

אמרת נאשם כראיה לטובתו

מאת

נינה זלצמן*

א. הצגת הנושא

מדי פעם עולה בבתי-המשפט השאלה, האם אמרה שמסר הנאשם מחוץ לכותלי בית-המשפט יכולה לשמש הוכחה לטובתו במשפט, דהיינו: הוכחה התומכת בגרסת ההגנה שהנאשם מעלה במשפט. לשאלה זו תהא תשובות מיוחדת באותם מקרים שבהם הנאשם בוחר לשמור על זכות השתיקה במשפט, ויחד עם זאת הוא מבקש לסמוך את הוכחת טענתו על דברים שאמר מחוץ לכותלי בית-המשפט. הימנעות הנאשם מלהעיד עשויה לשמש חיוק למשקלן של ראיות התביעה וכן סידע לראיות התביעה¹. אך האם היא צריכה גם לשמש מחסום לקבילותה של ראיה התומכת בגרסתו, כלומר: האם סירובו של הנאשם להיחשף לחקירה נגרית בקשר לגרסתו צריכה להשפיע על קבילות אמרתו או על משקלה הראייתית, או שמא יש להתייחס אל האמרה כאל כל ראיה אחרת שהנאשם מבקש לבסס באמצעותה את צדקת טענתו? אך גם כאשר הנאשם מעיד להגנתו, אם תוכל אמרה שמסר מחוץ לבית-המשפט לשמש הוכחה לטובתו, הריהי מצטרפת אל סך כל ראיות ההגנה, בין שהיא ממלאה פונקציה הוכחתית התומכת פוזיטיבית בגרסת ההגנה ובין שהיא ממלאה פונקציה הוכחתית הסותרת ומטילה ספק בגרסת התביעה. ניתן לתאר כמה מצבים שונים, אשר במסגרתם נעשתה האמרה:

(1) אמרה שנעשתה על-ידי הנאשם בשלב כלשהו של התרחשות מעשה העבירה, נשוא כתב-האישום.

(2) אמרה שמסר הנאשם לחוקריו מיד כשנתפס בקשר למעשה העבירה, או בשלב מאוחר יותר, במהלך חקירתו בקשר למעשה. לעניין זה ייתכנו שני מצבים שונים: אפשר שהאמרה שעליה הנאשם מבקש לסמוך הגנתו היא חלק מהודאה בביצוע המעשה שמסר הנאשם לחוקריו. אך אפשר גם שבאותו מעמד השמיע הנאשם גרסה אשר כולה מוכה, דהיינו: תומכת בטענת חפותו.

* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

1 סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 1043 התשמ"ב, עמ' 43 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי).

(3) אמרה שהשמיץ הנאשם באוזניו של אחר, להבדיל מחוקריו, כגון קרוב או ידיד, בשלב כלשהו של החקירה או אפילו לאחר שהוגש כתב-האישום.

בכל אחד מן המצבים המתוארים נתקלת השאלה בדבר קבילותה של האמרה כהוכחה לטובתו של הנאשם קודם-כול בקושי שהכלל הפוסל עדות-שמיעה מעמיד, לאמור: כאמרה שנעשתה מחוץ לכותלי בית-המשפט אין היא קבילה להוכחת העובדות המפרטות בה, ואפילו המדובר הוא באמרתו של הנאשם במשפט, אלא-אם-כן יהיה ניתן לשלבה במסגרת אחר מן התריגים המקובלים בדיני הראיות לכלל הפסילה האמור.

פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971² מבחינה בהוראותיה בין אמרת נאשם לבין הודאת נאשם. סעיף 11 לפקודה דן באמרת נאשם, אך זאת רק מן ההיבט של דרך הוכחת האמרה בבית-המשפט, להבדיל משאלת קבילותה. סעיף 12 דן בקבילותה של הודיית הנאשם כי עבר עבירה. הודיה זו תהא קבילה כראיה נגדו במשפט, אם היתה "חפשית ומרצון", כדרישת סיפת סעיף 12(א) וכפי שפורש תנאי זה באמצעות ההלכה הפסוקה. לקבילותה של אמרה שאיננה בגדר הודיית הנאשם אין התייחסות בפקודת הראיות. המושג "הודיית נאשם" – כפי שפורש ונתבאר בפסיקת בית-המשפט העליון – מתייחס לכל אמרה שמסר הנאשם בקשר למעשה העבירה המיוחס לו ואשר יש בתוכנה כדי להפילו בביצוע אותו מעשה, בין שהיא כוללת הודאה מלאה בעובדות המהוות את מעשה העבירה, בין שהיא כוללת הודאה בעובדה או בעובדות אשר יש בהן כדי לקשור או להוביל את הנאשם למעשה העבירה ובין שהיא מהווה רק "ראשית הודיה" באשמה, כגון הבעת נכונות להודות או לשמש עד-מדינה³.

הנחה המתבקשת מאליה היא כי אמרת נאשם שבה עסקינן במסגרת רשימה זו, דהיינו: אמרה שעליה הנאשם מבקש לסמוך כהוכחה לטובתו, איננה נכנסת לגדר המושג הודיית נאשם, במובן סעיף 12 האמור. אמנם ייתכן – כפי שהסבר – כי אמרה זו נעשתה במעמד מסירתה של ההודאה ועלי-כן היא אף כלולה במסגרתה ולעתים אף מהווה חלק ממנה. אך גם אז אין האמרה, כשהיא מבודדת לעצמה, בגדר הודיית נאשם במובנה המפילי. להיפך: הנאשם מבקש להסתמך עליה כהוכחה לטובתו דווקא משום שיש בתוכנה המסוים עובדה או עובדות מזכות, דהיינו: עובדות העשויות לחזק ולתמוך בגרסת הגנתו. האם נאמר כי מכוח מיקומה בלבד רוכשת האמרה כוח עדותי סובסטנטיבי כהודאת הנאשם שבה היא כלולה, ואשר נתקבלה כראיה במשפט? בשאר המקרים, כאשר הנאשם מבקש לסמוך הוכחתו על אמרה נפרדת שמסר, אף תלות מעין זו של אגב-הודאה איננה קיימת. לפיכך, אף הקושי העולה לגבי קבילותה של האמרה הינו חמור יותר. השאלה היא האם אמרה כזו תהא בכלל קבילה כראיה במשפט, ואם כן – מה תהא נפקותה

2 ב"ח 18 תשל"א, עמ' 421 (להלן: פקודת הראיות).

3 סעיף 11 רישא לפקודת הראיות קובע:

אמרתו של נאשם מותר להוכיח בעדותו של אדם ששמע אותה; ואם נרשמה האמרה בכתב והנאשם חתם עליה או קיים אותה באופן אחר, מותר להוכיחה בעדות על כך ממי שהיה נוכח באותו מעמד... והשווה לסעיף 12 שלאחריו הן בקבילותה של עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה.

4 ע"פ 242/63 קריית י"ז ה'העמ"ש, פ"ד יח(3) 447, 489-490; ע"פ 305/74 ה'הרוביץ' נ' מדינת ישראל, פ"ד כס(1) 420, 416; ע"פ 216/74 בהן נ' מדינת ישראל, פ"ד כס(1) 343, 340; ע"פ 15/78 ביבס נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 64, 68, 75-77.

ההוכחתיות של האמרה כראיה, דהיינו: האם היא קבילה לצורך הוכחת עובדת אמידתה בלבד, או שמא גם כראיה להוכחת העובדות המתוארות בה? כאן יש להציג את המכשול הנוסף הניצב על דרך קבילותה של האמרה, דהיינו: היותה בלתי-רלבנטית. בהיותה אמרת בעל-דין (הנאשם) שנעשתה מחוץ לכותלי בית-המשפט ואשר תומכת בגרסה שלה הוא טוען במשפט, ערכה הראייתית של האמרה הינו אפסי ואין בכוחה לסייע בבירור השאלה שבמחלוקת. זאת משום החשש כי הנאשם יכין וימציא מראש ראיות ותומכות או המקדמות את עניינו, כדי להגישן במשפט⁵. לפיכך, כאשר אין לאמרה כל תרומה הוכחתית, מעבר להצבעה על כך שבהודמנות אחרת השמיע הנאשם גרסה התומכת בטענת הגנתו במשפט, אין היא רלבנטית ועל-כן – בלתי קבילה. כך, למשל, דברים שהשמיע הנאשם באוזניו של קרוב או ידיד, לאחר שכבר החל בחקירתו, או לאחר שהוגש כתב-אישום, לא רק שאינם קבילים כעדות-שמיעה, אף אין הם רלבנטיים כהוכחה לעובדת אמירתם בהיותם אמרה המשרתת את אינטרס הנאשם במשפט⁶. יחד עם זאת, ניתן להניח מצב דברים שלפיו תהא עובדת השמעתם של הדברים במקרה המתואר רלבנטית במשפט⁷. כך, למשל, כאשר הותקף הנאשם במהלך עדותו במשפט על-ידי באיכות התביעה, כי הדברים שהוא מוסר בבית-המשפט הינם "המצאה של הזמן האחרון". העובדה כי מסר גרסה דומה בהודמנות קודמת יש בכוחה, מבחינה ראייתית, כדי להדוף את הטענה האמורה. ממילא דופכת אז האמרה לראיה רלבנטית במשפט, לצורך הוכחת אותה עובדה.

הדיון ברשימה זו לא יעסוק בסוג זה של אמרות, אשר ההנחה בדבר חוסר-הרלבנטיות שלהן מונעת את קבילותן, אפילו כהוכחה לעובדת עשייתן בלבד. במסגרת רשימה זו נבקש לבחון דווקא את אותם מקרים חריגים, אשר בהם אמרה שמסר הנאשם מחוץ לכותלי בית-המשפט, ואשר תומכת בגרסתו במשפט, תהא הוכחה רלבנטית. השאלה שנבקש לברר בכל אחד מן המקרים הללו היא מה נפקותה ההוכחתית של אמרה כזו כראיה, כלומר: האם היא קבילה להוכחת עובדת עשייתה בלבד או שמא גם להוכחת העובדות המתוארות בה?

בע"פ 205/75 קרנץ נ' מדינת ישראל⁸, השופט ח' כהן אומר:

- 5 נראה כי מקורו של טעם זה שואב מאותו רעיון שעמד בזמנו מאחורי פסליתו כעד של בעל-דין במשפט. C.T. McCormick, *Handbook of the Law of Evidence* (Minn., 2nd ed., by E.W. Cleary, 1972) Secs. 65, 290; J.H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (Boston, Chadbourne rev., 1979) Vol. 2, Secs. 488, 575-580; Comment, "Admissibility of Self-Serving Declaration" 14 *Ark. L. Rev.* (1959) 105; Comment, "Evidence, Hearsay, Exclusion of Self-Serving Declarations" 61 *Mich. L. Rev.* (1963) 1306.
- 6 *R.v. Newsome* (1980) גם ל-*R. v. Roberts* (1942) 28 Cr. App. R. 102, 105-106; 71 Cr. App. R. 325, 330.
- 7 דאח D.W. Elliott, J.N. Wakefield, "Exculpatory Statements by Accused Persons" *Crom. L. Rev.* (1979) 428, 430-431.
- 8 פ"ד ל(2) 471.

הכלל שאמרתו של נאשם בפלילים שאמרה מחוץ לבית המשפט כשרה כראיה אם הוכחה כדבעי (סעיף 11 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971), אין בו כשלעצמו כדי להפוך אמרה זו לעדות: עדיין בגדר אמרה היא, שלא אומתה בשבועה (או בהצהרה) ולא נבחנה בחקירה שכנגד. במידה שיש באמרת הנאשם שמחוץ לבית המשפט משום הודאה, חלה הוראת סעיף 12 המסייג קבילותה לפי נסיבות נתינתה; אבל גם במידה שאין באמרה כזו משום הודאה, ובין אם הוראת סעיף 12 חלה עליה ובין אם לא, אין האמרה יכולה לשמש ראיה כי אם נגד הנאשם בלבד. רצה נאשם שאמרתו שאמר מחוץ לבית המשפט תשמש ראיה לטובתו, עליו להעיד בבית המשפט ולאשרה בשבועה ולחשוף עצמו לחקירה נגדית עליה.

האמנם אין אמרת נאשם קבילה במשפט אלא כראיה נגדו? כלום לעולם לא יוכל לסמוך עליה כהוכחה לטובתו, אלא אם כן ימסור עדות במשפט ויחשוף את עצמו לחקירה שכנגד בקשר לאמור בה? בשאלות אלה נבקש לעסוק במסגרת רשימה זו. כדי לפשט את הדיון, בחרנו להפריד בין אמרות נאשם שנעשו במהלך התרחשותו של מעשה העבירה, סמוך לפניו או מיד לאחריו, לבין אמרות שהשמיע הנאשם באוזני חוקרי, אם כתגובה מיידית להיתפשו או למעצרו ואם בשלב מאוחר כלשהו של החקירה. אך תחילה יש לבחון את משמעותו של המושג "אמרת נאשם" כהוכחה לטובתו בהקשר הדיון ברשימה זו. בחרנו לכנות אמרה זו כאמרה מזכה ובכך להבחינה מאמרה מפלילה שמסר הנאשם ואשר יש להניח, כי התביעה היא שתבקש להסתמך עליה כהודאתו.

ב. אמרת נאשם כראיה לטובתו או אמרה מזכה

אין הכוונה דווקא לאמרה השוללת בתוכנה מן הנאשם כל אשמה או מצביעה בדרך כלשהי על חפותו. הכוונה היא לכל אמרה שמסר הנאשם מחוץ לכותלי בית-המשפט ואשר במשפטו הוא מבקש להסתמך עליה או להשתמש בה כדי לבסס את גרסת הגנתו⁹. זו יכולה להיות, למשל, אמרה המתארת את העובדות, נשוא ההתרחשות, כפי שהנאשם קלט אותן, או אמרה המעלה עובדות נוספות אשר בכוחן להיות הגנה או צידוק למעשה, חו יכולה להיות אמרה שנעשתה על-ידי הנאשם במסגרת הודאתו בביצוע המעשה המיוחס לו, אך יחד עם זאת היא מסבירה או מסייגת את הגרסה המפלילה בהטילה אור שונה על המסכת העובדתית. מבחן האמרה המזכה אף איננו מותנה בשאלה מי מבין הצדדים להליך, התביעה או ההגנה, הוא שהגיש לבית-המשפט את האמרה, במסגרת פרשת דוכחותיו. הטעם הוא פשוט. אף שאין התביעה חייבת להגיש את כל אמרות הנאשם, בדרך-כלל, תעשה זאת מטעמי הגינות כלפיו, והיינו: כדי להציג בבית-המשפט כמסכת אחת את כל מה שהשמיע הנאשם בקשר לעובדות המחלוקת. אך מכאן אין לומר, כי עם הגשתה, כל אמרה שמסר הנאשם והפכת לראיה מטעם התביעה. המבחן הוא מבחן ההסתמכות, לאמור: רק אמרה שהתביעה תבקש לסמוך עליה הוכחה נגד הנאשם משמשת ראיה מטעמו. מכאן אף נובע, כי אמרה שהנאשם מבקש להשתמש בה כהוכחה

9 שם, בעמ' 474. וראה גם ע"פ 515/75 כ"ץ נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 673, 698.

10 ראה Elliot and Wakefield, *supra* note 7 at 428-429.

מטעמו, ואפילו כבר הוגשה במסגרת הוכחות התביעה, היא אמרה לטובתו, או – כפי שבחרנו לכנותה – אמרה מזכה. יחד עם זאת, ניתן לתאר מצב דברים שלפיו שני הצדדים להליך, התביעה והנאשם יבקשו להסתמך על אותה הצהרה – כל אחד מהם מטעמיו שלו וכל אחד מהם לצרכיו שלו. הכוונה היא למקרה שבו אותה הצהרה עשויה, לאור תוכנה המסוים, לשרת מבחינה הוכחתית את שני הצדדים. כך, למשל, כאשר התביעה מבקשת להסתמך על דברי הנאשם כדי להצביע על גרסאות שונות וסותרות שמסר בהודמנויות שונות, ואילו ההגנה מבקשת להסתמך על אותם דברים דווקא כדי להוכיח, כי אלה נמסרו על-ידי הנאשם בהודמנויות הראשונה שהיתה לו, כתגובה מיידית לאשמה שהוטחה כלפיו ובטרם הופעלו כלפיו אמצעי חקירה, אשר לטענתה היו פסולים בטיבם. השאלה היא האם די בעובדה שהתביעה מסתמכת על האמרה כראיה נגד הנאשם, כדי שאף זה יוכל לסמוך עליה את הוכחת טענתו במשפט, בבחינת מן הרגע שנתקבלה האמרה כראיה היא קבילה לכל דבר ועניין; או שמא נדרש מן האמרה לעמוד במבחן קבילות נוסף, מיוחד, כאשר הנאשם הוא המבקש לעשות בה שימוש הוכחתי? נראה לי, כי מבחינה עקרונית, משבחרה התביעה להשתמש באמרה כהוכחה מטעמה במשפט, זו הופכת לראיה קבילה לכל דבר ועניין, במובן זה שכל אחד מן הצדדים להליך רשאי לבסס עליה את טענתו במשפט. יחד עם זאת, יש להוסיף שתי הערות המסייגות את הדברים: ראשית, ייתכן שבמסגרת הוכחות התביעה האמרה משמשת רק כהוכחה לעובדת השמעתם של הדברים בהודמנויות כלשהי על-ידי הנאשם, להכדיל מהוכחה לאמיתות העובדות הכלולות בה; ואילו ההגנה תבקש להסתמך עליה כעדות סובסטנטיבית, דהיינו: לאמיתות תוכנה. כך, למשל, בדוגמא דלעיל, כאשר מסתמכת התביעה על האמרה כדי להצביע על גרסאות סותרות שמסר הנאשם בהודמנויות שונות, בעוד שההגנה מבקשת לסמוך על האמרה כהוכחה לעובדות הכלולות בה. הוא-הדין כאשר התביעה מסתמכת על הצהרת הנאשם שבה השמיע טענת אליבי, דווקא כדי להפריך טענה זו בראיה פוזיטיבית, בעוד שההגנה מבקשת להסתמך על ההצהרה להוכחת העובדות המפורשות בה, דהיינו: כי הנאשם כלל לא היה במקום האירוע. נראה, כי במקרה כזה לא תהווה האמרה עדות סובסטנטיבית במשפט לטובת הנאשם, כל עוד לא הוכח קיומו של חריג לכלל הפוסל עדות שמיעה והמאפשר קבילותה של אמרה שמסר הנאשם מחוץ לכותלי בית-המשפט כעדות לטובתו. נטל השכנוע בדבר התקיימותו של חריג כזה בנסיבות המקרה הוא על הנאשם.

שנית, אפילו תוא אמרת הנאשם, שנתקבלה במסגרת פרשת ההוכחות של התביעה, הוכחה לאמיתות האמור בה, ועליכן עקרונית היא יכולה אף לשמש הוכחה לטובת הנאשם – עדיין יש מקום לבחון את משקלה הפרובטיבי של האמרה, על חלקיה השונים. עם קבילותה כראיה במשפט דינה כדרך כל עדות אחרת שהושמעה לפני בית-המשפט, ועליכן השאלה בדבר ערכה הפרובטיבי, כעדות מהימנה אשר על-פיה בית-המשפט יכול לקבוע ממצא עובדתי שבמחלוקת, נתונה לשיקול-דעתו של בית-המשפט, לאור נסיבות עריכתה, הגיונם הפנימי של הדברים שהיא משמיעה והשוואתה לראיות שהובאו במשפט. לעניין זה לעדותו של הנאשם במשפט תהא חשיבות מרכזית. התייחסותו של בית המשפט תהיה שונה מבחינת הערכת משקלה הפנימי של האמרה, במקרה שבו חזר הנאשם בעדותו על הגרסה הכלולה בה מאשר מן המקרה שבו התכחש לה.

ג. אמרה שנעשתה על-ידי הנאשם בשלב כלשהו של האירוע השנוי במחלוקת כראיה לטובתו

ההתייחסות לאמרת נאשם שנעשתה בשלב כלשהו של האירוע השנוי במחלוקת איננה צריכה להיות שונה, לעניין קבילותה כעדות לטובתו, מן ההתייחסות המקובלת לאמרת עד שנעשתה באותן נסיבות ואשר אותה אחד מבעלי-הדין מבקש להגיש כראיה סובסטנטיבית מטעמו. מחסום הרלבנטיות, אשר הוצג בפתח הדברים כאחד משני המכשולים לקבילותה של אמרת נאשם כראיה לטובתו, יוסר, למעשה, כאשר מבחינת מועד עשייתה ניתן לשייך את האמרה לנסיבות ההתרחשות, נשוא המחלוקת במשפט. כאמרת רסיגסטא – ניתן לטעון – ניתוספה לה חיוניות הוכחתית מיוחדת, וחשש המהימנות הדבק בה – כאמרת נאשם – ממילא משתלב במבחנים המיוחדים-טיפוסיים לקבילותן של אמרות מסוג זה¹¹. במלים אחרות: אם הוכחה מהימנות האמרה בנסיבות עריכתה מכוח אחד מן החריגים לכלל הפוסל עדות-שמיעה, אין עוד טעם מיוחד המצדיק את פסילתה כהוכחה רק משום שמוסרה הוא הנאשם ויש בתוכנה כדי לתמוך בגרסת הגנתו. לפיכך נראה לנו, כי אף הדיון בסוג זה של אמרות נאשם איננו צריך להתרחב מעבר לסיטואציות אחדות שבהן תעלה אפשרות סיווגה של האמרה במסגרת נסיבות ההתרחשות או האירוע השנויים במחלוקת, והיינו: כחלק מן הרסיגסטא. הנחתנו היא, כמובן, כי האמרה הינה אמרה מוכה, במובן שהוסבר לעיל. כאשר זו אמרה מפלילה בתוכנה, תוכל התביעה להגישה כהודאת נאשם ועל-כן ממילא לא מתעורר הצורך ל"שכצה" במסגרת אחת מן הסיטואציות הנדונות כאן.

(1) אמרה ספונטנית¹². נתאר לעצמנו כי במסגרת משפטו של הנאשם בגין גרימת מותו של אדם עקב נהיגת רכב ברשלנות, מבקש הנאשם להביא כראיה אמרה שהשמיע (הנאשם) באוזניו של נוסע שישב לידו ברכב שניות מספר לפני התרחשות התאונה ואשר בה הצהיר, כי הרכב האחר, שהיה מעורב אף הוא בתאונה, נכנס לצומת באור אדום, כיוון נסיעתו, ובמהירות עצומה. בדוגמא המובאת ניתן לומר כי האמרה נעשתה ממש עם התרחשות המאורע. אך עקרונית ניתן לכלול במסגרת החריג של "אמרות ספונטניות" גם אמרה שנעשתה סמוך לפני ההתרחשות או סמוך מיד לאחריה, כשהדגש הוא על היות האמרה חלק מן האירוע, לא דווקא מבחינת היותה בריזמנית להתרחשותו

11 R. v. Roberts, *supra* note 6, at 106; McCormick, *supra* note 5, at Sec. 290; ראה Comment, *supra* note 5, at 1308-1314; Comment, *supra* note 5, at 106-108.

12 ראה באופן כללי בקשר לחריג זה J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (Boston, Chadbourne rev., 1976) Vol. 6, at Secs. 1745-1757; McCormick, *ibid.*, at Sec. 297; Cross, *On Evidence* (London, 6th ed. by R. Cross and C. Tapper, 1985) 584-590; Ratten v. R. [1972] A.C. 378, 390; R. v. Nye; R. v. Loan (1978) 66 Cr. App. R. 252. כן ראה Federal Rules of Evidence, 1975 המבחינים בין Present Sense Impression (כלל 803(1) Excited Utterances (כלל 803(2)). וראה בעניין זה J.B. Weinstein, *On Evidence* (New York, by J.B. Weinstein and M.A. Berger, 1982) Vol. 4, Secs. 803(1) (01) – 803(2) (01). בפסיקה הישראלית נדון החריג האמור בע"פ 171/81 פייטוסי נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 9, 15, 18, ת.א. ים 223/64 אפריאט נ' אבוטובול, פ"מ נח 3. כן ראה א' הרנון, דיני ראיות (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי על שם הרי סאקר, תשל"ז) חלק ב' 195-200.

כמו מבחינת היותה מושפעת מטיבו המסוים של אותו אירוע, דהיינו: היותו מזעזע או מרגש עד כי נותן האמרה, בין שהיה מעורב בהתרחשות ובין שהיה רק צד לה, לא שלט על תגובותיו ופלט באופן ספונטני את האמרה האמורה.¹³ במלים אחרות: חשש המהימנות העומד מאחורי אמרה שנעשתה מחוץ לכותלי בית-המשפט נחלש ומתמעט במידה רבה כאשר נסיבותיה של עריכת האמרה מעידות, באופן אובייקטיבי, כי לנותן האמרה לא היתה האפשרות או ההזדמנות להמציא או לברות את הדברים, נשוא האמרה.¹⁴ על-כן אין כל מניעה, כי אמרת נאשם שעמדה בתנאיה של "אמרה ספונטנית" תהא קבילה במסגרת החריג של אמרות מסוג זה לכלל הפוסל עדות שמיעה גם אם בתוכנה היא מתייחסת לעובדה התומכת בגרסת ההגנה.¹⁵ יחד עם זאת, חשוב להדגיש בהקשר זה כי החריג לכלל הפסילה חל רק ביחס לאמרה אשר בתוכנה מתייחסת לנסיבות האירוע או ההתרחשות, להבדיל מפרטים או מעובדות שמתוך לאותו אירוע או התרחשות.¹⁶ כך, למשל, אמרת נאשם שנעשתה סמוך לאחר ביצוע המעשה, אודות המניע לביצוע המעשה או אודות אירוע אחר כלשהו הקשור בביצוע המעשה הנוכחי, אינה יכולה להיכנס למסגרת החריג המתואר.

(2) אמרה הנלווית למעשה ומסבירה אותו.¹⁷ נניח כי הנאשם, במהלך החזקתו של רכוש גנוב, הצהיר הצהרה כלשהי המסבירה את טיב החזקתו ברכוש, כגון כי הוא הינו הבעלים של הרכוש לאחר שרכשו בתמורה מאחר, או כי הרכוש הופקד בידי למשמורת על-ידי בעליו. הצהרה זו, ככל שהיא נלווית לפעולת החזקה ומסבירה אותה, כמובן זה שהיא נותנת לה משמעות משפטית אחת ברורה מבחינתו של מבצע הפעולה, בענייננו הנאשם, דהיינו: כמי שמחזיק ברכוש, בסוברו בתום-לב שהחזקתו הינה כדין – הינה קבילה כהוכחה. אך גם אז אין האמרה מהווה הוכחה לאמור בה, כלומר, כי אמנם הנאשם הוא בעליו של הרכוש, או כי קבלו למשמורת מבעליו החוקי. כוחה העדותי של האמרה במקרה המתואר הוא רק בהסבר שהיא מספקת לפעולה הפיסית של החזקה, דהיינו: כהוכחה לכך שהנאשם החזיק ברכוש הגנוב בסוברו בתום לב כי הוא בעליו או כי הופקד בידי למשמורת כדין.¹⁸ להוכחה זו תהא חשיבות, למשל, בקשר לכלל ברבר "החזקה תכופה", לאמור: החזקה העובדתית השואבת מנסיון החיים והשכל הישר, ואשר

13 לתנאי חריג זה ראה, Cross, *ibid.*, at Sec. 297; McCormick, *ibid.*, at Sec. 1750; Wigmore, *ibid.*, at Sec. 1749. *ibid.*, at 587-589. Weinstein.

14 *supra*, note 12, at p. 803 (79) 803 (80).

15 Wigmore, *ibid.*, at Sec. 1734; Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (Boston, 1972) Vol. 4, Sec. 1144. Chadbourne rev.,

16 Wigmore, *ibid.*, at Sec. 1750; McCormick, *supra* note 5, at Sec. 297; Cross, *supra* note 12, at 587, 789.

17 לחריג זה באופן כללי ראה, Cross, *ibid.*, at 582-584; Wigmore, *ibid.*, at Secs. 1772-1776. המלומר ויגמור מבנה סוג זה של אמרות כ"Verbal Part of an Act" משום שאין האמרה מוגשת כעדות להוכחת העובדות המתוארות בה, אלא רק כחלק בלתי-נפרד מן הפעולה הפיסית שאלה היא נלווית ואשר אותה היא מסבירה. וראה גם McCormick, *supra* note 5, at Sec. 249. במשפט הישראלי החל חריג זה בע"א 6/51 קירשבאום נ' קרויניק, פ"ד ח 564, 562. כן ראה הרנון (לעיל, הערה 12), 193-194.

18 Wigmore, *ibid.*, at Secs. 1772, 1781.

לפיה אם נמצאו ברשותו או תחת פיקוחו של אדם מטלטלין שנגנבו או נשרדו זמן קצר קודם-לכן, אזי יש להניח כי הוא עצמו היה מעורב בביצוע מעשה הגניבה או השוד¹⁹. החוקה האמורה ניתנת אמנם לסתירה על-ידי הנאשם, אם יספק לבית-המשפט בראיות מסעמו הסבר סביר בדבר טיב או מקור החזקתו. כך השאלה בדבר טיבה של פעולה החזקה הופכת לשאלה מטריאלית במשפט, ועל-כן אף אמרה שמסר הנאשם במהלך ביצוע הפעולה כשהיא מתייחסת לפעולה ומסבירה את טיבה, תהא קבילה כהוכחה במשפט בדבר תוסלבו של הנאשם, והיינו: בדבר אי-ידיעתו כי הרכוש שברשותו הושג במעשה עבירה²⁰.

(3) אמרה אודות מצב נפשי או סיסי של הנאשם שנעשתה בשלב כלשהו של ביצוע המעשה²¹. נניח כי זמקמה לפני ביצוע מעשה העבירה הביע הנאשם את שגאתו כלפי הקורבן, או הצהיר על כוונתו או תוכניתו לכצע את המעשה. אמרה זו תהא ללא ספק קבילה כהוכחה אודות מצבו הנפשי של הנאשם בזמן נתון, קרי: סמוך לפני ביצוע המעשה המיוחס לו. ניתן אף לקבלה כהודאת נאשם. אך נניח כי הנאשם הביע את חיבתו כלפי הקורבן או השמיע חששות מפניו. האם גם אמרה זו, המעידה על מצבו הנפשי של הנאשם בזמן רלבנטי לאירוע שבמחלוקת, תהא קבילה כהוכחה לטובתו של הנאשם במשפט? ניתן לטעון, כי אין להתיר קבילותה של האמרה מן החשש כי הנאשם, כמי שהוא אשם בביצוע המעשה, יבדה מראש, כחלק מתכנון מעשה העבירה, אמרות אשר תשמשנה אותו במשפט כראיות לטובתו. טענה זו מניחה מראש קיומו של מניע למסירת הצהרה כותבת – הנחה השוללת מטיבה את הטעם ליצירתו של חריג מיוחד זה לכלל עדות השמיעה, והיינו: כי ההצהרה נעשתה באופן טבעי ושלא בנסיבות המעוררות חשד בדבר בידוי ראיה²². מן הצד האחר, ניתן להשיב כי טיעון מסוג זה למעשה מניח מראש

19 J.H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (Boston, 1978) Vol. 8, at Sec. 2153; T.C. McCormick, *On Evidence* (Minn., Chadbourn rev., 1978) Vol. 8, at Sec. 2153; T.C. McCormick, *On Evidence* (Minn., 3rd ed. by E.W. Cleary, 1984) Sec. 131; Cross, *supra* note 12, at 29–30. הראיות הישראליות ראה, למשל, ע"פ 50/59 טרלמן נ' היועמ"ש, פ"ד יג 802, 810; ע"פ 522/71 בהג"א נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2) 158, 163; ע"פ 71/76 מרילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 813, 824; ע"פ 621/76 באשי נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(3) 60, 73–74; ע"פ 15/78 ביכס נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 64, 79–83; ע"פ 391/70 בן חרוש נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(1) 283, 286–287. חזקה זו אף פועלת בקשר לעבירה של החזקת סם מסוכן לצורך הוכחתה של המחשבה הפלילית אצל הנאשם כאשר זה נתפס וברשותו או בשליטתו סם מסוכן. ראה, למשל, ע"פ 246/68 וזרי נ' היועמ"ש, פ"ד כב(2) 478, 477; ע"פ 513, 444/75 לוי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 614, 616–618; ע"פ 336/80, 822/79 האלד ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לר(4) 718, 719.

20 Wigmore, *supra* note 12, at Sec. 1781; Cross, *ibid.*, at 268; R.N. Gooderson, "Previous Consistent Statements" *C.L.J.* (1968) 46, 70–74.

21 לקבילותה של אמרה אודות מצבו הנפשי או הפיסי של נותן האמרה בעת עשייתה כחריג לכלל הפוסל עדות-שמיעה ראה, McCormick, *supra* note 12, at Secs. 1714, 1718, 1725, 1729–1732; Cross, *ibid.*, at 590–597. Federal Rules of Evidence, 1975; Weinstein, *supra* note 12, at Secs. 8803(3)(01)–8803(3)(02). וראה גם הרנון (לעיל, הערה 12), 201–203.

22 Wigmore, *ibid.*, at Secs. 1714, 1732; McCormick, *supra* note 5, at Secs. 290, 294; Comment, *supra* note 5, at 1311–1312.

את אשמתו של הנאשם בביצוע המעשה ועל-כן מהווה פגיעה בחזקת החפות העומדת לו במשפט כל עוד לא הוכחה אשמתו מעבר לכל ספק סביר. אשר על-כן, כל עוד לא נתגלה מנסיבות המקרה המיוחדות קיומו של מניע ברור אצל נותן האמרה, בין שהוא הקורבן, הנאשם, או עד להתרחשות, למסור הצהרה כוזבת, יש לקבל את האמרה כהוכחה לתוכנה, בהיותה הראיה הטובה ביותר להוכחת מצבו הנפשי של נותן האמרה בעת עריכתה.²³ הראייה ביחס לאמרת נאשם אודות הרגשותו הפיסיים בעת עריכתה. כל כוחה העדותי של האמרה הוא בהצגת מצבו הנפשי או הפיסי של נותן האמרה בעת עריכתה כנסיבה רלבנטית להתרחשות, זאת ותו לא, וכבזו אין סיבה שלא לקבלה גם כתמיכה הוכחתית בגרסת הגנתו של הנאשם.

ההמחשות שהובאו מבוססות כולן על כללי המשפט האנגלואמריקני בדבר קבילותה של אמרה שניתן לשייכה לנסיבות התרחשותו של המעשה השנוי במחלוקת, או כפי שנהוג לכנותה אמרת רסיגסטא.²⁴ כל אחת מן הסיטואציות ממחישה תנאי קבילות שונים ושימוש הוכחתי שונה שיעשה באמרה. קבילותה של האמרה בכל אחת מן הסיטואציות היא כראיה בזכות עצמה, לאמור: אין היא תלויה כלל בשאלה אם העיד הנאשם וחזר בעדותו על הדברים הכלולים בהצהרה או שבחר לשמור על שתיקה. יחד עם זאת, תהא לכך, כמובן, השפעה על משקלה של הראיה, לאמור: באיזו מידה ניתן לייחס לה את מלוא הערך הפרובטיבי, כאשר הנאשם עצמו נמנע מלחזור עליה בעדותו ולהיחשף לחקירה נגדית בקשר לתוכנה.

אך הדיון בקבילותה במשפט הישראלי של אמרת נאשם שנעשתה בשלב כלשהו של האירוע השנוי במחלוקת לא יהיה שלם בלא התייחסות להוראה המפורשת שבסעיף 9 לפקודת הראיות. סעיף זה אשר כותרתו היא "אמרת עד בעת ביצוע העבירה" קובע כדלקמן:

9. עדות על אמרה שנאמרה בשעה שנעשה, לפי הטענה, מעשה עבירה, או בסמוך לפניו או לאחריו, והאמרה נוגעת במישרין לעובדה השייכת לענין, תהא קבילה אם אמר אותה אדם שהוא עצמו עד במשפט.

אמנם אפשר כי בכל אחת מן ההמחשות שהובאו תהא אמרת הנאשם קבילה גם מכוח ההוראה שבסעיף 9 הנ"ל.²⁵ אך השאלה היא אם הוראה זו שנקבעה עוד על-ידי המחוקק

23. Wigmore, *ibid.*; McCormick, *ibid.*, at Sec. 290; Comment, *ibid.*, at 1312

24. אף כי לרעת המלומד ויגמור, אמרות ספונטניות ואמרות אודות מצב נפשי או פיסי הינן חריג נפרד לכלל הפסילה. 1745-1746, 1715-1714, *ibid.*, at Secs. לעומתן, אמרה גלוית ומסבירה פעולה פיסיית איננה קבילה כלל בעדות להוכחת תוכנה ולכן אין מקום כלל לכלול אותה במסגרת הכלל האמור. *ibid.*, at Secs. 1766, 1772

25. ספק אם המחוקק המנדטורי, אשר קבע את ההוראה במקורה (סעיף 7 לפקודת העדות) אמנם כיוון גם לאפשרות החלתה על אמרת נאשם, כאשר זה בחר להעיד להגנתו. אולם עקרונית אין כל מניעה להשתמש ולהפעיל את סעיף 9 לאור לשונו גם במקרה כזה. זאת, כמובן, בתנאי שהאמרה בכל אחת מן ההמחשות ודלעיל נעשתה בשעה שנעשה מעשה העבירה או סמוך לפניו או לאחריו והיא נוגעת במישרין לעובדה השייכת לעניין. לגבי שני המקרים הראשונים אין קושי. הספק הוא לגבי המקרה השלישי – אמרה אודות מצב נפשי או פיסי של נותן האמרה – שכן סעיף 9 מתנה, כי האמרה נוגעת

המנדטורי בפקודת העדות מ-1927²⁶ היא גיבושו עלי חוק של כלל הרסיגסטא המקומי ואין לקבל אמרה שלא נתמלאו לגביה תנאיה המיוחדים של ההוראה, אפילו היא ממלאה בדייקנות ובקפידה את תנאיו של כלל הרסיגסטא, כפי שגובש במשפט המקובל האנגלי והתפתח במשפט האמריקני. שאלה זו, שהיא שאלה עקרונית כללית הנוגעת ליבואם של כללי ראיות מן המשפט המקובל על-אף קיומו של הסדר בדיון המקומי, נושאת חשיבות מיוחדת בהקשר הדיון שלנו, מאחר שתנאי לקבילות האמרה לפי סעיף 9 הוא היותו של נותן האמרה עד במשפט. כאשר הנאשם מעיד להגנתו, נראה כי לא יתא קושי של ממש להכשיר קבילותה כראיה לטובתו של אמרה שמסר הנאשם במהלך ביצוע מעשה העבירה באמצעות סעיף 9 האמור²⁷. אולם, האם נאמר כי כאשר בחר הנאשם לשמור על זכות השתיקה שלו, לא תהא האמרה קבילה אף מכוח כלל הרסיגסטא? שאלה ספציפית זו טרם עלתה לדיון בבתי-המשפט. אף לא ניתן ל"נחש" מה תהא עמדתו של בית-המשפט העליון בסוגיה זו. מצד אחד, הנטייה הכללית של בתי-המשפט עוד מתקופת המנדט וגם אחרי קום המדינה, היתה לייבא את הכלל הפוסל עדות שמיעה, על מערכת חריגיו, באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922-1927. זאת, על-אף קיומה של פקודת העדות המנדטורית. פקודה זו פורשה על-ידי בתי-המשפט כאוסף מקרי של הלכות בנושאים מסוימים מתוך כלל דיני הראיות, ועליכן איננה מונעת פנייה לכללי המשפט המקובל והשלמת החסר מתוכם. לפיכך אפשר לומר, כי הוראות הפקודה אינן מונעות קליטתן של הלכות מן המשפט המקובל בדיני הראיות המקומיים, אפילו ביחס לאמרות רסיגסטא, כאשר לגבי סוג זה של אמרות אין התייחסות מפורשת בפקודת הראיות²⁸. משבוטל סימן 46 לדבר המלך במועצתו בסעיף 2(א) לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980²⁹, נותקה אמנם שיטת המשפט הישראלי ממקורות המשפט המקובל, אך

- נמשיך לעובדה השייכת לעניין. האם נאמר כי הכוונה היא לכל עובדה רלבנטית למחלוקת, שאז אין קושי להחיל את ההוראה גם ביחס לאמרות מסוג זה, ובלבד שמצבו הנפשי או הפיסי של הנאשם הוא עובדה רלבנטית, או שמא נאמר רק עובדה הנוגעת לאירוע – למעשה העבירה?
- 26 כשלצדה יש להוסיף את סעיף 10(1) (2) לפקודה. סעיף זה איננו נוגע לענייננו, כאשר הוא דן באמרת קורבן למעשה אלימות שאיננו מעיד במשפט.
- 27 אין צורך שהאמרה תוגש דווקא באמצעות נותנה בעת שהוא מעיד. ייתכן שנמסרה בעל-פה, ועליכן תוגש באמצעות מי שבאוזניו נעשתה. יחד עם זאת, הרגש על העדות של נותן האמרה בא להבטיח חקירה-שכנגד שלו אודות האמרה.
- ניתן להניח, ואפילו כאפשרות נדירה ויצאת דופן, שהנאשם יסתיר בעדותו את תוכן האמרה. אף או – לרעתי – אין קושי לקבל את האמרה כעדות לתוכנה. אמנם, סעיף 9 מתנה את קבילות האמרה במתן עדות על-ידי מוסרה, אך אין הוא "מתעקש" כי העדות תעלה דווקא בקנה אחד עם הגרסה הכלולה באמרה. יחד עם זאת, יהיה מקום לבדוק את השפעתה של הסתירה על משקלה וערכה ההוכחתי הפנימי של האמרה, לאמור: האם יש להעדיף בנקודה זו את העדות שנחשפה לחקירה נגדית או את האמרה שנעשתה בעת האירוע או סמוך לאחריו, כשפרטיו עוד היו טריים בזכרונם של העד.
- 28 ראה ע"א 6/51 קירשבאום נ' קרייניק (לעיל, הערה 17) ת"א י"ס 223/64 אפריאם נ' אברמובל (לעיל, הערה 12); אך השווה לע"פ 155/68 בולקין נ' מדינת ישראל, פ"ד כ(4) 393, 404. וראה בעניין זה הרנון (לעיל, הערה 12), 206.
- 29 ס"ח 978, תש"מ, עמ' 163.

החוק לא פגע באותן הלכות שכבר נשתרשו במשפט הישראלי כחלק מן הדין הפוזיטיבי המחייב.³⁰

מן הצד האחר, מתגלה אי־בהירות מסוימת בגישתם של בתי־המשפט ביחס לאמרות רס־גסטא, אשר לגביהן ישנה התייחסות מפורשת בפקודת הראיות. כך, למשל, בע"פ 171/81 סימוסי נ' מדינת ישראל³¹ התעוררה שאלת קבילותה של אמרת המתלונן שנעשתה בתשובה לשאלת שוטר לאחר התרחשות המעשה. מ"מ הנשיא, י' כהן, בחן תחילה את השאלה לפי סעיף 9 לפקודת הראיות ומשמצא כי האמרה איננה נופלת לגרר אותה הוראה, פנה למבחן הרס־גסטא, כפי שגובש במשפט האנגלואמריקני, כלומר: בחן האם האמרה היא אמרה ספונטנית במובן אותו חריג לכלל הפוסל עדות־שמיעה.³² השופטת בן־פורת לא התייחסה כלל לסעיף 9 הנ"ל אלא בתנה את שאלת הקבילות רק במבחניו של כלל הרס־גסטא.³³

לעומת זאת, בע"פ 436/80 עמוסי נ' מדינת ישראל³⁴ בחן השופט שמגר את שאלת קבילותה של אמרת קורבן למעשה אלימות, אשר נעשתה לאחר התרחשות המעשה, רק דרך משקפיו של סעיף 10(1) לפקודה, אשר אף היא מתייחסת לאמרות רס־גסטא, אך מהיבט מיוחד. משמצא השופט שמגר כי האמרה איננה נכללת בין תנאי ההוראה, פסלה כעדות במשפט.³⁵

לאור זאת נראה, כי אף בענייננו תהא תלויה השאלה בדבר קבילותה של אמרת נאשם שנעשתה בשעת המעשה, נשוא המחלוקת, או בסמוך לפניו, או לאחריו, במידת המוכנות של בתי־המשפט לאמץ בדיני הראיות הישראליים את כללי הרס־גסטא שבמשפט האנגלואמריקני, גם כאשר לא נתקיימו הדרישות המיוחדות לקבילות האמרה על־פי סעיף 9.

ד. אמרה שנמסרה על־ידי הנאשם לחוקריו כראיה לטובתו³⁶

בהקשר הדברים הנדון כאן, הכוונה היא לכל אמרה שמסר הנאשם בשלב כלשהו של חקירתו בקשר למעשה העבירה, נשוא כתב־האישום, ואשר עליה הוא מבקש לסמוך את גרסת הגנתו במשפט, בין שהדברים נאמרו על־ידיו בהודמנות הראשונה שהיתה לו להשמיעם, כגון במעמד תפישתו או מעצרו, ובין שהשמיעם בשלב מאוחר יותר של החקירה. לעניין זה יש להבחין בין אמרה מזכה השלובה בחלקיה המפלילים של הודאה שמסר הנאשם לחוקריו, באופן שזו, למעשה, מהווה אמרה מעורבת, לבין אמרה מזכה שהינה מבודדת ונפרדת – בין משום שהיתה זו האמרה היחידה, אשר כל־כולה מזכה

30 ראה סעיף 2(ב) של החוק האמור.

31 פ"ד לו(1) 9.

32 שם, בעמ' 15–16.

33 שם, בעמ' 18–19.

34 פ"ד לה(2) 566.

35 שם, בעמ' 570–571. כן ראה ע"פ 153/68 בולקין נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 28), שם.

36 לאמרה מזכה שמסר הנאשם בפני ידיד או קרוב בשלב כלשהו לאחר שהוחל בחקירתו, או לאחר שכבר הוחל בהליכים נגדו, ראה לעיל, סקסט להערות 5–6.

בתוכנה, שמסר הנאשם באותה הזדמנות, ובין משום שניתן להפרידה מן החלקים המפלילים של הדברים שמסר הנאשם באותו מעמד ואשר עליהם התביעה מבקשת לסמוך את הוכחתה כהודאת הנאשם.

1. אמרה מזכה הכלולה בתוך הודאה או אמרה מעורבת

הנחתנו היא כי במסגרת הודאה שמסר נאשם לחוקריו נכללים קטעי דברים אשר בכוחם לתמוך, אם ישמשו הוכחה במשפט, בגרסת ההגנה של הנאשם. כך נניח, למשל, כי הנאשם מודה בהריגתו של הקורבן, אך טוען כי הלאם בקורבן מכות, אשר גרמו למותו, לאחר שזה הקניטו בקריאות שקרא לעברו או בהתנהגותו. טענה זו, אם תתקבל כראיה בבית-המשפט, יש בכוחה העדותי לבסס טענת קנטור ובכך לשלול את אחד הרכיבים של היסוד הנפשי הנדרש להוכחתה של עבירת הרצח בכוונה תחילה. נניח לעצמנו, כי במקום אמרתו זו מביא הנאשם עדות – בין במסגרת פרשת ההגנה ובין באמצעות חקירתו של עדיהתביעה – המספרת כי הנאשם הכה בקורבן, לאחר שזה הקניטו. עדות זו תהא קבילה, בכפיפות לסדר חקירת עדים, כראיה טובסנטיבית במשפט, דהיינו: להוכחת העובדות הכלולות בה. או נניח, כי הנאשם עצמו במסגרת עדותו במשפט משמיע דברים דומים. אף כאן, בהנחה שדבריו יתקבלו כמהימנים על בית-המשפט, יש בכוחם העדותי לבסס טענה בדבר קנטור. האם צריך להיות הברל בין המקרים הללו לבין מקרה שבו השמעו הדברים במסגרת הודאה שמסר הנאשם מחוץ לכותלי בית-המשפט ואשר נתקבלה כראיה במסגרת פרשת הוכחותיה של התביעה? אילו ניתן לנתק אמרה זו מהקשר הדברים שבו נעשתה ולהעמידה במבודד, היה עלינו לומר כי אמרה שנעשתה מחוץ לכותלי בית-המשפט, ואפילו הנאשם הוא שנתנה, הינה פסולה כראיה להוכחת העובדות המתוארות בה, בהיותה עדות-שמיעה. רק אמרה הנוגדת בתוכנה את אינטרס הנאשם, משום שבכוחה העדותי לשמש הוכחה להרשעתו, תהא קבילה כחריג לכלל הפסילה, דהיינו: כהודאת נאשם. האם די בעובדה שהאמרה כלולה במסגרת הודאתו של הנאשם, כדי ליתן לה הכשר קבילות, אשר אלמלא כן לא היתה זוכה בזו? עלי-פני הדברים התשובה צריכה להיות שלילית. החריג המתיחס להודאת נאשם, אפילו על-דרך הפירוש הרחב שניתן לו, ואשר לפיו כל אמרה שמסר הנאשם מחוץ לכותלי בית-המשפט ואשר בתוכנה נוגדת את האינטרס שלו במשפט משום יכולתה לשמש חומר הוכחתי להרשעתו קבילה כהודאתו³⁷, איננו חל על דברים שאמר הנאשם לטובתו ואשר אין התביעה מבקשת לבסס עליהם כל ממצא להרשעתו. עובדת הימצאותה הפיסית של האמרה במסגרת הכללית של הודאת הנאשם היא כשלעצמה איננה צריכה להפוך אותה מראיה פסולה לראיה קבילה להוכחת העובדות המתוארות בה. לפי טיעון זה יהיה עלינו לומר, כי יש להפריד בין חלקי האמרה במקרה של אמרה מעורבת, באופן שרק החלק המפליל שבה ישמש הוכחה טובסנטיבית במשפט, כהודאת נאשם, אך לא החלק המזכה שבה. מן הצד האחר, עולה השאלה, אם הפרדה, כאמור, בין חלקי אמרה מעורבת לא תפגום בשלימות האמרה, באופן שבבית-המשפט יוצג רק חלק מן הרעיון הכללי שביקש הנאשם לבטא במסגרת הודאתו, כאשר חלק זה, כתוצאה מן ההפרדה, איננו משקף במדויק את הרעיון ואפילו נותן לו משמעות שונה מן המחשבה המקורית שהביע הנאשם. כאשר

37 ראה לעיל, טקסט והערה 4.

אמרה היא נושא להוכחה במשפט, היא באה למעשה להציג בפני בית-המשפט רעיון או מחשבה כלשהם של מוסר האמרה. המלים אך משמשות כלי-ביטוי לאותה מחשבה, ועליכן חשוב הוא כי תובאנה – אם לא כלשונן ממש, לפחות מבחינת תוכנו, הגיונו הפנימי וסדר הדברים – בשלימות ובמדויק, באופן שהתרשמותו של בית-המשפט מן המחשבה שביקש אומר הדברים לבטא באמצעותן תהא בלתי-אמצעית ומדויקת ככל האפשר. כאשר מורכבת האמרה מחלקים מספר הקשורים זה בזה, באופן שהם מבטאים יחדיו רעיון אחד של מוסר האמרה, לא ניתן להגיע למוכנן האמיתי של הרעיון, אלא באמצעות האמרה בשלימותה על כל חלקיה. הפרדתו של החלק האחד משאר חלקי האמרה עשויה להציג בפני בית-המשפט תמונה בלתי-נכונה ומעוותת של הרעיון המקורי³⁸. המרחק בינה ובין בידוי ראיה כבר קצר ביותר. לפיכך, אפילו קיימת מוכנות מסוימת, הנובעת מן התלות בזכרון האנושי, להשלים עם אי-דיוק מילולי בהבאתה של אמרה כהוכחה במשפט, ובלבד שנשתמרה מהותו של הרעיון הכללי העומד מאחורי האמרה – לגבי שלימות חלקי האמרה הגישה שונה מעיקרא. אפילו מבקש בעל-הדין להסתמך כהוכחה על חלק אחד בלבד מאמרה מורכבת, כדי לקבל את מוכנו האמיתי ומשמעותו של אותו חלק, כשיקוף נאמן ונכון של הרעיון שביקש מוסר הדברים לבטא, יש לבחון בהקשר הדברים שבו נעשה, דהיינו: תוך התייחסות לשאר חלקי האמרה הקשורים בו, בין משום שהם מסבירים אותו, בין משום שהם מסייגים אותו, ובכך הם מעניקים לו את המשמעות המסוימת שביקש מוסר הדברים לבטא³⁹. הדגש הוא, אם כך, לא דווקא על שלימות האימרה, כגיבוב של משפטים ומלים שנמסרו באותה הזדמנות, אלא על שלימות האמרה כביטוי לרעיון, למחשבה, שביקש מוסר הדברים להעביר לידיעתו של אחר. לפיכך, אף בענייננו יהיה עלינו לומר, כי שאלת ההפרדה בין חלקי אמרה שמסר הנאשם במסגרת אמרה מעורבת, באופן שרק החלק המפליל בתוכנו את הנאשם ישמש הוכחה סובסטיבית במשפט, תלויה בגסיבותיו של כל מקרה, או ליתר דיוק: במבנה ובהרכבה של כל אמרה מעורבת. כאשר אל החלק המפליל נלווה הסבר או סייג, המעניק לו משמעות ומוכנן מסוים ושונה מזה שהיה ניתן לו אילו דבא מפי הנאשם מלכתחילה בנפרד – יש להגיש בפני בית-המשפט את האמרה בשלימותה, כדי שיוכא בפניו בשלימות הרעיון המקורי שביקש הנאשם לבטא בדברים שמסר בפני חוקריו⁴⁰. השיקול של בירור האמת, לשם עשיית הצדק במשפט, גובר על השיקול הטכני של סיווג החלק האחר של האמרה כעדות-שמיעה. לעומת זאת, כאשר ניתן לקרוא כל אחד מחלקי האמרה במנותק, באופן שההפרדה ביניהם לא תפגום במשמעותו של הרעיון שביקש הנאשם לבטא בהודאתו – אין סיבה המצדיקה את קבילתו של אותו חלק של האמרה התומך בגרסת ההגנה, רק משום שהחלק המפליל שבה, המתווה הודאת נאשם,

38. Wigmore, *supra* note 19, at Sec. 2094; McCormick, *supra* note 19, at Sec. 56

39. Wigmore, *ibid.*; McCormick, *ibid.*

40. השווה לע"פ 205/75 קרנץ נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 8), 475: ע"פ 439/73 לבנה נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 785, 788: ע"פ 228/76 בופל נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 141, 143: ע"פ 168/82 מועזי, ואחד נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 255: ע"פ 240/84 חמיב נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(2) 29, 37.

הינו קביל כעדות סובסטנטיבית במשפט מכוח אחד החריגים לכלל הפוסל עדות-שמיעה. ניטול כהמחשה שתי דוגמאות: האחת – "הכיתי את הקורבן מפני שזה תקף אותי ולא היתה לי ברירה". השנייה – "שנאתי את הקורבן, אך באותו ערב הייתי במקום אחר". תיאורטית ניתן לנתק בכל אחת מן האמרות את החלק המפליל של האמרה מן החלק המזכה, באופן שרק הראשון ישמש הודאת נאשם. אולם, בדוגמא הראשונה יקבל החלק המפליל מובן שונה מזה שנתן לו הנאשם, והיינו: הודאה במעשה התקיפה, אך בלא התוספת, הנותנת לו, למעשה, משמעות שונה, בהסבירה ובתארה את הסיטואציה בשלימותה, כפי שהנאשם בחר להציגה (בין שתתברר בסופו של דבר כנכונה ובין שתתגלה ככזויה) במסגרת הצהרתו בפני תוקריו.

לעומת זאת, בדוגמא השנייה, לא תפגום ההפרדה בין חלקי האמרה במשמעותו של החלק המפליל כפי שהציגו הנאשם. הדברים: "אך אותו ערב הייתי במקום אחר" אינם מסבירים את החלק המפליל שבאמרה: "שנאתי את הקורבן" או משפיעים על מובנו. אמנם דברים אלה מהווים הסבר בפי הנאשם לאשמה המוטחת כלפיו, אך זו איננה סיבה המצדיקה את קבילותם. אין הם חלק בלתי-נפרד מן ההודאה, באופן שזו איננה יכולה להתקיים מבחינה ראייתית בלעדיהם. המשך הדיון בפרק-משנה זה יעסוק רק באמרה מזכה מן הסוג הראשון, לאמור: אמרה הדביקה ואחרתה בחלקה המפליל של ההודאה באופן שהיא מעניקה משמעות מסוימת לרעיון הכללי שביקש הנאשם לבטא בהודאתו. לאמרה מזכה מן הסוג השני שתיארנו נתייחס בהמשך הדברים במסגרת הדיון באמרה מזכה נפרדת.

בהקשר זה עולות שתי שאלות: האחת, טכנית באופייה, שכן היא נוגעת לסדר הגשת ההוכחות במשפט. השנייה, מהותית בטבעה, שכן היא מתייחסת לכוחה העדוטי של אמרה מזכה מבחינת יכולתה להוות הוכחה בזכות עצמה לגרסתו במשפט.

(א) השאלה הטכנית – דרך ההוכחה

השאלה הראשונה היא, כיצד יוגש החלק התומך בגרסתו של הנאשם כהוכחה. האם התביעה היא החייבת להגיש את האמרה בשלימותה כהודאת הנאשם, או שמא התביעה רשאית להגיש רק את אותו חלק מפליל המהווה הודאת נאשם; והרשות היא בידי הנאשם להגיש, בין באמצעות צד-התביעה ובין באמצעות צד-הגנה, את החלק הנותר התומך בגרסתו. שאלה זו הופכת לשאלה תיאורטית בלבד, כאשר מדובר באמרה מעורבת שהועלתה על הכתב. המסמך כולו יוגש ממילא עלי-יד התביעה, כשכל אחד מבעלי-הדיון יבקש לסמוך את הוכחתו על אותו חלק התומך בגרסתו. ניתן לסבור, כי יש חשיבות מעשית לשאלה זו כאשר נעשתה אמרת הנאשם בעל-פה, והצד אשר באוחזי השמעה מובא כצד מטעם התביעה, כדי לחזור על חלקה המפליל בלבד. האם חייבת התביעה להשמיע באמצעותו את כל האמרה, גם על חלקה התומך בגרסת ההגנה? אולם נראה, כי גם במקרה זה השאלה מאבדת מחשיבותה המעשית, שכן בידי הנאשם פתוחה תמיד האפשרות, במסגרת חקירה-שכנגד של הצד, להגיש את החלק הנותר של האמרה, התומך בגרסתו. זאת, כמובן, בתנאי, שזה אמנם מהווה חלק בלתי-נפרד מן האמרה

המפלילה – כפי שהוסבר לעיל⁴¹. בהקשר זה ראוי להוסיף ולהסביר, כי כאשר מדובר באמרה שנעשתה בעל-פה, הפעלתו של הכלל בדבר שלימות האמרה מתייחס אך ורק לגבי חלקי האמרה ששמע העד ואשר אותם הוא מסוגל לזכור, ולא לגבי הצהרה נפרדת אשר נעשתה על-ידי הנאשם בפני אחר, אפילו היא נוגעת לאותו נושא. המדובר הוא באמרה שמסר הנאשם בהודמנות הנדונה בפני מי שעתה חוזר ומשמיעה בבית-המשפט; ולא באמרות שונות שמסר הנאשם, בהודמנויות שונות, אפילו הן קשורות זו בזו⁴². לפיכך נראה, כי גם כאשר הושמעו בפני העד הצהרות שונות בהודמנויות שונות, קבילותה של האחת כהוכחה מטעם התביעה איננה מכשירה, היא כשלעצמה, את קבילותן של האחרות, כאמרות השלובות זו בזו, ומכוח הכלל בדבר שלימות האמרה.

(ב) השאלה המהותית – נפקותה ההוכחתית של האמרה

השאלה השנייה מתייחסת לנפקותה הראייתית של אמרה מזכה שנתקבלה כחלק בלתי-נפרד מהודאתו של הנאשם. שאלה זו קשורה בתפקיד שאותה אמרה ממלאה ואשר בגינה בכלל הותרה קבילותה במקרה הקונקרטי. תפקיד זה, שאותו היינו מכנים כתפקיד גלוי ומסביר לאמרה המפלילה, איננו מעניק לאמרה המזכה חיות פרובינציאלית-סובסטנטיבית משלה, אלא קיומה ההוכחתי תלוי באמרה המפלילה. האמרה המזכה רק נועדה ליתן את המשמעות האמיתית הנכונה לאמרה המפלילה שאליה היא גלווית, באופן שזו תשקף נאמנה את הרעיון המקורי שהתכוון בעל האמרה (הנאשם) להביע בעת שנתנה. לפיכך, מבחינה לוגית יש לומר, כי גם במקרה הנדון כאן אין האמרה המזכה מהווה עדות להוכחתה של גרסת חפותו של הנאשם במשפט. היא רק גלווית ומסבירה אמרה אחרת שמסר הנאשם ואשר משום תוכנה המפלילה התביעה מבקשת לסמוך עליה את הוכחתה במשפט כהודאתו. בכך מתמצה כל תפקידה. כך, למשל, בדוגמא המובאת לעיל, כאשר הודה הנאשם בתקיפתו של הקורבן, אך הוסיף כי זה הקניטו או תקפו ועלי-כן הגיב כפי שהגיב – האמרה בשלימותה תהא קבילה כהוכחה מטעם התביעה, שכן לא ניתן להפריד בין חלקיה האחרונים והרביקים זה בזה. אך ההתייחסות לדברי ההסבר של הנאשם – החלק המזכה – תהא לעובדת עשייתם בלבד על-ידי הנאשם, כחלק מן הרעיון הכללי שביקש לבטא באותה הודמנות במסגרת אותה אמרה. לפיכך, אף השאלה שיידרש בית-המשפט לקבוע היא, אם האמרה בשלימותה – כפי שהוצגה בפניו – אמנם מהווה הודאת נאשם. אך אין החלק המזכה שבאמרה מהווה הוכחה לעובדות המוצהרות בו, דהיינו: כי הנאשם הותקף או הוקנט על-ידי הקורבן עובר למעשה⁴³. אם הנאשם מבקש

41. Wigmore, *supra* note 19, at Sec. 2113; McCormick, *supra* note 19, at Sec. 56

42. Wigmore, *ibid.*, at Secs. 2099–2100, 2119

43. Wigmore, *ibid.*, at Secs. 2110, 2113, 2115; Phipson, *On Evidence* (London, 13th ed., by J.H. Buzzard, R. May and M.N. Howard, 1982) para. 33–52; *R. v. Donadlson* (1977) 64 Cr. App. R. 59, 65; *R. v. Pearce* (1979) 69 Cr. App. R. 365, 369; *R. v. Sparrow* (1972) 57 Cr. App. R. 352, 357. אפשר לראות כאן מקרה אנלוגי לאמרה הגלווית והמסבירה פעולה פיסית בנותנה לה משמעות משפטית מסוימת. גם שם אין האמרה קבילה להוכחה העובדת הכלולות בה, אלא רק לעובדת עשייתה, כשהיא ממלאה רק פונקציה של פעולה ורבילית המשלימה ומסבירה פעולה פיסית. ראה לעיל, הערה 17.

להוכיח טענה זו בבית-המשפט, עליו להביא ראיה לכך, בין בעדותו-שלו ובין בעדות אחרת מטעמו⁴⁴. ממילא תהא לכך גם השפעה על המשקל שייחוס לאמרה המזכה כהסבר לחלקה המפליל של ההודאה. במלים אחרות: כאשר בחר הנאשם לשתוק או התכחש בעדותו להודאתו, מטבע הדברים ייחוס להסבר שמסר, כהסבר השולל או מסייג את הגוון המפליל שבהודאתו, משקל זעום ביותר, אם בכלל⁴⁵. כאשר מסר הנאשם עדות ובמסגרתה חזר והשמיע אותה גרסה שמסר בהודאתו, לא רק שנתחזקה הגרסה מבחינת משקלה כמסייגת את ההודאה, אלא שניתן לומר כי היא עצמה ממלאה פונקציה ראייתית נוספת, רהינה: חיזוק ותמיכה במהימנותו של הנאשם כעד בהצביעה על עיקביותו. ואולם, אף או אין האמרה ראיה בזכות עצמה להוכחת העובדות המפורטות בה. הראיה היא עדותו של הנאשם במשפט, כשהאמרה רק מחזקת את מהימנותו, כמי שהשמיע גרסה זו כבר בהודמנות הראשונה ומיד כשהוטחה כלפיו האשמה במעשה העבירה⁴⁶. מבחינה עיונית גישה זו היא הגישה הנכונה, שהרי סיבת קבילותה של האמרה המזכה לגרסת הנאשם, כאמרה נלווית לאמרה המפלילה ומסבירה אותה, עדיין איננה מבטיחה את מהימנותה כראיה בזכות עצמה. גישה זו אף שומרת על עיקביות מסוימת לגבי העמדה העקרונית הננקטת ביחס לנפקותה הראייתית של אמרה מזכה שמסר הנאשם לחוקריו⁴⁷, באשר אין היא תולה את קבילותה של האמרה במיקומה הפיסי במסגרת הודאת הנאשם או ביחסה לחלקים אחרים של ההודאה אשר הינם מפלילים בתוכנם. בכל מקרה האמרה מהווה תגובה של הנאשם לשאלות חוקריו, ועליכן הינה קבילה להוכחתה של עובדת עריכתה בלבד. כאשר היא נלווית ומסבירה אמרה מפלילה, השימוש ההוכחתי הנוסף שיעשה בה הוא רק כדי לקבוע את משמעותה של האמרה המפלילה, לאמור: אם זו מהווה הודאת נאשם. במלים אחרות: העובדה שבמקרה האחרון האמרה ממלאה פונקציה הוכחתית נוספת – מתן משמעות מסוימת לאמרה המפלילה – איננה צריכה להעניק לה נפקות ראייתית שונה לצורך הוכחתה של גרסת הנאשם.

44 והשווה לע"פ 405/80 שדמי נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 757, שם עלתה השאלה, אם לצורך הכרעה בטענת אין להשיב לאשמה תובאנה בחשבוני גם אמרות נאשם הכלולות בהודאתו, כאשר זו נתקבלה כהוכחה מטעם התביעה. מפקס-הדין לא בחר, אם היה מדובר באמרות מן הסוג הנדון עליהן במסגרת זו או באמרות מזכות הכלולות בתוך הודאה, אך ניתנות להפרדה מחלקיה המפלילים של ההודאה. כך או כך, גישתו של השופט י' בהן הולמת כל אחת מן האפשרויות ואלה דבריו, שם, בעמ' 762:

גם הסתמכותו של השופט המלומד על "גרסת" המשיב לא היתה במקומה. העובדות שבהן הורה המשיב בהודעות במשטרה יכולות לשמש בידי התביעה כראיות נגדו. אך הסברים שהוא נתן באותן הודעות אינם בבחינת גרסה שעל בית המשפט לשקול את מהימנותה, אלא אם כן אמר הנאשם את הדברים בעדותו בבית המשפט, וכאמור, המשפט לא הגיע לשלב זה.

45 *R. v. Donadlson, supra note 43, at 65*.

46 אם כי אפשר לומר, כי בהסתמך בית-המשפט על דברי העד בעדותו ממילא הוא מסתמך גם על דברים שאמר מחוץ לכותלי בית-המשפט, ולכן ההבחנה בין קבילות האמרה להוכחת עשייתה בלבד לבין קבילותה להוכחת תוכנה והפכת במידה רבה להבחנה מלאכותית. ראה 12, *at Cross, supra note 12*, 268.

47 על כך ראה בהמשך.

אך מבחינה מעשית גישה זו מעוררת קושי של הבחנה בין חלקיה השונים של אמרה אחת שמסר הנאשם באותה הזדמנות לצורך קבילותם כהוכחה במשפט; שהרי ההנחה היא כי אלה אחוזים ודבוקים זה בזה מבחינת הגיונם הפנימי של הדברים עד כי הם מבטאים רעיון אחד, מסוים, שביקש הנאשם להשמיע באותה הזדמנות. אף יש בהבחנה זו יסוד של מלאכותיות. אם בית-המשפט כבר מוכן לקבל את האמרה בשלימותה כהוכחה מטעם התביעה ולהתייחס לחלקה התומך בגרסת הנאשם כדי ליתן את המשמעות הנכונה לרעיון שרצה הנאשם לבטא באמצעות מלותיו – מדוע לשוב ולהפריד בין חלקיה ולא לראות בה מלכתחילה, כחטיבה אחת, עדות סובסטיבית במשפט?⁴⁸ האמנם יוכל בית-המשפט להתייחס אל חלק זה שבהודאה לצורך אחד בלבד, דהיינו: כהסבר הנלווה לחלקה המפליל, ויחד עם זאת להתעלם ממנו כהוכחה לעובדות המפורטות בו? שאלה זו הינה אולי אקוטית במיוחד כאשר מתברר שהליך הפלילי בפני חבר-מושבעים⁴⁹. אך גם כאשר מתנהל המשפט בפני שופט מקצועי, אין היא מאבדת מחשיבותה. להיפך: ניתן לטעון, כי גם אם קיים החשש מפני הסתמכות על אמרה שמהימנותה מוטלת בספק – הרי אין לחשש זה מקום, כאשר הדיון איננו נערך בפני חבר-הדיוטות אלא בפני שופט מקצועי, אשר בשל מיומנותו המקצועית ונסיונו יש להניח כי ידע אל-נכון להעריך ולשקול את ערכו הפנימי ההוכחתי של כל אחד מחלקי האמרה המעורבת כמידתו הפרובטיבית הראויה⁵⁰. ואמנם, נראה כי בית-המשפט העליון בישראל נוטה לקבל במקרה של אמרה מעורבת את האמרה בשלימותה, על חלקיה המפלילים והמוכים כאחד,

48 ראה Wigmore, *supra* note 19, at Sec. 2113 המציין במפורש, כי בתי-המשפט נוקטים גישה של קבילות האמרה בשלימותה כעדות סובסטיבית. כן השווה להלכות האנגליות בעניין R. v. McGregor (1967) 51 Cr. App. R. 338, 341; R. v. Duncan (1981) 73 Cr. App. R 359, Archbold, *Pleading*, וכן ראה 364–365; R. v. Hamand [1985] Crim. L. Rev. 375 *Evidence and Practice in Criminal Cases* (London, 42nd ed. by S. Mitchell and P.J. Richardson, 1985) Sec. 15–57.

49 והשווה לדעת של Phipson, Elliott, Wakefield, *supra* note 7, at 434 התוקפים את גישתו של R. v. Duncan, *ibid.*, at 364–365 *supra* note 43.

50 בעניין זה ניתן ללמוד אנלוגיה מחריג אחר לכלל הפוסל עדות שמיעה, הוא החריג בדבר אמרת נפטר בניגוד לאינטרס כספי או רכושי שלו. כאשר שלובה באמרה כזו אמרה אחרת של המנוח, אשר בתוכנה איננה נוגדת את עניינו כאמור, אלא דווקא מקדמת את עניינו – קבעו בתי-המשפט, כי שתי האמרות, בהיותן שלובות ואחוזות זו בזו, הינן קבילות כראיה מכוח החריג האמור לכלל הפסילה, לאמור: הן על תוכנן הנוגד את אינטרס המנוח והן על תוכנן המקדם אינטרס זה. אף כאן סיבת קבילותה של האמרה המעורבת כחטיבה אחת נובעת מן העובדה הפשוטה שלא ניתן להפריד בין חלקי האמרה מבלי שיאבד הרעיון הכללי שביקש המנוח לבטא באמצעותה. ראה ע"א 373/54 אהרונזון נ' גוימן, פ"ד י' 1121, 1141–1142; ע"א 6/51 קירשנבאום נ' קרויניק (לעיל, הערה 17), 564–565; ע"א 124/60 לאוור נ' ריבנה, פ"ד טו' 1108, 1112–1113; כן ראה הרנון (לעיל, הערה 12), 155–156; Cross, *supra* note 12, at 570–571; Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (Boston, Chadbourne rev., 1974) Secs. 1461, 1464; McCormick, *supra* note 3 at Sec. 279. והשווה ל-"Declaration Against Interest – An Exception to The Hearsay Rule" 58 *Harv. L. Rev.* (1944) 1, 60–61; Morgan, "Declaration Against Federal Rules" 804 (b) (3) *Vand. L. Rev.* (1952) 451, 470–473.

כהודאת הנאשם, כאשר ערכו ההוכחות של כל אחד מחלקיה יוערך ויקבע בנפרד. את ההלכה תווה השופט ח' כהן בע"פ 439/73 לבנה ואח' נ' מדינת ישראל⁵¹ ובע"פ 205/75 קרנץ נ' מדינת ישראל⁵² ואלה דבריו בעניין לבנה:

הגב' לגר טענה לפנינו, בהסתמכה על מה שנאמר בספרו של ארצ'בולד, מהדורה 38, סעיף 1392, שאין בית המשפט מקבל כראיה הודעה שנעשתה מחוץ לבית המשפט ובה הודאות לרעת הנאשם, מבלי לקבל כראיה גם את הדברים הנאמרים בהודעות שהן לטובת הנאשם. ואמנם נתקבלו הודעותיו של המערער על כרען ועל קרביהן והן ראיות המונחות לפני בית המשפט כחסיבות שלמות כפי שיצאו מפי המערער. אין זאת אמרת שבית המשפט חייב לקבל כעובדות מוכחות כל מה שנאמר בהודעות אלה, בין לרעת הנאשם ובין לטובתו: ראיה היא ושיקול היא צריכה. מעשה יום יום הוא בבתי המשפט שהשופט בדרך לו מתוך עדות אחת או מתוך הודעה אחת דברים שהוא מקבל ודברים שהוא דוחה ולענין זה נוהגים אנו מנהג של פלגין דיבורא. הברירה הזאת קשה היא ומסובכת למדי שעה שאין לפני בית המשפט ראיה אחת וזאת הודעותיו של הנאשם וככל שההרשעה כולה מושתתת אך ורק על מוצא פיו של הנאשם עצמו, אולי לא מן ההגיונות היא להתעלם מאותם הדברים שאמר הנאשם באותה הנשימה עצמה, ואשר יש בהם כדי לשנות את התמונה לטובתו. ואמנם עולה מפסק דינו של בית המשפט המחוזי שהשופטים המלומדים שם היו מוכנים לקבל את ההודעות ככללותן ושהם לא העלו על שיקול דעתם לקבל רק מקצת הדברים ולדחות מקצתם⁵³.

דברים אלה של השופט ח' כהן פורשו בפסיקה מאוחרת יותר כמתייחסים רק למקרה שבו ההודאה מהווה בסיס בלעדי להרשעה או משמשת חלק חיוני לכיסוסה, כשאו לא יהא זה מן ההגיונות להתעלם מדבריו של הנאשם בשלימותם⁵⁴. אך מכאן אין לומר כי מידת ההגיונות שיש לנהוג בה כלפי הנאשם, באותן נסיבות, היא בלבד סיבת הקבילות. רק כאשר חלקי האמרה אחוזה ודבוקים זה בזה, באופן שהוצאת החלק המזכה עשוי לשנות מטיב ההודאה שהתכוון הנאשם לעשות, מחייבת מידת ההגיונות לקבל את

McCormick, *supra* note 19, at Sec. 279; Weinstein, *supra* note 12, at 804(101)–804(102).

51 לעיל, הערה 40.

52 לעיל, הערה 8.

53 לעיל, הערה 40, בעמ' 788.

54 זאת, לאור דבריו של השופט ח' כהן בע"פ 439/73 לבנה נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 40), 788: "ככל שההרשעה כולה מושתתת אך ורק על מוצא פיו של הנאשם עצמו, אולי לא מן ההגיונות הוא להתעלם מאותם דברים שאמר הנאשם באותה הנשימה עצמה ואשר יש בהם כדי לשנות את התמונה לטובתו". על כך חזר השופט ח' כהן גם בעניין קרנץ (לעיל, הערה 8) 475. בפסיקה מאוחרת יותר הוסף גם המקרה שבו ההודאה משמשת חלק חיוני לכיסוסה של ההרשעה. ראה ע"פ 228/76 בוטל נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 40) 143; ת"פ י"ם 313/74 מדינת ישראל נ' הארכיבישוף קפוצי, פסקים תשל"ה (ב) 3, 21, 22; ע"פ 115/82, 168 מזערי, ואח' נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 40), 233.

הדברים שמסר הנאשם באותה הזדמנות לתוכנם כחטיבה אחת. ולהיפך: כאשר ניתן להפריד בין חלקי האמרה, רק החלק המפליל שבה יתקבל כהודאת הנאשם ואין מידת ההגיונות מחייבת צירופו של החלק המזכה, אפילו ההודאה שנתקבלה מהווה בסיס בלעדי להרשעה.⁵⁵

עם כל הכבוד, גישה זו של בית המשפט העליון, שלפיה מוגבלת הפעלתו של הכלל רק למקרה שבו ההודאה מהווה בסיס בלעדי להרשעה או חלק חיוני לביסוסה, איננה מקובלת עלינו. אמנם מן הבחינה המעשית היומיומית זה יהיה ממילא מצב הדברים במרבית המקרים. אולם מן הבחינה העיונית-דיוקנית די – לדעתנו – שהודאת הנאשם נתקבלה כראיה נגד, ואין נפקא מינה מה ידא השימוש הראייתי שייעשה בה בסופו של משפט, כדי שגם החלק המזכה שבה יתקבל כהוכחה עמה, ובלבד שהוא מהווה חלק מהותי ובלתי-נפרד מן הרעיון הכללי שביקש הנאשם לבטא באותה הזדמנות.

בע"פ 511/82, 168 מועדי ואח' נ' מדינת ישראל⁵⁶ הגביל השופט גולדברג את הלכת קרנץ בתנאי נוסף, לאמור: לא די בתנאי כי ההודאה שימשה בסיס בלעדי להרשעה או חלק חיוני הימנה, אלא נדרש אף כי הנאשם לא העיד כלל במשפט. תנאי זה תמוה בעינינו, עם כל הכבוד, שהרי אין הוא נוגע כלל בסיבת הקבילות, והיא שלימות הרעיון שביקש הנאשם לבטא באמצעות אותה הודאה. בהתקבלה כראיה, קבילה ההודאה על כרעיה ועל קרביה, כעדות סובסטנטיבית במשפט, ואין נפקא מינה לעניין זה אם הנאשם מעיד להגנתו, אם לאו. לשאלה זו יכול שתהא השפעה על המשקל הראייתי שייחוס לחלקה של ההודאה, אשר עליו יבקש הנאשם לסמוך את טענתו במשפט⁵⁷, אך לא לעניין עצם הקבילות.⁵⁸

(ג) כיצד יוערך משקלה של האמרה?

קבילותה של אמרה מעורבת כהודאת הנאשם אין פירושו בהכרח, כי יינתן לכל אחד מחלקי האמרה משקל פרובטיבי שווה⁵⁹. אמנם לפי גישה זו, עם קבילות ההודאה מתקבלת אף האמרה שעליה מבקש הנאשם לסמוך את טענת הגנתו כעדות לתוכנה. אולם חשש המהימנות הדבק בה ישפיע על המשקל הפנימי העצמי שיינתן לה כראיה. אין היא רוכשת מכוח עצמה משקל עדותי השווה לזה שיינתן לאמרה האחרת, הנוגדת את אינטרס הנאשם במשפט ואשר נתקבלה כהודאתו. אם זו האחרונה נזקקת לחיזוק

55 וראה בעניין זה את דברי השופט לגרדי בע"פ 344/75 נחום נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 662, 659.

56 לעיל, הערה 40, בעמ' 235.

57 על כך ראה בהמשך.

58 והשווה לגישתו של הנשיא י' כהן, בעניין מועדי (לעיל, הערה 40), 255.

59 ראה ע"פ 38/49 קנודל נ' היועמ"ש, פ"ד ב 813, 827; ע"פ 439/73 לבנה נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 40), 788; ע"פ 334/74 ג'מאמעה נ' מדינת ישראל, פ"ד כס(2) 29, 30; ע"פ 205/75 קרנץ

נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 8), 475; ע"פ 115/82, 168 מועדי, ואח' נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 40), 225; ע"פ 240/84 חטיב נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 40), 37; לגישה דומה בדיון האנגלי

ראה *R. v. McGregore*, *supra* note 48, at 341-342; *R. v. Duncan*, *supra* note 48, at 365;

R. v. Hamand, וכן ראה, Archbold, *supra* note 48, at Sec. 15-57.

אמיתותה בראיה חיצונית כלשהי, קליוחומר נאמר לגבי האמרה הראשונה, אשר סיבת קבילותה היא אך היותה גלווית לאמרה המפלילה ולא יותר. לפיכך, חיזוק הוכחתי של ממש מבחינה איכותית יידרש לה מקרב הראיות שהובאו במשפט, כדי שיהיה אפשר לסמוך עליה ממצא עובדתי התומך בגרסת חפותו של הנאשם⁶⁰. השאלה היא, האם חיזוק אמיתותה של האמרה צריך שיבוא דווקא מעדותו של הנאשם במשפט, או שמא אפשר שיימצא גם בראיות אחרות שהובאו במשפט, בין מטעם הנאשם ובין מטעם התביעה? אין ספק, שאם חזר הנאשם במסגרת עדותו להגנתו במשפט על הגרסה שמסר במסגרת הדאטו וחשף את עצמו לחקירה שכנגד ביחס לעובדות הכלולות באותה גרסה, זוכה האמרה כראיה להוכחתה של גרסת חפותו של הנאשם בחיזוק ראיית-איכותי של ממש. ואפשר גם לומר, כי העדות שנמסרה בבית-המשפט מוצאת לה תמיכה באמרה שנמסרה מחוץ לכותלי בית-המשפט, לא רק כהוכחה לעיקבותו של הנאשם כעד, ועליכן חיזוק אמינותו, אלא כעדות נוספת שנמסרה בבית-המשפט ואשר השמיעה אותה גרסה. אך מכאן אין להגיע למסקנה ההפוכה שלפיה, כאשר נמנע הנאשם מלמסור עדות להגנתו במשפט לעולם לא ייוחס לאמרה משקל ראייתי כלשהו. לדעתי, הערכת משקלה של האמרה יהיה תלוי גם אז בשאלה אם קיימות ראיות אחרות מהימנות והתומכות בגרסה המזכה, בין שראיות אלה הובאו על-ידי הנאשם עצמו ובין שנמצאו בראיות התביעה. זו הגישה שיש לנקוט ביחס לכל ראיה שעליה הנאשם מבקש לסמוך את הוכחתו במשפט, ועליכן גם ביחס לאמרת נאשם מן הסוג הנדון כאן, אשר נתקבלה במשפט כהוכחה לתוכנה⁶¹. גישה שונה פוגעת בזכות השתיקה של הנאשם, אשר ממילא כבר צומצמה מכוח הוראות חוק סדר-הדין הפלילי⁶², בהתנות את אמינות ראיותיו בעדותו. בע"פ 240/86 חטיב נ' מדינת ישראל⁶³ מסר הנאשם שתי הדאטות במשטרה. במסגרת ההודאה הראשונה הודה הנאשם בהריגת אשתו. במסגרת ההודאה השנייה, שאותה מסר למחרת היום, חזר הנאשם והודה בהריגת אשתו, אך הפעם תיאר את

60 כאשר בכלל לא הובאה במשפט ראיה המאשרת את גרסת הנאשם בהודאתו, זו נותרת בספק מהימנותה ועליכן אין כל סיבה לייחס לה משקל הוכחתי כלשהו. במלים אחרות: במקרה זה בית-המשפט רשאי להפריד בין חלקי האמרה המעורבת, כשהוא דוחה את חלקה המזכה של האמרה כבלתי-אמיני, אך סומך את הרשעתו על חלקה המפליל, כהודאתו. ראה לעיל, הערה 59, ובמיוחד *R. v. Duncan*, *ibid.* at 365-357 ע"פ 38/49 קנדיל נ' היועמ"ש, שם; ע"פ 334/74 ג'מאמקה נ' מדינת ישראל, שם.

61 נראה לנו, שיש לסייג את הדברים שאמר השופט ח' כהן בעניין קרינץ (לעיל, הערה 8), 474-475, ואשר לפיהם מותנית קבילותה של אמרת נאשם שאמר מחוץ לכותלי בית-המשפט כראיה לטובתו בעדותו בבית-המשפט. דברים אלה יש לקרוא בהקשר הכללי שבו נאמרו, דהיינו: ביחס לאמרה מזכה נפרדת שמסר הנאשם מחוץ לכותלי בית-המשפט. לכך נתייחס בהמשך. וראה גם ע"פ 240/84 חטיב נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 40), 37-38. באותו עניין אמנם נמנע הנאשם מלהעיד ואף לא הביא ראיות להוכחת טענת-קנטור. אך מפסק-דינו של השופט כד עולה, כי לו הביא הנאשם ראיה אחרת לביטול טענתו, להבדיל מעדות-שלו, היה בכך כדי לחזק ולתמוך במסקלה של הגרסה שמסר במשטרה במסגרת הודאתו.

62 ראה סעיף 152(ג) (רו) וכן סעיף 162 לחוק סדר-הדין הפלילי.

63 לעיל, הערה 40.

השתלשלות העניינים בצורה שונה – תיאור אשר ממנו עולה, כי פעל כפי שפעל בעקבות התגרותה של אשתו והקנטתה בקשר למערכת יחסיה עם מאהבה. בבית-המשפט נמנע הנאשם מלמסור עדות, ובארכוחו אף לא העלה את טענת הקנטור. בית-המשפט המחוזי, ברוב דעות, הרשיע את הנאשם ברצח. בית-המשפט העדיף את הודאתו הראשונה של הנאשם שנמסרה זמן קצר אחרי המעשה ובטרם היה לו סיפק להתייעץ עם גורם-חוץ כלשהו על-פני הודאתו השנייה שנגבתה בשלב מאוחר יותר ולאחר שקיבל עצה משפטית. כמרכן ציינו שופטי הרוב, כי דבריו של הנאשם בדבר שיחת-הקנטור עם המנוחה היא רק גרסת-ביניים זמנית, שכן בעת השחזור שב הנאשם למעשה לגרסתו המקורית, הכלולה בהודאה הראשונה. מאחר שהנאשם לא העיד ולא היה מוכן לאמת את גרסתו מעל דוכן-העדים ולהיחקר עליה, אין הוא יכול להסתמך על אמרתו כהוכחה לטובתו. דעת-המיעוט, לעומת זאת, היתה, כי אין להתעלם מן האמור בהודאה השנייה, כי מן הראוי ליתן עדיפות לתוכנה, ועל-כן יש לקבוע כי התביעה לא הצליחה להוכיח את האלמנט של העדר קנטור מצד המנוחה.

בבית-המשפט העליון התייחס השופט בך, אשר נתן את פסק-הדין לשתי שאלות: האחת, האם מחובת בית-המשפט לבחון את שאלת העדר הקנטור כאשר הסניגוריה איננה מעלה כלל את טענת הקנטור? השנייה, באיזו מידה אם בכלל רשאי בית-המשפט להסתמך על אותם חלקים באמרות הנאשם המדברים בזכותו, או שניתן לדלות מהם טענת-הגנה, ובמיוחד כאשר הנאשם איננו חוזר על דברים אלה מתא-העדים ואינו תושף עצמו לחקירה-נגדית על גרסתו זו?

באשר לשאלה הראשונה, השופט בך משיב בחיוב, בהסתמכו על הלכות קודמות של בית-המשפט העליון ועל הלכת המשפט המקובל האנגלי⁶⁴, כי אין בית-המשפט פטור מלבחון טענת-הגנה אפשרית במשפט הפלילי, אף אם זו לא נטענה במפורש על-ידי הנאשם או בארכוחו, אם טענה זו עולה למעשה מתומר הראיות שהובא בפני בית-המשפט. קל-הומר הוא כאשר מדובר בטענת קנטור, וכאשר עול ההוכחה בדבר העדר קנטור מוטל על התביעה. מכאן שבמקרה דגן היה על בית-המשפט לבחון את השאלה בדבר העדר קנטור גם כאשר הסניגוריה לא העלתה את הטענה.

באשר לשאלה השנייה, השופט בך סבור, באמצעו את הלכתו של השופט ח' כהן בעניין קרנץ⁶⁵, כי אף שמדובר בשתי הודאות שונות שמסר הנאשם במועדים שונים, אין להתעלם מן ההודאה השנייה. שאלה שונה היא איזה משקל יש לייחס לגרסה המושמעת באותה הודאה, כגרסת הגנה, כאשר הנאשם אינו מוסיף לה תמיכה בעדות בעליפה

64 ע"פ 410/71 הרביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 624, 628; ע"פ 28/49 זרקא נ' היועמ"ש, פ"ד ד 504, 537; *R. v. Porritt* [1942] A.C. 3, 7-9; *Mancini v. Director of Public Prosecution* [1942] A.C. 3, 7-9; *R. v. Hopper* [1915] 2 K.B. 431, 435; *Director of Public Prosecution v. Camplin* (1978) 67 Cr. App. R. 14, 19, 23; *R. v. Cascoe* (1970) 50/64 אל-בארי נ' היועמ"ש, פ"ד יח(4) 73, 79-81.

65 לעיל, הערה 8.

בבית-המשפט⁶⁶. לעניין זה מבחין השופט כך בין שני מצבים: האחד, כאשר הנאשם מעלה במשפט גרסת-הגנה שאיננה מתיישבת כלל עם טענת-קנטור, כגון טענה שאחר ביצע את המעשה. במקרה כזה – השופט כך סבור – אין לייחס משקל כה רב למחדל הנאשם, שהרי אין לצפות ממנו להוספת טענה בעדותו, כגון "לחלופין, אני טוען שפעלתי מתוך הגנה עצמית או קנטור". השני, כאשר אין בפי הנאשם טענה כזו ואין הוא מתכחש למעשה לעצם עשיית המעשה. במקרה כזה יש לייחס בדרך-כלל משקל ניכר מאוד להימנעותו של הנאשם מלהעלות את טענת-הקנטור באמצעות עדותו מתאיה-עדים או על-ידי ראיה ברורה אחרת. במקרה הנוכחי התרחשה הסיטואציה השנייה ולכן יש לייחס משקל רב להימנעותו של המערער מלהעיד בעניין הקנטור. אי לזאת – השופט כך סבור – צדק בית-המשפט המחוזי בהעדיפו את הודאתו הראשונה של המערער על-פני הודאתו השנייה.

אף שהננו מסכימים עם המסקנה הקונקרטית שאליה הגיע השופט כך באותו עניין, היינו מבקשים לחלוק, עם כל הכבוד, על ההבחנה שערך בין גרסאות-ההגנה במשפט, לצורך השאלה, אם יש לייחס משקל להימנעותו של הנאשם מלהעיד או להביא ראיה אחרת התומכת בטענת-ההגנה שהעלה במסגרת הודאתו. אין ספק, כי בבואו לבחון את השאלה אם בכלל נטענה במשפט טענת-קנטור על-ידי ההגנה, יתן בית-המשפט את דעתו לקרה-הגנה שבחר בו הנאשם. אך בכל מקרה, אם מחומר הראיות שלפני בית-המשפט עולה טענת-קנטור, על בית-המשפט להתייחס אליה ביוזמתו⁶⁷. חומר הראיות לעניין זה הוא אף הודאת הנאשם שנתקבלה כראיה נגדו ואשר בה העלה טענת-קנטור כאמרה גלוית ומסבירה להודאתו בביצוע המעשה⁶⁸. שאלה נפרדת היא, אם לצורך זה די שהנאשם השמיע טענה זו במסגרת הודאה שמסר מחוץ לכותלי בית-המשפט, או שמא זו חייבת למצוא לה אחיזה נוספת כלשהי בראיות האחרות שהובאו לפני בית-המשפט, בין בעדותו שלו ובין בראיות אחרות⁶⁹. לעניין זה אין נפקא מינה מהו קרה-הגנה שבחר בו הנאשם במשפט. להיפך: אם בחר בטענת-ההגנה שאיננה מתיישבת עם טענת-הקנטור שהשמיע בהודאתו, וממילא לא הובאו ראיות מטעמו להזכחת קנטור, הרי בהעדר ביסוס הוכחתי אחר כלשהו בראיות התביעה, נותרת גרסת

66 והשווה לעניין קרנץ הנ"ל, שם התכחש הנאשם בעדותו במשפט להודאתו בשלימותה.

67 ראה לעיל, הערה 64.

68 ראה *R. v. Duncan, supra note 48*, at 365-366.

69 כמלים אחרות: השאלה היא אם גרסת הנאשם בהודאתו שלא נתמכה בעדותו בבית-המשפט או בראיות אחרות, די בה כדי להוכיח טענת-קנטור. והשווה לע"פ 228/76 בויטל נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 40), 143. שם היה מוכן בית-המשפט העליון להתייחס לאמור בהודאה, אך לא היה מוכן לסמוך על האמור ממצא ברבר קנטור. השווה גם לעניין קרנץ (לעיל, הערה 8). אף ששם התכחש הנאשם להודאתו, מדברי השופט ח' כהן עולה, כי גם במקרה שבו בחר הנאשם שלא לסמוך עדות, אין הוא יכול להסתמך על האמרה כראיה לטובתו (שם, בעמ' 475-476). עם כל הכבוד, רבירים אלה, שנאמרו אגב אורחא בלבד, אינם מקובלים עלינו ככל שהם מתייחסים לאמרה מעורבת מן הסוג הנדון על-ידינו בפרק זה. אם נתקבלה האמרה כחלק בלתי-נפרד מן ההודאה, קיימת לפני בית-המשפט ראיה ברבר קנטור. שאלת משקלה ההוכחתי של הראיה בהעדר הוכחות המאמתות אותה היא שאלה שונה. לדעתנו, לאור ההקשר הכללי של הדברים אשר במסגרתם התייחס השופט ח' כהן לשתיקת הנאשם, נראה, כי דעתו זו הביע השופט ח' כהן רק ביחס לאמרה מזכה ונפרדת.

הנאשם בהודאתו במשטרה בלתי-מאומתת כשספק מהימנותה גדל עוד יותר. לפי גישת השופט כך בעניין חטיב, משקלה הפרובטיבי של אמרה-מוכח במקרה שבו טענת-ההגנה בלתי-מתיישבת עמה רב יותר מאשר במקרה שבו טענת-ההגנה עולה בקנה אחד עמה, או לפחות אינה עומדת בסתירה לה. עם כל הכבוד, גישה זו תולה את משקלה ההוכחתי של אמרת הנאשם שנעשתה מחוץ לכותלי בית-המשפט בקריה-הגנה שינקוט הנאשם במשפט ולא בטיב הראיות שהובאו לפני בית-המשפט ואשר תומכות ומחזקות את אמיתותה. לפי גישתנו, מאחר שסיבת קבילותה של גרסת הנאשם להתרחשות המעשה היא היותה חלק בלתי-נפרד מן ההודאה שמסר, ועליכן קבילותה נעשית אגב קבילות ההודאה – בכל מקרה היא נזקקת לאישור אמינות בחומר הראיות שלפני בית-המשפט, כדי להסיר ספק לגבי מהימנותה ולהעניק לה את המשקל ההוכחתי הדרוש כדי שיהיה ניתן לסמוך עליה ממצא. לעניין זה אין, כאמור, הבדל אם החיזוק נמצא בעדותו של הנאשם עצמו או בראיות אחרות. אך משלא נמצא לה חיזוק כלשהו, ערבה ההוכחתי הפנימי ועום, ודינה להידחות כבלתי-אמינה.⁷⁰

המצב שונה כאשר הנאשם מתכחש בעדותו במשפט לדברים שמסר בהודאתו. התכחשותו צריך שתשפיע על המשקל הראייתי שיוחס לחלק המוכח שבהודאה, והיינו: אם הנאשם עצמו מתנער מאמרתו ואיננו מוכן לאשרה כאמת ולהיחשף לחקירה-שכנגד ביחס לדברים הכלולים בה – אין כל הצדקה לכך שבית-המשפט יעניק לחלק זה של האמרה הערכה גבוהה יותר מזו שהנאשם עצמו היה מוכן ליתן לו. ממילא ישפיע הדבר גם על החלק המפליל של האמרה, שהרי בית-המשפט לא ייחס בסופו של דבר כל משמעות ראייתית להסבר הגלווה אליו ואשר נותן לו משמעות הנוחה לגרסת הנאשם במשפט.⁷¹

ותיתכן גם אפשרות נוספת, לפיה יתכחש הנאשם בעדותו בבית-המשפט להודאה שמסר מחוץ לכותלי בית-המשפט, אך יחד עם זאת יבקש לתמוך את גרסתו בבית-המשפט בדברים שאמר במסגרת חלקה המוכח של ההודאה. כך, למשל, נניח כי במסגרת הודאתו אמר הנאשם כי הכה את הקורבן, אך הוסיף כי פעל להגנתו לאחר שזה תקפו. עתה, במסגרת עדותו, יתכחש הנאשם לחלקה המפליל של ההודאה, לאמור: כלל לא הכה את הקורבן, אך יחד עם זאת יחזור על חלקה המוכח של ההודאה, בשינויים המתחייבים מהתכחשותו לחלקה המפליל, לאמור: עתה יטען הנאשם, כי הקורבן הוא שתקף אותו והכה בו עד שנאלץ להסתלק מן המקום. בעניין זה עולות שתי שאלות נפרדות: ראשית, מה גורלה של האמרה המוכח מבחינה ראייתית כאמרה המלווה ומסבירה את האמרה המפלילה? שנית, מה גורלה של האמרה המוכח כראיה בזכות עצמה להוכחת הגרסה שהעלה הנאשם בבית-המשפט? באשר לשאלה הראשונה, נראה, כי התכחשותו של הנאשם להודאה בשלימותה תשפיע על מידת האמון שבית-המשפט יהיה מוכן לייחס לחלק המוכח שבהודאה כאמרה הבאה להסביר וליתן מובן מסוים להודאה עצמה. אמנם זו נתקבלה יחד עם ההודאה, כשלימות אחת, אולם כאשר תרעיון שהציג

70 והשווה ל-*R. v. Duncan*, *supra* note 48, at 365-367.

71 והשווה לע"פ 205/75 קרנץ נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 8), 476-475; ע"פ 344/75 נחום נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 53), 662.

הנאשם בתודאתו אודות האירוע הנדון איננו מוצא לו תימוכין ואחידה בעדותו של הנאשם או בראיות אחרות, אין כל סיבה המצדיקה מתן אמון בו כגרסה הנכונה להתרחשות. במלים אחרות: אין מצב זה שונה מן המקרה שבו הנאשם מתכחש מלכתחילה להודאתו⁷². כאשר לשאלה השנייה, נראה, כי התכחשותו של הנאשם להודאה בשלימותה והעמדת גרסה חדשה, שונה הימנה לחלוטין, תשפיע קודם כל על מידת האמון שבית המשפט יהיה מוכן ליתן לגרסה החדשה. אך אפילו נאמר כי גרסה זו תזכה לאמון, אין היא יכולה למצוא לה אחידה ותמיכה באמרה המזכה שנעשתה מחוץ לכותלי בית המשפט. זו מהווה חלק מהודאה שלימה, ורק אגב קבילותה של ההודאה ובזכותה נתקבלה אף היא. אין הנאשם יכול ליטול רק את החלק המזכה, הנוח לו, ולאחוז בו כהוכחה נוספת לטענתו, ויחד עם זאת להתנער מן החלק שעמו הוא קשור ובו הוא דבק. אף אין הוא יכול לסמוך על חלק זה שבהודאה כהוכחה לעיקבותו, ולפיכך כחיוזק מהימנותו כעד, מאחר שחלק זה איננו נפרד ומנותק מן החלק המפליל שבהודאה. למעשה, הדברים שהשמיע מחוץ לכותלי בית המשפט משקפים גרסה שונה, אשר איננה מתיישבת עם עדותו של הנאשם⁷³.

2. אמרה נפרדת

הכוונה היא לכל אמרה שמסר הנאשם בשלב כלשהו של חקירתו במשטרה בקשר למעשה העבירה, גשוא כתבידאישום, ואשר כליכולה לטובתו, במובן זה שאין היא מהווה חלק בלתי נפרד מאמרה אחרת המפלילה בתוכנה את הנאשם. כך, למשל, כאשר הגיב הנאשם לאשמה שהוטחה כלפיו בתשובה: "לא עשיתי דבר", "הייתי במקום אחר", "איני מכיר כלל את המתלונן". ייתכן שהיתה זו האמרה היחידה שבכלל מסר הנאשם באותו מעמד. אך ייתכן גם שהיתה זו רק אחת מן התשובות שמסר הנאשם לשאלות חוקריו באותו מעמד, ואשר עליהן התביעה מבקשת לסמוך את הוכחתה, כהודאת נאשם. לצורך הדיון נגיה, כי אפילו הוגשה האמרה עליידי התביעה, כחלק ממסכת כללית של דברים שמסר הנאשם במהלך חקירתו, ההגנה היא המבקשת לעשות בה שימוש הוכחתי במשפט. השאלה היא אם אמרה כזו תהא בכלל קבילה כהוכחה במשפט, ואם כן, לאיזו מטרה? בהיות האמרה אמרה שנעשתה מחוץ לכותלי בית המשפט, ניצב על דרך קבילותה הכלל הפוסל עדות שמיעה. נראה, כי לא די בעובדה שנעשתה אמרה עליידי מי שהוא הנאשם במשפט, כדי להכשירה כראיה לאמיתות העובדות הכלולות בה. כדי שתותר קבילותה של אמרת נאשם כעדות סובסטנטיבית במשפט, צריך שיתקיים לגביה אחד מן החריגים לכלל הפוסל עדות שמיעה, דוגמת החריג של הודאת נאשם או החריג בדבר אמרת רסיגסטא. אך מאחר שעסקינן באמרה שכולה מזכה, כמוסבר לעיל, ואשר נעשתה במהלך החקירה במעשה העבירה, אין היא נכללת – כך יש להניח – באף אחד מן החריגים לכלל הפסילה. מכאן נאמר, כי אין היא יכולה להוות ראיה להוכחת העובדות המתוארות בה.

72 ראה לעיל, טקסט להערה 51.

73 שונה היה המקרה אילו דובר באמרה מזכה בלבד, שאיננה קשורה באמרה נלווית. במקרה האחרון היתה האמרה יכולה לשמש תמיכה במהימנותו של הנאשם כעד, בהצביעה על עקיבותו בהשמעת אותה גרסה, דהיינו: כי אותם דברים מסר בהודמנות הראשונה שנקרתה לפניו. בכך נדון בהמשך.

יחד עם זאת, אין במכשול זה כדי למנוע את קבילות האמרה כהוכחה לעובדת עשייתה בלבד, והיינו: כדברים שמסר הנאשם בהודמנות הנדונה וכתגובה לשאלה שהוצגה לו. זאת, מבלי להתייחס כלל לשאלה אם העובדות המפורטות במסגרת אותה אמרה אמנם נכונות. במקרה כזה, עשיית האמרה היא העובדה שהנאשם מבקש להוכיח, וככזו מותנית קבילותה במשפט במידת הרלבנטיות שלה לשאלות שבמחלוקת. במלים אחרות: השאלה היא אם כל תרומתה ההוכחתית היא אך להביא גרסה שמסר הנאשם ואשר לה היא טוען להגנתו במשפט או שמא בכוחה לתרום תרומה נוספת לבירור העובדתי.

במשפט המקובל, נודג הכלל שלפיו יש להתייחס לכל אמרה שמסר הנאשם לחוקרי⁷⁴ בקשר למעשה העבירה וכתגובה לאשמה שהוטחה כלפיו כאל אמרה שעובדת עשייתה הינה רלבנטית למחלוקת, ועליכן גם אם לא הוגשה כראיה על-ידי התביעה, יוכל הנאשם להגיש כהוכחה מטעמו⁷⁵. כל תרומתה ההוכחתית היא השלמת הפסיפס הנסיבתי-עובדתי של מסכת הדברים שהשמיע הנאשם במהלך חקירותיו, כחלק מהתנהגותו הכללית, תגובותיו והתייחסותו לאשמה שהוטחה כלפיו כחשוד בביצוע המעשה⁷⁶. אך תרומה זו היא כשלעצמה בעלת ערך רב לבית-המשפט, בהציגה בפניו תמונה מלאה, להבדיל מחלקי דברים הנוחים לגרסת התביעה אודות התנהגות הנאשם במהלך החקירה. זאת, בפרט באותם מקרים שבהם מתעוררת מחלוקת ביחס להתנהגותו של הנאשם בשלבי החקירה השונים ותגובותיו לשאלות חוקריו. כך, למשל, הצהרתו של הנאשם עם מעצרו הצהרה כלשהי בדבר חפותו או הצהרתו עם היתפשו כשברשותו רכוש גנוב, כי לא ידע שהרכוש הושג בעבירה – הינה רלבנטית במשפט כהוכחה השוללת מסקנה אפשרית משתיקתו של הנאשם באותן נסיבות בדבר מצפון לא נקי

74 להבדיל מאמרה שמסר לקרוב, ידיד או עורך-דינו. אמרה כזו אינה קבילה משום החשש לבירוי הראיה. ראה לעיל, הערה 6.

75 תחילה הוחל הכלל האמור במשפט האנגלי המקובל רק ביחס לאמרה שנמסרה על-ידי הנאשם בהודמנות הראשונה כשהוטחה כלפיו האשמה על-ידי חוקריו. *R. v. Storey* (1968) 52 Cr. App. R. 334, 337-338; *R. v. Donaldson*, *supra* note 39, at 64; *R. v. Barbary* (1976) 62 Cr. App. R. 248, 249-250. אך בפסיקה מאוחרת יותר הורחב הכלל ביחס לכל אמרה מוכה שנעשתה על-ידי הנאשם בשלב כלשהו של חקירתו, כאשר משך הזמן שחלף מאז הועמד הנאשם לראשונה בעימות עם חוקריו הוא גורם העשוי להשפיע על משקלה של האמרה כהוכחה לתגובתו של הנאשם. ראה *R. v. Pearce* (1979) 69 Cr. App. 365, 369-370; *R. v. McCarthy* (1980) 71 Cr. App. R. 142, 145. הרחבה זו נושאת עמה סיכון מסוים, שלפיו במסגרת כלל זה תתקבל גם אמרה בכתב שהכין הנאשם מראש למטרה זו. מקרה זה הוא אמנם נדיר, אך משהוכח לבית-המשפט – תיפסל האמרה כהוכחה. ראה *R. v. Pearce*, *ibid.*, at 370; *R. v. Newsome*, *supra* note 6, at 329, 330. וכן ראה בנושא זה, Elliott and Wakefield, *supra* note 43, at para. 33-53 – 33-59; Archbold, *supra* note 7 at 435; *supra* note 48, at Sec. 15-57.

76 *R. v. Storey*, *ibid.*, at 337, 338; *R. v. Donaldson*, *ibid.*, at 64-65; *R. v. Pearce*, *ibid.*, at 369; *R. v. Newsome*, *ibid.*, at 330; *R. v. McCarthy*, *ibid.*, at 145. *Kurshid* [1984] Cr. L. Rev. 288 שם אובחנה אמרת נאשם שנמסרה לעורך-דינו מסוג האמרות הנדון כאן, כאשר לא היוותה חלק מן ההצהרות שמסר לחוקריו, ומטרת הגשתה לא הייתה להוכיח את תגובתו של הנאשם לאשמה שהוטחה כלפיו. לדעת בית-המשפט לערעורים, הייתה זו אמרה חסויה שמסר הנאשם לעורך-דינו שלא במעמד חוקריו ובהגשתה כראיה הוא מבקש, למעשה, לסמוך כהוכחה על אמיתות תוכנה. לפיכך נקבע, כי האמרה פסולה כראיה לטובתו.

או הכרת אשמה⁷⁷. וכך אף הסתמכות הנאשם על גרסה שמסר בהודמנות הראשונה לתוקריו יכולה לשמש הוכחה לטענתו במשפט, כי כבר מראשית חקירתו ומיד כשהוטחה האשמה נגדו דבק בגרסה מסוימת, אשר לה הוא טוען במשפט. זאת, כדי להפריך טענה אפשרית של התביעה כי אימץ לעצמו גרסה זו רק בשלב מאוחר יותר ולאחר שנועץ בעורך-דין⁷⁸.

כאמור, קבילותה של אמרה מזכה נפרדת כראיה במשפט הינה קבילות מוגבלת. אין היא מהווה ראיה בזכות עצמה להוכחתה של גרסת חפותו של הנאשם. בכוחה רק להוכיח כי דברים מסוימים נאמרו על-ידי הנאשם בהודמנות קודמת כלשהי⁷⁹. לפיכך, אם הנאשם חפץ לסמוך את טענת הגנתו על תוכנה של האמרה, יהיה עליו למסור עדות ובמסגרתה לחזור על הדברים שמסר מחוץ לכותלי בית-המשפט כשהוא תושף את עצמו לחקירה-שכנגד ביחס אליהם⁸⁰. אך גם אז, מבחינה ראייתית דווקנית, כאשר בחר הנאשם למסור עדות, רק הדברים שהשמיע מעל דוכה-העדים הם בגדר עדות סובסטיבית לגרסת חפותו, כשהאמרה תשמש אך חיזוק ותמיכה למהימנותו של הנאשם כעד, בהצביעה על עיקביותו במסירת אותה גרסה החל מן השלב המוקדם של חקירתו. מקרה זה מהווה, למעשה, חריג לכלל הפוסל הודעות קודמות של עד התומכות בעדותו⁸¹.

77. Wigmore, *supra* note 5, at Secs. 273, 284, 293; Wigmore, *supra* note 12, at Sec. 1781. כן ראה, למשל, *R. v. McCarthy, ibid.*, at 145-146. ביחס לטענת אליבי שהעלה הנאשם בתגובה לאשמה שהוטחה כלפיו על-ידי חוקריו. והשווה גם לע"פ 139/52 *היועמיש נ' קינן פ"ד* ז' 619, 648-634.

78. האם הסתמכות זו תיתכן רק כשהנאשם מעיד במסגרת החריג לכלל של הודעות קודמות של עד המתייחס לטענה בדבר המצאה מן הזמן האחרון לדעת המלומד ויגמור, התשובה שלילית. הודעה תומכת כזו יוכל הנאשם להביא גם אם לא העיד. זאת ברוח הרעיון הכללי שעומד מאחורי החריג האמור. ראה *Wigmore, supra* note 15, at Sec. 1144. תיתכן, כמובן, גם האפשרות כי התביעה היא שתבקש להסתמך על אמרות הנאשם, כדי להצביע על הסתירה ביניהן והוסר-עיקביותו ביחס לגרסה שהעלה בקשר למעורבותו במעשה העבירה. מסרה זה חורג ממסגרת רשימה זו, שהרי עסקינו רק באותם מצבים שבהם הנאשם הוא המבקש להשתמש באמרה כהוכחה לטובתו.

79. *R. v. Storey, supra* note 75, at 338-339. לפיכך אף אין להתחשב בראיה זו בשלב של סיעור-הגנה כי אין להשיב לאשמה. *ibid.*, at 338. אף אין להתחשב באמרה זו כראיה להוכחתה של טענת-הגנה כלשהי שלה הנאשם טוען. ראה *R. v. Barbary, supra* note 75, at 249-250; *R. v. Donadlson, supra* note 43, at 65; *R. v. Newsome, supra* note 6, at 330; וכן ראה *R. v. Sparrow, supra* note 42, at 357; *R. v. Thompson* [1975] *Crim. L. Rev.* 35. ממקרה שבו האמרה הינה אחוזה ודבוקה בחלקיה המפלילים של הודאה, דהיינו: הודאה מעורבת. ראה *R. v. Hamand, supra* note 48; *R. v. Duncan, supra* note 48; כן ראה לעיל, סקסט להערות 63-68, ובמיוחד הערות 68-69.

80. *R. v. Storey, ibid.*, at 339; *R. v. Barbary, ibid.*, at 249-250; *R. v. Sparrow, ibid.*, at 365. והשווה ל-*R. v. McCarthy, supra* note 75, at 144-146 שם הועלה הקושי הפרקטי ביחס ליכולת של המושבעים לתפוש את ההבחנה לעניין קבילותה של הגרסה שהשמיע הנאשם מחוץ לכותלי בית-המשפט כאשר בחר לא להעיד. גישתו של *Lawton L. J.* היא, כי במקרה כזה השופט רשאי להסב את תשומת-לב המושבעים להימנעותו של הנאשם מלהעיד, ובלבד שלא ישתמע מכך כי ההימנעות כשלעצמה יכולה להיות ראיה להרשעתו. *ibid.*, at 146.

81. *Gooderson, supra* note 20, at 66-74; *Phipson, supra* note 43, at para. 33-52. וראה גם לעיל, הערה 46.

נראה לנו, כי ברוח זו יש אף לקרוא את דבריו של השופט ח' כהן בעניין קרנץ⁸² ואשר הובאו בפתח הדברים⁸³. באותו מקרה ביקש הנאשם לסמוך ממצא על דברים שאמר בהודעתו במשטרה כהוכחה לטובתו בדבר טענת-קנטור, כאשר בעדותו בבית-המשפט התכחש לה מכול וכל. אמנם מקרה זה הולם את הסיטואציה הראשונה שגדונה לעיל ביחס לאמרה מעורבת. אך התייחסותו של השופט ח' כהן באופן כללי לנפקותה הראייתית של אמרה שנעשתה על-ידי הנאשם מחוץ לכותלי בית-המשפט ואשר עליה הוא מבקש לסמוך כראיה להגנתו, הולמת דווקא את הסיטואציה הגדונה כאן, לאמור: כאשר האמרה היא כל-כולה אמרה לטובתו. לגישתו של השופט ח' כהן, אמרת נאשם שנעשתה מחוץ לבית-המשפט ואיננה הודאתו במובן סעיף 12 לפקודת הראיות, איננה עדות במשפט ואיננה יכולה לשמש ראיה לטובתו. ואלה דבריו:

רצה הנאשם שאמרתו שאמר מחוץ לבית המשפט תשמש ראיה לטובתו, עליו להעיד בבית המשפט ולאשרה בשבועה ולחשוף עצמו לחקירה נגדית עליה... אבל יהיו אשר יהיו התוצאות הצומחות לו לטובתו מן השימוש בזכות שתיקתו, התוצאה שיוכל לסמוך להגנתו על אמרתו שמחוץ לבית המשפט אינה נמנית עליהן. ואם בנאשם השותק ואינו מעיד – כן, בנאשם המעיד וסותר בעדותו את אמרתו – לא כל שכן שאינו יכול לסמוך על אמרתו שמחוץ לבית המשפט⁸⁴.

השופט ח' כהן אמנם לא התייחס לאפשרות קבילותה של האמרה כהוכחה בלבד לתגובת הנאשם לאשמה שהוטחה כלפיו על-ידי חוקריו. אך נראה, כי הטעם לכך נובע פשוט מן העובדה שבעניין זה לא חלקו כלל בעלי-הדין. מאחר שהאמרה היוותה חלק בלתי-נפרד מהודאת הנאשם שנתקבלה במסגרת ראיות התביעה כהוכחה נגדו, עלתה השאלה, אם ניתן אף להעניק לה מהות פרובטיבית כעדות, באופן שיהיה ניתן לסמוך עליה ממצא לטובת הנאשם. תשובתו של השופט ח' כהן עולה בקנה אחד עם גישת המשפט המקובל האנגלי ביחס לאמרות מן הסוג המתואר כאן. אף הסתמכותו על פסק-הדין האנגלי המנחה בסוגיה זו⁸⁵ מלמדת כי, למעשה, הוא מאמץ את ההבחנה שנעשתה שם בין קבילות האמרה להוכחת תגובתו של הנאשם בלבד, כחלק מן התמונה הכללית של התנהגותו באותו מעמד, לבין קבילותה של האמרה להוכחת העובדות הכלולות בה, באופן שיהיה ניתן לסמוך עליה ממצא לטובתו של הנאשם.

לפיכך, נראה לנו, כי אף ההסתמכות על דברי השופט ח' כהן בעניין קרנץ כבסיס וכיסוד הלכתי בסוגיה זו, צריכה להיות מסויגת לקושיה הראייתית שעלתה שם ושאליה, כאמור, התייחסו הדברים. במלים אחרות: אין הלכת קרנץ פוסלת את אפשרות קבילותה של אמרה מזכה מן הסוג הנדון בהקשר דברים זה כראיה להוכחתה של עובדת עריכתה

82 לעיל, הערה 8.

83 לעיל, סקסט להערה 9. והאחרון ביחס לדבריו של השופט ח' כהן בע"פ 316/64, 325/64 שסיגל

נ' היועמי"ש; היועמי"ש נ' ירקוני, פ"ד יח(4) 7, 41.

84 שם, בעמ' 474-475.

85 R. v. Storey, supra note 75.

כחלק מהוכחת התנהגותו הכללית של הנאשם במהלך החקירה⁸⁶. יחד עם זאת, תהא נפקותה הראייתית של האמרה מוגבלת כל עוד בחר הנאשם לשמור על זכות השתיקה⁸⁷. בסיפת דבריו המובאים לעיל, מתייחס השופט ח' כהן גם למקרה שבו הנאשם מתכחש בעדותו לאמרתו שמחויף לכותלי בית המשפט. זה היה המקרה שגדון בעניין קרנץ לעובדותיו. לגישתו של השופט ח' כהן, אין הנאשם יכול בנסיבות אלה לסמוך את הגנתו על האמרה. הגיונם של הדברים ברור. אם הנאשם עצמו בחר להסתייג מן האמרה מעל דוכן העדים, אין כל סיבה שבית המשפט ייחס לה משמעות פרוכטיבית כלשהי. אולם, את הדברים הללו יש לבחון כיום לאורו של סעיף 10א(א) לפקודת הראיות והפירוש שניתן לו בע"פ 610,501/81 אברהם צירא ואח' נ' מדינת ישראל⁸⁸, לאמור: כי סעיף 10א(א) חל גם על אמרת נאשם המעיד להגנתו במשפט. אמנם, הלכת אברהם צירא התייחסה לאמרת נאשם אחד כראיה נגד הנאשם עמו עליפי אותו כתבי אישום, אך לאור גישתו העקרונית של בית המשפט העליון שלפיה "עד" בסעיף 10א כולל גם את הנאשם שעלה על דוכן העדים ומעיד להגנתו⁸⁹, עולה השאלה האם גם אמרה מזכה שמסר הנאשם מחויף לכותלי בית המשפט תהא קבילה מכוח סעיף 10א(א) כאשר נותן האמרה, הנאשם, מתכחש לתוכנה בעדותו בבית המשפט. עליפני הדברים התשובה צריכה להיות חיובית. אמרה זו היא אמנם עדות שמיעה, אך סעיף 10א(א) מהווה חריג לכלל הפסילה ואין כל מניעה שלא להפעילו גם בסיטואציה זו⁹⁰. הגענו, אם כך, לתוצאה משפטית אבסורדית במשהו. כאשר הנאשם שותק, אין האמרה קבילה כראיה לאמיתות תוכנה. אך כאשר הנאשם מתכחש לה בעדותו, היא הופכת לעדות סובסטיבית במשפט. תוצאה זו על-פניה איננה מתיישבת עם הגיונם של הדברים שהשמיע השופט ח' כהן בעניין קרנץ. יחד עם זאת, נראה לנו, כי קבילות האמרה במקרה המתואר, תהא קבילות טכנית בלבד; שכן, למעשה, לא יינתן לאמרה משקל ראייתי כלשהו. זאת ברוח הדברים שהובאו⁹¹.

השאלה העולה מן הדיון היא, אם אין מקום לשינוי בתפישה המקובלת כלפי נפקותה ההוכחתית של אמרה מזכה מן הסוג הגדון כאן. הגימוק המועלה לתמיכה בתפישה זו הוא החשש מפני המצאה או בידוי של ראיה עליידי הנאשם בשלב המוקדם של איסוף ההוכחות נגדו. מטבע הדברים יקשה על הנאשם ליצור ראיות לטובתו, כאשר לשם כך הוא תלוי באחר. נוח וקל יותר מבחינתו להעלות בעצמו כבר בשלב המוקדם של חקירתו

86 וראה דברי הנשיא י' כהן בע"פ 168,115/82 מועדי, ואח' נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 40), 255-254 המפנה להלכות המשפט המקובל בנושא זה.

87 וראה גם ע"פ 316/64, 325/64 שפינל נ' היועמ"ש; היועמ"ש נ' ירקוני (לעיל, הערה 83), 41. כך, למשל, אין האמרה יכולה לשמש ראיה לסתור עדות שניתנה בבית המשפט. כן ראה דברי הנשיא י' כהן בע"פ 168,115/82 מועדי, ואח' נ' מדינת ישראל, שם.

88 פ"ד לו(4), 141, 151-149.

89 שם, עמ' 150.

90 וראה דברי הנשיא י' כהן, שם, עמ' 150-151.

91 ראה סעיף 10א(ג) לפקודה המעניק שיקול-דעת לבית המשפט, אם להעדיף את האמרה או חלקה על-פני עדותו של העד, אם לאו. ראה בעניין זה ע"פ 949/80 שוהמי, ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4), 62, 69.

גרסאות, אשר תשמשה אותו, בשלב ההוכחות במשפט, לכיסוס טענת חפותו. טענה זו יש בה ממש, כאשר מדובר באמרה שמסר הנאשם לחוקריו במהלך החקירה, כשהיא ערוכה ומסודרת על-ידיו, בפרט לאחר שנועץ בעורך-דין.⁹² היא אף מתקבלת על הדעת לגבי המקרה הרגיל של חקירת הנאשם במשטרה במסגרת ראיון או סדרת ראיונות, כאשר יש לו האפשרות, מבחינת נסיבות החקירה, לערוך את דבריו בזהירות ובכובר-ראש. אולם טענה זו מאבדת מעוצמתה, כאשר מדובר באמרה שהשמיע הנאשם מיד עם היתפשו, כחשוד בביצוע מעשה העבירה, או כתגובה ראשונה לאשמה שהוטחה כלפיו בגין אותה עבירה. כך, למשל, נאשם שנתפש וברשותו רכוש שהושג בעבירה. האם תגובתו המיידית של הנאשם כי לא ידע שהרכוש הושג במעשה עבירה או כי סבר לתומו כי הרכוש הינו שלו, איננה יכולה לשמש ראיה להוכחת חפותו? כלום אין בנסיבות מסירת האמרה ובתגובתו המיידית של הנאשם כדי להניח יסוד של "ספונטניות", אשר אולי איננו שולל לחלוטין, אך לפחות ממעיט באופן משמעותי מן החשש של המצאת ראיה על-ידי הנאשם? הוא-הדין כאשר נתפש הנאשם במקום התרחשותו של מעשה העבירה ולשאלת חוקריו הוא מספק מיד הסבר כלשהו, המתיישב עם גרסת חפותו במשפט. כלום אין בתגובה מיידית זו, ובנסיבות עריכתה, כדי להמעיט מחשש המהימנות הדיק באמרה ועליכן לאפשר לנאשם לסמוך עליה כעדות סובסטנטיבית במשפט? בעבר היה הנאשם פסול כעד להגנתו, כבעל עניין במשפט. לכן היה מקום לבסס את טעם פסילתה של אמרה שמסר מחוץ לכותלי בית-המשפט על נימוק דומה.⁹³ אך משהוטרה מגבלת הכשרות ועדותו של הנאשם להגנתו היא הוכחה במשפט, עולה השאלה מדוע לא לקבל כעדות מטעמו אף דברים שאמר מחוץ לבית-המשפט, כאשר בכוון של הנסיבות שבמסגרתן נאמרו הדברים להבטיח במידה רבה את מהימנותם? נראה כי לשאלה זו תהא חשיבות מעשית רק באותם מצבים שבהם נמנע הנאשם מלמסור עדות להגנתו, שהרי אם העיד ובמסגרת עדותו חזר והשמיע את הגרסה הכלולה באמרה, ניתן לומר כי החיזוק המיתוסף לדבריו באמצעות אותה אמרה פועל את פעולתו, מבחינה מעשית, כעדות. במלים אחרות: אם בית-המשפט מסתמך על עדותו של הנאשם כמהימנה, מכללא אף הסתמך על אמרתו שנתוספה אליה כאמרה קודמת של העד התומכת בעיקבותו.⁹⁴

אפשרות אחת היא לשלב את המקרה הנדון למסגרת קיימת של אחד התריגים לכלל הפוסל עדות-שמיעה, ובכך להכשיר את האמרה כראיה להוכחת העובדות הכלולות בה. אפשרות אחרת היא ליצור חריג נוסף, מיוחד, לכלל הפוסל עדות-שמיעה לגבי המקרה הנדון כאן. האפשרות הראשונה פשוט תבקש ל"דחוס" למסגרת חריג קיים לכלל הפסילה, המאפשר קבילותן של אמרות שנעשו מחוץ לכותלי בית-המשפט, גם אמרה מוכה שנעשתה על-ידי הנאשם. לעומת זאת, האפשרות השנייה תבקש להקים יש מאין

92 השווה ל: *R. v. Newsome*, supra note 6; וכן ראה *R. v. Pearce*, supra note 75, at 370; *v. McCarthy*, supra note 75, at 145-146.

93 ראה לעיל, הערה 4.

94 ראה לעיל, טקסט והערה 46 למקרה שבו הנאשם מתכחש לדברים שמסר מחוץ לכותלי בית-המשפט. ראה לעיל, טקסט להערות 88-91.

חריג חרש, המתייחס באופן ספציפי לאמרה מזכה שנתן הנאשם מחוץ לכותלי בית-המשפט.

(א) האפשרות הראשונה – שילובה של האמרה במסגרת אחד החריגים הקיימים לכלל הפוסל עדות-שמיעה

ראינו כי ייתכן שילוב כזה, כאשר נעשתה אמרה מזכה אגב הדארה והיא שלובה בחלקיה המפלילים של ההדארה, באופן שלא ניתן לנתקה מהם מבלי שהרעיון שביקש הנאשם לבטא בהודאתו יאבד ממשמעותו. אך גם ביחס למקרה זה הצבענו על הקושי העיוני שבקבילות האמרה המזכה כהוכחה לעובדות המפורטות בה⁹⁵. שילוב אפשרי אחר הוא כאשר ניתן לייחס את האמרה, מבחינת סדר-הזמנים ומעמד מסירתה, למסגרת ההתרחשות הנסיבתית של מעשה העבירה. כך, למשל, אפשר לראות באמרת נאשם שנעשתה מיד לאחר התרחשותו של המעשה "אמרה ספונטנית" ובלבד שנתקיימו תנאיו המיוחדים של החריג לכלל הפוסל עדות-שמיעה, הן ביחס לטיב האירוע והן ביחס לתוכן האמרה⁹⁶. העובדה שהאמרה נעשתה על-ידי מי שהוא הנאשם בביצוע המעשה, או שנעשתה בפני שוטר שהגיע למקום, הינה חסרת-משמעות בעניין זה. או, לדוגמא, אפשר לראות באמרת הנאשם שנעשתה בעת שנתפס כשוכש גנוב ברשותו, כאמרה הנלווית לאקט הפיסי של ההחזקה ומסבירה אותו, בנותנה לו משמעות משפטית מסוימת, והיינו: כמי שמחזיק ברכוש בסוכו בתוסלב שהוא הבעלים⁹⁷. אך שילוב האמרה במסגרת החריג של "אמרה ספונטנית" או החריג של "אמרה נלווית ומסבירה" מותנה בהתקיימות תנאיו המיוחדים של כל אחד מן החריגים. כך, למשל, לא די שהאמרה נעשתה על-ידי הנאשם מיד לאחר האירוע ובהזדמנות הראשונה, אלא צריך להוכיח כי אמנם נעשתה כשהנאשם היה עדיין תחת השפעתו של האירוע, אשר הוא, לאור נסיבותיו המיוחדות, היה מועזע ומרגש. במלים אחרות: הדגש איננו על סמיכותה בזמן של האמרה למעשה, אלא על סיבו המסוים של המעשה כמובן של כוח השפעתו על תגובתו הטבעית והמיידיית של מי שהיה מעורב בו או עד לו⁹⁸. ואי-הדיון ביחס לחריג של "אמרה נלווית ומסבירה". לא די שהנאשם התייחס בדבריו לרכוש, אשר נתפס ברשותו, אלא צריך להוכיח כי דבריו אלה נאמרו בעת שהרכוש היה עדיין ברשותו, והיינו: כאמרה הנלווית לפעולת ההחזקה ומסבירה אותה, להבדיל מאמרה המתארת או המתייחסת לפעולה שכבר נסתיימה⁹⁹.

95 לעיל, סקסט להערות 43–59.

96 לעיל, סקסט להערות 12–16; וכן ראה Wigmore, *supra* note, 12, at Sec. 1732.

97 ראה לעיל, סקסט להערות 18–20 וכן Wigmore, *ibid.*, at Secs. 1732, 1781. אך ראוי להדגיש, כי אין האמרה מהווה הוכחה לעובדות המתוארות בה במקרה דלעיל, והיינו: שהנאשם הוא הבעלים. כאמרה הנלווית לפעולת ההחזקה היא רק מעניקה לה משמעות משפטית מסוימת, והיינו: שהנאשם החזיק ברכוש בסוכו בתוסלב שהוא הבעלים, ועל-כן פעולתה ההוכחתית אף היא מוגבלת ומסוימת, והיינו: למנוע החלתה של החזקה הראייתית בדבר "חזקה תכופה". ראה שם.

98 לעיל, הערה 13.

99 לעיל, הערות 17–19.

עקרונית אף ניתן לשלב אמרת נאשם שנעשתה בפני חוקריו במסגרת החריג של אמרה אודות מצבו הנפשי או הפיסי של נותן האמרה (הנאשם)¹⁰⁰. כך, למשל, אפשר לומר, כי דבריו של הנאשם בעת מעצרו ואשר מתיישרים עם תחושת חפוטו קבילים כראיה מכוח אותו חריג. אך הפעלתו של חריג זה בנסיבות המתוארות תתרום תרומה הוכחתית דלה. אין היא מוסיפה ולא כלום מעבר לתיאור נסיבה נתונה כלשהי, דהיינו: הרגשתו של הנאשם בעת מעצרו. במלים אחרות: הפעלתו של החריג המתואר איננה משפיעה על השימוש ההוכחתי שיעשה ממילא באמרה כהוכחה לתגובת הנאשם עם מעצרו, אלא רק נותנת לה נפקות ראייתית נוספת, דהיינו: כי אמנם זו היתה תחושתו של הנאשם באותה עת. הוא הדין כאשר הנאשם משמיע בעת מעצרו הצהרה המתייחסת למצבו הגופני, כגון שאמר כי הוכה על-ידי המתלונן והוא חש כאבים בגופו. נניח שהנאשם יבקש לעשות שימוש הוכחתי בהצהרה זו במשפט פלילי שבו הוא מואשם בגין תקיפתו של המתלונן. הצהרה זו, ככל שהיא מתייחסת לתיאור מצבו הגופני של המצהיר, יכולה לשמש הוכחה לאמור בה, דהיינו: אודות תחושתו הפיסי של הנאשם בעת עריכתה (שהיא גם עת מעצרו). אך ככל שהיא מתייחסת לגורמיה של אותה תחושה, דהיינו: כי הוכה על-ידי המתלונן, אין היא קבילה מכוח אותו חריג כהוכחה לאמור בה¹⁰¹. מכל-מקום, אף לעניין זה מן הראוי להוסיף, כי שילובה של אמרה מוכה במסגרת החריג של "אמרה אודות מצבו הנפשי או הפיסי של נותן האמרה" היא מותנה בהתקיימותם של התנאים המיוחדים לתחולתו של החריג האמור, ובהקשר זה יש להדגיש במיוחד את התנאי כי מנסיבות מתן האמרה לא קיים החשש בדבר אפשרות המצאה או בידוי ראיה. כאשר מדובר באמרת נאשם, חשש כזה הינו משמעותי יותר, בפרט ככל שהאמרה "מתרחקת" ממועד ההתרחשות¹⁰².

(ב) האפשרות השנייה – חריג מיוחד לכלל הפוסל עדות שמיעה

אפשרות יצירתו של חריג מיוחד לכלל הפוסל עדות שמיעה מחייבת קודם כל הבחנה בין שלוש קבוצות של אמרות: הקבוצה האחת – אמרות שהשמיע הנאשם בפני חוקריו כבר בהודמנות הראשונה, כתגובה מיידית לאשמה שהוטחה כלפיו. הקבוצה השנייה – אמרות שנעשו על-ידי הנאשם בשלב מאוחר יותר, במהלך חקירתו בקשר לאותו מעשה עבירה. הקבוצה השלישית – אמרות שנעשו במסגרת הודאה שמסר הנאשם לחוקריו, אף כי אינן קשורות ואחוזות בחלקים המפלילים של ההודאה, עד כדי היותן חלק בלתי-נפרד הימנה. לגבי הקבוצה השנייה של אמרות אלו, למעשה, כל קושי לקבוע כבר מלכתחילה כי מעצם היותן מאוחרות, מבחינה משך הזמן שחלף מאז נחל בחקירתו ועד למסירתן, עולה ספק של ממש לגבי מהימנותן במובן זה שלא היו אלא פרי המצאתו של הנאשם, כניסיון ליצור ראיות לגרסת חפוטו במשפט. לעניין זה אין נפקא מינה אם נערכה האמרה לאחר שקיבל הנאשם יעוץ משפטי או לא. די שהיה לו סיפק להתרשם מן החקירה ולערוך את הדברים בכיוון הרצוי לו, כדי שנאמר כי ספק המהימנות לגבי

100 ראה לעיל, טקסט והערות 21-23.

101 Wigmore, *supra* note 12, at Sec. 1722.

102 Wigmore, *ibid.*, at Secs. 1714, 1719, 1731-1732.

אותה אמרה מחייב פסילתה כהוכחה לעובדות המתוארות בה¹⁰³. יחד עם זאת ראוי להדגיש, כי אין המדובר במבחן הזמן שחלף מאז האירוע ועד למתן האמרה, אלא במבחן הזמן שחלף מאז הוחל בחקירת הנאשם בקשר לאותו אירוע, באופן שהיתה לו כבר האפשרות לעמוד על חומרת מצבו, כמו שהוא נחשד בביצוע מעשה העבירה¹⁰⁴. לגבי הקבוצה השלישית של אמרות, יש להניח תחילה, כי הן נכללות בגדר הקבוצה השנייה לעניין משך הזמן שחלף מאז הוחל בחקירת הנאשם, אלא שבהבדל מן המקרה הקודם מיתוסף במקרה זה הנתון כי אין המדובר באמרה מזכה יחידה ונפרדת, אלא באמרה מזכה שנעשתה במסגרת הודאה שמסר הנאשם לחוקריו, אף כי אין היא מהווה חלק בלתי-נפרד הימנה. השאלה היא, אם עובדת הימצאותה הפיסית של האמרה במסגרת הודאת הנאשם מקנה לה ערובת מהימנות מיוחדת, שלא היתה זוכה לה אילו נמסרה בנפרד, כאמרה מזכה? עלינו הדברים מתחייבת תשובה שלילית. אם משך הזמן שחלף בין תחילת חקירתו של הנאשם ועד למועד מסירת האמרה הוא גורם שיש להביאו בחשבון לעניין החשש מפני בידוי ראיה, מאי נפקא מינה אם נעשתה האמרה כאמרה בודדת או כאמרה אחת מבין כמה אמרות, ואפילו הן מפלילות בתוכנן את הנאשם? אף אין לומר, כי המבחן לקבילותה של הודאת נאשם, קרי: מבחן הרצון החופשי, מבטיח גם את מהימנותה של אמרה מזכה, אשר נעשתה באותו מעמד ובמסגרת ההודאה. החשש כי הנאשם בדה ראיה לטובתו עדיין קיים גם אם מבטיחות נסיבות מתן ההודאה, אשר בה נכללת האמרה, כי זו נעשתה חופשית ומרצון. המסקנה המתבקשת היא אפוא, כי גם לגבי אמרות מן הסוג השני אין מקום ליצירתו של חריג מיוחד לכלל הפוסל עדות-שמיעה. זאת בכפוף לכך – כפי שהנחנו לעיל – כי לא נעשו מיד כשהוטחה האשמה כלפי הנאשם, אלא בשלב מאוחר יותר של החקירה. האפשרות לפיה נעשתה אמרה מזכה במסגרת ההודאה בהודמנות הראשונה נכללת במסגרת הדיון בקבוצת האמרות הראשונה שהצגנו לעיל.

אם כך, נותרה רק הקבוצה הראשונה של אמרות, המדגישה את תגובתו המיידית של הנאשם לאשמה שהוטחה כלפיו, כלומר: אמרות שהשמיע הנאשם בפני חוקריו כבר בהודמנות הראשונה. עלינו, כמובן, להניח כי בשל הנסיבות שבהן ניתנה האמרה או בשל תוכנה, לא ניתן לשייכה לגדר אחד מן החריגים הקיימים לכלל הפוסל עדות-שמיעה¹⁰⁵. השאלה היא אם די בעובדה שהאמרה נעשתה על-ידי הנאשם בעת מפגשו הראשונה עם חוקריו וכתגובה מיידית לאשמה שהוטחה כלפיו, כדי לשלול את ההנחה בדבר המצאה או בידוי ראיה, אשר מטילה, כאמור, ספק מהימנות באמרה מזכה. הספק רב. ברור הוא, כי לא ניתן לכלול במסגרת זו את כל המצבים האפשריים להתרחשותו של עימות בין הנאשם לבין חוקריו. כך, למשל, האם נבחין בין עימות שנעשה בעת תפישתו של הנאשם או מעצרו לבין עימות שנעשה במשטרה, לאחר שהנאשם זומן לחקירה בלבד? האם נבחין בין נאשם שהיגו עברייני מועד, ובפרט "שעיסוקו" הפלילי בתתום זה של עבירות, לבין נאשם אשר זו לו הפעם הראשונה

103 אף כי יכול שתשמש הוכחה לעובדת עשייתה בלבד, בהציגה תמונה מלאה ושלמה אודות התנהגותו של הנאשם ותגובותיו במהלך החקירה. על כך ראה לעיל, טקסט להערות 74-91.

104 מבחן הזמן שחלף מאז ההתרחשות ועד שהוחל בחקירתו של הנאשם יהיה רלבנטי לצורך בחינת הקבוצה הראשונה של האמרות.

105 לכך התייחסנו לעיל במסגרת האפשרות הראשונה. ראה לעיל, טקסט להערות 95-102.

שנחשד כמעורב בביצוע מעשה עבירה? וכן, האם נביא בחשבון את הנסיבות הקשורות בחקירת המשטרה עד למועד תפישתו של הנאשם, כגון שנתפש כעבור זמן רב ולאחר שניתן פירסום בכלי התקשורת לנסיבות המעשה, מצד אחד, ולחיפושיה של המשטרה אחר החשוד בביצועו, מצד שני. אלה הן דוגמאות בלבד לקושי המסתמן ביחס לאפשרות יצירתו של חריג מיוחד לכלל הפוסל עדות שמיעה לשם קבילתן של אמרות מזכות כעדות לטובת הנאשם, רק משום שנעשו על-ידי בהודמנות הראשונה שבה הועמד בעימות מול חוקריו.

אפשר לומר, על דרך ההשאלה מן החריג של "אמרות ספונטניות", כי אמרה שנעשתה על-ידי הנאשם בעת מעצרו כחשוד בביצוע מעשה העבירה, תהא קבילה להוכחת העובדות הכלולות בה; שכן די בטיבו המרגש של האירוע כדי להשפיע על תגובותיו של הנאשם, עד כי יפלוט באופן ספונטני דברי אמת. בדרך זו הגבלנו מראש את תחום חלותו של החריג לאמרות מזכות שנעשו במעמד מסוים. אך עדיין לא נפתר הקושי של הבחנה בין מצבים שונים או נסיבות צפויות להתרחשותו של המעמד. האומנם ניתן לקבוע באופן החלטתי כי מעצר כשלעצמו הוא מאורע מרגש ומוזעזע, עד כי יש בכוחו להשפיע על תגובותיו של כל עצור? נראה, כי די בדוגמאות שהובאו לעיל כדי להשיב בשלילה. לפיכך, גם אם נבקש להקיש מן החריג של אמרות ספונטניות, יהיה עלינו לסייג את המושג "מאורע מוזעזע ומרגש" לנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. במלים אחרות: כדי שאמרה מזכה שנעשתה על-ידי הנאשם בעת מעצרו תהא קבילה כהוכחה טובסטנטיבית, צריך שבית המשפט ישתכנע מן הנסיבות כי לגבי אותו נאשם ספציפי המעצר מהווה אירוע טראומטי, עד כי יש להניח שכל אדם סביר אחר במקומו היה אף הוא מגיב באותן נסיבות באופן ספונטני ובלא שהיה סיפק בידיו לכלכל את מחשבותיו. הדגש יהיה, מן הצד האחר, על התרחשותה של האמרה בעת המעצר ממש, ומן הצד השני – על טיבו המסוים של האירוע, לאמור: שהיה בו כדי לזעזע ולרגש את הנאשם, ועל-כן מבחינה אובייקטיבית ניתן להניח כי תגובתו היתה תגובה ספונטנית ובלתי-מתוכננת.

אך גם אם נאמר, כי מבחינה עיונית ניתן לקבוע חריג מיוחד לקבילתן של אמרות מזכות, עדיין יש מקום לבחון את השאלה, אם בכלל נחוץ חריג זה בדיני הראיות הישראלים, באופן שבלעדיו תהליך בירור האמת במשפט עלול להיכשל¹⁰⁶. מאחר שמבחינה מעשית תהא לאמרת הנאשם כראיה לתוכנה חשיבות הוכחתית של ממש רק כאשר נמנע הנאשם מהעיד¹⁰⁷, נוגעת השאלה בזכות השתיקה של הנאשם במשפט. נראה לנו, כי משהוסרה מגבלת הכשרות של הנאשם כעד במשפטו, לא קיים הצורך, מבחינת תהליך בירור האמת, להכשיר את קבילתה כראיה לתוכנה של אמרה שמסר הנאשם

106 לפי התפישה המסורתית של הכלל הפוסל עדות שמיעה, היווצרותו של חריג לכלל מונעת על-פי שני שיקולים: השיקול האחד – הסתברות גבוהה של מהימנות הדברים לאור הנסיבות שבמסגרתן נאמרו. השיקול השני – נחיצות האמרה כראיה לתוכנה לשם בירור האמת במשפט. ראה Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (Boston, Chadbourne rev., 1974) Vol. 5, at Secs. 1420-1422.

107 ראה לעיל, טקסט להערה 94.

כפני חוקריו ואשר איננה נוגדת את עניינו במשפט. אם הנאשם חפץ לבסס את הוכחתו במשפט על תוכן האמרה, יעלה על דוכן העדים ויחשוף את עצמו לחקירה שכנגד בקשר לגרסה הכלולה בה. אף אין לומר, כי בכך נפגעת זכות השתיקה של הנאשם. הבחירה היא בידי והשיקולים הם שלו, כחלק בלתי נפרד ממערך ההגנה הכללי שהוא בונה במשפטו. העובדה שאיננו יכול להזיח את טענתו באמצעות אמרה שהשמיע מחוץ לכותלי בית המשפט היא בהחלט אחד מן השיקולים שעליו להביא בחשבון לצורך החלטתו אם למסור עדות אם לאו. אך מן ההיבט של כלל הפסילה וטעמיו, אין הצדקה לקבילותה של אמרה שנעשתה מחוץ לכותלי בית המשפט כעדות סובסטנטיבית, כאשר בידי בעל הדין (הנאשם) קיימת האפשרות להשמיע את נותן האמרה (הנאשם) כעד במשפט¹⁰⁸.

ה. תזכיר חוק הראיות, תשמ"ח – 1985

בתזכיר חוק הראיות שפרסם משרד המשפטים בשנת תשמ"ח-1985, מוצע לשנות שינוי מהותי בבסיסו של הכלל הפוסל עדות שמיעה ולהעמיד את כלל הפסילה על ההבחנה בין עדות מפי השמועה מכלי ראשון לבין עדות מפי השמועה שאיננה מכלי ראשון. כזו כן זו, כל אחת מהן תהא קבילה במשפט. אך על-פי ההצעה האמורה יהיו תנאי קבילותה שונים. "עדות מפי השמועה מכלי ראשון" מוגדרת בסעיף 17(א) להצעה כ"עדות על אמרה שהער שמע מפי אדם או שקיבל מידי אדם, שאמרתו נוגעת לנידון והיא מבוססת על מה שאותו אדם קלט בעצמו בחושי כחם לאותו נידון". עדות כזו תהא קבילה על-פי סעיף 17(ב), אם נתקיים אחד מאלה:

- (1) נותן האמרה הוא עד במשפט.
 - (2) אי אפשר, במידת הסבירות, להביא את נותן האמרה כעד לבית המשפט. אולם עדות כזו לא תהיה קבילה, אם יוכח שהעד המביא את העדות השתמש בעצמו, או היה שותף לשימוש, באמצעי פסול, כדי להגיא את נותן האמרה מלבוא לבית המשפט או כדי למנוע את הופעתו בבית המשפט.
- מאחר שעסקינו באמרת נאשם, שנמסרה מחוץ לכותלי בית המשפט ואיננה בגדר הודאת נאשם¹⁰⁹, הרי שההבדל, במקרה של עדות מפי השמועה מכלי ראשון, לא יתבטא

108 שונה מצב דברים זה מן המקרה שגורן בע"פ 610,501/81 אברהם צירא נ' מדינת ישראל (ולעיל, הערה 88), לעניין קבילותה של אמרה בכתב שמסר הנאשם כעדות נגד הנאשם עמו באותו כתב-אישום מכוח סעיף 10א(א) לפקודת הראיות. שם החשש מפני אפשרות הפללתו של חברו, הנאשם עמו, הוא העשוי להגיא את הנאשם מלמסור עדות, לאמור: שיקול חיצוני שאינו נוגע כלל במסכת ראיותיו ובענייניו של הנאשם הוא שיניעו לבחור בשתיקה, ובכך עשוי אף להשפיע על מערך הגנתו, מצד אחד, וחיוק הראיות שהובאו להרשעתו, מצד שני. ראה דברי השופטת בדפורה, שם בעמ' 154-155; וכן ראה נ' ולצמן, "נאשמים במשותף וסעיף 10א(א) לפקודת הראיות (נוסח חדש)" עיריני משפט ט (תשמ"ד) 625, 649-651.

109 להודאת נאשם יחידה הוראה נפרדת בתזכיר חוק הראיות האמור. סעיף 37 מציע שתי גרסאות חלופיות להוראה בדבר תנאי קבילותה של אמרת נאשם שנעשתה מחוץ לבית המשפט כראיה נגדו במשפט פלילי.

בנסיבות עריכתה של העדות אלא באפשרות השמעתה של העדות מפי נותן האמרה – בענייננו, הנאשם. במלים אחרות: כאשר הנאשם נמנע מלמסור עדות להגנתו במשפט, יהיה עלינו לומר, לצורך החלת סעיף 17(ב2), כי אי־אפשר במידת הסבירות להביא את נותן האמרה כעד לבית־המשפט. מנסחי החוק המוצע לא היו צרים לאפשרות שהנאשם הוא שיבקש להגיש כראיה מטעמו אמרה שמסר מחוץ לכותלי בית־המשפט, אלא התייחסו רק למקרה שבו נותן האמרה הינו עד מטעם אחד מבעלי־הדין במשפט, להכריע מבעלי־הדין עצמו. לפיכך, אם יתקבל הנוסח המוצע במתכונת זו, יהיה עלינו לקרוא את מלות רישת הסעיף האמור על־דרך ההרחבה, באופן שתכלולנה גם את המקרה הנדון כאן. יחד עם זאת, מאחר שעל־פי ההצעה אין עוד נפקות לנסיבות מתן האמרה, כדי להבטיח את מהימנות תוכנה, אלא כל אמרה שנעשתה מחוץ לכותלי בית־המשפט והיא נופלת לגדר "עדות מפי השמועה מכלי ראשון" תהא קבילה – ממילא על־פי סעיף 17(ב2) המוצע, גם אמרה שערך הנאשם והכין לו מבעוד מועד תהא קבילה במשפט כהוכחה לטובתו, מבלי להכנס כלל לשאלה באילו נסיבות נמסרה האמרה והאם היתה בגדר תגובה ספונטנית להאשמה שהוטחה כלפיו, או ראיה שהמציא לטובתו. כל זאת בכפיפות, כמובן, לכלל הרלבנטיות. זו היא גישתה העקרונית של ההצעה החדשה, לאמור: "כל דבר העשוי להביא לידי הוכחת נידון קביל כראיה, בכפוף לאמור בחוק זה" (סעיף 3 להצעה). לפיכך, אף עדות מפי השמועה תהא על־פי אותה גישה עקרונית קבילה, אם היא רלבנטית, אלא שלעניין תנאי קבילות ההצעה מפרדה ומבחינה בין סוגי העדות, לאמור: אם זו עדות־שמיעה מכלי ראשון או מכלי שני ושלישי. חשש המהימנות לגבי אמרת נאשם שנעשתה מחוץ לכותלי בית־המשפט והתומכת בגרסתו במשפט ישפיע, ללא ספק, על משקלה הראייתי של האמרה. כך, למשל, תהא נפקות לנסיבות הסובבות את מתן האמרה, כגון אמרה שנעשתה על־ידי הנאשם כתגובה מיידית לאשמה שהוטחה כלפיו מיד עם תפישתו או מעצרו, איננה כאמרה שנעשתה על־ידי בושלב מאוחר כלשהו של החקירה, כאשר כבר היה מודע לחקירה המתנהלת בעניינו ויש להניח כי הקדים והכין לו תשובות הגותות לגרסת הגנתו. או, למשל, תהא נפקות לעובדה שהנאשם נמנע מלהעיד כעד להגנתו ובכך לחשוף את עצמו לחקירה על־ידי בעלי־הדין שכנגד (התביעה) בקשר לדברים שמסר מחוץ לבית־המשפט. אמנם נכון הוא, כי הדימועות כשלעצמה איננה שיקול למניעת קבילותה של האמרה כראיה. הוא־הדין במקרה שבו הנאשם מתכחש בעדותו לתוכן האמרה. אך להתנהגות הנאשם בבית־המשפט, מבחינת התייחסותו שלו לאמרה שמסר, תהיה השפעה על המשקל הראייתי שיידחס לדברים שמסר מחוץ לבית־המשפט; שהרי ממה נפשך: אם הנאשם עצמו איננו מוכן לעמוד מאחורי הדברים שמסר, בין שאיננו מוכן כלל למסור עדות ובין שהוא מתכחש להם בעדותו – מדוע ייחס להם בית־המשפט ערך ראייתי כלשהו? לעניין זה יש אף להפנות לסעיף 54 של החוק המוצע, אשר קובע כי "בית־המשפט לא יפסוק על־סמך אמרה של אדם שלא העיד במהלך המשפט, אלא־אם־כן יש בחומר הראיות דבר לחיזוקה". הוראה זו יש לשלב יחד עם סעיף הקבילות הכללי (סעיף 3 לחוק המוצע) ועם ההוראה המאפשרת קבילותה של עדות מפי השמועה. אמרה שנעשתה מחוץ לכותלי בית־המשפט ספק המהימנות דבק בה, גם על־פי הגישה החדשה המסתמנת בחוק המוצע. ספק זה איננו גורם משפיע על קבילות האמרה כראיה, אך ללא ספק הוא נושא משקל

רבי-משמעות לעניין הערכת ערכה ההוכחתי ויכולתה להוות בסיס יחיד להכרעה במחלוקת העובדתית.

ו. סיכום

חשש המהימנות הדבק באמרה שנתן נאשם מחוץ לכותלי בית-המשפט ואשר אותה הוא מבקש להביא במשפט כראיה לטובתו, היא סיבת פסלותה של האמרה. חשש זה מבוסס על שני טעמים: הטעם האחד, זו אמרה שנעשתה מחוץ לכותלי בית-המשפט. הטעם השני, זו אמרה שנעשתה על-ידי הנאשם. הטעם הראשון מדגיש את טיבה של האמרה, דהיינו: היותה עדות שמיעה. כאמרה שנעשתה מחוץ לכותלי בית-המשפט, קיים החשש לגבי מהימנות תוכנה. לכן כל עוד שלט בכיפה בדיני הראיות הישראליות הכלל הפוסל עדות שמיעה, פסולה האמרה כהוכחה לעובדות המתוארות בה. הטעם השני מדגיש את נותן האמרה בבחינת האינטרס שיש לו במשפט, אשר בו היא עתידה להיות מוגשת כראיה. בהיותה אמרת נאשם שנעשתה מחוץ לכותלי בית-המשפט, קיים החשש של בידוי או המצאה מראש של ראיה על-ידי הנאשם התומכת בגרסת הגנתו. חשש זה משפיע על קבילותה של האמרה, אפילו כראיה לעובדת עשייתה בלבד, לאמור: אם כל תכליתה היא אך להצביע על דברים שהשמיע הנאשם בהזדמנות קודמת, אין כל צורך בה, משום שמבחינה הוכחתית אין היא תורמת תרומה כלשהי למחלוקת. במלים אחרות: האמרה ככזו איננה רלבנטית במשפט. יחד עם זאת, אין לשלול אפשרות התקיימותם של חריגים לכלל הפסילה המתואר, אלא שגם לעניין זה יש לערוך את הבחינה תוך שימת-לב לכל אחד מן הטעמים המרכיבים את תירוצי הפסילה. ראשית, יש לבחון האם אמרת הנאשם שנעשתה באותן נסיבות הינה בכלל רלבנטית במשפט, דהיינו: האם יש צידוק הוכחתי מיוחד להבאתה בפני בית-המשפט כראיה, מעבר לעובדה שהיא תומכת בגרסת הנאשם. שנית, יש לשאול, האם יש לקבל את האמרה כראיה במשפט לעובדת עשייתה בלבד, או שמא כעדות סובסטנטיבית, דהיינו: להוכחת העובדות הכלולות בה. מן הדין שנערך במסגרת מאמר זה ניתן להעלות את המסקנות דלהלן:

(א) יש להבחין בין אמרה שנעשתה על-ידי הנאשם בשלב כלשהו של התרחשות מעשה העבירה, או סמוך לאחריו ועדיין תחת השפעתו, לבין אמרה שנמסרה על-ידיו בשלב כלשהו של חקירתו בקשר לאותו מעשה. אמרה מן הסוג הראשון הינה רלבנטית, כחלק מן הנסיבות הקשורות בהתרחשות המעשה. אך עדיין ייוותרו לגבי קבילותה הקושי של עדות-שמיעה. לעניין זה אין להבחין בין אמרת נאשם לבין כל אמרה אחרת שנעשתה באותן נסיבות, לאמור: אם ניתן לשלבה במסגרת חריג כלשהו לכלל הפסילה, יש לקבלה להוכחת העובדות המתוארות בה. אמרה מן הסוג השני נתקלת הן במכשול הרלבנטיות והן במכשול של עדות-שמיעה. לגבי המכשול הראשון, דהיינו: כדי שהאמרה תהא רלבנטית במשפט, תהא נפקות למעמד מסירת האמרה ולנסיבות הקשורות בנתינתה, כדי להסיר חשש בדבר בידוי ראיה, מצד אחד, ולהציג בפני בית-המשפט תמונה מלאה בדבר התנהגותו של הנאשם ותגובותיו לאשמה שהוטחה כלפיו בקשר למעשה העבירה, מצד שני. לגבי המכשול השני, דהיינו: כדי שהאמרה תשמש הוכחה

סובסטנטיבית במשפט, השאלה עולה בדבר אפשרות שילובה של האמרה במסגרת חריג קיים לכלל הפוסל עדות. שמיעה, או בדבר יצירתו של חריג נפרד וטיפוסי לסוג זה של אמרות. לעניין אחרון זה נראה, כי מן ההיבט של הכלל הפוסל עדות שמיעה יש להבדיל בין אמרה שנעשתה במסגרת הודאה שמסר הנאשם לחוקריו, כשהיא אחוזה ודבוקה בחלקיה המפלילים, לבין אמרה נפרדת שמסר הנאשם לחוקריו. בעוד שקיימת המוכנות לקבל אמרה מן הסוג הראשון כעדות במשפט, כאשר היא מהוזה חלק בלתי-נפרד מן הרעיון הכללי שביקש הנאשם לבטא בהודאתו, הרי לגבי אמרה שכלי-כולה מזכה קיים קושי מהותי, הן לגבי השיקול בדבר נחיצות קבילותה והן לגבי השיקול בדבר הבטחת מהימנותה בנסיבות עריכתה.

(ב) אפילו תוכשר קבילותה של אמרת נאשם כעדות סובסטנטיבית במשפט, עדיין תהא נפקותה ההוכחתית, מבחינת ערכה הפנימי ותרומתה למחלוקת, מותנית בקרה-הגנה שיבחר בו הנאשם במשפט, לאמור: האם ימסור עדות במשפט או יכחז בשתיקה? ובהנחה שיעלה על דוכן-העדים, האם בעדותו יתכחז לתוכן האמרה או יאשרנה ויחשוף את עצמו לחקירה-נגדית ביחס לדברים הכלולים בה? גם כאשר אמרת הנאשם תתקבל כהוכחה לעובדת אמירתה בלבד, יושפע תפקידה ההוכחתי מעמדת-ההגנה שינקוט הנאשם במשפט. אולם אפילו יחזור בעדותו על הדברים שמסר במסגרת אותה אמרה, זו משמשת רק כחיזוק למהימנותו כעד ולא יותר.