

הכנת עדים לקראת משפט

גיא בן דוד*

“Witness preparation is the ‘dark secret’ of the legal profession because it is neither taught in law school nor directly regulated, and it is rarely litigated or even discussed in scholarly literature”.¹

מבוא

- א. תכליות הכנת עדים והקשיים שתכלית זו מעוררת
 1. תכליות הכנת עדים לקראת משפט
 2. הקשיים והחששות העולים מהכנת עדים לקראת משפט
 - 2.1 פגיעה בחקר האמת ובעשיית הצדק
 - 2.1.1 חשש מאימון עדים
 - 2.1.2 הבניית הזיכרון האנושי
 - 2.1.3 שלוש דרגות של אימון עדים
 - 2.1.4 קשיי גילוי וחיפה של הדרכת עדים
 - 2.1.5 חשש בדבר הקושי של בית המשפט להעריך את מהימנות העד
 - 2.2 פגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן וביכולתו להתגונן
- ב. מעמדה הנורמטיבי של הכנת עדים במשפט הישראלי
 1. פסיקת בתי המשפט
 2. הנחיית פרקליט המדינה
 3. לקחים ומסקנות

* מרצה בכיר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. מרצה למשפט פלילי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן ובבית הספר רדזינר למשפטים באוניברסיטת רייכמן. תודתי נתונה לחברי מערכת ספר מזוז על הערותיהם המועילות.

Guybendavid1@gmail.com

¹ Lisa Renee Salmi, *Don't Walk the Line: Ethical Considerations in Preparing Witnesses for Disposition and Trial*, 18 REV. LITIG. 135, 136 (1999). ראו גם John S. Applegate, *Witness Preparation*, 68 TEX. L. REV. 277, 279 (1989); Bennett L. Gershman, *Witness Coaching by Prosecutors*, 23 CARDOZO L. REV. 829 (2002).

- ג. הכנת עדים במשפט המשווה
1. ארצות־הברית
 - 1.1 כללי האתיקה
 - 1.2 פסיקת בתי המשפט
 2. אנגליה
 3. קנדה
 4. אוסטרליה
 5. ניו זילנד
 6. לקחים ומסקנות
- ד. התזה המוצעת: הסדרת מוסד הריאיון עם עדים בדין הישראלי
1. הנחות מוצא
 2. הסדרה מקצועית־אתית של מוסד הריאיון עם עדים
 - 2.1 קביעת איסור על הדרכת עדים
 - 2.2 קביעת הנחיות להכנת עדים
 - 2.2.1 הנחיות המיועדות לעד
 - 2.2.2 הנחיות המיועדות לעורך הדין
 - 2.2.3 הדרכה ופיקוח על הכנת עדים
 - 2.2.4 תוצרי ההפרה
 - 2.2.5 תיעוד

סיכום

מבוא

הכנת עדים לקראת משפט היא אחד מכלי העבודה החשובים והמרכזיים הקיימים בידי עורכי הדין העוסקים בפרקטיקה של המשפט הפלילי.² הפרקטיקה המקובלת היא כי לפני הדין בבית המשפט שבו צפוי להעיד, נפגש עורך הדין עם העד ומכין אותו לקראת עדות. במפגש זה מרעננים את זכרונו של העד, מציגים לו מסמכים רלוונטיים לעדותו בבית המשפט ומסבירים לו על ההליך

² ראינות עם עדים מתקיימים על ידי עורכי דין הן בהליך פלילי והן בהליך אזרחי. מאמר זה יעסוק בראיון עדים בהליך הפלילי אולם חלק נכבד מהדיונים במאמר, כמו גם ההסדר המוצע בפרק הרביעי, רלוונטיים להכנת עדים בהליכים אזרחיים. כמו כן, ראיון עם עדים נערך גם לפני הגשת כתב אישום, זאת כדי להתרשם מהעד ולבחון אם יש מספיק ראיות כדי להגיש כתב אישום, ולפני עדותו בבית המשפט. המאמר יתמקד בראיון עדים לפני מתן עדות בבית המשפט.

הצפוי ועל אופן חקירתו.³ פרקטיקה זו זכתה להכרה הן בפסיקה והן בכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986. כלל 37(א) לכללים אלו קובע כי "עורך דין רשאי לבוא בדברים עם אדם העשוי להעיד מטעם לקוחו".

הכנת עדים לקראת משפט מבטיחה את קיום חובותיו המקצועיות של עורך הדין הן כלפי לקוחו והן כלפי בית המשפט, ותורמת לייעולו של ההליך השיפוטי.⁴ חרף מרכזיותה וחשיבותה היא סובלת מהיעדר רגולציה ומעוררת קשיים אתיים וראייתיים. ריאיון עם עדים אינו מוסדר בחקיקה. כללי לשכת עורכי הדין מתירים לעורך הדין לבוא בדברים עם עד מטעמו אך אין הם קובעים את טיבו של המפגש, את תוכנו ואת גבולותיו. גם פסיקת בית המשפט העליון אינה תוחמת מוסד זה בגבולות ברורים.⁵ מחד גיסא, זכאי כל פרקליט, ואף חייב, לראיין את עדיו כדי לרענן את זיכרונו לקראת עדותם בבית המשפט. מאידך גיסא, לעיתים עריכת ריאיון שכזה מלווה בחשש שהריאיון ינוצל לרעה וישמש דרך פסולה להדרכה ולאיוון עדים (witness coaching) מחוץ לבית המשפט.⁶ חשש זה מתגבר בשל הדילמה שבפניה ניצב עורך הדין. מחד גיסא, חובתו של כל עורך הדין, כקצין בית המשפט (officer of the court) היא לסייע לבית המשפט בבירור האמת.⁷ מאידך גיסא, שאיפתו של כל צד לשמור על האינטרסים החיוניים למילוי תפקידו כמו גם על האינטרסים של הלקוח שלו. לעיתים, חובות אלה מתנגשות זו בזו, כך שקידום האינטרס של הלקוח עלול לפגוע בחובת עורך הדין כלפי בית המשפט לסייע בבירור האמת. מכאן שחציית הגבול בין הכנת עדים (מותרת) לעבר הדרכה ואיוון עדים (אסורים) משליכה לא רק על התנהגותו של עורך הדין בהיבט האתי, היא גם פוגעת בעשיית הצדק, בבירור האמת ובטוהר ההליך המשפטי והגינותו. ככל שמדובר בעדי תביעה בהליך הפלילי, קיים גם חשש שהריאיון ישמש מסגרת לייצור חומרי חקירה חדשים שלא התגלו בחקירת הרשות החוקרת.⁸ זאת ועוד, העובדה כי הכנת עדים מתקיימת במחשכים, ללא פיקוח, בקרה או תיעוד המפגש, מעצימה את החששות ומגבירה את הסכנות הטמונות במוסד זה.

3 ראו דיון כללי בנושא זה במאמרו של Applegate, לעיל ה"ש 1, בעמ' 298-324.

4 ראו, למשל, ע"פ 226/54 אלופי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט 1346, 1349 (1955).

5 ראו ת"פ (מחוזי י-ם) 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ, ס'

7 בפס' קמ לפסק הדין של השופט חשין (נבו 18.12.2001).

6 שם.

7 Salmi; James M. Altman, *Witness Preparation Conflicts*, 22 LITIG. 38, 38 (1995).

לעיל ה"ש 1, בעמ' 137.

8 עניין הפניקס, לעיל ה"ש 5.

מן ההיבט הראייתי, הדרכת עד עלולה לפגוע במשקל הראיה.⁹ קביעה זו מעוררת קושי שכן כלום גריעה ממשקל העדות היא המחיר ההולם והצודק עבור הדרכת עדים על כלל סכנותיה והשלכותיה? והאם מחיר זה יש בו כדי להרתיע עורכי דין מפני חציית קווים מקצועיים לעבר המתחם האסור של אימון עדים? ומה הדין כאשר העד שתודרך הוא עד-תביעה יחיד או מרכזי או כאשר כל עדי התביעה תודרכו?

החששות והסכנות הטמונים במוסד הריאיון עם עדים, מדגישים ומצריכים את הצורך בהסדרתו הן בהיבט האתי והן בהיבט הראייתי. על רקע צורך זה נכתב המאמר ומכאן חדשנותו ותרומתו הן לפרקטיקה של המשפט הפלילי והן לשיח האקדמי בנושא זה.¹⁰ תכליתו של המאמר לדון במעמד מוסד הריאיון עם עדים בהליך הפלילי, ובכלל זה, בקשיים שהוא מעורר והסכנות הטמונות בו, בהיבטים המקצועיים-אתיים והראייתיים של מוסד זה ובהסדרתו במשפט האנגלו-אמריקני. תכלית נוספת היא להציע הסדר כולל ושלם למוסד זה בדין הישראלי, אשר ייתן מענה הולם לחששות, לקשיים ולסכנות הטמונים בו, יתרום למקצועיותם של עורכי הדין ויקדם את תכליותיו של ההליך הפלילי ובהן בירור האמת, עשיית הצדק ושמירה על הגינותם של ההליכים בבית המשפט.

המאמר מחולק לארבעה פרקים. בפרק הראשון אדון בתכליותיה של הכנת עדים לקראת משפט. בהמשך, אתמקד בחששות ובקשיים העולים ממוסד הריאיון עם עדים הנוגעים לבירור האמת, להגינותו של ההליך הפלילי ולפגיעה האפשרית בהגנת הנאשם. בפרק השני אדון במעמד הנורמטיבי של מוסד הריאיון עם עדים במשפט הישראלי. הפרק השלישי יוקדש לדיון במשפט המשווה. כחלק מדיון זה אבחן אם וכיצד מוסדר מוסד הריאיון עם עדים במדינות המשפט המקובל ובכללן ארצות-הברית, אנגליה, קנדה, אוסטרליה וניו-זילנד. המסקנות מפרק זה כמו גם המסקנות מהפרקים הקודמים יהוו את התשתית לתזה המוצעת בפרק הרביעי. בפרק הרביעי אציע להסדיר את מוסד הריאיון עם עדים במשפט הישראלי. ההסדר יתייחס להיבט האתי, המקצועי והראייתי של מוסד זה והוא נועד לתת מענה לקשיים, לחששות ולסכנות אשר נדונו בפרקים הקודמים. בסוף המאמר אסכם את הכתובים.

⁹ ראו, למשל, קביעת בית המשפט העליון בעניין אלופי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1348–1349.

¹⁰ יניב ואקי, בספרו "דיני הראיות" הוא מהחלוצים בתחום, כשהקדיש בספרו פרק בנושא הכנת עדים. פרט להתייחסות זו, אין בספרות המשפטית בישראל דיון אקדמי בסוגיית הכנת עדים, ובכך באה לביטוי גם חדשנותו של מאמר זה. ראו בעניין זה יניב ואקי דיני ראיות כרך ב' פרק 17 (2020).

א. תכליות הכנת עדים והקשיים שהכנה זו מעוררת

1. תכליות הכנת עדים לקראת משפט

הכנת עד או ריאיון עם עד הם כל תקשורת שבין עורך הדין לעד, בין שהוא לקוחו של עורך הדין ובין אם לאו, אשר נועדה להכין את העד לקראת עדותו הצפויה בבית המשפט.¹¹ בין אם מדובר בהליך פלילי או אזרחי, כל צד להליך רשאי להכין את עדיו לקראת הדיון בבית המשפט. אף על פי שהכנת עדים היא רשות, הפסיקה הכירה בה כחובה מקצועית.¹² זאת מכיוון שחובתו של עורך הדין היא לייצב את המסכת הראייתית מבעוד מועד, ובכלל זה, לשוחח עם עדיו ולהכין אותם לקראת הצפוי להם במשפט. היטיב לתאר זאת השופט חשין בעניין אלופי:

”זכותו של כל פרקליט – גדולה מזו: חובתו היא – לייצב מבעוד מועד את מערכת מלחמתו ולהכין כהלכה את חומר הראיות שבו ישתמש בעת המשפט. תמים ומשולל כל חוש מציאות הוא האדם הסבור, כי יש לכנוס עדים מכל הבא ביד, עדי ראייה ועדי שמיעה, ולהעמידם על דוכן העדים, בלי לדעת קודם לכן מה עדות יגידו וכיצד ישמיעו את דבריהם. ה'מה' וה'איך' יש להם חשיבות רבה במשפט, והם בעלי משקל במערכת ההוכחות; אך כל בר-בירב יבין כי ההשפעה הנודעת להם אין לעמוד עליה, אלא אם ראה הפרקליט את העד קודם למשפט ושמע את דבריו. לעתים, ביחוד אם עבר פרק זמן ניכר מיום עשיית הפשע עד יום שמיעת

11 ראו, למשל, הגדרתו של Applegate של “Witness preparation is any communication between a lawyer and a prospective witness -- client or non-client, friendly or hostile -- that is intended to improve the substance or presentation of testimony to be offered at a trial or other hearing”

12 ראו ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776, 845 (2005); ואקי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 573; עניין הפניקס, לעיל ה"ש 5; כמו כן ראו State v. Earp, 571 A.2d 1227, 1234 (Md. 1990) “Attorneys have not only the right but also the duty to fully investigate the case and to interview persons who may be witnesses. A prudent attorney will, whenever possible, meet with the witnesses he or she intends to call”; United States v. Rhynes, 218 F.3d 310, 319 (4th Cir. 2000) “Thorough preparation demands that an attorney interview and prepare witnesses before they testify. No competent lawyer would call a witness without appropriate and thorough pre-trial interviews and discussion. In fact, more than one lawyer has been punished, found ineffective, or even disbarred for incompetent representation that included failure to prepare or interview witnesses”; McQueen v. Swenson, 498 F.2d 207, 216–18 (8th Cir. 1974) (same); United States v. Tucker, 716 F.2d 576, 583 (9th Cir. 1983)

המשפט, יש צורך בראיון שני ואפילו שלישי עם העד כדי לעמוד על טיבו, כדי לקבל ממנו דברים נוספים, או כדי לרענן את זכרונו במה שכבר אמר קודם לכן".

בשיטת הדיון האדברסרית כלל, אין שופטים רשאים לחקור את האירוע ולאסוף ראיות בעצמם. השיטה האדברסרית מאופיינת בשליטת בעלי הדין בהליך עצמו ובאופן ניהולו, אגב שמירה על מעורבות שיפוטית מינימלית.¹³ בשיטה זו, כל אחד מהצדדים שוטח את מלוא טענותיו, מעיד את עדיו ומציג בפני בית המשפט ראיות שונות במטרה לאפשר לבית המשפט לחשוף את האמת. הצדדים להליך בוררים את הראיות שנאספו ומציגים אותן לבית המשפט כדי לתמוך בטיעוניהם, זאת כפוף לסדרי הדין ולהוראות דיני הראיות הנוגעות לכשרות העדים, לרלוונטיות של העדות ולקבילותה.

שליטת בעלי הדין בשיטה האדברסרית באה לידי ביטוי, בין היתר, בקביעת העדים שזימונו, הכנתם לקראת עדות ואופן חקירתם על דוכן העדים. במצב זה, כל עד משויך לצד להליך אשר מעוניין בעדותו. התביעה תזמן עדים שיש בעדותם כדי לסייע לה להוכיח את אשמת הנאשם ולהביא להרשעתו, ואילו ההגנה תזמן עדים שסייעו לה לעורר ספק באשמת הנאשם ולהביא לזיכויו.¹⁴ עורכי הדין לא היו יכולים לבצע תפקידם במקצועיות וביעילות אילו לא היה מתאפשר להם לראיין את עדיהם עובר לדין בבית המשפט.¹⁵ מכאן שהכנת עדים מאפשרת לשיטה האדברסרית לתפקד בצורה טובה יותר ויעילה יותר.¹⁶ כך היא מאפשרת לעורך הדין להכין את המסכת הראייתית שתוצג בבית המשפט ולייצב אותה מבעוד מועד, כך שהדיון בבית המשפט יהיה ענייני, ממוקד ותכליתי.

13 עמוס גבריאלי ומיכל אלברשטיין "תהליכי יישוב סכסוכים באולם המשפט האזרחי: בין האינקוויזיטורי לאדורסרי" מחקרי משפט לג 1, 11 (2021).

14 נוסף על עדים מטעם בעלי הדין, הוראת ס' 167 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 43 (החסד"פ) קובעת את סמכות בית המשפט לזמן עדים מטעמו (להלן: עדים מטעם בית המשפט). הוראה זו קובעת כי: "סיימו בעלי הדין הבאת ראיותיהם, רשאי בית המשפט, אם ראה צורך בכך, להורות על הזמנת עד – ואפילו כבר נשמעה עדותו בפני בית המשפט – ועל הבאת ראיות אחרות, אם לבקשת בעלי דין ואם מיזמת בית המשפט". הוראת ס' 181 לחוק סדר הדין הפלילי קובעת כי "נקרא עד להעיד מיזמת בית המשפט לפי סעיף 167 ייתן בית המשפט לבעלי הדין הזדמנות לחקור חקירה שכנגד בסדר שיקבע". עדים מטעם בית המשפט מזומנים על ידי בית המשפט כפוף לשיקול דעתו ולפי בקשת הצדדים או מיזמת בית המשפט, לאחר שפרשת התביעה וההגנה הסתיימו. הואיל ועדים אלה "שייכים" לבית המשפט ולא לבעלי הדין, הרי שעדים אלה לא עוברים הכנה לקראת עדותם.

15 Richard C. Wydick, *The Ethics of Witness Coaching*, 17 *CARDOZO L. REV.* 1, 12–13 (1995).

16 שם, בעמ' 12.

להכנת עדים ישנן כמה תכליות.¹⁷ בראש ובראשונה, הכנת העד נועדה להבהיר לעד כי בעלותו לדוכן העדים עליו למסור עדות אמת.¹⁸ הבהרה זו לעד בתחילת הריאיון מעבירה לעד מסר, טרם יאמר את דברו, כי ההכנה תיעשה בהתאם לחוק ולכללי האתיקה, וכי העד מתבקש למסור הן בבית המשפט והן במהלך הריאיון עימו, את האמת בלבד ורק דברים שהם בגדר ידיעתו האישית.¹⁹ תכלית נוספת היא לרענן את זיכרונו של העד בקשר לדברים שהוא מסר בשלב החקירה בשל הזמן הניכר שלרוב חלף מאז המועד שבו מסר העד את הודעתו בחקירה ועד למועד שבו זומן להעיד לפני בית המשפט.²⁰ כמו כן, היא מאפשרת לעורך הדין לעמוד באופן בלתי אמצעי על טיב עדיו ועל תרומתם לבירור האמת במשפט.²¹ כמו כן היא מאפשרת לו להכין את עדיו לקראת הצפוי להם במשפט כדי להבטיח כי בעלותם על דוכן העדים ימסרו עדויות מלאות ומפורטות.²² ודוק, אין עניינה של הכנת עדים במיקסום העדות והביצועים של העד בבית המשפט, אלא במניעת סילוף האמת.²³ היטיב לתאר זאת בית המשפט לערעורים במדינת ניו יורק בעניין *Elridge*:

“[The lawyer’s] duty is to extract the facts from the witness, not to pour them into him; to learn what the witness does know, not to teach him what he ought to know”.²⁴

ריאיון עם עד מאפשר למקד את תשומת ליבו של העד לחלקים החשובים בעדותו, לברור את העובדות שאינן רלוונטיות או בלתי קבילות; להסיר ספקולציות ולארגן את העובדות ברצף קוהרנטי ואמין שניתן להבינו.²⁵ הכנת העד מאפשרת לעורך הדין להיעזר בעד כדי להבין ראיות סבוכות או מורכבות, להשוות את גרסאות העד, להצליב ביניהן וכן להשוות את גרסת העד מול

17 ROBERTO ARON & JONATHAN L. ROSNER, HOW TO PREPARE WITNESSES FOR TRIAL
Brittany R. ;5 בעמ' 5; Wydick ;21 בה"ש 1, לעיל ה"ש 1, Salmi ;82-83 (1985)
Cohen, *Whose Line is it Anyway? Reducing Witness Coaching by Prosecutors*, 18
N.Y.U.J. LEGIS. & PUB. POL'Y 985, 988-990 (2015). כמו כן, ראו ואקי, לעיל ה"ש 10,
בעמ' 574-573.
18 ואקי, שם, בעמ' 573.
19 Salmi, לעיל ה"ש 1, בעמ' 141.
20 עניין בורוביץ', לעיל ה"ש 12, בעמ' 845; Salmi, שם, בעמ' 140.
21 עניין בורוביץ', שם, שם.
22 שם.
23 ואקי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 575.
24 *Re Eldridge*, 37 N.Y. 161, 171 (N.Y. 1880).
25 ואקי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 573; Salmi, לעיל ה"ש 1, בעמ' 140.

גרסאות אחרות או ראיות אחרות המצויות בידי עורך הדין.²⁶ כמו כן, היא מאפשרת להסביר לעד על ההליך הצפוי ושלבי החקירה, על התנהגותו על דוכן העדים ועל השפה המקובלת בבית המשפט.²⁷ היא גם נועדה לנסוך בו ביטחון ולבסס יחסי עבודה טובים עם העד.²⁸ בעניין קצב, הדגיש בית המשפט העליון תכלית נוספת והיא לאפשר לתביעה להציג ראיותיה בבית המשפט באופן מיטבי ובכך היא תורמת לעבודת בית המשפט, הנדרש לעבד את העדות, לעמוד על משמעויותיה ועל מקומה במסכת הראייתית הכוללת.²⁹

מן המקובץ לעיל עולה כי הכנת עדים לקראת משפט מבטיחה הן את קיום חובותיו המקצועיות של עורך הדין כלפי לקוחו; הן את מחויבותו של עורך הדין כלפי בית המשפט בבירור האמת ועשיית הצדק; והן את יעילותו והגינותו של ההליך המשפטי. בסעיפים הבאים אדון בקשיים, בחששות ובסכנות הטמונים במוסד זה.

2. הקשיים והחששות העולים מהכנת עדים לקראת משפט

כפי שיובהר להלן, חרף נחיצותה וחיוניותה של הכנת עדים לקראת משפט, היא מעוררת חששות וקשיים הנוגעים הן לפגיעה בחקר האמת ובעשיית הצדק והן לפגיעה בהגינות ההליכים ובזכות הנאשם להליך הוגן.

26 ואקי, שם, בעמ' 573–574. כך, למשל, עורך הדין רשאי לברר עם העד אם יש לו עבר פלילי העלול להשפיע על מהימנותו, ואם הוא הושפע בעדותו בשל דעה קדומה או נטיית ליבו.

27 בעת ההכנה יש להבהיר לעד כי עליו להקשיב לשאלות שישאל בלי לנחש או לנדב מידע שלא התבקש למסור, ולהיות עירני להתנגדויות לפני שיענה לשאלות שישאל. כמו כן, יש להסביר לו את אופן ההתנהגות בבית המשפט ואת השפה הנהוגה. שם, בעמ' 574. כמו כן ראו Wydick, לעיל ה"ש 15, בעמ' 8; ARON & ROSNER, לעיל ה"ש 17, בעמ' 82–83.

28 ואקי, שם, בעמ' 574; Salmi, לעיל ה"ש 1, בעמ' 140; ARON & ROSNER, שם, בעמ' 82–83. עד לא אמור להישאר בחשיכה. כדי להנמיך את סף החרדה וההתרגשות הנלווים למסירת עדות יש להסביר לו על ההליך הצפוי. יתר על כן, העובדה כי עורך הדין יסביר לעד את תכלית החקירה הנגדית ועל כך שינסו לערער על מהימנות גרסתו בשל סיבות שונות כדוגמת לקות ממנה סובל העד, פגם באחד החושים שעשוי לעורר שאלות בנוגע לקליטת המידע אצל אותו עד או עיבודו אצלו – יגרמו לעד לחשוב מראש על הנושא ותאפשר לו ולעורך הדין להתכונן למסירת תשובות ממוקדות וענייניות שלא יזיקו לצד שזימן את העד. ראו, Wydick, שם, בעמ' 16.

29 בש"פ 6507/09 קצב נ' מדינת ישראל, פס' 13 לפסק הדין של השופטת ארבל (נבו) (13.9.2009); ואקי, שם, בעמ' 575.

2.1 פגיעה בחקר האמת ובעשיית הצדק

2.1.1 חשש מאימון עדים

בצד ההכרה בחשיבותו של הריאיון לקידום חקר האמת במשפט ועשיית הצדק, במפגש של עורך הדין עם עדיו גם טמונות סכנות והוא מעורר שני חששות עיקריים.³⁰ עריכת ריאיון עם עד מלווה בחשש שמא הריאיון ינוצל לרעה וישמש דרך פסולה להדרכת העד מחוץ לבית המשפט.³¹ קיים חשש שמא הריאיון עם העד, הנערך במעמד צד אחד ובהיעדר מנגנוני פיקוח וכללים מרסנים ומנחים, יגלוש מריענות זיכרון והכנת העד לקראת עדות, להשגת ראיות חדשות אשר מקומה הטבעי הוא בחקירה המשטרית.³² בעניין אלופי, הביע השופט חשין את החששות העולים מהכנת עדים ואת האיסורים על חציית הקו שבין הכנה מותרת להדרכה אסורה במילים הבאות:

"אסור, כמובן, לשים דברים בפי העד ולהורותו את אשר יאמר. נוהג כזה פסול הוא לחלוטין ויש והוא גובל בעבירה פלילית. אך בני-סמך, כמעט ללא יוצאי מן הכלל, יועצים להתראות עם העד פעם, פעמיים, ולעת הצורך להראות לו גם את ההצהרה שנתן לראשונה [...] ייתכן שדבר זה עשוי לגרוע מכובד משקלה של העדות, באשר הוא מראה כי כוח זכרונו של העד רופף במידת-מה וטעון ריענות, אך בעצם פרוצדורה זו אין להטיל דופי".³³

דברים דומים השמיעה השופטת ארבל בעניין קצב, באומרה:

"השימוש בראיונות עדים אינו נטול קושי, שעיקרו בחשש מפני טשטוש התחומים וחצייה, גם אם בהיסח הדעת ובתום לב, של הגבול הבלתי-נראה לעין בין ריענות לגיטימי של הזיכרון לבין הדרכה של העד והנחייתו במעין 'מקצה שיפורים' של גרסתו. הנחיית העד ואף שימת דבריו בפיו פסולה היא".³⁴

30 ואקי, שם, בעמ' 575.

31 עניין הפניקס, לעיל ה"ש 5.

32 עניין בורוביץ', לעיל ה"ש 12, בעמ' 845; ואקי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 575.

33 עניין אלופי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1348; ת"פ (מחוזי ת"א) 17-01-18772 מדינת ישראל נ' יפרח, פס' 4 (נבו 9.12.2018).

34 עניין קצב, לעיל ה"ש 29, בפס' 11 לפסק הדין של השופטת ארבל.

כאשר הריאיון נערך על ידי תובע בהליך פלילי, יכול שיתווסף גם החשש שהריאיון ישמש ככלי לייצור חומרי חקירה חדשים שלא התגלו בחקירת הרשות החוקרת.³⁵ בעוד אמרת העד שנמסרה במשטרה "מקפאה" את הזיכרון של העד, והעיון בהודעתו כחלק מהריאיון עם התובע נועדה "להפשירו", קיים חשש כי הריאיון ינוצל לשם עריכת תשאול בניסיון לדלות מהעד התייחסות לנושאים או למסמכים שלא נחקר על אודותיהם במשטרה.³⁶ כך יוצא כי לעיתים עד משמיע על דוכן העדים גרסת דברים חדשה או מציג התייחסות שלא בא זכרן בהודעתו המוקדמת. אומנם התביעה עורכת רישום של המפגש עם העד והיא מחויבת להעביר את הרישום לידיעת הסניגורים, אלא שלעיתים הרישום לוקה בכך שמתועדות בו תשובותיו של העד בלבד.³⁷ בדרך זו, אין לדעת אם השאלות היו מדריכות והניחו את התשובה בפיו; האם ההתייחסות לסוגייה מסוימת היא יוזמה של העד או יוזמה של התביעה? האם העד הושפע מאמרות או עדויות של עדים אחרים (שאפשר שהוצגו לו, במישרין או בעקיפין)? ובאופן כללי, קשה להעריך את הנסיבות שבעטיין "נוכח" העד בעניינים הנוספים להודעתו במשטרה, מידת ביטחונו בהם, ואם הביטחון, תהא רמתו אשר תהא, טבוע בעד עצמו או שמא הוטבע בו מכוח הצגת העניין מפני התביעה.³⁸

35 עניין הפניקס, לעיל ה"ש 5. עמד על כך מיכאל קירש במאמרו "מימוש זכויות הפרט וחירויותיו במסגרת סדר הדין הפלילי" המשפט ז' 12, 86 (2002). קירש כתב במאמרו כי "במקרים רבים, ובמיוחד בתיקים מורכבים, נוספת אינפורמציה חשובה לאין ערוך, תוך כדי ריאיון העדים על ידי התובע. הפרקליט המייצג את המדינה הוא בדרך כלל בעל מיומנות העולה בהרבה על זו של השוטר שטיפל בתיק החקירה ובמהלך הריאיון ובמהלך החקירה הופך התובע ל'חוקר על' המוסיף ומעבה את תיק החקירה. הדבר נמשך גם תוך כדי התקדמותו של המשפט עת מראיין התובע את עדיו גם ביחס להתפתחויות שארעו במהלך המשפט. בידי התובע מתרכז בדרך זו חומר חקירה רב וחדש. במקרים רבים משתמש התובע בחומר זה במהלך עדותם הראשית של עדי התביעה המרואיינים והסניגוריה מוצאת את עצמה מופתעת מאינפורמציה נוספת הנשמעת בבית המשפט שיש בה כדי לשנות באופן מהותי את מהלך המשפט – מבלי שהיה בכוחה ובאפשרותה להתכונן, לשקול ולעבד חומר זה זמן סביר לפני שמיעת העדות בבית המשפט. מן הראוי שהתובע יחויב לתעד אינפורמציה כזאת ולהעבירה לידיעת הסניגוריה. המצב הנוכחי בו מידע רלוונטי למשפט אותו שאב התובע מן העדים העומדים להעיד, נמצא בידי התביעה הכללית בלבד – איננו מצב תקין". שם, בעמ' 88.

36 ת"פ (מחוזי ת"א) 40090/04 צ'רנוי נ' מדינת ישראל, 2 (נבו 2006.1.1).

37 שם.

38 שם.

2.1.2 הבניית הזיכרון האנושי

הדרכת עדים עשויה לפגוע בחקר האמת וזאת בין היתר בשל דרך פועלו של הזיכרון האנושי, ובפרט הקלות שבה אפשר להבנותו. פסיכולוגים שערכו מחקרים על הזיכרון של בני האדם הגיעו למסקנה כי הזיכרון האנושי אינו סוג של מכשיר הקלטה שיכול ליצור רפרודוקציה נטולת עיוותים של האירוע נשוא הדיון המשפטי.³⁹ תפיסת העד את האירוע מושפעת, בין היתר, מהטמפרמנט שלו, מהטיות שונות או מדעות קדומות, מציפיות וכן מידיעותיו מהעבר.⁴⁰ יתר על כן, מחקרים מתחום הפסיכולוגיה מצאו כי על דרך הכלל, עד קולט רק חלקים מהאירוע. בשל כך נוצרים פערים אותם ממלא העד על דרך של הסקת מסקנות והשערות מניסיונו מהעבר.⁴¹ לפיכך, עד עשוי להאמין שהוא קלט את העובדות כהווייתן, כאשר, הלכה למעשה, מדובר בפערים אותם השלים בדרך של הסקת מסקנה הגיונית המבוססת על ניסיונו מהעבר במצבים דומים.⁴² גם שליפת מידע מהזיכרון האנושי, ואפילו הזכרות ספונטנית של עד לגבי אירועים מסוימים, מייצרת גרסה ערוכה של האירוע המושפעת רבות מחווייתו של העד, השקפותיו והאינטרס האישי שלו.⁴³ כך, למשל, במחקר שערכו בשנות השבעים של המאה הקודמת פרופ' לופטוס (Elizabeth F. Loftus) ועמיתיה מאוניברסיטת וושינגטון, לקבוצת אנשים הוצג אירוע מסוים. בהמשך חשפו החוקרים את הקבוצה למידע חדש ומוטעה לגבי אותו אירוע. כאשר אותם אנשים נשאלו מאוחר יותר מה ראו, לרוב הם טעו ודיווחו על המידע החדש והמטעה במקום המידע שאכן ראו.⁴⁴ מחקרים רבים שנערכו בהמשך הגיעו לאותה מסקנה שלפיה

39 Wydick ;Monroe H. FREEDMAN, UNDERSTANDING LAWYERS' ETHICS 331 (1990)

לעיל ה"ש 15, בעמ' 7 וכן ראו מקורות נוספים שם בה"ש 26.

40 FREEDMAN, שם, בעמ' 152; Wydick, שם, בעמ' 7-8.

41 FREEDMAN, שם, בעמ' 152-153; Applegate, לעיל ה"ש 1, בעמ' 330-331; Wydick, שם, בעמ' 8.

42 Wydick, שם.

43 Applegate, לעיל ה"ש 1, בעמ' 331; Wydick, שם, בעמ' 8.

44 Elizabeth F. Loftus., *Semantic Integration of Verbal Information into a Visual*

Memory, 4 J. EXPERIMENTAL PSYC.: HUMAN LEARNING & MEMORY 19, 30-31

(1978); ראו גם: Kenneth R. Weingardt, Elizabeth F. Loftus & D. Stephen Lindsay,

Misinformation Revisited: New Evidence on the Suggestibility of Memory, 23

MEMORY & COGNITION 72 (1995) Wydick; שם, בעמ' 8. כן ראו שם ה"ש 32-34.

פרופ' לופטוס הציעה תיאוריה שלפיה המידע החדש והמטעה מתנגש עם הזיכרונות

המקוריים ומחליף אותם. בתחילת שנות השמונים של המאה הקודמת, נבחנה התיאוריה

של לופטוס על ידי חוקרים אחרים אשר הניחו כי המידע החדש והמטעה לא הורס את

הזיכרון המקורי אלא רק מקשה על איחורו. ראו: D.A. Bekerian & J.M. Bowers,

Eyewitness Testimony: Were We Mised?, 9 J. EXPERIMENTAL PSYC.: LEARNING,

אפשר לפגוע בצורה קשה במידת הדיוק של הסיפור שיספר אדם על אודות אירוע שלו היה עד, על ידי חשיפתו למידע חדש ומטעה. המחלוקת בין החוקרים השונים הייתה ונותרה לגבי הסיבה לתופעה אך לא לעצם קיומה.⁴⁵ זאת ועוד, במחקרים רבים שערכו פסיכולוגים שחקרו את הזיכרון האנושי נמצא כי אפשר לשנות את הזיכרון האנושי וכי הבדל קטן בתוכן או בצורת שאלות המראיין יכול לעשות הבדל גדול בסיפורו של העד. כן נמצא כי מידע חדש המשולב בשאלות המראיין יכול להטעות את העד ולגרום לו לחשוב שהוא קלט את אותו מידע.⁴⁶ מחקרים רבים תומכים במסקנה כי לפחות חלק מהאנשים שקיבלו מידע חדש או מוטעה, האמינו בכנות שהם קלטו במציאות את המידע שנמסר להם בהמשך.⁴⁷ מן האמור לעיל מתבהרת ומתבררת הסכנה הטמונה בהדרכת עדים. כאשר הכנת עדים גולשת להדרכה ולאיוון אסורים, עורך הדין עשוי ליצוק מידע חדש ולמלא את החללים הקיימים בזיכרונו של העד. כפי שיובהר בדיון הבא בדרך זו תיווצר גרסה חדשה וערוכה של האירוע, בלי שהעד, ולעיתים אף עורך הדין, יהיו מודעים לכך.

2.1.3 שלוש דרגות של אימון עדים

פרופ' וידיק (Wydick) במאמרו, מסווג אימון עדים לשלוש רמות או דרגות: אימון עדים מדרגה ראשונה, שנייה ושלישית.⁴⁸ אף על פי שווידיק מייחס במאמרו את הדרגות שונות של אימון עדים למצבים שבהם עורך הדין גורם לעד למסור עדות שקר, מצאתי לנכון לאמץ חלוקה זו ולהחיל אותה על כל אימון או

MEMORY, & COGNITION 139 (1983). באמצע שנות השמונים של המאה הקודמת צוות מחקר אחר תקף את התיאוריה של לופטוס וטען שהמידע החדש והמטעה לא פוגע בזיכרון המקורי או ביכולת לשחזר אותו, אלא משפיע רק על הדיווחים של אותם נבדקים אשר לא הבחינו בפרט המקורי או שהבחינו בו אך שכחו אותו עד שנחשפו למידע החדש והמטעה. ראו: Michael McCloskey & Maria Zaragoza, *Misleading Postevent Information and Memory for Events: Arguments and Evidence Against Memory Impairment Hypotheses*, 114 J. EXPERIMENTAL PSYCHOL.: GEN. 1-16 (1985). בשנים שחלפו מאז שנת 1985, ניסויים נוספים שבחנו את התופעה אישרו כי אפשר לפגוע קשות במידת הדיוק של תיאור האירוע על ידי חשיפת האדם למידע חדש ומטעה על אודותיו. ראו, Wydick, שם.

45 Wydick, שם, בעמ' 8. ראו גם ינון היימן ועדי כרמלי אומנות הליטיגציה – קרב המוחות הפסיכולוגי שער רביעי 181-184 (2022).

46 שם, בעמ' 27 וכן בה"ש מס' 113.

47 שם, בה"ש מס' 34 וכן המקורות המובאים שם.

48 שם, בעמ' 3-4.

הדרכה אסורים של העד שהביאו אותו לשנות את גרסתו. זאת גם אם אין מדובר בעובדה שקרית או במתן עדות שקר.

אימון עדים מדרגה ראשונה מתקיים כאשר עורך הדין גורם לעד ביודעין ובגלוי להעיד על דבר ביודעו כי מדובר בשקר.⁴⁹ אימון מדרגה ראשונה פוגע במלאכת בירור האמת, משחית את המוסר הן של העד והן של עורך הדין. לעיתים אין הדבר ניתן לגילוי, אולם כשהדבר מתגלה, עורך הדין עשוי וצריך לעמוד לדין משמעתי ואף לדין פלילי.⁵⁰ לצורך הדין במאמר, אפשר לכלול בקטגוריה זו כל התנהגות מודעות ומכוונת של עורך הדין שנועדה להביא לשינוי גרסתו של העד.

אימון מדרגה שנייה דומה לאימון מדרגה ראשונה, למעט העובדה שעורך הדין פועל באופן סמוי.⁵¹ אימון מדרגה שנייה מתרחש כאשר הדרכת העד נעשית במודע אך באופן סמוי. עורך הדין מעביר לעד מסרים במשתמע, בין השורות, המביאים את העד למסור עובדות חדשות שלא היו ידועות לו או לשנות את גרסתו בבית המשפט. עורך הדין פועל ביודעין לשם זיהום עדותו של העד, והעד, אשר מבין את המסר, מוכן לשתף פעולה ומשנה את תיאור האירוע. הפגיעה

49 שם, בעמ' 3.

50 הוראת ס' 246 לחוק העונשין שכותרתה "הדחה בעדות" מאפשרת להעמיד לדין מי שהניע אדם או שניסה להניעו שלא להעיד או להעיד עדות שקר, או שהניע אותו לחזור בו מעדות או מהודעה שמסר. הסנקציה הקבועה בצידה של עבירה זו היא מאסר שבע שנים. אפשר להחיל סעיף זה על עורך דין שבמהלך הריאיון עם העד הניעו למסור עדות שקר בבית המשפט או הניעו לחזור בו מהודעה קודמת שמסר בתחנת המשטרה. הוראה נוספת מעוגנת בס' 238 לחוק העונשין וכותרתה "בידוי ראיות". הוראה זו קובעת כי "הבודה ראייה, שלא בדרך של עדות שקר או של הדחה לעדות שקר, או המשתמש ביודעין בראיה בדויה כאמור, והכל ככוונה להטעות רשות שיפוטית או ועדת חקירה בהליך שיפוטי, דינו – מאסר חמש שנים". כאשר במהלך הכנת העד בודה עורך הדין ראייה או כאשר הוא מעיד עד ביודעו כי העד ימסור בעדותו ראייה בדויה, הוא עובר עבירה של בידוי ראיות, זאת בתנאי שהתביעה תוכיח את מודעותו של עורך הדין להיות הראיה בדויה וכן כי עורך הדין שם לו למטרה להטעות את בית המשפט. עבירה נוספת היא "שיבוש מהלכי משפט" המעוגנת בהוראת ס' 244(א) לחוק העונשין. הוראה זו מאפשרת להעמיד לדין אדם שעשה "דבר ככוונה למנוע או להכשיל הליך שיפוטי או להביא לידי עיוות דין, בין בסיכול הזמנתו של עד, בין בהעלמת ראיות ובין בדרך אחרת". עבירה זו, בשונה משתי העבירות הקודמות, היא אכסניה רחבה יותר למקרים של הדרכת עדים, גם כאשר עורך הדין לא היה מעורב בהדחה לעדות שקר או בבידוי ראיות, כל עוד הוא פעל מתוך מטרה להכשיל הליך שיפוטי או להביא לידי עיוות דין. הסעיף קובע כי אפשר להכשיל הליך שיפוטי בין בסיכול הזמנתו של עד, בין בהעלמת ראיות (בהנחה שעורך הדין העלים ראיות) ובין בדרך אחרת. המונח "בדרך אחרת" מאפשר, לגישתי, להחיל אותו על הדרכת עדים לקראת משפט, כאשר תכלית ההדרכה נועדה להכשיל הליך שיפוטי או להביא לידי עיוות דין.

51 Wydick, לעיל ה"ש 15, בעמ' 3.

במלאכת בירור האמת הנגרמת מאימון מדרגה שנייה לא חמורה פחות מזו הנגרמת בשל אימון מדרגה ראשונה, אלא שהסיכוי שאימון מדרגה שנייה יתגלה וייחשף נמוך יותר. בשל כך, ההסתברות שעורך דין המעורב באימון מדרגה שנייה יועמד לדין משמעתי או פלילי נמוכה.

כך, למשל, נניח כי חברתי יעל היא רופאת עיניים, ושכני, יוסף, סובל מבעיות עיניים. באחד הימים נועץ בי יוסף אם כדאי לו לפנות ליעל שתטפל בבעיית העיניים ממנה הוא סובל. אני אומר לו כי יעל בעלת חוש הומור ובטוחני שהוא יצחק לאורך כל הטיפול. עוד אוסיף שהיא אדם טוב וחברת-אמת שמעולם לא אכזבה אותי. יוסף יבין את המסר הסמוי שבדבריי – שלא כדאי לו לפנות ליעל לשם קבלת טיפול רפואי בעיניו. אף על פי שציינתי רק את תכונותיה הטובות של יעל, בתשובתי לא התייחסתי כלל למקצועיותה כרופאת עיניים כך שהמסר הסמוי נקלט בצד השני, ויוסף, סביר להניח, יפנה לרופאה אחרת. זוהי דוגמה לאימון מדרגה שנייה, שבה עורך הדין יכול להסוות את המסרים בדרכים שונות כך שהעד יקלוט את המסרים ויטמיע אותם בגרסה הערוכה והמתוקנת אותה ימסור בבית המשפט.

אימון מדרגה שלישית מתרחש כאשר עורך הדין לא מזהם את העדות במודע ולא פועל במודע לשם הבאת העד לידי שינוי גרסתו לתיאור האירוע, אלא שהשיחה והאינטראקציה בין עורך הדין והעד גורמת לו לשנות את סיפורו לגבי האירוע שהוא נדרש להעיד עליו בבית המשפט.⁵² כך, למשל, בהמשך לדוגמה שלעיל, יוסף פונה אליי ושואל אותי אם אני מכיר את יעל, רופאת עיניים בבית החולים בילינסון. אני משיב בחיוב ואף מציין שאנחנו חברים טובים ואף ייצגתי אותה בכמה הליכים משפטיים שהתנהלו נגדה בגין רשלנות רפואית. המידע שמסרתי ליוסף, עוד טרם שאל אם אני ממליץ לו לפנות אליה לשם קבלת טיפול רפואי בעיניו, יביאו למסקנה כי לא כדאי לו לפנות אליה ומוטב שיבחר רופאה אחרת. זאת גם אם לא הייתה לי כל כוונה לעשות כן ואף אם לא הייתי מודע להשלכות של דבריי. דוגמה זו ממחישה את הקושי שבאימון מדרגה שלישית. לעיתים עורך הדין בין במודע ובין שלא מודע, עשוי למסור מידע, בין מתוך מטרה ברורה לשנות את גרסת העד ובין שלא. מידע זה עלול למלא את החלל הקיים בזיכרונו של העד ולגרום לו, לעיתים, בלי משים לב, להסיק מסקנות שונות לגבי האירוע שלגביו הוא נדרש להעיד בבית המשפט ולמסור גרסה שונה וערוכה של אותם דברים.

בעוד אימון מדרגה שלישית, בשונה מדרגה ראשונה או שנייה, נעדר כוונה, פגיעתו בחקר האמת ובעשיית הצדק היא באותה עוצמה של אימון מדרגה ראשונה ושנייה. אימון מדרגה שלישית הוא המסוכן מבין שלוש הדרגות והוא

52 שם, בעמ' 4.

מעורר את עיקר הקשיים. ראשית, נוכח האופי המורכב של הזיכרון האנושי, קשה להימנע מאימון מדרגה שלישית. שנית, העובדה כי האימון נעשה שלא במודע, מקשה על הגילוי שלו, הן מצד בתי המשפט, הן מצד העד והן מצידו של עורך הדין הפועל, כאמור, שלא במודע. שלישית, אין בכוחן של הסנקציות האתיות והעונשיות כדי להרתיע מפני אימון מדרגה שלישית שכן אימון בדרך זו נעשה שלא במודע וללא כוונת מכוון. לכן, על עורכי הדין בכלל, ועל תובעים בפרט, להיות מודעים לסכנות הטמונות באימון עדים מדרגה שלישית, כמו גם לדרכים המאפשרות להם להימנע מהן.

פועל יוצא הוא כי הפגיעה בחקר האמת עשויה להיגרם לא רק כאשר עורך הדין מאמין את העד ביודעין ופועל במודע לשם שינוי גרסתו של העד, אלא גם כאשר אין עורך הדין מודע לכך שהוא מאמין את העד. אימון מדרגה שנייה קשה לגילוי מכיוון שהוא סמוי, ואילו אימון מדרגה שלישית קשה לגילוי מכיוון שהוא לא נעשה במודע.

המסקנה האופרטיבית מחלוקה זו של סוגי אימונים היא שהסדרת מוסד הריאיון עם עדים, בהמשך המאמר, צריכה לתת מענה לאימון עדים על שלוש דרגותיו, שכן כל אחת מהן עשויה לפגוע בתכליות של ההליך הפלילי.

2.1.4 קשיי גילוי וחשיפה של הדרכת עדים

הואיל והכנת עדים נערכת במחשכים, במשרדו של עורך הדין, ללא נוכחותם של אחרים מלבד עורך הדין והעד, הרי שהדבר מקשה על גילוייה וזיהויה של הדרכת עדים.⁵³ יתרה מכך, עורכי דין העוסקים ביודעין באימון גלוי או סמוי לא צפויים לעשות זאת בנוכחות עורכי דין אחרים בסביבתם או עם עדים שנראה כי ידווחו עליהם.⁵⁴ הדבר נכון במיוחד כאשר מדובר באימון עדים מדרגה שנייה ושלישית, שבהם המסרים עוברים באופן סמוי (דרגה שנייה) או שלא במודע (דרגה שלישית). יתר על כן, הואיל והאינטרס של עורך הדין והעד משותף הוא, אפשר להניח כי העד לא יגלה מיוזמתו את העובדה כי עורך הדין הורה לו למסור עדות שקר או שזיהם את עדותו וגרם לו לשנות את גרסתו. כאשר כוונתו של עורך הדין הועברה במסווה באמצעות מסרים סמויים (אימון מדרגה שנייה) וכן כאשר עורך הדין פעל שלא במודע והביא לשינוי גרסתו של העד (אימון מדרגה שלישית), הרי לא רק שאין העד מודע לאימון הפסול, אלא באימון מדרגה שלישית גם עורך הדין שאימן עד העד, כמו גם הצד שכנגד ובית המשפט, עשויים שלא לגלות אותו. העובדה שאימון עדים קשה לחשיפה וגילוי, מקשה

53 שם, בעמ' 22-23; Cohen, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1015.

54 Wydick, שם, בעמ' 23 ו-27; Cohen, שם, בעמ' 1015.

על היכולת לאכוף מקרים אלו ולהעמיד לדין משמעת את עורכי דין המעורבים בכך, ובמקרים המתאימים אף להעמידם לדין פלילי. הדרכת עדים ניתנת לגילוי אם העד יחשוף את מעשיו של עורך הדין על דוכן העדים. בהנחה שהעד לא יעשה זאת מיוזמתו, הצד שכנגד רשאי לעשות זאת באמצעות חקירה נגדית. אפשר להציג לעד שאלות לגבי אופן הכנתו, מה נאמר לו, אילו מסמכים הוצגו לו, האם הוצגו לו עדויות או ראיות אחרות שאינן נוגעות לו? האם נערכו סימולציות של חקירה נגדית או ראשית וכיוצא באלה? עם זאת, הסתמכות על שימוש בחקירה נגדית לבדה כדי לחשוף הדרכת עדים אסורה מעוררת חששות וקשיים.

לא תמיד חקירה נגדית תחשוף הדרכת עדים או עד כמה הודרך העד.⁵⁵ הדבר נכון בייחוד כאשר אמרתיו או הצעותיו של עורך הדין כבר שולבו בזיכרונו של העד, כך שהעד מאמין כי הוא יכול להעיד באופן אישי על עובדות שעורך הדין מסר לו בפועל.⁵⁶ כמו כן, עורך הדין יכול לבקש מהעד שלא לספר על אופן ההכנה או שלא לאשר את העובדה שהוצגו לו ראיות או מסמכים מסוימים שהצגתם אסורה.⁵⁷ ככל שהעד לא יאשר בעדותו את תוכן הפגישה ואת היקף ההדרכה, הרי שלצד שכנגד, כמו גם לבית המשפט, לא תהא דרך לדעת אם עורך הדין היה מעורב באימון אסור. קל וחומר, כאשר מדובר באימון מדרגה שנייה או שלישית, שבהם ההדרכה לא הייתה גלויה (דרגה שנייה) או לא מודעת (דרגה שלישית). מכל הסיבות הללו, הסתמכות אך ורק על חקירה נגדית אינה מספיקה כדי לחשוף הדרכה אסורה. מכאן שהקשיים הכרוכים בגילוי וחשיפה של הדרכת עדים מעצימים את הפגיעה בחקר האמת ומחדדים את מסקנת המאמר שלפיה הסדרת מוסד הריאיון עם עדים חייבת להתייחס לא רק להגברת האכיפה, יצירת הרתעה והחמרה בענישה, אלא גם לפן החינוכי-לימודי ובעיקר לחידוד מודעותם של עורכי הדין באשר לדרכים בהן אפשר לזהם עדויות ולהשפיע על גרסתם של עדים, על הסכנות הטמונות בטכניקות השונות של ריאיון עדים (מרמזות, סמויות ולא מודעות) וכיצד להימנע מהן.

2.1.5 חשש בדבר הקושי של בית המשפט להעריך את מהימנות העד

חשש נוסף עניינו הקושי של בית המשפט, בעטיו של הריאיון, לעמוד על אמיתות עדותו של העד באמצעות הכלים העומדים לרשותו.⁵⁸ בעת מסירת העדות בבית המשפט נחקר העד בידי בעלי הדין. באמצעות החקירה נבחנת

55 Salmi, לעיל ה"ש 1, בעמ' 143.

56 שם.

57 שם.

58 ע"פ 685/81 אהרוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 673, 689 (1983).

אמינות דבריו של העד ונבדקת העקביות שלו וודאותו בהצגת דבריו.⁵⁹ בתוך כך, בוחן בית המשפט אם העד מסר את דבריו מידיעתו האישית והבלתי אמצעית, או שהזון או הודרך על ידי מאן דהוא אחר, שלימד אותו איך להשיב ומה להשיב.⁶⁰ מסקנות אלה מוסקות, בין היתר, מתגובותיו של העד, ובמידה רבה, מהתשובות שהוא מוסר על אתר לשאלות המוצגות לו. ההנחה היא, כאמור, כי על העד להשיב לשאלות, ובהן גם הבלתי צפויות, ממה שידוע לו אותה עת ולא מן ההדרכה וההכוונה, שניתנו על ידי צד שלישי. הדרכת עד יוצרת סיכון שהעד יוכן לעדותו לא רק על ידי ריענון לגיטימי של זכרונו (באמצעות עיון בהודעותיו אותן הוא מסר בעבר או עיון ברישומים אחרים), אלא גם ידריכוהו, יאלפוהו ויאמנוהו, איך להשיב לשאלות.⁶¹ בדרך זו, יתקשה בית המשפט להעריך את מהימנות העד, לעמוד על אמינות העדות ולהעריך את משקלה, כאשר אין בידיו די כלים כדי לדעת אם העדות נבעה מזיכרונו החי ולא מכוחה של הדרכה מוקדמת והבניית זיכרון.⁶²

2.2 פגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן וביכולתו להתגונן

כאשר ריאיון עם עדי תביעה גלש להדרכתם ולהבניית זיכרונם, הרי מלבד החששות הנוגעים לחקר האמת, קיים חשש נוסף והוא הפגיעה האפשרית ביכולת הנאשם להתגונן ובזכותו להליך הוגן.

ניהולם של הליכים משפטיים הוגנים, הוא "ביטוי למחויבות החברה הנאורה לפעול במודע, במסגרת האפשרויות הקיימות, למניעת עיוותי דין במשפטיהם של פרטים".⁶³ מכאן שקיומם של הליכים הוגנים אינו רק תכלית העומדת בפני עצמה, אלא גם אמצעי אשר נועד לשרת את אינטרס הציבור לעשיית צדק וחשיפת האמת.⁶⁴ הזכות להליך הוגן מגשימה לא רק אינטרס אישי של הנאשם העומד לדין – זהו אינטרס ציבורי שכל אחד מהפרטים בחברה – כנאשם פוטנציאלי – ידע שאם וכאשר יתקיימו נגדו הליכים פליליים הם יתנהלו באופן ראוי והוגן.⁶⁵ מטרתה של הזכות להליך הוגן היא להבטיח פרוצדורה הוגנת

59 שם, בעמ' 689–690.

60 שם, בעמ' 690.

61 שם.

62 עניין יפרח, לעיל ה"ש 33, בפס' 4 לפסק הדין; עניין בורוביץ', לעיל ה"ש 12, בעמ' 845.

63 אלכס שטיין "הזכות להליך הוגן" זכויות האדם והאזרח בישראל כרך ג' 356–357 (1992).

64 בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע, פ"ד סא(3) 93, פס' 24 לחוות דעתו של השופט לוי (2006).

65 שם.

וערובות דיוניות הולמות להגינותו של ההליך הפלילי כלפי הנאשם.⁶⁶ במובן זה, הזכות להליך פלילי הוגן היא זכות מסגרת, שעשויה לשמש בסיס לגזירתן של זכויות דיוניות רבות של הנחקר, החשוד והנאשם בפלילים.⁶⁷ בעניין **יששכרוב** תיארה השופטת ביניש את הזכות להליך הוגן כ"זכות מסגרת בעלת רקמה פתוחה, אשר כינויה ותוכנה המדויק משתנים משיטת משפט אחת לרעותה".⁶⁸ בהליך הפלילי בישראל קיימים הסדרים רבים אשר יוצקים תוכן מהותי בזכות להליך הוגן.⁶⁹ כך, למשל, חוק סדר הדין הפלילי, עוסק במרבית מסעיפיו בהסדרת הגינותו של ההליך הפלילי. חוק זה מסדיר בין היתר את חובת הייצוג,

66 ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 66 לפסק הדין של השופטת ביניש (נבו 4.5.2006).

67 שם. ראו גם אסף פורת "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי" קריית המשפט א', 381, 385 (2001).

68 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 66, בפס' 66 לפסק הדין של השופטת ביניש.
69 כך, למשל, ס' 2 לחוק יסוד: השפיטה קובע כי "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין"; ס' 77א(א) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב) התשמ"ד-1984, קובע כי "שופט לא ישב בדין אם מצא, מיוזמתו או לבקשת בעל דין כי קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט". סעיף זה נועד למנוע סכנה של דעה מוקדמת או חשש למשוא פנים; חוק סדר הדין הפלילי עוסק אף הוא, ברבים מסעיפיו, בהסדרת הגינותו של ההליך הפלילי. כך, למשל, קובע ס' 74 לחוק כי נאשם וסנגורו רשאים לעיין בחומר החקירה שנאסף בידי הרשות החוקרת. הרציונל המונח בבסיס הוראה זו הוא כי הליך הוגן בא לידי ביטוי, בין היתר, בכך שנאשם יוכל לכלכל את הגנתו לאור חומר הראיות שנצבר נגדו (השוו בש"פ 4157/00 **נמרודי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 625, 632-633 (2000); בש"פ 1355/98 **בן-ארי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(2) 1 (1998); ע"פ 400,457/84 **מדינת ישראל נ' אנג'ל**, פ"ד מ(3) 481, 487 (1986); בש"פ 2043/05 **מדינת ישראל נ' זאבי**, פס' 12 (נבו 15.9.2005)). ס' 186 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי באין הוראה אחרת "לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו", וס' 134 לחוק זה מחייב את בית המשפט לנהל פרוטוקול אשר ישקף את כל שאירע באולמו במהלך הדיונים. שני סעיפים אלה נועדו להבטיח שקיפות בניהולו של ההליך הפלילי, שקיפות שאף היא אספקט של הוגנות דיונית. ס' 145 לחוק קובע כי "במהלך המשפט יסביר בית המשפט לנאשם, אם ראה צורך בכך, את הזכויות הנתונות לו להגנתו", ואילו ס' 196 קובע כי "בתום קריאת גזר הדין יסביר בית המשפט לנאשם את זכותו לערער על פסק הדין ויודיע לו על המועד להגשת הערעור". ייעודם של סעיפים אלה הוא להבטיח כי העומד לדין יהיה מודע לזכויות המוקנות לו, כדי שההליך הפלילי לא יתנהל כשידה של התביעה, שלה יתרון עקב המידע העומד לרשותה, על העליונה. זכות נוספת, שאינה אלא היבט נוסף אחר של הזכות להליך הוגן, היא הזכות המוקנית לנאשם בס' 61 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, הקובעת כי על משפטו להסתיים תוך מסגרת הזמן הקבועה בחוק. פן נוסף מתבטא בזכותו של נאשם להימנע ממסירתן של גרסה או ראיות העלולות להפלילו. זכות זו מעוגנת בס' 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1927, ובס' 47 לפקודת הראיות.

באשר הוא מחייב מינוי סניגור לנאשם על ידי בית המשפט במקרים מסוימים;⁷⁰ החוק מעניק לנאשם ולסניגורו את הזכות לעיין ב"חומר חקירה" המצוי בידי התביעה, זאת כדי שהנאשם יוכל לכלכל את הגנתו בשל חומר הראיות שנצבר נגדו;⁷¹ נאשם זכאי להימנע ממסירת גרסה או ראיות מפלילות ולא חייב להעיד במשפטו.⁷² הוראות מסוימות נועדו להבטיח שקיפות בניהולו של ההליך הפלילי, בהיותה אספקט של הוגנות דיונית;⁷³ ואילו הוראות אחרות נועדו להבטיח כי הנאשם יהיה מודע לזכויות המוקנות לו, זאת כדי שההליך הפלילי לא יתנהל כשִׂדה של התביעה על העליונה.⁷⁴ בהקשר הראייתי, אפשר לציין את כלל היעדר הספק הסביר כתנאי להרשעה. בהינתן שנטל השכנוע הוא על כתפי התביעה אזי כאשר נפרשת לפני הנאשם מלוא התמונה של ראיות התביעה הוא יכול לערוך את מערכתיו ולחתור להצבת נדבכי ההגנה השונים, במקום ובזמן המתאימים.⁷⁵ הוראה נוספת שנחקקה אך לאחרונה היא הוראת סעיף 56א לפקודת הראיות [נוסח חדש], אשר מקנה לבתי המשפט סמכות שבשיקול דעת לפסול ראיות שהושגו בניגוד לדין אם קבלתן תביא לפגיעה מהותית בזכות הנאשם להליך הוגן. אף על פי שהוראה זו נחקקה אך לאחרונה, מאז ומעולם הזכות להליך הוגן נהנתה ממעמד רם.⁷⁶ עם חקיקתם של חוקי-היסוד היא הוכרה כזכות חוקתית

⁷⁰ הוראת ס' 15(א) לחוק סדר הדין הפלילי.

⁷¹ הוראת ס' 74 לחוק סדר הדין הפלילי. בג"ץ בית המשפט המחוזי בבאר שבע, לעיל ה"ש 64, בפס' 26 לחוות דעתו של השופט לוי; בש"פ נמרודי, לעיל ה"ש 69, בעמ' 632-633; בש"פ בן ארי, לעיל ה"ש 69; עניין אנגיל, לעיל ה"ש 69, בעמ' 487; בש"פ זאבי, לעיל ה"ש 69, פס' 12.

⁷² ראו הוראת ס' 161(א)(2) לחוק סדר הדין הפלילי וכן הוראת ס' 47 לפקודת הראיות, וכן הוראת ס' 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות).

⁷³ ראו, למשל, הוראת ס' 186 לחוק סדר הדין הפלילי הקובעת כי "לא יידון אדם בפלילים, אלא בפניו". דוגמה נוספת היא ס' 134 לחוק סדר הדין הפלילי, אשר מחייב את בית המשפט לנהל פרוטוקול שיישקף את כל שאירע באולמו במהלך הדיונים. בג"ץ בית המשפט המחוזי בבאר שבע, לעיל ה"ש 64, בפס' 26 לחוות דעתו של השופט לוי.

⁷⁴ ראו, למשל, הוראת ס' 145 לחוק סדר הדין הפלילי הקובעת כי "במהלך המשפט יסביר בית המשפט לנאשם, אם ראה צורך בכך, את הזכויות הנתונות לו להגנתו". דוגמה נוספת היא הוראת ס' 196 לחוק סדר הדין הפלילי המחייבת את בית המשפט ליידיע את הנאשם בדבר זכותו לערער על פסק הדין ולהודיע לו על מועד הגשת הערעור ("בתום קריאת גזר הדין יסביר בית המשפט לנאשם את זכותו לערער על פסק הדין ויודיע לו על המועד להגשת הערעור"). הסדרים אחרים המבטיחים את הגינותו של ההליך הפלילי קובעים כי עדי תביעה יישמעו לפני עדי הגנה (הוראות ס' 156-159 לחוק סדר הדין הפלילי), שסיכומי תביעה יוגשו או יושמעו עובר לשמיעת סיכומי ההגנה (ס' 169 לחוק סדר הדין הפלילי) וכי משפט צריך להסתיים תוך פרק זמן הקבוע בחוק (ס' 61 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996).

⁷⁵ עניין צ'רנוי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 2 להחלטת השופט מודריק.

⁷⁶ בג"ץ בית המשפט המחוזי באר שבע, לעיל ה"ש 64, בפס' 25 לחוות דעתו של השופט

הנגזרת מן הזכות לכבוד ומן הזכות לחירות. 77 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, 78 ביצר את זכותו של הנאשם למשפט הוגן, 79 והיא נטועה עמוק בשיח החוקתי. 80 אין עוד חולק שלכל הפחות בנסיבות מסוימות, פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן תעלה כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד-האדם. 81

עם זאת, הזכות להליך הוגן, ככל זכות יסוד, אינה זכות מוחלטת. היא מוצאת את מקומה לצידם של זכויות ושל אינטרסים נוגדים כגון החתירה לגילוי האמת, האינטרס בדבר יעילותו של ההליך הפלילי, היכולת למצות את הדין עם מי שעבר עבירות והרצון לעשות צדק עם מי שעל כורחם היו לקורבנות של מעשי עבירה. 82 בגדרו של ההליך הפלילי מתחייבת מציאתו של איוון ראוי בין כלל

לוי. כמו כן ראו דברי השופט הנדל בע"פ 1262/08 ענתאוי נ' מדינת ישראל, פס" 4 לחוות דעתו של השופט הנדל (נבו 4.8.2014): "הזכות למשפט הוגן אינה בגדר מותרות, קישוט או פורמליזם גרידא. היא עומדת בליבת מלאכת עשיית הצדק במשפט הפלילי".

77 בג"ץ בית המשפט המחוזי באר שבע, שם, בפס" 25 לחוות דעתו של השופט לוי. לשיטתו של פרופ' אהרן ברק, הזכות להליך הוגן נגזרת מהזכות לכבוד. ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג' פרשנות חוקתית 431-432 (1994). לשיטתם של אחרים, הזכות להליך הוגן נגזרת מהזכות לחירות. ראו, למשל, עמנואל גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג 155, 169-170 (1996). בע"פ 7915/15 גדבאן נ' מדינת ישראל (נבו 9.7.2017), פס" 9 לחוות דעתו של השופט הנדל, ציין השופט הנדל כי לתפיסתו "זכות הנאשם להליך הוגן במשפט הפלילי נשענת הן על זכותו החוקתית לחירות והן על זכותו לכבוד, אך זאת בדרך כלל לפי הסדר האמור". בע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל, בפס" 10 לחוות דעתו של השופט הנדל (נבו 23.11.2011), ציין השופט הנדל כי "כלל נקוט הוא מלפנינו כי זכותו של הנאשם להליך הוגן הינה זכות יסוד חוקתית הנובעת מזכותו לחירות ולכבוד". על מעמדה של הזכות להליך הוגן ראו מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 354, 375 (2002); בועז אוקון ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט 5, 11 (1995); אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 281 (התשנ"ד); בג"ץ 3168/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים פ"ד נח(2) 746, 761 (2004).

78 ס"ח תשנ"ב 1391, בעמ' 150.

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

80 עניין גדבאן, לעיל ה"ש 77, פס" 10 לחוות דעתו של השופט הנדל.

81 ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פס" 9 לחוות דעתו של השופט לוי (נבו 1.8.2011). כמו כן, ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 481, 609 (2005).

82 בג"ץ בית המשפט המחוזי בבאר שבע, לעיל ה"ש 64, בפס" 26 לפסק הדין.

הזכויות והאינטרסים המעורבים.⁸³ גם סעיף 56א לפקודת הראיות, המאפשר לבתי המשפט לפסול ראיות שהושגו בניגוד לדין בשל הפגיעה המהותית האפשרית בזכות הנאשם להליך הוגן, מורה כי על השופטים לערוך איזון ולתת את דעתם לאופייה ולחומרתה של ההפרה, למידת ההשפעה של ההפרה על הראיה שהושגה ולעניין הציבורי שבקבלת הראיה או באי-קבלתה.

אין חולק כי הדרכת עדי תביעה, הכנסת מילים לפיהם, הצגת שאלות או חומרי חקירה שלא הוצגו להם קודם לכן והבניית זיכרוןם, עלולה לפגוע פגיעה ממשית בזכותם של נאשמים להליך הוגן וביכולתם להתגונן.⁸⁴ דברים אלה נכוחים בפרט כאשר מדובר בעדות העומדת בליבת ראיות התביעה. על הקושי האמור, עמד השופט מודריק בעניין צ'רנוי. השופט מודריק עמד על כך שרכיב חשוב ביכולת של הנאשם להתגונן מפני האישומים המיוחסים לו מבוסס על חקירתם הנגדית של עדי התביעה. הכרת מלוא ראיות התביעה מאפשרת להגנה להכין נכונה את החקירות הנגדיות. מן העיון בהודעות עדי התביעה שנמסרו במשטרה, למד הסיניגור ביחס לכל עד, מה עליו לשאול ומה עליו להימנע מלשאול. אלא כאשר במהלך המפגש עם התובע, נערך לעד "תשאול" שבו מנסה התובע לדלות מפיו של העד התייחסות לנושאים או למסמכים שלא נחקר על אודותיהם במשטרה, הרי שבעלותו על דוכן העדים יעלה העד גרסה חדשה או שיציג התייחסות שאין לה זכר בהודעתו במשטרה, ובדרך זו נפגעת פריסתה של התמונה הראייתית המלאה לפני הנאשם ונטרף קלף ההתגוננות העיקרי שלו.⁸⁵

83. שם. כמו כן, ראו דברי השופטת ביניש בעניין יששכרוב, לעיל ה"ש 66, בפס' 68, וכן ע"פ 6613/99 סמייק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529, 554 (2002). היטיבה לתאר זאת השופטת שטרסברג-כהן בבג"ץ 6319/95 חכמי נ' שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו, פ"ד נא(3) 750 (1997) "אלא שזכויות אלה [זכויות המעורבים בהליך הפלילי – הבהרת המחבר] חשובות ככל שתהיינה, אינן מוחלטות. מולן ניצבות זכותה וחובתה של החברה להילחם בעבריינות ולהגן על עצמה ועל כל אחד מפרטיה, מפניה; מולן ניצבת חובתה של החברה כלפי קורבנות הפשיעה, שכבודם, חירותם, ביטחונם האישי ורווחתם הגופנית והנפשית נרמסים ברגל גסה על-ידי עבריינים חסרי מצפון; מולם ניצב הצורך למגר פשיעה הפוגעת ברקמה העדינה של החברה במישור הערכי, הנורמטיבי, הפרטי והציבורי. תפקידה של חברה מתוקנת הוא למצוא את האיזון הראוי בין כל אלה באופן שיהיו בידי השיטה המשפטית הכלים המתאימים שיהא בהם כדי לאפשר קיום משפט הוגן ויעיל, למנוע הרשעת חפים מפשע ולהבטיח לבל ייחלץ האשם מן הדין. הכלים להשגת מטרת אלה במסגרת המערכת השיפוטית הם – בין השאר – סדר הדין הפלילי ודיני הראיות. באמצעותם מפלסת לעצמה המערכת את דרכה בנבכי חקר האמת ועשיית הצדק המהותי". שם, בעמ' 755. דברים דומים נאמרו על ידי השופטת ארבל ברע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי, פ"ד סב(1) 378 (2006).

84. ראו עניין יפרת, לעיל ה"ש 33, בפס' 35' לפסק הדין. כמו כן ראו בש"פ 3221/12 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 1.7.2012).

85. עניין צ'רנוי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 2. השופט מודריק ציין כי "טריפת הקלפים עלולה

יש לשאוף לכך שבית המשפט יקבל את מרב המידע שיוליך אותו לחקר האמת, אך זאת בלי לקפח את הגנת הנאשם ולפגוע בזכותו למשפט הוגן. על המערכת המשפטית בכלל, ודיני הראיות בפרט, למצוא את הדרך הנכונה לנווט בין שתי תכליות אלה – קידום חקר האמת והבטחת הגינותם של ההליכים כלפי הנאשם בלי שהאחת תפגעה ברעותה.⁸⁶ כאשר מוסד הריאיון עם עדים פרוץ ולא תחום בגבולות כלשהם, החששות והסכנות, עליהם עמדתי לעיל, מתגברים ומתעצמים, כך שהסדרת תחום זה בגבולות ברורים תקדם לא רק את חקר האמת אלא גם את ההגנה על הנאשם וזכויותיו הדיוניות.

הפגיעה בהגינות ההליכים בשל הדרכת העדים מעוררת את השאלה מהו הסעד הראוי שעל בית המשפט לתת במקרה שבו נפגעה זכותו של הנאשם להליך הוגן בשל הדרכתם של עדי תביעה? על פי ההלכה הפסוקה, וכפי שיובהר להלן בפרקים השני והרביעי, הדרכת עדים עשויה לגרוע ממשקל העדות אולם אין בה כדי להביא לפסילתה. מחמת הפגיעה האפשרית בהגינות ההליכים ובהגנת הנאשם בשל הדרכת עדי-תביעה, ולאור חקיקתו של סעיף 56 לפקודת הראיות, נדמה כי במקרים מסוימים המצדיקים זאת, אין מקום להסתפק רק בגריעה ממשקלה הראייתי של העדות אלא יש מקום לפסול את העדות, כולה או מקצתה. במצב זה יש להתייחס לעדות כראיה שהושגה בניגוד לדין כך שפסילתה תהא כפופה לשיקול דעת בית המשפט בהתאם לסמכותו הקבועה בהוראת סעיף 56 לפקודת הראיות⁸⁷ ולאמות המידה שנקבעו בעניין **יששכרוב**.⁸⁸

הוליווד גם לטירוף מערכות, שכן החקירות הנגדיות של עדי התביעות משתיות עצמן על תמונה ראייתית קיימת. אם התמונה מתחלפת באורה מהותי עשויה שורת הצדק להוליווד להחזרת עדים אל דוכן העדים כדי להיחקר שוב. חקירה חוזרת כזאת נעדרת את יסוד ההפתעה שהוא כלי טקטי המצוי בידי ההגנה והיא כמובן מסרבלת ומאריכה את המשפט. בתי המשפט אינם ממהרים לאפשר חקירות חוזרות של עדים. גם מכך עלולה הגנתו של נאשם להתקפח. טענה נוספת הועלתה בעניין זה היא שרישומי התביעה על אודות ה"תוספות" לאמרות של העדים נמסרים לסניגורים באיחור זמן ולעיתים על סף יום דיונים, כך שאין להם די זמן להיערכות לעדות, דבר הפוגע ביכולת שלהם להיערך כראוי למשפט, ופועל יוצא מכך, פוגע בדבר ביכולת של הנאשם להתגונן.

⁸⁶ עניין צ'רנוי, שם, בעמ' 3.

⁸⁷ ס' 56 לפקודת הראיות אשר הוסף לפקודת הראיות בתיקון מס' 19, קובע את סמכותו של בית המשפט לפסול ראיה שהושגה בניגוד לדין (ראו חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 19), התשפ"ב-2022, ס"ח 984). סעיף זה עיגן בחקיקה את "הלכת יששכרוב" והוא מקנה לבית המשפט סמכות שבשיקול דעת לפסול ראיה שהושגה בניגוד לדין. סעיף זה קובע כך:

"56. סמכות לפסילת ראיה שהושגה שלא כדין

(א) בית המשפט הדין במשפט פלילי רשאי שלא לקבל ראיה שהושגה שלא כדין, ובכלל זה הודעת נאשם או עד, חפץ או כל ראיה אחרת, אם שוכנע שקבלתה במשפט תפגע באופן

לסיכום, חרף חשיבותו של מוסד הריאיון עם עדים הנעוצה בקידום תכליותיו של ההליך הפלילי, הכנת עדים מעוררת חששות וקשיים הנוגעים הן לפגיעה בחקר האמת ובעשיית הצדק והן לפגיעה בהגינות ההליכים ובזכות הנאשם להליך הוגן.

הדיון הבא יוקדש לבחינת מעמדו של מוסד הריאיון עם עדים בדין הישראלי. העובדה כי אין מוסד זה תחום בגבולות ברורים, מעצימה את החששות שנדונו לעיל ומגבירה את הסיכון לגלישה מהכנת עדים לעבר אימון והדרכה אסורים, על כל המשתמע מכך.

ב. מעמדה הנורמטיבי של הכנת עדים במשפט הישראלי

הכנת עדים בישראל אינה מוסדרת בחקיקה. ההוראה היחידה המתייחסת להכנת עדים מצויה בכלל מס' 37(א) לכללי לשכת עורכי הדין, הקובע כי "עורך דין רשאי לבוא בדברים עם אדם העשוי להעיד מטעם לקוחו". התייחסות נוספת להכנת עדים אפשר למצוא בפסיקה ובהנחיית פרקליט המדינה בדבר ראיון עד (הנחיה 7.13 מיום 31.12.2017) (להלן: הנחיית פרקליט המדינה). בדיון שלהלן אתייחס לקשיים שמעוררות הפסיקה והנחיית פרקליט המדינה.⁸⁹

1. פסיקת בתי המשפט

החששות והקשיים העולים מריאיון עדים, אשר נדונו בפרק הראשון של המאמר, הטרידו את בתי המשפט. עם זאת, נמנעה הפסיקה מלקבוע כללים נוקשים בדבר האופן שבו יש להכין עדים לקראת משפט.⁹⁰ בעניין אלופי, בשנת 1955, קבע השופט חשין כי זכותו ואף חובתו של כל פרקליט להיפגש עם עדיו בהתכוננו

מהותי בזכות ההליך הוגן, בשים לב לאופייה ולחומרתה של ההפרה, למידת ההשפעה של ההפרה על הראיה שהושגה ולעניין הציבורי שבקבלת הראיה או באי-קבלתה; בסעיף קטן זה, "הפרה" – השגת ראיה שלא כדין.

(ב) אין באמור בסעיף קטן (א) כדי לפגוע בכללים לפסילת ראיות הקבועים בהוראות חיקוק אחרות".

⁸⁸ ראו עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 66.

⁸⁹ הואיל וכלל 37(א) לכללי לשכת עורכי הדין לא מתייחס כלל להכנת עדים אלא לזכותו של עורך הדין להיפגש עם עדיו הרי שהמקורות הנורמטיביים העיקריים לפרקטיקה של הכנת עדים מצויים בפסיקה ובהנחיית פרקליט המדינה, ובהם יעסוק הדיון בפרק זה.

⁹⁰ ראו: ע"פ 840/79 גבריאל נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (2) 371, 375-376 (1981); עניין הפניקס, לעיל ה"ש 5, בעמ' 136.

למשפט.⁹¹ בעניין גבריאל, אשר ניתן בשנת 1981, הביע השופט יצחק כהן את חששותיו באשר למוסד הריאיון עם עדים. השופט כהן אמר כי השאלה עד כמה אפשר, בדרך של פסיקה, למנוע הדרכה בלתי נכונה של עדים הנעשית מחוץ לבתי המשפט בריאיון על ידי עורך-דין, היא בעיה קשה שבה סירבו בתי המשפט לקבוע כללים. השופט כהן, תוך שהוא מפנה בהסכמה לדבריו של המלומד הרנון, ציין כי זכות הריאיון עלולה להיות מנוצלת שלא כראוי, ולעיתים קרובות אף מנוצלת בדרך זו. אך, הוסיף כי אין זה מעשי לקבוע כללים נוקשים למניעת שימוש לרעה בזכות זו.⁹²

בעניין הפניקס, אשר נדון בשנת 2001 בבית המשפט המחוזי בירושלים, קבע השופט חשין מספר קווים מנחים לגבי "המותר" ו"האסור" במסגרת ריאיון שמקיים תובע עם עדיו. נקבע כי במסגרת הריאיון אסור לנסות ולהשפיע על הדברים שיימסרו בעדות, כגון לשים בפיו תשובות מוכנות מראש, מפני שהדבר הוא משום הדרכה שבכוחה להפחית במידה רבה את משקל העדות.⁹³ עוד נקבע כי מותר להראות לעד את הודעתו הקודמת, אפשר להציג לו "רישומים אחרים" שיועלו בעדותו וכן אפשר לקבל מהעד פרטים נוספים.⁹⁴ בעניין בורוביץ, אשר ניתן בשנת 2005, הביע בית המשפט העליון את דעתו כי בנסיבות ההליך שלפניו, אין זה נכון לקבוע כללים נוקשים בדבר האופן שבו מוטל על תובע לנהל את הראיונות עם עדיו.⁹⁵ חלף זאת, קבע בית המשפט העליון כללים כלליים המיועדים לתובע בבואו לראיין את עדיו:

"מחובתו של תובע לשקול ולקבוע, לאור נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון, את גבול המותר והאסור בראיונות שיקיים עם עדיו תוך שיקפיד להגביל את עצמו לגדר התכליות הלגיטימיות של מוסד הריאיון ויישמר מפני יצירת חשש לפגיעה בהליך בירור האמת במשפט ובהגנת הנאשם. בקביעת גבול המותר בכל ריאיון מוטל על התובע להתחשב, בין היתר, באופיו של העד, בתוכן גרסתו ובחשיבותה לצורך בירור המשפט, במידת החידוש שיש בגרסתו ביחס לאשר מסר בשלב החקירה וכן בשאלה כיצד תשפענה השאלות שתוצגנה לעד בריאיון על תוכן תשובותיו במסגרת עדותו במשפט. למותר להדגיש כי על התובע להישמר מפני הדרכת העד באשר לתוכן גרסתו, וחלילה לו מלשים דברים

91 עניי אלופי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1349.

92 עניין גבריאל, שם, בעמ' 376.

93 עניין הפניקס, לעיל ה"ש 5, בס' 16 בפס' קמ.

94 שם.

95 עניין בורוביץ, לעיל ה"ש 12, בעמ' 845.

בפיו. כן שומה עליו להיזהר מפני הרחבת מסגרתו של הריאיון מריענון זיכרון לכדי "השלמת חקירה" יזומה, ואם העד מוסיף בריאיון מיוזמתו פרטים עובדתיים חדשים, העשויים להיות רלוונטיים לכתב האישום ומהותיים, בין לחיזוק עמדת התביעה ובין לתמיכה בהגנת הנאשם, מוטל על התובע לשקול אם בנסיבות העניין מן הראוי להפנות את העד להשלמת חקירה. מכל מקום, מוטל על התובע לתעד את אותם פרטים נוספים ומהותיים שמוסר העד בראיונו ולהעבירם מבעוד מועד לידיעת ה"סניגוריה"⁹⁶.

בעניין צ'רנוי, אשר נדון בשנת 2006 בבית המשפט המחוזי בתל-אביב,⁹⁷ העלתה ההגנה טרזניה על התנהלות התביעה בהקשר למפגשים שנועדו להכין את עדיה. ההגנה לא חלקה על הצורך במוסד זה, אלא טענה כי התביעה מנצלת מוסד זה, עם או בלי משים, למטרות שלא נועדו להן וכפועל יוצא מכך נפגעת יכולתה של ההגנה למלא כדבעי את משימתה.⁹⁸ השופט מודריק קבע כי הכללים שנקבעו בעניין בורוביץ' הם כלליים מדי ויש צורך בכללים קונקרטיים, והפנה לכללים שקבע השופט חשין בעניין הפניקס, תוך עריכת שינויים אחדים.⁹⁹ נקבע כי במהלך ריאיון עד תוכל התביעה לשאול את העד גם בסוגיות שבהן לא נחקר במשטרה כפוף לסייגים הבאים:

- א. השאלות שתשאלנה לא תהיינה מדריכות;
- ב. לא יוצגו לפני העד גרסאות או עדויות של עדים אחרים;
- ג. השאלות יוגבלו לשיבות או לדיונים שהעד היה שותף להם ויש בחומר החקירה פרוטוקולים או סיכומי דיון של אלה; למסמכים שערך, או השתתף בעריכתם או בקביעת דפוסייהם ותוכנם או היה צד להם או טיפל בהם והמסמכים מצויים ב"חומר החקירה"; או לפעולות שבהן נטל חלק והן מתועדות ב"חומר החקירה";
- ד. המגבלות שבפסקה ג' לא יחולו על תוספות להודעה בעניינים טכניים או משניים שאותן לפי הדין אף אין צורך להציג לעיון מוקדם של הנאשמים ובאי כוחם;
- ה. בנסיבות שבהן מתברר לתביעה שעד מסוים יכול לשפוך אור על סוגייה, מסמך, פעולה וכיוצא באלה שהם מהותיים ושהוא לא נחקר על אודותיהם במשטרה ולא מתקיימים תנאי פסקה ג' לעיל, תתבקש השלמת חקירה

96 שם, בעמ' 846.

97 עניין צ'רנוי, לעיל ה"ש 36.

98 שם, בעמ' 1.

99 שם, בעמ' 3-4.

בידי הגוף החוקר ורק מטעמים תכליתיים מיוחדים, שיובאו מבעוד מועד לידיעת הסניגורים, תבצע התביעה בעצמה תשאול ורישום כפי שנהגה עד הנה.

1. השלמת חקירה בידי הגוף החוקר תיעשה גם בנסיבות שבהן עד חוזר בו, בשעת הריאיון, באורח בולט ומהותי, מגרסת דברים שמסר חקירה המשטרית. גם סטייה מכך תהיה רק בנסיבות חריגות. בנסיבות חריגות כאלה תבאר התביעה ברישומיה כיצד התרחשה הנסיגה מן הגרסה המוקדמת.

2. התביעה תתעד ברישום מפורט את דברי העד בשעת הריאיון ותעביר את הרישומים לסניגורים בהקדם האפשרי. ככלל רצוי שהרישומים יגיעו לידי ההגנה לכל הפחות שבועיים לפני המועד הקבוע לדיון.

כאמור, החלטתו של השופט מודריק אינה משום הלכה מחייבת ובית המשפט העליון בפסיקה מאוחרת, נמנע מלקבוע כללים נוקשים או לאמץ את כלליו של השופט מודריק. פועל יוצא שמלבד ההנחיות הכלליות שקבע בית המשפט העליון בעניין בורוביץ', אשר מותרות לתובע שיקול דעת רחב באופן ניהול הריאיון עם עדיו, אין בנמצא כללים קונקרטיים התוחמים את גבולות המותר והאסור במסגרת הכנת עדים.

2. הנחיית פרקליט המדינה

בשנת 2017 פורסמה הנחיית פרקליט המדינה בדבר ריאיון עד. להנחיה זו אין תוקף משפטי ואין היא נורמה מחייבת, שכן עסקינן בהנחיה המיועדת לפרקליטים. מטרת ההנחיה "להתוות קווים מנחים באשר לריאיון עד על ידי תובע, ובכלל זאת מהות הריאיון, אופן ניהולו ועריכתו, המותר והאסור בו, סוגיו השונים ואופן תיעודו"¹⁰⁰. ההנחיה מתייחסת, בין היתר, לאופן ניהול הריאיון; לכללי ניהול ריאיון עד, לרבות כללים לעניין הצגתם של מסמכים וראיות בפני העד במהלך הריאיון; לריאיון עד טרם הגשת כתב אישום; לריאיון עד במהלך עדות; וכן לתיעוד ריאיון ומעמדו כתרשומת פנימית או חומר חקירה. להלן אציג את עיקרי ההנחיה.

ההנחיה קובעת כי תובע המראיין עד יבאר בפתח הדברים את מטרת הריאיון ויבהיר לעד כי מדובר בהליך תקין, שגרתי ומותר על פי דין. ריאיון עד יתקיים עם כל עד בנפרד. תובע המראיין עד יימנע מלהדריך את העד באשר לתוכן עדותו.¹⁰¹ באשר לדרך ניהול הריאיון קובעת ההנחיה כי אפשר להתחיל ריאיון עד

100 הנחיית פרקליט המדינה מס' 7.13 "ריאיון עד" 1 (31.12.2017).

101 שם, בס' 7.

בשמיעת גרסת העד לאירוע, ובהמשך להציג בפניו הודעות שמסר במשטרה, וכן אפשר להתחיל הריאיון בהצגת הודעותיו של העד במשטרה – הכול לפי שיקול דעת התובע.¹⁰² על התובע המראיין עד להסביר לו על תהליך מתן העדות בבית המשפט,¹⁰³ על מהות אזהרתו של העד על ידי בית המשפט ועל חובתו לומר את האמת כולה ואת האמת בלבד.¹⁰⁴ כאשר אין העד יודע את התשובה לשאלה מסוימת, על התובע להבהיר לו כי מותר ואף חובה עליו לומר זאת.¹⁰⁵ עוד ידגיש התובע בפני העד שעליו להעיד מזיכרונו ומידיעתו בלבד, ולהימנע מניחוש, סברה או השלמות על פי הגיון הדברים וכיוצא באלה.¹⁰⁶ ככלל, תובע יתמקד בריאיון בנושאים שעל אודותיהם העיד העד במשטרה, ובגדר כך רשאי הוא לשאול את העד שאלות הבהרה.¹⁰⁷

באשר למסמכים שאפשר להציג לעד, קובעת ההנחיה כי ככלל לא יציג תובע לעד דבר מלבד הודעתו ונספחיה. כמו כן אפשר להציג מסמכים שהעד היה שותף בעריכתם. חל איסור להציג לעד את כתב האישום, וזאת כדי למנוע השפעה אפשרית על עדותו.¹⁰⁸ לשם מימוש תכליות הריאיון, אפשר להציג בפני העד ראיות חפציות, כגון מסמכים, אם אלה הוצגו לו במשטרה. כן אפשר להציג בפניו ראיות חפציות שלא הוצגו לו במשטרה, אם הצגתן קשורה לנושאים שעלו בעדותו. זאת בלבד כשמדובר בראיות אשר העד היה שותף להכנתן, השתתף בעריכתן, היה צד להן, טיפל בהן, שלח אותן, קיבל אותן וכיוצא באלה. זאת, אלא אם נמצא כי הצגת הראיות בפני העד כחלק מהריאיון עלולה להביא להשפעה פסולה על עדותו.¹⁰⁹

ככלל, יש להימנע מלהציג בפני העד את ההודעות שמסרו עדי תביעה אחרים או גרסה שמסר עד תביעה אחר. עם זאת, אפשר להציג בפני העד תרחישים וטענות שעלולות לסתור את עדותו, ואשר עשויות להיות מבוססות על גרסאות שנמסרו בחקירה, ובלבד שההתייחסות אליהן תהא כאפשרות מעין "תיאורטית".¹¹⁰ אין להציג בפני העד הודעות של הנאשם ושל עדי הגנה במשטרה, אולם, אפשר לעמת את העד עם גרסת הנאשם וההגנה כפי שעולה

102 שם, בס' 8.

103 שם, ס' 9

104 שם, בס' 10.

105 שם, בס' 11.

106 שם, בס' 12.

107 שם, בס' 14.

108 שם בס' 14(1).

109 שם, בס' 14(3) ו-4(4).

110 שם, בס' 15. כך, למשל, אפשר לשאול: "ואם תעלה טענה X מה תהיה תגובתך?" בכל מקרה, על התובע לתת דעתו לחשש מפני תיאום גרסאות או הדרכת העד.

מחומר החקירה, שעלתה או עשויה לעלות בבית המשפט. זאת בלי לציין שזו גרסה שמסר הנאשם או עד הגנה.¹¹¹ ההנחיה מאפשרת לתובע לעמת את העד עם סתירות בהודעותיו. וזאת כדי ללבן את גרסתו כחלק מהכנתו לעדות בבית המשפט, והכול כפוף לנקיטת משנה זהירות כדי שלא תהא השפעה או "זיהום" אפשרי של גרסתו, או הכוונה לגרסה מסוימת.¹¹² באשר לקיומה של סימולציה של חקירה נגדית עם העד, נקבע כי התובע רשאי לקיימה, ובכלל זאת הוא גם רשאי לעמתו עם טענות הצפויות לעלות בחקירה הנגדית, וזאת כל עוד הדבר נעשה לתכלית שלשמה נועד מוסד ריאיון העד ובהתאם לעקרונות המפורטים בהנחיה.¹¹³ עוד קובעת ההנחיה כי על התובע לציין בפני העד את החובה להימנע מלשוחח עם עדי תביעה אחרים עד לאחר סיום מתן עדותו ועדותם בבית המשפט. אם אין הדבר אפשרי (כדוגמת בני משפחה), יצוין האיסור לשוחח על תכנים הנוגעים בעדות עצמה.¹¹⁴ נקבע כי על התובע להימנע מלמסור לעד נייר כתוב הכולל את השאלות אותן הוא מתכוון לשאול אותו בחקירה ראשית.¹¹⁵ כן עליו לאפשר לעד לעיין בכל הודעותיו במהלך הריאיון,¹¹⁶ ולהימנע, ככלל, מלתת בידי העד עותק מהודעותיו לקחת עימו.

מן המקובץ לעיל עולה כי יתרונה של הנחית פרקליט המדינה הוא בקביעת הנחיות קונקרטיות וברורות המתוות את הגבול בין המותר והאסור במהלך הכנת עדים. הנחיות אלה הן אבן דרך חשובה בריאיון שמקיים תובע עם עדיו. עם זאת ההנחיה מעוררת כמה קשיים. קושי אחד נעוץ בכוח הנורמטיבי שלה, ופועל יוצא מכך, בכוח ההרתעתי. אי-קיום ההנחיות עשוי להביא לנקיטת צעדים משמעותיים-פנימיים כנגד התובע שפעל בניגוד להנחיות, אך אין בה כדי להביא להעמדה לדין מטעם לשכת עורכי הדין. חיסרון נוסף נעוץ בכך שהכללים מיועדים לתובעים בלבד ואינם חלים על סניגורים. החששות והסכנות הטמונים במוסד הריאיון מתעוררים בין אם העד שתודרך הוא עד תביעה או עד הגנה. חיסרון שלישי נובע מכך שההנחיות מיועדות לעורכי דין הפועלים במודע והן נועדו למנוע אימון מדרגה ראשונה ושנייה אולם אין בכוחן כדי למנוע אימון מדרגה שלישית. חיסרון רביעי הוא שלא אחת לשון ההנחיות אינה חד-משמעית או החלטית והיא מותירה שיקול דעת לתובעים לחרוג מהן. כך, למשל, שימוש

111 שם, בס' 16. כך, למשל, אפשר להציג בפני העד את השאלה: "ואם ההגנה תטען X, מה יש לך לומר על כך?".

112 שם, בס' 17.

113 שם, בס' 18.

114 שם, בס' 19.

115 שם, בס' 20.

116 שם, בס' 21.

מרובה בביטויים "על תובע להימנע מ..." או "ככלל" מאפשרות לתובע לחרוג מההנחיות מתוך הנחה כי המקרה שלפניו הוא "יוצא מן הכלל" או שאינו מצדיק או מאפשר לתובע להימנע מלעשות את אותה פעולה שעליו היה להימנע ממנה. מכאן שלא רק שכוחן המחייב של ההנחיות הוא מוגבל, אלא שחלקן מותרות בידי התובע שיקול דעת לחרוג מהן.

3. לקחים ומסקנות

כללי לשכת עורכי הדין מאפשרים לעורך דין להכין את עדיו לקראת משפט, אולם הם אינם מתווים את גבולות המותר והאסור במהלך מפגש זה. גם הפסיקה הקיימת קובעת כללים והנחיות כלליות מדי שאינן מתוות את דרכי הפעולה ושיקול הדעת של עורך הדין במהלך הריאיון. הנחיית פרקליט המדינה טומנת בחובה הנחיות קונקרטיות וברורות באשר לכללי המותר והאסור אולם הן מיועדות לתובעים בלבד ומותרות שיקול דעת לחרוג מהן, ולעיתים מנוסחות בלשון "מתירנית" ולא בדרך של איסור חד-משמעי. דומה כי הכללים הקיימים כיום לא רק שאינם מהווים תמרורי אזהרה לעורכי הדין בבואם להכין עדים, הם גם אינם מתמרצים עורכי דין להימנע מהדרכת עדים. זאת במיוחד נוכח התחרות הקיימת בין הצדדים בשיטה האדברסרית; הרצון לנצח באותו מאבק והדילמה שבה מצוי עורך הדין – מצד אחד, חובת האמון שלו כלפי לקוחו וחובתו לפעול למען האינטרס של הלקוח, ומן הצד השני, חובותיו כלפי בית המשפט. הקשיים בחשיפת אימון העדים, היעדר כללים מנחים, היעדר הסדרה בחוק או בכללי לשכת עורכי הדין הופכים מוסד זה למוסד בעל גבולות פרוצים אשר שולח זרועותיו לתוך לב ליבו של ההליך האתי, ולעיתים הפלילי, ועשוי להשפיע על תוצאותיו ולפגוע בהשגת תכליותיו.

ג. הכנת עדים במשפט המשווה

בדיון שלהלן אבחן את מוסד הריאיון עם עדים במשפט המשווה. תכליתו של דיון זה היא לבחון הסדרים שונים מעבר לים, על יתרונותיהם וחסרונותיהם. המסקנות והלקחים מפרק זה ישמשו תשתית להסדר המוצע בפרק הרביעי.

1. ארצות-הברית

בארצות-הברית, הכנת עדים היא חלק אינטגרלי מעבודתם של עורכי דין, הן בהליך הפלילי והן בהליך אזרחי.¹¹⁷ בארצות-הברית קיים קונצנזוס רחב שלפיו

Sergey V. Vasiliev, *From Liberal Extremity to Safe Mainstream? The Comparative* 117

הכנת עדים לקראת משפט היא חובה אתית של עורך הדין, הן כלפי בית המשפט והן כלפי הלקוח.¹¹⁸ בתי המשפט בארצות-הברית רואים בפרקטיקה של הכנת עדים כהיבט עיקרי של חובת הייצוג (duty of zealous representation) ומתייחסים אליה, בעקביות, כנוהג מקובל ורצוי וכחובה מקצועית.¹¹⁹ החובה כלפי הלקוח היא לדאוג לאינטרס שלו ולפעול לטובתו וחובה זו כוללת קיום ריאיון עם עדים כחלק אינטגרלי מפעולות הכנה של עורך הדין לקראת דיון בבית המשפט. התפיסה היא כי כאשר עורך דין לא מכין את עדיו לקראת משפט, הוא פוגע באינטרס של הלקוח.¹²⁰ אף על פי שהכנת עדים נחשבת לחובה מקצועית, אי-קיומה לא יביא בהכרח להעמדה לדין משמעתי.¹²¹

1.1 כללי אתיקה

לשכת עורכי הדין האמריקנית (The American Bar Association) (להלן: ABA) קבעה את כללי האתיקה לדוגמה להתנהגות מקצועית (Model Rules of

Controversies of Witness Preparation in the United States, 9(2) INT'L. COMMENT.

.ON EVIDENCE 6 (2011). ראו גם Applegate, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1367.

118 Salmi, לעיל ה"ש 1, בעמ' 136; Applegate, שם, בעמ' 287; Vasiliev, שם, בעמ' 6; ARON & ROSNER, לעיל ה"ש 17, בעמ' 11. כך, למשל, הקוד האתי לדוגמה בארצות הברית [ABA Model Code for Professional Responsibility (1983)] קובע את חובתו של עורך הדין, הן כלפי בית המשפט והן כלפי הלקוח, לייצג את הלקוח כך: "zealously within the bounds of the law". שם, EC 7-1 and 7-19. חובה דומה קיימת בכללי האתיקה לדוגמה [ABA Model Rules of Professional Conduct] בכלל מס 1.1 (competence), אשר קובע כך: "A lawyer shall: provide competent representation to a client. Competent representation requires the legal knowledge, skill, thoroughness and preparation reasonably necessary for the representation" כמו כן, כלל מס' 1.3 (diligence) קובע כי: "A lawyer shall act with reasonable diligence and promptness in representing a client"

119 ראו, למשל, Hamdi & Ibrahim Mango Co. v. Fire Association of Philadelphia, 20 F.R.D 181, 182 (S.D.N.Y. 1957). בית המשפט קבע כי: "it could be scarcely be suggested that it would be improper for counsel who called the witness to review with him prior to the deposition the testimony to be elicited. It is usual and legitimate practice for ethical and diligent counsel to confer with a witness whom he is about to call prior to his giving testimony, whether the testimony is to be given on State ex rel. Means v. King, 520 S.E.2d 875, 881. כמו כן, ראו: deposition or at trial" Vasiliev; (W. Va. 1999) שם, בעמ' 8.

120 Vasiliev, שם, בעמ' 7; Applegate, לעיל ה"ש 1, בעמ' 287-289; Salmi, לעיל ה"ש 1, בעמ' 136; Paul C. Gianelli & Kevin C. McMunigal, *Prosecutors, Ethics and Expert Witnesses*, 76 FORDHAM L. REV. 1493, 1521 (2007).

121 Applegate, שם, בעמ' 287; Vasiliev, שם, בעמ' 8.

Professional Conduct) (להלן: MRPC או "כללי האתיקה"),¹²² וכן את הקוד האתי לדוגמה (Model Code of Professional Responsibility) (להלן MCPR או "הקוד לדוגמה"), הקובעים את חובותיהם האתיות של עורכי הדין, תובעים וסניגורים כאחד. כמעט כל המדינות בארצות-הברית אימצו גרסה מסוימת של הקוד והכללים.¹²³ נוסף על כך, אימצה ה-ABA סטנדרטים להתנהגות מקצועית המיועדים לתובעים ולסניגורים בהליך הפלילי (Criminal Justice Standards) (להלן: סטנדרטים מקצועיים).¹²⁴ מדובר בסדרה של סטנדרטים שנקבעו בשנות השישים של המאה הקודמת, אשר נועדו לכוון ולהדריך את עורכי הדין העוסקים בפרקטיקה של המשפט הפלילי. בעוד כללי האתיקה אינם מסדירים באופן ישיר את מוסד הריאיון עם עדים לקראת משפט, הסטנדרטים המקצועיים מתייחסים לכך, אם כי באופן כללי ורחב כך שאין בהם כדי לשמש קווים מנחים ברורים לגבי המותר והאסור והיכן עובר הגבול בין הכנה מותרת לאימון או הדרכה אסורים.¹²⁵ כך, למשל, הוראה 3-3.4(c) לסטנדרטים המקצועיים החלים על התובעים, קובעת כי תובע או נציג של התביעה צריך לשאוף לראיין את כל העדים בלי להפחידם או להשפיע עליהם יתר על המידה.¹²⁶ נקודת המוצא של כל ישיבת הכנת עדים צריכה להיות המלצה לעד לומר את האמת.¹²⁷ כלל אחר קובע כי כחלק מייצוגו של לקוח, לא ייעץ או יסייע עורך דין ללקוח בהתנהגות פלילית או שיש בה מרמה.¹²⁸ בכלל אחר נאסר על עורך דין לסלף ראייה או לסייע או לייעץ

-
- 122 Model Rules of Prof'l Conduct (Am. Bar Ass'n 2002). הכללים זמינים ב-<https://bit.ly/3StctfT>.
- 123 Salmi, לעיל ה"ש 1, בעמ' 138.
- 124 ABA Criminal Justice Standards for the Prosecution and Defense Function (4th ed. 2017). כללי ה-ABA זמינים ב-<https://bit.ly/3wdJlla>.
- 125 Cohen, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1004-1005. ABA Criminal Justice Standards, § 3-6.6. Cohen states that a prosecutor "should not offer evidence that the prosecutor does not reasonably believe to be true, whether by documents, tangible evidence, or the testimony of witnesses. When a prosecutor has reason to doubt the truth or accuracy of particular evidence, the prosecutor should take reasonable steps to determine that the evidence is reliable, or not present it".
- 126 ABA Criminal Justice Standards, § 3-3.4(c) provides, "The prosecutor or the prosecutor's agents should seek to interview all witnesses, and should not act to intimidate or unduly influence any witness". ראו גם Cohen, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1008.
- 127 Salmi, לעיל ה"ש 1, בעמ' 141. כמו כן ראו James M. Altman, *Witness Preparation* (1995), *Conflicts*, LITIG., 38, 39.
- 128 "lawyer shall not counsel a client to engage, or assist a client, in conduct that the lawyer knows is criminal or fraudulent" Model Rules of Professional Conduct Rule 1.29(d) (1996).

לעד למסור עדות שקר.¹²⁹ אף על פי שהוראה זו לא קובעת באילו נסיבות היא חלה, נהוג להחיל אותה על הכנת עדים.¹³⁰ כלל נוסף אוסר על עורך הדין להיות מעורב במעשה שיש בו חוסר יושר, הונאה, מרמה או הטעיה.¹³¹ עוד קובע הקוד האתי כי עורך דין לא ייעץ או יסייע ביודעין ללקוח במעשה לא חוקי, ולא ישתתף בהבאת ראיות כוזבות.¹³²

גם הסטנדרטים המקצועיים העוסקים באחריותם המקצועית של תובעים וסניגורים כוללים איסור דומה. בסטנדרטים החלים על התובעים, נאסר על תובע להציג ראיה, ובכלל זה עדות של עד, מסמך או חפץ, כאשר הוא סבור שמדובר בראיה שקרית. הוראה דומה חלה גם על סניגורים.¹³³

מן המקובץ לעיל עולה כי אין בנמצא הוראה המתייחסת לאיסורים החלים על ריאיון עם עדים. עם זאת, מלשון קודי האתיקה עולה במפורש כי במהלך הכנת עדים חל איסור על עורך דין להיות מעורב במסירת עדות שקר ולהשתמש ביודעין בראיה כוזבת.¹³⁴

"[] lawyer shall not [...] falsify evidence, [or] counsel or assist a witness to testify falsely" Model Rules of Prof'l Conduct r. 3.4(b). Concerning Rule 3.4(b)

Salmi, לעיל ה"ש 1, בעמ' 138.

"it is professional misconduct for a lawyer to engage in conduct involving dishonesty, fraud, deceit or misrepresentation" Model Rules of Professional Conduct Rule 8.4(c) (1996).

Model Code of Professional Responsibility DR 7-102(A) (1980). "In the representation of a client, a lawyer shall not counsel or assist a client in conduct that the lawyer knows to be illegal or fraudulent, nor participate in the creation or preservation of evidence when he knows, or it is obvious, that the evidence is false".

Criminal Justice Standards for The Defense Function (fourth edition, 2017) s. 4-1.5(b): "Defense counsel should not knowingly make a false statement of fact or law or offer false evidence, to a court, lawyer, witnesses, or third party. It is not a false statement for defense counsel to suggest inferences that may reasonably be drawn from the evidence. In addition, while acting to accommodate legitimate confidentiality, privilege, or other defense concerns, defense counsel should correct a defense representation of material fact or law that defense counsel knows is, or later learns was false"

Patricia J. Kerrigan, *Witness Preparation*, ;146-144, 139 בעמ' 1, לעיל ה"ש 1, בעמ' 134
30 TEX. TECH L. REV. 1367, 1370-1371 (1999)

1.2 פסיקת בתי המשפט

הפסיקה האמריקנית ערה לכך שלעיתים ריאיון עם עד לקראת עדות בבית המשפט עלול לגלוש לאימון פסול של העד.¹³⁵ בעוד בתי משפט קבעו בפסיקתם כי על עורכי הדין לראיין ולהכין את עדיהם עובר לעדותם בבית המשפט,¹³⁶ הם לא סיפקו הנחיות ברורות לתביעה לגבי השאלה מה מותר ומה אסור במהלך הכנת עדים.¹³⁷ בפסק הדין בעניין *Re Eldridge*, משנת 1880, קבע בית המשפט לערעורים במדינת ניו יורק, בהתייחס להכנת עדים, כי עורך הדין רשאי "להוציא" מהעד מידע אולם הוא לא רשאי "להכניס" לו מידע. הוא רשאי ללמוד מה העד יודע, אך הוא לא רשאי ללמד את העד מה הוא צריך לדעת.¹³⁸ בתי משפט ציינו כי אימון עדים מתרחש כאשר התובע מבקש "להשפיע באופן לא תקין" על העדות הצפויה בבית המשפט.¹³⁹ הגדרה זו אינה בהירה שכן לא ברור אילו מצבים נכנסים להגדרה זו.

בעניין *Crutchfield*, הגדיר בית המשפט לערעורים בארצות-הברית (11th Circuit) את המונח "אימון עד" כך:

– "improperly directing witness's testimony in such a way as to have it conform with, conflict with, or supplement the testimony of other witnesses".¹⁴⁰

הגדרה זו מתייחסת לכל הדרכה מצד עורך הדין, אשר הביאה לשינוי בגרסת העד, כדי שהעדות תתיישב עם גרסאות של עדים אחרים, תתמוך בהם או תסתור אותם. גם הגדרה זו רחבה ומעורפלת שכן לא ברור מתוכה איזו התנהגות או פעולה הן "הדרכה לא נאותה" (improperly directing).

¹³⁵ Nixon v. United States, 703 F. Supp. 538, 563 (S.D. Miss. 1988) "Pretrial witness interviews are commonplace and are a proper method of trial preparation"

¹³⁶ United States v. Rhynes, 218 F.3d 310, 319 (4th Cir. 2000) "Thorough preparation demands that an attorney interview and prepare witnesses before they testify"

¹³⁷ Cohen, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1010.
¹³⁸ ראו *Re Eldridge*, לעיל ה"ש 24, בעמ' 171: "While a discrete and prudent attorney may very properly ascertain from witnesses in advance of the trial that they in fact do know, and the extent and limitations of their memory, as a guide for his own examinations, he has no right, legal or moral, to go further. His duty to extract facts

from the witness, not to pour them into him"

¹³⁹ ראו *Geders v. United States*, 425 U.S. 80, 81 (1976).

¹⁴⁰ ראו *Crutchfield v. Wainwright*, 803 F.2d 1103, 1110 (11th Cir. 1986).

בפסק הדין בעניין *Hamdi & Ibrahim Mango Co.*, משנת 1957, הכיר בית המשפט בכך כי אי אפשר להבחין בנקל בין הכנה הכוללת ריענון זיכרון של עד ובין הכנסת מילים לפיו ורעיונות למוחו. בית המשפט הדגיש כי ההבחנה צריכה להיות תלויה במקצועיות והאתיקה של עורך הדין.¹⁴¹ בפסק הדין *Geders*,¹⁴² אשר נדון בשנת 1976 בבית המשפט העליון בארצות-הברית, עמד השופט Burger על חשיבות ההבחנה האתית בין הכנת עדים ואימון עדים, באומרו את הדברים הבאים:

“An attorney must respect the important ethical distinction between discussing testimony and seeking improperly to influence it; any violation of the strictures of the American Bar Association Code of Professional Responsibility against fraudulent conduct or use of fraudulent, false, or perjured testimony, constitutes a most serious breach of the attorney’s duty to the court, to be treated accordingly”.¹⁴³

חרף הקביעה כי “הדרכה לא נאותה” של העד היא הפרה חמורה של חובת עורך הדין כלפי בית המשפט, בית המשפט העליון לא ציין או קבע איזו התנהגות של עורך הדין במהלך הכנת העד, עומדת בהגדרה זו.¹⁴⁴

בפסק הדין *State v. McCormick*, שנידון בשנת 1979 בבית המשפט העליון של מדינת צפון קרוליינה, התייחס בית המשפט להכנת עדים בידי הסניגור. נקבע כי אין פסול בכך שהסניגור מכין את עדיו לקראת הדיון בבית המשפט, כל עוד הוא לא מורה לעד מה לומר בבית המשפט או מדיח אותו למסור עדות שקר.¹⁴⁵ הגדרה מצומצמת זו של אימון עדים, המתייחסת רק למצבים שבהם עורך הדין אמר לעד מה לומר או שהדיח אותו למסור עדות שקר, מותרת לעורך הדין מרחב פעולה רחב מאוד במהלך הכנת העד, אשר עשויה להשפיע על העדות

141 *Hamdi & Ibrahim Mango Co. v. Fire Association of Philadelphia*, 20 F.R.D 181, 183 (S.D.N.Y 1957) “There is no doubt that these practices are often abused. The line is not easily drawn between proper review of the facts and refreshment of the recollection of a witness and putting words in the mouth of the witness or ideas in his mind. [...] [T]he line must depend in large measure, as do so many other matters of practice, on the ethics of counsel”

142 ראו עניין *Geders*, לעיל ה"ש 139.

143 שם, בעמ' 90.

144 שם, בעמ' 80.

145 *State v. McCormick*, 259 S.E.2d 880, 882 (N.C. 1979).

בבית המשפט.¹⁴⁶

בפסק הדין *People v. Pulvino*, שנידון בשנת 2014 בבית המשפט העליון של מדינת ניו-יורק, נקבע כי כדי לקבוע כי העד עבר הדרכה אסורה, די שיהיו ראיות להשפעה פסולה על העד.¹⁴⁷ גם בעניין זה בית המשפט לא ציין איזו התנהגות היא השפעה פסולה על העד.

מן המקובץ לעיל עולה כי המשפט האמריקני מתייחס להכנת עדים כחלק מקיום חובותיו של עורך הדין הן כלפי לקוחו והן כלפי בית המשפט. אולם, חרף ההגדרה של אימון עדים בפסיקה, מוסד זה לא תחום בגבולות ברורים ובכללים קונקרטיים שיתוו את התנהגותו של עורך הדין במהלך המפגש עם עדיו.

2. אנגליה

באנגליה, עד שנת 2008, נאסר בתכלית האיסור לראיין עדים לפני משפט.¹⁴⁸ המקור ההיסטורי לאיסור התגבש במהלך המאה התשע-עשרה. מקורו בכך שבעבר, התביעות הובאו לבית המשפט על ידי אנשים פרטיים, כאשר מחוץ לבית המשפט עמדו "אנשי קש" אותם אפשר היה לשכור כעדים בתמורה לכך שישבעו בבית המשפט כי האירוע נשוא המשפט התרחש.¹⁴⁹ לפיכך, בתי המשפט לא בטחו בתובעים והשתרש הכלל שאסר על תובעים להיפגש עם עדים.¹⁵⁰ כלל זה הפך לטאבו ולחלק מכללי ההתנהגות של ה־barristers באנגליה.¹⁵¹ התפיסה הייתה כי תפקידה של התביעה הוא להעמיד לדין נאשמים, בעוד מלאכת החקירה נתונה למשטרה בלבד, וזו כוללת את הסמכות לאתר עדים ולגבות מהם הודעות באשר לאירוע שנדון במשפט. כאשר התובעים בחנו את הראיות ודרשו מידע

Cohen, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1012. 146

People v. Pulvino, 982 N.Y.S.2d 630, 632 (N.Y. App. Div. 2014). 147

Paul Roberts & Candida Saunders, *Piloting PTWI – A Socio-Legal Window on Prosecutors' Assessment's of Evidence and Witness Credibility*, 30 OXFORD J. OF LEGAL STUD. 101, 102 and 138 (2010). האיסור חל על כל עד למעט עדים מומחים. איסור זה חל גם על סניגורים, למעט ראיון עם הנאשם (לקוחו של הסניגור). ראו גם ואקי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 572, ה"ש 6. 148

ואקי, שם, בעמ' 578. 149

שם. 150

שם, בעמ' 578–579. יצוין כי עורכי הדין באנגליה נחלקים לשני סוגים: solicitors ו־barristers. ה־solicitors מכינים את התיק לקראת דיון בבית המשפט ועורכים את כל פעולות ההכנה הנדרשות בתיק, לרבות איסוף ראיות, גיבוש והכנת התיק לקראת דיון, פגישה עם לקוחות וכדומה. ה־barristers הם עורכי דין המופיעים בדיונים בבתי המשפט ולעיתים הם נשכרים על ידי ה־solicitors. כללי האתיקה והאיסורים לגבי אימון עדים חלים על שניהם. ראו: Vasliev, לעיל ה"ש 117, בעמ' 32; Roberts & Saunders, לעיל ה"ש 148, בעמ' 102. 151

נוסף מעד מסוים, על התובע היה לפנות לקצין משטרה ולבקש השלמת חקירה.¹⁵²

לפיכך, הקוד האתי של לשכת עורכי הדין (Code of Conduct of the Bar of England and Wales) (להלן: הקוד האתי) אסר על barristers להיפגש עם עדים ולראיין אותם לקראת המשפט.¹⁵³ בשנת 1995, שונה הקוד האתי ואפשר לעורכי דין להציג עצמם בפני העד עובר למשפט.¹⁵⁴ כך, בהדרגה, התאפשר לעורכי דין ליצור קשר עם עדים כדי להציג עצמם בפני העד ולהסביר להם על ההליך הצפוי.¹⁵⁵ הליך זה שנקרא "familiarization" (להלן: הנגשה או היכרות) נועד לסייע לעדים להתמודד עם הלחץ הכרוך במסירת עדות בבית המשפט, ובתוך כך, לאפשר לעורך הדין להסביר לעד על ההליך הצפוי כמו גם להעמיד אותו על חובתו לומר אמת.¹⁵⁶

אף על פי שהותר לעורכי הדין להיפגש עם עדים לקראת המשפט, נאסר עליהם לשוחח עימם על תוכן עדותם הצפויה.¹⁵⁷ העובדה שעורכי הדין באנגליה

152 Roberts & Saunders, שם, בעמ' 101.

153 Code of Conduct of the Bar of England and Wales 607(b) (1995); Wydick, לעיל ה"ש 15, בעמ' 8.

154 Wydick, שם.

155 Vasiliev, לעיל ה"ש 117, בעמ' 29-30. ראו ס' 3 ל-*Written Standards for the Conduct of Professional Work*, Bar Standards Board, Code of Conduct of the Bar Of England and Wales, Paras 6.1.2 and 6.1.3: "there is no longer any rule in any case (including contested cases in the Crown Court) which prevents a barrister from having contact with a witness whom he may expect to call and examine in chief, with a view to introducing himself to the witness, explaining the courts' procedure (and in particular the procedure for giving evidence), and answering any questions on procedure which the witness may have".

156 Vasiliev, לעיל ה"ש 117, בעמ' 30-31. *Written standards*, שם, פס' 06.01.2004: "it is responsibility of a barrister, especially when witness is nervous, vulnerable or apparently the victim of criminal or similar conduct, to ensure that those facing unfamiliar court procedure are put as much at ease as possible" בתוך כך, אפשר לייעץ לעד כיצד להעיד (כגון להקשיב לשאלות של עורכי הדין בזהירות ולהשיב עליהן רק על השאלה שנשאלת, לדבר בקצב איטי וברור וכדומה); להכיר לו את בית המשפט ולערוך לו סיור מקדים בבית המשפט; להסביר לו על התפקידים השונים של התובע של הסניגור ושל בית המשפט, צורות החקירה השונות ומטרתן, סדר חקירתו על דוכן העדים וכיוצא באלה.

157 Gordon Van Kessel, *Adversary Excesses in the American Criminal Trial*, 67 NOTRE DAME L. REV. 403, 405 (1992); *Witten Standards for the Conduct of Professional Work* Para. 6.3.1 "it is wholly inappropriate for a barrister in [...] a [criminal] case to interview any potential witness. Interviewing includes discussing with any such witness the substance of his evidence or the evidence of other such witnesses"

היו מנועים במשך זמן רב מלהכין עד לקראת עדות אין משמעה כי הדבר לא נעשה בפרקטיקה,¹⁵⁸ וגם כחלק מריאיון עם העד היה קיים חשש כי העד יודרך, בין במתכוון ובין אם לאו.

בשנת 2005 נדון בבית המשפט לערעורים באנגליה ובוילס פסק הדין *R v. Momodou*. פסק דין זה נחשב לאחד מפסקי הדין המרכזיים בנושא הכנת עדים. בעניין זה קבע בית המשפט את הרציונל להבחנה בין הנגשת ההליך לעד (familiarization) שהיא מותרת ובין אימון (coaching) אסור של עד וקבע מגבלות על הכנת עדים, באומרו את הדברים החשובים הבאים:

“There is a dramatic distinction between witness training or coaching, and witness familiarization. Training or coaching for witnesses in criminal proceedings (whether for prosecution or defence) is not permitted. This is the logical consequence of well-known principle that discussions between witnesses should not take place, and that the statements and proofs of one witness should not be disclosed to any other witness [...]. The witness should give his or her own evidence, so far as practicable uninfluenced by what anyone else has said, whether in formal discussions or informal conversations. The rule reduces, indeed hopefully avoids any possibility, that one witness may tailor his evidence in the light of what anyone else said, and equally, avoids any unfounded perception that he may have done so. These risks are inherent in witness training [...]. Recollections change. Memories are contaminated. Witnesses may bring their respective accounts into what they believe to be better alignment with others. They may be encouraged to do so, consciously or unconsciously. They may collude deliberately. They may be inadvertently contaminated. Whether deliberately or inadvertently, the evidence may no longer be their own. Although none of this is inevitable, the risk that training or coaching may adversely affect the accuracy of the evidence of the individual witness is constant. **So, we repeat, witness training for criminal trials is prohibited [...].** This principle does not preclude pre-trial arrangements to familiarize the witness with the layout of the court, the likely

158, Vasiliev, לעיל ה"ש 117, בעמ' 31.

sequence of events when the witness is giving evidence, and a balanced appraisal of the different responsibilities of the various participants” (ההדגשה הוספה – המחבר).¹⁵⁹

המסר של בית המשפט בעניין *Momodou* הוא כי במהלך הכנת העד, יש ליידע אותו לגבי ההליך הצפוי בבית המשפט, סדר חקירתו בידי הצדדים ואופי החקירות, כדי שידע למה לצפות. אך זאת בלי לקיים עימו דיון על עדותו או על ראיות אחרות.¹⁶⁰

בעקבות כמה פרשות, אשר הסתיימו בזיכוי לאחר “קריסתם” של עדי התביעה, ובהן גם פרשת *Damilola*,¹⁶¹ החליטה הממשלה לשנות את המצב המשפטי.¹⁶² בשנת 2003 הגישה התביעה הציבורית (CPS) נייר עמדה,¹⁶³ ובשנת

R. v Momodou and R. v. Limani, [2005] 2 All ER 571, EWCA Crim 177, paras 61 159
and 62

“This principle does not preclude pre-trial arrangements to familiarise the witness 160
with the layout of the court, the likely sequence of events when the witness is giving
evidence, and a balanced appraisal of the different responsibilities of the various
participants. Indeed, such arrangements, usually in the form of a pre-trial visit to the
court, are generally to be welcomed. Witnesses should not be disadvantaged by
ignorance of the process, nor when they come to give evidence, taken by surprise at
the way it works. None of this however involves discussions about proposed or
intended evidence. Sensible preparation for the experience of giving evidence, which
assists the witness to give of his or her best at the forthcoming trial is permissible.
Such experience can also be provided by out of court familiarisation techniques. The
process may improve the manner in which the witness gives evidence by, for
example, reducing the nervous tension arising from inexperience of the process.
Nevertheless, the evidence remains the witness’s own uncontaminated evidence.
Equally, the principle does not prohibit training of expert and similar witnesses in,
for example, the technique of giving comprehensive evidence of a specialist kind to
a jury, both during evidence-in-chief and in cross-examination, and, another
example, developing the ability to resist the inevitable pressure of going further in
evidence than matters covered by the witnesses’ specific expertise. The critical
feature of training of this kind is that it should not be arranged in the context of nor
related to any forthcoming trial, and it can therefore have no impact whatsoever on
.it” שם, פס’ 62 לפסק הדין.

Sandra Laville, *Damilola Judge Rejects Witness as A Liar*, **THE TELEGRAPH**: ראו: 161
(28 February 2002); Stewart Tendler, *Justice for Damilola as Brothers Convicted*
.Six Years On’ The Times (10 August 2006)

ואקי, לעיל ה”ש 10, בעמ’ 579. 162

Crown Prosecution Service, Pre-Trial Witness Interviews by Prosecutors: A 163
.Consultation Paper (2003)

2004 הגיש היועץ המשפטי לממשל הבריטי (Attorney General) לפרלמנט דו"ח נוסף, 164 שבו נקבע כי התועלת בריאיון עם עדים עולה על החסרונות שבו. 165 בהוראת היועץ המשפטי לממשלה הוקם צוות חשיבה אשר החליט על הפעלה ניסיונית (פיילוט) של הפרקטיקה החדשה. 166 הפיילוט הוחל בארבעה אזורים בצפון מערב אנגליה (עירוניים וכפריים), החל מחודש ינואר 2006 ועד חודש פברואר 2007. 167 בתקופה זו נבחנו 93 תיקים פליליים שבהם תובעים שנבחרו בקפידה למלא תפקיד זה, על בסיס ניסיונם, על מקצועיותם ועל יושרם ערכו ראיונות עם עדים. 168 הפיילוט הוכתר כהצלחה, ובחודש אפריל 2008 הוחל השינוי באנגליה ובווילס. 169 קוד האתיקה שונה בהתאם, ונכנס לתוקף ה-Pre-Trial Witness Interviews Code of Practice (להלן: הקוד האתי לראיונות עם עדים לקראת משפט או PTWI), הכולל הנחיות לתובעים בדבר קיום ראיונות עם עדים. 170

ה-PTWI מסמיך את התובעים, נוסף על מפגש היכרות עם העד, לראיין עדים לפני משפט אם הדבר נדרש כדי להעריך את מהימנות העדות או כדי להבין ראייה מורכבת. וכן כאשר התובעים סבורים שהדבר יסייע להם להגיע להחלטה מושכלת לגבי אספקטים שונים של האירוע. 171 הקוד אוסר במפורש על קיום ראיונות כדי לשפר את עדותו של העד או את ביצועיו על דוכן העדים, אלא רק כדי להשיב על שאלות בעניינים פרוצדורליים. כדי להעריך את מהימנות העדות בשלב הכנת העד, רשאי התובע לשאול את העד שאלות לגבי תוכן ההודעה שמסר במשטרה וכן לגבי עניינים רלוונטיים שונים, לרבות שאלות הבהרה לגבי העדות שמסר ואישיותו. 172 במסגרת זו, חל איסור לשאול את העד שאלות מדריכות באותו עניין או שאלות שעלולות לפגוע בעדותו. 173 ה-PTWI לא אוסר להציג לעד גרסאות עובדתיות שונות, אלא שהדבר מוגבל אך ורק כאשר ישנן

Office of the Attorney-General, Pre-Trial Witness Interviews by Prosecutors – Report (2004) 164

“The interests of justice in ensuring that a prosecutor is able to explore all necessary aspects of a witness’s evidence before reaching a prosecution decision outweigh the potential risks” שם, בעמ’ 20; ואקי, לעיל ה”ש 10, בעמ’ 579. 165

ואקי, שם. 166

Roberts & Saunders, לעיל ה”ש 148, בעמ’ 102. 167

שם, סמוך לה”ש מס’ 20. 168

ואקי, לעיל ה”ש 10, בעמ’ 579; Roberts & Saunders, שם, בעמ’ 101. 169

Pre-Trial Witness Interviews. Code of Practice’ (2008) 170

PTWI Code, section “Interviews to which this Code of Practice applies”; PTWI Protocol para 2.1, 2.2 171

ראו גם: PTWI Guidance, paras 7.22-7.25. 172

PTWI Code, section ‘Questioning’; PTWI Guidance, paras 7.26 173

סתירות משמעותיות בין עדים שונים שאינן ניתנות ליישוב אלא על ידי שאלת שאלות זהירות את העד, בלי לומר לו מי מסר את הגרסה ובלי לרמוז לו איזו גרסה לאמץ.¹⁷⁴

בניגוד למשפט האמריקני והישראלי, הדין האנגלי נוקט גישה נוקשה ומחמירה כלפי עורכי דין המדריכים או מאמנים עדים, הן בהליך פלילי והן בהליך אזרחי. הקוד האתי של לשכת עורכי הדין (Code of the conduct of the Bar Council) (להלן: הקוד האתי), אשר חל על עורכי דין, תובעים וסניגורים כאחד, אוסר על עורך דין לערוך חזרות על העדות, לאמן את העד, לעודד את העד למסור עדות שקר או עדות שאינה כל האמת.¹⁷⁵ גם ה- Written Standards for the Conduct of Professional Work (להלן: הסטנדרטים המקצועיים),¹⁷⁶ שהם חלק בלתי נפרד מהקוד האתי באנגליה, מתייחסים להכנת עדים לקראת משפט. כללים אלה קובעים כי עורך הדין צריך להיות ער לסיכון שריאיון עם עד על המשפט הצפוי עלול לעורר חשד בדבר אימון העד, דבר שעלול להביא להפחתת משקל העדות בבית המשפט.¹⁷⁷ עוד נקבע כי על עורך הדין להיות ער לכך כי אף אם אין לו כל רצון או כוונה להדריך את העד, בעלי-סמכות משפיעים באופן בלתי מודע על עדים-הדיוטות. כך, שיחה עם העד על אודות התיק עלולה באופן

¹⁷⁴ PTWI Code, section 'Questioning'; PTWI Guidance, para. 7.29. כדי שלא לרמוז לעד שישנה סתירה בין תיאור האירוע שלו ובין ראייה אחרת, ה-PTWI מציע כי במקום להצביע על סתירה ראייתית, עורך הדין צריך לנסח את השאלה כך "מה היית אומר אם מישהו היה מציע ש... can I " "what would you say if someone was suggest that... explore a different version of events with you and seek your view. I am boy suggesting that this is what happened, but I need to explore all possibilities" הנחיה מס' 7.30.

¹⁷⁵ S. 705(a) of Code of Conduct of the Bar Council of England and Wales (As amended in July 10, 2002)

705. A barrister must not:

- (A) rehearse, practice or coach a witness in relation to his evidence
- (B) encourage a witness to give evidence which is untruthful or which is not the whole truth.

¹⁷⁶ Written Standards for the Conduct of Professional Work. בס' 1.1 לסטנדרטים המקצועיים מתוארת תכליתם של סטנדרטים אלה והיא לשמש מורה דרך לעורכי דין כיצד לבצע את תפקידם ולהימנע ממעורבות בעבירה אתית.

¹⁷⁷ ראו כלל 6.2.4 לסטנדרטים המקצועיים: "A barrister should be alert to the risks that any discussion of the substance of a case with a witness may lead to suspicions of coaching, and thus tend to diminish the value of the witness's evidence in the eyes of the court, or may place the barrister in a position of professional embarrassment, .for example if he thereby becomes himself a witness in the case"

בלתי מודע לזהם את העדות.¹⁷⁸ הסטנדרטים האמורים גם קובעים כי בהליכים פליליים חלה חובה על תובעים וסניגורים לתעד בכתב את עיקרי הריאיון עם העד ולהעביר את התרשומת לצד שכנגד עובר למסירת העדות בבית המשפט. הפרה של כל אחד מהכללים האמורים כרוכה בהטלת סנקציה משמעתית, ובמקרים מסוימים אף עלולה להביא לשלילת רישיונו של עורך הדין שפעל בניגוד להנחיות אלה.¹⁷⁹

3. קנדה

המשפט הקנדי רואה בהכנת עדים לקראת משפט הליך הכרחי ויעיל הן מבחינת התביעה והן מבחינת ההגנה.¹⁸⁰ אף על פי שריאיון עם עדים נחשב לפרקטיקה מקובלת בקנדה, הקוד האתי מגביל את עורכי הדין באשר למרחב ההכנה של עדים לקראת משפט.¹⁸¹ באונטריו, הכנת עדים מוסדרת ב־ Crown Policy Manual – Witnesses (CPME) ה־182. זאת מכיוון שהכנת עדים נכונה עשויה לעדים, בעיקר בתיקים חשובים או רגישים. זאת מכיוון שהכנת עדים נכונה עשויה לתרום להשגת התכלית שבמסירת עדות מלאה, עצמאית וכנה.¹⁸³ בתוך כך,

¹⁷⁸ ס' 6.2.4 לסטנדרטים המקצועיים: "A barrister should also be alert to the fact that, even in the absence of any wish or intention to do so, authority figures do subconsciously influence lay witnesses. Discussion of the substance of the case may unwittingly contaminate the witness's evidence"

¹⁷⁹ ס' 1.2.1 לנספח Q לכללי האתיקה (in) Annexe Q: The Code of Conduct for Lawyers in) (the European Community

¹⁸⁰ R. v. Sungalia et al., [1992] O.J. No. 3718: "If Crown counsel or Defence counsel could be routinely called as a witness simply because she had previously interviewed one of her own witnesses then no lawyer, Crown or Defence, could ever properly prepare for trial". (Per CampbellJ); R. v. D'Orazio Excavating Contractors Inc. 1998), 75 O.T.C. 124 (Gen. Div.), para. 16; R. v. Elliot (2003), Court of Appeal of Ontario, 4 December 2003, para. 114. Vasiliev, of Ontario, 4 December 2003, para. 114. בעמ' 38.

¹⁸¹ שם, Vasiliev

¹⁸² Crown Policy Manual–Witnesses, Province of Ontario Ministry of Attorney General, 21 March 2005, available at: <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/crim/cpm/2005/Witnesses.pdf>

¹⁸³ "The administration of justice is best served by a trial process that strives to ensure that witnesses provide complete, honest and independent evidence. Properly conducted witness interviews can contribute significantly to that goal. While it is impossible to interview all witnesses in all cases, the effective prosecution of serious or sensitive cases often requires Crown counsel to interview witnesses. When interviewing witnesses, Crown counsel should be mindful of the need to preserve the integrity of the evidence and to safeguard against suggestive techniques that can

עורכי הדין מתבקשים שלא לחרוג מגבולות ההכנה המותרת ולהשתמש בטכניקות לא מקובלות העשויות להשפיע על מסירת העדות.¹⁸⁴ מקור נוסף אשר מסדיר את התנהגותם המקצועית של עורכי הדין באונטריו הוא כללי האחריות המקצועית (Rules of Professional Conduct) (להלן: כללי האחריות המקצועית או הכללים).¹⁸⁵ כללים אלה מטילים חובה על עורך הדין לייצג את הלקוח בנחישות, בכבוד ובגבולות החוק, כאשר הוא נוהג כלפי בית המשפט בכנות, בהוגנות, באדיבות ובכבוד.¹⁸⁶ הכללים אוסרים על עורך הדין לאפשר או לסייע ללקוח לעשות מעשה "לא ישר" ו"לא מכובד".¹⁸⁷ כמו כן, הכללים אוסרים על עורך הדין להיות מעורב בידועין במעשה תרמית כלפי בית המשפט או להשפיע על עשיית הצדק על ידי הצגת ראיה כוזבת; עובדות או דין שגויים; להציג או להסתמך על תצהיר שקרי; להסתיר מה שנדרש לגלות; או לסייע במעשה מרמה, עבירה או התנהגות לא חוקית.¹⁸⁸ מהוראות אלה אפשר ללמוד כי הגישה הקנדית ליברלית כמו הגישה האמריקנית, שכן אין היא אוסרת על פעולות או על מעשים ספציפיים במהלך הכנת עדים אלא קובעת מסגרת כללית להתנהגות אתית של עורכי הדין.¹⁸⁹ הן כללי האתיקה והן הפסיקה בקנדה אינם אוסרים מפורשות על טכניקות שונות הנקטות במהלך הכנת עדים כגון ריאיון של כמה עדים יחד או כאשר מספקים לעד מידע שעד אחר מסר, אלא אם כן הדבר עולה כדי אימון אסור.¹⁹⁰

"improperly influence a witness' testimony". שם, בעמ' 1.

184 שם, בעמ' 1. Vasiliev, לעיל ה"ש 117, בעמ' 39.

185 Rules of Professional Conduct, Law Society of Ontario (1 November 2000, amendments current 25 November 2010). (להלן: כללי האחריות המקצועית).

186 Rule 5.1-1 of the Rules of Professional Conduct, Law Society of Upper Canada, 1 November 2000 (amendments current to 25 November 2010).

187 "When acting as an advocate, a lawyer shall not..., Rule 5.1.-2(b) knowingly assist or permit the client to do anything that the lawyer considers to be dishonest or dishonorable"

188 "(e) knowingly attempt to deceive a tribunal or influence the course of justice by offering false evidence, misstating facts or law, presenting or relying upon a false or deceptive affidavit, suppressing what ought to be disclosed, or otherwise assisting in any fraud, crime, or illegal conduct."

189 Vasiliev, לעיל ה"ש 117, בעמ' 39.

190 שם.

4. אוסטרליה

הכנת עדים היא פרקטיקה מקובלת באוסטרליה וכפופה למגבלות שנועדו למנוע אימון עדים.¹⁹¹ בכמה מדינות באוסטרליה כללי האתיקה של עורכי הדין מתייחסים בכלליות לחובות המוטלות על עורך הדין במהלך ריאיון עם עדים לקראת משפט, בעוד במדינות אחרות הסוגייה מוסדרת בהרחבה.¹⁹² כך, למשל, ה-barristers במדינת ניו סאות' ויילס כפופים ל-Legal Profession Uniform Conduct (Barristers) Rules 2015 (להלן: כללי האתיקה המאוחדים).¹⁹³ כללי האתיקה המאוחדים אוסרים על כל התנהגות שיש בה משום הדרכה של העד בכל שלבי ההליך המשפטי. כלל 69 שכותרתו "integrity of evidence" קובע כך:

"A barrister must not:

- (a) advise or suggest to a witness that false or misleading evidence should be given nor condone another person doing so, or
- (b) coach a witness by advising what answers the witness should give to questions which might be asked".

האיסור על אימון עדים כולל איסור להנחות את העד למסור תשובות מסוימות לשאלות שיישאל בבית המשפט. כלל 70 קובע כי עורך הדין לא מפר את כלל 69 כאשר הוא מזהיר את העד לומר את האמת או כאשר הוא מתשאל את העד ובוחר את העדות שהוא מוסר. זאת תוך שהוא מפנה את העד להיעדר עקביות בגרסה שלו או לקשיים העולים מגרסתו לאירוע. עם זאת, כלל זה אוסר מפורשות לעודד את העד למסור גרסה שונה מהגרסה שהעד סבור שהיא אמיתית ונכונה.¹⁹⁴ ככלל, חל איסור על עורכי דין להיפגש עם כמה עדים בעת ובעונה

191 שם, בעמ' 40.

192 שם, בה"ש 188 וההפניות שם.

193 Legal Profession Uniform Conduct (Barristers) Rules 2015 [NSW]. כללים אלה נכנסו

לתוקף ב-1 ליולי 2015, והתיקון האחרון נכנס לתוקף ב-17 לינואר, 2019.

194 כלל מס' 70 קובע כך: "A barrister does not breach rule 69 by expressing a general admonition to tell the truth, or by questioning and testing in conference the version of evidence to be given by a prospective witness, including drawing the witness's attention to inconsistencies or other difficulties with the evidence, but must not encourage the witness to give evidence different from the evidence which the witness believes to be true"

אחת (witness conference).¹⁹⁵ אך, האיסור אינו מוחלט, והוא מותר כאשר ישנו בסיס סביר להאמין כי נסיבות מיוחדות מצדיקות אותן.¹⁹⁶ על אף ההיתר המוגבל, בפרקטיקה האוסטרלית לא נהוג להדריך כמה עדים בעת ובעונה אחת.¹⁹⁷ בניגוד לכך, עורך הדין לא מנוע מלגלות לעד אחד ראייה הנוגעת לעד אחר אם החשיפה נועדה להצביע על סתירות, ולא כדי להביא את העד למסור עדות שקר.¹⁹⁸

5. ניו זילנד

גם בניו זילנד הכנת עדים היא פרקטיקה מקובלת ונחשבת לחלק אינטגרלי מהכנת תיק לקראת דיון בבית המשפט.¹⁹⁹ בעוד הכנת עדות מותרת ורצויה, הרי שאימון עדים אסור בתכלית האיסור ומנוגד לחוק.²⁰⁰ כללי האתיקה בניו זילנד Lawyers and Conveyancers Act (Lawyers: Conduct and Client Care) Rule 2008, מחייבים את עורך הדין לנהוג ביושר כלפי בית המשפט ואוסרים על הטעיה או מעשה תרמית כלפי בית המשפט.²⁰¹ הכללים אוסרים על עורך הדין להציג ראיות ביודעו כי הן כוזבות,²⁰² או ליעץ לעד למסור עדות שקר. כמו כן הם אוסרים על עורך דין להציע לעד, בין במפורש ובין במרומז, למסור לבית

¹⁹⁵ כלל מספר 71 לכללי האתיקה המאוחדים קובע כך: "A barrister must not confer with, or condone another legal practitioner conferring with, more than one lay witness including a party or client at the same time: (a) about any issue which there are reasonable grounds for the barrister to believe may be contentious at a hearing, and (b) where such conferral could affect evidence to be given by any of those witnesses, unless the barrister believes on reasonable grounds that special circumstances require such a conference

¹⁹⁶ כלל 71(b), לעיל.

¹⁹⁷ Vasiliev, לעיל ה"ש 117, בעמ' 41.

¹⁹⁸ שם.

¹⁹⁹ שם.

²⁰⁰ שם.

²⁰¹ ראו: Lawyers and Conveyancers At (Lawyers: Conduct and Client Care) Rule 2008 (amended, 1 December 2020). Para 13.1: Duty of fidelity to court. "A lawyer has an absolute duty of honesty to the court and must not mislead or deceive the court"

²⁰² Para. 13.10, "A lawyer must not adduce evidence knowing it to be false", בהמשך, כלל מס' 13.10.1 קובע כך: "If a witness (not being the lawyer's client) gives material evidence in support of the lawyer's client's case that the lawyer knows to be false the lawyer must, in the absence of a retraction, refuse to examine the witness further on that matter. If the witness is the client of the lawyer the lawyer must, in the absence of a retraction, cease to act for that client"

המשפט ראיה כוזבת או מטעה.²⁰³ בדברי ההסבר נאמר כי עורך הדין רשאי לסייע לעד בהכנה לקראת עדות ובתוך כך להצביע על סתירות או חוסר עקביות בגרסת העד; או בין גרסתו של העד לגרסה שמסרו עדים אחרים או ראיות אחרות; על אי-קבילותן של ראיות שהעד מעוניין למסור או על היותן בלתי רלוונטיות. הפרקטיקה בבתי המשפט אוסרת על טכניקות מסוימות במהלך הכנת עדים. בית המשפט העליון בנוי זילנד קבע כי המשפט המקובל אוסר על שיחה משותפת עם העדים בעת ובעונה אחת, כשהשיחה היא על המסכת הראייתית בתיק, וכי במצב זה המשקל שיש לייחס לעדות יהיה נמוך כתוצאה מהמפגש המשותף.²⁰⁴ לעומת זאת, מותר לנקוט טכניקות שונות כגון: מעבר משותף על מסמכים או על ראיות שונות כדי לבחון אי-התאמות או סתירות; שיחה עם העד על הדרך הנכונה שיש להתמודד עימן במשפט; מתן עצות לגבי החקירה הנגדית וכן עצות כלליות לגבי התנהגות מקובלת בבתי המשפט; ידוע העד על סתירות הקיימות בגרסתו מתוך מטרה לאפשר לו לתת הסבר לאותן סתירות וליישב אותן; וכן קיום סימולציה של חקירה נגדית. טכניקות אלה מותרות כל עוד הן לא נועדו לשנות את גרסת העד.²⁰⁵

6. לקחים ומסקנות

מן המקובץ לעיל עולה כי קודי האתיקה והסטנדרטים החלים על עורכי הדין בארצות-הברית, כמו גם הפסיקה האמריקנית, אינם מציינים קו ברור בין הכנת עדים מותרת ובין הדרכה אסורה ואין הם מתייחסים להכנת עדים משלוש הדרגות, ובעיקר מדרגה שלישית.²⁰⁶ בעוד בתי המשפט הכירו בצורך בהבחנה ברורה בין הכנת עד מותרת ורצויה ובין אימון פסול, לא נקבעו בפסיקה במפורש אילו התנהגויות מותרות ואילו פסולות.²⁰⁷ כך גם הפסיקה הקיימת לא יוצרת הבחנה ברורה בין הכנת עדים ואימון עדים.²⁰⁸ סטנדרטים מעורפלים אלה אינם

203 “A lawyer must not suggest to a witness or potential witness, whether expressly or impliedly, that false or misleading evidence ought to be given or that evidence should be suppressed”

204 Vasiliev, לעיל ה"ש 117, בעמ' 42 וכן ראו שם, ה"ש 202.

205 שם.

206 Cohen, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1009.

207 ראו Skains v. Lockler, No. CIV-S-06-127-LKK-CHS-P, 2009 WL 230037, at 8 (E.D. Cal. Jan. 20, 2009), aff'd sub nom. Skains v. California, 386 F. App'x 620 (9th Cir. 2010). Cohen מציינת כי אף על פי שחלק מבתי המשפט ניסו לספק סטנדרטים למה שלא תקין, סטנדרטים אלה מעורפלים מדי או צרים מכדי להיות יעילים. Cohen, שם, בעמ' 1009.

208 Cohen, שם, בעמ' 1009.

מספקים לעורכי הדין בכלל, ולתובעים בפרט, הדרכה טובה ויעילה באשר להתנהגות מקובלת וראויה במהלך ריאיון עם עדים. מיעוט הכללים, היותם מעורפלים ורחבים, מותירים בידי עורכי הדין שיקול דעת רחב באשר לאופן הכנת עדים, ומקשים על האפשרות לקבוע כי הכללים הופרו שכן כללים אלה לוקים בחוסר בהירות וקונקרטיות. אף על פי שבית המשפט העליון מודע לכך שהכנת עדים על ידי התביעה עלולה לגלוש להדרכה ואימון אסורים, מלבד אזהרה כללית המכוונת לתובעים הוא לא הוציא תחת ידו הנחיות לתובעים ולבתי המשפט לגבי התנהגויות שהן הדרכה פסולה של העד.

קודי האתיקה באנגליה מאפשרים לתובעים ולסניגורים לראיין עדים, אולם הם אוסרים במפורש לכוון או להדריך את העד באשר לעדותו. שלא כמשפט האמריקני והישראלי, הדין האנגלי נוקט גישה נוקשה ומחמירה כלפי עורכי דין המעורבים בהדרכה ואימון עדים, כאשר הפרת הכללים כרוכה בהטלת סנקציה משמעותית.

גם המשפט הקנדי, בדומה למשפט האמריקני, קובע מסגרת כללית להתנהגות אתית של עורכי הדין במהלך הכנת עדים. אין הוא אוסר על פעולות או על מעשים ספציפיים במהלך הכנת עדים. באוסטרליה, הכנת עדים כפופה למגבלות שנועדו למנוע אימון עדים. בחלק מהמדינות באוסטרליה הכנת עדים מוסדרת בהרחבה ובמדינות אחרות באופן כללי ובצמצום. בניו זילנד הכנת עדים היא פרקטיקה מקובלת, בעוד אימון עדים אסור בתכלית האיסור ומנוגד לכללי האתיקה שנקבעו בקוד האתי ובפסיקה.

כאמור בפרק השלישי, ובניגוד למדינות המשפט האנגלו-אמריקני, מוסד הריאיון עם עדים אינו מוסדר בדין הישראלי, לא בכלליות ולא באופן קונקרטי מה שמתיר את גבולותיו של מוסד זה פרוצים ללא כללים, הנחיות או קוד אתי מחייב. על סמך המסקנות והלקחים מהדיונים הקודמים, בפרק הבא אציע להסדיר את מוסד הריאיון עם עדים הן מההיבט המקצועי-אתי והן מההיבט הראייתי, זאת כדי לתת מענה הולם ושלם לחששות ולסכנות שמוסד זה מעורר.

ד. התזה המוצעת: הסדרת מוסד הריאיון עם עדים בדין הישראלי

בפרק זה אציע להסדיר את מוסד הריאיון עם עדים לקראת משפט. הסדר כולל זה מצריך שילובם של כמה אמצעים המיועדים לתת מענה להכנת עדים מההיבט החינוכי-לימודי, האתי, הראייתי, והפיקוחי-אכיפתי. לגישתי, שילובם של אמצעים אלה יחדיו, ייתן מענה הולם לחששות, לקשיים ולסכנות העולים מהכנת עדים בהליך הפלילי (עדי תביעה ועדי הגנה כאחד).

1. הנחות מוצא

אין הדין הישראלי המצוי אוסר על הדרכת עדים. כלל 37(א) לכללי לשכת עורכי הדין מתיר לעורך דין לבוא בדברים עם עדים העשויים להעיד מטעמו, אולם הוא אינו קובע את תוכן המפגש ואינו אוסר על הדרכת עדים. אומנם הנחיית פרקליט המדינה מסדירה את האסור והמותר במהלך הכנת עדי תביעה, אולם היא חלה על תובעים בלבד ואין הפרתה חושפת את המפר להעמדה לדין משמעתי מטעם לשכת עורכי הדין. את העבירות בחוק העונשין אפשר להחיל על מקרים מצומצמים שבהם עורך הדין היה מעורב בשידול עד למסירת עדות שקר, בידי ראיות או שיבוש מהלכי משפט. פועל יוצא הוא כי עורך דין המעורב באימון עדים (שאינו נופל לגדר עבירה) אינו חשוף לסנקציה אתית או פלילית. זאת ועוד, בעוד תובעים ציבוריים נהנים מחזקת תקינות ההליך המינהלי, וכפופים להנחיית פרקליט המדינה, הרי שמרבית הסניגורים שייכים למגזר הפרטי ואינם נהנים מחזקת תקינות ההליך ואינם כפופים להנחיית פרקליט המדינה. מכאן שהפגיעה במלאכת ברור האמת ועשיית הצדק, עשויה להיגרם הן מאימון עדי תביעה והן מאימון עדי ההגנה. הנחת יסוד זו הביאני למסקנה כי הסדרת מוסד הריאיון עם עדים צריכה לחול על כלל עורכי הדין העוסקים בפרקטיקה של המשפט הפלילי, סניגורים ותובעים כאחד, בשינויים המחויבים.

הנחה שנייה היא כי אי אפשר לגזור גזירה שווה לגבי כל העדים בהליך הפלילי ובכל התיקים. אי אפשר להכין שני עדים באופן זהה לחלוטין, מכיוון שאין שני עדים הדומים זה לזה. לכל אחד מהם יכולות תקשורת שונות, רמת הבנה שונה, שוני בתפקוד הזיכרון ועוד. בעניין אברג'יל נתן בית המשפט את דעתו לכך כי אין דין ריאיון עד בתיק קטן ופשוט, כדין הכנתו של עד בתיק רחב היקף הכולל אישומים רבים ומידע רב;²⁰⁹ אין דין ריאיון של עד מנוסה ובקי בהליכים משפטיים, כריאיון של עד שזה לו מפגש ראשון עם ההליך המשפטי; אין דומה ריאיון עד שהוא שוטר לריאיון של עד אזרח; אין דין ריאיון עם מתלוננת בעבירת מין כדין ריענון עד ראיה ניטראלי, או עד שאמור להעיד בנושאים טכניים או כלליים.²¹⁰ במקרה זה הביע בית המשפט את דעתו כי הניסיון להציב כללים או הנחיות נוקשות באשר להכנת עדים עלול להחטיא את המטרות והתכליות של מוסד זה, ועל כן, מתבקש הותרת מרווח גדול של שיקול דעת לתובע במפגש עם עדיו.

מסכים אני עם קביעת בית המשפט שלפיה יש להותיר מרווח פעולה רחב לעורך דין בהתאם לעד הקונקרטי הצפוי להעיד. אולם, עם זאת, יש מקום לקבוע

209 תפ"ח (מחוזי ת"א) 15-07-24984 מדינת ישראל נ' אברג'יל, פס' 1.1 (נבו 13.2.2018).
210 שם.

מסגרת נורמטיבית-אתית שלפיה יפעלו עורכי הדין, ואשר תתווה גבולות ברורים שאותם אין לחצות. הגדרת מסגרת שתתחום את מרחב הפעולה והתמרון של עורכי הדין במהלך הכנת עדים, תכליתה להציב תמרור אזהרה מפני כניסה לשטח האסור של אימון עדים. מסגרת זו תגביר את חובת הזהירות של עורכי הדין כלפי בית המשפט ואת מחויבותם לחקר האמת ולהגינות ההליך הפלילי וכן היא תהיה אמצעי הרתעה מפני אימון עדים, ואמצעי לימודי-חינוכי שיתווה את דרכי הפעולה הנכונות והרצויות במהלך הכנת עדים.

2. הסדרה מקצועית-אתית של מוסד הריאיון עם עדים

2.1 קביעת איסור על הדרכת עדים

כלל 37 לכללי לשכת עורכי הדין קובע בסעיף קטן (א) כי "עורך דין רשאי לבוא בדברים עם אדם העשוי להעיד מטעם לקוחו". מוצע להוסיף אחריו סעיף קטן (1א) שיאסור על הדרכת עדים באופן הבא:

(1א) עורך דין לא ידריך את העד על ידי הכוונתו למסור גרסה מסוימת, לא ישתול מידע שלא היה בידיעת העד, לא יטעה או יטה את עדותו באופן הסותר את הודעתו הקודמת וכן ימנע מכל השפעה או זיהום אפשריים של גרסת העד.

מחד גיסא, הגדרה זו מותירה מרווח רחב של שיקול דעת לעורכי הדין במהלך המפגש עם עדיהם, ומאפשרת להתאים את ההכנה לעד הספציפי, לפי אישיותו, גילו, סוג העדות, כשריו הקוגניטיביים וכיוצא באלה. מאידך גיסא, היא תוחמת את המפגש בגבולות ברורים כך שכל התנהגות או פעולה שמפרה את האיסור האמור היא עבירה אתית. הואיל והכלל המוצע מתווה את המסגרת הנורמטיבית להכנת עדים ואינו קובע או מגדיר במפורש ובאופן קונקרטי אילו פעולות מותרות ואילו אסורות הן, סבורני כי נוסף לכלל המוצע לעיל, יש מקום להנחות את עורכי הדין לגבי המתווה הרצוי של הכנת עדים.

2.2 קביעת הנחיות להכנת עדים

הנחיות להכנת עדים עשויות להיקבע על ידי לשכת עורכי הדין בכללים או בתקנות ובדרך זו לתת להן תוקף מקצועי-אתי מחייב. הן עשויות להיקבע כנוהל או נוהג מקובל, בין אם יינתן להן תוקף מחייב ובין אם לאו, ובלבד שתוטמענה בפרקטיקה של המשפט הפלילי. ההנחיות האמורות נועדו לשמש מורה דרך,

לחנך, ללמד ולהכווין את עורכי הדין באשר למותר והאסור במהלך הכנת עדים; לשמור על מקצועיותם; להזהירם מפני התנהגויות העלולות לפגוע בתכליות של ההליך הפלילי; ולשמור על יושרו והגינותו של ההליך המשפטי.²¹¹ ההנחיות המוצעות כוללות הן הנחיות המכוונות לעד והן הנחיות המכוונות לעורך הדין. ההנחיות המיועדות לעד נועדו להסביר לעד על ההליך הצפוי, להפחית את החששות שיש לעד, להשיב על שאלותיו ולנסוך בו ביטחון לקראת העדות הצפויה. הן נועדו להעמידו על חובתו להעיד אמת ולהסביר לו כיצד עליו להשיב כאשר הוא לא יודע את התשובה, אינו בטוח בה או אינו זוכר את פרטיה. ההנחיות המיועדות לעורכי הדין נועדו להפחית את החששות והסיכונים שעליהם עמדתי בפרק הראשון של המאמר. הן נועדו למנוע הדרכה או אימון פסולים של העד וכן למנוע את זיהום העדות הצפויה בבית המשפט. בתוך כך, ההנחיות נועדו לשמש נורות אזהרה מפני חציית הגבול שבין הכנה מותרת לעבר הדרכה פסולה, על כל המשתמע מכך, הן בהיבט החינוכי-לימודי, הן בהיבט האתי-מקצועי והן בהיבט הפגיעה במלאכת בירור האמת.

2.2.1 הנחיות המיועדות לעד

יש להסביר לעד כי תכליותיו העיקריות של הריאיון הן לרענן את זכרונו לקראת העדות הצפויה בבית המשפט. בתוך כך, יש לציין את תפקידו של העד במשפט; את ההליך הצפוי בבית המשפט; את אופן חקירתו בידי הצדדים; וכן יש להעמיד את העד על חובתו לומר אמת – הן במפגש והן בעדותו בבית המשפט. יש להפנות את העד לאזהרת העד בידי השופט לומר את האמת ולסנקציה הצפויה לו אם יעיד שקר. כדי להפיג את החשש כי העד ימסור מידע לא נכון או לא מדויק, יש להסביר לו כי אם הוא אינו יודע את התשובה, עליו לומר זאת ולא לנחש תשובה או להילחץ מהשאלה שנשאלה. זאת במקרה של היעדר זיכרון ספציפי לגבי השאלה שנשאלה. יש לייעץ לעד להשיב על השאלות שנשאל, להקשיב לשאלה, להבינה ולהשיב עליה. אם השאלה אינה ברורה או לא מובנת יש לבקש מהשואל שינסחה מחדש או לחזור עליה. כמו כן, יש לייעץ לעד להיות תמציתי ולמסור רק את התשובה לשאלה שנשאל בלי לנדב מיוזמתו מידע נוסף. נידוב מידע נוסף יאריך את חקירתו ויוסיף על מספר השאלות שיישאל.

²¹¹ לשם כתיבת הנחיות אלה נעזרתי בהנחיית פרקליט המדינה והוספתי להן הנחיות שתצמצמנה את החששות והסיכונים באשר לפגיעה האפשרית בבירור האמת, בתכליות של ההליך הפלילי ובהגינותו.

2.2.2 הנחיות המיועדות לעורך הדין

במהלך הכנת העד יש לשמוע את גרסתו לאירוע ולהציג לו את הודעותיו במשטרה וכן מסמכים שהוא היה שותף בעריכתם או חפצים שהוצגו לו בתחנת המשטרה. אין להכין עדים יחדיו ואין למסור לעד את תוכן עדותם של עדים אחרים, לרבות את כתב האישום או גרסת הנאשם.²¹² אולם, אפשר לעמת עד תביעה עם גרסת הנאשם וההגנה כפי שהיא עולה מחומר החקירה או כפי שעלתה או עשויה לעלות בבית המשפט, בלי לציין שזו גרסה שמסר הנאשם או עד הגנה. באופן דומה, אפשר לעמת עד הגנה עם גרסת המתלונן או התביעה כפי שהיא עולה מחומר החקירה, שעלתה או שעשויה לעלות בבית המשפט, בלי לציין שזו הגרסה שמסר המתלונן או עד תביעה.

עורך הדין יתמקד בריאיון בנושאים שעל אודותיהם העיד העד במשטרה והוא רשאי לשאול את העד שאלות הבהרה. אין להעביר משוב חיובי או שלילי, או לבצע מחוות פנים או גוף שמהן אפשר להסיק אם תשובת העד רצויה לעורך הדין. יש לשמוע את העד ולא להשמיע לו דברים שהוא לא אמור לדעת. אין להשפיע על תוכן דבריו של העד למעט דגשים טכניים לגבי דרך מסירת העדות, אופן הצגת הדברים וכיוצא באלה. אין לומר לעד כי אין גרסתו מתיישבת עם ראיות אחרות או עדויות שונות. במידת הצורך, אפשר להציג לעד תזות והיפותזות אחרות שעלו מהראיות ולשמוע דעתו עליהן בלי לומר לו אם הן נכונות או לא, ובלי לומר לי מי מסר אותן. כאשר מתגלות סתירות בגרסתו של העד או חוסר עקביות, אפשר להעמיד את העד על אותן סתירות ולבקש את תגובתו אליהן. אין לחזור על שאלה שוב ושוב, לאחר שהעד השיב עליה באופן ברור. עורך דין ימנע מכל השפעה או "זיהום" אפשריים של גרסת העד, וכן לא ישים מילים בפי העד ולא יכוון אותו למסור גרסה מסוימת.

יש לעודד את העד להיזכר באופן חופשי ועצמאי באירוע נשוא ההליך. כאשר העד מוסר מידע חדש שאינו טכני, יש להפנות אותו למסירת הודעה נוספת בתחנת המשטרה. יש להעביר העתק מההודעה לצד שכנגד. יש לערוך תרשומת על עצם עריכת הריאיון. אם העד יחזור על הודעתו שנמסרה במשטרה, יש לציין זאת בתרשומת. אם העד מסר דברים חדשים במהלך העדות, נוסף לאלו שנמסרו במשטרה, או שינה גרסתו בעניינים מהותיים, יש להפנותו לשם מסירת הודעה

²¹² אשר לעד שהוא נפגע עבירה, אפשר להציג בפניו את כתב האישום בכפוף להוראת ס' 9 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001 והנחיית פרקליט המדינה 14.1 בעניין זה. הוראות אלה קובעות בין היתר כי נפגע עבירה זכאי לעיין בכתב האישום נגד הנאשם, כפוף לסייגים של קיום איסור על פי דין או טעמים מיוחדים שבגינם סבר פרקליט המחוז או ראש יחידת התביעות במשטרה שאין להתיר העיון. ראו הנחיית פרקליט המדינה, לעיל ה"ש 100, ס' 14(1).

חדשה שאת תוכנה יש להעביר לצדדים להליך, עובר למסירת העדות. בתום הריאיון יש להנחות את העד שלא לשוחח על עדותו עם אחרים, אלא רק לאחר מסירת עדותו בבית המשפט.

לגישתי, קביעת מסגרת מקצועית שתעוגן בכללי לשכת עורכי הדין, וקביעת הנחיות מפורטות שתתווניה את מבנה הריאיון ואת דרכי הפעולה, תיתן מענה הולם לחששות ולסכנות הטמונות מהדרכת עדים, שכאמור אינה מוסדרת בדין הישראלי. האיסור שייקבע בכללי לשכת עורכי הדין יהיה תמרוז אזהרה מקצועי שידגיש את מחויבותו של עורך הדין לעשיית הצדק, בירור האמת ויקדם את תכליותיו של ההליך הפלילי. זאת לצד קביעת הנחיות שייצקו תוכן לאיסור המוצע, יספקו מסגרת לימודית-חינוכית והרתעתית, ויגבירו את חובת הזהירות של עורכי הדין כלפי בית המשפט. הנחיות אלה אינן ממצות ולא מקיפות את מכלול הפעולות הנעשות במהלך הכנת עדים, אולם הן תוחמות את מוסד הריאיון בגבולות ברורים. אפשר להוסיף עליהן, להרחיבן ולפתחן. דיון בכל אחת מדרכי הפעולה המותרות והאסורות מצריך דיון נפרד ומקיף, כך שהצגת ההנחיות, בשלב זה, נועדה ליצור מסגרת בסיסית שתתפתח עם הזמן, ותאפשר לעורך הדין לפעול בתוך המרחב והגבולות שנקבעו, בלי לפגוע במרחב שיקול דעתו לפעול בתוך אותה מסגרת. כך אפשר יהיה להתאים את הריאיון לעד הספציפי.

כדי שההנחיות המוצעות לעיל תיטמענה ותהפוכנה לנוהל ולנוהג מקובל, יש צורך להדריך את עורכי הדין לקראת הכנת עדים, בעיקר בתחילת דרכם, ולפקח עליהם כדי להימנע מאימון אסור של עדים, כפי שיובהר להלן.

2.2.3 הדרכה ופיקוח על הכנת עדים

הואיל ונושא הכנת עדים לא נלמד בבתי הספר למשפטים הרי שההזדמנות הראשונה להיחשף להכנת עדים תהא בפרקטיקה. זאת בין אם כחלק מההתמחות בעריכת דין ובין אם כחלק מעבודתו של עורך הדין. יש לתת את הדעת לכך כי לא כל עורכי הדין מופיעים בבתי המשפט ולא לכל מתמחה תהא הזדמנות להיות נוכח בהכנת עדים. יתר על כן, היה והמאמן של אותו מתמחה לא הכין את העד כראוי וההכנה גלשה להדרכה אסורה, קיים חשש כי המתמחה, שלימים יוסמך כעורך דין, יכין את עדיו באותה דרך. כך, חינוך "קלוקל" עלול לעבור מדור לדור ולתרום להגברת תופעת הדרכת העדים. לכן, מוצע כי לשכת עורכי הדין, אשר אמונה על הכשרתם של עורכי הדין, תקיים השתלמויות חובה בנושא הכנת עדים. השתלמויות אלה צריכות לכלול לימודים עיוניים וכן משחקי תפקידים (סימולציות) של הכנת עדים. נוסף על כך, מוצע כי בכל משרד עורכי דין, וכן ביחידות התביעה, בפרקליטויות וביחידות התביעה המשטרתיות, ימונה עורך דין שיפקח על תחום הכנת עדים, ידריך, יעדכן, יאיר הארות וישמש אוטוריטה

בתחום. כאשר עולות שאלות לגבי המותר והאסור במהלך הכנת עדים, ואין על כך תשובה ברורה בהנחיות או בפסיקה, יש להפנות את השאלה לוועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין. הוועדה תבהיר עמדתה באשר לאותה מעשה או פעולה ותפרסם את החלטתה ברבים. כך יקבלו עורכי הדין כלים מקצועיים להכנת עדים שיחדדו את מודעותם לגבי ההבחנה בין הכנת עדים מותרת והדרכה אסורה של עד, ובדרך זו אפשר יהיה להפחית ולצמצם מקרים של הכנות עדים שגלשו לאימון אסור, מכל דרגה שהיא.

2.2.4 תוצרי ההפרה

לפי ההלכה הפסוקה, עד אינו הופך בלתי כשר להעיד, וראיה אינה הופכת בלתי קבילה, בשל כך שהעד תודרך לקראת עדותו בבית המשפט. אם לדעת בית המשפט נשאה ההשפעה פרי, יש בכך כדי להשפיע על משקלה של העדות. בעניין אלופי קבע בית המשפט בהתייחסו להדרכת עדים כי "עם כל זה, אין בידינו לומר, שהעדים עצמם פסולים הם משום כך להעיד והוכחותיהם כלא היו. [...] אין ההלכה מורה כי העדים פסולים וכי דבריהם בטלים. לכל היותר אפשר לומר על עדים כאלה, כי לדבריהם יש לייחס משקל קטן יותר, ובנסיבות מסוימות גם אפסי אך עצם קבלת עדותם אינה פוגמת בסדרי הדין".²¹³ דברים דומים נאמרו על ידי בית המשפט המחוזי בעניין אברג'יל בקבעו כי "זאת ועוד: בהתאם לפסיקה הנוהגת, גם אם יהיה בידנו לומר שהמאשימה חרגה מהדין ומההנחיות אגב הכנת העד לעדות, אין בכך כדי לפסול את עדות העד. עסקינן לכל היותר בעניין שבמשקל שניתן יהיה להעניק לדברי העד בבוא היום".²¹⁴ בעניין בורוביץ נאמר על ידי בית המשפט העליון כי "מקומן הטבעי של טענות המערערים בדבר הפגמים שנפלו בהתנהלותה של התביעה בנושא הראיונות היה במסגרת בחינת מהימנותן ומשקלן של הראיות במשפט".²¹⁵

²¹³ עניין אלופי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1349.

²¹⁴ עניין אברג'יל, לעיל ה"ש 209, בפס' 2.

²¹⁵ עניין בורוביץ, לעיל ה"ש 12, בפס' 63. כמו כן, ראו עניין אהרוני, לעיל ה"ש 58, בעמ' 789; עניין גבריאלי, לעיל ה"ש 90, בעמ' 376. השופט יצחק כהן, בהתייחסו לעדותה של עדה שתודרכה במשטרה, ציין את הדברים הבאים – "[...] יש בה כדי לעורר חשש, שבפגישה במשטרה הייתה הדרכה במישרין או בעקיפין לגבי נושא זה. דבר זה גורע במידה רבה ממשקל דבריה של המתלוננת בעניין זה בישיבה השנייה, אולם אין לקבל את הטענה, שהדברים של המתלוננת אינם קבילים כראיה או שמשקלם הוא אפס, וכי חייב היה בית המשפט המחוזי להתעלם מהם כליל". שם. כמו כן, ראו בג"ץ 295/98 אופמן נ' פרקליטות מחוז תל אביב (מיסוי וכלכלה) (נבו 20.1.1998). בעניין זה דובר על עתירה שהוגשה לבג"ץ על ידי עותרים שהועמדו לדין בעבירות לפי חוק ניירות ערך, התשכ"ח – 1968, ומשפטם התנהל באותה עת. העותרים טענו נגד אופן ניהול המשפט על ידי

מהאמור לעיל נובע כי גם אם נפל פגם בהכנת עדים, אין הדבר פוסל את העדות, אלא לכל היותר פוגע במשקלה. אלא שהפסיקה האמורה ניתנה עובר להלכת **יששכרוב** ולחקיקתו של סעיף 56א לפקודת הראיות, המעניקים לבית המשפט סמכות לפסול כל ראיה שהושגה בניגוד לדין. סבורני כי לאור הלכת **יששכרוב** וחקיקתו של סעיף 56א לפקודת הראיות, וכפי שהובהר בדיון שנערך בחלקו הראשון של המאמר, ייתכנו מקרים שבהם לא יהיה אפשר להסתפק בגריעה ממשקל עדותו של עד שתודרך במהלך הכנתו לקראת הדיון בבית המשפט, וכי הסעד הראוי והצודק בנסיבות העניין יהא פסילת העדות כראיה במשפט.

הוראת סעיף 56א לפקודת הראיות מעניקה לבית המשפט סמכות שלא לקבל ראיה שהושגה שלא כדין, ובכלל זה הודעת נאשם או עד, חפץ או כל ראיה אחרת. זאת אם שוכנע בית המשפט שקבלתה במשפט תפגע באופן מהותי בזכות להליך הוגן, בשים לב לאופייה ולחומריתה של ההפרה, למידת השפעת ההפרה על הראיה שהושגה, ולעניין הציבורי שבקבלת הראיה או באי-קבלתה. המונח "ראיה אחרת" מתייחס לכל ראיה בהליך הפלילי שהושגה בניגוד לדין, ובכלל זה עדות בבית המשפט. בעניין **יששכרוב** קבעה השופטת ביניש, בתשובה לשאלה, מהי ראיה שהושגה "שלא כדין", כי אי אפשר לתת תשובה מדויקת וממצה, אך אפשר לומר, ככלל, כי "ככלל, ניתן לומר כי מדובר בראיה שהושגה באמצעי חקירה בלתי חוקיים, קרי – מנוגדים להוראה הקבועה בחוק, בתקנה או בנוהל

התביעה. לטענתם, התביעה שללה מהם את זכותם למשפט הוגן. מנימוקי העתירה עולה כי עדי התביעה נחקרו על ידי הרשות לניירות ערך, ותוכן הודעותיהם הועבר לסניגורים. אולם לקראת העדתם בבית המשפט רואיינו העדים על ידי התביעה, וראיונות אלו עלו עובדות נוספות, אשר הועברו לידיעת הסניגורים בהודעות משלימות. העותרים טענו כי נוהל זה, שבו מועברות הודעות משלימות של עדים זמן קצר לפני העדתם במשפט, מקשה את ניהול הגנתם שכן היא מעוררת צורך להתאים את קו ההגנה לעובדות חדשות שנתגלו, ומהלכים כאלה מכבידים על ניהול ההגנה. השופט מצא, בדחותו את העתירה, ציין כי השופטת לידסקי (בבית המשפט השלום) התייחסה לטענותיהם בהחלטה מקיפה ומנומקת, בציינו כי בהחלטתה הכירה השופטת לידסקי בזכות התביעה לראיין את עדיה טרם יעלו על דוכן העדים, ובמסגרת זו "אף לברר פה ושם דברים, העולים באופן טבעי במהלך ראיון העד". עם זאת קיבלה השופטת את עמדת הסניגורים, כי "לא נכון לראיין ולרענן זכרוננו של עד באופן שהתוצאה תהא ראיה חדשה אשר לא היתה בידיעת הנאשמים לאחר הגשת כתב האישום נגדם". בהתחשב בכך שהעתירה הוגשה טרם הסתיימה פרשת התביעה ולא כל הראיות הובאו לידיעת בית המשפט, התקשתה השופטת "לקבוע עד כמה, אם בכלל, גלשה התביעה מן המותר". עם זאת העירה כי "לוקחת התביעה על עצמה סיכון במעשה ההשלמות, שכן יכול הדבר לפגוע במשקל עדותם של אותם עדים". העתירה נדחתה בשל הכלל שלפיו ערכאת הערעור לא מתערבת בהחלטות ביניים בהליך פלילי אלא בהתקיים נסיבות יוצאות דופן, וכלל זה הוחל גם על עניינם של העותרים.

מחייב; באמצעים בלתי הוגנים; או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות-יסוד מוגנת".²¹⁶

לגישתי, הדרכה פסולה של עדי תביעה במקרים מסוימים היא אמצעי העלול לפגוע מהותית בזכות הנאשם להליך הוגן וביכולתו להתגונן. דברים אלה נכוחים בפרט כאשר מדובר בעדות העומדת בליבת ראיות התביעה. כך, למשל, כאשר יתברר כי העדות "זוהמה" מיסודה או כאשר התביעה הבנתה את זכרונו של העד "ושתלה" מידע חדש שנועד לשנות את גרסתו. במקרים שבהם לא תהא הצדקה לפסילת העדות, או במקרים בהם אי אפשר לפסול את העדות מכוח סעיף 56א לפקודת הראיות כגון עדויות עדי-הגנה שאומנו ותודרכו באופן פסול לקראת עדותם, רשאי בית המשפט לגרוע ממשקל העדות עד כדי ייחוס משקל אפסי. כך, למשל, כאשר עד הגנה שודל למסור עדות שקר כגון מתן אליבי כוזב, או כאשר קיים פער מהותי בין גרסת העד שנמסרה בתחנת המשטרה ובין גרסתו על דוכן העדים, בשל הדרכה פסולה של העד.

בקביעת הסנקציה שיש להטיל בגין הדרכה פסולה של העד, בין אם בדרך של פסילת העדות (כפוף לנוסחת האיזון הקבועה בסעיף 56א לפקודת הראיות) או גריעה ממשקלה, רשאי בית המשפט להיעזר, בין היתר, בתשובות לשאלות המוצעות הבאות: האם העד תודרך לאורך כל ההכנה או שמא מדובר בתדרוך נקודתי בלבד? האם עורך הדין פעל בניגוד לאיסור או הנחיה מפורשים במהלך הכנת העד (ככל שאלה יקבעו)? או האם מדובר בהתנהגות שלא נאסרה במפורש ושאינה מסודרת בדרך כלשהי? האם הדרכת העד גרמה לו לשנות את גרסתו הקודמת והאם השוני בין הגרסאות הוא מהותי ומרכזי? האם עורך הדין יידע את הצד שכנגד על כך שהעד שינה את גרסתו או הוסיף פרטים מהותיים חדשים שלא נמסרו בהודעה הקודמת? האם מדובר בעדות מרכזית ומהותית או שמא בעדות טכנית או שולית למשפט שמתנהל? האם מדובר בעד-תביעה או עד-הגנה? וכן שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין.

נדמה כי פסילת העדות כראיה, ולחילופין, מתן משקל אפסי לעדות במקרים המצדיקים זאת, ירתיעו עורכי דין מלהשתתף באימון עדים, יגבירו את חובת האמון והזהירות שלהם כלפי בית המשפט, זאת נוסף על הסנקציה האתית לה יהיו חשופים, ויחזקו את הזכות להליך פלילי הוגן.

2.2.5 תיעוד

כחלק בלתי נפרד מהסדרת מוסד הריאיון עם עדים עולה השאלה אם יש מקום לתעד הכנת עדים. ואם כן, מהי הדרך הנכונה לעשות זאת? באשר לשאלה זו ישנן

²¹⁶ עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 66, בפס' 64 לחוות דעתה של השופטת ביניש.

שתי גישות שונות זו מזו. בעניין צ'רנוי²¹⁷ ובעניין אברג'יל²¹⁸ נתן בית המשפט המחוזי את דעתו לכך שעל הפרקליט המטפל בתיק לערוך תרשומת סיכום הריאיון. גם הנחיית פרקליט המדינה קובעת כי על פרקליט המראיין עד לערוך תרשומת על עצם עריכת הריאיון.²¹⁹ במקרה שבו העד חוזר על עיקרי דבריו מהודעתו במשטרה, ואין הבדל בין הדברים, למעט בנקודות שוליות שאינן מהותיות, יצוין הדבר בתרשומת הפנימית ואין צורך לפרט מעבר לכך.²²⁰ ואילו במקרים שבהם מסר העד פרטים מהותיים נוספים, על התובע להעביר את התרשומת להגנה, ובמקרה הצורך יפנה את העד לגביית הודעה נוספת במשטרה.²²¹ לפי הגישה השנייה, יש לתעד ראיונות עד באמצעים דיגיטליים – קרי, הקלטה קולית או חזותית. בגישה זו אוחזים השופט בדימוס דוד רוזן מתוקף תפקידו כנציב תלונות הציבור על מייצגי המדינה בערכאות (להלן: הנציב), וגם השופטת מיכל אגמון-גונן מבית המשפט המחוזי בתל אביב, כפי שעולה מפסק דינה בעניין יפרא.

בעקבות תלונות שהוגשו לנציב, השופט בדימוס דוד רוזן, על אופן ביצוע ראיונות על ידי פרקליטים ואופן העברת תרשומות הראיונות לסניגוריה, שלח הנציב בתאריך 5.11.2017 לפרקליט המדינה בשעתו (שי ניצן) מכתב ובו הצעה להסדיר ראיונות עדים באמצעות תיעוד או הקלטה את הראיונות (להלן: המלצת הנציב).²²² לגישת הנציב, תיעוד אובייקטיבי ימנע מחלוקות והתדיינות בנושא בבתי המשפט, כמו גם יסייע בשמירת המידע בצורה נאותה, לשם פיקוח בעת הצורך של הדרג הממונה. המלצת הנציב הייתה כי תיעוד ריאיון עדים יערך באופן הדרגתי. בשלב הראשון יש לתעד ראיונות עם עדים מהותיים בתיקים פליליים בעבירות פשע חמור בלבד. כעבור חצי שנה, בראיונות עדים מהותיים בעבירות פשע, ובתוך שנה, לכלל ראיונות העדים בכל העבירות. נקבע כי במקרים בעייתיים שבהם אי אפשר או לא ראוי ולא נכון לתעד את הריאיון, פרקליט מחוזי יהא מוסמך, מטעמים מיוחדים, בהחלטה מנומקת בכתב, לפטור מתיעוד דיגיטלי של עריכת הריאיון.

בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין יפרא אימצה השופטת מיכל אגמון-גונן את המלצת הנציב וקבעה כי ללא תיעוד אובייקטיבי דיגיטלי, אין דרך

217 עניין צ'רנוי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 4, ס' ז.

218 עניין אברג'יל, לעיל ה"ש 209.

219 הנחיית פרקליט המדינה, לעיל ה"ש 100, ס' 29 – 31.

220 נקבע כי במקרה כזה, מדובר בתרשומת פנימית שאינה "חומר חקירה" כמובנו בס' 74 לחסד"פ ואין חובה להעבירה להגנה. שם, ס' 29 להנחיה.

221 שם, ס' 30 להנחיה.

222 מכתב נציב תלונות הציבור על מייצגי המדינה בערכאות, משרד המשפטים, מיום 5 לנובמבר 2017 (להלן: מכתב הנציב).

לדעת אם הריאיון בוצע על פי הכללים אם לאו.²²³ לגישתה, עומדת לתביעה חזקת תקינות ההליך, אולם עם התפתחות הטכנולוגיה והקלות שבה אפשר להקליט את הריאיון, אין כל סיבה שלא יהיה תיעוד אמין ואובייקטיבי וימנע ויכוחים המתעוררים חדשים לבקרים באשר להכנת עדים. השופט גונן-אגמון ציינה כי אין בדברים אלה כדי לקבוע דבר לעניין העברת ההקלטות לצוות ההגנה.²²⁴ אם יתבקשו הקלטות, יועברו להגנה רק אלה שהן "חומר חקירה" ובאופן שיקבע בית המשפט.

על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב בעניין יפוח הגישה המדינה עתירה לבג"ץ.²²⁵ המדינה טענה כי לא היה מקום, בהחלטה שיפוטית בתיק פלילי, להטיל עליה חובת תיעוד ראיונות עם עדים, חובה שהיא בעלת השלכות רוחב. זאת בלא שיש לה כל עיגון בדין הקיים ובלי לתת את הדעת על ההשלכות הרבות שיש להטלת חובה כאמור.²²⁶ עוד נטען כי בית המשפט המחוזי סטה מההלכה הפסוקה שלפיה אין חובה להקליט ראיונות עם עדים ויצר חקיקה שיפוטית יש מאין. זאת בלי לתת את הדעת לכך שחובה זו תוביל לפגיעה בתכליות ריאיון העד בדרך של יצירת אפקט מצנן על השיח החופשי בין המראיין לעד ובאופן שירתיע עדים מקיום ריאיון הכנה לקראת הדיון.²²⁷ המדינה תקפה גם את החלטת בית המשפט המחוזי שלפיה הפרת חובת התיעוד עלולה להוביל לפסילת העדות, בהיותה בלתי סבירה וסוטה מהדין הנוהג.²²⁸

223 עניין יפוח, לעיל ה"ש 33, בפס' 7.ב.

224 שם.

225 בג"ץ 841/19 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בתל אביב (נבו 8.4.2019) (להלן: בג"ץ בית המשפט המחוזי בתל אביב).

226 שם, בפס' 6 לפסק הדין.

227 שם. עוד טענה המדינה כי אין החלטת בית המשפט המחוזי סבירה מחמת חוק חקירת חשודים אשר קבע חובת תיעוד רק באשר לחקירת חשודים ורק על אלו שנחשדים בעבירות שעונשן עשר שנות מאסר ויותר. על כן קביעת חובת תיעוד ראיונות הכנה על כלל העדים אינה סבירה. המדינה ציינה בעתירה כי בדין הקיים יש מענה לחששות בדבר זיהום העדות הן בכללים הקבועים בהנחיית פרקליט המדינה, אשר מיושמת כנדרש, והן בפסיקת בית המשפט העליון בדבר חובת תיעוד בדרך של תרשומת. עוד נטען כי קביעת חובה להקליט ראיונות הכנה משמעותה קביעת חזקת "אי-תקינות המינהל" באשר לפעילות התביעה בלא כל בסיס. יתר על כן, קביעת חובה כאמור תכביד על ההליך השיפוטי, מאחר שהדבר יגרור התדיינויות רבות במענה לבקשות של נאשמים לקבל את ההקלטות, דבר שיעכב משמעותית את ההליכים הפליליים ויכביד על מערכת אכיפת החוק אשר תידרש להיערך מהבחינה הטכנית, התקציבית והארגונית להקמת מערך מתאים להקלטת עשרות אלפי עדים בשנה. המדינה הביעה חשש שלפיו חובת התיעוד עלולה להפוך את התובע לעד פוטנציאלי וציינה כי הפסיקה בעבר נדרשה לתוצאה לא רצויה של הזמנת תובעים לעדות והצדיקה את חששה של הפרקליטות ממצבים אלו. ראו שם.

228 שם. לאחר הגשת העתירה הגישה המדינה בקשה לצירוף כאסמכתה את החלטת השופט

השופט מני מזוז, בהסכמת הנשיאה השופטת חיות והמשנה לנשיאה השופט מלצר, קיבל את עתירת המדינה והורה על ביטול החלטת בית המשפט המחוזי. השופט מזוז ציין כי השאלה הנדרשת להכרעה בעתירה אינה אם תיעוד קולי או חזותי של ראיונות העדים הוא רעיון נכון וראוי, ואם כן – ובאילו נסיבות או תנאים. השאלה היא אם בדין נטל לעצמו בית משפט המחוזי את הסמכות לקבוע בסוגיה זו הסדר משפטי חדש שיש בו גם משום סטייה מהלכות בית המשפט העליון.²²⁹ השופט מזוז עמד על כך ש"דרך המלך" לקביעת כללים בהליך הפלילי היא, אפוא, הסדרה בחקיקה. אומנם סוגיית ראיונות עדים על ידי התביעה לקראת עדותם במשפט לא הוסדרה בחקיקה, אך היא אינה בגדר "לוח חלק" (Tabula rasa).²³⁰ הסוגיה זכתה לדין ולמענה בפסיקת בית המשפט העליון, אשר קבע את גבולות המותר והאסור. בנסיבות אלה, קבע השופט מזוז, בית המשפט המחוזי לא היה רשאי להטיל על התביעה חובות שאין להן עיגון בחוק, ואף תוך סטייה מפסיקתו של בית המשפט העליון, אשר עבורו היא תקדים מחייב.²³¹ כך גם לא נקבע בפסיקה כי היעדר תיעוד תוצאתו פסילת העדות. השופט מזוז הדגיש כי הסדרת הסוגיה של ריאיון עם עדים, ראוי שתיעשה בהליך חקיקה סדור, בשל ההשלכות הרחבות וההיבטים הארגוניים-תקציביים הכרוכים בכך, ולא בדרך של חקיקה שיפוטית.²³²

סבורני כי החלטת השופט מזוז ראויה ונכונה וכי אפשר להסתפק בעריכת תרשומת על אודות הריאיון, כפי שמקובל כיום, ואין מקום לתעד ראיונות עם עדים באמצעים דיגיטליים. זאת מכיוון שחסרונות התיעוד הדיגיטלי עולים לדעתי על יתרונותיו, כפי שאסביר להלן.

המצדדים בתיעוד דיגיטלי של ראיונות עדים תומכים את טיעוניהם בכמה טעמים. ראשית, תיעוד דיגיטלי יחשוף שימוש בטכניקות הדרכה פסולות, מפורשות או סמויות ויסייע בגילוי.²³³ שנית, העובדה שהריאיון עם העד מתועד תרתיע עורכי דין, ובפרט תובעים, מלאמן עדים באופן גלוי או סמוי. כמו כן היא תהיה תמרוך אזהרה מפני כל סוג של אימון, לרבות אימון מדרגה שלישית, בכך

שטיין שניתנה בבש"פ 213/19 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 6.2.2019). בהחלטה זו התייחס השופט שטיין להחלטת בית המשפט המחוזי בדבר חובת התיעוד ודחה אותה בקבעו, בין היתר, כי מקומה של חובה זו להיבחן כחלק מהליך חקיקתי וכי אין היא חלק מן הדין המצוי.

229 שם, בפס' 22 לחוות דעתו של השופט מזוז.

230 שם, בפס' 24-25 לחוות דעתו של השופט מזוז.

231 אלא תיעוד בתרשומת של פרטים עובדתיים חדשים ורלוונטיים שיש בהם תוספת או שינוי מהותיים מגרסתו של העד בחקירה ולהעבירם לידיעת הסניגוריה. שם, פס' 25 לחוות דעתו של השופט מזוז.

232 שם, בפס' 31 לחוות דעתו של השופט מזוז.

233 Gershman, לעיל ה"ש 1, בעמ' 862.

שהיא תביא לידי כך שהתובעים יפעלו בזהירות רבה וינקטו משנה זהירות בבואם להכין את העדים לקראת עדות. 234 שלישית, תיעוד ריאיון עם העד ימנע התנגחויות בין באי כוח הצדדים בבתי המשפט בנושא הריאיון והעלאת טיעוני סרק בדבר זיהום העדות או הכנסת מילים לפי העד, הטעיה או הטיית הודעת העד בצורה אסורה. 235 דווקא הצגת תוצרי הריאיון תהיה ראייה לכך כי אין בטענות אלו ולא כלום. רביעית, תיעוד אובייקטיבי עשוי לסייע בפיקוח על ראינות ובכוחו לתרום ללימוד, לשיפור דרכי הריאיון על ידי התובע, להפקת לקחים אישיים ומערכתיים על ידי המנהלים וקיום ראינות עתידיים בצורה יעילה ומיטבית. 236

לצד יתרונות אלה והתכליות הראויות שהיא נועדה לקדם, תיעוד דיגיטלי של ראינות טומן בחובו חסרונות וקשיים רבים, אשר בחלקם דן השופט מזוז בבג"ץ בית המשפט המחוזי תל אביב. ראשית, הקלטת דברי העד עשויה להיתפס כהבעת אי-אמון בדברי העד. 237 שנית, במרבית המקרים אין כל חשש ולא לכאורי לפגם שנפל במהלך הריאיון. שלישית, קביעת חובה להקלטת הריאיון בכל ההליכים הפליליים תצריך הקצאת משאבים שספק רב אם ניתן או מוצדק יהיה להקצותם לטובת עניין זה. 238 קביעת חובה להקלטת הראיונות עם עדים תכביד הכבדה משמעותית על מערכת אכיפת החוק, שכן הקלטת הראיונות, תמלולם, והצורך לאפשר עיון בהם, יסרבלו ויאריכו עד מאוד את ניהול ההליך הפלילי. צעד זה עלול להוביל את מערכת המשפט לעסוק בנושאים צדדיים ושוליים המתמקדים במה שהתרחש בריאיון העדים שמעידים במשפט, במקום לעסוק בבירור הנושאים העובדתיים והמשפטיים העומדים בבסיס כתב האישום. 239 רביעית, תיעוד ראינות עלול לעכב את ניהול ההליך הפלילי, שכן כאשר ראינות יתקיימו סמוך למועד מסירת העדות וההגנה תדרוש תמלול הריאיון ומסירת ההקלטה והתמלול לידיה מבעוד מועד, טרם העדת העד. תמלול הריאיון עלול להימשך תקופה ארוכה ויש בו כדי לסרבל ולעכב את ההליכים ללא צורך של ממש. 240 חמישית, תיעוד ראינות עם עדים בידי התביעה עלול להיתפס כמקעקע את חזקת תקינות המינהל ואף עלולה להתפרש, למצער, בעיני התובעים עצמם, כהצבעת אי-אמון גורף בהם וביושרם המקצועי. 241 שישית,

234 Roberts & Saunders, לעיל ה"ש 148, בעמ' 293.

235 מכתב הנציב, לעיל ה"ש 222, בס' 19.

236 שם, בס' 22.

237 שם, בס' 10.

238 שם, בס' 16(א).

239 שם, בס' 16(ב).

240 שם, בס' 16(ג).

241 שם, בס' 16(ד).

הקלטת הריאיון עשויה להניא עדים מלמסור גרסתם באופן חופשי ואף עלולה להניאם מלהגיע להכנה לקראת עדות ביודעם כי כל דבר שייאמר יועבר להגנה. שביעית, העברת קלטות הראיונות לידי ההגנה, ובתוך כך, גילוי זהותם של עדי התביעה, יספקו לנאשמים את היכולת להטריד, לאיים ואף לפגוע בעדים אלה.²⁴² הידיעה כי הריאיון יתועד ויועבר להגנה עשויה להרתיע עדים מלהתייצב לריאיון הכנה או לשוחח עם התובע בצורה חופשית על העדות.

שמינית, אין זה מעשי להקליט את כל הראיונות שעורכים התובעים עם כל העדים הפוטנציאליים. דבר זה יכביד על התנהלות התביעה וימנע ממנה למלא את תפקידיה בעילות.²⁴³ תשיעית, החובה להקליט כל מפגש של התובע עם כל עד פוטנציאלי, עשויה להכביד באופן משמעותי על סנגורים.²⁴⁴ סנגורים עשויים להיות חייבים להאזין ולמיין שעות של הקלטות, מה שככל הנראה ידרוש משאבים רבים שלא כל הסניגורים יכולים להרשות לעצמם.²⁴⁵ נוסף על כך, אין הסניגורים בקיאים במדע שמאחורי זיכרונות שווא ולא סביר שהם יזהו הצעות מרומזות ומעודנות, שרבות מהן מתרחשות באמצעות אימון עד דרגה שלישית, שגם התובעים לא מודעים להן.²⁴⁶ עשירית, מטעמים אתיים סביר להניח שהתובעים יצטרכו ליידע את העדים כי שיחותיהם יוקלטו, ועדים, ככל הנראה, יצטרכו להסכים להקלטתם.²⁴⁷ מטבע הדברים, כלל הקלטת חובה ירתיע את העדים מלהתייצב ולהעיד, מכיוון שהם עשויים להסס לעבוד עם התביעה אם כל פגישותיהם יוקלטו וישמרו על גבי דיסק או קלטת.²⁴⁸ כמה עדים עשויים למצוא שבתיעוד חזותי יש משום פרצה לפרטיותם ועלולים להרגיש שלא בנוח כשמצלמים אותם.²⁴⁹ אם מלכתחילה עד מהסס באשר להשתתפותו בתיק פלילי,

Fox Brian P. Fox, *An Argument Against Open-File Discovery in Criminal Cases*, 89 NOTRE DAME L. REV. 425, 429 (2013) 242

.Cohen, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1018-1019. 243

Fox, לעיל ה"ש 242, בעמ' 434-435; Cohen, שם, בעמ' 1019. 244

Fox, שם, בעמ' 437-438, 442-443; Cohen, שם. 245

Gershman, לעיל ה"ש 1, בעמ' 833 ו-852; Cohen, שם, בעמ' 1020. 246

Carol M. Bast, *Surreptitious Recording by Attorneys: Is it Ethical?* 39 ST. MARY'S L.J. 661, 663 (2008): "States' opinions as to whether it is ethical for an attorney to record a conversation without all parties' consent have not been uniform, and the issue has spawned a great deal of discussion. At one extreme are the states that prohibit secret attorney recording as unethical and, at the opposite extreme, are the states that permit secret attorney recording; others have taken positions somewhere between the two extremes" 247

שם, בעמ' 663. "Many witnesses hesitate to speak freely if they know that their statements are being recorded verbatim" 248

Cohen, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1020. 249

סביר להניח שהוא יסרב להציע מידע מועיל לתביעה לאחר שידע כי כל השיחות מוקלטות ומתועדות.

אחד-עשר, כפי שנדון לעיל, עדים עשויים לסרב לעבוד עם התביעה מחשש לשלומם, אם הם יודעים כי הנאשמים שהם מעידים נגדם יקבלו גישה לעדותם לפני המשפט.²⁵⁰ ייתכן כי במצב זה עשוי להיקבע חריג עבור עדים שמסרבים לתיעוד דיגיטלי של הריאיון מפני שאין הם חשים בנוח או דואגים לשלומם. עם זאת, ייתכן שחריג כזה בסופו של יום יבִלע בתוך הכלל. אם תינתן לעד האפשרות לסרב לתיעוד דיגיטלי של המפגש, סביר להניח שהוא יבחר באפשרות זו על פני האפשרות שהריאיון יוקלט. יתר על כן, תובעים העוסקים באימון מכון, יוכלו להימנע מהכלל על ידי כך שיביאו לכך שהעד יסרב שהמפגש יוקלט או שלא יביאו זאת לידיעתו.²⁵¹

חלופה להקלטה באמצעות קלטת וידיאו היא השימוש בקלטת שמע. עדים עשויים לראות תיעוד קולי כפחות פולשני ומאיים מאשר תיעוד חזותי, שכן הופעתם לא תיחשף לנאשם וייתכן שבדרך זו אפשר אף לשנות את קולו של העד.²⁵² עם זאת, בתיעוד קולי אי אפשר לצפות במפגש גופו, בשפת הגוף, במחוות וברמזים שאינם מילוליים המועברים לעד במהלך ההכנה ושיש בהם כדי להשפיע על העדות.²⁵³

אומנם לתיעוד דיגיטלי של הריאיון עם עדים ישנם יתרונות והוא עשוי להתאפשר בעתיד. אך, לגישתי, נקיטת זו אינה הדרך הנכונה ליצור שינוי מערכתי במוסד זה. ההסדר המוצע בפרק זה כולל רפורמות שיש בהן כדי לצמצם את מספר המקרים שבהם עדים מתודרכים לקראת עדות, וכן להקל על זיהויים. סבורני כי יישום ההסדר המוצע ייתר את הצורך בתיעוד דיגיטלי של הראיונות והוא מחזק את קביעתו של השופט מזוז בבג"ץ בית המשפט המחוזי בתל אביב. לאמור, קביעת איסור מפורש על הדרכת עדים; קביעת הנחיות שהן תמרורים ברורים באשר לאסור והמותר במהלך הריאיון; הטלת סנקציות משמעותיות; הדרכה מקצועית של עורכי הדין במהלך הכשרתם; קיום השתלמויות מקצועיות; בקרה ופיקוח פנים משרדי על הכנת עדים; וכן הענקת משקל אפסי לעדות במקרים מתאימים. כל אלה יתנו מענה הולם ושלם לחששות והסכנות הקיימים במוסד הריאיון. עם זאת, אם אמצעים אלה לא ייושמו או שלא יניבו פרי, אפשר לשקול להוסיף בהמשך ולפי צורך השעה תיעוד דיגיטלי של הריאיון, ורצוי כי הדבר יעשה בידי המחוקק ולא בדרך של פסיקה שיפוטית.

250 Roberts & Saunders, ליל ה"ש 148, בעמ' 296; Fox, לעיל ה"ש 242, בעמ' 430-431.

251 Cohen, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1020.

252 שם, בעמ' 1021.

253 שם.

סיכום

בשיטה האדברסרית הכנת עדים היא פרקטיקה אוניברסלית וחלק בלתי נפרד מתפקידו ומחובותיו של עורך הדין; היא מבטיחה את קיום חובותיו המקצועיות של עורך הדין כלפי לקוחו ואת חובתו כלפי בבית המשפט בקידום חקר האמת ועשיית הצדק; היא גם תורמת ליעולו של ההליך השיפוטי ושומרת על הגינותו. עם זאת, על אף יתרונותיה ותכליותיה הרבים היא מעוררת קשיים וטמונות בה סכנות, הן למלאכת ברור האמת ועשיית הצדק והן להגינותו של ההליך הפלילי וטוהרו. החשש המרכזי הוא שריאיון עם עד יגלוש להדרכה אסורה, בין במודע ובין שלא במודע. במהלך ריאיון זה ישנה העד את גרסתו. חשש זה מתעצם נוכח העובדה כי מוסד הריאיון אינו מוסדר בחקיקה ואינו תחום במסגרת ברורה של כללים או הנחיות, כך שעורך הדין לא חשוף לסנקציות מקצועיות-אתיות במקרה של הדרכת עדים. יתר על כן, הכנת עדים נעשית במחשכים ללא פיקוח או בקרה, מה שמקשה על גילויה וחשיפתה. מההיבט הראייתי של מוסד זה, אין הדרכת עדים שוללת את קבילות העדות אלא, לכל היותר, גורעת ממשקלה.

מחמת הקשיים והחששות האמורים, במאמר זה אני מציע לערוך רפורמה במוסד זה שתבוא לביטוי בכמה היבטים ותחומים. ראשית, מוצע ליצור מסגרת נורמטיבית כללית וברורה אשר תחול על כלל עורכי הדין בהליך הפלילי – תובעים וסניגורים כאחד. מסגרת זו תתחם מוסד זה בגבולות ברורים כך שהדרכת עדים תהיה עבירה אתית ותחשוף את עורך הדין המעורב בכך לסנקציה משמעותית. לצד כלל זה, המלצתי לקבוע הנחיות שתהיינה אבני דרך ואמות מידה להכנה רצויה של עדים לקראת משפט. הואיל וחלק מאימוני עדים נעשים שלא במודע (אימון מדרגה שלישית), ההסדר המוצע כולל התייחסות לאמצעי הרתעה וענישה, לצד אמצעי הדרכה ולימוד שיספקו כלים מקצועיים לעורכי הדין, בעיקר אלה שבתחילת דרכם, כיצד לקיים ראיונות עם עדים. בתוך כך יש לחדד את מודעותם של עורכי הדין לדרכים שבהן, מחד גיסא, הם עשויים להעביר מסרים, באופן גלוי או סמוי, במודע או שלא במודע, שיביאו לשינוי גרסת העד. ומאידך גיסא, לדרכים שבהן עדים קולטים מסרים שונים במהלך ההכנה לקראת משפט שעשויים לזהם את עדותם ולהביא לשינוי גרסתם. עוד הוצע לפקח על הכנות עדים הנערכות על ידי עורכי דין בתחילת דרכם המקצועית, וכן למנות בכל משרד עורך דין או במשרדי התביעה, אדם שיהיה אמון על הכנת עדים וישמש בר-סמכא בתחום זה.

ברוח דבריו של השופט מזוז בבג"ץ בית המשפט המחוזי בתל אביב, לפיהם תיעוד ריאיון עם עדים לקראת משפט, צריך להיות מוסדר בהליך חקיקה סדור, ואמר כי מוסד הריאיון עם עדים בכללותו, ראוי שייעשה בהליך חקיקה סדור בשל ההשלכות הרחבות וההיבטים המקצועיים, הארגוניים, האתיים והראייתיים הכרוכים בכך.