

כיצד אפשר לצמצם את מספר הודאות השווא והרשעות העוול

מרדכי קרמניצר | עדי גל

יולי 2023



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

הצעה
לסדר
52



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

כיצד אפשר לצמצם את מספר הודאות השווא והרשעות העוול

מרדכי קרמניצר | עדי גל

הצעה לסדר 52

יולי 2023

How Can We Reduce the Number of False Confessions and Erroneous Convictions?
Mordechai Kremnitzer | Adi Gal

עריכת הטקסט: ענת ברנשטיין
עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו Alfabees
ביצוע גרפי: רונית גלעד, ירושלים
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-423-4 ISBN

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), 2023
נדפס בישראל תשפ"ג/2023

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשרר או לקלוט בכל דרך או
אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל
סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמו"ל.

המכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר)

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602
טל': 02-5300888
אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:

החנות המקוונת: www.idi.org.il/books
דוא"ל: orders@idi.org.il
טל': 02-5300800

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי אי־מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפול שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפול חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

תוכן העניינים

9	תקציר
16	מבוא
21	שער ראשון: החוק
21	פרק 1. מעמדה של הודאת חוץ על ידי נאשם: הדין הקיים
48	פרק 2. הצעות לשינוי פקודת הראיות
80	שער שני: אכיפתו וברשנותו של החוק
80	פרק 3. החקירה המשטרטית והודאות שווא
113	פרק 4. בית המשפט והרשעות שווא
138	פרק 5. הערה על זליגתן של טכניקות חקירה סיכוליות לתוך החקירה הפלילית והסכנה הטמונה בהן להרשעות שווא
149	פרק 6. המלצות
155	נספח. דיון בהצעות העיקריות לתיקון סעיף 12 לפקודת הראיות שקדמו לוועדת גולדברג

חיבור זה מוקדש לזכרו הברוך של השופט
אליעזר גולדברג –
אדם, שופט ואיש ביקורת למופת; שומר סף
ונאמן טוהר המידות לדוגמה.

תקציר

סעיף 12 לפקודת הראיות קובע כי "עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חפשית ומרצון". צירוף מילים אחרון זה – "חופשית

ומרצון" – מקורו במשפט המקובל, והוא מוכר במשפט המשווה בביטוי המקביל לו – voluntariness test. על פי הפרשנות המנדטורית המקובלת, אין לקבל הודאה שנמסרה בעקבות פיתוי והבטחות, לחץ או איומים. במרוצת השנים הוסיף המחוקק הישראלי וקבע הוראות מפורטות לתנאי מעצר וחקירת חשודים, ובית המשפט עיצב, עקב בצד אגודל, מגוון מבחנים שתכליתם לעמוד על נסיבות מסירת ההודאה ומצבו הפיזי, המנטלי והרגשי של המודה בעת גבייתה. ואולם זה עשרות שנים שוררת הסכמה רחבה בקרב רבות ממדינות המשפט המקובל שמבחן חופשיות הרצון הוא מיושן ועמום ולכן, הלכה למעשה, כבר אין נוהגים לפיו. באנגליה, למשל, שהיא מקור המורשת הזו, נטשו את המבחן הזה והחליפו אותו במבחנים אחרים, מפורטים ובהירים יותר, ואלה מספקים בידי החוקרים ובתי המשפט כלים טובים יותר להבטיח את כבודו של הנחקר ואת מהימנות ההודאה. ישראל נותרה לעניין זה "שמורת טבע" של המשפט המקובל.

הבעיה בדין הישראלי אינה מתמצה בהסדר המשפטי הלא־ראוי הזה. יש לסוגיה הסטטוטורית הזאת חשיבות נוספת בשל השלכותיה רבות המשמעות על דרכי החקירה והתנהלות החוקרים ועל זכויות החשודים והנחקרים, ובכלל זה על מעצר של חשודים. המצב המשפטי הקיים היום בישראל מעביר לחוקרים מטר בעייתי, מתיירני, בדבר הציפיות מהם בכל הנוגע לזכויות הנחקר ואמצעי החקירה והתוצאה. בהיעדר כללים ברורים למותר ולאסור, מבחן הרצון החופשי נמתח עד לכדי הפעלת לחץ עודף על הנחקר. לחץ זה, בצירוף שיטת החקירה הנהוגה בישראל – הלוא היא שיטה מוכוונת אשם, המבוססת על עימות עם הנחקרים ועל מינפולציות פסיכולוגיות המופעלות עליהם כדי לגבות הודאה – יוצרים סכנה ממשית שנחקרים ימסרו הודאת שווא שבעקבותיה יורשעו לשווא.

בית המשפט הישראלי הכריז זה כבר כי הודאה היא לא "מלכת הראיות". ואולם בה בעת הוא ממשיך להחזיק בעמדה שאדם לא יודה "סתם" ושעל פי הלכת **מועדי**, אשר אומצה בשנות ה־80 של המאה ה־20, יש להוכיח קשר סיבתי בין לחץ

שהופעל על נחקר לבין הודאתו (קרי, שהאמצעי גרם לשלילת הרצון הטוב והחופשי). גישה זו אינה מתיישבת עם מחקרים אמפיריים המלמדים כי הודאות שווא עלולות לבוא לעולם גם בעקבות לחצים מתונים או קלים וכי מרגע שנגבתה הודאה, קשה להשיב את הגלגל לאחור. כוחה הראייתי והפסיכולוגי של הודאה חזק ביותר, ויש בה כדי "לצבוע" את ההליך הפילי כולו אם לא ננקטים אמצעי הזהירות הנחוצים לריסון ההטיה הטבעית שהודאה יוצרת – אצל חוקרים, שופטים ופרקליטים, ואף אצל חוקרים פורנזיים.

המחקר המוצג כאן מחולק לשני שערים: השער הראשון (פרקים 1 ו-2) מציג את הדין הקיים, והשער השני (פרקים 3-5) את פרשנותו של הדין על ידי רשויות החקירה ובית המשפט. לצד סקירת המצב הקיים, החיבור מביא שורת המלצות לשינויים הדרושים בשלוש הזירות הרלוונטיות – בחוק, בשיטת החקירה ובפסיקה. השינויים המוצעים – המתבססים על המלצותיה של ועדת גולדברג, על סקירה משפטית השוואתית ועל ספרות משפטית וקרימינולוגית מהשנים האחרונות – נועדו למנוע, ככל האפשר, הרשעות שווא. בד בבד הם נועדו להבטיח את זכויות הנחקרים והחשודים ולעשות כן בלי לחבל ביכולתה של המשטרה לאסוף ראיות ולהביא להרשעתם של עוברי עבירה.

המלצות

(1) המלצות סטטוטוריות

ברמה הסטטוטורית מומלץ לנסח את סעיף 12 באופן שיהלום הן את המלצותיה הקודמות של ועדת גולדברג והן חקיקה זרה שעמדה במבחן הזמן. לדעתנו מן הראוי לנסח את סעיף 12 כך:

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

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

(1) ניתנה לאחר שנקטו כלפי הנחקר באחד מאלה: עינויים גופניים נפשיים, יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל, אלימות, או איום באחד

מאלה; או בהתשה, דיכוי או כל התנהגות אשר עשויה הייתה למוטט את כוח רצונו של הנחקר*;

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

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

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

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

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

* ראו המלצה נוספת ביחס למוחב משפט הזוטא כשעולה טענה תחת סעיף 12(ב)(1), בעמ' 72 להלן.

(2) המלצות לגופי החקירה

(א) העמקה בשיטת החקירה האנגלית המבוססת על חקירה מכוונת מידע, ובחינה של אפשרות הטמעתה, בדומה למדינות אחרות. שיטת החקירה האנגלית, מלבד היתרונות (שיפורטו להלן) בהיותה מכוונת מידע, היא מודל מעניין גם משום השקיפות שלה. השיטה אינה מקבלת ביטוי רק בנהלים פנימיים, אלא היא מלווה בהוראות חוק מפורטות המצויות, בין היתר, ב־'Police and Criminal Evidence Act משנת 1984, ובייחוד בקודים הנלווים אליו.

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

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

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

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

(ו) הקפדה על מידור פנימי במקרה שנגבתה הודאה בחקירה על מנת למזער ככל האפשר הטיות קוגניטיביות בקרב גורמים אשר אינם נמנים עם חוקרי המשטרה,

על מנת למנוע זיהום של ראיות פורנזיות. מוצע להתמודד עם הטיות אלה על ידי יצירת פרוטוקול המתעד את המידע שנאסף במהלך החקירה ומסדיר את היקף הראיות שאליו נחשפים הגורמים השונים בחקירה, וכן את המועד שבו הם נחשפים להודאה. אפשר לשקול גם להעביר פרוטוקול זה במסגרת גילוי מסמכים להגנה.

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

(3) המלצות לבית המשפט

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

(ב) קביעת כללים ברורים להפעלתם של מדובבים: עצם גביית ההודאה על ידי מדובב צריכה להגביר את החשש שמדובר בהודאת שווא, ועל כן ההודאה ראויה לבחינה קפדנית ונוקשה אף יותר. בין היתר מומלץ להוסיף דרישה לתייעוד מלא של פעולת הדיבוב, גביית מחיר ראייתי בהיעדר תיעוד, וכן גילוי של ההוראות שקיבל המדובב לבית המשפט ולהגנה. הקו המנחה את בית המשפט מוכרח להיות איסור מפורש וברור על כל הפעלה של אלימות או איום באלימות שהיו נקבעים כלא־חוקיים אילו היו מופעלים בידי שוטר.

(ג) הבחנה בין פרטים מוכמנים: מומלץ להבחין בין פרטים שאינם בידיעת הציבור, והנחקר בכלל זה, וגם לא הועברו אליו בידי החוקרים, לבין פרטים אחרים, כאשר הקטגוריה בעלת המשקל הרב ביותר היא פרטים אשר לא היו ידועים כלל לצוות החקירה. אלה האחרונים יוכלו להיות אפילו תוספת ראייתית מסוג סיוע. עמידה על כך שפרט מוכמן יהא זה אשר אינו ידוע לרשויות החקירה תסייע להגיע

למידת ודאות גבוהה יותר על מידת מעורבותו של המודה ותמנע מראש זיהום של ההודאה ושל החקירה כולה. פרט כזה, על כן, יכול לשמש תוספת ראייתית מסוג סיוע. לצד זאת, מכיוון שהשאלה מה ידעו החוקרים ומה לא ידעו אינה פשוטה למענה – אם החקירה מתועדת במלואה מראשיתה, מומלץ לייחס משקל מסוים, מוגבל, לפרט מוכמן שלא ידוע ברבים אך ידוע לחוקרים, כך שייחשב דבר מה נוסף.

(ד) התניית מעמדה של ראייה כ"דברמה נוסף" בשלושת התנאים האלה: עליה לאמת פרטים בהודאה (תנאי שמתקיים כבר עתה); עליה להיות חיצונית לנאשם; ועל הרשויות החוקרות לעשות ניסיונות כנים להפריכה. ראוי להתייחס ל"דבר מה חסר" ול"דברמה סותר" כאל ראייה המפחיתה ממשקל ההודאה. מוצע שבית המשפט ינסה לרכך את השפעתה הרבה של ההודאה על ידי עמידה אקטיבית על טיבה – כך שכאשר נאשם חוזר בו מהודאתו, בית המשפט ידרוש לקבל הסבר מדוע בחר הנאשם למסור הודאה למשטרה אשר נוגדת את האינטרס האישי שלו. בנוסף, יש להכיר בחוסר הטעם לזקוף לחובת הנאשם את האייכולת שלו לזכור מה בדיוק התרחש בחקירה, מה קדם למה, מה בדיוק נאמר לו וכולי. ספק רב אם אפשר לצפות מאדם לזכור את כל הפרטים האלה, בייחוד לנוכח ההשפעות הפסיכולוגיות שחקירה לוחצת יוצרת אצל הנחקר, ובפרט חוסר התמצאות באשר לזמן ולמקום. הן על התביעה והן על בית המשפט לגלות קפדנות יתרה כאשר מתגלה שקר כלשהו מצד המשטרה.

(ה) הגנה מוגברת על נחקרים השייכים לקבוצה המועדת לאפליה והטמעתם של אמצעי זהירות: ראשית, על המותב להכיר בסיכוי שהנחקר שייך לקבוצת סיכון לא בהכרח מתוקף נסיבותיו האישיות אלא מתוקף שיוכו האתני, אשר ייתכן שהביא להשלמות סטראוטיפיות מצד חוקריו; שנית, הכרה בכך שהנחקר חשוף לנטיות דומות מצד המותב עצמו, קל וחומר לאחר שהוצגה לו הודאתו של הנחקר; ושלישית, על מערכת המשפט להטמיע את עריכתם של מבחנים אשר יסייעו לבחון את מידת ההטיה. מכיוון ששופטים עשויים להיות בעלי ביטחון יתר באשר ליכולתם לשלוט בנטיותיהם הקוגניטיביות, מבחנים אמפיריים יסייעו בניטור אובייקטיבי יותר וישקפו את מידת התיקון הנחוצה ואת היקפה. חינוכם של השופטים באשר לנטיות טבעיות אלה גם הוא הכרחי, הן בהשתלמויות ייעודיות לשופטים מכהנים והן בלימודי ההכשרה.

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

(ז) איסור על השיטה המקובלת שלפיה הודאה בעקבות שבירה בחקירת שב"כ זוכה להלבנה בהמשך באמצעות חקירה משטרתית המושגת על ידי החקירה שקדמה לה; ומתיחת קו גבול ברור בין חקירה סיכולית וחקירה פלילית. הודאה שנמסרה במשטרה לאחר חקירת צורך אינה פרי של עץ מורעל כי אם ענף מענפיו, והכרחי לפוסלה. אין מדובר רק בהודאה אלא בכל ראייה שבנויה על שיתוף פעולה אקטיבי של הנחקר, דוגמת שחזור.

מבוא

"את התפיסה כי הודיית נאשם בחקירתו הינה 'מלכת הראיות', יש לקבל עם קב חומטין". כך נפתח דוח ועדת גולדברג שפורסם לפני כשלושים שנה.¹ ואולם האינטואיציה שלפיה אין אדם משים עצמו רשע אלא אם הוא באמת רשע

ושנדרשים אמצעים קשים כדי לגרום לאדם חף מפשע להודות במה שלא עשה עדיין שרירה וקיימת ולא בנקל תיעקר מן השורש, חרף ממצאים רבים המעידים כי ההפך הוא הנכון. בניגוד לדעה הרווחת – שרק לחצים כבדים במיוחד עלולים להביא אדם חף מפשע להודות במה שלא עשה – ידוע שהודאות שווא עלולות לבוא לעולם גם עקב לחצים מתונים או קלים. הנחות בעייתיות אשר עמדו בלב דיני הראיות הישראליים בעבר – כגון שהודאה היא "מלכת הראיות" או שחפים מפשע אינם מודים אלא תחת לחצים כבדים מאוד – נשחקו במידה מסוימת בשנים האחרונות, אבל עדיין לא נסֵּלְחוּ.²

החקיקה הישראלית המסדירה את דיני ההודאות הקבועה בסעיף 12 לפקודת הראיות קובעת שגבייתה של הודאה תהא קבילה כל עוד היא נמסרה באופן חופשי ומרצון. כלל זה, אשר מקורו במשפט המנדטורי, עמום ביותר ומותר מרחב תמרון רחב מדי לגופי החקירה. בעוד מדינות אחרות השותפות למסורת המשפט המקובל (ובכלל זה אנגליה) עדכנו ועיבו אותו בחקיקה בהירה יותר, בישראל נותרה הוראה זו כמעין שמורת טבע של המשפט המקובל. לצד זאת, וחרף הכרתה הגוברת והולכת של הפסיקה בסכנות הטמונות בהודאות, בתי המשפט מגלים סובלנות יתרה לפרקטיקות אשר הוכח זה כבר שהן מגבירות את

* תודתנו נתונה לעו"ד אלי בכר, לד"ר דנה בלאנדר ולעו"ד גיא רובינשטיין על הערותיהם המצוינות. תודתנו גם לעו"ד רותם שפירא על סיועו במחקר.

1 הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר: דין־חשבון דוח הוועדה, פס' 6 (דצמבר 1994) (להלן: דוח ועדת גולדברג).

2 בועז סנג'רו טוען כי בהערכה שמרנית 5% מכלל המורשעים בישראל, אפילו בעבירות החמורות ביותר, הם חפים מפשע. ראו בועז סנג'רו הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם גורמים ופתרונות 256–257 (2014). גם בארצות הברית ההערכות הן שבין 2% ל-5% מן ההרשעות הן הרשעות שווא. על פי פרויקט החפות האמריקאי, כ-25% מן המורשעים אשר חפותם הוכחה באמצעות דגימות דנ"א הודו כי ביצעו את הפשע שהואשמו בו. ראו *The Innocence Project*.

הסיכויים ההודאות שווא, ובכלל זה נקיטת אלימות ישירה על הנחקר כל עוד אי אפשר להוכיח שההודאה נמסרה בעקבות אותה אלימות. במרוצת השנים הוצעו הצעות למיניהן לתיקונו של הדין – החל בהצעות לשינוי של סעיף 12 לפקודת הראיות, עבור בעדכון של כללי החקירה, וכלה בפיתוחם של מבחני פסיקה לקביעת קבילותה של הודאה. ואולם השיטה המשפטית של ישראל רואה גם היום בהפעלה של אמצעי לחץ בחקירה פרקטיקה לגיטימית, ובמקרים מסוימים אפילו הכרחית.

במרכז דברינו כאן ניצב הרעיון שנקיטת אמצעים אשר פוגעים בגרעין הקשה של כבוד האדם חייבת להביא לפסילת ההודאה. האפשרות לפסול הודאות היא אמצעי הרתעה מן המעלה הראשונה, ואין טוב ממנו להבטחת התנהגות כדין של חוקרים ולמיגור התופעה של הרשעות שווא. הדין הקיים אינו מספק הרתעה יעילה דייה מפני אמצעים הפוגעים בכבוד האדם. פגיעה כזו מתרחשת כל אימת שהחוקרים מצמצמים את אישיותו של הנחקר משל היה מאגר של מידע שהם פועלים לפרוץ לתוכו כדי לקבל מידע מבוקש; הם מתייחסים לנחקר כאל כלי בידיהם כך שייאלץ לפעול בניגוד לרצונו ונגד האינטרסים שלו עצמו.

האינטרס הציבורי בצמצום העבריינות אינו יכול להצדיק פגיעה בליבו של ערך כבוד האדם. לא ראוי להטיל על הנחקרים נטל כבד שכזה, וחברה דמוקרטית מוכרחה למצוא דרכים לאכוף את חוקיה בדרך שאינה חותרת תחת ערכיה המרכזיים. יתרה מזו, הנכונות לפגוע בכבוד האדם ולהשלים עם פגיעה כזו כרוכה לרוב ב"חזקת אשמה" המחליפה את "חזקת החפות", שחייבת להכתיב את היחס בין המדינה לחשוד כל עוד לא הורשע בדין. נקיטת אמצעים מסוג זה פוגעת לא רק במושאם של אמצעי לחץ כאלה, אלא גם באמון הציבור בכך שהרשויות המופקדות על אכיפת החוק פועלות מתוך שמירת כבוד הנחקר וכללי הגינות מינימליים. נכון שגישה זו כרוכה במחיר אפשרי שאשמים יחמקו מהרשעה ומעונש. אלא שברוב המכריע של המקרים אין אנו יודעים אם מדובר בחפים מפשע או באשמים, ועלינו להניח חפות. בטווח הבינוני והארוך, תיעול החוקרים לאפיקים של חקירה המבוססת על נתונים אובייקטיביים ועל תחכום יגביר את האפקטיביות של החקירות ויעיל למציאת האשמים ולצמצום הפשיעה. הודאת

שוא של חף מפשע מובילה לעוול קשה מנשוא כלפי המודה, ולא זו בלבד אלא שהיא מאפשרת לאשם האמיתי לחמוק מענישה.

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

המסמך מחולק לשני שערים. הראשון (פרקים 1 ו-2) דן בחוק, והשני (פרקים 3-5) בדרכי אכיפתו של החוק במסגרת החקירות ובפרשנותו על ידי בית המשפט הלכה למעשה.

פרק 1 מציג את הדין הקיים באשר לגביית הודאה ואת הפסיקה שהתפתחה לצידו לאורך השנים – הן באשר לסעיף 12 לפקודת הראיות והן בעקבות הלכת יששכרוב, אשר עוגנה בשנת 2022 בסעיף 54א לפקודה.

פרק 2 בוחן, בחציו הראשון, את שתי ההצעות האחרונות לשינוי הדין, בדגש על סעיף 12, שנדונו בוועדת גולדברג ובוועדת ארבל (הצעות מוקדמות יותר מופיעות בנספח). שתי הוועדות הציעו הצעות שונות לנוסח החוק, אך שתיהן הבחינו בין אלימות קשה לאלימות לא־קשה. וכך, בעוד הודאה הנגבית תחת אלימות קשה הוגדרה לא־קבילה, הומלץ שקבילותה של הודאה הנגבית תחת לחץ תותנה בקשר הסיבתי שבין האמצעי להודאה. לדעתנו, הבחנה זו, שהיא

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

ממילא המצב המשפטי הקיים, לרבות בדוחות הוועדות, עלולה להעביר לחוקרים מסר בעייתי, מתירני, בדבר הציפיות מהם בכל הנוגע לזכויות הנחקר ואמצעי החקירה. עולה החשש שהדבקות בחוק הקיים נובעת דווקא מן הרצון לקיים מסר כזה, מתוך מחשבה שבלעדיו יתקשו החוקרים לעשות את מלאכתם. על כן, בתום הסקירה של המלצות הוועדות מובאות בחציו השני של הפרק המלצות המסתמכות על כמה מההמלצות של הוועדות אבל גם על החקיקה של מדינות המשפט המקובל – אנגליה, קנדה ואוסטרליה – שבהן שוררת זה שנים הסכמה רחבה שדיני הודאות אינם יכולים להסתכם במבחן חופשיות הרצון (voluntariness) ולכן יש להחליפו בחקיקה מפורטת ובהירה יותר. גם במדינות כמו גרמניה ואיטליה, ששיטת המשפט בהן אינה המשפט המקובל אלא הקונטיננטלי, ההסדרים החקיקתיים רחבים ומפורטים בהרבה בכל הנוגע לגביית הודאה ואוסרים לחלוטין על שימוש באלימות.⁴

פרק 3 מתרכז במגוון הגישות לחקירה, בוחן את העמדה המקובלת כיום בישראל ומציג הצעות לאימוץ השיטה מבוססת המידע אצלנו. שיטות חקירה מוכוונות אשם, שאינן זרות למשטרת ישראל, הן בעייתיות מבחינת מסגולתן להביא להודאות שווא. לשיטת החקירה יש השלכות משמעותיות על דרכי החקירה, על התנהלות החוקרים ועל זכויות הנחקרים, ובכלל זה מעצר של חשודים. ההמלצות הנוגעות לגופי החקירה משלבות הן הצעות שמקורן בשיטה מבוססת מידע הן המלצות אשר ניתן ליישמן גם בלי לשנות את שיטת החקירה. אף שהנמענים המובהקים של הפרק הזה הם חוקרי המשטרה, גם הפרקליטים – כמנחים המקצועיים של החוקרים, ולעיתים כמלווים של חקירות – הם נמעניו.

פרק 4 מכוון לשופטים, שבידיהם הסמכות והיכולת לכוון את החקירות באופן שיבטיח את כבוד הנחקר ויצמצם את הסיכוי להודאות שווא ולהרשעות שווא. שיטה משפטית המאפשרת הרשעה על סמך הודאה מוכרחה לגלות חוסר סובלנות כלפי שיטות חקירה המפעילות לחץ יתר על הנחקר, גופני או פסיכולוגי, ומסר זה חייב להיות מובהק בפרשנות הדין שצריכה להציב איזונים ובלמים

4 ארצות הברית תובא גם היא במישרין, אך כדוגמה הפוכה, כלומר כביטוי לעמימות העשויה להתרחש בהיעדר חקיקה ברורה.

בפני אמצעי חקירה פסולים ומפוקפקים. עדיף בבירור הסדר חקיקתי ראוי, אך גם בהיעדרו – על המערכת המשפטית לדרבן את הגופים החוקרים לרכז את מאמציהם באיסוף ראיות חיצוניות לנאשם.

פרק 5 מתייחס לסכנה שבזליגתן של טכניקות חקירה אשר נעשה בהן שימוש בידי שירות הביטחון הכללי לתוך החקירה הפלילית והכשרתה של זליגה זו בידי כלל הגופים המעורבים⁵ – התביעה, החקירה ובית המשפט. החלחול של אמצעי חקירה הפוגעים בכבוד האדם מתרחש לרוב כאשר מדובר בנחקרים הנתפסים כ"אחר" או כ"אויב". ואולם סופם שהם מוחלים על כלל הנחקרים, אם כי בקלות רבה יותר ובאינטנסיביות גבוהה יותר על "אחרים". לכן כרוכה בשימוש הזה גם פגיעה בשוויון לפני החוק.

פרק 6 מסכם את ההמלצות המופיעות לאורך המסמך. רבות מן ההמלצות הן המשך של דוח ועדת גולדברג, שכן אף שהדוח פורסם לפני כשלושים שנה, רבות מהמלצותיו נותרו חשובות ומשמעותיות ונכון לאמצן. מטרתו העיקרית של מסמך זה היא להתמקד בהמלצות שלא התקבלו על דעת רוב חברי ועדת גולדברג, להציג המלצות נוספות ולחדד היבטים אחדים בהמלצות מסוימות, לא רבות.

5 עניין זה נהיה אפילו קריטי יותר עכשיו, מאז ההסכמים הקואליציוניים הקובעים כי שב"כ יפעל נגד ארגוני פשיעה. ראו יהושע בריינר "בכירים בשב"כ מתנגדים לדרישה של בן גביר לפעול מול ארגוני פשיעה" הארץ (19.1.2023)

שער ראשון: החוק

פרק 1

מעמדה של הודאת חוץ על ידי נאשם: הדין הקיים

הדין הישראלי כולל שני כללים מרכזיים המשמשים את בית המשפט בעת בחינת קבילותה של הודאת חוץ של נאשם. כלל אחד הוא הכלל הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות, ולפיו הודאתו של נאשם תהא קבילה בבית המשפט רק אם מצא בית המשפט שהנאשם מסרה באופן חופשי ומרצון. כלל הפסילה השני, אשר תחולתו מתפרשת על כל ראייה, נקבע בהלכת יששכרוב, ובשנת 2022

עוגן גם בחוק. לפי כלל זה, הודאה עשויה להיפסל אם נקבע שהיא נגבתה שלא על פי דין. בין שני כללים אלה נקודות דמיון ושוני, והיחס ביניהם ממשיך להתעצב על ידי בית המשפט.⁶ פרק זה יסקור בעיקרו את כלל הפסילה אשר בסעיף 12 ואת מסגרת ההליך הפלילי שבו הוא נבחן. לאחר מכן יידונו בקצרה כלל הפסילה שנקבע בהלכת יששכרוב ואשר עוגן בחוק ומידת השפעתו על סעיף 12.

1.1. סעיף 12 לפקודת הראיות ומבחן מסירת

ההודאה "באופן חופשי ומרצון"

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

על פי סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, הודאתו של נאשם מחוץ לבית המשפט ("הודאת חוץ") תהא קבילה רק אם התביעה הציגה עדות

על הנסיבות שההודאה נמסרה ורק אם בית המשפט מצא כי ההודאה הייתה "חופשית ומרצון", כחריג לכלל האוסר על עדות מפי שמועה.⁷ הסעיף התקבל בדין הראיות הישראלי בירושה מסעיף 9 לפקודת העדות המנדטורית, משנת 1933, אשר קבע כי "לא תקובל עדות בדבר התודות הנאשם שעבר עברה, אלא אם כן הביאה הקטיגוריה עדות על המסבות שבהן התודה הנאשם, וברי לבית המשפט שנתודה הנאשם מרצונו ועל דעת עצמו".⁸

המחוקק המנדטורי ובית המשפט באנגליה סברו כי גם אילו הייתה ההודאה מתקבלת לפי מבחנים כלליים של מהימנות, בכל זאת אין לקבלה ללא הוכחה שהיא נמסרה בחופשיות.⁹ בפסק הדין מהעשור השני של המאה הקודמת, *Ibrahim v. R* (1914), הזכיר הלורד סומנר כי אי-קבילותה של אמירה של אדם כנגד עצמו, אלא אם הוכיחה התביעה שהיא ניתנה מרצון, היא כלל עתיק במשפט

7 שם, בעמ' 875. הסעיף קובע כי "עדות על הודיית הנאשם כי עבר עברה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה הייתה חופשית ומרצון". שנים ספורות לאחר חקיקת פקודת הראיות המקורית, בשנת 1979, הוסיף המחוקק את סעיף 12(ב), הקובע כי –

בית המשפט רשאי לקבל כראיה, להוכחת הנסיבות שבהן ניתנה הודיית נאשם, גם תצהיר בכתב של מקבל ההודיה, שבו הוא מפרט את נסיבות גביית ההודיה ומצהיר כי ההודיה הייתה חפשיית ומרצון, והוא אם נתקיים אחד מאלה:

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

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

8 הנוסח המקורי היה כדלקמן:

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

9 קנת מן "עתידי הדרישה לרצון חופשי בחקירת חשודים" משפטים טז 76, 77 (תשמ"ו). מן מפנה למקרה שבית המשפט מצא בו שההודאה אמיתית אך סירב לקבל אותה לנוכח נסיבות מסירתה. ראו 151 *Commissioners of Customs and Excise v. Harz Power* (1967) Cr. App. R. 123, בעמ' 145 (מן, שם, בעמ' 77, הערה 7).

הפיליפי האנגלי "במובן זה שלא הושגה על ידי פחד מרעה או תקווה לטובה, שהופעלו על ידי איש מרות".¹⁰

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

מצד אחד המשיך בית המשפט העליון לנקוט את קו ההלכה האנגלית בכך שבמרכז בחינתו של הרצון החופשי הציב את התנהלות החוקרים. עמדה זו, אשר

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

11 ש.ס.

12 ראו למשל דבריו של מ"מ הנשיא אגרנט בע"פ 307/60 ג'ירבני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז (1963), 1541, פסי' 4. לימים הובעה ביקורת על גישה זו בדבריו של השופט מ' לנדוי בדין וחשבון של ועדת החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת, חלק ראשון, עמ' 55 (1987) (להלן: דוח ועדת לנדוי).

13 בנימין בלום, יורם רבין וברק אריאל "אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפטילה הפסיקית" משפטים מו 816, 818 (משע"ח). המחברים מפנים למשל לפרשת *Berkowitz v. Att'y Gen.*, 9.P.L.R. 654 (S.C., 1942), שבה קבע בית המשפט העליון המנדטורי שחוקר הולך שולל את הנחקרים בכך שלא אמר להם שעומדת להם זכות השתיקה ולכן ההודאה שמסרו פסולה. בית המשפט קבע שם שמהימנותה של ההודאה אינה שיקול להכרעה אם רצונו החופשי של הנחקר נפגע לפי סעיף 9 לפקודת העדות. ש.ס.

כונתה לימים "הגישה האובייקטיבית",¹⁴ ביקשה לבחון את אמצעי החקירה ולא את נסיבותיו של הנאשם הספציפי. כפי שקבע השופט לנדוי, נושא דגלה של הגישה:

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

ובמקום אחר ציין לנדוי כי עיקרו של סעיף 12 הוא -

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

14 יעקב קדמי על הראיות: הדין בראי הפסיקה חלק ראשון 38 (2003).

15 ע"פ 264/65 ארצי נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד כ(1) 225, 231 (1966). באותו עניין לנדוי מצטט גם את דברי מ"מ הנשיא אגרנט בעניין אחר שבו קבע: "מחמת אפיה ה'בלתי הוגן' של החקירה שגרמה למתן ההודאה - או בגלל האמצעים ה'פסיכולוגיים' שהשתמשו בהם כדי להשיגה - הוחלש רצון השתיקה של הנאשם-העציר במידה כה ניכרת עד שהחוק מניח - ללא התחשבות בתוכן ההודאה - כי בנסיבות כאלו אין לבטוח באמיתותה". ראו גם דבריו של השופט שמגר בע"פ 636/77 לוי נ' מדינת ישראל לב(3) (1978) 773, 786: "אך נדרש יהיה להוסיף כי גם איומים לסוגיהם יש בהם כדי לפסול קבילותה של הודיה והדברים ידועים". בחלוף השנים התרחקה עמדתו של השופט לנדוי מהמודל המסורתי האנגלי. הוא סבר כי סוג האמצעים שהשימוש בהם שולל מניה וביה את קבילותה של ההודאה הלך והצטמצם. הדברים קיבלו ביטוי בדוח שפרסם. ראו בהרחבה בפרק 5 להלן.

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

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

17 ע"פ 127/76 ברנס נ' מדינת ישראל פד"י (3) 507 (1976). בפרשה זו הורשע עמוס ברנס בגין רציחתה של רחל הלר בשנת 1976 ונידון למאסר עולם. הרשעתו התבססה על הודאה שמסר לחוקריו, אף שבמהלך המשפט טען כי הודאתו נמסרה תחת אלימות ומניעת שינה. לימים חשף קצין משטרה שבמהלך חקירתו של ברנס נפלו פגמים, ובעקבות זאת פתחה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי), יהודית קרפ, בבדיקה מחודשת של הפרשה. ממצאי הבדיקה תמכו בגרסתו של ברנס, והוחלט לנקוט הליך משפטי נגד ראש צוות החקירה בגין עדות שקר (שהסתיים לבסוף בזיכוי תמוה בערעור). בקשותיו של ברנס למשפט חוזר נדחו שוב ושוב. לא למוחר לומר כי בצעד יוצא דופן, עוד בזמן שריצה ברנס את עונשו, פנה אליו השופט כהן במכתב התנצלות וניסה להביא לשחרורו המוקדם. ברנס שוחרר מהכלא לאחר 12 שנים בעקבות קיצור עונשו, אבל הוא המשיך להילחם על חפותו גם לאחר שחרורו. לבסוף, בשנת 2002, הסכימה השופטת דורנר לקבל את בקשתו (הרביעית) למשפט חוזר, ובדצמבר 2002 החליט בית המשפט המחוזי בנצרת לזכותו ללא דיון שכן הפרקליטות חזרה בה מכתב האישום. בהספד שנשאה השופטת דורנר בהלווייתו של השופט חיים כהן היא סיפרה כי מייד כשנודע לו על החלטתה לקיים משפט חוזר, התקשר אליה כהן, כשהיה כבר על ערש דווי, והודה לה על שתיקנה את "העוול שעשה". בשנת 2010 פסק בית המשפט פיצויים לזכות ברנס בגין הנזק שנגרם לו. שנה לאחר מכן נפטר ברנס. אתר קליניקה החפות של הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, "[פרשה הרשעת השווא של עמוס ברנס](#)".

18 ע"פ 369/78 אבו מדיג'ם נ' מדינת ישראל, פד"א (3) 376, 382 (1979).

עדיין נשאלת השאלה אם היה במכות שספג – אם ספג – כדי לשלול חופשיות הודיתו של המערער נימר או רצונו לתתה. יש והמודה ספג מכות מידי חוקריו, וההודיה שנתן בסופה של חקירה היתה חופשית וניתנה מרצון [...]. השאלה היא שאלה שבעובדה: האם היה באמצעים הפסולים כדי להביא נאשם מיוחד זה העומד לפנינו לידי הודיית שקר או כדי לשלול רצונו, או שמא נאשם מיוחד זה אין אותו אמצעי פסול עשוי להשפיע עליו, [...] העובדה שלא היה באמצעים הפסולים כדי לשלול רצונו ולפגום בחופשיות הודייתו, טעונה הוכחה חיובית, ועל פי רוב ניתן להוכיחה על ידי עצם ההודיה, צורתה, טיבה, תוכנה ואופן נתינתה. [...] זו שיטתי שאני דוגל בה מימים ימימה: תמיד גרסתי, הודית הנאשם לחוד, והתעללות חוקריו לחוד; כשם שזה דינו לבוא על עונשו כחוק בשל העבירה שעשה שהודה בה מרצון, כן אלה דינם לבוא על עונשם כחוק בשל מעשיהם הבלתי חוקיים שנתגלו לבית משפט במשפט "זוטא". אין בה בפסילת ראייה שהיא כשרה, כאילו היתה שלא כדין. פושע מסוכן עלול לצאת לחופשי על לא שום זכות בכפיו, ונמצאת מלחמת המשפט בפשע מסוכלת ומנוצחת; ואין הפסילה פוגעת כהוא זה בחוקרים האלימים שמעלו בתפקידם כאנשי משטרה וכעובדים המדינה, ונמצא כבוד האדם ובטחונו מופקר בידי בעלי זרוע בלתי אחראיים.¹⁹

המחלוקת הוכרעה בשנות ה־80 (זמן קצר לאחר עניין אבו מדיג'ם), עם קבלתה של "גישת הביניים", אשר הוצעה בידי השופט גולדברג בעניין מועדי.²⁰ גישה זו מבקשת לפשר בין שתי הגישות לעיל והיא הפכה, במידה רבה, להלכה המחייבת. לפי גישת הביניים, בית המשפט יבחן במסגרת סעיף 12, כבחינה עובדתית, אם היה באמצעי הפסול כדי לצמצם במידה ניכרת את רצונו החופשי של הנחקר כאשר מסר את הודאתו. אם מצא בית המשפט כי הנחקר היה כפוף באופן קיצוני לאמצעי חקירה פסולים, תיפסל ההודאה בלי לבחון אם אכן השפיעה על רצונו של הנחקר. כלומר, על הודאות אשר גבייתן נעשתה מתוך שימוש באמצעי

19 שם, 381-382.

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

חקירה שנמצאו פסולים באופן קיצוני – קרי "דרכים כה נפסדות עד שהן פוגעות בערכי יסוד מקובלים",²¹ "כגון התעללות פיזית חמורה או שיטות אחרות, ביניהן שיטות "פסיכולוגיות, שהשימוש בהן פוגם ב"דמותו ההומנית של המשטר במדינתנו, שעליו אנו שומרים מכל משמר"²² – תחול הגישה האובייקטיבית, ובלי לבחון כיצד השפיעה סובייקטיבית על הנחקר, והודאתו תיפסל גם בלי בחינה של אמינותה. ואולם במקרים שנמצא שההודאה ניתנה שלא תחת אמצעים פסולים קיצוניים, תחול גישתו של השופט כהן ותיערך בדיקה של מהימנות ההודאה לאחר שתתקבל כראיה במסגרת בחינת משקל הראיות במשפט העיקרי.²³

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

21 שם, פס' 46 לפסק דינו של השופט גולדברג.

22 שם, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא כהן. השאלה בדבר מאפייניהם של אמצעים פסולים קיצוניים לא קיבלה הגדרה טכנית על ידי בית המשפט. מאוחר יותר, בעקבות עתירה שהגיש הוועד הציבורי נגד עינויים, נכנס בית המשפט לעובי הקורה וקבע כי הטקטיקות שהשב"כ השתמש בהן פסולות באופן קיצוני. ראו בהרחבה בפרק 5.

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

24 מן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 81.

25 ראו דבריה של השופטת ביניש בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' החובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006), פס' 32–34 לפסק דינה:

חוק היסוד יצר הזדמנות למבט פרשני מחודש גם בנוגע לתכליתו של כלל הפסילה המעוגן בסעיף 12 לפקודת הראיות. בהתאם לרוחו ולעקרונותיו של חוק היסוד, מן הראוי לחזק כיום את מעמדה של התכלית בדבר הגנה על זכויותיו של הנחקר, כך שהיא תהווה טעם מרכזי העומד בפני עצמו לשם

(ב) אבות פסול

ככלל, מקובל להבחין בין כמה קטגוריות – או בכינוין הנפוץ "אבות פסול" – אשר בגינן עלול בית המשפט לפסול ראייה משום שלא ניתנה באופן חופשי ומרצון. קטגוריות אלה כוללות איום באלימות ושימוש בה; שיטות חקירה בלתי הוגנות; הפעלת לחצים נפשיים בלתי הוגנים; תחבולות בלתי הוגנות; ופיתוי והשאה בלתי הוגנים.²⁶ בעוד אבות פסול אלה קשורים בחופשיות הרצון, ישנן חובות אחרות שחלות על חוקרי המשטרה אשר נפסק כי אי־עמידה בהן עשויה להביא לפסילת ההודאה. המרכזיות שבחובות אלה הן החובה ליידע את החשוד שהוא זכאי להיוועץ בעורך דין, וכן החובה להזהיר אדם שהוא חשוד שאין הוא חייב לומר דבר אלא אם הוא רוצה בכך ושכל שיאמר יכול לשמש כראיה. אי־עמידה בחובות אלה נופלת כיום תחת הלכת **יששכרוב**, אשר עוגנה בסעיף 56א לפקודת הראיות.

פסילת קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות. משמעות הדבר הינה כי בנסיבות מחאימות שיפורטו להלן, חיפסל קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 הנ"ל בשל פגיעה שלא כדין בזכויותיו של הנחקר, וזאת אף כאשר אין מתעורר חשש בדבר אמיתות ההודאה.

וגם:

לצד ההגנה על שלמות גופו ונפשו של הנחקר נועד סעיף 12 לפקודת הראיות על פי לשונו המפורשת להגן על אוטונומיית הרצון ועל חופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו בחקירה (הודאה "חופשית ומרצון") [...] בהתחשב כך, פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומיית הרצון ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו בחקירה, תוביל לפסילת ההודאה לפי סעיף 12 הנ"ל [...] פגיעה מן הסוג האמור היא שתוביל לפסילת קבילותה של ההודאה בהתאם לסעיף 12 הנ"ל, והכל בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו [...] על פי רוחו והשראתו של חוק היסוד מן הראוי לקבוע כי ההגנה על חופש הרצון של הנחקר מהווה כיום תכלית העומדת בפני עצמה ומהווה טעם נכבד ועצמאי לפסילת קבילותה של ההודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות.

לקריאה נוספת על השפעתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו על הזכות להליך הוגן ראו בעז אוקון ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים" **המשפט** ג 265 (תשנ"ו); אליהו הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין: האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו?" **מחקרי משפט** יג 139 (1996); אהרן ברק "הקונסטטיוליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיני)" **מחקרי משפט** יג 5 (1996).

על פי הלכת מועדי, השימוש באמצעים הללו – מלבד דרכי חקירה של אלימות קשה, שהן לעולם אמצעי פסול ופוסל – אינו מביא בהכרח לפסילתה של ההודאה, והאמצעים נבחנים באמות מידה של סבירות והגינות ולפי נסיבות המקרה.²⁷ לפיכך, בשלב ראשון, ועוד בטרם יבחן בית המשפט כיצד השפיע האמצעי על הנאשם, נדרש בית המשפט לבחון את השאלה אם האמצעי הספציפי שנוקט במסגרת החקירה פסול. בשלב השני, אם שוכנע בית המשפט כי האמצעי שנעשה בו שימוש הוא אמצעי פסול, קמה חזקה שאמצעי זה פגע באוטונומיה של הנחקר וברצונו החופשי, ועל התביעה יהיה לשכנע את בית המשפט כי חרף השימוש באמצעי האמור, לא היה בו כדי להשפיע על חופשיות הרצון של הנחקר ועל האוטונומיה שלו.²⁸ בחינה זו נעשית ב"משפט זוטא".

ג) בחינת קבילות ההודאה ב"משפט זוטא"

משפט זוטא נערך כאשר הנאשם חולק על טענת התביעה שלפיה ההודאה שהיא מבקשת להציג לבית המשפט נמסרה באופן חופשי ומרצון. משפט הזוטא יכול להיערך בכל שלב שהנאשם מעלה את הטענה שהוא מתנגד לקבילות ההודאה. המשפט מתנהל כמו ההליך העיקרי, עם פרשת תביעה ופרשת הגנה, ועל בית המשפט להכריע בסופו – הגם שאת נימוקיו הוא רשאי לתת בתום ההליך העיקרי – אם ההודאה תיכלל במצבור הראיות או שמא דינה פסילה.²⁹ ככלל, הנטל להוכיח כי ההודאה ניתנה באופן חופשי ומרצון רובץ על התביעה, ולכן היא שנושאת הן בנטל הבאת הראיות והן בנטל הוכחת קבילות ההודאה. באשר לסנגוריה – אין די בהעלאת טענות כלליות בדבר היעדר קבילותה של ההודאה. על הסנגוריה לנמק ולפרט מהו האמצעי הפסול שנעשה בו שימוש המצדיק את הפסילה ובאילו נסיבות הופעל אמצעי זה. לאחר מכן על התביעה להוכיח – ברף ההוכחה הגבוה ביותר, מעבר לספק סביר – כי במהלך חקירתו של הנאשם

27 שם, בעמ' 55, 61, 66, 70, 75.

28 ואקי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 897.

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

לא נעשה שום שימוש באמצעי פסול, או שנעשה שימוש באמצעי כזה (כאשר אין מדובר באמצעי פוסל בהגדרה) אך רצונו החופשי לא נפגע כאשר מסר את הודאתו. אם הצליח הנאשם לעורר ספק שהודאתו ניתנה שלא מרצונו החופשי, יש לפסול את ההודאה.³⁰ משהחליט בית המשפט לפסול את ההודאה, עליו להתעלם ממנה. לחלופין, אם החליט בית המשפט לקבלה, יהא עליו להכריע בדבר משקלה הראייתי במסגרת המשפט העיקרי.

בעבר לא היה בית המשפט רשאי לעיין במסגרת משפט זוטא בתוכן הודאתו של הנאשם, על מנת שלא להטות את שיקול דעתו בהמשך ההליך העיקרי. אלא שאיסור זה הוסר, ולשופטים נתון שיקול הדעת אם לעיין בתוכנה אם לאו – נוהל שגרר שלל ביקורות שעיקרן הוא שניהול משפט זוטא עלול לפגוע בנאשם, שכן בית המשפט, אשר נחשף לתוכן ההודאה חרף העובדה שהיא נפסלה, עלול להיות מוטה לטובת התביעה.³¹ ועדת גולדברג, למשל, סברה כי הנאשם חושף את עצמו לאפשרות שבית המשפט ימצא את גרסתו בלתי אמינה כבר בתחילת המשפט, ועל כן הציעה לחדול מעריכתם של משפטי זוטא.³² מנגד הועלו טענות התומכות בקיומו של משפט הזוטא. נטען, למשל, כי הוא מאפשר לשים דגש על קבילות ולא על משקל ההודאה ולזקק את השאלה בדבר קבילות ההודאה, בשונה ממשקלה. עוד נטען כי יש חשיבות לכך שהאחריות לקבילותה של ההודאה מוטלת על התביעה והגופים החוקרים, שכן יש בכך כדי לשמש כלי חינוכי מפני נקיטת אמצעים פסולים נגד נחקרים.³³ לפי בנימין בלום, יורם רבין וברק אריאל, משפט הזוטא כשלב פרוצדורלי נפרד מבטיח גם הגנה על זכויותיהם של חשודים, שכן הוא מאפשר לנאשם להעיד על הנסיבות שבהן מסר את ההודאה בלי לוותר על זכות השתיקה, אשר לה יהא זכאי מאוחר יותר, בשלב המשפט.³⁴

30 ואקי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 920.

31 שם, בעמ' 918, 920-921.

32 ראו דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 1, בפס' 29-30. לפי עמדת הוועדה, יש לצמצם ככל האפשר את עילות קיומו של משפט הזוטא ולשקול את משקלה של ההודאה בסופו של ההליך – ככל ראייה אחרת – גם אם נטען שהיא נגבתה באמצעים פסולים.

33 ואקי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 921-922.

34 בלום, רבין ואריאל, לעיל ה"ש 13, בעמ' 836.

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

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

תפקידו של המבחן הפנימי – "חופשית ומרצון" – הוא להגן על הנאשם מפני לחצים חיצוניים שמפעילים עליו אנשי מרות ואשר עלולים להובילו למסור הודאת שווא, ולא מפני לחצים פנימיים – פסיכולוגיים, נפשיים או אחרים. כדי להתגבר על לחצים פנימיים אלה פיתח בית המשפט מבחן שמטרתו לבחון את סימני האמת הנובעים מההודאה. סימנים אלה כוללים בין היתר את "הגיונה או חוסר הגיונה הפנימי, סידורם או בלבולם של הפרטים הנמסרים בה וכיוצא בהם סימנים של שכל ישר המביאים אדם בר דעת להתייחס לדברי זולתו באמון".³⁶ ואולם לא בלתי סביר לתהות עד כמה נוהגת הפסיקה כבוד עקבי במבחן זה. שכן גם כאשר הוכח בבירור שנמסרו בהודאה פרטים שקריים בנושאים מהותיים, כמו באשר למקום שבו נטמנה גופת הקורבן באישום על רצח, לא תמיד היה בכך כדי לערער בסופו של דבר, בעיני בית המשפט, את ביטחונו בנוכחות ההודאה.³⁷

35 ע"פ 7090/15 חיליפה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.8.2016), פסי' 64 לפסק דינו של השופט שהם.

36 שם.

37 סלימאן אל עביד הורשע בבית המשפט המחוזי על בסיס הודאות שמסר למדובר שלפיהן אנס ורצח את חנית קיקוס. אף שבמהלך משפטו חזר בו מהודאותיו, בית המשפט המחוזי בבאר שבע דחה את טענותיו ודן אותו למאסר עולם. אל עביד ערער על פסק הדין. עוד לפני שנשמע ערעורו החגלטה גופתה של המנוחה במקום אשר לא התיישב עם הודאותיו. לפיכך בוטל פסק דינו של בית המשפט המחוזי, אך הדיון הוחזר לאותו מותב כדי לגבות ראיות חדשות, ואל עביד הורשע בשנית. אל עביד ערער שוב, הפעם לבית המשפט העליון, אשר קבע כי יש לבטל את הרשעתו בגין רצח ולהותיר את הרשעתו בגין מעשה אונס, כנגד דעתו החולקת של השופט גולדברג, אשר סבר שיש לזכות את אל עביד מכל אשם. ע"פ 2109/96 אל עביד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 673 (1997) (להלן: ערעור אל עביד). לבקשותיהם של אל עביד והתביעה הורה נשיא בית המשפט דאז, אהרן ברק, לקיים דיון נוסף בדבר הוכחת אשמתו של אל עביד. בסופו של דיון זה הוכרע ברוב דעות (כנגד דעתם

כאשר בית המשפט ניגש לבחינת המשקל הפנימי של ההודאה, עליו לתת את הדעת גם לאישיותו של הנאשם ולאופן שאישיותו עשויה להשפיע על מהימנות הודאתו. כך, על בית המשפט להביא בחשבון את מאפייניו האישיים של הנאשם דוגמת גילו, השכלתו, קשיו שפה וכל מוגבלות גופנית, נפשית או שכלית.³⁸ ברם ככל שאין מדובר בנאשם בעל מאפיינים שכאלה, ספק אם לבית המשפט, במסגרת משפט זוטא ובמסגרת ההליך העיקרי, עומדים הכלים לבחון את יכולתו של אדם "רגיל" לעמוד בלחצים פנימיים, ומכאן חולשתו הרבה של המבחן.

לצד המבחן הפנימי נקבעה בפסיקת בית המשפט העליון ההלכה שלשם הרשעה המבוססת על הודאה שניתנה מחוץ לכותלי בית המשפט יש להעמיד את ההודאה גם במבחן חיזוני, שלפיו לצד ראיית ההודאה נדרשת התביעה גם להציג ראיה מסוג "דבר־מה נוסף".³⁹ ראיה זו יכולה להיות מכל סוג – ישירה או נסיבתית – העיקר שיהיה בה כדי לאמת את תוכן ההודאה.⁴⁰ מטרתה של תוספת ראייתית זו היא, לכאורה, להסיר את החשש שהיה זה לחץ פנימי או חיזוני שגרם לנאשם להודות על לא עוול בכפו. ולכן ראיות המסתמכות על התנהגותו או על דבריו במסגרת מתן הודאתו אינן מספיקות כשלעצמן, וצריך שתהיה להן

החולקת של השופטים קדמי, גולדברג ודורנר) כי אין בסתירה אשר בין ההודאה למקום הגופה כדי להוריד או להעלות מאמינות ההודאה או לפגוע במשקלה הפנימי, ואל עבד הורשע שוב באונס וברצח (דנ"פ 97-4342 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 736 (1998) (להלן: דנ"פ אל עביד). לאחר שריצה את עונשו במשך 27 שנים שוחרר אל עביד בשנת 2020, לאחר ההמלצה משר המשפטים לשעבר דניאל פרידמן לנשיא המדינה שמעון פרס לקצר את עונשו לנוכח המחלוקת שנתגלעה בין השופטים בכל אחד משלבי ההליך. אל עביד המשיך לדבוק בחפותו, ולא זו בלבד אלא שבריאייון שנתן לימים טען שחוקריו התעללו בו מינית. אלמוג בן זכרי "סולימאן אל-עביד, שהורשע ברצח חנית קיקוס, שוחרר בתום 27 שנות מאסר" הארץ (17.6.2020).

38 ואקי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 934. כאשר מדובר בהודאה של נאשם קטין, לדוגמה, גובר הסיכוי שהודאתו נבעה מהרצון לרצות את המבוגר שחקר אותו.

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

40 ואקי, שם, בעמ' 942.

תמיכה המחזקת את אמינותן⁴¹ ואשר תוכל לאמת את ההודאה, אך אין דרישה לראיה המטבכת את הנאשם בביצוע העבירה. לפיכך התנהגותו של הנאשם בעת מסירת ההודאה אינה יכולה לשמש כדברמה נוסף, אך שחזור הפשע על ידו,⁴² מסירת פרטים מוכמנים,⁴³ ובנסיבות חריגות אף שתיקתו בבית המשפט,⁴⁴ יכולים להיחשב דברמה נוסף.⁴⁵ לפי פסיקת בית המשפט העליון, משקלה של התוספת הראייתית יכול להיות "קל כנוצה", ועם זה דרישה זו יכולה להיות תובענית יותר ולהגיע לכדי ראייה "מסייעת", והכול לפי הנסיבות והמשקל שבית המשפט מייחס להודאה עצמה.⁴⁶

41 קדמי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 124.

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

43 ע"פ 4776/92 ניגיס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.9.1994).

44 לעניין שתיקתו של נאשם במשפטו ראו רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סב(1) 378 (2006). שם נקבע כי בית המשפט יהא רשאי לשקול אימתי לראות בהימנעותו של הנאשם מלהעיד כ"דברמה נוסף", והוצעו שלוש אמות מידה אפשריות. ראשית, כאשר ההודאה היא בעלת משקל פנימי גבוה במיוחד וכאשר על פי המבחן הפנימי של ההודאה בית המשפט שוכנע שהיא קוהרנטית ומשכנעת מבחינת טיבה, הגיונה וסימני האמת העולים ממנה; שנית, על בית המשפט יהיה לשאול עצמו אם הוסר כל חשש שישנן נסיבות מיוחדות אשר הפעילו על הנאשם לחץ פנימי להודות, כגון מאפיינים מיוחדים או חברתיים אשר הנאשם כפוף להם; לבסוף, על בית המשפט לוודא כי אין אינדיקציות העשויות להצביע על כך שתיקתו של הנאשם גם היא נובעת מלחץ כלשהו – פנימי או חיצוני. רק בהתקיימן של שלוש אמות מידה אלה, יוכל בית המשפט לקבוע כי יש בכוחה של שתיקת הנאשם במשפטו לשמש "דברמה נוסף". ראו שם, פס' 33-34 לפסק דינה של השופטת ארבל. בעקבות החלטת בית המשפט העליון פורסמה הנחייה היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.3012 המורה כי אם ה"דברמה הנוסף" שהיה בחומר החקירה לא התגבש לכלל ראייה קבילה ובעלת משקל במהלך המשפט, התביעה תבקש לראות בשתיקת הנאשם "דברמה" רק על פי אמות המידה שנקבעו בהלכת מילשטיין וינתן משקל מיוחד להודאות חוץ שתועדו באופן חוזרי. כמו כן נקבע שהחלטה לבקש מבית המשפט לעשות שימוש בשתיקת הנאשם לצורך זה טעונה אישור של פרקליט המחוז או פרקליט הפיקוד הרלוונטי.

45 ואקי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 942-943.

46 שם, בעמ' 944 (ראו הפניחיו בעניין זה לע"פ 178/65 אושה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(3) 154, 156 (1965); ע"פ 428/72 בן לולו נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 267, 270; עניין מילשטיין, לעיל ה"ש 44, פס' 20 לפסק דינו של השופט לוי; דנ"פ אל עביד, לעיל ה"ש 37, בעמ' 834). ראו גם ע"פ 8589/13 רמילאת נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.1.2015), פס' 35 לפסק דינו של השופט דנציגר.

מקובל להפנות לשלושה סוגי מבחנים שלפיהם ניתן לקבוע אם הראיה יכולה להיחשב לדבר־מה נוסף: מבחן הפרטים המוכמנים, מבחן ההזדמנות ומבחן ההשתלבות במציאות. על פי מבחן הפרטים המוכמנים, בית המשפט בוחן אם ההודאה שמסר הנאשם כוללת פרטים שבאופן טבעי יהיו ידועים למבצע הפשע ולא יהיו ידועים למי שלא היה מעורב בפשע. מבחן זה הוא המבחן המקובל ביותר. ככל שההודאה כוללת פרטים "נסתרים" או "מיוחדים" רבים יותר, כך ילך ויגדל המשקל הראייתי של אותה הודאה.⁴⁷ לדוגמה, פרטים מוכמנים אשר נמסרים בעת שחזור שנעשה בהשתתפות הנאשם מהווים "דבר־מה נוסף",⁴⁸ אך הם יכולים גם להגיע לכדי סיוע.⁴⁹ במשך השנים נמתחו ביקורות רבות על מבחן הפרטים המוכמנים בנימוקים שיש מקום לחשש שהחוקרים שמו את הפרטים הללו בפיו של הנאשם, בכוונה או שלא בכוונה, שזירת הפשע "זוהמה" לאחר ביצוע הפשע או שמידע דלף לתקשורת והגיע לנחקר באמצעותה באופן הסותר את מטרתו של המבחן. מודעות גוברת זו אומנם הובילה את בתי המשפט לנקוט הזירות מוגברת בפרטים מוכמנים, במיוחד כאשר אלה דלפו לתקשורת. ברם בית

47 קדמי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 132. בעניין זדורוב ציין השופט דנציגר כי "כוחו של השחזור טמון למעשה בפרטים המוכמנים הטמונים בו, עליו להתיישב עם דרך התרחשות העבירה בפועל ולהימסר על ידי הנאשם ללא התערבות זרה של החוקרים". ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.12.2015), פסי' 311 לפסק דינו של השופט דנציגר.

48 קדמי, שם, בעמ' 137.

49 בערער אל עביד קבע השופט גולדברג כי –

כדי שבקיאות בפרטים תהא בעלת אופי מסבך, יש להקפיד על כך שהבקיאות בפרט תהיה ברורה וגלויה, ולא תהיה מוטלת בספק; כי קיומו של הפרט במציאות יוכח כדבעי וכי פרט זה לא יכול היה להימצא אלא בתודעתו של מי שביצע את העבירה. כמו כן, קיים יחס הפוך בין שכיחות הפרט לבין משקלו הראייתי, כלומר: "ככל שמדובר בידיעת פרטים 'נסתרים' יותר, ו'מיוחדים' יותר להתרחשות נשוא האישום – כן ילך ויגדל משקלה הראייתי של הידיעה" (י' קדמי על הראיות) כרך א [15] (בעמ' 82). ככל שידיעת הפרט נפוצה יותר כן היא מאבדת מאופייה המסבך.

ערער אל עביד, לעיל ה"ש 37, פסי' 42 לפסק דינו של השופט גולדברג.

המשפט מחשיב פרטים מוכמנים גם פרטים אשר היו ידועים לחוקרים בטרם מסר אותם הנחקר.⁵⁰

במבחן השני, מבחן "ההזדמנות", שואל בית המשפט את עצמו אם הייתה לנאשם הזדמנות לבצע את העבירה שבה הודה. קרי, האם הנאשם אכן נכח במקום ובזמן שבהם התרחש המעשה, ואין לו הסבר מספק אחר להימצאותו זו. ככל שמדובר במקום שהנאשם נמצא בו בשגרה, יקטן משקלה הראייתי של "הזדמנות" זו; וככל שמדובר במקום "מיוחד", ילך ויגדל המשקל הראייתי של נוכחות הנאשם שם. מבחן זה יכול לשמש מבחן יחיד רק בנסיבות יוצאות דופן ורק כאשר באופן שגרתי אין לנאשם סיבה להיות במקום שבוצע הפשע.⁵¹

לבסוף, מבחן ההשתלבות במציאות משלב את שני המבחנים הקודמים, ומטרתו היא להראות שהודאת הנאשם משתלבת במסכת האירועים הכללית.⁵²

50 בעבר נעשו ניסיונות מצד נאשמים לצמצם את מבחן הפרטים המוכמנים לאותם הפרטים אשר אינם ידועים לחוקרים, אך ניסיונות אלה לא צלחו. ראו קדמי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 133. קדמי מפנה לעניין מידגים, לעיל ה"ש 16, ולע"פ 361/78 קבועה נ' מדינת ישראל, פד"א (ג1) 123 (1978). לדעתנו, יש מקום לבחון בשנית את מבחן זה. ראו דיון נרחב יותר בפרקים 3 ו-4.

51 קדמי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 135. לכאורה, המשקל של מבחן זה צריך להיות כפוף גם לשאלת הסגירות או הפתיחות של המקום לאנשים נוספים פרט לנאשם. אם הוא פתוח יותר, מדובר בהזדמנות שהייתה להרבה מאוד אנשים, שהנאשם הוא אחד מהם.

52 ראו שם, בעמ' 136, וההפניות שם. מבחן זה נותר עמוס יחסית ומוישם באופן נסיבתי בהתאם למצבור הראייתי. ראו למשל הקטע שלהלן מתוך עניין איטל:

נוסף על הראיות שצוינו לעיל, קיימות ראיות שיש בהן כדי לאשר את תוכן ההודאה ולהצביע על אמיתותה, במובן זה שהן מלמדות על השתלבותם של הפרטים שעליהם טיפר המערער ללירז במסכת האירועים הכללית. בין אלה ניתן למנות את דבריו של המערער ללירז טרם הרצח בדבר ה"עבודה" שקיבל, שיש בהם כדי להסביר את המניע שלו לרצח; עדויותיהם של פאיז, חוסאם והמערער עצמו על דבר ביקורם של פאיז וחוסאם אצל המערער לאחר הרצח, מפגש שאודותיו סיפרה גם לירז; עובדות אובייקטיביות, ובראשן הקרבה בין ביתו של המערער לזירת הרצח והימצאותו שם סמוך למועד ביצוע הרצח, בשילוב עם חוסר יכולתו של המערער להוכיח כי שהה בביתו בשעה המשוערת שבה בוצע הרצח; ואוסף הראיות שהביאו את בית המשפט המחוזי לקבוע, בצדק, כי המערער "השתמש" בעסקת הרובה כפיתיון להבאתו של

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

במשך השנים היה מבחן ה"חופשי ומרצון" מושא לביקורות בשל עמימותו הרבה: מצד אחד, גם במצב של איום חמור לפגיעה קשה ומיידית במסגרת חקירה, נתונה למאיום (הנחקר) הבחירה בין כניעה לאיום לבין עמידה נגדו ונשיאה בתוצאות. ואם כך, אין להניח שהודאה שנגבתה כך תיחשב הודאה שנמסרה מרצון חופשי. מצד שני, ברור שהסכמה אינה חופשית באופן מלא אם הופעלו על המודה לחצים, פיתויים או הבטחות. אולם הדין מתקשה לקבל שכל התנהלות חקירתית

אבו רוס לזירת הרצח, לרבות עדותו של פאיז על כך שהמערער סיפר לו כי המנוחים נרצחו במקום שבו היו אמורים להשלים את עסקת הנשק.

ע"פ 7532/12 איטל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.12.2016), פס' 176.

53 פרשת **וולקוב**, לעיל ה"ש 3, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל. על כך ביקש השופט סולברג להוסיף גם מבחן רביעי: "בפני מי ניתנה ההודאה". ראו עניין **איטל**, שם, פס' 142. היבט זה נוגע למהימנותו של האדם שבפניו ניתנה ההודאה – איש מרות או עד מעוניין.

54 ראו למשל עניין **רמילאט**, לעיל ה"ש 46, פס' 31-32; ע"פ 3140/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.11.2012) פס' 7; עניין **זדורוב**, לעיל ה"ש 47, פס' 89 לפסק דינו של השופט דנציגר; ע"פ 6296/13 אדריס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.3.2015), פס' 7-8; ע"פ 4855/16 שויקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.11.2018), פס' 29. על יתרונו וחוסרונו של מבחן משולש זה, ובפרט על הקושי לסווג מאפיינים אישיים ככאלה המגבירים את הסיכוי למסירתה של הודאה שווא, נדון בפרק 3.

הפוגמת במידת מה בחופשיות הרצון די בה כדי לפסול את ההודאה. לא ברור היכן עובר הגבול בין שתי חלופות הקצה האלה, ואם בכלל אפשר לטרטט גבול ברור כזה. אכן, המענה לשאלת חופשיות הרצון תלוי בהבחנות עדינות, ולא ברור עד כמה חופשיות הרצון אמורה להיפגע כדי להביא לפסילת ההודאה. ככלל, לא ברור כי מבחן זה, הנוגע לשאלת הפגיעה ברצונו החופשי של אדם, יכול לקבל מענה ביני-ביני – נפגע או לא נפגע – שכן לפגיעה שכזו יש כמה דרגות. יתרה מזו, גם בהנחה שניתנה תשובה לשאלה הנורמטיבית, כיצד אפשר לקבוע מה התרחש בעולם הרצוני של הנחקר?

מטעמים אלה, גם מבחני הפסיקה שנועדו לחזק את מבחן חופשיות הרצון גררו חששות וביקורות, בעיקר באשר לתוספת הראייתית הקלה מדי הנדרשת לצורך הרשעה על בסיס הודאה. כפי שניציג בפרק 3, כאשר מדובר בהודאה שאינה מוקלטת או מצולמת, לחוקרים עומדת האפשרות להביא לכך שהיא תעמוד בשני המבחנים, הפנימי והחיצוני, על ידי השפעה, מודעת או לא־מודעת, מצידם על תוכנה ואף על מסירתם של פרטים שהם לכאורה מוכמנים. משקלה העצמאי של ה"הזדמנות" אינו גדול: ספק אם ה"הזדמנות" שהייתה לנאשם הייתה מקבלת משקל של ממש לולא נמסרה הודאה. במובן זה, ערכם של המבחנים האלה הוא מוגבל מאוד ועלול להיות אפילו אפסי. לנוכח ביקורות אלה הוצע לדרוש תוספת ראייתית חזקה יותר מסוג סיוע,⁵⁵ שבכוחה לסבך את הנאשם,⁵⁶ או לקבוע כלל של דרישת סיוע, אשר אפשר יהיה לחרוג ממנה מטעמים שיירשמו.⁵⁷ הועלו גם הצעות לעגן את הדרישה לתוספת ראייתית בחוק, בלי להגדיר את אופייה, כדי

55 כדי שראיה תיחשב ראיית "סיוע", עליה להיות נפרדת מהראיה הדורשת סיוע, עליה לסבך את הנאשם באחריותו לעבירה, ועליה להיות ראיה אשר יש בה כדי לסייע בהוכחתו של עניין מהותי או דבר־מה המצוי במחלוקת. להרחבה ודוגמאות ראו גיא בן דוד "מעריך התוספות הראייתיות בישראל ומגמותיו" **משפט ועסקים** כב 1, 6-7 (2019), וההפניות שם.

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

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

שלבית המשפט ייוותר שיקול הדעת להכריע בעניינה לפי הנסיבות העומדות לפניו.⁵⁸ נכון להיום, אף לא אחת מהצעות אלה התקבלה.

1.2. סעיף 56 לפקודת הראיות ופסילת ראייה שהושגה שלא כדין

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

58 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 1, בפס' 31.

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

השופטת ביניש נדרשה תחילה לקבילותה של ההודאה על פי סעיף 12. היא קבעה כי "מרכז הכובד הרעיוני של כלל הפסילה הנדון הושם על החשש מפני קבלתן של הודאות שווא כראיה"⁶⁰. לפיכך, קבעה, בהיעדר חשש למהימנות הודאתו של הנאשם – אין מקום לפוסלה. השופטת ביניש אומנם הוסיפה כי לאחר חקיקת חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו כוללות תכליותיו של סעיף 12 גם את זכויותיו של הנאשם להליך הוגן, אך במקרה הנדון, משום שיששכרוב היה מודע ממילא לזכויותיו גם בלי שהוסברו לו, אייידועו על זכותו לעורך דין לא שלל את אוטונומיית הרצון שלו למסור הודאה, משום שלא נפגעה האפשרות שלו לבחור אם לשתף פעולה עם חוקריו אם לאו.⁶¹

ואולם, חרף אייתחולתו של סעיף 12 קבעה השופטת ביניש שלבית המשפט עומד שיקול הדעת לפסול ראייה אם הוא מצא שיש בה כדי לפגוע פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן ושהיא הושגה שלא כדין "באמצעי חקירה אשר מנוגדים להוראה הקבועה בחוק, בתקנה, או בנוהל מחייב, באמצעים בלתי הוגנים, או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות יסוד מוגנת"⁶². ברם לא כל הפרה או סטייה שנעשית "שלא כדין" תביא לפסילת ההודאה. לבית המשפט מסור שיקול הדעת לבחון את קבילותה של ראייה בכל מקרה לגופו ולפי נסיבותיו על מנת לאזן כראוי בין זכויותיו של הנאשם והשמירה על הוגנות ההליך הפלילי לבין ערך גילוי האמת, ההגנה על שלום הציבור וכיבוד הזכויות של נפגעי העבירה.⁶³

לפי השופטת ביניש, ישנן שלוש קטגוריות של שיקולים אשר צריכים להנחות את שיקול הדעת השיפוטי בהחלטה על פסילת ראייה, אך אין מדובר ברשימה

60 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 25, פס' 30 לפסק דינה של השופטת ביניש.

61 לפי בלוס, רבין ואריאל, הלכת יששכרוב לא הביאה לשינוי של ממש בכל הנוגע לסעיף 12, במיוחד כאשר משווים אותה לפרשנות המנדטורית ולזו שניתנה לאחר מכן בידי השופט לנדוי. לטענתם, גישתה של השופטת ביניש אינה שונה מהותית מעמדתו של השופט גולדברג בעניין מועדי, ובית המשפט רק המיר למעשה מונח עמום אחד – "חופשי ומרצון" – במונח ערטילאי אחר – "אוטונומיית הרצון של הנחקר". ראו בלוס, רבין ואריאל, לעיל ה"ש 13, בעמ' 821.

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

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

סגורה. הקטגוריה הראשונה נוגעת לחומרתה ולאופייה של האי־חוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה. על כן, כאשר הופרה הוראת חוק אשר נועדה להגן על זכויותיו של נאשם, תגדל הנטייה להורות על פסילת הראיה. במסגרת זו יש לתת את הדעת לשאלה אם רשויות אכיפת החוק פעלו בתום לב או שמא בזדון. הקטגוריה השנייה נוגעת למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה. במסגרת זו יש לבחון, ראשית, עד כמה האי־חוקיות השפיעה על מהימנותה וערכה ההוכחתי של הראיה, ושנית – אם קיומה של הראיה עצמאי ונפרד מן האי־חוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה. קטגוריית השיקולים השלישית תכליתה לבחון את המחיר החברתי שהציבור ישלם על פסילת הראיה לעומת המחיר שישלם על קבלתה. בהקשר זה קבעה השופטת ביניש כי בית המשפט יידרש לשאלת החשיבות של הראיה להוכחת האשמה, למהות האשמה ולמידת חומרתה. קטגוריית השיקולים השלישית, לדבריה של השופטת ביניש, אינה נקייה מקשיים, ולכן ההכרעה בנושא תיוותר "לימים שיבואו".⁶⁴

כלל הפסילה יציר הפסיקה שנוסד בפרשת **יששכרוב** היכה שורשים במהירות, אך נותר במשך שנים רבות לפיתוחה הבלעדי בלי התערבות של המחוקק. הערכאות השיפוטיות נדרשו להתמודד עם מגוון רחב של שאלות הנוגעות לטיבה, למסגרתה ולרכיביה ככלל,⁶⁵ ובפרט ליחסה להודאות חוץ של נאשם וליחסו של כלל הפסילה לסעיף 12. לאחרונה, בחלוף כ־16 שנים מאז התפרסם פסק הדין בעניין **יששכרוב**, תוקנה פקודת הראיות והתווסף סעיף 56א, המעגן את סמכות בית המשפט לפסול ראייה שהושגה שלא כדין, כדלקמן:⁶⁶

(א) בית המשפט הדין במשפט פלילי רשאי שלא לקבל ראייה שהושגה שלא כדין, ובכלל זה הודעת נאשם או עד, חפץ או כל ראייה אחרת, אם

64 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 25.

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

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

שוכנע שקבלתה במשפט תפגע באופן מהותי בזכות להליך הוגן,⁶⁷ בשים לב לאופייה ולחומרתה של ההפרה, למידת ההשפעה של ההפרה על הראיה שהושגה ולעניין הציבורי שבקבלת הראיה או באי־קבלתה; בסעיף קטן זה, "הפרה" – השגת ראיה שלא כדין.

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

בדומה לכלל הפסיקה, סעיף החוק קובע דוקטרינה יחסית, כלומר דוקטרינה המעניקה לבית המשפט את שיקול הדעת לקבוע אם יש לפסול את הראיה אך אינה מחייבת אותו לעשות כן. בדיונים שקדמו לאישור החוק הובהר כי מטרתו היא לקבע את הלכת **יששכרוב** בצורה נאמנה לנוסחת האיזון שהתפתחה בפסיקה, ואף לקבוע שביט המשפט יהא רשאי לפסול גם ראיות שהתקבלו מעדים ומראיות חפציות, כמענה לסוגיה שעד אותה עת נותרה פתוחה בפסיקה.⁶⁸ לפיכך הסעיף כולל שני תנאים מצטברים – שהראיה הושגה שלא כדין ושקבלתה של הראיה במשפט תפגע פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן. בגדרי המבחן השני הגדיר המחוקק סוגי שיקולים אשר נתונים לשיקולו של בית המשפט: אופייה וחומרתה של ההפרה, מידת ההשפעה של ההפרה על הראיה שהושגה והעניין הציבורי⁶⁹ בקבלתה או באי־קבלתה של הראיה. הנחת המוצא בעניין זה הייתה שהעניין הציבורי לא כולל רק את ערך קידום האמת ואת הזכויות של יתר המעורבים בהליך, אלא גם את טוהר ההליך האכיפתי שעשוי להתממש באי־קבלת הראיה.⁷⁰

67 בפסיקה נקבע כי המבחן הוא פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן שלא לפי תנאי פסקת ההגבלה.

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

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

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

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

1.3. יחסי הגומלין בין שני כללי הפסילה

היחס שבין כלל הפסילה הסטטוטורי שבסעיף 12 לבין כלל הפסילה הפסיקתית שבהלכת יששכרוב נקבע באופן עקרוני בפסק הדין של השופטת ביניש. לדעתה, סעיף 12 נועד –

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

71 דנ"פ 6970-22 בן אוליאל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.2.2023), פ"ס 13 (להלן: דנ"פ בן אוליאל).

72 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 25, פסקה 75. דוגמה לכך ניתנה למשל בעניין שי, שם הורה בית המשפט כי יש לזכות את המערער מעבירה של גרם מוות ברשלנות, חרף ההודאה המפלילה שמסר – אשר נמצאה קבילה – מפני שזכותו להיוועץ בעורך דין, הקבועה בחוק סדר הדין הפלילי, הופרה. ראו ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 742 (2009). למסקנה דומה הגיע בית המשפט העליון גם בעניין חייבטוב. שם מסר המערער הודאה מפלילה למדובב, אלא שהוחלט שיש לפסול את ההודאה ולזכותו מעבירות רצח ושוד בשל פגיעה קשה בזכות ההיוועצות בעורך דין. פגיעה זו התבטאה בהתעלמותם של

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

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

השופט גרוניס, אשר דחה את הערעור של יששכרו בדעת יחיד, הביע חשש מפני המעבר שחל בתחום דיני הראיות מכללי קבילות לכללי משקל וגרס כי כלל הפסילה הפסיקתית הוא ביטוי נוסף שלו. לדעתו של השופט גרוניס, הגם שכללי קבילות אשר פוסלים ראיה מניה וביה עשויים להביא לאיחשיפת האמת, במרבית הפעמים הם יופעלו נגד התביעה, ולא נגד הנאשם, ולכן החלתם

החוקרים מבקשותיו החוזרות של חייבטוב לשוחח עם עורך דינו, ובמיוחד בהבטחת שווא שהבטיח המדובב לחייבטוב – בדיעת החוקרים – שהוא שוחח עם עו"ד אביגדור פלדמן על עניינו של חייבטוב ושהלה הסכים לייצגו בדיון שהיה צפוי להיערך. הבטחה זו הייתה משוללת כל יסוד. ואכן, בדיון בהארכת המעצר ציפה חייבטוב לפגוש בעו"ד פלדמן, אך לא הגיע שום עורך דין לייצגו. ככלל, נמנעה מחייבטוב האפשרות להיוועץ בעורך דין למשך למעלה משלושה שבועות. בית המשפט מצא כי משום כך נפגעה זכותו להליך הוגן ונפגעה הגינותו של ההליך הפלילי. ראו עניין חייבטוב, לעיל ה"ש 23, פס' 101-105 לפסק דינו של השופט שהם. נוסף על הפגיעה בזכות ההיוועצות, השופטת ברק-ארז סברה כי גם עצם מסירת הסמים מידי המדובב לחייבטוב מהווה פגם עצמאי אשר אינו נופל בחומרתו מן הפגיעה בזכות ההיוועצות וכי "הצטרפותם של הצללים זה לזה יוצרת חשכה גדולה". שם, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

73 עניין יששכרו, לעיל ה"ש 25, בפס' 75.

מגבירה את הסיכון לכך שאשם יימצא זכאי משום שהוחלט שלא לקבל ראייה מפלילה. מנגד, קבלתה של אותה ראייה בשל מעבר מכללי קבילות לכללי משקל מחזקת את הסיכון ההפוך, קרי – שהזכאי יימצא אשם, שכן במקרה זה הכלל פועל לטובת התביעה. לפי השופט גרוניס, אין לראות בשני הסיכונים כאילו הם שווי ערך, ומוטב להימצא במסגרת הסיכון הראשון ולא במסגרת הסיכון השני.⁷⁴

הערה זו, המסתייגת מן המעבר מכללי קבילות למשקל, ובפרט במקרים של הודאות, מבטאת היטב את הסכנה המרחפת מעל לסעיף 12. האתוס השיפוטי הכללי בקשר לראיות הוא כיום אתוס של קבילות עקרונית וטיפול בבעיות באמצעות גמישות בקביעת משקלה של הראייה. ביטחונם העצמי של השופטים מובילים לא פעם להניח שקבלתה של תמונה ראייתית עובדתית רחבה ככל האפשר תסייע בידם בגילוי האמת. מצד שני הם מניחים כי לא כרוכים בגישה זו כל חיסרון או סיכון. בהקשר של הודאות הנחה זו אינה מבוססת שכן משהתקבלה הודאה, הנטייה הרווחת היא לתת לה משקל מרבי. לפיכך האתוס האמור מביא לכך שלמעשה הגישה השיפוטית לפסילת הודאות לפי סעיף 12 היא גישה מצמצמת.⁷⁵

74 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוניס. עוד העיר גרוניס שכלל הפסילה הפסיקה שמקורו בארצות הברית מאומץ לשיטתנו המשפטית בישראל, נכון להבחין באופן ברור יותר בין תכליתו ובין תכליתו של סעיף 12 באמצעות חזרה ל"פרשנות המקורית של סעיף 12" והחלתו רק על מקרים שיש בהם ספק במהימנותה של ההודאה. כלל הפסילה הפסיקה, לעומת זאת, יוכל לטפל בכל אותם מקרים שאין בהם קושי באשר לאמיתות ההודאה (שם, פס' 5). את ההבחנה הזו אין לדעתנו לקבל. כאמור בראשיתו של פרק זה, הפרשנות המקורית של סעיף 12 אומנם שמה דגש על מהימנות ההודאה, אך האמצעים אשר בית המשפט קבע שעשויים לעורר קושי לגביה היו רחבים יותר וכללו גם צמצום בחופש רצונו של הנחקר, ולא רק פגיעה קשה בו עד כדי שלילתו או קרוב לשלילתו. חזרה לפרשנות המקורית כיום באופן אשר אינו שם דגש על אוטונומיית הרצון של הנאשם מצד אחד, ומותר על כנן את ההלכות הקובעות שפגיעה מינורית לכאורה בזכויותיו אינה מביאה בהכרח לפסילתה של ההודאה אלא תישקל על ידי בית המשפט מן הצד האחר, עלולה לרוקן את סעיף 12 מחוכנו.

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

בעניין מירז התייחס השופט הנדל לכל אחד מכללי הפסילה כאל "מבנה משפטי בן שלוש קומות":

בקומה הראשונה מתגורר סעיף 12(א) לפקודת הראיות [...]. בקומה השנייה מצויה פסילה פסיקתית [...]. בקומה השלישית בית המשפט אינו פוסל את ההודאה אלא שוקל אותה [...]. [ה]קומה [ה]שנייה [...] לא נועדה להרוס את הקומה הראשונה [...] להדגיש כי מדובר בשתי קומות שעל בית המשפט לבקר בשתייהן במקרה המתאים. אין סתירה

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

ואין תחרות בין הקומות, אלא על בית המשפט לבחון את המקרה תוך בחירה בקומה המתאימה.⁷⁶

אם מקבלים דימוי זה, נראה כי מרחפת סכנה שהקומה הנוספת של הלכת יששכרוב (כיום סעיף 56א) תהפוך נוחה יותר לשימוש לאור שיקול הדעת שבה ותחלחל גם לפרשנותו של סעיף 12 באופן שיצמצם את היקף תחולתו, כדרך שהציע השופט גרוניס. בלום, רבין, ואריאל הצביעו על חשש דומה. לטענתם, ישנה סכנה שהלכת יששכרוב "תקרין" על סעיף 12 באופן שיאפשר איזונים בין רצונו החופשי של הנחקר מול שיקולים אחרים כמו שלטון החוק או מניעת עבריינות.⁷⁷ יש לקוות שחשש זה יוסר לנוכח הבהרתו של המחוקק בסעיף 56א(ב) שאין בתיקון כדי לפגוע בכללי פסילה אחרים. בנושא זה נעיר כי בדיונים של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת התעוררה האפשרות להוסיף את התיקון לצד סעיף 12, לנוכח העובדה שהוא נוגע לשאלת קבילות, וכן משום שבדומה לסעיף 12 הוא נועד לשמש גם את המשטרה, הפרקליטות והסנגורים, ולא רק את בית המשפט. אלא שלבסוף הוחלט להכניסו תחת הפרק "משקלן של ראיות", בין היתר משום שהסעיף רחב יותר מהודעות שבעל פה וכולל, כאמור, גם ראיות חפציות, עדים וראיות אחרות.⁷⁸

76 ע"פ 4109/15 מירז נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.7.2017) (פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל) (להלן: ערעור מירז).

77 בלום, רבין ואריאל, לעיל ה"ש 13, בעמ' 824. לפיכך הם מציעים להבהיר בחוק את ההבחנות בין שתי הדוקטרינות מתוך הדגשת ייחודיותו של סעיף 12, אשר "איננו נתון לאיזונים שביסוד הדוקטרינה הפסיקית והוא איננו חלוי בהכרח באי חוקיותו של האמצעי ששלל את חופשיות רצונו של הנחקר" (שם). לעומתם טוענים מרין וקיטאי-סנג'רו כי יש להחיל את הלכת יששכרוב רק אם ההודאה הייתה רצונית, ואילו את סעיף 12 יש להחיל במקרים של הודאות בלתי רצוניות. ראו יובל מרין ורינת קיטאי-סנג'רו, "Collins, Miranda, ויששכרוב: על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" משפטים 493 (2007).

78 לדעת היועץ המשפטי של הוועדה, כל אחת מן האפשרויות הייתה בעייתית. האפשרויות היו, בלשונו, "לכלול את זה ב-12א או ב-55א או 56א, כל אחד עם החסרונות והיתרונות שלו" (פרוטוקול מס' 202, הערה 69, בעמ' 27).

אין להמעיט בחשיבותה של הלכת **יששכרוב** ובעיגונה בחוק. בצדק נאמר כי האפשרות של פסילת ראייה שהושגה שלא כדין שולחת מסר חזק לבתי המשפט, לגורמי החקירה ולציבור בכללותו שחומרת העבירות שנאשם מואשם בהן לא יכולה להצדיק הפרת זכויות ברגל גסה⁷⁹ ושהזכות להליך הוגן היא זכות יסוד. עם זאת, כלל פסילת הראייה לא נועד להגן על האוטונומיה והכבוד של החשוד, ואלה נותרות לטיפולו של סעיף 12,⁸⁰ שהוא ירושה של המשפט המקובל המנדטורי, ואשר חרף "שסתומי הביטחון" שהוספו לו במהלך השנים בקביעת המבחן הפנימי והחיצוני הוא אינו מהווה רשת הגנה מספקת מפני הודאות שווא והרשעות שווא. לא בכדי הוצעו במרוצת השנים הצעות לעיצוב מחדש של הסעיף ולקביעת אמות מידה אחרות לבחינת קבילותן של הודאות נאשמים. בהצעות אלה, בבעיותיהן וכן בהישגיהן החלקיים נדון כעת.

79 ספיר ורובינשטיין, **לעיל** ה"ש 59, בעמ' 350.

80 עמדת הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל הייתה שיש לעגן במסגרת התיקון גם את ההוראה לפסילה מוחלטת של ראייה שנלקחה אגב פגיעה בגופו או בנפשו של הנחקר. עמדה זו לא התקבלה. ראו פרוטוקול מס' 202, הערה 69, בעמ' 21.

פרק 2

הצעות לשינוי פקודת הראיות⁸¹

2.1. הצעתה של ועדת גולדברג (1994)

הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר בראשות השופט אליעזר גולדברג הוקמה בשנת 1993 (להלן: ועדת גולדברג). את הוועדה כוננו שרי המשפטים והמשטרה, דוד ליבאי ומשה שחל, לשם "בחירת המצב המשפטי, באשר להרשעת נאשם על סמך הודאתו ללא ראיות חיצוניות נוספות ולבדיקה התוספת הנדרשת כ'דבר־מה' ומהם הלקחים שיש להפיק מהמצב העובדתי והמשפטי בנושא זה"⁸².

מסקנותיה של הוועדה פורסמו בדוח שהיו בו דעת רוב ושתי דעות מיעוט, אחת מטעם הח"מ (קרמניצר) והשנייה מטעם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי), יהודית קרפ. בבסיסו של הדוח נקבע כי יש לגבש הנחיות וכללים ברורים לחקירה המשטרתית ולפיקוח עליה ולקבוע בחוק מהם אמצעי חקירה פסולים אשר נקיטתם תביא לפסילת ההודאה. לצד אלה המליצה הוועדה לחייב פיקוח

81 ההצעות המוצגות כאן הן הצעותיהן של שתי הוועדות (הפומביות) האחרונות על ציר הזמן - ועדת גולדברג ווועדת ארבל. לעיון בהצעות קודמות ולדיון בהן ראו בנספח.

82 בנוסף התבקשה הוועדה לבחון מחדש את העילות בחוק לעריכת משפט חוזר. תת־פרק זה יתמקד במשימתה הראשונה של הוועדה. לעיון בסוגיית המשפט החוזר ראו מרדכי קרמניצר, גל הרניק בלום וג'וד (יהודה) טרגין **הצורך בהסדרה מחודשת של המשפט החוזר בישראל** (הצעה לסדר 44, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2021).

על החקירה ולהעניש חוקרים אשר מפירים את כלליה; לאפשר לעורכי דין לנכוח בחדרי החקירות כבר בראשיתן, על מנת להרתיע את החוקרים מפני הפרת הכללים; לתעד את החקירות בסרטוני וידאו ובהקלטות שמע.

בעוד המלצות אלה סימנו, ללא ספק, התקדמות חשובה לכיוון של הגנה על נחקרים ועל עקרון החוקיות, היה הדוח בבחינת המשך להצעה מוקדמת יותר, מאת השופט לנדוי, שלפיה יש להבחין בין אמצעי חקירה המתבטאים באלימות "ממשית" ובין אלימות "סתם". במובן זה ניתן להצביע על אי-התאמה בין הניתוח המעמיק המופיע בראשית הדוח, באשר למורכבות חקירתם של נאשמים, לבין מסקנותיו והמלצותיו באשר לתיקון סעיף 12 לפקודה. על פערים אלה נעמוד להלן.

הנוסח שהציעה הוועדה לסעיף 12 היה כדלקמן:

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

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), לא תקובל האמרה כראיה אם ניתנה לאחר שנקטו כלפי הנחקר באחד מאלה: יחס בלתי אנושי, אלימות של ממש, עינויים גופניים עינויים נפשיים, השפלה קשה, או איום באחד מאלה.

(ג) טען נאשם שאמרתו הושגה באמצעי כאמור בסעיף קטן (ב), על התביעה להוכיח שהאמרה לא הושגה כאמור.

(ד) אין באמור בסעיף קטן (ב) לפסול ראיות עצמאיות אחרות לאשמתו של הנאשם שנתגלו כתוצאה מההודיה.

(ה) לא יורשע נאשם על פי אמרה שנתקבלה לפי סעיף קטן (א) אלא אם יש בחומר הראיות ראיה חיצונית נוספת שהיא בגדר ראית סיוע, דבר לחיזוק, או דבר מה נוסף, אשר יש בה, בנסיבות הענין, לדעת בית המשפט, להסיר ספק בדבר אמינותה של האמרה בכל הנוגע לביצוע העבירה. לענין סעיף קטן זה רשאי בית המשפט להביא בחשבון גם

את אי קיומן של הוראות שבדין או הוראות מחייבות אחרות בעת החקירה.

(ו) טען נאשם שאמרתו ניתנה לאחר שנקטו כלפיו באמצעי כאמור בסעיף קטן (ב), תקובל האמרה על תנאי וההכרעה בענין קבילותה תנתן בהכרעת הדין, אם ביקש זאת הנאשם.

(א) הבחנה בין אלימות ממש ללחץ אחר

דוח ועדת גולדברג נפתח באזהרה ש"את התפיסה לפיה הודאת נאשם בחקירתו היא 'מלכת הראיות', יש לקבל עם קב חומטין"⁸³. הדוח מתייחס בכובד ראש לנסיבות אשר עשויות להוביל נחקר להודות לשווא ומסביר כי לא רק אמצעים ושיטות של לחץ כפייתי עלולים להוביל להודאת שווא, אלא גם סמכותיות, בידוד ועייפות. על פי הדוח, "לכל נחקר 'סף שבירה' אישי, על פי אישיותו ויכולתו לגייס כוחות נפשיים כדי לעמוד בתנאי לחץ, ומכאן שגם אמצעים שדרגת חומרתם אינה מגעת לכדי אלימות של ממש [...] עלולים לגרום לנחקר כי יודה במה שלא חטא"⁸⁴. יתרה מזו, מבהיר הדוח, נסיבות החקירה עשויות להשפיע על הנחקרים כך ש"מתוך שיקולי כדאיות רגעיים" יסברו שמוטב להם להודות בחקירה ולשים לה סוף, מתוך הנחה שיוכלו להוכיח את חפותם בעת המשפט. יש אף שעושים כן משיקולים ולחצים חברתיים לשם הגנה על העברין האמיתי, מטעמים של "כבוד המשפחה" וכיוצא באלה.⁸⁵

ואולם לצד ההכרה העקרונית שלא בהכרח נדרש הרבה כדי להביא נחקר להודאת שווא, הדוח מפנה להצעה מוקדמת יותר מאת השופט לנדוי ולדברי ההסבר

83 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 1, פס' 1.

84 שם, פס' 8-9.

85 שם, פס' 12-15. הדוח מזכיר ארבע קטגוריות שמנחה ועדת רונסימן האנגלית (Runciman) לתופעה: (1) נחקרים אשר מודים מרצונם, מתוך איזו תשוקה מורבידית או על מנת להשתחרר מתחושת אשם המלווה אותם בגין סיבה אחרת; (2) רצון להגן על אדם אחר מפני העמדה לדין; (3) שיקולי כדאיות רגעיים, ללא הבנה של ההשלכות ארוכות הטווח; (4) השתכנועו מדברי החוקרים שהם באמה ביצעו את הפשע המיוחס להם. ראו פס' 16 לדוח.

שלו בדבר הצורך לנקוט אמצעי נגד יעילים כלפי עבריינות הולכת וגוברת, ולא להשתמש דווקא "בכסיות משי"⁸⁶. בהצעתו הציע השופט לנדוי להבחין בין עינויים ואלימות ממש לבין הפעלת לחץ אחר. לטענתו, "לא כל פגיעה פיזית קלה תכניס את המקרה לגדר הסוג הראשון"⁸⁷. ועדת גולדברג ציינה, בדומה לכך, כי חוקי־סוד: כבוד האדם וחירותו אינו מותיר ספק שצריך לתקן את סעיף 12 ושעל הסעיף החדש "להלום את האמנה נגד עינויים ונגד יחס עוונשים אכזריים, בלתי אנושיים, או משפילים"⁸⁸. כלומר, הוועדה אינה עושה הבחנה ישירה בין שני סוגים אלה של הפעלת לחץ, אך בבחירתה לאסור את הסוג הראשון בלבד (עינויים ואלימות ממש), הבחנה זו נעשית מניה וביה. אפיונה של אלימות כממשית מרזמת לכאורה על קיומה של אלימות "סתם", אלימות שאינה ממשית. אלא שבבסיסם של מעשי אלימות קלים ניצבת אותה פסלות מובנית המלווה מעשי אלימות קשים, ומשכך זו וגם זו פסולות מדעיקרא. איסורה של אחת, גם אם מצד קבילות ההודאה בלבד, אינה אלא הכשרה משתמעת של השנייה, גם אם שלא במכוון.

86 שם, פס' 23.

87 שם. לדיון בהצעתו של השופט לנדוי ובהצעות נוספות שקדמו להצעה ועדת גולדברג ראו בנספח.

88 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 1, פס' 25. הוועדה מביאה לצורך זה את סעיף 1 לאמנה המגדיר את המונח "עינויים" כ"מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור [...] בין אם פיזי, בין אם מנטלי, במטרה להוציא ממנו או מאדם שלישי מידע או הודאה, להענישו על מעשה שביצעו, או נחשד בביצועו, הוא או אדם שלישי, או להפחיד או לאנוס אותו או אדם שלישי". האמנה, וגם המשפט הבינלאומי המנהגי, אינם אוסרים רק על עינויים אלא גם על יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל. סעיף 16, שאליו הוועדה לא הפנתה, קובע כדלקמן:

מדינה חברה תקבל על עצמה למנוע בכל שטח שבסמכות שיפוט מעשים אחרים של יחס אכזרי, בלתי־אנושי או משפיל, או עונשים שאינם בחזקת עינויים כמוגדר בסעיף 1, מקום שמעשיה כאמור בוצעו על־ידי או בעידודו או בהסמכתו של עובד ציבור או אדם אחר הממלא תפקיד רשמי, או השלמתם בשתיקה. במיוחד, חובות המפורטות בסעיפים 10, 11, 12 ו־13 יחולו אגב החלפת איזכורים בדבר עינויים באיזכורים של צורות עונשים אכזריים, בלתי־אנושיים או משפילים.

גופו של הנחקר מוכרח להיות מחוץ לתחום עבור החוקר, ללא פשרות.⁸⁹ הבחנה בין סוגי אלימות גופנית או נפשית מעבירה מסר בעייתי ביותר לרשויות שלפיו גופו של הנחקר מותר, מבחינת קבילות ההודאה, כל עוד אין מגיעים לדרגת אלימות חמורה או השפלה קשה. האמצעי עשוי אומנם להיחשב עבירה פלילית או משמעית, אלא שהבחנה בין מה שהוא אסור אך אינו פסול היא קשה ומבלבלת, ויש לה כוח הנעה שלילי שבמידה רבה מכשיל את הרעיון של חינוך החוקרים. שהרי מה יש בה באלימות שאינה של ממש? טלטול קל, סטירה קלה, גרימת סבל על ידי הקשיית ישיבה או עמידה, המעדה? מהי השפלה שאינה של ממש? האם עיכוב באפשרות להתפנות לצרכים? וכיצד אמור החוקר להבחין בין אלימות של ממש לאלימות שאינה של ממש?⁹⁰ בהקשר זה נזכיר כי הוועדה העלתה את הרף הגבוה ממילא של האמנה הבינלאומית נגד עינויים, אשר אוסרת על יחס משפיל, וקבעה במקומו השפלה קשה. ההצעה אך אינה מתייחסת לאמצעי דיכוי או התשה שיש בהם כדי למוטט את רצונו של נחקר. אלא שגם אמצעים כגון קשירתו של הנחקר במיני שיטות, כיסוי פניו או הושבתו באופן המסב סבל הם אמצעים יעילים בשבירת התנגדותו של הנחקר. השימוש באמצעים כאלה רווח מן השימוש באמצעים קיצוניים של אלימות, אך שאין כל ערובה שהם מניבים הודאות אמת ולא האשמה עצמית שקרית שתכליתה להסיר את לחץ החקירה.⁹¹

יתר על כן, אמצעים אלה פוגעים בגרעין הקשה של כבוד האדם. הנחקר חדל להיות ישות אוטונומית. תחת זאת הוא עובר רדוקציה לשני ממדים בלבד: מאגר מידע שיש לפרוץ לתוכו כדי לקבל את המידע הנדרש ממנו ואתר לגרימת כאב, סבל ופחד כדי לאפשר את הפריצה הזו. במובן זה, הנחקר הופך כלי בידוי חוקרי, והחומרה המיוחדת של הפיכתו לאמצעי בלבד מתבטאת בכך שהוא כלי המכוון נגד רצונו ונגד האינטרסים שלו עצמו.⁹²

89 עמדת הח"מ (קרמניצר) על הדברים מופיעה גם בדוח ועדת גולדברג, בעמ' 59.

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

91 דוח ועדת גולדברג, לעיל הש"ש 1, עמדת המיעוט, בעמ' 58.

92 שם, בעמ' 60.

את המשמעות של אמצעים אלה יש לראות בהקשר הכולל שהם מופעלים וההשלכות הנפשיות שלו: הנחקר מודע למה שעושים לו, אך אין הוא יודע למה הוא עוד צפוי. הוא נתון לשרירות ליבם של החוקרים, ושום דבר – לא גופו, על כל איבריו, גם האינטימיים ביותר, לא רצונו ולא צרכיו הבסיסיים ביותר – אינו חסין מפניהם. הוא שרוי בחוסר ישע גמור, שכן הוא אינו רשאי, ואינו יכול, להגן על עצמו מפני שרירותה הבלתי מוגבלת של המדינה באמצעות נציגיה החוקרים אותו. זהו סבל נפשי קשה ביותר, וספק אם הנכונות להצדיק או להשלים עם הפגיעה הכרוכה בכבוד האדם משקפת הבנה מלאה של מלוא משמעותה והשלכותיה של פגיעה זו.⁹³ לפיכך אין למצוא נחמה בדברי ועדת גולדברג על האחריות האישית שאמורה להיות מוטלת על חוקרים שהשתמשו באמצעים בלתי חוקיים. לא מעשי ולא מציאותי שיינקטו צעדי ענישה כלפי מי שהשתמשו באמצעים שנתפסו כיעילים ונחוצים, ואולי אף הכרחיים, ואשר הניבו הודאה שלפי מערכת המשפט היא קבילה. ועוד נשוב לנקודה זו.

ב) מעבר מקבילת למשקל

אף שבתחילת הדוח הוועדה מכירה בכך שלא רק עוצמת הלחץ קובעת כיצד יגיב הנחקר אלא גם אישיותו של הנחקר המסוים, בסופו של דבר הדוח אינו קובע כי יש לראות באמצעי לחץ רכים כביכול אמצעים שיש להוציא ממתחם הקבילות. המלצת הוועדה היא שהודאה שניתנה בתנאים אלה לא תידון במסגרת שאלת קבילותה במשפט זוטא – הליך אשר הוועדה מציעה לבטלו – אלא רק במסגרת הכרעת הדין אם וכאשר הנאשם מבקש זאת. לדעת הוועדה, אמצעים פסולים שכאלה יש בכוחם לפגוע בכבודו של הנחקר, אך איזון ראוי בין זכויותיו ובין מלחמה יעילה בעבריינות מחייב שלא לפסול הודאה שאינה עולה לכדי עינויים. הדוח מעביר, לכן, מסר של הבנה לכך שאמצעים חריגים, עד רמה מקובלת, הם הכרחיים ויש הצדקה לקבל הודאה למרות שנוקטו לצורך השגתה אמצעים שיש לראותם בחומרה.⁹⁴

93 ז'אן אמרי ממחיש את השפעותיה ההרסניות של אלימות "קלה" על נפשו של הנחקר ומשקף כיצד היא מבססת את תחושת חוסר האונים שלו. ז'אן אמרי מעבר לאשמה ולכפרה: ניסיונותיו של אדם מובס לגבור על התבוסה 68 (יונתן ניראד מתרגם, 2000).

94 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 1, פס' 28.

קבילות מותנית שכזו שקולה, בדרך כלל, לקבילות מלאה. הסיכון שנאשם מסתכן בו בבקשה להכריע נגד קבילות ההודאה בסוף ההליך הוא גדול מדי, שכן הנטייה תהיה לקבל הודאה כזו, ודחיית בקשתו לפוסלה עלולה להיות קטלנית או פוגענית מאוד כלפי טענותיו המבקשות להפחית ממשקלה. כך שמבחינה מעשית יש כאן מעבר מבדיקת קבילות לבחינת משקלה של ההודאה.⁹⁵ בהקשר זה מציינת הוועדה כי "יש לשקול הודיה שנגבתה באמצעים פסולים (שאינם מגיעים לכדי עינויים) ככל ראייה אחרת, בסופו של ההליך".⁹⁶

יש מקום לחשש שהמעבר מקבילות למשקל של רוב הטענות המועלות נגד קבילות יביא לכך שהטענות הללו נגד ההודאה יזכו להתייחסות פחותה: בהיעדר ראייה הפוכה יעדיף בית המשפט את גרסאות החוקרים על פני גרסת הנאשם, ומכל מקום יימנע מלקבוע ממצאים חד־משמעיים בדבר אמיתות טענותיו של הנאשם. ההשפעה בכיוון של פיחות גדול במשקל ההודאות הללו צפויה להיות מעטה, ודאי כאשר אין מקבלים כאמת את טענות הנאשם על הלחץ שהופעל עליו. אך גם כאשר יימצא ממש בטענות אלה, המסר הסמוי של דוח הוועדה הוא שהדבר אינו נורא, שכן מדובר במחיר הכרחי ומידתי שיש לשלם בגין הצורך להיאבק בפשיעה. המסר הזה אינו מעודד לזכות במקרים אלה, כי אם להפך – להרשיע.

קבלת החלטה שהראיה קבילה ושיש רק לבחון את משקלה מתעתעת מאוד ומזכירה במידת מה את החלטתו של הנחקר להודות בעת החקירה בלי להיות מודע לכך שהודאתו, במרבית המקרים, תחרוץ את דינו לשבט. כבר נמצא כי כאשר אדם מודה באשמה, ההסתברות שיורשע גדלה משמעותית, גם אם לבסוף הוא מתחרט וחוזר בו מהודאתו.⁹⁷ גם אחרי שוועדת גולדברג הסירה מן ההודאה

95 ש.ם.

96 ש.ם, פס' 30. ההדגשה במקור.

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

את כתר המלכות שהתנוסס מעליה כמלכת הראיות, קשה מאוד להיפטר מן הכוח הסוגסטיבי החזק של "הוא הודה באשמתו במו פיו" כהוכחה ניצחת לאמיתות ההודאה. ספק אם שופטים מקצועיים מחוסנים מפניו יותר משמחוסנים מפניו הדיוטות. וגם לעניין זה עוד נשוב.⁹⁸

יתרה מזו, מנקודת המבט החינוכית של רשויות החקירה, העברת האמצעים הפחות חמורים מקבילות למשקל, בלי שיש דרישה סטטוטורית להפחית מהמשקל, אינה הופכת את ההודאה לחשודה, ומכאן שלא ברור לחוקר מדוע שלא להשתמש באמצעים שכאלה. בהיעדר "שוט" של פסילת ההודאה, מהו התמריץ המניע חוקר להימנע מאמצעים שכאלה?⁹⁹ גם אם ברוב המוחלט של המקרים אין החוקרים מבקשים לעוות את האמת, החשש הוא שדווקא השאיפה למלא את תפקידם תוביל אותם לסטות מהוראות הדין. כלומר, דווקא דבקותם באמת כפי שהיא נראית בעיניהם ורדיפתם אחריה, כאשר לא נלווית אליה מידה בריאה של ספקנות, עלולה ליצור מוטיבציה להוכיח את אותה אמת, לטובת המאבק בפשיעה, ויהי מה. זו גם הסיבה לכך שאין אמצעי הרתעה יעיל יותר מפני התנהגות שלא כדין של חוקרים כמו אפשרות פסילתה של אמרה אשר הושגה באמצעים פסולים. מנגד, הפחתת משקל של אמרה שנמסרה עקב השימוש באמצעי פסול מעבירה מסר עמום מדי. קשה לתאר שבתי המשפט יצליחו להעביר מסרים ברורים לעניין הוגנות הליך החקירה אם הדיון בכך יעבור משלב הקבילות המתברר במשפט זוטא אל המשפט גופו ואל הכרעת הדין. מסר בעייתי מועבר גם על ידי אמירות של שופטים המשקפות הבנה לחריגות קלות יחסית מן הדין, כמעט בנוסח של "הכרח בל יגונה". בלי לרצות בכך, אמירות כאלה עשויות

98 הוועדה הבחינה בהקשר זה בין המשפט הישראלי למשפט האנגלו-אמריקאי באמירתה שהייתה שבשיטת המשפט הישראלית אין חבר מושבעים – עוצמת הקושי פחותה, שכן השופטים מסוגלים לבחון את הראיה ולברר את האמת. לכן המגמה שלפיה ישנו מעבר מקבילות של הראיה למשקלה בהליך ראוי שתאומץ. לדיון ביקורתי בהנחה זו נשוב בפרק 4.

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

לעודד ולתמרץ סטייה מן הדין, מתוך כוונה לגלות את האמת ומתוך התחושה שאין מנוס מן החריגה.

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

בהנחה שהחקירה הניבה תוצאות שהדין מכשיר, ושיש בהן תועלת חברתית, קשה לתאר שהמדינה תבוא חשבון עם החוקרים אלא, אם בכלל, ולכל היותר – כהעמדת פנים בלבד, "לשון בלחיי", על מנת לצאת ידי חובה. מי שיצטרכו לבוא חשבון עם חוקרים כאלה לא יוכלו לנקוט יד קשה ותקיפה כלפיהם ובה בעת להסתכל על עצמם במראה, כלומר לחיות טוב עם מצפונם. כאשר שיטת המשפט משגרת מסרים מנוגדים, הכוח המשכנע שלהם נחלש. סביר שנמעני המסרים – החוקרים – יבקשו לאתר את המסר הדומיננטי, החשוב יותר, גם בשל המוטיבציה הבסיסית שלהם. דווקא משום שהחוקרים מנהלים מערכה נגד הפשיעה, הדעת נותנת שהעיקר מבחינתם יהיה השגת ההודאה וההרשעה הנסמכת עליה. המהלך

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

101 שם, בעמ' 62 לדוח.

של הוועדה בעניין זה כמוהו כניסיון לאכול את העוגה ולהשאירה שלמה. אלא שמה שלא "עובד" בעוגות לא יסכון גם בהודאות. ככל שמכשירים את ההודאה, כך מכשירים במשתמע, למעשה, גם את האמצעים שנוקטו להשגתה.

(ג) תוספת ראייתית "נזילה"

ההמלצה של דעת הרוב בוועדה הייתה לעגן בסעיף 12(ה) את הדרישה לתוספת ראייתית, אבל בלי להגדיר את משקלה ודרגתה. קרי, בית המשפט יקבע מהי התוספת הדרושה בכל מקרה על פי נסיבותיו, והוא יהא רשאי להביא בחשבון גם את אי-קיומן של הוראות שבדין או של הוראות מחייבות אחרות בעת החקירה. בבסיסה של ההמלצה ניצבת הנחת המוצא שמכיוון שהחוקרים אינם יודעים מה תהא התוספת הנדרשת לדעתו של בית המשפט, הם ישאפו להמשיך ולחפש ראייה בעלת משקל. יתר על כן, לפי הוועדה, ממילא דרישה לתוספת ראייתית מסוימת תוביל את החוקרים, לרוב, לאתרה, ומכאן שמוטב להותיר את הדרישה "נזילה"¹⁰².

אלא שמודל זה אינו מדריך כראוי את החוקרים והתובעים, וחמור מזה – הוא יוצר אי-ודאות. התוצאה עלולה להיות אי-התאמה בין ההערכות של המשטרה והתביעה מצד אחד לבין בית המשפט מצד שני לגבי מה שנדרש נוסף על ההודאה. מבחינה תועלתנית-רציונלית, אין טעם להשקיע מאמץ גדול באיתור ראיות בכל מקרה, במיוחד במקרים שמשקל ההודאה הוא רב מאוד. זהו בזבז משאבים שבא על חשבון צרכים אחרים. שנית, הערכת הוועדה שהחוקרים יתאמצו תמיד למצוא עוד ועוד ראיות אינה מתיישבת עם הרצון והנטייה, המוסדית והאישית, שלא לעשות יותר ממה שדרוש. ובנוסף, סביר שהמשטרה תעריך את משקל ההודאה הערכת יתר לעומת ההערכה השיפוטית שלה. מצד שני, בתי המשפט עלולים להתאים את הסטנדרט הנדרש למה שהם מקבלים במציאות. ההסתמכות על המבחנים – הפנימי והחיצוני – לצורך הערכת האמינות של ההודאה שבית המשפט מפעיל אינה מרגיעה. ההפך הוא הנכון. חוקרים מיומנים יכולים לגרום לכך שהודאה תעמוד במבחנים אלה באמצעות הפעלת ההשפעה שלהם על תוכן

ההודאה כך שהיא תשקף היגיון פנימי ועל ידי הכוונה של הנאשם לעבר המידע החיצוני־אובייקטיבי שנמצא בידיהם על הפשע.¹⁰³

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

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

סעיף קטן זה הוא תוספת חשובה, אך אין בו די. דוח הוועדה נפל כאן בפח של האמונה הבסיסית באמיתות ההודאה. מה שחקירה טובה צריכה לחפש הן ראיות אובייקטיביות לפשע מנקודת ראות של אמצע, כלומר יהא כיוון אשר

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

104 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 1, פס' 35.

יהא – בין תמיכה בהודאה ובין הפרכתה. יש לתמרץ את המשטרה לאסוף באופן שיטתי ובלתי מגמתי את כל הראיות בזירת העבירה וכל ממצא אובייקטיבי רלוונטי אחר. הסתמכות על הודאות ותוספת ראייתית לא משמעותית הן תמריץ בכיוון הפוך.

2.2. הצעה לתיקון פקודת הראיות של ועדת ארבל

(2016)

בשנת 2016 פורסמה הצעת חוק ממשלתית שניסחה הוועדה המייעצת לשר המשפטים לעניין סדר דין פלילי וראיות בראשות שופטת בית המשפט העליון בדימוס עדנה ארבל.¹⁰⁵ הוועדה עסקה כשלוש שנים בנושא של הודאת חוץ של נאשם והגישה את המלצותיה לשרת המשפטים, איילת שקד, במאי 2015. אף שהצעה עברה בקריאה ראשונה ועברה לטיפול של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בדומה להצעות קודמות הנוגעות לסעיף 12 שהוגשו לטיפול של ועדה כלשהי ולא התקבלו – גם היא לא אומצה.

(א) עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודאה ובית המשפט ראה שההודאה היתה חפשית ומרצון.

(ב) בית המשפט רשאי לקבל כראיה, להוכחת הנסיבות שבהן ניתנה הודיית נאשם, גם תצהיר בכתב של מקבל ההודאה, שבו הוא מפרט את נסיבות גביית ההודאה ומצהיר כי ההודאה היתה חפשית ומרצון, והוא אם נתקיים אחד מאלה:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(א) הנאשם היה קטין בעת גביית ההודאה;

(ב) נקטו כלפי הנאשם אמצעי לחץ פסולים שאינם עולים כדי עינויים כהגדרתם בסעיף קטן (1);

(ג) הנאשם סבל בעת גביית ההודאה מלקות שכלית או נפשית של ממש;

(ד) תיעוד הודאת הנאשם היה לקוי במידה המשפיעה על יכולת בית המשפט להתרשם מההודאה ולהעריכה;

(ה) נסיבה אחרת שבשלה סבר בית המשפט כי ראייה חיצונית המסבכת את הנאשם כאמור נחוצה לשם הסרת ספק בדבר אמיתות ההודאה;

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

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

(1) בסעיף זה –

“איש מרות” – בעל סמכות אכיפה על פי דין;

“עינויים” – מעשה הגורם במכוון לכאב חמור או לסבל חמור, גופני או נפשי.

בניגוד להצעות קודמות, אשר ביקשו להשמיט את המונח “חופשית ומרצון”, ועדת ארבל סברה כי ראוי לשמר משמעויות רחבות ותפיסות שניתנו לביטוי זה, חרף הביקורת שהושמעה נגדו במרוצת השנים. על פי דברי ההסבר, הפסיקה שהתפתחה והתבססה במשך השנים בתחום הניחה סביב סעיף 12 לפקודה נדבכים של תפיסות ופרשנויות, שאותן ראוי לשמר. הביטוי “חופשית ומרצון” קיבל משמעות רחבה יותר מפירושו הלשוני הצר שרווח בתחילה בפסיקה כך

שהוא כלל רק כפייה ואלימות או שימוש באמצעי תחבולה. בחלוף השנים, לפי הוועדה –

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

אלא שחרף דברי הסבר אלה, שהיגיון רב בצידם, החריגים שהציעה הוועדה לכלל חופשיות הרצון כמעט שבולעים את הכלל, ובמידה רבה חותרים תחת הנימוק להותירו. אף שהוועדה הדגישה כי הפסיקה הרחיבה את המשמעות של "חופשיות הרצון" כך שתחול גם על לחצים נפשיים או פסיכולוגיים, העמדה המשתקפת מן ההצעה ממשיכה את התפיסה העקרונית שבאה לידי ביטוי גם בהצעות שקדמו לה, ולפיה רק אמצעי חקירה קיצוניים יפסלו מניה וביה את קבילותה של ההודאה. במידה רבה היא גם מעלה את רף האי־קבילות.

אכן, בניגוד לוועדת גולדברג אין היא מציעה לעבור מכלל של קבילות למשקל. בכך היא שולחת מסר חשוב לרשויות החקירה והתביעה. ברם בה בעת, נסיבות הפסילה קיצוניות יותר. כך, בעוד ועדת גולדברג התייחסה לחקירה אסורה ככזו הכוללת "יחס בלתי אנושי, אלימות של ממש, עינויים גופניים עינויים נפשיים, השפלה קשה, או איום באחד מאלה", על פי סעיף (ג) להצעת ארבל, הודאה תיפסל רק אם בוצעו עינויים המוגדרים בסעיף (ו) בהתאם לסעיף 1 לאמנה הבינלאומית נגד עינויים כ"מעשה הגורם במכוון לכאב חמור או לסבל חמור, גופני או נפשי".

על פי דברי ההסבר לחוק, סעיף (ג) נועד לעגן בחוק, לראשונה, איסור מפורש על עינויים, וזהו ניסיון הראוי לכל שבח. אלא שצמצום קבילותה של הודאה לעינויים באופן הזה מחטיא את המטרה ומהווה הסדר ביניים מסדר שני או שלישי שמוטב בלעדיו. אף שהמבחן "חופשי ומרצון" נותר על כנו, הכללתה של הוראה זו מקרינה עליו בהכרח וצפויה לצמצמו לכדי פרשנות צרה, שממנה ניסתה הוועדה להימנע מלכתחילה. בדומה לכך, הוראות סעיף (ג) מקרינות גם על סעיף (ד). לכאורה הייתה לסעיף זה, קודם שתוקנה פקודת הראיות, חשיבות רבה בכך שהוא ביקש לעגן את הלכת יששכרוב בחוק על ידי הסמכתו של בית המשפט לפסול הודאה אם שוכנע שהיא הושגה שלא כדין. אלא ששוב עלול סעיף (ג), אשר מצמצם את מתחם האי־קבילות לעינויים, להקטין, גם אם לא בהכרח, על פרשנותו של בית המשפט את האי־חוקיות הקבועה בסעיף (ד). זוהי גישה מצמצמת יתר על המידה, ואין לה הצדקה. בין לבין עוגנה הלכת יששכרוב בחוק, והתייתר הצורך בסעיף (ד).

לבסוף, שלא כמו ההצעות הקודמות, ההצעה הפנתה זרקור למצבים מסוימים שבהם תידרש תוספת ראייתית כבדת משקל המסבכת את הנאשם בביצוע העבירה. עם זאת, הוצע בפסקה (3) להעניק לבית המשפט שיקול דעת להסתפק בכל זאת – גם כאשר מתקיימת נסיבה מיוחדת – בראיה מאמתת, בשל נסיבות גביית ההודאה או תוכנה. בנוסף, בפסקה (3) הוצעו שתי חלופות לנסיבות שבהן יסתפק בית המשפט בראיה מאמתת במקרים שככלל נדרשת בהם על פי המוצע ראייה מסבכת, אם בית המשפט סבר שאין בנסיבה המיוחדת כדי להשפיע על אמיתות ההודאה.

בדומה לסעיפים הקודמים בהצעה, גם באשר לתוספת הראייתית נראה כי פשרה בין חברי הוועדה היא אשר הובילה להסדר ביניים עמום. אכן, ישנה חשיבות בקביעת תוספות ראייתיות חזקות יותר במקרים שמעורבות בהם קבוצות חלשות אשר מועדות יותר להודאות שווא. אלא שמלבד לאותת לבית המשפט באילו קבוצות רגישות מדובר, שיקול הדעת הנתון לבית המשפט רחב מאוד וברך שכנוע נמוך מאוד, של סברה בלבד, ומכאן שלא ברור עד כמה הוא מוסיף על הדין הקיים. יתרה מזו, דווקא הקביעה של רשימה סגורה מסתכנת בהוצאה מן

הכלל של נאשמים אשר אינם חברים בקבוצות אלה אך בה בעת לוקים ברגישות מיוחדת לתנאים של מעצר וחקירה.

לנוכח כל האמור, וגם משום שההצעה של ועדת ארבל מכילה חלופות שונות ללא הכרעה ביניהן, אנו סבורים שדוח ועדת גולדברג, שיש בו ניתוח רחב יחסית של הסוגיות, ולא רק הצעה לחקיקה, ואשר זונח את מבחן "החופשי ומרצון", הוא נקודת פתיחה עדיפה לדין בנושא.

2.3. הצעה לתיקון הדין

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

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

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

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

נכון להיום, על פי הלכת מועדי, אלימות כלפי נחקר אינה מצדיקה את פסילתה של ההודאה אלא אם הוכרע שהתקיים קשר סיבתי בין האלימות שהופעלה לבין גבייתה של ההודאה, קרי שהאמצעי שלל את רצונו החופשי של הנחקר. בית המשפט העליון מחרה מחזיק אחר הלכה זו¹⁰⁷ בלי לשאול שאלות, אף שהלכת

107 ע"פ 6359/21 מדינת ישראל נ' אל עמראני (פורסם בנבו, 8.9.2022), פס' 36 לפסק דינו של השופט שטיין.

מועדי התקבלה לפני כארבעים שנה וחרף הידע האמפירי הרב שהצטבר מאז בשדה המחקר הקרימינולוגי, הפסיכולוגי והמדעי, שאינו מאפשר, לדעתנו, להותירה כאבן שאין לה הופכין. האבחנה שנחקרים מודים גם בנסיבות של אלימות קלה כביכול אינה מוטלת בספק. מחקרים אמפיריים משקפים שדי באמצעי לחץ רכים בהרבה כדי להביא אדם להודות בפשע שלא ביצע. קל וחומר שימוש באלימות.¹⁰⁸

בית המשפט הכיר זה כבר בכך שהודאת שווא יכולה להינתן גם בהיעדר אמצעים של אלימות קשה. גם ועדת גולדברג הכירה בכך ש"לכל נחקר 'סף שבירה' אישי, על פי אישיותו ויכולתו לגייס כוחות נפשיים כדי לעמוד בתנאי לחץ, ומכאן שגם אמצעים שדרגת חומרתם אינה מגעת לכדי אלימות של ממש (כגון, מניעת שינה), עלולים לגרום לנחקר, כי יודה במה שלא חטא".¹⁰⁹ בה בעת, המסר שיוצא מבית המשפט על ידי בחינה זו של קשר סיבתי בין כל סוג של אלימות שאינה קיצונית לבין ההודאה שניתנה הוא, הלכה למעשה, היתר לשימוש באלימות בחקירה, והוא אינו הולם את הנהוג כיום במדינות דמוקרטיות.

על בית המשפט להבהיר שכל שימוש באמצעי פוגעני ומשפיל יביא לפסילתה של ראיה. לרשויות החקירה קשה מאוד ליישם דוקטרינה המתירה "שימוש באמצעים רכים". לעומת זאת, איסור גורף מעביר הנחיה ברורה לגופי החקירה ולבתי המשפט דלמטה. יתרה מזו, לנוכח התפתחויות מדעיות, ובכללן השתכללות היכולת להתחקות ביתר דיוק אחר מקומם של חשודים, אין, ולא יכול להיות, צידוק לשימוש באלימות על מנת לחלץ מידע מנחקר. גם אם המשטרה זקוקה לעיתים לשימוש בכוח כדי לעצור חשודים או כדי להגן על עצמה מפני

108 ראו לחשל Saul M. Kassin & Katherine L. Kiechel, *The Social Psychology of False Confessions: Compliance, Internalization and Confabulation*, 7 AM. PSYCHOLOGICAL SCIENCE 125 (1996); Robert Horsdelenberg, Harald Merckelbach, & Sarah Josephs, *Individual Differences and False Confessions: A Conceptual Replication of Kassin and Kiechel* (1996), 9 PSYCHOLOGY, CRIME & LAW 9(1) (2003). לדיון באמצעים הללו ראו פרק 4.

109 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 1, פס' 9.

גורמים עוינים, אין כל הצדקה לשימוש באלמות נגד חשודים שנמצאים במעצר כדי לגבות מהם ראייה או הודאה. יש באמתחתם של גופי החקירה דרכים אחרות, מתוחכמות יותר וצודקות יותר.¹¹⁰

עיון במשפט המשווה מלמד כי מדינות דמוקרטיות אחרות מרחיבות יותר את תחום האייקבילות של הודאות ממה שמציע דוח ועדת גולדברג. כך למשל, באנגליה, אף שמקורו של סדר הדין הפלילי הוא במשפט המקובל, פחתה חשיבותו במרוצת השנים, ואת הבכורה תפסו הוראות סטטוטוריות. הוועדה המלכותית בדבר ההליך הפלילי (1981) ביקשה להחליף את המבחן העמום של המשפט המקובל "חופשי ומרצון" והמליצה לפרלמנט להסדיר בחקיקה ובהנחיות את חקירתם של חשודים, ובתוך כך להגדיר מתי הודאה תהא בלתי קבילה באופן מוחלט. כיום דרכי החקירה באנגליה נשענות על חקיקה, על קודי התנהגות, על כללי בית משפט ועל מדריכים מקצועיים.¹¹¹ דבר החקיקה החשוב ביותר לסדר הדין הפלילי, לרבות גבייתן של הודאות, הוא חוק המשטרה והראיות הפליליות (Police and Criminal Evidence Act 1984). להלן: חוק הראיות (האנגלי), אשר חקיקתו הייתה קו פרשת מים בתולדות ההליך הפלילי באנגליה במה שקשור לחקירות ומעצרים, והוא ממשיך להתפתח ולהתרחב על ידי תיקוני חקיקה תדירים.

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

אם בהליך כלשהו התביעה מבקשת לקבל ראייה של הודאה אשר נמסרה בידי הנאשם, ובית המשפט סבור שההודאה ניתנה או עשויה הייתה להינתן (a) על ידי דיכוי האדם שמסרה; או (b) בעקבות דבר מה שנאמר או נעשה אשר עשוי היה, בנסיבות הקיימות באותו הזמן, להביא להודאה לא-מהימנה, בית המשפט לא יקבל את ההודאה

Eve Bresnake Primus, *The Future of Confession Law: Toward Rules for the Voluntariness Test*, 114 MICH. L. REV. 1, 36 (2015)

111 אף שבאנגליה יש 43 מחוזות של כוחות משטרה, את סדר היום המשטרי, לרבות דרכי החקירה, קובעת מועצת מפקד המשטרה הארצית, והלה מיושם בכלל המחוזות.

כראיה נגד הנאשם, למעט אם התביעה מוכיחה לבית המשפט מעבר לכל ספק סביר שההודאה (ללא קשר לאמיתותה) לא הושגה כאמור.¹¹²

בסוף שנות ה־80 קבע בית המשפט לערעורים בעניין *Fulling* שמשמעות המונח דיכוי (oppression) בסעיף (a)(2)76 היא המשמעות המילולית הרגילה שלו. לשם כך השתמש בית המשפט בהגדרה במילון אוקספורד – [דיכוי הוא] "הפעלת סמכות או כוח באופן מכביד, קשוח או פסול; יחס בלתי צודק או אכזרי המופנה כלפי יחידים, כפופים וכו', [און] הטלת נטל בלתי סביר או בלתי צודק".¹¹³

בניגוד לפסילתה של ראייה משום שרצונו החופשי של החשוד "דוכא", כפי שקבוע בסעיף (a), סעיף (b) לא מניח בהכרח מעשה פסול מצד המשטרה. ישנם חשודים "רכים" שעלולים להודות במה שלא עשו גם בלי לחץ בלתי חוקי שהופעל עליהם. לכן המבחן כולל גם פן סובייקטיבי בצידו של פן אובייקטיבי. סעיף זה מעגן את מה שהפסיקה הישראלית הכירה זה כבר כאותן "קבוצות סיכון" של נאשמים שעשויים להודות בעבירה שלא ביצעו בשל מאפיינים אישיותיים כגון ניסיון לרצות, רגש אשמה על פשע אחר שביצעו או ביטחון עצמי נמוך.¹¹⁴

חקיקה נוספת שראויה לציון בהקשר זה היא זו האוסטרלית. באוסטרליה מבחן הוולונטריות של המשפט המקובל עומד בבסיס החקיקה, אך הוא התפתח וכולל היום קריטריונים וכללים נוספים. לבית המשפט מסור שיקול הדעת לפסול הודאה גם אם נמצא שהיא נמסרה באופן וולונטרי, בשלושה מקרים: כאשר יהיה זה בלתי הוגן כלפי הנאשם אם תתקבל האמרה; מטעמים של תקנת הציבור

112 כל התרגומים במסמך זה הם של המחברים, אלא אם כן צוין אחרת.

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

114 עניין זדורוב, לעיל ה"ש 47, פס' 138.

(כגון שהמשטרה פעלה שלא כחוק); וכאשר הסכנה לעיוות דין גוברת על ערכה הראייתי של ההודאה. סעיף 84 ל־Uniform Evidence Act קובע שהודאה לא תיחשב וולונטרית אם היא הושגה בעקבות התנהגות אלימה, מדכאת, לא־אנושית או משפילה, כלפי מי שמסר את ההודאה או כלפי אדם אחר; או כתוצאה מאיום למעשה כאמור.¹¹⁵ אוסטרליה גם עיגנה בדין את בדיקת הנתונים האישיים של הנחקר המודה. נקבע כי על בית המשפט לשקול "כל מצב רלוונטי או מאפיין של האדם אשר ביצע את המעשה, ובכלל זה גיל, אישיות וחינוך, וכן כל נכות שכלית, אינטלקטואלית או גופנית של הנחקר".¹¹⁶

דוגמה שלישית שראויה לאזכור היא גרמניה. סעיף 136a לקוד הגרמני להליך הפלילי מגן במפורש ובפירוט על אוטונומיית החשוד, או העדים, ועל כבודו האנושי של החשוד בכל הנוגע לאמרות שמסר לבית המשפט, לתביעה או למשטרה.

סעיף (1)136a מונה את האמצעים האסורים לשימוש במהלך חקירה: התעללות גופנית, עינוי פסיכולוגי, אמצעים חודרניים, תרופות משנות תודעה, סמים או היפנוזה, כפייה לא־חוקית, מניעת שינה או מנוחה, איום בשימוש באמצעים לא־חוקיים, הבטחות ליתרונות לא־הולמים, רמייה. אמצעים אלה אסורים משום שהם נוטים למוטט את כוח רצונו של הנחקר, אבל הם אסורים לחלוטין בלי

115 Carol A. Brook, Bruno Fiannaca, David Harvey, Paul Marcus, & Renee Pomerance, *A Comparative Examination of Police Interrogation of Criminal Suspects in Australia, Canada, England and Wales, New Zealand, and the United States*, 29 WM. & MARY BILL RTS. J. 909, 912, 943 (2021)

116 ובשפת המקור (ראו שם, בעמ' 982):

Any relevant condition or characteristic of the person who made the admission, including age, personality and education and any mental, intellectual or physical disability to which the person is or appears to be the subject.

הודאה תיחשב וולונטרית אלא אם טען הנאשם אחרת או שהנסיבות מעוררות ספק באשר לרצונו החופשי למוסרה. במקרה כזה תיפסל ההודאה אלא אם התביעה מצליחה להוכיח, במאזן הסתברויות, שהיא נמסרה מרצון. לדעתנו, יש להסתייג מרף ראייתי נמוך זה, שאין כל הצדקה לאמצו.

קשר לאופן השפעתם במקרה הנדון, ואין לנקוט אותם אפילו אם הנחקר מסכים לכך.¹¹⁷ כמו כן, מכיוון שגרמניה אשררה את האמנה האירופית לזכויות אדם והטמיעה את הוראות האמנה במשפט המדיני שלה, מחייבים סעיף 3, האוסר על עינויים ויחס אכזרי, וכן הפרשנות שניתנה לו על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם את רשויות האכיפה בגרמניה. אם האמרה הושגה באמצעי זה, התוכן הנמסר אסור לשימוש גם במסגרת תשאול של עדים או עדות מומחים. מכיוון שכלל הפסילה מוחלט, סעיף 136a אינו מתיר איזון בין שיקולים למיניהם, וכל ראייה שהושגה אגב הפרה של הסעיף אינה קבילה, בלי קשר לערכה הראייתי או לחומרת העבירה הנדונה.¹¹⁸

בהשראה מדינות אלה, הצעתנו היא שהרישא של סעיף קטן 1 יכלול אמצעים אסורים הכלולים כולם באמנה נגד עינויים, שעליה חתומה ישראל.¹¹⁹ נוסח זה מעביר את המסר שיחס משפיל או אכזרי אינו נופל בהכרח בחומרתו מעיני גופני. לצד זאת נכללים גם מעשי אלימות בלא הבחנה בין "אלימות של ממש" או אלימות שאינה של ממש. זהו בעינינו מסר חינוכי הכרחי משום שהוא קובע שגופו של הנחקר מוגן מפני החוקר. הרעיון שניתן להפריד דיכוטומית ולהציב גדר בין אלימות קלה לאלימות קשה בנוי על אשליה. לעומת זאת ברור שאי אפשר להמשיך להגן על גוף הנחקר, שכן מרגע שמוסר ממנו ה"טאבו", כל שימוש באלימות מזמין הסלמה והוא בבחינת מדרון חלקלק. לצד זאת, הסיפא מחייבת לתת את הדעת גם לאמירות או למעשים שעשויים למוטט את כוח רצונו של הנחקר גם אם הם אינם מגיעים לכדי אלימות. אמצעים אלה כוללים, למשל, הבטחה או פיתוי מחד גיסא, או איום שאינו קשור בהכרח לאלימות מאידך גיסא. דוגמה קיצונית היא אדם המודה בעת גביית הודאה בביצועה

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

118 שם, בעמ' 83.

119 נכון להיום, האיסור על עינויים אינו קבוע בחוק הישראלי, בניגוד למסקנותיהן והמלצותיהן של ועדת טירקל וועדת צ'חנובר לחוקק את האיסור בחוק. יש לציין כי הקבינט הביטחוני הסכים לחוקק את האיסור כבר בשנת 2016, אלא שהנושא לא קודם מאז.

של עבירה כדי להסיר מעל משפחתו איום של ביטול אשרת עבודה או שהייה במדינה.

בדומה לדין האנגלי והאוסטרלי, הנוסח שאנו מציעים יאפשר לבית המשפט להביא בחשבון את מאפייניו המיוחדים של הנחקר הנדון, אשר עשוי להיות בעל כוח רצון ועמידה חלשים בשל מאפייניו האישיים. בכך יש כדי לתמרץ את התביעה והמשטרה לתת ערובות מספקות לשמירה על האוטונומיה של החשודים ולהיות תמריץ שלילי לשימוש התדיר בתרגילי חקירה כגון מדובבים וראיות בדויות, ואף להפחתת השימוש במעצרים, שהם כלים בעייתיים כשלעצמם,¹²⁰ ובייחוד כאשר הם מופנים כלפי קבוצות פגיעות כמו קטינים, פגועי נפש או אנשים מקבוצה מוחלשת אחרת.

במקרים שהראיה העיקרית נגד נחקר היא הודאתו אבל לטענתו, שיש לה תימוכין, ננקט כלפיו אמצעי מן המפורטים בסעיף 12(ב)(1), תיבחן טענתו בידי שופט חוקר או גורם מהפרקליטות שאין לו זיקה לצוות החקירה. לצד זאת, מכיוון שנמצא שהודאה מחוץ לכותלי בית המשפט, שהנאשם מבקש לחזור בו ממנה, עשויה להוביל להטיות קוגניטיביות גם בקרב השופטים, ראוי לשקול אפשרות שמשפט הזוטא יתקיים על ידי מותב נפרד מזה היושב בדין העיקרי כדי למנוע את החשיפה של ההודאה שנפסלה ואת השפעתה, בדומה לדין הנהוג למשל באיטליה.¹²¹ באיטליה אין הליך מוגדר של "משפט זוטא", אבל יש שופט בהליך הקדם־משפט, והוא המחליט אילו מהראיות שנאספו בידי התביעה יוצגו לשופט

120 להרחבה בעניין הבעייתיות שבשימוש במעצרים כאמצעי חקירה ראו רינת קיטאי סנג'ירו "שאלת חוקיותו של מעצר לצורך חקירה" **עלי משפט** ו 47 (תשס"ז); דליה צמריון חלק "עיוותי דין בחקירה בהקשר למניעת זכויות הנחקר" **הרשעות שווא: היבטים פילוסופיים, פסיכולוגיים וארגוניים** 242 (רונית פלד־לסקוב, אפרת שהם ומאיר כרמון עורכים, 2012).

Hanna Kuczynska, *Mechanisms of Elimination of Undesired Evidence from Criminal Trial: A Comparative Approach*, 7 REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL 43, 70 (2021). ראו הצעה זו גם אצל בלוס, רבין ואריאל, **לעיל** ה"ש 13. חלופה אחרת, אשר הציע ואקי, היא שמשפט הזוטא ייערך קודם למותב הדן בחיק העיקרי, ושרק אם המותב מכריע על פסילת ההודאה – יועבר ניהול החיק אל מותב משפטי אחר. ראו ואקי, **לעיל** ה"ש 3, בעמ' 923.

הדן בתיק. רק ראיות שהשופט החליט שהן קבילות וראויות לעבור לשלב הבא יועברו לתיקיית המשפט. מערכת זו, הנקראת "מערכת שני התיקים", כפופה לסעיף 431 לקוד סדר הדין הפלילי (Codice di Procedura Penale), אשר קובע אילו ראיות אפשר להעביר לשלב המשפט.¹²²

הנחות קודמות בספרות המחקר, וכן בהצעות חקיקה קודמות, שלפיהן מוטב שבית המשפט יעמוד על משקלה של ההודאה בסופו של המשפט, אינן הולמות את הממצאים בדבר השפעותיה העוצמתיות של הודאה על הטיותיהם של שופטים לאחר שהם נחשפים להודאה. הגם שישנם שיקולים טקטיים נגד קיומו של משפט זוטא,¹²³ הניסיון מלמד שבלי טענות נגד קבילות, הסיכוי שההודאה לא תספיק להרשעה הוא קלוש. כאשר עורך הדין של הנאשם מוותר על התנגדות להגשת ההודאה בטענת חוסר קבילות תוך שהוא שומר על זכותו לטעון אחר כך נגד משקל ההודאה, הסיכוי שייקבע בסוף ההודאה נמסרה כדת וכדין אך משקלה נמוך ואינו מאפשר לסמוך עליה לשם הרשעה קטן ביותר.

122 ראיות אלה כוללות: ראיות אשר באופן אובייקטיבי לא ניתן להגיע אליהן במהלך המשפט; ראיות אשר עלולות להיאבד לפני המשפט; ראיות פיזיות הקשורות לפשע, אמרות חוץ של הנאשם ומסמכים אשר שני הצדדים מסכימים על העברתם. Kuczynska, לעיל ה"ש 121, בהערה 63.

123 כאמור בפרק 2, ועדת גולדברג סברה כי הנאשם חושף את עצמו לאפשרות שבית המשפט ימצא את גרסתו לא-אמינה כבר בתחילת המשפט. במצב דברים זה, שבו נחשף בית המשפט לתוכן ההודאה חרף העובדה שהיא נפטלה אחר כך, ההכרעה השיפוטית עלולה להיות מוטת. ראו **בדוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 1**, בעמ' 18. על כך אפשר להוסיף את העלויות של העלאת הטענה, בעיקר כתיבת נימוקים של בית המשפט להחלטתו על אי-אמינותו של הנאשם, באופן המהווה נקודת פתיחה רעה ביותר עבור הנאשם. טיעונים אלה נכונים, אך הם אינם גוברים על הסכנות הטמונות בהצגתה של הודאה אשר נגבתה במקרים הנטענים להיות תחת סעיף (ב)1(1) בנוסח המוצע כאן. כפי שיוצע להלן, במקרים המפורטים בס"ק (2) ו(3) יהא בית המשפט רשאי לקבל את האמרה על תנאי שלא במסגרת משפט זוטא וההחלטה על קבילותה תתקבל בסוף הדיון. הסיבה לכך היא שההכרעה בטענות של קבילות מסוגים אלה היא מושכלת יותר לאחר שהתמונה כולה נפרשת לפני בית המשפט.

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

(2) סבר בית המשפט כי נסיבות גביית האמרה מחשידות אותה כשקריית ולא השתכנע באמיתות ההודאה;

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

בסעיף קטן ב(2) מוצע לעגן כלל פסילה למקרים שאינם נופלים בגדר סעיף קטן (1), כלומר כאשר לא הוכח שימוש באמצעי הפוגע בגרעין של כבוד האדם. הרציונל לפסילה הוא החשש לאי-אמיתותה של ההודאה, שעשויה לנבוע משימוש באמצעים פסולים שאינם נופלים בגדר סעיף קטן (1) מן הלחץ ה"רגיל" של חקירה בתנאים של מעצר, לעיתים אגב שילוב עם מאפיינים אישיותיים ההופכים את הנחקר "קל לשבירה", או במונחים נזיקיים – "בעל גולגולת דקה". סעיף זה מסמך את ידיו של בית המשפט לבחון, בהסתמכו על מכלול הנסיבות, לרבות נתוניו האישיים של הנחקר, אם מדובר בהודאה החשודה בשקר. בתוך כך, על בית המשפט לבחון שני תנאים: השפעתם המצטברת של מכלול האמצעים שנוקטו בחקירה – הפסולים והחוקיים – על אמינות ההודאה ואם יש בחומר הראיות כדי לסתור את ההנחה שמדובר בהודאה שקרית. ברור שאם יש בחומר הראיות סממנים או אינדיקציות לשקריות ההודאה, יש להביאם בחשבון. חשיבות נודעת גם לשאלה אם ניתן להצביע על הסבר סביר להודאת הנאשם, בשים לב לכך שהיא, ככלל, צעד של פגיעה עצמית, לעיתים קשה ואפילו אנושה, ולכן טעונה הסבר. בהיעדר הסבר, מתחזקת הסברה שההודאה נמסרה עקב הלחץ שהנחקר היה נתון בו, ולכן יש לפקפק באמיתותה.

סעיף זה אינו תלוי בהעלאת טענות מצידו של הנאשם, אלא הוא מאפשר לבית המשפט, מיזמתו הוא, להחיל כלל פסילה מסויג ונדחה, עד להכרעת הדין, אשר מתנה את קבילות ההודאה בשאר הראיות שיוצגו לו במהלך המשפט.¹²⁴

124 סעיף זה כולל את הצעתה של ועדת גולדברג שכאשר "מתעורר חשש בליבו של בית המשפט שהנאשם הודה עקב פגם בנפשו (הגם שאינו מגיע כדי מחלח נפש)", הוא ייעזר

סעיף קטן (3) הוא המשך ישיר של סעיף קטן (2) במובן זה שהוא מותיר בידיו של בית המשפט את סמכויותיו הנתונות לו כיום. מטרתו היא להסמיך את בית המשפט לפסול אמרות הנגבות תוך פגיעה בהוגנות של הליך החקירה, כתמונת ראי להלכת יששכרוב ועיגונה בפקודה. גם בפקודת הראיות זוהי סמכות בשיקול דעת אשר תסמיך את הרשות השופטת לגבות מחיר ראייתי במקרה המתאים, למשל על שימוש בפיתוי פסול, במסגרת שאלת הקבילות. הפעלת הסמכות היא פרי איזון בין הפגיעה בטוהר ההליך השיפוטי אם תתקבל ההודאה לבין הפגיעה בעשיית דין אמת. ההודאה תיפסל כאשר הפגיעה הראשונה עולה על השנייה.

הסדר דומה נמצא בדין האנגלי. סדר הדין הפלילי באנגליה נשען על הוגנות ההליך, וכל ראייה – אם הושגה באמצעים לא-חוקיים או לא-הוגנים או אגב הפרת זכויות – יכולה להיחשב פגיעה בהליך הוגן. שיקול הדעת בעניין זה, על כן, נתון לבית המשפט. סעיף 78 לחוק הראיות האנגלי קובע כדלקמן:

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

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

בעדויות מומחים (דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 50).

Brook et al., לעיל ה"ש 115, בעמ' 958.

שם, בעמ' 958.

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

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

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

(ד) סעיף קטן (ד): אי־פסילתן של ראיות נגזרות עצמאיות

(ד) פסל בית המשפט אמרה לפי סעיף קטן (ב), אין בכך לפסול ראיות עצמאיות אחרות לאשמתו של הנאשם שנתגלו כתוצאה

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

מההודאה.^{128]} ואולם, לא תוסק מסקנה לחובת הנאשם מן העובדה שהודאתו הובילה לראיה נגדו.

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

128 נוסח זה מופיע כסעיף (ד) בהצעתה של ועדת גולדברג.

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

130 ראו בהרחבה בפרק 1. סעיף 56 הותיר את סוגיית הראיות הנגזרות פתוחה.

131 כך למשל, המשפט האנגלי לא אימץ את דוקטרינת "פירות העץ המורעל" הקובעת שיש לפסול ראיות אם הן הושגו באופן בלתי חוקי או בלתי הוגן. סעיף (א) 76(4) לחוק הראיות האנגלי משקף את עמדת המשפט המקובל בקובעו כי "העובדה שהודאה נפסלה במלואה או בחלקה בשל סעיף זה אינה משפיעה על קבילותה של ראיה [...] בדבר עובדות שהתגלו כתוצאה מאותה הודאה". עם זאת, סעיף 76(5) מוסיף שהראיה הנגזרת חייבת להיות רלוונטית בזכות עצמה ואין היא יכולה להיות תלויה בשום פנים ואופן בכך שהחשוד הוא המקור שלה. Brook et al., לעיל ה"ש 115, בעמ' 959. גם בית המשפט הגרמני אימץ עמדה דומה. אומנם ראיה שנפסלה אינה יכולה להיכלל במצבור הראיות או לשמש בסיס להחלטה של בית המשפט, אך אין בכך כדי למנוע את קבלתן של ראיות נגזרות. ראו Weigned, לעיל ה"ש 117, בעמ' 84-85.

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

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

המדינות שנסקרו מלמדות שהדרישה לתוספת ראייתית במקרים של הודאת חוץ משתנה והיא תלוית נסיבות ועבירות.¹³² בשיטות משפט המחויבות לעקרון ההערכה החופשית של ראיות על ידי בית המשפט, כמו המשפט הגרמני, אך טבעי הוא שלא תימצא הוראה כזו. אין ללמוד מכך על האופן שבו חוקרים, תובעים ובתי משפט מתייחסים להודאה "ערומה", קרי הודאה שאינה נתמכת בתוספות

132 גיא בן דוד מצייין במאמרו כי סקוטלנד, לדוגמה, דורשת להוכיח כי העבירה בוצעה וכי הנאשם הוא זה שביצע אותה באמצעות שתי ראיות עצמאיות לכל אחד מהיסודות הללו. בארצות הברית נדרשת תוספת ראייתית ואי-אפשר לבסס הרשעה רק על הודאה. ואולם בדומה לדין הישראלי, גם בדין האמריקאי עוצמת התוספת משתנה על פי הנסיבות. בית המשפט העליון האמריקאי קבע הלכות נוספות בנושא זה, וכן דוד מחלק אותן לשניים: (1) פשעים מוחשיים (כמו פציעות גוף או עבירות רכוש): יכולים להיות מאומתים על ידי הוכחה שהפשע התרחש, ואין צורך בהצגת ראייה הקושרת בין העבירה לנאשם; (2) כאשר הפשע אינו מוחשי (כמו העלמות מס). במקרה כזה התוספת הראייתית צריכה להיות כזו שמסבכת את המודה. באנגליה אין דרישה לתוספת ראייתית מלבד בשתי עבירות: בעבירה של עדות שקר ובעבירה של נהיגה במהירות מופרזת כאשר ישנו רק עד ראייה אחד. במקום הדרישה לתוספת ראייתית השופט רשאי, במקרים מסוימים, להנחות את חבר המושבעים בדבר הסכנה שבהסתמכות על עדויות מסוימות, אבל רק כאשר ישנו בסיס ראייתי לחשד שהעדות הנשמעת אינה מהימנה. ראו גיא בן דוד "מבט דסקרפטיבי ומבט ביקורתי על מערך התוספות הראייתיות בישראל ומגמותיו" **משפט ועסקים** כב 1 (2019). בגרמניה אין הוראה סטטוטורית הקובעת תוספת ראייתית, ואין גם כלל פסיקתי הקובע זאת. בניו זילנד ישנה הוראה הקובעת בפירוש שאין צורך בתוספת ראייתית מלבד בעבירות ספציפיות (לפי סעיף 121 ל-Evidence Act). עבירות אלה כוללות שבועות שווא, זיוף, הצהרות כוזבות או בגידה.

ראייתיות. אם ההכרעה על דיות הראיות היא בידי חבר מושבעים שאינו מנמק את הכרעותיו, יש ערך מוגבל, אם בכלל, לדרישה פורמלית כזו.

במסגרת הדיון בדוח ועדת גולדברג הצעתנו היא להעלות את דרישת החיזוק להודאה ל"סיוע" כדרישה כללית. אפשר לרדת ממנה, במקרים מיוחדים, ומטעמים שיירשמו, ולהסתפק בראיה נוספת שיש בה, בנסיבות העניין, כדי לתמוך בהודאתו של הנאשם בעבירה ובתנאי שהיא חיצונית לו.¹³³ ועדת ארבל הציעה גם היא לקבוע בדין נסיבות שבהתקיימותן על בית המשפט לדרוש תוספת ראייתית של סיוע בד בבד עם יצירת הבחנה בין התוספות שיידרשו בנסיבות שונות לשם הרשעה על סמך הודאת חוץ של נאשם כראיה היחידה.¹³⁴

133 בועז סנג'רו מתח ביקורת על הסיפא המוצעת בטענה שהנוסחה המוצעת עמומה מדי לנוכח דוגמאות שהוצגו. לדבריו -

הנוסחה של "במקרים מיוחדים ומטעמים שיירשמו" היא מעורפלת מאוד ומדי. חובת הנמקה של פסק דין חלה על השופט ממילא. מה הם "המקרים המיוחדים"? הדוגמאות שמביא פרופ' קרמניצר בדוח הוועדה - "העבירה בוצעה לפני זמן רב ולא היה ידוע על ביצועה, שיטת ביצוע שיש בה כדי להעלים סימנים חומכים" - אינן יוצרות מהות ברורה אלא מותירות פתח מילוט שדרכו, חוששני, יעברו כל המקרים שבהם השופט יאמין להודאה אך לא תוצג בפניו ראית סיוע. והרי ניתן לחזות בטענה (טאטולוגית) של התביעה, שלפיה עצם העובדה שלא נמצאו סימנים חומכים היא הנוחנת שדובר "בשיטת ביצוע שיש בה כדי להעלים סימנים חומכים".

ראו בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה: האומנם 'מלכת הראיות' או שמה קיסרית הרשעות השוא" **עלי משפט** ד 245, 272-273 (תשס"ה). דברים אלה אינם משכנעים שכן הזמן הרב שחלף מאז ביצוע העבירה שלא היה ידוע עליו הוא נתון אובייקטיבי שאינו נתון למניפולציה רטורית. באשר לשיטת ביצוע המעלימה סימנים חומכים - ברור שהכוונה לשיטה מוכחת, כלומר כזו שיש אינדיקציות ברורות לשימוש בה, כגון שהגופה הרלוונטית בותרה, נשרפה או אוכלה בחומצה.

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

איננו סבורים שיש ליצור הבחנה שכזו. דבר־מה נוסף יכול תמיד להימצא כאשר תרים אחריו, קל וחומר כאשר מקורו בנאשם. לכאורה ניתן לקבוע שדבר־מה נוסף יהא תוספת ראייתית החיצונית לנאשם, כדי להסיר את החשש שההודאה נמסרה עקב לחצים פנימיים או חיצוניים של המודה.¹³⁵ ואולם תמיד אפשר למצוא עיגון במציאות למה שנמסר בהודאה, ואם חסר – אפשר להביא להשלמה כזו. כאשר מחפשים חיזוק להשערה, הוא כמעט בהכרח יימצא. האם מדובר בדרישה שגם אם אינה מועילה, אינה מזיקה? אנו חוששים שיש בה כדי להזיק משום שהיא יוצרת תחושת ביטחון כוזבת ביחס להודאה. הימצאות דבר־מה נוסף מסייעת לבית המשפט להשתכנע בכך שהוא יכול לסמוך על ההודאה. ומשום שדבר־מה נוסף יימצא תמיד, אין הצדקה להשתכנעות הזו, שהרי בעצם מדובר בהונאה עצמית.

ההוראה המוצעת מיועדת לצמצם את הסיכון של הרשעת אדם חף מפשע. יש לה תכלית נוספת – המרצת החוקרים והתובעים לעשות מאמץ מרבי לאתר ראיות כאלה, שהן בהכרח חיצוניות לנאשם, גם במקרים מיוחדים. ההנחה היא שככלל, מאמץ כזה יהיה פורה. ככל שהראיות האלה מתגלות בשלבים מוקדמים יותר של החקירה, כך גילויין מפחית את הסיכון שהחוקרים יפעילו לחץ, גם חוקי, על מי שאינו מעורב כלל בפשע. כל עוד רוב החקירות מתקיימות ללא תיעוד מלא, דרישה זו היא חיונית ואין לוותר עליה.

בספרות המחקר ובפסיקה ניכרת המגמה לבחון את התוספת הראייתית מכיוון הפוך – של הפרכה. כאמור בפרק 1.1, השופט הנדל הציע בפסק דין **וולקוב** להרחיב את בחינת קיומו של דבר־מה נוסף לבחינה של "דבר־מה חסר" או "דבר־מה סותר".¹³⁶ גישה זו התקבלה במידה רבה בפסיקה,¹³⁷ ואף הוצעו הצעות

135 את הרעיון הזה הציע אהוד קמר במאמרו – "דבר־מה נוסף מפי הנאשם" פלילים ה 280, 277 (1996).

136 פרשת וולקוב, לעיל ה"ש 3, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל.

137 ראו ה"ש 54 לעיל.

להרחיבה.¹³⁸ מן הראוי לתמרץ את גופי החקירה לתור אחר דבר־מה חסר ודבר־מה סותר, שכן ספק אם יעשו כן ללא תמריץ כזה. אין מניעה לאמץ את מבחן ההפרכה כמבחן שיש בכוחו להפחית ממשקלה של הודאה ובה בעת לדרוש, ככלל, סיוע פוזיטיבי, כלומר שמאשש ואינו מפריך, כתנאי להרשעה.¹³⁹

138 דורון מנשה ואיל גרונר "כיצד למזער את סיכונן של הודאות השווא" **משפט מפתח: כתב העת של פרקליטות המדינה** (דצמבר 2016).

139 מרכזי הפרט ובוועז סנג'רו סבורים כי אין להתייחס להודאה כראיה מרכזית הדורשת סיוע, אלא להתייחס להודאה כחוספת ראייתית עבור ראיה מרכזית אחרת. לטענתם, רק בכך יהיה כדי לשנות את המגמה של התרכזות בחשוד. ראו מרכזי הפרט ובוועז סנג'רו, "מכשל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה: סולימאן אל עביד כמקרה מבחן (הצעה להיפוך בהפיסת ההודאה: מראיה מרכזית המחפשת חוספת, לחוספת אפשרייה לראיות מוצקות)" **מחקרי משפט** כו 733 (2010). לדעתנו, יש בהצעה זו משום הפרזה, במיוחד באשר להודאות שנמקבלו בחקירות שיש עליהן תיעוד מלא.

שער שני: איפתו ופרשנותו של החוק

פרק 3

החקירה המשטרית והודאות שווא

כפי שעולה מהפרק הקודם, חרף ההבדלים בין המלצות ועדת גולדברג להמלצות ועדת ארבל בעניין תיקון החוק למבחן חופשיות הרצון, שתי הוועדות חולקות מכנה משותף עקרוני – ההבחנה בין שימוש באמצעים פסולים המבטאים "אלימות של ממש", שאותם יש לפסול לחלוטין, ובין אמצעים שאינם עולים כדי אלימות זו וניתן לקבלם לפי הנסיבות. אך

שהמלצות אלה לא התקבלו, ההבחנה מאותתת לחוקרים, לבתי המשפט ולציבור הרחב שאלימות "סתם" והשפלה "סתם" במהלך חקירה הן הכרח בל יגונה, ויתרה מזו – שאמצעי לחץ אחר שאינו עולה כדי אלימות והשפלה הוא אמצעי הכרחי. מסר זה הוא בעייתי ביותר בשלושה מישורים מרכזיים.

ראשית, הוא אינו עולה בקנה אחד עם ספרות המחקר מהעשורים האחרונים שלפיה די במניפולציות פסיכולוגיות כדי להביא את הנחקר הרגיל למסור הודאת שווא.¹⁴⁰ כפי שנרחיב מיד, מחקרים אמפיריים מלמדים כי חקירות המתאפיינות בהפעלת לחץ על הנחקר ואשר משתמשות בטקטיקות המאפיינות "מוכוונות אשם" הן פחות יעילות מנקודת המבט של חקר האמת. לעומת זאת, חקירות המתמקדות בראיות החיצוניות לנאשם, המוכרות כשיטות "מוכוונות מידע", עשויות להוביל לתוצאות בטוחות יותר, וכתוצאה מכך לחזק את ביטחון הציבור ואמונו במערכת החוק. שנית, איתות לכך שאלימות "קלה" או השפלה "סתם" הן אמצעים כשרים, או לכל הפחות נסבלים, מגדיל את הסיכוי להתרחשותן ומרחיב אזורים אפורים בחוקיותם אשר טבעם להתפשט. שליטת,

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

אתוס חקירתי שכזה טומן בחובו השלכות נרחבות על רמתה הכללית של החקירה המשטרית, על דמותם ותכונותיהם של החוקרים ועל הכשרתם.¹⁴¹

3.1 שיטות חקירה מכוונות אשם ושיטות חקירה

מכוונות מידע

במדינות הדמוקרטיות פועלות שתי שיטות חקירה עיקריות: שיטות מכוונות אשם (accusatory interrogative methods) ושיטות מכוונות מידע (information-gathering methods).¹⁴² על הרצף שביניהן נמצאות שיטות חקירה היברידיות המשלבות בין השתיים. שתי השיטות העיקריות מתבססות על טכניקות פסיכולוגיות לחקירתם של חשודים, אך הן שונות זו מזו בהנחות המוצא הראשוניות שלהן ובכלים שהן משתמשות בהם.

(א) חקירה מכוונת אשם

אחד מעקרונות היסוד במשפט הפלילי הוא חזקת החפות: הנאשם חף מפשע כל עוד אשמתו לא הוכרעה על ידי בית משפט המוסמך לקבוע זאת. חזקה זו מנתיבה את נטל ההוכחה ואת הרף הראייתי שלפיהם על התביעה להוכיח אשמה מעבר לכל ספק סביר כדי להביא להרשעתו של נאשם.¹⁴³ ואולם בהליכים פליליים הקודמים למשפט, חלוקה זו בין חזקת אשם לחזקת חפות עשויה להיות עמומה

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

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

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

יותר,¹⁴⁴ ובפרט בחקירה מכוונת אשם. חקירה מכוונת אשם מתוארת בספרות הקרימינולוגית והפסיכולוגית כחקירה המתבססת על עימות ועל מניפולציות פסיכולוגיות המופעלות על הנחקר על מנת לגבות ממנו הודאה.¹⁴⁵

הדוגמה הפרדיגמטית לסוג חקירה שכזה היא טכניקת ריד, אשר פותחה בשנות ה־60 של המאה ה־20 בידי ג'ון ריד, חוקר משטרה ממשטרת שיקגו, ופרד אינבאו, פרופסור למשפטים מאוניברסיטת נורת'ווסטרן.¹⁴⁶ הטכניקה שפיתחו ואשר פורסמה (ונקראת גם "מדריך ריד"), נחלקת לשלושה שלבים ראשיים: ניתוח מידע (fact analysis), ראיונות (interviews), חקירה (interrogation). לפי מדריך ריד, במצב אידאלי איסוף המידע מתבצע טרם הראיונות עם חשודים

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

145 Jeaneé C. Miller, Allison D. Redlich, & Christopher E. Kelly, *145 Accusatorial and Information-gathering Interview and Interrogation Methods: A Multi-country Comparison*, 24 *PSYCHOLOGY, CRIME & LAW* 935 (2018)

146 John E. Reid, *The Reid Technique*, in *THE INVESTIGATOR ANTHOLOGY: A COMPILATION OF ARTICLES AND ESSAYS ABOUT THE REID TECHNIQUE OF INTERVIEWING AND INTERROGATION* (Brian C. Jayne & Joseph P. Buckley eds., 2d edition, 2018). בשנת 1931 פרסמה הוועדה הלאומית לשמירת חוק ואכיפה של ארצות הברית את דוח ויקרשאם, שהיה אחד הפרסומים הרשמיים הראשונים שסיפקו הצצה לטכניקות החקירה במדינה. (ראו GEORGE W. WICKERSHAM, NATIONAL COMMISSION ON LAW OBSERVANCE AND ENFORCEMENT: REPORT ON THE ENFORCEMENT ON THE PROHIBITION LAWS OF THE UNITED STATES (1931)). הדוח חשף שטכניקות החקירה שנעשה בהן שימוש ברחבי ארצות הברית החבסו על טכניקות "מְרַגָּה שלישיית" (third-degree). אלה כללו ארבעה אמצעים עיקריים: אלימות פיזית שאינה מותרת צלקות; תשאול ממושך שנועד לכלות את כוחותיו של הנחקר ולהגביר את רצונו להתוודות; איומים שהוחאמו לגילו או למצבו המנטלי של הנחקר; ומעצר מינהלי ללא משפט. כאשר נודע לציבור האמריקאי על הטכניקות הללו התעוררה שערורייה לאומית. טכניקת ריד הומצאה בעקבותיה, והיא נחשבה אז טכניקה מדודה הרבה יותר, שכן את האלימות החליף כושר השיפוט של החוקרים. ראו באתר של טכניקת ריד (REID.COM), הכולל הכשרות, מאמרים, התייחסות לטענות בדבר הקשר בין טכניקת ריד להודאות שווא ועוד.

פוטנציאלים,¹⁴⁷ ובכל זאת יש לנצל כל הזדמנות לערוך ריאיון, גם אם החוקרת טרם הספיקה לאסוף די מידע עובדתי חיצוני.¹⁴⁸ השלב הראשון והשני, על כן, מתמזגים לא פעם זה בזה, גם אם אידאלית הם אמורים להיות מובחנים ונפרדים.

שלב הריאיון אינו כולל עימותים אלא עיקרו המשך איסוף מידע בידי החוקרת מהמרואיין כדי להעריך אם יש להמשיך לשלב השני ולחקרו. הריאיון מתנהל בדרך פתוחה, שאינה אקוויזטורית (מאשימה), וללא מבנה מסודר. הוא נעשה באיטיות יחסית על מנת לאפשר למרואיין לחשוב על תשובותיו ולהגיב בהתאם. בשלב זה על החוקרת לנסות ולזהות אם המרואיין מנסה לשקר או לרמות, ובד בבד עליה לבחון, על פי המדריך, "קשר עין, הבעות, רטוריקה וסימנים אחרים שעשויים להעיד אם הוא משקר או דובר אמת".¹⁴⁹ על החוקרת להעריך זאת על פי התנהגותו בצד ההערכה העצמאית של המידע העובדתי שאספה.¹⁵⁰ אם החוקרת בטוחה, או בטוחה למדי, בכך שהמרואיין משקר, היא תתקדם לשלב הבא. כלומר, יכולתה של החוקרת לזהות אם המרואיין דובר אמת היא רכיב מכריע בהחלטה אם להניח שהוא עשוי להיות אשם ולהתקדם לחקירה.¹⁵¹ שלב זה צריך, אך אינו מחויב, להיות מבוסס על ממצאים פורנזיים ועל כושר ההבחנה של החוקרת לאור ההכשרה שעברה. ואולם לא ברור עד כמה ישנה יכולת כזו כאשר התרשמות אינה מבוססת בעיקר על ממצאים פורנזיים. מרואיין, בייחוד אם הוא בתחנת משטרה, עלול להתפתות לשקר כזה או אחר מטעמים שונים בלי שתהיה לו זיקה לעבירה. התרשמות כזו יכולה להביא לידי ביטוי סטראוטיפים

FRED E. INBAU, JOHN E. REID, JOSEPH P. BUCKLEY, & BRIAN JAYNE, 147
CRIMINAL INTERROGATION AND CONFESSIONS, 11 (4th edition., 2004) (להלן: מדריך ריד).

148 שם, בעמ' 6.

149 שם.

150 שם.

151 אלן פונג מציין כי לפי מדריך ריד, ב־86% מהפעמים חוקרים יכולים להבחין בין חשודים אשמים לבין חשודים חפים מפשע. ואולם, ממשיך פונג, במחקר מקיף שנעשה בשנת 2014 נמצא כי היכולת האמיתית של חוקרים מיומנים לזהות שקר קרובה יותר ל־67%. ראו Allan Fong, *Interrogations and False Confessions: How the Innocent Are Made Guilty*, 30 REVIEW OF LAW AND SOCIAL JUSTICE 363, 372-373 (2021)

שונים שנוגעים למוצאו, לעברו הפילי, למראהו, ל"מרחק" בינו לבין החוקרת, לביטחון העצמי או חוסר הביטחון שהוא מקרין ועוד.

משנקבעה הנחת היסוד שהחשוד אשם לכאורה, עוברת החוקרת לשלב החקירה, אשר, על פי מדריך ריד, צריך להיות בנוי מתשעה צעדים (על החוקרת להפעיל שיקול דעת אם כולם נדרשים): (1) עימות חיובי, שבמהלכו החוקרת מתעמתת עם הנחקר באמצעות הצהרות ישירות על אשמתו. לדוגמה, "החקירה שערכנו מצביעה על כך שאתה גנבת את הכסף"; (2) מתן השערה לסיבת ביצוע המעשה, אשר נועדה לספק לנחקר הצדק מוסרי תוך שהחוקרת מצמצמת את אחריותו ומטילה את האחריות המוסרית על זולת רלוונטי כלשהו; (3) דחיית ניסיונות הכחשה מצד הנחקר. הנחת המוצא היא שנחקר אשם יחדל בשלב מסוים להתנגד להאשמות, בעוד חף מפשע ימשיך להתעקש שהוא לא ביצע את הפשע שעליו הוא נחקר; (4) יצירת "נרטיב מאגד", שיקשור כל הכחשה עם ההצדקות המוסריות שסיפקה מוקדם יותר החוקרת. דוגמה: "אני שמחה שציינת עובדה זו כי אני מבינה שזה לא היה הרעיון שלך"; (5) התקרבות פיזית לעבר הנחקר וניסיון ליצור קשר עין עימו; (6) התמודדות עם הלך רוח פסיבי שהנחקר צפוי לשרות בו לאחר שהבין שהכחשותיו אינן מועילות לו; (7) הצגת שאלות אלטרנטיביות הכוללות רק אפשרויות מפלילות. כך, למשל, החוקרת עשויה לשאול: "האם תכננת את המעשה או שביצעת אותו בלהט הרגע?"; (8) ביסוסו של וידוי משתמע באמצעות בחירה באחת מהאלטרנטיבות שהוצגו תוך ניסיון לגבות נסיבות נוספות של הפשע מצד הנחקר; (9) המרת הוידוי שבעל פה להודאה בכתב.¹⁵²

לפי האתר הרשמי של מכון ריד, אשר אחראי על הכשרות רשמיות לשיטה ועל הפצתה, הטכניקה נהוגה, בין היתר, בבליגיה, איטליה, סלובקיה, לוקסמבורג, סלבודר, ברזיל, אקוודור, ג'מייקה, פרו, הודו, הפיליפינים, מלזיה, סין, קוריאה הדרומית, ערב הסעודית, עיראק, ישראל.¹⁵³ בעוד לא כל שיטות החקירה המתבססות על טקטיקות אקוודוריות עוקבות אחר הצעדים שלעיל, הן חולקות

152 שם, בעמ' 373-374.

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

לרוב שלוש טקטיקות בסיסיות: (1) מקסום התחושה אצל הנחקר שהוא "נתפס". הדבר נעשה באמצעות הצגת ראיות רבות לאשמתו (ובכללן ראיות בדויות) ותיוגו כשקרן אם הוא מכחיש את מעורבותו; (2) מתן הצדקות לביצוע המעשה, לדוגמה "זו הייתה תאונה", "דחפו אותך לכך", היית תחת השפעת סמים או אלכוהול"¹⁵⁴; (3) בידודו של הנחקר בחדר כדי ליצור סביבה "סטריילית" שמרחיקה אותו מהעולם החיצון.¹⁵⁵ ברמה הפסיכולוגית, כל אלה מייצרים יסוד נוסף, שמתבטא ביצירת תלות בחוקרת.

אומנם מדריך ריד מעודד יחס אובייקטיבי לנאשם, ולפי העמדה הרשמית של מכון ריד אין מדובר בשיטה מוכוונת אשם,¹⁵⁶ אך קשה להתכחש לעובדה שהצעדים המומלצים לחקירה נבנים סביב הנחת היסוד הראשונית של אשמה אלא אם החשוד מצליח לשכנע אחרת. לכל אורך החקירה על החוקרת לדחות כל הכחשה או התנגדות מטעם הנחקר, אלא אם הוא מביע את אותם סימנים אשר לפי מדריך ריד מי שנוטה לבטא אותם הוא אדם חף מפשע. הנחת מוצא זו מובילה לכך שטקטיקות החקירה מבוססות על הובלה להודאה תחת לחץ. נקיטת טקטיקה זו כוללת פעמים רבות תרגילי חקירה והצגת ראיות בדויות לחשוד.¹⁵⁷ קרי, מרגע שהתרשמה החוקרת בדבר שקרנותו של המרואיין – אם בגין ראיות חיצוניות

Laure Brimbal, Steven Kleinman, Jan Simon Oleszkiewicz, & 154
Christian Meissner, *Developing Rapport and Trust in the Interrogative
Context: An Empirically-supported and Alternative Customary
Interrogation Practices*, in INTERROGATION AND TORTURE: INTEGRATING
EFFICACY WITH LAW AND MORALITY 141, 143 (Steven J. Barela, Mark Fallon,
Developing (להלן: Gloria Gaggioli, & Jens David Ohlin eds., 2020
(Rapport).

Kyle C. Scherr, Allison D. Redlich, & Saul M. Kassin, *Cumulative 155
Disadvantage: A Psychological Framework for Understanding How
Innocence Can Lead to Confession, Wrongful Conviction, and Beyond*,
15(2) PERSPECTIVES ON PSYCHOLOGICAL SCIENCE 353, 361 (2020)

Joseph P. Buckley, *Clarifying Misrepresentations About Law 156
Enforcement Interrogation Techniques*, REID (February 12, 2020)

.361 *Developing Rapport*, לעיל ה"ש 154, בעמ' 361.

ואם בשל התנהגותו – הוא עלול למצוא את עצמו תחת מכבש לחצים שעלולים להובילו למסור הודאה.

(ב) חקירה מוכוונת מידע

שלא כמו השיטה מוכוונת אשם, מטרתה המוצהרת של חקירה מוכוונת מידע היא איסוף מידע מהימן ככל האפשר על מושא החקירה. מטרת החקירה אינה להשיג וידוי, אלא להביא את הנחקר למסור פרטים ומידע רבים ככל האפשר. דוגמה נפוצה לשיטת חקירה מוכוונת מידע היא שיטת PEACE (להלן: פיס), אשר פותחה עבור אנגליה וויילס על ידי משרד הפנים האנגלי בשנת 1992. מודלים המתבססים על שיטה זו אומצו במדינות דוגמת ניו זילנד, נורווגיה, שוודיה ודנמרק.¹⁵⁸ ראשי התיבות PEACE משקפים את שלבי החקירה: תכנון והכנה (Planning and Preparation); דיאלוג והסבר (Engage and Explain); ההברות ואתגרים (Account Clarifications and Challenges); סיום (Closure); והערכה (Evaluation).

בשיטה זו על גוף החקירה לנתב את מאמציו לאיסוף מרבי של מידע החיצוני לנחקר בשלב הראשון.¹⁵⁹ הנחת המוצא היא שאין להזדרז לקיים ראינות לפני שנאסף ככל האפשר המידע הדרוש.¹⁶⁰ בשלב השני החקירה מתנהלת כך שעל החוקרת לעודד את הנחקר למסור מידע רב ככל האפשר, לאו דווקא הודאה.¹⁶¹ במקרים של אישיתוף פעולה או הכחשת מעורבות, נמצא שטקטיקות כגון הצגת

158 בועז סנג'רו "ביקורת החקירה המשטרתית" מעשי משפט יב 217, 233 (2021). נעיר כי האתר של מכון ריד מציין את הולנד ונורווגיה כמדינות שמשתמשות גם הן בשיטת ריד. ייתכן שהן השתמשו בו בעבר או שהן סיגלו היבטים מסוימים ולא אחרים. כך או אחרת, האתר אינו מרחיב בעניין זה.

159 שפרלינג-סטרן ופטשי, לעיל ה"ש 142, בעמ' 6. להרחבה ראו Miller, Redlich, & Kelly, לעיל ה"ש 145.

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

161 *Developing Rapport*, לעיל ה"ש 154, בעמ' בעמ' 146.

ראיות (שאינן בדויות), הצגת סתירות במידע שנמסר, הצגת שאלות פתוחות, שאלות חזרתיות, שאלות מעמיקות, התעקשות והתמדה, סיכום חוזר של המידע שנמסר, שתיקה והקשבה של החוקרת, וכן הבעת דאגה ואמפתיה – כולן בעלות ערך. לעומת זאת נמצא שהפרעות חוזרות, שאלות מנחות והצעת נרטיב סיבתי לביצוע הפשע (טקטיקות המאפיינות שיטות אקיוזטוריות) אינן אפקטיביות בקבלת מידע.¹⁶² מטרת החקירה היא לאסוף עובדות שיקדמו את פענוח התיק ויהיו בעלות ערך בבית המשפט. לפיכך חל איסור על החוקרות והחוקרים להונות את הנחקרים.¹⁶³ החוקרת מונחית להסביר לנחקר על העבירה שהוא נחשד בביצועה ולהדגיש בפניו את חשיבותה של הפנות בניסיון לקבל את גרסתו המלאה. חשודים רשאים להציג את גרסתם ללא הפרעות, והחוקרות מצופות להקשיב בקשב רב. רק לאחר שניתנה ההזדמנות לנחקר לספק את המידע, מוצג לו המידע שנאסף קודם לחקירה, והוא מעומת עם הסתירות הקיימות בגרסתו.¹⁶⁴

לשם כך עושה החוקרת שימוש אסטרטגי בראיות (strategic use of evidence). קרי, החוקרת שומרת אצלה מידע או ראיות – בלי לגלותם לנחקר – ובאמצעות חשיפה מחושבת שלהם היא יכולה להעריך את מידת מהימנותו. בבסיס גישה זו מונחת ההנחה שאשמים וחפים מפשע משתמשים באסטרטגיות שונות במהלך חקירה. מצופה שחפים מפשע יהיו כנים יותר וינסו להציג מידע רב ככל האפשר, ואילו אשמים ישתדלו להימנע מלהזכיר מידע מפליל אם הוא לא מוצג להם ולכן ייטו לספק הצהרה קצרה יחסית או אף כזו שסותרת את הראיות הקיימות. לאחר שהנחקר מסר הצהרה מלאה, על החוקרת לעמת אותו, באיטיות ובזהירות, תוך שהיא עוברת משאלות כלליות לספציפיות, עם הסתירות הקיימות בין גרסאותיו.¹⁶⁵ בניגוד לטכניקת ריד, המתבססת על הבעות פנים ושפת גוף על

162 Bull & Baker, לעיל ה"ש 160, בעמ' 50-51.

Christian A. Meissner, Allison D. Redlich, Stephen W. Michael, 163
Jacqueline R. Evans, Catherine R. Camilletti, Sujeeta Bhatt, & Susan
Brandon, *Accusatorial and Information-gathering Interrogation Methods
and Their Effects on True and False Confessions: A Meta-analytic
Review*, 10 JOURNAL OF EXPERIMENTAL CRIMINOLOGY 459, 463 (2014)

164 ש.ס.

165 *Developing Rapport*, לעיל ה"ש 154, בעמ' 146.

מנת לאתר שקרים של הנחקר, מודל פיס נעזר בטקטיקות שנועדו לאפשר אבחון מדויק יותר של מהימנות באמצעות הפרטים שמוסר הנחקר בגרסתו. כמו כן, אם החוקרת מוצאת פערים או סתירות במידע שנמסר, היא יכולה להגביר את העומס הקוגניטיבי על הנחקר כדי לנסות לחשוף ביתר קלות שקרים ורמייה, למשל לבקש ממנו לספר את גרסתו לאירועים בסדר כרונולוגי הפוך או לשאול אותו שאלות לא־צפויות.¹⁶⁶

גם שיטה זו, כאמור, נשענת על טכניקות פסיכולוגיות, וייתכן שכמה מהן אף יכולות להשתלב בטכניקת ריד, אלא שמטרתן המרכזית במקרה של מודל פיס היא שיפור הדרכים שבהן הנחקר ישתף פעולה באופן אמין ולא חרדתי עד כמה שאפשר. טכניקות מוכוונות אשם, לעומת זאת, אינן מתחשבות במצבו הנפשי של הנחקר, והן אפילו מנסות להביאו למצב חרדתי ומעורער. בהתאם לכך, אחד הרכיבים החשובים ביותר במודל פיס ובמודלים שצמחו ממנו, ואשר זוכים בשנים האחרונות להתעניינות ולכתיבה רבה, הוא השימוש בטקטיקות המסייעות לטיפוחה של סביבה אוהדת ואמפתית, ואף ליחסי ידידות ואמון בין החוקרת לחשוד.¹⁶⁷

בעשורים האחרונים החליטו מספר הולך וגדל של מדינות וארגונים לפתח שיטות חקירה המבוססות על מודל פיס.¹⁶⁸ בנאום שנשא בפני העצרת הכללית בשנת 2016 הדגיש המיוחד מטעם האו"ם לנושא העינויים הוא קרא למדינות ולבעלי עניין רלוונטיים אחרים לעשות התייעצות ציבורית רחבה כדי לקיים דיאלוג על פיתוח פרוטוקול אוניברסלי לראיונות (וחקירות) שיהיה מבוסס על עקרונות יסוד של דיני זכויות אדם, לרבות איסור עינויים, התעללות וכפייה.¹⁶⁹ הדווח

166 שם, בעמ' 147.

167 ראו למשל שם, וכן בה"ש 162 לעיל.

168 הולנד יצרה הדרכת חקירה לשוטרים וחקרים המתבססת על המודל פיס. נורווגיה יצרה תוכנית דומה שמטרתה להחליף מניפולציות פסיכולוגיות בחשאלים וגיבשה מודל חדש המבוסס על המודל האנגלי. גם ניו זילנד ואוסטרליה הטמיעו לפני כעשרים שנה את השיטה. ראו Miller, Redlich, & Kelly, לעיל ה"ש 145, בעמ' 937-938.

U.N. Secretary-General, *Note on Torture and Other Cruel, Inhuman or* 169

המיוחד הדגיש שמודל פיס ומודלים של ראיונות חקירתיים שנוצרו על בסיס יכולים לספק הדרכה חיובית לפרוטוקול במגוון רחב של הקשרים חקירתיים, לרבות חקירות מודיעיניות וצבאיות.¹⁷⁰

3.2. יחסי הגומלין בין הלך הרוח הציבורי בישראל ושיטת החקירה

התופעה של הודאות שווא זוכה זה כמה עשורים להתייחסות רחבה ומגוונת בשלל תחומי דעת.¹⁷¹ השאלה המנחה בדרך כלל את העוסקים בתחום היא מה מביא אדם חף מפשע להודות בעבירה שלא ביצע.¹⁷² לצד זו התפתחה כתיבה הבוחנת את הסוגיה מנקודת המבט של גופי החקירה. כאן נשאלה השאלה מה עשוי להניע חוקרות וחוקרים להפעיל לחץ עודף על נחקרים על מנת לחלץ מהם הודאות.¹⁷³ התשובה לשאלה זו מורכבת גם היא משלל מאפיינים חברתיים, פסיכולוגיים וקוגניטיביים המשפיעים זה על זה.

Degrading Treatment or Punishment, U.N. Doc.A/71/298, p.7 (Aug. 5, 2016) (להלן: דוח הדיווח המיוחד).

170 שם, בעמ' 13.

171 להרחבה על הכתיבה הקיימת עד שנת 2017 בנושא ראו Richard A. Leo, *The Criminology of Wrongful Conviction: A Decade Later*, 33 JOURNAL OF CONTEMPORARY CRIMINAL JUSTICE 82 (2017)

172 באופן כללי ניתן לחלק את הגורמים העיקריים המגבירים את הסיכוי להודאת שווא לשלושה: הנחקר עצמו, קרי מאפייניו האישיותיים, לרבות הרקע החברתי שממנו הגיע, וכן כושרו האינטלקטואלי, הגופני והמנטלי; תנאי החקירה, כגון משכה ומקומה; וכן הטכניקות והאמצעים שנעשה בהם שימוש במהלך החקירה (שפרלינג־סטרן ופטישי, לעיל ה"ש 142, בעמ' 1). באשר לקטגוריה הראשונה – יש להדגיש כי ישנה סכנה בקטגוריזציה הקיימת לא פעם בספרות המחקר ליצור טיפולוגיה של אנשים המועדים להודאת שווא. יצירתן של קבוצות כאלה יוצרת רושם מוטעה כאילו אנשים "רגילים" לא יודו לשווא.

173 יהושע־סטרן, לעיל ה"ש 97, בעמ' 68.

בשנות ה־60 של המאה ה־20 פיתח הרברט פקר שני מודלים לתיאור תפיסות מתחרות העומדות בבסיסן של מערכות פליליות:¹⁷⁴ מודל הפיקוח על הפשיעה (crime control) ומודל ההליך ההוגן (due process). מודל ההליך ההוגן מתמקד במערכת משפט אשר שמה דגש על זכויות חוקתיות של חשודים ונאשמים גם אם הדבר גובה זמן נוסף מפענוח הפשעים.¹⁷⁵ מנגד, במודל הפיקוח על הפשיעה מטרתן של רשויות האכיפה היא שמירתו של הסדר הציבורי ואכיפתו של הדין הפלילי.¹⁷⁶

הבדל חשוב נוסף בין המודלים הוא הנחות האשמה והחפות.¹⁷⁷ בליבו של מודל הפיקוח ניצבת הנחת המוצא שרשויות האכיפה הן מיומנות ויעילות באיתורם של עבריינים ושהן אינן מונעות מאינטרסים זרים אלא פועלות בהגינות ובניטרליות, ולכן במרבית המקרים אנשים חפים מפשע אינם מוצאים עצמם חשודים ועצורים.¹⁷⁸ אם הוחלט לעצור מאן דהוא או להגיש נגדו כתב אישום, מתבקש לשער שישנן ראיות מבוססות לכך שבוצעה עבירה, ומכאן שהחזקה צריכה להיות של אשמה. לא של חפות. באופן זה הנחת יושרן של הרשויות מחליפה את הנחת החפות של החשוד וסוללת את חזקת האשם.¹⁷⁹ לדעתנו מתבקש להטיל ספק בהנחת המוצא בדבר תקינות פעולתן של רשויות האכיפה, גם אם אין מפקפקים ביושרן. השפעתם של סטראוטיפים ודעות קדומות, שלכמה מהם יש גיבוי סטטיסטי, עלולה להביא לחשדנות יתר כלפי קבוצות מסוימות, בעיקר מיעוטים זרים, וכתוצאה מכך גם לאכיפת יתר כלפיהן. עוד נרחיב על כך בהמשך.

174 לעיתים בצוותא, אך ברוב המקרים ניתן להבחין בהעדפתו של מודל אחד על פני האחר. Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 1 (1964)

175 קיטאי, לעיל ה"ש 143, בעמ' 421.

176 ש.ס.

177 יהושע־שטרן, לעיל ה"ש 97, בעמ' 73.

178 קיטאי, לעיל ה"ש 143, בעמ' 422-423.

179 ש.ס.

בדמוקרטיות מתקיימים שני המודלים לרוב במתח זה לצד זה, בד בבד עם ניסיון לאזן בין הערכים המתחרים הטמונים בהם. עם זה, לא פעם ידו של אחד המודלים גוברת בשל מאפיינים חברתיים והיסטוריים. ממחקר שערכו אפרת שהם ושירלי יהושע־שטרן עולה שבקרב חלקים נרחבים בציבור הישראלי, וכן בקרב השוטרים בישראל, מודל הפיקוח נהנה מתמיכה רחבה יותר. לדבריהן, הרטוריקה הציבורית הכללית שמה דגש על "לחימה בעבריינות ופשע", אשר משפיעה על תפיסת ההליך הפלילי ומגבירה את ההתמקדות בהרשעתם של עבריינים.¹⁸⁰ לכך יש להוסיף מתחים מבניים בחברה הישראלית ותחושת איום ביטחוני אשר בגינם הציבור הישראלי מגלה סובלנות לשימוש בכוח בעת פעולות שיטור. הגבלת המשטרה עשויה להיתפס בעיני הציבור, וגם בעיני השוטרים, כאבן ריחיים מיותרת הפוגעת בעילות של המאבק בפשיעה. מצב זה תורם לשימוש באמצעים חדשים, שיכולים להיות אפילו אלימים, להשגת מטרותיה של המשטרה.¹⁸¹ מאפיין חברתי נוסף שעשוי להשפיע על התנהגות החוקרים הוא לחץ ציבורי לפענוח פשעים במהירות. לחץ זה מתרגם את עצמו ללחץ על הנחקרים ולניסיון להביאם להודאה במקום להשקיע זמן נוסף בחיפוש אחר ראיות נוספות, חיצוניות לנאשם.¹⁸² שילוב זה תורם להיווצרותה של תרבות מקצועית וארגונית אשר מתייחסת ללחימה בפשע כמעט כחזות הכול, ומכאן קצרה הדרך למתן לגיטימציה לשימוש באמצעים פסולים.¹⁸³

במישור הארגוני יש חשיבות לתרבות אשר מתפתחת ומעצבת נורמות וכללי התנהגות המשפיעים על פיתוח תכונות אישיות מסוימות בקרב השוטרים.¹⁸⁴ הלחץ הפנים־ארגוני מתווסף ללחץ הציבורי לפתור פשעים באופן שעלול לדרבן ל"קיצורי דרך" ולהידרשות לאמצעים פסולים או בתחום ה"אפור" מבחינת

180 אפרת שהם ושירלי יהושע־שטרן "עמדות כלפי מגבלות השימוש בכוח בקרב שוטרי משמר הגבול במסגרת פעילויות של שיטור" קרימינולוגיה ישראלית 67 (2013). ראו אצל יהושע־שטרן, לעיל ה"ש 97, בעמ' 87.

181 שם, בעמ' 75.

182 שם, בעמ' 78-79.

183 שם, בעמ' 87.

184 שם, בעמ' 77-78.

חוקיותם הן במהלך החקירה והן בבית המשפט. החשיפה המתמשכת לפשיעה יוצרת תרבות של סולידריות פנימית לצד עוינות וחשדנות כלפי הסביבה החיצונית למשטרה.¹⁸⁵ מצב זה, בשילוב עם נטייה טבעית הקיימת בארגונים ל"התקרנפות", קרי נטייה לחשיבה קבוצתית המתאפיינת בהפעלת לחץ על חברי הקבוצה להתאים את עמדותיהם לעמדת הרוב, עלולה לנפק הצדקות להחלטות הקבוצה שמוסריותן או נכונותן העובדתית מוטלות בספק.¹⁸⁶

מישור חשוב אחר הוא המישור הפסיכולוגי. בתוך קונפליקטים תמידיים שהשוטרות והשוטרים נאלצים להתמודד איתם הולכות ומתגבשות קבוצות הנתפסות כ"בעייתיות", והשימוש באמצעים פסולים כלפיהן נראה לגיטימי יותר. תפיסה זו משפיעה כבר על שלב המגע הראשוני של שוטר-אזרחי: מה נדרש כדי לעורר חשד הנתפס כסביר? מה מצדיק מעצר במצב דברים זה? התפיסה המתוארת כאן מחלחלת גם לחדר החקירות, שכן נחקרים הנתפסים כ"שונים" – בשל הבדל גופני, אתני, לאומי, מעמדי או אחר – מקבלים יחס אחר מזה המוענק לנחקר "משלנו".¹⁸⁷ דברים אלה נכונים במיוחד במקרה של עבירות ביטחון משום שהזמן דוחק או שיש לחץ ציבורי. כל אלה מועדים להעדפה של הפעלת לחץ על הנחקר חלף איסוף ראיות נרחב יותר.¹⁸⁸

185 שם, בעמ' 78.

186 שם, בעמ' 85. חשובה לענייננו הבחנתה של סוזן בנדס (Bendes) בדבר הנטייה הקיימת בחוך המשטרה האמריקאית להביע נאמנות לרעיון או לתאוריה מסוימים שהתפתחו ביחס לחקירה – מי אשם, מדוע וכיצד. בחינה של תאוריה חלופית לעמדה שהתקבעה עשויה להראות כביטוי לאי-נאמנות, קרי פגיעה בסולידריות הקבוצתית והארגונית. חוקר אחר, גלן לורי (Loury), הראה שנטייה זו רלוונטית במיוחד לסוגיות של גזע – המשטרה חיטה להימנע מבחינה של תאוריות הסותרות את הנחות המוצא הקשורות בגזע בשל ההנחה המוקדמת שהן נכונות, ועל כן בחינת חלופה נראית "בזבוז זמן". לשני חוקרים אלה מתייחס אנדרו טסליץ: Andrew E. Taslitz, *Wrongly Accused: Is Race a Factor in Convicting the Innocent?*, 4 OHIO ST. J. CRIM. L. 121, 128 (2006)

187 יהושע-שטרן, לעיל ה"ש 97, בעמ' 81.

188 Andrew E. Taslitz, *Police Are People Too: Cognitive Obstacles to, and Opportunities for, Police Getting the Individualized Suspicion Judgment Right*, 8 OHIO ST. J. CRIM. L. 30 (2010)

נטיות אלה של תוקפנות כלפי ה"אחר" אינן מייחדות חוקרות ושוטרים, אך מתוקף האי־שוויון המובנה בתוך חדר החקירות הן מסוכנות הרבה יותר,¹⁸⁹ על אחת כמה וכמה כאשר מופעל לחץ לפענח את התיק. עמדה שלילית, גם אם בלתי מכוונת או מודעת, כלפי קבוצה מסוימת עשויה להגביר את הנטייה הטבעית ל"ראיית מנהרה" – הטיה המובילה כל אדם לראות נתונים ההולמים את הנחת המוצא שלו מתוך התעלמות לא־מודעת מנתונים שאינם עולים בקנה אחד עם אותה הנחה.¹⁹⁰ בעוד הטיה זו טבעית בכל הליך של הסקת מסקנות, היא מסוכנת ביותר בחקירה משטרתית, שכן היא עשויה לעודד מתן משקל יתר לראיות המתייטבות עם הנחת האשם ומשקל חסר לראיות התומכות בגרסתו של הנחקר.¹⁹¹ היא עלולה גם להוביל לזיהום החקירה על ידי העברת מידע – גם שלא במודע – לנחקר. בעוד החוקרות אינן חסונות מפני הטיות קוגניטיביות אף לא באחת משיטות החקירה, נראה שטבעה של חקירה מכוונת אשם מחזקת את ההטיות הללו, שכן היא מאפשרת לחוקרת, ומעודדת אותה הלכה למעשה, להתעלם מכל גרסה של הנחקר המערערת את הנחתה הראשונית. בכך היא יוצרת קיבוען מחשבתי וביטחון יתר כוזב, אשר רק מגביר את הלחץ על הנחקר.¹⁹² הנחקר – בפרט נחקר לא־מיומן – צפוי להגיב באופן חרדתי, ותגובה כזאת עלולה לסבכו עוד יותר.¹⁹³

189 שירלי יהושע־שטרן מצביעה על מה שמכונה בספרות הפסיכולוגית "דיסוננס קוגניטיבי". דיסוננס זה מתרחש כאשר נוצרים פערים בין תפיסתו של אדם את עצמו לבין הפעולות שהוא עושה. הפערים יוצרים אשמה שעשויה לבוא לידי ביטוי דווקא בהתחזקות של חוקפנות. יהושע־שטרן, לעיל ה"ש 97, בעמ' 82-83.

190 שם, בעמ' 79-80.

191 שם, בעמ' 79.

192 שפרלינג־שטרן ופטישי, לעיל ה"ש 142, בעמ' 6-7.

193 ראו Saul M. Kassin, *Police-induced Confessions: Risk Factors and Recommendations*, LAW HUM. BEHAV. 3, 6 (2010)

3.3 שיטת החקירה בישראל

משטרת ישראל אינה מגדירה רשמית את שיטת החקירה שלה כ"שיטת ריד", אך, כאמור, מכון ריד כן מזכיר את ישראל כאחת המדינות המשתמשות בטכניקת החקירה שלו, ומהפסיקה הישראלית שבות ועולות לדיון טקטיקות שמאפיינות שיטת חקירה מוכוונת אשם.¹⁹⁴ מקריאת פסקי הדין והכתיבה של סגורים מייצגים מתקבל הרושם שהחקירות בישראל מתנהלות מתוך הנחת אשם ולא חפות, וכאשר הנחקר ממאן להודות, הלחץ גובר.¹⁹⁵ אין לחדד שבשנים האחרונות נראה שחלה התמתנות בשימוש באלימות קשה בחקירות – לכל הפחות בחקירה הפלילית – אלא שבמקומה גובר השימוש באלימות אחרת, מרוככת יותר. ואולם בגלל המגמה של ריכוך האמצעים ממשיכה לשרות האינטואיציה, גם בציבור וגם במערכות האכיפה, שאדם חף מפשע לא יודה אם מפעילים עליו אמצעים כאלה, שנתפסים כמתונים. אלימות "מתונה" כזו כרוכה, למשל, בתנחות ישיבה או עמידה לא־נוחות, וכן באמצעים אחרים כגון איומים ישירים או עקיפים באלימות (מפי חוקר או באמצעות מדובב), במעצר של קרובי משפחה או בחקירות ממושכות ומתישות שבכללן מניעת שינה. נעשה גם שימוש בפיתוי ובהשאה שעיקרם "מידע" או הבטחה, מרומזת או ישירה, בדבר היתרונות הכרוכים בהודאה, בעיקר תוצאה עונשית צפויה קלה בהרבה. אמצעי נוסף שנוקט הוא עיכוב הפגישה עם עורך דין או יצירת ספקנות וחשדנות כלפי עורך הדין. על ידי זה מוחמרים האפקטים הנפשיים הנגרמים מכך שאדם נמצא מבודד בתנאי מעצר.

194 במאמר שעסק בהרשעות שווא תיאר מאיר גלבוץ (חוקר משטרה לשעבר) כמה משיטות החקירה המקובלות במשטרה, ובהן שימוש בתרגילי חקירה והצגתן של ראיות כוזבות, הקטנה של חומרת העבירה וחתימה תחת ביטחוננו של הנחקר וגרסתו. ראו מאיר גלבוץ "האם נופל כתרה של 'מלכה הראיות'? תסמונת 'אנשי השוליים' המודים הודיות שווא – כקורבנות מערכת אכיפת החוק" בתוך קורבנות: אכיפת החוק, מין וחברה 35 (ישראל קים, יעקב בר־זהר ולוי עדן עורכים, 2008).

195 חגיית לרנאו "הודאות שווא הרשעות שווא" עלי משפט יא 351, 384 (חשע"ד).

דוגמאות מהשנים האחרונות להפעלתה של אלימות "קלה" או איום באלימות שבות ועולות בעדויות בבית המשפט. כך לדוגמה היה בעניינו של ליאור מירז,¹⁹⁶ חוקר מע"מ מבוגר, עובד ציבור ותיק ללא עבר פלילי, שנחקר בגין חשד לקבלת שוחד. הוא הושם בתא מעצר יחד עם שני שוטרים סמויים שהתחזו לעצורים בניסיון לדובבו. מירז, אשר הוזרה בידי עורכת דינו שעשויים להיות מדובבים במהלך החקירה, בחר שלא לספר להם בגין מה הואשם. על מנת לגבור על בחירתו שלא לשתף את השוטרים הסמויים התבקשו הסוהרים לשתף פעולה עם תרגיל חקירה ושוחחו "בטעות" ליד התא על סיבת המעצר של מירז. כאשר "גילו" ה"עצורים", הלוא הם השוטרים הסמויים, בגין מה הואשם, האשימו את מירז בשקר וטענו כלפיו שהוא שוטר סמוי ואף השתמשו באיומים מובהקים באלימות. בשלב זה הוצא מירז מתא המעצר לתא מעצר סמוך, אלא שגם בו היו שני שוטרים סמויים. אחד מהם העמיד פני חולה שהטיפול בו משתהה.¹⁹⁷ בתא השני ננקטה כלפי מירז טקטיקה אחרת, אך כפי שציין השופט הנדל, אשר היה בדעת מיעוט – האיום לא הוסר, והחשש מפני פגיעה בו המשיך לרחף מעל החשוד. זמן קצר לאחר מכן הודה מירז בחשדות שיוחסו לו. בית המשפט העליון קבע בדעת רוב שההודאה נמסרה באופן חופשי ומרצון.¹⁹⁸

בחקירה על הרצח בכפר דומא פירט אחד הנחקרים נגיעות של החוקרים בגופו באופן שעורר אצלו "רתיעה".

196 ערער מירז, לעיל ה"ש 76.

197 לא ברור אם מטרתה של ההתחזות הייתה לרמוז למירז שאם ייקלע למצוקה פיזית, הוא לא יטופל. בית המשפט ביקש מהפרקליטות להבהיר מה הייתה מטרתו של השוטר הסמוי בתפקיד זה, והפרקליטות טענה שהדבר חוסה תחת חיסיון.

198 שלוש שנים לאחר הרשעתו של מירז הוא זוכה במשפט חוזר (ת"פ (מחוזיים) 34088-10-11 מדינת ישראל נ"י מירז (פורסם בנבו, 16.12.2020)). המשפט החוזר נקבע לאחר שבהליך שהתנהל נגד מעורבים אחרים בפרשה העיד מירז, ושם הוא המשיך לדבוק בעמדתו שהודאתו נגבתה ממנו באיומים. על מנת להזים את טענותיו נדרשה המדינה להזמין את המדובבים לעדות, אך משסירבה קבע בית המשפט שיש לזכות את הנאשמים מן העבירות שיוחסו להם. לנוכח הסתירה שבין ההליכים שהתנהלו נגד יתר המעורבים, מחד גיסא, ונגד מירז, מאידך גיסא, קבע בית המשפט העליון שיתקיים משפט חוזר, ובמסגרתו, כאמור, זוכה מירז.

כל החקירות מלווים בין השאר בנגיעות אם זה שצריך לסדר אותי הוא מוריד לי את הרגל. אם זה סתם נגיעה, שם עלי יד או נשען עלי או כל מיני דברים שהפריעו לי במיוחד לאור הדיבור והנושאים שעליהם הם דיברו זה הוסיף לזה. לדוגמה: רוני למשל אמר שלא היה מפריע לו לחוות חוויה מינית עם גבר וכאילו שם עלי את היד. מבחינתי זה היה דבר שהפריע לי.¹⁹⁹

במקרה אחר טען הנאשם כי האלימות כלפיו כללה "משיכות ידיים וגרירות".

אחד השוטרים גרר אותי לחדר אחר וגם אז עם צעקות ושאלות. מה קרה. זה כבר לא היה שאלות אלא הם פשוט אמרו לי שאני רצחתי את הבחור הזה ובגלל זה הוא נהרג [...] אני לא זוכר מי אבל הם משכו אותי מהידיים. אני לא זוכר בכמה חדרים הייתי אך אני יודע שלאורך כל הזמן הם גררו אותי מחדר לחדר, מחוקר לחוקר והכל היה במשיכות ידיים ובגרירות. [...] תפסו אותי בידיים וגררו אותי בכוח, תפסו אותי בכתף, בגב, משכו אותי, גררו אותי. בשבילי זו הייתה השפלה וטראומה.²⁰⁰

בהקשר זה יש לציין כי טענות לאיזוק ידיים ורגליים לכיסא החקירה בלי שנשקף בהכרח איום מהנחקר שבות ועולות מפסקי הדין בתיאורים של נאשמים.²⁰¹

199 תפ"ח (מרכז) 16-01-932 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 19/06/2018), פס' 473 לפסק הדין (להלן: עניין פלוני).

200 בית המשפט התייחס בביטול לאלימות מסוג זו באומרו כי "לא כל שימוש בכוח ייחשב לאלימות", וכי ממילא, לפי הלכת מועדי, גם אם הופעלה אלימות יש לבחון האם היה בה כדי לשלול את רצונו החופשי של הנחקר. לפי בתי המשפט, "אליבא דגרסתו של הנאשם עצמו משיכות הידיים והגרירות אירעו רק באותן פעמים בהן העבירוהו מחדר חקירה אחד למשנהו, ולא במהלך החקירה גופה. בנסיבות אלו מסתברת יותר האפשרות לפיה השימוש בכוח – בהנחה שהיה כזה, ואין אנו קובעים זאת כלל ועיקר – היה פונקציונלי, כגון שנועד להסב את תשומת לבו של הנאשם או לזרזו, זאת להבדיל מהפעלת אלימות לשמה, לשם חילוץ הגרסה" (ת"פ (מחוזי ירושלים) 1238/00 מדינת ישראל נ' עטיה (פורסם בנבו 1.9.2003), פס' 40 לפסק הדין).

201 ראו למשל ת"פ (שלום נתניה) 98-1535 מדינת ישראל נ' אסולין (פורסם בנבו, 1.1.2004); תפ"ח (מחוזי ת"א) 02-1147 מדינת ישראל נ' אל-סייד (פורסם בנבו

בפסקי דין אחרים, בייחוד של נחקרים פלסטינים, חוזרות טענות של נאשמים שבמהלך החקירה איימו החוקרים על משפחתם. בעניין נמרי טען הנאשם כי אומנם לא הופעלה נגדו אלימות אך כן הופעלו עליו לחצים נפשיים – לדבריו, חוקריו איימו עליו שביתו ייהרס ושהוריו ייעצרו.²⁰² טענות דומות הועלו גם בעניין שינאוי. לפי פסק הדין, "הנאשם סיפר [...] על מסכת איומים ולחצים שהופעלו כנגדו בחקירות [...] אשר כללו איומים בהריסת ביתו. הוא הוסיף כי איימו גם לעצור את בני משפחתו [...]": "אם לא תודה, אנחנו נהרוס את הבית שלכם, ונעצור את כל המשפחה שלך [...] אמרו לי שאתה תודה או שאנחנו נהרוס את הבית שלך. בגלל כל הלחץ והאיומים אני העדפתי שאני אהיה הקורבן ולא המשפחה שלי".²⁰³ בעניין אבו עזא ראתיב נעצרו בני המשפחה למשך 24 שעות כמנגנון להפעלת לחץ. אימו, אביו ואחותו של הנאשם נעצרו בלי שננקטו הליכים משפטיים נגד איש מהם, ובית המשפט הסכים כי "מטרתם היחידה [של המעצרים] הייתה הפעלת לחץ על הנאשם כדי שיוודה במיוחס לו".²⁰⁴ ואולם בכל המקרים הללו מצא בית המשפט שיש להרשיע את הנאשמים ולקבל את הודאותיהם כקבילות.

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

22.9.2005; תפ"ח (ח"א) 1110-04 מדינת ישראל נ' בן איילין ארקא (פורסם בנבו, 30.3.2006); ע"פ (איו"ש) 4416-07 בטאט נ' התביעה הצבאית (פורסם בנבו, 11.6.2008); תפ"ח (מחוזי ב"ש) 48112-12-17 מדינת ישראל נ' אבו גודה (פורסם בנבו, 5.3.2019); תפ"ח (מחוזי ב"ש) 3767-03-15 מדינת ישראל נ' פרץ (פורסם בנבו, 10.5.2020); ת"פ (שלום רחובות) 12876-06-18 פרקליטות מחוז מרכז – פילי נ' פלוני (פורסם בנבו, 8.11.2020).

202 תפ"ח (מחוזי ב"ש) 67631-12-15 מדינת ישראל נ' נמרי (פורסם בנבו, 17.12.2017).

203 תפ"ח (מחוזי נצרת) 66356-06-18 מדינת ישראל נ' שינאוי (פורסם בנבו, 15.11.2021).

204 ת"פ (הל אביב-יפו) 40033-07 מדינת ישראל נ' אבו עזא ראתיב (פורסם בנבו, 19.6.2008), בעמ' 13.

והם אומרים: 'לא, יש לך, יש לך דברים', ואתה רוצה לסיים עם זה כבר. [...] אם היו נותנים לי יותר לחץ ויותר זמן הייתי מודה ביותר אשמות. יש כוח מסויים, יש רף מסויים שהבן אדם יכול לסבול".²⁰⁵

טקטיקה אחרת אשר חוזרת על עצמה, כאמור, היא עיכוב הפגישה עם עורך דין או יצירת ספקנות וחשדנות כלפי עורך הדין. בהחלטה שניתנה לאחרונה קיבל בית המשפט המחוזי את טענות הנאשם וקבע שהחוקרת יעצה לו שלא לדבר עם עורך דינו, שאיתו ביקש לשוחח פעמים מספר, בטענה שאותו עורך דין עוסק בתחום האזרחי ואילו הוא מואשם בעבירה פלילית. כאשר הנאשם עמד על בקשתו ולא ויתר, החלה החוקרת לחקור אותו תוך הפרה ברורה של זכות ההיוועצות.²⁰⁶ חשוב לומר כי בעניין זה, ובפרט מאז פרשת אבו עזא, בית המשפט העביר מסר ברור לגורמי החקירה ש"ייעוץ משפטי" שמכוון למנוע התייעצות עם עורך דין עולה כדי תחבולה אסורה.²⁰⁷ גם טקטיקות אחרות כגון "תשאול נעלם" או "מונולוג סוגסטיבי"²⁰⁸ הוגדרו שיטות חקירה שיש להימנע מהן. אך שעדיין לא

- 205 תפ"ח (באר שבע) 1062-08 מדינת ישראל נ' פריח (פורסם בנבו, 13.11.2011), פס' 26 לפסק הדין. ראו גם ע"פ 14-1784 עאשור נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.9.2015).
בשני המקרים קיבל בית המשפט את ההודאות כקבילות. בעניין עאשור קבעה השופטת ברק-ארז כי "אף אם העייפות הקשתה על אבו עסב, עולה בבירור כי רוחו לא נשברה כתוצאה מהיעדר השינה וכי הוא פעל בהתאם להבנתו את המצב הראייתי בעניינו". שם, פס' 61.
- 206 ת"פ (הל אביב יפו) 664-06-17 מדינת ישראל נ' מור (פורסם בנבו, 29.6.2022).
- 207 תפ"ח (ב"ש) 48082-12-17 מדינת ישראל נ' אבו ג'ידה (פורסם בנבו, 10.8.2021).
- 208 תשאול נעלם הוא תשאול אשר נעשה מחוץ לחדר החקירה באופן שאינו מאפשר לעמוד על הנאמר במסגרתו. לשיטה זו התייחס השופט פינקלשטיין:

הוכחה לפנינו, למרבית הצער, שיטת חקירה הכוללת חקירתם של חשודים בביצוע עבירות חמורות, באופן שאינו מתועד חזותית כלל, שלא כדין. דרך חקירה כזו פוגעת באופן מהותי ביכולתו של בית המשפט לדעת כיצד התנהלו באמת חלקים מהותיים של החקירה, וזאת בניגוד לכוונתו הברורה של המחוקק. [...] מאחר שמדובר בחקירות הנעלמות מעינינו, אין אנו יכולים לדעת מה היה אורכן, והאם הופעלו בהן לחצים, איומים, או אמצעי פיתוי והשאה אסורים. החשש הוא שאם נקטו החוקרים אמצעי חקירה פסולים על פניהם, נעשה הדבר בחלק הסמוי מן העין, ולא בחלק הגלוי של החקירה. חשיפתו של התשאול הנעלם מערערת את ההנחה בדבר תקינותה של החקירה כולה [...] יתר על כן, חשיפתו של תשאול נעלם עלולה להביא לכך שבית המשפט לא יוכל לשלול, ולו מפני הספק, את טענת הנחקר בדבר אמצעים

ברור עד כמה הפנימו רשויות החקירה, נכון להיום, את המסר, מדובר בצעד חיוני וחשוב מצידו של בית המשפט. אך מעבר לכך, ברי כי גוף חוקר הנוקט שיטה כזו של אמצעי לחץ "רכים" מזמין שיתייחסו בחשדנות רבה לאמינותו ולגרסתו על אופן ניהול החקירה. ההנחה הניתנת לסתירה היא שגרסתו בפני בית המשפט אינה אמינה.

ועדת גולדברג המליצה לחייב את נוכחותו של עורך דין כ"משקיף" בזמן החקירה, כאשר החקירה אינה מתועדת בווידיאו.²⁰⁹ לפיכך הוצע לתקן את חוק סדר הדין

בלתי חוקיים שננקטו נגדו באותו פרק זמן של חקירה, כפי שנעשה במקרה זה, ולכך יש משמעות רבה.

ראו דבריו בתפ"ח (מרכז) 10101-11-09 מדינת ישראל נ' ע' ש' (פורסם בנבו, 29.11.2015), פס' 530. על דברים אלה חזר לאחר מכן גם השופט גרוסקופף בע"פ 2947-19 מדינת ישראל נ' לטוין (פורסם בנבו, 3.12.2020), בעמ' 20. מונולוג סוגסטיבי הוא ביטוי למעין מונולוג מתמשך שחוקר נוקט על מנת לגרום לעד למסור הודאה. את השיטה הסביר השופט דנציגר כך:

[שיטת המונולוג הסוגסטיבי] היא שיטת חקירה פסיכולוגית אשר במסגרתה ננקט מהלך שכנוע חוזר ונשנה משך פרק זמן ממושך, ללא הפסקה, על מנת להשפיע על כוח התנגדותו של הנחקר. תכליתה של שיטה זו היא "לשבור" את כוח התנגדותו של הנחקר על מנת להניעו למסירת הודאה מבלי שיוכל לעשות שימוש רצוני ומושכל בזכות השתיקה העומדת לו. משכך, לטעמי, שיטת חקירה זו פסולה מיסודה שכן היא סותרת עקרון יסוד במשפט הפלילי – הזכות מפני הפללה עצמית – באמצעות שחיקה או אף ביטול רצונו החופשי של הנחקר.

ראו ע"פ 10049/08 אבו עצא נ' מדינת ישראל, פס' 90 לפסק דינו של השופט דנציגר.

209 ובלשון הוועדה:

חקירת חשוד, על כל חלקיה עד לגביית האמרה, היא השלב המכריע בהליך הפלילי, מבחינת היווצרותה של הודיית השוא. כיום נערכת החקירה כאשר רק החוקרים והנחקר נוכחים בה, וכבר עמדנו על כך כי הן לנאשם והן לחוקר שסרח יש עניין בהעלמת אמת לגבי טיבה של החקירה. לנאשם יש מניע חזק לשקר כדי לנקות עצמו מן האשמה המיוחסת, ואילו לחוקר שנקט באמצעים פסולים סיבה טובה להתכחש למעשיו. לדעת הוועדה יש לפתוח את דלתותיהם של חדרי החקירה לעורכי-דין כבר מן השלב הראשון של החקירה (ובכלל זה שלב התשאול), לאחר שהובא לתחנת משטרה, כשהחקירה אינה מתועדת בהסרטה וידאו.

ראו דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 1, פס' 46. הוועדה הדגישה שנוכחותו של עורך דין תהא זכותו של העצור אך "אין לחייב את המשטרה שלא לחקור אלא בנוכחות עורך דין".

הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ד-1984. ואולם ההצעות השונות שהונחו על שולחן הכנסת בעניין זה לא התקבלו על ידי המחוקק, וכיום אין כלל המתיר את נוכחותו של עורך דין בעת חקירתו של חשוד.²¹⁰ החשש העיקרי שהובע הוא שנוכחותו של עורך דין עשויה להפריע למהלך החקירה ולהקשות על המשטרה לנהל חקירה רציפה ויעילה. אלא שנראה שנוכחות של עורך דין עלולה להיות בעייתית גם מסיבות נוספות. ראשית, יש לתת את הדעת לכך שברבים מהדיונים בנושא, וכן בהצעות החוק, מועלית נוכחותו של עורך דין בחדר החקירות כתחליף לתיעוד חזותי. הנחת מוצא זו יש בכוחה לפגוע בטווח הארוך בחשודים, שכן קשה לתאר נוכחות קבועה של עורך דין במהלך החקירה כולה, שיכולה להימשך ימים רבים ואף שבועות. שנית, היות שנוכחות של עורך דין בחדר החקירות כרוכה בהוצאות גדולות, שכלל הנראה לא יימצא להן מימון ציבורי, תהיה זכות אשר נאשמים רבים יתקשו לממשה בשל מחסור באמצעים. הדבר צפוי להביא לאי-שוויון עמוק בין החשודים ולפגיעה בזכותם להליך הוגן.

לפי הוועדה גם ייקבעו חריגים שבהתקייםם יוכל קצין משטרה בדרגת רב פקד ומעלה למנוע את זימון עורך הדין לחקירה מטעמים של ביטחון המדינה או מניעת סכנה לשלמו של אדם. שם, בפס' 47.

210 בעקבות ועדת גולדברג הונחו כמה הצעות חוק על שולחנה של הכנסת אשר ביקשו לתקן את חוק סדר הדין הפלילי באופן שיתיר לעורך דין להימצא בחקירה מראשיתה, אך כולן נדחו (ראו למשל פ/155/17; פ/3274/18; פ/1299/19). בשנת 2012 המליצה הוועדה המייעצת בראשות השופטת מרים נאור לשר המשפטים יעקב נאמן שלא לאפשר את נוכחותו של עורך דין במהלך החקירה. שנים אחדות לאחר מכן ביקשה שרת המשפטים איילת שקד מגורמי משרדה לבחון את הנושא בשנית, אלא שאותה ועדה, הפעם בראשותה של השופטת ארבל, ייעצה בשנית שלא לאפשר את נוכחותו של עורך דין. עם זאת, לפי חוק סדר הדין הפלילי (מעצרים), הקצין הממונה הקובע כי יש לעצור את החשוד נדרש ליידיע את החשוד על זכותו להיוועץ בעורך דין. כמו כן, חוק הסנגוריה הציבורית מורה שעל הממונה על התחנה או על החקירה להודיע בהקדם האפשרי לעצור או לחשוד כי באפשרותו לבקש שימונה לו סנגור ציבורי. אומנם אין בכך כדי לאזן את האי-שוויון אשר בין החוקר לחשוד בחדר החקירה, אך נוכחותו של עורך דין בתחנה ופגישתו עם החשוד – אם החוקרים פועלים בהתאם להוראות אלה – יכולות לסייע בהגנה על זכויותיו של החשוד ולזהות בשלב מוקדם לחצים ופיתויים המופנים אליו. להרחבה על חשיבותה של זכות ההיוועצות מייד לאחר מעצרו של חשוד ראו טיעון הסנגוריה הציבורית כ"ידיד בית המשפט" בעניין יששכרוב, לעיל ה"ש 25. ראו גם קרמניצר, לעיל ה"ש 141; אורי שטרזמן "הגנת החשוד מפני הודאות שווא", המשפט א 217, 221 (1993).

3.4. הצעות לגופי החקירה

כאמור בדוח ועדת גולדברג, אין די בתיקונו של סעיף 12 על מנת לשפר את ההליך הפלילי, שכן "שורש הבעיה נעוץ בעיקרו בחקירה המשטרית, ועיקר המאמץ חייב להיות, על כן, מופנה לאמינות תוצאותיהם של הליכי החקירה"²¹¹. המלצותיה החשובות של הוועדה כללו גם גיבושה של תורת חקירה והקנייתה השיטתית לחוקרים, הקפדה על מיון השוטרים שיעסקו במקצוע החקירה מבחינת אישיותם, קביעת תנאים מוקדמים להצבתו של איש משטרה בתפקיד חוקר והקמת בית ספר ייעודי לתשואול, שבו ירכשו חוקרי המשטרה – המיועדים והקיימים – את הידע הרב שפותח כדי להבטיח חקירה מקצועית ואובייקטיבית.²¹²

מחקרים אמפיריים מלמדים, כאמור, כי האמצעים המופעלים בשיטות חקירה מוכונות אשם מגבירים את הסיכוי לגבייתה של הודאת שווא. על כן אפשרות אחת היא לשנות את תפיסת החקירה ולקרבה לשיטת החקירה הנוהגת באנגליה, שהיא מוכונות מידע ומתאפיינת בחיפוש ראיות החיצוניות לנאשם חלף התמקדות בנחקר עצמו. אפשרות אחרת, שהיא לא בהכרח חלופית אך ייתכן שהיא קלה יותר יחסית לביצוע, היא הפניית זרקור לסוגיות ספציפיות ומתן מענה ראוי לבעיות הטמונות בהן. נתייחס לשתי האפשרויות האלה.

(א) שיטת החקירה האנגלית והטמעתה בדומה למדינות אחרות

בחקירה המקובלת כיום, כאשר נמצאה זירת פשע וישנו חשוד, כפי שהסביר קצין המשטרה לשעבר מאיר כרמון, "החקירה תלויה ביכולת התשואול של החוקר

211 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 1, בפס' 62.

212 שם, בפס' 63. בין היתר מציינת הוועדה את ההשפעה הפסיכולוגית של שיטות החקירה על הנחקר ועל החוקר, מצבים המשפיעים על מתן הודאה, אמצעים להגברת המוטיבציה מצידו של הנחקר, השפעתן של הנחות מוקדמות על הנחקר ועל החוקר וכן על החקירה ותוצאותיה, גורמים המשפיעים על מתן הודאת שווא, המעצר כמצב לחץ והשפעתו על הנחקר והחקירה, ועוד. ראו שם.

ובלחצים שיופעלו על הנחקר על מנת להביאו לשתף פעולה".²¹³ דגש עיקרי זה שמושם על הנחקר מגביר את הסיכוי לגבייתתה של הודאת שווא. דוגמה נפוצה לשיטת חקירה שאינה מתמקדת בהודאה היא השיטה האנגלית, אשר הורחב בעניינה לעיל.

שיטת החקירה האנגלית, מלבד היתרונות האמורים בהיותה מוכוונת מידע, היא מודל מעניין גם משום השקיפות שלה. השיטה אינה מקבלת ביטוי רק בנהלים פנימיים, אלא היא מלווה בהוראות חוק מפורטות, המצויות, בין היתר, ב־Police and Criminal Evidence Act משנת 1984, ובייחוד בקודים הנלווים אליו.²¹⁴ קודים אלה חוקקו בהמשך לסעיף 66 לחוק הקובע שמשרד הפנים (The Home Secretary) יקבע הוראות לסמכויות המשטרה, ובכלל זה זכויותיהם של חשודים. הקודים מפרטים הוראות לנושאים כגון עיכובים וחיפושים, מעצרים ותשאולים, והם עוברים רענון תדיר על ידי הרשויות.²¹⁵ בצירוף הזמנה לציבור להעיר הערות. על הקודים להיות זמינים בכל תחנות המשטרה הן עבור השוטרים, הן עבור העצורים והן עבור הציבור. נושא התשאול של חשודים בעבירות פליליות מוסדר בקוד C (ישנו קוד נפרד המסדיר את התשאול בעבירות טרור, תחת קוד H).

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

214 ישנן הוראות חוק נוספות שעשויות להיות רלוונטיות. למשל Criminal Procedure and Investigations Act 1996, הקובעת הוראות מיוחדות לגילוי מסמכים מהמשטרה להביעה ולסנגוריה.

215 לפי סעיף 67(4) לחוק, אם משרד הפנים רוצה לשנות את אחד הקודים, ישנה חובת התייעצות עם הגורמים כדלקמן: אנשים שהמשרד סבור שהם מייצגים את דעותיה של המשטרה; המועצה המשותפת של לונדון; מועצת מפקדי המשטרה הארצית; המועצה הכללית של לשכת עורכי הדין; הארגון המשפטי של אנגליה וויילס; המכון למנהלים משפטיים; גורמים אחרים על פי שיקול דעתו של שר הפנים. כל התייעצות ותוצאותיה מפורסמת באתר האינטרנט של הקודים והחוק. לדוגמה לדוח התייעצות עבור הקודים C ו־H ראו *Police and Criminal Evidence Act 1984 ("PACE") Codes of Practice Consultation: Response to Home Office Consultation on PACE Codes C (Detention) and H (Detention - Terrorism)*

המלצתנו אינה לייבא את החקיקה האנגלית כמות שהיא, אבל לנוכח ההצלחה הרבה שהיא נוחלת ויישומה הממושך ראוי בהחלט לבחון את אפשרויות יישומה.²¹⁶

(ב) אישוש או הפרכה?

בשנים האחרונות הולכת ומתחזקת הקריאה להעמיד את השערות החקירה ואת הראיות השונות העולות ממנה במבחן הפרכה. כבר אמרו קציני משטרה לשעבר כי "חייבים לקבוע כללי חקירה המבוססים על המחויבות של החוקר לבחון כל ממצא וכל עדות על פי כללי ההפרכה [...] צריך להחליף את דרכי החשיבה של החוקרים הפליליים. [...] בעיקרון המתודולוגי המוצע, החוקר יבחן כל עדות וכל ראיה במבחן האימות וההפרכה. כל טענה שלא ניתנת להפרכה כמוה כדברי הבל, כמשהו לא רלוונטי, משהו שאין להתייחס אליו כלל".²¹⁷ פיתוחם של מבחני הפסיקה ל"דבר'מה חסר" משקף מגמה דומה של ניסיון הפרכה. ברם ישנה חשיבות רבה לאימוצה של מתודולוגיה זו לא רק על ידי הפרקליטות ובית המשפט,²¹⁸ אלא גם במסגרת החקירה עצמה.

גם לדברי יצחק אילן, אשר שימש, בין השאר, ראש אגף החקירות בשירות הביטחון הכללי, יכולת ההפרכה היא קריטית. אילן תיאר שלושה מבחנים מכריעים לכל השערה העולה בחקירה באשר לחשוד: האחד, יכולתו של הנחקר למסור פרטים מוכמנים שלא היו ידועים לגוף החוקר קודם לכן; השני, אם הנחקר מוסר אליבי אשר יש באפשרותו רק להפריך ולא לאמת. אם הוא לא אומת – אין הוא אליבי מספיק ויש להמשיך בניסיון ההפרכה; והשלישי, השערה אשר

216 ועדת גולדברג המליצה כי שר המשטרה יקבע "תקנות המשטרה (חוקרים)" כדי לקבוע כללים למוחר ולאסור בחקירה, בדומה להצעה שפורסמה באנגליה. עוד המליצה הוועדה שהתקנות יקבעו חובת פיקוח של מפקדים על הליך החקירה ושייקבעו סנקציות משמעותיות על הפרה של כללים שאינה עולה לכדי עבירה פלילית. ראו דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 1, בפס' 43. תקנות אלה לא הותקנו עד היום.

217 כרמון, לעיל ה"ש 213, בעמ' 148.

218 ראו המלצה משלימה לביית המשפט בפרק הבא, תחת הנושא "שינוי התוספת הראייתית".

מצליחה לקשור בין אירועים אשר קודם לא היה אפשר לקשור ביניהם, ומסבירה את הקשר ביניהם. למשל, אם הודאה כוללת מידע על ביצועם של שני פשעים בזמנים ובמקומות שונים שלפני ההודאה לא ניתן היה לקשור ביניהם, הדבר ייחשב מבחן מכריע להשערה שההודאה אמת.²¹⁹

כאשר מחפשים חיזוק להשערה, הוא כמעט בהכרח יימצא. היה זה הפילוסוף קארל פופר שאמר כי "קל להשיג אישושים או אימותים לכל תיאוריה כמעט – אם אנחנו מחפשים אישושים [...] מבחן אמיתי של התיאוריה הוא ניסיון לסתור אותה או להפריכה".²²⁰ פופר הבהיר כי רק ניסיון הפרכה הוא תקף לוגית וכי תמציתה של הרציונליות היא מודעות למועדות שלנו לטעות. מדען אחראי אינו מנסה להצדיק את השערותיו; וגם אם ההשערה עומדת בעינה, אין זה סימן לאמיתותה אלא רק שיהא זה רציונלי להמשיך להחזיק בה עד שתבוא טובה הימנה. במובן זה, על פי פופר, מדעיות תקפה רק אם היא יכולה לנסח את התנאים שבהם היא תכריז שהיא עצמה הופרכה. אילן אימץ את התזה של פופר כשהשווה את החקירה המשטרית להפרכתה של השערה מדעית והסביר כי חשיבה לוגית אינה יכולה לאמת השערות כי אם להפריכן בלבד. כל השערה, הסביר אילן, יש לנסות ולתקוף באמצעות מבחנים מכריעים. רק אם נכשלה החוקרת בניסיון לסתור את ההשערה באמצעות מבחנים אלה, ניתן לומר כי ההשערה אוששה, וגם אז – לא באופן מוחלט.²²¹

ברוח דומה הציע בועז סנג'רו כי לצד כל צוות חקירה אשר קו החקירה שלו מוביל אותו לחשוב כי החשוד אשם, יש למנות צוות מקביל שתפקידו לנסות ולהפריך

219 יצחק אילן "פילוסופיה של חקירה פלילית: חקר האמת", חלק א' משפט מפתח: כתב העת של פרקליטות המדינה 51, 59-60 (אוגוסט 2019). להשלמת התמונה ראו גם יצחק אילן "פילוסופיה של חקירה פלילית: חקר האמת", חלק ב' משפט מפתח: כתב העת של פרקליטות המדינה 8 (אפריל 2021).

220 קארל פופר "מדע: השערות והפרכות" ספר המקורות, פילוסופיה של המדע, 5 (1977) (מופיע אצל אילן "חקר האמת חלק א' ", לעיל ה"ש 219, בעמ' 57).

221 אילן, "חקר האמת חלק א' ", שם, בעמ' 59.

את ההשערה הזאת.²²² הבעיה בהצעה זו היא שאם התפקיד של הצוות הוא לצאת ידי חובת התנגדות בכל מקרה, יש סיכון שלא יקבל קשב אמיתי ורציני. לא בטוח גם שצוות משטרתי פנימי יוכל להימנע לחלוטין מהטיה מוסדית. לכן ראוי לשקול גם הצעות חלופיות: עידוד גישה ביקורתית וספקנית בתוך הצוות החוקר, צוות קבוע לבקרת איכות של חקירות כאלה, שיהיו בו גם גורמים מקצועיים חיצוניים (מחוץ למשטרה), או הטלת התפקיד של "פרקליט השטן" על פרקליט מלווה. בכל מקרה, יש חשיבות רבה להנחה משמעותית יותר של ספק לאורך הליך החקירה על מנת להימנע מהיווצרותה של "תיבת תהודה".

(ג) תיעוד חזותי וקולי

הכלי של תיעוד חזותי פותח בעקבות המלצות ועדת גולדברג לבדיקת הרשעה על סמך הודאה בלבד ומתוך הכרה בבעייתיות שבהסתמכות על הודאות. לפי הוועדה, "מעלתה העיקרית של ההקלטה בוידאו שהיא מאפשרת לצופה בה 'נוכחות' בזמן החקירה. כתוצאה מכך יקטן עוד יותר מספר הטענות נגד אופן החקירה, ובידי בית המשפט יהא להגיע, במידה רבה יותר, לחקר האמת. הקלטה כזו גם תאפשר בקרה ציבורית על שיטות התחקיר של המשטרה, ותתרום לתדמיתה החיובית".²²³ עוד הדגישה הוועדה כי עדיפה הקלטת החקירה בווידיאו על פני הקלטה קולית.²²⁴ הוועדה ציטטה לעניין זה ממזכר שכתבה המשטרה בסוף שנות ה-80 שקבע כי רישום דברי החשוד עלול לעיתים לשנות לגמרי את הפירוש, ומטעם זה משטרות רבות בעולם מחפשות טכניקה שתאפשר "רישום" מהימן וללא סילוף.²²⁵

המלצות אלה אומצו חלקית בעת שחוקק חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים, התשס"ב-2002), אשר קבע את חובותיהם וזכויותיהם של נחקרים, וכן את חובות החוקרים הנגזרות מחובות זכויות אלו. לפי החוק, חקירה משטרתית

222 סנג'רו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 188; סנג'רו, לעיל ה"ש 158, בעמ' 222.

223 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 1, פס' 54.

224 שם, פס' 53.

225 שם.

צריכה להיות מתועדת באמצעי שמע, ובעבירות חמורות – גם בווידיאו. מטרתו של התיעוד החזותי היא לסייע לבית המשפט לוודא את נסיבות מסירת ההודאה, להתרשם כי ההודאה ניתנה באופן חופשי ומרצון, כאשר כך היה, ובכך לספק הגנה טובה יותר על זכויות הנאשם ואף לעמוד ביעילות רבה יותר על טיב הראיות המובאות לפניו כדי לשפר את יכולתו להגיע לחקר האמת. אכן, תיעוד חזותי מוגבל מטבעו בהפעלת אמצעי התיעוד ואינו יכול "לכסות" כל מפגש אפשרי בין חוקר לנחקר או לחצים שהופעלו על החשוד לפני תחילת החקירה, למשל בעת מעצרו. ובכל זאת, החוק טמן בחובו הבטחה לשנות הן את דרכי החקירה והן את ההתדיינות בבית המשפט ברמה הראייתית, והבטחה זו יושמה יישום חלקי בלבד.

כבר במועד החקיקה נקבע כי בשל אילוצים תקציביים תוחל חובת התיעוד על עבירות חמורות ותורחב לעבירות נוספות במרוצת הזמן. אלא שנכון להיום חובת התיעוד בווידיאו חלה רק על עבירות שהעונש המרבי עליהן הוא עשר שנים או יותר. את יתר העבירות ניתן לתעד רק בכתב או בשמע, חרף ביקורות שהשמיעו הסנגוריה הציבורית והוועדה המייעצת לשר המשפטים בעניין סדר הדין הפלילי, בראשות השופטת מרים נאור. זו וגם זו סברו שיש להרחיב את חובת התיעוד החזותי כך שתחול על כל עבירה, ולמצער – על כל עבירה שהעונש המרבי שנקבע לה הוא מאסר של חמש שנים ומעלה.²²⁶

226 ראו מכתב מענת הורוויץ, המשנה לסניגור הציבורי הארצי, לרז נזרי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי), עמדת הסנגוריה הציבורית בנוגע לתזכיר חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' 1), התשע"ב-2012, עמ' 2. הדין מורה לערוך תיעוד רשום גם של ראיון עדים. ואולם בעניין יפרח עמדה השופטת אגמון גונן על כך שתרשומת אינה תיעוד אובייקטיבי ואינה יכולה ללמד אם התובעים שמרו על הכללים במהלך ניהולה של החקירה. לפיכך נקבע בהחלטה כי יש לקבוע חובת תיעוד באמצעות הקלטת המפגש וכי אם הראיון עם העד לא הוקלט, על בית המשפט לפסול את הראיה בהתאם להלכת יששכרוב. המדינה הגישה עמירה לביטול החלטתו של בית המשפט המחוזי, ובג"ץ קיבל את העתירה והבהיר כי שגה בית המשפט המחוזי כאשר הטיל על התביעה חובות אשר אינן מעוגנות בחקיקה וכי ראוי שסוגיה זו "תמצא את מקומה בהסדר סטטוטורי מתאים". ראו, בהחאמה: ת"פ 17-01-18772 מדינת ישראל נ' יפרח (פורסם בנבו, 9.12.2018) פס' 10.1 לפסק הדין; בג"ץ 19-841 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בחל אביב (פורסם בנבו, 8.4.2019), פסק דינה של הנשיאה חיות. לא מן הנמנע שיש מקום לקדם גם סוגיה זו.

אחד האמצעים החשובים ביותר להגברת השקיפות ולהפחתת הסכנה ללחץ בחקירה המוביל להודאת שווא הוא תיעוד חזותי של החקירה. המצב הקיים הוא בלתי סביר לנוכח הטכנולוגיה הקיימת כיום ואפשרויות התיעוד הנגישות לכל אדם הנושא טלפון חכם. יש לוודא שכל התשואלים והראיונות יתועדו באמצעות וידאו, בשלמותם ובזווית צילום המאפשרת להתבונן הן בחוקרת והן בחשודה – בכל העבירות, או לכל הפחות בעבירות אשר העונש המרבי שנקבע להן הוא מאסר של חמש שנים ומעלה.²²⁷ אשר ליתר העבירות – מוצע לחייב תיעוד קולי מתחילתה ועד סופה של החקירה. בהקשר זה יש לציין כי אנגליה מחייבת תיעוד קולי בכל חקירה של חשוד תחת אזהרה בעבירה שניתן להגיש בה כתב אישום ואשר נערכת בתחנת משטרה, וכי רק בהתקיים חריגים הקבועים בחוק (אשר רובם נובעים מכך שהעבירות הנחקרות קלות יחסית) מותר לתעד את החקירה בכתב בלבד, אך יש לציין מדוע לא נעשה תיעוד קולי.²²⁸ גם בארצות הברית נדרשות רשויות אכיפת החוק הפדרליות, ובכללן FBI, DEA ו-ATF, להקליט את כל חקירות המשמורת של חשודים.²²⁹ המלצה זו עולה בקנה אחד גם עם לקחים שהופקו בארצות הברית בעקבות פרויקט החפות, אשר הראו כי תיעוד חזותי

227 אפשר היה לחשוב שעד שיונהג תיעוד מלא של החקירות תהיה המשטרה חייבת לאפשר נוכחות של עורך דין במהלך החקירה כולה, כפי שהציעה ועדת גולדברג (דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 1, פס' 46-50). כאמור לעיל (ראו הטקסט המלווה את ה"ש 210), איננו תומכים בהצעה זו שכן היא עלולה להביא, מבחינת המציאות, לדחיית ההנהגה של תיעוד, משום שיש כביכול פתרון חלופי. לא מעשי שעורך דין יהיה נוכח בכל מגע שבין החוקרים לבין החשוד. רק מי שידם משגת יוכלו להרשות לעצמם נוכחות מרובה של עורך דין במהלך החקירות. נוכחות עורך הדין אינה בשום פנים ואופן תחליף לתיעוד. אין לעודד שיטה שבה עורך דינו של הנאשם עשוי להפוך לעד.

228 הכלל לתיעוד חזותי גמיש יותר, והקוד מאפשר לחוקרים לבצע תיעוד חזותי, והוא גם נותן המלצות מתי כדאי לעשות כן (חקירות של אנשים עם לקות שמיעה או דיבור, חקירות של קטינים או אנשים עם מוגבלות, חקירות שהחשוד מבקש שיתעדו אותו באופן חזותי, וכל חקירה אחרת לפי שיקול דעתו של קצין החקירות). כמו כן, במסגרת גילוי המסמכים שהתביעה מחויבת אליו, עליה להעביר העתק של קלטת החקירה כולה נוסף על הסיכום של תמליל הריאיון. נוסף על כך, הסנגור רשאי לנכוח בעצמו ברבים מהראיונות ולעשות תרשומות משלו. להרחבה על הפרקטיקות באנגליה וכן לסקירה השוואתית עם מדינות נוספות במשפט המקובל ראו Brook et al. לעיל ה"ש 115.

229 Fong, לעיל ה"ש 151, בהערה 141.

מלא של חקירות פליליות מביא לצמצום ממשי בהיקף מסירתן של הודאות שווא בידי חשודים.²³⁰

האפשרות לעמוד על התנהלות הנחקר והחוקר שהובילו להודאה מעניקה מערך כלים חשוב ביותר לבית המשפט בהעריכו את מידת הכנות והוולונטריות שבהן ההודאה נמסרה. אפשרות זו מוצגת שוב ושוב בכתיבה קרימינולוגית ומשפטית כאחת כאמצעי חשוב ביותר להפחתה במספר הרשעות השווא.²³¹ בהקשר זה יש להזכיר גם את המלצתה של ועדת טירקל שחקירת שב"כ תתועד תיעוד חזותי מלא. הדיווחים החוזרים ונשנים על אלימות פיזית שמפעיל השב"כ משקפים כי השיטה הקיימת, קרי זיכרון דברים ופיקוח, אינה מספקת. גם לא הפיקוח המופעל לפי ועדת צ'חנובר. פטור גורף מחובת התיעוד בעבירות ביטחון פוגע בגיעה שאינה מידתית בזכויות הנחקרים, והשפעתו מתעצמת לנוכח הסדרים נוספים בחקיקה אשר חושפים את החשודים בעבירות אלה לפגיעות ולמסירתן של הודאות שווא, פגיעות כגון מניעה או הגבלה של פגישות עם עורכי דין, מעצר לתקופות ארוכות יותר, עיכוב הבאה לפני שופט וקיום דיונים שלא בנוכחות החשוד. נזכיר כי באנגליה חלה החובה שחקירתו של נחקר החשוד בעבירת טרור תיעשה בצילום חזותי בלוויית קול.²³²

(ד) קיצור משך זמן המעצר

קורה לפעמים שאדם נעצר לצורכי חקירה, ומתברר כי נעשו מעט מאוד, אם בכלל, פעולות חקירה בזמן מעצרו. נוצר רושם ברור שהמעצר נועד במקרה זה,

230 עמדה הסנגוריה בנוגע לחזכיר חוק סדר הדין הפלילי, לעיל ה"ש 226, בעמ' 2.

231 Kassin, לעיל ה"ש 193, בעמ' 25-27.

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

לאמיתו של דבר, לשמש אמצעי לחץ על הנחקר, כדי שיישבר ויודה. מכיוון שישנו צורך אנושי לשייכות ולקבלת תמיכה נפשית ורגשית, במיוחד בזמנים של לחץ ומתח מוגברים, הבידוד הממושך מהעולם החיצון שיוצר המעצר הוא טכניקת לחץ כשלעצמה. מעצר ממושך יכול גם להגביר עייפות ותחושה של חוסר אונים וייאוש.²³³

זה כמה שנים שמובעת ביקורת על כך שחשודים נעצרים לא בהכרח כאמצעי אחרון אלא כאמצעי הרתעה,²³⁴ מה שמטבע הדברים מחזק את הסיכוי להודאת שווא לנוכח הלחץ במעצר והניסיון מצד העצור להביא לסיומו במהירות האפשרית.²³⁵ לפיכך מומלץ להוסיף הוראות מפורטות לסכנת הודאת השווא ולניהול פרוטוקול מפורט על העצור.

גם בעניין זה הדין האנגלי יכול לשמש מקור השראה. סעיף 12.8 לקוד C הבריטי (שהוא חלק מחוק הראיות האנגלי) קובע שיש להגביל את התשאולים בזמן ולוודא שניתנות הפסקות למנוחה ולארוחות. סעיף 1.0 קובע כי המגבלה הכללית על כל כוחות המשטרה במעצר ובתשאול היא שאלה חייבים להיעשות באופן "הוגן, אחראי, ובכבוד ללא אפליה בלתי חוקית". לאחר המעצר חשודים יכולים להיות במעצר עם אישורו של שוטר בכיר עד 36 שעות, אבל ניתן להאריך את פרק הזמן הזה על ידי פנייה לשופט עד ל-96 שעות, ללא משפט. הקוד מצוין כי ידוע שחשודים רגישים או שחשים מאוימים עלולים להתוודות בפרק זמן קצר אפילו יותר. עוד מצוין כי משך המעצר ותנאי המעצר כפופים לביקורת של קצין משטרה ממונה בדרגת סמל שאינו מעורב בחקירה, והוא האחראי לוודא את רווחת העצורים. סעיף 1.1 קובע כי יש לטפל במהירות בכל האנשים במעצר ולשחרר אותם ברגע שהצורך במעצר התפוגג. כמו כן, כדי לאפשר ביקורת שיפוטית על תנאי המעצר, הקוד מפרט שורה של הוראות לשמירתו של פרוטוקול כתוב על התקדמות הטיפול בחשוד בזמן המעצר. המשטרה מחויבת לנמק את הסיבות

233 Kassin, לעיל ה"ש 193, בעמ' 28.

234 גיא לוריא מדיניות ריבוי המעצרים ופגיעה בשוויון 57-58 (הצעה לסדר 18, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2018).

235 Kassin, לעיל ה"ש 193, בעמ' 28.

להמשך המעצר ואת החלטותיה במהלך חקירה, במיוחד בנושאים ראייתיים כמו תגובתה לבקשתו של החשוד לסיוע משפטי, ביצוע החקירה או הליך זיהוי כלשהו. יש להזכיר לחשודים את זכויותיהם המשפטיות – ובכללן זכות השתיקה – ויש לתעד זאת בפרוטוקול יחד עם תגובתו של החשוד, אם יש כזאת. נוסף על כך, סעיף 12.2 קובע כי בכל 24 שעות חובה להתיר לחשוד 8 שעות מנוחה רצופות, ללא תשאול וללא העברה ממקום למקום או כל הפרעה אחרת הקשורה בחקירה. זמן מנוחה זה צריך להיות בלילה או בזמן הולם אחר אשר מביא בחשבון את שעות השינה והמנוחה של העצור.²³⁶

על המשטרה בישראל להציב יעדים לצמצום מספר המעצרים ולערוך השתלמויות בנושא לשוטרים ולקצינים, ואף לקבוע כי מעצרים לא-מוצדקים ישמשו מדדים שיפגעו בקידום.²³⁷ לצד זאת, מוצע לספק לשוטרים חינוך והכשרה מעמיקים על הקשר שבין מעצר ההודאת שווא, וכן לעגן את הסכנה הטמונה בכך במסגרת נוהל ברור, בהשראת הדין האנגלי. לצד זאת, הן התובעים הן בתי המשפט חייבים לפקח על מעצרים לשם חקירה כדי לוודא כי מדובר אך ורק במעצרי אמת מבחינת תכליתם וכי החקירה המתנהלת מחייבת החזקה של הנחקר במעצר.

ה) טכניקות של הטעיה בראיות מטוימות

אפשר להציג לנחקר ראיות בדויות במגוון דרכים: חוקרת יכולה לספר לו ששותפיו לעבירה כבר הודו בביצועה, שהאליבי שלו נבדק ונשלל, או שנמצאה ראיה פורנזית

236 ראו קוד C 2019 Requirements for the detention), PACE Code C treatment and questioning of suspects not related to terrorism in (police custody). ההעמקות דומה בנוהלי המשטרה הפתוחים לעיון הציבור מגלה נהלים לקוניים ביחס לחקירות ומעצרים. נוהל המשטרה בדבר תנאי חקירה הוגנים (נוהל מס' 300.05.064), שחל מסוף שנת 2015, קובע כי "יש להקפיד על רישום כל השיחות עם החשוד, בציון מועדי החקירה המדויקים, תוכן השיחה, והטעמים המיוחדים לחקירה ממושכת או לחקירה בשעות חריגות". הוראה זו אינה מספקת. ראשית, היא אינה חלה על מעצר ראשוני; ושנית, הניסוח "יש להקפיד" אינו מחייב דיו. על כל גוף חקירה לעמוד ברף רישום מלא ומדויק. על בית המשפט לתמרץ את המשטרה לעשות כן על ידי התניה שבהיעדרו של תיעוד זה תותנה קבלת ההודאה, ללא יוצא מן הכלל, בסיוע.

237 לוריא, לעיל ה"ש 234, בעמ' 75.

הקושרת אותו לזירת הפשע. בישראל הכשיר בית המשפט העליון ראיות בדויות כאשר הן מתוארות לנחקר ולא מוצגות לו. אלא שמחקר קרימינולוגי מקיף מצא כי אחת הטקטיקות המועדות ביותר להודאות שווא היא הצגת ראיות בדויות, מילוליות או פיזיות. על פי המחקר, הצגתן של ראיות מפלילות במהלך חקירה מגבירה את תחושת החרדה אצל נחקרים, ומידע שגוי על האירוע יכול אף לשנות את זיכרונם²³⁸ (קל וחומר אם הנחקר היה בעת האירוע תחת השפעת אלכוהול או סמים).²³⁹ מחקר אחר, אשר בוסס על מודלים דומים, הצליח לייצר אצל 70% מן הנדגמים זיכרון כוזב שלפיו הם היו מעורבים בביצועה של עבירה כאשר נטען כי ישנן ראיות הקושרות אותם לאירוע.²⁴⁰ הסיכון עולה משמעותית כאשר הנחקרים הם אנשים מאוכלוסיות רגישות כמו קטינים ואנשים עם מוגבלות.²⁴¹ למחקרים אלה ולהפנמתם חשיבות רבה, שכן האינטואיציה היא הפוכה. לפי האינטואיציה, שאינה מבוססת על נתונים, התגובה הצפויה אצל אדם חף מפשע היא דחייה מוחלטת ונחושה של ממצאים הנוגדים את חפותו, שבה הוא משוכנע לחלוטין.

נכון להיום, נטייתן של מדינות דמוקרטיות היא לרסן טקטיקות כאלה. כך לדוגמה, מאז השינוי החוקתי באנגליה מתבצעת שם בחקירה רמייה, אם בכלל, באמצעות הצגה מחושבת של ראיות ולא על ידי שקרים המוצגים לחשוד.²⁴² בניו זילנד, אף שאין הוראה כופה בעניין זה, פסל בית המשפט הודאה שהתקבלה מפי נאשם לאחר שהתברר שהחוקרים הטעו אותו בעניין חוזקת הראיות אשר יש בידה על אשמתו.²⁴³ בגרמניה חל איסור מפורש על רמייה.²⁴⁴

238 Kassin, לעיל ה"ש 193, בעמ' 15-16.

239 שפרלינג-סטרן ופטישי, לעיל ה"ש 142, בעמ' 9.

240 Scherr, Redlich, & Kassin, לעיל ה"ש 155, בעמ' 361.

241 שפרלינג-סטרן ופטישי, לעיל ה"ש 142, בעמ' 9.

242 Brook et al., לעיל ה"ש 115, בעמ' 937.

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

244 Weigned, לעיל ה"ש 117, בעמ' 76.

אם כן, אף שאי־אפשר למנוע כליל טקטיקות של הטעיה, מוצע להטיל איסור מוחלט על טקטיקות רמייה הכוללות הטעיה באשר לראיות, לרבות טענה בעל פה על קיומן של ראיות מכריעות נגד הנחקר, שאינן קיימות במציאות.²⁴⁵

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

הודאות הן ראיות חזקות אשר מעוררות את הטיית האישוש בקרב גורמים המתוודעים אליהן,²⁴⁶ והן משפיעות לא רק על החוקרים עצמם. גוף הולך וגדל של מחקרים מלמד שגם מדענים החשופים למידע מוקדם עשויים לפרש נתונים אובייקטיביים באופן שהולם ציפיות מוקדמות. ראיות חזקות כמו הודאות מדרבנות הטיות כאלה והופכות את האבחון הפורנזי לכזה שחשוף לפרשנות.

הצעה שמטרתה להתמודד עם הטיות אלה היא יצירתו של פרוטוקול המתעד את המידע שנאסף במהלך החקירה והסדרת היקף הראיות שאליו נחשפים הגורמים השונים בחקירה וכן המועד שבו הם נחשפים להודאה. לא מובן מאליו, למשל, שמומחית הבוחנת טביעות אצבע צריכה לדעת על ההודאה קודם שהגיעה למסקנותיה הבלתי תלויות.²⁴⁷ ניתן לשקול גם להעביר פרוטוקול זה בעת גילוי מסמכים להגנה. בחקירה מוצע לשמור על מידור מסוים בין גורמי החקירה השונים על מנת למזער ככל האפשר הטיות קוגניטיביות בקרב גורמים שאינם נמנים עם חוקרי המשטרה – כדי למנוע זיהום של ראיות פורנזיות.²⁴⁸

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

כאשר בית המשפט פוסל הודאה או מבקר את גורמי האכיפה בלי לפסול את ההודאה, ישנה חשיבות עליונה ללמידתם של המחדלים או הטעויות שנעשו

245 להרחבה בסוגיה זו ראו שפרלינג־סטרן ופטישי, לעיל ה"ש 142.

246 Scherr, Redlich, & Kassir, לעיל ה"ש 155, בעמ' 364, 371.

247 שם, בעמ' 371.

248 לביקורת דומה של ראיית מנהרה שאליה חשופים גם הפרקליטים ראו לרנאו, לעיל ה"ש 195, בעמ' 387.

במסגרת החקירה – הן ברמת המשטרה והן ברמת הפרקליטות. הליך כזה יאותת לציבור הרחב שטעויות שאירעו במסגרת חקירה, בין בגייט ההודאה ובין בהשגת ראיה שנפסלה, זוכות להתייחסות רצינית ונלמדות לעומקן על מנת להימנע מהן בעתיד. מעבר לכך, הליך רפלקטיבי יאפשר לבחון מחדש, ללא לחץ של זמן המאפיין חקירה "חיה", הטיות ודפוסים שיש לשנותם. בעניין זה יש מקום לשאוב השראה מחיל האוויר ומארגונים דוגמת בתי חולים אשר פיתחו תחום בטיחות כך שהעובדים בהם יתומצו לשתף במקרים שקרו להם ללא חשש מענישה. מטרתה של הפתיחות הזו היא לעודד כנות ושקיפות, לנוכח הנורמה שרווחה שלא לספר על מקרים שעשויים להיחשב עבירות משמעות או תקלות. עיקרון זה, שקיבל את הכינוי "כמעט שנפגע", אינו צריך להחליף הליכי משמעת כשהם נדרשים, אך יש לאמצו במקביל.

פרק 4

בית המשפט והרשעות שווא

לבית המשפט תפקיד מכריע בהכוונה ובתמרוץ התנהגות נאותה של חוקרים ובשמירה מפני מתן גמישות יתר לתנאי הקבלה של הודאה או להעדפת שיקול דעת על פני כללים. במשך השנים התווה בית המשפט אמות מידה שתכליתן להבחין בין תרגילי חקירה פסולים למותרים.²⁴⁹ אף על פי כן נראה כי מותבים ממשיכים להעריך הערכת יתר את מהימנותה

של הודאת החוץ – אם בגלל הטיות קוגניטיביות לטובתה של הודאה, ואם מתוך מתן שיקול דעת רחב לגופים החוקרים ולפרקליטות.²⁵⁰

249 כאמור, הוכרע כי טקטיקות הטעיה כגון הצגתם של ממצאים פורנזיים מזויפים לנחקר אסורות. ראו ע"פ 2939/09 פילצה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.10.2009), פס' 20. עוד נמצא כי המונולוג הסוגסטיבי והתשאול הנעלם חותרים תחת הזכות לאי-הפללה עצמית וזכות השתיקה. ראו בהרחבה בה"ש 208 לעיל.

250 הצעתם של פישר ושטיין היא לייקר את השימוש בהודאת חוץ על ידי קביעת הפחתה בחומרת העונש במקרה שהודאת החוץ נכללת בסל הראיות. מנגנון זה, שאותו הם מכנים

אין להמעיט בהטיות הפסיכולוגיות של השופטים או בהשפעה של אופן מסירתה של הודאה עליהם. חרף ההבנה הרווחת שתופעת הודאות השווא אינה תופעה שולית או נדירה, כפי שנהוג היה לחשוב בעבר, מחקרים אמפיריים מראים שמרגע שנמסרה הודאה כמעט בלתי אפשרי להתעלם ממנה והיא חושפת כל גורם שהתוודע אליה להטיית האישוש, כלומר – הנטייה לראותה כנכונה. אפשר גם שההודאה תקבל תשומת לב רבה יותר משיקבלו ראיות פורנזיות הסותרות אותה.²⁵¹ כאמור, נטייה זו לא רק משפיעה על שופטים. גם חוקרים פורנזיים, בוחני פוליגרף ועורכי דין (סנגורים ופרקליטים) – כולם מועדים להנחת אשם מרגע שנגבתה הודאה.²⁵²

כפי שציין בית המשפט העליון האמריקאי בעבר, הצגתה של הודאה במשפט הופכת את יתר הראיות לשטחיות, והמשפט האמיתי מתרחש מרגע קבלתה של ההודאה.

No other class of evidence is so profoundly prejudicial [...]
[T]riers of fact accord confessions such heavy weight in their

"עונש הודאה", יביא לדעתם לכך שהתביעה תעודד את המשטרה לחתור לאיתורן של ראיות חיצוניות, והשימוש בהודאה ייעשה רק כאשר המשטרה לא הצליחה לאתר די ראיות חלופיות כדי ליתר את הגשתה. ראו תליה פישר ואלכס שטיין "דיני ראיות" הגישה הכלכלית למשפט 1103 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012). ספק אם מדובר בהצעה משכנעת. סביר יותר שבתי המשפט יפרידו בין שתי הסוגיות: אם יש ראיות מספיקות להרשעה, ואם כן – מהו העונש הראוי. השיטה המוצעת אינה מתיישבת עם עקרון הענישה ההולמת, והיא תביא להבדלים בענישה שאי-אפשר להצדיקם מוסריה.

Sara C. Appleby & Saul M. Kassin, *When Self-report Trumps Science: 251 Effects of Confessions, DNA, and Prosecutorial Theories on Perceptions of Guilt*, 22 *PSYCHOLOGY, PUBLIC POLICY, AND LAW* 127 (2016)

252 בעוד מערכת פלילית מניחה שאיסוף של ראיות מסוגים שונים נעשה באופן עצמאי ובלתי תלוי, מחקר על הטיות אישוש מציע חשיבה מחודשת. פרויקט החפות האמריקאי הראה שב־78% מהמקרים שנגבתה בהם הודאת שווא הייתה טעות ראייתית אחת נוספת לפחות (ב־63% מהמקרים היו טעויות בעדויות פורנזיות, ב־29% מהמקרים היו טעויות בעדויות ראייה, וב־19% מהמקרים היו טעויות של מודיעים). בכל המקרים הללו ההודאה נלקחה בחלק מוקדם יחסית של החקירה ונודעה לגורמים נוספים שהיו מעורבים בחקירה. ראו Scherr, Redlich, & Kassin, לעיל ה"ש 155, בעמ' 364.

determinations that the introduction of a confession makes the other aspects of a trial in court superfluous, and the real trial, for all practical purposes, occurs when the confession is obtained.²⁵³

[שום סוג אחר של ראיות אינו פוגע באופן כה עמוק [...] שופטים ומושבעים מייחסים להודאות משקל כה כבד בקביעותיהם, עד כי הצגת הודאה מייתרת בבית המשפט את ההיבטים האחרים של המשפט, והמשפט האמיתי מתרחש למעשה כאשר ההודאה מתקבלת.]

אכן, מחקרים אמפיריים מראים כי כאשר נגבית הודאה, האפשרות להשתכנע אחרת מראיות אחרות הסותרות את ההודאה קטנה ביותר. כך קרה למשל גם כאשר ראיות פורנזיות מסוג דנ"א הפריכו את אשמתו של נאשם שהודה ולאחר מכן חזר בו מהודאתו – בית המשפט קבע שהוא אשם, והתביעה והמטרה מצאו דרך להסביר מדוע הראיות אינן יכולות להתיישב עם אשמתו.²⁵⁴

הטיות פסיכולוגיות משפיעות גם על ההחלטות במשפטי זוטא לטובת קבילות ההודאות, בין השאר בשל חזקת התקינות, אך גם בשל הטיה טבעית להעדיף ודאות על פני ספק וסגירת קצוות פתוחים על פני השארת העניין פתוח. בשלב ההכרעה על קבילות שופטים סומכים על עצמם כי ידעו להבחין, בשלב ייחוס המשקל, בין הודאה אמינה להודאה שקרית. אולם מדובר באמונה שאין לה בהכרח על מה לסמוך, והתוצאה היא סובלנות יתרה כלפי טקטיקות חקירה שממצאים אמפיריים קושרים להודאות שווא. כפי שהובהר, מטרתו של מסמך זה היא שינוי חקיקה אשר יתווה כללים ברורים יותר למותר ולאסור בחקירה, ובאופן

253 *Colorado v. Connelly*, 597 U.S. 157, 182 (1986). אומנם בארצות הברית בעיה זו גוברת לנוכח שיטת המושבעים, אך הדברים נכונים גם באשר לשופטים עצמם. ראו Richard A. Leo, *Why Interrogation Contamination Occurs*, 11 OHIO STATE JOURNAL OF CRIMINAL LAW 193 (2013), בהערה 93.

254 Jennifer Lackey, *False Confession and Testimonial Injustice*, 110 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 43, 52–53 (2020)

אשר ייתן בידי השופטים כלים טובים יותר להכרעה בדבר קבילותה ומשקלה של הודאת חוץ. ברם בין שההצעה תתקבל ובין שלא תתקבל – לבית המשפט עומדות כבר עתה דרכים לצמצם את השימוש בטקטיקות אלה ואת הסיכון שיתרחשו אירועים של הודאות והרשעות שווא.²⁵⁵

4.1. סיווגה של טקטיקת חקירה המציגה ראיות שקריות לנחקר כאסורה

בית המשפט העליון הכשיר תרגילי חקירה מסוג ראיות בדויות כל עוד הן נמסרות בעל פה כמעין מצג שווא ולא "פוברקו" ואחר כך הוצגו לנחקר.²⁵⁶ הרציונל של ההבחנה, כפי שהסביר השופט דנציגר בעניין **זדורוב**, הוא זה:

255 יש לומר שמרבית ההצעות המפורטות כאן אינן "מהפכניות". הן נדונו במידה משתנה בידי שופטי בית המשפט העליון בהזדמנויות שונות לאורך השנים.

256 ראו דבריו של השופט בך:

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

ב"ש 22/87 ביטר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 952 (1987), פס' 5.

מקורו בהנחה כי באמירת אי־אמת על ידי איש מרות נשמרת יכולתו של הנחקר, אשר יודע את המציאות לאשורה, לקבל החלטה חופשית אם להודות, כשביכולתו להציג את גרסתו שלו. לעומת זאת, בידוי ראיות עלול להוביל למצב שבו נחקר חף מפשע יסבור שאין ביכולתו להוכיח את חפותו ולכן ימסור הודאת שווא.²⁵⁷

חרף ההבחנה הקיימת בדין בין הצגה פיזית של ראיות בדויות לבין הצגתן המילולית,²⁵⁸ מחקרים מלמדים שהדרך שבה נעשית בדיית הראיות והאופן שבו אותם חוקרים מציגים אותן, בעל פה או באופן מוחשי, הם לא בהכרח רלוונטיים כאשר מדובר בנחקרים הנוטים לתת אמון בגורמי אכיפת החוק – נחקרים לא־מנוסים או נחקרים הבטוחים בחפותם. הבדלים נרשמו בעיקר באופן שנחקרים הפנימו את האשמה והשתכנעו בכך שהם אכן אשמים. כאשר הוצגו להם ראיות בדויות ולא רק נטען שהן קיימות, עלתה אצלם רמת השכנוע, ובכל זאת הודאות שווא נמסרו בשני המקרים.²⁵⁹

עוד נמצא שחפים מפשע מועדים מלכתחילה להודאת שווא משום שהם נוטים

257 עניין זדורוב, לעיל ה"ש 47, פסי' 57 לפסק דינו של השופט דנציגר. טכניקת ריד נוקטת עמדה דומה. על פי המדריך, אין בראיות כוזבות עצמן כדי להביא להודאתו של נחקר, שכן חף מפשע (שאינו קטין ואינו לוקה במוגבלות נפשית או שכלית) לא יודה; הוא ימשיך להתעקש על חפותו ויהפוך, לכל היותר, כועס, נרגז ומתוסכל. הצגתן של ראיות אלה הן הכרח גם אם הן נראות לא־אמיתיות, שכן אין דרך אחרת להתמודד עם פושעים וחשודים בפשע. ראו מדריך ריד, לעיל ה"ש 147, בעמ' 426-429.

258 נעיר כי פסקי הדין שנסקרו אשר עשו את ההבחנה לא ביססו אותה על ממצאים או על ספרות שיכולה לספק לה תימוכין.

259 שפרלינג־סטרן ופטישי, לעיל ה"ש 142, בעמ' 10-11.

לוותר על זכות ההיוועצות או זכות השתיקה מתוך ההנחה השגויה שחפזותם תתגלה במהרה – אם לא בפני החוקרים, אז בפני בית המשפט. כמו כן, נחקרים חפים מפשע נוטים לגלות אמון רב יותר בחוקרים ולהיות מושפעים מהם. הם מועדים גם להסתבך בשקרים שמטרתם להרחיק את עצמם מן העבירה. אלא שהפרכתם של שקרים אלה בשלב מאוחר יותר תוכל לשמש תוספת ראייתית להודאת השווא שנמסרה.²⁶⁰ לעומתם, אשמים נוטים לגייס את מלוא יכולתם הקוגניטיבית כדי לקבל החלטות שמשרתות את האינטרס האישי שלהם, נמנעים מלנדב מידע, ואין להם נטייה לוותר על זכויותיהם.

מעבר לסכנה הקונקרטית של גביית הודאת שווא ופגיעה בחקר האמת, הצגתן של ראיות בדויות פוגעת גם בזכות להליך הוגן. מסירתו של מידע בדוי חותרת תחת אוטונומיית הרצון של הנחקר, שכן היא מובילה אותו לחרדה קשה ולניפוץ האמון בעצמו ובזיכרונו. נחקר אשר מאמין לטענות שנמצאו ראיות מוצקות המוכיחות את אשמתו צפוי להיקלע למצוקה נפשית קשה, שאינה נופלת מהתעללות נפשית.²⁶¹

מותבים שונים כבר הביעו את דעתם שיש לתת את הדעת בשנית לקבילותן של הודאות המתקבלות לאחר שהנחקר הוטעה בידי החוקרים לחשוב שנמצאו ראיות אובייקטיביות לאשמתו. בעניין **זדורוב** ציין השופט דנציגר שהלכת **יששכרוב**, אשר חיזקה את חשיבותו של טוהר ההליך הפלילי, מחייבת עיון מחודש בהבחנה שבין הטעיה שבעל פה לדין בדיית ראיות.²⁶² עמדה דומה הביעה גם השופטת נאור בעניין **פילצה** באומרה כי "העובדה שאיש מרות אומר לנחקר דברים שלידיעתו אינם אמת מעוררת, ותמיד עוררה, תחושת אי נחת".²⁶³

260 שם, בעמ' 9.

261 שם, בעמ' 11, וההפניות שם למאמרה של קיטאי־סנג'רו.

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

263 עניין **פילצה**, לעיל ה"ש 249, בפס' 23. השופטת נאור חזרה על דבריה אלה גם בע"פ 10477/09 **מובראק נ' מדינת ישראל** (10.4.2013), פס' 106–107. ואולם בשני המקרים היא קבעה שאין בראיות הבדויות כדי לפסול את ההודאה.

תחושה זו מוצדקת. על בית המשפט לתמרץ את החוקרים לאתר ראיות אובייקטיביות התומכות בחשד או שוללות אותו, שכן ההיתר לשקר מעודד תפיסה מסוכנת שהמטרה היא השגת הפללה, שלא כמו חקר האמת, ומטרה זו מכשירה אמצעים מגוונים נוספים. לכן, כאשר מוצגים שקרים, גם בעל פה, באשר לקיומן של ראיות אובייקטיביות המסבכות את הנאשם בעבירה (כלומר, מוכיחות את מעורבותו בפשע), על האיטור להיות מוחלט, וככלל הוא אמור להביא לפסילת ההודאה. סטייה תתאפשר במקרים מיוחדים וחריגים מאוד.

4.2. קביעת כללים ברורים להפעלת מדובבים

מדובב הוא אדם הפועל מטעמה של המשטרה בניסיון להוציא מידע מהחשוד בלי ליידע אותו שהוא משתף פעולה עם חוקריו. מדובב יכול להיות שוטר סמוי, עבריין מורשע או עצור.²⁶⁴ מכיוון שהחשוד אינו מיודע על זהותו האמיתית של המדובב, וחשוד לא־מנוסה עשוי אף שלא לחשוד בכך, נעלם ממנו גורם חיוני אשר קיים בחקירה רגילה, קרי ההבנה של החשוד באשר למשקל ולמשמעות שיש לאמירותיו. בעוד שברמה העקרונית, והנורמטיבית, הציפייה היא שגרסה הנמסרת בהליך רשמי לגורם מוסמך תהיה גרסת אמת, אין כל ציפייה דומה לגבי שיח בין שני אנשים פרטיים. אדם עשוי לספר לאחר על עבירה שבפועל לא ביצע ממניעים שונים, כגון התפארות או כדי ליצור מאזן אימה בין האומר לבין מי שמציג עצמו כעבריין, כלומר המדובב. יש הבדל יסודי, מבחינת הזיקה לאמת, בין הודאה הנמסרת לאיש רשות לבין סיפור שמספר עצור למי שהוא מבחינתו עצור אחר. קושי נוסף טמון במאפייניהם של המדובבים כעבריינים לשעבר, מאפיינים המכניסים ממד של אינטרסים ותמריצים אישיים לפעולותיהם שלא בהכרח הולמים את האינטרס הציבורי.²⁶⁵

264 ואקי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 897.

265 הסניגוריה הארצית, דוח פעילות 2018 (יוני 2019), בעמ' 142 (להלן: דוח הסניגוריה הציבורית 2018).

בקנדה קבע בית המשפט כי אסור להפעיל מדובב במקביל לחקירה גלויה שכן הדבר יפגע בזכות השתיקה של החשוד, המעוגנת בסעיף 7 לצ'ארטר. המשטרה אינה רשאית אפוא לגבות מידע מחשוד אם החשוד אינו מנדב אותו בעצמו.²⁶⁶ הגם שעמדה זו נראית לנו הנכונה ביותר על מנת להגן על זכויותיו של חשוד, ייתכן שלנוכח השימוש הנרחב בפרקטיקת הדיבוב בהליך החקירתי בישראל, מעבר חד לעמדה הקנדית יהיה בלתי ישים. לכן, בשלב ראשון, ובלי לייתר את המעבר לעמדה הקנדית בהמשך, יש לעמוד על כך שדין הדיבוב יהיה כדין חקירה רשמית.

בעבר קבע בית המשפט העליון שחקירה בידי מדובב היא טכניקה לגיטימית הנתונה, ככל טכניקה אחרת, למבחני הסבירות הרגילים ולשאלה אם פעולת המדובב פגעה ברצונו החופשי של הנחקר למסור את ההודאה.²⁶⁷ אך בפרשת אלזם החל בית המשפט לנקוט זהירות רבה יותר, ונקבע שדיבוב הוא תרגיל חקירה הוגן רק אם הוא אינו פוגע בזכות ההיוועצות של החשוד או בזכותו לאי הפללה עצמית.²⁶⁸ מגמה זו התחזקה בפסק דין חייבטוב, שבו הוחלט לזכות את אלישע חייבטוב מעבירת רצח בשל פגמים חמורים בדרך פעולתו של המדובב בחקירה.²⁶⁹

266 שם, בעמ' 143. בית הדין האירופי לזכויות אדם אימץ עמדה דומה לעמדה הקנדית. ראו שם.

267 שם.

268 ע"פ 1301/06 אלזם נ' מדינת ישראל פ"ד סג(2) 177 (2009), פס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות. במקרה זה נפסל הדיבוב, ואף אל פי כן ה"מחיר" של פטילת הראיה לאינטרס הציבורי היה נמוך יחסית, כיוון שבעת הפטילה הנאשם כבר מת.

269 דוח הסנגוריה הציבורית 2018, לעיל ה"ש 265, בעמ' 145. השופטים התייחסו לפגמים בארבעה מישורים מהותיים: היעדר התייעוד של ההנחיות והתדרכים שקיבל המדובב; השימוש בסמים שעשה המדובב יחד עם חייבטוב, כאשר גורמי החקירה היו מודעים לשימוש זה אך בחרו שלא להפסיקו; הבטחת שקריות מצד המדובב לכך שעורך דין מפורסם יכול לייצג את חייבטוב וניסיונותיו להסית את החשוד נגד הסנגור הציבורי שכבר מונה לו; וטובות הנאה משמעותיות שניתנו למדובב בידי גורמי החקירה, ללא כל תיעוד. עקב פגמים אלו סבר השופט מלצר שיש לפסול את החקירה כולה ואת תוצריה מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק. שם. ראו עניין חייבטוב, לעיל ה"ש 23.

מאוחר יותר, בפרשת רדאי, נדונה התנהגותו של מדובב אשר פעל באופן דומה למדובב שבעניין חייטוב. במקרה זה "קיבל" המדובב את הנאשם לארגון הפשע שלו ושידל אותו להשתמש בסמים (וכן לבצע עבירות נוספות, שגם בגינן הוגשו נגד סלומון רדאי כתבי אישום אך בוטלו מכוח טענת ההגנה מן הצדק). חילוץ ההודאה עצמה נעשה בתחבולות מתחכמות: המדובב הודה בפני הנאשם ברצח שביצע כדי לתמרץ את הנאשם להפגין גילוי לב דומה, ובעבור ההודאה שהושגה העניקו גורמי החקירה למדובב טובות הנאה. בשל פגמים אלו זוכה רדאי, בלויית המלצה מפורשת של שופטי בית המשפט המחוזי ש"טוב יעשו גורמי החקירה והתביעה אם יבחנו את התקלות וההערות שפורטו בהכרעת הדין".²⁷⁰ ואולם חרף חשיבותן של התפתחויות אלה ונוספות,²⁷¹ אשר הקשיחו במידה ניכרת את תנאי השימוש במדובבים, נותרה הנחת המוצא בפסיקה – שאין כל פסול בטכניקת חקירה זו – כשהייתה. הנחה זו שגויה משלוש סיבות עיקריות. נפרטן להלן.

ראשית, חשיפתם של חשודים לעבריינים מורשעים אשר מפעילים עליהם מכשם לחצים מכוון אגב איומים או הבטחות שווא, ואשר בתמורה מקבלים טובות הנאה מובהקות מצד גורמי חוק, פוגעת פגיעה ממשית בחופשיות הרצון של החשוד. נקל לשער שלחצים מן הסוג הזה לא היו מתקבלים לו היו מופעלים בידי חוקרת מן השורה. הרושם שנוצר הוא שגורמי האכיפה סבורים שהמעבר מחקירה בידי אנשי מרות לחקירה באמצעות מי שמבחינתו של החשוד אינם כאלה, למרות שבמציאות הם עשויים להיות גם כאלה, מצדיק התרה מלאה של הרצועה, ומה שלא היה עולה על הדעת בחקירה של אנשי מרות, כגון הכנסת החשוד לאווירה של פחד וחוסר אונים, שבה הוא חושש לחייו (מבחינתו – חשש מבוסס) אם לא יספק למדובבים חומר מפליל על עצמו – הופך להיות מוצדק על ידי הפעלתו של מדובב.²⁷³ במובן זה, השימוש השיטתי במדובבים נראה כמו מהלך של המשטרה

270 שם, בעמ' 146. תפ"ח (מחוזי ירושלים) 20705-07-14 מדינת ישראל נ' רדאי (פורסם בנבו, 26.11.2018).

271 ראו בהרחבה שם.

272 דוח הסנגוריה הציבורית 2018, לעיל ה"ש 265, בעמ' 143.

273 דברים דומים הביע גם אנדרו טסליץ באשר למוזדיעים בבתי הכלא האמריקאיים (jail informants). לדבריו –

שתכליתו לעקוף את הכללים שהמשפט פיתח כאשר הוא שם לו למטרה להבטיח את הוגנות ההליך ולצמצם את פער הכוחות בין המדינה לבין החשוד העצור. האם ראוי ששיטת המשפט תיתן ידה למהלך עוקף שכזה?

יתרה מזו, מאזן הכוחות בין הצדדים – הנובעים משיקולי הישרדות בתנאי מעצר וכליאה, ובייחוד חשש, או אף פחד, מן המדובב שעלול להביא ל"ידו" על פשע שלא היה ולא נברא כדי לשפר את מעמדו מול המדובב, מדרבנים לא פעם הודאות שווא מצד חשודים.²⁷⁴ שיטה רווחת, שננקטה גם בדוגמה הזאת, היא שהמדובבים המציגים עצמם כעבריינים כבדים ביותר "מגלגלים" לעבר החשוד חומר מפליל נגד עצמם, כגון החזקה או שימוש בסם מסוכן. משעה שהחשוד מחזיק מידע מפליל כזה נגדם, הוא נדרש לספק חומר מפליל על עצמו כדי שיווצר בין הצדדים מאזן אימה. אם לא יעשה זאת, יש להם סיבה טובה לפגוע בו – כדי להבטיח את עצמם שהוא לא יפליל אותם. ככל שהמשחק במדובבים עובד וככל שהחשוד רואה בהם עבריינים ותו לא, כך קל לו יותר לספק להם מידע, גם שקרי, נגד עצמו, שכן הוא אינו חושש מהפללה שלו בפני הרשויות. כלומר, יש כאן שימוש באמצעי פסול מובהק – איום בסכנה לחיים – השולל את רצונו החופשי של החשוד. אמצעי זה הוא בלתי נסבל במדינת חוק. הערך הראייתי של דברים הנמסרים בנסיבות כאלה כמשקפים אמת הוא קלוש ביותר.

שנית, חזרה מן ההודאה עשויה להיות בעייתית ברמה הראייתית לנוכח הקשיים בתיעודן של החקירות הללו ובהתחקות אחר טובות ההנאה שקיבל המדובב. משום כך פרסמה הסנגוריה הציבורית גילוי דעת מפורט וטענה בו בנחרצות נגד פרקטיקה זו, אשר נעשית, כלשונה, "תחת מעטה כבד של סודיות וחסיון".²⁷⁵

The ease of using informants stems partly from the freedom it grants law enforcement from many otherwise applicable legal and practical investigative limitations.

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

274 ראו בהרחבה דוח הסנגוריה הציבורית 2018, לעיל ה"ש 265, בעמ' 140-153.

275 שם, בעמ' 150.

גם בתי המשפט, ובמיוחד בית המשפט של מחוז מרכז,²⁷⁶ חזרו והתריעו בשנים האחרונות, בהתרעות שהועברו לגורמים הבכירים ביותר במערכת אכיפת החוק, הן על היעדר התייעוד המלא של החקירות והן על הבעייתיות בפעולתם של מדובבים. לדוגמה, בתיק שעסק בהפעלת מדובבים בכלא צבאי קיבל השופט פינקלשטיין את בקשתה של הסנגוריה לעיין במסמך שקיומו התגלה במהלך המשפט ואשר היה "טיוטת הנחיה פנימית" של פרקליט המדינה, המשך לנוהל משטרתי באשר לדיבוב בחקירה חסויה. המדינה העדיפה לחזור בה מהאישומים ולא לגלות את המסמך, והנאשמים זכו. השופט פינקלשטיין קבע בנחרצות כי ראוי ש"הנחיה נורמטיבית זו תהיה גלויה ולא סודית, וזאת ללא כל קשר להליך המסוים שבפנינו. הדיון בשאלה העקרונית באילו תנאים ומגבלות ניתן לפגוע, במדינה דמוקרטית ויהודית, בזכויות יסוד של נחקרים במהלך הפעלתם של מדובבים בחקירה – חייב לדעתי להיות גלוי וידוע".²⁷⁷ אך התייעוד נותר בלתי מספק, וגורמי החקירה ובתי המשפט נאלצים להסתמך, במקרים מסוימים, על עדות המדובבים.

בפסק הדין **חייבטוב** ציטט השופט שהם את עדותו של קצין המדובבים הראשי אשר הבהיר כי המשטרה פועלת על פי הנחיות שניסחה לעצמה, ובכללן איסור על הפעלת מדובבים נרקומנים או שהורשעו בעבירות מרמה; התניית חוזה עם מדובב בתגמול בעבודה ולא בהבאתן של ראיות מפלילות; ואיסור על מגע ישיר בין צוות החקירה למדובב.²⁷⁸ כפי שציינה הסנגוריה, בהנחה שהן יושמו, הנחיות אלה חשובות אך אין בהן די. אין הן מתייחסות לסוגיית התייעוד או לחשיבותה של

276 תפ"ח (מחוזי מרכז) 17-09-24139 מדינת ישראל נ' גולובקו (פורסם בנבו, 6.11.2018). בערעור שהגישה הפרקליטות לבית המשפט העליון הוחלט כי הנחיות הפרקליטות צריכה להיות גלויה, אך לא המסמך המשטרתי המבצעי באשר לעצם פעולת הדיבוב (ע"פ 7984/18 מדינת ישראל נ' פלוניס (פורסם בנבו, 19.2.2019)). תפ"ח (מחוזי לנוער נצרה) 16-03-44182 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 11.2.2019). ההפניות לקוחות מתוך דוח הסנגוריה הציבורית (2018), לעיל ה"ש 265, בעמ' 147-148.

277 עניין גולובקו, שם. מצוטט בדוח הסנגוריה הציבורית (2018), שם, בעמ' 147.

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

שקיפות רבה יותר בכל מה שקשור להיקף הפעילות של המדובבים ולרישום של טובות ההנאה שהם מקבלים. ומעל הכול – ההנחיות נכנסו לתוקף בשנת 2006, אלא שמאז המשיכו לעלות בבית המשפט מחדלים נוספים בהתנהלותם של המדובבים.²⁷⁹ תחקיר התוכנית "המקור" של ערוץ 13, אשר שודר בשנת 2021, זמן רב לאחר שהלכות בית המשפט היו אמורות להיטמע במערכת האכיפה, מעורר דאגה עמוקה שאין מדובר במקרה יחיד.²⁸⁰

מדבריו של המדובב שנחשף בתחקיר עלה כי בניגוד לקביעותיו של בית המשפט העליון והנחיותיה של הפרקליטות, כפי שזו העידה עליהן, מדובבים מקבלים בנוסחים אם הם "מצליחים" לגבות הודאות, וכי הוא עצמו אף התבקש להעיד עדות שקר בבית המשפט ולומר שהתשלום ניתן לו בגין שיתוף פעולה בלבד. התחקיר חשף גם כי בניגוד למה שנמסר לבית המשפט, אין הפרדה בין הצוות החוקר למדובב וכי המדובב מקבל מידע רב, כולל פרטים מוכמנים, ואלה מועברים לחשוד. המדובב אף סיפר כי הוא נקרא לעיתים להשלים תמלולים של הקלטות, פעולה החותרת תחת מהימנותו של התמליל.²⁸¹ לנוכח הדברים הללו הגיש הסנגור הארצי בקשה ליועץ המשפטי לממשלה כי יפתח בחקירה פלילית שתבחן את התנהלותה של יחידה המדובבים והחוקרים שהיו מעורבים בתיקים שבהם העיד המדובב.²⁸²

זמן קצר קודם לכן, בשנת 2019, פרסמה הסנגוריה הציבורית דוח פעילות שכלל את המלצותיה לרפורמה בהפעלת מדובבים. הגם שרוב ההמלצות דורשות יישום בתוך דרגי המשטרה, רצוי וראוי שבית המשפט יעודד את הטמעתן.²⁸³ על בית

279 דוח הסנגוריה הציבורית 2018, לעיל ה"ש 265, בעמ' 150.

280 הסנגוריה הציבורית, דוח פעילות 2019 (אוגוסט 2020), בעמ' 24.

281 שם.

282 שם, בעמ' 24-25.

283 הסנגוריה המליצה – ראשית – לאסור במפורש את ביצוען של פעולות בלתי חוקיות במהלך הדיבוב, כגון איומים, שידול לביצוע עבירות נוספות או שימוש בסמים; שנית – להישמר מפני זיהום החקירה והעברתם של פרטים מוכמנים למדובבים. כפי שיורחב מיידי, בהקשר זה יש לחשוב מחדש על המשקל הניתן לפרט מוכמן אשר ידוע לחוקריו;

המשפט להישמע להפצרותיה החוזרות ונשנות של הסנגוריה בעניין זה ולהחמיר את המבחנים המשפטיים אשר ייעודם יהיה לבחון את קבילותן ומשקלן הראוי של הודאות שנמסרו למדובב. עצם גביית ההודאה בידי מדובב צריכה להגביר את החשש שמדובר בהודאת שווא, ועל כן הודאות מסוג זה ראויות לבחינה קפדנית ונוקשה אף יותר. הקו המנחה את בית המשפט מוכרח להיות איסור מפורש וברור על כל הפעלה של אלימות או איום באלימות שהייתה נקבעת כבלתי חוקית אילו הייתה מופעלת בידי שוטר.

4.3. פרטים מוכמנים יוגדרו כנאלה שלא היו ידועים לצוות החקירה או בכפוף לתיעוד מלא של החקירה

כפי שנוכתב בהרחבה לעיל, פרט מוכמן הוא פרט אשר לא פורסם לציבור ולא נמסר לאמצעי התקשורת וחשוד לא יכול לדעת עליו אלמלא נמצא בעצמו בזירת העבירה. בתוך כך יש להבחין בין פרט מוכמן אשר היה ידוע לצוות החקירה לבין מצב שבו החשוד מוסר מידע או פרט כלשהו אשר לא היה ידוע לחוקרת קודם לחקירה, והוא מאשש את הודאתו ומגלה שהיא אכן אמת (למשל כאשר הנחקר מוסר את מקום כלי הנשק או הרכוש הגנוב, שלא היו ידועים לחוקרים,

שלישית - לחייב תיעוד חזותי של כל קשר הנוצר בין המדובב לחשוד; רביעית - להגדיר בהרחבה את המונח "טובות ההנאה" המועברות לידי המדובבים כך שיכלול שיפור בתנאי המעצר או המאסר, התערבות בכחב האישום שהוגש נגדו או בעונש שהושט עליו, ולא רק פרטים כספיים ותיעוד מפורט של טובות ההנאה שנחננו גורמי החקירה או אלה שביקשו המדובב כך שאלה יהיו גלויות לעיונם של הסנגוריה ובית המשפט; חמישית - העברת כל המידע שהצטבר על המדובב, ובכלל זה טובות ההנאה שקיבל מהמשטרה והתייחסויות למהימנותו, לסנגור המייצג ולבית המשפט. ככלל, המלצתה של הסנגוריה היא לאמץ את עמדתו של השופט מנחם פינקלשטיין, אשר מצא בעניין גולובקו כי יש לחשוף הן את הנחיות המשטרה והן את הנחיותיה של הפרקליטות המתייחסות להפעלת המדובבים בד בבד עם עידוד דיון ציבורי פתוח ומיודע. ראו דוח הסנגוריה הציבורית 2018, לעיל ה"ש 265, בעמ' 151-153.

ואלה אכן נמצאים שם). פרט מוכמן מן הסוג השני, בתנאי שברור שהוא לא היה ידוע לחוקרים, הוא אימות ממעלה ראשונה של ההודאה. אלא שבית המשפט בישראל אינו חד־משמעי באפיון זה, ואפילו לא בעצם "המוכמות" של אותו פרט עובדתי.²⁸⁴

ככלל, סביר להניח שחוקרים אינם מעבירים במודע ובכוונת מכוון פרטים לנחקר. עם זאת, ישנה סכנה ממשית שחוקרת תמסור לנחקר – שלא במודע – פרטים על הפשע או מניעים אפשריים לביצועו,²⁸⁵ והלה יחזור עליהם בפני אותה חוקרת או חוקר אחר. סכנה זו מתחזקת במיוחד בחקירות מוכוונות אשם, לא משום שחוקרים פועלים במזיד אלא מפני שחסרים איזונים ובלמים פנימיים בתוך תהליך החקירה מן הסוג הזה שיכולים לסייע במניעת זיהומים שכאלה.²⁸⁶ חקירה מוכוונת אשם המדרבנת חקירה אינטנסיבית תוך עימותים והצהרות חד־צדדיות מגדילה את הסיכוי שהחוקרת תעביר פרטים לנחקר. זיהום מסוג זה יכול להתרחש הן בטרם ההודאה והן לאחריה, כדי להשלים פרטים חסרים.²⁸⁷ במקרה זה, גם תיעוד חזותי אינו יכול לספק מענה הולם, שכן לא נראה שניתן ללכוד כל תקשורת המתקיימת בין חשודים וחוקרים, קל וחומר בזמן מעצר.

פרטים שאינם פומביים עלולים להימסר לחשוד מחוץ לשלב החקירה המוקלטת; ואם כך קורה, נמנעת מבית המשפט האפשרות לקבוע באופן אובייקטיבי אם

284 ע"פ 3880/17 זיאדא נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.12.2019), פס' 19, שם קבע השופט קרא כי "בא כוח המערער טען כי בניגוד לקבוע בהכרעת הדין, המערער לא מסר בהודאתו פרטים מוכמנים. כך, לטענתו, ליפוף החוט סביב צווארו של המנוח פורסם בתקשורת הערבית ועל כן אין זה פרט מוכמן. עוד נטען כי בהודאתו לא ידע המערער לתאר פרטים הנוגעים להתרחשות וביניהם כלי ההמתה, מיקום הדקירות, תנוחת גופת המנוח, ואופן גרימת המנוח. בית המשפט קמא היה מודע לפערים הקיימים בין הודאת המערער לבין הממצאים בזירה, אך קבע כי אין באלו כדי לזרוע ספק סביר בהודאה". בעניין מובראק, למשל (לעיל ה"ש 263, פס' 125–129), אמירות שונות של החוקרים לנאשם (במכונית, בדרכם אל השחזור) על אודות כלי הרצח הוגדרו כמסירה של עובדות הנוגעות לפרטים מוכמנים.

285 Leo, לעיל ה"ש 253, בעמ' 210.

286 שם, בעמ' 197–198.

287 שם, בעמ' 210.

מדובר בפרט מוכמן אם לאו.²⁸⁸ לכך יש להוסיף את העובדה שהחוקרים יודעים שפרטים מוכמנים הם תוספת ראייתית מספיקה בתור "דבר־מה נוסף". בכך יש כדי לדרבנם לנסות ולחלץ מהחשוד את אותם פרטים הידועים להם ולהוביל אותו, ולא דווקא בכוננת זדון, או אף במודעות, למסור להם את אותם פרטים "מוכמנים".²⁸⁹

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

עשויות להיות דרגות שונות של ידיעת פרטים מוכמנים, ובהתאם עשוי להשתנות משקלו של נתון זה. בגדר הערכת משקלם של הפרטים המוכמנים יש חשיבות הן למרכיב הכמותי והן למרכיב האיכותי. מן הבחינה הכמותית, ככל שמספרם של הפרטים המוכמנים שמכילה ההודיה גדול יותר, כך קטן החשש שמקור ידיעתו של המודה אינו מעורבותו באירוע [...] מן הבחינה האיכותית, ככל שהפרט הינו

288 שם, בעמ' 213.

289 דורנר, לעיל ה"ש 57, בעמ' 21. בערעור אל עביד קבע השופט גולדברג שידיעת פרטים מוכמנים יכולה לשמש ראית סיוע, גם אם היא איננה חיצונית להודאה, בתנאי שמתקיימים שלושה תנאים מצטברים: בקיאותו של הנאשם בפרט היא ברורה וגלויה ואינה מוטלת בספק; קיומו של הפרט הוכח כדבעי; ופרט זה לא יכול היה להימצא אלא בתודעתו של מי שביצע את העבירה. עוד אמר השופט גולדברג כי "קיים יחס הפוך בין שכיחות הפרט לבין משקלו הראייתית", ערעור אל עביד, לעיל ה"ש 37, בפס' 42. בהחאם לכך סבר גם השופט דנציגר בעניין **זדורוב** כי הלה מסר פרטים מוכמנים. לדבריו, הוא (השופט דנציגר) שוכנע בכך, בין היתר, אותו הראשונה (כמו־גם ביתר ההדגמות), מלמד בבירור ובצורה חד מסר מידע זה והדגים אותו לראשונה וכי לא היתה כל הדרכה או הכוונה בעניין זה מצד משמעית כי מקור המידע הוא במערער וכי לא היתה כל הדרכה או הכוונה בעניין זה מצד מי מהחוקרים" (עניין **זדורוב**, לעיל ה"ש 47, פס' 312). עם זאת, מכיוון שמקור המידע המוכמן הוא בזדורוב, קבע השופט דנציגר כי יש בכך כדי להפחית מעוצמתה של ראיה זו כסיוע להודאות.

"מוכמן" יותר – קרי, ייחודי לאירוע העברייני המסוים ולידיעתו של העושה הספציפי – כך גדל המשקל שיש לייחס לו.²⁹⁰

בית המשפט אינו חולק על כך שהדרך העדיפה לאמת הודאה היא באמצעות פרט חדש שלא היה ידוע לצוות החקירה, ולכן יינתן משקל רב יותר לפרט שכזה אם נמסר. עם זאת, אין כל מניעה להסתפק בפרטים הידועים לחוקרים, חרף הסיכון המוגבר שבכך, שכן לכאורה מדובר בהכרח. עמדה זו מקובלת גם על שיטת ריד. לפי המדריך, ישנו סיכון מוגבר בהסתמכות על פרט שכזה כאימות הודאה, אלא שמכיוון שלא כל הפשעים מציעים אישוש עצמאי ברור או ניתן לאימות, אין מניעה לקבלו כתמיכה משמעותית למהימנות הודאה.²⁹¹

נגד עמדה זו – קרי, שפרטים מוכמנים מוכרחים לעיתים להיות כאלה שכבר ידועים לחוקרים – יצא יצחק אילן במאמרו על חקר האמת. לדבריו, יש חשיבות ראשונה במעלה למסירתם של פרטים מוכמנים, ולא רק לשם הפללה. אם הנחקר אינו יודע פרטים מוכמנים, ההשערה בדבר אשמתו הופרכה וניתן להסיק שמדובר בהודאת שווא.²⁹² יתרה מזו, לדעתו של אילן יש להתעקש על כך שנחקר ימסור לפחות פרט אחד שלא היה ידוע גם לחוקריו, שכן כמעט תמיד ניתן למצוא פרט שכזה.

אירועים פליליים הם עתירי פרטים, וכמעט תמיד אפשר למצוא פרט מוכמן חדש, כזה שהגוף החוקר לא ידע עליו לפני הודאת הנחקר. במקרה זה האישוש של ההשערה, שהודאת הנחקר אמת, יחוזק במידה ניכרת.²⁹³

290 פרשת וולקוב, לעיל ה"ש 3, פס' 23.

291 מדריך ריד, לעיל ה"ש 147, בעמ' 433.

292 אילן "חקר האמת, חלק א'", לעיל ה"ש 219, בעמ' 59-60. ראו גם אצל סנג'ור, לעיל ה"ש 158, בעמ' 234.

293 שם, בעמ' 50. יצחק אילן מפנה לפילוסוף המדע קרל המפל (Hempel), שקובע שעבור היפותזה מדעית רצוי ביותר כי היא תאושש גם על ידי ראיות חדשות – באמצעות עובדות שלא היו ידועות או לא הובאו בחשבון בשעה שההשערה נוסחה. השערות ותאוריות

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

4.4. ההגדרה של "דבר־מה נוסף" כראיה חיצונית

הן להודאה והן לנאשם

כאמור בפרק 1, כדי שראיה מסוימת תהיה "דבר־מה נוסף" עליה לעמוד בשני תנאים: עליה לאמת פרטים בהודאה, ועליה להיות חיצונית להודאתו של הנאשם. מטרתה של ראיה זו היא לספק כלי אובייקטיבי לבית המשפט כדי שיוכל לעמוד על אמינות ההודאה ה"סובייקטיבית" של הנאשם. מטרתו של ה"דבר־מה" היא לבסס את קיומה של ההודאה במציאות החיצונית. אלא שעל פי הדין הקיים, די

רבות במדעי הטבע אכן קיבלו תמיכה מתופעות "חדשות" כאלו, וכתוצאה מכך חוזק אישושן במידה ניכרת. ראו אצל אילן, שם, בעמ' 51-52.

בכך שהראיה תהא חיצונית להודאה. לא לנאשם עצמו. לכן מסירתם של פרטים מוכמנים, במובן הרחב, על ידי הנאשם, שקריו בנושאים מהותיים, התנהגות מפלילה שלו, שחזור שהציג לחוקריו – כל אלה יכולים לשמש דבר־מה נוסף. אלא שגם בכך יש כדי לשמש תמריץ שלילי לגופי החקירה להפעיל לחץ עודף על הנחקר.²⁹⁴

פתרון אפשרי יהא להתנות את מעמדה של ראייה כ"דבר־מה נוסף" בשלושת התנאים האלה: (1) על הראיה לאמת פרטים בהודאה (תנאי תקף כבר עתה); (2) על הראיה להיות חיצונית לנאשם; ו(3) על הרשויות החוקרות לעשות ניסיונות כנים להפריכה.

התנאי השני נחוץ, שכן ככל שמטרתו של דבר־מה נוסף היא להסיר את החשש שההודאה נמסרה עקב לחצים פנימיים או חיצוניים של המודה, הרי שלא די בראיה נוספת אשר מקורה באמירותיו או במעשיו. הותרתו של הדבר־מה נוסף בגדרי הנאשם מדרבנת את החוקרים להתמקד בו ולא בראיות החיצוניות. שינוי הלכה זו ידריך את החוקרים לתור אחר ראיות מסוג נוסף, ימתן את הלחץ המופעל על חשודים ויסייע בגילוי האמת.²⁹⁵

התנאי השלישי נחוץ, שכן מציאתה של ראייה חיצונית לנאשם היא תנאי הכרחי אך לא מספיק, משום שתמיד ניתן למצוא עיגון במציאות למה שנמסר בהודאה (ולאו דווקא לחלק של הפללה עצמית שבה), ואם הוא חסר – אפשר להביא להשלמה כזו. זו הסיבה שהשופט הנדל הציע להרחיב את בחינת קיומו של דבר־מה נוסף לבחינה של "דבר־מה חסר" או "דבר־מה סותר".²⁹⁶ הצעה זו, אשר אומצה בידי

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

295 אהוד קמר "דבר־מה נוסף מפי הנאשם" פלילים ה' 277, 280 (1996). טיוטה של מאמר זה הוצגה בשעתו לפני ועדת גולדברג. הוועדה המליצה לבסוף ששיקול הדעת בדבר סוג הראיה יהיה נתון לבית המשפט, שיקבע אם התוספת הנדרשת תהיה דבר־מה נוסף, חיזוק או סיוע.

296 פרשת וולקוב, לעיל ה"ש 3, פסי' 4 לפסק דינו של השופט הנדל.

מותבים שונים אך אינה מהווה נכון להיום הלכה מחייבת, נראית נכונה וטובה כל עוד היא מבוססת על מאמצים כנים.²⁹⁷ חיפוש אחר ראיות אלה עשוי גם לאזן את ההטיות של ראיית מנהרה ושל אישוש, הטבעיות כל כך להליך חקירתי.

לצד זאת, מומלץ כי בית המשפט ינסה לרכך את השפעתה הרבה של ההודאה, על ידי עמידה אקטיבית על טיבה כך שכאשר נאשם חוזר בו מהודאתו, בית המשפט ידרוש לקבל הסבר מדוע בחר הנאשם למסור הודאה למשטרה שככלל נוגדת את האינטרס האישי שלו. בנוסף, יש להכיר בחוסר הטעם לזקוף לחובת הנאשם את האי-יכולת שלו לזכור מה בדיוק התרחש בחקירה, מה קדם למה, מה בדיוק נאמר לו וכולי. ספק רב אם סביר לצפות מאדם לזכור את כל הפרטים האלה, במיוחד לנוכח ההשפעות הפסיכולוגיות שחקירה לוחצת יוצרת אצל הנחקר, ובפרט חוסר התמצאות בכל מה שקשור לזמן ולמקום. בהקשר זה, הן על התביעה והן על בית המשפט גלולות קפדנות יתרה כאשר מתגלה שקר כלשהו מצד המשטרה. הניסיון מלמד כי שקר מצד חוקר עשוי להיות קצה הקרחון של אמצעים פסולים שנוקטו ושל שקרים רבים שנועדו לכסות עליהם.

4.5. הגנה מוגברת על נחקרים השייכים לקבוצה

המועדת לאפליה

ההבנה שיש לספק הגנה מוגברת במהלך החקירה לנחקרים בעלי מאפיינים מיוחדים השתרשה כבר לפני כמה עשורים. קטינים ומוגבלים שכלית או נפשית זכאים להגנות מיוחדות מכוח החוק במהלך חקירתם או העדתם,²⁹⁸ ובית

²⁹⁷ שיקולי מחירים אלה צריכים להיות נתונים לשיקול דעתה של הרשות החוקרת. לכאורה, ניסיון הפרכה כרוך במחירים גדולים נוספות, אך ייתכן כי מהלך החקירה הרגיל יכול לנפק אותם גם ללא מאמץ מיוחד.

²⁹⁸ חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971; חוק הליכי חקירה והעדה (החממה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), תשס"ו-2005.

המשפט הכיר זה כבר בקבוצות סיכון נוספות אשר מצדיקות את נקיטתם של אמצעי זהירות בבואו לבחון הודאות שנגבו מהם. עם קבוצות אלה, כאמור, נמנים, למשל, נחקרים אשר בשל מאפיינים נפשיים מועדים להפגמת אשמה, נחקרים שהשתמשו באלכוהול או בסמים ונחקרים שמרגישים זרות תרבותית שעשויה ליצור קושי שפתי. גם נחקרים אשר אינם מורגלים במעצר וחקירה עשויים להיות מועדים ביתר שאת למסירה של הודאת שווא.²⁹⁹ להכרה זו של המותב בנסיבותיה האישיות של הנאשמת העומדת לפנייהם חשיבות עליונה, שכן משמעה "איתות" פנימי של השופטים לעצמם כי עליהם לנקוט קפדנות יתרה וזהירות מוגברת על מנת להימנע מהרשעת שווא.

ואולם דווקא מיעוטים אתניים לא הוכרו עד היום כמי שזכאים להגנה מיוחדת – לא בשל מאפייניהם האישיותיים, אלא לנוכח השתייכותם לקבוצה המועדת לאפליה ואשר על כן הסיכוי להטיות קוגניטיביות כלפיהם מצד חוקריהם גדול יותר.³⁰⁰ כפי שהוסבר בפרק הקודם, בישראל עשויים סוג החקירה,³⁰¹ האקלים הציבורי וההנחות המקדמיות בקרב החברה הישראלית באשר למיעוט הפלסטיני להגביר את הסיכוי שבחקירה משטרית תיטה הקביעה בדבר מידת אמינותם של ערבים, ובפרט תושבי השטחים, לרעת החשוד. שוטרים הם בעלי ניסיון והכשרה, ומשום כך בעלי אינטואיציות מושכלות יותר משאר האוכלוסייה באשר למידת האשם של נחקר העומד לפנייהם, אבל אלה לא בהכרח מחסנות אותם בפני ההטיות הללו.³⁰²

299 ראו למשל עניין דזרוב, לעיל ה"ש 47, פס' 138 לפסק דינו של השופט דנציגר. ראו גם פס' 11-15 לדוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 1, וההפניות שם.

300 כפי שמציין גיא לוריא, על פי נחוני עבר, כגון הדוח של הצוות למיגור הגזענות נגד יוצאי אתיופיה, אף ששיעורם של קטינים מקרב העדה האתיופית הוא 2% מהאוכלוסייה, ב-2015 הגיע שיעור התיקים שנפתחו נגדם ל-7.6% שיעור כחבי האישום ל-8.5%. ראו לוריא, לעיל ה"ש 234, בעמ' 48.

301 אנדרו טסליץ מסביר מה קורה כאשר טכניקות חקירה מכוונות אשם מצטלבות עם אפליה. לטענתו, הנחת אשם כלפי נחקר אשר ממילא חשוף לאפליה שיטתית צפויה להוביל את הנחקר, המתמודד עם מחסום שפתי, לעוינות ולהתגוננות. אלא שתגובות אלה עשויות להוביל את החוקרים לחשוד בו אפילו יותר, להתעלם מתאוריות חלופיות ולהגביר את הלחץ עליו באמצעות הצגת ראיות שקריות, ערעור ביטחונו העצמי ותשאול ארוך. Taslitz, לעיל ה"ש 186, בעמ' 131-132.

302 Taslitz, לעיל ה"ש 188, בעמ' 7.

מצב זה בעייתי במיוחד כאשר האישומים קשורים בעבירות ביטחוניות, אשר מצדיקות על פי חוק הפעלה של אמצעים חמורים יותר בשלב החקירה, כגון מעצר מינהלי, מניעה או עיכוב של קבלת ייעוץ משפטי והעברת חקירות לשב"כ, שמשמעה הסתפקות בזיכרון דברים ולא בתיעוד חקירה מלא. שילוב זה של סיכוי מוגבר להטיות קוגניטיביות מצד חוקרי המשטרה עם הבחנה סטטוטורית המצמצמת את זכויות הנחקרים מצדיק זהירות מוגברת מצד המותבים בבואם לבחון הודאות שנגבו בחקירה מאנשים מקבוצות מיעוט אתניות.

על אמצעי זהירות אלה לכלול הכרה כפולה: ראשית, הכרה בסיכוי שהנחקר שייך לקבוצת סיכון לא בהכרח מתוקף נסיבותיו האישיות אלא מתוקף שיוכו האתני, אשר ייתכן שהביא להשלמות סטראוטיפיות מצד חוקריו; ושנית, הכרה בכך שהנחקר חשוף לנטיות דומות מצד המותב, ודאי לאחר שהוצגה לפני זה הודאתו של הנחקר.³⁰³ שופטים, כמו שוטרים, מקבלים החלטות במגבלות של זמן ומידע, ומכאן ששתי הקבוצות עשויות, במודע או שלא במודע, להביא להשלמתם של נתונים חסרים לפי סטראוטיפים הנובעים מהנחות מוקדמות אשר אינן מבוססות משפטית.³⁰⁴

סוגיות של הטיה מקדמית בקרב שופטים נבדקו אמפירית ותאורטית במחקרים מקיפים, בעיקר בארצות הברית, לנוכח טענות לאפליה חריפה נגד שחורים במערכת הפלילית.³⁰⁵ במחקר אמפירי של חוקרים מאוניברסיטת קורנל נמצא

303 מחקרים משקפים כי בחי המשפט נוטים לסמוך על יכולתם לגבש עמדה כלפי הודאת חוץ ורק לאחר מכן מתמודדים עם הפגמים והבעיה שצצו בה. ראו בהרחבה אצל לרנאו, וכן את הדוגמאות שהיא מביאה מניסיונה האישי כסנגורית בכירה. לרנאו, לעיל ה"ש 195, 391.

304 אורן גזל-אייל, רענן סוליציאנו-קינן, גל עינב ועטאללה שובאש "ערבים ויהודים בהליכי הארכת מעצר ראשוני" **משפטים** לח 627, 629 (תשס"ט).

305 במחקר מקיף שפרסם בספטמבר 2022 המרשם הלאומי האמריקאי לזיכויים נמצא כי אף שהשחורים הם 13.6% מכלל אוכלוסייתה של ארצות הברית, שיעורם מתוך 3,200 זיכויים רשומים הוא 53%. כלומר, בהסתמך על נתונים אלה, הסיכוי של אדם אמריקאי שחור להיות מורשע לשווא בפשעים חמורים גבוה פי שבעה מהסיכוי של אדם אמריקאי לבן. *Race and Wrongful Convictions in the United States* (National Registry of Exoneration, a Project of the University of California Irvine, Newkirk Center for Science & Society, the University of Michigan Law

כי חרף מחויבותם המקצועית והאתית של השופטים להחלה שוויונית של הדין, רוב השופטים הלבנים שנבדקו הראו קישור אוטומטי בין לבן ל"טוב" ובין שחור ל"רע", אפילו במידה גבוהה מזו שמצאו סקרים אחרים בקרב האוכלוסייה הלבנה האמריקאית בכללותה.³⁰⁶ כאשר נשאלו השופטים היכן הם ממקמים את עצמם ביחס ליתר השופטים הנבדקים באשר ליכולתם להימנע ממשוא פנים בקבלת החלטות, 97% מהם הניחו שהם נמצאים ב־50% העליונים, ו־50% מהם סברו שהם ב־25% העליונים.³⁰⁷ במילים אחרות, השופטים הביעו ביטחון יתר ביכולתם להימנע מהשפעות של דעות קדומות, מה שהביאם דווקא להיות מושפעים מהן, שכן בהיעדר מודעות לנטיותיהם, הם לא פעלו לרסון. ואכן, אותו מחקר מצא שכאשר שופטים שהשתתפו במחקר אימצו את המוטיבציה להימנע מדעות קדומות, הם הצליחו לרסן את הנטייה אליהן.³⁰⁸

בהקשר של הודאות מעניינים במיוחד המחקרים המסבירים את הקשר החזק בין אי־אמון ובין דעות קדומות. ככלל, כל ניסיון למצוא את האמת הוא משימה סבוכה,

.School, and Michigan State University College of Law (September 2022)) ממציאים אחרים מהשנים האחרונות מלמדים כי האוכלוסייה השחורה בארצות הברית מהווה כ־38% מכלל העצורים והכלואים; מתוך 100 אלף איש מקרב האוכלוסייה ישנם 2,306 שחורים שנמצאים בכלא לעומת 450 לבנים (*Race and Ethnicity, PRISON: POLICY*); אחד מכל שלושה גברים שחורים שנולדים כיום ייאסר במהלך חייו, לעומת אחד מכל 17 לבנים; סיכוייהם של גברים שחורים להיאסר גבוהים פי שישה מסיכוייהם של גברים לבנים (MARK GODSEY, *BLIND INJUSTICE: A FORMER PROSECUTOR EXPOSES*) (2019); מחקרים מוקדמים יותר מראים כי דמי הערבות לשחרורם של נאשמים שחורים נקבעים בסכום גבוה בכ־25% בממוצע מזה של נאשמים לבנים; שופטים פדרליים מטילים על שחורים עונשים ארוכים ב־12% מהעונשים המוטלים על לבנים שביצעו פשעים דומים; והסיכוי שנאשמים שחורים יידונו לעונש מוות גבוה מזה של נאשמים לבנים. ראו ריכוז נחונים אצל Jeffrey J. Rachlinski & Sheri Lynn Johnson, *Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges?*, 84 NOTRE DAME L. REV., 1195, 1196 (2009)

306 שם, בעמ' 1211. ההסבר שהחוקרים העניקו לממצא זה הוא שהשופטים שנבחנו נתקלים באחוז גבוה יותר של שחורים המואשמים בפשיעה מזה של הלבנים. שם, בעמ' 1222.

307 שם, בעמ' 1225.

308 שם.

שכן קביעות עובדתיות עשויות להתברר כשגויות. אך התהליך הופך לבעייתי אף יותר כאשר מעורבות בו הטיות כלפי מוצאו של הנאשם. איאמון נוטה להיות חלק בלתי נפרד מדעה קדומה, שכן מייחסים למופלה רמת כנות נמוכה ולא פעם גם מפקפקים ברמת האינטליגנציה שלו, ולכן בכושר הזיכרון שלו.³⁰⁹ איאמון משפיע כמובן על דרכי החקירה, אבל גם על בית המשפט, במיוחד כאשר מוצגת לו הודאה מצד הנחקר שהוא מנסה לחזור בו ממנה.³¹⁰

גם בישראל נעשו מחקרים על אפליה במערכת המשפט הפלילית. אריה רטנר וגדעון פישמן התמקדו בבחינתם של גזרי הדין, שיעורי ההרשעה וחומרת העונש שהוטו. הם מצאו כי לערבים בישראל יש סיכויי הרשעה גבוהים יותר וכי חומרת העונשים המושטים עליהם קשה יותר.³¹¹ הווה אומר, זהותה האתנית של הנאשמת עשויה לשחק תפקיד הן במהלך החקירה והן בבית המשפט. משום כך יש להחשיב קבוצות מיעוט אתניות המועדות לאפליה כקבוצת סיכון נפרדת

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

310 Taslitz, לעיל ה"ש 186, בעמ' 136.

311 ARYE RATTNER & GIDEON FISHMAN, JUSTICE FOR ALL? JEWS AND ARABS IN THE ISRAELI CRIMINAL JUSTICE SYSTEM (1998). עם זאת, לדברי אורן גזל-אייל ואח', לא ניתן היה להכריע שהדבר נובע בהכרח מחשיבה סטראוטיפית של שופטים, שכן ישנם משתנים אחרים רבים אשר עשויים להוביל לתוצאה בדין. הפער יכול לנבוע גם מכך שהחביעה היא זו שמבקשת את העונש או מכך שאיכות הייצוג עשויה להיות מושפעת מהמשאבים של הנאשם, וייתכן שידם של נאשמים ערבים רבים אינה משגת לשכור ייצוג ראוי, מה שמובילם לשכור את שירותיהם של עורכי דין בעלי ניסיון פחות. הפער יכול להיות מיוחס גם להסדרי הטיעון הרבים שהחביעה משפיעה בהם על רמת הענישה. ייתכן גם שיש קשר בין סוג העבירות שנבדקו. ראו גזל-אייל ואח', לעיל ה"ש 304, בעמ' 632-633. ראו גם מחקרים אחרים שאלהם גזל-אייל ואח' מפנים - דוגמת מחקר אשר בדק כיצד משפיעה זהותה האתנית של שופטת על גזרי דין ומצא כי גם שופטים ערבים מחמירים עם נאשמים ערבים יותר משהם מחמירים עם נאשמים יהודים. (Gideon Fishman, Arye Rattner, & Hagit Turjeman, *Sentencing Outcomes in a Multinational Society: When Judges, Defendants and Victims Can Be Either Arabs or Jews*, 3 EUROPEAN JOURNAL OF CRIMINOLOGY 69 (2006)). מחקרם של גזל-אייל ואח' התמקד לא בשלב ההרשעה אלא בשלב הארכת המעצר הראשוני. נמצא כי לחשוד יהודי המובא לפני שופט יהודי ישנם סיכויים גבוהים יותר להשתחרר מן המעצר לעומת סיכויי של נאשם ערבי. כאשר השופט הוא ערבי, לא נמצא הבדל בין זהותו של הנאשם להחלטת המעצר. שם, בעמ' 649-652.

המחייבת הגנה, וזו נדרשת קודם לכול להיות תודעתית.³¹² לצד זאת, חשוב להכיר בנטייה האנושית להרגיש אי־אמון כלפי ה"אחר".

עוד הגנה קשורה במחקר ובחינוך. על מערכת בתי המשפט להטמיע מבחנים אשר יסייעו לבחון את מידת ההטיה. מכיוון ששופטים עשויים להיות בעלי ביטחון יתר באשר ליכולתם לשלוט בנטייתיהם הקוגניטיביות, מבחנים אמפיריים יסייעו בניטור אובייקטיבי יותר וישקפו את מידת התיקון הנחוצה ואת היקפה.³¹³ ברי כי גם עודף זהירות מצד שופטים אינו תוצאה רצויה, ובחינה אובייקטיבית תקופתית תסייע להישמר מתיקון יתר. חינוך השופטים באשר לנטייות טבעיות אלה גם הוא הכרחי, הן בהשתלמויות ייעודיות לשופטים מכהנים והן בלימודי ההכשרה.³¹⁴

4.6. עיון מחודש בהלכת מועדי, המחייבת את הנאשם להוכיח קשר סיבתי בין הלחץ שהופעל עליו לבין מסירת ההודאה

לבסוף, וללא תלות בהליך החקיקתי המוצע לעיל, יש הצדקה לשוב ולעיין מחדש בהלכת מועדי, אשר קבעה את הצורך בהתקיימותו של קשר סיבתי בין אלימות או אמצעי לחץ אחר שהופעל לבין מסירתה של ההודאה. הלכה זו, הדורשת בחינה עובדתית בכל מקרה לגופו כדי לדעת "האם היה באמצעי החקירה הפסול

312 Rachlinski & Johnson, לעיל ה"ש 305, בעמ' 1122.

313 סוג אחד של מבחנים הוא Implicit Association Test (IAT), אשר פותח במשך עשרות שנות מחקר ונוגע למשוא פנים ולסטראוטיפים. סוג זה זכה להודאה רבה; נבחנו בו למעלה מארבעה וחצי מיליון אנשים ברחבי העולם. המבחן יכול להתבצע במגוון דרכים, אך לרוב הוא כולל פעילות ממוחשבת שבה הנסקרת מתבקשת להתאים מילים לפרצופים. להרחבה על המבחן (וכן לביקורות עליו) ראו Rachlinski & Johnson, לעיל ה"ש 305, בעמ' 1198-1201.

314 ראו המלצות אלה בעניין המבחנים, והמלצות נוספות שם.

כדי לשלול את חופשיות רצונו של הנאשם במסירת הודאתו,³¹⁵ הושרשה בפסיקה והפכה לאבן שאין לה הופכין,³¹⁶ חרף ארבע התפתחויות חשובות: ראשית, ממצאים בתחום הקרימינולוגי המעידים על הקלות שבה ניתן להשפיע על נפשם ותודעתם של נחקרים עצורים והוכחות אמפיריות שלא רק "פגיעה בצלם האנוש" עשויה להוביל לשלילת חופש הרצון; שנית, ממצאים שהצטברו בעשורים האחרונים על כוחה של הודאה על הטיותיו הקוגניטיביות של המותב עצמו. ההנחה שעמדה בליבה של ההלכה שלפיה אפשר יהיה לרכך את כוחה של ההודאה באמצעות הפחתת משקלה (במקום פסילתה) לפי נסיבות המקרה מעידה על ביטחון יתר של השופטים בעצמם שלא בהכרח יש לו במה להיתלות; שלישית, ההלכה, אשר עוצבה בשנות ה־80 של המאה ה־20, אינה הולמת את האמצעים המדעיים שהתפתחו בעשורים האחרונים, המאפשרים מגוון כלים לניהול חקירה מתוחכמת יותר, חיצונית לחשוד; ורביעית, עולה הספק אם ההלכה הולמת את חקיקתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר צריך היה לעורר שאלות בדבר החוקתיות של עצם הפעלתה של אלימות על נחקר ברף נמוך הרבה יותר מאותם מקרי קצה שנקבעו בהלכת מועדי. ככל גוף אחר, גם בית המשפט נדרש לעשות חשיבה פנימית על הלכותיו ותקדימיו. הלכת מועדי מחייבת עיון מחודש שכזה.

315 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 25, פסק דינה של השופטת ביניש, בעמ' 32.

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

פרק 5

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

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

באוקטובר 1987 פרסמה את ממצאיה ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת (להלן: דוח ועדת לנדוי). בראש הוועדה עמד הנשיא בדימוס משה לנדוי, והיא כוננה על מנת להמליץ בשני נושאים: "השיטות ונוהלי החקירה של השב"כ בנושאי פח"ע (פעילות חבלנית עוינת) ומתן העדות בבית המשפט על החקירות הללו".³¹⁷

317 דוח ועדת לנדוי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 3. הרקע למינוי הוועדה היה, בראש ובראשונה, פרשת נפסו והפליליות הנגועה בחקירתה של פרשה זו בידי סגל השב"כ. עזאת נפסו הואשם בעבירות חמורות של ריגול, בגידה וסיוע לאויב במלחמה, ובחקירותיו הוא הודה באישומים שיוחסו לו. במהלך משפט הזוטא שנערך בבית הדין הצבאי הוא טען כי חוקרי השירות נקטו כלפיו אלימות קשה. בעדותם בשבועה הכחישו חוקריו את טענותיו, ובית הדין גזר עליו עונש מאסר של 18 שנים וגירוש מן הצבא. לימים נחשף קשר פלילי שקשרו גורמים בכירים מהשירות לשיבוש הליכים של ועדות אשר חקרו בפרשת קו 300, ובתוך כך נתחזקו הספקות גם באשר לטענותיהם של החוקרים בעניין הרשעתו של נפסו. מקצת מטענותיו של נפסו על החקירה אוששו לימים כנכונות בחקירה פנימית בשירות. התפתחויות אלה חשפו כי בחקירתו הופעלו על נפסו לחצים, שהוכחו אחר כך בבית הדין בעדויותיהם של חוקרי השירות. לסקירה של הוועדה ועל תפקידו של היועץ המשפטי בשב"כ ראו אלי בכר שב"כ במבחן: ביטחון, משפט וערכי הדמוקרטיה (2020).

בכל הנוגע לשיטות ולנוהלי החקירה הגיעה הוועדה לחמש מסקנות עיקריות: (1) אין להפעיל על הנחקר לחץ מופרז אשר מגיע לדרגת עינויים גופניים, התעללות או פגיעה חמורה בכבודו השוללת ממנו את צלם אנושיותו; (2) שימוש באמצעים שאינם עולים לכדי החומרה האמורה צריך להיות מידתי כנגד הסכנה הצפויה, בהתאם למידע שבידי החוקר באותה עת; (3) יש להגדיר מראש, בהנחיות מחייבות, את אמצעי הלחץ הפיזי והפסיכולוגי המותר בעת חקירה; (4) יש לפקח בקפידה שחוקרי השירות נשמעים להנחיות; (5) אם חוקר סטה מן המותר על פי ההנחיות, הממונים עליו מחויבים להגיב "בתקיפות וללא היסוסים" ולנקוט צעדי משמעת, ובמקרים חמורים להעמידו לדין פלילי.³¹⁸

לטענת הוועדה, "חקירה יעילה של השירות לסיכול מעשי פח"ע לא תתכן ללא שימוש במכשיר החקירה של החשודים [...] [ואילו] חקירה יעילה של חשודים בפח"ע לא תיתכן בלי שימוש באמצעי לחץ".³¹⁹ כלומר, חרף האזהרה מפני אמצעי לחץ המגיעים לדרגת עינויים, על פי הדוח – "אין להמנע מהפעלת מידה מתונה של לחץ פיזי".³²⁰ הסיבה לכך, בין היתר, היא שעל החוקרים לגבור "על רצון עיקש [של הנחקר] שלא לגלות מידע ועל פחדו של הנחקר שיבולע לו מידי אנשי ארגונו אם יגלה מידע". על כן, אמצעי הלחץ צריכים להיות בעיקרם פסיכולוגיים, קרי חקירה "נמרצת וממושכת ובשימוש בתחבולות כלל מעשי הטעיה". ואולם אם אין בכל זה די והמטרה לא מושגת – אין להימנע, כאמור, מהפעלת לחץ פיזי.³²¹

בהקשר זה סברה הוועדה כי ישנה חשיבות רבה להגנת הצורך, שהייתה קבועה בסעיף 22 לחוק העונשין (היום, סעיף 34 לחוק).³²² מנייתו הסעיף הגיעה

318 דוח ועדת לנדוי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 45-55.

319 שם, בעמ' 71.

320 שם, בעמ' 71-72.

321 שם, שם.

322 שם, בעמ' 52-53. סעיף החוק קובע כי "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נחון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך

הוועדה למסקנה ש"לא גורם הזמן המכריע אלא ההשוואה בין חומרת שתי הרעות – הרעה שבהפרת החוק כנגד הרעה העומדת להתרחש במוקדם או במאוחר [...] שקילות שתי הרעות זו כנגד זו חייבת להיעשות על-פי מושג המוסר הנטועים בלבו של כל אדם הגון וישר"³²³. לצד זאת סיפקה הוועדה רשימה,

אחרת אלא לעשותו". על דוח ועדת לנדוי נמתחה ביקורת רבה בקרב מלומדים ופעילי זכויות אדם. כתב העת ISRAEL LAW REVIEW הקדיש בשנת 1989 סימפוזיון שלם לדוח, זמן קצר לאחר פרסומו. כך לדוגמה, אלן דרשוביץ טען כי לא ראוי שהגנת הצורך תשמש בסיס נורמטיבי להצדקת מעשיהם של חוקרי השב"כ וכי יש להפעילה במקרים ספורים בלבד, שאינם צפויים, ולא כעניין שיטתי מערכתי. שניאור זלמן פלר טען בהקשר זה כי כל לחץ בחקירה הוא אסור. ראו *Symposium on the Report of the Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service Regarding Hostile Terrorist Activity*, 23 ISRAEL LAW REVIEW (1989); Alan M. Dershowitz, *Is it Necessary to Apply "Physical Pressure" to Terrorists – and to Lie about it?* שם, בעמ' 193, 197; Shneur-Zalman Feller, *Not Actual "Necessity" but Possible "Justification": Not 'Moderate' Pressure, but Either "Unlimited" or "None at All"*, בעמ' Mordechai Kremnitzer, *The Landau Commission Report : Was the 201 Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the Needs of Security*, שם, בעמ' 216. גם ארגוני זכויות אדם מחו נמרצוה נגד מסקנות הדוח בטענה שהוא מכשיר עינויים. ביקורת זו גברה בעת האינתיפאדה הראשונה, אשר פרצה זמן קצר לאחר פרסום הדוח, וכאשר החלו להתפרסם עדויות על יחסו של שב"כ לעצירים פלסטינים. בשנת 1991 פרסם הארגון "בצלם" דוח בכותרת "חקירות פלסטינים בתקופת האינתיפאדה: התעללות, לחץ פיזי מתון או עינויים". הדוח עורר הדים רבים בציבור הישראלי ובקרב הקהילה הבינלאומית. ארגון אמנסטי כתב כי "שיטות החקירה הנהוגות, המהוות עינויים או התעללויות, הן או שעולות בקנה אחד, לפחות בחלקן, עם ההנחיות הסודיות של ועדת לנדוי, או שהן מהוות הוכחה כי מאז 1987 השב"כ מפר בצורה גורפת הנחיות מעין אלו, כמו גם את האיסורים הבין-לאומיים באשר ליחס עצירים" (*Israel and the Occupied Territories: The Military Justice System in the Occupied Territories – Detention, Interrogation and Trial Procedures* (London, Amnesty International, July 1991). דוח זה נמסר לוועדת האו"ם לזכויות האדם בז'נבה. הארגון האמריקאי "Lawyers Committee for Human Rights" מתח ביקורת באותה שנה שלפיה היתר ל"לחץ פיזי ופסיכולוגי מתון" שהעניקה ועדת לנדוי "מנוגד לכל הנורמות הבינלאומיות האוסרות עינויים או יחס אכזרי, לא-אנושי ומשפיל" (*Critique Review of the U.S. Department of State's Country Reports on Human Rights Practices for 1990: Israeli-Occupied Territories* (New York, Lawyers Committee for Human Rights, 1991). בשנת 1991 הגיש הוועד הציבורי נגד עינויים עתירה לבג"ץ בדרישה לגנוז את המלצות הוועדה להתיר שימוש ב"לחץ פיזי מתון", אך העתירה נדחתה בטענה שהיא כללית מדי.

שהופיעה בחלקו החסוי של הדוח, אשר לא פורסם עד היום, של שיטות חקירה מותרות שהן, לטעמה, בבחינת "לחץ פיזי מתון".³²⁴ הממשלה אימצה את המלצות הוועדה.

שבע שנים לאחר הגשת דוח ועדת לנדוי הגישו ארגוני החברה האזרחית וכן עותרים פרטיים בקשות לבג"ץ שיקבע שאמצעי החקירה שהופעלו עליהם אינם חוקיים.³²⁵ האמצעים שהציגו העותרים לא הוכחו על ידי המדינה. זו סיפקה תמונה של דרכי חקירה מסוימות שנקטו חוקרי השב"כ ועדכנה את בית המשפט כי ההחלטה על ביצוען נעשתה על פי נוהל שאישרה ועדת שרים מיוחדת לעניין חקירות בשב"כ. לאחר שהנשיא ברק מנה את שיטות החקירה שנדונו, הוא קבע, והרכב השופטים צידד בו פה אחד, כי הן פסולות וכי "לחוקר שב"כ אינדיבידואלי – כמו לכל שוטר – אין סמכות לנקוט אמצעים פיזיים אלה הפוגעים בחירותו של הנחקר במהלך החקירה, אלא רק אמצעים המתבקשים בדרך כלל ובאופן אינהרנטי ממהות החקירה, הנדרשת להיות חקירה הוגנת וסבירה. [...] כדי להביא לידי כך שהממשלה תהא מוסמכת להורות על שימוש באמצעים פיזיים במהלך החקירה מעבר למותר על פי דיני החקירה הרגילים [...] יש צורך בהוראת חוק כדון [...] הסייג בדבר 'צורך' אינו יכול לשמש עוגן לסמכויות אלה".³²⁶ בה בעת הוא הוסיף כי סייג הצורך עשוי לעמוד לחוקר לאחר מעשה כטענה שיכולה לפטור אותו מאחריות פלילית, בהתקיים תנאי הסייג, וכן כי היועץ המשפטי לממשלה

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

325 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד נג(4) 817 (1999) (להלן: בג"ץ הוועד הציבורי נגד עינויים).

326 בג"ץ הוועד הציבורי נגד עינויים, שם, פס' 38 לפסק דינו של הנשיא ברק. לדבריו, "על-פי המצב המשפטי הקיים, אין סמכות לממשלה או לראשי שירות הביטחון הכללי לקבוע הנחיות, כללים והיתרים באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה של חשודים בפעילות חבלנית עוינת, מעבר להנחיות ולכללים המתבקשים מעצם מושג החקירה".

"יכול להדריך עצמו באשר לנסיבות בהן לא יועמדו לדין חוקרים, אשר לפי הטענה פעלו במקרה בודד מתחושה של 'צורך'".³²⁷

זמן קצר לאחר מכן פרסם היועץ המשפטי, אליקים רובינשטיין, מסגרת לשיקול הדעת של היועץ המשפטי לממשלה וקבע כי בעקבות פסיקת בג"ץ הסמכויות הנתונות לחוקר שב"כ זהות לסמכויותיהם של שוטרים ואין חוקרי השב"כ רשאים לחרוג מהן. עם זאת הוא הוסיף כי במקום שחוקר נקט אמצעי חקירה הנחוץ מיידית למידע חיוני "לשם מניעת סכנה מוחשת של פגיעה חמורה בבטחון המדינה, בחיי אדם, בחרותו או בשלמות גופו, ואין דרך סבירה אחרת בנסיבות העניין להשגתו המיידית של המידע, ונקיטת אמצעי החקירה היתה סבירה בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה" – רשאי היועץ לשיקול שלא לנקוט הליכים פליליים נגד אותו חוקר, כל עוד אין מדובר בעינויים.³²⁸

כך למעשה הכשירו בית המשפט העליון והיועץ המשפטי לממשלה את "חקירות הצורך" – אשר תחולתן התרחבה גם לקבלתו של אישור מראש, ולא רק בדיעבד³²⁹ – אך בלי לדון בקשר שבין חקירות אלה לבין חקירות של גופי אכיפה, לרבות אכיפת האיסורים הנוגעים לביטחון המדינה והציבור שאינו שב"כ, קרי המשטרה. לכאורה, ההבדל העיקרי בין שני סוגי החקירות הללו הוא שבעוד שהראשונה היא סיכולית באופייה וצופה פני עתיד, השנייה, המשטרית,

327 ש.ש.

328 הנחית היועץ המשפטי לממשלה, חקירות שב"כ והגנת הצורך – מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה (בעקבות פס"ד בג"ץ), 28.10.1999.

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

מתבצעת לאחר מעשה. ניתן לפקפק בעמידותה של הבחנה זו, שוועדת לנדוי סמכה עליה את ידה. גם חקירה משטרתית – בייחוד כאשר מדובר בעבריינות אידאולוגית, סדרתית או מאורגנת (ועבירות נגד ביטחון המדינה והציבור הן כאלה, אבל גם פשעי שנאה ופשיעה חמורה ומאורגנת) – מיועדת לסיכול לא פחות משהיא מיועדת לענישה. לעומת זאת חקירות שב"כ מיועדות בברור גם לאכיפה על ידי הבאה לדין וכליאה של עבריינים. בשני סוגי החקירה הללו יש אפוא הן יסוד סיכולי ברור והן יסוד אכיפתי־עונשי.

הכשרתן של "חקירות הצורך" מקרינה גם על החקירות הפליליות, גם אם חקירות הצורך לא הוחלו מפורשות על החקירות הפליליות.³³⁰ היסטורית, ישנן עדויות ברורות לכך שטקטיקות חקירה שהוגבלו לסוג אחד של חקירה חלחלו לעבירות נוספות,³³¹ וממילא מבחינת החוק הישראלי אין שום זיקה של סייג הצורך דווקא לשב"כ. אם מתקיימים תנאי הצורך, הם יחולו על כל חוקר בכל מסגרת, ולהלכה גם על כל אדם. במקרים חמורים, וכאשר יש לחץ פנימי וחיצוני למצוא אשמים, סייג הצורך והגישה הסלחנית כלפי אלימות רכה הם מקור השראה והצדקה עצמית להפעלת לחצים לא־חוקיים גם על ידי המשטרה. הסכנה לזליגה זו נובעת גם מהנטייה הטבעית לקוהרנטיות משפטית בתוך מערכות, וכן משום שחוקרים שואפים לכך שיהיו בידיהם סמכויות רבות ככל האפשר בחקירה.

על הקרבה הפוטנציאלית שבין סוגי החקירות עמד חבר הכנסת, ולימים שר המשפטים, דוד ליבאי, בדיון במליאה בעקבות פרסומו של דוח ועדת לנדוי:

לפרשנות החוק של הוועדה עלולות להיות תוצאות מעשיות חמורות ביותר [...] משום שלפי התשתית המשפטית, המצדיקה לדעת הוועדה אלימות מתונה מצד חוקרי השב"כ, אפשר להצדיק שימוש יומיומי באלימות גם בחקירת עבירות פליליות עלידי משטרת ישראל. [...] כפי שהוועדה אומרת, המצב המשפטי הוא, שהחוק אינו נותן היום

330 Kremnitzer, לעיל ה"ש 322, בעמ' 261-262.

331 שם, בעמ' 262, ובהערה 90 שם.

את הכלים האלה. ואילו הוועדה באה לתת היתר להפעלה מתונה של לחץ פיסי, והפעלה זו אסורה. המכות, הסטריות, הבעיטות, המפורטות בדוח הגלוי [...] הופכות להיות שיטה חוקית, אף שכרגע הן אסורות. [...] איך היא נותנת את ההיתר? [...] היא נצמדת לדוקטרינת הצורך בסעיף 22 לחוק העונשין. [...] לפי ההנמקה של הוועדה אני יכול לבסס לך בכל בית־משפט צידוק לכך, שאנשי משטרת ישראל יתחילו להשתמש באלימות, כדי למנוע אינוס, שוד, עבירות חטיפה, רצח, פעילות של כנופיות ואספקת סמים, וכדי להוציא את המידע הנדרש למעצר של אנשים מועדים או כאלה המתכננים עבירות.³³²

וחבר הכנסת אמנון רובינשטיין העיר באותה ישיבה כי "אין כאן רק עניין של שב"כ. יש כאן עניין של שלטון החוק".³³³

הסממן המובהק ביותר לזליגתה של חקירת הצורך לחקירה הפלילית הוא שחקירות הצורך נעשות סמוך לפני חקירה פלילית שבמהלכה נגבית הודאה, ללא הזדקקות לאמצעי לחץ נוסף.³³⁴ סמיכות הזמנים בין החקירות, והעובדה שאותו מותב דן בתוצאות של חקירה שמשלבת גם חקירה סיכולית וגם חקירה פלילית, חותרות תחת ההבחנה בין החקירות. קשה להשתחרר מן הרושם שחקירת השב"כ היא שמבשילה את נכונות הנחקר למסור הודאה ושהעברתו "בְּשֵׁל" לידי המשטרה לא באה אלא כדי ליצור הבחנה מלאכותית בין שני שלבים שלמעשה הם אחד.

בעניין אברושמי, אשר הורשע בגין רצח אמיל גרינצוויג, נעשתה חקירת השב"כ כמעט 66 שעות רצופות. יונה אברושמי הורשה לישון שש שעות בלבד במשך כל התקופה, נמנעה ממנו כניסה לשירותים, והוא נאלץ לעשות את צרכיו

332 דוד ליבאי, הישיבה ה־361 של הכנסת ה־11, דין וחשבון ועדת לנדוי והשלכותיו, 322 (4.11.1987).

333 שם, בעמ' 324.

334 מרדכי קרמניצר ויובל שני "האם חייבים לאכול את פירות העץ המורעל?" המכון הישראלי לדמוקרטיה: בלוג סיווג בטחוני (4.7.2018).

במכנסיו. במשטרה הוא נחקר שלושה ימים רצופים. בית המשפט המחוזי לא פסל את ההודאות שנגבו ממנו על ידי השב"כ, אך נתן להן משקל מועט וביסס את עיקר ההרשעה על חקירות המשטרה. בערעורו של אברושמי (שנדחה) קבע בית המשפט העליון שיש להותיר את קבילותן של ההודאות שנמסרו בחקירת השב"כ בצריך עיון, אך קבע שהודאותיו בפני המשטרה קבילות, שכן עבר פרק זמן מספיק בין החקירות (ארבעה ימים) ודי בו כדי שהנחקר יחדש כוחותיו ויראה את חקירת המשטרה כמנותקת מקודמתה.³³⁵

בפרשת **בן אוליאל**, אשר הורשע ברצח משפחת דוואבשה בכפר דומא, טען הנאשם כי הודאתו למשטרה נמסרה סמוך לאחר שהופעלו עליו אמצעי לחץ

335 כך קבע השופט חלימה:

אבהיר חדי-משמעת, שאין להבין מדבריי, שחקירת השב"כ התנהלה ב"כסיות משי". כזאת לא אמרתי ולזה לא התכוונתי. העובדה, שניתנה למערער האפשרות לישון רק 6 שעות מתוך תקופה של 66 שעות רצופות אומרת דרשני; והטענה בקשר לעשיית הצרכים במכנסיים הינה החמורה שבטענות. מצב זה מן ההכרח ומן הדין שיובא בחשבון המאזן, שיקבע את עמדתו הסופית של בית המשפט; לאמור: כלום נוצר מצב של פגיעה בערכי יסוד מקובלים, שיחייב פסילה תוצאות החקירה? וכלום נשלל רצונו של הערער או נפגמה חופשיות הודאחו עקב החקירה המתמשכת בנתונים המתוארים לעיל? על השאלות המוצבות לפנינו ענה בית המשפט בחשובה מסויגת, דהיינו: בית המשפט לא היה מוכן לפסול את דברי המערער אך ורק בשל המצב העובדתי שתואר לעיל. מאידך גיסא, לא נתן בית המשפט משקל מלא לדברים שאמר המערער בדבר חקירת השב"כ. במלים אחרות: אילו היה בית המשפט קמא עומד לפני ברירה אחת – שיש להרשיע את המערער על-פי ממצאי חקירת השב"כ בלבד – לא היה עושה כן, וזאת אף אם תוכן הדברים שהוקלטו מפיו יוצר הנחה חזקה, שהוא אשר ביצע את המעשה. אמנם הורשע המערער בסופו של דבר, אך ההרשעה מבוססת בעיקר על הדברים שאמר המערער במשטרה.

ע"פ 154/85 אברושמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 387 (1987), פסי' 9-10 לפסק דינו של השופט חלימה. וכך מצא בית המשפט המחוזי בפרשת מחמיד:

אמרוחיו אלה של נאשם 2 מיום 27.12.13 דומה כי נמסרו מתוך רצון טוב וחופשי וזאת אקבע, גם אם אקבל טענתו כי במהלך החקירות הקודמות למועד האמור היו, לצערנו, צעקות, קללות ואלימות פיזית קלה, כלשון ב"ב בסיכומים.

תפ"ח (מחוזי חי') 46914-01-14 מדינת ישראל נ' מחמיד (פורסם בנוב, 31.1.2017), פסי' 93.

בחקירת שב"כ. שילוב סוגי החקירות נדון בבית המשפט המחוזי מרכז, אשר קבע כי –

אין לקבל את עמדת ההגנה ולקבוע חזקה משפטית חלוטה לפיה כל הודאה שנמסרה לאחר הפעלת אמצעים אלימים הינה פסולה כראיה. אף אין מקום לקבוע כי לשם הוכחת ניתוק הקשר בין ההודאה שניתנה בחקירת הצורך ובין ההודאות המאוחרות, נדרש בהכרח קיומו של אירוע חיצוני, כגון מפגש של הנחקר עם עורך־דינו. קביעת כלל מעין זה אינה מתיישבת עם הפסיקה הכללית ביחס לסעיף 12 לפקודה ובפרט עם פסק־הדין בעניין אל סיד הנזכר לעיל. כללים נוקשים מעין אלה לא נקבעו כהלכה אף בפסקי־הדין של שיטות המשפט הזרות אליהם הפנתה ההגנה בסיכומיה.³³⁶

את הערעור שהגיש עמירם בן אוליאל על הכרעת המחוזי דחה בית המשפט העליון פה אחד.³³⁷ השופט אלרון קבע כי הודאותיו של המערער קבילות גם במסגרת הוראותיו של סעיף 12 לפקודת הראיות וגם במסגרת הלכת יששכרוב.³³⁸ לטענתו, השאלה המשפטית אשר בגדרי סעיף 12 אינה נוגעת לעצם מתיחת הגבול שבין חקירת הצורך להודאות שנמסרו בחקירה הפלילית, שכן שאלה זו הוכרעה ונקבע שממילא ניתן למתוח גבול בין חקירה זו להודאה שנגבתה אחריה. השאלה המשפטית נוגעת לקשר הסיבתי שבין האמצעים המיוחדים שהופעלו בחקירה הראשונה לבין ההודאות שנגבו 36 שעות לאחר מכן. במקרה זה קבע כי יש לקבל את פסיקת בית המשפט המחוזי לנוכח מאפייניו הסובייקטיביים של הנאשם ונסיבותיו הקונקרטיים של המקרה, ובכלל זה "הזמן שחלף מאז חקירת

336 עניין פלוני, לעיל ה"ש 199, פסי' 232 להחלטה.

337 על פי דיווחים בתקשורת, כמה חודשים לאחר מכן הגיש בן אוליאל תביעה נגד שב"כ בעבור פיצויים של מיליוני שקלים בגין עינויים שעבר לטענתו. ראו נטעאל בנדל "בן אוליאל בחביעת ענק נגד שב"כ: 'החקירה פרצה באופן בוטה את גדרי ההגנה' " ישראל היום (19.12.2022).

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

הצורך הראשונה; התנהלות המערער בחקירות; ה'אווירה' באותן חקירות; זהות החוקרים; ועדויות המערער והחוקרים באשר לחקירות אלו.³³⁹

ברשימה שכתבנו הח"מ (קרמניצר) ויובל שני על פרשה זו³⁴⁰ עמדנו על כך שישנו קושי רב בהגנה על זכויות נאשם כאשר מתרחש ערבוב בין חקירה סיכולית לחקירה פלילית. כפי שהבהרנו, בית המשפט מעביר מסר מסוכן לחוקרים ששימוש באמצעים פסולים אינו שולל מניה וביה הודאה שנמסרה בחקירה שנעשתה סמוך לאחר השימוש באותם אמצעים (36 שעות אחרי חקירת הצורך). ואולם מסר זה חותר תחת עמדת בית המשפט עצמו כלפי חופשיות הרצון, ויש לו נזק מצטבר שקשה לחזות את היקפו.³⁴¹

השיטה של "חילופי כובעים" בחקירה נועדה מלכתחילה להכשיר את השרץ, כלומר לאפשר הן שימוש באמצעי לחץ קיצוניים והן השגת הודאה שהיא כביכול חופשית וקבילה. שיטה זו, לכן, היא בבחינת "הבה נתחכמה לו", לו – לאיסור נגד עינויים – והיא מעודדת את השימוש בהם.³⁴² מדובר במהלך אחד שיש בו שני שלבים אחוזים זה בזה כך שהראשון מוביל לשני. המשטרה מקבלת מהשב"כ את החומר הרלוונטי לצורך המשך החקירה, וכך נשמרת ומקוימת אחדות החקירה, למרות חילופי החוקרים. לפיכך אל לה למערכת המשפט לתת יד לשיטה פסולה זו. נקל להיווכח שההבחנה בין מניעה לבין אכיפת חוק היא מלאכותית ואינה מחזיקה מים. הסיבה העיקרית שבית המשפט מכשיר את ההודאה במשטרה היא חומרת העבירה המיוחסת לנחקר. לכן גם לא מתפקידנו להציע כיצד כן אפשר להכשיר את ההודאה, ועם זאת נבהיר להלן מה לא יכול לבוא בחשבון כהודאה קבילה לאחר שנעשה שימוש באמצעי לחץ חריגים.

339 ערער בן אוליאל, שם, פס' 13.

340 קרמניצר ושני, לעיל ה"ש 334.

341 שם.

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

כאשר ניכר שנחקר לא היה מודה במשטרה אלמלא הלחץ הקשה שהופעל עליו, ההודאה במשטרה אינה פרי של עץ מורעל כי אם היא ענף מענפיו, והכרחי לפוסלה. בנוסף, כאשר נחקר שרוי בחשש שאם לא יודה יופעלו עליו שוב לחצים מהסוג שהופעל עליו, ואולי אפילו חמורים יותר, ההודאה אינה חופשית. היא ההפך מזה. אין מדובר רק בהודאה אלא בכל ראייה שבנויה על שיתוף פעולה פעיל של הנחקר דוגמת שחזור. התרתה של השיטה המקובלת – של הודאה בעקבות שבירה בחקירת שב"כ, הזוכה להלבנה בהמשך על ידי חקירה משטרית המושפעת מהחקירה שקדמה לה – מתמרצת את החוקרים להתנהלות כזו.

נקודה אחרונה הזועקת מפרשת בן אוליאל היא ההבחנה המשתמעת בין נאשם יהודי ונאשם שאינו יהודי. פסילת הודאותיו של הקטין שנעצר בחשד למעורבות בתשתית טרור ובפשעי שנאה שכללו הצתה והיזק לרכוש על ידי בית המשפט המחוזי מרכז, המצטרפת להחלטות פסילה קודמות, מלמדת על ההבדל המכריע ביחסה של מערכת אכיפת החוק ליהודים לעומת יחסה לערבים, בעיקר לתושבי השטחים. בעוד אלפי עצורים ערבים, ובהם קטינים רבים, סובלים מפגיעה בהליך ההוגן, כמו מניעת מפגש של עצור עם עורך דינו, מתעוררת הביקורת הציבורית, ובמידה רבה גם הביקורת השיפוטית, בעקבות טענותיהם של נאשמים יהודים על פגיעה בזכויותיהם להליך הוגן. לכאורה, אפשר היה לחשוב, ולקוות, שהכרה זו בזכות להליך הוגן (ליהודים) תביא להכרה אפשרית בזכויותיהם של לא־יהודים. אלא שלאמיתו של דבר לא ברור כלל שה"גילוי", שהוא מבורך מאוד כשלעצמו, של זכויות חשודים בטרור יהודי יועיל גם לחשודים פלסטינים, שכן בעיני רבים בחברה הישראלית מדובר בשתי מטריות ובשני ציבורים שהם שונים לחלוטין. כך, יכול להיות לחלול מיטיב שלפיו מה שיקבע בעניין חשודי טרור יהודים יקבע גם בעניין חשודי טרור ערבים, אבל בה בעת נשקפת גם סכנה ממשית שבמקום "משפט אחד יהיה לכם" תתמסד ותתקבע שיטה משפטית שבה, הלכה למעשה, נקבע היקף הזכויות של חשודים לפי מוצאם האתני.

פרק 6

המלצות

מטרתו של מסמך זה אינה דיון תאורטי בהודאות שווא או, לחלופין, בסרטוטה של תוכנית מדיניות מוגמרת. תחת זאת מטרתו היא להצביע על פרקטיקות, הנחות והטיות קוגניטיביות של המעורבים בהליך הפילי, המעלות באופן בלתי סביר, לדעתנו, את הסכנה להודאות שווא. סכנה זו אינה ניתנת

למיגור מוחלט, אך היקפה הרחב אינו גזרה משמיים, ואפשר לצמצמו על ידי איזון הולם בין השמירה על כבודם של חשודים לבין הגנת הציבור. בשנת 2018 מונתה הוועדה הציבורית למניעת הרשעות שווא ותיקון בראשות השופט דנציגר. אנו מקווים שההמלצות שלהלן תסייענה לוועדה במשימתה החשובה.

1. המלצות סטטוריות

לדעתנו, מן הראוי לנסח את סעיף 12 כך:

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

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

(1) ניתנה לאחר שנקטו כלפי הנחקר באחד מאלה: עינויים גופניים או נפשיים, יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל, אלימות, או איום באחד מאלה; או בהתשה, דיכוי או כל התנהגות אשר עשויה הייתה למוטט את כוח רצונו של הנחקר;³⁴³

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

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

343 ראו המלצה נוספת ביחס למוחב משפט הזוטא כשעולה טענה חחח סעיף 12(ב)1), בעמוד 72 לעיל.

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

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

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

2. המלצות לגופי החקירה

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

(ב) איזון בין פרדיגמות אישוש והפרכה במגוון דרכים, כגון עידוד גישה ביקורתית וספקנית בתוך הצוות החוקר; מינוי של צוות קבוע לבקרת איכות של חקירות

כאלה, שיהיו בו גם גורמים מקצועיים חיצוניים (מחוץ למשטרה); הטלת התפקיד של "פרקליט השטן" על פרקליט מלווה; וככלל – הנכחה משמעותית יותר של ספק לאורך הליך החקירה על מנת להימנע מיצירתה של "תיבת תהודה".

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

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

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

(ו) הקפדה על מידור פנימי במקרה שנגבתה הודאה בחקירה על מנת למזער ככל האפשר הטיות קוגניטיביות בקרב גורמים אשר אינם נמנים עם חוקרי המשטרה, על מנת למנוע זיהום של ראיות פורנזיות. מוצע להתמודד עם הטיות אלו על ידי יצירת פרוטוקול המתעד את המידע שנאסף במהלך החקירה ומסדיר את היקף הראיות שאליו נחשפים הגורמים השונים בחקירה, וכן את המועד שבו הם נחשפים להודאה. אפשר לשקול גם להעביר פרוטוקול זה במסגרת גילוי מסמכים להגנה.

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

3. המלצות לבית המשפט

לצד כל אלה, ישנה חשיבות רבה בכך שבית המשפט ינקוט אמצעי זהירות מוגברים כלפי ראיות אשר נגבות בטקטיקות שנמצא כי הן מגבירות את הסיכויים להודאות שווא.

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

(ב) קביעת כללים ברורים להפעלתם של מדובבים: עצם גביית ההודאה על ידי מדובב צריכה להגביר את החשש שמדובר בהודאת שווא, ועל כן ההודאה ראויה לבחינה קפדנית ונוקשה אף יותר. בין היתר מומלץ להוסיף דרישה לתייעוד מלא של פעולת הדיבוב, גביית מחיר ראייתי בהיעדר תיעוד, וכן גילוי של ההוראות שקיבל המדובב לבית המשפט ולהגנה. הקו המנחה את בית המשפט מוכרח להיות איסור מפורש וברור על כל הפעלה של אלימות או איום באלימות שהיו נקבעים כלא־חוקיים אילו היו מופעלים בידי שוטר.

(ג) הבחנה בין פרטים מוכמנים: מומלץ להבחין בין פרטים שאינם בידיעת הציבור, והנחקר בכלל זה, וגם לא הועברו אליו בידי החוקרים, לבין פרטים אחרים, כאשר הקטגוריה בעלת המשקל הרב ביותר היא פרטים אשר לא היו ידועים כלל לצוות החקירה. אלה האחרונים יוכלו להיות אפילו תוספת ראייתית מסוג סיוע. עמידה על כך שפרט מוכמן יהא זה אשר אינו ידוע לרשויות החקירה תסייע להגיע למידת ודאות גבוהה יותר על מידת מעורבותו של המודה ותמנע מראש זיהום של ההודאה ושל החקירה כולה. פרט כזה, על כן, יכול לשמש תוספת ראייתית מסוג סיוע. לצד זאת, מכיוון שהשאלה מה ידעו החוקרים ומה לא ידעו אינה פשוטה למענה – אם החקירה מתועדת במלואה מראשית, מומלץ לייחס משקל

מסוים, מוגבל, לפרט מוכמן שלא ידוע ברבים אך ידוע לחוקרים, כך שייחשב דבר־מה נוסף.

(ד) התניית מעמדה של ראייה כ"דבר־מה נוסף" בשלושת התנאים האלה: עליה לאמת פרטים בהודאה (תנאי שמתקיים כבר עתה); עליה להיות חיצונית לנאשם; ועל הרשויות החוקרות לעשות ניסיונות כנים להפריכה. ראוי להתייחס ל"דבר־מה חסר" ול"דבר־מה סותר" כאל ראייה המפחיתה ממשקל ההודאה. מוצע שבית המשפט ינסה לרכך את השפעתה הרבה של ההודאה על ידי עמידה אקטיבית על טיבה – כך שכאשר נאשם חוזר בו מהודאתו, בית המשפט ידרוש לקבל הסבר מדוע בחר הנאשם למסור הודאה למשטרה אשר נוגדת את האינטרס האישי שלו. בנוסף, יש להכיר בחוסר הטעם לזקוף לחובת הנאשם את האייכולת שלו לזכור מה בדיוק התרחש בחקירה, מה קדם למה, מה בדיוק נאמר לו וכולי. ספק רב אם אפשר לצפות מאדם לזכור את כל הפרטים האלה, בייחוד לנוכח ההשפעות הפסיכולוגיות שחקירה לוחצת יוצרת אצל הנחקר, ובפרט חוסר התמצאות באשר לזמן ולמקום. הן על התביעה והן על בית המשפט לגלות קפדנות יתרה כאשר מתגלה שקר כלשהו מצד המשטרה.

(ה) הגנה מוגברת על נחקרים השייכים לקבוצה המועדת לאפליה והטמעתם של אמצעי זהירות: ראשית, על המותב להכיר בסיכוי שהנחקר שייך לקבוצת סיכון לא בהכרח מתוקף נסיבותיו האישיות אלא מתוקף שיוכו האתני, אשר ייתכן שהביא להשלמות סטראוטיפיות מצד חוקריו; שנית, הכרה בכך שהנחקר חשוף לנטיית דומות מצד המותב עצמו, קל וחומר לאחר שהוצגה לו הודאתו של הנחקר; ושלישית, על מערכת המשפט להטמיע את עריכתם של מבחנים אשר יסייעו לבחון את מידת ההטיה. מכיוון ששופטים עשויים להיות בעלי ביטחון יתר באשר ליכולתם לשלוט בנטיותיהם הקוגניטיביות, מבחנים אמפיריים יסייעו בניטור אובייקטיבי יותר וישקפו את מידת התיקון הנחוצה ואת היקפה. חינוכם של השופטים באשר לנטיית טבעיות אלה גם הוא הכרחי, הן בהשתלמויות ייעודיות לשופטים מכהנים והן בלימודי ההכשרה.

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

(ז) איסור על השיטה המקובלת שלפיה הודאה בעקבות שבירה בחקירת שב"כ זוכה להלבנה בהמשך באמצעות חקירה משטרתית המושגת על ידי החקירה שקדמה לה; ומתיחת קו גבול ברור בין חקירה סיכולית וחקירה פלילית. הודאה שנמסרה במשטרה לאחר חקירת צורך אינה פרי של עץ מורעל כי אם ענף מענפיו, והכרחי לפוסלה. אין מדובר רק בהודאה אלא בכל ראייה שבנויה על שיתוף פעולה אקטיבי של הנחקר, דוגמת שחזור.

נספח

דיון בהצעות העיקריות לתיקון סעיף 12 לפקודת הראיות שקדמו לוועדת גולדברג

הצעתו של אורי ידין לתיקון פקודת הראיות (1981)

את ההצעה הראשונה לשינוי סעיף 12 העלה אורי ידין כאשר פרסם בספטמבר 1981 הצעה לתיקון מקיף של פקודת הראיות בכתב העת "הפרקליט"¹:

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

בדברי ההסבר להצעה נכתב כי ההוראה בסעיף 36 אומנם מבוססת בעיקרה על הדין הנוהג על פי סעיף 12 לפקודה, אך יש בה שלושה שינויים. ראשית, הנוסח המוצע מדגיש את ההיבט ה"ענייני" ולא רק הפרוצדורלי; שנית, הנוסח המוצע דורש שהאמרה לא תתקבל אם היא ניתנה בעקבות אלימות, איום או פיתוי; ושלישית, ההצעה מרחיבה את הדין הקיים שכן היא מוסיפה את החלופה של

1 אורי ידין "הצעת חוק הראיות החדש" הפרקליט לד 137 (1981).

שכנוע בית המשפט בנוכחות האמרה, מן הטעם ש"אם הוכחה האמת לגופו של ענין, אין להתעלם ממנה, מפני ליקויים טכניים".²

החידוש העיקרי בהצעה, אם כן, היה בכך שבית המשפט יהא רשאי לבסס את הכרעתו על הודאה שנאשם מסר מחוץ לבית המשפט לא רק אם הוכח שזו ניתנה באופן חופשי ומרצון, אלא גם אם שוכנע שהיא הודאת אמת. זהו שינוי אשר נועד "לעשות משפט צדק לגופו של ענין גם במקרה שקיום הדרישות הטכניות לא הוכח".³

על הסכנה שבהעדפתו של מבחן האמת על פני כל שיקול אחר עמד אליהו הרנון. לטענתו, יש להטיל ספק באפשרות לחוקק דיני אמרת נאשם בלי הוראות לענין כללי ההתנהגות של חוקרים ודין של ראיות אשר הושגו באמצעים בלתי חוקיים או בלתי הוגנים.⁴ קבלת החוק כמות שהוא, הזהיר, עלולה להביא ל"סכנה של התגברות הזלזול בזכויות הפרט ובכבודו כבן־אדם. יש חשש, שתתחזק בשורות החוקרים ההרגשה, כי המטרה של בירור האמת מקדשת את כל האמצעים".⁵

ביקורת דומה השמיע גם השופט משה לנדוי:

הפעלת אלימות ולחץ פסיכולוגי כבד חייבים להביא לידי פסילת ההודיה מניה וביה, אפילו בית־המשפט סבור כי היא הודית אמת. גם מי שדוגל עקרונית במבחן האמת, היסס בעבר לקבל הודייה שהיתה פרי אלימות, מן הטעם שמכל־מקום אין זה בטוח לסמוך על הודיה כזאת. חוששני שקבלת הגרסה הקיצונית הגלומה בסעיף 36, סיפא של הצעת ידיו, תתיר את הרצועה לחלוטין להפעלת אלימות ועינויים

2 שם, בעמ' 155. בנוסף, בסעיף 52 להצעה הוצע כי בית המשפט לא יידרש ל"דבר־מה נוסף", ודי יהיה בחובת הנמקה.

3 שם, בעמ' 140.

4 אליהו הרנון "היש מקום למהפכה בדיני הראיות? (הערות על הצעת חוק הראיות, החשמ"א-1981)" משפטים יב 575, 592 (חשמ"ג).

5 שם, בעמ' 591.

בחקירה המשטרתית של חשודים; כי הודיה שנתקבלה כך תהיה קבילה מכל-מקום, והסנקציה של העמדת השוטר המכה והמענה לדין פלילי רחוקה מלהיות סנקציה יעילה.⁶

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

הצעתו של השופט משה לנדוי לתיקון פקודת הראיות (1985)

חרף הביקורת שמתח סבר השופט לנדוי שאין מקום לנסח הצעת חוק חדשה לחלוטין, אלא שנכון יותר להציע תיקונים להצעתו של אורי ידן. לפיכך הצעת חוק הראיות, תשמ"ה-1985, כללה שתי גרסאות – הגרסה הראשונה נותרה הצעתו של ידן משנת 1981, ואילו השנייה נוסחה כדלקמן:

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

1. אלימות של ממש, עינויים גופניים או איום באחד מאלה, עינויים נפשיים או השפלה קשה של הנחקר.

2. הבטחה, פיתוי או לחץ אחר, על מנת להביא את הנחקר לידי מתן אמרה מפלילה. אולם לא יפסול בית המשפט אמרה כזאת, אם שוכנע מתוך האמרה או על פי ראיות אחרות, שהאמרה היא אמרת אמת.

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

6 משה לנדוי "הערות על הצעת חוק הראיות המתוקנת" משפטים טז 17, 25 (תשמ"ו).

השופט לנדוי וחברי והוועדה המייעצת, שכללה נציגים ממשד המשפטים, סברו שנכון לנטוש את המבחן "חופשי ומרצון" הקבוע בסעיף 12 בפקודה, שכן הוא עלול לעוות את הערכת המציאות כמות שהיא.⁷ לפי השופט לנדוי, יש להניח כי אדם הנחקר בתנאים מגבילים, בין במעצר ובין שלא במעצר, אינו פועל מרצונו החופשי אלא אם הוא מוסר את דבריו מתוך חרטה.⁸ לכן הועדף להתלות את קבילותן של הודאות במידת הלחץ שהפעיל החוקר על הנחקר, אגב הבחנה בין שתי רמות של לחץ. הסוג האחד, החמור יותר, הוא אלימות של ממש, עינויים גופניים או נפשיים או איום באחד מאלה, או השפלה קשה של הנחקר.⁹ הסוג השני, החמור פחות, הוא הבטחה, פיתוי או הפעלת לחץ אחר על הנחקר כדי להביאו להודאה. כאשר הנאשם טוען לשימוש בכל אחד מסוגי חקירה אלה, על התביעה להוכיח מעבר לכל ספק סביר כי לא כך היה. אם היא לא צלחה במשימתה, הרי שבמקרה מן הסוג הראשון תיפסל ההודאה, ואילו במקרה מן הסוג השני תתקבל ההודאה אם בית המשפט השתכנע שהיא אמת.¹⁰

הצעתו של השופט לנדוי זכתה לתמיכה רחבה יותר מהצעתו של ידן, אך גם היא לא הייתה חפה מביקורת. כך, למשל, הרנון סבר שאין להבחין בין אלימות של ממש לאלימות ובין השפלה קשה של הנחקר להשפלה.¹¹ אהרון אנקר סבר כי לא הגיוני להתלות את קבילות ההודאה באמיתותה, שכן בית המשפט אינו

7 שם, בעמ' 26.

8 שם.

9 שם, בעמ' 26-27. לנדוי מסביר כי הכוונה בעינויים נפשיים היא, לדוגמה, חקירות ליליות ממושכות, כאשר אל הנחקר מכוונת אלומת אור חזקה ומונעים ממנו שינה כדי להתישו; השפלה קשה היא, לדוגמה, הפשטתו של הנחקר עירום או אילוצו לעשות "הרגילי סדר". הדוגמה הראשונה מושפעת כנראה מספרו של ארתור קסטלר **אפלה בצהריים** (צבי ארד מתרגם, 1983), הספר השני בטרילוגיה שעוסקת במוסר האלימות ואשר נכתב ברקע מסע הטיהורים שעשה סטלין בברית המועצות.

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

11 אליהו הרנון "הערות על חוק הראיות הרצוי" **משפטים** טז 39, 50 (תשמ"ו).

יכול לקבוע אם מדובר בהודאת אמת עד אשר שמע את כל הראיות שבמשפט.¹² אנקר אף הציע שלא לזנוח את מבחן הרצון החופשי. לטענתו, יתרונו של המבחן נובע מגמישותו היחסית, המאפשרת המשך ויכוח ציבורי בנושא, ומהקושי הצפוי להתאחד סביב מבחן אחר.¹³

ביקורת חריפה יותר על ההצעה מתח קנת מן, אשר סבר כי, ככלל, בגישתו של השופט לנדוי לסעיף 12 כפי שבאה לידי ביטוי בפסיקה,¹⁴ וכן בתזכיר חוק הראיות השואב את ניסוחו מגישתו השיפוטית, טמונה "סכנה ממשית". הסיבה לכך הייתה, לפי מן, שלנדוי מציע שקבילותה של הודאה תוכרע על ידי בחינה של דרכי החקירה ולא על ידי האופן שדרכי החקירה עלולות להשפיע על הנחקר. יוצא, לפיכך, שהמטרה אינה מתבקשת לשמור על רצונו החופשי של הנאשם ועל דרכי חקירה אנושיות, אלא נדרשת לעמוד בדרישה צרה הרבה יותר – לנהל את חקירותיה באופן שבית המשפט יוכל להסיק כי האמרה נראית נכונה, בדומה לכל ראייה אחרת, בצירוף התנאי שהיא לא השתמשה באמצעים קיצוניים אסורים.¹⁵ אלא ששלילת רצונו החופשי של הנחקר, טען מן, יכולה להיעשות גם בהיעדר נקיטת אמצעים אסורים מעין אלה.¹⁶ לא חייב להתקיים יחס ישר בין חקירה

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

13 ש.ס. כאמור, נימוקים דומים למבחן הרצון החופשי הביעה גם ועדת ארבל, אשר הגישה את מסקנותיה לשרת המשפטים בשנת 2015. ראו בהרחבה בפרק 2.2 לעיל (בגוף המסמך).

14 ראו בהרחבה בפרק 1.

15 מן, לעיל ה"ש 9 (בגוף המסמך), בעמ' 81.

16 ש.ס, בעמ' 80. לטענתו (בעמ' 81) -

אם הגישה האובייקטיבית של השופט לנדוי מחמירה עם המשטרה כיוון שהיא פוסלת הודאות מהימנות כאשר התנהגות המשטרה פסולה, היא מחמירה עם הנאשם במובן זה שהיא מאפשרת ויתור על הדרישה לרצון חופשי בפועל בעת מתן האמרה. בהשוואה לכך, הגישה של השופט כהן איננה מחמירה עם המשטרה במקרים שבהם לא קיימת השפעה שלילית על הנאשם. אבל היא

הנעזרת באמצעים פסולים ובין מסירתה של הודאת שווא, שכן גם אישיותו של הנחקר – אשר אינה חייבת לקבל ביטוי במאפיין חיצוני כלשהו – עשויה להוביל להודאת שווא. כך למשל, חשוד עשוי למסור הודאת שווא כתוצאה ממעצרו או בשל חששו מפני המשך המעצר או תנאיו, או בגלל חקירה נמרצת, גם אם חקירה זו נחשבת חוקית.¹⁷

על כן, בעוד גרסתו של ידין מאותתת לחוקרי המשטרה כי לא נדרשת הגנה על חופשיות הרצון והדעת של החשוד, ובלבד שבית המשפט ישתכנע שההודאה שנמסרה היא הודאת אמת, גרסתו של השופט לנדוי מכשירה כל אמצעי לגביית הודאה מחשוד כל עוד לא הופעלה עליו פעולה המשפילה את כבודו.¹⁸ זו הסיבה, טען מן, ששתי הגרסאות – הן של השופט לנדוי והן של ידין – אינן כה רחוקות זו מזו. למעט אמרות הנמסרות בעקבות דרכי חקירה קיצוניות, שתי הגרסאות מציעות לבטל את הדרישה להוכחת רצון חופשי של הנחקר ולהחליפה בהוכחת מהימנות רגילה.¹⁹

בפתח דבריו של השופט לנדוי, בטרם הציג את הצעתו, הוא כתב כי קיבל עליו את התפקיד שהטיל עליו היועץ המשפטי לממשלה ב"חששות כבדים" שמא הצעתו תיגנז בדומה לקודמותיה. את דבריו הוא חתם, שוב, בנימה ספקנית:

מסופקני אם הצעותי אלה תשאנה פרי, כל עוד יתקיים הנוהג שדו"ח של ועדה או של יחיד אשר ישבו על המדוכה והתעמקו בסוגיה זו או אחרת והציעו את הצעותיהם לא יזכו ל"אשראי" לפחות עד כדי

מחמירה עם המשטרה במובן שהיא מחייבת שמירה בפועל על הרצון החופשי של הנאשם.

כאמור, גישתו של השופט כהן בעניין אבו מדיג'ים הייתה שיש לבחון אם אמצעי החקירה השפיעו על חופשיות הרצון של הנחקר, ולא לפסול מניה וביה הודאה רק משום שהופעלו אמצעים פסולים. על בית המשפט לשאול את עצמו אם השימוש באמצעי הפסול מנע מהנחקר לבחור למסור הודאה באופן חופשי ומרצון. עניין מדיג'ים, לעיל ה"ש 18 (בגוף המסמך).

17 עמדת הח"מ (קרמניצר) בדוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 1 (בגוף המסמך), בעמ' 65.

18 מן, לעיל ה"ש 9 (בגוף המסמך), בעמ' 90.

19 שם, בעמ' 83.

כך שהוויכוח על אותה סוגיה לא יתחדש מתחילתו, כאילו דבר לא נעשה.²⁰

חששותיו של השופט לנדוי, במובן זה, התממשו. בין שמשרד המשפטים סבר שיש טעם בביקורות השונות שנמתחו על ההצעה, ובין מסיבה אחרת – הממשלה בזמנו לא קידמה את ההצעה. עם זאת, מאמציו של השופט לנדוי לא ירדו לטמיון, שכן כעשור לאחר מכן הם קיבלו ביטוי מובהק בהצעתה של ועדת גולדברג.

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

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



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

מסת"ב:

978-965-519-423-4