

עדות "שיטה" כראיה מסייעת — מבחן שונה לקבילות? *

(ע"פ 679/78 כהן נ' מדינת ישראל¹)

מאת

ד"ר נינה זלצמן **

א. כלל הפסילה ועדות "שיטה". ב. הצגת הכעיה. ג. נישת בית המשפט כע"פ 679/78 כהן. ד. בחינת הפיגיה. 1. עדות שיטה היא ראיה נסיבתית. 2. שיטה המתגלה ממעשים שאינם נכללים בכתב האישום. 3. כיצד תיקבע מידת הדמיון הדרושה להוכחת "שיטה" ושאלת השימוש שיעשה בראיה. 4. הבחנה בין קבילות העדות ובין משקלה כראיה ושאלת השימוש שיעשה בה. 5. שיטה המתגלה מן המעשים המפורטים בכתב האישום — האם יש לנקוט גישה שונה? ה. הצעה לשינוי ההלכה המקומית בנושא.

א. כלל הפסילה ועדות "שיטה"

כלל הוא בדיני ראיות, כי אין התביעה רשאית להציג בפני בית המשפט, בשלב בירור אשמתו של הנאשם, ראיה הנוגעת להתנהגותו של הנאשם בהודמנויות אחרות והמצביעה על אופיו הרע או על נטייתו המיוחדת לבצע את העבירה שבה הוא מואשם². הטעם לכלל הפסילה נעוץ בחשש מפני משוא פנים ועיוות דין, לאמור, שמא תיצור הראיה בלב השופט היושב לדין דעה קדומה נגד הנאשם, ובהעמידו אותו בחזקת עברייני מועד. יגיע השופט ביתר קלות לידי הרשעתו בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום שלפניו³.

כלל הפסילה האמור איננו מוגבל בהיקפו רק להרשעות קודמות של הנאשם⁴, אלא

* תודתי נתונה לפרופ' ש' גוסטר ולפרופ' א' הרנון, שהואילו לקרוא רשימה זו ולהעיר את הערותיהם.

** מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

1 פ"ד לד(1) 480.

2 ראה בנושא זה א' הרנון, דיני ראיות ב (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשל"ו) 369 ואילך; R. Cross, *On Evidence* (London, 5th ed., 1979); 355—403; J. Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence* (Boston, 3rd ed., 1940) Vol. 1, §§ 193—194.

3 ע"פ 361/70 ג'יבארה נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(2) 747, 751; ע"פ 409/74 שאבי נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 587, 588; לנימוקים נוספים ראה ע"פ 265/64 שיוביץ נ' היוה"מ, פ"ד יט(3) 421, 441; ע"פ 95/50 אריבא נ' היוה"מ, פ"ד ה 1200, 1205; כן ראה: Wigmore, *ibid*; McCormick, *Handbook of the Law of Evidence* (St. Paul, Minn., 2nd ed., by E. W. Cleary, 1972) 447.

4 וראה סעיף 146 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965, והערה 9 להלן.

הוא מתפשט, כאמור, ביחס לכל התנהגות או מעשה המעידים על אופיו השלילי של הנאשם.⁵ אך יש להציב סייג לכלל: כאשר נדרשת הראיה להוכחת העבירה, נשוא כתב האישום, נדחה הטעם העומד מאחורי כלל הפסילה מפני כוחה הפרובטיבי של הראיה. כלומר, בשל חיוניותה להוכחת האשמה ומידת הרלוונטיות שלה לשאלה השנויה במחלוקת, שהיא מעבר להצגת אופיו השלילי של הנאשם ונטייתו לבצע מעשים מסוג המעשה נשוא כתב האישום.⁶

כך, למשל, לא יחול כלל הפסילה כאשר עובדת הרשעתו של הנאשם בעבירה מסוימת היא יסוד מיסודותיה של העבירה, נשוא כתב האישום,⁷ או כאשר המעשה האחר הוא חלק בלתי נפרד בשלשלת נסיבותיו של המעשה או "העסקה" הנוכחיים,⁸ או כאשר הנאשם הוא המעלה בפני בית המשפט טענות או עובדות המצביעות על אופיו החיובי או על עברו "הנקי".⁹ והוא הדין כאשר נדרשת העדות על אודות התנהגותו השלילית של הנאשם בהודמנויות אחרות, כדי להוכיח "שיטה" מיוחדת שנקט הנאשם בביצוע המעשים האחרים, המאפיינת בסממניה אף את אופן ביצועו של המעשה הנוכחי, נשוא האישום, או כדי לסתור ולהפריך טענה אפשרית של הנאשם בדבר העדר כוונה פלילית. סייג או חריג זה לכלל הפסילה ידוע במשפט המקומי במינוחו המשפטי כעדות

5 ראה שתכליתה להצביע על התנהגותו החיובית של הנאשם בהודמנויות אחרות תיפסל מן הטעם שאינה רלוונטית במידה מספקת ועל כן היא עלולה לגרור את בית המשפט לבידורן של שאלות שהן צדדיות למחלוקת. ראה ע"פ 265/64 שויביץ (לעיל, הערה 3) 438; הרנון (לעיל, הערה 2) 371; 356; Cross (*supra*, note 2). אך ראה Wigmore § 195 (*supra*, note 2).

6 ראה ע"פ 265/64 שויביץ הנ"ל, בעמ' 447; ע"פ 361/70 ג'יבארה (לעיל, הערה 3); Wigmore, *ibid*, § 216. הדגש הוא על מידת או על דרגת הרלוונטיות, שכן גם כאשר כל כוחה הפרובטיבי של העדות הוא בכך שהיא מצביעה על נטייתו של הנאשם לבצע מעשים מסוג מעשה העבירה המיוחס לו, ניתן לומר כי העדות היא רלוונטית במידה כלשהי למחלוקת. אף-על-פי כן חל לגביה כלל הפסילה, כאמור. על כן, השאלה הנבחנת תהיה באיזו מידה רלוונטית העדות להוכחת השאלה השנויה במחלוקת. ראה: L. H. Hoffmann, וכן Boardman v. D.P.P. [1974] 3 All E.R. 887; "Similar Facts After Boardman" 91 L. Q. Rev. (1975) 193; R. Cross, "Fourth Time Lucky — Similar Fact Evidence in the House of Lords" (1975) *Crim. L. Rev.* 62.

7 ראה ע"פ 115/66 היימן נ' היוה"מ, פ"ד כ(3) 421; שם הואשם המערער בנהיגה ללא רישיון וללא ביטוח ברי-תוקף. לשם כך נזקקה התביעה להרשעתו של הנאשם ולפסילת רישיון הנהיגה שלו כיסוד לעבירה הפלילית שבה הואשם בכתב האישום, נשוא הערעור.

8 ראה: 448; McCormick (*supra*, note 3) 378—386; Cross (*supra*, note 2).

9 ראה סעיף 146 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965. כאשר הביא הנאשם ראיה על אופיו הטוב, ממילא הפכה להיות שאלה זו, כחלק מנושא המהימנות, שאלה שבמחלוקת ועל כן ראיה על אופיו השלילי היא חיונית במובן המתואר למעלה. והשווה בעניין זה לע"פ 113/79 רכטמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 261, 273—274.

כאשר הואשמו שני נאשמים או יותר, בכתב אישום אחד, והאחד מהם בחר להעיד כעד מטעמו, אך במהלך עדותו גולל את האשמה על כתפי חברו, רשאי האחר לחקרו בחקירה נגדית ובמסגרת זו, כדי לערער את מהימנותו, להעלות את הרשעותיו הקודמות. ראה ע"פ 152/52 מורחי נ' היוה"מ, פ"ד ז 306, 310.

"שיטה" או עדות על "מעשים דומים"¹⁰. ההבחנה בין שני המושגים הללו נעוצה בתכלית השונה, אשר לשמה נדרשת עדות על אודות מעשים אחרים של הנאשם, הדומים בתכונותיהם למעשה המיוחס לו בכתב האישום. עדות "שיטה" משמשת להוכחת עצם ביצועו של מעשה העבירה בידי הנאשם. לעומתה, עדות של "מעשים דומים" מכוונת לתקוף טענה אפשרית של הנאשם בדבר העדר כוונה פלילית, כאשר ביצוע המעשה אינו שנוי במחלוקת. ההבחנה האמורה בין המושגים הללו מדגישה את מידת הדמיון בין התכונות המיוחדות המאפיינות כל אחד מן המעשים השונים (כולל המעשה נשוא כתב האישום), אשר נדרשת כתנאי לקביעת כוחה או ערכה הפרובטיבי של העדות ועל כן לקבילותה. כדי שניתן יהיה ללמוד על "שיטה" שהיא מיוחדת ואופיינית לנאשם דווקא בביצועם של מעשים דומים אחרים, ואשר מתגלה גם בביצועו של המעשה המיוחס לו בכתב האישום, נדרשת מידה גבוהה ביותר של דמיון, בבחינת "דמיון הזועק לעין"¹¹ או "כרטיס ביקור שלו שהשאיף הפושע במקום הפשע"¹². לעומת זאת, ניתן יהיה להסתפק במידה פחותה יותר של דמיון כדי להוכיח "מעשים דומים" של הנאשם ובכך לשלול טענה אפשרית בדבר העדר כוונה פלילית בביצוע המעשה, נשוא כתב האישום.¹³

ב. הצגת הבעיה

השאלה בדבר קבילותה של עדות "שיטה" כחריג לכלל הפסילה עלתה לאחרונה בבית המשפט העליון, אך באספקט מיוחד במינו, דהיינו, מן ההיבט של דרישת הסיוע. מוקד הבעיה הוא, האם ניתן למתן את הדרישות לקבילותה של עדות "שיטה", כאשר הראיה נדרשת כסיוע לעדות המרכזית הטעונה סיוע, להבדיל מן המקרה שבו עדות "שיטה" מהווה ראיה יחידה לקביעת זהותו של הנאשם בביצוע מעשה העבירה?¹⁴

10 יסודותיו של החריג האמור נקבעו במשפט המקומי על-ידי הנשיא (אגרנט) בע"פ 265/64 שייכין (לעיל, הערה 3), בעמ' 440–461, ואת בעקבות ההלכה האמריקנית. ראה Wigmore (*supra*, note 2) Vol. 2, 302–304. גישת המשפט המקובל האנגלי שונה. בעקבות הלכתו המפורסמת של לורד הרשל (Herschell) ב" *Makin v. A. G. of New South Wales* [1894] A. C. 57, 65 היתה מקובלת הסברה, כי שאלת הרלוונטיות של העדות תוכרע לאור התכלית שלשמה היא נדרשת, כאשר לצורך זה פותחו מספר קטגוריות מוגדרות. בפסק הדין בעניין *Boardman v. D.P.P.* (לעיל, הערה 6) הסיר בית הלורדים כל ספק בנושא זה בקבעו, כי אין ליצור רשימה סגורה של קטגוריות לצורך הכרעה בשאלת הרלוונטיות. מידת הרלוונטיות של העדות להוכחת האשמה תיקבע על-ידי בחינת ערכה הפרובטיבי הפוזיטיבי של העדות עצמה. כלומר, העדות חייבת להצביע על דמיון כה בולט יוצא דופן בין התכונות המאפיינות את המעשים השונים (כולל המעשה המיוחס לנאשם בכתב האישום), עד כי על-פי מבחנים של היגיון ושכל ישר לא ניתן להסביר זאת כמקרים בלבד. וראה בעניין זה אף את פסק דינו של בית המשפט לערעורים פליליים בעניין *R. v. Scarrott* [1978] 1 All E. R. 672.

11 כמינוחו של השופט עציוני בע"פ 648/77 קריב ג' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 729, 757.

12 כדבריו של השופט ח' כהן בע"פ 648/77 קריב הנ"ל, בעמ' 761.

13 ראה לעיל, הערה 10, וכן דברי השופטת בן-פורת בע"פ 679/78 כהן (לעיל, הערה 1) 491.

14 והשווה *R. v. Scarrott* (לעיל, הערה 10), שם טען בא כוח הנאשם, שכאשר נדרשת העדות כראיה מסייעת, יש להכריע בשאלת קבילותה גם על-פי המבחן אשר פותח ב-

במלים אחרות, האם ניתן לתלות את המבחן לקבילותה של עדות "שיטה", דהיינו, מידת האינטנסיביות של הדמיון הנדרש בין הסממנים המאפיינים את המעשים השונים, בשימוש אשר עתיד בית המשפט לעשות בראיה ובמיקומה של הראיה במסגרת הראיות כולן? שאלה זו עלתה בע"פ 679/78 כהן נ' מדינת ישראל¹⁵, אם כי אגב אורחא בלבד.¹⁶

ג. גישת בית המשפט בע"פ 679/78 כהן

בע"פ 679/78 כהן היה מדובר במספר אישומים, אשר בכל אחד מהם יוחס לנאשם מעשה עבירה אחר. המאפיין המשותף לכל המעשים הללו היה סוג העבירה, כלומר, התפרצויות לבתי עסק וגניבת סחורות. בכל המקרים (פרט לאחד) נקטו הפורצים שיטת ביצוע חדשה. השיטה החבטאה בפריצת דלת הכניסה של הבניין על-ידי שבירת מרכזו של מנעול הצלינדר, שם נמצאה החוליה החלשה שלו.

לפיכך, השאלה היתה אם ניתן למצוא סיוע לעדותו של העד המרכזי, שותף לדבר עבירה, לצורך הרשעת הנאשם בשני אישומים, ב"שיטה המיוחדת" שבה בוצעו כל ההתפרצויות, למעט אחת (כולל ההתפרצויות נשוא שני האישומים הללו), ואשר יוחסו לנאשם בכתב האישום בדרך של פירוט האישומים לפי מספר המקרים.

מצב דברים זה, לפיו "השיטה" המתגלה מן המעשים השונים המיוחסים לנאשם באותו כתב אישום מהווה ראיה מסייעת לצורך כל אישום ואישום בנפרד, אינו מעורר כל קושי. עדות "שיטה" איננה נשענת דווקא על הרשעותיו הקודמות של הנאשם, או על מעשים קודמים שביצע ואשר אופיו הפלילי של כל אחד מהם הוכח תחילה בנפרד.¹⁷ קיומה של שיטת פעולה מיוחדת יכול שיוסק מן המעשים הדומים הנדונים בפני בית המשפט במסגרת אותו כתב אישום, כאשר צירופן של התכונות הדומות האופייניות לכל מעשה ומעשה מצביע על שיטה אחידה שבה נקט הנאשם בביצוע המעשים השונים, ואשר כל אחד מאותם מעשים מהווה המחשה קונקרטית לאותה שיטה.¹⁸

R. v. Baskerville (1916) 12 Cr. App. Rep. 81, 91 לבחינת מהותה של הראיה המסייעת. (יש להדגיש, כי מבחן זה הוא תמור מזה המופעל בפסיקה הישראלית, אשר סתתה במכוון בשנים האחרונות מן הגישה האנגלית. ראה "הורביץ", "ראיית הסיוע במשפט הפלילי — מגמות חדשות", משפטים ט (תשל"ט) 249). טענה זו דחה Scarman, L. J. בהסתמכו על הלכת בית הלורדים בעניין *Boardman* (לעיל, הערה 6). קבילותה של העדות תהיה תלויה בבחינת ערכה הפרובטיבי הפוזיטיבי כראיה. ומשנתקבלה הראיה — תשמש כסיוע. ראה שם, בעמ' 675—676. וכן ראה בעניין זה: P. Fallon & R. Bursell, "Similar Fact Evidence and Corroboration" (1978) *Crim. L. Rev.* 188.

15 לעיל, הערה 1.

16 זאת מן הטעם שנמצא סיוע לעדותו של השותף למעשי העבירה השונים בראיות אחרות. ע"פ 265/64 שויביץ (לעיל, הערה 3) 460; הרנון (לעיל, הערה 2) 383. *Cross (supra, note 2)* 356.

17 ראה ע"פ 265/64 שויביץ הנ"ל, בעמ' 460—461. באותו עניין למד הנשיא (אגרנט), לאור ניתוח נסיבותיה של כל אחת מן הפרשיות שבהן הואשמו הנאשמים בכתב האישום, על קיומה של שיטת תרמית אחידה וקבועה מראש, אשר על-פיה פעלו הנאשמים. בכל

תופעה מיוחדת זו, לפיה נלמדת "השיטה" מן המסכת העובדתית של כתב האישום ושזורה בנסיבותיו המיוחדות של כל מעשה ומעשה, מובילה לשאלה כיצד תיבחן קבילותה של העדות כראיה. שאלה זו יכול שתעלה רק בשלב של סיכומי הצדדים ותוכרע על-ידי בית המשפט במסגרת הכרעת הדין, כאשר כבר פרושה לפניו מסכת הראיות כולה.¹⁹ האם גם אז יש לתלות את קבילותה של הראיה במבחנים חיצוניים המדגישים מידה גבוהה של דמיון בין סימני ההיכר המאפיינים את המעשים השונים, או שמא יש לבחון את ערכה הפרובטיבי של הראיה, לאמור, את מידת הרלוונטיות שלה להוכחת האשמה, אף לאור מיקומה בסך כל הראיות הניצבות לפני בית המשפט והשימוש המיוחד שיעשה בה במסגרת אותן ראיות? לשאלה זו התייחסו השופטים בן-פורת וברק, אך כאמור, אגב אורחא בלבד.

לדעת השופטת בן-פורת, יש, לכאורה, מקום להבחין בין מקרה שבו מבקשת התביעה להתבסס על עדות "שיטה" כראיה יחידה לזהותו של העכריין ובין מקרה שבו התביעה מבקשת להתבסס על עדות זו רק כסיוע לעדותו של העד המרכזי, הטעונה סיוע²⁰. במקרה הראשון, סבורה השופטת בן-פורת, צריך הדמיון בשיטת הביצוע של המעשים האחרים, הדומים, לעומת המעשה נשוא האישום, "להיות כה גבוה עד שידמה, למשל, לטביעת אצבע שהשאיר הפושע במקום"²¹. לעומת זאת, במקרה השני, כאשר עדות "השיטה" תשמש רק כסיוע לעדות מזהה אחרת, ניתן, לדעת השופטת בן-פורת, למתן את הדרישה ולהסתפק במידה פחותה של דמיון, "דמיון מוחשי" בצורת הביצוע, להבדיל מדמיון כללי גרידא, העשוי לפגוע בחזקת החפות של הנאשם.²²

אחת מן "העסקאות" הללו ראה הנשיא (אגרנט) המתשה קונקרטי לאותה שיטה. על כן מן הדין, לדעתו, להביא בחשבון במסגרת שקילת נסיבותיה של כל "עסקה" ו"עסקה", אף את הנסיבות הדומות המשותפות לכל "העסקאות" ואשר מעידות על קיומה של "שיטה". וראה גם ע"פ 648/77 קריב (לעיל, הערה 11) 751.

19 זאת מבוחן מן המקרה האחר, שבו נבחנת קבילותה של עדות "שיטה" לאור מעשים דומים שביצע הנאשם בהזדמנויות אחרות, שאינן נכללות בכתב האישום. שאלה זו תעלה אז במסגרת הוכחות התביעה.

20 באותו עניין – עדותו של השותף לדבר עבירה. והשווה לע"פ 648/77 קריב (לעיל, הערה 11). שם התעוררה השאלה, אם ניתן למצוא סיוע לעדותה של המתלוננת, קרבן אחת מעבירות האינסוס שבהן הואשם המערער בכתב האישום, בשיטת הביצוע המיוחדת המתגלה מנסיבותיהם הדומות של המעשים. נראה, כי תמצית המחלוקת בין שופטי הרוב (השופטים עציוני וח' כהן) ובין שופט המיעוט (השופט שמגר) היא בשאלה העובדתית הקונקרטית, דהיינו, האימננס ניתן ללמוד מן הנסיבות הדומות, המאפיינות כל אחד מן המעשים, על קיומה של שיטת ביצוע מיוחדת ואופיינית לנאשם דווקא. עם זאת נראה, כי הן שופטי הרוב והן שופט המיעוט מעמידים כתנאי להוכחתה של "שיטה" את הדרישה לקיומו של "דמיון הוועק לעין" (כלשונו של השופט עציוני שם, בעמ' 757) בבחינת "כרטיס ביקור שלו שהשאיר הפושע במקום הפשע" או "חתימת ידו שבה חתם על מעשהו" (כדברי השופט ח' כהן שם, בעמ' 761), באופן שמתגלה בבירור "חומת מעשיו ואורת התנהגותו ודיבורו של המערער" (כדברי השופט שמגר שם, בעמ' 752). זאת, למרות שעדות "שיטה" נדרשה באותו עניין כסיוע בלבד לעדות מזהה אחרת. למען הדיוק יש להוסיף, כי דברי השופטים עציוני וח' כהן בשאלה זו נאמרו אגב אורחא בלבד.

21 לעיל, הערה 1, בעמ' 491.

22 שם, בעמ' 492.

במלים אחרות, השופטת בן-פורת מבקשת לטבוע מושג חדש בנושא של עדות "שיטה", מושג שתכליתו לגשר בין הכלל הפוסל ראיה על אודות אופיו השלילי של הנאשם והשואב מחוקת החפות, מחד גיסא, ובין התפתחותה המואצת של ההלכה המקומית בנושא הסיוע, אשר מבקשת להקל ולהמעיט בכללים הנוקשים שנקבעו בעבר ביחס לדרישת הסיוע ולמבחניה של ראית הסיוע, מאידך גיסא²³.

גישה זו לנושא הסיוע בכללותו, ולמהותה של הראיה המסייעת בפרט, מתבטאת, בין השאר, אף בריכוך הדרישה, שתהיה זו ראיה חיצונית הקושרת את הנאשם אל מעשה העבירה המיוחס לו. כיום, על-פי הפסיקה, די בכך שהראיה גוטה לקשור את הנאשם למעשה המיוחס לו²⁴. כך, למשל זיהוי בלתי דאי של הנאשם אין בכוחו לשמש ראיה יחידה להרשעתו של הנאשם, אך יכול להוות סיוע לעדות המרכזית²⁵.

אף בעניין קבילותה של עדות "שיטה" סבורה השופטת בן-פורת, כי אפשר ללמוד ולהקיש מן ההלכה ביחס למהותה של ראית הסיוע, דהיינו, ניתן להסתפק בראיה על אודות שיטת הביצוע של הנאשם במקרים דומים אחרים, כסיוע לעדות המרכזית, אפילו אין בכוחה של ראיה זו, כשלעצמה, להצביע על הנאשם בבירור (כראיה יחידה) כמי שביצע את המעשה המיוחס לו, מאחר שאין היא מהווה "כרטיס ביקור" או "טביעת אצבע" של הנאשם. לצורך דרישת הסיוע די שנתקיים דמיון מוחשי בצורת הביצוע במובן זה שהראיה על אודות "שיטה" נוטה לקשור את הנאשם למעשה העבירה המיוחס לו בכתב האישום²⁶.

השופט ברק מסכים עם גישתה של השופטת בן-פורת. אף לדעתו, אין לעמוד בכל מקרה על דרישה דווקנית לקיומו של דמיון בדרגה גבוהה ביותר לצורך הוכחתה של "שיטה". מידת הדמיון הדרושה לשם קביעת ערכה הפרובטיבי של העדות תיבחן לאור מעמדה של העדות במסגרת הראיות האחרות שהוצגו בפני בית המשפט ובהתאם לשימוש שיעשה בה כראיה. מן הראוי להביא את דבריו של השופט ברק כלשונם²⁷:

"לדעת, ערכה הראייתית של עדות שיטה אינו צריך להקבע על יסוד מבחנים חיצוניים נוקשים, אלא צריך להשקל על רקען הפנימי של סך כל הראיות המצויות לפני בית המשפט. על כן נראה לי, כי אין לומר, כי בכל מצב ומצב צריכה עדות השיטה להגיע לכדי 'כרטיס ביקור' או מעין 'טביעת אצבעות'. הכל תלוי ב'סלי' הראיות שלפני בית המשפט ובשימוש המיוחד אשר מבקשים לעשות בעדות השיטה. כמו חברתי הנכבדה, גם אני סבור, כי אם, למשל, עדות השיטה היא

23 ראה בעניין זה הורביץ (לעיל, הערה 14). התפתחות זו מוצאת את ביטויה אף בהצעת החוק לביטול דרישת הסיוע לעדותו של שותף לדבר עבירה או לעדותו של הקרבן לעבירת מין. ראה הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (תיקון מס' 6), תש"ם—1980 (ה"ת תש"ם 1477, בעמ' 316).

24 ע"פ 169/74 כדורי עובדיה נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 398, 403—404; ע"פ 378/74 מסר ואחי נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(1) 687, 696; ע"פ 679/78 כהן (לעיל, הערה 1) 492; ע"פ 526/79 אלחמרן ואחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 44, 53.

25 ע"פ 169/74 כדורי עובדיה, שם נקבע, כי עדות בדבר דמיון בין הדמות שראה העד בנסיבות רלוונטיות ובין הנאשם המוכר לו היטב די בה כדי להוות סיוע לעדותו של השותף לדבר עבירה.

26 ע"פ 679/78 כהן (לעיל, הערה 1) 491—492.

27 שם, בעמ' 493.

העדות היחידה לקביעת זהותו של הנאשם בביצוע העבירה, אך הגיוני הוא לדרוש, כי עדות השיטה תצביע על מידה גבוהה ביותר של דמיון. לעומת זאת, אם קיימת לפני בית המשפט עדות מהימנה הקובעת את זהותו של הנאשם בביצוע העבירה, אך עדות זו טעונה סיוע, בהיותה עדות שותף, אין זה סביר לדרוש בכל מקרה, כי עדות השיטה תצביע על אותה מידה גבוהה של דמיון. במקרה זה ניתן להסתפק בדמיון פחות. מידת האינטנסיביות של הדמיון הנדרש היא על כן, פונקציה של מעמדה של עדות השיטה ומקומה בסך כל הראיות הניצבות לפני בית המשפט. אך, כאמור, אין לנו צורך להכריע בסוגיה קשה זו בענין שלפנינו, וכמו חברתי הנכבדה גם אני מציע כי נשאיר ענין זה בצריך עיון.²⁸

במסגרת רשימה זו נבקש לבחון סוגיה זו כפי שהציגו אותה השופטים בן-פורת וברק, דהיינו, האם ניתן לתלות את מידת הדמיון הנדרשת לשם הוכחתה של "שיטה" בשימוש המיוחד, אשר מבקשים לעשות בעדות ובמיקומה של הראיה בסך כל הראיות הניצבות לפני בית המשפט.

ד. בחינת הסוגיה

1. עדות "שיטה" היא ראיה נסיבתית

כאמור, השופטת בן-פורת מבקשת ללמוד היקש מן הגישה שהתפתחה לאחרונה בפסיקת בית המשפט העליון ביחס למהותה של ראיות הסיוע לצורך עדות "שיטה". אם ניתן להסתפק, לצורך מיצוי דרישת הסיוע, בעדות בדבר זיהוי בלתי ודאי, אף שאין בכוחה של עדות זו, כשלעצמה, לשמש יסוד להרשעה, כך אף ביחס לעדות "שיטה", אשר תכליתה "לזהות" את הנאשם כמי שביצע את המעשה המיוחס לו בכתב האישום. ניתן יהיה להסתפק בדרגה פחותה יותר של דמיון בין הסממנים המשותפים המאפיינים את המעשים השונים, להבדיל מן הדרישה ל"דמיון הזועק לעין", באופן ש"השיטה" המתגלה מן המעשים השונים (כולל המעשה נשוא כתב האישום) תהא נוטה לקשור את הנאשם למעשה המיוחס לו, אף-על-פי שאין בכוחה הפרובטיבי להיות זיהוי ודאי ומרשלם.

עם כל הכבוד, נבקש להביע הסתייגות מדרך ההיקש שנוקטת, כאמור, השופטת בן-פורת. כל ערכה הפרובטיבי של עדות "שיטה" מתבטא בכך שהיא נוטה לקשור את הנאשם למעשה העבירה המיוחס לו, לאור מעשים דומים שביצע בהזדמנויות אחרות, ואשר מהם ניתן ללמוד על נטייתו (disposition) של הנאשם לבצע סוג זה של מעשים בשיטה מיוחדת, אופיינית לו. אין עדות "שיטה" אלא ראיה נסיבתית בלבד, אשר ממנה יתבקש בית המשפט להסיק על-פי מבחנים של היגיון ושכל ישר, כי הנאשם, לאור שיטת פעולתו המיוחדת, הוא שביצע את המעשה המיוחס לו.²⁹ ההת-

28 ראה: Boardman v. D.P.P. (supra, note 6) 903, 913; D.P.P. v. Kilbourne [1973] 1 All E. R. 440, 462-463. מכאן אף יובן הטעם להתלבטות בדין האנגלי בשאלה, אם אין להעביר את "העדות" אף במבחני הסיוע, כאשר מבקשים להסתמך על הראיה כסיוע לעדות אחרת, שהרי על-פי הלכת המשפט המקובל הדרישה לבחינת מהותה של הראיה המסייעת חמורה מוז הנהגת בפסיקה הישראלית. אין זה די שהראיה המסייעת נוטה לקשור את הנאשם למעשה העבירה המיוחס לו, אלא נדרש, כי הראיה תאשר, בפרט מהותי כלשהו, כי הנאשם הוא שביצע את המעשה. ראה בנושא זה Fallon & Bursell (supra, note 14) וכן מה שנאמר לעיל, בהערה 14.

לבטות הכרוכה בשאלת קבילותה של עדות "שיטה" איננה, אפוא, אם העדות נוטה או אינה נוטה לקשור את הנאשם למעשה העבירה המיוחס לו בכתב האישום, אלא באיזו מידה היא תהא נוטה לעשות כן, דהיינו, האם היא עוברת, מבחינה פרובטיבית, את השלב המצביע על האפשרות בלבד כי הנאשם ביצע את המעשה, לאור נטייתו לבצע מעשים דומים, אל השלב ההסתברותי יותר, המתקבל על הדעת יותר, כי מי שביצע את המעשים ההם ביצע אף את המעשה הנוכחי.²⁹

שאלה זו בדבר ערכה ההוכחתי של הראיה, או מידת הרלוונטיות שלה לשאלה השנויה במחלוקת³⁰, נמדדת על-פי הקשר (nexus) שבין המעשה, נושא האישום, ובין המעשים האחרים שביצע הנאשם בהזדמנויות אחרות. הקשר המתואר מתהווה בקיומו של דמיון בדרגה גבוהה בין התכונות המיוחדות, המאפיינות את המעשים האחרים, ובין התכונות הטמונות במעשה העבירה הנוכחי, באופן שיש בכוחו להצביע על דרך או על שיטת פעולה מיוחדת ואופיינית לנאשם, להבדיל מעבריינים בכוח אחרים, ובכך לקשור אותו למעשה העבירה המיוחס לו בכתב האישום.³¹

2. "שיטה" המתגלה ממעשים שאינם נכללים בכתב האישום

נראה לנו, כי יש להפריד בין שני מקרים שבהם עשויה להתעורר שאלת קבילותה של עדות "שיטה": האחד, כפי שנדון בע"פ 679/78 ב"ד הנ"ל, לאמור, כאשר בית המשפט מתבקש ללמוד על קיומה של "שיטה", בין כראיה יחידה לזיהוי הנאשם ובין כראיה מסייעת לראיה מזהה אחרת, מן המסכת העובדתית המפורטת בכל אחד מן האישומים המיוחסים לנאשם באותו כתב אישום. במקרה כזה ממילא ניצבת בפני בית המשפט כבר מלכתחילה, עם הגשת כתב האישום, "תמונה" מלאה על אודות התנהגותו השלילית של הנאשם במספר מקרים ועל כן ניתן לעורר את הספק בעצם הפעלתו של כלל הפסילה והטעם הניצב מאחוריו.³²

29 ראה: *Boardman v. D.P.P.* (*supra*, note 6) 909—910, 913; *R. v. Scarrott*; Cross (*supra*, note 2) 364—365; J. Stone, "The Rule of Exclusion of Similar Fact Evidence: England" 46 *Harv. L. Rev.* (1932—33) 954, 983—984; M. E. Turcott, "Similar Fact Evidence: The Boardman Legacy" 21 *Crim. L. Q.* (1978) 43, 61—68.

30 מידת הרלוונטיות להבדיל משאלת עצם היותה רלוונטית. שכן ניתן לטעון, כי כל ראיה כזו רלוונטית למחלוקת, בהצביעה על נטייתו של הנאשם לבצע מעשים מסוג מעשה העבירה המיוחס לו. אך השאלה היא אם הראיה היא אמנם רלוונטית בדרגה כזו עד שיש להצדיק את קבילותה למרות התוצאה המזיקה שהיא עלולה לגרום, דהיינו, יצירת דעה קדומה ועיוות דין. ראה ע"פ 265/64 ש"יוב"ץ (לעיל, הערה 3) 447; Cross (*supra*, note 2) 355, 364—365; L. H. Hoffmann, *The South African Law of Evidence* (Durban, 2nd ed., 1970) 34—35; Hoffmann (*supra*, note 6) 199—200; Cross (*supra*, note 6) 64.

31 ע"פ 265/64 ש"יוב"ץ הנ"ל, בעמ' 460—458; *Boardman v. D.P.P.* (*supra*, note 6); *R. v. Scarrott* (*supra*, note 10) 675—676; Wigmore (*supra*, note 2) Vol. 2, § 304.

32 האם אין מקום לשקול במקרה זה את האפשרות להפרדת המשפט בכל אחד מן האישומים, לפי סעיף 78 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965? והשווה לטענה מעין זו *R. v. Scarrott* (*supra*, note 10).

המקרה האחר הוא כאשר נבחנת קבילותה של עדות "שיטה" לאור מעשים דומים שביצע הנאשם בהזדמנויות אחרות ושאינם נכללים בכתב האישום. במקרה כזה מתעוררת כבר בשלב המוקדם של היכחות מטעם התביעה השאלה, האם התביעה רשאית בכלל להציג בפני בית המשפט עדויות על מעשים אחרים שביצע הנאשם, אשר כל הקשר שלהם להוכחת אשמתו של הנאשם, אם בכלל, הוא ב"שיטה" המתגלה מן הנסיבות האופייניות הדומות בכל אחד מהם, כולל המעשה המיוחס לנאשם בכתב האישום. בשלב זה טרם ניתן לקבוע את מיקומה ומעמדה של "העדויות" בין סך כל הראיות האחרות, שכן שאלה זו עתידה להתברר רק בשלב של הערכת הראיות.

ניתן להציע, אם כך, כי ההכרעה בשאלת הקבילות תידחה במקרה האחרון לשלב הכרעת הדין. אפשרות כזו מקובלת, בדרך כלל, בדיני ראיות³³. אולם, האם אפשרות זו מתיישבת במקרה דגן עם הרעיון העומד מאחורי כלל הפסילה והגשען על חזקת החפות של הנאשם³⁴? ספק בעינינו, שהרי ייתכן שבסופו של דבר לא ייעשה כל שימוש בעדות³⁵, אך היא כבר פעלה את פעולתה המזיקה בהציגה בפני בית המשפט את אופיו השלילי של הנאשם.

ייתכן שיש מקום לערוך "בדק בית" בהלכה המקומית בנושא זה, באופן שהראיה תהא קבילה בכל מקרה, אך ערכה הראייתי יהיה נתון לבדיקה ולשקילה, בין השאר, לאור שיבוצה במסגרת הראיות כולן והשימוש שיעשה בה. אולם זו שאלה שונה, אשר לשם בחינתה יש לחזור ולהציב את הטעם העומד מאחורי כלל הפסילה ולבחון אם לאור שיטת הדיון הנוהגת במשפט המקומי יש לו מקום, או שמא הוא הולם רק שיטת דיון בפני חבר מושבעים³⁶.

אפשרות אחרת היא לומר, כי די שתתמלא הדרישה לקיומו של "דמיון מוחשי" (להבדיל מ"דמיון כללי", מהד גיסא, או מ"דמיון הזועק לעין", מאידך גיסא)³⁷, כדי שהעדויות תתקבל בשלב זה. על-פי גישה זו תופחת מידת חומרתו של המבחן ההיצוני הנוקשה לקבילותה של העדות מן הדרישה ל"דמיון הזועק לעין" אל הדרישה ל"דמיון מוחשי". עם זאת, עדיין תהיה חשיבות למידת האינטנסיביות של הדמיון, הנדרש בעת הערכת הראיות, לצורך קביעת מיקומה ומעמדה של העדות בין סך כל הראיות³⁸.

33 וראה לאחרונה בעניין קבילותה של הקלטה ע"פ 639/79, 656 אפללו ואח' ג' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 561, 574-575.

34 ראה דבריה של השופטת בן-פורת בע"פ 679/78 בהן הנ"ל (לעיל, הערה 1) 491.

35 כגון, שימצא כי אין היא נושאת, בסופו של דבר, כל ערך פרובטיבי תיוני להוכחת האשמה (משום שלא נתקיימה אפילו הדרישה ל"דמיון מוחשי" בלבד), או שהעדויות המרכזיות תימצא בלתי מהימנה, או שיימצא סיוע בראיות אחרות.

36 ראה: A. Maoz, "The Rule Excluding Evidence of Similar Facts with Special Reference to Non-Jury Trials" 8 *Isr. L. Rev.* (1973) 506 (לעיל, הערה 2) 389-392.

37 וראה ההבחנה שנוקטת השופטת בן-פורת בע"פ 679/78 בהן הנ"ל לעניין מידת הדמיון הנדרש לאור השימוש שיעשה בראיה. שם, בעמ' 491-492 וכן לעיל, טקסט להערות 19-22.

38 כך, כאשר יתגלה "דמיון הזועק לעין" ניתן יהיה להתבסס על "שיטה" כראיה יחידה לזהותו של העבריין, אך כאשר תפקידה המיועד של הראיה הוא לצורך סיוע בלבד, ניתן יהיה להסתפק במידה פחותה יותר של דמיון.

הצעה זו נבדלת ביסודה מגישתה של השופטת בן-פורת בע"פ 679/78 כהן³⁹. זאת מן הטעם, שעל-פי הגישה המוצעת כאן השאלה בדבר השימוש שעחיד בית המשפט לעשות בראיה תתעורר אך בשלב של הערכת הראיות ולא לצורך ההכרעה בעצם קבילותה של העדות כראיה.

אולם, גם גישה זו מחייבת את בחינתם מחדש של כלל הפסילה והרעיון הניצב מאחוריה. זאת, משום שאותם מבחנים נוקשים המופעלים לבחינת קבילותה של עדות "שיטה" והמדגישים את קיומו של דמיון בדרגה גבוהה ביותר בין המאפיינים השונים, אשר מרכיבים כל אחד מן המעשים, נועדו להבטיח, שלא ייגרם סחף בהפעלת החריג לכלל הפסילה, וכי תישמר זכותו של הנאשם למשפט הוגן ובלא משוא פנים⁴⁰. פירוש הדבר הוא, שהתנהגותו השלילית של הנאשם בהזדמנויות אחרות, שאינן מפורטות בכתב האישום הנוכחי, לא תובא לידיעתו של בית המשפט, אלא כאשר היא רלוונטית במידה כזו להוכחת האשמה, בגלל אותו "דמיון הוועק לעין" והמגלה על כן את חותם התנהגותו של הנאשם בדרך ביצועם של המעשים המיוחסים לו (כולל המעשה הנדון בכתב האישום), עד כי היא גוברת בערכה הפרובטיבי על החשש מפני עיוות דין⁴¹.

3. כיצד תיקבע מידת הדמיון הדרושה להוכחת "שיטה" ושאלת השימוש שייעשה בראיה

בע"פ 265/64 שויוביץ⁴² הבחין הנשיא (אגרנט), בעקבות הגישה האמריקנית⁴³, בין עדות "שיטה", המשמשת להוכחת זהותו של העבריין, כמי שביצע את המעשה נשוא כתב האישום, ובין עדות על "מעשים דומים", אשר תכליתה להפריך טענה אפשרית של הנאשם בדבר העדר כוונה פלילית בביצוע המעשה המיוחס לו, כגון תום לב, מקריות או שגגה.

ההבחנה נעוצה במידת האינטנסיביות של הדמיון הנדרש בין התכונות המאפיינות את "העסקאות" הקודמות ובין אלה הטמונות ב"עסקה" שהיא נשוא המשפט. מידה זו תשתנה בהתאם לתכלית שלשמה מוגשת הראיה⁴⁴. כאשר מוטלת בספק עשיית המעשה עצמו, לאמור, התביעה נדרשת להוכיח, כי הנאשם הוא שביצע את המעשה המיוחס לו בכתב האישום, תידרש מידה גבוהה ביותר של דמיון בין המעשים השונים, אשר בכוחם לשכנע כי הנאשם פעל לפי תכנית פלילית (שיטה) שקבע מראש, ואשר כל אחד מן המעשים, לרבות המעשה נשוא האישום, משקף אותה⁴⁵. לעומת זאת, כאשר אין מחלוקת כי הנאשם הוא שביצע את המעשה הפלילי, אך הראיה נדרשת לשם הוכחת כוונתו הפלילית של הנאשם (כגון, לשם סתירת הטענה בדבר תום לב),

39 לעיל, טקסט להערות 19–22.

40 McCormick (*supra*, note 3) 452–454.

41 וראה לעיל, הערות 6 ו-30.

42 לעיל, הערה 3, בעמ' 455–461.

43 Wigmore (*supra*, note 2) Vol. 2, §§ 302–304.

44 Wigmore, *ibid.*, § 304; ע"פ 265/64 שויוביץ הנ"ל (לעיל, הערה 3) 458.

45 ע"פ 265/64 שויוביץ הנ"ל, בעמ' 458; Wigmore, *ibid.*

גיתן להסתפק בעדות המראה שעשה מעשים אחרים, אשר אחדות מתכונותיהם דומות לתכונות המאפיינות את המעשה הנדון.⁴⁶

מכאן, שדרגת הדמיון הנדרשת תיקבע על-פי השאלה השנויה במחלוקת בין הצדדים ביחס למהותה של העבירה המיוחסת לגאשם ואשר עליה מכוונת העדות המוצעת להשיב.⁴⁷ על כן, במסגרת זו אין מקום להתייחס לשאלת מיקומה או מעמדה של הראיה במסכת הכללית של הראיות, לאור השימוש שעתיד בית המשפט לעשות בה. זאת, לא רק משום שבשלב הוכחות התביעה טרם ניתן לקבוע את מעמדה של הראיה,⁴⁸ אלא אף מן הטעם שלשאלה בדבר השימוש שיעשה בראיה אין כל חיוניות לצורך קביעת הפלוגתא בין הצדדים ביחס ליסודותיה של העבירה המיוחסת לגאשם. להיפך, רק לאחר שנתבררה "זירת המריבה" בין הצדדים בראיות שהביא כל אחד מהם לשם תמיכה בגירסתו שלו ולשם הפרכת גירסתו של האחר, ניתן לערוך את הפסיפס המלא של הראיות ולקבוע את "חלקה" של כל ראיה ותפקידה במסגרת אותו פסיפס. כך, טיבו של הסיוע הדרוש לתמיכה בעדות המרכזית, הטעונה סיוע, ייקבע בהתאם ל"חזית המריבה" שהעמידו הצדדים בגירסותיהם החלוקות והראיה המסייעת צריך שתבוא מבין הראיות שבתחומי אותה "חזית" ואשר מתיישבות עם הגירסה המרשיעה דווקא.⁴⁹

4. הבחנה בין קבילות העדות ובין משקלה כראיה ושאלת השימוש שיעשה בה

בשיטת המשפט האנגלי, שבה מתקיים הדיון הפלילי בפני חבר מושבעים, תיבחן עדות על "עובדות דומות" (similar fact evidence) לצורך קבילותה בשני מובנים: האחד, בחינת ערכה הפרובטיבי של העדות עצמה לאור מידת הרלוונטיות שלה להוכחת השאלה שבמחלוקת. בשלב זה תיבחן העדות לגופה, דהיינו, אם נתקיימה מידת הדמיון הנדרשת בין המעשים השונים.⁵⁰ השני, שקילת ערכה האמור של העדות והעמדתו

46 ע"פ 265/65 שיוביץ הנ"ל, בעמ' 455, 458; Wigmore, *ibid.* §§ 302–304.
 47 וראה לעניין זה 39–41 Hoffmann (*supra*, note 30). המבהיר כיצד ניתן לקבוע מהי השאלה שבמחלוקת על-פי יסודות העבירה המיוחסת לגאשם, על-פי תגובותיו בשלבים המוקדמים של חקירתו לאשמה המיוחסת לו (כולל הודאה שמסר במשטרה), על-פי תשובתו לאישום, וכן לעתים על-פי נסיבותיו המיוחדות של המקרה המצביעות על טענת הגנה מסוימת. ראה גם R. v. Mortimer (1936) 25 Cr. App. Rep. 150; וכן ראה: Cross (*supra*, note 2) 370–371.

48 זאת במקרה השני המתואר למעלה, כאשר נבחנת קבילותה של עדות המתייחסת למעשים דומים שביצע הנאשם בהזדמנויות אחרות ושאינם נכללים בכתב האישום.

49 ע"פ 128/52 שווילי נ' היוה"מ, פ"ד ז 438, 444–445; ע"פ 361/63 בלנאלי נ' היוה"מ, פ"ד יח(3) 61, 64; ע"פ 361/70 ג'ובארה נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 3) 752; ע"פ 80/73 דוד ואחי נ' מדינת ישראל פ"ד כח(2) 772, 781; עם זאת אין הסיוע חייב להשתרע לאורך כל "החזית", אלא די שהוא מתייחס לנקודה ממשית הנוגעת לעניין. ראה ע"פ 40/73 סוני נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 818, 820; ע"פ 556/74 פרידה ואחי נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 387, 391.

50 על-פי הלכת בית הלורדים בעניין Boardman v. D.P.P. (*supra*, note 6) גרש "דמיון בולט לעין" (striking similarity). ראה גם R. v. Scarrott (*supra*, note 10).

לעומת ההשפעה המזיקה שהיא עלולה ליצור בלבם של המושבעים נגד הנאשם. רק כאשר השתכנע השופט, כי ערכה הפרובטיבי של הראיה עולה במשקלו על הנוק שהיא עלולה לחולל בהשפעתה השלילית על חבר המושבעים, יש להתירה⁵¹. שיקול דעת זה המסור לשופט, לסרב להתיר קבילותה של ראיה, אם לדעתו השפעתה המזיקת על המושבעים מכרעת בהשוואה לערכה הפרובטיבי המועט, נובע מן החובה המוטלת על השופט, כחלק מביצוע הפונקציה השיפוטית שלו, להבטיח את זכותו של הנאשם לניהולו של משפט הוגן⁵².

בע"פ 265/65 שויביץ סבור הנשיא (אגרנט), כי העיקרון האמור, לפיו אין להתחשב בעדות, על אף היותה קבילה מבחינה טכנית, כאשר ערכה הפרובטיבי מועט ואיננו עומד ביחס מתאים לאופייה הפוגע, "יורד הגיונית אך לענין משקלה של העדות, להבדיל מכשרותה"⁵³. על כן, בשיטת המשפט הישראלי, כאשר מתברר המשפט הפילי בפני שופט מקצועי, סבור הנשיא (אגרנט), כי "אין לבוא בטרוניה עם השופט שהתיר עדות על עובדות דומות, גם אם זו עמדה במבחן הרלוונטיות אך מבחינה טכנית צרה ובלבד שמפסק דינו עולה שהוא נתן לאותה עדות את המשקל שהיא היתה ראויה לו בגין הוכחת האשמה"⁵⁴.

בכך מבקש הנשיא (אגרנט) לשנות מן ההלכה שבמשפט המקובל האנגלי ולהתאימה "בשינויים המחויבים" לשיטת הדיון הנוהגת במשפט המקומי. נראה, כי הנופך הישראלי המיוחד "שהוכנס" להלכת המשפט המקובל הוא רק ביחס ליסוד השני של המבחן לקבילותה של עדות על עובדות דומות, דהיינו, שקילת ערכה ההוכחתי של העדות מול יכולת השפעתה השלילית. אך גם אליבא דנשיא (אגרנט) חייבת עדות "שיטה" או עדות על "מעשים דומים" לעבור את מבחן הקבילות במובנו הראשון דלעיל. במלים אחרות, יש לבחון את ערכה הפרובטיבי של העדות, או את מידת הרלוונטיות שלה להוכחת האשמה, על-פי הדמיון המתגלה בין סימני ההיכר, אשר מאפיינים את המעשים השונים (כולל המעשה נשוא כתב האישום), כאשר מידת הדמיון הדרושה תיקבע לאור השאלה השנויה במחלוקת⁵⁵.

ניתן להעלות ספק, אם שינוי זה שמבקש הנשיא (אגרנט) לשנות בהלכת המשפט המקובל לצורך התאמה לשיטת המשפט הישראלי, איננו מהווה פתרון חלקי בלבד

אך השווה ל- *R. v. Mansfield* [1978] 1 All E. R. 134, 139 לגישתו של בית המשפט לערעורים למושג זה.
⁵¹ *Noor Mohamed v. R.* [1949] 1 All E. R. 365, 370; *Harris v. D.P.P.* [1952] 1 All E. R. 1044, 1048; *Boardman v. D.P.P.*, *ibid.* 896, 898, 906, 913; *R. v. Sang* [1979] 2 All E. R. 1222, 1228, 1232—1233, 1237—1239, 1243—1244
⁵² על כן מוענק לשופט שיקול דעת לפסול ראיה, אפילו היא קבילה על-פי כללי הקבילות שבדיון, כאשר הראיה עלולה להשפיע, באופן בלתי הוגן, נגד הנאשם. ראה דברי Lord Goddard C. J. ב- *Kuruma Son of Kuniu v. R.* [1955] 1 All E. R. 236, דברי Lord Reid ב- *Myers v. Director of Public Prosecution* [1964] 2 All E. R. 881, 887. וכן ראה *R. v. Sang*, *ibid.*

⁵³ שם, בעמ' 447.

⁵⁴ שם, בעמ' 448.

⁵⁵ ואמנם זו הדרך שבה בוחן הנשיא (אגרנט), הלכה למעשה, אם אמנם נתמלאו הדרישות לקבילותה של עדות "שיטה" במקרה הקונקרטי. ראה שם, עמ' 454 ואילך.

לכל הסוגיה. טעמו של הנשיא (אגרנט) לגישתו זו שואב מן ההבדל שבין שיטות הדיון השונות, לאמור, דיון בפני חבר מושבעים לעומת דיון בפני שופט מקצועי. ניתן להקשות אפוא, שמא על-פי אותו טעם אין מקום לשקול מעיקרו את הצורך בפסילתה של העדות או ביצירת מבחן כלשהו כמחסום לקבילותה?⁵⁶ מכל מקום, לענייננו חשוב להדגיש, כי על-פי הלכת שיוביץ תוכרע השאלה בדבר כשירותה של עדות "שיטה" (או עדות על "מעשים דומים") על-פי מידת הרלוונטיות שלה להוכחת האשמה. לשם כך יש לבחון אם אמנם מתגלה דמיון מיוחד בין סימני ההיכר המשותפים אשר מאפיינים כל אחד מן המעשים השונים (כולל המעשה נשוא כתב האישום), כאשר מידת האינטנסיביות של הדמיון הדרוש תיקבע לאור השאלה שבמחלוקת, אשר אותה מבקשת התביעה להוכיח באמצעות אותה עדות. אם נבקש להכריע בשאלת הוכחתה של "שיטה" על-ידי בחינת ערכה הפרובטיבי של העדות לאור תפקודה כראיה במסכת הראיות הכללית⁵⁷, פירוש הדבר שהעמדנו את שאלת הקבילות במבחן השונה במהותו ממבחן הרלוונטיות כמשמעותו על-פי הלכת שיוביץ. מבחן זה ידגיש את השימוש או את התפקיד המיועד לראיה קבילה במסגרת הראיות האחרות, לעומת מבחן הרלוונטיות האמור, המדגיש את הקשר בין המעשים האחרים המגלים "שיטה" ובין השאלה השנויה במחלוקת בין הצדדים ביחס ליסוד מיסודותיה של העבירה המיוחסת לנאשם ואשר עליה מכוונת העדות המוצעת להשיב. למבחן הפונקציונלי תהא, כאמור לעיל, חשיבות בעת הערכת משקלה של הראיה לאחר שעברה את מחסום הקבילות.

5. "שיטה" המתגלה מן המעשים המפורטים בכתב האישום — האם יש לנקוט גישה שונה?

אמרנו לעיל⁵⁸, כי בנושא זה של עדות "שיטה" יש להבחין בין שני מצבים: האחד, שבו מבקשת התביעה להסתמך על מעשים דומים שביצע הנאשם בהודמנויות אחרות, לאמור, שאינם נכללים בכתב האישום כדי לבסס "שיטה". השני, כאשר מתבקש בית המשפט ללמוד על קיומה של "שיטה" מן המעשים המפורטים בכל אחד מן האישומים המיוחסים לנאשם באותו כתב אישום.⁵⁹

לכאורה, בגלל התופעה המיוחדת במקרה האחרון, לפיה כבר עם הגשת כתב האישום מוצגת בפני בית המשפט התנהגותו השלילית של הנאשם בהודמנויות שונות, מתעוררת השאלה, אם יש בכלל טעם בהחלתו של כלל הפסילה במקרה כזה. במלים אחרות, האם גם במקרה כזה יש להעמיד את העדות במבחן חיצוני נוקשה של קבילות, או שמא נאמר, כי מאחר שכבר ממילא הוצגה בפני בית המשפט תמונה שלילית של הנאשם בכל הקשור למעשים המפורטים בכתב האישום, מתרוקן מתוכנו כל הטעם בהפעלתו של מבחן הקבילות?

56 ראה בעניין זה הרנון (לעיל, הערה 2) 392—389 ; 519—521 (Maoz *supra*, note 36).

57 ראה לעיל, טקסט להערה 27.

58 לעיל, טקסט להערות 32—33.

59 כזה היה המצב בע"פ 265/64 שיוביץ (לעיל, הערה 3), בע"פ 648/77 קריב (לעיל, הערה 11) ובע"פ 679/78 כרן (לעיל, הערה 1).

נראה לנו, שתשובה חיובית לשאלה זו תפגע בזכותו של הנאשם לניהול הוגן של ההליך הפלילי ותעוות באורח קארדינלי את סדרי הדין הנהוגים. גם כאשר צורפו מספר אישומים בכתב אישום אחד, על בית המשפט, בבואו להכריע את הדין, ליתן דעתו לכל אישום ואישום בנפרד ולבחנו לגופו, מבחינת קבילותן ומשקלן של הראיות שהעלה לפניו כל אחד מן הצדדים לתמיכה בגירסתו שלו, תוך התעלמות מן הראיות שהוצגו בפניו ביחס לאישומים האחרים.⁶⁰

עדות "שיטה" (וכן עדות של "מעשים דומים") אמנם מהווה חריג לכלל זה, שכן בית המשפט פונה אז גם לעדויות שהושמעו בפניו לשם הוכחתם של המעשים, אשר פורטו במסגרת האישומים האחרים. אך לשם כך יש לשכנע תחילה את בית המשפט, כי אמנם מן המעשים השונים המפורטים בכתב האישום, כולל המעשה נשוא האישום הספציפי, מתגלה "שיטת פעולה" מיוחדת ואופיינית לנאשם זה דווקא. במלים אחרות, גם כאשר צורפו מספר אישומים בכתב אישום אחד, שאלת קבילותה של כל ראייה, ובכלל זה עדות "שיטה", לצורך הוכחתה של העבירה בכל אישום ואישום, תיבחן כדרך שתיבחן שאלה זו במקרה שבו גזון מעשה העבירה, נשוא האישום הספציפי, בכתב אישום בנפרד.⁶¹

אך שאלה שונה היא, אם במקרה זה, כאשר ההכרעה בשאלת הקבילות תעשה בשלב שבו כבר מצויות ממילא בפני בית המשפט הראיות כולן, לא ניתן לתלות את מידת האינטנסיביות של הדמיון, הדרוש להוכחת עדות "שיטה", במעמדה או במיקומה של הראייה בין הראיות האחרות, לאור השימוש המיוחד שעתיד בית המשפט לעשות בה. באופן זה נבחין בין מקרה שבו עדות "שיטה" היא העדות היחידה לקביעת זהותו של הנאשם בביצוע העבירה, שאז תידרש מידה גבוהה ביותר של דמיון, ובין מקרה שבו עדות "שיטה" תשמש כראיה מסייעת בלבד לעדות מזהה אחרת, הטעונה סיוע.⁶²

נראה לנו, כי לשאלה זו ניתן להשיב בשתיים:

60 על כן, אין בכוחה של ראייה מסייעת לגבי עבירה אחת לשמש סיוע אף לגבי עבירה אחרת שבאותו כתב אישום, שכן אילו נדונה העבירה השנייה בנפרד, אי אפשר היה להיוקק כלל לאותה ראייה מסייעת. ראה ע"פ 236/67 אוולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד כא(2) 44, 46; ע"פ 361/70 גיבארה נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 3) 752. עם זאת, תיתכנה נסיבות, שבהן עשויה ראייה אחת לשמש סיוע ביחס למספר עבירות שבוצעו במועדים שונים. ראה ע"פ 361/70 גיבארה הנ"ל, בעמ' 750-753; ע"פ 679/78 כהן (לעיל, הערה 1) 486-487; ע"פ 269/79 מדינת ישראל נ' בכר ואח', פ"ד לד(3) 517, 524-525; וכן ראה הרנון (לעיל, הערה 2) 25, 378.

61 וראה לעניין זה *Boardman v. D.P.P.* (*supra*, note 28); *D.P.P. v. Kilbourne* (*supra*, note 28); וכן ראה ע"פ 265/64 שיוביץ (לעיל, הערה 3); *R. v. Sims* [1946] 1 All E. R. 697 (*supra*, note 6); וכן ראה ע"פ 265/64 שיוביץ (*supra*, note 30) 53-54. *Hoffmann* (*supra*, note 30).

62 שאלה זו לא התעוררה בפסיקה או בספרות האנגלית מן הטעם הפשוט: גישת המשפט המקובל האנגלי נוטה להחמיר במבחניה של ראיות הסיוע, לאמור, על-פי הלכת *R. v. Baskerville* (לעיל, הערה 14) צריכה זו להיות ראיה הקושרת את הנאשם לביצוע מעשה העבירה המיוחס לו (להבדיל מגישת הפסיקה הישראלית, לפיה די שהראייה נוטה לקשור אותו עם העבירה. ראה לעיל, הערות 24 ו-25). על כן, השאלה המתעוררת שם היא, אם בנוסף למבחנים שקבעה ההלכה הפסוקה ביחס להוכחתה של עדות על עובדות דומות, יש אף להוסיף את המבחנים המיוחדים שנקבעו לצורך דרישת הסיוע, כאשר נדרשת העדות כראיה מסייעת. ראה לעיל, הערות 14 ו-28.

ראשית, על-פי הגישה האמורה, לא רק שמבחינה עיונית יוקדם שלב הערכת הראיות לשלב הקבילות, אלא אף נמצאנו קובעים מבחן חדש לקבילותה של עדות "שיטה", השונה במהותו ממבחן הרלוונטיות, כמשמעותו על-פי הלכת שיוביץ⁶³. יתר על כן, על-פי גישה זו נמצאנו מעמידים מבחן שונה להוכחתה של "שיטה" במקרה שבו מתבקש בית המשפט ללמוד על קיומה מן המעשים השונים המפורטים בכתב האישום, לעומת מקרה שבו מבקשת התביעה להוכיח "שיטה" ממעשים דומים אחרים של הנאשם, אשר נסיבותיהם אינן מפורטות בכתב האישום. כפי שכבר ביארנו לעיל, במקרה האחרון לא ניתן להעריך, בעת בירור שאלת קבילותה של העדות⁶⁴, מה יהיה תפקידה או מעמדה כראיה במסגרת הראיות האחרות. האם נכון הוא, אפוא, להפעיל אמות מידה שונות להוכחתה של "שיטה" בכל אחד מן המצבים הללו⁶⁵ ?

שנית, על-פי מבחן הסיוע נדרש, כי הראיה המסייעת תמצא בין הראיות הקבילות שבפני בית המשפט⁶⁶, לאמור, יש לקבוע תחילה מה הן הראיות הקבילות ומתוכן לדלות את הסיוע הדרוש. גישה, שלפיה תיבחן קבילותה של העדות על-פי הפונקציה שעתידה הראיה למלא, עלולה לפגוע במהותו של מבחן הסיוע, באופן שעדות על מעשים דומים, אשר איננה עוברת את מבחן הקבילות המקובל, תהפוך להיות ראיה כשרה, רק משום שהיא נדרשת כסיוע. האם באותו אופן נאמר, כי עדות שהיא פסולה על-פי כלל פסילה אחר, תהפוך להיות ראיה קבילה כאשר נדרשת כסיוע⁶⁷ ?

ה. הצעה לשינוי ההלכה המקומית בנושא

בעקבות פסק הדין בעניין ע"פ 679/78 בהן הנ"ל חוזרת ועולה השאלה העקרונית, כלום אין לשנות מיסודה את הלכת המשפט הישראלי בנושא זה, באופן שנתאים את

63 ראה לעיל, טקסט להערות 57–58. מפנה זה מחייב ליתן את הדעת אף על המושג של עדות על "מעשים דומים" כחריג לכלל הפסילה, שהרי מבחן הרלוונטיות נועד גם להבחין בין עדות "שיטה" ובין עדות על "מעשים דומים", בהיות מידת הדמיון הנדרשת מבוססת על התכלית שלשמה נדרשת העדות, דהיינו, להוכחת עצם ביצוע המעשה בידי הנאשם או להפרכתה של טענת הגנה בדבר העדר כוונה פלילית. ראה לעיל, טקסט להערות 42–46. אם נחלה את דרגת האינטנסיביות של הדמיון הדרוש לצורך הוכחת "שיטה" במעמדה או בתפקודה של הראיה בין הראיות האחרות, באופן שנקל בדרישה כאשר הראיה נדרשת כסיוע בלבד, אינו מידה תוצב לבחינתה של עדות על "מעשים דומים", אשר אין תכליתה להוכיח, כי הנאשם הוא שביצע את המעשה, אלא לשלול טענה בדבר העדר כוונה פלילית ? או שמא נאמר, כי על-פי הגישה המוצעת תבוטל מאליה ההבחנה שיצרה הלכת שיוביץ בין עדות "שיטה" ובין עדות על "מעשים דומים" ? הדיון בשאלה זו חורג מתחומה של רשימה זו.

64 ואף אין מקום, לדעתנו, לדחות את ההכרעה בשאלת הקבילות למועד הכרעת הדין. ראה לעיל, טקסט להערות 33–35.

65 וראה לעיל, טקסט להערות 60–61.

66 ראה : א' הרנון, "הצורך ב'דבר מה נוסף' להרשעת אדם על-פי הדעה שמסר מחוץ לבית המשפט", הפרקליט כח (תשל"ג) 360 ; הרנון (לעיל, הערה 2) 282–283. אף שהדברים שם מתייחסים למבחן ה"דבר מה" כותם יפה אף לעניין הסיוע. כן ראה : *R. v. Kilbourne (supra, note 28)* 448.

67 והשווה לע"פ 679/78 בהן (לעיל, הערה 1). האומנם התגלתה שם "שיטה" על-פי מבחן הקבילות המקובל ?

כלל הפטילה והרעיון העומד מאחוריו לשיטת הדיון הפלילי הנוהגת אצלנו ? האומנם הטעם שהביא להתפתחותו של הכלל במשפט האנגלי המקובל, דהיינו, החשש מפני יצירתה של דעה קדומה בלב המושבעים נגד הנאשם, מצדיק את הפעלתם של מבחני קבילות נוקשים גם כאשר מתקיים הדיון הפלילי בפני שופט מקצועי⁶⁸ ? ההתלבטות בסוגיה קשה זו ידועה וכבר הוצעו מספר הצעות לשינוי יסודי בהלכה הן באנגליה ובארצות הברית⁶⁹ והן בישראל⁷⁰.

במסגרת רשימה זו לא נוכל להיכנס לעומקה של הסוגיה, אך נבקש להעלות את האפשרות לשינוי במבחן הקבילות עצמו, והעברת "כובד" הבדיקה לשלב הערכתן ושקילתן של הראיות. זאת, ברוח הדברים שהעלו בפסק הדין בעניין ע"פ 679/78 כהן הנ"ל השופטים בן-פורת וברק, אף-על-פי שהצעתנו שונה ביסודה⁷¹.

גם אם נעביר את העדות על אודות מעשים דומים שביצע הנאשם בהודמנויות שונות (בין שנכללו בכתב האישום ובין שלא פורטו במסגרתו) במבחן הקבילות⁷², גראה לנו, כי אין לעמוד דווקא על הרישה ל"דמיון הזועק לעין" או לדמיון כה גדול עד שידמה ל"טביעת אצבע ממש" או ל"כרטיס ביקור" שהשאיר הנאשם במקום הפשע⁷³. זאת, אף כאשר מבקשים להסיק על קיומה של "שיטה"⁷⁴. לדעתנו, ניתן להסתפק, לצורך קבילותה של העדות, במידה פחותה של דמיון בין התכונות המאפיינות את ביצועם של המעשים השונים (כולל המעשה המיוחס לנאשם בכתב האישום) באופן שנתקיים קשר מוחשי בין המעשים השונים⁷⁵.

68 ראה דברי הנשיא (אגרנט) בע"פ 265/65 שייבין (לעיל, הערה 3) 448 וכן ראה את דעתנו לעיל, בטקסט להערות 55–56.

69 ראה: *11th Report of the Criminal Law Revision Committee on Evidence (General)*, para. 70–95 Cmnd. 4991 (1972); Cross (*supra*, note 2) 401–403; Levin & Cohen, "The Exclusionary Rules in Non-Jury Criminal Cases" 119 *U. Pa. L. Rev.* (1971) 905, 909–910, 911–917; Wigmore (*supra*, note 2) 194.

70 ראה הרנון (לעיל, הערה 2) 389–392; 519–521 (Maoz (*supra*, note 36)). שכן היא מקפידה על הפרדה ברורה בין שאלת קבילותה של העדות כראיה, אשר תיבחן על-פי אמת מבחן חיצוני, ובין שקילת ערכה הפרובטיבי של הראיה, אשר תיעשה על רקען של הראיות האחרות שבפני בית המשפט ולאור התפקיד שעתידיה הראיה למלא לצורך הוכחת אשמתו של הנאשם.

72 להבדיל מגישה הנוטה "לפסוח" על שלב הקבילות ולבחון עדות על מעשים דומים במבחן המשקל בלבד.

73 ראה דברי השופט ח' כהן בע"פ 648/77 קריב (לעיל, הערה 11) 761, וכן דברי השופט עציוני שם, בעמ' 757.

74 הדרישה לדמיון בדרגה כה גבוהה מתייחסת לעדות "שיטה". אשר להוכחתה של עדות על "מעשים דומים", אשר תכליתה להפריך טענת הנאשם בדבר העדר כוונה פלילית, ניתן להסתפק במידה פחותה של דמיון, זאת על-פי הלכת ע"פ 265/64 שייבין (לעיל, הערה 3). וראה גם ע"פ 679/78 כהן (לעיל, הערה 1) 491. כן ראה לעיל, טקסט להערות 42–46.

75 וראה דברי השופטת בן-פורת בע"פ 679/78 כהן (לעיל, הערה 1) 491–492, המבחינה בין "דמיון מוחשי", כמושג ביניים בין "דמיון כללי" מחד גיסא, ובין "דמיון הזועק לעין" מאידך גיסא, אף-על-פי שהדברים שם מתייחסים לקביעת דרגת הדמיון לאור תפקידה של הראיה בין הראיות האחרות.

בדרך זו, לעניין מבחן הקבילות, תבטל מאליה ההבחנה בין עדות "שיטה" ובין עדות על "מעשים דומים" המבוססת על מידת הדמיון בין המעשים השונים, שכן על-פי גישה זו תבוטל ההבחנה הכמותית בדרגת האינטנסיביות של הדמיון הדרוש, ועל כן תעמוד מידת הדמיון בכל מקרה בגדר המידה הנדרשת על-פי הלכת שיוביץ להוכחת "מעשים דומים".⁷⁶

על-פי גישה זו תישמר ההבחנה בין "מעשים דומים" ובין המושג הכללי יותר של "הרשעות קודמות"⁷⁷, אשר בינן ובין מעשה העבירה המיוחס לנאשם בכתב האישום אין כל זיקה מעבר להוכחה, שהנאשם הוא עבריין, או שיש לו נטייה לבצע מעשי עבירה מן הסוג הנדון.

יחד עם זאת, עדיין תהיה נפקות לערכה הפרובטיבי של הראיה (לאור מידת הדמיון שנתגלתה בין התכונות המאפיינות את המעשים השונים) בעת הערכת הראיות, כאשר יהא על בית המשפט לקבוע את מיקומה או מעמדה של הראיה במסגרת הראיות כולן. במלים אחרות, מידת האינטנסיביות של הדמיון הדרוש תיבחן על רקען של הראיות האחרות הניצבות בפני בית המשפט ולאור השימוש שעתיד בית המשפט לעשות באותה ראיה. לשם כך תהיה חשיבות הן לשאלה השנויה במחלוקת בין הצדדים ביחס למהותה של העבירה המיוחסת לנאשם⁷⁸ והן לתפקיד שעתידה הראיה למלא לצורך הוכחת אותה שאלה, לאמור, כראיה יחידה או כראיה מסייעת.

ולבסוף, השינוי המוצע אף לא יפגע במהותו של מבחן הסיוע, אלא להיפך, הוא יעלה בקנה אחד עם הנטייה הרווחת בפסיקה המקומית להקל בדרישת הסיוע ולמתן את המבחנים לקביעת מהותה של הראיה המסייעת.

76 ראה לעיל, הערה 74. ניתן להרחיק לכת ולהציע, שכאשר העדות נדרשת לצורך הוכחת הכוונה הפלילית (להבדיל מהוכחת עצם ביצוע המעשה בידי הנאשם), די בכך שהמעשים האחרים הם מאותו סוג של מעשה העבירה הנדון, ואין צורך כלל להיכנס לשאלת הדמיון בין התכונות המאפיינות אותם מעשים. בדרך זו עדיין תישמר הבחנה בין עדות שיטה" ובין עדות על "מעשים דומים". והשווה: *11th Report of the Criminal Law Revision Committee (supra, note 69) para. 92*.

77 ראה סעיפים 146 ו-169 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, מהם עולה, שהתביעה אינה רשאית להציג בפני בית המשפט את גיליון הרשעותיו הקודמות של הנאשם בטרם הוכרע הדין בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום, אלא אם כן חשף הנאשם עצמו, בין בעדותו הוא ובין בעדי התביעה, את אופיו הטוב.

78 לאמור, האם עצם ביצוע מעשה העבירה בידי הנאשם הוא ששנוי במחלוקת, או שמא אין הנאשם כופר בביצוע המעשה אך מעלה טענה בדבר העדר כוונה פלילית.