

## עד המדינה: שתי הערות למבחן האמונה הסובייקטיבית

(הערת פסיקה בעקבות ע"פ 4998/95 מדינת ישראל נ' גומז-קרדוסו)

מאת

### גיל עשת\*

א. מבוא. ב. הדין הנוהג: מבחן טובת ההנאה האובייקטיבית. ג. גישת השופט חשין – מבחן האמונה הסובייקטיבית. ד. תנאי הזיקה למצגים של סוכני הרשות. ה. סבירות האמונה הסובייקטיבית. ו. בעיית המסרים המעורפלים בחקירה או המשתמעים מעמדת התביעה. ז. נטל ההוכחה וקשיים מובנים בחשיפת מסכת ההבנות בין העד-השותף לבין הרשות. ח. סיכום.

### א. מבוא

המבחן להכרה בעד מדינה מכוח סעיף 54א(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971<sup>1</sup>, פורש בפסיקה כנושא אופי אובייקטיבי. רק במקום שבו התמורה שניתנה לעד-השותף לעבירה, או שהובטחה לו, היא דבר הניתן לו מעבר לזכויותיו מבחינה אובייקטיבית, ייחשב השותף כעד מדינה. בפרשת גומז-קרדוסו<sup>2</sup>, הציע השופט חשין, באמרת אגב, להכיר בכך שגם אמונה סובייקטיבית של השותף, ולו שגויה, כי הובטחה לו טובת הנאה או ניתנה לו כזו, תצדיק לראותו כעד מדינה. בפסקי-דין

\* תלמיד מחקר ללימודי תואר שלישי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. שותף במשרד פרופ' דוד ליבאי ושות', עורכי-דין. תודתי נתונה למורי פרופ' אלי לדרמן ופרופ' דוד ליבאי; לעורך עלי משפט השופט רחמים כהן על תמיכתו ועידודו; לאלעד רט, לעינת שלו, לדנה וייס, לאהוד ויזור ולטל אנגלנדר על הערותיהם ועזרתם.

1 ס"ח תשל"א, עמ' 421 (להלן – פקודת הראיות).

2 ע"פ 4998/95 מדינת ישראל נ' גומז-קרדוסו, פ"ד נא(3) 769 (להלן – פרשת גומז-קרדוסו), 778-780.

מאחרים שבהם נדונה השאלה, בית-המשפט העליון נמנע מלאמץ גישה זו<sup>3</sup>. עם זאת דומה כי ההסתייגות מהרחבת המבחן הנוהג למבחן בעל ממד כפול, אובייקטיבי וסובייקטיבי גם יחד, כהצעת השופט חשין, לא לוותה בשלילה עקרונית של הרציונל שביסוד גישתו. רציונל זה עניינו בכך שהחשש לגבי מהימנות עדותו של השותף, המעיד מטעם התביעה, נובע מאמונתו שלו כי הובטחה לו טובת הנאה בעבור עדותו או ניתנה לו כזו. אמונה זו עשויה להמריצו להעליל על שותפו, כדי לחלץ את עצמו או להקטין את חלקו בעבירה. חשש זה תקף אפוא גם במקום שבו העד-השותף האמין, ולו בטעות, כי ניתנה לו טובת הנאה או הובטחה לו כזו. כידוע, להבחנה בין שותף לעבירה לבין שותף לעבירה שהוא עד מדינה, ישנה משמעות ניכרת נוכח התוספת הראייתית השונה הנדרשת להרשעה על סמך עדותו היחידה (חיזוק או סיוע בהתאמה).

מטרת רשימה זו היא לתמוך במבחן האמונה הסובייקטיבית, כתוספת ראויה למבחן האובייקטיבי בדין הקיים, בשים לב לשני הסייגים שיוצרו, שנועדו לתחמו ולהקל על אימוצו<sup>4</sup>.

בחלקה הראשון של הרשימה (פסקאות ב ו-ג) אציג את המבחן הנוהג בדין הקיים, את גישת השופט חשין, את הרציונל שביסודה ואת הסתייגות הפסיקה מלאמצה. אציע כי ההסתייגות מגישת השופט חשין הייתה עשויה לנבוע מחוסר בהירות מסוים באשר לגבולותיה. בחלקה השני של הרשימה (פסקאות ד ו-ה) אציין שתי הערות בנוגע למבחן האמונה הסובייקטיבית. ההערה הראשונה נוגעת לתנאי מינימום לקיומו של המבחן שאותו אכנה מבחן הזיקה למצגי הרשות. אטען כי אין לפרש את מבחן האמונה הסובייקטיבית ככולל אמונה שאין לה אחיזה במצגים של סוכני הרשות. אציע כי קיומם של מצגים מצד סוכני הרשות או מטעמם בדבר תמורה המובטחת או הניתנת בקשר לעדות יהיה תנאי לבחינת האמונה הסובייקטיבית. אמנם לא תמורה שהיא בהכרח טובת הנאה במוכנה האובייקטיבי, דהיינו לא דבר המובטח לעד או הניתן לו מעבר מזכויותיו (שאחרת מתקיים מבחן עד המדינה האובייקטיבי), אולם זיקה למצגים של סוכני הרשות או מטעמם נדרשת כתנאי להכרה במבחן האמונה הסובייקטיבי. ההערה השנייה נוגעת למה שאכנה סבירות האמונה הסובייקטיבית. אטען כי על האמונה הסובייקטיבית להיות כפופה לבחינת סבירותה אגב הערכת המצגים כלפי העד-השותף והבנתו בטרם מתן עדותו. בהיעדר יסוד סביר לאמונה סובייקטיבית, אין לראותה כמספקת להכרה בעד-השותף כעד מדינה. אציע את שני התנאים הללו כמבחני עזר מצטברים למבחן האמונה הסובייקטיבית. אטען כי הם משתמעים מגישת השופט חשין ומוצע להכיר בהם

3 ראו להלן הערות 19-24 והטקסט הצמוד להן.

4 בשים לב ליעדיה המוגבלים של רשימה זו, איני דן במסגרתה בעצם ההצדקה למוסד עד המדינה או בשאלת טיב התוספת הדרושה לעדותו. לדיון מקיף והשוואתי ראו ע' גרוס עד המדינה (1988).

במפורש. בחלקה השלישי של הרשימה (פסקאות ו וז) אבקש להראות את תרומתו של מבחן האמונה הסובייקטיבית ליצירת ערנות רבה יותר לקשיים המובנים בנסיונות המעשיות שבהן מתעוררת שאלת ההכרה בעד-השותף כעד מדינה. אגע בשני קשיים: הראשון נוגע למה שאכנה בעיית המסרים המעורפלים בחקירה והמשתמעים מעמדת התביעה בעניינו של העד-השותף. הקושי השני נוגע לחשיפת מערכת היחסים בין הרשות לעד-השותף במשפטו של הנאשם.

## ב. הדין הנוהג: מבחן טובת ההנאה האובייקטיבית

סעיף 54א(א) לפקודת הראיות קובע כי הרשעה על סמך עדותו היחידה של עד מדינה טעונה סיוע, להבדיל מהרשעה על סמך עדותו היחידה של שותף לעבירה – הטעונה חיזוק בלבד<sup>5</sup>. הסעיף נחקק בתיקון משנת תשמ"ב, כפועל יוצא של הביקורת שנשמעה

5 כמקובל, על ראיית הסיוע לשאת אופי של ראייה עצמאית מסבכת, המופנית אל מעורבותו של הנאשם בעבירה המיוחסת לו, בעוד שדרישת החיזוק אינה מצריכה בהכרח התייחסות לשאלה השנויה במחלוקת או לאישום, אלא מצטרפת כגיבוי וכתוספת משקל למהימנות דברי העד. ראו למשל ע"פ 348/88 אבו אסעד נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 89, 98; ע"פ 238/89 אסקפור נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 405, 411; ע"פ 6147/92 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מח(1) 62, 69-71. מקובל להניח כי ההלכה שהשתרשה לפני חקיקת סעיף 54א(א) לפקודת הראיות משנת תשמ"ב, ולפיה אין להרשיע שותף לעבירה על סמך עדות יחידה ללא תוספת מסייעת, שונה מזו המקובלת באנגליה, שממנה אומץ המונח סיוע לדיני הראיות שלנו, ואף נטען כי נקלטה כך בטעות; ראו E. Harmon "The Need for Corroboration of Accomplice Testimony and the Need for 'Something Additional' to the Testimony of Someone Involved" 6 *Isr. L. Rev.* (1971) 81, 83, 103. במשפט האנגלי, תוספת הסיוע נדרשת לכמה קטגוריות של עדים וביניהם שותף לעבירה המעיד מטעם התביעה; ברם ההליך נושא אופי של אזהרה למושבעים, שאין בו כדי למנוע הרשעה על סמך עדות יחידה ואין הכרה מפורשת ומיוחדת במוסד עד המדינה בהקשר זה. יתרה מזו, חקיקה מהשנים האחרונות (סעיף 32 ל- Criminal Justice and Public Order Act 1994) אף הקלה בדרישותיה הפורמליות של האזהרה שגובשו במשפט המקובל; ראו Blackstone's *Criminal Practice* (2005), 2205-2209; P. Murphy *On Evidence* (8<sup>th</sup> ed., 2003), 639-649; Archbold *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (2004), 481-484. בארצות-הברית המצב מורכב יותר. במערכת הפדרלית ובחלק מהמדינות נהוג כלל האזהרה לעדות שותף שפותח בפסיקה, אולם בחלקן הלא מבוטל עוגן הכלל בחקיקה ולעתים אף כמחייב תוספת עצמאית מסבכת; ראו J.H. Wigmore *Evidence* (vol. 7, 1978), sec. 2056-7, p. 404-420; C.J. Saverda "Accomplices in Federal Court: A Case for Increased Evidentiary Standards" 100 *Yale L.J.* (1990) 785, 790-795; 29A *American Jur.* (2<sup>nd</sup> ed., 1994), sec. 1458-1492. שם כוללות הנחיות האזהרה למושבעים גם התייחסות לאמונה סובייקטיבית של העד כי עדות נוחה לתביעה יטיב עמו; P.K. McWilliams' *Canadian Criminal Evidence* (4<sup>th</sup> ed., vol. 2, 2006),

בפסיקה ובספרות כלפי תוספת הסיוע שדרשה בזמנו הפסיקה לעדות יחידה של שותף לעבירה<sup>6</sup>. הסעיף הותיר את דרישת הסיוע לעד מדינה בלבד, להבדיל משותף, תוך הרחבת הגדרת עד המדינה ממי שקיבל חסינות מפני העמדה לדין לכל מי שניתנה לו טובת הנאה או הובטחה לו כזו<sup>7</sup>. עד מדינה הוא, כלשון סעיף 54א(א), "שותף לאותה עבירה המעיד מטעם התביעה לאחר שניתנה או שהובטחה לו טובת הנאה". המבחן להכרה בעד מדינה הוא אפוא משולש, היינו כי: (1) מדובר בשותף לעבירה; (2) המעיד מטעם התביעה; (3) לאחר שניתנה או שהובטחה לו טובת הנאה. כן דרשה הפסיקה זיקה בין טובת הנאה הניתנת או המובטחת לבין מסירת העדות<sup>8</sup>.

- 31-55-31-57. לדיון בשורשיו ההיסטוריים של כלל הסיוע שפותח במאה השמונה-עשרה באנגליה בהקשר הנדון ראו J.H. Langbein *The Origins of Adversary Criminal Trial*, 158-165, 209-217, 223-228 (2003). מעניין לציין כי לפי מחקרו של Langbein, כלל הסיוע התפתח בראשיתו ועד למחצית המאה השמונה-עשרה ככלל פסילה ממש ולא כאזהרה גרדא כפי שמציג Wigmore (שם, עמ' 211; השווו Wigmore, שם, עמ' 408-413).
- 6 ראו החוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 6), תשמ"ב-1982, ס"ח 197; ע"פ 73/63 בן חמו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז(4) 2857, 2866; ע"פ 389/73 בן-לולו נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 489, 495 Harnon (לעיל, הערה 5).
- 7 ראו גם דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 6), תש"ס-1980, ה"ח 396, עמ' 397; נ' זלצמן "השותפים לעבירה בדיני ראיות" הפרקליט לו (תשמ"ד-תשמ"ו) 127; גרוס (לעיל, הערה 4), עמ' 83-97; א' הרנון דיני ראיות (חלק שני, 1985), 16-17. סייג להוראה הכללית בסעיף 54א(א) לפקודת הראיות מצוי בסעיף 296 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, המתיר לבית-המשפט להרשיע על יסוד עדות יחידה של שותף לעבירה בעבירות שוחד (לפי סימן ה לפרק ט); בפסיקה נקבע כי סייג זה חל גם לגבי שותף שניתן לו מעמד של עד מדינה (ע"פ 385/87 תלאוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 140, 149). סייג נוסף הנראה מיותר מאז חקיקת סעיף 54א(א) לפקודת הראיות מצוי בסעיף 232(1) לחוק העונשין, ולפיו בית-המשפט רשאי להרשיע על יסוד עדות שותף לעבירה גם ללא סיוע בעבירות בשל משחק אסור (לפי סימן יב לפרק ח).
- 8 ראו ע"פ 4938/94 שמרלינג נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 181 (להלן – פרשת שמרלינג), 191-192; ע"פ 260/89 אפרגן נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן – פרשת אפרגן). באשר לקשר הסיבתי בין טובת הנאה לבין העדות, הרי שלכאורה לפי לשון סעיף 54א(א) המדובר על שותף "המעיד מטעם התביעה לאחר שניתנה או שהובטחה לו", המועד הרלוונטי הוא מתן העדות בבית-המשפט ולא מסירת גירסת העד במשטרה; ברם בתי-המשפט נטו לחזור לאחור לשלב החקירה ולדחות טענה שיש להכיר בעד כעד מדינה במקום שבו נמסרה אמרתו המפלילה לפני שהובטחה או שניתנה לו טובת הנאה (ראו ע"פ 3795/92 לוי נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן – פרשת לוי)). ניתן להבין מגמה זאת על רקע נסיבות שבהן חזר בו העד והתכחש לאמרתו המפלילה בעוד שבית-המשפט נתן בה אמון והכשירה כאמרת חוץ לפי סעיף 10א לפקודת הראיות. כן מעניין להיווכח כי לפחות בחלק מהמקרים בתי-המשפט דרשו למעשה תוספת סיוע לגופו של עניין (ע"פ 442/85 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 748 (להלן – פרשת מזרחי); ע"פ 517/89 עוזרי נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי). לגישה

הסמכות לאישור הסכם עד מדינה נתונה לפרקליט מחוז ובנסיבות מיוחדות, תוך היוועצות בפרקליט המדינה ואף ביועץ המשפטי לממשלה ובאישורם<sup>9</sup>. הקושי בתיחום גבולותיו של המבחן להכרה בעד-השותף כעד מדינה, מתמקד במישור המעשי בנסיבות שבהן לא נחתם הסכם עד מדינה בינו לבין התביעה, ושכבית-המשפט מתעוררת מחלוקת לגבי מעמדו. זאת כאשר נסיבות מסירת גירסתו של העד-השותף במשטרה או עריכת הסדר טיעון עמו, או נסיבות אחרות הקשורות לעמדת התביעה בעניינו, בטרם מסירת עדותו כעד התביעה נגד הנאשם, עשויות לעורר רושם כי ציפה לקבל, או קיבל, טובת הנאה תמורת עדותו. במקרי מחלוקת אלה יהיה להגנה עניין לטעון כי יש לראות בעד-השותף עד מדינה, בעוד שלתביעה תהיה נטייה מובנית לכפור בכך, ולו בשל העובדה שלו סברה אחרת, הייתה עורכת עמו הסכם עד מדינה.

האינטרס של כל אחד מהצדדים מובן: ההבדל האיכותי בטיב התוספת הראייתית הנדרשת (חיזוק או סיוע) עשוי לחרוץ גורלו של הנאשם במקום שבו שותפו הוא עד יחיד נגדו ואין סיוע חיצוני לעדותו. במקרים אלו, שבהם ניטשת מחלוקת בין התביעה לבין ההגנה לגבי מעמדו המשפטי של העד-השותף שלא נערך עמו הסכם עד מדינה, יתמקדו הצדדים, וכיצא בזה בית-המשפט, בהערכת התקיימות רכיבי התנאי השלישי שלעיל, שיסודו בשאלת "טובת ההנאה": האם הובטחה לעד-השותף טובת הנאה בטרם מסר עדותו? האם קיבל בפועל טובת הנאה שכזו? האם קיימת זיקה בין עדותו לבין טובת ההנאה שקיבל או שהובטחה לו?

הכלל שגובש בפסיקה כהלכה הנוהגת כיום הוא כי שאלת מתן טובת ההנאה או הבטחתה כפופה למבחן אובייקטיבי. לפיכך נפסק כי "תקווה" של עד, כי מסירת הודעה בעלת תוכן מסוים תביא לתוצאות רצויות לו – גם כאשר הדבר נעשה על רקע הצגת 'תמונת מצב' מצד החוקרים – אינה הופכת אותו מכאנית ל'עד מדינה', כל עוד אין ההודעה נמסרת ב'קשר' להבטחה או לקבלה של 'טובת הנאה' כאמור<sup>10</sup>. כן קבעה הפסיקה כי הנאשם נושא בנטל להוכיח כי מדובר בעד מדינה<sup>11</sup>.

שלפיה אין לראות באמרת העד-השותף מחוץ לכותלי בית-המשפט בטרם קיבל טובת הנאה כאמרת עד מדינה ראו י' לובוצקי "אמרת 'עד מדינה' שנעשתה מחוץ לכותלי בית המשפט" הפרקליט לו (תשמ"ד-תשמ"ו) 550, 552.

9 סעיף 5 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה (עד מדינה), הנחיה 4.2201 (50.031), כ"ה אב תשס"ה, 30.8.05 (להלן – הנחיות היועץ המשפטי לממשלה).

10 פרשת שמרלינג (לעיל, הערה 8), עמ' 192.

11 לקביעה כי הנטל מוטל על הנאשם להוכיח כי עד הוא בגדר שותף לעבירה ראו ע"פ 158/50 פיק' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 662, 667; ע"פ 406/78 בשירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 393, 452; ולאחר חקיקת סעיף 54א(א), לעניין עד מדינה ראו פרשת אפרגן (לעיל, הערה 8), פסקה 12 לפסק-הדין, וכן ע"פ 638/88 בריקס נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 567, 570. כן ראו מ' קרמניצר "פסיקה צבאית – דיני ראיות: 'עד מדינה'; דבר

מהו אותו מבחן אובייקטיבי שלפיו נמדדת טובת ההנאה שניתנה או שהובטחה? ובכן, זו האחרונה עשויה ללבוש צורות שונות. טובת ההנאה עשויה לבוא לידי ביטוי במתן חסינות מוחלטת מפני העמדה לדין<sup>12</sup>, במתן חסינות חלקית והבטחה לענישה מקלה<sup>13</sup> או בעזרה בבקשת חנינה<sup>14</sup>. טובת ההנאה עשויה ללבוש צורה של הבטחה לתנאי מאסר נוחים, של הבטחה למלט העד מן הארץ או תוכנית אחרת להגנה על עדים, של הבטחה לסגירת תיקים אחרים, של תמורה כספית ועוד<sup>15</sup>. במהלך השנים גיבשה הפסיקה את המבחן האובייקטיבי ולפיו טובת ההנאה היא דבר הניתן לעד מעבר לזכויותיו ושלא לפי חובתם של השלטונות<sup>16</sup>. הזיקה בין העדות הנמסרת לבין טובת ההנאה המובטחת או הניתנת, נוסחה בפסיקה, תחת כנפיו של המבחן האובייקטיבי, כהבנה דר-צדדית בין הרשות לעד-השותף. בפרשת שמרלינג ציין השופט קדמי כי:

"לשיטתי, עד הופך ל'עד מדינה' במקום שבו מתקיימת 'הבנה' – מעין 'הסכמה' – בינו לבין הרשות: זו מבטיחה או נותנת טובת הנאה על-מנת לקבל מן העד גירסה 'נוחה' לה וזה 'מבין' את תכלית ה'מתת' ומקבל עליו – קרי: 'מסכים' – למסור גירסה ב'תמורה' לטובת ההנאה"<sup>17</sup>.

- לחיווק לפי סעיף 54(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש] "משפטים טו (תשמ"ה-תשמ"ו) 333, 333-334.
- 12 ע"פ 70/87 דהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 113, 117-118; ע"פ 13/86 אגבא נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 151, 154.
- 13 ע"פ 440/87 חדד נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 793, 797.
- 14 ע"פ 387/83 מדינת ישראל נ' יהודאי, פ"ד לט(4) 197, 201; ע"פ 323/85 אלרמאק נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(4) 57, 59.
- 15 פרשת לוי (לעיל, הערה 8); זלצמן (לעיל, הערה 7), עמ' 130-131. סעיף 3 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה (לעיל, הערה 9); גרוס (לעיל, הערה 4), עמ' 88, המעיר בהקשר למילים "לאחר שניתנה או הובטחה לו טובת הנאה" כי "אין ספק כי מרכיב זה הוא המייחד את עד-המדינה. הקושי הוא בהגדרת המושג 'טובת הנאה'. המחוקק סתם ולא פירש, ונראה כי התקשה להגדיר מראש את כל המצבים שניתן לראותם כטובות הנאה, והעדיף כי מושג זה ימולא בתוכן על-ידי בתי-המשפט". ראו גם א' שוחטמן "עדותו של 'עד-מדינה' לאור המשפט העברי" משפטים יא (תשמ"א) 139, 145-152 (בחנינת כשרות עדותו של עד מדינה מדין "נוטל שכר" ומדין "נוגע בדבר"). כן ראו בארצות-הברית *Napue v. Illinois*, 360 U.S. 264 (1959) (הבטחה להקלה בעונש); *U.S. v. Bagley*, 473 U.S. 671 (1985) (הבטחה לשלם ל"מודיע" כסף תמורת מידע).
- 16 ע"פ 733/85 נריה נ' מדינת ישראל (לא פורסם); פרשת גומז-קרדוסו (לעיל, הערה 2), עמ' 775-776. עם זאת בנסיבות שבהן נשללה מהשותף זכות שהוא זכאי לה, הרי שהחזרתה ושיקומה (או הבטחה לעשות כן) עשויות אף הן להיחשב כטובת הנאה שהיא למעשה בגדר הרחבה של המבחן האובייקטיבי במתכונתו הרגילה (שם, עמ' 778).
- 17 פרשת שמרלינג (לעיל, הערה 8), עמ' 192-193.

אלא שחולשתו של המבחן האמור היא בדרישתו להשתכללות של הבנה דו-צדדית בין הרשות לבין העד-השותף, בדומה לרעיון מפגש הרצונות בדיני החוזים. בכך הוא מנתב את בדיקת מסכת ההבנות בין הרשות לעד-השותף לערוץ אחד ויחיד שיש בו התלכדות רצונות כנה של שני הצדדים בזמן מסירת העדות. בעשותו כן עיוור המבחן למצב של אמונה חד-צדדית, ולו שגויה, מצדו של העד-השותף, כי הובטחה לו טובת הנאה בעבור עדותו או ניתנה לו כזו. ראוי להניח כי התכלית העיקרית של מבחן עד המדינה איננה כיבוד האוטונומיה של צדדים להסכם. תכליתו ליצור חגורת ביטחון סטטוטורית בדמות סיוע לעדות יחידה של שותף לעבירה, שיש ספק אינהרנטי בעדותו שניתנה בזיקה לטובת הנאה ובהיותו בעל אינטרס עצמי להטותה. לקושי שהוצג נמצא מענה בפסק-דינו של השופט חשין בפרשת גומז-קרדוסו, כמבואר להלן.

### ג. גישת השופט חשין – מבחן האמונה הסובייקטיבית

בפרשת גומז-קרדוסו הציע השופט חשין, באמרת אגב שהותיר בצריך עיון, להרחיב את מבחן ההכרה בעד-השותף כעד מדינה ולראותו ככולל גם אמונה סובייקטיבית בדבר הבטחה או מתן טובת הנאה<sup>18</sup>:

“נמצא לנו, לכאורה, כי החשש מפני שקריו של עד-שותף יקנן בלבנו בין שניתנת או מובטחת לעד-השותף טובת הנאה ובין שסובר הוא, בטעות, כי ניתנת או מובטחת לו טובת הנאה. נוטים אנו לדעה, כי בבחינתה של 'טובת הנאה' שומה עלינו להעמיד בצד המבחן האובייקטיבי מבחן סובייקטיבי אף-הוא, וכי רק בעוברו שני מבחנים אלה גם-יחד, לא יהיה דבר הניתן לשותף-עד בחינת 'טובת הנאה'. לשון אחר: במקום בו ניתנת לו טובת הנאה כמשמעותה האובייקטיבית, יהפוך השותף ממילא עד מדינה שכן זכה בטובת הנאה. ואולם גם אם עברה התביעה משוכה זו, לאמור, גם אם נסכים כולנו כי השותף לא זכה בטובת הנאה על-פי המבחן האובייקטיבי, גם אז תעמוד לפני התביעה משוכה נוספת בדמותו של המבחן הסובייקטיבי, דהיינו: אם סבר השותף – בטעות – כי ניתנה לו טובת הנאה (במובנה האובייקטיבי). רק אם עברה התביעה משוכה זו אף-היא, נוכל לומר כי השותף לא זכה בטובת הנאה כהוראתה בדין. כל-

18 פרשת גומז-קרדוסו (לעיל, הערה 2), עמ' 776-777 (המספור בגוף הטקסט הושמט). יוער כי בתחילה השופט חשין מזכיר את שתי חלופותיו של סעיף 54א(א) (טובת הנאה שניתנה או שהובטחה) ובהמשך רק את החלופה הראשונה (טובת הנאה שניתנה), אולם נראה שכוונתו להחלת המבחן על שתי החלופות.

זאת – לכאורה. והגם שהשאלה היא שאלה, נותר את התשובה לבאים אחרינו".

הרציונל של גישת השופט חשין נראה כאמור משכנע ויש בו מענה לחסר במבחן ההסכמה הדו-צדדית: הספק בנוגע לעד-המדינה מתקיים נוכח החשש כי ברצונו למלט את עצמו מהעבירה הוא יפליל את שותפו. לפיכך אמונה סובייקטיבית כנה של העד-השותף, אף אם שגויה מבחינה אובייקטיבית, כי מובטחת לו טובת הנאה תמורת עדותו המפלילה או ניתנת לו כזו, טומנת בחובה אותו חשש בדיוק. במלים אחרות, אין בעצם העובדה שלא ניתנה או הובטחה לעד-השותף טובת הנאה מבחינה אובייקטיבית כדי לבטל את החשש הנובע מאמונתו הסובייקטיבית בזמן מסירת עדותו. לכאורה, יש אפוא בגישת השופט חשין כדי ליתן מענה לקשת אפשרויות במסגרתן האמין העד כי הובטחה לו טובת הנאה או ניתנה כזו, אף לו בטעות.

גישתו של השופט חשין לא התקבלה עד היום כהלכה בפסיקה. בעשר השנים שחלפו מאז שנת 1997, שבה ניתן פסק-הדין בפרשת גומז-קרדוסו, עלתה הסוגיה לדיון בכמה פסקי-דין נוספים של בית-המשפט העליון, הגם שאגב אורחא. בכל הפרשות הללו הוזכרה עמדתו של השופט חשין בלי לאמצה, תוך שמירה על המבחן האובייקטיבי הנוהג. בפרשת אלמקייס<sup>19</sup>, הייתה נכונה השופטת פרוקצ'יה להניח כי ציפייה סובייקטיבית מצדו של העד-השותף עשויה להצריך ראייה מסייעת. היות ולגופו של עניין נמצא סיוע לא נדרשה השופטת לנקוט עמדה מפורשת בשאלה<sup>20</sup>. השופטת ביניש העירה בפרשת מסארווה<sup>21</sup> כי לשיטתה אין די באמונה סובייקטיבית מצדו של העד-השותף כדי לראותו כעד מדינה. הגם שהסכימה כי אמונה כזו עשויה לפגוע במשקל העדות ולהשפיע על מהימנותה, לא הייתה נכונה השופטת לאמצה בדרך של תוספת מסייעת מנדטורית אלא להותירה למבחנו של בית-המשפט לגופו של עניין<sup>22</sup>. השופטת חיות

19 ע"פ 2932/00 אלמקייס נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 102 (להלן – פרשת אלמקייס) (ניתן ביום 21.2.01).

20 השופטת פרוקצ'יה מציינת כי בית-המשפט המחוזי "לא שלל את האפשרות כי הוא [העד – ג' ע' הבין באורח סובייקטיבי משיחותיו עם החוקרים כי ישוחרר באם ימסור עדות מפלילה לגבי המערער, גם אם הדבר היה מבוסס על טעות". השופטת הייתה מוכנה להניח "לצורך העניין כי גם קיומה של צפייה סובייקטיבית לקבלת תמורה עשויה להצריך ראייה מסייעת בתמיכה לעדות השותף" היות שמצאה כאמור סיוע לגופו של עניין.

21 ע"פ 2642/99 מסארווה נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן – פרשת מסארווה) (ניתן ביום 3.7.03).

22 השופטת ביניש מציינת שם כי "בשנים האחרונות הובעה בפסיקתו של בית משפט זה הדעה – אף כי ללא הכרעה – כי ייתכן שגם כאשר לא ניתנה או הובטחה לעד טובת הנאה במובן האובייקטיבי, יש לייחס משקל לאמונתו הסובייקטיבית כי תמורת עדותו הוא עומד לזכות בטובת הנאה ומטעם זה כמוהו כעד מדינה" (פרשת מסארווה, שם, פסקה 9 לפסק-הדין). אלא שהשופטת ביניש מעירה אגב אורחא כי "כשלעצמי נוטה אני לדעה כי עד



העירה בפרשת עבדיה<sup>23</sup> כי "שאלת מעמדו של עד שהאמין באופן סובייקטיבי כי ניתנת לו טובת הנאה תמורת עדותו, על אף שבאופן אובייקטיבי לא הובטח לו דבר, טרם הוכרעה בפסיקה"<sup>24</sup>. דומה כי בפרשות הללו בולט חששן של השופטות מפני הרחבה – שהיקפה אינו ברור דיו – של המבחן הקיים כך שיכלול גם ממד סובייקטיבי. ניתן אף להעריך בהירות כי יסודו של החשש מכבילת ידי בית-המשפט ואולי אף מפתחת פתח לטענות שווא<sup>25</sup>.

מסיכום ביניים של הדיון עד כה עולה כי מבחן ההסכמה הדו-צדדית נראה חסר, וראוי לתמוך בהרחבתו גם לאמונה חד-צדדית, ולו מוטעית, כהצעת השופט חשין, לפחות במידה שבה אנו רואים את עצמנו מחויבים לרציונל שביסוד המבחן הקיים. ברם כאמור, עד כה הפסיקה הסתייגה מכך. ניתן לסבור כי הסתייגות זו נבעה מחוסר בהירות מסוים לגבי גבולות המבחן המוצע. בשתי הפסקאות הבאות אבקש להעיר שתי הערות בנוגע למבחן האמונה הסובייקטיבית. הערות אלה נועדו לתמוך בו ולתחמו.

שציפה לטובת הנאה מטעם הרשות בתמורה לעדותו, או שהאמין כי זכה לטובת הנאה כזו, לא ייכלל בהגדרת 'עד מדינה' אף כי אמונה סובייקטיבית כזו עלולה לפגוע במשקל העדות ולהשפיע על מהימנותה". לגופם של דברים, קבעה השופטת ביניש כי הובהר לעד-השותף על-ידי חוקרי המשטרה כי לא יזכה לטובת הנאה תמורת עדותו.

23 ע"פ 2725/03 עבדיה נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן – פרשת עבדיה) (ניתן ביום 23.10.03).

24 שם, פסקה 4 לפסק-הדין. באותו מקרה דובר במשא ומתן לכריתת הסכם עד מדינה שבוטל לאחר ניסיון התאבדות של העד. השופטת דחתה את טענת המערער כי מסר הודעתו תחת רושם שגוי שלפיו המשטרה לא חזרה בה מכוונתה לערוך עמו הסכם, לאחר שהסיקה מסקנות ביחס להתנהגותו עובר למסירת הודעתו. כפי שאטען, ניסוח גישת השופט חשין כמתייחסת לאמונה סובייקטיבית של עד אף ש"באופן אובייקטיבי לא הובטח לו דבר" אינו מדויק, משום שלפי גישתו, המבחן הסובייקטיבי לא יחול במקרה שבו לא הובטח דבר לעד; ראו להלן הדיון בפסקה ד.

25 גישת השופט חשין הוזכרה בפסיקת ערכאות נמוכות, ללא נכונות להכיר בה, כאשר בתי-המשפט רואים עצמם מונחים ככלל על-ידי המבחן הנוהג שלא שונה בפסיקת בית-המשפט העליון לאחר פרשת גומז-קרדוסו (לעיל, הערה 2). בע"פ (ת"א) 71901/04 מדינת ישראל נ' איטח, נבו – המאגר המשפטי הישראלי, ראה עצמו בית-המשפט המחוזי מונחה על-ידי גישת השופטת ביניש בפרשת מסארווה (לעיל, הערה 21). נקבע כי התקיימה ציפייה סובייקטיבית באופן שהעד "ידע והבין היטב שההטבות יינתנו לו רק לאחר ובתנאי שיסכים להיות עד מדינה". עם זאת נקבע כי מצב עובדתי זה יסווג בכפוף לגישת השופטת ביניש שלפיה "ייתכן שבית המשפט יתקשה לסמוך על עדותו ללא תוספת ראייתית משמעותית", אך "ההכרעה בדבר הצורך בתוספת ראייתית כזו אינה מנדטורית – ונתונה בכל מקרה לשיקול דעת בית המשפט" (פסקה ו לפסק-הדין). יוער כי לגופו של עניין הסכימה שם התביעה כי נדרש סיוע לעדות. כן ראו ע/139/04 חיטיביאשוילי נ' התובע הצבאי הראשי, תק-צב 2005(2) 57; ת"פ (חי') 180/99 מדינת נ' פיכמן, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן – פרשת פיכמן).

#### ד. תנאי הזיקה למצגים של סוכני הרשות

הערה ראשונה נוגעת לתנאי הזיקה בין אמונתו הסובייקטיבית של העד־השותף לבין מצגי סוכני הרשות כלפיו. האם כל אמונה סובייקטיבית של העד־השותף תביא לראייתו כעד מדינה? לכאורה יש מי שעשוי לטעון כי יש להכיר בכל אמונה סובייקטיבית של העד־השותף, גם אם זו נעדרת כל אחיזה בהתנהגות של החוקרים או מי מטעמם. אלא שפרשנות שכזו נחזית בעליל כרחבה מדי, כפי שממחישות ארבע הדוגמאות הבאות:

דוגמה א: השותף לעבירה מוסר בחקירה עדות המפלילה אותו ואת שותפו, מתוך הבנה או תקווה פנימית שגויה או אף מעוותת – שאין לה שום אחיזה במציאות כי בעבור עדות זו יקבל מעמד של עד־מדינה או שהתביעה תקל עמו.

דוגמה ב: השותף לעבירה מוסר בחקירה עדות המפלילה אותו ואת שותפו לאחר שהובטח לו על־ידי סנגורו, בלי שיש לכך אחיזה במציאות, כי ישיג עבורו בשלב מאוחר יותר הסכם עד מדינה. העד מעיד מתוך מחשבה שכך ירצה את חוקריו, שאינם מודעים כלל להבטחת הסנגור לעד.

דוגמה ג: העד־השותף מוסר גירסה המפלילה אותו ואת שותפו לאחר שהאמין לעצותיו של שכן "בעל ניסיון" בתא המעצר, כי לו ימהר ויעיד לפני ששותפו יעיד נגדו, ישיג לעצמו מעמד של עד מדינה או שהתביעה תקל עמו.

דוגמה ד: השכן לתא בדוגמה ג הוא מדובב שהופעל על־ידי המשטרה והעצה אינה אלא פיתוי כחלק מתחבולת חקירה.

בשלוש הדוגמאות א, ב ו־ג קשה לראות בעד־השותף עד מדינה, על אף אמונתו הסובייקטיבית המוטעית כי יקבל טובת הנאה תמורת עדותו. הסיבה לכך היא כי אמונתו נעדרת אחיזה במצגים של סוכני הרשות או מי מטעמם כלפיו (אמונה פנימית, הסתמכות על עצת סנגור ועצת שכן לתא המעצר). אמנם החשש מפני עדותו שריר וקיים גם במקרים של ציפייה סובייקטיבית מוטעית, ברם ככל שהזיקה בין אמונתו או ציפיותו הסובייקטיבית לבין מצגי סוכני הרשות כלפיו הופכת רחוקה עד כדי בלתי נראית, כך גובר הקושי להקנות לעד־השותף מעמד של עד מדינה. לסטטוס זה עשויות להיות השלכות המצדיקות פרשנות לשונית המעוגנת במונח עד מדינה, שהוא, כפשוטו, עד מטעם המדינה<sup>26</sup>. ניתן אף לטעון כי מבחן סובייקטיבי בלתי מסויג מחזירנו בלי משים

26 כך למשל סעיף 2(ט) להנחיות היועץ המשפטי לממשלה (לעיל, הערה 9) קובע כי "יש לתת את הדעת לכך שהתקשרותו של העד עם המשטרה מעמידה אותו בסיכון בעולם העברייני... יש לתת את הדעת כבר במהלך המו"מ לצורך, ליכולת ולמחויבות רשויות אכיפת החוק לאבטח את העד או מי מבני משפחתו". נראה בלתי סביר לחייב את המדינה להגן על שותף שיוגדר על־ידי בית־המשפט כ"עד מדינה" רק מהטעם שהעיד מתוך אמונה סובייקטיבית מוטעית, שאין לה שום יסוד במצגי סוכני הרשות כלפיו. יש שיטענו כי החשש מפני עדותו של העד במקרים אלו מצדיק הכרה, אף בדרך של תיקון חקיקה,

למצב שקדם לחקיקת סעיף 54א(א) לפקודת הראיות, שאותו ביקש המחוקק לשנות כאשר הותר את דרישת הסיוע לעד המדינה בלבד, שכן פרשנות שתכיר בכל אמונה סובייקטיבית של העד-השותף, משמעה כי עצם תקווה של השותף המודה בעבירה כי יזכה לתמורה בגין עדותו, תחייב סיוע לעדותו<sup>27</sup>. לעומת זאת בדוגמה ד קיימת זיקה למצגי הרשות, שכן ראוי לראות במדובר זרוע של המשטרה, כאשר עדיין נותרת לבחינה שאלת סבירות האמונה בנסיבות העניין, שבה אדון בפסקה ה להלן<sup>28</sup>.

לפיכך מוצע להכיר בכך שמבחן האמונה הסובייקטיבית לא יכלול כל אמונה סובייקטיבית של העד-השותף. תנאי למבחן הסובייקטיבי יהא התקיימותם של מצגים מצד סוכני הרשות או מטעמם בדבר תמורה המובטחת או ניתנת בקשר לעדות. אמנם תמורה זו עשויה לשאת צורות שונות ואינה בהכרח דבר שהעד אינו זכאי לו (שאו ממילא חל המבחן האובייקטיבי), ברם מדובר בתנאי מינימום עובדתי מקדמי שהערכת התקיימותה תהא נתונה לבית-המשפט בנסיבות העניין.

כיצד מנוסחת גישתו של השופט חשין בהקשר זה? האם תכלול כל אמונה סובייקטיבית של העד? לכאורה יש מי שהיה עשוי למצוא יסוד לפרשנות זו בניסוח המבחן בפסק-הדין ("אם סבר השותף – בטעות – כי ניתנה לו טובת הנאה (במובנה האובייקטיבי)")<sup>29</sup>. כאמור, דומה כי כך פירשה השופטת חיות בפרשת עבדיה את גישתו, כאילו היא כוללת ציפייה של עד ש"לא הובטח לו דבר"<sup>30</sup>. לדעתי אין לפרש כך את גישת השופט חשין, שכן בקטע קודם לקטע שצוטט מתוך פסק-הדין נאמר כך: "מה הוא הדין, אם הדבר הניתן או המובטח לעד אין הוא טובת הנאה מבחינה אובייקטיבית, אך העד סובר – בטעות – כי תמורת עדותו עומד הוא לזכות בדבר שאפשר אין הוא זכאי

בקטגוריה נוספת של "עד חשוד" שיידרש סיוע לעדותו. אני מודה לאלעד רט על רעיון זה. עם זאת לדעתי אין זה נכון לכנותו במקרה זה "עד מדינה". דרך אחרת, עדיפה בעיניי, היא הותרת קביעת מהימנותו של עד כזה לבית-המשפט, תוך תשומת לב לכך שייחן ותידרש תוספת סיוע לעדותו, אולם לא באופן מנדטורי. והשוו לגישת השופטת ביניש (לעיל, הערה 21 והטקסט הצמוד לה). כאמור, לטעמי יש מקום להכיר בכך שאמונה סובייקטיבית שיש לה יסוד סביר במצגי הרשות תיחשב מספקת למבחן עד המדינה, וזאת להבדיל מאמונה שאין לה שום יסוד סביר שכזה (ראו להלן פסקה ה).

27 ראו פרשת פיכמן (לעיל, הערה 25), פסקאות 2.10-2.15 לפסק-הדין.

28 יש מי שעשוי לטעון כי "עצת" מדובב, גם אם היא למעשה פיתוי בתחבולה, אינה בגדר "הבטחה", שכן אין להניח שהשותף סבר כי שכנו לתא מוסמך להבטיחו דבר. ברם נראה לי כי יהיה מקום להכיר בדרך כלל בתנאי הזיקה במקרה של מדובב המתפקד כזרוע של המשטרה. לפירוט בנקודה זו ראו גם להלן, הערות 49-50 והטקסט הצמוד להן.

29 פרשת גומז-קרדוסו (לעיל, הערה 2), עמ' 776.

30 פרשת עבדיה (לעיל, הערה 23) והשוו ניסוח מדויק של המבחן על-ידי השופטת ביניש בפרשת מסארווה (לעיל, הערה 21), הגם שהשופטת ביניש נטתה כאמור שלא לאמץ את המבחן לגופו.

לו ממילא? וכר<sup>31</sup>. ברור אפוא כי השופט אינו מתכוון כאן לכל אמונה סובייקטיבית מוטעית, אלא רק לאמונה הקמה על יסוד מצגים של סוכני הרשות, במקום שבו הובטח, או ניתן, "דבר", קרי תמורה בפועל, אך כאמור, גם תמורה שהעד זכאי לה ממילא. כיוצא בזאת, לפי הגישה המוצעת, המתיישבת לטעמי עם הפרשנות הנכונה לגישת השופט חשין, מבחן האמונה הסובייקטיבית אינו כולל כל אמונה או תקווה מוטעית של העד, שאין לה אחיזה במצגי סוכני הרשות כלפיו. אחיזה זו מחייבת תמורה כלשהי שהובטחה לו על-ידי סוכני הרשות, או מי מטעמם, או שניתנה לו בקשר לעדותו כתנאי מקדמי לבחינת תוקפו של המבחן הסובייקטיבי.

### ה. סבירות האמונה הסובייקטיבית

הערה שנייה נוגעת לסבירות אמונתו הסובייקטיבית של העד-השותף. פסק-הדין בפרשת גומז-קרדוסו ופסקי-דין מאוחרים לו שדנו בשאלת המבחן להכרה בעד המדינה, מציגים את הדילמה כדיכטומית: מבחן אובייקטיבי (טובת הנאה שניתנה או שהובטחה) למול מבחן סובייקטיבי (אמונה, ולו מוטעית, בדבר טובת הנאה שניתנה או שהובטחה). אציע כי הכרה מפורשת במשתנה נוסף בין שני הקטבים הללו – שעניינו סבירות האמונה – עשויה להקל על ההסתייגות מפני הרחבה יתרה של המבחן הנוהג, תוך שמירה על הרציונל שבגישת השופט חשין. יתרה מזו, בהמשך אבקש לשכנע כי יתרונו של מבחן האמונה הסבירה הוא בהתמקדותו במצגי סוכני הרשות בפני העד-השותף בשלב החקירה או המשפט, תוך בחינת האמונה הסובייקטיבית על יסוד הערכה אובייקטיבית של מצגים אלו. לבסוף אטען כי סבירות האמונה אף נבחנת למעשה על-ידי השופט חשין. לכן אין בהכרה מפורשת במבחן זה נסיגה מעשית ממבחן האמונה הסובייקטיבית. לצורך הבהרת הטיעון יש תחילה תועלת בהבחנה בין שלושה מצבים טיפוסיים:

- א. נסיבות שבהן ניתנה לעד-השותף טובת הנאה אובייקטיבית.
  - ב. נסיבות שבהן הובטחה לעד-השותף טובת הנאה אובייקטיבית.
  - ג. נסיבות שבהן ניתנה, או הובטחה, לעד-השותף תמורה שאינה טובת הנאה אובייקטיבית, ברם לעד יש אמונה סובייקטיבית כי ניתנה לו טובת הנאה אובייקטיבית (כלומר שאינו זכאי לה), או הובטחה לו כזו.
- קטגוריה א עוסקת בטובת הנאה "שניתנה" כלשון סעיף 54א(א) לפקודת הראיות. כאשר ניתנה טובת הנאה איננו נדרשים לשאלת ההבטחה, שכן עצם המתן הוא תנאי מספיק להתקיימות המבחן לעד מדינה. קטגוריה ב עוסקת בטובת הנאה "שהובטחה" כלשון סעיף 54א(א). שתי הקטגוריות א ו-ב מוכרות כיום לפי פרשנות הפסיקה של סעיף

31 פרשת גומז-קרדוסו (לעיל, הערה 2), עמ' 779 (ההדגשה שלי – ג' ע').

54א(א), קרי המבחן האובייקטיבי למתן טובת הנאה או הבטחתה, המחייב השתכללות של "מעין הסכמה" דו-צדדית בין הרשות לעד-השותף. קטגוריה ג משקפת את מבחן האמונה הסובייקטיבית שהוצע על-ידי השופט חשין, שאינו מוכר בדין הנוהג כיום. ניתן לטעון כי גישתו תכלול לכאורה את כל המצבים שבהם מתקיימת אמונה סובייקטיבית של העד-השותף כי קיבל טובת הנאה או שהובטחה לו כזו, בלי להבחין בין נסיבות שבהן יש יסוד סביר לאמונה זו לבין נסיבות שבהן אין יסוד כזה.

נחזור ונציג באופן סכמטי את המבחן בדין הקיים מול גישתו של השופט חשין: המבחן בדין הנוהג הוא דו-שלבי: בשלב הראשון נשאלת השאלה אם הובטחה לעד תמורה כלשהי, או אם ניתנה לו תמורה כלשהי, בזיקה לעדותו. תשובה שלילית מסיימת את הבדיקה. תשובה חיובית מובילה לשלב השני, שבו נבחן טיבה של התמורה (טובת ההנאה) שהובטחה או שניתנה, דהיינו בשלב זה נבחנת זכאותו של העד לפי מבחן הדבר המובטח או הניתן מעבר לזכויותיו: תשובה חיובית (הובטח דבר או ניתן דבר מעבר לזכויותיו) תחייב את המסקנה שהעד הוא עד מדינה; תשובה שלילית (הובטח דבר או ניתן דבר שהוא זכאי לו ממילא) תחייב את המסקנה שהעד אינו עד מדינה.

גישתו של השופט חשין מכירה בשלב נוסף, שלישי, גם במקום שבו ניתנת תשובה שלילית בשלב השני. לפי גישתו יבחן בית-המשפט את אמונתו הסובייקטיבית של העד בכל מקום שבו קיימת כזו, בלא תלות לכאורה לסבירותה.

מדוע יש מקום להתניית האמונה הסובייקטיבית בסבירותה? לכאורה עשוי להיות מי שיגרוס כי בהוספת יסוד של סבירות, אנו מוציאים מחוץ לגדרו של המבחן אמונה סובייקטיבית שאינה סבירה, כאשר הנסיבות המקימות חשש מפני העדות שרירות וקיימות, שהרי גם אמונה בלתי סבירה מקימה חשש להטיית העדות באותה מידה, ברם נראה לי כי התשובה לכך נסמכת על כמה טעמים.

ראשית, ראוי לסמן את קו הגבול בנקודה המותירה בידי בית-המשפט כלי יעיל להערכת העובדות לגופן. יש להיזהר מפני מבחנים נוקשים מדי שלא ייקלטו על-ידי בתי-המשפט, בייחוד בהתחשב במטריה של דיני ראיות שבה אנו עוסקים, שיש להותיר בה מידה של גמישות שיפוטית לקביעות מהימנות ולהערכת מצבי מציאות מורכבים. ניתן גם להסיק מסקנות מעשור שנים כמעט מאז הועלתה גישת השופט חשין בלי לאמצה בפסיקה. יש לזכור כי בית-המשפט חופשי בכל עת לקבוע כי יידרש סיוע לעדות פלונית שמהימנותה מוטלת בספק, למשל מחשש של אמונה סובייקטיבית, אף אם זו איננה סבירה בעיניו. אולם דומה כי אין זה נכון לחייב בכלל מנדטורי של סיוע גם במקרים הללו ככל שמדובר על מבחן ההכרה בעד מדינה.

שנית, יתרונו של מבחן האמונה הסבירה הוא בציון מפורש ולא מובלע של אמת המידה, היינו סבירותה, כפי שעושה בית-המשפט בהקשרים אחרים<sup>32</sup>. דומה כי אין מניעה בענייננו בהפיכת אמת המידה למבחן מפורש. אין מדובר בדין סובסטיבי שקיים לגביו חשש מערפול ההבחנה בין המבחן המהותי לאופן הוכחתו. תכליתו של המבחן היא בשמירה על שולי ביטחון בדמות סיוע סטטוטורי לעדותו של שותף לעבירה שהובטחה לו בגינה טובת הנאה או שניתנה לו כזו, או כפי שמוצע – שהאמין כך והיה לאמונתו יסוד סביר. במקרי שוליים שבהם יתרשם בית-המשפט כי התקיימה אמונה סובייקטיבית, שלא היה לה יסוד סביר, בית המשפט יבחן את מהימנות העדות ואת הראיות התומכות בה לגופו של עניין. קריאה מפורשת של יסוד הסבירות כתנאי למבחן האמונה הסובייקטיבית תסייע להכרה ראויה בהרחבת מבחן ה"מעין הסכמה" החסר, ואף תכוון את סוכני הרשות לאי-חריגה מהתנהגות אשר ידעו שלא תעמוד במשקפי סבירות שתבחן על-ידי בית-המשפט.

שלישית, דומה כי אין בהוספת תנאי סבירות כדי לגבות מחיר "אמיתי", שכן מדובר במבחן שיושם למעשה על-ידי בית-המשפט גם במסגרתו של מבחן האמונה הסובייקטיבית. נשוב לפרשת גומז-קרדוסו, שם קבע השופט חשין כי לגופו של עניין, לא התקיימה אמונה סובייקטיבית מצדו של העד-השותף<sup>33</sup>. כיצד היה השופט פוסק לו הגיע למסקנה כי העד-השותף שם אכן סבר בטעות כי יזכה בטובת הנאה, כלומר כי אכן התקיימה בלבו אמונה סובייקטיבית כנה, המקימה את אותו חשש שביסוד הרציונל לדרישת הסיוע, אלא שלא הייתה לכך הצדקה אובייקטיבית? נראה כי בהיעדר יסוד סביר לאמונת העד-השותף ניתן לשער בזהירות כי השופט לא היה מכיר בו כעד מדינה, משום שהשופט חשין בוחן למעשה את האמונה הסובייקטיבית בכפוף לסבירותה, הגם שלא באופן מפורש. אמנם השופט מנסח את המבחן המוצע על-ידי כסובייקטיבי ("אם סבר

32 ראו למשל את הגנת הטעות במצב דברים (סעיף 34 לחוק העונשין) שמאז תיקון 39 לחוק העונשין אינה נדרשת להיות סבירה והפסיקה קראה זאת במפורש כאמת מידה לקיומו של מבחן הכנות; ראו ע"פ 2598/94 דנינו נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי ("סבירות הטעות אינה אמנם רכיב להחלת ההגנה (בנוסף לכנות) אולם יש בה לשמש אמת מידה המבוססת על הגיון ושכל ישר, לבחינת כנות גרסתו של הנאשם"). כן ראו ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי. השאלה העקרונית בדבר יכולת ההוכחה ודרכי ההוכחה החיצוניות של מצבי תודעה פנימיים היא מורכבת ובעלת היבטים מעשיים ופילוסופיים. הדיון בה חורג ממסגרת זו. לניתוח ביקורתי של כמה מהנחות היסוד המקובלות ראו ק' שפירא-אטינגר "יסוד עובדתי ויסוד נפשי – שתי הנחות עתיד להתפרסם במגמות בפלילים – עשור לתיקון 39 לחוק העונשין R.A. Duff *Intention, Agency, and Criminal Liability: Philosophy of Action* ; (2007) and the Criminal Law (1990), 116-135.

33 פרשת גומז-קרדוסו (לעיל, הערה 2), עמ' 779.

השותף – בטעות – כי ניתנה לו טובת הנאה"<sup>34</sup>, ברם קריאת פסק-הדין מלמדת כי השופט בוחן את סבירות האמונה: השופט דוחה את הטענה שבאותו מקרה העד-השותף סבר שיזכה בטובת הנאה נוכח בחינה אובייקטיבית ישירה של השיחה המוקלטת עם פקד המשטרה והסקת מסקנה על אי-התקיימותה של ציפייה סובייקטיבית מצד העד-השותף<sup>35</sup>. הפריזמה האובייקטיבית עומדת אפוא במרכז הבדיקה ונקודת מבטו הסובייקטיבית של העד עצמו נבחנת רק בשוליה<sup>36</sup>. במילים אחרות, בית-המשפט נוטה שלא לייחס נפקות מכרעת לגירסת העד בשלב הבירור המשפטי לגבי הבנתו בשלב מסירת הגירסה בחקירה, אלא מבכר להתרשם באופן בלתי אמצעי, ככל שניתן, מנסיבות מתן הגירסה והאינטראקציה בין העד-השותף לחוקריו או מי מטעמם בזמן אמת<sup>37</sup>.

מהו יסוד סביר? נראה לי כי יסוד סביר לאמונה או לציפייה בדבר טובת הנאה אינו מתקיים בדרך כלל ללא תמורה שהובטחה או ניתנה על-ידי הרשות (תנאי הזיקה שנוסח בפסקה ד לעיל). עם זאת שני המבחנים (הזיקה למצגי הרשות וסבירות האמונה) אינם

34 שם, שם.

35 שם, עמ' 775-778. השופט חשין מצטט את הקטעים הרלוונטים בתמליל ומסכם כי לאחר שנאמר לעד על-ידי הפקד כי עדותו במשטרה תדווח לבית-המשפט, ביקש העד לברר אם התביעה תוכל להסתפק בבקשה לענישה על תנאי בתמורה לעדותו ונענה בסירוב. העד הוסיף והציע שיתוף פעולה ללכידת עברייני סמים נוספים ונענה בשלילה. לפיכך מסיק השופט כי "כבר במהלך השיחה... הבין שפיגל כי לא יזכה בטובת הנאה תמורת חשיפת האמת" (שם, עמ' 779). תשומת הלב לכך שהבנתו הסובייקטיבית של העד-השותף מוסקת בנקודה זו באופן ישיר אך ורק מניתוח תמליל השיחה בינו לבין הפקד, ללא התייחסות לעדות העד עצמו בשאלה מה הייתה הבנתו הסובייקטיבית בזמן השיחה.

36 רק בשולי הניתוח מוסיף השופט חשין אזכור קצר לנקודת מבטו הסובייקטיבית של העד עצמו, בציינו כי זה העיד שהובהר לו על-ידי חוקריו כי מדובר בעבירה חמורה ואין ביכולתם להעריך את עונשו, לו יורשע בדין; שם, עמ' 779.

37 חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב-2002, ס"ח 1855, שנכנס לתוקף בחודש יולי 2003, קובע בסעיף 17(1) חובה לתייעוד חזותי של החקירה. עם זאת חובה זו מוגבלת רק לעבירות הקבועות בתוספת שעונש המאסר המרבי בגינן הוא עשר שנים או יותר (ומועדי התחולה אף נדחו תוך סיוג החובה לעבירות מועטות בלבד עד ה-1 לינואר 2010). בדברי ההסבר נרשם כי "הבעייתיות שבשחזור הנסיבות שבהן ניתנה ההודאה ידועה וברורה: מדובר באירוע המתרחש, בדרך כלל, בחדר החקירות המשטרתי, ועדים לו הנאשם וחוקריו בלבד... התיקון המוצע יאפשר לבית המשפט להתרשם, בדרך הקרובה ביותר להתרשמות בלתי אמצעית, מאופן ונסיבות מסירת הודאת הנאשם, ובכך תתאפשר הן הגנה טובה יותר על זכויותיו של הנאשם, והן יעילות רבה יותר בבחינת ההוכחות המובאות בפני בית המשפט" (הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 15) (הודאת נאשם בעבירות חמורות), תשס"א-2000, ה"ח תשס"א עמ' 54). הפסיקה אף מנחה, בין היתר, את המשטרה לתעד, ככל האפשר, מפגשים מתוכננים בין מדובר לחשוד, כדי לאפשר לבית-המשפט התרשמות בלתי אמצעית (ראו למשל ע"פ 3537/91 עטר נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי, פסקה 20 לפסק-הדין).

חופפים לחלוטין, שכן ניתן להעלות על הדעת נסיבות שבהן תקיים אמונה סבירה, חסרת זיקה למצגי הרשות<sup>38</sup>. בנוסף על כך יסוד סביר לאמונה כזו עשוי להתקיים כתוצאה מהבנה חד-צדדית מוטעית מצדו של העד-השותף, הנובעת למשל ממצגים מעורפלים או משתמעים ואף מתחבולות חקירה. במקרים אלה לא נשתכללה הבנה בין הצדדים, אולם הבנתו של העד-השותף, כאשר יש לה יסוד סביר (ובר אחיזה במצגים שהוצגו בפניו) מצדיקה לראותו כעד מדינה. בתועלת של מבחן סבירות האמונה הסובייקטיבית בסיטואציות הללו אדון בפסקאות ו-ו' להלן.

סיכומה של נקודה זו, ניתן להציע כי הערכת אמונתו הסובייקטיבית של העד-השותף תהיה כפופה לאמת המידה של סבירותה, במבחן שניתן לנסחו כך: נסיבות שבהן התקיימה הבנה סובייקטיבית של העד-השותף, שהיה לה יסוד סביר כי מובטחת לו טובת הנאה אובייקטיבית תמורת עדותו או שניתנת לו כזו. רק במקום שבו היה יסוד סביר במצגים של סוכני הרשות או מטעמם לאמונה הסובייקטיבית בדבר הבטחה או קבלת טובת הנאה, תיחשב זו כאמונה המצדיקה ראיית העד כעד מדינה. הכרה מפורשת במדד של סבירות האמונה הסובייקטיבית תוביל לתנועה חוזרת ונשנית בין מדידת אמונתו וציפיותו של העד בזמן אמת לבין מדידת סבירותה בעיני בית-המשפט בזיקה למצגים מצד סוכני הרשות. לא ניתן לומר כי תוצאת המבחן תהיה בהכרח שונה בכל מקרה בהשוואה למבחן הנוהג, ברם דומה כי שימוש מפורש בטרמינולוגיה זו יציג באופן גלוי ונכון יותר את מהלך הבדיקה. בשתי הפסקאות הבאות אבקש לשכנע בדבר תרומתו של מבחן האמונה הסבירה למול הקשיים המובנים בנסיבות מעשיות שבהן מתעוררת שאלת ההכרה בעד-השותף כעד מדינה.

### ו. בעיית המסרים המעורפלים בחקירה או המשתמעים מעמדת התביעה

סעיף 54א(א) לפקודת הראיות מדבר כאמור על טובת הנאה שניתנה או שהובטחה. כאשר מדובר בתמורה שניתנה בפועל, במציאות הממשית, טיבה נתון להערכה אובייקטיבית כאשר לצורך כך משמש כאמור מבחן הדבר הניתן לעד מעבר לזכויותיו. כך למשל אם זכה השותף להקלה בעונשו או שהתביעה סגרה תיקים אחרים כנגדו, אלו הן טובות הנאה שהן "מעבר לזכותו". מכל מקום אלו ניתנות להערכה במקום שבו התקיימו בפועל. לעומת זאת כאשר מדובר בתמורה שהובטחה – ולא ניתנה – המצב

38 ראו למשל הדוגמה של הבטחת הסנגור לעד-השותף (לעיל, פסקה ד, דוגמה ב). לא ניתן לומר כי בלחץ המעצר יהיה זה בלתי סביר שחשוד ייתן אמון בהבטחה כזו של סנגורו. מכאן שאמונתו עשויה להיות סבירה גם ללא התקיימותו של תנאי הזיקה למצגי הרשות.



סבוך יותר, שהרי ההבטחה מטיבה נושאת פניה לעתיד. ההבטחה לטובת הנאה בעתיד הייתה עשויה להניע את העד להעליל שקר על שותפו באותה מידה, ואולי אף ביתר שאת, בהשוואה לתמורה שניתנה לו בפועל טרם עדותו. ההבדל הוא שביחס לטובת הנאה שניתנה, ההנחה היא שהעד מונע מרצון ואף מלחצים להצדיקה בעדות לאחר קבלתה<sup>39</sup>; ואילו תמורה שהובטחה נושאת פני עתיד והעד מצפה לה עדיין תמורת עדותו. בניסוח אחר ניתן לומר כי לגבי טובת הנאה שכבר ניתנה לעד, נותר לעד לחשוש שמא תילקח ממנו התמורה שלא היה זכאי לקבלה אילולא עדותו; ואילו לגבי טובת הנאה שהובטחה לעד, העד עדיין מצפה לקבל את התמורה שאינו זכאי לה בזמן מסירת עדותו נגד שותפו.

בדרך הדברים הרגילה מונחית התביעה לערוך הסכם עד מדינה ובו, בין השאר, תפורט התמורה שהובטחה לעד או שניתנה לו<sup>40</sup>. רשויות החקירה אף מונחות שלא להשתמש במשא ומתן להסדר עד מדינה כתחבולה בחקירה<sup>41</sup>. אלא שהמחלוקת לגבי מעמדו של העד-השותף לעבירה והשאלה אם יש לראותו כעד מדינה מתעוררת כאמור, על-פי רוב, במשפטו של הנאשם, בנסיבות שבהן לא נחתם הסכם והצדדים חלוקים לגבי פרשנות שיש לתת להבנתו של העד למצגים שהציגו בפניו חוקריו ולעמדת התביעה במשפטו, בטרם עדותו. כך למשל, הפרקטיקה מלמדת על סיטואציות שבהן העד-השותף מוסר עדות המפלילה את שותפו תוך בקשה לקבל תמורה בגינה, אם בהקלה בעונשו ואם בעריכת הסכם עד מדינה עמו. כדי לעודדו להעיד עשויות להיות מוצגות לעד אמירות מעורפלות מצד החוקרים שאין בהן הבטחה מפורשת, אולם בהחלט היו עשויות להביאו בזמן מסירת הודעתו בחקירה לידי אמונה שיקבל תמורה בעבורה, אף אם בדיעבד לא קיבל טובת הנאה אובייקטיבית. גם נסיבות של עריכת הסדר טיעון עם העד-השותף, תיקון כתב אישום נגדו או גישתה העונשית של התביעה בעניינו, עשויים להיחשב בעיני הסנגוריה כמקמים טובת הנאה, בעוד התביעה עשויה לכפור בכך,

39 וראו ע"פ 190/82 מרקוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 225, 294-295, דברי השופט אלון על כך שהמגמתיות בעדות עד מדינה היא פועל יוצא "מהלחץ הנפשי, בו הוא נתון, לתאם את עדותו עם הודעתו הקודמת, שבזכותה ניתן לו מעמד של עד מדינה".

40 ראו סעיף 4 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה (לעיל, הערה 9).

41 שם, בסעיף 8 להנחיות נקבע כי "לא ייחתם הסכם (ולא ינוהל מו"מ לקראת חתימת הסכם) שתכליתו שונה מהאמור בהסכם בכל מובן שהוא, לרבות כאמצעי תחבולה שנועד לחליץ הודיה, אם מפי העד ואם מפי חשודים אחרים". וראו ע"פ 5825/97 שלום נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 933 (להלן – פרשת שלום), פסקה 11 לפסק-הדין, שם נקבע כי על דברים שמסר הנחקר במהלך משא ומתן לכריתת הסכם עד מדינה יחול, ככלל, חיסיון. עם זאת כאשר העד עצמו מנהל משא ומתן שקרי שמטרתו להונות את חוקריו, לא ייהנה מחיסיון על דבריו. כך גם נקבע כי כאשר היוזמה לניהול משא ומתן לחתימה על הסכם עד מדינה באה מצד הנחקר, אין מניעה להשתמש בדברים במשפטו. ראו גם סעיף 12(ב) להנחיות היועץ המשפטי לממשלה.

בטענה שעמדתה מתבססת על בחינה עניינית של חומר הראיות או שאינה חורגת ממדיניות הענישה. שאלת הפרשנות שיש לתת למהלכים אלו בין העד-השותף לחוקריו או בינו לבין התביעה במשפטו, אשר תכריע את מעמדו במשפטו של הנאשם, אינה פשוטה כלל ועיקר. בלי להתיימר למצות את האפשרויות, אגע ביתר פירוט בשתי סיטואציות מעוררות קושי: האחת, מסרים מעורפלים בזמן החקירה, והשנייה, הסדר טיעון עם העד-השותף לפני עדותו כנגד הנאשם.

(1) מסרים מעורפלים בזמן החקירה: דומה כי בסיטואציות אלו בעיית ההבטחה הנחזית מעוררת את הקושי הרב ביותר. במקום שבו השותף מעיד עדות מפלילה על שותפו מתוך תקווה שהתביעה תיטיב עמו, וזוכה אגב כך לעידוד בדמות מסרים מעורפלים מצד חוקריו (כגון "נשתדל לעזור לך, וללכת לקראתך, אולם מבלי שאנו מוסמכים להבטיח לך דבר" וכדומה), האם הוכחה במקרה זה הבטחת טובת הנאה במובנה האובייקטיבי? קרוב לוודאי שלא. האם במובן הסובייקטיבי עשויה להיות ציפייה מצדו לטובת הנאה? בהחלט ייתכן שכן. יש לציין כי מבחינה מסוימת, המסרים המעורפלים ממיסים למעשה את קו הגבול שקובע מבחן טובת הנאה האובייקטיבית, המבחין בין דבר הניתן לעד מעבר לזכויותיו (=טובת הנאה) לבין דבר שהוא זכאי לו ממילא (=שאינו טובת הנאה). זאת, משום שטיבם המעורפל של המסרים מקשה לסווגם לפי שאלת היותם תמורה שהעד זכאי לה אם לאו (כלומר לפי המבחן האובייקטיבי). במילים אחרות, ההבטחות המעורפלות עשויות ליצור מוטיבציה להעליל שקר, בלי שתפורשנה בדיעבד כהבטחות המחייבות הכרה בשותף כעד מדינה. חשוב לציין כי הסכנה מפני עדות שקר של העד-השותף איננה תלויה במידת הקונקרטיות של ההבטחה או ביכולתו לדרוש לממשה בעתיד כצד "להסכמה" עם הרשות. אדרבה, ככל שהמצגים לגבי התמורה שהשותף יזכה לה נושאים אופי מעורפל ודו-משמעי, כך הם מעמידים את העד במצב הנוח ביותר לתביעה, שכן הם מאפשרים לחוקרי המשטרה לשלול בדיעבד, במשפטו של הנאשם, שהובטחה לעד תמורה כלשהי. עם זאת קיימת סכנה כי ככל שהמצגים נשאו אופי מעורפל יותר, היה בהם דווקא לדרבן את העד-השותף ביתר שאת להטות עדותו, כשהוא אינו יודע מה יקבל תמורתה ומתוך מחשבה שככל שירצה את התביעה בעדות "הנוחה" לה כך יטיב את מצבו<sup>42</sup>. במקרים אלו מבחן "מעין ההסכמה"

42 לטיעון זה ראו M. Cassidy "Soft words of hope: Giglio, Accomplice witnesses, and the problem of implied inducements" 98 *Nw. U. L. Rev.* (2004) 1129, 1154-1155. המחבר מציג שלושה מודלים אפשריים לשיתוף פעולה בין הרשות לעד-השותף. לפי המודל הראשון, התביעה אינה מבטיחה דבר לעד-השותף בטרם עדותו. מודל זה נושא את היתרון הרב ביותר לתביעה ואת החיסרון הרב ביותר לעד-השותף, שכן נדיר יחסית ששותף לעבירה ישתף פעולה מרצונו ויפלייל עצמו ואחרים ללא שום ערבויות, אף לא נחזות, לגבי מידת חשיפתו. לפי המודל השני, התביעה והעד-השותף מסכמים מראש בהסדר את נוסח האישומים ואת עמדתה העונשית של התביעה, ודינו נגזר במשפטו בטרם עדותו כנגד

האובייקטיבי הנהוג בדין הקיים לא יכיר בעד-השותף כעד מדינה, ואילו המבחן הסובייקטיבי אינו רגיש לכאורה להבחנה בין ציפייה שיש לה יסוד סביר לבין כזו שנעדרת יסוד סביר במצגים שהוצגו בפני העד. ייחוס אחריות לרשות בגין מצגים מעורפלים, במידה שהיה בהם כדי להטעות את העד לצפות באופן סביר לקבל טובת הנאה, יהווה גם כלי להכוונה ראויה ולהרתעה מפני פרקטיקה פסולה שכזו.

(2) הסדר טיעון עם השותף לפני עדותו במשפט נגד הנאשם: בעיית המסרים המעורפלים אינה ייחודית לשלב החקירה אלא עשויה לבוא לידי ביטוי כאמור גם באופן שבו עמדתה של התביעה במשפטו משתמעת בעיני העד-השותף. בהקשר זה יש לעמוד על ההבחנה המתחייבת בין המשטר המשפטי שנהג לפי הלכת קינזי לבין זה שאנו עומדים בפתחו לאחר ביטולה. כאמור עד לביטולה של הלכת קינזי נהגה הפרקטיקה כי על דינו של העד-השותף להיגזר לפני עדותו נגד הנאשם. ביטולה הוא בבחינת שינוי משמעותי שמוקדם להעריך את מלוא השלכותיו על הפרקטיקה הנוהגת<sup>43</sup>. בהקשר

הנאשם: יתרונו של מודל זה מבחינת העד-השותף בידיעתו מראש את התמורה שניתנה לו מצד הרשות תמורת עדותו. חסרונו לתביעה בכך שנתנה או הבטיחה את התמורה בטרם ראתה כיצד יתפקד העד על דוכן העדים, אם כי תוכל להעמידו לדין על עדות שקר (או לחזור בה בנסיבות מסוימות מההסדר). לפי המודל השלישי, השותף מודה באישומים המיוחסים לו (או בנוסח מקל במידה שבא כחלק מההסדר עמו) והתביעה דוחה את גיבוש עמדתה העונשית עד לאחר עדותו נגד הנאשם. המחבר מציין כי זהו המודל הטיפוסי בבתי-המשפט הפדרליים בארצות-הברית, תוך הצגת חסרונו: הגם שבהסכם עמו מתחייב העד להעיד אמת, ברי לו כי מידת ההקלה בעמדתה העונשית של התביעה בעניינו עשויה להיות תלויה בהצלחתה במשפט נגד הנאשם, שבו הוא מעיד, ומכאן המניע להטות את עדותו (שם, עמ' 1144-1147). הפרקטיקה שהשתרשה אצלנו מאז ע"פ 194/75 קינזי נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 477 (להלן – פרשת קינזי) הייתה כי שותף לעבירה מובא לעדות מטעם התביעה לאחר גזירת עונשו, אולם נקבע כי כלל זה אינו חל על עד מדינה (ע"פ 67/85 עביד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 391). הלכת קינזי בוטלה לאחרונה בהרכב של שבעה שופטים בבג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, נבו – המאגר המשפטי הישראלי, שבו נפסק בדעת רוב כי אין עוד מניעה להעיד כעד תביעה עד הקשור באותה פרשה ומשפטו תלוי ועומד, למעט במקרים חריגים ביותר שינומקו על-ידי בית-המשפט. עם זאת ראוי לעמוד בהקשר זה על הערותיהם של השופטים לוי וגרוניס, בדעת מיעוט, כי ביטולה של הלכת קינזי עשוי להצדיק הקפדה יתרה על דרישת חיזוק שתתקרב לכדי סיוע ממש (והשופט גרוניס אף היה נכון לתהות במפורש "אם לא הגיעה השעה להחזיר לספר החוקים את הדרישה האמורה"). הזמן ילמד אם יש בהערות אלה לבשר על ראשית גיבושה של "דרישת חיזוק מוגברת" לעדותו של שותף לעבירה בעידן שלאחר הלכת קינזי. דומה שיש טעם רב בחשיבה בכיוון זה (ולו כברירת מחדל לסיוע ממש), שכן קשה לחלוק על כך שעוצמת החשש מפני עדות מוטית של העד-השותף היא רבה ומדאיגה יותר עם ביטולה של הלכת קינזי.

ראו לעיל, הערה 42. עם ביטולה של הלכת קינזי, החשש מפני עדות מוטית עשוי להתחזק כאמור נוכח "כובעו" הנוסף של השותף כנאשם, ציפייתו לתמורה במשפטו שלו, ונטייתו

הנדרון אצטמצם לנסיבות שבהן נערך הסדר טיעון עם השותף. ניתן לסבור כי גם לאחר ביטולה של הלכת קינזי ניתקל במקרים שבהם עדותו של השותף תימסר במשפטו של הנאשם רק בתום משפטו שלו, בנסיבות שבהן יסתיים משפטו בהודאה, אם בהסדר טיעון אם לאו. במקרים טיפוסיים כאלו, שיקרו בפתח משפטו של השותף או בשלב מוקדם שלו, עשוי להתייטר השיקול שלא לעכב את משפטו של הנאשם, שכן ההיבט המעשי עשוי להכתיב את התוצאה: משפטו של השותף עשוי להסתיים תוך זמן קצר, לפני פרשת התביעה במשפטו של הנאשם או בשלב מוקדם שלה. במקרים אלה תעמוד בעינה שאלת השפעתו של הסדר הטיעון: כאשר נערך בין התביעה לשותף הסדר טיעון ובו הקלה באישומים נגדו ו/או עמדה עונשית מקלה של התביעה, עשוי הדבר להיתפס בעיני השותף, גם במשמע, כתמורה "עבור" עדותו. ייתכן שלאמונתו זו יסוד סביר וייתכן שלא. סבירות האמונה תהווה גם כאן תנאי מתבקש לבחינת השאלה לגופו של עניין. תישאל השאלה אם קיבל תמורה שאינה "לפי זכותו" או שעמדת התביעה בעניינו מתחייבת מהערכתה את חומר הראיות, ואינה חורגת מן השורה בהתחשב במדיניות הענישה במקרים דומים. בהקשר זה גם יבחן בית-המשפט מתי נמסרה לראשונה הגירסה המפלילה וכיצא בזה שאלת הזיקה בינה לבין הסדר הטיעון<sup>44</sup>. עם זאת למשל, סמיכות זמנים חריגה בין הסדר טיעון שנערך בין התביעה לשותף לבין מועד מתן עדותו במשפטו של הנאשם עשויה ליצור לפחות לכאורה רושם כי קיימת זיקה בין השניים. דוגמה טובה לקשיים שתוארו משמשת פרשת מזרחי<sup>45</sup>. באותו מקרה דחה בית-המשפט העליון את טענת התביעה כי הסדר טיעון שנערך עם העד-השותף היה משום "עסקת טיעון רגילה עם נאשם המוכן להודות באשמה תמורת הבטחת הקלה מסוימת בעונש הצפוי לו, ולא היה קשר בין עסקה זו לבין עדותו". בית-המשפט (מפי השופט בך) קבע כי:

"לא שוכנעתי מהטיעון הנ"ל של באת-כוח המדינה. אמנם ייתכנו, תיאורטית, מקרים בהם תובטח לעד טובת הנאה במסגרת עסקת טיעון במשפטו שלו, בלי שקיים קשר כלשהו בין אותה עסקה לבין עדותו של אותו עד במשפטו של נאשם אחר. אך במקרה דנן, נראה לי, לאחר עיון בעדויותיהם של טבארי ושל חוקרי המשטרה שקיימו אתו את המגע, ותוך התחשבות בכל נסיבות המקרה, כי אפשר להניח במידה רבה של הסתברות, שניתן לטבארי להבין, אפילו לא נאמר לו הדבר במפורש, כי

למזעור חלקו שלו והגדלת חלקו של שותפו, מאותם טעמים הנעוצים בערפול ובחוסר הוודאות שבהם הוא שרוי ועליהם עומד Cassidy (לעיל, הערה 42).

לעיל, הערה 8. 44

פרשת מזרחי (לעיל, הערה 8). 45

קיים קשר בין הגישה המקלה כלפיו מטעם התביעה לבין קריאתו כעד במשפטו של המערער<sup>46</sup>.

בית-המשפט התרשם אפוא כי התקיימו הבנות משתמעות שלפיהן קיים קשר בין הסדר הטיעון שנערך עם העד-השותף לבין עדותו הצפויה במשפטו של הנאשם. דומה כי ניתן גם היה לנסח זאת באופן המוצע ברשימה זו כי התקיימה אמונה סובייקטיבית סבירה בדבר קבלת טובת הנאה בקשר לעדות נגד הנאשם<sup>47</sup>.

## ז. נטל ההוכחה וקשיים מובנים בחשיפת מסכת ההבנות בין העד-השותף לבין הרשות

מסקנת בית-המשפט בפרשת מזרחי כי למעשה התקיימה אמונה סבירה משתמעת, בניגוד לטענת התביעה כי דובר בעסקת טיעון רגילה, מעוררת סימן שאלה נוסף הנוגע לנטל ההוכחה ולהטיות מובנות שיש בהן להקשות על חשיפה גלויה ומלאה של מסכת ההבנות בין העד-השותף לבין הרשות. נגעתי קודם לכן בהקשר למבחן האמונה הסבירה בבעיית המסרים המעורפלים בשלב החקירה והמשתמעים מהתנהגות התביעה, אולם מה הם המניעים לכך? מה הם השיקולים המעשיים העשויים להשפיע על העד-השותף והתביעה? אגע בכמה נקודות טיפוסיות, אף כאן בלי להתיימר למצותן. בהקשר זה ראוי להבחין בין שני שלבים: שלב החקירה ושלב הביורור המשפטי.

(1) שלב החקירה: במהלך החקירה שבה בדרך כלל נמסרת הגירסה המפלילה, קיים פתח לפערי הבנה בין העד-השותף לחוקרי המשטרה. עקרון היסוד הוא כי לרשויות אכיפת החוק עניין להעמיד כל עבריין לדין. הנחיות היועץ המשפטי לממשלה קובעות כי הפיכתו של השותף לעבירה לעד מדינה היא ברירת מחדל שיש לבחור בה כאשר האינטרס הציבורי להעמדת עבריין-שותף, על-פי רוב מרכזי ממנו, הוא גדול יותר<sup>48</sup>.

46 שם, עמ' 753 (ההדגשה שלי – ג' ע').

47 באותו מקרה דובר בשותף לעבירה שחזר בו בבית-המשפט מעדותו המפלילה במשטרה. בית-המשפט דחה אמנם את הטענה שהעד הוא עד מדינה בבחנו את אמרתיו המפלילות של העד במשטרה לפני הסדר הטיעון (וראו לעיל, הערה 8). עם זאת לגופו של עניין דרש בית-המשפט חיזוק שלא יפחת משמעותית מסיוע, בשל הצטברות שתי דרישות חיזוק ממקורות שונים: חיזוק לאמרת חוץ (סעיף 10א(ד) לפקודת הראיות) וחיזוק לעדותו כשותף לעבירה (סעיף 54א(א) לפקודת הראיות).

48 ראו סעיף 1 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה (לעיל, הערה 9), הקובע כי "ככלל עבריין צריך לבוא על עונשו, ועל כן הפיכתו של עבריין לעד מדינה תהיה רק במקרים שבהם יש להעדיף למען טובת הציבור הבאתו לדין של עבריין אחר – פעולה שהתביעה תתקשה לעשותה בלא שימוש בעד מדינה". כן ראו ע"פ 746/80 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 453, 456, דברי השופט ח' כהן על היותם של הסכמי עד מדינה "הכרח אשר לא יגונה

מחד גיסא, לחוקרי המשטרה עשוי להיות אינטרס להציג מסרים מעורפלים ודר-משמעיים או "בקריצת עין" כי יטיבו עם העד-השותף תמורת עדותו כדי לעודד ואף להונות אותו בתחבולות למסור גירסה<sup>49</sup>. גם השימוש הנוהג בפרקטיקה של הפעלת מדובב, המדברן את החשוד בתכסיסים להודות או להעיד על מעורבות שותפיו, מעורר סימני שאלה קשים כאשר הוא הופך לדרך עקיפה להשתחרר מכללי חקירה שנועדו לשמירת זכויות החשוד או הנאשם<sup>50</sup>. מאידך גיסא, לעד-השותף עצמו עשוי להיות עניין

במצב הפשיעה..."; פרשת שלום (לעיל, הערה 41), פסקה 11 לפסק-הדין. פרופ' גרוס הציע לבטל לחלוטין את מוסד עד המדינה, שאינו מוכר למשל במשפט הקונטיננטלי. בצד הצעה זו העמיד הצעה חלופית המסייגת בכמה היבטים את המבחן הנוהג (לעיל, הערה 4, עמ' 258-259). כפי שצוין בפתח הדברים, דיון עקרוני בשאלת עצם ההצדקה לקיומו של מוסד עד המדינה חורג ממסגרת רשימה זו.

49 כאמור השימוש במשא ומתן להסדר עד מדינה כתחבולה נאסר במפורש בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה (לעיל, הערה 9). ברם לעתים קיים גבול דק בין תחבולות לבין מסרים מעורפלים העשויים לעודד את השותף להעיד, בייחוד כאשר העד עצמו יוזם משא ומתן שהוא עשוי לדמותו כאמיתי. ככלל, השימוש בתחבולות ובתכסיסים בחקירה לא נאסר בחוק ואף הוכר בפסיקה כ"הכרח בל יגונה במציאות הקשה של התגברות הפשיעה החמורה..." (ראו למשל ע"פ 9613/04 בן סימון נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי, פסקה (2) לפסק-הדין). ההבחנה בין תחבולות מותרות לאסורות מעסיקה את הספרות ואת הפסיקה ואינה ברורה תמיד (שם, פסקאות ל(2)-(4) לפסק-הדין; ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 291; ד' ביין "כללי החקירה המשטרית – היש מקום לקודיפיקציה של 'חוקי הצייד'?" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 129 (הצעה לקודיפיקציה של כללי החקירה); מ' גלבע "תחבולות בחקירה והכסא הזו בקורש הקודשים" הסניגור 75 (2003) 5; א' רובינשטיין "תחבולה בחקירה – פרוטוקול מזויף של בית המשפט" הסניגור 78 (2003) 5 (ויכוח בשאלת פסילת אמצעי תחבולה של שימוש בפרוטוקול מזויף על-ידי המדובב לרכישת אמון החשוד). חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב-2002, קובע הוראות אחדות לגבי חקירת חשוד. סעיף 5 מסמיך את השר לביטחון פנים לקבוע כללים לעניין חקירת חשוד, ובכלל זה חובות ואיסורים המוטלים על חוקר משטרה וכן דרכי פיקוח על קיומם של כללים אלו. כללים אלו טרם הותקנו נכון למועד כתיבת רשימה זו. שאלה היא מה תהיה מידת השפעתו של ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי, שבו הוכרה דוקטרינת פסילת פסיקתית של ראיות שהושגו בדרך בלתי חוקית, בהקשר שבו אנו עוסקים.

50 המדובב הוא בדרך כלל עבריין המשתף פעולה עם המשטרה תמורת שכר או טובת הנאה אחרת ומדברן את החשוד להודות או להעיד על מעורבות אחרים, לרבות בתחבולות, למשל תוך הצעה לסייע בעדו להשיג "הסכם", להטיב מצבו מול שותפיו העצורים עמו וכדומה. הפסיקה ערה לקשיים בשיטת הפעלת המדובבים ולמהימנותם, העשויה להיות מפוקפקת, אולם רואה גם בכך משום כורח בל יגונה (לעניין ההנחיה לתיעוד ראו לעיל, הערה 37). כאמור נראה לי כי יש לראות במדובב זרוע של המשטרה ולייחס נפקות למצגים שהציג, במידה שאלה הביאו את העד-השותף להאמין באופן סביר, גם אם מוטעה, כי יקבל תמורה בעבור עדותו. במקרה זה יש מקום לראותו כעד מדינה, כשם שהיינו מייחסים נפקות זו למצגים של חוקרי המשטרה. לדיון נוסף ראו נ' פלסר "תיחום גבולות השימוש

להאמין, ולו בטעות, כי במסרים מעורפלים חבוייה הבטחה להטיב את מצבו, שעה שגורלו על הכף והוא מחפש כל מוצא כדי להיחלץ מהחשדות נגדו, גם במחיר של אמירת אי-אמת והפללת שותפו או למצער הגדלת חלקו של שותפו והקטנת חלקו שלו בעבירה. כך יוצא כי בשלב הראשון, שלב גביית העדות, לחוקרי המשטרה אינטרס לקבל מידע מהעד-השותף בלי "לשלם את המחיר" בדמות הסכם עד מדינה, אולם כדי להשיג מידע זה הם עשויים לדרבנו (גם בתגובה ליוזמתו שלו) במסרים המשתמעים לשתי פנים, שיש בהם כדי להביאו, ולו בטעות, לאמונה כי יקבל תמורה עבור עדותו המפליאה. במתואר לעיל יש לעתים כדי ליצור קרקע פורייה להבנה חד-צדדית שגויה מצד העד-השותף, שעשויה לנבוע ממצגים של סוכני הרשות ושאינה מובאת כלל בחשבון כאמור, במסגרת מבחן ההבנה הדו-צדדית שבדין הנוהג.

(2) שלב הבירור במשפטו של הנאשם: לעומת זאת בשלב השני, במשפטו של הנאשם, עשויים להתלכד מבחינה מסוימת האינטרסים של העד-השותף ושל התביעה בצוותא חדא מול אינטרס הנאשם: אם קודם לכן עמדו התביעה והעד-השותף כבעלי אינטרסים מנוגדים זה לזה (השותף עשוי להיות מעוניין בהסכם או טובת הנאה אחרת בעוד התביעה מעוניינת ראשית, בהשגת העדות ללא מתן תמורה), הרי שבשלב השני, בשלב הבירור במשפטו של הנאשם, דווקא במקום שבו מסר השותף גירסה מפלילה בלי שנערך עמו הסכם עד מדינה, עשוי להיות לעד-השותף ולתביעה עניין לשלול שאמירות מעורפלות בשלב החקירה או המשתמעות מעמדת התביעה, יפורשו כמחייבות הכרה בו כעד מדינה. ניתן להצביע על סיבות אחדות אפשריות לכך. מבחינת העד-השותף, אם יגיע להעיד בשלב שבו משפטו עדיין מתנהל, הרי שציפייתו לתמורה במשפטו שלו עשויה להובילו לתמוך בכל גירסה "הנוחה" לתביעה במשפטו של הנאשם, ובמידה ויעיד בתום משפטו שלו<sup>51</sup>, הרי שגם אז עשויות להיות לו עדיין סיבות תקפות להכחיש שציפה לטובת הנאה, לבל ייפסק בדיעבד כי הוא עד מדינה. זאת, הן משום רצונו לרצות את התביעה אף לאחר סיום משפטו (למשל כאשר מדובר באסיר הממתין לדיון ועדת שחרורים בעניינו) הן משום ההשלכות השליליות הנלוות לסטטוס עד מדינה, ביחוד בקרב עבריינים, ואשר לעתים מתחייבת מהן הגדרתו כטעון הגנה והטלת הגבלות על תנאי מאסרו<sup>52</sup>. ואילו מבחינת התביעה, מעצם העובדה שלא חתמה עם העד-השותף על הסכם, גילתה דעתה שאינה רואה בו עד מדינה. לתביעה אין בדרך כלל עניין לשנות עמדתה זו בשלב המשפט, תוך הסתכנות בכך ששינוי של מבנה הראיות הדרוש להרשעה

במדובבים משטרתיים סמויים לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" מאזני משפט ג (תשס"ה) 439.

51 לגבי אפשרות זו גם לאחר ביטולה של הלכת קינזי ראו לעיל הטקסט ליד הערות 43-44.

52 ראו למשל ע"פ 6148/01 נבון נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי.



בהשוואה לזה שעל בסיסו העמידה את הנאשם לדין (המרת דרישת החיזוק בסיוע) עשוי להוביל לזיכוי במקום שבו השותף הוא עד יחיד שאין סיוע לעדותו<sup>53</sup>.

התלכדות האינטרסים המסוימת של הרשות והעד-השותף המעיד מטעמה למול הנאשם עשויה ליצור אפוא נטייה מובנית לשלול, במקרי מחלוקת, שבהם מתעוררת בדיעבד שאלה בדבר פרשנות מסכת היחסים בין העד-השותף לחוקריו, הכרה בעד-השותף כעד מדינה. זאת אף במידה שלפרשנות שכזו עשויה להיות אחיזה במערכת היחסים בין הצדדים בשלב החקירה או בטרם מסירת העדות במשפט, או לפחות אחיזה מבחינת אמונתו הסובייקטיבית של העד-השותף. באופן זה השותף והחוקרים עשויים לשלול בדיעבד כי מסרים מעורפלים מצד החוקרים הביאו את העד-השותף לאמונה, ולו שגויה, כי יקבל תמורה בעבור עדותו, וזאת אף אם בפועל הייתה לשותף בזמן אמת אמונה שכזו. באותה מידה עשוי השותף לשלול בעדותו כי גישה מקלה של התביעה במשפטו שלו קשורה לעדותו נגד שותפו, הגם שהבין כך ולו באופן משתמע. כמובן שישנה גם אפשרות הפוכה, שהשותף שמסר עדות מפלילה מתוך אמונה שיקבל תמורה בעתיד על יסוד מצגים מעורפלים ואשר אמונתו נכזבה, יסרב לחזור על גירסתו המפלילה במשפטו של הנאשם ואף עשוי לטעון כי אמרתו הוצאה ממנו בתחבולה ובתואנות שווא. אולם דווקא הימנעותו מלעשות כן עשויה ללמד לכאורה על אמונתו שאכן יקבל תמורה שלא היה זכאי לה או על ציפייה לתמורה ומכאן נטייתו לרצות את התביעה.

הנטיות המובנות במערכות היחסים הטיפוסיות בין הצדדים כמתואר לעיל עשויות אפוא להקשות על חשיפת המגעים, לפחות המשתמעים, בין הצדדים ואמונתו של העד-השותף בזמן אמת בטרם מסירת גירסתו המפלילה. בהקשר זה שאלת נטל ההוכחה ראויה לעיון. כאמור נקבע בפסיקה כי על הנאשם הנטל להוכיח כי מדובר בעד מדינה<sup>54</sup>. אולם לנאשם אין בדרך כלל ידיעה ישירה על המגעים בין התביעה לעד-השותף, זולת מה שהוא למד מחומר החקירה והעדויות המתבררות במשפטו. יכולת התגוננותו והבאת הראיות על-ידי בהקשר זה מוגבלת<sup>55</sup>. ייתכן שיש מקום לחשוב על סיוג דרישת נטל ההוכחה על הנאשם בנדון. כמובן שלא כל טענה בעלמא תצדיק את העברת נטל ההוכחה על שכמי התביעה (למשל מעצם העובדה שעד תביעה לא הועמד לדין אין

53 וראו סעיף 2(ו) להנחיות היועץ המשפטי לממשלה (לעיל, הערה 9), הקובע כי "לא ייחתם הסכם עם עד מדינה אם לא ניתן להעריך מראש כי ניתן יהיה להעמיד בצד עדותו ראייה שיהיה בה כדי לשמש סיוע".

54 לעיל, הערה 11.

55 השוו *Giglio v. United States*, 405 U.S. 150 (1972), שם הורה בית-המשפט העליון האמריקני על קיום משפט חוזר, לאחר שהתגלה כי לא הובאה לידיעת בית-המשפט הבטחה של אחד התובעים לעד-השותף שלא יועמד לדין. וראו Cassidy (לעיל, הערה 42) הטוען כי ההכרזה בדבר חובת הגילוי בפרשת *Giglio* הובילה מאז ניתנה לשימוש רב בפרקטיקה של הבטחות מעורפלות מצד מערכת התביעה.



הכרח שקיבל תמורה בגין עדותו<sup>56</sup>); אולם במקום שבו קיים יסוד סביר לטענה זו, שיש לו אחיזה בנסיבות העניין, ייתכן שיש מקום לשקול העברת נטל ההוכחה על כתפי התביעה, שברשותה מידע מלא, בוודאי רב מזה של הנאשם. באמרי זאת איני רומז חלילה להטלת דופי בתביעה ובנציגיה. אנו חיים בשיטה אדברסרית ועלינו להכיר בקיומן של מוטיבציות המניעות את הצדדים השונים בהליך החקירה והמשפט<sup>57</sup>. עלינו להיות ערים לכך שהבנות ומצגים שונים בשלבי החקירה והמשפט ניתנים בדיעבד לפרשנות, גם בתום לב, המושפעת מזהותם של השחקנים הרלוונטיים בהליך ומהמוטיבציה המנחה אותם בתפקידם.

פרשת שמרלינג היא דוגמה להתלבטות לגבי טיבה של הבנה שהיא פועל יוצא של מסרים מעורפלים שהוצגו לעד-השותף. כפי שציין שם בית-המשפט, המדינה לא חלקה על כך שהודאת העד-השותף נמסרה בעקבות דברים שאמרו לו החוקרים, היינו כי לו יעיד ישרו ממעצר את אשתו שנעצרה עמו, וכי קציני משטרה יעידו לטובתו לגבי העזרה שהושיט בחקירה. אלא שהמדינה טענה כי לא מדובר ב"הבטחה" למתן טובת הנאה אלא "לכל היותר, הבהרה של 'מצב הדברים'", וכי "ההחלטה כיצד לנהוג על רקע זה הושארה לאלכסנדר עצמו"<sup>58</sup>. בית-המשפט ציין כי "אכן, הדעת נותנת שאלכסנדר מסר את גירסתו הבסיסית האמורה, בידעו כי הדבר יביא לשחרורה בערובה של אשתו" ו"מתוך הבנה כי התוודות ושיתוף פעולה עם המשטרה יטיבו עמו גם בעתיד". בית-המשפט אף היה מוכן לקבוע כי "נראה כי הדברים שהשמיעו באוזניו החוקרים, חיזקו אצלו את התחושה כי ייטיב לעשות אם יפתח את סגור לבור...". אלא שבית-המשפט קבע כי החלטתו להעיד הייתה "פרי שיקול דעת והערכת מצב, ולא תולדה של קבלת הצעה – או הבטחה – של 'טובת הנאה'<sup>59</sup>. בכל הכבוד, ניתן להטיל ספק בהבחנה הדקה שנעשתה כאן בין "הבטחה" לבין "הבהרה של מצב דברים" ובהערכת כושר החלטתו

56 השוו פרשת אפרגן (לעיל, הערה 8), פסקה 12 לפסק-הדין.

57 לדיון ביקורתי כללי ראו למשל מ' קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים?" משפטים יז (תשמ"ז-תשמ"ח) 475. בארצות-הברית ישנה כתיבה לא מעטה העוסקת בסכנות לעיוות דין בשל השימוש בעדים משתפי פעולה עם התביעה ובשאלה כיצד לצמצמן; ראו סדרת מאמרים בסימפוזיון "Symposium: The Cooperating Witness Conundrum: Is Justice Obtainable?" 23 A.J. Finklea "Note: Leniency in Exchange for *Cardozo L. Rev.* (2002) 747 Testimony: Bribery or Effective Prosecution?" 33 *Ind. L. Rev.* (2000) 957; S.S. Trott "Words of Warning for Prosecutors using Criminals as Witnesses" 47 *Hastings L.J.* (1996) 1381; E. Yaroshefsky "Cooperation with Federal Prosecutors: Experiences of (לעיל, Savaerda; Truth Telling and Embellishment" 68 *Fordham L. Rev.* (1999) 917 הערה 5) (קריאה לאימוץ הסדר חקיקתי של סיוע לעדות שותף במערכת הפדרלית).

58 פרשת שמרלינג (לעיל, הערה 8), עמ' 190.

59 שם, עמ' 190-191.

של העד להעיד מתוך "שיקול דעת והערכת מצב". ייתכן שטובת ההנאה במקרה זה לא הייתה בעלת משקל סגולי מספיק להטיית הכף לראות בעד-השותף עד מדינה, ונתון זה תרם, בין היתר, לתוצאה שאליה הגיע בית-המשפט. מכל מקום, מבחן ההבנה הדו-צדדית, המחייב "ניצוץ" של מגע, איזוהו קשר של "מעין הסכמה", התלכדות רצונות בין הרשות לעד-השותף, הוביל את בית-המשפט לנתק באופן מלאכותי למדי בין הצדדים: "הבהרת מצב הדברים" על-ידי החוקרים מזה לבין "הערכת מצב" של העד-השותף מזה. נתק זה איפשר לבית-המשפט להסיק כי לא התקיימו התנאים לראות בעד-השותף עד מדינה.

מבחן "מעין ההסכמה" האובייקטיבי בין הרשות לבין העד-השותף אינו רגיש דיו לאינטרסים המורכבים והמשתנים של הצדדים בשלב החקירה ובמשפטו של השותף. הוא אף עשוי לעודד פרקטיקה של מסרים מעורפלים בשלב החקירה, שכן לחוקרים ידוע מראש כי בבואו לבחון את נסיבות מסירת העדות המפלילה, יגביל עצמו בית-המשפט לממד האובייקטיבי גרדא, שעניינו בבדיקה אם השתכללה בין הצדדים "מעין הסכמה" אם לאו, תוך אי-ייחוס נפקות לקשת של מצבים שבהם התקיימה ציפייה סובייקטיבית סבירה, אף אם שגויה מבחינה אובייקטיבית. המבחן המוצע ער, ואף מתמקד לפי ניסוחו, באמונתו החד-צדדית (הסבירה) של השותף לעבירה ובויקתה למצגי הרשות ולא רק במפגש רצונות בו-זמני בין העד לרשות.

## ח. סיכום

המבחן האובייקטיבי להכרה בעד מדינה איננו ער למקרים שבהם מקננת אמונה סובייקטיבית בלבו של העד-השותף, אף אם שגויה, כי הובטחה לו טובת הנאה או ניתנה לו כזו; אמונה המקימה את החשש מפני הרשעה על סמך עדותו היחידה ללא תוספת מסייעת. יש מקום לחשוב על הרחבת המבחן הנוהג גם למצבים מסוימים שבהם התקיימה אמונה סובייקטיבית כזאת. מבחן האמונה הסובייקטיבית אינו שרירותי וניתן להגדרה ברורה יותר בעזרת שני סייגים העשויים להקל על אימוצו: האחד, כי נקודת המוצא להידרש לאפשרות קיומה של אמונה סובייקטיבית מחייבת זיקה למצגים מצד סוכני הרשות או מטעמם, גם אם מדובר בהבטחה נחזית או בתמורה שאינן עולות לכדי טובת הנאה במובנה האובייקטיבי. השני, כי האמונה הסובייקטיבית תיבחן תמיד בכפוף לסבירותה בעיני בית-המשפט, תוך הערכת מסכת ההבנות שבין הצדדים בזמן אמת ובכלל זה האפשרות לקיומה של הבנה חד-צדדית שגויה מצדו של העד-השותף כתוצאה ממצגים מעורפלים או משתמעים של סוכני הרשות או מי מטעמם. במקום שבו בעיני בית-המשפט היה יסוד סביר להבנה סובייקטיבית זו, יש להכיר בעד-השותף כעד מדינה. בשני הסייגים הללו, שייבחנו במצטבר, יש כדי לתרום לתחמת מבחן האמונה הסובייקטיבית שהציע השופט חשין בפרשת גומז'קרוסו. השאלה בדבר הרחבת

המבחן הנוהג נוגעת לשוליו, במקרי מחלוקת שבהם לא נחתם הסכם עד מדינה ושקיים לפחות יסוד סביר לטענה בדבר תמורה שהובטחה או ניתנה בזיקה למסירת העדות. מיעוטם היחסי של המקרים שבהם נדרש בית-המשפט העליון לנושא בעשר השנים שחלפו מאז פרשת גומז-קרדוסו מאפשר להעריך כי הרחבת המבחן הנוהג איננה עשויה לפתוח פרצה לטענות שווא, מה גם שכאמור, הסייגים המוצעים נועדו למנוע או לפחות להקטין את החשש מכך.