

**האומנם כולנו זכאים רק מחמת הספק?
"אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת", המוצעת בספרם של מנשה וגרון
"מהות הספק הסביר", במבחן פרשת זדורוב**

בועז סנג'רו*

תקציר

לאחר הצגת התזה המרכזית שבשער הראשון של הספר, שהמחברים מכנים אותה "אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת", אבקר אותה תוך הדגמת הברלי הגישות באמצעות ניתוח מקרה-המבחן (הן בספרם הן בביקורתי זו) של הרשעת רומן זדורוב ברצח הנערה תאיר ראדה זכרה לברכה. לאחר הצגת גישתם של המחברים שבשער השני של הספר, שלפיה זיכוי מלא מחייב הוכחת חפות מעבר לספק סביר, אבקר אותה לאור שאלתי "האומנם כולנו זכאים רק מחמת הספק?".

מבוא

- א. שער ראשון – "ספק, ספק סביר ומידת ההוכחה במשפט הפלילי"
1. תמצית התזה שפיתחו המחברים – "אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת"
2. ביקורת: אין להרשיע על-סמך חסמים, אלא יש לבחון בפתיחות כל השערת חפות – הרשעת זדורוב כמקרה-מבחן
(א) "האם הראיות המפלילות יוצרות חסם הסתברותי להשערת חפות?"
(ב) "האם הראיות המזכות יוצרות חסם הסתברותי נגדי להשערת אשמה?"
(ג) "הראיות המזכות מעלות ספקות, אך בלתי סבירים"
(ד) "פרשת זדורוב והחסם השיטתי"

* פרופסור מן המניין, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת-גן; בית-הספר למשפטים במכללה האקדמית ספיר; מייסד האתר "ביקורת מערכת המשפט הפלילי" – <http://sangero.co.il>. תודתי נתונה לפרופ' רינת קיטאי-סנג'רו, לד"ר מעיין פרל, לטלי כ"ץ-יופה, למערכת מאזני משפט ולעורך הלשון גיא פרמינגר על ההערות המועילות.

ב. שער שני – "זיכוי מוחלט וזיכוי מחמת הספק"

1. תמצית גישתם של המחברים: זיכוי מלא מחייב הוכחת חפות מעבר לספק

סביר

2. ביקורת: האומנם כולנו זכאים רק מחמת הספק?

אחרית-דבר

מבוא

ספרם של דורון מנשה ואיל גרונר מהות הספק הסביר¹ מהווה את אחת התרומות המשמעותיות ביותר לשיח דיני הראיות בישראל, ומומלץ מאוד לקוראו. זהו המשך ישיר ראוי לתרומתו הגדולה של פרופ' מנשה לפיתוח התיאוריה של דיני הראיות בספריו ובמאמריו, תוך שימוש מעניין בפילוסופיה, בלוגיקה, בהסתברות ובמתמטיקה. ברשימת ביקורת זו אעמוד בקצרה על עיקרי התזה של המחברים ואבקר אותה. לאחר הצגת התזה המרכזית שבשער הראשון של הספר, שהמחברים מכנים אותה "אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת", אבקר אותה תוך הדגמת הבדלי הגישות באמצעות ניתוח מקרה-המבחן (הן בספרם הן בביקורתי זו) של הרשעת רומן זדורוב ברצח הנערה תאיר ראדה זכרה לברכה. לאחר הצגת גישתם של המחברים שבשער השני של הספר, שלפיה זיכוי מלא מחייב הוכחת חפות מעבר לספק סביר, אבקר אותה לאור שאלתי "האומנם כולנו זכאים רק מחמת הספק?". באחרית-דבר אשוב לחשיבותו הרבה של הספר חרף ביקורתי.

1 דורון מנשה ואיל גרונר מהות הספק הסביר (נבו, 2017) (להלן: הספר).

א. שער ראשון – "ספק, סביר ומידת ההוכחה במשפט הפלילי"

1. תמצית התזה שפיתחו המחברים – "אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת" לאחר שהם דנים בגישות השונות שהוצעו בעבר ובביקורת עליהן, מציגים המחברים מנשה וגרונר את גישתם באשר ליישומה של מידת ההוכחה מעבר לספק סביר, שאותה הם מכנים "אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת". לפי גישתם, יש לבחון ארבעה חסמים להשערות החפות: החסם השיטתי, שלפיו יש לחסום השערות חפות אם היא ניתנת להכללה לכל מקרה דומה, כך שקבלתה לא תאפשר אכיפה סבירה של המשפט הפלילי; החסם ההסתברותי, שלפיו יש לחסום השערות חפות כאשר ההסתברות לחפות היא מזערית עד כדי כך שניתן להתעלם מאפשרות קלושה זו; החסם הטבעי, שלפיו יש לחסום השערות חפות שאינה רציונלית ומתנגשת בחוקי הטבע; והחסם הפרוצדורלי, שלפיו יש לחסום השערות חפות שביירוה מצריך הקצאת משאבים שאי־אפשר לעמוד בה או שלגיטימי לא לעמוד בה בהתאם להכרעה דמוקרטית באשר לחלוקת המשאבים במשק.²

מכיוון שלא פשוט להבין גישה חדשנית זו, אדגים אותה באמצעות אותו מקרה־מבחן שמנשה וגרונר משתמשים בו – הרשעתו של רומן זדורוב. ניתוח המקרה ישמש גם את ביקורתי על גישת המחברים.

2. ביקורת: אין להרשיע על־סמך חסמים, אלא יש לבחון בפתיחות כל השערות חפות – הרשעת זדורוב כמקרה־מבחן

(א) "האם הראיות המפלילות יוצרות חסם הסתברותי להשערות חפות?"³

המחברים מונים ברשימה אחת את הודאתו (הבעייתית) של זדורוב לפני מדובב יחד עם רמזים שונים לאפשרות שהוא הרוצח. לטענתם, לא ייתכן שריכזי הסימנים הוא מקרי.⁴ טעות נפוצה – שמוצאים אותה, לצערי, בפסק־דין לא־מעטים, ובכלל זה בהרשעת זדורוב – היא להציג רשימה של סימנים כאלה ולהציע (גם אם לא כתחשיב לוגי־מתמטי מפורט, אלא כהיסק כללי) הכפלת הסתברויות כדי להגיע לכך שמדובר באפשרות קלושה ביותר של חפות. תחשיבים והיסקים כלליים כאלה יוצרים שני קשיים לוגיים. האחד הוא שהם נוטים להתעלם

2 שם, בעמ' 201.

3 שם, בעמ' 183–187.

4 שם.

מסימנים לחפות.⁵ אכן, כפי שכתב הפילוסוף של המדע קרל פופר, כאשר בוחנים תיאוריה כלשהי, אפילו אם היא אינה מדעית, ומחפשים לה רק אישושים – בסופו של דבר מוצאים אותם.⁶ הקושי הלוגי הנפוץ האחר הוא שלאחר עריכת רשימת הסימנים הנחזים כמפלילים, שוגים בהכפלת ההסתברות הנמוכה שמייחסים להופעת כל אחד מהם אצל אדם חף מפשע, כביכול היו אלה מאורעות בלתי-תלויים וכאילו אין בנמצא ראיות מזכות וסימנים מזכים, וכך מקבלים תוצאה (לעיתים אפילו מספרית) המעידה כביכול על "ראיות מפלילות מוחצות", אשר יוצרות – וכאן החיבור המסוכן לתזה של המחברים – "חסם" מפני זיכוי חרף הראיות המזכות. אלא שתחשיבים לוגיים-הסתברותיים מקובלים, כגון נוסחת בייס (Bayes' theorem), מחייבים להביא בחשבון את מכלול הראיות (ורק אותן, ללא "סימנים"), ואינם מאפשרים בחירה בִּרְרנית רק בראיות המפלילות (ובוודאי לא רק ב"סימנים" מפלילים). ההתעלמות מראיות קיימות היא כשל קוגניטיבי ידוע, שעליו כתבו המלומדים כהנמן וטברסקי (שמחקריהם המשותפים אף הוליכו לפרס נובל שהראשון זכה לקבל):

"The failure to appreciate the relevance of prior probability in the presence of specific evidence is perhaps one of the most significant departures of intuition from the normative theory of prediction."⁷

כדי להבין את הסכנה שבתזה של המחברים, שלפיה אפילו ראיות מפלילות חלשות כבהרשעת זדורוב – הודאה בעייתית בצירוף סימני אשמה שאינם אפילו ראיות של ממש – יוצרות (כביכול) הסתברות אשמה גדולה עד כדי כך שניתן להתעלם כמעט מהראיות הפועלות לכיוון של זיכוי, יש לעמוד בקצרה על עיקריה של הרשעת זדורוב.

5 למשל, בהרשעת זדורוב: טביעות הנעליים הטבולות בדם, אשר אין חולק שהן אינן של זדורוב; חוסר ההתאמה בין השערת הרצח בסכין יפנית לבין סימני הסכין המשווננת על עור הקורבן; העובדה שבזירה נמצאו טביעות אצבע רבות אך אף לא אחת מהן של זדורוב; העובדה שבזירה נמצאו ממצאים ביולוגיים רבים אך אף לא אחד מהם שלו; העובדה שלא היה לו מניע לרצח; העובדה שבעת השחזור הוא ניסה לעלות קומה נוספת ונעצר על-ידי השוטרים כדי לא לחשוף את העובדה שהוא לא ידע כלל היכן נמצאת זירת הרצח; ועוד.

6 Karl R. Popper, *Science: Conjectures and Refutations*, in CONJECTURES AND REFUTATIONS 33, 34–35 (London, 1969).

7 Daniel Kahneman & Amos Tversky, *On the Psychology of Prediction*, 80 PSYCHOL. Rev. 237, 243 (1973).

בקצירת האומר: הרשעת זדורוב מבוססת על הודאה מחוץ לכותלי בית- המשפט. בפסק-הדין של בית-המשפט העליון המאשר את ההרשעה⁸ משתקפות גישות שונות ביחס למשקל ההודאה. לפי הגישה המיושנת, אשר כל שלושת השופטים שישבו בערעור של זדורוב דחו לפחות ברמה ההצהרתית, רואים בהודאה את "מלכת הראיות". גישה זו עומדת בסתירה לכל המחקרים החדשים, שלפיהם: גם חפים מפשע מודים; הגורמים להודאות-שווא מגוונים, ואינם מצומצמים לאוכלוסיות חלשות (מה-גם שזדורוב, כמהגר שאינו שולט היטב בשפה העברית, משתייך לאוכלוסייה חלשה); שיעור הודאות-השווא הוא משמעותי; שימוש בתחבולות ובמדובבים (כפי שנעשה במקרהו של זדורוב) מגדיל את ההסתברות להודאת-שווא; ואין לבית-המשפט דרך להבחין בין הודאה אמיתית לבין הודאה שקרית.⁹ לנוכח מחקרים אלה הצעתי בעבר לראות בהודאה את "קיסרית הרשעות-השווא", ולחוקק דרישה של "סיוע" חזק להודאה: ראייה אובייקטיבית משמעותית, חיצונית לנאשם, המלמדת שהנאשם אכן עבר את העברה המיוחסת לו.

הרשעת זדורוב על-ידי שופטי הרוב, המשוכנעים כי די בצירוף של הודאה ו"פרטים מוכמנים" להבטיח שלא יורשע חף מפשע (כביכול: הודאה פרטים מוכמנים הרשעה), מוכיחה כי נדרשת חקיקה שתמנע הרשעה ללא "סיוע" חזק להודאה: חיצוני, עצמאי, אובייקטיבי, ממשי. "פרטים מוכמנים" הם פרטים מזירת

8 ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.12.2015) (להלן: ערעור זדורוב). ביניים נדחתה גם הבקשה לדיון נוסף: דנ"פ 1329/16 זדורוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.7.2016).

9 בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא" עלי משפט ד 245 (2005); Boaz Sangero, *Miranda Is Not Enough: A New Justification for Demanding "Strong Corroboration" to a Confession*, 28 CARDOZO L. REV. 2791 (2007); מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו "מכשול החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן (הצעה להיפוך בתפיסת ההודאה: מראיה מרכזית המחפשת תוספת, לתוספת אפשרית לראיות מוצקות)" מחקרי משפט כו 733 (2010); דורון מנשה ושי אוצרי "כמה שוקלת הודאה?" – עיון מחודש בשאלת משקלן הבייסיאני של הודאות נאשם – תגובה למאמרם של מרדכי הלפרט ובוועז סנג'רו, מחקרי משפט כו(3) "מחקרי משפט כו 503 (2011); בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט "בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי" מחקרי משפט כו 529 (2011); Boaz Sangero & Mordechai Halpert, *Proposal to Reverse the View of a Confession: From Key Evidence Requiring Corroboration to Corroboration for Key Evidence*, 44 U. MICH. J.L. REFORM 511 (2011); בועז סנג'רו "השימוש בתחבולות ובמדובבים לשם גביית הודאות" עלי משפט ט 399, 414 (2011); Boaz Sangero, *Safety from False Confessions*, 54 CRIM. L. BULL. 25 (2018).

הפשע שהמשטרה מצהירה כי שמרה על חשאייתם, ולפיכך מקובל לחשוב שאם הנאשם ידע לתארם בהודאתו במשטרה, משמע שהוא קשור לפשע. כך אכן היה אפשר לחשוב לפני מהפכת ה-DNA וההשוואות הגנטיות, שהובילו לחשיפת מאות הרשעות-שווא בארצות-הברית. פרופ' ברנדון גארט, בשני מחקרים רצופים, בחן לעומק 66 הודאות-שווא של מורשעים שהשוואת DNA במסגרת פרויקט החפות האמריקאי הוכיחה את שקריותן. בהודאות-שווא כאלה, של חפים מפשע, לא אמורים להופיע פרטים מוכמנים, ובכל-זאת ב-62 (!) מ-66 הודאות-השווא מופיעים פרטים מוכמנים. הכיצד? מסקנת המחקר היא שחוקרי המשטרה, לעיתים במודע ולעיתים לא במודע, מלמדים את הנחקרים בשאלותיהם את הפרטים ה"מוכמנים" ובכך מזהמים את ההודאות.¹⁰ לפיכך הפרטים המוכמנים אינם מגוננים עלינו מפני הרשעות-שווא המבוססות על הודאות-שווא, ונדרשת ראייה עצמאית בדרגת "סיוע" חזק. על רקע זה יש משמעות לכך שהרשעת זדורוב מתבססת עדיין על העובדה שהוא ידע "פרטים מוכמנים", שהיו ידועים לחוקרי המשטרה.

גם היחס לשקרי הנאשם בחקירתו טעון שינוי. מחקרים מלמדים כי חפים מפשע צפויים לשקר עקב חששם מפני הרשעה,¹¹ במיוחד כאשר חוקרי המשטרה משקרים לנחקרים באומרם שנמצאו ראיות מדעיות המפלילות אותם, כפי שקרה בחקירת זדורוב.¹² הנחקר צפוי להתייאש מהאפשרות שיאמינו לו, ולהודות הודאת-שווא בניסיון לקבל הקלה. אפשרות נוספת היא שכדי להסביר את "הראיות המפלילות", הנאשם מסתבך בשקרים.¹³ כך או כך, יש לזכור שאין די בהוכחה שזדורוב שיקר, אלא נדרשת הוכחה שהוא רצח. קריאת פסקי-הדין (שניים של המחוזי בנצרת ואחד של בית-המשפט העליון) אינה משכנעת אותי שהוכח כי

10 המחקר הראשון, שבו נבחנו 40 הרשעות-שווא שנפסקו על-סמך הודאות-שווא, הוא: Brandon L. Garrett, *The Substance of False Confessions*, 62 STAN. L. REV. 1051 (2010). המחקר השני, שבו נבחנו 26 הרשעות-שווא נוספות שנפסקו על-סמך הודאות-שווא, הוא: Brandon L. Garrett, *Contaminated Confessions Revisited*, 101 VA. L. REV. 395 (2015).

11 סנג'רו "השימוש בתחבולות ובמדובבים לשם גביית הודאות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 414–416.
12 ראו את דבריו של שופט המיעוט דנציגר בערעור זדורוב, לעיל ה"ש 8, בפס' 61 לפסק-דינו: "קושי נוסף בא לידי ביטוי בסוג הראיות שביחס אליו בוצעה הטעיה. כאמור לעיל, הטעיה בדבר קיומן של ראיות מדעיות ואובייקטיביות המפלילות את החשוד, דוגמת מציאת דמה של המנוחה על חפציו, יש בה כדי להעצים את החשש מפגיעה באוטונומיית הרצון שלו בשל טיבן המדויק והמוחלט כביכול של ראיות אלה, אף בנסיבות בהן לא הוצגה לפניו ראייה ממשית בדויה לעניין זה."

13 סנג'רו "השימוש בתחבולות ובמדובבים לשם גביית הודאות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 414–416.

זדורוב רצח – בוודאי לא מעבר לספק סביר, כנדרש במשפט פלילי, ולהערכתו אפילו לא במאזן הסתברויות (51%), כנדרש במשפט אזרחי.¹⁴ על רקע זה, ועל רקע קיומה של דעת מיעוט מזכה של השופט דנציגר בבית-המשפט העליון, תמוה בעיניי מאוד שמנשה וגרונר כותבים כי מדובר (כביכול) בראיות מפלילות מוחצות, ה"יוצרות חסם הסתברותי להשערת חפות".¹⁵ לא ברור כיצד הודאה בעייתית כראיה משמעותית יחידה, בצירוף כמה "סימני אשמה" שמוּלם מתייצבים גם סימני חפות, מוכתרים ראיות מפלילות מוחצות; לא ברור היכן כאן הראיות ומהו אותו מחץ שעל בסיסו אדם נשלח למאסר עולם, וזאת אף מבלי להתייחס ברצינות הדרושה לראיות המזכות ולספקות הסבירים שהן יוצרות, כפי שעשה השופט דנציגר בדעת המיעוט המזכה.

(ב) "האם הראיות המזכות יוצרות חסם הסתברותי נגדי להשערת אשמה?"¹⁶

תחת כותרת זו המחברים מציינים עשר מבין הראיות המזכות,¹⁷ ומסכמים כך: "לדעתנו, הראיות המזכות אינן יוצרות חסם הסתברותי, אם כי יש להודות שפרשת זדורוב מעוררת קושי מסוים בקשר לכך. הראיות המזכות חזקות מספיק כדי להעלות ספק באשמה, אך לדעתנו מדובר בספק שאינו סביר."¹⁸ אילו הסתפקו המחברים בחלקו השני של המשפט, המחלוקת הייתה רק בהערכה אם מדובר בספק סביר. אלא שלפי התיאוריה שהם פיתחו נדרש שהראיות המזכות ייצרו חסם הסתברותי מפני השערת האשמה. זהו מבחן מחמיר ביותר, שאין לו כל הצדקה. די בספק סביר לשם זיכוי, גם אם הוא אינו יוצר חסם הסתברותי מפני הרשעה. כדי "לתרץ" את הראיות המזכות, המחברים נזקקים ללא פחות מחמישה סוגי הסברים: (1) ההסבר מזיהום זירת הרצח; (2) ההסבר מהתנהגות אסטרטגית של מבצע העבירה; (3) ההסבר מפערי מידע של זדורוב; (4) ההסבר מפערי מידע של עדים; (5) מקריות סטטיסטית סבירה.¹⁹ ראשית, עצם הצורך בחמישה הסברים שונים מצביע על כך שהספקות הם רבים ומשמעותיים. שנית, ההסבר הראשון

14 לניתוחים שלי בדבר פסקי-הדין בפרשת זדורוב ראו בועז סנג'רו "על הודאה ועל 'junk science' כטביעת נעל – הרשעת זדורוב כמקרה-מבחן" הסניגור 165, 4 (2010); בועז סנג'רו "המשפט הפלילי הישראלי בראי הרשעת זדורוב" הסניגור 236, 4 (2016); בועז סנג'רו הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות 130–135 (רסלינג, 2014).

15 הספר, בעמ' 187.

16 שם, בעמ' 187–192.

17 שחלקן נזכרות לעיל בה"ש 5; וראו הספר, בעמ' 187–192.

18 הספר, בעמ' 188.

19 שם, בעמ' 189.

יכול להסביר לכל-היותר מדוע יש בזירה ממצאים שהותירו אנשים אחרים, אך בוודאי אין הוא מסביר מדוע לא נמצאו ממצאים כלשהם שהותירו זדורוב, וזאת בזירה שבה נותרו מאות טביעות אצבעות ולא מעט ממצאים ביולוגיים. שלישית, הנמקת המחברים שלפיה "היות שעבריינים צפויים להתנהג התנהגות אסטרטגית לצורך שיבוש החקירה, אין לתמוה שהם גם עשויים להשיג הצלחה כלשהי ובאמת להפיל בפח בני אדם הבודקים את חפותם או אשמתם על ידי ביום ויצירת מצג של תמיהות בדבר האשמה"²⁰ מהווה למעשה חזקת אשמה! לפי שיטה זו, כל הנאשמים צפויים להרשעה – בוודאי אם נמצאו ממצאים הקושרים אותם לזירה, אך גם אם לא נמצאו, שכן אז נניח שהם העלימו את הראיות. נניח לרגע שהיינו מקבלים את שיטת החסמים שהמחברים מציעים ונשאל: מדוע כאן אין חסם מפני קבלת תירוצים מפלילים שסופם להרשיע את כולם – גם את האשמים וגם את החפים? רביעית, המחברים מציעים לפלג את ההודאה – לקבל ממנה רק את החלקים המפלילים ולהניח שהחלקים המזכים הם שקרי נאשם.²¹ גם זו הנחה המחייבת חסם שיטתי מפני הרשעה על-סמך השערת אשמה.²²

(ג) "הראיות המזכות מעלות ספקות, אך בלתי סבירים"²³

תחת כותרת זו המחברים מתייחסים לשני ספקות מדידי שינה.²⁴ האחד הוא ש"טביעות הנעליים הבלתי משויכות בתא השירותים מחייבות השערה שהתרחשה התנהגות חריגה: אדם שנכח באזור תא השירותים נכנס לתא השירותים באופן בלתי מורשה, טיפס על האסלה, הניאגרה והקיר, ולא נמצאה עדות לכך".²⁵ השופט עמית, בדונו בערעורו של זדורוב בבית-המשפט העליון, התייחס לקושי זה והעלה השערת אשמה, שהמחברים מגוונים עליה באמצעות התיאוריה שלהם. לא זו בלבד שבזירת הרצח לא נמצאה ראיה כלשהי הקושרת את זדורוב לרצח, וזאת חרף העובדה שנמצאו בזירה עשרות רבות של טביעות אצבעות ודגימות

20 שם, בעמ' 190.

21 בלשון המחברים: "מצויים מצבי ביניים אפשריים של... הודאה באשמה שהיא אמיתית בנוגע לעצם האשמה... אבל שקרית... באשר לחלק מנסיבות האשמה ונסיבות ביצוע העבירה." שם.

22 נוסף על כך, מכיוון שלפי גרסת המשטרה והתביעה, שהתקבלה בפסקי-הדין המרשיעים, הרצח היה ספונטני, ולא מתוכנן מראש, ההשערה שהנאשם פעל במרץ לטשטוש הראיות תוך כדי ביצוע הרצח נראית חלשה ביותר.

23 שם, בעמ' 193–195.

24 לא נעלם מעיניי שהביטוי הרווח בימינו הוא "מדיר שינה", אך עורך הלשון הפנה את תשומת-ליבי לכך שמדובר בשיבוש, ושהביטוי המקורי הוא "מדיד שינה", מלשון "נדודי שינה".

25 שם, בעמ' 193.

DNA שאינן של זדורוב, אלא אף נמצאו בזירה טביעות נעליים טבולות בדם על האסלה, על מיכל ההדחה ועל הקיר – נתיב המילוט לפי גרסת המשטרה והתביעה, אשר אומצה על-ידי בית-המשפט המחוזי שהרשיע את הנאשם – אשר אין חולק שהן אינן של זדורוב. לפי המומחה המשטרתי, הן גם אינן תואמות אף לאחד מזוגות הנעליים שנמסרו לבדיקתן: של חשודים אחרים ושל מחלצים ושוטרים שנכחו בזירה. השופט דנציגר סבר נכונה כי הדבר יוצר ספק סביר המחייב זיכוי: "קיומן עומד אפוא בסתירה מהותית לאופן התרחשות הרצח, כפי שתואר על ידי המערער" (בהודאתו הבעייתית, שעל בסיסה הורשע).²⁶ אך השופט עמית הגה בפסיקתו הסבר מפליל אשר לא רק שלא הוכח, אלא אפילו לא נטען על-ידי התביעה. מעבר לכך, ההסבר אף עומד בניגוד לטענותיה של התביעה, שהסכימה כי הטביעות הזרות יוצרות מסלול יציאה מהתא.²⁷ חרף זאת הציע השופט עמית את ההסבר הבא לסוגיית העקבות בזירת הרצח:

"את שלוש טביעות הנעליים הזרות, ניתן להסביר במהומה ששררה עם גילוי הגופה... תא השירותים קטן וצפוף, ואין צורך בדמיון מפותח כדי לצייר את התמונה לפיה מאן דהו מנסה 'להיתלות' מעל המנוחה והאסלה – רגל פה (על מיכל ההדחה) רגל שם (על הקיר) – בעוד שני הפרמדיקים שנכנסו לתא בודקים אם המנוחה בחיים...".²⁸

ראשית, לדעתי דווקא נדרש דמיון מפותח כדי לדמיין אדם נתלה מעל פרמדיקים המטפלים בגופה. שנית, החשש הגדול מפני הרשעת חף מפשע הוא העומד בבסיס הדרישה להוכחת האשמה מעבר לספק סביר. תפקיד הסנגור הוא להעלות ספקות סבירים, שהם ספקות המעוגנים בחומר הראיות. לעומת זאת, תפקיד התביעה הוא לנסות לסתור כל ספק סביר באמצעות ראיות קבילות, שאז אובדת לספק סבירותו. ומהו תפקיד השופט לנוכח ספק סביר שהתביעה לא הצליחה לסתור חרף מאמציה (ומאמצי המשטרה המסייעת לה)? להציע הסבר חסר בסיס ולהרשיע? במקרה כזה תפקיד השופט הוא לְזַפּוֹת.²⁹ גם תזת החסמים הראייתיים

26 ערעור זדורוב, לעיל ה"ש 8, פס' 293 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

27 שם, פס' 297 לפסק-דינו של השופט דנציגר ("המשיבה עצמה מציינת כי שלוש העקבות 'מייצרות' מסלול יציאה' מהתא ואיננו יודעים של מי הן").

28 שם, פס' 52 לפסק-דינו של השופט עמית.

29 ראו, למשל, ע"פ 603/92 ברוך נ' מדינת ישראל, פ"ד (מו) 114, 117 (1992), שם קבע בית-המשפט העליון כי אי-אפשר להשתית קביעת עובדות על גרסה עובדתית שלא נטענה כלל: "משהתבססה החלטתו של בית-משפט השלום על טענה מקדמית ועל גרסה עובדתית שכלל לא הועלתה על-ידי המבקש, מן הדין היה לבקש את תגובת המדינה, אשר במקרה דגן

של המחברים אינה משכנעת שיש לנהוג אחרת, אם רוצים באמת ובתמים להימנע מהרשעות-שווא.

באופן דומה הצביע השופט דנציגר נכונה על חוסר ההתאמה הבלתי-מוסבר בין הסכין היפנית שבה השתמש זדורוב בעבודתו כרצף, ואשר באמצעותה רצח זדורוב לפי גרסת המשטרה והתביעה, שאומצה על-ידי בית-המשפט המחוזי בהרשעתו, לבין סימנים על עור הקורבן המלמדים על שימוש בסכין משוננת.³⁰ גם לכך הגה השופט עמית הסברים ספקולטיביים שונים ומשונים, שגם הם חסרי כל עיגון בחומר הראיות.³¹ אם התזה בדבר המשקל הראייתי המוחץ יוצר החסמים, מבית-מדרשם של מנשה וגרונר, מוליכה להכשרת ספקולציות מוזרות לשם קיום ההרשעה תוך התעלמות מספקות סבירים – מוטב בלעדיה.³²

הספק מדיד השינה האחר שהמחברים מתייחסים אליו בפת-פרק הנוכחי הוא

זה:

”בחומר החקירה קיימת עדות של אדם בשם א”ח, לפיה בת זוגו א”ק התקשרה אליו ביום הרצח, לפני הרצח, ואמרה לו: ‘עוד מעט הולך להיות כאן בלגן גדול’. בערב אותו יום, לאחר הרצח, ראה א”ח, לפי עדותו, את התיק שלה, בגדים, פאה וסכין ציד משוננת, כולם מגואלים בדם. עדות זו לא הייתה חלק מחומר הראיות במשפט זדורוב, אך הייתה בידי המשטרה... על פי תמלילי חקירה שפורסמו מחקירתה, א”ק הייתה סבורה שמקננת בה זאבה בשם טחב, וזאבה זו גורמת לה לרצות לחתוך את בטנם של בני אדם, להוציא להם את המעיין, כדי שהיא, א”ק, תיכנס לבטנם וכך תפחית את המתח שהיא מצויה בו. לא זו אף זו, א”ק אכן תקפה מכר שלה וכן שוטר במהלך התקף.”³³

הייתה מקבלת בכך הזדמנות לספק הסברים ותשובות לנימוק המהותי שמצא השופט המלומד.”

30 ערעור זדורוב, לעיל ה”ש 8, פס’ 278 לחוות-דעתו של השופט דנציגר.

31 שם, פס’ 28–29 לחוות-דעתו של השופט עמית.

32 על השימוש בספקולציות אשמה ראו הספר, בעמ’ 117–119.

33 הספר, בעמ’ 193. למיטב ידיעתי ולמיטב ידיעתה של התקשורת, עד היום המשטרה נמנעת מלהשוות דגימת DNA שתילקח מגופה של א”ק לדגימות הביולוגיות הרבות מזירת הרצח, ונמנעת מלהשוות את טביעת אצבעה לטביעות הרבות מזירת הרצח. פרטים רבים יותר על-אודות עדות מרתקת זו מדווחים בפרק הרביעי של סדרת הטלוויזיה התיעודית “צל של אמת” (מאת הבמאים יותם גנדלמן וארי פינס והמפיקה מיקה תימור), אשר זמינה במרשתת.

את הדיון באפשרות שא"ק היא הרוצחת מסכמים המחברים כך:

"לסיכום, גרסת א"ק בצירוף כלל הראיות המזכות יוצרות ספק בטענה שזדורוב ביצע את הרצח, שכן לא ניתן לדחות ראיות מזכות כראיות של מה בכך. יש התאמות חלקיות בין גרסת א"ח לבין ראיות נוספות, ביניהן תמיכת גרסתה [צ"ל גרסתו – ב' ס'] בעדויות נוספות, עדות בדבר תלמידה בלתי מזוהה במתחם השירותים, אימות קיומה של שיחת טלפון בין א"ח לא"ק, תוצאות בדיקת הפוליגרף [שלפיה א"ח נמצא דובר אמת – ב' ס']. כל אלה בצירוף עקבות הנעליים הבלתי משויכות, היעדר ממצאים פורנזיים וממצאי הסכין המשוננת, יוצרים קושי בגרסת האשמה של זדורוב ומעלים ספקות. עם זאת, ראיות אלה אינן יוצרות חסם הסתברותי לטענת אשמתו של זדורוב, ואילו הראיות המפלילות כנגדו יוצרות חסם הסתברותי."³⁴

אשוב ואשאל: מהו "חסם הסתברותי" זה המאפשר לדחות ספק סביר המעוגן בחומר הראיות? ומדוע אנו זקוקים לו בשיטת משפט ששיעור הזיכויים בה, גם ללא החסם, הוא רק שבר אחוז?³⁵

(ד) "פרשת זדורוב והחסם השיטתי"³⁶

כותבים המחברים:

"אם השערת החפות מתבססת על הטענה שאין לסמוך על הודאה גם אם נמסרו בה פרטים מוכמנים התואמים את הממצאים החיצוניים לגרסת זדורוב, מאחר שקיימת אפשרות שהמשטרה גילתה לו את הפרטים המוכמנים, עולה שאלה של חסם שיטתי בדבר השערת חפות המניחה שהמשטרה פועלת שלא כדין... זוהי בעצם שאלה אמפירית: עד כמה ניתן לאכוף את המשפט הפלילי ללא תשואל לגילוי פרטים מוכמנים שבידיעת המשטרה?"³⁷

34 הספר, בעמ' 195.

35 על שיעור הזיכויים האפסי בישראל ראו בועז סנג'רו "לא רק סכנה, אלא תופעה – תשובה לתגובתו של השופט מרדכי לוי על הספר 'הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות'" מאזני משפט י' 67, 74–79 (2015).

36 הספר, בעמ' 195–198.

37 שם, בעמ' 195–196.

ראשית, לפחות למן מחקרו של ברנדון גארט, אשר מצא פרטים מוכמנים ב-59 מתוך 63 הודאות-שווא שאותרו במסגרת פרויקט החפות,³⁸ אם אין נוהגים כבנות-יענה הטומנות את ראשיהן בחול, אי-אפשר להתעלם מהאפשרות שחוקרי המשטרה לימדו את הנחקר בשאלותיהם את הפרטים המוכמנים, בין אם במודע ובין אם לאו.

שנית, טיעון המחברים הוא בעצם כזה:

1. ההנחה – אם נקבל טענות של נאשמים שלפיהן המשטרה זיהמה את הודאותיהם בפרטים-מוכמנים-כביכול, נתקשה להרשיע;
 2. המסקנה – לא נקבל טענות כאלה בשום מקרה.
- אם כך, זהו טיעון מוזר למדי, בלתי-משכנע ואף מסוכן. אם התוצאה מאימוץ תורת החסמים היא שניתן להתעלם מספק סביר רק משום שקבלת ספק כזה תוליך לזיכויים רבים יותר, מוטב לא לאמצה.
- שלישית, אין מדובר בדיכוטומיה של הרשעת כל המודים או זיכוי כל המודים. בתווך ניצבת קוממיות האפשרות שלחלק מההודאות יצטרפו ראיות נוספות, או לכל-הפחות ראית סיוע חזק – ממשית, אובייקטיבית ועצמאית (שלא באה מפי הנאשם או מהתנהגותו או מעצם שתיקתו) – המלמדת שהנאשם אכן עבר את העברה המיוחסת לו. רק אז ייתכן מקום להרשעה.
- רביעית, אם מערכת המשפט אינה מסוגלת לאתר ראיה משמעותית נוספת כלשהי המלמדת שההודאה היא אמיתית, אזי אין קרבה לוודאות שהנאשם אשם ולכן עדיף זיכוי, גם אם חלק מהזיכויים יהיו של אשמים. צריך לשלם מחיר כלשהו על ההצהרה החגיגית שלפיה מוטב שעשרה אשמים יצאו לחופשי מאשר שחף מפשע אחד יורשע (שלא לומר, בהקשר של הוצאה להורג, על האמירה כי מוטב שאלף רוצחים יזכו מאשר שחף מפשע אחד יורשע, כתפיסת הרמב"ם) או לחלופין להודות שתורת החסמים מקריבה במודע יחידים על מזבח אכיפת החוק.

38 ראו לעיל ה"ש 10 והטקסט שלידה.

ב. שער שני – "זיכוי מוחלט וזיכוי מחמת הספק"

1. תמצית גישתם של המחברים: זיכוי מלא מחייב הוכחת חפות מעבר לספק סביר אפתח בהסכמתי המלאה עם המחברים שכאשר אדם מזוכה רק מחמת הספק, הוא סובל נזקים משמעותיים:

"ניתן אפוא לומר כי מתקיימת פגיעה בזכויות יסוד של נאשם המזוכה בדינו כאשר זיכוי הוא אך מחמת הספק: פגיעה בזכות לכבוד של הנאשם המזוכה, פגיעה בזכות לשם טוב, סיכון לפגיעה בחופש העיסוק הנגזרת מהפגיעה בזכות לשם טוב וסיכון לפגיעה בזכות הקניין ככל שהזיכוי מחמת הספק פוגע במוניטין של הנאשם שזוכה. הכרעת דין מזכה מחמת הספק אינה מונעת הפעלת שיקול דעת שיפוטי, מנהלי ומשמעתי בהליכים עתידיים שהנאשם יהא צד להם, על בסיס העובדה שזיכוי היה מחמת הספק בלבד."³⁹

כך, למשל, סיווג הזיכוי משפיע על האפשרות שהנאשם שזוכה יקבל מהמדינה את הוצאות הגנתו וכן פיצויים בגין מעצרו או מאסרו,⁴⁰ על האפשרות שהמתלונן יחויב בהוצאות ההגנה של הנאשם,⁴¹ ועל האפשרות של המעביד לפטר את הנאשם.⁴² כך תוארה בפסיקה הפגיעה בשם הטוב:

"...[אם] זוכה מחמת הספק בלבד, כי אז יש בכך משום פגיעה של ממש בכבודו. בכגון דא אי אפשר לעצום עין בפני הלך הרוחות בקרב הציבור ולהתעלם מכך שמי שזוכה בשל ספק, נחשד בעיני הבריות כמי שביצע את העבירה, אך עלה בידו להתחמק מהרשעה בדין בדרכי עורמה או התחכמות, או תוך ניצול בעיות טכניות וקשיי הוכחה מצד התביעה. אדם שכזה ודאי שלא ייחשב לטלית שכולה תכלת ששמו טוהר לחלוטין, אלא בדרך כלל ייראה כמי שבפועל אכן ביצע את העבירה שיוחסה לו, אם כי הצליח להתחמק מהרשעה בדין ע"י טכסיסים שונים."⁴³

39 הספר, בעמ' 211.

40 ס' 80 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

41 ס' 81 לחוק העונשין.

42 הספר, בעמ' 210; עב' (אזורי חי') 1759/02 רבאח – בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ (פורסם בנבו, 1.8.2007).

43 ע"פ (מחוזי ת"א) 1974/93 סופיוב נ' מדינת ישראל (פמת'א), פס' 5 לפסק-דינו של השופט י' גרוס (פורסם בנבו, 19.11.1996), מובא בספר, בעמ' 210–211.

לדעת המחברים, אי-אפשר לוותר על הבחנה בין סוגי הזיכוי, משום שהיא מתחייבת מעצם החובה לנמק את הזיכוי.⁴⁴ חרף הנוזקים המשמעותיים הנגרמים על-ידי זיכוי שהוא רק "מחמת הספק", המחברים מציעים הגדרה שאינה מותירה כמעט זיכויים מלאים – הן מבחינה תיאורטית והן במציאות – ואשר לפיה כמעט כל הזיכויים הם רק מחמת הספק: כשם שלצורך הרשעה נדרשת קרבה לוודאות שהנאשם עבר את העברה, לצורך זיכוי מלא הם מציעים לדרוש קרבה לוודאות שהנאשם לא עבר את העברה.⁴⁵

לבסוף, המחברים מציעים שההכרעה במשפט תהיה דיכוטומית – "אשם" או "זכאי", ללא דירוג הזיכוי; אך מכיוון שלצרכים שונים נדרש הדיוק שבין זיכוי מלא לבין זיכוי מחמת הספק, המחברים מציעים שנאשם שיחפוץ בזיכוי מלא, או לחלופין בעל-דין אחר שיחפוץ בקביעה שהזיכוי הוא רק מחמת הספק, יוכלו ליזום הליך שני, נפרד, לשם קביעה של סוג הזיכוי.⁴⁶

2. ביקורת: האומנם כולנו זכאים רק מחמת הספק?

שטר כסף בצבע כחול עם דיוקן של המשורר נתן אלתרמן נפל מכיסו של הקורבן, שהחזיק בו בקניון הומה אדם. הקורבן גילה זאת כעבור חמש דקות וחזר על עקבותיו, אך לא מצא, משום שמישהו נטל אותו. נניח שהמשטרה הייתה חוקרת כל אחד מאלף האנשים ששהו באותה עת בקניון בחשד לגנבה (במציאה⁴⁷). נסו לדמיין שגם אתם בין הקונים הנחקרים. כמה מהנחקרים היו מצליחים להוכיח את חפותם מעבר לספק סביר, כלומר, בקרבה לוודאות? כפי הנראה מעטים בלבד. האם כל היתר זכאים רק מחמת הספק, גם ללא ראיות משמעותיות נגדם פרט לעצם הימצאותם בקניון ופרט לכך שבארנקיהם נמצא שטר כחול של מאתיים שקלים? במשפט האזרחי נקבע רף ההוכחה של "מאזן הסתברויות" – 51%. מדוע? משום שזה הרף שימזער את הטעויות. בתי-המשפט מכריעים הכרעות בתנאים של חוסר ודאות. אם נדרוש מהתובעים להוכיח את תביעותיהם ברף גבוה יותר, למשל 70%, אזי בכל המקרים שבהם יוכיח התובע ברמה של מעל 50% אך מתחת ל-70% שהנתבע צריך לשלם לו תידחה תביעתו, וזאת חרף העובדה שרוב הסיכויים (מעל 50%) הם שהיא מוצדקת. במצב כזה יתרבו הטעויות. מכאן מתחייב סטנדרט

44 הספר, בעמ' 283.

45 שם, בעמ' 24. וראו גם את התרשים שבעמ' 217, הממחיש מה מעטים הם מקרי הזיכוי המלא לשיטת המחברים.

46 שם, בעמ' 283.

47 בהתאם לס' 383(ג)(1)(ד) לחוק העונשין.

ההוכחה של 51% במשפט האזרחי, שבו מדובר בדרך-כלל בכסף או בשווה-כסף. במשפט האזרחי שני סוגי הטעויות הם זהים – טעות לטובת התובע (ולרעת הנתבע) מול טעות לטובת הנתבע (ולרעת התובע) – והמטרה היא מזעור הטעויות. לעומת זאת, במשפט הפלילי אנו עוסקים בטעויות שונות מאוד בחומרתן. זיכוי מוטעה של אשם הוא רע, אך הרשעה מוטעית של חף מפשע היא אסון – תאונה של ממש. זאת, הן בשל העובדה שהמשפט הפלילי מטיל על המורשע קלון (סטיגמה), הן בשל העובדה שהעונשים הפליליים חמורים וכוללים שלילת חירות במאסר, והן בשל העובדה שהמדינה היא הפוגעת בחף מפשע שמורשע ונענש. לכן, כדי להימנע ככל האפשר מהעוול הגדול ביותר שהמדינה גורמת לפרט באופן שיטתי – הרשעת חף מפשע – הכלל המקובל הוא שעל התביעה להוכיח את האשמה מעבר לספק סביר, כלומר, בקרבה לוודאות.

אין כל צורך ואין הצדקה להחיל את רף ההוכחה הגבוה הנדרש מהתביעה לצורך הרשעה גם על נאשם המעוניין בזיכוי מלא. כפי שראינו, הסיווג "זיכוי מחמת הספק" מסב לנאשם נזקים ממשיים, ולכן יש להימנע ממנו ככל האפשר. אם יש לו בכלל מקום, מקומו הוא רק במקרים שבהם האשמה הוכחה ברמה שמעל 50% (אך לא קרוב מספיק ל-100% ולכן אין הרשעה).⁴⁸ אם נכתים גם את מי שאשמתו לא הוכחה אפילו ברמה המזערית של מאזן הסתברויות (51%), נגרום עוול מיותר ובלתי-מוצדק לרבים; בדוגמה שלעיל – כמעט לכל השוהים בקניון בזמן הגנבה. דרך נוספת לתאר את הדברים היא שהביטוי "זיכוי מחמת הספק" מרמז (או לכל-הפחות עלול להתפרש בציבור כמרמז) שרוב הסיכויים הם שהאדם אשם, ורק מחמת הספק הוא מזוכה. מכאן מתחייבת הוכחה ברמה של לפחות 51% כדי להכתיים אדם תוך סיווג הזיכוי כ"מחמת הספק". לנוכח הנזקים המשמעותיים שזיכוי מחמת הספק מסב למזוכה, שאותם היטיבו מנשה וגרונר לתאר, סבורני שהם טועים מאוד בבקשם להכתיר כ"זיכוי מחמת הספק" כמעט את כל המזוכים,⁴⁹ למעט המעטים מאוד שיצליחו להוכיח את חפותם בקרבה לוודאות (דהיינו, ברמה של 99% או לכל-הפחות ברמה שמעל 90%). יתרה מזו, עדיף אפילו לקבוע רף גבוה מ-51%, כגון 75%, בטרם מכתימים אדם.⁵⁰

48 זו הייתה גישתה של השופטת דורנר בפרשת אבו סעדה: ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג" (1) 832 (1999).

49 המחברים עצמם משרטטים תרשים המדגים היטב שבהתפלגות נורמלית של הזיכויים יהיו רובם המכריע רק "מחמת הספק", לשיטתם, ורק מיעוט קטן יהיו במעמד של "זיכוי מלא" – הספר, בעמ' 217.

50 באופן דומה, במשפט האזרחי, כאשר נטענת טענה שיש בה האשמה כלפי אחר, מקובל לדרוש הוכחה ברמה גבוהה מ-51%, כגון 75%.

לבסוף, באשר להצעת המחברים שהמשפט יסתיים בסוג אחד בלבד של זיכוי (במקרים המעטים שבהם הוא אינו מסתיים בהרשעה), ושרק אם יחפצו המזוכה או אדם אחר בקביעת סוג הזיכוי יתקיים הליך שני לפני שופטים אחרים – ההצעה מקורית ומעניינת, אך חוששני שהיא אינה מעשית. מדובר בכפילות הליכים מסורבלת, יקרה ולא-יעילה. יתרה מזו, אם שופטי הערכאה המאוחרת, שיתבקשו להכריע בין שני סוגי הזיכוי, יגיעו למסקנה שיש דווקא להרשיע את הנאשם – מה הם יפסקו? מכיוון שמדובר ב"סיכון כפול" ואי-אפשר להרשיע, שמא הם יקבעו את הסיווג "זיכוי מחמת טעות של הערכאה הקודמת"??...

אחרית-דבר

ביקורת ספר עשויה להיות שיר הלל ועשויה להיות ביקורת אמיתית. העובדה שדרכי היא ביקורת אמיתית אינה גורעת מהערכת הרבה לספרם של דורון מנשה ואיל גרונר מהות הספק הסביר. זהו ספר שקריאתו חובה לכל העוסקים בדיני הראיות בישראל. בהיותו תיאורטי, הוא יתרום הרבה גם מעבר לים, אם יפורסם גם באנגלית.