

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-המשפט הגבוה לצדק

בג"ץ 11339/05

בפני :

כבוד הנשיא (בדימי) א' ברק
כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור

העותרת :

מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבים :

1. בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע
2. מאיר ז'אנו
3. ישראל גנון
4. דוד צפיר
5. ירון סנקר
6. רפי אוחנה
7. משה אוחנה
8. שלום שיטרית
9. דוד עקיבא
10. גל בוגנים
11. הסנגוריה הציבורית
12. לשכת עורכי-הדין

המבקשים להצטרף כצד
להליך :

1. אילנה שלחוב
2. אמיר שלחוב

עתירה למתן צו-על-תנאי

תאריך הישיבה :

ט"ו בתמוז התשס"ו (11.07.06)

בשם העותרת :

עו"ד אפרת ברזילי
עו"ד ענת חולתא
עו"ד אודית קוריןלדי-סירקיס

בשם המשיב 2 :

עו"ד דוד יפתח
עו"ד דן ענבר

בשם המשיב 3 :

עו"ד אבי חימי
עו"ד אסתר בר ציון

בשם המשיבים 4 ו-8

בשם המשיב 5 :	עו"ד ויקטור אוזן
	עו"ד טל ענר
בשם המשיב 6 :	עו"ד אבי כהן
	עו"ד אביגדור פלדמן
בשם המשיב 7 :	עו"ד אביס יריב
בשם המשיב 9 :	עו"ד זאב וישניא
	עו"ד דן קואל
בשם המשיב 10 :	עו"ד אביטל גואר
בשם המשיבה 11 :	עו"ד ליה פלוס
בשם המשיבה 12 :	עו"ד טל ענר, עו"ד עמי קובו
	עו"ד רחל תורן

בשם המבקשים להצטרף כצד עו"ד דנה פוגץ'
להליך :

פסק-דין

השופט א' א' לוי:

1. שניים הועמדו לדין, בגין אותה פרשה, אך במסגרתם של כתבי-אישום נפרדים. התוכל התביעה לזמן את האחד – אשר משפטו תלוי ועומד – כעד מטעמה במשפט המתנהל כנגד חברו?

בהידרשו לסוגיה זו – לפני שלושה עשורים – קבע בית-משפט זה, מפי השופט מ' עציוני, את מה שלימים נודע כ"הלכת קינזי":

"הפרקטיקה הנכונה צריכה להיות שאין להעיד נאשם אחד נגד נאשם שני, אפילו הוגשו נגדם כתבי-אישום נפרדים, כל זמן שיש חשש, כי העד עלול לצפות לטובת-הנאה על-ידי המתקת דינו במשפט התלוי ועומד נגדו. דבר זה אפשר למנוע בין על-ידי כך שמשפטו יתברר לפני מתן העדות ובין על-ידי הפיכתו לעד-מלך ועיכוב ההליכים או הצהרה מטעם התביעה, שהמשפט נגדו יבוטל עם סיום העדות" (ע"פ 194/75 קינזי נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 477, 482).

לדברים אלה הצטרף גם השופט מ' שמגר, אשר עמד של הקושי הכרוך בעדות כזו:

"שריר וקיים לדעתי החשש כי עדותו של עד כאמור במשפט של שותפו לא תהיה אלא מעין חזרה כללית על העדות אותה הוא מתכוון להשמיע במשפטו הוא; היינו, הוא יבקש כמובן להציג את הטיעון שלו בדבר השתלשלות האירועים ומגמתו עלולה להיות להגדיל סיכוייו במשפטו הנפרד על-ידי השחרת פני רעהו, השותף לעבירתו, נגדו הוא מעיד או על-ידי תיאור

שותפותו הוא בעבירה, כמזערית. בדרך זו יגדיל העד את סיכוייו לצאת זכאי בדינו או יפחית מן המשקל היחסי של חלקו בעבירה. חשש נוסף העולה בהקשר זה הוא כי עד כאמור אמנם יעיד מטעם התביעה אך בשל היות משפטו תלוי ועומד יוכל לצמצם היקפה של החקירה הנגדית, הצפויה לו מצד הנאשם על-ידי ההסתמכות על האמור בסעיף 47 הנ"ל לפקודת הראיות" (שס), בעמ' (489).

שורשיה של הלכת קינוי השתרגו והעמיקו במשפט הישראלי. התכליות שניצבו בבסיסה – כמו הביקורת שנשמעה בגינה – נלמדו בבתי-ספר ובאוניברסיטאות. מה שכוון מלכתחילה להיות "פרקטיקה רצויה" הפך, בפועל, לכלל מחייב אשר הערכאות מיעטו לסטות ממנו. עתה, מקץ 30 שנים, נדרשים אנו לבדוק אם יש מקום לשנות מהלכה זו.

רקע עובדתי

2. לבתי-המשפט המחוזיים בתל-אביב ובבאר-שבע הוגשו שלושה כתבי-אישום, מהם עולה תמונה קשה של שרשרת עבירות חמורות בהן היו מעורבים, על פי הנטען, משיבים 2-10. דובר בהם במספר קשרים שנרקמו בידי משיבים אלה, ואשר לחלקם תכלית משותפת – להתנקש בחייהם של יריבים על רקע מאבקי-כוחות בין קבוצות עבריינים, ומתוך כוונה להביא בדרך זו למה שזכה לכינוי "חיסול חשבונות". מעשים אלה שביצועם יוחס למשיבים, הסתיימו, בין היתר, במותם של שלושה, ובפציעה חמורה של אחרים. שניים מהנרצחים, שקד שלחוב ותומר שבת ז"ל, מצאו את מותם בשל טעות בזיהוי, לאחר שנקלעו באקראי לזירות הרצח.

שניים מכתבי-האישום הוגשו לבית-המשפט המחוזי בתל-אביב. אחד מהם עוסק בפעילותו של משיב 5 (תפ"ח 1119/04), והאחר במעשיהם של משיבים 6-10 (תפ"ח 1120/04). כתב-האישום השלישי (תפ"ח 994/04) הוגש לבית-המשפט המחוזי בבאר-שבע, וכוון נגד משיבים 2-4. שלושת כתבי-האישום השתרעו על פני עמודים רבים, והכילו רשימות עמוסות של עדי תביעה אשר בישרו על המשפטים הממושכים שבפתח.

ואלו הן, בקצרה, עובדותיהם של כתבי-האישום.

(א) תפ"ח 994/04

באישום הראשון נטען כי המשיבים, עם אחרים, גמרו אומר להמית את תושב אשקלון, שלום דומרני, על רקע סכסוך שפרטיו אינם חשובים לענייננו. לצורך כך הם

יצרו קשר עם קבוצת עבריינים אחרת, עמה נמנה משיב 5, ירון סנקר (להלן: "סנקר"), שגם לחבריה היה עניין לפגוע בדומרני. את זממם החליטו הקושרים לבצע ביום 2.6.03, בשעות הבוקר, שעה שדומרני היה אמור לצאת מביתו בדרכו לבית-משפט השלום בבאר-שבע. חלק מהקושרים המתינו בקרבת מקום, ושעה שהיה נדמה כי דומרני עומד לצאת מדירתו, נכנסו לבניין סנקר ומשיב 2 והמתינו לבואה של המעלית, בהניחם כי קורבנם יימצא בה. בפועל השתמש במעלית אחר, שי בן-אמו, חברו של דומרני, וכאשר סנקר ומשיב 2, ישראל גנון, הבחינו בו, הם פתחו לעברו באש מאקדחים שהיו בידיהם. כתוצאה מכך נפצע בן-אמו, ונזקק לטיפול רפואי כדי להציל את חייו.

האישום השני בו עוסק כתב האישום קשור גם הוא לדומרני. נטען, כי בניסיון נוסף להתנקש בקורבנם ירה משיב 2, על פי הוראתו של משיב 1, מרובה "גליל" לעבר רכב, שעל פי המידע שהיה בידיהם היה אמור לנסוע בו דומרני. כתוצאה מירי זה נגרם מותה של שקד שלחוב ז"ל – נערה בת 16 שנים בלבד, שנקלעה למרבה האסון לאירוע לאחר שנאספה אל כלי-הרכב ממנו ירד דומרני דקות אחדות קודם לכן. נוסעים נוספים שהיו ברכב, דניס שמש ויניב רווח, נפצעו.

(ב) תפ"ח 1119/04 ותפ"ח 1120/04

כתב-האישום בתפ"ח 1119/04 כלל שישה אישומים, בהם יוחסה לסנקר שורה של עבירות אותן ביצע, על פי הנטען, בעת שהיה בבריחה ממאסר בן 12 שנים בו נשא. יצוין כבר עתה, כי במהלך חקירותיו הודה סנקר בכל העובדות המפלילות שיוחסו לו, ואף תאר באוזני חוקריו את חלקם של יתר המשיבים בפרשיות השונות.

האישום הראשון בכתב האישום זה עסק בשוד מזוין אותו ביצע סנקר, לגרסת התביעה, בתאריך 20.2.03 בעסק להמרת כספים באשדוד, תוך שהוא מאיים על הפקידה ונוטל עמו את תכולתה של הכספת, כ-140,000 ש"ח.

יתר האישומים עסקו בקשר אותו רקם סנקר עם משיבים 6 ו-7, ובו נטלו חלק גם משיבים 8-10. בחמישה אישומים אלה עוסק גם כתב-האישום בתפ"ח 1120/04, שהוגש כנגד משיבים 6-10. לשם הבנת הרקע לעבירות, יצוין, כי משיבים 6 ו-7, הם אחיו של המנוח חנניה אוחנה (להלן: "המנוח"), שנרצח בתאריך 5.3.03, ואותו הכיר סנקר במהלך המאסר בו נשא. בעקבות רציחתו של המנוח, גמלה בלבם של אחיו החלטה להמית את כל מי שהיו מעורבים במעשה, וכן את כל מי שהיה קשור אליהם או הביע סיפוק ממותו של המנוח. בין היתר, ביקשו משיבים אלה לגרום למותם של

דומרני, שלמה זריהן, האחים יעקב ונסים אלפרון, יצחק אברג'יל וחיים שאבי. כדי לממש את הקשר, סיכמו משיבים 6 ו-7 עם סנקר, כי בתמורה לכך שיבצע את ההתנקשויות המתוכננות הוא יזכה להגנתם, וכן לקורת גג ולרכב. עוד הוסכם, כי משיב 8 ישמש כאיש קשר בין משיבים 6 ו-7 לסנקר, יוביל את האחרון לזירות האירוע, ויספק לו את האמצעים לביצוען של העבירות.

האישום הראשון עוסק בניסיון לגרום את מותו של שלמה זריהן. נטען, כי בתאריך 6.5.03 הגיעו סנקר ומשיבים 8 ו-10, יחד עם אחד – גיא יחזקאל, לפגישה יזומה שנקבעה עם זריהן בבית קפה בתל-אביב. סנקר הגיע לפגישה כשהוא מחופש למאבטח, ונשא על גופו אקדח טעון. במהלכה של הפגישה כיוון משיב 5 את נשקו לראשו של זריהן ולחץ על ההדק, אולם עקב מעצור באקדח הוא לא הצליח לבצע את זממו. זריהן, אשר הבחין במתרחש סביבו, פתח במנוסה, בעוד סנקר יורה לעברו מספר פעמים, ופוגע בו בבית החזה, באגן ובירכיים. עוד נטען, כי בימים שלאחר האירוע הגיעו סנקר ומשיבים 8 ו-9 לבית-החולים בו אושפז זריהן, במטרה להשלים את מלאכתם, אולם, לאחר שהבחינו באבטחה ההדוקה שהוצבה סביבו – החליטו להסתלק מהמקום.

אישום נוסף בו עוסקים כתבי-האישום, עניינו בניסיון ההתנקשות בדומרני, כפי שפורט לעיל. אישום שלישי, עוסק בניסיון לרצוח את יעקב אלפרון. נטען, כי סנקר הונחה על-ידי משיבים 6 ו-7 להטמין ברכבו של אלפרון מטען חבלה שהוכן מבעוד מועד. אולם סנקר התקשה לסגור את מכסה הגלגל הרזרבי שבתוכו ביקש להטמין את מטען החבלה, ועל כן נאלץ להוציאו ולחזור כלעומת שבא.

האישום הרביעי עוסק בניסיון להמית את יצחק אברג'יל ואנשים שהיו קשורים עמו. על-פי הנטען, בתאריך 24.9.03 הגיעו סנקר ומשיב 8 עם אדם נוסף לאולם אירועים בראשון-לציון, אליו היו מוזמנים אברג'יל ומקורביו. סנקר, משיב 8 ושותפם היו מצוידים בבלון גז ומטען חבלה, ותוכניתם הייתה לפוצץ מכונית תופת בפתחו של אולם האירועים. אולם, בדרכם למקום, ביים סנקר – שחש מהרג של עוברי אורח תמימים – תאונת דרכים, ובכך סיכל את תוכניתם של שותפיו. עוד באותו היום, חזרו שלושת המעורבים האמורים לאולם האירועים, והפעם היו מצוידים ברובה מסוג M-16 אליו הייתה מחוברת כוונת טלסקופית. אולם גם הפעם לא הצליחו להוציא את זממם אל הפועל, מאחר ולא הצליחו לזהות את אברג'יל ומקורביו.

האישום האחרון עוסק בהחלטתם של משיבים 6 ו-7 להתנקש בחייו של חיים שאבי ז"ל. נטען, כי אותם משיבים הורו לסנקר ולמשיב 8 להמית את שאבי, ואף הבטיחו להם מענק בסך 10,000 דולר אם יצליחו לבצע את משימתם. לשם כך נמסרה לסנקר מכונית גנובה אשר לוחיות הרישוי שלה זוּיפו, וכן נמסרו לו שני אקדחים. בתאריך 1.10.03 התקשר משיב 9, עליו הוטלה המשימה לעקוב אחרי שאבי, אל משיב 8, והודיע לו כי איתר את קורבנם וכי הוא עוקב אחריו. לאחר זמן מה, על-פי דיווחים שנמסרו מפי משיב 9, הגיעו סנקר ומשיב 8 לפתחה של מספרה בהוד-השרון בה שהה שאבי. סנקר נכנס פנימה, וירה לעבר שאבי ירייה אחת. בהמשך, פתח שאבי במנוסה אולם סנקר לא הרפה וירה לעברו יריות נוספות. משכרע שאבי על ברכיו, התקרב אליו סנקר, ירה בו בראשו, והרגו. במהלך ירי זה הבחין סנקר בתומר שבת ז"ל, שישב על מעקה מחוץ למספרה, ואשר במראהו דמה לשאבי. לפיכך, וכדי "שלא לקחת סיכון", ירה סנקר גם בתומר וגרם למותו.

3. כפי שכבר ציינתי, תיאר סנקר, אשר נעצר בחודש מרס 2004, באוזני חוקריו את האירועים בהם על פי גרסתו נטל חלק, וכן את חלקם של המעורבים האחרים באותן פרשיות. יודגש, כי רק בזכות אותה גרסה שמסר סנקר, עלה בידי המשיבה לגבש כתבי אישום ולהביא למעצרים של יתר המעורבים. דא עקא, מהודאות אלו חזר בו סנקר במהלך משפטו, ובתוך כך כפר בביצועם של המעשים שיוחסו לו.

משפטיהם של המשיבים

4. בתאריך 25.9.06, בעוד עתירה זו תלויה ועומדת בפנינו, הרשיע בית-המשפט המחוזי בתל-אביב (כבוד סגנית-הנשיא ב' אופיר-תום והשופטים מ' סוקולוב וי' שגלר) את סנקר בכל ששת האישומים שיוחסו לו. בירור המשפט ארך תקופה ממושכת, ודבר זה יש לזקוף לא רק לעובדה כי נשמעו בו למעלה מ-200 עדי תביעה, כי אם גם לחובתו של סנקר עצמו, שניהל משפט זוטא, החליף – לא פחות משלוש פעמים – את סגוריו, ואף הגיש לבית-משפט זה שתי עתירות שנדחו על הסף, במסגרתן הלן על החלטות ביניים שניתנו בעניינו, ואליהן צירף בקשות לעכב את ההליכים עד להכרעה בעתירות (בג"צ 9141/05 סנקר נ' משטרת ישראל, מיום 20.10.05; בג"צ 1747/06 סנקר נ' בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, מיום 19.3.06). קודם שהוכרע דינו הוחזק סנקר במעצר, וזה הוארך, בהסכמתו, לא פחות – יש להדגיש – משבע פעמים.

אכן, דרכו של סנקר לסיום משפטו לא אצה לו, אולם מסקנה זו אינה מעוררת תמיהה של ממש, ולו מן הטעם כי מעצרו בגין אישומים אלה חפף לעונש מאסר אחר בו הוא, כזכור, נושא.

קצב ההתקדמות במשפטיהם של יתר המעורבים בפרשיות השונות, אף הוא אינו מעודד. במשפטם של משיבים 6-10 נשמעו עד כה 79 עדי תביעה, וחרף הצהרתה של המשיבה כי היא מוותרת על עדותם של 63 מעדיה, נותרו עוד 75 עדים, שהמרכזי בהם עתיד להיות סנקר. במשפטם של משיבים 2-4 אמנם נשמעו רוב עדי התביעה, אולם גם במקרה זה פרשת התביעה רחוקה מלהסתיים, נוכח אותה הלכה שהובאה לבחינה מחודשת בגדרה של עתירה זו, הקובעת כי סיום משפטו של סנקר הוא תנאי להעדתו מטעם התביעה במשפטם של מי שנטען כי היו שותפיו. התמשכות זו של ההליכים אף כרוכה בתוצאת לוואי נוספת, וכוונתי למעצר הממושך בו מצויים יתר המעורבים. לעניין זה אוסיף, כי מעצרים של משיבים 2-3 הוארך עד כה גם הוא שבע פעמים ובקשה להארכת מעצר שמינית תלויה ועומדת בפני בית-המשפט העליון; מעצרים של משיבים 6-8 הוארך שמונה פעמים ובקשה להארכה תשיעית קבועה לדיון אף היא; ואילו משיבים 4, 9, ו-10 שוחררו למעצר בית מלא בתנאים מגבילים.

אם הארכת בהבאת הפרטים, עשיתי זאת במטרה להמחיש את המצוקה אליה נקלעים בעלי-דין במציאות המשפטית השוררת כיום, כאשר הם נאלצים להמתין זמן רב – לעתים רב מאוד – עד לסיומם של ההליכים בעניינם. מצוקה זו הובילה לפנייתה של העותרת לבית-משפט המחוזי בבאר-שבע, במטרה להתיר לה להעיד את סנקר במשפטם של משיבים 2-4 גם בטרם הסתיים משפטו. העותרת הפנתה לכך שמבין ששת האישומים שיוחסו לסנקר בכתב-האישום, רק באחד מהם – והכוונה לניסיון ההתנקשות בדומרני – הוא היה שותף למשיבים 2-4, בעוד שליתר האישומים נגדו אין כל זיקה למשיבים אלה. לפיכך נטען, כי לאור העונש החמור הצפוי ממילא לסנקר בעקבות הרשעתו, אין סכנה ממשית לכך שהוא יבקש להיטיב את מצבו על ידי מסירת עדות מפלילה וכוזבת במשפטיהם של שותפיו. ועוד נטען, כי אין לראות בסנקר מי שעלול לצפות לטובת-הנאה או להמתקת עונשו אם יפליל את שותפיו. זאת, מאחר ומשא ומתן שניהל עם רשויות התביעה, בניסיון להגיע עמם להסדר טיעון, נכשל. לבסוף, נטען כי יש להתיר את עדותו של סנקר גם לאור הנזק הציבורי הרב הכרוך באילוץ של התביעה להפסיק את ההליכים המתנהלים נגד משיבים 2-4 עד לסיום משפטו.

בית-המשפט המחוזי דחה טענות אלה, תוך שהדגיש את חשיבותה של הלכת קינזי לשם שמירה על זכויותיהם של הנאשם והעד-השותף, ובלשונו:

"קיים חשש שמתן היתר להעדת עד שהינו שותף לעבירה עלול לפגוע בזכויות הנאשם, ואף בזכויות העד עצמו כנאשם בתיק האחר. כל נשכח שלפי המקובל בשיטתנו התביעה רשאית להעניק טובת הנאה לעד-השותף לעבירה, על מנת לעודד אותו להעיד במשפט האחר. מובן שמצב כזה, ואפילו נסכים שזהו הכרח שאין ממנו מנוס, יוצר פרובלמטיקה כלפי הנאשם נגדו מעיד השותף לעבירה. הכוח הנתון בידי התביעה להגיש כתבי אישום ולהציע הצעות לרבות טובות הנאה לנאשם אחד, לכאורה על חשבון נאשם אחר – ושוב, גם אם הדבר נחוץ לנוכח היקף הפשיעה וטבעה – אכן מצריך מחשבה עמוקה וראייה רחבה" (עמ' 3 להחלטה מיום 9.10.05).

בהמשך, עמד בית-המשפט המחוזי על כך שיתכנו מקרים אשר יחייבו לסטות מהלכת קינזי, אולם להשקפתו, במקרה הנוכחי לא התקיימו התנאים המצדיקים זאת:

"השיקולים של [סנקר] בדבר מתן עדותו מורכבים, ובית-משפט זה אינו יכול לקבוע כי ודאי שלא יהא לו כל אינטרס אישי הנוגע למשפטו, היה ויעיד בפנינו בשלב זה" (שם, בעמ' 4).

המחלוקת בגדרי עתירה זו והיקף הביקורת על החלטות ביניים בהליך הפלילי

5. העתירה הנוכחית מסבה עצמה על החלטתו האמורה של בית-המשפט המחוזי, ובמהותה מכוונת היא להביא לביטולה של הלכת קינזי. בעתירה זו, כורכת העותרת גם את עניינם של משיבים 6-10, ומבקשת להתיר לה להעיד את סנקר גם במשפטם. כאמור, משפטו של סנקר הסתיים לא מכבר, ומשכך הפכה לכאורה העתירה לתיאורטית, שכן אין עוד מניעה – גם לפי המצב הנורמטיבי הקיים – להעידו במשפטם של משיבים 2-10. יתרה מכך, כידוע, ובניגוד להליך האזרחי, השגות כנגד החלטות-ביניים הניתנות במסגרתו של הליך פלילי, יש להעלות במסגרת ערעור המכוון כנגד פסק-הדין הסופי, ולא קודם לכן או במסגרת אחרת. יהיה זה אך ורק במקרים חריגים – ומכוחן של הוראות חוק מיוחדות המאפשרות לעשות זאת – שהצדדים להליך הפלילי יוכלו להשיג על החלטות שניתנו בטרם הגיע ההליך לקצו (ראו סעיפים 74(ה) ו-147 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982).

עניין זה, דהיינו – העדרה של אפשרות להשיג על החלטות שיפוטיות בסמוך למועד בו הן ניתנות, גרם וגורם אף כיום להגשתן של עתירות רבות לבית-משפט זה.

אלו נועדו, בפועל, לשמש תחליף להיעדרה של אפשרות ערעור על החלטות ביניים בפלילים. ניסיונות אלה נדחים בהתמדה, ועמד על כך המשנה לנשיא מ' שמגר:

"טענות דיוניות לסוגיהן, המועלות לפני ערכאת השיפוט הפלילית ושהן בתחום הכרעה, אינן נדונות בבית-המשפט הגבוה לצדק, אלא – אם יש מקום וצורך בכך – ערכאת הערעור, המעבירה פסק-דין של בית-המשפט הדן בעניין פלילי תחת שבט הביקורת, והוא כל עוד לא נקבע אחרת על-פי הוראותיו של החוק החדש.

...

סיכומו של דבר, אם ניתנה החלטה במסגרת הליכים פליליים, ובעל דין סבור שבטעות יסודה, שמורה לו הזכות לכלול טענה זו בערעור על הכרעת הדין, אם יוגש. אין לו זכות מקבילה לפנות לבית-משפט זה בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק בעניין של סדר דין, ובית-המשפט לא יתערב בכגון דא ולא יאמץ לעצמו את תפקידה של ערכאת הערעור בהליכים פליליים" (בג"צ 398/83 אביטן נ' הרכב שלושה שופטים, פ"ד לז(3) 467, 470-471 וראו גם בג"צ 583/87 הלפרין נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 683, 700; בג"צ 6371/94 דרעי נ' בית-המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד מט(1) 133; בג"צ 6876/01 ברלאי נ' שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב, לא פורסם, מיום 18.11.01; בג"צ 8800/05 דוחא נ' בית-משפט השלום בטבריה, לא פורסם, מיום 22.9.05).

ברוח דברים אלה נקבע בשורה ארוכה של החלטות, כי התערבותו של בית-המשפט הגבוה לצדק בהחלטות הניתנות אגב ההליך הפלילי, תסייג עצמה אך ורק למקרים נדירים, ובהם מקום שמתעוררת טענה של העדר סמכות, או אם מתגלה תופעה קיצונית של שרירות בתחום שהוא מנהלי טהור (בג"צ 583/87 הנ"ל, בעמ' 702); ועוד נקבע, כי התערבות כאמור תיתכן גם במצב שבו העתירה מעלה לדיון נושא עקרוני, בעל השלכות רחבות טווח, ובנסיבות בהן דחייתה של העתירה תגרום להיווצרותו של נזק בלתי הפיך, שלא יהא ניתן לתיקון באמצעות ערעור על פסק-הדין הסופי (בג"צ 267/88 רשת כוללי האידרא נ' בית-המשפט לעניינים מקומיים פ"ד מג(3) 728, 732 ואילך; בג"צ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד נז(4) 625, 631; בג"צ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית-משפט השלום בירושלים, טרם פורסם, 6.6.05).

על אף כל זאת, נופלת להשקפתנו העתירה הנוכחית לגדר המקרים החריגים בהם יוכל בית-משפט זה להידרש לעתירה הבאה בפניו. נפקותן של הטענות שהועלו לדיון בגדרה של העתירה חורגת הרבה מעבר לעניינם של הצדדים המתדיינים, ולמעשה טענות אלו עשויות להשפיע על כל אירוע עברייני אשר בעשייתו היו מעורבים מבצעים

מספר. הלכת קינזי, אותה מבקשת העותרת להביא לבחינה מחודשת, היא מהאדנים עליהם שעונים כיום דיני העונשין ודיני הראיות של משפטנו. ועוד, הספקות שהתעוררו בסוגית התאמתה של ההלכה למציאות המשפטית של ימינו, גם הן מצדיקות להידרש לעתירה זו. ולבסוף, יודגש, דחייתה של העתירה על הסף, מן הטעם כי בית-משפט זה אינו משמש כערכאת ערעור על החלטות ביניים במשפט פלילי, לא הייתה מותרת בידי העותרת כל אפשרות מעשית להביא לבחינה את הטענות העקרוניות שבאמתחתה. אמנם, ההליכים המתנהלים כנגד המעורבים האחרים בפרשה, זולת סנקר עצמו, מצויים, נכון לעת הזו, בחיתוליהם, אולם לאחר שיסתיימו – בין על דרך של הרשעה ובין על דרך של זיכוי – יהפכו טענותיה של העותרת היפותטיות ובלתי רלוונטיות, ועל כן גם לא תמצא בידיה אפשרות לתקוף את ההחלטה. מצב ייחודי זה לא היה מאפשר לעותרת לשטוח בפנינו את טענותיה, אלא בדרך של הגשת עתירה המכוונת נגד החלטת ביניים.

בקשה להצטרף לעתירת המדינה

6. כפי שצוין, למשיבים 2-4 מיוחסת, בין היתר, אחריות למותה של הנערה שקד שלחוב ז"ל. הוריה, אילנה ואמיר שלחוב ביקשוננו, על-יסוד סמכותנו מכוח תקנה 20(ב) לתקנות סדר הדין בבית-המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984, כי נורה על צירופם כמשיבים לעתירה. להשקפתם, התמשכות ההליכים הנגרמת בעטייה של הלכת קינזי משפיעה לא רק על נאשמים, אלא גם על נפגעי עבירות ובני משפחתם, שאת עניינם ביקש המחוקק לעגן בחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001. הללו אינם יכולים להמשיך בחייהם כסדרם, שעה שסיומם של ההליכים המשפטיים כנגד הנאשמים בפגיעה בהם או ביקריהם אינו נראה באופק, וקושי זה הולך וגובר ככל שסיומם של ההליכים משתהה.

נהיר לי כאבם של המבקשים. כן ואמיתי הוא. ואם חרף זאת אמליץ שלא לצרפם כבעלי דין, אני עושה זאת כדי שלא להכביד עוד על ההליך המבקש הכרעה, וגם משום שטענותיהם ממילא עמדו לנגד עינינו בהידרשנו לעתירה זו.

טענות העותרת

7. ביום ט"ז בטבת התשס"ו (16.1.2000) ניתן על-ידנו צו על-תנאי, ולאחר שהוגשו לנו תשובותיהם המפורטות של המשיבים בכתב, הוספנו ושמענו את טיעוניהם על-פה. להלן אביא את טענות הצדדים, ואפתח באלו של העותרת.

8. עמדת העותרת היא, בתמצית, כי יישומה של הלכת קינזי גורם לפגיעה קשה באכיפת החוק, בהגנה על הציבור מפני עבריינים מסוכנים ואף בזכויותיהם החוקתיות של עצורים. נטען, כי מאז שנות ה-70, עת עוגנה הלכת קינזי בפסיקתו של בית-משפט זה, חלו תמורות באקלים המשפטי בישראל: תפישות היסוד עליהן מושתת שיטת המשפט שלנו השתנו; נערכו שינויים רבים בחקיקה ובפסיקה; העבירות עמן נדרשת מערכת אכיפת החוק להתמודד הן מורכבות ומסועפות מבעבר. לאור כל אלה, נטען, כי הלכת קינזי הפכה לאבן נגף, ואין היא מתאימה עוד למציאות המשפטית של ימינו. יתרה מכך, העותרת טוענת כי החששות אשר כוננו את הלכת קינזי, אינם מגובים בניסיון החיים, הואיל ובמקרים רבים העד-השותף אינו מעוניין כלל להפליל את חברו. אדרבא, התופעה השלטת היא שעדים רבים מבקשים לסייע לשותפיהם הנאשמים עמם או בנפרד, ולעתים תכופות, תכופות מדי, מתבקש בית-המשפט להכריז עליהם כעל עדים עוינים, ולהעדיף גרסה שמסרו במהלך חקירתם מכוח הוראתו של סעיף 10א לפקודת הראיות.

להשקפת העותרת הלכת קינזי יצרה כלל נוקשה של קבילות, המונע מבית-המשפט, ולו באופן זמני, לשמוע את עדותו של השותף טרם הסתיים משפטו. הלכה זו, מטעימה העותרת, לא רק שהיא מנוגדת להוראת סעיף 2 לפקודת הראיות – הקובעת כי הכל כשרים להעיד – אלא שהיא עומדת בסתירה למגמה שאת אותותיה ניתן למצוא בפסקי-דין רבים, הזונחת אט אט את כללי הקבילות שבדיני הראיות, וממירה אותם בכללים של משקל. הכוח המניע מגמה זו, כך סבורה העותרת, הוא הרצון להניח בפני בית-המשפט את מירב חומר הראיות הרלוונטי, מתוך אמונה כי יהיה בכך כדי להביא, בדרך טובה יותר, לחשיפת האמת. מנגד, מוסיפה וטוענת העותרת, הלכת קינזי מונעת מן התביעה להציג בפניו של בית-המשפט תמונה עובדתית מלאה, ומשכך, אין היא אלא מכשול בדרכו לגילוי האמת. להשקפתה, אין להכביד על בית-המשפט באמצעות כללים נוקשים, אלא לאפשר לו לנהוג כפי שהוא עושה יום-יום עת הוא נדרש להכריע בשאלות של מהימנות עדים, המשקל שראוי שיש להעניק לעדות, והתוספות הראיות הדרושות, ככל שהדבר מתחייב.

בהקשר זה, מוסיפה העותרת ומפנה לכך שהלכת קינזי לא הוחלה על עדי מדינה, להם מובטחת תמורה בעד עדותם, למרות שביחס אליהם מתקיים חשש של ממש כי יהיו נוטים להשביע את רצון התביעה אף במחיר מסירתה של עדות כוזבת או בדויה. מנגד, לעד-השותף לא מובטחת תמורה כלשהי, ועל כן החשש כי הוא יפתח ציפייה לקבלת תמורה בגין עדותו הוא תיאורטי בלבד, וכזה הוא גם החשש לאי-מהימנותה של עדותו. ועוד מציינת העותרת, כי במצב המשפטי הנוכחי, ועקב הנטל הכבד הרובץ על

כתפיה של מערכת המשפט – עניין הגורם להתמשכות, לעתים בלתי נסבלת, של ההליכים – עלולה התביעה לראות את עצמה אנוסה לכרות עם השותף, ולא מטעמים רלבנטיים, הסכם בגדרו יינתנו לו טובות הנאה שונות, במטרה להביא לסיום מהיר של משפטו. מצב זה עלול להוביל לתוצאה לא רצויה נוספת, והיא, כי נאשמים יבקשו להביא להתמשכות מכוונת של משפטם, במטרה ללחוץ על התביעה לכרות עמם הסכמים אשר עלולים לפגוע בעשיית הצדק ובאינטרס הכללי.

העותרת מוסיפה וטוענת כי מקום שנאשמים עומדים לדין בכתב אישום אחד, והם מעידים להגנתם, רשאי בית-המשפט להסתמך על עדותו של הנאשם האחד כנגד שותפו חרף ניגוד העניינים שעלול להיות קיים ביניהם. על רקע זה היא תוהה מהו אותו הבדל מהותי המחייב להימנע מכך מקום ששותפים למעשה עבירה עומדים לדין בשני כתבי אישום נפרדים. לעניין זה מפנה העותרת גם להוראתו של סעיף 155 לחוק סדר הפלילי, המתיר להעיד נאשם שהודה בביצוען של העבירות שיוחסו לו, כנגד הנאשמים-עמו, לאחר שנגזר דינו. עוד היא מדגישה כי הודאת נאשם, ובמיוחד מקום שהודאתו מתייחסת גם לחלקם של הנאשמים האחרים, עלולה ליצור דעה מוקדמת אצל המותב היושב בדין, וחרף זאת ראה המחוקק להתיר את עדותו.

הוראה נוספת אשר העותרת סבורה כי היא אינה מתיישבת עם הלכת קינזי היא הוראתו של סעיף 10א לפקודת הראיות. הוראה זו מאפשרת, כידוע, להגיש הודעות שנמסרו על-ידי העד בחקירות – כראיה נגד שותפו הנאשם – מקום בו הוא משנה מגרסה זו במהלך עדותו בפני בית-המשפט. העותרת מדגישה, כי ניתן לעשות שימוש בהוראה זו גם כאשר עדותו של השותף נשמעת רק לאחר שמשפטו של השותף הסתיים, באופן העשוי לרוקן את הלכת קינזי מתכנה.

בהמשך, מפנה העותרת לשורה של הלכות שיצאו מבית-משפט זה, אשר סייגו את תחולתה של הלכת קינזי. להשקפת העותרת, מקרים אלה מוכיחים כי בית-המשפט אינו שלם עוד עם הגיונה של הלכה זו, באופן המעמיד בספק את ההצדקה לקיומה.

9. בשלב הבא שוטחת העותרת באריכות את מה שהגדירה כ"נזקי הלכת קינזי", ובתוכם עניינים שכבר הזכרנו, לאמור, יישום ההלכה מביא להתמשכות ניכרת של ההליכים עקב הצורך להמתין לסיום משפטו של העד-השותף; במקרים רבים, ובמיוחד בתיקי פשע חמור בהם נעצרו נאשמים עד תום ההליכים, מביא הדבר להתארכות המעצר, לעתים לתקופות בלתי סבירות; בזיקה לכך, קיים חשש שנאשמים אשר הוגדרו כמסכנים את שלום הציבור וביטחוננו, עלולים להיות משוחררים בטרם הוכרע דינם;

ותוצאת לוואי נוספת היא שרשויות התביעה נאלצות לעתים למתן את חומרתם של כתבי-האישום, לוותר על עדים חיוניים, ולערוך הסדרי טיעון מקלים עם שותפים. מציאות זו, כך נטען, יוצרת ציפייה אצל העד-השותף לקבל טובת הנאה בתמורה לעדותו, וציפייה זו גורמת לכך שהעד-השותף יעשה הכל כדי להשהות את ההליכים בעניינו.

אך גם בכל אלה, כך טוענת העותרת, לא תמה פגיעתה הרעה של הלכת קינזי, משום שזו פוגעת אף באיכותו של ההליך המשפטי גופו. וכל כך למה? על שום שההלכה מכתובה את סדר שמיעתם של העדים, ואף עשויה להביא את התביעה לוותר על עדותו של השותף, חרף חשיבותה ומרכזיותה. הבאת עדות השותף לבית-המשפט שלא בזמנה, ובמקרה הגרוע יותר, מניעתה כליל, פוגמת ביכולתו של בית-המשפט להעריך את העדויות, לרדת לחקר האמת ולעשות משפט צדק. ועוד, הלכת קינזי מחייבת את הערכאה הדיונית לקבוע, כבר בשלב מקדמי, אם החששות עליהם מבוססת הלכה זו מתקיימים במקרה המונח לפניו, או שמא יש להתיר לתביעה להעיד את השותף. קביעה זו, בנוסף לקושי הכרוך בה, מחייבת את בית-המשפט להכריע בשאלות מהימנות כבר בשלב מוקדם, במקום במועד הראוי להן, בסוף המשפט.

לבסוף, סבורה העותרת כי ביטולה של הלכת קינזי אינו חייב להיעשות בחוק. הודגש, כי הלכת קינזי היא יציר כפיו של בית-משפט, ומשכך, הוא גם המוסמך לבטלה. יתרה מכך, הכלל שהותווה בהלכה זו הוגדר מלכתחילה כ"פרקטיקה נכונה" ותו לא. היא אינה מגלמת את שמבקשים המשיבים לראות בה – כמבססת זכות-יסוד, וגם מטעם זה אין ביטולה או שינויה מסור בידיו של המחוקק בלבד.

טענותיה של משיבה 11 – הסנגוריה הציבורית

10. הסנגוריה הציבורית, אשר צורפה לעתירה זו כמשיבה, סבורה כי אין מקום לביטולה של הלכת קינזי, הואיל וזו השתרשה במשפט הישראלי כחלק אינהרנטי מהזכות החוקתית להליך הוגן. להשקפת המשיבה, כל פגיעה בזכות זו חייבת לעמוד בתנאיה של "פסקת ההגבלה" הקבועים בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לאמור, בחוק בלבד; לתכלית ראויה – ובהקשר זה סבורה הסנגוריה כי שיקולי יעילות אינם מבססים תכלית כזו; ובמידה שאינה עולה על הנדרש, תנאי שעל-פי הנטען אינו מתקיים אף הוא נוכח הפגיעה הקשה בנאשמים, הכרוכה בסטייה מהלכת קינזי. נטען, כי את האינטרס בדבר החשתו של ההליך המשפטי ניתן להגשים בדרכים אחרות, שפגיעתן פחותה, כמו הוספתו של כוח אדם למערכת המשפט.

להשקפת הסנגוריה הציבורית, הרציונאליים העומדים בבסיס הלכת קינזי שרירים וקיימים גם בימינו. יתרה מכך, להשקפתה, טענות שהושמעו בעבר כנגד הלכה זו הפכו במרוצת השנים לטענות התומכות בה, ומכאן שהיום, אף יותר מבעבר, ראוי להתירה על כנה. בהקשר זה הודגש, כי הלכת קינזי נולדה למציאות בה התביעה נדרשה להוסיף לעדותו של שותף תוספת ראיתית חזקה של סיוע, דבר שהפחית מהחשש הטבוע בעדות זו. דא עקא, דרישה זו בוטלה בשנת 1982, ועתה, מכוח סעיף 54א(א) לפקודת הראיות, ניתן להסתפק בתוספת ראיתית מסוג "חזוק", באופן המגביר – עוד יותר מבעבר – את החשש לפגיעה בנאשם.

הסנגוריה הציבורית מדגישה, כי הלכת קינזי הוגדרה מלכתחילה כ"פרקטיקה ראויה" ולא ככלל נוקשה והרמטי. ואכן, משיבה זו הביאה בתגובתה סקירה יסודית של פסקי-דין אשר במסגרתם צמצמו בתי-המשפט את תחולתה של ההלכה, ואף קבעו כי בנסיבות בהן הרציונאליים הניצבים בבסיסה אינם מתקיימים – אין להידרש לה. יחד עם זאת, אין להמעיט בחשיבותה של ההלכה דווקא באותם מקרים בהם היא לא סויגה. נטען, אם כן, כי במצב הנוכחי ניתן לבית-המשפט שיקול דעת לבחון, בכל מקרה לגופו, אם יהא זה ראוי להחיל את הכלל שהותווה בהלכת קינזי, אם לאו. קבלתה של העתירה, וביטולה של הלכה זו, משמעותן – כך להשקפת הסנגוריה הציבורית – הפקעתו של שיקול הדעת הזה, והכפפתם של בתי-המשפט לכלל נוקשה, שיפגע ביכולתם להגיע לחקר האמת.

הסנגוריה הציבורית מדגישה כי מקומה של הלכת קינזי הוא בתחום סדרי הדין ולא בדיני הראיות. נטען, כי אין המדובר – כפי שמשתמע מגרסת העותרת – בכלל של קבילות, העוסק בכשרותו של השותף להעיד נגד חברו הנאשם, כי אם בכלל הדוחה את מועד שמיעתה של העדות לשלב מאוחר יותר של המשפט. מטעם זה, להשקפתה, נשמט הבסיס מתחת לטענה לפיה ביטולה של הלכת קינזי עולה בקנה אחד עם המגמה השלטת כיום בדיני ראיות, של מעבר מכללים של קבילות לכללים של משקל.

כן נטען, כי הקשיים שמעורר יישומה של הלכת קינזי, הם תולדה של העומס הרב המוטל על מערכת המשפט, אולם טעמים אלה אינם מצדיקים פגיעה בזכותו של נאשם למשפט הוגן. ועוד נטען, כי החשש שהביעה העותרת – פן יישומה של הלכת קינזי יוביל לשחרורם ממעצר של נאשמים אשר מסוכנותם לציבור רבה – הוא חשש בעלמא. לתמיכה בעמדתה זו, הציגה הסנגוריה בפנינו נתונים אמפיריים שאספה, ומהם עולה כי שיעור היענותם של בתי-המשפט לבקשות להארכת מעצר מכוח סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 מתקרב ל-99 אחוזים. לעניין זה הוסיפה הסנגוריה הציבורית, כי על פי נתונים שבידיה 75 אחוזים מכלל

העצורים מסכימים ממילא להארכת מעצרו, וגם בשל כך החשש מפני שחרורם הנו חסר שחר.

לבסוף, הצביעה הסנגוריה הציבורית על סוגיות חדשות העלולות להתעורר אם תבוטל הלכת קינזי. נטען, כי במסגרת הכנתו של העד לעדות, יידרשו נציגי התביעה להיפגש עמו, כאשר כל אחד מהצדדים חובש שני כובעים: השותף הוא עד אך גם נאשם, ומנגד, נציגי התביעה משמשים תובעים לא רק במשפטם של שותפיו, אלא גם בהליך המתנהל נגדו. בתרחיש זה יהיה העד נתון ללחצים, מחד, ולמאוויים גלויים או נסתרים, מאידך, ולא לה תהיה השלכה על הגרסה שישמיע בבית-המשפט. ועוד נטען, כי ביטולה של הלכת קינזי יוביל לקיומם של כמה הליכים פליליים במקביל, וכי מצב כזה מגביר את הסכנה לפסיקתן של הלכות סותרות.

טענותיה של משיבה 12 – לשכת עורכי הדין בישראל

11. לשכת עורכי הדין (להלן: "הלשכה"), מוסיפה דברים אחדים על טענותיה של הסנגוריה הציבורית. היא מלינה על כך שתוצאותיו של הסעד המבוקש בעתירה עלולות להיות רחבות מעבר לנחוץ. להשקפתה, נסיבותיו של המקרה נושא העתירה הן קשות וחריגות, אך אין לרתום קושי זה להשגתה של מטרה כללית בדבר זירוזם של הליכי משפט, אגב שלילתה של הגנה חשובה מאין כמוה מנאשמים. ועוד, הלשכה סבורה כי מן הראוי הוא שביטולה של הלכה כה מרכזית בדיני הראיות ייעשה במסגרת ערעור פלילי, ולא בגדרה של עתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק.

הלשכה הפנתה בטיעוניה לסעיף 10א לפקודת הראיות. נטען, כי ההסדר שנקבע בסעיף זה גרם ממילא לכרסום בזכויות הנאשם, דבר המצדיק היום – כדי שלא להעצים עוד יותר פגיעה זו – את קיומה של הלכת קינזי. וכשם שסעיף 10א הוא פרי חקיקה, כך גם על כל פגיעה נוספת בזכויות נאשמים להיעשות בחוק. ועוד נטען, כי לאור עמדתן המוצהרת של רשויות התביעה, הממעטות להעמיד לדין בגין עבירה של עדות שקר, החשש מפני עיוות דין מקבל משנה תוקף.

ועוד, הודגש כי שתי הצעות חוק ממשלתיות שעסקו בביטולה של הלכת קינזי, הונחו על שולחן הכנסת אך לא בשלו לכדי חוק (ראו חוק לתיקון פקודת הראיות (מספר 10), התשנ"ב-1992; הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (תיקון מספר 13) (עדות שותף), התשנ"ט-1999). נטען, כי עובדה זו מלמדת שהמחוקק לא רצה בביטולה של הלכת קינזי, ואין זה ראוי כי בית-משפט יעשה את אשר הכנסת נמנעה ממנו.

12. משיב 2 השליך את עיקר יהבו על הדרך בה בחרה העותרת לתקוף את החלטתו של בית-משפט קמא. נטען, כי מדובר בהחלטת ביניים שניתנה בהליך פלילי, ואשר עליה אין אפשרות לערער. כן נטען, כי העתירה לוקה בשיהוי ניכר, לאור הזמן הרב – למעלה משנה – שחלף בין מועד הגשתו של כתב האישום כנגד סנקר ועד להגשת העתירה. שיהוי זה מלמד על שהעותרת לא עשתה די כדי להגביר את קצב שמיעתו של המשפט, ובדרך זו למזער את הנזק הכרוך ביישומה של הלכת קינזי.

משיב 3 סבור שאת האשמה לקצב האיטי בו מתנהל משפטו של סנקר יש לזקוף לחובת העותרת, ואין לאפשר מצב בו התרשלותה של זו האחרונה תונח לפתחו שלו. לטענה זו, בדבר האחריות בעיכוב ניהולו של המשפט, מצטרף גם משיב 5. משיב 3 סבור עוד, כי מהחלטתו של בית-משפט קמא עולה כי קיים חשש ממשי לפגיעה בהגנתו אם עדותו של סנקר תישמע כבר עתה, וגם בשל כך אין לשנות ממנה. לבסוף, אם תתקבל העתירה, עותר משיב 3 לפסול את הרכב השופטים הדין בעניינו בבית-המשפט המחוזי.

משיבים 6-10 הביאו גם הם בטיעוניהם את הטעמים הניצבים בבסיסה של הלכת קינזי. משיבים אלה אף הביעו את החשש כי ביטול ההלכה יגרום לגל של ערעורים ובקשות למשפטים חוזרים, כאשר יתברר כי קיים פער בין גרסתו של השותף בעת מתן העדות לבין הגרסה שמסר במשפטו-שלו. תוצאה זו, נטען, תוסיף ותגביר את העומס המוטל על בתי-המשפט.

משיבים 6-10 סבורים עוד, כי הלכת קינזי משלימה למעשה את ההוראה הקבועה בסעיף 155 לחוק סדר הדין הפלילי, העוסקת בעדות שותפים הנאשמים באותו כתב-אישום, וקובעת כי אין להעיד נאשם שהודה נגד חברו כל עוד משפטו טרם הסתיים. נטען, כי הלכת קינזי מונעת מהתביעה את האפשרות לרוקן הוראה זו מתוכן על-ידי הפרדה בין משפטיהם של השותפים. לבסוף, הלינו משיבים אלה על מה שכינו "כרסום שיטתי ומתמשך בזכויות הנאשמים", וטענו אף הם כי אין לזקוף לחובתם את העומס הרב המוטל על מערכת בתי-המשפט.

דיון

עדות שותף

13. מקורו של הקושי הטמון בעדותו של שותף לדבר עבירה הוא בכובע הנוסף – כובע הנאשם – שחובש הלה לראשו במהלך העדות. החשש המרכזי שאת מימוש

נועדה הלכת קינזי למנוע, הוא כי עד המואשם בגין אותה פרשה שבעטיה נדרשת עדותו, יצפה – בעת מסירת עדותו – לתמורה במשפטו שלו, ובהתאם, יבקש להגדיל את חלקו של השותף בביצוען של העבירות, ומנגד למזער את חלקו-שלו. קושי זה מתעצם עוד נוכח החשש כי כאשר יגיע תורו של הנאשם לחקור את העד בחקירה נגדית, ימלא האחרון את פיו מים ויטען לחיסיון מפני הפללה עצמית, ובכך לא יאפשר לנאשם לקעקע את הגרסה שמסר בחקירתו הראשית. כדבריו של השופט האנגלי, הלורד Abinger, שנאמרו בראשית המאה ה-19:

"The danger is that when a man is fixed and knows that his own guilt is detected, he purchases impunity by falsely accusing the others" (*R. v. Farler* (1837) 173 Eng. Rep. 418, 419 (K.B.)).

אף שאין להמעיט במשקלו של חשש זה, אין גם לכחד, כי הוא ממשי יותר בשיטות משפט הפועלות באמצעות חבר מושבעים, ולא על-ידי שופטים מקצועיים, שעבורם מלאכת הערכתם של עדים היא עניין שבשגרה. כאן המקום לשוב ולהזכיר, כי בשיטת המשפט שלנו אף לא נקבעה כל מניעה או מגבלה על העדתם של מי שבהערכת עדותם עלול להתעורר קושי, כמו חולי-נפש, ילדים, עדי מדינה, או מי שהורשעו בעברם במסירתה של עדות שקר; והרי אין חולק כי גם במקרים אלה קיים, לכאורה, קושי בהערכת העדות. על רקע דברים אלה הדגישה השופטת ט' שטרסברג-כהן את תפקידו של בית-המשפט בהערכת העדויות הנשמעות בפניו:

"אין החשש לעיוות האמת מצדיק סטייה מהחובה להעיד. חשש כזה קיים במקרים רבים בהם עלולים עדים למסור עדויות החוטאות לאמת, ממניעים שונים, גלויים או סמויים, ואין בכך כדי למנוע העדתם, שאם לא תאמר כן, חוששתני שיהיה מקום למנוע העדתם של עדים רבים מאוד ונמצאנו מדללים את חומר הראיות שבא בשערי בית-המשפט. מי שראוי לתת את הדעת לחשש זה, הוא בית-המשפט, הבוחן ושוקל בזהירות ובאחריות את מהימנות העדות הנמסרת בפניו. הפתרון בודאי איננו בשלילת קבילותה של העדות מלכתחילה מחשש לעיוות האמת. ראוי אפוא לחייב את העד להעיד ועל השופט השומע את עדותו, לתת לה את המשקל ההולם, באמצעות הכלים השונים שהמשפט, הידע וניסיון החיים העמידו לרשותו" (בג"צ 6319,6836/95 חכמי נ' לוי, פ"ד נא(3) 750, 766-767, להלן: "פרשת חכמי").

דברים ברוח דומה אמר גם השופט י' קדמי:

"כידוע, 'הכל כשרים להעיד' - כאמור בסעיף 2 לפקודת הראיות - לרבות אלה שיש להם ענין בתוצאות הדיון; ודבר היותם 'מעוניינים' בתוצאות כאמור, יורדת אך לשאלת מהימנותם ומשקל עדותם" (ע"פ 725/95 מנדלברוט נ' מדינת ישראל, לא פורסם, מיום 27.12.95).

14. שורשיה של הפרקטיקה שאומצה במשפטנו באמצעות הלכת קינזי, מצויים במשפט המקובל האנגלי – במסגרתו מושבעים הם אלה היושבים על המדוכה – והכוונה היא לשני פסקי-הדין הידועים *R. v. Winsor* (1865) 10 Cox's C.C 276 ו- *R. v. Pipe* (1967) 51 Cr. App. R.17 (C.A), שהוזכרו באריכות בפסק-הדין עניין קינזי (וראו גם דבריו של השופט י' כהן בע"פ 169/74 עובדיה נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 398, 402).

הבדל מהותי זה שבין שיטות המשפט לא נעלם מעיניהם של שופטי המותב בעניין קינזי (ראו עמ' 488 לפסק-הדין), אולם הם ראו לנכון לאמץ פרקטיקה זו חרף קיומו (לביקורת על אימוצה של פרקטיקה זו לשיטת המשפט הישראלית, על רקע העובדה כי שיטת המשפט שלנו אינה מבוססת על פעולתם של מושבעים, ראו א' שטרוזמן "המלך עירום או חבר-המושבעים השולט בבית-המשפט" עיוני משפט יג (תשמ"ח) 175; י' גינת "האם הגיע הזמן לבחון מחדש את הלכת קינזי" הפרקליט מב (תשנ"ה) 376). הרהור נוסף בשאלת הצורך בהמשך קיומה של הלכת קינזי, צריך היה להתעורר עם תיקונה של פקודת הראיות בשנת תש"ם (חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 4), תש"ם-1979, ס"ח 948), ועיגונו של ההסדר הקבוע כיום בסעיף 10א לפקודה. כידוע, הסדר זה – אשר נועד לתת מענה למצוקה שנוצרה עקב לחצים קשים שהופעלו על עדי תביעה במטרה להניאם ממסירת עדות אמת – אפשר לבית-המשפט להעדיף את תוכן אמרתו של עד כפי שנרשמה בחקירתו במשטרה, על פני גרסה מאוחרת אותה מסר בעדותו בבית-המשפט, ואשר היא תולדה של הלחץ שהופעל עליו. למקרא סעיף 10א עולה, כי המחוקק לא ראה לנכון להבחין בין עד רגיל לבין עד-שותף אשר מנהל משפט בגין אותה פרשה שבעטיה נדרשת עדותו. משכך, קבע בית-משפט זה כי אין כל מניעה להפעיל את ההסדר שעוגן במסגרת סעיף 10א גם לגבי שותפים לדבר עבירה:

"התוספת לפקודה האמורה, שמצאה ביטוי בסעיף 10א נועדה כל כולה למקרים, בהם העד מכחיש בבית-המשפט את תוכן האמרה, טוען כי אינו זוכר את תוכנה או מוסר בבית-המשפט עדות, השונה מן האמרה בפרט מהותי. שינוי כאמור בהצגת הדברים יכול וימצא ביטוי בדברי עד, שאין לו זיקה או מעורבות לעבירה, ויכול

ויעלה מדברי עד, שהוא שותף לעבירה; כפי שהוזכר עוד בדברי ההסבר, שליוו את הצעת החוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 4), תשל"ח-1978, הרי ייעודו של החוק לתקן עוולות, שקרקע גידולן פורה במשפט הפלילי, ולעניין זה אין, כמובן, נפקא מינה, אם המדובר בעד שותף לעבירה או בעד אחר ... סיכומו של דבר, ממילא מובן כי היותו של עד פלוני שותף לעבירה אין בו כדי להוציאו מכלל אלה, אשר לגבי עדותם ניתן להפעיל את סעיף 10א הנ"ל" (ע"פ 949/80 שוהמי נ' מדינת ישראל פ"ד לה (4) 62, 69 וראו גם ע"פ 501/81, 610 אבו-חצירה נ' מדינת ישראל פ"ד לו (4) 141, 149-150).

המשנה לנשיא שמגר חזר על עמדה זו גם בפרשה אחרת, תוך שהוא מציין כי דבריו המפורשים של המחוקק בסעיף 10א לפקודת הראיות, גוברים על הסייג שנקבע בפרשת קינזי באשר לצורך להשהות את מועד שמיעת עדותו של השותף עד לסיום ההליכים נגדו:

"אין מקום להבחנה בין סוגי עדים על-פי זיקתם לעבירה או על-פי שותפותם או העדר שותפותם בה, כי מלותיו של סעיף 10א אינן יכולות לשמש יסוד להבחנה בין עד המעורב בעבירה או שותף לה לבין עד שאיננו כזה ... מעל לכללים של דיני הראיות ... עומדת קביעה מפורשת ומאוחרת של המחוקק, ובתחומים בהם היא חלה, משקלה עדיף, ואם עולה מנוסחה, כי נקבע מכוחה סייג חדש על תחולתו של כלל ראיתי, שהיה מקובל עד כה, גובר, כמובן, דברו המפורש של החוק החרות" (ע"פ 777/80 בינאשוילי נ' מדינת ישראל פ"ד לז (2) 452, 470-471).

15. הפעלתו של ההסדר הקבוע בסעיף 10א לפקודת הראיות ביחס לעד-שותף, חותרת, לכאורה, תחת יסודותיה של הלכת קינזי. כוונת הדברים לכך שגם כאשר עדותו של השותף נשמעת רק לאחר שנגזר דינו, הגשתה של ההודאה שמסר במהלך חקירתו חושפת את בית-המשפט לאותה גרסה מוקדמת שניתנה בטרם הגיעו ההליכים המשפטיים נגדו לקיצם, מצב אותו ביקשה הלכת קינזי למנוע. כיצד מתיישבים הדברים זה עם זה? אין זאת אלא, שבכך ניתן ביטוי נוסף לתפישה המותירה את מלאכת הערכת העדויות בידי בית-המשפט, שבפניו מונחות מירב הגרסאות שנמסרו על-ידי העד, כדי שיקבע – כפי שעושה הוא פעמים רבות – לאור הנסיבות המיוחדות של כל מקרה הבא בשעריו, מהי הגרסה המהימנה יותר בעיניו. יודגש, כי בין נסיבות אלה אין מניעה שבית-המשפט יביא בחשבון גם את העובדה כי הגרסה המוקדמת שנמסרה במהלך החקירה ניתנה על-ידי שותף, ומשכך יש להתייחס אליה בזהירות. אולם, עניין זה לבדו אינו מביא לפסלותה של הגרסה (להצדקתה של תפיסה זו ראו א' סטרשנוב

"בזכות הפעלת סעיף 10א לפקודת הראיות לגבי נאשמים במשותף" הפרקליט לח (תשמ"ח) 660; ומנגד, לביקורת עליה, ראו נ' זלצמן "נאשמים במשותף וסעיף 10א(א) לפקודת הראיות" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 625).

16. ועוד הערה לעניין סעיף 10א לפקודת הראיות: הלכת קינזי עוסקת בעד אשר מסר בחקירתו גרסה המפלילה את עצמו ואת שותפו למעשה העבירה. מקום שעד זה מודה במהלך משפטו בעובדותיו של כתב האישום שהוגש נגדו, המצב פשוט באשר מיד לאחר גזירת העונש ניתן להעיד אותו כנגד שותפו. הקושי מתמקד אפוא באותם עדים ששינו את טעמם, וכפרו במשפטם במיוחס להם. הניסיון הרב שנצבר בשנים הרבות שחלפו מאז נפסקה הלכת קינזי ומאז נחקק סעיף 10א לפקודת הראיות מלמד, כי חלקם הארי של עדים אלה, בעת שהם נקראים להעיד במשפטם של שותפיהם, מתכחשים לדברים בהם הודו בחקירתם אף אם הודו בהם בפה מלא במשפטם-שלהם. במצב זה נאלצת התביעה, כמעט כעניין שבשגרה, לפנות למוצא המעוגן בסעיף 10א(ג) לפקודת הראיות. על רקע זה שוב אין מנוס מלתהות, אם יש עוד טעם להמתנה הממושכת לסיום משפטו של העד, כאשר מה שעתיד לעמוד בסופו של יום להכרעה במשפטו של השותף, היא גרסתו של העד במשטרה מול הסבריו של העד לחזרתו ממנה במהלך עדותו בבית-המשפט. ובאשר לחשש שגם הגרסה במשטרה הייתה כוזבת, כולה או חלקה, התשובה לכך מצויה בדרישת סעיף 10א(ד) לפקודת הראיות בדבר תוספת ראיתית מסוג של חיזוק.

הקשיים הכרוכים ביישומה של הלכת קינזי

17. לא חלף זמן רב מאז עוגנה הלכת קינזי בפסיקתו של בית-משפט זה, ותוצאותיה החלו להתברר. ככל שחלף הזמן – ועמו גדל העומס המוטל על שכמה של מערכת המשפט – התגברו הקולות הקוראים לשנות ממנה (ראו א' קמר "לקראת ביטולה של הלכת קינזי" הפרקליט מב (תשנ"ה) 548, 559). הביקורת הופנתה בעיקר לעובדה כי ההלכה – הקובעת, ככלל, כי ראוי להמתין לסיום ההליכים בעניינו של העד – הובילה להתמשכות ניכרת של ההליכים, גרמה לעינוי-דין לנאשם הנאלץ להמתין לסיום ההליכים בעניינו של העד-השותף, והגבירה את העומס המוטל על מערכת המשפט. עמדה על כך חברתי, השופטת מ' נאור:

"הילכת קינזי מושלת בניהול משפטים, ומקשה, מקשה עד למאד, על סיומם המהיר, וזאת, בנוסף לקשיים אובייקטיביים רבים מולם ניצבת המערכת השיפוטית" (בש"פ 9474/04 מדינת ישראל נ' אלזם, לא פורסם, מיום 8.11.04).

ובמקום אחר עמד על כך גם השופט מ' חשין:

"שוב נתקלים אנו, כפי שנתקלים אנו לעיתים קרובות - לעיתים קרובות יתר אל המידה - באבן הנגף שהתיבות "הילכת קינזי" טבועות בה. העד העיקרי של התביעה הוא שותפו של המבקש למעשה הזוועה. אותו שותף - האמור להעיד נגד העורר - עומד הוא עצמו לדין בעבירה של הריגת הילדה, ומטעם זה שמשפטו נמשך והולך נעצרו גלגלי ההליכים בעניינו של המבקש" (בש"פ 5899/00 איוורקין נ' מדינת ישראל, לא פורסם, מיום 25.10.00).

18. בעיה זו התחדדה ביתר שאת לנוכח הוראותיהם של דיני-המעצרים, והחשש מפני שחרורם של נאשמים מהם נשקפת סכנה לציבור בטרם הסתיים משפטם. אין צורך לשוב ולהדגיש מה רבה היא פגיעתו של מעצר עד תום ההליכים – בתקופה בה נהנה הנאשם מחזקת החפות – בחירויות היסוד של הפרט (ראו דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589; בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133). תפישה זו אף הובילה להגבלת משכו של מעצר זה (ראו סעיפים 21, 61 ו-62 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996). ככל שהוא מתארך – ועמו מתעצמת הפגיעה בנאשם – מצטמצמת ההצדקה להורות על המשך המעצר. על רקע דברים אלה נקלע בית-משפט זה לא אחת למצוקת אמת, כאשר המחסום שהלכת קינזי הציבה בפניו כופה על הצדדים להשהות את ההליך המשפטי עד לסיום ההליכים המתנהלים נגד העד-השותף, ומנגד כרוכה אותה השהיה בהתארכות מעצרו של הנאשם. לברירת מחדל זו כיוונה השופטת א' חיות, כאשר התבקשה להאריך בפעם התשיעית ברציפות את מעצרו של נאשם:

"המצב שבפנינו כופה עלינו בחירה בין שתי רעות. האחת היא שחרורו של המשיב אשר מיוחס לו מעשה נורא שהביא לתוצאות נוראות - מותו של ילד בן שלוש. מעשה כזה מצביע על מסוכנותו הרבה של המשיב, ועל החשש כי שחרורו לחלופת מעצר טומן בחובו סיכון ממשי לשלום הציבור ולביטחוננו. הרעה השנייה היא הותרתו של המשיב במעצר תקופה כה ארוכה, למרות חזקת החפות העומדת לו" (בש"פ 12047/04 מדינת ישראל נ' בן-ישי, לא פורסם, מיום 23.1.05).

ובמקום אחר אמר השופט מ' חשין, את אלה:

"אין זה מעשה שבכל יום שהמדינה מבקשת פעם חמישית על מעצרו של נאשם מעבר לתשעה חודשים... ואולם, לא זו בלבד שהמשיב שוהה במעצר תקופה כה

ארוכה, אלא שיקשה עלינו לדעת אימתי יסתיים משפטו. טעם הדבר הוא שהמדינה מבקשת להעיד נגד המשיב את יחיא תורכ, שותפו לקשר, אך הדבר נמנע ממנה הואיל ויחיא תורכ עומד לדין במשפט נפרד בגין אותה פרשה עצמה, והילכת קינזי מונעת את המדינה מהעידו לאלתר נגד המשיב. אכן, המדינה ביקשה מבית-המשפט כי יתיר להעיד את תורכ נגד המשיב, אך בית-המשפט סירב להיעתר לבקשה. עגלת משפטו של המשיב כמו תקועה היא במקומה: להמשיך בדרכה לא תוכל עד אשר יסתיים משפטו של תורכ, ומשפטו של תורכ לא ידענו אימתי יסתיים ... הילכת קינזי מכה בנו שוב ושוב וכמו אין מושיע" (בש"פ 1657/04 מדינת ישראל נ' בן-ישי, פ"ד נח(5) 577, 581 וראו גם בג"צ 5091/03 תורק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(5) 665, 672).

עניין אחרון זה – הנטייה לשחרר נאשם העצור תקופה ממושכת מבלי שסיום ההליכים נגדו נראה באופן – הביא לתופעה חמורה נוספת, והכוונה ליצירתו של כר פורה למניפולציות מצד נאשמים, שלהם תמריץ להפעיל לחץ על העד-השותף כדי שיגרום לסחבת במשפטו, במטרה להביא – בסופה של מערכת ה"התשה" – לשחרורו של הנאשם ממעצר. ועוד, היו שהביעו חשש כי החרב המתנופפת מעל ראשה של התביעה, כי נאשם העומד לדין ישוחרר ממעצרו בשל התמשכות ההליכים נגדו, עלולה להוביל אותה להתקשר עם נאשמים בהסכמי-טיעון מקלים או למחוק מכתב-האישום עבירות חמורות וכיוצא באלה מהלכים שמטרתם אחת: להביא לסיום המשפט במהירות.

ביקורת כללית על הלכת קינזי הושמעה גם בגין כך שהיא גרמה לדחיית שמיעתה של העדות המרכזית ביותר, עדותו של מי שנטען כי היה שותפו של הנאשם, ואשר ככזה העובדות ידועות לו ממקור ראשון, בהיותו מעורב בהן. על רקע זה אף נטען כי מניעת העדות שוללת מבית-המשפט חומר ראיות חשוב ורלבנטי, ופוגעת ביכולתו להגיע לחקר האמת, וממילא גם ביכולתו לעשות משפט צדק (פרשת חכמי, בעמ' 759).

19. נוכח כל אלה נמצא כי דווקא אותה הלכה שנועדה לקדם את אינטרס עשיית הצדק – על-ידי מניעתה של עדות שבמהימנותה מוטל ספק – היא אשר עלולה להוביל לפגיעה בו, או למצער להקל עם נאשמים שחטאו בקשות שבעבירות, ודומה כי לכך כיוון השופט מ' חשין, בדמותו את הלכת קינזי "לתערוכת כימית שבכוחה להמיס צדק" (בש"פ 7971/01 מדינת ישראל נ' טיקמן, לא פורסם, מיום 2.12.01). פן אחר של התמשכות ההליכים, הוא פגיעה באינטרס כי חשיפת האמת ומיצוי הדין עם נאשמים יעשו במהירות סבירה, באשר, בלשונה של ד"ר ח' זנדברג "על מנת להגשים את מטרות

דיני העונשין נדרש גם כי הענישה הפלילית שתושט על הנאשם תהיה אפקטיבית. אפקטיביות פירושה מיידיות. שכן, אפקט הענישה הפלילית הוא בעל משמעות רק כאשר הענישה היא מיידית" (ח' זנדברג זכויות נאשמים: הזכות למשפט נפרד (תשס"א) 27; ראו גם ע"פ 125/74 מירום בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(1) 57, 75). יאמר כבר עתה, כי אפשר שבעבר עמדו לה כוחותיה של המערכת המשפטית לשאת בעומס הרב ובהתמשכות ההליכים הכרוכים ביישומה של הלכת קינזי. אולם, נראה כי ימים אלה חלפו לבלי שוב. לא העומס המוטל על כתפיהם של בתי-המשפט היום, כעומס שהיה מוטל על כתפיהם בעת שנפסקה הלכת קינזי (ראו דו"ח הוועדה לבדיקת מבנה בתי-המשפט הרגילים בישראל (תשנ"ז), בראשות השופט ת' אור, ובמיוחד עמ' 15-17 לדו"ח; בג"צ 8850,9884/02 פסטינגר נ' שר המשפטים, פ"ד נח(2) 696; בש"פ 8639/05 מדינת ישראל נ' אלמרבוע, לא פורסם, מיום 26.9.05; בש"פ 2846/97 מדינת ישראל נ' מחרום, לא פורסם, מיום 21.5.97). בדומה, לא היקף הפשיעה בה אנו נתקלים היום, שלעתים היא חובקת עולם, כהיקף הפשיעה עמה נדרשה המערכת המשפטית להתמודד בעת שנפסקה הלכת קינזי. וגם תחכומה של הפשיעה, ריבוי המעורבים בה וחומרתה היום, אינם כפי שהיו בשנת תשל"ו (1976), היא השנה שבה נפסקה הלכת קינזי.

20. לנוכח קשיים אלה, הוגשו שתי הצעות חוק אשר ביקשו להביא לביטולה של הלכת קינזי (ראו: הצעת החוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 10), תשנ"ב-1992, ה"ח 170; הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (תיקון מס' 13) (עדות שותף), תשנ"ט-1999, ה"ח 314). בדברי ההסבר להצעת החוק משנת תשנ"ב נאמר:

"פעמים רבות לא ניתן להביא בפלילים אדם אם לא תושמע באותו הליך עדותו של שותפו לעבירה. אם יואשמו השותפים בכתב-אישום אחד והשותף אשר מסר במשטרה עדות מפלילה ועדותו נדרשת לא יודה באשמה, לא ניתן יהיה לגזור את דינו ולהביאו לעדות כעד תביעה ... ללא עדותו של השותף, אפשר שהתביעה לא תוכל להוכיח את האשמה ולו לכאורה ומכל מקום די יהיה בשתיקתו במשפט של הנאשם, השותף, כדי לגרום לזיכוי שותפו לעבירה. הגשת כתב-אישום נפרדים לא תועיל גם היא נוכח (הלכת קינזי) ... שיהיו זה בהליכים פוגע באינטרס החברתי להרתיע עבריינים ולהביאם על עונשם בזמן סביר. הכלל פוגע גם בנאשמים הסובלים מעינוי דין בהמתנה למשפטם... ההצעה תביא לתיקון מצב משפטי זה. אין ההצעה מתעלמת מהחשש כי עדותו של העד תהא מגמתית והוא עלול להשחיר את פני שותפו בגרסה שתיטיב עמו במשפטו הצפוי. הדבר יישקל על ידי בית-המשפט בשים לב לנסיבות ולשאר

חומר הראיות, כמו בכל מקרה אחר שבו יש לעד אינטרס או נטייה לעוות את האמת" (ההדגשות הוספו).

הצעות אלו לא הבשילו לכדי חוק, אולם הכרה בקשיים הטמונים ביישומה של ההלכה – מתוך ניסיון לצמצמה לדלת אמותיה – הובילה לכך שבשורה ארוכה של פסקי-דין השתרשה גישה המעניקה להלכת קינזי פרשנות תכליתית, ומקום שהרציונלים הניצבים בבסיסה לא התקיימו, לא ראו הערכאות לנכון להורות על דחיית עדותו של העד. עמדה על כך חברתי, השופטת ד' ביניש:

"בנסיבות בהן אין מדובר בשותפים לאותם חלקים עובדתיים חופפים של העבירה; כאשר אין חשש שיש לעד המיועד אינטרס להפליל את שותפו ולהוציא עצמו מן העבירה או להקטין את חלקו בה, וכאשר ברור ממכלול נסיבות הענין שאין מדובר בעד המבקש לעצמו טובת הנאה בשל אותה עדות, ואף אין יסוד להניח כי הובטחה לו טובת הנאה, קשה לראות את ההצדקה להימנעות מהעדתו של עד-שותף עד לסיום משפטו. מה גם, שמאז קנתה לה הלכת קינזי שביתה בשיטתנו המשפטית, חלו שינויים בחקיקה ולא אחת מדובר בעד שאינו מעונין כלל להעיד נגד אותו נאשם ... במקרים מסוג זה כאשר ניתנת לסנגור הזדמנות לנסות לקעקע את משקלה של העדות, נחלש הטעם לשימורה של 'הלכת קינזי' ולהעדפתה על פני הצורך להגשים את תכלית ההליכים ולקיים הליך פלילי ביעילות ובאופן הוגן" (בש"פ 7372/03 מדינת ישראל נ' מוזס, לא פורסם, מיום 14.8.03; וכן ראו ע"פ 1774/02 קדוש נ' מדינת ישראל, לא פורסם, מיום 20.11.02, בפסקה 12 לפסק-הדין, להלן: "פרשת קדוש").

להחלטות ברוח דומה שניתנו בערכאות הדיוניות ראו ת"פ (ת"א) 40063/01 מדינת ישראל נ' קדוש; ת"פ (נצרת) 43/03 מדינת ישראל נ' חליל; ת"פ (נצרת) 37/03 פתאלי נ' מדינת ישראל; ת"פ (נצרת) 1215/02 מדינת ישראל נ' מסרי; ת"פ (נצרת) 1014/04 מדינת ישראל נ' עתמאלה.

בתוך כך נקבע, כי נאשם רשאי לוותר על תחולתה של הלכת קינזי בעניינו. גישה זו הגיונה בצדה, שהרי הכלל שהותווה באותה הלכה נועד להגן על הנאשם, ומשכך, אין כל מניעה כי יהיה רשאי לוותר עליה. על כן, נקבע כי אין למנוע מהנאשם לזמן את שותפו כעד מטעמו, במסגרת פרשת ההגנה, גם כאשר משפטו של העד תלוי ועומד (ראו את עמדתו של השופט ג' בך בע"פ 330/84 מדינת ישראל נ' שעשוע, פ"ד לט(1) 85, 89-90; וכן את ע"פ 64/87 גרסטל נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 533, 536). ועוד נקבע, כי מקום בו הנאשם לא התנגד לשמיעת עדותו של שותף שמשפטו

טרם הסתיים במועד המתאים לכך – דהיינו עוד לפני שמיעתה של העדות – הוא לא יוכל לעשות זאת בדיעבד, ויש לראותו כמי שהסכים לגבייתתה של העדות (ע"פ 579/88 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 529, להלן: "פרשת סוויסה").

21. בשורה ארוכה של החלטות, צומצמה תחולתה של הלכת קינוי, כאשר בתי-המשפט לא ראו לנכון להחילה בכל מצב בו נדרשת עדותו של מי שהיה שותף לעבירה. כך, נקבע בהלכת קינוי עצמה כי היא אינה חלה במקרה של שותף שהוא עד מדינה, מאחר ואין לראותו כעד אשר מצפה לטובת הנאה שתבוא לידי ביטוי בגזר-הדין, ועל כן לא מתקיים לגביו חשש כי ינסה למזער את חלקו על חשבון הנאשם (ראו ע"פ 67/85 עביד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 391, 395-396). במקרה אחר סייג בית-המשפט את תחולתה של הלכת קינוי, כאשר קבע כי אין די בכך שהעד הוא שותפו של הנאשם לדבר עבירה, ואף לא די בכך שמתקיימת נגדו חקירה משטרתית, אלא נדרש, כתנאי לתחולתה של ההלכה, כי בעת מתן העדות כבר הוגש כנגד העד כתב-אישום או, למצער, קיימת כוונה מוכחת להגשתו (ע"פ 44/81 מויאל נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 505, 522). מגמה דומה באה לידי ביטוי גם בערכאות הדיוניות: במקרה אחד (תפ"ח (י-ם) 4059/01 מדינת ישראל נ' כאלותי) נקבע, כי "שותף" לצורך הלכת קינוי הוא רק מי שעומד לדין בגין אותה עבירה בה מואשם הנאשם. במקרה אחר (ת"פ (ת"א) 40067/02 מדינת ישראל נ' אבו-ראס) נקבע, כי הלכת קינוי אינה חלה על מסייעים לדבר עבירה, ובמקרה שלישי (ת"פ (חיפה) 384/00 מדינת ישראל נ' פלוני) נקבע, כי הלכת קינוי אינה חלה בעבירות המאופיינות בריבוי משתתפים.

מעניין לציין, כי תהליך מקביל, במסגרתו צומצמה תחולתן של הלכות *Pipe* ו-*Winsor*, התרחש גם באנגליה. השוו: *R. v. Richardson* (1967) 51. Cr. App. R.; *R. v. Turner* (1975) 61. Cr. App. R. 67 (C.A.); 381 (Central Criminal Court); *R. v. Weeks* (1980), 74 Cir. App. R 161; *R. v. Palmer* (1994) 99 Cr. App. R 83; *R. v. Pentonville Prison Governor, ex p. Schneider* (1981) 73 Cr. App. R. 200 (D.C.), 212; *R. v. Reed* (2003) EWCA Crim 2667, [2003] All ER (D) 289.

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

הלכת קינזי – פרקטיקה רצויה ולא זכות מהותית

22. המעיין בפסק-הדין בפרשת קינזי ימצא כי בית-המשפט לא התיימר למנוע באופן מוחלט את שמיעת עדותו של השותף במשפטו של הנאשם או ליצור, בבחינת יש מאין כלל של פסלות. כל שביקשה הלכת קינזי לעשות – ודבר זה עולה במפורש מלשונו של פסק-הדין שבמסגרתו היא ניתנה – הוא להצביע על פרקטיקה שראוי לנהוג על-פיה, מבלי לפגוע בשיקול-הדעת המסור לשופטי הערכאה הדיונית לסטות מדרך זו במקרים בהם ימצאו כי ראוי לעשות כן. בית-המשפט עמד על כך בעבר, כאשר קבע:

"[הלכת קינזי] לא באה לפגוע בכשרותו של העד-השותף ולשנות בדרך של פסיקה מדבר חקיקה כי "הכל כשרים להעיד בכל משפט, בכפוף לאמור בסעיפים 3 ו-4 ... כאמור בסעיף 2 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971. [הלכת קינזי] הנה "הנחיה מעשית" (ע"פ 330/84, 387, פ"ד ל"ט(1), 85, 89) למניעת עדותו של נאשם אחד כעד תביעה במשפטו של נאשם אחר, שותפו לעבירה, כל עוד משפטו שלו תלוי ועומד" (פרשת סוויסה בעמ' 533; וראו גם פרשת קדוש).

עיון בפסקי-הדין בעניין *Winsor* ו-*Pipe* מראה כי למצב נורמטיבי כזה כיוונו גם בתי-המשפט באנגליה. וכך תיאר השופט Cockburn את ההליך הראוי בסוגיית עדותו של שותף:

"In all such Cases, if it be thought necessary, where two persons are in the same indictment, and it is thought desirable to separate them in their trials, in order that the evidence of the one may be taken against the other, I think, in order to ensure the greatest amount of truthfulness on the part of the person who is coming to give evidence under such remarkable circumstances, it would be far better that a verdict of not guilty should be taken first, or if the plea of not guilty is withdrawn and a plea of guilty taken, sentences should be passed, in order that the person coming forward to give evidence may do so with the mind free of all the corrupt influence which the fear of impending punishment and the desire to obtain immunity at the expense of the prisoner might otherwise be liable to produce in the mind of the witness" (*Winsor, Supra*, Pp.314-315).

למסקנה זו הצטרף גם השופט Blackburn:

It would be judicious as a general rule, where the accomplice is indicted, that his case should be disposed of before he is called as a witness" (*Winsor, Supra*, p. 320).

עניין זה הודגש שוב בפסיקה מאוחרת, כאשר נקבע כי הכלל שהותווה בעניין *Pipe* הוא בבחינת פרקטיקה ניהגת, אשר נועדה להנחות את שיקול דעתה של הערכאה הדיונית ותו לא, דהיינו –

"The rules referred to in *Pipe* ... are rules of practice and not rules of law" (*R.v. Pentonville Prison Governor, ex. P Schneider* (1981) 73. Cr. App.R. 200 (D.C.), 212).

וראו בהקשר זה גם את פסק-הדין בעניין *R. v. Turner* שהוזכר לעיל.

23. הלכת קינוי צמצמה עצמה למקרה בו הנאשם והעד הועמדו לדין בגדריהם של כתבי-אישום נפרדים. דא עקא, החשש אותו ביקשה הלכה זו לסלק – פגיעה בהגנתו של הנאשם – מתקיים גם כשמדובר בכתב-אישום הכורך את עניינים של שני הנאשמים יחד (ראו ע"פ 124/93, 351 מסעדה נ' מדינת ישראל פ"ד מז(1) 480, 483; וכן זנדברג, בעמ' 138-121). אולם, לתרחיש אחרון זה נתן המחוקק מענה בסעיף 155 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982:

פסק דין של נאשם שהודה
(א) נאשמו כמה נאשמים בכתב אישום אחד ומהם הודו בעובדות שיש בהן כדי הרשעתם ומהם שלא הודו בכך, לא יגזור בית-המשפט את דינם של הנאשמים שהודו לפני שנסתיים בירור המשפט של הנאשמים שלא הודו ; ואולם -
(1) נאשם שהודה כך, והתובע או הסניגור מודיעים שהוא ייקרא להעיד במשפטם של יתר הנאשמים, לא יעיד אלא לאחר שנגזר דינו ;
(2) בנסיבות מיוחדות שירשום בית-המשפט רשאי הוא לגזור את דינו של הנאשם שהודה לפני סיום משפטם של האחרים.

סעיף 155 ביקש למנוע את העדתו של נאשם שהודה כנגד שותפו בטרם נגזר עונשו, ובכך יש מידה רבה של היגיון. אולם, אותה סכנה, אם לא לומר חמורה ממנה, קיימת כאשר כל הנאשמים כופרים בביצוען של העבירות שיוחסו להם, וממילא עלולה נטייתם להפריז במהלך עדותם בחלקם של שותפיהם, מתוך כוונה למזער את חלקם-שלהם, להיות גדולה יותר. חרף זאת, לא קבע המחוקק כל מגבלה על עדותו של נאשם

בתרחיש זה. כך או כך, הסייג שנקבע בסעיף 155 שנקבע להעדתו של נאשם שהודה, יוחד כאמור לנאשמים שהועמדו לדין בכתב אישום משותף, ועובדה היא שהוראה דומה לא נקבעה גם בעניינם של נאשמים שהועמדו לדין בכתב אישום נפרדים. יש מי שיאמר כי זהו חֶסֶר שהלכת קינזי באה להשלימו, ובאשר לי – תהיתי אם חסר זה לא נגרם מדעת נוכח השקפתו המרכזית של המחוקק לפיה הכל כשרים להעיד, למעט אלה שהוחרגו מכוח הוראה חקוקה.

לנוכח האמור עד כה, נקודת המוצא לדיון שבפנינו תהיה שכל טענה לפיה הלכת קינזי הקנתה לנאשמים במשפט הפלילי "זכות", אינה יכולה להתקבל. הלכה זו אינה אלא הנחיה דיונית, שנועדה להבטיח אספקט מסוים של הזכות להליך הוגן, על-ידי מניעת חשיפתו של הנאשם לסיכון שהרשעתו תתבסס על עדות כוזבת של שותפו. מכאן דעתי, כי יש לדחות את הטענה כאילו ביטולה של הפרקטיקה שנקבעה בהלכת קינזי, תוביל לפגיעה בזכות להליך הוגן. מפאת חשיבותה הרבה של סוגיה זו – מעמדה החוקתי של הזכות להליך הוגן – ומשום שהמשיבים מיקדו בה את טיעוניהם, ראיתי מקום להרחיב בה את הדיבור.

על הזכות להליך הוגן

24. סמכותה של המדינה להעמיד אדם לדין אוצרת בתוכה כוח רב. משמעותה של הזכות להליך הוגן היא, בתמצית, כי מקום בו מבקשת המדינה לעשות שימוש בכוח זה, עליה לעשות זאת במסגרת הליך נאות, בגדרו תיבחן ההצדקה לפגיעה בחירויות היסוד של הנאשם. ניהולם של הליכים משפטיים הוגנים, הוא "ביטוי למחויבות החברה הנאורה לפעול במודע, במסגרת האפשרויות הקיימות, למניעת עיוותי דין במשפטיהם של פרטים" (א' שטיין "הזכות להליך הוגן" זכויות האדם והאזרח בישראל, מקראה (ט' בן-גל, ד' אלכסנדר, א' בנדור וש' רבין עורכים, כרך ג, 1992) 355-356). על כן, קיומם של הליכים הוגנים אינו רק תכלית העומדת בפני עצמה, אלא גם אמצעי אשר נועד לשרת את אינטרס הציבור לעשיית צדק וחשיפת האמת.

ועוד, הליך הוגן אמור להבטיח לנאשם הגנה על זכויות האדם "הכלליות" הנתונות לכל אדם באשר הוא אדם (ראו ד' ביין "כללי החקירה המשטרתית – היש מקום לקודיפיקציה של חוקי הציד?" עיוני משפט יב (תשמ"ח) 129; זינדברג, בעמ' 32; וכן S. Trechsel "Why Must Trials Be Fair?" 31 *Isr. L. Rev.* (1997) 94, 96). לפיכך, כדי שהליך ייחשב להוגן, הוא נדרש לעמוד בקריטריונים שונים, עמם אנו מונים את הדרישה לניטרליות והעדר משוא פנים מצד אלה היושבים בדין; שקיפותו

ופומביותו של ההליך המשפטי; ניהולו של ההליך בתוך פרק זמן סביר; הגנה על חזקת החפות ועל הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית; הגנה על זכותו של הנאשם להציג ראיות לחפותו, להשיג על ראיותיה של התביעה ולחקור את עדיה בחקירה נגדית; זכותו של חשוד או נאשם לדעת על אודות קיומם של הליכי חקירה ומשפט המתנהלים נגדו ועוד (ראו את מאמרו הנ"ל של Trechsel, בעמ' 95, וכן R.B. Saphire, "Specifying Due Process Values: Toward a More Responsive Approach to (Procedural Protection)" 127 U. of Penn. L. Rev. (1978) 111).

הזכות להליך הוגן אינה מגשימה רק אינטרס אישי של החשוד או הנאשם העומדים לדין. זהו אינטרס ציבורי שכל אחד מהפרטים בחברה – כנאשם פוטנציאלי – ידע שאם וכאשר יתקיימו נגדו הליכים פליליים, הם יתנהלו באופן ראוי והוגן. לכך התייחס פרופ' Goldstein:

"The criminal trial serves complex psychological functions. In addition to satisfying the public demand for retribution and deterrence, it permits the ready identification of the same public, now in another mood, with the plight of the accused. Both demand and identification root deep in the view that all men are offenders, at least on a psychological level. And from the moment the offender is perceived as a surrogate self, this identification calls for a 'fair trial' for him before he is punished, as we would have it for ourselves" (A. S. Goldstein "The state and the accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure" (69 Yale L.J (1960) 1149, 1150).

העולה מכך, הוא כי הזכות להליך הוגן כמוה כמעשה תצריך. היא אינה מתמצית בהסדר דיוני מסוים או בזכות ספציפית, אלא מבססת עצמה על אגד של אמצעים, הסדרים פרוצדוראליים וזכויות מהותיות המתקיימים בצוותא, זה לצד זה, ושנועדו "לאזן את יחסי-הכוח הבלתי-שוויוניים שבין הנאשם לבין התביעה, הנהנית ברגיל ממעמד דיוני עדיף ומיתרונות נוספים, וכן להבטיח כי לנאשם תינתן הזדמנות מלאה להציג גרסת חפות ולפעול להוכחתה" (ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, מיום 30.11.05). עמדה על כך גם חברתי, השופטת ביניש, כאשר עסקה במאפייניה של הזכות להליך הוגן במשפט הפלילי:

"ראשית, מטרתה של הזכות הנדונה הינה להבטיח פרוצדורה הוגנת וערובות דיוניות הולמות להגינתו של ההליך הפלילי כלפי הנאשם. ההגינות הפרוצדורלית היא, אפוא, הניצבת במרכזה של הזכות האמורה. שנית,

הזכות להליך פלילי הוגן נוגעת בכל שלביו של ההליך הפלילי ... ואכן, שלב החקירה המשטרית מהווה הליך מקדים למשפט עצמו, באופן שפגמים שנפלו במסגרתו עשויים להשליך על הגינות ההליך הפלילי בכללותו ... שלישיית, ההגנה על הזכות להליך פלילי הוגן אינה מתמצית בבחינת השפעתם הפוטנציאלית של פגמים דיוניים על תוצאות המשפט דווקא, אלא נדרשת בהקשר זה ראייה רחבה המתבססת על שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין. לבסוף, נציין כי הזכות להליך פלילי הוגן מהווה זכות מסגרת, שעשויה לשמש בסיס לגזירתן של זכויות דיוניות רבות של הנחקר, החשוד והנאשם בפלילים" (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, טרם פורסם, מיום 4.5.06, פסקה 66, להלן: "פרשת יששכרוב").

כאן המקום להדגיש, כי הזכות להליך הוגן אינה יכולה ואף אינה צריכה להיות זהה בשיטות משפט שונות. אלו רשאויות לקיים מנגנונים והסדרים דיוניים נפרדים, או להעניק למתדיינים זכויות שונות מבלי שיהיה בכך כדי להפוך איזו מהן לשיטה משפטית שאינה מקיימת הליכים הוגנים. הבחירה בין אמצעים שונים שבכוחם להבטיח הליך הוגן, והאיזון בין אינטרסים שונים המתמודדים על הבכורה, מושפעים מאופייה של שיטת המשפט, המסורת המשפטית הנוהגת בה, ההסדרים המשפטיים הקיימים במסגרתה, ועוד. כך למשל, האמצעים שנועדו להבטיח הליך הוגן בשיטת משפט המיוסדת על פעולתם של חבר מושבעים, אינם יכולים להיות זהים לאמצעים הננקטים בשיטת משפט שבגדרה פועלים שופטים מקצועיים. היקפה של הזכות להליך הוגן עשוי להשתנות גם על-פי הערכים אותם מבקשת שיטת המשפט לקדם ולאור האיזון ביניהם. כך למשל, עשויים להימצא הבדלים בין שיטות משפט עקב השקפה שונה בדבר נקודת האיזון הראויה בין האינטרס הציבורי במיגור הפשיעה, לבין האינטרס לקיים הליכים הוגנים (על כך ראו את זנדברג, בעמ' 30-31, ומאמרו של H.L. Packer 1 (1964) *U. Penn. L. Rev.* "Two Models of the Criminal Process", המוזכר שם). ועוד, נקודת האיזון עשויה להיות מושפעת גם משיקולים כמו יעילות פעולתה של המערכת המשפטית, לנוכח האינטרס להביא לסיומם של ההליכים המשפטיים תוך זמן סביר, והרצון להרתיע עבריינים פוטנציאליים. גם לכך התייחסה חברתי, השופטת ביניש, בפרשת יששכרוב כאשר תיארה את הזכות להליך הוגן כ"זכות מסגרת בעלת רקמה פתוחה, אשר כינויה ותוכנה המדויק משתנים משיטת משפט אחת לרעותה ואף באמנות הבינלאומיות השונות... הגדרת גבולותיה של הזכות להליך פלילי הוגן הינה משימה קשה ומורכבת, ועליה להיעשות בהתחשב במכלול העקרונות והמאפיינים של שיטת-המשפט בה מדובר" (שם, בפסקה 66).

הזכות להליך הוגן בישראל

25. המחוקק הישראלי לא העניק לזכות להליך הוגן ביטוי מפורש בדבר חקיקה, ומספר ניסיונות לעגנה בחוק חרות – אף הם לא צלחו (ראו חוק יסוד: זכויות במשפט, ה"ח 2219 תשנ"ד, 99). חרף זאת, מאז ומתמיד נהנתה הזכות ממעמד רם, ועם חקיקתם של חוקי-היסוד הוכרה כזכות חוקתית הנגזרת, לשיטתם של אחדים, מן הזכות לכבוד (ראו א' ברק פרשנות במשפט (כרך שלישי, פרשנות חוקתית, תשנ"ד) 431-432), ולשיטתם של אחרים מן הזכות לחירות (ראו ע' גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 155, 169-170). באחת הפרשות עמדה על כך השופטת ד' דורנר:

"חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו... הקנה מעמד של זכות יסוד חוקתית לזכותו של אדם להליך פלילי הוגן, בעיקר מכוח סעיף 5 לחוק היסוד הקובע זכות לחירות, ומכוח סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד, הקובעים זכות לכבוד האדם. חוק-היסוד מחייב בסעיף 11 את רשויות השלטון כולן - הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת, והרשות השופטת - לכבד את הזכויות הקבועות בו" (מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354, 375).

עמדו על כך גם ב' אוקון וע' שחם, בציינם:

"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שינה את מערך הזכויות הפלילי מיסודו. זכותו של אדם לחירות עוגנה. יש לה השלכה מהותית על הדין הפלילי. זכות זו נאבקה בגדרו, אולי יותר מאשר בכל מגזר אחר של המשפט, על הבכורה. בתוך כך הוכרה זכותו של אדם להליך ראוי. משמעות הדברים היא שינוי הפירמיה הערכית. סדרי הדין הפליליים 'עלו כיתה'. מענף פרוצדורלי הם הפכו לכלי מרכזי בשירות זכות היסוד החוקתית" (ב' אוקון וע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט 5 (1995), 11).

(עוד על מעמדה של הזכות להליך הוגן במשפטנו ראו פרשת יששכרוב; בג"צ 9264/06 מדינת ישראל נ' בית-משפט השלום בירושלים, לא פורסם, מיום 6.6.05, בפסקה 8; בג"צ 1437,3168/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון פנים פ"ד נח(2) 746, 761; י' שחר "סדר-דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (א' רוזן-צבי עורך) 375; א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 281; וד' וינר "בעקבות פרשת עמוס ברנס" קריית המשפט ד' (תשס"ד) 169, 186).

26. מספר הסדרים חקיקתיים יוצקים תוכן מעשי בזכות להליך הוגן במשפטנו. סעיף 2 לחוק יסוד: השפיטה קובע, כי "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין". סעיף 77א(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] התשמ"ד-1984, נועד אף הוא למנוע סכנה של דעה מוקדמת או חשש למשוא פנים, ובלשון המקור: "שופט לא ישב בדין אם מצא, מיוזמתו או לבקשת בעל דין כי קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט".

חוק סדר-הדין הפלילי עוסק אף הוא, ברבים מסעיפיו, בהסדרת הגינותו של ההליך הפלילי. כך למשל, קובע סעיף 74 לחוק כי נאשם וסנגורו רשאים לעיין בחומר החקירה שנאסף בידי הרשות החוקרת. הרציונל המונח בבסיס הוראה זו הוא כי הליך הוגן בא לידי ביטוי, בין היתר, בכך שנאשם יוכל לכלכל את הגנתו לאור חומר הראיות שנצבר נגדו (השוו בש"פ 4157/00 נמרודי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 625, 632-633; בש"פ 1355/98 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 1; ע"פ 400,457/84 מדינת ישראל נ' אנג'ל, פ"ד מ(3) 481, 487; בש"פ 2043/05 מדינת ישראל נ' זאבי, לא פורסם, מיום 15.9.05, בפסקה 12).

סעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי קובע, כי באין הוראה אחרת "לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו", וסעיף 134 לחוק זה מחייב את בית-המשפט לנהל פרוטוקול אשר ישקף את כל שאירע באולמו במהלך הדיונים. שני סעיפים אלה נועדו להבטיח שקיפות בניהולו של ההליך הפלילי, שקיפות שאף היא אספקט של הוגנות דיונית. סעיף 145 לחוק קובע, כי "במהלך המשפט יסביר בית-המשפט לנאשם, אם ראה צורך בכך, את הזכויות הנתונות לו להגנתו", ואילו סעיף 196 קובע, כי "בתום קריאת גזר הדין יסביר בית-המשפט לנאשם את זכותו לערער על פסק הדין ויודיע לו על המועד להגשת הערעור". ייעודם של סעיפים אלה הוא להבטיח כי העומד לדין יהיה מודע לזכויות המוקנות לו, כדי שההליך הפלילי לא יתנהל כשידה של התביעה – שלה יתרון עקב המידע העומד לרשותה – על העליונה. זכות נוספת, שאינה אלא היבט נוסף אחר של הזכות להליך הוגן, היא הזכות המוקנית לנאשם בסעיף 61 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, הקובעת כי על משפטו להסתיים תוך מסגרת הזמן הקבועה בחוק. פן נוסף מתבטא בזכותו של נאשם להימנע ממסירתן של גרסה או ראיות העלולות להפלילו. זכות זו מעוגנת בסעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1927, ובסעיף 47 לפקודת הראיות.

עם זאת, הזכות להליך הוגן, ככל זכות יסוד, אינה זכות מוחלטת. היא מוצאת את מקומה לצדם של זכויות ושל אינטרסים נוגדים. כאלה הם האינטרס בדבר יעילותו של ההליך הפלילי, היכולת למצות את הדין עם מי שחטא בביצוען של עבירות, החתירה לגילוי האמת, ניצולם הנכון של משאבי המערכת המשפטית, ניהולם המושכל של ההליכים, והרצון לעשות צדק עם מי שעל כורחם היו לקורבנות של מעשי עבירה. בגדרו של ההליך הפלילי מתחייבת מציאתו של איזון ראוי בין מכלול הזכויות והאינטרסים המעורבים (ראו גם דברי חברתי, השופטת ביניש, בפרשת יששכרוב, פסקה 68; וע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529, 554).

27. להשקפתי, הלכת קינזי נועדה למטרה זו ממש. בנסיבות בהן נקבעה, אשר כפי שכבר ציינתי היו שונות בתכלית מן המצב השורר כיום בכל הנוגע ליכולת הגשתו של אינטרס היעילות, התאימה ההלכה להשגתה של התכלית שלשמה נוצרה. נקודת האיזון שקבעה הלכת קינזי, אפשרה בשעתה לזכות להליך הוגן ולאינטרס בדבר יעילות ההליך לדור בכפיפה אחת. אולם, מאז חל שינוי קיצוני בנסיבות, וכוחה של הלכת קינזי שוב אינו עומד לה לקיים את נקודת האיזון שנקבעה. המשך הפעלתה של הפרקטיקה שנקבעה באותה הלכה כיום, פירושו העתקתה של נקודת האיזון אל עבר קוטב הוגנות ההליך, והחלשתו של יסוד יעילות ההליך במידה שלא ניתן להשלים עמה. שינוי בנסיבות מחייב, כידוע, את התאמת המשפט, לרבות הדין הפלילי על כלליו הדיוניים, למציאות השוררת (השוו בג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 513; ע"פ 4596/05 רוזנשטיין הנ"ל, בפסקה 30). המציאות הנוכחית אינה מצדיקה אפוא, את המשך יישומה של הלכת קינזי. שינוי בנסיבות מחייב, כידוע, את התאמת המשפט, לרבות הדין הפלילי ודיני הראיות על כלליהם הדיוניים למציאות השוררת. במצב זה שבים ומתחדדים דברים שאמרתי קודם באשר למהותה של הלכת קינזי כאמצעי בלבד, ולא כיעד העומד לעצמו. משתש כוחה של הלכה זו לשאת על כתפיה את משא האיזון, ברי, כי עלינו לאתר אמצעי חלופי, שבכוחו לשמר את נקודת האיזון הרצויה חרף הנסיבות המשתנות, באופן שלא יהא בו לפגוע בזכות להליך הוגן, או להפחית ממשקלה אל מול מעמדו של האינטרס בדבר יעילות ההליך.

משאמרנו את כל אלה, כמו מאליה עולה השאלה מהי אותה פרקטיקה חלופית – המיתוספת ליתר האמצעים בהם דיברתי לעיל – וכיצד בכוחה להבטיח את יישומו של איזון ראוי בין הערכים הנוגדים.

ההגנה על זכותו של נאשם להליך הוגן

28. מבין מגוון האמצעים, שמעמידה שיטת המשפט שלנו להבטחת זכותו של נאשם להליך הוגן, ראיתי להרחיב בשניים. ראשונה היא דרישת התוספת הראייתית, הקבועה בסעיף 54א(א) לפקודת הראיות:

בית-המשפט לא ירשיע נאשם על סמך עדותו היחידה של שותפו לעבירה אלא אם מצא בחומר הראיות דבר לחיזוקה.	הכרעה על-פי עדות יחידה במשפט פלילי
---	---

תכליתה של הוראה זו, בדומה לרעיון הניצב בבסיסה של הלכת קינזי, היא התמודדות עם החשש כי הסתמכות על עדותו היחידה של אדם, אשר עקב היותו שותפו של הנאשם בביצועה של עבירה עלול למסור גרסה כוזבת, ובדרך זו להוביל את בית-המשפט לתוצאה שגויה. נדרשת, אפוא, ראייה לאמיתות דבריו של העד, באמצעות תוספת ראייתית מסוג "חיזוק". מטבע הדברים, עם ביטולה של המגבלה שבהלכת קינזי, תשוב תשומת הלב ותתמקד בדרישת חיזוק זו.

לעניין זה ראוי להדגיש, כי קודם שנפסקה הלכת קינזי הייתה הדרישה לתוספת ראייתית לעדותו היחידה של שותף לדבר עבירה מכבידה יותר. נדרשה תוספת מסוג סיוע, לאמור – ראייה המסבכת את הנאשם בביצועה של העבירה, להבדיל מראיה שבכוחה אך לאמת את העדות נגדו. רק בשנת 1982, שעה שהלכת קינזי הייתה כבר שרירה וקיימת, תוקנה פקודת הראיות ונקבעה הדרישה המקלה לחיזוק בלבד (ראו חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 6), תשמ"ב-1982). אולם, ובניגוד למוצע תחילה (ראו דברי ההסבר להצעת תיקון מס' 6, ה"ח 1477, תש"ס, 396), נקבע בנוסחה המתוקן של הפקודה, כי דרישת הסיוע תוסיף לחול מקום בו מדובר בעד-מדינה, מאחר ואז כבד במיוחד משקלו של האינטרס האישי העלול להשפיע על עדות העד לו הובטחה טובת הנאה. עם זאת, ומתוך הכרה בעוצמתה של הסכנה שבהסתמכות על עדותו של שותף לעבירה, העלולה להוביל להרשעת-שווא, הכירה ההלכה הפסוקה בקיומו של "סולם" ראיות לחיזוק, המבחין ביניהן על-פי עוצמתן. בית-המשפט היושב לדין הוא המוסמך לקבוע, על-פי שיקול דעתו, מהי מידת החיזוק הדרושה בנסיבות המקרה שבפניו, כדי שהתביעה תענה על דרישת החיזוק. משקבע כך, לא יהא די בראיה גם אם יש בה יסוד מאמת לעדות העד, אך אין היא עונה על דרישת העוצמה המספקת. הכלל הוא, אפוא, זה ש"ככל שבית-המשפט נותן אמון רב יותר בעדות הטעונה חיזוק, כך יוכל משקלה של ראיית החיזוק להיות נמוך יותר" (כדברי חברי, השופט א' גרוניס, בע"פ 1538/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 590, 598. ראו גם ע"פ 209/87 שחאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד

מא(4) 594, 596; ע"פ 348/88 אבו-אסעד נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 89, 98; ע"פ 2642,3155/99 מסארווה נ' מדינת ישראל, לא פורסם, מיום 3.7.03, בפסקה 9 לפסק-דינה של חברתי, השופטת ביניש). כך, מקום בו יהא לבית-המשפט – על-יסוד התרשמותו מן העד השותף, מדבריו ומיתר הנסיבות – בסיס לחשש כי לעד הניצב בפניו אינטרס חזק במיוחד להפליל את שותפו ולמסור גרסה מוטה, רשאי הוא לקבוע רף גבוה לדרישת החיזוק. דומני, כי בנקודה זו אפשר ושוב לא יהא המרחק בין דרישת החיזוק לבין דרישת הסיוע כה רב.

29. אמצעי שני להגנה על זכותם של נאשמים נגזר מהוראתו של סעיף 47 לפקודת הראיות, בו דיברתי קודם. הסעיף, שכותרתו "ראיות מפלילות", קובע בזו הלשון:

(א) אין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה.	ראיות מפלילות
---	--------------------------

(ב) ביקש אדם להימנע ממסירת ראיה מחמת שהיא עשויה להפלילו כאמור בסעיף קטן (א) ובית-המשפט דחה את הבקשה והראיה נמסרה, לא תוגש הראיה נגד אותו אדם במשפט שבו הוא מואשם בשל העבירה שהעובדה המתגלית מן הראיה היא יסוד מיסודותיה, אלא אם הסכים לכך.

(ג) ...

הוראה זו נועדה להקנות לאדם הגנה מפני שימוש בדברים שאמר, או שמסר בדרך אחרת, להפללתו בהליך משפטי המתנהל נגדו. לעקרון החסינות מפני הפללה עצמית השלכה ישירה על הענין שבפנינו, בראש ובראשונה במובן של זכותו להליך הוגן של העומד לדין. הלכת קינזי ביקשה, כפי שצינתי, לגונן על נאשם מפני נזק העלול להיגרם לו בשל עדות שותפו שטרם הסתיים משפטו, עדות העלולה להתברר כחוטאת לאמת בשל ענינו של העד בתוצאות ההליך. והנה, מקום בו הוסרה המגבלה הדיונית שהחילה הלכת קינזי, שוב אין מניעה כי עדות מעין זו תישמע. או-אז, עלול העד – מכוח זכותו לפי סעיף 47(א) הנ"ל, לסרב לעמוד לחקירה נגדית בידי הנאשם, בנימוק כי דברים שיאמר בחקירתו הנגדית עלולים להפלילו. הנאשם, ועמו גם בית-המשפט היושב לדין, עלולים למצוא עצמם אז בפני שוקת שבורה בניסיון לעמוד על טיב העדות שנמסרה. דבר זה סותר מניה וביה את עקרון החתירה לצדק ולגילוי האמת בהליך השיפוטי, עקרון המייחס חשיבות רבה לכלי המשפטי שמספק מוסד החקירה הנגדית.

התייחס לכך המשנה לנשיא מ' אלון בדנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז(3) 661, 694, באומרו:

"מסקנה זו עולה היא לא רק מלשונו המפורשת של החוק, אלא גם ממושגי יסוד המקובלים עלינו בכל הנוגע לקיומו של הליך פלילי הוגן. זכות החקירה הנגדית של העד על-ידי הנאשם זכות יסודית היא לו, הן לשם בירור האמת והן על שום זכות הטיעון שיש לכל אדם, שגורלו לא יוכרע אלא לאחר שניתנה לו ההזדמנות לדעת על ההליכים המתנהלים בעניינו ונגדו ולהיות שותף להם".

ראו גם ד"נ 3081/91 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 441, 478; ע"פ 5329/98 דג'אני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 273, 281; ע"פ 7450/02 עיד נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, 17.3.05, בפסקה 11.

בנסיבות אלו מתחייבת בחינתה של המשמעות הפרשנית הראויה שיש להעניק להוראתו של סעיף 47 הנ"ל, ובפרט ליחס שבין שני סעיפי המשנה הראשונים הקבועים בו. פירוש, שבכוחו ליתן מענה לבעיה שהוצגה, הוא זה הקובע כי בכל מקרה יחויב העד-השותף להשיב לשאלות המופנות אליו בחקירה נגדית, ברם, משיעלו מתשובותיו יסודות העלולים להפלילו, שוב לא ניתן יהיה לעשות בהם שימוש נגדו בהליך עתידי. האם לשון הסעיף ותכליתו מתיישבות עם פירוש מעין זה? תשובתי על כך היא בחיוב. לפי גישה זו, אין לקרוא את הוראתו של סעיף 47(א) אלא יחד עם האמור בסעיף 47(ב), ושתי ההוראות בצוותא מניחות את הבסיס לסמכותו של בית-המשפט להפעיל את שיקול דעתו, אם להיעתר לבקשתו של עד שלא להשיב על שאלות המופנות אליו מחשש להפללה עצמית, אם לאו. משסרב בית-המשפט להיעתר, יהא העד חייב להשיב, אולם הוא יהא חסין מפני פגיעתם הרעה של הדברים שיאמר. לגישה זו נמצאה אחיזה בפסיקתו של בית-משפט זה. כך, בפרשת קינוי עצמה העיר השופט שמגר כי: "החקירה הנגדית, שהיא אמצעי בעל חשיבות לבדיקת מהימנותו של עד עלולה להפוך למוגבלת, אלא אם בית-המשפט יפעיל סמכותו לפי סעיף 47(ב) לפקודה" (שם, בעמ' 489). בפרשת חכמי הוסיפה השופטת שטרסברג-כהן, כי "בית-המשפט רשאי לדחות בקשתו של אדם להימנע ממסירת ראיה מהטעם שהיא עלולה להפלילו, אולם אם עשה כן, לא תוגש הראיה המפלילה נגד אותו אדם" (שם, בעמ' 764). לדברים ביטוי גם בפסיקתן של ערכאות דיוניות, וראו למשל תפ"ח (תל-אביב-יפו) 1164/02 מדינת ישראל נ' בן-ישי, 27.10.03, בפסקה 23; ב"ש (נצרת) 2303/03 מדינת ישראל נ' מסרי, 22.12.03, בפסקה 6; ב"ש (באר-שבע) 20659/05 מדינת ישראל נ' אבו-טבילה, 16.5.05, בפסקה 8; ראו גם זנדברג, בעמ' 178.

נמצאנו למדים, אפוא, כי גם במובן זה, שינוי מהלכת קינזי אינו מערער את זכותו המהותית של נאשם להליך הוגן, אם הוא מלווה בקביעתם של אמצעים חלופיים שבכוחם להבטיח זכות זו באורח יעיל. חקירה נגדית היא מבין החשובות שבחלופות אלו, והיא מיתוספת ליתר האמצעים בהם עסקתי קודם. עדיין נותרת על מכונה השאלה, כלום יש בגישה הפרשנית המוצעת משום התחשבות מספקת גם בזכויותיו של העד. לבירורה של שאלה זו אפנה עתה.

זכותו של השותף - המעיד להליך הוגן

30. "בחינת ההנמקות שבבסיס הלכת קינזי מלמדת, כי זכויותיו של העד שמשפט נפרד תלוי ועומד נגדו בגין אותה פרשה, ובמיוחד זכות השתיקה וזכותו לחיסיון מפני הפללה עצמית, לא ניצבו בבסיס ההלכה. בעצבו את הכלל שבאותה הלכה, עמד לנגד עיני בית-המשפט האינטרס של הנאשם שהתנגד להעדת שותפו נגדו" (פרשת חכמי, בעמ' 759). דברים ממצים אלה שכתבה השופטת שטרסברג-כהן ממחישים, כי לסוגיה שבפנינו היבט נוסף, שאף אם לא הורחב בו בפסק-הדין בפרשת קינזי, הרי לכל עיון מחודש באותה הלכה יש השלכה ישירה עליו. שכן, מקום בו תבקש התביעה להעמיד לדין אף את שותפו של נאשם שהעיד מטעמה, עלול העד להימצא במצב בו דברים שאמר בעדותו ישמשו נגדו. כך תימצא מופרת זכותו להימנע מהפללה עצמית, שהיא, כפי שצינתי, חלק ממכלול יסודותיה של הזכות להליך הוגן.

בניסיון ליתן מענה לסוגיה זו קבע המחוקק, כאמור, בסעיף 47(ב) לפקודת הראיות, איסור על שימוש מפליל שכזה. אחזור ואביא הוראה זו בלשון המקור:

ביקש אדם להימנע ממסירת ראייה מחמת שהיא עשויה להפלילו כאמור בסעיף קטן (א) ובית-המשפט דחה את הבקשה והראייה נמסרה, לא תוגש הראייה נגד אותו אדם במשפט שבו הוא מואשם בשל העבירה שהעוכדה המתגלית מן הראייה היא יסוד מיסודותיה, אלא אם הסכים לכך.

בהוראה זו אימץ המחוקק מודל של חסינות מפני הפללה עצמית, או בשמה האחר "חסינות שימוש" ("use immunity"). חסינות זו מקנה לעד הגנה עניינית, המתייחסת לדברים קונקרטיים שהשמיע בעדותו, אך אינה חוסמת את עצם האפשרות להעמידו לדין באותה פרשה. בכך דחה הדין הישראלי מודל חלופי של "חסינות עיסקה" ("transactional immunity"), בו מהות ההגנה המוקנית לעד היא אי-היכולת להעמידו לדין כלל בגין הפרשה בה נדרש להעיד. אימוצה של "חסינות עיסקה" עלול

היה להעמיד את גורמי התביעה בפני כורח להחליט עם מי מבין השניים – הנאשם או העד – ימוצה הדין, ואיזה יופטר ממנו מחמת היעדר אפשרות דיונית או מחמת העדר תשתית ראיתית מספיקה.

על-פני הדברים, מציע המודל של "חסינות שימוש" פתרון הולם, המאפשר לשני אינטרסים מרכזיים החשובים לענייננו לדור בכפיפה אחת: אין מניעה להעמיד לדין את כל המעורבים באירוע העברני, ומן העבר האחר נמצא פתרון הולם לזכותו של אדם שלא להפליל את עצמו. אולם, יישום מודל זה בחיי המעשה, מעלה שתי סוגיות: האחת, נוגעת להיקפה הראוי של "חסינות השימוש". האם מן הראוי כי תחול על כל שימוש שהוא, גם עקיף, בראיה המוגנת, לדוגמה – כמנוף לאיתורן של ראיות חדשות או לחיזוק משקלן של ראיות קיימות – או שמוגבלת היא לשימוש ישיר בלבד, לאמור, איסור על הצגתה של הראיה המוגנת עצמה בפני בית-המשפט? סוגיה שנייה ענינה בשאלה מיהו הנושא בנטל להראות כי השימוש שנעשה עולה בקנה אחד עם הוראות הדין, או לחלופין, שהוא פוגע בעקרון החסינות מפני שימוש מפליל. בשתי הסוגיות נוכל ללמוד דברים אחדים מניסיוןן של שיטות משפט זרות שהתמודדו עם שאלות דומות.

31. המשפט האמריקני והמשפט הקנדי נתקלו שניהם בקושי המתעורר בנסיבות ששימשו בסיס גם להלכת קינזי. אולם, ושלא כמו בפרשת קינזי, באותן מדינות לא התמקד הדיון בשאלת זכותו להליך הוגן של הנאשם, העומד לדין ראשון, כי אם בזכותו של העד העתיד לעמוד למשפט לאחר שימסור את עדותו במשפטו של הנאשם, שותפו.

במשפט האמריקני, מצוי הבסיס הנורמטיבי לזכותו של העד בתיקון החמישי לחוקה, הקובע את עקרון ה-Due Process. בעבר, הכירה הגישה המקובלת בארצות-הברית במודל של "חסינות עיסקה" (ראו *Counselman v. Hitchcock* 142 U.S. (1892) 563, 547). אולם לימים התברר, כי הדבר גרר ניצול-לרעה של עקרון החסינות, באשר עדים שחבר ההליך-הפלילי התהפכה מעל ראשם, מיהרו להעיד נגד שותפיהם לפרשת האישום, ובכך קנו לעצמם הגנה מוחלטת מפני העמדה לדין. לכך התייחס השופט ד' לוין בע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 292, (באשר לבדיקה הנעשית באמצעות ועדות של הקונגרס):

"המתנגדים לחסיון טענו, בצדק, שחסינות כה מקפת תמריץ למעשה עבריינים להופיע בפני הקונגרס ובכך להבטיח עצמם מהגשת כתב-אישום נגדם. חסיון זה אף

זכה בכינוי פופולרי 'IMMUNITY BATHS'. בשל ניצולו לרעה, לא הניח מצב דברים זה את הדעת".

על-כן, תוקן בשנות ה-70 החוק הפדראלי – Witness Immunity Act, 18 U.S.C. § 6002 (1970), באופן שאימץ למשפט האמריקני מודל של "חסינות שימוש" אשר, מטבע הדברים, צמצם את ההגנה המוקנית לעד. בית-המשפט העליון של ארצות-הברית קבע כי מודל זה עולה בקנה אחד עם הוראות החוקה, ובלבד שמקיף הוא את סך השימושים – הישיר והעקיף כאחד, אשר ניתן לעשות בעדות המוגנת (ראו *Kastigar v. United States* 406 U.S. 441 (1972)). פירושם המעשי של הדברים הוא, כי דבר מן האמור בעדותו של אדם לא יוכל לשמש כראיה נגדו, ואף לא להצמיח ראיות חיצוניות לעדות, ולצורך הרשעה תידרשנה ראיות נפרדות ועצמאיות. ובלשונו של בית-המשפט האמריקני:

"[the 'use immunity' rule] prohibits the prosecutorial authorities from using the compelled testimony in any respect, and it therefore insures that the testimony cannot lead to the infliction of criminal penalties on the witness. [*Id.*, at p. 453]

במספר פרשות עסקו בתי-המשפט בארצות-הברית בשאלה מהו שימוש ראיתי עקיף ואסור, בדברים שעלו מן העדות. בין היתר נקבע, כי חל איסור לעשות שימוש בעדות "החסינה" לשם רענון זכרוננו של עד באמצעות הפניתו לדברים האמורים בה; לשם הבהרה של ראיה קיימת שאינה נהירה דיה; לצורך גיבוש החלטה אילו עדים לזמן ובאיזה סדר; ולשם סיוע בהכנת עיקרי טיעון וסיכומים בכתב (*United States v. North*, 910 F.2d 843, 857 (D.C. Cir., 1990)). כמו כן, נקבע כי אין לקבל הרשעה המבוססת על עדות שהושפעה מדברים שנאמרו בעדות "החסינה" (*United States v. Hylton*, 294 F.3d 130, 134 (D.C. Cir., 2002)). ועוד, נאסר במסגרתו של מודל החסינות שאומץ, השימוש בעדות לצורך מיקודה של חקירה משטרתית; לצורכי החלטה אם להגיש כתב אישום; לשם הכרעה בדבר גיבושו של הסדר טיעון; ולשם תכנונה של חקירה-נגדית של עדים (*United States v. McDaniel*, 482 F.2d 305, 311 (8th Cir., 1973)). ראו גם *Humble, Nonevidentiary Use of Compelled Testimony: Beyond the Fifth Amendment*, 66 *Tex. L. Rev.* 351 (1987); *Strachan, Self-Incrimination, Immunity, and Watergate*, 56 *Tex. L. Rev.* (1978) 791. רשימה זו אינה סגורה. הכלל הוא, כי מקום בו לא היה במסכת הראיות שעלה בידי התביעה לגבש, שלא בהשפעתה של העדות החסויה, כדי להביא להרשעה,

אין להותיר את ההרשעה על כנה, מחמת הפרתה של החסינות מפני הפללה עצמית. הפסיקה האמריקנית הוסיפה וקבעה, כי אין לייחס משקל כלשהו לשאלת כוונתם הסובייקטיבית של גורמי התביעה או לידיעתם כי עושים הם שימוש במידע חסוי (United States v. Hsia, 131 F. Supp. 2d 195, 201 (D.D.C. 2001)).

בסוגית נטלי ההוכחה נקבע במשפט האמריקני, כי רובו ככולו של העול מוטל על כתפיה של התביעה. כל שעל העד להראות הוא, כי מסר עדות המתייחסת לפרשה בה הוא מואשם, ומשעשה כן, יהא על גורמי התביעה להוכיח כי לא נעשה שימוש בדברים שמסר (United States v. Danielson, ; Kastigar, Supra, at p. 441 (325 F.3d 1054 (9th Cir., 2003)). לענין זה, מתקיים בכל הליך מעין "משפט זוטא" שנועד לברר אם נשמר עקרון החסינות, ודבר זה יכול שייעשה בכל שלב משלבי הדיון (North, Supra, at p. 854).

32. המשפט הקנדי אימץ גם הוא מודל זה של חסינות. בסעיף 5 לפקודת הראיות שם (Canada Evidence Act, R.S.C 1975) ובסעיף 13 לצ'רטר, קבוע כלל הדומה לזה שבסעיף 47(ב) לפקודה הישראלית. בפסק-דינו המנחה של בית-המשפט העליון הקנדי משנת 1995 נקבע, בדעת רוב, כי ניתן לכפות על עד להשיב לכל שאלה המופנית לו, אך אין לעשות בתשובותיו שימוש, ישיר או עקיף, לצורך הפללתו (R v. S (R.J.) 1 S.C.R. 451 [1995]. ראו גם 2 Primeau v. Her Majesty the Queen [1995] (S.C.R. 60).

להשקפתי, גישה אחרונה זו ראוי שנאמצה אל משפטנו. פירוש לשוני צר של סעיף 47(ב) – "לא תוגש הראיה נגד אותו אדם" – עשוי אמנם להוליך למסקנה כי רק שימוש ישיר בעדות אסור הוא על-פי דין. ברם, דעתי היא כי ביטוי זה יש לפרש על-פי תכלית הסעיף, שהיא כפי שציינתי, הקנייתה של הגנה יעילה מפני הפללה עצמית. אמור מעתה, כי אין לפסול, א-פריורי, את העדות של אדם נגד שותפו אף קודם לסיום משפטו (של העד), ובלבד שלא יהיה בעדותו כדי לסייע, ולו בעקיפין, לגורמי התביעה להוכיח את האשמה הרובצת לפתחו, ולא יינתן להם לעשות בדברי העד שימוש בגדרו של "מסע דיג" אחר ראיות נוספות לחובתו.

עם זאת, כפי שמציינת דר' זנדברג בספרה (שם, בעמ' 176), בארצות-הברית עמדו לא אחת גורמי התביעה בפני קושי ניכר להוכיח כי לא נעשה שימוש, ולו עקיף, בעדות חסויה לצורך גיבוש מסכת הראיות כנגד מי שמסר עדות זו. זאת, אוכל לשער, בין היתר, נוכח הקושי הטבוע בהוכחתו של יסוד שהוא שלילי במהותו, ועקב הקושי

להתחקות אחר תהליך כה מורכב ומתמשך כאיסופן של ראיות התביעה (ראו לעניין זה גם את דבריה של שופטת בית-המשפט העליון הקנדי, השופטת L'heureux-Dube, בדעת מיעוט בעניין *R v. S (R.J.), Supra*, at p. 594). התוצאה הייתה, כי לעתים נאלצה התביעה האמריקנית לוותר על העמדתו לדין של העד או, לחלופין, על העדתו במשפטו של שותפו קודם שהסתיים משפטו. תוצאה זו, לדעת המחברת, דומה לזו שהייתה מתקבלת על פי הלכת קינזי, ולהשקפתה, שבה בכך הבעיה המתוארת בראשית דברי על מקומה.

באשר לי, דומני כי בקושי המתואר אין כדי להביא לדחייתו של המודל המוצע, מה גם שניתן לצמצם את היקפו של קושי זה. זאת, ראשית, מתוך שאנו נסמכים כפי ששכתי וצינתי, על שיקול דעתם של שופטים מקצועיים היושבים לדין, אשר חזקה עליהם כי ידעו להבחין בין שימוש רחוק או זניח בעדות, לבין שימוש שיש בו כדי להשפיע על תוצאת המשפט. שנית, אף במישור נטל ההוכחה, ראוי הוא להשקפתי, כי העד הטוען לשימוש אסור, יידרש לשאת בעול מעט כבד יותר, במובן זה שיהא עליו להראות כי לא זו בלבד שמסר עדות בפרשה קודם שהסתיים משפטו, אלא שקם חשש-לכאורי – שהוא יותר מטענה בעלמא – כי בעדות זו נעשה שימוש באופן העלול להשפיע על תוצאות ההליך. משעלה בידי העד לעשות כן, יעבור הכדור למגרשם של גורמי התביעה, אשר מטבע הדברים נגישותם לחומר הראיות טובה יותר, ועל כן יכולים הם למנוע הפרה של כלל החסינות. על אלה יהא להניח את דעתו של בית-המשפט היושב לדין, כי לא קם יסוד לחשש הלכאורי שהועלה, לאמור, כי בחומר הראיות האחר שבידם, שהוא חיצוני ונפרד מן העדות, לא היה די כדי לגבש מסקנה מרשיעה.

בשקלולם של כלל האינטרסים המעורבים, ותוך מתן הדעת לכך שבנסיבות כה מורכבות כל דרך שתינקט תהא פרי איזון ופשרה, דומה כי הפתרון המוצע הוא ראוי. בשונה ממצב הדברים הנובע מהחלטה של הלכת קינזי, פתרון זה מותיר בידיהם של גורמי התביעה מידה רבה יותר של השפעה, כראוי לתפקידם, על עיצובה של מדיניות ההעמדה לדין של חשודים בביצועם בצוותא של מעשי עבירה. זאת, תוך שמירה על זכויותיהם של השותפים העומדים לדין, בין אם ככובעם כנאשמים ובין אם בהעידם האחד במשפטו של רעהו.

סיכום

33. בראשית מסעי הצגתי את הרציונאל שעמד בבסיסה של הלכת קינזי. המשכתי בהצגתם של הקשיים שהיו כרוכים באותה הלכה, קשיים שלא זו בלבד שהלכו

והתעצמו עם השנים, אלא שעתה שוב אין ספק כי כרוכים בהם עיניי דין לנאשמים הנתונים במעצר, ושיבוש בלתי נסבל בעשיית הצדק. קבעתי, כי הלכת קינזי נועדה להציע פרקטיקה רצויה ולפיכך היא לא הקנתה לנאשם זכות מהותית. הוספתי וקבעתי כי ביטולה של הלכת קינזי אינו שולל מנאשם את הזכות להליך הוגן. תוך כך הצבעתי על שינויים שחלו בדין (סעיף 10א לפקודת הראיות), שבשילוב עם הוראות חיקוק נוספות (סעיפים 47 ו-54א לפקודת הראיות, וסעיף 155 לחוק סדר הדין הפלילי), הכירו באפשרות להעיד עד כנגד שותפו למעשה העבירה, תוך שימוש בכלי-בקרה מסוג של "חזוק" ו"סיוע", אשר נועדו לסייע לבית-המשפט בבואו להכריע בשאלות של מהימנות העדים. לבסוף, גם עסקתי בהגנה על העד-השותף מפני הפללה עצמית, ומסקנתי הייתה כי יש לאמץ את הפרוש הרחב לסעיף 47(ב) לפקודת הראיות.

34. העולה מכל האמור הוא, כי שוב אין הצדק לקיומה של הלכת קינזי, ראשית, משום שהנסיבות ששררו בעת שנפסקה השתנו ללא הכר, ושנית, הואיל ולרשות בית-המשפט עומדים כיום כלים שיש בהם, בנוסף להתרשמות הישירה מן העדים המופיעים בפניו, כדי לאפשר לו להגיע לחקר האמת.

לפיכך, אני מציע לקבוע כי ההלכה הקיימת, לפיה אין מעידים שותף לעבירה העומד לדין בכתב אישום נפרד עד לתום משפטו, אשר מקורה בפסק דינו של בית-משפט זה בע"פ 194/75, שוב אינה תקפה ועל כן אין נוהגים עוד על פיה. עם זאת, אוסיף ואדגיש, כי על בית-המשפט לנקוט זהירות רבה בבואו לשקול את מהימנות גרסתו של עד מסוג זה, ומקום שהדבר יתחייב אף לעמוד על קיומה של ראיה בעלת משקל רב.

אחר הדברים האלה

35. קראתי ושבתי וקראתי את חוות-דעתם החולקות של חברי, ולא ראיתי מקום לשנות מעמדתי. הלכת קינזי אכן מבטאת צורך בהתמודדות עם מצב דברים מורכב, ועריכתו של איזון עדין בין זכויות ואינטרסים מתחרים. למרבה הצער נראה כי לא ניתן להציע פתרון מושלם, אשר בכוחו לענות על כלל הבעיות המתעוררות. עם זאת, אינני סבור כי הותרו של שיקול-הדעת בידיה של הערכאה היושבת לדין, היא דרך ההתמודדות ההולמת עם בעיות אלו.

ראשית, התקשיתי לראות הבדל מהותי בין דעת הרוב לבין האמור בחוות דעתה של חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה. חברתי מציעה "לסייג באופן ברור את המשך

החלתה של ההלכה" (פסקה 3 לפסק-דינה), ולעשות כן אך "בבחינת חריג לכלל" ו"במשורה במקרים מיוחדים" (פסקה 18). גישה זו, הגורסת כי "הכלל ייהפך, איפוא, ליוצא מן הכלל; החריג יהפוך לכלל" (שם) אינה שונה באופן מהותי מעמדת הרוב, הגורסת כי הלכת קינזי תופעל "בצמצום מירבי, במקרים יוצאי דופן בלבד ומטעמים מיוחדים" (פסקה 4 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש); ו"בנסיבות חריגות וקיצוניות ביותר" (פסקה 3). אף כי נדמה, שכל אחת מן הדעות מתייחסת להיקף שונה של ההימנעות מהחלתה של הלכת קינזי – הרוב סבור כי ראוי יהיה להחילה בתדירות נמוכה מזו המוצעת בידי חברתי השופטת פרוקצ'יה – הרי ספק בעיני אם בעולם המעשה יש משמעות להבדל מעין זה.

כפי שהראיתי, אף כיום אין הלכת קינזי משמשת אלא ככלל של פרקטיקה, אולם אף כי האפשרות לסטות ממנה הייתה קיימת כל העת, מיעטו הערכאות הדיוניות לעשות בה שימוש. יהיו הסיבות לכך כאשר יהיו, חוששני כי אימוץ עמדתו של הרוב לא יביא לשינוי של ממש באופן שבו מיושמת ההלכה כיום.

נשים עצמנו במקומו של שופט היושב לדין בערכאה ראשונה, המתבקש לשמוע את עדותו של עד שמשפטו-שלו טרם הסתיים. כבר הדגשנו, כי עד זה חשוד מראש שעדותו תהיה מוטת, ועל כן עשוי אותו שופט לומר לעצמו, ובמידה רבה של היגיון, מדוע אעסוק אני בשאלת מהימנותם של העד וגרסתו, והרי מוטב שאמתין לפסק הדין במשפטו של העד, גם מן הטעם שלא אמצא קובע ממצאים נוגדים לאלה שייקבעו בערכאה האחרת. מכאן החשש כי עלול לחול כרסום בהלכה היוצאת היום מבית-המשפט העליון, והלכת קינזי תשוב ותהפוך לפרקטיקה נפוצה. מצב דברים זה קשה יהיה למנוע, נוכח הקושי הברור בקיומה של ביקורת שיפוטית על הכרעותיהן של הערכאות הדיוניות במקרים כגון דא, בהיותן החלטות ביניים הקשורות בסדרי דין בהליך הפלילי (ראו לעניין זה את האמור בסעיף 5 לחוות דעתי).

36. שנית, ספק בעיני אם כוחה של הערכאה הדיונית יעמוד לה להעריך נכונה את תוכנה של העדות ואת מידת עיוות הדין שהיא עלולה לגרום, קודם שזו נשמעה. זוהי הלא תוצאתה הבלתי-נמנעת של ההלכה אותה מבקשים חברי לקבוע, וכך גם עולה מפורשות מחוות-דעתה של חברתי, השופטת מ' נאור (בפסקה החמישית). בשלב דיוני זה עלול בית-המשפט היושב לדין למצוא עצמו, במידה רבה, מגושש באפילה באשר לעדות העתידית. היעלה על הדעת כי "אותות האמת" (סעיף 53 לפקודת הראיות), אחריהם מצווה בית-המשפט לתור, יגלו עצמם במידה מספקת עוד בטרם נשמעה ולו מילה אחת מן העד? במצב זה עלול כל חשש קל, ולו ספקולטיבי, לגרור את בית-

המשפט לבכר צעידה בנתיב הבטוח ולהחיל את הלכת קינזי, על-פני בחירה בדרך החתחתים של שמיעת העדות תוך שהוא מגלה להוותו, במהלך הדברים, כי בפניו עדות מוטעה. והלא, זאת נזכור, כי אף הודעתו של העד, כפי שנמסרה לגורמי החקירה טרם החל המשפט להישמע, אינה מונחת בפני השופט בשלב מקדמי זה, שכן, על-פי סעיף 10א לפקודת הראיות – ומושכלות יסוד הן כדיני הראיות שלנו – ניתן להביאה בפניו רק משנתגלו קשיים בעדות שנשמעה.

37. מדברי לעיל עלול היה להשתמע, לכאורה, צמצום מופרז של שיקול-הדעת המסור, כיסוד-מוסד, לשופטי הערכאה הדיונית בעניינים של סדרי-דין. חברתי, השופטת נאור, נגעה בכך בפסקה השנייה לחוות-דעתה. אך לא כך הוא. למעשה, המצב הנוהג, הן לפני שבאה הלכת קינזי לעולם והן לאחריה, הוא כי ממילא לא מסור בידה של הערכאה הדיונית שיקול-דעת בקביעת טדו השמעתם של העדים. זו נותרת פרוגטיבה בידיהם של גורמי התביעה, אשר לכל היותר, ניתן לחרוג ממנה בהסכמתם של הצדדים. האמור בדברי לעיל משתלב בגישה זו, המותירה בידי גורמי התביעה את האחריות ואת שיקול-הדעת באשר למלאכה הכוללת של העמדתם של חשודים לדין.

38. לבסוף, סבורה חברתי הנשיאה (בפסקה הרביעית לחוות-דעתה), כי אין זה מן הנדרש להכריע, בגדר הפרשה שבפנינו, בשאלת הפתרונות החלופיים להגנה על השותף המעיד בטרם הסתיים משפטו, לרבות בשאלת היקפה של החסינות המוצעת לו. חברתי, השופטת נאור, מצטרפת לעמדה זו ומוסיפה עליה הסתייגות אף מקביעתה של מידת התוספת הראיתית הדרושה, ומטרתה הגנה על ענינו של הנאשם. דעתי היא, כי לא נוכל להתיר שאלות אלו לעת מצוא. הסוגיה שבפנינו מורכבת היא, הן מבחינה מהותית והן משום שלא על נקלה תשוב ותונח לפתחו של בית-המשפט העליון. להשקפתי, ראוי על כן להציע כבר עתה פתרון מקיף, ואת זאת ביקשתי לעשות בחוות דעתי כאשר הצגתי מודל המאזן בין הצורך להוסיף ולשמור על זכויותיו של נאשם, לבין הצורך לוודא שבחיובו של העד להעיד לא תהיה כרוכה פגיעה בזכותו להימנע מהפללה עצמית. אי-הכרעה בסוגית ההגנה על העד, כמוה כהשמטתו של אחד האדנים עליהם ניצבת הצעת לבטל את הלכת קינזי, ולכך לא אוכל להסכים.

שיקולים מתנגשים

1. הדיון המחודש בסוגיית חלוצה של הילכת קינזי מצריך איזון מורכב בין ערכים מתנגשים: ערך הגשמת משפט-אמת המבקש להטיל אחריות על האשם, ולהוציא לחופשי את הזכאי, מול ערך יעילותו והגינותו של ההליך הפלילי, המבקש להגן על זכויות יסוד של נאשם ולהבטיח את כוחן ההרתעתי והאפקטיביות של הנורמות הפליליות; משתלב בכך ערך ההגנה על זכותו של נאשם עצור מפני פגיעה בלתי מידתית בחירותו האישית כל עוד חזקת החפות עומדת לו, הנגרמת בהתמשכות מעצר בשל השתהות ההליך הפלילי. דיון זה מעמיד זו מול זו את זכות הנאשם להליך הוגן, שבו תימנע הרשעת שוא עקב עדות שקר של עד-שותף מוטה, המבקש להפיק רווח מישני בהליך בעניינו שטרם נסתיים, מול זכותו של אותו נאשם עצמו להליך פלילי יעיל בעניינו, ולסיומו בקצב נאות בעודו מוחזק במעצר, טרם הכרעת דינו. הוא מעלה שאלה ערכית הקשורה בזכותו של עד שותף הנקרא להעיד במשפטו הנפרד של נאשם אחר להימנע מהפללה עצמית במתן עדותו, מקום שההליכים בעניינו שלו טרם נסתיימו. הוא מעלה שאלות לגבי השפעתה של זכות זו על משפטו של אותו נאשם, ועל ההליך בעניינו של העד. הוא מעמת באופן חד את החשש מפני עיוות דין אל מול החשש מפני עינוי דין בהליך הפלילי. ההתנגשות הערכית האמורה קיימת בהחלטה של הילכת קינזי; היא קיימת בעוצמה דומה גם בביטולה. המענה להתנגשות זו הוא בשיקול הערכים המתנגשים ובמציאת נקודת איזון אשר תיישב ביניהם בדרך של מיצוי יתרונותיהם היחסיים, תוך גריעה יחסית ככל הניתן, של חסרונותיהם.

המענה להתנגשות הערכים המורכבת העולה בסוגיית הילכת קינזי לא היה פשוט וחד מימדי גם בעת גיבושה של ההלכה הפסוקה בתחילת שנות השבעים; הקושי בכך העצים והלך עקב התמורות שחלו בשנים האחרונות באופיים של ההליכים הפליליים, ובאמצעים העומדים בידי הרשות השופטת לטיפול בהם. העומס ההולך וגובר על בתי המשפט, בצד התעצמות ממדיה של הפשיעה הפלילית ותחכומה, נוכח הגידול הניכר בפשיעה המאורגנת, וריבוי הנאשמים המעורבים בפרשות הפליליות החמורות והסבוכות – כל אלה מצריכים משאבים מערכתיים מיוחדים המשליכים באופן ישיר על התמשכות הליכי המשפט. להתמשכות זו השפעה ישירה על הליכים בהם נאשמים עצורים עד תום ההליכים, והיא מביאה להארכת תקופות מעצרם, לעיתים לפרקי זמן ארוכים; מציאות זו פוגעת בזכויות נאשמים לחירותם האישית בעת שחזקת החפות עומדת להם; היא מחלישה את האפקטיביות של ההליך הפלילי וגורעת מאופיו המרתיע. מציאות מתפתחת זו העלתה את הצורך להעריך מחדש את מקומה של הילכת קינזי הנוהגת במסגרת ההליך הפלילי במקומנו.

2. חברי, השופט לוי, מסיים את חוות דעתו המקיפה בזו הלשון:

"אני מציע לקבוע כי ההלכה הקיימת, לפיה אין מעידים שותף לעבירה העומד לדין בכתב אישום נפרד עד לתום משפטו, אשר מקורה בפסק דינו של בית משפט זה בע"פ 194/75 ("הילכת קינזי" – א.פ.). שוב אינה תקפה, ועל כן אין נוהגים עוד על פיה. עם זאת, נוסף ונדגיש, כי על בית המשפט לנקוט זהירות רבה בכאן לשקול את מהימנות גרסתו של עד מסוג זה, ומקום שהדבר יתחייב, אף לעמוד על קיומה של ראייה בעלת משקל רב".

חברי עומד על מהותה ותכליתה של הילכת קינזי, ועל השיקולים המורכבים הנוגדים המתלווים ליישומה. מסקנתו היא כי בחלוף 30 השנים מאז הוחלה לראשונה, השתנה אופיו של ההליך הפלילי והשתנו התנאים והנסיבות בהפעלתו במידה כזו המצדיקה את ביטולה הגורף של ההלכה, כך שאין להותיר ממנה דבר. עמדתו מושפעת מן ההנחה כי, באיזון הכולל, אין סיכון מהותי למשפט צדק, להגינותו של ההליך השיפוטי ולהגנה על לזכויות הנאשם מהעדתו של העד השותף במשפטו של נאשם קודם לסיום ההליך הנפרד בעניינו שלו; מנגד, ביטול ההלכה ישם קץ לסחבת ארוכה במשפטו של נאשם, המוחזק על פי רוב במעצר עד תום ההליכים, אשר שוב לא יאלץ להמתין לסיום משפטו של העד השותף לצורך העדתו בעניינו שלו. בידיו של בית המשפט נתונים כלים של שכל ישר ומיומנות מקצועית להעריך את מהימנותה ומשקלה של עדות עד שותף המעיד במשפטו של נאשם קודם לסיום ההליכים בעניינו. מסייע לכך החיזוק הראייתי הנדרש לתמיכה בעדות זו. בהערכת הראיות על ידי ערכאה דיונית מקצועית, הנתמכת בדרישת ראיות לחיזוק, יש כדי להגן מפני עדות מוטעה ובלתי אמינה של עד שותף המבקש להפיק רווח מישני מעדותו הניתנת טרם סיום משפטו שלו. אשר לאפשרות כי עדות העד השותף הניתנת במשפטו הנפרד של הנאשם קודם לסיום ההליכים בעניינו עלולה לפגוע בזכות העד לחסיון מפני הפללה עצמית, סבור חברי כי הפתרון לכך מצוי בשימוש בסמכות בית המשפט להורות לעד להשיב גם על שאלות מפלילות, וזאת במסגרת סעיף 47(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971; על פי אותה הוראה, חומר מפליל זה לא ישמש כנגד העד בהליך נפרד בעניינו, ולכן אין לראות בכך אבן נגף לביטולה של הילכת קינזי. בשיקול שבין התועלת הצפונה בהילכת קינזי לעניינו של הנאשם, לעומת הנזק הרב הנגרם בהפעלתה ליעילותו והגינותו של ההליך הפלילי, ובמיוחד הפגיעה הכרוכה בה לחירותו האישית של הנאשם העצור, גובר בבירור השיקול האחרון, באופן המצדיק את ביטולה הגורף של ההלכה.

3. הילכת קינזי נתגבשה בעידן אחר, שבו ההתנגשות הערכית שהביאה להחלטה נשאה אופי ועוצמה אחרים. הליכים פליליים היו מועטים יותר במספרם, וטיבם היה פחות מתוחכם ופחות מורכב. הם הצריכו משאבים שיפוטניים מועטים יותר, ומשך התנהלות המשפטים הפליליים היה ממילא קצר יותר. אני שותפה לדעתו של חברי כי שינויי העיתים והתמורות העמוקות שחלו בהיקפם של ההליכים הפליליים, ובאופיים ובמורכבותם של העניינים המובאים לפתחם של בתי המשפט, והשפעתם של אלה על התמשכותו של הדיון הפלילי, מצריכים הערכה מחודשת של מכלול השיקולים הצריכים לעניינה של הילכת קינזי, כדי לבחון האם הרציונל העומד בבסיסה עדיין שריר וקיים, או שמא נדרשת רביזיה בהחלטה. עם זאת, ניתוח מחודש של כלל השיקולים והאינטרסים הנוגדים הפועלים בסוגיה זו, על רקע התמורות שחלו בתחום ההליך הפלילי בישראל בעשורים האחרונים, מביא אותי למסקנה לפיה, אף שיש מקום לסייג באופן ברור את המשך החלטה של ההלכה, אין הצדקה לביטולה הגורף. ההתמודדות עם השיקולים והערכים הנוגדים על רקע צורכי ההווה מצדיקה, אמנם, כיום קביעתה של נקודת איזון שונה מכפי שנקבעה בעת גיבושה של ההלכה לפני שלושה עשורים, אך עדיין נותר מירווח שבגידרו ראוי להותיר שיקול דעת שיפוטי להחליטה, לצורך השגת התכלית המרכזית של המשפט – ירידה לחקר האמת, בד בבד עם הגנה על זכות הנאשם להליך תקין והגנה על דמותו של ההליך הפלילי ועל האפקטיביות שלו, תוך הבטחת האינטרס הציבורי הכללי המבקש להפקיד בידי בית המשפט אמצעים יעילים להגשים מטרות אלה.

אבאר את טעמי:

הרציונל להילכת קינזי

4. כנגד שני שותפים לעבירה מוגשים שני כתבי אישום נפרדים, משהתביעה החליטה לנהל את משפטם בנפרד. התביעה מבקשת להביא את הנאשם האחד (להלן – "העד השותף") כעד תביעה במשפטו של הנאשם האחר (להלן – "הנאשם"). הילכת קינזי קובעת כי עיתוייה של עדות העד השותף במשפטו של הנאשם יחול לאחר שמשפטו של העד הסתיים. הטעם העיקרי לכלל נעוץ, בעיקרו, בתכלית הראייתית למצות את הפוטנציאל הראייתי של עדות העד השותף מבחינת מהימנות ומשקל כדי להבטיח את "מידת האמת המירבית האפשרית באדם הבא לתת עדות" (השופט שמגר בפרשת קינזי, שם, עמ' 489; ע"פ 330/84, ע"פ 387/84 מדינת ישראל נ' שעשוע, פד"י לט(1) 85). ערך חשיפת האמת בהליך השיפוטי מותנה, בין היתר, במיצוי ערכן הראייתי של עדויות, ובכלל זה, בהשמעתן בנסיבות ובמועד בהם קיימת ההסתברות הגבוהה ביותר כי הן תוצגנה בדרך אמינה ואמיתית. מקום שהשמעתה של עדות בעיתוי

מסוים מעלה חשש מובנה להטייה עקב שיקולים זרים המכוונים את העד במתן עדותו, כי אז, במידת האפשר, יחתור ההליך השיפוטי לתעל את השמעת עדות העד לשלב שבו גורם ההטייה יתייתר, או עוצמתו תיפחת. בענייננו, עדותו של העד השותף במשפטו של הנאשם, קודם לסיום ההליכים בעניינו שלו, עלולה להיות מושפעת בדרכים שונות מרצונו לשפר את מעמדו במשפטו שלו שטרם נסתיים, מאחר שאחריותו הפלילית טרם נקבעה, וטרם נגזר דינו. ההטייה עלולה להתבטא ברצון לרצות את התביעה כדי לקבל טובת הנאה, או בנסיון להגדיל את חלקו של הנאשם בעבירה ולהרחיק עצמו כליל או להקטין את חלקו שלו בביצועה, בתקוה כי הדבר יביא להקלה עמו במשפטו. ההטייה עשויה לעיתים להתבטא גם בנסיון לנקות כליל את הנאשם ואת עצמו, ולהטיל אשמה על אחרים. העתקת עיתויה של עדות העד השותף במשפטו של הנאשם לאחר סיום ההליך בעניינו שלו עשויה להוסיף ערך שולי של אמינות לעדות העד, ששוב לא יצפה במתן עדותו במשפט הנאשם לתמורה מישנית במשפטו שלו. החשש מעיוות האמת והחתימה לחשיפת האמת הם גורם מרכזי בהילכת קינזי (ח' זנדברג, זכויות נאשמים: הזכות למשפט נפרד (תשס"א) 163). ערך חשיפת האמת שהילכת קינזי נועדה לשרת מבקש להגן מפני הרשעת שוא של נאשם זכאי, ומפני זיכוי-שוא של מי שאשם במעשה פלילי כתוצאה מהסתמכות על עדות מוטה של עד שותף. בהיבט זה, נועד כלל קינזי לשרת מטרה כללית של חשיפת האמת בהליך הפלילי, בד בבד עם הגנה על זכויות הנאשם להליך תקין, אשר יגונן עליו מפני סיכון הטמון בקבלת ראייה מפלילה, הניתנת ממניעים תועלתיים של העד השותף.

היבט נוסף המשתלב בהילכת קינזי טמון במגבלות החלות על עדות מוקדמת של עד-שותף קודם לסיום משפטו, נוכח זכותו להימנע מהפללה עצמית (סעיף 47(א) לפקודת הראיות). לעד-שותף המעיד במשפטו הנפרד של נאשם בטרם הסתיימו ההליכים בעניינו עומדת חסינות מפני הפללה עצמית. אי לכך, הוא רשאי לסרב להשיב לשאלות בחקירה נגדית העלולות להפלילו. מגבלה זו מגבירה מדרך הטבע את הסיכון הטמון בקבלת עדותו המוטה של העד השותף, שיקשה להעמידה במבחן ביקורת החקירה הנגדית בשל החסיון האמור. מענה אפשרי לקושי זה טמון בהוראת סעיף 47(ב) לפקודת הראיות, המותיר לבית המשפט שיקול דעת להורות לעד להשיב לשאלות בחקירה הנגדית גם בענין העשוי להפלילו, אלא שאז ראייה זו לא תוגש במשפטו שלו אלא אם הסכים לכך. הוראה אחרונה זו מעלה סוגיה מורכבת העוסקת בהיקף החסיון הנתון לעד השותף במשפטו שלו מקום שהוא נדרש להשיב לשאלות מפלילות במשפטו של נאשם, קודם שנסתיימו ההליכים בעניינו שלו. באשר לטיב החסיון הנתון לעד והשלכתו על גורל משפטו ישנן אסכולות ושיטות שונות. המסקנה העולה מהדברים האמורים הינה כי עדות עד שותף טרם סיום משפטו לא רק שעשויה להיות נגועה בפגם

מובנה של שיקולים זרים, אלא שהליך העמדתה במבחן החקירה הנגדית מוגבל, ולמהלך הננקט להסרת ההגבלה מחקירה כאמור השפעה ישירה על חסיון העד השותף מראיות מפלילות במשפטו שלו, בהיקף נתון כזה או אחר.

כלל קינזי הוא, בעיקרו, כלל של עיתוי מתן העדות. בנסיבות המתוארות, העיתוי עשוי להשפיע על אמינות העדות, על משקלה, ועל ערכה הראייתי. העיתוי עשוי להשפיע על תוצאות המשפט, ועל תכלית חשיפת האמת. עדות עד שותף קודם לסיום משפטו עלולה להביא להרשעת-שוא, ולעיתים, גם לזיכוי-שוא. על רקע זה, מורה ההלכה כי עיתוי השמעת עדות השותף במשפטו של נאשם יהיה לאחר סיום ההליכים בעניינו שלו. בנסיבות אלה, מוסר החשש למניע חיצוני המתלווה לעדות, וההסתברות למתן עדות אמת על ידיו גדלה. כמו כן, בשלב זה מוסרות מגבלות על חקירתו הנגדית של העד, שכן החסיון מפני הפללה עצמית שוב אינו רלבנטי, ובאותו שלב ניתן לעשות שימוש בכל האמצעים הראייתיים הנתונים כדי להעמיד עדות זו במבחן האמינות.

הילכת קינזי – כלל של סדר דין להבדיל מכלל של ראיות

5. הילכת קינזי הינה במהותה כלל של סדר דין, להבדיל מכלל של ראיות. היא לא נועדה לפגוע בכשרותו של העד השותף להעיד במשפט של חברו קודם לסיום ההליכים בעניינו, והיא אינה פוגעת בקבילות עדותו אם העיד כך. היא משתלבת בעקרון הכללי שבסעיף 2 לפקודת הראיות "כי הכל כשרים להעיד בכל משפט" (פרשת שעשוע, שם, עמ' 89). המדובר בכלל דיוני המבקש למצות את מלוא הפוטנציאל הראייתי מעדות העד השותף באמצעות קביעת העיתוי להעדתו לאחר סיום משפטו, ולהסיר בכך את החשש למניע זר העלול ללוות עדות זו כל עוד לא נסתיימו ההליכים בעניינו (J.D. Heydon "Obtaining Evidence Versus Protecting the Accused: Two Conflicts" *Crim.* 13, 18 (1971) L.R.; פרשת קינזי, שם, עמ' 1-480; ע"פ 579/88 טוויסה נ' מדינת ישראל, פד"י מד(1) 529, 533) נוכח היותו כלל דיוני אשר נועד, בין היתר, להגן על זכויותיו הדיוניות של נאשם, הוא רשאי לוותר עליו, ולהסכים להעדת העד השותף קודם לסיום ההליכים בעניינו. עניינו מתמקד, אפוא, בכלל של עיתוי עדותו של העד השותף שמשפטו הופרד, מתוך הנחה כי עדותו בכל שלב של המשפט הינה כשרה וקבילה. לפיכך, ככלל של פרקטיקה, נתכוונה הילכת קינזי להתוות דרך דיונית רצויה לקביעת מועד השמעת עדותו של העד השותף, ועם היווצרות ההלכה, וכל עוד היא חלה, לא נשלל שיקול הדעת השיפוטי לחרוג ממנה באותן נסיבות בהן החלתה אינה מתאימה לתכליות אותן היא בקשה להשיג.

הילכת קינזי בעיקרה, ואף בדרך החלתה הלכה למעשה, אינה כלל גורף, אלא כלל דיוני מנחה המותיר פתח לשיקול דעת שיפוטי אימתי לסטות ממנה (ע"פ 1774/02 קדוש נ' מדינת ישראל, תק-על 2002 (3) 332; ע"פ 7372/03 מדינת ישראל נ' מוזס, תק-על 2003 (3) 238). בפועל, סטו בתי המשפט, לא אחת, מהילכת קינזי במקום בו סברו כי החלתה במקרה הספציפי אינה משרתת את תכליתה (ת"פ(ת"א) 3160/04 מדינת ישראל נ' לוי; ת"פ(י-ם) 3088/02 מדינת ישראל נ' מלכה; ת"פ(ת"א) 40056/04 מדינת ישראל נ' אברמוב; וראו פירוש מיקרים נוספים בסיכומי טענות הסניגוריה הציבורית בעמ' 12).

יש עוד לציין כי במהלך השנים צמצמה הפסיקה את גדריה של הילכת קינזי, למשל: בקביעה כי הכלל אינו חל על עד שותף שטרם הוגש נגדו כתב אישום (רע"פ 44/81 מויאל נ' מדינת ישראל, פד"י לו(1) 505); באי תחולת ההלכה על עד מדינה (ע"פ 67/85 עביד נ' מדינת ישראל, פד"י מ(3) 391); באי תחולתה על עד שותף הנקרא להעיד מטעם הגנה (בג"צ 6319/95 חכמי נ' לוי, פד"י נא(3) 750). המדובר, איפוא, בכלל דיוני הנתון להפעלה גמישה בידי בית המשפט במטרה ליישמו בגבולות הנדרש לצורך הגשמת תכליתו. עם זאת, ראוי להדגיש כי ביישום היומיומי הפעילו בתי המשפט את הילכת קינזי בתורת הכלל. החריגה ממנו נעשתה במשורה ובמקרים בודדים בלבד.

הילכת קינזי הינה כלל דיוני שלא נילוות לו משמעות חוקתית באופן ששינויו מצריך עמידה במבחני פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כנטען בפי חלק מהמשיבים. גיבושו בהלכה הפסוקה ככלל של סדר דין מאפשר גם את שינויו בהליך שיפוטי, ככל הנדרש לאור הצרכים המשתנים עם העיתים – צרכי הפרט והכלל, כאחד.

הערכה מחודשת של הילכת קינזי אינה קשורה במישרין לתנועה הכללית המתרחשת בעת זו בתחום דיני הראיות, המבקשת להסיט את הכללים מתחום של קבילות ראיות, לתחום של הערכת משקלן (דנ"פ 4390/01 מדינת ישראל נ' יחיא, פד"י מז(3) 661, 671). זאת, מאחר שהלכה זו אינה דנה בקבילות עדות השותף אלא כל עניינה הוא בעיתוי הראוי למתן העדות, כענין שבסדר-דין.

אף שענייננו בכלל של פרקטיקה שיפוטית, השפעתו של כלל קינזי עמוקה על הליך חשיפת האמת במשפט הפלילי. יש לו השלכה על גורלו של הנאשם לשבט או לחסד; יש לו השפעה על עניינו של העד – השותף עצמו, לא רק ביחס לעדות הניתנת

על ידו, אלא גם באשר להשפעת עדותו על משפטו שלו, ועל היקף החסיון הראייתי ממנו הוא אמור ליהנות בהליכים בעניינו. לכלל זה השפעה רב כיוונית – על ההליך הפלילי במבט ציבורי כולל, על הנאשם, ועל העד השותף. נעמוד בקצרה על מכלול השיקולים הנוגדים הפועלים בעניינה של הילכת קינזי, ולאחר מכן נגזור מדיון זה את המסקנות האופרטיביות המתבקשות, ככל שהן אוצלות על הצורך בשינוייה של ההלכה והתאמתה לצרכי המציאות המשתנה.

השיקולים התומכים בהילכת קינזי

6. הילכת קינזי לגבי עיתוי עדותו של עד שותף במשפטו הנפרד של הנאשם השותף הינה יציר ההלכה הפסוקה. אולם לרציונל הטמון ביסודה ישנו עיגון בהסדר הסטטוטורי שסעיף 155 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982, הנוגע לשותפים לעבירה, הנאשמים יחדיו בכתב אישום אחד. על פי אותה ההוראה, מקום שנאשם אחד הודה בעובדות שיש בהן כדי להרשיעו, והתובע או הסניגור מבקשים כי יקרא להעיד במשפטו של נאשם שלא הודה, כי אז הנאשם שהודה לא יעיד אלא לאחר שנגזר דינו. זו לשון הסעיף:

פסק דין של נאשם שהודה

155(א) נאשמו כמה נאשמים בכתב אישום אחד, ומהם הודו בעובדות שיש בהן כדי הרשעתם, ומהם שלא הודו בכך, לא יגזור בית המשפט את דינם של הנאשמים שהודו לפני שנסתיים בירור המשפט של הנאשמים שלא הודו; ואולם,

(1) נאשם שהודה כך, והתובע או הסניגור מודיעים שהוא ייקרא להעיד במשפטם של יתר הנאשמים, לא יעיד אלא לאחר שנגזר דינו.

(2) בנסיבות מיוחדות שירשום בית המשפט, רשאי הוא לגזור את דינו של הנאשם שהודה לפני סיום משפטם של האחרים.

תכליתו של כלל סטטוטורי זה להבטיח, כי נאשם שהודה לא יעיד במשפט בעד או נגד חברו השותף בטרם נגזר דינו, מחשש להטיית עדותו בשל שיקול זר שעניינו הפקת תועלת עצמית לצורך גזר-דינו שטרם ניתן. האינטרס הראייתי במיצוי פוטנציאל האמינות מעדותו של השותף הביא את המחוקק לחרוג מהעקרון הכללי המנחה לפיו גזר דינם של כל השותפים לעבירה הנשפטים יחדיו ינתן באותה עת, והצדיק בעינו יצירת חריג לפיו גזר דינו של עד שותף שהודה ינתן קודם למתן עדות בעד או נגד שותפיו לאותו כתב אישום. הטעם ביסוד ההוראה זו נועד לשלול מצב בו עדותו של שותף שהודה תינתן מתוך ציפייה לקבל טובת הנאה מעדותו "שמחמת ציפיה אשר

כזאת יש לחשוש לעדות שקר" (השופט חיים כהן בע"פ 169/74 כדורי נ' מדינת ישראל, פד"י כט(1) 398).

יוער במאמר מוסגר, כי סעיף 155 מוגבל למקרה בו הנאשם הנקרא להעיד כבר הודה, ואחריותו הוכחה, שאז יש לגזור את דינו קודם למתן עדותו בענין חברו השותף עמו. אולם מקום שלא הודה, חל הכלל כי שותפים לכתב אישום אינם כשירים להעיד כעדי תביעה נגד חבריהם באותו משפט; עם זאת, שותף רשאי להעיד כעד הגנה מטעמו או מטעם שותף אחר הנשפט עמו באותו משפט, ובמסגרת זו, עשויה עדותו גם לשמש להפללת חברו. וכך, מקום ששותף מעיד כעד הגנה במשפט, בו נשפטים יחדיו השותפים לעבירה, בין מטעמו ובין מטעם נאשם אחר, עשויה עדותו לשמש ראייה לחובתו של שותף אחר לאישום. בנסיבות אלה, ניתן גם להציג את הודעתו במשטרה, ולעשות בה שימוש במסגרת סעיף 10א לפקודת הראיות, בין היתר, לצורך הפללת השותף לעבירה המואשם עמו באותו משפט (ע"פ 229/86 ברעט נ' מדינת ישראל, פד"י מ(2) 430; ע"פ 228/87 כרמי נ' מדינת ישראל, פד"י מב(1) 332; ע"פ 501/81 אבו חצירה נ' מדינת ישראל, פד"י לו(4) 141, 152; בש"פ 1572/05 זוארץ נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(2) 64).

יש איפוא, שוני בין שותף שהודה באשמה וניתן לגזור את דינו בטרם יעיד בענין שותפו (בין כעד תביעה ובין כעד הגנה), שאז ניתן "לנקות" את העדות מפגמיה על ידי מתן גזר דין קודם להשמעת העדות, לבין שותף שלא הודה, ומוזמן כעד הגנה, ואגב העמדת עדותו במבחן האמינות, מוצגת הודעתו במשטרה, והוא נחקר נגדית על גרסתו. כאן לא ניתן לרפא את החשש לקיום מניע זר בעדות השותף בדרך של דחיית מועד השמעת העדות. שכן אחריות העד טרם נקבעה, ופיצול בין נאשמים הנדונים יחדיו בדרך של מתן הכרעות נפרדות בענין אחריותם הפלילית נחזה כמהלך בלתי רצוי הפוגע בתכלית חשיפת האמת. במקום שניתן מבחינה דיונית לרפא את "הפגם" הדבק בעדות השותף בשל חשש למניע זר, ולגזור את דינו קודם למתן עדותו, מורה החוק לעשות כן ביחס לנאשמים הנשפטים במאוחד.

רציונל זה, בשינויים המתחייבים, מגולם בהילכת קינזי, העוסקת בשותפים שמשפטים הופרדו. עיקרה בכך שעד שותף שנקרא להעיד כעד תביעה במשפטו הנפרד של חברו, ראוי כי יעלה לדוכן העדים כאשר מתקיימות נסיבות המאפשרות את מיצוי הפוטנציאל הראייתי של עדותו. נסיבות אלה מתרחשות כאשר משפטו של העד הסתיים, ושוב אין חשש כי הוא מונע ממניעים של תועלת עצמית בהשמעת עדותו. בהעדר הסדר סטטוטורי למצב דברים זה במשפטים נפרדים של שותפים לעבירה,

השלימה ההלכה הפסוקה את החסר בדמות הילכת קינזי, המהווה תולדה ישירה של הרציונל הטמון בסעיף 155 לחוק סדר הדין הפלילי, העוסק בשותפים לעבירה שמשפטם מתנהל יחדיו.

את חשיבותה של הילכת קינזי יש לבחון משלוש זוויות נפרדות: האחת – אינטרס הציבור בקיום הליך פלילי שבו תיחשף האמת, תוך מתן אמצעים אופטימליים בידי בית המשפט להגיע לחקר האמת; השנייה – הגנה על זכותו של הנאשם להליך פלילי תקין אשר יגן עליו מפני חשש הרשעת-שוא; השלישית – השפעת החסיון מפני הפללה עצמית הנלווה לעדות העד השותף הן מבחינת הנאשם והן מבחינת העד עצמו. נבחן כל אחת מן הזוויות האמורות.

האינטרס הציבורי בהילכת קינזי: חשיפת האמת והשגת תוצאת-אמת בהליך השיפוטי הפלילי

7. ההליך הפלילי נועד לאכוף וליישם את הנורמות של המשפט הפלילי כדי להבטיח חיי חברה תקינים והגנה על שלומם של תושבי המדינה. מטרתו הסופית היא להביא לקביעת חפות או אשמה – להרשיע את האשם, ולזכות את החף מפשע. כדי להגיע לתוצאת-אמת במשפט, חותרים כללי הדיון להביא לחשיפת האמת. בלא אמת לא יהיה משפט צדק, ובלא צדק תסוכל תכליתו העיקרית של ההליך הפלילי.

”האמצעי של המשפט להשגת צדק הוא חיפוש אחר האמת. המשפט עומד על האמת. ההליך השיפוטי מבוסס על מציאת האמת. בלא אמת אין צדק. בלא אמת אין משפט. האמת – אותה שואף ההליך השיפוטי לחשוף – היא המציאות כמות שהיא” (א’ ברק “על משפט, שיפוט ואמת”, משפטים כז (תשנ”ו-תשנ”ז) 11).

תכליתו של המשפט הפלילי בחשיפת האמת כדי להשיג תוצאת-אמת איננה עומדת כערך יחיד. מולה, ובצידה עומדת זכותו של הנאשם להליך הוגן אשר יתחשב בזכויותיו כאדם וכנאשם, ונדרש איזון מתמיד בין צרכי החברה במימוש תכליתו של המשפט הפלילי להבטחת האינטרס הציבורי, לבין דאגה לצרכי הנאשם שלא ייגרם לו עוול במהלך החתירה לחשיפת האמת. על מהותו ויעדו העיקרי של ההליך הפלילי עמד בית המשפט בע”פ 951/80 קניר נ’ מדינת ישראל, פד”י לה (3) 505, 516 באומרו (מפי השופט ברק):

”ההליך הפלילי הוא מסגרת דינים הבאים להגשים את המשפט הפלילי, דהיינו לקבוע חפות או אשמה. לשם כך, 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 נסיון החיים - יש בו כדי להביא לחשיפת האמת, ובכך תואמות שתי משימות אלו. עם זאת, יש ועמידה פורמלית על סדר הכללים בענין מיוחד יהיה בה כדי לגרום לעיוות דין, אם בדרך הרשעת החף מפשע, ואם בדרך של זיכוי הנאשם. בנסיבות אלה יש לשאוף לכך, כי הכללים עצמם יתנו לבית המשפט סמכות ושיקול דעת לעשות צדק... נסיון החיים אשר גיבש את כללי הדיון קבע איזון עדין בין צורכי הנאשם מזה, לבין צורכי החברה מזה. צורכי הנאשם, אלה צרכיו האמיתיים למשפט הוגן, אם בשלב החקירה ואם בשלב המשפט. צורכי החברה אלה צרכיה האמיתיים להרשעת האשמים ולזיכוי החפים מפשע."

חשיפת האמת בהליך הפלילי נועדה להביא להרשעת האשם ולזיכוי של החף מפשע. היא נועדה למנוע הרשעת-שוא, ובה בעת גם למנוע זיכוי-שוא. היא מגלמת את האינטרס הציבורי באכיפה ראויה של החוק ושל נורמות התנהגות נאותות, שהן חיוניות להתנהלותה של חברה תרבותית; היא נועדה להגן על זכויות נאשם מפני הרשעת-שוא, ומפני פגיעה בלתי ראויה בזכויותיו כאדם. בה בעת, תכליתה היא להביא את האשם לדין ולהגן על החברה מפני סיכונים הטמונים בשליחת פושע לחופשי. בירור האמת מקדם את מטרתו המרכזית של ההליך הפלילי: עמידה על אשמתו או חפותו של הנאשם (ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, פד"י לד(3) 561, 575; ב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פד"י לח(3) 729, 733-734; ד' מנשה "אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא", קרית המשפט א (תשס"א) 307-308).

היעד העיקרי של ההליך הפלילי - לקבוע חפות או אשמה, וערך חשיפת האמת שנועד להגשים יעד זה, משליכים בראש וראשונה על זכותו של נאשם להליך הוגן שיביא למשפט צדק וימנע את הרשעתו לשוא. אולם יעד זה אינו מתמצה בכך. הוא נועד לשרת אינטרס ציבורי כולל להביא לתוצאת אמת בהליך הפלילי, ובכלל זה למנוע הרשעת שוא וזיכוי שוא. ההגנה על זכויות הנאשם במסגרת ההליך הפלילי אינה בהכרח שקולה ואינה ממצה את יעד השגת תוצאת-אמת במשפט. תוצאה שאינה תוצאת-אמת במשפט - בין זיכוי מוטעה ובין הרשעת שוא - פוגעת בשורת הצדק ובאינטרס ציבורי כללי לחשוף את האמת בהליך הפלילי גם מקום שלא נפגעה זכותו של נאשם מבחינת הגינותו של ההליך הפלילי. יכול שמשפטו של נאשם יתנהל בהגינות ותוך שמירה מלאה על זכויותיו, ובה בעת ישיג תוצאה שגויה של הרשעת שוא או זיכוי שוא. כללי הדיון הפלילי מבקשים ליישב בין צרכיו של הנאשם לדיון הוגן והאינטרס

הציבורי בהשגת תוצאת-אמת בהליך הפלילי, אף שאין חפיפה מלאה בין יעדים אלה, ולעיתים נוצר ביניהם מתח המחייב איזון ויישוב:

"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" (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, תק-על 1093 (2)2006, פסק דינה של השופטת ביניש, בפסקה 43).

ערך חשיפת האמת בהליך הפלילי משפיע על זכויותיו של הנאשם העומד לדין, אך הוא גם חורג ממנו, ומבקש לקדם את האינטרס הציבורי הכללי באכיפת נורמות התנהגות הראויות בחברה, שתנאי להם הוא השגת תוצאת-אמת במשפט. ערך זה מקרין על מקומו של המשפט במבנה השלטון, ונותן ממשות לערכי שלטון החוק ואכיפת החוק בחברה הבנויה על משטר דמוקרטי.

בגדרו של יעד חשיפת האמת, והשגת תוצאת-אמת בהליך הפלילי נבנו כללי הראיות על שני נדבכים עיקריים: כללי קבילות, הקובעים מלכתחילה איזו ראיה תתקבל במשפט ואיזו אינה קבילה, מחשש שהסתמכות עליה תביא לתוצאה מוטעית, וכללי הערכת מהימנות ומשקל של ראיות קבילות. התנועה המתפתחת להצר את כללי הפסלות הראייתיים ולפתח את תחום הערכת המהימנות והמשקל הראייתיים מצריכה, בה בעת, מתן כלים לערכאה השיפוטית למצות את הפוטנציאל הראייתי מן הראיות הקבילות המובאות בפניה. הילכת קינזי בהקרנתה הכללית על ההליך השיפוטי, נועדה לשכלל את האמצעים שבידי הערכאה השיפוטית להגיע לחקר האמת על ידי מיצוי מלא של פוטנציאל האמינות מעדותו של העד השותף. קשה לחלוק על ההנחה כי עיתוי עדותו של העד השותף במשפטו של נאשם בשלב שלאחר סיום משפטו שלו מעלה את ההסתברות למיצוי פוטנציאל האמינות מעדותו, שאינה קיימת מקום שעדותו מושמעת טרם סיום ההליך בעניינו.

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

הראייתי האפשרי לצורך התחקות אחר האמת. היא אינה תחליף ל"אין" הראייתי. החיזוק הראייתי הנדרש מבטיח מפני חשש של אימוץ עדות בלתי אמינה ובלתי נכונה. הוא אינו תחליף להשגת יעד חשיפת האמת בדיון הפלילי, המוגשם באמצעות קבלת עדות שעיתוי השמעתה מגביר את הסיכוי לאמינותה. החיזוק הראייתי הנדרש יגן, איפוא, מפני אימוץ עדות כוזבת, וקביעת תוצאת המשפט על פיה, אך לא יענה לתכלית חשיפת האמת שעדות אמיתית עשויה לספק. הסתפקות בהישענות על דרישת החיזוק הראייתי כמנגנון הגנה מפני הרשעת-שוא מגינה על זכויות הנאשם להליך הוגן. אין בה בהכרח מענה שלם לדרישת חשיפת האמת, השואפת למצות את פוטנציאל האמינות מעדותו של עד, המושג, מצידו, בין היתר, באמצעות קביעת העיתוי להשמעת עדותו.

נטען לא אחת, כי הילכת קינזי הקובעת את עיתוי השמעת העד השותף בנסיון להסיר את פגמי העדות אינה מתיישבת עם השיטה הקיימת בה מתקבלות עדויות "פגומות" אחרות, בכל שלב מן המשפט, והן נשקלות על פי ערכן ומשקלן, על פי מיטב שיקול הדעת השיפוטי של השופט היושב לדין. כך, למשל, עדות הגנה של עד שותף המעיד במשפט מאוחד עם שותפיו, העשויה להפליל את חבריו; הוא הדין בעדות עד שותף שמשפטו מתנהל בנפרד, הנקרא כעד הגנה במשפטו של הנאשם שהילכת קינזי לא הוחלה לגביה (פרשת שעשוע, שם); עדות שותף שקיבל מעמד של עד-מדינה והוא נושא מחויבות כלפי התביעה, ניתנת להישמע בכל שלב של המשפט. חברי, השופט לוי (בפסקה 13 לחוות דעתו), מצביע על שורה של עדויות שדבק בהם פגם מובנה, וחרף זאת, ההליך השיפוטי "סובל" את קבלתן בסדר הדיוני הרגיל, ושם את מבטחו בבית המשפט המקצועי שידע להעריך את ערכם ולשקלל באופן מידתי את פגמיהם. כך, למשל, מעידים חולי נפש, ילדים, בעלי פיגור שכלי, או מי שהורשעו בעבר בעדות-שקר, ואין במגבלותיהם המובנות של עדים אלה כדי למנוע את השמעת עדותם (השווה לחכמי, שם, 766-767). לטיעונים אלה עשויה הילכת קינזי להשיב בדברים הבאים: ישנם פגמים מובנים בראיות מסוגים שונים אשר אינם משפיעים על קבילותן. במרבית המקרים, פגמים מובנים אלה אינם ניתנים לתיקון או למיזעור הליקוי הדבק בהם באמצעים דיוניים כאלה ואחרים, ולכן ראיות אלה מובאות במתכונת הרגילה, ועל פי הסדר הדיוני המקובל, ומוערכות על פי ערכן, תוך שימת לב לפגמיהן. כך, עדות הגנה של עד שותף במשפט מאוחד של השותפים, כך "עד המדינה", וכך עדויות "פגומות" אחרות אשר מועד השמעתן לא ירפא את פגמיהם. שונה הדבר כאשר ניתן בדרך דיונית להסיר את הפגם או למתנו.

ה"פגם" הנילוה לעדותו של עד שותף המעיד במשפטו של נאשם טרם סיום ההליכים בעניינו נובע מעיתוי מתן העדות. על רקע המחשבה כי הסדר הדיוני עשוי

להתמודד עם פגם זה, להסירו או למתנו – קמה הילכת קינזי. יש להניח כי אילו נמצאה דרך דיונית יעילה והוגנת למצות את מלוא הפוטנציאל הראייתי מעדויות בעלות מגבלות מובנות אחרות, דיני הראיות היו נותנים לכך מענה, גם בהנחה שבסופו של יום, מלאכת הערכת המהימנות והמשקל של הראיות נתונה לשופט היושב בדין. ואפילו תימצאנה עדויות אחרות בעלות פגמים מובנים שניתן באמצעים דיוניים למצות את ערכם הראייתי והדין לא הורה לעשות שימוש בהם, גם אז אין בגורם זה כשלעצמו כדי להצדיק את ביטול הילכת קינזי, כל עוד לכלל זה, גופו, רציונל חשוב ביחס לעדות עד שותף במשפטו של נאשם קודם לסיום ההליכים בעניינו.

הילכת קינזי, ככלל דיוני, אינה מספקת ערובה מוחלטת לקבלת עדות אמיתית מעד שותף המעיד במשפטו של נאשם לאחר סיום ההליכים בעניינו. היא בנויה על מערך הסתברויות הבנויות על הגיון, שכל ישר, נסיון חיים, ובעיקר – הבנה למהלכי הנפש של עדים המעורבים, הם עצמם, בעבירות שלגביהן הם נדרשים להעיד. מיצוי הפוטנציאל הראייתי מעדות הנשמעת במשפט הוא יעד חשוב בהליך השיפוטי, ובמיוחד בהליך פלילי העוסק בדיני נפשות. הוא משתלב בתכלית חשיפת האמת במשפט, העומדת בבסיס הערכים החברתיים הכלליים של אכיפה נכונה וראויה של החוק ונורמות המשפט הפלילי, וביסוד ההגנה על זכויות הפרט-הנאשם.

חרף חשיבותו המרכזית של ערך חשיפת האמת, הוא אינו ניצב לבדו בבסיסו של ההליך הפלילי. מתמודדים עמו, ולעיתים כנגדו, ערכים ומטרות אחרים הראויים להגנה. מהם ערכים שנועדו להגנה על הפרט – בין הנאשם, בין קרבן העבירה, ובין צד שלישי שאינו קשור בעבירה, ומהם ערכים שנועדו להגנה על אינטרסים חברתיים כלליים, כגון הגנה על בטחון המדינה, על שלום הציבור, או על אינטרס חברתי חשוב אחר. ההתמודדות על ערך חשיפת האמת במשפט כנגד ערכים חשובים אחרים, מולידה צורך במציאת איזון ראוי, המתבסס על הערכת משקלם היחסי של הערכים המתמודדים. משכך, ערך חשיפת האמת איננו ערך מוחלט, אלא ערך יחסי שיש לשקללו כנגד אינטרסים נוגדים באיזון ראוי (יששכרוב, שם, פסקה 44; ד' מנשה "שיקול דעת עובדתי וחופש הוכחה", הפרקליט מג (תשנ"ז) 83, 117). התמודדות זו עומדת גם ברקע גורלה של הילכת קינזי לשבט או לחסד, המתמקדת בעיקרה במציאת נקודת האיזון הראויה בין ערך חשיפת האמת בהליך הפלילי, לבין זכותו של נאשם להליך פלילי הוגן, שהתמשכותו תימצא בגידרי זמן סביר.

חשיבות הילכת קינזי מבחינת הנאשם

8. בצד חשיבותה של הילכת קינזי לחשיפת האמת ולהשגת תוצאת אמת במשפט, ערכה טמון גם בהגנה על זכות הנאשם להליך פלילי הוגן. בהקשר זה, נועדה ההלכה לענות בדרך דיונית לחשש לעיוות דינו של הנאשם העלול להיגרם עקב הצגה מסולפת של האמת בידי עד-שותף מוטה, המבקש להשיג רווח מישני מעדותו במשפטו שלו שטרם נסתיים. סילוף זה עלול לנבוע מהטייתו האפשרית של העד לשלול את חלקו בעבירה או למזער כנגד העצמת חלקו של הנאשם, כמי שנושא באחריות הבלעדית או העיקרית להתרחשות העבירה. נטייה זו מתעצמת בדרך הטבע מקום שמשפטו של העד השותף טרם נסתיים, והוא מקווה לזכות בטובת הנאה כזו או אחרת, או הקלה בדינו עקב מתן עדות כזו.

עדותו של העד השותף במשפטו של נאשם קודם לסיום משפטו שלו, נגועה בקושי נוסף מבחינת הנאשם, הנובע מזכותו של העד לחסיון מפני הפללה עצמית, העומד לו בשלב זה של ההליך הדיוני. חסיון זה מגביל באופן ניכר את היקפה של החקירה הנגדית של עד זה, שמטרתה להעמיד במבחן את אמינות גרסתו (סעיף 47(א) לפקודת הראיות). מגבלה זו מקבלת מישנה עוצמה נוכח החשש מפני הטייה אפשרית בעדות השותף, וחשיבות קיומה של חקירה נגדית מלאה, שתכליתה להעמידה במבחן האמינות והמשקל. לחלופין, אם נדרש העד בכל זאת להשיב לשאלות העלולות להפלילו, נהנית עדות זו מחסיון במשפטו שלו (סעיף 47(ב) לפקודת הראיות). כך או כך, לעדות השותף במשפטו של נאשם קודם לסיום משפטו מתלווים קשיים גם מבחינה זו, והם מקרינים הן על עניינו של הנאשם והן על עניינו של העד השותף. מנקודת ראותו של הנאשם, עדות העד השותף קודם לסיום משפטו טעונה אף היא חיזוק, ונוכח "שברירותה" עקב עיתוייה, המזמין אפשרות של הטייה בשל שיקולים זרים ופניות, יידרש חיזוק ממשי בעל עוצמה הולמת כדי לקדם את פני סכנת ההטייה. עם זאת, מבחינתו של הנאשם, ביטול הדרישה לסיוע ראייתי לעדות שותף שהיתה קימת בעבר, והיכולת להסתפק כיום בחיזוק ראייתי בלבד, מגבירים את הסכנה להרשעת-שוא. לסכנה זו, מנקודת ראותו של הנאשם, משקל בגדר השיקולים לענין גורלה של הילכת קינזי.

חשוב לציין בהקשר זה כי הסניגוריה הציבורית, לשכת עורכי הדין והסניגורים שהופיעו מטעמם של הנאשמים בהליך זה נקטו כולם כאחד עמדה משותפת המצדדת בהותרת כלל קינזי בעינו, במבט מגוון על זכויות הנאשם בהליך הפלילי וקידום פני סכנה של הרשעות-שוא על יסוד עדויות שקר של שותפים לעבירה המבקשים להפיק טובת הנאה מעדותם בטרם הסתיים משפטם. עמדה זו ננקטה חרף המחיר הכבד שמשלמים כיום נאשמים שותפים לעבירה, העצורים עד תום ההליכים בעבירות

פליליות חמורות, אשר החלת כלל קינזי מביאה לא אחת להארכת מעצרו, לעיתים לתקופות ארוכות, עקב הצורך להמתין לסיום משפטו של העד השותף, וחרף ההתמשכות הארוכה של ההליכים עקב העומס הכבד הרובץ על בתי המשפט.

חשיבות הילכת קינזי מבחינת העד השותף

9. העדתו של העד השותף במשפטו של הנאשם קודם לסיום ההליכים בעניינו מעמידה סוגיה מורכבת הקשורה בזכותו של העד לחסיון מפני הפללה עצמית בעדותו.

סעיף 47 לפקודת הראיות קובע:

ראיות מפלילות

47 (א) אין אדם חייב למסור ראיה, אם יש בה הודייה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה, או עשוי להיות מואשם בה.

(ב) ביקש אדם להימנע ממסירת ראיה מחמת שהיא עשויה להפלילו כאמור בסעיף קטן (א) ובית המשפט דחה את הבקשה והראיה נמסרה, לא תוגש הראיה נגד אותו אדם במשפט שבו הוא מואשם בשל העבירה שהעובדה המתגלית מן הראיה היא יסוד מיסודותיה, אלא אם הסכים לכך.

משמעות הוראה זו כפולה: לעד השותף עומדת זכות להימנע ממסירת עדות שיש בה כדי להפלילו (ס"ק א'). אם בית המשפט דחה את בקשתו להימנע מעדות מפלילה והוא נדרש למוסרה, אין להגיש את אותה ראיה במשפטו של העד שבו הוא מואשם בשל עבירה שהעובדה המתגלית מן הראיה היא יסוד מיסודותיה, אלא אם הסכים לכך.

יישומה של הוראה זו עשוי להביא לאחת משתיים: הגבלתה של החקירה הנגדית של העד השותף אך ורק לעניינים שאין בהם משום הפללה עצמית. או – מתן עדות מלאה שיש בה משום הפללה, בכפוף לחסיון מפני שימוש באותה ראיה במשפטו של העד באותה עבירה או בעבירה דומה.

האפשרות הראשונה מגינה על עניינו של העד השותף, אך פוגעת בעניינו של הנאשם. הגבלת חקירתו הנגדית של העד השותף אך לעניינים שאינם כרוכים בהפללתו העצמית פוגעת ביעילותה של החקירה כמבחן עיקרי להעמדת מהימנות העד למבחן. פגיעה זו מתעצמת נוכח החשש המובנה להטייה בעדותו של העד כנגד הנאשם, מקום

משפטו שלו טרם נסתיים. הגבלתה של החקירה כאמור מגבירה את הסיכון לפגיעה בנאשם על דרך הרשעת-שוא.

האפשרות השניה נותנת בידי בית המשפט אמצעי לחייב את העד להשיב לשאלות מפלילות בחקירה, בכפוף לחסיון עדותו המפלילה במשפטו שלו. בהקשר זה, מתעוררת שאלה סבוכה בדבר היקף החסיון הנדרש בנסיבות אלה: האם מדובר בחסיון ישיר בלבד ביחס לעדות שניתנה, ובאשר למשפט העד השותף הנוגע לאותה עבירה או עבירה דומה, או שמא מדובר גם בחסיון עקיף המתרחב לעניינים העשויים לעלות בעקיפין מאותה עדות, והקושרים את ידיה של התביעה בחקירות הנגזרות מהעדות המפלילה ובאופן טיפולה במשפטו של העד השותף (ראו בענין זה מחקר מקיף בספרה של ד"ר ח' זנדברג, זכויות נאשמים: הזכות למשפט נפרד (תשס"א) עמ' 163 ואילך; א' שטרוזמן "המלך עירום או חבר המושבעים השולט בבית המשפט בישראל", עיוני משפט יג (תשמ"ח) 175, 207-211).

לכאורה, החסיון הניתן לעד השותף על פי סעיף 47(ב) לפקודת הראיות הוא חסיון מוגבל לראייה המפלילה גופה, ולצורך משפטו באותה עבירה או בעבירה דומה בלבד. החשש מפני שימוש עקיף בתוצרי העדות המפלילה במשפטו של הנאשם עלול להרתיע את העד השותף ממתן עדות כלל. הדבר עשוי להביא לשתיקתו של העד השותף מחשש להפללה עצמית. בנסיבות אלה, יש להניח כי תוגש הודעתו המפלילה במשטרה במסגרת סעיף 10א לפקודת הראיות, אלא שלא יעמוד לרשות הנאשם אמצעי אפקטיבי של חקירה נגדית כדי לבחון את אמיתות גרסת העד במשטרה. בהסתמכות על הודעת עד שותף במשטרה ישנו קושי דומה בשל חשש לפניות ומניע אישי של הנחקר, המקווה להשיג תמורה או טובות הנאה בגין מתן גרסתו עוד בטרם הוגש נגדו כתב אישום (נ' זלצמן "נאשמים במשותף וסעיף 10א לפקודת הראיות", עיוני משפט ט (תשמ"ג-תשמ"ד) 660-625).

עד שותף המעיד לאחר סיום משפטו חייב בתשובות מלאות בחקירה הנגדית, ושוב לא עומדת לו טענת החסינות מפני הפללה עצמית. לביטולה של הילכת קינוי השלכה ישירה, איפוא, לא רק על הנאשם אלא גם על העד השותף ועל גורלו, מבחינת היקף החסינות הניתנת לו במשפטו שלו, התלוי ועומד בשלב מתן עדותו במשפט הנאשם.

העד השותף במשפט האמריקאי והקנדי

10. במשפט האמריקאי, המציאות בפועל דומה בתוצאותיה למצב הקיים בשיטה שלנו בהחלט הילכת קינזי, אלא שהגורמים ברקע מציאות משפטית זו הם שונים; בעוד הילכת קינזי שמה דגש על ההגנה על נאשם מפני עדות מוטת של עד שותף, מדגיש המשפט האמריקאי את עניינו של העד השותף, ואת זכותו לחסיון מפני הפללה עצמית בעדותו במשפט הנאשם, קודם לסיום ההליכים בעניינו. בארה"ב אין איסור על העדת העד השותף במשפטו של הנאשם קודם לסיום משפטו שלו, אולם החסינות הנרחבים מפני הפללה עצמית של העד השותף מביאים בפועל לתוצאה דומה, שבה קיימת חתירה ליצירת הפרדה ונתק בין עדות העד במשפט הנאשם לבין משפטו שלו. הזכות כנגד הפללה עצמית היא זכות חוקתית בארה"ב ומעוגנת בתיקון החמישי לחוקה. בסעיף 6002 לפרק 18 של הקוד האמריקאי נקבע כי עדות מפלילה שהעד השותף חייב לתיתה זוכה לחסינות, וכמוה גם כל מידע הנובע באופן ישיר או עקיף מעדות כזו או מאינפורמציה אחרת, שאסור לעשות בהם שימוש כנגד העד במשפטו (ח' זנדברג, שם, עמ' 174). בפועל, נאלצת התביעה בארה"ב להסכים למתן חסינות נרחבת לעד השותף או נזקקת להסכמי עד מדינה, ולעיתים קרובות היא מעדיפה עקב כך להמתין בהשמעת עדותו של העד השותף עד לסיום משפטו שלו (*Kastigar v. U.S.*, 406 U.S. 441 (1972)). החסינות הכפולה מפני שימוש ישיר ועקיף בעדות המפלילה של העד יוצרת קושי גדול בהעמדת העד לדין לאחר שהפליל את עצמו, ולכן נאלצת התביעה לעיתים קרובות להסכים להענקת חסינות מוחלטת לעד בתמורה לעדותו. על ידי הענקת חסינות כאמור, נוצר ניתוק והפרדה בין עדות העד השותף במשפט הנאשם לבין משפטו שלו. לגבי עדות עד שותף כעד הגנה, חל בארה"ב כלל הדומה לכלל קינזי קרי: המתנה בשמיעת עדות השותף עד לסיום ההליכים בעניינו:

Byrd v. Wainwright, 428 F2d 1017 (1970);

U.S. v. Echeles, 352 F2d 892 (1965).

McCormick, *On Evidence*, 1999 p. 490 et seq;

זנדברג, שם.

בקנדה דומה המצב המשפטי לזה שבארה"ב (סעיף 13 לצ'רטר הקנדי, וכן סעיף 5 ל-Canada Evidence Act) גם כאן, ההתמקדות היא בחסיון העד השותף כנגד הפללה עצמית, באופן שכפייתו להעיד מחילה חסיון ישיר ועקיף על תשובותיו המפלילות (*R. v. S. (R.J.)*, 1 S.C.R. 451 (1995)).

ניתוח זה מצביע על כך, שאף שבארה"ב ובקנדה מתמקד המשפט בעד השותף מבחינת הסיכון להפללתו העצמית, התוצאה המעשית דומה בשיטות אלה לזו הנהוגה בשיטתנו בהחלט כלל קינזי, קרי: שאיפה לנתק במידת האפשר בין עדות העד השותף

במשפטו של הנאשם לבין משפטו שלו, חרף השוני במרכזי הכובד העומדים ברקע השיטות השונות המביאים לתוצאה זו.

"דיבור בשני קולות"

11. העמדה לדין בנפרד של שותפים לעבירה עלולה להביא לפרקים להבדלים בממצאים עובדתיים ובהכרעות משפטיות במשפטים הנפרדים של השותפים. כל משפט הוא הליך דיוני נפרד, וכל אחת מהכרעות הדין עומדת לעצמה, ומושתתת על הראיות שהוגשו בגדרו של אותו הליך. ממצאי המהימנות של בית משפט ביחס לעד אינם קבילים כראייה לצורך משפט אחר בו העד מעיד, גם אם נושא העדות בשני המשפטים זהה (דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, תק-על 2004(2) 351, עמ' 369; ע"פ 4391/91 חוואג'ה נ' מדינת ישראל, פד"י מט(2) 45, 51; ע"פ 2309/90 סבאח נ' מדינת ישראל, תק-על 91(4) 324). עם זאת, הכרעות דין סותרות לגבי נאשמים שונים עלולות ליצור קושי מיוחד כאשר הן נוגעות לאותה פרשה עצמה ומקום שלא ניתן ליישבן זו עם זו על פי דרישות השכל הישר ומושכלות חיים בסיסיות. קיום אי התאמה כזו עלול להביא לתחושת אי צדק ואי אימון במערכת המשפט והצדק (ע"פ 3427/91 סאלח נ' מדינת ישראל, תק-על 93(3) 444). כך, למשל, תוצאה שיפוטית לפיה נאשם אחד מורשע בשותפות לדבר עבירה עם אחר, והאחר מזוכה מאותה עבירה, עלולה להוות "דיבור בשני קולות", ואמנם, "בעבירת קשר, אשר מטיבה מחייבת היא קיום התקשרות בין שני אנשים או יותר, קשה להלום מצב שבו אדם אחד יורשע בקשר פלילי ואילו שאר הנאשמים בקשר יזוכו, והוא יוותר יחיד בהרשעתו בעבירה המחייבת מעצם טיבה מעורבות פלילית של מספר אנשים" (ע"פ 4391/03 וע"פ 9465/03 אבו ריא נ' מדינת ישראל, פסקה 16; ע"פ 573/72 חבורה נ' מדינת ישראל, פד"י כח(2) 57; ע"פ 144/92 קבלרו נ' מדינת ישראל, פד"י מח(2) 407). אי התאמה בין הכרעות דין שאינה ניתנת ליישוב על פי אמות מידה מהותיות ענייניות, מחייבת התאמה. דרך כלל, יקשה ליישב בין שתי הכרעות דין נפרדות העוסקות באותה עבירה המיוחסת לשני שותפים, כאשר זיכוי של האחד והרשעה של האחר הוכרעו על סמך אותה תשתית ראייתית (אבו ריא, שם, ע"פ 474/75 סאלח נ' מדינת ישראל, פד"י ל(3) 113; זגורי, שם, עמ' 379).

החשש מפני הכרעות דין סותרות במשפטים נפרדים של שני שותפים עלול לגבור בביטולה של הילכת קינזי. עדותו של עד שותף במשפטו של נאשם לפני תום משפטו שלו עלולה להיות עדות מוטעה, המעצימה את חלקו של הנאשם בביצוע העבירה, וממזערת את חלקו של השותף. המגבלה על חקירתו הנגדית של העד השותף טרם סיום משפטו בשל החסיון מפני הפללה עצמית מצמצמת את היכולת לברר את חלקו שלו בפרשה. גם אם הוא נדרש להשיב לשאלות מפלילות בחקירה הנגדית, חומר

זה חסין מפני שימוש נגדו במשפטו שלו. בעקבות עדות כזו של העד השותף עשוי הנאשם להיות מורשע. גרסתו של העד השותף המקטינה את חלקו או המרחיקה אותו מהעבירה, בצירוף החסיון שניתן לחומר ראיות המפליל אותו בעדותו במשפט הנאשם האחר, עשויים להביא לזיכוי מן העבירה שבבסיסה קשר פלילי בין שותפים. אפשר אף שמעמדה הראיתי של הודעות העד במשטרה יהיה שונה במשפטו של הנאשם לעומת משפטו של העד. עלול להיווצר מצב שבו יותר קושר אחד שהורשע, בלא שקושר אחר נמצא אחראי עמו. הקושי ליישב את הסתירה שבה נמצא קושר אחד בלבד אחראי לקשר פלילי עשוי לחייב ביטול הרשעתו של הנאשם לצורך השוואת מצבו לזה של העד השותף, למניעת תוצאה בלתי רציונאלית. זכויותיו הדיוניות של הנאשם תזכינה להגנה בנסיבות אלה, אך ספק אם הליך זה הוא אופטימלי לחשיפת האמת. תוצאה דומה של דיבור בשני קולות עלולה להתרחש גם בהתקיימה של הילכת קינזי, כאשר בתי המשפט בשני ההליכים הנפרדים מעריכים בצורה שונה תשתית ראיתית דומה המובאת בפניהם, ומסיקים ממנה מסקנות שונות. אולם הסיכון להתרחשותה של תופעה זו עשוי לגבור, כך נראה, במקום שעדות השותף במשפטו של הנאשם הינה מוטת, ועלולה להשפיע על תוצאות משפטו של הנאשם באופן שלא יעלה בקנה אחד ולא יתיישב עם תוצאות משפטו שלו עצמו.

הילכת קינזי – ברוח ההלכה האנגלית

12. הילכת קינזי נתגבשה בישראל בעקבות המשפט המקובל האנגלי (*R. v. Pipe*, 51 (Cr. App. R. 17 (1967); *Winsor v. R.*, LR 1 QB 289, 290 (1866) העיקרון שנפסק בפרשת *Pipe* שריר גם כיום באנגליה (*Tillett v. R.*, (1999) Privy Council), Appeal no. 56 of 1998), אף כי במהלך השנים צומצמו גדר ההלכה לאותם מקרים בהם היא ישימה בגרעינה הקשה, והיא אינה מחייבת ככלל מוחלט, ונקבע כי היא אינה חלה ביחס לעד שותף המעיד כעד הגנה (*R. v. Richardson*, 51 Cr. App. R. 381 (1967)). כן היא לא מוחלת כיום על עד שותף שהוא עד מדינה (*R. v. Turner*, 61 Cr. App. R. 67 (1975)). ראו עוד: Gross & Tapper, *On Evidence*, 9th ed. P. 199, 225-229.

מהלכי חקיקה לשינוי הילכת קינזי

13. חשוב לציין, כי בשעתו, הוגשו לכנסת שתי הצעות חוק ממשלתיות לביטול הילכת קינזי (הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 10), התשנ"ב-1992 (ה"ח 2103, תשנ"ב, עמ' 170); וכן הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (תיקון מס' 13) (עדות שותף), תשנ"ט-1999 (ה"ח 2788, תשנ"ט, עמ' 314)). הצעות אלה לא נתגבשו לכלל חקיקה

מחייבת. עובדה זו עשויה לרמוז על הקושי והמורכבות הנילווים לביטול גורף של הילכת קינזי בלא יצירת מערך איזונים ראויים לצורך כך.

מחירה של הילכת קינזי - תרומה משמעותית להתמשכותם של הליכים פליליים, פגיעה

ביעילות ההליך הפלילי, ופגיעה בחירותו של הנאשם העצור

14. הילכת קינזי הינה כלל דיוני בעל השפעה על זכויותיהם הדיוניות של הנאשם והעד השותף כאחד. היא מהווה מרכיב חשוב בהליך הפלילי והשפעתה ניכרת על ההליך הפלילי כולו. תפיסה המבקשת לנתק באופן מלאכותי בין מקומו של כלל קינזי לבין השפעתו על ההליך הפלילי, ובכלל זה, על התמשכותו, על הארכת מעצרו של נאשמים בגינו, או על אפשרות שחרור נאשמים מסוכנים ממעצר תוך חשש לפגיעה אפשרית בשלום הציבור – היא תפיסה המפרקת את ההליך הפלילי לגורמים נפרדים זה מזה בלא בחינת קשר הגומלין המתחייב ביניהם. תפיסה הבוחנת קשר גומלין זה, כדי ליצור הרמוניה בין מרכיביו השונים של ההליך הפלילי וכדי להביא להקרנה רציונלית ביניהם, היא זו העשויה להניב את הפתרון הראוי. יש, איפוא, לבחון את השפעתה של הילכת קינזי על ההליך הפלילי הכולל, ובמיוחד את השלכתה על התמשכות ההליכים ועל נאשמים המוחזקים במעצר עד תום ההליכים.

15. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קבע את זכותו החוקתית של האדם לחירותו האישית. הוא הורה בסעיף 5 כי אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר או במעצר; הוראה זו כפופה לפיקטת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד, המתירה פגיעה בזכות חוקתית הנתונה על פיו במסגרת חוק ההולם את ערכי המדינה, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. חוק המעצרים וההסדרים על פיו חוסים כיום בצילה של פיקטת ההגבלה, ומחייבים בחינה מתמדת של השאלה האם מעצרו של אדם ומשך זמן מעצרו טרם הכרעה בדינו הם מידתיים בשים לב למכלול הערכים והאינטרסים הרלבנטיים לענין (בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פד"י מט(3) 355, 414; ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פד"י נו(5) 529, 539-540; א' ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5, 21-25; ע' גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם עלפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 155; ד' דורנר "השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים", משפט וממשל ד (תשנ"ז) 13; י' קרפ "המשפט הפלילי: יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט מב (תשנ"ב) 64; ע' שחם וב' אוקון "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי", המשפט ג (תשנ"ו) 265-267).

בהקשר להליך הפלילי, נושאים דיני המעצרים את מלוא משקלו של ערך ההגנה על חירות הפרט-הנאשם בטרם הוכחה אשמתו, חירות הנפגעת תחת כובד משאו של המעצר, וקובעים גבולות וסייגים לכוחו של בית המשפט להורות על מעצרו של נאשם בטרם הוכרע דינו, ואף להאריך את תוקפו (סעיפים 21, 60-62 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996; בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פד"י נ(2) 133).

התמשכות ההליך הפלילי עד להכרעת דינו של נאשם מעלה שאלות קשות מקום שמסוכנותו מצויה ברף גבוה ומצריכה את הרחקתו מן החברה עד לסיום משפטו. דילמה זו, פרי מתח קשה בין זכותו של נאשם לחירותו האישית בעת שעומדת לו חזקת חפותו, לבין זכות הציבור להגנה מפני פגיעה הצפויה משחרורו של אדם מסוכן, מחריפה והולכת ככל שהעומס על בתי המשפט גובר, ומביא עמו להתארכות ההליכים הפליליים. להתארכות זו תורמת גם התמורה שחלה בתחום הפשיעה, אשר הפכה מסובכת ומתוחכמת הרבה יותר, רבת משתתפים ובעלת השלכה רחבה על הציבור. בכלל זה, חלה הסלמה בפשיעה המאורגנת, החורגת לעיתים מגבולות המדינה, ונושאת מורכבות וסיכון מיוחדים.

להחלת הילכת קינוי מחיר כבד בהתמשכות ההליכים הפליליים. בעת שההלכה הוחלה לפני 30 שנה, עומס ההליכים שעמדו להכרעה בפני בתי המשפט היה קטן לאין ערוך בהשוואה לעומס המוטל כיום, וממדי הפשיעה ומידת מורכבותה היו שונים בתכלית. עומס הדיונים המוטל כיום על הערכאה הדיונית הינו כבד מנשוא. מדובר לא רק בשינוי שחל במספרם של ההליכים המובאים לבירור בפני בית המשפט, אלא ברמת מורכבותם חומרתם, והיקף התפרשותם של העניינים. חדשות לבקרים, נפתחים בפני בית המשפט הליכים בפרשות פליליות חמורות רחבות היקף, הכורכים חומר ראיות אדיר ממדים, ומצריכים זמן שיפוטי ניכר. לעיתים קרובות, פרשות חמורות אלה כורכות מספר ניכר של נאשמים מעורבים ולא אחת נדרש מעצרים עד תום ההליכים בשל מסוכנותם המופלגת. מציאות זו גוררת עמה התמשכות ארוכה של הליכים לשמיעת הראיות, עד לסיומו של המשפט. בתנאים אלה, סיום המשפט בתוך תקופת המעצר הסטטוטורית של 9 חודשים המוכתבת על פי חוק המעצרים הוא יעד שקשה להשיגו, ונוצר מתח קשה בין זכויות נאשמים לחירותם האישית בעוד חזקת החפות עומדת להם, לבין אינטרס הכלל למנוע שחרור נאשמים מסוכנים לצורך הגנה על בטחון הציבור בטרם נסתיים משפטם ונתבררה שאלת אשמתם. אל תחומי ניגוד זה בין זכות הנאשם העצור לחירותו האישית כל עוד לא הוכרע דינו, לבין אינטרס הציבור בהגנה על בטחונו, הפועל למניעת שחרור נאשם מסוכן, ובהינתן התמשכותם של ההליכים

הפליליים עקב מורכבות העניינים המחייבים הכרעה, משתלבת הילכת קינזי, שהחלטה מהווה גורם נוסף להתמשכותם של הליכים פליליים. הצורך להמתין בשמיעת עדותו של העד השותף עד לאחר סיום משפטו משליכה במישרין על התמשכותם של ההליכים ועל משך מעצרו של הנאשם, ומביאה בחיי המעשה להארכות חוזרות ונישנות של מעצרו של נאשמים עד לסיום משפטם, לעיתים הרבה מעבר לתקופה הסטטוטורית הקבועה למעצר נאשם לסיום משפטו. לעיתים, התמשכות ההליכים מביאה לשחרור עצורים מסוכנים ממעצרם, תוך סיכון בטחון הציבור. את המחיר הכבד בגין החלטה של הילכת קינזי משלמים הנאשם והציבור כאחד: הנאשם העצור – הממתין מתוך מעצרו לסיום הליכי המשפט של שותפו תוך התנהלות שיפוטית ממושכת ומורכבת, והציבור – מקום שבשל התמשכות הליכים כאמור, משוחרר נאשם מסוכן בחלופת מעצר, ומעמיד בסכנה את שלום הציבור.

לעיתים, החלטת הילכת קינזי מעודדת נקיטת אמצעים מניפולטיביים ביחסים שבין שותפים לעבירה, על דרך הפעלת השפעה על העד השותף לגרור את משפטו, כדי ליצור בכך לחץ בהליך הפלילי של הנאשם, ולחזק את דרישתו להשתחרר בחלופת מעצר.

התמשכות ההליכים הפליליים, והמתח שהדבר יוצר על כל הגורמים המעורבים בהליך, מביאים לא אחת את רשויות התביעה לעשות קיצורי דרך משמעותיים בניהול התביעה, בין בהסדרי טיעון למיניהם, בויתור על עדי תביעה, בתיקון כתבי אישום וויתור על אישומים, וכיוצא באלה.

להתמשכות ההליכים השפעה קשה גם על קרבנות העבירה, המצפים לכך שנאשם שפשע כלפיהם יתן את הדין ויחל בריצוי עונשו תוך זמן סביר.

ואחרון, התמשכותם הבלתי סבירה של הליכי המשפט פוגעת באפקטיביות ובכוחו המרתיע של ההליך הפלילי. התמשכות המשפט הפלילי אינה מתמצית בפגיעה בנאשם הממתין לסיום משפטו בעוד חזקת החפות עומדת לו. היא פוגעת בהכרה החברתית בדבר הצורך לסיים הליכים ביעילות כדי להגן על האפקט ההרתעתי הגלום בהם. יש לכך השלכה ישירה על יכולתה של המערכת הפלילית להילחם ביעילות בפשיעה, ולהתמודד במשימה החשובה של שמירה על שלום הציבור. הנאשמים ורשויות התביעה משלמים מחיר כבד על החלטה של הילכת קינזי והתמשכות ההליכים בעקבותיה. אינטרס הציבור בקיומו של הליך פלילי אפקטיבי ומרתיע נפגע גם הוא.

הדילמה של הנאשם - החלת כלל קינזי אל מול התמשכות ההליכים והארכת המעצר

16. החלתה של הילכת קינזי על רקע המציאות הדיונית בעת הזו, משפיעה על משך שלילת חירותו של הנאשם העצור טרם הכרעה בדינו. מנגד, דוקא נאשמים, ובכלל זה הסניגוריה הציבורית המשמשת להם לפה, ולשכת עורכי הדין מתנגדים נחרצות לביטולה של הילכת קינזי מחשש להבאת עדות מוטה של עד שותף במשפטם, העלולה להביא להרשעתם על יסוד עדויות-שקר. בדילמה שבין הפגיעה לעניינם העלולה להיגרם מביטולה של ההלכה לבין המחיר שהם עשויים לשלם בהתארכות המשפט, ואפשר אף בהארכת מעצרו, ניתן על ידם משקל מכריע לשיקול הראשון. גם בלא הבעת הסכמה להארכת מעצרו, נקטו הנאשמים בענין שלפנינו גישה החלטית כנגד ביטול הילכת קינזי, וכמוהם עשו, כאמור, הסניגוריה הציבורית ולשכת עורכי הדין. עם זאת, הושם דגש בדבריהם על הצורך לפעול בנמרצות באמצעים מינהליים לשיפור ההתמודדות עם העומס בבתי המשפט כדי לקצר את ההליכים, אולם כל זאת לא במחיר ביטולה של הילכת קינזי.

עמדתם של הנאשמים ושל הגופים המופקדים על הגנתם היא חשובה ביותר. עם זאת, הצבת הברירה בפני הנאשם בין ויתור על הילכת קינזי בעניינו לבין עמידה על יישומה, תוך השלמה משתמעת גם עם אפשרות התמשכות ההליך והסיכון להארכת מעצרו, היא ברירה קשה שהליך שיפוטי תקין אינו אמור להציב בפני נאשם. השיטה המשפטית חייבת במענה ראוי לדילמה שנוצרה – האם להותיר את הילכת קינזי על כנה, האם לבטלה, או שמא יש ליישב בין הערכים הנוגדים בדרך של איזון יחסי שאינו בנוי על פתרון קיצוני כזה או אחר. דרך איזון זו אמורה להתחשב, מחד, באינטרס למצות את מלוא הפוטנציאל הראייתי מעדות העד השותף, המוגשם בהעדתו במשפט הנאשם לאחר סיום משפטו, וזאת כנגד הפגיעה הנגרמת לזכותו החוקתית של הנאשם עקב התמשכות ההליך בעת היותו במעצר והנזק הנגרם לאינטרס הציבורי מהתמשכות ההליך ככלל, הפוגע באפקטיביות ובכוחו המרתיע. באיזון זה מתמודד האינטרס של מיצוי האמצעים הראייתיים הקיימים לצורך חשיפת האמת והגנה על הנאשם מפני הרשעת שוא, כנגד הפגיעה בחירותו האישית של הנאשם עקב המחיר שעליו לשלם בהמתנה לסיום משפטו של העד-השותף בטרם יעיד במשפטו של הנאשם. אין נוסחת פלא ליישוב בין הערכים האמורים. הפתרון הראוי מצוי בתפיסה לפיה הערכים המתמודדים אינם מוחלטים, אלא יחסיים בלבד, ויש ליישב ביניהם תוך ויתור הדדי ביניהם. כשם שיש צורך באיזון בהתמודדות בין זכות הפרט למשפט הוגן מול זכויות החברה ופרטיה למלחמה יעילה בפשע ולהימנע "מלשלם מחיר יקר מדי, אם מתוך להיטות להצליח במלחמה בפשע ואם מתוך להיטות הפוכה לגונן על חשוד והנאשם

הגנת יתר" (חכמי, שם, 761) כך יש לאזן בין אינטרס החברה והפרט להגשים תכלית של משפט אמת, מול הצורך החיוני ביעילותו של הליך הדיון הפלילי ליחיד ולכלל.

דרכי האיזון בין הערכים הנוגדים

17. כלל קינזי משרת מטרה ראייתית מהותית המבקשת למצות את הפוטנציאל הראייתי מעדות השותף הניתן להשגה לאחר סיום משפטו שלו, כאשר גורמי ההטייה הנעוצים בהליכים המשפטיים בעניינו, העשויים להטות את עדותו שוב אינם קיימים. כלל זה משתלב במטרה הכללית של חשיפת האמת במשפט; הוא משרת מטרה של עשיית צדק עם הנאשם; הוא מונע אפשרות פגיעה בחסיון העד השותף מפני הפללה עצמית, וקיום הגבלות אפשריות על משפטו של העד השותף עקב חסיון עדותו המפלילה שניתנה בהוראת בית המשפט במשפטו של הנאשם. כנגד זאת, מחירו של כלל זה כבד בהתמשכות ההליכים, אשר על רקע העומס ההולך וגובר בבתי המשפט, ונוכח מורכבותם של ההליכים, ריבוי הנאשמים, והשתכללותה של הפגיעה המודרנית, פוגע בחירותם של נאשמים, הממתינים תקופה ארוכה במעצר לסיום משפטם. הפגיעה בנאשמים במעצר עקב המתנה זו מתעצמת נוכח החלת כלל קינזי; שחרורם של נאשמים מסוכנים לחלופת מעצר עקב התמשכות ההליכים עלול לפגוע בבטחון הציבור; החלתו של הכלל מניעה לא אחת את רשויות התביעה לעשות קיצורי דרך משמעותיים בניהול המשפט כדי לצמצם את עינוי הדין הנגרם לנאשמים; נוצר מתח כבד בין החשש לעיוות דין לבין הסכנה לעינוי דין. התמשכות ההליך פוגעת בקרבנות עבירה המצפים להליך משפטי יעיל; נפגע כוחו ההרתעתי של ההליך הפלילי, המשפיע על דמותה ותדמיתה של מערכת השיפוט, ועל האימון שהציבור רוחש לאפקטיביות של הליך אכיפת החוק.

הילכת קינזי נבנתה בעידן שבו יתרונותיה גברו באופן ניכר על חסרונותיה. היתרון שבמיצוי התועלת הראייתית של עדות מאוחרת של העד השותף במשפטו של נאשם לאחר סיום ההליך הנפרד בעניינו לא חייב אז תשלום מחיר יקר של התמשכות ההליכים פליליים בעניינו של הנאשם, לעיתים על פני שנים, המתחייב כיום מהחלתה. הזמנים השתנו, וכיום התועלת הנצמחת מהחלתה של הילכת קינזי בתרומתה לחשיפת האמת ולתוצאת אמת במשפט עומדת כנגד הפגיעה הנגרמת בעטייה לזכותם של נאשמים עצורים לחירותם האישית כל עוד לא הורשעו בדין, ולדמותו של ההליך הפלילי ככלל. אילו ניתן היה להניח שאפשר בהבל פה לשנות מציאות חברתית ולהתגבר על העומס השיפוטי בשינויים מיבניים מפליגים ובהקצאת משאבים נוספים, אפשר והדילמה היתה נחסכת. אולם הסיכוי לפתרון טוטלי קרוב של בעיית העומס והתמשכות ההליכים, על כל המשתמע מכך, אינו גדול, ולפיכך האיזון בין הערכים הנוגדים מתחייב. איזון זה אינו מצדיק, לטעמי, מסקנה גורפת החותרת לביטול מוחלט

של הילכת קינזי כפי שהציע חברי, השופט לוי. מצד שני, הוא אינו מצדיק השארת ההלכה על כנה בלא שינוי, תוך התעלמות מהתמורות העמוקות שחלו בדרכי התנהלותם של משפטים פליליים. הפתרון הראוי מחייב שיקלול הערכים הנוגדים, והתאמה של הכלל לצורכי השעה, באופן שינתן ביטוי ראוי למשקלם היחסי של יתרונות ההלכה אל מול חסרונותיה בראי המציאות השוררת כיום. בית משפט זה עמד על כך אך לפני שנים ספורות, כי "אין להקל ראש בטעמים העומדים ביסודה של הילכת קינזי, ויש להיזהר שלא לפרוץ את הגדר בטרם תיבחנה כל ההשלכות הכרוכות בכך" (פרשת ע"פ 1774/02 קדוש נ' מדנת ישראל, תק-על 2002 (3) 332, מפי השופטת ביניש; ראו עוד לענין הצורך באיזון אינטרסים בסוגיית הילכת קינזי מאמרו של י' גינת "האם הגיע הזמן לבחון מחדש את הילכת קינזי", הפרקליט מב (תשנ"ה) 376-397; והשוו א' קמר "לקראת ביטולה של הילכת קינזי", הפרקליט מב (תשנ"ה) 548-566).

במסגרת תפיסת האיזונים, החלת כלל השולל משופט בכל מקרה את שיקול הדעת להורות על שמיעה מאוחרת של עדות שותף לאחר סיום ההליך בעניינו, ומחייבו לשמוע את עדותו גם בנסיבות בהן טרם נסתיים משפטו, מעניקה לערך יעילות ההליך הפלילי וערך חירותו של נאשם הגלום בו מעמד בכורה מוחלט על פני ערך חשיפת האמת, והגנה על הנאשם מפני חשש הרשעת-שוא. מנגד, עקרון המונע, ככלל, את עדותו של עד שותף במשפט הנאשם בטרם נסתיים משפטו, נותן משקל מכריע לערך חשיפת האמת והגנה מפני הרשעת-שוא, תוך צמצום משקלו של ערך יעילות ותקינות ההליך הפלילי, ובכלל זה, זכות נאשם המוחזק במעצר לחירותו האישית טרם הכרעת דינו. יש הכרח, איפוא, לשלב בין המגמות הטמונות בשתי אפשרויות קיצוניות אלה בדרך שתיצור איזון יחסי והקרנה רציונלית ביניהן (ד' וינר ו-נ' הרדוף "האמנם הגיע הזמן לבטל את הלכת קינזי?", הסניגור 33 (1999) 3).

האיזונים בהחלת הילכת קינזי

18. הגשמת האיזון הראוי בין הערכים המתנגשים תושג באמצעות ביטולה הסלקטיבי של הילכת קינזי, תוך הותרת שיקול דעת שיפוטי לערכאה הדיונית להורות במקרים חריגים על שמיעת עדות העד השותף רק לאחר סיום ההליכים בעניינו. גורלם של הנאשמים במעצר נוכח התארכות ההליכים והפגיעה הכללית בתקינותו של ההליך הפלילי ובכוחו המרתיע עקב החלתה של ההלכה מצדיקים, במאזן כולל, את ביטולה, אך זאת בכפוף להותרת שיקול דעת לערכאה השיפוטית להחילה בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים. שיקול דעת זה, מן הדין שיופעל במיגזר צר של מצבים, שהקו המשותף המאחד אותם הינו שבהתרחשותם, גוברים בבירור היתרונות בהחלת ההלכה על פני חסרונותיה. בעוד עד עתה, נטתה הפרקטיקה השיפוטית לעבר החלתה הרחבה

של ההלכה תוך השארת מירווח צר ביותר לסטייה ממנה, הרי כיום יש להפוך את הקערה על פיה בשל מחירה הכבד של ההלכה בהתמשכות וסרבול ההליך הפלילי. תכלית עשיית הצדק במבט כולל תיפגע אם המצב הקיים יימשך. עם זאת, בהסטת נקודת האזון כאמור, אין כדי לשלול לחלוטין שיקול דעת שיפוטי להחיל את כלל קינזי במקרים המתאימים, וזאת במצבים יוצאי דופן וחריגים. הכלל ייהפך, איפוא, ליוצא מן הכלל; החריג יהפוך לכלל. זו גרעינה של ההצעה.

בטרם נתווה קווים אפשריים לטעמים מיוחדים להחלת ההלכה, יש לציין בתורת קו כללי, כי ראוי הוא, דרך כלל, כי עדותו של העד השותף תישמע במשפטו של הנאשם, במידת האפשר, לאחר שכל עדי התביעה, או לפחות מרביתם, השמיעו את עדותם. באופן זה, ינתן סיכוי רב יותר להשלמת משפטו של העד השותף קודם להעדתו במשפטו של הנאשם ככל האפשר מבלי שהדבר יהיה כרוך בהמתנה מיוחדת לסיום משפטו של העד השותף. אם, חרף זאת, לא הסתיים משפט העד בעת שעדותו מתבקשת, כי אז טעמים מיוחדים להפעלת שיקול דעת שיפוטי להחלתה של הילכת קינזי עשויים להתקיים, בין היתר, במצבים הבאים, והכל בכפוף לנסיבות המיוחדות של המקרה הפרטני.

(א) מקום בו סבור בית המשפט כי משקלה של עדות השותף ביחס למצבור הראיות האחרות שהובאו נושא עמו "מסה קריטית" לגורלו של המשפט, ועיתוייה של עדות זו בשלב שלאחר סיום ההליכים בעניינו של השותף עשוי לתרום תרומה מהותית למיצוי הפוטנציאל הראייתי מעדות זו, ולהשגת תוצאת אמת במשפט;

(ב) מקום שנאשם אינו מצוי במעצר, או שהוא מוחזק במעצר, אך בו-זמנית מרצה עונש מאסר בגין עבירות אחרות, באופן שההמתנה לסיום הליכי המשפט בעניינו אינה העילה הישירה לשלילת חירותו;

(ג) הנאשם מבקש כי עדות העד השותף בעניינו תידחה עד לאחר סיום ההליכים במשפטו של העד, וזאת מתוך הנחה שבקשה זו עשויה להביא עמה הארכה נוספת של תקופת מעצרו עד תום ההליך בעניינו. במסגרת שיקול הדעת השיפוטי, תישקל בקשה זו בראייה רחבה, ובין היתר, בהשלכתה על תקינותו של ההליך הפלילי מבחינת האינטרס הציבורי הכללי.

(ד) מקום שההמתנה לסיום ההליכים במשפטו של העד השותף מוגבלת למשך זמן קצר בלבד, בהתייחס למשך הזמן הכולל הנדרש למשפט, באופן שהיתרון הראייתי

הטמון בהמתנה קצרה גובר על הפגיעה העלולה להיגרם נוכח דחייה קצרה בלבד של הליכי המשפט, יהיה בית המשפט רשאי להפעיל את שיקול דעתו להמתין בשמיעת העדות עד לסיום משפטו של העד.

מצבים אלה אינם בבחינת רשימה סגורה, אלא שההנחה הטמונה בהצעה זו היא כי החלת הילכת קינזי מעתה תהיה בבחינת חריג לכלל, והיא תוחל במשורה במקרים מיוחדים שבהם יתרונות ההלכה מכריעים את חסרונותיה, ובהינתן הנסיבות והנתונים המיוחדים של הענין.

19. אינני שותפה לחשש, המובע לא אחת, כי הותרת שיקול דעת שיפוטי לחרוג מכלל דיוני מטעמים מיוחדים עלולה להביא להשתלטות החרג על הכלל, ולשימוש מופרז במירווח שיקול הדעת, האמור להיות מופעל במשורה. התרבות השיפוטית מעידה על עצמה כי צורכי המציאות וצרכי המשפט הם כה מגוונים, כה מורכבים ורבי-פנים עד כי החלת כללים דיוניים נוקשים בלא יכולת סטייה ובלא אמצעים להתאמתם למצבים מיוחדים, עלולה להסב נזק שהוא לעיתים רב מן התועלת הגלומה בהם. חזקה על השופט כי יפעיל שיקול דעתו בתבונה ובסבירות, ויפעל להחלת החרג לכלל בריסון ובהבנת מגבלות כח השיפוט וכיבודן. שיקול דעת שיפוטי לחרוג מן הכלל הדיוני מטעמים מיוחדים ניתן לערכאה השיפוטית בעניינים רבים, ואיני רואה טעם טוב מדוע לא ינתן גם בסוגיה שלפנינו, מתוך הנחה כי יופעל כראוי. במיוחד נכון הדבר בנסיבות בהן שררה הילכת קינזי כשלושים שנה, ובשלה העת להביא לשינוי בכך. השינוי המתון וההדרגתי מתיישב עם הצרכים הנוגדים, ועם התפיסה המצדדת בשינויים מתונים, תוך ציפייה להפיק לקחים מהנסיון המצטבר, והוא עדיף על פני הגישה הקיצונית, הגורפת, המבקשת לבטל כליל הסדרים קיימים, תוך סילוק חסרונותיהם, בד בבד עם ויתור כולל על יתרונותיהם, בלא יכולת ציפייה מראש מה עלול להיות מחירו של השינוי.

רק לאחרונה פסק בית משפט זה בפרשת יששכרוב כי יש להותיר בידי בית המשפט שיקול דעת באלו נסיבות לפסול קבילות ראיות שהושגו שלא כדין, בשים לב לנסיבות המקרה ולאמות מידה שהותוו בענין זה. וכך אמר בית המשפט באותו ענין (מפי השופטת ביניש):

"הותרת שיקול דעת כאמור בידיו של בית המשפט עולה בקנה אחד עם תורת האיזונים הכללית המאפיינת את שיטתנו המשפטית, והיא תואמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית... זאת ועוד: אימוצה של דוקטרינה יחסית, המקנה לבית המשפט שיקול דעת בשאלת קבילות ראיות שהושגו שלא כדין עולה בקנה

אחד עם חובתנו לנהוג במתינות ובזהירות נוכח שינוי ההלכה שנהגה בסוגיה הנדונה עד כה".

דומה, כי שורות אלה תואמות להפליא גם את הסוגיה שלפנינו.

20. יש לקוות, כי המאמצים בתחום המינהל השיפוטי, שנועדו לייעל את ההליך הפלילי ולהתאים את האמצעים הנדרשים לצרכים המשתנים בתחום זה ישאו פרי, וישפיעו גם הם על הסוגיה המורכבת שבפנינו. שהרי ככל שההליך הפלילי יתייעל, כך ניתן יהיה להגשים באופן טבעי את יתרונותיה של הילכת קינזי בלא פגיעה מחסרונותיה, בדרך שתאפשר את השמעת עדותו של העד השותף לאחר סיום משפטו בלא להמתין לכך במיוחד לצורך המשך משפטו של הנאשם, ובלא לפגוע פגיעה בלתי מידתית בחירותו האישית של הנאשם הממתין לסיום משפטו בעודו במעצר.

סוף דבר

21. תפקידה של חברה מתוקנת הוא לאזן בין הגנה על זכויות נאשם, לעודד מלחמה בפשע, לקיים חובה כלפי קרבנות עבירה, למנוע הרשעת חפים מפשע ולהבטיח כי האשם לא יצא פטור מן הדין (השופטת שטרסברג-כהן בפרשת חכמי, שם). במסגרת זו, עולה הצורך לאזן בין ערך חשיפת האמת לבין יעילותו של ההליך הפלילי ולמען שמירה על זכויות הנאשם מפני מעצר מתמשך, ויישוב בין החשש מפני עיוות דין לבין הסכנה מפני עינוי דין. איזון זה אינו קל. דרך האיזון אינה בפתרון גורף אלא בנוסחה יחסית שתגלם בתוכה את השיקול הראוי של הערכים והאינטרסים המתמודדים.

22. אם נתקבל דעתי, היינו מחזירים את הענין לבית המשפט המחוזי בבאר שבע, כדי שיחליט האם יש לשמוע את עדותו של העד השותף ירון סנקר (המשיב 5) במשפטם הנפרד של הנאשמים המשיבים, וזאת בטרם יוכרע דינו, או שמא מתקיימים במקרה זה טעמים מיוחדים המצדיקים, על פי אמות המידה המוצעות כאן, להמתין במתן עדותו של סנקר עד לסיום ההליכים בעניינו.

ש ו פ ט ת

הנשיאה ד' ביניש:

1. לפנינו עתירת המדינה לביטול ההלכה הידועה כהלכת קינזי המונעת העדתו של שותף לעבירה כעד תביעה במשפטו של שותפו שהועמד לדין בכתב-אישום נפרד, כל עוד משפטו של העד תלוי ועומד.

חבריי השופטים א' לוי וא' פרוקצ'יה הניחו על שולחנו חוות דעת מקיפות ומעמיקות שכל אחת מהן, על פי דרכה, עומדת על תכליותיה של ההלכה, על הרציונלים שביסודה, ועל הזכויות, האינטרסים והערכים העומדים במרכזה של ההכרעה אם להותיר את הלכת קינוי על כנה.

הפער שבין גישותיהם של חבריי אינו כה עצום ורב כפי שהוא נראה על פני הדברים. שני חבריי מסכימים כי הלכת קינוי קובעת כלל דיוני, כלל של פרקטיקה שגובש בפסק דין שניתן לפני שלושים שנה והפך לכלל גורף ונוקשה. שניהם סוברים כי הכלל בהיקפו הגורף אינו מתאים עוד לתנאי זמננו ולמציאות המשפטית בה אנו חיים. הכלל כיום מהווה מכשול לקיומו של הליך פלילי אפקטיבי. חבריי מסכימים, אפוא, כי הגיעה העת לסטות מהכלל הגורף ולקבוע נקודת איזון חדשה בין הערכים המתנגשים העומדים ביסוד הלכת קינוי; עוד מסכימים הם כי ההלכה כפי שהיא מתפרשת כיום אינה יכולה לעמוד. המחלוקת העיקרית היא אם יש להותיר לבית המשפט בערכאה הדיונית שיקול דעת בשאלת האפשרות שלא להעיד עד העומד לדין בגין אותה פרשה, בטרם הסתיים משפטו. האם בית המשפט יהיה רשאי בנסיבות מתאימות לדחות את המשך שמיעת המשפט הפלילי, רק בשל הצורך להמתין לסיום משפטו של העד.

לשיטתו של חברי השופט לוי, מביטול ההלכה מתחייבת המסקנה כי כיום אין לבית המשפט עילה לדחיית משפט מהטעם שהתביעה מבקשת להעיד שותף שעניינו טרם התברר. ואילו לשיטתה של השופטת פרוקצ'יה מתבקש ביטול סלקטיבי של הלכת קינוי, "תוך הותרת שיקול דעת שיפוטי לערכאה הדיונית להורות במקרים חריגים על שמיעת עדות העד השותף רק לאחר סיום ההליכים בעניינו". בחוות דעתה מציינת היא כי המאזן הכולל מצדיק את ביטולה של ההלכה בכפוף להותרת שיקול דעת לערכאה השיפוטית להחילה "בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים".

2. במחלוקת שבין חבריי, דרכי היא דרך הביניים. מקבלת אני את דעתה של השופטת פרוקצ'יה כי אין לשלול מבית-משפט המנהל הליך פלילי את שיקול הדעת המסור לו לדחות דיון, ואף לדעת עשוי להיות מקרה נדיר שהטעם לדחייה יהיה הצורך לסיים את משפטו של העד, השותף לעבירה. נראה כי על-פי גישתו של השופט לוי אף הוא יסכים כי אין לשלול מבית-משפט כל שיקול דעת המסור לו בניהול המשפט, אך חושש הוא מכך שכל פירצה שנותיר תחזיר את הלכת קינוי למעמדה. אודה כי אף אני חוששת שמא ההצעה שמציעה חברתי השופטת פרוקצ'יה לענין טיב והיקף הנסיבות והמצבים שבהם מוצדק יהיה להמתין לסיום משפטו של העד, יש בה כדי למשוך את

השטיח מתחת למגמה של ביטול הלכת קינזי והיא עלולה להביא בהדרגה לשימורה של הלכה זו.

אינני מקלה ראש ברציונאל של הלכת קינזי ובעיקר בתכלית הראויה של חשיפת האמת בהליך פלילי עליה עמדה השופטת פרוקצ'יה בהרחבה בפסק-דינה. אלא שממילא התכלית האמורה אינה מוגנת עוד באמצעות הלכת קינזי. הטעם לדבר נעוץ במציאות הקשה שעמה מתמודדים היום בתי המשפט בעת ניהול הליכים פליליים ובמאמץ להשגת התכלית של חשיפת האמת. הפשיעה הכבדה הלכה ורבתה במקומותינו, ועמה התפשטה התופעה של הרתעת עדים מלהעיד. כדי להתגבר על חששם של עדים ועל הלחצים הקשים שהופעלו ומופעלים על עדי תביעה במטרה להניאם ממסירת עדות אמת, נחקק התיקון לפקודת הראיות משנת תש"ם-1979. במסגרת התיקון האמור, הוספה הוראת סעיף 10א לפיה ניתן להעדיף בתנאים מסויימים את אמרת העד בחקירתו במשטרה על פני עדותו בבית המשפט. מאז ועד היום הלכה והתעצמה רתיעתם של עדים מלחזור בעדותם בפני בית-המשפט על הגרסה הראשונית שנמסרה מפיהם בחקירת המשטרה. תופעה זו מאפיינת את עדותם של שותפים לעבירה, הן לפני שהסתיים משפטם והן לאחר שמשפטם הסתיים. התוצאה היא שברוב המקרים של התיקים, כאשר שותפים לעבירה נקראים להעיד מטעם התביעה, אין נשמעת עדותם על-פי הגרסה שמסרו בחקירה; התביעה מצידה מבקשת להעדיף את הגרסה המפלילה שנמסרה במשטרה וזאת מכוח סעיף 10א הנ"ל, ובית המשפט נאלץ להגיע לחקר האמת על-פי גרסה שנמסרה עוד בטרם התנהל משפטו של השותף לעבירה. מאליו מובן כי אם וככל שישנה הטייה בגרסת העד שנמסרה בטרם נשפט, תהיה לכך השפעה על עוצמת החיזוקים הראייתיים הנדרשים על-מנת לסייע לבית-המשפט להגיע לחקר האמת.

זאת ועוד, שיטתנו האדברסרית אינה מאפשרת בדרך כלל לבית המשפט להעריך מראש את חשיבותה של העדות למשפט, ובעיקר אינה נותנת בידיו כלים להעריך אם בהתייבצו על דוכן העדים ימסור העד גרסה מפלילה. כאמור, הסיכוי שהעד יעיד כציפיית התביעה על-יסוד החקירה המשטרית, הוא בדרך כלל קלוש. ברוב המקרים, ההערכה אם העד אכן יעיד על-פי גרסתו המפלילה, מצויה בידי הצדדים שחומר החקירה מוכר להם, ולא בידי בית המשפט שטרם שמע את הראיות.

המבחן שמציעה חברתי לפיו קבלת הסכמתו של הנאשם כי מוכן הוא לשאת בתוצאות של התמשכות מעצרו ומוכן הוא לפגיעה בזכותו לחרות כדי להמתין לסיום משפטו של העד, אינו יכול לשמש הצדקה לדחיית הליכי המשפט. דחיית המשפט בתנאים שנאשם נתון במעצר ממושך ודאי פוגעת בזכויותיו של הנאשם ועל אלה רשאי הוא לוותר משיקוליו. אולם, התמשכות המשפט פוגעת גם באפקטיביות של המשפט

הפלילי ובאינטרס הציבור כי ההליך הפלילי ייתן מענה הולם לאכיפת החוק. יתרה מזו, אופיים החמור של תיקים פליליים שעניינם בפשיעה מאורגנת ובעבירות החמורות ביותר שבספר החוקים שהענישה בגינם כבדה, מעצים את האינטרס שעלול להיות לנאשם בכך שעד התביעה יימנע מלהעיד; התמשכות ההליכים עלולה לעודד הפעלת אמצעים פסולים עד כדי קיום חשש לגורלו של העד ולאפשרות לקיים הליכי משפט תקינים.

3. בשל התועלת המועטה שעשויה לצמוח להליך חשיפת האמת מדחיית שמיעת המשפט, ובשל החשש כי הותרת שיקול דעת שיפוטי רחב בעניין זה עלולה להחזיר את הגלגל ולהשיב את הלכת קיזני על מכונה, לא הייתי משאירה את הפתח הרחב לטעמי שמציעה חברתי השופטת פרוקצ'יה, בנוגע להיקף שיקול הדעת של בית המשפט המנהל את ההליך לדחיית המשפט עד לסיום משפטו של השותף-העד. עם זאת, בשל השקפתי כי לעולם יש לבית המשפט שיקול דעת באשר לאופן ניהול ההליך שלפניו, נראה כי בית המשפט יהיה רשאי להחליט בנסיבות מסויימות - חריגות וקיצוניות ביותר - כי מוצדק להמתין לסיום משפטו הנפרד של שותף לעבירה בטרם יעלה לדוכן העדים. כך למשל באותם מקרים שמשפטו של אותו עד מתנהל ביעילות והוא עומד בפני סיומו, ולצדדים ישנה הערכה רצינית כי העד אמנם מתכוון להעיד כעד מטעם התביעה על-פי גרסתו המפלילה. ההכרעה בעניין זה באותן נסיבות יוצאות דופן היא בידי בית המשפט. אולם היא תעשה רק לאחר קבלת נתונים והערכת מצב מושכלת וקונקרטית על-ידי הצדדים להליך. בעניין זה, תובא בחשבון עמדת התביעה כאשר היא מבקשת להביא את העד לעדות רק לאחר סיום משפטו כדי להפיג את החשש מפני עדות מוטה, וכן יינתן משקל להסכמתו של הנאשם לשהות במעצר עד תום ההליכים לשם כך. בית המשפט יינמק את טעמיו לדחיה חריגה כאמור.

4. בשולי הערותיי אוסיף בקצרה את עמדתי לענין החסינות הניתנת לעד הנדרש להעיד בטרם הסתיים משפטו, עליה עמד בהרחבה חברי השופט לוי. שני חבריי עמדו על כך שבשיטות משפט אחרות - בארה"ב ובקנדה - הטעם לאי העדת שותף שמשפטו טרם נסתיים, אינו נעוץ בזכותו של הנאשם להליך הוגן אלא בזכותו של העד שלא להפליל עצמו. בשיטתנו, הוראת סעיף 47(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש] נותנת מענה להגנה הנדרשת לעד מפני הפללתו בעת מתן העדות. שאלת היקף החסינות הניתנת לראיות שמקורן בעדותו של עד העלול להפליל עצמו היא מורכבת ואינה טעונה הכרעה בעתירה שלפנינו. הדיון לפנינו התמקד בשאלות אחרות וסוגיה זו לא התלבנה די הצורך. גישתו של חברי השופט לוי מרחיבה את הפרשנות הניתנת לחסינות בסעיף 47(ב) הנ"ל מעבר לראיות שעלו מעדותו של העד במישרין, גם לדברים העולים ממנה

בעקיפין. אעיר כי ספק בעיניי האם פרשנות זו עולה בקנה אחד עם שיטתנו המשפטית בכל הנוגע לדוקטרינה הפסיקתית של פסילת ראיות. זוהי סוגיה המחייבת בירור נפרד לשם מציאת נקודת האיזון הראויה בין הצורך להגן על העד לבין הצורך בחשיפת האמת בהליכי המשפט ומוטב שנשאירה לעת מצוא. מכל מקום, ברי כי התביעה רשאית במקרה קונקרטי להצהיר על היקף החסיון שיש בכוונתה לתת לעד אף מעבר לחסיון הניתן מכוח הדין, תהא פרשנות היקפו כפי שתהא.

את עמדתי אסכם, אפוא, כי הגיעה העת לביטולו של כלל הפרקטיקה שגובש בהלכת קינזי. שיקול הדעת המסור לבית המשפט לדחות את שמיעת ההליכים בעילה של המתנה לסיום משפטו של עד, יופעל בצמצום מירבי במקרים יוצאי דופן בלבד ומטעמים מיוחדים שבית המשפט ינמק, על פי האמור בפיסקה 3 לעיל.

אשר על כן, אני מצטרפת לדעתו של השופט א' א' לוי כי ייעשה צו מוחלט לפיו החלטת בית המשפט המחוזי בבאר-שבע בטלה.

ה נ ש י א ה

הנשיא (בדימ') א' ברק:

קראתי בעיון את חוות דעתם המקיפות והיסודיות של חבריי השופטים א' א' לוי והשופטת א' פרוקצ'יה. בעמדותיהם של חבריי, רב המשותף על המפריד. באשר לנקודות בהן חלוקים חבריי, מחזיק אני בעמדת ביניים, כפי שזו באה לידי ביטוי בחוות דעתה של חברתי הנשיאה ד' ביניש.

הנשיא (בדימ')

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

כפי שצוין בחוות דעתם של הנשיאה ד' ביניש והנשיא (בדימ') א' ברק, רב המשותף על המפריד בעמדותיהם של חברי השופטים א' פרוקצ'יה וא' לוי. הכל מסכימים כי הכלל המתואר בהלכת קינזי אינו מתאים עוד למציאות המשפטית דהיום

וכי יש בו תכופות כדי להוות מכשול לקיומו של הליך פלילי ראוי, עד כי יש לנטוש את הכלל הגורף. המחלוקת נסבה על שיעור שיקול הדעת המקנה לערכאה השיפוטית להוסיף ולהחיל את הלכת קינזי בנסיבות מיוחדות. בשאלות אלה מצטרף אני לעמדת הביניים כפי שזו באה לידי ביטוי בחוות דעתה של חברתי הנשיאה ד' ביניש.

המשנה לנשיאה

השופט א' גרוניס:

1. אני מסכים לפסק-דינו של חברי השופט א' א' לוי. אוסיף הערה קצרה באשר לכלים שמטרתם לצמצם את החשש מפני הרשעת שווא על יסוד עדותו של שותף ולמנוע פגיעה בעד-השותף בשל דברים שיאמר בעדותו.

2. אין ספק שקיים חשש, כי עדותו של העד-השותף תהא מוטה או אף שיקרית אם יידרש הוא להעיד טרם שמשפטו נסתיים. כפי שציין חברי השופט א' א' לוי, במקרים לא מעטים כאשר העד מעיד רק בתום משפטו שלו נאלצת התביעה לעשות שימוש באמרתו במשטרה, מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות. יש להניח שכך יקרה גם אם השותף יאלץ להעיד עוד לפני שמשפטו נסתיים. לכן, הן במקרה של שימוש באמרה שניתנה במשטרה והן עם ביטולה של הלכת קינזי, יש חשיבות רבה מאוד לתוספת הראייתית הנדרשת. כידוע, לא ניתן להרשיע נאשם על יסוד עדותו היחידה של שותף לעבירה, אלא אם קיימת תוספת ראייתית של חיזוק (סעיף 54א(א) לפקודת הראיות). בעבר, עד לשנת 1982, נדרשה תוספת בעלת משקל רב יותר, זו של סיוע. הנני תוהה אם לא הגיעה השעה להחזיר לספר החוקים את הדרישה האמורה. אף אם לא תוחזר תוספת זו, יש לעמוד על כך שהתוספת של "חיזוק" לא תהפוך לזניחה, שולית וחסרת משמעות. להשקפתי, קיימת שחיקה מתמדת בפרשנות של דרישה זו, ואולי יותר מכך ביישומה הקונקרטי. בצדק ציין חברי השופט לוי כי בית המשפט רשאי "לקבוע רף גבוה לדרישת החיזוק" וכי "אפשר ושוב לא יהא המרחק בין דרישת החיזוק לבין דרישת הסיוע כה רב" (פיסקה 28 לפסק-דינו). הסכמתי לביטולה של הלכת קינזי מבוססת, איפוא, על ההנחה שבתי המשפט יקפידו על קיומו של "חיזוק" בעל משקל, שאם לא כן אכן יגבר החשש מפני הרשעות שווא. במלים אחרות: יש לחזק את ה"חיזוק".

הכלי הנוסף אליו אני מכוון, בעקבות חברי השופט א' א' לוי, הוא החיסיון הניתן לדברי העד-השותף, כך שלא ניתן יהיה לעשות שימוש בדבריו כנגדו הוא (זאת על יסוד ההוראה שבסעיף 47(ב) לפקודת הראיות). כפי שחובה להקפיד כי התוספת של "חיזוק" כתנאי להרשעה לא תהא חסרת משמעות אמיתית, כך תהא חובה לדקדק עם רשויות התביעה, על מנת שלא יוכלו לעשות שימוש בדברי העד-השותף כהליך המתנהל נגדו.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

1. אני מצטרפת לדעת חברתי הנשיאה ד' ביניש.
2. הלכת קינזי "זורעת קשיים בדרכם של הליכים פליליים" (בג"ץ 5091/03 תורק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(5) 665, 672). היא מנוצלת לא אחת לרעה. כיום, בהתחשב בשינויים המשמעותיים שחלו ברבות השנים בדרכי התנהלות ההליך הפלילי ובהתחשב בנסיון השיפוטי שנצבר ביישומה, המסקנה היא כי נזקה של הלכת קינזי גדול מתועלתה, ויש לבטלה. ואולם ביטול ההלכה איננו שולל שיקול דעת מהערכאה הראשונה, המוסמכת להורות על דחיית שמיעת העד-השותף עד לאחר סיום ההליכים המשפטיים בעניינו של העד. השאלה היא כיצד יופעל שיקול הדעת.
3. כמו חברתי הנשיאה ביניש, סבורה אני כי רק בנסיבות חריגות וקיצוניות ביותר יחליט בית המשפט, תוך מתן נימוקים, כי מוצדק להמתין לסיום משפטו הנפרד של שותף לעבירה בטרם יעלה לדוכן העדים.
4. הלכת קינזי מופעלת כאשר עד, שמשפטו מתברר בנפרד (העד-השותף) מוזמן להעיד מטעם המאשימה במשפטו של נאשם פלוני (הנאשם). הסיבה לכך שהעד-השותף מצוי בין עדי התביעה במשפטו של הנאשם היא, שהעד-השותף מסר במשטרה גרסה שיש בה כדי להפליל את הנאשם בעבירות שיוחסו לו או בעובדות מסוימות שנזכרו בכתב האישום. לעתים העד-השותף מפליל הן את עצמו והן את הנאשם, ולעתים את הנאשם בלבד.

5. ישנם שני מצבים אופייניים (אך לא יחידים) בהם מתעוררת שאלת דחיית עיתוי עדות העד-השותף. המצב הראשון הוא כאשר העד-השותף דבק במשפטו-הוא בגרסה שמסר במשטרה. המצב השני הוא כאשר העד-השותף חוזר בו מהגרסה המפלילה שמסר במשטרה הן במשפטו-הוא והן במשפטו של הנאשם. במקרים רבים ניתן "לזהות" בשלב מוקדם יחסית לאן פניו של העד-השותף ומה כוונותיו, זאת לאור התשובה לאישום או מהלכים אחרים שלו במשפטו-הוא. כאשר העד-השותף הפליל גם את עצמו והוא דבק במשפטו-הוא בגרסה שמסר במשטרה ומודה, כל שנותר הוא להמתין למתן גזר דינו במשפטו הקבוע למועד קרוב. לעומת זאת, כשהעד-השותף חוזר בו במשפטו-הוא מהגרסה שמסר במשטרה, זוהי אינדיקציה אפשרית להתמשכות המשפט של הנאשם, אם משפט זה יידחה עד סיום משפטו של העד. ככל שהצפייה הסבירה היא, בשים לב לכל נסיבות העניין, שמשפטו של העד-השותף יסתיים תוך זמן קצר, כך תגבר הנטייה לדחות את שמיעת משפטו של הנאשם (או לשמוע בינתיים את העדים האחרים). ככל שהסבירות היא שמשפטו של העד-השותף יתארך, אין טעם בדחיית שמיעת משפטו של הנאשם. הערכאות הדיוניות חיפשו ומצאו להן דרכים שונות ומשונות כדי "להתגבר" על הלכת קינזי ולמנוע עיכוב בשמיעת משפטים. אחת הדרכים היא לתת לעד השותף לעלות על דוכן העדים (במקום שישנה צפיה שלא יפליל את הנאשם) תוך מתן אפשרות לצדדים להעלות במידת הצורך "טענת קינזי" במהלך העדות. נסיון החיים השיפוטי מעלה כי במקרים רבים מסתבר, באופן כזה, שהרציונאל של הלכת קינזי לא התעורר.

6. לדעתי אין צורך לקבוע עתה קווים מנחים קשיחים לטיבן של הנסיבות החריגות והקיצוניות בהן יחליט בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו כך שתידחה שמיעת עדות העד-השותף בעילה של המתנה לסיום ההליכים המשפטיים בעניינו. העניין נתון למיטב שיפוטו של שופט הערכאה הדיונית, אשר צריך לפלס את דרכו בתבונה. עליו לשמוע את הערכות הצדדים לגבי משפטו של העד-השותף ולהפעיל את חוש המומחיות שלו כשופט מקצועי.

7. ברוח דברים אלה - מקובל עלי הטעם הרביעי מבין ארבעת הטעמים המיוחדים שמונה חברתי השופטת פרוקצ'יה, ככאלה המצדיקים לגישה את דחיית שמיעת עדות העד-השותף (פסקה 18 לפסק דינה). ואולם שלושת הטעמים הנוספים הם רחבים מידי לטעמי. הם אינם עולים בקנה אחד עם המסר הברור העולה מהחלטתנו היום, ביחס להיקפו הצר ביותר של שיקול הדעת לדחיית שמיעת עדות העד-השותף. כדברי חברתי הנשיאה, יש בהם "כדי למשוך את השטיח מתחת למגמה של ביטול הלכת קינזי". בפרט מסתייגת אני מהטעם השלישי, שבו מבקש הנאשם כי עדות העד-השותף תידחה

בהנחה שתינתן הארכה נוספת של תקופת מעצרו. נדמה כי טעם זה שם בידי הנאשם את המפתח להתנהלות ההליך המשפטי בעניינו. אין זה מצב רצוי. גם בענין זה מקובלים עלי דברי חברתי הנשיאה, כי טעם זה "אינו יכול לשמש הצדקה לדחיית הליכי המשפט" שכן לעיתים יש בו כדי "לעודד הפעלת אמצעים פסולים עד כדי קיום חשש לגורלו של העד".

8. לפיכך מקובלת עלי, כאמור, עמדת הביניים של הנשיאה ולפיה "שיקול הדעת המסור לבית המשפט לדחות את שמיעת ההליכים בעילה של המתנה לסיום משפטו של עד, יופעל בצמצום מירבי במקרים יוצאי דופן בלבד ומטעמים מיוחדים שבית המשפט ינמק".

9. עוד אציע, גם כן כמו הנשיאה, להשאיר בצריך עיון את שאלת היקף החסינות מפני הפללה עצמית הניתנת לעד הנדרש להעיד בטרם הסתיים משפטו. העמדה של שיטת המשפט הישראלית עד היום, בהקשרים קרובים, אינה כמוצע בעניינו על ידי חברי השופט לוי (ראו ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(ב) 221, 291-316 דברי השופט ד' לוין, ועמ' 464-462, דברי השופט קדמי). לטעמי ראוי שנקבע בסוגיה זו כללים אחידים, אך בעתירה שלפנינו לא מתבקשת הכרעה בסוגיה זו.

10. כן אציע להשאיר בצריך עיון את שאלת מידת התוספת הראייתית הדרושה בעניינו.

11. לסיכום: בפסק דינו זה מסירים אנו מן הערכאות הדיוניות את כבלי הלכת קינזי בדרך ניהול המשפט הפלילי. ההלכה אמנם מבוטלת, אך שיקול הדעת השיפוטי נותר. עם זאת, מתחם שיקול הדעת בדחיית עדות העד-השותף הוא צר כך שבשורה התחתונה, מקובלת עלי כאמור עמדתה של הנשיאה ביניש. אין צורך לקבוע כעת קווים מנחים קשיחים לטיבן של הנסיבות החריגות והקיצוניות להפעלת שיקול הדעת. לעת הזו די בכך שאומר, כי ככל שהצפייה הסבירה היא שמשפטו של העד-השותף יסתיים תוך זמן קצר, כך תגבר הנטייה לדחות את שמיעת משפטו של הנאשם.

(ב) החלטתו של בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע, נושא הדיון – בטלה.

ניתן היום, ט"ז בתשרי תשס"ז (8.10.06).

שופטת		שופט		שופט		שופטת
-------	--	------	--	------	--	-------