

הימנעות מחקירה נגדית של עדים ונאשמים בהליך הפלילי – מעמדה המשפטי והשלכותיה הראייתיות

מאת

גיא בן דוד*

חקירה נגדית נחשבת לאחד האמצעים החשובים והמרכזיים המסייעים בחשיפת האמת. חרף חשיבותה וחיוניותה של החקירה הנגדית ייתכנו מצבים שבהם לא תתקיים חקירה נגדית של עד או נאשם שבחר להעיד, מסיבות שונות. חלקן קשור בעד עצמו, כגון סירובו להיחקר בנגדית, חלקן האחר נעוץ בהתנהגותו של הצד היריב, כגון הפחדה או איומים, ופעמים אחרות זוהי תוצאה של כוח עליון כגון מות העד. במקרים אחרים לא תתקיים חקירה נגדית משיקולים שונים כגון היעדר תועלת, שביתת פרקליטים, אי-התייצבות התובע לדיון ועוד. תכלית המאמר היא לדון במעמדה המשפטי ובהשלכותיה הראייתיות של ההימנעות מחקירה נגדית של עדים ונאשמים בהליך הפלילי בישראל. החלק הראשון של המאמר מניח את התשתית התאורטית לדיון והוא בוחן את נושא המאמר בראי תכליותיו של ההליך הפלילי והן חשיפת האמת, מניעת הרשעה של חפים מפשע וקיומו של הליך הוגן. טענת המאמר היא כי על אף מרכזיותה של החקירה הנגדית במלאכת בירור האמת, הימנעות מחקירה נגדית אינה פוגעת בהכרח בתכלית זו. נוסף על זה, מקובל לראות בחקירה הנגדית חלק מצבר זכויותיו של הנאשם שנועדו להבטיח את זכותו להליך הוגן. אלא שגם באשר לתכלית זו אטען כי הימנעות מחקירה נגדית אינה בהכרח פוגעת בזכות הנאשם להליך הוגן. אך במקרה שבו נפגעה זכות זו, על בית המשפט להעריך את עוצמת הפגיעה ולאזן אותה עם ערכים נוגדים המתחרים עם הזכות להליך הוגן על הבכורה, כדי לקבוע אם הפגיעה באותה זכות מצדיקה מתן סעד, ומהו הסעד הראוי באותו מקרה. הואיל וטענת המאמר היא כי הימנעות מחקירה נגדית של עדים או נאשמים אינה פוגעת בהכרח בתכליות של ההליך הפלילי, הרי שהיא צריכה להיוותר בתחום שיקול הדעת השיפוטי לפי המקרה הקונקרטי ונסיבותיו.

* מרצה בכיר למשפטים באקדמית נתניה. מרצה מן החוץ בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן ובבית הספר הארי רדזינר למשפטים באוניברסיטת רייכמן. ברצוני להודות למערכת דין ודברים על עבודתה המסורה ועל הערותיה היפות והמועילות. המאמר ירד לפרסום ערב חקיקתו של סעיף 56א' לפקודת הראיות במסגרת תיקון 22 לפקודת הראיות (תשפ"ב-2022) כך שהכתוב במאמר אינו מתייחס לתיקון האמור.

בהמשך ירון המאמר במשקל הראייתי שיש לייחס להימנעות מחקירה נגדית של עדים, ובדיון נפרד תידון סוגיה זו כשהיא נוגעת לנאשמים.

א. מבוא. ב. רקע. ג. חקירה נגדית בראי תכליתיו של ההליך הפלילי; 1. חקירה נגדית לאור תכליתו של ההליך הפלילי בחשיפת האמת; (א) חקירה נגדית כמקדמת את תכליתו של ההליך הפלילי בחשיפת האמת; (ב) קבלתן של ראיות שלא עמדו במבחן של חקירה נגדית; (ג) חקירה נגדית לאור יחסיותה של חשיפת האמת בהליך הפלילי; (ד) האומנם אי-חקירה נגדית פוגעת בכירור האמת? 2. חקירה נגדית כמקדמת את תכליתו של ההליך הפלילי במניעת הרשעות שווא; 3. חקירה נגדית כאמצעי לקידום הגינות ההליך הפלילי; (א) הזכות להליך פלילי הוגן; (ב) חקירה נגדית כחלק מהזכות להליך הוגן; (ג) האם לנאשם יש זכות לחקור את עדי התביעה בחקירה נגדית? **ד. הימנעות מחקירה נגדית של עדים;** 1. הימנעות מחקירה נגדית של עד – כללי; 2. אי-חקירה נגדית מסיבה סובייקטיבית; (א) אי-חקירה נגדית הנעוצה במעשה של העד עצמו; (ב) אי-חקירה נגדית הנעוצה במעשה של בעל הדין היריב; 3. אי-חקירה נגדית הנעוצה בסיבה אובייקטיבית. **ה. הימנעות מחקירה נגדית של נאשמים;** 1. מגמת הפסיקה עד לעניין **גדבאן**; 2. עניין **גדבאן**; 3. טענות ביקורת נגד גישתו של השופט הנדל בעניין **גדבאן**. **סיכום.**

א. מבוא

המאמר דן במעמדה המשפטי של ההימנעות מחקירה נגדית של עדים ונאשמים בהליך הפלילי בישראל ובהשלכותיה הראייות. נושא המאמר טרם זכה להתייחסות מקיפה ומעמיקה בכתיבה המשפטית האקדמית, ומכאן חשיבותו וחדשנותו.¹ פרופ' אליהו הרנון ז"ל התייחס במאמרו משנת 1962 לסוגיה זו, אלא שמאז חלה התפתחות בפסיקה ששינתה את פני הדברים. מקוריותו וחדשנותו של המאמר באות לביטוי בבקשו להדגים, אגב הצגת תכליות עיקריות של המשפט הפלילי, את חשיבותה ונחיצותה של החקירה הנגדית, ובכך להניח תשתית הכרחית לדיון בהימנעות מחקירה נגדית של עדים ושל נאשמים. המאמר גם ישווה בין הדין הישראלי לדין במשפט האנגלו-אמריקני, חרף השוני ביניהם.²

1 הנושא זכה להתייחסות מסוימת במאמרו של פרופ' אליהו הרנון בשנת 1962, אולם מאז חלפו שנים רבות וחלה התפתחות ניכרת בסוגיה זו. ראו אליהו הרנון, "הימנעות מחקירה נגדית של נאשם", **הפרקליט יח** (תשכ"ב) 296 (להלן: הרנון, "הימנעות מחקירה נגדית של נאשם").

2 ההבדל העיקרי בין שתי שיטות המשפט נעוץ בכך שבמשפט האנגלו-אמריקני גורל הנאשם נחרץ בידי חבר מושבעים, ואילו בשיטת הדיון בישראל, שבה משפטים מתנהלים לפני שופט ללא חבר מושבעים, גורל הנאשם נתון בידי השופט. על ההבחנה בין שתי שיטות משפט אלה (jury trial and judge trial) ראו למשל Laura J. Graham, Lisa E. Graham and

הדיון במאמר מחולק לחמישה פרקים מרכזיים (לרבות פרק המבוא). בסופו של המאמר מצוי פרק סיכום. הפרק הראשון במאמר הוא פרק המבוא. בפרק זה מוצגת תכלית המאמר, שעניינה כאמור דיון במעמדה המשפטי של ההימנעות מחקירה נגדית של עדים ונאשמים בהליך הפלילי בישראל, ובהשלכותיה הראייתיות. הפרק מציג "מפת דרכים" שמתארת את פרקי המאמר ובמה יעסוק כל פרק. הפרק השני (רקע) פותח בהצגת רקע עובדתי בסיסי והכרחי להמשך הדיון, באמצעות הגדרתם של מושגי המפתח: חקירה ראשית, חקירה נגדית וחקירה חוזרת. אגב התמקדות במושג "החקירה הנגדית", נושא המאמר, מתוארים מקרים שבהם היא לא תתקיים. הפרק השלישי הוא הפרק המרכזי במאמר. הפרק מניח תשתית תאורטית לדיון כולו אגב בחינת מעמדה המשפטי של ההימנעות מחקירה נגדית והשלכותיה הראייתיות בראי התכליות העיקריות של ההליך הפלילי (והפגיעה בהן): חשיפת האמת, מניעת הרשעת חפים מפשע וקיומו של הליך הוגן. הפרק הרביעי עוסק בהימנעות מחקירה נגדית של עדים, כשהוא מתייחס לטעמים להימנעות זו. הפרק מבחין בין טעמים סובייקטיביים שמקורם במעשה העד עצמו לטעמים סובייקטיביים שמקורם במעשה של בעל הדין היריב לטעמים אובייקטיביים שאינם תלויים באיש.

הפרק החמישי עוסק בהימנעות מחקירה נגדית של נאשמים. המאמר מבחין בין חקירה נגדית של עד לחקירה נגדית של נאשם, שכן חקירה נגדית של נאשם היא מקרה פרטי, בעל מאפיינים ייחודיים מסוימים, של הדין החל על חקירתו של עד, ועל כן ההשלכות הראייתיות שיש לייחס לאי-חקירה נגדית של נאשם תידונה בנפרד. הפרק כולל סקירה פסיקתית הנוגעת להימנעות התביעה מחקירה נגדית של נאשם, החל מפסיקה שניתנה בשנת 1962 (עניין יצחק) וכלה בפסיקה עדכנית שניתנה בשנת 2017 (עניין גרבאן).³ בניגוד לעמדה הרווחת בפסיקה, שלפיה אי-חקירה נגדית של נאשם היא עובדה שעל בית המשפט להביא בחשבון לעניין משקלן של הראיות, הרי שבעניין גרבאן נקבע לראשונה בידי השופט הנדל שהיה בדעת מיעוט כי חקירה נגדית של נאשם זוכה להגנה חוקתית, ומשכך, הפרתה מצדיקה הענקת סעד חוקתי לנאשם שזכותו נפגעה.⁴ גישה זו מדגישה את תכליתה של החקירה הנגדית בהבטחת הגינותם של ההליכים ולא

Lee J. Graham, *Tightening the Reins of Justice in America: A Comparative Analysis of the Criminal Jury Trial in England and the United States* (1983); Hiroshi Fukurai, Clark Robert Knudston and Susan Irene Lopez, "Is Mexico Ready for a Jury Trial?: Comparative Analysis of Lay Justice System in Mexico, the United States, Japan, New Zealand, South Korea and Ireland", 11 *Mex. L. Rev.* (2009) 2; Meryll Dean, "Legal Transplants and Jury Trial in Japan", 31 *Legal Studies*. (2011) 570; Robert O. Wefald, "Jury Trial from a Trial Judge's Perspective", 33 *Am. J. Trial Advoc.* (2009) 177; Charles Curtis, "The Trial Judge and the Jury", 5 *Vand. L. Rev.* (1951-1952) 150

ע"פ 7915/15 גרבאן נ' מדינת ישראל (פורסם כנבו, 9.7.2017) (להלן: עניין גרבאן). 3

שם, פסקאות 14-20 לפסק דינו של השופט הנדל. 4

את היותה אמצעי לבירור האמת. בפרק זה אדון בשתי הגישות העולות מהפסיקה לאור המסקנות שהוסקו בפרק השלישי של המאמר. המאמר מבכר את הגישה שלפיה אי-חקירה נגדית של עד או נאשם היא עובדה שמשקלה הראייתי ישתנה לפי נסיבותיו הקונקרטיות של אותו הליך, והוא דוחה את הגישה שלפיה אי-חקירה נגדית, בכלל או בנוגע לסוגיה מרכזית שבליבת כתב האישום, פוגעת אפריורית בזכות הנאשם להליך הוגן, ועל כן היא מחייבת את בית המשפט לתת לו סעד בשל אותה הפרה. המאמר נחתם בפרק סיכום.

ב. הקדמה

משהוגש לבית המשפט כתב אישום והנאשם כפר בעובדות המיוחסות לו, כולן או מקצתן, על בית המשפט לברר את אשמתו. בירור האשמה נעשה במסגרת הליך הוכחות שבו מתאפשר לכל אחד מהצדדים להגיש את ראיותיו ולהעיד את עדיו בבית המשפט. תחילה מתקיימת פרשת תביעה שבמהלכה התביעה מוכיחה את קיומן של העובדות שבהן כפר הנאשם. בתום פרשת התביעה רשאי הנאשם לקיים פרשת הגנה, ובה הוא מתגונן מפני האישומים המיוחסים לו בכתב האישום. בכל אחת מהפרשות האמורות הצדדים מעידים מטעמם עדים, ואלה נחקרים בשלושה שלבים עוקבים: חקירה ראשית, חקירה נגדית וחקירה חוזרת.

בחקירה הראשית נחקר העד בידי הצד שזימן אותו לעדות.⁵ הואיל ובהליך הפלילי עדים מוסרים את הודעותיהם תחילה לפני הרשות החוקרת, הרי שבחקירה הראשית נדרש העד לחזור על תוכן הודעה זו. במהלך החקירה הראשית ניתן להציג לעד שאלות כלליות המתייחסות לאירוע מושא המשפט, וחל איסור להציג לו שאלות מדריכות, מכוונות או מנחות.⁶

בשלב הבא נערכת חקירה נגדית, ובה נחקר העד בידי בעל הדין של הצד שכנגד (הצד היריב). החקירה הנגדית טומנת בחובה את החובה לחקור כשיש מחלוקת עובדתית בין

5 בהתאם להוראת סעיף 174 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 43 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי או חסד"פ).

6 ראו: גבריאאל הלוי, **תורת הדין הפלילי** (כרך ב, 2011) בעמ' 769 (להלן: הלוי, תורת הדין הפלילי ב). במסגרת החקירה הראשית ניתן להציג לעד שאלות "פתוחות" – שאלות המאפשרות לעד להשיב על אותה שאלה בלי לכוון אותו לתשובה הרצויה לנו. שאלה מנחה או שאלה מדריכה היא שאלה שנועדה לשים את התשובה הרצויה לשאל בפי העד. שאלות אלה כאמור הן אסורות בחקירה הראשית, אולם הן מותרות בחקירה נגדית. שאלות "סגורות" הן שאלות המגבילות את העד להשיב תשובה אחת מתוך שתיים, כגון "כן" או "לא", "נכון" או "לא נכון" וכיוצא באלה. אם השואל שאל את העד שאלה מנחה בחקירה ראשית, תשובתו של העד אינה נפסלת, אולם הדבר עלול להפחית ממשקל התשובה.

הצדדים, אשר דרושה בעניינה הבהרה עובדתית שאינה ניתנת להסקה בדרך אחרת.⁷ במהלך חקירה זו ניתן להציג לעד שאלות מנחות, מדריכות ומכוונות.⁸ תכליתה של החקירה הנגדית של עד היא כפולה:⁹ תכלית אחת היא להפריך פרטים עובדתיים שהוצגו בחקירה הראשית, ותכלית שנייה היא לקעקע את אמינות העד ואת מהימנות גרסתו כדי להפחית ממשקל העדות שנמסרה בחקירה הראשית.

בשלב השלישי יש אפשרות לחקירה חוזרת, ובה ניתנת לצד שזימן את העד הזדמנות לחקור אותו בשנית. חקירה חוזרת מצומצמת אך ורק להשלמת תשובות או להבהרת תשובות שמסר העד בחקירה הנגדית.¹⁰

בשונה מעדים אשר מחויבים להעיד בבית המשפט,¹¹ נאשמים נהנים מזכות השתיקה. זכות זו מאפשרת להם למלא פיהם מים לאורך כל ההליך, מתחילת המשפט ועד סופו.¹² שאלת עדות הנאשם היא נפרדת משאלת התקיימותה של פרשת הגנה. אפשרות אחת של הנאשם היא לבחור שלא לנהל פרשת הגנה כלל, ובכלל זה שלא

7 גבריאל הלוי, **תורת דיני הראיות** (כרך ב, 2013) בעמ' 289–290 (להלן: הלוי, תורת דיני הראיות ב).

8 לפי הוראת סעיף 174 לחסד"פ. כמו כן ראו הלוי, תורת הדיון הפלילי ב (לעיל, הערה 6) בעמ' 769.

9 שם, שם.

10 לפי הוראת סעיף 174 לחסד"פ. אופי השאלות וצורת החקירה זהים לאלה שבחקירה הראשית. החקירה החוזרת לא נועדה להיות מקצה שיפורים לחקירה הראשית. לפיכך אם צד לא שאל את העד מטעמו שאלות בחקירה הראשית, חל איסור להעלות אותן בחקירה החוזרת.

11 כפוף לחיסיון מפני הפללה עצמית המוענק להם, לפי הוראת סעיף 47 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971 (להלן: פקודת הראיות או הפקודה).

12 זכות הנאשם למלא את פיו מים מוענקת לו לאורך כל ההליך הפלילי – בשלושה צמתים מרכזיים של ההליך: **הצומת הראשון** הוא שלב החקירה המשטרית. חשוד רשאי לשתוק במהלך חקירתו ברשות החוקרת. מקורה של זכות זו הוא בתקנות השופטים משנת 1906 מאנגליה, אשר אומצו בישראל בפסיקה בתקופת שלטונות המנדט הבריטי בארץ ישראל, ואושרה בפסיקה ישראלית לאחר קום המדינה. ראו גבריאל הלוי, **תורת הדיון הפלילי** (כרך א, 2011) סעיף 2.3.1.3 בעמ' 485–490 (להלן: הלוי, תורת הדיון הפלילי א). הפסיקה קבעה כי לשימוש חשוד בזכות השתיקה יש "מחיר" טבעי מן ההיבט הראייתי. נקבע כי "חשוד הבוחר בשתיקה גורם לכך, שהראיות העומדות לחובתו נותרות ללא 'משקל שכנגד', ובכך מתחזק, מטבע הדברים, כוחן הלכאורי של אותן ראיות והדבר יכביד עליו כאשר יעלה את גרסתו בעדותו במהלך הדיון". ראו: ע"פ 5730/96 **גרציאני נ' מדינת ישראל**, פסקה (5)ד לפסק דינו של השופט קדמי (פורסם בנבו, 18.5.1998). **הצומת השני** בהליך הפלילי הוא שלב המענה לכתב האישום. לאחר הקראת כתב האישום מתבקש הנאשם להשיב את תשובתו לאישום. באפשרותו של הנאשם לשתוק ולהימנע מלהשיב לאישום, לפי הוראת סעיף 152(א) לחסד"פ. סעיף זה קובע את המחיר הראייתי לשתיקת הנאשם בשלב זה של מענה לאישום שעשויה לחזק את משקלן של ראיות התביעה, בתנאי שבית המשפט הזהיר את הנאשם באשר לתוצאה אפשרית זו של שתיקתו (לפי סעיף 152(ב) לחסד"פ). **הצומת השלישי** שבו רשאי הנאשם ליהנות מזכות השתיקה הוא שלב ההוכחות. זכות זו מעוגנת בהוראת סעיף 161(א)(2) לחסד"פ.

להעיד. האפשרות השנייה של הנאשם היא לנהל פרשת הגנה, להעיד עדים ולהציג ראיות אחרות בלי שהוא יעיד במשפט.

בשתי האפשרויות האמורות הימנעות הנאשם מלהעיד במשפטו היא ראייה לחובתו ועשויה לשמש תוספת ראייתית מסוג "דבר לחיזוק" ואף "סיוע".¹³ תוספת ראייתית היא ראייה נוספת הנדרשת לשם הרשעת נאשם במקרים מסוימים שנקבעו בדין והיא בבחינת חסם מפני הרשעה על סמך עדות יחידה.¹⁴ את התוספות הראייתיות בדיני הראיות בישראל נהוג לחלק לשני סוגים: "תוספת מסבכת" ו"תוספת מאמתת". התוספת המסבכת היא "סיוע". תוספת מסייעת צריכה לסבך או לנטות לסבך את הנאשם בביצוע העבירה. תוספת מאמתת עשויה להיות "דבר לחיזוק" או "דבר מה נוסף", והיא נועדה להוסיף נופך של אמת לעדות היחידה המפלילה את הנאשם.¹⁵ כאמור, סעיף 162(א) לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי שתיקת נאשם במשפטו היא כשלעצמה תוספת ראייתית מסוג "סיוע" או "דבר לחיזוק".

כאשר הנאשם בוחר לוותר על זכות השתיקה, הוא מעיד בתחילת פרשת ההגנה, לפני עדותם של עדי ההגנה האחרים שאינם נאשמים.¹⁶ סדר חקירת נאשם זהה לחקירה של כל עד אחר במשפט. בשלב הראשון יחקר הנאשם בחקירה ראשית בידי בא כוחו, ובמהלכה הוא יציג לפני בית המשפט את גרסתו ואת תשובתו לאישומים המיוחסים לו. בשלב השני יחקר בחקירה נגדית בידי התביעה. במהלך חקירה זו תנסה התביעה לקעקע

13 לפי הוראת סעיף 162(א) ר-1(ב) לחסד"פ. ככלל ניתן לבסס הרשעה בפלילים על סמך ראייה אחת או עדות יחידה אם בית המשפט סבור כי היא מוכיחה את אשמת הנאשם ברמה הנדרשת בפלילים. אולם לצידו של כלל זה נקבעו בחוק ובפסיקה מקרים מיוחדים שבהם אי אפשר להסתפק בראייה יחידה להוכחת האשמה, ונדרשות ראיות נוספות לתמיכה בראייה העיקרית. ראייה נוספת זו מכונה תוספת ראייתית והיא מהווה מחסום מפני הרשעה על סמך ראייה יחידה. את התוספות הראייתיות בדיני הראיות בישראל נהוג לחלק לשני סוגים: "תוספת מסבכת" ו"תוספת מאמתת". התוספת המסבכת היא "סיוע". התוספת המאמתת עשויה להיות אחת משתי אלה: "דבר לחיזוק" או "דבר מה נוסף". במקרים מסוימים שתיקת נאשם עשויה לשמש תוספת ראייתית מסוג "דבר מה נוסף". ראו בעניין זה רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 14.12.2006). הרציונל למחיר הראיית שנאשם יצטרך לשלם עבור שתיקתו בשלב ההוכחות נעוץ בעובדה שאם הנאשם הוא אכן חף מפשע, ראוי שהוא יעלה לדוכן העדים וימסור את גרסתו. אם הוא לא יעשה כן, ניסיון החיים מלמד כי יש בכך כדי להצביע על היעדר הסבר רלוונטי, ובכך לחזק את אשמתו. קביעת המחיר הראייתית בעניין זה נועדה לדרבן את הנאשם לשתף פעולה במשפטו כדי לתרום לחקר האמת בבית המשפט. ראו הלוי, תורת הדין הפלילי ב' (לעיל, הערה 6) בעמ' 807.

14 דיון מקיף על מערך התוספות הראייתיות בישראל ראו גיא בן דוד, "מבט דסקריפטיבי וביקורתי על מערך התוספות הראייתיות בישראל ומגמותיו", **משפט ועסקים** כב (2019) 1.

15 על ההבחנה בין תוספת מסייעת לתוספת מאמתת ובין תוספת מסוג "דבר לחיזוק" ל"דבר מה נוסף" ראו שם, בעמ' 5–23.

16 לפי הוראת סעיף 161(ג) לחסד"פ. הטעם לכך נעוץ במניעת השפעה של עדי ההגנה אחרים על עדות הנאשם.

את אמינותו ואת מהימנות גרסתו שנמסרה בחקירה הראשית. התביעה תעמת את הנאשם עם הראיות המפלילות ותנסה למוטט את קו ההגנה שלו. בשלב השלישי, שלב החקירה החוזרת, רשאית ההגנה לחקור את הנאשם בשנית.

חרף חשיבותה וחיוניותה של החקירה הנגדית ייתכנו מצבים שבהם היא לא תתקיים. במצב זה ימסרו העד או הנאשם את גרסתם בחקירה הראשית, אולם גרסה זו לא תעמוד במבחן של חקירה נגדית. הימנעות מחקירה נגדית עשויה להיות תולדה של סיבות שונות ומגוונות. חלקן קשור בעד עצמו (למשל סירובו להיחקר בחקירה נגדית) וחלקן האחר נעוץ בהתנהגותו של הצד היריב (למשל הפחדה או אימים). במקרים אחרים היא לא תתקיים משיקולים שונים, כגון היעדר תועלת, שביתת פרקליטים, אי-התייצבות התובע לדיון וכיוצא באלה. במקרים נדירים יותר ההימנעות מחקירה נגדית היא תוצאה של כוח עליון, כדוגמת מותו של העד עובר לחקירה הנגדית.

בפרק הבא אעמוד על החקירה הנגדית בראי תכליותיו של ההליך הפלילי. פרק זה מניח את התשתית התאורטית לדיון כולו אגב בחינת מעמדה המשפטי של ההימנעות מחקירה נגדית והשלכותיה הראייתיות בראי התכליות העיקריות של ההליך הפלילי (והפגיעה בהן): חשיפת האמת, מניעת הרשעת חפים מפשע וקיומו של הליך הוגן.

ג. חקירה נגדית בראי תכליותיו של ההליך הפלילי

1. חקירה נגדית לאור תכליותו של ההליך הפלילי בחשיפת האמת

(א) חקירה נגדית כמקדמת את תכליותו של ההליך הפלילי בחשיפת האמת

תכליתם העיקרית של דיני הראיות בהליך הפלילי היא חשיפת האמת העובדתית.¹⁷ יש המתארים את ההליך הפלילי כמנוע אפיסטמי וככלי לבירור האמת.¹⁸ תפיסה זו מדגישה

17 William L. Twining, *Theories Of Evidence: Bentham And Wigmore* (1985) pp. 15–16; Marvin E. Frenkel, "The search for Truth: An Umpireal View", 123 *U. Pa. L. Rev.* 1031, p. 1033 (1975). ראו למשל: ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 505, בעמ' 515–517 (1981); ע"פ 5614/92 מדינת ישראל נ' מסיקה, פ"ד מט (2) 669, בעמ' 681 (1995); ב"ש 230/86 עצמון נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (2) 353, בעמ' 356 (1986); אהרן ברק, "על משפט, שיפוט ואמת", *משפטים* כז (תשנ"ו–תשנ"ז) 11, בעמ' 13 (להלן: ברק "על משפט, שיפוט ואמת"); חיה זנדברג, *זכויות נאשמים: הזכות למשפט נפרד* (2001) בעמ' 26–27 (להלן: זנדברג); יניב ואקי, *מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בדיון הפלילי* (2013), בעמ' 146–151 (להלן: ואקי); עמנואל גרוס, "שיטת הדיון האדוורסרית בהליך הפלילי – האם היא מאפשרת אקטיביזם שיפוטי?", *עיוני משפט* יז (1993) 867, בעמ' 875 (להלן: גרוס, "שיטת הדיון האדוורסרית"). גרוס מציין כי המטרה החשובה של ההליך הפלילי היא עשיית צדק עם הצדדים במשפט, ואחד התנאים היסודיים להגשמת מטרה זו היא החתירה לחקר האמת. יש לציין כי צידוק זה נכון אף בהליך אזרחי. הגישה היא

את מחויבותו האפיסטמולוגית של הליך בירור העובדות השיפוטי לחשיפת האמת.¹⁹ חשיפת האמת בהליך הפלילי היא תנאי הכרחי לעשיית צדק.²⁰ גילוי האמת מסייע בקביעת חפותו או אשמתו של הנאשם, ובכך הוא תורם להגשמתם של יעדי ההליך הפלילי, ובהם הלחימה בעבריינות, השמירה על שלום הציבור וההגנה על זכויות נפגעי עבירה.²¹ הצורך בקידום של ערכים אלה התחזק עם העלייה ברמת הפשיעה ונוכח מידת התחכום שבביצוע מעשי העבירה והסתרתם מרשויות אכיפת החוק.²² הואיל ותכליתם של הכללים הראייתיים היא חשיפת האמת, יש הגורסים כי הצידוק לקיומם של כללים ראייתיים תלוי ביכולתם לקדם את בירור האמת ולמנוע עיוות דין.²³ גישה זו, הנמנית עם התפיסה המוניסטית, מניחה כי האמת העובדתית ניתנת לחשיפה ולהוכחה אנושית, ועל כן ההכרעה הפלילית צריכה לשקף אותה.²⁴

- שמטרת ההליך האזרחי היא פתרון הסכסוך וסיומו, וחקר האמת הוא רק אמצעי להגיע למטרה זו. ראו בעניין זה ע"א 61/84 **ביאזי נ' לוי**, פ"ד מב(1) 446 (1988). אלא שבהיעדר הסכמות בין הצדדים, הכרעת בית המשפט חייבת לשקף את האמת, ככל שזו נחשפה בפניו. יודגש כי חשיפת האמת העובדתית אינה מטרה בלעדית או מוחלטת של דיני הראיות בפלילים, בהתחשב בקיומם של אינטרסים וערכים מתחרים עליהם.
- 18 *Larry Laudan, Truth, Error, And Criminal Law* (2006) p. 2; ואקי (לעיל, הערה 17) בעמ' 146. אֶפִּיִּסְטֵמולוגיה היא ענף בפילוסופיה העוסק בתורת הידיעה והוא מתרכז במהות הידיעה וגבולותיה. במובן זה, החקירה הנגדית היא אמצעי חשוב להעברת מידע לבית המשפט. ראו שמואל הוגו ברגמן, **מבוא לתורת ההכרה** (הוצאת מגנס, ירושלים, 1972); כמו כן ראו הערך Epistemology באנציקלופדיה המקוונת של Stanford Encyclopedia of Philosophy.
- 19 ואקי, שם; דורון מנשה, **הלוגיקה של קבילות ראיות** (2008) בעמ' 20–21 (להלן: מנשה); מרדכי קרמניצר, "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים", **משפטים** יז (תשמ"ז–תשמ"ח) 475, בעמ' 477–478 (להלן: קרמניצר, "עונת המשחקים"); ראו: עמנואל גרוס, "עיסקות טיעון וחקר האמת", **פלילים** ג (תשנ"ג) 251.
- 20 ברק, "על משפט, שיפוט ואמת" (לעיל, הערה 17) בעמ' 12; מנשה, שם, בעמ' 21; מרדכי קרמניצר, "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת הערעור בממצאים המתמייחסים למהימנות של עדים", **הפרקליט** לה (תשמ"ג–תשמ"ד) 407, בעמ' 407.
- 21 קרמניצר, "עונת המשחקים" (לעיל, הערה 19) בעמ' 478; Laudan (לעיל, הערה 18) בעמ' 1; ע"פ 153/60 **שפר נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד טו 263, בעמ' 271 (1961); ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461, פסקה 44 לפסק דינה של השופטת בייניש (2006) (להלן: עניין **יששכרוב**).
- 22 שם.
- 23 זנדברג (לעיל, הערה 17) בעמ' 25–27; ברק, "על משפט, שיפוט ואמת" (לעיל, הערה 17) בעמ' 13; קרמניצר, "עונת המשחקים" (לעיל, הערה 19) בעמ' 478; ואקי (לעיל, הערה 17) בעמ' 147.
- 24 שם, בעמ' 148. מוניזם היא תורה פילוסופית הגורסת כי מאחורי הדברים שסביבנו מסתתר גורם יחיד או עולם אחד, בלתי משתנה ובלתי ניתן לחלוקה שאחראי למופעים השונים

חקירה נגדית נחשבת לאמצעי דיוני יעיל וחשוב לבירור האמת במשפט.²⁵ החקירה הנגדית קשורה קשר הדוק למחויבותו הנורמטיבית של ההליך הפלילי לחשוף את האמת ולמנוע עיוות דין. ויגמור (Wigmore) תיאר את החקירה הנגדית כמנוע הטוב ביותר שאי פעם הומצא לשם גילוי האמת.²⁶ בית המשפט העליון בישראל עמד לא פעם על חשיבותה של החקירה הנגדית כמכשיר יעיל לגילוי האמת וכערובה חיונית לבדיקת מהימנות.²⁷ כך למשל היטיב לתאר זאת השופט הנדל בעניין פלוני, באומרו:²⁸

כידוע, האמת המשפטית אינה נוהגת להתגלות ביוזמתה ולהכריז "הנני". האמת ההיסטורית אינה ניצבת בכיכר השוק, ניכרת לעיני כל. זו גם זו משולות לאוצר הטמון מתחת לעפר. על-מנת להגיע אליהן נדרשת עבודת חפירה מאומצת. בשיטה האדברסרית, כלי החפירה היעיל ביותר הוא החקירה הנגדית. טול מהערכאה הדיונית השומעת ראיות בנושא השנוי במחלוקת בין הצדדים את החקירה הנגדית, ונטלת ממנה את אבן הבוחן הטובה ביותר המסייעת לה להגיע לחקר האמת...

חקירה נגדית תורמת לגילוי האמת בכך שהיא מאפשרת להעמיד במבחן את מהימנות העד ואת אמינות גרסתו.²⁹ היא מאפשרת לחשוף פגמי מהימנות בעדות שמקורם

- בטבע ומסביר אותם. ראו ערך Monism באנציקלופדיה המקוונת של Stanford Encyclopedia of Philosophy.
- 25 ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל, פסקה 12 לפסק דינו של השופט גיבוראן (פורסם בנבו, 29.12.2015) (להלן: עניין קלנר).
- 26 "... it is beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth. However difficult it may be for the layman, the scientist, or the foreign jurist to appreciate this its wonderful power, there has probably never been a moment's doubt Wigmore On Evidence, § 5 upon this point in the mind of a lawyer of experience" 1367, p. 32 (Chadbourn rev. 1974).
- 27 ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל, פסקאות 28 ו-40 לפסק דינו של השופט זילברטל וההפניות שם (פורסם בנבו, 26.7.2012); בג"ץ 124/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת (אבינועם עדן), פ"ד יג 5, בעמ' 23 (1959); ד"נ 3081/91 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 441, בעמ' 447 (1991); אליהו הרנון, דיני ראיות (חלק ראשון, תשל"ד) בעמ' 109-111 (להלן: הרנון). יש לציין כי בהליך שיפוטי אינקוויזיטורי הנהוג במשפט הקונטיננטלי באירופה אין למנגנון החקירה הנגדית חשיבות רבה, שכן השופט עצמו הוא הגורם המרכזי בהליך בירורן של העובדות, ובכלל זה בחקירת העדים המופיעים לפניו. ראו עומר דקל, "חקירה נגדית בבג"ץ ובית-המשפט לעניינים מנהליים", עיוני משפט לה (תשע"ב) 151, בעמ' 153, הערת שוליים מס' 5 (להלן: דקל).
- 28 ע"פ 6001/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 12.5.2013).
- 29 ראו יעקב קדמי, על סדר הדין בפלילים (חלק שני, תשס"ט), בעמ' 1577 (להלן: קדמי, על סדר הדין הפלילי ב'); נינה זלצמן, "גביה מוקדמת של עדות, אמרה בכתב, והחקירה שכנגד

בקליטת העובדות שעל אודותיהן מעיד העד, עיבודן אצלו ודרך מסירתן לבית המשפט.³⁰ היא נועדה להפריך עובדות שנמסרו במהלך החקירה הראשית וכן להשלים עובדות ונתונים שהעד לא מסר אותם בחקירה הראשית. בדרך זו היא מאפשרת לפרוס את התמונה העובדתית המלאה הנדרשת לצורך הכרעה שיפוטית.³¹ ההנחה היא כי העדות בחקירה הראשית נועדה לסייע לצד שזימן את העד לעדות, ועל כן היא עשויה להיות חלקית, מוטת ואף שקרית. אולם באמצעות החקירה הנגדית ניתן לחשוף את מלוא התמונה העובדתית, ובכך לערער את גרסת העד שנמסרה בחקירה הראשית ולאפשר לבית המשפט לקבוע עמדה נכונה באשר למשקלה הראייתית.³² מלבד זאת, חקירה נגדית

- בהליך הפלילי, "עיוני משפט ח (תשמ"א) 584, בעמ' 586 (להלן: זלצמן); John. H. Wigmore, *Evidence In Trials In Common Law* vol. I (1983) pp. 499–540.
- 30 אף אם נניח כי העד מתכוון למסור עדות אמת בבית המשפט, אין הכרח כי העובדות כפי שהן נקלטו בחושיו של העד הן אלה שהתרחשו במציאות האובייקטיבית. למשל, עד עשוי להיות רחוק מזירת העבירה או שתנאי התאורה בזירת העבירה הביאו את העד לטעות באשר לעובדות שהוא מוסר בבית המשפט, אף אם הוא בטוח שהוא מעיד על שהתרחש במציאות, בלי לדעת שהוא טועה בעניינן. זאת ועוד, עדות ראייה מבוססת על זיכרון אנושי. אלא שגם הזיכרון עלול להשתבש בעקבות מידע ש"נשתל" במכוון או שלא במכוון אצל העד בין קרות האירוע המדובר לבין מתן העדות. עוד נמצא כי עדות ראייה מושפעת מגורמים שונים, כגון גיל העד, תחום עיסוקו וכמה וכמה תכונות אישיות. ראו אבישי אנטונובסקי, "הפסיכולוגיה ומערכת המשפט – התילכנה השתיים יחדיו? על תרומת הידע על הטבע האנושי (המצוי) לתהליך עשיית הצדק (הרצוי)", *שערי משפט* ה (תש"ע) 11, בעמ' 14.
- 31 ע"פ 5329/98 *דג'אני נ' מדינת ישראל*, פ"ד נו(2) 273, פסקה 4 לפסק הדין (2003) (להלן: עניין *דג'אני*); בש"פ 5620/09 *קורולקר נ' מדינת ישראל*, פסקה 9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 16.8.2009) (להלן: עניין *קורולקר*); John H. Wigmore, *Evidence In Trials In Common Law* (Vol. V, 1983) §1368 pp. 36–39; עניין *קלנר* (לעיל, הערה 25) פסקה 12 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.
- 32 עניין *ידען* (לעיל, הערה 27) פסקה 28 לפסק הדין; הרנון (לעיל, הערה 27) בעמ' 106–108; יעקב קדמי, *על הראיות* (חלק רביעי, תשס"ט) בעמ' 1949. כמו כן ראו McCormick on Evidence vol. 1 (seventh ed., 2013) § 29 pp. 184–185 (להלן: McCormick). בשונה מההליכים השיפוטיים האזרחי או הפלילי, כאשר מדובר בהליך שיפוטי המתנהל לפני בג"ץ או לפי בית משפט לעניינים מינהליים, רק במקרים נדירים יוצאי דופן יותר לעותר להעיד עד או לחקור את המצהיר מטעם המדינה. פרופ' עומר דקל טוען במאמרו כי ראוי לשנות מדיניות זו ולהכיר, כפוף להגבלות מועטות, בזכותו של עותר לחקור את המצהיר מטעם בעל הדין שכנגד. בהליך מנהלי בית המשפט סומך את הכרעתו השיפוטית על העובדות כפי שהן מפורטות בתצהיר המוגש מטעם הרשות המנהלית בלי שמוסר התצהיר יחקר בידי הצד שכנגד בחקירה נגדית. לפיכך קיים חשש כי אין נפרסת לפני בית המשפט התמונה במלואה. דקל מציין כי אם הפקיד המצהיר מטעם הרשות המנהלית ידע כי הוא עשוי להיחקר על האמור בתצהירו בחקירה נגדית, וכי אידיוקים, השמטת פרטים או "עיגול פינות" עלולים להתגלות במהלך החקירה הנגדית, יש סיכוי רב יותר שהוא יקפיד לדייק בתיאור העובדות המפורטות בתצהיר. זאת ועוד, אילו נקט בית

מאפשרת לתקוף את אמינותו של העד באמצעות חשיפת מניע נסתר או קיומו של אינטרס אישי בתוצאות המשפט. באמצעותה ניתן לחשוף גם קיומם של לחצים או אמצעים פסולים שהופעלו על העד כדי שימסור גרסה מסוימת. בכך החקירה הנגדית היא אמצעי חיוני ביותר לחשיפת האמת והיא מקדמת את מלאכת בירור האמת, הנחשבת למטרתו העיקרית של ההליך הפלילי.

(ב) קבלתן של ראיות שלא עמדו במבחן של חקירה נגדית

חרף חשיבותה ותרומתה לבירור האמת, חקירה נגדית אינה חזות הכול. במקרים מסוימים הדין מאפשר קבלה של ראיה אף שהיא לא עמדה במבחן של חקירה שכנגד. כך למשל סעיף 10א(ב) לפקודת הראיות מאפשר להגיש אמרת חוץ בכתב של עד בלי שתתאפשר חקירתו בבית המשפט כלל, במקרים שבהם בית המשפט שוכנע כי אמצעי פסול שימש להניא או למנוע את נותן האמרה מלהעיד.³³ העובדה שהעד לא נחקר בחקירה נגדית אינה פוסלת את קבילות אמרתו, אך עדיין בית המשפט מחויב לבחון את משקלה. דוגמה נוספת ניתן למצוא בחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955 (להלן "חוק הגנת ילדים").³⁴ חוק זה מאפשר לחוקר ילדים לאסור על ילד להעיד במשפט בעבירות המנויות בחוק.³⁵ במקרה זה מוגשת חקירת הילד לבית המשפט והיא מתקבלת כראיה קבילה לפי סעיף 9 לחוק בלי שהילד יעיד במשפט וייחקר בחקירה נגדית.³⁶ דוגמה

המשפט מדיניות המאפשרת חקירה נגדית, לפחות בחלק מהמקרים, היה בכך כדי להעביר מסר מרתיע לנציגי הרשות המנהלית, וסביר להניח כי נטייתם לדייק בעובדות הייתה גוברת. לגישתו של דקל, כל עוד המדיניות השיפוטית הפוכה, אמינותם של פקידי הרשות אינה נבחנת, והמסר הנובע מכך הוא שאידיוק בפרטים או "עיגול פינות" לא ייבחנו, ועל כן גם לא יתגלו. ראו דקל (לעיל, הערה 27) בעמ' 181-182.

33 הוראת סעיף 10א(ב) לפקודת הראיות קובעת כך: "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 למצאו, ובלבד שבית-המשפט שוכנע שמנסיבות הענין עולה, כי אמצעי פסול שימש להניא או למנוע את נותן האמרה מלתת את העדות".

34 חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955, ס"ח 184 בעמ' 96 (להלן: חוק הגנת ילדים).

35 לפי הוראת סעיף 2(א) לחוק הגנת ילדים, הקובעת כי "אין מעידים ילד על עבירה המנויה בתוספת, שנעשתה בגופו או בנוכחותו או שהוא חשוד בעשייתה ואין מקבלים כראיה הודעתו של ילד על עבירה כאמור, אלא ברשות חוקר ילדים ובנוכחותו".

36 הוראת סעיף 9(א) לחוק הגנת ילדים קובעת כך: "עדות בעבירה המנויה בתוספת, שתועדה בידי חוקר ילדים בהתאם להוראות חוק זה, וכן זיכרון דברים או דין וחשבון לעניין חקירה שתועדה כאמור, שנרשמו בידי חוקר ילדים בשעת החקירה או אחריה – כשרים להתקבל כראיה בבית משפט". זאת ועוד, בית המשפט העליון קבע לאחרונה כי עדות שנגבתה כדין בידי חוקר ילדים היא ראיה קבילה, בין שבשלב הגשתה לבית המשפט הקטין עודנו

אחרת היא הוראת סעיף 53 לפקודת הראיות העוסקת במשקלה של עדות.³⁷ משמעות הוראה זו היא כי יש להעריך כל ראיה קבילה על פי המשקל היחסי הראוי לה בנסיבות המקרה הספציפי. הוראה זו מתפרסת גם על עדות קבילה שלא עמדה במבחן החקירה הנגדית, בין בכלל ובין חלקית.³⁸ בכל אלה יש כדי לחזק שתי טענות שתוצגנה במאמר: האחת היא כי חרף חיוניותה וחשיבותה של החקירה הנגדית בבירור האמת היא אינה חזות הכול והיא אינה תנאי לקבילותה של אמרה. העובדה כי דיני הראיות מאפשרים קבלתן של ראיות שלא עמדו במבחן של חקירה נגדית היא ביטוי לכך שחקירה נגדית היא אמצעי – כלי לסייע לבית המשפט במלאכת בירור האמת – אולם אין היא מטרה העומדת בפני עצמה. קביעה זו מחזקת את הטענה השנייה, שלפיה אי-חקירה נגדית של עד או נאשם צריכה לבוא בחשבון במסגרת הערכת משקלן של הראיות במשפט, לפי הנסיבות הקונקרטיות של המקרה, כפי שיובהר בהמשך.

(ג) חקירה נגדית לאור יחסיותה של חשיפת האמת בהליך הפלילי

אף שמחויבותו הראשונית הנורמטיבית של ההליך הפלילי היא בחשיפת האמת ומניעת עיוות דין, הרי שחשיפת האמת מעולם לא הייתה מטרה מוחלטת או ערך עליון בדיני הראיות, בהתחשב בקיומם של אינטרסים וערכים מתחרים הראויים אף הם להגנה.³⁹ דיני הראיות מכירים בחשיבות חשיפתה של האמת, אך בה בעת מכירים הם גם ביחסיותה.⁴⁰ כך למשל כללי פסילה של ראיות קובעים כי ראיות שהושגו אגב פגיעה בערכים חשובים כגון הזכות לפרטיות,⁴¹ הזכות לאוטונומיה של האדם⁴² או הזכות להליך הוגן,⁴³ אינן

בבחינת "ילד", כהגדרתו בחוק הגנת ילדים, ובין שכבר מלאו לו 14 שנה, ובין שהילד מעיד במשפט ובין שלא. ראו: ע"פ 3204/17, 3324/17 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 24.1.2018).

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

38 עניין קורולקר (לעיל, הערה 31) פסקה 12 לפסק הדין; עניין קלנר (לעיל, הערה 25) פסקה 18 לפסק דינו של השופט גובראן.

39 עניין יששכרוב (לעיל, הערה 21) פסקה 44 לפסק דינה של השופטת ביניש. שם, שם.

40 ראו סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 1011, וכן סעיף 13 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, ס"ח 938.

41 ראו: הוראת סעיף 12(א) לפקודת הראיות, הקובעת כי "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".

42 עניין יששכרוב (לעיל, הערה 21).

קבילות כראיה.⁴⁴ פסילתן של ראיות אלה היא ביטוי לכך שחקר האמת אינו ערך עליון וכי יש ערכים אחרים הגוברים עליו. דוגמה נוספת הם כללי החיסיון שתכליתם להגן על אינטרסים ציבוריים חשובים כגון שלום הציבור או ביטחון המדינה וכן על יחסים מקצועיים.⁴⁵ בית המשפט אינו רשאי להיחשף למידע שחל עליו חיסיון, ובדרך זו נמנעת מבית המשפט קבלת מידע חשוב ורלוונטי לשם הכרעה בסוגיות השנויות במחלוקת. על כל אלה יש להוסיף את התחרות הקיימת בין הצדדים להליך בשיטה האדוורסרית, אשר עלולה אף היא להקשות על בית המשפט בבירור האמת. צד אחד להליך מעוניין לגלות מידע מסוים מתוך הנחה שהמידע יועיל לו, ואילו לצד האחר יש עניין בהסתרת אותו מידע מבית המשפט.

מחד גיסא, על רקע דברים אלה, ניתן לטעון כי בשל קיומם של חסמים אובייקטיביים וראייתיים שאינם מאפשרים לבית המשפט להיחשף למלוא המידע, ובשל התחרות הקיימת בין הצדדים, ניתן להבין את חשיבותה ואת תרומתה של החקירה הנגדית לגילוי האמת. מאידך גיסא החקירה הנגדית אינה מטרה העומדת בפני עצמה כי אם אמצעי שנועד להשיג את תכליותיו של ההליך הפלילי.⁴⁶ חשיבות החקירה הנגדית כמכשיר לגילוי האמת מחייבת כי תינתן לבעל דין הזדמנות לנהל את חקירותיו בצורה אפקטיבית.⁴⁷ לפיכך כאשר בית המשפט סבור כי חקירה נגדית אינה מקדמת את תכליותיו של ההליך הפלילי בבירור האמת ובעשיית משפט צדק, בידיו הכוח והסמכות לשלוט בהליכי המשפט ולכוונם, ובכלל זה גם להתערב בנסיבות מתאימות באופן ניהול החקירה הנגדית, להטיל עליה מגבלות ואף להפסיקה.⁴⁸ כך למשל בית המשפט עשוי להתערב בחקירה נגדית כאשר היא קנטרנית או כזו המשמשת "מסע דיג" או כאשר היא נערכת בדרך לא אפקטיבית ולא יעילה ומקום שאין בה כדי לקדם את בירור האמת והיא צורכת זמן שיפוטי יקר שלא לצורך. כמו כן בית המשפט עשוי להתערב כאשר יש

44 ראו למשל: סעיף 13 לחוק האזנת סתר; סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות וכן סעיף 12 לפקודת הראיות.

45 ראו בעניין זה פרק ג' לפקודת הראיות שכותרתו היא "ראיות חסיונות". פרק זה קובע כמה חסיונות, כגון חיסיון לטובת המדינה (סעיף 44 לפקודה); חיסיון לטובת הציבור (סעיף 45 לפקודה); חיסיון מפני הפללה עצמית (סעיף 47 לפקודה); חיסיון עורך-דין-לקוח (סעיף 48 לפקודה); חיסיון רופא-מטופל (סעיף 49 לפקודה); חיסיון פסיכולוג-מטופל (סעיף 50 לפקודה); חיסיון עובד סוציאלי (סעיף 50א' לפקודה); חיסיון כוהן דת (סעיף 51 לפקודה). לאלה מתווספים חסיונות שנקבעו בפסיקה, כגון חיסיון עיתונאי-מקור.

46 ראו למשל עניין קלנר (לעיל, הערה 25) פסקה 18 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

47 עניין דג'אני (לעיל, הערה 31) פסקה 4 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

48 שם, שם. כמו כן ראו עניין קלנר (לעיל, הערה 25) פסקה 18 לפסק דינו של השופט ג'ובראן, וכן עניין קניר (לעיל, הערה 17) בעמ' 516.

בחקירה הנגדית משום פגיעה שלא לצורך בעדו בהעלבתו, בהפחדתו, בהטעייתו או בכיזויו.⁴⁹

על בית המשפט לאזן כראוי בין השמירה על הליך דיוני ענייני ויעיל לבין הצורך להבטיח קיום חקירה נגדית הוגנת שתעמיד לרשות בעל הדין אמצעי יעיל לחקר האמת.⁵⁰ גם אם חרג בית המשפט בהתערבותו בחקירה הנגדית מן המידה הראויה, תבחן ערכאת הערעור אם התערבותו של בית המשפט גרמה לעיוות דין לנאשם; שאם לא כן, אין בכך כדי להשפיע על התוצאה בערעור.⁵¹ הדברים נגזרים מראייה רחבה של ההליך הפלילי ותכליותיו, שלפיה כאמור חקירה נגדית אינה מטרה כשלעצמה, אלא אמצעי להשגת תכליותיו של ההליך הפלילי גרידא.

(ד) האומנם אי־חקירה נגדית פוגעת בבירור האמת?

בדיון שלעיל עמדתי על תרומתה של החקירה הנגדית בבירור האמת ועשיית הצדק. הואיל ומחובתו של בית המשפט להגיע להכרעה שיפוטית שתשקף את האמת העובדתית, יש לו לבית המשפט אינטרס שעדים ונאשמים יחקרו בחקירה נגדית בידי הצד היריב. לצד זאת עמדתי גם על כך שהחקירה הנגדית אינה חזות הכול, וכי הדין מאפשר לקבל ראיות הגם שהן לא עמדו במבחן של חקירה שכנגד. זאת ועוד, החקירה הנגדית היא אמצעי להשגת תכליותיו של ההליך הפלילי והיא אינה עומדת בפני עצמה, כמטרה עצמאית. בקביעות אלה יש כדי לחזק את טענת המאמר כי כאשר עד מוסר את גרסתו בחקירה ראשית, אולם הוא לא נחקר על גרסתו בחקירה נגדית, על בית המשפט להביא עובדה זו בחשבון במסגרת הערכת משקלה של העדות, ואין בהימנעות מחקירה נגדית של עד כדי להביא לקבלת הגרסה שאותה הוא מסר בחקירה ראשית כאמת. הסיבה נעוצה בין היתר בכך שלא כל העדים הם דוברי אמת, ולעיתים העדות שנמסרה בחקירה הראשית אינה משקפת את שאירע במציאות. לפיכך התוצאה שלפיה אי־חקירה נגדית תביא לקבלת גרסת העד כאמת, בלי לדעת אם מדובר באמת או בשקר, מעוררת קושי. הימנעות מחקירה נגדית אינה פוגעת בהכרח בחקר האמת כל עוד לבית המשפט יש דרכים אחרות לברר את האמת, ובתוך כך לבחון את מהימנות גרסתו של העד שנמסרה

49 סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957; מ' שלגי ו' צ' כהן, סדר הדין הפלילי (מהדורה 2, תשס"א), בעמ' 392; ע"פ 325/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' ירקוני, פ"ד יח(4) 20, בעמ' 36 (1964); ע"פ 3575/99 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 721, בעמ' 829-830 (2000); ע"פ 35/72 דיין נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 662, בעמ' 664 (1972); ע"פ 414/71 סלטון נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 346 (1973) (להלן: עניין סלטון); ע"פ 371/83 גרינוולד נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 303, בעמ' 306-307 (1983); עניין דג'אני (לעיל, הערה 31) פסקה 4 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; זלצמן (לעיל, הערה 29) בעמ' 589-590.

50 עניין דג'אני, שם, שם.

51 שם, שם; עניין קלנר (לעיל, הערה 25) פסקה 18 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

בחקירה הראשית ולהצליב אותה עם עדויות ועם ראיות אחרות שנתקבלו במשפט. דברים אלה נכונים הן לעדים והן לנאשמים שבחרו להעיד ומסרו את גרסתם בחקירה הראשית, אולם התביעה נמנעה מלחקור אותם בחקירה נגדית. מאותה סיבה שלא כל העדים דוברי אמת, לא כל הנאשמים שבחרו להעיד הם חפים מפשע.

לשם הבהרת הטיעון אערוך הבחנה בין שני סוגי נאשמים: הסוג האחד כולל נאשמים חפים מפשע שהועמדו לדין על לא עוול בכפם, בין בשל מחדלי חקירה, בין בשל טעות בזיהוי ובין בשל סיבה אחרת. אכנה נאשמים אלה בשם "צדיקים"; קבוצה שנייה של נאשמים כוללת נאשמים שעברו עבירות והועמדו על כך לדין לאחר שנתגבשה נגדם מסכת ראייתית מפלילה מספקת. אכנה נאשמים אלה בשם "רשעים". התכלית של ההליך הפלילי היא שרשעים יורשעו וצדיקים יזוכו. כל תוצאה אחרת, בין בדרך של זיכוי רשעים ובין בהרשעת צדיקים, היא תוצאה שאינה רצויה מבחינה חברתית ומשפטית והיא בגדר עיוות דין.⁵² החברה אינה מעוניינת בזיכוי רשעים, אך יותר מזה, היא אינה מעוניינת בהרשעת צדיקים.

כאשר נאשם בוחר להעיד הוא מעיד בפרשת ההגנה והוא הראשון שיעיד מטעמה. אלא שבשונה מיתר העדים, שחייבים להעיד (כפוף לזכותם לחיסיון מפני הפללה עצמית), לנאשם מוענקת זכות השתיקה. נתון זה משליך לא רק על עצם הבחירה אם להעיד או לא, אלא גם על הנפקות הראייתית שיש לייחס לגישתי להימנעות התביעה מחקירה נגדית של נאשם שבחר להעיד. בהנחה שהנאשם צדיק, הדעת נותנת כי נאשם חף מפשע לא יבחר בזכות השתיקה והוא יעיד להגנתו. לנאשם כזה יש אינטרס שהתביעה תחקור אותו, שכן בדרך זו הוא יפריך את הנחת המוצא שלה, שלפיה גרסתו (שנמסרה בחקירה הראשית) היא מוטית או שקרית. נאשם צדיק, שמצפונו נקי והוא מאמין בחפותו, לא ישתוק אלא ייטה לעלות לדוכן העדים ולהעיד, דווקא משום שאין לו מה להסתיר. נאשם כזה מאמין שבית המשפט ישתכנע באמינות דבריו, והדבר יביא לזיכוי בדין. ייתכן שהמניע שימריץ אותו להעיד נעוץ בשיקול שהתביעה תחקור אותו בחקירה נגדית, בהאמינו כי בדרך זו תצא חפותו אל העולם.⁵³ אם הוא יצליח את החקירה הנגדית, הדבר יחזק את קו ההגנה שלו, יחליש את התזה של התביעה, ועשוי להביא לזיכוי. זיכוי "צדיק" הוא לא רק אינטרס של הנאשם או של בא כוחו, אלא הוא אינטרס ציבורי כלל-מערכתי, שכן אומנם הרשעת חף מפשע תפגע בנאשם, אולם יותר מזה היא תפגע באמון שהציבור רוחש למערכת המשפט, כפי שיובהר בהמשך. מכאן שחקירה נגדית של חף מפשע היא אינטרס אישי וחברתי. יתר על כן, לנאשם צדיק לא כדאי לשתוק בשל התוצאות הראייתיות שניתן לייחס לשתיקתו. שתיקה היא ראייה לחובת

52 ראו דיון בתכלית זו של ההליך הפלילי בתת-הפרק הבא.

53 ראו ע"פ 38/61 יצחק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 514, בעמ' 530-531 (1962) (להלן: עניין יצחק).

הנאשם, היא מחזקת את ראיות התביעה, ויש בה כדי לשמש להן סיוע.⁵⁴ גם מהטעם הזה הדעת נותנת כי נאשם צדיק לא יבחר בשתיקה.

אלא שיש לתת את הדעת לעובדה שלא כל הנאשמים עשויים מקשה אחת ובחירתו של נאשם צדיק להעיד או לא עשויה להיות מורכבת ונעוצה בסיבות שונות מלבד ההשלכה הראייתית הנעוצה בבחירה זו. כך למשל נאשם חף מפשע עשוי לבחור שלא להעיד בשל חוסר אמון גדול במערכת המשפט ובמערכת אכיפת החוק. לעיתים החלטת בא כוחו של הנאשם שלא להעיד אותו נעוצה בחשש שעדות הנאשם רק תחמיר את מצבו, בשל אופן מתן העדות והדרך שבה היא תתפרש או בשל החשש כי יהיה אפשר בקלות להשפיע על תוכן עדותו ולתמרן אותו באמצעות שאלות מנחות, בשל אופיו, כשריו המוגבלים ויכולות קוגניטיביות נמוכות. פעמים אחרות נאשם צדיק יעדיף להימנע מעדות ולו מהטעם שלא לחשוף עובדות אחרות, כגון מידע שיסכן אותו מול העברייני האמיתי, חוסר נאמנות במערכת זוגית או התנהגות פסולה אחרת שאינה עולה כדי עבירה פלילית. מכאן שעל דרך הכלל ניתן להניח שנאשם חף מפשע ייטה להעיד מהסיבות שצוינו לעיל, אולם יש לזכור כי יש נאשמים שהם יוצאים מכלל זה.

בשונה מנאשם חף מפשע, נאשם "רשע" שיבחר בזכות השתיקה עושה זאת בשל החשש שאם הוא יעלה לדוכן העדים ויחקר בחקירה נגדית, הוא יעמוד במערומיו, שקריו ייחשפו, גרסתו שנמסרה בחקירה הראשית תופרך, ובדרך זו הוא עלול לפגוע בקו ההגנה שלו, לחזק את תזת התביעה ולהגביר את הסיכוי ואת הסיכון שההליך יסתיים בהרשעתו. נאשם רשע שבוחר בזכות השתיקה מודע להיותה של בחירתו שלא להעיד ראייה לחובתו ושיש בה כדי להיות תוספת ראייתית מסוג "סיוע" ו"דבר לחיזוק".⁵⁵ אלא שבשקלול סיכונים של תועלת מול נזק, או ליתר דיוק, בשקלול של נזק מול נזק – הנזק שייגרם לו אם הוא יבחר בזכות השתיקה לעומת הנזק שייגרם לו אם הוא יחקר בחקירה נגדית ושקריו ייחשפו – הוא יעדיף את הסיכון הראשון ויבחר בזכות השתיקה. כאשר נאשם בוחר שלא להעיד, סוגיית ההשלכה הראייתית שיש לייחס להימנעות מחקירה נגדית אינה עולה ואינה רלוונטית.

אלא שאין זה מחייב שרק בעלי המצפון הנקי (הצדיקים) יעידו להגנתם. גם נאשמים רשעים עשויים להעיד בשל המשמעות הראייתית שיש לשתיקתם.⁵⁶ בידועם כי זכות השתיקה תהיה להם לרועץ, הם עשויים לחקות את התנהגותם של נאשמים צדיקים

54 ראו הוראת סעיף 161(א) לחוק סדר הדין הפלילי, אשר קובעת כי "הנאשם רשאי לנהוג באחת מאלה: (1) להעיד כעד ההגנה, ואז יהיה עשוי להיחקר חקירה שכנגד; (2) להימנע מהעיד". ואילו הוראת סעיף 162(א) לחוק קובעת כי "הימנעות הנאשם מהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה וכן סיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להן סיוע, אך לא תשמש סיוע לצורך סעיף 11 לחוק לתיקון הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955 או לצורך סעיף 20(ד) לחוק הליכי חקירה והעדה של אנשים עם מוגבלות".

55 ראו הוראת סעיף 162(א) לחוק סדר הדין הפלילי.

56 הרנון, "הימנעות מחקירה נגדית של נאשם" (לעיל, הערה 1) בעמ' 298.

ולבחור באפשרות השנייה והיא להעיד. חרף אשמתם הם יעדיפו להעיד בתקווה כי יעמדו בחקירה הנגדית ויצליחו בתשובותיהם לעורר ספק סביר באשמתם, ספק שלא יהיה אפשר לעורר אלמלא יעידו. לעיתים ההחלטה עצמה להעיד נועדה להעביר מסר לקהילה שלו, לבני משפחתו ולסביבתו (ולאו דווקא לבית המשפט) שהוא עומד על חפותו.

מתוך שתי הרעות נאשם רשע עשוי לבחור ברעה פחות מבחינתו והיא להסתכן במסירת עדות, שכן הסיכוי שהוא יצלח את החקירה הנגדית עדיין קיים. סיבה נוספת המתמדת נאשם רשע להעיד היא העובדה כי אף אם הוא יעיד עדות שקר, כדבר שבשגרה אין מגישים כתבי אישום בכל מקרה שבו נאשם העיד שקר.⁵⁷ וכך לעומת עדים שירתעו ממסירת עדות שקר, בידעם כי ניתן להעמיד אותם לדין אם ישקרו בעדותם,⁵⁸ לנאשם רשע אין ממה לחשוש.⁵⁹ פועל יוצא של זה הוא כי המצב האידיאלי מבחינת נאשם רשע הוא למסור עדות שקר. לכן דווקא ההשלכות הראייתיות שיש להימנעות מחקירה נגדית של עד צריכות להיות חזקות מאלה של נאשם, ולא להפך. גם בשקלול של נזק מול תועלת נאשמים רשעים הבוחרים להעיד ולשקר מסכנים את עצמם פחות מנאשמים צדיקים שמעידים אמת או אלה שאינם מעידים כלל.

המסקנה מהדברים האמורים לעיל היא כי כאשר התביעה נמנעת מלחקור נאשם שלגישתה הוא רשע, אין לומר שהיא מסכימה עם גרסת הנאשם. הדעת נותנת כי כאשר התביעה אינה חוקרת נאשם בחקירה נגדית היא מניחה כי מדובר בנאשם רשע, ולכן לא תהא כל תועלת בחקירתו, בשל המסכת הראייתית המסבכת שנפרסה לפני בית המשפט במהלך פרשת התביעה. עם זאת יש לתת את הדעת לכך שהתביעה עלולה לטעות. ייתכן שמדובר בנאשם צדיק ואי-חקירתו בידי התביעה תביא לפגיעה ביכולתו להתגונן ולחזק את הטענה בדבר חפותו. בשל העובדה כי שני סוגי הנאשמים – צדיקים ורשעים ייטו להעיד במשפט, בעוד הצדיק יעיד אמת והרשע יעיד שקר, וכאשר כל אחד מהם מסר את גרסתו בחקירה ראשית, הרי שאי-חקירתם בידי התביעה אינה צריכה לקבוע את גורל המשפט, ואין בה כדי להעיד שהתביעה מסכימה עם גרסת הנאשם שנמסרה בחקירה הראשית. על בית המשפט לברר את האמת בכל דרך אפשרית העומדת לרשותו, ובתוך כך לעמת ולהצליב את גרסת הנאשם שנמסרה בחקירה הראשית באמצעות ראיות אחרות כדי לבחון את אמיתותה. חשיפת האמת מחייבת את בירורה, את חקירתה, את דרישתה, את הצלבתה ואת בחינתה, והיא אינה יכולה להיגזר אך מהשאלה אם הנאשם נחקר בידי התביעה, כשהראיות האחרות מצביעות על מסקנה אחרת.

57 שם, שם, וכן ראו לעיל, הערה 6.

58 ראו הוראת סעיף 237(א) לחוק העונשין שכותרת היא "עדות שקר", אשר קובעת כי "המעיד בהליך שיפוטי, בידועין, עדות כוזבת בדבר מהותי לגבי שאלה הנדונה באותו הליך, הרי זו עדות שקר, ודינו – מאסר שבע שנים; עשה כן בעד טובת הנאה, דינו – מאסר תשע שנים".

59 הרנון, "הימנעות מחקירה נגדית של נאשם" (לעיל, הערה 1) בעמ' 298.

כאשר הנאשם לא נחקר בידי התביעה, והגרסה שהוא מסר בחקירה הראשית היא סבירה, ולבית המשפט אין כלים מספיקים לבחינת אמיתות גרסתו, הרי שהעובדה שהוא לא נחקר בחקירה נגדית עשויה לפגוע ביכולתו להתגונן, ובמצב זה רשאי בית המשפט לייחס לעובדה זו משקל גדול, ובמידת הצורך אף להורות על זיכוי. אומנם תוצאה זו עשויה להביא לזיכויים של נאשמים רשעים שהעדיפו את הסיכון שבמסירת עדות שקר על פני שתיקתם במשפט, וייתכן שנטילת הסיכון תשתלם להם, אך בה בעת תוצאה זו נועדה בראש ובראשונה להיות ססתום ביטחון מפני הרשעתם של נאשמים צדיקים שהתביעה נמנעה מלחקור אותם בחקירה נגדית, ובדרך זו נמנע מהם לשכנע את בית המשפט בדבר חפותם, כפי שיובהר בדיון הבא.

2. חקירה נגדית כמקדמת את תכליתו של ההליך הפלילי במניעת הרשעות שווא

ההליך הפלילי הוא מערכת מתואמת ומאוזנת של נורמות הבאה להגשים את המשפט הפלילי המהותי – את דיני העונשין ואת מטרותיו.⁶⁰ כאמור, אחת ממטרותיו של ההליך הפלילי היא להביא לזיכוי של החף מפשע ולהרשעתו של האשם.⁶¹ צמצום מרבי של החשש מפני הרשעת שווא היא ערך עליון בהליך הפלילי.⁶² אחריו בסדר החשיבות עומד האינטרס הציבורי להביא להרשעתם של אלה שפשעו.⁶³ השילוב של שני ערכים אלה, אף מבחינת מעמדם היחסי, בא לידי ביטוי באמירה המפורסמת שלפיה מוטב שיזוכו עשרה אשמים ולא יורשע חף מפשע אחד.⁶⁴ התפיסה אשר מתווה את דרכו של המשפט הפלילי היא כי יש לנקוט זהירות רבה בטרם יורשע אדם בפלילים ולהישמר פן יוטבע אות הקלון הפלילי במצחו של חף מפשע.⁶⁵ זהירות זו והישמרות זו שוברן בצידן – אפשרות זיכוי המוטעה של מי שעבר עבירה.⁶⁶ אלא שזו בחירתו של המשפט הפלילי. בה בעת יש לזכור כי במשפט הפלילי קיימים מנגנוני הגנה מפני הרשעתו של החף

- 60 ראו: ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, פ"ד לד 575, פסקה 12 לפסק דינו של השופט ברק (1980) (להלן: עניין אפללו).
- 61 שם, שם.
- 62 עניין יששכרוב (לעיל, הערה 21) פסקה 3 לפסק דינו של השופט גרוניס.
- 63 שם, שם.
- 64 שם, שם. כמו כן ראו למשל ע"פ 6251/94 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45, בעמ' 130 (1995); ע"פ 4517/95 מנסור נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 549, בעמ' 563 (1997); ע"פ 509/79 לוזיה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 505, בעמ' 517 (1980); ע"פ 6900/98 אקב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 126 (1999). בלשונו של הרמב"ם: "ויותר טוב ויותר רצוי לפטר אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן-הימים" (ספר המצוות (הוצאת מוסד הרב קוק, תש"ן) חלק לא תעשה, מצווה ר"צ).
- 65 דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583, בעמ' 614–615 (2004) (להלן: עניין זגורי).
- 66 שם, בעמ' 615.

מפשע, כגון חזקת החפות⁶⁷ והדרישה להוכחת האשמה ברף הוכחה גבוה של מעבר לכל ספק סביר.⁶⁸ סדרי הדין הפלילי, דיני הראיות והכלל בדבר הוכחת האשמה מעבר לספק סביר מגלמים בתוכם את הצורך בקיומו של "מרחב טעות" הנוטה לטובת הנאשם.⁶⁹ דיני הראיות פועלים לצמצום מרחב הטעות שתביא להרשעת חפים מפשע דווקא. יוצא אפוא כי חקירה נגדית בכלל ושל עדי תביעה בפרט נועדה לצמצם את הסיכון למשגה משפטית שיביא להרשעת החף מפשע.

כאשר מדובר בחקירה נגדית של עדי תביעה, לחקירה הנגדית יש שתי תכליות מרכזיות:⁷⁰ תכלית אחת היא לאפשר לנאשם להתמודד עם ההאשמות המופנות נגדו בדרך של העמדה במבחן את מהימנות עדי התביעה ואמינות גרסתם.⁷¹ זהו הפן השלילי של החקירה הנגדית. היא משמשת כלי בידי הנאשם לערער את גרסת התביעה, הן מבחינה תוכנית והן מבחינה ראייתית.⁷² לחקירה נגדית יש תכלית נוספת – הפן החיובי שלה – והיא האפשרות להשתמש בה ככלי לתמיכה בגרסת ההגנה, שכן היא עשויה

67 חזקת החפות היא עיקרון אוניברסלי בשיטות המשפט המודרניות שלפיו אדם נחשב חף מפשע כל עוד לא הורשע בדין. דהיינו, כל אדם נחשב חף מפשע כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר. ואקי (לעיל, הערה 17) בעמ' 281. על חזקת החפות ראו רינת קיטאי, **משמעות חזקת החפות מעבר למידת ההוכחה במשפט הפלילי** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תש"ס), וכן מיכה לינדנשטראוס, **חזקת החפות במשפט הישראלי ובמשפט האמריקאי – סוגיות נבחרות** (תשס"ח).

68 ראו למשל דברי השופט אגרנט בע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ד 504, בעמ' 523 (1950): "כאמור, חזקה היא – וזו הנחה משפטית שהחוק יצר אותה – שהנאשם חף מפשע כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר. היוצא מזה, שחובת הראיה – החובה מס' 1 – מוטלת, מהתחלת המשפט ועד סופו, על התביעה הכללית, החייבת להוכיח – ובמידה שאינה משאירה מקום לספק מתקבל על הדעת – את קיום כל היסודות של העבירה המיוחסת לנאשם, בין יסודות חיוביים ובין שליליים. העמסת משא זה על שכם הקטגוריה גוררת אליה כמו כן, גם את החובה מס' 2; הווה אומר, כי בתחילת המשפט חייבת היא להתחיל בפרשת הוכחותיה. הצליחה הקטגוריה למלא תפקידה זה – היינו הביאה כמות עדות אשר די בה, לכאורה, להראות שהנאשם ביצע את המעשה הפלילי הנדון – עוברת אליו 'חובת ההוכחה' – כלומר, אך ורק במובן החובה מס' 2, ובשלב זה צריך הנאשם להביא עדות מצידו. גמר הנאשם להגיש את הוכחותיו, מתפקידו של בית המשפט, לאחר בחינת כל הוכחות ביחד, להחליט, לא אם הנאשם שכנע שהוא חף מפשע, אלא אם התביעה הכללית הוכיחה – ובמידה הנעלה מכל ספק – כי הלה אשם בעשיית העבירה שהואשם בה. אם הנאשם אינו מגיש הוכחות, אזי במקרה זה התוצאה תהיה רק, כי בית המשפט יוכל (אך לאו דווקא צריך) – על סמך העדויות שהביאה הקטגוריה – להרשיע אותו בדין". על יחסי הגומלין בין חזקת החפות לרף ההוכחה ראו ואקי, שם, בעמ' 284–294.

69 שם, שם.

70 ראו עניין קלנר (לעיל, הערה 25) פסקה 59 לפסק דינו של השופט הנדל.

71 ראו שם, פסקה 12 לפסק דינו של השופט גובראן.

72 שם, פסקה 59 לפסק דינו של השופט הנדל.

לתמוך בתרחישים או בהסברים של ההגנה.⁷³ כאשר בית המשפט נחשף בחקירה ראשית למידע ראייתי חלקי, לא מהימן, שגוי ומוטה, הרי שיש בכך כדי להעלות את ההסתברות למשגה משפטית שיביא להרשעת שווא. מכאן שלחקירה נגדית בכלל ושל עדי תביעה בפרט יש חשיבות לא רק בהיבט של חשיפת האמת אלא בעיקר בשל היותה שסתום ביטחון ואמצעי הגנה נוסף מפני הרשעות שווא.

כשמדובר בחקירה של נאשמים, אם הנאשם הוא צדיק (חף מפשע), חקירה נגדית תחזק את חפותו. אך אם הנאשם הוא רשע, והוא ייכשל בחקירה הנגדית, הדבר יהיה לו לרועץ. מכאן שחקירה נגדית היא שסתום ביטחון מפני הרשעות שווא, אך בה בעת היא שסתום ביטחון מפני זיכויי שווא, כשמדובר בנאשמים רשעים. הואיל והמערכת המשפטית מעדיפה זיכויי שווא על פני הרשעות שווא, הרי שעל אף היותה חרב פיפיות, יש להכיר ביכולתה לבסס ולחזק את חפותם של נאשמים חפים מפשע ולמנוע עיוות דין שייגרם להם מהרשעתם. הואיל ובית המשפט אינו יודע אם הנאשם שהועמד לדין הוא צדיק או רשע, השאלה שבית המשפט צריך להידרש אליה היא אם העובדה שהנאשם לא נחקר בחקירה נגדית בידי התביעה פגעה ביכולתו להתגונן במשפט. אם בית המשפט יגיע למסקנה כי גרסת הנאשם שנמסרה בחקירה הראשית מעוררת ספק סביר באשר לאשמתו, והעובדה שהנאשם לא נחקר בידי התביעה פגעה ביכולתו להתגונן והספק הסביר לא הוסר ולא נסתר במהלך המשפט באמצעות ראיות אחרות, יש לייחס להימנעות מחקירתו משקל גדול במיוחד, ובמקרה המתאים להורות על זיכוי.

ודוק, אין מחלוקת כי תכליתו המרכזית של ההליך הפלילי היא קביעת חפות או אשמה. תכלית זו אינה אינטרס אישי של הנאשם העומד לדין אלא אינטרס של החברה בכללותה. זיכוי מוטעה ובוודאי הרשעת שווא פוגעים בעשיית הצדק הן מבחינה מהותית והן על פי מראית הדברים, ועשויים לערער את אמון הציבור בכוחה של הרשות השופטת בעשיית דין צדק לפרט ולכלל.⁷⁴ אומנם חקירה נגדית נועדה לסייע בחקר האמת ובמניעת חפים מפשע, אלא שבהשגת תכליות אלה תלוי אמון הציבור במערכת המשפט. לפיכך במסגרת הערכת משקלה של עדות שלא עמדה במבחן של חקירה שכנגד על בית המשפט לתת את דעתו, במסגרת האיזון בין הערכים הנוגדים, גם לפגיעה האפשרית באמון הציבור כאשר מחד גיסא יזוכה נאשם שלא נחקר בחקירה נגדית אולם התביעה הוכיחה את אשמתו בראיות אחרות מעל לכל ספק סביר, ומאידך גיסא יורשע נאשם אף שהוא לא נחקר על גרסתו בחקירה נגדית. היבט נוסף של החקירה הנגדית הוא היותה אמצעי להבטחת קיומו של הליך פלילי הוגן, ובזאת יתמקד הדיון הבא.

73 שם, שם.

74 עניין יששכרוב (לעיל, הערה 21) פסקה 43 לפסק דינה של השופטת ביניש.

3. חקירה נגדית כאמצעי לקידום הגינות ההליך הפלילי

(א) הזכות להליך פלילי הוגן

הזכות להליך פלילי הוגן הוכרה בשיטתנו המשפטית כזכות יסוד בסיסית מקדמת דנא. אף שהמחוקק הישראלי לא העניק לזכות להליך הוגן ביטוי מפורש בחוק, מאז ומתמיד היא נהנתה ממעמד רם.⁷⁵ עם חקיקתם של חוקי היסוד היא הוכרה כזכות חוקתית הנגזרת מן הזכות לכבוד ומן הזכות לחירות.⁷⁶

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁷⁷ ביצר את זכותו של הנאשם למשפט הוגן,⁷⁸ והיא נטועה עמוק בשיח החוקתי.⁷⁹ אין חולק שלכל הפחות בנסיבות מסוימות פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן תעלה כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם.⁸⁰

75 בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע, פ"ד סא(3) 93, פסקה 25 לפסק דינו של השופט לוי (2006) (להלן: עניין בג"ץ בית המשפט המחוזי באר שבע). כמו כן ראו בע"פ 1262/08 ענתאוי נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 4.8.2014), שלפיה "הזכות למשפט הוגן אינה בגדר מותרות, קישוט או פורמליזם גרידא. היא עומדת בליבת מלאכת עשיית הצדק במשפט הפלילי".

76 עניין בג"ץ בית המשפט המחוזי באר שבע, שם, פסקה 25 לפסק דינו של השופט לוי. לשיטתו של אהרן ברק, הזכות להליך הוגן נגזרת מהזכות לכבוד. ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, תשנ"ד) בעמ' 431–432. לשיטתם של אחרים, הזכות להליך הוגן נגזרת מהזכות לחירות. ראו למשל עמנואל גרוס, "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 155, בעמ' 169–170. בעניין גרבאן (לעיל, הערה 3) פסקה 9 לפסק דינו של השופט הנדל, ציין השופט הנדל כי להשקפתו "זכות הנאשם להליך הוגן במשפט הפלילי נשענת הן על זכותו החוקתית לחירות והן על זכותו לכבוד, אך זאת בדרך כלל לפי הסדר האמור". בע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 23.11.2011) (להלן: עניין אל עוקה), ציין השופט הנדל כי "כלל נקוט הוא מלפנינו כי זכותו של הנאשם להליך הוגן הינה זכות יסוד חוקתית הנובעת מזכותו לחירות ולכבוד". על מעמדה של הזכות להליך הוגן ראו מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354, בעמ' 375 (2002); ב' אוקון וע' שחם, "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי", המשפט 5, בעמ' 11 (תשנ"ו); אהרן ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, בעמ' 281; יורם שחר, "סדר-דין פלילי", ספר השנה של המשפט בישראל (אריאל רוזן-צבי – עורך, תשנ"ב–תשנ"ג) 375, בעמ' 375; דוד וינר, "בעקבות פרשת עמוס ברנס", קריית המשפט ד' (תשס"ד) 169, בעמ' 186; בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים פ"ד נח(2) 746, בעמ' 761 (2004).

77 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 1391, בעמ' 150.

78 ע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 750, בעמ' 767 (1999). עוד ראו ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 742, בעמ' 780 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2009), שלפיהם "ההליך ההוגן הוא יסוד מוסד במדינת חוק, והוא מצוי לטעמי במעמד חוקתי נוכח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדעתי אדם שזכויותיו להליך הוגן נפגעו – נפגע כבודו כאדם".

79 עניין גרבאן (לעיל, הערה 3) פסקה 10 לפסק דינו של השופט הנדל.

הזכות להליך הוגן נועדה להשיג כמה יעדים: ראשית, היא נועדה להבטיח כי לנאשם תינתן הזדמנות מלאה להציג גרסת חפות ולפעול להוכחתה;⁸¹ שנית, היא נועדה לאזן את יחסי הכוחות הלא־שוויוניים בין הנאשם לבין התביעה, הנהנית ממעמד דיוני עדיף.⁸² סמכותה של המדינה להעמיד אדם לדין אוצרת בתוכה כוח רב. על רקע זה משמעותה של הזכות להליך הוגן היא כי כשהמדינה מבקשת להשתמש בכוח זה, עליה לעשות זאת במסגרת הליך נאות, שבגדרו תיבחן ההצדקה לפגיעה בחירויות היסוד של הנאשם.⁸³ לא למותר לציין כי הזכות להליך הוגן חלה בכל שלביו של ההליך הפלילי: הן בשלב החקירה והן בשלב המשפט גופו;⁸⁴ שלישית, קיומו של הליך הוגן אינו רק תכלית העומדת בפני עצמה, והוא אינו מגשים רק את האינטרס הפרטי של החשוד או הנאשם העומדים לדין, אלא הוא גם אמצעי אשר נועד לשרת את האינטרס הציבורי לעשיית צדק, לחשיפת האמת ולמניעת עיוותי דין משפטיים.⁸⁵ זהו אינטרס ציבורי וזוהי מחויבותה של החברה להבטיח שכל אחד מהפרטים בחברה – כנאשם פוטנציאלי – ידע שאם וכאשר יתקיימו נגדו הליכים פליליים, הם יתנהלו באופן ראוי והוגן.⁸⁶

תכליתה של הזכות להליך הוגן היא להבטיח פרוצדורה הוגנת וערובות דיוניות הולמות להגנתו של ההליך הפלילי כלפי הנאשם.⁸⁷ במובן זה הזכות להליך הוגן היא קולב רחב במיוחד המאפשר להסדרים רבים להיתלות עליו. היא אינה מתמצית בהסדר דיוני מסוים או בזכות ספציפית. אלא כמו מעשה תְּצַרְף, היא מבססת את עצמה על אגד של אמצעים, הסדרים פרוצדורליים וזכויות מהותיות המתקיימים בצוותא, זה לצד זה, ושנועדו להבטיח את יעדיה.⁸⁸ הסדרים אלה יוצקים תוכן מעשי לזכות להליך הוגן במשפטנו. דוגמאות לכך ניתן למצוא בחוק סדר הדין הפלילי, אשר עוסק ברבים מסעיפיו

-
- 80 ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פסקה 9 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 1.8.2011) (להלן: עניין פרחי). כמו כן, ראו: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 481, בעמ' 609 (2005).
- 81 ראו ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(3) 353, בעמ' 425 (2005), וכן עניין בג"ץ בית המשפט המחוזי באר שבע (לעיל, הערה 75) בעמ' 155.
- 82 עניין רוזנשטיין, שם, שם.
- 83 עניין בג"ץ בית המשפט המחוזי באר שבע (לעיל, הערה 75) פסקה 24 לפסק דינו של השופט לוי.
- 84 עניין קניר (לעיל, הערה 17) בעמ' 516; עניין יששכרוב (לעיל, הערה 21) פסקה 66 לפסק דינה של השופטת ביניש.
- 85 עניין בג"ץ בית המשפט המחוזי באר שבע (לעיל, הערה 75) פסקה 24 לפסק דינו של השופט לוי.
- 86 שם; שם; אלכס שטיין, "הזכות להליך הוגן", זכויות האדם והאזרח בישראל, מקראה (כרך ג', ט' בן-גל, ד' אלכסנדר, א' בנדור וש' רבין – עורכים, תשנ"ב) בעמ' 355–356.
- 87 עניין יששכרוב (לעיל, הערה 21) פסקה 66 לפסק דינה של השופטת ביניש.
- 88 ראו: עניין רוזנשטיין (לעיל, הערה 81) בעמ' 425; וכן עניין בג"ץ בית המשפט המחוזי באר שבע (לעיל, הערה 75) בעמ' 155.

בהסדרת הגינותו של ההליך הפלילי. כך למשל מסדיר החוק את חובת הייצוג, והוא מחייב מינוי סנגור לנאשם על ידי בית המשפט במקרים מסוימים.⁸⁹ החוק מעניק לנאשם ולסנגורו את הזכות לעיין בחומר החקירה שאספה הרשות החוקרת (בשונה מהמדינה), כאשר הרציונל המונח בבסיס הכלל הוא כי הליך הוגן בא לידי ביטוי, בין היתר, באפשרות של נאשם לכלכל את הגנתו לפי חומר ההוראות שנצבר נגדו.⁹⁰ נאשם זכאי להימנע ממסירת גרסה או ראיות מפלילות ואינו חייב להעיד במשפטו.⁹¹ הוראות אחרות נועדו להבטיח שקיפות בניהולו של ההליך הפלילי, בהיותה אספקט של הוגנות דינית.⁹² יש הוראות שנועדו להבטיח כי הנאשם יהיה מודע לזכויות המוקנות לו, כדי שההליך הפלילי לא יתנהל כשידה של התביעה (לה יש יתרון בשל המידע העומד לרשותה) תהא על העליונה.⁹³ הסדרים אחרים המבטיחים את הגינותו של ההליך הפלילי קובעים כי עדי תביעה יישמעו לפני עדי הגנה,⁹⁴ שסיכומי תביעה יוגשו או יושמעו עובר לשמיעת סיכומי ההגנה,⁹⁵ וכי משפט צריך להסתיים בתוך פרק זמן הקבוע בחוק.⁹⁶ בהקשר הראייתי ניתן לציין את כלל היעדר הספק הסביר כתנאי להרשעה ואת הדרישה לתוספת ראייתית כדי להרשיע נאשם על סמך עדות יחידה באותם מקרים שנקבעו

- 89 סעיף 15(א) לחוק סדר הדין הפלילי.
- 90 הוראת סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי; עניין בג"ץ בית המשפט המחוזי באר שבע (לעיל, הערה 75) פסקה 26 לפסק דינו של השופט לוי; בש"פ 4157/00 נמרודי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 625, בעמ' 632-633 (2000); בש"פ 1355/98 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 1 (1998); ע"פ 400,457/84 מדינת ישראל נ' אנג'ל, פ"ד מ(3) 481, בעמ' 487 (1986); בש"פ 2043/05 מדינת ישראל נ' זאבי, פסקה 12 לפסק הדין (פורסם בנבו, 15.9.2005).
- 91 ראו: הוראת סעיף 161(א)(2) לחוק סדר הדין הפלילי; הוראת סעיף 47 לפקודת הראיות, וכן הוראת סעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות).
- 92 ראו למשל הוראת סעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי, הקובעת כי "לא יידון אדם בפלילים, אלא בפניו". דוגמה נוספת היא סעיף 134 לחוק סדר הדין הפלילי, אשר מחייב את בית המשפט לנהל פרוטוקול שישקף את כל שאירע באולמו במהלך הדיונים; עניין בג"ץ בית המשפט המחוזי באר שבע (לעיל, הערה 75) פסקה 26 לפסק דינו של השופט לוי.
- 93 ראו למשל הוראת סעיף 145 לחוק סדר הדין הפלילי, הקובעת כי "במהלך המשפט יסביר בית-המשפט לנאשם, אם ראה צורך בכך, את הזכויות הנתונות לו להגנתו". דוגמה נוספת היא הוראת סעיף 196 לחוק סדר הדין הפלילי, המחייבת את בית המשפט ליידע את הנאשם בדבר זכותו לערער על פסק הדין ולהודיע לו על מועד הגשת הערעור ("בתום קריאת גזר הדין יסביר בית-המשפט לנאשם את זכותו לערער על פסק הדין ויודיע לו על המועד להגשת הערעור"); ראו: עניין בג"ץ בית המשפט המחוזי באר שבע, שם, שם.
- 94 הוראות סעיפים 156-159 לחוק סדר הדין הפלילי.
- 95 הוראת סעיף 169 לחוק סדר הדין הפלילי.
- 96 זכות זו קבועה בהוראת סעיף 61 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, ס"ח 1592.

בדין.⁹⁷ על כל אלה יש להוסיף את החקירה הנגדית כהיבט נוסף, אך לא בלעדית, של הזכות להליך הוגן.

(ב) חקירה נגדית כחלק מהזכות להליך הוגן

חקירה נגדית במשפט הפלילי נתפסת כחלק מזכותו של אדם למשפט הוגן.⁹⁸ גישה זו ניתנת למצוא בפסק דינו של בית הלורדים האנגלי משנת 1893 בעניין *Browne v. Dunn*. בעניין זה קבע בית הלורדים כי אין דבר לא צודק יותר מאי-קיום חקירה נגדית של עד בנוגע לראיה או לעדות שהוא מסר, ומאי-מתן הזדמנות לעד להסביר את עמדתו ולהגן על אופיו.⁹⁹

בכמה מדינות בעולם זכתה הזכות לחקירה נגדית למעמד חוקתי. כך למשל בארצות הברית חקירה נגדית נחשבת לחלק מזכותו החוקתית של אדם להליך הוגן (Due process "of law"),¹⁰⁰ והיא מבטאת את זכות הנאשם להתעמת עם הראיות המפלילות (Right to

⁹⁷ ראו למשל את הוראת סעיף 54א(א) לפקודת הראיות, הקובעת כי לא ניתן להרשיע נאשם על סמך עדותו היחידה של שותפו לעבירה אלא אם מצא בחומר הראיות דבר לחיזוקה. ואילו כאשר השותף הוא עד מדינה, יש צורך בתוספת ראיתית מסוג "סיוע". דוגמה נוספת היא הוראת סעיף 55(ב) לפקודת הראיות, הקובעת כי לא ניתן להרשיע נאשם על סמך עדות יחידה של קטין שאינו נושא באחריות פלילית (מתחת לגיל שתים-עשרה ביום מסירת העדות) אלא אם מצא בית המשפט בחומר הראיות תוספת מסוג "דבר לחיזוק". בדומה לזה, הוראת סעיף 11 לחוק הגנת ילדים קובעת כי לא ניתן להרשיע נאשם על סמך עדות ילד שנגבתה בידי חוקרת ילדים אלא אם תימצא בחומר הראיות תוספת ראיתית מסוג "סיוע".

⁹⁸ עניין קלנר (לעיל, הערה 25) פסקה 12 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; עניין קורולקר (לעיל, הערה 31) פסקה 9 לפסק הדין; ע"פ 107/74 אבו מחסן נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 302, בעמ' 304 (1974). בעניין אבו מחסן ציין בית המשפט כי "חקירת שתי וערב של עד התביעה על ידי הנאשם או סניגורו היא מזכויות היסוד של נאשם להבטחת משפט הוגן"; עניין גרבאן (לעיל, הערה 3) פסקה 13 לפסק דינו של השופט הנדל. Ben Emmerson, *Andrew Ashworth & Alison Macdonald, Human Rights And Criminal Justice* (3rd Ed., 2012) pp. 462–463 (hereinafter "Emmerson, Ashworth and MacDonald").

⁹⁹ "[N]othing would be more unjust than not to cross-examine witnesses upon evidence which they have given so as to give them notice and to give them an opportunity of explanation and an opportunity very often to defend their own character, and not having given them such an opportunity, to ask the jury afterward disbelieve what they have said". *Brown v Dunn* [1893] 6 R 67 (HL) pp. 76–77.

¹⁰⁰ J.G. Cook Constitutional Rights of the Accused (Rochester, 2nd) Vol III, P. 138 (1985) – "Fundamental to the right of confrontation protected by the Sixth Amendment is the right of the accused to cross examine the witnesses who testify against her"; עניין קלנר (לעיל, הערה 25) פסקה 13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. כמו כן ראו עניין דגיאני (לעיל, הערה 31) פסקה 4 לפסק הדין.

(Confrontation) לצורך ניהול הגנתו.¹⁰¹ התיקון השישי לחוקה האמריקנית קובע בין היתר כי בכל תביעה פלילית לנאשם תהיה הזכות להתעמת עם העדים המפלילים אותו.¹⁰²

מטרת העימות היא להבטיח את ההזדמנות של הנאשם לחקירה נגדית.¹⁰³ בית המשפט העליון בארצות הברית הבהיר כי היעד של התיקון השישי לחוקה הוא להבטיח את אמינות העדות לא בצורה מהותית אלא פרוצדורלית.¹⁰⁴ בקנדה הזכות לחקירה נגדית היא חלק מהזכויות החוקתיות לצדק מהותי ולהגינותו של ההליך הפלילי, לפי סעיפים 7 ו-11(d) לצ'רטר הקנדי לזכויות וחירויות אדם.¹⁰⁵ בישראל חקירה נגדית נחשבת לזכות דיונית ראשונה במעלה, אולם היא אינה זוכה להגנה חוקתית. הדבר נובע מכך שהזכות להליך הוגן, שהיא מטרייה שתחתיה היא חוסה, אינה מוגדרת, אינה מוחלטת ואינה קבועה. הזכות להליך הוגן היא זכות מסגרת בעלת רקמה פתוחה, אשר כינויה, תוכנה וגבולותיה המדויקים משתנים.¹⁰⁶ בשל הגדרתה הרחבה של הזכות להליך הוגן המענה לשאלה מה ייחשב לפגיעה בזכות להליך הוגן הוא במידה רבה תלוי נסיבות.¹⁰⁷

101 זלצמן (לעיל, הערה 29) בעמ' 587; עניין קלנר (לעיל, הערה 25) פסקה 13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

102 "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defense". U.S. Const. amend. VI.

103 ראו: *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308, 315-16 (quoting 5 J. Wigmore, Evidence § 1395, at 123 (3d ed. 1940)); *United States v. Khan*, 794 F.3d 1288, 1301 (11th Cir. 2015).

104 (2009) 305, 317-18 U.S. *Melendez-Diaz v. Massachusetts*. עניין קלנר (לעיל), הערה 25) פסקה 57 לפסק דינו של השופט הנדל.

105 ראו: Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman & Michelle K. Fuerst, *The Law Of Evidence In Canada* (3rd Ed. 2009) p. 1135; עניין קלנר (לעיל, הערה 25) פסקה 15 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

106 עניין יששכרוב (לעיל, הערה 21). כך למשל האמצעים שנועדו להבטיח הליך הוגן בשיטת משפט המבוססת על פעולתם של חבר מושבעים שונים מהאמצעים הננקטים בשיטת משפט שבגדרה פועלים שופטים מקצועיים. כל שיטת משפט רשאית לקיים מנגנונים והסדרים דיוניים נפרדים או להעניק למתדיינים זכויות שונות בלי שיהיה בכך כדי להפוך אותה לשיטה משפטית שאינה מקיימת הליכים הוגנים, שכן הבחירה בין אמצעים שונים שבכוחם להבטיח הליך הוגן והאיזון בינם לאינטרסים השונים המתמודדים על הבכורה, מושפעים מגורמים רבים כגון אופייה של שיטת המשפט, המסורת המשפטית הנוהגת בה, ההסדרים המשפטיים הקיימים במסגרתה ועוד. ראו עניין בג"ץ בית המשפט מחוזי בבאר שבע (לעיל, הערה 75) פסקה 24 לפסק דינו של השופט לוי.

107 עניין פרחי (לעיל, הערה 80) פסקה 9 לפסק דינו של השופט לוי. עם זאת ניתן לצפות כי בחלוף השנים תסייע פסיקת בית המשפט העליון בהבהרת גודל הזכות ובגיבוש עילות להעלאת טענת הפגיעה בה. שם, שם.

אם נטען שחקירה נגדית נועדה להבטיח את הגינותם של ההליכים כלפי הנאשם, הרי הימנעות מחקירה נגדית עלולה לפגוע בזכות הנאשם להליך הוגן, ובמקרים מתאימים יהיה הנאשם זכאי לסעד מבית המשפט. אותו סעד צריך להיות מחיר הולם בעבור הפגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן. אלא שיש להכיר בעובדה כי לא כל מצב שבו עד תביעה או נאשם לא נחקרו בחקירה נגדית פוגעת מניה וביה בזכות הנאשם להליך הוגן. גם אם נטען כי אי־חקירה נגדית במקרה מסוים פגעה בהגינותם של ההליכים, אין הדבר מחייב את בית המשפט לתת סעד עבור אותה פגיעה. אבהיר את עמדתי בכמה דוגמאות. נניח כי נאשם טוען טענת אליבי ולפיה במועד ביצוע העבירה הוא היה במקום אחר, ולכן לא הייתה לו אפשרות לבצע את העבירה המיוחסת לו. מטעם התביעה העידו עדי ראייה או־בייקטיביים שהבחינו בנאשם מבצע את העבירה. לצורך העניין נניח גם שהתביעה הציגה לבית המשפט סרטון מזירת העבירה שבו ניתן לזהות את הנאשם במידת ודאות רבה. הנאשם נחקר בחקירה ראשית והכחיש את הימצאותו בזירת העבירה או שטען טענת אליבי. התביעה מחליטה שלא לחקור את הנאשם בחקירה נגדית משיקולי יעילות, חוסר כדאיות וחיסכון בזמן שיפוטי. האם ניתן לקבוע כי אי־חקירת הנאשם בידי התביעה, בנסיבות הספציפיות של מקרה זה, פגעה בזכותו להליך הוגן? סבורני כי יש להשיב על כך בשלילה. מאותה סיבה, אין לקבל את גרסתו של הנאשם שנמסרה בחקירה ראשית כאמת.

דוגמה שנייה: נניח כי מטעם התביעה העידו כמה עדים שנחקרו בידי בעלי הדין, אלא שנמנע מהנאשם לחקור את אחד מהם בחקירה נגדית. מתברר כי עדותו של העד, כפי שנמסרה בחקירה הראשית, היא שולית, טכנית ואינה מהותית לשאלות שבמחלוקת. האם אי־חקירתו הנגדית של אותו עד פוגעת בהכרח בזכות הנאשם להליך הוגן? סבורני כי גם הפעם יש להשיב על שאלה זו בשלילה. נשנה את הנתונים פעם נוספת. נניח כי אותו עד שלא נחקר בחקירה נגדית הוא עד תביעה מרכזי, וייתכן גם שהוא העד היחיד המעיד מטעם התביעה. עד זה נחקר בחקירה ראשית, אולם נמנע מהנאשם לחקור אותו בחקירה נגדית. במקרה זה אין חולק כי לא זו בלבד שנפגעה זכות הנאשם להליך הוגן, אלא שעוצמת הפגיעה היא גבוהה במיוחד, ועלולה להביא לעיוות דין שיסתיים בהרשעת חף מפשע, תוצאה שאינה רצויה בהליך הפלילי, וההוראות הדיוניות נועדו בין היתר למזער ככל שניתן טעויות מסוג אלה.

חיזוק נוסף לטענת המאמר כי היעדרה של חקירה נגדית אינו פוגע בהכרח בזכות הנאשם להליך הוגן ניתן למצוא בגישתו של המחוקק, המאפשר לקבל ראיות שונות אף שלא עמדו במבחן של חקירה נגדית.¹⁰⁸ זאת ועוד, וכפי שיובהר בחלק הרביעי של המאמר, כאשר נשלל מצד להליך לחקור עד בחקירה נגדית, בין מסיבה סובייקטיבית הקשורה לעד או לצד היריב ובין מסיבה אובייקטיבית שאינה תלויה במאן דהוא, מופעל כלל גמיש המותר לערכאה הדיונית שיקול דעת בנוגע למשקלה כתלות בשאלה אם ועד

108 ראו: שם, פרק ג', סעיף 2.ב.

כמה נפגעו זכויותיו של בעל הדין.¹⁰⁹ מכאן שגם המחוקק אינו מתנה קבילותה של ראייה בעמידתה במבחן של חקירה נגדית, ומכאן ניתן להסיק כי הליך הוגן עשוי להתקיים גם במקרים שבהם לא נערכה חקירה נגדית של עד או נאשם.

טענה נוספת המחזקת את התזה שאי-חקירה נגדית אינה בהכרח פוגעת בזכות הנאשם להליך הוגן ניתן למצוא בעובדה כי הזכות להליך הוגן היא יחסית, ומתחרים עימה על הבכורה זכויות ואינטרסים שונים הנוגדים אותה שאותם מבקשת שיטת המשפט לקדם. כאלה הם האינטרס בדבר יעילותו של ההליך הפלילי לנוכח האינטרס להביא לסיומם של ההליכים המשפטיים בזמן סביר, היכולת למצות את הדין עם מי שעבר עבירות, החתירה לגילוי האמת, הרצון להרתיע עבריינים פוטנציאליים, ניצולם הנכון של משאבי המערכת המשפטית, ניהולם המושכל של ההליכים והרצון לעשות צדק עם קורבנות העבירה.¹¹⁰ הזכות להליך הוגן אינה מתמצית אך בהשפעתו הפוטנציאלית של פגם דיוני כזה או אחר על תוצאת ההליך המשפטי דווקא, אלא היא דורשת ראייה רחבה המתבססת על שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין, ומלאכת האיזון בין כל אלה היא קשה ומורכבת.¹¹¹ דברים אלה מחזקים את מסקנת המאמר שלפיה השלכות הראייתיות שיש להסיק מהימנעות מחקירה נגדית צריכות להיות יותר בתחום שיקול הדעת השיפוטי, לפי נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה. לעיתים בית המשפט ייחס לכך משקל גדול ולעיתים לא יהיה מקום לייחס לכך כל משקל שהוא. במילים אחרות, חקירה נגדית משולה לקלף ריק שערכו ויכולתו להכריע את גורל המשחק ייקבע לקראת תום המשחק, אך בשום מקרה אין לראות בו "ג'וקר" הטורף את כל הקלפים האחרים.

ודוק, גם בארצות הברית, שבה הזכות לחקירה נגדית זוכה להגנה חוקתית, הכירו בתי המשפט בקיומן של הגבלות על הזכות לחקירה נגדית שעה שהחקירה אינה מיושמת ביעילות או עולה כדי הטרדת עד.¹¹² בדומה לזה, באנגליה שמורה לבתי המשפט הזכות להגביל את החקירה הנגדית כשהיא פוגעת בניהול התקין של המשפט או עלולה לפגוע פגיעה לא ראויה בעד המעיד.¹¹³ מן המקובץ לעיל עולה כי על אף חשיבותה ומרכזיותה

109 עניין קלנר (לעיל, הערה 25) פסקה 58 לפסק דינו של השופט הנדל, וכן פסקאות 20–23 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

110 עניין בג'ין בית המשפט המחוזי באר שבע (לעיל, הערה 75) פסקאות 24 ו-26 לפסק דינו של השופט לוי.

111 עניין יששכרוב (לעיל, הערה 21) פסקה 66 לפסק דינה של השופטת ביניש.

112 עניין דג'אני (לעיל, הערה 31) פסקה 4 לפסק הדין; John H. Wigmore, *Evidence In Trials At Common Law* (vol III) § 780 pp. 173, 176–177; *United States V. Persico* 425 F. 2d 1375, 1383 (1970).

113 *Phipson On Evidence* (London, 19th ed., by M.N. Howard, 2018) § 12–30 p. 375 S.L. כמו כן ראו: *R v. Brown* (Milton) [1998] 2 Cr. App. ; *R v. Flynn* [1972] Crim. L.R. 428 ; *R v. Wills* (Alan Paul) [2011] EWCA Crim. 1938; [2012] 1 Cr. App. R. 2. ; R. 364 עניין דג'אני, שם, שם.

של החקירה הנגדית ובהיותה חלק מהזכות להליך הוגן, היא ניתנת להגבלה, להתניה ולעיתים אף לויתור, ואין הדבר מצדיק בהכרח מתן סעד, או שיש בה כדי לקבוע את גורל המשפט, אם לא נערכה חקירה נגדית כלל או נערכה חלקית.

(ג) האם לנאשם יש זכות לחקור את עדי התביעה בחקירה נגדית?

לנאשם עומדת זכות לחקור את עדי התביעה בחקירה נגדית.¹¹⁴ בארצות הברית הזכות לחקירה נגדית של עדי התביעה היא חלק מהזכות החוקתית של בעל דין להליך נאות.¹¹⁵ נפסק כי כאשר נאשם לא זכה לחקור נגדית את עדי התביעה, קיימת הפרה של החוקה.¹¹⁶ אך כאשר נמנעה מהנאשם האפשרות לחקור נגדית עד תביעה בשל סיבה אובייקטיבית שאינה תלויה במאן דהוא, הכלל הוא שהנאשם רשאי לדרוש כי יימחק מהפרוטוקול החלק מהעדויות הראשית שהושמעה ושלא התאפשר לו לחקור נגדית בעניינה.¹¹⁷ במקרים מתאימים, כאשר מדובר בעד-תביעה מרכזי, יש אפשרות גם להכריז על המשפט משפט פסול או מבוטל בשל ההנחה כי אמרה שלא זכתה לחקירה נגדית אינה ודאית ואינה מהימנה דייה כדי שיהיה אפשר להתחשב בה בבחינת עובדות השנויות במחלוקת.¹¹⁸ בדרום-אפריקה זכות הנאשם לחקור את עדי התביעה נתפסת כזכות חוקתית, והיא מעוגנת בחוקה הדרום-אפריקנית (בסעיף 35(3)(I) לחוקה).¹¹⁹ לפי סעיף 6(3)(d) לאמנה האירופית להגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד, לכל נאשם במשפט פלילי יש זכות למשפט הוגן, ובמסגרתו גם הזכות לחקירה נגדית של עדים.¹²⁰ בישראל ניתן למצוא שתי גישות באשר למעמדה של זכות הנאשם לחקירה נגדית של עדי התביעה. לפי גישה אחת, אשר נקבעה בעניין דג'אני, הזכות לחקירה נגדית נחשבת

114 שם, שם; עניין קלנר (לעיל, הערה 25) פסקה 12 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.
 115 Phipson, שם, שם; עניין דג'אני, שם. חרף זאת הכירו בתי המשפט בארצות הברית בקיומן של הגבלות על הזכות לחקירה נגדית שעה שהחקירה אינה מיושמת בייעילות או עולה כדי הטרדת עד. ראו שם, בפסקה 4. כמו כן ראו: Wigmore (לעיל, הערה 112) בעמ' 176–177, וכן *United States v. Persico* (לעיל, הערה 112) בעמ' 1383. גם באנגליה לבתי המשפט שמורה הזכות להגביל את החקירה הנגדית כשהיא פוגעת בניהול התקין של המשפט או עלולה לפגוע פגיעה לא ראויה בעד המעיד. ראו: Phipson (לעיל, הערה 113) בעמ' 374–373.
 116 *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 68–69 (2004). עניין קלנר (לעיל, הערה 25) פסקה 57 לפסק דינו של השופט הנדל.
 117 עניין קלנר (לעיל, הערה 25) פסקה 58 לפסק דינו של השופט הנדל.
 118 שם, שם.
 119 ראו: S. E. Van Der Merwe & Pamela J. Schwikard, *Principles Of Evidence* (2nd Ed. 2002) p. 341 (לעיל, הערה 25) פסקה 16 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.
 120 ראו גם: Ben Emmerson & Andrew Ashworth, *Human Rights and Criminal Justice* (1st ed. 2001) p. 462. עניין דג'אני (לעיל, הערה 31) פסקה 4 לפסק הדין; עניין קלנר, שם, פסקה 14 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

לזכות דיונית מן המעלה הראשונה,¹²¹ אולם היא אינה נהנית ממעמד של זכות חוקתית.¹²² החקירה הנגדית אינה מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיא אף "לא פורשה כנמנית עם העניינים שהם חלק מכבוד האדם".¹²³ קביעה זו התבססה על אמרתו של השופט ברק שלפיה הזכות לחקירה נגדית אינה חלק מכבוד האדם.¹²⁴ בעניין **חאג' יחיא**, אשר ניתן ערב חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, דן בית המשפט העליון במעמדו של העד השותק בנוגע לסעיף 10א לפקודת הראיות. בעניין זה נתגלעה מחלוקת בין השופטים באשר לשאלה אם הזכות לחקירה נגדית של עד תביעה בידי הנאשם מגיעה לכדי זכות חוקתית. השופט גולדברג סבר כי אין מדובר בזכות חוקתית, באומרו:

מודע אני, כחבריי שבדעת המיעוט, לחשיבותה של החקירה שכנגד, אולם מכאן ועד להעמדתה כ"זכות יסוד" המרחק רב. שאם הייתה זו זכות במעלה נכבדה אשר כזאת, היעלה על הדעת לשלול אותה באותם מקרים שבהם העד מסרב להעיד ובית המשפט "שוכנע שמנסיונות העניין עולה, כי אמצעי פסול שימש להניא... את נותן האמרה מלתת את העדות (כאמור בסעיף 10א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש])?¹²⁵

לעומתו, השופט אלון סבר כי הזכות לחקירה נגדית היא זכות יסוד, באומרו:

זכות החקירה הנגדית של העד על-ידי הנאשם זכות יסודית היא לו, הן לשם בירור האמת והן על שום זכות הטיעון שיש לכל אדם, שגורלו לא יוכרע אלא לאחר שניתנה לו ההזדמנות לדעת על ההליכים המתנהלים בעניינו ונגדו ולהיות שותף להם...¹²⁶

-
- 121 בג"ץ 124/58 **היועץ המשפטי נ' השופט המנהל את החקיקה המוקדמת**, פ"ד יג 5, 23 (1959) (להלן: **עניין היועץ המשפטי**); עניין **דג'אני**, שם, שם; עניין **קורולקר** (לעיל, הערה 31) פסקה 9 לפסק הדין; ע"פ 631/76 **אביטן נ' מדינת ישראל**, פ"ד לא(3) 527 (1977) (להלן: **עניין אביטן**); ע"פ 53/76 **אבו עגווא נ' מדינת ישראל**, פ"ד לא(1) 141 (1976); עניין **קלנר**, שם, בפסקה 17 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.
122 ראו למשל: שם, שם.
123 עניין **דג'אני** (לעיל, הערה 31) בעמ' 280. השופט ג'ובראן מצטט את דבריו של השופט ברק מתוך מאמרו "כבוד האדם כזכות חוקתית" (לעיל, הערה 76) בעמוד 285.
124 ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית" (לעיל, הערה 76) בעמ' 285.
125 דנ"פ 4390/91 **מדינת ישראל נ' חג' יחיא**, פ"ד מז(3) 661, פסקה 12 לפסק דינו של השופט גולדברג (1993) (להלן: **עניין חאג' יחיא**).
126 שם, פסקה 2 לפסק דינו של השופט אלון.

עם חקיקתם של חוקי היסוד זכתה הזכות להליך הוגן להכרה כזכות-בת הנגזרת מכבוד האדם וחירותו.¹²⁷ פרופ' אלכס שטיין הרחיב במאמרו בנדון את הבסיס העיוני בנוגע לזכות לחקירה נגדית של עדי התביעה בידי הנאשם. פרופ' שטיין הדגיש כי קיומה של חקירה נגדית המבוצעת בידי הנאשם כלפי "מאשימיו" קשורה לחובת השלטון לאפשר לכל אדם להשתתף במידה מרבית בהליכי משפט העתידיים להשפיע על גורלו, ללא כל תלות בתרומתה לתוצאות המשפט:¹²⁸ "כפי שאין שוללים מאדם את חירות הביטוי גם כאשר מימושה של חירות זו לא תורם דבר לחיינו הפוליטיים או התרבותיים, כך אין להפחית את מידת השתתפותו בבירור אשמתו גם כאשר ניתן לברר את העובדות הנחוצות בדרך אחרת".¹²⁹ בעניין קלנר ציין השופט הנדל כי דבריו של השופט ברק שלפיהם הזכות לחקירה נגדית אינה חלק מכבוד האדם נאמרו סמוך לאחר חקיקת חוקי היסוד, אלא שמאז ועד היום חלו התפתחויות חוקתיות רבות,¹³⁰ המשפט לא שקט על שמריו, הוא התעדכן והתפתח לפי המציאות, והנטייה היא להכיר לא רק בזכויות יסוד הקבועות בחוק היסוד אלא גם בזכויות-בת שלהן.¹³¹ לפיכך טוען השופט הנדל כי ניתן לסבור שהזכות לחקירה נגדית היא זכות-בת של הזכות להליך פלילי הוגן, אשר נגזרת מכבוד האדם. בה בעת אין לשכוח כי גם בהינתן מסקנה הצובעת את הזכות לחקירה נגדית בפלילים בצבעים חוקתיים, מדובר בזכות יחסית ולא אבסולוטית – כגורלה של כל זכות חוקתית.¹³² בסופו של דבר השופט הנדל בוחר שלא לסטות מההלכה שנקבעה בעניין דג'אני, ברם יש להעניק את המשקל הראוי לעובדה שהזכות לחקירה נגדית הוכרה בפסיקה כזכות דיונית ראשונה במעלה.¹³³

בעניין גדבאן חזרה השופטת ברק-ארז על ההלכה כשהיא מפנה לעניין קלנר,¹³⁴ ולפיה זכותו של הנאשם לחקור חקירה נגדית את עדי התביעה אינה זוכה להגנה חוקתית. אף אם נראה בזכות לחקירה נגדית זכות חוקתית או שהיא בעלת מעמד נורמטיבי קרוב לכך, אין מדובר בזכות אבסולוטית וניתן להגבילה. ראינו לעיל כי לא אחת המחוקק מאפשר לקבל ראיה אף שלא עמדה במבחן של חקירה נגדית. זאת ועוד, לבית המשפט יש סמכות להתערב באופן ניהול החקירה הנגדית ואף להפסיקה במקרים מתאימים,

127 ראו אהרון ברק, **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** (תשע"ד) בעמ' 865–869. עוד ראו בג"ץ 4112/90 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלון פיקוד הדרום**, פ"ד מד(4) 626 (1990); עניין **חאג' יחיא** (לעיל, הערה 125) פסקה 2 לפסק דינו של השופט אלון; עניין **קלנר** (לעיל, הערה 25) פסקאות 56–59 לפסק דינו של השופט הנדל.

128 אלכס שטיין "סעיף 10א לפקודת הראיות ופירושו: התפתחות חיובית או סכנה של עיוות-דין!" **משפטים** כא (תשנ"א–תשנ"ב) 325, בעמ' 336 (להלן: שטיין).

129 שם, שם.

130 עניין **קלנר** (לעיל, הערה 25) פסקה 57 לפסק דינו של השופט הנדל.

131 שם, שם.

132 שם, שם.

133 שם, שם.

134 שם, שם. כן ראו שם, בפסקה 17 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

כאשר היא אינה מקדמת את תכליתה.¹³⁵ המסקנה היא שהעובדה שאין מאפשרים לנאשם לחקור עד תביעה בחקירה נגדית היא שיקול שעל בית המשפט לשקול שעה שהוא צריך להעריך את משקלה של העדות שנמסרה בחקירה הראשית, על רקע המסכת הראייתית הכוללת שנפרסה לפני בית המשפט. בהערכת משקלה של העדות על בית המשפט לשאול את עצמו, על רקע היעדרה של חקירה נגדית, אם יש ראיות התומכות בגרסת העד המפלילה שנמסרה בחקירה הראשית ומחזקות אותה, ואם הן מוכיחות את אשמת הנאשם מעבר לכל ספק סביר. בית המשפט צריך לייחס משקל לעובדה שהעד לא נחקר בחקירה נגדית, אולם עליו לעשות זאת לצד משקלן של יתר הראיות המפלילות. כך למשל כאשר הראיות המפלילות את הנאשם הן נסיבתיות, ייתכן שאי-חקירה נגדית של עד התביעה מנעה מההגנה להציג לעד תרחישים אפשריים נוספים שעשויים לעורר ספק סביר במסקנה המפלילה מאותן ראיות נסיבתיות. ייתכן שהעובדה שלנאשם לא ניתנה הזדמנות לחקור את העד בנקודה זו פגעה ביכולת שלו להתגונן ומנעה ממנו את האפשרות לקבל חיזוק ותמיכה לתזה המזכה שלו. עם זאת גם עניין זה תלוי בנסיבות המקרה, כגון מרכזיותה של אותה ראיה נסיבתית וחשיבותה להוכחת אשמת הנאשם, אם יש ראיות נסיבתיות נוספות המסבכות את הנאשם בביצוע העבירה, אם אי-חקירה נגדית של אותו עד מנעה מהנאשם את היכולת להציג תרחישים אפשריים סבירים אחרים לתזה המפלילה של התביעה הנובעת מאותן ראיות נסיבתיות, אם הנאשם היה יכול לחזק את התזה המזכה שלו לאותן ראיות נסיבתיות בדרכים אחרות כגון הצגה של ראיות שונות או חקירה של עדים אחרים שיש בהן כדי לתמוך בתזה המזכה שלו ולעורר ספק סביר באשר למסקנה המפלילה מאותן ראיות נסיבתיות.

לסיכום, חרף חשיבותה ומרכזיותה של החקירה הנגדית הן בבירור האמת והן בהיותה חלק מזכות הנאשם להליך הוגן, היא אינה תכלית בפני עצמה ואף אינה חזות הכול. חקירה נגדית היא אמצעי – כלי – אחד מני רבים – המסייע לבית המשפט בבירור האמת. אם נדמה את הזכות להליך הוגן למולקולה, הרי שחקירה נגדית היא אטום המרכיב את אותה מולקולה, נוסף על אטומים – כללים דיוניים – אחרים. היעדרה של חקירה נגדית אינו פוגע בהכרח בחקר האמת. היא אף אינה בהכרח גורמת לפירוקה של מולקולת הזכות להליך הוגן. בירור האמת כמו גם הקביעה אם הנאשם הוא אשם או זכאי אינם יכולים להיות תולדה או תוצאה של אי-חקירה נגדית של עד או נאשם בהליך מסוים. על בית המשפט לבחון בכל מקרה ומקרה את מרכזיותה וחיוניותה של החקירה הנגדית באותו הליך, אם היא פגעה בתכליותיו של ההליך הפלילי ומהי עוצמת הפגיעה, ולאזן בין הפגיעה האמורה, אם היא קיימת, לבין ערכים מתחרים נוגדים. לאחר כל אלה על בית המשפט לשקול אם יש מקום לתת סעד בגין אותה פגיעה ומהו הסעד הראוי והצודק בנסיבות העניין הקונקרטי, שנוסף על הכול יהיה שסתום ביטחון מספק מפני הרשעתם של חפים מפשע.

135 עניין דג'אני (לעיל, הערה 31) פסקה 4 לפסק הדין.

לאחר שפרק זה הניח את התשתית התאורטית לנושא המאמר יעסוק הפרק הבא בהימנעות מחקירה נגדית של עדים ויטייחס לטעמים להימנעות זו. הפרק מבחין בין טעמים סובייקטיביים שמקורם במעשה העד העצמו לטעמים סובייקטיביים שמקורם במעשה של בעל הדין היריב לטעמים אובייקטיביים שאינם תלויים באיש, אגב דיון במשקל שיש לייחס לגרסתם של עדים שעדותם לא עמדה במבחן של חקירה שכנגד בכל אחד ממצבים אלה.

ד. הימנעות מחקירה נגדית של עדים

המסקנה מהדיונים שלעיל היא כי עדות שלא עמדה במבחן של חקירה נגדית נחשבת לעדות שנפל בה פגם.¹³⁶ אלא שפגם זה אינו יורד לשורש קבילותה של העדות ואינו חוסם את קבלתה כראיה במשפט. הפגם מחייב את בית המשפט להעריך את משקלה של העדות לגופה, בשים לב לפגם שדבק בה ובהתייחס למשקל היחסי, בהינתן הפגם האמור, על רקע התשתית הראייתית הכוללת.¹³⁷ המשקל שעל בית המשפט לייחס לעובדת היעדרה של חקירה נגדית נגזר הן מחשיבותה ומעמדה של זכות זו במדרג הנורמטיבי והן מהתכליות שהיא נועדה להשיג.¹³⁸ גישה זו נובעת מהחוק ומההלכה הפסוקה. דיני הראיות קובעים כללי פסילה של ראיות. חלק מכללי הפסילה מעוגנים בחקיקה וחלקם האחר בהלכה הפסוקה. כל ראיה שקבילותה לא נאסרה בדין היא ראיה קבילה. לפיכך ראיה שהובאה לפני בית המשפט בדרך של עדות בחקירה ראשית היא אומנם ראיה שנפל בה פגם, אלא שהיא נותרת קבילה אף אם היא לא עמדה במבחן של חקירה שכנגד.

קביעה זו נתמכת בהוראת סעיף 53 לפקודת הראיות,¹³⁹ והיא גם עולה בקנה אחד עם המגמה הקיימת בדיני הראיות מאז שנות השמונים של המאה הקודמת להסיט את בחינת הראיות ממבחן הקבילות להערכת משקלן.¹⁴⁰ מגמה זו באה לביטוי במעבר מנוקשות ופורמליזם לגמישות וליתר חופש בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי.¹⁴¹ הרעיון העומד

136 עניין קורולקר (לעיל, הערה 31) פסקה 13 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

137 שם, שם.

138 עניין קלנר (לעיל, הערה 25) פסקה 59 לפסק דינו של השופט הנדל.

139 הוראת סעיף 53 לפקודת הראיות שכותרתה "משקלה של עדות" קובעת כך: "ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם ענין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט".

140 לעניין זה, ראו: ע"פ 500/77 עומרי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(1) 681, 695 (1979); ד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד מב(4) 309 (1988) (להלן: עניין טובול); ע"א 703/86 ברנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 529 (1989).

141 לעניין זה, ראו "הצעת חוק ראיות חדש", הפרקליט לד (תשמ"א-תשמ"ב) 137; אליהו הרנון, "היש מקום למהפכה בדיני הראיות?", משפטים יב (תשמ"ב) 575, בעמ' 558; ר"ע

מאחורי מגמה זו הוא שקביעת ממצאים עובדתיים תחת יישום טכני של כללים פורמליים נוקשים יכולה להיחשב פעמים רבות למלאכותית וחוטאת לחקר האמת.¹⁴² לעיתים החסר שבחקירה הנגדית היא מהותי ולעיתים זניח. כשמדובר בעד שולי לתיק, החסר שבחקירה הנגדית היא זניח ולא ירד לשורשה של העדות, ולהפך. כשמדובר בעד מרכזי שעליו נשענת עיקרה של התשתית הראייתית, החסר שבחקירה הנגדית עשוי להיות מהותי יותר. עם זאת העובדה כי העד לא נחקר בחקירה נגדית תישקל על רקע מכלול הראיות בתיק, ובית המשפט ייתן את דעתו, בין היתר, גם למשמעות הפגם מבחינת האפשרות להעמיד את העדות במבחן האמינות ומבחינת היכולת להניח תשתית רחבה ומלאה של נתונים אשר בלעדיה עשויים להישלל מבית המשפט פרטים רלוונטיים חשובים.¹⁴³

בניתוח משקלה של עדות שנפגמה עקב היעדר חקירה נגדית ניתן משקל, ולעיתים מכריע, לסיבה שבעטייה לא נערכה לעד חקירה נגדית או לפחות לא חקירה נגדית מלאה. לעיתים אי-קיומה של חקירה נגדית נובע מהתנהגותו של העד, לעיתים חקירה אינה מתקיימת מסיבה אובייקטיבית שאינה תלויה בעד, ופעמים אחרות היא נעוצה בהתנהגותו של הצד היריב שנמנע במכוון מלחקור את העד בחקירה נגדית. אתיחס בדיון שלהלן למצבים האמורים ולהשלכות הראייתיות שיש למצבים אלה על משקלה של העדות.

1. הימנעות מחקירה נגדית של עד – רקע

כלל מושרש הוא כי כאשר בעל דין נמנע מחקירה נגדית של עד בלי להציג הסבר סביר להימנעותו זו, ההנחה היא כי הוא אינו חולק על דברי העד שנמסרו בחקירה הראשית, ועל בית המשפט להביא את הימנעותו של הצד מחקירה נגדית של העד בשיקולי אותה עדות.¹⁴⁴ כך הוא בהליך אזרחי וכך בהליך פלילי.¹⁴⁵ הגיונה של הנחה זו נעוץ בהכרה

423/83 מדינת ישראל נ' עיזבון המנוחה ורד סילוורמן ז"ל, פ"ד לז(4) 281, בעמ' 294–295 (1983); בג"ץ 6319/95 חכמי נ' שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו, פ"ד נא(3) 750, בעמ' 760 (1997) (להלן: עניין חכמי); ע"פ 804/95 גרינברג נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 200, בעמ' 206 (1995), וכן עניין טובול, שם.

142 גבריאל הלוי, תורת דיני הראיות (כרך א', תשע"ג) בעמ' 180–181 (להלן: הלוי, תורת דיני הראיות א'). Stein 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: Alex Stein, "The Refoundation of Evidence Law", 9 *Can. J. L. & Jurisprudence* (1996) 279, p. 281.

143 עניין קורולקר (לעיל, הערה 31) פסקה 13 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

144 עניין ידען (לעיל, הערה 27) פסקה 28 לפסק הדין; עניין גרבאן (לעיל, הערה 3) פסקה 4 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; ע"פ 5606/10 בונינד נ' מדינת ישראל, פסקה 27

בתרומתה הניכרת של החקירה הנגדית לבירור האמת ולהערכה נכונה של משקל העדות.¹⁴⁶ עם זאת הפסיקה הדגישה כי אף שלהימנעות מחקירה נגדית של עד יש משקל בהערכת עדותו, אין הדבר מחייב את בית המשפט לקבל את גרסת העד כגרסת אמת, ובכל מקרה נתון הדבר לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית,¹⁴⁷ כאשר הסיבה לאי-חקירה נגדית של העד היא אחד השיקולים שעל בית המשפט לשיקול בבואו להעריך את משקל העדות. קביעה זו נעוצה בכלל שלפיו הערכת מהימנותו של עד ומשקלה של עדותו נתונים לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית הגם שהיעדרה של חקירה נגדית עשוי להיות אחד משיקוליה בעניין זה.¹⁴⁸

2. אי-חקירה נגדית מסיבה טובייקטיבית

(א) אי-חקירה נגדית הנעוצה במעשה של העד עצמו

לעיתים נשללת מבעל הדין האפשרות לחקור את העד של הצד היריב בחקירה נגדית מסיבות הקשורות לעד עצמו או לבעל הדין שזימן אותו לעדות. כך למשל כאשר העד נחקר בחקירה ראשית אולם הוא מסרב להיחקר בחקירה נגדית, או כאשר העד או הצד שזימן אותו מבקש מבית המשפט לדחות את שמיעת עדותו של העד בחקירה נגדית למועד אחר, ובאותו מועד העד לא התייצב לעדות או שהוא חלה ולא ניתן אפוא להעידו או שהעד נפטר. במקרה כזה בית המשפט רשאי, על פי שיקול דעתו, להימנע ממתן משקל כלשהו לעדות בחקירה הראשית, כאילו לא ניתנה כלל.¹⁴⁹ תוצאה זו נראית בלתי

(פורסם בנבו, 19.12.2012) (להלן: עניין **בוניפד**). ראו גם הלוי, תורת דיני הראיות ב' (לעיל, הערה 7) בעמ' 290.

145 ראו יעקב קדמי, **על הראיות** (חלק רביעי, תשס"ט) בעמ' 1949.

146 עניין **ידען** (לעיל, הערה 27) פסקה 28 לפסק הדין; עניין **בוניפד** (לעיל, הערה 144) פסקה 27 לפסק הדין.

147 עניין **ידען**, שם, שם; עניין **בוניפד**, שם, שם. הלכה זו הוחלה גם בהליך אזרחי – ראו למשל: ע"א 320/56 **היועץ המשפטי לממשלה ורשות הפיתוח נ' שטלקר (לבית כץ)**, פ"ד יב 150, בעמ' 152 (1958). בעניין זה ציין בית המשפט כי "ערים אנו לכלל המקובל, שאפשר לייחס משקל לעובדה שצד במשפט אינו חוקר חקירת שתי-וערב עד אשר הובא על ידי יריבו, אולם כאשר הצד אשר נמנע מלחקור את העד כאמור, מביא עדים והוכחות אחרות – אין זה מחובתו של השופט להתעלם מהעדים וההוכחות האלה רק מפני שהצד הנ"ל לא השתמש בזכותו לחקור עד בחקירת שתי וערב". גישה זו מקובלת גם במשפט האנגלי. ראו: Phipson (לעיל, הערה 113) בעמ' 378.

148 עניין **בוניפד**, שם, שם.

149 ע"פ 102/62 **יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי**, פ"ד טז 1205, בעמ' 1207 לפסק הדין (1962) (להלן: עניין **יעקובוביץ**); עניין **אביטן** (לעיל, הערה 121) בעמ' 529–531; עניין **קורולקר** (לעיל, הערה 31) פסקה 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; זלצמן (לעיל, הערה 29) בעמ' 590.

נמנעת בשל העובדה שמי שמנע את החקירה הנגדית חייב לשאת בתוצאה שהעדות לא תתקבל.¹⁵⁰ אך טבעי הדבר שזו התוצאה המתבקשת כאשר בעל דין פועל במכוון כדי למנוע מבעל הדין שכנגד לבחון את מהימנותו של העד על דרך חקירה נגדית. כך למשל בעניין **אביטן** נדון מקרה שבו העיד עד בחקירה ראשית, אולם הוא סירב להיחקר על עדותו בחקירה נגדית.¹⁵¹ בעקבות זאת נשללה מהעד שכנגד האפשרות לבחון את מהימנות גרסתו של העד שנמסרה בחקירה ראשית. בית המשפט קבע כי יש למחוק את העדות שניתנה בחקירה הראשית. משמעות ההכרעה בעניין **אביטן** היא שמשקלה של העדות בחקירה הראשית הוא אפסי בשל מניעה יזומה של החקירה הנגדית בידי העד עצמו, אולם אין להבין מכך כי היא בלתי קבילה.¹⁵²

הואיל והדגש מושם על מניעת האפשרות לממש את תכליותיה של החקירה הנגדית, הרי כאשר בעל דין מיצה את עיקר נושא החקירה וכאשר מטרתה של החקירה הנגדית הושגה מבחינה מהותית עוד בשלב הראשון, עובר להתרחשות המניעה או ליצירת ההגבלה, בית המשפט רשאי לקבל את העדות כראיה.¹⁵³ ואילו כאשר נמנעה מלכתחילה חקירתו של העד או שהיא הופסקה בשלב ראשוני טרם מוצו עיקרי החקירה והושגה תכליתה, על בית המשפט לדחות את העדות שנמסרה בחקירה הראשית.¹⁵⁴ יוצא מכאן

150 עניין **יעקובוביץ**, שם, בעמ' 1207.

151 עניין **אביטן** (לעיל, הערה 121) בעמ' 530.

152 ראו גם את התייחסותה של השופטת פרוקצ'יה בעניין **קורולקר** (לעיל, הערה 31) פסקה 14 לפסק הדין. המשפט האמריקני מבחין בין שני מצבים: הראשון הוא שנאשם-שותף לעבירה מעיד בחקירה ראשית אך מסרב להשיב בחקירה הנגדית לשאלות בא כוחו של הנאשם-השותף האחר. הפסיקה קבעה כי במצב כזה אין לייחס כל משקל ראייתי לעדות שנמסרה בחקירה הראשית. המצב השני הוא של עד (שאינו נאשם בהליך או שותף לעבירה) המסרב להשיב לשאלות בחקירה הנגדית במלואן או בחלקן. יש שופטים ומלומדים הסבורים שגם במצב זה אין לתת כל משקל לעדות שנמסרה בחקירה הראשית. עם זאת יש הטוענים שההכרעה בדבר משקלה של העדות שנמסרה בחקירה הראשית צריכה להיות נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט. דבר זה נכון במיוחד אם הסירוב להשיב לשאלות בחקירה הנגדית נובע מן הזכות לאי-הפללה עצמית של העד. ראו שאול כהן, "הזכות לחקירה נגדית של עד על ידי צד להליך והשלכות מניעת זכות זו על תוצאות ההליך", **משפט מפתח** 2 (2014) 51, בעמ' 53-54 (להלן: כהן, "הזכות לחקירה נגדית של עד"); (Douglas v. Alabama 380 U.S. 415 (1965); Pointer v. Texas 380 U.S. 400 (1965); Kenneth S. Broun, McCormick on Evidence (6th ed. 2006) pp. 45-47.

153 עניין **יעקובוביץ** (לעיל, הערה 149) בעמ' 1207; עניין **סלטון** (לעיל, הערה 71) בעמ' 351-352 (1973); ע"פ 406/78 **בשירי, ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד (לד) 393, בעמ' 443-445 (1980); זלצמן (לעיל, הערה 29) בעמ' 589.

154 כך למשל בעניין **אביטן** (לעיל, הערה 121) סירב עד התביעה למסור עדות. לאחר שהעד הוכרו עד עוין (במהלך החקירה הראשית) הוא אישר את תוכן הודעתו שנמסרה בתחנת המשטרה. העד סירב להשיב לשאלות ששאל בא כוחו של הנאשם בחקירה הנגדית. אומנם הייתה לנאשם, מן הבחינה הפורמלית, הזכות לחקירה נגדית, אך מחמת סירובו של העד להשיב לשאלות הסנגור נותרה הזכות בגדר מושג ערטילאי בלבד, שכן מעשית נמנעה

שהשאלה שיש לשאול היא אם מניעתה או הגבלתה של אפשרות החקירה הנגדית של עד פגעה בתכליתה. אם בית המשפט יקבע כי הפסקת החקירה הנגדית או הגבלתה פגעה בזכות של בעל הדין למצות את החקירה הנגדית, אך בשלב שבו היא הופסקה היא השיגה את תכליתה בבירור אמינות העדות, הרי שטיב הפגיעה אינו מחייב את פסילתה, וייתכן שהדבר אף לא יביא לפגיעה במשקלה.

(ב) אי-חקירה נגדית הנועצה במעשה של בעל הדין היריב

במקרה זה העילה לאי-קיום החקירה הנגדית נובעת ממעשה או מחדל יזום בידי בעל הדין שכנגד, המבקש לסכל את החקירה הנגדית באמצעות הפחדת העד או איום עליו או פיתויו, ובכך לפגוע בערכה הראייתי של העדות שנתן. בעניין **אביטן** קבע בית המשפט העליון כי אם העד נחקר בחקירה ראשית אולם הוא מסרב להיחקר בחקירה נגדית, והעד שמטעמו ניתנה העדות במהלך החקירה הראשית יוכיח כי ידו של הצד שכנגד הייתה בהימנעות זו של העד מלהשיב לשאלות בחקירה הנגדית, אם בשל פיתויו, ואם בשל איומים וכיוצא באלה, עדותו בחקירה הראשית לא תיפסל.¹⁵⁵ התוצאה היא כי אותו בעל דין לא יישמע בטענה כי העדות הראשית של העד לוקה בחסר, כאשר הוא עצמו הביא לאי-ביצועה של חקירה נגדית.¹⁵⁶

נניח למשל כי עד תביעה מסר עדות בחקירה ראשית שבה הפליל את הנאשם בביצוע עבירה. לאחר מסירת העדות יצא בית המשפט להפסקה והדיון התחדש לאחריה. במהלך ההפסקה העביר הנאשם מסר מאיים לעד התביעה לבל יעיד בחקירה נגדית. לאחר חידוש הדיון סירב העד להשיב לשאלות שנשאל בחקירה הנגדית. במצב זה העדות שנמסרה בחקירה הראשית לא תיפסל. ישאל השואל איזו תועלת יפיק הנאשם מכך שעד התביעה, אשר הפליל אותו בחקירה הראשית, לא ייחקר בידי סנגורו של הנאשם בחקירה נגדית, שכן במסגרת החקירה הנגדית ניתנת להגנה הזדמנות להפריך את דברי העד או לקעקע את מהימנותו. לגישתי, התשובה נעוצה בכך שעדות שנמסרה בחקירה ראשית ולא עמדה במבחן של חקירה נגדית היא פסולה. לנאשם בדוגמה שלפנינו יש אינטרס שעדותו המפלילה של עד התביעה תיפסל, ועל כן הוא ינסה בדרכים שונות להניא את העד מלהיחקר בחקירה נגדית. בית המשפט קבע במצב זה בעניין **אביטן** כי עדותו של העד שנמסרה בחקירה הראשית לא תיפסל.

יכולת הפעלתה של הזכות בנוגע לדברים הכלולים בעדותו של העד. ראו זלצמן, שם, בעמ' 589.

155 עניין **אביטן**, שם, בעמ' 530–531.

156 עניין **קורולקר** (לעיל, הערה 31) פסקה 14 לפסק הדין.

3. אי-חקירה נגדית הנוצח בסיבה אובייקטיבית

לעיתים הימנעות מחקירה נגדית של עד נובעת מסיבה אובייקטיבית – "כוח עליון" – שלא באשמת איש, למשל: לאחר שהעד העיד בחקירה ראשית הוא נפטר או לקה במחלה קשה המונעת ממנו להעיד. במצב זה על בית המשפט להעריך את משקלה של העדות כפי שנמסרה לפניו ולשקול את ה"יש" שבה מול ה"אין" שבה ולהעריכה על רקע המסכת הראייתית הכוללת שהובאה לפניו לצורך הכרעה אם יש בה כמכלול די כדי להצביע על אחריות הנאשם בפלילים מעבר לספק סביר.¹⁵⁷ בהשתמשו בשיקול דעתו ישווה בית המשפט לנגד עיניו אם בעל דין נפגע מאי-יכולתו להשלים את החקירה הנגדית.¹⁵⁸ אף לגישתו של פרופ' אליהו הרנון ז"ל, בית המשפט רשאי לקבל את העדות כפי שהיא אם הוא סבור שהחסר בחקירה הנגדית לא גרם לפגיעה רצינית ביכולתו של הנאשם להתגונן, ובמיוחד כאשר מטרתה העיקרית של החקירה הנגדית הושגה אף שהיא לא הושלמה.¹⁵⁹ גישתו של המשפט הישראלי לעדות שלא עמדה במבחן של חקירה שכנגד מסיבה אובייקטיבית מקובלת גם בארצות הברית, באנגליה ובקנדה. כך למשל ככל שהדבר נוגע למשפט האמריקני, המלומד ויגמור מציין בספרו כי במצב של אי-חקירה נגדית מסיבה אובייקטיבית יש להותיר בידי השופט של הערכאה הדיונית את שיקול הדעת בנוגע למשקל העדות, בהתחשב במהות החסר של החקירה הנגדית. לעומת זאת כאשר המחדל לחקור חקירה נגדית נובע ממי שמופקד על החקירה הנגדית, לא ניתן לו פתחון פה להתנגד לעדות חרף היעדרה של חקירה נגדית.¹⁶⁰ במשפט האנגלי מותו של עד עובר

157 שם, פסקה 15 לפסק הדין. כמו כן ראו ע"פ 4977/92 ג'ברין נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 690, בעמ' 700 (1993); עניין יעקובוביץ (לעיל, הערה 149) בעמ' 1207 לפסק הדין; ע"פ 2314/07 חאלדי נ' מדינת ישראל, פסקה 9 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 26.1.2009); עניין דג'אני (לעיל, הערה 31) בעמ' 282. כמו כן ראו כהן, "הזכות לחקירה נגדית של עד" (לעיל, הערה 152).

158 עניין יעקובוביץ, שם, שם.
159 הרנון (לעיל, הערה 27) בעמ' 112–113. יש לציין גם שההליך האזרחי מאפשר להסתמך על עדות או על תצהיר שניתן אף אם לא ניתנה אפשרות ראויה לחקור את העד או את המצהיר. ראו תקנה 522(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984; ע"א 291/61 ציזס נ' ברשל, פ"ד ט"ו 2087 (1962); ע"א 642/87 הסתדרות אגודת ישראל נ' חב' חזקיהו, פ"ד מד(1) 686 (1990). לפי פסק דין אחרון זה, דינה של עדות ראשית בהליך אזרחי שנקטעה בחקירה נגדית בשל מות העד נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט אגב בחינת משקלה של העדות הראשית והתרשמות בית המשפט מן העד (שם, בעמ' 694); ראו גם: עניין קורולקר (לעיל, הערה 31) פסקה 17 לפסק הדין.

160 Wigmore Vol V (לעיל, הערה 31) בעמ' 134–136. לדבריו: "Where the death or illness prevents cross-examination under such circumstances that no responsibility of any sort can be attributed to either the witness or his party, it seems harsh measure to strike out all that has been obtained on the direct-examination. Principle requires in strictness nothing else. But the true solution would not be to avoid any inflexible rule, and to leave it to the trial judge to admit the direct-examination so far as the loss of

לחקירה הנגדית אינו פוסל את קבילות העדות שנמסרה בחקירה הראשית, אולם הדבר עשוי להשפיע על משקלה.¹⁶¹ עמדה דומה קיימת גם בקנדה.¹⁶² סקירה קצרה זו מלמדת

שם. כמו כן ראו: McCormick (לעיל, הערה 32) בעמ' 157–158; עניין קורולקר, שם, פסקה 18 לפסק הדין.

161 Phipson (לעיל, הערה 113) בעמ' 373–374: "When a witness dies or falls ill before cross-examination, his evidence-in-chief remains admissible though its weight may be slight. However, in criminal cases the judge should consider whether to adjourn the trial or to discharge the jury, but has a discretion to continue with the trial, giving an appropriate warning to the jury, the overriding question being whether a fair trial is still possible". ראו גם: R v. Doolin (1822) 1 Jebb C.C. 123 (Ir.); R v. Baines [1987] Crim. L.R. 508 CA; R v. Lawless & Basford (1994) 98 Cr. App. R. 352; R v. Stretton & McCallion (1988) 86 Cr. App. R. 7. בעניין Stretton המתלוננת נחקרה בחקירה נגדית במשך שלוש שעות וחצי. בשל החמרה במצבה הבריאותי היא לא הייתה מסוגלת להמשיך להעיד. הנאשם עתר להורות על זיכויו בשל הפגיעה בזכותו לחקירה נגדית. השופט בערכאה הדיונית לא נעתר לבקשה והנחה את חבר המושבעים להתחשב בחסר בחקירה הנגדית בעת שיכריעו אם לבסס ממצא כלשהו על עדות המתלוננת. בסופו של דבר הנאשם הורשע והוא ערער על הרשעתו לפני בית המשפט לערעורים באנגליה. בית המשפט לערעורים קבע כי שיקול הדעת שהופעל היה נכון בהתחשב בחקירה הנגדית החלקית שלה זכה הנאשם. ראו עניין קלנר (לעיל, הערה 25) פסקה 24 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

162 Yu (Alta. C.A.) Yu (2002) A.J. No. 1552, אשר נידון בבית המשפט לערעורים של מחוז אלברטה, העידה המתלוננת במסגרת עדות מוקדמת בשל היותה חולה. היא שיתפה פעולה באופן מלא, אולם לאחר שהשיבה על 271 שאלות בחקירתה הנגדית, היא חשה תשושה, ובית המשפט דחה את המשך העדות לעשרה ימים לאחר מכן. במהלך זמן זה נפטרה המתלוננת. הערכאה הדיונית הרשיעה את הנאשם לאחר שקבעה כי חקירתה הנגדית של המתלוננת השיגה את תכליתה לאחר שהיא נחקרה ממושכות על היסודות ההכרחיים לשם הרשעת הנאשם. ערכאת הערעור אישרה את פסק הדין וביססה את יתדותיה בהלכה הקיימת שלפיה אי-אפשרות לחקור עד תביעה בחקירה נגדית אינה הופכת את עדותו שנמסרה בחקירה ראשית לבלתי קבילה. בית המשפט קבע כי מקום שבו האפקטיביות של החקירה הנגדית הוגבלה אך לא בוטלה לחלוטין, ניתן להסתפק בראיות לסתירת גרסאות העד העולות ממקורות אחרים. כמו כן הבהיר בית המשפט כי הזכות לחקירה נגדית אינה זכות מוחלטת והיא עשויה להיות מוגבלת מטעמים ענייניים שונים. בית המשפט קבע בפסקה 7 לפסק הדין כי "There is no generic bar to every unfulfilled cross-examination whatever the cause. Obviously, any encroachment upon a full and finished cross-examination advanced by the use of improper questions can be stopped. Cross examination cannot encroach on defined areas of privilege. Prolonged and aimless cross-examinations can be stopped and, in this era, cross-examinations that are offensive to race, gender, and other Charter criteria will not be permitted. The right to cross-examination is not always absolute nor limitless as urged by Mr. Bloos". ראו עניין קלנר (לעיל, הערה 25) פסקה 25 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

כי עמדת המשפט הישראלי בסוגיית נפקות קטיעתה או שלילתה של חקירה נגדית מסיבות אובייקטיביות מקובלת גם בשיטות משפט אחרות בעולם. לסיכום, אי-חקירה נגדית של עד היא שיקול שעל בית המשפט לשקול בבואו להעריך את משקלה של העדות, ועליו לתת את דעתו הן לסיבה ששללה מהצד שכנגד את האפשרות לחקור את העד בחקירה נגדית והן לשאלה אם הימנעות זו פגעה בתכליותיה של החקירה הנגדית ואם היא פגעה ביכולתו של הנאשם להתגונן. מכל מקום, אי-חקירה נגדית של עד אינה פוסלת את העדות שנמסרה בחקירה ראשית, והיא נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט לפי נסיבותיו הספציפיות של אותו מקרה. הפרק הבא יוקדש לדיון בהימנעות מחקירה נגדית של נאשמים. הואיל והמאמר מבחין בין חקירה נגדית של עד לחקירה נגדית של נאשם (שכן חקירה נגדית של נאשם היא מקרה פרטי של הדין החל על חקירתו של עד), בפרק הבא תידונה ההשלכות הראייתיות שיש לייחס לאי-חקירה נגדית של נאשם.

ה. הימנעות מחקירה נגדית של נאשמים

חקירה נגדית של נאשמים נתונה לשיקול דעתה של התביעה כפי שעולה מהנחיות פרקליט המדינה.¹⁶³ בהנחיות אלו מצוין כי ככלל, על התביעה להשתמש בכלי החקירה הנגדית ולחקור את הנאשם על כל הסוגיות השנויות במחלוקת. עם זאת אם התובע אינו מעוניין להרחיב בחקירה הנגדית בכל פרטי העדות שנמסרה בחקירה הראשית, משום שנראה בעליל כי לא תצמח מכך כל תועלת, כי אז חייב התובע להסביר לבית המשפט מפורשות שאינו רואה תועלת בקיום חקירה שכנגד על כל הנושאים שעלו בחקירה הראשית ולנמק עמדה זו.¹⁶⁴

הפסיקה קבעה כי יש להשקיע בחקירה הנגדית את מרב הכוחות – הן מבחינת הכרת החומר והן מבחינת יצירתיות – שכן מטרתה הטבעית היא לנסות ולשכנע את בית המשפט מדוע אין להאמין לנאשם.¹⁶⁵ בדיון שלהלן אסקור את מגמת הפסיקה הנוגעת להימנעות התביעה מחקירה נגדית של נאשם.

1. מגמת הפסיקה עד לעניין גדבאן

163 ראו "תוצאות הימנעות התביעה מעריכת חקירה נגדית לנאשם", הנחיות פרקליט המדינה, 7.3 (2003).

164 ש.ם.

165 עניין גדבאן (לעיל, הערה 3) פסקה 5 לפסק דינו של השופט הנדל. השופט הנדל ציין כי סיכומי התביעה הם בגדר הסבר לתוצאות החקירה הנגדית ולכירור הראייתי, אך אינם באים להחליפם. ש.ם, ש.ם.

ההלכה הראשונה נפסקה בשנת 1962, בעניין **יצחק**.¹⁶⁶ בעניין זה דן השופט אגרנט במקרה שבו נאשם לא נחקר חקירה נגדית על גרסתו. לסוגיה שהייתה שנויה במחלוקת באותו משפט הוצגו שתי עדויות סותרות: האחת של עדת תביעה שנחקרה בידי בעלי הדין, ואילו האחרת של הנאשם, אשר לא נחקר על גרסתו בחקירה נגדית ואף לא נרמז לו על כוונת התביעה לשלול את גרסתו. בנסיבות אלה קבע השופט אגרנט כי בית המשפט מחויב להביא בחשבון את התנהגות התביעה ולקבוע שעל אף נטייתו להאמין לעדת התביעה על הנאשם ליהנות מן הספק.¹⁶⁷ לשיטתו של השופט אגרנט, להימנעות התביעה מחקירה נגדית של הנאשם יש לתת את המשקל המתאים. במקרה זה ייחס השופט אגרנט משקל גדול לגרסתו של הנאשם בחקירה הראשית, בשל הנסיבות הספציפיות של אותו מקרה.¹⁶⁸ חובתה של התביעה לנהוג בהגינות כלפי הנאשם בדרך שלא תגרום לו עיוות דין. עיוות דין עלול להיגרם כאשר בית המשפט מתבקש להרשיע נאשם על סמך עדות יחידה.¹⁶⁹ כשהנאשם לא נחקר על גרסתו בחקירה נגדית והתביעה אף לא רמזה לו על כוונתה לשלול את גרסתו. החשש במקרה זה הוא ממשגה משפטית שיביא לעיוות דין כלפי הנאשם, וכדי להימנע מכך ייחס השופט אגרנט משקל יתר לגרסת הנאשם. מכאן שהנפקות של אי-חקירה נגדית, חרף חשיבותה הרבה, היא עניין הנוגע למשקלן של הראיות ולא לעצם קבילותן.

פרופ' הרנון מתח ביקורת במאמר שפורסם בשנת 1962 על פסק דינו של השופט אגרנט בעניין **יצחק** ועל היחס המיוחד כלפי הנאשם כעד.¹⁷⁰ לגישתו, אם צריך להיות הברדל בין עד רגיל לנאשם, הרי שהוא צריך להיות לחומרה ולא לקולה. כלומר, מאי-חקירת הנאשם יש להסיק מסקנות מעטות מאלה שבאי-חקירת עד רגיל.¹⁷¹ פרופ' הרנון תמך את עמדתו בכמה טעמים והסביר כי אין מחויב המציאות שרק בעל המצפון הנקי יעיד להגנתו ואז ייזוק אם לא ייחקר נגדית. גם הנאשם ה"אשם" לא יהסס להעיד נוכח המשמעות הראייתית שניתן לייחס לשתיקתו. נאשם "אשם" ייהנה מגישתו של השופט אגרנט (בעניין **יצחק**) כשם שיהנה ממנה ה"חף". הסיכוי שנאשם ייטה להעיד עדות שקר גדול מהסיכוי שעד רגיל יעשה כך מפני שנאשם כבר מצוי בתוככי ההליך הפלילי, ואילו עד רגיל יחשוש לסבך עצמו; חקירתו הנגדית של הנאשם מוגבלת בהיקפה ביחס לחקירתו הנגדית של עד; הנאשם יודע היטב לפני עלותו לדוכן העדים את כל פרשת התביעה על מכלול ראיותיה וביכולתו להתייחס אליה. לפיכך גרס פרופ' הרנון כי הימנעות מלחקור נאשם על גרסתו צריכה להיות לכל היותר אחד השיקולים בשלב

166 עניין **יצחק** (לעיל, הערה 53).

167 שם, בעמ' 532.

168 שם, בעמ' 532–533.

169 שם, שם.

170 הרנון, "הימנעות מחקירה נגדית של נאשם" (לעיל, הערה 1) בעמ' 298.

171 שם, שם.

הערכת העדויות.¹⁷² אם בית המשפט משתכנע כי עדות התביעה מהימנה, יהיה נכון שלא יהסס להרשיע על פיה למרות ההימנעות מלחקור את הנאשם, בזוכרו כי ככלות הכול תפקידו העיקרי של בית המשפט – גם על בסיס השיטה האדוורסרית – הוא להוציא אמת לאור.¹⁷³

בעניין **אמתי**, אשר נידון בשנת 1974, סייג בית המשפט העליון את הלכת יצחק.¹⁷⁴ נאשמת שלא נחקרה בחקירה נגדית בידי התביעה הורשעה בדין, ובערעור לבית המשפט העליון טען סנגורה כי מאלר שלא נחקרה בידי התביעה, היה בית המשפט מחויב לזכותה על סמך גרסתה שהוכיחה את חפותה מכל אשמה. בטענה זו הסתמך הסנגור על הלכת יצחק, שבה הוחלט לזכות את הנאשם מחמת הספק, כאשר לפני בית המשפט הייתה עדות אחת של התביעה שהיה מוכן להאמין לה ועדותו הנגדית של הנאשם אשר לא נחקר עליה. בית המשפט העליון קבע כי אין מקום לנהוג באותה דרך במקרה זה, וכי בית משפט אינו מחויב לזכות את הנאשם, שכן הכול תלוי במכלול הראיות שבאו לפניו.¹⁷⁵ בית המשפט ערך הבחנה בין המקרה שנדון בעניין **יצחק** למקרה זה: בעניין **יצחק** הייתה עדות אחת מול רעותה, אלא שבשל אי־חקירתו של הנאשם בידי התביעה ניקר הספק במוחו של השופט והביאו לזכותו, ואילו בעניין **אמתי** לא הייתה עדות תביעה יחידה מול עדות הנאשם כי אם עדויות רבות ושונות, מהן ישירות ומהן נסיבתיות, הנוגדות את גרסת הנאשמת, ואף גרסתה לא הייתה עקיבה וחד־משמעית. מעניין **אמתי** עולה כי כאשר התביעה נמנעת מלחקור את הנאשם, מביאה עדים והוכחות אחרות לאשמתו, אין חובתו של השופט להתעלם מהעדים ומההוכחות האלה רק מפני שהיא לא השתמשה בזכותה לחקור את הנאשם בחקירה נגדית. במילים אחרות, כאשר על כף המאזניים האחת מונחת גרסת הנאשם, שלא עמדה במבחן חקירה שכנגד, ועל הכף השנייה מונחת ראיות מפלילות השוללות את גרסת הנאשם ומסירות כל ספק באשר לחפותו, הרי שבית המשפט רשאי להרשיע את הנאשם חרף הימנעות התביעה מחקירת הנאשם.

בעניין **אפללו**,¹⁷⁶ אשר נידון בשנת 1980, המשיך השופט ברק בקו החשיבה של השופט אגרנט בעניין **יצחק** ושל השופט ברנזון בעניין **אמתי**. בעניין זה נמנעה התביעה מחקירה נגדית של אחד הנאשמים שהואשם בעבירות סמים, מפני שבאותו המועד נערכה שביתת פרקליטים בשירות המדינה. משהסתיימה השביתה ביקש בא כוח התביעה מבית המשפט שיאפשר לו לחקור את הנאשם, אולם בית המשפט סירב לעשות כן. הנאשם הורשע וסנגורו ערער לבית המשפט העליון בטענה כי בית המשפט המחוזי היה צריך לקבל את עדותו של אותו נאשם כאמת במלואה, שכן הוא לא נחקר כלל חקירה שכנגד

172 שם, בעמ' 299.

173 שם, שם.

174 ע"פ 368/73 **אמתי נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(1) 449 (1974) (להלן: עניין **אמתי**).175 שם, בעמ' 450, מפנה לקביעתו של השופט אגרנט בעניין **יצחק** (לעיל, הערה 53) בעמ' 152 לפסק הדין.176 ע"פ 639/79 **אפללו נ' מדינת ישראל**, לד (3) 561 (1980) (להלן: עניין **אפללו**).

על עדותו. השופט ברק דחה את טענת הסנגור בקובעו כי אין עומדת לנאשם הזכות להיחקר על עדותו חקירה שכנגד, ואין מוטלת על התביעה החובה שה"סנקצייה" על הפרתה היא קבלת העדות כאמת.¹⁷⁷ השופט ברק ציין כי עריכתה של חקירה נגדית היא עניין הנתון לשיקול דעתה של התביעה, והמסקנות שיש להסיק מהיעדרה של חקירה נגדית הן עניין הנתון לשיקול דעתו של בית המשפט.¹⁷⁸ מחויבותו של בית המשפט היא לברור האמת כפי שהיא עולה מחומר הראיות שהובאו לפניו, ואין לקבל את הגישה כי ראייה מסוימת היא אמת רק מפני שהנאשם לא העיד עליה בחקירה נגדית. האמת תתברר משקלול אינטגרטיבי של כלל הראיות בתיק. עם זאת הימנעות מחקירה נגדית עשויה לבוא בחשבון, במסגרת מכלול הנסיבות, שעה שבית המשפט יבוא להעריך את הראיות ולשקול את משקלן.¹⁷⁹ לעיתים יהיה מקום לתת לעובדה זו משקל ניכר (השופט ברק הפנה לעניין יצחק) ולעיתים לא יהא מקום לתת לעובדה זו כל משקל (כמו במקרה הנוכחי), שכן הכול תלוי בנסיבות העניין, כלומר במסקנה ההגיונית שיש להסיק מהימנעות התביעה מלחקור את הנאשם.¹⁸⁰

בעניין יצחק נסיבותיו הקונקרטיות של אותו מקרה הביאו את בית המשפט לייחס משקל גדול לגרסת הנאשם (ועקב כך לזכותו), ואילו נסיבותיו של עניין אפללו הביאו את בית המשפט לא לייחס כל משקל לעובדה כי הנאשם לא נחקר בידי התביעה. השופט ברק לא ראה בהימנעות מחקירה נגדית פגיעה בזכות קנויה של הנאשם, לרבות הזכות להליך הוגן. על פי גישתו, עיקר הכובד מושם על המשמעות הראייתית לכך שהנאשם לא נחקר בחקירה הנגדית ועל שיקול הדעת המסור לבית המשפט בקביעת מסקנותיו. ניתן להיווכח כי השופט ברק הפנה בהסכמה לפסק דינו של השופט אגרנט בעניין יצחק, ולמעשה ביקש להדגיש בדבריו – את מה שעולה גם מעניין יצחק עצמו – שחקירה נגדית של נאשם אינה בגדר חובה, שה"סנקצייה" על הפרתה היא קבלת העדות כאמת.¹⁸¹ בעניין אלפאר,¹⁸² אשר נידון בשנת 1991, נדרש בית המשפט העליון להתייחס לסוגיה זו פעם נוספת, לאחר שהנאשמים לא נחקרו בידי התביעה בחקירה נגדית, ובית

177 שם, בעמ' 566.

178 שם, שם.

179 שם, שם.

180 שם, שם. בית המשפט ציין כי באותו מקרה נמנעה התביעה מלחקור את גולדשטיין בשל שביתת פרקליטים בשירות המדינה. עם גמר השביתה ביקש נציג התביעה את רשותו של בית המשפט להזמין בשנית את גולדשטיין ולחקור חקירה שכנגד. בית המשפט סירב לבקשה. בא כוח המדינה ציין כי אין לפרש את היעדרה של החקירה הנגדית כהסכמה מצידו לדברי העדות שנמסרו. השופט ברק קבע כי בנסיבות אלה כי ברור על פי כל מבחני השכל הישר כי בהערכת עדותו של גולדשטיין אין לייחס כל משקל לעובדה כי גולדשטיין לא נחקר חקירה שכנגד.

181 שם, בעמ' 566; ראו גם: עניין גרבאן (לעיל, הערה 3) פסקה 11 לפסק דינה של השופטת ברק ארז.

182 ע"פ 2603/90 אלפאר נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(3) 799 (1991) (להלן: עניין אלפאר).

משפט השלום הרשיעם חרף זאת. השופט מלץ המשיך בקו החשיבה שהניחו קודמיו, והצטרף אליהם. הימנעות התביעה מלחקור את הנאשם בחקירה נגדית על גרסתו, קבע השופט מלץ, אינה יוצרת חזקה שלפיה דבריו מהימנים ונכונים, ואין בהכרח להעדיף עדות נאשם שעליה לא נחקר בחקירה נגדית על עדות אחרת שהשופט מתרשם שהיא מהימנה.¹⁸³ "אין להעלות על הדעת, שמסקנת השופט לגבי האמינות והמהימנות של נאשם תיגזר באופן בלעדי מהשאלה, אם נחקר חקירה נגדית על גרסתו או לא [...] שאלת המשקל אותו יש לייחס להימנעות מלחקור חקירה נגדית את הנאשם תיקבע על ידי השופט, הרואה ושוקל את מכלול הראיות בתיק לאור הנסיבות הספציפיות של הדיון שהתנהל לפניו".¹⁸⁴ השופט מלץ חידד את ההלכה וקבע כי במקרים שבהם יתרשם השופט כי הגנתו של הנאשם נפגעה מכך שלא נחקר חקירה נגדית, יוכל לייחס לכך משקל רב, ואילו במקרים שבהם הנאשם לא נחקר חקירה נגדית בשל תקלה, בשל מצב המונע קיום חקירה שכנגד או אף בשל היעדר תועלת בחקירה שכנגד (כמו במקרה שלהלן), כאשר ה"תועלת" היחידה שתוכל לצמוח ממנה תהא בזכו זמנו של בית המשפט, לא ייחס לכך השופט כל משקל.¹⁸⁵ שאלת המשקל שיש לייחס להימנעות מלחקור חקירה נגדית את הנאשם תיקבע בידי השופט, הרואה ושוקל את מכלול הראיות בתיק לפי הנסיבות הקונקרטיות של הדיון שהתנהל לפניו.¹⁸⁶

2. עניין גדבאן

בעניין גדבאן, אשר ניתן בשנת 2017, נתגלעה מחלוקת בין שופטי בית המשפט העליון באשר למעמדה של חקירה נגדית של נאשם בידי התביעה ובאשר לנפקות הראייתית שיש לייחס לה. זהו פסק הדין הראשון שבו ניתן להבחין בתוויה מקו החשיבה שהניח השופט אגרנט בעניין יצחק בשנות השישים של המאה הקודמת. זו גם הפעם הראשונה שבה נבחנה סוגיה זו באספקלריה חוקתית, ומכאן חשיבותו של פסק דין זה והצורך לדון בו

183 שם, פסקה 12 לפסק הדין.

184 שם, שם.

185 שם, שם.

186 שם, שם. במקרה האמור קבע בית המשפט העליון כי היו עדויות חד־משמעיות של אנשי המשטרה שבית משפט קמא האמין להן, ועדות המערערים שאותה דחה כשקרית. בית משפט קמא היה ער לכך שהמערערים לא נחקרו חקירה נגדית לפניו, אך בשל אמונו בעדויות המשטרה ובשל העובדה שגרסת המערערים נראתה בעיניו על פני הדברים שקרית לחלוטין, שוב לא היה, בהכרח, טעם לקיומה של חקירה כזאת, ועל כן במקרה זה אין לראות בהיעדר קיומה כמצביעה על פגיעה כלשהי במערערים. עם זאת השופט מלץ כתב בפסק הדין כי "נראה לי כי ייטיבו התביעה המשטרית והפרקליטות לעשות, אם יקפידו להיעזר בכלי החקירה הנגדית, עליו כבר נאמר, כי הוא: 'המכשיר היעיל ביותר שהומצא עד היום והמשמש בידי בעל דין לשם גילוי האמת במשפט'... אלא אם כן יסבו את תשומת לבו של בית המשפט, כי אין הם רואים תועלת בחקירה שכנגד, וינמקו דעתם לכך, כדי שיהא ברור גם לבית המשפט, מהו הטעם להיעדר החקירה". שם, פסקה 14 לפסק הדין.

בהרחבה. בעניין זה נדרש בית המשפט לדון בשלוש שאלות עיקריות: האחת היא אם חקירה נגדית של נאשם היא פררוגטיבה המצויה בידי התביעה והיא נתונה לשיקול דעתה, או שמא מדובר בחובה המוטלת עליה מכוח זכותו של הנאשם להליך הוגן. במילים אחרות, אם זכותו של הנאשם להליך הוגן מקימה על התביעה חובה לחקור אותו בחקירה נגדית. אם נטען כי חקירה נגדית היא חלק מזכות הנאשם להליך הוגן, השאלה העולה היא אם אי-חקירה נגדית של נאשם היא פגיעה בזכות יסוד חוקתית. אם נשיב על שאלה זו בחיוב, מתעוררת שאלה נוספת הנוגעת לסעד שהנאשם זכאי לו במקרה שבו נפגעה זכותו להליך הוגן בשל אי-חקירתו בידי התביעה.

המעצער, ועימו אדם אחר, הגיעו למשרדו של המתלונן, עורך דין במקצועו, כשהם רעולי פנים, וארבו למתלונן בבניין המשרד, כשהם מצוידים בגז מדמיע ובסכין. מייד בהגיע המתלונן למשרדו תקפו אותו השניים, התיזו עליו גז מדמיע ואיימו עליו כשהם משתמשים בסכין. בהמשך לכך קשרו השניים את המתלונן, גנבו ממנו כסף ורכוש ונמלטו מהמקום. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירת שוד. הנאשם העיד במשפטו ונחקר בידי הצדדים. התביעה חקרה את הנאשם בחקירה נגדית בעניין רכיב האלימות שבעבירת השוד אולם היא לא חקרה אותו בעניין רכיב הגנבה. בית המשפט המחוזי הרשיע את הנאשם בעבירה לאחר שהיעדר התייחסות התובע ליסוד הגנבה לא נסתר מעיניו. בית המשפט המחוזי עמד על הכלל שלפיו כאשר בעל דין נמנע מחקירה נגדית של עד (הנאשם במקרה זה) ללא הסבר המניח את הדעת, ההנחה היא שהוא מסכים עם דברי העד. עם זאת ההכרעה בסופו של דבר היא לפי מכלול הראיות ולא רק לפי משקלה של שאלה זו או אחרת שהייתה צריכה להישאל בנוסח זה או אחר.¹⁸⁷ הנאשם הגיש ערעור על הרשעתו לבית המשפט העליון.

הנאשם טען בערעור כי הואיל והתביעה לא חקרה אותו בחקירה נגדית בעניין רכיב הגנבה בעבירת השוד אלא רק בעניין רכיב האלימות, לא היה אפשר להרשיעו בעבירה זו. המדינה לא הכחישה את העובדה שהנאשם לא נחקר בידי התובע בחקירה נגדית על השוד. עם זאת, לטענתה, אין בעובדה זו כדי להכריע באופן גורף כי העבירה לא בוצעה. התביעה טענה כי הנאשם הכחיש את עבירת השוד ככלל, ולכן הוא לא נחקר בפרוטרוט על אודותיה. עוד הודגש כי בית המשפט המחוזי קבע שעדותו של המתלונן של האמינה,

187 ת"פ 41365-08-14 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 15 לחוות דעתו של השופט אליקים (פורסם בנבו, 4.8.2014): "הכלל הוא כי כאשר בעל דין נמנע מחקירה נגדית של עד (הנאשם במקרה זה), ללא הסבר מניח את הדעת, ההנחה היא שהוא מסכים לדברי העד. אולם למרות החשיבות של החקירה הנגדית כמבחן לביטחון האמת, ההכרעה בסופו של יום היא בהתאם למכלול הראיות ולא רק על סמך משקלה של שאלה זו או אחרת שהייתה צריכה להישאל בנוסח זה או אחר. במקרה זה אופן החקירה הנגדית, לא פגע בזכותו של הנאשם להליך הוגן משום שניתנה לו הזדמנות להבהיר עמדתו אשר לביצוע השוד כמו גם ביחס ליתר העבירות, והוא גם התייחס בחקירתו הנגדית לשאלת השוד, ראו צייטוט דבריו לעיל, משכפר הנאשם בגניבה ובהפעלת האלימות כמתואר בכתב האישום, איני סבור כי נפל פגם בדרך בה נשאלו השאלות בחקירתו הנגדית של הנאשם."

ולשיטת המדינה, די בה כדי לבסס את הרשעתו. הסוגיה שניצבה לפתחו של בית המשפט העליון היא משמעות היעדר חקירה נגדית של הנאשם באשר למעשה הגנבה בעבירת השוד. כיצד על בית המשפט להתייחס לכך ומהי התוצאה המשפטית במקרה זה?

השופט הנדל מצא לנכון להעלות על נס קיומה של חקירה נגדית של נאשם כחלק מדרישות ההליך ההוגן. לגישתו, חקירה נגדית אינה נובעת רק מההכרה בעוצמתה כמכשיר יעיל וחשוב לגילוי האמת אלא גם כחלק מזכות הנאשם להליך הוגן. חשיפת האמת אינה המטרה היחידה של ההליך המשפטי, אלא יש שהמשפט עומד גם על צדק. ההגינות, לדבריו, אינה מחוץ למגרש. יש מקרים שבהם הדין קובע כי האמת (או למצער בירורה) תפנה את מקום מושבה המיוחד לטובת הצדק.¹⁸⁸ שיטה משפטית צריכה לנוע לקראת הכרעת דין מרשיעה במקרה המתאים. ברם לצד זאת יש להרשיע רק אם אשמתו של הנאשם הוכחה מעבר לכל ספק סביר. כלל הספק הסביר ניצב בליבת הדין הפלילי המהותי, וזה קשור באופן טבעי למשפט החוקתי – לכבוד האדם וחירותו.¹⁸⁹ בחינת קשר זה שזורה בזכות של הנאשם להליך פלילי הוגן, וכי היעדר תשומת לב לחיבור שבין המשפט הפלילי לחוקתי עלול להביא לכך שאי-הקפדה על כלל דיוני מסוים – ובענייננו חסר בחקירה הנגדית של הנאשם – לא תזכה למשקל הראוי.¹⁹⁰

לגישתו של השופט הנדל, הפסיקה שנדונה עד כה בסוגיית היעדר חקירה נגדית, בעניין **יצחק, אפללו ואלפאר**, ניתנה טרם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו העצים את זכויות הנאשם במשפט הפלילי וביצר את זכותו של הנאשם למשפט הוגן,¹⁹¹ מכוח סעיף 5 לחוק, שבו עוגנה זכותו של אדם לחירות, וכן מכוח ההכרה החוקתית בכבוד האדם, שזכותו של נאשם למשפט הוגן היא חלק ממנו.¹⁹² להשקפתו, זכות הנאשם להליך הוגן במשפט הפלילי נשענת הן על זכותו החוקתית לחירות והן על זכותו לכבוד.¹⁹³ כמתואר, הזכות להליך פלילי הוגן נטועה

188 עניין **גרבאן** (לעיל, הערה 3) פסקה 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

189 שם, פסקה 7 לפסק דינו של השופט הנדל.

190 שם, שם.

191 שם, פסקאות 7–8 לפסק דינו של השופט הנדל.

192 שם, פסקה 9 לפסק דינו של השופט הנדל. הנדל מפנה בעניין זה, בין היתר, למאמרו של ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית" (לעיל, בהערה 76) בעמ' 281 וכן לע"פ 1741/99 **יוסף נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(4) 750, בעמ' 767 (1999), ולע"פ 9956/05 **שי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(2) 742, בעמ' 780 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2009), שלפיהם "ההליך ההוגן הוא יסוד מוסד במדינת חוק, והוא מצוי לטעמי במעמד חוקתי נוכח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדעתי אדם שזכויותיו להליך הוגן נפגעו – נפגע כבודו כאדם".

193 עניין **גרבאן** (לעיל, הערה 3) פסקה 9 לפסק דינו של השופט הנדל. הנדל מפנה, בין היתר, לדבריו בע"פ 5956/08 **אל עוקה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 23.11.2011), ולפיהם: "כלל נקוט הוא מלפנינו כי זכותו של הנאשם להליך הוגן הינה זכות יסוד חוקתית הנובעת מזכותו לחירות ולכבוד", שם, בפסקה 10 לפסק הדין. כמו כן הוא מפנה גם לעמדת השופטת דורנר במ"ח 3032/99 **ברנס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 354, בעמ' 375 (2002), ולפיהם: "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו [...] הקנה מעמד של זכות-יסוד חוקתית לזכותו

בשיח החוקתי ומעמדה הורם בשל חיקוק חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁹⁴ הברדיקה אם הפגיעה בזכות להליך פלילי הוגן עולה כדי פגיעה בכבוד האדם וחירותו היא כפולה: ראשית יש לבדוק מה היא הזכות הדיונית שנפגעה, ושנית באיזו מידה הזכות נפגעה.¹⁹⁵ ההנחה היא שתיתכן פגיעה דיונית שאינה מגיעה כדי פגיעה בזכות להליך הוגן, שכן לא כל פגיעה דיונית מעוררת היבטים חוקתיים ולא כל הפגיעות בזכות להליך פלילי הוגן עומדות באותו מקום בשורה. כך למשל הפגיעות בזכות ההיוועצות עם עורך דין ובהגנה על זכות השתיקה ניצבות בתחילת השורה.¹⁹⁶ ככל שהפגיעה בזכות להליך הוגן עומדת יותר בקדמת השורה – דהיינו נוגעת יותר לכבוד האדם וחירותו – כך יוענק לה משקל רב יותר.¹⁹⁷ ברם קביעה כי מדובר בפגיעה חוקתית משנה את התייחסותו של בית המשפט אליה. לגישתו, היעדר חקירה נגדית של נאשם שבחר להעיד פוגע בזכותו למשפט פלילי הוגן, הן מנקודת מבטו, הן מנקודת מבטה של התביעה והן מנקודת מבטו של בית המשפט.¹⁹⁸

מנקודת מבטו של הנאשם שבחר להעיד יש להכיר בחיוניותה ובמרכזיותה של החקירה הנגדית מבחינתו של נאשם שבחר להעיד, ולאפשר לו להשתמש בכלי זה כדי להוכיח את חפותו או לעורר ספק סביר.¹⁹⁹ מנקודת מבטה של התביעה אשר חובת ההגיונות מוטלת עליה, והמבקשת את הרשעתו, מוטלת עליה חובה עקרונית לערוך חקירה נגדית יסודית לנאשם.²⁰⁰ "אין זה מן ההגיונות כי אי־חקירה נגדית תדור בכפיפה אחת עם בקשתה להרשיע".²⁰¹ מנקודת מבטו של בית המשפט, בית המשפט אינו יכול להניח אפריורית כי לא יתעורר ספק בלי שנשמעה עדות הנאשם במלואה, לרבות – ואף בעיקר – חקירתו הנגדית.²⁰² "אין זה ראוי כי בית המשפט יעשה הערכה של הראיות בכלל ושל עדות הנאשם בפרט מבלי שהתקיימה חקירה נגדית".²⁰³ השופט הנדל סיכם את דבריו, בכותבו:

של אדם להליך פלילי הוגן. זאת, בעיקר, מכוח סעיף 5 לחוק־היסוד, הקובע זכות לחירות, ומכוח סעיפים 2 ו-4 לחוק־היסוד, הקובעים זכות לכבוד האדם". ראו גם עמדת השופטת ריבלין בבש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (2010), וכן את ההפניות שם.

- 194 עניין גרדבאן, שם, פסקה 10 לפסק דינו של השופט הנדל.
 195 שם, פסקה 12 לפסק דינו של השופט הנדל.
 196 שם, שם.
 197 שם, שם.
 198 שם, פסקה 16 לפסק דינו של השופט הנדל.
 199 שם, שם.
 200 שם, פסקה 17 לפסק דינו של השופט הנדל.
 201 שם, שם.
 202 שם, פסקה 19 לפסק דינו של השופט הנדל.
 203 שם, שם.

לסיכום, הרובד העקרוני בהיעדר חקירה נגדית של הנאשם נשען על שלושה יסודות: זכות הנאשם להשמיע את קולו באופן מלא ואפקטיבי, תוך ויתור על זכות השתיקה; חובת ההגינות המוטלת על התביעה; וכלל הספק הסביר במשפט הפלילי. כל יסוד מתחבר עם נקודת מבט או זווית אחרת של הגורמים המעורבים במשפט – הנאשם, התביעה והשופט בהתאמה. זוויות אלה מעצימות זו את זו. הן מעידות על החומרה הייחודית של אי חקירה נגדית של הנאשם.²⁰⁴

בהמשך ניגש השופט הנדל לרון בשאלת הסעד – השלכות ההפרה. לגישתו, לא כל פגיעה בזכות להליך פלילי הוגן מגיעה בהכרח לפגיעה בכבוד האדם וחירותו. "הבחינה האם פגיעה היא בזכות או בזכות חוקתית, נגזרת, כאמור, ממבחן כפול: מהי הזכות הדיונית שנפגעה ובאיזו מידה הזכות נפגעה". השופט הנדל ציין כי חקירה נגדית של נאשם מצויה בגרעין הזכות להליך פלילי הוגן.²⁰⁵ זוהי זכות דיונית יסודית וממשית, ולכן פגיעה בה עשויה לעלות כדי פגיעה חוקתית, כפוף למבחן השני העוסק בעוצמת הפגיעה בזכות להליך הוגן. מצב שבו התביעה אינה חוקרת את הנאשם בחקירה נגדית בסוגיה מרכזית (למשל בנוגע לאחד מיסודות העבירה) מלמד על עוצמתה הרבה, והמסקנה היא כי עסקינן בפגיעה חוקתית.²⁰⁶ השאלה הבאה היא שאלת הסעד: מהו הסעד המתאים בהתקיים פגיעה בעוצמה כזו בזכות הנאשם להליך הוגן? אפשרות אחת היא כי בכל מקרה שבו הנאשם לא נחקר בחקירה נגדית בנוגע לעבירה מסוימת, יש לזכותו מאותה עבירה. קבלת עמדה זו משמעותה כי הזכות למשפט הוגן בהקשר של היעדר חקירה נגדית היא אבסולוטית.²⁰⁷ יש לדחות עמדה זו, שכן הגישה היא כי זכויות אדם, ובכללן הזכות להליך הוגן, הן יחסיות. לפי האפשרות השנייה קשת המצבים האפשריים היא רחבה מאוד, ולא תמיד ניתן לצפות את כל הווריאציות העובדתיות. לפיכך מציע השופט הנדל לקבוע כלל וחריג לצידו. הכלל הוא כי הימנעות מחקירה נגדית של נאשם בכלל או בסוגיה מרכזית היא פגיעה חוקתית והיא מובילה ישירות לקבלת עמדתו באותו נושא.²⁰⁸ סוגיה מרכזית היא סוגיה העומדת בליבת ההרשעה בעבירה, על מרכיביה.²⁰⁹ מדובר בסוגיה מרכזית וחיונית להרשעה, בהינתן מרכיבי סעיף העבירה ואגב התייחסות לעיקרי המחלוקת בין

204 שם, פסקה 20 לפסק דינו של השופט הנדל.

205 שם, פסקה 21 לפסק דינו של השופט הנדל.

206 שם, שם.

207 שם, פסקה 22 לפסק דינו של השופט הנדל.

208 שם, שם.

209 שם, פסקה 24 לפסק דינו של השופט הנדל.

הצדדים.²¹⁰ כאשר נערכה חקירה נגדית, אם כי מצומצמת, עוצמת הפגיעה אינה מגעת כדי פגיעה חוקתית.²¹¹ באותה מידה, כאשר לא נערכה חקירה נגדית בסוגיה שאינה מרכזית, אין מדובר בפגיעה חוקתית. בשני המקרים האחרונים נתון העניין לשיקול דעתו של בית המשפט, והוא עשוי להשליך על משקלן של הראיות, לפי נסיבות העניין הספציפי.²¹²

החריג יתקיים כאשר קיים הסבר המצדיק סטייה מהכרלל ובמצב שבו ניתן מענה אמיתי לפגיעה בזכות הנאשם למשפט הוגן מנקודת מבטו של הנאשם שיש בו כדי למנוע פגיעה ביכולתו להתגונן במשפט ולהשמיע את קולו בסוגיה שעליה לא נחקר.²¹³ הכרה בחריג מותרת שיקול דעת מסוים לבית המשפט. הנטל לקיומו של החריג מוטל על התביעה. שיקול הדעת השיפוטי כולל (אף בהיעדר הממד החוקתי) את התייחסותו של בית המשפט לגרסת הנאשם, לשאלות שנשאל ולשאלות שלא נשאל.

למעשה, השופט הנדל ביקש "להחזיר עטרה ליושנה" כשהוא מאמץ לכאורה את האסכולה המוקדמת של השופט אגרנט, לגישתו, שלפיה אי-חקירה נגדית של נאשם מביאה לזיכוי הנאשם, ולא את האסכולה ה"מאוחרת" של השופט ברק בעניין אפללו, שלפיה סוגיה זו נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט והיא עשויה להשפיע על משקל הראיות.

בהפנותה לחוות דעתו של השופט הנדל כתבה השופטת ברק-ארז: "חברי קובע כי הימנעות מלחקור נאשם בחקירה נגדית פוגעת בזכויותיו החוקתיות. אינני סבורה שיש בסיס לקביעה זו בדין".²¹⁴ ואילו השופט זילברטל, אשר הצטרף לדעתה של השופטת ברק-ארז, קבע כי להימנעות התביעה מחקירת נאשם (בכלל או בעניין מסוים) יש משמעות, אך אין להרחיק לכת עד כדי יצירת כלל שלפיו הימנעות מחקירה נגדית של נאשם בכלל או בסוגיה מסוימת, צריכה להוביל לקבלת גרסתו באותה סוגיה, אלא אם

210 שם, שם. השופט הנדל ציין כי ההגנה רשאית לצמצם את המחלוקת בין הצדדים, ולפי זה את היקף החקירה הנגדית הנדרשת. "סוגיה מרכזית לצורך הפעלת המנגנון החוקתי, אין פירושה כל מחלוקת עובדתית בין הצדדים, והיא אינה יוצרת בהקשר זה חובה לחקור את הנאשם ביחס לשלל הגרסאות שהוא העלה בחקירה במשטרה ובבית המשפט. יש משמעות למקומה של הסוגיה לשם ההרשעה ולמרכיבי סעיף העבירה הרלוונטי. לאמור, רק סוגיה העומדת בליבת ההרשעה בעבירה, על מרכיביה".

211 שם, פסקה 23 לפסק דינו של השופט הנדל.

212 השופט הנדל ציין כי הכלל לא יחול כאשר יושמעו טענות שהחקירה מוגבלת, לא ממצה, או היה ראוי לשאול שאלות נוספות וכדומה. שם, שם.

213 השופט הנדל הדגיש כי "הסבר זה לא יכלול את טענת התביעה כי היעדר החקירה נבע משכחה ללא כוונת זדון; ואף לא ניתן להסתפק בטענה או בקביעה לפיה מבחינה ראייתית ניתן לבסס את ההרשעה גם בהתעלם מעדות הנאשם, למשל בהסתמך על עדי התביעה. קבלת הסברים מעין אלה עלולה לרוקן בפועל את הכלל מתוכן. התוצאה תהיה שברוב רובם של המקרים התביעה תוכל להתנער מחובתה, ובית המשפט לא ייחס להיעדר החקירה הנגדית את המשקל הראוי". שם, פסקה 22 לפסק דינו.

214 שם, פסקאות 6 ו-13 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

יתקיים אחד החריגים לכלל, כעמדת השופט הנדל. גם עיון משווה בעמדתן של שיטות משפט אחרות אינו תומך בהכרח בעמדתו של השופט הנדל.²¹⁵ בסופו של דבר, גישתו של השופט הנדל נותרה במיעוט, וההלכה בעניין זה נותרה בעינה. אלא שבשל חשיבותה ארצה לעמוד על הקשיים שהיא מעוררת.

3. טענות ביקורת נגד גישתו של השופט הנדל בעניין גדבאן

ראשית, קשה להסכים עם הקביעה שיש שתי אסכולות מנוגדות בנושא הנפקות הראייתית שיש לייחס לאי-חקירה נגדית של נאשם – אסכולה מוקדמת של השופט אגרנט בעניין **יצחק** ואסכולה מאוחרת של השופט ברק בעניין **אפללו**. מאז ומתמיד נראה שהייתה אסכולה אחת שייצגה קו חשיבה אחד, ולפיה הימנעות מחקירה נגדית היא עובדה שיש לתת לה משקל לפי נסיבות העניין הקונקרטי. לעיתים עובדה זו זכתה למשקל רב ואף הביאה לזיכוי הנאשם, כמו בעניין **יצחק**, ולעיתים היא לא זכתה לכל משקל, כמו בעניינים של **אפללו** או **אלפאר**, שכן הכול תלוי במסכת הראייתית הכוללת ובשאלה עד כמה נפגעה זכותו של הנאשם להתגונן באותו משפט.²¹⁶ אכן, במקרים מסוימים היא עשויה להביא לזיכוי, אך אין מדובר ב"ג'וקר" הטורף את הקלפים כולם.²¹⁷

שנית, אף ברמה המעשית הכלל שהציע השופט הנדל בדבר הגדרת "סוגיה מרכזית" במשפט הפלילי והתוצאה הנובעת מהפרת הכלל וקביעת החריג לו מעוררים קשיים שעלולים לסבך את ההליך הפלילי, ואף השופטת ברק-ארז עומדת על כך. הקביעה מהי אותה סוגיה מרכזית שאי-חקירה נגדית בעניינה תביא לפגיעה חוקתית – אינה פשוטה. לפתחם של בתי המשפט מגיעים הליכים סבוכים ומורכבים, לרבות פרשות כלכליות סבוכות, והשאלה מהי "הסוגיה המרכזית" באותם משפטים עשויה להעסיק את הצדדים ואת בית המשפט מעבר לנדרש ולהכביד את ניהול ההליך, דבר שלא יתרום תרומה של ממש להגינותו.²¹⁸ מלבד זאת, גם כאשר הנאשם ייחקר בחקירה נגדית בידי התביעה, תמיד תוכל ההגנה "לתקוף" את דרך החקירה הנגדית והיקפה בטענה כי הנאשם לא נחקר כיאות על אותן סוגיות מרכזיות שבליבת האישום. כך בתי המשפט ימצאו את עצמם מפרקים את החקירה הנגדית לגורמים, עומדים על טיבן של השאלות, על אלה שנשאלו ואלה שלא נשאלו, כדי להגיע להחלטה אם נערכה חקירה נגדית בנוגע לאותה סוגיה מרכזית.

שלישית, גם לשון החוק אינה תומכת בגישתו של השופט הנדל. סעיף 161(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי נאשם הבוחר להעיד כעד הגנה "עשוי" להיחקר חקירה

215 שם, פסקה 19 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

216 שם, פסקה 9.

217 שם, פסקאות 9–10.

218 שם, פסקה 18.

שכנגד. כשנאשם "עשוי להיחקר", הרי שקיימת אפשרות שכך ייעשה, אך אין חובה כזו, לפחות לא לפי לשון הסעיף.²¹⁹

רביעית, הימנעות מחקירה נגדית של הנאשם, ולא כל שכן חקירה נגדית חסרה, אינה מרוקנת את זכותו להעיד מתוכן, כפי שסבור השופט הנדל.²²⁰ חקירה נגדית היא בראש ובראשונה כלי של התביעה בניסיונה לקעקע את גרסתו של הנאשם. אכן, היא עשויה גם לאפשר לנאשם לחדד נקודות בקו ההגנה, אולם לנאשם עומדת הזכות להציג את גרסתו במלואה במסגרת החקירה הראשית, לאחר ששמע את כל ראיות התביעה ואת עדי התביעה.²²¹ כאשר נאשם עולה לדוכן העדים, הדבר נעשה לאחר הגשת כתב אישום, לאחר שהסתיימה פרשת התביעה, ולאחר שהנאשם נוכח לדעת מהן אותן נקודות השנויות במחלוקת. לכל אלה הנאשם רשאי להתייחס במסגרת החקירה הראשית. החקירה הראשית של הנאשם היא הזדמנות נאותה להציג את גרסתו. לנאשם גם עומדת האפשרות להיחקר בחקירה חוזרת על נושאים שהועלו בחקירה שכנגד. מכאן שאי-חקירה נגדית או חקירה נגדית חסרה אינה מרוקנת את זכות הנאשם להעיד מתוכן.

חמישית, השופט הנדל מניח כי כאשר נאשם מוותר על זכות השתיקה ומעיד, הוויתור על זכות השתיקה כורך עימו ציפייה של הנאשם לבירור מעמיק של גרסתו, כאשר כלי מרכזי לבירור זה הוא החשיפה לחקירה נגדית.²²² אלא כפי שנטען בחלק השני של המאמר, לא רק נאשמים חפים מפשע בוחרים להעיד אלא גם נאשמים רשעים שעברו עבירות, שכן הבחירה בזכות השתיקה היא ראייה לחובתם. יתר על כן, וכפי שהובהר לעיל, בשל המדיניות של אי-הגשת כתב אישום נגד נאשמים שמסרו עדות שקר על דוכן העדים יוצא כי המערכת המשפטית מתמרצת נאשמים להעיד ואף למסור עדות שקר. ניתן להניח כי נאשם הבוחר לשקר על דוכן העדים לא רק שאינו מצפה לבירור מעמיק של גרסתו, אלא אף להפך. נאשם כזה מקווה שגרסתו השקרית לא תעמוד במבחן של מהימנות, שאם לא כן הוא יצא ממנה כשידו על התחוננה. אף אם נטען כי יש נאשמים דוברי שקר "המוכנים לאתגר" לאחר שהם הוכנו לקראת עדותם בידי באי כוחם, לא הייתי קובע כי הם מייחלים ומצפים לה. מכאן שבניגוד לעמדתו של השופט הנדל, לא בכל מקרה שבו נאשם לא נחקר בחקירה נגדית אנו פוגעים בזכותו לקבל את יומו בבית המשפט.²²³

שישית, השופט הנדל ביקש ללמוד על אופייה החוקתי של זכות הנאשם להיחקר בחקירה נגדית מזכותו של הנאשם לחקור את עדי התביעה בחקירה נגדית. אלא שאין בהשוואה זו כדי להוביל למסקנה שאליה הגיע השופט הנדל, מאחר שזכותו של הנאשם לחקור חקירה נגדית את עדי התביעה היא הזדמנות ייחודית וכמעט חסרת תחליף

219 שם, פסקה 7.

220 שם, פסקה 13.

221 שם, שם.

222 שם, פסקאות 15–16 לפסק דינו של השופט הנדל.

223 שם, פסקה 15 לפסק דינו של השופט הנדל.

להעמיד במבחן את ראיות התביעה.²²⁴ לעומת זאת מענה של הנאשם על שאלות התביעה בחקירה הנגדית אינו הכלי היחיד של הנאשם להצגת גרסתו. על כך יש להוסיף כי בעניין קלנר בחר בית המשפט העליון שלא לסטות מההלכה כי זכותו של הנאשם לחקור חקירה נגדית את עדי התביעה אינה זוכה להגנה חוקתית.²²⁵ על רקע זה קביעתו של השופט הנדל שזכותו של הנאשם להיחקר חקירה נגדית זוכה להגנה חוקתית, מעוררת קושי גם בהיבט זה.

שביעית, גישתו של השופט הנדל אינה עולה בקנה אחד עם מגמת המעבר מכללי קבילות לכללי משקל, כפי שהובהר לעיל. יתר על כן – היא אף אינה עולה בקנה אחד עם קביעת בית המשפט העליון בעניין **יששכרו** בדבר תוצאותיהם של פגמים בהגינות ההליך הפלילי. בעניין זה נקבע כי תוצאה של הפרת הזכות להליך הוגן בשל ראייה שהושגה בניגוד לדין תיקבע לפי מכלול הנסיבות של המקרה והיא נתונה לשיקול הדעת השיפוטי. אלא שעמדתו של השופט הנדל אינה מתיישבת עם הלכה זו. הנדל הולך צעד אחד רחוק מדי ומכתיב לבית המשפט תוצאה של זיכוי במקרה שבו לא נערכה חקירה נגדית כלל או בסוגיה מרכזית. כפי שהובהר בחלק השני של המאמר, חקירה נגדית, כמו כל זכות דיונית אחרת, נועדה להבטיח בין היתר את הגינותו של ההליך הפלילי. אלא שהזכות להליך הוגן אינה שחקן יחיד בהליך הפלילי. מדובר בזכות יחסית, ומולה ניצבים אינטרסים וערכים כבדי משקל, ובית המשפט מחויב לאזן בין הערכים המתנגשים כדי להגיע לאמת העובדתית, לעשות צדק ולמנוע עיוות דין. חלף זאת מציע השופט הנדל לקבל את גרסתו של הנאשם בחקירה ראשית רק מפני שהתביעה הפרה את "חובתה" לחקור אותו בחקירה נגדית, כשלמצער, לפי לשון החוק, אין חובה כזו, וכמו כן עמדתו אינה עולה בקנה אחד עם יחסיותה של הזכות להליך הוגן ועם תפקידו החשוב של בית המשפט בעריכת איזון עדין ורגיש בינה לבין ערכים אחרים המתחרים איתה על הבכורה. אף דוקטרינת ההגנה מן הצדק מותירה לבית המשפט שיקול דעת במישור הקביעה אם אירעה פגיעה חריפה בתחושת הצדק בנסיבות העניין ובמישור הסעד.²²⁶

שמינית, מבחינה פרגמטית, אם דעת המיעוט של השופט הנדל תהיה לכלל, וכדי להימנע מזיכויים שינבעו מהחלטת התביעה שלא לחקור את הנאשם בחקירה נגדית, סביר להניח שהיועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה ינחו בהנחיותיהם את התביעה לחקור נאשמים בחקירה נגדית גם כשהתביעה סבורה שאין בה כל תועלת והיא לא תסייע בהרשעת הנאשם. מכאן שהתוצאה של אימוץ דעת המיעוט של הנדל בפרקטיקה, במנותק מהדיון המשפטי-עקרוני באשר לצדקתה, עשויה לעורר קשיים

224 שם, פסקה 14.

225 שם, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז, אשר מפנה לפסקה 17 לפסק דינו של השופט ג'ובראן בעניין קלנר (לעיל, הערה 25), וכן לפסקה 57 לפסק דינו של השופט הנדל באותו פסק דין.

226 עניין **גרבאן** (לעיל, הערה 3) פסקה 17 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז; ראו גם ישגב נקדימון, **הגנה מן הצדק** (מהדורה שנייה, 2009) בעמ' 63–75.

במקרים שבהם התביעה מעוניינת לחקור את הנאשם בחקירה נגדית, אולם הדבר אינו מתאפשר לה מסיבות שאינן תלויות בה, כגון שביתת פרקליטים, סירובו של הנאשם להתייצב בבית המשפט לשם חקירתו בידי התביעה, הטלת בית המשפט מגבלה על החקירה הנגדית, מצבו הבריאותי או הנפשי של הנאשם ועוד. התוצאה שנאשמים יזוכו רק בשל העובדה שהם לא נחקרו בחקירה נגדית, כאשר נמנע מהתביעה לממש את זכותה, מעוררת קושי, גם בהיבט זה.

לסיכום, אף ששלושת השופטים הכירו בחשיבותה של החקירה הנגדית ובכך שהיא צריכה להיערך בהגינות, דעת הרוב (השופטים ברק-ארז וזילברטל) ממשיכה בקו המנחה בפסיקה שלפיו סוגיית היעדר חקירה נגדית צריכה להיוותר בתחום המשקל ושיקול הדעת השיפוטי בלבד, עד כדי מתן משקל גדול לגרסתו של הנאשם במקרים מתאימים,²²⁷ בניגוד לעמדתו של השופט הנדל, שלפיה יש עניינים שבהם חקירה נגדית של נאשם לא ראוי לה שתחסה ותוגן תחת כנפיה הדקות של שאלת המשקל לבדה.²²⁸ המסקנות שהוסקו מהחלק השלישי של המאמר תומכות בדעת הרוב בעניין **גדבאן**, ולגישתי יש לבכר גישה זו על פני גישתו של השופט הנדל.

סיכום של דברים

עדות שלא עמדה במבחן של חקירה שכנגד היא עדות שנפל בה פגם. פגם זה אינו יורד לשורש קבילותה של העדות ואינו חוסם את קבלתה כראיה במשפט, אלא הוא מחייב את בית המשפט להעריך את משקלה של העדות, בשים לב לפגם שדבק בה על רקע התשתית הראייתית כולה. המשקל שעל בית המשפט לייחס להימנעות מחקירה נגדית צריך להיגזר הן מחשיבותה וממעמדה של זכות זו במדרג הנורמטיבי והן מהתכליות שהיא נועדה להשיג.

בשל העובדה כי חקירה נגדית היא אמצעי המסייע בכירור האמת, אך בה בעת היא חלק מזכות הנאשם להליך הוגן, על בית המשפט לתת את דעתו לפגיעה בכל אחת מתכליות אלה – הגינותו של ההליך הפלילי מזה וחקר האמת מזה – במצבים שונים שבהם לא נערכה חקירה נגדית של עדים או נאשמים.

בקביעת משקלה של העדות, חרף הפגם שדבק בה בשל אי-עמידתה במבחן של חקירה נגדית, על בית המשפט לבחון את הסיבה שבעטייה לא נערכה חקירה נגדית או לפחות לא חקירה נגדית מלאה. כאשר הסיבה לאי-חקירה נגדית של עד נובעת מהתנהגותו של העד, על בית המשפט להתעלם מהעדות שנמסרה בחקירה הראשית. ואילו כאשר אין מתקיימת חקירה נגדית בשל התנהגות פסולה של הצד היריב או בשל

227 עניין **גדבאן**, שם, פסקאות 16–17 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

228 שם, פסקה 31 לפסק דינו של השופט הנדל.

סיבה אובייקטיבית שאינה תלויה באיש, יתחשב בית המשפט בעדות שנמסרה בחקירה הראשית, אולם את משקלה הוא יקבע על רקע המסכת הראייתית הכוללת במשפט. במסגרת הערכת משקל העדות בית המשפט רשאי לבחון שיקולים נוספים, כגון אם מדובר בעד תביעה או בעד הגנה, מרכזיותו של העד באותו הליך, אם תכליתה של החקירה הנגדית הושגה בדרכים או באמצעים אחרים ועד כמה הראיות האחרות שהוצגו בבית המשפט משלימות את גרסתו של העד שנמסרה בחקירה ראשית ומשתלבות עימה או שמא הן סותרות אותה.

באשר לחקירה נגדית של נאשמים, על התביעה לקיים חקירה נגדית באופן ממצה והוגן באופן שתינתן לנאשם הזדמנות להשיב לשאלות התביעה. עם זאת אי-חקירה נגדית של נאשם אינה שוללת ממנו את הזכות להשמיע את קולו במשפט, והיא אינה צריכה להוביל לקבלת עדותו שנמסרה בחקירה הראשית כאמת.

דימיתי את הזכות להליך הוגן למולקולה, כאשר החקירה הנגדית היא אטום אחד המרכיב את אותה מולקולה לצד אטומים אחרים. כל אחד מהאטומים תורם את תרומתו לצורתה ולתפקודה של אותה מולקולה. לא כל האטומים זהים בגודלם ולא לכולם יש אותה השפעה על תפקודה של המולקולה. היעדרו של אחד מהאטומים לא יביא בהכרח לפירוקה של המולקולה, שכן הדבר תלוי בגודלו ובתפקיד הפונקציונלי של האטום במבנה המולקולרי. בדומה לזה, היעדרה של חקירה נגדית לא בהכרח יביא לפגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן. על בית המשפט לבחון את עוצמת הפגיעה בזכות, אם אכן קיימת, ולאזן בתוך כך בין צורכי הנאשם לקיום הליך הוגן מחד גיסא, לבין צורכי החברה להרשיע נאשמים "רשעים" ולזכות נאשמים "צדיקים", למגר את הפגיעה ולהגן על שלום הציבור ועל זכויות נפגעי עבירה מאידך גיסא. על בית המשפט לבחון את ה"אין" הראייתי למול ה"יש" הראייתי ולקבוע בסופו של דבר אם המסכת הראייתית בכללותה, על ה"יש" הקיים ועל ה"אין" שחסר, מרימה את נטל השכנוע ומוכיחה את אשמת הנאשם מעבר לכל ספק סביר.