

“חריג שיורי” לכלל הפוסל עדות מפי השמועה
“Residual Exception” To the Hearsay Rule

גיא בן דוד*

תוכן העניינים

תקציר

מבנה המאמר

א. משמעותו, מקורותיו והיקפו של כלל הפסילה

ב. ההצדקות לצורך בכלל פסילה גמיש שמקורן בטיעונים בעד ונגד כלל הפסילה

1. ההצדקות לכלל הפוסל עדות מפי השמועה

(א) הצדקות נורמטיביות הנגזרות מתכליתם של דיני הראיות

(1) כלל הפסילה כאמצעי לקידום חקר האמת

(2) תכליתו של כלל הפסילה לאור אידיאל ההגנה על החף מפשע

(3) כלל הפסילה כאמצעי המבטיח את הגינות ההליכים וכמגן על זכות העימות

(ב) הצדקות לכלל הפסילה שאינן נגזרות בהכרח מתכליתם של דיני הראיות

2. נימוקים לשלילת תחולתו או צמצומו של כלל הפסילה

ג. ההצדקות לצורך בכלל פסילה גמיש שמקורן בחריגים הקיימים

1. תחולתם המצומצמת והצרה של החריגים הקיימים

2. בעיית ה"כמעט חריג"

ד. "חריג שיורי" לכלל הפוסל עדות מפי השמועה במשפט האנגלו-אמריקני

1. חריג שיורי בכללי הראיות הפדרליים שבארצות הברית

(א) הקדמה

(ב) היקף תחולתו של החריג השיורי

(ג) תוכנו של החריג השיורי

(ד) לקחים פרגמטיים

2. חריג שיורי במשפט האנגלי

(א) הקדמה

(ב) חריג שיורי לכלל הפסילה – סעיף CJA-ל-114(1)(d)

(ג) השיקולים שעל בית המשפט לשקול בבואו להחיל את החריג השיורי – סעיף CJA-ל-114(2)

(ד) החריג השיורי כאמצעי להבטחת ניהול צודק של ההליך הפלילי

(ה) יישומו של החריג השיורי בפסיקה הלכה למעשה

(ו) לקחים פרגמטיים

ה. "חריג שיורי" בדיני הראיות בישראל – המודל המוצע

1. נוסח מוצע לחריג שיורי

(א) מסלול ראשון – ייעודי לאמרה שמעמדה מוסדר באמצעות חריג קיים

(ב) מסלול שני – ייעודי למצבי "כמעט חריג"

(ג) מסלול שלישי – ייעודי לאמרות שמעמדן אינו מוסדר באמצעות החריגים הקיימים

(1) שלב ראשון – "שלב המבחנים"

(א) תנאי סף ראשון – בחינת מהימנות הראיה

(ב) תנאי סף שני – קיומו של צורך בראיה

(2) שלב שני – "שלב השיקולים"

סיכומם של דברים

תקציר

הכלל הפוסל עדות מפי השמועה (להלן "כלל הפסילה" או "הכלל") הוא יסוד מוסד של דיני הראיות בישראל.¹ על פי כלל זה, שמקורו במשפט המקובל האנגלי, ראיה שנתקבלה מפי השמועה פסולה אם מטרת הצגתה בבית המשפט היא להוכיח את אמיתות תוכנה. לאורך השנים, ובעיקר על רקע הביקורת שנמתחה על הכלל, התפתחו לצידו חריגים. חריגים אלו, המעוגנים הן בחקיקה והן בפסיקה, מכשירים את קבילותן של ראיות מסוימות ומאפשרים לבתי המשפט לבסס עליהן ממצאים. במקרים שאין בהם חריג ספציפי המאפשר את הכשרת האמרה, או כאשר האמרה אינה עומדת בתנאיו של חריג מסוים, תהא האמרה בלתי קבילה באותו הליך, ולא יהיה ניתן לקבוע על פיה ממצאים. מכאן עולה כי לבתי המשפט המנהלים את דיוניהם בכפוף לדיני הראיות אין סמכות לסטות מכלל הפסילה אלא בהסכמת הצדדים להליך או במסגרתם של החריגים הקיימים. זהו הסטטוס קוו הקיים זה שנים רבות בדיני הראיות בישראל, והמשקף את המתח שבין ההצדקות לכלל הפסילה לבין טענות הביקורת נגדו.

* מרצה בכיר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. מרצה לדיני ראיות בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. תודתי נתונה לחברי מערכת כתב העת "משפטים" על הערותיהם החשובות והמועילות.

¹ בג"ץ 124/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת, פ"ד יג 5, 17 (1959).

הצדקות אלו מקורן בטעמים הנוגעים לתכליתם של דיני הראיות ובטעמים נוספים חברתיים ומוסריים הנשענים על מדיניות עצמאית המשתרעת אל מעבר לתחום של דיני הראיות. מאמר חלוצי זה יוצא בקריאה לעגן בדיני הראיות בישראל "חריג שיורי" לכלל הפסילה. חריג זה, אשר יחול הן בהליכים פליליים והן בהליכים אזרחיים, יתקיים לצידם של החריגים הקיימים ויעניק לערכאות השיפוטיות בישראל סמכות לסטות מכלל הפסילה במקרים מתאימים. טענת המאמר היא כי הביקורת נגד כלל הפסילה, ההצדקות לכלל הפסילה שאינן חפות מספקות, הקשיים שמעוררים החריגים הקיימים ומגמת המעבר מכללי קבילות לכללי משקל – כל אלה תומכים בהגמשת כלל הפסילה כדי שיתאפשר להכשיר עדויות מסוימות בכפוף לשיקול הדעת השיפוטי. המאמר אף מציע מודל מקורי לחריג שיורי בדיני הראיות בישראל. מודל זה נועד לתת מענה ייעודי וייחודי לכל אחד משלושת סוגי האמרות האלה: אמרות שמעמדן אינו מוסדר באמצעות החריגים הקיימים, אמרות שקיים בעניין חריג המאפשר את קבלתן ואמרות שאינן עומדות בתנאיהם הדווקניים של החריגים הקיימים אך קיים בהן צורך והן בעלות ערובות לאמיתותן.

מבנה המאמר

הפרק הראשון של המאמר ידון במשמעותו, בהיקפו ובהתפתחותו של כלל הפסילה. הפרקים השני והשלישי יוקדשו לדיונים בהצדקות לצורך בכלל פסילה גמיש. הפרק השני יתמקד בהצדקות שמקורן בטיעונים בעד ונגד כלל הפסילה, והפרק השלישי יעסוק בהצדקות שמקורן בחריגים הקיימים. הפרק הרביעי של המאמר יוקדש למשפט משווה. הואיל ובמשפט הקונטיננטלי, כתחולתו באירופה, בדרום אמריקה ובמרכזה, אין הגבלה על הבאת עדויות מפי השמועה,² הדיון במשפט המשווה יתמקד במשפט האנגלו-אמריקני. מטרת פרק זה היא כפולה: האחת, לעמוד על אופיו ועל מבנהו של החריג השיורי במשפט הפדרלי בארצות הברית ובאנגליה; השנייה היא לספק מקור השראה לעיצובו וליישומו של חריג שיורי בישראל. על רקע המסקנות והלקחים מארבעת הפרקים הראשונים יוצג בפרק החמישי המודל המוצע לחריג שיורי בדיני הראיות בישראל, שבסופו יסוכמו הכתובים.

א. משמעותו, מקורותיו והיקפו של כלל הפסילה

כלל יסוד בדיני הראיות הוא כי אדם רשאי להעיד בבית המשפט רק על דברים שהוא קלט בחושיו שלו.³ עד זה, בהיותו מקור המידע, מכונה "עד מקור", ועדותו היא "עדות מקור". כאשר העדות נקלטה בחושיו של אדם מסוים והועברה לאחר, בעל פה או בכתב, עדותו של זה האחרון בבית המשפט, כשמטרתה היא להוכיח את אמיתות הדברים שקלט מפי חברו, היא עדות מפי השמועה.⁴ ראייה שכזאת היא פסולה אלא אם ניתן להצביע על חריג המתיר את קבלתה.⁵ למטרת ההוכחה יש חשיבות מיוחדת, שכן כלל הפסילה חל אך ורק במקרים שבהם מטרת העדות היא הוכחת אמיתות תוכן הדברים שבאמרה.⁶ כאשר מטרת העדות היא הוכחת עצם מסירת האמרה לעד, הרי שאין מדובר בעדות מפי השמועה, ועל כן אין תחולה לכלל הפסילה.⁷

² נחמיה בן תור **עדות שמיעה: הכלל וחריגיו** כרך א 166 (2005).

³ יעקב קדמי **על הראיות** חלק שני 551 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009) (להלן: **קדמי**).

⁴ אליהו הרנון **דיני הראיות** חלק שני, 132–133 (תשל"ז-1977) (להלן: **הרנון**). להגדרות שונות של עדות מפי השמועה ראו G.D. NOKES, AN INTRODUCTION TO EVIDENCE 261–265 (3d ed., 1961) (להלן: **NOKES**). יש לציין כי כלל הפסילה אינו פוסל עדות שמיעה כשלעצמה, דהיינו עדות שנקלטה בעזרת חוש השמיעה, שכן הקליטה בחוש השמיעה כדין קליטה בכל חוש אחר. כלל פסילה פוסל עדויות שנקלטו בחושיו של אדם מסוים ואשר הועברו לאחר מפי השמועה. היעדר הבחנה בין השניים עלול ליצור פתח לטעות. ראו **קדמי**, שם, בעמ' 555.

⁵ **הרנון**, שם, בעמ' 133; **קדמי**, לעיל ה"ש. **Error! Bookmark not defined.**, בעמ' 553–555. עדות מפי השמועה יכול שתהא בעל פה, כאשר העד מעיד על מה ששמע מפיו של אחר; בכתב, כאשר העד מעיד על מה שקרא במסמך שנערך בידי אחר, או בהתנהגות, כאשר העד מעיד על תנועות פיזיות של אדם לשם הוכחת אמיתות המשמעות של אותן פעולות.

⁶ **הרנון**, לעיל ה"ש 4, שם; **קדמי**, לעיל ה"ש. **Error! Bookmark not defined.**, בעמ' 553; **NOKES**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 265; JEREMY EDWARD J. IMWINKELRIED, EVIDENTIARY FOUNDATIONS 312 (4th ed., 1998); JOHN BENTHAM, RATIONALE OF JUDICIAL EVIDENCE, chapter 4, at 133 (1827) (להלן: **BENTHAM**); HENRY WIGMORE, WIGMORE ON EVIDENCE: EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW 2 (3d ed. 1974) (להלן: **WIGMORE**).

⁷ ע"פ 11/58 **מנקס נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יב 1905, 1956 (1958); ע"פ 26/51 **סעדון נ' היועץ המשפטי לממשלה** ישראל, פ"ד ה' 848, 843 (1951); ANDREW L.-T. CHOO, HEARSAY AND CONFRONTATION IN CRIMINAL TRIALS 1 (1996) (להלן: **CHOO**).

מקורו של הכלל הפוסל עדות מפי השמועה הוא במשפט המקובל האנגלי. ניתן להצביע על שלושה שלבים בהתפתחותו של הכלל.⁸ השלב הראשון מתייחס לתקופה אשר קדמה לאמצע המאה השש-עשרה, שבה משפטים נערכו באופן שונה מאלו המוכרים כיום.⁹ חבר המושבעים היה מורכב בין היתר מעדים שהשתייכו לקהילה שאליה השתייכו המתדיינים, ושהיה להם ידע אישי על הסכסוך או העבירה מושא הדיון המשפטי.¹⁰ העדים חברו לחבר המושבעים ונועדו עימם בפרטיות כדי לסייע להם לקבוע ממצאים על סמך הידע האישי שלהם.¹¹ במקום שבו הידע של אותם עדים היה חסר, נדרש מהם להשלימו בכך שיעמיקו ויבצעו חקירות לא פורמליות על העובדות שבמשפט.¹² בסופו של דבר, חבר המושבעים לא היה אמור להחליט על בסיס שמיעתם של עדים או על סמך הצגתן של ראיות בהליך פתוח ופומבי בבית משפט אלא על סמך המידע שהיה ברשותו. לכן מרבית המידע שחבר המושבעים נשען עליו היה בגדר עדות מפי השמועה ללא כלל אשר פסל ראיות מסוג זה.¹³ במהלך המאה השש-עשרה והשבע-עשרה חל שינוי הדרגתי באופי ניהולם של הליכים בבתי המשפט. חבר המושבעים פסק מלהיות גוף המספק ראיות ותפקד כגוף הפוסק על סמך ראיות אשר הצדדים היו מציגים בפניו.¹⁴ עדים העידו על דוכן העדים לאחר שהושבעו לומר את האמת על מה שהם ראו או שמעו.¹⁵ חרף הספק שהוטל במידע שנמסר נתקבלו עדויות מפי השמועה כראיות קבילות על אף התנגדותו של הצד היריב.¹⁶ במהלך המאה השבע-עשרה גבר הספק אשר הוטל בעדויות שנתקבלו מפי השמועה. באותה עת החלה להתעצב המערכת האדוורסרית. עדים העידו על דוכן העדים במשפט פומבי, בנוכחות בעלי הדין, לאחר שהושבעו לומר את האמת, כשלצד היריב ניתנה הזדמנות לחקור את העד בחקירה נגדית. לקראת סוף המאה השבע-עשרה נקבע כי אי אפשר לקבוע ממצאים או לבסס מסקנות על עדות מפי השמועה כראיה עצמאית ועיקרית,¹⁷ אך מותר לקבלה כדי לתמוך בראיות אחרות ולחזק אותן.¹⁸ תקופה זו מכונה בפי ויגמור "תור הזהב" של כלל הפסילה¹⁹ אשר הפך לחלק מהפרקטיקה הנהוגה בבתי המשפט.²⁰ הכלל, בתצורתו המודרנית, הופיע במחצית השנייה של המאה השמונה-עשרה. במהלך המאה התשע-עשרה החלו לראות בכלל הפסילה גורף מדי, ובתי המשפט פיתחו לו חריגים, אשר התרבו והתרחבו מעת לעת.²¹ חריגים אלו התייחסו למגוון של ראיות במישור האזרחי והפלילי וכללו בין היתר רישומים פומביים ציבוריים, אמרות ספונטניות שהן חלק בלתי נפרד מהאירוע (*Res Gestae*), הצהרות של אדם העומד למות ("שכיב מרע"), הצהרות בעלי תפקיד, הודאות בעלי דין ועוד.²² החריגים שהתפתחו במשפט המקובל היו מעטים מדי, צרים מדי בהיקפם וטכניים במהותם.²³ מצב זה הביא לפיתוחם של חריגים נוספים במשפט האנגלו-אמריקני ובמשפט הישראלי. חריגים אלו, אשר נקבעו מעת לעת בחקיקה ובהלכה הפסוקה, הם חלק בלתי נפרד מיישומו של כלל הפסילה.

⁸ WIGMORE, לעיל ה"ש 6, בעמ' 28-12; Choo, שם, בעמ' 3-10; 2 MCCORMICK ON EVIDENCE, RON DELISLE, DON; (McCORMICK :להלן) PRACTITIONER TREATISE SERIES 175-178 (7th ed., 2013); STUART & DAVID TANOVICH, EVIDENCE, PRINCIPLES AND PROBLEMS 657-661 (9th ed., 2010) (להלן :
⁹ CHOO, לעיל ה"ש 7, בעמ' 3.
¹⁰ DELISLE, STUART & TANOVICH, שם, בעמ' 657.
¹¹ שם, בעמ' 658.
¹² CHOO, לעיל ה"ש 7, בעמ' 3.
¹³ 2 FREDERIC WILLIAM MAITLAND & FREDERICK POLLOCK, THE HISTORY OF THE ENGLISH LAW, שם; 621-628 (2d ed., 1898).
¹⁴ DELISLE, STUART & TANOVICH, לעיל ה"ש 8, בעמ' 658.
¹⁵ MCCORMICK, לעיל ה"ש 8, בעמ' 244.
¹⁶ WIGMORE, לעיל ה"ש 6, בעמ' 17-16; CHOO, לעיל ה"ש 7, בעמ' 4.
¹⁷ WIGMORE, שם, בעמ' 20; **חרנון**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 135-134.
¹⁸ WIGMORE, שם, בעמ' 19.
¹⁹ WIGMORE, שם, בעמ' 18; MCCORMICK, לעיל ה"ש 8, בעמ' 177.
²⁰ WIGMORE, שם, בעמ' 18; MCCORMICK, שם, בעמ' 178-177; DELISLE, STUART & TANOVICH, לעיל ה"ש 8, בעמ' 661-660.
²¹ **חלוי כרך ב**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 561.
²² שם; (MURPHY ON EVIDENCE :להלן) RICHARD GLOVER, MURPHY ON EVIDENCE 296 (15th ed., 2017).
²³ MURPHY ON EVIDENCE, שם, בעמ' 208-209; 1 WLR 1286; Jones v. Metcalfe [1967]; Myer v. DPP [1965], AC 1001.

ב. ההצדקות לצורך בכלל פסילה גמיש שמקורן באיזון הטעונונים בעד ונגד כלל הפסילה

1. בחינה ביקורתית של ההצדקות לכלל "הפוסל עדות מפי השמועה"

(א) הצדקות נורמטיביות הנגזרות מתכליתם של דיני הראיות

(1) כלל הפסילה כאמצעי לקידום חקר האמת

אחת המטרות המרכזיות של ההליך הפלילי היא חשיפת האמת העובדתית.²⁴ יש המתארים את ההליך הפלילי כ"מנוע אפיסטמי" וכ"כלי לבירור האמת".²⁵ תפיסה זו מדגישה את מחויבותו האפיסטמולוגית של הליך בירור העובדות השיפוטי לחשיפת האמת.²⁶ חשיפת האמת בהליך הפלילי היא תנאי הכרחי לעשיית צדק,²⁷ שכן היא נועדה לאפשר הכרעה בשאלת חפותו או אשמתו של הנאשם. עניינה של החברה הוא בהרשעת האשמים בלבד ובזיכוי החפים מפשע,²⁸ והיכולת להרשיע את האשם ולזכות את החף מותנית ביכולת לחשוף את האמת העובדתית.²⁹ הואיל והמחויבות הנורמטיבית הראשונית של השיח הראייתי היא לחתור לחשיפת האמת העובדתית,³⁰ יש הסבורים כי אין לכפוף את חקר האמת לכללים ראייתיים שונים, ואין לבכר כלל ראייתי על חקר האמת.³¹ הואיל ותכליתם של הכללים הראייתיים היא לחשוף את האמת, הרי שהם צריכים להתפרש ולהתעצב לפי הערך, האידיאל והתכלית של חשיפת האמת.³² תקפותו ורציותו של כלל ראייתי צריכות להיבחן לפי יכולתו לקדם את בירור האמת.³³ גישה זו, הנמנית עם התפיסה המוניסטית, מניחה כי האמת העובדתית ניתנת לחשיפה ולהוכחה אנושית, ועל כן ההכרעה הפלילית צריכה לשקף אותה.³⁴ ברגע ששאלת האחריות הפלילית לא תתבסס על הזיקה הבלבדית להתרחשות העובדתית, תיפגע מחויבותו הנורמטיבית וההכרתית של ההליך הפלילי לדיוק עובדתי בקביעת אשמתו או חפותו של הנאשם.³⁵

מן הכלל אל הפרט, צידוקו ורציותו של הכלל הפוסל עדות מפי השמועה נעוצים בראש ובראשונה ביכולתו לסייע בחשיפת האמת.³⁶ הטענה היא כי עדות מפי השמועה נתפסת כמי שחותרת תחת האמת.³⁷ הנימוק העיקרי לפסילתה של עדות מפי השמועה נעוץ בסכנה שבית המשפט יקבל ראיה ללא הנחת בסיס למהימנותה.³⁸ קבלה של ראיות שמהימנותן מוטלת בספק עלולה לפגוע במלאכת גילוי האמת,

²⁴ William Twining, Theories Of Evidence: Bentham And Wigmore 15–16 (1985); ראו למשל ע"פ 951/80 קנ"ר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה' 505, 515 (1981); ב"ש 230/86 עצמון נ' מדינת ישראל, פ"ד מ' (2) 353, 356 (1986); אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11, 13 (1996) (להלן: ברק "על משפט, שיפוט ואמת"); חיה זנדברג זכויות נאשמים: הזכות למשפט נפרד 27–26 (2001) (להלן: זנדברג); יניב ואקי מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בדין הפלילי 146–151 (2013) (להלן: ואקי); עמנואל גרוס "שיטת הדיון האדוורסרית בהליך הפלילי – האם היא מאפשרת אקטיביזם שיפוטי?" עיוני משפט יז 867, 875 (1993) (להלן: גרוס "שיטת הדיון האדוורסרית"). גרוס מציין כי המטרה החשובה של ההליך הפלילי היא עשיית צדק עם הצדדים במשפט, כאשר אחד התנאים היסודיים להגשמת מטרה זו היא החתירה לחקר האמת. שם, בעמ' 874. יש לציין כי צידוק זה נכון אף בהליך אזרחי. הגישה היא שמטרת ההליך האזרחי היא פתרון הסכסוך וסיומו, וחקר האמת הוא רק אמצעי להגיע למטרה זו. ראו בעניין זה ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פד"י מב' (1) 446 (1988). אלא שבהיעדר הסכמות בין הצדדים, הכרעת בית המשפט חייבת לשקף את האמת, ככל שזו נחשפה בפניו.

²⁵ Larry Laudan, Truth, Error, and Criminal Law 2 (2006); ואקי, שם, בעמ' 146.

²⁶ ואקי, שם; דורון מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות 20–21 (2008) (להלן: מנשה); מרדכי קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" משפטים יז 475, 477–478 (1987) (להלן: קרמניצר "עונת המשחקים"); עמנואל גרוס "עיסקות טיעון וחקר האמת" פלילים ג 251 (1992).

²⁷ ברק "על משפט, שיפוט ואמת", לעיל ה"ש 24; מנשה, שם, בעמ' 21; מרדכי קרמניצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת הערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים" הפרקליט לה 407, 407 (1984).

²⁸ קרמניצר "עונת המשחקים", לעיל ה"ש 26, בעמ' 478; Laudan, לעיל ה"ש 25, בעמ' 1.

²⁹ קרמניצר, שם.

³⁰ מנשה, לעיל ה"ש 26, בעמ' 23. מנשה מבהיר כי מחויבות זו היא ברמה של עיקרון ולא ברמה של כלל, שהוא בבחינת הכול או לא כלום.

³¹ ואקי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 146–147; גרוס "שיטת הדיון האדוורסרית", לעיל ה"ש 24, בעמ' 875.

³² ברק "על משפט, שיפוט ואמת", לעיל ה"ש 24, בעמ' 13; זנדברג, לעיל ה"ש 24, בעמ' 25; קרמניצר "עונת המשחקים", לעיל ה"ש 26, בעמ' 478; ואקי, שם, בעמ' 147.

³³ ראו Scottish Law Commission Report, Evidence: Report on Hearsay Evidence in Criminal Proceedings §2.5 (1995) (Scot. Law. Com. No. 149) (להלן: Scottish L.R.); ואקי, שם, בעמ' 147.

³⁴ ואקי, שם, בעמ' 148.

³⁵ שם, בעמ' 149.

³⁶ Scottish L.R., לעיל ה"ש 33, סעיפים 2.4–2.6, בעמ' 4.

³⁷ ברק "על משפט, שיפוט ואמת", לעיל ה"ש 24, בעמ' 12.

³⁸ ראו A.A.S. Zuckerman, The Principles Of Criminal Evidence 179–180 (1989) (להלן: Zuckerman); Choo, לעיל ה"ש 7, בעמ' 11; תמר מורן (גולן) הכלל הפוסל עדות שמיעה וראיות שנתקבלו בהליך שיפוטי קודם 35 (עבודת גמר לקראת תואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למשפטים,

ועל כן מתפקידו של כלל הפסילה, המשמש במובן זה "שומר הסף", למנוע מבית המשפט להיחשף למידע שכזה. מתן עדות בבית המשפט באזהרת השופט ותחת עיניהם הפקוחות של בית המשפט והצדדים להליך מבטיח כי העד יהיה מודע לחשיבות אמרתו ולאחריות המוטלת עליו אם ימסור עדות שקר או שלא יקפיד על דיוק בעדותו.³⁹ העובדה כי מקור המידע מעיד בבית המשפט היא אמצעי המאפשר חשיפה של פגמים וליקויים בעדותו,⁴⁰ הן באמצעות חקירתו הנגדית של העד בידי הצד היריב והן באמצעות התרשמותו הבלתי אמצעית של בית המשפט מהתנהגות העד ואותות האמת המתגלים במהלך העדות.⁴¹ בשונה מעדות מקור, כאשר המידע מועבר לבית המשפט באמצעות "עד מפי השמועה", הרי שעד זה משמש לכל היותר "כלי קיבול", מעין "צינור" או "מתווך" שדרכו מועבר המידע ממקור המידע לבית המשפט. במצב זה החשש הנוגע למהימנות האמרה הוא כפול. סיבה אחת נעוצה ביכולתו המוגבלת של בית המשפט לעמוד על מהימנות מקור המידע ועל אמינות המידע כשזה נמסר לו בידי "מתווך" בלבד. סיבה שנייה נעוצה בכך שמסירת המידע לבית המשפט באמצעות עד שלא קלט את המידע בחושי תגרוור בעקבותיה אי-דיוקים.⁴² אי-דיוקים אלו עלולים לנבוע בין היתר מגורמים אשר חלקם טבועים בעד וחלקם האחר טבועים באירוע עצמו,⁴³ כגון קליטה לא מדויקת של המידע בחושי של עד המקור והעברתו לאדם אחר שלימים יעיד על מה שהוא שמע, שיבושים בזכירת המידע, שיבוש בהבנת האמרה ומשמעותה, סילוף המידע אם במכוון ואם בשל פגמים אובייקטיביים שנפלו בתהליך קליטת המידע והעברתו לאדם אחר, וכיוצא באלה.⁴⁴

אף חקירתו הנגדית של עד המוסר עדות מפי השמועה אין בה כדי לסייע לבית המשפט לבחון את מהימנות המידע ואמיתותו. ויגמור תיאר את החקירה הנגדית כמנוע המשפטי הטוב ביותר שאי פעם נוצר לשם חשיפת האמת.⁴⁵ באמצעות החקירה הנגדית עומד המידע, אשר נמסר לבית המשפט, לביקורת של הצד שכנגד, שבמסגרתה ניתן לחשוף ליקויים, פגמים, טעויות וכן את מידת מהימנותו של העד אשר קלט את המידע בחושי והוא מוסר בבית המשפט.⁴⁶ אלא שעד מפי השמועה יכול להעיד לכל היותר על זהות המקור אשר קלט את המידע וכן על נסיבות מסירת האמרה, אולם אין הוא יכול להעיד על אמיתות המידע ומידת מהימנותו. הואיל ועד זה הוא בסך הכול "צינור" שדרכו מועבר המידע לבית המשפט, הרי שאין לו ידיעה אישית אם המידע שהוא מוסר הוא אמיתי, נכון ומדויק. משכך, חקירתו הנגדית של אותו עד אין בה כדי להועיל או לרפא פגמים הנוגעים לאמינות המידע או למהימנותו של האדם שקלט את המידע בחושי והעבירו לעד.⁴⁷ אומנם בית המשפט יכול להתרשם מסימני האמת העולים מהתנהגותו של העד על דוכן העדים, אך אין בכל אלו כדי ללמד על אמיתות המידע שאותו הוא מוסר לבית המשפט.⁴⁸ מכאן שהמידע שנמסר סובל מ"חולשה פנימית", שכן בהיעדר יכולת לחקור את מוסר המידע בחקירה נגדית לפנינו מידע שלא הונח בסיס לאמיתותו.⁴⁹

גם אם נציב את בירור האמת כתכליתם העיקרית של דיני הראיות, יש להכיר בכך שתיתכנה טעויות בקביעת ממצאים בידי בית המשפט. טעויות אלו הן תוצאה של חוסר יכולת להעביר לבית המשפט את כל העובדות אשר יוצרות את האמת העובדתית. כללי פסילה של ראיות,⁵⁰ הטלת חיסיון על מידע

1997 (להלן: **מורן**); **קדמי**, לעיל ה"ש. **Error! Bookmark not defined.**, בעמ' 551; **הרנון**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 148-146.

מורן, שם, בעמ' 35. 39

CHOO, לעיל ה"ש 7, בעמ' 24-22; ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 38, בעמ' 180; Eleanor Swift, *Abolishing the Hearsay Rule*, 75 CAL. L. REV. 495, 504 (1987). 40

מורן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 35; CHOO, לעיל ה"ש 7, בעמ' 11. 41

מורן, שם, בעמ' 36. 42

ELIZABETH F. LOFTUS, EYEWITNESS TESTIMONY 22 (1979), כמצוטט אצל CHOO, לעיל ה"ש 7, בעמ' 22. Loftus מכנה גורמים אלו כ-"event factors" ו-"witness factors". 43

ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 38, בעמ' 181-180; CHOO, לעיל ה"ש 7, בעמ' 17. 44

WIGMORE, לעיל ה"ש 6, בעמ' 32; CHOO, שם, בעמ' 32. 45

WIGMORE, שם, בעמ' 3. 46

מורן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 36; **הרנון**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 145-146; CHOO, לעיל ה"ש 7, בעמ' 17. 47

CHOO, שם, בעמ' 11. 48

WIGMORE, לעיל ה"ש 6, בעמ' 11. כמו כן, ראו CHOO, שם, בעמ' 33. ייתכנו מקרים שבהם מקור האמרה יעיד עדות שקר, והצד שכנגד לא יצליח "לשבור" אותו על דוכן העדים ולגרום לו להתוודות על שקריו. במקרים אלו חקירתו הנגדית של מוסר האמרה לא תקדם את בית המשפט במלאכת חקר האמת. מכאן שהנימוק לכלל הפוסל עדות מפי השמועה, אם הוא נעוץ באי-חקירה נגדית של מוסר האמרה, עלול להתברר לעיתים כטיעון "חלש". 49

כך, למשל, סי' 13 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1977 קובע כי ככלל, דברים שנקלטו בדרך של האזנת סתר לא חוקית לא יהיו קבילים כראיה בבית המשפט; סי' 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 קובע כי ככלל, חומר שהושג אגב פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט ללא הסכמת הנפגע. כלל פסילה נוסף שנקבע בפסיקה מקנה לבית המשפט סמכות שבשיקול דעת לפסול ראיות שהושגו אגב פגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן. ראו בעניין זה ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461 (2006). 50

רלוונטי,⁵¹ פגמים ביכולת קליטת המידע בחושי העד והעברתו לבית המשפט, קיומם של אינטרסים אישיים, מניעים נסתרים ואף חלופ הזמן – בכל אלה למשל יש כדי להגביל את יכולתו של בית המשפט להגיע לחקר האמת ולהעלות את הסיכון לטעויות בקביעת ממצאים בידי בתי המשפט גם כשהוא נסמך על עדויות מקור.⁵² לפיכך התפיסה היא כי על דיני הראיות לקבוע כללי הכרעה נורמטיביים, שיתייחסו לאופן חלוקת הסיכון לטעות בין הצדדים להליך.⁵³

אחד הטיעונים הנורמטיביים המרכזיים המהווה הצדקה לכלל הפסילה סב על היותו של הכלל חלק מאסטרטגיה רציונלית שמטרתה להגביר את הסתברות הדיוק השיפוטי בקביעת עובדות.⁵⁴ הנטייה בקרב המלומדים היא לראות בכלל הפסילה מנגנון של חלוקת הסיכון בין בעלי הדין במצבים של אי-ודאות.⁵⁵ לפי תפיסה זו, המטרה של כלל הפסילה היא חלוקת סיכונים בין בעלי הדין, ובמקרה ספציפי זה הסיכון של קבלת הכרעה שגויה בבית המשפט נגד מי שהעדות מפי השמועה הובאה נגדו.⁵⁶ בית המשפט יכול להעריך את האמרה שנתקבלה מפי השמועה כנכונה, אך הוא גם עלול לשגות בהערכתה. אמרה שכזו עשויה לשקף את האמת, אך היא עשויה לעוות אותה.⁵⁷ פסילתן של אמרות שכאלו מעניקה אפוא חסינות מפני הסיכון של משגה למי שהעדות הובאה נגדו.⁵⁸ משגה שכזה עלול להביא להכרעת דין שגויה. לאמור, לזיכונים של אשמים או לחלופין להרשעתם של חפים מפשע.

הטיעון בדבר יכולתו של בית המשפט לקבוע ממצאים על סמך עדויות מפי השמועה והחשש ממשגים בקביעת ממצאים מעוררים לא מעט קשיים. ראשית, ההצדקה לפסילתה של ראיה שנתקבלה מפי השמועה אינה נעוצה בעובדה כי הראיה אינה מהימנה כפי שמקובל לחשוב, אלא דווקא בשל אי-יכולתו של בית המשפט לבחון ולהעריך את מהימנותה באמצעות הכלים העומדים לרשותו.⁵⁹ אכן, ראיה שנתקבלה מפי השמועה יכולה להיות לא מהימנה. אולם באותה מידה גם עדות מקור יכולה להתברר כלא מהימנה, ולכן החשש מהעברת מידע שגוי לבית המשפט קיים תמיד גם כאשר העובדות נמסרות בבית המשפט ממי שקלט את המידע בחושי.⁶⁰ יש שההבדל בין קבילותו של מידע הנמסר לבית המשפט

⁵¹ עם החסינונות ניתן למנות בין היתר את החיסיון לטובת המדינה, המעוגן בס' 44 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות או הפקודה); חיסיון לטובת הציבור, המעוגן בס' 45 לפקודת הראיות; חיסיון עורך דין-לקוח, המעוגן בס' 48 לפקודת הראיות; חיסיון רופא-מטופל, המעוגן בס' 49 לפקודת הראיות; חיסיון פסיכולוג-מטופל, המעוגן בס' 50 לפקודת הראיות; חיסיון עובד סוציאלי-מטופל, המעוגן בס' 50 לפקודת הראיות, וכן חיסיון המוענק לכוהן דת, המעוגן בס' 51 לפקודת הראיות.

⁵² אף שהאמת היא ערך עליון, אין היא ערך מוחלט. לעיתים המחויבות הנורמטיבית של השיח הראייתי לחשיפת האמת עלולה לסגת מפני המחויבות לקדם אינטרס אחר, לא אפיסטמי. למשל, הטלת חיסיון על מידע מתוך צורך להגן על אינטרס ציבורי חשוב או על יחסים מקצועיים שונים יכולה להצדיק את אי-גילוי האמת. ההגנה על הזכות להליך הוגן או הזכות לפרטיות הביאה להתגבשותם של כללים ראייתיים הפוסלים ראיות שונות שהושגו אגב פגיעה באותן זכויות. ההגנה על שלמות התא המשפחתי מונעת מהתביעה להעיד מטעמה בני זוג או הורים וילדים, זה נגד זה, על פי הוראות ס' 3 ו-4 לפקודת הראיות. ודוק, אין זה אומר כי ההליך הפלילי מוותר על חקר האמת. אלא שבאיוון בין האמת לערכים אחרים, לעיתים האמת נסוגה מפניהם. נסיגה זו אפשרית הודות לכללים ראייתיים שונים המגבילים את האפשרות של הצגת מלוא המידע לבית המשפט. דבר זה מגדיל את הפער שבין האמת העובדתית, כפי שזו התרחשה במציאות, לבין האמת המשפטית, המייצגת את העובדות שניתנות להצגה בבית המשפט באמצעות דיני הראיות. ראו בעניין זה בג"ץ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449 (1982); ע"א 1354/92 היתוך המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד מח(1) 711, 745 (1994); ע"א 2629/98 חשר לביטחון פנים נ' וולפא, פ"ד נו(1) 786 (2001); ברק "על משפט, שיפוט ואמת", לעיל ה"ש 24, בעמ' 15. ואקל, לעיל ה"ש 24, בעמ' 155-160; נינה זלצמן "אמת עובדתית ויאמת משפטית" – מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד 263 (2000); גבריאל הלוי תורת דיני הראיות כרך א 35-48 (2013) (להלן: הלוי כרך א); מנשה, לעיל ה"ש 26, בעמ' 67. קרמניצר אף מציין שהצדדים להליך לא תמיד פועלים בשירות האמת. כך למשל לנאשם יש עניין בחשיפת האמת במקרים שבהם הוא חף מפשע, אבל במקרה ההפוך, שבו הוא אשם, אין לו עניין בגילוי האמת, אלא להפך, באי-גילוייה. נאשם שכזה יפעל במהלך המשפט בכיוון המנוגד לגילוי האמת ולהסתרתה. ראו קרמניצר "עונת המשחקים", לעיל ה"ש 26, בעמ' 482-484.

⁵³ ואקל, שם, בעמ' 162-163; אלכס שטיין "סעיף 10 לפקודת הראיות: פרשנותו הראויה ופסיקתו של בית-המשפט העליון" משפטים כא 325, 326 (1992) (להלן: שטיין "סעיף 10 לפקודת הראיות"). שטיין, מגדיר את דיני הראיות כ"ביטוי של הדין לסיכונים של משגה".

⁵⁴ מנשה, לעיל ה"ש 26, בעמ' 205, 210.

⁵⁵ שטיין "סעיף 10 לפקודת הראיות", לעיל ה"ש 53, בעמ' 329.

⁵⁶ מורן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 37; שטיין "סעיף 10 לפקודת הראיות", שם, בעמ' 326-333.

⁵⁷ שטיין "סעיף 10 לפקודת הראיות", שם, בעמ' 329.

⁵⁸ שם; מנשה, לעיל ה"ש 26, בעמ' 213-214. מנשה מציין כי כלל הפסילה הוא בגדר אילוץ תפקודי. לאמור, המגבלות השיפוטיות שבהערכת הכוח האובייקטיבי של הראיה מצדיקות את דחיית שיקול הדעת הנדרש לשם הערכתה. כאשר איכות התפקוד השיפוטי עצמה מוטל בספק, יכול הספק לגעת אף ביכולת להעריך את האיכות הירודה של שיקול הדעת. לפיכך, גורס מנשה, הפגם שבשיקול הדעת מחייב שלא להכריע על יסוד שיקול דעת זה, והמוצא המעשי במקרה זה הוא פסילה גורפת של עדויות מפי השמועה.

⁵⁹ מורן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 38. מורן מבהירה כי החשש בהקשר זה אינו נובע מהיותה של האמרה לא מהימנה אלא מזה שמי שצריך להעריך את מהימנותה חסר את הכלים הנדרשים לעשות זאת. נימוק זה חזק בעיקר בשיטות משפט שבהן קיים חבר מושבעים אך לא בשיטות שבהן הפוסק הוא שופט מקצועי. ראו גם C.B. Muller, *Post Modern* Hearsay Reform: The Importance of Complexity, 76 MINN. L. REV. 367, 382 (1972).

⁶⁰ למשל, כאשר מדובר בעדים בעלי אינטרס בתוצאות המשפט, עדים בעלי לקות נפשית או שכלית או קטינים מתחת לגיל האחריות הפלילית, שכאמור תפיסת המציאות בחושיהם מעלה חשש לא קטן באשר לאמיתותו ולדיוקו של המידע שעל אודותיו הם מעידים. עם זאת אין דיני הראיות מעניקים חסינות למי שלחובתו הם מעידים, שכן עדים אלו כשרים להעיד בכל הליך משפטי, ועדותם קבילה.

באמצעות עד מקור ובין פסילתו של אותו מידע שנמסר בעדות מפי השמועה נעוץ באי-יכולתו של בית המשפט לבחון את אמיתות המידע שנתקבל מפי השמועה.⁶¹ במקרה כזה הדעת נותנת וההיגיון מורה כי כאשר בידי בית המשפט כלים מספקים לשם הערכת כוחה הפרובטיבי של העדות ואת מידת מהימנותה, אין הצדקה לפסילתה האפריורית של הראיה, ויש להעניק לבית המשפט את הסמכות והיכולת לבחון את אמיתותה.

סוויפט עמדה על הקושי בקבלת עדות מפי השמועה בשל חוסר בכלים שיסייעו לבית המשפט להעריך את מהימנותה והציעה את "גישת העובדות המבססות" (a foundation fact approach).⁶² לפי אותה גישה, כאשר ניתן להציג עובדות מבססות שתאפשרנה לבית המשפט להעריך את מהימנות האמרה מבלי שמוסר האמרה יתייצב לחקירה נגדית, יש לאפשר לבית המשפט לקבל את האמרה.⁶³ במילים אחרות, לצידה של כל עדות מפי השמועה יש צורך ב"עד מבסס". העד המבסס הוא אדם כלשהו, לרבות העד שהעיד על האמרה בבית המשפט, אשר יכול להעיד על הנסיבות שבהן מוסר האמרה קלט את העובדות, זכר אותן וערך את אמרתו.⁶⁴ בין שזה יהיה "עד מבסס" ובין שתהיה כל ראיה אחרת שהיא עוגן של מהימנות לעדות השנויה במחלוקת, יש בכל אחד מהם כדי לשמוט את הבסיס מתחת לפסילתן הגורפת של עדויות מפי השמועה, בשל ההנחה המוטעית והמכלילה שאין בידי בית המשפט כלים מספיקים כדי להעריך את מהימנותן. טיעון זה מצדיק את הגשמת כלל הפסילה בגמישות כדי שיתאפשר לבית המשפט לקבל אמרות שלצדן ערובות לאמיתותן, מתוך הנחה שקבלת האמרה תסייע לבית המשפט בחשיפת האמת ובעשיית הצדק בין הצדדים להליך.

יתר על כן, אף הנחת המוצא שעדות מפי השמועה עלולה להעלות את ההסתברות למשגים בקביעת ממצאים, לוקה בהכללת יתר ותתברר לעיתים כשגויה. הואיל ולבית המשפט יש אינטרס לחשוף את האמת ולמזער את הנזק הנובע מהכרעות שיפוטיות שגויות, הצדקתו של כלל הפסילה אינה יכולה להיות מותנית בנטייתן של טעויות להתרחש בשל פסילתה או קבלתה של עדות מפי השמועה. כדי להצדיק כלל פסילה משיקולים הנוגעים לאסטרטגיות של הכרעה, יש להראות שקבלת עדויות שכאלו תרחיק את בית המשפט מהאמת העובדתית ותעלה את ההסתברות לטעויות בקביעת ממצאים.⁶⁵ לעיתים קבלת הראיה תרחיק את בית המשפט מהאמת, ופעמים אחרות דווקא פסילתה וההימנעות מהבאתה בחשבון עלולות להעלות את ההסתברות למשגים.

נניח למשל כי נאשם מסוים טוען טענת אליבי, ולפיה בזמן ביצוע העבירה המיוחסת לו הוא שהה במחיצתו של ראובן במקום אחר ולא בזירת העבירה. ראובן הוא עד שביכולתו לבסס ולאמת את טענת האליבי של הנאשם, אולם הוא אינו ניתן לאיתור. חלף זאת ההגנה מעוניינת להעיד את שמעון שיספר לבית המשפט על הדברים שמסר לו ראובן. שמעון יכול לספק את כל המידע הנחוץ לנאשם כדי לבסס את טענת האליבי, לרבות ציון פרטים המחזקים את מהימנות עדותו של ראובן ושניתנים לביסוס ולאישוש במציאות. אלא שעל פי הדין הקיים, עדותו של שמעון, בהיותה עדות מפי השמועה, אינה קבילה, שכן אין בדיני הראיות חריג המאפשר להכשיר את קבילותה. דוגמה זו ממחישה ומחזקת את הטיעון שלפיו במקרים מסוימים פסילתה של עדות מפי השמועה דווקא יכולה להעלות את ההסתברות למשגים בקביעת ממצאים, ולהביא אפוא להרשעתם של נאשמים חפים מפשע.⁶⁶

אף אם נניח כי קיים סיכון למשגה בקביעת ממצאים על בסיס עדות מפי השמועה, כלום פסילתה של העדות היא האמצעי המתאים והמידתי? הרי סיכון למשגים קיים גם כשמסתמכים על עדויות מקור. עדים בעלי אינטרס בתוצאות המשפט, קרובי משפחה, ילדים, עדים הלוקים בנפשם או בשכלם – כל אלו כשירים להעיד, ואין אנו סבורים כי הסיכון למשגה בקביעת ממצאים על בסיס עדותם מצדיק את פסילתם. יתר על כן, אף אם נניח כי הסיכון למשגים בהסתמך על עדויות מפי השמועה גדול מהסיכון שבהסתמכות על עדויות מקור, אין זה אומר שכל האמרות מפי השמועה טומנות בחובן את אותה מידה

⁶¹ CHOO, לעיל ה"ש 7, בעמ' 17.

⁶² Eleanor Swift, *A Foundation Fact Approach to Hearsay*, 75 CAL. L. REV. 1339, 1357–1358 (1987).

⁶³ שם; **מנשה**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 220–221.

⁶⁴ **מנשה**, שם, בעמ' 221–222. מנשה מבקר את גישת העובדות המבססות של סוויפט. טענתו היא שגישתה אינה נותנת מענה מספק, כשהדברים אמורים בהרתעה של שקרנים ובחשיפתם של שקרים. במצב זה העד המבסס משמש תחליף חיזור למדי לחקירה הנגדית.

⁶⁵ שם, בעמ' 210. אליבא דמנשה, יש להראות כי קבלת הראיה תגרום לנזק מסוים בשל הפרזה שיפוטית בערכה של אותה ראיה. אם החשש הוא המעטה שיפוטית בערכה של הראיה, הרי שאין לפסול אותה משום שעדיפה הערכה חסר של משקל הראיה מאי-הערכתה כלל.

⁶⁶ LAUDAN, לעיל ה"ש 25, בעמ' 137, 144, 232.

של סיכון. במקרים שבהם אין קיים סיכון כאמור, או כאשר עוצמת הסיכון נמוכה, הרי שפסילת האמרה אינה מוצדקת ואף אינה מידתית. אחת הדרכים שתסייע במזעור הסיכון היא דרישה לקיומן של ערובות לאמיתות האמרה. ככל שתהיינה ערובות רבות יותר ואיכותיות יותר, כך יהיה ניתן להפחית את עוצמת הסיכון עדי כדי איונו, ולהפך: אם לא תוצגנה ערובות לאמיתות האמרה, הסיכון הטמון בהסתמכות על אותה ראייה יעלה. הואיל והסיכון למשגה תלוי במידת מהימנותה של הראייה, הרי שניתן להתנות קבלתן של עדויות מפי השמועה בהצגתן של ערובות לאמיתות. המסקנה מדברים אלו היא שקיומו של סיכון וכן הערכת עוצמתו וקבלת החלטה שתחלק את הסיכון בין הצדדים חלוקה צודקת הם עניין שעל בית המשפט להכריע בו.

(2) תכליתו של כלל הפסילה לאור אידיאל ההגנה על החף מפשע

חרף הניסיון הרטורי המבקש להציב את ייעודו המרכזי של ההליך הפלילי בכלל ואת דיני הראיות בפרט בחתירה לבידור האמת ולדיוק בקביעת ממצאים בידי בתי המשפט, עיון נוסף בשיח המשפט מגלה כי המחויבות הנורמטיבית של השיח קשורה בקשר הדוק בהגנה על חף מפשע מפני הרשעה שגויה.⁶⁷ הנחת המוצא היא שטעויות בקביעת ממצאים בידי בית המשפט הן בלתי נמנעות. משכך, כל מערכת משפטית צריכה לקבל החלטה איזו טעות נחשבת לחמורה במידה כזאת שדיני הראיות צריכים לשאוף למנוע אותה. האם טעות שתוביל לזיכוי של אשם? או טעות שתביא להרשעתו של חף מפשע.⁶⁸ הואיל וההנחה היא שטעות שתביא להרשעת חף מפשע נחשבת לחמורה יותר,⁶⁹ הרי במשפט המקובל, ובעקבותיו בדיני הראיות בישראל, התפתחו דוקטרינות וכללים דיוניים המכוונים לכך שאם תהא טעות בהליך פלילי נתון, היא תוביל לזיכוי של אשם ולא להרשעתו של חף מפשע.⁷⁰ למשל: הטלת נטל ההוכחה על התביעה, קביעת רף הוכחה של מעבר לספק סביר,⁷¹ חזקת החפות⁷² והסתפקות בספק סביר שיוביל לזיכוי הנאשם – כל אלו מעידים כי המערכת המשפטית מעדיפה טעות לטובת הנאשם ולא טעות לחובתו.⁷³ אומנם אין באמצעים אלו כדי להפחית את שיעורי המשגה בבתי המשפט, אך יש בהם כדי לחלק את הסיכונים בדרך מסוימת והיא להבטיח שטעויות במשפט, אם תהיינה, תבאנה לזיכויי שווא ולא להרשעות שווא.⁷⁴ העדפה זו היא חברתית במהותה, ומטרתה לא לגרום עוול לאדם חף מפשע, גם במחיר חברתי של זיכוי אשמים.⁷⁵

ניתן לראות בכלל הפוסל עדות מפי השמועה אמצעי נוסף המאפשר להגן על החפים מפשע, שכן הכלל, במתכונתו הנוכחית, מונע מהתביעה להציג ראיות מפלילות שנתקבלו מפי השמועה, בין היתר בשל העובדה כי לנאשם אין יכולת לחקור את מי שמסר את האמרה המפלילה בבית המשפט. מנגד, הכלל, אשר מוחל על הצדדים להליך שווה בשווה, מונע מהנאשם להציג ראיות מזכות שנתקבלו מפי השמועה.

67 ואק, לעיל ה"ש 24, בעמ' 160.

68 לאודן מכנה טעות אשר תוביל להרשעתו של חף מפשע "false inculpatory finding", וטעות שתביא לזיכוי של אשם – "false exculpatory finding". ראו LAUDAN, לעיל ה"ש 25, בעמ' 10, 13.

69 GLANVILLE WILLIAMS, THE PROOF OF GUILT - A STUDY OF THE ENGLISH CRIMINAL CRIME 186-187 (3d ed., 1963); RONALD DWORIN, A MATTER OF PRINCIPLE 84-85 (1985); ברק "על משפט, שיפוט ואמת", לעיל ה"ש 24, בעמ' 16; ואק, לעיל ה"ש 24, בעמ' 160. כמו כן ראו לדוגמה ב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729, 738 (1984); דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583, 614-615 (2004); ע"פ 6251/94 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45, 130 (1995).

70 LAUDAN, לעיל ה"ש 25, בעמ' 1-2, 29-30.

71 נטל השכנוע הכבד המוטל על התביעה מקשה על התביעה להרשיע נאשמים, שאם הם אשמים ובין שהם חפים מפשע. לצורך הדוגמה, אם נכמת את רף ההוכחה בהליך הפלילי למידת ודאות של 95% (כאשר 100% הם ודאות מוחלטת) והתביעה לא הצליחה לעמוד ברף זה אלא ברף הנמוך ממנו (נניח במידת ודאות של 85%), אף אם הראיות מעידות שהנאשם אשם יותר משהן מעידות שהוא חף מפשע, הרי שנטל ההוכחה הכבד יביא לכך שנאשם שביצע עבירה יזוכה. זו טעות שהשיטה המשפטית מוכנה לסבול במחיר אי-הרשעת חפים מפשע על לא עוול בכפם. מכאן שרף ההוכחה הקיים אומנם מייטיב עם קבוצת החפים מפשע שהנאשם בביצוע עבירה, אולם הוא מייטיב גם עם נאשמים שביצעו את העבירה, ושבעניינם לא הצליחה התביעה לעמוד ברף הגבוה הדרוש להרשעתם.

72 ראו בעניין זה מיכה לינדנשטראוס "חזקת החפות" במשפט הישראלי ובמשפט האמריקני 1 (1999), וכן בג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(2) 757, 783 (1997). חזקה זו עומדת לנאשם כל עוד לא הורשע בדיון, והיא נגזרת מזכות היסוד של אדם לכבוד ולחירות, שכאמור מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לינדנשטראוס מציין כי פגיעה בחזקת החפות שמה לאל את מטרותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בהגנה על כבוד האדם ועל חירותו. ראו לינדנשטראוס, שם, בעמ' 5.

73 LAUDAN, לעיל ה"ש 25, בעמ' 30. כמו כן ראו אצל ואק, לעיל ה"ש 24, בעמ' 160-161. ואק מציין כי גם התייחסותם של הכללים הדיוניים לסופיות הדיון אינם סימטריים באשר להרשעת נאשם כמו לזיכוי, ואין הם מבקשים לפעול לצמצום סיכוני המשגה של זיכויי שווא. "כללים אלה מבקשים להקצות משאבים ניכרים לאיתור הרשעות שגויות, אך אין הם מבקשים לפעול לצמצום סיכוני טעות של זיכוי, הטיה אשר פוגעת ביכולתה של השיטה להגיע לחקר האמת". לדוגמה, נטל השכנוע אשר מונח על כתפי התביעה או הליך של משפט חוזר, הקבוע בס' 31 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 אשר מאפשר לתקן הרשעת שווא ולא זיכוי שווא.

74 LAUDAN, שם, בעמ' 29; ואק, שם, בעמ' 161-162.

75 חלוי כרך א, לעיל ה"ש 52, בעמ' 93.

לפיכך נשאלת השאלה אם כלל הפסילה בכללותו והעובדה כי הוא מוחל החלה שוויונית על הצדדים להליך, מספק רשת הגנה טובה לנאשמים שהם חפים מפשע. נדמה כי יש להשיב על כך בשלילה, מכמה טעמים: טעם אחד נעוץ בהנחת אי-השוויון הדיוני הקיים בין הצדדים להליך הפלילי. בהליך הפלילי הצדדים אינם שווים. לתביעה יש משאבים רבים לאיסוף ראיות, ובהם משאבים כלכליים, פורנזיים, לרבות אמצעי חקירה, זיהוי ואכיפה. בניגוד לזה, לנאשם אין היכולות והמשאבים העומדים לרשות התביעה. לא תמיד יהיו לנאשם האמצעים והמשאבים להשיג ראיות מזכות, לזמן עדי הגנה, להציג את הראיה המקורית והאיכותית שיש ואף ליהנות מייצוג משפטי מקצועי ביותר.

טעם נוסף לכך שכלל הפסילה, במתכונתו הנוכחית, אינו מספק הגנה טובה לחפים מפשע והוא אינו שוויוני כפי שהוא מתיימר להיות, נעוץ בחריגים לכלל הפסילה. אף שמרבית החריגים חלים על עדויות מטעם התביעה ומטעם ההגנה כאחד, הלכה למעשה החריגים מסייעים לתביעה יותר מאשר להגנה.⁷⁶ למשל, סעיף 12 לפקודת הראיות מאפשר לתביעה להציג עדות על הודאה שמסר הנאשם מחוץ לכותלי בית המשפט. סעיף זה הוא בשימוש בלעדי של התביעה, והוא אף מאפשר לבית המשפט להרשיע את הנאשם על סמך עדות מפי השמועה זו, בתנאי שתימצא בחומר הראיות תוספת ראיתית קלה מסוג "דבר מה נוסף". סעיף 9 לפקודה מאפשר להכשיר עדות על אמרה של עד לביצוע עבירה. מטבע הדברים, אף שהחריג חל על שני הצדדים להליך שווה בשווה, עדות על מעשי עבירה תשרת את התביעה יותר משהיא תשרת את ההגנה. בדומה לזה, גם סעיף 10 לפקודת הראיות מאפשר להכשיר עדות על אמרת קורבן מעשה אלימות. מטבע הדברים, כאשר מדובר באמרת קורבן העבירה, הראיה תשמש את התביעה ולא את ההגנה. סעיף 10א' לפקודת הראיות מאפשר לבית המשפט לקבל אמרת חוץ בכתב של עדים, בין שהם סתרו את אמרתם בכתב על דוכן העדים ובין שלא התייצבו בבית המשפט לשם מסירת עדות בשל אמצעי פסול שהופעל עליהם. אף שהחריג חל על אמרות בכתב של עדים מטעם התביעה וההגנה, הרקע לחקיקתו תומך בטענה כי החריג נועד לסייע לתביעה להגיש אמרות בכתב של עדים מטעמה אשר חזרו מגרסתם המפלילה שאותה הם מסרו בתחנת המשטרה, וכן כאשר נאשמים הפעילו אמצעים פסולים על עדי תביעה שמנעו מהם למסור עדות בבית המשפט.⁷⁷ יתר על כן, כשמדובר בעד מטעם התביעה, ניתן להניח שהעד יזומן לתחנת המשטרה, והוא יחקר בידי חוקר שיעלה את אמרתו על הכתב. אלא כשמדובר בעדי הגנה, לא תמיד ניתן להבטיח את התייצבותם בתחנת המשטרה, או שגרסתם לחוקר, למדובר או לכל אדם אחר תועלה על הכתב כתנאי לקבילותה. טיעון זה הוא ביטוי נוסף לכך שכלל הפסילה במתכונתו הנוכחית, לרבות החריגים שלצידו, תורמים להעמקת הפער הדיוני בין התביעה לנאשמים.

השאלה היא כיצד ניתן להגן טוב יותר על החפים מפשע, ואם החרגתו של כלל הפסילה, באופן שהוא לא יחול על נאשמים, תספק את ההגנה הראויה. שטיין, למשל, גורס כי מי שרואה במניעת הרשעתם של חפים מפשע עיקרון מקודש, צריך לתמוך באי-הפעלתו של הכלל הפוסל עדות מפי השמועה נגד נאשמים.⁷⁸ אלא שאימוץ גישה זו, לגישתי, תביא בין היתר להצפת בית המשפט בראיות מפוקפקות, מסולפות וחסרות כל ערך הוכחתי, שלא רק שתארכנה ותעכבנה את ההליכים, הן עלולות אף להעלות את ההסתברות למשגים בקביעת ממצאים אם יסתמכו עליהן. חלף זאת מוצע כי העובדה שמדובר בראיה מטעם הנאשם שיכולה לתרום להוכחת חפותו תהיה שיקול לטובת קבלת הראיה כשלראיה יש בסיס של מהימנות.

⁷⁶ לטענה כי כלל הפסילה במשפט האמריקאי נוטה לקפח נאשמים נמצאה הוכחה במחקרה של סוויפט שנעשה בתחילת שנות התשעים של המאה הקודמת. במסגרת מחקר זה בחנה סוויפט החלטות של בתי משפט מחוזיים וערכאות ערעור שניתנו לאורך שנים (בין ארבע לעשר שנים), אשר מתייחסות לבקשות להכשיר את קבילותן של עדויות מפי השמועה מכוח חריגים לכלל הפסילה הקבועים בכללי הראיות הפדרליים. תוצאות המחקר הראו כי את עיקר הבקשות להכשיר העדויות הגישה התביעה, וכי 74% מהבקשות נענו בחיוב, במובן זה שבית המשפט הכשיר את קבילותה של העדות מכוחו של חריג מסוים. לעומת זאת נאשמים בהליך פלילי הגישו כמחצית ממספר הבקשות שהגישה התביעה, ורק 21% מבקשותיהם להכשיר עדויות מפי השמועה מטעמם נענו בחיוב. סוויפט מסבירה את הפער הקיים, הן במספר הבקשות והן באחוזי ההצלחה שבאו לביטוי בקבלת העדות, ביעילות התביעה ובהתמצאותה בראיות, בנטל השכנוע הכבד המוטל על כתפה, דבר אשר מביא אותה לידי ניסיון להציג כל ראיה רלוונטית אפשרית, בקיומם של החריגים הקיימים המאפשרים לתביעה להציג אמרות של קורבנות עבירה וכן בשיקולים חברתיים, כלכליים ופוליטיים המשפיעים על החלטות בית המשפט. הנחתה היא שקביעת ההחלטה תלויה בזוהר הצד שהגיש את הראיה, ושבתי משפט מפלים לרעה נאשמים. במסגרת שיקול דעתם שופטים נוטים לתת אמון בראיות המוגשות מטעם התביעה יותר מבראיות מטעם ההגנה. ראו Eleanor Swift, *The Hearsay Rule at Work: Has it Been Abolished De Facto by Judicial Decision?*, 76 MINN. L. REV. 473, 474–475, 480–481, 483–484 (1992).

⁷⁷ על הרקע לחקיקתו של ס' 10א' לפקודה ראו ד"ר 23/85 **מדינת ישראל נ' טובול**, פ"ד מב(4) 309, פס' 8–12 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1988) (להלן: עניין **טובול**).

⁷⁸ שטיין "סעיף 10א' לפקודת הראיות", לעיל ה"ש 53, בעמ' 329.

(3) כלל הפסילה כאמצעי המבטיח את הגינות ההליכים וכמגן על זכות העימות תכלית נוספת של דיני הראיות היא לאפשר "משחק הוגן" בבית המשפט אגב שמירה על ערכים חברתיים הראויים להגנה. ניתן לראות בכלל הפסילה אמצעי המקדם את הגינותם של ההליכים והשומר עליה. אי-ההוגנות שהכלל מנסה למנוע עלולה להיווצר אם בית המשפט יקבל ראיה מבלי שיונח בסיס לאמיתותה, ומבלי שתהא לצד שכנגד הזדמנות להפריך אותה.⁷⁹ לפיכך יש הגורסים כי ההצדקה לכלל הפסילה נעוצה בהיעדר הוגנות יותר מאשר בהיעדר מהימנות.⁸⁰

לגישתו של הו (H. L. Ho), בכלל הפסילה מונחות שתי תפיסות של הוגנות. על פי האחת, הכלל נועד למנוע אי-הוגנות כלפי היריב בכך שהיעדרו של מקור המידע בבית המשפט יהא שקול למצב שבו מקור המידע מעיד בבית המשפט.⁸¹ חקירה נגדית של מקור האמרה על דוכן העדים היא אמצעי להבטחת הגינותם של ההליכים. ההנחה היא כי לכל בעל דין נתונה הזכות לחלוק בדרך של עימות באמצעות חקירה נגדית על כל גרסה עובדתית שיש בה כדי להשפיע על תוצאות משפטו.⁸² על פי התפיסה השנייה, כלל הפסילה נועד למנוע יצירה של דעה קדומה לרעת הצד היריב מבלי שתהא לו האפשרות לסתור אותה או להפריך אותה.⁸³ למעשה, על פי תפיסה זו, קבלתה של העדות תטיל על הצד שכנגד את הנטל להוכיח שהאמרה לא נאמרה או שתוכנה אינו אמת, שאם לא כן, יפעל הדבר לחובתו.⁸⁴ מכאן שהטיעון שלפיו אין להסיק על קיומו של X רק משום ש-Y שמע על כך,⁸⁵ אינו נעוץ בהיעדר מהימנות של האמרה אלא דווקא בחוסר ההוגנות הטמון בהצגת האמרה לבית המשפט ובקביעת ממצאים על פיה.⁸⁶ בדיון שלהלן אעמוד על כל אחת מהתפיסות האמורות, על הקשיים שהיא מעוררת ועל האופן שבו הגמשת כלל הפסילה יכולה דווקא לקדם את הגינותם של ההליכים.

על פי תפיסה אחת של הוגנות, חקירה נגדית של מקור המידע בבית המשפט היא זכותו של בעל דין. כאשר מובאות בפני בית המשפט עובדות בדרך של עדות מפי השמועה, היעדר אפשרות לחקור את עד המקור שקלט את העובדות בחושי פוגע בזכותו של בעל דין החולק על אותם דברים, לעמוד על שלו.⁸⁷ הטענה היא שלא ראוי לשלול מבעל דין את הזכות לחקירה נגדית גם אם היא לא תתרום לתוצאות המשפט, ואף אם לא יהא בה כל תועלת.⁸⁸ משכך, יש הרואים בחקירה הנגדית ובעימות זכות של הנאשם, העומדת בפני עצמה ללא כל תלות בבירור האמת.⁸⁹ זכות זו שואבת את הצדקתה לא רק מתרומתה לגילויין של עובדות שיש בהן כדי לסייע בבירור האמת, אלא גם מהיותה עצמאית, אינסטרומנטלית, אינהרנטית, כחלק מתפיסת הצדק הדיוני של ההליך.⁹⁰ לפי תפיסה זו יש לאפשר לכל אדם השתתפות מרבית בהליכי משפט העתידיים להשפיע על גורלו, ללא כל תלות בתרומתו לתוצאות

79 H. L. Ho, *A Theory of Hearsay*, 19 OXF. J. LEG. STUD. 403 (1999) (להלן: Ho).

80 שם.

81 שם, בעמ' 409–410.

82 שטיין "סעיף 10א לפקודת הראיות", לעיל ה"ש 53, בעמ' 328. בשונה מהצידוק לכלל הפסילה הנעוץ בזכות הנאשם להתעמת עם הראיות המפלילות, הצידוק לכלל שמקורו בהגינותם של ההליכים חל הן על התביעה והן על ההגנה במידה שווה.

83 Ho, לעיל ה"ש 79, בעמ' 403.

84 שם, בעמ' 410.

85 שם, בעמ' 408.

86 הו מציין כי בחיי היום-יום אנו נסמכים לא מעט על עדויות מפי השמועה. אנו נוהגים לצאת מבית בלבוש חם ועם מטריית בהסתמכנו על תחזית מזג האוויר הכתובה בעיתון או על המושמעת מפי החזאי בטלוויזיה. הסיבה לכך נעוצה בניסיון החיים שלנו, המראה כי ניתן לסמוך על עדויות מסוימות הגם שנתקבלו מפי השמועה. כאשר אנו סומכים על מה שכתוב בעיתון או על דברי החזאי בטלוויזיה, הרי שניטה לפעול לפי דיווח זה. אם כך הדבר הוא בחיי היום-יום, מדוע איננו מתירים לבית המשפט להסתמך על עדויות מפי השמועה? התשובה לשיטתו נעוצה בכך שאין להקיש מהתנהגותו בחיי היום-יום לדרך פעולתם של בתי המשפט, ואין ליצור אנאלוגיה ביניהם. בעולם של חוסר ודאות ומידע מוגבל אנחנו מוכנים להסתכן ולסמוך על מה שאחרים אומרים או עושים. כשאנחנו פועלים על פי מידע שקיבלנו מאחרים, הרי שלמעשה אנחנו מוכנים לשאת בתוצאות שהבאנו על עצמנו גם אם המידע שעליו התבססנו יתברר כלא מהימן. בניגוד לכך, קבלתה של עדות מפי השמועה בבית המשפט תשפיע מטבע הדברים על כל הצדדים להליך המשפטי, לרבות צדדים שלישיים ומעורבים אחרים אשר יושפעו מתוצאות ההליך, ככל שהן נסמכות על קבלתה של אותה עדות. סיכון שכזה, שמקורו בחוסר הוגנות, אין המערכת המשפטית מוכנה להסתכן בו. שם.

87 שם; ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 38, בעמ' 180; מורן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 36–37.

88 Peter Western, *Confrontation and Compulsory Process: A Unified Theory of Evidence for Criminal Cases*, 91 HARV. L. REV. 567 (1978) ZUCKERMAN, שם.

89 אלכס שטיין "הצעת החוק בדבר החלפת סעיף 10א לפקודת הראיות: רעיונות חדשים עם פנים ישנות" מחקרי משפט י 157, 162–163 (1993) (להלן: שטיין "החלפת סעיף 10א לפקודת הראיות").

90 **מנשה**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 38–39, 207–206; שטיין "סעיף 10א לפקודת הראיות", לעיל ה"ש 53, בעמ' 336; שטיין "החלפת סעיף 10א לפקודת הראיות", שם. למחלוקת בדבר מעמדה של זכות העימות במשפט הישראלי ראו אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **הפרקליט** מא 271, 285 (1993); עמנואל גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **מחקרי משפט** יג 155, 172–173 (1996), וכן ד"ר 4390/91 **מדינת ישראל נגד חגי יחיאל**, פ"ד מז(3) 661, 680, 694 (1993) (להלן: עניין **חגי יחיאל**). מנשה מציין כי אומנם טיבה של זכות העימות אינו נובע מערך חשיפת האמת, אך הוא קשורה אליו קשר הדוק. מנשה, לעיל ה"ש 26, בעמ' 208.

המשפט, גם כאשר ניתן לברר את העובדות הנחוצות בדרך אחרת.⁹¹ לגישתו של שטיין, זכותו של הפרט לדרוש מהמדינה, כתנאי לעצם העמדתו הכפויה למשפט פלילי, כי זו תיצור עבורו תנאים אשר יאפשרו לו לחקור כל אדם שדבריו מובאים נגדו מטעמה.⁹² מכיוון שזכות הנאשם להתעמת עם הראיות המפלילות באה לביטוי כאשר מתאפשר לנאשם לחקור בחקירה נגדית את מקור המידע, מתבקש אפוא כי ראיות שאינן עדויות מקור תיפסלנה.⁹³

בין שכלל הפסילה מוצדק על בסיס שיקול של הגינות ובין על בסיס זכות הנאשם לעימות, הרי שצידוק זה מעורר קשיים: ראשית, כשהחשש לפגיעה בהגינות ההליכים טמון בקבלת ראיה מבלי שיונח בסיס לאמיתותה, ניתן להזים את החשש במקרים שבהם קבלת העדות תהיה מותנית בקיומם של עוגנים של מהימנות. אך כשהטיעון בדבר אי-ההוגנות טמון באי-יכולתו של הצד שכנגד לחקור את מקור המידע בבית המשפט וכן ביכולת למנוע יצירה של דעה קדומה לרעתו, ניתן להתגבר עליהם באמצעות תחליפים פונקציונליים לחקירה הנגדית שיגנו על זכות העימות וימנעו יצירת דעה קדומה.⁹⁴ למשל: במתן אפשרות לצד שכנגד להציג עדויות הזמה, או כאשר חקירתו של העד (שאינו עד מקור) תספק מידע רלוונטי השקול באיכותו למידע שהיה ניתן לקבל מעד המקור. יתר על כן, ניתן להניח כי ייתכנו מצבים שבהם מימושה של הזכות לעימות לא תצמיח כל תועלת להגנת הנאשם. לגישתו של מנשה, לפחות במקרים מסוימים, די לו לנאשם להתעמת עם כל משמיעי האשמה הזמינים בסבירות להופיע במשפט, ושעדותם, גם אם איננה עדות מקור, תומכת באשמתו.⁹⁵

שנית, אף אם נתייחס לטיעון בדבר ההגינות ככלל הכרעה בין זכויות, הרי שלמול הזכות לעימות ניצבים זכויות או אינטרסים אחרים שלעיתים משקלם הסגולי יעלה על משקלה של הזכות לעימות ויגרור תוצאות הכרוכות בפגיעה בזכות האמורה. ניתן להציב למול זכות הנאשם להתעמת עם הראיות המפלילות את האינטרס הציבורי בחשיפת האמת בלחימה בפשיעה ובהגנה על ערכים מסוימים. ייתכן כי במקרים מסוימים תהא הצדקה להעדפת הזכות על פני האינטרסים האמורים, וייתכן כי במקרים אחרים ההעדפה תהא הפוכה.⁹⁶ העובדה שלפיה זכות העימות היא זכות יחסית, ולכן אי-מימושה אינו צריך לגזור כליה על הראיה,⁹⁷ מצריכה ומצדיקה הענקת שיקול דעת לבית המשפט שיעניק לה את המשקל הראוי לה בכל מקרה ומקרה ויאזנה עם זכויות ואינטרסים נוגדים, וכך ההחלטה בדבר פסילת הראיה או קבלתה תהא תוצר של איזון זה. אליבא דמנשה, כשם שאין לשעות בלא גבול לכל בקשה של נאשם להגיש ראיה נוספת אם נראה לבית המשפט שהיא אינה רלוונטית, כך אין לשעות בלא הגבלה גם לדרישת הנאשם לעימות על פי שיקול דעתו של הנאשם, ועל אחת כמה וכמה אין זה יכול להיות שיקול יחיד ומכריע כאשר מבקשים לפסול ראיה שזכות העימות בעניינה, במובנה הרחב, אינה בת-מימוש ואגב כך לחשוף צדדים אחרים לסיכוני משגה שבהכרעה.⁹⁸

שלישית, החשש שעליו מצביע הו, שלפיו בית המשפט יתייחס לעדות מפי השמועה כאל עדות מקור, ממעיט, שלא בצדק, מן התבונה השיפוטית. בתי המשפט מודעים לחסרונותיה של עדות מפי השמועה,

91 שטיין "סעיף 10א לפקודת הראיות", לעיל ה"ש 53, בעמ' 336.

92 שם.

93 מנשה, לעיל ה"ש 26, בעמ' 206.

94 מנשה מציין כי אף אם נראה בחקירה הנגדית ובכלל הפסילה שנועד להבטיח אותה אמצעים שנועדו להרתיע שקרנים מלבוא בקהל עדי בתי המשפט ולחשוף שקרים בעדות, הרי קיומם של תחליפים פונקציונליים לחקירה הנגדית עלולים לשמוט את הצידוק לכלל הפסילה, או למצער להחלישו. תחליף פונקציונלי נועד לאפשר, אף בלא חקירה נגדית של עד המקור בבית המשפט, להרתיע שקרנים מלבוא בקהל עדי בתי המשפט ולחשוף שקרים בעדות. למשל, דיני הראיות מאפשרים לקבל הודאת חוץ של נאשם, הודאה של בעל דין בהליך אזרחי, אמרת ילד שגבה חוקר ילדים או אמרת חוץ בכתב של עד כשמוסר האמרה אינו מעיד בבית המשפט בשל הפעלת אמצעי פסול עליו. אומנם אין מתקיימת בכל אלו חקירה נגדית, אולם קיימים נימוקים נוספים התומכים בהנחה שמוסר האמרה מסר אותה בכנות. ראו שם, בעמ' 222–225. לכן ניתן לטעון כי חרף העובדה שהנאשם לא מימש את זכותו לחקור בחקירה נגדית את מקור המידע, השאלה היא אם קיימים נימוקים נוספים אשר יגרמו לנו להניח שהאמרה מהימנה.

95 שם, בעמ' 207. נניח למשל כי שמעון (שאינו עד מקור) ימסור בעדותו (מטעם התביעה) לא רק את אמרתו של ראובן, עד המקור, אלא גם פרטים המבססים את מהימנות האמרה ואת אמינותו של ראובן, בין מתוך היכרות עם ראובן ובין מתוך ידיעה אישית באשר למיקומו של ראובן בעת האירוע. האם גם במקרה זה יש לומר שזכות העימות לא תוגשם אם הנאשם יורשה לחקור בחקירה נגדית את שמעון בלבד? וכלום חקירתו הנגדית של ראובן היא האמצעי היחיד למימוש זכות העימות? סוברני כי לעיתים תחליפים פונקציונליים לחקירה הנגדית של מקור המידע עשויים להגשים את מימושה של זכות העימות.

96 אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" **משפטים** מא 97, 150 (2011). אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן סבורים כי על בתי המשפט לתת מעמד לכאורי עדיף לזכויות של נפגעים מסוימים שהמעשה פוגע בהם ישירות, ולהעדיף את האינטרס הנוגד רק כאשר הדבר עומד בכללי פסקת ההגבלה. על פי גישה זו ניתן לטעון כי ככלל מכוח העדפת הזכות על פני האינטרס יש להעדיף את ההקפדה על זכותו של צד להליך לאפשרות ביצוע חקירה נגדית על פני האפשרות לקבל ראיות מפי השמועה המשרתת אינטרס ציבורי.

97 מנשה, לעיל ה"ש 26, בעמ' 209. מנשה מציין כי זכות העימות רפה מכדי לשאת על גבה את המשא שעומסים עליה אלה המבקשים להצדיק את פסילת עדות שזכות העימות אינה ישימה בעניינה.

98 שם, בעמ' 109–210.

לפגמים הטמונים בה ולסיכון שבהסתמכות על עדות שכזו. ניתן לסמוך על תבונתם של השופטים, על שכלם הישר ועל ניסיונם השיפוטי, שידעו להיזהר מעדויות שכאלו. דווקא החשש מקביעת ממצאים על סמך עדויות שכאלו יגרום לבדיקה דקדקנית של כל עדות ועדות. אף מגמת המעבר מכללי קבילות לכללי משקל, אשר שצמחה בתחילת שנות השמונים של המאה הקודמת, נשענת על הנחת המוצא שלפיה בידי השופטים מצויים הכלים להעריך ולמדוד את טיבן של הראיות ואת המשקל שיש לייחס להן חלף פסילתן האפריורית של ראיות מסוימות.⁹⁹ זאת ועוד, בל נשכח כי גם עדויות מקור יכולות להיות שקריות, מוטות ומסולפות, מכל מיני סיבות, ואשר לעדים אלו, אין דיני הראיות מונעים מהם למסור עדות.

לסיכום, חרף חשיבותה של הזכות לעימות אין מדובר בזכות מוחלטת אלא בזכות יחסית שאותה יש לאזן עם זכויות אחרות ועם אינטרסים שונים של בעלי הדין. הצורך בשמירה על זכות העימות והצורך באיזונה עם זכויות ואינטרסים נוגדים שמשקלם עשוי להשתנות ממקרה למקרה ובין סוגים שונים של הליכים,¹⁰⁰ מצביע על החשיבות שבהגמשת כלל הפסילה ובהענקת שיקול דעת שיפוטי אשר נדרש בנסיבות העניין.

(ב) הצדקות לכלל הפסילה שאינן נגזרות בהכרח מתכליתם של דיני הראיות

הטעמים הנוספים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה נשענים על מדיניות עצמאית המשתרעת מעבר לתחום של דיני הראיות, והיא מתייחסת לשאלות חברתיות או מוסריות מקיפות משאלות על אודות דרכי הוכחה.¹⁰¹ נימוק אחד גורס כי כלל הפסילה נועד להבטיח את אמון הציבור בהכרעות השיפוטיות ולהגן על החלטות בתי המשפט מפני תקיפת פסק הדין.¹⁰² הטענה היא שהכלל מסייע בקבלה מיידית של פסק הדין בקרב הציבור, ובכך הוא גורם להטמעת הנורמות המצויות במשפט הפלילי המהותי טוב יותר. לציבור חשוב להאמין כי מסקנת בית המשפט מבוססת על מכלול של שיקולים רלוונטיים בלבד, וקיומו של כלל הפסילה תורם לכך.¹⁰³ נדמה כי המסר המועבר מדברים אלו הוא שכלל הפסילה נחוץ מפני שאי אפשר לסמוך על בתי המשפט שידעו להתעלם מעדויות מסוימות שאינן רלוונטיות ואינן מהימנות. משכך, הגמשת כלל הפסילה במידה שתאפשר לבית המשפט לקבל ראיות רלוונטיות, מהימנות ובעלות כוח פרובטיבי, לא רק שלא יהיה בה כדי לפגוע באמון הציבור בהחלטות שיפוטיות, אלא היא אף תגביר לטעמי את אמון הציבור באותן החלטות. אם החלטות בית המשפט בעניין זה תהיינה מנומקות ומבוססות דיין, כך ייתן הציבור את אמונו באותן החלטות, וכך יטה הוא להסכים עם אותן קביעות.

טעם נוסף לכלל הפסילה מתייחס להשלכות הדיוניות של עדות מפי השמועה כגורם להתארכותם של בירורים עובדתיים בהליך המשפטי.¹⁰⁴ מאחר שעדות מפי השמועה אינה מקור, כדי לחלץ מעדות זו סממנים המאששים את העובדות הגלומות בה נדרשות חקירות נוספות והצלבות רחבות יותר של נתונים.¹⁰⁵ אם האמרה תימסר בידי עד שהמידע הובא לידיעתו מפי השמועה, תרבינה החקירות ויתארכו הדיונים. כשלעצמי סבור אני כי חרף חשיבותם של שיקולי יעילות מדובר בשיקולים משניים שצריכים להידחות מפני שיקולים ערכיים כמו חקר האמת או ההגנה על זכויותיו של צד להליך.¹⁰⁶ כאשר קבלת העדויות תאריך את משך הדיונים ותביא להצגתן של ראיות רבות יותר, בין שמדובר בראיות הזמה או בראיות התומכות באותן עדויות מפי השמועה, חקר האמת וההגנה על זכויות הצדדים להליך מצדיקים

⁹⁹ ראו דיון בעניין זה בהמשך הפרק, ליד ה"ש 117.

¹⁰⁰ ודוק: אף שהזכות לעימות קיימת הן בהליך פלילי והן בהליך אזרחי, מימושה וכך משקלה בכל אחד מסוגי ההליכים יכולים להשתנות לפי האינטרסים הנוגדים שניצבים מולה.

¹⁰¹ מורן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 36-37, ZUCKERMAN; לעיל ה"ש 38, בעמ' 179-180; Charles Nesson, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and Acceptability of Verdicts*, 98 HARV. L. REV. 1357 (1985).

¹⁰² Nesson, שם, בעמ' 1372; מורן, שם, בעמ' 37-38.

¹⁰³ Nesson, שם, בעמ' 1372-1375. מבהיר כי פסק דין עשוי לשקף כלל משפטי שלפיו "אתה הפרת את האיסור הקבוע בחוק, ולכן אתה נענש". מסר זה מעודד את הציבור להתאים את התנהגותו לנורמות ההתנהגות המצויות במשפט הפלילי המהותי. אלא שפסק דין יכול להדגיש כלל של הוכחה שלפיו "אתה תורשע ותיענש, רק אם הפרת החוק מצדך, הוכחה בהליך הוגן". מסר זה קורא לציבור להתנהג לא על פי מה שידוע כהתנהגות אסורה, אלא על פי מה שהוא חושב שיכול להיות מוכח נגדו. המערכת המשפטית דורשת משופטים לציית לכלל של הוכחה מחד, ומעודדת אזרחים לציית לכלל המשפטי ולהתנהג על פיו מאידך. שם, בעמ' 1357.

¹⁰⁴ הלוי כרך ב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 568.

¹⁰⁵ שם. כך לדוגמה מציין הלוי כי עד המעיד עדות מפי השמועה אפשר שייחקר בין היתר גם על נסיבות מצבו הנפשי של האדם שמסר לו את המידע, על השימוש המדויק במילים של אותו אדם, על נסיבות מסירות העובדות (זמן, מקום ושפה) ונסיבות קליטת העובדות, אשר יתרמו להארכת הבירור העובדתי באותו עניין.

¹⁰⁶ ראו גרוס "שיטת הדיון האדוורסרית", לעיל ה"ש 24, בעמ' 874. כשמדובר בהליך פלילי, המטרה החשובה ביותר של ההליך היא עשיית צדק עם הצדדים במשפט, ואחד התנאים החשובים להגשמת מטרה זו הוא החתירה לחקר האמת.

את מחיר הפגיעה ביעילות הדיונית. לעומת זאת כאשר ייקבע כי אין צורך ממשי בראיה, או שאין בה כל תועלת, וקבלת הראיה אפוא תאריך את משך הדיונים שלא לצורך, ניתן להניח כי בית המשפט, משיקולים של יעילות, יורה על פסילתה. אפשר להסיק, בהסתמך על החריגים הקיימים לכלל, כי זוהי גם עמדתו של המחוקק. השיקול בדבר התארכות הדיונים קיים גם במסגרת הפעלתם של כל החריגים לכלל. חרף זאת במקרים שבהם סבר המחוקק כי קיימות נסיבות התומכות בערכה הפרובטיבי של העדות מפי השמועה במידה מספקת, נקבע חריג לכלל המאפשר את הכשרת האמרה. ניתן להניח אפוא שבמסגרת האיזון שערך המחוקק סבר גם הוא כי בעימות בין שיקולי יעילות לבין שיקולים נורמטיביים ידם של האחרונים על העליונה. על פי נימוק אחר, ניתן לראות בכלל הפסילה אמצעי התורם לוודאות וליציבות המשפטית. הואיל והכלל חל על כל הראיות באשר הן ללא כל תלות בצד המגיש את הראיה, הדבר מסייע לצדדים להיערך להליך המשפטי בהתאם ואף לצפות את הראיות הקבילות ואת אלו שפסולות, הן של אותו צד והן של הצד שכנגד. משכך, הגמשת כלל הפסילה עד כי קבלת עדויות מסוימות תהיה כפופה לשיקול דעת שיפוטי, עלולה לפגוע בוודאות המשפטית. הגמשת הכלל תקשה על הצדדים להיערך לקראת ההליך המשפטי ובמהלכו, ולצפות, ככל שניתן, את תוצאותיו על סמך המסכת הראייתית הקיימת.¹⁰⁷ אלא שאף טיעון זה אינו חף מספקות ומביקורת, כפי שיובהר להלן.

בל נשכח כי הליכים משפטיים מתנהלים בתנאי חוסר ודאות. הואיל והמסכת הראייתית, ככלל, מתבססת על עדותם של בני אנוש,¹⁰⁸ גוברת אי-הוודאות ומקשה על ההיערכות הדיונית בבית המשפט. אי-התייבשותם של עדים בבית המשפט, סתירות בין הודעות קודמות שהם מסרו לבין עדותם בבית המשפט, שיבוש המידע בין במכוון ובין בתום לב, קיומו של מניע נסתר או אינטרס אישי בתוצאות במשפט, גילויי עוינות מצד העד כלפי הצד שזימן אותו לעדות או שתיקתם של עדים על דוכן העדים – כל אלו מגבירים חוסר ודאותו של ההליך. יתר על כן, אף תחולתם הרטרואקטיבית של דיני הראיות מגבירה את חוסר הוודאות המשפטית.¹⁰⁹ על רקע דברים אלו ניתן להסיק כי הוודאות המשפטית, על אף חשיבותה, אינה תכלית עליונה שיש לשאוף אליה, והכללים הראייתיים אינם מעוצבים ומיושמים באופן שהם יבטיחו בהכרח יציבות וודאות. כאשר הגמשת כלל הפסילה נועדה לקדם ערכים חברתיים חשובים, השיקול בדבר ודאותו של ההליך צריך לסגת מפני השיקולים האחרים.¹¹⁰ ודוק, אין זה אומר כי במסגרת הדיון בהצדקות לחריג השיורי עלינו להתעלם משיקולים של יציבות וודאות. במקום שבו יש שיקול דעת, אי אפשר להבטיח ודאות. עם זאת ניתן לשאוף שהפתרון המוצע יפגע כמה שפחות בוודאות המשפטית. ניתן להשיג זאת בין בדרך של התוויית שיקול הדעת השיפוטי, בין בהכפפת הראיה למבחנים קבועים ומוגדרים מראש ובין במתן שיקול דעת אך בדבר סוג מסוים של עדויות.

2. נימוקים לשלילת תחולתו או צמצומו של כלל הפסילה

על כלל הפסילה נמתחה ביקורת רבה.¹¹¹ אחת הטענות העיקריות היא שהכלל לוקה באי-רציונליות בסיסית.¹¹² על מנת שבית המשפט יסיק מסקנה בדבר עובדה השנויה במחלוקת, עליו להתחשב בכל הראיות הרלוונטיות שתסייענה לו בכך. יוצא מזה, כי כלל הפסילה, בהיותו כלל של קבילות, פוסל

¹⁰⁷ נניח למשל כי בכוונת הנאשם להציג מטעמו עדות מפי השמועה. נניח כי קבלת העדות ומתן אמון בה יכולים להביא לזיכוי של הנאשם, ואילו פסילת הראיה תביא להרשעתו על סמך המסכת הראייתית שהציגה התביעה. אילו ידעו הצדדים מראש כי הראיה תיפסל, ייתכן שההגנה הייתה מגבשת הסדר טיעון עם התביעה חלף ניהול המשפט. לעומת זאת אילו ידעו הצדדים מראש שהראיה תתקבל, ייתכן שהתביעה לא הייתה מגישה מלכתחילה כתב אישום בהיעדר סיכוי סביר להרשעה. לחלופין היא הייתה מתחשבת בראיה זו ומעניקה לה משקל ראוי בבואה לגבש הסדר טיעון עם הנאשם. קושי זה מקבל משנה תוקף כאשר כל אחד מהצדדים מעוניין להגיש עדות מפי השמועה, אחת או יותר, כאשר גורלה של כל אחת מהראיות אינו ידוע מראש, והוא מותנה בשיקול דעתו של בית המשפט.

¹⁰⁸ וזאת, בניגוד להסתמכות על ראיות אובייקטיביות כגון ראיות חפציות או מסמכים.

¹⁰⁹ על תחולתם הרטרואקטיבית של דיני הראיות ראו **חלוי** כרך א, לעיל ה"ש 52, בעמ' 187–230. התפיסה היא שלנאשם אין זכות קנויה שבית המשפט ידון בעניינו לפי דיני הראיות אשר היו נהוגים בזמן ביצוע העבירה. משמעות הדבר היא שכל שינוי בדיני הראיות, אף אם הוא מתקבל אגב ניהולו של הליך פלילי בבית המשפט, מחייב את בית המשפט לנהוג לפיו. כמו כן ראו ד"ר **קטאשווילי נגד מדינת ישראל**, פ"ד לה (2) 457 (1981).

¹¹⁰ גרוס מציין כי אם השיטה המשפטית אינה מאפשרת לשופטיה שיקול דעת בהתאמת כללי הדיון או דיני הראיות למטרה העיקרית של ההליך הפלילי של עשיית צדק קונקרטי בין המתדיינים, כי אז נהפוך את אותו אמצעי למטרה בפני עצמה. אומנם היציבות של כללי הפרוצדורה היא ערך חשוב, אך חשוב יותר הוא ערך האמת, כאשר הוא מתנגש בראשון. ראו גרוס "שיטת הדיון האדוורסרית", לעיל ה"ש 24, בעמ' 874–875. אף לגישתו של לאודן, כאשר כלל דינוי אינו מסייע בבירור האמת, יש לבחון את החלפתו בכלל אחר שיסייע בהגנה על התכליות האפיסטמיות של ההליך הפלילי. ראו **LAUDAN**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 4–7. ער אני לעובדה כי לעיתים חקר האמת יתמודד לא רק עם הוודאות אלא גם עם ערכים ועקרונות נוספים, כגון ההגנה על החפים מפשע וזכות העימות וההגנות הדיונית, וכי במקרים מסוימים משקלם המצטבר של אלו יכול לגבור על חקר האמת. על רקע זה ניתן להבין ולהצדיק את הצורך בשיקול דעת שיפוטי שיאפשר איזון בין שיקולים אלו.

¹¹¹ **JR SPENCER, HEARSAY EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS 14–20 (2d ed., 2014)**; **מורן**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 50–52; **חלוי** כרך ב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 574–580; **חרנון**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 146–148.

¹¹² **SPENCER**, שם, בעמ' 14.

פסילה גורפת, בין היתר גם אמרות רלוונטיות שעשויות לסייע לבתי המשפט במלאכת חקר האמת.¹¹³ ראייה רלוונטית אומנם יכולה להיות בעלת משקל קטן, אלא שאין בעובדה זו כדי להצדיק את פסילתה.¹¹⁴ לפיכך נטען כי הכלל אינו מתאים לשמש כלל של קבילות אלא כלל במסגרת שלב הערכת משקל הראייה.¹¹⁵ חשיבה זו מאפיינת את דיני הראיות בשיטת המשפט הקונטיננטלית אשר לא קיבלה מלכתחילה את כלל הפסילה, וכן את המגמה הנוהגת בדיני הראיות בישראל מאז שנות השמונים של המאה הקודמת, והיא מגמת המעבר מכללי קבילות לכללי משקל.¹¹⁶

מגמת המעבר מכללי קבילות לכללי משקל באה לביטוי במעבר מנוקשות ופורמליזם לגמישות וליתר חופש בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי.¹¹⁷ מגמה זו נתנה את אותותיה בצמצום ככל שניתן בכללי פסילה של ראיות והעברת מרכז הכובד להערכת משקלן, כאשר הרעיון העומד מאחורי מגמה זו הוא שקביעת ממצאים עובדתיים תחת יישום טכני של כללים פורמליים נוקשים יכולה להיחשב פעמים רבות למלאכותית וחוטאת לחקר האמת.¹¹⁸ מגמה זו השפיעה על היקף תחולתו של הכלל הפוסל עדות מפי השמועה,¹¹⁹ הן בדרך של פיתוח חריגים לכלל¹²⁰ והן בפרשנות של בית המשפט את אותם חריגים.¹²¹ מכאן שהגמשתו של כלל הפסילה ומתן שיקול דעת לבית המשפט הם אך התפתחותו הטבעית של הכלל. יש לציין כי גם מגמה זו אינה נקייה מביקורת הנובעת מהדאגה לזכויותיהם של נאשמים ומהחשש שמא הרחבת כללי הקבילות וצמצום כללי הפסילה יביאו בכנפיהם הכשרת ראיות פסולות שתפגענה בזכויות היסוד של הפרט ובעקרונות יסוד של השיטה, כמו חזקת החפות או הזכות למשפט הוגן.¹²²

טיעון נוסף נסמך על מקורותיו ההיסטוריים של הכלל. הכלל, שמקורו באנגליה, שבה נוהגת שיטה של חבר מושבעים, נבע מכך שחבר מושבעים אינו בעל השכלה משפטית. לפיכך היה קיים חשש שתוכנה של העדות ירשים את המושבעים קובעי העובדות מבלי שתהא בידיו המיומנות להעריך את משקלה. סכנה זו פחותה לדעת רבים כשמדובר בקובע עובדות שהוא שופט מקצועי ומיומן.¹²³ עם זאת יש

- 113 שם.
- 114 שם, בעמ' 4; BENTHAM, לעיל ה"ש 6, פרק 4, סעיף 6.7. בנתיאם הכיר בכך שעדות מפי השמועה היא לעיתים ראייה חלשה והביע את עדיפותו הברורה לעד אשר יכול להיחקר בחקירה נגדית בבית המשפט. אולם אף אחד מאלה, לגישתו, אינו יכול להצדיק את פסילת הראייה אלא במקרים שבהם עד המקור היה יכול להעיד בבית המשפט ולהיחקר על העובדות שהוא קלט בחושיו.
- 115 **הלוי** כרך ב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 575. הלוי עומד על חסרונן של כלל הפסילה באומרו שהוא לוקה בהכללת-יתר באשר הוא משמש כלל של קבילות, ואילו תוכנו מתייחס ליעדים המצויים בתחום שלב הערכת משקלן של הראיות.
- 116 לעניין זה ראו ע"פ 500/77 **עומרי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לג(1) 695, 681 (1979); עניין **טובול**, לעיל ה"ש 77; ע"א 703/86 **ברנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מג(4) 529 (1989).
- 117 לעניין זה ראו "הצעת חוק ראיות חדש" **הפרקליט** לד 137 (1981); אליהו הרנון "היש מקום למהפכה בדיני הראיות?" **משפטים** יב 575, 585 (1982); ע"פ 804/95 **גרינברג נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 200, 206 (1995) (להלן: עניין **גרינברג**); ר"ע 423/83 **מדינת ישראל נ' עיזבון המנוחה ורד סילוורמן ז"ל**, פ"ד לו(4) 281, 294–295 (1983); בג"צ 6319/95 **חכמי נ' שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו**, פ"ד נא(3) 760, 750 (1997) (להלן: עניין **חכמי**); ע"פ 2603/90 **אלפאר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(3) 806, 799 (1991) וכן עניין **טובול**, שם.
- 118 **הלוי** כרך א, לעיל ה"ש 52, בעמ' 180–181. שטיין מצוין כי ניתן להסביר את מגמת המעבר מכללי קבילות לכללים של משקל בתפיסות מתחום תורת ההכרה, שלפיהן לא ניתן ולא ראוי להכפיף את הרציונליות למשפט, אלא יש להכפיף את המשפט לרציונליות. ראו Alex Stein, *The Refoundation of Evidence Law*, 9 CAN. J. L. & JURISPRUDENCE 279, 281 (1996) (להלן: Stein, *Refoundation of Evidence Law*); מגמה זו נתנה את ביטוייה גם בדיני הראיות באנגליה ובארצות הברית. ראו סקירה בעניין זה בפרק הרביעי של המאמר. כמו כן, ראו: **הלוי** כרך ב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 562–566; עניין **טובול**, שם, בעמ' 334–335.
- 119 ראו למשל את דברי השופט שמגר בעניין **טובול**, שם, בעמ' 335: "המגמה לצמצם את כלל הפסילה והמעבר להערכה מהותית של הראיות על-ידי בית המשפט מצאו מדי פעם ביטוי בפסיקתו של בית-משפט זה"; כמו כן ראו עניין **חגי יחיאל**, לעיל ה"ש 90, בעמ' 671, וכן עניין **גרינברג**, לעיל ה"ש 117.
- 120 ראו למשל ע"פ 7293/97 **עאמר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(5) 460, 460 פס' 6–14 לפסק דינה של השופטת דורנר (1998). בעניין זה הכשירה השופטת דורנר את קבילותה של ראייה שנתקבלה מפי השמועה באמצעות חריג מקבוצת הרס גסטא, כדי להגיע לתוצאה צודקת, בעוקפה את תנאי הזהות הקבוע בס' 9 לפקודת הראיות, ושאינו נדרש על פי החרג הדומה לו מקבוצת חריגי הרס גסטא.
- 121 דוגמה לכך ניתן למצוא בעניין **טובול**, לעיל ה"ש 77. בפסק דין זה הרחיב בית המשפט העליון בדרך פרשנית את המונח "אמרה בכתב", בהיותו אחד מהתנאים הנדרשים להכשרת אמרת חוץ בכתב של עד בפלילים באמצעות סעיף 10א' לפקודת הראיות. בית המשפט העליון קבע כי גם "זיכרון דברים" הוא "אמרה בכתב". במסגרת זיכרון דברים האמרה אינה מועלית על כתב במועד מסירתה אלא במועד אחר. הרחבה נוספת של ס' 10א' נעשתה בפסק הדין בעניין **חגי יחיאל**, לעיל ה"ש 90. בעניין זה קבע בית המשפט העליון הלכה המונח "עד" לעניין ס' 10א' (א) כולל גם עדים שותקים או כאלו שמקשקשים על דוכן העדים ולא רק עדים שסתרו את אמרת החוץ שלהם.
- 122 עניין **חכמי**, לעיל ה"ש 117, בעמ' 760–761. "אף שהמגמה להגמשת דיני הראיות נראית לי ראויה, יש לנהוג בה בזהירות כדי לשמור על איזון נאות בין הצורך בשמירה על זכות הפרט לכבוד, לחירות, לפרטיות ולמשפט הוגן אל מול הצורך להגן על זכויות החברה ופרטיה מפני הפשע. יש להימנע מלשלם מחיר יקר מדי, אם מתוך להיטות להצליח במלחמה בפשע ואם מתוך להיטות הפוכה, לגונן על החשוד ועל הנאשם הגנת-יתר". שם, דברי השופט שטרסברג-כהן, בעמ' 761. כמו כן ראו עניין **טובול**, לעיל ה"ש 77; שטיין "החלפת סעיף 10א' לפקודת הראיות", לעיל ה"ש 89, בעמ' 161–166; שטיין "סעיף 10א' לפקודת הראיות", לעיל ה"ש 53, בעמ' 330–333; Stein, *Refoundation of Evidence Law*, לעיל ה"ש 118.
- 123 מנשה, לעיל ה"ש 26, בעמ' 202; אורי שטרוזמן "האמת קבורה בעדות השמיעה" **המשפט** א 239 (1993); **הלוי** כרך ב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 577–578. במשפט האנגלי הייתה לטענה זו השפעה לא מבוטלת, שכן עם ביטול חבר המושבעים בהליכים אזרחיים ביטל המחוקק האנגלי את תחולת הכלל הפוסל עדות מפי השמועה בסוג זה של הליכים. ראו דיון בעניין זה בפרק הרביעי של המאמר.

המטילים ספק בטיעון שלפיו ניסיון החיים המצטבר של מספר רב של מושבעים נחות מזה של שופט.¹²⁴ זאת ועוד, ניתן להדריך את חבר המושבעים בדבר הסכנות הטמונות בהסתמכות על עדות מפי השמועה, ובכך למזער את הסיכון האמור.

עוד נטען כי הכלל מסובך מאוד¹²⁵ וקשה ליישום, ומורכבותו גורמת לכך שהוא מקשה על עדים למסור את גרסתם בצורה שוטפת ואחידה.¹²⁶ בשל הביקורת שהוטחה נגד הכלל נשמעו קולות הקוראים לביטולו המוחלט או לחלופין לביטולו בסוגי הליכים מסוימים (כגון בהליכים אזרחיים) או להפיכתו לכלל של העדפה – דהיינו בהיעדר ראיה טובה יותר יהיה ניתן לקבל את העדות מפי השמועה כראיה קבילה לאמיתות תוכנה.¹²⁷ לגישתי, הנימוקים בעד כלל הפסילה, אף שהם מצדיקים את המשך קיומו, מעוררים קשיים רבים, והם אינם חפים מביקורת. ביקורת זו, כשהיא מצטרפת לנימוקים נגד כלל הפסילה, והיא זוכה לרוח גבית ממגמת המעבר מכללי קבילות לכללי משקל, מצדיקה סטייה מהסטטוס קוו הקיים ומתן אפשרות להכשיר עדויות מסוימות בכפוף לשיקול דעתם של השופטים. יש שיטענו כי המענה אינו צריך להינתן בדרך של הענקת שיקול דעת לשופטים להכשיר עדויות מפי השמועה אלא בהרחבתם של החריגים הקיימים. בפרק הבא אתייחס לטיעון האמור ואראה מדוע חריג שיורי לכלל הפסילה ייתן מענה טוב יותר מאשר הרחבתם של החריגים הקיימים.

ג. ההצדקות לצורך בכלל פסילה גמיש שמקורן בחריגים הקיימים

לצידו של כלל הפסילה התפתחו לאורך השנים חריגים. חריגים אלו הם בגדר פשרה בין שני מחנות: המחנה המתנגד לכלל הפוסל עדות מפי השמועה והמחנה המצדד בקיומו של הכלל.¹²⁸ הפשרה בין שני המחנות מצאה את ביטויה במשפט האנגלו-אמריקני וכן במשפט הישראלי, בהותרת הכלל על כנו לצד חריגים רבים ומגוונים, סטטוטוריים ופסיקתיים.¹²⁹ לכשאמרה מסוימת תעמוד בתנאי של חריג קיים, תהא האמרה קבילה, ובית המשפט יהא רשאי לבסס עליה ממצאים. אלא שחריגים אלו מעוררים לא מעט קשיים, שעליהם אעמוד בדיון שלהלן. אטען כי הגמשת כלל הפסילה נועדה לתת מענה לא רק למתח הקיים בין הצידיקים לכלל הפסילה לבין טענות הביקורת שהועלו נגדו, אלא גם כדי לתת מענה ראוי והולם לקשיים הנובעים ממתכונתם ומפרשנותם של החריגים לכלל הפסילה.

1. תחולתם המצומצמת והצרה של החריגים הקיימים

החריגים לכלל הפסילה, הן אלו המעוגנים בפקודת הראיות והן אלו שמקורם בהלכה הפסוקה, התפתחו במשפט המקובל בדרך של טלאים טלאים, בהדרגה ממקרה למקרה כמענה לקושי ספציפי

¹²⁴ לגישתו של מנשה, אם הפונקצייה השיפוטית שיש להגשים באמצעות קביעת עובדות בהקשר הנדון היא אפיסטמית, ואם המכשיר לבחינתה של הראיה ולהערכת הסיכונים שהיא משקפת הוא ניסיון החיים, הרי שאין כל נימוק בר-תוקף להנחה אפריורית שניסיון החיים המצטבר של מספר רב של מושבעים נחות משל שופט. שם, בעמ' 202.

¹²⁵ R.J. Allen, *The Evolution of the Hearsay Rule to A Rule of Admission*, 76 MINN. L. REV. 797 (1992).

¹²⁶ מורן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 50; חרנון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 147; SPENCER, לעיל ה"ש 111, בעמ' 18–19. טיעון זה נסמך על כך שכלל הפסילה הוא כלל של קבילות. לפיכך כאשר עד מעיד על דוכן העדים ומספר את גרסתו, ברי שבכל הזדמנות שבה העד מעיד על דברים שהגיעו לידיעתו מפי השמועה, והצד היריב אינו מעוניין שהעדות תתקבל כראיה לאמיתות תוכנה, עליו להתנגד לעדות. בית המשפט צריך להכריע בכל פעם שבה מועלית התנגדות לשמיעת העדות. התנגדויות של הצד היריב וכן הכרעות של בית המשפט בהתנגדויות אלו פוגמות ברציפות הדיון, קוטעות את קו המחשבה של העד, ויש בהן כדי להשליך, בין היתר, על משקל העדות. ראו חלוי כרך ב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 576–577.

¹²⁷ מורן, שם, בעמ' 50–51; שטיין "סעיף 10א' לפקודת הראיות", לעיל ה"ש 53, בעמ' 329. לגישתו של שטיין, "אין ולא יכולה להיות כל הצדקה להחלתו של כלל זה בהליך אזרחי רגיל. בהליך אזרחי רגיל בין ראובן לשמעון, שקל של ראובן חשוב כשקל של שמעון ואין כל סיבה לחלק את סיכוני הטעות תוך העדפת ענייניו של אחד מבעלי-דין אלו". שם. ביקורת נוספת על הכלל אשר נשמעה בעיקר באנגליה היא שהכלל אינו תואם את האמנה האירופית לזכויות אדם. ראו לעניין זה SPENCER, לעיל ה"ש 111, בעמ' 20.

¹²⁸ ניתן להצביע על שני מחנות עיקריים שאליהם משתייכים המלומדים לפי יחסם לכלל הפוסל עדות מפי השמועה. לקבוצה הראשונה משתייכים אלו המצדדים בכלל, בין בתצורתו הנוכחית ובין בדרך של שינויים אשר יביאו לכך שהכלל יהא פשוט ונהיר יותר. עימם ניתן למנות את המלומד הבריטי Stephen וכן המלומד האמריקאי Wigmore. בתקופה מאוחרת יותר הצטרפו לקבוצה זו גם Cross ו-Tapper. למחנה השני משתייכים ממשיכי דרכו של בנת'האם. לגישתם, כלל הפסילה צריך להתבטל או להיות מוחלף בכלל גמיש יותר אשר ייתן מענה לקשיים ולבעיות המצויים בבסיסו. למחנה זה משתייכים המלומדים האמריקאים Morgan, Thayer ו-McCormick וכן המלומד האנגלי Glanville Williams. עם הכותבים מהעת האחרונה המשתייכים למחנה השני ניתן למנות את המלומדים Jackson, Choo ו-Zuckerman. לעניין זה ראו אצל SPENCER, שם, בעמ' 20–22.

¹²⁹ ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 38, בעמ' 215. עם החריגים שבפקודת הראיות ניתן למנות לדוגמה את ס' 10, המאפשר לקבל עדות מפי השמועה על אמרה של קורבן מעשה אלימות; ס' 9, המאפשר לקבל בהליך הפלילי עדות מפי השמועה על אמרת עד במהלך ביצוע עבירה; ס' 10א, המאפשר לקבל אמרת חוץ בכתב של עד בפלילים; ס' 11 ו-12, המאפשרים לקבל עדות מפי השמועה על הודאת חוץ של נאשם. על חריגים אלו יש להוסיף את החריגים הסטטוטוריים המצויים מחוץ לפקודת הראיות וכן חריגים פסיקתיים אשר אומצו בפסיקה הישראלית ונקלטו בידי הראיות בישראל מהמשפט המקובל האנגלי.

שהתעורר בדיון מסוים, בהיעדר תאוריה אחידה או רציונל מסוים.¹³⁰ המלומד ויגמור עמד על קיומם של שני רציונלים הצריכים להתקיים באמרה על מנת שיהא ניתן להכשיר את קבילותה: האחד הוא **הצורך בראיה**, והשני הוא **מידת מהימנותה**.¹³¹ על פי הרציונל הראשון, הרעיון הוא כי מוטב לקבל ראיה על כל פגמיה ולא לאבד אותה כליל.¹³² מצב זה של איבוד הראיה עלול להיגרם הן בשל פטירת מקור האמרה, בשל מחלתו או משום שאי אפשר לאתרו, והן בשל העובדה שאיננו יכולים להציג במועד המשפט ראיה בעלת ערך פרובטיבי השקול לזה של הראיה שנתקבלה מפי השמועה.¹³³ לפי הרציונל השני, הנוגע למהימנות האמרה, ניתן לקבל עדות מפי השמועה בנסיבות מסוימות, הגורמות לנו לתת בה אמון. עיקרון זה מבוסס על ההיגיון ועל ניסיון החיים המורים לנו לסמוך על הראיה. לגישתו של ויגמור, כאשר האמרה נמסרה בנסיבות שבהן אפילו האדם הספקני ביותר היה מסתמך עליה ברמה גבוהה של הסתברות, הרי שניתן לקבלה.¹³⁴ למשל, כאשר קורבן למעשה אלימות המצוי על ערש דווי מספר לפלוני בשארית כוחותיו האחרונים מי פגע בו וכיצד הוא נפגע, ניתן להניח כי האמרה מהימנה ברמה גבוהה של הסתברות, והדבר מצדיק את קבלתה. אומנם נסיבות אלו אינן מבטיחות בהכרח ייחוס משקל גדול לאמרה, אולם הן מאפשרות לבית המשפט לקבל אותה ולבסס עליה ממצאים. יש לציין כי שני הרציונלים האמורים יהיו עמודי התווך של המודל המוצע לחריג שיורי בדיני הראיות בישראל, כפי שיובהר בפרק החמישי במאמר.

על אף המגוון הרחב של החריגים לכלל הפסילה, אי אפשר להניח שכל החריגים האפשריים קוטלגו מראש. ניתן להניח כי יש אמרות נוספות על אלו שהוסדרו באמצעות החריגים הקיימים, אשר קיים בהן צורך והן בעלות ערובות לאמיתותן, אולם בהיעדר חריג שיאפשר את קבלתן הן תישארנה לא קבילות. למשל, סעיף 10 לפקודת הראיות מאפשר להכשיר אמרות של קורבן מעשה אלימות מתוך הנחה כי אמרה שנמסרה בתנאי החריג אין לחשוד בה שהיא כוזבת. אלא ניתן לחשוב על קורבנות של עבירות אחרות, כגון עבירות מין, מרמה, חטיפה, עושק וכדומה, שאף בעניינן נטען כי קיים בהן צורך, ונסיבות מסירתן יכולות להצביע על מהימנותן. דוגמה נוספת היא כאשר עד או קורבן עבירה מספרים לפלוני על אודות האירוע שהם היו עדים לו, שלא בסמוך לקרות האירוע. הואיל ואין מדובר באמרה ספונטנית שנאמרה בסמוך לקרות האירוע מושא המשפט, אין דרך להכשיר את האמרה שנמסרה. אלא שלעיתים פירוט העובדות, התיישבותן עם מסכת הראיות הכוללת בתוך כדי מתן הסבר המניח את הדעת לכבישת העדות, יהיו ערובות לאמיתות האמרה, נוסף על הצורך שבאותה אמרה בהליך משפטי נתון. דוגמה אחרת היא רישומים שעורך נאשם או עדויות אחרות מטעם ההגנה, שעל אף היותן מהימנות, וקיים בהן צורך לשם הוכחת חפותו של הנאשם, בהיעדר חריג ספציפי שיאפשר את קבלתן הן ראיות לא קבילות.¹³⁵ לכאורה אם החריגים הקיימים אינם מספקים, ניתן לחשוב על יצירת חריגים חדשים לפי צורכי השעה. כך תוכל הפסיקה להתמודד עם "מקרי ביניים" שהמחוקק לא השכיל לצפותם מראש. עמדה שכזו הושמעה בעבר הן בספרות¹³⁶ והן בפסיקה עצמה.¹³⁷ ניתן לטעון כי פיתוח שכזה הוא "מידתי" יותר מעיגונו של חריג שיורי, וככזה כרוך הוא גם בבמידה פחותה של קשיים, נורמטיביים ואחרים. אלא שיצירת חריגים נוספים לפי צורך השעה היא פתרון חלקי בלבד ולא ממצה למכלול הקשיים הנובעים ממערך החריגים הקיים.

ראשית, כפי שצוין לעיל, המציאות יכולה לזמן לפתחם של בתי המשפט סוגים שונים של עדויות שאי אפשר לצפותן מראש ולהסדיר מבעוד מועד את מעמדם. שנית, באשר לטיעון כי הפתרון הכרוך ביצירתו של חריג שיורי הוא מידתי פחות מהפתרון שבהרחבת מעגל החריגים, ניתן להתגבר על כך בהתוויית שיקול הדעת השיפוטי או הגבלתו למקרים מסוימים שבהם הוא יידרש.

130 MURPHY ON EVIDENCE, לעיל ה"ש 22, בעמ' 296.

131 WIGMORE, לעיל ה"ש 6, בעמ' 253.

132 שם.

133 שם.

134 שם, בעמ' 252.

135 לעניין זה ראו דיון בפרק השני של המאמר בדבר תכליתו של כלל הפסילה לאור אידיאל ההגנה על החף מפשע.

136 **קדמי**, לעיל ה"ש **Error! Bookmark not defined.**, בעמ' 571, ובפרט הערת שוליים מס' 52, שם מפנה הכותב בין היתר לדבריו של השופט שמגר בדנ"פ 4390/91 **מדינת ישראל נ' חגי יחיא**, פ"ד מז(3) 661, 669 (1993), לפיהם "ההלכה הפסוקה טרם מיצתה את כוחה בהרחבתם של החריגים שנקבעו במסגרתה, ובגיבוש חריגים חדשים מטעמה".

137 ראו למשל ע"פ 566/89 **מרציאנו נ' מדינת ישראל** מו(4) 539 (1992) (להלן: עניין **מרציאנו**): "גם בישראל לא נמנעו בתי המשפט מלהפעיל את כוחם היוצר כדי להתאים את דיני הראיות למציאות החיים המתחדשים ולצורכיהם, בין אם מדובר בשינוי "סעיף משני של ההלכה" [...] ובין אם מדובר בהרחבת תחום תחולתו של אחד החריגים של הכלל האוסר עדות שמיעה". שם, בעמ' 555.

יתר על כן, קיים יתרון נוסף בהכשרתה של אמרה מבלי שמעמדה יוסדר מראש על ידי חריג קיים. הכשרה שכזו אינה כובלת את שיקול הדעת של בתי המשפט האחרים, והיא אינה מחייבת אותם לפסוק כפי שבית משפט אחר פסק באותו עניין. השיקולים בדבר קבלת האמרה או פסילתה ייעשו לגופה של ראייה ולגופו של הליך מסוים מבלי לחשוש מההשלכות שבקבלת עדות שכזו בהליכים אחרים. ייתכן כי בהליך אחד, בשל דלות הראיות שהציג אחד הצדדים ובשל קשיים אובייקטיביים באיסוף ראיות, תהא הצדקה להכשרת אמרה שמעמדה לא הוסדר מראש על ידי חריג קיים, ואילו בהליך אחר, כמותן ואיכותן של הראיות האחרות ייתרו את הצורך בקבלתה של אותה עדות. לעיתים עדותו של מקור המידע בבית המשפט תייתר את הצורך בקבלתה של עדות מפי השמועה, ולעיתים אחרות, יעלה הצורך לקבל עדות שכזו אף שמקור המידע העיד בבית המשפט. הדבר יכול לקרות במצבים שבהם מקור המידע חזר בו מאמרתו על דוכן העדים, או שהוא לא דייק בעובדות שהוא מסר, ולכן תהא עדיפות לעובדות שנמסרו בדרך של עדות מפי השמועה על פני מסירתן בידי מי שקלט אותן בחושיו.

2. בעיית ה"כמעט חריג"

צידוק נוסף להגמשתו של כלל הפסילה נעוץ בתנאיהם הדווקניים של החריגים הקיימים. הכשרת אמרה מכוחו של חריג מותנית בתנאים שנקבעו באותו חריג. דהיינו, על מנת שבית המשפט יכשיר אמרה באמצעות חריג מסוים, עליה לעמוד בתנאים שנקבעו בו. התנאים הקבועים בחריג מקיימים את התשתית הרציונלית שבבסיסו ומצדיקים את קבלת האמרה בדרך של עדות מפי השמועה. תנאים אלו נועדו להבטיח את הצורך באמרה וכן את מהימנותה. כאשר אחד מהתנאים שנועדו להבטיח את מהימנות האמרה חסר, תיפסל האמרה. אלא שלעיתים חלף התנאי החסר (שנועד להבטיח את מהימנות האמרה עם התנאים האחרים יחד) קיימת במציאות ערובה אחרת, אשר אינה נדרשת בגוף החריג, אולם יש בה כדי לשמש עוגן של מהימנות לאמרה שבמחלוקת. זהו מצב שבו האמרה "כמעט" עומדת בתנאיו של החריג, ועל כן כיניתי מצב זה "כמעט חריג".¹³⁸ הקושי העולה במצבי "כמעט חריג" טמון בכך שאין לבית המשפט כל סמכות לקבל ערובות חלופיות לערובות הקבועות בחריג, אף כאשר שתי הערובות (החסרה והחלופית) שקולות באיכותן, וכוחן הפרובטיבי הוא זהה.

טענתי היא שכל עוד ניתן להבטיח את הצורך באותה אמרה ואת מידת מהימנותה, אף אם הדבר נעשה אגב סטייה עובדתית מסוימת מתנאיהם של החריגים הקיימים, הרי שיש לקבל את האמרה. במילים אחרות, חרף הסטייה של האמרה מהתשתית העובדתית של החריג יש הצדקה לקבל את האמרה במקרים שבהם התשתית הרציונלית שבבסיס החריג (שמכוחה נקבעה התשתית העובדתית) לא נפגעה. מכאן שבמצבי "כמעט חריג" שיקול הדעת השיפוטי מוגבל ומצומצם אך לבחינת התקיימותה של התשתית הרציונלית של החריג (שמכוחו תוכשר האמרה). על בית המשפט לבחון אם קיים צורך באותה אמרה, ואם הערובות החלופיות שהוצגו מבטיחות את מהימנות האמרה במידה שאינה נופלת מהערובות הקבועות בחריג.

ניתן למנות שלושה יתרונות מרכזיים של המודל המוצע באשר לבעיית ה"כמעט חריג": האחד, פתרון זה נותן מענה ספציפי לבעיית ה"כמעט חריג", במנותק מהמענה שצריך להינתן לאמרות שאינן מוסדרות באמצעות החריגים הקיימים. דבר זה מאפשר לאמץ את הפתרון האמור כשהוא אינו תלוי בהסדרת מעמדן של אמרות שאינן בעניינן חריגים בדין; שנית, הפתרון המוצע מתיישב עם התשתית הרציונלית שבבסיס החריג שמכוחו האמרה תוכשר, והוא אינו סותר אותה. ההנחה היא כי קיים צורך באותה אמרה, וכי קיימות ערובות המבטיחות את מהימנותה. אלו השיקולים שעמדו לנגד עיניו של המחוקק או של בית המשפט אשר יצרו את החריגים הקיימים. הדרישה להצגת ערובות חלופיות שתבטחנה את אמיתות האמרה מקיימת את התשתית הרציונלית שבבסיס החריג. כאשר התשתית האמורה מתקיימת גם בתנאים מעט שונים מאלו הקבועים בחריג, הרי ההיגיון, השכל הישר ותחושת הצדק מובילים למסקנה כי אין בסיס לפסילת האמרה; שלישית, על פי הפתרון הייעודי המוצע למצבי "כמעט חריג", שיקול הדעת השיפוטי מצומצם אך לבחינת התשתית הרציונלית שבבסיס האמרה. אומנם גם בעניין זה יש לבית המשפט שיקול דעת, אולם הוא מצומצם ומוגבל לשיקולים אלו בלבד ולא לשיקולים אחרים. במצב זה הפגיעה בוודאות המשפטית היא פחותה ביחס לכל פתרון אחר שיעניק לבתי המשפט שיקול דעת בלתי מוגבל, אף במצבי "כמעט חריג", אלא שבזה האחרון טמון גם חסרונו של הפתרון האמור.

¹³⁸ במשפט האנגלו-אמריקני בעיה זו מכונה "near miss". ראו דיון בעניין זה בחלקו הרביעי של המאמר.

ברגע ששיקול הדעת יתמקד בצורך באמרה ובמידת מהימנותה, שבמהותם הם שיקולים אפיסטמיים, ולא בשיקולים רחבים יותר, הרי שלא יינתן ביטוי לתכליות אחרות של דיני הראיות כפי שאלו נדונו בפרק השני של המאמר. מנגד, ברגע שבית המשפט י שקול שיקולים נוספים על אלו המבטיחים את הצורך באמרה ואת מידת מהימנותה, קיים חשש כי לא תהא כל חשיבות לתנאיהם של החריגים הקיימים, וכך אנו עלולים לרוקן אותם מתוכן. ודוק, אין זה אומר כי אין מקום להכשיר אמרה שלא במסגרת חריג קיים. לגישתי, מודל טוב חייב לתת מענה הן לבעיית ה"כמעט חריג" והן לכל אותן אמרות שמעמדן אינו מוסדר באמצעות החריגים הקיימים. אלא שטענת המאמר היא כי כל אחד משני המקרים צריך להיות מוסדר אחרת, מבלי שהאחד יהיה תלוי באחר. ברי כי מודל שכזה יהא חייב לכלול כלל של העדפה או ברירה בין שני המסלולים – המסלול השיורי ה"כללי" שייעד לאמרות שמעמדן אינו מוסדר באמצעות חריג קיים – והמסלול ה"ספציפי" שייעד לאמרות במצבי "כמעט חריג". שכן, ברגע שיינתנו שני פתרונות שונים שיהיו נתונים לברירת בעלי הדין או בית המשפט, קיים חשש כי במצבי "כמעט חריג" יבחרו הצדדים או בית המשפט להכשיר את האמרה דרך המסלול השיורי הכללי, וכך אפשר שהחריגים הקיימים יתרוקנו מתוכן. אף אם החשש האמור יתממש בניגוד למודל המוצע, וברבות הימים יאפשר המסלול השיורי הכשרת אמרות גם במצבי "כמעט חריג" חלף המסלול הספציפי שייעד להן, עדיין ייוותר לחריגים הקיימים תפקיד פונקציונלי. משמע, שאף במקרה לא רצוי זה, למעשה לא ירוקנו החריגים הקיימים מכל תוכן. החריגים הקיימים יכולים להוות מעין "אמת מידה" לראיות בעלות פוטנציאל קבילות גבוה במיוחד. בעלי הדין ידעו שכאשר ראה שבה הם מעוניינים עומדת בתנאיו של חריג קיים, הסיכוי שבית המשפט לא יכיר בקבילותה יהיה נמוך ביותר. זאת, לעומת ראיות שקבילותן תתבקש מכוח החריג השיורי, שבעניינן העמימות תהיה גבוהה הרבה יותר. אם כן, אף שאומנם יהיו ניתנים ל"עקיפה", יסייעו החריגים הקיימים בשמירה על הוודאות המשפטית ועל היציבות, בהכוונים את בעלי הדין לתחום שבו שיקול הדעת של בית המשפט באשר לקבילות הראיה (ולא באשר למשקלה) יהיה מצומצם. לאור האמור, ניתן להגדיר את הפגיעה בוודאות שבקבלת החריג השיורי פגיעה "חד-כיוונית", במובן זה שלא תיפגע מידת הוודאות של בעל דין המבקש מצידו להציג ראיה, והפגיעה תתמצה רק במידת הוודאות שלו באשר לפוטנציאל הקבילות של ראיות שאותן יעלה הצד שכנגד. זאת, מכיוון שהחריגים הקיימים ימשיכו לתפקד כ"אמת מידה" לקבילות, אך אין לראות בחריג השיורי כפוגע בוודאות של הצד המבקש להשתמש בו.¹³⁹

לסיכום, הגמשתו של כלל הפסילה רצוי ומוצדק לא רק בשל המתח הקיים בין הטיעונים בעד ונגד כלל הפסילה וברוח מגמת המעבר מכללי קבילות לכללי משקל, אלא גם בשל הקשיים העולים הן מהיקפם של החריגים הקיימים והן מפסילתן של אמרות במצבי "כמעט חריג". הפרק הבא ידון בחריג השיורי במשפט האנגלו-אמריקני.

ד. "חריג שיורי" לכלל הפוסל עדות מפי השמועה במשפט האנגלו-אמריקני

כלל הפסילה, כפי שהוא קיים בדיני הראיות בישראל, וכן רוב חריגיו מקורם בכלל הפסילה ובחריגים שהתפתחו במשפט המקובל ובמשפט האנגלו-אמריקני. כלל הפסילה וחריגיו עברו שינויים במהלך השנים. אחד מציוני הדרך החשובים בדיני הראיות בשיטת המשפט האנגלו-אמריקני הוא עיגונו של חריג שיורי לכלל הפוסל עדות מפי השמועה בחקיקה ראשית. בדיון שלהלן אציג את התפתחותו ויישומו של החריג השיורי במשפט האנגלו-אמריקני.

1. חריג שיורי בכללי הראיות הפדרליים שבארצות הברית

(א) הקדמה

החיקוק המרכזי בדיני הראיות במשפט הפדרלי בארצות הברית הוא כללי הראיות הפדרליים (Federal Rules of Evidence) (להלן "כללי הראיות הפדרליים" או "כללי הראיות"), אשר נכנסו לתוקף ב-1 ביולי 1975.¹⁴⁰ כללים אלו, שהם קודקס חקוק של דיני הראיות במשפט הפדרלי, חלים הן בהליכים

¹³⁹ ההנחה שזהו כלי שנועד לסייע לצד המשתמש בו, ולכן גם אם מידת הוודאות שבו אינה מוחלטת לצורך הכרה בראיה, בלעדיו הייתה אותה ראיה מבוקשת חסרת כל סיכוי להיות מוכרת כקבילה.

¹⁴⁰ Act of Jan. 2, 1975, Pub. L. No. 93-595, § 1, 88 Stat. 1926 (codified at FED. R. EVID. 101-1103).

אזרחיים והן בהליכים פליליים.¹⁴¹ לצידו של הכלל הפוסל עדות מפי השמועה, אשר מעוגן בכלל מס' 801, קיימים עשרים ושמונה חריגים המעוגנים בכללים מס' 803 ו-804.¹⁴² נוסף על חריגים אלו, קיים חריג שיורי לכלל הפסילה אשר מעוגן בכלל מס' 807.¹⁴³

חריג שיורי זה מסמך את בתי המשפט הפדרליים להכשיר את קבילותה של ראיה שנתקבלה מפי השמועה, ושאי אפשר להכשירה באמצעות החריגים האחרים. החריג אומץ בשינויים קלים במרבית המדינות בארצות הברית, אשר אימצו אל חיקן את מתכונתם של כללי הראיות הפדרליים.¹⁴⁴ עיגונו של חריג שיורי, הן במשפט הפדרלי והן בדיני הראיות במרבית המדינות בארצות הברית, הוא ביטוי לתפיסת המחוקק שלפיה כללי הראיות צריכים להתאפיין בגמישות¹⁴⁵ אשר הייתה אחד מסימני ההיכר העיקריים של המשפט המקובל.¹⁴⁶ חרף עיגונו של חריג שיורי בחקיקה ראשית, כלל 807 נחשב לאחד הכללים השנויים במחלוקת,¹⁴⁷ הן באשר לפרשנותו והן באשר להיקף שיקול הדעת השיפוטי הנחוץ ליישומו.¹⁴⁸ חלק מפסקי הדין אימצו את הגישה שיש להחילו לעיתים רחוקות,¹⁴⁹ ואילו חלקם האחר התנגדו לגישה זו¹⁵⁰ בטענה כי לשונו של החריג השיורי אינה מגבילה את תחולתו למקרים יוצאי דופן, מה גם שפרשנות שכזו אינה עולה בקנה אחד עם כלל מס' 102 לכללי הראיות, המעודד יישום ליברלי של הכללים. עוד נטען כי החלתו של החריג השיורי במקרים יוצאי דופן מוסיפה ממד של אי-ודאות. לגישתו של אימוןקלרייד (Imwinkelried), הפער בין שתי הגישות הללו הוא ביטוי למתח הקיים בין התכלית של יצירת סטנדרטיזציה של דיני הראיות באמצעות הכללים לבין הרצון להותיר בידי הערכאה הדיונית מרחב מספק של שיקול דעת אשר יאפשר להן "לעשות צדק" במקרים יוצאי דופן.¹⁵¹

¹⁴¹ לפי כלל 102, תכליתם של כללים אלה היא להבטיח את הגינותם של ההליכים המשפטיים, למנוע עיכובים והוצאות מיותרות ולתרום להתפתחותם ולקידומם של דיני הראיות אשר יקדמו את חקר האמת ואת עשיית הצדק במשפט: Rule 102.1 Purpose and Construction: "These rules shall be construed to secure fairness in administration, elimination of unjustifiable expense and delay, and promotion of growth and development of the law of evidence to the end that the truth may be ascertained and proceedings justly determined.,

¹⁴² כלל 803 כולל עשרים ושלושה חריגים המאפשרים להכשיר את קבילותן של אמרות שונות שנתקבלו מפי השמועה, מבלי שיידרש להוכיח כי מוסר האמרה (עד המקור) אינו זמין לעדות בבית המשפט. כלל 804 קובע חמישה חריגים נוספים, כאשר המכנה המשותף לחריגים אלו הוא שנדרש מהצד המעוניין להציג את הראיה להוכיח כי מוסר האמרה אינו זמין לעדות בבית המשפט.

¹⁴³ בתאריך 1 ביולי, 1975 נכנסו לתוקף כללי הראיות הפדרליים, ובכללם החריג השיורי אשר היה קבוע בשני כללים, 803(24) ו- 804(b)(5), לכללי הראיות. ההבדל ביניהם היה נעוץ בכך שכלל 803(24) הוחל בין שמוסר האמרה (עד המקור) העיד בבית המשפט ובין שלא, ואילו כלל 804(b)(5) הוחל רק במצבים שבהם מוסר האמרה אינו זמין לעדות בבית המשפט. לבד מהבדל זה שני החריגים היו זהים בתוכנם. בשנת 1997 אוחדו שני החריגים השיוריים לכלל מס' 807 מבלי לשנות את תוכנם. ראו 604–608 MICHAEL H. GRAHAM, HANDBOOK OF FEDERAL EVIDENCE 604–608 (5th ed., 2001) Thomas Black, *Federal Rules of Evidence 803(24) & 804(b)(5) – The Residual*; (1988) 13, 14–15 Hous. L. Rev. 13, 14–15 (1988) *Exceptions – An Overview*, (להלן: Black).

יש לציין כי כמה מדינות בארצות הברית, כגון אלסקה, אריזונה, איווה, צפון דקוטה, דרום דקוטה, יוטה ו-אוימינג, אימצו את כלל 803(24) (שלימים עוגן במסגרת כלל 807) כלשונו בכללי הראיות המדינתיות. מדינות אחרות, כגון דלוור, ארקנסו, הוואי, מונטנה, ניו מקסיקו, קרוליינה הצפונית, ויסקונסין, מינסוטה, נברסקה, אוקלהומה ואורגון, קבעו חריג שיורי לכלל הפסילה, אולם במתכונת שונה מזו שאומצה בכלל 807 לכללי הראיות הפדרליים. ואילו מדינות אחרות, כגון קולורדו, פלורידה, מיין, מישיגן, נבדה, אהיו, טקסס, ורמונט וושינגטון, לא כללו בדיני הראיות שלהם חריג שיורי לכלל הפסילה. בעניין זה ראו 4 JACK B. WEINSTEIN AND MARGARET A. BERGER, WEINSTEIN EVIDENCE, Rules 801–806, at 803–384–390 (1987).

¹⁴⁴ Black, שם, בעמ' 17–18.

¹⁴⁵ G. Michael Fenner, *The Residual Exception to the Hearsay Rule: The Complete Treatment*, 33 CREIGHTON L. REV. 265, 266 (2000) (Fenner: להלן: Fenner).

¹⁴⁶ שם, בעמ' 266, 304.

¹⁴⁷ Edward J. Imwinkelried, *The Scope of the Residual Hearsay Exceptions in the Federal Rules of Evidence*, 15 SAN DIEGO L. REV. 239, 240 (1978) (Imwinkelried, *The Scope*: להלן: Imwinkelried).

¹⁴⁸ המחלוקות סביב חקיקתו של החריג השיורי נתגלעו כבר בהליכי החקיקה המוקדמים שלו, והן נמשכו אף לאחר חקיקתו. ראו: Imwinkelried, *The Scope*, שם, בעמ' 242 ו-252. כמו כן ראו United States v. Carlson, 547 F.2d 1346, 1354 (8th Cir. 1976).

¹⁴⁹ Imwinkelried, *The Scope*, שם, בעמ' 256; Black, לעיל ה"ש 143, בעמ' 19. פסק דין מרכזי ומייצג אשר אימץ גישה זו הוא: "Rule 803(24) was designed to encourage the progressive growth and development of federal evidentiary law by giving courts the flexibility to deal with new evidentiary situations which may not be pigeon-holed elsewhere. Yet tight reins must be held to insure that this provision does not emasculate our well-developed body of law and the notions underlying our evidentiary rules., United States v. Heyward, 729 F.2d 734, 744 (4th Cir. 1984); cert. denied, 469 U.S. 1105 (1985) Robinson v. Shapiro, 646 F.2d 734, 742 (2d Cir. 1981); United States v. Kim, 595 F.2d 755, 764–66 (D.C. Cir. 1979).

¹⁵⁰ Imwinkelried, *The Scope*, שם, בעמ' 257–258. כמו כן ראו United States v. American Cyanamid Co., 427 F. Supp. 859, 866–865 (S.D.N.Y. 1977).

¹⁵¹ Imwinkelried, *The Scope*, שם, בעמ' 241–242. החשש נעוץ בכך שככל שהחריגים יעניקו לבתי המשפט מרחב גדול יותר של שיקול דעת וגמישות רבה יותר בהחלטתם, כך הם יקדמו פחות את התכלית של יצירת אחידות וסטנדרטיזציה

(ב) היקף תחולתו של החרג השיורי

כלל מס' 807 מעניק לבתי המשפט שיקול דעת לקבל אמרה אם היא אינה מוסדרת (not specifically covered) באמצעות החרגים האחרים, אשר מעוגנים בכללים מס' 803 ו-804. מכאן שתנאי לתחולתו של החרג השיורי הוא שאין בכללי הראיות הפדרליים חריג המאפשר להכשיר את האמרה שבמחלוקת.

המחלוקת שנתגלעה בפסיקה האמריקאית בנוגע לתנאי זה נגעה למצבים שכונו "כמעט חריג" (near miss). מדובר במצבים שבהם יש חריג המאפשר להכשיר את האמרה, אלא שהיא אינה עומדת בכל תנאיו.¹⁵² הואיל וכלל 807 מתנה את תחולתו של החרג השיורי בכך שהאמרה אינה מוסדרת באמצעות חריג קיים, עלתה השאלה אם לחרג השיורי יש תחולה גם במצבי "כמעט חריג". בעבר נתגלעה מחלוקת בפסיקה האמריקאית באשר לשאלה זו. גישה אחת, המייצגת את גישת רוב בתי המשפט, גרסה כי אמרה שאינה עומדת בתנאיו של חריג קיים ניתנת להכשרה כראיה קבילה באמצעות החרג השיורי.¹⁵³ על פי גישה אחרת, כאשר יש חריג המאפשר להכשיר את קבילות האמרה, אלא שהאמרה אינה עומדת בתנאי החרג, האמרה מוסדרת (covered) לפי לשון החוק באמצעות חריג, ומשכך, אי אפשר להכשירה באמצעות החרג השיורי.¹⁵⁴ אלו המצדדים בגישה השנייה תמכו את טענתם בדברי הוועדה המשפטית של הסנאט, שבכוונתה היה להחיל את החרג השיורי במקרים יוצאי דופן שלא היו ניתנים לצפייה עת נקבעו החרגים הספציפיים האחרים.¹⁵⁵ שנית, היה ויתאפשר להחיל את החרג השיורי גם במצבי "כמעט חריג", הרי ששיקול הדעת השיפוטי יורחב במידה רבה, והרחבתו זו עלולה "לסרס" את כלל הפסילה וכן את החרגים הקיימים.¹⁵⁶ הקושי בקבלת הגישה השנייה נעוץ בטיעון שהועלה בפרק השלישי של המאמר הנוגע לבעיית ה"כמעט חריג".

לעיתים אמרה לא תעמוד בתשתית העובדתית המדויקת הקבועה בגוף החרג, זאת מבלי שתיפגע התשתית הרציונלית המצדיקה את קבלתן של אמרות מסוימות מכוחו של אותו חריג. הדבר יכול לקרות כאשר חלף הנסיבות של מסירת האמרה הנדרשות בחרג ואשר נועדו להבטיח את אמיתותה יש נסיבות אחרות שבכוחן להבטיח את אמיתותה של האמרה באותה מידה של ודאות. במקרים אחרים יכולים בתי המשפט להגמיש בדרך פרשנית את התנאים הקבועים בחרג כדי לקבל אמרות שקיימות בעניין ערובות לאמיתותן, ואשר יש בידן לסייע להם במלאכת חקר האמת. נדמה כי חששות אלו תרמו לאחידות דעים בפסיקה שניתנה בעשור וחצי האחרונים, המאפשרת לבחון את קבילותה של אמרה מכוחו של החרג השיורי גם במצבי near miss.¹⁵⁷

של דיני הראיות. על רקע מתח זה ניתן להסביר את המחלוקת שנוצרה בפסיקה סביב יישומו של החרג השיורי. מחלוקת זו השפיעה בין היתר גם על פסיקתם של בתי המשפט המדינתיים באותן מדינות אשר אימצו את החרג השיורי הפדרלי, בין במתכונתו הנוכחית ובין במתכונת שונה, כחלק מדיני הראיות המדינתיים.

Elizabeth DeCoux, *Textual Limits on the Residual Exception to the Hearsay Rule: The 'Near Miss'* 152 David A. Sonenshein, *The Debate and Beyond*, 35 S.U. L. REV. 99, 102 (2007) (להלן: DeCoux); Black, (Sonenshein: להלן) REV. 867, 885 (1982) McCORMICK, 27 בעמ' 143, לעיל ה"ש 8, בעמ' 568.

United States v. Leslie, 542 F.2d 285, 289–292 (5th Cir.), ראו לדוגמה: Fenner, לעיל ה"ש 145, בעמ' 271. 153 United States v. ; Karme v. Commissioner, 673 F.2d 1062 (9th Cir. 1982); 545 F.2d 168 (1976) United States v. McParlin, 595 F.2d ; American Tel. & Tel. Co., 516 F. Supp. 1237 (D.D.C. 1981) 1321 (7th Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 833 (1980).

Sonenshein, לעיל ה"ש 152, בעמ' 886; DeCoux, לעיל ה"ש 152, בעמ' 103; Fenner, שם, בעמ' 273. 154 כמו כן, ראו לדוגמה את פסקי הדין האלה: United States v. Love, 592 F.2d 1022 (8th Cir. 1979); Zenith Radio Corp. ; United States v. Kim, ; v. Matsushita Electric Industrial Co., 505 F. Supp. 1190, 1262 (E.D. Pa. 1980) 595 F.2d 755 (D.C. Cir. 1979).

Fenner, שם, בעמ' 273; Senenshein, שם, בעמ' 887. 155

156 כך לדוגמה נקבע בעניין Zenith, לעיל ה"ש 154: "The residual exceptions can not be invoked when there is a specific exception which sets forth conditions governing the admissibility of a clearly defined category of hearsay evidence." שם, בעמ' 1263.

157 McCORMICK, לעיל ה"ש 8, בעמ' 568–569. כך לדוגמה בפסק דין U.S. v. Wilson, 249 F.3d 366, 374–376 (5th Cir. 2001) קיבל בית המשפט מסמכים בנקאיים זרים מכוח החרג השיורי, לאחר שהמסמכים האמורים לא עמדו בתנאיו של חריג ספציפי. בית המשפט קבע כי העובדה שהמסמכים אינם עומדים בתנאיו של חריג ספציפי אינה מונעת מבית המשפט לבחון את קבילותם מכוחו של החרג השיורי. כמו כן בפס"ד U.S. v. Laster, 258 F.3d 525 (6th Cir. 2001) 530 אימץ בית המשפט את הגישה שלפיה אי-עמידה בתנאיו של חריג קיים אינה מהווה מחסום בפני הכשרת האמרה מכוחו של החרג השיורי. ראו לדוגמה פסקי דין נוספים שפסקו ברוח זו: People v. Katt, 468 Mich. 272, 662 N.W.2d 12, 18–23 (2003) State v. Anderson, 2005 WI 54, 280 Wis. 2d 104, 468 Mich. 272, 662 N.W.2d 12, 18–23 (2003) 695 N.W.2d 731, 749 (2005).

(ג) תוכנו של החרג השיורי

כלל 807 קובע כי על מנת שבית המשפט יהא רשאי להפעיל את שיקול דעתו ולהכשיר אמרה באמצעות החרג השיורי, יש צורך בהתקיימותם של חמישה תנאים או מבחנים: ¹⁵⁸ קיימת ערובה לאמיתות האמרה, קיים צורך בראיה, האמרה רלוונטית, קבלת האמרה תשרת את התכלית של כללי הראיות ואת עשיית הצדק, וכן נדרש מתן הודעה מוקדמת לצד היריב. אעמוד על משמעותם ותוכנם של התנאים הללו כפי שנקבעו בפסיקה ובספרות.

תנאי ראשון הוא **קיומה של ערובה לאמיתות האמרה**, אשר שקולה לערובות שבבסיסם של החרגים השונים (equivalent trustworthiness). ¹⁵⁹ תנאי זה נחשב לחשוב ביותר מבין חמשת התנאים הקיימים. ¹⁶⁰ ארבעת התנאים האחרים עשויים למנוע קבלתה של ראיה שנקבע בעניינה שקיימת ערובה לאמיתותה, אולם אין בכוחם להכשיר אמרה ללא ערובות לאמיתות תוכנה. ¹⁶¹ הואיל וקיים מגוון רחב של ערובות המצויות בבסיסם של החרגים האחרים, מרחב שיקול הדעת שניתן לשופט בעניין זה רחב יחסית. ¹⁶² במסגרת תנאי זה על בית המשפט לשקול שיקולים שונים המשליכים על מידת מהימנותה של הראיה. למשל, בתי המשפט בוחנים אם למוסר האמרה היה אינטרס או מניע לומר אמת, או שמא היה לו מניע לשקר; ¹⁶³ אם מדובר באמרה ספונטנית; ¹⁶⁴ אם האמרה נמסרה בתגובה לשאלות מדריכות; ¹⁶⁵ מיהותו של מוסר האמרה; הזמן שחלף ממועד האירוע עד לרגע מסירת האמרה, ¹⁶⁶ שכן ההנחה היא שחלוף הזמן משפיע על זיכרונו של העד; ¹⁶⁷ אם עד המקור חזר בו ממסירת האמרה או לחלופין אישר את מסירת האמרה בבית המשפט; ¹⁶⁸ אם מוסר האמרה נחקר בחקירה נגדית על דוכן העדים; ¹⁶⁹ אם קיים קשר בין מוסר האמרה לעד ששמע את האמרה ושמעיד עליה בבית המשפט; ¹⁷⁰ אם האמרה תועדה באמצעי כלשהו (באמצעות כתב, תיעוד קולי או חזותי); ¹⁷¹ אם קיימת בחומר הראיות ראיה אחרת, ישירה או נסיבתית, התומכת באמרה, ¹⁷² וכיוצא באלו שיקולים אשר יש בהם כדי ללמד על מהימנות האמרה.

158 כלל מס' 807, שכותרתו היא "Residual Exception", קובע כך:
"A statement not specifically covered by Rule 803 or 804 but having equivalent circumstantial guarantees of trustworthiness is not excluded by the hearsay rule, if the court determines that:
(A) The statement is offered as evidence of a material fact;
(B) The statement is more probative on the point for which it is offered than any other evidence which the proponent can procure through reasonable efforts; and
(C) The general purposes of these rules and the interests of justice will best be served by admission of the statement into evidence.
However, a statement may not be admitted under this exception unless the proponent of it makes known to the adverse party sufficiently in advance of the trial or hearing to provide the adverse party with a fair opportunity to prepare to meet it, the proponent's intention to offer the statement and the particulars of it, including the name and address of the declarant,"

159 WEINSTEIN, לעיל ה"ש 143, סעיפים 803-873, GRAHAM, לעיל ה"ש 143, בעמ' 613.

160 Black, לעיל ה"ש 143, בעמ' 24.

161 שם.

162 WEINSTEIN, לעיל ה"ש 143, סעיפים 803-874.

163 MCCORMICK, לעיל ה"ש 8, בעמ' 562, Black, לעיל ה"ש 143, בעמ' 37.

164 MCCORMICK, שם, בעמ' 563. ראו לדוגמה U.S. v. Ellis, 935 F.2d 385, 394 (1st Cir. 1991), מקרה שבו ילד אשר היה קורבן לעבירת מין, הדגים ספונטנית את המעשה המיני על גבי בובה.

165 MCCORMICK, שם. כמו כן ראו הפניות לפסיקה רלוונטית שם, בה"ש 14.

166 כך למשל בעניין S. v. Sinclair, 74 F.3d 753, 759 (7th Cir. 1996) נקבע כי מיידיות במסירת האמרה היא גורם כללי התומך במהימנות האמרה. בעניין U.S. v. Tome, 61 F.3d 1446, 1453 (10th Cir. 1995) נקבע כי העובדה שהניצול המיני אירע כשנה לאחר שהוא תועד שלל את קבילותה של האמרה. בעניין Good v. U.S., 730 F. Supp. 469, 477 (D. Md. 2010), הוכרה אמרה של עד ראייה לשוטר שנמסרה בסמוך לאירוע שהתקבלה כראיה לאחר שאי אפשר לזמנו לעדות בבית המשפט.

167 GRAHAM, לעיל ה"ש 143, בעמ' 621.

168 U.S. v. Barlow, 693 F.2d 954 (6th Cir. 1982); U.S. v. Leslie, 542 F.2d 285 (5th Cir. 1976); U.S. v. Carlson, 547 F.2d 1346 (8th Cir. 1976); State v. Johnson, 145 N.H. 647, 765 A.2d; (2000) 165, 168.

169 U.S. v. Shaw, 69 F.3d 1249, 1254 (4th Cir. 1995).

170 MCCORMICK, לעיל ה"ש 8, בעמ' 564. ראו לדוגמה U.S. v. Vretta, 790 F.2d 651, 659 (7th Cir. 1986); U.S. v. Williams, 117 N.M. 551, 874 P.2d 12, 22 (1994).

171 ראו לדוגמה State v. Davis, 504 N.W.2d; State v. Toney, 243 Neb. 237, 498 N.W.2d 544, 551 (1993); 844, 849 (S.D. 1993).

172 ראו לדוגמה United States v. NLRB v. United Sanitation Serv., 737 F.2d 936, 941 (11th Cir. 1984); Robinson v. Shapiro, 646 F.2d 734, 743 (2d Cir. 1981); Ward, 552 F.2d 1080, 1082-1083 (5th Cir. 1977); United States v. Rouco, 765 F.2d 983, 994 (11th Cir. 1985); אינה צריכה להיות נגזרת של קיום ראיות אחרות התומכות בה, ראו United States v. Bailey, 581 F.2d 341, 349 (3d Cir. 1978), Black, לעיל ה"ש 143, בעמ' 35-37. בלאק מצייין כי עדות או ראיה נסיבתית הסותרת את

תנאי שני הוא **קיומו של צורך בראיה**. תנאי זה שם דגש על הערך הפרובטיבי של הראיה.¹⁷³ הערך הפרובטיבי של הראיה טמון בכוחה הפוטנציאלי לשכנע את בית המשפט בדבר קיומה של עובדה שאותה היא מתיימרת להוכיח.¹⁷⁴ כאשר הראיה תורמת להוכחת עובדה השנויה במחלוקת, יש לה ערך הוכחתי.¹⁷⁵ השאלה שעל בית המשפט לשאול היא אם יש ראיה זמינה אחרת (שאותה ניתן להציג בבית המשפט) בעלת אותו כוח פרובטיבי.¹⁷⁶ למעשה, תנאי זה מורכב משני תנאי משנה: התנאי האחד הוא כי אין בנמצא ראיה קבילה אחרת בעלת כוח פרובטיבי השקול לפחות לזו של הראיה שבמחלוקת. תנאי שני הוא כי הצד המציג את הראיה לא היה יכול להשיג במאמץ סביר ראיה אחרת בעלת כוח פרובטיבי השקול לראיה שבמחלוקת. מתנאי זה עולה כי אם יש ראיה אחרת בעלת אותו כוח פרובטיבי, הרי שאין לקבל את האמרה מפי השמועה.¹⁷⁷ למשל, כאשר ניתן לזמן לבית המשפט עדי ראיה שיעידו על עובדות רלוונטיות, אין צורך ממשי בעדות מפי השמועה על אותן עובדות. הקושי הנוגע למבחן "הצורך בראיה" טמון בכך שלא תמיד ניתן להעריך מראש ובנקל את ערכה הפרובטיבי של הראיה, ולא תמיד ניתן לדעת אם ערכה הפרובטיבי של העדות מפי השמועה עולה על ערכה הפרובטיבי של כל ראיה זמינה אחרת.¹⁷⁸ כך או כך, יצטרך בית המשפט להכריע אם כוח השכנוע הטמון בראיה שנתקבלה מפי השמועה עולה על כוח השכנוע הפוטנציאלי הטמון בראיה אחרת הזמינה להצגה בבית המשפט.

לפי התנאי השלישי, יש להוכיח כי **האמרה רלוונטית**.¹⁷⁹ לאמור, יש להראות כי האמרה יכולה לסייע לבית המשפט לקבוע ממצאים בדבר עובדה השנויה במחלוקת.¹⁸⁰ יש הגורסים כי ניתן לגרוע תנאי זה מהמבחן המחומש, משום שכאשר האמרה אינה מתיימרת להוכיח עובדה מהותית, היא תיפסל בשל היותה לא רלוונטית, מכוח כללים 401 ו-402 לכללי הראיות המאפשרים לבתי המשפט לפסול ראיות שאינן רלוונטיות.¹⁸¹ זו הסיבה שלעיתים רחוקות בתי המשפט בארצות הברית בחנו תנאי זה במסגרת המבחן המחומש.¹⁸² נדמה כי המחוקק קבע תנאי זה על מנת להדגיש כי אין להחיל את החריג השיורי על עניינים טריוויאליים, צדדיים או עקיפים, שאינם נוגעים לעובדות השנויות במחלוקת.¹⁸³ על פי התנאי הרביעי, יש להראות כי קבלת האמרה תעלה בקנה אחד עם **התכליות של כללי הראיות הפדרליים ועם עשיית הצדק**.¹⁸⁴ תנאי זה לא זכה לתשומת לב יתרה בפסיקה,¹⁸⁵ ואף ההיסטוריה החקיקתית של החריג השיורי אינה נותנת מענה פרשני לדרישה האמורה. הואיל והדרישה האמורה

האמרה שאותה אנו רוצים להכשיר מכוח החריג השיורי היא גורם חשוב בעד פסילת הראיה. עם זאת היעדרה של ראיה תומכת אינו צריך להביא לפסילה אוטומטית של הראיה, אך הוא בבחינת שיקול שבית המשפט צריך להתחשב בו.

173 McCORMICK, לעיל ה"ש 8, בעמ' 566.

174 Sonenshein ; Jack B. Weinstein, *Probative Force of Hearsay*, 46 IOWA L. REV. 331, 331 (1961) לעיל

ה"ש 152, עמ' 889 ; McCORMICK, לעיל ה"ש 8, בעמ' 541.

175 GRAHAM ; United States v. Ball, 547 F.Supp. 929 (E.D.Tenn.1981) לעיל ה"ש 143, בעמ' 631, בה"ש 17.

176 כך לדוגמה בפסק דין Huff v. White Motor Corp. 609 F.2d 286 (7th Cir. 1979), נדונה תביעה אזרחית נגד יצרן רכב לאחר שמכל הדלק שברכב שבו נהג המנוח התפוצץ במהלך הנסיעה. בית המשפט הכשיר אמרה שמסר המנוח לקרוב משפחות בבית החולים. בית המשפט קבע כי עדות הקורבן היא העדות הישירה היחידה בנסיבות העניין, שכן הקורבן היה ברכב בזמן הפיצוץ. היה ואמרת הקורבן לקרוב משפחתו לא תתקבל, הרי שלא תהא ראיה ישירה (או כל ראיה אחרת טובה יותר) בנוגע לעובדה שבמחלוקת. בסופו של דבר קבע בית המשפט כי האמרה קבילה מאחר שהתקיימו חמשת התנאים שבחריג השיורי.

177 Sonenshein, לעיל ה"ש 152, בעמ' 889. באשר ליישום תנאי זה בבתי המשפט ראו לדוגמה: United States v. ; United States v. Toney, 599 F.2d 787 (6th Cir. 1979) ; Mathis, 559 F.2d 294, 299 (5th Cir. 1977) ; United States v. Loalza-vasquez, 735 ; United States v. Azure, 801 F.2d 336, 342–343 (8th Cir. 1986) ; United States v. Turner, 475 F. Supp. 194, 200 (E.D. Mich. 1978) ; F.2d 153, 158 (5th Cir. 1984) ; Byrd v. Hunt Tool ; Abernathy v. Superior Hardwoods, Inc., 704 F.2d 963, 970 (7th Cir. 1983) ; Huff v. White Motor Corp., 609 F.2d ; Shipyards, Inc., 650 F.2d 44, 46 (5th Cir. Unit A May 1981) ; United States v. ; Robinson v. Shapiro, 646 F.2d 734, 742 (2d Cir. 1981) ; 286, 295 (7th Cir. 1979) ; Herdman v. Smith, 707 F.2d 839, 841–842 (5th Cir. ; Loalza-Vasquez, 735 F.2d 153 (5th Cir. 1984) .1983)

178 Sonenshein, שם.

179 כללים 401 ו-402 לכללי הראיות הפדרליים עוסקים ברלוונטיות של אמרות/עדויות.

180 GRAHAM, לעיל ה"ש 143, בעמ' 632. ראו פסיקה רלוונטית שם, בה"ש 18.

181 Fenner, לעיל ה"ש 145, בעמ' 270 ; Black, לעיל ה"ש 143, בעמ' 20.

182 Black, שם, בעמ' 20.

183 ראו את דברי השופט Jack Weinstein בפסק דין State v. Iaconetti, 406 F. Supp. 554, 559 (E.D.N.Y. 1976) : "This requirement seems redundant since, if it did not tend to prove or disprove a material fact, the evidence would not be relevant and would not be admissible under Rules 401 and 402. What is probably meant is that the exception should not be used for trivial or collateral matters., Rule 102.1 Purpose and Construction: "These rules shall be construed to secure fairness in administration, elimination of unjustifiable expense and delay, and promotion of growth and development of the law of evidence to the end that the truth may be ascertained and proceedings justly determined.,

185 Black, לעיל ה"ש 143, בעמ' 21–22.

עמומה ומנוסחת בשפה מעורפלת, חלק מבתי המשפט לא פירשו תנאי זה, ואילו חלקם האחר קבע כי תנאי זה מתקיים כשהתנאים האחרים באים על סיפוקם.¹⁸⁶ יש הטוענים כי תנאי זה, בדומה לתנאי הרלוונטיות, מיותר משום שהדרישה שהאמרה תשרת את תכליתם של כללי הראיות ואת עשיית הצדק קבועה בכלל מס' 102 לכללי הראיות,¹⁸⁷ והיא נכונה לכל הראיות באשר הן. עם זאת היו מקרים שבהם בתי המשפט פסלו ראיות שנתקבלו מפי השמועה משיקולים של צדק.¹⁸⁸

הדרישה החמישית נעוצה ב**מתן הודעה מוקדמת לצד היריב**. לפי תנאי זה, יש לתת לצד שכנגד הודעה מוקדמת וכן פרטים על אודות האמרה (שבכוונתו להכשיר מכוחו של החריג השיורי) כדי להעניק לצד היריב הזדמנות להיערך כיאות לקראת הדיון שבו תתבקש הצגת הראיה שבמחלוקת.¹⁸⁹ ניתן לזהות שתי גישות עיקריות בפסיקה לדרישה זו: ¹⁹⁰ גישה אחת, נוקשה ובלתי מתפשרת, המעניקה משקל מכריע ללשון החוק, ועל פיה הודעה מוקדמת עובר להליך המשפטי היא תנאי בל יעבור לשם הכשרת האמרה,¹⁹¹ ואילו הגישה השנייה, אשר זכתה לבכורה בפסיקה, מתאפיינת בגמישות,¹⁹² והיא שמה דגש על תכלית הדרישה בדבר הודעה מוקדמת, אשר נועדה לאפשר לצד שכנגד הזדמנות הוגנת להיערך לקראת הצגת הראיה.¹⁹³ על פי גישה זו, ניתן לוותר על הדרישה הדווקנית בדבר מתן הודעה מוקדמת כאשר נסיבות העניין מצדיקות זאת, ולצד שכנגד ניתנה הזדמנות סבירה והוגנת להיערך לדיון שבו תתבקש הצגת הראיה.¹⁹⁴ גישה זו יוצאת מנקודת הנחה כי ההליך המשפטי אינו ודאי, ולא תמיד הצורך בהצגת האמרה עולה כבר בשלבים מוקדמים עובר למשפט, שכן לעיתים הצגת הראיה תעלה במהלך המשפט. במקרים כגון אלו לא פסלו בתי המשפט ראיות רק בשל אי-מתן הודעה מוקדמת, והם הסתפקו במתן אפשרות הוגנת וסבירה לצד שכנגד להתכונן לקראת הצגת הראיה.¹⁹⁵ פעמים אחרות נטתה הפסיקה לוותר על דרישת ההודעה המוקדמת, במקרים שבהם הצד שכנגד היה מודע (באמצעות דרכי תקשורת שונות) עובר למשפט על כוונת היריב להשתמש בחריג השיורי,¹⁹⁶ או במקרים שבהם הצד היריב לא העלה כל טענה בדבר אי-מתן הודעה מוקדמת במהלך הדיון.¹⁹⁷

(ז) לקחים פרגמטיים

כלל 807 קובע חמישה מבחנים שבהתקיימם רשאי בית המשפט להכשיר עדות מפי השמועה שאינה מוסדרת באמצעות החריגים הקיימים. מהסקירה שלעיל עולה כי שני התנאים הראשונים שנועדו להבטיח את מהימנות האמרה ואת הצורך שבה הם התנאים העיקריים והחשובים, ובתי המשפט בוחנים אותם בקפידה, ואילו שלושת המבחנים האחרים הם משניים וזכו להתייחסות פחותה ולעיתים אף להתעלמות בפסיקה. כאמור, שני התנאים בדבר מהימנות האמרה והצורך שבה מהווים את התשתית הרציונלית לחריגים הקיימים, וככאלה הם זכו למעמד של בכורה במודל האמריקאי. תנאים אלו יהיו עמודי התווך של המודל הישראלי המוצע בפרק הבא של המאמר. ההנחה היא שקבלת אמרה בכפוף לשיקול הדעת השיפוטי צריכה להיות מותנית בשני תנאים אלו, בין כתנאים בלעדיים ובין כתנאים עיקריים. תנאי המהימנות יציב סכר בפני הכשרתן של ראיות מסולפות, "מפוקפקות" או נעדרות בסיס של מהימנות. הקפדה על תנאי זה תמזער את הסיכוי למשגים בקביעת ממצאים על בסיס אותה ראיה ותסייע במלאכת חקר האמת. תנאי הצורך יבטיח את קבלתן של ראיות בעלות ערך

186 Sonenshein, לעיל ה"ש 152, בעמ' 894, ובעיקר ה"ש 150–151, Black ; שם, בעמ' 21.

187 ראו נוסח כלל מס' 102, לעיל, הערה 141.

188 ראו לדוגמה Land v. American Mut. ; United States v. Anderson, 618 F.2d 487, 491 (8th Cir. 1980) ; Ins. Co., 582 F. Supp. 1484, 1488–1489 (E.D. Mich. 1984).

189 GRAHAM, לעיל ה"ש 143, בעמ' 634, הערת שוליים מס' 21. כמו כן ראו בעניין זה: Furtado v. Bishop, 604 F.2d 80, 92 (1st Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 1035, 100 S. Ct. 710, 62 L. Ed. 2d 672 (1980) ; "Most courts have interpreted the pretrial notice requirement somewhat flexibly, on light of its express policy of providing a party with a fair opportunity to meet the proffered evidence.,

190 Black, לעיל ה"ש 143, בעמ' 52 ; Sonenshein, לעיל ה"ש 152, בעמ' 904.

191 Sonenshein, שם, בעמ' 903–904 ; Black ; שם, בעמ' 54. ראו לדוגמה פסקי דין מייצגים שנקטו את הגישה הקשיחה: United States v. Oates, 560 F.2d 45, 72 & n.30 (2d Cir. 1977) ; United States v. Mandel, 591 F.2d 1347, 1369 (4th Cir. 1978) ; United States v. Ruffin, 575 F.2d 346, 358 (2d Cir. 1978) ; United States v. Atkins, 618 F.2d 366, 372 (5th Cir. 1980) ; Oates, 560 F.2d at 72 n.30.

192 Black, לעיל ה"ש 143, בעמ' 52.

193 Black, לעיל ה"ש 143, בעמ' 52.

194 Sonenshein, לעיל ה"ש 152, בעמ' 904.

195 ראו למשל עניין Bailey, לעיל ה"ש 172, בעמ' 348. כן ראו Sonenshein, שם, בעמ' 902.

196 Black, לעיל ה"ש 143, בעמ' 53.

197 שם.

פרובטיבי הנחוצות לבית המשפט באותו הליך משפטי. ראיות שאין בהן צורך עלולות להביא לבזבוז זמן שיפוטי יקר, לסרבולו של ההליך המשפטי ולהארכתם של הדיונים שלא לצורך.

באשר לשלושת המבחנים האחרים סבורני כי ניתן לוותר עליהם, או למצער להתחשב בהם כשיקולים בלבד ולא כתנאים מחייבים להכשרת האמרה מכוחו של חריג שיורי, אם זה ייקבע, בישראל. התנאי השלישי, הנוגע לרלוונטיות של האמרה, מיותר, שכן בטרם בית המשפט דן בקבילותה של ראיה, עליו לבחון את מידת הרלוונטיות שלה לעובדות השנויות במחלוקת. אם האמרה לא תהא רלוונטית, היא תיפסל מכוח סעיף 1 לפקודת הראיות, המסמיך את בית המשפט לסרב לקבל ראיה או לזמן עד שעדותו אינה רלוונטית.¹⁹⁸ התנאי הרביעי, שלפיו קבלת האמרה תשרת את התכלית של כללי הראיות ואת עשיית הצדק, הוא עמום מדי ולא בכדי הוא לא זכה להתייחסות בפסיקה האמריקאית, ויש כאלו שוויתרו עליו. יתר על כן, תנאי זה לא יסייע כאשר כל אחת מתכליותיהם של דיני הראיות מושכת לכיוון שונה. כך למשל הבטחת זכויותיו של הנאשם יכולה להטות את הכף לטובת פסילתה של ראיה שהוצגה מטעם התביעה, ואילו התכלית בדבר חקר האמת תטה את הכף לכיוון ההפוך. עם זאת השיקול בדבר עשיית הצדק יכול להוות מאלה שבית המשפט יבחן, לאחר שייקבע כי מדובר בראיה שיש בה צורך, וכי קיימות ערובות למהימנותה. אף התנאי החמישי בדבר מתן הודעה מוקדמת לצד היריב אינו נחוץ בשיטת המשפט הישראלית, שכן בהליך הפלילי יש אפשרות לבקש מבית המשפט לזמן עדי הזמה, כאשר לא היה בידי הצדדים לצפות מראש את הצגת הראיה,¹⁹⁹ ואילו בהליך אזרחי הצדדים מחויבים להציג מראש, עובר לניהול המשפט, את הראיות שברצונם להציג במהלך המשפט ולהיערך לכך בהתאם. ייתכן שבמקרים מסוימים לא תהא כל תועלת בהודעה מוקדמת. עם זאת במקרים שבהם בית המשפט ישתכנע כי קיימת חשיבות להודעה מוקדמת לצד היריב, ניתן להתנות את הצגת הראיה בהודעה מראש לצד היריב או במתן הזדמנות סבירה להיערך לקראתה.

2. חריג שיורי במשפט האנגלי

(א) הקדמה

בדין האנגלי יש הבחנה בין הליכים פליליים להליכים אזרחיים, כשמדובר בסוגיה של עדות מפי השמועה. סעיף 1 ל-Civil Evidence Act 1995²⁰⁰ קובע כי לכלל הפוסל עדות מפי השמועה אין תחולה בהליכים אזרחיים.²⁰¹ לעומת זאת בהליכים פליליים חלים כלל הפסילה וחריגיו, ואלו מעוגנים בהוראת סעיף 114 ל-Criminal Justice Act, 2003 (להלן: **CJA** או **החוק**).²⁰² לפי הוראת סעיף 114(1) ל-CJA, עדות מפי השמועה קבילה כראיה לאמיתות תוכנה בתנאי שהיא נכנסת בגדרה של אחת מארבע הקטגוריות המנויות בסעיף. הקטגוריה הראשונה כוללת קבוצה של חריגים חקוקים לכלל הפסילה;²⁰³ הקטגוריה השנייה כוללת חריגים שמקורם במשפט המקובל האנגלי;²⁰⁴ הקטגוריה השלישית מתייחסת להסכמת התביעה והסנגוריה לקבילות הראיה,²⁰⁵ ואילו הקטגוריה הרביעית כוללת "חריג שיורי" לכלל הפסילה, שבכפוף לו רשאי בית המשפט להכשיר ראיות שנתקבלו מפי השמועה משיקולים של צדק.²⁰⁶

¹⁹⁸ ראו ס' 1 (א) לפקודת הראיות, המציין כי מותר להזמין כל אדם ליתן עדות בתנאי שהיא קבילה ורלוונטית. סעיף קטן (ב) קובע כי בית המשפט רשאי, לפי שיקול דעתו, לסרב להוציא הזמנה אם אין בה צורך או אם ראה שנתבקשה למטרה שאיננה גילוי האמת. כמו כן ראו ס' 106(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי), הקובע כי "בית המשפט יזמין, לבקשת בעל דין, כל אדם להעיד במשפט, זולת אם היה סבור שאין בהזמנת אותו אדם להועיל לבירור שאלה הנוגעת למשפט[...]".

¹⁹⁹ ראו בעניין זה ס' 165-168 לחוק סדר הדין הפלילי אשר עוסקים ב"ראיות הזמה".

²⁰⁰ Civil Evidence Act 1995, c. 38 (Eng.).

²⁰¹ Civil Evidence Act 1995, c. 38, §1 (Eng): "Admissibility of hearsay evidence: (1) In civil proceedings, evidence shall not be excluded on the ground that it is hearsay,,". על אף שלכלל הפסילה אין תחולה בהליכים אזרחיים באנגליה, קיימים תנאים ומגבלות החלים על צד להליך המשפטי אשר מעוניין להציג ראיה שנתקבלה מפי השמועה. ראו ס' 2, 3 ו-7 ל-CEA.

²⁰² Criminal Justice Act, 2003, c.44 (Eng.). ראו **הלוי** כרך ב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 563. הוראות החוק נכנסו לתוקף ב-4 באפריל, 2005. חוק זה נחקק בעקבות המלצותיה של הוועדה לרפורמה משפטית אשר פורסמו בשנת 1997 בדוח: THE LAW COMMISSION, EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS: HEARSAY AND RELATED TOPICS, 1997, Cm. 3670 (UK) (להלן: LC REPORT).

²⁰³ ס' 114(1)(a) ל-CJA. החוק כולל כמה חריגים חקוקים לכלל הפסילה המעוגנים בס' 116 ו-117 לחוק.

²⁰⁴ ס' 114(1)(b) ל-CJA. מספר מצומצם של חריגים שמקורם במשפט המקובל שומרו ב-CJA, והם מעוגנים בסעיף 118 לחוק.

²⁰⁵ ס' 114(1)(c) ל-CJA.

²⁰⁶ ס' 114(1)(d) ל-CJA.

(א) חריג שיורי לכלל הפסילה – סעיף CJA-ל 114(1)(d)

בשנת 1997 פרסמה הוועדה לרפורמה משפטית באנגליה (להלן: הוועדה) את אחד הדוחות המקיפים שהיא כתבה בסוגיה של עדות מפי השמועה.²⁰⁷ הוועדה הציעה להעניק לבתי המשפט שיקול דעת, אם כי מוגבל, בקבלת ראיה שנתקבלה מפי השמועה אם היא אינה נכנסת בגדרם של החריגים האחרים.²⁰⁸ בהציעה לעגן בחקיקה ראשית "חריג שיורי" לכלל הפסילה, ציינה הוועדה כי תכליתו של החריג השיורי היא לאפשר גמישות בהחלטת כלל הפסילה²⁰⁹ ולמנוע אי-צדק שעלול להיגרם בעקבות פסילתה של ראיה מכוחו של כלל זה.²¹⁰ הוועדה ראתה בחריג השיורי "ששתום ביטחון" חיוני, אשר נועד ליישום בנסיבות מיוחדות.²¹¹ המחוקק האנגלי קיבל את המלצת הוועדה ועיגן בהוראת סעיף CJA-ל 114(1)(d) חריג שיורי לכלל הפסילה.²¹² המחוקק העניק לבתי המשפט שיקול דעת רחב לקבל ראיה משיקולי צדק. מלשון החריג אי אפשר ללמוד על כוונת המחוקק להגביל את יישום החריג בנסיבות מיוחדות ביותר.²¹³ הלכה למעשה, בתי המשפט באנגליה משתמשים בליברליות בחריג השיורי, אם כי בזירות, מבלי לצמצם את תחולתו למקרים יוצאי דופן דווקא.²¹⁴

(ב) השיקולים שעל בית המשפט לשקול בבואו להחיל את החריג השיורי – סעיף CJA-ל 114(2)

נוסף על סעיף CJA-ל 114(1)(d), שהסמיך את בתי המשפט לקבל ראיה מפי השמועה משיקולי צדק, קבע המחוקק בסעיף 114(2) לחוק תשעה שיקולים שאותם על בית המשפט לשקול בבואו להכריע בשאלת מעמדה של ראיה מכוחו של החריג השיורי.²¹⁵ שיקולים אלו כוללים את הערך הפרובטיבי של הראיה או את מידת נחיצותה של הראיה לשם הבנת הראיות האחרות; קיומן של ראיות אחרות אשר נוגעות לעובדה הטעונה הוכחה מלבד הראיה האמורה; חשיבותה של הראיה בהקשר של התיק כולו;²¹⁶ נסיבות מסירת האמרה; מידת מהימנותו של מוסר האמרה; מידת מהימנותה של הראיה האמורה;²¹⁷

- 207 LC Report, לעיל ה"ש 202.
- 208 שם, ס' 8.133, 8.136, 8.143.
- 209 שם, ס' 8.136.
- 210 שם, ס' 8.133. במהלך דיוני הוועדה השמיעו נציגי התביעה הכללית את חששם מחקיקתו של חריג שיורי, שמא יאפשר לנאשמים להציג לבתי המשפט מספר רב של ראיות ללא ערובה לאמיתותן. חרף חששה של התביעה הכללית וקיומן של התנגדויות מצד כמה גורמים, המליצה הוועדה על חקיקתו של החריג.
- 211 שם, ס' 8.143. הוועדה ציינה בדו"ח האמור כי אם יעשה שימוש תדיר בחריג השיורי, ערכאות הערעור תנחנה את שיקול דעתן של הערכאות הדיוניות באשר להחלטתן. ראו CHOO, לעיל ה"ש 7 בעמ' 297; SIDNEY LOVELL PHIPSON, 111, בעמ' 101. (Hodge M. Malek ed., 18th ed. 2013) PHIPSON ON EVIDENCE 994 (להלן: PHIPSON); SPENCER, לעיל ה"ש 111, בעמ' 101.
- 212 Criminal Justice Act, 2003, c.44, §144 (Eng):
- "Admissibility of Hearsay Evidence
- (1) In criminal proceedings, a statement not made in oral evidence in the proceedings is admissible as evidence of any matter stated if, but only if – [...]
- (d) The court is satisfied that it is in the interests of justice for it to be admissible,...
- 213 SPENCER, לעיל ה"ש 111, בעמ' 103.
- 214 שם, בעמ' 103–104. ראו ("In our judgment, s 114(1)(d) of the Act 2003 is to be cautiously applied, since otherwise the conditions laid down by Parliament in s 116 would be circumvented...But s 114(1)(d) should not be so narrowly applied that it has no effect,," Sak v CPS [2007] EWHC (Admin) 2886, (2007) 172 JP 89. כמו כן ראו CJA § 114(2): "In deciding whether a statement not made in oral evidence should be admitted under subsection (1)(d), the court must have regard to the following factors (and to any others it considers relevant) -
- (a) how much probative value the statement has (assuming it to be true) in relation to a matter in issue in the proceedings, or how valuable it is for the understanding of other evidence in the case;
- (b) what other evidence has been, or can be, given on the matter or evidence mentioned in paragraph (a);
- (c) how important the matter or evidence mentioned in paragraph (a) is in the context of the case as a whole;
- (d) the circumstances in which the statement was made;
- (e) how reliable the maker of the statement appears to be;
- (f) how reliable the evidence of the making of the statement appears to be;
- (g) whether oral evidence of the matter stated can be given and, if not, why it cannot;
- (h) the amount of difficulty involved in challenging the statement;
- (i) the extent to which that difficulty would be likely to prejudice the party facing it,...
- 216 ככל שהראיה תהא חשובה יותר ומהימנה יותר, כך תגבר הנטייה להכשיר את קבילותה. PHIPSON, לעיל ה"ש 211, בעמ' 998. כמו כן, ראו הפנייה שם לפס"ד R v. Cole and Keet [2007] 1 W.L.R 2716 at 39.
- 217 R v. Marsh [2008], EWCA (Crim) 1816.

אם יש עדות בעל פה על אותו עניין, ואם לא, מהי הסיבה לכך;²¹⁸ הקושי הכרוך בסתירת הראיה;²¹⁹ הסיכון לפגיעה בהגינות ההליכים. כמו כן קובע הסעיף כי בתי המשפט רשאים לשקול גם שיקולים רלוונטיים אחרים.²²⁰

(ג) החרג השיורי כאמצעי להבטחת ניהול צודק של ההליך הפלילי

המחוקק האנגלי העניק לבתי המשפט סמכות לסטות מכלל הפסילה משיקולים של צדק. הואיל והמונח "צדק" הוא רחב ועמום, ניתן ללמוד על כוונת המחוקק מסעיף 1 לחוק, הקובע כי תכלית ה-CJA היא ניהול צודק של הליכים פליליים.²²¹ בהמשך פורט המחוקק את מטרות המשנה הנגזרות מהמטרה הראשית, הכוללות את המטרות האלה: זיכוי של אדם חף מפשע והרשעתם של נאשמים; התייחסות שווה הן לתביעה והן להגנה; הכרה בזכויות הנאשם; כיבוד אינטרסים של עדים, קורבנות וחברי מושבעים, ויידועם באשר להתקדמות ההליך; ניהול ההליך ביעילות ובמהירות; הבטחה כי מלוא המידע יהיה מצוי ברשות בית המשפט בבואו להטיל ערבויות או לגזור את דינו של הנאשם; ניהול ההליך בדרך שתביא בחשבון את חומרת העבירה, את מורכבות העניין, את חומרת התוצאות כלפי הנאשם ומעורבים אחרים שאפשר שיושפעו ממנה ואת הצרכים של תיקים אחרים.²²² מכאן שקבלת עדויות מפי השמועה מטעמי צדק צריכה לעלות בקנה אחד הן עם התכלית העיקרית, שהיא ניהול צודק של ההליך הפלילי, והן עם מטרות המשנה המפורטות לעיל. לגישתו של ספנסר, המטרה העיקרית של החרג השיורי היא לאפשר לבית המשפט להגיע לתוצאה מדויקת מבחינה עובדתית. לפיכך השאלה הראשונה שעל בית המשפט לשאול היא אם הראיה שבמחלוקת משכנעת ומהימנה.²²³ יתר על כן, על בית המשפט לשקול את תשעת השיקולים הקבועים בסעיף 114(2) לחוק, בתוך שימת דגש על הערך הפרובטיבי של הראיה ומידת התאמתה של ראיה זו לראיות האחרות הקיימות בתיק, אם בכלל.²²⁴

(ד) יישומו של החרג השיורי בפסיקה הלכה למעשה

במשך השנים הצטברה פסיקה הנוגעת ליישומו של החרג השיורי ולתשעת השיקולים השונים שעל בית המשפט לבחון. כך לדוגמה נקבע כי בית המשפט נדרש להתחשב בכל תשעת השיקולים המנויים בסעיף 114(2) לחוק,²²⁵ אך הוא אינו נדרש להגיע למסקנה ספציפית בנוגע לכל אחד מהם.²²⁶ עוד נקבע כי נוכחותו של מוסר האמרה (עד המקור) על דוכן העדים היא שיקול לטובת קבלתה של אמרת החוץ שלו.²²⁷ כמו כן בכמה פסקי דין נקבע כי בית המשפט לא יכשיר ראיה שנתקבלה מפי השמועה שמציעה ההגנה, אם בקרב חבר המושבעים קיים קושי רב לקבוע אם מוסר האמרה דובר אמת.²²⁸ החשש מפני פברוק וסילוף של ראיות בידי נאשמים הועלה בידי התביעה כבר בדיוני הוועדה לרפורמה משפטית.²²⁹ מהפסיקה עולה כי נאשמים השתמשו בחרג השיורי בין היתר כדי להכשיר אמרה של אדם שלא הופיע בבית המשפט, אשר נטען בעניינו שהוא הודה בביצוע העבירה המיוחסת לנאשם או כדי להכשיר אמרת חוץ של עד שלפיה אדם אחר (ולא הנאשם) ביצע את העבירה מבלי שהעד יזמן לעדות בבית המשפט.²³⁰ הלכה למעשה בתי המשפט באנגליה נוטים לפסול ראיות שכאלו, בעיקר כאשר ניתן לזמן את מוסר האמרה לעדות.²³¹

²¹⁸ R v. Z [2009] EWCA (Crim) 20; R v. L [2008], EWCA (Crim) ; R v. Khan [2009] EWCA (Crim) 86
²¹⁹ 973; R v. L [2008] EWCA (Crim) 973; [2008] 2 Cr. App. R. 18
²²⁰ R v. S [2007] EWCA (Crim) 335; [2008] 2 Cr. App. R. 26
²²¹ PHIPSON, לעיל ה"ש 211, בעמ' 998.
²²² ראו ס' 1 ל-CJA שכותרתו "overriding objective".
²²³ SPENCER, לעיל ה"ש 111, בעמ' 107.
²²⁴ שם.
²²⁵ PHIPSON, לעיל ה"ש 211, בעמ' 998; ראו לדוגמה R v. Taylor [2006], EWCA (Crim) 260, [2006] 2 Cr. App. R. 14, per Rose L.J.
²²⁶ R v. Z [2009], EWCA (Crim) 20, [2009] 3 All. ; R v. Y [2008], EWCA (Crim) 10, [2008] 1 WLR 1683 ER 1015. כן ראו PHIPSON, ה"ש לעיל 211, בעמ' 998; SPENCER, לעיל ה"ש 111, בעמ' 108.
²²⁷ PHIPSON, שם, בעמ' 999. ראו לדוגמה R v. Xhabri [2005], EWCA (Crim) 3135; [2006] 1 All E.R. 776; [2006] 1 Cr. App. R. 26.
²²⁸ PHIPSON, שם, בעמ' 1001-1000. ראו לדוגמה R v. Finch, [2007] EWCA (Crim) 36.
²²⁹ LC Report, לעיל ה"ש 202, סעיף 8.143; SPENCER, לעיל ה"ש 111, בעמ' 109.
²³⁰ SPENCER, שם.
²³¹ שם, בעמ' 110. ראו לדוגמה R v. O'hare [2006], EWCA (Crim) 2512; R v. Deny [2013] EWCA (Crim) 110; Richards [2007], EWCA (Crim) 709; R v. Finch [2007] EWCA (Crim) 36, [2007] 1 WLR 1645.

באשר להתערבותה של ערכאת הערעור בהחלטת הערכאה הדיונית לקבל ראיה מכוחו של החריג השיורי או לפוסלה נקבע כי במקרים שבהם הערכאה הדיונית שקלה את כל השיקולים הרלוונטיים הקבועים בסעיף 114(2) ל-CJA, ערכאת הערעור תתערב בהחלטת הערכאה הדיונית רק כאשר מסקנת השופט הייתה שגויה לחלוטין, או במקרים שבהם הערכאה הדיונית לא שקלה את כל השיקולים שמחובתה לשקול.²³² אף שהוועדה לרפורמה משפטית המליצה בדוח כי החריג השיורי מיועד למקרים שבהם אי אפשר להכשיר אמרה מסוימת באמצעות החריגים הקיימים,²³³ הרי שבספרות המשפטית נשמעת הדעה, ואף היא באה לביטוי בחלק מפקדי הדין, שאין מניעה להכשיר ראיה מכוחו של החריג השיורי מבלי לבחון קודם לכן אם ניתן להכשירה באמצעות החריגים הקיימים.²³⁴ ספנסר טוען אף כי במקרים שבהם מוצגת בבית המשפט ראיה משכנעת, ייטה בית המשפט להכשיר דווקא באמצעות החריג השיורי כדי לעקוף את החריגים הקיימים או להימנע מהמגבלות הקבועות בהם.²³⁵ ואילו במקרים שבהם מוצגת בפני בית המשפט ראיה משכנעת שקיימת ודאות גבוהה שהיא תוכשר באמצעות חריג קיים, בתי המשפט יכשירו אותה באמצעות החריג השיורי, כאמצעי ביטחון. למעשה, בתי המשפט מציינים כי הם אומנם מאמינים שהראיה שבמחלוקת קבילה לפי חריג ספציפי כזה או אחר, אולם בהנחה שהם טועים בהערכתם, מן הצדק לקבל את הראיה מכוח סעיף 114(1)(d) ל-CJA.²³⁶

(ה) לקחים פרגמטיים

הננו עדים לכך כי המחוקק האנגלי הלך בדרכו של המחוקק האמריקאי ועיגן בחקיקה ראשית חריג שיורי לכלל הפסילה כחלק מרפורמה כללית בדיני הראיות, ובעיקר בסוגיה של עדויות מפי השמועה. אלא שבשונה מהמשפט האמריקאי, אשר מתנה את קבילות האמרה (ולו פורמלית) בהתקיימותם של חמישה מבחנים, המחוקק האנגלי אינו מתנה את קבלת האמרה במבחנים או בתנאים מחייבים, אלא הוא מחייב את בית המשפט לשקול שיקולים מסוימים מבלי לחייבו להגיע למסקנה בנוגע לכל אחד מהם.²³⁷ פועל יוצא הוא שמרחב שיקול הדעת שניתן לשופטים באנגליה רחב בהרבה מזה של השופטים בארצות הברית. לעובדה זו השלכה ברורה הנוגעת לוודאותם של ההליכים המשפטיים. יתר על כן, התוויית שיקול הדעת השיפוטי באמצעות שיקולים שונים מבלי לדרג אותם על פי חוזקם ומידת חשיבותם, ומבלי לחייב את בית המשפט להגיע למסקנה בעניין כל אחד מהם, או לפחות בעניינים של חלק מהם, עלולה להביא לכך ששופטים שונים ייחסו משקל שונה לכל אחד מהשיקולים. בדרך זו ההכרעה בדבר גורל הראיה תהא תוצר של העדפה סובייקטיבית או מתן משקל סגולי גדול לסוג מסוים של שיקולים על פני שיקולים אחרים, והדבר יגביר עוד יותר את הפגיעה בוודאות המשפטית. הבדל נוסף בין שני המודלים נעוץ ביישומו של החריג השיורי לצידם של החריגים הקיימים. כללי הראיות הפדרליים מתנים את תחולת החריג השיורי במקרים שבהם אי אפשר להכשיר את האמרה באמצעות אחד מהחריגים הקיימים. עם זאת הגישה המקובלת בפסיקה האמריקאית שניתן להחיל את החריג השיורי גם במצבי near miss.²³⁸ לעומת זאת הדין האנגלי מאפשר לפנות למסלול השיורי משיקולים של צדק, ללא כל תנאי או מגבלה, גם כאשר האמרה מוסדרת באמצעות חריג קיים.²³⁹ אף

²³² SPENCER, שם, בעמ' 111. ראו לדוגמה 709 (Crim) EWCA [2007], R v. Richards.
²³³ LC REPORT, לעיל ה"ש 202, ס' 8.133, 8.136, 8.143.
²³⁴ PHIPSON, לעיל ה"ש 211, בעמ' 994-995. ראו לדוגמה, 1815, 170 JP 753, [2006] EWCA (Crim) R v. Isichei.
²³⁵ SPENCER, לעיל ה"ש 111, בעמ' 105. ראו לדוגמה 1271 (Admin) EWHC [2006], Maher v. DPP.
²³⁶ SPENCER, שם, בעמ' 105. ראו לדוגמה Xhabri, לעיל ה"ש 227; 660 (Crim) EWCA [2006], R v. Singh.
²³⁷ שיקולים אלו כוללים את הערך הפרובטיבי של הראיה או את מידת נחיצותה של הראיה לשם הבנת הראיות האחרות; ראיות אחרות הקיימות בתיק והנוגעות לעובדה הטעונה הוכחה, לבד מהראיה האמורה; חשיבותה של הראיה בהקשר של התיק כולו; נסיבות מסירת האמרה; מידת מהימנותו של מוסר האמרה; מידת מהימנותה של הראיה האמורה; אם יש עדות בעל פה על אותו עניין, ואם שלא, מהי הסיבה לכך; הקושי הכרוך בסתירת הראיה; הסיכון לפגיעה בהגינות ההליכים. כמו כן קובע הסעיף כי בתי המשפט רשאים לשקול גם שיקולים רלוונטיים אחרים.
²³⁸ McCORMICK, לעיל ה"ש 8, בעמ' 568-569. כך לדוגמה בפסק דין 366, 374-376, 249 F.3d U.S. v. Wilson.
²³⁹ 5th Cir. 2001)) קיבל בית המשפט מסמכים בנקאיים זרים מכוח החריג השיורי, לאחר שהמסמכים האמורים לא עמדו בתנאיו של חריג ספציפי. בית המשפט קבע כי העובדה שהמסמכים אינם עומדים בתנאיו של חריג ספציפי אינה מונעת מבית המשפט לבחון את קבילותם מכוחו של החריג השיורי. כמו כן בפסק דין 258 F.3d U.S. v. Laster, 525, 530 (6th Cir. 2001), אימץ בית המשפט את הגישה שלפיה אי-עמידה בתנאיו של חריג קיים אינה מהווה מחסום בפני הכשרת האמרה מכוחו של החריג השיורי. ראו לדוגמה פסקי דין נוספים שפסקו ברוח זו: People v. Katt, 468 Mich. 272, 662 N.W.2d 12, 18-23 (2003), וכן את פסק דין, 280 Wis. 2d 104, 695 N.W.2d 731, 749 (2005) State v. Anderson, 2005 WI 54.
²³⁹ LC REPORT, לעיל ה"ש 202, ס' 8.133, 8.136, 8.143, PHIPSON, לעיל ה"ש 211, בעמ' 994-995. ראו לדוגמה R v. Isichei [2006], EWCA (Crim) 1815, 170 JP 753, [2007] Crim LR 484.

בעניין זה סבורני כי רשת ההגנה והביטחון שהמודל האמריקאי מספק לחריגים הקיימים טובה מזו שמספק מקבילו האנגלי. האפשרות שתהיה לצדדים ולבתי המשפט להכשיר באמצעות המסלול השיורי אמרה שיש בעניינה חריג קיים רק תגביר את הסיכון שבריקון החריגים הקיימים מתוכן ואת הפגיעה בוודאות המשפטית. אפשר לפוגג את החששות האמורים בכמה דרכים אפשריות: האחת היא לקבוע כלל ברירה אשר ימנע מהצדדים לפנות למסלול השיורי כאשר קיים חריג המסדיר את קבילותה של האמרה; השנייה היא קביעת כלל שלפיו כאשר אמרה לא עמדה בתנאיו של חריג ספציפי (מצבים של "כמעט חריג" או near miss) אין לאפשר את הכשרתה דרך המסלול השיורי; שלישית, ניתן לקבוע "מסלול שיורי ייעודי" לאמרות במצבי "כמעט חריג". המסקנות והלקחים מפרק זה יסייעו בבנייתו של מודל ישראלי משופר ומשודרג ביחס למודל הדומה לו במשפט האנגלו-אמריקני.

ה. "חריג שיורי" בדיני הראיות בישראל – המודל המוצע

יתרונותיו וחסרונותיו של כלל הפסילה, חסרונם של החריגים הקיימים, המסקנות והלקחים מסקירת המשפט האנגלו-אמריקני ומגמת המעבר מכללי קבילות לכללי משקל – כל אלה הביאו למסקנה כי נדרשת נקודת איזון גמישה מזו שבדין הקיים. נקודת האיזון הראויה היא שתאפשר לבתי המשפט לקבל אמרות מפי השמועה בכפוף לשיקול דעתם השיפוטי. שיקול דעת זה נדרש הן באשר לעדויות שמעמדם אינו מוסדר באמצעות החריגים הקיימים והן באשר לעדויות הנופלות בקטגוריה של "כמעט חריג". החריגים הקיימים אומנם מאזנים את כלל הפסילה במידת מה, אולם הם אינם מסדירים את כל סוגי העדויות שיכולים להגיע לפתחו של בית המשפט. אף אם נניח כי חלוף הזמן תרם לכך שמרבית העדויות כבר מוסדרות באמצעות חריגים שונים, אי אפשר לשלול את הטענה שבהיעדר חריג המאפשר להסדיר את אותן אמרות, מלכתחילה אי אפשר להציג אותן בבית המשפט, ואי אפשר לקיים דיון בעניינן. אף לשונם הדווקנית של החריגים הקיימים אינה מותירה מרחב של שיקול דעת. לפיכך האפשרות שבית המשפט יקבל אמרות בתוך כדי הגמשת תנאיהם של החריגים הקיימים בדרך פרשנית היא מוגבלת עד מאוד. היעדר שיקול הדעת נכון גם לאמרות במצבי "כמעט חריג". זאת ועוד, העובדה כי זה שנים רבות קיים במשפט האנגלו-אמריקני חריג שיורי, ללא עדות כי הוא רוקן את החריגים מתוכן, או שהוא ערער את היציבות המשפטית, היא מענה מרגיע במידה מסוימת לחששות דומים מפני יצירה של חריג שיורי בישראל. יתר על כן, כחלק מהלקחים הפרגמטיים מהדיון בפרק הרביעי, רשת ההגנה שהמודל המוצע מספק לחריגים הקיימים טובה מזו שבמודל האנגלי או האמריקאי. אף מגמת המעבר מכללי קבילות לכלל משקל, אשר החלה בתחילת שנות השמונים של המאה הקודמת, נותנת רוח גבית למודל המוצע. אומנם מגמה זו, אשר תומכת בגמישותם של דיני הראיות, הביאה ליצירתם של חריגים נוספים לכלל הפסילה, אלא שחריגים אלו אינם נותנים מענה שלם וכולל לכל האמרות שראוי ומוצדק לקבלן. במובן זה המודל המוצע נועד לתת מענה גם לסוג זה של אמרות.

המסקנות והלקחים מהפרקים הקודמים של המאמר תורגמו לחמש דרישות או תכליות שהמודל המוצע צריך לעמוד בהן: ראשית, המודל המוצע צריך לאפשר לבתי המשפט לקבל אמרות שמעמדם אינו מוסדר בדין; שנית, הוא צריך לתת מענה לאמרות הנופלות בקטגוריה של "כמעט חריג"; שלישית, הוא צריך להתיישב עם התשתית הרציונלית שבבסיס החריגים הקיימים המצדיקה קבלת אמרות על בסיס הצורך שבהן ומידת מהימנותן; רביעית, הוא צריך לתת ביטוי לשיקולים ערכיים ודיוניים מלבד השיקולים בדבר הצורך בראיה ומידת מהימנותה; חמישית, עליו לספק רשת הגנה טובה לחריגים הקיימים מפני ריקונם מתוכן. ודוק, כל אחת מהדרישות לבדה יכולה להביא ליצירתם של מודלים שונים באופיים, במבנה שלהם ובתחולתם. למשל, הדרישה להכשרת אמרות נוספות שמעמדם טרם הוסדר בדין יכולה להביא למודל גמיש שיתמוך בשיקול דעת שיפוטי רחב. לעומת זאת היה ונרצה ליצור מודל שימנע את ריקונם של החריגים הקיימים מתוכן, נצטרך לקבוע מודל שימנע מהצדדים להכשיר אמרות שמעמדם מוסדר באמצעות מערך החריגים הקיים דרך המסלול השיורי, ושיתמוך בהותרת המצב המשפטי בעינו, ככל שהוא נוגע לאמרות במצבי "כמעט חריג". לעומת הדרישה ליצירת חריג שיורי שיתיישב עם התשתית התאורטית של החריגים הקיימים, שיש בה כדי להביא ליצירת מודל

שמרני שיקדם את חקר האמת, יש בהתחשבות בתכליות אחרות של דיני הראיות ובאינטרסים של הצדדים כדי להביא להעדפת מודל צודק יותר שיצריך את בחינתם ושקילתם של שיקולים שונים מלבד שיקולים אפיסטמיים הנוגעים לחשיפת האמת. יוצא שלכל אחת מהדרישות יכולה להיות השפעה משלה על עיצובו של החריג השיורי, על מתכונתו, על היקף תחולתו ועל מרחב שיקול הדעת השיפוטי שיוענק לבית המשפט. הואיל והמודל המוצע נועד לתת מענה לכל חמש הדרישות יחד, יש להביא בחשבון כי ייתכן שהפתרון לא יספק את המענה השלם והטוב ביותר שניתן להבטיח, אילו היה המודל מתיימר לעמוד רק בחלק מהדרישות, או רק באותן דרישות שתבאנה ליצירתו של מודל שיבטיח את הגשמתן המלאה. נדמה כי דווקא הצבת התכליות האמורות כולן יחד תתרום לבנייתו של מודל מאוזן, אשר מביא עמו רוח של שינוי וחדשנות, לצד שמרנות ואיפוק.

1. נוסח מוצע לחריג שיורי

המודל המוצע יכול שייקבע כהוראה סטוטורית בפקודת הראיות, והוא ניתן לאימוץ בפסיקת בית המשפט העליון. החריג השיורי מוקם בסימן ב של פרק א לפקודת הראיות. פרק א דן ב"עדות בעל פה", וסימן ב עוסק בעדות על אמרות ובחריגים העיקריים לכלל הפסילה. נדמה כי מיקומו הטבעי של חריג זה הוא בפתח סימן ב, כהוראה המקדימה את החריגים לכלל הפסילה. חלף זאת לבית המשפט העליון יש סמכות לאמץ את המודל המוצע בפסיקה ולהופכו לחלק מדיני הראיות שאינם מעוגנים בחוק,²⁴⁰ בדומה למרבית ההוראות שבדיני הראיות אשר נקבעו בפסיקה. מכוח סמכותו של בית המשפט ליצור חריגים נוספים היכולת ליצור חריג שיורי נכללת במסגרת סמכות זו. בדיון שלהלן אציג את הנוסח המוצע, אעמוד על תוכנו ועל אופן יישומו.

סימן ב לפקודת הראיות

א8'. חריג שיורי לכלל הפוסל עדות מפי השמועה.

בהליך משפטי תהא עדות על אמרה שאמר אדם קבילה לאמיתות תוכנה באותו הליך, בהתקיים אלה:

1. לא עמדה האמרה באחד או יותר מתנאיו של חריג קיים, אולם בית המשפט שוכנע כי קיים צורך באמרה, וכי קיימות ערובות חלופיות המבטיחות את אמיתותה.
2. אין קיים בדין הסדר המאפשר להכשיר את קבוצת האמרות שאליה משתייכת האמרה, והאמרה עומדת בתנאים האלה במצטבר:
- א. בית המשפט שוכנע כי קיים צורך באמרה, וכי קיימות ערובות המבטיחות את אמיתותה.
- ב. שוכנע בית המשפט כי קיים צורך באמרה, וקיימות ערובות להבטחת אמיתותה, יחליט בדבר קבלתה או פסילתה של הראיה לאחר שנתן את דעתו לשיקולים רלוונטיים, כגון מידת תרומתה של הראיה לחשיפת האמת; מהימנות מוסר האמרה; זמינותו של מוסר האמרה למתן עדות; הקושי הכרוך בסתירת הראיה בידי הצד היריב; הפגיעה האפשרית בזכויות הצדדים ובאינטרסים שלהם אל מול התועלת שתצמח הן מפסילת הראיה והן מקבלתה; הגינות של ההליכים, טעמים של צדק ועוד.
3. לא תוכשר אמרה על פי סעיף זה מקום שבו קיים חריג המאפשר את הכשרתה.

החריג השיורי המוצע חל בכל הליך משפטי אשר נידון לפי דיני הראיות. לפיכך הוא אינו מוגבל לסוג מסוים של הליכים, והוא חל הן בהליך פלילי והן בהליך אזרחי. החריג מתייחס לשני סוגים של אמרות שקבילותן תיבחן בשלושה מסלולים. המסלול הראשון כולל אמרות שמעמדן מוסדר באמצעות חריג קיים, סטוטורי או פסיקתי, ועל כן לא תתאפשר הכשרתן באמצעות החריג השיורי. המסלול השני מאפשר לבחון את קבילותה של אמרה במצבי "כמעט חריג". למסלול השלישי תנותבנה אמרות שאין בעניינן חריג המאפשר להכשיר את קבילותן. זהו המסלול השיורי ה"קלאסי" המאפשר להכשיר אמרה

²⁴⁰ ראו לדוגמה עניין **מרציאנו**, לעיל ה"ש 137.

בכפוף לצליחתם של שני שלבים : בשלב הראשון על בית המשפט לבחון את עמידתה של האמרה בשני מבחנים – קיומו של צורך באותה אמרה וקיומן של ערובות לאמיתותה. היה והאמרה תעמוד בשני התנאים האמורים במצטבר (בשלב הראשון), על בית המשפט להמשיך לשלב השני, ובו עליו לשקול שיקולים נוספים שלאורם תתקבל ההחלטה בדבר קבלתה של הראיה או פסילתה. רשימת השיקולים שבסעיף אינה סגורה, ובית המשפט רשאי לשקול שיקולים רלוונטיים נוספים שיסייעו בידו לקבל החלטה בדבר מעמדה של האמרה. הרעיון הוא שכל אחת מהאמרות תנותב למסלול המתאים לה. אמרה שלא תוכשר דרך המסלול שמתאים לה תיפסל, ויהיה אי אפשר להכשירה דרך מסלול חלופי. משמעות הדבר היא שיהיה אי אפשר להכשיר אמרות שקיים בעניין חריג או אמרות במצבי "כמעט חריג" דרך המסלול השיורי השלישי. הרציונל שמאחורי מתווה זה הוא שמירת מעמדם של החריגים הקיימים בתוך כדי הגבלתו וצמצומו של שיקול הדעת השיפוטי במצבי "כמעט חריג".

(א) מסלול ראשון : אמרה שמעמדה מוסדר באמצעות חריג קיים

המסלול הראשון מיועד לאמרות שנתקבלו מפי השמועה, ואשר קיים בעניין חריג המאפשר את קבלתן. כאשר מעמדה של אמרה מסוימת מוסדר באמצעות חריג ספציפי, תוכשר האמרה באמצעות אותו חריג. למשל, כאשר האמרה שבמחלוקת היא של קורבן מעשה אלימות, הדרך להכשרת האמרה תעבור דרך סעיף 10 לפקודת הראיות. וכאשר מדובר באמרה של אדם שהיה עד לביצוע עבירה, הדרך להכשירה תעבור דרך סעיף 9 לפקודה. כאשר בית המשפט יקבע כי מדובר במצב של "כמעט חריג", תנותב האמרה למסלול השני. בדרך זו יימנע מהצדדים לעקוף את החריגים הקיימים באמצעות המסלול השיורי.

החשש מכך שחריג שיורי יגרום לעקיפתם של החריגים הקיימים הטריד את מנוחתם של המחוקקים בארצות הברית ובאנגליה. כללי הראיות הפדרליים מתנים את תחולת החריג השיורי במקרים שבהם אי אפשר להכשיר את האמרה באמצעות החריגים הקיימים, ואילו הדין האנגלי מאפשר לפנות למסלול השיורי ללא כל תנאי או מגבלה. על מנת לספק רשת ביטחון טובה לחריגים הקיימים מפני עקיפתם באמצעות המסלול השיורי, מוצע לאמץ את ההתניה הקיימת במודל האמריקאי, ועל בתי המשפט לדאוג לאוכפה. רשת ביטחון זו תתרום לוודאותם של ההליכים, שכן אף אם נניח כי מרבית האמרות מוסדרות באמצעות מערך החריגים הקיים, הרי בחינת הראיה לפי אותם חריגים תוסיף ותיעשה כפי שהיא נעשית היום, ובעניינה לא יהא כל שינוי.

(ב) מסלול שני : מצבי "כמעט חריג"

המסלול השני מיועד לאמרות שקיים בעניין חריג המאפשר את הכשרתן, אלא שהאמרה אינה עומדת בתנאי או בתנאים הקבועים באמרה אשר נועדו להבטיח את הרציונלים שבבסיס החריג, ובעיקר את מהימנותה. אמרה שכזו עשויה להגיע למסלול השני הן במישרין והן בעקיפין : בעקיפין, כאשר האמרה נבחנה תחילה במסלול הראשון, לפי תנאי החריג המסדירים את מעמדה, ובית המשפט קבע כי מדובר במצב של "כמעט חריג". במקרה זה תנותב האמרה למסלול השני. ואילו במקרה שבו הצד המעוניין להציג את האמרה מודע לכך שהאמרה אינה עומדת בתנאיו הדווקניים של חריג מסוים, וברצונו להכשיר את האמרה דרך המסלול השני, רשאי הוא לפנות למסלול זה במישרין.

הבחירה במסלול השני נועדה לתת מענה ספציפי לבעיית ה"כמעט חריג", אשר נדונה בפרק השלישי של המאמר, שבו פורטו יתרונותיו של פתרון זה. המטרה ביצירת מסלול ספציפי למקרים אלו נועדה לתת מענה קונקרטי לבעיית ה"כמעט חריג", במנותק מהמענה שיש לתת לאמרות שמעמדן אינו מוסדר באמצעות מערך החריגים הקיים. ההנחה היא כי נודעת חשיבות לתשתית הרציונלית שבבסיס החריג שמכוחו תוכשר האמרה. חריג ספציפי נוצר מתוך צורך באמרה שניתנה בנסיבות מסוימות בהליך משפטי, ומתוך הנחה כי התנאים הקבועים בו מבטיחים את מהימנותה. כאשר ישתכנע בית המשפט כי קיים צורך באותה אמרה, וכי חלק התנאים החסרים שנועדו להבטיח את אמיתות האמרה קיימות ערובות איכותיות אחרות המבטיחות באותה מידה את אמיתותה, יש לאפשר לו לקבלה. על פי מודל זה, שיקול הדעת השיפוטי מוגבל ומצומצם אך לבחינת התקיימותה של התשתית הרציונלית שבחריג בסטייה מהתנאים הקבועים בו.

דרך חלופית להסדיר את קבילותן של אמרות במצבי "כמעט חריג" היא לקבוע "חריג שיורי" פנימי בכל אחד מהחריגים הקיימים. כך, במקרים של "כמעט חריג" שבהם תימצא ערובה חלופית לאמיתות

האמרה, יוכל בית המשפט להיעזר ב"חריג שיורי פנימי" כדי להכיר בקבילותה. בדרך זו יהיה ניתן לעצב כל חריג שיורי עיצוב שונה משל חברו, בזיקה לחריג הספציפי שבגדרו הוא נמצא. לדוגמה, יהיה ניתן לנסח את החריג השיורי הפנימי של סעיף 9 לפקודת הראיות ניסוח שלפיו השימוש בו יתאפשר רק אם אי אפשר לזמן את מוסר האמרה לבית המשפט מטעמים אובייקטיביים, בניגוד לאחד התנאים הקבועים בסעיף 9 המחייב את נוכחותו של מוסר האמרה בבית המשפט. דוגמה נוספת היא החריג הקבוע בסעיף 10 לפקודה המאפשר להכשיר אמרה של קורבן מעשה עבירה. ניתן לקבוע כי החריג השיורי הפנימי שבסעיף זה יהיה נגיש רק במקרים שערכה הפרובטיבי של הראיה לא נפגע חרף אי-העמידה באחד מתנאי הסעיף האחרים. עיצוב החריגים השיוריים ה"פנימיים" יאפשר לדוגמה לקבוע כי רק במקרים שבהם האמרה אינה עומדת בתנאי אחד בלבד מבין תנאי החריג, יהיה ניתן לבחון את האמרה במסלול השיורי הפנימי. עוד יהיה ניתן לקבוע כי תנאים מסוימים שבחריג הם קוגנטיים ובלתי ניתנים להתנאה או להחלפה, ואילו באשר לתנאים אחרים ניתן להסתפק בחלופות השוות בערכן ההוכחתי לתנאים החסרים. אף באשר לפתרון האמור ניתן לקבוע "כלל ברירה" שלא יאפשר להכשיר אמרה שלא עמדה בתנאי החריג, לרבות החריג השיורי הפנימי שבו, באמצעות החריג השיורי הכללי הקבוע במסלול השלישי.

החיסרון שבקביעת חריגים שיוריים פנימיים נעוץ בכך שהוא יצריך את שינויים של כל החריגים הקיימים, הסטטוטוריים והפסיקטיים כאחד. אשר לחריגים הסטטוטוריים, השינויים אמורים להתקבל בחוק, על כל המשתמע מכך, לרבות משך הזמן הארוך שיידרש לטובת העניין. ואשר לחריגים הפסיקטיים, על בית המשפט העליון לקבוע את אותם חריגים שיוריים פנימיים ולנסחם. אלא שיתאפשר לעשות כן רק כאשר יידרש בית המשפט העליון לדון בחריג מסוים בערעור על פסק הדין. היה וחריג מסוים לא יגיע לפתחו של בית המשפט העליון, לא תהא דרך לעגן בו חריג שיורי פנימי. לעומת זאת ברגע שהמודל המוצע ייקבע בחוק או שהוא יאומץ בפסיקה, הוא יחול על כל החריגים באשר הם, חקיקתיים ופסיקטיים כאחד, והוא ניתן ליישום מיד.

(ג) מסלול שלישי (מסלול שיורי): אמרות שמעמדן אינו מוסדר באמצעות החריגים הקיימים

המסלול השיורי מיועד לאמרות שמעמדן אינו מוסדר באמצעות חריג ספציפי. אף אם נצא מנקודת הנחה כי מרבית האמרות כבר מוסדרות באמצעות חריג קיים, אי אפשר לשלול את הטיעון כי ייתכנו אמרות נוספות שאינן מוצגות בבית המשפט משום שאין חריג המאפשר את הכשרתן. המסקנה העיקרית מהדיונים הקודמים ובעיקר מהפרק השני היא שכלל הפסילה סובל מהכללת יתר, והוא נוטה להתמקד בחשש שבהרחקת בית המשפט מהאמת העובדתית כאשר מוצגות לפניו עדויות מפי השמועה ללא בסיס של מהימנות. אומנם ניתן להצדיק את הכלל גם מטעמים אחרים שאינם אפיסטמיים, אולם נדמה כי החשש המרכזי, כפי שהוא בא לביטוי בפסיקה ובספרות, נוגע לחקר האמת. המודל המוצע נותן מקום לאותו חשש בהתנתו בראש ובראשונה את הכשרתן של ראיות בהוכחה שיש בהן צורך באותו הליך, וכי קיימות ערובות למהימנותן. יתר על כן, המיקוד במבחנים אלו יוצר הרמוניה עם החריגים האחרים, שכן הוא מתיישב עם התשתית הרציונלית שבבסיסם והוא אינו סותר אותה. על פי המודל האמור, משעמדה הראיה בתנאים אלו, ימשיך בית המשפט לבחון את מעמדה לפי שיקולים אחרים, שאינם בהכרח אפיסטמיים, ויכריע בדבר מעמדה של הראיה לאור שני המבחנים הראשונים (שכאמור היא עמדה בהם) ויתר השיקולים שנבחנו בשלב השני. בית המשפט יכול לקבל את הראיה, והוא אף רשאי להורות על פסילתה, הגם שייקבע כי קיים בה צורך והיא מהימנה. תוצאה זו נעוצה בהיקף שיקול הדעת השיפוטי בכל אחד מהשלבים. בשלב הראשון שיקול דעתו של בית המשפט הוא מצומצם ומוגבל, ואילו בשלב השני הוא רחב. בדיון שלהלן אעמוד על התוכן שיש ליצוק לכל אחד מהשלבים ועל אופן יישומו.

(1) שלב ראשון – "שלב המבחנים"

בשלב הראשון על כל אמרה לעמוד בשני התנאים או במבחנים האלה במצטבר: קיומן של ערובות המבטיחות את אמיתות האמרה וקיומו של צורך בה. המטרה של השלב הראשון היא ליצור סכר מפני הצפה של בתי המשפט בעדויות מפוקפקות חסרות כל בסיס של מהימנות ושאינן בהן צורך, בהותרת שיקול הדעת לאמרות שעומדות בשני תנאי הסף האמורים. אעמוד להלן על הרציונלים שמאחורי כל אחת מדרישות הסף.

(א) תנאי סף ראשון – בחינת מהימנות הראיה

התנאי בדבר מהימנות האמרה נועד להדגיש את תפקידם העיקרי של דיני הראיות בחשיפת האמת ובמזעור המשגים שבקביעת ממצאים בידי בית המשפט, הן בהליך פלילי והן בהליך אזרחי. משכך, החריג השיורי צריך לשאוף להשגת תכלית זו. כאשר לצד הראיה שבמחלוקת יש עוגנים של מהימנות, הדעת נותנת כי מדובר בראיה בעלת פוטנציאל לסייע לבית המשפט לחשוף את האמת ולעשות צדק. כך גם תפחת ההסתברות למשגים בקביעת ממצאים על בסיס אותה ראיה, ויגבר אמון הציבור באותן קביעות הנסמכות על ראיות מהימנות. שנית, הדרישה לראיות מהימנות תמנע מעדויות מפי השמועה שהן מסולפות, שקריות או נעדרות ערובות לאמיתותן, להגיע לפתחו של בית המשפט. גם במקרה שבו ראיות שכאלו תגענה לבית המשפט, הן תיפסלנה כבר בשלב הראשון. פסילתן של ראיות שכאלו בשל היעדרן של ערובות לאמיתותן, כבר בשלב הראשון, תמנע מהצדדים ומבית המשפט לבזבז זמן שיפוטי יקר על דיוני סרק בראיות שאין להן עוגן של מהימנות. אי-פסילתן של ראיות אלו עלולה לגרום לעיכובם של הליכים, להארכת הדיונים שלא לצורך ואף לפגיעה בזכויותיו של הצד שכנגד.

שלישית, תנאי זה כאמור הוא תנאי עיקרי במודל האמריקאי, ולכן בהיעדרו תיפסל הראיה. גם על פי המודל האנגלי, על בית המשפט לשיקול שיקולים של מהימנות. אומנם מדובר בשיקול ולא בתנאי מחייב, אולם מהדיון שלעיל בדבר יישומו של החריג השיורי בפסיקה האנגלית עולה כי מדובר בשיקול עיקרי, וכי נטיית בתי המשפט באנגליה היא לפסול ראיות מבלי שהוצגו ערובות לאמיתות.²⁴¹ בהתבסס על הצלחתו של המודל בשיטות משפט אלה, הן באי-פגיעתו בוודאות המשפטית והן בעובדה שהוא לא רוקן את החריגים הקיימים מתוכן, יהיה נכון לאמץ אימוץ מושכל את הרכיבים המהותיים מתוכו.

רביעית, בפרק השלישי עמדתי על הרציונלים שבבסיס החריגים הקיימים. צוין כי המכנה המשותף לכל החריגים הוא מידת מהימנותה של הראיה והצורך שבה. משכך, הבחירה בתנאי זה כאחד משני התנאים להכשרת האמרה על פי המודל המוצע מתיישבת עם התשתית הרציונלית של החריגים האחרים, והיא אינה זרה לה. חמישית, מבחינה היסטורית הבחירה בתנאי זה כבסיס להכשרת אמרה מכוחו של החריג השיורי מתיישבת עם כתביו של ויגמור, שכאמור זכו לתהודה ולתמיכה בפסיקה האמריקאית. ויגמור הצדיק את הסטייה מכלל הפסילה בכפוף לקיומם של שני התנאים האמורים. תנאים אלו היוו את המכנה המשותף לחריגים הספציפיים שהתפתחו לצידו של כלל הפסילה, אך הם גם היו הצדקה לקבלת ראיה בכפוף לשיקול דעתו השיורית של בית המשפט, שנים רבות עובר לחקיקתו של החריג השיורי בכללי הראיות הפדרליים ובדיני הראיות המדינתיים בארצות הברית.²⁴²

בבחינת מהימנותה של הראיה מוצע לאמץ את השיקולים שנקבעו בפסיקה האמריקאית במסגרת יישומו של כלל 807 לכללי הראיות הפדרליים, אשר יש בהם כדי להשליך על מידת מהימנותה של הראיה.²⁴³ שיקולים אלו כוללים בין היתר את השאלות האלה: האם למוסר האמרה היה אינטרס או מניע לומר אמת? או שמא היה לו מניע לשקר; האם עד המקור העיד על האמרה בבית המשפט ונחקר בחקירה נגדית בידי הצד היריב? האם הוא חזר בו ממסירת האמרה או לחלופין אישר את מסירת האמרה בבית המשפט? האם מדובר באמרה ספונטנית? האם קיים קשר בין עד המקור – מוסר האמרה לעד שמעיד עליה בבית המשפט? האם האמרה נמסרה בתגובה לשאלות מדריכות או מנחות? האם האמרה תועדה באמצעי כלשהו? האם קיימת בחומר הראיות ראיה אחרת, ישירה או נסיבתית, התומכת באמרה? וכן שיקולים רלוונטיים נוספים שבכוחם להשליך על מידת מהימנות האמרה, כגון מיהותו של מוסר האמרה או הזמן שחלף ממועד האירוע עד לרגע מסירת האמרה.

(ב) תנאי סף שני – קיומו של צורך בראיה

על פי התנאי השני של החריג, על בית המשפט להשתכנע כי קיים צורך באמרה. תנאי זה, שהוא אחד התנאים העיקריים במודל האמריקאי, שם דגש על הערך הפרובטיבי של הראיה. אלא שבשונה

²⁴¹ SPENCER, לעיל ה"ש 111, בעמ' 109.

²⁴² Imwinkelried, *The Scope of Ancient Newspaper to Prove Matters of Local Interests: Dallas County v. Commercial Union Assurance Co.*, 286 F.2d 388 (5th Cir. 1961), 46 CORNELL L.Q. 645, 649 (1961). כמו כן ראו Note, *Evidence: Hearsay: Admissibility*, 244–245.

²⁴³ ראו דיון בעניין זה בפרק הרביעי של המאמר.

מהמשמעות המיוחסת לתנאי זה במשפט האמריקאי, לגישה יש מקום לייחס לו עוד משמעות מלבד ערכה הפרובטיבי של הראיה. המשמעות הנוספת מתייחסת לנחיצותה ולחשיבותה של הראיה בהליך משפטי נתון. למשל, בית המשפט רשאי לקבוע כי דרישת הצורך באה על סיפוקה כאשר מדובר בראיה הנחוצה לשם בירור חפותו של הנאשם או לשם הבנת ראיות אחרות, ואילו במצבים שבהם ייקבע כי מדובר בראיה שאינה חשובה ואינה נחוצה באותו הליך (הגם שקיימות ערובות למהימנותה), הוא יהא רשאי לפסול אותה מטעם זה בלבד. בית המשפט יכול להגיע למסקנה זו גם כאשר ייקבע כי יש ראיה זמינה אחרת בעלת כוח פרובטיבי השקול לפחות לזה של הראיה שבמחלוקת, ושאותה ניתן להשיג במאמץ סביר.²⁴⁴

אף הבחירה בתנאי סף בדבר הצורך בראיה היא תולדה של כמה שיקולים. תנאי זה, בדומה לתנאי בדבר מהימנות האמרה, הוא בבחינת צידוק לקבלת אמרות מפי השמועה באמצעות החרגים הקיימים. יתר על כן, גם תנאי זה (בדומה לתנאי בדבר מהימנות האמרה) נקבע בידי ויגמור, אשר הניח את התשתית לחרג השיורי בפסיקת בתי המשפט בארצות הברית עובר לחקיקתם של כללי הראיות הפדרליים. כמו כן תנאי זה הוא אחד התנאים המרכזיים לתחולתו של החרג השיורי לפי כלל 807 לכללי הראיות הפדרליים. אף באנגליה בתי המשפט מחויבים להתייחס לתנאי זה, שהוא שיקול מרכזי בבואם להכשיר אמרה באמצעות החרג השיורי. תנאי זה מהווה חסם בפני הצגתן של ראיות שאין בהן צורך, בין משום שהן נעדרות כוח פרובטיבי ובין משום שניתן להציג בבית המשפט ראיות אחרות בעלות כוח פרובטיבי גבוה מזה שבעדות מפי השמועה.

(2) שלב שני – "שלב השיקולים"

משצלחה האמרה את שני מבחני הסף בשלב הראשון, על בית המשפט להמשיך ולדון בה בשלב השני ולשקול שיקולים נוספים שיסייעו לו לקבל החלטה בדבר מעמדה של הראיה. בשלב השני בית המשפט רשאי לשקול שיקולים רלוונטיים אשר יטו את הכף לטובת פסילת הראיה או קבלתה. שיקולים אלו נדונו לאורך המאמר, והם כוללים בין היתר את מידת תרומתה של הראיה לחשיפת האמת; מהימנות מוסר האמרה; נסיבות מתן האמרה; הצד שמטעמו מוצגת האמרה; זמינותו של מוסר האמרה למתן עדות; הקושי הכרוך בסתירת הראיה בידי הצד היריב; הפגיעה האפשרית בזכויות הצדדים ובאינטרסים שלהם אל מול התועלת שתצמח הן מפסילת הראיה והן מקבלתה; הגינותם של ההליכים, שיקולים של צדק ועוד. על בית המשפט לשקול את השיקולים הרלוונטיים ולאזן ביניהם ולנמק את החלטתו.

ניתן לטעון נגד המסלול השיורי האמור כי הוא מגביר את חוסר הוודאות המשפטית.²⁴⁵ אם נאפשר לבית המשפט להכשיר ראיות שונות שמעמדן אינו מוסדר בדין, תיפגע ודאותו של ההליך המשפטי. כנגד טיעון זה ניתן להשיב כי בשלב הראשון של בחינת הראיה שיקול הדעת מצומצם ומוגבל אך ורק לבחינת התקיימותם של שני תנאי הסף. משכך, הפגיעה היחסית בוודאות המשפטית אינה רבה. שנית, אומנם בשלב השני של הבחינה שיקול הדעת אינו מוגבל, אולם קבוצת ההתייחסות היא קטנה יותר. מדובר בקבוצה מצומצמת של אמרות שצלחו את מבחן המהימנות והצורך. על פני הדברים ניתן להניח כי בהיעדר שיקולים ערכיים כבדי משקל שימשכו לכיוון השני, תהיינה האמרות קבילות. עם זאת יש מקום לשקול שיקולים חשובים נוספים ולאפשר להם להטות את הכף לטובת פסילת הראיה. במצב זה המחיר שבפגיעה בוודאות המשפטית מוצדק על רקע העדפתם של ערכים ושיקולים חשובים יותר. הפגיעה בוודאות המשפטית היא שיקול שבית המשפט יכול להתחשב בו, אך דומה כי משקלו הסגולי קטן מכדי לשאת על גבו שיקולים ערכיים כבדי משקל.

חשש נוסף הוא שהמודל המוצע ישמש את התביעה יותר משימש את ההגנה בהליך הפלילי, ובדרך זו הוא יעמיק את הפער הדיוני הקיים בין שני הצדדים להליך.²⁴⁶ אלא שניתן להתגבר על החשש האמור בקביעת כללים שיסייעו ביישומם של המודל השיורי בדרך שתבטיח תחולה שוויונית של החרג שגם תקטין את הפער הדיוני הקיים בין כוחו של הנאשם לכוחה של המדינה. למשל, במסגרת בחינת הראיה

²⁴⁴ לעניין זה ראו דיון בפרק הרביעי במסגרת תנאי הצורך במסגרת החרג השיורי במשפט האמריקאי.

²⁴⁵ ראו דיון בעניין הטיעון בדבר הפגיעה האפשרית של החרג השיורי בוודאות המשפטית וטיעוני נגד, בפרק השני של המאמר, כחלק מהדיון בהצדקות לכלל הפסילה שאינן נגזרות בהכרח מתכליתם של דיני הראיות.

²⁴⁶ ראו טיעון בעניין זה בפרק השני של המאמר במסגרת הדיון בתכליתו של כלל הפסילה לאור אידיאל ההגנה על החף מפשע.

בשלב הראשון ניתן לקבוע חזקה ראייתית, בין שהיא ניתנת לסתירה ובין שלא, שלפיה כאשר נאשמים מציגים ראיות שעברו את מבחן המהימנות (בשלב הראשון), קמה חזקה כי קיים צורך בהן. בדרך זו תעבור הראיה את המשוכה הראשונה של הבחינה (מהימנות וצורך) מבלי שהנאשם יצטרך לשכנע את בית המשפט כי קיים צורך ספציפי באותה ראיה. אם החזקה תהא חלוטה, לא יתאפשר לתביעה לסתור אותה, והדבר אף לא יהיה נתון לשיקול דעתו של השופט. לחלופין, היה ויתאפשר לתביעה לסתור את החזקה בדבר קיומו של צורך בראיה מטעם הנאשם, ניתן להגביר את נטל השכנוע שיוטל עליה בבואה לסתור את החזקה. דרך נוספת היא לקבוע כלל שלפיו כאשר בית המשפט יתרשם כי חוסר השוויון הדיוני בין הצדדים להליך מצדיק את קבלת הראיה, יש צורך לקבלה. חוסר שוויון דיוני זה עלול להתקיים למשל כאשר התביעה השתמשה בחריג השיורי לשם הכשרת ראיות מפלילות, או כאשר היא הכשירה עדויות מפי השמועה לחובת הנאשם באמצעות החריגים הקיימים. ייתכן כי סוג העבירות וחומרתן יצדיקו את הכשרתן של ראיות שכאלה מטעם ההגנה.

סיכומם של דברים

חריג שיורי משקף את התפיסה שעל דיני הראיות להתאפיין בגמישות. ההנחה היא שהגבלת שיקול הדעת השיפוטי בכללים פרוצדורליים נוקשים תתרום ליציבותו של הדין ולוודאותו, אולם בה בעת היא יכולה להגביל את כוחו של בית המשפט לחשוף את האמת ואף לפגוע בזכויותיו הדיוניות של צד להליך, ובעיקר של נאשמים אשר סובלים מנחיתות דיונית.

עיגונו של חריג שיורי בדיני הראיות בישראל מוצדק על רקע הביקורת שנמתחה על כלל הפסילה, ומשום שההצדקות להתקיימותו אינן חפות מקשיים. כמו כן הוא מוצדק על רקע הקשיים שמעוררים החריגים הקיימים וכן על רקע מגמת המעבר מכללי קבילות לכללי משקל. מגמה זו, אשר עלתה לפני יותר משלושה עשורים, נתנה את אותותיה ביצירתם של חריגים נוספים, ובכך היא תרמה להגמשתו של כלל הפסילה. אלא ששיקול הדעת השיפוטי מוגבל אך ורק לבחינת עמידתה של האמרה בתנאיו של החריג. כאשר אין בדיני הראיות חריג המאפשר להכשיר את האמרה, או כאשר האמרה לא עמדה באחד מהתנאים הקבועים בגוף החריג, לבית המשפט אין סמכות לקבלה. עובדה זו מעבירה מסר, שלפיו אי אפשר לסמוך על תבונתם של השופטים שידעו להיזהר מהפגמים ומהמוקשים אשר טבועים לעיתים בעדויות שכאלו.

כך, במשך שנים רבות השתרשה התפיסה המכלילה והסטיגמטית, שלפיה עדויות מפי השמועה הן ראיות מפוקפקות נעדרות בסיס של מהימנות, המעמידות בסיכון את חקר האמת. נדמה כי לחששות אלו נוספו חששות הנוגעים להשלכות שתהייה לעיגונו של חריג שיורי בדין, כגון הכשרה גורפת של ראיות שתביא למדרון חלקלק, כרסום יתר של כלל הפסילה וריקונם של החריגים הקיימים מתוכן. כל אלו יחד הניאו את המחוקק ואת בית המשפט העליון מלעגן בדיני הראיות בישראל חריג שיורי לכלל הפסילה. לעומת הדין בישראל, באנגליה ובארצות הברית קיים זה שנים רבות חריג שיורי והוא מעוגן בחקיקה ראשית. מאז חקיקתם של החריגים השיוריים באנגליה ובארצות הברית עברו שנים רבות ללא עדות לכך שהם רוקנו מתוכן את החריגים הקיימים, או שהם הביאו לכרסום יתר בכלל הפסילה. לעובדה זו קיים אפקט מרגיע, והיא אף נותנת רוח גבית ליצירתו של חריג דומה במשפט הישראלי. יתר על כן, בניית המודל המוצע נעשתה בהתאמה לדין הישראלי ועל רקע המסקנות והלקחים ממתכונתו של החריג השיורי באנגליה ובארצות הברית.

המודל המוצע, החל הן בהליך הפלילי והן בהליך האזרחי, מבחין בין שלושה סוגים של אמרות שנתקבלו מפי השמועה, והוא מנתב כל אחת מהן למסלול המיועד רק לה. בכל אחד מהמסלולים היקף ומרחב שיקול הדעת שונים מאלה של האחר, לפי תכליתו של כל אחד מהם. המודולריות של המודל מאפשרת לאמצו במלואו או בחלקים. אם נרצה לפתור רק את בעיית ה"כמעט חריג", נוכל לאמץ את המסלול השני בלבד. ואם נרצה לתת מענה רק לאמרות שמעמדן אינו מוסדר באמצעות החריגים הקיימים, נבחר במסלול השיורי בלבד. ניתן להניח כי התזה המוצעת במאמר תקים עליה מתנגדים. עוד ייתכן כי בסופו של דבר המודל שייבחר יהיה שונה מהמוצע במאמר. קביעת היקפו ותנאיו של החריג השיורי, אם אכן ייקבע בדין הישראלי, הם משניים ביחס להבנת החשיבות והצורך בו בדיני הראיות. לעת עתה עצם הדיון הציבורי בו, די בו כשלעצמו.