

ביקורת על ספרו של ד"ר יניב ואקי "דיני ראיות"

רינת קיטאי סנג'רו*

1. מבוא – תיאור ספרו של ד"ר יניב ואקי "דיני ראיות". 2. הרחבת הסייג לעדות קרובים. א. כללי. ב. הרחבת הפטור מעדות כפויה לקרובי משפחה נוספים. ג. ביטול החובה הרחבה של מתן עדות בעבירות אלימות. ד. הרחבת הפטור ממתן עדות כפויה לשלב החקירה המשטרית. ה. הרחבת הפטור ממתן עדות כפויה למשפט האזרחי. ו. סיכום באשר לתפיסה בנוגע לעדות קרובים. 3. הצורך בקביעת כללי חקירה. 4. מתן חסינות לעדים מפני שימוש עקיף בעדותם להפללתם. 5. אפשרות ערעור על זיכוי מחמת הספק. 6. סיכום.

1. מבוא – תיאור ספרו של ד"ר יניב ואקי "דיני ראיות"

ספרו החדש של ד"ר יניב ואקי "דיני ראיות" חובק 4 כרכים – 2,261 עמודים ללא ה"מפתחות".¹ בלשון קולחת, המחבר מצליח לשלב בין מתן תמונה בהירה באשר לדין המצוי המשתקף בחקיקה ובפסיקה לבין מתיחת ביקורת עליו ופריסת תשתית תאורטית בפרספקטיבה היסטורית ועכשווית באשר לעקרונות הפילוסופיים, החוקתיים והדיוניים המנחים את דיני הראיות. די להתבונן בהערות השוליים כדי להיווכח בבקיאותו המופלגת של המחבר בחקיקה, בפסיקה ובספרות המשפטית בדיני ראיות בארץ ובעולם.

לא לרבים מאנשי האקדמיה יש "סבלנות" להתייחס בהרחבה גם לדין המצוי. כידוע, ניתוב אנשי האקדמיה לכתיבה בשפה האנגלית גובה מחיר של מיעוט יחסי של כתיבה משפטית אקדמית בשפה העברית. גם הכתיבה האקדמית בשפה העברית מתמקדת ברובה בדיונים תאורטיים במצב הרצוי. ד"ר ואקי, שרגליו נטועות הן בפרקטיקה בתפקידו הבכיר בפרקליטות המדינה והן באקדמיה, משלים, אפוא, חוסר בספרות המשפטית באמצעות סקירה שיטתית של המשפט המצוי במכלול הסוגיות הקלסיות בדיני ראיות: הכלל בדבר הרלוונטיות; האפשרות להתנות על דיני הראיות; כללי קבילות; סוגי ראיות; כללי פסילת ראיות; כלל הראיה הטובה ביותר; כללי משקל; הערכת מהימנות של סוגי עדים; התערבותה של ערכאת הערעור בממצאי מהימנות ומשקל; הכלל בדבר הקפאת הזכירה בעבר; נזק ראייתי ומחדלי חקירה; ידיעה שיפוטית; ריאיון עדים; כשרות עדים; החובה להעיד; נאשם כעד במשפטו; עדותם של שותפים

* פרופ' רינת קיטאי סנג'רו היא חברת סגל בבית הספר למשפטים ובחוג הרב-תחומי במכללה האקדמית צפת. תודתי נתונה לפרופ' בועז סנג'רו על הערותיו המועילות לטיוטת רשימה זו.
1 יניב ואקי **דיני ראיות** כרך א (ליאור הוצאה לאור 2020) (להלן: ואקי 'כרך א'); יניב ואקי **דיני ראיות** כרך ב (ליאור הוצאה לאור 2020) (להלן: ואקי 'כרך ב'); יניב ואקי **דיני ראיות** כרך ג (ליאור הוצאה לאור 2021) (להלן: ואקי 'כרך ג'); יניב ואקי **דיני ראיות** כרך ד (ליאור הוצאה לאור 2021) (להלן: ואקי 'כרך ד').

לעבירה; עדותם של עדי מדינה; עדות קטינים; עדות מוגבלים בשכלם או בנפשם; עדים מומחים; עדות שופטים ובוררים; הודאות חוץ של נאשמים; הודאות חוץ של בעלי דין בהליך אזרחי; עדות בדבר שיטה ומעשים דומים; ראיות נסיבתיות; ראיות מדעיות; ראיות דיגיטליות; ראיות זיהוי; ראיות בדבר עבר פלילי; תעודות ציבוריות; רשומות מוסדיות; עדות שמיעה וחריגה; עדות יחידה ותוספות ראיות; חסיונות וראיות חסויות; ונטלי הוכחה וחזקות.

אולם ד"ר ואקי אינו נעצר בתיאור המשפט המצוי. הוא מוכיח כי ניתן לשלב בין המצוי לרצוי ולכתוב ספר המאפשר להתמצא בנקל בדין המצוי לצד העמקה בעקרונות העומדים בבסיסו, העמקה המאפשרת לקוראים לבחון את הדין המצוי בראייה ביקורתית. כך, ד"ר ואקי סוקר את המטרות השונות של דיני הראיות ובמיוחד את חקר האמת מול ערכים אחרים, כמו החשש מפני הרשעות שווא והזכות להליך הוגן, ושולל, בצדק, את הבטחת אמון הציבור במערכת המשפט כערך עצמאי. כמו כן, הוא עומד באופן שיטתי על ההצדקות העומדות ביסודו של כלל ראיות מסויים וגוזר מהן את ההסדר הרצוי.

חלקים מהספר כוללים חזרות על דברים שכבר נדונו בפרקים אחרים. כך, למשל, בנושא החסיונות ד"ר ואקי חוזר על אותם עקרונות בדיון בכל חיסיון בנפרד. הגם שדרך זו נראית מייגעת במקצת, ההנחה היא כי אנשים אינם קוראים ספר עיוני בדיני ראיות כמו רומן ספרותי ברצף אחד "מכריכה לכריכה", אלא מעוניינים להרחיב את ידיעותיהם באופן נקודתי בסוגיה ספציפית. מבחינה זו, כל פרק עומד בפני עצמו, והקוראים אינם צריכים לפנות לפרקים אחרים להשלמת פערי ידע באותה סוגיה. כך שמה שנדמה בקריאה "מכריכה לכריכה" כחיסרון, הוא יתרון גדול בקריאה על אודות נושא מסויים.

כאמור, לאורך כל הספר ד"ר ואקי מציע הצעות ותובנות עצמאיות, כגון הצעה להוסיף לחוק סדר הדין הפלילי הוראה בדבר היעדר אפשרות להסיק מסקנות לחובתם של נאשמים בעלי מוגבלות שכלית ונפשית,² גם ביחס להימנעותם מלהשיב לאישום.³ כך, גם החלת חיסיון פסיכולוגי מטופל גם על זהות הלקוח,⁴ ובמקרים מסוימים גם החלה של חיסיון עורך דין-לקוח,⁵ של חיסיון רופא-מטופל⁶ ואף חיסיון על פנייה לתאגיד בנקאי ייחודי⁷ ביחס לזהות הלקוח.

² כיום, סעיף 162(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982, קובע כי "הימנעות הנאשם מהעיד לא תשמש ראיה לחובתו, אם התקבלה חוות דעת מומחה שלפיה הנאשם הוא אדם עם מוגבלות שכלית או אדם עם מוגבלות נפשית כהגדרתם בחוק הליכי חקירה והעדה של אנשים עם מוגבלות, ובשל מוגבלותו כאמור הוא נמנע מהעיד". סעיף 152 לחוק זה, המתייחס לתשובת הנאשם לאישום, לא קובע הוראה דומה.

³ ואקי 'כרך ב', לעיל ה"ש 1, בעמ' 679.

⁴ ואקי 'כרך ג', לעיל ה"ש 1, בעמ' 1798-1799.

⁵ שם, בעמ' 1742.

⁶ שם, בעמ' 1770.

⁷ שם, בעמ' 1870.

מטבע הדברים, שהרי לא ניתן למצוא תמימות דעים מוחלטת בקרב אנשים, איני רואה את כל הצעותיו של ד"ר ואקי עין בעין עימו. כך, בעוד אכן קיים צורך להסדיר את מערך התוספות הראייתיות – הן מבחינת הגדרותיהן והן מבחינת התאמתן לסכנה של הרשעות שווא,⁸ איני מסכימה להצעתו שלפיה יש לוותר כליל על תוספות ראייתיות ולהשאירן ברגיל רק כאשר מדובר בעדות יחידה שאינה נשמעת בבית המשפט.⁹ קיימת סכנה מוגברת להרשעת חפים מפשע כאשר בית המשפט מבסס הרשעה על עדות יחידה.¹⁰ סכנה זו מתעצמת כאשר מדובר בעדות יחידה אשר מהימנותה חשודה מטבעה. הצעות אחרות, כגון העברת התיק לשופטת אחרת במקרה שבו הודאה נפסלת כלא רצונית במסגרת משפט זוטא,¹¹ יש, לדעתי, לאמץ בלב שלם.

בביקורת זו אתמקד בהתייחסות לארבע מהצעותיו של ד"ר ואקי. החלק השני ידון בהצעה להרחיב את הסייג לעדות קרובים בכמה היבטים: הרחבת הסייג לקרובי משפחה נוספים, ביטול החובה הרחבה למסור עדות בעבירת אלימות שלא נעברה בבן משפחה, הרחבת הפטור מעדות כפויה גם לחקירה משטרתית והרחבת פטור זה גם למשפט אזרחי. החלק השלישי יתייחס לצורך לקבוע כללי התנהגות מוגדרים לחקירה משטרתית. החלק הרביעי יסתייג מההצעה להסתפק בחסינות שימוש ישיר לעדים מפני עשיית שימוש בעדותם לשם הפללתם. החלק החמישי ידון בהצעה לאפשר לנאשמים להגיש ערעור על זיכויים מחמת הספק.

2. הרחבת הסייג לעדות קרובים

א. כללי

כידוע, סעיף 5 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן – פקודת הראיות) מונה חריגים ("סייג לסייג") לכלל שלפיו בני זוג (סעיף 3 לפקודת הראיות) והורים וילדים (סעיף 4 לפקודת הראיות) אינם כשרים להעיד אחד נגד השני, ואין לחייבם במתן עדות כזו. החריג הרחב והבעייתי שבהם עניינו החובה המוטלת על בני זוג וכן על הורים וילדים לתת עדות המפלילה את יקירם בעבירות אלימות.¹²

8 שם, בעמ' 1448–1445.
9 שם, בעמ' 1450–1451. לשיטתו של ד"ר ואקי, אף במקרה כזה ניתן להקל או לוותר על דרישה של תוספת ראייתית.
10 ראו Boaz Sangero & Mordechai Halpert, *Why a Conviction Should Not be Based on a Single Piece of Evidence: A Proposal for Reform*, 48 JURIMETRICS J. 43 (2007).
11 ואקי 'כרך א', לעיל ה"ש 1, בעמ' 257; ואקי 'כרך ב', לעיל ה"ש 1, בעמ' 923. ראו גם בנימין בלום, יורם רבין וברק אריאל "אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית" **משפטים** 815, 834–835 (התשע"ח); רינת קיטאי סנג'ור "משפט זוטא ביחס לראיות שהושגו שלא כדין כאמצעי להתגברות על שיקול חיוניות הראיה" **ספר ג'ובראן** (גד בריזלי ומחמד ותר עורכים, צפוי להתפרסם).
12 סעיף 5 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 קובע כי הסייגים הקבועים בסעיפים 3 ו-4 לא יחולו במשפט פלילי בשל אחד מאלה: ראשית, חבלת גוף או אלימות או איום באחד מאלה; שנית, עבירות מין מכל סוג שהוא, גם אם אינן מלוות באלימות; שלישית, עבירות של שיבוש מהלכי משפט, הדחה בחקירה או בעדות והטרדת עד, כאשר עבירות אלה נעברו בקשר לעבירות שבהן מותרת עדות בן המשפחה.

ד"ר ואקי מציע להרחיב את הסייגים לעדות קרובים בכמה מישורים. ראשית, יש להחילם על בני משפחה נוספים מלבד הורים, ילדים ובני זוג השייכים למשפחה הגרעינית: על אחים ואחיות, ביולוגיים וחורגים, וכן להתאים את ההגדרה של בני משפחה לצורות המודרניות המתפתחות של משפחה. שנית, יש להחיל את "הסייג לסייג" הכופה על בני זוג ועל הורים וילדים להעיד אחד נגד השני רק על עבירות אלימות כלפי בן משפחה. שלישית, יש להרחיב את הסייג לעדות קרובים גם למשפט אזרחי. לדבריו, הצעות אלה חיוניות לשמירה על שלמות התא המשפחתי ולמניעת הצבתם של בני משפחה בפני דילמה קשה ושאינה הוגנת לבחור בין חובת הנאמנות למשפחה לבין החובה להעיד עדות אמת.¹³

ואכן, ההצדקות העומדות ביסוד האיסור על העדת קרובים בכפייה¹⁴ תומכות בעיקרן בהצעותיו של ד"ר ואקי.

ב. הרחבת הפטור מעדות כפויה לקרובי משפחה נוספים

האם יש מקום להרחיב את מעגל קרובי המשפחה הפטורים מחובת מתן עדות? למעשה, ישנן מדינות כדוגמת קנדה וניו זילנד שאינן מעניקות כלל לקרובי משפחה פטור ממתן עדות.¹⁵ באנגלייה וכן בדין הפדרלי ובמרבית המדינות בארצות הברית הפטור ממתן עדות ניתן רק לבני זוג.¹⁶ בגרמניה הוא מוענק גם לאחים.¹⁷ הפסוק בספר דברים "לאִיוֹמְתוֹ אָבוֹת עַל־בָּנָיִם, וּבָנָיִם לֹאִיוֹמְתוֹ עַל־אָבוֹת: אִישׁ בְּחֻטָּאוֹ, יוֹמְתוֹ" פורש במשפט העברי כאיסור על העדת הורים וילדים זה נגד זה,¹⁸ "והוא הדין לשאר הקרובים".¹⁹ הוראה זו פסלה עדות קרובים במשפט העברי בין לרעתם ובין לטובתם, והרמב"ם פסק כי "גזרת הכתוב היא".²⁰ במשפט העברי קרובים מדרגת קרבה רחוקה יותר היו פסולים לעדות: "אלו הן הקרובין – [אביו] ואחיו ואחי אביו ואחי אימו ובעל אחותו ובעל אחות אביו ובעל אחות אמו וחמיו וגיסו, הן ובניהן וחתניהן, וחורגו לבדו. אמר רבי יוסי, זו משנת רבי עקיבא. אבל משנה ראשונה, דודו ובן דודו".²¹

¹³ ואקי 'כרך ב', לעיל ה"ש 1, בעמ' 608–609.

¹⁴ לא אתייחס כאן לכלל הכשרות להעיד, הנראה לי חסר הצדקה ופוגע ביכולת הבחירה של אדם.

¹⁵ גיא בר־דוד "עדות 'קרובי משפחה' בעקבות תיקון 16 לפקודת הראיות" **חוקים** יד 121, 160 (2020).

¹⁶ שם, בעמ' 155–157.

¹⁷ Jacqueline E. Ross, *Do Rules of Evidence Apply (Only) in the Courtroom? Deceptive Interrogation in the United States and Germany*, 28 O.J.L.S. 443, 446 (2008).

¹⁸ משנה תורה, שופטים, פרק יג, הלכה א.

¹⁹ שם.

²⁰ שם, הלכה טו.

²¹ שם; משנה, סנהדרין, ג, ד; מרדכי סבתו "אלו הן הקרובין": עיון מחודש ברשימות הקרובים הפסולים לעדות" **דיני ישראל** כט 71 (התשע"ג).

כמובן מאליו, רעיון האחדות בין בעל לאישה שלפיו כביכול הם אינם אלא ישות אחת ולפיכך לא ניתן לחייב אדם להעיד נגד עצמו אינו מקובל עוד בתקופתנו.²² רעיון האחדות נתן מקום לפטור מעדות רק לבני זוג.

הצדקה מסורתית מתחום דיני הראיות לאיסור על עדות קרובים מתייחסת לאימהימנותה של העדות.²³ אולם חשש זה אינו מקובל כיום כעילת פסלות, כפי שניתן ללמוד מהאפשרות הניתנת לקרובי משפחה להעיד כעדי הגנה.²⁴ כמו כן, בניגוד לכלל שהיה קיים באנגליה עד שנת 1898 ואשר אסר על נאשמים להעיד להגנתם בשבועה, בין היתר בשל החשש לאימהימנות עדותם,²⁵ על תפיסה זו אבד כיום הכלח, ונאשם זכאי להעיד להגנתו ככל עד אחר.²⁶ הפסיקה וכן מלומדים רבים רואים ברצון לשמור על שלמות התא המשפחתי ועל יחסי האמון ההדדי השוררים בין בני זוג ובני משפחה את ההצדקה המרכזית לאיסור על כפיית עדות קרובים.²⁷ בכל הנוגע לצורך זה, ניתן לטעון כי באיזון שבין חקר האמת לבין שלמות התא המשפחתי בחר המחוקק להגן על היחסים בין הורים לילדים ובין בני הזוג, בראותו בהם מסגרת יחסים קרובה ביותר. מעבר לקרבה הרגשית, ניתן לסבור כי החברה מייחסת חשיבות מיוחדת ליחסים תקינים בין בני זוג ובין הורים לילדים לנוכח מרכזיותה של המשפחה בעיצוב זהותו של הפרט. בהיבטים אלה, אחים אינם מוכרים כמצויים במעגל הקרוב לפרט בדרגה שווה להורים ולילדים ואינם נתפסים ברגיל כיורשים על פי דין.²⁸

כמו כן, ניתן לטעון כי במצב שבו המדינה ניצבת מול הפרט, לא ראוי ליטול ממנו את התא המשפחתי הקרוב אליו ביותר שבו הוא יכול להיאחז בפרק זמן קשה זה.²⁹ גם לפי טיעון זה, המחוקק אפשר לנאשמים להיתמך מבחינה נפשית על ידי קרובי משפחה, שעומדים יחסי הקרבה הם ברגיל חזקים במיוחד.

²² ש"ז פלר ואליהו הרנון "הצעת החוק לתיקון פקודת העדות (מס' 6), תשכ"ז-1967 הפרקליט כד 94, 98 (התשכ"ח); ע"פ 500/77 עומרי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2) 681, 697 (1979); בנימין בלום "מפטרוארכיה להטרונורמטיביות או מפורמליזם לערכים? החיסיון בין בני הזוג מאותו המין" 1005, 1009-1010 זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית זהות מגדרית (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים 2016); R. Michael Cassidy, *Reconsidering Spousal Privileges after Crawford*, 33 Am. J. Crim. L. 339, 356 (2006).

²³ טליה פישר "דיני הראיות בראי התיאוריה" עיוני משפט לט 107, 117 (2016). ראו גם: יחזקאל מרגלית "אבות על בנים: לפסול עדות קרובים" פרשת השבוע ברוח המשפט פרשת השבוע 160 (פרשת כי-תשא התשס"ד).

²⁴ פלר והרנון, לעיל ה"ש 22, בעמ' 98-99; פרשת עומרי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 697. ביחס לאפשרות הניתנת לקרובי משפחה להעיד כעדי הגנה ראו סעיף 6 לפקודת הראיות.

²⁵ Alexander G.P. Goldenberg, *Interested, But Presumed Innocent: Rethinking Instructions on the Credibility of Testifying Defendants*, 62 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 745, 749-755 (2007).

²⁶ ס' 161 לחוק סדר הדין הפלילי.

²⁷ פלר והרנון, לעיל ה"ש 22, בעמ' 99; ע"פ 78/62 דרשני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 1814, 1816 (1962); פרשת עומרי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 697; מנחם אלון "הדין, האמת, השלום והפשרה: על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה" מחקרי משפט יד 269, 277-278 (1998); נינה זלצמן "הכשרות לעדות, החובה להעיד וראיות חסויות" משפטים טז 62, 62 (התשמ"ו); חיה זנדברג זכויות נאשמים: הזכות למשפט נפרד 211 (2001); אסף הרדוף "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או המבט הרביעי על הכשרות להעיד במשפט הפלילי", דין ודברים ג 273, 286 (התשס"ח); בן-דוד, לעיל ה"ש 15, בעמ' 124-125.

²⁸ ס' 10 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, אם כי בנסיבות מסוימות קמה זכות ירושה גם לאחים ולאחיות בהתאם לקבוע בס' 11(2) לחוק הירושה.

²⁹ אני מודה לעו"ד דמיטרי ברנשטיין, סטודנט לשעבר במרכז האקדמי למשפט ולעסקים, אשר הציג רעיון זה בעבודתו הסמינריונית.

יתרה מזו, המחוקק אינו רואה בהגנה על שלמות התא המשפחתי חזות הכול. כך, העבירה של סיוע לאסיר או לעצור להימלט ממשמורת חוקית, המעוגנת בסעיף 258 לחוק העונשין, אינה מחריגה קרובי משפחה, וקרובי משפחה אשר מעניקים לאסיר או לעצור נמלט מקום לינה בביתם נושאים באחריות פלילית.³⁰ לפיכך, ניתן לטעון כי לגיטימי לא לראות בהגנה על יחסים בין אחים וקרובי משפחה אחרים ערך הגובר על הצורך בבירור האמת.

עם זאת, באספקלריה של תקינות היחסים במשפחה, גם אחים צריכים להיות פטורים מכפייה להעיד.³¹ ואכן, המחוקק הכיר בקשר הקרוב בין אחים בפטור אחים מאחריות לעבירה של חיפוי על מעשה עבירה נגד ביטחון המדינה, המעוגנת בסעיף 95(ג) לחוק העונשין.³² בהתייחס לעבירה של סיוע לאחר מעשה, שלגביה לא ניתן פטור לאחים, בית המשפט הכיר בדילמה שבפניה נתונים גם אחים באומרו כי "... נעלה מספק שאח, חרף הקרבה הרבה לאחיו, אינו נהנה מהפטור אף-על-פי שנכונותו להיחלץ לעזרה כמסייע לאחר מעשה נובעת לעתים מדחף חזק שקשה לעמוד בפניו. אולם בכל הנוגע לו, העדיף המחוקק את השמירה על הליכי משפט תקינים על ההתחשבות ברגשותיו. הדגשתי את המילה "לעתים", שכן חלילה לנו להניח הנחות שמחמת הקרבה בין אחים נוצרת כביכול חזקה לנכונות אשר כזאת. יש לבחון כל מקרה על-פי נסיבותיו".³³ ההסתיוגות של בית המשפט בנוגע לנכונות של אחים לסייע אחד לשני נכונה בוודאי גם למערכת היחסים שבין הורים לבין ילדים בגירים וכן למערכת יחסים זוגית, אשר עוצמתה משתנה ממשפחה למשפחה.

טיעון הטריילמה, שלפיו לא רצוי להכריח אדם לבחור בין 3 אפשרויות רעות, שעניינן אמירת אמת פוגעת, אמירת שקר או סירוב להעיד, בוודאי יכול להוביל לפריסת הפטור מפני עדות גם על עדותם של קרובים אחרים. בית המשפט העליון הכיר בטיעון זה כהצדקה לחיסיון מפני הפללה עצמית בקובעו כי "זכות השתיקה באה כדי למנוע מאדם להיקלע לטריילמה שבה הוא מיטלטל בין החובה המוסרית והמשפטית לומר את האמת לבין החולשה האנושית לשקר כדי להציל את עורו, לבין הסתבכות בביזיון בית-המשפט עקב סירובו להעיד".³⁴

מניעת טריילמה, הנתפסת כאחד הטיעונים המצדיקים את החיסיון מפני הפללה עצמית, רלוונטית גם לעדות קרובים.³⁵ בהקשר אחר, בית המשפט העליון הכיר במצבם הקשה של הורים, ילדים ובני זוג בהסבירו את הפטור הניתן להם מנשיאה באחריות פלילית לעבירה של סיוע לאחר מעשה: "אפשר להסביר פטור זה במדיניות המחוקק המתחשבת בדחף החזק של בני קרבה כזאת

ע"פ 17/81 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד לה(3) 829 (1981).

פלר והרנון, לעיל ה"ש 22, בעמ' 99.

שם.

ב"ש 298/80 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד לה(1) 267, 279 (1980) (להלן: פרשת לוי).

בג"ץ 6319/95 חכמי נ' שופטת בית משפט השלום בתל-אביב-יפו, פ"ד נא(3) 750, 765 (1997). ראו גם: ע"פ 242/63

קריטי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 477, 498 (1964).

הרדוף, לעיל ה"ש 27, בעמ' 314; בן דוד, לעיל ה"ש 15, בעמ' 124.

30

31

32

33

34

35

לקבל ולמלט מעונש איש את רעהו עד שהאיסור לעשות כן הופך לגביהם גזרה, שאין מבחינה אנושית־רגשית, אפשרות לעמוד בה. לשון אחרת: הפטור הוא תוצאה מן ההכרה בסכנה המוגברת לעזרה הדדית בין בני־זוג, הורה וילדו, ומעדיף את ההתחשבות האנושית ברגשותיהם על הסכנה הנשקפת מעזרתם לציבור".³⁶

במקרה שבו אדם מחויב להעיד נגד קרובו הוא נאלץ לעמוד בפני הכרעה אכזרית האם לשתוק, לשקר או להפוך את עצמו למכשיר לפגיעה קשה באהוב ליבו.³⁷ הקונפליקט הכרוך בהפלת קרובים יכול להיות חזק במידה זהה לקונפליקט הכרוך בהפללה עצמית.³⁸ תומס הובס אכן סבר כי אין מקום לחייב אדם במתן עדות "... כלפי אלה, שהרשעתם מביאה מצוקה על אדם, כגון כלפי אב, אשה או גומל חסד", כפי שאין לחייבו במתן עדות נגד עצמו, שכן יש להניח כי אדם יבחר לשקר.³⁹ מסיבה זו, בגרמניה קרובי משפחה אינם חייבים להעיד נגד קרוביהם⁴⁰ והפטור ממתן עדות משתרע גם על אחים וכמו כן חל כבר בשלבי החקירה, ולא רק בבית המשפט.⁴¹ יתרה מזו; ניתן לטעון כי אם הטיעון של מניעת טרילמה מצדיק את החיסיון מפני הפללה עצמית, בכוחו להצדיק מכוח קל וחומר גם אי־כפייה על אנשים להעיד נגד הקרובים להם. הגנה על אחרים היא ראויה יותר מבחינה מוסרית מאשר רצון של אדם לחפות על עצמו.⁴² בנוסף, ככל שמדובר בחשודים ובנאשמים אשמים, הרי הם הכניסו את עצמם למצב של טרילמה מעצם ביצוע עבירה, בעוד קרובי משפחה נקלעו למצב הטרילמה חרף רצונם.⁴³

בהיבט של שמירה על שלמות התא המשפחתי ומניעת העמדתם של אנשים בפני טרילמה יש להעניק, אפוא, את הפטור מפני החובה להעיד גם לאחים. כמו כן, יש להעניקו גם להורים חורגים וילדים חורגים. עדות של הורים וילדים חורגים האחד נגד השני עלולה להביא להתערעות התא המשפחתי, במיוחד כאשר ההורה החורג והילד גרים תחת קורת גג אחת והיחסים ביניהם הם יחסי משפחה לכל דבר, ולהעמיד הורים וילדים כאלה בפני טרילמה קשה.⁴⁴

ג. ביטול החובה הרחבה של מתן עדות בעבירות אלימות

36 פרשת לוי, לעיל ה"ש 33, בעמ' 278.
37 Cassidy, לעיל ה"ש 22, בעמ' 361–360.
38 KLAUS ROGALL, DER BESCHULDIGTE ALS BEWEISMITTEL GEGEN SICH SELBST 64 (1977). ראו גם הרדוף, לעיל ה"ש 27, בעמ' 314–315.
39 תומס הובס לויטן 131 (מאגנס, יוסף אור מתרגם 1962).
40 ROGALL, לעיל ה"ש 38, בעמ' 61, 64, 150–152.
41 Ross, לעיל ה"ש 17, בעמ' 446.
42 David Dolinko, *Is There a Rationale for the Privilege Against Self-Incrimination?*, 33 William J. Stuntz, *Self-Incrimination and Excuse*, 88 COLUM. L. ; UCLA L. REV. 1063, 1093-1095 (1986) REV. 1227, 1237 (1988).
43 Steven Penney, *What's Wrong with Self-Incrimination? The Wayward Path of Self-Incrimination Law in the Post-Charter Era - Part I: Justifications for Rules Preventing Self-Incrimination*, 48 CRIM. L.Q. 249, 262 (2003) [hereinafter Penney, *What's Wrong*].
44 ברדוד, לעיל ה"ש 15, בעמ' 141–140.

ד"ר ואקי צודק בטענתו כי ההצדקות שעניינן הגנת התא המשפחתי ומניעת טרילמה צריכות להוביל לשחרורם של בני משפחה ממתן עדות כפויה כלפי הקרובים להם גם בעבירות אלימות, כל עוד הם או בני משפחתם לא נפלו קורבן למעשיו של הנאשם.

ההצדקה הנעוצה בהגנת התא המשפחתי אינה מתיישבת עם הטלת חובה על אדם להעיד נגד הורוהו, ילדו או בן זוגו בכל עבירת אלימות שאינה מופנית כלפי אחד מבני המשפחה ושאינה מעידה כשלעצמה על התערערות התא המשפחתי.⁴⁵

חריג סעיף 5 לפקודת הראיות כוון במקורו למקרי אלימות אשר הופנו כלפי בני המשפחה.⁴⁶ חריג כזה הוא בוודאי רצוי כדי לצמצם את הסכנה להפניית איומים ולחצים כלפי נשים מוכות לבל יעידו נגד בני זוג אלימים וכן, באופן כללי, להפניית איומים ולחצים על בני משפחה.⁴⁷ עבירות אלה גם מתאפיינות בביצוען בפרטיות הבית ללא עדים להן מלבד הקורבן עצמו.⁴⁸ אולם נוסח החוק לא שיקף את כוונתו המקורית של המחוקק, ובית המשפט העליון בפסק דין עומרי נצמד ללשונו הברורה של סעיף 5 והעניק לו פירוש רחב, שלפיו קרובי משפחה חייבים להעיד בעבירות אלימות, גם כאשר לא נפגעו על ידי הנאשם.⁴⁹ מבחינה מהותית, הנשיא שמגר עמד על האינטרס החברתי שבמסירת עדות בעבירות אלימות "בחברה שבה גוברת והולכת האלימות לכל צורותיה ובה הרצח, השוד, הפריצה והתקיפה הם סממני היום-יום..." וגרס כי האינטרס בעשיית צדק גובר על הרצון לשמור על שלום ביתם של עבריינים.⁵⁰

הגם שבפרשת עומרי הבן העיד נגד אביו ונגד שותפו מרצונו כעד מדינה, פירוש זה של פסק דין עומרי יצר מצב אבסורדי, שלפיו בעבירות חמורות ביותר, כדוגמת ריגול, אין מוטלת על קרובי משפחה חובה להעיד (ואף אינם כשרים למתן עדות), אלא חובה זו מוטלת דווקא בעבירות אלימות, אף אם אין חמורות בנסיבות העניין, ולשיבוש הליכי חקירה ומשפט לגביהן.⁵¹ לאחר למעלה מארבעים שנים שבהן נהגה הלכה זו, המחוקק העדיף שלא לשנותה בתיקון המסיבי שביצע בשנת 2015 לסעיפים 3–5 לפקודת הראיות.

⁴⁵ ראו גם הרדוף, לעיל ה"ש 27, בעמ' 286–290.

⁴⁶ יעקב בן ברוך-רובין "החוק לתיקון דיני הראיות, תשכ"ח–1968" משפטים א' 463, 464 (1968); פרשת עומרי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 696.

⁴⁷ Malinda L. Seymore, *Isn't It a Crime: Feminist Perspectives on Spousal Immunity and Spousal Violence*, 90 Nw. U. L. Rev. 1032, 1082 (1996). ראו גם: Cassidy, לעיל ה"ש 22, בעמ' 347–348.

⁴⁸ שם, בעמ' 349.

⁴⁹ פרשת עומרי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 697. לעניין זה ראו גם ע"פ 49/88 רוקח נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 605, 613–614 (1988).

⁵⁰ פרשת עומרי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 697.

⁵¹ ברדוד, לעיל ה"ש 15, בעמ' 164–165; הרדוף, לעיל ה"ש 27, בעמ' 302–303.

פסק דין עומרי בחר להקריב את שלמות התא המשפחתי.⁵² כמו כן, הוא התעלם מהטרילמה שבפניה עומדים הורים, ילדים ובני זוג הנאלצים להעיד נגד קרוביהם, חרף המחיר הנפשי הכרוך בחובה כזו והפיתוי העז לשקר ולסכן בכך את עצמם כדי להגן על יקיריהם.

ד. הרחבת הפטור ממתן עדות כפויה לשלב החקירה המשטרית

מן הראוי לפטור קרובי משפחה גם ממסירת עדות במשטרה נגד קרוביהם. כיום, החוק אינו מעניק פטור לקרובי משפחה ממתן עדות במשטרה.⁵³ כך, בפרשת כרמי, אב ובתו הועמדו לדין בכתב אישום משותף בגין עבירה של יבוא סמים. בבית המשפט האב והבת מסרו גרסה שלפיה התבקשו על ידי חבר של הבת להבריא יהלומים לארץ. אולם בהודעתה במשטרה הבת מסרה דברים אחרים, שמהם עלה כי היא ואביה ידעו שמדובר בסמים. הבת נחקרה על אמירתה הסותרת במשטרה בעת שהעידה להגנתה, וזו שימשה כראיה מפלילה נגדה ונגד אביה. נפסק כי דרך זו של הגשת כתב אישום משותף וחקירת הבת על דבריה במשטרה הייתה משום עקיפה של האיסור על העדת ילד נגד הורו.⁵⁴ מקרה זה ממחיש את הפוטנציאל של עדות במשטרה לפגוע בקרובים אף במקרים אחרים, שבהם לא נעשה שימוש ישיר בהודעת קרוב שנמסרה במשטרה במשפט עצמו.

למעשה, הרציונל של הגנה על שלמות התא המשפחתי צריך להוביל לפריסת ההגנה גם על מתן עדות במשטרה.⁵⁵ עם זאת, הכעס על בן המשפחה יכול להיות פחות כאשר בן המשפחה הפליל את קרובו בחקירה משטרית, המאופיינת פעמים רבות בהפעלת לחץ למסירת הודעה מפורטת מצד החוקרים, לעומת מצב שבו בן המשפחה הפליל את קרובו בנוכחותו באולם בית המשפט. בהיבט של טיעון הטרילמה, כל אדם הנחקר בחקירה משטרית מבין את הפוטנציאל, ולו העקיף, הטמון בעדותו לפגיעה קשה באנשים היקרים לליבו. רצון לשחרר אדם מאותה טרילמה קשה צריך להביא, באופן טבעי, להחלת הפטור ממתן עדות גם על שלב החקירה המשטרית.

ה. הרחבת הפטור ממתן עדות כפויה למשפט האזרחי

ד"ר ואקי מציע להרחיב את החריג של אי-כפייתם של קרובים להעיד גם למשפט האזרחי. כידוע, כללים ראייתיים שאינם מעטים חלים במשפט הפלילי בלבד. כך, החיסיון מפני הפללה עצמית חל אומנם גם במשפט אזרחי ובהליכים לבר פליליים, אולם זאת ככל שהסכנה הנשקפת לעדים היא

52 שם, בעמ' 286–288.
53 שם, בעמ' 309; בר-דוד, לעיל ה"ש 15, בעמ' 133.
54 ע"פ 228/87 כרמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 332, 336 (1988).
55 הרדוף, לעיל ה"ש 27, בעמ' 304.

סכנה של הרשעה פלילית.⁵⁶ בשנת 1800 באנגלייה היקף החיסיון מפני הפללה עצמית היה רחב יותר: הוא השתרע לא רק על סכנה של הרשעה פלילית, אלא גם על סכנה להחרמת הרכוש או להטלת סנקצייה דתית.⁵⁷ ניסיון של השופטים באנגלייה בשנת 1806 להחיל את החיסיון גם על סכנה של חיוב בפסק דין אזרחי נדחה בחוק שנה מאוחר יותר.⁵⁸

כיום, החיסיון מפני הפללה עצמית אינו מגן על עדים מפני נזקים כדוגמת גילוי של בגידה בבני הזוג, פיטורין מהעבודה, חדלות פירעון, גירוש מהמדינה, חיוב בהליך אזרחי כולל בהליכי חילוט אזרחי והטלת קנס המסווג כאזרחי וכן הליכים המתנהלים להכרזת קטין כנזקק והליכי הפקעת הורות.⁵⁹ בית המשפט העליון האמריקאי אף קבע כי החיסיון מפני הפללה עצמית אינו חל בהליך של כליאת עברייני מין העונים לקריטריונים מסוימים במוסד טיפולי לנוכח מטרתה הטיפולית ולא העונשית של כליאה כזו.⁶⁰ יש המפקפקים בייחודיותו של הנזק אשר המדינה יכולה לגרום לפרט בהליך פלילי לעומת הליכים אחרים.⁶¹ עדיין, ההליך הפלילי, הכרוך בהרשעה, בענישה, בהטלת קלון ובמצב של עימות עם המדינה, מקנה לחשודים ולנאשמים זכויות ייחודיות הנתפסות כהכרחיות לקיומו של הליך הוגן, כמו זכות עיון בלתי סימטרית, כאשר רק הנאשם הוא שיכול לעיין בראיות שבידי התביעה.⁶² האם יש, אפוא, מקום להרחבת החריג גם למשפט האזרחי?

בארצות הברית, ברוב המכריע של המדינות, בני זוג אינם מחויבים להעיד גם בהליך אזרחי על דברים שהוחלפו ביניהם במהלך תקשורת חסויה.⁶³ במשפט העברי קרובים מדרגה רחוקה יותר היו פסולים לעדות גם במשפט אזרחי.⁶⁴ בכל הנוגע לצורך להיאחז במשפחה, ניתן לטעון כי צורך זה רב יותר בהליך הפלילי, שבו המדינה יוצרת מצב של עימות עם הפרט, מאשר בהליך אזרחי, שעניינו סכסוך בין פרטים.⁶⁵ עם זאת, גם מצב שבו בן משפחה מרגיש רדוף על ידי אדם פרטי יכול לחייב תמיכה נפשית אינטנסיבית על ידי בני המשפחה הקרובים.

ע"א 5381/91 חוולה שיווק (1982) בע"מ נ' אריאל, פ"ד מו(3) 378, 381 (1992); Lefkowitz v. Turley, 414 U.S. 70, (1973) 77; Lefkowitz v. Cunningham, 431 U.S. 801, 805 (1977);

DAVID BENTLEY, ENGLISH CRIMINAL JUSTICE IN THE NINETEENTH CENTURY 141 (1998) שם.

Ullmann v. United States, 350 U.S. 422, 430-431 (1956); Brown v. Walker, 161 U.S. 591, 596, 605-606 (1896)

Ronald J. Allen & M. Kristin (ביחס להטלת קנס אזרחי); United States v. Ward, 448 U.S. 242 (1980); Mace, *The Self-Incrimination Clause Explained and Its Future Predicted*, 94 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 243, 256-257 (2004); Stephen J. Schulhofer, *Some Kind Words for the Privilege against Self-Incrimination*, 26 Val. U. L. Rev. 311, 315 (1991); Dean S. Daskal, *Assertion of the Constitutional Privilege against Self-Incrimination in Federal Civil Litigation: Rights and Remedies*, 64 MARQ. L. REV. 243, 246-247 (1980); United States v. Balsys, 524 U.S. 666, 671 (1998); Allen v. Illinois, 478 U.S. 364, 374 (1986)

Issachar; Ronald J. Allen, *Theorizing about Self-Incrimination*, 30 CARDOZO L. REV. 729, 737 (2008)

Rosen-Zvi & Talia Fisher, *Overcoming Procedural Boundaries*, 94 VA. L. REV. 79, 109 (2008); יששכר רוזן-צבי וטליה פישר "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" משפטים לח(3) 489, 495, 516 (התשס"ט).

ראו גם: Andrew Ashworth, *Article 6 and the Fairness of Trials*, CRIM. L. REV. 261, 262 (1999).

Cassidy, לעיל הי"ש 22, בעמ' 356, 366.

משנה, סנהדרין, לעיל הי"ש 21. ראו לעניין זה משנה תורה, לעיל הי"ש 18, בפרק יג; סבתו, לעיל הי"ש 21.

הרדוף, לעיל הי"ש 27, בעמ' 305.

טיעון הטרילמה אינו מצדד בהרחבת ההגנה הניתנת לקרובים מפני עדות כפויה גם להליך אזרחי, ככל שאין בו כדי להוביל גם למתן פטור לבעלי הדין עצמם מעדות כפויה.⁶⁶ לעומת זאת, אם הדגש מושם על שלמות התא המשפחתי, יש מקום לסבור כי אין מקום להבחנה בין הליך פלילי להליך אזרחי, וכי בני משפחה קרובים עלולים להתרעם על בן משפחה שנתן עדות המזיקה להם במשפט אזרחי.⁶⁷ עדיין, תרעומת זו יכולה להיות פחותה יותר על פי התפיסה המקובלת הרואה את תוצאותיו של ההליך הפלילי כמוזיקות יותר לפרט מתוצאותיו של הליך אזרחי.

1. סיכום באשר לתפיסה בנוגע לעדות קרובים

אסכם את התפיסה הראויה ביחס לעדות קרובים באמצעות דבריו של טקסט קונפוציאני. על פי טקסט זה, "מושל שי אמר לקונפוציוס: "בקרוב אנשיי יש איש אחד שמצטיין ביושרו. כאשר אביו גנב כבשה, הוא מסר אותו לידי השלטונות". קונפוציוס השיב: "בקרוב בניעמי האנשים הישרים פועלים אחרת: אב מחפה על בנו ובן מחפה על אביו. ויש יושר במעשים האלה שהם עושים".⁶⁸ גם מעילה באמון כרוכה בחוסר יושר. אדם המעיד נגד קרוב משפחתו מועל במידה רבה באמונו שלא יפגע בו. ההצדקות העומדות ביסוד הפטור מכפיית עדות על קרובים שעניינן ההגנה על אדם מפני בחירה בין מעילה באמון ופגיעה קשה באדם היקר לו, עדות שקר או ביזיון בית המשפט, וכן ההגנה על שלמות התא המשפחתי, אכן תומכות בביקורתו של ד"ר ואקי על ההסדר הקיים.

3. הצורך בקביעת כללי חקירה

ד"ר ואקי עומד על הבעייתיות הקיימת בהיעדר כללים לתחמת גבולות המותר והאסור בניהול החקירה בכלל ולגבי קטינים בפרט ועומד על כך ששקרים הנוגעים להימצאותן של ראיות מפלילות יוצרים סיכון מוגבר להודאות שווא.⁶⁹

כיום, גבולות האסור והמותר בחקירה פעמים רבות אינם חדים וברורים.⁷⁰ קביעה שלפיה "... אסור לחוקר לעשות כל דבר האסור עליו דין, ובנוסף לכך אסור עליו לפעול בדרכי חקירה, שמקוממים את רגש המוסר ושיש לראותם כבלתי הוגנים"⁷¹ אינה מסייעת להנחיית החוקרים. כפי שציין ביין, שהציע לעגן בחוק את כללי החקירה,⁷² למעשה, "... אין לחוקרים שום קנה מידה

⁶⁶ ראו לעניין זה סעיף 7 לפקודת הראיות, שלפיו "במשפט אזרחי יכול בעל דין להעיד לעצמו או להיות מוזמן להעיד ליריבו".

⁶⁷ ראו הרדוף, לעיל ה"ש 27, בעמ' 299-307.

⁶⁸ איאן לסלי שקרנים מלידה 243 (הוצאת כנרת-זמורה-דביר, ימימה עברון מתרגמת 2014).

⁶⁹ ואקי יכרך ב', לעיל ה"ש 1, בעמ' 802.

⁷⁰ ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 235, 250 (1984).

⁷¹ שם, בעמ' 250.

⁷² דן ביין "כללי החקירה המשטרית – היש מקום לקודיפיקציה של 'חוקי הצידי'?" עיוני משפט יב(1) 129, 141 (1987).

לדעת על־פיו מה מותר להם ומה אסור עליהם.⁷³ קשה להעריך מראש האם לחץ המופעל בחקירה עובר את מידת המותר.⁷⁴ יתרה מזו, גבולות האסור והמותר נבחנים לפי נסיבות העניין, כאשר דרך חקירה המותרת בעניינו של בגיר יכולה להיות אסורה בעניינו של קטין, ודרך חקירה המותרת בעבירת רצח יכולה להיות אסורה בחקירת עבירה קלה.⁷⁵

מצב שבו התחום הרגיש של ניהול החקירה כמעט שאינו מוסדר בחקיקה אינו רצוי.⁷⁶ מצב זה זועק לשינוי במיוחד בשל הקשר שבין אופן ניהול החקירה לבין הודאות שווא.⁷⁷ ואכן, מן הראוי שהמחוקק יקבע כללים ברורים להתנהלות חקירות.⁷⁸ כך, למשל, יש לקבוע כללים באשר לאורכה של החקירה⁷⁹ ובאשר לסוג התבולות שאותן ניתן לנקוט.⁸⁰ התוויית כללים ברורים נוחה גם לחוקרי המשטרה.⁸¹ כך, נמצא כי ברובם ככולם של המקרים חוקרי המשטרה בארצות הברית ממלאים אחר הכללים שנקבעו בהלכת מירנדה,⁸² וכי האזהרות מספקות לחוקרים כללים ברורים שקל להם לפעול לפיהם.⁸³ לקביעת כללי חקירה ברורים צפויה להיות השפעה רבה יותר על התנהגות המשטרה מאשר להצבתה של דרישה עמומה לרצוניות ההודאה⁸⁴ או לאיום באפשרות לפסול ראיה שהושגה שלא כדן מכוח כלל פסלות הראיות. בנוסף, חשודים אינם צריכים לסבול מחקירה פוגעת, משפילה ושאינה אנושית רק משום שיש להם כוח נפשי שלא להישבר.⁸⁵

רצון חופשי הוא מושג פסיכולוגי ומושג פילוסופי מורכב. גם אם נקבל את קיומו כנתון, קשה עד בלתי אפשרי להעריך באופן אמפירי על בסיס בחינה אינדיווידואלית האם כוח רצונם של החשודים נשבר.⁸⁶ כפי שמציין אסף הרדוף, השאיפה להתחקות אחר נבכי נפשו של אדם במטרה

73 שם, בעמ' 139.

74 William J. Stuntz, *Miranda's Mistake*, 99 MICH. L. REV. 975, 980 (2001).

75 פרשת **מועדי**, לעיל ה"ש 70, בעמ' 250–251; ע"א 4241/06 **לוי נ' מדינת ישראל**, פס' 16 לפסק הדין של השופטת ארבל (נבו 12.3.2009) (להלן: עניין **לוי**).

76 חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב–2002 מסדיר בעיקרו אך כללים הנוגעים לתיעוד החקירה.

77 על קשר זה ראו, למשל, Richard A. Leo & Richard J. Ofshe, *Missing the Forest for the Trees: A Response to Paul Cassell's "Balanced Approach" to the False Confession Problem*, 74 DENV. U. I. REV. 1135, 1137 (1997).

78 Steven Penney, ; Albert W. Alschuler, *Constraint and Confession*, 74 DENV. U.L. REV. 957, 959 (1997) *What's Wrong with Self-Incrimination? The Wayward Path of Self-Incrimination Law in the Post-Charter Era - Part I: Justifications for Rules Preventing Self-Incrimination*, 48 CRIM. L.Q. 280, 297 (2003). ראו גם עניין **לוי**, לעיל ה"ש 75, בפס' 14 לפסק הדין של השופטת ארבל.

79 Paul Shechtman, *An Essay on Miranda's Fortieth Birthday*, 10 CHAP. L. REV. 655, 661 (2007).

80 וראו רינת קיטאיסנגירו "איסור לשקר לחשוד באשר לקיום ראיות מפליליות" **מחקרי משפט** לב 315 (2019).

81 David Dixon, *Politics, Research and Symbolism in Criminal Justice: The Right of Silence and the Police and Criminal Evidence Act*, 20 ANGLO-AM. L. REV. 27, 32 (1991).

82 Paul G. Cassell & Richard Fowles, *Handcuffing the Cops? A Thirty-Year Perspective on Miranda's Harmful Effects on Law Enforcement*, 50 STAN. L. REV. 1055, 1093 (1998).

83 Mitch Reid, *United States v. Dickerson: Uncovering Miranda's Once Hidden and Esoteric Constitutionality*, 38 HOUS. L. REV. 1343, 1365 (2001).

84 Charles J. Ogletree, *Are Confessions Really Good for the Soul? A Proposal to Mirandize Miranda*, 100 HARV. L. REV. 1826, 1833 (1987); Penney, לעיל ה"ש 78, בעמ' 303; ראו גם Penney, לעיל ה"ש 78, בעמ' 303.

85 Penney, לעיל ה"ש 78, בעמ' 303.

86 (1992) 742, 743 CAL. L. REV. 673, 742 (1992); Alschuler ; Louis Michael Seidman, *Brown and Miranda*, 80 CAL. L. REV. 673, 742 (1992), בעמ' 965.

לעמוד על רצוניות הודאתו היא "יומרנית ואף בלתי אפשרית".⁸⁷ השופט הלוי עמד על כך כי "שום בית-משפט אינו יכול לקבוע מה בסופו של דבר הניע את הנאשם להתוודות. מה חלקם של דברי ההשפלה ששמע מפי הקצין החוקר, הלחץ שהוטל עליו במעצרו הממושך, חקירתו בשעות היום ובשעות הלילה, מחלתו שהחלישה את כוח התנגדותו, או גילוי אזנו ברגע מסויים שנחקר אחר סיבך אותו בהודעתו".⁸⁸

לכל אדם יש "מבנה אישיות ויכולת עמידה בלחץ משלו".⁸⁹ וסוף שבירה אישי.⁹⁰ הפחד מפני החולדה, אשר הניע את וינסטון סמית' בספרו של ג'ורג' אורוול "1984" להודות באשמתו, מדגים את הסובייקטיביות של הגורמים לשבירת כוח הרצון. שופטים בבית המשפט העליון בישראל הכירו אף הם באספקט סובייקטיבי זה. כך, השופט לנדוי עמד על כך כי "ואשר לדברים על התגובה הצפויה מאיש כזה "רק בשל כך שבילה לילה אחד במעצר", לא הייתי מקבל על עצמי לשער השערות כיצד עשויה ישיבה של לילה תמים – ולילה ראשון דוקא – להשפיע על אדם זה או אחר. ייתכן שההשקפה על כך שונה בפנים התא ומחוצה לו".⁹¹ למעשה, כל חשוד מצוי במצב של "לחץ ומתח נפשי",⁹² וכפי שהזכיר השופט דנציגר, "בסופו של יום ניתן להתיש כל נחקר ולהביאו לידי מסירת הודאה מפלילה".⁹³

בשל חוסר היכולת להשיב בבירור האם כוח רצונה של החשודה נשבר ומהם הגורמים לכך, כמו גם בשל השוני בגורמים המשפיעים באופן כללי על בני אדם, ישנם מלומדים התומכים בהערכת הדגש מבחינת הלך נפשם של החשודים תוך חדירה לנבכי מוחם אל הוגנות התנהגותם של החוקרים.⁹⁴ לשיטתם, הודאה כפויה צריכה להיות מוגדרת כהודאה שהושגה באמצעות התנהגות פוגעת מצד אחת מרשויות המדינה.⁹⁵ ואכן, השופט לנדוי בפרשת אבו מידג'ים סבר כי יש להסתפק במבחן האובייקטיבי של התנהגות החוקר לקביעת אירצוניות ההודאה. הוא דחה את מבחן מהימנות ההודאה כאמת מידה לרצוניותה באומרו "ושמא התעללות ועינויים יכולים באמת לשמש לפעמים אמצעים יעילים כדי להוציא הודאת אמת מפי הנחקר? אמנם כך סברו אבות

87 אסף הרדוף "רעיון בלתי-קביל, אמת לא-נוחה: פסילת ראיות בגין אופן השגתן" **משפט וממשל** כ 141, 156 (התשע"ט).

88 ע"פ 264/65 **ארצי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד כ(1) 225, 235 (1966).

89 מרדכי קרמניצר "הרשעה על סמך הודאה – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" **המשפט** א 205, 210 (1993).

90 ע"פ 2109/96 **אל-עביד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(1) 673, פסי' 19 לפסק הדין של השופט גולדברג (1997); בועז סנגיר "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא" **עלי משפט** ד 245, 252 (התשס"ה); Boaz Sangero, *Miranda Is Not Enough: A New Justification for Demanding "Strong"*; Saul *Corroboration" to a Confession*, 28 CARDOZO L. REV. 2791, 2798 (2007); M. Kassin, *Inside Interrogation: Why Innocent People Confess*, 32 AM. J. TRIAL. ADVOC. 525, 534 (2009).

91 ע"פ 467/69 **טקסון נ' מדינת ישראל**, פ"ד כד(1) 95, 101 (1970).

92 ע"פ 636/77 **לוי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לב(3) 774, 768 (1978).

93 ע"פ 10049/08 **אבו עזא נ' מדינת ישראל**, פסי' 92 לפסק הדין של השופט דנציגר (נבו 23.8.2012).

94 Alschuler, לעיל הי"ש 78, בעמ' 965–966.

95 שם, בעמ' 968. לתמיכה בדעה זו ראו Ronald J. Allen, *Miranda's Hollow Core*, 100 NW. U. L. REV. 71, 85 (2006).

האינקוויזיציה. אבל השקפה זו פותחת פתח רחב להפרה של ערכי יסוד המושרשים עמוקות בשיטת המשפט שלנו, על שמירה על גופו של אדם בפני תקיפה שלא כחוק ושמירה על כבודו של אדם שלא יושפלי".⁹⁶ כך, בעוד רצויות היא מושג מטפיזי אבסטרקטי, נוכחות או היעדרות של סגור וכן שעות המנוחה שניתנו לחשודים, למשל, הן עובדות.⁹⁷ קל יותר, אפוא, לאסור על שיטות חקירה שנתפסות כבלתי הוגנות.⁹⁸ כדי להשפיע על התנהגותם של חוקרי המשטרה, יש להפוך את הרעיון המופשט לאיסור קונקרטי.⁹⁹

Alschuler ממחיש את הצורך לבחון את תקינות התנהגותם של החוקרים במקום את תחושותיהם של החשודים באמצעות הדוגמה הבאה. במקרה אחד רופא שיניים מטפל בשיניו של אדם הפונה אליו בעקבות כאב שיניים חריף. במקרה שני רופא השיניים מסובב את ידו של המטופל בכוח כדי להכריח אותו לנקות את שיניו. הגם שדווקא במקרה הראשון למטופל לא הייתה אפשרות בחירה ממשית להימנע מהטיפול, נגרוס כי במקרה הראשון המטופל חייב לשלם לרופא השיניים ונדחה את טענתו כי התקשר עם רופא השיניים בחוזה שלא מרצונו החופשי, ואילו במקרה השני נקבל טענת כפייה מצידו של המטופל ולא נחייבו בתשלום על הטיפול. הדגש יהיה מושם על נאותות התנהגותו של רופא השיניים, ולא על תחושותיו וכאביו של המטופל.¹⁰⁰

באנגליה ישנה אכן הבחנה בין רצויות לבין מהימנות, כאשר כלל פסלות הראיות ביחס להודאות יכול ללכוד הן הודאות שאינן רצויות והן הודאות שאינן מהימנות.¹⁰¹ למרות שגם החוק האנגלי נוקט ביטויי שסתום, הוא בחר שלא להתמקד ברצונם החופשי של חשודים, אלא בהתנהגותם של חוקרי המשטרה ובאופן ניהולה של החקירה. סעיף 76 ל־ Police and Criminal Evidence Act 1984 קובע כי יש לפסול הודאות שהושגו באמצעות דיכוי (oppression) הכולל עינויים, יחס שאינו אנושי או משפיל וכן איום בשימוש באלימות.¹⁰² כמו כן, יש לפסול הודאה כאשר יש סבירות גבוהה (likely) בנסיבות העניין כי דברים שנעשו או שנאמרו גרמו לאי־מהימנותה. כך גם בישראל, בית המשפט העליון סירב להסתמך על אמירות של עדות אשר נאמרו לאחר שעד אחר, שהיה מוכר לנחקרות ואשר היה חשוד בפרשה אחרת של רצח, הוצג כמי שנמנה עם צוות החקירה, באופן שציירו כמי שיכול להשפיע על גורלן ו"הזכיר" לנחקרות פרטים מאירוע הרצח. בית המשפט קבע באותו מקרה כי "... גם אם אין מקום לפסילתה המוחלטת של

⁹⁶ ע"פ 183/78 אבו מידג'ים נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 533, 538 (1980).

⁹⁷ Seidman, לעיל ה"ש 86, בעמ' 734.

⁹⁸ Laurie Magid, *Questioning the Question-Proof Inmate: Defining Miranda Custody for Incarcerated Suspects*, 58 OHIO ST. L. J. 883, 915-916 (1997).

⁹⁹ Seidman, לעיל ה"ש 86, בעמ' 742.

¹⁰⁰ Alschuler, לעיל ה"ש 78, בעמ' 966-967.

¹⁰¹ ראו גם PETER MIRFIELD, SILENCE, CONFESSIONS AND IMPROPERLY OBTAINED EVIDENCE 69 (1997).
¹⁰² Police and Criminal Evidence Act 1984 c. 60, § 76 (Eng.). "(a) by oppression of the person who made it, or (b) in consequence of anything said or done which was likely, in the circumstances existing at the time, to render unreliable any confession which might be made by him in consequence thereof".

השיטה שננקטה על-ידי החוקרים, אין בכך כדי לנקות את העדות שהושגה באמצעותה מן הספקות האופפים אותה בשל נקיטת אותה שיטה".¹⁰³

מובן מאליו כי הכללים שייקבעו באשר לאופן ניהול החקירה תלויים בשאלת היחס להודאות. הצבת הגבלות קשות יותר על אופן ניהול החקירה צפויה להשיג פחות הודאות באשמה מחשודים, ובחלק מהמקרים בהיעדר הודאה באשמה, עבריינים יינצלו מהרשעה.¹⁰⁴ יש הטוענים כי דווקא היכולת לגבות הודאות אמיתיות מעבריינים היא הגורם העיקרי במעלה למניעת הרשעות שווא, ולפיכך הטלת הגבלות על החקירה תפגע בחפים מפשע יותר מאשר תגן עליהם.¹⁰⁵ אולם אמצעי לחץ המופעלים בחקירה בוחנים כושר סבל, ולא חפות או אשמה, ועשויים אך להביא לשבירתם של חשודים חלשים יותר.¹⁰⁶ ככלות הכול, "Intended for the guilty, modern interrogation techniques are psychologically powerful enough to elicit confessions from the innocent".¹⁰⁷ למעשה, מלומדים עמדו על קיומו של יחס הפוך בין מידת המאמץ שמשקיעים החוקרים בחילוץ ההודאה לבין רצוניותה ומהימנותה.¹⁰⁸ אולם גם אם תוכן הכללים באשר לאופן ניהול החקירה יעורר חילוקי דעות, קשה לחלוק על הצורך בהבהרתם ובקביעתם בחוק.

4. מתן חסינות לעדים מפני שימוש עקיף בעדותם להפלתם

ככלל, עדים חייבים להשיב תשובות אמת. עם זאת, כאשר עדים נתונים בסכנה שתשובותיהם יביאו להרשעתם בפלילים, הם רשאים לסרב לענות על השאלות המופנות אליהם בהסתמך על החיסיון מפני הפללה עצמית. זכות סירוב זו מעוגנת בסעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), בסעיף 47(א) לפקודת הראיות אשר לפיו "אין אדם חייב למסור ראייה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה" ובסעיף 52 לפקודה המבהיר את תחולתו הרחבה של הסעיף על כל רשות המוסמכת לגבות ראיות. כפי

¹⁰³ ע"פ 4517/95 מנסור נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 549, 563 (1997).
¹⁰⁴ ראו ניתוח מחקרים אמפיריים ברוח זו אצל Paul G. Cassell, *Miranda's Social Costs: An Empirical Reassessment*, 90 Nw. U. L. REV. 387, 438 (1996).
¹⁰⁵ Paul G. Cassell, *Protecting the Innocent from False Confessions and Lost Confession—And from Miranda*, 88 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 497, 502, 531 (1998).
¹⁰⁶ ראו רינת קיטאיסניג'רו "שאלת חוקיותו של מעצר לצורך חקירה" **עלי משפט** ו 47, 67 (התשס"ז).
¹⁰⁷ Stephen A. Drizin & Richard A. Leo, *The Problem of False Confessions in the Post-DNA World*, 82 N.C.L. REV. 891, 918 (2004).
¹⁰⁸ בועז סניג'רו "השימוש בתחבולות ובמדובבים לשם גביית הודאות: הרהורים בעקבות ע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל" **עלי משפט** ט 399, 410 (התשע"א); בועז סניג'רו "ביקורת החקירה המשטרתית" **מעשי משפט** יב 217 (2021); Hamish Stewart, *The Confessions Rule and the Charter*, 54 MCGILL L. J. 517, 524 (2009).

שמציין ד"ר ואקי, מן הראוי לפרש הודאה באופן רחב כראיה מפלילה, ולא רק כהודאה מלאה באשמה.¹⁰⁹

החיסיון מפני הפללה עצמית נתון לעדים במהלך חקירה, במשפט פלילי ובמשפט אזרחי.¹¹⁰ כך, במשפט אזרחי, לעדים לא נתונה זכות שתיקה, אולם הם רשאים לסרב להשיב על שאלה שהתשובה עליה עלולה להביא להרשעתם, כגון על השאלה "על כמה רווחים הצהרת למס הכנסה", הרלוונטית לצורך הערכת הנזקים שנגרמו לתובעת בעקבות האירוע נושא תביעתה; על שאלה הנוגעת למצב הנכסים בהליכי גירושין היכולה לסבך את המשיב בעבירות מס; על שאלה המתייחסות לאיחוקיות החוזה כגון מדוע נכתב בחוזה סכום הנמוך ממחיר התשלום האמיתי; ובאופן כללי על כל שאלה המייחסת להם ביצוע של עבירה פלילית.¹¹¹

אולם ניתן לאלץ עדים המעוניינים להימנע ממתן עדות בהתבסס על זכותם לאי הפללה עצמית למסור עדות מפלילה, אם מובטחת להם חסינות מפני העמדה לדין ומפני הרשעה בהתבסס על עדותם.¹¹² על פי סעיף 47(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, "ביקש אדם להימנע ממסירת ראיה מחמת שהיא עשויה להפלילו... ובית המשפט דחה את הבקשה והראיה נמסרה, לא תוגש הראיה נגד אותו אדם במשפט שבו הוא מואשם בשל העבירה שהעובדה המתגלית מן הראיה היא יסוד מיסודותיה, אלא אם הסכים לכך". בניגוד לעמדה שלפיה יש להשתמש בסעיף 47(ב) רק במקרים שבהם בית המשפט נוכח לדעת כי טעה בסברה שלפיה לעדות אין פוטנציאל מפליל,¹¹³ בית המשפט העליון פסק כי חסינות שימוש אינה עוסקת רק בתיקון טעות, אלא מעניקה מלכתחילה סמכות לבית המשפט לחייב עדים למסור תשובות מפלילות.¹¹⁴

ד"ר ואקי סבור כי ניתן להסתפק בחסינות אוטומטית מפני שימוש ישיר בדבריהם של עדים נגדם כאשר "שימוש עקיף בראיה שנמסרה יש לבחון בנפרד בכל מקרה לגופו ולפי

¹⁰⁹ ואקי 'כרך ג', לעיל הי"ש 1, בעמ' 1615.
¹¹⁰ Hoffman v. United States, 341 U.S. 479; Kastigar v. United States, 406 U.S. 441, 444-445 (1972) (ביחס לחקירה בפני חבר המושבעים הגדול); פרשת Lefkowitz v. Turley, לעיל הי"ש 56, בעמ' 77 (1951); Ken Strutin, *Preserving Attorney-Client Confidentiality*; Minnesota v. Murphy, 465 U.S. 420, 426 (1984); *at the Cost of Another's Innocence: A Systemic Approach*, 17 TEX. WESLEYAN L. REV. 499 (2011); פרשת **חוגלה**, לעיל הי"ש 56, בעמ' 381; לשימוש בחיסיון במשפט אזרחי ראו: ע"א 236/61 **בנין נ' ורמבו**, פ"ד טו 1616, 1612 (1961).
¹¹¹ ע"א 200/63 **צוף נ' אושפיז**, פ"ד יז 2400, 2411-2408 (1963); פרשת **חוגלה**, לעיל הי"ש 56, בעמ' 381-382; Robert Heidt, *The Conjurer's Circle-The Fifth Amendment Privilege in Civil Cases*, 91 YALE L.J. 1062, 1065 (1982).
¹¹² Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbor, 378 U.S. 52, 79 (1964); Hoffman v. United States, 445-444; לעיל הי"ש 110, בעמ' 490; Counselman v. Hitchcock, 142 U.S. 547, 585-586 (1892); שם הייתה קביעה של מניעה מוחלטת להגיש כתב אישום נגד עדים, שעדותם נכפתה עליהם, והיא בוטלה בפרשת Kastigar v. Turley, לעיל הי"ש 56, בעמ' 78; בג"ץ 11339/05 **מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע**, פ"ד סא(3) 93, 164 (2006); ראו גם נינה זלצמן "חיסיון ראיתי במשפט פלילי: מניעת ראיה חיונית להגנת הנאשם" **מגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית** 371, 397 (אלי לדרמן עורך 2001).
¹¹³ גיא רוטקופף "על החובה למסור מסמכים לרשות: הצורך להגדיר מחדש את תחומי החיסיון מפני הפללה עצמית ואת זכות השתיקה בעקבות רע"פ 8600/03 מ"י נ' גלעד שרון" **המשפט** יא 293, 312 (התשס"ז).
¹¹⁴ פרשת **חכמי**, לעיל הי"ש 34, בעמ' 763-764.

נסיבותיו".¹¹⁵ ברצוני לחלוק על מסקנתו של ד"ר ואקי בנקודה זו. לנוכח ההצדקות להקניית הזכות לאי-הפללה עצמית לעדים, אין זה מן הראוי לפתוח בחקירה פלילית נגדם על בסיס עדותם, ויש להחיל את חסינות השימוש הן על עדותם והן על הראיות שהושגו כתוצאה ממנה.

בעוד אין מחלוקת על האיסור לעשות שימוש ישיר בדבריהם המפלילים של עדים נגדם, השאלה אם ניתן לעשות שימוש עקיף בדברים אלה, כגון בראיות חפציות שהתגלו בעקבות פתיחת חקירה הנובעת מדבריהם המפלילים של עדים, טרם הוכרעה בפסיקה.¹¹⁶ הובעה סברה כי סעיף 47(ב) לפקודת הראיות, על פניו, מקנה לעדים רק חסינות מפני שימוש ישיר בדבריהם, ואין בו כדי למנוע פתיחה בחקירה על בסיס הדברים שאמרו ואיסוף ראיות נגדם.¹¹⁷ בעוד דעת הרוב בפרשת בית המשפט המחוזי בבאר-שבע העדיפה להימנע מהכרעה בשאלות אלה ולהמתין להתעוררותן באופן ישיר,¹¹⁸ השופט אדמונד לוי סבר כי יש לפרש את סעיף 47(ב) לפקודת הראיות באופן שימנע גם עשיית שימוש עקיף בדברי העדים כדי להקנות הגנה יעילה מפני הפללה עצמית.¹¹⁹ ביחס לחובת ההוכחה, יש, לדעתו, להטיל על הנאשמים את החובה להביא ראיות כי מסרו עדות בפרשה מושא כתב האישום לפני סיום משפטם וכי קיים חשש לכאורי כי התביעה עשתה שימוש בעדותם נגדם. אם הנאשמים מוכיחים זאת, יש להטיל על התביעה את הנטל להפריך את החשש כי הסתייעה בעדות המוגנת.¹²⁰

הצעתו של ד"ר ואקי עולה בקנה אחד עם הדין באנגליה, שלפיו ראיות שהושגו כתוצאה מהעדות המוגנת לא בהכרח תיפסלנה במשפט, והבחינה האם ראוי לפסול אותן נערכת באופן פרטני.¹²¹

באוסטרליה, בעבירות חמורות שעניינן פשע מאורגן, לא נתונה לחשודים ולעדים זכות מפני הפללה עצמית, אולם לא ניתן לעשות שימוש בתשובותיהם ובמסמכים שנמסרו על ידם במשפט פלילי.¹²² יחד עם זאת, אין מניעה להשתמש בראיות נגזרות שהושגו כתוצאה מעדויות או ממסמכים שנמסרו.¹²³

¹¹⁵ ואקי יכרך ג', לעיל הי"ש 1, בעמ' 1632.
¹¹⁶ ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 306 (1996). בפסק הדין עמדו, באמרת אגב, על האיסור לעשות שימוש ישיר בלבד בעדות החסויה; פרשת בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, לעיל הי"ש 112, בעמ' 164; לדיון בהרחבה ראו ואקי יכרך ב', לעיל הי"ש 1, בעמ' 704–709.

¹¹⁷ יצחק עמית חסינות ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 876 (2021).
¹¹⁸ פרשת בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, לעיל הי"ש 112, בעמ' 207–208, שם הנשיאה בייניש אף סברה כי ספק אם מתן חסינות גם מפני שימוש עקיף בעדות מתיישב עם הדוקטרינה הפסיקתית של פסילת הראיות.

¹¹⁹ שם, בעמ' 167.
¹²⁰ שם, בעמ' 168.

¹²¹ ANDREW L-T CHOO, THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION AND CRIMINAL JUSTICE 38 (2013)
Damien B. Maguire, *Major Crime (Investigative Powers) Act 2004 (Vic) s 39 (Austl.)* 122
(Investigative Powers) Act 2004: The Chief Examiner and Coercive Powers, in HANDBOOK OF
PSYCHOLOGY OF INVESTIGATIVE INTERVIEWING 109, 113, 117 (Ray Bull, Tom Valentine & Tom
Williamson eds., 2009)

Major Crime (Investigative Powers) Act 2004 (Vic) s 39(4) (Austl.) 123 123

אולם מדינות אחרות מעניקות לעדים הגנה רחבה יותר מפני האפשרות לעשות שימוש נגדם באמירות מפלילות שנמסרו במהלך עדותם. בארצות הברית אסור לעשות גם שימוש עקיף בדבריהם של עדים נגדם. הזכות לאי-הפללה עצמית אומנם אינה מחייבת לתת לעדים את החסינות הרחבה, המכונה "transactional immunity", המונעת כליל הגשת כתב אישום נגד עדים באותו עניין שבו נכפה עליהם מתן עדות. עם זאת, אין מחלוקת כי לעדים מוקנות חסינות שימוש (use immunity) וחסינות על שימוש נגזר (derivative use immunity), האוסרות על שימוש בעדות הכפויה או בפירותיה.¹²⁴ על התביעה, המגישה כתב אישום בעניין שבו נכפה על העד להעיד, מוטלת חובה להוכיח כי השיגה את הראיות המוצגות על ידה ממקורות עצמאיים ובלתי תלויים לחלוטין בעדות המוגנת.¹²⁵

בקנדה לעדים לא נתונה זכות לאי הפללה עצמית, אך הצ'רטר הקנדי אוסר להשתמש בדבריהם לשם הפללתם בהליך אחר, פרט לתביעה בשל עדות שקר או מסירת עדויות סותרות.¹²⁶ הוראה כזאת, המקנה לעדים חסינות תמידיית מפני שימוש נגדם בעדותם, היא הוראה ראויה. היא נועדה להבטיח כי מלוא העדות הרלוונטית תוצג בפני בית המשפט ותסייע לו להגיע לחקר האמת ובד בבד לא תפגע במוסרי העדות.¹²⁷ היא מונעת את המקריות הכרוכה בידיעתם של העדים על זכויותיהם ובמידת הבנתם אותן ובד בבד אינה מקפחת את זכויות הנאשמים, הזקוקים לעדויות ולאפשרות לחקור את עדי התביעה חקירה נגדית אפקטיבית לצורך התמודדות עם ההאשמות המיוחסות להם. חסינות זו מאפשרת למתדיינים בהליך אזרחי להגן על עצמם כהלכה ללא חשש שמא תשובותיהם לשאלונים או לחקירה נגדית בהליך אזרחי, המייחס להם עוולה אזרחית המהווה גם עבירה פלילית, יגרמו להפללתם.¹²⁸ הסדר כזה גם מגן על מתדיינים בהליך אזרחי שהמדינה יוזמת, כגון בהליכים לחילוט רכוש או להכרזה על קטין כנזקק, אשר מעוניינים להגן על עצמם בהליך האזרחי, אך בד בבד חוששים מפני שימוש בתשובותיהם

פרשת Kastigar, לעיל ה"ש 110, בעמ' 453. שם, בעמ' 460.

124

125

126

(The Canadian Charter of Rights and Freedoms) c.5 § 5 (Eng.) Canada Evidence Act 1985; סעיף 13 לצ'רטר הקנדי (The Canadian Charter of Rights and Freedoms) מרחיב את ההגנה הניתנת לעדים מפני שימוש מפליל בדבריהם גם לעדים שלא התנגדו למתן עדות ושהעידו מרצונם החופשי. על פי סעיף זה, "A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence". R.S.C. 1985, c C-46, § 83.28 (10)(a) (Can.). סעיף זה מחייב עדים לתת עדות לפני שופט חוקר בנוגע לעבירות טרור, אך מקנה להם חיסיון ישיר ועקיף מפני שימוש בתשובותיהם נגדם. בית המשפט העליון בקנדה הרחיב חסיון שימוש זה גם להליכי גירוש והסגרה: R.S.C. 248, para. 78. עם זאת, ניתן להציג כראיה דברים של נאשם שאמר במשפטו הראשון כאשר העיד להגנתו, אם הוא בוחר להעיד גם במשפטו החוזר על אותה עבירה, שכן מדובר בעדות רצונית ולא כפויה בשני המקרים: R. v. Henry, (2005) 3 S.C.R. 609, 634 (can.).

127

128

ראו גם בן ברוך-רובין, לעיל ה"ש 46, בעמ' 469. על הצעה דומה להעניק למתדיינים צווי הגנה בהליכי גילוי אזרחי מפני גילוי מידע הנמסר בהליכים אלה ראו Peter J. Donnici, *The Privilege against Self-Incrimination in Civil Pre-Trial Discovery: The Use of Protective Orders to Avoid Constitutional Issues*, 3 U.S.F. L. REV. 12 (1968).

להפללתם בהליך פלילי.¹²⁹ כמו כן, הסדר כזה מתגבר גם על טענה שאינה כנה של חשש להפללה עצמית מצד עדים. הוא מתגבר גם על הקשיים האובייקטיביים העומדים בפני בית המשפט בבואו להעריך את אמיתות טענת החשש להפללה עצמית מצד עדים. באותן מדינות שבהן שיקול הדעת למתן חסינות מפני שימוש בעדות מסור לתביעה, הסדר כזה עוקף את התלות הבעייתית ברצונה הטוב של התביעה.

בקנדה נפסק כי סעיף 7 לצ'רטר הקנדי, המגן על אדם מפני שלילת חייו, חירותו וביטחונו שלא בהתאם לעקרונות של צדק בסיסי, משלים את הזכות לאי-הפללה עצמית ומקנה לעדים גם חסינות שימוש נגזרת באופן חלקי, כאשר ככלל הוגנות ההליך תוביל למסקנה, הגם שזו אינה אוטומטית, כי יש לפסול ראיות נגזרות שלא ניתן היה להשיג, או שלא ניתן היה להעריך את חשיבותן, אלמלא העדות הכפויה. ראיות כאלה לא היו יכולות להיות ברגיל חלק מראיות התביעה אלמלא העדות הכפויה, ויש להגן על עדים מפני אילוץם לסייע לתביעה בביסוס הראיות נגדם.¹³⁰

כאמור, החיסיון מפני הפללה עצמית הניתן לעדים הוא רחב. החיסיון חל גם בהליך אזרחי בין שני מתדיינים פרטיים, שבו אין פערי כוחות בין המדינה לבין הפרט ואדם אינו נתון ללחץ שאינו הוגן מצד רשויות החקירה ולניסיונות להביאו לכלל הודאה. כמו כן, אין צורך בהליך כזה לרסן את כוחה של המדינה ולצמצם את פערי הכוח בינה לבין הפרט.¹³¹

אכן, הובע חשש מפני זימונם של חשודים לחקירה ולמשפט במסווה של עדים כדי שניתן יהיה לחלץ את המידע המצוי ברשותם.¹³² גם מבחינה היסטורית החיסיון, שניתן כמגן מפני עינויים, לא הבחין בין חשודים לבין עדים.¹³³ חשש זה אינו מבוטל. עם זאת, הוא אינו קיים במקרים של התדיינות אזרחית קלסית וכן במקרים שבהם אין מלכתחילה כל חשד כלפי עדים לביצוע עבירה פלילית.

אולם קיימת הצדקה ייחודית למתן חיסיון לעדים שעניינה אירצון להרתיע עדים מפני מתן עדות. החיסיון הניתן לעדים נועד לעודדם לסייע למערכת המשפט באמצעות מתן עדות.¹³⁴ יש אינטרס ציבורי לעודד עדים למסור עדות באופן וולונטרי, גם כאשר רשויות החקירה אינן יודעות

¹²⁹ על דילמה זו ראו: Sandra Guerra, *Between a Rock and a Hard Place: Accommodating the Fifth Amendment Privilege in Civil Forfeiture Cases*, 15 GA. ST. U. L. REV. 555 (1999).

¹³⁰ R. v. S. (R.J.), [1995] 1 S.C.R. 451, 561 (can.) עם זאת, באותו עניין בית המשפט השאיר בצריך עיון את השאלה האם גם עדים שהעידו מרצונם יזכו למלוא היקף ההגנה באשר לקבילות ראיות נגזרות נגדם, שם, בעמ' 562. שאלה זו חורגת ממסגרת דיוננו, מכיוון שהדין הישראלי אינו נותן לעדים כאלה כל הגנה מפני שימוש מפליל נגדם בשל עדותם: פרשת קריתי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 498-499. כך עולה גם מלשונו של סעיף 47(ב) לפקודת הראיות.

¹³¹ ראו גם Heidt, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1085.

¹³² גיא רוטקופר "החיסיון מפני-הפללה-עצמית וזכות השתיקה במשפט הישראלי: יישומם הראוי לאור טעמיהם בשיטות משפט שונות" 36 (עבודת מחקר לתואר דוקטור בפילוסופיה, הוגשה לסנט של אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ד); .C.C.P., *Use of the Privilege against Self-Incrimination in Civil Litigation*, 52 VA. L. REV. 322, 323 (1966).

¹³³ R. Carter Pittman, *The Colonial and Constitutional History of the Privilege Against Self-Incrimination in America*, 21 VA. L. REV. 763, 782 (1935).

¹³⁴ אליהו הרנון, דיני ראיות כרך ב, 94 (1977); ירון אונגר "זכות השתיקה" תחומין כד 22, 36 (התשס"ד).

על המידע המצוי ברשותם.¹³⁵ הקניית חסינות שימוש מעודדת עדים לומר את האמת ומסייעת לאינטרס הציבורי בחקר האמת.¹³⁶ אם עדים לא ימסרו מידע, גם הגנתם של נאשמים עלולה להיפגע. כמו כן, הרשעתם וענישתם של עדים שהתנדבו או שהוזמנו בכפייה לסייע לאינטרס הציבורי בחקר האמת לוקות בחוסר הגינות כלפיהם. לנוכח הצדקה ייחודית זו, יש להבטיח לעדים כי עדותם לא תפעל נגדם ולהעניק להם חסינות שימוש ישירה ועקיפה כאחת.

5. אפשרות ערעור על זיכוי מחמת הספק

ד"ר ואקי מטיל ספק בכלל מושרש בפסיקה של זיכוי מחמת הספק, המטיל דופי במזוכים ויכול להשליך על זכאותם לפיצויים ועל יכולתם לכהן במשרות בכירות בשירות הציבורי מבלי שנתונה להם דרך לתקוף את טיב הזיכוי.¹³⁷

נאשמים רשאים לערער על עצם ההרשעה או על חומרת עונשם. אולם נאשמים שזוכו מהאשמה אינם יכולים לערער על קביעות עובדתיות הפועלות לרעתם, על אף הפוטנציאל של קביעות אלה לפעול לרעתם בהקשרים אחרים לבר פליליים.

יש הסבורים אומנם כי אין כל מניעה חוקית להגשת ערעור על ידי נאשמים על זיכויים כאשר ברצונם לתקוף את נימוקי הזיכוי,¹³⁸ ובמדינות כדוגמת איטליה נאשמים אכן רשאים להגיש ערעור על זיכויים ולתבוע סוג זיכוי "חזק" יותר,¹³⁹ אולם דעה זאת לא התקבלה בפסיקה, אשר קבעה כי ככלל, ניתן להגיש ערעור רק על התוצאה הסופית, ולא על נימוקיו של פסק הדין.¹⁴⁰ עם זאת, באחד המקרים, כאשר נאשם הגיש ערעור על קולת עונשו ודרש מבית המשפט העליון בשבתו כערכאת ערעור להגדיל את עונש המאסר שהוטל עליו משום שרק בכלא הוא מטופל כראוי, בית המשפט דחה את ערעורו לגופו של עניין ולא קבע כי לנאשם לא נתונה אפשרות להגיש ערעור כזה.¹⁴¹ כמו כן, נאשמים שזוכו בשל מחלת נפש רשאים להגיש ערעור על זיכוי זה ולתבוע זיכוי לגופו של עניין.¹⁴² מקרה אחרון זה הוא מובן מאליו, מכיוון שזיכוי בשל

135 רטקופף, לעיל ה"ש 132, בעמ' 36; Leonard G. Ratner, *Consequences of Exercising the Privilege against Self-Incrimination*, 24 U. CHI. L. REV. 472, 489 (1957).

136 Penney, *What's Wrong*, לעיל ה"ש 43, בעמ' 254.

137 ואקי יכרך א', לעיל ה"ש 1, בעמ' 102–106.

138 אפרים סלנט "חידושו של חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה–1965" הפרקליט כב 112, 117 (התשכ"ו).

139 William T. Pizzi & Luca Marafioti, *The New Italian Code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation*, 17 YALE J. INT'L L. 1, 15 (1992).

140 'מחמת הספק הסביר' ספר דיוני וינר 489, 495 (2009); ראו גם ע"א 53/74 בריסטול מייארס קומפני נ' ביצ'ם גרופ לימיטד, פ"ד כט(1) 372, 377 (1974); על היעדר אפשרות להגיש ערעור על זיכוי ראו ע"פ 4274/94 צוקרמן נ' חברת צים, חברת השיט הישראלית בע"מ, פ"ד נ(5) 793, 799 (1997); בג"ץ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית-משפט השלום בחדרה, פ"ד נב(3) 721, פס' 7 לפסק הדין של השופטת דורנר (1998); ע"פ 8616/19 חברוני נ' מדינת ישראל, פס' 8 (נבו 15.3.2020).

141 ע"פ 961/80 אסרף נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 308, 309–308 (1981).

142 ראו למשל ע"פ 7931/18 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 30.9.2020).

מחלת נפש כרוך בסטיגמה שלפיה המזוכה ביצע את היסוד העובדתי שבהגדרת העבירה ופגע, הגם שבלי אשמה מצידו, בחברה.

בדומה, יש המצדדים במתן אפשרות לנאשמים להגיש ערעור על זיכוי מחמת הספק בשל הסטיגמה הכרוכה בו, שלפיה קיים סיכוי גבוה שאכן ביצעו את העבירה המיוחסת להם.¹⁴³ מבחינת המצב הרצוי, דומה כי אין לאפשר ערעור על זיכוי. כך, גם עדים ונפגעי עבירה ששמם הטוב נפגע אינם יכולים להגיש ערעור.¹⁴⁴ מצב שבו כל נאשם או עד הרוצה לחלוק על אמירה כזו או אחרת של שופטת ביחס אליו יוכל להגיש ערעור יכול לפגוע יתר על המידה בעקרון סופיות הדין וליצור מצב תדיר של החלטות סותרות.

יחד עם זאת, מבחינת המשפט הרצוי, זיכוי מחמת הספק אינו צריך לפעול לרעתם של נאשמים.¹⁴⁵ זיכוי מחמת הספק הוא זיכוי לכל דבר ועניין.¹⁴⁶ בית הדין האירופי לזכויות אדם אכן קבע, בצדק, כי עצם אזכור החשדות נגד נאשם שזוכה במטרה להטיל דופי בחפותו, אף אם חשדות אלה הוזכרו בפסק הדין המזוכה, מהווה פגיעה בחזקת החפות.¹⁴⁷ אין זה לגיטימי להסתמך על חשד שנותר לאחר זיכוי.¹⁴⁸

למעשה, בהיבט של חזקת החפות, לא צריך להיות שוני בהתייחסות לזיכוי מחמת הספק לעומת זיכוי מוחלט. בהקשר לזכות לפיצויים, השופט גולדברג עמד על הפער שבין המשפט הרצוי לבין המשפט המצוי. לדבריו, "... משלא הוכחה אשמתו של הנאשם במידה הנדרשת בפלילים, והוא יוצא זכאי בדינו, הרי שחזקת חפותו שהייתה קיימת טרם המשפט, לא נסתרה... משכך, מה לי אם זוכה מחמת הספק ומה לי אם זוכה בזיכוי ברור ומוחלט. בכל אחד מן המקרים חוזר הנאשם לאחר הזיכוי ל"סטטוס" של חף מפשע שהועמד לדין".¹⁴⁹

למעשה, פסקי הדין לא קובעים באופן רגיל ממצא בדבר חפותם העובדתית של נאשמים.¹⁵⁰ לפיכך, נאשמים יצליחו לעיתים רחוקות בלבד לנקות את עצמם לחלוטין מכל חשד לביצועה של עבירה פלילית.¹⁵¹ כך, למשל, באחד מפסקי הדין בית המשפט העליון אמר בזכותו

¹⁴³ ראו ליאון שלף ואסף פורת "הלכות בעייתיות במשפט הפלילי – דיון במספר סוגיות שהתעוררו בשנים האחרונות" **המשפט** ו' 81, 97–100 (התשס"א); דורון מנשה ואיל גרונר **מהות הספק הסביר במשפט הפלילי** 271–278 (2017); ראו גם בועז סנג'רו "האומנם כולנו זכאים רק מחמת הספק?": 'אסטרטגיית ההכרעה המצומצמת', המוצעת בספרם של מנשה וגרונר 'מהות הספק הסביר', במבחן פרשת זדורוב" **מאזני משפט** יב 109 (התשע"ח).

¹⁴⁴ עניין **צירינסקי**, לעיל ה"ש 140.

¹⁴⁵ מנשה וגרונר, לעיל ה"ש 143, בעמ' 279.

¹⁴⁶ גד זילברשלג "זכאי מחמת הספק – חף מפשע או אשם?" **הסניגור** 84, 5, 5 (2004). ראו גם Stuart Beresford, *Redressing the Wrongs of the International Justice System: Compensation for Persons Erroneously Detained, Prosecuted, or Convicted by the Ad Hoc Tribunals*, 96 A.J.I.L. 628, 642 (2002).

¹⁴⁷ *Asan Rushiti v. Austria*, 33 E.H.R.R. 1331, 1338–1339 (2001).

¹⁴⁸ *Sekanina v. Austria*, 17 E.H.R.R. 221, 235 (1993).

¹⁴⁹ ע"פ 7826/96 **רייש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(1) 481, 490–491 (1997).

¹⁵⁰ Christopher ; Larry Laudan, *The Presumption of Innocence: Material or Probatory*, 11 LEG 333, 343 (2005).

¹⁵¹ Sherrin, *Declarations of Innocence*, 35 QUEEN'S L.J. 437, 439 (2010).

¹⁵¹ Keith S. Rosenn, *Compensating the Innocent Accused*, 37 OHIO ST. L.J. 705, 717 (1976).

נאשם מאשמה של מתן הצהרה כוזבת כי "לדעתנו מצביעות הראיות שבאו לפני בית-המשפט על כך שהצהרת המערער הצהרת אמת היתה; אבל אין צורך בקביעה כזאת: די בקביעה שלא הוכח שהצהרתו היתה כוזבת".¹⁵² ואכן, פסק הדין הפלילי אינו מיועד לתת "תעודת יושר" לנאשם על התנהגותו הנאותה, אלא לשקף את המידה שבה הוכיחה התביעה את אשמתו.

במקרה הרגיל, אי-הוכחת האשמה מותירה את חזקת החפות על כנה, בין אם חפותו של אדם הוכחה באופן פוזיטיבי, ובין אם לא הופרכה ברמת הוודאות הנדרשת להרשעה פלילית. במצב של זיכוי, חזקת החפות לא נסתרה.¹⁵³ ההתייחסות לחזקת החפות מהווה הן את נקודת המוצא והן את נקודת הסיום של ההליך הפלילי. כפי שכתב ד"ר ואקי במאמר משותף עם רוזנשיין, הקטגוריה של זיכוי מחמת הספק יוצרת עננה סביב חפותו של אדם ופוגעת על ידי כך בחזקת החפות ובתוצאה הרצויה שלפיה ברירת המחדל היא החפות, ולא הספק.¹⁵⁴ לטעמי, גם אם הצעתו של ד"ר ואקי לבטל את הקטגוריה של זיכוי מחמת הספק לא תאומץ, אין להעניק נפקות מעשית להבחנה בין סוגים שונים של זיכוי. אי-הענקת נפקות מעשית להבחנה עדיפה על מתן אפשרות לנאשמים ואולי אף לעדים להגיש ערעור על קביעות ספציפיות של בית המשפט בעניינם שאינן משנות את תוצאת פסק הדין.

6. סיכום

ספרו של ד"ר ואקי הוא ספר קנוני בתחום דיני הראיות. השילוב של סקירה מקיפה של הדין המצוי, עומק עיוני וכתובה קולחת צפוי להציב את הספר כאחד מספרי העיון המובילים בתחום זה בשפה העברית. בביקורת ספרים זו התייחסתי לכמה הצעות בספרו של ד"ר ואקי המעוררות מחשבה. הספר שזור בהצעות כאלה, המחייבות את הקוראים להתנתק מהדין המצוי ולהרהר בהצדקותיו. בניגוד לספרים אקדמיים רבים אחרים, המחבר מקפיד שלא לטשטש את קו הגבול בין המצוי לרצוי, באופן המאפשר לקוראים להתמצא בדין המצוי, אך גם להתנתק ממנו ולבחון את הצדקותיו לנוכח תובנותיו האישיות של המחבר.

ע"פ 21/72 צייגר נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 510, 505 (1973).

רינת קיטאיסנג'רו המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין 484 (2011). ראו גם Hannah Quirk, *Identifying*

Miscarriages of Justice: Why Innocence in the UK is Not the Answer, 70 MLR 759, 767 (2007).

¹⁵⁴ ואקי ורוזנשיין, לעיל ה"ש 140, בעמ' 491.

¹⁵²

¹⁵³