

עדות מפי השמועה "כפולה" בהליך הפלילי – מעמדה בדין הישראלי, הקשיים בקבלת הדין הקיים והצעה לפתרון

מאת

גיא בן דוד*

המאמר מבקש לבחון את מעמדה של עדות מפי השמועה "כפולה" בהליך הפלילי בישראל, לעמוד על הקשיים שבקבלת הדין המצוי ולהציע הסדר חדש אשר יש בו כדי לתת מענה לקשיים הקיימים. הדיון בשאלת מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה הוא בעל חשיבות רבה. מלבד החשיבות שבהעלאת הנושא לשיח המשפטי האקדמי, הרי בהיבט הפרקטי של ניהול הליכים בבית המשפט, במקום שבו עדות שכזו היא רלוונטית, קבילותה או פסילתה עשויות להשפיע על ניהול ההליך הפלילי ועל תוצאותיו. זאת ועוד, הסדרת מעמדה של עדות זו עשויה להשפיע לא רק על ההליכים בבית המשפט אלא גם על החלטות חשובות בשלבים מוקדמים של ההליך הפלילי, כגון החלטה על סגירת תיק פלילי או לחלופין החלטה על הגשת כתב אישום הנסמכות על חומר חקירה הכולל עדות מפי השמועה כפולה, אחת או יותר. חרף חשיבותו של הנושא הוא טרם זכה לדיון ממצה ומעמיק בפסיקה ובספרות הישראלית. פקודת הראיות אינה מסדירה את מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה, אולם מעמדה של זו מוסדר במשתמע בהלכה הפסוקה. על פי הסדר זה, עדות מפי השמועה כפולה היא ראיה בלתי קבילה בהיעדר הסכמת הצדדים להליך המשפטי או בהיעדרם של חריגים אשר יכשירו את העדות, על כל אחת מחוליותיה.

המאמר הוא חידוש בתחום, בכמה מובנים: הן בעצם התייחסותו לנושא, הן בהיקף המחקר הרחב והמעמיק של סקירת הדין המצוי, הן ביצירת שלוש קטגוריות שאליהן ניתן לשייך סוגים שונים של עדות מפי השמועה כפולה, הן בדיון בגישה התאורטית ובמשפט המשווה, ובעיקר בשל הצעת הסדר חלופי לדין הקיים.

המאמר מציע לאמץ הסדר חדש אשר נועד לאפשר לבית המשפט להכשיר חלק מן העדויות מפי השמועה כפולה כראיות קבילות באמצעות מלאכת איזון של מערך שיקולים שעליהם יופקד השופט בערכאה הדיונית. כך יהיה ניתן לבחון

* מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה, ומרצה מן החוץ בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן. תודתי נתונה לחברי מערכת כתב העת **דין ודברים** על עבודתם היסודית והערוותיהם המועילות.

כל מקרה לגופו, ותימנע פסילה אפרוורית של עדות שיכולה להיות מהימנה, ושיש בה צורך ממשי לגילוי האמת ולעשיית הצדק. המאמר מחולק לארבעה פרקים. הפרק הראשון עוסק במסגרת התאורטית לדין בהסדרת מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה. פרק זה מניח את התשתית העיונית לדיונים שבפרקים הבאים. הפרק השני דן במעמדה של עדות מפי השמועה כפולה בדין הקיים. במסגרת פרק זה מוצע לסווג עדויות מפי השמועה לאחת משלוש קטגוריות. בעוד שעל פי הדין הקיים, עדות מהקטגוריה הראשונה והשנייה היא ראיה קבילה בבית המשפט, עדות מהקטגוריה השלישית היא ראיה בלתי קבילה. לכן המאמר עוסק בעיקר בעדות מהקטגוריה השלישית בהציגו את הקושי בקבלת הדין הקיים בעניינה. בפרק השלישי מוצג מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה בדין האנגלי ובדין האמריקאי, וכן תיבחן עמדתו של המשפט הקונטיננטלי, אשר מכיר בעדויות מפי השמועה כראיות קבילות. בפרק הרביעי והאחרון מוצע הסדר חלופי לדין הקיים בישראל, מוצגים הרציונלים שבבסיסו של זה וכן כלים ליישום ההסדר בעולם המעשה.

מבוא. א. התשתית העיונית להסדרת מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה;

1. כלל הפסילה – משמעו, מקורותיו ומעמדו; 2. הנימוקים בעד ונגד הכלל הפוסל עדות מפי השמועה; (א) נימוקים להצדקת תחולתו של הכלל הפוסל עדות מפי השמועה; (ב) נימוקים נגד הכלל הפוסל עדות מפי השמועה; 3. החריגים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה; (א) משמעותם, מקורותיהם והיקפם של החריגים בדין הראיות בישראל; (ב) הרציונלים שבבסיס החריגים לכלל הפסילה; (ג) טענות ביקורת נגד החריגים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה. **ב. מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה בדין הקיים;** 1. הניסיון להסדרת מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה בחקיקה; 2. הסדרה משתמעת של עדות מפי השמועה כפולה בפסיקה; (א) שלוש קטגוריות של עדות מפי השמועה כפולה – הבחנה מוצעת; (ב) הקושי בקבלת הדין הקיים כשהוא נוגע לעדות המשויכת לקטגוריה השלישית. **ג. עדות מפי השמועה כפולה במשפט האנגלו-אמריקאי;** 1. עדות מפי השמועה כפולה בדין האנגלי; 2. עדות מפי השמועה כפולה בדין האמריקאי; 3. עדות מפי השמועה במשפט הקונטיננטלי.
- ד. **ההסדר המוצע – קביעת מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה המשויכת לקטגוריה השלישית בידי בית המשפט;** 1. מתווה ההסדר המוצע; (א) שלב ראשון: זיהוי הרציונל שבבסיס החריג המכונן (החריג שהכשיר את קבילותה של האמרה מכלי ראשון); (ב) שלב שני: בחינת תקפותו של הרציונל שבבסיס החריג המכונן במקרה של עדות מפי השמועה כפולה; (ג) שלב שלישי: "שיקולים חיצוניים"; 2. טיעוני ביקורת אפשריים נגד ההסדר המוצע והמענה להם; (א) פגיעה בוודאות המשפטית; (ב) עיכוב ההליך המשפטי; (ג) העדפת אימוץ הסדר החריג השיורי. **סיכום.**

מבוא

כאשר אדם קולט עובדות מסוימות בחושיו, והוא נקרא להעיד על אודותיהן בבית המשפט, הריהו "עד מקור" לאותן עובדות. לעתים עד המקור יספר על העובדות שנקלטו בחושיו לפלוני, וזה יעבירן לבית המשפט. עדותו של פלוני על אמתות תוכן הדברים שמסר לו עד המקור היא עדות מפי השמועה שנתקבלה מ"כלי ראשון". פלוני הוא "כלי" שבאמצעותו מועברים הדברים לבית המשפט, וכרונולוגית הוא הראשון שלו הועברו הדברים מעד המקור.

ייתכנו מקרים שבהם פלוני יעביר בהמשך את המידע לאלמוני ("כלי שני"), וזה ימסרם לבית המשפט. היה ונרצה להעיד את אלמוני על אמתות דבריו של עד המקור, הרי לפנינו "עדות מפי השמועה 'כפולה'" או "עדות מפי השמועה שנתקבלה מפי השמועה" או "עדות מפי השמועה 'מכלי שני'". הלכה למעשה מדובר בעדות אשר לה שלוש חוליות: חוליה ראשונה – עד המקור, חוליה שנייה – כלי ראשון שאליו הועברה העדות וחוליה שלישית – כלי שני שאליו הועברה העדות מהכלי הראשון, ודרכו היא תימסר לבית המשפט. אם הכלי השני יעביר את הדברים בהמשך לכלי שלישי, הרי שתתווסף חוליה שלישית במספר. במקרה זה לפנינו עדות מפי השמועה מ"כלי שלישי" או עדות מפי השמועה "משולשת". כך למעשה עשויה אמרתו של עד המקור לעבור דרך מספר רב של חוליות או "כלים" עד הגיעה לבית המשפט. ודוק, הדיון במאמר אינו מוגבל לעדות מפי השמועה כפולה דווקא, כפי שהדבר עשוי להשתמע מכותרת המאמר. הדיון עוסק בכל עדות שנתקבלה מפי השמועה שהיא לכל הפחות מכלי שני (כפולה ואילך).

בין שיהיה זה הכלי השני, ובין שיהיה זה הכלי השלישי או הרביעי שדרכו יועבר המידע לבית המשפט, כל אחד מהם יהא רשאי למסור עדות על דברים שהועברו לו מהחוליה שקדמה לו. אולם זאת בתנאי שמטרת העדות היא הוכחה של עצם מסירת הדברים לעד ולא הוכחת אמתות תוכן הדברים שנמסרו. למשל, כאשר הכלי הראשון מעביר לבית המשפט מידע שנמסר לו מעד המקור, בית המשפט רשאי לקבוע ממצאים הנוגעים לשאלה – אם הדברים שעליהם העיד הכלי הראשון אכן נמסרו לו מעד המקור. במצב זה בית המשפט אינו רשאי לקבוע ממצאים הנוגעים לאמתות הדברים שנמסרו מפיו של אותו עד מקור לכלי הראשון. דהיינו, ממצאים הנוגעים לשאלה אם המידע שמסר הכלי הראשון לבית המשפט הם נכונים או לא. מכאן שהשאלה שעלינו לשאול, בבואנו להעיד בבית המשפט את אחד "הכלים" שדרכו יועבר המידע לבית המשפט, היא מהי תכלית עדותו. כשתכלית העדות מסתכמת בהוכחת עצם מסירת הדברים לעד, דהיינו שהעד אכן שמע את הדברים, הרי שהעדות תהא קבילה ואילו כאשר תכליתה של העדות היא הוכחת אמתות תוכן הדברים, לאמור שהדברים ששמע העד הם אכן נכונים, הרי שלפנינו ראייה בלתי קבילה, על פי הכלל הפוסל עדות מפי השמועה.

במרוצת השנים פותחו לכלל הפסילה חריגים. חריגים אלו מסייגים את תחולתו של כלל הפסילה על עדויות מסוימות שנתקבלו מפי השמועה ושעמדו בתנאי החריג. אלא

שהחריגים האמורים אינם מסייגים את תחולתו של הכלל על עדויות מפי השמועה כפולה, וזה הוא למעשה הקושי שעליו נועד המאמר להתגבר.

המאמר מציע לראשונה לערוך הבחנה בין שלוש קטגוריות של "עדות מפי השמועה כפולה" לפי הדין החל עליהן כפי שהוא משתמע מפסיקת בית המשפט העליון. הקטגוריה הראשונה מתייחסת לעדות מפי השמועה כפולה אשר מוגשת לבית המשפט בהסכמת הצדדים להליך המשפטי. הקטגוריה השנייה כוללת עדות מפי השמועה כפולה המוכשרת כראיה קבילה בדרך של "חריג על גבי חריג". למעשה, כל אחת מחוליותיה של העדות מוכשרת באמצעות חריג כלשהו, ובדרך זו העדות כולה היא ראייה קבילה. עדויות המשויכות לקטגוריה הראשונה והשנייה הן ראיות קבילות.

הקטגוריה השלישית עוסקת בעדות מפי השמועה כפולה, כאשר החוליה השנייה בשרשרת העדות (הכוללת את עדותו של הכלי הראשון על הדברים שמסר לו עד המקור) הוכשרה באמצעות חריג ספציפי, ואילו החוליה השלישית של העדות (הכוללת את עדותו של הכלי השני על הדברים שמסר לו הכלי הראשון), אינה קבילה משום שלא נמצא חריג שיכשיר את קבילותה. על פי הדין הקיים, עדות שכזו היא ראייה בלתי קבילה. חלף זאת המאמר מציע לסטות מהדין הקיים ולאפשר לבתי המשפט להכשיר את קבילותה של העדות (המשויכת לקטגוריה השלישית). על פי התזה המוצעת, כל עוד הרציונלים שמאחורי החריג אשר הכשיר את החוליה השנייה של העדות מקרינים עצמם גם על החוליה השלישית, יש להעניק לבתי המשפט סמכות שבשיקול דעת לקבל את העדות, על פי ההסדר שיוצע בפרק הרביעי. בטרם אעמוד על מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה בדין הקיים ובמשפט המשווה, ובטרם אציג את התזה המוצעת, אקדיש את הפרק הראשון להנחת התשתית העיונית-מושגית לנושא המאמר.

א. התשתית העיונית להסדרת מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה

1. כלל הפסילה – משמעו, מקורותיו ומעמדו

הכלל האוסר עדות מפי השמועה (להלן: **כלל הפסילה** או **הכלל**) הוא אחד הכללים הבסיסיים בדיני הראיות במשפט האנגלו-אמריקאי ובישראל.¹ על פי כלל זה, עדות שנתקבלה מפי השמועה אינה קבילה להוכחת אמתות תוכנה.² כלל זה נקלט בדיני

1 Wigmore כינה את הכלל הפוסל עדות מפי השמועה, הכלל החשוב ביותר בדיני הראיות במשפט האנגלו-אמריקאי אשר תרם תרומה גדולה לכללי הפרוצדורה בפרקטיקה המשפטית. 5 JOHN H. WIGMORE, WIGMORE ON EVIDENCE 28, §1361 (Chadbourne Rev., 1974); אליהו הרנון **דיני הראיות** 131 (חלק שני, תשל"ז) בעמ' 131.

2 את ההגדרה הקלאסית של הכלל הפוסל עדות מפי השמועה נהוג לייחס ל-Cross, ולפיה – "An assertion other than one made by a person while giving oral evidence in the proceedings is inadmissible as evidence of any fact asserted". Rupert Cross, *Evidence*

הראיות בישראל במסגרת פסיקת בתי המשפט, אשר אימצה את המשפט המקובל האנגלי בעניין זה,³ והוא חל הן במשפטים פליליים והן במשפטים אזרחיים בכל שלבי החקירה של העדים.⁴

"עדות מקור" היא עדות בבית המשפט על אודות נתונים, עובדות, פרטים או רשמים שנקלטו בחושיו של העד. הכלל במשפט המקובל הוא שרק עדות מקור כשרה להיות ראיה, בכפוף לחריגים כפי שיובהר בהמשך.⁵ ייתכנו מקרים שבהם המידע אשר נקלט בחושיו של עד המקור יימסר לבית המשפט באמצעות אדם או אמצעי אחר. אותו "אחר" הוא "מתווך", "צינור", מעין "כלי קיבול" למידע שמועבר דרכו לבית המשפט. אותו "אחר" אינו יכול לאשר את אמתות המידע שעליו הוא מעיד. הוא לכל היותר יכול להעיד שהוא שמע את הדברים מעד המקור, הא ותו לא. מכאן שלמטרת ההוכחה יש חשיבות רבה. אם מטרת העדות (של אותו "אחר" או "כלי") היא להוכיח שתוכן הדברים שבאמרה הוא אמת, הרי שמדובר בעדות מפי השמועה, אשר תיפסל מלשמש ראיה קבילה בבית המשפט. לעומת זאת אם מטרת העדות היא להוכיח את עצם מסירת הדברים לעד, אין זו עדות מפי השמועה.⁶ כלל הפסילה אינו חל על עדויות מהסוג השני, והן נחשבות לראיות קבילות לכל דבר ועניין. לדוגמה, אם ראובן סיפר לשמעון שהוא ראה את לוי רוצח את יעקב, עדותו של שמעון בבית המשפט, כשהיא נוגעת לאמתות תוכן דבריו של ראובן, היא עדות מפי השמועה, הפסולה כראיה. לעומת זאת אם תכלית עדותו של שמעון היא להוכיח את עצם מסירת הדברים מראובן לשמעון, הרי שאין מדובר בעדות מפי השמועה, וניתן להציגה בבית המשפט בתנאי שהעדות רלוונטית.

2. הנימוקים בעד ונגד הכלל הפוסל עדות מפי השמועה

(א) נימוקים להצדקת תחולתו של הכלל הפוסל עדות מפי השמועה

קיימים שני סוגים של טעמים עיקריים להצדקת קיומו של כלל הפוסל עדות מפי השמועה: הסוג האחד כולל טעמים הנוגעים לערך הפרובטיבי של העדות, והסוג השני

(1st ed. 1958) p. 3; J.R. Spencer, *Hearsay Evidence In Criminal Proceedings* (2nd ed. 2014) p. 1.

3 גבריאל הלוי, **תורת דיני הראיות** (כרך ב, 2013) בעמ' 565. לעדות מפי השמועה יש רקע מובהק גם במשפט העברי. ראו: שלום אלבק, **מבוא למשפט העברי בימי התלמוד** (תשנ"ט) בעמ' 332; מנחם אלון, **המשפט העברי, תולדותיו, ומקורותיו, עקרונותיו** (תשל"ג) בעמ' 501; ע"פ 8641/12 **סעד נ' מדינת ישראל**, פסקה ג' לפסק הדין של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2013); "The History of the Hearsay Rule", John H. Wigmore, *17 Harv. L. Rev.* (1904) 437, p. 458.

4 הרנון (לעיל, הערה 1) בעמ' 134.

5 יעקב קדמי, **על הראיות** (חלק שני, 2009) בעמ' 559.

6 שם, בעמ' 553; הרנון (לעיל, הערה 1) בעמ' 133–134.

כולל טעמים שמקורם במדיניות עצמאית אשר אינה קשורה לערכה הפרובטיבי של העדות.⁷

(1) נימוקים הנוגעים לערך הפרובטיבי של העדות

ההנחה היא שככל שהמסננות האנושיות שדרכן האמרה עוברת רבות יותר, כך עולה ההסתברות לאי-דיוקים, ועמה גובר החשש למהימנות האמרה. ככל ששרשרת העדויות תכיל מספר רב יותר של חוליות, כך גדל הסיכון לשיבושים. מכאן שהנימוק העיקרי לפסילתה של עדות מפי השמועה הוא החשש לפגיעה במהימנותה של אמרה, בשל קיומה של סכנה שבית המשפט יקבל ראיה ללא הנחת בסיס למהימנותה.⁸ טעם זה של מהימנות שייך לתחום הראיות, והוא מתמקד באמרה עצמה ובכוחה הראייתי.⁹ ערכה הפרובטיבי של הראיה מתייחס לכוחה הראייתי של הראיה ולשאלה אם הראיה שלפנינו היא בעלת ערך הוכחתי מספק כדי שיהיה ניתן לבסס עליה ממצאים עובדתיים אשר שנויים במחלוקת בהליך משפטי נתון. מתן עדות בבית המשפט, באזהרת השופט ותחת עיניהם הפקוחות של בית המשפט והצדדים להליך, מבטיח כי העד יהיה מודע לחשיבות אמרתו ולאחריות המוטלת עליו אם ימסור עדות שקר או שלא יקפיד על דיוק בעדותו.¹⁰ יתר על כן, העובדה כי העד אשר קלט את המידע בחושיו יעיד בבית המשפט, היא אמצעי המאפשר חשיפה של פגמים בעדות,¹¹ הן באמצעות חקירה נגדית של העד בידי הצד היריב והן דרך התרשמותו הבלתי אמצעית של בית המשפט מהתנהגות העד.¹² ייתכן שהעברת המידע, כמו גם מסירתו שלא בידי מי שקלט את הדברים בחושיו, תגרור אי-דיוקים.¹³ אי-דיוקים אלו עלולים לנבוע בין היתר מגורמים אשר חלקם טבועים בעד וחלקם האחר טבועים באירוע עצמו.¹⁴ לדוגמה: קליטה לא מדויקת של המידע בחושיו של העד והעברתו לאדם אחר שלימים יעיד על מה שהוא שמע, שיבושים בזכירת המידע,

7 תמר מורן (גולן), **הכלל הפוסל עדות שמיעה וראיות שנתקבלו בהליך שיפוטי קודם** (עבודת גמר לקראת תואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל אביב, 1997) בעמ' 35. אימצתי את כותרות הנימוקים כפי שאלו הופיעו שם. ניתן למצוא את ההבחנה בין שני סוגים אלו של נימוקים אצל Choo. Choo מבחין בין "Intrinsic policy considerations" ובין "Extrinsic policy considerations". ראו: Andrew L-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials* (1996) pp. 16–42.

8 Choo ; A.A.S. Zuckerman, *The Principles Of Criminal Evidence* (1989) pp. 179–180 (לעיל הערה 7) בעמ' 11; מורן (לעיל הערה 7) בעמ' 35; קדמי (לעיל, הערה 5) בעמ' 551; הרנון (לעיל, הערה 1) בעמ' 146–148.

9 מורן (לעיל הערה 7) בעמ' 36.

10 שם, בעמ' 35.

11 Choo (לעיל, הערה 7) בעמ' 22–24; Zuckerman (לעיל, הערה 8) בעמ' 180; Eleanor Swift, "Abolishing the Hearsay Rule", *75 Calif. L. Rev.* (1987) 495, p. 504.

12 מורן (לעיל, הערה 7) בעמ' 35; Choo (לעיל, הערה 7) בעמ' 11.

13 מורן (לעיל, הערה 7) בעמ' 36.

14 E.F. Loftus, *Eyewitness Testimony* (1979) chapter 3, כמצוטט אצל Choo (לעיל, הערה 7) בעמ' 22. Loftus מכנה גורמים אלו כ-"event factors" ו-"witness factors".

שיבוש בהבנת האמרה ומשמעותה, סילוף המידע, אם במכוון ואם מפגמים אובייקטיביים שנפלו בתהליך קליטת המידע והעברתו לאדם אחר וכיוצא באלה.¹⁵ עד המוסר מידע שנתקבל מפי השמועה אינו יכול לערוך לאמתות המידע שהוא מוסר. עד זה הוא "צינור" שדרכו הועבר המידע מפיו של אדם אחר ושדרכו מועבר לבית המשפט. לפיכך חקירתו הנגדית של אותו עד אין בה כדי להועיל או כדי לרפא פגמים הנוגעים לאמינות המידע או למהימנותו של אדם שקלט את המידע בחושיו והעבירו לעד.¹⁶ קשיים אלו מקבלים משנה תוקף במקרים שבהם נמסרת בבית המשפט עדות מפי השמועה, שהיא לכל הפחות כפולה. ייתכנו שיבושים בהבנת המידע ובהעברתו וכן סילוף המידע, בין במתכוון ובין מכוחם של פגמים אובייקטיביים בחושיהם של כל אחד מאותם מתווכים שדרכם הועבר המידע לבית המשפט. מנגד, ניתן לטעון כי העובדה שהמידע נתון לשיבוש, ככל שהמסנות האנושיות שדרכן הוא עובר רבות יותר, תלוי בגורמים שונים, כגון מספר ה"כלים" שדרכם הועבר המידע עד הגיעו לבית המשפט, מיהותם של אותם כלים ואופן תיעוד האמרה (אם בכלל). נסיבות של הזמן והמקום של מסירת האמרה עשויות אף הן להשפיע על העברת המידע וכן גורמים רלוונטיים אחרים אשר יש בידם לשפוך אור על ערכה הפרובטיבי של הראיה. מכאן שפסילה אפריורית של עדות מפי השמועה כפולה (המשויכת לקטגוריה השלישית), רק בשל ההנחה שלפיה ככל שנוסיף חוליות בשרשרת התיעוד, כך תיפגע מהימנותה של האמרה (שכאמור היא קבילה כל עוד היא נמסרת לבית המשפט מכלי ראשון), עשויה להיתפס כמלאכותית, והיא פוגעת במלאכת גילוי האמת.

עם זאת בכואי להסדיר את מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה אינני רשאי להתעלם מן העובדה כי החשש לפגיעה במהימנותן של עדויות מסוג זה עשוי להתברר כמוצדק. מכאן שעל ההסדר המוצע התומך בהענקת שיקול דעת לבתי המשפט להכשיר עדות מפי השמועה כפולה להביא בחשבון את שני צדי המתנס: הן את החשש בדבר הפגיעה במהימנותה של אמרה ככל שנוסיף לה חוליות, והן את העובדה כי לעתים החשש יתברר כבלתי מוצדק.

(2) נימוקים עצמאיים

I נימוקים מהותיים

אמון הציבור

הטעמים הנוספים בעד הכלל הפוסל עדות מפי השמועה נשענים על מדיניות עצמאית המשתרעת מעבר לתחום של דיני הראיות. המדיניות מתייחסת לשאלות חברתיות או

15 Zuckerman (לעיל, הערה 8) בעמ' 180–181; Choo (לעיל, הערה 7) בעמ' 17.
16 מורן (לעיל, הערה 7) בעמ' 36; הרנון (לעיל, הערה 1) בעמ' 145–146; Choo (לעיל, הערה 7).

מוסריות מקיפות משאלות על דרכי הוכחה.¹⁷ נימוק אחד גורס כי הכלל הפוסל עדות מפי השמועה נועד להבטיח את אמון הציבור בהכרעות השיפוטיות ולהגן על החלטות בתי המשפט מפני תקיפת פסק הדין.¹⁸ הטענה היא שכלל הפסילה מסייע בקבלה מיידית של פסק הדין בקרב הציבור, ובכך הוא גורם להטמעה טובה יותר של הנורמות המצויות במשפט הפלילי המהותי. לציבור חשוב להאמין כי מסקנת בית המשפט מבוססת על מכלול של שיקולים רלוונטיים בלבד, וקיומו של כלל הפסילה תורם לכך.¹⁹

זכויות – הזכות לחקור חקירה נגדית וחלוקת סיכונים בין בעלי הדין

על פי הנימוק השני, כלל הפסילה עניינו בזכויות. לכל בעל דין נתונה הזכות לחלוק בדרך של עימות באמצעות חקירה נגדית על כל גרסה עובדתית העשויה להשפיע על תוצאות משפטו.²⁰ כאשר עד מציג דברים אשר שמע מפלוני, היעדר אפשרות לחקור את אותו פלוני פוגע בזכותו של בעל דין החולק על אותם דברים לעמוד על שלו.²¹ הטענה היא שלא ראוי לשלול מבעל דין את הזכות לחקור חקירה נגדית גם אם היא לא תתרום לתוצאות המשפט, ואף אם לא יהא בה כל תועלת.²² צד אחר של טיעון זה בעניין זכויות גורס כי מטרתו של כלל הפסילה היא חלוקת סיכונים בין בעלי הדין, ובמקרה ספציפי זה הסיכון של קבלת הכרעה שגויה בבית המשפט נגד מי שהעדות מפי השמועה הובאה נגדו.²³ אלכס שטיין, אשר כתיבתו עוסקת בין היתר בהיבטים הכלכליים, החוקתיים והפילוסופיים של דיני הראיות, מבהיר כי בית המשפט יכול להעריך נכונה עדויות מפי השמועה, אך הוא גם יכול לשגות בהערכתן. פסילתן של עדויות מפי השמועה מעניקה חסינות מפני הסיכון של משגה למי שנמנעה ממנו האפשרות לחקור את נותני

17 מורן (לעיל, הערה 7) שם; Zuckerman (לעיל, הערה 8) בעמ' 179–180; Charles Nesson, "The Evidence or the Event? On Judicial Proof and Acceptability of Verdicts", 98 *Harv. L. Rev.* (1985) 1357.

18 שם, בעמ' 1372; מורן (לעיל, הערה 7) בעמ' 37–38.

19 Nesson (לעיל הערה 17) בעמ' 1372–1375. נסון מבהיר כי פסק דין עשוי לשקף כלל משפטי שלפיו "אתה הפרת את האיסור הקבוע בחוק, ולכן אתה נענש". מסר זה מעודד את הציבור להתאים את התנהגותו לנורמות ההתנהגות המצויות במשפט הפלילי המהותי. אלא שפסק דין עשוי להדגיש כלל של הוכחה שלפיו "אתה תורשע ותיענש, רק אם הפרת החוק מצדך, הוכחה בהליך הוגן". מסר זה קורא לציבור להתנהג, לא על פי מה שידוע כהתנהגות אסורה, אלא על פי מה שהוא חושב שיכול להיות מוכח נגדו. לעומת המערכת המשפטית, הדורשת משופטים לציית לכלל של הוכחה, היא מעודדת אזרחים לציית לכלל המשפטי ולהתאים לו את התנהגותם. שם, בעמ' 1357.

20 אלכס שטיין, "סעיף 10א לפקודת הראיות – פרשנותו הראויה ופסיקתו של בית המשפט העליון", **משפטים** כא (תשנ"ב) 325, בעמ' 328.

21 שם, שם; Zuckerman (לעיל, הערה 8) בעמ' 180; מורן (לעיל, הערה 7) בעמ' 36–37.

22 Cf. Western, "Confrontation and Compulsory Process: A Unified Theory of Evidence for Criminal Cases", 91 *Harv. L. Rev.* (1978) 267 (לעיל, הערה 8) שם.

23 מורן (לעיל, הערה 7) בעמ' 37; שטיין (לעיל, הערה 20) בעמ' 326–333.

האמרות.²⁴ חסינות זו מוענקת בדרך של הטלת הסיכון של משגה על מי שמבקש להסתמך על אותן עדויות מפי השמועה, שכאמור עשויות לשקף גם את האמת.²⁵

II נימוקים פרוצדורליים

אחת הטענות בעד כלל הפסילה נוגעת להשלכות הדיוניות של עדות מפי השמועה כגורמת להתארכותם של בירורים עובדתיים בהליך המשפטי.²⁶ מאחר שעדות מפי השמועה אינה עדות מקור, הרי שכדי לחלץ מעדות זו סממנים המאששים את העובדות הגלומות בה נדרשות חקירות נוספות והצלבות רחבות יותר של נתונים.²⁷ אם העדות מפי השמועה תימסר מכלי שני ואילך, תרכינה החקירות ויתארכו הדיונים. ניתן אף למנות בהקשר זה את הטיעון בדבר החשש מפני הערכה לא ראויה של עדות מפי השמועה²⁸ וכן החשש מפני ניצול לרעה של הכוח השלטוני של רשויות השלטון או גופים חזקים אחרים שהם בעלי גישה נוחה יותר לעדויות מפי השמועה.²⁹

(א) נימוקים נגד הכלל הפוסל עדות מפי השמועה

אירציונליות בסיסית

על הכלל הפוסל עדות מפי השמועה נמתחה ביקורת רבה.³⁰ אחת הטענות העיקריות היא שהכלל לוקה באירציונליות בסיסית.³¹ על מנת שבית המשפט יסיק מסקנה בדבר עובדה השנויה במחלוקת, עליו להתחשב בכל הראיות הרלוונטיות שתסייענה לו בכך. אמנם ראיה רלוונטית עלולה להיות בעלת משקל קטן, אלא שאין במשקלה הקטן כדי להצדיק את פסילתה. כך נטען כי כלל הפסילה אינו מתאים לשמש כלל של קבילות אלא

24 שם, בעמ' 329.

25 שם, שם.

26 הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 568.

27 שם, שם. כך לדוגמה מצייין הלוי כי אפשר שעד המעיד עדות מפי השמועה ייחקר בין היתר גם על נסיבות מצבו הנפשי של האדם שמסר לו את המידע, השימוש המדויק במילים בידי אותו אדם, נסיבות מסירות העובדות (זמן, מקום, שפה) ונסיבות קליטת העובדות אשר יתרמו להארכת הבירור העובדתי באותו עניין.

28 מורן (לעיל, הערה 7) בעמ' 38. מורן מבהירה כי החשש בהקשר זה אינו שהאמרה היא לא מהימנה אלא שמי שצריך להעריך את מהימנותה חסר את הכלים הנדרשים על מנת שיוכל לעשות כן. נימוק זה חזק בשיטות משפט שבהן קיים חבר מושבעים, בשונה משיטות שבהן הפוסק הוא שופט מקצועי. ראו גם: C.B. Muller, "Post Modern Hearsay Reform: The Importance of Complexity", 76 *Minn. L. Rev.* (1972) 367, p. 382.

29 מורן (לעיל, הערה 7) בעמ' 39; R. Park, "A Subject Matter Approach to Hearsay; 39 Reform", 86 *Mich. L. Rev.* (1987) 51, pp. 65-66, 102-104.

30 ראו לדוגמה: Swift (לעיל, הערה 11); Spencer (לעיל, הערה 2) בעמ' 14-20; מורן (לעיל, הערה 7) בעמ' 50-52; הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 574-580; הרנון (לעיל, הערה 1) בעמ' 146-148.

31 Spencer (לעיל, הערה 2) בעמ' 14.

בשלב הערכתו של משקל הראיה.³² מטרתו המרכזית של כלל הפסילה היא למנוע מבית המשפט להיחשף לראיות אשר האפשרות לבחון את מהימנותן היא מוגבלת. אין זה אומר כי עדות מפי השמועה היא ראיה לא מהימנה, אלא שהאפשרות לבחון את מהימנותה היא מוגבלת. מכאן שתיכנה עדויות מפי השמועה שהן רלוונטיות ומהימנות, שכלל הפסילה פוסל אותן פסילה גורפת מתוקף היותו כלל של קבילות הראיות.³³ העובדה שבית המשפט לא יתחשב בראיות אלו, הגם שהן מהימנות, מונעת מבית המשפט להיחשף למידע רלוונטי אשר עשוי להיות חיוני להכרעה בעניין מסוים, ובכך היא מרחיקה את בית המשפט מחשיפת האמת. חשיבה זו מאפיינת את דיני הראיות בשיטת המשפט הקונטיננטלית, אשר לא קיבלה מלכתחילה את הכלל הפוסל עדות מפי השמועה, וכן את המגמה הנוהגת בדיני הראיות בישראל מאז שנות השמונים של המאה הקודמת והיא מגמת המעבר מכללי קבילות לשיקולי משקל.³⁴

מגמה זו באה לביטוי בצמצום ככל שניתן בכללי פסילה של ראיות ובהעברת מרכז הכובד להערכת משקלן.³⁵ הרעיון הוא שקביעת ממצאים עובדתיים תוך יישום טכני של כללים פורמליים נוקשים עלולה להיחשב פעמים רבות מלאכותית וחוטאת לחקר האמת.³⁶ מגמה זו השפיעה על היקף תחולתו של הכלל הפוסל עדות מפי השמועה.³⁷

32 הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 575. הלוי עומד על חסרונו של כלל הפסילה – היותו לוקה בהכללת יתר באשר הוא משמש כלל של קבילות, אולם תוכנו מתייחס ליעדים המצויים בתחום שלב הערכת משקלן של הראיות.

33 שם, שם.

34 ראו: ע"פ 500/77 **עומרי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לג(2) 681, בעמ' 695 (1979); ד"נ 23/85 **מדינת ישראל נ' טובול**, פ"ד מב(4) 309 (1988); ע"א 703/86 **ברנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מג(4) 529 (1989).

35 ראו: "הצעת חוק ראיות חדש" **הפרקליט לד' (תשמ"א–תשמ"ב)** 137; אליהו הרנון, "היש מקום למהפכה בדיני הראיות?" **משפטים יב (תשמ"ב–תשמ"ג)** 575, בעמ' 585; ע"פ 804/95 **גרינברג נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 200, בעמ' 206 (1995): "זוהי המגמה המסתמנת בפסיקה: לצמצם את 'האיסורים' על קבילותה של ראיה ולהעביר את נקודת הכובד להערכת מהימנותה ומשקלה הראייתית". על פי מגמה זו, על מנת שיהיה בידי בית המשפט מגוון של כלים לבדיקת אירועים, מרחיב בית המשפט את התחומים ונוטה לקבל סוגים נוספים של ראיות. בשלב הבא בית המשפט מעביר ראיות אלה תחת שבט ביקורתו השיפוטית, בייחסו לכל עדות את המשקל הראוי לה לפי טיבה. ראו גם: ר"ע 423/83 **מדינת ישראל נ' עזבון המנוחה ורד סילוורמן**, פ"ד לז(4) 286, בעמ' 294–295 (1983); עניין **טובול** (לעיל, הערה 34); עניין **ברנשטיין** (לעיל, הערה 34).

36 גבריאיל הלוי, **תורת דיני הראיות** (כרך א, 2013) בעמ' 180–181. שטיין מציין כי ניתן להסביר את מגמת המעבר מכללי קבילות לכללים של משקל בתפיסות מתחום תורת ההכרה, שלפיהן לא ניתן ולא ראוי להכפיף את הרציונליות למשפט, אלא יש להכפיף את המשפט לרציונליות. ראו: 9 *Can. J.*, "The Refoundation of Evidence Law", Alex Stein, *L. & Jurisprudence* (1996) 279, p. 281; מגמה זו נתנה את ביטוייה גם בדיני הראיות באנגליה ובארצות הברית. בארצות הברית מונים כללי הראיות הפדרליים כשלושים חריגים לכלל הפסילה, ואילו באנגליה, בוטל במידה רבה הכלל הפוסל עדות מפי השמועה במשפטים אזרחיים, והדגש הועבר אל המישור של מהימנות הראיה על פי מבחניו של בית

באופן שבמרוצת השנים התפתחו לכלל חריגים רבים. בדרך זו הותרה קבילותה של עדות מפי השמועה במקרים שבהם הנסיבות שוללות על פני הדברים קיומו של חשש למהימנות העדות, וכשמדובר בעדות רלוונטית וחיונית שבכוחה לתרום תרומה ממשית לפתרון השאלות השנויות במחלוקת.³⁸

על פי מגמה זו, ניתן לחשוב על המרת הכלל הפוסל עדות מפי השמועה מכלל של קבילות הראיות לכלל של משקל הראיות. במסגרת זו יבחן בית המשפט לגופו של עניין אם יש בהיותה של העדות מפי השמועה כדי לפגוע במהימנותה ובאיזו מידה.³⁹ למשל, אם תימצאנה ראיות אחרות שהובאו בפני בית המשפט ואשר יש בהן כדי לתמוך בתוכנה של העדות מפי השמועה, הרי שיהיה בכך כדי לצמצם את הפגיעה במהימנותה של הראיה.⁴⁰ טענה זו נכונה אף לעדות מפי השמועה כפולה. במקרים שבהם תוצגנה בפני בית המשפט ראיות חיצוניות אשר תתמוכנה באמרה שנתקבלה מכלי שני, הרי שיש לבכר, לגישתי, הסדר המעניק לבתי המשפט את הסמכות לקבל אמרות אשר נתמכות בראיות חיצוניות אחרות. לצורך הדוגמה נניח כי אישה אשר עובר למותה הקליטה את עצמה במצלמת וידאו ובסרטון היא מספרת כי בעלה התוודה בפניה שהוא רצח את פלוני.⁴¹ לימים נפטרה האישה והראיה היחידה היא הקלטת, שהיא בגדר עדות מפי השמועה כפולה. בהתעלם מהשיקול בדבר הצורך בראיה אני סבור כשלעצמי כי במקרים שבהם יימצאו חיזוקים ראייתיים לאותה ראיה יש לקבל את הקלטת כראיה קבילה, או למצער לאפשר לבית המשפט לבחון את קבילותה, על פי שיקול דעתו. עם זאת מטבע הדברים על בית המשפט לנקוט משנה זהירות בהרחבה, או הרחבת יתר, של מגמה זו,

-
- המשפט. ראו סקירה בעניין זה אצל הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 562–566. כמו כן ראו: עניין **טובול** (לעיל, הערה 34) בעמ' 334–335.
- 37 ראו לדוגמה את דברי השופט שמגר בעניין **טובול**, שם, בעמ' 335: "המגמה לצמצם את כלל הפסילה והמעבר להערכה מהותית של הראיות על ידי בית המשפט מצאו מידי פעם ביטוי בפסיקתו של בית משפט זה"; כמו כן ראו: דנ"פ 4390/91 **מדינת ישראל נ' חג' יחיא**, פ"ד מז(3) 661, בעמ' 671 (1993), וכן עניין **גרינברג** (לעיל, הערה 35).
- 38 קדמי (לעיל, הערה 5) בעמ' 570–571; הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 179: התפיסה היא ש"דיני הראיות אינם פועלים בחלל ריק, וכי השאיפה לטוב ביותר ולמדויק ביותר היא בגדר יישום של אמת מידה מופשטת שלא ניתן לתרגמה תמיד לשפת המעשה". לפיכך קביעת ממצאים עובדתיים תוך יישום טכני של כללים פורמליים נוקשים עלולה להיחשב פעמים רבות כמלאכותית וחוטאת לגילוי האמת.
- 39 שם, בעמ' 575–576. כמו כן, ראו: ע"פ 7293/97 **זאפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(5) 460 (1998), וכן עניין **עזבון סילוורמן** (לעיל, הערה 35).
- 40 הלוי (לעיל, הערה 3) שם.
- 41 סעיף 11 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971, נ"ח 421 קובע כי אמרתו של נאשם מותר להוכיח בעדותו של אדם ששמע אותה. די שהאישה תעיד על דוכן העדים על הודאת בעלה כדי שבית המשפט יהא רשאי לבסס ממצאים על תוכנה.

שכן בדרך זו עלולות להיכנס לבית המשפט ראיות מפוקפקות שעלולות להטעות את בית המשפט ולהרחיקו מהאמת.⁴²

איכות העדות

באשר לטענה כי עדות מפי השמועה היא ראיה נחותה ביחס לעדות מקור, הרי לעתים עדות מפי השמועה דווקא תעלה באיכותה על עדות מקור.⁴³ בנת'האם (Jeremy Bentham), אשר היה אחד ממתנגדיו של כלל הפסילה,⁴⁴ הכיר בכך שלעתים עדות מפי השמועה היא ראיה נחותה ביחס לעדות ישירה (עדות מקור), אלא שלגישתו יש לפסול עדות מפי השמועה רק באותם מקרים שקיימת בהם עדות ורבליית ישירה הזמינה לעדות בבית המשפט.⁴⁵ בכל מקרה אחר יש לקבל עדות מפי השמועה כראיה קבילה. פעמים אחרות עדות מפי השמועה היא העדות היחידה הזמינה והרלוונטית שאותה ניתן להציג לבית המשפט. ייתכנו מקרים שבהם עד המקור אינו בחיים, או שהוא חולה, או שלא ניתן לאתר, והבאת דבריו של מוסר האמרה מכלי ראשון עדיפה אפוא על אי-הבאתם כלל. ברוח דברים אלו ניתן לטעון כי במקום שבו אי אפשר לזמן לעדות את הכלי הראשון, ייתכן שנעדיף לזמן את הכלי השני או השלישי, ולא לאבד את הראיה כליל.

42 ראו לדוגמה את דבריו של השופט מצא בע"פ 4004/93 יעקובוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 133, בעמ' 174 (1996): "ער אני, כמוכן, למגמה הנקוטה בדינינו למעט ככל האפשר במבני קבילותן של ראיות ולהשליך יהבנו, רובו ועיקרו, על מבחני המשקל. ואף שככלל מגמה זו מקובלת גם עליי, בהיותה דין רצוי, הייתי מבקש להיזהר שלא להפריז בה". כמו כן ראו את דבריו של השופט שלמה לוין בעניין זיאפר (לעיל, הערה 39) בעמ' 476: "איני שותף עקרונית לגישה המעבירה את הדגש בדיני הראיות בישראל מכללים פורמאליים של קבילות לכללים גמישים של משקל. גישה זו מניחה שכוחו של בית-המשפט של ערכאה ראשונה (המורכב כרגיל מדין יחיד), רב לו לקבוע ממצאים עובדתיים על יסוד התרשמות מן הראיות. הנחה זו אינה תמיד נכונה, בייחוד כשלעתים קרובות אין קביעת הממצאים ניתנת לביקורת לפני ערכאת הערעור. מטרתם של כללים פורמאליים שבדיני ראיות (ואני מסכים שאלה צריכים להיות ראויים) הוא להפחית את מידת ההסתברות שמא נפלה בממצאים טעות".

43 Zuckerman (לעיל, הערה 8) בעמ' 182, 185–187; [1964] 2 All E.R. ; Myers v. DPP, כך לדוגמה באירוע שבו שניים מבחנים בשודדים הנמלטים ברכב. פלוני אשר מבחין במספר לוחית הזיהוי של הרכב שבו נמלטו השודדים מכתוב את מספרה לאלמוני העומד לצדו. אלמוני מתעד את מספר הרכב בפנקסו הפרטי. סביר להניח שבמהלך משפטם של השודדים לא יזכור פלוני את מספר הרכב, ולרישום מספר הרכב בפנקסו של אלמוני (שהוא עדות מפי השמועה) יהיה ערך רב יותר. מכאן שהעדות מפי השמועה עולה מבחינת ערכה הפרובטיבי על ערכה של עדות המקור באותם מקרים שבהם המקור לא זכר את פרטי הרכב.

44 ראו: Jeremy Bentham, *Rationale of Judicial Evidence* (J.S. Mill. ed., 1827) pp. 393–587; James H. Chadbourne, "Bentham and the Hearsay Rule – A Benthamic View of Rule 63(4)(c) of the Uniform Rules of Evidence", 75 *Harv. L. Rev.* (1961–1962) 932.

45 Bentham (לעיל הערה 44), פרקים 2–5; G.W. Keeton and O.R. Marshall, "Bentham's Influence on the Law of Evidence", *J. Bentham and the Law* (G.W. Keeton and G. Zuckerman ; Schwartzberger eds., 1948) 79 (לעיל, הערה 8) בעמ' 215.

חוסר התאמה לשיטת המשפט הישראלית

טיעון נוסף נסמך על מקורותיו ההיסטוריים של כלל הפסילה.⁴⁶ הצורך בכלל, שמקורו באנגליה, שבה נוהגת שיטה של חבר מושבעים, נבע מכך שחבר מושבעים אינו בעל השכלה משפטית. היה קיים חשש שהוא יושפע מעדות מפי השמועה בלא שיש בידיו המיומנות להעריך את משקלן של העדויות מפי השמועה בהיותן ראיות מכלי ראשון. אלא שבשיטות משפט שבהן אין חבר מושבעים, וקביעת הממצאים העובדתיים נעשית בידי שופט מקצועי ומיומן, הכלל נתפס כמיותר.⁴⁷

זאת ועוד, יש לזכור כי המשאבים הקיימים לשם גילוי האמת מוגבלים הם. בעלי הדין אינם יכולים או רשאים להציג לבית המשפט כל ראיה, הגם שהיא רלוונטית, ככל העולה על רוחם. חלק מהראיות חסויות וחלק אחר אינו ניתן להצגה בשל הגנה על ערכים חברתיים חשובים.⁴⁸ במקרים אחרים השגת ראיות מסוימות כרוכה בעלויות רבות, ולכן מלכתחילה יבחרו הצדדים לוותר על השגתן. מכאן שבמקום שבו זמן ומשאבים הם מצרכים נחוצים אך מוגבלים, פסילתן של עדויות מפי השמועה בהיותן זמינות ורלוונטיות מונעת מבית המשפט לקבל מידע חיוני לשם הכרעה בשאלות השנויות במחלוקת, ובכך היא מרחיקה אותו מהאמת. נימוק זה עשוי לתמוך גם בקבלתה של עדות מפי השמועה כפולה.

ייתכן שאי-זמינותו של הכלי הראשון, או שהעלויות והמשאבים אשר יהיו כרוכים בזימונו לבית המשפט יהיו כה גבוהים, שהצד להליך יוותר על עדותו. דברים אלו נכונים במיוחד כאשר הנאשם נדרש להציג ראיות שתתמוכנה בחפותו. שלא כמו התביעה, יכולותיו ומשאביו של הנאשם להשיג ראיות מזכות מוגבלים הם. כמו כן נגישותו של המידע לנאשם אף היא מוגבלת. מכאן שפסילתה של ראיה רק משום שהיא הוצגה לבית המשפט מכלי שני ולא מכלי ראשון עלולה להיתפס כלא הוגנת כלפי נאשמים. בנסיבות אלו, כאשר קיימים קשיים אובייקטיביים לזמן את הכלי הראשון לעדות בבית המשפט, בין בשל העלויות הגבוהות הכרוכות בזימונו ובין בשל הקצאת משאבים לא סבירים לשם כך, כלום לא נעדיף לאפשר לבתי המשפט להכריע בשאלת מעמדה של הראיה

46 לסקירת התפתחותו של הכלל הפוסל עדות מפי השמועה במשפט המקובל האנגלי, ראו אצל הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 553–561.

47 שם, בעמ' 577–578. במשפט האנגלי הייתה לטענה זו השפעה לא מבוטלת, שכן עם צמצום בחבר המושבעים בהליכים אזרחיים ביטל המחוקק האנגלי את תחולת הכלל הפוסל עדות מפי השמועה בסוג זה של הליכים. ראו Civil Evidence Act 1995. כמו כן הכלל הפוסל עדות מפי השמועה בוטל גם בסקוטלנד, ככל שהוא חל על הליכים אזרחיים. ראו: Spencer ; Civil Evidence (Scotland) Act 1988 (לעיל, הערה 2) בעמ' 1.

48 עם הערכים המוגנים ניתן למנות בין היתר את הזכות לפרטיות, ההגנה על שלמות התא המשפחתי (ראו: סעיפים 3 ו-4 לפקודת הראיות) וההגנה על בריאותם הנפשית של ילדים (סעיף 11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו–1955, ס"ח 96).

מכלי שני (על הפגמים הטבועים בה) על פני פסילתה הגורפת של הראיה רק משום שהיא לא נמסרה מכלי ראשון?

ודוק, אין להסיק מדברים אלו כי אני תומך בקבלת ראייה מכלי שני בכל מקום שבו הכלי הראשון אינו זמין לעדות, או כאשר עדותו בבית המשפט כרוכה בעלויות גבוהות או בהקצאת משאבים רבים. כל שאני טוען הוא שההכרעה בדבר מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה חייבת להיות תוצאה של איזון ושקילה של מגוון רחב של שיקולים, בהתחשבות בהיעדר הסימטרייה בין התביעה להגנה כשזו נוגעת ליכולות ולמשאבים העומדים בפני כל אחת מהן להשיג ראיות מפלילות או מזכות.

קושי ביישום כלל הפסילה במשפט בשל מורכבותו

עוד נטען כי כלל הפסילה מסובך מאוד⁴⁹ וקשה ליישום במהלך קיום המשפט. מורכבותו גורמת שהוא מקשה על עדים למסור את גרסתם בצורה שוטפת ואחידה.⁵⁰ בשל הביקורת שהוטחה בכלל נשמעו קולות הקוראים לביטול המוחלט או לחלופין לביטולו בסוגי הליכים מסוימים (כגון בהליכים אזרחיים) או להפיכתו לכלל של העדפה, דהיינו בהיעדר ראייה טובה יותר יהיה ניתן לקבל את העדות מפי השמועה כראיה קבילה לאמתות תוכנה.⁵¹

3. החריגים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה

לצד הכלל הפוסל עדות מפי השמועה התפתחו לאורך השנים חריגים. חריגים אלו הם בגדר פשרה בין שני מחנות, "המחנה הבנת'אמי", המתנגד לתחולתו של הכלל, והמחנה של המצדדים בקיומו של הכלל.⁵² הפשרה בין שני המחנות מצאה את ביטויה

R.J. Allen, "The Evolution of the Hearsay Rule to A Rule of Admission", 76 *Minn. L. Rev.* (1992) 797 49

מורן (לעיל, הערה 7) בעמ' 50; הרנון (לעיל, הערה 1) בעמ' 147; Spencer (לעיל, הערה 2) בעמ' 18–19. טיעון זה נסמך על היותו של הכלל הפוסל עדות מפי השמועה כלל של קבילות. לפיכך כאשר עד מעיד על דוכן העדים ומספר את גרסתו, ברי שבכל הזדמנות שבה העד מעיד על דברים שהגיעו לידיעתו מפי השמועה, והצד היריב אינו מעוניין שהעדות תתקבל כראיה לאמתות תוכנה, עליו להתנגד לעדות. בית המשפט צריך להכריע בכל פעם שבה מועלית התנגדות לעדות מפי השמועה. התנגדויות של הצד היריב וכן הכרעות של בית המשפט בהתנגדויות אלו פוגמות ברציפות הדיון, קוטעות את קו המחשבה של העד, ויש בכך כדי להשליך בין היתר על משקל עדותו. ראו: הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 576–577.

מורן (לעיל, הערה 7) בעמ' 50–51; שטיין (לעיל, הערה 20) בעמ' 329. ביקורת נוספת על הכלל אשר נשמעה בעיקר באנגליה היא שהכלל אינו תואם את האמנה האירופית לזכויות אדם. ראו בעניין זה אצל Spencer (לעיל, הערה 2) בעמ' 20.

ניתן להצביע על שני מחנות עיקריים שאליהם משתייכים המלומדים לפי יחסם לכלל הפוסל עדות מפי השמועה. לקבוצה הראשונה משתייכים המצדדים בכלל הפוסל עדות מפי השמועה, בין בתצורתו הנוכחית ובין בדרך של שינויים שיהפכו את הכלל לפשוט ונהיר

במשפט האנגלו-אמריקאי וכן במשפט הישראלי, בהותרת הכלל על כנו לצד חריגים רבים ומגוונים, סטוטוריים ופסיקטיים.⁵³ פיתוחם של חריגים מיועד בעיקרו לאזן את כלל הפסילה בשני היבטים:⁵⁴ ההיבט האחד מתייחס להכללת-יתר, ולפיה לא כל עדות מפי השמועה היא לא מהימנה. ההיבט השני מתייחס למתן פתרון למצבים שבהם המערכת המשפטית מבכרת את השימוש בעדות מפי השמועה על פני אי-השימוש בה. גבריאלי הלוי עומד בספרו על תורת דיני הראיות על אופיים המאזן של החריגים, אשר בא לביטוי בדרך של צמצום תחולתו של כלל הפסילה אגב הכפפת הראיה, שעברה את משוכת הקבילות בדרך זו, לשיקולי הערכת המשקל.⁵⁵ החריגים אמנם מצמצמים את תחולתו של כלל הפסילה ביחס למקרים שעליהם חל הכלל, אולם הם מביאים לידי איזון ובקרה כאשר בתי המשפט נדרשים להעריך בדרך זהירה ומתונה את משקלן של אותן ראיות.⁵⁶ יתר על כן, גורס הלוי, מהבחינה הפונקציונלית יש חשיבות לכך שהחריגים מעבירים את ההכרעה באותן ראיות משלב הקבילות אל שלב הערכת משקלן. כאשר ההכרעה מצויה בשלבי הקבילות, כי אז נקודת המבט היא צרה ומצומצמת ללא אפשרות להתייחס למהות תוכנה של הראיה ולהשתלבותה במארג הראייתי הקיים. במקרה כזה העדות תיפסל על אתר, יהא תוכנה אשר יהא. ואילו כאשר ההכרעה באשר לגורלה של ראיה מסוימת עובר לשלב המשקל, כי אז יש בידי בית המשפט תמונה ראייתית רחבה יותר, שכן הוצגו בפניו כלל ראיותיהם של בעלי הדין, דבר המאפשר לו לגבש נקודת מבט רחבה יותר, הן באשר לנחיצותה של הראיה, הן באשר להערכת תוכנה, והן באשר לתפקודה על רקע המארג הראייתי הכולל היוצר את התשתית העובדתית.⁵⁷

(א) משמעותם, מקורותיהם והיקפם של החריגים בדיני הראיות בישראל

רשימת החריגים בדיני הראיות בישראל מונה יותר מעשרים חריגים. חלק מהחריגים אומצו בפסיקת בית המשפט העליון, וחלקם האחר אומצו כבר במסגרת פקודת העדות –

יותר. עם אלו ניתן למנות את המלומד הבריטי Stephen וכן המלומד האמריקאי Wigmore. בתקופה מאוחרת יותר הצטרפו לקבוצה זו גם Cross ו-Tapper. למחנה השני משתייכים ממשיכי דרכו של בנת'האם. לגישתם, הכלל הפוסל עדות מפי השמועה צריך להתבטל או להיות מוחלף בכלל גמיש יותר אשר ייתן מענה לקשיים ולבעיות המצויים בבסיסו. למחנה זה משתייכים המלומדים האמריקאים Thayer, Morgan ו-McCormick וכן המלומד האנגלי Glanville Williams. עם הכותבים מהעת האחרונה המשתייכים למחנה השני ניתן למנות את המלומדים Jackson, Zuckerman, ו-Choo. ראו: שם, בעמ' 20–22, וכן ההפניות שם לכתבי המלומדים.

53 Zuckerman (לעיל, הערה 8) בעמ' 215.

54 הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 594.

55 שם, שם.

56 שם, בעמ' 594.

57 שם, בעמ' 594–595.

1924 (להלן "פקודת העדות"),⁵⁸ והם עוגנו בשלב מאוחר יותר בפקודת הראיות.⁵⁹ מלבד החריגים הקבועים בפקודת הראיות ובפסיקת בית המשפט העליון ניתן למצוא חריגים גם בחוקים אחרים.⁶⁰ יתר על כן, הלכה היא כי פקודת הראיות אינה קודקס מקיף וממצה של דיני הראיות, ולכן אין לראות בה הסדר שלילי באשר לחריגים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה.⁶¹ מכאן שבית המשפט העליון מוסמך להרחיב את רשימת החריגים ולקבוע חריגים חדשים מעת לעת, ככל שימצא לנכון. כל אחד מהחריגים מאפשר לאמרות שעמדו בתנאי החריג לעבור את משוכת הקבילות, ובדרך זו רשאי בית המשפט לבסס ממצאים הנוגעים לאמתות תוכן. הואיל ורשימת החריגים היא ארוכה, ועל מנת שלא לסטות מהיקף המאמר שלא לצורך, אדון בחריגים העיקריים.

קבוצת חריגי ה-"*Res Gestae*"

קבוצת חריגי ה-"*Res Gestae*" (להלן "רס גסטא") מאפשרת להכשיר קבילותן של אמרות המתייחסות לעצם האירוע (מושא המשפט) ואשר נתפסות כחלק בלתי נפרד מהאירוע העובדתי עצמו.⁶² קבוצת חריגים זו התפתחה בפסיקת המשפט המקובל האנגלי, והיא אומצה בפסיקת בית המשפט העליון בישראל. הרעיון שבבסיס קבוצת חריגים זו הוא שעדות על אמרה ספונטנית שנאמרה בסמיכות להתרחשות העובדתית, תהיה ראייה קבילה לאמתות תוכן האמרה, בהנחה שהסיכון לכדיה או לסילוף האמת נשלל.⁶³ ניתן למנות שני חריגים השייכים לקבוצה זו: אמרות המלוות התרחשות עובדתית⁶⁴ ואמרות על מצבו הגופני, מצבו נפשי, דעותיו או ידיעותיו של מוסר

58 פקודת העדות, 1924, חא"י א 650.

59 הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 566.

60 ראו לדוגמה: סעיף 11 לחוק לחיקון דיני הראיות (הגנת ילדים). סעיף זה מאפשר להכשיר אמרת חוץ שמסר ילד לחוקר ילדים כראייה קבילה לאמתות תוכנה בהליכים פליליים אף שהילד אינו מעיד בהליך המשפטי.

61 ע"פ 4297/98 **הרשטיק נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(4) 673 (2000). כמו כן ראו: ע"פ 566/89 **מרציאנו נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(4) 539 (1992); עניין **חג' יחיא** (לעיל, הערה 37) בעמ' 671; עניין **ז'אפר** (לעיל, הערה 39).

62 הביטוי "*Res Gestae*", שהשתרש בפסיקת המשפט המקובל האנגלי, בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות ובישראל, הוא שיבוש של המונח הלטיני *res gesta pars rei gestae*, אשר משמעו "חלק מן הסיפור", "רכיב של התרחשות" או "חלק מן העניין". ראו: הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 607 ובעיקר הערת שוליים מס' 175. דיון מקיף על קבוצת חריגי הרס גסטא ראו: הלוי, שם, בעמ' 607-630; הרנון (לעיל, הערה 1) בעמ' 190-207; נחמיה בן-תור, **עדות שמיעה – הכלל וחריגיו** (כרך א, 2005) בעמ' 117-162.

63 הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 611.

64 אמרה המלווה התרחשות עובדתית נדרשת להשתלב בהתרחשות העובדתית עצמה עד כדי היותה חלק בלתי נפרד מההתרחשות העובדתית. על מנת שיהיה ניתן להכשיר את האמרה, אף שהעד שמעיד בפועל לא חווה ישירות את ההתרחשות העובדתית שעל אודותיה הוא מעיד, על האמרה לעמוד בשני תנאים במצטבר: (1) עליה להיות רלוונטית להתרחשות

האמרה.⁶⁵ כל אחת מהאמרות הללו נדרשת להשתלב בהתרחשות העובדתית עצמה עד כדי היותה חלק בלתי נפרד ממנה. חריג נוסף השייך לקבוצת חריגי הרס גסטא הוא בדבר עדות על אמרות עד בעת ביצוע עברה, המעוגן בסעיף 9 לפקודת הראיות.⁶⁶ החריג מאפשר לקבל עדות על אמרה ספונטנית של עד לביצוע עברה על פי התנאים המנויים בחריג. קבלת האמרה מבוססת על ההנחה שעברה היא אירוע מרגש, ואמרה ספונטנית אשר נמסרה בסמוך למעשה העברה, ואשר נוגעת במישרין לעובדות הרלוונטיות לביצוע העברה, היא מהימנה.

חריג אחר, הקבוע בסעיף 10 לפקודת הראיות, מאפשר לקבל עדות על אמרה שמסר קרבן מעשה אלימות בסמוך למעשה האלימות.⁶⁷ החריג מבוסס על ההנחה שמצבו של

העובדתית; (2) עליה להיאמר בסמכות בזמן להתרחשות העובדתית או להיאמר ספונטנית כתגובה להתרחשות עתידית. ראו: שם, בעמ' 616–623.

65 אמרה בנוגע למצב גופני, למצב נפשי, לדעה או לידיעה נדרשת להשתלב בהתרחשות העובדתית עצמה עד כדי היותה חלק בלתי נפרד מההתרחשות העובדתית. במצב זה העד שמעיד על האמרה לא חווה ישירות את המצב הגופני של אומר האמרה, את מצבו הנפשי, לרבות את דעותיו או הידע שלו בעניין מסוים. על האמרה לעמוד בשני תנאים במצטבר: (1) עליה להיות רלוונטית להתרחשות העובדתית; (2) עליה להיאמר בסמכות להתרחשות העובדתית או להיאמר ספונטנית כתגובה להתרחשות עתידית. ראו: שם, בעמ' 623–630.

66 חריג זה הוסדר לראשונה בסעיף 7 לפקודת העדות ואומץ כלשונו בסעיף 9 לפקודת הראיות. ראו: שם, בעמ' 630–637; הרנון (לעיל, הערה 1) בעמ' 178–181; בן-תור (לעיל, הערה 62) בעמ' 381–385. סעיף 9 לפקודת הראיות, שכותרתו היא "אמרת עד בעד ביצוע עבירה", קובע כך: "עדות על אמרה שנאמרה בשעה שנעשה, לפי הטענה, מעשה עבירה, או בסמוך לפניו או לאחריו, והאמרה נוגעת במישרין לעובדה השייכת לעניין, תהא קבילה אם אמר אותה אדם שהוא עצמו עד במשפט". קיימים הבדלים בין חריג זה לשני החריגים הקודמים אף שכל השלושה שייכים לאותה קבוצת חריגים. ראשית, חריג זה מעוגן בפקודת הראיות, ואילו שני החריגים האחרים מצויים בהלכה הפסוקה. שנית, שהחריג המעוגן בסעיף 9 מאפשר להכשיר אמרה המתייחסת למעשה עברה בלבד, ואילו שני החריגים האחרים מאפשרים להכשיר אמרה המתייחסת לכל התרחשות עובדתית. שלישית, סעיף 9 דורש סמיכות זמנים, אולם הוא אינו דורש שהאמרה תהא ספונטנית, ואילו החריגים האחרים מאפשרים להכשיר אמרה ספונטנית או כזו שנמסרה בסמוך להתרחשות העובדתית. רביעית, סעיף 9 דורש את נוכחותו של אומר האמרה במשפט, ואילו שני החריגים האחרים אינם דורשים זאת. ראו: הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 632, טבלה ד'-3.

67 במתכונתו המצומצמת, במסגרת הוראת סעיף 8 לפקודת העדות, התייחס החריג לאמרת שכיב מרע, והוא שולב מאוחר יותר בהוראת סעיף 10 לפקודת הראיות. סעיף זה, שכותרתו היא "אמרה של קורבן אלימות", קובע כך: "עדות על אמרה שאמר אדם שנעשה בו, לפי הטענה, מעשה אלימות, והאמרה נוגעת לאותו מעשה או לנסיבות-לואי שלו, תהא קבילה אף אם האדם שאמר אותה אינו נוכח כעד ואף אין להביאו למשפט משום שהוא נפטר או תשוש או חולה או נעדר מן הארץ, ובלבד שנתקיימה באותה אמרה אחת מאלה: (1) היא נאמרה בשעת מעשה האלימות, או בסמוך לאחריו, או לאחר שהייתה לו ההזדמנות הראשונה להתאונן עליו; (2) היא נוגעת למעשה האלימות לפי סדר האירועים עד כדי היותה חוליה בשלשלת הנסיבות הקשורות במישרין לביצוע העבירה; (3) היא נאמרה

אדם אשר נפגע במעשה אלימות הוא ערובה מסוימת לאמתות דבריו אם נתקיימו יתר התנאים הקבועים בחריג. 68 ניתן לקבל עדות על אמרה שמסר קרבן למעשה אלימות, הן במקרים שבהם הקרבן לא העיד במשפט (בשל סיבה אובייקטיבית שמנעה ממנו להעיד) והן במקרים שבהם העיד הקרבן במשפט.

קבוצת החריגים בדבר "אמרות נפקדים"

קבוצת חריגים נוספת אשר הוכרה במשפט המקובל האנגלי ובמשפט האנגלו-אמריקאי ואומצה בפסיקת בית המשפט העליון, היא קבוצת החריגים בדבר "אמרות נפקדים". נפקדים הם מי שאי אפשר להעידם בבית המשפט מטעמים אובייקטיביים, כגון נפטרים, נעדרים, חסרי כושר העדה מן הבחינה הפיזית או הנפשית וכיוצא באלו. 69 חריגים אלו מאפשרים לקבל עדויות על אמרות שמסרו נפקדים באין אפשרות אובייקטיבית להציגן במסגרת עדות מקור, כאשר נסיבות מסירת הדברים מצדיקות יחס של אמון. 70 קבוצה זו מאפשרת להכשיר אמרות בניגוד לאינטרס הרכושי של מוסר האמרה, אמרות במהלך ביצוע תפקיד, אמרות בנוגע לזכויות הציבור, אמרות בנוגע לשושלת יוחסין וכן אמרות בנוגע לצוואה. 71

קבלת עדות בדבר הודאת נאשם בביצוע עברה

אחד החריגים העיקריים לכלל הפסילה מאפשר לקבל עדות על הודאת נאשם בביצוע עברה. חריג זה, אשר מקורו בפקודת העדות, ואשר אומץ ועוגן בסעיפים 11 ו-12 לפקודת הראיות, 72 מאפשר להעיד עד אשר שמע את הנאשם מודה בביצוע עברה בתנאי

בשעה שהוא היה גוסס, או האמין שהוא גוסס, בעקבו של מעשה האלימות". דיון מקיף בעניין חריג זה ראו: הרנון (לעיל, הערה 1) בעמ' 168–177; בן-תור (לעיל, הערה 62) בעמ' 385–407; הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 682–701.

68 הרנון (לעיל, הערה 1) בעמ' 169.

69 ראו: הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 637.

70 הרנון (לעיל, הערה 1) בעמ' 153; הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 637. כמו כן ראו: עניין ברנשטיין (לעיל הערה 34).

71 ראו דיון מקיף לגבי כל אחת מאמרות אלו אצל: בן-תור (לעיל, הערה 62) בעמ' 169–214; הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 637–682; הרנון (לעיל, הערה 1) בעמ' 153–167.

72 סעיף 11 לפקודת הראיות, שכותרתו "הוכחת אמרה של נאשם", קובע כי "אמרתו של נאשם מותר להוכיח בעדותו של אדם ששמע אותה; נרשמה האמרה בכתב והנאשם חתם עליה או קיים אותה באופן אחר, מותר להוכיחה בעדות על כך ממי שהיה נוכח באותו מעמד..." סעיף 12(א) לפקודת הראיות, שכותרתו "הודיה", קובע כך: "עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה הייתה חופשית ומרצון". סעיפים אלו החליפו את סעיף 9 לפקודת העדות. סעיף 9 לפקודת העדות אימץ את הכלל שמקורו במשפט המקובל בדבר קבילות הודאות במשפטים פליליים. לפי כלל זה, קבילותה של הודאת נאשם אשר נמסרה לאיש מרות (שופט, שוטר או תובע) מותנית בכך שהתביעה תוכיח כי ההודאה ניתנה מרצונו הטוב והחופשי. ראו: שם, בעמ' 246–247.

שהנאשם מסר את הודאתו מרצונו הטוב והחופשי.⁷³ כאשר בית המשפט מתרשם כי הודאת החוץ של הנאשם נמסרה מרצונו הטוב והחופשי ללא שימוש באמצעים פסולים, הרי שהודאת החוץ קבילה, ובית המשפט רשאי לבסס עליה ממצאים.⁷⁴

אמרת עד מחוץ לבית המשפט

חריג אחר, פרי יצירתו של המחוקק הישראלי, מעוגן בסעיף 10א' לפקודת הראיות.⁷⁵ חריג זה, שכותרתו היא "אמרת עד מחוץ לבית המשפט", מאפשר להכשיר אמרה בכתב של עד שנמסרה מחוץ לכותלי בית המשפט, ולימים, משנדרש העד לחזור על אמרתו בבית המשפט, הוא סתר את האמרה בכתב או שלחלוּפין הופעלו עליו אמצעים פסולים אשר מנעו ממנו או הניאו אותו מלמסור עדות.⁷⁶ הרציונל שעמד מאחורי חקיקתו של

73 החריג מתייחס לעדות על הודאת חוץ של נאשם. לאמור, עדות שהנאשם הודה בביצוע העברה המיוחסת לו, מחוץ לדיון המברר את אשמתו על פי כתב האישום. כאשר הנאשם מודה בביצוע עברה במסגרת ההליך המשפטי שבו מבוררת אשמתו על פי כתב האישום, הרי שלפנינו הודאה ולא הודאת חוץ. דיון מקיף בדבר חריג זה ראו: שם, בעמ' 246–286; נחמיה בן-תור, **עדות שמיעה – הכלל וחריגיו** (כרך ב, 2005) בעמ' 599–784; גבריאל הלוי, **תורת דיני הראיות** (כרך ג, 2013) בעמ' 239–254.

74 כך למשל אם יהודה שמע את ראובן מודה ברצח של שמעון, יהא יהודה רשאי להעיד על הודאתו של ראובן במשפט שבו הוא מואשם ברצח של שמעון, בתנאי שיוכח כי ראובן מסר את הודאתו ליהודה מרצונו הטוב והחופשי. אף שליהודה אין יכולת לדעת אם תוכנה של ההודאה הוא אמת או לא, החריג מאפשר להכשיר את קבילותה של ההודאה ולבסס ממצאים על אמתות תוכנה. יתר על כן, נקבע בפסיקה כי בית המשפט רשאי להרשיע נאשם על סמך הודאת חוץ שלו בתנאי שתימצא לצדה ראיה נוספת מסוג "דבר מה נוסף". "הדבר מה נוסף" הוא תוספת ראייתית קלה, שבכוחה לאמת את הודאת החוץ של הנאשם ולהסיר ספק שמא אותה הודאה כוזבת. ראו בעניין מהותו של "הדבר מה הנוסף": ע"פ 428/72 בן לולו נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 267 (1973); ד"נ 3081/91 קוזלי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 441 (1991); ע"פ 6296/13 אדריס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2015).

75 החריג נחקק במסגרת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 4), התש"ם–1979, ס"ח 14. דיון מקיף בעניין סעיף 10א' לפקודת הראיות ראו: בן-תור (לעיל, הערה 73) בעמ' 409–534; הלוי (לעיל, הערה 73) בעמ' 560–595; עניין טובול (לעיל, הערה 34); שטיין (לעיל, הערה 20); נינה זלצמן, "גבייה מוקדמת של עדות, אמרה בכתב והחקירה שכנגד בהליך הפלילי", **עיוני משפט ח** (תשמ"ב) 584; אורי שטרומן, "האמת קבורה בעדות שמיעה", **המשפט א** (תשנ"ג) 239, בעמ' 242–246.

76 סעיף 10א' לפקודת הראיות, שכותרתו היא "אמרת עד מחוץ לבית המשפט", קובע כך: (א) אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לבית המשפט תהיה קבילה כראיה בהליך

פלילי אם נתקיימו אלה:

- (1) מתן האמרה הוכח במשפט;
 - (2) נותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו;
 - (3) העדות שונה, לדעת בית המשפט, מן האמרה בפרט מהותי, או העד מכחיש את תוכן האמרה או טוען כי אינו זוכר את תכנה.
- (ב) בית-המשפט רשאי לקבל אמרה כאמור בסעיף קטן (א) אף אם נותן האמרה איננו עד, בין משום שהוא מסרב להעיד או אינו מסוגל להעיד, ובין שלא ניתן להביאו לבית-המשפט משום שאינו בחיים או לא ניתן

חריג זה בשנת 1980 הוא הצורך לתת מענה לתופעה מדאיגה שהלכה ופשתה של הפעלת אמצעים פסולים על עדים כדי למנוע מהם למסור עדות. משלא התייצבו עדים אלו על דוכן העדים, נמנע מהתביעה להגיש את אמרותיהם אשר נמסרו בתחנת המשטרה, בהיותן עדות מפי השמועה.

המשותף לכלל החריגים

מסקירת החריגים שלעיל עולה כי אף שהחריגים שונים זה מזה במקורותיהם, בהיקפם ובתחולתם, קיים מכנה משותף לכולם. בבסיסם של כל אחד מהחריגים לכלל הפסילה (לרבות אלו שלא נדונו לעיל) מצויות שתי תשתיות: האחת היא **תשתית רציונלית**, והשנייה היא **תשתית עובדתית**. התשתית הרציונלית מצדיקה את קבלת האמרה בדרך של עדות מפי השמועה. ככלל, וכפי שיובהר להלן, הצורך בשימור האמרה או מידת מהימנותה הגבוהה מספקים את התשתית הרציונלית שבבסיסם של החריגים. התשתית העובדתית שבכל אחד מהחריגים קובעת את העובדות או הנסיבות שיש להוכיח על מנת שיהיה ניתן להכשיר את האמרה מכוחו של אותו חריג. התשתית העובדתית מתייחסת לנסיבות שבהן מסר עד המקור את אמרתו לכלי הראשון. נסיבות אלו עשויות להתייחס בין היתר לאלה: מיהותו של מוסר האמרה, תוכנה, מקום מסירתה, מועד מסירתה, עיתוי מסירתה, אופן מסירתה, דרך תיעודה וכיוצא באלה. משהונחה התשתית העובדתית של החריג, רשאי הכלי הראשון למסור את עדותו בבית המשפט, ובית המשפט רשאי לבסס ממצאים המתייחסים לאמתות תוכנה. אלא שאף אחד מהחריגים הקיימים, הן אלו שנסקרו והן אלו שלא נסקרו, אינו מסדיר את מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה. התשתית העובדתית של החריגים קובעת תנאים שבהתקיימם ניתן להעיד את הכלי הראשון על תוכן אמרתו של עד המקור. היא אינה מתייחסת למצבים שבהם תימסר האמרה לבית המשפט מכילי שני ואילך. ומכאן כאמור שהחריגים לכלל הפסילה אינם מסדירים את מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה.

בשל חשיבותם של הרציונלים שמאחורי החריגים לכלל הפסילה, והיות שרציונלים אלו הם אבן הראשה בהסדר המוצע (כפי שיובהר בהמשך), אדון להלן בכל אחד מרציונלים אלה.

-
- למצאו, ובלבד שבית-המשפט שוכנע שמנסיבות העניין עולה, כי אמצעי פסול שימש להניא או למנוע את נותן האמרה מלתת את העדות.
- (ג) בית המשפט רשאי לסמוך ממצאו על אמרה שנתקבלה לפי סעיף זה, או על חלקה, והוא רשאי להעדיף את האמרה על עדותו של העד, והכל אם ראה לעשות כן לנוכח נסיבות העניין, לרבות נסיבות מתן האמרה, הראיות שהובאו במשפט, התנהגות העד במשפט ואותות האמת שנתגלו במהלך המשפט, והטעמים יירשמו.
- (ד) לא יורשע אדם על סמך אמרה שנתקבלה לפי סעיף זה אלא אם יש בחומר הראיות דבר לחיזוקה."

(ב) הרציונלים שבבסיס החריגים לכלל הפסילה

אף שהחריגים שונים, הן במהותם והן בדרך התפתחותם, המכנה המשותף לכולם הוא קיומו של צורך להכשיר את האמרה כראיה קבילה או קיומן של נסיבות המהוות ערובה למהימנותה. שני השיקולים בדבר הצורך בראיה ובמידת מהימנותה הנחו את המחוקק ואת בתי המשפט, הן בישראל והן בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאי, לפתח חריגים לכלל הפסילה. אעמוד בקצרה על כל אחד מהרציונלים האמורים.

(1) הצורך בעדות

המלומד ויגמור (John Henry Wigmore), אשר היה אחד מהתאורטיקנים החשובים בתחום דיני הראיות ואשר תמך בכלל הפסילה, עמד על קיומם של שני רציונלים אשר צריכים להתקיים לשם הכשרת עדות מפי השמועה כחריג לכלל הפסילה: האחד הוא הצורך בראיה (necessity), והשני הוא מהימנותה (reliability).⁷⁷ על פי הרציונל הראשון, הואיל ואנו עלולים לאבד את היתרון שבראיה אם נפסול אותה כליל, עדיף לקבל אותה על פגמיה מאשר לאבד אותה כליל.⁷⁸ מצב זה של איבוד הראיה כליל עלול להיווצר משתי סיבות: האחת, מקרה שבו עד המקור נפטר או שהוא אינו זמין לעדות (חולה, עזב את הארץ וכד'). סיבה שנייה נעוצה בכך שאיננו יכולים לצפות, שוב, בזמן המשפט, להשיג ראיה בעלת אותו ערך פרובטיבי כמו זה של העדות מפי השמועה. למשל, רציונל הצורך קיים בבסיס החריג של אמרות ספונטניות.⁷⁹ מכאן שלא כמו בסיבה הראשונה, איננו חוששים לאבד את הראיה כולה עם איבוד המקור, אלא אנו חוששים לאבד ראיה שהיא בעלת אותו ערך פרובטיבי גבוה כמו זה שבעדות מפי השמועה.⁸⁰

רציונל הצורך שבאמרה עשוי להצדיק גם קבלתה של עדות מפי השמועה כפולה, שהרי אם הסיבה להכשרתה של האמרה מכלי ראשון היא הצורך באמרה, אזי צורך זה, ככל שהוא מצדיק את קבלת האמרה מכלי ראשון, אינו נפגע מהעובדה שלעדות נוספה חוליה, ושדרכה היא תימסר לבית המשפט. הצורך כשלעצמו, אשר הצדיק את קבלת האמרה מכלי ראשון, יצדיק את קבלת האמרה גם מכלי שני. אכן, אפשר שתישמע טענה שהוספת חוליות לשרשרת השומעים עלולה לפגוע במהימנותה. אלא שאז הסיבה לפסילת הראיה נעוצה בחשש למהימנותה ולא בטענה כי אין בה כל צורך. מכאן שכל עוד קיים צורך בשימור האמרה, בין שזו תימסר לבית המשפט מכלי ראשון ובין שתימסר מכלי שני, וזאת במנותק משאלת מהימנותה, הרי שאין בסיס לפסילת האמרה.

77 Wigmore (לעיל, הערה 1) בעמ' 253.

78 שם, שם.

79 ראו למשל סעיפים 9 ו-10 לפקודת הראיות, המכשירים עדויות על אמרות ספונטניות שנאמרו בנסיבות מסוימות כראיות קבילות לאמתות תוכנן.

80 Wigmore (לעיל, הערה 1) בעמ' 253.

(2) מהימנות

לפי הרציונל השני הנוגע למהימנות האמרה, ניתן לקבל עדות מפי השמועה בנסיבות מסוימות אשר גורמות לנו לתת בה אמון. עיקרון זה מבוסס על ההיגיון ועל ניסיון החיים המורים לנו לסמוך על הראיה. לגישתו של ויגמור, כאשר האמרה נמסרה בנסיבות שבהן אפילו האדם הסקפטי ביותר היה מסתמך עליה ברמה גבוהה של הסתברות, הרי שניתן לקבלה.⁸¹ רציונל מהימנות האמרה בא לידי ביטוי בקבוצת חריגי הרס גסטא, ובכללה סעיפים 9 ו-10 לפקודת הראיות, שמאפשרים להכשיר עדויות מפי השמועה על אמרות ספונטניות מסוימות, כאשר הספונטניות של האמרה היא ערובה למהימנותה.⁸² דוגמה נוספת היא קבוצת החריגים המכשירה "אמרות נפקדים" מסוימות, כאשר נסיבות מסירת האמרות אינן מקימות חשש למהימנותן.⁸³ יוצא מכאן שחלק מהחריגים לכלל הפסילה מכשירים אמרות שנתקבלו מפי השמועה מכלי ראשון, בהניחם כי יש ערובות המבטיחות את מהימנותן.

(ג) טענות ביקורת נגד החריגים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה

הביקורת נגד החריגים לכלל הפסילה חייבת להיות מובנת לנוכח אופן התפתחותם. החריגים לכלל הפסילה לא נוצרו באופן אחיד וסדור, אלא יצירתם התפרסה על פני תקופה ארוכה והייתה קונקרטי, מתוך רצון לתת מענה לבעיות נקודתיות שעמדו בפני בתי המשפט בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות, אשר אימצו לחיקן את כלל הפסילה.⁸⁴

רשימת החריגים חלקית ואינה ממצה

לא כל שיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות אימצו את אותם חריגים, ושיטות המשפט שאימצו לחיקן את אותם חריגים לא העניקו להם בהכרח את אותה פרשנות ולא בהכרח החילו אותם באותו היקף.⁸⁵ משכך, רשימת החריגים בדיני הראיות בישראל היא חלקית בלבד ואינה ממצה. הרשימה אינה כוללת, והיא אף אינה מתיימרת לכלול, את כל סוגי העדויות שנתקבלו מפי השמועה, אשר מוצדק לקבלן, לפי הרציונלים שבבסיס מערך

81 שם, בעמ' 252.

82 ראו דיון בקבוצת חריגי 'הרס גסטא' לעיל, הערה 62.

83 ראו דיון ב'אמרות נפקדים' לעיל, הערה 69.

84 הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 600.

85 שם, שם. כך למשל בקנדה קיבל בית המשפט העליון את הגישה שלפיה יש לפרש את כלל הפסילה בצמצום ואת החריגים לכלל יש בגמישות בתוך התאמתם לנסיבות הספציפיות של המקרה. גישה זו אומצה גם באוסטרליה ובניו זילנד. בדרום אפריקה נקט המחוקק במסגרת החוק החרות The Law of Evidence Amendment Act No. 45, 1988 גישה גמישה יותר המאפשרת לבתי המשפט שיקול דעת רחב לקבל ראיה בניגוד לכלל הפסילה. ראו: הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 564-563. ראו לדוגמה לעניין זה באוסטרליה את Lee, [1998] H.C.A. 60 (1998), 195 C.L.R. 594 ובניו זילנד את Baker, [1989] 1 N.Z.L.R. 738.

החריגים הקיים. לפיכך ייתכנו מצבים שבהם תגענה לפתחו של בית המשפט עדויות מפי השמועה, שעל אף הצורך בקבלתן או קיומן של ערובות המבטיחות את מהימנותן, הן תיפסלנה ולו משום שאין בנמצא חריג שיכשיר את קבילותן.

לכאורה, ניתן להתגבר על הקושי האמור באמצעות הוספת חריגים לכלל הפסילה, בין בחקיקה ובין בפסיקה, אשר יאפשרו להכשיר סוגים נוספים של עדויות מפי השמועה. ככל שהחריגים יהיו רבים יותר, כך יהיה ניתן להכשיר מספר רב יותר של עדויות מפי השמועה. ככל שהדבר נוגע לעדות מפי השמועה כפולה, ניתן לצפות כי ככל שירבו החריגים, כך יהיה ניתן להכשיר את החוליות השונות של העדות. בדרך זו עדויות רבות המשויכות כיום לקטגוריה השלישית (בשל היעדר חריג שיכשיר את העדות מכלי שני) תעבורנה לקטגוריה השנייה (לאחר שיימצא חריג שיכשיר את העדות מכלי שני), וכך הן תעבורנה את משוכת הקבילות. אלא שאף זה אינו הפתרון השלם והכולל לקושי העולה מהיקפם הצר של החריגים לכלל הפסילה ומהשפעתם של אלו על מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה.

הטעם העיקרי לכך הוא שאי אפשר לצפות מראש את כל סוגי האמרות שהדין מצדיק את קבלתן (בדרך של עדות מפי השמועה), בין משום שקיים צורך בשימורן ובין בשל מידת מהימנותן הגבוהה. לפיכך גם אי אפשר להכין מערך שלם של חריגים שיינתן מענה כולל לאותן אמרות. יתר על כן, הרחבת מערך החריגים הקיים אמנם תאפשר את מעברן של עדויות המשויכות כיום לקטגוריה השלישית לקטגוריה השנייה, והן תוכשרנה אפוא כראיות קבילות בדרך של חריג על גבי חריג, אלא שאין במהלך זה כדי לבטל את הקטגוריה השלישית ואת הקושי העולה ממנה, בין משום שאי אפשר לצפות את כל סוגי האמרות ולהכין מערך שלם של חריגים שיאפשר את הכשרתן, ובין משום שגם החריגים שיתווספו, כך ניתן להניח, לא יסדירו את מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה אלא יאפשרו להכשיר סוגים נוספים של אמרות, אשר תתקבלנה מכלי ראשון, בדומה לחריגים הקיימים.

ניסוח דווקני של החריגים מצמצם את שיקול הדעת של בית המשפט

קושי שני מתייחס לתשתית העובדתית הדווקנית המצויה בבסיסם של כל אחד מהחריגים. בבסיסו של כל אחד מהחריגים מונחת תשתית עובדתית מפורטת ודווקנית אשר חייבת להתקיים על מנת שהאמרה תוכשר מכוחו של אותו חריג. עמידה בתנאי החריג תביא להכשרת האמרה, ואי עמידה באחד מתנאיו תביא לפסילתה. היתרון בניסוח חריגים בלשון ברורה, דווקנית וחד-משמעית הוא בתרומתו לוודאות המשפטית, ובכך שהוא נועד לקיים את הרציונלים שבבסיס החריג ולקדםם. דא עקא, שניסוח שכזה אינו

מאפשר סטייה מהתשתית העובדתית הקיימת ואינו מותיר פתח לשיקול דעת של בית המשפט במקום שבו שיקול דעת זה נחוץ לשם חשיפת האמת בהליך משפטי נתון.⁸⁶ פרשנות דווקנית של בית המשפט מצמצמת את תחולתו של החריג

קושי שלישי, בהמשך ישיר לקושי השני אך מכיוון אחר, מתייחס לפרשנותם של החריגים בבית המשפט העליון. נטייתו של בית המשפט העליון היא לפרש את החריגים בצמצום ובדווקנות דווקא בשל היותם חריגים לכלל הפסילה.⁸⁷ גישה שמרנית זו באה לביטוי בכך שבאותם מקרים שבהם התשתית העובדתית שבבסיס החריג, כולה או מקצתה, אינה מנוסחת בלשון דווקנית, באופן המאפשר מקום לשיקול דעתם של בתי

86 כך למשל החריג בדבר "אמרת קורבן מעשה אלימות", הקבוע בסעיף 10 לפקודת הראיות, מתנה בין היתר את קבילות האמרה בכך שהקרבן מסר את אמרתו לכלי הראשון בהזדמנות הראשונה. היה והקרבן מסר את אמרתו בהזדמנות השנייה או השלישית, האמרה תיפסל, מאחר שלא עמדה בתנאי זה. נניח כי הקרבן פגש בהזדמנות הראשונה את פלוני והוא לא שיתף אותו בעובדות הנוגעות לאירוע התקיפה, בשל כך שהכרתו הייתה מעורפלת, או שהוא לא חש בנוח לספר לו או שהוא לא רחש לו אמון. בהמשך פגש הקרבן את אלמוני, שהוא חבר קרוב או שוטר, ולו הוא מסר פרטים הנוגעים למעשה האלימות שהוא היה קרבן לו. הואיל והמחוקק התנה את קבילות האמרה בכך שהיא תימסר בהזדמנות הראשונה, הרי שלבית המשפט אין סמכות או שיקול דעת להכשיר אמרה שלא נמסרה בהזדמנות הראשונה ממש. דרישה פורמלית ודווקנית זו אינה מאפשרת לבית המשפט לסטות ממנה אף אם ישתכנע בית המשפט כי אי-מסירת הדברים בהזדמנות הראשונה הייתה הגיונית ומוצדקת, וכי מסירת האמרה בהזדמנות השנייה לא פגעה במהימנות האמרה, שהיא את אחד הצידיקים שבבסיס החריג הקבוע בסעיף 10 לפקודת הראיות. ראו לדוגמה: ע"פ 436/80 **עמוסי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(2) 566 (1981). בעניין זה פסל בית המשפט העליון אמרה של קרבן למעשה אינוס אשר נמסרה לרופאה שלה בהזדמנות השלישית, לאחר שהקרבן פגש קודם לכן שוטרים ואחות, ולהם לא סיפרה על אירוע האינוס.

87 דוגמאות לגישת הפרשנות המצמצמת של החריגים לכלל הפסילה ראו: ע"פ 171/81 **פיטוסי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(1) 9 (1981). השופט כהן מציין בעמ' 15 לפסק הדין: "ספק רב הוא בעיני, אם ניתן להכשיר דרך סעיף זה דברים, שאמר עד לאיש משטרה שחקר אותו אחרי המקרה, גם אם חקירה זו הייתה בסמוך לאחר מעשה העבירה. קשה לי גם להסכים [...] שתשובת המתלונן לחוקר [...] שניתנה כשעה אחרי המקרה יכולה להתקבל כראיה לפי הלכות 'רס גסטה'. גם לפי ההלכות שהרחיבו את החריג הזה בדיני הראיות". כמו כן ראו: ע"פ 1645/08 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 3.9.2009): "נכונה אני לקבל כי ככלל הדרישה לסמיכות בין מועד ביצוע העבירה למועד מתן האמרה, לפי סעיף 9 לפקודת הראיות, צריכה להתפרש בדווקנות ובצמצום, דווקא משום היותה חריג לכלל האוסר עדות מפני השמועה". דבריה של ארבל אומצו בפסיקה מאוחרת. ראו לדוגמה: ע"פ 8704/09 **באשה נ' מדינת ישראל**, פסקה 12 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 11.11.2012). השופט הנדל, בדונו במרחב סמיכות הזמנים הנדרש בסעיף 9 לפקודת הראיות, מציין כי עמדתה של ארבל, כפי שהוצגה בעניין **פלוני**, ושלפיה הדרישה לסמיכות זמנים בין מועד ביצוע העברה למועד מסירת האמרה צריכה להתפרש בדווקנות ובצמצום, מקובלת גם עליו. לגישתו, הצמצום ייתן את אותותיו בדרישת הזמן המוגבלת מאוד, ובנוסף – ברגישות לרציונל שמאחורי סעיף 9 לפקודת הראיות.

המשפט בדבר יישום החריג בנסיבותיו הספציפיות של כל מקרה ומקרה, נטיית בית המשפט העליון היא להיצמד לפרשנות המצמצמת את תחולת החריג. לעומת פרשנות גמישה ורחבה של תנאי החריג, לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה, שהייתה מאפשרת את הכשרתן של עדויות רבות יותר, פרשנות מצמצמת מביאה בפועל לתוצאה הפוכה. קושי זה מקבל משנה תוקף, שכן למן שנות השמונים של המאה הקודמת נטש בית המשפט העליון את הפרשנות הדווקנית של הנורמה הפלילית והחליפה בפרשנות המגשימה את תכליתה.⁸⁸ חרף זאת ככל שהדבר נוגע לפרשנותם של החריגים לכלל הפסילה, בית המשפט העליון נצמד דווקא לפרשנות הדווקנית המצמצמת את תחולת החריג. יתר על כן, ניתן לטעון כי פרשנות דווקנית ומצמצמת אינה עולה בקנה אחד עם מגמת המעבר מכללי קבילות פורמליים לכללים גמישים של משקל.⁸⁹ לגישה נטייה זו משקפת את השקפתם של שופטי בית המשפט העליון בדבר חשיבותו ונחיצותו של כלל הפסילה, ואולי אף את השתייכותם לזרם המצדד בכלל זה. עם זאת גם מקרב השופטים אשר קוראים לפרש את החריגים לכלל הפסילה בצמצום וברווקנות יש המציינים כי על השופטים להפעיל שיקול דעת לפי הנסיבות של כל מקרה ומקרה.⁹⁰

88 פסק הדין החלוץ אשר בישר על השינוי בגישה הפרשנית של הנורמה הפלילית הוא ע"פ 881/79 מזורחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421 (1980). כמו כן, ראו: ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט (3) 205 (1985); רע"פ 3237/99 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 140 (1999); דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2011).

89 ראו את דבריו של השופט עמית בעניין באשה (לעיל, הערה 87), בפסקה 3 לפסק דינו. השופט עמית מתייחס לפרשנות סעיף 9 לפקודת הראיות בידי בית המשפט העליון בציינו כי "פרשנות דווקנית ומצמצמת של סעיף 9 לפקודת הראיות, אינה עולה בקנה אחד עם המגמה הכללית בפסיקה לעבור בהדרגה מכללי קבילות פורמליים לכללים גמישים של משקל. ניתן לומר כי המגמה לעבור מקבילות למהימנות מסכנת את כיסאם של המרצים המלמדים 'דיני ראיות' בפקולטאות למשפטים, כאשר המגמה המסתמנת היא שלא להסוּם את דרכה של הראיה לבית המשפט מלכתחילה, אלא לבחון את מהימנותה ומשקלה לגופה..." מנגד, ראו את הסתייגותו של השופט ריבלין בע"א 8423/06 שדה נ' לוינון (פורסם בנבו, 2010), שלפיה "התנערות מכללי הקבילות מגמישה את שיקול הדעת של השופט עד למחוזות רחוקים. יש להישמר מכך".

90 ראו: עניין באשה (לעיל, הערה 87). בפסקה 15 לפסק דינו של השופט הנדל ציין השופט כי תנאי העיתוי שבסעיף 9 לפקודת הראיות (שלפיו יש לדרוש סמיכות זמנים בין מועד ביצוע העברה למועד מסירת האמרה) והגישה המצמצמת לפרשנות של הסעיף מחייבים הענקת משקל רב עד מכריע לכך שלא מדובר בסמיכות זמן ממשית. במצבים שבהם סמיכות הזמנים היא גבולית מציע השופט מבחני עזר שייסיעו לבית המשפט לקבוע אם האמרה שבמחלוקת עומדת תנאי העיתוי בהגשימה את שני הרציונלים שבבסיסו של תנאי העיתוי: הספונטניות של האמרה שנמסרה בסמוך לביצוע העברה והיות האמרה חלק מן האירוע המהווה את מעשה העברה. השופט עמית ציין בפסקה 3 לפסק דינו כי לטעמו אין לקבוע מסמרות באשר לתנאי העיתוי, וכל מקרה צריך להיבחן על פי נסיבותיו. כמו כן ראו: עניין פלוני (לעיל, הערה 87) פסקה 20 לפסק דינה של השופטת ארבל. לגישתה של ארבל, יש לפרש את דרישת העיתוי שבסעיף 9 לפקודת הראיות בריווקנות ובצמצום, משום שזו ליבתה של דרישת הספונטניות. עם זאת מציינת ארבל כי גם עניין זה, מטבע הדברים, נקבע

אי־ההסדרה של עדות מפי השמועה כפולה

קושי רביעי טמון בכך שהחריגים לכלל הפסילה אינם מסדירים את מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה. התשתית העובדתית שבבסיס החריגים מתייחסת לנסיבות שבמסגרתן מסר עד המקור את אמרתו לכלי הראשון, מתוך הנחה שהוא אשר ימסור אותה לבית המשפט. החריגים אינם מתייחסים להעברתה של האמרה מהכלי הראשון לחוליות נוספות שדרךן תימסר האמרה לבית המשפט.

מן המקובץ לעיל עולה כי אף שהחריגים מאזנים את כלל הפסילה, הלוקה בהכללת יתר, הם אינם נותנים מענה שלם וכולל לעדויות מפי השמועה, משני היבטים: ראשית, החריגים אינם מכסים את כל סוגי העדויות מפי השמועה, אלה שעולה צורך בשימורן ושמהימנותן אינה מוטלת בספק; שנית, באשר לאמרות שבעניינן יש חריגים, היעדר אפשרות לסטות מהתשתית העובדתית הקבועה בחריג ופרשנותה הדווקנית בידי בית המשפט העליון עלולים להעיב על מלאכת גילוי האמת. הואיל ומטרת ההליך הפלילי היא הרשעת אשמים וזיכויים של חפים מפשע, על בית המשפט לפרש את החריגים באופן שהם יקדמו מטרה זו. כאשר בית המשפט דן בפרשנותו ובשאלת תחולתו של חריג מסוים על אמרה שבמחלוקת, עליו להדגיש לא רק את התשתית העובדתית של החריג אלא גם את התשתית הרציונלית שלו ואת השאלה אם קבלת האמרה מכוחו של אותו חריג תסייע לו בחשיפת האמת באותו הליך משפטי.

לסיכום, התשתית העיונית להסדרת מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה נדונה על רקע המתח הקיים בין הרציונלים השונים שבבסיס כלל הפסילה ובין טענות הביקורת נגדו, וכן בין המתח הקיים בין הצידיקים לחריגים לכלל הפסילה ובין טענות הביקורת נגדם, בהדגשת חשיבותם של הרציונלים המצויים בבסיסם של החריגים לכלל הפסילה ואת מטרת ההליך הפלילי אשר נועד להביא להרשעתם של אשמים בביצוע עברה ולזיכויים של החפים מפשע. בפרק הבא תיבחן שאלת מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה בדיני הראיות בישראל.

לפי נסיבות העניין ולפי השכל הישר. ניתן להיווכח כי הן השופטת ארבל בעניין פלוני והן השופטים הנדל ועמית בעניין באשה סבורים כי יש לפרש את דרישת העיתוי שבסעיף 9 לפקודת הראיות בדווקנות ובצמצום, אולם באפשרם להתחשב בנסיבות העניין, בשכל הישר ובמבחני עזר (כפי שהציע הנדל), הם מאפשרים, הלכה למעשה, לבתי המשפט להפעיל שיקול דעת בפרשנותם של החריגים במקום שבו תנאי החריג ניתנים לכמה פירושים. ייתכן שרטוריקה זו מעידה על נסיגה אפשרית מהגישה הפרשנית המצמצמת את תחולתם של החריגים לכלל הפסילה.

ב. מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה בדין הקיים

1. הניסיון להסדרת מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה בחקיקה

פקודת הראיות אינה מסדירה את דינה של עדות מפי השמועה כפולה. על אף שתיקת המחוקק בעניין זה הננו עדים לניסיון להסדיר את מעמדה של עדות זו בחקיקה. פרופ' אורי ידין קרא בהצעת חוק הראיות החדש משנת 1985 לבטל את הכלל הפוסל עדות מפי השמועה.⁹¹ בדברי ההסבר צוין כי הוראה חדשה זו מטרתה לשחרר את דיני הראיות בישראל מן הסבך וההכבדה של ההלכות האנגליות בדבר ראיות שמועה. במקום האיסור העקרוני של קבלת ראיות שכאלה, על סייגיו וסייגיו המורכבים, הוצע להוכיח כל דבר שנאמר או נכתב מחוץ לבית המשפט בכל דרך שהיא. בית המשפט רשאי לפסוק על פי האמרה אם מצא אותה מהימנה, ובלבד שיזהיר את עצמו בדרך של מתן הנמקה מיוחדת.⁹² בעקבות הצעת החוק של פרופ' ידין נקרא השופט משה לנדוי לכתוב הצעת חוק מתוקנת. בתזכיר הצעת חוק הראיות משנת 1985 (להלן "התזכיר") התנגד לנדוי להצעת החוק של ידין, אשר קראה לביטולו של הכלל הפוסל עדות מפי השמועה.⁹³ לנדוי ציין שאם תתקבל הצעתו של ידין, יהיה ניתן לקבל כל אמרה שהעד לא קלט בחושיו אלא הוא שמע אותה מפי אדם אחר. לא זו בלבד, אלא גם אותו אדם אחר לא היה חייב לקלוט את המסופר בחושיו שלו, אלא היה יכול לקבל את הדברים מאדם שלישי, וכך הלאה, עד אין סוף.⁹⁴ במסגרת נימוקיו של לנדוי להתנגדות לביטול כלל הפסילה הוא ציין כי ראשית, ככל שהעדות המובאת לפני בית המשפט רחוקה יותר מהתרשמותו הבלתי אמצעית של הגורם המקורי אשר קלט את האירוע הנדון בחושיו, וככל שמתרבות חוליות הביניים בשרשרת של מסירת הדברים מאיש לאיש, כך גדלה הסכנה של שיבוש התיאור של האירוע, בין במתכוון ובין בתום לב, בבחינת "טלפון שבור". שנית, בחופש גמור זה של מתן עדות מפי השמועה טמונה סכנה של הצפת בית המשפט בראיות שמשקלן אפסי, דבר המחייב הצבה מראש של סכר בפני הצפה כזו. לאלו מתווספת ההשגה העקרונית על הרשאת עדות כלשהי מפי השמועה, והיא שעדות כזאת אינה ניתנת לחקירה ולדרישה לגופה בחקירה נגדית של העד המופיע בבית המשפט. החקירה הנגדית של אותו עד תהיה מוגבלת לשאלה אם אכן כך שמע העד את

91 אורי ידין, "הצעת חוק ראיות חדש", הפרקליט לד (תשמ"א) 137. סעיף 53 להצעת ידין, שכותרתו "דין ראיות שמועה", קובע כך: "מקום שבית המשפט פוסק על סמך אמרה של אדם שלא העיד במהלך המשפט, יפרט בהחלטתו מה הניע אותו להסתמך עלייה ולותר על ראייה ישירה או ישירה יותר".

92 ראו דברי הסבר להצעת ידין, שם, בעמ' 156–157.

93 משה לנדוי, "הערות על הצעת חוק הראיות המתוקנת", משפטים טז (תשמ"ו) 17, בעמ' 34.

94 שם, בעמ' 21.

הדברים מאת האדם שמסרם לו.⁹⁵ לנדוי הציע לקבל על דרך הכלל עדות מפי השמועה רק כאשר היא באה מכלי ראשון.⁹⁶ אלא שלצד הכלל האמור המליץ לנדוי לקבוע לו חריג המאפשר להכשיר עדות מפי השמועה אף אם העדות אינה באה מכלי ראשון אלא גם מכלי שני ואילך.⁹⁷

בסעיף 16(ב) לתזכיר התייחס לנדוי לעדות מפי השמועה כפולה. על פי סעיף זה, עדות מפי השמועה כפולה תיחשב לראיה קבילה אם היא תעמוד בשלושת התנאים האלה במצטבר: תנאי ראשון הוא שהאמרה נראית מהימנה מתוכנה. תנאי שני הוא שאי אפשר להביא במידת הסבירות עדות ישירה יותר על תוכנה. על פי התנאי השלישי, הצדק דורש את קבלתה של העדות כראיה. עם זאת ציין לנדוי כי אין הוא מציע לפסול מכול וכול עדות מפי השמועה שאיננה עומדת בשלושת התנאים המצטברים להלן, שכן יש מקרים שבהם עדות מפי השמועה יכולה להיות בעלת כוח שכנוע רב, ועל כן פסילתה אינה מתקבלת על הדעת. ניסיון זה להסדיר את מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה בחקיקה לא צלח, ומאז ועד היום לא נעשו ניסיונות נוספים.

2. הסדרה משתמעת של עדות מפי השמועה כפולה בפסיקה

בדיון שלהלן מוצע לראשונה לערוך הבחנה בין שלוש קטגוריות של עדות מפי השמועה כפולה לפי הדין החל עליהן, כפי שהדבר עולה במשתמע מפסיקת בית המשפט העליון.⁹⁸ סיווגה של עדות מפי השמועה כפולה לאחת משלוש הקטגוריות האמורות הוא מקורי ולא נעשה קודם לכן בספרות או בפסיקה, ולו שלושה יתרונות: ראשית, הוא מאפשר לרדת לרזולוציה גבוהה יותר בדיון בנושא המאמר; שנית, הוא מסייע למקד את הקושי בדיון הקיים כשהוא נוגע לעדות מפי השמועה כפולה, המשויכת לקטגוריה השלישית לפי ההבחנה המוצעת; שלישית, הוא מאפשר למקד את הפתרון המוצע בעדות מהקטגוריה השלישית ולהחילו לצדם של ההסדרים הקיימים אשר יוסיפו לחול על עדויות מהקטגוריה הראשונה והשנייה.

95 שם, בעמ' 22.

96 שם, סעיף 16(א) בעמ' 34.

97 לנדוי מציין כי "עדות מפי השמועה מכלי ראשון" פירושה עדות על אמרה המעיד בבית המשפט שמע מפי אדם, או קיבל מידי אדם, שאמרתו נוגעת לנידון והיא מבוססת על מה שאותו אדם קלט בעצמו בחושיו ביחס לאותו נידון. מכאן שעדות מפי השמועה כפולה הינה עדות מפי השמועה שאינה 'מכלי ראשון'. שם, בעמ' 34.

98 לכאורה קיימת גם קטגוריה רביעית הכוללת עדות מפי השמועה כאשר אף אחת מהרמות של העדות אינה מוכשרת באמצעות חריג לכלל הפסילה. במקרה זה העדות אינה קבילה. קטגוריה זו ברורה מאליה ואינה מעוררת קושי כלשהו, על כן לא ייחדתי לה דיון נפרד.

(א) שלוש קטגוריות של עדות מפי השמועה כפולה – הבחנה מוצעת

(1) קטגוריה ראשונה: עדות מפי השמועה כפולה שנתקבלה בהסכמת כל הצדדים להליך המשפטי

קטגוריה זו מתייחסת לעדות מפי השמועה כפולה אשר נשמעת או מוגשת לבית המשפט בהסכמת כל הצדדים להליך המשפטי. הלכה היא כי על מנת שעדות מפי השמועה תהיה פסולה, על הצד שכנגד להביע התנגדות לקבלתה או לשמיעתה.⁹⁹ במקרים שבהם עדות מפי השמועה התקבלה בהסכמה או ללא התנגדות של הצד שכנגד, היא כשרה לשמש ראיה, אולם משקלה ההוכחתי ייקבע בבית המשפט על פי הנסיבות ויתר הראיות.¹⁰⁰ יתר על כן, הלכה היא כי במקרים שבהם צד להליך לא הביע התנגדות לשמיעתה של עדות מפי השמועה, לא ייפתח צוהר בשנית להעלות טענה נגד קבילות הראיה במסגרת ערכאת הערעור.¹⁰¹

לגישתי, אין כל מניעה להחיל הלכה זו גם על עדות מפי השמועה כפולה. בדרך זו יכולים הצדדים להסכים על הכשרת עדות מפי השמועה כפולה על כל אחת מחוליותיה. הלכה למעשה, הסכמת הצדדים להגיש עדות מפי השמועה כפולה מאפשרת לעדות לעבור את משוכת הקבילות במקום שבו ללא הסכמה זו לא הייתה הראיה קבילה. ודוק, הסכמת הצדדים אינה משפיעה על הערכת משקלה של הראיה. מלאכת הערכת משקלן של הראיות, ובכללן ראיות שהוגשו לבית המשפט בהסכמת הצדדים, נתונה בלעדית לשיקול דעתו ולהתרשמותו הסובייקטיבית של השופט בערכאה הדיונית, אשר אמון על

99 ראו ע"פ 4204/07 **סויסה נ' מדינת ישראל**, פסקה 10 לפסק דינה של השופט חיות (פורסם בנבו, 2008): "דומני כי הדיון בהוראת סעיף 9 של פקודת הראיות אינו נדרש במקרה שלפנינו מן הטעם שעל פי ההלכה הנוהגת ראיה, אפילו היא עדות מפי השמועה, אם נתקבלה ללא התנגדות הרי היא ראיה קבילה ורואים את העדר ההתנגדות כהסכמה לקבלתה". הלכה זו נהוגה גם בהליכים אזרחיים. ראו: ע"א 269/82 **הילמן נ' כרמי**, פ"ד מא(4) 1 (1987).

100 עניין **פלוגי** (לעיל, הערה 87) פסקה 17 לפסק דינה של השופטת ארבל: "ראשית, דומה כי טענת הסנגור בהקשר זה מתייחסת אך ורק לקבילותה של העדות להוכחת אמיתות תוכן אמרתו של המתלונן לד"ר ישראלית, להבדיל מקבלתה להוכחת עצם אמירתה. מכל מקום, טענה זו מועלית לאחר שעדותו של ד"ר ישראלית נשמעה בבית המשפט קמא, ומפורטוקול הדיון לא עולה כי ההגנה הביעה כל התנגדות לקבילות עדותו באותה העת. במצבים מסוג זה, הכלל הינו כי אי-ההתנגדות תתפרש כהסכמה לקבלת העדות, ולא יפתח צוהר בשנית להעלות טענת קבילות במעמד הערעור [...] מכאן, דין הטענה נגד עצם קבילות עדותו של ד"ר ישראלית להידחות". ראו בנוסף: ע"פ 46/63 **זבלודובסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יז 1061, בעמ' 1064 (1963); ע"פ 6251/94 **בן-ארי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 45, בעמ' 76 (1995); רע"פ 3904/96 **מזרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(1) 385, בעמ' 404-405 (1997). כאמור, הלכה זו חלה הן במישור הפלילי והן במישור האזרחי. ראו לדוגמה: עניין **הילמן** (לעיל, הערה 100) בעמ' 5; ע"א 373/54 **אהרונס נ' נוימן (וישומריסקי)**, פ"ד י 1121, בעמ' 1140 (1956).

101 עניין **פלוגי** (לעיל, הערה 87).

שמיעת הראיות.¹⁰² יתר על כן, כלל הוא כי ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בהערכת משקלן של ראיות שנקבעה בערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים.¹⁰³ הטעם להלכה נעוץ בכך שבידי הערכאה הדיונית הופקדה מלאכת ההתרשמות משפת הגוף, ההתנהגות ואופן מסירת הדברים של הנאשם, של המתלונן ושל יתר העדים. להתרשמותה הישירה של הערכאה הדיונית, הרואה את העדים והשומעת אותם, יש יתרון מובן מאליו על פני התרשמותה העקיפה של ערכאת הערעור נוכח העדיפות הברורה שיש לערכאה הדיונית בקביעת ממצאים של עובדה ומהימנות.¹⁰⁴

מן המקובץ לעיל עולה כי שאלת דינה כראיה קבילה של עדות מפי השמועה כפולה שנתקבלה בהסכמת הצדדים מצטמצמת למשקל הראיה בלבד.¹⁰⁵ ערכה של עדות זו, כמו כל עדות אחרת, הוא עניין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, על פי נסיבות העניין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט. זאת נוסף על שיקולים אחרים הרלוונטיים להערכת משקלה של עדות מפי השמועה שנתקבלה מכלי שני.

(2) קטגוריה שנייה: עדות מפי השמועה כפולה המוכשרת כראיה קבילה בדרך של חריג על גבי חריג

102 סעיף 53 לפקודת הראיות קובע כי "ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם עניין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות העניין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט".

103 עניין פלוני (לעיל, הערה 87) בפסקה 8 לפסק דינה של השופטת ארבל; ע"פ 316/85 גרינולד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 564, בעמ' 573 (1986); ע"פ 993/93 אבוטובל נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 485, בעמ' 492 (1993); ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, בעמ' 643 (2000).

104 במשך השנים נקבעו לצדה של ההלכה שלושה חריגים עיקריים המצדיקים את התערבותה של ערכאת הערעור בממצאים של עובדה ומהימנות שנקבעו בערכאה הדיונית: על פי החריג הראשון, ערכאת הערעור תתערב בממצאי הערכאה הדיונית כאשר אלו מתבססים על ראיות בכתב ולא על הופעתם התנהגותם ודבריהם של העדים, שהרי במקרים אלו אין לערכאה הדיונית יתרון כלשהו על פני ערכאת הערעור. ראו: ע"פ 398/89 מנצור נ' מדינת ישראל, פסקה ג' לפסק דינו של השופט בך (פורסם בנבו, 1994). על פי החריג השני, ערכאת הערעור תתערב כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על שיקולים שבהיגיון. ראו: ע"פ 5937/94 שאבי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 832, בעמ' 835 (1995). על פי החריג השלישי, ערכאת הערעור תתערב בממצאי הערכאה הדיונית כאשר נפלו טעויות מהותיות בהערכת המהימנות של העדויות בערכאה הדיונית, או כאשר מוצגות לערכאת הערעור עובדות ממשיות אשר לפיהן לא היה באפשרותה של הערכאה הדיונית לקבוע את הממצאים שאותם קבעה. ראו: ע"פ 4977/92 ג'ברין נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 690, בעמ' 696 (1993). כמו כן, ראו לדוגמה דיון בשלושת החריגים האמורים בע"פ 814/12 מדינת ישראל נגד סויסה (פורסם בנבו, 2012).

105 ראו לדוגמה ע"פ פ(ת"א) 70358/00 מדינת ישראל נ' אוליצקי כריה (1990) בע"מ (פורסם בנבו, 22.4.2002), שבמסגרתו שמע בית המשפט המחוזי בתל אביב עדות של אדם מטעם המשיבים, שהיא בבחינת עדות מפי השמועה כפולה. בית המשפט המחוזי קבע כי עדות שכזו משקלה מועט וכי אין לקבלה. שם, פסקה 30 לפסק דינו של השופט בנימיני.

נקודת הפתיחה של כל דיון במעמדה של עדות מפי השמועה כפולה היא שקיימת עדות הכוללת שלוש חוליות לפחות, כאשר לבד מהחוליה הראשונה המכילה את אמרתו של עד המקור, כל אחת מהחוליות הבאות אחריה בשרשרת העדות היא עדות מפי השמועה. כאשר מתבקשת הצגתה של עדות מפי השמועה כפולה מקטגוריה זו בבית המשפט, שבה כל אחת מחוליותיה של העדות (לבד מהחוליה הראשונה) מוסדרת באמצעות חריג לכלל הפסילה, הרי שיש לבחון את קבילותה של כל אחת מהחוליות בשרשרת העדות לפי תנאיו של חריג לכלל הפסילה הקיים בדיון. היה וכל אחת מהחוליות תעבור את משוכת הקבילות של החריג הספציפי שדרכו היא הוכשרה, תהא העדות קבילה. אם לא יתאפשר להכשיר את החוליה השנייה בשרשרת העדות (המכילה את עדותו של הכלי הראשון על האמרה שמסר לו עד המקור) באמצעות חריג לכלל הפסילה, אין טעם להמשיך ולבחון את קבילותה של החוליה השלישית ואת יתר החוליות הבאות אחריה בשרשרת העדות, שכן ברגע שהעדות מכילי ראשון אינה קבילה, גם העדות מכילי שני לא תהא קבילה. עדות שלא תעמוד בתנאי החריג המסדיר את קבילותן של אמרות מהסוג שאליו משתייכת האמרה הנדונה לא תהא קבילה, ולא יתאפשר להכשירה בדרך אחרת, למעט בהסכמת הצדדים להליך המשפטי.

דיני הראיות בישראל, בעקבות המשפט המקובל האנגלי, מכירים בעדות מפי השמועה כפולה, אשר כל אחת מחוליותיה ניתנת להכשרה כראיה קבילה באמצעות חריג לכלל הפסילה בדרך של חריג על גבי חריג.¹⁰⁶ דוגמה לכך, אשר נדונה בפסיקת בית המשפט העליון, עוסקת בהכשרתה של עדות מפי השמועה, אשר הועלתה על הכתב במסגרת "אמרת חוץ בכתב של עד בפלילים", מכוח הוראת סעיף 10א לפקודת הראיות.¹⁰⁷

החריג המעוגן בסעיף 10א' לפקודת הראיות מאפשר להכשיר אמרת חוץ בכתב של עד בהליך הפלילי כראיה קבילה לאמתות תוכנה. כאשר עד מוסר גרסה שלא על דוכן העדים במסגרת הדיון שבו מתבקשת עדותו,¹⁰⁸ מדובר באמרת חוץ. כאשר אמרת החוץ מתועדת באמצעי השומר עליה במצב אמין, הרי שלפנינו אמרת חוץ "בכתב" של עד בפלילים.¹⁰⁹ ברגע שעד עולה על דוכן העדים, הציפייה היא שהוא יחזור על אמרת החוץ

106 יש לציין כי מלומדים חשובים כמו Jones ו-McCormick תומכים אף הם בקבילותה של שרשרת עדויות מפי השמועה כאשר כל אחת מהעדויות שבשרשרת ניתנת להכשרה באמצעות חריג לכלל הפסילה. ראו: John William Strong, Kenneth S. Broun, George E. Dix, Edward J. Imwinkelried, D.H. Kaye, *McCormick On Evidence* (7th ed., 2013) p. 593; 2 Burr W. Jones, *Jones On Evidence, Civil And Criminal* (5th ed., 1958) p. 571.

107 סעיף 10א לפקודת הראיות (לעיל, הערה 76).

108 הכוונה היא לכל אמרה שנמסרה מחוץ לדיון שבו נתבקש העד להעיד מבלי להגביל את מיהות האדם או הגוף שלהם נמסרה האמרה. ראו עניין **טובול** (לעיל, הערה 34).

109 הפסיקה נתנה למונח "כתב" פרשנות רחבה, והכוונה היא לכל אמצעי המקפיד את הדברים ושומר עליהם במצב אמין בדרך השוללת חשש להשפעה על תוכן האמרה. כך לדוגמה נקבע כי הקלטה באודיו, וידאו, כתב, רישום במחשב, הסרטה אילמת ללא פסקול וכיוצא

בכתב שמסר, ועליה מתבססים הצדדים בחקירתם את העד. באותם מקרים שבהם העד אכן חוזר על אמרת החוץ שהוא מסר (בדרך כלל תהא זו הודעתו שנמסרה במהלך חקירתו במשטרה) יבסס בית המשפט ממצאים על עדותו שנשמעה על דוכן העדים. במצב זה אי אפשר להגיש את אמרת החוץ בכתב של העד כראיה לאמתות תוכנה בהיותה עדות מפי השמועה. אולם ייתכנו מקרים שבהם יעלה העד לדוכן העדים ויסתור את אמרת החוץ שלו, או שישתוק, או שלא ישיב לעניין לשאלות של הצד החוקר אותו על דוכן העדים.¹¹⁰ במקרים אחרים העד לא יתייצב כלל בבית המשפט לשם מסירת עדות בשל הפעלת אמצעי פסול שהניא אותו מלמסור עדות.¹¹¹ במקרים שכאלו חרף היותה של אמרת החוץ בכתב שמסר העד בגדר עדות מפי השמועה, סעיף 10א' מאפשר להכשיר את קבילותה.

לעתים אמרת חוץ בכתב של עד בפלילים, שהיא עדות מפי השמועה כשלעצמה, תכיל בתוכה אמרה שנתקבלה מפי השמועה. למשל: נניח כי ראובן מסר הודעה בתחנת המשטרה, שלפיה שמעון הודה בפניו ברצח של לוי. במהלך המשפט סתר שמעון את גרסתו בתחנת המשטרה, והודעתו הוגשה כאמרת חוץ בכתב של עד מכוח סעיף 10א' (א) לפקודת הראיות. לפנינו עדות מפי השמועה כפולה. העלאת הודעתו של ראובן על הכתב בנוגע לדברים שסיפר לו שמעון, היא עדות מפי השמועה כפולה. השאלה שנדונה בפסיקה היא אם ניתן להכשיר אמרת חוץ בכתב של עד בפלילים, הכוללת עדות מפי השמועה. שאלה זו נדונה בבית המשפט העליון בעניין **שוויקי נ' מדינת ישראל**.¹¹²

בפסק הדין בעניין שוויקי נדונה הודאת חוץ של נאשם אשר נתקבלה מכלי שני. המערער הורשע בבית המשפט המחוזי בירושלים בעברת הרצח, והושת עליו עונש של מאסר עולם. בליבת פסק דינו המרשיע של בית המשפט המחוזי ניצבה גרסתה של סוזן שוויקי, אשת המערער (להלן "סוזן"), בהודעותיה במשטרה, שלפיה גילה המערער באוזניה את דבר הרצח. זאת, נוסף על ראיות חיצוניות מחזקות. סוזן חזרה בה מגרסתה במשטרה על דוכן העדים, ובית המשפט העדיף את אמרת החוץ שלה, ובה הודאתו של המערער בביצוע הרצח, על פני עדותה בבית המשפט, מכוח סמכותו הקבועה בסעיף 10א' (ג) לפקודת הראיות.¹¹³ השופט מלצר קבע כי הודעותיה של סוזן במשטרה התקבלו

באלה עומדים בדרישת הכתב שבסעיף 10א' לפקודת הראיות. ראו: עניין **טובול**, שם; ע"פ 323/84 **שוויקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לט(3) 505, בעמ' 521 (1985).

110 במצב זה שבו העד מתייצב על דוכן העדים והוא משנה את טעמו מכל סיבה שהיא, הרי שיש תחולה לסעיף 10א' (א) לפקודת הראיות. בכל מקרה אחר שבו העד אינו מתייצב לבית המשפט בשל הפעלת אמצעי פסול, יחול סעיף 10א' (ב) לפקודת הראיות. ראו עניין **חג' יחיא** (לעיל, הערה 37)

111 סעיף 10א' (ב) לפקודת הראיות (לעיל, הערה 76).

112 ע"פ 3636/12 **שוויקי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 20.10.2013).

113 סעיף 10א' (ג) לפקודת הראיות (לעיל, הערה 76).

כראיה חרף היותן עדויות מפי השמועה, באמצעות החרג הקבוע בסעיף 10א לפקודת הראיות. ההודעות שמסרה סוזן אינן נסמכות ברוכן על דברים שעליהם עמדה בחושיה אלא על דברים ששמעה מפי המערער שבהם התוודה לכאורה על הרצח. הודעותיה התקבלו מכוח חריג נוסף לכלל האוסר על עדות מפי השמועה – זה הקבוע בסעיף 11 לפקודת הראיות.¹¹⁴ במילים אחרות, מדובר במצב של חריג על חריג. בית המשפט העליון הדגיש כי הגם שאין מחלוקת כי על פי הדין ניתן לקבל את אמרותיה של סוזן במשטרה באמצעות הפעלת שני החרגים האמורים במצטבר, הדעת נותנת כי במצבים אלה משקלן יהיה טעון בדיקה מחמירה במיוחד.¹¹⁵ השופט פוגלמן, אשר הצטרף למסקנתו של השופט מלצר, הדגיש כי עדותה החיונית של סוזן, שעליה נסמכה ההרשעה, היא בבחינת עדות מפי השמועה כפולה, המחייבת זהירות מיוחדת לצורך ביסוס הרשעה על פיה.¹¹⁶

דוגמה נוספת לעדות מפי השמועה כפולה אשר הוכשרה בדרך של חריג על גבי חריג נדונה בפסק הדין **והבה נ' מדינת ישראל**.¹¹⁷ בעניין זה נדונה קבילותה של ראשית הודאת נאשם שנתקבלה מכילי שני.¹¹⁸ פסק הדין עוסק בשוד סופרמרקט שבמהלכו בוצע רצח. אחת הראיות המפלילות לחובת נאשם מספר אחת הייתה של עציר בשם קובי ביטון, אשר טען בפני כמה אנשי משטרה כי הנאשם מסר לו ש"אין נגדו כלום שכן הוא היה עם מסכה על הפנים ולא רואים כלום במצלמות". כמה שוטרים שמעו את הדברים שאמר העציר ביטון ותיעדו אותם. אחת הטענות של המערער בבית המשפט העליון הייתה כי מזכרי השוטרים המתעדים את אמרתו של ביטון הם בגדר עדות מפי השמועה כפולה שמשקלם הראייתי הוא אפסי. בית המשפט קבע כי אין כל מניעה להוכיח הודאת חוץ של נאשם באמצעות אמרה בכתב של עד על אודותיה כאשר זו מתקבלת כראיה לפי סעיף

114 סעיף 11 לפקודת הראיות (לעיל, הערה 72).

115 עניין **שוויקי** (לעיל, הערה 112) פסקה 20(ד) לפסק הדין.

116 בית המשפט העליון קבע כי על מנת שיהיה ניתן לבסס את הרשעתו של המערער על אמרותיה של סוזן יש לדרוש שתי דרישות מצטברות: ראשית, כי משקלן הפנימי של האמרות הללו יהיה גדול מאוד, קרי שתוכנן יהיה עשיר, ושהן תהיינה סדורות וקוהרנטיות; שנית, יש לדרוש כי תימצאנה ראיות חיצוניות כבדות משקל במיוחד, אשר יוכלו להסיר את הספק המובנה שקיים בהשתתת הרשעה על גרסתה המפלילה של עדה בעייתית כמו סוזן, אשר לפחות אחת מהן עולה לכדי סיוע. שם, פסקה 21 לפסק הדין.

117 ע"פ 3834/10 **והבה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 6.3.2013).

118 "ראשית הודאה" היא התבטאות מקרית של נאשם המבטאת תחושה של אשם שביית המשפט יכול להסיק ממנה בעקיפין שהנאשם מודה בעובדה מפלילה כל שהיא. למשל, תגובה ספונטנית של נאשם לאחר ביצוע עברה כגון "תפסתם אותי על חם", "אכלתי אותה", עשיתי את מה שרציתי לעשות", "אני בצרות" וכיוצא באלו, נחשבות "לראשית הודאה". ראו בעניין זה: ע"פ 517/86 **ברוקס נ' מדינת ישראל**, פ"ד מג(3) 441 (1989); ע"פ 557/06 **צאלק נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 11.4.2007), וכן עניין **קחלי** (לעיל, הערה 74).

10א לפקודת הראיות ובכפוף לתנאיו.¹¹⁹ בית המשפט קבע כי אמרתו של העציר ביטון היא ראיה קבילה משום שעמדה בכל התנאים המפורטים בסעיף 10א(א) לפקודת הראיות.¹²⁰ באשר למשקלה של הראיה קבע בית המשפט העליון כי בנסיבות העניין יש לתת לה משקל רב.¹²¹ ראיה זו, שהיא ראשית הודאה של הנאשם בביצוע המעשים המיוחסים לו, היא בעלת כוח ראייתי רב, המצטרפת לראיות הבסיסיות האחרות בתיק ומשמשת להן תמיכה וחזוק.¹²²

מז המקובץ לעיל עולה כי דיני הראיות בישראל מכירים בקבילותה של עדות מפי השמועה כפולה כאשר ניתן להכשיר כל אחת מחוליותיה של שרשרת העדות באמצעות חריג לכלל הפסילה. באשר להערכת משקלה של עדות שכזו, על בית המשפט להעריך בזהירות ובקפדנות את משקלה. משקלה של ראיה שכזו יכול להיות קטן, והוא יכול להיות גם גדול ביותר. יש לציין כי כלל זה לא סווג לסוג מסוים של חריגים, ולכן לגישתי ניתן להחילו על כל שרשרת של עדויות מפי השמועה, שבה כל אחת מן החוליות ניתנת להכשרה באמצעות חריג לכלל הפסילה, בין בחקיקה ובין בפסיקה.

(3) קטגוריה שלישית: עדות מפי השמועה כפולה כאשר החוליה השנייה בשרשרת העדות קבילה ואילו החוליה השלישית אינה קבילה

הקטגוריה השלישית עוסקת בעדות מפי השמועה כפולה, כאשר החוליה השנייה בשרשרת העדות, הכוללת את עדותו של הכלי הראשון על הדברים שמסר לו עד המקור, הוכשרה באמצעות חריג לכלל הפסילה, ואילו החוליה השלישית של העדות, אשר כוללת את עדותו של הכלי השני על הדברים שמסר לו הכלי הראשון, אינה קבילה. הסיבה לאי-קבילותה של החוליה השלישית של העדות היא שאין בדיני הראיות חריג שיאפשר להכשיר את העדות אם היא תימסר לבית המשפט מכלי שני.

נדמה את מסלולה של האמרה כך: בשלב הראשון הועברה האמרה מעד המקור לכלי ראשון. ההנחה היא שקיים חריג המאפשר להכשיר את עדותו של הכלי הראשון על הדברים שמסר לו עד המקור. אילו היה הכלי הראשון מעיד על אותם דברים, הייתה הראיה קבילה מכוחו של אותו חריג. אלא שהאמרה המשיכה במסלולה והועברה לכלי שני, ונוספה לשרשרת העדות חוליה, שלישית במספר. היה ונרצה שיעיד הכלי השני על הדברים שמסר לו הכלי הראשון, הרי שלפנינו עדות מפי השמועה כפולה, ולשם כך נזדקק לחריג (נוסף לחריג הראשון) שיאפשר זאת. על פי הדין הקיים, כל עוד עדותו של הכלי השני לא הוכשרה באמצעות חריג עצמאי, הרי שהאמרה כולה תהא בלתי קבילה. הדרך זה, אף שאינו מעוגן בפקודת הראיות, משתמע מהקטגוריה השנייה שלעיל ונובע

119 עניין **והבה** (לעיל, הערה 117) פסקה 121 לפסק הדין.

120 שם, פסקה 122 לפסק הדין.

121 שם, פסקה 123 לפסק הדין.

122 שם, פסקה 124 לפסק הדין.

מכלל הפסילה וחריגיו. לגישתי, דין זה, בהיותו דין מצוי, אינו הדין הרצוי. להלן יוסבר הקושי שבקבלתו.

(ב) הקושי בקבלת הדין הקיים כשהוא נוגע לעדות המשויכת לקטגוריה השלישית

הקושי העולה מקבלת הדין הקיים, כשהוא נוגע לעדות המשויכת לקטגוריה השלישית, נעוץ בכך שהוא מתנה את קבילותה של החוליה השלישית של העדות (עדות מפי השמועה מכלי שני) בקיומו של חריג עצמאי נוסף על החריג שהכשיר את החוליה השנייה של העדות (עדות מפי השמועה מכלי ראשון). לגישתי, הכשרת החוליה השלישית של העדות אינה צריכה להיות מותנית בקיומו של חריג עצמאי כל עוד הרציונלים העומדים מאחורי החריג אשר הכשיר את החוליה השנייה של העדות מקרינים עצמם גם על החוליה השלישית. עמדה זו, מטבע הדברים, טעונה הבהרה.

(ג) חוסר שימוש בחריג המכשיר את החוליה השנייה של העדות לטובת הכשרת החוליה השלישית

כפי שהובהר בפרק המבוא, בבסיסו של כל חריג לכלל הפסילה מונחת, נוסף על התשתית העובדתית, גם תשתית רציונלית. משמעותה של התשתית הרציונלית היא שלדיני הראיות יש אינטרס להכשיר סוג מסוים של מידע שנמסר בנסיבות מסוימות גם אם המידע יימסר לבית המשפט מכלי ראשון ולא (או לא רק) באמצעות עד המקור. לעתים הצורך בשימור האמרה יהווה את התשתית הרציונלית שבבסיס החריג. פעמים אחרות קיומן של ערובות המבטיחות את מהימנות האמרה תהינה בבסיסה, ובמקרים אחרים שני אלו יחד יהיו צידוק לקבלתה.¹²³ ודוק, תשתית רציונלית זו היא צידוק להכשרת קבילותן של אמרות מסוימות אשר נמסרו לבית המשפט מכלי ראשון.

כאשר מדובר בעדות מפי השמועה כפולה, המידע הקביל (אם זה יימסר מכלי ראשון) הועבר לגורם נוסף. לעדות נוספה חוליה. על פי הדין הקיים, כל עוד החוליה השלישית של העדות לא הוכשרה באמצעות חריג עצמאי, תישלל קבילותה של העדות כולה. טענתי היא שיש להתבונן על החריג שהכשיר את החוליה השנייה של העדות כחריג **מכוון**. לפיכך כל עוד הרציונלים המצויים בבסיסו של החריג המכוון מקרינים עצמם גם על החוליה השלישית של העדות, הרי שיש בכוחו של חריג זה להכשיר/לכוון גם את קבילותה של החוליה השלישית, ומכאן – את קבילותה של האמרה.

הנחת המוצא של התזה המוצעת במאמר היא שלעתים הרציונלים שבבסיס החריג המכוון אינם מאבדים מתוקפם, כוחם אינו נחלש, ועצמתם אינה מתקלה, גם כאשר האמרה המשיכה במסלולה והועברה מהכלי הראשון לכלי השני, ודרכו של זה לבית המשפט. משעמדה החוליה השנייה של העדות בתנאי החריג המכוון, על בית המשפט להוסיף ולבחון אם הרציונלים שבבסיסו של אותו חריג לא נפגעו, ולכן אין הצדקה

123 ראו דיון על הרציונלים שבבסיס החריגים לכלל הפסילה לעיל, הערה 77.

לפסילתה הגורפת של האמרה (לפי הדין הקיים) כבר בשלב זה, ולו מטעם זה בלבד. טענת המאמר היא שאף שהדין מורה על פסילתה של עדות מפי השמועה כפולה המשויכת לקטגוריה השלישית, קביעה זו מלאכותית ונעדרת צידוק משפטי מספק. הדין הקיים אינו עולה בקנה אחד עם ההיגיון והשכל הישר, ואף עשוי לגרום במקרים מסוימים להרחקתו של בית המשפט מחקר האמת. בשל פסילתה האפריורית של עדות שכזו המאמר מציע להעניק לבתי המשפט שיקול דעת לבחון את מעמדה על פי המתווה שיוצע בפרק הרביעי.¹²⁴ אמחיש את הקושי שבקבלת ההסדר הקיים באמצעות שתי דוגמאות, הראשונה היפותטית והשנייה לקוחה מעולם המעשה.

דוגמאות להמחשת הקושי בקבלת ההסדר הקיים

דוגמה ראשונה

סעיף 10 לפקודת הראיות מכשיר כראיה לאמתות תוכנה עדות על אמרה ספונטנית של קרבן למעשה אלימות כאשר האמרה נוגעת למעשה האלימות או לנסיבות הלוואי של המעשה. העדות תוכשר אף אם הקרבן אינו נוכח כעד, ואף אם אין אפשרות להביאו למשפט משום שהוא נפטר, תשוש או חולה או נעדר מן הארץ, ובלבד שנתקיימה באמרה אחת מאלה: (1) היא נאמרה בשעת מעשה האלימות או סמוך לאחריו, או לאחר שהייתה לקרבן ההזדמנות הראשונה להתאונן עליו; (2) היא נוגעת למעשה האלימות לפי סדר האירועים עד כדי היותה חוליה בשרשרת הנסיבות הקשורות במישרין לביצוע העברה; (3) היא נאמרה בשעה שהקרבן גסס, או האמין שהוא גוסס, בעקבות מעשה האלימות. הרציונל שבבסיס חריג זה הוא כפול: ראשית, קיומו של צורך באמרה, בעיקר באותם מקרים שבהם הקרבן אינו יכול להעיד בשל תוצאות מעשה האלימות (לדוגמה כאשר מצבו הפיזי אינו מאפשר לו להעיד, או כאשר הוא נפטר בעקבות מעשי האלימות), ושנית, התנאים שבסעיף 10 לפקודה, המבטיחים את מידת מהימנותה הגבוהה של האמרה.

124 ניתן למצוא בספרות המשפטית הישראלית כתיבה התומכת בביטולו של כלל הפסילה או למצער בצמצומו. ראו לדוגמה את הצעת ידין (לעיל, הערה 91), אשר קוראת לבטל את כלל הפסילה, וחלף זאת מטילה חובת הנמקה על שופטים בבואם להסתמך על עדות מפי השמועה. בהצעה זו תמך אף אורי שטרומן. ראו: שטרומן (לעיל, הערה 75). לנדוי התנגד במאמרו להצעתו של ידין לבטל את כלל הפסילה והציע להתיר עדות מפי השמועה רק כאשר היא באה מכלי ראשון. ראו: הצעת לנדוי (לעיל, הערה 93) בעמ' 22. שלא בכתיבה הקיימת, המאמר אינו תומך בביטולו של כלל הפסילה או במתן שיקול דעת רחב להכשיר כל עדות מפי השמועה באשר היא ("חריג שיורי"). המאמר מציע להעניק שיקול דעת אך לשם הכשרת קבילותה של עדות מפי השמועה כפולה, המשויכת לקטגוריה השלישית, כשיקול הדעת של השופטים נסמך על בחינת תוקפם ועל מידת הקרנתם של הרציונלים שבבסיס החריג המכונן על החוליות הנוספות בשרשרת העדות. ראו דיון בעניין זה בפרק הרביעי של המאמר.

נניח כי ראובן, אשר היה קרבן למעשה אלימות, מסר לחברו הטוב שמעון אמרה הנוגעת למעשה האלימות שנעשה בו סמוך למעשה האלימות כשהוא על ערש דווי. האמרה מתייחסת לזהות התוקף, אלימלך, ולהיותו של אלימלך אדם גבה קומה ובהיר עור. מיד לאחר מסירת האמרה נפטר ראובן מפצעיו. החריג שבסעיף 10 לפקודה מאפשר להעיד את שמעון על אמרתו של ראובן בתנאי שהאמרה תעמוד בתנאי החריג. משהונחה התשתית העובדתית של החריג, התקיימה אף התשתית הרציונלית שבבסיסו המצדיקה את קבלת האמרה בדרך של עדות מפי השמועה. לאמור, יש צורך בקבלתה, וקיימות ערובות המבטיחות את מידת מהימנותה הגבוהה, שכן חריג זה מבטא את האינטרס והעניין שיש למשפט בקבלת עדות על אמרה של קרבן מעשה אלימות, שבנסיבות העניין ניתן להניח שהיא מהימנה.

נניח כעת כי כמה דקות לאחר שראובן מסר את הדברים לשמעון, פגש האחרון את פזית, והוא שיתף אותה בדברים שמסר לו ראובן. עדותה של פזית, עד כמה היא נוגעת לאמיתות דבריו של ראובן, היא עדות מפי השמועה כפולה. לפי הדין הקיים, על מנת שיהיה ניתן להעיד את פזית על אמתות דבריו של ראובן, יש צורך בחריג כפול. החריג הראשון צריך להכשיר את האמרה במסלולה מעד המקור (ראובן) לכלי הראשון (שמעון), והחריג השני צריך להכשיר את מסלולה של האמרה מהכלי הראשון (שמעון) לכלי השני (פזית), ודרך הכלי השני לבית המשפט. ניתן להכשיר את החוליה השנייה של העדות באמצעות סעיף 10 לפקודה, אך את החוליה השלישית של העדות אי אפשר להכשיר מכוחו של חריג זה או כל חריג אחר. פועל יוצא הוא שיהיה אי אפשר למסור לבית המשפט את אמרתו של ראובן מפיה של פזית, בהיותה כלי שני, אלא אך ורק מפיו של שמעון, בהיותו כלי ראשון. תוצאה זו, של פסילת האמרה מכלי שני, יש בה כדי להרחיק את בית המשפט מגילוי האמת, ובדרך זו היא עלולה להביא לידי תוצאות לא צודקות, ובכללן הרשעה של חף מפשע או זיכוי של אשם.

חלף זאת המאמר מציע כי במקרים שבהם אין בנמצא חריג שיכשיר את העדות מכלי שני (את החוליה השלישית של העדות), אין לפסול את האמרה כבר בשלב זה. על בית המשפט להמשיך ולבחון אם הרציונלים שמאחורי החריג המכונן (שמכוחו הוכשרה האמרה במסלולה מעד המקור לכלי הראשון) לא נפגעו גם כאשר האמרה המשיכה במסלולה מהכלי הראשון לכלי השני ודרך זה לבית המשפט. לפיכך היה ובית המשפט יגיע למסקנה כי הרציונלים שבבסיס החריג הקבוע בסעיף 10 לפקודה, אשר מכוחו הוכשרה החוליה השנייה של העדות, לא נפגעו גם במקרה שבו המשיכה האמרה במסלולה והועברה לחוליה שלישית, הרי שאין צידוק לפסילתה של האמרה כבר בשלב זה.

ניתן לטעון כי הצורך בשימור אמרה של קרבן מעשה אלימות עומד בעינו, במיוחד באותם מקרים שבהם נפטר הקרבן, או שהוא אינו יכול או שאינו מסוגל להעיד בשל מעשי האלימות שנעשו בו, ללא כל תלות בגורם שדרכו תימסר אמרתו לבית המשפט.

כמו כן ייתכנו מקרים שבהם יהיה אי אפשר להעיד את הכלי הראשון בשל סיבות אובייקטיביות, וכך הדרך היחידה להציג את אמרת הקרבן היא באמצעות הכלי השני. בנוסף, תיתכנה נסיבות אשר תעדנה שמעבר האמרה מהחוליה השנייה לחוליה השלישית לא פגע במהימנותה, בין משום שיש ראיות נוספות שתתמוכנה באותה אמרה, בין שהאמרה הוקלטה או הוסרטה והיא נשמרה במצב אמין, ובין שהיא נאמרה במקום מסוים, לאדם מסוים או בפרק זמן מסוים, וכל אלו יחדיו מבטיחים את מידת מהימנותה הגבוהה של האמרה גם כשזו תימסר לבית המשפט מכלי שני.

מהתם להכא, קבלת עדותה של פזית, על פי התזה המוצעת, תאפשר לבית המשפט לקבוע כי אלימלך הוא שתקף את ראובן וגרם למותו, כאשר עדותה תשתלב עם יתר הראיות המפליגות ותחזק אותן. ייתכן שקבלת העדות תאפשר לתביעה לעמוד בנטל השכנוע הכבד המוטל עליה, ובלעדיה יזכה אלימלך אף שהוא שביצע את העברה. במקרים אחרים קבלת עדותה של פזית תביא לזיכוי של יששכר, אדם נמוך קומה ושחום עור, אשר הואשם, בשל טעות בזיהוי, בגרימת מותו של ראובן.

דוגמה שנייה

דוגמה נוספת המצביעה על הקושי בקבלת הדין הקיים לקוחה מפסק הדין יעקובוביץ נ' מדינת ישראל (להלן "עניין יעקובוביץ").¹²⁵ המערערים יצחק ודורון יעקובוביץ, אב ובנו בהתאמה, הורשעו בבית המשפט המחוזי ברצח קרבן שהיו חייבים לו כספים. כתב האישום מבוסס בעיקרו על דבריו של דורון בשיחות שקיים עם מדובב משטרה שהוכנס לתאו, שבמסגרתן הוא הודה בפני המדובב בביצוע עברת הרצח ואף הפליל את אביו בביצועה. חלק מהאמרות הוקלטו והוסרטו, וחלק מהן, שנמסרו למדובב "בתנועות ובסימנים", לא הוקלטו, ועל כן עלה הצורך להעלות אותן על הכתב בשלב מאוחר יותר. הרשעתו של יצחק בוססה על דבריו של דורון למדובב, מכוח החריג הקבוע בסעיף 10א לפקודת הראיות. סעיף זה מאפשר להכשיר, בין היתר, אמרה בכתב שמסר עד מחוץ לכותלי בית המשפט כאשר העד מעיד על האמרה בבית המשפט אולם הוא סותר את תוכנה. סעיף זה נחקק מתוך צורך להילחם בתופעה של הפעלת לחצים על עדים לחזור בהם מגרסתם הקודמת, ולכן מאחר שחזרו בהם מדבריהם, היה אי אפשר להציג את אמרתם הכתובה בשל היותה עדות מפי השמועה, כאשר הדרישה לאמרה בכתב נועדה להבטיח את דיוק האמרה.

דורון, אשר הפליל את אביו בפני המדובב, חזר בו מדבריו משנדרש להעיד עליהם במהלך משפטים של השניים. סעיף 10א מאפשר להגיש את אמרתו של דורון למדובב בהתקיים התנאים האלה במצטבר: האמרה הועלתה על הכתב, מתן האמרה הוכח במשפט, נותן האמרה הוא עד במשפט, וניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו, והעדויות שונות, לדעת בית המשפט, מן האמרה בפרט מהותי, או העד מכחיש את תוכן האמרה או טוען

¹²⁵ עניין יעקובוביץ (לעיל, הערה 42).

כי אינו זוכר את תוכנה. על מנת שיהיה ניתן להגיש את אמרתו של דורון בפני המדובר, שבמסגרתה הוא הפליל את אביו, יש צורך שהאמרה תועלה על הכתב בידי מי ששמע אותה, ובמקרה זה – המדובר. אלא שבמקרה דנן יצא המדובר מתא המעצר, והוא מסר את הדברים שאמר לו דורון למפעיל שלו, וזה האחרון העלה אותם על הכתב. לפנינו עדות מפי השמועה כפולה. דורון (עד מקור) מסר את אמרתו למדובר (כלי ראשון) וזה העבירה למפעיל שלו (כלי שני) אשר העלה אותה על הכתב.

בית המשפט העליון דן בשאלה אם ניתן להכשיר את זיכרון הדברים שערך המפעיל של המדובר על הדברים שמסר לו המדובר כראיה לאמתות תוכן דבריו של דורון. במילים אחרות, השאלה הייתה אם ניתן להכשיר את דבריו של דורון למדובר מכלי שני. דעות השופטים נחלקו בעניין זה. השופט קדמי, בדעת מיעוט, סבר כי תכליתה הבסיסית של דרישת הכתב הקבועה בסעיף 10א לפקודת הראיות היא להבטיח את "דיוק תכנה" של האמרה (לאמור: דרישה "ראייתית"), ואין היא מכוונת להבטיח את "רצינותה" ומהימנותה של האמרה (לאמור: דרישה "מהותית").¹²⁶ אשר על כן, אמרה שנרשמה בידי השומע עומדת בדרישת הכתב כל עוד נעשה הרישום בסמוך לאמירה, ואין נפקא מינה לעניין קבילותה אם היא נרשמה אישית בידי השומע או שהוא הכתיבה לאחר, שכן דין אחד לשתייהן; גם זו וגם זו משקפות את "אמרת העד" כפי שנחרתה בזיכרונו של השומע, ולאופן הרישום יש משמעות טכנית בלבד, שאין לה השלכה לעניין דיוק המשמעות של אמרת העד.¹²⁷ קדמי קובע כי אין נפקות לכך שהמדובר לא רשם את זיכרון הדברים בעצמו אלא הכתיב אותו למפעילו, אשר שימש לצורך זה "אמצעי" רישום גרידא,¹²⁸ ובדרך זו הוא מקבל את זיכרון הדברים שערך המפעיל כראיה קבילה לאמתות תוכן דבריו של דורון למדובר.

השופט מצא, בדעת רוב, ואליו הצטרפה השופטת שטרסברג-כהן, דחה את גישתו של קדמי בהביעו את חששו, שלפיו אם תתקבל גישתו של קדמי, נימצא מוסיפים חוליה לשרשרת השומעים שמפיהם אפשר שתתקבל אמרת העד, וכי ריבוי חוליות בשרשרת התייעוד של האמרה עתיד להרבות דאגה.¹²⁹ לדבריו של מצא, "דרך העולם היא, כי דברים המועברים מפה לאוזן עלולים להשתבש. ואני תוהה: היכן הגבול, וכלום הכלי השלישי הוא, בהכרח, החוליה האחרונה בשרשרת?"¹³⁰ על פי זה נקבע כי ניתן להכשיר

126 שם, פסק דינו של השופט קדמי, בעמ' 165.

127 שם, בעמ' 167.

128 שם, בעמ' 167.

129 שם, פסק דינו של השופט מצא, בעמ' 174.

130 שם, שם.

אמרה בכתב של עד כאשר מי ששמע את האמרה הוא שהעלה אותה על הכתב ולא אדם אחר שאליו הגיעו הדברים.¹³¹

הקושי העולה משתי הגישות שהוצגו בעניין יעקובוביץ, זו של דעת הרוב וזו של דעת המיעוט, הוא ששתייהן אינן משכנעות ונעדרות בסיס משפטי ורציונלי מספק. דעת הרוב בעניין יעקובוביץ פוסלת את האמרה רק בשל החשש שהעברת האמרה מחוליה אחת לאחרת עלולה לפגוע בדיוק שלה. אלא שחשש זה לבדו אינו מצדיק לגישה את פסילת האמרה כל עוד מדובר בחשש שלא אומת או הופרך. כך למשל יש הבדל בין מצב שבו המדובר הכתיב את הדברים למפעיל שלו זמן רב לאחר שהוא יצא מתאו ובין מצב שבו הוא הכתיב את הדברים זמן קצר לאחר צאתו מהתא. גם מועד העלאת הדברים על הכתב בידי המפעיל חשוב. אף אם נניח כי מיד לאחר שיצא המדובר מתאו הוא מסר את הדברים למפעיל שלו, יש חשיבות למועד שבו העלה המפעיל את הדברים על הכתב. האם הדבר נעשה בזמן שהמדובר מסר לו את הדברים, או זמן קצר לאחר מכן, או שמא חלף זמן רב ממועד מסירתם עד רגע העלאתם על הכתב. נתונים נוספים שעשויים להיות רלוונטיים נוגעים להיקף האמרה ולמיהות האדם שהעלה אותה על הכתב. האם האמרה כוללת פרטים רבים, ואז יש סיכוי שהם ישובשו מפה לאוזן? או שמא מדובר באמרה קצרה ולקונית, שבה החשש לסילוף, אף שהוא קיים, הוא נמוך. מסקנתי היא שלעתים העברת האמרה מכלי ראשון לכלי שני שיעלה אותה על הכתב תצדיק את החשש בדבר אי-דיוק האמרה, ולעתים היא תפריך אותו.

בה בעת גם דעת המיעוט אינה חפה מספקות. אינני סבור, כמו קדמי, כי לרישום הפרטים שבאמרה נודעת משמעות טכנית בלבד. כאשר הרישום מוגש כראיה קבילה בהליך פלילי, ובית המשפט רשאי לקבוע על פיו ממצאים מפלילים או מזכים, הרי שהרישום הוא עניין מהותי ולא טכני. כך או כך, אם מדובר בעניין טכני או מהותי, זהו עניין שעל בית המשפט להחליט ולקבוע. שיקול דעת חשוב זה מצוי בבסיסו של ההסדר המוצע במאמר, אשר נועד לסייע לבית המשפט במלאכת חשיפת האמת.

שתי הדוגמאות שלעיל ממחישות את הקושי בקבלת הדין הקיים ובצורך בסטייה ממנו כשהוא נוגע למעמדה של עדות מפי השמועה כפולה המשויכת לקטגוריה השלישית.

הפרק הבא יבחן את מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה במשפט האנגלו-אמריקאי והקונטיננטלי. סקירה זו נועדה לספק מקור להשוואה ולהשראה לסטייה המוצעת מההסדר הקבוע בדיני הראיות בישראל, אשר פוסל על הסף עדויות מפי השמועה מכלי שני המשויכות לקטגוריה השלישית ובה בעת לתת רוח גבית להסדר המוצע בפרק הרביעי.

¹³¹ יש לציין כי אף שדעת הרוב פסלה את זיכרון הדברים כראיה קבילה, לא היה בכך כדי לשנות את תוצאת פסק הדין, וערעורם של השניים נדחה.

ג. עדות מפי השמועה כפולה במשפט האנגלו-אמריקאי

1. עדות מפי השמועה כפולה בדין האנגלי

הכלל הפוסל עדות מפי השמועה החל להתפתח בראשית המאה השמונה-עשרה במשפט המקובל האנגלי.¹³² משמעותו של הכלל הייתה כי עדות מפי השמועה פסולה מלשמש ראיה בהליכים משפטיים.¹³³ במהלך המאה התשע-עשרה החל הכלל להיתפס כגורף מדי, ובתי המשפט בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות פיתחו לו חריגים, אשר התרחבו והתרחבו מעת לעת.¹³⁴ חריגים אלו התייחסו למגוון רחב של ראיות, הן במישור האזרחי והן במישור הפלילי, והן כללו לדוגמה אמרות בעלי תפקיד, אמרות נפטרים, אמרות שהן חלק בלתי נפרד מן האירוע מושא העדות, הודאות בעלי דין, אמרות בניגוד לאינטרס האישי של המצהיר ועוד. חריגים אלו אפשרו לבית המשפט לקבוע כי עדות מפי השמועה היא ראיה קבילה, והם העניקו לבתי המשפט שיקול דעת רחב באשר למשקלה של הראיה.¹³⁵ חריגים אלו התקבלו בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות והם חלק בלתי נפרד מיישומו המודרני של הכלל, אשר בא לביטוי בצמצום כלל הפסילה וריבוי העמקה והרחבת החריגים.¹³⁶

במהלך השנים קיבע המחוקק האנגלי בחקיקה ראשית את החריגים לכלל אשר התפתחו בפסיקת המשפט המקובל האנגלי.¹³⁷ שלא כבהליכים אזרחיים, שבהם אפשר המחוקק האנגלי את הגמשת הכלל ואת הרחבת חריגיו בחקיקה ראשית ובפסיקת בתי המשפט, בהליכים פליליים התפתחות החריגים לכלל נעשתה בזהירות ובאטיות רבות יותר, וקבלתם של חריגים נוספים על פסיקת המשפט המקובל האנגלי נעשתה בעיקר במסגרת החוק החרות, Criminal Justice Act, 2003 (להלן: Criminal Justice Act או CJA).¹³⁸ חוק זה עיגן את הכלל הפוסל עדות מפי השמועה בסעיף 114(1) וקבע לו ארבע קטגוריות של חריגים: חריגים שמקורם במשפט המקובל האנגלי; חריגים חקוקים; הסכמת כל הצדדים להליך כי העדות מפי השמועה תתקבל כראיה לאמתות תוכנה; חריג שיורי הנתון לשיקול דעתו של בית המשפט ומאפשר לו לקבל עדות מפי

132 Wigmore (לעיל, הערה 3).

133 הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 558.

134 שם, בעמ' 561.

135 שם, שם.

136 שם, שם.

137 שם, בעמ' 562. כך למשל בתחום האזרחי חוקק ה-, Evidence Act, 1938, 1&2 Geo. VI, c.28,

אשר הוסיף חריגים לכלל הפסילה אשר יחולו בהליכים אזרחיים. בשנת 1968 חוקק החוק החרות (Civil Evidence Act, 1968, c.64) אשר הוסיף עוד חריגים וקבע כי בעלי דין בהליך אזרחי רשאים להסכים על הצגתן של ראיות שהן בבחינת עדות מפי השמועה. החוק החרות משנת 1995 (Civil Evidence Act, 1995, c.38) וה-, Civil Procedure Act, 1997, c.12 המשיכו את הגמשתו של הכלל בהליכים אזרחיים.

138 Criminal Justice Act, 2003, c.44. ראו הלוי, שם, בעמ' 563.

השמועה כראיה לאמתות תוכנה, משיקולים של צדק (להלן: **חריג שיורי**).¹³⁹ החריג השיורי הוא בגדר מענה של המחוקק לטענת הביקורת נגד הכלל הפוסל עדות מפי השמועה הלוקה בהכללת יתר. הטענה היא שנוסף על ראיות שמהימנותן מוטלת בספק מרחיק כלל הפסילה מבית המשפט גם ראיות מהימנות שערכן הפרובטיבי הוא גבוה. ראיות אלו היו עשויות לסייע לבית המשפט בחשיפת האמת. בהמשך קובע ה-CJA בסעיף 114(2) שיקולים שונים שעל בית המשפט לשקול בבואו לקבל עדות מפי השמועה כראיה קבילה מכוחו של החריג השיורי.¹⁴⁰

סעיף 121 ל-CJA, שכותרתו היא Multiple Hearsay (ריבוי עדויות מפי השמועה), מסדיר את קבילותה של עדות מפי השמועה, שהיא לכל הפחות כפולה.¹⁴¹ סעיף זה

:Criminal Justice Act, 2003, ch. 2, sec 114 – Admissibility of hearsay evidence 139
 “This sectionnoteType=Explanatory Notes has no associated

(1) In criminal proceedings a statement not made in oral evidence in the proceedings is admissible as evidence of any matter stated if, but only if

- (a) any provision of this Chapter or any other statutory provision makes it admissible,
- (b) any rule of law preserved by section 118 makes it admissible,
- (c) all parties to the proceedings agree to it being admissible, or
- (d) the court is satisfied that it is in the interests of justice for it to be admissible”.

114 (2) In deciding whether a statement not made in oral evidence should be 140
 admitted under subsection (1)(d), the court must have regard to the following
 – factors (and to any others it considers relevant)

- (a) how much probative value the statement has (assuming it to be true) in relation to a matter in issue in the proceedings, or how valuable it is for the understanding of other evidence in the case;
- (b) what other evidence has been, or can be, given on the matter or evidence mentioned in paragraph (a);
- (c) how important the matter or evidence mentioned in paragraph (a) is in the context of the case as a whole;
- (d) the circumstances in which the statement was made;
- (e) how reliable the maker of the statement appears to be;
- (f) how reliable the evidence of the making of the statement appears to be;
- (g) whether oral evidence of the matter stated can be given and, if not, why it cannot;
- (h) the amount of difficulty involved in challenging the statement;
- (i) the extent to which that difficulty would be likely to prejudice the party facing it.

– 121. Multiple Hearsay 141

Additional requirement for admissibility of multiple hearsay:

(1) A hearsay statement is not admissible to prove the fact that an earlier hearsay statement was made unless –

קובע כי עדות מפי השמועה שנתקבלה מפי השמועה אינה קבילה אלא אם ניתן להכשירה כראיה קבילה לפי אחת משלוש הדרכים האלה: דרך אחת היא להכשיר כל אחת מהחוליות של האמרה באמצעות החריגים הסטוטוריים הקבועים בסעיפים 117, 119 או 120 ל-CJA.¹⁴² על פי הדרך השנייה, עדות מפי השמועה כפולה תהא קבילה במקום שיש בו הסכמה של כל הצדדים להליך המשפטי להכשרת האמרה. על פי הדרך השלישית ניתן להכשיר עדות מפי השמועה כפולה באמצעות החריג השיורי. חריג זה מקנה לבית המשפט סמכות שבשיקול דעת להכשיר עדות מפי השמועה שנתקבלה מכלי שני ואילך, אם נחה דעתו כי ערכה הפרובטיבי של הראיה, בהתחשב במידת המהימנות שלה, הוא כה גבוה עד שהצדק מחייב את קבלתה.¹⁴³ הלכה למעשה, על פי דרך זו, הקבועה בסעיף 121(1)(c) ל-CJA, ניתן להכשיר כל עדות מפי השמועה שהיא לכל הפחות כפולה מבלי להיזקק להסכמת הצדדים להליך או לחריג סטוטורי שיכשיר את אחת מהחוליות של האמרה או יותר.

העובדה כי מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה מוסדר באנגליה בחקיקה ראשית חשובה, משני היבטים: ראשית, היא מאזנת כראוי, לטעמי, בין כלל האינטרסים, הזכויות והרציונלים שבבסיס קבלתה או פסילתה של עדות מפי השמועה כפולה בהותירה בידי הערכאה הדיונית שיקול דעת לקבל או לפסול עדות שכזו משיקולים של צדק; שנית, הסדרה זו מעידה על המשך התפתחותם של דיני הראיות באנגליה בכיוון של המרת כללי קבילות נוקשים בשיקולי משקל המאפשרים לבית המשפט לסטות במידת הצורך מכלל הפסילה הגורף.

(a) Either of the statements is admissible under section 117, 119 or 120,

(b) All parties to the proceedings so agree, or

(c) The court is satisfied that the value of the evidence in question, taking into account how reliable the statements appear to be, is so high that the interests of justice require the later statement to be admissible for that purpose.

142 Spencer (לעיל, הערה 2) בעמ' 216. דוגמה להכשרת שרשרת עדויות מפי השמועה בעקבות שילובם של סעיפים 119 ו-120 ראו בפסק הדין: *R. v. Xhabri*, [2006] 1 Cr. App. R. pp. 39–41.

143 כאשר מדובר בעדות מפי השמועה מכלי ראשון, ניתן להכשירה באמצעות החריג השיורי הקבוע בסעיף 114(d) ל-CJA, לפי אמות המידה שנקבעו בסעיף 114(2). ואילו כאשר בית המשפט מעוניין להכשיר עדות מפי השמועה, שהיא לכל הפחות כפולה, מכוחו של החריג השיורי, הוא רשאי לעשות כן מכוח סמכותו הקבועה בסעיף 121(1)(c) ל-CJA. יוצא אפוא ששני הסעיפים הללו מעגנים בחוק את סמכותו השיורית של בית המשפט להכשיר עדות מפי השמועה משיקולים של צדק. אלא בעוד שסעיף 121(1)(c) מציין את הערך הפרובטיבי הגבוה של הראייה כשיקול של צדק, הרי שסעיף 114(2) מפרט תשעה גורמים שונים שבית המשפט צריך לשקול, בבואו להכשיר עדות מפי השמועה מכוחו של חריג זה.

2. עדות מפי השמועה כפולה בדין האמריקאי

הכלל הפוסל עדות מפי השמועה וחריגיו אומצו ב-Federal Rules of Evidence (להלן: כללי הראיות הפדראליים או הכללים). הכלל הפוסל עדות מפי השמועה מעוגן בכלל מס' 802, הקובע כי עדות מפי השמועה אינה קבילה, למעט אם קיים חריג בכללי הראיות הפדרליים, בפסיקת בית המשפט העליון או בחקיקה.¹⁴⁴ לצד כלל הפסילה קבועים יותר משלושים חריגים לכלל זה.¹⁴⁵ חריגים אלו משקפים את המצב המשפטי שהוכר בפסיקת בתי המשפט ערב כניסתם לתוקף של כללי הראיות הפדרליים.¹⁴⁶ נוסף על החריגים האמורים קיים חריג נוסף, שיוירי במהותו, הקבוע בכלל 807 לכללי הראיות הפדרליים, שכותרתו היא "residual exception" (להלן: חריג שיוירי). חריג זה מקנה לבית המשפט סמכות שבשיקול דעת לקבל עדות מפי השמועה כראיה לאמתות תוכנה גם אם היא אינה נופלת בגדרו של אחד החריגים הקבועים בכללים 803 ו-804.¹⁴⁷ התנאי לקבלת עדות מפי השמועה לפי חריג שיוירי זה הוא קיום ערובה לאמתות האמרה, ובתנאי שהיא תעמוד בשלושת התנאים האלה: תנאי ראשון הוא שהאמרה נועדה להוכיח עובדה

144 Rule 802 to the Federal Rules of Evidence – Hearsay Rule: "Hearsay is not admissible except as provided by these rules or by other rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority or by Act of Congress" קבילתה כפופה להתנגדות של הצד שכנגד. כאשר הצד שכנגד אינו מתנגד, הראייה תהא קבילה לכל דבר ועניין. Michael H. Graham, *Handbook Of Federal Evidence* (6th ed., 2006) Rules 802–1103, p. 4

145 Rules 803-804 to the Federal Rules of Evidence. החריגים מחולקים לשתי קבוצות: קבוצה אחת של חריגים המצויה בכלל 803 מונה 23 חריגים, אשר המכנה המשותף לכולם הוא היותם לא מותנים בנוכחות של העד המצהיר בבית המשפט. ההנחה היא שלאמרות המוכשרות מוחם של חריגים אלו יש ערובה לאמתותן, ללא תלות בנוכחותו או בהיעדרו של המצהיר (עד המקור) בבית המשפט. קבוצת החריגים השנייה מנויה בכלל 804 כאשר המכנה המשותף לחריגים בכלל זה הוא היותם בהיעדרו של העד המצהיר (עד המקור) מבית המשפט. ראו Graham, שם, בעמ' 58–59.

146 הלוי (לעיל, הערה 3) בעמ' 565.

147 Rule 807 to the Federal Rules of Evidence: "A statement not specifically covered by Rule 803 or 804 but having equivalent circumstantial guarantees of trustworthiness, is not excluded by the hearsay rule, if the court determines that (A) the statement is offered as evidence of a material fact; (B) the statement is more probative on the point for which it is offered than any other evidence which the proponent can procure through reasonable efforts; and (C) the general purposes of these rules and the interests of justice will best be served by admission of the statement into evidence. However, a statement may not be admitted under this exception unless the proponent of it makes known to the adverse party sufficiently in advance of the trial or hearing to provide the adverse party with a fair opportunity to prepare to meet it, the proponent's intention to offer the statement and the particulars of it, including the name and the address of the declarant"

השנויה במחלוקת; התנאי השני הוא שערכה הפרובטיבי של הראיה עולה על ערכן של ראיות אחרות שהצד יכול לאסוף במאמצים סבירים; התנאי השלישי הוא כי קבלת הראיה תגשים את מטרות כללי הראיות הפדרליים¹⁴⁸ וכן את הצדק. חריג שיורי זה הוא ביטוי לצורך בגמישותם של כללי הראיות הפדרליים אשר החליפו את דיני הראיות במשפט המקובל, שהיו מאופיינים אף הם בגמישות. גמישותם של כללי הראיות הפדרליים באה לביטוי בכך שהשופטים הם שיצרו ופיתחו את הכללים בפסיקה, וכשעלה הצורך בחריג נוסף או בהרחבת החריגים הקיימים, הרי שלשופטי בית המשפט העליון ניתנה סמכות לעשות כן נקודתית בהתייחס למקרה המובא בפניהם.¹⁴⁹

כללי הראיות הפדרליים הלכו בעקבות המשפט המקובל והסדירו את קבילותה של עדות מפי השמועה כפולה (לכל הפחות) כראיה קבילה לאמתות תוכנה.¹⁵⁰ הסדר זה מעוגן בכלל מס' 805, שכותרתו היא "hearsay within hearsay" (עדות מפי השמועה שנתקבלה מפי השמועה).¹⁵¹

כלל זה קובע כי עדות מפי השמועה שנתקבלה מכלי שני ויותר תהא קבילה בתנאי שכל אחת מהחוליות בשרשרת העדות נכנסת בגדרו של חריג לכלל הפסילה.¹⁵² היה

148 מטרות כללי הראיות הפדרליים קבועות בכלל מספר 102, הקובע כי על כללי הראיות הפדרליים להתפרש באופן שיאפשר ניהול הוגן של ההליכים, ימנע עיכובים והוצאות לא מוצדקות ויקדם את התפתחותם של דיני הראיות לעבר חשיפת האמת וקבלתן של החלטות צודקות. להלן הנוסח המקורי של הכלל: "These Federal rules should be construed so as to administer every proceeding fairly, eliminate unjustifiable expense and delay, and promote the development of evidence law, to the end of ascertaining the truth and securing a just determination".

149 G. Michael Fenner, *The Hearsay Rule* (2003) p. 347.

150 *U.S. v. Maddox*, 444 F.2d 148; *McCormick on Evidence* (לעיל, הערה 106) בעמ' 571; (2nd Cir. 1971).

151 Rule 805 to the Federal Rules of Evidence: Hearsay within Hearsay: "Hearsay included within hearsay is not excluded under the hearsay rule if each part of the combined statements conforms with an exception to the hearsay rule provided in these rules".

152 *United States v. Fay*, 668 F.2d 375 (8th Cir, 1981); *United States v. Ruffin*, 575 F.2d 346 (2nd Cir. 1978); *Coughlin v. Capitol Cement Co.*, 571 F.2d 290 (5th Cir. 1978) הסדר זה כולל בחינה לאחור של קבילות האמרות בשרשרת העדויות שנתקבלו מפי השמועה. כאשר עסקינן בשרשרת של עדויות מפי השמועה, תחילה יש להכשיר את קבילותה של האמרה המצויה דווקא בחוליה האחרונה שבשרשרת העדויות. הכוונה היא לחוליה שדרכה תימסר האמרה או הראיה לבית המשפט. אמרה זו יש להכשיר כראיה קבילה באמצעות חריג לכלל הפסילה. אם שלב זה צלח, יש לעבור לשלב הבא, ובמסגרתו על בית המשפט להכשיר את האמרה המצויה בחוליה שקדמה לזו שהוכשרה בבית המשפט באמצעות חריג לכלל הפסילה. בדרך זה עלינו להתקדם בסדר כרונולוגי של החוליות עד שנגיע לחוליה הראשונה שבמסגרתה כלולה אמרתו של מוסר האמרה (עד המקור) שאת אמתות תוכנה מעוניינים אנו להוכיח. ראו בעניין זה: *McCormick on Evidence* (לעיל, הערה 106) בעמ' 571–572, 575.

ויהיה בלתי אפשרי להכשיר את אחת מהחוליות בשרשרת העדות באמצעות חריג לכלל הפסילה, כל שרשרת העדות תיפסל, ולא יהיה אפשר להגיש את האמרה לבית המשפט.¹⁵³ אף שתאורטית מספר הרמות או החוליות בשרשרת העדויות אינו מוגבל, וכך ניתן להכשיר בדרך זו מספר רב של חוליות, הרי שטבעי שעדות מפי השמועה שנתקבלה מכלי שני ואילך תיבחן בזהירות יתרה בנוגע לעדות מפי השמועה שנתקבלה מכלי ראשון.¹⁵⁴

נוסף על כך קובע כלל מס' 403 כי לבית המשפט יש סמכות שבשיקול דעת שלא לקבל עדות, ובכללה עדות מפי השמועה, על אף היותה רלוונטית ואף שהיא נופלת בגדרו של אחד החריגים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה הקבועים בכללים. זאת, אם סבור בית המשפט שאין בראיה כל תועלת, או שערכה הפרובטיבי נמוך מאוד ביחס לסכנה שביצירת דעה קדומה, בלבול או הטעיה של חבר המושבעים או עיכוב לא הוגן של ההליכים ובזבוז זמן שיפוטי יקר אשר כרוכים בקבלת הראיה.¹⁵⁵ כלל זה עשוי להיות כלי יעיל בבוא בית המשפט לפסול עדות מפי השמועה כפולה באותם מקרים שבהם שרשרת השומעים מכילה מספר רב (מדי) של חוליות. ייתכנו מקרים שבהם ערכה הפרובטיבי של הראיה יהיה נמוך או לא ניתן להערכה כלל בשל מספר רב מדי של חוליות בשרשרת העדויות מפי השמועה.¹⁵⁶ ואכן, בשורה של פסקי דין שניתנו בארצות הברית דחו בתי המשפט קבלה של עדות מפי השמועה כפולה מכוח סמכותם לפי כלל מס' 403, בעיקר משום שהיה אי אפשר לאמור את ערכה הפרובטיבי של הראיה.¹⁵⁷

- 153 שם, בעמ' 572. כמו כן ראו: *U.S. v. Patrick*, 959 F.2d 991, 999–1002 (D.C. Cir. 1992); *Carden v. Westinghouse Elec. Corp.*, 850 F.2d 996 (3rd Cir. 1988).
- 154 R. Alan Thompson, Lisa S. Nored, John Worrall and Craig Hemmens, *An Introduction To Criminal Evidence, Cases And Concepts* (2008) p. 329: "In such situation, every level of hearsay must be considered carefully. Naturally, hearsay within hearsay will be viewed with more caution than outright hearsay"
- 155 Rule 403 to the Federal Rules of Evidence – Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons: "Although relevant, evidence may be excluded if its probative value is substantially outweighed by the danger of unfair prejudice, confusion of the issues, or misleading the jury, or by considerations of undue delay, waste of time, or needless presentation of cumulative evidence" ראו גם: *Graham* (לעיל, הערה 144) בעמ' 61.
- 156 *Fenner* (לעיל, הערה 149) בעמ' 510: "The more links in the chain, the more likely the probative value of the evidence will be low and the low probative value will be substantially outweighed by the dangers of unfair prejudice, undue repetition, or waste of time" ראו *Boren v. Sable*, 887 F.2d 1032 (10th Cir. 1989).
- 157 ראו לדוגמה את פסקי הדין להלן שבהם פסל בית המשפט שרשרת של עדויות מפי השמועה מכוח כלל 403 לכללי הראיות הפדרליים: *Boren v. Sable*, 887 F.2d 1032, 1037 (10th Cir. 1989); *Mister v. Northwest Illinois Commuter R.R. Corp.*, 571 F.3d 696, 698–699 (7th Cir. 2009); *Romano v. Howarth*, 998 F.2d 101, 107–108 (2d Cir. 1993)

מן המקובץ לעיל עולה כי כללי הראיות הפדרליים, כמו דיני הראיות באנגליה, מאפשרים להכשיר עדות מפי השמועה כפולה כראיה קבילה באמצעות הכשרת כל אחת מחוליותיה של העדות, בדרך של חריג על גבי חריג. החריג השיווי הקבוע בכלל מס' 807 מאפשר להכשיר, הלכה למעשה, עדות מפי השמועה שנתקבלה מכל כלי שהוא, וכך למעשה הוא מאפשר להכשיר עדויות שהיה אי אפשר להכשירן באמצעות החריגים האחרים.¹⁵⁸

3. עדות מפי השמועה במשפט הקונטיננטלי

במרבית המדינות המרכזיות באירופה עדויות מפי השמועה הן ראיות קבילות לכל דבר ועניין.¹⁵⁹ הסיבה לכך נעוצה בהבדל שבין שיטת המשפט האדוורסרית הנהוגה במשפט האנגלו-אמריקני לבין שיטת המשפט האינקוויזיטורית הנהוגה באירופה.¹⁶⁰ ההליך האינקוויזיטורי הוא דיון חוקר שבמסגרתו מוטל על השופט לברר את העובדות בירור אקטיבי ואובייקטיבי.¹⁶¹ מאחר שבהליך זה יש לשופט תפקיד מכריע, שיטות משפט אלו נוטות שלא להגביל הרבה את שיקול דעתו של השופט באשר לפן הראייתי במשפט ולקביעת ממצאים עובדתיים.¹⁶² התפיסה היא שתפקידו של השופט הוא להגיע לחקר האמת, ולשם כך יש לאפשר לו להתחשב בראיות רלוונטיות כשהוא פטור מכבליהם של כללי ראיות נוקשים.¹⁶³

אחת הסיבות להיעדרו של כלל הפסילה במשפט הקונטיננטלי נעוצה בהנחה שלפיה שופטים מקצועיים ומיומנים יודעים להעריך נכונה עדויות מפי השמועה. לעומת זאת במשפט האנגלו-אמריקני, שבו קביעות עובדתיות נעשות בידי חבר מושבעים, אי אפשר

158 יש לציין כי הכללים אינם מסדירים את מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה שנתקבלה בהסכמת הצדדים.

159 בין המדינות המרכזיות באירופה המקבלות עדויות מפי השמועה ללא מגבלה ניתן למנות את גרמניה, צרפת, נורבגיה, שבדיה, פורטוגל, ספרד, דנמרק ושווייץ. לעומת זאת, הולנד, הונגריה ובלגיה מתנגדות לקבלה של עדויות מפי השמועה. ראו: Robert E. Ireton, "Hearsay Evidence in Europe", 66 *U.S. L. Rev.* (1932) 252, p. 254.

160 שם, בעמ' 252-253.

161 גבריאל הלוי, **תורת הדין הפלילי** (כרך א, 2011) בעמ' 71. דיון נרחב על אופיו של ההליך האינקוויזיטורי ראו: שם, בעמ' 71-123.

162 הלוי, כרך א' (לעיל, הערה 36) בעמ' 132.

163 כך למשל, הוראת סעיף 261 לקוד הפרוצדורה הפלילית הגרמני משנת 1987 (The German Code of Criminal Procedure) שכותרתה היא "free value of evidence", קובעת כך: "The court shall decide on the result of the evidence taken according to its free conviction gained from the hearing as a whole". הוראה זו פוטרת את בית המשפט מכבליהם של כללי ראיות נוקשים והיא מעניקה להם שיקול דעת רחב באשר להתחשבות בראיות רלוונטיות. ראו: הלוי (לעיל, הערה 161) בעמ' 112.

לתת את אותו אמוץ, ואי אפשר להבטיח שחבר המושבעים, בהיותו אסופה של הדיוטות, ידע להעריך נכונה את ערכן הפרובטיבי של עדויות מפי השמועה ואת משקלן.¹⁶⁴ החשש הוא שחבר מושבעים לא ידע להיזהר מהקשיים הטמונים בעדויות מפי השמועה, והוא יעריך אותן בהערכת יתר,¹⁶⁵ והערכת יתר מצדיקה את פסילתן של עדויות מפי השמועה, ולו כדי למזער את הסיכון שבקביעת ממצאים עובדתיים על סמך ראיות בעלות כוח פרובטיבי ומשקל מעטים.

מלבד סיבה זו מציין פרופ' דמסקה (Mirjan Damaska) שכתובתו עוסקת בין היתר בדיני הראיות ובהיסטוריה של המשפט הקונטיננטלי, סיבות נוספות להיעדרו של כלל הפסילה במשפט הקונטיננטלי למול הימצאותו ונחיצותו של הכלל בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית. דמסקה מציין כי בשיטה האדוורסרית הצדדים להליך בוחרים את ראיותיהם, מכינים את העדים לקראת עדות בבית המשפט ואף חוקרים אותם על דוכן העדים.¹⁶⁶ במצב זה העד מזוהה עם האינטרס של הצד שזימן אותו, והוא אינו נתפס כאמצעי הוכחה ניטרלי. לכן, טוען דמסקה, החשש לסילוף או המצאה של הראיה הוא גדול יותר.¹⁶⁷ מלבד זאת, בחירת הראיות, אשר נתונה בידי הצדדים להליך, היא תוצאה של הרצון לנצח בתיק, והיא אינה מונעת מהרצון לחשוף את האמת. לעומת זאת במשפט הקונטיננטלי העדים אינם מזוהים עם צד להליך.¹⁶⁸ "השופט-חוקר" מזמן את העדים בעקבות הצעת הצדדים, ומרגע זה הם מקור מידע השייך לבית המשפט. עורכי הדין אינם רשאים להכין את העדים לקראת עדותם בבית המשפט. אף במהלך המשפט רשאים עורכי הדין לחקור את העדים רק לאחר שהשופט סיים לחקור אותם בעצמו.¹⁶⁹ משכך, נתפסים העדים כניטרליים ואמינותם אינם נבחנת באגרסיביות כפי שהדבר נעשה במשפט

164 ראו לדוגמא את דבריו של הלורד Mansfield, בעניין Berkeley Peerage Case, 171 Eng. Rep. 128, 134–35 (1811): "[Where Continental judges determine the facts as well as the law,] they think there is no danger on their listening to evidence of hearsay, because when they come to consider of their judgment on the merits of the case, they can trust themselves entirely to disregard the hearsay evidence, or to give it any little weight which it may seem to deserve. But, in England, where the jury are the sole judges of the fact, hearsay evidence is properly excluded, because no man can tell what effect it might have upon their minds". יש לציין כי בנתהאם התנגד לתפיסה שאינה נותנת אמוץ בחבר מושבעים שידע להעריך נכונה עדות מפי השמועה. Bentham (לעיל, הערה 44 בעמ' 539; An in the American Criminal Trial: Hearsay Hazards in the Adversary-Oriented Approach", 49 *Hastings L.J.* (1997–1998) 477, p. 495.

165 Mirjan R. Damaska, "Of Hearsay and Its Analogues", 76 *Minn. L. Rev.* (1991–1992) 425, p. 426.

166 שם, בעמ' 430–431.

167 שם, בעמ' 431.

168 שם, בעמ' 432–433.

169 שם, בעמ' 433.

האנגלו-אמריקאי. מכאן, טוען דמסקה, חוסר היכולת של צד להליך להתעמת עם עדויות מפי השמועה אינה נתפסת כחיסרון רציני כפי שהוא קיים בשיטה האדוורסרית.¹⁷⁰ יתר על כן, בשיטת המשפט הקונטיננטלית הצדדים רשאים להגיש ערעור הן על קביעות עובדתיות והן על קביעות משפטיות של הערכאה הדיונית.¹⁷¹ במצב זה אם הערכאה הדיונית טעתה בנוגע לקביעת ממצאים על בסיס עדויות מפי השמועה, ערכאת הערעור רשאית להתערב בממצאים אלו ולתקנם. לעומת זאת בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית וכן בישראל ערכאות הערעור אינן נוטות להתערב בקביעת ממצאים עובדתיים של הערכאה הדיונית אלא במקרים חריגים.¹⁷²

לסיכום פרק זה, יוצא שהסדרת מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה, הן בדין האנגלי והן בדין הפדרלי שבארצות הברית, מבוססת בין היתר על קיומו של חריג שיורי, המאפשר להכשיר חוליות שונות של העדות שאינן ניתנות להכשרה באמצעות חריגים ספציפיים. הואיל ודיני הראיות בישראל אינם כוללים "חריג שיורי" לכלל הפסילה, ההסדר הקבוע במשפט האנגלו-אמריקאי אינו בראימוץ, והמאמר אף אינו קורא לאמצו. יתר על כן, המאמר אף אינו קורא לאמץ את ההסדר הקיים באירופה בשל השוני המהותי בין שיטת המשפט האינקוויזיטורית הנהוגה באירופה לבין שיטת המשפט האדוורסרית הנהוגה בישראל. מסקנות אלו הן החוט המקשר לפרק הבא, שבו יוצג ההסדר המוצע.

ד. ההסדר המוצע – קביעת מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה המשויכת לקטגוריה השלישית בידי בית המשפט

בפרק שלהלן יוצג ההסדר המוצע לבחינת מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה, המשויכת לקטגוריה השלישית, בדיני הראיות בישראל. ההסדר המוצע מוצג על רקע מסקנותיי מהפרקים הקודמים של המאמר. על פי הסדר זה, קביעת מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה תיעשה בידי הערכאה הדיונית ובכפוף לשיקול דעתה. ודוק, הסדר זה יחול על עדויות שאינן ניתנות להכשרה בדרך של חריג על גבי חריג. לפיכך כמקום שבו יש חריגים המאפשרים להכשיר את האמרה מכלי שני, אין לפנות להסדר המוצע. לפי ההסדר המוצע, יש לבחון את מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה המשויכת לקטגוריה השלישית בשלושה שלבים עוקבים כדלקמן.

170 שם, בעמ' 433–434.

171 הלוי (לעיל, הערה 161) בעמ' 121–122. ראו לדוגמה את הוראת סעיף 296(1) לקוד הפרוצדורה הפלילית הגרמני, הקובעת כך: "Both the public prosecution office and the accused shall be entitled to file the appellate remedies admissible against court decisions".

172 Damaska (לעיל, הערה 165) בעמ' 429–430.

1. מתווה ההסדר המוצע

(א) שלב ראשון: זיהוי הרציונל שבבסיס החריג המכונן (החריג שהכשיר את קבילותה של האמרה מכלי ראשון)

נקודת המוצא של ההסדר היא שהרציונלים המהווים את הצידוק לקבלת האמרה מכלי ראשון מקרינים עצמם גם על קבלת האמרה מכלי שני. במילים אחרות, כל עוד הצורך באמרה או בקיומה של ערובה לאמתות האמרה (מהימנות האמרה) אשר הצדיקו את קבלת האמרה מכלי ראשון עומדים בעינם גם במקרה שבו תימסר האמרה לבית המשפט מכלי שני, הרי שאין הצדקה לפסילתה של האמרה כבר בשלב זה של הדיון. במסגרת דין זה על בית המשפט להתחקות תחילה על הרציונל שמאחורי החריג שמכותו הוכשרה האמרה מכלי ראשון. תיתכנה שלוש תוצאות אפשריות: תוצאה אחת היא כי הרציונל לחריג הוא הצורך בשימור האמרה; תוצאה שנייה היא קיומה של ערובה למהימנות האמרה שהוכשרה מכלי ראשון; תוצאה שלישית היא שהחריג מושתת על שני הרציונלים (צורך ומהימנות) יחד. המשך בחינת מעמדה של העדות כפוף לאחת משלוש התוצאות שתתקבל בשלב זה.

(ב) שלב שני: בחינת תקפותו של הרציונל שבבסיס החריג המכונן במקרה של עדות מפי השמועה כפולה

הדיון בשלב זה ייעשה לפי הרציונל שנקבע בשלב הראשון של ההסדר.

(1) כאשר הרציונל שבבסיס החריג הוא הצורך שבאמרה

כאשר העדות מכלי ראשון על האמרה הוכשרה באמצעות חריג המבוסס על הצורך שבאמרה, ההנחה היא כי "צורך" זה לא נפגע הגם שלאמרה נוספו חוליות שדרכן תימסר האמרה לבית המשפט. למשל, כאשר קיים צורך לשמר אמרה של נפטר שאותה הוא מסר בשעת מילוי תפקידו¹⁷³ (מכוח החריג של אמרות נפטרים), או אמרה של עד שהופעל עליו אמצעי פסול ושבעקבותיו נבצר מהעד להתייצב לעדות (מכוח החריג הקבוע בסעיף 10א' לפקודה), או הודאת חוץ של נאשם שנמסרה מרצונו הטוב והחופשי (מכוח החריג הקבוע בסעיף 12 לפקודה), הרי שצורך זה עומד בעינו, הגם שהאמרה תימסר לבית המשפט מכלי שני. אכנה צורך זה "צורך כללי" ואטען כי הוספת חוליות לאמרה אינה מאיינת ואינה מקהה את הצורך שבשימור סוג זה של אמרות שאליו משתייכת האמרה

¹⁷³ בבסיסו קובע חריג זה כי מקום שאדם מוסר אמרה, בכתב או בעל פה, בעת מילוי תפקידו והוא נפטר לאחר מכן, אמרתו כשרה כראיה להוכחת העובדות המפורטות בה. הטעם לכך הוא שממלא התפקיד עושה את המוטל עליו כהלכה, ודיווח שנמסר במסגרת מילוי תפקידו הוא דיווח אמת. ראו ע"א 601/68 **ביידר נ' לוי**, פ"ד כג(1) 594 (1969); עניין **ברנשטיין** (לעיל, הערה 34); ע"פ 416/71 **עוואד נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(2) 775 (1972); ע"א 119/05 **חליפה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 10.9.2006).

שבמחלוקת. מכאן שכאשר הרציונל שבבסיס החריג המכונן שמכוחו הוכשרה עדותו של הכלי הראשון על האמרה הוא הצורך הכללי בעדות, הרי שרציונל זה עומד בעינו גם במקרים שבהם תימסר האמרה לבית המשפט מכלי שני.

אלא שהעובדה כי קיים צורך כללי בקבלת האמרה מכלי שני אינה מייצרת את בדיקתו של "צורך ספציפי באותה אמרה שבמחלוקת. לעומת הצורך הכללי שבאמרה המשקף את הצורך בשימור סוג זה של אמרה ככלל (כגון הצורך בשימור אמרות של קרבנות אלימות, אמרות ספונטניות של עדים על ביצוען של עברות או שימורן של אמרות נפקדים ככלל), הצורך הספציפי באותה אמרה מתייחס לצורך הקונקרטי באמרה בהליך אשר נדון בפני בית המשפט ובנסיבותיו הספציפיות של כל מקרה ומקרה. במסגרת בדיקת הצורך הספציפי על בית המשפט לבחון אם קיים צורך ספציפי באמרה שבמחלוקת באותו הליך משפטי.

על מנת להכריע בשאלה זו מוצע כי בית המשפט ישקול את השיקולים האלה, כולם או חלקם, לפי מידת הרלוונטיות שלהם לאמרה שבמחלוקת ולהליך הספציפי: האם קבלת האמרה תסייע לבית המשפט להסיק מסקנה בדבר קיומה של עובדה השנויה במחלוקת? האם האמרה נוגעת לעובדה מהותית הנחוצה לשם הכרעה באותו עניין, או שמא מדובר בעובדה שולית? האם יש ראיות אחרות העשויות לשפוך אור על אותה עובדה שבמחלוקת שאותה מתיימרת האמרה להוכיח? האם מדובר בראיה מטעם ההגנה או מטעם התביעה? ההנחה כי האמצעים (הפיזיים או הכלכליים) העומדים בפני הנאשם לאיתור ראיות הם מוגבלים, ולכן כשמדובר בראיה השופכת אור על חפותו של הנאשם, קיים צורך ספציפי באותה ראיה; האם ניתן לזמן את עד המקור או למצער את הכלי הראשון שיעיד על אותה אמרה? אם אי אפשר לזמן את עד המקור או את הכלי הראשון שימסרו את האמרה, אזי יש לברר את הסיבה לכך; האם זימונו של עד המקור או הכלי הראשון לעדות כרוך בהשקעת משאבים ובעלויות לא סבירות שאינן מצדיקות את זימונו לעדות? האם יש בראיה זו כדי לסייע בהבנתן או בהערכתן של ראיות אחרות? כאמור, בית המשפט רשאי לשקול שיקולים נוספים, ככל שימצא לנכון, אשר יש בהם כדי לסייע לו לקבוע אם קיים צורך ספציפי באותה אמרה ובאותו הליך. היה ויקבע כי אין צורך ספציפי באמרה באותו הליך, רשאי בית המשפט להורות על פסילת האמרה כבר בשלב זה של הדיון. היה ויקבע כי קיים צורך ספציפי בקבלת האמרה, על בית המשפט לעבור לשלב השלישי, ובו יישקלו שיקולים חיצוניים לשיקולים אשר נוגעים לרציונלים שבחריג.

(2) כאשר הרציונל שבבסיס החריג הוא מהימנות האמרה

כאשר העדות על האמרה מכלי ראשון הוכשרה באמצעות חריג המבוסס על מהימנות האמרה, על בית המשפט לבחון אם מסירת האמרה מהכלי הראשון לכלי השני ודרכו

לביית המשפט פגעה במהימנות האמרה. כך למשל קבוצת חריגי הרס גסטא¹⁷⁴ מכשירה עדויות מפי השמועה על אמרות שונות, והספונטניות שבמסירת האמרה לכלי הראשון היא ערובה לאמתות תוכנה. במסגרת שלב זה על בית המשפט לבחון אם במסירת האמרה מכלי שני לבית המשפט נפגעה מהימנותה של האמרה. אם לא, על בית המשפט לעבור לשלב השלישי, ובו יישקלו שיקולים חיצוניים מלבד השיקולים הנוגעים לרציונלים שבבסיס החריג המכונן.

הטענה היא שכאשר מדובר בשרשור של עדויות מפי השמועה, הסיכוי לקיומה של טעות בהעברת המידע, לאי־דיוקים ואף לסילוף מכוון מתרבים בכל פעם שהאמרה מחליפה ידיים נוספות.¹⁷⁵ אולם גם טענה זו מתאפיינת בהכללת יתר, ואין בידי לקבלה. לא כל עדות מפי השמועה שנמסרת שלא מכלי ראשון טומנת בחובה אי־דיוקים, שיבוש בהעברת המידע או בהבנתו או קיומו של חשש שמא הראיה מסולפת. משכך, נדרשת בחינה מהותית ועניינית אם קיימת פגיעה במהימנות האמרה שנמסרה מעד המקור לכלי הראשון, מהכלי הראשון לכלי השני, ודרכו לבית המשפט.

על מנת להכריע בשאלה האמורה מוצע כי בית המשפט ישקול את השיקולים להלן, כולם או מקצתם, ויאזן ביניהם ככל שימצא לנכון לפי האמרה שבמחלוקת ולפי ההליך שבפניו: היקף האמרה – ככל שהיא מקיפה וכוללת פרטים רבים יותר, כך גובר החשש לשיבוש ככל שהחוליות שבהן היא תועבר יהיו רבות יותר; מספר הגורמים שדרכם הועברה האמרה עד הגעתה לאוזניו (או לידי) של העד אשר מעיד עליה בבית המשפט וכן מיקומו של העד בשרשרת השומעים. ההנחה היא שככל שתתווספה חוליות רבות יותר בשרשרת השומעים, עד הגיעה של האמרה לבית המשפט, כך גובר החשש לפגיעה במהימנותה. מנגד, ככל שהעד קרוב יותר לחוליה הראשונה (עד המקור), כך פוחת החשש לפגיעה במהימנותה; נסיבות של זמן – ככל שיחלוף זמן רב יותר מהשמעת האמרה לכלי הראשון ועד העברתה לכלי השני קיים חשש למהימנותה; אם לכלי השני אשר דרכו תימסר האמרה לבית המשפט יש עניין אישי בתוצאות המשפט או נגיעה אישית לאירוע מושא המשפט, אם האמרה שנמסרה לכלי השני תועדה, באיזה אמצעי היא תועדה, ואם האמצעי שדרכו תועדה האמרה שמר על האמרה אמינה, אם יש ראיות קבילות אחרות המחזקות את אמתות תוכנה של האמרה. כאמור, בית המשפט רשאי להסתייע בשיקולים נוספים שיסייעו לו להשיב על השאלה אם נפגעה מהימנותה של

174 ראו דיון בקבוצת חריגים אלו לעיל, ליד הערה 62.

175 Spencer (לעיל, הערה 2) בעמ' 213. היטיב לתאר זאת השופט מצא בעניין **טובול** (לעיל, הערה 34) פסקה 7 לפסק הדין: "חוששני כי ריבוי חוליות בשרשרת התיעוד של האמרה עתיד להרבות דאגה. דרך העולם היא, כי דברים המועברים מפה לאוזן עלולים להשתבש. ואני תוהה: היכן הגבול, וכלום הכלי השלישי הוא, בהכרח, החוליה האחרונה בשרשרת? ער אני, כמובן, למגמה הנקוטה בידינו למעט ככל האפשר במבני קבילותן של ראיות ולהשליך ייבנו, רובו ועיקרו, על מבחני המשקל. ואף שככלל מגמה זו מקובלת גם עליי, בהיותה דין רצוי, הייתי מבקש להיזהר שלא להפריז בה..."

האמרה. היה ולבית המשפט לא יהיו מספיק כלים להעריך את מהימנותה בשלב מוקדם של המשפט, מוצע כי בית המשפט יקבל את האמרה "על תנאי", כדי שהחלטה בדבר קבילותה של הראיה תתקבל בשלב מאוחר יותר של הדיון ואף בשלב הכרעת הדין.¹⁷⁶ כשבית המשפט יגיע למסקנה כי קיים חשש מהותי שמהימנותה של האמרה – אם זו תימסר לבית המשפט מכלי שני – נפגעה, על בית המשפט לשאול את השאלה הזאת: **האם הפגיעה במהימנות האמרה (אם זו תימסר לו מכלי שני) מצדיקה את פסילת האמרה, או שמא יש בה כדי להשפיע על הערכת משקלה בלבד?** לשם הכרעה בשאלה זו מוצע לבית המשפט לאזן בין הצורך הספציפי בקבלת האמרה (לפי השיקולים שנדונו לעיל) למידת הפגיעה במהימנותה. ככל שהצורך הספציפי שבאמרה קטן יותר, וככל שמידת הפגיעה במהימנותה רבה יותר, כך תגבר הנטייה לפסול את האמרה. ולהפך, כשהצורך הקיים בקבלת האמרה באותו הליך נתון ממשי, וכשקיימות ערובות איתנות לאמתותה, תגבר הנטייה לקבל את האמרה. במקום שבו החרוג המכונן מבוסס על שני הרציונלים יחד, על בית המשפט לבחון את השיקולים שלעיל ולאזנם כראוי.

(ג) שלב שלישי: "שיקולים חיצוניים"

לאחר שבית המשפט הגיע למסקנה (בשלב השני של הבחינה) כי אין להורות על פסילת האמרה, עליו לשקול שיקולים נוספים. שיקולים אלו חיצוניים לשיקולים הנוגעים לצורך באמרה או למידת מהימנותה. בית המשפט יבצע איזון בין שיקולים אלו לשיקולים שנשקלו בשלב השני של הבחינה. עם אותם "שיקולים חיצוניים" ניתן למנות את אלה: ההגנה על הגינות ההליכים המשפטיים ועל האינטרסים של הצדדים להליך, לרבות יכולתו של הצד שכנגד לסתור את הראיה האמורה; שמירה על זכויות הנאשם והרצון להימנע מהרשעת חף מפשע; שיקולים של צדק; הרחקתן של ראיות מסולפות וראיות אשר עלולות להטעות את בית המשפט; בזבוז זמן שיפוטי יקר שלא לצורך; הרצון להימנע מהתמשכות הליכים במידה לא סבירה; הערכת בית המשפט כי קבלת הראיה תסייע לו להגיע לגילוי האמת ולדייק בקביעותיו; הערכת בית המשפט כי משקלה של העדות ביחס למצבור הראיות האחרות שהובאו נושא עמו "מסה קריטית" לגורלו של המשפט וכן שיקולים נוספים אשר ימצאו רלוונטיים לקביעת מעמדה של העדות באותו הליך.

¹⁷⁶ היה וייקבע כי העדות לא קבילה, חל איסור על בית המשפט לקבוע על פיה ממצאים ולבסס עליה את פסק הדין. ראו סעיף 56 לפקודת הראיות, שכותרתו היא "ראיה שנתקבלה שלא כדין", הקובע כי "ראיה שאינה קבילה במשפט פלילי ונתקבלה בטעות או בהיסח הדעת, לא תשמש הוכחה לאשמה ואין לבסס עליה שום פסק-דין; אף על פי כן, העובדה שבית המשפט שמע את הראיה לא תפסול את פסק-הדין, אלא אם סבור בית המשפט שהנאשם לא היה מורשע אילולא נמסרה אותה ראיה או שאין ראיה מספקת אחרת זולתה לתמוך בה את ההרשעה". כמו כן ראו: דנ"פ 188/94 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פ"ד נא(2) 1 (1996).

כאמור, ההסדר המוצע כרוך בהותרת ההכרעה בדבר מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה המשויכת לקטגוריה השלישית בידי הערכאה הדיונית. הכרעה זו יכולה להתקבל, הן עובר לשמיעתה או הצגתה של הראיה בבית המשפט והן לאחר שמיעתה, במסגרת הכרעת הדין. אם בית המשפט קבע במעמד הכרעת הדין, ולאחר קבלת הראיה, כי היא אינה קבילה, לא הראיה תשמש הוכחה לאשמה, ואין לבסס עליה פסק דין.¹⁷⁷ אף על פי כן העובדה שבית המשפט שמע את הראיה לא תפסול את פסק הדין, אלא אם סבור בית המשפט שהנאשם לא היה מורשע אילולא נמסרה אותה ראיה, או שאין ראיה מספקת אחרת זולתה לתמוך בה את ההרשעה.¹⁷⁸ במקרים שבהם יקבע בית המשפט כי הראיה קבילה, הוא יעריך את משקלה כפי שהוא מעריך ראייה אחרת וייתן את דעתו לעובדה כי מדובר בעדות מפי השמועה כפולה, על הפגמים והחששות הדבקים בה, אם בכלל, ולהשפעתם של כל אלו על הערכת משקלה. יובהר כי עדויות מפי השמועה הבאות מכלי שני, ואפילו עדויות שמיעה כפולות ומכופלות, יכול שתהיינה בעלות משקל רב.¹⁷⁹ מכאן שאין להניח אפוא שמשקלן של עדויות מפי השמועה מכלי שני ואילך יהא קטן רק בשל היותן כאלה.

2. טיעוני ביקורת אפשריים נגד ההסדר המוצע והמענה להם

לצד יתרונותיו של ההסדר המוצע ניתן להעלות כמה טיעוני ביקורת.

(א) פגיעה בוודאות המשפטית

הטיעון העיקרי הוא שההסדר המוצע פוגע בוודאות המשפטית, שכן הוא מותיר בידי בתי המשפט שיקול דעת, ויש שיאמרו רחב מדי, בדבר קביעת מעמדה של עדות מפי השמועה כפולה. על פי הדין הקיים, גורלה של עדות מפי השמועה המשויכת לקטגוריה השלישית ידוע מראש, שכן בהיעדר חריג שיכשיר את כל אחת מחוליותיה של העדות, תיפסל העדות לאלתר. אלא שעל פי ההסדר המוצע, קביעת מעמדה של העדות תלוי בתוקפם של הרציונלים שעומדים מאחורי החריג המכונן, במידת הקרנתם על החוליות הנוספות בשרשרת העדות וכן בשיקולים נוספים, והכול אגב איזון ביניהם. עובדה זו עלולה להקשות על הצדדים להתכונן כמיטבם לקראת הדיון בבית המשפט, להעריך את תוצאות המשפט ואף לגבש הסדר טיעון בתנאים של חוסר ודאות. קושי זה מתעצם כאשר כל אחד מהצדדים מעוניין להציג עדות מפי השמועה כפולה, אחת או יותר. חוסר ודאות עלול לשרור כבר בשלבים המוקדמים של ההליך הפלילי, עוד בטרם הגשת כתב האישום, שכן החלטת התובע באשר לשאלה אם להגיש כתב אישום נגד הנאשם או לסגור את התיק בעילה של אי־דיות הראיות, כפופה למסכת הראייתית הקיימת, לחזקן

177 סעיף 56 רישא לפקודת הראיות. עניין אבוטבול, שם.

178 סעיף 56 סיפא לפקודת הראיות. עניין אבוטבול, שם.

179 שטיין, סעיף 10 לפקודת הראיות (לעיל, הערה 20) בעמ' 328.

של הראיות ולשאלה אם קיים סיכוי סביר להרשעת הנאשם.¹⁸⁰ כאשר יש בתיק עדות מפי השמועה כפולה, כל שכן כאשר קיימות כמה עדויות שכאלו, הדבר יקשה על התביעה לקבל החלטה מושכלת בדבר גורלו של תיק החקירה, לרבות סיכויי הרשעתו של הנאשם אם יוגש כתב אישום, כאשר חומר הראיות כולל עדות מפי השמועה כפולה, אחת או יותר.

כנגד הטענות בדבר פגיעתו האפשרית של ההסדר המוצע בוודאות המשפטית ניתן להעלות כמה טיעונים: ראשית, כדבר שבשגרה, הליכים משפטיים מתנהלים בתנאים של חוסר ודאות. לא תמיד ניתן לסמוך על עדים שיתייצבו בבית המשפט לשם מסירת עדות, ואף במקרים שבהם העדים מוסרים עדות בבית המשפט, אין זה אומר שבית המשפט ייתן אמון בדבריהם ויעניק משקל גדול לעדותם. לעתים, עדים חוזרים בהם מגרסתם הקודמת, שעליה נסמך הצד שזימן אותם לעדות. פעמים אחרות הצד שכנגד מצליח לקעקע את אמינותם של העדים על דוכן העדים באמצעות פרטים שלא היו ידועים מראש לצד שזימן את העד. יש עדים שבנקל ניתנים לבלבול, ללחץ או להפחדה, ומצבם זה ישפיע מטבע הדברים על אופן מסירת העדות בבית המשפט ועל התרשמותו של בית המשפט מעדותם. לעתים עדים מעלים טענות חדשות שלא נמסרו קודם לכן, והדבר מצריך מהצד שכנגד לאתר ראיות הזמה. פעמים אחרות בית המשפט יכול לזמן מיזמתו עדים שהצדדים לא זימנו.¹⁸¹ מכאן שהליכים פליליים הם דינמיים, ולא תמיד ניתן להבטיח את ודאותם, כל שכן את תוצאותיהם. על כך יש להוסיף את העובדה כי לדיני הראיות תחולה רטרואקטיבית.¹⁸² התפיסה היא שלנאשם אין זכות קנויה שבית המשפט ידון בעניינו לפי דיני הראיות אשר היו נהוגים בזמן ביצוע העברה.¹⁸³ משמעות הדבר היא שכל שינוי

180 הפסיקה קבעה כי ראיות המספיקות לאישום הן אלה אשר עשויות להביא להרשעתו של אדם בעברה מסוימת, כאשר המבחן הוא מבחן קיומה של אפשרות סבירה להרשעה. ראו: בג"ץ 11221/05 נאסר נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 19.4.2007); בג"ץ 2534/97 ח"כ יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1 (1997). כמו כן ראו הוראת סעיף 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 43, הקובעת כך: "ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שאין במשפט ענין לציבור..." עוד נקבע בפסיקה כי כאשר בתיק החקירה יש ראיות המותירות ספק סביר בדבר חפותו של החשוד, הרי שיש לסגור את תיק החקירה בעילה של אי־דיות הראיות. ראו: בג"ץ 4539/92 קבלרו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(3) 50 (1996). מכאן שהחלטת התובע בדבר העמדתו לדין של הנאשם או סגירת תיק החקירה בעילה של אי־דיות הראיות מבוססת על קבילותן של הראיות.

181 סמכותם של בתי המשפט לזמן עדים מטעמם מעוגנת בהוראת סעיף 167 לחוק סדר הדין הפלילי, הקובעת כך: "סיימו בעלי הדין הבאת ראיותיהם, רשאי בית המשפט, אם ראה צורך בכך, להורות על הזמנת עד – ואפילו כבר נשמעה עדותו בפני בית המשפט – ועל הבאת ראיות אחרות, אם לבקשת בעלי דין ואם מיזמת בית המשפט".

182 על תחולתם הרטרואקטיבית של דיני הראיות ראו: הלוי, כרך א (לעיל, הערה 36) בעמ' 187–230.

183 ראו: ע"פ 25/80 קטאוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 457 (1981).

בדיני הראיות, אף אם הוא מתקבל בעת ניהולו של הליך פלילי בבית המשפט, מחייב את בית המשפט לנהוג לפיו. עובדה זו מלמדת אותנו כי דיני הראיות, בהיותם כללים דיוניים, לא נועדו לקדם את הוודאות המשפטית או לשמרה. יתר על כן, מטרת ההסדר המוצע היא לקדם את חקר האמת ועשיית הצדק. יש לשאוף להשגת מטרה זו גם במחיר של פגיעה בוודאות המשפטית, שכן אמת וצדק עדיפים ממנה.

(ב) עיכוב ההליך המשפטי

טיעון ביקורת אפשרי נוסף הוא שההסדר המוצע יאריך את ההליכים המשפטיים ויגרום לסרבולם, שכן ככל שהאמרה תעבור דרך מספר רב יותר של חוליות, כן תרבינה העדויות והחקירות של אותם עדים, לרבות הצגתן של עדויות הזמה שנועדו להזים את תוכנה של האמרה שעל אודותיה העידו העדים. סבורני כי שיקול הדעת המוענק לשופטים במסגרת ההסדר נועד לתת מענה אף לקושי זה. לבית המשפט יש סמכות להתחשב בסרבול ההליך ובהארכתו מעבר לזמן הסביר כשיקול נגד קבלת העדות. כמו כן בתי המשפט רשאים לקבל החלטות אד הוק שתמנענה עיכובים מיותרים ואת סרבולם של ההליכים המשפטיים. למשל, בית המשפט יכול לקבוע כלל של העדפה שלפיו כאשר יש כמה חוליות שדרכן הועברה העדות, ואותן חוליות זמינות למסירת עדות, יאפשר בית המשפט למסור עדות אך ורק לחוליה הקרובה מבחינה כרונולוגית לעד המקור. בכך תהיה עדיפות לכלי שני על פני הכלי השלישי, ולזה על פני הכלי הרביעי כאשר אלו זמינים לעדות. כשלעצמי, סבור אני כי אף אם ההסדר המוצע יביא לעתים לעיכובם ולסרבולם של ההליכים, הרי שמטרת הליך הפלילי בדבר חשיפת האמת מצדיקה ומקדשת גם אמצעי זה. נדמה כי השיטה המשפטית מוכנה לסבול תוצאת לוואי זו כשקבלת העדות תסייע לבית המשפט להרשיע אשמים בביצוע עברה ולזכות את החפים מפשע.

(ג) העדפת אימוץ הסדר החריג השיורי

טענה אחרת יכולה לתקוף את ההסדר המוצע ולהעדיף על פניו את ההסדר הקבוע במשפט האנגלו-אמריקאי, המאפשר להכשיר את קבילותה של עדות מפי השמועה, באשר היא, לרבות עדות מכלי שני ויותר באמצעות חריג שיורי לכלל הפסילה.¹⁸⁴ ניתן להשיב על כך כי דיני הראיות בישראל אינם כוללים חריג שיורי לכלל הפסילה, ועל כן ההסדר במשפט האנגלו-אמריקאי, ככל שהוא נוגע למעמדה של עדות מפי השמועה כפולה, אינו בר-אימוץ במחוזותינו. מלבד זאת, אפשר שההיזקקות של דיני הראיות בישראל לחריג שיורי תהיה שנויה במחלוקת, והיא מצריכה דיון מעמיק ומקיף, אשר קצרה היריעה מלהכיל אותו. יצירה של חריג שיורי בדיני הראיות בישראל תפר את האיזון והמתח הקיים בין כלל הפסילה לחריגיו, שכן היא תאפשר לבתי המשפט לקבל

184 ראו דיון במעמדה של עדות מפי השמועה כפולה במשפט האנגלו-אמריקאי בפרק השלישי של המאמר.

עדות מפי השמועה מכל כלי שהוא, אגב פגיעה במעמדם, בנחיצותם ובקרנם של כלל הפסילה וחריגיו. מלבד זאת, קיומו של חריג שיורי במשפט האנגלו-אמריקאי מאפשר לבתי המשפט להפעיל שיקול דעת רחב מאוד בנוגע לקביעת מעמדה של עדות מפי השמועה. לעומת זאת שיקול דעתם של השופטים, על פי ההסדר המוצע, אינו רחב מדי. הוא מובנה ומונחה לפי דרכי היישום שפורטו לעיל. אם אף נניח כי דיני הראיות לא נועדו לקדם את ודאותו של ההליך הפלילי, הרי שהפגיעה בוודאות המשפטית בשל יישום ההסדר המוצע במאמר מצומצמת ביחס לפגיעה האפשרית מעיגונו של חריג שיורי בדיני הראיות בישראל.

סיכום

מטרת המאמר הייתה לדרון לראשונה במעמדה של עדות מפי השמועה כפולה בהליך הפלילי בישראל על רקע המתח הקיים בין יתרונותיו וחסרונותיו של כלל הפסילה, בין יתרונותיהם וחסרונותיהם של החריגים שלצדו ובין כל אלו יחד.

לעומת הניסיונות להסדרת מעמדה של עדות שכזו בחקיקה שעלו בתוהו, הסדירה הפסיקה את מעמדה של העדות במשתמע. לפיכך יצר המאמר שלוש קטגוריות של עדות מפי השמועה כפולה, כאשר כל אחת מהקטגוריות מסדירה אחרת את מעמדה של העדות המשויכת אליה. הקטגוריה הראשונה כוללת עדות שניתנה בעניינה הסכמה של כל הצדדים להליך להכשירה כראיה קבילה. הקטגוריה השנייה כוללת עדות אשר כל אחת מחוליותיה הוכשרה באמצעות חריג לכלל הפסילה. הקטגוריה השלישית כוללת עדות מכלי שני כאשר מסירת האמרה מכלי ראשון היא קבילה (מכוחו של חריג שדרכו היא הוכשרה), ואילו מסירת האמרה מכלי שני אינה קבילה. עדות המשויכת לקטגוריה הראשונה והשנייה קבילה, ואילו עדות המשויכת לקטגוריה השלישית אינה קבילה. המאמר התמקד בעדות המשויכת לקטגוריה השלישית, בקשיים העולים מסיווגה של זו בדין הקיים ובמתן מענה לקשיים אלו.

המאמר טוען כי פסילתה של עדות מפי השמועה כפולה המשויכת לקטגוריה השלישית אך משום שלא נמצא חריג שדרכו תוכשר האמרה מכלי שני היא מלאכותית, חסרת צידוק הגיוני ומשפטי ופוגעת בתכליתו של ההליך הפלילי, אשר נועד להביא להרשתתם של אשמים ולזיכויים של חפים מפשע.

חלף זאת המאמר מציע לסטות מהדין הקיים ולאמץ תחתיו הסדר אחר, שמרכזו הוא הרציונלים של החריג המכוון שמכוחו הוכשרה האמרה מכלי ראשון. לשם כך המאמר מציע להעניק לבית המשפט שיקול דעת לבחון את תקפותם של הרציונלים שבבסיס החריג המכוון ואת מידת הקרנתם על החוליות הבאות בשרשרת העדות (מכלי שני ואילך) לצד שיקולים נוספים. שיקול דעת זה יאפשר לבית המשפט לקבל החלטות אד

הוק הנוגעות לגופה של ראייה ולגופו של הליך נתון, כאשר מטרתו היא לאפשר לבית המשפט לקבל ראיות שתסייענה לו לחשוף את האמת ולהגשים את תכליתו של ההליך הפלילי במובן זה שבסופו של דבר אשמים יורשעו וחפים מפשע יזוכו. הואיל ומעמדה של עדות מפי השמועה כפולה מוסדר במשתמע בהלכה הפסוקה, הרי שאימוצו של ההסדר המוצע בפסיקת בית המשפט העליון ויישומו הלכה למעשה יאפשרו לשנות כבר עתה את הדין הקיים חלף עיגונו בחקיקה, על כל המשתמע מכך, בתוך השלמה עם "תופעות הלוואי" הנוצרות מאימוץ ההסדר (אשר הוצגו בהרחבה בפרק הקודם) לטובת הגשמת מטרת ההליך הפלילי והיא חשיפת האמת ועשיית צדק.