

עדות שותף לעבירה – יעילות מול אמת

(על ביטול הלכת קינזי)*

מאת

בועז סנג'רו**

1. (פרולוג) השופט גבריאל בך והלכת קינזי

הלכת קינזי,¹ אשר בביטולה² מאמר זה עוסק, קובעת כי אם התביעה מעוניינת להעיד את שותפו לעבירה של הנאשם, אשר גם כנגדו תלוי ועומד משפט פלילי בגין אותה העבירה, אזי לנוכח הסכנה הגדולה שישק, יש לדחות את עדותו של השותף כעד תביעה עד לאחר סיום משפטו. בפרשת שעשוע³ ביקש דווקא הנאשם להעיד את שותפו – שגם כנגדו היה תלוי ועומד משפט פלילי בגין אותה העבירה – כעד הגנה. התביעה טענה כי הלכת קינזי חלה גם במקרה כזה. בית המשפט המחוזי קיבל טענה זו ומנע את העדות. שניים מהשופטים בערעור שנדון בבית המשפט העליון בחרו להותיר "בצריך עיון" את שאלת תחולתה של הלכת קינזי על עדי הגנה. רק השופט גבריאל בך השכיל לעמוד על חוסר הסימטריה שבין התביעה לבין ההגנה:

* המאמר נכתב לכבודו של שופט בית המשפט העליון גבריאל בך לרגל הגיעו לגבורות. בשנת התשמ"ט (1988–1989) זכיתי לעבוד במחיצתו כמתמחה. הדברים המאלפים שלימדני מאמני מלווים אותי כבר שני עשורים.

** פרופ' בועז סנג'רו הוא ראש החטיבה למשפט פלילי ולקרימינולוגיה, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. תודה לד"ר רינת קיטאי סנג'רו על הערותיה לטיטת המאמר.

1 ע"פ 194/75 קינזי נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 477 (1976).

2 הלכת קינזי בוטלה באחרונה בבג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע (פורסם בנבו, 8.10.2006) (להלן – פסק הדין החדש).

3 ע"פ 330/84 מדינת ישראל נ' שעשוע, פ"ד לט(1) 85 (1985).

...לא יכול להיות ספק בדבר, כי כלל זה נועד להגן על זכויות הנאשם ולהגביל לשם כך במידה מסוימת את חופש הפעולה של התביעה. אך שיקול הדעת נשאר בידי התביעה. אם סבור התובע, כי עד זה הוא חיוני במשפטו של הנאשם האמור, הרי יכול הוא להתגבר על הקושי על-ידי כך שיבקש להקדים את שמיעת משפטו של אותו עד, או שישגי מהיועץ המשפטי לממשלה צו לעיכוב ההליכים בתיקו.

מאידך גיסא קשה לראות, איזו הצדקה קיימת להגביל באותה צורה את הסגוריה, אם זו מחליטה לקבל על עצמה את הסיכון ולקרוא את הנאשם השני כעד הגנה. בהחלט ייתכנו מקרים, בהם יכולה עדות כזו לסייע לנאשם במידה רבה – למשל, כאשר שני הנאשמים היו, לכל הדעות עדי ראיה לאירוע, שעליו סבות התביעות, ורוצים להראות שמישהו אחר ביצע את העבירה או שפעלו בהגנה עצמית וכו'. מניעת האפשרות להשמעת עדותו של הנאשם האחר, למרות נכונותו של זה למסור את עדותו, עלולה לקפח את הגנתו של הנאשם. אין לשכוח, כי לסניגור אין האפשרות להפעלת שיקול הדעת הנתון בידי התביעה, כמוזכר לעיל. להבדיל מן התובע, אין הוא יכול לסגור את התיק כנגד הנאשם האחר על-מנת להבטיח את הופעתו כעד. אם קיים איסור לגביו להשמיע את עדותו של אותו נאשם אחר, אזי האיסור הוא סופי ואבסולוטי; בכך יופלה איפוא הנאשם לרעה לעומת התביעה, אם תורחב "הלכת קינזי" 194/75, גם על עדי ההגנה.⁴

ואולי לא מיותר להזכיר כי גישה ליברלית זו כלפי זכויותיהם של נאשמים באה מפיו של מי שהיה קודם לכן פרקליט המדינה.⁵ רק מאוחר יותר – בפסק הדין בעניין חכמי – התקבלה דעתו של השופט גבריאלי כך ונקבעה כהלכה המחייבת.⁶

2. (במקום מבוא) הרשעה על סמך ראיה יחידה – דיני הראיות במבחן הזמן

- 4 שם, בעמ' 89-90.
- 5 בעשורים האחרונים היו מינויים נוספים של פרקליט המדינה לכהונה בבית המשפט העליון. הפסיקה שבאה לאחר מכן הייתה בעלת אוריינטציה מובהקת של תביעה. ראו, למשל, בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה?" משפט וצבא יט 67 (התשס"ז).
- 6 בג"ץ 6319/95 חכמי נ' שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו, פ"ד נא(3) 750.

בשנים האחרונות הולכות ומתחזקות (אם כי מעט מדי לטעמי ולאט מדי מנקודת ראותם של חפים מפשע שהורשעו ומרצים עונשי מאסר⁷) ההכרה בקיומה של תופעה של הרשעת חפים מפשע וההכרה בסכנה הגדולה שבהרשעה על סמך ראייה בעייתית יחידה, כגון הודאת הנאשם.⁸ הפתרון המתבקש לבעיה זו הוא להתנות בחוק את ההרשעה בקיומה של ראייה עצמאית משמעותית נוספת, בדרגה של "סיוע".⁹ הוא הדין באשר לעדויות זיהוי של עדי ראייה.¹⁰ יתרה מזו, ניתן לדעת להוכיח, בין היתר באמצעות הלוגיקה של התיאורמה של Bayes, כי אפילו ראיות מדעיות הנחשבות מדויקות מאוד, כגון השוואת ד.נ.א. והשוואה של טביעת אצבעות, אינן חסינות מטעויות ולפיכך לא ניתן להוכיח באמצעות ראייה יחידה כלשהי את האשמה בדרגה הנדרשת במשפט הפלילי – מעבר לספק סביר.¹¹ בראייה היסטורית ניתן לומר כי היחס שהמשפט מעניק לראיות מסוימות בתקופה נתונה הוא טוב בהרבה מזה שלאחר מכן מתברר שהגיע להן.

על רקע זה, לפחות לכאורה לא היה צריך להיות ספק באשר לנחיתותן של ראיות שהן בעייתיות במיוחד, כגון עדותו של שותף לעבירה שטרם הוכרע דינו, שבה עסקה הלכת קינזי. בהלכת קינזי, אשר נקבעה כבר לפני כשלושה עשורים, עמדו שופטי בית המשפט

7 על קיומה של תופעה משמעותית של הרשעת חפים מפשע ראו, למשל, בועז סנג'רו, מרדכי קרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום? – על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדין" עלי משפט א 97 (התש"ס); דין וחשבון של הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (דצמבר 1994) (להלן – דוח ועדת גולדברג).

8 בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השואא?" עלי משפט ד 245 (התשס"ה); Boaz Sangero, *Miranda Is Not Enough: A New Justification for Demanding "Strong Corroboration" to a Confession*, 28 CARDOZO L. REV. 2791 (2007); מרדכי הלפרט, בועז סנג'רו "מכשל החלפת ההתניות להרשעה מועטית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה בוחן (הצעה להיפוך בתפיסת ההודאה: מראיה מרכזית המחפשת תוספת, לתוספת אפשרית לראיות מוצקות) (עתיד להתפרסם בכתב העת מחקרי משפט); *Proposal of Reverse the View of a Confession: From key Evidence Requiring Corroboration to Corroboration for Key Evidence* (Forthcoming, University of Michigan Journal of Law Reform).

9 שם.
10 ראו, למשל, דורון מנשה, רביע עאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים – הזמנה למחקר ורפורמה" משפטים לה 205 (התשס"ה).

11 Boaz Sangero, Mordechai Halpert, *Why A Conviction Should Not be Based on A Single Piece of Evidence: A Proposal for Reform*, 48 JURIMETRICS: THE JOURNAL OF LAW SCIENCE, AND TECHNOLOGY 43 (2007). וראו גם: מרדכי הלפרט, בועז סנג'רו "מדוע אסור להסתפק בבדיקת סמים לשם הרשעה?" רפואה ומשפט 37, 123 (2007); בועז סנג'רו, מרדכי הלפרט "הסכנה שבהרשעה על סמך נשיפה (על בדיקת הנשיפה המתיימרת לאתר נהיגה בשכרות)" הפרקליט – ספר דייויד וינר על משפט פלילי ואתיקה 313 (תשס"ט).

העליון על הטעמים לחשש המשמעותי מאוד שעדות כזו תהיה שקרית, ולפיכך חרף העובדה שהדין הישראלי ממילא דרש אז "סיוע" לעדותו של השותף כתנאי להרשעה, בכל זאת לא הסתפקו בכך השופטים וקבעו את הלכת קינזי המפורסמת, שלפיה יש לדחות את עדותו של השותף לעבירה (כער תביעה) עד לאחר סיום משפטו של השותף.¹² למעשה, סבורני כי הכרעה ראויה זו שיקפה את העובדה שעדותו של שותף לעבירה הנשמעת לפני שהסתיים משפטו שלו היא כל כך בעייתית וחסרת משקל (באשר הוא כל כך צפוי לשקר) עד כי אפילו ראייה משמעותית נוספת בדרגה של "סיוע" לא תועיל כאן, שהרי תתמוך בהוכחה אפסית.

מה נשתנה בשלושת העשורים שחלפו מאז שנקבעה הלכת קינזי ועד לביטולה באחרונה על ידי הרכב מורחב של שבעה שופטים של בית המשפט העליון?¹³ בפסק הדין החדש שופטי בית המשפט העליון (בשבתם כבית משפט גבוה לצדק דווקא¹⁴) מציעים "שינוי נסיבות": גידול בפשיעה, בתחכומה ובעומס המוטל על השופטים. לאחר דיון בטעמי פסק הדין וניסיון לשלול אותם, אבקש להציע ראייה שונה לחלוטין של הדברים; תשובה אחרת לקושיה "מה נשתנה" דלעיל. חוששני כי ההלכה החדשה, שבה בוטלה הלכת קינזי בלא כל ניסיון רציני לקבוע מנגנון חלופי לצמצום הסכנה המוחשית של הרשעת חף מפשע על בסיס עדותו השקרית של שותף לעבירה, היא נדבך נוסף בשרשרת של חקיקה ופסיקה בעלת אוריינטציה מובהקת של "חוק וסדר", "מלחמה בפשיעה", תוך הזנחה מוחלטת של ההגנה על זכויותיהם של חשודים ונאשמים (גישת ה-*due process*). בעקבות חקיקתם של חוקי היסוד זכינו לפסיקה ענפה המדגישה מאוד את כבוד האדם ואת חירותו. לצערי, נראה כי בתחום זכויותיהם של חשודים ונאשמים מדובר עדיין במס שפתיים בלבד.¹⁵

12 לעיל ה"ש 1.

13 לעיל ה"ש 2.

14 להליך המשונה שבו נקבעה הלכה לא ליברלית זו אתיחס בסיום המאמר.

15 לדוגמאות נוספות של גישה שלטת במקומותינו זו, של "law and order", "crime control", ראו, למשל: בועז סנג'רו "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005" עלי משפט ה 247 (התשס"ו); בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה?" משפט וצבא יט 67 (התשס"ז); בועז סנג'רו "תיקון 39 לחוק העונשין במבחן סבלנותן של רשויות האכיפה – חוק מאבק בארגוני פשיעה" (עתיד להתפרסם בספר מגמות בפלילים לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין, בעריכת אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא); בועז סנג'רו "היש בכוחה של ההגנה מן הצדק לעשות צדק? (בעקבות הסדרת ההגנה בחוק סדר הדין הפלילי)" הסניגור 125 4 (התשס"ח); בועז סנג'רו, איתי ליפשיץ "הרשעה: רק פה אחד" עלי משפט ח 337 (תש"ע); בועז סנג'רו "פיקוח חיצוני על עבודת הפרקליטות" הסניגור 145, 4 (2009); בועז סנג'רו "השימוש בתחבולות ובמדובבים לשם גביית הודאות" (עתיד להתפרסם בכתב העת עלי משפט).

3. שלושת טעמיה המרכזיים של הלכת קינזי

ראובן ושמעון מואשמים בביצועה של אותה עבירה. התביעה בחרה לנהל את משפטו של כל אחד מהם בנפרד. הניתן לסמוך על עדותו של ראובן – שמשפטו עדיין תלוי ועומד – כעד תביעה נגד שמעון?

כבר לפני כשלושה עשורים – בפסק הדין בעניין קינזי – עמדו השופטים עציוני ושמגר על חולשותיה הגדולות של עדותו של שותף לעבירה שמשפטו תלוי ועומד. השופט עציוני כתב שכל עוד קיים חשש שהעד השותף מצפה לטובת הנאה מרשויות התביעה, אין להעידו כנגד שותפו:¹⁶

דעתי היא לכן, שאם כי באופן פורמלי עדותו של יוסף ביטון [העד השותף] – הבהרה שלי, ב"ס] היא קבילה, הרי הפרקטיקה הנכונה צריכה להיות שאין להעיד נאשם אחד נגד נאשם שני, אפילו הוגשו נגדם כתבי-אישום נפרדים, כל זמן שיש חשש, כי העד עלול לצפות לטובת-הנאה על-ידי המתקת דינו במשפט התלוי ועומד נגדו. דבר זה אפשר למנוע בין על-ידי כך שמשפטו יתברר לפני מתן העדות ובין על-ידי הפיכתו לעד-מלך ועיכוב ההליכים או הצהרה מטעם התביעה, שהמשפט נגדו יבוטל עם סיום העדות.

להשלמת התמונה יצוין כי את המקרה שבו התביעה בוחרת להעמיד לדין את שני השותפים באמצעות אותו כתב אישום – במשפט אחד – הסדיר המחוקק בסעיף 155 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, שלפיו "... (1) נאשם שהודה כך, והתובע או הסניגור מודיעים שהוא ייקרא להעיד במשפטם של יתר הנאשמים, לא יעיד אלא לאחר שנגזר דינו".¹⁷

השופט שמגר הסכים לדעת השופט עציוני, ואף הוסיף שני נימוקים להלכת קינזי: הנימוק השני – גם אם במקרה מסוים לא קיים החשש של ציפייה לטובת הנאה (שעליו כתב השופט עציוני):

... שריר וקיים לדעתי החשש כי עדותו של עד כאמור במשפט של שותפו לא תהיה אלא מעין חזרה כללית על העדות אותה הוא מתכוון להשמיע

16 עניין קינזי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 482. במאמר מוסגר יצוין כי בעניין קינזי התביעה הקטינה לעשות ואפילו לא גילתה לשופט בערכאה הראשונה כי מתקיים משפט נגד העד השותף (!); הדבר התברר לו רק במהלך העדות – שם, בעמ' 479.

17 כשניתן פסק הדין בעניין קינזי, היה הסדר זה קבוע בסעיף 139 לחוק הישן – חוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ה-1965.

במשפטו הוא; היינו, הוא יבקש כמובן להציג את הטיעון שלו בדבר השתלשלות האירועים ומגמתו עלולה להיות להגדיל את סיכויו במשפטו הנפרד על-ידי השחרת פני רעהו, השותף לעבירתו, נגדו הוא מעיד או על-ידי תיאור שותפותו הוא בעבירה, כמזערית. בדרך זו יגדיל העד את סיכויו לצאת זכאי בדינו או יפחית מן המשקל היחסי של חלקו בעבירה.¹⁸

והנימוק השלישי:

חשש נוסף העולה בהקשר זה הוא כי עד כאמור אמנם יעיד מטעם התביעה אך בשל היות משפטו תלוי ועומד יוכל לצמצם היקפה של החקירה הנגדית, הצפויה לו מצד הנאשם, על-ידי הסתמכות על האמור בסעיף 47 הנ"ל לפקודת הראיות [החיסיון מפני הפללה עצמית – הבהרה שלי, ב"ס]... משמע, החקירה הנגדית, שהיא אמצעי בעל חשיבות לבדיקת מהימנותו של עד עלולה להפוך למוגבלת, אלא אם בית-המשפט יפעיל סמכותו לפי סעיף 47(ב) לפקודה האמורה.¹⁹ סיכומו של דבר, החשש המתואר כי העד יעוות את האמת, למען טובתו הוא, בין אם הובטח לו דבר על-ידי התביעה ובין אם לאו, הוא בעל משקל רב.²⁰

חשש נוסף, שניתן אולי לראות בו טעם נוסף (אם כי משני) להותרת הלכת קינזי על כנה, הוא מפני "דיבור בשני קולות". "כך, למשל, תוצאה שיפוטית לפיה נאשם אחד מורשע בשותפות לדבר עבירה עם אחר, והאחר מזוכה מאותה עבירה, עלולה להוות 'דיבור בשני קולות'".²¹ כפי שציינה נכונה השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין החדש, "החשש מפני הכרעות דין סותרות במשפטים נפרדים של שני שותפים עלול לגבור בביטולה של הילכת קינזי".²² הנה כי כן, לפנינו מצב הדומה ל"דילמת האסיר" המפורסמת, והחשש לעדות שקר הוא גדול במיוחד. מהן דרכי ההתמודדות האפשריות עם קושי זה? על כך בפרק הבא.

- 18 עניין קינזי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 488.
- 19 יצוין כי קיימת פרשנות אחרת לסעיף 47(ב) לפקודת הראיות, המתיישבת טוב יותר עם לשונו והראייה יותר, לדעת, ולפיה לא מדובר בו בסמכות של בית המשפט לכפות על העד להעיד חרף טענת החיסיון מפני הפללה עצמית שבפיו, אלא בתרופה לריפוי פגם של טעות אפשרית של בית המשפט בכפיית העדות. ראו, למשל, חיה זנדברג זכויות נאשמים – הזכות למשפט נפרד 184 (התשס"א) והאסמכתאות המובאות שם.
- 20 עניין קינזי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 488-489 (ההדגשה הוספה).
- 21 הציטוט לקוח מפסקה 11 לחוות הדעת של השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין החדש, לעיל ה"ש 2.
- 22 שם.

4. פתרונות אפשריים לבעיית חוסר האמינות של עדות השותף

א. דחיית העדות (הלכת קינזי)

לנוכח החשש הגדול מפני עדות שקר, חרף העובדה שכשנדון עניינו של הנאשם קינזי הייתה קבועה בדין הישראלי הדרישה הרצויה של "סיוע" לעדות שותף,²³ בכל זאת הוסיפו עליה השופטים עציוני, שמגר וויתקון את הלכת קינזי, שלפיה:

הפרקטיקה הרצויה, מן הנכון שתהיה מושתתת על הפעלת הוראותיהם של סעיפים 202 ו-203 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965 [עיכוב הליכים וחידושם – הבהרה שלי, ב"ס²⁴], וזאת בדומה לנוהג הנוהג לענין זה בארצות-הברית ובבריטניה: אם החליטה התביעה להביא מטעמה עד, נגדו הוגש קודם לכן כתב-אישום נפרד, בשל אותה פרשה עליה הוא מתבקש להעיד, מן הראוי כי בכל הנוגע לאישום שהוגש נגד אותו עד יעשה היועץ המשפטי לממשלה שימוש בסמכויות המוקנות לו לפי סעיף 202 לחוק הנ"ל, וזאת לפני הבאת העד או על-ידי מתן הודעה מתאימה לבית-המשפט בזמן העדות; והיה אם יסתבר לאחר מכן כי העד העיד עדות כוזבת או כי התחמק ממתן עדות, הרי מסורים בידי היועץ המשפטי לממשלה לפי סעיף 203 לחוק האמור שיקול-הדעת והסמכות לחדש את ההליכים שעוכבו כאמור.²⁵

יובהר כי לא מדובר בכלל מדיני הראיות, השולל את קבילותה של הראיה. בעניין זה ממשיכה למשול הוראת סעיף 2 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, שלפיה "הכל כשרים להעיד בכל משפט בכפוף לאמור בסעיפים 3 ו-4" (שאינם לענייננו). הלכת קינזי קובעת כלל של סדר דין פלילי.²⁶

הלכת קינזי מהווה ניסיון רציני להתמודד עם הבעיה בדרך של שיפור הראיה. כפי שכתבה נכונה השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין החדש:

- 23 הדרישה ל"סיוע" בוטלה בשנת 1982, בסעיף 54א(א) לפקודת הראיות, המסתפק בתוספת ראייתית בדרגה החלשה של "דבר לחיזוקה".
- 24 כיום סעיפים 231 ו-232 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.
- 25 עניין קינזי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 489. על התקדימים האנגליים שמהם שאבה הלכת קינזי השראה, כגון פרשת *Pipe* הידועה, ראו זנדברג, לעיל ה"ש 19, בעמ' 169 ואילך.
- 26 עניין קינזי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 482; פסק הדין החדש, לעיל ה"ש 2, פסקה 5 לחוות הדעת של השופטת פרוקצ'יה.

הילכת קינזי בהקרנתה הכללית על ההליך השיפוטי, נועדה לשכלל את האמצעים שבידי הערכאה השיפוטית להגיע לחקר האמת על ידי מיצוי מלא של פוטנציאל האמינות מעדותו של העד השותף. קשה לחלוק על ההנחה כי עיתוי עדותו של העד השותף במשפטו של נאשם בשלב שלאחר סיום משפטו שלו מעלה את ההסתברות למיצוי פוטנציאל האמינות מעדותו, שאינה קיימת מקום שעדותו מושמעת טרם סיום ההליך בעניינו.²⁷

ב. דרישה של "סיוע" לעדות השותף

בהנחה (הלא פשוטה) כי לעדותו של השותף יש ערך ראייתי כלשהו חרף העובדה שמשפטו שלו עדיין תלוי ועומד, ניתן וצריך – לנוכח החשש הכבד לעדות שקר – להתנות את ההרשעה בדרישה של ראיה עצמאית משמעותית נוספת, בדרגה של "סיוע". ואכן, בעבר הייתה קבועה בדין הישראלי – בהלכה הפסוקה – דרישה כזו.²⁸ ה"סיוע" הוגדר בפסיקה הישראלית כראיה עצמאית, ממקור זר למקור הראיה הטעונה סיוע, הקשורה לשאלה מרכזית במשפט והנוטה לסבך את הנאשם בביצוע העבירה.²⁹ כאמור, הלכת קינזי נקבעה על רקע קיומה של דרישת "סיוע" לעדות השותף. אלא שמאוחר יותר – בשנת 1982 – המיר המחוקק את דרישת ה"סיוע" בדרישה החלשה יותר של "דבר לחיזוקה", בקובעו בסעיף 54א(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 כך:

בית המשפט לא ירשיע נאשם על סמך עדותו היחידה של שותפו לעבירה אלא אם מצא בחומר הראיות דבר לחיזוקה; ואולם אם היה השותף עד מדינה – טעונה עדותו סיוע; לענין זה, 'עד מדינה' – שותף לאותה עבירה המעיד מטעם התביעה לאחר שניתנה או שהובטחה לו טובת הנאה.

לכאורה, אין הסיפה של הסעיף עוסקת בעניינו. בכל זאת בחרתי לצטטה, משום שלדעתי אותו ההיגיון המחייב את דרישת הסיוע באשר לעד המדינה – שהובטחה לו טובת הנאה, היה צריך לחייב את דרישת הסיוע גם באשר לעד השותף שמשפטו טרם הוכרע, שגם הוא עלול לצפות לטובת הנאה, ושיש לו סיבות "טובות" נוספות לשקר, שנסקרו בפרק הקודם. עמדה דומה הביע השופט גרוניס בפסק הדין החדש, בהציעו להתנות את ביטולה

27 פסק הדין החדש, לעיל ה"ש 2, פסקה 7 לחוות הדעת של השופטת פרוקצ'יה. חבל שתוכנה חשובה זו לא מנעה מהשופטת לתמוך בביטולה של הלכת קינזי (בכפוף להותרת סמכות לערכאה הראשונה לקבוע כי המקרה שלפניה הוא חריג המצדיק את החלתה של הלכת קינזי – שם). וראו גם זנדברג, לעיל ה"ש 19, בעמ' 163.

28 אליהו הרנון דיני ראיות כרך ב 16 ואילך (התשל"ז); וההפניות לפסיקה המופיעות שם.
29 ראו שם; וראו, למשל, ע"פ 387/83 מדינת ישראל נ' יהודאי, פ"ד (4) 197 (1985).

של הלכת קינזי בהחזרת דרישת ה"סיוע" לספר החוקים, או – לכל הפחות – בחיזוקו של ה"חיזוק" הנדרש.³⁰

הדרישה של "דבר לחיזוקה" היא חלשה מאוד ומדי. ראשית, מוסכם על הכול שמדובר בדרישה שהיא חלשה מן הדרישה ל"סיוע" ואפילו חלשה מהדרישה (החלשה³¹) ל"דבר מה נוסף". בעוד ה"סיוע" מאופיין בפסיקה כ"ראיה המסבכת את הנאשם בביצועה של העבירה, להבדיל מראיה שבכוחה אך לאמת את העדות נגדו"³², הרי לצורך התקיימות הדרישה הנחותה של "דבר לחיזוקה" לא נדרשת אפילו "ראיה מאמתת" כזו, אלא די בראיה המחזקת את אמינות העדות.³³ דוגמאות אחדות לתוספות ראייתיות זניחות, אשר הוכרו בפסיקה כמספקות את הדרישה העלובה של "דבר לחיזוק", הן: סירוב הנאשם להשתתף במסדר זיהוי או לאפשר בדיקות מעבדתיות או להשיב על שאלות בית המשפט; בקשה מעד לשקר בעדותו; אישור פרטים בעדותו של העד גם כשאין בהם כדי לקשור את הנאשם לביצוע העבירה המיוחסת לו; אי-גילוי עובדות מסוימות בחקירה ועוד כהנה וכהנה.³⁴ כפי שכתב השופט גרוניס בפסק הדין החדש, "יש לעמוד על כך שהתוספת של 'חיזוק' לא תהפוך לזניחה, שולית וחסרת משמעות. להשקפתי, קיימת שחיקה מתמדת בפרשנות של דרישה זו, ואולי יותר מכך ביישומה הקונקרטי".³⁵

שנית, נקבעה ההלכה כי "ככל שבית המשפט נותן אמון רב יותר בעדות הטעונה חיזוק, כך יוכל משקלה של ראית החיזוק להיות נמוך יותר".³⁶ זהו בעיניי כשל, הדומה לזה הקיים לעניין הודאות. גם שם נפסק שככל שההודאה אמינה יותר בעיני השופט, כך די ב"דבר מה נוסף" קל יותר ואפילו קל כנוצה.³⁷ והרי דרישת הסיוע חשובה – לצמצום הסכנה של הרשעת חפים מפשע – דווקא כשההודאה אמינה בעיני השופט, שהרי אז הוא צפוי להרשיע. והנה על פי הפסיקה, בפועל מוגבלת הדרישה של תוספת ראיתית משמעותית רק לאותם מקרים נדירים שבהם בעצם אין בה צורך – כשהשופט ממילא מעריך שמשקל

30 פסק הדין החדש, לעיל ה"ש 2, פסקה 2 לחוות הדעת של השופט גרוניס.
 31 על חולשתה הרבה של הדרישה ל"דבר מה נוסף" ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 8, בעמ' 256-257.
 32 ראו, למשל, פסק הדין החדש, לעיל ה"ש 2, פסקה 28 לחוות הדעת של השופט לוי.
 33 ראו יעקב קדמי על הראיות – הדין בראי הפסיקה כרך א 176-173 (התשנ"א) וההפניות לפסיקה המופיעות שם.
 34 שם.
 35 פסק הדין החדש, לעיל ה"ש 2, פסקה 2 לחוות הדעת של השופט גרוניס.
 36 ראו שם, פסקה 28 לחוות הדעת של השופט לוי, וההפניות לשורה של פסקי דין קודמים. ראו גם קדמי, לעיל ה"ש 33 והאסמכתאות מן הפסיקה המובאות שם.
 37 ראו, למשל, ע"פ 4769/92 ניג'ם נ' מדינת ישראל פסקה 7 (פורסם בנבו, 4.9.1994) (הדברים מצוטטים בהסכמה ברוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 7).

ההודאה נמוך, ולפיכך סכנת ההרשעה של חף מפשע קטנה.³⁸ ובענייננו: כשהשופט ממילא אינו מאמין לעדות השותף, מה בצע לנו בדרישה לתוספת ראייתית משמעותית? אנו זקוקים לה דווקא כשהוא מאמין לעדות השותף, אשר כידוע עלולה בהחלט להיות שקרית. אכן, כפי שכתבה השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין החדש, "מבחינתו של הנאשם, ביטול הדרישה לסיוע ראייתי לעדות שותף שהיתה קיימת בעבר, והיכולת להסתפק כיום בחיזוק ראייתי בלבד, מגבירים את הסכנה להרשעת-שוא".³⁹ כשלעצמי, הייתי משמיט את המלים "מבחינתו של הנאשם". גם החברה בכללותה אינה מעוניינת בהגברת סכנה זו, שהרי בהתממשותה, המדינה גורמת לפרט את העוול הגדול ביותר, ולא זו בלבד אלא אף האשם האמיתי נותר חופשי.

ג. השילוב: "סיוע" + "קינזי"

פתרון אפשרי שלישי לבעיית חוסר האמינות של עדות השותף היה קבוע במשפטנו בשש השנים שבין פסיקת ההלכה בעניין קינזי (1976) לבין ביטול דרישת ה"סיוע" (1982). אכן, לא תמיד מתפתח המשפט בכיוון הנכון. פתרון רציני זה לבעיה משלב בין שיפור העדות הבעייתית – בדרך של המתנה לסיום משפטו של העד השותף או ויתור על ההליך נגדו – לבין ההכרה בכך שגם לאחר שיפור זה, עדיין נותרת עדותו של השותף בעייתית ומועדת להיות שקרית, ולפיכך אין לבסס עליה הרשעה בלא תוספת ראייתית משמעותית של "סיוע".

על הצורך בשילוב שני הכלים ניתן ללמוד גם מדבריה הבאים של השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין החדש:

התומכים בביטולה של הלכת קינזי שמים את מבטחם ב"חיזוק" הנדרש לעדותו של העד השותף כאמצעי המגן מפני הישענות על עדות מוטעה ובלתי מהימנה עקב פניות העד שמשפטו שלו טרם נסתיים. אין ספק כי החיזוק הנדרש לעדות העד השותף מהווה אמצעי הגנה מפני הישענות על עדות שקר כמות שהיא. עם זאת, אין לשכוח כי מדובר בדרישת חיזוק ל"יש" הראייתי שנועדה להבטיח מפני הרשעת אדם באין ראיות מספיקות

38 וראו ביתר הרחבה סנג'רו, לעיל ה"ש 8, בעמ' 265 ואילך.

39 פסק הדין החדש, לעיל ה"ש 2, פסקה 8 לחוות הדעת של השופטת פרוקצ'יה.

להפללתו. דרישת החיזוק אינה עונה לצורך במיצוי הפוטנציאל הראייתי האפשרי לצורך התחקות אחר האמת. היא אינה תחליף ל"אין" הראייתי.⁴⁰

ד. הסדרת חיסיון לעד השותף

אחד החששות הטמונים בעדותו של השותף, שעליו עמד בזמנו השופט שמגר, הוא שלאחר שיעיד נגד הנאשם, לא יוכל הסנגור לחקרו חקירה נגדית יעילה לחשיפת שקריו, לנוכח החיסיון מפני הפללה עצמית הקבוע בסעיף 47 לפקודת הראיות.⁴¹ פתרון אפשרי לבעיה זו – ולה בלבד⁴² – אשר הוסדר בכמה שיטות משפט, לרבות האמריקנית והקנדית, הוא לכפות על השותף להשיב על שאלות החקירה הנגדית, ובה בעת לשמור על זכותו שלא להפליל את עצמו, בדרך של מתן חסינות מפני הרשעה: לא ייעשה שימוש בתשובותיו לחובתו – לא ישיר ולא עקיף.⁴³ התוצאה המעשית דומה לעתים לתוצאתה של הלכת קינזי, שכן לנוכח ההגנה הרחבה שבית המשפט האמריקני נותן לחיסיון מפני הפללה עצמית, המעוגן בחוקה, לעתים קרובות על התביעה לתת לעד השותף "חסינות עסקה" או להמתין לסיום משפטו.⁴⁴

במקומותינו הועלתה הסברה שניתן לכפות על העד השותף להשיב גם אם התשובות עלולות להפלילו, וזאת תוך מתן פרשנות לא פשוטה לסעיף 47(ב) לפקודת הראיות, ולפיה אין הוא עוסק רק בתרופה לתקלה שאירעה אם בית המשפט כפה בטעות תשובה מפלילה, אלא הוא מקנה מראש סמכות לכפות במודע גם תשובות מפלילות, והתרופה היא ש"לא תוגש הראיה נגד אותו אדם במשפט שבו הוא מואשם בשל העבירה שהעובדה המתגלית מן הראיה היא יסוד מיסודותיה" (כלשון הסעיף).⁴⁵ בפסק הדין החדש מציע השופט לוי כי בד בבד עם ביטולה של הלכת קינזי, יינתן לעד השותף הנכפה להעיד חיסיון רחב, אשר יחול לא רק על שימוש ישיר בעדותו כראיה במשפטו שלו, אלא גם על שימוש עקיף בידי גורמי

40 שם, פסקה 7. חבל שתוכנה זו לא מנעה מן השופטת לצדד בביטולה של הלכת קינזי (ככפוף להותרת שיקול דעת לערכאה הראשונה לנהוג במקרים חריגים על פי הלכת קינזי – שם, פסקה 18. וראו הציטוט להלן בה"ש 91) וזאת אפילו במצב המשפטי הנוכחי, שבו לא נדרשת תוספת ראייתית משמעותית ("סיוע").

41 ראו ביתר הרחבה פרק 3 לעיל.

42 יצוין כי גם אם מסדירים את הרחבת החסינות, זהו לכל היותר מענה לאחד משלושת טעמיה המרכזיים של הלכת קינזי, כמפורט שם.

43 ראו הסקירה של הדין האמריקני ושל הדין הקנדי בספרה של זנדברג, לעיל ה"ש 19, בעמ' 173-181.

44 שם, בעמ' 176.

45 ראו, למשל, פסק הדין החדש, לעיל ה"ש 2, פסקה 29 לחוות הדעת של השופט לוי, וההפניות לפסיקה קודמת המופיעות שם. וראו פסק הדין בעניין חכמי, לעיל, ה"ש 6, בעמ' 764.

התביעה, כמקובל בשיטות משפט אחרות.⁴⁶ גם השופט גרוניס הצטרף לעמדה זו.⁴⁷ אלא שבסופו של דבר בוטלה הלכת קינזי בלי אפילו להסדיר את הרחבת החסינות.

5. ביטול הלכת קינזי – ההלכה החדשה

א. ההלכה החדשה

כך מסתיים פסק הדין החדש, שבו בוטלה הלכת קינזי:

אשר על כן הוחלט כדלקמן: (א) בדעת רוב, נקבע כי הכלל הינו שאין מניעה להעיד כעד תביעה עד הקשור באותה פרשה ומשפטו תלוי ועומד. במקרים חריגים ביותר ומטעמים שיירשמו כאמור בפסקה 3 לחוות-דעתה של הנשיאה ד' ביניש, יהיה רשאי בית-המשפט היושב לדין לדחות שמיעת עדותו של עד לסיום משפטו. (ב) החלטתו של בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע, נושא הדין [שלפיה אין לשמוע את עדותו של השותף לפני סיום ההליכים נגדו, לפי הלכת קינזי – הבהרה שלי, ב"ס] – בטלה.⁴⁸

כלום נכון היה לבטל את הלכת קינזי חרף טעמיה כבדי המשקל? להלן נבחן את נימוקי השופטים אשר ביטלו.

ב. הפרת האיזון

עוד לפני פסק הדין החדש, היה אפשר למצוא בספרות המשפטית הישראלית קולות בעד ונגד הלכת קינזי,⁴⁹ אלא שבדיונים הרציניים יותר בסוגיה זו, אם הוצע לבטל את ההלכה,

46 שם, פסקה 32 לחוות הדעת של השופט לוי.

47 שם, פסקה 2 לחוות הדעת של השופט גרוניס.

48 פסק הדין החדש, לעיל ה"ש 2 (ההדגשה הראשונה שלי – ב"ס; ההדגשה השנייה במקור).

49 לתמיכה בהלכת קינזי ראו, למשל, יהונתן גינת "האם הגיע הזמן לבחון מחדש את הלכת קינזי?" הפרקליט מב 376 (התשנ"ה); יהונתן גינת "עוד על עדות שותף" הפרקליט מג 468 (התשנ"ז); נינה זלצמן "נאשמים במשותף וסעיף 10א(א) לפקודת הראיות" עיוני משפט ט 625, 634-640 (התשמ"ג) (לדעת המחברת היה צריך לשלול את תחולתו של סעיף 10א בסיטואציה שעליה חלה – וצריכה לחול – הלכת קינזי); וכמובן פסק הדין בעניין קינזי, לעיל ה"ש 1, והאסמכתאות המובאות בו לתמיכה בהלכה. להתנגדות להלכת קינזי ראו, למשל, אורי שטרוזמן "המלך עירום או חבר המושבעים השולט בבית-המשפט בישראל" עיוני משפט יג 175 (התשמ"ח) (באחד מפסקי הדין אף יישם השופט שטרוזמן את משנתו ונמנע מלהחיל את הלכת קינזי: ת"פ (ת"א) 481/86 מדינת ישראל נ' אלנסרה, פ"מ התשמ"ח(1) 221; יעקב

לא הוצע לנו ריק (ואקום) המהווה טמינת הראש בחול כבת יענה והתעלמות מהסיכון הגבוה כי עדותו של השותף תהיה שקרית ותביא לידי הרשעת שווא, אלא הוצעו פתרונות אחרים, כגון דרישה של תוספת ראייתית חזקה בדרגת "סיוע" ו/או חיזוק משמעותי של ה"חסינות" הניתנת לעד השותף, באופן שיהיה אפשר לכפותו להעיד ולהשיב גם על שאלות החקירה הנגדית.⁵⁰

כפי שראינו לעיל, להלכת קינזי טעמים חזקים. עדותו של השותף שמשפטו שלו תלוי ועומד היא בעייתית מאוד אליבא דכולי עלמא (הן אנשי האקדמיה, הן השופטים). בעייתיות זו הביאה לידי פתרונות שונים בחקיקה ובפסיקה של מדינות שונות. במשפט הישראלי, הפתרון הראשון שניתן היה דרישת ה"סיוע"; לאחר מכן הוספה עליו הלכת קינזי וכך ניתן לבעיה פתרון משולב וטוב; ובהמשך הומרה דרישת ה"סיוע" בדרישה חלשה יותר של "דבר לחיזוקה", בשילוב הלכת קינזי. בפסק הדין החדש נעקרה הלכת קינזי באופן כירורגי, כשבמקום האיבר שנעקר לא הושאל איבר חלופי כלשהו – לא דרישה של "סיוע"⁵¹ ואפילו לא הסדרת חיסיון.⁵² טענתי היא כי בכך הופר במידה ניכרת האיזון שהיה קיים עד כה. תמיכה בהערכת זו אני מוצא גם בדברי השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין החדש:

מבחינתו של הנאשם, ביטול הדרישה לסיוע ראייתי לעדות שותף שהיתה קימת בעבר, והיכולת להסתפק כיום בחיזוק ראייתי בלבד, מגבירים את הסכנה להרשעת שווא. לסכנה זו, מנקודת ראותו של הנאשם, משקל בגדר השיקולים לענין גורלה של הלכת קינזי.⁵³

מהם נימוקיהם של שופטי בית המשפט העליון לערעור זה של האיזון? המשכנעים המה? נעבור לבחינתם.

קרוסוהר "העדת שותף לעבירה שהואשם בנפרד" הפרקליט לא 372 (התשל"ז); אהוד קמר "לקראת ביטולה של הלכת קינזי" הפרקליט מב 548 (התשנ"ה). להתלבטות מתוך דיון מעמיק בשיקולים בעד ונגד הלכת קינזי ראו זנדברג, לעיל ה"ש 19, בעמ' 163-190.

70 ראו זנדברג, שם. יצוין כי לצד הצעתה של המחברת לאמץ הסדר חיסיון בדומה לזה הקיים במשפט האמריקני ובמשפט הקנדי, קיימת בספרה גם ההתלבטות: "אם כן ייתכן כי הלכת קינזי – למרות הפגמים הרבים שמנינו בה – היא הפשרה הטובה ביותר הקיימת בין האינטרסים הנוגדים בסוגייתנו" (שם, בעמ' 189).

51 כהצעתו של השופט גרוניס לחזק את ה"חיזוק" – ראו לעיל ה"ש 30.

52 כהצעתו של השופט לוי, שאליה הצטרף גם השופט גרוניס – ראו לעיל ה"ש 46, בעמ' 47, וראו בהרחבה זנדברג, לעיל ה"ש 19, בעמ' 181-190.

53 פסק הדין החדש, לעיל ה"ש 2, פסקה 8 לחות הדעת של השופטת פרוקצ'יה. כאמור, הייתי משמיט את הביטוי המצמצם המיותר "מבחינתו של הנאשם". מטעמים דומים, גם הביטוי המצמצם "מנקודת ראותו של הנאשם" מיותר. ל"סכנה זו" משקל לא רק בעיני הנאשם, אלא בעיני החברה בכללותה. לדעתי, זהו משקל מכריע.

ג. אופטימיזם – ההסתמכות על יכולתם של שופטים להבחין בין עדות אמת לבין עדות שקר

לפי פסק הדין החדש, אנו יכולים להרשות לעצמנו לוותר על הלכת קינזי, משום שניתן לסמוך על יכולתם של שופטים מקצועיים להבחין בין עדות אמת לבין עדות שקר, ושלא ללכת שולל אחר עדות שקר של שותף לעבירה. כך, למשל, התייחס השופט לוי לחשש זה:

אף שאין להמעט במשקלו של חשש זה, אין גם לכחד, כי הוא ממשי יותר בשיטות משפט הפועלות באמצעות חבר מושבעים, ולא על-ידי שופטים מקצועיים, שעבורם מלאכת הערכתם של עדים היא עניין שבשגרה.⁵⁴

ההסתמכות על יכולתם של השופטים להבחין בין עדות אמת לבין עדות שקר איננה עומדת במבחן המציאות ואף לא במבחן המחקר. כך, למשל, ב"פרויקט החפות" האמריקני (Innocence Project), שבו משווים דגימות ד.נ.א. של אסירים לממצאים מזירות העבירה, התברר שהן מושבעים והן שופטים האמינו לעדויות שקר רבות והרשיעו חפים מפשע.⁵⁵ כך, למשל, במחקרם של Leo & Ofshe נמצא כי ב-73% מהמקרים שנבדקו, שבהם הואשמו נאשמים על בסיס הודאות שווא שמסרו, הנאשמים הורשעו.⁵⁶ שלא כאמונתם המוטעית של רבים, המחקר מראה כי חוקרי משטרה, תובעים, מושבעים ושופטים (ובעצם – כולנו) אינם מסוגלים להבחין בין עדויות אמיתיות לבין עדויות שקריות. במחקר שכותרתו "I'd Know a

54 שם, פסקה 13 לחוות הדעת של השופט לוי.

55 ראו: BARRY SCHECK, PETER NEUFELD & JIM DWYER, ACTUAL INNOCENCE: FIVE DAYS TO EXECUTION AND OTHER DISPATCHES FROM THE WRONGLY CONVICTED (2000). לתמונה עדכנית יותר, ראו אתר האינטרנט של פרויקט החפות: www.innocenceproject.org וראו: Keith A. Findley, *Learning from Our Mistakes: A Criminal Justice Commission to Study Wrongful Convictions*, 38 CAL. W. L. REV. 333 (2002); Elizabeth V. LaFollette, *State v. Hunt and Exculpatory DNA Evidence: When Is a New Trial Warranted?*, 74 N.C. L. REV. 1295 (1996); David De Foore, *Postconviction DNA Testing: A Cry For Justice From The Wrongly Convicted*, 33 TEX. TECH. L. REV. 491 (2002); Karen Christian, "And the DNA Shall Set You Free": *Issues Surrounding Postconviction DNA Evidence and the Pursuit of Innocence*, 62 OHIO ST. L. J. 1195 (2001)

56 Richard A. Leo, Richard J. Ofshe, *The Consequences of False Confession: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation*, 88 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 429, 482 (1998). יתרה מזו: במחקרם המאוחר והמקיף יותר של S. Drizin, Richard Leo, *The Problem of False Confessions in the Post – DNA World*, 82 N.C.L.REV 891 (2004) :81% אפילו ב-

”False Confession if I Saw One”⁵⁷, נמצאו הממצאים המעניינים האלה: א) חוקרי משטרה אינם מזהים הודאות שווא טוב יותר מסטודנטים; ההבדלים היחידים הם שהחוקרים בטוחים מאוד בעצמם, גם כשהם טועים; ושהם פועלים בהשפעת התפיסה המוטעית והמטעה של “אשמת החשוד” ולכן מוטים בכיוון של מתן אמון גם בהודאות שקריות וחוסר אמון בכפירה באשמה; ב) הן חוקרי המשטרה והן הסטודנטים אינם מסוגלים להבחין בין הודאות אמת לבין הודאות שקר, עד כדי כך שכאשר מוצגות לפנייהם הודאות אמת והודאות שקר במספר שווה, היה אפשר להשיג מידת דיוק דומה בלי להיעזר בהערכותיהם, אלא פשוט בדרך של הטלת מטבע.

אך ברטוריקה המשפטית המקובלת בישראל, שופטים מקצועיים יודעים להבחין בין אמת לבין שקר. איך? כפי הנראה על פי “אותות האמת”⁵⁸. צריך להיות קוסם כדי להפעיל כראוי מבחן זה. כך בדרך כלל; וכך במיוחד כשמדובר בעדותו של שותף לעבירה, המכיר את פרטי האירוע טוב בהרבה מהשופט – קל לו לשקר באופן שיישמע אמיץ ויטעה את השופט. צריך להודות בכך שהשופטים אינם מסוגלים להבחין בין עדות אמת לבין עדות שקר, בוודאי לא ברמת דיוק כזו שתאפשר הרשעה על סמך עדות יחידה, בוודאי לא כשהעדויות היחידה היא בעייתית כל כך, כעדות שותף שמשפטו מתנהל, שיש לו כל הסיבות שבעולם לשקר.

מתנגדיה של הלכת קינזי סבורים כי היא מתאימה רק לשיטת המושבעים, הנוהגת באנגליה (והמושמצת בישראל)⁵⁹ שממנה הגיעה הלכה זו לישראל.⁶⁰ לדעתי, הרציונל של הלכת קינזי איננו כרוך בשיטת המושבעים, אלא בחוסר האמינות האינהרנטי של עדות שותף.

57 ראו Saul M. Kassin, Christian A. Meissner, Rebecca J. Norwick, “I’d Know a False Confession if I Saw One”: A Comparative Study of College Students and Police Investigators, 29 LAW AND HUMAN BEHAVIOR 211 (2005).

58 סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל”א-1971: 53. משקלה של עדות

ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם ענין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט.

59 כשלעצמי, איני בטוח כלל ששיטת המושבעים היא טובה פחות בקביעת העובדות והאמת; ובעשיית צדק. וראו רינת קיטאי סנג'ור “הגנה מן הצדק וסמכות ה-Nullification של המושבעים – זיכוי אדם שביצע עבירה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה” המשפט 25 62 (2008).

60 ראו מקורה של טענה זו במאמרו של שטרומן, לעיל ה”ש 49, בעמ’ 186-194.

ד. פסימיזם – ההסתמכות על גידול בהיקף הפשיעה, בתחכומה ובעומס על בתי המשפט: הכצעקתה?

נימוק מרכזי של הפרקליטות בעתירתה לביטול הלכת קינזי היה שהלכה זו איננה מתאימה עוד למציאות, וזאת לנוכח הגידול בפשיעה, תחכום היתר של הפושעים והעומס הכבד המוטל על השופטים. שופטי בית המשפט הגבוה לצדק לא דרשו מהפרקליטות לנסות ולהוכיח טענות אלה, אלא קיבלו אותן כאילו מדובר ב"מפורסמות שאינן צריכות ראיה". כך, למשל, כתב בפסק הדין החדש השופט לוי:

יאמר כבר עתה, כי אפשר שבעבר עמדו לה כוחותיה של המערכת המשפטית לשאת בעומס הרב ובהתמשכות ההליכים הכרוכים ביישומה של הלכת קינזי. אולם, נראה כי ימים אלה חלפו לבלי שוב. לא הרי העומס המוטל על כתפיהם של בתי-המשפט היום, כעומס שהיה מוטל על כתפיהם בעת שנפסקה הלכת קינזי (ראו דו"ח הוועדה לבדיקת מבנה בתי-המשפט הרגילים בישראל...). בדומה, לא היקף הפשיעה בה אנו נתקלים היום, שלעיתים היא חובקת עולם, כהיקף הפשיעה עמה נדרשה המערכת המשפטית להתמודד בעת שנפסקה הלכת קינזי. וגם תחכומה של הפשיעה, ריבוי המעורבים בה וחומרתה היום, אינם כפי שהיו בשנת תשל"ו...⁶¹

תיאורה של השופטת פרוקצ'יה הוא אפילו דרמטי יותר:

הילכת קינזי נתגבשה בעידן אחר, שבו ההתנגשות הערכית שהביאה להחלתה נשאה אופי ועוצמה אחרים. הליכים פליליים היו מועטים יותר במספרם, וטיבם היה פחות מתוחכם ופחות מורכב. הם הצריכו משאבים שיפוטיים מועטים יותר, ומשך התנהלות המשפטים הפליליים היה ממילא קצר יותר.⁶²

את בעיית העומס המוטל על בתי המשפט המדינה צריכה לפתור בדרכים אחרות – כהוספת שופטים וכצמצום כמות ההליכים הפליליים. כיום משתמשים במשפט הפלילי יותר מדי, עד כדי בנליזציה שלו וכרסום יתר בחירות;⁶³ לא כל בעיה חברתית ניתן וצריך לפתור

61 פסק הדין החדש, לעיל ה"ש 2, פסקה 19 לחוות הדעת של השופט לוי.

62 שם, פסקה 3 לחוות הדעת של השופטת פרוקצ'יה (ההדגשה הוספה).

63 על ריבוי הליכים פליליים מיותרים בישראל ראו סנג'רו "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר?", לעיל ה"ש 15; סנג'רו "היש בכוחה של ההגנה מן הצדק לעשות צדק?", לעיל ה"ש 15.

בדרך זו. הפתרון לבעיית העומס איננו כרסום הזכויות הדיוניות שנותרו בשיטתנו לחשודים ולנאשמים.

אשר לטענה של גידול ניכר בפשיעה, טענה זו חוזרת ונשנית במקומותינו, בלא תמיכה של מחקר אמפירי כלשהו (והנטל הוא על הטוענים לגידול).⁶⁴ זוהי טענה המועלית בכל התקופות, בכל השנים, ולעתים יש בה גרעין מצומק של אמת ולרוב יש בה הררי גוזמאות. לבסוף, לנוכח התחכום הנטען של הפשיעה, הייתי רוצה לראות תחכום של חקירות המשטרה ולא נגיסה בזכויות הדיוניות של חשודים ונאשמים. חוששני שמשטרת ישראל עדיין פועלת בחקירותיה – בדרך כלל – באופן לא מתוחכם. כך, למשל, גם באלף השלישי – ממש כבימי האינקוויזיציה – עדיין מתמקדים שוב ושוב בחשודים ובניסיון לגבות מהם הודאות, במקום לחקור בתחכום בניסיון לאתר ראיות חיצוניות, אובייקטיביות, משמעותיות.⁶⁵

למעשה, הטענה הלא מבוססת בדבר הגידול בפשיעה ובתחכומה, והטענה (המבוססת יותר) בדבר גידול בעומס המוטל על השופטים (שלה פתרון פשוט וטוב של צמצום השימוש במשפט הפלילי), נועדו לתמוך בטענה ש"גידולים" אלה גורמים להתמשכות יתר של ההליך המשפטי, בזמן שהנאשם נתון במעצר. נעבור אפוא לבחון בקצרה טיעון פטרנליסטי זה.

ה. פטרנליזם – הנימוק של התמשכות ההליכים בד בבד עם מעצר (והחשש משחרור בטרם עת)

שיקול מרכזי לביטולה של הלכת קינזי, שאותו העלתה הפרקליטות ושופטי בית המשפט העליון חוזרים עליו שוב ושוב בפסק הדין החדש, הוא שהלכת קינזי גורמת להתמשכות ההליכים בזמן שנאשם נתון במעצר. זהו פטרנליזם מעט משונה בעיניי. ראשית, הלכת קינזי הרי נועדה להגן על הנאשם מפני עדות שקר של שותף, שמשפטו תלוי ועומד, ואם הנאשם מעוניין בכך – כבר נפסק שהוא רשאי לוותר על החלתה על משפטו שלו.⁶⁶ משמע, בביטול ההלכה רוצים להגן עליו מפני עצמו? שנית, הן הסנגוריה הציבורית והן לשכת עורכי הדין

64 ראו שם, וראו יואב ספיר "הגנה ראויה על 'אנשים לא נחמדים': הערות על מגילת הזכויות שבהצעת החוקה" משפט וממשל י 571, 578 (התשס"ז).

65 להרחבה ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 8.

66 כך, למשל, נאמר בפסק הדין החדש, לעיל ה"ש 2, פסקה 20 לחוות הדעת של השופט לוי: "בתוך כך נקבע, כי נאשם רשאי לוותר על תחולתה של הלכת קינזי בעניינו. גישה זו הגיונה בצדה, שהרי הכלל שהותווה באותה הלכה נועד להגן על הנאשם, ומשכך, אין כל מניעה כי יהיה רשאי לוותר עליה".

הביעו דעתן לפני בג"ץ כי יש להותיר את הלכת קינזי על כנה, כדי להגן על נאשמים.⁶⁷ האם הפטרנליזם של הפרקליטות – שאותו אימץ בית המשפט העליון – מחייב הגנה על הנאשמים גם מפני הסנגוריה הציבורית והלשכה? שלישית, התיאור בפסק הדין החדש, של הפרקליטות כמי שמגוננת על הנאשמים מפני עינוי דין ומעצר עד תום ההליכים שהיא עצמה ביקשה, נראה אירוני. כך, למשל, מתאר זאת השופט לוי:

אם הארכת בהבאת הפרטים, עשיתי זאת במטרה להמחיש את המצוקה אליה נקלעים בעלי-דין במציאות המשפטית השוררת כיום, כאשר הם נאלצים להמתין זמן רב – לעתים רב מאוד – עד לסיומם של ההליכים בעניינם. מצוקה זו הובילה לפנייתה של העותרת [כלומר הפרקליטות – ב"ס] לבית-המשפט המחוזי בבאר-שבע.⁶⁸

השופטת פרוקצ'יה מנתחת את הבעיה, בפסקה שכותרתה: "הדילמה של הנאשם – החלת כלל קינזי אל מול התמשכות ההליכים והארכת המעצר", באופן הזה:

באזון זה מתמודד האינטרס של מיצוי האמצעים הראייתיים הקיימים לצורך חשיפת האמת והגנה על הנאשם מפני הרשעת שוא, כנגד הפגיעה בחירותו האישית של הנאשם עקב המחיר שעליו לשלם בהמתנה לסיום משפטו של העד-השותף בטרם יעיד במשפטו של הנאשם. אין נוסחת פלא ליישוב בין הערכים האמורים.⁶⁹

אך מדוע מובאות רק שתי אפשרויות אלו? אפשרות שלישית – הנשללת משום מה⁷⁰ – היא שהנאשם הוא שיבחר.

67 שם, פסקאות 10-11.

68 שם, פסקה 4.

69 שם, פסקה 16 לחוות הדעת של השופטת פרוקצ'יה.

70 לדעת השופטת פרוקצ'יה "עמדתם של הנאשמים ושל הגופים המופקדים על הגנתם היא חשובה ביותר. עם זאת, הצבת הברירה בפני הנאשם בין ויתור על הילכת קינזי בעניינו לבין עמידה על יישומה, תוך השלמה משתמעת גם עם אפשרות התמשכות ההליך והסיכון להארכת מעצרו, היא ברירה קשה שהליך שיפוטי תקין אינו אמור להציב בפני נאשם" – שם, שם. מכיוון שבסופו של דבר בוטלה הלכת קינזי בלא הסדרת פתרון אחר כלשהו לבעיה – לא דרישה של "סיוע" ואפילו לא הרחבת החיסיון לעד השותף באופן שיהיה אפשר לכפות עליו להעיד – האין הדברים שצוטטו זה עתה עלולים להישמע כפטרנליזם עד כדי אבסורד?

אפשרות רביעית – שבפסק הדין החדש אין מעלים אותה כלל על הדעת⁷¹ – היא שהתביעה תיאלץ לוותר (רחמנא לצלן?) על עדותו של השותף. מניין המוסכמה שחייבים לשמוע עדות זו, בין בעתיד (לפי הלכת קינזי) ובין עכשיו ומיד (מאז ביטולה)? ברצוני להציע כאן דרך הסתכלות שונה בדברים. עדותו של השותף כעת (כל עוד משפטו שלו טרם הסתיים) איננה שווה דבר, או – למצער – היא חשודה מאוד כשקרית.⁷² האם יש הכרח לשומעה עתה תוך חשיפת הנאשם לסיכון של הרשעת שווא, או להמתין בסבלנות רבה (המשטרה, התביעה, בית המשפט) ובמעצר בתנאים מחפירים (הנאשם) עד לאחר סיום משפטו של העד השותף? נניח שנבצר מנאשם לזמן עד הגנה משום שהלה שוהה שהות ממושכת מחוץ לישראל. האם בית המשפט ימתין לו? נראה שלא. ודאי לא לאורך זמן. חכמי המשפט עמדו על כך שההכרעה השיפוטית – שלא כמחקר ההיסטורי – חייבת להינתן בתוך זמן קצר יחסית, ולכן היא נעשית על בסיס הראיות הקיימות והמונחות לפני בית המשפט ולא על בסיס המתנה לראיות נוספות שאולי תהיינה בעתיד.⁷³ אך הנה בענייננו ניתנת לתביעה האפשרות "לעצור את הסוסים" ולדרוש: "בואו נמתין – חרף מעצרו של הנאשם – לעדות מסוימת (לפי הלכת קינזי); או נשמעה מיד – חרף היותה פגומה מאוד ומסכנת את הנאשם (לפי ההלכה החדשה)". יש כאן חוסר סימטריה בהליך שהוא מראש מוטה לחלוטין לטובת התביעה, שלה כוח רב הרבה יותר מלנאשם, ממש כשם שלמדינה כוח רב הרבה יותר מלאזרח. לפחות לכאורה היה אפשר לגרוס כי אם כל מה שמסוגלת התביעה להציג לפני בית המשפט בזמן נתון הוא עדות פגומה מאוד, אזי יוכרע המשפט על סמך הראיות האחרות ובלא העדות הפגומה.

לצד החשש של הפרקליטות מהמשך מעצרו של הנאשם, ניתן בפסק הדין החדש משקל רב לחשש שהנאשם ישוחרר בטרם עת, בשל התמשכות מעצרו בהמתנה לסיום משפטו של העד השותף. כך, למשל, כתבה השופטת פרוקצ'יה:

71 ולכן אף אין כאן הפניה למקום מסוים בפסק הדין: יש להאמין למחבר או לקרוא שוב את פסק הדין.

72 ישנה טענה כי אנו זקוקים לשותף כעד לא כדי לשמוע את עדותו בבית המשפט, אלא כדי להגיש באמצעותו את ההודעה/הודאה שמסר בעבר – בעת חקירתו במשפט – באמצעות שימוש בסעיף 10א לפקודת הראיות. ראו, למשל, את תיאור המציאות המובא בפסקה 2 לחוות הדעת של השופטת ביניש בפסק הדין החדש, לעיל ה"ש 2. על כך אומר כי כל הפגמים הצפויים בעדותו של העד השותף על דוכן העדים, צפויים – ואפילו ביתר שאת – בחקירתו במשטרה.

73 ראו את פסק הדין היפה של השופט מנחם אלון באשר לוועדת החקירה בעניין רצח ארלוזורוב, שבו משובצים גם דבריו של Wigmore: בג"ץ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 470, 449 (1982).

את המחיר הכבד בגין החלתה של הילכת קינזי משלמים הנאשם והציבור כאחד: הנאשם העצור – הממתין מתוך מעצרו לסיום הליכי המשפט של שותפו תוך התנהלות שיפוטית ממושכת ומורכבת, והציבור – מקום שבשל התמשכות הליכים כאמור, משוחרר נאשם מסוכן בחלופת מעצר, ומעמיד בסכנה את שלום הציבור.⁷⁴

אכן, החשש האחרון נשמע אותנטי יותר מפי התביעה, בהשוואה לקודמו הסופר-פטרנליסטי. אך הכצעקתה? האומנם כולנו נתונים בסכנה כזו? מתברר שבמציאות הישראלית לא משחררים, אלא עוצרים ובוכים. מחקר שערכה הסנגוריה הציבורית מלמד שב-99% (כן, תשעים ותשעה אחוזים) מהמקרים השופטים מאשרים המשך מעצר כחריג לתקופות הקבועות בחוק המעצרים,⁷⁵ עוצרים עד תום ההליכים ומבכים את התמשכות ההליכים ואת התארכות המעצר.

ו. כשל לוגי – הסייגים שנקבעו להלכת קינזי וכיוון השפעתם

כמה מהשופטים עמדו בפסק הדין החדש על כך שבמהלך שלושת עשורי קיומה של הלכת קינזי, נקבעו לה בפסיקה סייגים – במצבים שבהם הרציונלים שלה אינם קיימים או שהם חלשים. כך כתב בעניין זה השופט לוי:

...הכרה בקשיים הטמונים ביישומה של ההלכה – מתוך ניסיון לצמצמה לדלת אמותיה – הובילה לכך שבשורה ארוכה של פסקי-דין השתרשה גישה המעניקה להלכת קינזי פרשנות תכליתית, ומקום שהרציונלים הניצבים בבסיסה לא התקיימו, לא ראו הערכאות לנכון להורות על דחיית עדותו של העד. עמדה על כך חברתי, השופט ד' ביניש: "בנסיבות בהן אין מדובר בשותפים לאותם חלקים עובדתיים חופפים של העבירה; כאשר אין חשש שיש לעד המיועד אינטרס להפליל את שותפו ולהוציא עצמו מן העבירה או להקטין את חלקו בה, וכאשר ברור ממכלול נסיבות הענין שאין מדובר בעד

74 פסק הדין החדש, לעיל ה"ש 2, פסקה 15 לחוות הדעת של השופטת פרוקצ'יה. שם, פסקה 10 לחוות הדעת של השופט לוי: "...הציגה הסנגוריה בפנינו נתונים אמפיריים שאספה, ומהם עולה כי שיעור היענותם של בחי-המשפט לבקשות להארכת מעצר מכוח סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 מתקרב ל-99 אחוזים.

75 לעניין זה הוסיפה הסנגוריה הציבורית כי על פי הנתונים שבידיה 75 אחוזים מכלל העצורים מסכימים ממילא להארכת מעצרו, וגם בשל כך החשש מפני שחרורם הנו חסר שחר". במאמר מוסגר יצוין כי ההסכמה משקפת כנראה את ההערכה כי קרוב לוודאי שהמעצר יארך, כך או אחרת.

המבקש לעצמו טובת הנאה בשל אותה עדות, ואף אין יסוד להניח כי הובטחה לו טובת הנאה, קשה לראות את ההצדקה להימנעות מהעדתו של עד-שותף עד לסיום משפטו...⁷⁶

ולאחר הציטוט מדברי השופטת, השופט מונה מקרים נוספים שבעניינם צומצמה הלכת

קינזי:

בשורה ארוכה של החלטות, צומצמה תחולתה של הלכת קינזי, כאשר בתי-המשפט לא ראו לנכון להחילה בכל מצב בו נדרשת עדותו של מי שהיה שותף לעבירה. כך, נקבע בהלכת קינזי עצמה כי היא אינה חלה במקרה של שותף שהוא עד מדינה... נדרש כתנאי לתחולתה של ההלכה, כי בעת מתן העדות כבר הוגש כנגד העד כתב־אישום או, למצער, קיימת כוונה מוכחת להגשתו... מגמה דומה באה לידי ביטוי גם בערכאות הדיניות...⁷⁷

עד כאן מדובר בתיאור של ההלכה וסייגיה, שאינו מעורר קושי רב. אך כאן באה המסקנה, שהיא אולי מעט מוזרה, שכן אינה נובעת כלל מן העובדות האחרונות שהובאו לפני:

עינינו הרואות, כי יישומה של הלכת קינזי היה ועודנו כרוך בקשיים לא מבוטלים, באשר היא פוגעת – פגיעה קשה – לא רק בהתנהלותו הסדירה של ההליך המשפטי, אלא גם באיכותו ובערכים של חירות וצדק. מקשיים אלה לא ניתן להתעלם. הם מחייבים אותנו להרהר מחדש אחר מהותה של אותה הלכה, מקומה ותכליתה בשיטתנו המשפטית.⁷⁸

אמנם השופט מציין, בפסקה שכותרתה "הקשיים הכרוכים ביישומה של הלכת קינזי",⁷⁹ גם קשיים כגון התארכות ההליכים, שבהם דנתי בסעיפים הקודמים, אולם דומני שתורת ההיגיון מחייבת שהסייגים שנקבעו להלכת קינזי – באותם מקרים שבהם אין טעם שתחול, באשר הרציונלים שלה אינם מתקיימים או שהם חלשים באותם מקרים – סייגים אלה דווקא מחזקים את הצדקתה של הלכת קינזי, ובוודאי אינם מחלישים אותה. כל כלל, שנסייג אותו באופן שלא יחול על המקרים שבהם הצדקתו מוטלת בספק, הצדקתו צפויה להתחזק עקב קביעת הסייגים. לפיכך במקום למנות את הסייגים שנקבעו להלכת קינזי, ולכנותם

76 שם, פסקה 20.

77 שם, פסקה 21.

78 שם.

79 שם, פסקאות 17 ואילך.

"הקשיים..." מוצע לכנותם כינוי שונה לחלוטין, ולהכתיר את הדיון בהם בכותרת כגון "חיזוקים להצדקתה של הלכת קינזי".

ז. השפעות סביבתיות – סעיף 10א לפקודת הראיות

בסעיף 10א לפקודת הראיות קבע המחוקק כי, בהתקיים תנאים מסוימים, "אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לבית המשפט תהיה קבילה כראיה בהליך פלילי", וכי "בית המשפט... רשאי להעדיף את האמרה על עדותו של העד...". בפסיקה נקבע כי אפשר להחיל הסדר זה גם על שותפים לדבר עבירה.⁸⁰ בפסק הדין החדש משמש הסדר זה כנימוק נוסף לביטולה של הלכת קינזי:

הפעלתו של ההסדר הקבוע בסעיף 10א לפקודת הראיות ביחס לעד-שותף, חותרת, לכאורה, תחת יסודותיה של הלכת קינזי. כוונת הדברים לכך שגם כאשר עדותו של השותף נשמעת רק לאחר שנגזר דינו, הגשתה של ההודאה שמסר במהלך חקירתו חושפת את בית-המשפט לאותה גרסה מוקדמת שניתנה בטרם הגיעו ההליכים המשפטיים נגדו לקיצם, מצב אותו ביקשה הלכת קינזי למנוע. כיצד מתיישבים הדברים זה עם זה? אין זאת אלא, שבכך ניתן ביטוי נוסף לתפישה המותירה את מלאכת הערכת העדויות בידי בית- המשפט...⁸¹

לדעתי, סעיף 10א הוא הסדר רע, המגדיל את האפשרות להטעות את בית המשפט ואת האפשרות שירשע חף מפשע. החלת הסעיף על העד השותף היא הסדר רע נוסף. היה מוטב לפרש את סעיף 10א באופן שלא יגבור על הלכת קינזי.⁸² לא היה לנו צורך בהסדר הרע השלישי – ביטולה של הלכת קינזי. במילים אחרות, התחולה המקבילה של סעיף 10א (לפי פרשנותו בפסיקה) על חלק מן המצבים שעליהם חלה הלכת קינזי, והכרסום שלו בה, אינם מחייבים את ביטול ההלכה. הסדר רע אין להשלים בהסדר רע נוסף, גם אם התוצאה המתקבלת נדמית הרמונית יותר. הרמוניה נועדה לצלילים יפים ולא לצלילים צורמים.

ח. ספרותיות – "מושלת בשופטים"? ו"ממיסה צדק"?

80 ראו, למשל, ע"פ 949/80 שוהמי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 62, 69 (1981).

81 פסק הדין החדש, לעיל ה"ש 2, פסקה 15 לחוות הדעת של השופט לוי.

82 ראו הצעתה של נינה זלצמן "נאשמים במשותף וסעיף 10א(א) לפקודת הראיות" עיוני משפט ט 625 (התשמ"ג). ומנגד א' סטרשנוב "בזכות הפעלת סעיף 10א לפקודת הראיות לגבי נאשמים במשותף" הפרקליט לח 660 (התשמ"ח). וראו אלכס שטיין "סעיף 10א לפקודת הראיות – פרשנותו הראויה ופסיקתו של בית-המשפט העליון" משפטים כא 325 (התשנ"ב).

גם לשונם הספרותית של כמה מן השופטים גויסה למלחמה בהלכת קינזי... כך, מצוטטת בפסק הדין החדש השופטת נאור, שכתבה כי "הילכת קינזי מושלת בניהול משפטים"⁸³; ומככבות בו אמרותיו של השופט חשין: "אבן הנגף שהתיבות 'הילכת קינזי' טבועות בה"⁸⁴; "הילכת קינזי מכה בנו ושוב ושוב וכמו אין מושיע"⁸⁵; ואפילו "תערובת כימית שבכוחה להמיס צדק"⁸⁶. עד כדי כך.

סבורני כי קיים מתח פנימי רב בין התיאורים של הלכת קינזי כמושלת בשופטים, לבין ההדגשה השזורה כחוט השני לאורך הפסיקה – לרבות פסק הדין החדש – כי לא מדובר כלל במחסום של קבילות אלא בכלל דיוני, וכי כלל זה אינו קשוח ואינו מקנה זכות מהותית, אלא מדובר אך ורק ב"פרקטיקה דיונית רצויה", שהשופטים מעולם לא היו חייבים להשתמש בה, ואף סטו ממנה בפועל מפעם לפעם, ולכן גם אין כל בעיה של סמכות בביטולה הנוכחי בפסק דין בלא חקיקה.⁸⁷

אשר לתיאור הדרמטי כ"תערובת כימית שבכוחה להמיס צדק", לא ברור איזה צדק מצפים למצוא בהרשעת נאשם על בסיס עדותו היחידה – בלא "סיוע" – של שותפו, שעדיין מאוים במשפט אחר המתנהל נגדו. הדבר מזכיר לי את אמרתו של ג'ורג' ברנרד שואו, שלפיה השיטה האדוורסרית מבוססת על ההנחה שאם תסית שקרן בשקרן, תצא (כביכול) האמת לאור.

6. אחרית דבר – נכונותו של בג"ץ להושיט סעד לרשויות דווקא

ההליך המשפטי שבו בוטלה הלכת קינזי הוא חריג מאוד – עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק בעוד הליך פלילי מתנהל. כידוע, אין במשפטנו הליך של ערעור על החלטות ביניים

- 83 בש"פ 9474/04 מדינת ישראל נ' אלזם (פורסם בנבו, 8.11.2004), מצוטט בפסק הדין החדש, לעיל ה"ש 2, פסקה 17 לחוות הדעת של השופט לוי.
- 84 בש"פ 5899/00 איורקין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.10.2000), מצוטט בפסק הדין החדש, שם.
- 85 בש"פ 1657/04 מדינת ישראל נ' בן-ישי, פ"ד נח(5) 577, 581 (2004), מצוטט בפסק הדין החדש, שם, פסקה 18.
- 86 בש"פ 7971/01 מדינת ישראל נ' טיקמן (פורסם בנבו, 2.12.2001), מצוטט בפסק הדין החדש, שם, פסקה 19.
- 87 פסק הדין החדש, שם, הדיון שכותרתו "הלכת קינזי – פרקטיקה רצויה ולא זכות מהותית", פסקאות 22-23 לחוות הדעת של השופט לוי; הדיון שכותרתו "הילכת קינזי – כלל של סדר דין להבדיל מכלל של ראיות", שם, פסקה 5 לחוות הדעת של השופטת פרוקצ'יה ("כלל של פרקטיקה"; "בפועל, סטו בתי המשפט, לא אחת, מהילכת קינזי במקום בו סברו כי החלטה במקרה הספציפי אינה משרתת את תכליתה").

הנחתות במהלך המשפט הפלילי, אלא יש להמתין לסיומו ולהשיג עליהן כחלק מהערעור הכולל על פסק הדין.⁸⁸ בעבר, כשעתרו נאשמים לבג"ץ נגד החלטות ביניים, לא פתחו שופטי בית המשפט העליון לפנייהם את הדלת. כך גם באשר לסוגיה שלנו – הלכת קינזי – כשעתרו נאשם לבג"ץ נגד החלטה של בית משפט השלום לסטות מהלכת קינזי ולא להחילה בעניינו, דחה השופט ברק את העתירה וכתב כך:

בין אם בית משפט השלום סטה שלא כדין מהלכת קינזי, ובין אם הכיר לה חריג כדין, הדרך הדיונית הראויה אינה בפנייה לבית המשפט הגבוה לצדק. הדרך הדיונית הראויה היא בערעור לבית המשפט המחוזי על פסק הדין הסופי.⁸⁹

והנה, בפסק הדין החדש פתחו את השערים לרווחה לפני הפרקליטות שעתרה לבג"ץ, ונתנו החלטה כלבבה – ביטולה של הלכת קינזי – בהרכב מורחב של שבעה שופטים, אף שהעתירה הפכה לתיאורטית, שכן משפטו של העד השותף כבר הסתיים בטרם ניתנה ההחלטה.⁹⁰ כשלעצמי, הייתי מעדיף לייחד את הפנייה לבג"ץ כהליך למתן סעד לפרט החלש הניצב מול הרשות החזקה ממנו, ולא להפכה להליך שבאמצעותו הרשות משנה את הכללים לרעת הפרט, במקום לפנות לדרך המלך – חקיקה.

נראה ששופטי בית המשפט העליון רצו מאוד לבטל את הלכת קינזי.⁹¹ כל כך רצו, שאפילו לא קבעו הסדרים אחרים שיצמצמו את הסכנה הרבה של הרשעת חפים מפשע שיוצרת ההסתמכות הבלעדית על עדותו של העד השותף שמשפטו טרם נחרץ – לא נקבעה הדרישה המתבקשת מאליה של תוספת ראייתית עצמאית ומשמעותית, בדרגת "סיוע", ואפילו לא הוסדרה חסינות משמעותית לעד השותף, כזו שתאפשר לכפות עליו להשיב

88 הדבר עולה מסעיפים 41, 52 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 1123, וראו בג"ץ 583/87 הלפרין נ' סגן נשיא בית-המשפט המחוזי, פ"ד מא(4) 683 (1987).

89 בג"ץ 565/97 באן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1997).

90 פסק הדין החדש, לעיל ה"ש 2, פסקה 4 לחוות הדעת של השופט לוי.

91 כל כך רצו, שאפילו הצעתה של השופטת פרוקצ'יה ל"ביטולה הסלקטיבי של הלכת קינזי, תוך הותרת שיקול דעת שיפוטי לערכאה הדיונית להורות במקרים חריגים על שמיעת עדות העד השותף רק לאחר סיום ההליכים בעניינו", באופן שהלכת קינזי תמשיך לחול רק כחריג, כשהכלל יהיה שמיעה מיידית של עדותו של העד השותף, אפילו הצעה זו לא הניחה את דעתם – ראו שם, פסקה 18 לחוות הדעת של השופטת פרוקצ'יה לעומת פסקה 2 לחוות הדעת של נשיאת בית המשפט השופטת ביניש ("אודה כי אף אני חוששת שמא ההצעה שמציעה חברתי השופטת פרוקצ'יה לענין טיב והיקף הנסיבות והמצבים שבהם מוצדק יהיה להמתין לסיום משפטו של העד, יש בה כדי למשוך את השטיח מתחת למגמה של ביטול הלכת קינזי והיא עלולה להביא בהדרגה לשימורה של הלכה זו").

בחקירה הנגדית, האמורה להיות הדרך היחידה של הנאשם להראות כי העדות המושמעת נגדו היא עדות שקר היוצרת סכנה של עיוות דין. כל כך רצו, שנראה שהסיכוי הריאלי להסדרת פתרון לבעיה אינו בהמתנה לדבר הפסיקה, אלא בשכנוע המחוקק למלא חובתו ולחוקק הסדר שיצמצם את הסכנה הנוראה של הרשעת חפים מפשע, אשר נוצרה בעקבות ביטולה של הלכת קינזי.