

סעיף 10א לפקודת הראיות ופירושו: התפתחות חיובית או סכנה של עיוות-דין?

הרצאות שניתנו ביום העיון שנערך ביום 5.5.1991 ע"י המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים.

סעיף 10א לפקודת הראיות: פרשנותו הראויה ופסיקתו של בית-המשפט העליון

מאת

אלכס שטיין*

מבוא

מאמר זה עוסק בחריג המרכזי לכלל הפוסל עדות שמיעה בתחום הפלילי: סעיף 10א לפקודת הראיות. שם המאמר, אשר מצביע על הקדשתו לפרשנותו הראויה של הסעיף מצד אחד ולפסיקתו של בית-המשפט העליון מצד שני, מרמז בבירור כי יש, לשיטתי, הבדלים של ממש בין שני הדברים הללו. הפירוש שניתן בפסיקה להוראותיו השונות של סעיף 10א איננו הפירוש שראוי היה לתתו. שיקוליו של בית-המשפט העליון אשר קדמו למסקנותיו הפרשניות בנוגע לסעיף דחקו את רגליהם של שיקולים אחרים, הנראים בעיני עדיפים ואף מכריעים. הכלל הפוסל עדות שמיעה קובע, כי אמרה אשר נמסרה מחוץ לבית-המשפט

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

מאמר זה מכיל הרצאה שניתנה ביום 5.5.1991 בסימפוזיון "סעיף 10א לפקודת הראיות ופירושו – התפתחות חיובית או סכנה של עיוות דין?". סימפוזיון זה נערך על-ידי המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, בין כותלי הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים. חילופי דברים עם ד"ר אלון הראל, פרופ' אליהו הרנון, פרופ' נינה זלצמן וד"ר שירלי רנר סייעו בידי רבות בגיבוש עמדותי בסוגיות שונות אשר נדונו במאמר. ד"ר אייל בנבנישתי, גב' דנה בריסקמן וגב' יפעת הולצמן גם עיינו בטיוטות המאמר והעירו הערות חיוניות. לכל אלה נתונה תודתי.

איננה כשרה לשמש כראיה לאמיתות תוכנה. קבלתה של אמרה כזאת כראיה פוגעת בזכותו של בעל-הדין שנגדו היא מוגשת לחקור את מי שמסר אותה בפני בית-המשפט. הפרק הראשון של המאמר עוסק במשמעותו של כלל זה, כפי שהיא נגזרת מן התפקיד שהוא ממלא. הצדקת קיומו של הכלל בתחום הפלילי והתנאים שבהם יהא זה ראוי להכיר בקבילותה של אמרת-חוץ כחריג לכלל נדונים בפרק השני והשלישי.

שלושת הפרקים הללו מסבירים את גישתי לנושא. במרכזה של גישה זו, אשר חלה על מכלול הדינים בנוגע לראיות ולא רק על הכללים בדבר עדות שמיעה, עומדת ההכרה בחוסר האפשרות השיפוטית להגיע לוודאות מוחלטת בהכרעות שבעובדה. הצורך להכריע בעובדות השנויות במחלוקת במשפט במצבים של אי-ודאות יחסית מחייבנו להכיר בקיומם של "סיכוני-משגה". ההכרה בסיכונים אלה, משמעה הכרה באפשרות שהדין הפלילי המהותי ייושם, במקרה זה או אחר, לא על העובדות כהווייתן, אלא על תפישתן השגויה של עובדות. הדין חייב אפוא לנקוט עמדה ערכית – מוסרית ופוליטית – ביחס לסיכונים האמורים, אשר עשויים להיות שונים אחד ממשנהו, ולאופן חלוקתם בין בעלי דין שונים. הדין צריך לנקוט עמדה זו לא רק בגיבושם של כללים בנוגע להכרעות סופיות במחלוקות עובדתיות, כללים אשר מסדירים את מידות ההוכחה ונטל השיכנוע. עמדה זו חייבת להינקט גם ביחס לדרכי ההוכחה ולאופן בחינתן של ראיות שונות אשר מובאות במשפט.

בהינתן כל אלה, יש לפרש את דיני הראיות – ובכללם את ההסדרים בנוגע לעדויות מפי השמועה – בין השאר, כביטוי חיצוני לגישתו של הדין לסיכונים של משגה. ביטוי זה, כאשר הוא נלמד ממכלול ההוראות של הדין ולא ממקבץ מקרי של כללים, מקפל בתוכו השקפה מוסרית ופוליטית שאומצה במסגרת הדין וכחלק ממנו. השקפה זו, כשהיא מתורגמת לשפה של עקרונות מוסר כלליים, מהווה מכנה מוסרי משותף של מכלול הדינים הרלבנטיים. בתור שכזאת היא דוחה את רגליה של כל השקפה מתחרה אחרת. לפיכך, עקרונות המוסר אשר כלולים בה – הם ולא שום עיקרון אחר – יקבעו את המותר והאסור בחלוקתם של סיכוני-המשגה בין בעלי-דין שונים.

ביסודה של תפישת משפט זו, המזוהה, בראש ובראשונה, עם שמו של רונאלד דבורקין, עומדת ההשקפה שלפיה "דין" כולל לא רק כללים ספציפיים ודוקטרינות פסיקתיות שניתן להצביע עליהם באופן אמפירי. "דין" כולל בתוכו גם את עקרונות המוסר הכלליים שבכוחם להסביר את המכלול הקיים של כללים ודוקטרינות באופן אשר מעניק לאותו מכלול את הצדקתו המירבית. רק הבנה זו של משמעות ה"דין" יכולה להביא ליישומו הקוהרנטי לאורכו ולרוחבו, דבר הדרוש כדי להבטיח יחס שווה לאנשים אשר מצויים במצבים מוסריים זהים. זהו, בעצם, עקרון השוויון. עיקרון זה, כשהוא נתפש כצירו המרכזי של הדין, נועד להבטיח שמירה נאותה על זכויות-הפרט בכל מצבי שיפוט אשר מהווים "מקרים קשים". עם מקרים אלה נמנים המקרים שבהם מוטל על השופט להוסיף ולפתח את הדין הקיים בדרך של הכרעה בוויכוח פרשני לגיטימי או בכל דרך אחרת של הפעלת שיקול-דעתו. לפי הגישה שעליה אני מבקש להישען, גם ב"מקרים קשים" יש להכריע תוך מבי

לאחר: בדרך שמביטה אל העבר הפוליטי שבו נתקבלו ההחלטות המוסמכות בדבר הדינים הקיימים ואל כל אותם עקרונות מוסר אשר עומדים מאחורי החלטות אלו. החלטות אלו והעקרונות אשר מסבירים ומצדיקים אותן מקנים זכויות, ואל הזכויות האלה צריך — כלשונו של דבורקין — להתייחס ברצינות. הכרעה שיפוטית שעיקרה צופה פני עתיד, באשר היא מושתתת על מדיניותו של שופט ביחס למצב דברים רצוי ולא על עיקרון של משפט אשר מסביר ומצדיק את מצב הדברים הקיים, מהווה התעלמות מזכויות קיימות. הכרעה כזאת, באשר היא מהווה החלטה פוליטית טרייה, גם פוגעת בעקרון השוויון מכיוון שהיא משנה את מצבת הזכויות רק אצל חלק מאזרחי המדינה.

על אדניה של השקפה זו ביקשתי לפרש את סעיף 10א כפי שפירשתי, ובפרק הרביעי של המאמר השוויתי את פירושי שלי עם זה שאומץ בפסיקה. הדין הפלילי המהותי מגדיר, כידוע, את חובות הפרט כלפי המדינה ואת זכויות המדינה כלפי הפרט. הוראות דיוניות החלות בפלילים — ובכללן, כאמור, הכללים והעקרונות אשר מחלקים את סיכוני-המשגה — מגדירות את חובות המדינה כלפי הפרט ואת זכויות-הפרט כלפי המדינה. אל הזכויות והחובות מן הסוג האחרון צריך להתייחס ברצינות שמידתה אינה נופלת מזו אשר ננקטת בנוגע לזכויות ולחובות מן הסוג הראשון. דומה, כי פסיקתו של בית-המשפט העליון בנוגע לסעיף 10א לא אימצה לעצמה נקודת-מוצא זו, ועל כך יש להצטער.

הפרק האחרון של המאמר, להבדיל מפרקיו הקודמים, לא היווה חלק מן הדברים שנשאתי ביום העיון על סעיף 10א. בפרק זה ביקשתי להשיב למבקרי גישתי ולעמוד — ולו בקצירת האומר — על המעבר, הרצוי כביכול, לשיטת הדיון אשר דוגלת בהערכתן של ראיות שאינה כבולה בהוראות דין נוקשות. כמו-כן ביקשתי לבחון את גישתו של בית-המשפט העליון ביחס לסעיף 10א בהנחה שאכן מותר ורצוי לפרש סעיף זה בהישען על שיקולי מדיניות ולא, כפי שאני טוען, בדרך של אכיפת זכויות קיימות.

א. הכלל הפוסל עדות-שמיעה כמחלק סיכונים של משגה

And yet the Hearsay Rule, in truth, is not only the pride of the Anglo-American system of evidence; it is even the triumph of harmony between the data of Science and the Empiric Trial Rules. We do not refer to the absurd pedantic details with which that Rule is in practice usually encumbered, but to its broad principle. J.H. Wigmore, *The Principles of Judicial Proof* (Boston, 2nd ed., 1931) 970.

במרכזו של יום-עיון זה עומד הכלל הפוסל עדות-שמיעה. כידוע, כלל זה חוסם את שערי בית-המשפט בפני אמרות שניתנו מחוץ לכתליו ומוגשות כדי להוכיח את אמיתות תוכנן. אמרות כאלה, ובכללן אמרות בכתב שניתנו במהלך חקירה משטרתית, אינן נטולות משקל הוכחתי. משקלן של ראיות איננו דבר הניתן לקביעה מראש במנותק מהמסגרת הקונקרטית של הוכחות המשמשות במשפט.

מסוים. עדויות-שמיעה הבאות מכלי שני, ואפילו עדויות-שמיעה כפולות ומכופלות, יכול שתהיינה בעלות משקל רב. אין להניח אפוא, שחוסר-משקל יכול להוות סיבה רציונלית לפסלותן של עדויות-שמיעה. הסיבה הידועה לפסילתן של אמרות-חוץ המוגשות כראיות לאמיתות תוכנן נעוצה בהעדר כל אפשרות להעמיד את נותני האמרות בפני חקירה נגדית. מטעם זה, הגדרת הכלל בו עסקינן, העושה שימוש בלשון נגטיבית של פסילת ראיות, היא לא רק בלתי-מוצלחת מבחינה מושגית, אלא גם מטעה. כמרבית כללי המשפט, הכלל הפוסל עדות-שמיעה עוסק בזכויות. על-כן הגדרתו צריכה לתת ביטוי מלא לאותן הזכויות במקום לשגר מסר מטעה בנוגע למשקלן, הפחות כביכול, של עדויות אשר באות מכלי שני או שלישי. הגדרתו של הכלל בדרך זו איננה עדיפה רק מטעמים של דיוק הלשון; הגדרה זו נחוצה כדי להבהיר לעוסקים בכלל ובחריגיו ולמבקשים לעצבם או לשנותם בדרך של חקיקה ופסיקה, את מהותן של ברירות מוסריות-פוליטיות אשר כרוכות במלאכת העיצוב והשינוי.

כיצד יש אפוא להגדיר מחדש, במונחים של זכויות, את הכלל הפוסל עדות-שמיעה? לכל בעל-דין נתונה הזכות לחלוק על כל גרסה עובדתית העשויה להשפיע על תוצאות משפטו באופן שבעל-דין זה אינו חפץ בו. "לחלוק" – משמעו לחלוק לא רק בהבל-פה, אלא גם בדרך של עימות, באמצעות חקירתו של מי שמסר גרסה עובדתית לרעת בעל-דין. כאשר עד פלוני מציג בפני בית-המשפט דברים שעליהם שמע מאלמוני, העדר אפשרות לחקור את אותו אלמוני פוגע בזכותו של בעל-דין, החולק על אותם דברים, לעמוד על שלו. ברור אפוא, שכאשר ניתן להביא את אותו אלמוני לבית-המשפט כדי לחקרו, יש לעשות כן, וזאת על יסוד עקרון הראיה הטובה ביותר. עיקרון זה מצווה, כי יש לקרב את בית-המשפט, כל-אימת שהדבר מעשי, אל מקורות המידע האוטנטיים כדי לאפשר את בחינתם הבלתי-אמצעית הן על-ידי הצדדים המעורבים והן על-ידי השופט. אין בו, בעיקרון זה, משום צו או היתר לפסול ראיות בעלות ערך הוכחתי, אלא סנקציה שתופעל כנגד בעל-דין אשר ימאן לחשוף ראיה אותנטית הנמצאת בהישג-ידו. כאשר כל שיש בידי בעל-דין הוא ראיה שאיננה אותנטית, כגון עדות-שמיעה, אין עיקרון זה מונע ממנו להסתמך על ראיה זו, שכן היא הראיה הטובה ביותר שבנמצא. מן הראוי אפוא להבחין היטב בין תפקידיו של עיקרון הראיה הטובה ביותר, אשר קובעים את סדרי העדיפות הראייתית¹, לבין תפקידו השונה בתכלית של הכלל הפוסל עדות-שמיעה.

1 ראה D. Nance, "The Best Evidence Principle" 73 IowaL.R. 227 (1988).

בדין הישראלי עיקרון זה בא לידי ביטוי בעיקר בשלושה אלה:

- (1) הכלל הקובע כי יש להגיש לבית-המשפט רק את המסמכים המקוריים והמתיר הגשת עותק ממסמך רק כאשר מקורו הושמד או אבד שלא באשמתו של בעל-הדין המבקש להסתמך עליו (ע"פ 105/51 פלד נ' היוה"מ, פ"ד ו 783; ע"א 495/82 עמל הנגב נ' מזור, פ"ד לט(3) 74);
- (2) הכלל (שממנו ניתן לסטות במקרים מיוחדים), שלפיו יש להסיק מסקנות לחובת בעל-דין הנמנע מלהביא לבית-המשפט ראיה חפצית חיונית או עדות בעלת חשיבות (ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה(1) 736; ע"א 641/87 קלוגר נ' החברה הישראלית לטרקטורים וציוד בע"מ, פ"ד מד(2) 239, 245);
- (3) הכלל המתיר לבית-המשפט להסיק מסקנות לחובת הנאשם שנמנע מלהעיד להגנתו (סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח התשמ"ב 41).

לכלל הפוסל עדות-שמיעה אין כל חשיבות במצבים שבהם ניתן להביא לבית-המשפט את הראיה האותנטית. עיקר תפקידו ותחולתו של הכלל הזה הוא דווקא במצבים שבהם לא ניתן להעיד את נותן האמרה בפני בית-המשפט. מנגנון הפסילה הקבוע בכלל הזה מקבל חשיבות עצמאית רק בהפעלתו נגד עדויות על אמרות-חוץ כאשר עדויות אלה הן הראיות הטובות ביותר שבנמצא. אמרות-חוץ שנותניהן לא מעידים עליהן במשפט בכפיפות לחקירה נגדית יכול שתשקפנה את האמת ויכול שתעוותנה אותה. בית-המשפט יכול להעריכן נכונה, אך יכול גם לשגות בהערכתן. פסילתן של אמרות כאלה מעניקה אפוא חסינות מפני הסיכון של משגה למי שנמנעה ממנו האפשרות לחקור את נותני האמרות. חסינות זו היא עיקרו של הכלל הפוסל עדות-שמיעה. דע עקא, חסינות זו איננה מוענקת אלא בדרך של הטלת הסיכון של משגה על מי שמבקש להסתמך על אמרת-חוץ, שכאמור עשויה גם לשקף את האמת. לפיכך יש לראות בכלל הפוסל עדות-שמיעה מנגנון של חלוקת הסיכון בין בעלי-הדין במצבים של אי-ודאות.

חלוקה זו של החסינות מזה, והסיכון, מזה, איננה מובנת מאליה. מדוע דווקא אותו בעל-דין, אשר הראיה הטובה ביותר שבאמתחתו היא עדות-שמיעה ושלא היה ביכולתו להביא לבית-המשפט את העד המקורי, צריך לשאת בסיכון? אין להצדיק תוצאה זו באמצעות נימוק פשטני ש"אתרע מזלו", שכן כוחו של נימוק זה יהא יפה באותה מידה גם לגבי מי שלא יכול היה לחקור את נותן האמרה, בהנחה שזו תתקבל כראיה ולא תיפסל. כאשר חקירתו הנגדית של מוסר האמרה היא בלתי-אפשרית ואיש מבעלי-הדין לא גרם לכך באמצעות הפחדה או בדרך פסולה אחרת, מדוע לא להתיר את קבלת האמרה שלא בכפיפות לחקירה הנגדית? מדוע לא לאפשר לבית-המשפט לפסוק על-פיה מבלי לחלק מראש את הסיכון של טעות? מהי בעצם הסיבה להענקת החסינות דווקא לאותו בעל-דין שלא עלה בידו לחקור את נותן האמרה, וזאת על חשבון הצד השני ותוך הגבלת כוחו של בית-המשפט להגיע לחקר האמת?

אלה הן שאלות של מדיניות ומוסר ולא ניתן להשיב עליהן באופן כוללני, במנותק ממהות הסיכונים הקונקרטיים המחולקים באמצעות הכלל הפוסל עדות-שמיעה. כך, למשל, אין ולא יכולה להיות כל הצדקה להחלתו של כלל זה בהליך אזרחי רגיל. בהליך אזרחי רגיל בין ראובן לשמעון, שקל של ראובן חשוב כשקל של שמעון ואין כל סיבה לחלק את סיכוני הטעות תוך העדפת ענייניו של אחד מבעלי-דין אלו. עניין נוסף, החמור לאין-ערוך מהעדפה זו, הוא פסילתה של עדות-שמיעה כאשר היא מובאת להוכחת חפותו של מי שהואשם בפלילים ואין בידי אותו נאשם ראיה טובה יותר. מי שסבור שבעלי-דין בהליך אזרחי רגיל חייבים לשאת בסיכונים באופן שווה, צריך — לדעתי — לתמוך בביטולו של הכלל הפוסל עדות-שמיעה במשפטים אזרחיים. מי שרואה במניעת הרשעתם של חפים-מפשע עיקרון מקודש, צריך — לדעתי — לתמוך באי-הפעלתו של הכלל הפוסל עדות-שמיעה נגד נאשמים. בכל אחד מהמצבים האלה יש לנהוג על-פי עיקרון הראיה הטובה ביותר ולא לפסול מראש סוג שלם של ראיות.

מהי המדיניות הראויה ביחס לאמרות-חוץ אשר מוגשות כראיות לאמיתות תוכנן נגד מי שהואשם בפלילים? האם יש הצדקה להעניק לנאשמים את החסינות מפ

כל סיכון הכרוך בהסתמכות על אמרות שלא נבחנו בחקירה הנגדית? האם ובאלו תנאים ניתן להסיר חסינות זו מנאשם ספציפי? על שאלות אלה אני מבקש עתה להרחיב את הדיבור, תוך התמקדות בהודעות אשר נאספו במהלכה של חקירה משטרתית, שסעיף 10א לפקודת הראיות חל עליהן.

ב. חלוקת סיכונים במשפט פלילי וזיקתה לעקרונות המוסר

Let the laws be accompanied by justificatory reasons. ... [They] would serve as a kind of guide in those cases in which the law was unknown: it would be possible ... by knowing the principles of the legislator, to place oneself by imagination in his situation; to divine or conjecture his will in the same manner as we conjecture what would be the determination of a reasonable being with whom we had long lived and with whose maxims we were well acquainted. ... There are truths which is necessary to prove; not for their own sakes, because they are acknowledged, but that an opening may be made for the reception of other truths which depend upon them. It is necessary to demonstrate certain palpable truths in order that others, which may depend upon them, may be adopted. It is in this manner we provide for the reception of first principles, which, once received, prepare the way for admission of all other truths. J. Bentham, "Promulgation of Reasons", in: J. Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham* (Edinburgh, 1859) I, 160, 161-162.

כדי להשיב כיאות לשאלות האמורות, מן הראוי לעמוד מקרוב על תשתית המוסרית והפוליטית של כללי-היסוד החלים על הכרעות שבעובדה במשפטים פליליים. בירור טיבה של תשתית זו נחוץ כדי להכריע בכל שאלה הקשורה בהטלת סיכונים של משגה על הנאשם, לרבות השאלה בדבר גורלן של אמרות-חוץ שונות הבאות להוכיח את אשמתו. לדעתי, הן ההכרעה בדבר קבילותן של אמרות כאלה, המתקבלת בדרך של חקיקה, והן פרשנותו השיפוטית של אותו מעשה חקיקה — סעיף 10א לפקודת הראיות — צריכות לבטא את העקרונות המוסריים והפוליטיים שמאחורי כללי-היסוד הללו.² חקיקתו ופרשנותו של כל הסדר בדבר קבילותן של אמרות-חוץ כראיות לחובת הנאשמים צריך שתעמודנה על אותה תשתית פוליטית ומוסרית שממנה כללי-היסוד אלה צומחים. כוונתי, כמובן, לשני כללי-היסוד, הנתפשים לעתים ככלל אחד: הכלל הדורש כי אשמתו של כל נאשם תוכח מעל לכל ספק סביר; והכלל המבהיר שמידת הוכחה זו תהא מספקת ושספקות

2 כפי שנאמר במבוא ועוד יתבאר בהמשך, השקפה פרשנית-נורמטיבית זו נשענת בעיקרה על תורתו של רונאלד דבורקין. ראה R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London, 1978) ו-R. Dworkin, *Law's Empire* (London, 1986).



שאינם סבירים לא יועילו לנאשם המבקש לבסס עליהם את חפותו.³ חריצת-דינם של נאשמים על סמך אמרות-חוץ לעולם לא תהא מוצדקת אלא כמידת התאמתה לעקרונות המוסר הפוליטי אשר תומכים בשני הכללים הללו. יתירה מזו: את שני הכללים הללו עצמם יש להבין וליישם לאור עקרונות המוסר הפוליטי העומדים בבסיסם.

מהם אפוא אותם עקרונות המוסר הפוליטי שלאורם יש לחרוץ את גורלן של אמרות-חוץ כראיות הבאות להוכיח את אשמתם של נאשמים? כיצד עלינו לדלות עקרונות אלה משני הכללים שציניתי? כדי לעשות כן, מן הראוי לבחון תחילה את היקף התפרשותו של הכלל בדבר מידת ההוכחה בפלילים והתוצאות שכלל זה מביא אליהן. ראשית, הכלל הזה נועד למנוע את הרשעתו של חף-מפשע גם כאשר זה מביא לזיכויים של עבריינים לא מעטים. שנית, בנתון לחריגים מעטים המעבירים את נטל השכנוע אל הנאשם, הכלל הזה חל בכל משפט פלילי ללא הבחנה בין סוגי עבירות, חומרת העונשים הצפויים בגינן ומידת הסבל והכאב של מי שסופג עונשים כאמור. העומד מאחורי הכלל הזה הוא לאו דווקא הרצון למזער את כמות הכאב הפיזי והנפשי שנגרם ללא הצדקה על מי שהורשע ונענש מבלי שחטא. כמות הכאב כאמור משתנה ממקרה למקרה וניתן להשוותה, לצורכי איזון, עם כמות הכאב והסבל הנספגים על-ידי אזרחים מן השורה עקב זיכויים של עבריינים שאשמתם לא הוכחה מעל לכל ספק. בהעדר סיבה טובה להפלות בין הכאב והסבל הפיזיים שמקורם בהרשעה מוטעת לבין אלה שנגרמו עקב זיכוי מוטעה של עברייין מסוכן, הרצון למזער את כמות הכאב והסבל בחברה יכול היה לבוא על סיפוקו טוב יותר באמצעות מידת הוכחה הנופלת בהרבה מזו שנקבעה בכלל בו עסקינן. הכלל שבו עסקינן בחר במידת הוכחה גבוהה יותר והוא כלל נוקשה. הכלל הזה אינו מתיר בשום נסיבות עשיית איזונים והשוואות היכולים לתמוך בהרשעת חפים-מפשע במטרה לחסוך כאב וסבל גדולים יותר. על-כן יש לראות בכלל הזה דחייה של תועלתנות.⁴ בכלל הזה יש ביטוי להשקפת-עולם אחרת

3 ראה, למשל, ע"פ 112/69 חליחל נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 733, 740-741; ע"פ 543/79 נגר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 113.

4 ניסיון אחר להצדיק כלל זה על יסוד התועלתנות נעשה על-ידי בנתהם. לפי בנתהם, הסיכון של הרשעת חפים-מפשע יוצר אי-ביטחון וחרדה (alarm) בקרב הציבור. הכלל שבו עסקינן ממזער נזק זה, ועל-כן הוא מוצדק. ראה J. Bentham, *A Treatise on Judicial Evidence* 196-198 (London, 1825). דא עקא, גישה זו איננה משקפת אלא את חישוביו הפרטיים של בנתהם כאשר למכסום התועלת בחברה. דומה, כי מרבית האנשים חפצים (לפחות היום, אם לא בימי בנתהם) לגונן על עצמם בעזרת הדין הפלילי ולא מפני הדין הפלילי. אנשים כאלה יחושו, בוודאי, אי-ביטחון וחרדה לא מבוטלים נוכח זיכויים של עבריינים רבים. השווה: W.L. Twining, *Theories of Evidence – Bentham & Wigmore* (London, 1985) 99.

ניתן גם לנסות ולהצדיק את הכלל שבו עסקינן בטענה שהפעלתו השיטתית ממזערת את כמות הכאב הפיזי לטווח ארוך. לפי גישה זו, הצורך להשתית כל יישום יחיד של הכלל על מאזן הכאב (ומכסום התועלת החברתית) איננו מתעורר כלל. כל יישום כזה, גם כשאין בו, כשלעצמו, כדי להביא למזעור הכאב (ולמכסום התועלת החברתית) במקרה מסוים, יהא מוצדק כחלק מהשיטה בכללותה. די אפוא אם השיטה בכללותה נוטה למזער את הכאב ובכך למכסם את התועלת.

גישה זו בעייתית ביותר. ראשית, לעולם ניתן להמיר כלל גורף אחד בשורה של כללים פחות גורפים אשר יחולקו לפי סוגי מקרים יותר ספציפיים באופן שכל אחד מהם יביא למכסום התועלת באותו כ"י של מקרים שבו הוא חל. לדיון כללי בסוגיית זו ראה Rawls, "Two Concepts of Rules" LXIV.

שלפיה כל הרשעה של חף-מפשע מביאה עמה נזק מוסרי מיוחד ובלתי-משתנה (לנאשם, וכתוצאה מכך – גם לחברה בכללותה) ולא רק נזקים פיזיים רגילים שמידתם עולה ויורדת. מניעתו של נזק מוסרי מיוחד זה, שאינו בראיון, היא עיקר מטרתו של עקרון ההגנה על חפים-מפשע⁵.

כיצד השקפה זו עולה בקנה אחד עם הכלל השני, שאינו דורש ודאות מוחלטת כתנאי להוכחתן של עובדות העבירה והמורה כי בכגון דא יש להתעלם מספקות שאינם סבירים? התעלמות זו, המוכרת על-ידי הכלל, עלולה להביא להרשעות שגויות, דהיינו: לאותו נזק מוסרי מיוחד שעליו דיברתי. אכן, נזק כזה יכול להיגרם בהפעלתם של שני כללי-היסוד שלנו, וזאת אין להסתיר. עם זאת, יש בכללים האלה הבחנה אחת חשובה, ואולי אף מרכזית לכל דיני הראיות בפלילים, בין הרשעה מקרית ובלתי-מכוונת של חף-מפשע לבין הטלה מודעת ומכוונת של סיכון מוחשי-קונקרטי על נאשם ספציפי. הדבר הראשון הוא בבחינת הכרח בלי-גונה, ואילו השני לעולם אסור. במלים אחרות: "ספק סביר" הוא ספק מוחשי שניתן לבססו בראיות קיימות. כאשר ספק כזה קיים, השופט יודע כי הנאשם העומד בפניו אולי לא ביצע את העבירה נשוא האישום. לעומת זאת, השערות רחוקות המתיישבות עם חפות הנאשם מבלי שתהא להן תימוכין בראיות שבפני השופט אינן יכולות להוות בסיס לידיעה רציונלית כלשהי. לפיכך, אין בכוחן של השערות כאלה כדי ליצור "ספק סביר", הצריך, כאמור, להיות מוחשי. במקרים נדירים השערות כאלה יכול שתשקפנה את המציאות, אך מקרים כאלה הם בגדר תאונה בלתי-נמנעת וחלק מנזקיהן של תאונות כאלה ניתן לתקן באמצעות משפטים חוזרים.

דא עקא, הסבר זה איננו שלם, שכן ניתן להוסיף ולשאול: האומנם ב"תאונה בלתי-נמנעת" קא עסקינן? ההבחנה בין הטלת סיכונים ביודעין לבין טעות מקרית, שעליה הצבעתי, מותנית כל-כולה במידת הימצאותן של ראיות מתאימות. מידת הימצאותן של ראיות כאלה היא פונקציה של ההשקעה הציבורית במנגנונים השונים העוסקים באיסוף ראיות ובבירור עובדות בהליכים פליליים. אילו השקענו יותר משאבים במנגנונים אלו, ניתן היה אולי להגיע לדיוק רב יותר בבירורן של עובדות ולמנוע חלק מהתאונות.

המענה להשגה זו משלים את מסכת העקרונות הדרושים לענייננו. בעולם של משאבים מוגבלים שבו אנו מצויים לא ניתן להימלט מהחלטות קשות באשר לחלוקת המשאבים הקיימים בתחומים חברתיים שונים. החלטות אלה קובעות את רמת הכוונות של הצבא, את טיב ההשכלה בחברה, את מידת הבטיחות בדרכים וגם

Philosophical Review [1955] 3; D. Lyons, *Forms and Limits of Utilitarianism* (Oxford, 1965) ch.4; 182 ff. כך, למשל, ניתן לקבוע כי מידת ההוכחה בפלילים תשתנה לקולא או לחומרא לפי חומרת העבירה והעונש הצפוי בגינה (ראה, למשל, J. F. Stephen, *History of the Criminal Law of England* [London, 1883] I 438; ועיין בדבריו של השופט עציוני בע"א 69/75 פלונית נ' אלמוני, פ"ד לא (1) 203, 216, בין האותיות ב-ג). שנית, גישה זו איננה מסבירה מדוע לא ניתן לסמוך על כך שכל שופט ידע כיצד לעשות את מאזן התועלת בכל מקרה אינדיבידואלי המובא בפניו. מכאן גם עולה החשש, שמא גישה זו לוקה בהנחת המבוקש, דהיינו: בקביעת עמדה בראשיתית שלפיה כל הרשעה של חף-מפשע תפגע בתועלת הכלל-חברתית. ראה R. Dworkin, *A Matter of Principle* (Oxford, 1986) 82.

5 ראה דבורקין (לעיל, הערה 4).

את מידת חשיפתו של כל אזרח לסיכון של טעות בהליכים פליליים. כאשר השימוש במשאבים שהוקצו לכל תחום ותחום הוא יעיל, לא ניתן לשפר את מצבו של אחד מהם מבלי להרע את מצבו של האחר. במצב דברים זה כל הכרעה פוליטית תהא הוגנת אם תתקבל באופן דימוקרטי ותחלק בין האזרחים, באופן שוויוני, הן את הסיכוי ליהנות מההשקעה החברתית בתחומים מסוימים והן את הסיכון לשאת, באופן מקרי בלבד, בתוצאות של חוסר-ההשקעה בתחומים אחרים. הכרעה כזאת מקנה זכויות, והיא המעניקה משנה-תוקף להבחנה שבין הטלה מכוונת ומודעת של סיכונים על הנאשם בפלילים לבין הרשעה מקרית של מי שלא חטא. המקרה האחרון הוא אמנם מקרה מצער של תאונה, אך תאונה זו היא פועל יוצא של החלטה פוליטית לגיטימית אשר נתקבלה בעבר ולגבי כולם. החלטה זו יש, כאמור, לקיים בדרך של אכיפת הזכויות שהיא מקנה. לא כך המקרה הראשון. בכל מקרה יחיד של הטלה מודעת ומכוונת של סיכונים הטעות על הנאשם אין מדובר אלא בהחלטה פוליטית טרייה לגבי גורלו של אותו נאשם ספציפי — החלטה שאיננה נשענת על שום הכרעה פוליטית מוסמכת שנתקבלה בעבר. החלטה זו מייחדת את אותו נאשם בדרך של חשיפתו לסיכון נוסף — סיכון שהנאשם, כיתר האזרחים, לא היה חשוף לו לפני אותה החלטה. ברי, כי בהחלטה זו יש משום חוסר-שוויון. החלטה זו תהא אכן פסולה כמצוות הכללים שבהם עסקינן. לפיכך, עקרון השוויון, המחייב את כל זרועות השלטון, לרבות בתי-המשפט, להעניק יחס שווה לאזרחים הסרים למרותם, אף הוא עומד מאחורי שני כללי-היסוד הללו. גם עיקרון זה מן הראוי לקיים בחלוקת סיכונים של טעות במשפט פלילי.⁶

ג. גורלן של אמרות-חוץ לאור עקרונות המוסר

... אם נתיר לבית-המשפט לבסס הרשעה על הודעתו של עד שניתנה מחוץ לכתלי בית-המשפט, גם כשאין העד מוכן לאשר את אמיתותה, תהיה בכך סכנה חמורה. אם מותר להשתמש בהקשר זה במאמר הידוע (ואולי אף להרחיבו): אין לדיין אלא מה שעניו רואות (ומה שאזניו שומעות). זוהי ערובה שאין לוותר עליה לקיום משפט הוגן ולהגנה על זכויות הנאשם ... הסתמכות על חומר ראיתי, שנגבה במקום אחר, אינה אלא העברת חלק מהאחריות השיפוטית לאותו מקום אחר. במקרה דנן נתקבל הרושם שהעדים שינו את גירסתם בשל השפעה שהושפעה עליהם מצד הנאשם. אך מי לידינו יתקע שבמקרה זה או אחר היו ההודעות שנמסרו למשטרה הודעות אמת ולא פרי הדמיון, מעשה שטנה ונקמה? וכי בטוחים אנו שתמיד נרשמים דברי העדים במשטרה או במקום אחר כלשונם וכרוחם?

6 שם, בעמ' 84-87. לגישה זו יש השלכות חשובות בדיני הראיות בפלילים: ראה A. Stein, "Criminal Defences and the Burden of Proof" 28 *Coexistence* (1991) 133; A. Stein, After HUNT — The Burden of Proof, Risk of Non-Persuasion and Judicial Pragmatism" 54 *Modern L. R.* (1991) 570.

הרהורים אלה נראים בעיני רבים כהתעלמות מן המציאות. יתכן; אך בדיני נפשות מוטב לזכות אשם מלהרשיע זכאי. כב' השופט א' ויתקון ז"ל בע"פ 325/76 סיבוני נ' מדינת ישראל, פ"ד ל"א(2) 828, בעמ' 832.

מה צריך להיות גורלן של אמרות-חוץ כראיות במשפט פלילי כתוצאה מהעקרונות שציינתי — עקרון ההגנה על חף-מפשע ועקרון השוויון? ראשית — וזאת כבר אמרתי — לאור עקרונות אלה, ובמיוחד הראשון שבהם, אין כל הצדקה לפסול אמרת-חוץ כראיה להגנת הנאשם כאשר זוהי הראיה הטובה ביותר שיש בידו להשיג. סעיף 10א לפקודת הראיות מתנה את קבילותן של אמרות בדרישה שאֵלה תינתנה בכתב והדבר אינו מיטיב עם נאשמים. הכוח המשפטי לגבות הודעות בכתב מעדים מופקד בידי המשטרה.⁷ לנאשם ולסניגורו אין כוח כזה. כתוצאה מכך, נאשם המבקש לבסס את הגנתו על אמרה שלא ניתנה בכתב ושלא מצויה בתיק המשטרה יתקשה עד-מאוד לעבור את מחסום הקבילות. מבחינה זו מצבה של התביעה הוא טוב יותר מאשר מצבו של הנאשם, וזאת לא ניתן להצדיק. עם זאת יש לציין, כי ישועתם של נאשמים המבקשים להסתמך על אמרות באה לאחרונה — ואולי מבלי שהיתה כוונה לכך — מהלכת טובול.⁸ כידוע, בפסק-דין זה נקבע, שתרשומות וזכרונות-דברים שבהם נרשמו דבריהם של עדים על-ידי מי ששמע אותם, יכולים, בהתקיים תנאים מסוימים, לשמש כאמרות שניתנו בכתב לצורך סעיף 10א. אמנם פסק-דין זה עסק בזכרון-דברים שנכתב על-ידי שוטר, אך דומה כי מעתה יכולים גם נאשמים להכין תרשומות המנציחות אמרות התומכות בהגנתם ולהגיש תרשומות אלה כראיות על-פי סעיף 10א.

ומכאן, לאמרות הבאות להוכיח את אשמת הנאשם. כפי שכבר אמרתי, אמרות כשלעצמן אינן פגומות כחומר הוכחתי רק בשל נתינתן מחוץ לכותלי בית-המשפט. כך, למשל, כאשר נותן האמרה מופיע לחקירה נגדית בבית-המשפט וניתן לחוקרו ביעילות אין כל סיבה שלא לסמוך על אמרתו כראיה. נכון הוא, שעד זה לא נחקר על אמרתו סמוך לנתינתה, וחקירתו הנגדית על-ידי הנאשם נדחתה למועד המשפט, אך הנאשם אינו יכול להלין על כך, משום שאמרתו של עד זה תתקבל כראיה לאמיתות תוכנה רק אם היא נוגדת את העדות שאף היא נמסרה על-ידי אותו עד. באין סתירה מהותית בין האמרה לעדות תהא האמרה מיותרת ולא תתקבל כראיה, כמצוות הכלל הפוסל ראיות בדבר עקיבות. במצב דברים זה יכול הנאשם, הן באמצעות חקירה נגדית והן מחוצה לה, לעשות שימוש ביריעה הרחבה אשר נפרשה על-ידי העדות, מזה, והאמרה, מזה, ובסתירות שבין השתיים. על בסיס כל אלה יכול הנאשם לנסות ולשכנע את בית-המשפט שלא לסמוך כלל על דבריו של העד או להעדיף את עדותו דווקא ולא את האמרה. דברים אלה אינם חדשים.⁹ הם

7 ראה סעיף 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), חא"י לד א 439 (עברית); 467 (אנגלית).

8 ד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' טובול ואח', פ"ד מב(4) 309. אחד המצבים שבהם ניתן לעשות שימוש באמרה כראיה לאמיתות תוכנה התומכת בנאשם הוא המצב של מסירת אמרות סותרות על-ידי העד.

השווה ע"פ 274/87 אסרף נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 789.

9 ראה, למשל, *California v. Green* 399 US 149 (1970).

מבהירים היטב כי בעיות של ממש יכול שתתעוררנה רק ביחס לאותן אמרות אשר מוגשות כראיות נגד נאשמים שלא בכפיפות לחקירה נגדית יעילה.

האם הגשת אמרה נגד הנאשם שלא בכפיפות לחקירה נגדית יעילה נוגדת את העקרונות שצינתי? לדעתי, כל אימת שחקירתו הנגדית של מוסר האמרה לא נמנעה באשמת הנאשם – מקרה מיוחד שאליו אתייחס בהמשך – יש להשיב לשאלה זו בחיוב ועקב כך לפסול את האמרה. כלום ניתן לומר לו, לנאשם, שכל העובדות הנחוצות להוכחת אשמתו הוכחו מעבר לכל ספק מוחשי בעזרת אותה אמרה, כשלא ניתנה לו, לנאשם, הזדמנות של ממש להמחיש את הספקות ולהביאם לאור בדרך של חקירה נגדית? סבורני, שזאת לא ניתן לומר לנאשם בתורת הצדקה לפסק-הדין הבא להרשיעו. הטעם העיקרי לכך הוא, שפסק-הדין כאמור מטיל על הנאשם סיכון של טעות אשר בא להוסיף למידת הסיכון הרגילה שחלה בדרך-כלל על כל יתר הנאשמים, בפועל ובכוח. כיוון שאין אנחנו יודעים מה היתה מעלה חקירתו הנגדית של העד אילו התקיימה מטעם הנאשם, הרי בפנינו סיכון שאנחנו מודעים לו, דהיינו: סיכון שאיננו מקרי. הטלת סיכון כזה על הנאשם נוגדת הן את עקרון השוויון והן את עקרון ההגנה על חפים-מפשע.

יש מי שלא יסכים עמי בנקודה זו. "היעדרה של חקירה נגדית" – כך יאמר – "זהו עניין של משקל הראיה, ומשקלן של ראיות הוא דבר משתנה. בעולמן של עובדות אמפיריות אינסופיות אין לשלול מראש את האפשרות שאמרה מסוימת תהא מהימנה באופן ששום חקירה נגדית לא תוכל לעורר לגביה ספק מוחשי". אפשרות כזאת אכן קיימת, אך כיצד ניתן לאמת את דבר קיומה במקרה מסוים מבלי להטיל על הנאשם את הסיכון של טעות? כל קביעה שיפוטית ששום חקירה נגדית, אילו התקיימה, לא היתה מועילה לנאשם, לעולם תהא מבוססת על הנחת מצב דברים שבפועל אינו קיים (counterfactual)¹⁰. קביעה כזאת לא יכולה להיות ודאית מעבר לכל ספק מוחשי כאשר אמיתות האמרה שבמחלוקת מהווה תנאי הכרחי (*sine qua non*) להרשעתו של מי שעומד לדין פלילי.

האמור עד כה מביא אותי גם להצבת סימן-שאלה בצדה של התפישת האינסט-רומנטליסטית של זכות הנאשם לחקירה נגדית. אין זה בטוח כלל ועיקר, שזכות זו שואבת את הצדקתה רק מתרומתה לגיליון של עובדות שבהן יש כדי לסייע

10 לבעייתיות הכרוכה בקביעות שיפוטיות מסוג זה ראה R.A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Harvard U.P., Cambridge, Mass., 1991) 204–205. בע"פ 35/50 מלכה ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד ד 429, בא-כוח המערערים, שהורשעו בשוד על-ידי הערכאה הראשונה, התלונן על כך שנמנעה ממנו הזכות לעיין בהודעה מסוימת אשר נמסדה למשטרה על-ידי עדה-תביעה המרכזי. הודעה זו היתה דרושה לו כדי לחקור את אותו עד חקירה נגדית. בא-כוח המשיבה לא חלק על עצם קיומה של זכות זו, אך טען שמימושה לא יכול היה להועיל לסניגור במקרה דנן. בית-המשפט העליון דחה טענה זו באומרו:

המסמך הנ"ל אינו נמצא בתיק שלפנינו, אבל אף אילו היה לפנינו לא היינו יכולים להסיק מסקנות על יסוד השערות בלבד כי אין חקר לתבונת סניגור מוכשר, ואין לנחש כיצד היה יכול לנצל את החומר הנמצא לפניו (שם, עמ' 433).

בית-המשפט העליון קבע, כי אין לקיים את הרשעת המערערים מטעם זה בלבד (ראה גם בעמ' 436; אך השווה לע"פ 334/81 הגיגור נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 827, פסק-דין שהאמור בו אינו תואם את הלכת מלכה).



בבירור האמת. לדעתי, בקיומה של הזכות לחקירה נגדית ניתן וצריך לראות משום ערך דיוני אינהרנטי ועצמאי שכל מהותו היא החובה השלטונית שבצדה של אותה זכות. כוונתי לחובת השלטון לאפשר לכל אדם להשתתף באופן מירבי בהליכי משפט העתידים להשפיע על גורלו. ערך דיוני זה עומד בזכות עצמו וללא כל תלות בתרומתו לתוצאות המשפט¹¹. כפי שאין שוללים מאדם את חירות הביטוי גם כאשר מימושה של חירות זו לא תורם דבר לחיינו הפוליטיים או התרבותיים, כך אין להפחית את מידת השתתפותו בבירור אשמתו גם כאשר ניתן לברר את העובדות הנחוצות בדרך אחרת.

תמונה זו משתנה כאשר הנאשם או אחד מעושי דברו הפעילו אמצעי פסול שהניא או מנע את מוסר האמרה המפלילה מלתת את עדותו במשפט. במצב דברים זה ניתן לשלול מהנאשם את החסינות מפני סיכונים אשר כרוכים בשימוש באמרה כראיה לחובתו, וזאת מבלי להפר את עקרון השוויון, ואת עקרון ההגנה על חפים-מפשע. רצונו של הנאשם למנוע את השמעת העדות שאינה נוחה לו מעיד על תודעת האשמה שלו ותומך ראייתית בטענות שהועלו נגדו בכתב-האישום. הבסיס המוסרי שמאחורי זכותו של הנאשם לחקירה נגדית אף הוא נשמט בשל הפעלתו של אמצעי פסול כאמור, והנאשם העומד מאחורי האמצעי הפסול אין לו אלא להלין על עצמו. עם זאת יש להבהיר, שדברים אלה נכונים רק לגבי אותו נאשם שחלקו בנקיטת האמצעי הפסול הוכח מעבר לכל ספק מוחשי. בשיטת-משפט הפועלת על-פי עקרונות של שוויון והגנה על חפים-מפשע, רק מידה זו של הוכחה תספק את הכוח המוסרי המיוחד אשר דרוש כדי לחשוף את הנאשם לאפשרות של הרשעה על סמך אמרת-חוץ.

ד. השגות על פרשנותו ויישומו של סעיף 10א לפקודת הראיות

Quis Custodiet Ipsos Custodes?

"מי ישמור על השומרים?"

סעיף 10א לפקודת הראיות פתוח לפרשנות בהתאם לעקרונות שצינתי, והמעין במלותיו יראה זאת ללא כל קושי. ניתן לפרש סעיף זה באופן שימנע פגיעה בלתי-מוצדקת בזכות הנאשם לחקירה נגדית ואת חשיפתו היתרה לסיכון של טעות. התנאי היסודי "וניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו", שבלתו לא ניתן להכשיר אמרה של עד במסגרת סעיף 10א(א), פתוח לפירושים אחדים. אחד מהם הוא הפירוש המחייב את חשיפת העד לחקירה נגדית יעילה, ולדעתי יש ללכת לפי פירוש זה. כאשר עד שאמרתו מוגשת במסגרת סעיף 10א(א) נמנע מלחשוף את עצמו לחקירה נגדית יעילה ומטעם הנאשם, אין מקום לראות את הנאשם כמי שניתנה לו "הזדמנות לחקרו". סעיף 10א(ב), המכשיר את אמרתו של אדם שלא העיד במשפט מחמת "אמצעי פסול", אף הוא ניתן לכמה פירושים. ניתן לפרש סעיף זה כמחייב את הוכחת האמצעי הפסול מעבר לכל ספק סביר. תימוכין לפירוש זה ניתן

11 ראה Summers, "Evaluating and Improving Legal Process – A Plea for Process Values" 60 *Cornell L. R.* (1974) 1.

למצוא בתנאי "ובלבד שבית-המשפט שוכנע..." אשר מופיע באותו סעיף. לדעתי, פירוש זה הוא הפירוש הראוי. הסתפקות במידת הוכחה פחותה שוללת מהנאשם, ללא הצדקה, את זכותו לחקירה הנגדית ואף מסירה את המחסום הראייתי בפני חשדות-סרק הקושרות אותו עם האמצעי הפסול שננקט, כביכול, כלפי העד. אין צריך לומר, כי חשדות כאלה עלולים להשפיע על גורל המשפט גם כשמדובר בשופט מקצועי. מסיבות אלה מן הראוי לפרש את הסעיף כמתייחס רק לאמצעי פסול שננקט כלפי מוסר האמרה על-ידי הנאשם המתנגד להגשתה או על-ידי אדם אחר שפעל מטעם הנאשם. בשל העקרונות שצינתי, יש להעדיף פירוש זה למרות היעדרו של כל רמז בלשון הסעיף באשר למקורו של "אמצעי פסול".

זאת ועוד: קבילותה של כל אמרה המוגשת במסגרת סעיף 10א צריכה להיות מותנית גם בעמידתה בסטנדרטים ראייתיים נוספים אשר מהווים תנאי לקבילות על-פי הוראות דין אחרות. כוונתי, בראש-ובראשונה, לתנאי קבילותן של הודאות שנקבעו בסעיף 12 לפקודת הראיות ולמגבלות החלות על העדת שותפיהם של נאשמים. סעיף 10ג לפקודת הראיות, המבהיר כי האמור בסעיף 10א אינו בא כדי להכשיר ראיה "שאינה קבילה מסיבה אחרת שבדין", מחייב — לדעתי — תוצאה זו. כל פירוש אחר של סעיף 10ג עלול להוסיף למידת הסיכון הרגילה שהנאשם בפלילים צפוי לה.

המעייין בפסיקתו של בית-המשפט העליון ימצא בקלות, שסעיף 10א לא פורש על-פי עקרונות אלה. סעיף זה פורש באורח פרגמטי כדי לספק את מה שנראה בעיני בית-המשפט כצורכי השעה: לוחמה נגד עבריינות, המטילה את אימתה על עדים בדרכים פסולות שלא תמיד ניתנות להוכחה; והשתחררות מהכללים הפוסלים ראיות רלבנטיות, תוך העתקת הדגש מקבילות למשקל. זכות הנאשם לחקירה נגדית — כך נאמר — באה על סיפוקה בעצם האפשרות התיאורטית להציג שאלות לעד, גם אם זה האחרון דיבר שלא לעניין או אף סירב להעיד כלל לאחר שהובא לבית-המשפט¹². קביעות אלה עיקרו, הלכה למעשה, את זכות הנאשם לחקירה

12 תחילת הכרסום בזכות זו נרשמה בע"פ 351/80 חולי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 477, 487. במקרה זה נאמר, כי פירוש המונח "הזדמנות לחקור" כמתייחס לחקירה נגדית יעילה איננו מתקבל על הדעת ואף אינו תואם את כוונת המחוקק. אני מטיל ספק הן בנוגע לתוקפה האוניברסלי של הקביעה הראשונה (כמבואר בגוף המאמר) והן ביחס לנכונותה האמפירית והטקסטואלית של הפרופוזיציה האחרונה (השווה, למשל, בין סעיפים 10א(א) ו-10א(ב)). סימן-דרך נוסף הוא ע"פ 383,365/81 אושרי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (1) 113. במקרה זה נפסק, כי עד המדבר שלא לעניין ומסכל בכך את חקירתו הנגדית בידי הנאשם, אף הוא בגדר "עד" שניתנה לצדדים הזדמנות לחקור". (ראה גם ע"פ 657,691,791/81 דנוך ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (3) 818). עם זאת, ההלכה דאז הציבה תנאי להגשת אמרות על-פי סעיף 10א(א): מי שאמרתו מוגשת על יסוד אותו סעיף צריך להופיע למשפט ולהעיד בדרך כלשהי (ולו בדרך של הכחשה סתמית או אמירת דברי סרק). מי שלא מקיים אחר תנאי זה ניתן להגיש את אמרתו רק אם הוכח כי הוא הושפע מ"אמצעי פסול", כאמור בסעיף 10א(ב). ראה ע"פ 722/85 מדינת ישראל נ' אשכנזי, פ"ד מ (2) 361; וכן ע"פ 116/87 נחמיאס נ' מדינת ישראל, פ"ד מא (4) 716; ע"פ 609/86 אלגיים נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (2) 541; וע"פ 648/87 סבן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (3) 669.

בשלב מאוחר יותר נפסק (ברוב-דעות) על-ידי הרכב של חמישה שופטים, כי גם מי שסירב להעיד כלל — לאחר שהובא (או התייצב מרצונו) למשפט — נופל בגדר "עד" שניתנה לצדדים "הזדמנות לחקור", דבר המכשיר את אמרתו במסגרת סעיף 10א(א). ראה ע"פ 254,278,374,390,427,446,453,454,455,551,552/88 מדינת ישראל נ' לוי ואח' וערעורים שכנגד. פ"ד מד (4) 663. פרט לאותם שיקולים של מדיניות שדונו במאמר זה, בית-המשפט העליון ביסס:

נגדית — זכות שבעבר הלא כל-כך רחוק היתה בבחינת "יסוד מוסד של דיני הראיה החלים בישראל"¹³.

ומכאן ל"אמצעי פסול" שנקיטתו כלפי מוסר האמרה מכשירה את אמרתו כראיה אפילו לא בכפיפות לאותה הזדמנות עקרה של חקירה נגדית. "אמצעי פסול" זה, הנזכר בסעיף 10א(ב), איננו חייב — כך מסתבר — להיות קשור בנאשם דווקא, ובית-המשפט יכול ללמוד על קיומו בדרך של התרשמות כללית אף כשזו אינה מגיעה לכדי הסרתו של כל ספק סביר¹⁴. זאת ועוד: הודאה שנמסרה על-ידי נאשם מסוים שלא מתוך רצון חופשי ושדינה להיפסל כראיה על אשמתו של המודה, אף היא יכול שתהא קבילה — באיצטלה של "אמרה" המוגשת על-פי סעיף 10א — כראיה נגד שותפו. הוא-הדין לגבי שתי הודאות כאלה במשפט של שני שותפים,

קביעתו על חוסר-הבדל בין מי שאומר בעדותו דברים סתומים או דברים שאינם שייכים לעניין לבין מי שמסרב לדבר כלל. אליבא דבית-המשפט, בהעדר כל הבדל מהותי בין שני סוגים אלה של מתחמקים וסרבנים, אלו ואלו נופלים בגדר "עד" שניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו". מבחינה זו יש לראות בהלכת לוי המשך טבעי של ההלכה אשר קדמה לה. פריצת הגבולות אשר נתחמו בהלכת אשכנזי איננה מהווה — לדעתי — חידוש גדול. גבולות אלה לא נתחמו על-פי עקרונות מוצקים והיו רופפים זה מכבר. כבר נעשו בעבר התורות רצועה בעלות חשיבות רבה יותר (כגון דחיית הפירוש הנכון — לדעתי — שהוצע לסעיף 10א(א) על-ידי השופט ד' לויין הן בתפ"ח (ת.א.) 1077/79 מדינת ישראל נ' חולי, פס"מ תשמ"א (א) 156, 162-168; והן בפרשת אשכנזי (שם, בעמ' 369-370).

אשר להנמקה שניתנה לפירושו של סעיף 10א(א) בלוי, אכן, אין כל שוני לעניין סעיף זה בין סוגים שונים של סרבני עדות, המאמצים לעצמם צורות שונות של התחמקות ממתן עדות. כפי שנאמר על-ידי השופט גולדברג, דין זהה צריך לחול על כולם. נקודת-מוצא שלי דומה: מצבים הוזהים במהותם צריך שיוסדרו באופן זהה. מטעם זה סבורני, עם כל הכבוד, כי אין לראות באף אחד מסרבנים כאלה משום "עד" שניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו". לדעתי, סרבנות להעיד על צורותיה השונות מוסדרת בסעיף 10א(ב) ולא בסעיף 10א(א). יצוין, כי הפירוש שאומץ על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת לוי, ומאוחר יותר בע"פ 32/89 ועגנוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 312, קרוב לוודאי שהיה נפסל בארצות-הברית כבלתי-חוקתי. ראה להלן, הערה 22.

לאחר כתיבתן של שורות אלה בית-המשפט העליון פסק, במפתיע, כי אין הוא כבול בהלכת לוי, תוך שהוא מאמץ מחדש את הלכת אשכנזי. פסק דין זה ניתן בע"פ 2251/90 חאג' יחיא ואח' נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) על ידי המשנה לנשיא אלוך והשופט בך, כנגד דעתו החולקת של השופט אור. כתוצאה מכך הסוגיא תעמוד בקרוב לדיון נוסף.

13 ראה בג"צ 124/58 היוה"מ נ' השופט המנהל חקירה מוקדמת, פ"ד יג(1) 5, 17.

14 ראה המ' 319/80 מלול נ' מדינת ישראל (לא פורסם); ע"פ 616,567/80 אביטן ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 684; ע"פ 553/81 כלבוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 748; ע"פ 525,482/85 נחשון ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(4) 47; ע"פ 696/84 אלבוז נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 330; ע"פ 169,614/86 חסונה נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 466; ע"פ 648/87 סבן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 669; וע"פ 482,620/87 חקק ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 397. דברים ברוח זו נאמרו גם בלוי (לעיל, הערה 12), ובית-המשפט העליון עמד עליהם במפורש בפרשת חסונה (לעיל). בפסק-הדין האחרון נאמר גם, כי כאשר מוסר האמרה נמנע מלהעיד במשפט בשל מספר מניעים שאחד מהם נבע מ"אמצעי פסול", די אם האמצעי הפסול היה אחד הגורמים המרכזיים לאי-מסירת עדותו. נמצא אפוא, כי "מבחן המניע הדמיננטי", שעליו ניתן ללמוד מפרשת כלבוני (לעיל, בעמ' 753-754), איננו מכריע עוד.

באנגליה, שבה חוקק לא מזמן הסדר הדומה לסעיף 10א שלנו, התביעה נדרשה על-ידי בית-המשפט לערעורים להוכיח את קיומו של ה"אמצעי הפסול" מעבר לכל ספק סביר. ראה The Criminal Justice Act 1988, ss. 23(3), 24(4) (ii); "R v. Action Justices; ex parte McMullen et al, (1991)92 Crim.App.Rep. 98; 104; The Times, 10.5.1990 (CA).

כאשר כל אחת מהן מוגשת כ"אמרה" של "עד" לתמיכה בהרשעת שותפו^{15,16}. המבקש להיבנות בכגון דא מהמגבלות הרגילות החלות על עדות שותף על-פי

15 דין זה החל להיוולד בע"פ 803/80 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 523, 527-528. בפסק-דין זה נקבע, כי הנסיבות שבהן נגבתה אמרה, לרבות אלה שבעטיין ניתן לפסול הודאות על-פי סעיף 12 לפקודת הראיות, נוגעות למשקלה של אותה אמרה אך לא לקבילותה. שאלה זו עלתה בשלב מאוחר יותר במסגרת הדיון שבו ניתן הכשר להודעת שותפו של הנאשם כראיה לחובת אותו נאשם. דיון זה נערך בע"פ 610,501/81 אביר-חצירה ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 141, והשופט בן-פורת (כתאורה אז), שהייתה בדעת-מיעוט, הסתייגה מפורשות מאפשרות זו (ראה עמ' 153-155). לדעת הנשיא י' כהן,

אין מקום לחשש ... פן תשתמש התביעה בהוראות סעיף 10א כדי "להגניב" בדרך זו הודעה של נאשם, שאינה קבילה כראיה, מכיון שלא היתה חופשית ומרצון, כאמור בסעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש]. השאלה, אם הודעה, שנפסלה כראיה נגד נאשם שמסר אותה, תוכל לשמש ראיה נגד חברו, אינה צריכה הכרעה במקרה שלפנינו, ואני מוכן להשאיר אותה בצריך עיון. על כל פנים, גם אם תתקבל הודעה כזו כראיה, אין כל מקום לספק שהיא לא תוכל לשמש כראיה נגד נאשם שנתן אותה, אלא אך ורק נגד חברו (שם, בעמ' 150).

היום אנחנו יודעים, כי התחזית שהובעה במשפטו הראשון של הנשיא לא התגשמה וכי מצבו העכשווי של דיננו הוא כמתואר במשפטו האחרון דווקא. חיבורן הראשוני של ההלכות אשר נפסקו באבוטבול ובאביר-חצירה נעשה בע"פ 343/82 אביר-סנינה ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 505, 509; הגושפנקא הסופית לקבילותה של הודאה פסולה המוגשת — באיצטלה של "אמרה" — כראיה נגד אדם אחר (שהוא, בדרך-כלל, שותפו של מי שמסר את ההודאה) ניתנה בע"פ 242/85 חזן ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 512.

16 הלכה זו היא בעייתית ביותר. על-פי האמור בסעיף 10א(ג), "נסיבות מתן האמרה" נוגעות למשקלה של אותה אמרה ולא לקבילותה; אך כמצוות סעיף 10ג, יש להוציא מכלל זה את כל אותן נסיבות אשר מביאות לפסלות האמרה מכוח הוראת דין אחרת. יש אפוא לבחון לגופו את היקף התפרשותה של כל הוראה בדבר פסלות ראיות. ההוראה הרלבנטית במקרה דנן היא סעיף 12 לפקודת הראיות, סעיף המתנה את קבילות הודאתו של נאשם בהוכחה שזו ניתנה על-ידו מתוך רצון חופשי. אין בסעיף זה כל רמז לכאן או לכאן באשר לשאלה, האם כלל הפסילה הקבוע בו יחול גם על הודאת נאשם המוגשת כ"אמרה" נגד אדם אחר. המענה לשאלה זו צריך להינתן אפוא על יסוד טעמיו של אותו כלל פסילה ואלה, כידוע, שניים במחלוקת. ראה, למשל, A. Ashworth, "Excluding Evidence as Protecting Rights" *Crim. Legal Problems* [1989] 21; L. R. [1977] 723; I.H. Dennis, "Reconstructing the Law of Criminal Evidence", *Current A.A.S. Zuckerman, The Principles of Criminal Evidence*, וכן (Oxford, 1989) ch. 16.

בהנחה שכלל פסילה זה נובע מאי-מהימנותה של הודאה אשר לא היתה "חופשית ומרצון", ברור כי הכלל צריך לחול על כל הודאה כזאת, גם כשזו מוגשת באיצטלה של "אמרה" על-פי סעיף 10א. התוצאה תהא זהה אם הכלל מושתת על הרעיון הדיסציפלינרי לחנך את חוקרי המשטרה, אשר נהגו כלפי נחקרם שלא כדין, בדרך של שלילת פרי-עמלם. הוא-הדין אם הכלל בא להבטיח את הלגיטימיות המוסרית של פסקי-הדין המכילים הרשעות, ומקובלותו (במובן של acceptability) של כל פסק-דין כזה בעיני הציבור. אך ייתכן גם כי הכלל מבטא גישה פרוטקטיבית, קרי: הרצון להגן דווקא על אותו נחקר שהודה. דומה, כי גישה אחרונה זו אכן אומצה על-ידי בית-המשפט העליון בפסק-דינו המנחה שניתן בע"פ 115,168/82 מועדי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197. בהישען על גישה זו ניתן, לכאורה, לטעון, כי רק למי שהודה עקב מעשה בלתי-חוקי של חוקריו יש זכות להפעיל את כלל הפסילה לגבי עצמו וכי למי שלא נפגע כאמור אין "זכות עמידה" במסגרתו של כלל פסילה זה. שיקול זה עולה מפסק-הדין בעניין חזן (לעיל, הערה 15), ובמיוחד מההערות שהושמעו על-ידי השופט ברק בסוף פסק-הדין. בהנחה שאכן בעיקרון פרוטקטיבי קא עסקינן, מקום יש עמנו לשאול שאלות אחדות. ראשית, כלום עיקרון זה לא נמצא מסוכל על-ידי הגשתן האלכסונית של שתי הודאות פסולות נגד שני נאשמים אשר הואשמו במשותף בגין עבירות שעל-פי כתב-האישום בוצעו על-ידם בצוותא חדה? שנית, האם אין בפתיחת השביל האלכסוני של קבילות — שביל העלול לשמש תחליף לדרך-המלך שנחסמה על-ידי סעיף 12 לפקודת הראיות — משום חשיפת נחקרים לשיטות חקירה פסולות? באנגליה, למשל, האפשרות להכשיר הודאה פסולה באיצטלה של אמרה נשללה בחוק. ראה The Criminal Justice Act



הלכת קינזי¹⁷, יתאכזב אף הוא, שכן מגבלות אלה הוסרו על-ידי שופטי-הרוב בפרשת אבו-חצירה¹⁸. לכל אלה יש להוסיף את ההיתר השיפוטי להוכיח את תוכנן של אמרות באמצעות תרשומות וזכרונות-דברים מקוצרים¹⁹; את העלאתה של אמרה לדרגת "עדות" לצורך כל דבר ועניין²⁰, תוך החלת הביטול של דרישת הסיוע בנוגע לעדויות שנמסרו על ידי עדים מסוימים גם על אמרות שנמסרו על-ידי אותם עדים²¹; ואת הוויתור, בדרך של אמרת-אגב, על התנאי המפורש שלפיו אמרתו של עד תהא קבילה רק אם היא סותרת את עדותו בפרט מהותי²².

לדעתי, יש בכל אלה משום הטלת סיכונים מוחשיים על נאשמים, תוך פגיעה

17 194/75 קינזי נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 477; וראה לאחרונה ע"פ 579/88 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מד (1) 529.

18 ע"פ 610,501/81 (לעיל, הערה 15). השופטת בן-פורת (כתוארה אז), שנותרה בפסק-דין זה במיעוט, חזרה על עמדתה גם בע"פ 614,556/80 עלי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 169, 176-175. דעתה זכתה לתמיכה בשני מאמרים שנכתבו בנושא זה (נ' זלצמן, "נאשמים במשותף וסעיף 10א(א) לפקודת הראיות" עיוני משפט ט (התשמ"ד) 625; צ' נח, "תיקון מס' 4 לפקודת הראיות: אמרות עדים – מיהו בגדר "עד"? הפרקליט לה (התשמ"ד) 465); אך סיכוייה להפוך להלכה בדרך של הפיכת ההלכה הקיימת הם קלושים. ראה, למשל, הערות הנשיא שמגר בע"פ 777/80, 266/81 בינאשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 452, 471; ובע"פ 869/81 שניר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 169, 239-240.

לתמיכה בהרחבת התחולה של סעיף 10א ראה א' שטרוזמן, "המלך עירום או חבר המושבעים השולט בבית-המשפט בישראל" עיוני משפט יג (התשמ"ח) 175, 192, הערות 73-74, 194-198; וא' סטרשנוב, "בזכות הפעלת סעיף 10א לפקודת הראיות לגבי נאשמים במשותף" הפרקליט לח (התשמ"ט) 660. לדעתי, בתפיסתם של שופטי-הרוב באבו-חצירה יש משום הוספת סיכון על-גבי סיכון, אך אילו ניתן היה לחקור ביעילות את שותפו של הנאשם שמסר אמרה לחובתו, הייתי חושב אחרת.

19 ד"נ 23/85 (לעיל, הערה 8).

20 ע"פ 400/81 מחגינה נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 767, 773-771. לביקורת על הלכה זו ראה א' שטיין, "על טיבה הפרובטיבי של אמרת-חוץ שנתקבלה מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות" משפטים יג (התשמ"ג) 154. לדעה אחרת ראה נ' זלצמן, "השותפים לעבירה בדיני ראיות" הפרקליט לו (התשמ"ד) 127, 146-147.

21 ע"פ 396/84 פיאקה נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 533, 540-538. כידוע, תיקון מס' 6 לפקודת הראיות (ס"ח התשמ"ב 197) ביטל את דרישת הסיוע בהרשעה על סמך עדות יחידה של שותף לעבירה (שאינו "עד מדינה") וקורבן עבירת-מין. ביטול זה, כפי שבא לידי ביטוי בסעיף 54א לפקודה, מתייחס לעדויות הבאות מפיהם של עדים שניתן לחוקרם במשפט ולהתירם מעדותם באופן בלתי-אמצעי. על רקע זה ניתן להבין את הביטול של דרישת הסיוע. ביטול זה איננו מתייחס במפורש לאמרות-חוץ. זאת ועוד: בסעיף 121 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, נקבע במפורש שדינה של עדות מוקדמת אשר נגבתה לפי אותו חוק הוא כדין עדות רגילה. השוואה מעין זו לא נעשתה בפקודת הראיות ביחס לאמרות-חוץ. ראה שטיין, לעיל, הערה 20. עם זאת נראה, כי כאשר מדובר בהרשעה על סמך אמרה שנותנה נופל בגדר סעיף 54א לפקודה, "החזיק" שיידרש מכוח סעיף 10א(ד) כתנאי להרשעת הנאשם יהא בעל משקל העולה על הרגיל. ראה ע"פ 442/85 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 748. דעה זו הובעה בשעתו על-ידי נ' זלצמן (לעיל, הערה 20).

למותר לציין, כי בית-המשפט העליון ידע (ובצדק) להבחין בין "אמרה" לבין "עדות" כאשר הנאשם ביקש להיאחז באמרתו מבלי לחשוף את עצמו לחקירה נגדית. ראה ע"פ 205/75 קרנץ נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 471, 474; נ' זלצמן, "אמרת נאשם כראיה לטובתו" משפטים יז (התשמ"ח) 284.

22 ראה ע"פ 351/80 חולי נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 477, 487 ליד האות ז:

אם רשאי בית המשפט לקבל אמרה, שנותנה סטה ממנה בעדותו בפרט מהותי, או הכחיש את תוכנה, על אדות כמה וכמה שרשאי הוא לעשות כך, כאשר אימת העד את תוכנה (ההדגשה שלי – א'ש').

בזכותם לחקירה הנגדית כערך דיוני עצמאי. אף אחת מן ההלכות האמורות לא יכולה להישען על עקרונות המוסר הפוליטי שעליהם עמדתי. דרישת ה"חיזוק" שנקבעה בסעיף 10א(ד) כתנאי להרשעה על סמך אמרה איננה יכולה להוות ביטחון נאות נגד סיכונים שהוטלו על נאשמים, ואין בה כדי לשמש פיצוי ראיתי נאות בגין פגיעה בזכותם לחקירה הנגדית. זוהי דרישה מינימליסטית²³ ומי שסבור אחרת,

פרשנות זו לא יכולה להישען על מלותיו המפורשות של תנאי הקבילות נשוא סעיף 10א(א)(3) ואיננה משקפת את הרציונל שמאחורי תנאי זה. בארצות-הברית קבילותן של אמרות-חוץ הותנתה בכמה דרישות (ראה (Federal Rules of Evidence, rule 801(d)), כאשר הדרישה המרכזית היא שנותן האמרה יעיד בפועל במשפט כשהוא כפוף לחקירה נגדית. למרות זאת, נטען נגד כלל (801(d) ודומיו, כי הכרתם בקבילותן של אמרות-חוץ כראיות לאמיתות תוכנן נוגדת את זכות העימות החוקתית. טענה זו נשענה על כך, שמוסר האמרה לא נחקר עליה מיד או סמוך לנתינתה, וחקירתו במשפט היא בבחינת belated cross-examination. בית-המשפט העליון של ארצות-הברית דחה טענה זו, בהסתמכו, בין היתר, על התנאי הנוסף לקבילות האמרה הקיים בדין האמריקני ולפיו צריך שתהא סתירה בין העדות לאמרה. התנאי האמור זהה לזה המצוי בסעיף 10א(א)(3) שלנו, ודבריו של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית מסבירים היטב את הרעיון העומד מאחוריו:

[T]he inability to cross-examine the witness at the time he made his prior statement cannot easily be shown to be of crucial importance as long as the defendant is assured of full and effective cross-examination at the time of trial. The most successful cross-examination at the time the prior statement was made could hardly hope to accomplish more than has already been accomplished by the fact that the witness is now telling a different, inconsistent story, and — in this case — one that is favorable to the defendant. We cannot share the ... view that belated cross-examination can never serve as a constitutionally adequate substitute for cross-examination contemporaneous with the original statement. The main danger in substituting subsequent for timely cross-examination seems to lie in the possibility that the witness' false testimony is apt to harden and become unyielding to the blows of truth in proportion as the witness has opportunity for reconsideration and influence by the suggestions of others, whose interest may be, and often is, to maintain falsehood, rather than truth. That danger, however, disappears when the witness has changed his testimony so that, far from "hardening", his prior statement has softened to the point where he now repudiates it. *California v. Green* 399 US 149, 159 (1970).

23 ראה ע"פ 735/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 94, 99; ע"פ 949/80 שוהמי ודנוך נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 62, 72; ע"פ 169,614/86 חסונה נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 466; ע"פ 348,383/88 אבו-אסעד ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 89. ראה גם ע"פ 209/87 שדואדה נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 594, 596 — החלטה שממנה עולה כי מידת החיזוק הנדרש עולה ויורדת בהתאם למידת אמונו של בית-המשפט באמרת-החוץ שביסוד ההרשעה. הדבר עומד לכאורה בסתירה לגישתו העקרונית של בית-המשפט בנוגע לדרישת הסיוע ולבחינתה של עדות הטעונה סיוע. לפי גישה זו, בית-המשפט צריך להשתכנע תחילה, מעבר לכל ספק סביר, במהימנות העדות אשר טעונה סיוע, וזאת הן לפי סימני המהימנות הפנימיים של אותה עדות והן בשל מכלול הראיות שהובאו במשפט, לרבות כל אותן ראיות היכולות לשמש סיוע לעדות זו. רק לאחר שבית-המשפט שוכנע כאמור, יש לחזור ולחפש סיוע בחומר הראיות החיצוני לאותה עדות. ראה ע"פ 869/81 שניר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 169, 229-226 (גישה זו נקוטה גם בדין האנגלי: *A.G. of Hong Kong v. Wong Muk-ping* [1987] 2 All ER 488). לניתוחה הנכון — לדעתי — של דרישת החיזוק ראה פסק-דינו של השופט ח' אריאל בע"פ 241/87 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 743.

מוזמן לעיין בהלכות המתירות לקיים הרשעה על סמך שתי אמרות-חוץ בלבד, כאשר כל אחת מאלו "מחזקת" את זולתה^{24,25}.

השגותי נגד דרכי פירוש אלה של סעיף 10א מושתתות על עקרונות המוסר הפוליטי, ובדין ניתן להקשות ולשאול: מדוע עקרונות אלה דווקא ולא אחרים, ומה מעמדם של עקרונות אלה במשפטנו? שתי שאלות אלה מצריכות שתי תשובות. ראשית – וזוהי טענה נורמטיבית שיסודה בתורת המשפט – מן הראוי הוא שמשפטנו יפעל כמערכת קוהרנטית של עקרונות המגינים במידה אופטימלית ושווה על כל מי שעומד על חפותו. כאשר ההבחנה בין סיכון מקרי לסיכון מוחשי קובעת את הגבול העליון של מידת הסיכון הצפויה לנאשם, יש לקיים הבחנה זו בעקיבות לאורכו ולרוחבו של המשפט כולו. הבחנה זו מקנה זכויות. לפרט ואין מקום לסטות ממנה אד הוק מטעמים פרגמטיים. שנית – וזוהי טענת הפרשנית שיסודה בתורת השיפוט – כל דין, ובכלל זה סעיף 10א לפקודת הראיות, אין לפרש אלא בדרך המביאה לידי הגשמה עקיבה ומירבית של אותם עקרונות המוסר הפוליטי אשר תומכים בשיטת-המשפט כולה.

כאמור, חלק ניכר מדברי נשען על תורתו של רונאלד דבורקין. על תורה זו ועל השלכותיה בסוגיא בה עסקינן ניתן, כמובן, לחלוק, ואין זו מטרתי לגייס תומכים לתורה זו. מטרתי היא להבהיר באמצעותה את מהות הברירה המוסרית הניצבת בפני מפעיליו של סעיף 10א לפקודת הראיות. ברירה מוסרית זו מחייבת הכרעה. לדעתי, הכרעה זו תהא מוצדקת רק בהישען על עקרון השוויון כמבואר לעיל. מן הראוי לפעול על-פי עיקרון זה הן במסגרת של מתן משמעות לכללי הראיות הקיימים והן בקביעתם של כללים אלה מבראשית. בהכרעה בין אופציות פרשניות שונות במסגרתו של סעיף 10א לפקודת הראיות עיקרון זה נותן העדפה לאותה אופציה פרשנית אשר מביאה להגשמתו המירבית. בסוגיא שבה עסקינן, האופציה העדיפה היא זו אשר מונעת את חשיפת הנאשם לסיכון של טעות שמידתו עולה על מידת הסיכון הכללית. בהכרעה נורמטיבית בראשיתית באשר לגורלן של אמרות-חוץ כראיות הבאות להוכיח את עובדות האשמה (ובכל הכרעה אחרת הקשורה בהטלת סיכונים על נאשמים) עיקרון זה מעמיד את השאלה הבאה: האם

24 ראה ע"פ 553/81 כלבוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 748; ע"פ 400/81 מחג'נה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 767. ספק אם הלכות אלה ואחרות עולות בקנה אחד עם הצורך בנקיטת זהירות מוגברת ביחס לאמרות-חוץ המשמשות בסיס להרשעות לאחר קבלתן מכוח סעיף 10א. בית-המשפט העליון עמד על צורך זה בע"פ 735/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 94, 98-99; וע"פ 657,691,791/81 דנון ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 818, 823-824.

25 על-פי סעיף 10א(ג), בית-המשפט נדרש גם לפרט את הטעמים שהניעוהו לסמוך את ממצאיו על אמרת-חוץ. דרישה זו נועדה להבטיח ביקורת ערעורית שהיקפה עולה על המקובל. במקום שעובדות המקרה נקבעות על-ידי בית-המשפט שלא על יסוד התרשמותו הבלתי-אמצעית מן העד, אלא על-פי אמרת-חוץ דווקא, יתרונה של ערכאת-הדין על פני ערכאת-הערעור הולך ופוחת. ראה ע"פ 476/84 דבס נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(4) 533. חרף קיומה של הוראת חוק זו לא ניתן לקבוע בוודאות שביקורת ערעורית מקיפה (דוגמת זו שהופעלה בע"פ 190/82 מרקוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 225) אכן מקיימת הלכה למעשה בבחינתן של הרשעות שבבסיסן עומדות אמרות-חוץ. להנחיות שניתנו, בשולי הדברים, בנוגע לחובת הפירוט החלה על ערכאות-הדין מכוח סעיף 10א(ג) ראה ע"פ 407/81 חריזי נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

היינו מוכנים לאמץ את ההכרעה הנדונה אילו היינו כולנו חשופים באופן שווה לסיכון לשלם את מחירה²⁶? ברי, כי רק מענה חיובי לשאלה זו יצדיק את ההכרעה. מטעמים אלה אני סבור, שעיצוב מידותיה של הפרוצדורה הפלילית שלנו וחסינותה מפני סיכונים של עיוות-דין צריכים להיות מושפעים מדרכי הפחדתם של עדים הנקוטות בעולם הפשע. מאותם טעמים אני חושב גם שישנה הצדקה למדיניותו הנוכחית של בית-המשפט העליון אשר קבעה את דרכי יישומו של סעיף 10א לפקודת הראיות. לדעתי, כל אלה אינם עולים בקנה אחד עם עקרון השוויון. על יסוד עיקרון זה של שוויון, יכולתי להוסיף ולבחון ביתר פירוט את ההלכות שנפסקו במסגרתו של סעיף 10א. אך כיוון שסבלנות הקהל אף היא ראוי שתחולק בין אלה שירצו בפניו על-פי עקרון השוויון, מבקש אני לסיים את דברי ולהודות לכולם.

ה. הערות נוספות בעקבות הדיון: על "תיאוריה ופרקטיקה", "מדיניות שיפוטית ומציאות" ו"הערכה חופשית של ראיות"

In a little known passage on the Poor Laws Mr Bentham compared our nation to that of a country whose inhabitants could not count beyond three:

"...How many places of worship? is a question that, in a Turkish town upon the Danube I took the liberty of addressing to the... great man of the place — the Chief Officer of the Province. CHUCK — with a significant toss of the head — CHUCK was the answer — plenty. ... The degree of information ... is unfortunately not peculiar to Turkish ground. Come back to England — address yourself to those who undertake to feed the country ...ask them how many mouths there are to feed — CHUCK is still the answer: CHUCK is the sum of knowledge".

Come to our legislators in 1972 — ask them — how many sophisticated criminals? CHUCK. How many ignorant, feckless, cowed or slow-witted accused are unrepresented? How many cases of improper methods of interrogation? How many cases of hardened criminals refusing to answer questions at all? What are the effects of the disciplinary principle? On every factual assumption, on every item of information relevant to diagnosis of the problem, CHUCK, CHUCK, CHUCK is still the answer.

William L. Twining, *Rethinking Evidence* (Oxford, 1990) 336-37.

האין זה נכון, כי מסגרת העקרונות שעליה אני נשען בהשגותי נגד פסיקתו של

בית-המשפט העליון בעניין סעיף 10א מבטאת השקפה "תיאורטית" המרוחקת מחיי המעשה? האם צריך לקיים עקרונות אלה וכיצד ניתן לעשות זאת במציאות של עדים מפוחדים ועדים עוינים המשנים את גרסאותיהם והמסרבים להעיד? זו היתה רוח הביקורת שהושמעה במהלך הדיון בעקבות דברי, ועל כך אני מבקש להשיב בקצרה.

ההבחנה הדיכוטומית בין "תיאוריה" ל"פרקטיקה" משמשת לעתים קרובות בסיס לסברה המייחסת ל"תיאוריה" תפקיד מוגבל (אם בכלל) בחיי המעשה. לעתים קרובות למדי אנו שומעים על ההבדלים בין "משפט שבספרים" לבין "משפט הלכה למעשה"; בין "מודלים" הנלמדים באוניברסיטאות לבין יישום הדין על-ידי שופטים במקרים קונקרטיים; ואף בין "עולם של רעיונות" ו"מציאות של דברים מוחשיים". יסודותיה של דיכוטומיה זו הם כה רעועים, עד שאין אני נזקק אלא למשפטים אחדים כדי להפריכה. בדרך-כלל, תיאוריות משפטיות עוסקות בבחינתן של פרופוזיציות כלליות שונות בנוגע למשפט, וזאת הן במישור הדסקריפטיבי (של דין מצוי) והן במישור הנורמטיבי (של דין רצוי). היפוכו של המושג "כללי" הוא "ספציפי". "כללי" איננו בגדר "בלתי-מעשי". נכונותה של כל פרופוזיציה ספציפית בנוגע למשפט תהא לעולם תלויה בחוסנה של פרופוזיציה כללית יותר שממנה היא נגזרת. על כך יכול לחלוק רק מי שחולק על עצם קיומן של אמות-מידה לבחינת נכונותן של פרופוזיציות משפטיות שונות, ואין צריך לומר כי מי שמאמץ גישה זו גם הוא נוקט עמדה "תיאורטית".

כל ויכוח לגבי דין, לרבות פרשנות שיפוטית ובחינתה, נשענים אפוא על תיאוריה כללית זו או אחרת²⁷. לפיכך, כל ויכוח בשאלה "מהי הפרשנות הראויה של סעיף 10א לפקודת הראיות?" אינו אלא ויכוח בשאלה "מהי התיאוריה המשפטית הראויה שיש לפעול על-פיה בנוגע לאותו סעיף?". לפי התיאוריה (של דבורקין) שאני מציע לאמץ, כיבודן של זכויות הוא המעניק לגיטימיות לכל החלטה שיפוטית. כל החלטה שיפוטית הדוחה זכויות קיימות מטעמים פרגמטיים איננה החלטה לגיטימית, וזאת גם כאשר מדובר בטעמים פרגמטיים כבדי-משקל.

כל עיקרן של זכויות, ובכללן זכות הנאשם לחקירה נגדית, הוא לשמש מחסום כנגד החלטות הפוגעות בפרט למען הכלל. זכויות שמן הדין לכבדן הן לא רק אותן זכויות שהדין קבען במפורש. על אלה יש להוסיף גם זכויות נוספות – זכויות הנגזרות מעקרונות המוסר הפוליטי אשר מעניקים את מירב ההצדקה להוראותיו המפורשות של הדין. הכרה בזכויות נוספות אלה נחוצה כדי לקיים ולפתח את הדין באופן קוהרנטי ושוויוני, תוך הישענות על הכרעות פוליטיות ומוסריות שנתקבלו בעבר על-ידי גופים פוליטיים מוסמכים.

כנגד גישה זו עומדת גישה הרואה בשפיטה אמצעי לקידומן של מטרות חברתיות שונות (כגון יישומו היעיל של הדין הפלילי במציאות של הפחדת עדים). גישה זו יכול שתכיר בזכויות-הפרט, אך אלה תוכרנה רק באופן אינסטרומנטליסטי כחלק ממנגנון כלשהו המכוון להשגתה של מטרה חברתית מסוימת. זכויות המוכרות בדרך זו בלבד אינן זכויות אמיתיות, אלא – לפי לשונו של דבורקין – "כאילו

27 ראה דבורקין *Law's Empire*, לעיל, הערה 2, 90.

זכויות" (as-if rights)²⁸. אלה הן "כאילו זכויות" בלבד כיוון שטובת הכלל היא המחברת ומנתקת את מכשיר-החמצן אשר מעניק להן חיים, וידם של הממונים על מכשיר זה למען הכלל לעולם לא תרפה מן המתג. לפי גישה זו, קביעת מדיניות שיפוטית המשרתת את צורכי השעה, ובכך מיטיבה עם הכלל, תהא לגיטימית גם מבלי שתישען על החלטות פוליטיות מוסמכות שנתקבלו בעבר ועל עקרונות המוסר אשר עומדים מאחורי החלטות אלו. דומה, כי כעת זוהי גישה די מקובלת ואף שאין אני שלם עמה. מלאכתי בנוגע לסעיף 10א לפקודת הראיות לא תהא שלמה אם אגבילה לגבולותיו של עולם המשפט על-פי דבורקין. אני מבקש אפוא לבחון, ולו בקצרה ובדרך של הצגת שאלות, את המדיניות השיפוטית הנקוטה לגבי סעיף זה.

לא ניתן לקבוע מדיניות שיפוטית (וגם זו של המחוקק) אלא על רקע של "עובדות חברתיות" מתאימות שעליהן ניתן ללמוד ממקורות שונים²⁹. עובדות כאלה הדריכו הן את המחוקק בקביעת הוראותיו של סעיף 10א והן את שופטי בית-המשפט העליון בבואם להקנות משמעויות חדשות להסדר שנקבע באותו סעיף. המדיניות השיפוטית בנוגע לסעיף זה, אשר קבעה, בסופו של דבר, את תוכנו, נתבססה על כמה עובדות והנחות. כאן המקום למנות עובדות והנחות אלה ולהציב בצדה של כל אחת מהן את השאלות שהיא מעוררת.

(1) במשפטים פליליים לא מעטים עדי-תביעה מרכזיים נמנעים מלהעיד נגד נאשמים.

בכמה משפטים? האם באמת חלה ירידה כלשהי בשיעורן הכללי של הרשעות? (2) הסיבה העיקרית ל-(1) נעוצה בהפחדת עדים על-ידי נאשמים ודורשי טובתם. האם ניתן לאמת זאת? כמה נאשמים הפחידו כמה עדים? בכמה משפטים מתוך כמה?

(3) האימות הנדרש הוא דבר קשה, ואולי אף בלתי-אפשרי, שכן הפחדת עדים נעשית מטבעה בדרכים נסתרות ואינה ניתנת, בדרך-כלל, להוכחה. מסיבה זו, למשל, סעיף 10א(ב) לא ניתן כמעט להפעלה אף לאחר שפורש בדרך שהחלישה במידה מירבית (בהתחשב בלשון הסעיף) את מנגנון הנעילה של שערי הקבילות. מרכז הכובד עבר לסעיף 10א(א) ועל-כן יש להגמיש באופן מירבי את תנאי קבילותן של אמרות שנקבעו באותו סעיף.

האמנם? כיצד תיזה זו עולה בקנה אחד עם ההצלחות שרשמה המשטרה בפיענוח פשעים רבים, שמורכבותם ותחכום ביצועם אינם ניתנים לכל השוואה עם הפחדת עדים, באופן שהביא להרשעתם של מבצעי הפשעים הללו? האם נעשו נסיונות כלשהם לחקור את כל אותם המקרים של "הפחדת עדים"? האם נפתחו בכלל תיקי-חקירה? כמה?

(4) הדינמיקה של חקירה משטרתית, ובמיוחד תנאי הלחץ שלה, מחייבים לעתים קרובות רישום מקוצר של דברי הנחקרים. דברים אלה נרשמים על-ידי שוטרים

28 שם, בעמ' 152-155.

29 על הקשיים הכרוכים במציאתן של עובדות חברתיות ראה א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (תל-אביב, התשמ"ז) 249-246; J. Monahan & L. Walker, "Social Authority: Obtaining, Evaluating and Establishing Social Science in Law" 134 U.Pa.L.R. (1986) 477.

מיומנים ומהימנים, ורישומיהם משקפים את מה שנאמר על-ידי הנחקרים. הגשת רישומיהם כראיות נגד נאשמים אינה כרוכה בסכנה של עיוות-דין. יש אפוא מקום להתיר את הגשתם של רישומים כאלה כאמרות בכתב במסגרת סעיף 10א. ראשית, מדוע לא להרחיב את השימוש בהקלטות-סתר, שאף הן, כידוע, מספקות אמרות ב"כתב" לצורך סעיף 10א³⁰? ומי לידינו יתקע שרישומיהם המקוצרים של שוטרים אכן יכללו את כל הפרטים הנחוצים? יש להניח, כי כאשר מדובר בפרטים הנוטים להפליל את החשוד בהתאם לתחושת החוקרים, היד הרושמת לא תחסוך במלים. אך מה בנוגע לרישומם של פרטים העשויים לסייע בידי הנאשם וסניגורו בניגוד לתחושת החוקרים?³¹ האם אין כאן משום העלאתה של חזקת הכשרות החלה על מעשי מנהל (*omnia rite acta esse praesumuntur*) לדרגה של עובדת-חיים? (5) ניסיון להשיב לחלק משאלות אלה ולעצב מדיניות כוללת, הן ביחס לסעיף 10א והן ביחס לדיני-הראיות בכללותם, מצוי בדבריו של השופט ברק בפרשת טובול:

ראשית, רב אמוני במערכת בתי המשפט בישראל, שתוכל להבחין

30 ראה ע"פ 869/81 שניר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 169, 239; ע"פ 323/84 שריקי נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(3) 505. פסק-הדין האחרון מבהיר גם שמודעותו של מוסר האמרה לכך שזו עתידה לשמש ראיה בחקירה או במשפט איננה תנאי לקבילותה של אותה אמרה. ראה גם ע"פ 594/86 שלוש נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 824. לדיון ממצה בטיבה ההוכחתי של הקלטה ראה נ' זלצמן, "סליל הקלטה כמסמך והדרישה הראייתית לכתב" עיוני משפט יב (התשמ"ז) 77.

31 השווה לדבריו של השופט ש' לויין בפרשת טובול (לעיל, הערה 8, 360 מול האות א'). Jerome Skolnick, בספרו הנודע: *Justice without Trial: Law Enforcement in Democratic Society* (New-York, 2nd ed., 1975) עמד על נטייתם של חוקרי-משטרה לתחום גבולות מוסריים בין הדין הפלילי המהותי לבין הוראות הדין הפרוצדורלי. לפי השקפתם של אותם חוקרים, הוראות הדין מהסוג הראשון באות לאפשר לשלטונות להטיל מרות ופיקוח על פושעים. הוראות הדין מהסוג השני נועדו לפקח על זרועות השלטון ולרסן את פעולתן. חוקר-משטרה שבמסגרת תפקידו הפר כלל פרוצדורלי זה או אחר איננו נתפש כראוי לסטיגמה כיוון שהוא פעל ב"מישור מוסרי שונה". במישור זה, "חזקת הרגולריות" המנהלית באה במקומה של חזקת החפות: כאשר חוש מומחיותו של החוקר מובילו למסקנה בדבר אשמת החשוד, משמעה של "חזקת הרגולריות" הוא חזקת האשמה. אף שוטר, כמובן, לא יטען פומבית שבירורה השיפוטי של אשמת החשוד יהווה בזבוז משווע של כספי ציבור. עם זאת, האמירה "We do not charge innocent men" בדרך-כלל שגורה בפיו של כל חוקר-משטרה. לדברי סקולניק,

The policeman views criminal procedure with the *administrative bias of the craftsman*, a prejudice contradictory to due process of law. That is, the policeman tends to emphasise his own expertness and specialized abilities to make judgments about the measures to be applied to apprehend 'criminals', as well as the ability to estimate accurately the guilt or innocence of suspects. He sees himself as a craftsman, at his best, a master of his trade. As such, he feels he ought to be free to employ the techniques of his trade, and that the *system* ought to provide regulations contributing to his freedom to improvise, rather than constricting it. There is in his attitude toward judges, for instance, a sentiment akin to that of Shaw's epigram, "Those who can, do; those who cannot, teach". Like other doers, he tends to be resentful of critics who measure his value by abstract principles rather than the 'reality' of the world he knows and lives and sees.

שם, בעמ' 196-197 (ההדגשות נעשו במקור — א' ש').

בין אמת לשקר. שנית, מאמין אני כי זרועות החקירה בישראל פועלות על-פי הדין ואין בהן שיטה מכוונת של הטעיית בית המשפט. שלישית, הדרך להילחם כנגד תופעות בודדות של התנהגות משטרתית פלילית אינה בפסילתה של הראיה אלא בהעמדתם לדין של השוטרים העבריינים. אכן אין כל אפשרות לבנות מערכת של דיני ראיות על בסיס ההנחה כי זרועות החקירה מייצרות עדויות שקר, ועל בסיס ההנחה, כי בית המשפט אינו מגלה "יצירת" שקר זו. אם זו ההנחה, יש לבטל את סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש] כולו, ויש לעצור את מהלכה של ההתפתחות ההיסטורית, המוליך מ"דיני קבילות" ל"דיני משקל". אכן, על בסיס הנחות אלה, גם דרישה של רישום מדויק ודווקני של אמרת עד לא תועיל, שכן מה ימנע מהמשטרה מלהמציא רישום כזה. עלינו לבנות את דיני הראיות שלנו על בסיס ההנחה שהחקירה מתנהלת כדין והשפיטה מפעילה שיקול-דעתה כדין. הנחה זו אינה רק עניין תיאורטי. אני סבור, כי היא משקפת את המציאות. הממצאים שהועלו על-ידי ועדת החקירה [של שיטות החקירה של השב"כ – א' ש' הצביעו, לדעתי, על מספר קטן של פירות רקובים בסל מלא פירות בריאים. כמובן, תמיד יש חריגים, וחוששני, כי תמיד יהיו חריגים. כנגד אלה יש להילחם כמו נגד כל תופעה עבריינית, אך אסור שתופעה חריגה זו תמנע מאתנו לעצב לעצמנו דיני ראיות מודרניים, המשקפים את המחקרים החדישים ביותר והתואמים את אופיה המקצועי ואת רמתה הגבוהה של השפיטה בישראל³².

כמה "פירות רקובים" מצויים באותו סל? האם נעשו נסיונות של ממש לבערם וכיצד מתקדמת מלאכת הביעור? שאלות אלה מתעוררות בין היתר נוכח העובדה שהטיפול בשוטרים עבריינים אינו דומה, בלשון המעטה, לטיפול המשפטי בעבריינים רגילים. מה עלה בגורלם של חוקרים שכדי להשיג הודאות בכל מחיר נהגו באלימות או בלחץ פסול אחר כלפי נחקריהם? מה עלה בגורלם של כל אלה שניהלו מערכות-רישומים פגומות ואף כוזבות או שלא ניהלו רישומי חקירה בכלל? מה, למשל, עלה בגורל האחראים לפגמים השונים, שבחלקם היו חמורים למדי, אשר נפלו לכאורה (ואף למעלה מכך) במהלכן של החקירות בפרשות של ארצי, ליבוביץ', נחום, ברנס, שרף, ביבס, סלימאן, אבו-מדיג'ם, אבו-סנינה, חטיב, ועקנין, חזן, אברושמי, בדש וסבאח³³? האם האחראים לפגמים אלה ואחרים נענשו? האם הם התקדמו מאז בסולם-הדרגות והגיעו למשרות רמות

32 לעיל, הערה 8, 357; ראה גם ברק (לעיל, הערה 29), 502.

33 ע"פ 273,264/65 ארצי נ' היוה"מ, פ"ד כ(1) 225; ע"פ 412/70 לייבוביץ' נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(2) 225, 234-230; ע"פ 344/75 נחום נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(1) 659, 664; ע"פ 127/76 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 507, 518; ע"פ 847,868/77 שרף נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 432, 436; ע"פ 15/78 ביבס נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 64, 76; ע"פ 260/78 סלימאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2) 204, 208-206; ע"פ 183/78, 191/79 אבו-מדיג'ם ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 533; ע"פ 369/78 אבו-מדיג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 376; אבו-סנינה ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 505; ע"פ 240/84 חטיב נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(2) 29; ע"פ 242/85 חזן ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1)

בזרועות החקירה שלהן הם משתייכים? ואגב, מדוע פסקי-הדין של בית-הדין המשמעתי של משטרת ישראל אינם זוכים לפרסום ברבים באופן שכולנו נדע מיהם ה"פירות הרקובים"; ושכל סניגור, הנתקל ב"פרי רקוב", יוכל לזהותו ולהזהיר את בית-המשפט הן בנוגע לשיטותיו והן באשר למהימנותו כעד? באיזו מידה ניתן לסמוך על המנגנון שברוב המקרים חוקר ושופט את עצמו הרחק מעינו של הציבור? האם נעשתה אי-פעם השוואה כלשהי בין מספרם של המקרים שבהם נמצאו פגמים חמורים בחקירה משטרתית לבין מספרן הכולל של הפחדות עדים? דומה, כי ללא בדיקה יסודית ומקיפה של נושאים אלה לא ניתן לסווג אירועים אחדים (כגון הפחדת עדים) כ"תופעה", ואילו התרחשויות אחרות (כגון אלימות משטרתית ורישום כוזב או סלקטיבי של דברי עדים וחשודים) כ"תקלות" חריגות. סיווגם הנכון של דברים הוא חשוב, שכן מדיניות שיפוטית כוללת צריכה להתמודד עם תופעות חברתיות ולא עם תקלות מקריות ובודדות. לפיכך, אם אכן נגזר על שופטינו להשעין את החלטותיהם על מדיניות, מן הראוי שזו האחרונה תיקבע לאחר חקירה ודרישה מקיפות, כשבפני מעצביה תמונת-מצב מלאה ומדויקת וכשכל הפינות של חיי החברה שלנו מוארות במידה מירבית ושווה.

כיצד, למשל, ניתן ליישב בין הנחותיו האופטימיות של השופט ברק בנוגע למילוי חובות הרישום על-ידי חוקרי המשטרה, לבין הערות-האזהרה שנרשמו בעניין זה על-ידי בית-המשפט העליון בשורה ארוכה של מקרים? אף שהערות-אזהרה אלו לא יצאו בדרך-כלל מכלל אזהרה וטרם הולידו זכויות-קניין לנאשמים, מן הראוי שלא לפסוח על הדברים הבאים שנאמרו באחרונה על-ידי השופט בייסקי:

תשובות אלה [של חוקרי המשטרה — א' ש'] לא רק שאינן מניחות את הדעת, אלא שהן מלמדות שוב על הטרוניות שהופנו כלפי חוקרי המשטרה פעמים אין ספור על שאינם מקיימים החובה בדבר רישום מלא ומדויק של מהלך החקירה. כבר לפני שנות דור אמר בית-משפט זה [כ"ן] "חובה פשוטה ואלמנטרית, מבחינת סדרי נוהל תקינים (אם לא מבחינת צרכי ניהול ענייני הצדק), מוטלת על כל איש משטרה לרשום בתיק החקירה תרשומות בדבר כל שיחה שניהל עם החשוד...". מסתבר, שדברים אלה טרם חדרו לתודעת כל החוקרים ונזדמן לנו כבר לומר, כי על-ידי כך המשטרה לעתים "מכלכלת ומקלקלת" את החקירה; ואף הועלה החשש, כי ייתכנו מקרים בהם אי-ניהול רישום מסודר ומדויק של כל שלבי החקירה עלול לפגום ואף להביא לידי פסילת הודעות מהותיות. יש להצטער, כי על-אף כל ההערות, ההדרכות וההזהרות עדיין יש חוקרים שאינם ממלאים חובותיהם כיאות וכמחוייב.³⁴

512; ע"פ 154/85 אברושמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 387; ע"פ 201/86 בדש נ' מדינת ישראל,

פ"ד מ(4) 281, 285-286; ע"פ 334/86 סבאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 857, 863-864.

34 ע"פ 334/86 סבאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 857, 864. השופט בייסקי גם חזר על דבריו של השופט

ח' כהן (כתארו אז) אשר נאמרו בע"פ 559/77 נארי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 180, 182:

כשמתרבים והולכים המקרים אשר בהם מכלכלת (ומקלקלת) המשטרה את חקירותיה תוך

דומה אפוא, כי מדיניותו של השופט ברק לגבי עיצובם של דיני-הראיות בפלילים איננה עומדת על תשתית איתנה של עובדות חברתיות, שכן עובדות אלה אינן ברורות כלל ועיקר. מדיניות זו נשענת בעיקרה על כמה הנחות נורמטיביות באשר למצב הדברים הראוי. גם אמונו הבלתי-מסויג ביכולתם של שופטי ערכאות-הדיון להגיע לחקר האמת אף באותם מקרים שבהם נעשים נסיונות להטעותם, נראה בעיני אופטימי למדי. שופט, ככל אדם, אינו ניחן בכוחות-על קוגניטיביים מתוקף נשיאת משרתו הרמה³⁵. אמונו זה של השופט ברק נראה אף תמוה על רקע הציטוט שלו מדברי הוועדה שחקרה את שיטות החקירה של השב"כ. ועדה זו, כזכור, הביעה פליאה על כך ששיטת ההטעה של בתי-המשפט, שהיתה נקוטה בידי חלק מאנשי החקירה, שרדה במשך שש-עשרה (!) שנים.

מדבריו של השופט ברק משתמע גם, שהמדיניות השיפוטית בה עסקיןן צריכה להיקבע על יסוד אחת משתי אלו: ההנחה המטילה ספק תמידי ברשויות החקירה והמשפט וההנחה בדבר האמון בהן. לשיטתו, דיני-ראיות מודרניים אינם ניתנים לעיצוב אלא על יסוד ההנחה השנייה אשר דוחה את הראשונה. דא עקא, שתי הנחות אלו אינן ממצות את קשת האפשרויות הקיימות, שכן ניתן גם שלא להניח שום הנחה לכאן או לכאן. אני אומר זאת כיוון שלא רק הנחת אי-האמון, אלא גם הנחת האמון, איננה עולה בקנה אחד עם דיני הראיות הראויים. בצדק אמר השופט ברק, שהנחת אי-האמון עלולה לשתק את מערכת-המשפט, והדברים אינם חדשים³⁶. אך גם הנחת האמון מסוכנת לא פחות. הנחה זו עלולה להביא את הפועלים על-פיה לעיוורון ממוסד ולחוסר-רגישות לעיוותים. אמנם הדבר אינו יכול לשתק את מערכת-המשפט, אך הוא בהחלט יכול לפגוע הן בחוסנה המוסרי והן בתדמיתה בעיני הציבור.

כדי לעצב דיני-ראיות מודרניים, בין בדרך של יצירת מסגרות חדשות ובין בדרך של פירוש מסגרות קיימות, לא דרושות לנו שום הנחות מוקדמות. הנחות כאלה יכולות רק להזיק, וזאת במיוחד כאשר הן מושתתות על מידע שניתן להציב בצדו סימני-שאלה עבים ורבים. מה שדרוש לנו הוא, קודם כול, מודעות ועירנות לסיכונים הכרוכים, בשל חוסר-ודאות, בהכרעות עובדתיות במשפטים לא מעטים. מה שדרוש לנו עוד הוא מנגנוני-הגנה יציבים מפני סיכונים שאינם רצויים במיוחד וכן פיקוח שיפוטי נאות על הליכי חקירה שונים. דיני-הראיות שלנו מספקים, במידת

כדי התעלמות מהנחיותיו והוראותיו של בית-משפט זה, הגיע הזמן שנפחית ממשקלן של ראיות אלה שהושגו שלא כהלכה, עד כדי אפס ...

35 ראה, J. Frank, *Courts on Trial* (Princeton, New Jersey, 1949) chs. 3 & 10.

36 השווה לדבריו של הארווי:

I suppose there never was a more slapdash, disjointed and inconsequent body of rules than that which we call the Law of Evidence. Founded apparently on the propositions that all jurymen are deaf to reason, that all witnesses are presumptively liars and that all documents are presumptively forgeries, it has been added to, subtracted from and tinkered with for two centuries until it has become less of a structure than a pile of builder's debris. C.P. Harvey, *The Advocate's Devil* (London, 1958) 79.

הצלחה זו או אחרת, את שני הדברים האחרונים. אני רחוק מאוד מלטעון שזהו המצב האידיאלי. טענתי היא, שכל ויתורנו על מנגנוני ההגנה והפיקוח הקיימים צריך להיות מלווה בהקמת מנגנונים חדשים ויעילים יותר. כאשר הנחת ארון כה גורפת באה כתחליף לאותם מנגנונים יש בהחלט מקום לאי-שקט ולדאגה.

השופט ברק עמד גם על מהלכה של "ההתפתחות ההיסטורית", אשר מוליך מ"דיני-קבילות" ל"דיני-משקל". אין ספק, שכוונתו היתה למעבר מכללי הקבילות לשאלות של משקל — מעבר שעיקרו הוא דווקא ביטולם של כל "דיני-המשקל" — דינים המתיימרים לייחס מראש משקל מועט או אפסי לסוגי ראיות שונים. "ההתפתחות ההיסטורית" שעליה דיבר השופט ברק אכן אירעה בכמה שיטות-משפט נאורות והביאה עמה ביטול של כמה מ"דיני-המשקל". היא לא נגסה בערכי-היסוד של אותן שיטות-המשפט ולא ביטלה עדיין את הפיקוח השיפוטי על חקירות המשטרה ואת זכויות-היסוד של הנאשם, כמו הזכות לחקירה נגדית³⁷. ביסודה של התפתחות זו עומדת תפישה דיונית המבוססת על שקילתן הקונקרטית של ראיות. אין תפישה זו תובעת את הסרתן הכללית של חסינויות מפני סיכונים ואין היא מסמנת מעבר ממשטר של זכויות למשטר של אי-זכויות³⁸.

כל זה מביא אותי לנושא האחרון שלנו — ההשתחררות השיפוטית מכללי ראיות נוקשים תוך מעבר להערכתן החופשית של ראיות, לשיטת הדיון שנהוג לכנותה בשם "חופש ההוכחה". זהו נושא נכבד שליבנו דורש כמה ימי-עיון ולא יום-עיון אחד³⁹. הערותי הבאות תתייחסנה אפוא רק לשאלה המרכזית נשוא יום-עיון זה: היש מקום להכשרה סיטונית של אמרות-חוץ כראיות נגד נאשמים שלא בכפיפות לזכותם לחקור את מוסרי האמרות באופן מלא? בהקשר זה יש עמנו מקום לשאול: "חופש ההוכחה" — חופש של מי וממה?

חופש ההוכחה מביא בהקשרנו לכמה תוצאות. ראשית, חופש זה משמעו החלשה משמעותית של הפיקוח השיפוטי על דרכי החקירה המשטרית — פיקוח

37 ראה, למשל, סעיף 6(3)(d) ל-European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights: ... to examine or have examined witnesses against him ...

38 ראה W.L. Twining, *Rethinking Evidence* (Oxford, 1991) ch.6 ; להשוואה מעולה בין שיטות הדיון הנהוגות בעולם המשפט האנגלו-אמריקאי מחד גיסא, וכיבשת אירופה מאידך גיסא, ראה M. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority* (Yale University Press, New-Haven & London, 1986). העדרם של כללי פסילה נוקשים באותן שיטות משפט אשר מקיימות פיקוח שיפוטי אינטנסיבי על חקירות משטריות איננו דבר מפתיע. ניתן בהחלט לחשוב על הנהגת הסדר דומה גם אצלנו, אך זאת בתנאי שנאמצו בכללותו ולא רק באופן חלקי, בדרך של ויתור על כללי הפסילה הקיימים בלבד.

39 ראה J. Weinstein, "Some Difficulties in Devising Rules for Determining Truth in Judicial Trials, 66 Colum. L. R. 223 (1966); L.J. Cohen, "Freedom of Proof", in W.L. Twining (ed). *Facts in Law*, 16 ARSP 1 (Wiesbaden-1983) 38; הערה K.H. Kunert, "Some Observations on the Origin and Structure of Evidence Rules under the Common Law System and the Civil Law System of 'Free Proof' in the German Code of Criminal Procedure" 16 Buffalo L. R. (1966-67) 122. ראה גם Stein, "Bentham, Wigmore and Freedom of Proof" 22 Israel L. R. (1987) 245

שנתקיים עד כה, ולו באופן מוגבל, במסגרתם של כללי הקבילות הראייתיים. חופש כזה משחרר במידה רבה את ידי המשטרה בכל הקשור בגביית הודעות מעדים ומחשודים, לרבות דרכי השגתן ורישומן של הודעות אלה. חופש זה מביא גם להסרת חסינותו של הנאשם מפני סיכונים של משגה אשר כרוכים בהסתמכות על ראייה מפלילה שלא נבחנה בחקירה הנגדית. נוסף על כך, חופש זה מביא להפקעתו של חלק ניכר מכוח השפעתו של הפרט על תוצאות משפטו. חופש הוכחה כזה, להבדיל מוויתור על כללים טכניים שונים בנוגע לראיות, איננו רצוי בעיני כלל ועיקר. אם זוהי אכן "התפתחות היסטורית" אשר מוליכה ל"דינאמיות מודרניים", מן הראוי אולי לשנות את כיוון ההתפתחות ולהיות פחות מודרניים⁴⁰.

40 השווה א' הרנון, דיני ראיות, חלק ב', 151-152 (ירושלים, התשל"ז); א' הרנון, "היש מקום למהפכה בדיני הראיות? משפטים יב (התשמ"ב) 575, 585-587. הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (תיקון מס' 9), התש"ן-1990 (סה"ח התש"ן, 71) עשויה לשפר במידה מסוימת את המצב המשפטי השורר היום. לדעתי, השינויים המוצעים בהצעה זו הינם רחוקים מלהשביע רצון ומי שיסכים עם התיזה אשר הועלתה במאמר זה ימצא בקלות את הסיבות לכך. דיון בפרטי ההצעה (המוסברים היטב בדברי ההסבר שלה) חורג מהמסגרת הנוכחית.

כמה סוגיות מיוחדות אשר קשורות בהפעלת סעיף 10א, כגון קבילותן של אמרות שניתנו על-ידי קרובי הנאשמים וקטינים והיחס שבין ההסדר נשוא הסעיף לבין זה בדבר גביית המוקדמת של עדות, אף הן נופלות מחוץ למסגרת שקבעתי לעצמי. חלק מסוגיות אלה נדונו על-ידי נ' זלצמן, לעיל הערה 18; נ' זלצמן, "גביית מוקדמת של עדות, אמרה בכתב והחקירה הנגדית בהליך פלילי" עיוני משפט ח (התשמ"ב) 584; ד' פלפל, "אמרה של עד מוזרן לכותלי בית המשפט ודבר ה'חזיון' הפרקליט לד (התשמ"ב) 488. קבילותה של אמרת קרוב נדונה לאחרונה בע"פ 228,287/87 כרמי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 332.