

הכלל הפוסל עדות שמיעה — מה מקומו במשפט הישראלי?

מאת

פרופ' אליהו הרנון

1. מבוא. 2. משמעות הכלל ותולדותיו. 3. היקף תחולתו של הכלל. א. אמרות הנחשבות כראיות מקוריות; ב. עדות על התנהגות והצהרות מכללא; ג. החריגים העיקריים לכלל. 4. היש הצדקה לקיומו של הכלל? — נימוקים בעד ונגד. א. הנימוקים לפסילה עדות שמיעה; ב. הביקורת על הכלל. 5. פתרונות אפשריים. 6. סיכום.

1. מבוא

הכלל הפוסל עדות שמיעה (hearsay evidence)¹, זכה למקום נכבד ככלל האופייני ביותר של דיני הראיות האנגלו-אמריקניים. וזיגמור, למשל, ראה בו את אחת התרומות הגדולות אשר המשפט המקובל הרים לשיטות המשפט בעולם.² אצלנו הביע בית המשפט העליון את הדעה שבשום פנים אין לראות את הכלל כבעל אופי טכני אלא זהו "כלל המהווה יסוד מוסד של דיני הראיה החלים בישראל"³. אם כי הוא איננו נמנה עם עקרונות הצדק הטבעי.⁴ יחד עם זאת, יהיה זה נכון לומר שזהו אחד הכללים המסובכים ביותר אשר יש לו עשרות חריגים, והקונטיננטליסטים חיים יפה בלעדיו. באנגליה גופא כבר פחתה חשיבות הכלל במשפטים אזרחיים,⁵ וגם בפלילים הועלו לאחרונה המלצות

1 תרגום מדוייק יותר של "hearsay evidence" הוא אולי "ראית שמיעה" (או "ראית שמועה") — שהרי הכלל אינו מתייחס לעדות בעל-פה בלבד אלא גם למסמכים. אולם העדפנו להשתמש ב"עדות שמיעה", כי זהו המונח שהשתרש בפסיקה ובספרות המשפטית.

2 "... that most characteristic rule of the Anglo-American law of evidence, — a rule which may be esteemed, next to jury trial, the greatest contribution of that eminently practical legal system to the world's methods of procedure".

3 Wigmore, *Evidence*, §1364, p. 27 (3rd ed. 1940).

4 בג"צ 124/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט המנהל חקירה מוקדמת, פד"י י"ג 5, בעמ' 17, מפי השופט אגרנט.

5 ראה בג"צ 442/71 לנמקי נ' שר הפנים, פד"י כ"ו (2) 337, 357, מפי הנשיא אגרנט, בעקבות פסיקה אנגלית.

6 בעיקר הודות לשני חוקים: ה-1938 Evidence Act וה-1968 Civil Evidence Act. ראה Cross, *Evidence*, 482-493 (3rd ed. 1967) and Supplement, pp. 16-17, 18-21 (1969).

לצמצומו באופן דרסטי ביותר⁶ ואף לביטולו הגמור⁷; ורעיונות דומים ניתן למצוא גם בארצות הברית⁸.

בארץ נעשו מספר הסדרים מיוחדים – ובחלקם אף מקוריים⁹ – כחריגים לכלל הפוסל עדות שמיעה. כן עלתה השאלה לאחרונה, לרגל שתי הצעות-חוק שהוגשו לכנסת¹⁰, אשר מטרתן להתגבר על התופעה של איומים על עדים¹¹, אולם, לפי שעה, אין ביטוי בדין הישראלי לאותן התפתחויות חשובות שאירעו באנגליה ובארצות הברית. חוק ראיות מקיף נמצא בהכנה במשרד המשפטים ויש להניח שמנסחיו – ובעקבותיהם ציבור המשפטנים והמחוקק – יצטרכו לנקוט עמדה עקרונית בשאלה כהו הדין הרצוי בסוגיה זו למשפט הישראלי של אמצע שנות השבעים.

לפני שנציין כמה פתרונות אפשריים, נעמוד תחילה על מעמעותו של הכלל הפוסל עדות שמיעה ועל היקף תחולתו, וכן על הגימוקים בעד ונגד קיומו של הכלל.

2. משמעות הכלל ותולדותיו

כאשר נמסרת בבית המשפט עדות בעל-פה או ראיה בכתב על אמרת שניתנה מחוץ לבית המשפט, והמטרה היא להוכיח את אמיתות הדברים שבאמרה, הרי בפנינו עדות שמיעה. ערכה של הראיה תלוי במהימנותו של אדם שלא הופיע כעד במשפט. אשר-על-כן, ראיה כזאת היא פסולה, אלא אם ניתן להצביע על הריג המתיר את קבלתה¹².

והרי מספר דוגמאות מן הפסיקה המקומית: בעל-דין מבקש להעיד על מה שנאמר בשיחה טלפונית בין עורך הדין שלו ובין עורך הדין של הצד שכנגד. כיון שהעד לא דיבר בטלפון זוהי עדות שמיעה¹³. אם הכבון קופת חולים מוגש כראיה שלא באמצעות עד היכול להעיד על נכונות תוכנו, זוהי עדות שמיעה שנוסחה בכתב¹⁴. נעשה מסמך על-ידי אחד הנאשמים מחוץ לכתלי בית המשפט, אין תוכן הכתוב בו יכול לשמש ראיה

6 ראה The 11th Report of the Criminal Law Revision Committee on Evidence (General), paragraphs 224-265, Cmnd. 4991 (1972).

7 זוהי למשל דעתו של פרופ' גלנויל ויליאמס. ראה G. Williams, "The Proposals for Hearsay Evidence", [1973], *Crim.L.R.* 76.

8 ראה, למשל, McCormick, *Evidence*, ch. 34 (2nd ed. 1972).

9 בענין עדות ילדים בעבירות מין לפי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955.

10 האחת היא הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 4), תשל"ג-1973 (הצ"ח 1058 מ' בניסן תשל"ג – 9.4.73, עמ' 273), על עדות שנגבתה לפני המשפט בעבירות זנות. הצעה זו כבר הפכה לחוק ביוני 1974: חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 3), תשל"ד-1974 (פ"ח 735, מ' בחמוז תשל"ד – 26.6.74). השניה היא הצעת החוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 3), תשל"ד-1974 (הצ"ח 1103 מ' בשבט תשל"ד – 12.2.74, עמ' 90), על קבילות הודעות שנגברו במשטרה.

11 שתי ההצעות הנ"ל הוגשו בעקבות המלצות הוועדה לסדר הדין הפלילי בראשותו של שופט בית המשפט העליון מר כ. לנדוי. לדיון על המלצות, ראה הרנון, "אמרות מחוץ לבית המשפט כראיה לאמיתות תוכנן", כיששים ד' 229 (תשל"ג).

12 ראה קרוס, שם, עמ' 380; מקורמיק, שם, סעיף 246; ע"א 48/49 האפוטרופוס לנכסי נפקדים ג' סלמי, פד"י ג' 61, 65; המ' 5/50 מיכלוביץ ב' ספקטור, פד"י ד' 667, 669.

13 ראה ע"א 22/63 בן ציון ב' אזולאי, פד"י י"ז 1410, 1415.

14 ראה ע"א 206/55 פינקלשטיין ב' פניגיל, פד"י י' 1599, 1600-1601.

הכלל הפוסל עדות שמיעה — מה מקומו במשפט הישראלי?

לטובת נאשם אחר, על-פי אותו כתב אישום, ולרעת הגירסה של הקטגוריה; שכן תוכן האמור בו מהווה עדות שמיעה.¹⁵

כמה נקודות ראויות להדגשה:

(א) ניכר מיד שאין הכוונה לפסול עדות שנקלטה בעזרת חוש השמיעה דווקא, אלא כל ראייה שאינה מקורית. אם מתכוונים להוכיח שראובן היה בירושלים ב-1 בינואר 1974, ושמעון מעיד כי לוי אמר שראה שם את ראובן באותו יום, אך לו, לשמעון, אין ידיעה אישית על כך — זוהי עדות שמיעה. שמעון הוא רק חוליה מקשרת בין לוי ובין בית המשפט, והדין דוחה הצעת תיווך זו.¹⁶

(ב) למטרות ההוכחה יש כאן הסיבות מיוחדות. זוהי עדות שמיעה רק אם המטרה היא להוכיח שתוכן הדברים שבאמרה הוא אמת — כפי שצויין בתחילת הפסקה. אולם, אם המטרה היא להוכיח את עצם האמירה בלבד ולא את אמיתות תוכנה, אין זו עדות שמיעה.¹⁷ במשפט על הוצאת שם רע, למשל, מופיע עד מטעם התביעה ומאשר ששמע את הנתבע אומר כי התובע הוא גנב ורמאי. במקרה זה ברור כי הדבר האחרון שהתובע ירצה להוכיח הוא שדברי הנתבע הם אמת. המחלוקת היא רק על כך אם הנתבע אמנם אמר את הדברים המיוחסים לו, ולכן מובן שדברי העד לא ייחשבו כעדות שמיעה, שהרי הם ראייה מקורית. כיוצא בזה, משפט בו הפלוגתה היא אם בנימין היה בחיים במועד מסויים או ידע לדבר עברית. אם העד אומר, ששמע את בנימין משוחח בעברית באותו מועד על נושא כלשהו, אין זו עדות שמיעה כי מטרתה להוכיח שבנימין היה מסוגל לדבר או שידע עברית ולא שתוכן דבריו הוא נכון.¹⁸ דוגמה אחרת: הוכחת הלך-רוח בתגובה לשמועה. כאשר המטרה היא לקבוע מה היה הלך-רוחו של יוסף עקב שמועה ששמע, הרי הוכחת אותה שמועה אינה נוגדת את הכלל הפוסל עדות שמיעה. אין הכוונה לשכנע כי תוכן השמועה אמת אלא ערכה היא בכך שהיא נמסרה בפועל ליוסף.¹⁹

15 ראה ע"פ 78/71 עמר, פד"י כ"ו (1) 421, 436. לדוגמאות נוספות, ראה מקורמיק, שם, סעיף 248.

16 ראה ע"פ 105/51 פלד, פד"י ו' 783, 785.

17 "Evidence of a statement made to a witness by a person who is not himself called as a witness may or may not be hearsay. It is hearsay and inadmissible when the object of the evidence is to establish the truth of what is contained in the statement. It is not hearsay and is admissible when it is proposed to establish by the evidence, not the truth of the statement, but the fact that it was made".

Subramaniam v. Public Prosecutor [1956] 1 W.L.R. 965, 970 P.C.

בע"פ 11/58 מנקס (פד"י י"ד 1905, 1956), אומר השופט זוסמן: "אם הייתה ראייה 'עדות שמיעה' או לא, תלוי במטרה שלמענה הובאה: הובאה כדי להוכיח, כי פלוני ירה באלמוני, הרי זו עדות שמיעה; הובאה כדי להוכיח, כי פלמוני אמר, שפלוני ירה באלמוני, הרי זו עדות ישירה".

18 ראה מקורמיק, שם, עמ' 585.

19 ע"פ 18-26/51 סנדון, פד"י ה' 843, 847.

הכלל הפוסל עדות שמיעה חל הן במשפטים פליליים והן במשפטים אזרחיים, ובכל שלבי החקירה של עדים – חקירה ראשית, חקירה שכנגד וחקירה חוזרת.²⁰ אחת הסיבות העיקריות להיווצרות הכלל הפוסל עדות שמיעה ולהתפתחותו היתה שיטת השפיטה באמצעות מושבעים. בראשונה היו המושבעים מחליטים לפי המידע שהיה ברשותם ללא שמיעת עדים – כי דווקא בגלל היותם הסכנים יודעי העובדות הם נבחרו לשבת לדין. אולם במאות ה-15 וה-16 פסקה השיטה שלפיה מופיעים עדים בפני בית משפט, המורכב משופט מקצועי ומושבעים. מאותה שעה ואילך גברה ההכרה שיש צורך בכללים הפוסלים ראיות. באירופה הקוגטיננטלית נטו לפתור את הבעיה של הערכת עדים בדרך כמותית: הדרישה לשני עדים או הקביעה כי עד אחד המעיד ממקור ראשון שקול כנגד שניים או שלושה עדים המעידים על-פי עדות שמיעה.²¹ באנגליה לא קבלו את הרעיון הכמותי אלא הלכה והתחזקה ההשקפה שאין לייחס אמון רב לראיה על-פי השמועה, ואף לא לתצהיר שנמסר אמנם בשבועה בפני רשות שיפוטית מוסמכת אך בלי לעמוד במבחן החקירה שכנגד.²² מכל מקום, רק בסוף המאה ה-17²³ התגבש שם הכלל הפוסל עדות שמיעה. בראשונה – הפסילה אף לא היתה מוחלטת: עדות שמיעה היתה פסולה כראיה עצמאית ועיקרית, אך מותר היה לקבלה כחיוק וכסיוע לראיה אחרת.²⁴ יש הסבורים, כי הכלל הפוסל עדות שמיעה – כמו מרבית דיני הראיות – לא גוצר אלא בגלל שיטת המושבעים²⁵, אך לדעת אחרים הכלל הוא מוצר של השיטה האדברסרית, ואינו קשור בהכרח למוסד המושבעים.²⁶ על כל פנים, לדעת הכלל, אין הכלל עתיק יומין כלל ואין הוא מורשה כון המגנה כרטה, כי אם עקרון שהתפתח מאוחר יחסית – בשים לב לתקופה הארוכה של תולדות המשפט המקובל.²⁷ ואמנם רק בתחילת המאה ה-18 ניתן למצוא הצבעה ברורה על הליקויים שבעדות שמיעה²⁸, אשר הם גם הנימוקים לפסילתה.²⁹

3. היקף תחולתו של הכלל

נפתח בהדגמות נוספות של מבחן המטרה³⁰, כדי שיתבאר יותר אלו אמרות אינן גופלות כלל במסגרת הכלל הפוסל עדות שמיעה, כי הן נחשבות כראיות מקוריות. אחר כך

- 20 ראה קרוס, שם, עמ' 380-381.
 21 ראה וויגמור, שם, כרך 5, סעיף 1364, עמ' 14, הערה 25 וכן כרך 7, סעיף 2032.
 22 ראה מקורמיק, שם, סעיף 244, עמ' 580.
 23 וויגמור סבור שזה היה בשנים 1675-1690. ראה שם, כרך 5, סעיף 1364, עמ' 16.
 24 ראה וויגמור, שם, עמ' 17, 18 וכן מקורמיק, שם, עמ' 580-581. אצלנו ציין פעם בית המשפט העליון כי עד למאה ה-18 לא היה כלל ברור אשר אסר את קבילותה של עדות שמיעה להוכחת אמיתות הדברים: ע"א 601/68 ביידר נ' לוי, פד"י כ"ג (1) 594, 597.
 25 ראה Thayer, *Preliminary Treatise on Evidence*, 2-4, 47, 180 (1890).
 26 ראה Morgan, "The Jury and the Exclusionary Rules of Evidence", 4 *U. Chi. L. Rev.* 247, 258 (1937); Id., "Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept," 62 *Harv. L. Rev.* 177 (1948).
 27 ראה מקורמיק, שם, עמ' 581.
 28 ראה שם, סעיף 245.
 29 לפירוש הנימוקים האלה, ראה להלן טקסט להערות 82-99.
 30 אשר הודגש בפיסקה הקודמת בטקסט להערות 17-19.

הכלל הפוסל עדות שמיעה — מה מקומו במשפט הישראלי?

נעמוד על היקפו של הכלל על-ידי בדיקת תחולתו על הצהרות מכללא (implied assertions), ובסוף חלק זה נפרט את החריגים העיקריים לכלל הפוסל עדות שמיעה, כרקע לחלק הבא שבו יהיה דיון בקורת על השאלה, באיזו מידה יש בכלל הצדקה לעצם קיומו של הכלל.

א. אמרות הנחשבות כראיות מקוריות

כפי שצויין, אמרה מחוץ לבית המשפט פסולה כעדות שמיעה אם המטרה היא להוכיח את אמיתות תוכנה; אך אם המטרה שונה — האמרה קבילה. להלן כמה סוגים של אמרות הנחשבות כראיות מקוריות, ולא כעדות שמיעה, בשל השוני במטרת ההוכחה.

(1) מלים אופרטיביות³¹

בתביעה חוזית, למשל, עדות שמטרתה להוכיח מה היו המלים בהם התבטאו הצדדים בהצעה או בקבלה היא ראיה מקורית על התנהגות מילולית, אשר עשויה לגרור אחריה חיובים על פי דין, בדומה למה שכבר נאמר ביחס לתביעה על הוצאת שם רע בקשר לעדות על המלים בהם השתמש הנתבע. כלומר, אלה דוגמאות למקרים בהם עצם האמירה היא העיקר ולא נכונות הדברים.

(2) חלק מילולי של מעשה או עיסקה

יש שהוכחת הפעולה הפיזית, כשלעצמה, לא די בה כדי להבהיר מה טיב המעשה או העיסקה. למשל, הוכח כי סכום מסויים של כסף הועבר מראובן לשמעון. לפעולה זו יכולות להיות משמעויות שונות: מתן הלוואה, פרעון חוב, מתן שוחד, הימור, מתנה ועוד. מלות הסבר המלוות את הפעולה לא ייחשבו כעדות שמיעה³². דברים דומים נאמרו על-ידי בית המשפט העליון, בענין קירשנבאום ב' קרויניק³³. גטען כי הנתבע קיבל, בזמן מלחמת העולם השנייה, מאחיו של התובע בחוץ לארץ, סכום כסף שהיה מיועד לתובע שהתגורר בארץ. בידי התובע היו שני מכתבים, שהוא קיבל מאחיו, התומכים בגירסה זו. הוחלט שהמכתבים קבילים בהיותם חלק מאותה עיסקה. משלוח הכסף בלבד יכול להשתמע לכמה פנים, והמכתבים, כדברי לונאי, מבהירים למה התכוון שולח הכסף; הם משלימים את מעשיו ומשווים להם את אופיים המשפטי. אין הם יכולים לבוא במקום הראיה הדרושה למשלוח הכסף. אולם, משהוכח המשלוח בדרכים אחרות, יכולים דברי הלוואי של השולח להשלים את פעולת המשלוח ולהסביר את טיב המעשה; ובמקרה הנדון — שאמנם מתנה גשלוחה כאן לתובע³⁴.

31 ראה קרוס, שם, עמ' 389-390; מקורמיק, שם, סעיף 249, עמ' 588-589.

32 ראה קרוס, שם, עמ' 391; מקורמיק, שם, עמ' 589.

33 ע"א 6/51, פד"י ח' 562, 564. בית המשפט אמנם הסתמך כאן על עקרון ה-*res gestae*, אך הרעיון הוא דומה, כפי שיתבאר מן הטקסט.

34 שם, מפי השופט זוסמן. למעשה נתקבלו המכתבים גם להוכחת עצם משלוח הכסף אך מנימוק אחר: בהסתמך על אחד החרגים לכלל הפוסל עדות שמיעה. עיין שם, עמ' 564-565.

(3) אמרה שהוכחתה ררושה כדי להעריך את התנהגות השומע³⁵ כדי להעריך את התנהגותו של יוסף, יש שמבקשים להוכיח אמרה שיוסף שמע מבנימין, בעל-פה או בכתב. הוכחה כזאת עשויה לעזור לבית המשפט בהערכת תגובתו של יוסף — אם פעל כשורה, אם נהג בתום לב וכיו"ב. כאזכר יוסף תקף את בנימין או אף גרם למותו, האמרה יכולה לסייע כדי לקבוע אם היה ליוסף יסוד סביר לחשוש שבנימין מתגכל לו ומבקש להרגו. הוכחת הדברים שיוסף שמע מבנימין לא תיפסל כעדות שמיעה, כי אין המטרה להוכיח את אמיתותם אלא רק את העובדה שאכן נאמרו.

(4) אמרה אשר ממנה ניתן להסיק קל מצבו הנפשי של האומר³⁶ בצוואתו השאיר דוד את מיטב רכושו לבנו שלמה. יתר הבנים טוענים, כי עובר לכתובת הצוואה היתה על דוד השפעה שלא כדין. שלמה טוען לעומתם, כי זמן ניכר לפני עשיית הצוואה רחש לו אביו חיבה מיוחדת. את זאת מבקש שלמה להוכיח באמצעות הראיות (זוה תוכנו: א) שרק את הוצאות לימודיו הוא, שילם אביו, אך לא את אלה של הבנים האחרים; ב) עדוד אמר פעם "שלמה הוא הטוב והמוצלח שבבני"; ג) עדוד אמר "אני מתעניין רק בבני שלמה ואין יתר הבנים מעניינים אותי". הראיה הראשונה לא תעורר בעיה של עדות שמיעה³⁷. הראיה השנייה לא תיחשב כעדות שמיעה, כי רק בדרך נסיבתית מבקשים להסיק ממנה על הרגשותיו של המצווה. אולם בהגשת הראיה השלישית מתכוונים להוכיח ישירות את נכונות תוכנה ולכן זו עדות שמיעה. עם זאת, אין הסיבות מעשית רבה להבחנות אלה, כיון שאחד החריגים לכלל הפוסל עדות שמיעה מתיר גם את קבלתה של הראיה השלישית³⁸.

יש הכוללים במסגרת זו גם אמרות המצביעות על כך שהאומר יודע עובדה מסוימת, שנמסרה לו הודעה, שהוא ער לאותה עובדה — ובלבד שקיומה של העובדה הוכח בראיות אחרות³⁹. במשפט על תאונת עבודה הוכח, כי המעצורים היו מקולקלים וכן שמפעיל המכונה אמר לפני שאירעה התאונה כי המעצורים אמנם מקולקלים. נפסק שאמרה זו כהווה ראיה מקורית לכך שהאומר ידע על מצב המעצורים. העובדה שהאיש דיבר כאומר, מראה שהוא היה ער לכך, ושאלת מהימנותו אינה מתעוררת⁴⁰. אולי קשה להשתכנע מנכונותה של תיאוריה זו. אם מפעיל המכונה הוא בעל-דין, יש להניח שאמרה כזאת תתקבל ממילא כראיה, בתור הריג לכלל הפוסל עדות שמיעה, בגלל היותה הודאה. מכל מקום, אמרה שנאמרה לאחר התאונה, כי הוא, האומר, ידע, עוד לפני התאונה, שהמעצורים מקולקלים — ודאי לא תיחשב כראיה מקורית, ולא תהיה קבילה, אלא אם כן תיפול במסגרת אחד החריגים לכלל הפוסל עדות שמיעה⁴¹.

שפיותו של אדם מוכחת, בין השאר, על-ידי ראיות על התנהגותו בנסיבות שונות, כולל הצהרותיו. אם אמרותיו מצביעות על כך שהוא סובל מתעתועים — כגון שהוא

35 ראה מקורמיק, שם, עמ' 589-590.

36 ראה שם, עמ' 590-591.

37 בכפוף למה שייאמר להלן על הצהרות מכללא בטקסט להערות 53-69.

38 ראה מקורמיק, שם, עמ' 591.

39 ראה שם.

40 ראה שם, עמ' 591-592 והערה 98.

41 עיין שם, עמ' 592 והערה 99.

הכלל הפוסל עדות שמיעה — מה מקומו במשפט הישראלי?

מכרזו על עצמו שהוא "נפוליאון" — הרי ראייה על אמרות כאלה אינה עדות שמיעה, שהרי ברור כי אין כוונה להוכיח את אמיתות האמרה.⁴²

(5) עדותו של אחד המשתתפים בשיחה

כאשר אדם מעיד על מידע שקיבל מאחרים או על תוצאות חקירה שנעשתה על-ידי אחרים, ועדותו מוגשה כראיה לגבולות של אותן עובדות, הרי זו עדות שמיעה. אם מספר רופאים קיימו התייעצות שבעקבותיה הגיעו להחלטה מסויימת אך רק אחד הרופאים העיד על כך בבית המשפט — האם זו עדות שמיעה? עקרונית צריך היה לומר שהתשובה היא חיובית, משום שהרופא מעיד גם על דברי חבריו ובמטרה לשכנע שהמצאיים נכונים. אף-על-פי-כן, הנטייה של שופטים ומלומדים היא שלא למיין ראייה כזאת כעדות שמיעה כדי שלא לאבד מידע חשוב שהוא בדרך כלל גם מוסמך. אחד הטעמים לכך הוא שהדרישה בדבר חקירה שכנגד מתמלאת למעשה על-ידי מתן הזדמנות לחקור את אחד המשתתפים באותה התייעצות.⁴³ אכן, באופן כללי מקובל להקל בעדות מיומנת ולהתיר הסתמכות על דו"חות שנעשו על-ידי אחרים. עם זאת, ניתן להעיר על הלכה זו, כי ברור שהתכרעה לטובת קבילותה של הראייה היא רצויה ולעיתים אף חיובית. אולם ספק אם נכון לקבל את התאוריה שזו אינה עדות שמיעה. הדרך הסבירה יותר היא לכלול אותה בין החריגים לכלל הפוסל עדות שמיעה.

(6) שימעו של אדם

כבר נתבאר כי לפנינו היו המושבעים שואבים את העובדות מהקירות ב"שכונת". שימעו של אדם בשכונה (his reputation) היה איפוא מקור מידע מקובל. משהסתרשה השיטה של מתן עדות בפני חבר מושבעים, הלכה ונעלמה התופעה שמושבעים יפנו ישירות אל מקורות מידע בדבר שימעו של אדם, אך לא היו עוררין על הכלל שאדם יכול לבוא ולהעיד בפני המושבעים על שימעו של פלוני. עדויות כאלה אמנם נתקבלו כחריג לכלל הפוסל עדות שמיעה.⁴⁴ "שימעו של אדם בקרב הציבור הרחב — בין טוב ובין רע — מהווה, במקרים מסויימים, מקור מהימן של עדות על אפיו, מחמת היותו (?) פרי התגבשותה של דעת הרבים כתוצאה מהתבוננות אל אורח התנהגותו במשך זמן רב".⁴⁵ אדם המעיד על שימעו של פלוני, מעיד על-פי זכרונו הכללי המבוסס על שורה של אמרות שניתנו מחוץ לבית-המשפט.⁴⁶

42 ראה שם, עמ' 592-593. בהקשר זה יצויין כי בארץ נפסק שמסקנות אשר רופא מסיק מאנשים, אינן בגדר "עדות שמיעה" אלא "עדות ראייה" ממש. הרופא אמנם סומך על סיפורו של החולה, המוסר על אירועים שקדמו להתפרצות המחלה. אולם דברי החולה מודרכים על-ידי הרופא, אשר הכשרתו המקצועית עוזרת לו "לבור את הבר מן התבן", הן מבחינת הרלבנטיות והן מבחינת המהימנות. ע"פ 498/62 קרוכמלניק(וב), פד"י י"ז 1219, 1224.

43 ראה מקורמיק, שם, עמ' 593-594. גם בארץ העלה פעם בית המשפט העליון את הספק אם עדות כזאת מצויה במסגרת של עדות שמיעה: ע"א 309/59 חב' מפעלי מים בע"מ נ' פישוב, פד"י י"ד 1121, 1133.

44 ראה וויגמור, שם, סעיף 1580; מקורמיק, שם, עמ' 595.

45 אלה דבריו של וויגמור שתורגמו ואומצו על-ידי הנשיא אגרנט בבג"צ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פד"י כ"ו (2) 337, 397.

46 ראה מקורמיק, שם.

אולם עדות על שימעו של אדם אינה תמיד עדות שמיעה. בתביעת פיצויים על הוצאת שם רע, למשל, כאשר הנתבע מגיש ראיה על כך שכבר לפני מועד הוצאת הדיבה לא היה לתובע שם טוב — זו אינה עדות שמיעה⁴⁷; מטרת ההוכחה היא שיצא לאותו אדם שם רע, ולא נכונות השמועה⁴⁸. כיוצא בזה, הוכחת שימעו של אדם בציבור כראיה לכך שמישהו מן הציבור יודע אותן עובדות, שיש להן פרסומת (reputed facts)⁴⁹. עדות על שימעו של אדם היא עדות שמיעה רק כאשר היא מוגשת להוכחת אמיתות העובדה שב"שמעו", היינו שערכה תלוי במהימנותם של כל מוסרי האמרות במקובץ⁵⁰. בנסיבות כאלה העדות היא פסולה — כגון עדות על שמע להוכחת בעלות, להוכחת שפיות או לקיומה של שותפות⁵¹.

כאשר אדם מעיד כי אחיו גדול ממנו בכך וכך שנים, אין עדות זו נחשבת לעדות שמיעה. אין כאן עדות על הלידה של אחיו אלא עדות ישירה על מה שעניי העד ראו ואזניו שמעו בבית ההורים, מן היום שעמד על דעתו. אין לך עדות טובה וכשרה מזו⁵².

ב. עדות על התנהגות והצהרות מכללא

אחת השאלות המתעוררות בקשר להיקפו של הכלל הפוסל עדות שמיעה היא האם חל הכלל גם על התנהגות והצהרות מכללא (implied assertions). הצהרות כאלה יכולות להיות משני סוגים⁵³:

- (1) אמרה שלא התכוונו לומר בה אותם דברים שמבקשים להסיק ממנה. למשל, כדי להוכיח שראובן היה נוכח במקום מסויים, מוזמן שמעון להעיד כי שמע את לוי אומר באותו מקום "שלום ראובן!". זוהי הצהרה מכללא שאינה אסרטיבית.
- (2) התנהגות לא-מילולית שלא היתה מכוונת להצהיר אותה עובדה שמבקשים להוכיח. לדוגמה, הפלוגתה היא האם פלוני היה בחיים במועד מסויים. יהודה בא ומעיד, שראה או את אסף הרופא בודק את פלוני ובתום הבדיקה נותן סימן להעבירו לחדר המתים, בלי לומר מלה.

המלים "שלום ראובן!" בדוגמה הראשונה הן תחליף להצהרה מפורשת ש"ראובן היה כאן". כיוצא בזה, התנהגות הרופא בדוגמה השנייה היא תחליף להצהרה מפורשת ש"פלוני הוא מת". בכל אחד משני המקרים האלה, אילו היו מנסים להוכיח את ההצהרה המפורשת

47 ראה שם.

48 ראה וויגמור, שם, סעיף 1609.

49 ראה מקורמיק, שם.

50 ראה וויגמור, שם, סעיפים 1580, 1609; מקורמיק, שם.

51 ראה מקורמיק, שם. אולם ישנם גם חריגים לכלל הפוסל עדות שמיעה המכשירים ראיה שמטרתה להוכיח כי העובדות שבשמע הן אמת.

52 ע"א 70/60 מנשה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י י"ד 1625, 1626-1627. אולם כאשר בן נדרש להעיד על תאריך לידת אביו, עדות כזאת היא, בדרך כלל, חסרת ערך: ע"א 282/59 היועץ המשפטי לממשלה נ' סימון, פד"י י"ג 1387, 1390.

53 ראה קרוס, שם, עמ' 383.

באמצעות אדם ששמע את ההצהרה, היא היתה בלתי קבילה בתור עדות שמיעה. אולם הבעיה היא אם אין להתייחס אחרת אל הצהרה מכללא.

משה שאל את הנוכחים בחדר "מי נתן את ההוראה?" ובתגובה לשאלה זו הרים פנחס את ידו. אין ספק שעדות על התנהגותו של פנחס שקולה כנגד תשובה בעל-פה "אני נתתי את ההוראה". כשם שעדות על תשובה במלים היא עדות שמיעה, כך גם עדות על אותה התנהגות היא עדות שמיעה.⁵⁴ זוהי התנהגות מכוונת שהיא תחליף למלה המדוברת, כמו גענוע ראש לאות הסכמה במקום תשובה מילולית "כן". אולם כאשר דנים בהתנהגות בלתי מכוונת – היינו בהצהרות מכללא – השאלה אינה זקיקה מספקות.

נניח שהענין הטעון בירור הוא, מי מתוך קבוצת אנשים מסויימת העליב את א'. אתי של א' היה במקום ובשמעו את דברי העלבון הנגפל על ב' – אחד מאנשי הקבוצה. האם ניתן לשאול עד שיספר על התנהגות האת, כהוכחה שב' היה המעליב, או שזו עדות שמיעה?⁵⁵

המהלוקת היא אם דוד היה שפוי בתקופה מסויימת. האם מותר להביא ראיה על התנהגותם הוזירה המיוחדת של בני משפחתו כדי להוכיח שהם לא התייחסו אליו כמו אל אדם הבריא בנפשו?⁵⁶ או להיפך: כדי להוכיח שהוא בריא, האם מותר ראיה שבת-שבע, אשר הכירה את דוד במשך שנים רבות, הסכימה להינשא לו?⁵⁷

הן באנגליה והן בארצות הברית הושפעה כל הסוגיה הזאת במידה רבה מפסק הדין בפרשת *Wright v. Tatham*,⁵⁸ אשר נדונה בכמה בתי משפט והגיעה פעמיים לבית הלורדים. אדם בשם Marsden ציווה את כל רכושו ל-*Wright*. יורשו החוקי של M טען, בין השאר, כי M לא היה כשיר, מבחינה נפשית, לערוך צוואה. בתמיכה לכשרות הצוואה ביקש W להגיש כראיה מכתבים שנשלחו אל המנוח על-ידי אנשים שכבר לא היו בחיים, ואשר תוכנם מראה כי לא יכלו להיכתב אלא אל אדם, שלדעת כותבי המכתבים, היה בר-הבנה ומתנהג באורח סביר. בערכאה ראשונה נתקבלו המכתבים כראיה לכשרותו של המצווה, אולם בדיונים הנוספים והחוזרים הגיעו בתי המשפט למסקנה שהמכתבים אינם קבילים כי דינם כדין עדות שמיעה על סברתם של כותבי המכתבים.

ראובן הורשע בהצתת החנות בה ניהל את עסקיו. הראיה היחידה שסתרה את טענתו "במקום אחר הייתי", היתה עדותו של שוטר כי כאשר התקרב למקום, כ-25 דקות לאחר שפרצה השריפה, הוא שמע אשה מקהל הצופים קוראת לעבר רוכב אופנוע שעבר במקום ושדמה לנאשם: "Your place burning and you going away from the fire". בערעור בוטלה ההרשעה כי הוחלט שהעדויות הזאת נתקבלה שלא כדין.⁵⁹ נראה שבית

54 ראה מקורמיק, שם, עמ' 596. ראה גם ע"ס 85/62 שפק, פד"י ט"ו 1902, 1908-1907.

55 ראה מקורמיק, שם, עמ' 597.

56 הדוגמה לקוחה מפרשת *Wright v. Tatham*, שתובא בסמוך.

57 ראה מקורמיק, שם, עמ' 596.

58 (1837) 7 Ad. & El. 313; 122 E.R. 488 (Ex. Ch.) and (1838) 5 Cl. & F. 670, 739; 47 R.R. 136 (H.L.) קטעים מפסק הדין מופיעים גם ב-2 Wigmore, *Evidence*, §267 (3rd ed. 1940).

59 *Teper v. R.* [1952] A.C. 480; [1952] 2 All E.R. 447

המשפט סבר כי זו היתה עדות שמיעה, למרות שהאשה לא התכוונה לומר לאיש שראובן היה נוכח במקום. עם זאת, ניתן גם לטעון כי הראיה נפסלה משום שלא נראתה כרלבנטית.⁶⁰

הסכנות אשר בגללן נתקבל הכלל הפוסל עדות שמיעה, הן בעיקר שתיים: שמא אומר האמרה המקורי איננו ישר אלא מוסר ביודעין, וגם אם הוא הגון ומדבר בתום-לב, — שמא הוא טועה מסיבה כלשהי, כגון מחמת ליקוי בכשרו לקלוט, לזכור או למסור לאחרים את מה שקלט וזכר. תחשש מפני הטעייה בזדון ודאי קטן בהרבה בעדות על התנהגות בלתי מכוונת, וגם החשש השני איננו נראה כאן כרציני במידה כזאת שיצדיק את פסילת הראיה לחלוטין. לכל היותר ראוי להביא נסיבות אלו בחשבון בהערכת המשקל והמהימנות של הראיה אך לא כנימוק לאי-קבילותה.⁶¹ לעיתים קרובות מתקבלות ראיות על הצהרות מכללא ללא התנגדות. ומכל מקום, הנטייה כיום היא להתיר קבלתן של ראיות כאלה, אם על-ידי הגדרה מצומצמת יותר של הכלל הפוסל עדות שמיעה.⁶² ואם על-ידי קביעת חריגים לכלל הפסילה.⁶³

יש שהדגישו כי לפחות כאשר מדובר בהתנהגות כללית וממושכת — להבדיל ממעשה חד-פעמי — מן הדין לקבל את הראיה, משום שהיא בעלת ערך הוכחתי ניכר וקשה לטעות בה. למשל, כדי להוכיח את בעלותו של פלוני על נכס מסויים, מובאות ראיות על כך שהוא החזיק בנכס תקופה ממושכת, קיבל דמי שכירות, שילם את המסים ודאג לתיקונים — היינו נהג בו מנהג בעלים.⁶⁴ אבהותו של ילד היתה שנויה במחלוקת, והוכח כי כאשר הבעל חזר מעבר לים הוא התייחס אל הילד בצורה עויינת. בצוואתו חילק הבעל את רכושו לכל הילדים זולת הילד הזה. נפסק כי אין לפסול את העדות על התנהגות זו כעדות שמיעה.⁶⁵ אלו הן דוגמאות למקרים בהם מעשים מדברים בקול גדול יותר מאשר מלים, ומהווים למעשה ראיות נסיבתיות.⁶⁶

היבט מיוחד של התנהגות כעדות שמיעה נדון בפסיקה האמריקנית בהקשר לשתיקתו של אדם, כאשר ביקשו להסיק מסקנות מהעדר תגובה במלים או במעשים. למשל, תביעה בשל מום בסחורה שסופקה כשהנתבע מבקש להביא ראיה שאנשים אחרים קיבלו אותם מוצרים אך לא העלו טרזניה כלשהי.⁶⁷ העלאת השאלה

60 ראה קרוס, שם, עמ' 384.

61 ראה שם, עמ' 383; מקורמיק, שם, עמ' 599.

62 ראה Uniform Rules of Evidence, Rule 62 (1) (1953); Federal Rules of Evidence, Rule 801 (1973). עם זאת, עיין גם Finman, "Implied Assertions as Hearsay: Some Criticism of the Uniform Rules of Evidence", 14 (1962) *Stan. L. Rev.* 682.

63 ראה קרוס, שם, עמ' 386.

64 ראה ע"א 48/49 האפוטרופוס לנכסי נפקרים נ' סלטי, פד"י ג' 61, 65.

65 ראה 11 App. Cas. 1, 10-11 (1885) *The Aylesford Peerage Claim*.

66 והשווה ע"פ 392/65 כהן, פד"י כ' (1) 486, 489 (עדות על התנהגות נאשם כראיה נסיבתית לתודעה של אשמה).

67 ראה מקורמיק, שם, עמ' 600-601; Falknor, "Silence as Hearsay," 89 (1940) *U. Pa. L. Rev.* 192.

הכלל הפוסל עדות שמיעה — מה מקומו במשפט הישראלי?

של עדות שמיעה במקרים אלה נראית קצת יוצאת דופן. סביר יותר לבדוק את קבילות הראייה מנקודת מבט של רלבנטיות^{68, 69}.

ג. החריגים העיקריים לכלל

רשימת החריגים לכלל הפוסל עדות שמיעה היא ארוכה ביותר. ב-"Uniform Rules of Evidence, למשל, מצויים 31 סעיפים על חריגים לכלל, כאשר חלק מן הסעיפים כולל יותר מהריג אחד בכל סעיף. לגבי חלק מהם אין דעה אחידה אם נכון למינם כחריגים או כמקרים שאינם נופלים במסגרת הכלל. מכל מקום, ניתן לומר שהחריגים העיקריים הם: הודאת נאשם⁷⁰ והודאת בעל-דין⁷¹; אמרות של קרבן למעשה אלימות, לרבות אמרת שכיב-מרע⁷²; אמרות של נפטרים כנסיבות שונות⁷³ (אמרה הנוגדת אינטרס, אמרה במילוי תפקיד, אמרה על זכויות הציבור או על זכויות הכלל, אמרה על ייחוס משפחה ואמרה על תוכן צוואה); תעודות ציבוריות ונכריות⁷⁴; תעודות גושנות⁷⁵; רשומות בנקאיות⁷⁶; עדות שנגבתה בחוץ-לארץ⁷⁷; עדות שגבייתה הוקדמה מטעמים מיוחדים⁷⁸; עדות ילד בעבירות מין שנמסרה לתוקר-נוער⁷⁹; והצעה שהוגשה לאתרוגת לכנסת על עדות שנגבתה לפני המשפט בעבירות זנות⁸⁰ הודעות שנבגו במשטרה בתנאים מיוחדים⁸¹.

4. היש הצדקה לקיומו של הכלל? — נמוקים בעד ונגד

א. הנימוקים לפסילת עדות שמיעה

Stephen כותב⁸², שעדות שמיעה אינה קבילה הואיל ואיננה רלבנטית. אולם הסבר זה אינו תואם את המינוח המקובל על רוב המחברים בתחום דיני הראיות. רלבנטיות

- 68 ראה מקורמיק, שם, עמ' 601.
- 69 לדיון מקיף יותר בהצהרות מכללא, מן הזמן האחרון, ראה Weinberg, "Implied Assertions and the Scope of the Hearsay Rule," 9 (1973) *M.U.L.R.* 268.
- 70 ראה פקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971, סעיף 12.
- 71 ראה, למשל, קרוס, שם, עמ' 431.
- 72 ראה פקודת הראיות, סעיף 10.
- 73 ראה, למשל, ע"א 601/68 בידר ב' לוי, פד"י כ"ג (1) 594.
- 74 ראה פקודת הראיות, סעיפים 29-34.
- 75 ראה שם, סעיף 43.
- 76 ראה שם, סעיפים 35-39.
- 77 ראה שם, סעיפים 13 ו-14.
- 78 ראה חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, סעיפים 106-112; תקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963, תקנה 208.
- 79 ראה חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955; ע"פ 192/56 יהודאי, פד"י י"א 365; ע"פ 421/71 מימון, פד"י כ"ו (1) 281.
- 80 ראה חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 3), תשל"ד-1974.
- 81 הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 3), תשל"ד-1974 (הצ"ח 1103 מכ' בשבט תשל"ד — 12.2.74, עמ' 90).
- 82 Stephen, *Digest of the Law of Evidence*, art. 14 (11th ed. 1925)

או שייכות לענין הוא דבר שבהגיון והעקרון היסודי הוא כי כל ראיה רלבנטית היא קבילה אם לא קיים כלל הפוסל אותה ראיה, כגון – הכלל הפוסל עדות שמיעה. יוצא איפוא שעדות שמיעה נפסלת למרות שהיא רלבנטית, ועדות שאינה רלבנטית אינה קבילה אף אם היא עדות מקורית ולא עדות שמיעה.

יש אומרים⁸³, כי הכלל הפוסל עדות שמיעה אינו אלא תולדה ודוגמה חשובה של הכלל הדורש את הראיה הטובה ביותר⁸⁴. אולם, לכלל האחרון יש כיום אך חשיבות מועטת⁸⁵ ולמעשה אין קשר היסטורי בין שני הכללים⁸⁶. מכל מקום, עדות שמיעה תהיה פסולה גם אם היא הראיה היחידה שבנמצא, כל עוד לא קיים חריג המתיר את קבלתה.

יש המצביעים על סכנת המרמה או, לפחות, החשש מפני טעות בקבלת ראיה כזאת מכילי שני. כלומר, הכלל הפוסל עדות שמיעה נועד לקרב את השופט, ככל האפשר, לגרשא הראיה, ולמנוע תיווך שעלול לשימש מקור לטעויות ולהטעויות⁸⁷. יש להנחית שווהי אחת הסיבות שביסוד הכלל, אם כי אולי לא הסיבה המכרעת. מרמה או טעות אפשרית גם בעדות מקורית, והכלל הפוסל עדות שמיעה הרי חל גם על מסמכים, כאשר החשש מפני טעויות איננו כה גדול.

ערכה של עדות תלוי בכושרו של העד לקלוט את פרטי האירוע, לזכור היטב את מה שקלט ולמסור אותם פרטים לבית המשפט. המטרה של הכלל הפוסל עדות שמיעה היא למנוע הסתמכות על ראיות מפוקפקות אשר מהימנותן אינה ניתנת לבדיקה. אשר על כן, דורש הדין שיתקיימו שלושה תנאים כדי שראיה תהיה קבילה: על העד למסור דבריו בשבועה, עליו להעיד באופן אישי בזמן המשפט ועליו לחשוף עצמו לחקירה שכנגד⁸⁸. היו שצינו, כי עדות שמיעה נפסלת משום שהמשמיע המקורי אמר את דבריו שלא בשבועה⁸⁹. לשבועת העדים יש, כידוע, שתי מטרות. המטרה האחת היא להעמיד את העד על רצינות המעמד, מתוך הנחה שהאופי הדתי-מצפוני של השבועה עשוי להגביר אצל העד את חובתו לדבר אמת. המטרה השנייה היא להזהיר את העד מפני הסנקציות הפליליות הצפויות למי שמעיד עדות שקר. וויגמור מטיל ספק בכך אם העדר שבועה הוא הנימוק העיקרי לפסילה של עדות שמיעה, שהרי גם אמרה אשר נמסרה בשבועה לא תהיה קבילה, אם היא לא ניתנה בפני בית המשפט הנדון⁹⁰.

83 ראה ע"פ 135/50 פרידמן, פד"י ה' 567, 570-571.

84 ראה הרנון, דיני ראיות, חלק ראשון, §8.2 ו-§8.3.

85 להבדיל מן הכלל המחייב את הגשת המסמך המקורי. ראה שם, §8.2.

86 ראה ע"פ 105/51 פלד, פד"י ו' 783, 785-786; קרוס, שם, עמ' 394. עם זאת, יצויין כי במקום אחר הציע פרום קרוס לשנות את החוק כך שכאשר עדות השמיעה היא הראיה הטובה ביותר, לא יחול כלל הפסילה. ראה Cross, "What Should Be Done About the Rule Against Hearsay?" [1965] *Crim.L.R.* 68. לבקורת על ההצעה, ראה Griew, "What the Butler Said He Saw", [1965] *Crim.L.R.* 91.

87 ראה ע"פ 105/51 פלד, שם, עמ' 785.

88 ראה מקורמיק, שם, סעיף 245, עמ' 581-582. ראה גם: *Teper v. R.*, [1952] A.C. 480, 486; [1952] 2 All E.R. 447, 449.

89 ראה ע"פ 16/49 לוי, פד"י ב' 561, 572; ע"פ 64/55 וולפוביץ, פד"י ט' 785, 786; מקורמיק, שם, עמ' 582.

90 ראה 5 Wigmore, *Evidence*, §1362, p. 7 (3rd ed. 1940).

יש הסוברים, כי העובדה שמוסר האמרה המקורי לא הופיע אישית במשפט היא מן הסיבות העיקריות הפוסלות עדות שמיעה.⁹¹ אי-הופעתו של מוסר האמרה שוללת מבית המשפט את האפשרות להתרכס ממנו באורח בלתי אמצעי ולהחליט על מהימנותו עליפי התנהגותו על דוכן העדים. "אותות אמת" אלה הם בלי ספק אמצעי חשוב בהערכת משקלה של העדות – כפי שמורה סעיף 53 לפקודת הראיות. אולם שאלה היא אם העדרם מהווה או צריך להוות גורם מרכזי לפסילתה של עדות שמיעה. ואמנם, לפי ההשקפה הרווחת, הנימוק העיקרי לאי-קבילותה של עדות שמיעה הוא חוסר האפשרות לחקור את בעל האמרה תקירה שכנגד.⁹² "הסעם לפגם המצוי בעדות שמיעה, איננו נעוץ, לפי השקפת המשפט המקובל, בתופעה שהיא נמסרה שלא בשבועה (או בהן צדק) אלא עיקר הפגם הוא בכך שאותה עדות נמסרה במסיבות שבהן לא היתה הזדמנות לצד שכנגד... לבחון את אמיתותה בדרך של חקירת שתי וערב למוסר העדות...".⁹³ דומה שאין צורך להסביר מה רבה החשיבות של החקירה שכנגד.⁹⁴ אחת מזכויות היסוד של הנאשם היא לחקור כל עד המעיד נגדו חקירה שכנגד,⁹⁵ ולגבי עדים המופיעים במשפט הכלל הוא שעל השופט להימנע מלהגביל את החקירה שכנגד בדרך שעלולה לגרום לעיוות דין.⁹⁶ והנה, כאשר מדובר בעדות שמיעה, האפשרות של חקירה שכנגד הרי נשללת לחלוטין. אין ערך רב לחקירת העד שבאמצעותו מוגשת עדות השמיעה. עד זה אינו נכנס לפרטים, אינו מיישב סתירות, איננו מבהיר נקודות סתומות או דו-משמעיות; הוא יכול להצטמצם בתשובה אחת שכך נמסרו לו הדברים ותו-לא.⁹⁷ ואילו עד ראיה הנקרא להעיד במשפט עדות מקורית, החשש מפני חשיפת דברי שקר בחקירה שכנגד מהווה לגביו תמריץ להעיד אמת. החקירה שכנגד היא גם האמצעי החשוב ביותר כדי לגלות אצל העד ליקויים באחת משלוש התכונות היסודיות – בכושרו לקלוט, בכושרו לזכור או בכושרו למסור לבית המשפט את אשר קלט וזכר.⁹⁸ בארצות הברית רואים את העדר האפשרות לחקור חקירה שכנגד את בעל האמרה המקורי גם כפגיעה בזכות קונסטיטוציונית; אם משום שמצב זה שולל הליכי שיפוט

91 ראה מקורמיק, שם.

92 ראה שם, עמ' 583; קרוס, שם, עמ' 394.

93 בג"צ 124/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת, פד"י י"ג 5, 16, מפי השופט אגרנט, תוך הסתמכות על וויגמור. ראה גם לוי, שם.

94 ראה הרנון, שם, 56.7.

95 בנוסף למקורות שצויינו שם, ראה ע"פ 35/50 מלכה, פד"י ד' 429, 436; בג"צ 124/58, שם, פד"י י"ג בעמ' 17, 23; ע"פ 414/71 סלמן, פד"י כ"ז (2), 346, 351, 354.

96 ראה ע"פ 35/72 דייץ, פד"י כ"ו (1), 662, 664 ("די בכך שקיימת אפשרות כי ההגבלה אשר השופט המלומד הטיל על זכות החקירה הנגדית היתה עלולה לגרום למערער עיוות דין, כדי לחייב את תיקון המעות, אפילו ישער הקורא את העדויות שניתנו עד כה שכנראה לא יעלה בדי הסניגור לערער את העדות כפי שניתנה בחקירה הראשית". שם, מפי השופט לנדוי).

97 ראה מקורמיק, שם.

98 ראה Morgan, "Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept", 62 (1948) *Harv.L.Rev.* 177, 186, 188.

הוגנים לפי התיקון ה-14 לחוקה (due process of law), ואם משום שמפירים את הזכות לעימות, המבוססת על התיקון הששי לחוקה (right of confrontation).⁹⁹

ב. הביקורת על הכלל

אם בעבר היו במדינות המושפט המקובל רק בודדים שהעלו ספקות בדבר מידת ההצדקה לקיומו של הכלל הפוסל עדות שמיעה, הרי לאחרונה גברו קולות הביקורת והיא לעיתים חריפה וקיצונית עד כדי דרישה לביטולו המוחלט של הכלל.

ניתן לומר, כי הנימוקים העיקריים נגד הכלל הפוסל עדות שמיעה¹⁰⁰ הם חמישה: ראשית, בגלל ההריגים הרבים¹⁰¹, משווה הכלל לדיני הראיות אופי טכני בולט, ומחייב התמצאות במערכת סבוכה של הלכות. הסוגיה של עדות שמיעה היא, איפוא, כה מורכבת, שוויגמור, למשל, ראה חובה להקדיש לה בספרו יותר מאלף עמודים.¹⁰² שנית, הכלל גורם לאי צדק, כאשר העד, אשר יכול היה למסור עדות מקורית, נפטר או לא ניתן להשיגו מסיבה אחרת. במקרים כאלה אין הכלל משיג את המטרה של אילוץ בעל-הדין להגיש ראיה טובה יותר; הכלל רק מונע מבית המשפט ראיה משנית, גם אם היא הראיה הטובה ביותר שבמצא¹⁰³.

שלישית, לעיתים קרובות מבלבל הכלל את העדים ומפריע להם למסור בבית המשפט את גירסתם בצורה שוטפת – שהיא הדרך הטבעית לקבלת תיאור מלא של העובדות.

רביעית, לפעמים מונע הכלל מבית המשפט חומר שיכול היה להיות בעל ערך רב לבירור האמת. בפסיקה האנגלית של השנים האחרונות, למשל, ניתן למצוא כמה דוגמאות בולטות של ראיות משכנעות למדי אשר נפסלו על-ידי בתי המשפט בגלל דבקות בכלל הפוסל עדות שמיעה; כגון פרשת Myers, שהגיעה עד בית הלורדים¹⁰⁴. הנוהג במפעל לייצור מכונות היה כך שבשעת הייצור ממלא עובד המפעל כרטיס לכל מכונת ובו המספרים של המנוע, השלדה והצילינדר. אחר-כך היו מצלמים את הכרטיסים ושומרים רק על המיקרופילמים ואת הכרטיסים היו משמידים. מיקרופילמים אלה לא נתקבלו כראיה כי נחשבו לעדות שמיעה. בשני מקרים אחרים¹⁰⁵ היה על התביעה להוכיח כי הנאשם נהג במכונת מסוימת במועד הרלבנטי. ראובן ראה את מספרה של המכונת אך לא רשם את המספר אלא הורה לשמעון לרשום. שמעון לא ראה את המספר של המכונת אך רשם

99 על ההיבטים הקונסטיטוציוניים בקשר לעדות שמיעה, ראה, למשל, מקורמיק, שב, סעיף 252 וכן דברי ההסבר של הוועדה המייעצת לתקנות הפדרליות החדשות בארצות הברית: 34 L. Ed. 2d 86-88 (1973). ראה גם ע"פ 421/71 מימון, פד"י כ"ו (1) 281, 288.

100 ראה, למשל, The 11th Report of the Criminal Law Revision Committee on Evidence (General), pa. 228, Cmnd. 4991 (1972); G. Williams, "The Proposals for Hearsay Evidence", [1973] Crim.L.R. 76.

101 על כך כבר ניתן היה לעמוד מעיון ברשימת החריגים העיקריים שפורטה לעיל, בטקסט להערות 70-81.

102 ראה מקורמיק, שב, סעיף 325.

103 ראה ג. ויליאמס, שב.

104 Myers v. Director of Public Prosecutions, [1965] A.C. 1001 104

105 Jones v. Metcalfe, [1967] 3 All E.R. 205; McLean v. R. (1967), 52 Cr. App. R. 80 105

הכלל הפוסל עדות שמיעה — מה מקומו במשפט הישראלי?

מה שראובן אמר לו לרשום. בינתיים שכח ראובן את המספר שראה והוא לא שם לב למה שרשם שמעון. שמעון ביקש להעיד על מה שרשם, אך עדותו נפסלה כי היתה עדות שמיעה.

נימוק ביקורת זה אומר איפוא שלעיתים קרובות אין הכלל וחריגיו מצליחים לבור את הבר מן התבן, היינו אינם מסוגלים להבחין כראוי בין עדויות שמיעה מהימנות לבין עדויות שמיעה בלתי מהימנות; במיוחד אם ערים לכך שהכלל הפוסל אינו חל רק על עדויות בעל-פה אלא גם על ראיות בכתב.¹⁰⁶

ח מ י ש י ת , כאשר הדיון מתמקד במשפט המקומי, צריך להוסיף לכל טענות הביקורת האלה את ההשגה הקשורה במוסד המושבעים: באיזו מידה יש הצדקה לכלל הפוסל עדות שמיעה בשיטה משפטית, כמו הישראלית, שאין בה מושבעים?

כבר נאמר¹⁰⁷, כי החוקרים חלוקים בשאלה מה השפיע יותר על היווצרות הכלל הפוסל עדות שמיעה — שיטת המושבעים או השיטה האדברטרית. מכל מקום, קיימת הסכמה כללית לכך שהחשש מפני הסקת מסקנות חפוזות ובלתי מבוססות מעדות שמיעה הוא בלי ספק רציני ובוולט בטריבונל של הדיוטות יותר מאשר בטריבונל שרק שופטים מקצועיים יושבים בו¹⁰⁸. וההתפתחות באנגליה תוכיח: כיון שבמשפטים אורחיים כמעט ונעלם שם מוסד המושבעים, לא ראה המחוקק האנגלי מניעה רצינית לצמצם במידה ניכרת את הכלל הפוסל עדות שמיעה בהליכים אלה. הצעד הראשון נעשה כבר בשנת 1938 לגבי סוגים שונים של מסמכים¹⁰⁹, וריפורמה קיצונית ורחבה יותר הוכנסה בשנת 1968 והיא חלה גם על ראיות בעל-פה¹¹⁰. והנה, במדינת ישראל — אשר אינה מכירה כלל את מוסד המושבעים, אף לא במשפטים פליליים — הדינים של עדות שמיעה בשנת 1974 עדיין דומים בעיקרם לאלה ששררו באנגליה בשנת 1937¹¹¹; מן הראוי, איפוא, לשקול בהקדם מהו ההסדר הרצוי לנו בסוגיה זו.

5. פתרונות אפשריים

כללית דומה שיש מקום לאחת משתי גישות עקרוניות: ביטול מוחלט של הכלל הפוסל עדות שמיעה, כך שכל ראיה רלבנטית תהיה קבילה, או שמירה על הכלל, תוך הכנסת שינויים בחריגים. אין להניח שמישהו יעלה ברצינות הצעה לפסול כל עדות שמיעה ללא יוצא-מן-הכלל.

106 ראה במיוחד ג' ויליאמס, שם; מקורמיק, שם.

107 ראה לעיל טקסט להערות 25-26.

108 ראה מקורמיק, שם, סעיף 327.

109 ראה קרוס, שם, עמ' 482-493.

110 ראה ב-Supplement לספרו של קרוס, מ-1969, עמ' 18-21. בשנת 1972 הומלץ אמנם להכניס שינויים דומים גם במשפטים פליליים (ראה הדו"ח ה-11, לעיל הערה 100, סעיפים 251 ואילך). אולם החוק לא שונה עד היום וספק אם ההמלצות הללו יתקבלו בעתיד הנראה לעין.

111 בשנת 1969 הציע אחד מבעלי-הדין להסתמך בארץ על חוקי הראיות האנגליים מ-1938 ומ-1968, באמצעות סימן 46 לדבר המלך. אולם בית המשפט העליון דחה את ההצעה: ע"א 601/68 ביידר ג' לוי, פ"ד כ"ג (1) 594, 600-603.

א. ביטול מוחלט של הכלל הפוסל עדות שמיעה

זהו, ודאי, הפתרון הפשוט ביותר וקבלתו תביא להתקרבות גיכרת אל דרכי ההוכחה המקובלות בשיטות המשפט של אירופה הקונטיננטלית¹¹². כל החששות השונים מפני הסתמכות על עדות שמיעה, שנתבארו לעיל¹¹³, יהיו אז חשובים רק לענין משקלה של הראיה, אך לא לענין קבילותה. אין זאת אומרת שבאופן אוטומטי תיעלם השיטה של הגשת ראיות בתנאים האידיאליים. אדרבה, ניתן לשער שבעל-דין ימשיך, בדרך כלל, לעשות מאמץ להעלות על דוכן העדים את מוסר האמרה המקורי, כדי שסיכויו לשכנע את בית המשפט יהיו טובים יותר, אלא שלא תהיה הובה לנהוג כך.

בחירת פתרון כזה תהיה כמובן עשיית צעד מהפכני – אם כי לא דבר שאינו ניתן לביצוע. שורדיה, למשל, עברה תהליך כזה בענין עדות שמיעה: ממבחי קבילות למבחי מהימנות¹¹⁴. אולם שאלה היא אם שינוי כה מרחיק לכת אמנם רצוי לנו, במיוחד במשפטים פליליים. הריפורמות שהוכנסו ושהומלץ עליהן באנגליה ובארצות הברית בשנים האחרונות אינן דוגלות בביטול מוחלט של הכלל הפוסל עדות שמיעה.

ב. שמירה על הכלל הפוסל עדות שמיעה, תוך הכנסת שינויים בחריגים

במחנה התומכים בגישה זו הועלו הצעות שונות כיצד להגדיר את המקרים החריגים, בהם תתקבל ראיה למרות היותה עדות שמיעה.

יש שהמליצו לזנוח את השיטה של קבוצת החריגים, בקטגוריות מוגדרות מראש, ולהורות במקומה שבית המשפט ישקול ויחליט בכל מקרה לפי נסיבותיו, אם לקבל את עדות השמיעה. החריגים המקובלים רק ינחו את השופט בקביעת הערך ההוכחתי של הראיה ובאיוז מידה קיימת ראיה טובה הימנה¹¹⁵.

הצעה זו נותנת לשופט שיקול דעת רב יתר על המידה ומצמצמת את האפשרות לחוות מראש מה יהיו החלטות בית המשפט בעניני ראיות. הדבר יכביד על ההכנות למשפט ויקשה במתן ייעוץ ללקוח, בדבר סיכויו לזכות בדין.

הפתרונות אשר זכו לאהרונה לתמיכה נרחבת למדי מבוססים על הרעיון המקורי של המשפט המקובל: עקרון כללי הפוסל עדות שמיעה הכפוף לחריגים. החידוש הוא בהכנסת שיטתיות ומבנה הגיוני יותר למערכת החריגים.

באנגליה¹¹⁶, ההסדר של סוגיה זו מרחיב במידה ניכרת את היקף החריגים, במגמה

112 ראה, למשל, "Comparative Study of Hearsay Evidence Abroad" (Rava, Italy; Freed, France; Ginsburg, Sweden), 4 *International Lawyer* 156 (1969).

113 ראה טקסט להערות 82-99.

114 ראה Jacobsson, "Hearsay Testimony in Sweden", *Scandinavian Studies in Law*, vol. 17, p. 127 (1973).

115 זוהי השקפתו של פרופ' ויינסטיין, שהיה חבר הוועדה המייעצת להכנת התקנות הפדרליות החדשות, אך הוא לא הצליח לשכנע את חבריו לאמץ את השקפתו. ראה Weinstein, "The Probative Force of Hearsay", 46 *Iowa L. Rev.* 331 (1961); Advisory Committee's Notes to the Federal Rules of Evidence, 34 L. Ed. 2d 85-86 (1973).

116 הכוונה היא לדין הקיים במשפטים אורחיים מאז ה-Civil Evidence Act 1968 ולדין הדומה שהומלץ למשפטים פליליים על-ידי ועדת הריפורמה למשפט פלילי בדו"ח ה-11 שנתפרסם בשנת 1972 (לעיל הערה 100).

הכלל הפוסל עדות שמיעה — מח מקומו במשפט הישראלי:

להכשיר כראיה במידה מירבית כל עדות שמיעה בעלת-ערך, וזאת תוך קביעת כמה הגבלות כערוכות, מתשש לעדות מוטעית או כוזבת. ואלה ההגבלות העיקריות:¹¹⁷

- (1) אמרה קודמת שעד מסר מחוץ לבית המשפט — כגון במשטרה — לא תהיה קבילה באופן אוטומטי אלא רק ברשות בית המשפט אשר צריך להיות בדעה שהעדות דרושה לעשיית צדק.
- (2) בדרך כלל תהיינה קבילות רק האמרות שהן "יד ראשונה". למשל, כאשר א' ראה את האירוע וסיפר על כך ל-ב', ו-ב' מסר על כך ל-ג' — עדותו של ב' תהיה קבילה אך לא עדותו של ג'. כלומר, עדות שמיעה כפולה (או "יד שניה") תהיה פסולה.
- (3) כאשר האמרה נמסרה על-ידי אדם הנמצא מעבר לים או שקיימת מניעה אחרת להופעתו במשפט, לא תהיה האמרה קבילה כלל אם היא נמסרה לאחר שהחשוד כבר הואשם. החשש הוא מפני עדות כוזבת "שתומצא" בשלב מאוחר.
- (4) כאשר מבקשים להגיש כראיה אמרה של אדם שאי אפשר לקרוא לו להעיד, על הצד המעוניין בהגשת האמרה לשלוח לצד שכנגד הודעה מוקדמת המציינת את פרטי האמרה ואת הסיבה שבגללה אי אפשר לקרוא לו להעיד.

בארצות הברית, ההסדר המעודכן ביותר של סוגיה זו מצוי ב-Federal Rules of Evidence שאושרו על ידי בית המשפט העליון של ארצות הברית ב-1972 וממתינות לאישור הקונגרס.¹¹⁸ כאן החריגים מחולקים לשתי קבוצות. הקבוצה האחת כוללת את כל אלה שלגביהם אין חשיבות לשאלה אם אפשר להעיד במשפט את אמרה המקורי, והקבוצה השניה — את החריגים שלגביהם אי אפשרות להעיד את האומר המקורי היא תנאי מקדם לקבילותה של עדות השמיעה. בנוסח שאושר על ידי בית המשפט העליון הסתיימה כל אחת משתי הקבוצות בחריג שיורי: שיהיו קבילות גם כל האמרות שאינן נופלות במסגרת אחד החריגים הקודמים, אם יש להן ערובה דומה של מהימנות — ("having comparable circumstantial guarantees of trustworthiness")¹¹⁹. בכך נתכוונו המנסחים לעודד גידול והתפתחות בענף משפטי זה, תוך שמירה על נסיון העבר כמורה דרך לעתיד.¹²⁰

117 ראה (1974) 9 Is.L.R. 1, 19; Cross, "An Attempt to Update the Law of Evidence", 9 Is.L.R. 1, 19 (1974); הרנון, "לקראת מהפכה של דיני הראיות הפליליים באנגליה", ב' עיוני משפט 805, 817-816 (1972).

118 ראה 34 L. Ed. 2d, pp. 84-120. ועדה של בית הנבחרים האמריקני דנה ארוכות בכל פרטי התקנות המוצעות ואף הכניסה בהן כמה שינויים בולטים. הנוסח של הוועדה טעון כעת אישור של הסנט. לחומר נוסף, לרבות ניתוח ביקורתי של התקנות, ראה Tribe, "Triangulating Hearsay", 1974, 87 Harv. L. Rev. 957, 971-974.

119 Rules 803 (24) and 804(b)(6).

120 יצויין כי הוועדה של בית הנבחרים החליטה להוציא את החריג השיורי משום שלדעתה הוא יביא ליותר מדי אי-בטחון בדיני הראיות. אולם על גישה זו כבר נמתחה ביקורת חריפה. ראה את דבריו של פרופ' Tribe, לעיל הערה 118, בעמ' 974-973.

6. סיכום

- א. לאחר הסברת מובנו, מקורו, חשיבותו והיקפו של הכלל הפוסל עדות שמיעה, נסינו להראות שבמשפט הישראלי יש מקום למחשבה מחודשת על הרין הרצוי בסוגיה זו.¹²¹
- ב. לפני שנכנסים לפרטים, נראה לנו, כי מן הראוי שהמופקדים על מלאכת החקיקה יכריעו תחילה בשאלות העקרוניות, ובעיקר ביחס לשתי הגישות, שנתבארו לעיל¹²² — האם לחתור לקראת ביטול מוחלט של הכלל הפוסל עדות שמיעה או שיש לשמור על הכלל ולהתרכז בהכנת מערכת הריגים חדשה שתהיה שיטתית והגיונית יותר.
- ג. בין אם תועדף הגישה הראשונה ובין אם תועדף הגישה השנייה, יהיה צורך לנקוט עמדה בשאלה אם להמליץ על כללים אחדים לכל המשפטים או להבחין בין משפטים פליליים לאזרחיים, תוך נטיה להקל יותר בתחום האחרון.
- ד. לאלה הסוברים, שהחקירה שכנגד היא אחד האמצעים החשובים ביותר לגילוי האמת, יהיה קשה להשלים עם הרעיון שכל עדות שמיעה תהיה קבילה¹²³. מכל מקום, גם אם תגבר דעת המבקרים, המתנגדים לעצם קיומו של הכלל הפוסל עדות שמיעה¹²⁴, רצוי יהיה שלא להמליץ על ביטול מידי של הכלל, בכל המשפטים ובכל הנסיבות. כיון שמדובר בכלל יסודי ששופטים ועורכי-דין אמונים עליו זה שנים רבות, מוטב שלא לעשות בבת אחת צעד דרסטי אלא להעדיף תהליך הדרגתי של שינויים בשלבים.
- ה. הדוגלים בביטול כלל הפסילה, יכולים להצביע על הדוגמה של ארצות יבשת אירופה. אולם במפגש בין עקרונות של המשפט המקובל ובין עקרונות של המשפט הקונטיננטלי, יש המזהירים מפני העתקה פזיזה של כלל בודד משיטה משפטית אחת לחברתה, בלי להביא בחשבון את כל המערכת שבכל אחת משתי השיטות ובלי לבדוק תחילה את הרקע החברתי המיוחד שהביא להיווצרותם של אותם כללים. כדבריו של פרופ' Benjamin Kaplan:
- “In the end the mélange of rules and habits which together make up a procedural system somehow accords with the larger patterns of the society which the system serves”.¹²⁵
- ו. ניתן לומר, כי העדר מוסד המושבעים בארץ שיקול רלבנטי שעשוי לתמוך בדרישה לביטול כלל הפסילה, או לפחות — להתחבה ניכרת של החריגים. אולם אם יוחלט ללכת בדרך זו, ייתכן שיהיה מקום לבהון אם אין לשנות בו-זמנית גם כמה כללים אחרים; כגון, הכלל החרות שבתי משפט בערכאה ראשונה מור-כבים לרוב משופט יחיד, או ההלכה הפסוקה שערכאה ערעורית אינה מתערבת בהערכת המהימנות של הראיות אשר נתקבלו על ידי בית המשפט המקורי.

121 ראה לעיל במבוא וכן בטקסט להערות 107–111.

122 ראה לעיל חלק 5.

123 ראה לעיל טקסט להערות 92–99.

124 ראה לעיל טקסט להערות 100–111.

Kaplan, “Civil Procedure: Reflections on the Comparison of Systems”, 9 125 *Buffalo L. Rev.* 409, 432 (1960).