

אגב הפסיקה

על טיבה הפרובטיבי של אמרת-חוץ שנתקבלה מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות

(ע"פ 400/81 מחנ'נה נ' מדינת ישראל (לא פורסם))

מאת

אלכסנדר שטיין *

א. מבוא

תיקון מס' 4 לפקודת הראיות¹ הביא עמו חריג נוסף לכלל הפוסל עדות שמועה בסתחו את שערי בית המשפט בפני אמרת-חוץ כראיה על אמינות תוכנה. סיבות התיקון ותנאי קבילותה של אמרת-חוץ גלויים וידועים², וברשימה זו אדון בטיבה הפרובטיבי אחרי קבלתה. הצורך בדיון התעורר לאחר מתן פסק הדין בעניין מחנ'נה³ המחולל, כפי שנראה מיד, שינויים מרחיקי לכת בתחום דיני הראיות בשיטתנו האדוורטרית.

ב. העובדות וההחלטה שניתנה

המערער הורשע, בין היתר, ב"נשיאת נשק שלא כדין" — עבירה לפי סעיף 144(ב) לחוק העונשין, תשל"ו—1977. בבית המשפט כפר המערער בהאשמות והכחיש את כל

* תלמיד שנה ד', הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 ס"ח תשמ"ב, 14.

2 ראה: סה"ח תשלי"ד 90; סה"ח תשלי"ח 260; א' הרנון, דיני ראיות ב (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשל"ו—1977) 184—189; S. Goldstein & D. Schottenfels, "Amendment to the Evidence Code Ordinance (New Version) (No. 4) 1979", 15 *Isr. L. Rev.* (1980) 570; ד' פלמל, "אמרת של עד מחוץ לכתלי בית המשפט: דובר לחיזוקה", הפרקליט לד (תשמ"א) 488; ג' זלצמן, "גביה מוקדמת של עדות, אמרה בכתב והחקירה שכנגד בהליך פלילי", עיוני משפט ח (תשמ"ב) 584.

3 פסק דין זה למרבח הצער, לא פורסם (ע"פ 400/81).

המעשים המיוחסים לו. הרשעתו בעבירה זו הושחתה על אמרותיו שמחוץ לכתלי בית המשפט, אשר בהן אישר באוזני שני שומעיו כי נשא נשק; שני שומעיו, שהיו אמורים לאשר בעדותם את גירסת התביעה, ושעל-פי אמרותיהם במשטרה נערך כתב האישום, התכחשו לאמרות אלה ועמדו בהתכחשותם גם לאחר שהוכרו כעדים עוינים.⁴ אמרותיו המפלילות של המערער הוכחו אפוא בהודעותיהם של עדים אלה במשטרה, הודעות שנתקבלו מכוח סעיף 10 א לפקודת הראיות, כשה"חזוק" הנדרש בסעיף 10 ד מסופק על ידי הודעה אחת לחברתה.⁴

לכך הופנו חצי ביקורתו של בא-כוח המערער: לפי סעיף 11 לפקודת הראיות ניתן להוכיח את אמרת הנאשם ב"עדות" ולא באמרת-חזון. טענה זו נדחתה יחד עם הערעור בבית המשפט העליון. השופט ד' לזין (הסכימו עמו השופטים בייסקי ושלמה) פסק:

"משנתקבלה כאמור האמרה והועדפה על העדות בבית המשפט יש להתייחס לאמרה, לכל דבר וענין, כאל עדות. מטעם זה, אין כל פסוק להוכיח אמרתו של נאשם מחוץ לכתלי בית המשפט באמצעות הודעה ואמירה שאומצה לצורך המשפט כעדות מכח סעיף 10 א לפקודת הראיות. בהתלסט יתכן שילוב של הוראות הסעיף 10 א ו-11 שבפקודת הראיות" (ההדגשה שלי. א"ש).

ג. השלכות ההחלטה ודברי הביקורת

קביעתו של השופט ד' לזין מבוססת, כאמור, על הרכבת חריג אחד לכלל הפוסל עדות שמועה על משנהו. מקביעה זו עולה, שכל אמרה שיכולה להיות קבילה מכוח סעיפים 9, 10, 11, ו-12 לפקודת הראיות, וכן אמרה שהיא Res Gestae,⁵ ניתן להוכיחן לא רק בעדותו של אדם ששמען, אלא גם באמרתו שמחוץ לכתלי בית המשפט לאחר קבלתה בהתאם לאמור בסעיף 10 א. בית המשפט יכול להכריע את הדין על סמך עדות שמועה כפולה — אמרת חזון המוכחת באמרת חזון אחרת — וללא חקירה נגדית יעילה. והדוגמה המובהקת לכך היא פרשת מחגינה עצמה, שהיתה בבחינת "משפט בקורספונדנציה": מסכת הראיות, אשר היוותה בסיס בלעדי להרשעת המערער, היא שתי עדויות שמועה "מיד שנייה" המחזקות זו את זו.

קבלת עדות שמועה כפולה אינה, כשלעצמה, בבחינת התרחקות מהאמת העובדתית בכל מקרה. יש ראיות מכלי שלישי שמשקלן העצמי רב דיו כדי להכניסן, בנתון ליצירת ערובות מתאימות, לשערי בית המשפט.⁶ אך אין זה נושא ביקורתנו. קביעתו של השופט

4 זאת באנאלוגיה לנפסק בד"ב 25/80 קאטאשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (2) 457; ראה גם: ע"פ 553/81 כלבוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (2) 748, 750.

5 תאם, כמוכח, בין שהאמור בסעיפים 9 ו-10 לפקודה הוא הסדר ממצה לעניין ה-Res Gestae ובין לאו, שאלה שטרם הוכרעה. ראה: הרנון (לעיל, הערה 2) 204-206; ת"א (י"ח) 223/64 אפריאט נ' אבוטכול, פס"מ נח 3, 11-12 (פסק דינה של השופטת בן-פורת); ע"פ 171/81 סימטי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (1) 9.

6 ראה, למשל, הצעותיו של פרופ' ג' ויליאמס במאמרו "The New Proposals in Relation to Double Hearsay and Records" 1973 Cr. L. Rev. 139. למותר לציין שהצעותיו של המחבר המלומד הן לשינוי הדין הקיים באנגליה.

ד' לויז המירה כללי קבילות במבחני המהימנות, והשאלה היא, האם המרה זו עולה בקנה אחד עם האמור בחוק? כדי להשיב על שאלה זו אין להסתפק בהשוואה מכניסטית בין המלה "אמרה" שבסעיף 10 א ובין המלה "עדות", המופיעה בסעיפים 9, 10, 11 ו-12. מקובלת עלינו פרשנות רעיונית ולא פרשנות מילולית.⁸

ונראה, שמנקודת ראות זו יש לדחות, עם כל הכבוד, את ההשוואה הפרשנית של "אמרה" ל"עדות" שעשה השופט ד' לויז. המלה "עדות" היא עטיפה לכלל משפטי שהוא בבחינת "יסוד מוסד של דיני הראיה החלים בישראל"⁹, כלל הפוסל עדות שמועה. המלה "עדות" מגלמת בתוכה את הרעיון הבסיסי, לפיו תיקבע ה"אמת המשפטית"¹⁰ על סמך התרשמותו הבלתי אמצעית של בית המשפט מעד אשר נחשף לחקירה נגדית יעילה, והיא שוברת את המחיצות המיותרות שבין השופט ובין האירוע נשוא הדיון. המלה "עדות" משמעה גם הזכות הבסיסית של נאשם לחקור את עד התביעה חקירה יעילה ולנסות להוציא את צדקתו לאור.

הייתכן לשים לאל את כל אלה על-ידי המרה פרשנית של "עדות" ב"אמרה"? דומני שלא. קשים וארוכים היו חבלי לידתו של תיקון מס' 4, והסיכונים שגלו לחקיקתו גלויים וידועים הם¹¹, ולא ניתן להוסיף עליהם עוד על דרך החקיקה השיפוטית. קביעת המחוקק בסעיף 11, כי אמרה ניתנת להוכחה ב"עדות", יש בה משום הכרה מפורשת במגבלותיה של השיטה האדוורסרית שאין מצויים בה, לדעתו, הכלים המתאימים לקביעת האמת על סמך ראיות שמועה מיד ישנית. דבריו המובאים להלן של השופט ח' כהן (כתוארו אז), אף-על-פי שנאמרו בהקשר שונה במקצת, יפים גם לעניין האמרה שנתקבלה מכוח סעיף 10 א:

"הכלל שאמרתו של נאשם בפלילים שאמרה מחוץ לבית-המשפט, כשרה כראיה אם הוכחה כדבעי... אין בו כשלעצמו כדי להפוך אמרה זו לעדות: עדיין בגדר אמרה היא, שלא אומתה בשבועה (או בהצהרה) ולא נבחנה בחקירה שכנגד"¹².

לאמור לעיל אוסיף גם קושיה פרשנית נוספת, צורנית באופייה, שפסק דינו של השופט ד' לויז משאירה ללא מענה.

7 כללים האמורים בסעיפים 9, 10, 11 ו-12 לפקודת הראיות, וכללי ה-Res Gestae בנתון לאמור בהערה 5 לעיל.

8 כדבריו של השופט ברק בע"פ 787/79, 881 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421, 427.

9 בג"צ 124/58 היועץ המשפטי נ' השופט המנהל חקירה מוקדמת ואחרים, פ"ד יג 5, 17.

10 על ה"אמת המשפטית" לעומת ה"אמת העובדתית" ראה פסק דינו של השופט אלון בבג"צ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449, 464 ואילך.

11 ראה המקורות שאוזכרו בהערה 2 לעיל, ובמיוחד מאמרה המאלף של נ' ולצמן.

12 ע"פ 205/75 קרנת נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 471, 474. ראה סעיף 121 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 (ס"ח 43); סעיף 110 לנוסח הקודם שהיה בתוקף בעת מתן פסק הדין בעניין מחגינה מדגיש אף הוא את ערכה הסגולי של העדות בבית המשפט. העובדה, שהמחוקק נזקק להשוואה המפורשת של העדות שנגבתה בהליכי הגבייה המוקדמת (עדות שערכה הפרובטיבי עולה על זה של האמרה במשטרה, ראהולצמן, לעיל, הערה 2, בעמ' 623) עם העדות בבית המשפט, מדברת בעד עצמה.

בתיקון מס' 4 לפקודת הראיות, שכאמור היווה בסיס לפרשנותו של השופט ד' לוי, הוספו גם תוספות לסעיפים 11 ו-12 לפקודה. נקבע, שבנוסף לאפשרות להוכיח אמרת נאשם בעדותו של אדם ששמעה, ניתן, בתנאים מסוימים, להוכיח גם בתצהירו של אותו אדם, זאת מכוח הסכמתו של נאשם ויתורו על הקירה נגדית. תצהירו של אותו אדם הוא לפחות "אמרה בכתב", ולפי האמור בסעיף 10 א, אמרת עד היא קבילה אף אם יכחיש את תוכנה מיד עם העלאתו על דוכן העדים¹³. אם כך, ובהנחה שפרשנותו של השופט ד' לוי נכונה היא, מדוע היה צורך בתוספת האמורה? מדוע לדרוש, להוכחת אמרתו של נאשם, תצהיר בכתב מאת שומע האמרה ומדוע להתנות את אפשרות קבלתו כראיה על תוכנה בהסכמת הנאשם, שעה שניתן להסתפק באמרה שאינה בבחינת "תצהיר" ולקבלה אף מבלי שנאשם הסכים לכך?

סיבה יחידה המתקבלת על הדעת היא משקלה הנמוך של האמרה לעומת התצהיר שקיבל הכשר על-ידי הסכמה. אך מבחינת "דיני הקבילות", הן האמרה והן התצהיר כראיות על תוכנה המפליל של אמרת הנאשם — עדויות שמועה מכופלות הן.

וכאן הקושיה. הייתכן שבאותו מעשה חקיקה (תיקון מס' 4) תוקנו סעיפים 11 ו-12 שתי פעמים באותה מטרה: פעם במפורש — על-ידי התוספת כאמור לעיל, ופעם במשתמע — על-ידי הכשרת אמרת-חוץ כראיה על תוכנה מכות סעיף 10 א?¹⁴

השוואת האמרה שנחקבלה מכות סעיף 10 א עם עדות, וזאת — "לכל דבר וענין", כאמור בפסק דינו של השופט ד' לוי, תעורר, לאחר כניסתו לתוקף של התיקון מס' 6 לפקודת הראיות¹⁵, שאלה נוספת. סעיף 54 (א) ו-(ב) ביטל את דרישת הסיוע בהרשעה על סמך עדות יחידה של שותף לעבירה (ס"ק א) וקורבן עבירת המין (ס"ק ב). מה הדין כשהרשעה מבוססת על אמרת חוץ של אחד מאלה? לפי שיטתו של השופט ד' לוי, גם במקרה זה לא יהיה צורך בסיוע, וניתן יהיה להסתפק ב"חיוזוק", אם המדובר באמרת שותף, או בהנמקה בנוגע למהימנות, אם המדובר באמרתו של הנפגע בעבירת מין. רצוני להציע, שלאור ההבחנה בין האמרה ובין העדות יש להשאיר את דרישת הסיוע על כנה, במקום שהמדובר בהרשעה על סמך האמרה כאמור¹⁶.

13 ראה סעיף 10א(3) וע"פ 351/80 חולי ג' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 477, 485-488; ראה גם ביקורת על פסק דין חולי שמתחה ולצמן (לעיל, הערה 2), בעמ' 607-617.

14 טיעון זה מתחזק לאור העובדה שאמרת-חוץ היא קבילה אם נתקבלה מכות הסכמת הצדדים, במידה שהנאשם היה מיוצג (ה"מ 217/75 מלקי ג' מדינת ישראל, פ"ד ל(1) 493, 494): קביעתו של המחוקק, כי ניתן, מכוח ההסכמה, לקבל עדות שמועה מיד שנייה (התוספת שהוספה על ידיו לסעיף 11 בתיקון מס' 4) מלמדת, שקבילות של ראיות שמועה מיד שנייה תיתכן רק באישורו המפורש, כפי שטוען כותב שורות אלה.

15 ס"ח התשמ"ב 197.

16 ההבחנה בין "אמרה" ובין "עדות" נעשתה בידי בית המשפט העליון בנוגע לכללים החלים על קבילות אמרתו של שותף אחד נגד משנהו. ראה: ע"פ 501/81, 610 אבו-חצירה ואחרים ג' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 141. לעומת ע"פ 194/75 קינוי ג' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 477. אך עיין בחוות דעתה של השופטת כן פורת (דעת מיעוט), המעלה ספקות בנוגע לנכונות ההבחנה האמורה (ע"פ 501/81, 610, בעמ' 153 ואילך). הערה זו לא ניתנה אלא לשם השלמת התמונה.

ד. סיכום

לאור הטעמים דלעיל נראה, שאילו רצה המחוקק להשוות "אמרה" עם "עדות" היה אומר זאת בלשון מפורשת. אם, כמצוות המחוקק, יש להוכיח דבר "בעדות", יש להקפיד שתהיה זו עדות ולא אמרה: מקום שנדרשת ראייה מכלי ראשון, עדות שמועה לא תישמע; מקום שהוכשרה עדות שמועה, עדות שמועה מיד שנייה לא תישמע.

כבר נאמר לא פעם על-ידי בית המשפט העליון כי יישום הוראות התיקון מס' 4 מחייב זהירות מרובה¹⁷. אותה מידה של זהירות והקפדה חייבת להינקט בעת מתן פירוש להוראות התיקון, וזאת תוך מודעות לעובדה, שלא מדובר בהעתקה טוטלית של הדגש ממבחני הקבילות למבחני המשקל¹⁸.

פרשנות מרחיבה, החורגת מאיזונו העדין של המחוקק בין זכויות הנאשם ובין הצורך החברתי להתגבר על התופעה הקשה של הפחדת עדים, טומנת בחובה סכנה של עיוות דין חמור לנאשם בפלילים.

17 ראה דברי הנשיא לנדוי בע"פ 735/80 כהן ג' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 94, 98-99; דברי הנשיא י' כהן בע"פ 791/81, 691, 657 דנוך ואחרים ג' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 818, 823-824. 18 כמוצע בתזכיר משרד המשפטים על הצעת חוק הראיות החדש, המרקליס לד (תשמ"א) 137 (ראה סעיף 53 להצעה ודברי ההסבר בעמ' 140, 156-157); ראה על כך: א' הרנון, "היש מקום למהפכה בדיני הראיות?" משפטים יב (תשמ"ב) 575, 585-587.