

בבית המשפט העליון

רע"פ 4142/04

בפני : כבוד הנשיא (בדימי) א' ברק
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופטת ע' ארבל

המבקש : סמל (מיל.) איתי מילשטיין

נגד

המשיבים : 1. התובע הצבאי הראשי
2. היועץ המשפטי לממשלה

בקשת רשות ערעור על פסק-דינו של בית הדין הצבאי
לערעורים, מיום 4.4.04, בתיק ערעור 230/02

תאריך הישיבה : כ"ט בשבט התשס"ו (27.02.06)

בשם המבקש : עו"ד אור בסוק

בשם המשיב : עו"ד ירון קוסטליץ ; עו"ד אל"מ לירון ליברמן

בשם היועץ המשפטי : עו"ד מיכאל קרשן

פסק-דין

השופט א' א' לוי:

מבוא

1. האם שתיקתו של נאשם הנקרא להעיד במשפטו עשויה לספק את הדרישה
ל"דבר מה נוסף" להודאות שמסר במהלך חקירתו, ואשר במסגרתן נטל אחריות
לעבירות המיוחסות לו? זו השאלה הניצבת לפנינו בערעור זה.

ביום כ"ד באדר ב' התשס"ה (4.4.2005) הענקנו רשות ערעור בסוגיה זו.
בהמשך, ומפאת חשיבותה של הסוגיה, הצטרף היועץ המשפטי לממשלה כמשיב נוסף
בערעור. הגיעה עת הכרעה.

עיקרי העובדות

2. בכתב-אישום שהוגש נגד המערער, רב"ט איתי מילשטיין, לבית-הדין הצבאי של מחוז מרכז, נטען כי במהלך שירותו הצבאי הוא עשה שימוש בסם מסוכן מסוג קנאבוס ("גראס"), עבירה לפי סעיף 7(א) ו-7(ג) לפקודת הסמים המסוכנים, התשל"ג-1973.

במהלך המשפט כפר המערער בעובדות שיוחסו לו, אך משנתבקש להעיד דבק בזכות השתיקה. אי לכך, ביקשה התביעה הצבאית להגיש כראיה שתי הודאות שמסר במהלך חקירתו (ת/2 ו-ת/3), ובמסגרתן הודה במספר אירועים בהם צרך סם מסוג קנבוס.

בהודאתו ת/2 מסר המערער, כי החל מגיל 16 הוא נהג להשתמש בסמים. עוד הודה המערער, כי לאחר גיוסו לשירות סדיר עשה פעם אחת שימוש בסם מסוג "גראס" ביחד עם חבר. המערער אף תאר את תחושותיו לאחר העישון ("הרגשתי מסטול הייתי צמא"), וכן את תחושת החרטה שליוותה אותו נוכח מעשה זה ("אחרי אותו שימוש אמרתי לעצמי למה עשיתי זאת אני בצבא בקרבי שואף להיות מפקד טנק"). ועוד, המערער סיפר כי צרך את הסם לאחר שבמשך 21 ימים לא יצא לחופשה מבסיסו, והוסיף ומסר פרטים שונים אודות אופן העישון, מראהו וריחו של הסם.

לאחר שבחן הודאה זו, הגיע בית-הדין הצבאי המחוזי למסקנה כי יש להעניק לה משקל רב, לאור סימני האמת הרבים שנתגלו בה. ובלשונו:

"עיון בהודיית הנאשם (ת/2) מלמד, כי עסקינן בהודיה סדורה מן הבחינה הכרונולוגית, מובנית רציפה והגיונית. הנאשם כורך את תיאוריו באירועים החל מהיותו בן 16 ועד למועד החקירה ... יתר על כן, הודייתו מפורטת מאוד, תוך תיאור מפורט של אופן השימוש בסמים, לרבות מתן הסבר אודות אמצעי השימוש השונים בקנאביס. הנאשם מפרט את תחושותיו לאחר השימוש, את הטעמים שהובילו לשימוש במהלך השירות הצבאי, ולבסוף אף הביע חרטה על המעשה ... החשש מפני הודיית שווא פוחת אף משום שהנאשם בחר בהודייתו שלא לנקוב בשמות מי שסיפקו לו את הסם כמו גם בשמו של מי שערך עימו את השימוש בסם בעת השירות הצבאי. כן ידע הנאשם לציין, לזכותו, כי מעולם לא רכש סמים בעצמו ולא החזיק בסם בביתו ... מכך למדנו, כי תשובותיו של הנאשם בחקירתו מדודות היטב ולא ניכר בהן כי נמסרו כלאחר יד מתוך מניע פנימי נסתר או מתוך לחץ" (עמ' 4 להכרעת-הדין).

בית-הדין עמד על כך כי החשש להודאת שווא אינו ממשי, גם בשל טעם נוסף והוא זיכרון דברים (ת/5) שנערך על-ידי החוקר, ובו נאמר כי "החקירה עברה באווירה טובה עם שיתוף פעולה מלא מצד הנחקר". בית-הדין הוסיף והדגיש כי המערער לא העלה בחקירתו טענה או טרזניה, וכי הוא "לא התנהג באופן חריג במהלך חקירתו הגם שבמהלך החקירה 'הזיל דמעה או שתיים'" (עמ' 4 להכרעת-הדין).

בהמשך נפנה בית-הדין לתור אחר "דבר מה נוסף" שיהא בו כדי לספק את התמיכה הנדרשת להודאה זו. נקבע, כי שתיקתו של המערער במשפט יכולה לספק דרישה זו, שכן הוא לא טרח לספק כל נימוק להימנעותו מלהעיד, ואף לא הונח בפני בית-הדין ולו בדל של ראיה המצביעה על כך כי ההודאות ניתנו מחמת לחץ כלשהו בו הוא היה נתון. על כן נקבע, כי "ניתן לצפות לכך, שנאשם הרוצה להתכחש להודאתו יעשה צעד ראוי כדי לשכנע את בית הדין בגרסתו המאוחרת" (שם, שם), מה שהמערער נמנע מלעשות. בהמשך, ולאור הרשעתו, גזר בית-הדין על המערער מאסר בפועל למשך 20 ימים, ומאסר על תנאי למשך חודשיים.

3. המערער, אשר לא השלים עם הרשעתו, הביא את עניינו בפני בית-הדין הצבאי לערעורים, וטען כי אין להסיק משתיקתו את התמיכה הנדרשת להודאותיו בחקירה. אגב כך, נטענה על-ידי בא כוחו של המערער טענה רחבה יותר. להשקפתו, עצם האפשרות להסיק משתיקתו של נאשם מסקנות המפלילות אותו, עלולה לגרום לפגיעה בחזקת החפות ובזכות השתיקה של נאשמים ואף יש בכך כדי להעביר לכתפיהם את נטל הוכחת החפות.

בית-הדין דחה טענות אלה. נקבע כי על-פי האמור בסעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "חוק סדר הדין הפלילי"), הימנעותו של נאשם להעיד להגנתו עשויה לחזק את ראיות התביעה, ואף לשמש להן סיוע. משכך – ועל דרך קל וחומר – נקבע כי אין כל מניעה כי שתיקתו של הנאשם תהווה גם "דבר מה נוסף" להודאתו בחקירה. ועוד, בית-הדין קבע כי נאשם הבוחר לשתוק במהלך משפטו, מביע בהתנהגותו הסכמה לאישומים המיוחסים לו, ומשכך אין כל פסול באפשרות לייחס לבחירה זו משמעות ראייתית לחובתו. לבסוף נקבע, כי הסקת מסקנות מפלילות משתיקתו של נאשם בהליך הפלילי אינה גורעת מזכות השתיקה שהדין מעניק לו, ואף לא מעבירה אליו את הנטל להוכיח את חפותו, שכן נטל אחרון זה נותר ממילא על כתפיהן של רשויות התביעה, הנדרשות להוכיח את אשמתו של הנאשם מעבר לספק סביר.

בית-הדין הצבאי לערעורים הסתמך בפסק-דינו על שורה של הלכות שיצאו תחת ידיו, ובהן נקבע כי שתיקתו של נאשם עשויה לשמש, בנסיבות המתאימות לכך, "דבר מה נוסף" להודאה שמסר מחוץ לכותלי בית-הדין. באחת מאותן הלכות – ע/41/01 התובע הצבאי הראשי נ' סמל לוי (מיום 6.11.01) – שצוטטה באריכות בפסק-דינו של בית-הדין, נאמרו הדברים הבאים:

"החשש לקיומו של "לחץ פנימי" המביא נאשם להימנע מעדות בבית המשפט, אינו מתיישב עם כפירתו באשמה, כשמשמעותה של כפירה היא, למעשה, חזרתו של הנאשם מההודיה אותה נתן מחוץ לכותלי בית המשפט.

ניתן לשער כי "המתאבד בהודאתו" יתמיד בגישתו "האוברדנית" ואף יודה בעבירה אותה לא ביצע. ואם החליט הנאשם לשנות ממנהגו ולהתגונן מפני האשמה המיוחסת לו, אין, ככלל, למצוא עוד טעם מדוע לא יתפוס את מקומו על דוכן העדים וימסור את גרסתו ...

אילו אכן מדובר היה ב"לחץ פנימי" הנובע מתוך פנימיותו של הנאשם או מטעמים חיצוניים אחרים, קשה להניח כי היה בכוחו של הנאשם לחזור בו מהודייתו בחקירה, ולהכחיש את האשמה בבית המשפט" (שם, בעמ' 21 לפסק-הדין).

להחלטות אחרות באותה רוח, המעידות על אחיזתה האיתנה של הלכה זו במערכת בתי-הדין הצבאיים, ראו גם ע/85/80 כהן נ' התובע הצבאי הראשי; ע/190/01 להב נ' התובע הצבאי הראשי (מיום 1.12.02); ע/238/02 בריצ'וק נ' התובע הצבאי הראשי (מיום 13.1.03); ע/59/03 התובע הצבאי הראשי נ' שולמן (מיום 9.12.03); ע"מ/28/03 התובע הצבאי הראשי נ' אל דמע (מיום 15.7.03).

למען שלמות התמונה אוסיף, כי השגותיו של המערער על גזר-דינו התקבלו, ונקבע כי הוא ירצה את עונש המאסר שנגזר לו בדרך של עבודה צבאית ולא מאחורי סורג ובריח.

טענות הצדדים

4. הצדדים פירטו בהרחבה את השקפותיהם בשאלה העומדת להכרעה. לטיעוניהם צרפו נספחים ואסמכתאות רבות של פסיקה ישראלית ופסיקה זרה, מאמרים והוראות חוק. וזוהי, בקליפת אגוז, תמציתן של הטענות.

בא-כוחו המלומד של המערער, עו"ד אור בסוק, סבור כי תוספת ראייתית של "דבר מה" להודאתו של נאשם – להבדיל מתוספת של "חיזוק" – ראוי שתהא חיצונית

ונפרדת מן ההודאה, ועל כן שתיקתו של נאשם במשפט אינה יכולה לספק דרישה זו. נטען, כי שתיקתו של הנאשם במשפט – שתיקה שבאה לאחר שבמהלך החקירה הוא הודה בביצוע העבירות המיוחסות לו – אינה מעידה בהכרח על מעורבותו בעבירות אלה, אלא עשויה לנבוע משורה של טעמים אחרים, שאין בהם כדי להצביע על אשמתו. בשל כל אלה הביע הסנגור המלומד את השקפתו, כי ההנחה לפיה אדם חף מפשע יתגונן באופן פוזיטיבי כנגד ההאשמות המוטחות בו, על-ידי מסירת עדות בבית המשפט, היא הנחה ספקולטיבית וחסרת בסיס. יתרה מכך, נטען כי בבסיס ההלכות שיצאו מפתחם של בתי-הדין הצבאיים, ניצבת הנחה מוטעית לפיה רק נאשמים שיש ממש באישומים נגדם מממשים את זכות השתיקה, בעוד שנאשמים חפים מפשע לא יחסו למסור גרסת חפות פוזיטיבית במהלך המשפט.

עוד הודגש, כי ההוראה הקבועה בסעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי, אשר קובעת כי הימנעותו של נאשם להעיד עשויה לשמש כחיזוק או סיוע לראיות התביעה, אינה עוסקת כלל בתוספת של "דבר מה נוסף". משכך, להשקפת הסנגור המלומד, לא ניתן להרחיב את סעיף 162 בדרך פרשנית, שכן אילו היה המחוקק מתכוון לכך, היה קובע זאת במפורש. ועוד נטען, כי התפיסה הרואה ב"חיזוק" תוספת ראייתית מכבידה יותר מהדרישה ל"דבר מה נוסף" היא מוטעית, שכן ההבדל בין "חיזוק" ל"דבר מה נוסף" הינו הבדל איכותי ולא כמותי. על יסוד כל אלה, סבור בא-כח המערער, כי מסקנתו של בית-הדין לערעורים, לפיה הימנעותו של נאשם עשויה לשמש "דבר מה נוסף" להודאתו, היא מסקנה שגויה, הן משום שהיא מאינת את ההבדל בין "חיזוק" ל"דבר מה נוסף" והופכת אותם מקשה אחת, והן משום שהיא חותרת תחת התכלית שלשמה דורשות הערכאות להוסיף להודאתו של נאשם "דבר מה נוסף". פרשנות כזו, כך סבור הסנגור, מתחייבת גם לאור חוקי-היסוד, ובשל הרצון להגן על זכויות-היסוד של נאשמים בהליך הפלילי.

ראש טענות נוסף שהוצג על-ידי בא-כח המערער, עסק בפגיעתה הנטענת של ההלכה נושא ערעור זה בחזקת החפות ובזכות השתיקה של נאשמים בהליכים פליליים. נטען כי קביעה לפיה הימנעות נאשם מלהעיד עשויה להוות ראייה לחובתו, יוצרת פגיעה בחזקת החפות ובכלל לפיו נטל ההוכחה מוטל על כתפיהן של רשויות התביעה, באשר אלו אינן נדרשות עוד להרים את נטל הוכחת האשמה באופן עצמאי, ומעתה הן יכולות להסתייע לשם כך גם בנאשם. מצב כזה, כך להשקפת הסנגור, אף עשוי לרוקן את זכות השתיקה מתכנה, שכן עצם האיום באפשרות לעשות שימוש בשתיקה כראיה מפלילה, תיאלץ את הנאשם לוותר על זכות זו, ולמסור את עדותו גם כאשר הדבר הוא בניגוד לרצונו.

5. בחוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה – שהוגשה בעצה אחת עם התובע הצבאי הראשי – הובעה העמדה הבאה: הוראת סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי, המאפשרת להסיק משתיקת נאשמים חיזוק וסיוע למשקל ראיותיה של התביעה, יכולה לשמש מקור חוקי כדי לראות בשתיקה זו גם "דבר מה נוסף" להודאה שהנאשם מסר במהלך חקירתו. המשיבים סבורים עוד, כי האפשרות לראות בשתיקת נאשם "דבר מה נוסף" להודאותיו, אינה גורמת לפגיעה בחזקת החפות ואף לא בזכות השתיקה, שכן הדבר אינו כופה על הנאשם לזנוח זכות אחרונה זו ולהעיד במהלך משפטו.

יחד עם זאת, לא הסתירו המשיבים את דעתם, כי האפשרות לראות בשתיקה "דבר מה נוסף" להודאה עשויה לעורר קושי, בשל החשש מפני הודאות שווא, ובחוות-דעתם אף הודו במפורש כי "עלולים להיות מקרים בהם נאשם שנטל בחקירת משטרה אחריות לביצוע עבירה שלא ביצע – יכפור באשמה אך יבחר שלא להעיד להגנתו" (פסקה 44 לחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה). על רקע הכרה זו אף הנחה היועץ המשפטי לממשלה את רשויות התביעה לנהוג בריסון בטרם יגישו כתבי-אישום המבוססים אך ורק על הודאת הנאשם בחקירה. וכך נוסחה הנחיה זו, שצורפה לחוות-דעתם של המשיבים:

"א. ככלל, אין להגיש כתבי אישום על יסוד הודאות חוץ מבלי שיימצא בחומר הראיות שנאסף בחקירה "דבר מה נוסף" לחיזוק אותן הודאות. במקרים חריגים ניתן יהיה להגיש כתב אישום בנסיבות אלה, אך זאת רק באישור פרקליט המדינה, או הפרקליט הצבאי הראשי, בהתאמה.

ב. ככל שהשאלה תתעורר במשפט, משום שה"דבר מה הנוסף" שהיה בחומר החקירה "נפל" במהלך המשפט, ככלל לא תבקש התביעה לראות בהימנעות מהעיד של הנאשם כ"דבר מה נוסף", למעט במקרים מיוחדים, בהם ההודאה עצמה היא מלאה, מפורטת ומשכנעת, ומכלול הנסיבות האופף אותה מסיר כל חשש סביר שהיא ניתנה שלא מרצון טוב וחופשי או מתוך "לחץ פנימי" כזה או אחר – וגם זאת, באישור פרקליט מחוז או פרקליט הפיקוד הרלוונטי, בהתאמה" (פסקה 4 לחוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה).

חרף האמור לעיל, סבורים המשיבים כי אין מקום לקבוע כלל שיאסור באופן גורף לראות בשתיקת נאשמים "דבר מה נוסף" להודאתם, ולהשקפתם יש להעניק בידי הערכאות שיקול-דעת לקבוע בכל מקרה ומקרה – ולאור טיבה של ההודאה – אם ניתן לראות בשתיקתו של הנאשם "דבר מה נוסף", אם לאו.

דין

6. השאלה הניצבת לפנינו בערעור זה מחייבת לעמוד על חשיבותן של הודאות נאשמים כאמצעי לחשיפתה של האמת ולעשיית צדק, על החששות הנלווים להודאות אלה ועל מהותה של התוספת הראייתית המאמתת – "דבר מה נוסף" – הנדרשת מקום בו הרשעתו של נאשם מבוססת אך ורק על הודאה שנמסרה מפיו במהלך חקירתו.

לנפקותה הראייתית של זכות השתיקה

7. כזכור, נדבך מרכזי בערעור הוקדש לטענה לפיה האפשרות לייחס לשתיקתם של נאשמים משמעות ראייתית מפלילה, מהווה פגיעה בזכות השתיקה, בחזקת החפות ובכלל הקובע כי בפלילים נטל ההוכחה מוטל על התביעה ולא על הנאשם.

על חשיבותן המרכזית של חזקת החפות וזכות השתיקה במשפט הפלילי אין צורך להכביר מילים. על-פי חזקת החפות, שהיא מהעקרונות הבסיסיים של דיני העונשין, אנו מניחים כי "אדם – כל אדם – הינו בחזקת חף-מעוון-מפשע-ומחטאה כל עוד לא הוכח אחרת" (ע"פ 4962,4961,4675/97 רזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337, 369; וראו גם בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 145). המשמעות המעשית שנודעת לחזקה זו היא בהטלתה על רשויות התביעה את הנטל להפריכה, וזאת תעשה התביעה רק כאשר תוכיח את אשמתו של הנאשם מעבר לספק סביר (סעיף 34כב(א) לחוק העונשין) ולא פחות מכך. במובן אחרון זה ניתן לראות בזכות השתיקה גם את אחד ההיבטים של חזקת החפות. על-פי זכות זו, המעוגנת בסעיף 161 לחוק סדר הדין הפלילי, אין כופים על נאשם להתגונן באופן פוזיטיבי נגד האישומים המיוחסים לו, ועל כן הוא אינו מחויב להעיד במהלך משפטו או להשיב לשאלות שנשאל במסגרתה של חקירה המתנהלת נגדו, כאשר התשובות לשאלות אלה עלולות להפלילו (ראו רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' גלעד שרון, פ"ד נח(1) 748, 757-756; רע"א 5381/91 חוגלה שיווק (1982) בע"מ נ' אריאל, פ"ד מו(3) 378, 381). בכך אף ניתן ביטוי נוסף למעמדה האיתן של חזקת החפות, שכן שיטות משפט המעניקות לנאשמים זכות שתיקה, אינן מחייבות אותם לגלות מידע מפליל המצוי בידיהם, והנטל להוכחת האשמה נותר על כתפיהן של רשויות התביעה לבדן.

8. עיננו הרואות. חזקת החפות וזכות השתיקה הן מהאדנים עליהם שעונים דיני העונשין שלנו. הן אף מהוות חלק בלתי נפרד מזכותו של נאשם להליך הוגן (ראו ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, טרם פורסם, מיום 4.5.2006, בפסקה 66; ע"פ 4596/05 רזונשטיין נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, מיום 30.11.2005, בפסקה 53;

בג"צ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר שבע, טרם פורסם, מיום 8.10.03, בפסקה 24). הן קשורות במישרין לעקרונות של הוגנות צדק וחירות (בג"צ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי, פ"ד נא(2) 757, 783). הן מבטאות את ההכרה בפער הכוחות האדיר שבין המדינה – בכובעה כתובעת – לבין הנאשם העומד לדין. הן מטילות על המדינה את הנטל להצדיק את הפגיעה בזכויות-היסוד הנגרמת כתוצאה מהרשעתם וענישתם של נאשמים. הן מקטינות את הסיכון לטעות שבהרשעת אדם חף. משכך, אף יש הרואים בהן זכויות חוקתיות הנגזרות מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 338, 342; בג"צ 6319,6836/95 חכמי נ' לוי, פ"ד נא(3) 750, 755; א' ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5, 23; ד' ביין, "ההגנה החוקתית על חזקת החפות" עיוני משפט כב (1999) 11; מ' לינדנשטראוס, "חזקת החפות" במשפט הישראלי ובמשפט האמריקני – סוגיות נבחרות (1999) 7-5, 112-113; ר' קיטאי, "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" עלי משפט ג (תשס"ד) 405, 444; R. Kitai, "Protecting the Guilty" 6 *Buff. Crim. L. Rev.* (2004) 1163).

המלומד Dennis עמד על הזיקה שבין חזקת החפות וזכות השתיקה לערכים של חירות וכבוד האדם וליחסים שבין הפרט למדינה:

"It is for the prosecution to prove the accused's guilt and not for the accused to prove innocence. According to the theory the fundamental rule concerning the burden and standard of proof in criminal cases expresses more than a bare rule of decision for the court in situations of uncertainty, and more than a rule about the allocation of the risks of misdecision. In addition it makes a political statement about the relationship between the state and the citizen" (I. Dennis, "Instrumental Protection, Human Right or Functional Necessity? Reassessing the Privilege Against Self-Incrimination", 54 *Cambridge L.J.* (1995) 342, 353).

המערער סבור כי האפשרות לייחס לשתיקתו של נאשם משמעות ראייתית, גורמת לפגיעה במעמדה של זכות השתיקה ואף לערעורה של חזקת החפות, בכך שהיא מאפשרת לרשויות התביעה להשתמש בנאשם כאמצעי להשגתן של ראיות מפלילות. בכך, להשקפת המערער, יש כדי להסיט את נטל ההוכחה מהתביעה אל הנאשם.

9. סוגיה זו, אשר היוותה כר פורה לכתיבה משפטית, היא רחבה יותר מגדר המחלוקת בה עוסק ערעור זה, ואינה מצטמצמת אך לשאלת מעמדה של הודאת הנאשם בחקירה וטיבה של התוספת הראייתית הדרושה לה. אין ספק, כי האפשרות להסיק משתיקתו של נאשם מסקנות לחובתו, עלולה לתמרץ נאשמים לוותר על זכות זו ולדרבנם למסור גרסה לאישומים שנגדם, אך קיימים שיקולים כבדי משקל – בעד ונגד – בכל הנוגע לשאלה האם ראוי לנהוג כך ולהצמיד לשתיקתו של הנאשם "תג מחיר", על-ידי כך שנתיר לערכאות להסיק מסקנות מפלילות משימוש בזכות זו.

המתנגדים להסקתן של מסקנות כאלה, סבורים כי עצם האיום המרחף מעל ראשו של הנאשם – שמא שתיקתו תחזק את מסכת ראיותיה של התביעה – יעמיד אותו במערכת של לחצים שיאלצו אותו לוותר על זכות השתיקה. סיטואציה כזו, כך טוענים המחזיקים בעמדה זו, מעבירה את נטל ההוכחה אל הנאשם ואף הופכת אותו מקור לראיות מפלילות. לכך כיוון המלומד O'reilly שטען כי הסקתן של מסקנות משתיקת הנאשם אף מצרה את חופש הבחירה שלו, בבואו להחליט כיצד לנהל את הגנתו:

"It also diminishes the accusatorial system's protection of individual autonomy and free choice because, when suspected of a crime, individuals are no longer free to choose whether or not to provide the government with evidence to aid in securing their own conviction; they are bound to do so or face an inference of their guilt" (G.W. O'reilly, "England Limits the Right to Silence and Moves Towards an Inquisitorial System of Justice" 85 *J. Crim. L. & Criminology* (1994) 402, 451).

(וראו גם את עמדתה של Easton בספרה S. Easton, *The Case for the Right to Silence* (1998, 2nd ed.) 180-181 ; וכן את הרשימה C.A. Chase, "Hearing the Sounds of Silence" in *Criminal Trails: A Look at Recent British Law Reforms With an Eye Toward Reforming the American Criminal Justice System* 44 (1996) 929, 942-946). *Kan. L. rev.* במקום אחר הובעה הדעה כי זכות השתיקה היא אמצעי לעשיית צדק ולא רק ערך העומד בפני עצמו. על-פי גישה זו, האפשרות להסיק משתיקתו של נאשם מסקנות מפלילות, תערים על הערכאות קשיים בהגשמת היעד המרכזי של הגעה לחקר האמת, בשל כך שהדבר יתמרץ נאשמים למסור גרסה שקרית תחת שימוש בזכות השתיקה, עניין שייאלץ את הערכאות להבחין בין גרסאות אמת לגרסאות שקר, על אף הסיכון לטעות הכרוך בדבר. זכות שתיקה מוחלטת – ללא כל אפשרות להסיק מסקנות לחובת הנאשם משימוש בזכות זו – היא לכן, על-פי אותה

גישה, כלי שיאפשר לו להבדיל בין נאשמים חפים מפשע לנאשמים אשמים (ראו D.J. Seidmann & A. Stein, "The Right to Silence Helps the Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege" 114 *Harv. L. Rev.* 430 (2000)).

על יסוד תפיסות אלה, שנקלטו במשפט האמריקני, קבע בית-המשפט העליון שם בפסק-הדין הידוע בעניין *Griffin v. California* 380 U.S. 609, 615 (1965) ובשורה של פסקי-דין שבאו לאחריהם כי אין להסיק מסקנות ראיתיות – ויהיו אלה מסקנות מכל סוג – משתיקתו של נאשם במשפט. בית-המשפט שם אף הדגיש את מעמדה הרם של הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית כזכות חוקתית המעוגנת בתיקון החמישי לחוקה, וקבע כי הסקתן של מסקנות משתיקתו של נאשם משולה להטלתה של סנקציה בשל שימוש בזכות חוקתית זו. בית-המשפט העליון של קנדה קבע אף הוא, על רקע תפיסה זו, כי אין להסיק משתיקתו של נאשם מסקנות לחובתו, בשל הפגיעה בזכות השתיקה המעוגנת בסעיף 11 לצ'רטר לזכויות האדם (*R. v. Noble* [1997] 1 S.C.R. 874).

10. ברם, תפיסה זו לא התקבלה בשיטת המשפט הישראלית. על-פי התפיסה הנוהגת אצלנו זכות השתיקה אינה נפגעת אף אם מתירים לבית-המשפט להסיק מסקנות מהחלטתו של הנאשם לממש את זכותו זו. אמת, הנאשם חופשי להחליט אם למסור את עדותו או לשתוק. איננו כופים על נאשם להעיד. "הנאשם השותק – להבדיל מן העד השותק – פועל במסגרת הדין; אולם, לבית המשפט נתונה הרשות לפרש התנהגותו לפי התרשמותו והבנתו" (ע"פ 1497/92 מדינת ישראל נ' צוברי, פ"ד מז(4) 177, 203). תפיסה זו אף עולה בקנה אחד עם ההוראה הכללית שבסעיף 53 לפקודת הראיות, הקובעת, כי "מהימנותם של עדים הם ענין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט", שכן גם שתיקתו של נאשם, כמו כל התנהגות אחרת, עשויה להיות מקור להתרשמות מהנאשם. חברי, הנשיא ברק, אף הביע את השקפתו באחד המקומות כי האפשרות להסיק מסקנות לחובת הנאשם השותק אינה פוגעת בזכותו החוקתית:

"זכות השתיקה היא חלק מכבוד האדם, במוכן זה שאין להכריח אדם למסור גרסה, אך דומה שאין זה נוגד את כבוד האדם אם מסיקים משתיקתו מסקנה לרעתו" (א' ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 285).

בהתייחסו לשיטת המשפט הנוהגת באנגליה – המתירה גם היא להסיק משתיקת הנאשם מסקנות לחובתו – הביע פרופ' Ingraham את העמדה, לפיה האפשרות להסיק מסקנות משתיקתו של הנאשם עולה בקנה אחד עם חזקת החפות ואינה מעבירה את נטל ההוכחה לכתפי הנאשם:

"The jury not compelled to draw the inference of guilt; the law does not create a presumption of guilt, which becomes conclusive on the failure of the defendant to offer rebuttal evidence" (B.L. Ingraham, "The Right of Silence, the Presumption of Proof, and a Modest Proposal: A Reply to O'reilly" 86 *J. Crim. L. & Criminology* (1996) 559, 591).

גם המלומד Dennis, ברשימתו הנ"ל, הביע עמדה דומה. להשקפתו, האפשרות כי שתיקתו של הנאשם תצמיח מסקנות ראייתיות, אף מתחייבת משורת ההיגיון, שכן מקום בו ניצבת לחובתו של נאשם ראייה מפלילה, אך הוא נמנע מלהציע לאותה ראייה הסבר תמים, כי אז ניתן להניח שהסבר כזה פשוט לא קיים. Dennis סבור עוד, כי תוצאה כזו אף מתיישבת עם מידת ההוכחה הנדרשת בפלילים:

"The legal burden of proof is not reversed by the restriction of the right to silence; if the tribunal of fact is left with a reasonable doubt after consideration of all the evidence the accused must be given the benefit of it. It is not for the accused to "prove" innocence" (Dennis, *Ibid*, at p. 355).

ראו בהקשר זה גם את עמדתו של ע' גרוס, "החיסיון מפני הפללה עצמית – האמנם ציון דרך במאבקו של האדם הנאור לקידמה?" מחקרי משפט ז 167, 190-188. השקפה זו גם זכתה להכרה מפורשת בחוק, ובשנת תשל"ו (1976) תוקן חוק סדר הדין הפלילי על-ידי הוספת ההוראה הקבועה כיום בסעיף 162 שבו, הקובעת כהאי לישנא:

<p>(א) הימנעות הנאשם מהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה וכן סיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להן סיוע, אך לא תשמש סיוע לצורך סעיף 11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955 או לצורך סעיף 20(ד) לחוק הליכי חקירה והעדה של אנשים עם מוגבלות.</p> <p>(ב) ...</p>	<p>שתיקת הנאשם</p>
--	------------------------

בית-משפט זה קבע, בשורה של פסקי-דין, כי הוראה זו מתיישבת עם ניסיון החיים, שכן "אדם חף מפשע לא רק מוכן להעיד, אלא שהוא שש להזדמנות להיכנס לתא העדים ולהפריך את הגרסה המרשיעה, אשר לטענתו היא כוזבת" (ע"פ 196/85 זילברברג נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 485, 525). שורשיה של תפיסה זו נטועים בימיו של אחד מגדולי הוגי הדעות של המשפט, ג'רמי בנתהאם (Bentham), ובהצהרתו המפורסמת –

"Innocence claims the right of speaking, as guilt invokes the privilege of silence" (J. Bentham, *A Treatise on Judicial Evidence* (London, 1825) 241).

מכאן גם התפיסה כי בחירתו של הנאשם לשתוק, תחת לנסות לספק גרסה פוזיטיבית לחפותו, "עשויה לרמוז על הכרה מצפונית מצדו באשמתו" (ע"פ 139/52 היועץ המשפטי לממשלה נ' קינן, פ"ד ז(1) 619, 644).

11. לא למותר לציין, כי הוראת סעיף 162 אינה מאפשרת לראות בשתיקה ראייה בעלת ערך עצמאי. אך ברור הוא כי הרשעתו של נאשם אינה יכולה להתבסס על שתיקת הנאשם באופן בלעדי: שתיקה אינה שקולה להודאה. ההוראה אף לא נועדה לאפשר לתביעה להפיק מהנאשם ראיות מפלילות חדשות בבחינת יש מאין. כל שנועדה ההוראה לעשות הוא לאפשר לערכאות לראות בשתיקה, במקרים המתאימים לכך, תוספת המחזקת את חומר הראיות הקיים שנאסף על-ידי רשויות החקירה (ראו את דבריו של השופט זוסמן בע"פ 112/52 גבוב נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ז(1) 251, 254). ועוד, הוראת סעיף 162 אינה מחייבת את הערכאה הדיונית לראות בשתיקתו של הנאשם במשפט כחיזוק או סיוע לראיותיה של התביעה. כל שקובעת ההוראה היא כי בנסיבות המתאימות לכך עשויה שתיקת הנאשם לסייע או לחזק את ראיותיה של התביעה, ובהחלט יתכנו מקרים – כפי שכבר קרה לא אחת – בהם יימצא כי לא יהיה זה ראוי ששתיקתו של הנאשם תחזק את חומר הראיות המפליל שנאסף בעניינו. זאת, לאור הכרתנו בכך שיתכנו מקרים בהם שתיקתו של נאשם תהא כזו הנובעת ממניעים תמימים, ולא תצביע על אשמתו. כך למשל, במספר מקרים נקבע כי במקום שבו שתיקתו של הנאשם נועדה לחפות על אדם קרוב לו, שהיה אף הוא מעורב באירוע העברייני, אפשר שלשתיקתו לא יהיה כל ערך ראייתי (ראו למשל את ע"פ 168,115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 234; ע"פ 7293/97 ז'אפר נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 460, 474-475; ע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאד, פ"ד נו(5) 221, 231). ייתכנו כמובן מקרים נוספים, כל מקרה ונסיבותיו.

תפיסה זו, המתירה לראות בשתיקה חיוק לחומר הראיות שהוצג על-ידי התביעה, התקבלה לפני למעלה מעשור גם במשפטה של אנגליה, במסגרת ה-Criminal Justice and Public Order Act מ-1994. סעיף 35 לחוק זה, אשר חולל שינוי נורמטיבי מהותי בהתייחסותם של בתי-המשפט לשתיקתו של הנאשם, קבע אף הוא, כי לשתיקתו של נאשם עשוי להיות ערך ראייתי בקביעת אשמתו:

"(3) Where this subsection applies, the court or jury, in determining whether the accused is guilty of the offence charged, may draw such inferences as appear proper from the failure of the accused to give evidence or his refusal, without good cause, to answer any question.

ומייד בהמשך, באותו סעיף, הובהר שאין בהוראה הנ"ל כדי לחייב נאשמים למסור את עדותם במהלך המשפט, וכי נאשם הבוחר לשתיקה אף לא מבצע אגב כך כל עבירה:

"(4) This section does not render the accused compellable to give evidence on his own behalf, and he shall accordingly not be guilty of contempt of court by reason of a failure to do so".

הלורד טיילור (Taylor) אף קבע בפסק הדין בעניין *R. v. Cowan et al* [1996] QB 373, 378 – שצוטט באריכות גם על-ידי בית-הדין הצבאי, כי האפשרות להסיק משתיקת הנאשם מסקנות מפלילות אינה פוגעת בזכות השתיקה:

"It should be made clear that the right of silence remains. It is not abolished by the section; on the contrary, subsection (4) expressly preserving it"

גם הטענה כאילו הסדר זה פוגע בחזקת החפות נדחתה באותו מקום, בעמ' 379:

"The court or jury is prohibited from convicting solely because of an inference drawn from the defendant's silence ... the burden of proving guilt to the required standard remains on the prosecution throughout. The effect of section 35 is that the court or jury may regard the inference from failure to testify as, in effect, a further evidential factor in support of the prosecution case. It cannot be the only factor to justify a conviction and the totality of the evidence must prove guilt beyond reasonable doubt".

12. אם הרחבתי מעט בהבאת הדברים, היה זה מפאת מעמדה הרם של זכות השתיקה במשפטנו. אולם, למקרא הדברים שהובאו לעיל, לא יכול להיות ספק כי השאלה אם ניתן להסיק משתיקתו של נאשם מסקנות לחובתו כבר הוכרעה במשפטנו, בגדר סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי. הוראה זו אינה משתמעת לשני פנים. היא מאפשרת לראות בשתיקה סיוע או חיזוק לראייתיה של התביעה, ועל כן מהווה את נקודת המוצא גם לדיון בפנינו. בגדרו של ערעור זה אף לא נתבקשנו לבחון את חוקיות או חוקתיות הוראה זו. על כן גם איני רואה לנכון להכריע בין העמדות השונות הקיימות בסוגיה זו. השאלה העומדת לבחינתנו עתה היא אפוא מצומצמת יותר. עלינו לבחון אם ראוי לפרש את הוראת סעיף 162 כך שהיא מאפשרת לראות בשתיקתו של נאשם לא רק "סיוע" ו"חיזוק", אלא גם "דבר מה נוסף" הנדרש להודאתו בחקירה, על אף שההוראה לא עוסקת במפורש בתוספת ראייתית מסוג זה.

כפי שיובהר בהמשך, קיימים, להשקפתי, טעמים טובים לקבוע כי שתיקת הנאשם לא תוכל להיות "דבר מה נוסף" להודאתו, אלא בהתקיימם של תנאים, עליהם אעמוד בהמשך.

על הודאות נאשמים

13. להודאתו של נאשם כי ביצע את העבירה המיוחסת לו נודע תפקיד מרכזי בדיני הראיות שלנו. הסיבה לכך ברורה, שהרי ככלל, הנאשם הוא זה שיודע – טוב יותר מכל אחד אחר – אם נכונות הן ההאשמות המוטחות בו. זאת ועוד, ההנחה היא כי במצב הדברים הרגיל אין אדם משים עצמו רשע, במוכן זה שאין אדם מודה בכיצועה של עבירה בה לא חטא, ועל כן קיים גרעין של אמת בדבריו. מכאן המהימנות הלכאורית שמערכת המשפט מייחסת להודאות נאשמים. תפיסה זו הובילה לידי כך שחקירותיהם של נאשמים התמקדו פעמים רבות בניסיונות להציל מפיהם הודאות הקושרות אותם למעשי העבירה, ואשר בהמשך, במהלך המשפט, הוגשו כראייה מפלילה נגדם. היא אף הובילה לידי כך שבשיטת המשפט שלנו ניתן לבסס את הרשעתו של נאשם על הודאה שמסר במהלך משפטו כראייה יחידה (ראו סעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי).

יתרה מכך, שיטת המשפט הנוהגת בישראל מאפשרת להגיש כראיה הודאות שנמסרו מפי הנאשם גם במהלך חקירתו, כחריג לכלל האוסר על עדות שמיעה. ההנחה היא כי הודאה כזו ממילא עומדת בניגוד לאינטרס של המודה, וניתן להניח כי לא ייקח על עצמו אחריות למעשה שלא ביצע (ראו גם *P. Murphy, Murphy on Evidence* (Oxford, 9th ed.) 258). יחד עם זאת, דינן של הודאות אלו שונה מהודאות שנמסרו על-ידי הנאשם במהלך משפטו, ויש לתמוך אותן ב"דבר מה נוסף" כדי להביא

להרשעתו של נאשם. הרעיון הניצב בבסיס דרישה זו הוא כי הודאות כאלה שתיעודן מונח בפני הערכה הדיונית, נמסרות שלא תחת עיניהן הפקוחות של הערכאות השיפוטיות ובנסיבות אלו לא ניתן להתרשם מנסיבות גבייתן, וגם אין אפשרות לתהות על קנקנו של המודה, עניין המקשה להעריך מה משקל יש להעניק לאותה ראייה (ע"פ 614,556/80 עלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(3) 169, 186-185). קושי זה מתגבר עוד יותר לאור הניסיון שהצטבר בשיטתנו המשפטית – וכמוה גם בשיטות משפט זרות – ואשר הראה כי במציאות אכן התרחשו מקרים שבהם נחקרים הודו בכיצוען של עבירות בהן לא חטאו כלל. התפיסה שאפשר שהייתה מקובלת בתקופות עברו – לפיה לעולם אין אדם נוטל על עצמו אחריות למעשים שלא ביצע – איננה מקובלת עוד כנכונה באופן מוחלט. למרבה הצער, גם בישראל התגלו מספר מקרים של הרשעות שווא, המבוססות על הודאות שמסרו חשודים במהלך חקירותיהם (מ"ח 1966/98 הרדי נ' מדינת ישראל, לא פורסם, מיום 5.4.98 (פרשת "כנופיית מע"צ"); מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354). כדי להתמודד עם תופעות אלה אף הוקמה ועדה, בראשות השופט א' גולדברג, אשר פרסמה את מסקנותיה בשנת תשנ"ה (ראו דו"ח הועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר (1994)), (להלן: "דו"ח ועדת גולדברג"), ובאותה סוגיה אף התבררנו בספרות מעוררת מחשבה (ראו מ' קרמניצר, "הרשעה על סמך הודאה – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א (תשנ"ג) 205; א' שטרוזמן, "הגנת החשוד מפני הודאות שווא", המשפט א (תשנ"ג) 217; א' בנדור, "גבייה של הודאת נאשם וקבילותה – מטרות, אמצעים, ומה שבניהם", פלילים ו (1996) 245; ד' דורנר, "מלכת הראיות נ' טארק נוג'ידאת – על הסכנה שבהודאות-שווא וכיצד להתמודד עימה" הסנגור 95, 5; ב' סנג'רו, "ההודאה כבסיס להרשעה – האמנם "מלכת הראיות" או שמא קיסרית הרשעות השווא" עלי משפט ד (תשס"ה) 245).

14. הגורמים להודאות שווא הם רבים, אולם ניתן לסווגם לשתי קטגוריות. החשש העיקרי הוא מפני הודאות שווא הנמסרות מפי חשודים, אשר במהלך חקירתם הופעלו עליהם אמצעים פסולים, כגון, אלימות, כפייה פיסית, לחץ נפשי בלתי הוגן - שהביאם לידי כך שהודו במה שלא עשו. כידוע, ההסדר שנועד להתמודד עם נסיבות מעין אלה, מצוי בסעיף 12 לפקודת הראיות, הקובע כי הודאה שנמסרה מחוץ לכותלי בית-המשפט תהא קבילה "רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודאה ובית המשפט ראה שההודאה היתה חפשית ומרצון". סעיף 12 הנ"ל, אשר זכה לדיון נרחב בפסיקתו של בית-משפט זה, אינו מענייננו במסגרת הפרשה הנוכחית, בה גם לא נטען כי הודאותיו של המערער ניתנו שלא מרצונו החופשי.

אולם בכך לא סגי. קיים חשש נוסף, והוא כי הנאשם ימסור במהלך חקירותיו – ומרצונו החופשי – הודאת שווא, אפילו במצבים שבהם החקירה התנהלה על מי מנוחות, ומבלי שהופעלו עליו אותם אמצעי כפייה חיצוניים בהם עוסק כלל הקבילות של סעיף 12 לפקודת הראיות. בית-משפט זה כבר הכיר, בשורה ארוכה של פסקי-דין, באפשרות כי גם לחץ סובייקטיבי ומתח פנימי עשויים לגרום לשבירת רוחו של הנחקר, "בחינת אומר "להתאבד" בהודאתו" (ע"פ 48/54 אירש"ד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח(2) 690, 691). "דין הוא, שהתוודות לעולם מלווה בחשש, שמא ראה המודה ליטול על עצמו אחריות למעשה שלא עשה, וזאת – גם כאשר החשש עלום ובלתי נראה לעין" (ע"פ 6289/94 דזשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 157, 176; וראו ע"פ 715,774/78 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3), 228, 234; ע"פ 124/87 נאפסו נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מא(2) 631, 635; ע"פ 3967/91 מזון נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 168, 171; ד"נ 3081/91 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 441, 448).

בדו"ח ועדת גולדברג נמנו שלוש קבוצות גורמים להודאות שווא שנמסרות מחמת לחץ פנימי שהמודה שרוי בו:

"בקבוצה הראשונה קשורות הסיבות למבנה אישיותו של הנחקר. הנחקר אינו מבחין בין דמיון למציאות, הוא סובר שבהתוודותו "יכפר" על התנהגות אסורה בעבר (אמיתית, או דמיונית), או שהוא בעל נטייה להרס עצמי, שיסודותיה ברגשות אשם כלליים, ובלתי ממוקדים, והוא מאותם "העמלים מרי הנפש המחכים למות שתוקעין את החרבות בבטנם ומשליכין עצמן מעל הגגות" (רמב"ם, סנהדרין, יח, ו) ...

בקבוצת הסיכון השניה קשורות הסיבות להודיית שווא בהשפעת החקירה או המעצר על הנחקר. בקבוצה זו נמנים נחקרים המבקשים מתוך תשישות נפש שבלחץ החקירה, לשים לה קץ, לעיתים תוך מחשבה כי במשפט יוכיחו את חפותם. יש שהנחקר מוכן מסיבות אלה להודות בעבירה קלה יותר מזו שהוא נחשד בביצועה, מתוך שיקולי כדאיות רגעיים ...

בקבוצה השלישית של המתוודים התוודות שווא מצויים אלה שעושים כן מתוך שיקולים ולחצים חברתיים: הרצון לחפות על העברייני האמיתי, מטעמים משפחתיים ("כבוד המשפחה"), או מתוך סולידריות עם העברייני האמיתי, עקב השתייכות לחברה העבריינית, ולעיתים תוך כניעה ללחציו של העברייני האמיתי; הרצון לזכות ב"תהילה", בפרסום, או ב"כרטיס כניסה" לחברה עבריינית; נטילת האשמה כולה כדי להמנע מ"כתם" של מלשין" (שס, בעמ' 9-10).

הועדה הכירה בכך שלכל נחקר מבנה אישיות אינדיבידואלי. משכך, נחקרים שונים נבדלים זה מזה בתגובותיהם ובהתנהגותם במהלך החקירה; "לכל נחקר" סף שבירה" אישי, על פי אישיותו ויכולתו לגייס כוחות נפשיים כדי לעמוד בתנאי לחץ" (שם, בעמ' 8). הועדה אף התריעה מפני כך שהסכנה כי נאשם ייטול על עצמו אחריות לעבירה בה לא חטא גדולה עוד יותר דווקא כאשר מדובר במי שזוהי לו חקירתו הראשונה, שאינו משתייך לעולם העברייני ולא חווה את טעמו של המעצר (שם, שם). הכתיבה המשפטית והפסיכולוגית הציעה שורה של סיבות אפשריות נוספות להודאות שווא, שלא מחמת הפעלתם של אמצעים פסולים, ובהם עיוות בתפיסת המציאות של הנאשם; ניסיונותיו לרצות את חוקריו ולזכות באהדתם; ליקוי נפשי או שכלי, ועוד (ר' קיטאי-סנג'רו, "שתיקה כהודאה: על התפיסה המוטעית של שתיקה בבית המשפט דבר-מה נוסף להודאה בחקירה" משפט וצבא 18 (תשס"ה) 31, 38-39).

15. אמת, על פניו נראה כי הודאת שווא היא התנהגות שאינה רציונאלית. יחד עם זאת, עלינו לחזור ולשנן כי ציבור הנחקרים אינו עשוי מקשה אחת. לא כל הנחקרים מתנהגים בדרך שבה היינו מצפים מהאדם הסביר והמחושב לנהוג. חקירה מעמידה את הנחקר בסיטואציה מאיימת שהוא, לרוב, אינו רגיל בה. זוהי סיטואציה כופה מטבעה, המעמידה את הנחקר בפני לחצים רבים, בעיקר בשל האיום המרחף מעל לראשו – שמא ימצא אשם ויענש. לא בכדי נקבע כי החקירה – "אפילו אם אין היא נעשית תוך כדי שימוש באמצעים פיזיים – פוגעת בחירותו של הנחקר. היא פוגעת לעיתים בכבודו ובצנעת הפרט שלו" (בג"ץ 4054/95, 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 831); "בהענקת הסמכות לקיים חקירה פלילית גלום כוח, וממילא כרוכה סכנה, לפגיעה בפרטיות הנחקרים, בכבודם, בחירותם ובקניינם" (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביק, טרם פורסם, מיום 31.3.05, בפסקה 48); ובמקום אחר נאמר, כי "כל חקירה, ותהא זו הסבירה וההוגנת מכולן, מעמידה את הנחקר במצבים מביכים, מכבידה עליו, מחטטת בצפונותיו, חודרת לפני ולפנים של ציפור נפשו ויוצרת אצלו לחצים נפשיים חמורים" (י' קדמי, על הראיות (חלק א, תשנ"ט) 38). לאור כל אלה אף יש שהרחיקו וטענו, כי הודאת שווא היא – בנסיבות מסוימות – בבחינת תגובה נורמאלית לסיטואציה לא נורמאלית בה מעמידה החקירה את הנחקר:

"The false confession is not the product of a diseased mind, different in kind from a normal mind, but is simply an extreme manifestation of quit "normal" and understandable behavior" (C.J. Ayling, "Corroborating Confessions: An Empirical

Analysis of Legal Safeguards against False Confessions" [1984] *Wis. L. Rev.* 1121, 1157.

G.H. Gudjonsson, *The Psychology of* ראו ושווא הודאות על הגורמים להודאות נוסף לדין נוסף על הגורמים להודאות שווא וראו G.H. Gudjonsson, *The Psychology of* W.S. White, "False ;*Interrogations, Confessions and Testimony* (Chichester, 1992). Confessions and the Constitution: Safeguards against Untrustworthy Confessions" '32 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* (1997) 105, 108 עמדה דומה הובעה על-ידי השופט ד' דורנר, בדעת מיעוט. להשקפתה הודאה שנמסרה בחקירה היא בבחינת ראייה חשודה שיש להתייחס אליה בזהירות רבה :

"הודאת נאשם היא ראייה חשודה, וזאת אף אם ניתנה שלא בעקבות לחץ חיצוני אשר הופעל על הנאשם. שכן, בהיעדר ראיות מוצקות אחרות, שיש בהן כדי להוכיח את אשמת הנאשם אף בהיעדר הודאה, מתן הודאה הוא במקרים רבים פעולה בלתי רציונלית, ונקיטת צעד לא רציונלי של עצם מסירת הודאה, מעוררת חשד באמיתות ההודאה. חשד זה אינו תיאורטי גרידא, אלא הוא הוכח לא אחת בניסיון האנושי" (דנ"פ 4530,4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 736, 836, (להלן: "פרשת אל עביד").

אלא שכאמור, עמדה זו של השופט דורנר נותרה עמדת מיעוט באותו עניין, והודאות היו ונתרו כלי רב חשיבות לבירור האמת. הודאה היא "מאותן ראיות ראשונות במלכות" (דברי השופט מ' חשין, בפרשת אל עביד, בעמ' 833). "טול מן המשפט את ההודאות והעדויות ונטלת ממנו את נשמת אפה של עשיית הצדק (דברי השופט שטרסברג-כהן, שס, בעמ' 855). "להודאה מקום של כבוד בסולם הראיות במשפט פלילי, והיא בבחינת כלי ראייתי חשוב ומקובל באותם מקרים בהם שוכנע בית המשפט כי מדובר בהודאת אמת" (דברי השופט ע' ארבל, בע"פ 6679/04 סטקלר נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, מיום 11.5.06, בפסקה 23). אך חשוב להבהיר, איננו מתכחשים לאפשרות כי נאשמים ימסרו במהלך חקירותיהם הודאות שווא. אדרבא, אנו מכירים בסכנה זו ועל כן גם מצווים להקפיד ולבחון בזהירות את תוכן ההודאה בטרם נסמוך את הרשעתו של הנאשם עליה. התפיסה לפיה "אין אדם מפליל עצמו על לא עוול בכפו, איננה יכולה להתקבל כהנחה משפטית" (לשון דו"ח ועדת גולדברג, בעמ' 6). לשם כך אף התפתחו בפסיקה שני מנגנונים שמטרתם למנוע עיוותי דין העשויים להיגרם כתוצאה מהסתמכות על הודאות שווא. לבחינת מנגנונים אלה נעבור עתה.

מניעתן של הודאות שווא – המבחנים הפנימי והחיצוני

16. שני מבחנים – פנימי וחיצוני – נועדו להתמודד עם החשש מפני הודאות שווא שמסר הנאשם בחקירתו. המבחן הראשון הוא פנימי להודאה, ועל פיו אנו מעריכים את משקלה של ההודאה גופה לאור סימני האמת המתגלים ממנה. על טיבו של מבחן זה עמד חברי הנשיא ברק באחת הפרשות, ובין "סימני האמת" מנה את הגיונה או חוסר הגיונה של הגרסה שמסר הנאשם בהודאתו, "סידורם או בלבולם של הפרטים הנמסרים בה וכיוצא בהם סימנים של שכל ישר המביאים אדם בר דעת להתייחס לדברי זולתו באימון", וכן אם מדובר בגרסה "קוהרנטית השזורה בהגיון פנימי משלה ושידכריה סדורים, או שמא הגרסה מבולבלת, מקוטעת וללא קשר הגיוני" (ע"פ 715,744/78 הנ"ל, בעמ' 234-235; וראו גם את ד"נ 3081/91 הנ"ל, בעמ' 458). במקרים בהם הערכאה הדיונית מוצאת, בהסתמך על קריטריונים אלה, כי בהודאה לא נמצאו סימני אמת, וכי יש להעניק לה משקל אפסי – כי אז, נקבע, אין לסמוך את הרשעתו של הנאשם עליה ובהיעדר ראיות מפלילות נוספות – די בכך כדי להביא לזיכוי של הנאשם. מצב זה לא התקיים בעניינו של המערער. בית-הדין הצבאי המחוזי מצא, ואיני סבור כי יש לשנות ממסקנה זו, כי יש להעניק להודאת המערער משקל רב:

"עסקינן בהודאה סדורה מן הבחינה הכרונולוגית, מובנית רציפה והגיונית. הנאשם כורך את תיאוריו באירועים החל מהיותו בן 16 ועד למועד החקירה ... יתר על כן, הודאתו מפורטת מאוד, תוך תיאור מפורט של אופן השימוש בסמים, לרבות מתן הסבר אודות אמצעי השימוש השונים בקנאביס. הנאשם מפרט את תחושותיו לאחר השימוש, את הטעמים שהובילו לשימוש במהלך שירותו הצבאי, ולבסוף אף הביע חרטה על המעשה ... החשש מפני הודעת שווא פוחת אף משום שהנאשם בחר בהודייתו שלא לנקוב בשמות מי שסיפקו לו את הסם כמו גם מי שערך עימו את השימוש ... מכך למדנו, כי תשובותיו של הנאשם בחקירתו מדודות היטב ולא ניכר בהן כי נמסרו כלאחר יד או מתוך מניע פנימי נסתר או מתוך לחץ" (עמ' 4 להכרעת-הדין).

17. אולם בקביעה זו לא די, שכן כאמור, קיים מנגנון נוסף לבחינת ההודאה. מנגנון זה הוא חיצוני להודאה, ועל-פיו אנו דורשים לתמוך את הודאתו של הנאשם בתוספת ראייתית של "דבר מה נוסף". דרישה זו השתרשה במשפטנו כבר בראשית דרכו (ע"פ 3/49 אנדלרסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב 589), ובמהלך השנים בית-משפט זה שב וחזר על חשיבותה כאמצעי להתמודדות עם החשש מפני הודאות שווא. בהתייחסו למהות דרישה זו של "דבר מה נוסף", קבע השופט ש"ז חשין, כי היא מטילה על רשויות התביעה "חובה להראות על שום מה יש לסמוך על ההודאה, כלומר: מה הן המסיבות המחייבות את המסקנה כי ההודאה נכונה" וכן כי היא נועדה להראות

"כי הנאשם הוא אדם אשר הייתה לו הזדמנות לעשות את מעשה הפשע שבעשייתו הודה לפני עמדו לדין" (שם, בעמ' 593). עוד נקבע, כי הדרישה ל"דבר מה נוסף" אף אינה חייבת להוכיח את עובדת התרחשות העבירה גופה או לזהות את הנאשם כמבצעה, וניתן להסתפק בכל ראייה – ישירה או נסיבתית – שיש בה כדי לאמת את ההודאה (ע"פ 290/59 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד(2) 1489, 1499; ע"פ 641,622,543/79 נגר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 113, 141-142). בכך נבדלת שיטת המשפט שלנו מהמשפט האמריקני. אמנם, גם שם דורשות הערכאות לתמוך הודאות שנמסרו מחוץ לכותלי בית-המשפט בתוספת של ראייה מאמתת, אולם הדרישה היא כי תמיכה זו תהא בראיה עצמאית, משמעותית, המתייחסת גם אל ה-Corpus delicti של העבירה ולא פחות מכך (ראו *Opper v. United States* 348 U.S. 84 (1954); וראו גם את מאמרו הנ"ל של Ayling בעמ' 1126, 1145-1152).

18. הדרישה ל"דבר מה נוסף" נועדה אם כן, לאמת את הגרסה שהנאשם מסר בחקירתו. היא נועדה להסיר את החשש "שמא מטעמים נסתרים השמורים עם המודה, בחר האחרון להודות במעשה שלא עשה" (דנ"פ 3391/95 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 377, 450-451). לשם כך איננו מסתפקים בבחינת משקלה של ההודאה. נדרשת אפוא תוספת "חיצונית" להודאה, שכן ה"דבר מה" הוא "הגורם האובייקטיבי היחיד שעומד לרשותו של בית המשפט לבחינת אמיתותה של ההודיה "הסובייקטיבית" של הנאשם" (שם, בעמ' 451). עניין אחרון זה אף מדגיש את חשיבותה הרבה של דרישת ה"דבר מה" כמכשיר המגן על הנאשם מפני הודאות שווא. שהרי בחינת משקלה של ההודאה ("המבחן הפנימי"), ממילא אינו ייחודי לחשש מפני הודאות שווא – שכן לגבי כל העדויות המונחות בפניהן נדרשות הערכאות, כפי שעושות הן כדבר שבשגרה, לקבוע מהו המשקל הראוי להן (סעיף 53 לפקודת הראיות). מכאן מתבררת חשיבותה הרבה של דרישת ה"דבר מה הנוסף" ("המבחן החיצוני") כמנגנון שיוחד לבחינת מהימנותן של הודאות שנמסרו שלא תחת עינן הפקוחה של הערכאות. גם בדו"ח ועדת גולדברג נמצאה הכרה בחשיבותה הרבה של דרישת ה"דבר מה נוסף", וזו באה לידי ביטוי בהמלצת הוועדה לעגן דרישה זו בחוק, בנוסח הבא:

(א) אמרה של אדם מחוץ לבית המשפט תקובל כראיה נגדו במשפט פלילי.

...

(ה) לא יורשע נאשם על-פי אמרה שנתקבלה לפי סעיף קטן (א) אלא אם יש בחומר הראיות ראייה חיצונית נוספת שהיא בגדר ראייית סיוע, דבר לחיזוק, או דבר מה נוסף, אשר יש בה, בנסיבות העניין, לדעת בית המשפט, להסיר ספק בדבר אמינותה של האמרה בכל הנוגע לביצוע

העבירה" [ההדגשה הוספה] (דו"ח ועדת גולדברג, בעמ' 21-22).

פרופ' מרדכי קרמניצר, שהיה אחד מחבריה של ועדה זו, סבר בדעת מיעוט, כי אין להסתפק ב"דבר מה נוסף" להודאת הנאשם, ויש להמיר דרישה זו בדרישה מחמירה יותר של "סיוע" להודאה (ראו עמ' 64 לדו"ח ועדת גולדברג). בהמשך, אף הוגשה הצעת חוק פרטית שביקשה לאמץ את העמדה הדורשת כי להודאת הנאשם בחקירתו תתווסף ראייה מסייעת, אך זו לא הבשילה לכדי חוק (ראו הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (דרישת הסיוע להרשעה על פי הודיה), התשס"ד-2004).

19. מנגד, היו כאלה שערערו על ההצדקה הניצבת בבסיס הדרישה לתמוך את הודאותיהם של הנחקרים ב"דבר מה נוסף", הואיל ולהשקפתם ניתן לבסס את ההרשעה על הודאה זו לבדה, ללא כל צורך בראייה מאמתת (ראו רשימתו של א' הרנון, "הצורך ב'דבר מה נוסף' להרשעת אדם על-פי הודאה שמסר מחוץ לבית-המשפט" הפרקליט כח (תשל"ב) 360, ואת עמדתו בספרו דיני ראיות (תשל"ז, כרך ב') בעמ' 282-286; עמדה דומה הובעה גם על-ידי השופטת בן-פורת בע"פ 556,614/80 הנ"ל, בעמ' 182). אוסיף עוד, כי גם על-פי השיטה הנוהגת באנגליה, ניתן לבסס את הרשעתו של הנאשם על הודאה שמסר בחקירה לבדה, ואין כל דרישה מפורשת לתוספת ראייתית מאמתת לשם כך (116) D.B. Griffiths, *Confessions* (Edinburgh, 1994); וראו גם J.H. Wigmore, *Evidence in Trails at Common Law* (Boston and Toronto, vol. 7, (rev. by J.H. Chadbourn, 1978) 508-510). בא-כוחו המלומד של המערער סבור, כי מהימנות זו ששיטת המשפט באנגליה העניקה להודאות שנמסרו בחקירה, והנכונות להסתמך עליהן לבדן, קשורה גם לעובדה כי שיטת המשפט הנוהגת שם הכירה בזכותו של הנאשם לקבל ייעוץ משפטי בכל שלבי החקירה, הנהיגה דרישות לתיעודן של החקירות בהקלטות שמע וכיוצא באלה כללים שנועדו להגן על הנחקר ועוגנו ב-Police and Criminal Evidence Act מ-1984, ובתקנות שהותקנו מכוחו (לסקירה מקיפה של הזכויות וההסדרים שעוגנו בחוק זה ראו M. Zander, *The Police and Criminal Evidence Act 1984* (London, 5th ed.). בטיעון זה טמון הגיון. אפשר כי כללים אלה, שיצרו פיקוח הדוק על דרך התנהלותן של החקירות, אפשרו ממילא להתרשם בצורה טובה יותר מהודאותיהם של הנחקרים גם במהלך המשפט, דבר שהפחית את החשש מפני הודאות שווא (ראו בהקשר זה את ספרה הנ"ל של Easton, בעמ' 105-127). כך או כך, גישה זו המסתפקת בהודאה לבדה לא התקבלה במשפטנו, והדרישה ל"דבר מה נוסף" להודאה שהנאשם מסר בחקירתו – בעינה עומדת.

20. דרישת ה"דבר מה הנוסף" היא גמישה ובעלת רקמה פתוחה. סוג העניינים שעשויים להביא לסיפוקה משתנה ממקרה למקרה, ותלוי גם במהימנות ההודאה גופה. ככל שהודאה זו זוכה למשקל גדול – כך יקטן משקלו של ה"דבר מה" הדרוש לאימות ההודאה, ולהפך, ככל שההודאה זוכה למשקל מועט – כך יגדל משקלו של ה"דבר מה". על כן גם נקבע, כי אפשר שיתעוררו מקרים שבהם ניתן יהיה להסתפק ב"דבר מה" שמשקלו "קל כנוצה" (ע"פ 178/65 אושה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(3) 154, 156; ע"פ 428/72 בן לולו נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 267, 270; פרשת אל עביד, בעמ' 834). מאידך, נקבע, יתכנו מקרים שבהם המשקל שיידרש ל"דבר מה" יהיה כה רב, עד כדי הפיכתו לדרישה של "ראייה מסייעת" (דנ"פ 3391/95 הנ"ל בעמ' 449). מכאן גם דבריו של חברי הנשיא ברק, כי "ראייה שנמצאה ראויה לשמש כ"דבר מה" בעניין אחד, עשויה שלא להחשב כראויה לשמש כ"דבר מה" בעניין אחר, שהרי הכל מותנה בנסיבות העניין" (ע"פ 715,774/78 הנ"ל, בעמ' 234).

בין העניינים אשר נמצא, בנסיבות הספציפיות של אותם מקרים, כי יש בכוחם כדי לספק את הדרישה ל"דבר מה נוסף", ניתן למנות את אלה: שקריו של הנאשם בעניין מהותי; התנהגות מסבכת של הנאשם לאחר האירוע העברייני; כשלון טענת אליבי (ע"פ 6289/94 הנ"ל, בעמ' 176-175); ידיעת פרטים מוכמנים – פרטים אשר למודה אין שום אפשרות לדעת עליהם, אלא אם היה מעורב באירוע העברייני. בהקשר זה נקבע, כי "ככל שגדל מספר הפרטים המוכמנים שהנאשם שזר בהודייתו, כך גם קטן החשש כי ידיעתו עליהם לא נובעת מביצוע העבירה, אלא מרמזים שנרמזו שלא במשים על ידי חוקריו בעת שנחקר, ונקלטו על ידו" (ע"פ 4769/92 ניג'ם נ' מדינת ישראל, לא פורסם, בפסקה 12); דרישת ה"דבר מה נוסף" עשויה לבוא על סיפוקה גם באחת הדרכים הבאות: התבטאויות המעידות על תחושת אשמה מצידו של הנאשם (ע"פ 7595/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 1, 11-12); הוכחה המצביעה על הימצאותו בזירת האירוע בזמן ביצוע העבירה, כאשר לא קיים הסבר מניח את הדעת לכך (ע"פ 5225/03 חבאס נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 25, 32); שחזור האירוע בידי הנאשם, כאשר הוא מתאר בפירוט את השתלשלות העניינים בצורה שתואמת את הממצאים מהזירה (ע"פ 3338/99 פקוביץ נ' מדינת ישראל, לא פורסם, בפסקה 19). למותר לציין, כי כאשר קיימת ראייה מפלילה נוספת ועצמאית כנגד הנאשם – גם אז באה דרישת ה"דבר מה הנוסף" על סיפוקה.

נשאלת אפוא השאלה, אם שתיקתו של הנאשם במהלך המשפט עשויה להצטרף לרשימה זו, ולהוות אף היא "דבר מה נוסף" להודאתו בחקירתו. להשקפתי –

כפי שכבר רמזתי עליה לעיל – התשובה לשאלה זו היא בשלילה, אלא אם מתקיימים תנאים עליהם עוד ארחיב בהמשך. את טעמי לכך אפרט עתה.

שתיקתו של הנאשם במשפט כ"דבר מה נוסף" להודאתו בחקירה 21. השאלה אם נכון לראות בשתיקתו של הנאשם "דבר מה נוסף" להודאתו בחקירה, טרם הוכרעה על-ידי בית-משפט זה. יחד עם זאת, הסוגיה כבר התעוררה לפני למעלה מ-20 שנה, בע"פ 556,614/80 הנ"ל. במסגרת אותה פרשה הביעו חברי המותב – ובקצרה – את דעתם בסוגיה זו, אך הדברים נאמרו מעבר לדרוש, מאחר ובנסיבות אותו מקרה הצטברו כנגד הנאשם ראיות נוספות שהיה בכוחן כדי לספק את דרישת ה"דבר מה הנוסף" להודאה. השופטת בן-פורת הביעה את דעתה לפיה שתיקתו של הנאשם במשפטו מהווה "דבר מה נוסף" להודאתו, שכן "משקבע המחוקק [בסעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי] כי שתיקת הנאשם כמוה כ"סיוע", הפך ממילא את השתיקה לראיה עצמאית ונפרדת בתמיכה לגירסה המפלילה" (שם, בעמ' 182). יתר חברי ההרכב – השופטים אלון ושילה – הסתייגו מעמדה זו. וכך נוסחו הדברים בלשונו של השופט אלון:

"מן הראוי ומן הנכון כי בית המשפט לא יראה בשתיקת אותו נאשם בבית המשפט משום חיזוק להודאתו, שמסר מחוץ לכותלי בית המשפט. אמנם כן, הודאה שנמסרת על-ידי הנאשם בבית המשפט די בה כדי להרשיעו על פיה בלבד, אך אינה דומה הודאה מפורשת וברורה, הנאמרת בבית המשפט ובאוזני השופט, לשתיקתו של הנאשם והימנעותו מלהעיד. שבמקרה הראשון חזקה על השופט, שמבין ושומע הוא מתוך דברי הנאשם, שהודאתו הודאה של ממש היא, ואין היא באה מפיו כדי ליטול על עצמו מעשה שלא עשה; מה שאין כן במקרה האחרון, בשתיקתו של הנאשם, שאין בידי השופט, בדרך כלל, כל רמז או אחיזה כדי להסיק מהם, מה טיבה של השתיקה ומה עומד מאחוריה" (שם, בעמ' 185).

גם במסגרתן של פרשות מאוחרות שהונחו בפני בית-משפט זה, לא עלתה הסוגיה בה עוסק הערעור הנוכחי על הפרק, והדברים הושארו בצריך עיון (ראו ע"פ 115,168/82 הנ"ל, בעמ' 234).

22. בתורנו אחר פתרון לשאלה המתעוררת בפרשה זו, לא ניתן להסתפק בפנייה להוראת סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי. ראינו כי סעיף זה, אשר מאפשר לראות בשתיקתו של הנאשם כחיזוק או סיוע לראיות המפלילות, אינו עוסק במפורש בתוספת מסוג "דבר מה נוסף". פרשנות אפשרית אחת – אשר אומצה גם על-ידי בתי הדין

הצבאיים – היא זו המרחיבה את תחולתה של ההוראה ומאפשרת לראות בשתיקה גם "דבר מה נוסף". בפרשנות זו, אודה, טמון הגיון: ההלכה היא כי הדרישה לראייה מסייעת באה על סיפוקה רק כאשר היא מקיימת שלוש דרישות מצטברות – היותה עצמאית ונפרדת מהראיה הטעונה סיוע; היות הראיה המסייעת כזו המסבכת את הנאשם בביצוע העבירות המיוחסות לו; ולבסוף, הסיוע צריך להתייחס לנקודה ממשית השנויה במחלוקת (ע"פ 399,387/83 מדינת ישראל נ' יהודאי, פ"ד לט(4) 197, 203; ע"פ 2949/99 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 636, 645; ע"פ 1538/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 590, 598). כפי שהראיתי, הדרישה ל"דבר מה נוסף" עשויה לבוא על סיפוקה גם כאשר תנאים אלה אינם מתקיימים. במקרים בהם ההודאה זוכה למשקל רב ומתגלים בה סימני אמת רבים, עשויה הערכאה הדיונית להסתפק גם בראיה מאמתת שמשקלה קל ביותר. מכאן הטענה כי הרב מכיל את המועט, ומה שיכול לספק את הדרישה לראייה מסייעת, יוכל להוות גם "דבר מה נוסף" להודאתו של נאשם. אלא שפרשנות זו אינה נקייה מספקות, שכן אם תאמר כי המחוקק ביקש לראות בשתיקתו של הנאשם גם "דבר מה נוסף" – על כורחך אתה תוהה מדוע לא קבע זאת במפורש במסגרת סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי? אכן, האפשרות כי שתיקתו של המחוקק בסוגיה זו לא נבעה ממחדל ולא נגרמה בהיסח הדעת, היא אפשרות סבירה במיוחד נוכח העובדה כי בעת תיקונו של החוק והוספתה של הוראה זו – בשנת התשל"ו – הייתה הדרישה ל"דבר מה נוסף" שרירה וקיימת. מכאן גם המסקנה כי השאלה אם ראוי לראות בשתיקתו של נאשם "דבר מה נוסף" להודאתו, אינה יכולה להיגזר מהוראת סעיף 162 לבדה. זוהי אפוא שאלה ערכית, המחייבת להתבונן גם על משקלן של הודאות בשיטת המשפט שלנו, ועל התכלית לשמה נועדה הדרישה לתמוך אותן בתוספת ראייתית מאמתת. ועוד, התוצאה המשפטית בשאלה המתעוררת במקרה שלפנינו אינה יכולה להיגזר רק מההגדרות הטכניות שנודעו למונחים "חיזוק" ו"סיוע" בסעיף 162 הנ"ל, ועד שנגיע לתוצאה הראויה עלינו לשוות לנגד עינינו את התכלית המונחת בבסיסם של ההסדרים, ואת ההשלכה של תוצאה משפטית פלונית על חיי המעשה. לכך כיוון חברי הנשיא ברק, בציינו כי "המשפט הוא מכשיר חברתי. מושגי המשפט נועדו להגשים מטרות חברתיות. הם כלי שרת להשגת יעדים חברתיים. הם ביטוי לאיזונים הראויים בין ערכים ואינטרסים מתנגשים" (דנג"צ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, לא פורסם, מיום 14.10.98, בפסקה 7). ובמקום אחר הוסיף חברי הנשיא כי "עלינו להתרחק מתורת משפט של מושגים, לפיה המושג התיאורטי כופה עצמו על האינטרסים והערכים הדורשים הסדר נורמטיבי. עלינו לשאוף לתורת משפט של ערכים, לפיה האיזון התיאורטי הוא פרי האיזון וההסדר של האינטרסים והערכים הדורשים הסדר נורמטיבי" (דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, לא פורסם, מיום 29.6.98, בפסקה 18).

23. עמדתי על כך שדרישת "הדבר מה הנוסף" נועדה לסייע לביית-המשפט באיתורן של הודאות שווא. החשש העיקרי עימו נועדה הדרישה להתמודד, הוא החשש מפני הודאות שווא שנמסרות בשל לחץ פנימי או מניע נסתר אחר שהנחה את הנאשם בחקירתו. אמנם, גם לחץ חיצוני שהופעל על הנאשם בחקירתו, או אמצעי פסול אחר שהופעל כלפיו עשויים להוליד הודאות שווא, אולם כדי להתמודד עם חששות אלה קיימים הסדרים מיוחדים נוספים, חלקם נקבעו בחוק – סעיף 12 לפקודת הראיות – וחלקם פותחו בידי הפסיקה, דוגמת ההלכה שנקבעה בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, טרם פורסם, מיום 4.5.06.

ראינו כי המניעים והגורמים להיווצרותו של לחץ פנימי עשויים להיות עלומים ולצופה מהצד עשויה התנהגות כזו, של מתן הודאת שווא, להראות בלתי סבירה. דווקא משום כך סבורני כי לא יהיה זה נכון להסתמך על שתיקתו של הנאשם – שגם בה רב הנסתר על הגלוי – כדי להפיג את החששות המתעוררים. בית-הדין הצבאי סבר כי כפירתו של הנאשם במשפטו, מעידה על כך שהוא אינו נתון עוד באותו לחץ פנימי שהובילו להודות במעשה שלא ביצע במהלך חקירתו. בנסיבות אלה, קבע בית-הדין, ניתן לצפות מהנאשם שיסביר מה הניעו להודות במעשים, ולהתגונן באופן פוזיטיבי כנגד ההאשמות המוטחות בו. אין בידי לקבל השקפה זו. כשם שלא ניתן לקבל את הטענה כי אין אדם מודה בעבירות בהן לא חטא כהנחה משפטית, כך גם לא ניתן להסתמך על הטענה כאילו נאשם הכופר באשמתו אינו נתון ללחצים נסתרים כלשהם. אדרבא, ייתכן שדווקא קיומם של לחצים פנימיים כאלה – גם במהלך המשפט – הוא המוביל לכך שהנאשם ממלא פיו מים ואינו עולה אל דוכן העדים. מי לידנו יתקע כי אותו מניע עלום, שגרם לנאשם לקחת על עצמו אחריות למעשה שלא ביצע במהלך חקירתו, לא ישוב ויאפיין את קו ההגנה שיאמץ במהלך המשפט, כאשר הוא בוחר בזכות השתיקה? כזכור, גם המשיבים, בתגובתם, הכירו באפשרות זו, שבה "נאשם שנטל בחקירת משטרה אחריות לביצוע עבירה שלא ביצע – יכפור באשמה אך יבחר שלא להעיד להגנתו" (פסקה 44 לתגובת היועץ המשפטי לממשלה). אמת, יתכן כי סיטואציה כזו תתרחש בנסיבות חריגות בלבד. יתכן גם כי נאשם סביר, המתנהג באופן רציונלי, יבקש להתנער מאחריות על-ידי מסירת עדות פוזיטיבית. יחד עם זאת, במשפט הפלילי איננו עוסקים בסבירות או אי-סבירות התנהגותו של הנאשם, אלא בשאלה האם ביצע את העבירות המיוחסות לו אם לאו. אין צורך לשוב ולהזכיר כי בפלילים אנו עוסקים בדיני נפשות, וכמה גדולה היא הסכנה שבהרשעת אדם חף. מכאן גם הרעיון הבסיסי, לפיו טוב שיזוכו עשרה אשמים ובלבד שלא יורשע חף מפשע אחד. הדרישה לתמוך את הודאתו של הנאשם ב"דבר מה נוסף" באה למנוע תוצאות כאלה. הסתמכות

על שתיקתו של הנאשם כ"דבר מה נוסף" להודאתו – שעה שגם המניע להודאה וגם המניע לשתיקה לוטים בערפל – עשויה לחתור תחת התכלית שבבסיס אותה דרישה, היינו – הרצון לאמת את הודאתו של הנאשם. א' קמר הטיב לבטא חששות אלה:

"למעשה, גם אותו נאשם מר-נפש, שמבקש "להתאבד" בהודאתו, עשוי להיות נתון ללחץ פנימי שימנע ממנו להסביר לבית-המשפט מדוע הודה. לא נצפה, כמובן, שמי שזה עתה ניחם על כוונתו "להתאבד" בהודאתו יתייצב לפני בית-המשפט ויכריז כי כזאת וכזאת היתה לו, ומשום כך בדה את הודאתו. הטענה שכפירת הנאשם באישום בבית-המשפט שוללת את האפשרות שהוא נתון עדיין בהשפעת הגורם שהניע אותו להודות בחקירה הינה הגיונית במקרה הרגיל; אלא שדרישת הדבר-מה נוסף באה לענות דווקא על המקרים החריגים, כשהתנהגותו של הנאשם שונה מהמקובל וקשה להסבר. במקרים כאלה קשה לסמוך על ההנחה ההגיונית, שמי שכפר באשמה בבית-המשפט משוחרר כליל מלחצים שהיו חזקים דיים להניעו קודם-לכן להודות במה שלא עשה" (א' קמר "דבר מה נוסף מפי הנאשם" פלילים ה (תשנ"ו) 227, 293-292).

גם אין להתכחש לכך, כי באותם מקרים בהם המחוקק התיר לראות בשתיקתו של הנאשם חיזוק וסיוע לראייתיה של התביעה, כי אז השתיקה מתווספת לעדויות אחרות שמקורן אינו בנאשם. זהו המקרה כאשר השתיקה מתווספת לעדותם של עד מדינה; של שותף לדבר עבירה; של קטין שהעיד בפני חוקר הילדים ושל עד שהתביעה הגישה את אמרתו מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות. שונה הדבר כשמדובר בהודאת הנאשם, שאז שתיקתו מתווספת לעדות שהוא עצמו מסר בחקירה, ובנסיבות אלו סבורני כי אין בשתיקה כדי לאמת את ההודאה במידה הנדרשת.

24. למסקנה זו הגעתי גם בשל טעם נוסף. להשקפתי אין זה ראוי, כעניין של מדיניות, לאפשר לרשויות התביעה להגיש כתבי-אישום כשבאמתחתן אך ורק הודאתו של הנאשם, מתוך תקווה כי בהגיע פרשת ההגנה הוא יחליט לשתוק – עניין שיספק בידיהן את התוספת הנדרשת לתמיכה בהודאה. דרישה כזו עשויה להוביל למאמץ מוגבר להציל מפי הנאשם הודאה, מקום בו היה ראוי למקד את החקירה גם בראיות אחרות, חיצוניות להודאה – חפציות או קומוניקטיביות – שגם להן תפקיד חשוב בחשיפת האמת. בית-משפט זה חזר והדגיש בשורה ארוכה של החלטות מה רבה היא החשיבות שבעריכת חקירה יסודית, הממצה את כיווני החקירה האפשריים עד תום, ושבמסגרתה נאספות כל הראיות הרלוונטיות, כדי שהאמת תצא לאור (ראו ע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (2) 466, 472-471; ע"פ 10596/03 בשירוב נ'

מדינת ישראל, טרם פורסם, מיום 4.6.06, בפסקאות 19-20; ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, מיום 18.5.06). פרופ' קרמניצר היטב לתאר חששות מעין אלה, הגם שדבריו כווננו בעיקר לחקירה שבמהלכה מופעלים על הנחקר אמצעי כפייה ולחץ אסורים:

"שיטה משפטית המאפשרת הרשעה על סמך הודאה, מגלה מתירנות כלפי שיטות חקירה של לחץ והמקבלת, ככלל, הודאותיהם של נאשמים, מעודדת את הגופים החוקרים להזקקות ולהצמדות לאמצעי חקירה המתרכזים בנחקר, במקום לנתב את המאמץ החקירתי לאיסוף ראיות אחרות. לתופעה זו השלכות חמורות על רמתה הכללית של החקירה המשטרית, על דמותם של החוקרים ותכונותיהם, על החינוך וההדרכה שלהם ועל האתוס החקירתי" (מ' קרמניצר, במאמרו הנ"ל ב- המשפט א, 215).

ניתן גם להניח, כי ככל שנכונותה של שיטת המשפט להסתמך על הודאת הנאשם כראייה בלעדית לשם הרשעה תגדל, כך יגברו גם המאמצים להביאו לידי הודאה במהלך החקירות, חרף ההשלכות השליליות העלולות להיווצר במצב כזה (ראו בהקשר זה גם: G. Van Kessel, Interrogations and Testimonial Evidence: A Comparison of the English and American Approaches, 38 *Hastings L.J.* 1 (1986), 111, 122; א' קמר, במאמרו הנ"ל, בעמ' 294; ב' סנג'רו, במאמרו הנ"ל, בעמ' 265-274; א' בסוק, "מקרים קשים מולידים הלכה גרועה, אך הלכה גרועה מולידה מקרים קשים" – על השלכותיה של הלכת יוסף" משפט וצבא 18 (תשס"ה) 77, 126-136).

25. יחד עם זאת, ניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם הודאת הנאשם היא הודאת אמת, אך לא קיימות או שלא ניתן לאתר ראיות חיצוניות נוספות התומכות בהודאה זו. במקרים הללו, וכאשר מתחוויר לערכאה הדיונית כי ההודאה לא ניתנה מחמת לחץ פנימי כלשהו, קיים חשש שזיכוי של הנאשם – מהטעם ששתיקתו אינה מהווה "דבר מה נוסף" להודאתו – דווקא היא זו שתביא לפגיעה בחקר האמת, ולכך תתווסף גם פגיעה בצורך להלחם בפשיעה הגואה ולהגן על הציבור מפני סכנתם של מפרי החוק. סכנה זו, מיותר לציין, גדלה ככל שמדובר בעבירות חמורות. נוכח דברים אלה שומה עלינו לבחון אם קיימות נסיבות שבהן ניתנו בידי הערכאות הדיוניות אמצעים להטלת פיקוח אפקטיבי על מהלך החקירה, באופן שניתן יהיה להתרשם בצורה יעילה מהתנהגותו של הנאשם ומהתנהלות חוקריו. כאן המקום להדגיש, כי ככל שהחקירה הופכת "שקופה" יותר, כך ניתן להתרשם בצורה טובה יותר מנסיבות גבייתה של

ההודאה, וממילא הולכת ופוחתת ההצדקה לערוך הבחנה בין הודאה שנמסרה במהלך החקירה לבין הודאה הניתנת במהלך המשפט, ואשר – כזכור – די בה לבדה כדי להרשיע את הנאשם. על רקע טענה זו נשמעו קריאות בדבר הצורך לתעד את חקירותיהם של חשודים בתיעוד חזותי או קולי, ולא להסתפק בתיעוד מילולי, במטרה ליצור "חרכי הצצה" אשר באמצעותם יוכלו הערכאות לעמוד על הנעשה בחדרי החקירות, חרף הקשיים (התקציביים בעיקרם) הכרוכים בדבר. גם וועדת גולדברג המליצה להנהיג דרישה בדבר תיעודן של החקירות בתיעוד חזותי, והדגישה כי תיעוד כזה אף יביא לכך שנאשמים לא יוכלו להעלות עוד טענות חסרות בסיס אודות אופן ניהולה של החקירה (ראו עמ' 35-30 לדו"ח). אחרים הדגישו כי תיעוד החקירה בהקלטת וידיאו לא רק שיאפשר לערכאות לפקח על פרקטיקת החקירה הנוהגת, אלא שהדבר גם יאפשר להתרשם מהאינטראקציה שבין החוקר לנחקר, ומסימנים נוספים שאין להם זכר בתיעוד מילולי (ראו את מאמרו הנ"ל של White, בעמ' 156-153). על חשיבות זו של התיעוד החזותי עמד השופט גולדברג לפני למעלה משני עשורים:

"ההקלטה אינה רק משמרת בדיוקנות את הצד המילולי שבאמרה אלא גם את הסממנים הנלווים לה (נעימת האמירה, היסוס, כעס וכדומה) וכן את דברי בן שיחו של נותן האמרה, ובאופן זה היא "מדברת בעד עצמה". כך ניתנים לבית המשפט כלים נוספים לעמוד מקרוב על מהימנות העד, על משמעותם הנכונה של דבריו ועל אמיתותם" (ע"פ 323/84 שריקי נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(3) 505, 517).

בתשס"ב (2002) זכו קריאות אלה למענה גם מצדו של המחוקק, אשר הנהיג – בסעיף 7 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002 – חובה לתעד באופן חזותי חקירות בגין חשד לביצוע עבירות חמורות, אשר העונש בגינן הוא 10 שנות מאסר ומעלה. הוראה זו, אשר בשל עיכובים שונים טרם נכנסה לתוקף, עתידה לשפר באופן משמעותי את יכולתן של הערכאות לעמוד על טיבן של ההודאות המונחות בפניהן. היא תאפשר לבתי המשפט להתרשם, בדרך הקרובה ביותר למציאות, מנסיבות גבייתה של ההודאה, וכך תינתן הגנה טובה יותר לנאשמים. חשיבותה הרבה של הוראה זו באה לידי ביטוי גם מהאמור בדברי ההסבר להצעת החוק:

"כמו כן יאפשר התיקון המוצע לבית המשפט לגלות ולדעת איזה חלק מההודאה נאמר על ידי הנאשם מרצונו החופשי וביוזמתו, ומה נמסר לחוקרים מפיו בתגובה לשאלותיהם. כיצד נאמרו הדברים ומה חזות החשוד בעת מסירת ההודאה. בית המשפט יוכל גם לשפוט אם הנאשם "הובל" על ידי שאלות החוקרים לענות על מה שענה או שנשאל שאלות הבהרה בלבד, וכן ניתן יהיה

להתרשם ממצבו ומצורת דיבורו של הנאשם לגבי צלילות דעתו והבנתו את שאלות חוקריו. צילום ההודאה ימנע מצב שבו רושם החוקר תשובה שגויה בשל אי הבנה והחשוד חותם על הודאתו בלי שהבינה או בלי שהוקראה לו.

התיקון המוצע מהווה שיפור בהגנה על זכויותיו של הנאשם, ומונע, או מפחית, אפשרות לטעויות, אי הבנות או טעויות מכוונות, ובכך משפר את יכולתו של בית המשפט להגיע לחקר האמת בשאלה כה מרכזית במשפט הפלילי" (דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 15) (הודאת נאשם בעבירות חמורות), התשס"א-2000 (ה"ח 2928, מיום 30.10.2000, בעמ' 54).

אין צורך להבהיר, כי החשש לעיוות דין שנגרם כתוצאה מהרשעה המבוססת על הודאת שווא הוא קטן יותר שעה שמדובר בחקירה שתועדה באופן חזותי, ושתיעודה זה מונח בפני הערכאה הדיונית, היכולה להתרשם – באופן בלתי אמצעי כמעט – מדרך עריכתה של החקירה, התנהגותו של הנאשם והתנהלות חוקריו.

26. נוכח דברים אלה, סברתי כי בעוד שיהיה זה נכון לקבוע שעל דרך הכלל שתיקתו של נאשם לא תהווה "דבר מה נוסף" להודאה שמסר בחקירתו, לא יהיה נכון לקבוע כלל גורף כאמור לגבי חקירות שתועדו בהקלטת וידיאו, באופן שבו ניתנה לבית-המשפט האפשרות לחזות בחקירה ובהודאתו של הנאשם. במסקנה זו גם יש כדי לאזן באופן הולם בין הרצון להגן על זכויות הנאשם, לבין הרצון להגיע לחקר האמת, למצות את הדין עם מפרי החוק ולהגן על הציבור מפניהם.

כאן המקום להדגיש, כי אין בתוצאה זו כדי להוביל למסקנה כי בכל מקום שבו חקירת הנאשם תועדה בהקלטת וידיאו יש לראות בשתיקתו כ"דבר מה נוסף" להודאה שמסר בחקירתו. הכרעה זו – בדבר המשמעות שיש להעניק לשתיקתו של הנאשם בחקירות אלה – היא עניין לערכאה הדיונית להכריע בו על-פי נסיבותיו המיוחדות של המקרה המונח בפניה ועל-פי שיקול דעתה. תיעוד החקירה בוידאו הוא, אפוא, תנאי הכרחי אך לא מספיק כדי לראות בשתיקתו של נאשם במשפט "דבר מה נוסף" להודאתו בחקירה. כך למשל, מקום בו בחינתה של ההודאה גופה מעלה כי סימני האמת שבה אינם רבים, או מקום בו לשתיקתו של הנאשם ניתן הסבר מניח את הדעת המתיישב עם חפותו – כי אז יהיה נכון שלא לראות בשתיקתו של הנאשם "דבר מה נוסף" להודאתו. גם מקום שבו מתגלה פער בין עובדות שהנאשם מסר עליהן בהודאתו לבין ממצאים אובייקטיביים מזירת האירוע, ובמקרה שבו חרף תיעודה של החקירה בוידאו מתקשית הערכאה הדיונית – בשל סיבות שונות – להתרשם מנסיבות מסירתה של ההודאה, יהיה

ראוי לדרוש להוסיף להודאה זו ראייה מאמתת חיצונית ולא להסתפק בשתיקתו של הנאשם לשם הסרת החששות המתעוררים. רשימה זו אינה ממצה. יתכנו דוגמאות נוספות. החשוב הוא כי על בית-המשפט לנהוג זהירות רבה בטרם יגיע למסקנה כי ניתן לראות בשתיקתו של נאשם את התוספת הנדרשת להודאה שמסר בחקירתו.

109 דבר

27. שתיקתו של הנאשם עשויה – אך לא חייבת – להוות "דבר מה נוסף" להודאה שמסר בחקירתו, בכפוף לכך שהחקירה תועדה בצילום וידיאו, ובית-המשפט שחזה בהקלטה של החקירה, התרשם כי מונחת בפניו הודאת אמת. כאשר אחד משני תנאים אלה אינו מתקיים – אין בשתיקתו של הנאשם כדי להוות "דבר מה נוסף" להודאתו.

תוצאה זו סוללת, כך להשקפתי, את דרך המלך בסוגיה דנן. יחד עם זאת, אדגיש, ההשלכה המעשית של הדברים אינה כזו שיש בה כדי להביא לשינוי מרחיק לכת בדין הפלילי או, חלילה, לסכל את האפשרות להרשיע אשמים בכל הנוגע למערכת בתי-המשפט האזרחיים, שהרי – כך מודים גם המשיבים – במערכת התביעה האזרחית ממילא אין נוהגים להגיש כתבי-אישום נגד מי שהראיה המפלילה היחידה שנאספה לחובתם היא הודאתם בחקירה. המקור לנוהג זה הוא בהנחיה 53.000 של היועץ המשפטי לממשלה, משנת 1970, שמערכת התביעה הצבאית סתה הימנו מסיבה שאינה נהירה לי. איני רואה מקום להותיר בידי בתי-הדין הצבאיים שיקול-דעת לראות בשתיקת הנאשם "דבר מה נוסף" להודאתו מקום בו היועץ המשפטי לממשלה בעצמו ראה לפסול אפשרות כזו.

נוכח האמור, ולאור העובדה כי חקירתו של המערער לא תועדה באמצעים חזותיים, אמליץ לחברי להורות על זיכוי מהעבירה של שימוש בסם מסוכן.

השופטת ע' ארבל:

הודאה שמסר נאשם מחוץ לכותלי בית המשפט מהווה ראייה קבילה, אם עומדת היא בתנאים הקבועים בסעיף 12(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), לאמור: ככל שמסירתה היתה "חופשית ומרצון". משעברה ההודאה את "מחסום" הקבילות, ניתן יהיה לבסס הרשעתו של אדם על-פיה, כראיה יחידה, אם עומדת היא בשני מבחנים: מבחן סימני האמת הפנימיים של ההודאה ("המבחן הפנימי") ומבחן ה"דבר מה הנוסף", שבכוחו לאמת את תוכנה של ההודאה ("המבחן החיצוני").

1. במוקד הערעור ניצבת השאלה האם שתיקתו של נאשם במשפטו עשויה להוות "דבר מה נוסף" להודאה שמסר במהלך חקירתו, קרי- התוספת הראייתית הנדרשת לצורך תמיכה באמיתותה של ההודאה.

ההכרעה בשאלה זו מצריכה איזון עדין בין מכלול של ערכים. ראש וראשון, ניצב לפנינו הערך של בירור האמת וחיפיה במשפט הפלילי, במסגרתו מוגשמים יעדיו המרכזיים של ההליך הפלילי ובהם: לחימה בעבריינות, שמירה על שלום הציבור והגנה על זכויות נפגעי עבירה בפועל ובכוח, אשר הצורך בקידום הולך וגובר עם העלייה ברמת הפשיעה ובמידת תחכומה. לצד ערך חשיפת האמת, בעלת חשיבות לא פחותה, ניצבת זכותו של הנאשם להליך הוגן ותיקן, אשר מבטיח משפט צדק ומניעת הרשעות-שווא. איזון ראוי בין אלה נועד לקדם את מטרתו העילאית של המשפט הפלילי - ענישתם של האשמים וזיכויים של החפים מפשע, ובתוך כך, להבטיח את אמון הציבור בכוחה של הרשות השופטת בעשיית דין צדק לפרט ולכלל (ראו: דברי השופטת (כתוארה אז) ביניש בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, תק-על 2006(2) 1093, 1124, להלן: פרשת יששכרוב; דברי השופטת פרוקצ'יה בכג"צ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע, תק-על 2006(4) 138, 173). במסגרת איזון זה מתמודד האינטרס של מיצוי האמצעים הראייתיים לצורך חשיפת האמת, מול זכותו של הנאשם להליך הוגן, למניעת עיוות-דין, וחלילה - הרשעת החף מפשע או זיכוי של האשם. אין בידינו "פתרון קסם". בכל מקרה ומקרה יש ליתן הדעת לערכים המתמודדים ולמצוא פתרון ראוי והוגן על-פי נסיבותיו הקונקרטיות.

2. הכללים השונים שלפיהם נדרשת, בנסיבות מסוימות, תוספת ראייתית לשם הרשעה בפלילים, ובענייננו "דבר מה נוסף" להודאת נאשם, משרתים הן את הערך של

חשיפת האמת העובדתית, והן את ההגנה על זכותו של הנאשם לכבוד ולחירות. בהיבט זה, שתי התכליות האמורות משלימות זו את זו - "שתיהן כאחת משרתות את מטרת-העל של המשפט שעניינה עשיית דין צדק ומניעת עיוות דין במובנם הרחב" (פרשת יששכרוב, בעמ' 1125). יחד עם זאת, בנסיבות מסוימות עשויות תכליות אלו להטות את כפות-המאזניים לכיוונים מנוגדים, ומכאן, הצורך באיזון עדין ביניהן.

3. חברי, השופט לוי, בחן את השאלה העקרונית המונחת בפנינו באופן יסודי ומקיף, והגיע למסקנה כי התשובה שיש ליתן לשאלה זו הינה שלילית, אלא בהתקיימם של התנאים המפורטים בחוות-דעתו. את פסק דינו מסיים השופט לוי בזו הלשון:

"שתיקתו של הנאשם עשויה – אך לא חייבת – להוות "דבר מה נוסף" להודאה שמסר בחקירתו, בכפוף לכך שהחקירה תועדה בוידאו, ובית-המשפט שחזה בהקלטה זו של החקירה, התרשם כי מונחת בפניו הודאת אמת. כאשר אחד משני תנאים אלה אינו מתקיים – אין בשתיקתו של הנאשם כדי להוות "דבר מה נוסף" להודאתו" (פסקה 27 לפסק דינו של השופט לוי).

אני שותפה לעמדתו של חברי כי שתיקתו של נאשם עשויה – אך לא חייבת – להוות "דבר מה נוסף" להודאה שמסר בחקירתו, ובדומה לעמדתו, סבורה אני כי על דרך הכלל ראוי להימנע מלראות בשתיקתו של נאשם במשפטו משום "דבר מה נוסף". יחד עם זאת, עמדתי שונה מעמדת חברי בשתי סוגיות מרכזיות: האחת, נקודת המוצא החוקית לבחינתה של השאלה; והשנייה, החריגים לכלל האמור בהם ראוי להכיר במסגרת מתחם שיקול-הדעת השיפוטי ועל בסיס המדיניות המשפטית הראויה.

4. עמדתי בתמצית הינה כי סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי או החוק), מאפשר לקבוע כי שתיקת נאשם במשפטו עשויה לשמש "דבר מה נוסף" להודאה שמסר במהלך חקירתו. בד בבד, מכוח מדיניות שיפוטית ראויה, הנגזרת ממכלול השיקולים והאינטרסים הנוגעים לעניין, מסכימה אני עם עמדתו של חברי כי ראוי שעל דרך הכלל, שתיקתו של נאשם במשפטו לא תהווה "דבר מה נוסף" להודאה שמסר בחקירתו, אלא במקרים חריגים. אולם, בעוד חברי סבור כי החריג ראוי לו שיחול רק לגבי חקירות שתועדו בהקלטת וידאו, עמדתי היא כי יש להותיר בידי הערכאה הדיונית מתחם רחב יותר של שיקול-דעת, תוך קביעת אמות-מידה באשר לאופן המרוסן והזהיר שבו ראוי יהיה להפעילו.

חברי פרש בפסק דינו יריעה רחבה ומעמיקה של עובדות ומשפט, ועל כן, אסתפק בהסברת עמדתי, תוך הבהרת השונה בין עמדתי לעמדתו.

ברקעם של הדברים - על הודאות נאשמים בכלל ועל החשש מפני הודאות-שווא בפרט

5. המשקל שיש ליתן להודאות נאשמים, בין יתר הראיות המוכרות לצורך הרשעתו של אדם בפלילים, שב ועולה מזה שנים במסגרת הדיון המשפטי והשיח האקדמי והחברתי. שיח חשוב זה, כמו גם הניסיון והידע שהצטברו עם השנים באשר לגורמים השונים שבעטיים עלול נאשם למסור הודאת-שווא, הביאו עם הזמן לשינויים ולתנודות בתפיסות המקובלות ביחס למעמדה של ההודאה בשיטתנו המשפטית (דו"ח "הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר" (1994) בראשות כב' השופט א' גולדברג, להלן: דו"ח ועדת גולדברג; כן ראו את הדעות השונות שהובעו בסוגיה זו בדנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 736 (1998), להלן: פרשת אל עביד; ועוד: מרדכי קרמניצר "הרשעה על סמך הודאה – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א' 205 (1993); בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה - האומנם "מלכת הראיות" או שמא קיסרית הרשעות השווא" עלי משפט ד' 245 (2005)). אני ערה לחששות השונים המלווים מסירתן של הודאות. לא ניתן להתעלם מהם. ועם זאת, אני סבורה גם כי אין להפריז בהם. ההודאות היו ועודן כלי מרכזי בידיה של מערכת המשפט להגיע לחקר האמת ולמצות את הדין עם עבריינים, ולו מן הטעם הפשוט כי, כדברי הנשיא ברק: "פעמים, רק הנאשם – המודה, הוא שיכול לספק גירסה קוהרנטית ומפורטת על השתלשלות האירועים" (פרשת אל עביד, בעמ' 865). חשיבותה הראייתית של ההודאה הוכרה בפסיקה שתיארה את מרכזיותה בהליך חשיפת האמת: "טול מן המשפט את ההודאות והעדויות ונטלת ממנו את נשמת אפה של עשיית הצדק" (פרשת אל עביד, בעמ' 855). בעניין זה, אשוב ואזכיר את שכבר אמרתי בפרשה קודמת:

"... מאז דו"ח וועדת גולדברג אכן הועם זוהרה של ההודאה כ"מלכת הראיות", והופנה זרקור לחשש מאפשרות הרשעת אדם חף מפשע. עדיין, לגיטימי, יש לה להודאה מקום של כבוד בסולם הראיות הקיימות במשפט פלילי, והיא בבחינת כלי ראייתי חשוב ומקובל באותם מקרים בהם שוכנע בית המשפט כי מדובר בהודאת אמת. שוללת אני גם את הגישה לפיה, כנקודת המוצא, בכל הודאה קיים במובנה "פגם מולד" (כתיאורה של השופטת שטרסברג-כהן את גישתה של השופטת דורנר בדנ"פ אל עביד, בע' 854, גישה עליה חלקה) בדבר היותה של ההודאה הודית שווא וראיה חשודה על פניה, כאשר מלכתחילה טבוע בה חותם של

אי רציונליות" (ע"פ 6679/04 סטקלר נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(2) 1655, 1664, להלן: פרשת סטקלר).

6. עמדה זו יסודה, יותר מכל, בניסיון החיים, המלמד כי הודאה רצונית של נאשם, בעת חקירתו, בעבירה שלא ביצע, היא החריג, ולא הכלל, וכי אף שלא ניתן לומר כי לא קיימים מקרים בהם בני-אדם מודים במעשים שלא ביצעו, הרי שכאשר ההודאות אינן פרי השפעתם של אמצעים פסולים שננקטו לשם קבלתן, לרוב מודים בני-אדם במעשים שביצעו ולא במעשים שלא ביצעו (ראו והשוו: פרשת אל עב"ד, דברי השופט אור בעמ' 819, דברי השופט שטרסברג-כהן בעמ' 856, דברי השופט מצא בעמ' 857, דברי הנשיא ברק בעמ' 865). יפים לעניין זה דבריו של השופט (כתוארו אז) חשין:

"מלכת הראיות" - כך כונתה לעתים הודאתו של נאשם בחקירת משטרה. וגם אם לא מלכה-על-כס היא, "נסרכת ראיות" היא, מאותן ראיות ראשונות במלכות. מי כמונו, היושבים לדין יום-יום, יודעים זאת. ומכבר ידענו אף זאת, כי הניסיון וחכמת-המעשה הם המדריכים אותנו בלכתנו. וכבר לימדנו אחד מן החכמים בקהילתנו - קהילת-המשפטנים - אוליוור ונדל הולמס, כי חיי המשפט לא נעו על מסילת-היגיון אלא על דרך-הניסיון: "The life of the law has not been logic: it has been experience": O.W. Holmes The Common Law (Boston, 1881), at p. 1 רשע; קרא: אין אדם מודה כי עבר עבירה פלונית אלא אם עבר אותה עבירה. חוכמת-הלב לימדה אותנו, שאין אדם עושה עצמו רשע במקום שהוא צדיק. בייחוד אמורים הדברים בחמורות שבעבירות, באותן עבירות השולחות אדם לשנים ארוכות אל בית האסורים. אין זו הנחה משפטית. אין זו חזקה חלוטה. הנחה של שכל ישר היא, הנחה המייסדת עצמה על טבע האדם" (פרשת אל עב"ד, בעמ' 833-834).

7. זאת ועוד. הניסיון מוסיף ומלמד כי קיימים טעמים כבדי-משקל למתן הודאה אשר אינה הודאת-שווא דווקא. טעמים אלו תוארו, הגם שלא במלואם, על-ידי השופט אור באותה פרשה:

"טעם בעל משקל רב הוא הצורך הנפשי הבסיסי של מי שביצע מעשה עבירה לפרוק מעליו תחושה מעיקה של אשם, אשר אין הוא יכול להמשיך ולשאת בקרבו. טעם אפשרי אחר הוא ההכרה הרציונלית של חשוד בדבר עבירה - למשל, על רקע קיומן של ראיות נוספות כמו עדויות נגדו או ראיות חפציות - בכך שאי-שיתוף פעולה מצדו עשוי שלא להועיל לו במניעת הבאתו לדין, בעוד ששיתוף פעולה עם הרשות עשוי להביא להתחשבות

מסוימת בו בהמשך הדרך, למשל בשלב הענישה. ולא מניתי את כל הטעמים" (שם, בעמ' 819).

8. אף שהודאות-שווא הן בבחינת חריג, הכירה מערכת המשפט מימים ימימה באפשרות לפיה לחצים שונים יביאו נאשם להודות בעבירה אותה לא ביצע, "בחינת אומר "להתאבד" בהודאתו" (ע"פ 48/54 אירש"ד נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח(1) 690, 691 (1954)):

"שניים הם החששות המלווים הודאה שמסר נאשם מחוץ לכתלי בית-המשפט: האחד, החשש כי על הנאשם הופעל לחץ "חיצוני" אשר הביא אותו לידי כך שיודה בביצוע מעשה שלא עשה כלל. כנגד לחץ זה עומד המחסום הסטטוטורי של הקבילות, הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות (נוסח חדש), השולל קבילותה של ראיה שלא ניתנה "חפשית ומרצון". האחר, החשש כי הנאשם פעל מתוך לחץ "פנימי" אשר הביא אותו לידי כך שיטול על עצמו אחריות לביצוע מעשה שלא עשה כלל ובכך יביאו לכדי "התאבדות בהודאה" (ע"פ 48/54 עיסה עלי אירש"ד נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח(2) 690, 691; פ"ע טו 378). כנגד לחץ פנימי זה לא קיים כל מחסום של קבילות, אך בית-המשפט יבחן אפשרות זו במסגרת המשקל שהוא יעניק להודאה (ע"פ 715/78 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 228, 234 (1979), להלן: פרשת לוי).

אודות החשש שמא לחץ "פנימי" הביא את הנאשם למסור הודאת-שווא, אפנה לדבריו של השופט גולדברג, אשר ציין כי אף אם לא הופעלו על הנאשם לחצים פסולים במהלך חקירתו הפוסלים את קבילותה של ההודאה, עדיין קיים חשש שמא הודאתו הודאת-שווא היא:

"עדיין על בית המשפט לחשוש כי טעמים אחרים הביאו את המודה "להתאבד בהודייה". התאבדות אשר אפשר שתהיה ביודעין (כגון הרצון לחפות על אחר, או הרצון להביא לסיומה של החקירה מחמת לחץ נפשי פנימי), או שלא ביודעין (מתוך שמאמין הנחקר בטעות באמיתות הודייתו עקב ליקויים נפשיים ועיוות בתפישת המציאות). בסוגית "ההתאבדות בהודייה" עמדו חכמינו (על רקע העקרון של המשפט העברי כי אין בידי אדם להפליל עצמו), על כך כי:

"...הסנהדרין אין ממיתין ולא מלקין המודה בעבירה שמא נטרפה דעתו בדבר זה. שמא מן העמלים מרי הנפש הוא המחכים למות שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמן מן הגגות. שמא כך זה יבא ואמר דבר שלא עשה כדי שייהרג..." (הרמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק י"ח,

הלכה ו') " (ע"פ 4769/92 ניג'ם נ' מדינת ישראל, תק-על
 94(3) 2183, 2186, להלן: פרשת ניג'ם).

9. חשש זה מפני הודאות-שווא הביא לעיצובם של "מחסומים ובלמים" לבחינת קבילותן ומשקלן של הודאות (כלשונו של הנשיא ברק בפרשת אל עביד, בעמ' 865). על "מחסומים ובלמים" אלו נמנה הכלל לפיו אין להרשיע אדם אך ורק על-סמך הודאה שמסר מחוץ לכותלי בית המשפט, גם כאשר היא נתקבלה ונמסרה כדת וכדין וללא לחץ חיצוני (וראו לדוגמה: ע"פ 290/59 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד(2) 1489, 1495 (1960), להלן: פרשת פלוני; ע"פ 556/80 עלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(3) 169, 184 (1983)). נראה כי השאיפה להקים "תריס" מפני הסכנה של הודאה כוזבת שמניעה חבויים בנפש המודה (כדברי השופט לנדוי בפרשת פלוני), היא אשר הביאה להתפתחות דרישת ה"דבר מה הנוסף" בפסיקתו של בית משפט זה, המהווה גם היא "בלם" מרכזי וחשוב מפני הרשעות-שווא. דרישה זו מיועדת להגן על הנאשם מפני הרשעתו על בסיס הודאת-שווא שמסר במהלך חקירתו, אולם לא פחות מכך, היא מבקשת לסייע לבית המשפט להגיע לחקר האמת, ולפיכך, מהווה אמצעי להגנתה של החברה כולה מפני הרשעת חפים מפשע ומפני זיכויים של אשמים.

10. דברים אלו עומדים ברקע ההכרעה בשאלה המתעוררת בגדרו של הערעור הנוכחי. כאמור, ההכרעה בשאלה זו היא פרי איזון בין ערכים. ראשיתה של הדרך בהוראת סעיף 162 לחוק, המהווה את המסגרת הנורמטיבית לבחינת השאלה, ועל בסיסה, עלינו לגבש את המדיניות המשפטית הראויה בסוגיה זו. נפנה, אם כן, לדיון בשאלות הטעונות הכרעה.

המסגרת הנורמטיבית - סעיף 162 לחוק כמקור חוקי לראיית השתיקה כ"דבר מה נוסף"

11. כאמור, המסגרת החוקית לבחינת הסוגיה הינה הוראת סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי. למען הסדר הטוב, אביא את הסעיף כלשונו, כפי שתוקן בשנת תשס"ו:

162. שתיקת הנאשם

(א) הימנעות הנאשם מהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה וכן סיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להן סיוע, אך לא תשמש סיוע לצורך סעיף 11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955 או לצורך סעיף 20(ד) לחוק הליכי חקירה והעדה של אנשים עם מוגבלות.

(ב) הימנעות הנאשם מהעיד לא תשמש ראיה לחובתו, אם התקבלה חוות דעת מומחה שלפיה הנאשם הוא אדם

עם מוגבלות שכלית או אדם עם מוגבלות נפשית
 כהגדרתם בחוק הליכי חקירה והעדה של אנשים עם
 מוגבלות, ובשל מוגבלותו כאמור הוא נמנע מהעיד.

ניתן לראות כי בכפיפות לחריגים המנויים בו במפורש, קובע הסעיף בבירור כי שתיקתו של נאשם במשפטו הינה בעלת משמעות ראייתית, דהיינו: היא יכולה להוות "חיזוק" למשקל הראיות שהביאה התביעה, וכן "סיוע" לראיות אלו. האם ניתן וראוי לפרש את הסעיף כמאפשר לראות בשתיקתו של נאשם לא רק "סיוע" ו"חיזוק", כפי שמצוין בסעיף, אלא גם "דבר מה נוסף" לצורך הרשעתו על בסיס הודאתו בחקירה, וזאת על אף שההוראה לא עוסקת במפורש בתוספת ראייתית זו? זו השאלה הראשונה המונחת בפנינו.

12. חברי, השופט לוי, סבור כי הפרשנות שאומצה על-ידי בתי הדין הצבאיים לפיה בהינתן כי שתיקת נאשם יכולה לספק את הדרישה לראייה מסייעת, קל וחומר שהיא יכולה להוות גם "דבר מה נוסף" להודאתו של נאשם, אינה נקייה מספקות. לדבריו, אם זו אכן היתה עמדת המחוקק, תמוהה העובדה כי בחר שלא לקבוע זאת במפורש במסגרת הסעיף, וזאת בפרט נוכח העובדה כי בעת הוספת הוראה זו לחוק, הדרישה ל"דבר מה נוסף" היתה שרירה וקיימת. מכאן מסיק חברי כי התשובה לשאלה שלפנינו אינה יכולה להיגזר מהוראת סעיף 162 לחוק לבדה או מההגדרות הטכניות שנודעו למונחים "חיזוק" ו"סיוע" בסעיף זה (פסקה 22 לפסק דינו).

13. אני, כשלעצמי, סבורה כי הגם שההכרעה בסוגיה אינה יכולה להיגזר אך ורק מפרשנותו הצרה של סעיף 162 לחוק, הרי שעמדה לפיה ניתן לראות בשתיקתו של נאשם גם "דבר מה נוסף" - בהיותה פועלת לרעתו של הנאשם - חייבת להתבסס על מקור חוקי כלשהו, ולפיכך, לא ניתן להותיר שאלה פרשנית זו ללא הכרעה מפורשת. לגופו של עניין, עיון בהוראת סעיף 162 ופרשנות ההוראה מבחינה מילולית ותכליתית, מלמדים כי ניתן להחיל את הסעיף גם על הדרישה לתוספת הראייתית מסוג "דבר מה נוסף", ועל כן, עשוי הסעיף להיות מקור חוקי לראות בשתיקת הנאשם במשפטו "דבר מה נוסף" להודאה שמסר מחוץ לכותלי בית המשפט, כפי שנטען על-ידי המשיבים. כפי שאראה להלן, ביסוד עמדתי טעמים הנובעים מפרשנותו המילולית של הסעיף, כמו גם טעמים שבתכלית חקיקתו ובהיסטוריה החקיקתית שלו, וכן טעמים הנובעים מטיבה של התוספת הראייתית מסוג "דבר מה נוסף" בהשוואה לתוספות הראייתיות מסוג "סיוע" ו"דבר לחיזוק".

14. חקיקת סעיף 162 בשנת 1976 באה בעקבות המלצתה של הוועדה הציבורית לסדר הדין הפלילי בראשות השופט (כתארו אז) מ' לנדוי. ברקע החקיקה עמדה העלייה בהיקף וברמת הפשיעה בחברה הישראלית והתפיסה כי יש להעניק בידי מערכת המשפט כלים חזקים ויעילים מבעבר, על מנת להתמודד עם הפשיעה הגואה (ד"כ 71, 2115 (התשל"ד); ד"כ 73, 2888 (התשל"ה)). תהליך החקיקה לווה במחלוקות עזות בקרב חברי-הכנסת, בעיקר בשל החשש מפני פגיעה בזכות השתיקה ובחזקת החפות של נאשמים, אולם בסופו של דבר, התקבל הסעיף חרף ההתנגדויות. יצוין, כי בעוד שבנוסח המקורי של הסעיף, כפי שהוצג בהצעת החוק מטעם הממשלה, הוצע לראות בהימנעות נאשם מלהעיד משום "סיוע" בלבד, הרי שבנוסחו הסופי, וכפי שהוא מנוסח גם כיום, נקבע כי הימנעות זו עשויה להוות גם "חיזוק למשקל ראיות התביעה", וזאת במטרה "לחזק את הסעיף" ולא להגבילו רק למקרים בהם החוק, מבחינה טכנית, דורש תוספת ראייתית מסוג "סיוע" (ראו: דברי חבר-הכנסת א' אנקוריון, ד"כ 77, 3506 (התשל"ו)).

בדברי ההסבר להצעת החוק מטעם הממשלה נאמר כדלקמן:

"לפי פסיקתם העקיבה של בתי המשפט, שתיקת הנאשם כשלעצמה אינה הוכחה לרעתו, אין היא יכולה לשמש תחליף להוכחות התביעה, ואין היא יכולה לשמש נימוק להרשעתו. ...

מכאן המסקנה שתיקת הנאשם אינה יכולה לשמש תחליף להוכחה, הנדרשת בנסיבות מסוימות (למשל: לחיזוק עדותו של מעורב בעסקת עבירה ... או לחיזוק הודאה שניתנה במשטרה, ובוודאי שאינה יכולה לשמש תחליף להוכחת הסיוע, כשהוא נדרש, כגון בעבירות מין, או לצורך חיזוק עדותו של שותף לדבר עבירה...).

הסעיף המוצע בא לחדש הלכה המאפשרת לראות בהימנעות נאשם מהעיד סיוע ממש במקום שהוא נדרש, כלומר – הוא מאפשר לתת לשתיקה ערך פוזיטיבי. זהו למעשה אמצעי לעודד נאשמים לדבר בבית המשפט, כדי למנוע עיוות דין, העלול לבוא מזיכויים של נאשמים לא פחות מאשר מהרשעתם של החפים מפשע. יש לזכור שהמדובר הוא בשלב שלאחר הוכחות התביעה, כלומר, כשהעובדות כבר מעידות שהנאשם מסובך במעשה הפלילי, כשהשכל הישר ונסיון החיים מכריעים את הכף לצד הערכה שלילית של עמדת הנאשם על זכות השתיקה. עם זאת אין השתיקה מהווה, לפי המוצע, סיוע אוטומטי, אלא הדבר מוקנה לשיקול בית המשפט"

(דברי הסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 5), התשל"ד-1974, ה"ח 1103, 84, בעמ' 87).

ניתן לראות, אם כן, כי הסעיף האמור נועד לצמצם את הסיכוי לזיכויים של נאשמים אשמים, באמצעות מתן ערך פוזיטיבי לשתיקה ועידודם של נאשמים למסור את גרסתם בבית המשפט.

לדעתי, גם אם הדרישה לתוספת הראייתית של "דבר מה נוסף" לא היתה זו שעמדה לנגד עיני המחוקק ביוזמו את חקיקת הסעיף, הרי שעיון בפרוטוקול הדיונים במליאת הכנסת בשלבי החקיקה השונים מעלה כי לא ניתן גם להסיק כי כוונתו היתה להבחין בין התוספות הראייתיות מן הסוג של "דבר לחיזוק" ו"סיוע", המעוגנות בסעיף, לבין התוספת הראייתית מן הסוג של "דבר מה נוסף", שלא נכללה בו, אך הוכרה בפסיקה באותה עת. לטעמי, תכליתו של הסעיף, כפי שעולה מדברי ההסבר, תקפה גם מקום בו התוספת הראייתית הנדרשת לצורך הרשעה היא מסוג "דבר מה נוסף", שכן אף כשהראיה היחידה הקיימת לחובת הנאשם היא הודאתו שלו, אשר לאחריה כבר הוא באשמה, קם צורך ברור לעודדו למסור את גרסתו בפני בית המשפט, על-מנת שהתשתית הראייתית עליה מבסס בית המשפט את ההכרעה בין חפות לאשמה תהא מלאה ככל הניתן.

15. מדברי חברי, השופט לוי, ניתן להסיק כי בעובדה שהמחוקק לא התייחס במפורש לתוספת מסוג "דבר מה נוסף" יש משום "הסדר שלילי", שכן לו היה המחוקק מבקש לראות בשתיקתו של נאשם גם "דבר מה נוסף", ניתן להניח כי היה קובע זאת במפורש במסגרת סעיף 162 לחוק (פסקה 22 לפסק דינו). ניתן לחלוק על טיעון זה: ראשית, התוספת של "דבר מה נוסף" היא כזכור, פרי ההלכה הפסוקה, ואינה מעוגנת בחוק (ראו: ע"פ 3/49 אנדלרסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב 589, 592-593 (1949)), אשר במסגרתו השתרשה הדרישה, ולאחריו שב וחזר עליה בית משפט זה פעמים אין-ספור). משום כך, ספק אם נכון יהיה לייחס משמעות מרחיקת-לכת לכך שהמחוקק לא התייחס לתוספת הראייתית האמורה במפורש. שנית, בתחילה מקובל היה כי משמעותו של המושג "דבר לחיזוק" זהה למשמעות המושג "דבר מה נוסף", וזאת, נוכח ההכרה הברורה בכך שאין מדובר בדרישה של "סיוע" אלא בדרישה פחותה ממנה, תוך רצון להימנע מיצירת מונח נוסף שיחייב קביעת הבחנות דקות בינו לבין המונח הקרוב אליו (יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 297 (2003), להלן: קדמי; השו" גם לע"פ 735/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 94, 99 (1981)).

16. בהקשר זה מעניין להפנות לדברים שנאמרו במהלך הדיונים בכנסת לקראת חקיקת החוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 6), התשמ"ב-1982, אשר במסגרתו עוגנה הדרישה ל"דבר לחיזוק" לצורך הרשעת אדם על סמך עדותו של שותף לעבירה (סעיף 54א) לפקודת הראיות). בהציגו את הנוסח המוצע לתיקון החוק, אמר שר המשפטים דאז, מ' ניסים, את הדברים הבאים:

"ההנחיה למידת הזהירות הנדרשת תינתן מעתה, לפי ההצעה, בדרישה של "דבר לחיזוק העדות". זוהי דרישה המקבילה לדרישת ה"דבר מה", כפי שגובשה בפסיקה (ההדגשה שלי - ע.א.). מטרת דרישת 'דבר מה' היא להסב את תשומת-לבו של השופט לסכנה שבהרשעה על סמך העדות היחידה שלפניו, ולהזהירו כי עליו לוודא, בעזרת תוספת ראייתית קלה מבחינת מהותה, דיותה ואיכותה, כי העדות הנדונה אמת היא. התוספת לעדות יכולה לעלות הן מתוך העדות עצמה והן מחומר הראיות הנוסף עליה, ובלבד שהיא משכנעת את השופט באמינות העדות הנתמכת" (ד"כ 90, 309 (התשמ"א)).

יצוין, כי כמו סעיף 162 לחוק, גם סעיף 54א) האמור נחקק בעקבות המלצתה של הוועדה הציבורית לסדר הדין הפלילי, ומעניין לראות כי הצעתה בעניין זה היתה לבטל את דרישת ה"סיוע" לעדותו של שותף לעבירה, ולהמירה בדרישה ל"דבר מה". כידוע, בסופו של דבר, תוקן הסעיף כך שהדרישה ל"סיוע" הומרה בדרישה ל"דבר לחיזוק" (ראו: דברי הסבר להצעת החוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 6), התשמ"ב-1982, ה"ח 1477 397; ע"פ 6147/92 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מח(1) 62, 69 (1993), להלן: פרשת כהן). נראה כי בהתייחסויות אלו יש כדי ללמד על הקרבה המושגית היחסית בין שני המונחים ("דבר מה נוסף" ו"דבר לחיזוק"), ולמעשה, אף נוכח ההבחנות הקיימות בין שתי התוספות הראייתיות האמורות, לעיתים הן הוזכרו על-ידי הפסיקה "בנשימה אחת", כאילו מדובר בדרישה זהה (קדמי, בעמ' 360; והשוו: ע"פ 190/82 מרקוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 225, 294 (1983); ע"פ 1242/97 גרינברג נ' מדינת ישראל, תק-על 98(1) 81, 91). מכאן, שאף שסעיף 162 נוסף לחוק סדר הדין הפלילי כאשר ההלכה בעניין הדרישה ל"דבר מה נוסף" כבר היתה שרירה וקיימת, אין להסיק לטעמי מן העובדה שלא נכללה בו התייחסות מפורשת לתוספת ראייתית זו, כי המחוקק התכוון לשלול את החלתה.

טיבן של התוספות הראייתיות השונות - "סיוע", "דבר לחיזוק" ו"דבר מה נוסף"

17. הפירוש האמור לסעיף 162 לחוק מתבקש לגישתי גם מניתוח מהותי של הסעיף, של טיב התוספת הראייתית מסוג "דבר מה נוסף" ושל היחס בינה לבין

התוספות הראייתיות האחרות. לשיטתי, מהעובדה כי המחוקק קבע בהוראת חוק זו כי הימנעות נאשם מלהעיד עשויה לשמש "חיזוק" או "סיוע", נובע באופן הכרחי כי היא עשויה להיות גם "דבר מה נוסף". עמדתי זו נעוצה ב"מדרג" המהותי והכמותי הקיים בין תוספות ראייתיות אלו, כפי שעוצב וגובש בחקיקה ובפסיקה, כאשר התוספת הראייתית מסוג "דבר מה נוסף" מצויה בתחתיתו של המדרג, כך שהיא מוכלת ונבלעת בתוספות הראייתיות האחרות.

בטרם ניכנס לעובי הקורה בסוגיות אלו, ראוי לשוב ולהזכיר, בקצירת האומר, מושכלות ראשונים באשר לתוספות הראייתיות השונות.

18. הדרישה להמצאת ראיה נוספת על ראיה מפלילה מסוימת, כתנאי להרשעת נאשם בעבירה פלילית, מעוגנת בשיטת המשפט הישראלית באמצעות שלושה מושגים שונים: "סיוע", "דבר לחיזוק" ו"דבר מה נוסף".

במקרים בהם נדרשת תוספת ראייתית מסוג "סיוע", הכוונה היא לדרישה לראייה "המסבכת" (או הנוטה לסבך) את הנאשם בביצוע העבירה המיוחסת לו. בין היתר, נדרש "סיוע" לעדותו של עד מדינה המפליל את הנאשם ולעדות קטין שהוא המתלונן באישום של עבירת מין וגרסתו מובאת בפני בית המשפט באמצעות חוקר נוער. במקרים אלו, על הראייה המסייעת להיות "ראייה עצמאית, המפנה אל מעורבותו של הנאשם בעבירה" (ע"פ 238/89 אסקפור נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 404, 411 (1989), להלן: פרשת אסקפור; ע"פ 378/74 מסר נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(1) 687, 695-698 (1980); ע"פ 85/80 קטאשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 57, 68-71 (1980)). לאור זאת, נפסק כי על מנת שראייה מסוימת תוכל לעמוד בדרישת ה"סיוע", עליה לעמוד בשלוש דרישות מצטברות: מקורה צריך להיות נפרד ועצמאי מן העדות הטעונה סיוע; עליה "לסבך" את הנאשם באחריות לביצוע המעשה נושא האישום; ועליה להתייחס לנקודה ממשית השנויה במחלוקת בין הצדדים (ראו לדוגמה: ע"פ 387/83 מדינת ישראל נ' יהודאי, פ"ד לט(4) 197, 203 (1985)). ביסוד דרישה מחמירה זו עומד הצורך להבטיח את אמיתותם של דברים שמוסר עד נגד הנאשם ולהפיג את החשש שמא מעליל הוא על הנאשם עלילת-שווא, כאשר ניסיון החיים מלמד כי העדות עלולה ללקות במהימנותה, ועל כן אין היא לבדה יכולה להיות בסיס להרשעת נאשם (פרשת פלוני, בעמ' 1498-1499; ע"פ 389/73 בן-לולו נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 489, 492 (1974); ע"פ 169/74 כדורי נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 398, 403 (1974); ע"פ 5544/91 מויאל נ' מדינת ישראל, תק-על 95(1) 1343, 1357; פרשת כהן, בעמ' 72; קדמי, בעמ' 126).

19. בשונה מן ה"סיוע", הדרישה לתוספת ראייתית מסוג "דבר לחיזוק", הינה דרישה לראיה "מאמתת": "דרישת החיזוק באה לידי סיפוקה, אם החיזוק מוסיף נופך אמת לאימרת העד, ואין צורך כי "יסבך" את הנאשם במעשה העבירה" (ע"פ 241/87 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 743, 746 (1988); קדמי, בעמ' 298). בין היתר, נדרש "דבר לחיזוק" לצורך תמיכה בעדות שותף לעבירה (סעיף 54א(א) לפקודת הראיות) ולצורך תמיכה בהודעתו במשטרה של עד המוסר לאחר מכן עדות סותרת בבית המשפט וההודעה מתקבלת כראיה קבילה (סעיף 10א(ד) לפקודת הראיות). ה"דבר לחיזוק" "נועד להצביע על כך שדברי העד, בעומדם בפני עצמם, הם דברים אמינים. על-כן אין הכרח, שפניו של החיזוק יהיו אל העבירה או אל הקשר העברייני בין הנאשם לבין העד - השותף לעבירה" (פרשת אסקפור, בעמ' 411). בדומה לדרישת ה"סיוע", ביסוד "הדבר לחיזוק" עומד החשש שמא העד מסר עדות כוזבת המפלילה את הנאשם, ועל כן, נדרשת ראייה שתחזק את אמינותה ומהימנותה של עדות זו (פרשת כהן, בעמ' 80).

20. לבסוף, הדרישה ל"דבר מה נוסף", הינה - בדומה ל"דבר לחיזוק" ובשונה מן ה"סיוע" - דרישה לתוספת ראייתית "מאמתת". לפיכך, בשונה מן ה"סיוע", ה"דבר מה הנוסף" אינו צריך להצביע על אשמת הנאשם, אלא די בראיה ישירה או נסיבתית, חיצונית להודאת הנאשם, אשר יש בה לאשר במידת מה את תוכן ההודאה ולהצביע על אמיתותה (פרשת פלוני, בעמ' 1499; ע"פ 6936/94 עווד נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(4) 842, 848 (1996)). דרישת ה"דבר מה הנוסף" באה להסיר חשש שמא הנאשם נוטל על עצמו אחריות למעשה שנעשה על-ידי אדם אחר או שלא נעשה כלל, ולפיכך, עקרונית, מספיקה ראייה קלה מאוד כדי לענות עליה (פרשת כהן, בעמ' 72). בהתאם לכך ציינה הפסיקה לא פעם כי ראייה זו "יכולה להיות קלה שבקלות" (ע"פ 178/65 אושה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(3) 154, 156 (1965)), ואף בעלת משקל "קל כנוצה" (פרשת אל עביד, בעמ' 834). די בכך שתניח את דעתו של בית המשפט שההודאה אינה "בדוּתא בעלמא", ותשכנעו כי הסיפור שסיפר הנאשם בהודאתו אמנם סיפור אפשרי הוא (ע"פ 312/73 מצרווה נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 805, 809 (1974), להלן: פרשת מצרווה).

21. ההבדלים האמורים - בטרמינולוגיה ובמהות - בין שלוש התוספות הראייתיות, הובילו ליצירתו של מעין "מדרג" ביניהן. ביסודו של מדרג זה עומדת ההנחה כי ככלל, "אין אדם משים עצמו רשע" (פרשת אל עביד, בעמ' 833), כך שמרבית ההודאות הינן הודאות-אמת, ולעומת זאת, כי סבירה יותר האפשרות לפיה אדם אחר המעיד נגד הנאשם ימסור נגדו עדות כוזבת, וזאת מסיבות שונות, כגון כעס, קנאה, רצון לחלץ את

עצמו מאחריות או לחפות על אדם שלישי אחר, רצון לזכות בטובת הנאה כלשהי וכיוצא באלו. במילים אחרות, הצורך בתוספת ראייתית להודאתו של נאשם, להזמת החשש שמא הודאתו הודאת-שווא היא, הינו קל יותר מן הצורך בתוספת הראייתית הנדרשת לעדותו של אחר נגדו, ועל כן, על ה"סיוע" וה"דבר לחיזוק" לעמוד בדרישות מחמירות יותר מן ה"דבר מה נוסף". ברוח זו, צוין באחת הפרשות, בהתייחס לראיה העונה על הדרישה ל"דבר מה נוסף" כי "מקובל, על כן, לראות ראייה כזו כ"נחותה" בסולם הראיות ה"משניות" ("סיוע" ו"דבר לחיזוק") (פרשת נ'ג'ם, בעמ' 2186). המדרג האמור זכה לביטוי ברור בפסיקת בית משפט זה, אשר שבה וקבעה לאורך השנים כי ראיות שונות העשויות לשמש "סיוע", מספקות מניה וביה גם את הדרישות ל"דבר לחיזוק" ול"דבר מה נוסף". כך לדוגמה, ציין השופט ח' כהן כי:

"האמרות האמורות של המנוח יכלו לשמש ראית סיוע להודאות המערערים, אילו היה צורך בראיות סיוע של ממש. והרי הדברים קל וחומר: אם היה באמרות אלה משום ראית סיוע של ממש להודאות המערערים, "דבר מה" לחזוק הודאותיהם לא כל שכן" (ע"פ 399/72 מנחם נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 17.12.72, דף לפרקליט 112).

במקום אחר, ציין השופט אור כי "אם יימצא סיוע כזה, ממילא יענה סיוע זה גם על דרישת החיזוק לאימרת עד, עליה מסתמך בית המשפט מכוח הוראות סעיף 10א לפקודה – שהרי זה מרובה המחזיק גם את המועט" (ע"פ 450/82 טריפיר נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 589, 597 (1983)), ודברים דומים נאמרו על-ידי הנשיא שמגר: "אם עדות השותף לעבירה יכולה הייתה לשמש כסיוע, שמשקלו ותחום היקפו רחבים יותר מראית חיזוק ... ומן ה"דבר מה נוסף", הרי פשיטא שעדות כאמור יכולה לשמש בגדר חיזוק" (פרשת אסקפור, בעמ' 410; כן ראו: ע"פ 282/75 קרקיי נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 14.1.76, דף לפרקליט 172); ע"פ 34/78 אלגול נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 12.6.78, דף לפרקליט 197); ע"פ 949/80 שוהמי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 62, 72 (1981), להלן: פרשת שוהמי; ע"פ 146/81 אל סנע נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 500, 503 (1981); ע"פ 777/80 בינאשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 452, 472 (1983); ע"פ 533/82 זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 57, 73 (1984)).

לסיכום ההלכה בעניין זה מציין קדמי בספרו כי: "ראיה שבכוחה לשמש "סיוע" במקום שנדרשת תוספת כזו (לאמור: תוספת "מסבכת") – תשמש גם "דבר מה"; שהמרובה מכיל את המעט: אם בכוחה "לסבך" את המודה – "לאמת" את הודייתו על אחת כמה וכמה", ובאשר ליחס בין "סיוע" ל"דבר לחיזוק" מציין הוא כי

"ראיה שבכוחה לשמש סיוע – תספק את דרישת ה"דבר לחיזוק" (קדמי, בעמ' 141, 303). הדברים נכונים לטעמי אף באשר ליחס בין "דבר לחיזוק" ל"דבר מה נוסף". כפי שהחיזוק הנדרש אינו חייב להגיע, לפי טיבו ומשקלו, לכדי סיוע ממש (פרשת שוהמי, בעמ' 72), כך גם ה"דבר מה הנוסף" אינו חייב להגיע, לפי טיבו ומשקלו, לכדי חיזוק ממש (בעניין אחרון זה ראו את עמדתו השונה של קדמי, בעמ' 184, 203, 297-298).

22. בענייננו, אשר למשמעות הראייתית שניתן לייחס לשתיקתו של נאשם במשפטו, איני סבורה כי יהיה נכון לקבוע כי המדרג האמור אינו חל. בהינתן כי שתיקתו של נאשם עשויה לחזק את עדויותיהם של אחרים נגדו וכן להוות את הסיוע הנדרש להן, איני סבורה כי יש לקבוע כי היא לא תוכל לחזק את הודאתו שלו או לסייע לה, ולמצער- לשמש כ"דבר מה נוסף", כפי שנדרש. שהרי, ככלל, יכולתו של אדם להפריך ולתרץ את הודאתו שלו, נוחה מיכולתו להזים אשמה שטפל עליו אחר (ראו והשוו: אהוד קמר "דבר-מה נוסף מפי הנאשם" פלילים ה(1) 277, 292 (1996), (הרואה זאת באופן לכאורי בלבד), להלן: קמר).

23. חברי, השופט לוי, הצביע על כך שבמקרים בהם המחוקק התיר לראות בשתיקתו של נאשם "חיזוק" ו"סיוע" לראיות התביעה, השתיקה מתווספת לעדויות אחרות שמקורן אינו בנאשם (עדות עד מדינה, עדות שותף לדבר עבירה וכיוצא בזאת), ואילו כשמדובר בהודאת הנאשם, השתיקה מתווספת לעדות שהוא עצמו מסר בחקירה. בנסיבות אלו, סבור השופט לוי כי אין בשתיקה כדי לאמת את ההודאה במידה הנדרשת (פסקה 23 לפסק דינו). איני משוכנעת כי מסקנה זו הינה הכרחית. עמדתי לעיל על ההבחנות הקיימות בין התוספות הראייתיות השונות. כוחן של הבחנות אלו עימן. ועדיין, איני סבורה כי הן, כמו גם הטענה האמורה שהועלתה על-ידי חברי, מובילות למסקנה כי שתיקת נאשם במשפטו לא תוכל לשמש "דבר מה נוסף". לפי ההלכה שהתגבשה בפסיקתו של בית משפט זה, אין מניעה לכך שמקור ה"דבר מה הנוסף" יהיה נעוץ בנאשם עצמו. כך, ראיות שונות שמקורן בנאשם, כגון: התנהגות מפלילה של הנאשם, שקריו בנושאים מהותיים, הודאה של הנאשם בפרטים מהותיים במהלך עדותו בבית המשפט, וכן דברים שאמר בפני שופט בהליכי המעצר, הוכרו כולן כמספקות את הדרישה ל"דבר מה נוסף" (ראו לדוגמה: פרשת מצרווה, בעמ' 809; ע"פ 788/77 בדר נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 818, 831 (1980); ע"פ 6289/94 דזנשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 157, 171 ו-176 (1998); ע"פ 5825/97 שלום נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 933, 958 (2001); ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529, 557-559 (2002); קדמי, בעמ' 129). לא שוכנעתי כי יש טעם חזק דיו לקבוע כלל אחר בכל הנוגע לשתיקתו של הנאשם.

24. לאור כל האמור עד כה, עמדתי היא כי בהסתמך על סעיף 162 לחוק, הימנעותו של נאשם מלהעיד יכולה לספק גם את הדרישה ל"דבר מה נוסף" להודאת חוץ שנמסרה על-ידו. אמנם, אין מדובר בתוספת ראייתית "חיצונית" לנאשם, כפי שיש הסוברים כי ראוי שתהיה (וראו לדוגמה: קמח, בעמ' 280), אך מדובר בתוספת שהיא "חיצונית" להודאה, ולטעמי, יש בכוחה לאמת, במידה הנדרשת, את הודאתו של הנאשם במעשים המיוחסים לו. על כן, בהתאם לדבר המחוקק ובהתאם להלכה הנוהגת כיום כפי שפורטה, די בה. אף שאיני מקלה ראש בחששות השונים שהעלה חברי, כמו גם בזכותו היסודית של נאשם למשפט הוגן וראוי, לא יהיה זה נכון לטעמי אם נסיק בהשפעתם מסקנה נורמטיבית על דרך פרשנות נוקשה, אשר אינה מתחייבת מלשון החוק או מתכליתו.

25. קיומו של בסיס משפטי לראות בהימנעותו של נאשם מלהעיד "דבר מה נוסף" להודאתו בחקירה, אין פירושו כי כך אכן ראוי לנהוג כמדיניות משפטית. מלשון סעיף 162 לחוק עולה בבירור כי המחוקק הותיר לבית המשפט שיקול-דעת האם לייחס להימנעותו של הנאשם מלהעיד את המשמעות הראייתית האמורה והאם להעניק לה משקל כלשהו. כיצד ראוי שיופעל שיקול-דעת זה? האם ראוי שתיקת נאשם במשפטו תשמש "דבר מה נוסף" להודאתו, ובאילו מקרים? מהי, איפוא, המדיניות השיפוטית הראויה לאימוץ בסוגיה זו?

המדיניות המשפטית המוצעת - הכלל

26. חברי, השופט לוי, תיאר בפסק דינו טעמים חשובים אשר בגינם סבור הוא כי יש לקבוע כי שתיקתו של נאשם לא תהווה "דבר מה נוסף" להודאתו, אלא בהתקיימם של התנאים שצוינו בפסק דינו: תיעוד החקירה בצילום וידיאו והתרשמות בית המשפט כי ההודאה הינה הודאת אמת. כפי שכבר הובהר, אני מסכימה עם חברי לגבי הכלל, אך באשר לחריג, אודותיו אפרט בהמשך דבריי, לטעמי יש להעניק לערכאה הדיונית מתחם רחב יותר של שיקול-דעת מזה שהציע חברי.

המוצע על-ידי, איפוא, הוא כי ככלל, לא תהווה שתיקת הנאשם "דבר מה נוסף", וזאת בשל מספר נימוקים: בראש ובראשונה, נעוצה עמדתי זו בשאיפה הבסיסית של מערכת המשפט להגיע לחקר האמת ובחשש המקופל בה מפני הרשעת אדם חף מפשע על בסיס הודאת-שווא שמסר. אף שכאמור, הודאות-שווא הן בגדר

חריג, עלינו להישמר מפניהן. עלינו לעצב את שיטתנו המשפטית באופן שימזער, עד למינימום האפשרי, את האפשרות שהן תשמשנה בסיס להרשעתו של חף מפשע.

חברי הצביע בפסק דינו על שלוש קבוצות הגורמים להודאות-שווא אשר נמסרות עקב לחץ פנימי שהמודה שרוי בו, כפי שאלו נמנו בדו"ח ועדת גולדברג (דו"ח ועדת גולדברג, בעמ' 8-10). הסיבות שעשויות להביא נאשם פלוני למסור הודאת-שווא הן רבות ומגוונות. חלקן לעולם יוותרו במידה מה עלומות. קושי זה נכון לא פחות, ואולי אף יותר, באשר לשתיקתו של נאשם במשפטו. שתיקה זו נראית מנוגדת להיגיון ולשכל הישר המורים כי אדם חף מפשע לא רק שיהיה מוכן למסור את גרסתו בבית המשפט, אלא שישתוקק לעלות על הדוכן, להפריך את החשדות נגדו ולנקות את שמו, וכי נאשם המחליט לשתוק, אינו נכון למסור גרסתו או להיחקר על הגרסה שמסר בחקירה (ראו לדוגמה: ע"פ 196/85 זילברברג נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 485, 525 (1990)).

המציאות, כך מסתבר, שונה לעיתים. בפועל, לא ניתן לשלול את האפשרות להיתכנותם של מקרים בהם נאשם ייטול בחקירתו אחריות לביצוע עבירה שלא ביצע, ובהמשך יכפור באשמה, אך יבחר שלא להעיד להגנתו. באפשרות זו מכיר גם היועץ המשפטי לממשלה, אשר ציין בתגובתו כי מציאות החיים מלמדת כי קיימים אלה המוסרים הודאות-שווא מחוץ לכותלי בית המשפט (וזאת, לאו דווקא משום הפעלת לחץ בלתי הוגן על-ידי המשטרה) וכי חלקם - גם לאחר שכפרו באשמה - עשויים במהלך משפטם לבחור בזכות השתיקה. לטענתו, אף שיתכן כי מי שמסר הודאת-שווא מחוץ לכותלי בית המשפט יפעל באופן עקבי ויחזור על הודאתו גם בעמדו על דוכן העדים, אפרוירית לא ניתן לשלול אפשרות שלא יעשה כן, ובמקום זאת יבחר בזכות השתיקה (סעיפים 42-44 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה).

27. במצב דברים מעין זה, בו ישנו קושי מובנה לעמוד על המניע להודאת-שווא, כמו גם על המניע להימנעות מלהעיד, מצטרפת אני לעמדתו של חברי לפיה יש בסיס לחשש כי הסתמכות על שתיקתו של הנאשם כ"דבר מה נוסף" להודאתו, עשויה לחתור תחת התכלית העומדת ביסודה של הדרישה ל"דבר מה נוסף" - הרצון לאמת את הודאתו של הנאשם (פסקה 23 לפסק דינו של חברי). על אף המשמעות הראייתית שניתן לייחס לשתיקה, היא, כשלעצמה, מוגבלת ביכולתה לפוגג את הערפל ולספק לבית המשפט את ההסברים החסרים לו. כאשר הנאשם ממלא פיו מים ואינו מדבר, לא ניתן לחוקרו כדי לעמוד על אמיתות הדברים שנרשמו בהודאתו במשטרה, ועל כן, יש קושי לגשר על הפער שבין הודאתו בחקירה לכפירתו באשמה. זאת ועוד. כפי שיש

קושי מושגי מסוים לומר כי שקרים מפיו של הנאשם הם ערובה לכך שהודאתו אינה הודאת-שווא, כשזו הראיה היחידה נגדו (ע"פ 2109/96 אל עביד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 673, 721 (1997)), ייחוס משמעות ראייתית לשתיקת הנאשם, עשוי לטעמי גם הוא ללקות בקושי דומה. שהרי, מי יתקע לידינו כף כי אותם שקרים, או אותה שתיקה, מסגירים תחושת אשם דווקא, ואינם נובעים מאותה סיבה שבגינה מסר הנאשם הודאת-שווא. לפיכך, כפי שבית המשפט נדרש לזהירות יתירה לבל ישל בהרשעת חף מפשע בהתבסס על שקריו, מקל וחומר, נדרש הוא לזהירות דומה לבל ישל בהרשעת נאשם חף מפשע בהתבסס על שתיקתו לבדה כ"דבר מה נוסף" להודאתו. זהירות זו מחייבת לטעמי אימוץ מדיניות שיפוטית לפיה שימוש בשתיקתו של נאשם כ"דבר מה נוסף" להודאתו יעשה במקרים חריגים בלבד.

28. יתרה מכך, טעם נוסף להימנע, ככלל, מראיית שתיקת הנאשם בבית המשפט כ"דבר מה נוסף" להודאתו במשטרה טמון בחשש המשמעותי מפני העברת מסר של "אור ירוק" לרשויות החקירה והתביעה להסתפק בקיומה של הודאה בלבד לצורך הגשת כתבי-אישום. דבר זה עלול לפגוע בתמריץ של רשויות אלו לנסות ולאתר ראיות נוספות מלבד ההודאה, ועל כן, גם באינטרס הבסיסי לבירור וחיפוף האמת. הנחית היועץ המשפטי לממשלה מס' 53.000 משנת 1970 קובעת, אמנם, כי ככלל, אין להגיש כתבי-אישום על יסוד הודאות חוץ מבלי שיימצא בחומר הראיות שנאסף בחקירה "דבר מה נוסף" לאותן הודאות, וכי הדבר ייעשה במקרים חריגים בלבד, באישור פרקליט המדינה או הפרקליט הצבאי הראשי. עדיין, בגיבוש המדיניות הראויה בסוגיה זו, ולשם הבטחת פן נוסף של זכותו של הנאשם להליך הוגן, סבורני כי יש חשיבות לעודד את התביעה לפעול להשגת מירב הראיות נגד הנאשם, מחוץ להודאתו, ובמידת האפשר, לבסס כתבי-אישום על מארג ראיות שהוא מקיף ומבוסס.

29. לבסוף, ובאופן עקיף יותר, נעוצה עמדתי זו גם בחשיבות הגלומה בראיית במניעת כרסום-יתר בזכות השתיקה ובחזקת החפות של נאשמים, במידה העולה על זו שבה הכיר המחוקק במפורש במסגרת סעיף 162 לחוק. בטיעוניו, הדגיש בא-כוח המערער כי השאלה העולה בענייננו, למרות כסותה הראייתית-טכנית, הינה בעלת חשיבות חוקתית, בהיותה מצויה בנקודת מפגש בין שתי זכויות חוקתיות: זכות השתיקה של נאשמים וחזקת החפות העומדת לכל אדם בטרם הורשע בפלילים - הנחשבות, שתיהן, לזכויות יסוד. כידוע, תיתכנה גישות שונות באשר לשאלה אילו מהזכויות הדיוניות בהליך הפלילי אמנם נכללות בגדר הזכות החוקתית לכבוד ולחירות, כפי שהיא מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכך גם באשר לשאלה מהו היקף ההגנה החוקתית שראוי להעניק לזכויות שאינן מנויות במפורש בחוק היסוד

(ראו לדוגמה: פרשת יששכרוב, בעמ' 1107). נוכח הוראתו הברורה, לטעמי, של סעיף 162 לחוק, איני סבורה כי יש צורך שנכריע בין הגישות האמורות בגדרו של הערעור הנוכחי. מכל מקום, נדמה כי לא יכולה להיות מחלוקת על כך שהזכויות האמורות הינן זכויות יחסיות ולא זכויות מוחלטות. כך נובע מעצם קביעת המחוקק בסעיף 162 (וראו: בג"צ 6319/95 חכמי נ' שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו, פ"ד נא(3) 750, 765-766 (1997), להלן: פרשת חכמי). איני מקבלת את הטענה כי עמדה הרואה בשתיקת נאשם "דבר מה נוסף" להודאתו פוגעת בזכויות אלו מעבר להיתר שנתן לכך המחוקק בסעיף 162 לחוק. אולם, אני ערה לחשש, אותו הביע הסנגור, מפני פגיעה יתירה בזכויות אלו - מעבר להיתר האמור, ועל כן, גם מסיבה זו סבורה אני כי שימוש זה ראוי שיעשה בצמצום ובמשורה - כחריג בלבד.

נוכח מכלול הטעמים האמורים, מתבקשת גם לדעתי המסקנה כי ככלל, ראוי להימנע מלראות בשתיקת הנאשם משום "דבר מה נוסף" להודאה שמסר בחקירתו. יחד עם זאת, לא יהיה נכון לטעמי לקבוע בעניין זה כלל גורף, ויש מקום להכיר בחריגים לכלל האמור, תוך הענקת שיקול-דעת לערכאה הדיונית. מדיניות משפטית זו היא שתבטיח את האיזון הראוי בין מחויבותנו לערך היסודי של חשיפת האמת, שבבסיסו המטרה להביא להרשעתם של האשמים ולזיכויים של החפים מפשע, ובין חובתנו להגן על זכותו של הנאשם להליך משפטי תקין והוגן. כפי שכבר ציינתי בראשית דבריי, איזון זה מתחייב גם מן הצורך לפעול ביד חזקה נגד הפשיעה הגואה, לשם הגנה על שלומו ובטחוננו של הציבור, ובכללו ציבור הקרבנות, וכד בכד, לשמור על הגינותה ועל חוסנה הערכי והמוסרי של החברה בכלל ושל מערכת המשפט בפרט. יפים בהקשר זה דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בפרשה אחרת:

"תפקידה של חברה מתוקנת הוא למצוא את האיזון הראוי בין כל אלה באופן שיהיו בידי השיטה המשפטית הכלים המתאימים שיהא בהם כדי לאפשר קיום משפט הוגן ויעיל, למנוע הרשעת חפים מפשע ולהבטיח לבל יחלץ האשם מן הדין. הכלים להשגת מטרת אלה במסגרת המערכת השיפוטית הם - בין השאר - סדר הדין הפלילי ודיני הראיות. באמצעותם מפלסת לעצמה המערכת את דרכה בנבכי חקר האמת ועשיית הצדק המהותי" (פרשת חכמי, בעמ' 756).

30. בענייננו, החלת כלל השולל מן הערכאה הדיונית באופן מוחלט כל שיקול-דעת באשר למשמעות הראייתית שיש לייחס להימנעות נאשם מלהעיד, והמחייב אותה לזכות נאשם אף כאשר ברור לה בעליל שהודאתו הודאת-אמת היא, וזאת אך מן הטעם שלא אותרו ראיות חיצוניות התומכות בה, עלולה להעניק לכלל הראייתי האמור מעמד

של בכורה על פני הערך של חשיפת האמת. מצב זה אינו רצוי. בהיבט זה יפים ונכונים בעיני דברי חברי, אשר הצביע על האפשרות כי יתכנו מקרים בהם זיכוי של הנאשם מן הטעם ששתיקתו אינה מהווה "דבר מה נוסף" להודאתו, דווקא הוא זה שיביא לפגיעה בחקר האמת, ועימה לפגיעה בצורך להילחם בפשיעה ולהגן על הציבור מפניה (פסקה 25 לפסק דינו). בעניין זה לא למותר להזכיר את הדברים הבאים:

"זיכוי מוטעה, ובוודאי הרשעת-שווא, פוגעים בעשיית הצדק הן מבחינה מהותית והן על-פי מראית הדברים, ועשויים לערער את אמון הציבור בכוחה של הרשות השופטת בעשיית דין צדק לפרט ולכלל" (פרשת יששכרוב, בעמ' 1124).

לסיכום האמור עד כה: עמדתי היא כי הגם שסעיף 162 לחוק מאפשר לראות בשתיקה "דבר מה נוסף", הרי שכמדיניות, ככלל, ראוי להימנע מלייחס לשתיקת הנאשם את המשמעות הראייתית האמורה. משמעות זו תיוחס לשתיקה אך במקרים מצומצמים, שיהיו בגדר חריג ולא בגדר כלל. בגדרו של חריג זה חשוב להעניק לבית המשפט שיקול-דעת בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה ולאורן של אמות-מידה מנחות, כפי שתפורטנה להלן.

המדיניות המשפטית המוצעת - החריגים לכלל

31. כזכור, עמדתו של חברי בעניין זה הינה כי יש לאפשר לבית המשפט לראות בשתיקת הנאשם "דבר מה נוסף" אך במקרים בהם חקירתו תועדה בהקלטת וידיאו ובית המשפט שחזה בהקלטה התרשם כי מונחת בפניו הודאת-אמת. נקודת הכובד של המחלוקת ביני לבין חברי הינה סביב חריגים אלו. מסכימה אני עם חברי כי ההכרעה בעניין המשמעות שיש להעניק לשתיקתו של נאשם בחקירה היא עניין לערכאה הדיונית להכריע בו על-פי נסיבותיו המיוחדות של המקרה המונח בפניה ועל-פי שיקול-דעתה (פסקה 26 לפסק דינו). אולם, דווקא משום כך, סבורני כי ראוי להותיר בידיה מתחם רחב יותר להפעלת שיקול-הדעת מזה שבו מוכן חברי להכיר, וכי אין להתנות את הפעלת שיקול-הדעת האמור בתיעוד החקירה בהקלטת וידיאו בלבד.

32. הודאות שמסירתן תועדה בהקלטת וידיאו, עליהן מסתמך חברי כבסיס לחריג המוצע על-ידו, הן כמובן בעלות יתרון ברור, אשר אינו יכול להיות שנוי במחלוקת. התייעוד החזותי מאפשר לבית המשפט להתרשם בצורה טובה יותר מחקירתו של הנאשם ומן הנסיבות שבהן ניתנה הודאתו, וכן להתרשם האם הודאתו נבעה מלחצים בהם היה שרוי עקב תנאי החקירה או תנאי המעצר. יחד עם זאת, נראה לי כי לא יהיה

זה נכון ליתן משקל-יתר, ובוודאי שלא משקל בלעדי, לעובדה כי החקירה תועדה בהקלטת וידיאו. עלינו להיות ערים לאפשרות כי גם כשבפני בית המשפט תיעוד חזותי של החקירה, עדיין ישנה אפשרות כי גורמים שונים, אם הביאו את הנאשם למסור הודאת-שווא, לא בהכרח קיבלו ביטוי בתיעוד חזותי זה. לפיכך, יש להביא בחשבון כי יתכנו מקרים בהם העובדה שחקירת הנאשם תועדה בהקלטת וידיאו לא בהכרח תספיק כדי לראות בשתיקתו "דבר מה נוסף" להודאתו (וראו את האמור בפסקה 26 לפסק דינו של חברי), וכן, כי יתכנו מקרים בהם חרף העדרו של תיעוד כזה, תוכל הימנעותו של הנאשם מלהעיד לענות על הדרישה ל"דבר מה נוסף" – הכל בהתאם לשיקול-דעתו של בית המשפט אשר התרשם מן ההודאה ומנסיבות מסירתה במקרה הקונקרטי המונח בפניו.

33. לטעמי, שיקול-דעת שיפוטי זה ראוי שיעמוד לבית המשפט בכל מקרה ומקרה לגופו ועל-פי נסיבותיו. יחד עם זאת, ראוי יהיה להפעילו במשורה ובוזהירות, במספר מצומצם של מקרים, ובהתאם לשלוש אמות-המידה הבאות, שהן פועל-יוצא של כל שנאמר בחוות-דעתי עד כה:

ראשית, תנאי חיוני לכך שהימנעות נאשם מלהעיד תוכל להוות "דבר מה נוסף" להודאתו הינו כי ההודאה עצמה הינה בעלת משקל פנימי גבוה במיוחד, באופן ששכנע את בית המשפט כי מדובר ב"הודאה העומדת בפני עצמה לאור משקלה העצמי" (פרשת לוי, בעמ' 234). כזכור, המבחן הפנימי של ההודאה "בודק את ההודאה על-פי סימני האמת העולים מתוכה, כגון הגיונה או חוסר הגיונה הפנימי, סידורם או בלבולם של הפרטים הנמסרים בה וכיוצא בהם סימנים של שכל ישר המביאים אדם בר דעת להתייחס לדברי זולתו באימון" (שם). מבחן זה מתייחס לתוכנה של ההודאה, והוא תר, על-פי ההיגיון וניסיון החיים, אחר סימני האמת המתגלים בתוכנה, כפי שהם נלמדים מנוסח הדברים, סדר הרצאתם, מידת פירוטם, סבירותם הפנימית ומבחנים כיוצא באלה (ד"נ 3081/91 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 441, 458 (1991); על חשיבות מידת הפירוט של ההודאה ראו גם: פרשת אל עביד, בעמ' 771). כלל נקוט בפסיקתנו הוא כי ככל שמשקלה העצמי של ההודאה גדול יותר, על-פי סימני האמת העולים מתוכה, כך קטן הצורך להיזקק למבחן החיצוני של ה"דבר מה הנוסף" (פרשת לוי, בעמ' 234; פרשת אל עביד, בעמ' 795). ככלל, שתיקתו של נאשם, כשלעצמה, אינה ראייה בעלת משקל גבוה. על כן, נוכח "מקבילית הכוחות" הקיימת בין המשקל הפנימי של ההודאה למשקלה החיצוני (פרשת סטקלר, בעמ' 1665), הימנעות נאשם מלהעיד תוכל להוות "דבר מה נוסף" להודאתו רק באותם מקרים בהם בית המשפט שוכנע, על-פי המבחן הפנימי של ההודאה, כי מדובר בהודאת-אמת, דהיינו, כאשר ההודאה שבפניו הינה

הודאה מפורטת, קוהרנטית ומשכנעת, מבחינת טיבה, הגיונה הפנימי וסימני האמת העולים ממנה.

שנית, תנאי נוסף הנדרש לשם שימוש בשתיקתו של הנאשם כ"דבר מה נוסף" עניינו ביכולתו של בית המשפט, על סמך מכלול נסיבות החיצוניות להודאה, לשלול - במידת הוודאות האפשרית - את האפשרות שמא הנאשם פעל מתוך לחץ "פנימי" אשר הביא אותו לידי כך שייטול על עצמו אחריות לביצוע מעשה שלא עשה או שלא נעשה כלל. במסגרת זאת, על בית המשפט להעמיד לנגד עיניו את הסיבות השונות העלולות להביא נאשם להודות בביצוע עבירה אותה לא ביצע, כפי שנמנו כאמור בדו"ח ועדת גולדברג, ולשאול עצמו האם אמנם הוסר כל חשש סביר שמא אחת מהן מתקיימת בעניין המונח בפניו. כך למשל, עליו לבחון האם ישנו בסיס לחשש כי הודאתו של הנאשם נבעה מלחצים - חברתיים או אחרים - שהשפיעו עליו. עניין זה מחייב בדיקה בפרט כאשר מדובר בעבירה שבוצעה על-ידי מספר שותפים; כשמדובר בנאשם המשתייך לארגון פשיעה או להתארגנות עבריינית אחרת; או כשמנסיבות העניין עולה אפשרות כי ההודאה נבעה מרצון שלא להפליל אדם אחר, כדוגמת קרוב משפחה. בנוסף, על בית המשפט לבחון האם ניתן לשלול את האפשרות כי הנאשם נמנה על אחת מ"קבוצות הסיכון", אשר יש לגביהן חשש מוגבר כי לחץ פנימי עלול לגרום לנמנים עליהן להודות בביצוע מעשה שלא עשו (כגון: חולי-נפש (פרשת לוי, בעמ' 235) או שיכורים (פרשת סטקלר, בעמ' 1665-1664)). כידוע, במקרים כגון אלו, ישנו חשש מוגבר שמא אותם גורמים שהביאו נאשמים אלו להודות במעשה שלא ביצעו, הם שגרמו להם גם להימנע מלהעיד במשפטם, ועל כן, ראוי שבית המשפט לא יסתפק בשתיקתו של הנאשם, אלא יבחן וידרוש אימות מהותי ומשמעותי יותר לדברי הנאשם.

וידוגש, אין מדובר ברשימה סגורה של שיקולים. אלו הן דוגמאות בלבד לטיב האינדיקציות אותן נדרש בית המשפט לחפש, על מנת לקבוע שאכן אויינה האפשרות כי לפניו הודאת-שווא.

לבסוף, אמת-המידה האחרונה הינה למעשה צדה השני של המטבע שתוארה באמת-המידה הקודמת. בהקשר זה, על בית המשפט לוודא העדרן של אינדיקציות כלשהן העשויות להצביע על כך ששתיקתו של הנאשם בבית המשפט, ולא רק הודאתו בחקירה, נובעת מלחץ כלשהו, פנימי או חיצוני, ולחלופין, עליו לבחון האם קיימות ראיות כלשהן ביחס למניע לשתיקתו של הנאשם ובאשר לנסיבותיה של שתיקה זו, אשר הגם שאין בכוחן לשמש כשלעצמן "דבר מה נוסף", הן מאפשרות לפוגג את הערפל בעניין זה. על בית המשפט להשתכנע, איפוא, על בסיס מכלול נסיבות העניין, כי

שתיקתו של הנאשם אינה נובעת ממניע תמים, ועל כן, כי המסקנה המתבקשת ממנה היא שאכן אין לו תשובה נגד ההאשמות המופנות כלפיו, אשר ביחס אליהן הודה בחקירתו.

34. בהתקיימן במצטבר של שלוש אמות-מידה אלו, אשר נועדו, בעיקרן, לשמש כקווים מנחים, יוכל בית המשפט לקבוע כי יש בכוחה של שתיקת הנאשם במשפטו להוות את ה"דבר מה הנוסף" הנדרש להודאתו. כאמור, שימוש זה יעשה במקרים חריגים בלבד. בשל מורכבות הסוגיה וריבוי הגורמים שיש לקחתם בחשבון, איני סבורה כי ניתן או ראוי לקבוע אמות-מידה קשיחות מכך באשר לטיבן של הנסיבות החריגות בהן יחליט כך בית המשפט. ההכרעה בעניין תעשה על-ידי הערכאה הדיונית, אשר תפעיל את שיקול-הדעת שנמסר לה על-ידי המחוקק בהתאם לאמות-המידה שהותוו לעיל ובהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו. על שיקול-דעת זה להיות מופעל בריסון, בזהירות, בסבירות ובתבונה, ובאופן שלא יאפשר הפיכתו של החריג לכלל. יפים לעניין זה דבריו של השופט (כתוארו אז) ברק, שנאמרו בסוגיה אחרת:

"... על ההליך הפלילי לחשוף את האמת, וזו מטרתו העיקרית. כמובן, עמידה על כללים וחשיפת האמת אינן שתי משימות נוגדות. נהפוך הוא: הכללים באים לקבוע סטנדרט של ניהול משפט, אשר – על-פי ניסיון החיים – יש בו כדי להביא לחשיפת האמת, ובכך תואמות שתי משימות אלה. עם זאת, יש ועמידה פורמלית על סדר הכללים בעניין מיוחד יהיה בה כדי לגרום לעיוות דין, אם בדרך של הרשעת החף מפשע ואם בדרך של זיכוי הנאשם. בנסיבות אלה יש לשאוף לכך, כי הכללים עצמם ייתנו לבית המשפט סמכות ושיקול-דעת לעשות צדק" (ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 516, 505 (1981)).

35. לבסוף, ובטרם סיום, ראוי להזכיר שנית את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה לפיה ככלל, אין להגיש כתב-אישום המבוסס על הודאת הנאשם בלבד, מבלי שיש בחומר הראיות "דבר מה נוסף". יש לקוות כי הנחיה זו, החלה על התביעה האזרחית והצבאית כאחד, תביא לכך שמלכתחילה, ספורים ונדירים יהיו המקרים בהם תובא להכרעת בית המשפט השאלה האם לראות בשתיקתו של הנאשם "דבר מה נוסף" להודאתו.

מן הכלל אל הפרט - הרשעתו של המערער במקרה דנן

36. אשר למערער שלפנינו, מצטרפת אני למסקנתו של חברי, השופט לוי, אף שלא להנמקתו. לטעמי, ומבלי לקבוע מסמרות בדבר, על פני הדברים נראה כי דווקא המקרה

הנוכחי עשוי היה להיכנס לגדרם של אותם מקרים חריגים בהם רשאית היתה הערכאה הדיונית למצוא "דבר מה נוסף" בהימנעותו של המערער מלהעיד. אזכיר, כי ממצאיו של בית הדין הצבאי - וכחברי גם אני איני רואה מקום לסטות מהם - היו כי הודאתו של המערער היתה בעלת משקל גבוה; חקירתו נעשתה באווירה טובה, תוך שיתוף-פעולה מלא מצידו; לא הועלתה כל טענה ללחץ שהופעל עליו; ובנוסף, על פני הדברים, לא עלתה אינדיקציה לכך שהודאתו של המערער, כמו גם בחירתו להימנע מלהעיד, נבעו מלחץ כלשהו בו היה שרוי. מכל מקום, כאמור, בעניין זה תפקידה של הערכאה הדיונית להכריע. לפיכך, הגם שנוכח התפיסה המשפטית השונה המוצעת על-ידי יתכן וראוי היה להחזיר את התיק לבית הדין הצבאי על מנת שידון בו מחדש ויבחן את הנושא על-פי אמות-המידה שהותוו לעיל, איני מציעה לעשות כן. בהינתן העובדה כי עמדת הפרקליט הצבאי הראשי, כפי שהובעה על-ידי בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה, הינה כי הוא אינו עומד עוד על הרשעתו של המערער, ובנסיבות העניין, בהן היותה של העבירה ברף התחתון של העבירות הפליליות, נסיבות ביצוע העבירה, וכן הזמן הרב שחלף מאז ביצוע העבירה ועד היום, גם אני סבורה, כמו חברי, כי יש להורות על זיכוי של המערער.

ש ו פ ט ת

הנשיא (בדימ') א' ברק:

במחלוקת שבין חבריי, דעתי כדעת חברתי, השופטת ע' ארבל, ומטעמיה.

הנשיא (בדימ')

אשר על כן, הוחלט לזכות את המערער, ובאשר לשאלה שהובאה להכרעתנו, התוצאה תהיה, ברוב דעות, כאמור בחוות דעתה של השופטת ע' ארבל.

ניתן היום, כ"ג בכסלו תשס"ז (14.12.06).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

הנשיא (בדימ')