

להגיש (אמרת עד תביעה שנחקר בחקירה נגדית כדי להצביע על סתירות בין האמרה במשטרה לעדות בבית המשפט) או לא להגיש? זוהי השאלה.

ד"ר אלקנה לייסט¹

מבוא

ביום 29/05/14 התפרסם פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **קובי כהן**.² בפסק דין זה באה לידי ביטוי דילמה שמעסיקה רבות סניגורים החוקרים עד תביעה במסגרת חקירה נגדית. מטרת החקירה הנגדית היא לרוב לקעקע את אמינותו של עד התביעה. דרך מרכזית להשיג מטרה זו היא על ידי הצבעה על סתירות בין עדותו של העד במשפט לדבריו באמרה או באמרות המשטרתיות שלו.³ הדילמה נוגעת לחשש כי בית המשפט יעשה שימוש באמרה המשטרתית כראייה לאמיתות תוכנם של הדברים האמורים בה, וכתשתית עצמאית להרשעת הנאשם. לעתים, העד לא מסר בעדותו במשפט חלק מהפרטים המפיללים האמורים באמרה המשטרתית. הגשת האמרה עלולה, על פי אותו חשש להיות חרב פיפיות. הדילמה, אם כך, היא זו: באמצעות הגשת האמרה תוכחנה סתירות שונות, וכך תיפגע אמינותו של עד התביעה. יתר על כן, לעתים הצגת הסתירות היא הדרך המרכזית, אם לא היחידה להתמודד עם גרסת עד התביעה. אי הצבעה על הסתירות תביא את בית המשפט למסקנה כי עד התביעה אמין, בעוד שהגשת האמרות והצגת הסתירות עשויות לשכנע את בית המשפט כי לא ניתן לסמוך על דבריו העד ממצא בפלילים. מצד שני, האמרה המשטרתית עלולה לשמש כבסיס עצמאי להרשעה, בהסתמך על אותם נתונים שלא נאמרו בבית המשפט אך מצויים באמרה המשטרתית. הסניגור עלול לגרום במו ראיותיו להרשעת לקוחו, בבחינת "מפלייך ומרשיעיך ממך ייצאו". טכניקה בה משתמשים חלק מן הסניגורים כדי לעקוף את הבעיה היא הפניית עד התביעה בזמן החקירה הנגדית לדבריו באמרה המשטרתית, קבלת הסכמתו שכך אמר בעבר, ואז עימותו עם הסתירה בין דברים אלו לגרסתו במשפט. הטכניקה מאפשרת להצביע על הסתירה ולבסס את קיומה, מבלי להגיש את האמרה המשטרתית ולהסתכן בכך שבית המשפט יתבסס על חלקים אחרים בה כנגד הנאשם. עם זאת, ברור כי מרגע שבית המשפט לא רואה

את האמרה ואת הדבק הדברים, נגרע משקלה של הסתירה, כי תמיד יעלה החשש מלפני בית המשפט שמא דבריו של העד הוצאו מהקשרם ושמה האמרה לא הוגשה על ידי הסניגור משום שיש בה חלקים התומכים בהרשעה.

החשש הגדול מפני האפשרות כי בית המשפט יסתמך על האמרות המשטרתיות של עד התביעה כראייה לאמיתות תוכנם כנגד הנאשם, נובע מקביעותיו של השופט קדמי בעניין **יעקובוביץ'**.⁴ באותו מקרה הגישה ההגנה אמרת מדובב במשטרה שתיארה הודאה שמסר אחד משני הנאשמים למדובב, ושהיה בה מידע מפליל גם כנגד הנאשם השני. ההגנה הגישה את האמרה אך ורק כדי להראות סתירות בין האמרה של המדובב במשטרה לעדותו במשפט, וכך לערער את מהימנותו. שופטי הרוב בבית המשפט המחוזי, וכמוהם גם השופט קדמי בבית המשפט העליון, סברו כי ראיית הגנה זו יכולה לשמש, בפני עצמה, ראייה לאמיתות התוכן של הדברים, ולהוות ראייה עצמאית כנגד שני הנאשמים.

הסניגור בעניין **קובי כהן** למד את לקחה של ההגנה מעניין **יעקובוביץ'**, סירב להגיש את אמרות המתלוננת שאת מהימנותה ביקש לתקוף באמצעותן, והשתמש בטכניקה המפורטת קודם לכן. בית המשפט המחוזי הבהיר לסניגור כי ייתן לסתירות משקל נמוך אם האמרות לא תוגשנה, אך הסניגור נותר במריו ולא היה מוכן להגיש את האמרות. כתוצאה מאי הגשת האמרות המשטרתיות, אכן ניתן משקל נמוך לסתירות הנטענות שבין העדות במשפט לאמרות המשטרתיות. על כך הוגש ערעור לבית המשפט העליון. בפסק דין **קובי כהן**, פרס בית המשפט העליון יריעה רחבה בדבר השיקולים השונים הרלבנטיים במקרה שכזה. בית המשפט מצא פתרון לדילמה של הסניגור, על ידי הכרזה על סמכות חדשה שיש לבית המשפט הדיוני ועל ידי יצירת סוג חדש של ראיות, שמעמדן שונה מכל הראיות האחרות המוגשות במשפט. השופט שהם קבע כי יש לבית המשפט סמכות חדשה, שאיננה כתובה בחוק, והיא לדרוש מהסניגור להגיש את האמרות. לאמרות שתוגשנה במקרה

1 הסניגור הציבורי המחוזי של מחוז תל אביב.

2 בצונו להודות לגלית מבורך, טל ענר, מיכל עורקבי דנציגר, ענת הורוויץ, קרן אלבין הרץ ורענן גלעדי על הערותיהם הטובות למאמר.

3 ע"פ 7702/10 **קובי כהן נ' מדינת ישראל** (2014). להלן: עניין **קובי כהן**.

4 הכוונה לכל "אמרה בכתב" שניתנה מחוץ לדין המשפטי. בפסק הדין, ובדרך כלל, מדובר באמרות משטרתיות, אך המונח "אמרה בכתב" פורש בפסיקה באופן רחב יותר, והוא כולל לדוגמה גם תיעוד ויזואלי. חשוב להדגיש כי הודעות שניתנו מחוץ לכתלי בית המשפט הן ככלל עדויות מפי השמועה, שאינן קבילות לאמיתות תוכנם בדין המשפטי. הדין מאפשר קבילות חלק מהן, ואת חלק זה בלבד.

5 ע"פ 4004/93 **יעקובוביץ' נ' מדינת ישראל** (1996). להלן: עניין **יעקובוביץ'**.

כזו; והפתרון בעניין **כהן**, שיוצר סמכות חדשה לבית המשפט וסוג ראיות חדש, הוא במידה רבה מיותר שכן אפשר היה להגיע אליו על ידי דיני הראיות הקיימים. מי שיקבל את הביקורת שתימתח במאמר על פסק דין **יעקובוביץ'**, יתמוך בפתרון שנגקט על ידי בית המשפט העליון בסוגייה בעניין **אבו טיר**. הביקורת על פסק דין **יעקובוביץ'** נותנת לפסק הדין בעניין **אבו טיר** תשתית נוספת. אמרת עד תביעה המוגשת בעת חקירתו הנגדית של הסניגור, איננה יכולה לשמש כראייה לאמיתות תוכנה. היא משמשת אך ורק כראייה לעצם אמירת הדברים. מוקד טענת המאמר הוא כי אמרה שכזו איננה יכולה להיות קבילה בשום אופן על פי סעיף 10א לפקודת הראיות.⁷ סעיף זה, על פי תכלית חקיקתו ועל סמך הפרשנות הסבירה היחידה שיש לתת לו על רקע תכלית זו, נועד למקרים אחרים.⁸

פסק דין יעקובוביץ' - תיאור וביקורת

תיאור

העובדות הרלבנטיות לסוגיה מפסק דין **יעקובוביץ'** הן אלה. שני נאשמים, אב ובנו, הואשמו ברצח. מלבד ראיות נסיבתיות, ראייה מרכזית היתה אמרות הבן בפני מדובב. רבים מהדברים שהוחלפו בין הבן למדובב תועדו. חלק מהם לא תועדו. המדובב מסר אמרה במשטרה שתיארה גם את פרטי ההודאה שלא תועדו באמצעים טכניים. המדובב אף העיד במשפט ביחס לאותם פרטים. בעת חקירתו הנגדית, עימתה הסניגוריה את המדובב עם גרסתו במשטרה, כדי להצביע על סתירות בין הגרסה במשטרה לעדות במשפט. במהלך החקירה הנגדית, עדות המדובב במשטרה אף הוגשה לצורך זה. כנראה שהאמרה המשטרית היתה בסופו של דבר מלאה וברורה יותר מאשר העדות במשפט, ובית המשפט המחוזי בדעת רוב הסתמך עליה כמקור עצמאי לקביעת ממצאים מרשיעים כנגד שני הנאשמים. בית המשפט המחוזי פסק כי אמרת המדובב במשטרה שהוגשה על ידי ההגנה היא קבילה לאמיתות תוכן הדברים שנאמרו בה.

ההגנה בעניין **יעקובוביץ'** ערערה על כך לבית המשפט העליון. לעניין אמרת המדובב, טענה ההגנה כי אמרה זו איננה יכולה להיות קבילה, שכן אין זה ראוי להשתמש לחיזוק ראיות התביעה בראייה שהגישה ההגנה. הודגשה אף הדילמה של הסניגור לפיה לעתים הדרך היחידה שלו לערער את עמדת עד התביעה היא להציג בפניו סתירות בין עדותו במשפט לאמרתו במשטרה. סוגייה שנייה שבאה לידי ביטוי בטיעון ההגנה היא כי אמרת המדובב באשר להודאת הבן לא יכולה לשמש כראייה מפלילה כנגד

כזה יהיה מעמד מיוחד - הן לא תחשבנה כראיות שהוגשו במשפט. הן תשמשנה אך ורק לצורך בדיקת הסתירות בין האמרה לעדות, ועל כן לא תשמשנה כראייה לאמיתות תוכנן. עם זאת השופט שהם הדגיש כי הסניגור אינו מחוייב להיענות לדרישה זו של בית המשפט - ובמקרה כזה לא תינתנה לסתירות הנטענות משקל משמעותי. מפסק הדין אפשר להבין שהגשת האמרות על ידי הסניגור מבלי שבית המשפט ישתמש בסמכות חדשה זו עלולה להביא לכך שהן תתקבלנה כראייה לאמיתות תוכנן.

פסק הדין בעניין **קובי כהן** הוא פסק הדין השלישי בשנה וחצי האחרונות שנדרש לסוגייה זו. קדמו לו פסקי הדין בעניין **אבו טיר**,⁵ שניתן ביום 30/07/13, ובעניין **פלונני**,⁶ שניתן ביום 03/04/14. שני פסקי הדין האחרונים נתנו פתרונות אחרים לסוגייה. בעניין **אבו טיר** האמרה המשטרית הוגשה על ידי ההגנה. אחד הנאשמים הורשע בבית המשפט המחוזי על סמך עובדות שנלמדו מאמרתה המשטרית של עדת התביעה, פרטים שלא חזרה עליהם בעדות בבית המשפט. הנאשם האמור זוכה כליל בבית המשפט העליון על סמך ההבנה שהאמרה הוגשה על ידי הסניגוריה אך ורק לשם הוכחת סתירות, ולצורך הוכחת עצם אמירת הדברים בלבד. נפסק כי בשל כך, הדברים שנאמרו באמרה המשטרית ולא חזרו בעדות במשפט, לא הוכחו במשפט.

בפסק דין **פלונני** זוכה הנאשם בבית המשפט העליון מחלק מכתב האישום בו הורשע בבית המשפט המחוזי. הנאשם זוכה מפרטים שהתבססו על עובדות שנלמדו מהאמרות המשטריות של עדת התביעה, אשר לא חזרה עליהן בעת עדותה במשפט. גם כאן הוגשו האמרות על ידי הסניגור לצורך הוכחת סתירות בינן לבין עדותה של עדת התביעה. בית המשפט העליון, מפי השופט ארבל, קבע כי לא ניתן לומר במקרה הנדון כי תנאיו של סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: "פקודת הראיות") התמלאו. זאת בשל כך שהתביעה ובית המשפט המחוזי לא ביקשו להתבסס עליו, וגם משום שלא הייתה סתירה בפרט מהותי בין האמרה לעדות.

במאמר זה אבקש להראות כי קביעותיו של השופט קדמי בפסק דין **יעקובוביץ'** לא עלו לכלל הלכה מן הבחינה הפורמאלית, והיו שגויות מן הבחינה המהותית. לכן, אין ומעולם לא היה מקום לפעול על סמך קביעות אלו. מתוך הביקורת הכלולה במאמר על פסק דין **יעקובוביץ'** יעלה כי הפתרונות שנקט בית המשפט העליון בעניין **פלונני** ובעניין **כהן** אף הם אינם יכולים לעמוד, וכי הם אינם כלליים אלא מכוונים למקרים הפרטניים של הנסיבות שנדונו באותם מקרים. כמו כן, הפתרון בעניין **פלונני** מניח בטעות כי סעיף 10א לפקודת הראיות יכול להיות מקור קבילות לאמרה

5 ע"פ 5459/12 אבו טיר נ' מדינת ישראל (2013). להלן: עניין אבו טיר.
6 ע"פ 10121/09 פלונני נ' מדינת ישראל (2014). להלן: עניין פלונני.

7 ככל שחישתי לא מצאתי דיון סדור בספרות הישראלית, בניגוד לדיון שבפסיקה, בשאלה האם סעיף 10א לפקודת הראיות חל גם על צד שכנגד שמיש את האמרות בחקירה הנגדית של העד. כך למשל בספרו של גבריאל הלוי "תורת דיני הראיות" שמקדיש עמודים רבים לתנאים השונים של קבילות אמרה על פי סעיף 10א, אין דיון מפורט בסוגיה. עם זאת, באחד העמודים נאמר באופן נקודתי כי הדבר אפשרי. ראו גבריאל הלוי "תורת דיני הראיות" כרך ג 560-604, 574 (2013).
8 המאמר עוסק בדילמה של הסניגור, אבל הדברים נכונים גם לגבי דילמה מקבילה של תובע, שהיא כמובן שכיחה פחות. סעיף 10א לא יכול לשמש מקור קבילות להוכחת אמיתות התוכן, אם הוא מוגש על ידי תובע בעת חקירתו הנגדית את עד ההגנה. הוא כן יכול לשמש את הסניגור, אם עד ההגנה שלו הוא עד עויין.
9 קביעה זו מצוייה בפסקה 12 לחוות דעתו של השופט קדמי.

האב, שכן בשל כך שלא נרשמה על ידי המדובר, ששמע את הבן, אין לראות בה "אמרה בכתב" לצורך סעיף 10 א לפקודת הראיות. השופט קדמי דחה את שתי הטענות של הסניגוריה. באשר לסוגיה הראשונה הוא פסק כי באופן כללי ראייה שהוגשה מטעם ההגנה יכולה לשמש גם את התביעה, זאת כל עוד אין מניעה אחרת מכח הדין לעשות זאת. מקביעה כללית זו הוא מזר, בהיעדר טענה למניעה אחרת מן הדין, כי אמרת עד תביעה שהוגשה במסגרת החקירה הנגדית על ידי ההגנה, היא ככלל קבילה להוכחת אמיתות הדברים אף נגד הנאשם.⁹ באשר לסוגייה השנייה הוא קבע כי אין משמעות לשאלה מי כתב את האמרה - מי ששמע את העד, או מי ששמע את גרסת העד מכלי שני. לעמדת קדמי, גם אם האמרה נכתבה על ידי מי ששמע את הדברים (במקרה זה השוטרי), ממי ששמע את הדברים מהעד (במקרה זה המדובר) - היא עדיין קבילה. שני השופטים הנותרים הסכימו איתו לגבי הקביעה הכללית בסוגיה הראשונה, אך לא ברור מה עמדתם לגבי המזירה שעשה מקביעה כללית זו.¹⁰ השופט קדמי היה בדעת מיעוט לגבי הסוגיה השנייה. נפסק על ידי דעת הרוב כי אם התיעוד לא נעשה על ידי מי ששמע את העד ישירות, מדובר בעדות שמיעה "כפולה", ועל כן היא בלתי קבילה.¹¹ בסופו של דבר, על פי דעת הרוב לא נעשה שימוש באמרה המשטרית של המדובר, אך הערעור נדחה על רקע הקביעה ששאר הראיות היו מספיקות להרשעה.

ביקורת

א. ביקורת פורמאלית - עמדת השופט קדמי אינה רציונלית

על רקע נתונים אלו ניתן לומר כבר עתה - קביעותיו של השופט קדמי לעניין האפשרות להסתמך כראייה לאמיתות התוכן כנגד הנאשם, על אמרה משטרית של עד תביעה שהוגשה על ידי ההגנה בעת החקירה הנגדית לצורך הצבעה על סתירות, הם בגדר אמרת אגב (אוביטר דיקטום). דעה זו לא כלולה בטעם הפסק (רציו דסינדי) של ההחלטה בערעור. על כן הדיבור על "הלכת יעקובוביץ" בעניין זה הוא שגוי. פסק דין יעקובוביץ' אכן קבע הלכה בניגוד לדעת השופט קדמי לפיה דרישת ה"אמרה בכתב" לצרכי סעיף 10 מחייבת כי הכותב יהיה לכל המרוחק אדם ששמע מפי העד המקורי את הדברים. לא נקבעה בו כל הלכה לפיה ניתן להשתמש באמרות עד תביעה שהוגשו בחקירה נגדית על ידי הסניגור, כראיות לאמיתות התוכן כנגד הנאשם. על כן לא היה כל צורך לחשוש מ"הלכת יעקובוביץ" בעניין זה. מעבר לטעם הפורמאלי הזה, נראה להלן כי קביעה זו של השופט קדמי היתה

מנוגדת להלכה קודמת. על פי עניין יהודה כהן¹² נראה כי כבר בראשית שנות השמונים (ולאחר חיקוקו של סעיף 10 לפקודת הראיות) ציין בית המשפט העליון כי אמרת עד שמוגשת על ידי הצד השני יכולה לשמש ככלי עזר לבחינת מהימנות העד, אך לא כראייה עצמאית לאמיתות תוכנה.¹³ מעבר לטעמים פורמאליים אלו, ייתכן להלן כי קביעת השופט קדמי בפסק דין יעקובוביץ' בעניין קבילות אמרת המדובר כראייה לאמיתות תוכנה, היא שגויה מן הבחינה המהותית.

ב. ביקורת מהותית - סעיף 10 לפקודת הראיות אינו מקור קבילות מתאים לאמרות

השופט קדמי צדק בקביעתו הכללית בסוגיה הראשונה. ראיות שהגישה ההגנה יכולות לשמש אף לצורך הרשעה. הדוגמה הפשוטה ביותר היא נאשם המודה באשמה על דוכן העדים. אך גם כל עד הגנה אחר, מסמך או ראייה אחרת שיוצגו על ידי ההגנה, עלולים לשמש כנגד הנאשם, אם יהיה בתכנם דבר מה מפליל. קו הטיעון של ההגנה לפיו כיון שראייה מסוימת הוגשה על ידי ההגנה לא ראוי לעשות בה שימוש על ידי התביעה, היה קו טיעון שגוי. עם זאת, השופט קדמי ביצע קפיצה לוגית מהקביעה לפיה ניתן להשתמש בראיות שהגישה ההגנה לחובת הנאשם, למסקנה שניתן לעשות שימוש להוכחת התוכן באמרת עד תביעה שהוגשה על ידי ההגנה בחקירה נגדית לצורך הצבעה על סתירות בלבד. כפי שנכתב קודם לכן, קדמי עצמו כתב שהשימוש האמור מותנה בכך שאין עליו מגבלה אחרת בדין. במקרה זה, קיימת מגבלה משמעותית, והיא העובדה שהדברים הכתובים באמרה המשטרית של העד הם עדות מפי השמועה. כדי שהדברים יהיו קבילים להוכחת אמיתות תוכנם, צריך להצביע על מקור כלשהו, בחוק או בפסיקה, שיוצר חריג לכלל האוסר על קבלת עדות מפי השמועה. השופט קדמי כלל לא ביאר מהו אותו מקור. הוא הסתפק בכך שאמר שלא הועלו טענות נגד הקבילות במישור זה. מדיונה בסוגייה השנייה נראה כי הוא סבור כי מקור הקבילות האפשרי הוא סעיף 10 לפקודת הראיות - אחרת לא היה צורך להוכיח כי האמרה המדוברת היא "אמרה בכתב" על פי הסעיף האמור, לצורך הדיון בסוגיה זו.

חרף הדברים האמורים, לא התקיים כל דיון בשאלה האם מעבר לבעיית ה"אמרה בכתב", סעיף 10 לפקודת הראיות בכלל אמור לחול על הסיטואציה הנבחנת. השאלה שצריכה הייתה להישאל היא זו - האם במקרה בו לתביעה אין טענות נגד העד שלה והיא לא מבקשת להכריז עליו כעד עויין, לחקור אותו בחקירת שתי

¹⁰ שופטי הרוב היו השופטים מצא ושטרסברג כהן. השופט מצא כתב את העמדה והשופט שטרסברג כהן הצטרפה אליו. אי הבהירות נובעת מכך שהשופט מצא אמר שהוא חולק על השופט קדמי רק בנקודה אחת, והיא נושא האמרה בכתב. מכאן נובע כי דעת הרוב מסכימה עם קדמי כי ניתן להשתמש באמרות עד תביעה שהוגשו על ידי הסניגור כראייה לאמיתות תוכן. מצד שני השופט מצא כותב כי אם המדובר היה חוזר בו מהאמרה המשטרית אז היה מקום לעשות שימוש בסעיף 10. בניגוד לסיטואציה במקרה זה. מכאן אפשר ללמוד כי אף דעת הרוב היא שהגשה של האמרות בחקירה הנגדית של הצד שכנגד אינה המקרה להפעיל את הסעיף. כלומר, שסעיף 10 לא חל לא רק בשל סוגיית ה"אמרה בכתב".

¹¹ לעמדה כזו, לא רק לגבי אמרת עד אלא גם לגבי הודאת נאשם, ראו ע"פ 895/09 פינטו נ' מדינת ישראל (2010).

¹² ע"פ 459/80 יהודה כהן נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו (1981).

¹³ מעניין לקרוא בנושא זה גם את פסקי הדין של בית המשפט העליון שניתחו את המצב המשפטי שקדם לתיקון מספר 4 לפקודת הראיות בו הוסף סעיף 10 לפקודה. ראו ע"פ 11/58 מנקס נ' היועץ המשפטי פ"ד יב 1905 (1958) וע"פ 406/78 בשרי נ' מדינת ישראל בפסקי דין אלו מבואר מהי האפשרות היחידה בה אמרה משטרית של עד תביעה המוגשת בעת חקירתו הנגדית של העד, יכולה לפגוע בנאשם. בכל מקרה עדות כזו יכולה לשמש הוכחה רק לעצם אמירתה,

בעניין **אסד**¹⁴ הוא פסק הדין המנחה באשר לכלל הפרשנות התכליתית המקלה. על פיו תכלית החקיקה מצוייה בנקודת איזון בין התכלית הסובייקטיבית של המחוקק ההיסטורי בעת חקיקת הסעיף לתכלית האובייקטיבית של החוק, זו של המחוקק הסביר, השואבת מערכיה הבסיסיים של שיטת המשפט. במקרה של סעיף 10 מטרתו העיקרית של המחוקק היתה לתת בידי הצד שהביא את העד את האפשרות להגיש את אמרתו המשטרית של העד כהוכחה לאמיתות תוכנה, במידה והעד היה עוין לצד שהביא אותו. כמו כן, קביעה פרשנית לפיה הסעיף יחול גם אם האמרה הוגשה במהלך החקירה בידי הצד שכנגד עלולה לפגוע בחקר האמת. זאת בשל כך שקביעה כזו מביאה לאי הגשת האמרה על ידי הצד שכנגד, וכך נמנע מבית המשפט כלי חשוב להערכת אמינות העד. חקר האמת הוא אחד מערכיה הבסיסיים של השיטה. על כן נראה כי הפרשנות התכליתית הנכונה של סעיף 10א תביא לתחולתו רק במקרים בהם הצד שהביא את העד מבקש להגיש את האמרה. כך צריך לפרש אותו, על אף לשונו המאפשרת פרשנות רחבה יותר. נבחן עתה ביתר פירוט את התכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית של הסעיף.

תכלית סובייקטיבית - כוונתו המקורית של המחוקק

סעיף 10א חוקק על רקע תופעה של לחץ ואיומים מצד עולם הפשע על עדים פוטנציאליים. מטרת הלחץ היתה כי אותם עדים ישנו את העדות שנתנו במשטרה ועל בסיסה הוגש כתב האישום.¹⁵ טרם שחוקק הסעיף, לא היתה אפשרות להגיש את האמרות המשטריות כראייה לאמיתות תוכן, ואם האיומים והלחצים היו נושאים פרי, לא ניתן היה להרשיע את הנאשם, אם העד היה חוזר בו. בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב כי הנסיונות להשפיע על עדים הפכו למכת מדינה ממש. תכליתו העיקרית והמרכזית של סעיף 10א היתה לנטרל את אותם לחצים. אם ממילא ניתן יהיה להגיש את האמרה במשטרה, הלחץ והאיומים מאבדים מהאפקטיביות שלהם. גם אם ישנה העד את עדותו, יחזור בו או אפילו ישתוק, עדיין ניתן יהיה להגיש את אמרתו.¹⁶ לא בכדי צומצמה תחולתו של סעיף 10א לתחום המשפט הפלילי בלבד. בדברי ההסבר נכתב כי הסעיף חל בהליך הפלילי בלבד "שכן הוא בא לתקן עוולות שקרקע גידולן פורה בעיקר במשפט הפלילי". בהליך אזרחי אין לו שום תחולה.

תכלית חקיקתו העיקרית של סעיף 10א היא אם כן למנוע מצבים בהם עד התביעה, בשל איומים שהופעלו עליו, חוזר בו מאמרתו

וערב, ולהגיש את אמרתו - יש תחולה לסעיף 10א לפקודת הראיות? נראה כי התשובה לשאלה זו הינה בשלילה. אמנם, לשון הסעיף איננה פוסלת אפשרות כזו, אך הדבר נלמד מההיסטוריה החקיקתית של הסעיף, שחושפת את התכלית הברורה שלו.

זוהי לשונו של סעיף 10א לפקודת הראיות:

אמרת עד מחוץ לבית המשפט

10א. (א) אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לבית המשפט תהיה קבילה כראיה בהליך פלילי אם נתקיימו אלה:

- (1) מתן האמרה הוכח במשפט;
- (2) נותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו;
- (3) העדות שונה, לדעת בית המשפט, מן האמרה בפרט מהותי, או העד מכחיש את תוכן האמרה או טוען כי אינו זוכר את תכנה.

(ב) בית-המשפט רשאי לקבל אמרה כאמור בסעיף קטן (א) אף אם נותן האמרה איננו עד, בין משום שהוא מסרב להעיד או אינו מסוגל להעיד, ובין שלא ניתן להביאו לבית-המשפט משום שאינו בחיים או לא ניתן למצאו, ובלבד שבית-המשפט שוכנע שמנסיבות הענין עולה, כי אמצעי פסול שימש להניא או למנוע את נותן האמרה מלתת את העדות.

(ג) בית המשפט רשאי לסמוך ממצאיו על אמרה שנתקבלה לפי סעיף זה, או על חלקה, והוא רשאי להעדיף את האמרה על עדותו של העד, והכל אם ראה לעשות כן לנוכח נסיבות הענין, לרבות נסיבות מתן האמרה, הראיות שהובאו במשפט, התנהגות העד במשפט ואותות האמת שנתגלו במהלך המשפט, והטעמים יירשמו.

(ד) לא יורשע אדם על סמך אמרה שנתקבלה לפי סעיף זה אלא אם יש בחומר הראיות דבר לחיזוקה.

אכן, חשוב להדגיש כי לשונו של סעיף 10א מאפשרת את פירושו כך שיחול גם על אמרות שהגיש הצד שכנגד במהלך חקירתו הנגדית של עד. עם זאת, נראה כי פרשנות תכליתית של הסעיף מחייבת קביעה כי הוא לא יכול לחול על אמרה משטרית שהוגשה באופן כזה. סעיף 34 כא לחוק העונשין מציב את כלל הפרשנות התכליתית המקלה לפיו "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". פסק הדין

והיא יכולה להשפיע אך ורק על בחינת מהימנותו של עד התביעה. אם לאחר קריאת האמרה המשטרית בית המשפט מתרשם כי אין סתירות מהותיות בין האמרה לעדות, אז הגשת האמרה תעמוד לנאשם לרוועץ בהיבט זה. נראה בכל הכבוד כי הדברים הללו הם נכונים וברורים.

14 דנ"פ 1558/03 **מדינת ישראל נ' אסד** (2004).

15 הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 4) תשל"ח - 1978, דנ"פ 4390/91 **מדינת ישראל נ' חגי יחיא** (פורסם בנבו) 11 (1993) (להלן: עניין **חגי יחיא**), נינה זלצמן אמרה בכתב לפי סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש] - שיקולי מדיניות משפטית מנחים בפירוש ההוראה **משפטים** כא, 353, 356 (1992).

16 לא ברור אם הוגי התיקון התכוונו שהאמרה תהיה קבילה גם כאשר העד שותק על הדוכן. הרי לשם כך נכתבה הדרשה כי תהיה לצדדים אפשרות לחקרו. כך או כך, בדין הנוסף בעניין **חגי יחיא** קבע בית המשפט העליון כי גם במקרה בו העד שותק על הדוכן ניתן להגיש את אמרתו כראייה לאמיתות תוכנה. לצמצום הלכת **חגי יחיא** במקרה בו העד השותק עומד לדין במדינה אחרת. ראו ע"פ 4753/11 **יעקובי נ' מדינת ישראל** פורסם בנבו (2014).

17 נפסק אמנם כי אין צורך בהכרזה על היותו של העד "עד עוין" לצורך הגשת האמרה על פי סעיף 10א (דנ"פ 4366/93 **כחלון נ' מדינת ישראל** (1994)). מדובר בעיקר בטכניקה חקירתית כדי להוכיח את מהותיות הסתירה. עם זאת, ברור שצריכה להיות סתירה מהותית בין האמרה המשטרית לעדות בבית המשפט, כך שהעד לא העיד לשביעות רצונו של הצד שהזמין אותו לעדות.

18 למעשה כלל לא ברור שבעניין **יעקובי** תנאי זה של הוכחת מתן האמרה התקיים.

המשטרית, אם על ידי הכחשת כל תוכנה, חלק ממנה, אמירה כי אינו זוכר את אמירתה, או אף על ידי שתיקה על הדוכן. זוהי תופעה שאופיינית להליכים פליליים.

במקרים כאלו על התביעה לבסס את השוני המהותי שבין העדות במשטרה לעדות במשפט. או אז היא רשאית לבקש מבית המשפט להכריז על עד התביעה "עד עוין" ולחקור אותו, על אף שמדובר בחקירה ראשית, בחקירת שתי וערב.¹⁷ רק לאחר מכן, ובהינתן שעצם מתן האמרה המשטרית יוכח על ידי עדותו של גובה האמרה, תתקבל האמרה על פי סעיף 10א לפקודת הראיות ותהווה ראיה לאמיתות התוכן האמור בה.¹⁸

מבחינת ההיסטוריה החקיקתית שלו סעיף 10א לא נועד כלל להסדיר מצב שבו עד התביעה מעיד לשביעות רצון התביעה, והסניגור הוא זה שמגיש את אמרתו של העד במשטרה - כדי להוכיח סתירות בין שתי העדויות של עד התביעה, זו שבמשפט וזו שמחוץ לכתלי בית המשפט. במצב זה עד התביעה לא היה נתון לשום לחץ מצד גורמים עברייניים. הוא לא אכזב את התביעה. גם אם נשמט ממנו פרט זה או אחר לעומת העדות המשטרית,¹⁹ לא היה זה על רקע היותו "עד עוין" לצד שהזמין אותו. לכן, אין מבחינה זו כל תחולה לסעיף שבא להתמודד עם מצב זה, שכן מצב זה כלל לא התרחש. המדובר במקרה **יעקובוביץ'** שייך לסוג השני של עדי התביעה. העדים שלא אכזבו כלל את התביעה.

סעיף 10א אמור לחול על הגשת אמרות משטריות של עדים, על ידי הצד שהביא אותם. סעיף 10א יחול גם לגבי עדי הגנה. סניגור יוכל להגיש, כראייה לאמיתות התוכן, אמרה משטרית של עד הגנה, אם היא שונה באופן מהותי מאמרתו במשטרה. במקרה כזה יש הגיון בהצבת חריג לכלל הפוסל עדות מפי השמועה. תובע שיחקור נגדית את עד הגנה יוכל להגיש את האמרה המשטרית של העד, רק כראייה לעצם אמירתה, כדי להצביע על סתירות בין האמרה לעדות במשפט.

סעיף 10א לא חל כאמור בהליכים אזרחיים. בהליכים אזרחיים יכול עורך דין של צד כלשהו להגיש במהלך החקירה הנגדית אמרה קודמת של עד של הצד האחר שניתנה מחוץ לכתלי בית המשפט. ההגשה תהיה אך ורק לשם הוכחת סתירות בין אמרה זו לעדות במשפט. אין כל חשש כי האמרה שנמסרה מחוץ לכתלי בית המשפט תיחשב כקבילה לאמיתות התוכן.²⁰

הבחנה זו בין הדין האזרחי לדין הפלילי היא טעם נוסף לדחיית עמדתו של השופט קדמי בעניין **יעקובוביץ'**. כל עוד אין טענה או חשש כי השוני בעדויות נובע מאיום

כלשהו שהופעל על העד - אין שום הגיון לשוני בין דיני הראיות הנהוגים במשפט האזרחי לאלו הנהוגים במשפט הפלילי.²¹ אין כל טעם לכך שסניגור הפלילי החוקר נגדית עד יהיה כפוף לדיני חקירה נגדית שונים מאלו החלים על עורך דין בהליך אזרחי.

שימוש בסעיף 10א לפקודת הראיות לשם קבילות האמרה במקרה בו עד התביעה כלל לא היה עוין בשל איומים שהופעלו כלפיו, משול לשימוש בתרופה חזקה וקשה (הרי מדובר בחריג לכלל הפוסל עדות מפי השמועה), במקרה שכלל אין בו צורך בתרופה הזו. במשל הרפואי הדבר עלול לעתים לגרום נזק לגוף. בנמשל - כללי דיני הראיות הישראליים - אכן נגרם נזק בפועל לערך גילוי האמת, כפי שיפורט להלן.

תכלית אובייקטיבית - ערכי הבסיס של השיטה: ערך גילוי האמת

לפסקתו של השופט קדמי היתה השלכה בעייתית על עקרונות השיטה האדברסרית ועל יכולתו של בית המשפט להגיע לחקר האמת. זהו מובן נוסף וחשוב בו העמדה שהובעה על ידי השופט קדמי היא שגוייה.

השיטה האדברסרית מבוססת על אמונה כי השופט יכול לקבוע ממצאי מהימנות מדויקים לגבי העדים. מה שמאפשר לו להגיע לממצאי המהימנות הללו היא החקירה הנגדית של העדים המתבצעת על ידי הצד שכנגד. לעתים קרובות, הדרך היחידה להצביע על בקיעים וסימני שקר בעדותו של עד במשפט היא לעמת אותו עם אמירות שאמר מחוץ לכתלי המשפט. בהליך הפלילי, מדובר ברוב המקרים באמרות בחקירה המשטרית. השופט הבוחן את אמינותו של העד נדרש להכריע האם קיימים פערים בין עדותו במשפט לאמרותיו במשטרה. אם פערים כאלו אכן קיימים, יש לבחון מהי נפקותם של הפגמים מבחינת המהימנות של העד. זוהי המתודה היעילה ביותר על פי השיטה האדברסרית לגילוי חקר האמת.

לפני קביעתו של השופט קדמי בעניין **יעקובוביץ'**, האמרות המשטריות היו מוגשות על ידי הסניגור אך ורק לשם השוואה ובחינת הסתירות עם עדותו במשפט. כך הוא הדבר עד היום בהליכים אזרחיים בהם לא חל סעיף 10א, וזאת לאור ההבנה שלגופו של עניין ולצורך אמיתות התוכן, מדובר בעדויות מפי השמועה. לכן, בטרם הביע השופט קדמי את עמדתו בסוגיה זו, בית המשפט יכול היה לקבל את האמרות ולבחון את הסתירות הנטענות על ידי הסניגור. לקביעתו של השופט קדמי בעניין **יעקובוביץ'** היה אפקט

19 שאחרת לא היה כל סיכון בהגשת האמרות - ראו בעניין זה גם את הערת השוליים האחרונה 20 גבריאל הלוי **תורת דיני הראיות** כרך ג' 573 (2013).

21 בעניין זה ראוי להוסיף שתי נקודות. ראשית, תנאי מפורש של קיומו של אמצעי פסול מופיע רק בסעיף 10א (ב), ולא בסעיף 10א (א). שנית, לאור זאת שבמשפט האזרחי אין תחולה לסעיף 10א - אזי גם אם יוכח שם אמצעי פסול לאי הגעת עד, לכאורה לא ניתן יהיה להשתמש באמרתו. 22 לביקורת על הפרשנות המרחיבה שניתנה לסעיף 10א בהיבט זה, ביחס לשימוש שיכול לעשות בסעיף הצד שימין את העד לעדות, ועל הסיכון

מצנן מאוד על הסניגורים. רבים מהם, כמו הסניגור בעניין **קובי כהן**, הורתעו מלהגיש את אמרות עדי התביעה. זאת על אף שהיו באמרות אלו סתירות לפרטים המפילים שנאמרו על ידי העד במשפט עצמו. כתוצאה מכך כלי חשוב בתהליך לגילוי חקר האמת נשחט מידי בית המשפט. אפשר אמנם לטעון שדווקא פרשנות מרחיבה של סעיף 10א היא זו שתביא לחיזוק ולקידומו של ערך חקר האמת. זאת, באותה מידה שהמגמה הכללית של מעבר מקבילות למשקל אמורה לתמוך בערך זה. בית המשפט יבחן ראיות רבות יותר, וכך יהיו לו כלים טובים יותר לתת לכל אחת מהן את המשקל המתאים לה.²² אך גם מי שיסכים עם קו מחשבה זה, יצטרך להודות כי הוא נכון כאשר אפשרות הגשת האמרה של העד כראייה לאמיתות התוכן נתונה לצד שזימן את העד. במקרה כזה פרשנות מרחיבה של סעיף 10א מביאה להגשת האמרה המשטרית. אבל כפי שהודגם קודם לכן, החלת סעיף 10א כמקור לקבילות האמרה המשטרית כראייה לאמיתות התוכן גם במקרה של הגשת האמרה על ידי הצד שכנגד בחקירה נגדית של העד, יוביל לאי הגשת האמרה כלל. כך לא יוכל בית המשפט להיחשף לסתירות בין העדויות. ערך גילוי האמת ייפגע.

המסקנה היא כי קביעותיו של קדמי בפסק דין **יעקובוביץ'** לעניין היכולת להתבסס לצורך הרשעה על אמרה משטרית של עד תביעה שהוגשה על ידי הסניגוריה במהלך החקירה הנגדית הן שגויות. שלושת פסקי הדין של בית המשפט העליון מהשנה וחצי האחרונות ניסו כל אחד בדרכו לכרסם ב"הלכה" זו. להלן אבקש להראות כי רק הפתרון המשפטי של פסק הדין בעניין **אבו טיר** עמד במשימה הזו. נראה כי הפתרונות שננקטו בעניין **פלוני וקובי כהן** אינם יכולים לעמוד.

פסק הדין בעניין פלוני

תיאור

הנאשם בעניין **פלוני** הורשע במספר עבירות, שהחמורה שביניהן היא אינוס בנסיבות מחמירות של מתלוננת שגילה נמוך משש עשרה. נסיבת הגיל היא זו שגיבשה את הנסיבות המחמירות. בעת חקירתה הנגדית של המתלוננת הוגשו על ידי הסניגור כל אמרותיה במשטרה - כדי להוכיח סתירות בינן לבין עדותה בבית המשפט. בית המשפט המחוזי קיבל את עמדת המתלוננת והרשיע את הנאשם, על אף שהתגלו סתירות בין העדות במשפט לאמרות במשטרה - למשל לגבי מועד אחד ממקרי האינוס. בערעור על הכרעת

הדין, טען הסניגור כי חלק מהפרטים החיוניים להרשעה במספר אישומים הופיעו אך ורק באמרות המשטריות ולא נאמרו בעדות במשפט. נטען כי מדובר בעדויות מפי השמועה שאסור היה לבית המשפט המחוזי להסתמך עליהן. בית המשפט העליון קיבל באופן עקרוני את טענותיו של הסניגור, גם אם לא ביישום הרחב שביקש לתת להן במקרה הקונקרטי. נפסק כי לא ניתן היה לעשות בנסיבות המקרה שימוש בהודעות המשטריות כראייה לאמיתות תוכן הדברים שנאמרו בה. הדבר נבע על פי החלטת בית המשפט העליון, משתי סיבות עצמאיות. ראשית, האמרות המשטריות הן עדות שמועה. סעיף החוק המאפשר את קבילותן הוא סעיף 10א לפקודת הראיות. כיון שבית המשפט המחוזי והתביעה כלל לא ביקשו להתבסס על סעיף זה - לא יהיה זה נכון להשתמש בו כבצינור קבילות. שנית, קבע בית המשפט כי במקרה זה לא היתה סתירה מהותית בין העדות במשטרה לעדות בבית המשפט, ועל כן לא מתקיים אחד התנאים לקבילות אמרה על פי סעיף 10א האמור. בית המשפט העליון קבע כי ככלל בית המשפט המחוזי השתמש במקרה זה באמרות המשטריות כפי שמאפשר לו החוק - רק כראייה לעצם אמירתן ולחיזוק מהימנותה של המתלוננת.²³ לגבי שתי נקודות עובדתיות בהן נעשה שימוש באמרות המשטריות על ידי בית המשפט המחוזי כראייה לאמיתות התוכן ולביסוס נתונים שלא הופיעו בעדות בבית המשפט - הורה בית המשפט העליון על זיכוי. על כן זוכה הנאשם מעבירה של הדחה בחקירה, ומן הנסיבות המחמירות בעבירת האינוס - אישומים שנסיבותיהם העובדתיות נתמכו על ידי האמרות המשטריות בלבד.

ביקורת

הביקורת על פסק הדין היא כי הוא לא נותן פתרון כללי לסוגייה, והוא מניח כי סעיף 10א לפקודת הראיות הוא מקור קבילות לגיטימי של האמרות המשטריות המוגשות על ידי ההגנה בעת החקירה הנגדית. הטעם לאי הקבלה במקרה זה - לפיו התביעה ובית המשפט המחוזי כלל לא ביקשו להסתמך על סעיף זה - רומז שאם כן היתה הפנייה לסעיף - בית המשפט היה שוקל בכובד ראש לעשות בו שימוש. גם הנימוק לפיו לא היתה סתירה מהותית בין האמרה המשטרית לעדות בבית המשפט לא יכול לסייע לסניגור בדילמה שלו. הסניגור הרי סבור שכן היו סתירות מהותיות בין האמרה לעדות במשפט. זוהי הסיבה בגינה הוא מגיש את האמרה המשטרית - כדי להצביע על הסתירות. נראה

שיוצר הסעיף להרשעת חפים מפשע, ראו אלכס שטיין "סעיף 10א לפקודת הראיות ופירושו: התפתחות חיובית או סכנה של עיוות דין?" **משפטים** כא 326 (1992)

23 עם זאת, נראה כי השימוש שנעשה באמרות אלו לצורך בחינת מהימנות המתלוננת חרג מהגזרה הצרה שהיתה מותרת על פי פסקי הדין **מנקס ובשרי לעיל**, ה"ש 13. בית המשפט קובע כי בעוד העדות במשפט היתה תמציתית ביחס לאינוס מפרט האישום השלישי בכתב האישום, העדות המשטרית היתה מעובה יותר ונתנה גם את הרקע לאירועים. על פי בית המשפט הפרטים הנוספים שבבעדות המשטרית תמכו בעדות במשפט והוסיפו לה נופך של מהימנות. ספק לדעתי אם ניתן היה לקחת בחשבון באופן שכזה את הפרטים שנאמרו באמרה המשטרית, עליהם לא חזרה העדה במשפט.

כי נימוק חוסר הסתירה הופך את הדילמה הסניגוריאלי ל"מלכוד 22" (או "מלכוד 10א" אם תרצו) - אין בעייה להגיש את אמרות עד התביעה במשטרה אם אין סתירות ביניהן לעדות במשפט - כי אז הן לא תהיינה קבילות לאמיתות תוכנן על פי סעיף 10א. אבל אם אין סתירות כאלו - אין שום טעם להגיש את האמרות מלכתחילה - שכן הן לא באמת יביאו לערעור המהימנות של העד. אם לעומת זאת קיימות סתירות מהותיות - כדאי להגיש את האמרות כדי להראות חוסר מהימנות - אבל אז בית המשפט יהיה רשאי להשתמש באמרות כדי לבסס באמצעותן את ההרשעה באופן עצמאי.²⁴

ניטול מקרה בו קיימות סתירות מהותיות בין האמרה המשטרית לעדות במשפט, ויש באמרה פרטים מפלילים נוספים שלא הופיעו בעדות. במידה והתביעה תטען כי יש לקבל את האמרות הללו על פי הוראות סעיף 10א, על פי החלטת בית המשפט העליון בעניין פלוני ניתן יהיה לקבל את האמרות, בדיוק לפי עמדת השופט קדמי בעניין **יעקובוביץ'**.

פתרון בעייתי נוסף לדילמה הוצב בפסק דין **קובי כהן**.

פסק הדין בעניין קובי כהן

תיאור

קובי כהן הואשם בסדרת עבירות חמורות ביניהן סדרה של מעשי אינוס ומעשי סדום אלימים ביותר במהלך מספר ימים כנגד המתלוננת. בניגוד למקרים האחרים שתוארו, במקרה זה הסניגור לא הסכים להגיש את אמרותיה של המתלוננת במהלך חקירתה הנגדית, מחשש שמא ייעשה באמרות שימוש כנגד הנאשם. במקום להגיש את האמרות, הוא נקט בטכניקה שתוארה במבוא - בעת החקירה הנגדית הוא הפנה את המתלוננת להיגדים מסוימים באמרות, וחילץ ממנה, באמצעות עדותה, את ההבדלים בין העדות במשפט לאותם היגדים באמרות המשטריות. בית המשפט ביקש מהסניגור כי יגיש את האמרות, כדי שאפשר יהיה לעשות השוואה כוללת ומהותית בין האמרות לעדות. הסניגור מיהן לעשות זאת, גם לאחר שבית המשפט המחוזי הבהיר לו כי אם האמרות לא תוגשנה, יינתן לסתירות האמורות משקל נמוך, אם בכלל. בערעור שב הסניגור טען כי על פי הלכת **יעקובוביץ'** היה לו טעם טוב שלא להגיש את אמרותיה של המתלוננת, ובית המשפט שגה כאשר נתן בשל כך

לסתירות שהוכחו משקל נמוך. בבית המשפט העליון השופט שהם התייחס לעניין **יעקובוביץ'** באופן מורכב. הוא ציין כי הסיטואציה בעניין **יעקובוביץ'** היתה נדירה למדי. עוד העיר כי בסופו של דבר האמרה שהיתה במחלוקת בעניין **יעקובוביץ'** לא הוגשה על פי סעיף 10א. השופט שהם קבע כי הוא מתקשה להעלות על דעתו מצב בו הודעות של עד תביעה שהוגשו על ידי הסניגור בעת החקירה הנגדית ישמשו כראייה לאמיתות תוכנן כנגד הנאשם. מכל מקום בית המשפט אבחן בין העובדות של מקרה **יעקובוביץ'** עליהן הסתמך הסניגור, לעובדות המקרה של **קובי כהן**, מבחינת היכולת להסתמך על האמרות, לו היו מוגשות כראייה לאמיתות התוכן. השופט שהם, אליו הצטרפו השופטים רובינשטיין והנדל, פסק כי יש להבחנה בין מצב בו מגיש סניגור מיוחמת את האמרות במהלך החקירה הנגדית, למקרה בו בית המשפט מבקש מן הסניגור להגיש אותן, נפקות חשובה ביותר. במקרה הראשון מדובר בראיות רגילות לכל דבר ועניין. אם בית המשפט מבקש מהסניגור להגישן - הן מקבלות מעמד מיוחד, וניתן להשתמש בהן אך ורק לצורך בחינת הסתירות. כדי להגיע לתוצאה זו פרש בית המשפט יריעה רחבה, בסיומה הכריז על סמכות מיוחדת של בית המשפט, שאיננה כתובה בחוק, לדרוש מהסניגור להגיש את האמרות.²⁵ סמכות זו נובעת מכך שעל אף עקרונות ההליך האדברסרי לפיו הצדדים הם האמונים על הגשת הראיות לבית המשפט, הרי ש"בית המשפט אינו רשאי לשבת בחיבוק ידיים, כאשר הוא נוכח לדעת שכללי הפרוצדורה אינם מאפשרים לו לנהל הליך תקין". חשוב לציין כי השופט שהם אבחן סמכות חדשה זו של בית המשפט מהסמכות הנתונה לו בסעיף 167 לחוק סדר הדין הפלילי²⁶ להורות על הזמנת עד ועל הבאת ראיות נוספות. על כן כאמור, אין להתייחס לאמרות שתוגשנה על פי דרישת בית המשפט כראיות רגילות, אלא כסוג מיוחד של ראיות, שלא ניתן להשתמש בהן כראייה לאמיתות תוכנן. אם הסניגור יסרב לדרישת בית המשפט, יינתן משקל נמוך, אם בכלל, לסתירות עליהן יבקש להצביע בין הדברים שאמר עד התביעה באמרות המשטריות לעומת אלה שבמשפט.

ביקורת

טרם שתיפרשנה הביקורות המהותיות על פסק הדין בעניין **קובי כהן** תצוין ביקורת טכנית. נראה כי בית המשפט לא נתן את החשיבות הראויה לדילמה שהניח בפניו הסניגור.

²⁴ יכול להיות שדרך לפתור את המלכוד היא להבהיר כי סתירה מהותית תתגבש רק מקום שעצם קיומה מצביעה על עוינותו של העד לצד שזימן אותו. כך ניתן להבחין בין עד שעקב איומים, או מכל סיבה אחרת, חוזר בו מעדותו או משמיט ממנה פרטים חשובים, לעד שחוזר על עיקרי הדברים, אך תוך שמתגלות סתירות בין גרסאותיו השונות. אפשר לומר שהמבחן הוא כוונתו של העד. רצה להכשיל את עדותו, או שלא. במקרה הראשון הסתירות הן מהותיות, ובמקרה השני אינן מהותיות לצורך סעיף 10א. נכון הוא שסניגור שיחקור עד תביעה מהסוג השני יטען שגם הסתירות מהסוג השני הן מהותיות, על אף שהעד לא רצה לסכל את העדות, ודווקא בגלל זה. אך יכול וניתן לדבר על "מהותיות יחסית", כמו על בטלות או תוצאה יחסית. יכולה סתירה להיות מהותית לצורך ערעור מהימנות העד, אך לא מהותית לצורך הגשת האמרה על פי סעיף 10א.

²⁵ הדיון מצוי בפסקאות 38-51 לחוות דעתו של השופט שהם.

²⁶ חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב - 1982.

עד התביעה להגיש את אמרותיו במשטרה. אלו תשמנה אך ורק לצורך הוכחת עצם אמירת הדברים. הם לא תוכלנה לשמש כראיות לאמיתות התוכן. לסעיף 10א אין כל תחולה בסיטואציה כזו. אם הסניגור יבחר שלא להגיש את אמרות עד התביעה, ועל אף זאת לטעון לסתירות, אזי על סמך הכלל בעניין הצד שלא הביא ראיה שיכול היה להביא, בית המשפט יוכל במקרים המתאימים להסיק כי הגשת האמרות לא היתה מסייעת לו בהוכחת הסתירות הללו.

לא ברור מדוע היה צריך את הסמכות החדשה לבית המשפט. מחד - לא ברור מה מקורה של אותה סמכות. כיצד יכול בית המשפט ליצור לו סמכות כזו יש מאין? מצד שני, לא ברור גם מה נפקותה של הסמכות הזו "לדרוש" כהגדרת השופט שהם את הגשת האמרות. זאת בייחוד לנוכח אמירתו של בית המשפט באותה נשימה כי דרישה זו כלל אינה מחייבת את הסניגור להיענות לה. לא ברור גם במה שונה סמכות חדשה זו, מיכולתו כיום של בית המשפט להעיר לסניגור כי כדאי לו להגיש את אמרותיו של עד התביעה אם הוא רוצה שיינתן משקל לסתירות שלקיומן הוא טוען. הערות שכאלו הן דבר של יום ביומו. כך עשה גם בית המשפט המחוזי בעניין **קובי כהן**, ואף אחד לא טען כי הוא חרג מסמכותו. רק כדי להגיע לתוצאה של אי מתן משקל לסתירות אם האמרות לא תוגשנה, לא היה מקום לייסד סמכות חדשה שכזו.

כמו כן, גם ההכרזה על סוג חדש של ראיות, שלא יכולות לשמש כהוכחה לאמיתות תוכן נראית מיותרת. לא ברור כיצד ראיות אלו שונות מאמרה רגילה שמוגשת אך ורק לצורך הוכחת אמירתה, כפי שנהוג בדיני הראיות שלנו במשך שנים. גם לא ברור מן הבחינה הטכנית פרוצדוראלית - כיצד האמרות הללו תוגשנה לבית המשפט ולא תיחשבנה כראיות - האם הן לא יסומנו? האם לא יוכנסו לתיק בית המשפט? נראה כי מדובר במנגנון מיותר וחריג, שיוסד רק כדי לפתור בעייה שדיני הראיות הרגילים פתרו כבר ממילא לפני שנים רבות.

נראה כי ה"חטא הקדמון" בעניין זה הוא קביעותו של השופט קדמי בעניין **יעקובוביץ'**, והמגמה הכללית לעבור מ"קבילות למשקל". אלו נמצאים בבסיס המחשבה המוטעית כי אמרות משטרתיות שהוגשו במהלך החקירה הנגדית לצורך הוכחת סתירות, יכולות לשמש ראיה לאמיתות תוכן באמצעות סעיף 10א לפקודת הראיות. הקפדה על כללי הקבילות הברורים היתה מונעת את כל הניתוח הסבוך והמיותר, את הסמכות החדשה, ואת הזן החדש של ראיות, שנולדו בפסק דין **קובי כהן**.

סיכום - הפתרון הנכון - עניין אבו טיר
בעניין **אבו טיר** הואשמו ששה מבני משפחתה של

אמירתו של השופט שהם כי הוא מתקשה להעלות על דעתו מקרים בהם הגשת האמרות של עד התביעה תפעל לרעתו של הנאשם כך שאלו ישמשו כראיה לאמיתות תוכן, אינה עולה בקנה אחד עם שני פסקי הדין בעניין **פלוני** ובעניין **אבו טיר**. בשני מקרים אלו נעשה שימוש כזה באמרות על ידי הערכאה הראשונה, כך שבית המשפט העליון זיכה נאשמים, כליל או באופן חלקי, מאישומים שהורשעו בהם שלא כדין, רק על סמך שימוש לא ראוי באמרות אלו.

הביקורת המהותית על הפתרון שנבקט בעניין **קובי כהן** היא משני סוגים. הסוג הראשון הוא חוסר יעילות בפתרון הדילמה. פסק הדין קבע כי במקום בו בית המשפט הוא זה שדורש לראות את האמרות, שוב הסניגור לא נמצא בסיכון שמא ישתמשו באמרות כראיה לאמיתות תוכן. השאלה הנשאלת היא מה יקרה בכל אותם מקרים בהם בית המשפט לא דורש את האמרות הללו. על פי פסק הדין נראה כי במקרה כזה, האמרות הללו כן עלולות להיות קבילות לאמיתות תוכן. הסניגור לא יכול לתכנן את החקירה הנגדית שלו על סמך האפשרות שבית המשפט ידרוש את האמרות. איכות החקירה הנגדית, ויכולתה לרדת לחקר האמת, לא יכולה להיות תלויה בשאלה אם בית המשפט ידרוש את הגשת האמרות, אם לאו.²⁷

תשובה אפשרית לביקורת זו יכולה להיות שפסיקת בית המשפט בעניין **קובי כהן** לא נועדה לפתור את הדילמה של הסניגור, אלא להבהיר את כללי הקבילות ולפסוק על פי הדין בסיטואציה הקונקרטי שבה בפניו. התשובה הזו תיתקל בביקורת המהותית הבאה. פסק הדין בעניין **קובי כהן** יצר כללים חדשים שאין בהם כל צורך. הוכרז על קיומה של סמכות חדשה לבית המשפט, שלא ברורים מקורה או מהותה, ונקבע סוג חדש של ראיות שהן אינן ראיות ממש. כל זאת כדי לפתור סיטואציה פשוטה, שדיני הראיות הקיימים פותרים אותה היטב, כמפורט להלן.

יש להכיר בכך כי מערכת כללים היא טובה יותר ככל שהיא פשוטה יותר. יצירת כללים חדשים שלא לצורך, מסרבלת את המערכת, מקשה על הבנתה, ומגדילה את הסיכוי לתוצאות בעייתיות ושגויות בהחלת הכללים החדשים.

חשוב לראות כי דיני הראיות הקיימים נותנים פתרון ברור לסיטואציה הנתונה. בדיני הראיות הקיימים מוכרת ההבחנה בין אמרה שקבילה אך ורק לעצם אמירת הדברים, לבין אמרה הקבילה לאמיתות התוכן. כמו כן ידוע הכלל לפיו אם צד מסוים יכול היה להביא עד או ראיה מסוימת, והוא נמנע מכך, אזי עשויה להיות לכך משמעות לחובתו.²⁸ כללים אלו, בצירוף התבונה הקודמת לפיה סעיף 10א כלל לא אמור לחול בסיטואציות של עד תביעה שאיננו עויין, נותנים פתרון מלא לסוגיה. הסניגור יכול בעת החקירה הנגדית של

27 אין בפסק הדין קביעה כי אם בית המשפט לא דרש את הגשת האמרות הוא ייתן את מלוא המשקל לסתירות שהוכחו ללא הגשתן. 28 להדגמה ראו למשל ע"פ 9274/08 פלוני נ' מדינת ישראל (2009) פסקה כג לפסק הדין וההפניות שם.

המתלוננת במעשי אלימות שונים שעשו בה על רקע התנהגותה, שפגעה לעמדתם בכבוד המשפחה. בית המשפט המחוזי הרשיע את כל ששת הנאשמים. בערעור קיבל בית המשפט העליון את טענת אחד הנאשמים כי הפרטים בקשר לאלימות הנטענת שלו נשאבו כולם מתוך אמרתה המשטרתית של המתלוננת. האמרה הוגשה על ידי ההגנה במהלך חקירתה הנגדית. על כן הדברים לא הוכחו במשפט. בית המשפט התייחס בקצרה לסוגיה, באופן נכון ומדויק. בית המשפט הניח כי מרגע שהאמרה הוגשה במהלך החקירה הנגדית, לא היתה הסכמה מצד ההגנה לגבי תוכנה והיא הוגשה על מנת להוכיח סתירות בגרסתה בלבד. בית המשפט קבע כי מדובר בעדות שמועה שלא הוגשה באמצעות אחד החריגים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה, ועל כן אין להתבסס על הדברים האמורים בה כראייה לאמיתות התוכן. מדובר בפתרון פשוט ונכון. הוא מאפשר חקירה נגדית ראויה. הוא מבוסס באופן נכון על דיני הראיות הקיימים. בניגוד לפתרונות של פסקי הדין **יעקובוביץ' ופלוני**, הוא לא מניח שסעיף 10א לפקודת הראיות יכול להיות מקור קבילות לעדות כזו. בניגוד לפסקי הדין **קובי כהן** הוא לא מבקש לייצר סמכויות חדשות וסוגי ראיות חדשים כדי להתמודד עם הסוגיה. כללי דיני הראיות שלנו הם פשוטים בנקודה זו. האמרות המשטרתיות של עד

תביעה יכולות להיות מוגשות על ידי הסניגור בעת החקירה הנגדית. זאת לצורך הוכחת סתירות בין לעדות במשפט. בהיותן עדות שמיעה, הן משמשות אך ורק הוכחה לעצם אמירתן. הן לא יכולות בשום פנים לשמש כראייה לאמיתות התוכן. פסקי הדין בעניין **יעקובוביץ' פלוני וכהן** הם סבוכים ושגויים. פסק דין **אבו טיר** הוא פשוט ונכון.

ומה לגבי פתרון הדילמה של הסניגור?

כל עוד פסק הדין בעניין **קובי כהן** מהווה את הכרעתו האחרונה של בית המשפט העליון בעניין זה, מומלץ לפעול על פיו. אם סניגור מתכנן להגיש אמרה של עד תביעה במהלך חקירתו הנגדית כדי להצביע על סתירות בין תוכן האמרה המשטרתית לעדות במשפט, מומלץ שיפנה את הערכאה הדיונית לעניין **קובי כהן**²⁹. מומלץ לבקש מבית המשפט להפעיל את המנגנון הדיוני שנקבע באותו פסק דין, ולדרוש מהסניגור להגיש את האמרות. זאת כדי להבטיח שלא ייעשה שימוש באמרות כראייה לאמיתות התוכן. אם הערכאה הדיונית לא מעוניינת להשתמש בסמכות החדשה שיוסדה בעניין **קובי כהן**, נראה כי כדאי להפנות לפסק דין **אבו טיר** ולפתרון שנגקט בו. אם התביעה טוענת כי סעיף 10א הוא מקור קבילות לאמרה, יכול הסניגור להבהיר מדוע הסעיף לא נועד לחול על הסיטואציה הזו.

²⁹ חשוב לומר כי הדילמה אם להגיש את האמרות המשטרתיות אם לאו, צריכה להתעורר רק במקום בו בעדות בבית המשפט לא אמר עד התביעה עובדות חשובות שנאמרו באמרה המשטרתית, ששימשו בסיס לאישומים בכתב האישום. דוגמאות לכך הם מקרה **אבו טיר** בו עדת התביעה גרסה באמרה המשטרתית כי נאשם מספר חמש היה שותף לאלימות נגדה ואילו בעדות במשפט לא חזרה על כך. דוגמא נוספת היא עניין **פלוני** בו בעדות המשטרתית המתלוננת סיפרה כי מסרה לנאשם מה גילה האמיתי, בעוד בעדותה במשפט לא אמרה זאת. במקרה בו העדות במשפט לא חסרה באופן מהותי לעומת האמרה המשטרתית, נראה כי אין סיכון מהותי בהגשת האמרה המשטרתית. עם זאת, תמיד צריך לשקול את האפקט הפסיכולוגי שעלול להיות לאמרה המשטרתית על בית המשפט, על אף שאין היא קבילה כראייה לאמיתות תוכנה על פי הכללים הפורמאליים.