

על הכלל הבטיחותי הפוסל עדות שמועה ועל חריגיו האנטי-בטיחותיים

(בעקבות ספרו של אסף הרדוף "לא מה ששמעת – מבט
אנליטי ביקורתי בכלל הפוסל עדות שמועה ובחריגיו
החקיקתיים בישראל")

בועז סנג'רו*

- א. מבוא
- ב. תיאור הספר ופניו
- ג. ביקורת על הספר
- ד. ראייה בטיחותית של נושא הספר
- ה. ביקורת על האקדמיה המשפטית
- ו. אחרית דבר

א. מבוא

כותרת ספרו של אסף הרדוף – "לא מה ששמעת – מבט אנליטי ביקורתי בכלל הפוסל עדות שמועה ובחריגיו החקיקתיים בישראל" – מטעה במקצת. נכון שמדובר במבט אנליטי ביקורתי מן המעלה הראשונה, אך לא נכון שמדובר בדיון אך ורק בכלל הפוסל עדות שמועה. למעשה, מדובר בדיון מקיף, מעמיק וביקורתי דיני הראיות בכללותם. הדיון פורס נושאים רבים: החל מהבחנה שבין דיני הראיות לבין דיני הפרוצדורה והבחנה שבין קבילות הראיה לבין משקלה, דרך חופש ההוכחה, מקצועיות השפיטה והיחשפות שיפוטית לראיות פסולות, ועד לכלל הפוסל עדות שמועה ולחריגיו. דיון זה כולל התייחסות מפורטת לא רק לאמרת עד בעת ביצוע עבירה ולאמרה של קורבן אלימות, אלא גם לתעשיית ההודאות שנגבות במסגרת החקירה המשטרתית ולאמרה בכתב של

* פרופ' מן המניין במכללה האקדמית ספיר ובמכללה האקדמית גליל מערבי. ראש המכון לבטיחות במשפט הפלילי ומייסד האתר ביקורת מערכת המשפט הפלילי (<https://sangero.co.il>).

עד. זהו ספר שמתאים לשמש קריאת חובה לכל מי שעוסק או מתעניין בדיני הראיות בכללותם.

לאחר תיאור הספר והפנינים המשובצות בו, מובאות ביקורת עליו והצעה מפורטת לראייה בטיחותית של הנושא, תוך הפעלת מודל הבטיחות המתקדם STAMP על עדויות שמועה ועל הודאות.

ב. תיאור הספר ופניניו

הספר בנוי במתכונת שמבוססת על הדימוי לעץ, עם חמישה שלבים שתחילתם בשורש ואחריתם בפירות. הרובד הראשון – "מבט בשורש" העץ – בוחן באופן ביקורתי את שורש ההוכחה.¹ המחבר מבקר באופן משכנע את המגמה הבולטת בתחום דיני הראיות בכמה מדינות לרבות ישראל, לזנוח מחסומים של קבילות ראיות ולעבור לחופש הוכחה שבמסגרתו השופטים, על בסיס האמונה במקצועיות השפיטה, יעניקו לכל ראיה את המשקל הראוי לה. כפי שכותב המחבר, "מתבקשת ספקנות בריאה בכושר השיפוטי לדייק בממצאי עובדה, כחלק מהספקנות הבריאה בכושר האנושי לדייק במשימה זו".² המחבר מציע כי ההצדקה לכללי ההוכחה היא המגבלות האנושיות-קוגניטיביות של השופטים: פגיעותם אל מול שקרים, טעויות, הטעויות והטיות.³ ההצדקה לכלל הפוסל ראיה מסוג מסוים עוברת דרך שלושה שלבים: ראשית, החשש שהשופטים צפויים להעניק לה משקל מופרז או לשפוט בהשפעת דעה קדומה. שנית, ההכרה בכך שאין דרך ראויה להסרת חשש זה. לבסוף, ההערכה שהויתור על הראיה הוא הרע במיעוטו בהשוואה לקבלתה תוך ייחוס לה של משקל מופרז.⁴ באשר לראיות אחרות ההערכה היא שונה ולכן מסתפקים באמצעי זהירות כגון דרישה לראיה נוספת.

הרובד השני של הספר, "מבט בגזע" העץ, בוחן באופן ביקורתי את ההיחשפות השיפוטית לראיות פסולות. בשיטת המשפט הישראלית, בדרך כלל אותה שופטת שבסיום המשפט תכריע את גורלו של הנאשם, גם קובעת בשלב מוקדם אם ראיה מסוימת היא קבילה או פסולה, ותוך כדי כך נחשפת אליה, וכך אם בסופו של דבר תחליט לפסולה, כבת-אנוש היא צפויה להיות בכל זאת מושפעת ממנה.⁵

1 אסף הרדוף לא מה ששמעת – מבט אנליטי ביקורתי בכלל הפוסל עדות שמועה ובהריגיו החקיקתיים בישראל 29–68 (2024) (להלן: "הספר").

2 שם, בעמ' 67.

3 שם.

4 שם, בעמ' 57.

5 שם, בעמ' 69–82.

הרובד השלישי של הספר – "מבט בענף" העץ – עוסק באופן כללי בכלל הפוסל עדות שמועה (לפני הדיון בחריגיו הרבים).⁶ המחבר עומד על קיומן של "סכימות חשד" המזינות את הכלל הפוסל עדות שמועה ועל קיומן של "סכימות מהימנות" או ערובות לאמיתות הראייה, היוצרות את חריגי הכלל, שבהם העדות מתקבלת. המחבר חושף את העובדה המצערת שהן "סכימות המהימנות" והן הערובות לאמיתות הראייה אינן מבוססות על מחקרים אמפיריים ואפילו לא על טיעונים לוגיים תקפים. המשפט מסתפק בצמצום נקודתי של החשש או באימות נקודתי של חלק מהעובדות.⁷ הסכנה המוחשית היא שבעקבות "גלולות הרגעה" אלה, השופטים מעניקים לעדות השמועה שאותה הן מכשירות משקל מופרז ומרשיעים הרשעות שאינן הרשעות בטוחות.

בחלקו המרכזי של הספר, לפחות מבחינת היקפו, הרובד הרביעי – "מבט בפירות" העץ – מנתח המחבר באמצעות אזמל מנתחים מושחו היטב את חריגיו השונים של הכלל הפוסל עדות שמועה.⁸ החריג הראשון הוא אמרת עד בעת ביצוע עבירה.⁹ כפי שמראה המחבר באופן משכנע, סעיף 9 לפקודת הראיות, המסדיר חריג זה, אינו דורש ערובות חיצוניות לאמיתות התוכן של אמרת העד, ומסתפק ב"סכימת מהימנות" בלתי מספקת, שאיננה מבוססת לא מדעית, לא אמפירית ולא במשקפי תורת ההיגיון.¹⁰ להלן נוסח סעיף 9 לפקודת הראיות:¹¹

"עדות על אמרה שנאמרה בשעה שנעשה, לפי הטענה, מעשה עבירה, או בסמוך לפניו או לאחריו, והאמרה נוגעת במישרין לעובדה השייכת לענין, תהא קבילה אם אמר אותה אדם שהוא עצמו עד במשפט".

הרציונל המיוחס לכלל זה (הידוע ככלל "רס גסטא") הוא שאמרה ספונטנית בתגובה לאירוע מרגש היא אמיתית. המחבר מעלה שורה של תמיהות.¹² ראשית, מחקרים מלמדים שבמצבי לחץ היכולת לתפוס פרטים פוחתת. שנית, סכימת המהימנות מבוססת רק על אינטואיציה, שגם בה ניתן לפקפק – ידועה אמרתו של השופט האמריקני הנודע פוזנר, שלפיה די בשנייה אחת כדי להמציא שקר.¹³

6 שם, בעמ' 83-115.

7 שם, בעמ' 115.

8 שם, בעמ' 117-203.

9 שם, בעמ' 123-132.

10 שם, בעמ' 131.

11 ס' 9 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 ("אמרת עד בעת ביצוע עבירה").

12 הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 126 ואילך.

13 שם, בעמ' 126.

אך גם אם מניחים שהעד לא משקר, עדיין קיימות בעיות כמו הקושי לקלוט היטב בחושים את המציאות וכמו האפשרות שתוכן האמרה מעורפל ומצריך פרשנות. הלאה: הסעיף לא דורש הוכחה להתקיימות אירוע מרגש; השימוש במלה "עבירה" רחב מדי, שהרי רוב העבירות אינן עבירות אלימות מרגשות; הפקודה אפילו לא דורשת שהאמרה תהיה ספונטנית. יתרה מזו, המחבר אף מראה שבית המשפט העליון הרשה לעצמו לקבל גם אמרה שלא עומדת בתנאים המינימליים שקובעת הפקודה.¹⁴

החריג השני לכלל הפוסל עדות שמועה שאותו מנתח המחבר הוא אמרה של קורבן אלימות.¹⁵ יחד עם החריג הקודם (אמרת עד בעת ביצוע עבירה) גם חריג זה נחשב לחלק מהחריגים הידועים כ"רס גסטא". אולי משום שלשניהם אין הצדקה משכנעת, נוהגים לחרוג מן השפה העברית ולגייס להגנתם את המונח הלטיני. סעיף 10 לפקודת הראיות קובע כך:¹⁶

"עדות על אמרה שאמר אדם שנעשה בו, לפי הטענה, מעשה אלימות, והאמרה נוגעת לאותו מעשה או לנסיבות-לואי שלו, תהא קבילה אף אם האדם שאמר אותה אינו נוכח כעד ואף אין להביאו למשפט משום שהוא נפטר או תשוש או חולה או נעדר מן הארץ, ובלבד שנתקיימה באותה אמרה אחת מאלה:

- (1) היא נאמרה בשעת מעשה האלימות, או בסמוך לאחריו, או לאחר שהיתה לו ההזדמנות הראשונה להתאונן עליו;
- (2) היא נוגעת למעשה האלימות לפי סדר האירועים עד כדי היותה חוליה בשלשלת הנסיבות הקשורות במישרין לביצוע העבירה;
- (3) היא נאמרה בשעה שהוא היה גוסס, או האמין שהוא גוסס, בעקבו של מעשה האלימות".

המחבר מבקר חקיקה זו: ראשית, המחוקק נמנע מלדרוש ראייה נוספת; דרישה שהיא להערכתי הכרחית מבחינה בטיחותית. שנית, החריג מוגדר רחב מדי, שהרי האלימות הנדרשת איננה בהכרח עבירה פלילית; האמרה לא חייבת להיאמר בזמן האלימות או בסמיכות זמן אליה; ולא נדרש שקורבן האלימות אשר כביכול אמר

14 שם, בעמ' 130.

15 שם, בעמ' 133 – 150.

16 ס' 10 לפקודת הראיות ("אמרה של קורבן אלימות").

את הדברים יהיה עד במשפט.¹⁷

לכל אחד משלושת המקרים שמפרט סעיף הפקודה מיוחס רציונל משלו, המשותף לשלושת המקרים הללו, כפי שהמחבר מראה באופן משכנע, הוא שה"רציונלים" הללו אינם משכנעים. המקרה הראשון – אמרה בסמוך לאלימות – מבוסס על ההנחה שאדם לא משקר בדבריו על אודות מעשה אלימות שבוצע בו זה עתה. ראשית, הפסיקה הרחיבה חריג זה כך שלא הכרחי שהאמרה ניתנה בהזדמנות הראשונה וכך שהאמרה יכולה להיות מענה לשאלה של חוקר משטרה.¹⁸ שנית, לא נדרשת הוכחה חיצונית לכך שאכן התרחש מעשה אלימות. שלישית, אפילו היה כזה, תיתכנה סיבות של הקורבן לשקר, כגון כדי להסתיר מיהו התוקף האמיתי ומהן נסיבות התקיפה.¹⁹ המקרה השני שאותו מחריג סעיף 10 מהכלל הפוסל עדות שמועה הוא אמרה שהיא חוליה בשלשלת האירועים. כפי שכותב נכונה המחבר:

"ההנחה כי בהיעדר סיבה גלויה לשקר – אנשים אינם משקרים, גורפת מדי בבידור, ואינה משקפת ניסיון חיים רחב. למרבה הצער, השקר האנושי בעולמנו רווח במיוחד... כיצד נזהה את המניע האנושי לשקר בהיעדר אדם שיגן על תוכנה של האמירה, כיאה לעדות שמועה?"²⁰

המקרה השלישי והאחרון הוא אמרת גוסס או מאמין-בגסיסתו בעקבות אלימות. ההנחה היא שהחשש כי מותו קרב לא מעוניין לשקר. אין לה כל בסיס מדעי או אמפירי. לזה מצטרף הרצון לשמר את האמרה ולתת לה תוקף לשם עשיית צדק, אך בהיעדר הוכחה לכך שהאמרה אמיתית, הכיצד תוליך לעשיית צדק?²¹ מכאן עובר המחבר לתקיפת שלושת חריגי-המשנה יחדיו:²² האלימות הנדרשת איננה מוגדרת והרחבתה מערערת עוד יותר את הרציונל לחריג; אפילו הנחה שהדובר לא משקר איננה מתגברת על בעיות נוספות בעדות השמועה, כגון תפיסת המציאות של הדובר וקשיי קליטה של השומע; משום מה לא נדרשת ספונטניות של האמרה; החריגים עלולים לגרום לשופטים להטיות, להטעיות ולטעויות.²³

17 הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 134.

18 שם.

19 שם, בעמ' 138.

20 שם, בעמ' 138-139.

21 שם, בעמ' 140.

22 שם, בעמ' 140-144.

23 שם, בעמ' 144-150, תוך ניתוח מרתק של פסק-הדין של בית-המשפט העליון בע"פ

בהמשך הרובד הרביעי – "מבט בפירות" העץ – המנתח את חריגיו השונים של הכלל הפוסל עדות שמועה אנו מגיעים לדיון מעמיק ומרתק במה שהמחבר מכנה "מלכת הציניות", הלא היא הודאת נאשם בחקירתו במשטרה.²⁴ כמי שחוקר את הנושא וכותב עליו כשלושה עשורים, עלי לציין שהתבוננותו של המחבר בנושא היא מקורית, במיוחד ניתוחו את ההודאה כחריג ציני לכלל הפוסל עדות שמועה, וכי אילו פרק זה שבספר היה מתפרסם כמאמר נפרד, הייתי ממליץ בחום על קריאתו. זוהי סיבה נוספת, עצמאית, לקרוא בספר זה. גם הפעם מובא נוסח הפקודה לנוחות הקוראים והקוראות, הפעם מדובר בסעיף 12 לפקודת הראיות.²⁵ אציין כי כותרתו המעט משונה של הסעיף היא "הודית נאשם". עדיף היה להשתמש בחוק במונח המקצועי "הודאת נאשם", שהרי למילה הודיה יש נימה דתית מיותרת, שתורמת למשקל המופרז המיוחס להודאה.

12. (א) עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חפשית ומרצון.²⁶

תחילה עומד המחבר על כך שהפסיקה קבעה כי נדרשת תוספת ראייתית – "דבר מה נוסף",²⁷ אך בהמשך הוא מראה כי למרבה הצער הפסיקה הוסיפה וקבעה כי די בתוספת ראייתית "קלה כנוצה" – כלשון השופטים עצמם; תוספת שתמיד תימצא.²⁸ התנאי לקבילות ההודאה הוא הוכחה כי הייתה "חפשית ומרצון". התנאי אומנם מנוסח תוך שימוש בביטוי "רק אם" המרמז כביכול על חריג.

7832/00 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 534 (2002).

24 הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 151–174.

25 ס' 12 לפקודת הראיות.

26 להשלמת התמונה החקיקתית, להלן גם נוסח ס' 12(ב) לפקודת הראיות:

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

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

27 הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 151.

28 שם, בעמ' 163 וה"ש 62.

אולם, בפועל, נדירים מאוד המקרים שבהם בתי המשפט סרבו לקבל הודאת נאשם כראיה, גם נער שאינו מצטיין בחשבון יספרם בנקל.²⁹ זאת חרף העובדה שהחקירה המשטרית המקובלת היא התקפה על כל שלוש שכבות האוטונומיה: חופשיות, מודעות וכשרות.³⁰ כמו כן, המונח החשוב "הודאה" או בלשונה הדתית משהו של הפקודה "הודיה" כלל לא מוגדר בחוק; דבר המוליך להרחבת יתר של המושג.³¹

המחבר מפקפק ברציונל שהוצע לייחוס משקל הוכחתי משמעותי להודאה: "קשה לראות מהו הביסוס העובדתי לרציונל ההוכחתי המשוער, אשר לפיו מה שאדם אומר לרעתו – משקף את האמת. מהם התימוכין לכך, לבד מצניניות אנושית לשמה?"³² והרי אפילו בית המשפט העליון כבר הודה בכך שגם בישראל קיימת תופעה של הודאות-שווא המוליכות להרשעות-שווא.³³ נוסף על כך, אם הרציונל הוא אכן שדברים שאדם אומר בניגוד לאינטרס שלו הם אמת, הרי שאין להתעלם מכך שהודאת הנאשם היא לעיתים קרובות בהתאם לאינטרס שלו, כגון כשהוא מודה כדי לרצות את חוקריו ולהקל את לחץ החקירה, או "לשתף פעולה" עם חוקריו בתקווה לאישום ולעונש חמורים פחות.³⁴

על בסיס ניתוחו את ההודאה כחריג לכלל הפוסל עדות שמועה, משכיל המחבר להגיע לתובנה שלפיה מעבר להנחה הרעועה כי דברים שאומר אדם לרעתו הם בהכרח אמת, קיימות בעיות רבות אחרות עם כל עדות שמועה, לרבות הודאה, כגון (אי) יכולתו של אדם לקלוט את הדברים בחושי ו להביןם בזמן האירוע, (אי) הצלחתו לזכור את פרטי האירוע, והעמימות של דבריו.³⁵ ממש כשם שבאשר לעדות ראייה מוכיחים המחקרים שכל אחד משלושת השלבים מועד לטעויות: רכישת המידע על-ידי עד הראייה בחושיו; שמירת המידע בזיכרונו; ושלב השחזור והדיווח.³⁶

המחבר תוקף באופן משכנע גם את "המבחן הפנימי" לאמיתות ההודאה המקובל בפסיקה הישראלית:

29 לדוגמה קיצונית למקרה שבו די ברור שההודאה, שנמסרה בעקבות עינויים, לא הייתה חופשית ומרצון, אך בית-המשפט העליון מצא לנכון להכשיר אפילו אותה – ראו בועז סנג'רו בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע 181 (2023) – הדין בהרשעתו של עמירם בן אוליאל – ע"פ 7388/20 בן אוליאל נ' מדינת ישראל (נבו 1.9.2022).

30 הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 160.

31 שם, בעמ' 152.

32 שם, בעמ' 157.

33 שם, בעמ' 157 – דוגמאות מהפסיקה, המובאות שם, בה"ש 26.

34 שם, בעמ' 158.

35 שם, בעמ' 157.

36 סנג'רו בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 29, בעמ' 201–203.

"מבחן זה מניח כי עקיבותה של הודאה, סדרה ורציפותה – כל אלו הם מדד לאמיתותה. להנחה זו אין בסיס מדעי, אמפירי או לוגי. באופן כללי, סיפור אשר מסופר היטב, באופן עקיב ורציף, אינו הופך אמיתי רק משום כך; הספרות הבדיונית, הטלוויזיה, הקולנוע ושאר צורות האמנות ממחישות לנו זאת פעם אחר פעם.³⁷ התקפתו של המחבר על הבסיס המפוקפק להנחה שההודאה היא אמיתית ממשיכה היטב: "[...] בחריגי הרס גסטא [...] רעיון הספונטניות של התוכן ביסס את היומרה להציג רצינות הוכחתי לאמיתות התוכן. כיצד קרה שהסדר והרציפות, ההפך הגמור מן הספונטניות, יצרו רצינות הוכחתי לאמיתות התוכן?"³⁸.

בהמשך תוקף המחבר את "כלל הקפאת הזכירה" שבאמצעותו מאפשרים השופטים לחוקרי משטרה שאומרים כי אינם זוכרים את פרטי חקירתו של הנאשם, להתבסס על הרישום שעשו בעבר בדבר מסירת ההודאה – "זהו חריג נוסף ומרחיק לכת לכלל הפוסל עדות שמועה". אומנם חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002 המחייב תיעוד של החקירה בעבירות חמורות (שדין עשר שנות מאסר או יותר) משפר את המצב, אך רק באשר לעבירות החמורות. כדברי המחבר: "אכן, הגיוני כי חוקר המשטרה אינו זוכר; אולם מכך בשום אופן לא נובע כי ההודאה קבילה. עדותו של חוקר המשטרה על כי באופן כללי הוא נוהג כהלכה וכדומה – אינה כוללת מסר כלשהו על התנהלותו בחקירה המסוימת".³⁹ זהו בסך הכול היסק כללי, ללא האינדיבידואליזציה הנדרשת.⁴⁰

המחבר מנתח באופן מפורט את הפרשה הידועה של הרשעותיהם של בן עזרא ולאחר מכן בן ארי באותו רצח (כל אחד מהם בנפרד, ללא שיתוף פעולה ביניהם) וממחיש באמצעותה עד כמה אי אפשר לסמוך על "פרטים מוכמנים" המשובצים בהודאה כערוכה לכביכול אמיתות התוכן שלה; ומסיים את הדיון בביקורת מוצדקת על אמירה של שופט בית המשפט העליון שלפיה האשם בהרשעתו המוטעת של בן עזרא הוא בן עזרא עצמו, משום שבעצם הודאתו הטעה את השופטים:

37 הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 163.

38 שם, בעמ' 164.

39 שם, בעמ' 167.

40 זאת, בניגוד לעיקרון הדורש אינדיבידואליזציה מרבית של היסקים במשפט פלילי – Alex Stein, *The Refoundation of Evidence Law*, 9 CAN. J. L. & JUR. 279, 326-327 (1996).

"מה אחריותם של חוקריו, של תובעיו ושל השופטים אשר הרשיעוהו? מה אחריותם של המחוקק ושל מערכת המשפט, שכלליהם הובילו לתוצאה עגומה זו?"⁴¹

עד כאן באשר לדיון המרתק בהודאה וממנו נמשיך לחריג נוסף ומקורי ישראלי: אמרה בכתב של עד,⁴² (עדיין ברובד הרביעי – "מבט בפירות" העץ – המנתח את חריגיו השונים של הכלל הפוסל עדות שמועה). סעיף 10א לפקודת הראיות הוא חקיקה ישראלית מקורית, שלא מקובלת במשפט האנגלו-אמריקני, ושמקלה מאוד את מלאכתה של התביעה הישראלית בהשגת הרשעות. תחת הכותרת "אמרת עד מחוץ לבית המשפט" קבע המחוקק כך:

10א. (א) אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לבית המשפט תהיה קבילה כראיה בהליך פלילי אם נתקיימו אלה:

- (1) מתן האמרה הוכח במשפט;
 - (2) נותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו;
 - (3) העדות שונה, לדעת בית המשפט, מן האמרה בפרט מהותי, או העד מכחיש את תוכן האמרה או טוען כי אינו זוכר את תכנה.
- (ב) בית-המשפט רשאי לקבל אמרה כאמור בסעיף קטן (א) אף אם נותן האמרה איננו עד, בין משום שהוא מסרב להעיד או אינו מסוגל להעיד, ובין שלא ניתן להביאו לבית-המשפט משום שאינו בחיים או לא ניתן למצאו, ובלבד שבית-המשפט שוכנע שמנסיבות הענין עולה, כי אמצעי פסול שימש להניא או למנוע את נותן האמרה מלתת את העדות.
- (ג) בית המשפט רשאי לסמוך ממצאו על אמרה שנתקבלה לפי סעיף זה, או על חלקה, והוא רשאי להעדיף את האמרה על עדותו של העד, והכל אם ראה לעשות כן לנוכח נסיבות הענין, לרבות נסיבות

41 הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 170.

42 שם, בעמ' 175-194.

מתן האמרה, הראיות שהובאו במשפט, התנהגות העד במשפט ואותות האמת שנתגלו במהלך המשפט, והטעמים יירשמו.

(ד) לא יורשע אדם על סמך אמרה שנתקבלה לפי סעיף זה אלא אם יש בחומר הראיות דבר לחיזוקה".

כפי שמראה המחבר, זהו חריג רחב מאוד ומדי לכלל הפוסל עדות שמועה, והוא מוריד את סטנדרט ההוכחה שבו מסתפק המשפט הפלילי אפילו מתחת לסטנדרט ההוכחה הנדרש במשפט האזרחי.⁴³ האקדמיה המשפטית אומנם התעניינה בסעיף הפקודה כשנחקק ומתחה עליו ביקורת מוצדקת, אך בהמשך השלימו רבים עם ההסדר.⁴⁴

בית המשפט העליון הסביר שמדובר בתגובת המחוקק ו"בהכרח בל יגונה"⁴⁵ לתופעה של גורמים עברייניים הלוחצים על עדים לחזור בהם מעדויות שמסרו למשטרה.⁴⁶ המחבר תוקף באופן משכנע את הרציונל שהוצע לחריג זה לכלל הפוסל עדות שמועה: "המשגתה של קבילות ראיה כ'עונש' לבעל דין הוא רעיון חריג ובעייתי מאוד".⁴⁷ אכן לא ברור כיצד הרצון להתגבר על לחצים שמפעילים עבריינים על עדים הופך עדות שמועה בעייתית לראייה טובה. יתרה מזו: המחבר מראה שסעיף 10א לפקודה מופעל בפסיקה בהקשרים מגוונים שרחוקים מאוד מהדימוי של פשע מאורגן.⁴⁸ למעשה, נראה כי הרציונל האמיתי איננו נורמטיבי, אלא כלכלי, והוא מבוסס על תורת המשחקים: המחשבה היא שלאחר חקיקת הסעיף כבר לא יהיה כדאי לעבריינים ללחוץ על עדים לחזור בהם מעדויותיהם במשטרה, שהרי ממילא הסעיף מאפשר הרשעה על סמך העדות במשטרה גם ללא עדות במשפט. המחבר מדייק באבחנה את הבסיס להסדר כלוקה בהנחת המבוקש:

"הצדקה כזו היא מעגלית בהכרח. אם בית המשפט יודע שהנאשם הוא פושע, הוא אינו זקוק לעדות השמועה; ואם אין הוא יודע

43 שם, בעמ' 176.

44 שם, בעמ' 178.

45 ביטוי הזכור לרע גם מהכשרת תעשיית עסקות הטיעון בפסיקה הישראלית – ראו סנג'רו בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 29, בעמ' 251. למעשה, בכל פעם שהפסיקה משתמשת בביטוי האפולוגטי משהו "הכרח בל יגונה" יש לבחון היטב אם הכשרת ההסדר הנחזה כמגונה היא אכן מוצדקת.

46 שם.

47 הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 179.

48 שם.

שהנאשם הוא פושע, אין ביכולתו להיזקק לעדות השמועה באמתלה של הצורך להרשיע פושע".⁴⁹

כפי שמראה המחבר, הפסיקה הישראלית, מצד אחד ניסתה לטעון שניתן לתת לסעיף 10א גם הצדקה הוכחתית, שלפיה העדות במשטרה היא כביכול מהימנה, אך מצד שני הגמישה מאוד את תנאי הסעיף; הגמשה שהגיעה לשיאה בהלכה שלפיה גם מי שעולה לדוכן העדים ושותק נחשב לעד במשפט שניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו.⁵⁰ אוסיף כי להטוטנות פרשנית מסוג זה יוצרת את התחושה שהשופטים אינם מכבדים את החוק ומוכנים לעקם את הכתוב כדי להגיע להלכות הרצויות בעיניהם. הדבר אינו טוב למשפט הפלילי ולעיקרון החוקיות ואינו טוב למשפט, למשפטים ולדימוי שלהם בקרב הציבור הרחב.⁵¹ כפי שמסכם המחבר:

"הסכימה אשר זיהיתי מבוססת על ההנחה התביעתית והשיפוטית כי אמת מפלילה נאמרה... בחקירה המשטרית, אך בהמשך עוותה בעדות בבית המשפט, בגין כבלים לעולם הפשע, בגין התערבות סניגוריאלי, בגין כבלים משפחתיים, וכדומה... סכימת מהימנות זו אינה מבוססת מבחינה מדעית, אמפירית ואפילו לוגית".⁵²

המחבר מראה בהמשך הפרק שהמשטרה משמשת בעצם כיצרנית סדרתית של עדויות שמועה, שהשופטים נחפזים לקבלן ולבסס עליהן הרשעות:

"הודאה טיפוסית נמסרת, מנוהלת ומנותבת על ידי חוקר משטרתי מיומן ונבון, ואם כך, עקיבותה הפנימית אינה מדד לאמיתותה [...] מפעל הייצור דווקא מוביל לתת-ביקורתיות שיפוטית [...] בית המשפט מביט בסיפור המובנה בהתפעלות, כאילו סיפור זה נולד על ידי מחבר חופשי בזירה חופשית".⁵³

49 שם, בעמ' 180.

50 שם, בעמ' 182.

51 בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים! האומנם 'אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה'? על נשיא בית-המשפט העליון כמחוקק-על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת" עלי משפט ג 165 (התשס"ג).

52 הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 194.

53 שם, בעמ' 196 ו-197.

הן התביעה והן בית המשפט רואים בחוקרי המשטרה מתווכים אמינים של שמועות; "חזקת החפות הפכה לחזקת האשמה";⁵⁴ ונותרת השאלה: אם המשפטים מוכרעים בעצם על-ידי המשטרה כבר בשלב שבו היא יוצרת את עדות השמועה המרשיעה, מהו בעצם תפקידו של בית המשפט? הספר איננו מסתפק בביקורתיות מדויקת, אלא מציע גם כיוונים לפתרון, בפרק החמישי,⁵⁵ שגם הוא בנוי במתכונת של דימוי העץ: דילול הפרי, גיזום ענף, הלבנת גזע, טיפול שורש. דילול הפרי כיצד? המחבר מציע לתלוש מעץ ההוכחה את סעיף 9 לפקודה, המחריג מהכלל הפוסל עדות שמועה אמרה ספונטנית באירוע מרגש;⁵⁶ וכך גם באשר לשניים משלושת חריגי-המשנה של סעיף 10, אמרה בעת מעשה אלימות או אחריו ואמרה המשובצת בשלשלת הנסיבות;⁵⁷ ומציע לתלוש מעץ ההוכחה אפילו את סעיף 12 העוסק בהודאה במשטרה. המחבר מתמצת את הפסיקה באשר להודאה בנוסחה החושפת את חולשת ההרשעה:

שמועה + נוצה = הכרעה מעבר לספק סביר = הרשעה שיפוטית⁵⁸

המחבר כנראה ער לכך שהסיכויים לכך שחריג זה לכלל הפוסל עדות שמועה יבוטל נמוכים ולפיכך הוא סוקר הצעות שהוצעו על ידי אחרים לשיפור המצב הקיים תוך צמצום הסכנה להרשעת חפים מפשע בלי לוותר על קבילות ההודאה: דרישה של ראיית סיוע, חיזוק הערובות לרצוניות ההודאה, צילום ההודאה, נוכחות סגור בחקירה, חקירה ללא מעצר, שינוי הקונספציה המשטרית באשר לחקירה ולהודאה, ועוד.⁵⁹

דילול פרי נוסף שמציע המחבר הוא ביטול ההסדר הרע שקובע סעיף 10א לפקודה והעדפת השימוש בכלים של הדין הפלילי המהותי כגון אכיפת האיסורים על שיבוש עשיית משפט, לרבות עדות שקר בהליך שיפוטי, עדויות סותרות, סירוב להעיד ושיבוש מהלכי משפט.⁶⁰

גיזום ענף כיצד? באמצעות צמצום הסכנה הנובעת מהישענות על עדות השמועה המוחרגת מהכלל הפוסל עדות שמועה, על-ידי הפיכתה מעדות מרכזית לעדות תומכת ולכלי חקירה שמטרתו איתור ראיות טובות יותר.⁶¹

54 שם, עמ' 197; בדומה, גם חוקר הילדים המתווך לבית המשפט את עדותו של ילד משמש בעצם כיצרון שמועות סדרתי – ראו שם, בעמ' 200–202.

55 שם, בעמ' 205–226.

56 שם, בעמ' 206.

57 שם, בעמ' 206–208.

58 שם, בעמ' 208.

59 שם, בעמ' 209–211.

60 שם, בעמ' 211–216.

61 שם, בעמ' 216–219; השוו: סנג'רו בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 29,

הלבנת הגזע כיצד? בעיקר באמצעות הסדרת מותב שופטים נפרד לדיון במחלוקת באשר לקבילות הראיה, וכך השופטת שתכריע את גורל הנאשם בסיום המשפט לא תיחשף לראיה בטרם נקבעה קבילותה.⁶²

לבסוף, טיפול שורש כיצד? באמצעות צמצום חופש ההוכחה: אימוץ הצעות שהציעו אחרים לחקיקת כלל שלא יאפשר הרשעה על בסיס ראיה יחידה כלשהי; הקמת מכון לאומי לבטיחות במשפט הפלילי; קביעת סטנדרטים גבוהים שיחולו על מכשירים המשמשים להפקת ראיות מדעיות; הנהגת פרוטוקול לביצוע מסדרי-זיהוי שיהיה בהתאם למחקרים הפסיכולוגיים בנושא; צילום וידאו של מלוא חקירת החשוד; שאיפה לעצמאותה של כל ראיה ולנטרול השפעות הדדיות בין ראיות; הסדרת מנגנוני בקרה ופיקוח על חקירת המשטרה; על התביעה; ועל עסקות הטיעון; יצירת בטיחות תוך שיפור ההליכים שלאחר ההרשעה (בעיקר חיזוק הליכי הערעור והמשפט החוזר); ועוד.⁶³

ג. ביקורת על הספר

לאחר שסקרנו את עושר תכני הספר ופניניו, נפנה כעת למבט ביקורתי. הפרק החמישי והכמעט אחרון של הספר – "כיוונים לפתרון" – מתחיל מצוין, תוך "דילול הפרי", "גיוזום ענף", "הלבנת גזע" ואפילו "טיפול שורש", כפי שנסקרו כאן זה עתה. אלא ש"טיפול השורש" שמציע המחבר אינו מסתיים כראוי בהצעות לצמצום חופש ההוכחה; צמצום שצפוי ליצור בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע. לאחר הצעות אלה, שנשענות על פרקיו הקודמים של הספר ושאליהן הם מובילים באופן טבעי, אנליטי והגיוני, מגיעה גם הצעה נוספת, מיותרת לחלוטין ואף מזיקה, והיא דווקא "הגברת חופש ההוכחה":

"באופן מעניין, ניתן לסבור כי דווקא הגברת חופש ההוכחה תפתור או תצמצם את הבעיה אשר בה עוסק ספריי".⁶⁴

בעקבות אמירה מפתיעה זו, שניתן לדמותה לנקודת פיתול בגרף של פונקציה מתמטית, עובר המחבר לדיון אוהד בהצעות של אחרים ל"הגברת דרמטית של חופש ההוכחה". באופן מפתיע, המחבר איננו שולל אפשרות כזו:

בעמ' 60–67 (באופן כללי); שם, בעמ' 155 (באשר לראיות המדעיות); שם, בעמ' 182–186, 189–193 (באשר להודאות); שם, בעמ' 203–206 (באשר לעדויות ראייה ומסדרי זיהוי).

62 הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 219–221.

63 שם, בעמ' 221–222 וההפניות המופיעות שם.

64 שם, בעמ' 222.

"נדמיין לרגע שיטת משפט של חופש הוכחה רחב יותר, אשר אינה מכריזה על סוגי בעיות ופתרונות [...] אין מיון מוקדם של סוגי ראיות ל'מהימנות' ו'בלתי-מהימנות', או בשפת הספר הנוכחי 'תבניות'. בית המשפט אינו מוכוון להכללות מערכתיות על אודות האמינות של עדות שמועה מסוגים כאלה ואחרים, וחופשי להישען על ההכללות שלו בקביעת הממצאים"⁶⁵.

הצעה זו מעוררת תמיהה. מה גרם למחבר לחשוב שדווקא חופש הוכחה מוחלט עשוי להיות הפתרון לשלל הבעיות שעליהן מצביע הספר?

"ייתכן כי חופש מוחלט יוביל להגברת האחריותיות. כל עורך דין וכל שופט יהיו אחראיים לבחון כל ראיה בעיניים ביקורתיות, בלי להישען לחיוב או לשלילה על סיווגה הפורמלי [...]"⁶⁶

אנו מוזמנים לעצום את עינינו ולדמיין כיצד כל ה"שחקנים" במשפט הפלילי: התובע, הסניגור, השופט ואולי גם חוקר המשטרה, דווקא מול חופש הוכחה מוחלט, נוטלים על עצמם מרצונם החופשי מגבלות על הראיות, אשר ישיגו את הבטיחות הנכספת מפני הרשעת חפים מפשע. וְגַר זָאֵב עִם כֶּבֶשׂ וְנֹמֵר עִם גְּדִי יִרְבֵּץ וְעֹגֵל וְכַפִּיר וּמְרִיא יִחַדּוּ וְנֵעַר קֶטֶן נִהַג בָּם.⁶⁷

יצוין כי המחבר עצמו מודע לחסרונות הצעה זו: יידרש לבעלי התפקידים השונים זמן ממושך כדי להשתחרר מהשיטה הקיימת; וגם לאחר השחרור אין כל ערובה לכך שהשיטה החדשה תוליך לביקורתיות רבה יותר, ביקורתיות רבה מצריכה כלים; ודאות המשפט תפחת עוד יותר; וצפויים כאוס ושרירות בהכרעות.⁶⁸

אכן, "ביקורתיות רבה מצריכה כלים, חשיבה שיטתית ומאמץ קוגניטיבי רב"⁶⁹. אלה צריכים להוביל לקביעת כללי הוכחה שישקפו את הביקורתיות. אם קשה לעבור את התהליך פעם אחת ויחידה ולחוקק כללי הוכחה טובים, קשה שבעתיים ולמעשה בלתי אפשרי לחלוטין לצפות שהתהליך אכן יתקיים בכל משפט פלילי מחדש, על-ידי כל אחד ואחד מן השופטים. כשם שחופש הענישה לא הוכיח את עצמו ונוצרה תמימות דעים כי על המחוקק לכוון את שיקול הדעת של השופטים – ונחקק תיקון 113 לחוק העונשין המסדיר את "הבניית שיקול

65 שם, בעמ' 223–224.

66 שם, בעמ' 224.

67 ישעיהו י"א, ו'.

68 לפירוט ארבעה חסרונות אלה – הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 224–225.

69 שם, בעמ' 225.

הדעת השיפוטית בעניישה⁷⁰; כשם שאיש אינו מציע לבטל לחלוטין את חוק העונשין (אם כי רצוי מאוד לחוקקו מחדש⁷¹) ולאפשר לכל שופטת חופש מוחלט בהכרזה על התנהגות מסוימת כפלילית, תוך וויתור על עיקרון החוקיות ועל האזהרה ההוגנת לפרט⁷²; כך גם אין מקום לויתור על כללי ההוכחה הקיימים, שבאים להגביל את שיקול הדעת של השופטים בתחום הראיות. נהפוך הוא: יש להוסיף עליהם הגבלות, כגון הכלל הפוסל עדות שמועה נושא הספר, תוך ביטול חריגיו המופרזים. הספר כולו תומך בכך, והאפשרות המועלית בסופו ללכת דווקא בכיוון ההפוך ולבטל לחלוטין גם את ההגבלות הלא מספקות הקיימות, מצטיירת כעמדה של ייאוש, הרמת ידיים וכניעה אל מול המצב הרע הקיים. אשתעשע במחשבה שאולי המחבר אינו מתכוון ברצינות להצעתו האחרונה, אלא מעלה אותה כדי להוציא את הקוראות והקוראים משלוותם ולהמחיש את ייאוש מהמצב הקיים, בתקווה שיחזרו להצעותיו המועילות הרבות שפזורות לאורך כל הספר ויאמצו אותן ולא את עמדת הייאוש.

ד. ראייה בטיחותית של נושא הספר

לאור הניתוח המקיף שהציג הרדוף, ניתן להציע ראייה בטיחותית משלימה. בראייה בטיחותית (בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע⁷³) של נושא הספר – עדות השמועה – בהתאם למודל הבטיחות המתקדם המקובל STAMP⁷⁴, תחילה יש לאתר את גורמי הסיכון (hazards), לאחר מכן יש לקבוע מהם האילוצים (constraints) שאותם יש להטיל על מערכת המשפט הפלילי כדי למנוע או להפחית באופן משמעותי את הסכנה, ולבסוף יש לקבוע מנגנונים של שליטה, פיקוח ובקרה (control), שמטרתם כפיית אילוצי הבטיחות על המערכת. מהן הסכנות שבשימוש בעדות שמועה במשפט? כפי שמציין הרדוף בספר, גם עדות ישירה, כגון עדותו של עד ראייה לאירוע, עלולה לכלול שקר, הטיה, אי-דיוק, טעות והטעיה. אלא שניתנת הזדמנות לנאשם להתעמת עם העדות ולהעמידה במבחן היעיל של חקירה נגדית וניתנת לשופטים האפשרות להתרשם

70 ס' 44-40 טו לחוק העונשין, התשל"ז-1977; וראו ביתר הרחבה: בועז סנג'רו ביקורת דיני העונשין הישראליים 80-23 (2020).

71 סנג'רו ביקורת דיני העונשין הישראליים, שם, בעמ' 345.

72 שם, בעמ' 57-61, 81-93.

73 באופן כללי ראו: סנג'רו בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 29, בעמ' 17-35, 57-93.

74 על מודל הבטיחות (System Theoretic Accident Model and Processes) STAMP ראו שם, בעמ' 54-56, 156-160, 193-196, 222-226, 257-260.

מהעד ישירות.⁷⁵ אך כשהעד אינו מעיד בפני בית המשפט, ואינו נחקר חקירה נגדית, ההסתמכות על עדותו מחייבת היסקים עובדתיים רבים ומורכבים.

"בית המשפט אינו יכול לבחון באופן בלתי אמצעי את כנותו של הדובר, את מידת יכולתו לקלוט את האירוע שעליו דיבר, את איכות זיכרונו ושימורו, את צורת הדיווח שלו ודיוקה, אם העד טעה בתום לב, אם התבסס על היסק, מה מניעיו וכדומה [...] ולאמוד את הסיכונים [...] עדות שמועה [...] מייצרת סיכון חמור של שגיא"ה."⁷⁶

מדוע נפסלת עדות השמועה? כדברי הרדוף בספרו:

"[...] ביטחון עצמי מופרו של השופט בכישוריו, עשוי להובילו שלא להתאמץ להימנע מהיחשפות לראיות פסולות [...] עדות שמועה נפסלת על בסיס ההנחה, כי היא עלולה לשקף מידע מעוות (misinformation), להטעות ולהזיק לתהליך קביעת הממצאים. פסילה היא המהלך היחיד אשר מסוגל להבטיח (במצטבר לאי-היחשפותו של בית המשפט לתוכן הראיה [...]), כי לא יינתן לראיה משקל גבוה מהראוי."⁷⁷

ואמנם, הכלל הפוסל עדות שמועה הוא בעצם כלל של בטיחות, שהוא כה נחוץ למערכת המשפט הפלילי, כאוויר לנשימה ממש, עד כי נקבע בשיטות משפט רבות כבר לפני שנים רבות עוד בטרם החלה להתפתח מודעות לצורך בהנהגת בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, והשתמר עד היום. לכן יש לשמור עליו מכל משמר, ולא להסתכן בויתור עליו במסגרת של שיטה של חופש הוכחה. שיטת חופש ההוכחה היא לא רק לא בטיחותית, אלא היא אפילו אנטי-בטיחותית, משום שהיא חותרת תחת רעיון הבטיחות.

במקומות אחרים הראיתי כיצד ניתן וצריך להפעיל את מודל הבטיחות המתקדם STAMP על הודאות,⁷⁸ על עדויות ראיה ומסדרי-זיהוי,⁷⁹ על הראיות המדעיות⁸⁰ ועל עסקות הטיעון.⁸¹ לא אפעיל כאן את המודל על עדות השמועה,

75 הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 97.

76 שם, בעמ' 98.

77 שם, בעמ' 101, 104 (בהתאמה).

78 Boaz Sangero, *Safety from False Confessions*, 54 CRIM. L. BULLETIN 25 (2018).

79 Boaz Sangero, *Applying the STAMP Safety Model to Prevent False Convictions*

.Based on Eyewitness Misidentifications, 83 ALBANY LAW REVIEW 931 (2020)

80 Boaz Sangero, *Safety in Forensic Science*, 82 OHIO STATE LAW JOURNAL ONLINE 1

משום שהדבר מצריך מאמר מפורט. אך אציע קווים כלליים להפעלת המודל בעתיד. גורמי הסיכון (hazards) הם: הראשון – נוצרת עדות שמועה מוטעית (לעתים קרובות הדבר נעשה על-ידי המשטרה עצמה בחקירתה, כפי שהשכיל (להראות הרדוף⁸²). השני – בית משפט מקבל עדות שמועה מוטעית כראיה (לעתים קרובות הדבר מתרחש משום שהמחוקק לא השכיל לפסול את עדות השמועה, או שבית המשפט טעה ושייך אותה לאחד מחריגי הכלל הפוסל עדות שמועה). גורם הסיכון השלישי והאחרון – בית המשפט מסתמך על עדות השמועה המוטעית ומרשיע את הנאשם הרשעת-שווא.

מהם האילוצים שיש להטיל על מערכת המשפט הפלילי כדי למנוע סכנות אלה או לפחות להפחיתן באופן משמעותי? הכלל הישן והטוב הפוסל עדות שמועה הוא התחלה טובה. יש לשאוף לכך שלא יהיו לו חריגים ("דילול הפרי"). אם שיטת המשפט מחזיקה בחריגים בחזקה ואינה מוכנה לוותר עליהם, יש לכל הפחות לקבוע אילוץ בטיחותי אשר ישלול לחלוטין הרשעת אדם על בסיס עדות שמועה כלשהי לבדה, תוך דרישה קטגורית של ראיה מרכזית אחרת התומכת במסקנה שהנאשם אכן עבר את העבירה המיוחסת לו ("גיזום הענף"). זהו להערכתי כלל הבטיחות החשוב ביותר שיש לקבוע בתחום דיני הראיות; כלל שיחול על כל הראיות וישלול קטגורית הרשעה על סמך ראיה יחידה כלשהי, שהרי בכל הראיות (עדויות הראייה, ההודאות, הראיות המדעיות וכו') נופלות טעויות, ממש כשם שלכל בדיקה מדעית יש חיובי כוזב (false positive). יש לקבוע גם אילוצים נוספים, כגון שלילת הייצור הסדרתי של עדויות שמועה על-ידי המשטרה ("בית חרושת לשמועות"); ושליטת ההסתמכות של התביעה על עדויות שמועה שמספקת לה המשטרה.

מהם אמצעי השליטה, הפיקוח והבקרה הנדרשים? הם רבים, תלויים בקיומם הלא רצוי של חריגים לכלל הפוסל עדות שמועה, ולפיכך לא יהיה זה מעשי לנסות לפרטם במסגרת מצומצמת זו. אתמקד אפוא בדוגמה מרכזית אחת שתמחיש את הגישה. נזכור כי לפי הניתוח של הרדוף, גם הודאת נחקר בחקירתו במשטרה היא בעצם עדות שמועה. בהתמקדנו בהודאות של נאשמים בחקירותיהם על-ידי המשטרה ובשימוש שבתי-המשפט עושים בהן להרשעת נאשמים, אציע תחילה כי האילוצים שיש לכפות על מערכת המשפט הם: 1. הודאה הנגבית בחקירה חייבת להיות רצונית (וולונטרית); 2. ההודאה חייבת להיות מהימנה; 3. אסור להפעיל על הנחקר לחץ פיזי מסוג כלשהו או לחץ

(2021).

Boaz Sangero, *Safety from Plea-Bargains' Hazards*, 38 PACE L. REV. 301 (2018)

81

כגון כשהיא גובה מחשודים הודאות; כשהיא עורכת "אמרה בכתב של עד"; או כשחוקר ילדים גובה עדות מילד – הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 196–203.

82

פסיכולוגי משמעותי כדי שיודה (אסור לשקר לנחקר שקיימות ראיות מפלילות, אסור לאיים עליו, אין לחקור זמן ממושך ברציפות או בלילה או ללא שינה, אסור לעצור לצורך חקירה, אם החקירה בכל זאת מתקיימת במעצר, יש להקפיד על תנאים ראויים, אין לחקור בשיטה הלוחצת Reid, אין לנסות לגבות הודאה מחשוד שאין נגדו ראיה משמעותית, אין להשתמש בעבריינן כמדובב, שוטר-מדובב לא יבצע דיבוב אקטיבי, אין להשתמש בתחבולה שעלולה לגרום לחף-מפשע להודות); 4. אסור ליצור פיתוי גדול של הנחקר להודות; 5. אין לקבל הודאה כראיה אם לא הוכח שניתנה באופן רצוני ובהתאם ל"כללי מירנדה" (הודעות לנחקר על זכותו לשתוק, על זכותו לקבל ייעוץ סנגור פרטי או ציבורי, ועל האפשרות שדבריו למשטרה ישמשו נגדו בבית המשפט); 6. אין לקבל הודאה כראיה אם קיימים סימנים משמעותיים להיותה הודאת-שווא; 7. אין להרשיע על סמך הודאה כראיה יחידה; 8. אין להרשיע בהעדר "סיוע חזק" להודאה; 9. אין להתבסס על הודאה שאין בה אינדיקציות לכך שהמודה ידע פרטים מוכמנים מזירת הפשע שלא היו ידועים לחוקרים בליווי תיעוד המוכיח זאת; 10. אין להרשיע ללא ראיות קבילות מלבד ההודאה שמוכיחות שהנאשם עבר את העבירה לפחות במאזן הסתברויות (51%).

כדי לכפות על מערכת אכיפת החוק את האילוצים הללו, מוצעים אמצעי השליטה, הפיקוח והבקרה הבאים: 1. אין לגבות הודאה תוך הפרת "כללי מירנדה"; 2. יש לתעד בוודאו את מלוא החקירה של כל עבירה שדינה מאסר; 3. יש לאפשר נוכחות סנגור כמשקיף על מלוא החקירה; 4. יש לתדרך את החוקרים והתובעים באשר לסכנות שבהפרת כללים אלה; 5. תובעת שמפקחת על החקירה תוודא שהחוקרות פועלות בהתאם לכללים אלה; 6. אסור לתובע להגיש לבית המשפט הודאה שנגבתה תוך הפרת כללים אלה; 7. אין לקבל הודאה כראיה במשפט אם הושגה בהפרה משמעותית של אחד מהכללים הללו המכוונים למשטרה או לתביעה; 8. יש לתדרך שופטים בהכשרתם ובהשתלמויות תקופתיות באשר למחקרים החדשים בנושא ההודאות ובאשר לסכנות שבהפרת ההנחיות; 9. בערעור על הרשעה בית המשפט יבדוק בקפדנות אם קוימו ההנחיות; 10. לאחר הרשעה אין לראות בהודאה מכשול בפני ערעור או בפני משפט חוזר ויש לבחון היטב כל ראיה שעשויה ללמד שההרשעה הייתה מוטעית.⁸³

אסיים פרק זה בהבהרה שאינני מתיימר לטעון שפירוט זה שיצרתי באשר לעדויות שמועה ובאשר להודאות תוך שימוש במודל הבטיחות STAMP הוא מושלם. מטרתו להוכיח היתכנות של יצירת בטיחות במשפט הפלילי, כמשקל

⁸³ לפירוט המלא של הצעתי באשר להודאות ראו סנג'ר בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 29, בעמ' 182-195.

נגד לטענת ההגנה הרווחת בקרב המשפטנים שלפיה הבטיחות מתאימה רק למערכות טכנולוגיות כגון מטוס או מכונית וכביכול איננה מתאימה למערכת המבוססת על החלטות אנוש כמו מערכת המשפט. כפי שהוכיחה פרופ' ננסי לוונזון, מודל הבטיחות STAMP שאותו פיתחה מתאים גם למערכות המבוססות בעיקר על החלטות אנוש והופעל בהצלחה על מערכות כאלה, כגון בית-חולים.⁸⁴ לכשיוקם מכון לאומי לבטיחות במשפט הפלילי,⁸⁵ ניתן יהיה לפתח במסגרתו את הצעתי הראשונית.

ה. ביקורת על האקדמיה המשפטית

הפרק האחרון בספרו המרתק של אסף הרדוף – "אפילוג: מעשה בחמישה עצים"⁸⁶ – איננו שיגרת. המחבר, באומץ אופייני, נחשף בפני הקוראות והקוראים ומשתף אותם ב"עץ הידע המשפטי שלי", ב"עץ העיסוק האקדמי שלי בדיני ראיות", ב"עץ הביקורתיות המשפטית שלי", ב"עץ המחקר המשפטי שלי" וב"עץ הספר 'לא מה ששמעת'". הפרק צפוי לעניין את כל אלה השוקלים עיסוק משפטי אקדמי, כמו גם רבים מאלה שכבר עוסקים בו. אך מצויה בו גם ביקורת חריפה ומוצדקת שצפויה לעניין את כל המשפטנים (לא רק אנשי האקדמיה) ואת כל אנשי האקדמיה (לא רק המשפטנים) – הביקורת על הדחיפה שדוחף הממסד האקדמי את החוקרות והחוקרים לפרסם את מחקריהם מעבר לים, בשפה האנגלית: "מחקריי התמקדו באופן מתמשך בניסיון לשיפור המשפט הישראלי, מהלך לא פופולרי ולא מועיל לקידום ולשגשוג באקדמיה למשפט בישראל רוויית האמריקניזציה".⁸⁷

אין זה סוד כי כדי להתקדם בסולם הדרגות האקדמיות (מרצה, מרצה בכיר, פרופסור חבר, פרופסור מן המניין)⁸⁸ עוברים המרצים שבעה מדורי גהנום

84 NANCY G. LEVESON, ENGINEERING A SAFER WORLD: SYSTEMS THINKING APPLIED TO SAFETY 176 (2011); לוונזון מ-MIT היא יועצת הבטיחות של סוכנות התעופה והחלל האמריקנית NASA.

85 להרחבה באשר להצעתי להקים מכון לאומי לבטיחות במשפט הפלילי ראו: סנג'רו בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 29, בעמ' 77-82; בועז סנג'רו "הקמת מכון לאומי לבטיחות מפני הרשעת חפים מפשע" רשות הרבים (14.11.2024).

86 הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 235-246.

87 שם, בעמ' 239.

88 צחוק הגורל היא שלאחר ש"פרופ' חבר" משקיע עבודת מחקר עצומה ומקבל את הדרגה הנכספת "פרופ' מן המניין", הוא מופתע להיווכח שבאוזני הציבור הרחב דרגתו החדשה והאחרונה עד המוות נחשבת פחות מדרגתו הקודמת: בעוד "פרופ' חבר" נשמע לאנשים תואר מכובד ביותר, בדומה לחברות בבית הלורדים, הנה "פרופ' מן המניין" מצלצל כאחד מהשורה, כאחד האדם.

בוועדות קידום מקצועיות שמאדירות את ערכם של מחקרים בשפה האנגלית שפורסמו בחו"ל ומפחיתות בערכם של מחקרים בשפה העברית שפורסמו בישראל. בעוד הדבר עשוי להיות סביר באשר למחקרים בתחום מדעי הטבע והמדעים המדויקים, שהם כידוע אוניברסליים, ולכן פרסום בחו"ל מעיד על הכרה עולמית המעידה על חשיבות החידוש שחידשה המחברת, הרי שתחום המשפט, הגם שאף הוא נשען על תיאוריות אוניברסליות, הוא בכל זאת גם תחום מקומי, המבוסס על חקיקה ישראלית של הכנסת ולא של הקונגרס האמריקני, על פסיקה של בית המשפט העליון הישראלי ולא של בית המשפט העליון האמריקני, ועל מאמרים קודמים של חוקרים ישראלים ולא רק של חוקרים אמריקניים. ההעדפה המופרזת של מחקרים באנגלית על-ידי וועדות הקידום מנווטת את החוקרים הצעירים להתמקד בכתיבה באנגלית ולהזניח את חקר המשפט הישראלי. מי אפוא יחקרו את המשפט הישראלי ויפתחו אותו באמצעות הצעת דרכים לשיפורו? המרצים האמריקניים? נראה שלא.

במצב שכזה חקר המשפט הישראלי הוא מנוון למדי, והמעטים שתורמים לו תרומה משמעותית משלמים מחיר אקדמי כבד. מנגד, חוקרים שתורמתם לחקר המשפט הישראלי זניחה, מתהדרים בדרגת פרופסור, שאותה קיבלו בעקבות התעמקותם במשפט האמריקני וכתבתם על אודותיו. היש בכוחה של ביקורת זו לתרום לתיקון המעוות ולהפסקת ההתבטלות של האקדמיה הישראלית בפני האקדמיה האמריקנית?

1. אחרית דבר

ספרו של אסף הרדוף "לא מה ששמעת – מבט אנליטי ביקורתי בכלל הפוסל עדות שמועה ובחריגיו החקיקתיים בישראל" הוא חיבור מצוין, המעשיר באופן משמעותי את חקר המשפט הישראלי ומומלץ מאוד לקוראו. אשר להמלצות המובאות בספר, רובן המוחלט הן מצוינות וצפויות לקדם את המשפט הישראלי. אחת מההצעות המובאות בו, כנראה מתוך ייאוש מהכללים הקיימים – להנהיג דווקא חופש הוכחה מוחלט – היא בעיניי אנטי-בטיחותית בעליל ומאוד לא רצוי לאמצה. כמשקל נגד למגמה הרעה בעיניי של חופש הוכחה, הפעלתי במאמר זה את מודל הבטיחות המתקדם STAMP לראשונה על עדויות שמועה. התוצאה הבטיחותית מתכתבת היטב עם רוב ההצעות שבספר, במגמה של חיזוק הכללים הלא מספקים הקיימים שמטרתם להגביל את חופש ההוכחה הרחב מדי הנתון כיום לשופטים, כדי ליצור בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע.