

**מאמר מערכת**

1

**עונש המאסר – תכליות, מגמות והלכות**  
ד"ר יניב ואקי, ד"ר רותי קמיני ופרופ' יורם רבין

**מאמרים**

41

**משקלה הראייתי של כבישת עדות הנאשם**  
ד"ר דורון מנשה

61

**"אחר כך תודה לנו": טיפול כפוי בפרט כשיר, המסרב מדעת**  
ד"ר מאיה פלד-רז

107

**פלורליזם וקהילות מיעוטים תרבותיים: ההתנגשות בין עקרון חובת ההפרדה של הדת מהמדינה ובין עקרון טובת הילד בפרשת קרית יואל נ' גרומט**  
פרופ' ארנון גוטפלד

141

**כשאת אומרת שאמרת: לא! עדות מתלוננות בתיקי "אינוס היכרות" – אמרה שאינה ניתנת להפרכה**  
עו"ד אריאל סלטו

199

**"השב תשיב לו אשם": על תשלומי השבה בדיני חוזים**  
עו"ד לאון אנדג'ר

**ביקורת ספרים**

247

**מודל ביזורי של קביעת עובדות – הצעה לגישה חדשה בעקבות עיון בספר "הלוגיקה של קבילות ראיות" מאת דורון מנשה**  
ד"ר שי אוצרי





## Editorial

1

### **The Imprisonment in Israeli Criminal Code**

Dr. Yaniv Vaki, Dr. Ruthie Kamini & Prof. Yoram Rabin

## Articles

41

### **The Probative Value of a Belated Defense Testimony**

Dr. Doron Menashe

61

### **“You’ll Thank Us Later”:**

### **Compulsory Treatment Notwithstanding the Patient’s Informed Refusal**

Dr. Maya Peled-Raz

107

### **Pluralism and Communities of Cultural Minorities: the Clash Between the Separation of Church and State Principle and the Wail Fire of a Child Principle in Kiryat Joel v. Grumet Case**

Prof. Arnon Gutfeld

141

### **When You Say That You Said: No! Complainant’s Testimony in Date Rape Cases: An Irrefutable Statement**

Adv. Ariel Salto

199

### **The Fault Principle and Gain Based Damages in Contract Law**

Adv. Leon Yehuda Anidjar

## Book Review

247

### **Decentralized Model of Fact Finding: a New Suggestion Following Reading “The Logic of Admissibility of Evidence” By Doron Menashe**

Dr. Shai Otzari



# משקלה הראייתי של כבישת עדות הנאשם

דורון מנשה\*

מוקדש לאחי האהוב  
אליהו (אלי) מנשה זצ"ל  
איש אמת ואציל נפש

1. מבוא
2. המשגת העדות הכבושה
3. אופי ההסברים לכבישת עדות שבית המשפט מקבל
4. הניתן להצדיק את כלל העדות הכבושה על בסיס הוכחתה?
5. כלל העדות הכבושה כתמריץ ראייתי
6. סכנות של ספירה
- א. ספירת יתר במקרה של הסתרת ראיות, בדייתן או הצגת ראיות שהן בלתי מהימנות או שקריות
- ב. כבישת עדות של נאשם שקדמה לה שתיקה במשטרה
7. מסקנות

## 1. מבוא

משקלה הראוי של כבישת עדות הנאשם יידון במאמר זה. בחלקו הראשון של המאמר אבקש להראות שהכלל בעניין עדות כבושה, לנוכח ערכה ההוכחתי הממשי של השתיקה, אינו מוצדק. לא זו אף זו, כלל זה אינו עולה בקנה אחד עם ההנחות הפסיכולוגיות שבתו המשפט מניחים בדונם בתלונות כבושות, למשל, בעברות מין, או עם ההנחות המשמשות לעיצובן של דוקטרינות כגון דרישת "דבר מה נוסף" על הודאת נאשם. בהיעדר אפשרות להצדיק את כלל העדות הכבושה על בסיס הוכחתי, נותר רק מסלול התמריצים, אולם בחינה של מסלול זה מביאה לידי מסקנה שמדובר במקרה זה בתמריץ רדיקלי (על פי הסיווג שהצעתי זה מכבר לתמריצים הראייתיים: תמריץ רדיקלי, תמריץ בינוני ותמריץ חלש), שהוא פסול מכול וכול מטעמים של

---

\* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אני מודה מקרב לב לשי אוצרי על הערותיו לטיסה מוקדמת של המאמר, ולעו"ד לירן אוהיון על עבודת מחקר מצוינת.

פגיעה בעקרון ההגנה על חפים מפשע ועקרון החתירה לגילוי האמת על בסיס פרטני. לפיכך אטען שיש לעצב מחדש את כלל העדות הכבושה, והפעם כתמריץ חלש. עיצוב כלל העדות הכבושה כתמריץ חלש יחייב בחינה מדוקדקת של המצבים שבהם יהיה אפשר להשתמש בכלל זה, כדי שחלילה לא יינתן לעדות הכבושה משקל העולה על משקלה ההוכחתי הממשי. בעניין זה יש להיזהר מפני "ספירה כפולה" או "ספירת יתר" של כבישת העדות עם ראיות אחרות. בחלק השני של המאמר אצביע אפוא – תוך שימוש בהנחות התנהגותיות בסיסיות ובתיאורמת ביז (Bayes) – על שני מצבים שבהם ספירה כפולה כאמור מועדת להתרחש. המצב הראשון הוא של כבישת עדות בצירוף התנהגות מפלילה אחרת של הנאשם – הסתרת ראיות, בדייתן או הצגת ראיות בלתי מהימנות. המצב השני, והחמור יותר, הוא שתיקה במטרה לפני העדות הכבושה. במקרים הללו המשקל הניתן לכבישת העדות הוא בבחינת ספירה כפולה של משקל ראיית השתיקה. במילים אחרות, מאחר שהנאשם שתק, כבישת העדות מאבדת מכוחה המפליל העצמאי, וכל כולה נטמעת בראיית השתיקה, אף אם הנאשם אינו מביא טעם כלשהו לכבישת עדותו. על כן, כל התחשבות נוספת בכבישת העדות היא טעות, בבחינת יצירת יש מאין והיא מגבירה את הסיכון להרשעת הנאשם אף אם הוא חף מפשע.

חלקו השני של המאמר אמנם נסמך על הטענה שהכלל הנוהג בדבר עדות כבושה מבוסס בעיקרו על ההיגיון שבתמריצים, אך הוא אינו תלוי בה. לשון אחר, מי שאינו מקבל את התזה המוצעת בחלק הראשון, שלפיו הגיונו של כלל העדות הכבושה בצורתו הנוכחית הוא תמריצי בעיקרו, עדיין יוכל לאמץ את התזה המוצעת בחלקו השני ולראות במקרים המתוארים שם מצבי יישום מוטעה של כלל העדות הכבושה, שיש לשרשם כדי להגשים את הרציונל ההוכחתי שעומד ביסודו.

## 2. המשגת העדות הכבושה

הכלל בדבר עדות כבושה הוא כלל עתיק יומין המושרש בפסיקה<sup>1</sup> ודומה שאין חולק עליו.<sup>2</sup> עדות תיחשב לכבושה אם ניתנה לאחר הזמן שבו יכלה להינתן,<sup>3</sup> כלומר אם הנאשם לא מסר עדות בעת חקירתו המשטרית כחשוד, אף שלא הייתה כל מניעה לעשות כן.<sup>4</sup> יש לשים לב, כלל העדות הכבושה אינו נוגע להסקה מתוכנה של העדות הכבושה או מאופן מסירתה, אלא נוגע להתנהגות המפלילה הכרוכה בכבישת העדות.<sup>5</sup> בפרשת **לזרובסקי** נאמר: "אך טבעי הדבר כי לרוב, מי שכובש את עדותו,

1 יעקב קדמי **על הראיות** חלק ראשון 500 (2009).

2 ראו לדוגמה: ע"פ 677/84 **דוד אביטן ואח' נ' מ"י**, פ"ד מא(4) 33 (1987).

3 ראו לדוגמה: ע"פ 395/06 **חליסטוב נ' מדינת ישראל**, (פורסם בנבו, 16.11.2006).

4 ע"פ 4364/02 **מלמד נ' מדינת ישראל**, נז(1) 634 (2002).

5 קדמי **על הראיות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 501.

חשוד על דבר אמיתותה"<sup>6</sup>. למרות זאת, הכלל אינו קובע שכבישת העדות היא ראייה נסיבתית מפלילה לחובת הנאשם, אלא הוא מביא לידי פגיעה במשקלה של העדות עצמה,<sup>7</sup> ולעתים אף מבטל את תוקפה כליל. כפי שנראה בהמשך, אין להצדיק גישה זו על בסיס משקלה ההוכחתי של כבישת העדות, והיא עלולה להגביר סיכונים בלתי מוצדקים להרשעת חפים מפשע.

### 3. אופי ההסברים לכבישת עדות שבית המשפט מקבל

הפסיקה קובעת כי על הכובש עדותו לתת "הסבר מתקבל על הדעת על שום מה נכבשה העדות עת רבה"<sup>8</sup>. אם ניתן הסבר לגילוי הדברים באיחור, והסבר זה מתקבל על הדעת, שוב לא יהיה משקל לאיחור כשלעצמו. ההסבר צריך להבהיר מדוע כבש העד את עדותו וכן מדוע החליט לפתע למסור את גרסתו:<sup>9</sup>

"ההסבר, שעל בית המשפט להשתכנע הימנו, הוא לגבי שני עניינים: האחד – על שום מה שתק העד וכבש את עדותו כל אותה עת עד למתן עדותו; והשני – מה נשתנה עתה, כאשר החליט העד להעיד, ומהו הנימוק שהניעו לשבור את שתיקתו".

מדברים אלה, ומאופן החלתם בפועל על עדותם של נאשמים בפלילים, עולה שנאשם הכובש את עדותו, אינו יכול להסתפק בכך שיאמר שעדותו כעת משקפת את האמת וכי דבריו הקודמים היו שקר. אמירה כללית כזאת לא תיחשב להסבר כלל וכלל, גם אם יוסיף הנאשם טענות כלליות כגון שחשש מהשלכות כלשהן של העדות או שנבצר ממנו ברמה הקוגניטיבית-מילולית או ברמה הנפשית למסור עדות מדויקת ומפורטת. בייחוד לא תועיל אמירה כזאת אם קדמה לעדות המאוחרת שתיקה מוקדמת, (להבדיל מגרסה מוקדמת השונה מן העדות המאוחרת) שכן אז אין הכובש עדותו יכול להסתפק בכך שיאמר שעדותו כעת משקפת את האמת וכי שתיקתו נבעה מלחץ פנימי בחקירה, מקשיים במסירת העדות או מחקירה מסועפת שהכילה פרטים רבים וראיות רבות שחלקן אף מפוברקות ושלא הייתה לו יכולת להתמודד עמן.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> ע"פ 5874/00 לזרובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 249, 260 (2001). (להלן: "פרשת לזרובסקי").

<sup>7</sup> קדמי על הראיות, לעיל ה"ש 5.

<sup>8</sup> ע"פ 202/56 פרקש ואח' נ' היועמ"ש, פ"ד יא(1) 677 (1957).

<sup>9</sup> שם.

<sup>10</sup> נראה שגם אם הנאשם יכול להצביע בפירוט ובדיוק רב על ראיות מפוברקות, הטעיות ותחבולות שנקטו כלפיו, ושהיה בהן כדי למנוע ממנו למסור את הגרסה המאוחרת, אין הדבר נתפס כנסיבה המצדיקה את כבישת העדות. ראו בעניין זה את ע"פ 5825/97 עובדיה שלום נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2), 933, 935 (2001); ע"פ 5927/11 הררי ואח' נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו,

עיון בפסיקה אינו מגלה תקדימים שבהם התקבלו טענות על אודות מצבו הנפשי של הנאשם בזמן החקירה, על בלבול שהיה שרוי בו או על טראומה מן ההליכים, כהסבר המצדיק את השהיית העדות וכבישתה. כפי שאפרט בהמשך, הדבר מתמיה, שכן הוא אינו מתיישב עם רגישותם של בתי המשפט לנסיבות מעין אלה ולהשפעותיהן. רגישות זאת ניכרת בגישתם של בתי המשפט לכבישת עדותן של מתלוננות בעברות מין<sup>11</sup> או מוסקת מהשיקולים המהווים בסיס לעיצובה של דרישת דבר מה נוסף להודאה.

וידוגש, ההסבר חייב להיות מעוגן בנסיבות המקרה (שאותן יש לתמוך בראיות) ולהתייחס לשתי נקודות זמן: (א) זמן כבישת העדות (ב) הזמן שבו העדות נמסרת.<sup>12</sup>

---

23.8.2012), וראו דיון מאלף בנסיבות המביאות חשוד לידי שמירה על זכות השתיקה, במאמרה של רינת קיטאי סג'רו "שתיקה כהודאה: על התפישה המוטעית של שתיקה בבית משפט כדבר-מה נוסף להודאה בחקירה" **משפט וצבא** 18, 31, 58-61 (התשס"ו). מקל וחומר לא תישמע טענה שהשתיקה מבוססת על זכות ההיוועצות. לאמור, עצת עורך הדין ללקוחו לשמור על זכות השתיקה, לא תיחשב לסיבה מוצדקת לכבישת העדות. ראו: דורון מנשה "הרהורים בעקבות הכרעות הערכאות השיפוטיות בעניינו של אריה דרעי" **קריית המשפט** ב 329 (2002).  
<sup>11</sup> ראו לדוגמה: בע"פ 2820/98 **סיגמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(4) 183 (1999); ע"פ 795/85 **עמר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מב(4) 294 (1985); ע"פ 1258/03 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(6) 625, 638 (2004); ע"פ 9399/09 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 10.8.2010); ע"פ 10102/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בפס' 68 (פורסם בנבו, 7.9.2010); ע"פ 10163/08 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בפס' 13 (פורסם בנבו, 13.9.2010); ע"פ 7097/08 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בפס' 5 (פורסם בנבו, 6.9.2010). וידגש, אם זוכה הנאשם בסופו של דבר, זה היה משום ראיות חיצוניות אשר פגעו במהימנות המתלוננת ולא משום עצם כבישת העדות על ידי המתלוננת. ראו בעניין זה: תפ"ח (מחוזי ת"א) 1012/08 **מדינת ישראל נ' אייל רונן** (פורסם בנבו, 8.11.2011), שם זוכה הנאשם, בין היתר, מאונס. מדובר באחת המתלוננות נגד השחקן חנן גולדבלט אשר נשלח לשש שנות מאסר. הטעם המרכזי לזיכויו היה פלט שיחות טלפון נייד המוכיח כי על אף טענת המתלוננת כי ניתקה קשר עם הנאשם, לא היה אמת בדבר. אגב, נראה כי אם לא היה מתבקש צו לפי ס' 108 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, הרי בית המשפט היה נותן אמונו במתלוננת ומרשיע על סמך תלונתה; ע"פ 3250/10 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 12.1.2012), שם זוכה המערער רק לאחר קבלת טענותיו בערעור לעצם חוסר העקיבות בעדות המתלוננת שכללה סתירות קוטביות בעניין ממצאים גופניים, כלומר שריטה אשר טענה כי נגרמה לה מסכין המערער. כמו כן מחדלי חקירה חמורים היטו את הכף לזכותו; ע"פ (מחוזי י-ם) 2206/01 **מדינת ישראל נ' מרדכי** (פורסם בנבו, 28.11.2001), שם זוכה איציק מרדכי ממעשה מגונה "בבית יער", שכן המזכרים הצביעו על חוסר אמינות המתלוננת אשר טענתה לא התיישבו עם פרטי הפרשה. גם אם בתי המשפט מייחסים לבעייתיות כלשהי בכבישה הדבר נעשה באורח אקראי כשהדבר עולה מתוך עדויות אחרות ולא לאחר יקירה ודרישה ולו מינימלית של טעמי המתלוננת לכבישה תפ"ח (מחוזי ת"א) 1001/08 **מדינת ישראל נ' שיאחי אסף** (פורסם בנבו, 15.7.2009), שם דובר במתלוננת אשר כבשה את עדותה כחמש שנים. הדבר שהביא לאי-נתינת האמון בעדותה היה עדויות אשר אוששו את העובדה שהתנהגותה לא עלתה בקנה אחד עם אותן תופעות שכיחות לכבישת עדות כשעסקנן בעברות מין.  
<sup>12</sup> **דרמי על הראיות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 504.

כמו כן העד צריך להסביר את המניעה למסור עדות בזמן המוקדם יותר (\*). ואת הפסקתה של אותה מניעה בזמן המאוחר יותר, ולא בשום נקודת זמן אחרת שבה הייתה לו הזדמנות למסור את העדות בין זמן כבישתה (א) לזמן מסירתה (ב). ההסבר צריך להתקבל על הדעת, מה שמרמז לכאורה על סטנדרט אובייקטיבי לבדיקה האמורה.<sup>13</sup> טענות לחששות סובייקטיביים ספק אם יתקבלו אף אם הן כנות.

#### 4. הניתן להצדיק את כלל העדות הכבושה על בסיס הוכחתי?

קביעה שעדות מסוימת היא עדות כבושה איננה מהווה ראייה מפלילה עצמאית נגד הנאשם, אלא היא פוגעת במשקל העדות הכבושה ויכולה אף להביא לידי מתן משקל אפסי לה. האפשר להסביר תוצאה זאת על יסוד כוחה ההוכחתי של כבישת העדות? לדעתי התשובה היא שלילית ומכמה טעמים: כבישת העדות היא רק ראייה נסיבתית מפלילה, ולכן היא יכולה לשמש אך ראייה כזו לשקריות הגרסה הכבושה. כבישת העדות אינה ראייה מוחלטת לשקריות העדות או ראייה מוחלטת לאשמתו של הנאשם. ניסוחים בדבר תוצאות ודאיות, או קרובות לוודאיות, אינם הולמים את עולם ההוכחה המשפטית, שכן משקלן ההוכחתי של ראיות תלוי בנסיבות כה רבות עד שמן הנמנע לקבוע אותו מראש בלא התייחסות לכל מקרה לגופו.<sup>14</sup> בהנחה שכך הדבר, שגוי לקבוע שבהיעדר טעמים מוצדקים לכבישת העדות, משקלה ההוכחתי של העדות יהיה קלוש. תוצאה זו אינה ראויה אף מבחינה נורמטיבית, שכן היא מנוגדת לאסטרטגיית ההכרעה הפלילית, הנגזרת מערך ההגנה על חפים מפשע ומחזקת החפות.<sup>15</sup> סתימת הגולל או צמצום ניכר של האפשרות להסתמך על אותה עדות כבושה בלא קשר לחומר הראיות שבתיק היא אפוא שגויה גם אם לא הובאו טעמי כבישה מוצדקים.<sup>16</sup>

לא זו אף זו, יש בכלל הקיים משום הענשה הנאשם ומתן משקל בלתי הולם לעדותו הכבושה. אמנם נכון שעצם כבישת העדות היא שיקול נסיבתי המפחית

<sup>13</sup> ע"פ 190/82 שאול מרקוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז"ד (1) 225 (1983) (להלן: "פרשת מרקוס"); ע"פ 677/84 שמש ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 33 (1987).

<sup>14</sup> נראה שניסוחים כאלה וכלל העדות הכבושה גופן אינם מתיישבים עם האמור בס' 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: "פקודת הראיות"), הקובעת כי "ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם ענין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט".

<sup>15</sup> בש"פ 4510/91 אל תרתור נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 573, 580 (1991); ש"ז פלר "על הקטיגוריות של החזקות" מחקרי משפט יג(2) 357 (1996); ע"פ 559/85 מוזס קיסלר נ' מ"י, פ"ד מ(3) 101 (1986); רינת קיטאי, "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקדומים להכרעת הדין בפלילים" עלי משפט ג 405 (2003); Rinat Kitai, *Presuming Innocence*, 55 OKLA L. REV. 257 (2002).

<sup>16</sup> פרשת מרקוס, לעיל ה"ש 13; פרשת לזרובסקי, לעיל ה"ש 6.

ממשקלה, אולם ייתכן שתמצאנה ראיות המגבירות את משקלה של העדות, ולכן אין לסתום עליה את הגולל.<sup>17</sup> לו היה הכלל מבוסס על היגיון הוכחתי, הפעלתו הייתה צריכה להיות תלויה הקשר, באופן שכבישת העדות תהיה ראייה נסיבתית להתנהגות מפלילה, ולא תוצאה חסרת הקשר, המבטלת או מפחיתה מאוד את משקל עדותו המאוחרת של הנאשם. כל זה אף מתיישב עם אסטרטגיית ההכרעה הפלילית, ככל שזו מנחה את בית המשפט, לצמצם בכל הכרעה נתונה את הסיכון שישורשע חף מפשע. זו גם, לדעתי, משמעותה של חזקת החפות: מחויבות לשימורה של ההנחה שייטכן שהנאשם חף מפשע, ומחויבות להפעיל את שיקול הדעת השיפוטי תוך בחירת אופן פעולה או החלטה שיש בה כדי למזער (אך לא להפחית לאפס) את סיכון הרשעתו.

זאת ועוד, נוסח החריגים להחלת כלל העדות הכבושה אינו הולם את ההיגיון ההוכחתי. כפי שצוין לעיל, ההסברים לכבישת העדות, הנדרשים מהנאשם, צריכים לעמוד בסטנדרט אובייקטיבי.<sup>18</sup> טענות לחששות סובייקטיביים, ספק אם יתקבלו גם אם הן כנות. דרישת סטנדרט אובייקטיבי אינה הולמת את ההיגיון ההוכחתי. חשש כן, גם אם אינו רציונלי לחלוטין, של חשוד, שהביא אותו לכבישת העדות, ראוי שיבטל את משקלה הנסיבתי המפליל של כבישת עדותו. החלת כלל העדות הכבושה עליו אינה צודקת ועלולה להביא לידי הרשעתו של חף מפשע. לו היה הכלל מושתת על היגיון הוכחתי, אזי הסברו של הנאשם היה חייב להיבחן על פי אמת מידה סובייקטיבית הנוגעת לנאשם המסוים. אמנם ייתכן שבהפעלה של מבחן זה יהיה אפשר להשתמש בחזקות או בהנחות כלליות ואובייקטיביות בכל הנוגע לפירוש התנהגותו של החשוד, אך הבחינה והמסקנה חייבות להיות מושתתות על אמות מידה סובייקטיביות. שכן את תודעת אשמתו הסובייקטיבית של הנאשם המסוים אנו בוחנים. על תודעת אשמת זו בנוי וצריך להיות בנוי המטען הנסיבתי של כבישת עדותו. על כך ורק על כך.

לבסוף, לא ייתכן שבית המשפט ידבק בחזקה שלעולם חששות סובייקטיביים, חששות לא רציונליים או לחץ פנימי שמקורו בחקירה אינם מביאים לכבישת עדות.

<sup>17</sup> כהערה השוואתית אציין כי כלל טבוע במשפט הפלילי העברי הוא "והצילו העדה". משמעו הוא שכאשר אדם נידון למוות, על בית הדין לעשות הכול כדי לזכותו בדין ולהצילו מדין מיתה (בהתעלם מ"דין המלך").

כדוגמה ניתן להביא מונח של חז"ל: "בית דין חובלני/קטלני", בבלי, כתובות ל, ע"א. יש מחלוקת מתי מוגדר בית דין קטלני: אחד אמר שבית דין קטלני מתקיים כשהורגים פעם בשבע שנים ואחד אמר – פעם בשבעים שנה. אם נאשם הועמד לדין בבית דין שהוגדר "קטלני", אזי עמדה לו הזכות לבחור שלא להידון באותו בית דין. מכל זאת ניתן להסיק שנאשם בהליך פלילי, לפי המשפט העברי, אשר העלה עדות כבושה, היה מקום לבחון אותה לגופו של עניין ולו רק כדי לנסות להצילו מדין מיתה.

<sup>18</sup> פרשת **מרקוס**, לעיל ה"ש 13.



לו זאת הייתה הנחתו הפסיכולוגית, היא הייתה מנוגדת להנחות הפסיכולוגיות שביסוד גישתו לתלונות כבושות,<sup>19</sup> או שביסוד דרישת "דבר מה נוסף". מתלונן הכובש את עדותו, בית המשפט נוהג בו בסלחנות וקובע כי אף שהתלונה נמסרה בשלב מאוחר יותר, ולא בהזדמנות הראשונה שבה הייתה יכולה להינתן, אין היא הופכת לעדות כבושה.<sup>20</sup>

כאמור, לו זו הייתה הנחתו הפסיכולוגית של בית המשפט, הרי אין היא מתיישבת גם עם ההיגיון של דרישת "דבר מה נוסף". דרישה זו, נועדה להסיר את החשש מפני הודאת שווא שמקורה בלחץ פנימי או במניע נסתר של הנאשם שהביאווהו לידי קבלת אחריות למעשה שלא עשה, גם אם הם היו לחץ סובייקטיבי ומתח פנימי.<sup>21</sup> אם מקובל עלינו שלחץ פנימי סובייקטיבי, אפילו בלתי רציונלי, עלול להביא נאשם חף מפשע להודות הודאת שווא, האין זה בבחינת קל וחומר שלחץ פנימי סובייקטיבי עלול להביא נאשם חף מפשע לידי שתיקה, שכחה, השמטה מכוונת של פרטים בשל חשש לא רציונלי מהמשטרה או מאחרים, או מסירת גרסה שקרית שעשויה לזכות אותו? במילים אחרות, אם בלחץ סובייקטיבי יש כדי להביא נאשם למעשה אקטיבי של הודאת שווא, שיכולה לפגוע בו, על אחת כמה וכמה שהוא עשוי להביא לידי מחדל או מעשה המתיישבים עם האינטרסים של הנאשם. נמצא אפוא שגם בית המשפט מניח כי מבחינה פסיכולוגית אפשרות זאת תיתכן. לפיכך אי-אפשר להסביר את השלילה הכמעט מוחלטת של הגרסה הכבושה מטעמים הוכחתיים.

## 5. כלל העדות הכבושה כתמריץ ראייתי

משנוכחנו כי הגיונו של כלל העדות הכבושה אינו יכול להתבסס על טעם הוכחתי, נותרה האפשרות לראות בכלל העדות הכבושה תמריץ ראייתי. כעת אפנה לבחינת אפשרות זו, ואבחן את השאלה אם כלל מתמרץ כגון כלל העדות הכבושה הוא כלל ראוי מבחינה נורמטיבית. מהלך החשיבה הוא כדלקמן:

- א. כלל העדות הכבושה אכן בלתי מוצדק מטעמים הוכחתיים.
- ב. עם זאת, אפשר להצדיקו כסנקציה המכוונת לשמש תמריץ ראייתי לחשודים שלא לכבוש את עדותם.
- ג. התמריץ יעיל שכן הסנקציה (התעלמות מעדות כבושה שלא הוסברה) חריפה ובמבחן עלות/תועלת בהרבה מקרים היא יכולה לדרבן את החשוד למסירת

<sup>19</sup> ראו לעיל ה"ש 11.

<sup>20</sup> ע"פ 5612/92 בארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 302, 364-376 (1993). כל זאת לפי המבחנים שקבע בית המשפט בפרשת מרקוס: (1) על שום מה שתק העד עד כה; (2) מה נשתנה עתה או מהו הנימוק שהביאו להעיד.

<sup>21</sup> ראו, למשל: ברע"פ 4142/04 סמל (מיל') איתי מילשטיין נ' התצ"ר, פ"ד סב(1) 378, בפס' 14 לפסק דינו של השופט א' לוי (2006).

עדות במועד מוקדם יותר. התרחיש החלופי של השהיית עדות בעקבות הסנקציה אינו סביר.<sup>22</sup>

ד. עדות מוקדמת היא ראייה טובה יותר מעדות כבושה (או מראיה נסיבתית של כבישת עדות, לפי הכלל הנבחר).

אראה עתה שטיעון התמריץ הראייתי אינו עומד במבחן הביקורת. אף אם מניחים שחוליות א, ג ו-ד שבו הן נכונות, חוליה ב היא בהכרח שגויה. הנימוק לכך הוא שנקיטת הסנקציה שבו היא מנוגדת לחלוטין לאסטרטגיית ההכרעה הפלילית ומגבירה כאמור את הסיכון להרשעת חף מפשע.

אפרט את הדברים כעת. במקום אחר שרטטנו מחברת אחרת ואני מודל כללי ליצירת תמריצים ראייתיים.<sup>23</sup> המודל בכללותו עוסק בתמריצים מתחום דיני הראיות, שתכליתם להביא לשיתוף פעולה בין הצדדים להתדיינות, ובפרט הוא עוסק בתמריצים לביצוע בדיקות או להשתתפות בפרוצדורות הוכחתיות, לרבות עדות, גילוי ראיות או מסירתן.

ישנם, לדעתי, שלושה סוגים של תמריצים והם מהווים אבני בוחן כלליות להבחנה בעקרונות התמריץ ולמפויים בשיח הראיות: תמריץ רדיקלי, תמריץ בינוני ותמריץ חלש. תמריץ רדיקלי, על פי הגדרתי, הוא תמריץ ראייתי הקובע כי היעדר שיתוף פעולה (או אי-ביצוע הפעולה שאותה התמריץ מבקש לעודד) מצד בעל הדין יגרו, בלי להותיר שיקול דעת לבית המשפט, סנקציה ראייתית בעלת ערך קבוע, פחות או יותר. כלל העדות הכבושה, כפי שעוצב בפסיקה, הוא בעל אופי כזה. התוצאה של התעלמות מהעדות היא כמעט קבועה, (ובשילוב כללים אחרים הכלל מביא כמעט תמיד לידי ספירה כפולה של ראיות נגד הנאשם).

התמריץ הרדיקלי נשען על רעיון שיש בו דמיון צורני לתועלתנות הכלל. לדעתי, דפוס זה פסול בשיח הראייתי. טלו דוגמה היפותטית לתמריץ כזה:<sup>24</sup> קביעה כי הימנעותו של חשוד מלהעיד במשפט או בשלב החקירה יחשב להודאתו הרשמית

<sup>22</sup> תרחיש זה של כבישת עדות, כפי שעוצב בפסיקה, יכול להיות קשור בכך שהכלל מתיר אפשרות לספק הסברים. לפיכך ייתכן שבלא הכלל, החשודים יכלו לסבור, ולו מתוך טעות, שהשהיית העדות תישא תוצאה חמורה מבחינתם יותר מתוצאת הכלל, למשל ההנחה שיופחת משקלה של עדות זו בלא קשר להסבר שיסופק להשהיה. הגיונו של תרחיש תלוי גם בבקיאיותו של החשוד בדיון (עורכי הדין יכולים לסייע בעניין זה) וביכולתו של החשוד לבדות הסבר כוזב שיעמוד בתנאים המחמירים שהוצגו לעיל. אני מניח שמצב כזה אפשרי אך הוא נדיר יחסית.

<sup>23</sup> דורון מנשה ולימור ריזה "יש והנידון מנדב ראייה: תמריצים ראייתיים לעידוד חשודים ותביעה לשתף פעולה" מחקרי משפט כה(3) 845 (2009).

<sup>24</sup> נניח שהתמריץ יעיל במובן זה שביכולתו ליצור הרתעה כללית בקרב אוכלוסיית העבריינים ולהביא לשיעור מסוים של הפחתה בפשיעה, בין היתר אולי דווקא משום שההוראה שבה מדובר מבטאת נוקשות וחוסר רגישות בולט לזכויות נאשמים או חשודים. מובן שכללים הקובעים סנקציות דינויות של עונשים או של ראיות המותנות בהפעלת שיקול דעת שיפוטי מועדים, מטעמים מובנים, להגיע פעמים רבות למצב של תת-אכיפה.

ועל כן תביא לידי הרשעתו. אין ספק שהוראה כזאת ממריצה את החשוד להעיד. מובן שהבעיה כרוכה בזיהוי המצבים שבהם ראוי להפעיל את הסנקציה, והפעלתה מגדילה את הסיכון להרשעת חף מפשע. ההוראה יכולה לשמש בתור אסטרטגיה הוכחתית סבירה לטווח ארוך, ואולי יהיה בה כדי להפחית את מספר החפים מפשע שיורשעו לאורך זמן, אך היא מגדילה את הסיכון להרשעה של חפים מפשע במקרים מסוימים הניתנים לזיהוי. הפסול בתמריץ מסוג זה נובע משלילת שיקול הדעת של בית המשפט, אך שלילת שיקול דעת זו אינה מקרית. אדרבה, היא נובעת מעצם מהותו של התמריץ ומן השאיפה להפכו לייעיל ביותר.

בדרך כלל כשאנו נוקטים סנקציה שנראית לנו יעילה, אנו עושים זאת בהנחה שהיא תביא בטווח הארוך להשגת ראיות טובות יותר, שיפחיתו את שיעור הטעויות של הרשעת חף מפשע או זיכוי עבריו. השיקול של מזעור הטעויות הכללי מביא בהכרח לזניחת אסטרטגיית ההכרעה ומידת ההוכחה הפלילית, ולביטול הרעיון של מחויבות אד הוק להוכחה מעבר לספק סביר במקרה שלפנינו, מחויבות שעל כורחה מגדילה את שיעור הטעויות.<sup>25</sup>

לעומת תמריץ הרדיקלי הפסול, התמריצים החלש והבינוני ניתנים עקרונית להצדקה. תמריץ חלש הוא תמריץ הטבוע בכללי הראיות ובפעולתן הרגילה. לשון אחר, כשמיישמים את דיני הראיות, מגלים בהם מוטיבציות תמריציות, שבעקבותיהן משתמשים בכלים למיניהם כגון אזהרת החשוד, או בקשת הסבר בזמן אמת למניעי הסירוב לשתף פעולה, כדי למנף את הכוח הראייתי לצורך יצירת תמריצים. במקרים אלה התמריץ מעודד את החשוד לשתף פעולה. כלים אלה משמשים לא אחת גם כדי לשלול הסברים תמימים להיעדר שיתוף הפעולה, לרבות הסברים שעשויים להחליש את כוחו המפליל של היעדר שיתוף הפעולה. ואמנם, הכלים הללו משיגים כך הישג כפול; מחד גיסא, היעדר שיתוף הפעולה מחזק את הראיה בתור ראיה העומדת בפני עצמה (דבר רצוי כשלעצמו), ומאידך גיסא מתחזק כוחו המפליל של היעדר שיתוף הפעולה, והוא מהווה תמריץ לעידודו של שיתוף הפעולה.

התמריץ החלש הוא התמריץ הראוי ביותר משום שיישומו אינו פוגע בערך חשיפת האמת או באסטרטגיית ההכרעה הפלילית, ובכל זאת הוא תורם לקידום היעילות וההרתעה. כדי שכלל העדות הכבושה ישמש תמריץ חלש לגיטימי, יש לשנות את מהותו כמוצע בחיבור זה. ראשית, הוא צריך להיות כלל רגיל של "היסק לחובה", כלומר של התייחסות למהות הנסיבתית המפלילה לכאורה של הראיה. שנית, הערך שיש לתת לראיה זו בפועל חייב להיות מותנה בראיות האחרות.

<sup>25</sup> David Kaye, *The Limits of The Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, Am. B. FOUND. RES. J 487 (1982); דורון מנשה "אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים" **קריית המשפט** א 307, 310–313 (2001).

שלישית, הסברו של הנאשם להשהיית עדותו חייב להיבחן ברוח אסטרטגיית ההוכחה, וספק באמיתותו של ההסבר חייב לפעול לטובת הנאשם. ולבסוף, יש מקום להזהיר חשודים כי אי-מסירת גרסתם בשלב החקירה עלולה להפחית ממשקל עדותם במשפט. באופן זה ניתן למנף את המשקל ההוכחתי הממשי שיש לכבישת העדות כדי לעודד את החשוד למסור את עדותו כבר בשלב מוקדם, שהוא שלב עדיף מבחינה אפיסטמית. לפיכך כחלק מעיצובו מחדש של הכלל כתמריץ חלש, כמו גם מטעמים של הליך הוגן, יש להוסיף לאזהרה הקבועה כיום בחוק<sup>26</sup> משפט ברוח זו: "דברים שתאמר לאחר מכן עלולים להיחשב לעדות כבושה, וייתכן שלא תוכל למסור גרסה אפקטיבית כאשר לאירוע אלא במשטרה". זאת ועוד, אזהרה זו מגדילה גם את המשקל שאפשר לייחס לכבישת העדות, שכן היא שוללת חלק מההסברים התמימים שהיה יכול הנאשם לספק אלמלא הוזהר כגון אי-מודעות למשמעות הכלל וכיוצא בזה.<sup>27</sup>

מכאן נעבור לקטגוריית התמריצים השלישית – התמריץ הבינוני. התמריץ הבינוני, בדומה לחלש, מקנה לבית המשפט שיקול דעת, אולם מדובר בשיקול דעת מוגבל. הקניית שיקול הדעת לבית המשפט, על אף היותו מוגבל, מאפשרת לו להימנע מלהחליט החלטות שגויות בבירור. למשל, התמריץ בדפוס זה מאפשר לבית המשפט להחליט בכל הנוגע למשקלה הראייתי של ראיה מסוימת במעין מתחם סבירות, התוחם את המשקל ההוכחתי שניתן לייחס לראיה. מכאן שהתמריץ הבינוני, המקנה שיקול דעת לבית המשפט, הוא לגיטימי בעיניי, אף שרק כתחליף לתמריץ החלש, שכאמור הוא הראוי ביותר.

לעומת התמריץ החלש, התמריץ הבינוני מיטיב לדרבן את החשודים לשתף פעולה, הואיל והוא מגביר את ודאות יישומה של הסנקציה בעקבות אי-שיתוף פעולה. אין הוא מאפשר לחשוד להניח שהוא ייחנה ממלוא עוצמתה של אסטרטגיית ההוכחה הפלילית.

תמריצים בינוניים שכיחים למדי בענפים הסמוכים לדיני הראיות. כך, למשל, ניתן למצוא תמריצים מעין אלה בדיני הפרוצדורה הפלילית, במקרים שנקבעו לכלל חריגים המסייגים אותו לשם "מניעת עיוות דין" או "עשיית צדק". לדוגמה, הכלל שאינו מאפשר הצגת ראיות בערעור, המאפשר בכל זאת את הצגתן של ראיות אם הדבר דרוש לעשיית צדק.<sup>28</sup> עם זאת, ניתן למצוא מקרים של תמריצים בינוניים, או

<sup>26</sup> ס' 28(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המעצרים").

<sup>27</sup> השוו לדין בעניין אפקט האזהרה והמשמעות הראייתית של סירוב החשוד לחיפוש בגופו, דורון מנשה "על היעדר הסמכות לשימוש בכוח לצורך חיפוש פנימי" משפט וממשל ו 619 (2003).

<sup>28</sup> ס' 211 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "חוק סדר הדין הפלילי").

לפחות מקרים שראוי לפרשם כתמריצים בינוניים, גם בתחום דיני הראיות ממש.<sup>29</sup> כדי לעצב את כלל העדות הכבושה ככלל של תמריץ בינוני, יש, לדעתי, להמיר את הכלל הנוכחי בכלל רגיל של "היסק לחובה" או לכל הפחות לכלל של פתיחות שיפוטית של ממש להסבריו של הנאשם בדבר השהיית עדותו ברוח אסטרטגיית ההוכחה. מובן שאין להסכין עם הכלל בצורתו הנוכחית, או עם כל צורה של ספירה כפולה של אותה ראייה, ובייחוד אם היא עלולה להביא לידי סיכון ממשי של הרשעת חף מפשע במקרה מסוים שכלל כבישת העדות מיושם בו. כלל העדות הכבושה כתמריץ בינוני יהיה הסדר המדרבן השודים למסור את עדותם מוקדם ככל האפשר. חשוד שאינו מוסר עדות בזמן עלול להפסיד הבאת ראיות שהיו עשויות לתרום לעניינו. עם זאת התמריץ הבינוני חייב להביא בחשבון אפשרות שהשהיית העדות נעשתה על ידי חף מפשע. לצורך כך חובה על בית המשפט לבדוק לגופו של עניין את הראיות הנוספות שהוצגו במשפט, ולא רק לבחון את שאלת קיומם של הסברים מצד הנאשם. כלומר ייתכן שכדי לשמור על יעילותו של התמריץ הבינוני, לא יוכל בית המשפט לשעות להסברים שאינם עומדים בקריטריונים המחמירים הנוהגים כיום לביסוס הכבישה. עם זאת, מאחר שעמידה על קריטריונים אלה עלולה להביא לידי הרשעת חפים מפשע, בית המשפט חייב לבחון את הראיות האחרות שבתיק לפני שהוא משתמש בתמריץ. בחינת ראיות אלה תאפשר לבית המשפט לשקול ולבחון את השפעת החלטתו כדי להימנע מהחלת הכלל תוך ייחוס משקל בלתי סביר בעליל להתנהגותו של הנאשם בהשהיית העדות.

## 6. סכנות של ספירה

עד כה נוכחנו שאי-אפשר להסביר את כלל העדות הכבושה בהסתמך על היגיון הוכחתי. בצורתו הנוכחית הכלל פסול גם ככלל שהגיונו מבוסס על תמריץ, שכן מדובר בתמריץ רדיקלי. לפיכך הצעתי להתאימו למתווה התמריץ החלש (או לפחות למתווה התמריץ הבינוני), אלא שיש להיזהר פן יינתן לראיה משקל שאינו הולם את ערכה ההוכחתי הממשי או פן תיספר הראיה פעמיים. בשני המצבים הבאים עלולה להתעורר הסכנה של ספירה כפולה או לפחות ספירת יתר:

- (1) ספירת יתר של כבישת העדות בצירוף התנהגות מפלילה אחרת של הנאשם – הסתרת ראיות, בדייתן או הצגת ראיות בלתי מהימנות או שקריות.
- (2) ספירה כפולה של כבישת העדות במקרה של שתיקה בחקירה.

<sup>29</sup> ראו ניתוח הנוגע לכלל הפוסל עדות שמיעה וכלל הראיה הטובה ביותר ברוח זאת: מנשה וריזה, לעיל ה"ש 23, בעמ' 869.

## א. ספירת יתר במקרה של הסתרת ראיות, בדייתן או הצגת ראיות שהן בלתי מהימנות או שקריות

המצב הראשון שבו מתעורר חשש לספירת יתר נוצר כאשר בית המשפט סבור שהנאשם הסתיר ראיות, בדה אותן או הציג ראיות בלתי מהימנות או שקריות. כאן ראוי להבחין בין שני מקרים: מקרה שבו אין ראיות עצמאיות לכך שהנאשם הסתיר ראיות או הציג ראיות בדויות, בלתי מהימנות או שקריות, מלבד העובדה שכבש את עדותו. מקרה זה הוא של ספירה כפולה בלא כל צל של ספק. במקרה השני ישנן ראיות עצמאיות, מלבד כבישת העדות, לכך שהראיות שהנאשם מציג הן בדויות, בלתי מהימנות או שקריות או שהסתיר ראיות – כפי שנטען. גם במקרה זה יש חשש לחפיפה בלתי מבוטלת בין הראיות ולפיכך יש חשש לספירת יתר.

נפתח במקרה הראשון, שבו אין ראיות עצמאיות לשקריות הראיות שהציג הנאשם מלבד כבישת העדות. במצבים אלה בית המשפט עלול לשגות ולראות בכבישת העדות ראיה נסיבתית חזקה ובלתי רשמית לכך שראיותיו הנוספות של הנאשם הן שקריות או בלתי מהימנות, ולפיכך לסבור שיש בהן משום ראיה נוספת לאשמתו. תוצאה זו נוספת על התוצאה הפורמלית של כלל העדות הכבושה, שהיא הפחתת משקל הגרסה הכבושה. ההיגיון השגוי שביסוד מסקנה זו יכול להיות מבוסס, למשל, על שלוש הטענות האלה:

1. אשמים משהים יותר את עדותם. על כן עדות כבושה היא ראיה מפלילה.
2. מי שמוסר עדות כבושה בלי יכולת להצדיקה, ייטה גם להסתיר ראיות נוספות או להציג ראיות מהותיות נוספות שהן בלתי מהימנות או שקריות.
3. הסתרת ראיות, בדייתן או הצגת ראיות שהן בלתי מהימנות או שקריות, יש בהן כדי להצביע על אשמתו של הנאשם.

שלוש הטענות הן נכונות, ובכל זאת אין להגיע לכלל מסקנה שראיותיו הנוספות של הנאשם הן לכאורה שקריות או בלתי מהימנות, ויש בהן להוסיף ולהעיד על אשמתו לצד התוצאה הרשמית של כבישת העדות.

תחילה אבהיר מדוע שלוש הטענות נכונות. לשם כך אשתמש בשיקול איכותי הנגזר מתיאורמת בייז.<sup>30</sup> להוכחת הטענה הראשונה אשתמש במבחן זה: נניח

<sup>30</sup> תיאורמת בייז היא תיאורמה ידועה בתורת ההסתברות המתמטית, המאפשרת להסיק מההסתברות של אירוע B בהינתן התרחשותו של אירוע A (למשל ההסתברות שלפלוני יש מניע בהינתן העובדה שפלוני אשם) את ההסתברות המותנית ההפוכה – ההסתברות של אירוע A בהינתן קיומו של אירוע B (בדוגמתנו, ההסתברות שפלוני אשם בהינתן קיומו של מניע). חשיבותה של התיאורמה בהקשר המשפטי-ראייתי היא בכך שהיא מאפשרת לנו לעדכן את הסתברות האשמה של הנאשם בעקבות הצגתה של ראיה חדשה, או במילים אחרות – להסיק את הסתברות האשמה של הנאשם לאור הראיות שהוצגו בעניינו. כדי להציג את התיאורמה בהקשר הפלילי, הבה נניח ששאלת אשמתו של פלוני היא העומדת לדיון. את האירועים

שלפנינו שני נאשמים, אחד אשם והשני חף מפשע. אחד מן הנאשמים מוסר עדות כבושה, ונכשל במתן הסבר שיצדיק את כבישתה. מובן שאם נישאל מי מהם מסר עדות כזאת, בהנחה שרק אחד מהם מסר עדות כבושה, נבחר כעניין של ניחוש מושכל בנאשם האשם. מסקנה זו תקפה גם במקרה של הסתרה אחרת של ראיות או הצגת ראיות בלתי מהימנות או שקריות, ומכאן שאף טענה שלוש נכונה.

נפנה לטענה השנייה ונניח שוב שני נאשמים, אולם הפעם האחד עסק בבידוי ראיות, הסתרה והצגה של ראיות לא מהימנות בעניינים מהותיים מסוימים. הנאשם השני הציג את כל ראיותיו המהותיות בלא בידוי או הסתרה. אם ידוע שאחד, ורק אחד מהם, כבש עדותו בלא יכולת להצדיקה, אזי סביר להניח שמדובר במי שעסק בבידוי ראיות והסתרתן, שכן בידוי והסתרה מגבירים את הסיכוי לאשמה, ואשמים נוטים יותר לכבוש עדויות. זאת ועוד, בלא קשר לאשמה, פעולות הסתרה ובידוי של ראיות מספקות כשלעצמן אות וסימן לנטייה לבצע פעולות בלתי חוקיות או לפחות מרמזות לחוסר נכונות לשיתוף פעולה מלא עם גורמי החוק.

הרלוונטיים בהקשר הפילי נסמן כדלהלן:

G – יסמן את אירוע האשמה (מלשון Guilt); בהתאמה  $\text{not-G}$  יסמן חפות.

E – יסמן את אירוע הראיה (מלשון Evidence).

P(A) – הסימון המקובל לפונקציה המייחסת הסתברות לכל אירוע A (למשל:

$P(E)$  הוא הסתברות שתימצא הראיה אצל פלוני וכיוצא בזה).

$P(B/A)$  – הוא הסימון המקובל להסתברות מותנית של האירוע B בהינתן התקיימותו של

אירוע A (למשל:  $P(E/G)$  הוא ההסתברות שתימצא הראיה בהינתן העובדה שפלוני אשם).

הניסוח של תיאורמת ביזו שבו אשתמש להלן הוא הניסוח בצורת השיעורים. זהו אחד הניסוחים של תיאורמת ביזו, המועדף בדרך כלל לשימוש מטעמים של נוחות. כך, התוצאה שנקבל איננה הסתברות האשמה בהינתן הראיה, אלא שיעור האשמה בהינתן הראיה. לפיכך לכל האמור מעלה יש להוסיף את שני הסימונים האלה:

$O(A)$  – הסימון המקובל לפונקציה המייחסת שיעור לכל אירוע A (כך למשל:  $O(G)$  הוא

השיעור של אירוע האשמה).

$O(B/A)$  – הוא הסימון המקובל לשיעור של האירוע B בהינתן התקיימותו של אירוע A (כך

למשל:  $O(G/E)$  הוא שיעור האשמה בהינתן העובדה שנמצאה אצל פלוני הראיה).

לפי הסימונים האמורים, תיאורמת ביזו תוצג כך:

$$O(G/E) = O(G) \cdot \frac{P(E/G)}{P(E/Not-G)}$$

להדגמה של שימוש בנוסחת ביזו בתחום הראיות ראו: מרדכי הלפרט ובוזו סנג'רו "מקש"ל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה – סולימאן אל עביד כמקרה מבחן (הצעה להיפוך בתפיסת ההודאה: מראיה מרכזית המחפשת תוספת, לתוספת אפשרית לראיות מוצקות)" **מחקרי משפט** כז 733 (2010); דורון מנשה ושי אוצרי "כמה שוקלת הודאה?" – עיון מחודש בשאלת משקלן הבייסיאני של הודאות נאשם – תגובה למאמרם של מרדכי הלפרט ובוזו סנג'רו" **מחקרי משפט** כז 503 (2011); בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט "בכל זאת היפוך במעמד ההודאה – תשובה לתגובתם של מנשה ואוצרי" **מחקרי משפט** כז 573–529 (2011).

אמנם שלוש ההנחות נכונות, אך כל עוד אין ראייה עצמאית לשקריות הראיות או לכידוין, יהיה שגוי לחלוטין לזקוף לחובתו של הנאשם את החשד שהראיות בדויות נוסף על ההיסק לחובתו מכוח כבישת העדות. הרי ההנחה שהראיות בדויות או שקריות מבוססת על כבישת העדות וכלולה בה ואין היא יכולה להוסיף עליה. בתי המשפט בוודאי אינם מרבים לשגות באופן זה, אולם חשוב לעמוד על מהלך חשיבה שגוי זה ולו כהקדמה למסקנה המעניינת שאציג להלן: גם אם ישנן ראיות עצמאיות לכך שהראיות שהנאשם מציג הן שקריות או בדויות, או כי הסתיר ראיות – עדיין בזקיפת עובדה זו לחובתו נוסף על כבישת העדות, ישנו חשש ניכר לספירת יתר.

כדי להיווכח בצדקת הטענה האחרונה, ולפי שיטת ביז, עלינו להניח עתה ששני הנאשמים דלעיל, החף מפשע והנאשם, כבשו את עדותם. כעת, בהנחה שהעדות הכבושה בשני המקרים הושהתה בלי שנודע ההסבר לכבישתה, נראה שגם אם מוכח בראיות עצמאיות לעצם הכבישה שאחד מהשניים הציג ראיות שקריות נוספות, לא יהיה ניתן להניח שמדובר דווקא באשם, שכן אמנם אשמים נוטים להציג ראיות שקריות יותר משנוטים לכך חפים מפשע, אולם כאן אין מדובר בסתם חפים מפשע, אלא בכאלה שכבר כבשו את עדותם. לפי ההשערה כבישת עדות כזאת יכולה לשמש אות וסימן לכך שמדובר בחפים מפשע המשתייכים לפחות לאחת מהקבוצות האלה:<sup>31</sup>

א. חפים מפשע החפצים בזיכוי אלא שלפי הבנתם (המוצדקת או הכוזבת) הראיות שלהם חלשות, ומשום כך הם עלולים להסתיר ראיות נוספות או להציג ראיות שקריות (להלן: חפים "מעוטי ראיות").

ב. חפים מפשע החפצים בזיכוי, אך משום שהם מאוימים, או מסיבה אחרת כלשהי, הם אינם חפצים לחשוף חלק מפרטי האירוע (למשל מי שנאשם באונס שלא ביצע, אך אינו מעוניין לחשוף את עובדת עצם קיום יחסי המין עם המתלונן)<sup>32</sup> (להלן: חפים "מעוטי בחירה").

<sup>31</sup> האפשרות שקיימת קבוצה רביעית: חפים מפשע שמעוניינים בהרשעתם או אדישים לה, אינה סבירה כל כך, שכן חפים כאלה ייטו לנדב הודאה למשטרה, מיד או במשכה של החקירה המשטרתית. והשוו בעניין זה לסיבות לשימוש של חשודים בזכות השתיקה המובאות במאמרה של רינת קיטאי סג'ור "שתיקה כהודאה: על התפישה המוטעית של שתיקה בבית משפט כדבר-מה נוסף להודאה בחקירה" **משפט וצבא** 18, 31, 58-61 (התשס"ו). סיבה נוספת לשתיקת חשוד במשטרה נעוצה בעצתו של עורך הדין ללקוחו לנצל את זכות השתיקה כאשר האחרון אינו מבין את ההשלכות הנובעות משתיקתו. ראו דיון מאלף בעניין בתוך: ARCHBOLD, CRIMINAL PLEADING, EVIDENCE & PRACTICE 1463 (2003). לשיטתי, במקרה אחרון זה, אין היגיון להסיק מסקנה כלשהי לחובתו של הנחקר על שום שתיקתו, לפחות כל עוד עצתו זו של עורך הדין להשתמש בזכות השתיקה ניתנת כעניין שבשגרה לכלל לקוחותיו, ואינה תוצאה של הערכת הראיות בעניין שבו הוא מיעץ ללקוחו לשתוק.

<sup>32</sup> השוו: תפ"ח (מחוזי ת"א) 1015/09 **משה קצב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 5.8.2009); ע"פ 3372/11 **משה קצב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 18.5.2011).



ג. חפים מפשע מאוימים, או מי שסובלים מכישורי תקשורת ירודים יחסית, המתקשים להסביר את עצמם או חוששים שלא יעמדו בעומס החקירה (להלן: חפים "מעוטי יכולת").

כשמשווים אשם לחף מפשע המשתייך לאחת מהקבוצות הללו, לא ברור כלל מי מהם ייטה להציג ראיות כוזבות נוספות, ויש לזכור עוד כי אשמים החפצים בזיכוי ישתדלו ככל שיעלה בידם לשזור את טיעונם בראיות אמיתיות. לדעתי, הפער בין נטיית האשם לבדות ראיות לבין נטיית בידי הראיות אצל חף מפשע שמסר עדות כבושה קטן אפוא במידה ניכרת מהפער שבין נטיית האשם לבדות ראיות לבין נטיית בידי הראיות של חף מפשע סתם (כלומר שלא כבש את עדותו). לפיכך מתן משקל מלא לבידי הראיות, הנוסף על הפחתת משקל הגרסה הכבושה, יש בהם משום ספירת יתר.<sup>33</sup>

## ב. כבישת עדות של נאשם שקדמה לה שתיקה במשטרה

נניח כעת שהנאשם שתק במשטרה. בדיון המשפטי פתוחות לפניו שתי אפשרויות: להעיד או להמשיך בשתיקתו.

שתיקה במשטרה עשויה לשמש דבר לחיזוק משקל ראיות התביעה. מובן שההיגיון בכך הוא ש"חפות זועקת להישמע".<sup>34</sup> אשמה, לעומת זאת, לעתים קרובות נוטה להיחבא. השאלה היא אם שתי התוצאות הראייתיות, המוצדקות כל אחת בפני עצמה – הפחתת משקלה של הגרסה הכבושה והחיזוק למשקל ראיות התביעה בעקבות הבחירה לשתוק בזמן החקירה – יכולות לדור בכפיפה אחת. לשון אחר, האין כאן ספירה כפולה של אותה ראייה?

לתשובה על שאלה זו עשויות להיות נפקויות מעשיות חשובות. נניח, למשל, נאשם ששתק במשטרה, ושהעדות היחידה או המרכזית נגדו היא של שותפו לדבר העברה. עדות השותף טעונה דבר לחיזוקה.<sup>35</sup> אם הנאשם ימסור עדות, ועדותו תיחשב לכבושה מחמת השתיקה במשטרה, המשפט עלול להסתיים בנקל בהרשעה בשל

<sup>33</sup> כלומר מסקנתי כאן אינה שנטיית חפים מפשע, שכבשו עדותם, לבדות ראיות תהיה בהכרח זהה לזו של אשמים שכבשו עדותם. המשמעות המעשית של הדברים, לדעתי, היא שבית המשפט יהיה מחויב לבחון את הראיות הנוספות של הנאשם לגופן, ושלא לשלול מראש את האפשרות שהן אמיתות ויש בהן לפחות כדי לעורר ספק סביר בדבר חפותו של הנאשם.

<sup>34</sup> כאמרתו המפורסמת של בנתהאם, כפי שצוטטה בעבר. ראו דורון מנשה "שתיקת החפים – עיון מחודש בהלכת מילשטיין" הארת דין (2) 66 (התשס"ט): "Innocence claims the right of speaking, as guilt invokes the privilege of silence", J. BENTHAM, A TREATISE ON JUDICIAL EVIDENCE 241 (1825).

<sup>35</sup> ס' 54 לפקודת הראיות. מצב נוסף היוצר סיכון דומה לספירה כפולה קורה כשנגד הנאשם ששתק במשטרה מובאת אמרת עד לפי ס' 10א(א) לפקודת הראיות.

היעדר עדות בעלת משקל של ממש כנגד עדות השותף, ותוך סיפוק התוספת של "דבר מה" לעדות אחרונה זו.

לדעתי היזקקות הן לכוח המפליל של השתיקה הן לכלל כבישת העדות אכן יש בה משום ספירה כפולה.<sup>36</sup> יש לשים לב שעלינו לבדוק את הכוח המפליל של כבישת העדות כשהייתה גם שתיקה במשטרה (או את הכוח המפליל של שתיקה כשהייתה גם בהמשך כבישת עדות שאין בצדה הסבר). נפעיל שוב את המבחן של ביזי ולשם כך נניח שלפנינו שני נאשמים באותה עברה. אחד מהם הוא מבצע העברה שבחר לשתוק במשטרה, ואילו השני הוא חף מפשע שבחר לשתוק במשטרה. בהנחה שזוה כל המידע הידוע עליהם (או שכל מידע אחר אינו רלוונטי לשאלת כבישת העדות או השתיקה) עלינו לשאול אפוא: אם אך ורק אחד מהם בוחר בשלב המשפט להעיד במשפטו, והשני בוחר להימנע מלהעיד, מיהו זה האשם ומי חף מפשע? לדעתנו קשה להשיב על שאלה זו. ראשית, מאחר שתוצאות המשך השתיקה במשפט והימנעות הנאשם מלהעיד במשפט הן חמורות במישור הרשמי<sup>37</sup> ובמישור הלא רשמי,<sup>38</sup> הנטייה הן של האשם הן של החף מפשע (בין שהם משתייכים למעוטי הראיות, למעוטי הבחירה או למעוטי היכולת)<sup>39</sup> תהיה למסור עדות, ולו צולעת, גם בהנחה שהם חוששים שעדותם עשויה להיחשב לכבושה בלא הצדק סביר. שנית, אם הניתוח שהצעתי לעיל נכון,

<sup>36</sup> על מסקנה זו הצבעתי עוד לפני שנים מספר. ראו מנשה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 360.

<sup>37</sup> ס' 152(ב), 162(ב) לחוק סדר הדין הפלילי.

<sup>38</sup> אי-מתן עדות במשפט מקטין, בלא ספק, את הסתברות זיכוי של נאשם, בין אשם בין חף מפשע, ולו משום שהאפשרות להציב סיפור חלופי של זיכוי לכאורה פוחתת. בדרך כלל מצופה מהנאשם להציג חלופה לעובדות ולנסיבות קרות האירוע, אם התביעה הביאה ראיות, לכאורה, לביצוע העברה. אם הנאשם יציג חלופה מניחה את הדעת, הוא יזוכה בדין ולו מהנימוק שהתביעה לא עמדה בנטל הוכחת האשמה. ראו ת"פ (מחוזי ת"א) 40778-12-09 **מדינת ישראל נ' שוקי ויטה ויעקב וינרוט** (פורסם בנבו, 30.5.2010). אם הנאשם ישתוק במשפטו או יציג טענה שאינה מציעה חלופה ראויה לעובדות המתוארות בכתב האישום ובראיות התביעה – הוא מסתכן בהרשעה. בית המשפט אמנם יכול, ולדעתי חייב, לבחון השערות חפות בעצמו, אבל מעשית הוא מוגבל בכחינה זו, כל שכן שהשערות אלה מצדו של בית המשפט צריכות להסביר בין היתר גם את הימנעות הנאשם עצמו מלהציג את השערות החפות הזאת.

<sup>39</sup> כאן בהקשר של חפים שותקים ניתן להוסיף גם את אפשרות השתיקה "מרובת האידאולוגיה" קרי שתיקה שכל כולה העדר נכונות של הנאשם לספק ליריבו האדוורסרי מידע או ראיות, שתיקה שהיא אמירה: איני חייב להיענות לספקולציות חסרות בסיס כאלו, ושתיקה הנובעת מהרצון לפרטיות. ראו לאחרונה: Rinat Kitai-Sangero & Yuval Merin, *Probing Into Salinas' Silence: Back to the "Accused Speaks" Model?* 15 NEVADA LAW JOURNAL (צפוי להתפרסם ב-2014).

נראה לי שקבוצה כזו של "מרובי אידאולוגיה" לפחות בשיטתנו היא כמעט קבוצה ריקה מחברים ולו משום ששיטתנו נעדרת כללים בדומה לתיקון החמישי לחוקה האמריקנית או כלל "Miranda" אידאולוגיה כזו אינה קיימת ואינה מטופחת מכל מקום גם אם נניח קיומה של קבוצה משמעותית מבחינה כמותית כזו של חפים דבר לא ישתנה. גם חברי קבוצה זו יטו לדבר במשפט, ומיעוטם שלא ידבר יתקשה, בלשון המעטה, במתן הסברים.

ובהתחשב באופי ההסברים שיש להביא כדי להסביר את כבישת העדות ומיון קבוצות הנאשמים החפים מפשע, הרי באופן פרדוקסלי יכולתם של חפים מפשע לספק טעמים מוצדקים לשתיקתם מוגבלת ביותר ופתוחה כמעט באותה מידה לאשמים. כך, למשל, טענת מיעוט ראיות או מיעוט יכולת פתוחה כמעט באותה מידה לאשמים.<sup>40</sup> אשר למיעוט בחירה, נראה שצפוי שישפיע גם על האפשרות של הנאשם החף להסביר בפירוט ובאופן משכנע את כבישת העדות. אמנם נכון שבמקרים רבים גם יכולתם של אשמים לספק הסברים (בדרך כלל כוזבים) כאלה היא מוגבלת, ואולם לא ברור כלל ועיקר שהיא מוגבלת יותר מיכולתם של קבוצות החפים מפשע.<sup>41</sup>

לסיכום נקודה זו, על רקע השכיחות הרבה של מסירת עדות בבית המשפט, והקושי לתת הסבר מצדם של חפים מפשע, כפי שהוסבר לעיל, קשה לראות מדוע לכבישת עדות בלא הצדקה יש אופי מפליל מעבר לשתיקה. מדובר אפוא במקרה מובהק, לכאורה, של ספירה כפולה.<sup>42</sup>

דרך אגב, ישנה דרך חלופית לתמוך במסקנתי זו בדבר הספירה הכפולה כאן. אפשר להפעיל את המבחן של בייז גם כך: נניח שלפנינו שני נאשמים באותה עברה, אחד מהם מבצע העברה, ואילו השני חף מפשע. שניהם כבשו את עדותם בלי לספק הסבר לכך. אם אך ורק אחד מהם בחר לשותק בחקירה, מיהו זה? מובן שהתשובה על שאלה זו תלויה בניחות האפשרויות העומדות לפניהם בחקירה. הנחקרים יכולים להודות (הודאת אמת של האשם או הודאת שווא של החף מפשע) להכחיש (הכחשת

<sup>40</sup> סטטיסטית אכן רוב החפים מפשע אינם שותקים, כלומר אינם סובלים ממיעוט ראיות או מיעוט יכולת משתק. אבל אף ששיקול זה נכון, כשהוא משמש לבחינת הצדקת כבישת העדות הוא חסר כוח להבחין בין אשמים כובשי עדות לחפים מפשע כובשי עדות.

<sup>41</sup> מובן שבאותם מקרים נדירים שבהם כובש העדות יכול להציג ראיה המצדיקה את הכבישה, אין להפחית ממשקל עדותו, ולא זו בלבד אלא שגם יש בכך כדי לעקר את משקלה המפליל של השתיקה. אם הכבישה מוצדקת, הרי גם השתיקה מוצדקת.

<sup>42</sup> אציג קעת שימוש פורמלי בתיאורמת בייז. כדי להראות זאת אשתמש בסימונים האלה:

G – אירוע האשמה

Es – ראיית השתיקה בחקירה במשטרה

Et – העדות הכבושה

תיאורמת בייז תקבע כי ניתן לחשב את שיעור האשמה של פלוני ששתק ולאחר מכן מסר עדות כבושה באופן הזה: אחד מהם הוא מבצע העברה שבחר לשותק במשטרה. השני חף מפשע שבחר לשותק במשטרה. בהנחה שזה כל המידע הידוע עליהם (או שכל מידע אחר אינו רלוונטי לשאלת כבישת העדות או השתיקה) עלינו לשאול אפוא: אם אך ורק אחד מהם בוחר בשלב המשפט להעיד במשפטו, והשני בוחר להימנע מלהעיד, מיהו האשם ומי החף מפשע? כלומר עלינו לבחון אם היחס הדיאגנוסטי הזה:

$$\frac{P[Et/(G \& Es)]}{P[Et/(NotG \& Es)]}$$

מקבל ערך גדול מ-1. מן השיקולים שהובאו לעיל אי-אפשר לבסס מסקנה כזאת ומכאן הספירה הכפולה.

שקר מצד האשם, הכחשת אמת מצד החף מפשע), או לשתוק. בהנחה שהם בחרו להעיד לאחר מכן, וכשלו במתן הסברים, קשה מאוד להניח שדווקא האשם נטה לבחור בשתיקה יותר מהחף מפשע. הרי לעומת חפים מפשע, אשמים לכאורה נוטים יותר להודות במשטרה (אפילו בנסיבות המיוחדות כאן) או להכחיש באופן שקרי. לעומת זאת, חפים מפשע בדרך כלל מכחישים על ידי אמירת האמת. חפים מפשע שעתידים למסור עדות אמת בבית משפט, בלא יכולת להסביר מדוע היא ניתנת רק עתה,<sup>43</sup> ממילא לא יגוללו את גרסת חפותם כבר בחקירה (אחרת גרסה זו לא תיחשב עוד לכבושה). הם יכולים אפוא לשתוק, למסור הודאת שווא או לטעון לחפותם תוך הסתייעות בעדות שקר. מכל התרחישים הללו השתיקה נראית, לכאורה, שכיחה יותר. נמצא שלא ברור כלל ועיקר שבהנחה של קיום עדות כבושה בלא יכולת להצדיקה, שתיקה בחקירה היא ראייה מפלילה. ייתכן שההפך הוא הנכון. דרך זו היא אינטואיטיבית פחות אך פשוטה יותר. **הכוח שלה הוא בכך שלהבדיל מהניתוח שקדם לה היא מוכיחה את טענתי בדבר ספירה כפולה בלי להניח הנחות נוספות בעניין זהותם של החפים מפשע השותקים.** מובן שהיא תקפה גם לביסוס המסקנה בדבר הספירה הכפולה המתרחשת מצירוף ההסקה מן השתיקה אל כלל העדות הכבושה.

## 7. מסקנות

כלל העדות הכבושה, על אף היותו עתיק יומין, ולמרות מעמדו הכמעט אקסיומטי בשיח הראייתי בפסיקה, אינו ניתן להסבר על בסיס שיקולי הוכחה ואינו ראוי מבחינה נורמטיבית בעיקר מן הטעמים האלה: עיצוב הכלל במתכונת של יצירת מחסום בפני האפשרות להסתמך על העדות הכבושה בלא קשר לחומר הראיות המצוי בתיק הוא בעייתי וודאי שהוא נחות מבחינה אפיסטמית מהכלל החלופי שאני מציע, של מתן כוח נסיבתי מפליל לכבישת העדות ולנסיבותיה.

הניסיון להצדיק את כלל העדות הכבושה כאסטרטגיית תמריץ נכשל אף הוא. הכלל במתכונתו כיום משמש תמריץ רדיקלי פסול, ולכן יש לשנותו ולהתאימו למסגרת ממריצה מותרת. הצעתי שתי מסגרות אפשריות כאלה: תמריץ חלש ותמריץ בינוני. לדעתי דרך המלך היא של תמריץ חלש. כחלק מעיצובו מחדש של הכלל כתמריץ חלש או כתמריץ בינוני, וגם מטעמים של הליך הוגן, יש להוסיף לאזהרה הקבועה כיום בחוק המעצרים, המאפשרת לעצור נחקר במשטרה, אזהרה נוספת ברוח זו: "דברים שתאמר לאחר מכן עלולים להיחשב לעדות כבושה, וייתכן שלא תוכל

<sup>43</sup> וזה המצב הרלוונטי מבחינת החפים מפשע שאנו דנים בו. הרי איננו דנים במקרה שבו נאשם מבקש למסור הודאה פורמלית לאחר שהכחיש את אשמתו בחקירה. במצב אחרון זו אין מתעוררת כלל סוגיית העדות הכבושה.

למסור גרסה אפקטיבית באשר לאירוע אלא במשטרה".<sup>44</sup> לבסוף, עיצובו של הכלל ככלל ממריץ מותר מחייב אותנו להישמר היטב מפני ספירה ראייתית כפולה או ספירת יתר. בעניין זה הצבעתי על שני מצבים שבהם מתעורר חשש לספירת יתר של כבישת העדות: האחד הוא החשש לספירת יתר של כבישת העדות בצירוף התנהגות מפלילה אחרת של הנאשם – הסתרת ראיות, בדייתן או הצגת ראיות שהן בלתי מהימנות או שקריות. המצב השני הוא המקרה שבו קדמה להעלאת העדות הכבושה במשפט שתיקה במשטרה של הנאשם. נוכחנו שהתחשבות באופי המפליל של כבישת העדות ושל השתיקה במתכונת מצטברת מהווה מקרה מובהק של ספירה כפולה של אותה ראיה.

---

<sup>44</sup> מבט השוואתי מספק חיזוק לעמדתי. בדין האנגלי, מאז שנת 1984 סמכויות המשטרה מוסדרות בחקיקה ראשית, בעקבות חקיקת ה-Police and Criminal Evidence Act, 1984. מכוחו של החוק הותקנו קובצי הוראות פעולה (Codes of Practice), ובהן הנחיות ביצוע. Code C הוא הרלוונטי לעניין האזהרה בסוגיית זכות השתיקה, שכן הוא כולל הוראות מפורטות שעל פיהן המשטרה נדרשת לוודא שהחשודים ערים לזכויותיהם. ס' 10.4 לקוד זה קובע את נוסח האזהרה שעל המשטרה להשמיע, כדלקמן: "You do not have to say anything. But it may harm your defence if you do not mention when questioned something which you later rely on in court. Anything you do say may be given in evidence"