

אמרה בכתב לפי סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש] – שיקולי מדיניות משפטית מנחים בפירוש ההוראה*

סאה

נינה זלצמן**

משיצא סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש]¹ לאוויר העולם המשפטי, התברר מה רבה חשיבותו ככלי הוכחה בידיה של התביעה להצגת גרסתה המאשימה במשפט הפלילי². מספר פסקי-הדין של בית-המשפט העליון המקדישים דיון נרחב לפירושו של סעיף 10א מעיד על מכלול הסיטואציות האפשריות שבהן עשויה לעלות שאלת חלותו. עיצוב תוכנו של סעיף זה על-ידי בית-המשפט העליון נעשה מפסק-דין אחד למשנהו, שלב אחר שלב, וכתוצאה מהסיטואציה הקונקרטית שבמסגרתה נתבקש בית-המשפט לפסוק בקבילותה של אמרת-חוץ. כאשר בוחנים בשלימותה את מסכת ההלכות שניתנו, מתגלה המגמה או הנטייה העקרונית בבית-המשפט העליון להרחיב את גבולות חלותו של כל אחד מן החריגים שקובע סעיף 10א לקבילותה של אמרת-חוץ, באופן שיהווה פתרון ראיתי יעיל למגוון רחב ביותר של סיטואציות שבהן לא ניתן להביא את תוכן האמרה לידיעת בית-המשפט באמצעות עדותו של נותן האמרה. תהליך זה הגיע לממדים כאלה, עד שלעתים אתה מוצא את עצמך תמה, אם בכלל צפה המחוקק את הפעלתו של הסעיף באורח אינטנסיבי שכזה, מבחינת התכלית שביקש להשיג באמצעות ההסדר שקבע בו, או שמא השיגה ההלכה הפסוקה ופרצה את גבולותיו של החוק ביצירה שיפוטית משלה. לכך יוקדש נושא הרצאתי בפורום זה. אך מפאת קוצר-הזמן העומד לרשותי, לא אוכל להתייחס לכל אחת מן ההלכות העקרוניות בנפרד. אוכל רק להתוות קווים כלליים של המדיניות השיפוטית שהתפתחה, ולשם המחשת הדברים להתמקד

* 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 הר"ר סאקר, בין כותלי הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים.

** פרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

1 חוק לחיקון פקודת הראיות (מס' 4), תשל"ט-1979 (ס"ח 14).

2 אף שעדינית אין כל מניעה לשימוש בסעיף 10א על-ידי הגאשם להוכחתה של גרסת הגנתו במשפט, לא מצאנו אף לא פסק-דין אחד שבו נעשה שימוש כזה.

בשתי הלכות חשובות של בית-המשפט העליון שנפסקו בעת האחרונה. כחנתי לדין 23/85 מדינת ישראל נ' סובלי ולע"פ 254/88 לוי ואח' נ' מדינת ישראל.³ כאשר באים לבחון את המדיניות המנחה את בית-המשפט העליון בעיצובו של סעיף 10א, יש להדגיש שלושה דברים:

(1) בסעיף 10א הבחין המחוקק בין שלב קבילות האמרה לבין שלב הערכת משקלה.⁴ מצד אחד, לא היה המחוקק מוכן להרחיק ולומר: כל אמרה שהיא קבילה, והערכת משקלה הוא עניין לבית-המשפט להכריע בו, לאמור: הוא לא היה מוכן לבטל כליל את הכלל הפוסל ערות-שמיעה, אלא רק ליצוד לו חריג מצד שני, במסגרת החריג שיצר, מוכן היה המחוקק לחדש הידוש מקודי ביטחון-הרפואות המסורתיים: לפחת בתנאי הקבילות, מן ההיבט של הבטחת מהימנותה של הראייה כאמרת-חוק, ולהעביר את ההתמקדות בשאלת המהימנות אל שלב הערכת משקלה של האמרה, כאשר הוא נותן לבית-המשפט רשימה לא מחייבת של שיקולים, וכסופו של דבר מותיר בידי שיקול-דעת רחב לקבוע את מיקומה ותפקידה של האמרה בסל הראיות האחרות שהובאו לפניו במשפט.⁵ בביטוי פיתוח בתנאי הקבילות הכונה היא, שאם על-פי החריגים המסורתיים לכלל הפוסל ערות-שמיעה היינו מורגלים למצוא תנאי קבילות המיועדים להבטיח במידה גבוהה של הסתמכות את מהימנותה של אמרת-חוק בנסיבות עריכתה,⁶ הרי בסעיף 10א הסתפק המחוקק בדרישה "אמרה בכתב שנתן ער"ם.⁷ התנאים האחרים, וזנמת אלה המסיים בסעיף 10א(א) או בסעיף 10א(ב) אינם נוגעים בנסיבות עריכת האמרה, אלא בעילה לקבילותה או בנסיבות הגשתה בבית-המשפט כראיה.⁸ אך השיקול של נסיבות מותן האמרה נמנה בין השיקולים שבית-המשפט יציא בחשבון לצורך הערכת משקלה של האמרה.⁹ הבחנה זו שיצר המחוקק בין שלב הקבילות לבין שלב המשקל מעגינה לגיטימציה לבית-המשפט לפחת מחשיבותה של זרישה זו או אחרת לקבילות האמרה, שכן ממילא חיבון האמרה במשקפיים נוספים לצורך הערכת משקלה.

- 3 פ"ד מב(4) 309 (להלן: ר"ג סובלי).
- 4 פ"ד מד(4) 663 (להלן: צ"פ לוי).
- 5 סעיף 10א(א) וסעיף 10א(ב) קובעים את מסוון קבילותה של האמרה. סעיף 10א(ג) קובע את מסוון משקלה.
- 6 ראה סעיף 10א(ג) וכן הצעת חוק להיקן פקודת הראיות (תיקון מס' 2), תשל"ח-1978, הצ"ח 257, 259; דברי השר חמיד ברי"כ 83 (תשל"ח) 3897-3898. כן ראה צ"פ 949/86 שוחבי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 62, 69-71.
- 7 בין שמקורם במשפט המקובל האנגלי — כדוגמת אמרה ספונטנית או אמרת נפטר, בביטוח לאישור כספי או רכוש שלו — ובין שנקבעו על-ידי המחוקק המסורתי, כדוגמת טעפנים 9 ו-10 לפקודת הראיות.
- 8 נראה לנו, כי עדיף היה אילו נקט המחוקק בביטוי "אמרה בכתב שנתן אדם", שהרי סעיף קטן (ב) עוסק את האפשרות שנותן האמרה אינו עד במשפט.
- 9 עילת קבילותה של האמרה לפי סעיף קטן (א)(3) היא התבוננות העד, עותן האמרה, לעומן אמרומו בבית-המשפט. עילת הקבילות לפי סעיף קטן (א)(ב) היא, שנותן האמרה אינו עד מתחמת אותה הנסיבות המפורטות שם, ובלבד שבית-המשפט שוכנע כי אמצעי פסול שימש לתריא או למנוע את עותן האמרה מלתח את העדה. נסיבות הגשתה של האמרה כראיה במשפט מדינת בסעיף קטן (א)(1) וסעיף קטן (א)(2).
- 10 ראה סעיף קטן (ג).

(2) מהותו של ההליך הפלילי ומטרתו. התפישה המודרנית של ההליך הפלילי אינה מתנתקת מן הרעיון האדברסרי-אקוזטורי. עם זאת, היא מפחיתה מחשיבותו של יסוד המאבק או ההתנצחות בין התביעה לבין הנאשם, ומדגישה יותר את התכלית של חשיפת האמת במשפט ומניעת עיוות-דין. היטיב להסביר זאת השופט ברק בע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, בדברים אלה¹¹:

הליך זה אינו תחרות או מאבק בין תובע לנאשם, אשר כל סטייה מכללי התחרות או המאבק יש בה כדי להכריז על המנצח. ההליך הפלילי הוא מסגרת דינים, הבאים להגשים את המשפט הפלילי, דהיינו לקבוע חפות או אשמה. לשם כך על ההליך הפלילי לחשוף את האמת וזו מטרתו העיקרית¹².

ממהותו של ההליך הפלילי אף נובעת חובתו של בית-המשפט, כלשונו של השופט אלון בע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל¹³:

...חובתו היסודית והראשונית של בית-המשפט לגלות את האמת העובדתית שבפרשת הדברים שבפניו ולפסוק על-פיה ולאורה את האמת המשפטית¹⁴.

את ביטוייה המעשי של השקפת-עולם משפטית זו ניתן למצוא במעורבות אקטיבית יותר של בית-המשפט בתהליך הכירור העובדתי ובגישתו העקרונית כלפי כללי הפסילה הראייתיים, כאשר הם מונעים את זרימתו של מידע רלבנטי לבית-המשפט ומקימים מכשול על דרך גילוי האמת במשפט¹⁵. המגמה ההולכת ומתגבשת בבית-המשפט העליון היא לפתוח ככל שיותר את הפתח לקבילותן של ראיות רלבנטיות למשפט, ובכך לאפשר לבתי-המשפט לקיים את מלאכת כירור העובדות נושא הסכסוך, לחשוף את האמת ולעשות משפט צדק. אך כל עוד לא נקט המחוקק צעד דרסטי לביטולו של כלל עדות השמיעה, מתפשר בית-המשפט עם ההסדר המשפטי הקיים על-ידי הרחבת גבולותיו של חריג קיים, בין שמקורו של החריג הוא במשפט המקובל האנגלי¹⁶ ובין שמקורו בחקיקה ישראלית, דוגמת סעיף 10א¹⁷. גישה הנוטה להרחיב את מסגרת הקבילות של ראיות תעביר ממילא

11 פ"ד לה (3) 505, 516.

12 כן ראה דבריו בע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל פ"ד לד (3) 561, 575; ובד"נ טובול, בעמ' 354.

13 פ"ד לח (1) 197, 259.

14 וכן ראה דבריו כבג"צ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו (4) 449, 465, 468, 471; ובד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב (3) 837, 855.

15 ראה ע"פ 951/80 קניר (לעיל, הערה 11), 516-517; ע"פ 115/82 מועדי (לעיל, הערה 13), 259-264; ע"פ 747/86 אייזמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (3) 447, 462; ע"פ 842/85 הרני נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (4) 245, 259-260; ע"פ 141/84 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד לט (3) 596, 610 (להלן: ע"פ טובול); ד"נ טובול, בעמ' 335-336.

16 ראה ר"ע 423/83 מדינת ישראל נ' עיזבון המנחה ורד סילוורמן, פ"ד לו (4) 281, 286-287, 294-295; ע"א 703/86 ברנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג (4) 529, 533-538. אף שהלכות אלו ניתנו כאשר להתדייניות אזרחיות, כוחן יפה גם ביחס להפעלתו של החריג המסוים הנדון בהליך פלילי. וראה לאחרונה ע"פ 236 / 88 איזמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מד (3) 485, 521.

17 ראה דברי השופטת נתניהו בע"פ טובול, בעמ' 610; דברי השופט ברק בד"נ טובול, בעמ' 354-355.

את הדגש בבחינת שאלת מהימנותה של ראייה משלב הקבילות לשלב המשקל; ובהיות השלב האחרון מסור לשיקול-דעתו של בית-המשפט, הרי ככל שהיקפו של שלב הקבילות הולך ומצטמצם, כך הולכת ומתרחבת סמכות שיקול-הדעת של בית-המשפט בשאלת מהימנותה של הראייה והערכת משקלה הפרובטיבי. "הווה אומר, במקום המחסום, שהיקפו הולך אט אט ומצטמצם, מתפתחת גישה, המבכרת בדיקה עניינית של הראייה על-ידי הערכאה השיפוטית. בעקבות הגשת הראייה ולאור אופייה ומהותה יכול, כמובן, להישלל ממנה משקל כלשהו, אך איננו נמצאים אז בתחום הקבילות אלא בתחום הערכת הראיות"¹⁸.

(3) התגברות התופעות של הפעלת אמצעי-לחץ, הפחדה ואלימות כלפי עדים ויכולת התחכום של עולם-הפשע ביצירת מכשולים על דרך הבירור העובדתי במשפט הפלילי. נקודה אחרונה זו היא שהביאה לחקיקתו של סעיף 10א¹⁹. אולם משלא די בהפעלה דווקנית של ההוראה החדשה כדי להכשיר קבילותה של כל אמרת-חרוץ שנעשתה בכתב, נמצאו בחוק פרצות שהמחוקק לא נתן דעתו עליהן, גובר הצורך של בתי-המשפט להתמודד עם כל תופעה חדשה, כדי להכשילה באבה. במלים אחרות: גם אם סעיף 10א כלשונו אינו מספק תשובה הולמת לנסיבות שנוצרו, יחפש בית-המשפט פתרון במסגרתו, אף אם לשם כך יהיה עליו ליתן פירוש רחב למלות החוק, או למלא את ההוראה בתוכן חדש, שאינו מתיישב עם מלות החוק המפורשות.

שלוש נקודות אלה, כשהן מצטברות יחדיו, מבטאות את שיקולי המדיניות המשפטית העומדים מאחורי הנטייה בבית-המשפט העליון להרחיב את מסגרת הקבילות שקבע המחוקק באופן שהיא תכלול קשת גדולה של מצבים, אשר בהם מתעורר הצורך לקבל אמרת-חרוץ כראייה סובסטנטיבית במשפט. כאשר מתיישבת גישתו של בית-המשפט עם לשון החוק או עם הרעיון הכללי העומד מאחורי חנאי קבילות מסוים, אין קושי. כך, למשל, קבע בית-המשפט העליון, כי "אמרה בכתב שנתן עד" אינה חייבת רישום בכתב-ידו של העד דווקא או לשאת את חתימתו. הרישום יכול להיעשות על-ידי אחר, ובלבד שהוכח כי האמרה היא אמרת העד²⁰. וכך אף קבע בית-המשפט, כי הקלטה היא "כתב" לצורך סעיף 10א, שכן תכלית דרישת הכתב היא שימור האמרה והנצחתה, באופן שניתן יהיה להביאה לבית-המשפט כמות שנעשתה. תכלית זו נשמרת גם כאשר הרישום נעשה על-ידי הקלטת האמרה, אפילו אין היא כתב במובן ההגדרתי של מושג זה בפקודת הפרשנות [נוסח חדש]. הרעיון הכללי העקרוני שמאחורי ההוראה נשמר, וזה העיקר²¹. מכאן כבר ניתן היה לצפות גם את ההמשך: אף רישום שנעשה בלא ידיעתו של נותן האמרה ממלא אחר התנאי "אמרה בכתב שנתן עד". אין נפקות

18 דברי מ"מ הנשיא (שמגר) בר"ע 423/83 מדינת ישראל נ' עיזבן המנחה ורד סילוורמן ויל (לעיל, הערה 16), 287-286. וראה גם דברי השופט קרמי בע"א 703/86 ברנשטיין נ' היעץ המשפטי לממשלה (לעיל, הערה 16), 533.

19 ראה דברי שר-המשפטים בעת הגשת החוק לקריאה ראשונה בכנסת (ד"כ 83 (תש"ח) 3896).

20 ע"פ 323/84 שריקי נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(3) 505, 515, 521; ע"פ טובל, בעמ' 611; ד"ג טובל, בעמ' 347, 346.

21 ע"פ 323/84 שריקי (לעיל, הערה 20), 517, 522-521; ע"פ 594/86 שלוש נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 834, 824.

לעניין זה למודעותו של נותן האמרה לרישום דבריו. די שהדברים שנאמרו על-ידי העד הונצחו כרישום²².

אך כאשר הפירוש שניתן לתנאי כלשהו אינו תואם את לשון ההוראה המפורשת ואף אינו מתיישב עם רוח הדברים או עם הרעיון שמאחורי אותה דרישת קבילות מסוימת, קיים קושי. הקושי הוא קושי מושגי, לאמור: שמא הרחבת-יתר זו של מסגרת הקבילות אינה מרחיקת-לכת מן ההיבט של מדיניות שיפוטית רצויה, שכן לא רק שהיא פוגעת ביסוד ההוראה ובהסדר שביקש המחוקק לקבוע לקבילותה של אמרת-חרץ, אלא היא אף מגבירה את הסיכון של הרשעה מוטעית, כאשר הכרעת-הדין מבוססת על אמרה שנעשתה מחוץ לכותלי בית-המשפט²³.

פירוש סעיף 10א על חלקיו השונים צריך להיות מעוגן, קודם-כול, בעמדתו העקרונית של המחוקק, כפי שבאה לידי ביטוי בהסדר שקבע. שנית, יש לנהוג – לדעתנו – בזהירות רבה בפירוש הוראות הקבילות שבסעיף קטן (א) ובסעיף קטן (ב). יש להקפיד במיצוי מהותי של תנאי הקבילות, ולו רק משום ספק המהימנות המוטל באמרה שנעשתה מחוץ לכותלי בית-המשפט והחשש מפני הרשעה מוטעית ועיוות-דין. לעניין זה חשוב לזכור, שהמחוקק לא בחר בגישה שלפיה יש להתיר קבילותה של כל אמרת-חרץ, או של כל אמרת-חרץ שהועלתה על הכתב, ולהשאיר לבית-המשפט את ההכרעה בשאלת משקלה על-פי שיקול-דעתו. אף שהדגיש את שלב המשקל, בכל-זאת הקפיד המחוקק לקבוע תנאים מסוימים לקבילות האמרה, כאומר: שלב הקבילות הוא מבחנה של אמרת-חרץ, אם בכלל תהא רשאית להיכנס כראיה במשפט. שלב המשקל יקבע את מיקומה ותפקידה של האמרה לאחר שכבר נכנסה בין הראיות האחרות שהובאו באותו משפט. ואף לעניין הקבילות הקפיד המחוקק להפריד בין שני מצבים שונים, כשלכל אחד מהם העמיד תנאי קבילות מיוחדים משלו: המצב האחד, כאשר נותן האמרה הוא עד במשפט, אך מתכחש לתוכן האמרה בעדותו; והמצב השני, כאשר נותן האמרה אינו עד במשפט, משום אחת הסיבות שמנה המחוקק, ואמצעי פסול שימש להניא או למנע אותו מלמסוד עדות. את תנאי הקבילות לגבי כל אחד מן המצבים הללו יש לקרוא יחדיו, כמשולבים זה בזה וכמשלימים זה את זה. כך, למשל, כאשר מוכן המחוקק לקבל אמרה בכתב של עד, אפילו הוא מתכחש לתוכן האמרה, הוא מתנה את הקבילות בתנאי שניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו. חקירת העד, ובפרט החקירה הנגדית, תאפשר לבית-המשפט להתרשם מן העד, מהתנהגותו מעל דוכן העדים, מאופן מסירת העדות, מתגובתו לאמרה המיוחסת לו ומההסבר שלו לגופו של עניין, קרי: לתוכן העובדות הכלולות באמרה. אפילו נאמר, כי החקירה הנגדית בנסיבות אלה, כאשר העד טוען "לא היו דברים מעולם, בדיתי את הדברים מלבי... וכו'", אינה

22 ע"פ שריקי (לעיל, הערה 20), 515-516, 521; ע"פ 594/86 שלוש (לעיל, הערה 21), 834.

23 אמנם, על-פי סעיף קטן (ד) של סעיף 10א "לא יודשע אדם על סמך אמרה שנקבלה לפי סעיף זה אלא אם יש בהזמיר הראיות דבר לחיזוקה". אך הידבר לחיזוקה אינו סיוע, ודי בראיה המאמתת את התוצאה הכללית העולה מן האמרה. ראה ע"פ 949/80 שדהמי (לעיל, הערה 6), 71-72. כן ראה ע"פ 169/86 חסונה נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 466, 471; ע"פ 241/87 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 743, 746; ע"פ 609/86 אלגיים נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(2) 541, 549.

יכולה להיות ממצה²⁴ – לפחות היא מאפשרת לבית-המשפט להתרשם מנותן האמרה ומהתנהגותו מעל דוכן-העדים, ועל-כן מהווה כלי-עזר בידי שעה שהוא בא להעריך את ערכה הפנימי של האמרה כראיה ואת המשקל שיש ליתן לה ביחס לראיות האחרות שהובאו לפניו²⁵. כאשר התביעה היא המבקשת להסתמך על סעיף 10א(א) כדי להביא כראיה "אמרה בכתב שנתן עד", התנאי "וניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו" מקבל חשיבות מהותית במשפט הפלילי. החקירה הנגדית מהווה כלי-עזר בידי הנאשם להתעמת באמצעותו עם כל עדות, אשר תוכנה עלול להפיל²⁶. לכן אפילו מבקשים להרחיב את מסגרתו של מבחן הקבילות בסעיף 10א(א) ולהתאימו למציאות קיימת ולנסיבות משתנות, יש להביא בחשבון את מהותה של החקירה הנגדית כאמצעי לבירור האמת ואת התפקיד המיוחד שהיא ממלאה בהליך הפלילי ככלי בידי של הנאשם למימושה של זכות העימות²⁷.

עם זאת, המחוקק היה ער לאפשרות, שלא ניתן יהיה להשמיע את נותן האמרה כעד בבית-המשפט, בין שהוא מסרב להעיד ובין שאינו מסוגל להעיד. במקרה כזה ממילא לא יכולה להינתן לצדדים הזדמנות לחקרו, והנאשם שהאמרה מוגשת כראיה נגדו נשלל מן הזכות לחקירה נגדית. אף-על-פי-כן התיר המחוקק בסעיף 10א(ב) את קבילות האמרה, אם שוכנע בית-המשפט כי אמצעי פסול שימש למנוע או להניא את נותן האמרה מלהעיד. האמצעי הפסול שהופעל כלפי נותן האמרה הוא הגורם המונע את מסירת העדות במשפט, ועל-כן הוא העילה לקבילות האמרה כתחליף הכרחי לעדות²⁸. מכאן נובעת חשיבותו של האמצעי הפסול כמרכיב חיוני בהסדר שקובע סעיף 10א. כשלא ניתן לחקור את נותן האמרה כעד, בין שהוא מסרב להעיד ובין שאינו מסוגל לכך, יש להוכיח כי הגורם המונע הוא אמצעי פסול שהופעל כלפיו, כתנאי לקבילות האמרה. אפשר לטעון, כי האמצעי הפסול חייב לבוא מן הנאשם או מקרוביו כדי שתהא האמרה קבילה כראיה נגדו, אף כי נמנעה ממנו ההזדמנות לחקור את נותן האמרה חקירה נגדית²⁹; ואפשר לטעון, כי מאחר שהמחוקק עצמו נמנע מלקבוע זאת, אין להחמיר בדרישת הקבילות, בפרט

24 ראה נ' זלצמן, "גביה מוקדמת של עדות, אימרה בכתב והחקירה שכנגד בהליך פלילי" עיוני משפט ח (התשמ"ב) 584, 615-617.

25 וראה סעיף קטן (ג) המתנה את "התנהגות העד במשפט" כאחד מן השיקולים שבית-המשפט יביא בחשבון לשם הערכת משקלה של האמרה.

26 בכמה פסקי-דין קבע בית-המשפט העליון, כי הזכות לחקירה נגדית היא אחת מזכויות-היסוד החשובות ביותר של הנאשם במשפט הפלילי. ראה ע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי, פ"ד ד 429, 436; בג"צ 124/58 היוע"מ"ש נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת, פ"ד יג 23-28; ע"פ 35/72 דיין נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 662, 664; ע"פ 414/71 סלטון נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 346, 351; ע"פ 107/74 אבר-מחסן נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 302, 304-305; ע"פ 53/76 עניזה נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 141, 148-149. כן ראה זלצמן (לעיל, הערה 24), 587-588.

27 ראה זלצמן, שם, בעמ' 587-588.

28 ראה דברי השופט ש' לויין בע"פ 567/83 אביטן נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 684, 690. מעניין הוא, שבהצעת חוק לחיקון פקודת הראיות (מס' 4), תשל"ח-1978 (לעיל, הערה 6) לא הופיעה הוראת סעיף 10א(ב). ההוראה הוספה על-ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט, והובאה לאישור הכנסת בעת הקריאה השנייה והשלישית של החוק. ראה ד"כ 87 (תשמ"ג) 635.

29 לדעתי, זהו הפירוש ההולט את ההוראה כתוצאה מהרעיון הכללי העומד מאחורי סעיף 10א, לאמור: כאשר הנאשם הוא המחבל בתקינותה של מערכת סדרי הדין והראיות במונעו את הבאת העדות, נדרשת הוראה מיוחדת שתאפשר אספקת המידע לבית-המשפט, ואפילו נפגעת כתוצאה מכך זכות הנאשם להליך פלילי הוגן. אין הנאשם רשאי להליך בדבר קיפוח זכותו, כאשר הוא עצמו גרם להיווצרות הפגם

שקשה להוכיחה, ודי שמן הנסיבות הקונקרטיות שוכנע בית-המשפט, כי אמצעי פסול שהופעל כלפי נותן האמרה הוא הגורם לסירובו למסור עדות או לאי-יכולתו למסור עדות³⁰. אך ההבחנה הבסיסית שהבחין המחוקק בין מקרה שנותן האמרה מעיד במשפט, וניתנה לצדדים הזדמנות לחוקרו, לבין מקרה שנותן האמרה אינו מעיד במשפט – ועל-כן נמנעה מן הצדדים ההזדמנות לחקרו – חייבת בכל מקרה להישמר על-פי תנאי הקבילות המיוחדים שכל אחת מן ההוראות מעמידה. הבחנה זו מונחת ביסוד ההסדר כולו והיא הביטוי לעמדתו העקרונית של המחוקק ביחס לאמרת-חוץ כעדות סובסטיבית במשפט.

דברים אלה מובילים לפסק-דינו של בית-המשפט העליון בע"פ לוי. באותו עניין עלתה בבית-המשפט העליון השאלה לגבי פירושו של המונח "עד" בסעיף קטן (א) ויחסו לביטוי "מסרב להעיד" בסעיף קטן(ב), לאמור: האם בגדר "עד" ייחשב גם מי שמתייצב פיזית בבית-המשפט, אך מסרב למסור עדות, או שמא "עד" לצורך סעיף קטן (א) הוא רק מי שאכן ממלא את חובתו כעד ומשיב לשאלות בעלי-הדין; ולכן אפילו התייצב נותן האמרה על דוכן-העדים, כל עוד הוא מסרב למסור עדות, חל סעיף קטן (ב) ויש להוכיח קיומו של אמצעי פסול שהניא אותו מלמסור עדות, כאמור. בדעת-רוב (השופטים גולדברג, ברק ושי' לוי) קבע בית-המשפט העליון, כי "...ההבחנה בין 'עד' למי שאינו עד' אינה מונחת ברלוואנטיות של אמירת העד במשפט, אלא בהתייצבות למשפט. רוצה לומר, משהתייצב נותן האמרה בבית-המשפט, בין מרצון ובין בכפייה הריהו 'עד' ויחול עליו סעיף קטן (א). ומשלא התייצב ועקב הנסיבות לא ניתן לכפות עליו להתייצב – הרי שאינו עד', כאמור בסעיף קטן (ב) (ההדגשה במקור – נ"ד)"³¹. בפסק-דינו הפך למעשה בית-המשפט העליון הלכה קודמת שלו בע"פ 722/85 מדינת ישראל נ' אשכנזי³²,

בסדרי-הדין. השווה לע"פ 631/76 אביטן ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(3) 527, 529-531, לגבי עדות בחקירה ראשית שלא נחאפשרה לגביה חקירה נגדית. וראה גם זלצמן (לעיל, הערה 24), 603.

30 בית-המשפט העליון נקט גישה ליברלית וגמישה של פירוש לרשימת האמצעי הפסול בסעיף 10א(ב). הפעלת אמצעי פסול יכולה להשתמע מנסיבות העניין ומגסיני החיים, ואין צורך להוכיח שהיה מעשה לחץ או איום במלים מפורשות. ראה ע"פ 553/81 כלבוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לון(2) 748, 753; ע"פ 696/84 אלבוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 330, 333; ע"פ 648/87 סבן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 669, 675; ע"פ 169/86 חסונה (לעיל, הערה 23), 470. מקורו של האמצעי הפסול אינו צריך להיות הנאשם עצמו או קרוביו, ואין צורך להוכיח, כי הפעלתו של האמצעי נעשתה דווקא בקשר למשפט המסוים שבו החזמן נותן האמרה להעיד. ע"פ 567/80 אביטן (לעיל, הערה 28); ע"פ 553/89 כלבוני, שם; ע"פ 696/84 אלבוני, שם; ע"פ 482/85 אוהנה נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(4) 47, 52; ע"פ 648/87 חקק נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 397, 400; ע"פ 648/87 סבן, שם, בעמ' 674, 677. אף אין הוא חייב להיות המניע הבלעדי לאי-מסירת העדות, ודי שהוא משמש אחד הגורמים המרכזיים להימנעות ממסירת העדות. ע"פ 169/86 חסונה, שם, בעמ' 470. מבחן האמצעי הפסול נלמד מן הנסיבות ומכתב על-ידי נסין החיים והשכל הישר. מידת השכנוע של בית-המשפט אינה חייבת להגיע לדרגה של קביעה מעבר לכל ספק סביר. די שהמסקנה כדבר קיומם האמצעי הפסול מוסקת במידת סבירות גבוהה מכל הנסיבות. ראה ע"פ 548/87 סבן, שם, בעמ' 675; ע"פ 169/86 חסונה, שם, בעמ' 471.

31 דברי השופט גולדברג, שם, בעמ' 673.

32 ע"פ 722/85 מדינת ישראל נ' אשכנזי, פ"ד מ(2) 361. וראה גם ע"פ 609/86 אלגיים (לעיל, הערה 23), 546-547; ע"פ 116/87 נחמיאס נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 716; ע"פ 648/87 סבן (לעיל, הערה 30), 672. אך השווה לע"פ 669/87 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 548, 554, שם הביע השופט שי' לוי הסתייגות מהלכת אשכנזי, אם כי הדברים נאמרו אגב-אורחא בלבד.

שלפיה המסרב להעיד, בין שאינו מגיע כלל לבית-המשפט ובין שהוא עולה על דוכן-העדים אך מסרב למסור עדות, אינו עד, ועל-כן אמרה בכתב שמסר תהא קבילה רק אם נתקיימו תנאי סעיף קטן (ב).

שופטי-המיעוט (השופט בך והשופט מלץ) סברו שאין מקום לשינוי הלכת אשכנזי, לאמור: גם מי שניצב פיזית על דוכן-העדים אך שותק הוא בבחינת "מסרב להעיד" במובן סעיף 10א(ב), ואמרה בכתב שמסר תהא קבילה רק אם שוכנע בית-משפט שאמצעי פסול הניע אותו מלמסור עדות בבית-המשפט. לגישת שופטי-המיעוט, זה והפירוש המתחייב מלשון הכתוב בסעיף 10א עצמו, וממילא גם מכוונתו הברורה של המחוקק, אשר, מן הצד האחד, לא כלל בין המקרים לקבילות האמרה על-פי סעיף 10א(א)(3) את המקרה של סירוב להעיד, ומן הצד האחר, ציין במפורש מקרה זה בסעיף 10א(ב) כעילה לקבילות האמרה לפי אותו סעיף קטן³³. לדעת שופטי-המיעוט, הפרשנות המוצעת על-ידי שופטי-הרוב למושגים "עד" ו"מסרב להעיד" היא מלאכותית ובלתי-לגיטימית, משום שהיא מוציאה, למעשה, את המושג של "המסרב להעיד" מתחומי סעיף קטן (ב) ומצרפת אותו לסעיף קטן (א)(3)³⁴. אם יש מקום לשינוי הדין, הדבר צריך להיעשות על-ידי המחוקק³⁵.

המדויניות המשפטית המנחה את בית-המשפט בע"פ לוי ברורה: הצורך להתמודד עם יכולת התחכום של עולם הפשע ועם הפעלת לחצים על נותן האמרה כדי להניעו לסרב למסור עדות, אף כי פיזית הוא מופיע במשפט³⁶. אך הפירוש המילולי שבית-המשפט מעניק למושג "עד" בסעיף 10א(א) הוא, עם כל הכבוד, מלאכותי במידה רבה. לו עמדה התיבה "עד" לבדה, כתנאי לקבילות האמרה לפי סעיף קטן (א), ייתכן שאפשר היה לומר, כי גם מי שמופיע למשפט אך מסרב להשיב לשאלות הוא עד במשפט. אך אין זה כך, שהרי סעיף 10א(א)(2) במפורש קובע "נותן האמרה הוא עד וניתנה לצדדים הזדמנות לחוקרו", וחלופה (3) לאותו סעיף קטן מוסיפה "העדות שונה, לדעת בית-המשפט, מן האמרה בפרט מהותי, או העד מכחיש את תוכן האמרה או טוען כי אינו זוכר את תוכנה". נמצאת שואל, האם הפירוש שבית-המשפט נותן למושג "עד" בסעיף קטן (א) אמנם עולה בקנה אחד עם תנאי האחרים של סעיף קטן (א)? קשה לומר, מעשית ועיונית כאחד, כי ניתן לחקור כעד בבית-המשפט מי שמסרב להעיד. לא די בהיותו נוכח בבית-המשפט, ניצב על דוכן-העדים, כדי שימלא את הפונקציה של עד, דהיינו: מי שמשיב לשאלות בעלי-הדין בחקירה ראשית, בחקירה נגדית ובחקירה חוזרת³⁷. בע"פ לוי

33 ראה שם, בעמ' 683, 691. לדעת השופט בך, יש לבחון את השאלה, אם אדם הוא "עד" במשפט, לפי התוכן הממשי של הדברים שהוא מסר מעל דוכן-העדים, לאמור: אם למעשה אמר מעל דוכן-העדים דברים בעלי משמעות באשר לנושאים העומדים לדיון באותו משפט, ולא לפי הצורה הפורמלית החיצונית של מסירת הדברים. לדעתו, זו גם תשובה לבעיית "העד המתחמק" או "המקשקש", שם, בעמ' 685. וראה גם דבריו בע"פ 609/86 אלגיים (לעיל, הערה 23), 547.

34 שם, בעמ' 683, 692.

35 שם, בעמ' 687, 692.

36 ראה דברי השופט גולברג, שם, בעמ' 671.

37 ראה דברי מ"מ הנשיא (בן-פורת) בע"פ 722/85 אשכנזי (לעיל, הערה 32), 367, והשופט ד' לרץ שם, בעמ' 369.

השופט גולדברג אומר³⁸: "שכן התייצב בבית-המשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו, כדרישת סעיף 10א(א)(2), אלא שהוא לא היה מוכן להשיב". עם כל הכבוד, ממהותה של כל חקירת עד שהיא מכוונת להשיג את תשובותיו של העד לשאלות בעל-הדין החוקר, ואין היא מתמצה רק בהצגת השאלות. קשה אף לומר, כי סירובו של העד הוא כשלעצמו מעיד בכל מקרה על התכחשות לתוכן האמרה. בעניין לוי השופט גולדברג אומר³⁹: "שבעצם השתיקה בבית-המשפט יש משום שוני מהותי מן הדברים שאמר העד באמרה". כיצד? והרי אפשר שמניעיו של העד לשתיקתו חיצוניים, כדוגמת לחץ שהופעל עליו, האינטרס שיש לו כתוצאה המשפט, קרבתו המשפחתית לנאשם, ואפשר שסירובו להעיד הוא סתם קפריזה. לכן, אפילו נבחנת הוראת סעיף קטן (א) לעצמה, קשה לקבל את גישת בית-המשפט בע"פ לוי. על-אחת-כמה-וכמה שהמחוקק בסעיף קטן (ב) התייחס במפורש לאפשרות של סירוב להעיד. המינוח שנקט המחוקק "בין שהוא מסרב להעיד" הוא ברור, ואינו מותיר כל ספק, כי בגדר זאת יש לכלול כל מקרה שבו נמנע נותן האמרה מלמסור עדות בבית-המשפט, בין שאינו מגיע כלל, בין שהוא מצהיר מעל דוכן-העדים כי הוא מסרב להשיב לשאלות ובין שהוא משיב תשובות שאינן נוגעות כלל לעניין שלשמו הוזמן, או כלשונו של בית-המשפט: "מקשקש"⁴⁰. בסעיף קטן (ב) נקט המחוקק לשון ברורה בשעה שהבחין בין מי שאינו עד משום שהוא מסרב להעיד או אינו מסוגל להעיד, לבין מי שלא ניתן להביאו לבית-המשפט משום שאינו בחיים או לא ניתן למוצאו. לגישתו של בית-המשפט בע"פ לוי, בגדר מסרב להעיד הוא רק מי שלא ניתן להביאו למשפט באמצעי-כפייה, אף כי ניתן למוצאו, והוא מסרב לבוא מיוזמתו. גישה זו תצמצם את קשת המקרים שבהם יהיה צורך להוכיח קיומו של אמצעי פסול כדי להכשיר קבילותה של האמרה. מן הצד האחר, היא תרוקן מכל תוכן את משמעות הדרישה לחקירת העד ותניח באופן מלאכותי, כי סירובו של נותן האמרה למסור עדות נובע מהתכחשותו לתוכנה. השאלה היא, אם הקושי שבהוכחת האמצעי הפסול לפי אותו סעיף קטן (ב) הוא כשלעצמו עילה מספקת ליצירה מלאכותית של חריג נוסף, פרטי, לכלל הפוסל עדות-שמיעה מכוח סעיף 10א. זאת בפרט בשל הגישה העקרונית הנקטת בבית-המשפט העליון ליתן משמעות רחבה לסיפא של סעיף קטן (ב)⁴¹.

עם כל הכבוד, נראה שהתשובה לכך שלילית. בפתח פסק-דינו השופט גולדברג אומר⁴²: "שאם בקבילות אנו עוסקים ולא בשיקול-דעת לגבי משקלה של הראיה, כי אז גם עדיפה פרשנות המעמידה את הסעיף על כללי ראיות ברורים שיש בהם

38 שם, בעמ' 673.

39 שם.

40 בכך אבקש לחלוק, עם כל הכבוד, על גישתו של הנשיא (י' כהן) בע"פ 365/81 אושירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 113, 126. אכן קשה לראות את ההבדל המהותי בין "העד השותק" לבין "העד המקשקש", כפי שהציג זאת השופט גולדברג בעניין לוי. אך מסקנתי שונה: בשני המקרים יש לראות בעד כמי שמסרב להעיד, וקבילות האמרה תיבחן לפי סעיף 10א(ב). וראה בעניין זה דבריו של השופט בן בע"פ לוי (לעיל, הערה 33).

41 ראה, למשל, ע"פ 567/80 אביטן (לעיל, הערה 28); ע"פ 696/84 אלבו (לעיל, הערה 30); ע"פ 648/87 מבן (לעיל, הערה 30).

42 שם, בעמ' 669.

לתרום לבטחון המשפטי בכל הנוגע לאבחנה בין קביל ופסול". אך האומנם תנאי הקבילות אינו ברור מלשון החוק? "עד" על-פי ההוראה הוא מי שממלא פונקציה של עד, דהיינו: מוסר עדות במשפט בעניין שלשמו הזמן להעיד, ואפילו הוא מתכחש לתוכן אמרתו כאחת מן הדרכים המצוינות בחלופה קטנה (3). העובדה שעל בית-המשפט היושב לדין יהיה לבחון שאלה זו בכל מקרה לנסיבותיו אינה צריכה לעורר קושי מעשי רב יותר מן הקושי הטמון בבחינתו של כל תנאי קבילות אחר שההוראה מציינת. יתירה מזאת: לדעתי, גם באותם מקרים שבהם נתקל בית-המשפט בקושי יישומי, והשאלה אם נותן האמרה העומד לפניו הוא "עד" או שהוא "מסרב להעיד" אינה ניתנת להכרעה קלה וחדה, מחייבת מדיניות משפטית רצויה דווקא לראות את נותן האמרה כמי ש"מסרב להעיד", ועל-כן לדרוש הוכחתו של אמצעי פסול, כאמור בסעיף 10א(ב) כתנאי לקבילות האמרה. הטעם נעוץ בספק המוטל ביכולת המעשית לחקור את נותן האמרה כעד, ובמיוחד בסכנה לפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן, כאשר נמנעת ממנו האפשרות להתעמת עם הראיה המפלילה (האמרה) באותן נסיבות. במלים אחרות: עדיפה בעיני האפשרות שתורחב קשת המקרים שבהם יופעל סעיף 10א(ב) ותידרש הוכחתו של אמצעי פסול על-פני האפשרות שתורחב מסגרתו של סעיף 10א(א) באופן מלאכותי וייכללו בה גם מצבים שבהם ההזדמנות לחקור את נותן האמרה כעד בבית-המשפט, ולו גם באופן פורמלי, אינה קיימת. הסיכון הטמון בהרשעתו של נאשם על סמך אמרת-חרוץ⁴³ מחייב העמדתה של ערובה נוספת במקום שחקירה נגדית של נותן האמרה היא בלתי-אפשרית. ערובה זו מספק סעיף 10א(ב) בדרישת האמצעי הפסול ואין להקל מחשיבותה⁴⁴.

מכאן אעבור לד"נ טובול. כאותו עניין עלתה שאלת פירושו של תנאי אחר בסעיף 10א(א): "אמרה בכתב שנתן עד". השאלה היא, האם בגדר תנאי זה ניתן לכלול גם רישום בכתב של האמרה שנעשה על-ידי מי שבאוזניו הושמעה סמוך לאחר שניתנה. חשוב לחזור ולציין, כי עוד לפני עניין טובול הרחיב בית-המשפט

43 לשם כך די בדבר לחיזוקה של האמרה. ראה סעיף קטן (ד) לסעיף 10א. כן ראה לעיל, הערה 24.
 44 ראה דברי מ"מ הנשיא (בן-פורת) בע"פ 722/85 אשכנזי (לעיל, הערה 32), 367. במאמר מוסגר יש לציין, כי הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (תיקון מס' 9), התש"ן-1990 (הצ"ח 71) אמנם מבחינה, לצורך קבילותה של אמרה על-פי סעיף 10א, בין מקרה שבו נותן האמרה נוכח כעד במשפט לבין מקרה שבו נותן האמרה אינו נוכח במשפט, כשרק במקרה האחרון תהא האמרה קבילה על-פי מבחן הקבילות שבסעיף 10א(ב). בכך לכאורה עולה ההצעה בקנה אחד עם הלכת ע"פ לוי. אולם, לגבי המקרה הראשון, כאשר נותן האמרה נוכח כעד במשפט, אך לא ניתנה לבעל-הדין הזדמנות לחקור, הוסיפו מנסחי ההצעה תנאי נוסף למבחן הקבילות שבסעיף 10א(א): "תהא האמרה קבילה אם שוכנע בית המשפט מנסיבות הענין או מהתנהגותו של העד, שהדבר נובע מפתחו של העד פן יבולע לו או לאדם הקרוב אליו, או נעז לשבש הליכי משפט" (סעיף 10א(ג) להצעה). בכך מתרחקת ההצעה מרחק רב מהלכת לוי. גם על-פי ההצעה אין האמרה קבילה על-פי סעיף 10א(א), כאשר נותן האמרה נוכח כעד בבית-המשפט אך מסרב להעיד, אלא נדרש תנאי נוסף, הנוגע בסיבת המניעה שנגרמה לחקירתו בבית-המשפט (שם, בעמ' 72-73). דיון לגופה של ההוראה המוצעת חורג מנושא הרצאתי. ברצוני רק להביע הסתייגות מן הסיפא של ההוראה האמורה. סירובו של נותן האמרה למסור עדות כדי לשבש הליכי משפט אינו מצדיק – לדעתי – את קבילותה של אמרה שלא נתקיימה לגביה חקירה נגדית. זאת בפרט כאשר על-פי התיקון המוצע הורחבה קשת המקרים לקבילותה של אמרת חרוץ לפי ההגדרה הרחבה שבחרו מנסחי ההצעה למושג "אמרה". על כך ראה להלן, הערה 66.

העליון את מטרתו של תנאי הקבילות האמור, בקובעו כי אין הוא מחייב שהאמרה תיעשה דווקא בכתב ידו של נותנה, ואף רישום בכתב או בדרך אחרת שנעשה על ידי אחר ממלא אתו דרישה הכתב לצורך סעיף 10א(א). זאת אפילו נעשה בלא ידיעתו של נתן האמרה, כדוגמת הקלטת דבריו במכשיר הקלטה סמוי. אך ההלכות שקדמו לענין טובל התייחסו לרישום ברזומני של האמרה. בענין טובל עלותה השאלה לגבי רישום מאוחר למועד השמעת האמרה – רישום שנעשה על ידי מי ששמע אותה (באוזן צנין – שוטר שבפניו הושמעה האמרה). האם גם רישום כזה ממלא אתו הדרישה של "אמרה בכתב שנתן עד" או שמא הרישום הוא "אמרה בסתם" של עורך הרישום, אך לא "אמרה בכתב" של נתן האמרה? במלים אחרות: האם רק רישום ברזומני המנציח מילולית ובמדויק את הדברים שהושמעו הוא אמרה בכתב של העד, או שמא גם רישום מאוחר של דברים שרשם מי ששמע את האמרה וכפי שהקפידם בזכרונו עד לרישום עונה על דרישת הכתב לצורך סעיף 10א(א)?

דעת כל שופטי בית המשפט העליון בע"פ טובל ובדין טובל היתה, שהכתב אינו חייב להיעשות ברזומני דווקא למתן האמרה. הדעות בין שופטי בית המשפט חולקו בשאלה, מהו המסכן שלפיו ניתן יהיה לקבוע אם רישום של אמרה בעל-פה, שנעשה על ידי מי שבאוזניו הושמעה, הוא "אמרה בכתב שנתן עד". השופט שי' לוי, ועמו הסכים השופט חלימה, סבור היה, כי רק רישום המנציח במדויק את מלוחניו של נתן האמרה ואינו פרי ניסוח או תמצות של אדם אחר על מה שאמר העד, עומד בדרישת הכתב שבסעיף 10א⁴⁵. הדגש את מלות התנאי "אמרה בכתב שנתן עד". האזהר למד כי האמרה שהועלתה על הכתב צריכה להיות אמרה של העד, אפילו נרשמה על ידי אחר, ולא רישום של דברים כפי שנקלטו בזכרונו של עורך המסמן. לפי גישה זו, רישום מאוחר של דברי העד יהיה קביל כראיה רק אם ניתן הרושם ביטולת זכרה מה גבוהה, עד כי הוא יכול להעלות על הכתב במדויק את מלוחניו של העד⁴⁶, וכלשותו של השופט שי' לוי כפי טובל⁴⁷: "לצומת זאת, דברים שנרשמו על ידי אדם אחר – שוטר או זו – מפי העד, שלא בצורה מדויקת והמשקפים את גרסתו של הרושם על מה שנאמר לו על ידי העד, אינם יכולים להיחשב כאמרה בכתב, שניתנה על ידי העד, שהרי באימרת הרושם של הדברים קא פסקין ולא באימרת העד"⁴⁸.

לשמת זאת, מטובשים שופטי הרכב (הנשיא שמגר, השופטת נתניהו והשופט סיק) ברעה, כי לא נדרש רישום חוקני ומילולי של הדברים שנאמרו בעל-פה כדי שותקיים דרישת האמינה בכתב. מתן האמרה אינו חייב להיעשות בכתב, אלא ביטוי בהשמעת הדברים. דרישת הכתב בסעיף 10א מתבטאת בהעלאת הדברים

45 ראה את הדיון של השופט שי' לוי בע"פ טובל, בעמ' 604. סעיף 10א ישים אך ורק במקרים שבהם אפשר לקבוע שהאמרה בכתב שבה מדובר היא של העד ולא פרי ניסוח או תמצות של אדם אחר – שוטר או אחרת על מה שאמר העד.

46 ד"ר טובל, בעמ' 356: "לפי שיטתי, רישום מאוחר מדויק, שאינו ברזומני, של דברי עד על ידי השוטר (אם מוכיחים את כושר זיכרונו המיוחד) יהיה קביל כראיה".

47 שם, בעמ' 605.

48 רואה גם הדבר השופט ד' לוי בע"פ 323/84 שריף (לעיל, הערה 20), 524-523.

על הכתב⁴⁹. הכתב נועד למנוע את התלות בזיכרון האנושי ולצמצם את הסיכון הנובע מחולשת הזיכרון ותעתועיו⁵⁰. תכליתו לשמר את הדברים בכלי הניתן לפיצנוח אובייקטיבי ובכך להבטיח, כי הרישום המובא כראיה אכן משקף את מה שנאמר על-ידי העד בשעתו מחוץ לכותלי בית-המשפט⁵¹. עם זאת, חלוקת הדעות בין שופטי-הרוב כאשר למהותה של הזיקה הנדרשת בין הפעולה של נתינת האמרה לבין הפעולה של רישומה בכתב, או בדרך אחרת, על-ידי מי שבאוזניו הושמעה.

לדעת הנשיא (שמגר), ועמו מסכימה השופטת נתניהו⁵², "נאמנות הכתב אל הדיבור היא הלוח של ההוראה שבסעיף 10א⁵³. לכן חייבת להתקיים סמיכות זמנים בין שתי הפעולות, כדי שהרישום יהפוך אמרה בעל-פה לאמרה בכתב. "הזיקה בין הכתב לבין האמרה חייבת להיות קרובה כדי שחתמלא דרישת המחוקק בדבר אמרה בכתב. דחיית הדרישה בדבר ברזמניות של האמרה והכתיבה והתרת רישום בסמוך לאחר אמירה מתבקשת ממהותו של הענין, היינו ממיגוון האפשרויות הסבירות והמקובלות בתחום גביית האמרות, ולכן היא מן ההכרח שאין לגנותו"⁵⁴. ובהמשך: "יש ליישב בין המגמות השונות: אנו יוצאים מתוך ההנחה, כי הכלל הראייתי בו אנו דנים מביא בחשבון את הקושי האובייקטיבי לקיים בכל הנסיבות רישום ברזמני. מאידך גיסא, שריר וקיים החשש, שמא הכתוב לא ישקף כהוריתו את אשר נכלל באמרה, היינו, כי הכתב יהא נטול זיקה למה שנאמר. מכאן האיזון הרצוי, המתיר רישום שאינו ברזמני, אך אשר נערך כאשר הנושא עדיין רענן בזיכרונו של הרושם. התנאי לטריית הזיכרון הוא, שהרישום יהיה צמוד במידת האפשר, מבחינת הזמן, להשמעתם של הדברים ויבטא בכך את היסוד הענייני של אמינות ודיוק ואת היסוד הפורמלי של הזיקה בין האמרה לבין הכתב"⁵⁵. לפי גישת הנשיא (שמגר) והשופטת נתניהו, אין להרחיק לכת ולומר שניתן לנתק באופן קיצוני בין האמירה לבין הכתיבה. הדבר נוגד את נוסחו של סעיף 10א וכן את נסיון החיים וההיגיון כאשר למהימנות ולדיוק האפשריים של תוכן הרישום⁵⁶.

לעומתם, נוטה השופט ברק להרחיב את גבולות מסגרתו של תנאי הקבילות האמור, באופן שכל אמרת-חורן שנתן העד תהא קבילה אם היא הועלתה על הכתב, בין שהכתב נעשה על-ידי העד עצמו בין שנעשה על-ידי אחר, בין שנעשה ברזמנית להשמעת האמרה ובין שנעשה מאוחר יותר. לגישתו של השופט ברק, אף אין חשיבות לצורך מבחן קבילות האמרה, אם נעשה הרישום סמוך לאתר מתן האמרה או זמן רב אחרי השמעת הדברים. האמרה תהא קבילה בכל מקרה כאמרה בכתב שנתן העד. אך לענין משקלה ההוכחתי של האמרה תהא חשיבות רכה לעובדה

49 ראה דברי הנשיא (שמגר), שם, בעמ' 348; דברי השופט ברק, שם, בעמ' 355, המביא גם מדבריו של הנשיא (שמגר) בע"פ 433/84 (לא פורסם).

50 ראה דברי השופטת נתניהו בע"פ טובל, בעמ' 613; דברי הנשיא (שמגר) כד"ג טובל, בעמ' 348.

51 ראה דברי הנשיא (שמגר), שם, בעמ' 348; דברי השופט ברק, שם, בעמ' 354-355. כן ראה דברי השופטת נתניהו בע"פ טובל, בעמ' 613-614.

52 שם, בעמ' 353. ראה גם דבריה בע"פ טובל, בעמ' 613.

53 שם, בעמ' 348.

54 שם, בעמ' 349.

55 שם, בעמ' 349-350.

56 שם, בעמ' 349.

מתי וכיצד נעשה הרישום, וכדבריו: "לדעתי, סמיכות בזמן אינה תנאי לקבילות אלא שיקול לענין המשקל"⁵⁷.

הלכת ד"ג טובול משקפת אפוא שלוש דעות בבית המשפט העליון כאשר למהותה של הזיקה הנדרשת בין הכתב לבין האמרה כדי שניתן יהיה לומר, כי זו "אמרה בכתב שנתן עד". מן הצד האחר, גישת המיעוט (השופט ש' לוי והשופט חלימה), שלפיה נדרש רישום דווקני ומילולי של האמרה, שכן הכתב צריך להנציח במדויק את האמרה כדי שתהא זו אמרה שנתן עד ולא אמרת השוטר, או אחר, שרשם את דבריו. מן הצד האחר, מצויה גישתו של השופט ברק, שלפיה די שהועלתה האמרה על הכתב בכל דרך שהיא ובכל עת, כדי שתתמלא הדרישה ל"אמרה בכתב שנתן עד" לצורך מבחן הקבילות. לשם משקל הראיה תהא משמעות לשאלה מתי נעשה הרישום, על-ידי מי ובאיזו מידה הוא מנציח את דברי העד. גישת הביניים היא גישת הנשיא (שמגר) והשופטת נתיבה. חייבת להתקיים זיקה בין הכתב לבין האמרה באופן שהכתב אכן משקף נאמנה את תוכן האמרה. אולם זיקה זו אינה מחייבת רישום סטנוגרפי או ברזומני, אלא די שהוכח כי הרישום אכן מנציח את האמרה כפי שנקלטה בזכרונו של עורך הרישום והוקפאה עד למועד הרישום. לפי גישת המיעוט, רישום זכרון-דברים או תמצית של הדברים שהושמעו לא יהיה קביל, גם אם נערך על-ידי השומע ברזומנית למתן האמרה. לפי גישת השופט ברק, רישום כזה יהיה קביל בכל מקרה, אך תיבחן שאלת המשקל ההוכחתי שיינתן לו בשל נסיבות עריכתו ואמינותו-ככלי המשמר את האמרה שניתנה. לפי גישת הנשיא (שמגר) והשופטת נתיבה, כל מקרה ייבחן לנסיבותיו, אם הרישום אכן משקף נאמנה את דברי העד, אפילו אין הוא רישום מילולי דווקני. למטרה זו, גם רישום שהוא פרפרזה של דברי העד, בין שנערך ברזומנית להשמעת הדברים ובין שנערך סמוך לאחר השמעתם, עונה על דרישת הכתב בסעיף 10א, ובלבד שהוא מנציח את הדברים שהוקפאו בזכרונו של עורך הרישום.

עם כל הכבוד, נראית לי דעת שופט המיעוט בר"ג טובול מדעת הרוב. טעמי מעוגנים במטרת המחוקק ובלשון המפורשת שנקט בסעיף 10א וכן בשיקולי מדיניות משפטית.

השאלה אינה, אם רישום ברזומני או רישום מאוחר עונה על דרישת הכתב בסעיף 10א. השאלה היא, מה תפקידו של הכתב כאשר לאמרה, לאמור: האם הוא כלי-קיבול של האמרה, הקולט לתוכנו את הדברים שהושמעו בעל-פה ומשמר אותם כמות שהם, או שהוא רק כלי לשימור הגרסה שהושמעה, תוכן הדברים. נראה כי נוסח ההוראה תומך באפשרות הראשונה. "אמרה בכתב שנתן עד", לאמור: אף שהכתב אינו חייב להיות של העד, הכתב הוא האמצעי התקשורתי שבחור בו המחוקק למתן האמרה על-ידי העד. הכתב הוא חלק ממנגנון הנתיבה של האמרה,

57 שם, בעמ' 355. גישתו של השופט ברק בר"ג טובול היא ביטוי נוסף לעמדתו העקרונית בדבר התרחשותו של תהליך התפתחות היסטורי המוליך מדיני-קבילות לדיני-משקל, ותואם את אופיה המקצועי ואת רמתה הגבוהה של השפיטה בישראל. עיקר המאמץ בשלב זה של ההתפתחות מוטל על הרשות המחוקקת. סעיף 10א הוא חלק מן התהליך. בת-המשפט אינם צריכים לבטל בדרך של חקיקה שיפוטית את כל דיני-הקבילות, אך עליהם לתרום את תרומתם-שלהם. זאת יעשו, אם יעניקו לחריגים הסטטוטוריים לכלל עדות השמיעה את מלוא התוקף והעוצמה ויגשימו בכך את שהמחוקק ביקש להגשים. שם, בעמ' 357.

כל-הקיבול שלתוכן הועתקה אמרה בעל-פה והפכה עקב כך לאמרה בכתב. מאחר שהמחוקק לא הגדיר את אמצעי הקיבול, אלא הסתפק בתוכן "בכתב", ניתן לפרש מושג זה ככולל כל רישום, בכתב או בדרך אחרת, של האמרה. אין לדיעתנו או לא-ירידעתו של נותן האמרה, כי דבריו נרשמים, אין נפקות. אך בכל מקרה הכתב חייב לשמור על זהותו ככל-הקיבול שלתוכן הועתקה האמרה ובו נשתמחה, ולא די בדיקה ביניהם ואפילו היא ודקה קרובה. הכתב אינו צריך רק לשקף במסגרת את תוכן האמרה, אלא צריך להנציח אותה, להקפיד ולשמר אותה, כמדת שנעשתה בוטחן כלשהו מחוץ לבית-המשפט. רק כך יוכל בית-המשפט שלפניו מביאות האמרה להתרשם מן הדברים שאמר העד בהודעתו אחרת, ואשר לבית-המשפט לא היתה היכולת להתרשם מהם בעת עשייתם. דברים שהשימיע העד מחוץ לכותלי בית-המשפט הם הנבחנים לגופם במשפט, כעדות שמטר העד בהודעתו קודמת ושאינה מתיישבת עם עדותו בבית-המשפט. יתר על כן: אפשר שבית-המשפט יעדיף את האמרה על-פני העדות המרשמעת לפניו ואף יסמוך עליה את הרישועתו של הנאשם. על-כן יש להקפיד, כי דברים שאמר העד יובאו כלשהם לפני בית-המשפט, ולא פרפרזה של הדברים. אין נפקא מינה, אם נרשמו הדברים ברוחניות להשמעת האמרה או לאתור-מכן, ובלבד שהכתב מנציח את האמרה כלשונה, כלומר: הדגש אינו על מועד הרישום אלא על דיוקו. טבע הדברים הוא, שרישום ברוחני של האמרה ישיג מטרה זו ועל-כן קמה ההנחה לגבי רישום כזה כי אכן זו אמרה בכתב שנתן העד. ככל הנחה נסיבתית אחרת אף הנחה זו ניתנת לסתירה בהתבוננות על-ידי מי שטוען, כי הרישום אינו אמרה בכתב שנתן ער. אולם אפשר שגם רישום מאוחר ימלא את דרישת הכתב בסעיף 10א, כגון שרק משפט אחד נאמר על-ידי העד ואין הוא מורכב או מסובך בפרטיו⁵⁸. במקרה כזה אין נפקא מינה אם דברים אלה נרשמו על-ידי מי שבאחזיו נאמרה האמרה ממש בעת נתינתה או במועד מאוחר יותר. אך ככל שהאמרה מפורטת יותר ומבטאה גישה כוללת, כך קשה להגיה, על-פי נסיון החיים וההיגיון, שמי שקלט פרטים אלה אכן יוכל לשמרם ולהקפידם בזכרונו כלשהם עד למועד העלאתם על הכתב. סבבו של היכרחן האנושי הוא, שככל שחולף הזמן בין מועד השמעת הדברים וקליטתם לבין מועד רישומם, נשכח פרט כלשהו או מיוחסף לו גוון כלשהו, סובייקטיבי. הנובע מהתרשמותו האישית של השומע. על-כן קמה ההנחה, כי רישום מאוחר למועד מתן האמרה אינו מנציחה כלשונה. ככל הנחה נסיבתית אף הנחה זו ניתנת לסתירה בהוכחות על-ידי בעל הדין המבקש להסתמך על הרישום כ"אמרה בכתב שנתן ער" במובן סעיף 10א.

לפי גישת שופטי-הרכב בר"צ טוחל אפשר לעודד את השאלה, מה ולבססות יש בכלל לכתב בתהליך יצירת האמרה? אם אין הכתב רכיב מהותי בתהליך נתינת האמרה, מה הטעם המיוחד בדרישה לסמיכות הזמנים בין האמירה לבין רישומה ומדוע לא לאמץ את גישתו של השופט ברק, שלפיה אין רישום שנעשה כמה זקוק לפני המשפט עונה על דרישת הכתב. אפשר להרחיק עוד יותר, ולשאול מדוע בכלל יש צורך בכתב ואין להסתפק כעדות בעל-פה מפי השומע והצורך, ששמע

58 כדוגמא, אמרה המזהה את הנאשם כמי שביצע את המעשה או את הכלי שבו ביצע המעשה.

אותם הדברים, בהנחה שזה מטוגל להעלותם מזכרונו במועד המשפט. לביטחון, לכתוב וחיפושם מהותית בתהליך מסירת האמרה העברתה לידעת בית המשפט. האכותב מהנחה תחליף לעדות במשפט. חפיקו להביא את האמרה לבית המשפט בשלמותם ובידיהם כדי שביהמשפט יוכל להתרשם לא רק מתוכן הדברים שנאמרו, אלא גם מאופן הבעתם, מלשונם ומסגרת המיוחדים של נותן האמרה, כאילו באמרו לעצמו⁵⁹. בענין טובל אישרה העדה בעדותה, כי אמרה בעל-פה את הדברים שהוצגו על הכתב, אך ניתן להניח מקרה שבו העד מתחשש לעצם אמירת הדברים. במקרה כזה נדרשת על-אחדתכמה מידה גבוהה של דאגה, כי המסמך המוצג לבית המשפט אכן קלט לתוכו את הדברים שהושמעו מפי העד והקפידים כמותם שמסור.

גישת הפירוש המוצעת על-ידי שופטי המיעוט אינה נוגדת את רוח החוק. להיפך: היא מתיישבת בהחלט עם מגמת המחוקק וההיסטוריה שקדמה לחקיקת ההוראה. מעמדת המחוקק בחקיקת ההוראה שבסעיף 10א אכן הייתה להקל בתהליך הברור והעובדתי במשפט הפלילי ולאפשר ורימתו של מידע מכלי שני לבית המשפט, באותו מצבים שבהם לא ניתן לקבל את המידע ממקור ראשון. עם זאת הקפיד המחוקק הציין, כי לא כל אמרה שנתן עד מחוץ לכחלי בית המשפט תהא קבילה, אלא רק "אמרה בכתב שנתן עד". כאשר מוסיפים לכך את ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 10א והדילמה של מנסחי הצעת החוק לגבי סיבו של הכתב ונסיבות עריכתו⁶⁰ יש – לדעתי – לראות בדרישה ל"אמרה בכתב שנתן עד" את "הקו האחרון" שממסרו אין להרחיק עוד. הדרישה לכתב היא הערכה הממשית היחידה שקבע המחוקק כדי להבטיח את מהימנות האמרה בנסיבות ערכתה, לאמור: המסמך המוצג לבית המשפט כראיה הוא האמרה שנתן העד⁶¹. לכן יש להקפיד שהדברים אכן קלט לתוכו את האמרה ושימר אותה כמות שהיא עד למועד הגשתה. כל דיושם אחר המשקף רק את תוכן האמרה, ואפילו הוא אמן על בית המשפט, אינו יכול להמסיר באופן אובייקטיבי כי אלה הם הדברים שמסר העד מחוץ לכוחלי בית המשפט וכי לא הוכנסו לתוכם אלמנטים סובייקטיביים המבטאים את תהליך קלישת הדברים בזיכרון האנושי והתרשמותו האישית של מי שקלט אותם. ההשגש מפני הוספת "צבע" או "גוון" סובייקטיבי לאמרה, ולו גם בתום לב, מקבל מעמדת המחוקק יתור לאור האפשרות שאותה "אמרה בכתב" תהווה בסיס ל"השגש של הנאשם בדין"⁶².

59: ראה דברי המשפט ד' לוח בציפ 323/84 שריף (לעיל, הערה 20), 254-253.

60: די לתשוח: בין הנסח שהוצע בהצעת חוק לחיקון פקודת הראיות (מס' 3), תשל"ד-1973 (הצ"ח 90) לנסח המנסח חוק לחיקון פקודת הראיות (מס' 4) תשל"ח-1978 (לעיל, הערה 6), אשר נוקבלה על-ידי המחוקק. בעוד שההצעה הראשונה החמירה עם נסיבות מתן האמרה והחמירה את הקבילות כגביית האמרה על-ידי קצין משטרה מודעת פקד ומעלה, במידיו תבישם מלא, ההצעה השנייה הספקה בהדרישה ל"אמרה בכתב" בלבד. ראה גם ד"ר 83 (תשל"ח) 3296 חילן.

61: ראה דברי המשפט ג' לוח בציפ 323/84 שריף (לעיל, הערה 20), 516; ודברי המשפט ד' לוח, שם, כמס' 523, 521.

62: עם כל הנסוח, אין ללמוד היקש לענין זה מכלל הקפאת הוכחה שבעבר, אשר נעזר להקפיד ולהביא לכחלת המשפט את מה שנקלט מפי האידוע בזכרונו של עורך הדין. אפילו אם הדין מתייחס לתחומה במסגרת מלשה שסמך האשם בחניו של עורך הדין, ניתן באמצעות כלל הקפאת הוכחה שבעבר להביא מדידה את ההדאה, כפי שקלטה על-ידי עורך הדין ותשומה בזכרונו. קבילותה

בר"נ טובול נדונה קבילותה של האמרה לפי סעיף 10א(א). אך נראה, שהיה על בית-המשפט להביא בחשבון שיקוליו גם את השיקול ש"אמרה ככתב" היא תנאי לקבילותה של אמרת-חרץ לפי סעיף 10א(ב). כאשר נותן האמרה אינו עד ועל-כן לא קיימת כלל האפשרות לקבל את תגובתו באשר לאמרה, מחמירה הסכנה שבהרשעת נאשם על יסוד רישום שאינו מילולי ומדויק.

ניתן לטעון, כי גישת הפירוש המוצעת על-ידי שופטי המיעוט בעניין טובול מעמידה מבחן קבילות פורמלי-טכני. ספק בעיני, שהרי גם גישה זו אינה מקפידה על ברזמניות האמרה, אלא על מהותו של הרישום כמנציח במדויק את הדברים שנאמרו. מכל-מקום, יתרונו של מבחן כזה הוא ביכולת יישומו הלכה למעשה בבתי-המשפט. גישה התולה את הקבילות בקיומה של זיקה קרובה בין הכתב לבין האמרה אינה מגיחה בידי השופט כלים ברורים להפעלה אלא מותירה את ההכרעה בשאלת הקבילות לשיקול-דעת שיפוטי. מבחן "הזיקה הקרובה" אינו קובע סטנדרט מוגדר וקבוע להפעלה, אלא מעמיד מבחן שתוכנו משתנה ממקרה למקרה, בשל הנסיבות הקונקרטיות. הנשיא (שמגר) סבור, כי בעניין זה ניתן להסתייע במבחנים שהותוו על-ידיו בע"פ 869/81 שניר נ' מדינת ישראל⁶³ באשר לקבילותה של תמצית דברים של סליל הקלטה. מבלי להיכנס לעומקה של הסוגיא, אם אמנם די במבחנים אלה כאשר נותן האמרה מתכחש בבית-המשפט לעצם מתן האמרה, ולא רק לתוכנה⁶⁴, עולה השאלה העקרונית, אם לא יצא שכרה של הגישה המרחיבה בהפסדה, ולו רק מן הטעם שלצורך דרישה אחת בלבד מן הדרישות שמעמיד סעיף 10א(א) לקבילותה של אמרת עד יהיה על בית-המשפט להיכנס לעובייה של חקירה וכדיקה בשאלות עובדתיות, השוליות למחלוקת המרכזית. אך יתירה מזאת: ספק אם העמדתו של מבחן קבילות גמיש, המותנה בשיקול-דעת שיפוטי, אכן רצוי במשפט הפלילי, שבו הביטחון והודאות בהפעלה שוויונית של סדרי-הדין מספקים ערובה להכרעה צודקת ובלתי-שרירותית⁶⁵. מבחן "הדיוק המילולי" ששופטי-המיעוט מעמידים בענין טובול קובע סטנדרט אחיד, אובייקטיבי, לקיום דרישת הכתב. כלום אין לומר, כי דווקא במקרים שבהם חקירה נגדית של נותן האמרה מוגבלת מטיבה, או אפילו בלתי-אפשרית, דרושה סטנדרטיזציה בהפעלת מבחן הכתב כחסינות מפני סיכוני טעות צפויים בהרשעת הנאשם על סמך אמרת-חרץ?⁶⁶

63 של הודאת נאשם לפי סעיף 12 לפקודת הראיות אינה מותנית בדרישה שההודאה נעשתה בכתב דווקא. אך כאשר כ"אמרה בכתב שנתן עד" עסקינן, צריך הכתב להנציח את אמרת העד ולא את מה שנקלט ונשתמר בזכרנו של השומע מן הדברים שנאמרו על-ידי העד.

64 פ"ד לח(4) 169, 221.

65 בעניין טובול אישרה העדה, כאמור, את מתן האמרה אך התכחשה לתוכנה.

66 והשווה גם לדבריו של השופט ברק בר"נ טובול, בעמ' 356: "שלישית, מבחן הסמיכות יוצר מבחן גמיש, המותנה בשיקול-דעת שיפוטי. מבחן כזה הוא רצוי וטוב לענין המשקל שיש ליתן לראיה. ספק בעיני, אם מבחן כזה הוא רצוי וטוב לענין קבילותה של ראיה".

67 וראה הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (תיקון מס' 9), התש"ן-1990 (לעיל, הערה 44). ההצעה מחליפה את הדרישה ל"אמרה בכתב שנתן עד" בסעיף 10א(א) ב"אמרה" בלבד. בין ארבע החלופות להגדלת המושג "אמרה" נזכר אף המקרה הנוגע בענין טובול: "האמרה נרשמה בידי שומע האמרה כהודמנות הראשונה לאחר נתינתה ההוקרה לנוחנה לאחר ורישומה במרעד סביב בנסיבות הענין, ונרשמה תגובתו" (סעיף 10א(א)(3)). בכך ביקשו מנסחי ההצעה למצוא "נוסחת-ביניים" בין "אמרה בכתב שנתן עד", על-פי סעיף 10א(א), לבין הלכת טובול. אם הכוונה של מנסחי ההצעה היתה להבטיח את אמינות

בראשית הדברים מניתי שלושה שיקולים המנחים את בית-המשפט העליון בקביעת היקף חלותו של סעיף 10א. נראה לי, שמן הראוי היה להכניס למערכת השיקולים הללו שיקול נוסף הנוגע למהותו של ההליך הפלילי ולתפקיד ההוכחתי שממלאה אמרה שנתקבלה לפי סעיף 10א להרשעתו של הנאשם. שיקול זה אינו צריך להשפיע רק על תהליך הערכת משקלה של האמרה כראיה בין כל הראיות האחרות; הוא צריך להשפיע כבר בשלב הקודם בעת ההכרעה בקבילותה של האמרה כראיה. אף שנעשתה מחוץ לכותלי בית-המשפט, ממלאה האמרה עם קבילותה תפקיד של עדות במשפט הפלילי. על-כן אין להמעיט מחשיבותו של תנאי מתנאי הקבילות, ולו רק משום הסיכון הטמון בהסתמכותו של בית-המשפט לשם הרשעת הנאשם על דברים שנאמרו מחוץ לכותליו ומבלי שהיתה לנאשם יכולת מעשית לבחון את אמיתות תוכנם בכליה של החקירה הנגדית. כאשר נמנעת מן הנאשם האפשרות לחקור את נותן האמרה, משום שהוא מסרב למלא את חובתו למסור עדות, אין מקום להרחיב באופן מלאכותי את המושג "עד" בסעיף 10א(א) ולקבל את האמרה, אלא יש לראות בו "מסרב להעיד" על-פי סעיף 10א(ב) ולדרוש את הוכחתו של אמצעי פסול⁶⁷. והוא-הדין לגבי פירושו של התנאי "אמרה בכתב שנתן עד". כאשר הכתב, או רישום אחר, המוגש לבית-המשפט אינו מהווה אמרה בכתב שנתן עד, אלא גרסה כלשהי של דבריו, גובר החשש מפני הסתמכות אפשרית על רישום בלתי מדויק של דברים כראיה להרשעתו של הנאשם, ועמו הסכנה של הרשעה מוטעית. דווקא משום שנותן האמרה אינו מעיד במשפט או מתכחש בעדותו לתוכן לאמרתו, קיים הצורך בהבאת האמרה כמות שנאמרה לבית-המשפט, כדי שבית-המשפט יוכל לפחות להתרשם במישרין, ובלי אמצעי-תיווך כלשהו, מן הדברים שנאמרו ומאופן אמירתם. זו סיבת הכתב, ואין להמעיט מחשיבותה.

הערת המחברת: לאחר שנמסרו הדברים לרפוס, חזרה ועלתה לפני בית-המשפט העליון שאלת סיווגו של "העד השותק" במסגרת סעיף 10א. כוונתי לע"פ 2251/90 חג' יחיא נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)⁶⁸. בית-המשפט העליון סבור היה ברוב דעות (המשנה-לנשיא [השופט אלון] והשופט כץ), כנגד דעתו החולקת של השופט אור, שראוי לסטות מדעת הרוב בע"פ לוי, ופסק כי "העד השותק" אינו "עד" במובן סעיף 10א(א), אלא "מסרב להעיד" במובן סעיף 10א(ב). על-כן נדרשת הוכחתו של אמצעי פסול כתנאי לקבילותה של אמרה בכתב על-פי אותה הוראה. מאחר שפסיקת בית-המשפט עומדת בניגוד להלכת ע"פ לוי, הוביל הדיון בשאלה

הרישום באמצעות אישורו של נותן האמרה, נראה שהחסיאו את מטרותם, שכן תגובתו של נותן האמרה יכולה להיות גם התכחשות מחולטת לרישום, ואף-על-פי-כן הוא קביל כראיה לתוכנו. במקרה האחרון אף קיים הספק אם הרישום הוא "אמרה של עד" במובן סעיף 10א(ב) להצעה. מכל-מקום, ההוראה המוצעת מעלה את הקושי המובע לעיל כאשר לקביעתו של מבחן גמיש ומשתנה לפי הנסיבות. 67 גם כאשר נותן האמרה מוסר בעדותו דברים שאינם לעניין או "מקשקש", יש לראותו – לדעתנו – כמי שמסרב למסור עדות בעניין שלשמו החזמן, ועל-כן הוא בגדר "מסרב להעיד" במובן סעיף 10א(ב). ראה לעיל, הערה 40.

68 בע"פ 32/89 ועגנוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 312 עלתה השאלה בעקיפין בלבד, שכן בסופו של דבר נדחתה לגופה טענת המערער, שלא הוכח קיומו של אמצעי פסול כנדרש על-פי סעיף 10א(ב).

ניתן ולצמון

משפטים כי אנו תעמיכ

הראייתית לשאלה המשפטית העקרונית, באילו מקרים רשאי בית המשפט העליון לטעות מתקרים שקבע, בפרט שזה נפסק בהרכב מורחב של בית המשפט העליון. שאלות אלה עתידות להתברר בפני בית המשפט העליון בהרכב מיוחד במסגרת דין נוסף שהוגש על פסק הדין.