

## "עד חסוי" ו"הגנה מלאה" לנאשם — כיצד ?

(ע"פ 514/69 פלוני נ. מדינת ישראל וערעור שכנגד, כ"ד פד"י (1), 477)

### א. הצגת הבעיה

בפרשת פלוני<sup>2</sup> התעוררה זו הפעם הראשונה<sup>3</sup> שאלת ביצוע, הלכה למעשה, של סעיף 38 לחוק דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), תשי"ז—1957.<sup>4</sup> וזו לשונו של הסעיף:

"38. היה בית־משפט השומע משפט בעבירה לפי הפרקים השני או הרביעי לחוק

זה סבור כי בטחון המדינה מחייב שמירת סודיות במידה שאין להשיגה

באמצעים על־פי כל דין אחר, רישאי הוא לצוות —

(1) כי הנאשם או סניגורו לא יהיו נוכחים בהליך מסויים או לא יעינו

בראייה מסויימת;

(2) כי בית־המשפט ישב, בהליך מסויים, במקום שמחוץ לבנין בית־המשפט;

(3) כי דבר שנאמר או ראיה שהוגשה בהליך מסויים, יישמרו בסוד, באופן

ובמידה שבית־המשפט יקבע;

ובלבד שבית־המשפט לא ישתמש בסמכותו לפי פסקה (1) אם לא הובטח

להנחת דעתו שתהא לנאשם הגנה מלאה, לרבות סניגור שנתמנה על־ידי בית־

המשפט או נבחר על־ידי הנאשם במקום הסניגור שייעדר או שלא יעיין

בראייה כאמור."

המערער הואשם והורשע במסירת ידיעות סודיות בכוונה לפגוע בבטחון המדינה,

שהיא עבירה לפי סעיף 28(ב) לחוק, ובקיום מגע בידוע עם סוכן זר וללא הסבר סביר,

שהוא עבירה לפי סעיף 24(א) לחוק.<sup>5</sup> במהלך המשפט נשמעה עדותו של אחד מעדי

1 להלן — פרשת פלוני.

2 מחוק פסק־הדין הותר לפרסום רק חלק מדברי השופט חיים כהן, המתייחסים לסוגייתנו. דבריהם של הנשיא אגרנט ושל השופט קיסטר לא נתפרסמו.

3 ראה דברי השופט כהן שם, בעמ' 480, מול תאוד' של פסק־הדין.

4 סה"ח 235, תשי"ז, עמ' 172. להלן — החוק. השם המקורי היה חוק לתיקון דיני העונשין (בטחון המדינה), תשי"ז—1957, והוא שונה לשמו הנוכחי על־ידי החוק לתיקון דיני

העונשין (בטחון המדינה) (תיקון), תשכ"ז—1967, סה"ח 495, תשכ"ז, עמ' 42.

5 הערעורים נדחו בכפוף לביטול ההרשעה לפי סעיף 24(א) ובקיומם של ההרשעה וגנר־הדין

לפי סעיף 23(ב). בית־המשפט המחוזי יצא מן ההנחה המוטעית, שהנאשם הואשם גם בעבירה

לפי סעיף 24(א) המתוקן על־ידי החוק לתיקון דיני העונשין (בטחון המדינה) (תיקון),

תשכ"ז—1967, בעוד שבשעה שהמערער קיים מגעו עם הסוכנים הירדניים היה בתוקף

סעיף 24(א) המקורי, אשר לא יצר עבירה עצמאית אלא קבע חוקה משפטית, העשויה לשמש

התביעה בהיעדרו של המערער, על-פי הוראת פסקה (1) של סעיף 38 הנ"ל; אולם סניגורו נשאר באולם ביהמ"ש, שמע את העדות ואף חקר את "העד החסוי" חקירה שכנגד. כך הובטחה — להנחת דעתו של ביהמ"ש המחוזי — "ההגנה המלאה", הדרושה לפי הסיפא של סעיף 38 לחוק.

אחת מן השאלות המרכזיות שהועלו בערעור זה היתה, האם הובטחה הגנתו המלאה של המערער לנוכח טענת סניגורו, שהאיסור לגלות לנאשם את זהותו של העד ואת תוכן עדותו מגע בעדו מלקבל מן הנאשם את ההוראות העובדתיות שהיו דרושות לו לשם ניהול חקירה שכנגד יעילה, עניינית ושלמה.

בפסק-דינו מבחין השופט ח. כהן בין מקרה שבו מודה הנאשם בקיום המגע עם הסוכן הזר, אך חפץ ליתן הסבר למגע זה — שאז יש צורך במתן הוראות ענייניות או עובדתיות מיוחדות לסניגור כדי לאפשר לו לנהל חקירה שכנגד יעילה ושלמה, לבין מקרה שבו כופר הנאשם בקיום המגע מעיקרו (כפי שהיה במקרה דנן) — שאז אין צורך במתן ההוראות כאמור, שכן החקירה צריכה להיות מכוונת במקרה כגון זה לערעור מהימנותו של העד. מכיוון שהסניגור אמנם נקט דרך זו בחקירתו "על-מנת להראות שיש בלבו של העד טינה נגד המערער, ושהעד מלשין מנוסה הוא וברוק, וכיוצא באלה סימני היכר לאדם העונה ברעהו עד שקר", נמצא שהעדות נבחנה כדבעי ובכך — קובע השופט כהן — הובטחה לו למערער "ההגנה המלאה" הנדרשת על-ידי החוק כתנאי מוקדם להפעלת סמכותו של ביהמ"ש על-פי פסקה (1) של סעיף 38.

מטרתה של רשימה זו היא לנסות לברר את משמעותו של סעיף 38 לחוק ואת השלכותיו בתחום דיני הראיות והדיון הפלילי ולהוכיח, לאור מסקנות ניתוח הסעיף, כי הבחנתו של השופט כהן בין נאשם המכחיש מגע עם סוכן זר לבין נאשם המודה בקיום מגע כזה אך הרוצה להסבירו אינה עומדת במבחן הביקורת.

### ב. סעיף 38 לחוק: "תפשת מרובה לא תפשת"

1. כוונת המחוקק. עיון בנוסחו של סעיף 38 (שכותרתו היא "סודיות הדיון") ילמדנו עד מהרה, כי ה"ratio legis" שלו הוא ההגנה על האינטרס של בטחון המדינה באמצעות השמירה על סודיות הדיון.<sup>6</sup> במידה שהדבר מחוייב על-ידי האינטרס של ההגנה על

הוכחה בלבד למסירת ידיעה סודית; ומובן שאין לתיקון החוק תוקף רטרואקטיבי. ראה פרשת פלוני, שם, עמ' 479–480.

6 כך נקרא העד בפסק-דינו של ביהמ"ש המחוזי, בפי הפרקליטים ובפסק-דינו של השופט כהן, וכך נבנהו אף אנו.

7 פרשת פלוני, עמ' 481. על הבחנתו של השופט כהן, ראה שם, עמ' 480–481.

8 השווה לסעיף 35 להצעת החוק, ששמה היה הצעת החוק לתיקון דיני העונשין (בגידה וריגול), תשי"ז–1956, הי"ח 275, תשי"ו, עמ' 2, שכותרתו היא "סגירת דלתים", וזו לשונו: "(א) בית-המשפט רשאי לצוות, בכל שלב של דיון בעבירה לפי חוק זה, על דיון בדלתיים סגורות ועל סדרי דיון אחרים שיש בהם כדי להבטיח שמירה על הסודיות הדרושה לבטחון המדינה.

(ב) ציווה בית-המשפט כאמור, רשאי הוא להרשות לאדם או לסג בני-אדם להיות נוכחים בשעת הדיון, כולו או מקצתו.

(ג) המפרסם דבר מתוך דיון שהתנהל בדלתיים סגורות לפי סעיף זה, דינו כדיון המבזה את בית-המשפט."

מתוך דברי ההסבר לסעיף (שם, עמ' 8), מתברר שמטרת הסעיף להרחיק קהל ממקום

בטחון המדינה, מבקש הסעיף להבטיח את השמירה על סודיות הדין תוך שימוש בשלושה אמצעים שונים. אמצעי אחד הוא איסור הפירסום<sup>9</sup>; האמצעי השני הוא קיום הליך מסוים מהליכי המשפט במקום שמחוץ לבנין ביהמ"ש; ואילו האמצעי השלישי (הנקבע כראשון על-ידי הסעיף) הוא האיסור על הנאשם או על סניגורו להיות נוכחים בהליך מסוים או לעיין בראיה מסוימת. ברישא של הסעיף ניתן למצוא שני תנאים מוקדמים להפעלת שיקולי-הדעת של ביהמ"ש אם להשתמש באחד או יותר משלושת האמצעים הגזכרים: (א) ביהמ"ש שוכנע, כי בטחון המדינה מחייב שמירת סודיות; (ב) ביהמ"ש שוכנע, שאין להשיג את שמירת הסוד באמצעים על-פי כל דין אחר<sup>10</sup>. ברם, המחוקק הוסיף וקבע בסיפא של הסעיף תנאי שלישי, המצטרף אל שני התנאים הקודמים והחייב להתקיים כשהמדובר בהפעלת סמכותו של ביהמ"ש על-פי פסקה (1) של הסעיף. אותו סייג קובע: "ובלבד שבית-המשפט לא ישתמש בסמכותו לפי פסקה (1) אם לא הובטח להנחת דעתו שתהא לנאשם הגנה מלאה<sup>11</sup>, לרבות סניגור שנמנה על-ידי בית-המשפט או נבחר על-ידי הנאשם במקום הסניגור שיעדר או שלא יעיין בראיה כאמור"<sup>12</sup>.

נמצא שבקבעו את הסייג לשימוש בסמכות ביהמ"ש לפי פסקה (1) עמד לנגד עיני

המשפט בשל טעמי בטחון. שר המשפטים דאן, פ. רוזן, בהציגו את ההצעה לפני הכנסת, אמר, כי "סעיף זה בא כמובן רק כדי לשמור על הסודיות במידה שהיא דרושה לבטחון המדינה". דברי הכנסת, כרך 21, עמ' 301. לקראת הקריאה השניה שונה שם ההצעה לחוק לתיקון דיני העונשין (בטחון המדינה), תשי"ז—1957, ואף סעיף 35 הנ"ל נוסח מחדש והופיע כסעיף 38, הוא הסעיף הנוכחי. ראה דברי הכנסת, כרך 22, עמ' 2566 ואילך. מן הדינים בכנסת אין להסיק דבר על הגורמים שהגיעו את הוועדה המשותפת של ועדת חוקה חוק ומשפט וועדת החוק והבטחון לשנות את גוסף סעיף 35 המקורי לגוסחו הסופי, כפי שהוא מופיע בסעיף 38 הנוכחי. בקריאה השניה אף לא הושמעו כלל דברי הסתייגות או התייחסות אל סעיף 38. ראה דברי הכנסת, שם, עמ' 2607—2609.

9 השווה סעיף 40(א) לחוק בתי-המשפט, תשי"ז—1957, סה"ח 233, תשי"ז, עמ' 148.

10 כגון, על-פי חוק בתי-המשפט, תשי"ז—1957, שם, סעיפים 38, 40.

11 ההדגשה שלי — ה. ש.

12 לענין מינוי סניגור במקומו של הסניגור שלא נוכח בהליך מסוים או שלא עיין בראיה מסוימת, נראה שאין התאמה מלאה בין סעיף 38 לחוק לבין סעיף 12 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965 (סה"ח 458, תשכ"ה, עמ' 161), המעמיד סייג לבחירת סניגור על-ידי נאשם (או למינויו על-ידי ביהמ"ש) בקבעו: "אישר שר הבטחון בכתב כי בטחון המדינה מחייב סייג זה, לא יהיה חשוד או נאשם זכאי להיות מיוצג — אם בהליכי חקירה ואם בהליכים לפני שופט או בית-משפט — אלא על-ידי אדם שאושר לפי סעיף 318 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו—1955". ההיגיון מחייב, שסעיף 38, המאפשר לביהמ"ש לאסור על סניגור לעיין בראיה מסוימת או להיות נוכח בהליך מסוים, מן הסתם לא התכוון להתיל איסור זה על סניגור המאושר לשמש סניגור בבתי-הדין הצבאיים לפי סעיף 318 הנ"ל; שהרי סניגור כזה (הוא הסניגור, שעל-פי סעיף 12 לחוק סדר הדין הפלילי מוסמך לייצג נאשם בהליכים המחייבים שמירה על בטחון המדינה), מה טעם שיוחלף בסניגור אחר — כפי שמתחייב מלשון הסיפא של סעיף 38 לחוק — שהוא הוא יהיה צריך להיות סניגור שאושר כאמור לעיל. אין זאת, כי אם סעיף 38 מדבר בסניגור שלא אושר לפי סעיף 318 הנ"ל; ואם כך, תמוה שאין הפנייה בסעיף 38 אל סעיף 12 לחוק סדר הדין הפלילי, הדורש לשם העמדת הסייג לבחירת סניגור אישור בכתב מאת שר הבטחון. מתוך שתיקתו של סעיף 38 עשויים להסיק, כי די בבקשת התביעה שאינה נתמכת כלל וכלל באישור כזה, אם כי אין כל טעם סביר שיצדיק הקלה כלשהי דווקא במקרה כזה.

המחוקק, בנוסף לאינטרס של בטחון המדינה, גם האינטרס של הגנת הנאשם; וזאת – כפי שנראה להלן – משום שהפעלת הסמכות לפי פסקה (1) מתיימרת לאפשר את קבילותה של ראייה חסויה. לשון אחרת: הדרושה ל"הגנה מלאה" לנאשם היא בבחינת תנאי-אין-בלתו להפעלת האמצעי הנקוב בפסקה (1). בכך מותר המחוקק בהכרח על שלמות הגנת האינטרס של שמירת הסודיות, בהותירו לתביעה הכללית ברירה: ברצותה תגיש היא אותן ראיות או תשמיע אותם עדים במחיר הפגיעה בסודיות; ברצותה תימנע מלהגיש אותן ראיות או מלהשמיע אותם עדים – ובכך תצליח להגן על שמירת הסודיות הדרושה לשם בטחון המדינה – וזאת תוך כדי סיכון שבשל הימנעות זאת לא תוכח אשמתו של הנאשם מעל ומעבר לכל ספק סביר ולכן הוא יזוכה. נראה, איפוא, שבמקרה של התנגשות בין שני אינטרסים ציבוריים חשובים – השמירה על סודיות לשם הבטחת בטחון המדינה מהד גיסא, והצורך בהגנה מלאה על זכויותיו של הנאשם מאידך גיסא – מוכן המחוקק, על אף שנפגמת בכך המטרה שהציב לעצמו בסעיף 38, לוותר במקצת על שלמות האינטרס של בטחון המדינה (כפי שהוסבר לעיל) לטובת עקרון ה"הגנה המלאה" לנאשם.

יש לשער, כי המחוקק הניח, שייחכנו מקרים גדירים ומסויימים בהם קבילותה של ראייה חסויה מפני הנאשם לא תפגע למרות הכל ב"הגנה המלאה" הדרושה לפי הסיפא של סעיף 38, דהיינו מקרים בהם האמצעי שנקבע בפסקה (1) עשוי לעלות בקנה אחד עם הסייג שנקבע בסיפא של הסעיף. להלן ננסה לראות, האם לא הביא הנסיון לשמור בעת ובעונה אחת על שני האינטרסים שנוכרו לסתירה פנימית בסעיף 38 ולפער ניכר בין המטרה שהציב לעצמו המחוקק לבין התוצאה הלא-רצויה שהשיג למעשה.

2. למחותו של "עד חסוי". מן הראוי לעמוד תחילה על משמעותה של פסקה (1) לאור עקרונות אחדים בדיני הראיות ובסדרי הדין הפלילי. על פי פסקה (1) ניתן, כאמור, למנוע מן הנאשם<sup>13</sup> מלעדין בראייה מסויימת או מלהיות נוכח בהליך מסויים. שמיעת עדותו של "עד חסוי" היא, איפוא, הפעלה סימולטנית של שתי ההגבלות האלה, ובכך ממוגת בתוכה את ההשלכות האפשריות של כל אחת מהן.

(א) איסור הנוכחות בהליך מסויים הוא חריג לכלל המקובל של נוכחות בעלי-הדין בעת ניהול המשפט, וליתר דיוק – נוכחותו של הנאשם. העקרון הזה הוכר על-ידי המחוקק, בקבעו בסעיף 116 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה – 1965,<sup>14</sup> כי "באין הוראה אחרת בחוק זה לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו". החוק מתיר לשפוט נאשם שלא בפניו במקרה שהוא נאשם בחטא או בעוון והודה בכתב בעובדות הנטענות בכתב האישום (סעיף 118(1)); או אם ביקש שמשפטו יתנהל שלא בפניו, והוא מיוצג על-ידי סניגור ובית-המשפט סבור שלא ייגרם לו בכך עיוות-דין (סעיף 118(2)); או אם הוא מפריע לדיוני ביהמ"ש (סעיף 120), כשבמקרה כזה יש צורך להביא לידיעתו ההליכים שהתנהלו שלא בפניו; או אם מדובר בעבירות קנס, שלגביהן רשאי שר המשפטים לקבוע, בתקנות, סדרי דין מיוחדים (סעיף 212); או כאשר מדובר בעבירות

13 או מסניגורו; אלא שבמקרה זה אין קושי מיוחד, שכן כאמור בסיפא של הסעיף מינויו של סניגור אחר לנאשם הוא בכלל ה"הגנה המלאה" הדרושה לשם הפעלת פסקה (1), ז"א, כתוצאה מהפעלת האמצעים המנויים בפסקה (1) מתעררות בעיות בנות-השלכה לגבי הנאשם בלבד.

14 פד"ח 458, תשכ"ה, עמ' 161.

תעבורה, שלגביהן נקבעו סדרי דין מיוחדים (סעיף 214(א)). בכל מקרה, נאשם שלא נוכח בהליך כלשהו יכול להודע עליו מתוך עיון בפרוטוקול, המשקף "את כל הנאמר והמתרחש... והנוגע למשפט" (סעיף 122). אמנם סעיף 38(ד) לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957<sup>15</sup>, מאפשר קיום דיון בדלתיים סגורות ומורה, כי ביהמ"ש רשאי במקרה כזה "להרשות לאדם או לסוגי בני-אדם להיות נוכחים בשעת הדיון, כולו או מקצתו". אולם נראה לנו, שלאור העקרון הכללי של נוכחות הנאשם, כפי שנקבע בסעיף 116 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, יש לפרש את צירוף המילים בסעיף 38(ד) לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957, כממעט את הנאשם. דומה שזה קו המחשבה שהגנתה את המחקק בקבעו את איסור הנוכחות בפיסקה (1) של סעיף 38 לחוק, שאם לא כן — הרי ניתן היה להסתפק בהוראתו של סעיף 38(ד) לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957<sup>16</sup>. כאילוטרציה לרעיון נוכחות הנאשם ניתן להביא את דבריו של השופט ויתקון, שנאמרו אמנם בענין שונה: "... נראה לי כי לפחות הזכות להיות נוכח ולדעת את החומר המובא לפני השופט-החוקר מן הזכויות היא, שאין לשלול, בדרך כלל, מ'האדם המעוניין בלי פגיעה בכללי הצדק הטבעי. אף לא מצאתי בהוראתו של החוק<sup>17</sup> המאפשרת ניהול החקירה בדלתיים סגורות רמו לכך, שאף את 'האדם המעוניין' מותר להוציא מכלל הדיונים"<sup>18</sup>. את הדברים האלה אפשר להחיל, cum grano salis, גם לענין נוכחות הנאשם. איסור הנוכחות יופעל בדרך-כלל במקרה של צורך לשמוע עדות מסויימת, אולם האיסור הנקוב בסעיף 38 מאפשר, למשל, גם השמעת פסק-דין שלא בפניו של הנאשם, או "ביקור במקום" של ביהמ"ש ללא נוכחות הנאשם, למרות שכל מה שהשופט רואה בזמן הביקור עשוי להיות ראיה במשפט<sup>19</sup>.

(ב) האיסור לעיין בראיה מסויימת, העשוי לחול על הנאשם, מעורר את שאלת זכות העיון של הנאשם בחומר החקירה שבידי התביעה<sup>20</sup>. זכות זו קבועה כיום בסעיף 67 של חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965. הכלל הוא, שהתביעה חייבת לאפשר לנאשם לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה שבידה, וזאת כדי לאפשר לו לעמוד, במידה פחותה או יתרה, על המשמעות האמיתית של חומר הראיות העשוי להיות מובא כנגדו ולהסתייע בעזרתו להכנת הגנתו. אמנם חומר סודי, אין על התביעה להתיר העיון בו (סעיף 71), אולם העקרון הוא שבכל מקרה בו לא ניתנה לנאשם הזדמנות לעיין בראיה מסויימת, אין להגיש ראיה כזו לביהמ"ש. רעיון אי-הקבילות של חומר שלא הותר בו

15 פה"ח 233, תשי"ז, עמ' 148.

16 חיווק לטענה ניתן למצוא בנוסח סעיף 35 של הצעת-החוק, שהרי ניתן היה לפי סעיף-קטן (ב) לאסור נוכחות. שינוי הנוסח, הבא לידי ביטוי בסעיף 38 הנוכחי, מלמד בעליל, כי לא קו מחשבה כזה נקט המחוקק. ראה גם הערת-שוליים 8 לעיל.

17 הכוונה לסעיף 24 לחוק לתיקון סדרי הדין הפלילי (חקירת פשעים וסיבות מוות), תשי"ח-1958, פה"ח 242, תשי"ח, עמ' 54. סעיף 225 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965 שינה את שם החוק, בעקבות ביטול הפרוצדורה של החקירה המוקדמת, לחוק חקירת סיבות מוות, תשי"ח-1958.

18 בג"צ 54/62 שאמא נ. שופט השלום, אשקלון, ט"ז פד"י (1), 729, בעמ' 742.

19 על "ביקור במקום" (view out of court) ראה הרגון, דיני ראיות, חלק ראשון, עמ' 178-180 והאסמכתאות המובאות שם, וכן Nokes, An Introduction to Evidence, 4th ed., p. 449.

20 על זכות העיון ראה חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, שם, סעיפים 67-74, וכן בג"צ 147/50 צינר נ. ראש אגף החקירות של המשטרה, ה' פד"י, 518.

העיון נקבע בסי' 70 לחוק והוא חל גם על חומר שלא ניתן לגלותו מטעמי בטחון המדינה (סעיף 71). עם זאת קובע סעיף 74, כי הוראות סימן ג' לחוק סדר הדין הפלילי (הסימן הדין בזכות העיון בראיות התביעה) אינן גורעות מהוראות סעיף 38 לחוק דיני העונשין, שבו עסקינן. סעיף 38 מאפשר, כאמור, את קבילותה של ראיה שלא ניתנה לנאשם ההודמנות הסבירה לעיניו בה, מכיון שעיון כזה היה פוגע בשמירת הסודיות הדרושה להגנת בטחון המדינה. בעוד שבסעיף 71 קובע חוק סדר הדין הפלילי, שראיות שלא ניתן לנאשם לעיניו בהן מחמת השמירה על בטחון המדינה (שהרי "חומר שאי-גילוי מותר או שגילוי אסור" כולל בחובו מכללא גם חומר החסוי מטעמי בטחון המדינה) אינן קבילות, הרי שבסעיף 74 הוא קובע למעשה את ההיפך. התוצאה ההכרחית היא לכן, שכל חומר החסוי מטעמי בטחון המדינה לא יהא קביל במשפט בגין כל עבירה שהיא למעט במשפט בגין עבירה לפי הפרק השני (הדין בבגידה, בסעיפים 7-13) ולפי הפרק הרביעי (הדין בריגול, בסעיפים 21-26) של חוק דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), תשי"ז-1957. הבחנה זו מקורה בהגנת המחוקק בחוק סדר הדין הפלילי, כי סעיף 38 לחוק דיני העונשין מהווה חריג לכלל הרחב, שאינו מאפשר קבילות של ראיה חסויה, יהא הטעם לחסיון אשר יהיה. כפי שנוכח להלן, סעיף 38 לא התיימר ליצור חריג לכלל הנוכח, והסתירה המתגלית בסעיף זה והמונעת הפעלתה למעשה של פסקה (1) שלו תוכיח לפחות, כי החריג הזה — אם הוא קיים — לא נוצר במישרין ובאופן מודע על-ידי המחוקק.

(ג) האיסור על העיון בראיה מסויימת משתלב בשאלה הקרובה לזו של זכות העיון, היא שאלת הראיות החסויות המתעוררת כסייג לזכות העיון לא רק בהליכים הקודמים למשפט, אלא גם בעת המשפט עצמו. במקרים מסויימים תיתכן סתירה בין אינטרס הציבור בגילוי כל האמת לאמתה בפני ביהמ"ש לבין אינטרס הצבור באי-גילוייה של ראיה פלוגנית: זו השאלה הסבוכה של קביעת התחום הראוי לראיות חסויות<sup>21</sup>. הכלל הוא, שכל אחד חייב להיענות לקריאה לתת עדות או להציג מסמך שברשותו. במקרים מסויימים מתיר החוק לעד לסרב לענות על שאלות מסויימות או להציג מסמך שברשותו. לפי המשפט המקובל יש לכתר חסיון — כזכות פררוגטיבית (privilege) — שלא לגלות ראיות במשפט כלשהו מטעמי אינטרס הציבור (מוכרים גם חסיונות אחרים שאינם של הכתר, כגון החסיון מפני הפללה עצמית, ועוד)<sup>22</sup>. הפסיקה בארץ ראתה בדיני החסיון — לרבות החסיון מטעמי אינטרס הציבור — חלק מן המשפט המקובל, אשר נקלט במשפט ארצנו על-ידי סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ה-1948, בכפוף לשינויים הנובעים מהקמת המדינה ורשויותיה<sup>23</sup>. בדרך כלל, תנאי להפעלת החסיון היא הצגת תעודה של שר, המעידה כי הראיה חסויה בשל אחד מהטעמים המוכרים על-ידי הדין.

21 ראה מא"י, "דין סודי במסמכים חסויים", הפרקליט, כרך י"ג, עמ' 295. השווה לגדולי, "סודות המדינה בדיני ראיות", (1955) חוק ומשפט, מס' 14, עמ' 1.  
22 *A.G. v. Newcastle upon Tyne Corporation* [1897] 2 Q.B. 834, 395 ראה גם: *Duncan v. Cammel, Laird & Co. Ltd.* [1942] A.C. 624. בפסק-דין זה דן בית-הלורדים בהרחבה בסוגיית הראיות החסויות בעיקר מטעמי טובת הציבור (public interest) והוא אוזי-כר גם בפסיקה הישראלית.  
23 ע"א 65/57 העצני ג. בן-גוריון, י"א פד"י, 403. ראה גם רובינשטיין, "הפררוגטיבה בישראל (חלק שני)", הפרקליט, כרך כ"ג, עמ' 465, בעמ' 474-476.

אחד הטעמים — החשוב לצורך ענייננו — הוא הצורך בהגנה על בטחון המדינה. עקרון זה הוכר בשורה ארוכה של פסקי-דין, בהם סירבה המדינה לגלות ראיות או לנמק את מעשיה מטעמי בטחון<sup>24</sup>. יצויין, כי האמור לעיל אינו נוהג לגבי כל סוגי החסיון. יש שהחסיון הוא אישי, ואם בעליו ויתר עליו, במפורש או מכללא, הראיה קבילה, למשל, במקרה של חסיון נגד הפללה עצמית או של חסיון החל על יחסי עו"ד ללקוחו. כיום קובעת פקודת העדות, 1924<sup>25</sup>, בסעיף 5א — בגבשה את המצב המשפטי הקיים — כי אין לקבל ראיות בעניינים העלולים לפגוע בבטחון המדינה<sup>26</sup>.

בכל מקרה בו הראיה חסויה מטעמי בטחון או אינטרס ציבורי אחר, היא גם אינה קבילה במשפט. שהרי עצם טיבה של ראיה חסויה הוא חומר שהתביעה (במקרה של ניהול משפט פלילי) מסרבת לגלותו לנאשם, וסירובה זה מוצדק על-ידי הדין. על אף העובדה שחומר כזה אינו קביל ולכן גם אינו יכול לשמש כראיה נגד הנאשם, ראו בתיהמ"ש בחסיון זה משום חריג, שיש בו כדי לפגוע בהגנתו של הנאשם, אולם הכירו בכך, כי השמירה על בטחון המדינה היא כורח בלי-יגונה לאור התנאים הגיאוגרפיים בהם שרוייה המדינה. סעיף 38 לחוק יוצר למעשה חריג. מלשון הסעיף אנו למדים, כי במקרים מסויימים על אף שמטעמי בטחון הראיה היא חסויה — ומפניו של הנאשם בלבד — למרות כל זאת היא קבילה במשפט המתנהל נגדו. נמצא, שהסעיף ביקש לתפוס מרובה: מחד, לשמור על בטחון המדינה באמצעות חסיון הראיה מפניו של הנאשם; מאידך, להבטיח ככל האפשר את הרשתו של הנאשם באמצעות חסיון הראיה מתחת קבילותה של אותה ראיה חסויה. השאלה היא, האם שתי המטרות הללו מתיישבות עם לשון הסעיף, הדורש כי תישמר הגנתו המלאה של הנאשם?

24 בפסקי-דין אלה העיר ביהמ"ש, כי חסויה כזו עלולה לפגוע באזרח, אך אין מנוס מתוצאה זו, באשר במקרה כזה האינטרס הציבורי של בטחון המדינה גובר על כל אינטרס אחר. ראה בג"צ 46/50 אלי-אויבי נ. שר הבטחון, ד' פד"י, 222, בעמ' 229; בג"צ 313/51 ערוק נ. המפקח על התעבורה בדרכים, ו' פד"י, 594, בעמ' 597; בג"צ 288/51-33/52 אסלאן נ. סתוי, ט' פד"י, 689, בעמ' 695; בג"צ 111/53 קאופמן נ. שר הפנים, ו' פד"י, 534, בעמ' 541; בג"צ 188/53 אברגוש נ. המפקח הצבאי בפרווריר ירושלים, ו' פד"י, 941, בעמ' 943. על החובה להעיד ועל ראיות חסויות במשפט העברי, ראה תיק 5637/כ"א, פס"ד רבניים, כרך ה', עמ' 132, וכן הרגון, "החובה להעיד וראיות חסויות בבית-דין רבני", הפרקליט, כרך כ"א, עמ' 283.

25 חוקי א"י, כרך א', פרק נ"ד, עמ' 650. הסעיף הזה הוכנס לפקודה על-ידי החוק לתיקון דיני הראיות, תשכ"ח—1968, סה"ח 535, תשכ"ח, עמ' 192. ראה רובין, "החוק לתיקון דיני הראיות, תשכ"ח—1968", משפטים, כרך א', עמ' 463, בעמ' 467—465. בהצעת-החוק (ה"ח 737, תשכ"ז, עמ' 182) נאמר, בדברי ההסבר, כי הוראות הסעיף מגבשות את המצב המשפטי הקיים, לפיו אין לקבל ראיות בעניינים העלולים לפגוע במדינה אם בענייני בטחון ואם בעניינים חיוניים אחרים. ס"ק (א) של סעיף 5א קובע, כי "אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל, ראיה שראש הממשלה או שר הבטחון הביע דעתו בתעודה חתומה בידו, כי מסירתה עלולה לפגוע בבטחון המדינה... וזאת אם מצא שופט של בית-המשפט העליון, על-פי עתירת בעל-דין המבקש גילוי הראיה, כי הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק עדיף מן האינטרס שלא לגלותה". ראה גם תקנות סדרי הדין (עתירה לגילוי-ראיה), תשכ"ט—1969, ק"ת 2360, תשכ"ט, עמ' 1046. התקנות קובעות את תוכן העתירה ודרכי הגשתה.

25א בעת כתיבת השורות האלה נתפרסמה — ביום 18 באפריל 1971 — פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א—1971 (נ"ח 18, תשל"א, עמ' 421), הבאה במקומן של פקודת העדות ושל פקודת השבועות, 1936. את סעיף 5א של פקודת העדות החליפו סעיפים 44—46 של הפקודה בנוסח החדש.

(ד) האיסור על הנוכחות בהליך מסויים יש לו השלכה גם לענין קיום הקשר היעיל והתקין שבין הנאשם לבין סניגורו, בפרט בהתעורר הצורך לחקור את "העד החסוי" חקירה שכנגד. על אספקט זה ירחב הדיון בהתייחסותנו לפסק-דינו של השופט כהן בפרשת פלוני.

3. הסתירה הפנימית בסעיף 38. בכוונתנו להראות, כי עקרון קבילותה של ראייה חסויה, כפי שנקבע בפסקה (1) של הסעיף אינו עולה בקנה אחד עם עקרון ההגנה המלאה, כפי שנקבע בסיפא של אותו סעיף עצמו.

ראינו לעיל, כי לפי פסקה (1) רשאי ביהמ"ש למנוע את נוכחות הנאשם או סניגורו בהליך מסויים או למנוע בעדם מלעייין בראייה מסויימת. מניחוחנו הקודם עולה, שמניעת נוכחות הנאשם או סניגורו כמוה כמניעת שיתוף הפעולה היעיל והתקין שביניהם, וחזקה שניתן לראות במניעה זו פגיעה ביעילות ההגנה; ופשיטא, שפגיעה ביעילות ההגנה נגרמת אף על-ידי מניעת העיון בראייה מסויימת, הקבילה במשפט המתנהל נגד הנאשם (ולענייננו, עדותו של "עד חסוי" היא בבחינת ראייה חסויה מפניו של הנאשם). אולם ברי, שהמחוקק לא התעלם מחומרת המגבלות המוטלות על הגנת הנאשם לפי פסקה (1), שהרי הוא מתנה, בסיפא של הסעיף, את רשותו של ביהמ"ש להשתמש בסמכותו לפי פסקה (1) — במפורש — בקיומה של הדרישה שביהמ"ש לא יפעיל אותה סמכות אלא אם "הובטח להנחת דעתו שתהא לנאשם הגנה מלאה".

סייג זה הוא חד-משמעי, ולדעתנו יש לפרש את צמד המילים "הגנה מלאה" כפשוטו; דהיינו, הגנה מושלמת במובן זה שנתקיימו במלואן כל אותן זכויות והגנות המוקנות בדרך-כלל לנאשם, על חריגיהן וסייגיהן הידועים. אילו היה חפץ המחוקק להשתמש במונח גמיש יותר ופשרני יותר והמבטא הגנה הפחותה מהגנה מלאה — כגון הביטוי "עיוות-דין", היה עליו לומר זאת במפורש, שכן דברים שבלב אינם דברים שבטרנסאקט-ציות תחיקתיות<sup>26</sup>. לכן, שיקול הדעת — המוקנה לביהמ"ש על-ידי המחוקק להחליט בכל מקרה ומקרה, אם הובטחה לנאשם "הגנה מלאה" אם לאו — המפורש במילים "להנחת דעתו", עלול ליצור את הרושם המוטעה, בניסוחו הנוכחי של הסעיף, שיכול ביהמ"ש להוציא מפשוטו את המושג "הגנה מלאה". אם וכיר בכך, שבכל מקרה בו נשללת מן הנאשם זכות העיון בראייה מסויימת (לרבות שמיעת עדות) — שהיא גם קבילה — יש משום פגיעה ב"הגנה המלאה", שכן מושג זה מציין את מכלול הזכויות המוקנות לנאשם על-פי הדין, הרי לא ייתכן להעניק לביהמ"ש שיקול דעת לקבל ראייה כזאת. משמעות הקניית שיקול הדעת (במילים "להנחת דעתו") פירושה אינו אלא זה שהמחוקק הניח, כי ייתכנו מקרים בהם שימוש בסמכות לפי פסקה (1) לא יגרע מן ה"הגנה המלאה". ולא היא; שכן האיסורים העשויים להיות מוטלים על הנאשם,

26 בתוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965, שם, משתמש המחוקק כמה וכמה פעמים בביטוי "עיוות-דין", כדרישה מקדמית להפעלת פרוצדורה מסויימת. לפי סעיף 118 ניתן לשפוט אדם שלא בפניו "אם ביקש שמשפטו יתנהל שלא בפניו... ובית-המשפט סבור שלא יהיה בשפיטתו שלא בפניו משום עיוות דין לנאשם" (ההדגשה שלי — ה.ש.). בסעיף 79 מתנה המחוקק את רשותו של בית-המשפט להמשיך במשפט שהופרד מן השלב אליו הגיע לפני ההפרדה בהנחת דעתו של ביהמ"ש "שלא ייגרם על-ידי כך עיוות-דין...". לפי סעיף 80 רשאי ביהמ"ש לצוות על איחוד משפטים, אם הוא סבור "שהצירוף לא יגרם לעיוות-דין" (ההדגשות שלי — ה.ש.).



מכות השימוש בפיסקה (1), מעצם מהותם וטיבם מהווים חריג לזכויות המוכרות של הנאשם, ובשל כך מונעים בהכרח את קיומה של ה"הגנה מלאה". מסקנה זאת, אם היא תקפה, מחייבת לראות את פיסקה (1) של הסעיף ואח הסיפא שלו כסותרים אהודי. מאחר ששני העקרונות האלה – מחד, קבילותה של ראייה חסויה, ומאידך, הגנה מלאה של הנאשם – אינם יכולים לדור בכפיפה אחת, התוצאה המעשית היא אייכות הפעלתה של פיסקה (1).

תוצאה זו גובעת מתוך כך שהמחוקק לא טרח לבהון באופן מדוקדק את המשמעות הנודעת למושג "הגנה מלאה". אילו היה הפץ להחליץ מן הסתירה הזו, היה עליו לוותר על השימוש בסמכות לפי פיסקה (1); דהיינו, הוא לא היה רואה בחומר ההסוי מפני הנאשם, ראייה קבילה במשפט המתנהל בגדו. בכך היה המחוקק מבטיח את הגנתו המלאה של הנאשם מחד, ואילו מאידך לא היה סוטה מן המטרה המרכזית שהציב לו בסעיף 38. סעיף זה לא בא, כאמור, אלא כדי להבטיח את השמירה על בטחון המדינה באמצעות סודיות הדיון. על סודיות, כאמצעי לשמירה על בטחון המדינה, ניתן להגן, למשל, על-ידי השימוש בטענת החסיון (לפי סעיף 5א. לפקודת העדות), על-ידי סגירת דלתים, וכיוצא באלה. אם אכן כזו היתה מטרת המחוקק אין להצדיק את החריגה ממטרה זו, בהקניית יתרון בעל ערך רב לתביעה על-ידי התרת קבילותה של ראייה חסויה מפני הנאשם, מה שמקשה עליו להתגונן ביעילות מפניה. סביר לכן להניח, כי המחוקק – בהציבו לנגד עיניו את האינטרסים הנזכרים לעיל (שמירה על בטחון והגנה מלאה לנאשם) – לא התכוון ליצור חריג לכללים המקובלים עלינו בדיני הראיות על-ידי הצדקת קבילותה של ראייה חסויה; חריג הגורם בהכרח, בכל מקרה ומקרה, לעוול משווע לנאשם ולקיפוחו, כשהוא מעמידו אין אונים אל מול עוצמתה של התביעה. לו היה הפץ ליצור חריג כזה היה עליו לוותר בהכרח על הדרישה להגנה מלאה, שאין לפרשה כהגנה שאינה מלאה. כל עוד לא עשה זאת, הרי הוא נמצא מוותר על עקרון קבילותה של ראייה חסויה בלי לגרוע מן המטרה העיקרית של הסעיף: שמירת סודיות הדיון כאמצעי להגנה על בטחון המדינה, תוך הקפדה מלאה על שמירת זכויותיו של הנאשם.

אם נניח – לצורך הדיון – שבדרישה ל"הגנה מלאה" לנאשם התכוון המחוקק למושג גמיש יותר, שמשמעותו הגנה אך לא דוקא מלאה ומושלמת, יהא עלינו להגיע בהכרח למסקנה שהמחוקק אכן מחייב במקרה דנן את רעיון קבילותה של ראייה חסויה. פירוש הסעיף בצורה זו לא מותיר לנו אלא להצטמצם לביקורת de lege ferenda ולקבוע, כי מסקנה כזו אינה רצויה ואינה מוצדקת, שכן בכך אומרים אנו לנאשם: לא זו בלבד שלא נתיר לך לעיין בחומר רלבנטי שבידי התביעה, ועל-ידי כך בלבד נפגע ביעילות הגנתך (כשהדבר מחוייב מטעמי בטחון המדינה), אלא גם נעשה מחווה של רצון טוב כלפי התביעה – שבלאו הכי נמצאת בעמדה חזקה משלך – ונאפשר לה להגיש אותו חומר חסוי כראיה נגדך. מובן, שיקשה עליך לתקוף ביעילות ראייה שכזו, שהרי סניגורך לא יורשה לגלות לך את תוכנה, ובכך נגביר את סיכויי הרשעתך בדיון. לחיזוק הדעה כי רעיון קבילות ראייה חסויה אינו רצוי, מן הראוי לערוך אנאלוגיה משני תחומים אחרים אך קרובים לענייננו.

(א) בהקשר לסוגיית זכות העיון וראיות חסויות התפתחה בפסיקה האמריקאית תורת הווייתור (waiver) מכללא על זכות החסיון של המדינה. לפי תורה זו, כאשר

מנהלת המדינה הליכים פליליים בגד נאשם, היא מוחזקת כמוותרת על טענת החסיון ביחס לכל חומר שברשותה, כשלנאשם הזכות לעיין בו.<sup>27</sup> הנמוק העיקרי לביסוס תיאוריה זו הוא, כי תפקידה של המדינה אינו מתמצה אך ורק בהכנת האישום וניהול התביעה נגד הנאשם, אלא מתבטא גם בחובתה להבטיח שהצדק ייעשה וכי תובטחנה ותשמרנה זכויותיה של ההגנה.<sup>28</sup> התוצאה היא, שבכל מקרה ומקרה על התביעה להחליט אם להתיר לנאשם לעיין בחומר הראיות שבידה ובכך לגרום אולי לגילויים של מסמכים סודיים, או — אם חשוב להבטיח את אינטרס בטחון המדינה מכל משמר — לא לפתוח כנגדו בהליכים משפטיים; שכן במקרה של הגשת כתב אישום כנגדו וסירוב להתיר לו העיין בחומר זה, מסתכנת התביעה בזיכויו של הנאשם.<sup>29</sup> זהו ביטוי להקפדה על שמירת זכויותיו של הנאשם, עד כדי שלילת זכות החסיון של המדינה במשפט פלילי, זכות המוכרת באנגליה ואף בישראל. קל וחומר, שאין זה רצוי — כשהקו המנחה הוא הגנה על זכויות הנאשם — להחליש כפל כפליים את מעמדו ע"י התרת קבילותה של אותה ראייה החסויה מפניו בלאו הכי.

(ב) פרשת שאמא.<sup>30</sup> במקרה זה הוצדקה על-ידי ביהמ"ש העליון אי-גוכחותו של "צד מעונין" בעת עריכת חקירת סיבות המוות של שאר-בשרו (דבר שמנע ממנו לחקור את העדים) מהטעם שמטרתה המיידית והמצומצמת של חקירה זו היא עריכת חקירה ראשונית, בדרך של גביית עדויות על-ידי השופט, כשהחלטתו (למעט ההחלטה להעמיד אדם פלוגי לדין) אין כל משמעות משפטית. לאור מטרה זו צורת החקירה היא אינקוויזיטורית ולכן מתנהלת להלכה ללא "צדדים", נטל החקירה הוא על השופט, ואם יש בכך צורך ניתן גם לסטות במקרה כזה מדיני הראיות המקובלים. מכאן ניתן ללמוד, כי כאשר אין המדובר בחקירה ללא תוצאות משפטיות אלא במשפט של ממש, שבסיומו יזוכה הנאשם או יורשע, ואשר צורת ניהולו היא אקוזאטורית-אדברסרית, אין ספק שלנאשם מעמד של "צד", חשוב להבטיח את זכויותיו, ולכן לא ייתכן לנהל שלא בפניו הליך שבו נשמעת עדות, שתוכנה וזהותו של מוסר העדות נשמרים בסוד מפניו.

לסיכום, יש לשמור על העקרון השולל אפשרות קבילותה של ראייה החסויה מפניו

27 ראה 817-812, pp. (McNaughton rev. ed. 1961), *Evidence*, Wigmore, 8; וכן ראה דברי השפט האנד (Hand) בפסה"ד (1944), 503, 506, 142 F. 2d *U. S. v. Andolschek*; (1957), 61, 53, 353, U.S. *Roviaro v. U.S.*; (1957), 657, 668-672, 353 U.S. *Jenks v. U.S.*.

28 ראה 387 at p. 3 (1968) 3 *Is.L.R.*, Harnon, "Evidence Excluded By State Interest"; pp. 389-390. המחבר מבקר את התיאוריה המבוססת על נימוק הוויתור מכללא, אך סבור כי ניתן להגיע לאותה מסקנה מתוך הנחה שונה: "Our sense of justice is disturbed when criminal proceedings are conducted against a person who cannot, because of a claim of privilege, avail himself of all the defences normally open to an accused."

*ibid*

29 ראה גם 12, 1, 345, U.S. *U.S. v. Reynolds*, (1953); pp. 903-907; Street, "State Secrets — A Comparative Study," 14 *M.L.R.*, p. 121, at pp. 124-127.

30 ראה הערת-שוליים 18 לעיל (לצורך ענייננו חשובים במיוחד דברי מ"מ הנשיא אגרנט — כתוארו דאז).

של הנאשם. שהרי ממה נפשך: (א) אם הרשעת הנאשם הושגה אך ורק בזכות הראיות החסויות, הרי שבמקרה זה עיוות־הדין בולט וזועק, שכן לא ייתכן שאשמתו של אדם תבוסס על ראיות שמפניהם לא היה יכול להתגונן כדבעי; (ב) אם הרשעתו עשויה להתבסס לאו דווקא על חומר הראיות החסוי אלא על יתר הראיות שהביאה התביעה, הרי מלכתחילה אין להתיר קבילותה של ראיה כזו ולהקשות לשווא על ניהול ההגנה העניינית והיעילה של הנאשם.

### ג. פרשת פלוני: קשיים ביישום סעיף 38

ניתוח סעיף 38 לחוק הביאנו להבחין בסתירה בין פסקה (1) של הסעיף לבין הסיפא שלו. מסקנתנו היתה, שלעולם אין לראות בעדות חסויה ראיה קבילה במשפט, שכן רעיון קבילותה של ראיה חסויה אינו מתיישב עם הדרישה ל"הגנה מלאה" לנאשם, הקבועה בסיפא של הסעיף.

דומה, ססתירה זו השפיעה על אופי טענתו של הסניגור בערעור, אם כי השפעה זו היא עקיפה ואינה מפורשת. ביהמ"ש העליון התבקש לקבוע, כי במקרה דנן לא הובטחה לו למערער הגנתו המלאה, מאחר שהאיסור לגלות לנאשם את זהות העד ואת תוכן עדותו מנע בעד הסניגור מלקבל מן הנאשם הוראות עובדתיות, שהיו דרושות לו לשם ניהול חקירה־שכנגד יעילה ושלמה. שלילת האפשרות לחקור את העד בצורה יעילה מביאה בהכרח למסקנה, כי לא הובטחה לנאשם הגנה מלאה; דהיינו, לא התמלא התנאי, הקבוע בסיפא של הסעיף, להפעלת סמכותו של ביהמ"ש לפי פסקה (1).

הסניגור נתפס כאן באספקט מסויים של סוגיית "העד החסוי", והוא ניתוק הקשר התקין שבין נאשם לפרקליטו, המקשה על עריכת חקירה־שכנגד יעילה ושלמה. ייתכן, כי לו היתה מוצגת הטענה בצורתה הכללית והעקרונית, כלומר הטענה כי קבילותה של ראיה חסויה מהווה בכל מקרה ומקרה פגיעה בהגנתו המלאה של הנאשם, ניתן היה להגיע לפתרון ברור יותר ושלם יותר במקרה שלפנינו.

קשיי יישומו של ס' 38 אינם מפורשים אמנם בפסק־דינו של השופט חיים כהן, אם כי הוא מודה שטענת הסניגור גרמה לו "התלבטות מה" <sup>31</sup>. לדעתו "ניטל רובו אם לא כולו של העוקץ מתרעומתו של הסניגור" <sup>32</sup>. היות ודי היה בחומר הראיות כדי להייב את הרשעת המערער לפי סעיף 23(ב) לחוק, אפילו ללא עדותו של "העד החסוי". אולם מאחר שזו, כאמור, הפעם הראשונה שהתעוררה שאלת ביצועו של הסעיף, ומכיוון שהיה הוא, כנראה, מודע לקשיים שמעורר הסעיף, אמר השופט כהן לברר את הטענה לגופה. בהתייחסותו לטענה כפי שנטענה, נמנע השופט כהן מלברר את שאלת קבילותה של ראיה חסויה כבעיה עקרונית בדיני הראיות, אלא התייחס אף הוא לאספקט המיוחד של יעילות החקירה שכנגד בהיעדר שיתוף פעולה בין הנאשם לבין סניגורו.

לדעת השופט כהן נכונה עקרונית ההנחה, כי "שלילת האפשרות של חקירה נגדית יעילה ושלמה, כמותה כשלילת ההגנה המלאה הדרושה לפי הסיפא של סעיף 38" <sup>33</sup>. אלא שהוא סבור, כי לביהמ"ש, העומד להפעיל את סמכותו לפי פסקה (1), יש שיקול־

31 פרשת פלוני, שם, בעמ' 478 מול האות ה' של פסק־הדין.

32 שם, בעמ' 480 מול האות ב' של פסק־הדין.

33 שם, מול האות ה' של פסק־הדין.

דעת החליט, כי בנסיבות העניין אין בעדותו של "עד חסוי" משום שלילת האפשרות של חקירה שכנגד יעילה. השופט כהן מוסיף וקובע, כי במקרה שלפנינו לא נשללה אפשרות כזו ולכן גם לא נפגעה כמלוא הנימה ה"הגנה המלאה" של הנאשם.

קביעה זו נעשתה לאור הבחנתו של השופט כהן בין נאשם המודה בקיום המגע עם הסוכן הור, אך הרוצח לתת הסבר סביר למגעו, לבין נאשם הכופר בקיום המגע מעיקרו. בעוד שבמקרה הראשון קיים חשש שללא הוראות ענייניות ועובדתיות מפי הנאשם לא תוכל עדותו של "העד החסוי" להיבחן במבחן החקירה שכנגד, הרי במקרה השני חשש כזה אינו קיים, שכן אין כל צורך במתן הוראות מיוחדות כדי לאפשר חקירה שכנגד יעילה ושלמה. לדעת השופט, במקרה השני צריכה החקירה שכנגד להיות מכוונת בעיקר כדי לערער את מהימנותו של העד בדרך הצגתו כשקרן, כעניין ונטר את המערער, וכד'.<sup>34</sup> מאחר שהמערער במקרה דנן הכחיש מכל וכל קיומו של מגע עם סוכן זר ומאחר שהחקירה שכנגד של "העד החסוי" התנהלה במגמה האמורה לעיל, קבע השופט כהן כי הובטחה למערער ההגנה המלאה הדרושה, ולכן אין כל פגם בהפעלת הסמכות לפי פיסקה (1) על-ידי ביהמ"ש המחוזי.

עם כל הכבוד, הבחנתו של השופט כהן אינה נראית לנו משכנעת ואינה עולה בקנה אחד עם מהותה של החקירה שכנגד ומטרותיה.

בירור השאלות העובדתיות השנויות במחלוקת נעשה בבתייהמ"ש באנגליה, ובעק-בותיהם גם בישראל, על-פי השיטה "האדברסרית". לשון אחרת: התפקיד להביא את הראיות ביחס לאותן פלוגתות מוטל בראש ובראשונה על הצדדים עצמם ולא על השופט.<sup>35</sup> תפקיד זה ממלאים הצדדים בעיקר לאור ההנחה, שהאמת עשויה להתגלות בצורה הטובה ביותר, כאשר כל עד יחקר על-ידי הצדדים בשלושה שלבים: חקירה ראשית, חקירה שכנגד וחקירה חוזרת. חשוב במיוחד הוא האמצעי השני, כלומר החקירה שכנגד, אשר נחשב "כמכשיר היעיל ביותר שהומצא עד היום והמשמש בידי בעל-דין לשם גילוי האמת".<sup>36</sup> אכן, המשפט האנגלי-אמריקאי רואה בחקירה שכנגד את גולת הכותרת של דיני הראיות.<sup>37</sup>

ניתן להבחין בשלוש מטרות עיקריות של החקירה שכנגד:<sup>38</sup>

(א) לערער את תוכן העדות שנמסרה בחקירה הראשית; (ב) להוציא מפי העד עובדות שלא סיפר עליהן בחקירה הראשית והעשויות לתמוך בגירסתו של הצד שכנגד; (ג) לערער את מהימנותו של העד עצמו. כדי להשיג מטרה זו ניתן לנקוט דרכים שונות, כגון להצביע על ליקויים בכושרו של העד לתפוס את

34 שם, בעמ' 481.

35 ראה ע"פ 153/60 שפר נ. היוה"מ, ט"ו פד"י, 263, בעמ' 268, 274—275.

36 בג"צ 124/58 היוה"מ נ. השופט המנהל חקירה מוקדמת, י"ג פד"י, 5, בעמ' 23. השווה ע"פ 38/61 יצחק נ. היוה"מ, ט"ו פד"י, 514, בעמ' 529.

"The English view is that cross-examination is the best method of ascertaining 37 forensic truth," Williams, *The Proof of Guilt* 3rd ed., p. 78. ראה גם Wigmore,

*Evidence*, 3rd ed., Vol. 5 §1367, p. 29.

38 ראה Halsbury, *Laws of England*, 3rd ed., Vol. 15, § 801, p. 449. השווה הרגון, דיני ראיות, חלק ראשון, עמ' 108; סלנט, ראיות, 1963, עמ' 257; סלנט, אמנות הפרקליטות, 1956, עמ' 69, 111.

פרטי האירוע, לזכור פרטים אלה ולמסור אותם לביהמ"ש<sup>39</sup>; או שניתן לתקוף את אופיו של העד ולהראות שיש לו עניין בתוצאות המשפט, שיש בליבו טינה כנגד אחד הצדדים, שיש לו עבר פלילי (כגון שהורשע על עדות-שקר), וכיוצא באלה<sup>40</sup>.

לאור כל זאת, נמצא שהבחנתו של השופט כהן — בין הנאשם המכחיש מגע לבין הנאשם המודה בו והחפץ להסבירו — לוקה משתי בחינות:

(1) אין לקבל את הקביעה, כי במקרה שהנאשם כופר בקיום המגע מעיקרו על הסניגור לכוון את החקירה שכנגד באופן שתערער את מהימנות העד. גם במקרה כזה יש בהחלט מקום לניהול החקירה שכנגד לאור אחת משתי המטרות הכלליות הראשונות שהוזכרו לעיל. גיתן לנסות ולתקוף לאו דווקא את מהימנות העד אלא את תוכן עדותו. אחת הדרכים לכך היא, למשל, להצביע על סתירה בין דבריו של העד במשפט לבין דברים שמסר בהודמנויות קודמות. ייתכן גם לנהל חקירה שכנגד במטרה להציל מפי העד עובדות העשויות לתמוך בגירסתו של הנאשם, במקרה שהוא מכחיש את גירסת התביעה ומעלה גירסה פוזיטיבית משלו. בסופו של דבר, עד מעיד על דברים שראה או שמע, ואינו מתבקש להצביע על מסקנותיו האישיות בעקבות המאורע שלו היה עד. לכן אין להבין את התגיון הטמון מאחורי ההבחנה בין מקרה של הכחשת הגירסה שאותה בא העד לחזק לבין הודאה בה תוך רצון להסבירה. לדוגמא: "העד החסוי" מעיד, כי ראה את הנאשם, בחצות הליל, משוחח במקום מסויים עם אדם הידוע כסוכן זר. אליבא דהשופט כהן, אם הנאשם מודה בעובדות המתוארות על-ידי העד אך חפץ לתת להן הסבר, שיסתור את המסקנה ההגיונית המתבקשת מקיומו של מגע זה, יש צורך במתן הוראות מתאימות לסניגור. אולם ייקל עלינו לתאר אותו מקרה בו הנאשם מכחיש מכל וכל קיומו של המגע, דהיינו הוא כופר בתיאור העובדות המובא על-ידי ה"עד החסוי". אמנם הדרך הקלה לעיתים היא לנסות ולתקוף את מהימנותו של העד, אולם ייתכן מצב, שבו בעזרת האינפורמציה המתאימה שקיבל מן הנאשם, ישכיל הסניגור להראות, כי לדבריו של העד אין כל שחר, היות, למשל, שמהמקום בו עמד העד לא ייתכן היה לראות את הנאשם או את הסוכן הזר; או שהוא טעה, ולא היה זה הנאשם אלא אדם אחר הדומה לו; או שיפריך את טענתו בכך שיוכיח, כי באותה שעה היו הנאשם והעד עצמו (או הנאשם לבדו) במקום אחר, ועוד כהנה וכהנה. המסקנה היא, שגם מקום שהנאשם כופר בעובדות הנטענות על-ידי התביעה, גיתן, בעקבות עדותו של אחד מעדי התביעה הבא לחזק גירסתה, לכוון את אפיק החקירה שכנגד לאו דווקא מתוך מטרה לערער את מהימנות העד, אלא גם מתוך מטרה לערער את תוכן העדות או להציל מפי העד עובדות מסויימות, שיש בהן כדי לתמוך בגירסה מסויימת של הנאשם, העשוייה לעמוד בד בבד עם הכחשתו. אין ספק, כי לשם ניהול החקירה שכנגד באפיקים אלה בצורה יעילה ושלמה יש צורך בדרך-כלל במתן הוראות ענייניות ועובדתיות לסניגור מאת הנאשם.

(2) אפילו נקבל כנכונה את דעתו של השופט כהן, כי במקרה של הכחשת מגע צריכה החקירה שכנגד להיות מכוונת לערער מהימנותו של העד, הרי גם במקרה זה — לשם ניהול חקירה יעילה ושלמה — יש לעיתים קרובות צורך במתן הוראות ענייניות

39 על התכונות העיקריות הנדרשות מן העד ראה ע"פ 507/62 בשארי נ. היוה"מ, י"ז פד"י, 675, בעמ' 679—680.

40 הרבון, שם, עמ' 108.

לסניגור. למשל, כאשר חפצים לערער את מהימנות העד מתוך כך שמזכירים כי הוא נוטר טינה ואיבה לנאשם, אין ספק שגילוי זהות העד לנאשם היה מאפשר לו לתת פרטים מסויימים לסניגור, כגון תיאור סיטואציה מסויימת שהולידה טינה זו, וכך היתה מתאפשרת חקירה שכנגד יעילה.

העולה מדברינו, שבכל מקרה שבו נשמעת עדותו של "עד חסוי", בין אם הנאשם מכחיש את גירסת התביעה שאותה באה העדות לחוק ובין שהוא מודה בה אך חפץ ליתן לה הסבר סביר, יש צורך, בדרך-כלל, במתן הוראות ענייניות ועובדתיות שונות מאת הנאשם לסניגורו כדי לאפשר לו לערוך חקירה-שכנגד יעילה ושלמה. מאחר שאי-אפשרות לנהל חקירה-שכנגד שלמה כמותה כשלילת ה"הגנה המלאה", הנדרשת כתנאי מוקדם להפעלת סמכותו של ביהמ"ש לפי פסקה (1) של סעיף 38, ומאחר שלעולם במקרה של עדות חסויה לא ייתכן מתן הוראות ולכן גם לא תיתכן חקירה שכנגד יעילה — המסקנה ההכרחית היא — ולו רק מתוך גיתוח אספקט מצומצם זה של סוגיית הראיות החסויות — שביהמ"ש טעה בהתירו את קבילות עדותו של ה"עד החסוי".

נראה, כי הקושי ביישום הסעיף הביא את השופט כהן לסתירה פנימית בדבריו. בהבחינו בין קבילותה של ראיה לבין משקלה ההוכחתי, סבור הוא, שכאשר נתמלאו כל התנאים המוקדמים המנויים בסעיף 38, קבילה גם קבילה ראיה שנגבתה באחת מן הדרכים המנויות בפסקה (1) של הסעיף. ברם, בכל זאת היא ביהמ"ש מצווה לנהוג זהירות מיוחדת לענין המשקל ההוכחתי שניתן לייחס לה, שכן יתחשב הוא גם בעובדה שחקירתו של "עד חסוי" המעיד בהיעדרו של הנאשם "עלולה להיות לוקה בחסר מחמת היעדר הוראות לסניגורו, אם כי 'ההגנה המלאה' לא נפגמה על-ידי כך"<sup>41</sup>. בכך נמצא השופט כהן סותר דברי עצמו; שהרי הוא עצמו קבע<sup>42</sup>, כי אם החקירה שכנגד לוקה בחסר מחמת היעדר הוראות לסניגורו יש בכך משום שלילת ה"הגנה המלאה", הדרושה לפי הסיפא של סעיף 38, ולכן עדות שנגבתה לפי פסקה (1) לא תהא קבילה. ואילו כאן הוא קובע, כי על אף הפגם שבחקירה שכנגד מחמת היעדר הוראות מתאימות לסניגור לא נפגמת ה"הגנה המלאה", ולכן עדות שנגבתה לפי פסקה (1) תהא קבילה למרות הכל.

מסקנתנו היא, שבכל מקרה של עדות חסויה נשללת האפשרות לנהל חקירה שכנגד יעילה ושלמה ולכן בהכרח נפגמת ה"הגנה המלאה" של הנאשם. אם חפץ ביהמ"ש לשמור על עקרון ההגנה המלאה של הנאשם בכל מקרה ומקרה, לא נותר לו אלא לראות בכל ראיה החסויה מפניו של הנאשם, בין אם זו ראיה הפצית או ראיה מפי עד, חומר בלתי קביל מבחינת דיני הראיות.

#### ד. סיכום

היה זה נסיון להראות כיצד ניסוחו הלקוי של סעיף 38 לחוק — שהביא לסתירה פנימית בין הרישא של הסעיף לבין הסיפא שלו — הערים קשיים על ביהמ"ש, בפרשת פלוני, בעומדו בפני הצורך ליישם את הסעיף הלכה למעשה. מתוך גיתוחו של סעיף 38 עצמו ומתוך בחינת התייחסותו של פסק-הדין לעניינינו עולה המסקנה, כי לא ייתכן להתיר

41 פרשת פלוני, שם, בעמ' 482. ההרגשה שלי — ה. ש.

42 שם, בעמ' 480 מול האות ה' של פסק-הדין.

קבילוחה של ראייה החסויה מן הנאשם. מסקנה זו – מתוך גיסא – אינה מסכלת את המטרה העיקרית שהועיד לעצמו המחוקק בסעיף 38 והיא ההגנה על האינטרס של בטחון המדינה, ואילו – מאידך גיסא – היא עולה בקנה אחד עם העקרון החשוב, שנקבע במפורש כתנאי-בל-יעבור בטיפא של הסעיף, והוא הצורך לשמור על הגנתו המלאה של הנאשם בפלילים. כדי למנוע התלבטותם של בתי-המשפט, לכשתתעוררנה בעתיד שאלות דומות, מן הראוי שהמחוקק יתן דעתו לניסוחו הלקוי של הסעיף.

הלל שמגר\*

\* תלמיד השנה השלישית בפקולטה למשפטים.