצע לו, על-ידי בא-כוחו ועל-ידי בא-כוחה של המאשימה, הסדר-טיעון שבמסגרתו

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

131 שם, בעמ' 592.

132 ראו עניין פלוגי (א'), לעיל ה"ש 36, פס' 3 לחוות-דעתה של הנשיאה ד' ביניש.

133 ראו, למשל, מנחם גלברד "המודל הפסיכולוגי של תהליכי קבלת החלטות המתקבלות על ידי עורכי דין בהקשר של 'עסקת טיעון'" (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה, 2009); אורן גול-איל 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 בכך 219 (רוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בכך עורכים, 2011); יוסף זהר ומוטי מיכאלי "משפט בצל המיקוח: אפקט מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון" עלי משפט יא 153 (2014); אורן גול "הסדרי טיעון ובעיית החף" משפטים לה 1, 34 (2005).

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

135 ראו, למשל, גול, לעיל ה"ש 133.

136 סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 24, 219–221 ועוד.

יוסכם על עונש מאסר בפועל החופף את תקופת מעצרו, או מאסר לתקופה קצרה מתשעה חודשים, או אף על המרת האישום באישום קל יותר הגורר מאסר בפועל שאינו עולה על תשעה חודשים. זאת, מבלי לשקול כדבעי את ההשלכות הקשות העלולות להיות בעתיד לעצם ההרשעה, ותוך התמקדות בטווח המידי של השחרור הקרוב מהמעצר. הנאשם החף מפשע עלול להסכים להסדר-הטיעון מפאת החשש שללא ההסדר הוא ימשיך לשהות במעצר ואף יורשע בעברות המופיעות בכתב האישום המקורי ויוטל עליו עונש מאסר בפועל העולה על העונש המוצע במסגרת הסדר-הטיעון. הוא עלול אף לסבור בטעות כי לאחר שישוחרר מהמעצר הוא יוכל להילחם על חפותו במסגרת ערעור או משפט חוזר.

על-כן, חרף העומס הרב המוטל גם על בתי-משפט השלום, אני מציע לקצר בחוק את תקופת המעצר עד תום ההליכים במשפטים המתנהלים בבתי-משפט השלום – בגין עברות שאינן בסמכות מקבילה של בית-משפט מחוזי – מתשעה חודשים לשישה.<sup>137</sup> כמו-כן אני מציע כי כשם שבית-המשפט נוהג להבהיר לנאשם שאינו כפוף להסדר-טיעון, יקפיד בית-המשפט לוודא עם נאשם שהודה במסגרת הסדר-טיעון – במיוחד אם מדובר בנאשם שעצור עד תום ההליכים – כי הוא מודה מרצונו הטוב, כי הוא מבין את מהות ההרשעה, וכי הוא אינו מודה אך כדי להשתחרר ממעצרו.

לטעמי, הצעותיי דלעיל יצמצמו את הסכנה של הרשעת חפים מפשע במסגרת הסדר-טיעון. עם זאת, יש לזכור כי אין לבית-המשפט הכלים לבדוק אם נאשם המודה לפניו בעברה אכן עבר את העברה אם לאו, או אף אם קיימות בחומר החקירה ראיות לכאורה המעלות ספק 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 אמיתותן וכנותן של תשובות הנאשם לשאלות בית-המשפט. לבסוף, יש לזכור כי הנאשם מיוצג ככלל על-ידי סנגור, אשר חזקה עליו שהוא ממלא את תפקידו נאמנה ומבהיר לנאשם את המשמעויות של ההודאה ושל ההרשעה.

לא למותר להבהיר כי גם אם יתקבלו הצעותיי, אין דרך להבטיח כי לעולם לא יורשע חף מפשע בכלל, ועל-פי הודאתו בבית-המשפט בפרט, בין בעברה המיוחסת לו בכתב האישום המקורי ובין בעברה קלה יותר שבכתב אישום מתוקן במסגרת הסדר-טיעון; כשאינן כל סימן היכול להעיד על כך שהוא חף מפשע – לאחר שהנאשם מחליט מרצונו ומשיקוליו-הוא להודות – בדרך-כלל כדי לא ליטול את הסיכון שיוטל עליו עונש חמור מזה המוצע לו במסגרת הסדר-הטיעון, או כדי לא ליטול את הסיכון שהוא יורשע בעברה החמורה יותר שבכתב האישום המקורי ויגזר עליו עונש חמור מזה המוצע לו על-פי ההסדר או מזה הצפוי לו בעקבות תיקון כתב האישום במסגרת ההסדר.

137 ראו לוי "הצעות לצמצום היקף המעצרים", לעיל ה"ש 12, בעמ' 11 – 13.

## (ב) האפשרות להרשיע על-סמך עדות יחידה

כידוע, בעוד במשפט העברי "על פי שנים עדים יקום דבר", במשפט הישראלי, כבשיטות משפט אחרות, ניתן ככלל להרשיע נאשם גם על-פי עדות יחידה, למעט 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) עדות זיהוי יחידה

ככלל, ניתן להרשיע על-סמך עדות זיהוי יחידה ללא תוספת ראייתית.<sup>138</sup> ברם, בשים לב למגבלות הזיכרון האנושי, נקבע בפסיקה כי על בית-המשפט לנהוג זהירות מרבית בבואו לבסס הרשעה בפלילים על-סמך עדות זיהוי יחידה.<sup>139</sup> נוסף על כך 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, ייתכן שהוא טעה טעות כנה. מהימנות הזיהוי נבחנת אפוא ברובד הסובייקטיבי וברובד האובייקטיבי כאחד.<sup>140</sup>

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.<sup>141</sup> 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.

138 ראו, למשל, ע"פ 4384/93 מליקר נ' מדינת ישראל, פס' 6 (פורסם בנבו, 25.5.1994); ע"פ 3595/06 דבאש נ' מדינת ישראל, פס' 8 (פורסם בנבו, 28.9.2006) (להלן: עניין דבאש); ע"פ 8902/11 חזיוה נ' מדינת ישראל, פס' 47 ואילך (פורסם בנבו, 15.11.2012); ע"פ 5606/10 בוניפד נ' מדינת ישראל, פס' 24–25 (פורסם בנבו, 19.12.2012).

139 נוסף על הפסיקה דלעיל ראו והשוו עניין דמיאניוק, לעיל ה"ש 63, פס' 191, 196–211; ע"פ 10360/03 שדיד נ' מדינת ישראל, פס' 12–14 (פורסם בנבו, 2.3.2006) (להלן: עניין שדיד).

140 ראו והשוו, למשל, ע"פ 9040/05 אוחיון נ' מדינת ישראל, פס' 16 (פורסם בנבו, 7.12.2006); ע"פ 2957/10 אלאטרש נ' מדינת ישראל, פס' 59 לחוות-דעתו של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 30.5.2012), שם מובאת רשימה לא-סגורה של שיקולים העשויים לסייע בידי בית-המשפט להעריך אם אין מדובר בזיהוי שיסודו בטעות כנה.

141 ראו והשוו ע"פ 87/53 אל נבארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (2) 964, 970 (1953); ע"פ 275/74 אביטן נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 470, 473–474 (1975) (לעניין זיהוי על-פי קול, שלא היה ודאי לגמרי); ע"פ 397/86 מחג'נה נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 466, פס' 7 (1987); ע"פ 4095/91 דוריב נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 190, 202 (1992); ע"פ 2180/02 קאסס נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 642, 650 (2002) (להלן: ע"פ קאסס); דנ"פ 117/03 קאסס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.3.2003) (להלן: דנ"פ קאסס); עניין פלוני, לעיל ה"ש 66; עניין דבאש, לעיל ה"ש 138, פס' 8; ע"פ 1160/09 אזולאי נ' מדינת ישראל, פס' 74–87 (פורסם בנבו, 19.10.2009); והכרעת-הדין המזכה בת"פ (מחויי ב"ש) 11–11–47260 מדינת ישראל נ' זיאדנה (פורסם בנבו, 3.9.2012), שעליה לא הוגש ערעור.



על הבעייתיות המאפיינת זיהוי על-פי עד יחיד מתווספים במקרים רבים, באופן מצטבר, קשיים הנוגעים במסדר-הזיהוי שנערך למזהה, ובחלק מהמקרים גם פגמים במסדר-הזיהוי. כידוע, מסדר-הזיהוי הינו כלי לגילוי זהותו של עבריין, שמטרתו היא לבחון את מידת קליטתו וכוח זכרונו החזותי של העד המזהה. טעויות בזיהוי על-ידי עדי-ראייה, בין במסדר-הזיהוי ובין בכלל, אפשריות מסיבות מגוונות. הכללים הנוהגים לגבי עריכתו של מסדר-הזיהוי מיועדים לצמצם את החשש מפני טעויות ומפני השפעות חיצוניות.<sup>142</sup> אין חולק כי הדרך העדיפה לביצוע מסדר-הזיהוי היא עריכת מסדר-הזיהוי חי, אך תנאי מוקדם לכך הוא איתורו ומעצרו של החשוד במעשה העברה. מקום שהמשטרה נקטה אמצעי זיהוי אחר, כגון מסדר-הזיהוי בתמונות, אין הדבר שולל את קבילות הזיהוי, אלא משליך על משקלו. במקרים שבהם יש נימוק ראוי לעריכת מסדר-הזיהוי בתמונות חלף מסדר-הזיהוי חי, ישוקלל הנימוק לבחירת האמצעי לעניין קביעת משקלה של הראייה.<sup>143</sup>

על-פי הפסיקה, פגמים במסדר-הזיהוי לא יובילו בהכרח לפסילת הראייה, אלא עשויים להביא לידי הפחתת משקלה בלבד, והעניין מסור לשיקול-דעתו של בית-המשפט. רק במקרים שבהם הפגמים חריגים וקיצוניים ישלל משקל הזיהוי כליל.<sup>144</sup> לדעת פרופ' סנג'רו, הכללים הקיימים כיום בעניין מסדר-הזיהוי עלולים לגרום להרשעה של חפים מפשע ועל-כן יש לשנותם. פרופ' סנג'רו מציע אפוא לאמץ כללים חדשים בעניין עריכתם של מסדר-הזיהוי, שרובם הוצעו בשעתו על-ידי Wells.<sup>145</sup> השינוי המוצע העיקרי הוא שהעד יראה בכל שלב במסדר רק ניצב אחד, ולא את כולם יחד, שכן ראיית כל הניצבים יחדיו עלולה להביא את העד לידי בחירת אחד מהם על-דרך השלילה (האלימינציה); כמורכב מוצע להדגיש מראש באוזני המזהה כי אפשר שהחשוד אינו בין הניצבים, וכן לתעד בווידיאו כל מסדר-הזיהוי.<sup>146</sup> לטעמי, לנוכח חשיבותו של הדיוק בזיהוי, ולנוכח הבעייתיות הכרוכה בזיהוי על-פי הכללים הקיימים, כמובהר לעיל, ובפרט על-ידי מזהה יחיד, אכן מן הראוי לבחון בכובד-ראש את הצעותיו של המחבר, כמו-גם הצעות נוספות שהועלו בעניין זה.<sup>147</sup> חשוב מכך, לנוכח הממצאים של פרויקט החפות ושל מחקרים נוספים שנערכו בחוץ-לארץ, שלפיהם הגורם המרכזי להרשעות-שווא הוא התבססות על עדות לא-נכונה של מזהה יחיד,<sup>148</sup> אני מציע לשנות את המצב המשפטי הקיים, שלפיו ניתן כאמור להרשיע

142 ע"פ 5249/01 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 656, 665-666 (2002); ע"פ קאסם, שם, בעמ' 648.  
143 ראו, למשל, ע"פ 1024/91 חג'בי נ' מדינת ישראל, פס" 8 (פורסם בנבו, 31.5.1992); בש"פ 5980/01 קאסם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 433 (2001) (להלן: בש"פ קאסם).

144 ראו, למשל, בש"פ קאסם, שם; עניין שריר, לעיל ה"ש 139, פס" 19; דנ"פ קאסם, לעיל ה"ש 141; רע"פ 9901/04 ואכר נ' מדינת ישראל, פס" 6 (פורסם בנבו, 15.2.2005); ע"פ 4514/10 דיבה נ' מדינת ישראל, פס" 44 (פורסם בנבו, 3.9.2012).

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

146 סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 99-100.

147 ראו, למשל, דורון מנשה ורביע עאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" משפטים לה 205 (2005).

148 למעשה, הן בפרויקט החפות והן במחקרים נוספים התברר כי רוב הרשעות-השווא, עד כדי כ-75% מהן,



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, זולת אם ראה בית-המשפט לנכון להסתפק בעדות היחידה מנימוקים שיפורטו.

## (2) עדות יחידה הטעונה כיום תוספת ראייתית

### i. כללי

בעבר, עד לשנת 1982,<sup>149</sup> קבעה ההלכה הפסוקה כי נדרשת ראיית סיוע לצורך הרשעה על-פי עדות יחידה בארבע קטגוריות של מקרים: שותף לעבירה; קורבן של עברת מין; אישום בעדות-שקר; ועדות קטיין לא בשבועה. לצד ארבע קטגוריות אלה נדרש סיוע גם מכוחן של הוראות חקוקות אחרות, ביניהן סיוע לעדות של ילד לפני חוקר ילדים.

כיום, מאז הוסף סעיף 54א לפקודת הראיות, בשנת 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. רק כאשר השותף לאותה עבירה הינו עד-מדינה – דהיינו, שותף המעיד מטעם התביעה לאחר שניתנה או הובטחה לו טובת-הנאה – עדותו טעונה סיוע, כאמור בסיפא של הסעיף האמור. למעשה, כיום דרישת הסיוע מצומצמת 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), התשט"ו-1955) וכן לעדות יחידה של עד-מדינה, כאמור.

לטעמי, אחת השאלות החשובות המתעוררות בהקשר זה – בין היתר לנוכח ממצאי המחקרים שנערכו בחוץ-לארץ בעניין הרשעת חפים מפשע על-סמך עדות יחידה או ראייה יחידה – היא אם אין מקום לדרוש תוספות ראייתיות לעדות יחידה ביחס לקטגוריות של מקרים שבהם אין כיום דרישה לתוספת ראייתית כלל, הגם שבעבר נדרשה כזו, כגון לעדות של מתלוננת/ת בעברת מין; או לעדות של מזהה יחיד. כמו-כן, במקרים שבהם נדרשת כיום תוספת ראייתית – כגון תוספת "דבר-מה" להודאה בחקירה או "דבר לחיזוק" עדות שותף – עולה השאלה אם די באותה תוספת או שמא נדרשת תוספת מחמירה יותר. לשאלה השנייה אתייחס בהמשך הרשימה.

כידוע, קיימים שלושה סוגים של תוספות ראייתיות: "דבר-מה", "דבר לחיזוק" ו"סיוע".<sup>150</sup> תוספות ראייתיות אלה נחלקות לשתי קטגוריות עיקריות, השונות במהותן זו מזו: הקטגוריה האחת היא של ראיות מסבכות (ראיית "סיוע"), ואילו הקטגוריה האחרת

התבססו גם – או רק – על עדויות-ראייה שגויות או שקריות. ראו על כך, למשל, GARRETT, לעיל ה"ש 23, בעמ' 45–48; סג'ר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 95–96.

149 ראו קרמי על הראיות חלק ראשון, לעיל ה"ש 113, בעמ' 181–183, 188–190.

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

היא של ראיות מאמתות או מחזקות ("דבר-מה" או "דבר לחיזוק"). לפיכך, ככלל, ה"דבר לחיזוק", בדומה ל"דבר-מה" ולהבריל מה"סיוע", אינו צריך לסבך את הנאשם בעברה מושא האישום.<sup>151</sup> ביחס לשאלה אם ה"דבר לחיזוק" או ה"דבר-מה" צריכים להתייחס לגזרת המחלוקת או לנקודה שנויה במחלוקת אם לאו, ניתן לומר כי קיימות שתי גישות שונות. הגישה המקובלת היא כי אין הדבר הכרחי.<sup>152</sup>

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

כידוע, קיימת זיקת-גומלין, בדמות יחס הפוך של מעין "מקבילית כוחות", בין משקלה של הראיה הבסיסית הטעונה תוספת ראייתית לבין משקלה של התוספת הראייתית הנדרשת. כך, שככל שמשקלה של הראיה הבסיסית גבוה יותר, משקלה של התוספת הראייתית יכול להיות נמוך יותר, ולהפך.<sup>154</sup> ברי אפוא, מחד גיסא, כי כאשר עדות יחידה הטעונה תוספת ראייתית (של חיזוק או סיוע) אינה מהימנה כלל ועיקר, אין די בראיית

151 לגבי היחס בין ה"דבר-מה" לבין ה"דבר לחיזוק" יש שלוש גישות. על-פי גישה אחת, מדובר בתוספות זהות במהותן, השונות בשמן מפאת העובדה הפשוטה שה"דבר-מה" הוא יציר הפסיקה ואילו ה"דבר לחיזוק" הוא יציר החוק – ראו, למשל, עניין מרקוס, לעיל ה"ש 5, בעמ' 294. על-פי גישה שנייה, ה"דבר לחיזוק" הוא מעין דרגת-ביניים בין ה"דבר-מה" ל"סיוע" – ראו, למשל, ע"פ 6147/92 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מח(1) 62, 72 (1993) (להלן: עניין מ"י נ' כהן); עניין מילשטיין, לעיל ה"ש 7, פס' 21 לחוות-דעתה של השופטת ע' ארבל. על-פי גישה שלישית, ה"דבר לחיזוק" צריך רק לחזק את אמינות הראיה הבסיסית אך לא לאמתה כמו ה"דבר-מה" – ראו קדמי על הראיות חלק רביעי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 339. אני מבכר את הגישה השנייה. מכל מקום, הן ה"דבר-מה" והן ה"דבר לחיזוק" אינם תוספות מסבכות, והשאלה החשובה היא מה משקלה של הראיה הבסיסית הטעונה תוספת במקרה הקונקרטי, שכן לאורו ייקבע המשקל ששירש מהתוספת הראייתית. ראו גם ההערה הבאה והטקסט בהמשך.

152 לגישה הלא-מקובלת, שלפיה ה"דבר לחיזוק" או ה"דבר-מה" צריכים להתייחס לנקודה שנויה במחלוקת, ראו והשוו, למשל, 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 (פורסם בנבו, 27.10.1991); ע"פ 3967/91 מזון נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 168, 173 (1992). לגישה ההפוכה והמקובלת, ראו, למשל, ע"פ 169/86 חסונה נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 466, 471 (1987); עניין מ"י נ' כהן, שם, בעמ' 69; קדמי על הראיות חלק ראשון, לעיל ה"ש 113, בעמ' 413. עם זאת, לטעמי, אפשר שאין מדובר בגישות עקרוניות שונות, אלא במסקנות יישומיות הנובעות מהמשקל השונה של הראיה הבסיסית הטעונה "דבר לחיזוק" במקרים הקונקרטיים. כך, כאשר בפועל משקלה של הראיה הבסיסית הוא מלא, אין צורך שה"דבר לחיזוק" או ה"דבר-מה" יתייחסו לגזרת המחלוקת או לנקודה שנויה במחלוקת; ואילו כאשר מתברר כי משקלה של הראיה הבסיסית אינו גבוה, נדרש "דבר לחיזוק" או "דבר-מה" בעלי משקל ממשי אשר יתייחסו לחזית המריבה או לפחות לנקודה שנויה במחלוקת בתוככי ריעת המחלוקת. השוו קדמי, לעיל.

153 ראו, למשל, ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145, 165 (2000); ע"פ 7832/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' (3) לחוות-דעתו של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 4.5.2006); ע"פ 7450/01 אבו ליטאף נ' מדינת ישראל, פס' 56 לחוות-דעתה של השופטת ד' ברלינר (פורסם בנבו, 31.7.2007) (להלן: עניין אבו ליטאף); ע"פ 1601/99 שהין נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 448 (1999); קדמי על הראיות חלק ראשון, לעיל ה"ש 113, בעמ' 264–280.

154 ראו והשוו, למשל, עניין לוי, לעיל ה"ש 152, פס' 7; ע"פ 209/87 שחארה נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 594, 596 (1987); ע"פ 4048/91 דהאר נ' מדינת ישראל, פס' 12 (פורסם בנבו, 29.12.1993); ע"פ 5300/91 עטא נ' מדינת ישראל, פס' 12 (פורסם בנבו, 29.9.1994); דנ"פ אל עביד, לעיל ה"ש 85, בעמ' 763, 795–796, פס' 51 103-ר (בהתאמה) לפסק-דינו של השופט ת' אור.

חיזוק או סיוע, אף לא במשקל גבוה, לצורך הרשעה. מאידך גיסא, גם כאשר ניתן אמן מלא בעדות יחידה הטעונה חיזוק או סיוע, נדרשת לה עדיין תוספת ראייתית (מסוג חיזוק או סיוע, לפי העניין), אך משקלה של התוספת אינו חייב להיות גבוה. אומנם, בפסיקה הובהר כי התוספת הראייתית הנדרשת על-פי הדין לצורך הרשעה היא התוספת הראייתית המינימלית; לשון אחר, הדרישה שבדין לתוספת ראייתית מהווה "סף תחתון" או "רף מינימלי",<sup>155</sup> ומתייחסת למקרים שבהם משקלה של הראיה הבסיסית הטעונה תוספת הינו מלא או לפחות גבוה.<sup>156</sup> אולם בפועל נראה כי לפחות בחלק מהמקרים המשטרה – בידועה מה התוספת הראייתית הנדרשת על-פי דין לצורך הרשעה – מסתפקת באיסוף ראיות על-פי התוספת הראייתית המינימלית, וכפועל יוצא מכך בחלק ניכר מהמקרים מוגשים כתבי אישום המבוססים רק על הראיה הבסיסית והתוספת הראייתית המינימלית. בעקבות זאת התוספת המינימלית נהפכת בהדרגה לתוספת הסטנדרטית, ובתי-המשפט נדרשים, במקרים הולכים ומתרבים, להכריע בשאלת אשמתו של הנאשם על-סמך תשתית ראייתית הכוללת אך את הראיה הבסיסית והתוספת המינימלית הנדרשת לה בדין.

לטעמי, יש לשנות מצב זה מן היסוד, ולשם כך אני מציע להחמיר בדרישות לתוספת ראייתית לגבי קטגוריות שבהן קיימת סכנה מוגברת של הרשעת-שווא. כך, למשל, אני מציע כי מקום שנדרשת כיום, על-פי הפסיקה, תוספת ראייתית של "דבר-מה" להודאת נאשם בחקירה, ייקבע בפקודת הראיות במפורש שכלל נדרשת תוספת ראייתית מחמירה יותר – אומנם תוך מתן שיקול-דעת לבית-המשפט להסתפק ב"דבר-מה", על-פי הדין הנוהג כיום, אך זאת מנימוקים שיפורטו. כמו-כן אני מציע לשנות את הדין כך שבמקום דרישת ההנמקה לגבי עדות יחידה של מתלונן/ת בעברת מין יידרש דבר לחיזוקה, זולת אם יראה בית-המשפט לנכון להסתפק בעדות היחידה, מנימוקים שיפורטו.

## ii. עדות יחידה של שותף לעבירה

לגבי עדות שותף קיים רציונל כפול, ולעיתים אף משולש, לדרישה לתוספת ראייתית, שהיא כאמור מסוג "דבר לחיזוק": ראשית, שותף לדבר עבירה הוא עבריין, וככזה הוא "חשוד על האמת"; שנית, שותף לדבר עבירה חשוד כמי שמנסה לגמד את חלקו בעבירה ולהטיל על שותפיו אחריות גדולה ככל האפשר; שלישית, קיים לעיתים חשש שבעדותו ינסה השותף לרצות את התביעה ולזכות בטובת-הנאה בעקבות עדותו.<sup>157</sup> כידוע, עד לפני שנים לא-רבות קבעה ההלכה הפסוקה כי הפרקטיקה הנכונה היא

155 ראו והשוו, למשל, ע"פ 361/90 קהמוז נ' מדינת ישראל, פס' 3 (פורסם בנבו, 21.5.1991); דנ"פ 9216/10 ז'אנו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.3.2014) (להלן: עניין ז'אנו).

156 ראו והשוו, למשל, עניין מ"י נ' כהן, לעיל ה"ש 151, בעמ' 67; ע"פ 3631/92 ג'אבר נ' מדינת ישראל, פס' 12 (פורסם בנבו, 25.12.1996).

157 ראו, למשל, קדמי על הראיות חלק ראשון, לעיל ה"ש 113, בעמ' 203; אליהו הרנון דיני ראיות כרך ב 17 (התשל"ז) (להלן: הרנון דיני ראיות כרך ב).

שאינן להעיד שותף לדבר עברה בטרם הסתיים משפטו (להלן: הלכת קינזי).<sup>158</sup> בפועל, אף שדובר בפרקטיקה נכונה, נהפכה הלכת קינזי לכלל כל יעבור, אשר הקשה עד-מאוד את סיומם של הליכים פליליים של עבריינים, בשל המתנה לסיום משפטיהם של שותפיהם לדבר העברה שעמדו לדין בנפרד, וזאת תוך 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 שלבסוף היא בוטלה, למעט במקרים חריגים ביותר.<sup>159</sup>

עם זאת, הרציונלים שעמדו ביסודה של הלכת קינזי – דהיינו, החשש ששותף לדבר עברה המעיד לפני סיום משפטו חשוד על האמת, ועלול לחשוש מתוצאות משפטו ולשקר בעדותו כדי לא להפיל את עצמו או כדי להקטין כמידת האפשר את חלקו בעברה, תוך העצמת חלקם של שותפיו, או כדי לרצות את התביעה בעניינם של שותפיו – רציונלים אלה כוחם יפה גם כיום, הגם שהלכת קינזי בוטלה כאמור.<sup>160</sup> אלא שכאמור חרף רציונאלים 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 א' גרוניס כי עם ביטול הלכת קינזי יש "לחזק את ה'חיזוק'" לעדות השותף המעיד בטרם הסתיים משפטו.<sup>161</sup> כן ראו את חוות-דעתה של השופטת מ' נאור בעניין שלאעטה.<sup>162</sup>

לטעמי, בעקבות ביטולה של הלכת קינזי והחשש המוגבר לגבי עדות שותף שנמסרה לפני סיום משפטו, אין להסתפק כיום בתוספת הראייתית של "דבר לחיזוק", ואני 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 ב"דבר לחיזוק", ובלבד שיתייחס לנקודה ממשית השנויה במחלוקת.

כמו-כן, אם השותף לעברה שתק בעדותו או סירב לענות על שאלות חשובות, במיוחד אם טרם הסתיים משפטו, ואמרותיו הוגשו לפי סעיף 10א לפקודת הראיות והן

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

159 בעניין ביטול הלכת קינזי, לעיל ה"ש 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 ה"ש 8, פס' 2 לחוות-דעתה של הנשיאה ד' ביניש, פס' 2-1 לחוות-דעתו של השופט א' גרוניס ופס' 7-9 לחוות-דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה. כן ראו בועז סנג'רו "עדות שותף לעבירה – יעילות מול אמת (על ביטול הלכת קינזי)" ספר גבריאל בך 335 (דוד האן, דנה כהן-לוק ומיכאל בך עורכים, 2011).

161 פס' 2 לחוות-דעתו בעניין ביטול הלכת קינזי, לעיל ה"ש 8, ופס' 5 לחוות-דעתו בעניין שלאעטה, לעיל ה"ש 78.

162 עניין שלאעטה, שם, פס' 22 לחוות-דעתה. כן ראו פס' 64-65 להכרעת-הדין המזכה בת"פ (מחויי ב"ש) 8286/09 מדינת ישראל נ' אבו צעלוק (פורסם בנבו, 24.3.2013). (להלן: עניין אבו צעלוק) – שעליה לא הוגש ערעור – לעניין ההקפדה על קיומו של חיזוק מוגבר לאמרות של שותפים לעברה שהוגשו מכוח ס' 10א לפקודת הראיות.

מהוות הראיה העיקרית לחובת הנאשם, אזי לעניות דעתי אין להסתפק ב"דבר לחיזוק" מוגבר לאמרתיו (מכוח דרישת החיזוק הכפולה לפי סעיף 10א ולפי סעיף 54א לפקודת הראיות), כפי שקובעת כיום הפסיקה. אני מציע כי ייקבע בפקודת הראיות כי במקרה זה יידרש "סיוע", אך בית-המשפט יהא רשאי, מנימוקים שיפורטו, להסתפק ב"דבר לחיזוק" העונה על שתיים משלוש דרישות הסיוע.<sup>163</sup>

### iii. עדות יחידה של עד-מדינה

לגבי עדות יחידה של עד-מדינה, להבדיל משותף לעברה, הדין הקיים דורש כאמור ראיית סיוע, ואין מקום לשנות זאת ולהסתפק בתוספת ראייתית פחותה; להפך, יש להקפיד היטב על דרישת הסיוע. מכיוון שעד-מדינה הוא לעולם שותף לדבר עברה שבפועל ניתנה או הובטחה לו טובת-הנאה, מתעורר לגבי עדותו חשש משולש – שני החששות העיקריים שביסוד עדותו של כל שותף לדבר עברה וכן החשש שהוא ישקר בעקבות טובת-ההנאה שהובטחה או ניתנה לו.<sup>164</sup> לנוכח החששות הטבועים בעדותו של עד-מדינה, מצוות המחוקק היא כי יהיה סיוע לעדותו. על-פי ההלכה הפסוקה, יש להתייחס לעדותו של עד-מדינה בזהירות מרובה, ואין להסתפק בקיומו של סיוע טכני-פורמלי לצידה, אלא מן הראוי שהסיוע יהיה ענייני-ממשי ומהותי, כך שיהיה בו כדי להפיג ולסלק את החששות המלווים את עדותו של עד כזה. על כך יש להקפיד במיוחד.<sup>165</sup>

נוסף על כך היטיבה הפסיקה להכיר ב"עד-מדינה לשיטתו", דהיינו, שותף לדבר עברה אשר אינו עד-מדינה אך סבור כי הובטחה לו טובת-הנאה בתמורה לעדותו המפלילה.<sup>166</sup> לגבי עד כזה נקבע כי אף שהחוק אינו מחייב סיוע ראייתי לעדותו, בכל-זאת יש לדרוש במקרה זה תוספת ראייתית שהיא בין חיזוק לסיוע, ולעיתים אף סיוע או ראייה המתקרבת לסיוע.<sup>167</sup> כמו-כן הכירה הפסיקה בקטגוריות נוספות או במקרים מיוחדים של עדים אשר אף שאינם ממלאים אחר התנאים בהגדרה של "עד מדינה", יש להתייחס אליהם כאל כאלה באופן מהותי, ולדרוש סיוע לעדותם.<sup>168</sup>

163 ראו והשוו, למשל, עניין שלאעטה, לעיל ה"ש 78; עניין זינאתי, לעיל ה"ש 55; עניין ז'אנו, לעיל ה"ש 155; עניין אבו צעלוק, שם.

164 ראו, למשל, קדמי על הראיות חלק ראשון, לעיל ה"ש 113, בעמ' 193, 499; עמנואל גרוס עד המדינה 127 – 130 (1988) (להלן: גרוס עד המדינה); תפ"ח (מחוזי ב"ש) 11 – 03 – 50292 מדינת ישראל נ' טנסקי, פס' 133 לחוות-דעתי (פורסם בנבו, 2.3.2014), שעל-פיה זוכה נאשם 1 בדעת רוב, שעליה לא הוגש ערעור.

165 עם זאת, ברי כי משנגקטה 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) 489, 492 (1974); קדמי על הראיות חלק ראשון, לעיל ה"ש 113, בעמ' 496 – 499; גרוס עד המדינה, שם, בעמ' 63. השוו עניין זגורי, לעיל ה"ש 78.

166 עניין אבו ליטאף, לעיל ה"ש 153, פס' 39 – 41 לחוות-דעתה של השופטת ד' ברלינר.

167 שם, פס' 40.

168 ראו, למשל, עניין גרנדיבסקי, לעיל ה"ש 81, פס' 17 לחוות-דעתו של השופט י' אֶלון.

## (3) עדות יחידה של מתלונן/ת בעברת מין

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

לטעמי, מן הצד האחד, אכן בצדק בוטלה דרישת הסיוע לעדות של מתלונן/ת בעברת מין, בשים לב לכך שמדובר בעברות שבינו לבינהו, אשר בדרך-כלל אין להן סיוע ראייתי.<sup>169</sup> אולם מן הצד האחר, ספק בעיניי אם די בדרישת ההנמקה הקבועה כיום בפקודת הראיות. בפועל, ברוב המקרים קיימים חיזוקים לעדות המתלונן/ת; ובהעדר צורך לתוספת ראייתית, כאשר בית-המשפט מרשיע נאשם בעברת מין, מפורטים החיזוקים שבחומר הראיות במסגרת נימוקי הכרעת-הדין, בגדר "למעלה מן הצורך".

חלף המצב הקיים, אני מציע לקבוע בפקודת הראיות כי ככלל לא ירשיע בית-המשפט נאשם על-סמך עדות יחידה של מתלונן/ת בעברת מין אלא אם כן קיים דבר לחיזוקה, זולת אם ראה בית-המשפט לנכון להסתפק בעדות המתלונן/ת, מנימוקים שיפורטו. מחד גיסא, אימוץ הצעתי יניע את חוקרי המשטרה לנסות למצוא חיזוקים לעדות המתלונן/ת מקום שהם קיימים, וכאמור לרוב הם קיימים. מאידך גיסא, לא יהיה באימוץ הצעתי כדי למנוע את בית-המשפט מלהרשיע נאשם גם בהעדר חיזוק לעדות המתלונן/ת, אך זאת במקרים חריגים וראויים, מנימוקים שיפורטו ויעמדו אפוא למבחן הביקורת של ערכאת הערעור.<sup>170</sup> לטעמי, אם תאומץ הצעתי, תצטמצם באופן משמעותי הסכנה של הרשעת חף מפשע על-סמך עדות יחידה של מתלונן/ת בעברת מין, בין שמדובר בעדות שקרית ובין שמדובר בעדות שהיא אומנם מהימנה מבחינה סובייקטיבית אך אינה תואמת את המציאות האובייקטיבית או את מצב מודעותו של הנאשם.<sup>171</sup>

## (ג) האפשרות להרשיע על-סמך הודאה בחקירה בתוספת "דבר-מה"

כידוע, על-פי סעיף 11 לפקודת הראיות, "אמרתו של נאשם מותר להוכיח בעדותו של אדם ששמע אותה". עם זאת, על-פי סעיף 12(א) לפקודת הראיות, "עדות על הודיית

169 על הייחוד של עברות המין ראו גם ליד ה"ש 111 וכן ההערה הבאה.

170 על רקע ייחודן של עברות המין הובעו בפסיקה, במיוחד בשנים האחרונות, גישות שונות ביחס לאופן התערבותה של ערכאת הערעור בממצאים ובמסקנות של הערכאה הדיינית בעברות אלה. ראו, למשל, ע"פ 3250/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.1.2012); ע"פ 814/12 מדינת ישראל נ' סויסה (פורסם בנבו, 25.10.2012); ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 5, פס' 142 לחוות-דעתו של השופט י' עמית.

171 ראו, למשל, את הכרעות-הדין המזכות מאינוס בתפ"ח (מחוייב ב"ש) 5501/12 מדינת ישראל נ' טליאמנו (פורסם בנבו, 21.7.2013); ע"פ 5582/09, לעיל ה"ש 86; ע"פ 2218/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.11.2011); ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 5, פס' 84, 166, 171, 173–174 לחוות-דעתו של השופט י' עמית וכן חוות-דעתו של השופט י' דנציגר. השוו ע"פ 3958/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.9.2014). כן ראו לימור עצינוני "בעקבות ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל – הרהורים על שאלת היכרון המודחק במשפט הישראלי" עלי משפט יא 479 (2014).

הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חפשית ומרצון".

על טיבה של הודאה בחקירה כראיה עמד בית-המשפט העליון בשורה של פסקי-דין. אומנם, מן הצד האחד, הודאת נאשם הינה ראיה משמעותית וחשובה לחובתו של המודא. כך, למשל, צוין בע"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 שמסור הודייה 'חופשית ומרצון', שהודייתו הודיית אמת היא"<sup>172</sup>.

אולם מן הצד האחר, כפי שצוין בדוח ועדת גולדברג, "את התפישה כי הודיית נאשם בחקירתו הינה 'מלכת הראיות', יש לקבל עם קב חומטין, וההנחה כי אין אדם משים עצמו רשע, כמשמעות כי אין אדם מפליל עצמו ללא עוול בכפו, איננה יכולה להתקבל כהנחה משפטית... הודיה בחקירה כמוה ככל ראיה אחרת הן לענין בדיקת קבילותה והן לענין קביעת משקלה"<sup>173</sup>. ועדת גולדברג עמדה על כך שלא רק אמצעים פסולים בחקירה עלולים להניע נחקר למסור הודיית-שווא. על-פי קביעתה, "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 באישייותו הבעייתית או הבלתי בשלה של הנחקר, ויש שהיא באה מתוך חישוב קר ותועלתני של המתוודה"<sup>174</sup>.

רוב חברי ועדת גולדברג, ובראשם השופט א' גולדברג, המליצו, בין היתר, לתקן את סעיף 12 לפקודת הראיות, ולקבוע כי "לא יורשע נאשם על פי אמרה שנתקבלה לפי סעיף קטן (א) אלא אם יש בחומר הראיות ראיה חיצונית נוספת שהיא בגדר ראיית סיוע, דבר לחיזוק או דבר מה נוסף, אשר יש בה, בנסיבות העניין, לדעת בית המשפט, להסיר ספק סביר בדבר אמינותה של האמרה בכל הנוגע לביצוע העבירה"<sup>175</sup>. פרופ' מרדכי קרמניצר, שהיה בדעת מיעוט בוועדה, הציע כי ככלל יידרש סיוע להודאה בחקירה, אם כי יהיה אפשר, "במקרים מיוחדים ומטעמים שיירשמו", להסתפק בראיה חיצונית אחרת לנאשם, שיהיה בה, בנסיבות העניין, כדי לתמוך בהודאה.<sup>176</sup>

172 ע"פ 1714/95 יתום נ' מדינת ישראל, פס' 5א(4) (פורסם בנוב, 20.4.1997). 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 ה"ש 7, פס' 7-5 לחוות-דעתה של השופטת ע' ארבל. כאן המקום לציין כי היו שצידדו בביטול הדרישה שבפסיקה לתוספת ראיית מסוג "דבר-מה", בין היתר על-סמך המשפט האנגלי. ראו אליהו הרנון 'הצורך ב'דבר-מה-נוסף' להרשעת אדם על-פי הודאה שמסר מחוץ לבית-המשפט" הפרקליט כח 360 (1973); הרנון דיני ראיות כרך ב, לעיל ה"ש 157, בעמ' 282-286. עמדה דומה הובעה גם על-ידי השופטת מ' בן-פורת בע"פ 556/80 עלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(3) 169, 182 (1983) (להלן: עניין עלי).

173 דוח ועדת גולדברג, בעמ' 6 פס' 1. למעשה, בעניין הזהירות הנדרשת כאשר להרשעה על-סמך הודאת נאשם בחקירתו הייתה תמימות-דעים בוועדת גולדברג, וחילוקי-הדעות בוועדה נגעו בפתרונות השונים שהוצעו.

174 שם, בעמ' 9, פס' 11.

175 שם, בעמ' 22, פס' 34 (ס"ק (ה) לס' 12 המוצע).

176 שם, בעמ' 64, פס' 2 לעמדת המיעוט של פרופ' קרמניצר.



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

שאלת היחס להודאת חשוד בחקירתו התעוררה, בין היתר, בפרשת אל עביד, שם הביעו השופטים דעות שונות הן לגבי אשמת הנאשם והן לגבי היחס להודאתו של חשוד.<sup>179</sup> אחד משופטי הרוב, השופט ת' אור, הפנה אל אשר נאמר בעניין זה בהמלצותיה של ועדת גולדברג: "כניסוחה של הוועדה... ההודאה בחקירה אולי אינה 'מלכת הראיות', אך 'כמוה ככל ראייה אחרת הן לענין בדיקת קבילותה והן לענין קביעת משקלה"<sup>180</sup>. בפועל, הגם שחלפו עשרים שנה ממועד פרסום המלצותיה של ועדת גולדברג, טרם שונה המצב המשפטי המתייחס להרשעה על-סמך הודאת נאשם בחקירה, כלומר, בית-המשפט רשאי להרשיע נאשם אך על-סמך הודאתו בחקירה, ובלבד שיש "דבר-מה נוסף".

כפי שהוטעם, ולטעמי בצדק, על-ידי מלומדים אחדים,<sup>181</sup> וכפי שעולה מהמלצותיה של ועדת גולדברג (בעיקר מדעת המיעוט של פרופ' קרמניצר אך גם מדעת הרוב של חברי הוועדה, ובראשם השופט א' גולדברג עצמו), המצב המשפטי בעניין זה אינו משביע-רצון, ויש לשנותו. יתר על כן, כל עוד המצב המשפטי לא שונה, המצב הקיים עלול לגרום לכך שבפועל – ובניגוד להנחיות הפסיקה, שלפיהן מטרת החקירה אינה מציאת ראיות להרשעת החשוד, אלא חשיפת האמת<sup>182</sup> – במקרים לא-מעטים חקירות המשטרה מתמקדות בהשגת הודאות מחשודים ובעריכת שחזורים על-ידי המודים לצורך תוספת "דבר-מה" להודאה, ולא בחיפוש אחר ראיות חיצוניות לצורך חשיפת האמת. חשוב מכך, ידועים מקרים אחדים, אם כי לא רבים, שבהם הורשעו נאשמים על-סמך הודאתם בחקירה, ובדיעבד התברר שההודאה נגבתה באמצעים פסולים או שהחקירה לא הייתה הוגנת. באותם מקרים הוחלט לקיים למורשעים משפט חוזר או לקבל את ערעור ההגנה בעניינם ולְיפנותם או לבטל את האישום נגדם, אך זאת לאחר שכבר ישבו

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 ה"ש 85.

180 שם, בעמ' 820.

181 ראו, למשל, מרכזי קרמניצר "הרשעה על סמך הודאה – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א 205 (1993); 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 וורנר "מלכת הראיות נ' טארק נוג'אדאת – על הסכנה שבהודאות שווא ועל הדרך להתמודד עמה" הפרקליט מט 7 (2006); סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה", לעיל ה"ש 60; חגית לרנאו "הודאות שווא הרשעות שווא" עלי משפט יא 351 (2014). כנגד זה ראו מאיר גלבוש "האם נופל כתרה 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 ה"ש 66, בעמ' 141–142; ע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד (ה)2(466, 472 (1980); ע"פ 6279/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פס" 14 (פורסם בנבו, 5.2.2004).

במאסר תקופות ארוכות בגין הרשעתם בעברות חמורות, ובכלל זה רצח. הכוונה היא בעיקר לפרשת ברנס,<sup>183</sup> לפרשת כנופיית מע"ץ<sup>184</sup> ולמקרים ספורים נוספים.<sup>185</sup> כמו-כן היו מקרים אחדים שבהם זוכו נאשמים אף שהודו בחקירתם בעברות חמורות, לרבות רצח ואינסוס.<sup>186</sup>

כידוע, על-פי הפסיקה,<sup>187</sup> הודאה בחקירה נבחנת בשני מבחנים – האחד מבחן פנימי, והאחר מבחן חיצוני, הוא מבחן ה"דבר-מה"; וקיימת זיקת-גומלין של יחס הפוך בין משקלו של ה"דבר-מה" למשקל ההודאה, כך שכאשר משקל ההודאה הוא מלא, משקל ה"דבר-מה" יכול להיות קל מאוד, ובנסיבות מסוימות אף "קל כנוצה" או "קל שבקלים".<sup>188</sup> זאת ועוד, כידוע, בשיטת המשפט הישראלית אין צורך בראיה עצמאית בדבר עצם התרחשות העברה ("קורפוס דליקטי").<sup>189</sup>

אולם, כפי שהובהר ברוח ועדת גולדברג וכפי שהומחש בפרויקט החפות ובמחקרים נוספים, בפועל נחקרים לא-מעטים מודים בחקירתם בעברות שלא עברו, וזאת מסיבות שונות. חלק מהסיבות נוגעות בהתנהגותם של החוקרים ובתנאי החקירה, ואילו אחרות קשורות לנחקר עצמו, למבנה אישיותו ולמצב הנפשי שבו הוא נתון בעת החקירה. אין אלה סיבות הגיוניות בהכרח, ובחלק מהמקרים מדובר בשילוב של כמה גורמים גם-יחד.

נמצא, אפוא, כי בהסתמכות על הודאת נאשם בחקירתו טמונה סכנה פוטנציאלית ממשית של טעות, המחייבת זהירות מיוחדת, וספק בעיניי אם די בתוספת "דבר-מה" להודאה כבסיס להרשעה, בשים לב לכך שה"דבר-מה" אינו חייב להיות ממקור נפרד, ועל-כן גם השחזור של הנאשם עצמו יכול להיות "דבר-מה". כידוע, המבחנים העיקריים

183 ראו מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354 (2002); ת"פ (מחוזי נצ') 1212/02 מדינת ישראל נ' ברנס (פורסם בנבו, 11.12.2002); ת"א (מחוזי ת"א) 2001/04 ברנס נ' סנ"צ (בדימוס) שאול מרכוס (פורסם בנבו, 4.8.2010).

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

185 ראו והשוו, למשל, מ"ח 4181/02 סולמי נ' היועץ המשפטי (פורסם בנבו, 7.8.2002); ע"פ 296/85 חמידיאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 564, 574, פס' 14 (1987). כן ראו ההערה הבאה וה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת. להלן, והטקסט שלידן.

186 ראו, למשל, ת"פ (מחוזי ים) 453/97 מדינת ישראל נ' שך (פורסם בנבו, 24.9.2003); פ"ח (מחוזי ב"ש) 1002/02 מדינת ישראל נ' בירמן (פורסם בנבו, 29.3.2005) (להלן: עניין בירמן); תפ"ח (מחוזי ת"א) 1172/04 מדינת ישראל נ' קחניצוב (פורסם בנבו, 12.12.2005); עניין ארקה, לעיל ה"ש 63; ע"פ 4179/09 מדינת ישראל נ' וולקוב (פורסם בנבו, 18.10.2010) (להלן: עניין וולקוב).

187 ראו, למשל, עניין לוי, לעיל ה"ש 152, פס' 7 לחוות-דעתו של השופט א' ברק; עניין וולקוב, שם, פס' 3–4 לחוות-דעתו של השופט נ' הנדל, שם הציע השופט הנדל מבחן-עזר משולש לבחינת הודאה בחקירה: מי אמר, מה אמר, ומהו ה"דבר-מה" המשמש חיוק חיצוני להודאה. על מבחן זה חזר השופט הנדל גם בע"פ 3140/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.11.2012). כן ראו להלן ה"ש 193.

188 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 עארל נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2) 150, 158 (1979); עניין מילשטיין, לעיל ה"ש 7, פס' 20 לחוות-דעתה של השופטת ע' ארבל.

189 ראו, למשל, עניין נגר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 128, 141–142; עניין עלי, לעיל ה"ש 172, בעמ' 182–183; ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 559, 529 (2002) (להלן: עניין סמירק).

בעניין ראיית ה"דבר-מה" הם מבחן ידיעת הפרטים, מבחן ההזדמנות ומבחן ההשתלבות במציאות.<sup>190</sup> על-כן נהוג לראות כ"דבר-מה" שחזור של הנאשם או עדות לכך שהוא יודע "פרטים מוכמנים".<sup>191</sup> אלא שלטעמי אין בכך די, שכן היו בעבר מקרים, גם בחוץ-לארץ וגם בישראל, שבהם התברר כי נאשמים הודו בחקירתם במה שלא עשו, ואף שחזרו את העברה ונטען כי ידעו "פרטים מוכמנים", ומאוחר יותר התברר כי פרטים אלה נודעו לנאשם מפי אחד החוקרים, בין אם במתכוון ובין אם לאו, או לחלופין משמועות, מרכילות או מאמצעי התקשורת.<sup>192</sup>

כפועל יוצא מפרויקט החפות ומהמחקרים הנוספים שנערכו באנגליה ובארצות הברית וכן בעקבות מקרים שבהם התברר כי גם בישראל הודו נאשמים בחקירתם במה שספק אם עשו.<sup>193</sup> לטעמי אין די בדבר-מה הנדרש על פי הפסיקה ומן הראוי כי יעוגן בחוק הצורך בתוספת ראייתית מחמירה יותר.

כפועל, 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.<sup>194</sup>

על-כן, כפי שהצעתי בעבר,<sup>195</sup> אני שב ומציע לקבוע בפקודת הראיות כי ככלל, לשם הרשעת נאשם על-סמך הודאה בחקירה, תידרש ראיית סיוע או ראיית חיזוק חיצונית לנאשם המתייחסת לנקודה ממשית המצויה בגזרת המחלוקת, אך בית-המשפט יהיה רשאי, מנימוקים שיפורטו, להסתפק ב"דבר-מה", אם יש בו כדי להסיר כל ספק סביר

190 ראו, למשל, קרמי על הראיות חלק ראשון, לעיל ה"ש 113, בעמ' 152–158.

191 שם, בעמ' 153–155; ע"פ 4769/92 נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.9.1994).

192 ראו, למשל: Brandon L. Garrett, *The Substance of False Confessions*, 62 STAN. L. REV. 1051 (2010). ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 76, וההערה הבאה.

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 לעיל ה"ש 183–186 ו-194 והטקסט שליין. במיוחד ראו פס' 3 לחוות-דעתו של השופט נ' הנדל בעניין וולקוב, לעיל ה"ש 186, שבה יש התייחסות לעמדת המשפט המשווה, ובכלל זה למשפט העברי, וכן למחקרים מתחום תורת המשחקים ומתחום הפסיכולוגיה של המשפט הפלילי. אחד מאותם מחקרים הוא זה של פרופ' עמוס טברסקי ופרופ' דניאל כהנמן, שלפיו בעוד ההסברים להחלטות של בני-אנוש מבוססים על ההנחה שהאדם הוא יצור רציונלי, בפועל אנשים שוגים או אינם מדייקים בשיקוליהם, עקב מגבלות של הבנת האדם ויכולתו להחליט, ומפאת העדר מלוא המידע הדרוש לקבלת החלטה: Amos Tversky & Daniel Kahneman, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, SCIENCE 211, 453–458 (1981); Richard J. Ofshe & Richard A. Leo, *The Decision to Confess Falsely: Rational Choice and Irrational Action*, 74 DENV. U. L. REV. 979 (1997). לדעת השופט נ' הנדל (שם) – ולכך אני מסכים, בכל הכבוד – תובנה זו נכונה גם כאשר אדם נחקר במשטרה כחשד לביצוע עברה חמורה, ולכן בחלק מהמקרים אדם עלול להודות במעשה חמור שלא ביצע, אם בהעדר שיקול ואם מתוך שיקול מוטעה. השווה, למשל, להסבריו של הרמב"ם לכלל שנהג במשפט העברי שלפיו "אין אדם משים עצמו רשע" (בבלי, סנהדרין ט, ע"ב): "אבל הסנהדרין אין ממתין ולא מלקין המודה בעבירה, שמא נטרפה דעתו בדבר זה, שמא מן העמלין מרי נפש הוא, המחכים למות..." – הלכות סנהדרין, פרק יח, הלכה ו.

194 ראו פ"ח (מחוזי נצ') 1013/03 מדינת ישראל נ' סבייח (לא פורסם, 7.7.2004); פ"ח (מחוזי נצ') 1012/03 מדינת ישראל נ' נוג'ידאת (לא פורסם, 15.7.2004); מרכזי 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 "על היחס האמביוולנטי להודאה בחקירה כראיה"); דורנר, לעיל ה"ש 1811181. כן ראו עניין בירמן, לעיל ה"ש 186, פס' 3–4 לחוות-דעתו של השופט נ' הנדל.

195 לוי "על היחס האמביוולנטי להודאה בחקירה כראיה", לעיל ה"ש 194, בעמ' 6.

בדבר אמיתות ההודאה. הצעתי זו מקבלת משנה תוקף כאשר מדובר בהודאה לפני מדובב או בהודאה בחקירה שנמסרה בעקבות הודאה לפני מדובב, כפי שיוטעם להלן.

### (ד) הבעייתיות של הסתמכות על הודאה לפני מדובב

בפסיקה נקבע כי מסירת הודאה לפני מדובב מהווה מעשה תחבולה משטרתי לגיטימי. הרציונל של התחבולה הוא שבמקרים רבים יפתח החשוד את "סגור ליכונ" באוזני המדובב, דבר שלא היה עושה לפני חוקר רשמי.<sup>196</sup> תחבולה זו נחשבת אפוא בגדר "הכרח בל יגונה".<sup>197</sup> על-פי הפסיקה, הפעלת מדובב כשלעצמה אינה פוגעת בזכות הנאשם לאי-הפללה עצמית, שהרי זכות השתיקה שמורה לו גם בשיחתו עם המדובב, וכל שיש לוודא הוא שהמדובב לא נקט תחבולות פסולות מול הנאשם, שהיה בהן כדי להפעיל לחץ בלתי-סביר על הנאשם, אשר הוביל למסירת הודאה לא-רצונית.<sup>198</sup>

ברם, חרף נחיצות השימוש במדובבים, לעניות דעתי קיימים קשיים עקרוניים ניכרים בהודאת חשוד לפני מדובב. קשיים אלה טמונים בעיקר בעובדה שהחשוד סבור, עקב הטעיה, כי המדובב הינו איש תמים, ומודה 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 ראיה מפלילה במשפטו.<sup>199</sup> כל זאת בניגוד לזכות השתיקה כטהרתה.<sup>200</sup>

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

196 ראו ע"פ 476/79 בולוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 785, 805–806 (1980); ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 284, 291–292 (1996); והפסיקה הנוכרת כתי ההערות הבאות.

197 ע"פ 4577/98 דיין נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 405, 411 (2001) (להלן: עניין דיין); ע"פ 7951/98 ולנסיה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.4.2001) (להלן: עניין ולנסיה).

198 עניין אלזם, לעיל ה"ש 16, פס' 4 לחוות-דעתה של השופטת א' חיות; עניין זינאתי, לעיל ה"ש 55; ע"פ 6021/11 יוסף נ' מדינת ישראל, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 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 (2005); בועז סנג'רו "השימוש בתחבולות ובמדובבים לשם גביית הודאות" עלי משפט ט 399 (2011). כנגד זה ראו גדי אשד "החקירה המשטרתית והמודיעין האנושי" משפט וצבא 18, 223, 261–268 (2006).

200 על זכות השתיקה ראו, למשל, ס' 28(a) 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 ה"ש 189, בעמ' 546, 555. השו רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' שרון, פ"ד נח(1) 748, 756–757 (2003); עניין מילשטיין, לעיל ה"ש 7, פס' 7–8 לחוות-דעתו של השופט א' לוי, שהיה בדעת מיעוט לעניין תוצאת פסק-הדין; אליהו הרנון "על זכות השתיקה" משפטים א 95 (1968); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 433 (1994); גיא רוטקופף החיסיון מפני-הפללה-עצמית וזכות השתיקה במשפט הישראלי 281–288 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בראיילן – הפקולטה למשפטים, התשס"ד); ש"ז פלר "על 'זכות השתיקה' – חסרת הטעם וההושעה" משפט ועסקים א 385 (2004); בני שטיינברג "מה נותר מן האזהרה על זכות השתיקה?" הפרקליט מח 163, 165–169 (2004); מרין וקיסאי-סנג'רו, לעיל ה"ש 16, בעמ' 448–449.

באזוני המדובב. קושי מהותי נוסף המתעורר לטעמי לגבי הודאה לפני מדובב נובע מהעדר זכות להיוועצות עם עורך-דין לפני ההודאה.<sup>201</sup> להשלמת התמונה יצוין כי הפסיקה עמדה גם על שתי סוגיות בעייתיות במיוחד הקשורות להפעלת מדובב, העולות באופן תדיר למדי, לעיתים באופן מצטבר. האחת היא חדירת המדובב למערכת היחסים שבין הנאשם לעורך-דינו. בעניין זה נקבע כי אל למדובב להכפיש את סגורו של הנאשם, ואל לו להיענות לבקשה של נאשם לקבל ממנו ייעוץ משפטי, במקום מהסגור.<sup>202</sup> עם זאת, קיים קושי עקרוני מבחינת זכות ההיוועצות גם מקום שלנאשם אין עדיין עורך-דין והמדובב משכנע אותו שאין צורך בכך. הסוגיה האחרת היא התגמול המוסכם בין המדובב לבין מפעיליו. בעניין זה נקבע כי קיימת בעייתיות רבה בקיומן של תוספות שכר דיפרנציאליות למדובב, אך אין בכך כדי להביא בהכרח לידי פסילת ההודאה, ועל בית-המשפט לבחון את התנהגותו של המדובב, ובעיקר אם הופעל על הנאשם לחץ בלתי-סביר, בשים לב לאינטרסים של המדובב.<sup>203</sup> עם זאת, על-פי הפסיקה נדרשת זהירות מיוחדת בהתייחסות לראיות שהושגו תוך כדי פעולת הדיכוי, ובמקרים של הכנסת מדובב לתא המעצר מנחה הפסיקה כי יש להקליט את השיחות של המדובב עם העצור.<sup>204</sup> בעניין זה אני מציע להקפיד כי השיחות עם המדובבים לא רק יוקלטו, כי אם גם יתועדו בתיעוד חזותי – תיעוד שגם כשהוא נעשה, הוא בדרך-כלל חסוי בפני ההגנה, כדי לשמור על חיסיון המדובב. כן מוצע שרטתיעוד החזותי יימסר להגנה תוך שטטוש פני המדובב, כדי לשמור על חסיון המדובב, אך יוצג לבית-המשפט ללא שטטוש. זאת, מכיוון שרק בעזרת התיעוד החזותי אפשר להיווכח בתמונה המלאה של נסיבות ההודאה, כגון אם המדובב פונה לנאשם בתנועות גוף מאיימות.

ככלל, יש מקום להבחין בין מדובבים פעילים לסבילים, ולנקוט זהירות מיוחדת לגבי הודאות המופקות על-ידי הראשונים, באשר הן בעייתיות במיוחד. כמו-כן יש להבחין בין מדובבים משטרתיים לבין מדובבים-עבריינים, ולהתייחס ביתר חשדנות להודאות המופקות על-ידי האחרונים, שכן למדובב-עברייני יש אינטרס כבד-משקל לקבל טובת-הנאה על הצלחתו להשיג הודאה. עם זאת, במקרים לא-מעטים גם למדובבים משטרתיים

201 על חשיבותה של זכות ההיוועצות ראו, למשל, ע"פ 5203/98 חסון נ' מדינת ישראל, פ"ד נר(3) 274 (2002); עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 8, פס' 14–15, 20 לחוות-דעתה של השופטת ד' ביניש; עניין שי, לעיל ה"ש 8, פס' 14 לחוות-דעתה של הנשיאה ד' ביניש; עניין ארקה, לעיל ה"ש 63; ע"פ 8743/09 מנקין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.2.2013). (להלן: עניין מנקין); ע"פ 6144/10 גטצאו נ' מדינת ישראל, חוות-דעתו של השופט ס' ג'ובראן (פורסם בנבו, 10.4.2013); ע"פ 6281/12 דורושב נ' מדינת ישראל, חוות-דעתה של השופטת ד' ברק-ארוז (פורסם בפסקדין, 27.2.2014). כן ראו ס' 34 לחוק המעצרים; יאיר תירוש "הזכות לייצוג משפטי בחקירה" – כללי הצייד במבחן המשפט המשווה" משפט וצבא 14, 91 (2000).

202 ראו, למשל, עניין מנקין, שם; עניין יוסף, לעיל ה"ש 198, פס' 18.

203 ראו ע"פ 4029/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 50–53 (פורסם בנבו, 10.7.2012); עניין יוסף, לעיל ה"ש 198, פס' 19.

204 ראו, למשל, עניין דיין, לעיל ה"ש 197, בעמ' 411; עניין ולנסיה, לעיל ה"ש 197, בעמ' 6. כן ראו והשוו ע"פ 2511/92 חטיב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.7.1993); ע"פ 1354/03 דקר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 83, 89-90 (2004). כן ראו לעיל ה"ש 54 והטקסט שלידיה.

יש אינטרס לקבל תגמול וכן אינטרס כללי להצליח בתפקידם, לשמור על מקור פרנסתם ואף להתקדם במסלול השירות, במיוחד כאשר כל תפקידם מתבטא בדיבוב עצורים. על-כן אני מציע כי ההודאה לפני מדובב יידרש סיוע כתנאי להרשעה, וכי גם ההודאה שנמסרה לפני חוקר בעקבות הודאה לפני מדובב יידרש סיוע, אולם בית-המשפט יהא רשאי, מנימוקים שיפורטו, להסתפק ב"דבר לחיזוק", ובלבד שהוא נובע ממקור נפרד ועצמאי ונוגע בנקודה ממשית השנויה במחלוקת.

#### (ה) ראיות נסיבתיות מטעות

כידוע, ניתן להרשיע נאשם על-סמך ראיות נסיבתיות, ובלבד שהן מובילות למסקנה הגיונית אחת ויחידה בדבר אשמתו של הנאשם.<sup>205</sup> כמו כן, כאמור, על התביעה להוכיח אשמתו של נאשם מעבר לספק סביר. אלא שהראיות הנסיבתיות יכולות לעיתים להטעות, ובמקרים לא-מעטים מתעוררת מחלוקת בין השופטים אם הן אכן מובילות למסקנה סבירה אחת ויחידה.<sup>206</sup> הרשעה 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 החריגים לכלל בדבר אי-התערבות של ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים הוא כאשר הכרעתה של הערכאה הדיונית נסמכת על שיקולים שבהיגיון, להבדיל מממצאי 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 שני חברי ההרכב האחרים סבורים אחרת. האין 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 דעת הרוב היא שקובעת, אף שבדרך-כלל מדובר בדעתם של שניים מול אחד, וזאת לרבות בשאלות שבהיגיון, כגון בעניין המסקנה ההגיונית העולה מהראיות הנסיבתיות. הדברים קשורים אפוא בקשר הדוק גם לסוגיה של הרשעה ברוב דעות, שבה דנתי לעיל. לשון אחר, לטעמי, הרשעה על חודו של קול, כאשר יש דעת מיעוט מזכה, היא בעייתית במיוחד כאשר הראיות הן נסיבתיות. על-כן מוצע לשקול שכאשר הראיות הן נסיבתיות בלבד, יהיה די בדעת מיעוט מזכה של שופט בערכאת הערעור, ולמצער של שופט בבית-המשפט העליון, לשם זיכוי של נאשם.

205 ראו, למשל, ע"פ 2799/98 סבאג' נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 408 (1999); עניין דוד, לעיל ה"ש 85, פס' 6; עניין מקראד, לעיל ה"ש 104, בעמ' 227-228; ע"פ 10771/08 בוחניק נ' מדינת ישראל, פס' 5 ר-9 (פורסם בנבו, 15.12.2009); עניין אלפסי, לעיל ה"ש 85; ע"פ 3636/12 שויקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.10.2013).

206 ראו והשוו סג'ר, לעיל ה"ש 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 (1991). ראו גם לעיל ה"ש 77.

## סיכום

לספרו של פרופ' סנג'רו נודעת חשיבות, בעיקר מכיוון שהוא מהווה הזדמנות נאותה לשוב ולבחון את הסכנה של הרשעת חפים מפשע בישראל, את גורמי הסיכון העיקריים לכך ואת הפתרונות האפשריים והראויים למזעור הסכנה האמורה.

סכנה זו קיימת אומנם בכל שיטת משפט, לרבות בישראל, אך לשיטתי – בניגוד לטענותיו ולהערכתיו של פרופ' סנג'רו ומנימוקים שהוכהרו – ממדי הסכנה בישראל אינם "כצעקתה". כזכור, פרופ' סנג'רו טוען (בין היתר בהסתמך על ממצאיו של פרויקט החפות בארצות-הברית) כי כ-5% לפחות מהאסירים המורשעים בעברות חמורות הם חפים מפשע, בעוד להערכתי שיעור הרשעות-השווא בישראל נמוך מכך בהרבה, ואינו עולה על חצי אחוז מההרשעות. הערכתי זו נסמכת על פרמטרים אחדים: סטנדרט ההוכחה בפלילים ("מעבר לספק סביר") ומידת הוודאות של ההרשעה, אשר גבוהה בישראל מ-90%, כשיעור המקובל במשפט האנגלו-אמריקאי על-פי היחס של בלקסטון, ומתקרבת ל-99%; העובדה שכ-90% מכלל ההרשעות מבוססות על הודאות של 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 הדייטות; העובדה שקיימת זכות ערעור וההנחה הסבירה כי במסגרת הערעור מתבטל חלק ניכר מהרשעות-השווא שהתקבלו בערכאה הדייטית; וכל זאת אף בהתעלם מהאפשרות למשפט חוזר במקרים חריגים.

עם זאת, גם לדעתי אין להתכחש לסכנה של הרשעת חפים מפשע בישראל. אין מדובר בסכנה זניחה, ואין להקל בה ראש; להפך, יש להתייחס אליה בכובד-ראש, כיאה לחומרת הסכנה, ולבחון את ההצעות השונות שהועלו לצמצום הסכנה, אך תוך איזון ראוי בין מכלול הערכים והאינטרסים הרלוונטיים.

פרופ' סנג'רו מונה בספרו את הגורמים השונים המובילים להרשעות-שווא של נאשמים בארצות-הברית. חלק מהגורמים הללו מהווים גם בעיניי גורמי סיכון מרכזיים, העלולים להוביל להרשעות-שווא אף בישראל, ובהם חשוב אפוא להתמקד. לטעמי, מדובר בעיקר בגורמים הבאים: הרשעה על-סמך עדות יחידה, במיוחד כאשר מדובר בעד מזהה יחיד או בעד שמעורב בעברה או שיש לו אינטרס להפליל את הנאשם, כגון שותף לעברה, בפרט אם עדותו נמסרת בטרם הסתיים משפטו שלו; הרשעה על-סמך הודאת נאשם בחקירתו; וכן בעיית החף מפשע העלול להודות במה שלא עשה, במסגרת הסדר-טיעון שלפיו העברה החמורה שבכתב האישום המקורי תומר בעברה קלה יותר או העונש שיוטל על הנאשם יהיה קל מזה שעלול להיות מושת עליו על-פי כתב האישום המקורי (ללא הסדר-הטיעון), וכך במיוחד אם מוסכם כי הוא 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 עליי, בהיותן בלתי-



מבוססות או שגויות לטעמי, וחלק ניכר מהצעותיו אינן מוצדקות בעיניי. באשר לטענותיו ולמסקנותיו של המחבר אציין בקצרה כי חלקן הן בגדר הכללות בלתי-מבוססות, בעיקר האשמותיו כלפי התובעים, הנסמכות על מקרים חריגים שהתגלו בעבר, ובמיוחד האשמותיו הגורפות כלפי השופטים בישראל,<sup>207</sup> אשר גם הם עושים כמיטב יכולתם, בתנאים של עומס כבד, כדי לפסוק דין צדק בגדרי המשפט. באשר להצעותיו של פרופ' סנג'רו, המשמעות המעשית של קבלת חלק מהן היא בעיניי פגיעה ממשית באינטרס הציבורי של מיצוי הדין וביכולת להעמיד לדין ולהרשיע אלפי פושעים מסוכנים. יהא זה בבחינת לרחם על אכזרים תוך התאכזרות לציבור הרחמנים<sup>208</sup> – לא רק הקורבנות ובני משפחותיהם, אלא גם הציבור בכללותו – אשר העבריינים ימשיכו לסכנו מבלי להירתע מאימת הדין וממורא החוק.

להבדיל מהפתרונות המוצעים על-ידי פרופ' סנג'רו, ההצעות שאני מעלה כדי להתמודד עם הסכנה של הרשעת חפים מפשע מהוות לטעמי פתרונות מדודים ומאוזנים, אשר לא רק לא יפגעו באינטרס הציבורי, אלא אף יתרמו להגברת אמן הציבור במערכת המשפט והשיפוט.

עם זאת, חלק מהצעותיו של פרופ' סנג'רו ראויות לבחינה בכובד-ראש, כגון הצעתו לערוך שינויים בכללים הקיימים בעניין מסדרי-הזיהוי. כמו-כן אני שותף לדעתו 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 נאשם על-סמך עדות-ראייה של מזהה יחיד ללא תוספת ראייתית, ובעניין האפשרות להרשיע נאשם בדעת רוב – אינו משביע-רצון, וכי אלה אחדים מבין הגורמים המרכזיים לאפשרות של הרשעת חפים מפשע בישראל. על-כן אני מסכים עם פרופ' סנג'רו כי בסוגיות אלה יש להחמיר בדרישות הדין לעניין אפשרות ההרשעה, אם כי הפתרונות שאני מציע שונים ומתונים מאלה המוצעים על-ידי פרופ' סנג'רו; והכל כמפורט לעיל.

## אחרית-דבר

חלק מההצעות ומההמלצות שהועלו לאורך השנים כדי להתמודד עם הסכנה של הרשעת-שווא לא התקבלו או לא יושמו. הכוונה היא בעיקר להמלצות של ועדת גולדברג בעניין הרשעה על-סמך הודאה בחקירה; להצעות החוק שהוגשו בעניין זה ובעניין מניעת הרשעה בדעת רוב; וכן להמלצות של ועדת אנקר לעניין ערעור על הרשעה בדעת רוב. בנושאים אלה נותר המצב המשפטי הבעייתי בעינו. לדעתי, יש מקום לשוב ולבחון את ההצעות השונות שהועלו בעבר, וכן לבחון חלק מהצעותיו של פרופ' סנג'רו

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

208 ראו לעיל ה"ש 62 והטקסט שלידה.

והצעות נוספות שהעליתי לעיל, שבכוחן לקדם פתרון לבעייתיות הקיימת בנושאים אלה ובנושאים נוספים, ולצמצם את הסכנה של הרשעת-שווא.

כמו-כן יש לבחון פתרונות אפשריים לבעיית החף המודה בעברה במסגרת הסדר-טיעון רק כדי לקצר את תקופת מעצרו, וזאת, למשל, על-ידי קיצור תקופת המעצר עד תום ההליכים בתיקים של בית-משפט שלום, שאינם בסמכות מקבילה של בית-משפט מחוזי, מתשעה חודשים לשישה, כפי שהצעתי לאחרונה.<sup>209</sup>

יש לקוות אפוא כי בעקבות פרסום ספרו של פרופ' סנג'רו והשיח הציבורי שהתלווה לכך<sup>210</sup> יינקטו צעדים משמעותיים נוספים על אלה שננקטו בעבר לצמצום הסכנה של הרשעת-שווא, ברוח הצעותי דלעיל וברוח אותן הצעות של פרופ' סנג'רו אשר מקובלות גם עליי.

209 לוי "הצעות לצמצום היקף המעצרים", לעיל ה"ש 12, בעמ' 11–13.

210 בעוד ספרו של פרופ' סנג'רו מופנה בעיקר לציבור הרחב (ראו, למשל, סנג'רו, לעיל ה"ש 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 לעיל ה"ש 193 וכן הרשעות שווא: היבטים פילוסופיים, פסיכולוגיים וארגוניים (רונית פלד-לסקוב, אפרת שהם ומאיר כרמון עורכים, 2012); *THE PSYCHOLOGY OF EVIDENCE AND TRIAL PROCEDURE* (Saul M. Kassin & Lawrence S. Wrightsman eds., 1985).