

בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או המבט הרביעי על הכשרות להעיד במשפט הפלילי אסף הרדוף*

המאמר "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או המבט הרביעי על הכשרות להעיד במשפט הפלילי" מנתח את שאלת כשרותו של אדם להעיד במשפט פלילי נגד בן זוגו, שאלה שלא זכתה לדיון עשיר בהלכה ובדוקטרינה בישראל. החוק וההלכה במשפט הישראלי בנוגע לשאלה זו מעוררים בעיות קשות, שעליהן עומד המאמר. פקודת הראיות, המתווה את ההסדרים, אינה עקיבה בניסוחה; המונחים העמומים המפורטים בסעיפיה מגבירים את חוסר העקיבות בתוצאה. ההבחנות שיוצר הדין בין משפט פלילי לבין משפט אזרחי, בין הליך פלילי מסוג אחד לאחר, בין שלבים שונים של הליך פלילי מסוים – גוררות הסדר חסר עקיבות שאינו מצליח ואינו יכול להצליח להשיג תכלית ברורה כלשהי. התכלית המסורתית המדוברת בהקשר זה היא של שמירת התא המשפחתי, אך היא אינה באמת מושגת באמצעות ההסדרים המדוברים, וספק אם התועלת החברתית העולה מההסדרים גבוהה ממחירם. המאמר מציג ארבעה מבטים שונים על הסוגיה, במגמה לפצח את סודותיה ולעורר את השיח המשפטי בה. הוא עומד על ההבדלים בין מחסומי הראיות השונים;

* בוגר, מוסמך ותלמיד מחקר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; לשעבר תובע וסנגור בפרקליטות הצבאית.

אבקש להודות למנחיי היקרים, מיכאל בירנהק ואמנון רייכמן, וכן לחבריי הטובים אלקנה לייסט ואור בסוק על שקראו טיוטות מוקדמות של המאמר והאירו את דרכי. תודה רבה לקורא האנונימי על הערות מועילות. כן אבקש להודות למערכת דין ודברים ובפרט לסגנית העורכת, הגב' מנאל'תותרי ג'ובראן, על הסיוע הטוב, הליווי היסודי והסבלנות הרבה. תודה אחרונה לעורכת הלשונית דפנה שופי, על עבודת נמלים קשה ומשובחת. האחריות לשגיאות מוטלת כמובן על המחבר בלבד.

כל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו באחרונה בספטמבר 2007, אלא אם כן נכתב אחרת.

צולל לתוך הבעיות הכרוכות בהסדרים השונים; מתעמק בקשר הסיבתי שבין הסדרי הכשרות לבין תכלית השמירה על התא המשפחתי; ומציע כמה דרכים חלופיות לגיבוש הסדר בשאלות שעל הפרק, שתאפשרנה עקיבות גם במבחן התוצאה, תוך צידוד בביטול הסדרי הכשרות והחלפתם בחופש ראייתי בהקשר המדובר.

א. פתיחה. ב. מבט ראשון על הסדרי הכשרות – הצגת המושגים וההסדרים:

1. הצגת המושגים: א. מחסום החיסיון; ב. מחסום הקבילות; ג. מחסום הכשרות.
2. ההסדר בחוק. ג. **מבט שני – הבעיות הכרוכות בהסדרים:** 1. על מטרת הסעיפים המסייגים כשרות להעיד: א. מקורו ההיסטורי של הכלל – נגיעה במשפט האנגלי; ב. ההצדקה לכלל כפי שנתפסה בישראל. ד. הניתוק בין קורבן העבירה לבין העד. ה. מינוח וניסוח עמומים: 1. "משפט בשל חבלת גוף או אלימות..." 2. בני זוג. ו. פלילי לעומת אזרחי – חיפוש הסיבה להבחנה: 1. כללי; 2. המוטל על הכף. 3. תיאוריית המדרגות; 4. גורמים מבדילים אפשריים – חיפוש רועץ המשפחה. ז. **מבט שלישי – הקשר הסיבתי בין הסדרי הכשרות לשמירת התא המשפחתי:** 1. מאפייניו המיוחדים של מחסום הכשרות; 2. זכויות ואינטרסים – ההנדסה החוקתית של מחסום הכשרות: א. כללי; ב. בעד מחסום הכשרות; ג. נגד מחסום הכשרות; ד. איזון; ה. המהפכה החוקתית – השפעתה; 3. תכלית החסיונות ותכלית מחסום הכשרות – התאמה בין ההסדר לתכליתו; 4. הקשר הסיבתי בין כשרות לשלום בית – דקלרטיבי או קונסטיטוטיובי? אספקלריה תועלתנית; 5. מה לבית המשפט הפלילי ולמשפחה? ח. **מבט רביעי – פתרונות אפשריים:** 1. מודלים שונים לפתרון; 2. הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות: א. תמצית ההצעה; ב. הערכת ההצעה. ט. סיכום.

א. פתיחה

ב-1957 יצא לאקרנים הסרט המשובח "עדת התביעה" ("Witness for the Prosecution"), לפי סיפור של אגתה כריסטי. בראשית הסרט, המגולל משפט בגין רצח בעבור קבלת ירושת הקורבן, מסביר הסנגור לאשת הנאשם כי חבר מושבעים לא יאמין לאליבי שמספקת עדת הגנה, לא כל שכן אשת הנאשם. כשמפתיעה התביעה ומבקשת לזמן את האישה להעיד מטעמה, מתנגדת ההגנה משום שמדובר באשת הנאשם. התובע אינו מתייחס לכך שמדובר במשפט רצח,¹ אלא מסביר כי נישואי העדה לנאשם אינם תקפים, בהיותה נשואה

1. מסורת הייתה ביד המשפט המקובל שלא לאסור על אדם להעיד לחובת בן זוגו במשפט בגין אלימות שאינה קשורה כלל למשפחה, לרבות רצח של אדם מחוץ למשפחה.

לאחר. הביגמיה מכשירה אותה להעיד לחובת הנאשם.² במהלך עדותה מפלילה האישה את "בעלה", שוללת את האליבי שסיפקה לו בחקירתה במשטרה, ומספרת שדם ניגר מחולצתו ביום האירוע, ושאמר לה שרצח את הקורבן. היא אינה נשברת במהלך חקירתה הנגדית, ואף עדות הנאשם אינה משנה את הרושם המתקבל באולם בית המשפט, שאשתו דוברת אמת.

עובר להכרעת הדין מקבל הסנגור המיואש מידע שבעקבותיו מגיע לידי מכתב שכתבה אשת הנאשם לאהובה – שלפי המכתב אינו הנאשם – ובו נכתב שהפלילה את בעלה לשווא. הסנגור קורא לה לשוב ולהעיד, "שובר" אותה, והיא מכריזה – במה שנדמה כחמת זעם של שקרנית שנחשפה – ששיקרה כדי לצאת מזרועות בעלה החונקת. הנאשם, המתחנן בפניה במהלך עדותה לחדול משקריה המזכים אך המכאיבים, מזוכה לבסוף. סיום הסרט, שאותו לא אגלה (כדי לכבד בקשה המושמעת בתום הסרט), מסביר כי מה שראינו אינו משקף את המצב לאשורו.

מדובר בסרט שאפשר להפיק ממנו רבות.³ הוא מלמד, למשל, על הנטייה האנושית לקבוע מסקנות על סמך עמדה שלילית ולא על סמך עמדה חיובית. קל יותר לקבוע קיום שקר מלקבוע קיום אמת.⁴ לקחים רבים נוספים עולים מהסרט, אך לא אפרוט אותם לפרוטות.⁵ אגיע לעניין, עדות אדם במשפט פלילי לחובת בן זוגו. עדות אשת הנאשם היא לב הסרט, וכשהיא נמסרת (הן בראשונה והן בשנית) ברור כי היא המפתח להכרעת הדין. יחסי הנאשם ואשתו מורכבים מהנראה לעין; מבט ראשון בסרט מביא לתוצאה אחת, מבט

2. על כשרות וביגמיה במשפט האנגלי, ראו: *R. v. Yacooob* [1981] 72 Cr. App. R. 313.

3. כך נכתב גם בעניין אחר: Marianne M. Jennings, "Moral Disengagement and Lawyers: Codes, Ethics, Conscience, and Some Great Movies", 37 *Duq. L. Rev.* (1999) 573 בהערה 78.

4. ראו בקשר לסרט: Jennifer L. Mnookin and Nancy West, "Theaters of Proof: Visual Evidence and the Law in Call Northside 777", 13 *Yale J.L. & Human.* (2001) 329, p. 351.

5. חלקם עולים בכמה רשימות: אשר לשאלת חיסיון עורך דין-לקוח וכן לשאלת ההתנגשות בין האמת במשפט לחובת עורך הדין, ראו: Jennings (לעיל, הערה 3) בעמ' 592-593, וכן: Suzanne Shale, "The Conflicts of Law and the Character of Men: Writing Reversal of Fortune and Judgment at Nuremberg", 30 *U.S.F. L. Rev.* (1996) 991, p. 1016 הראיה הטובה ביותר ודרכי חקירת עדים: Paul Bergman, "Pranks for the Memory", 30 *U.S.F. L. Rev.* (1996) 1235, pp. 1204-1241 אצל: Christine Alice Corcos, "Irony, Storytelling, Truth, and Justice in the Modern Courtroom Drama", 25 *U. Ark. Little Rock L. Rev.* (2003) 503 ותופסת מקום נכבד בשיח המשפטי, ואף זכתה באחרונה בכרך שלם העוסק בהיבטים שונים בה בכתב העת מחקרי משפט כב (תשס"ו). על השימוש בסרט ככלי מתודולוגי לגיתוח ערכי ראו, למשל: אמנון רייכמן, "זיה כל כך פשוט כשזה בסרט?" הערות על שיח המשפט והקולנוע", מחקרי משפט כב (תשס"ו) 45, בעמ' 66 ואילך.

שני לאחרת, וכך גם המבט השלישי והרביעי. ביחסים שבינו לבינה רב הנסתר על הגלוי, ולעתים גם ביחסים שבינו לבינה לבין מערכת המשפט. לכן, אומר הסרט, התוכנה לא תושג מהמבט הראשון. גם לא מהשני.

מאמר זה פורסם ארבעה מבטים על סוגיית כשרות בני זוג להעיד במשפט פלילי. המבט הראשון מציג את המושגים וההסדרים השונים. בפתיחתו נערכת הבחנה בין המחסומים הראייתיים השונים שבמשפט הפלילי – החיסיון, הקבילות וכמובן הכשרות. הבחנה זו חשובה כדי לאפשר בהמשך להבין כיצד באמת פועל מחסום הכשרות להשגת מטרותיו. בסיום מבט זה מוצג ההסדר החוקי הישראלי בנוגע לסוגיה.

המבט השני זונח את הגישה הדסקריפטיבית של קודמו לטובת הצגת ביקורת ראשונית על ההסדר הישראלי. אעמוד בקצרה על מקורו ההיסטורי של הכלל תוך נגיעה קצרה בהתפתחותו במשפט האנגלי, ועל ההצדקה המסורתית לו כפי שנתפסה בישראל. ארחיב על הבעיה שיצר אחד התיקונים לחוק, עת נותק קשר הזהות או הקרבה בין קורבן העבירה לבין העד. לאחר מכן אתיחס לחלק מהמונחים העמומים שבהם משתמש החוק ולדרך שבה בחרה הפסיקה לפרשם. חוסר העקיבות של הדין הישראלי בנוגע לסוגיה יתבהר עוד יותר בסיומו של מבט זה, לנוכח ההבחנה, שעליה אעמוד בנוגע לכשרות להעיד, ההבחנה הקיימת בין המשפט האזרחי לבין חלק מהמשפט הפלילי, הבחנה שקשה למצוא היגיון אמיתי מאחוריה, אף שאתאמץ לעשות כן.

נוכח חוסר העקיבות המתגלה במבט השני, תר המבט השלישי אחר קשר סיבתי אמיתי בין הסדרי הכשרות לשמירת התא המשפחתי. לשם כך אעמוד תחילה על מאפייניו המיוחדים של מחסום הכשרות, להבדיל מחיסיון וקבילות: אבחן כיצד הוא פועל. לאחר שתובן דרך פעולתו, אבקש להעמיק ולהבין מה, בעצם, מגלמת הסוגיה – אילו זכויות ואינטרסים עומדים על הפרק: אציג את אלה שלכאורה תומכים במחסום הכשרות מול אלה שלכאורה מתנגדים לו, תוך ניסיון לזהות את סוג האזיון המתאים. או אז אבחן בקצרה כיצד עשויה המהפכה החוקתית להשפיע על פרשנות ההסדר. לאחר שיתבהר מעט מאזן האינטרסים והזכויות, אנסה לגלות אם אמנם קיימת התאמה בין ההסדר לבין תכליתו, ואבחן באיזו דרך מבקש החוק להשיג את מטרותיו. אקנה מבט זה בתהייה, אם בית המשפט הוא הגוף המתאים להכריע כיצד ומתי לשמור על התא המשפחתי.

במבט הרביעי אציג כמה פתרונות אפשריים, שיבקשו להשיב לסוגיה את העקיבות האבודה, וכן אתיחס באופן ביקורתי להצעת חוק חדשה המבקשת לשנות את ההסדר הקיים.

כדי שלא להכביד על הקורא, נמנעתי מלייחד מבט נפרד למשפט המשווה, שדן בסוגיה בצורה מעמיקה ומרחיבה בערכאות הגבוהות וכמובן באקדמיה; אך מובן שלא אתעלם מדיונים חשובים שנערכו בסוגיות השונות (ויכוחים שונים במדינות שונות). חשוב לזכור כי ההסדר הישראלי נשאב מהמשפט המנדטורי; אך ההסדר שבמשפט האנגלי כיום, כפי שאראה בקצרה, רחוק מאוד מההסדר הקיים כיום בדין הישראלי.

מאמר זה שואף להעשיר את השיח הדל בתחום או לפחות להעיר מתרדמתו. רוב הפסיקה בסוגיית עדויות בני זוג בישראל ניתנת בהחלטות ביניים של ערכאות נמוכות. החלטות אלו אינן ניתנות לערעור ישיר ובערעור עקיף אינן זוכות לתשומת לב פרטנית

של בית המשפט העליון אלא כחלק מהדיון הכולל.⁶ נקודת המבט הבוחנת אותן היא במשקפי הסמכות ובמבט אל עבר המשפט כולו ולא במשקפי מועד קבלת ההחלטה.⁷ הכתיבה העברית בנושא הכשרות להעיד דלה ביותר, ודלות השיח משפיעה על איכות הדין. פרט לכמה התייחסויות ישנות וקצרות, ניכר מחסור בכתיבה ישירה ומעמיקה בנושא.⁸ הקשיים הרבים שמעוררים הסדרי הכשרות להעיד בישראל נובעים חלקם ממבנה המשפט הפלילי בישראל, וחלקם ממבנה מערכת המשפט בישראל. חלקם עולים ממש מלשון החוק וחלקם עולים דווקא מפרשנות תמוהה של בתי המשפט. חלקם ברורים כשמש וחלקם דורשים מלאכת חשיפה לא פשוטה. תכלית שמירת התא המשפחתי, בסיס הסדרי הכשרות בישראל, נראית לי ראויה; אך לא ברור כיצד באמת מגנים הסדרי הכשרות על התא המשפחתי, ולא בטוח שעל דיני הראיות להירתם להגנת ערכי המשפחה ועל חשבון ערכים אחרים. האקדמיה הישראלית, המתרכזת בהחלטות בית המשפט העליון, לא התעמקה בסוגיה זו. מאמרי יציג עמדה, לפיה מבט המשפט הישראלי על יחסי בני זוג, כמבוטא בפקודת הראיות,⁹ הוא שטחי למדי: הוא אינו מתייחס לחלק מהשאלות החשובות שעל הפרק, ומספק תשובות בלתי עקיבות על חלק אחר. מחסום הכשרות להעיד הנהוג כיום בישראל אינו עקיב ואינו מגשים תכלית ברורה כלשהי. כמסקנה סופית, אציע לבחור בדרכים אחרות, נאמנות יותר לתכלית ברורה המשתלבת בדיני הראיות הכלליים: ביטול הסדרי הכשרות והחלפתם בחופש ראייתי (בהקשר המדובר) או לחלופין הענקת שיקול דעת שיפוטי לבית המשפט לפי נסיבות העניין.

6. הכלל הוא, כידוע, כי אין במשפט פלילי ערעור על החלטות ביניים, בזכות או ברשות – סעיפים 41 ו-52 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 198. ניתן לחרוג מהכלל במקרים מסוימים. ראו סעיף 5 לפסק דינו של השופט לוי בדיון שנערך בהרכב מורחב של בית המשפט העליון בנוגע לביטול הלכת קינזי – בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר שבע (טרם פורסם).

7. ראו: אסף הרדוף, **אין להשיב לאשמה** (תשס"ה) בעמ' 204 – שם נכתב על המשקפיים הצרים והמשקפיים הרחבים בנושא ערעור על החלטת ביניים בשאלת "אין להשיב לאשמה". ההחלטה תיבחן על ידי בג"ץ במשקפי הסמכות; רק החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני, להבדיל מהחלטה בלתי סבירה או החלטה שגויה אחרת, הינה החלטה שבג"ץ יתערב בה. כך, אם מבקש נאשם להפריד את הדיון בעניינו מהדיון בעניינו של אביו, כדי שלא ייאלץ לבחור בין קו הגנה הפוגע בו לבין קו הגנה הפוגע באביו, הרי הבקשה תידחה על הסף, מכיוון ש"אין מתעוררת שאלת סמכותו של בית משפט השלום להחליט את אשר החליט, וברי כי החלטתו אינה החלטה מנהלית אשר ניתנה מתוך שרירות" – בג"ץ 4451/04 קסטוריאנו נ' בוחן (טרם פורסם) בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת חיות.

8. למשל, רשימתו של יעקב בן ברוך רובין, "החוק לתיקון דיני הראיות, תשכ"ח-1968", **משפטים** א (תשכ"ח) 463, וכן רשימתם של שניאור זלמן פלר ואליהו הרנון, "הצעת החוק לתיקון פקודת העדות (מס' 6), תשכ"ז-1967", **הפרקליט** כד (תשכ"ח) 94.

9. פקודת הראיות [נוסח חדש] תשל"א-1971, נ"ח 421.

ב. מבט ראשון על הסדרי הכשרות – הצגת המושגים וההסדרים

1. הצגת המושגים

קשה להבין לעומק את הבעיות העולות ממחסום הכשרות במשפטנו בלא הבנת טיבו וייחודו לעומת מחסומים ראייתיים אחרים במשפט הפלילי, שזכו להתייחסות נרחבת בהרבה בהלכה ובאקדמיה: החיסון והקבילות.

א. מחסום החיסון

חסיונות התקיימו עוד לפני רומא העתיקה.¹⁰ לאחר החיסון הראיתי הראשון במשפט המקובל (עורך דין-לקוח),¹¹ הוכר חיסון בני זוג.¹² חסיונות חלים על קבוצת אנשים קטנה כפררוגטיבה מיוחדת.¹³ חיסון מונע מידע בהליך שיפוטי, כששמירת סודיות המידע באה למנוע פגיעה במערכת יחסים שתפקידה במארג החברתי-משפטי הינו מרכזי.¹⁴ בית המשפט מונע עצמו במודע מלהגיע לחקר האמת העובדתית מטעמי מדיניות משפטית, לטובת ערכים מסוימים.¹⁵ החיסון אינו מונע ראיה שמפריעה לאמת ולצדק, אלא ראיה קבילה, רלוונטית ובדרך כלל מהימנה ומכלי ראשון.¹⁶ החוק יצר חסיונות רבים¹⁷ וההלכה הכירה בחסיונות נוספים.¹⁸

10. המילה הלועזית לחיסון ("Privilege") מקורה בביטוי הלטיני "privata lex" (חוק פרטי).

ראו: Max Radin, "The Privilege of Confidential Communication Between Lawyer and Client", 16 Cal. L. Rev. (1928) 487, p. 488.

11. *Berd v. Lovelace* 21 Eng. Rep. 33 (1577); *Dennis v. Codrington* 21 Eng. Rep. 53 (1580).

להרחבה בנושא ההיסטוריה של חיסון עורך דין ראו: לימור זר-גוטמן, "חובת הסודיות של עורך הדין וחיסון עורך דין לקוח: הגיעה השעה להיפרד", *הפרקליט* 61(1) (תשס"ב) 168, בעמ' 180.

12. *Bent v. Allot* 21 Eng. Rep. 50 (1580).

13. Ralph Slovenko, "Psychiatry and a Second Look at the Medical Privilege", 6 Wayne L. Rev. (1960) 175, p. 181.

14. נינה ולצמן, "אמת עובדתית ו'אמת משפטית' – מניעת מידע מבית המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים", *עיוני משפט* כד (תש"ס) 263, בעמ' 267.

15. מנחם אלון, "הדין, האמת, השלום והפשרה – על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה", *מחקרי משפט* יד (תשנ"ח) 269, בעמ' 275.

16. שושנה נתניהו, "על התפתחויות בסוגית החסיונות המקצועיים", *ספר זוסמן* (תשמ"ד) 297, בעמ' 298.

17. סעיפים 44-51 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, נ"ח 421. על חיסון עורך דין-לקוח, ראו: בג"ץ 744/97 גוזלן נ' אמינוף, פ"ד נא(1) 355; על חיסון רופא-מטופל, ראו: בג"ץ 447/72 ישמהוובין נ' ברוך, פ"ד כז(2) 253.

18. חיסון עיתונאי, למשל: כ"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337 (להלן: עניין ציטרין); חיסון בנקאי: רע"א 1917/92

חלק מהחסינויות הם מוחלטים; אין בית המשפט יכול להסירם או לערוך איזון אינטרסים, שכן זה כבר נערך – ואף הוכרע – על ידי המחוקק.¹⁹ במצבי חיסיון נשלל מבעל דין השימוש בראיה שיכלה לסייע בגילוי האמת במשפט: "אין לומר שתגלה האמת, גם אם יחרב העולם".²⁰ חסינויות מספקים לעדים פוטנציאליים את הזכות שלא לחשוף ראיה במשפט ומחוצה לו.²¹ הם עשויים להגן על זכויות הפרט, כחיסיון מהפללה עצמית,²² על יושרת המערכת הממשלתית, כחסינויות לטובת המדינה²³ או להגן על מערכות יחסים, כאמור.²⁴ החסינויות מנוגדים לעמדה שלציבור זכות לראיותיו של כל אדם²⁵ ולחובה הכללית של עד שנקרא לבוא ולהעיד.²⁶

ב. מחסום הקבילות

הכללים הפוסלים ראיות קבילות יסודם בשיקולי מדיניות, ותכליתם שונה מתכלית החיסיון.²⁷ דוגמאות לכללי פסילה הן עדות שמועה, עדות סברה, ראיות על עבר שלילי וכלל הראיה הטובה ביותר. כללים אלה נועדו למנוע הסתמכות על ראיות בלתי מהימנות העלולות להעיב על הליך חיפוש האמת: פסילה "עובדתית". מנגד, פסילה "ערכית" עניינה ראיות שהושגו בדרך בלתי חוקית; כאן ניכרת סתירה מוחלטת בין האמת העובדתית לאמת

-
- סקולר נ' גרבי, פ"ד מז(5) 764 וכיוצא באלה.** *Wigmore* מנה ארבעה מבחנים מצטברים להחלת חיסיון: מקור התקשורת הינו באמונה שלא תתגלה; הסודיות חיונית לייעילות היחסים; אלה יחסים שהציבור רוצה לעודד ולטפח; והנזק שיסב גילוי המידע ליחסים רב מהתועלת שיסב הגילוי להכרעה נכונה בהתדיינות המשפטית. ראו: John Henry Wigmore, 8 *Evidence* in *Trials at Common Law* (1961) 527. עוד על הוספת חסינויות בבית המשפט, ראו: זר-גוטמן (לעיל, הערה 11) בעמ' 169.
19. הרדוף (לעיל, הערה 7) בעמ' 152.
20. הנשיא ברק ברע"א 1412/94 **הפטרות מדיצינית הרסה עין-ברם נ' גלעד**, פ"ד מט(2) 516, בעמ' 523-524; וכן Wendy Meredith Watts, "The Parent-Child Privileges: Hardly a New or Revolutionary Concept", 28 *Wm and Mary L. Rev.* (1987) 583, pp. 590-591.
21. *Bain v. Superior Court In and For Maricopa County* 148 Ariz. 331, 714 P.2d 824, p. 826 (1986).
22. Daniel R. Coburn, "Child-Parent Communications: Spare the Privilege and Spoil the Child", 74 *Dick. L. Rev.* (1970) 599, pp. 602-603.
23. Robert M. Fisher, "The Psychotherapeutic Professions and the Law of Privileged Communications", 10 *Wayne L. Rev.* (1964) 609, pp. 609-610.
24. Coburn (לעיל, הערה 22).
25. "...the public has a right to every man's evidence" – *Branzburg v. Hayes* 408 U.S. 665, p. 674 (1972) [quoting *In re Pappas* 358 Mass. 604, p. 607, 266 N.E.2d 297, p. 299 (1971)].
26. Michael D. Moberly, "Children Should be Seen and not Heard: Advocating the Recognition of a Parent-Child Privilege in Arizona", 35 *Ariz. St. L.J.* (2003) 515.
27. נתניהו (לעיל, הערה 16) בעמ' 297.

המשפטית. האמת המשפטית נקבעת לפי שקלול ערכים שונים, כגון ערך כבוד האדם וזכותו לשלמות הגוף והנפש, חינוך רשויות האכיפה והדאגה לשלום הציבור וביטחונו.²⁸ כלל פסילה אינו נובע מסודיות, אלא מדרך השגת הראיה.²⁹ פסילת הודאה שהושגה באלימות באה להגן על כבוד החשוד.³⁰ המשפט מחייב פסילת הודאה שניתנה לאחר נקיטת אמצעים פסולים קיצוניים. סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש] מחייב להוכיח רצון חופשי, ולא די בהוכחת אמיתות דברי ההודיה.³¹ פסילת ראיה, שהושגה בהאזנת סתר אסורה, נקבעה מכוח החוק, המבטא את העדפת הפרטיות, טוהר ההליך והרתעת הרשות – מן האמת.³² החוק אינו מאמץ במלואו את כלל פסילת "פירות העץ המורעל" האמריקני, אלא משקף את התפיסה המשפטית העומדת בבסיסו בנוגע להאזנות הסתר.³³ סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 פוסל חומר, שהושג תוך פגיעה בפרטיות, מלשמש ראיה בבית המשפט, בלא הסכמת הנפגע, זולת חריגי החוק. הדבר משרת את התפיסה ששימוש בראיה שהושגה באמצעים פסולים מדמה את המדינה לשותפה למעשה הפסול.³⁴

ג. מהסוכם הכשרות

יש אומרים כי השאלה היסודית ביותר בנוגע לעד היא כשרותו והיותו בן כפייה.³⁵ המונח "כשר" בפקודת הראיות [נוסח חדש] הוא תרגום המונח הלועזי "competent", שפירושו "בעל יכולת/כישורים, מוכשר, מיומן, משביע רצון, מספק, מתאים". המילון העברי

28. אלון (לעיל, הערה 15) בעמ' 278; וכן ראו: James J. Tomkovicz, "The Massiah Right to Exclusion: Constitutional Premises and Doctrinal Implications", 67 *N.C.L. Rev.* (1989) 770, p. 751.
29. זלצמן (לעיל, הערה 14) בעמ' 267.
30. שם, בעמ' 268.
31. השופט אלון בע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, בעמ' 262-263.
32. הכוונה לסעיף 13(א) לחוק האזנות סתר, תשל"ט-1979, ס"ח 118; ראו: אלי הלם, דיני הגנת הפרטיות (2003) בעמ' 324. ראו גם: ע"פ 183/78 אבו מירד' נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 533; דברי השופט כץ בע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309, בעמ' 332; *U.S. v. Calandra* 414 U.S. 338 (1974).
33. ע"פ 2286/91 מדינת ישראל נ' אילוז, פ"ד מה(4) 289, בעמ' 304. תורת העץ המורעל מחייבת פסלות ראיות שנאספו שלא לפי כללי פרוצדורה מסוימים. ראו: ישגב נקדימון, הגנה מן הצדק (תשס"ד) בעמ' 366-367.
34. הלם (לעיל, הערה 32), מפנה לפסק הדין *Olmstead v. U.S.* 277 U.S. 438 (1928). הלם מציין את הטענות נגד פסילת ראיות: חשש שהפסילה תביא לידי שחרור עבריינים, אשר יפגע בשלום הציבור; רצון שבתי המשפט ייצמדו לאמת העובדתית והמשפטית; השקפה, שבית המשפט צריך לדון בראיות שלפניו ולא לבחון כיצד התגבשו. ראו בעמ' 325-326.
35. 513 p. *Peter Murphy, Murphy on Evidence* (2003). הכוונה בצירוף "בן כפייה" היא כי ניתן לכפות את העד להעיד בניגוד לרצונו.

מגדיר "כשר" כ"טוב, ראוי, מתאים; מותר על פי הדין; הגון, ישר, תמים".³⁶ כלומר כשרות להעיד מצטיירת כיכולת להעיד (ולא ככשרות דתית): מבחינה לשונית, אדם כשר להעיד הוא מי שמוכשר לכך. חקוקים רבים כוללים את המונח "כשרות",³⁷ וקיים חוק שזו כותרתו – חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, כסעיף 1 לו קובע שכל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו.³⁸

כשרות, בקשר להחזקה בכוחות משפטיים, מבטאת תפיסה של "הכול או לא כלום".³⁹ נראה כי מבחינת החוקים השונים, המונח "כשרות", במובן המשפטי הלא-דתית, בא לסמל מעגל, שמי שמצוי מחוצה לו, אינו יכול או רשאי לבצע פעולה מסוימת (הגדרה בדרך השלילה) או מי שמצוי בתוכו (ולעתים רק מי שמצוי בתוכו) יכול ורשאי לבצע פעולה מסוימת (בדרך החיוב). סעיפים 2-5, אם כן, מתווים מעגלי כשרות, העשויים להשתנות לפי השאלה הנבחנת והתפיסה הרווחת: פעם נמצא האדם בתוך המעגל ופעם מחוצה לו.⁴⁰

36. אברהם אבן-שושן, מילון אבן שושן המרוכז – מהדורש ומעודכן לשנות האלפיים (תשס"ד) בעמ' 423.

37. ראו, למשל: סעיפים 3, 4, 26, 79, 139 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 63; פרק ג' לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], תשל"ב-1972, נ"ח 511; סעיף 10 לחוק חוקרים פריטים ושירותי שמירה, תשל"ב-1972, ס"ח 90; סעיף 4 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965, ס"ח 220; סעיף 223 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, ס"ח 171. המונח מצוי גם בחוקים מרכזיים פחות; ראו, למשל: סעיף 6 לחוק זכות מטפחים של זני צמחים, תשל"ג-1973, ס"ח 272.

38. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ס"ח 120. אמנון בן-דרור כותב שממבנה סעיף 2 לחוק הכשרות עולה, שקיימת הנחת מוצא, שכל אדם כשר לפעולות. ראו: אמנון בן-דרור, החסויים במשפט (תשנ"ח) בעמ' 34.

39. Joel Feinberg, *Harm to Self* (1986) p. 28.

40. באנגליה, למשל, היו בעבר קבוצות אנשים בלתי כשרים להעיד, לגמרי או חלקית: לא-נוצרים, עבריינים מורשעים, בעלי עניין במשפט, צדדים למשפט ובני זוגם. מי שהורשע ב"פשע ידוע לשמצה" (בגידה, עדות שקר), נהפך לעד בלתי כשר לכל חייו. עד אמצע המאה ה-19 אסור היה לבעלי עניין במשפט להעיד, ואז בוטל איסור זה בחוק הראיות. ברוב המשפטים, צדדים למשפט אזרחי הוכשרו להעיד באמצע המאה ה-19. עד אמצע המאה ה-17 ניתנה עדות רק בשבועה על ספר הבשורה הנוצרית; עד שסירב לקבל את סמכות הספר, היה מאבד את כשרותו להעיד. גם על הנאשם נאסר להעיד, הן מן הטעם שהיה צד מעוניין, והן בגין הרצון לשמור על זכותו לחיסיון מפני הפללה עצמית. במאה ה-19 הותר לנאשם לתת הצהרה שלא בשבועה. ב-1898 נחקק חוק הראיות הפליליות ששם קץ לאיסור על נאשם להעיד במשפטו; Rupert Cross and Colin Tapper, *Cross on Evidence* (1990) pp. 202-204; Déirdre Dwyer, "Can A Marriage Be Delayed in the Public Interest so as to Maintain the Compellability of A Prosecution Witness: R. (on the Application of the Crown Prosecution Service) v. Registrar General of Births, Deaths and Marriages?", 7 *Int'l J. Evidence & Proof* (2003) 191.

אדם כשר אפוא להעיד אם אין מניעה משפטית שתמנע אותו מלהעיד בבית המשפט; אדם הוא בן כפייה אם ניתן לחייבו להעיד. כשרות לחוד ואפשרות כפייה לחוד.⁴¹ מהי מטרת הסעיפים האמורים בכללותם? מה באים המעגלים להשיג? להבדיל מחיסיון וקבילות, מחסום הכשרות, שהוסדר בסעיפים 3-4 לפקודת הראיות [נוסח חדש], סובב סביב התא המשפחתי. יש שסבורים, כי הדרך היעילה ביותר להגן על חברה היא להגן על קדושת המשפחה, שהקשרים בתוכה הם המתמידים ביותר, ואינם תלויים אך ורק ביחסים כלכליים.⁴² כן נכתב, כי מחסום הכשרות ומתן חיסיון לבני זוג (כנהוג בארצות הברית) שונים במדיניות שביסודם, מבחינה היסטורית: מחסום הכשרות מבטא דאגה לכך שהעדות עלולה להיות שקרית, משום שהיא נמסרת על ידי צד מעוניין, ואילו החיסיון מבוסס על כך שכפיית אדם לגלות דברים מעוררת סלידה ומפריעה להרמוניית הנישואין.⁴³ המשפט הרומאי המוקדם הכיר בכלל חיסיון – *Testimonium Domesticum* – לפיו לא ניתן לכפות הורים, ילדים, פטרונים ועבדים להעיד זה נגד זה. ההצדקות לכך היו אמונה שכל אורח מחויב לשמור על האמון שעליו מושתתת המשפחה; אמונה שלעדות בתוך המשפחה אין ערך, לטובת הצד או לחובתו, משום שלעד מניע חזק לשקר; וסברה כי מפר חובת האמון המשפחתית בעדותו הינו אדם שאין להאמין לו. הכלל גם בא למנוע כרסום בקשרי המשפחה.⁴⁴ קוד נפוליון, שבוסס בעיקר על החוק הרומאי, הכיל את הכלל הרומאי שאיש אינו יכול להידרש לגלות סודות שבינו לבין משפחה.⁴⁵

2. ההסדר בחוק

פקודת הראיות [נוסח חדש] מסדירה את נושא כשרות העדים במשפט הפלילי והאזרחי במדינת ישראל. הנחת המוצא של החוק מפורטת בסעיף 2, הקובע:

41. עד הנהנה מחיסיון, למשל, הוא כשר לעדות, אך אינו בן כפייה; רק ויתור על החיסיון מאפשר לו להעיד (בעל החיסיון הוא לא בהכרח מי שנהנה מהחיסיון – כך ביחסי עורך דין–לקוח, למשל).

42. Watts (לעיל, הערה 20) בעמ' 597-598. Watts כותבת כי היהודים והרומאים סברו שיסודות החברה בנויים על המשפחה, ושהרומאים מעולם לא ביקשו לפגוע בתקשורת הפנים משפחתית לשם הבטחת אכיפת החוק. לסקירת הדין היהודי בקשר לחסיונות במשפחה ראו: Erica Smith-Klocek, "A Halachic Perspective on the Parent-Child Privilege", 39 *Cath. Law*. (1999) 105.

43. Ronald Joseph Delisle, *Evidence: Principles and Problems* (1999) p. 295.

44. Radin (לעיל, הערה 10) בעמ' 488-489.

45. קוד זה, שהופץ באירופה במלחמות נפוליון, כלל אב, אם, סב, סבתא, בן, בת, נכד, נכדה, אחים, אחיות, גיסים ובעל או אישה אף במקרה גירושין: "[n]o one can be summoned as a witness if he is a blood relation, or a relative by marriage in direct line, or husband and wife of one of the parties, even although divorced" Charles W. Quick, "Self-Incrimination Under the Uniform Rules of Evidence", 3 *Wayne L. Rev.* (1956) 1.

הכל כשרים להעיד בכל משפט, בכפוף לאמור בסעיפים 3 ו-4, ואין אדם פסול להעיד מפני שהוא בעל דין בתובענה אזרחית, או מתלונן או נאשם במשפט פלילי, או מפני שהוא מעבדו, עובדו, בן זוגו או קרובו של התובע, המתלונן, הנתבע או הנאשם, או מפני שהורשע או נושא עונש על עבירה.

סעיף זה, המגלם את הכלל שהכול כשרים להעיד, "מטהר" עדים שכשרותם "חשודה" לכאורה: נאשמים בפלילים, עבריינים מורשעים, בני זוג, מעבידים וכדומה. גם במשפט המקובל הכלל הוא שכל המבין את טיב השבועה, ומסוגל לתת עדות רציונלית, כשר להעיד. כשרות העד נקבעת על ידי השופט המנהל את ההליך.⁴⁶ למעט חריגים מוגדרים, הכול כשרים להעיד.⁴⁷ ממבט ראשון הכול ברור, אולם פקודת הראיות מסבכת את העניין בסעיפים העוקבים. סעיף 3 קובע:

במשפט פלילי אין בן זוג כשר להעיד לחובת בן זוגו, ואין כופים אותו להעיד לחובת אדם המואשם יחד עם בן זוגו בכתב אישום אחד.

נוסח סעיף 4 זהה כמעט לחלוטין, אלא שהוא עוסק בעדות ילדים והורים, ולא בעדות בני זוג.

מכאן ממשיכה הפקודה ומסבכת: סעיף 2 יצר את הכלל; סעיפים 3-4 יצרו את הפייגים; וסעיף 5 יוצר את הפייג לפייגים. סייגי סעיפים 3 ו-4, כך נכתב, לא יחולו במשפט פלילי בשל אחד מאלה:

- (1) חבלת גוף או אלימות או איום באחד מאלה;
- (2) עבירה לפי סעיפים 337 או 362 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן – חוק העונשין), או לפי סימן י' בפרק ח' ולפי סימנים ה' או ו' בפרק י' לחוק העונשין, שעבר בן זוג נגד בן זוגו, הורה נגד ילדו או ילד נגד הורה;
- (2א) עבירה לפי סעיף 287 לחוק העונשין, לעניין הפרת צו הגנה לפי חוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991, או לעניין הפרת צו

46. Caroline Fennell, *The Law of Evidence in Ireland* (1992) p. 78.

47. נציגי שלטון, שופטים, פרקליטים, מושבעים, צדדים למשפט ובני זוגם, בעלי עניין במשפט, פושטי רגל, מאמיני כל דת, אתאיסטים, חירשים-אילמים, שותפים לפשע, עבריינים (לרבות מי שהורשעו במתן עדות שקר) – כל אלה כשרים להעיד במשפט המקובל. ראו: Sidney Lovell Phipson, *Phipson on Evidence* (2000) pp. 147-148. שופטים כשרים, אך אינם בני כפייה להעיד על מידע שצברו במילוי תפקידם. מושבעים אינם כשרים להעיד על הדיונים שבהם היו מעורבים או על הבנתם את התיק. Murphy (לעיל, הערה 35) בעמ' 544-545.

שיפוטי אחר לפי כל דין, שעניינו הגנת בן זוגו, ילדו או הורהו של המפר, מפניו.

(3) עבירה לפי סעיפים 244 עד 249, 246 ו-249א לחוק העונשין, שנעברה בקשר לאחת העבירות המפורטות בסעיף זה;
(4) ניסיון לעבור אחת העבירות המפורטות בסעיף זה.

תמונת הסייגים מושלמת בסעיף 6 שיוצר סייג נוסף לסייגים:

נקרא בן זוג להעיד לזכות בן זוגו, או נקרא הורה או ילד להעיד זה לזכותו של זה, תהא העדות, בין בחקירה ראשית ובין בחקירה שכנגד מטעם התביעה, כשרה לשמש ראיה להוכחת אשמתו של הנאשם.

הסעיפים האמורים יוצרים כלל כשרות, סייג לכלל וסייגים לסייג; אך פקודת הראיות אינה מגדירה "כשרות", "בן זוג", "עדות" וכו'. היעדר הגדרה ברורה יוצר בעיות בהסדרים, שסובלים מקשיים נוספים.

ג. מבט שני – הבעיות הכרוכות בהסדרים

1. על מטרת הסעיפים המסייגים כשרות להעיד

א. מקורו ההיסטורי של הכלל – נגיעה במשפט האנגלי

במשפט האנגלי בפרשת *Lord Audley*, שבה הואשם בעל בשותפות לאונס אשתו, נקבע הכלל האוסר עדות בני זוג במשפט הפלילי, למעט החריג של משפט פלילי בגין אלימות.⁴⁸ מאוחר יותר הורחב הכלל והוחל על המשפט האזרחי.⁴⁹ הנמקת המשפט המקובל הייתה כי צד מעוניין אינו עד אמין. ההנחה הייתה כי במישור המטפזי, בעל ואישה הם ישות אחת מבחינה משפטית, והרי גם הנאשם באותה עת היה עד בלתי כשר. אישה לא יכולה להעיד נגד בעלה כי עדותה נתפסה כאילו העידה נגד עצמה. בתי המשפט ראו את האישה כבלתי כשרה להעיד נגד בעלה משום שחשבו שהאינטרסים שלה והים לשלו.⁵⁰ בנוסף, הרשעת אדם על סמך עדות המתגוררים בצל קורתו נתפסה כמעוררת סלידה.⁵¹

⁴⁸. *R. v. Lord Audley* [1631] 3 State Tr. 401.

⁴⁹. *Bentley v. Cooke* [1784] 99 E.R. 729.

⁵⁰. Jonathan L. Hafetz, "A Man's Home is his Castle?: Reflections on the Home, the Family and Privacy During the Late Nineteenth and Early Twentieth Centuries", 8 *Wm and Mary L. Rev.* (2002) 175, p. 193.

⁵¹. Katherine O. Eldred, "Every spouse's evidence: Availability of the Adverse Spousal Testimonial Privilege in Federal Civil Trials", 69 *U. Chi. L. Rev.* (2002) 1319, pp. 1332, 1341. עוד ב-1827 כתב Bentham ביקורת נוקבת בהקשר של מגבלת עדות בקרב בני זוג

מלבד החריג הברור לכלל, כשמדובר במשפט פלילי בגין אלימות בין בני הזוג, היו גם חריגים שבספק: משפט בגין בגידה (Treason), שבו הועדף אינטרס הציבור מן האינטרסים המגולמים באיסור עדות בני זוג;⁵² ומשפט בגין חטיפת נערה ונשיאתה.⁵³ ב־1853 ביטל הפרלמנט את כלל הפסילה של בני זוג במשפט האזרחי והחליפו בכלל שביקש למנוע עדות כפויה של בני זוג על תקשורת ביניהם במהלך הנישואין.⁵⁴ המשפט עבר מכלל **כשרות לכלל חיסיון. החיסיון היריבותי אפשר לאדם להימנע מלהעיד נגד בן זוגו, בלי שתניקט נגדו בשל כך סנקציה.**⁵⁵ בה בעת, התקבל **חיסיון התקשורת** (שאנו חלק מהחיסיון היריבותי), שהתבטא באי כפייה לחשוף תקשורת בין בני זוג במהלך הנישואין, וחל גם על הליכים אזרחיים, לרבות הליכים שבהם לא היה בן הזוג צד להליך.⁵⁶

ב־1972 הציעה ועדת חקיקה באנגליה שכן הזוג יהיה תמיד כשר, אך לא בן כפייה.⁵⁷ בנושא תקשורת בני זוג, עד היה יכול לסרב להשיב על שאלה שנגעה לתקשורת שלו עם בן זוגו במהלך הנישואין או על השאלה, אם קוימו יחסי מין במהלך הנישואין. חיסיון זה בוטל בפרוצדורה האזרחית בחוק מ־1968, ובוטל בפרוצדורה הפלילית בחוק מ־1984. לאחר מכן, בן זוג נהיה כשר וכן כפייה להעיד על מה שאירע במהלך הנישואין. החוק בנוגע לעדות בני זוג פוּשט מאוד באמצעות The Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999. לפי חוק זה, הבעל והאישה תמיד כשרים להעיד זה לטובת זה, והם **תמיד כשרים להעיד זה לזכות זה, אלא אם כן הם נאשמים במשותף.** הבעל והאישה בני כפייה לעדות בפרשת ההגנה, למעט במקרה של כתב אישום משותף. הם **בני כפייה לעדות מטעם התביעה** בנוגע לעבירה שעניינה תקיפה/פציעה/איום בפציעה כלפי אותו בן הזוג או תקיפה/פציעה/

(לכך אשוב בהמשך); Jeremy Bentham, *Rationale of Judicial Evidence* (1995) pp. 338-

341.

52. Murphy (לעיל, הערה 35) בעמ' 531. ראו גם: *Per Lush J in DPP v. Blady* [1912] 2KB 89, p. 92.

53. *R. v. Wakefield* [1827] 2 Lew. CC 279, שם נפסק שהנערה כשרה להעיד גם אם הנישואין תקפים.

54. Evidence Amendment Act, 1853, 16&17 vict. c83 (Eng.).

55. Eldred (לעיל, הערה 51) בעמ' 321.

56. החיסיון אינו חל לאחר המוות, ובקשת אלמנה שלא להעיד על תקשורת עם בעלה המנוח נדחתה: *Shenton v. Tyler* [1939] 1 Ch 620, p. 629.

57. שכן אם בן הזוג מוכן להעיד, הרי מניעתו מלעשות כן תהווה דאגה מופרזת לגורל הנישואין. הוועדה אף סברה כי במקרי אלימות צריכה להתאפשר כפיית עדות, כדי שלא תהיה עבריינות חוזרת. עוד הציעה הוועדה לכפות עדות במקרי עבירות נגד קטינים, בגין חומרת העבירות, חשש האישה להעיד נגד הבעל, קושי ההוכחה בעבירות אלו, וההשקפה שגם לבן הזוג שלא ביצע את המעשים יש אחריות מסוימת להם. ראו: *The Criminal Law Revision Committee*, Cmnd 4991 (1972), בפסקאות 148-150.

איום בפציעה/עבירת מין כלפי אדם שטרם מלאו לו 16 במועד ביצוע העבירה. בחריגים האמורים נכללים גם ניסיון, קשר, סיוע ושידול לאותן עבירות.⁵⁸

ב. ההצדקה לכלל כפי שנתפסה בישראל

בישראל עומד כלל הכשרות על כנו. פלר והרנון ציינו כי רעיון האחדות בין הבעל לאישה הוא שריד לדוגמה דתית שאבד עליה הכלת. אשר לנימוק שעד קרוב הוא צד מעוניין, והעלאתו לדוכן העדים עלולה להעמידו בפני דילמה קשה של חובת הנאמנות לבן המשפחה לעומת חובת הנאמנות לאמת, הסבירו פלר והרנון כי לפי היגיון זה, היה צריך לפסול עדות קרובים כעדי הגנה דווקא (ניכר כי לא צפו ב"עדת התביעה"...), אך החברה פסלה אותם כעדי תביעה בלבד. לפיכך, הנימוק העיקרי שנותר להצדקת רעיון הפסילה הינו החשש מפני פגיעה בשלום הבית, בתא המשפחתי: התרת העדות עלולה לפגוע ביחסי האמון ההדדי שצריכים לשרור במשפחה.⁵⁹ ואכן, בעבר נפסק בישראל כי מטרת הסייגים לעדות היא לשמור על שלום הבית.⁶⁰ נכתב כי החשש לפגיעה בתא המשפחתי, אם יחויב עד למסור עדות במשפט נגד בן זוג, הורה או ילד, הוא הסיבה העיקרית לפסילתו כעד במשפט הפלילי.⁶¹

ד. הניתוק בין קורבן העבירה לבין העד

ההסדר הישראלי כרוך בבעיות רבות. אחת הקושיות שעלתה בשלבי ההתפתחות השונים של סעיפי הכשרות נגעה לשאלת הקשר בין נפגע העבירה לבין העד המעיד נגד בן משפחתו שפגע בקורבן. אם הרציונל הוא שלום בית, שלילת הכשרות מן העד צריכה לחול

58. האיסור להעיד תקף רק כל עוד הנישואין נמשכים. בית המשפט מוסמך להתעלם מנישואין למראית עין שמטרתם היחידה היא להתחמק מאחריות פלילית. ראו: Phipson (לעיל, הערה 47) בעמ' 160-162.

59. פלר והרנון (לעיל, הערה 8) בעמ' 98-99.

60. מ"מ הנשיא (כתוארו אז) אגרנט בתוך: ע"פ 78/62 דרשני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז(3) 1814, בעמ' 1818 (להלן: עניין דרשני). ראו גם: סעיף 1 לחוק להסדר התדיינות בין בני-זוג, תשכ"ט-1969, ק"ת 151, המקבע את מעמדו החוקי של "שלום הבית", בקובעו שבמקרה קובלנה או תביעה אזרחית שהגיש אדם נגד בן זוגו, רשאי בית המשפט לעכב את תחילת הדיון או המשכו, אם ראה לנכון לעשות כן בשל כך שבית המשפט מוסמך אחר או בית דין מוסמך עושה אותה שעה, על פי תביעה או בקשה שהוגשה לפני הגשת הקובלנה או התובענה האזרחית כאמור, להחזרת שלום הבית בין בני הזוג; או בשל כך שבית המשפט סבור שעניינו של הקובל או התובע בקיום המשפט או בהמשכו אינו שקול כנגד הנזק לשלום הבית הצפוי מקיום המשפט או מהמשכו אותה שעה.

61. נינה זלצמן, "הכשרות לעדות, החובה להעיד וראיות חסויות – הערות לתזכיר חוק הראיות התשמ"ה-1985", משפטים טז (תשמ"ו) 62, בעמ' 62-63, וכן אלון (לעיל, הערה 15) בעמ' 277. הדבר למעשה מזכיר את נימוק הסלידה.

רק עת מעיד מעשה העבירה על פגיעה בשלום הבית. סעיף 5 המקורי לפקודת העדות קשר בבירור בין קורבן העבירה לעד,⁶² ברם סעיף 5 כיום אינו קושר קשר כאמור. להבנת פשר השינוי, יש לעקוב אחר גלגולי החוק.⁶³ הנוסח שהוצע בשלהי שנות השישים הותיר על כנו את הקשר בין קורבן העבירה לבין העד (קשר שעשוי אך לא חייב לשקף זהות מלאה).⁶⁴ להבדיל, נוסח החוק הסופי חרג מההצעה בהשמטת הסיפא שחבלת הגוף או האלימות צריכים שיופנו כלפי קרובי המשפחה בלבד, והתיר עדות קרובים נגד הנאשם גם כשהקורבן הוא זה.⁶⁵ ייתכן שחלוקת סעיף 5 לפסקאות משנה גרמה לניתוק בין "חבלת גוף או אלימות" לבין הסיפא "שנעברה בידי בן זוג נגד בן זוג, הורה נגד ילדו או ילד נגד הורו".⁶⁶

62. פקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), חא"י כרך א, (ע) 439, (א) 467: "In Criminal proceedings against a husband or wife for any bodily (1) Injury or violence inflicted upon his or her wife or husband or child [...] The wife is competent to give evidence against her husband and the husband against the wife. In Criminal proceedings against a parent or child for any bodily (2) Injury or violence inflicted upon his or her child or parent. As the case may be, the parent is competent to give evidence against the child and the child against the parent". יצוין כי לא נדרש קשר בין קורבן העבירה לבין העדות. די שהאיש תעיד נגד בעלה בעבירת אלימות נגד הילד; עדותה אינה חייבת להיות קשורה במישורין ליסודות העבירה, ובלבד שתעמוד במבחן הרלוונטיות.

63. השופט ממן סקר באריכות וביסודיות את גלגולי הסעיף החל מפסקה 5 לפסק דינו בת"פ (מחוזי נצ') 1095/00 מדינת ישראל נ' פלוני (טרם פורסם) (להלן: עניין פלוני).

64. דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון פקודת העדות (מס' 6), תשכ"ז-1967, ה"ח תשכ"ז 737, בעמ' 182, רמזו כי מטרת ההצעה הייתה לאפשר העדת קרובי נאשם נגדו גם כשמיחס לו ניסיון להשתמש באלימות. לא נאמר דבר על הכוונה לסייג הפטור כך שקרובי הנאשם יוכשרו להעיד לא רק כשגרירת החבלה הגופנית או האלימות נעשו כלפיהם, אלא גם כשקורבן האלימות הוא מי שאינו בן משפחה. הנוסח המוצע היה (ההדגשות אינן במקור): "5. אימתי בן זוג הורה וילד כשרים להעיד זה נגד זה. [א] בהליכים פליליים נגד בן זוג בשל פגיעת גוף או מעשה אלימות שנעשה בבן זוגו או בילדו או בילדו של אחד מהם או בשל ניסיון של מעשה אלימות כאמור, כשר כל בן זוג להעיד נגד בן זוגו והוא הדין בכל הליך בשל ניאוף. [ב] בהליכים פליליים נגד הורה או ילד בשל פגיעת גוף או מעשה אלימות בילדו או בהורו או בילדו של בן זוגו או בשל ניסיון של מעשה אלימות כאמור, כשר הורה להעיד נגד ילדו וכשר ילד להעיד נגד הורו".

65. חוק לתיקון דיני הראיות, תשכ"ח-1968, ס"ח 192. נוסח זה זכה לביקורת כבר ברשימתו של רובין (לעיל, הערה 8) בעמ' 464. הלה צפה את הפירוש לאחר תיקון החוק, וציין שבוודאי לא לכך התכוון המחוקק. משכך, הציע לתקן מיד את האמור, כדי לשמור על "המטרה הנאצלת של השמירה על שלום הבית".

66. לגישת השופט ממן, מאחר שמלכתחילה השמיט המחוקק את הדרישה שהקרובים יהיו הנפגעים מחבלת הגוף או האלימות, ניתן להניח שכשפיצל את הסעיף לפסקאות משנה, היה

אותו קשר שאפיין את החוק המקורי בין קורבן העבירה לעד יצר הסדר הגיוני יותר. לדוגמה, אשת נאשם בעבירת שוד מתדלק בתחנת דלק אמורה להעיד כעדת תביעה באשר ל"התכנסות" שקדמה לביצוע השוד. הניתן להעידה בעניין זה? סעיף 5 המקורי משיב בשלילה. עבירת השוד אינה מייצגת פגיעה ישירה במשפחה ובזוגיות, ולכן חל הכלל האוסר העדת אדם נגד בן זוגו. האלימות המגולמת בעבירת השוד הופעלה לא כלפי בן משפחה, אלא כלפי מתדלק. העדות אף לא הייתה עדות ישירה בקשר לנקיטת אלימות. לפי סעיף 5 כנוסחו כיום, ניתן גם ניתן להעיד את אשת הנאשם: כך פסקו השופטים טירקל, קדמי ואנגלרד בעניין **עבאס**. טענת ההגנה, שיש לפרש את הסייג כך שיחול רק כשהעדות מתייחסת במישרין לנקיטת אלימות, נדחתה מהטעם שלשון סעיף 5 אינה משקפת את הפרשנות האמורה; דובר "במשפט פלילי בשל אלימות" ולכן לא חל הסייג.⁶⁷ בית המשפט העליון לא התייחס לחשיבות התא המשפחתי. לשון החוק שימשה כנקודת פתיחה וסיום, בלא התחשבות בתכלית החקיקה. אכן, תכלית שמירת התא המשפחתי איננה בבחינת קודש הקודשים עבור מערכת המשפט הישראלית. לשון החוק עצמה אינה מאפשרת להשיג את התכלית.

אפשר להציע דוגמאות רבות לאבסורד זה של חוק שלכאורה בא לשמור על התא המשפחתי. אניח סכסוך שכנים כגון זה: נד מגדף את שכנתו מארג', הנשואה להומר. בתגובה, תוקף הומר את נד לנגד עיניה של אשתו. במצב שכזה בישראל, של תא משפחתי שעל פניו נראה מגובש מאוד, האישה כשרה ובת כפייה להעיד לחובת בעלה. אשנה מעט את נתוני המקרה: כעת נד אינו מסתפק בגידוף מארג'. הוא תוקף אותה לנגד עיני הומר. הלה תוקף את נד ומסב לו חבלה חמורה. הומר נאשם בתקיפה שגרמה חבלה חמורה (השאלה אם נד יועמד אף הוא לדין אינה חשובה לדיון זה). הוא טוען שפעל להגנת אשתו. במצב שכזה האישה תהיה כשרה ובת כפייה להעיד לחובת בעלה. התא המשפחתי נראה חזק כבדוגמה הקודמת, אלא שנוסף נתון חשוב: שאלת האשמה התעמעמה. החוק וההלכה אינם מתעניינים בכך, וזו בעיה למי שסבור שכל עדות בתוך המשפחה מזיקה לה מטבעה, בכוח או בפועל; גם אם מארג' תרצה לסייע להומר, ייתכן שתעיד גם דברים לחובתו. אם ימצא השופט את הומר אשם בדין חרף היותו חף, הפגיעה בתא המשפחתי עשויה להתחזק; הומר עשוי לסלוד מאשתו שסייעה – אף שלא מרצון – להרשיעו בגין התנהגות שנועדה להגן עליה.

גם הדוגמה ההפוכה, כאשר התא המשפחתי שבור ומפורק, מלמדת דבר מה. טלו לדוגמה יחסי אב ובן דווקא: כאשר הומר מזייף את חתימת אביו על המחאה, הרי עדות אביו פסולה,

המחוקק ער לכך שהוא משאיר את שתי העבירות בנוסח כפי שתוקן בתשכ"ח. ראו: פסקה 15 לפסק דינו בעניין **פלוגי** (לעיל, הערה 63).

67. ע"פ 4454/98 **עבאס נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם) בפסקה 2 לפסק הדין (להלן: עניין **עבאס**). בדיון עצמו בת"פ (מחוזי חי') 1062/97 **מדינת ישראל נ' בן חסן** (טרם פורסם) בפסקה 5.6 לפסק דינו של השופט דר, ציין השופט דר שלטענת ההגנה אין יסוד, וכי חבל שהסנגור העלה אותה בלי שבדק קודם לכן בספרות המשפטית שעליה הסתמך השופט דר. ראו: יעקב קדמי, **על הראיות** (כרך א, תשנ"א) בעמ' 230. ברם, לטענת הסנגור יסוד היסטורי השוויתי מוצק ביותר, והיא אף הייתה מתקבלת באנגליה או בארצות הברית.

גם אם הומר התנכר לאביו מזמן. כלומר גם לנוכח סימנים שאין התא המשפחתי מתפקד, ואין על מה לשמור, גם כאשר התא כיחידה פורק מזמן, המשפט מספק אותה תשובה שהיה נותן בנוגע לתא משפחתי חזק. במישור הפלילי, פי האב חסום.

מהדוגמאות הללו ניתן ללמוד שלשון החוק אינה מאפשרת עקיבות אמיתית. הדוגמה הראשונה הראתה מצב שבו אין בית המשפט יכול להגן על תא משפחתי שלכאורה ראוי להגנה (ראוי במובן חוקי. חומרת העבירה, כפי שאראה בהמשך, אינה הגורם שגובר על חשיבות התא המשפחתי); הדוגמה השנייה הציגה מצב שבו אין בית המשפט יכול לקבל ראייה כאשר לכאורה אין התא המשפחתי ראוי להגנה.

אמנם בתי המשפט מזכירים את הרציונל שביסוד סעיפי אי הכשרות הזוגית כשהם דנים בהם, אך ניכר שהם עושים כן לרוב בלי להביע דאגה אמיתית לאותו רציונל, בין שיש על מה לשמור ובין שלא. אין קשר סיבתי ברור, העולה מהחוק, בין הסדרי הכשרות המשפחתית לתכלית שביקש החוק להשיג באמצעות הסדרים אלו. עת קיים מחסום כשרות משפחתי, לא בטוח שהוא מועיל למשפחה; עת אין מחסום כאמור, לא בטוח שהדבר פוגע קשות במשפחה. האם עדות במשפט פלילי היא דבר שאין להתאושש ממנו? האם היא סוף הקשר? בעניין *Trammel* כתב שופט בית המשפט העליון האמריקני, השופט בלאק (Black), כי נישואין עשויים לכלול מקטע שבו אחד הצדדים מבקש לפגוע באחר, אך שום נישואין לא יחזיקו מעמד לנוכח עדות בן זוג אחד נגד משנהו.⁶⁸ איני בטוח שהצדק עמו. שיקולים נוספים יכולים להשפיע על משפחה, לבנות או לשבור אותה.

ה. מינוח וניסוח עמומים

בעיה נוספת העולה מהחוק נוגעת לעמימות מונחים המופיעים בסעיפים 3-5. בסעיף 5 לפקודה מופיע הצירוף "משפט בשל חבלת גוף או אלימות..."; בסעיף 3 מופיע המונח "בן זוג". מונחים עמומים מקנים כר פעולה נרחב לשופט; התוצאה הנלווית היא חוסר עקיבות בפירוש המונחים.

1. "משפט בשל חבלת גוף או אלימות..."

סייג העוסק בחבלת גוף קל יחסית להגדרה, אך הוא לא בהכרח הגיוני: בין משפט בשל חבלת גוף לבין התא המשפחתי אין קשר הכרחי. אדם הגורם ברשלנותו לתאונת דרכים קשה בנוכחות בנו הוא לא בהכרח מי שהתא המשפחתי שאליו הוא משתייך נפגע, ומשום כך אין להגן עליו מפגיעה.⁶⁹

68. *Trammel v. U.S.* 445 U.S. 40, pp. 77-78 (1980) (להלן: עניין *Trammel*).

69. בפסיקה נקבע, שעבירת גרם מוות ברשלנות נכנסת לקטגוריית חבלת גוף או אלימות. ראו: ע"פ (ת"א) 70328/04 דיין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) בפסקה 17 לפסק דינה של השופטת ברלינר. ברלינר הפנתה לספרו של יעקב קדמי, *על הראיות – הדין בראי הפסיקה – אשנב לכתרסת אישית* (כרך א, תשס"ד) בעמ' 398, ולפיו המבחן להיותה של עבירה עבירת חבלה או אלימות הוא תוצאתי. כמוצג בהמשך, הצעת חוק משנת 2006 קובעת במפורש כי עבירה זו לא חל כלל אי הכשרות.

ניתן לזהות בקלות מהו "משפט בשל חבלת גוף"; לא כן בנוגע ל"משפט בשל אלימות". לא אנסה להגדיר את המונח העמום "אלימות"; על הקושי להגדירו נכתב בפסיקה⁷⁰ ובאקדמיה.⁷¹ עמימותו מעלה שאלות: האם האלימות הנזכרת בסעיף 5 היא גם מילולית? האם היא גם כנגד רכוש? ייחוס מטבע הלשון "אלימות" להיזק לרכוש עלול לרוקן את כלל הכשרות מכל תוכן.⁷² כמה רחוקה יכולה האלימות להיות מהמעשה?⁷³ דומני כי מוטב היה לנקוב במפורש בסעיפי העבירות שאליהם כיוון המחוקק, במקום להשתמש במונחים עמומים, שכל שופטת קוראת לפי השקפתה, בציור המטרה סביב החץ.⁷⁴ לדעתי, יהא הפירוש של המונח "אלימות" אשר יהא, אין פירוש אחד ועקיב לסעיפי החוק. אין היגיון בסעיפים השונים. אדם נאשם בהצתת בית עסק. אשתו, שלא ראתה את ההצתה, מתבקשת להעיד נגדו בבית משפט, אחרי שנאמר לה במטרה שלפי החוק לא תצטרך להעיד נגד בעלה בבית המשפט. הניתן לכפות עליה להעיד? פרשנות יבשה של החוק היבש קבעה שכן, אף שלא דובר באלימות כלפי אדם והתא המשפחתי לא נפגע כלל.⁷⁵

2. בן זוג

המילה "אישה", שהופיעה בפקודת העדות, פורשה כאישה נשואה.⁷⁶ מנגד, בפקודת הראיות מופיע המונח "בן זוג", בלא הגדרה.⁷⁷ פרשנות המונח בהלכה היא צרה ואינה

70. ע"א 779/89 שלו נ' סלע חברה לבטוח בע"מ, פ"ד מח(1) 221, בעמ' 227 ואילך.
71. ראו, למשל: יונתן יובל, "אלימות מילולית", פלילים י (תשס"ב) 241.
72. ראו: בש (ת"א) 91904/99 מדינת ישראל נ' תורב (טרם פורסם) בפסק דינו של השופט מורדיק המתייחס לשאלה, אם אלימות אינה אלא פגיעה גופנית.
73. עסקה בנשק עשויה להביא לידי שימוש בנשק העשוי להיות אלימות. לפי השופט ממן, דרוש קשר סיבתי בין העבירה ובין האלימות. על קיום הקשר הסיבתי להיקבע לפי המבחנים המקובלים במשפט הפלילי, כגון הכוונה לגרום לתוצאה או ראייה מראש של התרחשות התוצאות כאפשרות קרובה לוודאי. ראו: עניין פלוני (לעיל, הערה 63) בפסקה 4 לפסק דינו של השופט ממן.
74. סעיפים 2(4), (4) לחוק הראיות הקנדי [The Canada Evidence Act, R.S.C., C-5 (1985)] מכשירים בן זוג להעיד לחובת הנאשם בנוגע לעבירות מסוימות, שלרוב משקפות מעורבות בבריאיות בן הזוג המעיד ובביטחונו. מקריאת פסקי הדין העוסקים בסוגיה מתקבל הרושם, כי המשפט הקנדי אינו חש בנוח עם כלל הכשרות הזוגיות, אך טרם מצא את הדרך להיפטר מהכלל המגביל של המשפט המקובל; ראו, למשל: 36 (3d) 27 C.C.C. [1986] R. v. McGinty (להלן: עניין McGinty).
75. השופט אריאל (בהסכמת השופטים ברק ושל' לוי) בע"פ 49/88 רוקח נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 605, בעמ' 611-614.
76. עניין דרשני (לעיל, הערה 60).
77. מונח נוסף הנעדר הגדרה בהקשר זה הוא המונח "ילד". נפסק כי הכוונה גם לילד מאומץ, אך לא לילד חורג. טענה, שילד אינו כשר להעיד נגד אביו החורג נדחתה על ידי השופט

כוללת ידועים בציבור,⁷⁸ אך אין הדבר מחויב. מבין שני פירושי חוק אפשריים, יש לבחור בזה המקיים את זכויות האדם; מניחים כי זו תכלית החוק האובייקטיבית, הבאה לממש את ערכי היסוד של השיטה.⁷⁹ בעבר פורש המונח בצורה רחבה, כדי לכלול קבוצות נוספות של בני זוג היוצרים תא משפחתי.⁸⁰ יצוין, כי החוקים העוסקים ב"בני זוג", להבדיל מאלה

כבוב [בהסתמך על קדמי (לעיל, הערה 68)], בשל העובדה שהפרשנות המקובלת בסוגיה זו מתייחסת להורים ולילדיהם הטבעיים או להורים וילדים מכוח דיני האימוץ, ולא להורים חורגים. ראו: ב"ש (ת"א) 90117/04 מדינת ישראל נ' פינטו (טרם פורסם) בפסקה 3. לפסק הדין. מאמרי מתמקד בבני זוג, אך נראה כי גם בנוגע ליחסי הורים-ילדים, התמקדות בתנאי הצורני של אימוץ מחטיאה את תכלית החוק. השוו: J. Tyson Covey, "Making Form Follow Function: Considerations in Creating and Applying a Statutory Parent-Child Privilege", 1990 U. Ill. L. Rev. (1990) 879, pp. 901-902.

פסילת אדם להעיד נגד בנו אינה מתיישבת עם חיוב אדם להעיד נגד אחיו (ממש כפי שפסילת אדם להעיד על בן זוג אינה עקיבה אם יוכשר להעיד נגד בנו; אם רוצים לשמור על המשפחה, יש לעשות כן בצורה מלאה). אפשר, אולי, לטעון שמצב שבו אדם מעיד נגד אחיו עוסק לרוב באחים בגירים, שכבר אינם בחיק המשפחה הגרעינית המקורית; ברם, תוצאה זו אינה מחויבת עובדתית (שהרי אפשר לכפות נער בן 15 להעיד נגד אחיו בן ה-16), כשממילא אין החוק דורש שהתא המקורי ימשיך להתקיים (לאדם אסור להעיד נגד אביו גם במצב שבו האב הוא כבר סב, ואילו העד עצמו הוא אב בתא גרעיני משלו). פלר והרנון (לעיל, הערה 8) בעמ' 99, הציעו להשוות לצורך הסעיף את מעמדו של הורה חורג לזה של הורה רגיל, וכן למנוע כפיית אדם להעיד נגד אחיו. השניים הציעו לקבוע ששאלת הקרבה המשפחתית בנושא הכשרות תוכרע בדומה לאותה שאלה בנוגע לקרובים ששוחררו מאחריות פלילית בעניין חיפוי על קרוב שביצע עבירה של ביטחון המדינה. הצעה זו לא זכתה להתייחסות כלשהי. גם בארצות הברית, אף שהוצגו נימוקים משכנעים להרחבת החיסיון ולהחלתו גם על קשרים אחרים, כמו התא הגרעיני בכללותו, או על יחסים אחרים, כגון זוגות לא נשואים, הורים-ילדים, נאהבים הומוסקסואלים, חברויות אינטימיות וכו', החסיונות לא הורחבו. ראו: שם, בעמ' 913; Deborah A. Ausburn, "Circling the Wagons: Informational Privacy and Family Testimonial Privileges", 20 Ga. L. Rev. (1985) 173; Robert L. Maxwell, "The Parent-Child Privilege", 1984 BYU L. Rev. (1984) 599.

78. ראו: קדמי (לעיל, הערה 68) בעמ' 389; בני זוג, לדעתו, הם מי שהדין הישראלי מכיר בנישואיהם. להבדיל, ראו את הפרשנות שניתנה לאותו מונח בהופיעו בחוק הירושה. שמואל שילה, פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 (תשנ"ב) בעמ' 480.

79. אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך ב - פרשנות החקיקה, תשנ"ג) בעמ' 553.

80. ראו: ת"פ (כ"ס) 354/83 מדינת ישראל נ' חשמי, פ"מ תשמ"ו(3) 475. בעניין אחר נפסק שמה שהיה נכון בתקופת המנדט לא בהכרח נכון עוד לאחריה: בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, בעמ' 705. ברק קבע בעבר שעל בית המשפט ליתן לדיבור "בן זוג" אותה משמעות שנודעת לו בחברה הישראלית, כלומר "אחד מן השניים שהם זוג". ראו: ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית, פ"ד נה(1) 12, בעמ' 25-26.

העוסקים ב"בעל ואישה", הם רבים ומגוונים.⁸¹ המשפט הישראלי פירש את המונח "בני זוג" בהקשרים שונים ככולל גם תאים משפחתיים, שאינם מבוססים על נישואין המוכרים בישראל. המונח פורש בהרחבה גם בהקשר ההומוסקסואלי בעניין **דנילוביץ'**,⁸² ובעניין **ע.מ.**⁸³ פירש היועץ המשפטי לממשלה בהרחבה חוקים בנוגע לזוגות מאותו המין.⁸⁴ סבורני כי הדבר מתבקש וראוי. יש סיבות אפשריות רבות לחיים משותפים מחוץ למסגרת הנישואין: אקט מחאה חילוני,⁸⁵ הגבלות דתיות, סטטוס של חסר דת, חשש מאיבוד זכויות (כגון תשלומי פנסיה, תגמולים וכדומה)⁸⁶ או בחירה לממש מערכת זוגית באופן אותנטי. מוסד הידועה בציבור הוכר בחוקים רבים.⁸⁷ המחוקק ביקש לשמור על זכויות נשים שאינן נשואות ולסייע לזוגות שלא נישאו מטעמי עיקרון.⁸⁸ הפוליטיקה בישראל אינה מאפשרת נישואין אזרחיים; אך אין פירוש הדבר שבתי המשפט צריכים להנציח מציאות עגומה זו או

81. ראו, למשל: סעיף 9 לחוק האזרחות, תשי"ב-1952, ס"ח 146; סעיף 47(ד) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, ס"ח 307; סעיף 1 לחוק הבנקאות (רישוי), תשמ"א-1981, ס"ח 232; סעיף 77 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984; סעיף 21 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, ס"ח 38 ועוד. רוב החוקים אינם מגדירים "בן זוג"; יש שמציינים שכן זוג כולל ידוע בציבור – סעיף 1 לחוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991, ס"ח 138; יש שמציינים הגדרה רחבה אחרת: חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ס"ח 43, מגדיר בסעיף 59 "בן זוג" – מי שמקיים או שקיים מערכת יחסים זוגית. נראה שאין ההגדרה מחייבת בדיקת תקפות נישואין בישראל.

82. בג"ץ 721/94 **אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ'**, פ"ד מח(5) 749.

83. ע"א (נצ') 3245/03 **ש.ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפטרופוס הכללי (טרם פורסם)**. השופט ממך קבע בפסקאות 12-16 לפסק דינו כי לא ניתן לגלות מעצם השימוש בביטוי "איש ואישה" (ולא בני זוג) כוונה לשלילת זכות בני זוג בני אותו המין להיכלל בהוראות סעיף 55 לחוק הירושה. היועץ המשפטי לממשלה הורה לרשויות התביעה שלא לערער על פסק הדין. זוגות מאותו המין זכו לפרשנות מתחשבת גם בהקשרים אחרים. בינואר 2005 קבע בית המשפט העליון בהרכב מורחב ששתי נשים בלתי נשואות, אימהות לילדים, המקיימות מערכת חיים זוגית משותפת, כשירות על פי דין לאמץ האחת את צאצאי רעותה. ראו: ע"א 10280/01 **ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם)**.

84. במרץ 2005 הודיע היועץ המשפטי לממשלה לבית הדין לעבודה בתל אביב, שלפי עמדת המדינה, אין להפלות לרעה בני זוג מאותו המין בכל הנוגע לתשלום גמלת שאירים. זאת, חרף לשון החוק, לפיה הגדרת "אלמן" חלה רק על גבר שהיה נשוי לאישה; ניתן לצפייה באתר: <http://news.walla.co.il/?w=/685710>.

85. דניאל פרידמן, "הידועה בציבור בדין הישראלי", **עיוני משפט ג (תשל"ג-תשל"ד)** 459, בעמ' 460-461.

86. אמנון בן-דרור, **הידועה בציבור – נשואים ללא נישואין (תש"ס)** בעמ' 76-82.

87. פרידמן (לעיל, הערה 85) בעמ' 482.

88. מנשה שאוה, "הידועה בציבור כאשתו" – הגדרתה, מעמדה וזכויותיה", **עיוני משפט ג (תשל"ג-תשל"ד)** 484, בעמ' 493.

להגן על מוסד הנישואין המסורתי באמצעות סעיפים 3-5 לפקודת הראיות. לדעתי, בעניין סעיפי הכשרות – דין ידועים בציבור כדין נשואים. בני זוג מאותו המין, שנכנסים להגדרת "ידועים בציבור", זכאים להגנה מפגיעה אפשרית בתא המשפחתי ממש כזוג נשוי. גדולת החברה מתבטאת ביכולתה להיפתח למצבים חדשים ולעודד יצירת מסגרות משפחתיות השונות מהתא המסורתי.⁸⁹ פרשנות זו מחויבת גם משיקולי הרמוניה פרשנית, הנשענת על ערכי היסוד של השיטה, לרבות ערך השוויון. האם זוג ראוי להגנה יתרה רק משום שיש נייר ישראלי שבו נכתב שהנישואין מוכרים? יש לבחון את הקשר לגוף העניין. דין תא משפחתי אמיתי של ידועים בציבור כדין תא משפחתי אמיתי של נשואים.⁹⁰ גם פלר והרנון כתבו, שראוי שידועים בציבור ייכללו בהוראת הסעיף.⁹¹ אמנם מושג הידועים בציבור נוזל יותר ממושג הנישואין, ולעיתים ההכרה בו תחייב בירור עובדתי, במעין משפט זוטא,⁹² אך זהו מחיר ראוי – ולא גבוה – למען השגת שוויון חברתי.

89. אמנון בן-דרור, **זוגיות ללא נישואין – הידועה בציבור** (תשס"ג) בעמ' 314.

90. באנגליה הובהר כי המונח "spouse" באנגלית פירושו מי שנשוי כחוק בשעת מתן העדות, ולא מי שנישואיו אינם מוכרים במשפט האנגלי, זוגות קבועים אחרים וזוגות הומוסקסואלים. ראוי: Murphy (לעיל, הערה 35) בעמ' 530. בעניין *Pearce* נדחה ניסיון למנוע מאישה ידועה בציבור להעיד: *R. v. Pearce* [2002] 1 WLR 1553. בארצות הברית זוגות לא נשואים, ידועים בציבור, זוגות מאורסים ומי שנישואיו הם למראית עין, אינם נהנים מחיסיון: *People v. Putative* (Mich. App. 1976) *Stanford* 242 N.W.2d 56. בתי המשפט דחו טענות חיסיון של בני זוג ידועים לכול (1960) *People v. Dake* 8 Cal. Rptr. 283 (Cal. Ct. App.). בתי המשפט הפדרליים קבעו שחסינויות נישואין צריכים להתפרש בצמצום, ולכן אינם חלים על זוגות שאך חיים ביחד. בתי המשפט המקומיים סירבו להעניק חיסיון לזוגות כאלה. ראוי: *People v. Delph* 156 Cal. Rptr. 422 (Cal. Ct. App. 1979). חסינויות הנישואין חלים גם על ידועים בציבור, רק אם קשר כזה מוכר על ידי מדינת התושב ובוסס בהתאם לחוק המדינתי: *U.S. v. Lustig* 555 F.2d 737 (9th Cir. 1977), cert. denied, 434 U.S. 1045 (1978). בעניין *Lustig* הניח בית המשפט לערעורים שמדובר בידועים בציבור, אך לא הכיר בחיסיון, משום שחוק המדינה של אלסקה לא הכיר בקשר של ידועים בציבור. השוו: *Schirato v. State* 391 S.E.2d 116 (Ga. 1990).

91. פלר והרנון (לעיל, הערה 8) בעמ' 99.

92. בעניין *Thompson* בקנדה נדחה ניסיון ההגנה למנוע עדות ידועה בציבור בשל הקושי להגדיר את קבוצת הידועים בציבור, שהיא נוזלה ומשתנה. תומפסון הואשם בהחזקת אפנוע גנוב. התביעה ביקשה להעיד את דייוו מקדונלד, שהזדהה בתור ה"common law wife" שלו (מונח מקביל לידועה בציבור, ומשמש גם לתיאור בני זוג מאותו המין). ההגנה הראתה שהשניים חיו יחדיו לפרקים במשך חמש שנים, שהיה להם ילד בן שנתיים ועוד אחד בדרך, שאין מניעה חוקית לנישואין שלהם, שלדייוו לא היו קשרים אחרים עם גברים, שתוכניות נישואין קודמות נדחו מסיבות שונות, ושהשניים תכננו להינשא. השופט הסכים שמדובר בידועים בציבור, אך הואיל וסעיף 4 לחוק הראיות הקנדי (ראו לעיל, הערה 73) אינו חל,

צדו השני של המטבע, לגישתי, הוא שתא משפחתי מדומה אינו זכאי לכל הגנה שהיא. הרציונל שביסוד ההטבות והזכויות שניתנו לנשואים אינו חל על נישואין פיקטיביים, נישואין למראית עין. נאשם עשוי לשאת את עדת התביעה העיקרית, לאחר הגשת כתב האישום ולפני העדטה. במצב דברים זה, אין התביעה רשאית להעידה, לפי הפרשנות המקובלת למונח "בני זוג", גם אם ידוע לכול שהנישואין אינם כנים. המועד הקובע לבחינת שאלת הכשרות הוא יום מסירת העדות, ולא יום ביצוע העבירה.⁹³ איני מוצא הצדקה משפטית או מוסרית לכך.⁹⁴

בהקשר זה פסק הדין בעניין *Lutwak* מגולל פרשה מעניינת שנידונה בבית המשפט העליון בארצות הברית בשנות החמישים.⁹⁵ בדעת רוב, ציין השופט מינטון (Minton) כי הסיבה לכלל המשפטי במשפט המקובל היא הרצון לשמור על קדושת הנישואין ועל שלוותם, ולכן אין סיבה להחלת הכלל על נישואין למראית עין.⁹⁶ את הדעה הנוגדת ביטא השופט ג'קסון (Jackson): הקביעה כי נישואין אינם כנים בהסתמך על עדויות בני הזוג עצמם

חייב אותה להעיד. בית המשפט לערעורים דחה את הערעור. ראו: *R. v. Thompson* [1994] 90 C.C.C. (3d) 519, p. 525 (Alta, C.A.).

93. קדמי (לעיל, הערה 67). מה קורה כשנאשם נושא את העדה המפלילה לאישה אחרי חקירה ראשית ארוכה ולפני החקירה הנגדית? היש ליתן משקל לעדות בחקירה הראשית? ראו דיון בספרו של קדמי על עדים המעידים בחקירה ראשית, אך אינם מעידים בחקירה נגדית מסיבות שונות: יעקב קדמי, **על הראיות – הדין בראי הפסיקה – אשנב לברטסאט אישית** (כרך ב, תשס"ד) בעמ' 1145-1146.

94. בעניין **קניאזינסקי** פסק בית המשפט העליון שמי שנישאו בנישואין למראית עין, לא יוגדרו כ"בני זוג" לכל חוק ועניין. השופט קדמי ציין שנישואין "למראית עין" אינם באמת נישואין, גם אם יש להם מעמד במישור דיני האישות. ראו: ע"פ 3157/98 **קניאזינסקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(2) 479, בעמ' 491-492. בעמ' 515-516 לפסק הדין ציין השופט אילן שנישואין למראית עין בטלים, ושייתכן מאוד שאדם לא ייחשב ל"בן זוג" לצורך סעיף 4א לחוק השבות, תש"י-1950, ס"ח 159, אף על פי שמבחינת דיני המעמד האישי ייחשב לנשוי. להשקפת השופטת ביניש (כתוארה אז), בעמ' 517-519 לפסק הדין, יש להבחין בין שאלת תקפות הנישואין על פי הדין האישי, לבין סירוב ליתן תוקף לכוונה להתחמק מהוראות החוק באמצעות אותם נישואין, בכל הנוגע לתוצאות נישואין פיקטיביים לעניין התאזרחות. ביניש הפנתה לספרו של פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (כרך א, תשנ"ה) בעמ' 385, שם הובעה הדעה שניתן "לפצל" את מעמד הנישואין לצורך החוקים הרלוונטיים.

95. דובר בשלושה גברים שנישאו בצרפת לנשים שהיו בעלות אשרת כניסה לארצות הברית, כדי לזכות באשרה. הנישואין לא מומשו ולא הייתה כוונה לממשם. הצדדים נפרדו בהגיעם לניו יורק ומעולם לא גרו יחדיו. הנשים קיבלו כסף רב עבור ההסדר. הצדדים הואשמו בעבירות כניסה בלתי חוקית. *Lutwak v. U.S.*, 73 S. Ct. 481 (1953) (להלן: עניין *Lutwak*).

96. שם, בעמ' 615.

היא בלתי אפשרית, כשם שאדם אינו יכול למשוך את עצמו מעלה באמצעות שרוכיו.⁹⁷ נראה כי הכלל במשפט האמריקני הוא שעדות בני זוג ניתנת לכפייה אם מטרתם היחידה של הנישואין היא מניעת העדות.⁹⁸ בנישואין למראית עין אין הרמוניה להגן עליה.⁹⁹ צד הטוען נגד החיסיון בגין נישואין למראית עין עשוי להביא ראיות במהלך השימוע, המעידות שהנישואין לא מומשו,¹⁰⁰ שהזוג אינו חי ביחד ואין לו תוכניות לכך,¹⁰¹ או כי הנישואין נבעו מאיום.¹⁰² גם באנגליה בית המשפט מוסמך להתעלם מנישואין שמטרתם היחידה התחמקות מאחריות פלילית.¹⁰³ מנגד, בקנדה נפסק בעניין *Hawkins* כי נישואין שהחלו במגמה לנצל את המחסום הראייתי לצורכי משפט פלילי עשויים להיות ראויים להגנה: לא רצוי שבתי המשפט יפשפשו במניע לנישואין, ומותר להם להיכנס לשאלות פרטיות כאלה רק במקרים מוגדרים, כגון דיון בהגירה לא חוקית. רק כשברור שהסיבה היחידה לנישואין היא הרצון לחמוק מאחריות פלילית, מתוך חוסר כוונה למלא את חובות הנישואין – יוכרו אלה כנישואין למראית עין.¹⁰⁴

97. שם, בעמ' 622. במאמר המבקר את פסק הדין נעשה ניסיון לסייגו. נכתב שלא ברור אם התכוון בית המשפט העליון שפסק הדין יחול על כל נישואין למראית עין; ששלושה מהשופטים המשיעיים ביותר בבית המשפט העליון (*Jackson, Black, Frankfurter*) חלקו על תוצאת פסק הדין; ושבתי המשפט האמריקניים מצאו בעקיבות סיבות לסטות מפסק הדין. ראו: Roderick Munday, "Sham Marriages and Spousal Compellability", 65 *J. Crim. L.* 336 (2001).
98. *U.S. v. Saniti* 604 F.2d 603 (9th Cir.), cert. denied, 444 U.S. 969 (1979).
99. Patricia A. Boies, "Husband-Wife Testimonial Privilege in the Federal Courts", 59 *B.U.L. Rev.* (1979) 894, pp. 905-907.
100. *Lutwak* (לעיל, הערה 95) בעמ' 613.
101. *Id.*, p. 611. בית המשפט העליון באלסקה אפשר עדות חרף היעדר ראיות מפורשות בדבר נישואין למראית עין, רק בהסתמך על כך שעיתוי הנישואין נראה חשוד, ושלנאשם היה מניע חזק למנוע את העדות. ראו: *Osborne v. State* 623 P.2d 784, p. 787 (Alaska 1981).
102. במקרים אלו לא יוכר חיסיון; כששוחזר נאשם ממעצר בתנאי שלא ייצור קשר עם עדת התביעה המרכזית, ולאחר שחרורו איים עליה במוות שתינשא לו, וכך עשתה העדה שלושה ימים לפני המשפט – לא הוכר החיסיון. ראו: *U.S. v. Apodaca* 522 F.2d 568, p. 571 (10th Cir. 1975). תוצאה דומה הושגה גם במקרי איומים אחרים, כגון האיום להרוג את תינוקה של העדה. ראו: *U.S. v. Mathis* 559 F.2d 294 (5th Cir. 1977).
103. Phipson (לעיל, הערה 47) בעמ' 160-162.
104. *R. v. Hawkins* [1996] 3S.C.R. 1043 (להלן: עניין *Hawkins*). הוקינס היה שוטר נשוי שהתבקש לאסוף מידע מודיעיני על חשוד, אך לכאורה העביר לו מידע בנוגע למעקב המשטרי תמורת שוחד. הוקינס עזב את אשתו, ועבר לגור עם שרי גראהם. יחסיהם היו עמוסי אלימות, פרידות והתפיסיות. שרי סיפרה לידידים שוטרים על הוקינס ועיסוקיו. נפתחה חקירה נגדו, ושרי הפלילה אותו במשטרה. הוקינס בירר עם שוטרים אחרים אם נישואין ישללו את האפשרות לכפות על שרי להעיד. הוא נענה בחיוב ואמר: "אם כך,

הדיון בשאלת הכשרות במקרה נישואין למראית עין חשוב כדי להבין על איזה ערך מבקש המשפט להגן. האם המשפחה היא ערך לפי הגדרתה? או אולי התא המשפחתי איננו ערך עצמאי, אלא הוא רק בא לקדם ערך אחר, כמו אהבה, אינטימיות או אושר?¹⁰⁵ שאלות חשובות אלו חורגות ממסגרת הדיון, אך הרהור ראשוני בהן עשוי לסייע לנו להבין, אילו זכויות באים סעיפים 3-4 לשמר. ייתכן שבנוסחם כיום הם מבטאים הכרה מסוימת בחירות שלילית,¹⁰⁶ החירות שהמדינה לא תפגע במשפחה. האם די בחירות שלילית כדי שתא משפחתי יתפקד? ודאי שלא.¹⁰⁷ מצד אחר, יש מידת צביעות בטענה שאל למדינה להתערב

איאלץ לשאת אותה". הוקינס הואשם בקשירת קשר, ושירי הצטרפה לתוכנית להגנת עדים. בהליך חקירה מקדימה, העידה והפלילה את הוקינס בחקירה ראשית ונגדית, וסיפרה על התוכנית להניאש כדי למנוע את חיובה להעיד. מאוחר יותר שבה לזרועות הוקינס, העידה שוב בחקירה מקדימה והעלתה טענות נגד המשטרה. לבסוף הועמד הוקינס לדין. לפני עדותה, נישאה שרי להוקינס. התביעה ביקשה לקבוע כי מדובר בנישואין למראית עין, שתכליתם לחמוק מאחריות פלילית, ולחלופין ביקשה לקבל את העדות מהחקירה המוקדמת כחריג לכלל האוסר עדות שמיעה. השופט Lesage דחה את הבקשה בקובעו שדובר בנישואין תקפים ולא למראית עין. בקשתה החלופית של התביעה נדחתה, בקביעה שדובר בנישואין לעקוף את כלל הכשרות. התביעה פנתה בבקשה חדשה לשופט Philp, ושבה על טענותיה. הבקשה נדחתה בקביעה כי מחסום הכשרות הווגית נועד לשמר הרמוניה של נישואין ולמנוע סלידה טבעית הקמה מעדות אדם נגד בן זוגו. התביעה לא הציגה ראיות נוספות, והנאשמים זוכו. בית המשפט לערעורים באונטריו דן בערעור. השופט Arbour (בדעת הרוב) קבעה ששרי אינה עדה כשרה, משום שהנישואין בתוקף, אך היא קיבלה את עדותה בחקירה המקדימה כחריג לכלל האוסר עדות שמיעה, בקובעה שאין החריג לעדות שמיעה מקפח את הנאשם, מכיוון שביכולתו לזמן את אשתו להעיד. השופט Weiler הגיעה לאותה תוצאה מכיוון אחר: היא העניקה פרשנות חדשנית לכלל הפוסל עדות בני זוג, באופן שיחול רק כשבני הזוג היו נשואים בעת הגשת כתב האישום. השופטים הפנו לעובדות עניין Lutwak, שם היה ברור כי לצדדים אין כל כוונה לחיות כזוג נשוי, ולבסוף דחו את הערעורים, ואישרו קיום משפט חדש על בסיס העדות המוקדמת של שרי, כחריג לכלל האוסר עדות שמיעה, בפסקאות 40-50 לפסק הדין בעניין Hawkins.

105. "Developments in the Law: Privileged Communication V. Familial Privileges" [Part Five of Eight] 98 Harv. L. Rev. (1985) 1563, p. 1582. היש זכות חוקתית למשפחה או לאהבה? האם מדובר בחירות שלילית או חיובית? האם על המדינה לספק תשתית לזכות או פשוט להימנע מלפגוע בה? שאלות אלו חורגות מתחום מאמרי, אף כי דיון מעמיק בהן עשוי להשפיע על עיצוב ההסדר החוקי.

106. על ההבחנה בין זכות חיובית לזכות שלילית, ראו: פריקס 5-6 לספרו של Charles: Fried, *Right and Wrong* (1978) ????

107. בהקשר אחר טוען Lessig, שחירות אינה מגיעה מעצם היעדר המדינה, אלא מכך שמניחים את החברה על יסודות של חוקה. טיעון זה יפה לענייננו, בשניונים המחויבים. ראו: Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace* (1999) pp. 5-6.

בענייני משפחה; המדינה ממילא מתערבת בעניינים אלו, מראשיתם ועד סיומם, החל בהכרה בהם (נישואין לפי דין), המשך בעידוד (מיסוי) או דיכוי (עבירה פלילית – ביגמיה), וכלה בנקיטת עמדה פעילה לסיומם (הטלת סנקציות על סרבן גט). המדינה מתערבת הן בעיצוב צורת המסגרת המשפחתית והן בתוכנה (אימוץ, הפלות ועוד).

השאלה, אם משפחה היא ערך לפי הגדרתה, אינה פשוטה. אומרים כי מחסום הכשרות מגן על התא המשפחתי, אך אמירה זו מניחה שכל תא משפחתי בהכרח משקף ערך. הנחה זו קשה היא. אהבה היא ערך. משפחה אמיתית היא בעלת ערך. לנייר המכריז על קיום משפחה כשלעצמו אין ערך עצמאי. ההבחנה בין זוג נאהבים לפני טקס ורישום לזוג נשוי לאחרים – קשה להצדקה בעיניי, מבחינת הרצון לשמר את האחד ולהתעלם מהאחר. בעיניי, חשוב פחות לשמור על נייר הנישואין ויותר על אהבה¹⁰⁸ ואינטימיות.¹⁰⁹ איני מזלזל בסמליות הנייר; יש שמשווים ערך מיוחד לסמלים, כתעודות זהות¹¹⁰ או טבעת נישואין; אך אל לבתי המשפט שיש סמלים לפני אנשים, ולהסתכל בסמל במקום להתמקד באנשים; כשהתא הרוס, מה התועלת בטבעת נוצצת?

פרשנות המונח "בני זוג" נידונה גם בהקשרים פליליים אחרים. כך, למשל, נבחנה הפרשנות בנוגע לעיקול חשבון בנק של מי שהייתה ידועה בציבור של נאשם בסחר בסמים.¹¹¹ בבית המשפט המחוזי בתל אביב נקבע כי יש לפרש את הביטוי "בן זוג" לעניין החוקה האמורה ככולל בני זוג החיים יחדיו כידועים בציבור. בערעור ציינה השופטת שטרסברג-כהן כי לדעתה אין להסיק מהיעדר הגדרה למונח "בן זוג" שמדובר בהסדר שלילי, וכי יש למלא את המושג בתוכן המשקף את אורחות החיים הלגיטימיים בחברה שבה אנו חיים, לכל התפתחותה ותהפוכותיה.¹¹²

108. היש להגן על קשרי אהבה אחרים שהם בעלי ערך? ראו: Covey (לעיל, הערה 77) בעמ' 894.

109. עמדה המצדדת בהגנה על חסיונות משפחתיים כדי להגן על הזכות לאינטימיות מפני התערבות של המדינה, לרבות יחסי הורים-ילדים וזוגיות אלטרנטיבית (ידועים בציבור, הומוסקסואלים וכו') מופיעה במאמר: "Developments in the Law: Privileged Communication V. Familial Privileges" (לעיל, הערה 105) בעמ' 1589-1592.

110. ראו, למשל: בג"ץ 6539/03 גולדמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 385.
111. סעיף 31(א6) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש] תשל"ג-1973, נ"ח 526, קובע כי במשפט נגד אדם על עבירה לפי פקודת הסמים, אם נקבע שהנאשם הוא סוחר סמים, כל רכוש ורכוש בן זוגו וילדיו אשר טרם מלאו להם עשרים ואחת שנים, ייראה כרכוש של הנידון שהושג בעבירה של עסקת סמים, אלא אם כן הוכיח הנידון שהוא נכנס לגדר אחד הסייגים המפורטים בסעיף. פקודת הסמים, כפקודת הראיות [נוסח חדש] אינה מגדירה את התיבה "בן זוג", וכך היא פתוחה לפרשנות.

112. הערעור נדחה מטעם אחר (הוחלה אחת החוקות הרכושיות האחרות). ראו: ע"פ 4341/99 ויראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 329, בעמ' 334-336. הנטייה לפרשנות מרחיבה בהקשר זה של המונח "בני זוג" מעלה את השאלה, אם העקיבות בפירוש המונח בפסיקה אינה אלא

דיון במונח נערך גם בקשר לחיפוי על עבירה.¹¹³ מפעולה סבירה למניעת עבירה פטורים קרובים מדרגה ראשונה, לרבות בני זוג. בעבר קבע בית המשפט המחוזי בחיפה שהמונח "בן זוג" מתייחס לקשר נישואין, עשוי לכלול גם ידועים בציבור, אך אינו כולל מאורסים או מאוהבים.¹¹⁴

האם הדין האמור הוא הדין הרצוי בנוגע לפרשנות המונח "בני זוג" בסעיפי הכשרות? נראה לי כי אין לבחון את אמיתות הקשר מתוך התעלמות מרישומו מחד גיסא (בנישואין פיקטיביים) ולהתעלם מאמיתות הקשר בהסתמך על אי רישומו מאידך גיסא (ידועים בציבור).¹¹⁵ מוטב גם שתהא פרשנות עקיבה למונח האמור. בהינתן החוק כמות שהוא, סבורני כי יש לבחון אם התא המשפחתי שעל הפרק הוא אמיתי, בין שמדובר בנישואין כדין ובין שמדובר במקרה שבו הזוג אינו נשוי, וזאת בלי קשר לשאלה אם הפיקטיביות נוצרה לעניין ההליך הפלילי או לעניין אחר.

1. פלילי לעומת אזרחי – חיפוש הסיבה להבחנה

1. כללי

נישואין מונעים עדות במשפט פלילי מסוג מסוים; לא כן במשפט אזרחי. בהיעדר חריג בחוק, כשרים בני זוג (כמו גם הורים וילדים) להעיד זה לחובת זה במשפט אזרחי; למותר לציין שאין החוק מספק לכך הסבר. מהו בסיס ההבחנה בהקשר זה בין משפט אזרחי לבין משפט פלילי?¹¹⁶ האם מעצם השוני בין משפט אזרחי למשפט פלילי נובעת הבחנה בנושא

-
- עקיבות של קבלת החלטות לחובת הנאשם. ברם, במשפטנו חל עיקרון הפוך: פרשנות אמורה להיעשות לזכות הנאשם לפי סעיף 34כא לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226.
113. סעיף 95 לחוק העונשין: "א) מי שידוע כי אדם פלוני זומם לעבור עבירה או עבר עבירה לפי פרק זה שענשה מאסר חמש עשרה שנה או עונש חמור מזה, ולא פעל באופן סביר כדי למנוע עשייתה, השלמתה או תוצאותיה, הכל לפי העניין, דינו – מאסר שבע שנים [...] (ג) הוראות סעיף זה לא יחולו על בן זוג, הורה, צאצא, אח או אחות של אדם שזומם או עבר עבירה כאמור". סעיף מקביל הינו סעיף 134(ב) לחוק השיפוט הצבאי.
114. השופט שיף כתב כי בסעיף 95(ג) אין המחוקק בין האינטרסים המתנגשים: מניעת פגיעה חמורה בביטחון המדינה לעומת הרצון להימנע מפגיעה בתא המשפחתי ומפירוקו. נכתב כי המחוקק מצא את נוסחת האיוונים בחיוב כל אדם, למעט קרובים מדרגה ראשונה בקשרי דם או בקשר פורמלי של נישואין, ואפשר שגם למעט ידועים בציבור; ומנגד, החלת הפטור שבסעיף 95(ג) גם על מאוהבים נתפסה כבלתי מוצדקת. ראו: ת"פ (מחוזי חי') 477/02 **מדינת ישראל נ' וארדה** (טרם פורסם) בפסקה 4(ב) לפסק דינו של השופט שיף.
115. העקיבות היחידה שתהיה במצב כזה היא ששתי הפרשנויות מביאות לידי פגיעה בנאשם. ראו לעיל, הערה 112.

116. חשוב להבהיר כי איני תוהה על פשר ההבחנה הכללית בין משפט פלילי לאזרחי, אלא רק על פשר ההבחנה בין משפט פלילי לאזרחי בקשר לדיני ראיות המגנים על המשפחה. לדיון בנוגע למשפט המהותי ראו סימפוזיון שנערך בבוסטון בשנת 1996 על ההבחנה בין פשע לעוול

הכשרות להעיד? מהי התשתית המשפטית או החברתית להבחנה שנערכת בהקשר זה בין סוגי המשפטים? חשוב למצוא את ההיגיון שביסוד ההבחנה כדי לעמוד על תכליתו המעמיקה של ההסדר.

2. המוטל על הכף

לכאורה נבדלים סוגי המשפטים במה שמוטל על הכף. במשפט פלילי (למעט בעבירות קנס) עשויה החירות להיפגע במישרין ומיד יותר משהיא נפגעת במשפט אזרחי. לכאורה, גם הפגיעה בשמו הטוב של אדם הרסנית יותר במשפט פלילי משהיא הרסנית במשפט אזרחי.¹¹⁷ נהוג להחשיב את ההשפעות האפשריות של המשפט הפלילי על הפרט לחמורות יותר מהשפעות המשפט האזרחי, הגם שהאחרונות יכולות להיות עצומות (במישור הכלכלי, למשל, השפעות המשפט האזרחי עשויות להיות חמורות יותר מבחינת הישירות והמיידיות). מנגד, גם מבחינת החברה לכאורה עומד יותר על הכף. כבר נכתב כי בהליך הפלילי החיפוש אחר האמת קריטי יותר, וגדל הרצון שלא יפריעו לחיפוש.¹¹⁸ היש לכך השפעה נורמטיבית על סוגיית הכשרות להעיד? מחסום הכשרות נועד לשמור על התא המשפחתי. אפשר לטעון, שכאשר הרבה מונח על הכף, כבמשפט פלילי, לכל עדות חשיבות רבה יותר; ומכאן שהשפעתה קשה יותר על התא המשפחתי. טעון זה אינו נקי מספקות ותהיות. ההנחה הראשונית הבונה אותו, שלמשפט הפלילי השפעות קשות יותר מהשפעות המשפט האזרחי, אינה עומדת ככלל גורף. לכל היותר, היא נכונה בנוגע למשפטים רבים. האומנם השפעות של משפט בגין עבירת תעבורה קלה חמורות יותר מהשפעות משפט אזרחי המגלם תביעת ענק? האם השפעות משפט פלילי בגין השלכת פסולת קשות יותר מהשפעות משפט אזרחי בגין מעשה פלילי? ספק.¹¹⁹

Richard A Epstein, Symposium: "The Tort/Crime Distinction: A Generation Later" 76 B.

U. L. Rev. (1996) 1

117. ראו, למשל: בש"פ 4445/01 גל נ' קצובשווילי, פ"ד נו(1) 210; ע"פ 1767/94 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 505, בעמ' 518.

118. Moberly (לעיל, הערה 26) בעמ' 542. בעניין Ryan ניכר שבית המשפט סבר שהסיכון להרמוניית הנישואין במשפט אזרחי קטן יותר, ואינטרס בית המשפט במציאת האמת רב יותר. הלכת Ryan הציעה טעם להבחנה בין משפט פלילי לאזרחי; החיסיון בין בני זוג קיים בפלילים כי הוא מעודד את שימור הנישואין העשוי לסייע לנאשם להשתקם. אין רציונל מקביל בהליך אזרחי. ראו: Ryan v. Commissioner of Internal Revenue 568 F2d 531, p. 544 (7th Cir 1977) (להלן: עניין Ryan), כלומר: ההבחנה בוססה על פוטנציאל השיקום.

119. Duff ו-Marshall כותבים כי אף שבהקשר מסוים נראה כי הדין הפלילי משקף התנהגות חמורה יותר מהדין האזרחי, הרי לא בהכרח זה המצב בכל עניין. הפרת חוזה עשויה להיות חמורה ומעוללת הרבה יותר מאקט מינורי של ונדליזם, אך הראשונה נותרת עניין אזרחי והאחרון – פלילי. לדבריהם, ההבדל טמון לא במידה של החומרה כי אם באופייה. פשע מערב עוול במובנו החברתי. ראו: S. E. Marshall and R. A. Duff, "Criminalization and Sharing Wrongs", 11 Can. J.L. & Juris. (1998) 7, p. 8, 13.

הטיעון מתקשה לשאת בנטל גם מבחינות אחרות. ההנחה, שהשפעות עדות בתוך המשפחה על שלמות התא המשפחתי קשות יותר במשפט פלילי מהשפעותיה במשפט אזרחי – מוטלת בספק. האם הכעס על העדות מעוור את עיני הנאשם המתבונן עד שלא יוכל למחול על עדות שנכפתה? ואם כן, האם אותו כעס לא יקום עת במשפט אזרחי עסקינן? ההבחנה אינה הגיונית בהקשר זה.¹²⁰

בארצות הברית מגבלת העדת בני זוג לא תמיד מבחינה בין פלילי לאזרחי.¹²¹ אכן, עדות בני זוג שאינה מקדמת הרמוניה בנישואין בהליך הפלילי, לא תקדמה בהליך האזרחי.¹²² מצד אחר, החשש מפגיעה בצדק במקרים פליליים הביא לידי סירוב בתי משפט למנוע עדות. הפגיעה ביחסים המשפחתיים נראתה חשובה פחות מהתועלת שבהשגת כל העובדות במשפט פלילי.¹²³ מנגד, ייתכן שאינטרס בני משפחה בסודיות התקשורת ביניהם הוא המשמעותי ביותר במשפט הפלילי;¹²⁴ בזירה זו עלולה העדות להיות ההרסנית ביותר ליחסי הצדדים, באמצעות ההפללה.¹²⁵

אפשר לטעון, שכאשר ההשפעות האפשריות של המשפט קלות יותר, על הציבור לדאוג פחות מנושא שאלת הכשרות להעיד. לכן, אינטרס בני הזוג חזק פחות בהליך האזרחי, ולעתים אין כל נזק בכפיית בני זוג להעיד במסגרתו.¹²⁶ ברם, קשה לטעון שאחריות אזרחית נזיקית כבדה אינה מזיקה לזוגיות.¹²⁷ מסיבה זו יש בארצות הברית שמבקשים להחיל מגבלת עדות זוגית גם על הליכים אזרחיים, אם כי במידה פחותה מאשר בהליכים פליליים.¹²⁸

120. זלצמן (לעיל, הערה 61) בעמ' 71 תהתה וכתבה כי אם הרעיון שביסוד סוגיית הכשרות הוא החשש לפגיעה בשלום בית, מדוע לא יוחל על כל הליך שיפוטי. ביקורת בארצות הברית על ההבחנה של בית המשפט העליון האמריקני בקשר לחיסיון בני זוג בין הליכים פליליים לאזרחיים הוצגה על ידי Eldred. לדעתה, ההבחנה בין הליכים פליליים לאזרחיים בעניינים אלו דקיקה ובלתי הגיונית. ראו: Eldred (לעיל, הערה 51) בעמ' 1341.

121. שם, בעמ' 1340.

122. שם, בעמ' 1336, בהערה 131 למאמרה היא מפנה לפסק הדין בעניין *U.S. v. Sriram* 55 Fed. R. Evid. Serv. (Callaghan) 1017 (2001), pp. 9-10.

123. *In re Grand Jury Proceedings of John Doe v. U.S.* 842 F.2d 244, p. 248 (10th Cir. 1988).

124. *In re Agosto* 553 F. Supp. 1298, p. 1305 (D. Nev. 1983).

125. *In re Grand Jury Proceedings* (Greenberg) 11 Fed. R. Serv. (Callaghan) 579, p. 587 (D. Conn. 1982).

126. Eldred (לעיל, הערה 51) בעמ' 1343, הערת שוליים 182.

127. שם, בעמ' 1345.

128. הוצע להחילה, למשל, כאשר הממשלה היא צד להליך. ראו: שם, בעמ' 1346.

3. תאוריית המדרגות

ייתכן שההסדר בישראל מחלק את המשפט למדרגות חומרה או חשיבות. המשפט האזרחי מייצג את מדרגת הבסיס, ובה כשרים בני משפחה להעיד זה לחובת זה. כשעולים מדרגה, מגיעים למשפט הפלילי, והכשרות נשללת. המדרגה השלישית מביאה אותנו למשפט פלילי שבמבט ראשון (ובמבט ראשון בלבד) נראה חמור יותר (מבחינת התא המשפחתי או החברה), ובו מושבת הכשרות.

כך נוצרת זהות מוזרה בין ההליך האזרחי, שמדורג לכאורה כחמור הכי פחות, לבין ההליך הפלילי החמור. היש היגיון במדרגות? אם מניעת עדות של אדם לחובת בן משפחתו נחוצה לשמירת התא המשפחתי בהליך הפלילי, מדוע אין היא נחוצה להגנתו בהליך האזרחי? אם בהליך פלילי של אלימות בתוך המשפחה אנו מבכרים את האמת על התא המשפחתי, מדוע בהליך פלילי של עבירות חמורות אחרות שוב מועדף התא המשפחתי על האמת? המעבר ממשפט פלילי מסוג א' למשפט פלילי מסוג ב' אינו בהיר. במשפט מסוג א' (כל משפט פלילי למעט זה המפורט בסעיף 5 לפקודת הראיות), אין בני משפחה כשרים להעיד זה לחובת זה. במשפט מסוג ב' (זה המפורט בסעיף 5), שבה הכשרות למקומה. מדוע?

ממבט ראשון בסעיפים קטנים 2 ו-2א) עולה שמדובר בעבירות הנעשות לכאורה בין בני הזוג, בין ההורה לילד, כשהעבירה מבוצעת בתוך המשפחה. ברם, סעיף קטן 1 עניינו חבלת גוף או אלימות, בלי קשר לזהות קורבן העבירה או לטיב העדות. גם כשהתא המשפחתי חזק ומגובש מאוד, ומישהו בו עבר לכאורה עבירה אלימה כלפי אדם אחר, נתון התא בסכנות הכרוכות בעדות פנים משפחתית בפלילים. בעל פועל באלימות (לא בהכרח מידתית) כלפי שכנו, שתקף את אשתו לנגד עיניו. לכאורה מדובר במקרה שבו אין לחברה ולחוק סיבה (חוקה מהרגיל) לתקוע טריז בגלגלי התא המשפחתי. ברם, הטריז ננעץ בלא קושי; האישה תחויב להעיד נגד בעלה, כשהשפעות עדות כזו שוות במהותן להשפעות עדות אישה נגד בעלה בתיק פלילי "רגיל".

דומה כי מדרגות הסדרי הכשרות אינן משרתות תכלית עקיבה כלשהי. לכאורה, הכלל לפיו הכול כשרים להעיד בכל משפט משקף איוון בין האינטרסים שהפסלות מבקשת להגשים לאינטרסים שהיא מפריעה להם, לרבות הסיכוי להגיע לעובדות, לאמת ולצדק. המשפט אינו חש בנוח עם אי כשרות של עד שבפיו עדות רלוונטית. מהשופט נמנע מידע חשוב לקבלת ההחלטה הנכונה בדיון. מה מבקש החוק להגשים בכך? "השגת שלום בית", אומרים ושיבים, "שמירת התא המשפחתי". אמירות אלו נהיו ריקות מתוכן, מנטרות שנאמרות דווקא כדי שלא להתרכז ולחשוב מה עומד ביסודן. הן נהיו כה שקופות עד שהפסקנו לחשוב מה תכליתן, הפסקנו לחשוב על האיוון שעומד ביסודן. ואולי מעולם לא התחלנו.

אפשר שהאיוון המדובר אמור להשתקף בפקודת הראיות. שמירת התא המשפחתי מתנגשת ברצון לחשוף את השופט למרב הראיות הרלוונטיות (האמצעי), וכך להביא לידי חשיפת האמת והשגת הצדק (המטרה). בסעיף 2 קבע המחוקק כי הכול כשרים להעיד בכל משפט, גם בני זוג. בסעיף 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) נקבע כי הכול כשרים למסור עדות במשטרה וחייבים להשיב על כל שאלה, בסייג החיסיון מפני הפללה עצמית.¹²⁹

129. (1) קצין משטרה [...] רשאי לחקור בעל פה כל אדם המכיר, לפי הסברה, את עובדותיה

בהליך פלילי "רגיל", שאינו נכנס לסייגים לסייג, נדרש איזון חדש. האם המונח על שתי כפות המאזניים השתנה או רק המונח על אחת מהן? הגבר הרצון לשמור על התא המשפחתי? הנחלש הרצון להגיע לאמת? הנוסף בצד אחד של המאזניים רכיב חדש? נראה כי מבחינה מושגית, החברה מבקשת לשמור על התא המשפחתי תמיד. הרצון לשמור על התא המשפחתי קיים הן במשפט האזרחי והן במשפט הפלילי. אין לומר כי הרצון לשמור על התא המשפחתי אינו קיים כלל במשפט האזרחי. האם רצון זה יתחזק דווקא כשמדובר במשפט פלילי?¹³⁰ ייתכן, אם בעת שנתקוף אותו, נרצה להותיר לנאשם את המבצר האחרון – את משפחתו.

הנחלש הרצון להגיע לאמת? ספק, ברם, השאיפה להגיע למרב הכרעות אמת במשפט – נחלשה. למערכת המשפט חשוב להרשיע אשמים וחשוב להימנע מהרשעת חפים. אסטרטגיית ההכרעה במשפט הפלילי, המבטאת הענקת ביטחון מרבי לנאשם מפני סיכויי הרשעה שגויה, מגלמת למעשה פגיעה ביכולת מערכת המשפט למצוא את האמת. נטל ההוכחה השונה בין המשפט האזרחי (מאזן הסתברויות) לבין המשפט הפלילי (מעבר לספק סביר) בהכרח מצמצם את האפשרות להגיע לכלל הכרעה נכונה במרב הפעמים.¹³¹ לאיזון נכנס אפוא רכיב שאינו קיים במשפט האזרחי: הרצון להגן על חפים מפשע מפני הרשעה אפשרית. רכיב זה עשוי לתרום לשינוי ברירת המחדל המגולמת בסעיף 2 לפקודת הראיות. כאמור, מחסום הכשרות אמור לפי הגדרתו למנוע מהשופט מידע שהוא לחובת הנאשם. ברם, הרצון להגן על חפים מפשע, אף שמכתיב אסטרטגיה הפוגעת ביכולת להגיע לאמת במרב הפעמים, אינו צריך להקים מחסומי ראיות כשהדבר לא בהכרח תורם למניעת הרשעת חפים. מחסום הכשרות אינו תורם במישרין למניעת הרשעת חפים.¹³²

הסייגים לסייג המופיעים בסעיף 5 מלמדים כי מצב המאזניים, כפי שהתקיים בסעיפים 3-4 לפקודה, שוב השתנה. איזו כף זוהי? הרצון להגיע לאמת באמצעות קבלת מידע רב ככל האפשר לא השתנה. לא מדובר בהכרח בעבירות החמורות ביותר בספר החוקים. סעיף 5 אינו עוסק בעבירות כריגול, בגידה, סחר בסמים והדחת קטינים, עבירות שעונשן המרבי

ונסיבותיה של כל עבירה, שעליה חוקר אותו [...] (2) אדם, נחקר כך, יהיה חייב להשיב נכונה על כל השאלות, שיציג לו בשעת החקירה אותו קצין משטרה [...] חוץ משאלות שהתשובות עליהן יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת האשמה פלילית".

130. אפשר היה לסבור, שמעת שהסתבך אדם בפלילים, לכאורה נחלש או נפגם תאו המשפחתי, ולכן אין התא זכאי להגנה. לכאורה, החוק אומר את ההפך, ותא שלא זכה להגנה במשפט אזרחי, זוכה לה במשפט פלילי מן המניין.

131. דורון מנשה, "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה", הפרקליט מג (תשנ"ז) 83, בעמ' 85-92; וכן דורון מנשה, "אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים", קריית המשפט א (תשס"א) 305, בעמ' 307 ואילך. על נכונות המשפט לוותר על האמת ראו גם: הרדוף (לעיל, הערה 7) בעמ' 147-156.

132. אך ניתן לומר, אולי, כי הותרת המבצר האחרון לנאשם (המבצר המשפחתי) מחזקת אותו ומעניקה לו תמיכה חשובה בשעה שחפים אחרים עלולים להישבר ולהודות חודאות שווא.

קשה לאין שיעור מחלק גדול מהעבירות החוסות תחת כנפי סעיף 133.5 גם רצון המערכת להגן על הנאשם לא השתנה לעומת סעיפים 3-4. תהא העבירה אשר תהא, המערכת תמיד מבכרת – לפחות מבחינה מושגית – זיכוי עשרה אשמים על הרשעת חף מפשע אחד. אם כן, בעבירה כללית (סעיפים 3-4 לפקודה) אין כשרות להעיד. בעבירה חריגה (סעיף 5) יש כשרות. עולה שאלה כפולה: האם בעבירה כללית ראוי שלא תהיה כשרות; והאם בעבירה חריגה ראוי שתהיה כשרות. אם נפרק את השאלה לגורמים, למעשה נשאל, אם בעבירה כללית מחסום הכשרות מושיע תא משפחתי שראוי לישועה: האם העובדה שאשת נאשם לא תעיד, ולפיכך הוא יזוכה (אולי), תשמור על המשפחה? ומנגד, בעבירה חריגה, האם העובדה שאשת הנאשם תעיד, ולפיכך הוא יורשע (אולי), תהרוס את המשפחה? היש ערך לתא משפחתי זה? היש לעדות השפעה כה מכרעת על המשפחה? מה בעניין רכיבים אחרים המשפיעים על המשפחה – כסף, עבודה ועוד? האם רבה כל כך חשיבות עדות במשפט הפלילי? המשפט הוא רק אחד הגורמים המשפיעים על התנהגות המשפחה ותפקודה. לא פשוט להגן על התא המשפחתי בעזרת הגדרות פורמליות.¹³⁴

נראה כי תאוריית המדרגות כושלת.¹³⁵ היא אינה מצליחה להסביר מהו האלמנט ההרסני, האלמנט שגרם לכלל חוסר הכשרות; מהו **אלמנט הפסלות, רועין המשפחה**. אמשיך, אם כן, בחיפוש.

133. העונש המרבי על ריגול [סעיף 113(ב) לחוק העונשין]: **מאסר עולם**; העונש המרבי על בגידה [סעיף 97 לחוק העונשין]: **מיתה**; העונשים המרביים על עבירות סמים: **20 שנות מאסר** בעבירות סחר [סעיפים 13-18 + 19א לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש]], ו-25 **שנות מאסר** בעבירות הדחת קטינים [סעיף 21 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש]]. כל אלו אינם חוסים תחת סעיף 5 לפקודת הראיות [נוסח חדש]. מנגד, עבירת תקיפה סתם (סעיפים 378-379 לחוק העונשין) החוסה תחת כנפי סעיף 5 לפקודת הראיות [נוסח חדש] דינה **שנתיים מאסר** בלבד; כזהו גם דין עבירת הפרת הוראה חוקית [סעיף 287(א) לחוק העונשין]; עבירת שיבוש מהלכי משפט [סעיף 244 לחוק העונשין] דינה **שלוש שנות מאסר** בלבד (ההדגשות שלי: א"ח).

134. ממילא עלולה משפחה להיפגע בשלל דרכים, פליליות ואחרות, כאשר מלכתחילה מתיימר מחסום הכשרות להגן על תא רק מפני פגיעה ישירה, ולא מפני פגיעה עקיפה, כיוון שטיבה של זו אינו ברור. אב הפוגע בחבר של בנו – האם לא יפגע בכך בתאו המשפחתי?

135. האמן הנודע Maurits Cornelis (M.C.) Escher צייר בשנת 1953 מדרגות בתוך אולם גדול, הנעות בכל הכיוונים בו בזמן – "Relativity". ב-1961 צייר מפל מים שנע בו בזמן מעלה ומטה – "Waterfall". הציורים משטים בעין ומסקרנים את הדעת. הרצף הבלתי הגיוני של עלייה וירידה בו בזמן משווה לציורים ערך אמנותי מיוחד. על "יחסות" אמר Escher, כי לא ייתכן ששוכני עולמות שונים יהלכו, ישבו או יעמדו יחד על אותה הקרקע, שכן מושגיהם בדבר מהו אופקי ומהו אנכי שונים אלה מאלה. על "מפל מים" אמר אשר, כי אם נעקוב אחר החלקים השונים של המבנה אחד לאחד, לא נמצא בו כל משגה, אך המכלול הוא בלתי אפשרי, שכן בתפיסתנו את המרחק שבין עינינו ובין האובייקט מתחוללים שינויים פתאומיים. ראו: מוריץ קורנליס אשר, **עבודות גראפיות** (1994) בעמ' 7, 14. עבודות רבות נוספות של אשר ממחישות

4. גורמים מבדילים אפשריים – חיפוש רועץ המשפחה

כמו ההליך הפלילי, גם הדיון האזרחי נערך בבית המשפט בפומבי. בשני המקרים נתון העד בין הפטיש לסדן, בין הרצון שלא להעיד לחובת בן משפחתו לבין החשש מהסתבכות עם החוק. בשני המקרים יכולה להיות סיטואציה המשקפת מעשה פלילי, למשל כאשר במשפט האזרחי נידונה תביעה נזיקית בגין מעשה פלילי. בשני המקרים יכולה להיות השפעה קשה על העומד לדין; בהליך האזרחי תיתכנה השפעות חמורות, כלכליות ואחרות, ואילו השפעות ההליך הפלילי ברורות הן. האם השפעות העדות הן הרועץ? נראה שלא. גם לעדות משטרית יכולות להיות השפעות כבדות משקל.¹³⁶ ממילא, סעיף 6 לפקודת הראיות מאפשר את ההשפעות כשהמשפחה מביאה עדי הגנה שפוגעים בה שלא במכוון (אף שניתן לטעון שאין אלה אותן השפעות: אולי תהיה הרשעה, אך הסלידה תצטמצם). בנוסף, ישנן עדויות שהמשפט אינו מבקש לפסול רק משום ההשפעות האפשריות שיש להן לחובת בן הזוג, גם בעבירה רגילה. כך, למשל, הדבר בנוגע לפרשנות סעיף 70א (ו) לפקודת התעבורה, שהתירה להסתמך בהליך פלילי נגד אישה על ממצא בפסק דין הקשור לבעל והמתבסס על עדותו.¹³⁷ האם הרישום הפלילי עושה את ההבדל? רישום עבירת תעבורה אינו נחשב לדבר כה קשה עד שיהווה עליית מדרגה מושגית לעומת המשפט האזרחי.

לפי החוק נראה כי גם פומביות העדות אינה רועץ המשפחה. חקירה במשטרה יכולה להיות בנוכחות בני משפחה. חקירה במשפט אזרחי היא פומבית. חשיפת הסודות בפומבי אינה נראית כרועץ המשפחה. בין במזיד, בין ברכילות, בין בפליטת פה – סודות טיבם להיחשף. גם כשמגלים את הסוד רק לגומה בשדה, קני סוף חושפים את האמת קבל עם ועדה.¹³⁸ לשקר אין רגליים; לסוד יש שפתיים. ממילא, הסודות ניתנים לחשיפה כבר

מצב של היגיון פנימי לצד היעדר היגיון חיצוני. אכן, מושגי הסעיפים שבהסדרי הכשרות בחוק בדבר מהו "אופק" ומהו "אנכי" שונים אלה מאלה. במובן זה יש לפנינו הסדר "אשריאני", הסדר חסר עקיבות כוללת, הסדר חסר היגיון מנקודת מבט הבוחנת את התמונה השלמה.

136. בסיוע למציאת ראיות נוספות שתהיינה קבילות וכשרות כדת וכדין; בשימוש עקיף במשפט הפלילי כגון בחקירה נגדית של נאשם; בשימוש במשפט אזרחי נגדר וכו'. שופטת בית המשפט העליון בקנדה, L'Heureux-Dube, ציינה בעניין *Hawkins* (לעיל, הערה 104) בפסקאות 116-119, 123, 127-128 לפסק הדין בעניין *Hawkins*, כי בקנדה אין עיקרון כללי האוסר על המשטרה לחקור בני זוג: ניתן לגבות עדויות מפלילות בחקירה העשויות להביא לידי עדויות אחרות וכך להרשעה. לגישתה, זה פוגע בקשר הנישואין לא פחות מעדות בבית משפט. לדעתה, רוב הנזק לנישואין חל כבר לפני המשפט; ברוב המקרים, הקשר נקרע לאחר מתן ההצהרה המפלילה; לחלופין, הקשר שורד את המשפט, ואז אינו נפגע מהשימוש בהצהרה באמצעות צד שלישי. השופטת נסמכה על פסק דין אמריקני שבו נתקבלה עדות שמיעה שהשמיעה אשת הנאשם, ונקבע שקבלתה אינה פוגעת בהרמוניה של הנישואין. ראו:

U.S. v. Tsinnijinnie 601 F.2d. 1035, pp. 1038-1039 (9th Cir. 1979)

137. ע"פ 508/76 מדינת ישראל נ' רובין, פ"ד לא (3) 248, בעמ' 249-250.

138. הכוונה, כמובן, לחשיפת הסוד העתיק; למלך מידאס יש אוזני חמור. ראו: עדית המילטון,

מיתולוגיה (1982) בעמ' 238.

בתחנת המשטרה: מחסום הכשרות אינו שומר על הסוד, אלא רק מגביל את זירת חשיפתו ומותיר את בית המשפט הדין בהליך הפלילי מחוץ למעגל.

גם **חומרת העבירה** אינה מהווה מבחינת החוק את רועץ המשפחה. במקרי ריגול, בגידה, סחר בסמים ועבירות סמים אחרות¹³⁹ – יעדיף החוק היבש את התא המשפחתי. נראה כי לפי החוק, חומרת העבירה כשלעצמה אינה מעידה על פגם כלשהו בתא המשפחתי. דומה כי החוק דר בשלום עם האפשרות שנאשם יישלח לכלא לשנים ארוכות, למאסר עולם ואף אל הגרדום (בגידה) – אך בד בבד תימנע אפשרות לפגיעה בתא המשפחתי.

האם העובדה שמדובר **בעבירה פנים משפחתית** מעידה שהתא אינו ראוי להגנה? לא ולא. עבירות גביה בתוך המשפחה, סחיטה וכדומה אינן משיבות את כלל הכשרות על כנו. לא רק אלימות עשויה לפגום בתא המשפחתי.

ייתכן שההבחנה נובעת מכך **שהקשר מדינה-אזרח** קיים בהליך הפלילי ולא בהליך האזרחי. בפלילים עומד הפרט מול המדינה החזקה ובכתב האישום מבושרים לו: "מדינת ישראל נגדך". משום כך מבטיח לו המשפט כי לפחות משפחתו לא תצא נגדו. לא כן המצב בדיון אזרחי, של פרט מול פרט.¹⁴⁰ בפלילים מתמודד הריבון בשם החברה עם התא המשפחתי (גם בית המשפט הוא חלק מהריבון, אף שהוא חלק עצמאי). ייתכן שההבחנה נובעת מהנחה סמויה שעדות בן המשפחה עלולה להיות מוטה, ובמשפט הפלילי קיימת דאגה מיוחדת שלא להעכיר את ההליך. אפשר שהמדינה "אדישה" לתוצאה במשפט הפרטי, אך אינה אדישה לשאלת האכיפה והענישה, שלה היא אחראית; לפיכך, היא דואגת ביתר שאת שלא לקבל עדות מוטה.¹⁴¹ ברם, לא ברור מדוע יש להכליל את כל המשפט הפלילי

139. ע"פ 228/87 **ברמי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מב(1) 332, בעמ' 335-336. באותו מקרה נאשמו אב ובתו יחדיו בקשירת קשר לייבוא סמים. השופט בך התייחס לסעיף 5 לפקודת הראיות [נוסח חדש] והסביר שאינו חל בעניין הנידון.

140. תודה לאור בסוק שהסב את תשומת לבי לטיעון זה. אכן, בדיון האזרחי האזרחית קובעת. היא יוזמת את ההליכים נגד מבצע העוול והיא מחליטה אם להמשיך בניהול ההליך או להפסיקו. אין פירוש הדבר שלקהילה אין תפקיד. הקהילה הכריזה על הנורמה המדוברת וסיפקה את המבנה המוסדי להליך ואת השופט או הבורר, כמו גם את מנגנוני האכיפה, אך עדיין האזרחית אחראית וסיבותיה לדרך ניהול ההליך הן פרטיות. בדיון הפלילי, הקהילה אחראית. התיק נחקר על ידי המשטרה והמאשימה היא המדינה. לא הקורבן מחליט על אופן הניהול, אף שהגשת התלונה עשויה לפתוח את ההליך. המדינה מחליטה אם ועד כמה להמשיך בהליך. כך, מצד אחד הקורבן זוכה לתמיכה רבה יותר מאשר בהליך האזרחי, ומצד אחר הוא מאבד שליטה בהליך. ראו: Duff ו-Marshall (לעיל, הערה 119) בעמ' 15-16. ובכל זאת, איני סבור שהכרות היריבות בין המדינה לבין האזרח משפיעה בהכרח על התא המשפחתי. גם אם אדם זקוק למשפחתו ביום סגריר, איני סבור שמשפט פלילי הדין בעבירות קנס צובע את השמים באפור יותר מכפי שעושה כן משפט אזרחי עתיר חשיבות.

141. אמנון רייכמן הציע לי קו מחשבה זה שלו, עם כל הכבוד, איני מסכים. דומני שהמדינה אינה "אדישה" לתוצאות חלק ניכר מההליכים האזרחיים, בפרט אלה שהיא צד להם. בנוסף, ישנן

בסייג לכשרות, ולא להסתפק בעבירות חמורות או בעבירות שעונש המאסר שהן נושאות עימן שגור הוא. מחסום הכשרות ממילא אינו מתיימר להכיל את המשפט הפלילי כולו, אלא רק את חלקו; לכן אין טעם לציין הבדלים מהותיים במעבר בין המשפט האזרחי לבין המשפט הפלילי. המעבר מן המשפט האזרחי למשפט הפלילי לא בהכרח משקף עליית מדרגה מבחינת האינטרס העומד בסיכון מבחינת הצד הנתבע/הנאשם; ולא בהכרח משקף עליית מדרגה מבחינת ההשפעה הפוטנציאלית על יחסי בני הזוג.

ואולי הכפייה להעיד היא מנפצת המשפחה? פלר והרנון טענו שנכונות להעיד נגד קרוב משפחה מוכיחה ששלום הבית כבר הופר ממילא. לפיכך הציעו השניים לקבוע כעיקרון שהקרובים יהיו תמיד עדים כשרים אך לא בני כפייה, בלי לשים לב לטיב העבירה.¹⁴² סעיף 6 לפקודת הראיות, המתיר עדות בן משפחה כעד הגנה בכל משפט פלילי, מרמז, אולי, כי זהו אכן רועץ המשפחה. הסעיף מצייר דמיון בין הנאשם לבין בן משפחתו המוגדר בסעיפים האמורים; הן הנאשם והן בן משפחתו אינם יכולים להעיד מטעם התביעה, אך יכולים להעיד מטעם ההגנה ואז ישמשו דבריהם גם לרעת הנאשם.¹⁴³ ברם, עדיין לא ברור מה מבדיל בין עבירה כללית לעבירה חריגה בהקשר זה; לא ברור מה מבדיל בין כפייה במשפט אזרחי לכפייה במשפט פלילי.

לפי סעיף 6, ניתן אולי לסבור שעד נהפך מבלתי כשר לכשר לאור עקרון ההליך ההוגן. כשבן המשפחה מעיד מטעם התביעה, אין הדבר מצטייר כהליך הוגן; ואילו בשעה שהוא מעיד מטעם ההגנה, גם אם יפגע בה, הרי אין לה להליך אלא על עצמה.¹⁴⁴ הסרת אלמנט הכפייה אינה מספיקה להבטחת הליך הוגן, כי היא מתירה לעד לפגוע בתא המשפחתי, תוך התעלמות מזכויות הנאשם לנסות ולשמור על קיום אותו תא. סעיף 183 לחוק העונשין, בנושא ריבוי נישואין, מכונן כלל ראייתי מיוחד לסוגיה:

על אף האמור בפקודת הראיות [...] כשר בן הזוג להעיד נגד בן זוגו במשפט על עבירה לפי סימן זה, אך אין כופין להעיד לא בן זוג ולא מי שנישא לנאשם בנישואין שאינם תופסים.

הסעיף מקנה כשרות בלא כפייה. הכשרת בן הזוג באה, מן הסתם, מכיוון שהתא המשפחתי כפי שהחברה הישראלית תופסת אותו – פגום. אי חיוב מי שנישא בנישואין שאינם

שפע עדויות מוטות אחרות שאותן המדינה אינה פוסלת, אלא לכל היותר דורשת עליהן תוספת ראייתית, כגון עדות שותפים לדבר עבירה, עדי מדינה ועוד.

142. פלר והרנון (לעיל, הערה 8) בעמ' 99, וכן ע"פ 95/50 אריבא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (2) 1200, בעמ' 1203-1204. זו, למעשה, שיטת החיסיון.

143. בעניין Trammel הוסבר כי מה שהיה בלתי קביל מפי הנאשם-הבעל, בלתי קביל גם מפי אשתו. ראו: עניין Trammel (לעיל, הערה 68) בעמ' 44.

144. על תפיסת ההליך ההוגן ראו: Alfredo Garcia, "Toward an Integrated Vision of Criminal Procedural Rights: A Counter to Judicial and Academic Nihilism", 77 Marq. L. Rev. Tomkovicz (1993) 1, pp. 12, 29, 37-38 (לעיל, הערה 28) בעמ' 767, 790.

תופסים, מנגד, מהווה הכרה בכך שגם תא משפחתי פגום מסוג זה זכאי להתחשבות מסוימת. מדוע לא לנהוג כך תמיד? מדוע לא לאפשר לאישה להעיד נגד בעלה אם היא רוצה בכך גם בתיקים אחרים? מה מבדיל את הפוליגמיה מעבירות אחרות בהקשר זה? ההנחה שהתא פגום מיסודו? אם הנחה זו עומדת, מדוע אין כופים את העדות? גם בסעיף זה אין עקיבות או היגיון ברור. במשפט הפלילי (למעט הליכי חקירה), מחסום כשרות שמופחת ממנו אלמנט הכפייה שווה לחיסיון, אך החיסיון מייצר בעיות חדשות.¹⁴⁵ כשלתי למצוא כלל עקיב שיסביר את ההבחנה בין משפט אזרחי לפלילי, שנעשתה בפקודת הראיות. אך היעדר עקיבות אינו הבעיה היחידה ואולי אף העיקרית בהסדרים השונים. ההנחה שמחסום הכשרות אכן שומר על התא המשפחתי – כמו ההנחה שהעדות מחריבה אותו – היא הנחה שקופה, אך לא בהכרח נכונה. יש לבחון אותה מחדש.

ז. מבט שלישי: הקשר הסיבתי בין הסדרי הכשרות לשמירת התא המשפחתי

1. מאפייניו המיוחדים של מחסום הכשרות
מחסום הכשרות, כמחסומי החיסיון והקבילות, מגלם ויתור על ראייה העשויה לסייע להגיע לאמת במשפט (אך עשויה גם להפריע לאמת), לטובת הגנת ערכים חברתיים אחרים או חזיון. עניינם של שלושת מחסומי הראיות נידון בהחלטות ביניים. מחסום הכשרות נועד לשמור על התא המשפחתי. בדומה, מטרת חלק מהחסינות לעודד יחסים מיוחדים. מגבלת הקבילות מבקשת לשמר ערכים חברתיים, כשלרוב מדובר בהגבלה מסוימת של פעולות הרשות בעת שהאחרונה מבקשת לאכוף את חוקיה על האדם הפרטי. מנגד, קיימים הבדלים רבים וחשובים בין שלושת מחסומי הראיות האמורים, ובכמה מישורים. בהקשר זה, אדמה את המחסומים לשערים נעולים.
מהות החסימה. מחסום הכשרות מונע עד ספציפי ולא ראייה ספציפית. מטרתו למנוע הצבת אדם בסיטואציה של עדות. לעומתו, מחסום הקבילות אינו מונע עד אלא ראייה ספציפית שעד אמור להציג. החסינות חוסמים אגד ראיות מסוים שנובע ממערכת יחסים, הן במישרין¹⁴⁶ והן בעקיפין.¹⁴⁷

145. למשל, הנטל (המעשי) עובר לנאשם להסביר מדוע אין אשתו רוצה להעיד, בעוד כיום אינו צריך לעשות כן. הימנעות מהעדת עד הגנה, שלפי המתבקש מהשכל הישר היה עשוי לתרום לגילוי האמת, עשויה ליצור הנחה שדבריו היו פועלים לחיזוק הגרסה המפלילה של התביעה. ראו: ע"פ 437/82 אבו נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 85, 99. זו כמובן דוקטרינת הנזק הראייתי. ראו: הרדוף (לעיל, הערה 7) בעמ' 126-128.

146. החיסיון לטובת הציבור, למשל, אינו מגביל אדם מסוים מלמסור מידע מסוים, כמו חיסיון מקצועי; חיסיון זה חל על הראייה, ומכוחו יוגבל כל אדם העשוי למסור אותה ראייה.

147. חסינות בעלי המקצוע חוסמים רק את בעלי המקצוע מלהעביר מידע מסוים; אין הם מונעים בעדם להעיד על דברים שבידיעתם והגיעו לידיעתם שלא בדרך שהחיסיון חוסה תחתיה.

לשון אחר, שער הכשרות מסתיר מאחוריו אדם; שערי הקבילות והחסיונות מסתירים ראיות.

אפשרות יצירת המגבלה בהלכה. לפי ההלכה, רשימת החסיונות שבפקודת הראיות אינה סגורה, וניתן לאמץ חסיונות משיטות משפט אחרות או לכוננם לפי קריטריונים המצדיקים הכרה בהם.¹⁴⁸ אשר לקבילות, הפסיקה פסלה על דעת עצמה כמה סוגי ראיות, חרף היעדר איסור בחוק; תוכן עדות שמועה,¹⁴⁹ עדות סברה¹⁵⁰ וחשיפת עבר פלילי של נאשם בטרם הורשע.¹⁵¹ הניתן להגביל כשרות באמצעות כלל פסיקה? סעיף 2 לפקודת הראיות קובע כי הכול כשרים להעיד בכל משפט, בכפוף לסעיפים 3 ו-4 לפקודה. קדמי כותב, כי ניתן לגבור על סעיף 2 לפי חוק או פסיקה.¹⁵² האומנם? לפי מילות הסעיף הברורות, יש רק שתי אפשרויות לצמצום הכלל לפיו הכול כשרים להעיד בכל משפט: סעיף 3 וסעיף 4. אין ההלכה יכולה לצמצם הכלל האמור בניגוד לחוק. פסק דין מצוי במדרג נורמטיבי נמוך יותר מחוק; בעת התנגשות בין השניים, יועדף החוק.¹⁵³ מנגד, מובן שההלכה יכולה לפרש את החוק כפי שהיא מוצאת לנכון, לעתים עד כדי סטייה ממשית מלשונו, אם זו לדעתה תכלית החקיקה.¹⁵⁴ אין קביעה מקבילה בחוק בעניין קבילות או חיסיון; אין חוק המייסד

148. עניין ציטריין (לעיל, הערה 18). כך הוכרו בהלכה חיסיון עיתונאי, חיסיון בנקאי וכו'.
149. מקור האיסור בפסיקה, ששאבה אותו מאנגליה. הטעם לכלל: העד ששמע את הדברים, אינו יכול לערוב לאמיתותם, ולא ניתן לחקרו עליהם בחקירה נגדית. ראו: קדמי (לעיל, הערה 68) בעמ' 483. להרחבה בנושא עדות שמועה, ראו: G. Michael Fenner, "Law Professor Reveals Shocking Truth about Hearsay", 62 *UMKC L. Rev.* (1993) 1.
150. ככלל, עד מעיד בבית המשפט על דברים שקלט בחוש מחושיו, ולא על מסקנות שהסיק מהם. הסקת מסקנות שמורה כעיקרון לבית המשפט לבדו (למעט עדות מומחה). ראו: קדמי (לעיל, הערה 92) בעמ' 657.
151. להרחבה בנושא זה ראו: דורון מנשה, **הכלל הפוסל ראיה אודות התנהגות שלילית קודמת של הנאשם והחריגים של 'שיטה' ו'מעשים דומים'** (חיבור לשם קבלת תואר מוסמך במשפטים, 1994).
152. קדמי (לעיל, הערה 69) בעמ' 381.
153. על המדרג הנורמטיבי ראו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, בעמ' 273 ואילך.
154. השופט ברנזון בע"פ 364/73 זיידמן נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 620, בעמ' 627; וראו פסק דינו של השופט טירקל בעניין ההגבלות המוטלות על העדת שופט בנושא שאינו קשור במילוי תפקידו: רע"א 3202/03 מדינת ישראל נ' יוסף, פ"ד נח(3) 541. עם זה, מתקשה אני למצוא דרך פרשנות כאמור לסעיפים 3-4 לפקודת הראיות [נוסח חדש] ונראה כי בתי המשפט לא תרו אחר דרך כזו. דוגמה להתנגשות בין החוק להלכה עולה מסוגיית כשרות שופט. ההלכה גיבשה כלל, ולפיו אין לקרוא לשופט בית משפט גבוה להעיד על דבר שטיפל בו בסמכותו כשופט, ואין לחייבו בכך. ההייתה ההלכה מוסמכת לגבש כלל כזה? דומני שלא. פקודת הראיות [נוסח חדש] קובעת במפורש שהכול כשרים להעיד, למעט חריגי סעיפים 3-4

כלל קבילות או חוק המונע הכרה בחסיונות חדשים. לכן הכרה בראיות בלתי קבילות או בראיות חסויות אינה מנוגדת לחוק או לכלל שהחוק טבע. לשון אחר, הפסיקה יכולה ליצור שערים חדשים של קבילות וחיסיון, אך לא של כשרות.

הסמכות לגבור על המחסום. בית המשפט אינו מוסמך להסיר מחסום של כשרות, לתכלית כלשהי. מחסום הכשרות נקבע בחוק וההלכה אינה יכולה לגבור עליו. מצד אחר, בית המשפט מוסמך להכריע בדבר קיום המחסום, ושאלה זו נתונה לא אחת לפרשנות שיפוטית. גם בעניין הקבילות בהליך פלילי, בית המשפט קובע (לפי החוק וההלכה) קבילות ראייה מסוימת; משנקבע שראיה אינה קבילה, אין דרך לקבלה, יהא מקור פסילתה אשר יהא. מחסום החיסיון הוא לפי חוק, אך גם הדרך להסרתו ברוב המקרים מפורטת בחוק;¹⁵⁵ את יתר החסיונות (עורך דין, כהן דת) לא ניתן להסיר.

בנוגע לכשרות, קבילות וחסיונות מוחלטים – בית המשפט אינו יכול אפוא לפתוח שער נעול, אך הוא שקובע אם אמנם הוא נעול.¹⁵⁶ בנוגע לחסיונות יחסיים, בית המשפט מוסמך גם להשתמש במפתח שסיפק לו הדין.

מדוע במקום אחד נתן המחוקק לשופט שיקול דעת לגבור על המחסום בדרך לראיה, ובמקום אחר מנע זאת ממנו? הידע המחוקק שמחסום הקבילות קל למעבר עבור השופט, במיוחד במשטר שיפוטי שלא אימץ את תורת העץ המורעל, ולכן רצה למנוע ממנו מעבר בעזרת מחסום הכשרות? נראה שמבחינת חסינות המגבלה, מצוי מחסום הכשרות מתחת לחיסיון המוחלט; כמוהו, אין הוא ניתן להסרה, אך להבדיל, תחולתו מוגבלת למשפט הפלילי, כפי שאראה מיד.

מקום תחולת המחסום. לפי לשונו, מחסום הכשרות מגביל רק עדות בדיון פלילי בבית משפט. ניתן לכפות עדות פנים משפחתית במשפט אזרחי ובחקירה במשטרה, בשירות הביטחון הכללי או בוועדת חקירה.¹⁵⁷ להבדיל, החיסיון אינו מוגדר כמחסום רק בהליך

לפקודת הראיות [נוסח חדש]. עם זה, ניתן להעלות טיעון, ולפיו כלל זה נובע מהחוקה, מחוק יסוד: השפיטה, ס"ח תשמ"ד 78, או מהחוקה המטריאלית.

155. חיסיון לטובת הציבור/המדינה, חיסיון מהפללה עצמית בבית משפט, חיסיון רפואי, חיסיון פסיכולוגי וחיסיון עובד סוציאלי ניתנים להסרה. כשבית משפט מורה להסיר חיסיון במשפט פלילי, מקובל שלתביעה הזכות לחזור בה מכתב האישום בטרם יועבר החומר ממנה לנאשם. ראו: ע"פ 621/01 מדינת ישראל נ' חמדאן, פ"ד נה(2) 823, בעמ' 828-829.

156. בהיבט זה, דומים מחסומים אלו לחסינות העניינית המוקנית לחברי כנסת מכוח חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951. גם חסינות זו (להבדיל מהחסינות הדיונית) היא בבחינת שער נעול מפני העמדה לדין, שער שבית המשפט אינו יכול לפתוח, אך הוא שמכריע, אם הוא קיים אם לאו.

157. על סמכות החקירה של שוטרים וחוקרי השב"כ ראו: נתן קנת וחיים קנת, סדר הדין הפלילי – החוק והפסיקה (תשס"ח) בעמ' 485-486. קדמי מציין שטרם נידונה השאלה, אם אדם כשר ובן כפייה למסור עדות לחובת בן זוגו/הורהו/ילדו בחקירתו במשטרה או אצל גורמי חקירה אחרים. קדמי (לעיל, הערה 69) בעמ' 388. לדעתי, התשובה על שאלה זו עולה

פלילי, אלא חל כלפי כולי עלמא: עורך דין אינו חייב למסור (החוק קובע שאין חובה למסור; כללי האתיקה קובעים שיש חובה **שלא למסור**)¹⁵⁸ מידע חסוי במשטרה, בוועדת חקירה ובפני כל אדם או רשות.¹⁵⁹ סעיף 52 לפקודת הראיות קובע כי הוראות הפרק העוסק בחיסיון תחולנה על מסירת ראיות בפני בית משפט, בית דין, רשות, גוף ואדם המוסמכים לפי הדין לגבות ראיות. לעומת החיסיון, מגביל מחסום הקבילות מסירת ראיה בבית המשפט בלבד. פסילת מסמך כראיה אינה מונעת את גילוייו לצד האחר, אלא רק מונעת מבית המשפט לבסס עליו ממצא. אי גילוי בשל חיסיון נועד למנוע מבעל דין לעיין במסמך, דבר שלעיתים יש לו ערך עצמאי. לכן, לפי הגישה המקובלת, פסילת מסמך אינה מחסנת אותו מפני גילוי.¹⁶⁰ ראיה עשויה להיות בלתי קבילה במשפט פלילי ו/או במשפט אזרחי, לפי כלל הקבילות החל בעניינה.

לפי מדד מקום תחולת המחסום, החיסיון חזק מיתר מחסומי הראיות. בדומה להבחנה בין זכות קניינית לזכות חזוית, שער החיסיון הוא "נייד", מגן מפני העולם כולו, ואילו שערי הכשרות והקבילות הם "נייחים", מקומיים בלבד. אולם החיסיון (המקצועי) הוא זכות בעלת אופי אישי ולא חפצי; מידע חסוי המגיע בדרך אחרת, אינו חסוי עוד.¹⁶¹

בבירור ממילותיו המפורשות של סעיף 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), הקובע שנציג המשטרה רשאי לחקור כל אדם המכיר, לפי הסברה, את עובדותיה ונסיבותיה של כל עבירה. המבחן הוא מבחן הרלוונטיות, ולא מבחן הכשרות. אמנם אפשר לנסות ולבנות קונסטרוקציה, ולפיה אין בני זוג כשרים להעיד גם במשטרה, אך דומה שמילות החקיקה ברורות דיין. טענה, שלא היה ניתן לצטט דברי נאשם, אך משום שנאמרו אחרי שהוקלטו באוזניו דברי אשתו, שאינה כשרה להעיד נגדו, נקבע שאין בה ממש, ולא מחוור על מה היא נשענת מבחינה משפטית. ראו: ע"פ 685/81 **אהרני נ' מדינת ישראל**, פ"ד (10) 673, בעמ' 694.

158. ראו, למשל: כלל 19 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986, ק"ת 1373; סעיף 2(7) לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ס"ח 128, קובע שהפרת חובת סודיות שנקבעה בדין בנוגע לענייניו הפרטיים של אדם היא פגיעה בפרטיות. סעיף 32 לחוק קובע שחומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות, ייפסל מלמשש ראיה בבית משפט, בלא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי החוק. לכאורה, אסור לבית המשפט לקבל מידע מבעל מקצוע "סורר" המבקש להפר את חובתו לסודיות. להרחבה בנושא ההבחנה בין סודיות לבין חיסיון בהקשר יחסי עורך דין-לקוח ראו: ור-גוטמן (לעיל, הערה 11). לא העמקתי בשאלת הסודיות משום שאיננה אופציה תקפה בנוגע ליחסים בתוך המשפחה; קשה לדמיין בני זוג המחויבים משפטית בסודיות זו כלפי זה.

159. אביגדור קלגסבלד, **ועדות חקירה ממלכתיות** (2001) בעמ' 254.

160. הנשיא ברק ברע"א 6546/94 **בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי**, פ"ד מט(4) 54, בעמ' 65-64.

161. קדמי (לעיל, הערה 93) בעמ' 927. הכוונה לחסיונות בעלי המקצוע.

זכות ויתור. החיסיון עשוי להיות ניתן לוותר; אשר לחיסיון המקצועי, הלקוח הוא בעל זכות הויתור; לבעל המקצוע אין זכות כזו, בלא היתר מלקוחו לעשות כן.¹⁶² ניתן להשתמש בחיסיון רק לפני מסירת הראיה, שכמוה כויתור על החיסיון. בעלי הדין אינם יכולים להסכים להסרת חיסיון שהם אינם בעליו.¹⁶³ אשר לחיסיון המידע לטובת הציבור או המדינה, יכולה המדינה, כמובן, לוותר על החיסיון, באמצעות נציגיה. אשר לקבילות, במשפט פלילי אין לכאורה מי שיכול לוותר על מגבלת הקבילות.¹⁶⁴

מחסום הכשרות ניתן לוותר מה; הנאשם יכול לגבור עליו לפי סעיף 6 לפקודת הראיות, בהחלטה להעיד את בן משפחתו מטעמו. ברם, הנאשם אינו יכול להתיר לבן משפחתו להעיד לחובתו **בעד תביעה**. במובן זה, יכולתו להסיר את מחסום הכשרות מוגבלת אף היא; עדות מצטיירת בהתאם לצד שממנו היא מגיעה.¹⁶⁵ גם העד אינו יכול לבחור להעיד לחובת הנאשם מטעם התביעה.¹⁶⁶ אדם המבקש להעיד נגד הורהו במשפט פלילי "רגיל", אינו רשאי לעשות כן, ובית המשפט אינו רשאי להתיר לו לעשות זאת. זאת,

162. הדבר שונה שוני מהותי מהדין הקיים באנגליה ובארצות הברית בנוגע לחיסיון בני זוג. שם, מי שבידו המידע, אינו מנוע מלגלותו אם הצד האחר למידע מבקש למנוע ממנו לעשות כן; המידע בידו העד לעשות בו כחפצו.

163. שם, בעמ' 871-872.

164. ממבט ראשון ניתן לסבור כי סעיף 10ב לפקודת הראיות [נוסח חדש] מתיר לקבל בהליך פלילי ראיה בלתי קבילה כששני הצדדים מסכימים לכך, אך נראה שסעיף זה אינו אמור לגבור על סעיפים ספציפיים הקובעים את מחסום הקבילות. סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש] קובע שעדות על הודיית הנאשם שעבר עבירה תהיה קבילה רק אם התקיימו תנאי הסעיף לכך; לשון סעיף 10ב אינה יכולה לגבור על לשון סעיף 12. עדות על הודיית הנאשם שעבר עבירה תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה, ובית המשפט ראה שההודיה הייתה חופשית ומרצון; במקרי פשע אין בית המשפט יכול לקבל הודאת נאשם בלי לשמוע את גובה ההודאה, אפילו בהסכמת סנגורו. סעיף 56 לפקודת הראיות [נוסח חדש] אוסר במפורש הסתמכות על ראיה בלתי קבילה לשם מתן פסק הדין. בפסיקה נערכו דיונים הנוגעים לקבלת ראיות בלתי קבילות בלא התנגדות, והגישה המקובלת היא כי גם אם נתקבלה ראיה פסולה מסיבה זו או אחרת, על בית המשפט להסתמך רק על ראיות קבילות. ראו, למשל: ע"פ 6251/94 **בן-ארי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 45, בעמ' 67; רע"פ 7755/01 **מריצ'אנו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 913, בעמ' 920; ע"פ 827/93 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פ"ד נ(3) 225, בעמ' 229.

165. ראו: "עדת התביעה", כמפורט בפתיחת המאמר. למעשה, הנאשם אינו יכול לוותר על מחסום הכשרות, גם אם בת זוגו מסכימה לוותר כזה. זהו הסדר קוגנטי. אדם יכול לוותר על פרטיות וקניין; הוא אינו יכול לוותר על מחסום הכשרות, גם אם כל הצדדים לדיון מעוניינים בכך, וכפי שאדם אינו יכול לוותר על חירותו. ראו: John Stewart Mill, *On Liberty and the Subjection of Women* (1879) p. 101.

166. אף שאם יעלה על דוכן העדים, יוכל כמובן לומר את שעל לבו, לזכות הנאשם או לחובתו.

להבדיל מחיסיון בני זוג במשפט המקובל, שחרף היותו החיסיון ההדדי היחיד,¹⁶⁷ הרי לפי פירושו כיום, אין הוא מונע מבן זוג מעוניין להעיד רק משום התנגדות בן זוגו.¹⁶⁸ לשון אחר, בנוגע לחסיונות, בעל החיסיון הוא פותח השערים; בנוגע לקבילות וכשרות אין מי שיכול לפתוח את השער.

זיהוי הערך המוגן. חלק מהראיות, אלו שיש ספק במהימנותן (כעדות שמועה), אינן קבילות כדי להגן על ההליך השיפוטי מפני ראייה שעלולה להטות את שיקול דעת השופט במידה בלתי סבירה. זוהי הגנה "עובדתית". חלק מהראיות, אלו המייצגות פגיעה בנאשם (כהודאה שניתנה בעקבות נקיטת אמצעים פסולים) אינן קבילות כדי להגן על הנאשם (ובעקיפין גם על החברה, המורכבת מפרטים העשויים להיות נתונים לאותה פגיעה בעתיד). זוהי הגנה "ערכית": ויתור על ראייה שלא מתוך חשש שאין היא מייצגת אמת, אלא מתוך השקפה חברתית רחבה יותר.¹⁶⁹

בנוגע לחסיונות, מדובר בהגנה "ערכית", שלא בהכרח קשורה לנאשם. מידע חסוי עשוי להיות לחובת הנאשם או לזכותו. כך גם במקרה של היעדר קבילות (הודאה יכולה להיפסל פסילה שהנאשם ייחנה ממנה; עדות שמועה ועדות סברה לזכות הנאשם עשויות להיפסל פסילה שעלולה להביא לידי הרשעתו). לכאורה רק ממחסום הכשרות הנאשם בהכרח מרווית. אם לאשת נאשם מידע לזכותו, יהא זכאי להעידה כעדת הגנה; אם דבריה לחובתו, התביעה אינה יכולה להעידה. אם בדבריה רכיבים לטובת הנאשם ולרעתו, יערוך נא מאין שיקולים ויחליט אם העדות בכללותה צפויה להועיל או להזיק לו.

מחסום הכשרות מציין מצב שבו הגנה נתונה הן לעד והן לנאשם מפני פגיעה בתא המשפחתי. הגנה זו היא "ערכית" (שמירה על המשפחה) ובמידת מה גם "עובדתית" (שמירת ההליך השיפוטי מהסתמכות על עד מוטעה).

נטל ההוכחה. הטוען לחיסיון – עליו הראיה.¹⁷⁰ לפי קדמי, נאשם הטוען שעד הינו בן משפחה שלו (הורה, ילד או בן זוג), הפסול לעדות לחובתו מכוח סעיפים 3-4 לפקודת

167. "חיסיון הדדי" (Reciprocal) הוא מונח המתאר מצב שבו שני הצדדים לתקשורת מנועים מלמסור מידע בנוגע לתקשורת ביניהם. חיסיון רפואי, חיסיון עורך דין, חיסיון סוציאלי וכדומה אינם חסיונות הדדיים משום שניתן לחקור את הלקוח על התקשורת בינו לבין איש המקצוע.

168. עניין Trammel (לעיל, הערה 68) בעמ' 52-53.

169. לעניין שיקולי מדיניות ראו: אדי רטיג, "העוקץ" – ראיות חסויות, חובת ההנמקה וחופש הביטוי", משפטים יד (תשמ"ד) 108, בעמ' 111.

170. ע"פ 186/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מוגילניצקי, פד"י טו(1) 132, בעמ' 135; ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ, פ"ד מח(3) 749, בעמ' 797; ת"א (מחוזי י"ם) 383/91 רותם חברה לביטוח בע"מ נ' בנק כללי לישראל בע"מ (טרם פורסם) בפסקה 3 לפסק דינו של השופט ברנר; והשוו: בג"ץ 337/66 עזבון קלמן פיטל נ' ועדת השומה שליד עיריית חולון ועיריית חולון, פ"ד כא(1) 69, בעמ' 72.

הראיות, נושא בנטל הוכחת הטענה¹⁷¹ (אף אם הנטל אינו אמור להיות סבוך במיוחד). אשר לקבילות, התביעה נושאת בנטל ההוכחה כי ראיותיה קבילות.¹⁷²

2. זכויות ואינטרסים – ההנדסה החוקתית של מחסום הכשרות

א. כללי

ראינו את ייחודו של מחסום הכשרות המשפחתית. אך מה הוא מבקש להשיג? כדי להבין אם הוא מוצדק, יש לחקור לעומק את האיוונים המגולמים בהסדר החוקי, מלבד הברור מאליו; יש למצוא את "ההנדסה החוקתית" שלו.¹⁷³

לא מצאתי דיון כולל באיזון בין ערכים, זכויות ואינטרסים בנוגע להסדרי הכשרות. אכן, ניתן לקבוע שההסדר שנקבע בחקיקה כבר מגלם איזון בין הערכים המתנגשים, אך כך רק תוסווה ההכרעה הערכית. לפי בירנהק, אם אנו סבורים שביקורת שיפוטית נועדה להגן על זכויות הפרט מפני המדינה, בית המשפט חוטא לתפקידו בקבלו את האיוון שבחקיקה כמובן מאליו.¹⁷⁴ סבורני שבכל מקרה יחטא בית המשפט לתפקידו אם יקבל כמובן מאליו חוק שלשונו אינה ברורה, שכן פרשנות החוק מחייבת לחשוב מחדש על כל איזון שהתקבל. יתרה מזו, לאחר המהפכה החוקתית, יש לבחון מחדש אם איזון המחוקק אמנם ראוי הוא. הניתוח שהוצג בעניין **עבאס**, הבוחן רק את החוק ואינו מתעניין בתכלית ובערכים, אינו מספק בעיניי.¹⁷⁵ בית משפט רשאי לקבוע במקרה מסוים כי האמת חשובה מהמשפחה, כי המשפחה עדיפה על האמת או כי קיימת דרך ביניים. יקבע כאשר יקבע – מוטב וראוי שיתייחס לערכים שעל הפרק.

מה עומד על הפרק בעניין הכשרות המשפחתית? בכל אחד מצדי המתרגם, יש להבחין בין הצדקות המגנות על אינטרסים של החברה ובין הצדקות המגנות על זכויות ואינטרסים של פרטים.¹⁷⁶

171. ראו: קדמי (לעיל, הערה 69). קדמי מפנה לע"פ 184/62 פ"ד יז' 2104, בעמ' 2112.

172. במשפט זוטא, למשל, על התביעה להוכיח מעבר לספק סביר שהודיית הנאשם ניתנה לפי תנאי החוק.

173. לביאור מונחים אלו, ראו: מיכאל בירנהק, "הנדסה חוקתית – המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות", **מחקרי משפט יט** (תשס"ג) 591, בעמ' 592-593.

174. שם, בעמ' 614.

175. עניין **עבאס** (לעיל, הערה 67) בעמ' 47.

176. "Developments in the Law: Privileged Communication: II. Modes of Analysis: The Theories and Justifications of Privileged Communication" [Part Two of Eight] 98 *Harv. L. Rev.* (1985) 1471, pp. 1484-1486.

חלק ניכר מהסיועונים שאציג הועלו במקור בקשר לחסיונות, אך הגיונם יפה, על פי רוב, גם בנוגע למחסום הכשרות.

ב. בעד מחסום הכשרות

ההרמוניה המשפחתית תומכת לכאורה במחסום הכשרות.¹⁷⁷ אך מהי הרמוניה משפחתית? האם פירושה שקט ושלווה? אהבה? אושר? הגדרת מושגים אלה קשה אף מהגדרת זכויות. אי אפשר להגן על הרמוניה משפחתית בלי להבין מהי. הרמוניה משפחתית אינה מושג אובייקטיבי, משום שהיא מורכבת משני מושגים בלתי אובייקטיביים. המושג "הרמוניה משפחתית" הוא כלי הניתן למילוי כראות עיני המפרש.

לצד תכלית שלום הבית, אפשר אולי להצביע על רצון למנוע מעד בן משפחה לעמוד לפני טרילמה של פגיעה בבן משפחה, ביזיון בית משפט או עדות שקר.¹⁷⁸ זהו הטיעון של היעדר מנצחים – הכוונה לכך שעד הנקרא להעיד לחובת בן משפחה, מושם במקום צר מאוד. לפניו שלוש אפשרויות קשות: להעיד ולחרוץ את דין הנאשם, ולסכן בתוך כך את ההרמוניה המשפחתית; לסרב להעיד ולהסתכן בביזיון בית המשפט; או לשקר במכוון כדי להגן על בן משפחתו, ובכך להפר את החוק.¹⁷⁹ הבחירה בשקר מעמידה אותו בסכנת אישום פלילי.¹⁸⁰

אפשר לגרוס כי ערך גילוי האמת, שהמדינה מעוניינת בו, בהחלט אינו מקודם כשהמצב המשפטי מזמין עדות שקר, וכי הדינמיקה של עדות שקר מזיקה ליושרת מערכת

177. קו החשיבה, לפיו עדות משפחתית אינה אמינה, אינו בעל משקל רב כיום; מערכת המשפט מניחה שהשופט המקצועי ידע להתמודד עם עדות מוטה כזו.

178. הדילמה נסקרה בארצות הברית בעניין *Ismail* בהקשר של עדות בן נגד אביו. בנו של נאשם נקרא להעיד נגדו בפני חבר המושבעים. הבן שיקר ואמר שאינו יודע דבר על עסקי אביו. אחרי שהודה בעדות שקר בפני התיבה, ואחרי שהבין שייכפה להעיד, שקל להתאבד. לאחר עדותו, נודה מקהילתו. ראו: *U.S. v. Ismail* 756 F.2d 1253, p. 1256 (6th Cir. 1985). הטרילמה האמורה דומה לטרילמה, שלפניה ניצב נאשם אשם בבואו להעיד בבית המשפט, בשניים מתוך שלושה יסודות: עדות שקר, ביזיון בית משפט או הפללה עצמית (לעומת הפללת קרוב משפחה). על טרילמה זו ראו: *Murphy v. Waterfront Commission* 378 U.S. 52, p. 55 (1964). המשפט הישראלי אינו מתחשב כמובן בהקשר זה בנאשמים, ולשתיקתם יש משמעות ראייתית קשה לחובתם. ראו: הרדוף (לעיל, הערה 7) בעמ' 173, 175. כן ראו את הלכת מילשטיין – רע"פ 4124/04 מילשטיין נ' התצ"ר (טרם פורסם). משמעות זו אינה בהכרח מקרבת את בית המשפט אל האמת – ראו ניתוח מכיוון תורת המשחקים: אור בסוק, "מקרים קשים מולידים הלכה גרועה, אך הלכה גרועה מולידה מקרים קשים – על השלכותיה של הלכת יוסף", משפט וצבא יח (תשס"ה) 77, 98-106.

179. Philip Kraft, "The Parent-Child Testimonial Privilege: Who's Minding the Kids?", 18 *Fam. L.Q.* (1985) 505, p. 515. סבורה כי חיוב בן הווג להעיד חרף רצונו, פירושו לבקש יותר מכפי שהאזרח המציית לחוק יכול לתת, דרישה שתעמיד אותו בלחץ אדיר, ובטרילמה שנראית לה אכזרית. ראו: Amanda H. Frost, "Updating the Marital Privileges: A Witness-Centered Rationale", 14 *Wis. Women's L.J.* (1999) 1, p. 29.

180. זה היה קו המחשבה שביסוד החיסיון שהנהיגו הרומאים. ראו: Radin (לעיל, הערה 10) בעמ' 487-489.

המשפט.¹⁸¹ אולי לא תמיד חיוב להעיד מסייע לאמת.¹⁸² מגבלת עדות משפחתית עשויה להעלים את הדילמה. היא מונעת מהמשלה לנקוט עמדה בלתי עקיבה בשל הצורך להעניש על מעשים בלתי אנוכיים של נאמנות, של ערכים שהחזירו המשפחה, מוסדות הדת ולעתים אף המדינה.¹⁸³

גם אם הרמוניה משפחתית נועדה לממש זכות (שלא להשתתף בפגיעה בתא המשפחתי), עדיין יש לבחון של מי הזכות – של הנאשם או העד. שאלה זו משפיעה בהכרח על ההסדר הראוי בסוגיה. בארצות הברית ניתנה תחילה הזכות הן לבן הזוג המעיד והן לבן הזוג שביקש למנוע את עדותו.¹⁸⁴ מאוחר יותר, מתוך הבעת חוסר שביעות רצון כללית מהחיסיון, נקבע כי כאשר אדם רוצה להעיד נגד בן זוגו, הנישואין אינם ניתנים לתיקון ואין הרבה הרמוניה לשמר.¹⁸⁵ בית המשפט הותיר את הזכות אך בידי בן הזוג העד, במגמה לשמור על צורכי

181. Watts (לעיל, הערה 20) בעמ' 614. מנגד, הלכת חג' יחיא בעניין סעיף 10א מניחה שהתנהגות מסוימת של עד, כשתיקה, פטפט חסר תכלית או שקר, אינה מונעת מבית המשפט להסתמך על אמרתו במשטרה ולקבוע שהיא גרסת האמת. ראו: דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז(3) 661 (להלן: עניין חג' יחיא).

182. Moberly (לעיל, הערה 26) בעמ' 542. הדבר מנוגד להשקפה שהשופט יתמודד בהצלחה עם עדות מוטה/שקרית.

183. Watts (לעיל, הערה 20) בעמ' 615. מדינת ישראל בהחלט מעודדת חיי משפחה, נישואין וילודה, בין בצורת הטבות (משכנתא לזוגות, קצבאות לילדים) בין בצורת איסור לפגוע בבני משפחה וכו'; ראו: סעיף 44 לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), תשנ"ה-1995, ס"ח 210; תקנה 9 לתקנות מס הכנסה ומס מעסיקים (ניכוי ממשכורת ומשכר עבודה ותשלום מס מעסיקים), תשנ"ג-1993, ק"ת 408; סעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, ס"ח 38 ועוד. ברי שהמדינה אינה יכולה להתכחש לערך הרב שהיא מייחסת למשפחה.

184. בעניין Hawkins שמר בית המשפט העליון על הפרקטיקה, לפיה נאשם יכול למנוע מבן זוג להעיד גם כאשר בן הזוג מבקש לעשות כן. בית המשפט דחה את טענת התביעה, שרצון בן זוג להעיד מרמז שהנישואין אינם ניתנים לתיקון, וקבע שעדות יריבה, בין מרצון ובין מכפייה, תפריע להרמוניית הנישואין. נכתב כי עדות בן זוג מרצון עשויה ליצור יתר מרירות אצל הנאשם. ראו: *Hawkins v. U.S.* 358 U.S. 74, pp. 77-78 (1958).

185. בעקבות ביקורת שנכתבה, הציע פסק הדין בעניין Trammel (לעיל, הערה 68), הגדרה רחבה לצירוף "נכונות להעיד": כל עוד נתונה לבן הזוג העד חלופה מעשית לעדות, תיחשב עדותו לרצונית, גם אם הממשלה העניקה לו תמורה, כגון חסינות מהעמדה לדין (כך נעשה בעניין Trammel). יש שפקפקו בהנמקה זו, המניחה שנישואין אינם ניתנים לתיקון רק משום הנכונות להעיד. טיעון הנגד הוא שלא כל קשיי הנישואין מסתיימים בגירושין. הכלל של עניין Trammel ממריץ ממשלה לשבור נישואין, אך למעשה, חיסיון היריבות אינו מצריך בירור של מידת הרמוניית הנישואין לשם יישומו. הוא מגן על הרמוניה עתידית, בלי קשר למצב הנוכחי של ההרמוניה. לפיכך, קביעת הלכת Trammel שנישואין גרועים אינם ראויים להגנה, מנוגדת למטרת החיסיון ולחוקים המקומיים בדבר יחסי זוגיות. ראו: Steven N.

אכיפת החוק. כשבן הזוג מוכן להעיד, אין הנאשם יכול למנוע זאת ממנו.¹⁸⁶ יש להתייחס לטיב הנישואין הספציפיים.¹⁸⁷

אמנם לעד יש זכויות, הן מכוח היותו אדם והן מכוח היותו עד.¹⁸⁸ אם הזכות האמורה שייכת לעד, מן הדין לתת לו לוותר עליה, כלומר לעבור להסדר החיסיון, אך כשקורבן העבירה בוחר שלא להעיד נגד בן זוגו, תיתכן פגיעה הן בו עצמו (בחירתו עשויה להיות כפויה ולא אמיתית) והן בחברה (שלפחות בישראל אינה מכירה בזכות של הקורבן לוותר על האינטרס החברתי שמבצע העבירה יורשע וייענש). ברם, כיום לא נתונה לו כל בחירה שהיא, ולו כפויה; האינטרס החברתי האמור נסוג בהכרח. כלל חיסיון עשוי לצמצם את הנוק במידת מה. אם הזכות היא של הנאשם, הרי אין לתת לאיש לפגוע בה, כלומר צריך להישאר בהסדר של כשרות, בצורה כזו או אחרת. אפשר גם לטעון כי מדובר בזכות של צדדים שאינם חלק מהדיון, אלא מי שצפויים להיות מושפעים מההחלטה בדיון. עימות פנימי במשפחה עשוי בהחלט להשפיע על כל המשפחה ולא רק על הצדדים הישירים לעימות; וככל שהוא חריף יותר, יגבר הצורך לנקוט עמדה ובעקבותיה להיות מעורב בעימות אפשרי עם הצד האחר.

אם מדובר באינטרס רק של המדינה (לעודד את קיום היחידה המשפחתית), הסדר כשרות כוללני ורחב מאוד הוא המתאים ביותר. אוטונומיה ופרטיות משפחתית, כך נכתב, הן בלב קיום החברה הדמוקרטית.¹⁸⁹ עוד יכול נאשם לטעון בנסיבות מסוימות, שעקב עדות בן משפחה עלולה פרטיותו להיפגע.¹⁹⁰ בדומה, עשוי עד לסרב להעיד

Gofman, "Honey, The Judge Says We're History": Abrogating the Marital Privileges Via: Modern Doctrines of Marital Worthiness", 77 *Cornell L. Rev.* (1992) 843, pp. 858-859

186. באותו פרשה, תמורת חסינות מפני העמדה לדין, הסכימה אליזבת' טראמל להעיד נגד בעלה במשפטו הפלילי בגין הברחת סמים. האחרון טען לחיסיון בני זוג כדי למנוע את עדות זוגתו, ומשהורשע, ערער מיד על קבלת עדותה. בית המשפט, מפי השופט Burger, ניצל הזדמנות להבהיר שכשבן זוג אחד מוכן להעיד נגד האחר בהליך פלילי, יחסיהם כמעט בוודאות אינם ניתנים לתיקון. לחיסיון אין מה לשמר. ראו: עניין *Trammel* (לעיל, הערה 68) בעמ' 52-53.

187. הגישה הנגדית היא שחיסיון היריבות אינו מגן רק על נישואין הרמוניים, אלא הוא אף שואף ליצור הרמוניה, בלא קשר למצב הנישואין הנוכחי. ראו: *U.S. v. Byrd* 750 F.2d 585, p. 590 (7th Cir. 1984) (להלן: עניין *Byrd*).

188. סעיף 47(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש] מתיר לעד לבקש להימנע ממסירת ראיה העשויה להפלילו. כשביט משפט דוחה את הבקשה, והראיה נמסרת, הרי אותה ראיה לא תוגש נגד העד במשפט שבו יואשם, אלא אם כן הסכים לכך העד.

189. Watts (לעיל, הערה 20) בעמ' 599-601.

190. סעיף 2(11) לחוק הגנת הפרטיות מגדיר פרסום עניין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד, כפגיעה בפרטיות; פרסום מוגדר בסעיף 2 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, ס"ח 240: בעל פה, בכתב או בדפוס, לרבות ציור, דמות, תנועה, צליל ואמצעי אחר, כלומר אם אדם מעיד בנוגע לצנעת חייו האישיים או

כדי להגן על פרטיותו או כדי שלא להסתכן בביצוע עבירה של פגיעה בפרטיות בעצם עדותו.¹⁹¹

טענה נוספת בעד הגבלת עדויות במשפחה (אמנם בצורת חסיונות) עולה מ"תאוריית התדמית" (The Image Theory), לפיה כוננו המחוקק ובתי המשפט חסיונות משום שהם מצמצמים את הסבת המבוכה למערכת המשפט, מסתירים את אי יכולת המערכת לכפות ציות וממזערים את האפשרות לגלות עובדות לאחר המשפט שתערערה את אמינות השופטים.¹⁹² לפי התאוריה, חסיונות ניתנים לקבוצות שהיו מסרבות לשתף פעולה עם ההליך השיפוטי. אובדן לגיטימיות של המערכת המשפטית, שייגרם מכפיית בני זוג, אישי דת, רופאים או פסיכולוגים להעיד, מחייב את קיום החסיונות.¹⁹³ באמצעות החסיונות המערכת נמנעת מעימותים עם מי שצפויים לקרוא תיגר על מרות בתי המשפט.¹⁹⁴ עוד מניחה התאוריה כי בהיעדר חסיונות כאלו, יסרבו בני זוג ובעלי מקצוע להעיד או ישקרו כדי להגן על איש אמונם. גל רחב של עדויות שקר וביזוי בית משפט יפגע בדיוק של פסקי הדין ויערער את האמון במערכת המשפט.¹⁹⁵

תאוריית התדמית מצדיקה אפוא את מתן חסיונות הנישואין בכך שהם משפרים את תדמית מערכת המשפט בעיני הציבור משום שהם מאפשרים לה להימנע ממצבים שיערערו את הלגיטימציה של המערכת בעיניו.¹⁹⁶ הטעון הוא כי מוטב למערכת המשפט להימנע

להתנהגותו ברשות היחיד של בן זוגו, יש בכך לכאורה פגיעה בפרטיות הנאשם, שאינה נהנית מהגנת סעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות, החל רק על משפטים בגין פגיעה בפרטיות (ולא על משפטים שבמהלכם נפגעת פרטיות). על יסוד סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, ניתן לטעון שאסור להציג ראיה כזו במשפט פלילי, בלא הסכמת הנפגע.

191. האם עדותה של אישה נגד בעלה במשטרה מבטאת הסכמה מכללא לפגוע בפרטיות, לפי סעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות? האם התשובה תלויה בשאלה, אם המשטרה כפתה עליה לעשות כן? האם אישה יכולה להסכים לוותר על פרטיות שהיא גם פרטיותו של בעלה? שאלות אלו חורגות ממסגרת מאמרי.

192. "Developments in the Law: Privileged Communication: II. Modes of Analysis" (לעיל), הערה 176) בעמ' 1498-1499.

193. Carolyn Peddy Courville, "Rationales for the Confidentiality of Psychoterapist-Patient Communications: Testimonial Privilege and the Constitution", 35 *Hous. L. Rev.* (1998) 202-203, pp. 187. דומני כי סכנת המדרון החלקלק ברורה מאוד בהקשר זה.

194. Walter J. Walsh, "The Priest-Penitent Privilege: an Hibernocentric Essay in Postcolonial Jurisprudence", 80 *Ind. L.J.* (2005) 1037.

195. Frost (לעיל, הערה 179) בעמ' 20-21. Frost גורסת כי לא ניתן להצדיק את חסיונות הנישואין על בסיס ההגנה על תדמית בתי המשפט. לדידה, מערכת המשפט מצויה היטב להתמודד עם עדים משוחדים וסרבנים. המשקף צפוי לעונש. המסרב להעיד עשוי להיות אחראי לביזוי בית משפט. מנגנונים אלה מבטיחים את העדת האמת מרוב העדים או לפחות את יכולת השופט לגשר על האמינות. אין סיבה להניח כי פסקי הדין יהיו מדויקים יותר בלא החקירה.

196. David B. Canning, "Privileged Communications in Ohio and What's New on the Horizon: 196

ממצב שבו היא תכפה על אדם להעיד נגד בן משפחתו, משום שהציבור יתפוס כפייה כזו כבלתי הוגנת, מצב שעלול לערער את תדמית המערכת השיפוטית ואת הלגיטימציה שלה.¹⁹⁷

ניסיונות לבסס הגבלות עדות משפחתית נעשו גם בהסתמך על הגנת הזכות לפרטיות.¹⁹⁸ אך האומנם מקדש המשפט הפלילי את זכות הפרטיות? המשפט הפלילי הוא הליך פולשני מאוד, ואף אם יש פגיעה בפרטיות בהעדת בן משפחה, ניתן לגרוס כי העדות ניתנת לפי החוק שקדם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ואף לחוק הגנת הפרטיות) וכי היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. המדובר בפגיעה לפי חוק (פקודת הראיות), לתכלית ראויה (גילוי האמת), ההולמת את ערכי מדינת ישראל, במידה שאינה עולה על הנדרש (אם העדות נוגעת אך ורק למישור הפלילי), ובייחוד שהפגיעה מוטלת בספק. ממילא, המשפט הפלילי פוגע בפרטיות בלא הרף.¹⁹⁹ המשפט הפלילי סירב בעבר לצאת חוצץ נגד פגיעות קשות ובוטות בהרבה בפרטיות.²⁰⁰ בנוסף, ניתן לגרוס כי פרטיות אינה הצדקה הולמת בהקשר זה

Ohio House Bill 52 Accountant-Client Privilege", 31 *Akron L. Rev.* (1998) 505, pp. 535-536.

197. בהרוארד צוין כי תאוריה זו מעולם לא הועלתה על ידי בתי המשפט להצדקת החסיונות הללו. עוד נכתב כי ממילא הציבור לא בהכרח מודע להחלטות בעניין בני זוג, וכי הוא עלול גם לסלוד מכך שאדם אשם יתחמק מעונש בשל נישואיו. ראו: "Developments in the Law: Privileged Communication: V. Familial Privileges" (לעיל, הערה 105) בעמ' 1586-1585. מצד אחר, ניתן לגרוס כי אם יחלו בתי המשפט לכלוא אנשים בגין סירוב להעיד נגד בני זוגם או בגין מתן עדות שקר בהקשר זה, עלול אמוץ הציבור במערכת המשפט להיפגע.

198. Canning (לעיל, הערה 196) בעמ' 535. תאוריית הפרטיות מאפשרת להצדיק חסיונות באופן כללי, ונעשה בה שימוש אף להצדקת חסיונות אחרים. כך, למשל, נעשה ניסיון לבסס חיסיון הורה-ילד, שאינו קיים בארצות הברית, על בסיס טיעונים הנוגעים לזכות לפרטיות "People v. Fitzgerald" 422 N.Y.S.2d 309 (Westchester Cty. Ct. 1979) - ולזכות לאוטונומיה משפחתית. ראו: Ausburn (לעיל, הערה 76) בעמ' 194.

199. סעיף 3 לחוק יסוד: השפיטה קובע כי בית משפט ידון בפומבי, וזולת אם נקבע אחרת בחוק או אם בית המשפט הורה אחרת. סעיף 70(ה1) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] מניח כי פרסום שם חשוד (שאינו קטין) בעבירה הוא מותר; רק אם ראה שהדבר עלול לגרום לחשוד נזק חמור, וסבר שיש להעדיף את מניעת הנזק על העניין הציבורי שבפרסום, רשאי בית המשפט לאסור את פרסום שם החשוד, כלומר פגיעה חמורה בחשוד כשלעצמה אין די בה למנוע את הפרסום. בהקשר זה ראו גם: בש"פ 2484/05 פרי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) בפסקה 4 ואילך לפסק הדין של השופטת ארבל.

200. ראו, למשל: ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837; אמנם הדין קדם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, אך כאמור, הפגיעה בפרטיות באותו מקרה ברורה בהרבה מהפגיעה במקרה של כשרות; דומני שטיעון בדבר פרטיות בנוגע לכשרות לא היה מתקבל גם היום.

משום שמחסומים ראיתיים משפטיים פשוט אינם דרושים כדי לאפשר תקשורת סודית בין בני זוג. בני זוג חולקים מידע מסיבות אחרות, ורבים מהם אינם מודעים לחסינות.²⁰¹

ג. נגד מחסום הכשרות

המשפט שואף להרשיע אשם ולזכות חף. מחסום הכשרות מונע עדות לחובת הנאשם ובכך מפריע בעיקר לרצון להרשיע אשם, רצון הנגזר מהשאיפה להשיג את מטרות המשפט הפלילי – הרתעה, גמול, מניעה ושיקום.²⁰² ייתכן שכישלון החברה למנוע מעדות להיות מזיקה אינו יכול להצדיק כשלעצמו איסור לכפות עדות. חברים פגיעים בחברה זקוקים להגנה והחברה צריכה שעבריינים יישפטו. בלי אפשרות לכפות עדות נראות המשימות הללו בלתי אפשריות.²⁰³

האם התכלית של הענשת אשמים היא ערך, אינטרס או זכות? כדי לגרום שמדובר בזכות, יש לגרום שהקניית זכויות מכוח חוק יסודי: כבוד האדם וחירותו דינה שתחול גם על הקורבן. כך, ייתכן שיש פה זכות מוגנת.²⁰⁴ ברם, אמירה כזו נראית לי כתמרון "העלאה בדרגה", של הצגת אינטרס כזכות, כדי שאותו אינטרס ייחנה מנקודת פתיחה טובה יותר על פני המדרג הנורמטיבי שההנדסה החוקתית יוצרת.²⁰⁵

בנת'הם (Bentham) ביטא את עמדתו בעניין חסינות בני זוג, המצטיירת כסלידה עמוקה, עד כדי כעס ממש. לדעתו, מניעת עדות זוגית מקלה על אדם לעבור עבירות בנוכחות בן זוגו ואף בהשתתפותו. בכך היא גוזלת הגנה מיתר האנשים. בנת'הם השווה זאת למתן רישיון לבצע עבירות במשותף.²⁰⁶ הוא העלה טיעון הפליה: שני אנשים ביצעו אותה עבירה, אך הרשעת האחד תלויה בעדות בן זוגו, ולכן יזוכה, ואילו

201. Frost (לעיל, הערה 179) בעמ' 26.

202. הלוא הן מטרות הענישה. ראו, למשל: ע"פ 3031/98 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נה(3) 577 (פסקי הדין של השופטים אנגלרד ודורנר). להרחבה ביקורתית בנוגע למטרות הענישה ראו: אורן גול, ענישה בהסכמה – חלופות להליכי משפט בפלילים (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, 2002) בפרק 2, עמ' 16-36.

203. Alisdair A. Gillespie, "Compellability of a child victim", 64 J. Crim. L. (2000) 98.

204. הנשיא שמגר גרס שקורבן העבירה בפועל ובכוח, וכל אורח תמים, זכאים להגנה על כבודם ועל חירותם מפני פחד ופגיעה, לא פחות מהנאשם; שזכות אישה שלא לשוב ולהיות מושא למכות והשפלות אינה פחותה מזכות בעלה המכה לחירותו; שזכות צעירה הנעה לתומה בדרכים שלא להיות קורבן לאונס נוסף אינה פחותה מזכות הנאשם שלא להיעצר; ראו: דנ"פ 2316/95 גנימאות נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, בעמ' 621; בש"פ 537/95 גנימאות נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355; ראו גם: ע"פ 9937/01 הורב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 738, בעמ' 748.

205. בירנהק (לעיל, הערה 173) בעמ' 608.

206. Bentham (לעיל, הערה 51) בעמ' 340-338. Bentham מדבר בצניניות, עד כדי מרידות: "Let us make every man's house his castle; and as far as depends upon us, let us convert that castle into a den of thieves"

האחר – שהרשעתו אינה תלויה בכך – ייענש. בנת'הם מחה על שהחוק מוכן אף להעניש במוות במקרה האחד, ובמקרה האחר מציע הגנה מוחלטת.²⁰⁷ הוא השווה את החיסיון למקלט בתנאים משופרים,²⁰⁸ אלא שבמקרה של מקלט, היה הנאשם מוגבל, ובמידה רבה מוענש – בגלות ממשפחתו, בריתוק, השפלה ותלות. לדברי בנת'הם, הסדרי החיסיון מפחיתים מערך הנישואין והופכים אותם לביוט שחיתות במקום שיהיו מקור טוהר. לדידו, ההסדרים קוראים תיגר על חוזה הנישואין, בהצמידם לו רישיון לפשוע. לקראת חתימת משנתו בנושא, הציע בנת'הם, למי שחושש מפגיעה מהעדת אשתו, את הפתרון האולטימטיבי – לשמור על חפותו.²⁰⁹

הטיעון האחרון מתעלם מחזקת החפות (כמפורט בהמשך) ומתעלם מכך שגם חפים מפשע מואשמים ואף מורשעים. עם זה, יש מידת צדק ברבות מטענות בנת'הם. המשפט מבקש לעודד תקשורת בין משפחתית; אך האם פירוש הדבר שהמשפט מבקש לעודד גם תקשורת בין זוגית בהקשר הפילי? איזה אינטרס יש למשפט שבני זוג ישווחו בענייני פלילים? הרי גם חסיונות בעלי המקצוע אינם חלים על כל תקשורת שהיא בין בעלי המקצוע לבין לקוחותיהם, אלא רק על מידע שקשור עניינית לשירות המקצועי שניתן על ידי בעל המקצוע ללקוח,²¹⁰ או על מידע הנוגע לאדם שנוזק לשירותו, כשהמידע הגיע אליו תוך עבודתו והוא מן הדברים שלפי טיבם נמסרים לבעל מקצוע כזה מתוך אמון שישמרם בסוד.²¹¹ שיחת חולין בין עורך דין לבין לקוחו אינה חסויה. מדוע להטיל הגבלה על מידע שאין לו קשר ישיר וברור לחיי משפחה תקינים (כאלו שהחברה חפצה ביקרם)? בנת'הם ודאי היה גורס שאין אדם צריך לצפות להגנת פרטיותו בעניינים פליליים; פרטיות אינה מקימה מצודת פשע.²¹² הטיעון הנגדי הוא כי חדירת המשפט לתקשורת המשפחתית תפגע עמוקות הן בתמיכה הרגשית (שלה זכאי גם פושע) והן ביכולת לדבר על מגוון

207. שם, בעמ' 340-341. בעניין *Edelenbos* הקנדי קבע השופט McIsaac בפסקאות 10-11 לפסק דינו, שכלל אי הכשרות הווגית מנוגד לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות האדם, משום שהוא מפר את עקרון השוויון בפני החוק. לפיכך בחר השופט להתעלם מהכלל, וקבע כי בנסיבות העניין אין הרצון לשמר הרמוניה משפחתית יכול לגבור על עקרון הצדק היסודי, לפיו בהליך משפטי פלילי ראוי שיובאו הראיות של כל העדים או לפחות של כל העדים המוכנים להעיד. ראו: *R. v. Edelenbos* [2000] 77 C.R.R. (2d) 154 (Ont. Sc).

208. שם, בעמ' 341; "The same age of barbarism and superstition, the same age of relaxed morality, which gave birth to the institution of asylums, gave birth [...] to this privilege, which gives to each man a safe accomplice in his bosom"

209. שם, בעמ' 343-344.

210. סעיף 48(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש] בנוגע לחסיון עורך דין-לקוח.

211. סעיפים 49(א), 50(א) ו-50א(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש] בנוגע לחסיונות רופא, פסיכיאטר ועובד סוציאלי בהתאמה.

212. טיעון הנגד: לא תמיד אדם יודע היכן עובר הקו הפלילי, וכך חל אפקט מצנן – סינון דברים שאינם בהכרח פליליים.

נושאים רחב. אך שוב – בני זוג יכולים לשוחח בחופשיות בענייני פשע, כל עוד לא יחשפו שיחותיהם בפני גורמי אכיפה.²¹³

מנגד, עצת החפות של בנת'הם בעייתית. לפי לשון סעיף 5 לפקודת הראיות, אם אדם נאשם בעבירת תקיפה, די בהגשת כתב האישום כדי לחייב את אשתו להעיד נגדו. נשוב למקרה הומר ומארג'. נניח שהפרקליטות החליטה שלא להעמיד את הומר לדין, משום שהיה לה ספק ממשי באשמתו (או למעלה מכך). השכן נד לא התרצה והגיש קובלנה פלילית.²¹⁴ כך יכול נד הקובל לכפות את עדות מארג', בלא תנאי. אף אם הומר לא תקף את נד כלל, אלא רק גידפו – יוכל נד לכפות את מארג' להעיד לחובת הומר. אין תנאי מוקדם לכך, מלבד שמדובר ב"משפט בגין אלימות". אין אפילו צורך להוכיח אלימות; די לתאר אלימות בכתב האישום כדי שהמשפט יהיה "בשל אלימות". לפי החוק, לא נדרשת רמת ראיות מסוימת כדי שכן יעיד נגד אביו. אין צורך בראיות לכאורה או אפילו בבדל ראייה.

אם לגישתנו תא משפחתי עלול להיפגע עקב עדות פנימית, ומוטב להימנע מפגיעה מיותרת, מצב דברים זה אינו ראוי. כיום, משהוגש כתב אישום בעבירה המנויה בסעיף 5, אין התא המשפחתי נהנה עוד מהגנה. זו הנחת משנה הבנויה על הנחת יסוד, והיא שכאשר נעשה אחד מהמעשים המגולמים בסעיף 5, אין התא ראוי להגנה. הנחת היסוד קשה היא, כאמור; אין היא נשענת על מחקר סוציולוגי ראוי, אלא על בחירה שרירותית ובלתי עקיבה של המחוקק.²¹⁵ ההנחה העוקבת קשה לא פחות: הנחת אשמה מראש, המנוגדת בעליל ליסודות המשפט הפלילי ועקרונותיו. אכן, גם סוגיות אחרות במשפט הפלילי מבטאות לעתים הנחת אשמה. כשאדם נעצר עד תום ההליכים, מניח המשפט מראש שהוא ביצע את המיוחס לו, לפחות לעניין המעצר; כשאדם מחויב להשיב לאשמה, מניח המשפט שעל חזקת חפותו רובצת עננה כבדה. אך בשלבים אלו ישנו מעטה הגנה לנאשם בטרם יניח המשפט הנחות לחובתו: נדרשות ראיות לכאורה לאשמתו, הסתברות מסוימת למסקנת אשמה בהמשך הדיון. אשר למעצר, נתונה לנאשם האפשרות לערור על החלטה לחובתו וקיימים מנגנוני הגנה נוספים מפני החלטה לחובת הנאשם, לרבות חובת ייצוג בדיוני מעצר.²¹⁶ לנאשם בעבירה המנויה בסעיף 5, ולבני משפחתו שניתן לחייבם להעיד נגדו, אין מנגנון הגנה ניטרלי לפני שהמשפט מגבש עמדה מוקדמת. רשויות התביעה, בכל הכבוד,

213. זו, כמובן, אמירה דסקריפטיבית מצדי – לא המלצה.

214. לפי סימן ב' לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב].

215. באוסטרליה נמתחה ביקורת על גישה, שכמו הגישה הישראלית מקנה כשרות וכפייה בהפניה לרשימת עבירות, בטענה שרשימה כזו שרירותית מטבעה ומונעת מבית המשפט לשקול שיקולים רלוונטיים. ראו: Australian Law Reform Commission, *Evidence* [http://www.austlii.edu.au/au/other/alrc/publications/reports/26/Ch_27.html#top] (Interim), Report No 26 (1985) Vol 1 [para. 529]. הדו"ח ניתן לצפייה באתר: [http://www.austlii.edu.au/au/other/alrc/publications/reports/26/Ch_27.html#top]

216. בחלק גדול מהמקרים. להרחבה בנושא המנגנונים השונים ראו: הרדוף (לעיל, הערה 7) בעמ'

אינן גוף ניטרלי;²¹⁷ קובל פרטי ודאי אינו ניטרלי. מי יוודא לפחות את קיומן של ראיות לכאורה לפני שתינקט פעולה שהמשפט תופס אותה כהרס התא המשפחתי? אף אחד. אכן, סעיפים קטנים 2 ו-2א) לפקודה עניינם מקרים שבהם לכאורה ניתן ללמוד, שאם נתגבש מסקנת אשמה בתום הדיון בתיק, התא המשפחתי שעל הפרק עשוי להתפרק ממילא (עבירות בתוך המשפחה). אך מצד אחד לא חייבים להיות סימנים פליליים כדי ללמוד שהתא מפורק ממילא; ומצד אחר, מה בדבר חזקת החפות? אם מחסום הכשרות נועד לשמור על המשפחה, הרי החלת הסייג לסייג פוגעת במשפחה, גם כשהנאשם חף מפשע. עדות יכולה לפגוע במשפחה גם במקרה חפות (סלידה קשה, עימות משפחתי וכדומה). האם לא נדרש רף ראייתי מסוים שייבחן בבית המשפט בטרם העדות? קשה לעמוד בשלב זה בראיות שמעבר לספק סביר, אך ייתכן שיש לדרוש ראיות לכאורה למעשה הפלילי.²¹⁸ החוק אינו דורש ראיות לכאורה כדי לגבור על לשון סעיפים 3-4. גם ההלכה לא. אך אם רואים את עניין מניעת העדות המשפחתית כאינטרס אמיתי, הפגיעה צריכה להתבצע על סמך ראיות לכאורה. הדבר נכון שבעתיים אם רואים את ההרמוניה המשפחתית כזכות.

"תאוריית הכוח" (The Power Theory) מאפשרת לרתום טיעון נוסף נגד הצבת מחסום הכשרות בהקשר של נישואין. מדובר בתאוריה המסבירה (ואינה מצדיקה) קיומם של חסיונות.²¹⁹ תאוריית הכוח גורסת כי דיני החסיונות נובעים מההשפעה של אינטרסים בעלי עוצמה שקבוצות בודדות, שזכו בחיסיון, ביקשו להגן עליהם.²²⁰ המקצועות שקיבלו

217. William J. Stuntz, "The Pathological Politics of Criminal Law", 100 *Mich. L. Rev.* (2001) 505, p. 533. אמנם מאמר זה מתייחס לתובעים נבחרים בארצות הברית, אך בכוחו להסביר גם בנוגע לתביעה בישראל. יתרה מזו, אף אם רשויות התביעה הן גוף ניטרלי, ואף אם על כתב האישום חתום היועץ המשפטי לממשלה בכבודו ובעצמו, אין פירוש הדבר שדי בכך, לדעת. יפים לכך דברי השופט חשין, אמנם בהקשר אחר: "עיקר הוא אפוא לא בכתב האישום לעצמו אלא בראיות לכאורה שהתגבשו להיותן כתב־אישום [...]". לו אמרנו כי כתב־אישום – באשר כתב־אישום הוא – די בו כדי להביא להעברתו של שר מכהונתו, כי אז חטאנו לעיקרי־יסוד במשפט – עיקרי־יסוד של הגינות ומשפט צדק [...]. העלאתו של כתב־אישום – באשר הוא – לדרגת מסמך מכריע בתהליך הדחתו של שר מכהונתו, שקול כנגד העברת שיקול הדעת מבית־המשפט לפרקליט שחתם על כתב־האישום, וכזאת לא ייעשה ולא יישמע". אכן, לא די בכתב האישום; חומר הראיות הוא החשוב. ראו: בג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה**, פ"ד 70(6) 817, בפסקאות 29-32 לפסק דינו של השופט חשין.

218. כמעט כל תיק שלא התבקשה בו הארכת מעצר עד תום ההליכים, הוא תיק שלא הופעל בו כל פיקוח שיפוטי בשאלת קיום ראיות לכאורה, ותיק שנדחתה בו בקשת הארכת מעצר מטעמים ראייתיים, הוא תיק שהפיקוח השיפוטי כיוון בו לכך שהראיות בתיק סובלות מחולשה כזו או אחרת. ראו: הרדוף (לעיל, הערה 7) בעמ' 109.

219. Raymond F. Miller, "Creating Evidentiary Privileges: An Argument for the Judicial Approach", 31 *Conn. L. Rev.* (1999) 771, p. 787.

220. כמו רופאים, עורכי דין, הכנסייה, התקשורת והממשלה. ראו: Courville (לעיל, הערה 193) בעמ' 202.

חסיונות הם היוקרתיים ביותר ונהגים מהלקוחות העשירים ביותר, היכולים לבנות שדולה וכוח פוליטיים. תאוריית הכוח גורסת שחסיונות מאומצים בגלל כוחות פוליטיים של בעלי מקצוע עשירים וחזקים ובעלי לקוחות עשירים וחזקים.²²¹ החלטות המחוקק ובתי המשפט בנוגע לחסיונות מושפעות מקבוצות מיעוט חזקות הדואגות לעצמן.²²² התאוריה מגנה את ההצדקות המסורתיות (כמו גם את הצדקת הפרטיות) כהצדקות בלתי עקיבות לגוף חוק בלתי עקיב. לגישה, השורשים האמיתיים של דיני החסיונות נעוצים בכוחם של מי שנהגים מהם. אכן, הקשר בין השפעה פוליטית לבין דוקטרינות משפטיות אינו קשה לזיהוי.²²³ ההיסטוריה של החסיונות המקצועיים בארצות הברית תומכת בתאוריה. ניתן לגרוס כי תאוריה זו חלשה ביותר בהקשר של בני זוג, משום שלרופאים ועורכי דין יש כוח פוליטי ולזוגות נשואים אין. ברם, כאן נכנסת הווריאציה הפמיניסטית של תאוריית הכוח, ולפיה חסיונות הנישואין צמחו על רקע מסורת שקידמה שליטת בעלים על נשותיהם (היה מי שהעריך כי ב-90% מהמקרים בארצות הברית בהם ניתנו חסיונות, היה זה בעבור בעלים, כדי להגן עליהם מפני עדות נשותיהם). תאוריית הכוח מספקת הסבר סביר להנהגת החסיונות הללו ומחלישה את הטענות בעד המשך הנהגתם, לאחר שנתחזק ערך השוויון בין המינים. בהקשר זה מותקף גם טיעון הפרטיות: הביקורת הפמיניסטית בסוגיה היא כי הפרטיות משמשת לא אחת כתירוץ לבודד את המשפחה ולשריינה מפני התערבות המדינה, וכך היא משמרת היררכיה מינית וחוסר שיווי משקל של כוח. מתן החיסיון הוא כמעט תמיד לטובת הבעל. מכל מקום החסיונות אינם מגנים על פרטיות משפחתית ביחסי הורים וילדים, אחים וכדומה.²²⁴ כלומר הטענות הוא כי מערכת המשפט מנציחה את המבנה ההיסטורי המשמר הגנה על גברים.²²⁵ החיסיון נולד בהקשר של **בעל נאשם ואישה עדה**. ביקורת זו רואה בנישואין מוסד המנציח את כוח הגבר; באמצעות ההגבלה תומך המשפט במוסד המכונן שליטה גברית על נשים. הגבלה זו היא חלק קטן ממערכת רחבה התומכת בשליטת גברים על נשים.²²⁶ אכן, הדיכטומיה פרטי-ציבורי עמדה במקד הביקורת הפמיניסטית במאבק לשיפור מעמד האישה בחברה. בענייני אלימות נגד נשים, לפי קו זה, החלוקה פרטי-ציבורי שימשה צידוק אידאולוגי לאי נכונות רשויות החוק והמשפט לפעול נמרצות לפתרון הבעיה, ואפשרה לחברה להמשיך להכחיש את ממדיה. הגנה על פרטיות בהקשר האלימות במשפחה עלולה לפגוע באוטונומיית נשים; וההבחנה בין פרטי לציבורי,

221. Canning (לעיל, הערה 196) בעמ' 512, 536, 551.

222. Walsh (לעיל, הערה 194) בעמ' 1083.

223. "Developments in the Law: Privileged Communication: II. Modes of Analysis" (לעיל, הערה 176) בעמ' 1493-1494.

224. Frost (לעיל, הערה 179) בעמ' 20-19, 25, 41. Frost מפנה למאמרה של Seymore Melinda L. Seymore, "Isn't it a Crime: Feminist Perspectives on Spousal Immunity and Spousal Violence", 90 Nw. U.L. Rev. (1996) 1032.

225. Canning (לעיל, הערה 196) בעמ' 536.

226. "Developments in the Law: Privileged Communication: V. Familial Privileges" (לעיל, הערה 105) בעמ' 1586-1588.

שמקנה הגנה משפטית על פרטיות התא המשפחתי מפני התערבות הממשלה, משמעותה המעשית הינה חיזוק כוח הגבר להמשיך לפגוע באישה באין מפריע והותרת עניין האלימות במשפחה בצל. קעקוע ההבחנה האמורה יאפשר התערבות אפקטיבית של המדינה לשירות תופעת האלימות במשפחה.²²⁷

גם את טיעון הפונקציונליות ניתן לרתום לעגלת המתנגדים להגבלת עדויות בני זוג. לפי תאוריית הפונקציונליות (Functionalism), קשרים שתפקידם דומה צריכים לזכות באותם כללי חיסיון. לכן, רואי חשבון צריכים לזכות באותם חסיונות שעורכי דין זוכים להם בנוגע לייצוץ עסקי, וכל התקשורות האינטימיות, בין שנעשו עם חבר או בן זוג, צריכות לזכות באותו חיסיון.²²⁸ תאוריית הפונקציונליות גורסת כי שמירת עקיבות דיני החסיונות מחייבת התייחסות דומה לקשרים שתפקידם דומה.²²⁹ מדוע לא להגביל עדויות נוספות היקרות לחברה? מדוע לא להחיל מחסומי ראיות על קשרים אינטימיים נוספים?²³⁰ המדרון חלקלק למדי.²³¹

ד. איזון

מבט רחב וכולל מעלה, ששאלת הכשרות המשפחתית מייצגת עימות בין אינטרסים. במובן זה מדובר באיזון אופקי: לפני פעולת האיזון אין העדפה אפריורית של אחד המושגים על יריבו.²³² האינטרס האחד הוא ההרמוניה המשפחתית. כמובהר בהמשך, הכרעה בשאלת כשרות העדות בנוגע לתא משפחתי פלוני משפיעה לדעתי בעיקר עליו, ולא על מבנה התא המשפחתי בחברה בכללותו. לפיכך האינטרס בעיקרו הוא אישי. האינטרס הנוגד הוא האינטרס כבד המשקל של כלל החברה: השאיפה להרשעת אשמים. נראה, שכל הרשעה (או קביעת אשמה שיפוטית בלא הרשעה) של אשם אמורה לשרת אינטרס חברתי (הדין הפלילי

227. ראו: ליאורה בילסקי, "נשים מוכות – מהגנה עצמית להגנת העצמיות", פלילים 1 (תשנ"ח) 5, בעמ' 47-48.

228. Courville (לעיל, הערה 193) בעמ' 202. המחברת מציינת כי כאן יכול לשמש הקריטריון השלישי של Wigmore לצורך ההבחנה בין סוג יחסים אחד לאחר.

229. הבעיה היא שהתאוריה אינה מספקת קריטריון אובייקטיבי לבחינת דמיון ושוני, וכך יכול כל צד לפרשה כרצונו. ראו: "Developments in the Law: Privileged Communication: II. Modes of Analysis" (לעיל, הערה 176) בעמ' 1491.

230. Frost (לעיל, הערה 179) בעמ' 42-43. "Developments in the Law: Privileged Communication: II. Modes of Analysis" (לעיל, הערה 175) בעמ' 1589-1591. קשרי צוות בצבא ושותפים במסגרת מבוססים במידה רבה על אמון. מפקד כשר להעיד נגד חייליו, עימם הוא יוצא לקרב כדי לשמור על ביטחון המדינה. שוטר כשר להעיד נגד שותפו, עימו יוצא הוא למלחמה הקשה בפשע. הנאסור עדויות בנוגע לתקשורת במקרים אלו?

231. על טיעון המדרון החלקלק ורתימתו לטובת צד זה או אחר של הוויכוח ראו: Eric Lode, "Slippery Slope Arguments and Legal Reasoning", 87 Calif. L. Rev. (1999) 1469; Frederick Schauer, "Slippery Slopes", 99 Harv. L. Rev. (1985) 361.

232. בירנהק (לעיל, הערה 173) בעמ' 599.

נועד לשרת מטרה חברתית). להבדיל, לא כל מניעת ראייה בשם האינטרס של הרמוניה משפחתית משרתת את החברה. לעתים היא אפילו אינה משרתת את המשפחה הנידונה, אלא אך את הנאשם עצמו. כשבעל מקבל דבר במרמה מאשתו, האישה אינה יכולה להעיד נגדו. בישראל, היא גם אינה יכולה להתגרש ממנו, אם יחליט שלא ליתן לה גט (בעיה חמורה כשלעצמה). אי אפשר לכפות אותו להתגרש²³³ ואי אפשר להכשירה להעיד לחובתו במשפט פלילי אף שברור שאין למשפט על מה להגן.

כל התהיות שהעליתי בעניין זוג נשוי, קשות בהרבה בנוגע ליחסי הורים-ילדים. קשרי נישואין מכוננים לפי החלטה (מושכלת ומחושבת לרוב) וניתנים לסיום מושכל. יחסי הורים וילדים עשויים להתחיל לפי החלטה (החלטה של ההורים בלבד, כמובן; וגם זה לא תמיד), אך כפשוטם אינם ניתנים לסיום בהחלטה חברתית או משפטית. כשאדם גונב מאביו המנוכר, והחוק מונע ממנו להעיד נגדו, לא מושגת בכך כל תכלית חברתית; הנהנה היחיד מהסודי הכשרות הוא הנאשם. האם מניעת אדם מלהעיד מרצונו נגד בן משפחתו אינה מפשיטה אותו כאינדיבידואל מהיבטים הקשורים לאוטונומיה שלו? האם לאותו אדם אין חירות לבחור להעיד? מדוע לחברה לקדש קשר כזה? בעניין *Salituro* פסק שופט בית המשפט העליון הקנדי, השופט יקובוצ'י (Iacobucci), כי ההצדקות לכלל חוסר הכשרות בין בני זוג אינן קיימות עוד; הכלל נשען על השקפה ארכאית על תפקיד האישה, ושימורו אינו מתאים לצ'רטר הקנדי. השופט הפנה לדו"ח ועדה שבו נקבע שהחוק הוא תוצר היסטורי יותר מהשתקפות מדיניות.²³⁴ הוא ציין כי הפיכת אדם לעד בלתי כשר יוצרת עימות בין חירות הפרט להעיד, אם רצונו בכך, לבין אינטרס החברה לשמר קשרי נישואין. אין סיבה לשמר קשרי בני זוג פרודים. העדפת נישואין על היכולת להעיד מתאימה לזמנים שבהם נחשבה האישה לחסרת אישיות עצמאית. לכן הוחלט להתאים את כלל הכשרות מהמשפט המקובל לעידן הצ'רטר.²³⁵ דברי השופט יקובוצ'י, לפיהם פסילת אדם מלהעיד בגלל נישואיו פוגעת בזכויותיו, אומצו בעניין *Hawkins*, שדן גם בהתנגשות בין חירות האדם להעיד, אם רצונו בכך, לרצון החברה לשמר את קשר הנישואין. שופטת בית המשפט העליון להרה-דוב (L'Heureux-Dube) קבעה כי יש להתחשב בחירות האדם להעיד. כאשר

233. ראו, למשל: בג"ץ 822/88 רוזנצווייג (בורוכוף) נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (מב) 4759, בעמ' 760-761.

234. דומה שאמירה זו מתאימה עוד יותר לתיאור המצב במדינת ישראל, ש"ירשה" את ההסדר מהמשפט המנדטורי. אותה ועדה ציינה שהכלל אינו רואה את המשפחה כיחידה אחת, וההוכחה לכך היא שאינו חל על יחסי ילדים-הורים.

235. הנאשם הועמד לדין בגין זיוף חתימת אשתו על המחאה משותפת. בזמן המשפט נשמעו עדויות שהנאשם ואשתו היו פרודים בלא סיכוי להתאחד. הנאשם הורשע על פי עדות אשתו. ערעורו נדחה, והוא ערער לבית המשפט העליון. השופט Iacobucci כתב את פסק הדין שאליו הצטרפו ארבעת חבריו להרכב. ראו: *R.v. Salituro* [1991] 3 S.C.R. 654. (שאלת הכפייה להעיד הותרה בצריך עיון).

בן זוג רוצה להעיד אך מערכת המשפט אוסרת זאת עליו, הדבר מבטא תפיסה ארכאית ופטרנליסטית.²³⁶

כשדרכה של ראייה משמעותית נחסמת, הפגיעה באינטרס הרשעת האשמים צפויה וברורה לעין. לא כן הפגיעה בהרמוניה המשפחתית עקב כפיית עדות, פגיעה שאינה מוכחת וטיבה העתידי אינו ידוע. מניעת ראייה היא פעולה שתוצאותיה המשפטיות ניתנות במידה רבה לצפייה והערכה; תוצאות פעולת כפיית עדות פנים משפחתית קשות יותר לחיזוי. ברוב המקרים, ודאות הפגיעה במשפחה פחותה מודאות הפגיעה באמת.²³⁷ הלך הרוח האנושי אינו קל לחיזוי כפי שלעתים נדמה כי המשפט סבור; לא תמיד ניתן לצפות תגובות אנושיות ובין אנושיות.

ייתכן שבנושא הכשרות להעיד לא די בהנחיה חוקית גורפת אחת לאיזון בין השיקולים; אולי מוטב שיערכו איוונים ספציפיים בבתי המשפט – כפי שאיוונים אחרים נעשים. דומני שהאינטרס החברתי להרשיע אשמים רחב בדרך כלל מאינטרס ההרמוניה המשפחתית. הרשעת אשמים היא אינטרס ראשוני שנועד להגשים ערכים חשובים.

גישה של איזון פרטני קיימת בוויקטוריה, אוסטרליה. לפי גישת שיקול הדעת (discretionary approach), הנהוגה שם, בן זוג כשר תמיד להעיד כעד תביעה, אך יכול לזכות בפטור מעדות בהתחשב בכמה שיקולים.²³⁸ השופטת שוקלת את האינטרסים המתחרים: האינטרס להשיג את הראייה לעומת הנזק שייגרם – רגשי, חברתי או כלכלי. סעיף 400 לחוק הפשעים הוויקטוריאני מונה רכיבים שיש להתחשב בהם: טיב העבירה, חשיבות העדות לנוכח הראיות הקיימות האחרות, יחסי הנאשם והעד (לפי דין ולגוף העניין) וקיומה או היעדרה של הפרת סודיות.²³⁹ גם חוק הראיות האוסטרלי הפדרלי מ־1995 (The Evidence Act 1995) כולל פרמטרים שראוי לשקול בעת הכרעה אם למנוע עדות משפחתית. בית המשפט מחליט אם לכפות עדות בהתחשב בין היתר בטיב העבירה ומשקלה; בחשיבות הראייה, מהותה ומשקלה; בשאלה, אם לתביעה ראייה זמינה נוספת באותו עניין; בטיב יחסי הנאשם והעד; ובהתחשב גם בשאלה, אם הגשת הראייה תחייב

236. היא ציינה שכלל הכשרות נקרא "אירוניה חוקית", כי הוא מונע מהמדינה גישה לראייה רלוונטית ופרובטיבית לשם מימוש מדיניות חברתית חיצונית. ראו: עניין Hawkins (לעיל, הערה 104) בפסקאות 134-136. באספקלריה מדינתית, הערכים המתנגשים בסיטואציה הנידונה אינם קשורים לזכויות הפרט; מדובר בעימות פנימי בין ערכי מדינה. השופט La Forest הצטרף לחוות דעת השופטת, והעיר שבמקרה הנדון בת הווג לא ביקשה להעיד, ולכן לא מתעוררות שאלות כבדות משקל בדבר הגבלת זכות אדם להעיד. ראו: שם, בפסקה 101. ערעור הנאשם נדחה בסופו של דבר. עוד על פטרנליזם ראו אצל: Feinberg (לעיל, הערה 39) בעמ' 12-5.

237. "Developments in the Law: Privileged Communication: V. Familial Privileges" (לעיל, הערה 105) בעמ' 1581.

238. וזאת לאור תיקונים משנת 1978 לחוק הפשעים הוויקטוריאני מ־1958: Crimes Act 1958, (Vic), sections 399, 400.

239. Crimes Act, 1958, (Vic), s 400(4) (Austl.).

חשיפת עניין שהנאשם מסר בסודיות.²⁴⁰ חומרת המעשה הנידון חשובה, בבטא סדר עדיפות חברתי; תוכן הראיה ומשקלה חשובים, כי עדות קלת ערך של בן המשפחה מטה את הכף לעבר שמירת ההרמוניה המשפחתית; שאלת הראיות החלופיות חשובה, כי במצב של ריבוי ראיות, מניעת עדות משפחתית לא בהכרח פוגעת בחקר האמת; ואילו טיב היחסים בין הנאשם לעד חשוב, כי רק תא אמיתי עשוי להיות ראוי להגנה מפני פגיעה אפשרית; אין להגן על תא שמטרתו היחידה היא התחמקות מהדין. ניתוח דומה לזה שהוצג כעת בנוגע להליכים פליליים אפשר ורצוי לערוך בשינויים המחויבים גם בנוגע להליכים אורחיים; מטעמי מקום, לא אעשה זאת.

ה. המהפכה החוקתית – השפעתה

האם האיוונים הנוגעים להסדרי הכשרות השתנו או צריכים היו להשתנות לאחר המהפכה החוקתית? אתייחס בקצרה לשני מחסומי הראיות האחרים כדי לנסות ולהשיב על השאלה האמורה.

לא מצאתי קביעה או טענה, שהשתנה מצב הדברים בעניין החיסיון לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ייתכן שהסיבה לכך היא שחיסיון נועד בדרך כלל לחברה ולא לפרט; הוא אינו מתעניין באמת במקרה הפרטני, אלא בהשפעותיו (על כך ארחיב בהמשך).

אשר למחסום הקבילות – יש להבחין בין סוגי הפסילה. פסילה "עובדתית" עשויה לפגוע בנאשם באותה מידה שבה היא עשויה לפגוע בתביעה, כבמקרה של עדות שמועה. לכן קשה לטעון שיש לאזן מחדש את האינטרסים העומדים להכרעה, בנוגע לקבילות המגנה על ההליך מפני טעויות אפשריות. אשר לפסילה "ערכית", בהחלט נכתב כי דרוש איוון מחודש לאור המהפכה החוקתית.²⁴¹ עד העת האחרונה, כשלה הכתיבה הרבה בנושא

240. החוק מונה עבירות שבהן אין חריגים לחובה להעיד: מקרי אלימות ביתית ועבירות מסוימות כלפי ילדים. ראו: סעיפים 5, 8, 18(4), 18(7), 19, 20 לחוק האמור. הדבר משקף מדיניות, הגורסת שבכמה עבירות, אינטרס הציבור גובר תמיד על יתר השיקולים. ראו: *Australian Law Reform Commission, Domestic Violence, Report No. 30 (1986) p. 74*.

241. מנחם אלון הציע לשוב ולעיין בפסיקה, שקבעה כי ראייה שנגבתה שלא כדין, גם בעקבות פגיעה חמורה בכבוד האדם ובצנעתו, אינה פסולה מלבוא בקרב הראיות במשפט הפלילי, ואף אין לבית המשפט שיקול דעת לפסול אותה. ראו: מנחם אלון, "חוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית", *מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 27*, בעמ' 78. עמנואל גרוס ביקש לבחון מחדש את סוגיית פסילת הראיות לאור העלאת זכויות הנאשם לדרגה חוקתית, ודיבר על ערך הצדק כמהותי וכצורני. ראו: עמנואל גרוס, "כלל פסילה חוקית – האם יש לו מקום בישראל?", *משפטים ל (תשנ"ט) 145*, בעמ' 165, 180-181, 174-177. אליהו הרנון הציג את העיקרון הפרוטקטיבי, לפיו קבלת ראיה שהושגה באלימות מערערת את הסמכות המוסרית של מערכת המשפט להרשיע אדם ולהטיל בו סטיגמה. ראו: אליהו הרנון, "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?", *מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 139*, בעמ' 145, 150. אריאל בנדור כתב שאין הצדקה להכשיר

להניע את גלגלי השינוי בפסיקה, והדוגמאות לפסילת ראיות לאור חוק היסוד היו בודדות; עניין **יששכרוב** תלמד, אולי, על נקודת מפנה ממשית בתחום.²⁴² דווקא בעניין הכשרות להעיד אפשר לנסות לטעון שהמהפכה החוקתית מחייבת שינוי פרשני לטובת הנאשם, שכן כשרות היא מחסום הראיות היחיד שפועל **בלעדית לטובת הנאשם** (ואולי גם לטובת משפחתו). אמנם הדין קדם לחוק היסוד, אך יש מקום לפרשנות שתומכת בזכויות אדם. פרשנות המונח "בני זוג", למשל, אינה מחייבת פגיעה בידועים בציבור או בהומוסקסואלים.²⁴³ גם אם הדבר ישנה את ערכי המשפחה, אין פירושו של דבר שאדם ספציפי יינזק מתהליך השינוי. כמו כל המוסדות החברתיים, המשפחה מתפתחת בהתמדה בכיוונים שונים.²⁴⁴ אם כל חוליה בשרשרת היא וולונטרית, אז אין נזק בלתי

-
- כראיה הודאות שנגבו תוך הפרת זכות השתיקה והחיסיון מהפללה עצמית. ראו: אריאל בנדר, "סדר-דין פלילי ודיני ראיות – התפתחויות בזכויות היסוד של האדם במשפט הפלילי הדיוני", **ספר השנה של המשפט בישראל** (תשנ"ו) 481, בעמ' 532-533.
242. עובר למתן פסק הדין בעניין **יששכרוב**, קבע השופט גינת בעניין **עודה** כי משנחקק חוק היסוד, מוצדקת פסילת ראיות שהושגו תוך הפרת זכויות יסוד חוקתיות, כזכות השתיקה של נאשם בחקירתו במשטרה. הפרת הזכות הצדיקה פסילת ראיות שהשיגה המשטרה בעקבות ההפרה. ראו: ת"פ (מחוזי נצ') 511/97 **מדינת ישראל נ' עודה** (טרם פורסם) בפסקה 29 לפסק הדין. בעניין **סמירק**, ציינה השופטת ביניש כי נוטה היא לדעה שלאחר המהפכה החוקתית, מתחייבת בחינה מחודשת של האיוון בין זכויות נאשם לצורך בהגנת אינטרס הציבור. עשויות להיות נסיבות שבהן היעדר אזהרת חשוד יביא לידי פסילת הודאה שמסר בחקירה. ברם, ביניש מיאנה לקבוע כלל פסילה גורף. במקרה הנידון, קיבלה ביניש את הודאת הנאשם. ראו: ע"פ 6613/99 **סמירק נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 529, בעמ' 549-550; אולם בעניין **יששכרוב** צעדה ביניש קדימה, ובהרכב מורחב שהצטרף לדעתה ברוב מכריע (שמונה נגד אחד), הורתה על זיכוי המערער משלוש עבירות שבהן הודה בלי שהוזהר בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין, וזאת גם לנוכח המהפכה החוקתית המובילה לעבר אימוץ דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין. ראו: ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (טרם פורסם) בפסקה 39 ואילך לפסק דינה של השופטת ביניש.
243. עמדה המצדדת בהגנה על חסיונות משפחתיים כדי להגן על הזכות לאינטימיות, לרבות בקרב זוגות ידועים בציבור וחד מיניים, מופיעה בתוך: "Developments in the Law: Privileged Communication: V. Familial Privileges" (לעיל, הערה 105) בעמ' 1589-1590. במדינת New South Wales אימץ המחוקק בשנת 2002 רפורמות שהשוו זוגיות חד מינית לזוגיות דו מינית, ולהבדיל מהחוק הפדרלי, אפשרו גם לבני זוג חד מיניים ליהנות מפטור להעיד. ראו: Miscellaneous Acts Relationships Amendment Act 2002 (NSW) No 73. מאוחר יותר, בוטל החוק.

244. מאמר זה אינו עוסק בשאלת נישואין חד מיניים. לקשר בין החוק לבין הנורמות המשפחתיות בהקשר זה ראו, למשל: Elizabeth F. Emens, "Monogamy's Law: Compulsory Monogamy and Polyamorous Existence", 29 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* (2004) 277.

מוסכם ואין תלונה אישית, גם אם יהיו מי שיזילו דמעה נוסטלגית על לכתן של הדרכים הישנות וערכיהן המיוחדים.²⁴⁵

ניתן אמנם לגרוס כי המהפכה החוקתית אמורה להשפיע בהקשר זה גם על הקורבן; אך במספר בלתי מבוסס של מקרים שבני זוג יכולים ליהנות בהם ממחסום העדות לא מדובר בעבירות הכוללות קורבן ספציפי (כגון עבירות של הימורים אסורים), ומלכתחילה נראה לי טיעון הקורבנות כתמרון העלאה בדרגה.²⁴⁶

3. תכלית החסיונות ותכלית מחסום הכשרות – התאמה בין ההסדר לתכליתו לאחר שעמדתי על תכלית החסיונות, מבחינת הזכויות והאינטרסים המעורבים, אנסה לבחון אם הסדרי הכשרות הקיימים מסייעים לשמירת התא המשפחתי. ההגנה ה"ערכית" של מחסום הקבילות נועדה, כאמור, בראש ובראשונה להגן על האדם הפרטי מפני הרשות החוקה. חסיונות הציבור נועדו, לעומתם, להגן על המדינה או הציבור מפני פגיעה מסוימת. גם זו הגנה "ערכית" ולא "עובדתית", הגם שהערכים הטמונים בה שונים, ואינם מכוונים לטובת הפרט אלא לטובת החברה בכללותה. לעומת זאת, החסיונות המקצועיים נועדו לעודד סוג קשרים מסוים, או ליתר דיוק נועדו לעודד פתיחות, להתיר כבלים ולשחרר מעצורים באותם קשרים. החיסיון הרפואי נועד לעודד חולים לשוחח בחופשיות על מחלתם עם הרופא, בלי לחשוש שמא הלה יעביר את המידע הלאה; כך החיסיון מבקש להגביר את הסיכוי להצליח באבחון המחלה, להגן על החולה, ובעקיפין גם על החברה, באמצעות צמצום נזקים כלכליים²⁴⁷ ורפואיים (למשל כשמדובר במחלה מדבקת).²⁴⁸ אלמלא נקבע החיסיון, ניתן להניח שמטופלים היו חוששים לשוחח בחופשיות, ונמנעים מלגלות פרטים חיוניים שיאפשרו לטפל במחלתם. כך גם מוגן החולה מפני פלישה לפרטיותו. לולא היה צורך בחיסיון להשגת פתיחות ביחסים וטיפול מיטבי, ייתכן שלא היה מקום לחיסיון. גם חיסיון עורך דין-לקוח נועד לעודד פתיחות ביחסים, המאפשרת לעורך הדין לייצג ללקוחו בחופשיות.²⁴⁹ החיסיון אמור להועיל ללקוח כפרט, וכך לחברה בכללותה, למען יתפקדו עורכי דינה כראוי. שלושת החסיונות המקצועיים הנוספים המוכרים בחוק (פסיכולוג, עובד סוציאלי, כהן דת) נועדו אף הם לעודד (באמצעות חיסיון חד צדדי) פתיחות ביחסים בין בעל המקצוע או התפקיד לבין הלקוח. פתיחות זו אמורה להיטיב את הטיפול ועל כן לשפר

245. Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law* – vol. 4: *Harmless Wrongdoing* (1990) p. 73.

246. בירנהק (לעיל, הערה 173) בעמ' 608.

247. Ralph Ruebner, Leslie Ann Reis, "Hippocrates to HIPAA: A Foundation for a Federal Physician-Patient Privilege", 77 *Temp. L. Rev.* (2004) 505, pp. 553-558.

248. "Developments in the Law: Privileged Communications : IV. Medical and Counseling Privileges" (no author listed) [Part Four of Eight] 98 *Harv. L. Rev.* (1985) 1530, Ruebner and Reis (לעיל הערה 247) בעמ' 554-548.

249. ראו: דברי השופט ויתקון בע"א 327/68 זינגר נ' ביינזון, פ"ד (2) 602, בעמ' 604-605.

את מצבו של מי שזקוק לו. אדם עשוי לפנות לכהן דת ולשוחח על מעשה פסול כדי לזכות בעצה טובה, וזאת במקום לפנות לפסיכיאטר.²⁵⁰

גם החסיונות המקצועיים שהוכרו בהלכה הפסוקה נועדו לעודד פתיחות בקשר בין בעל המקצוע לבין הלקוח. במקרים אלו, כמו בחסיונות יצירי החוק, פתיחות היחסים עצמה אינה המטרה שמבקש הדין להשיג. **פתיחות היחסים היא האמצעי**, ודרכו מבקש הדין להשיג מטרת אחרת: צמצום החולי הפיזי או הנפשי בחברה, הזכות לייצוג הטוב ביותר האפשרי, זכות הציבור לדעת²⁵¹ וכדומה. פתיחות היחסים היא המטרה השניונית; המטרות הראשוניות משתנות, והן החשובות.

אך כיצד נשיג את המטרות הראשוניות? האם תפקידו של החוק בהקשר זה הוא דקלרטיבי או קונסטיטויטיבי? לשון אחר, האם לחברה חשוב לומר שהתא המשפחתי הוא בעל ערך, ולכן יש להגן עליו, או שמא חשוב לה להגן עליו גם בלי לומר זאת? ואולי גם וגם?

4. הקשר הסיבתי בין כשרות לשלום בית – דקלרטיבי או קונסטיטויטיבי? אספקלריה תועלתנית

כדי להבין כיצד שומר מחסום הכשרות על התא המשפחתי, אנסה להקיש ממחסומי הראיות האחרים. כלל החיסיון המקצועי אמור לעודד פתיחות ביחסים, לשם השגת תכליות שהחברה מעוניינת בהן. האם מחסום הכשרות מעודד פתיחות ביחסים?

בעלי מקצוע רבים מחויבים בסודיות מתוקף מקצועם, מלבד עצם החיסיון. כך אצל עורך הדין, הרופא, הפסיכיאטר והעובד הסוציאלי. לא כן הבעל והאישה, ההורים והילדים. איש לא ישפוט אותם שיפוט משמעתית בגין הפרת כלל זה או אחר. החיסיון המקצועי נועד לעודד פתיחות ביחסים. כאשר מגיע לקוח אל בעל מקצוע, מבהיר לו האחרון את חובת הסודיות ודבר החיסיון, וכך מעודדו להיפתח. חיסיון פסיכולוגי-לקוח מבוסס על ההנחות שהסודיות הכרחית להבטחת יעילות הטיפול בהפרעות נפשיות, ושכל אדם זקוק להזדמנות לכונן יחסים אינטימיים,²⁵² שבהם עובר מידע אישי בחופשיות רבה יותר.²⁵³ לקוחות רבים, גם אם לא כולם, זקוקים לעידוד **בשביל לדבר בצורה גלויה ובלא חשש**. כידוע לבעלי פרקטיקה, לעתים לקוחות זקוקים לעידוד **בשביל לדבר בכלל**. החיסיון מאפשר לבעל המקצוע לשכנעם לדבר. הוא מאפשר **רכישת אמון במקום שבו קשה למוצאו**. מחסום

250. במקור נועד חיסיון זה לשמור על כהן הדת מפני הפרת נדרייו. החיסיון גם מתחשב בחופש הדת ומאפשר לבתי המשפט להימנע מעימותים עם אנשי דת. ראו: "Developments in the Law: Privileged Communication: IV. Medical and Counseling Privileges" (לעיל, הערה 248) בעמ' 1563-1555.

251. ראו: אליהו הרנון, "הגנה על יחסי אמון – היש להכיר בחיסיון העיתונאי?", **עיוני משפט ג** (תשל"ג-תשל"ד) 542, בעמ' 550.

252. "Developments in the Law: Privileged Communication: IV. Medical and Counseling Privileges" (לעיל, הערה 248) בעמ' 1551-1539.

253. Watts (לעיל, הערה 20) בעמ' 596.

החיסיון נועד לשבור את מחסום הזרות וחוסר האמון; מחסום אחד מוקם כדי שמחסום אחר ירד, **מחסום תמורת מחסום**. חסיונות בעל מקצוע מבוססים על ההנחה שבעל המקצוע יידע את הלקוח על קיום החיסיון.²⁵⁴ ויודגש, החיסיון לא נועד לשכנע את בעל המקצוע עצמו לדבר, משום שהוא ממילא אינו מגן עליו. בעל המקצוע מדבר מפני שזהו מקצועו וזו פרנסתו. הדברים שיאמר עלולים לשמש נגדו בבוא העת, וזה חלק ממחיר הפרנסה.

חיסיון בני הזוג שונה בהנמקתו מחיסיון מקצועי. האחרון נועד להגן על תקשורת חופשית בין בעלי מקצוע ללקוחותיהם. החוק מניח כי הסודיות חיונית לכינון יחסי אמון ולכן כפיית עדות תזיק ליחסי רופא-חולה. מחסום הכשרות נועד לשמר קשרי נישואין, גם אם המידע, שעליו מתבססת העדות, הושג שלא מתוך אמון. יחסי בני הזוג אינם כקשר בין בעל מקצוע ללקוח. בעת שמערכת היחסים מתקיימת, איש ממשתתפיה אינו אמור לדעת, שיוטל מחסום כשרות במקרה תאורטי של העמדת אחד מהם לדין. איש אינו צפוי לשכנע את בן זוגו לנקוט פתיחות או לשפר באופן אחר את יחסיהם, כדי שאם יועמד אחד מהם לדין פלילי – לא יוכל בן זוגו להעיד לחובתו.²⁵⁵ יתרה מזו, זוגיות אמורה להיות מבוססת על יחסי אמון; אין צורך לעבור את מחסום הזרות באמצעות חיסיון, שכן הוא אינו קיים כשמדובר בזוגיות אמיתית. זוגיות בנויה על אינטימיות.²⁵⁶ הפתיחות המאפיינת יחסי זוגיות, משפחה וחברות אינה נובעת מקיום מחסום ראייתי, אלא מצורך אנושי חברתי בסיסי. הדבר משקף הבדל נוסף ומשמעותי בין מחסומי הראיות השונים.

היש חשיבות חברתית כוללת למערכת יחסים משפחתית ספציפית? החלטה משפטית שתפגע במשפחה פלונית לא בהכרח תשפיע על משפחה אלמונית, וסביר להניח שלא תשפיע עליה כלל. זאת, בשונה מהמצב האמור בנוגע לחסיונות. מחסום הכשרות נועד להגן על זוג ספציפי, ולא לעודד ככלל בני זוג (או הורים וילדים) לקיים מערכת יחסים פתוחה.

254. "Developments in the Law: Privileged Communication: IV. Medical and Counseling Privileges" (לעיל, הערה 248) בעמ' 1588. לפי Frost (לעיל, הערה 179) בעמ' 21, עורכי דין, רופאים, כמרים ועובדים סוציאליים חייבים לעורר אמון באנשים שהם משרתים; לשם כך הם נסמכים על חוקים משפטיים ומקצועיים שאמורים לייצר אמון בצורה סינתטית כשהוא איננו קיים באופן טבעי. בין בני זוג, יחסים אישיים (ולא חוקים מקצועיים) הם שאמורים ליצור נאמנות. מה היה קורה אילו בעל מקצוע לא היה יודע על קיום החיסיון? האם היה יכול להשיג את מטרות החיסיון גם כך? ייתכן. דומני שהדבר תלוי במידה רבה באופי בעל המקצוע ובאופי הלקוח. סודיות מאפיינת יחסים רבים, גם בלא קיום חיסיון ובלא קיום חובת סודיות חוקית.

255. "Developments in the Law: Privileged Communication: IV. Medical and Counseling Privileges" (לעיל, הערה 248) בעמ' 1589-1588. ממילא, מכיוון שיהיה ניתן לחייב את בן הזוג להעיד במשפט אזרחי או בסוג מסוים של משפט פלילי, אין כל סיבה טובה לשבור את מחסום הזרות, אם קיים כזה.

256. שם, בעמ' 1589.

לעומת זאת, החיסיון המקצועי חל במקרה **ספציפי** אך מטרתו העיקרית **כוללנית** ולא ספציפית. ההכרעה במקרה נתון עשויה ליפול לפי נתוניו הספציפיים, אך רציונל החיסיון צופה פני עתיד ויחסי עתיד בין לקוח לבעל מקצוע באשר הם, ולא בנוגע ללקוח פלוני ובעל מקצוע אלמוני. ההכרעה בעניין קיום החיסיון של דברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך דין א' ללקוח ב' לא נועדה **להצלת** יחסיהם ולהמשכם;²⁵⁷ היא נועדה **לאפשר** את הקשרים בין כל עורך דין שהוא לבין כל לקוח שהוא. לכן גם כשהקשרים הסתיימו מזמן, המשפט עדיין מגן על התקשורת שהייתה להם, שאם לא כן, עשויים בעלי המקצוע לשנות את התנהגותם **מבאן ולהבא** באשר לא יוכלו לערוב ללקוחותיהם בעתיד לחיסיון התקשורת ביניהם.

גם עניין הקבילות ה"ערכית" (להבדיל מהקבילות ה"עובדתית") נועד **בעיקר** לשקף אינטרס כולל של שמירה על פרטים בעתיד, ולצד זה לספק הגנה תוצאתנית על אדם שהרשות נהגה כלפיו בצורה לא ראויה. לולא היה צורך ללמד את הרשות לקח, ייתכן שראיה פסולה הייתה מתקבלת במשפט עצמו,²⁵⁸ ובד בבד הייתה ננקטת (אולי) סנקציה כלפי האחראי לפעולה הפסולה, אך בגין הצורך ללמד את הרשות לקח, הראיה נפסלת במשפט, ופסילתה מסבה כאב לרשות; תוצאות כואבות, כידוע, זכורות טוב יותר וכרוכות בלקחים שקשה להתעלם מהם.

להבדיל, החסיונות הציבוריים משרתים אינטרס כפול: חברתי ופרטני. יש חשיבות הן **להברות** בית המשפט שעל סוגיה מסוימת מוטל חיסיון לטובת הציבור והן להחלטתו שמוטל חיסיון.²⁵⁹ הטלת חיסיון לטובת הציבור חשובה הן **דקלרטיבית** והן **קונסטיטוטיבית**. זאת, להבדיל מהחסיונות המקצועיים, שאצלם חשוב יותר הפן הראשון.

257. למערכת המשפט אין עניין מיוחד בהמשך מערכת יחסים מסוימת בין לקוח פלוני לבעל מקצוע אלמוני. זוגיות מבוססת (על פי רוב) על יחסי בלעדיות, אף שהאפשרות המשפטית להתגרש והאפשרות המעשית לנאוף מעמעמות תפיסה זו במידת מה. Frost (לעיל הערה 179) בעמ' 24, כתבה כי קשה להצדיק את המחיר של ויתור על ראייה שתבטיח תוצאה מדויקת יותר בהליך המשפטי, כשרבים מהנישואין ממילא מסתיימים בגירושין. לדידה, כללים משפטיים שנועדו לשמר נישואין משקפים סדרי עדיפויות של עידן מוקדם יותר, כאשר נישואין היו איחוד לכל החיים, ויחסים מחוץ לנישואין היו בלתי מקובלים. להבדיל, אין כל בלעדיות או קדושה בקשרי בעל מקצוע א' עם לקוח ב'. לפיכך קובעת פקודת הראיות [נוסח חדש] שהוראות החיסיון תחולנה גם לאחר שחלל העד להיות עורך דינו של הלקוח (סעיף 48(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש]), רופאו (סעיף 49(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש]), הפסיכולוג שלו (סעיף 50(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש]) או העובד הסוציאלי שלו (סעיף 50א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש]). להבדיל, מחסום הכשרות אינו חל לאחר גירושין; מרכזו הוא הזוג הספציפי ולא יחסי זוגיות ככלל.

258. העיקרון הפרוטקטיבי טרם תפס מעמד נכבד במשפטנו; כך גם תורת פרי העץ המורעל.

259. ראו, למשל: ע"פ 222/93 **עמור נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם); החיסיון שנידון שם עסק בזהות מקור מודיעיני. ההכרזה על קיום החיסיון מאפשרת למשטרה להבהיר למקורותיה שהם בטוחים, ואילו הקביעה שהחיסיון חל מאפשרת למשטרה לשמור על המקור הספציפי הקשור לדיון.

היש חשיבות דקלרטיבית לשאלת הכשרות? יש שגורסים כי מעט זוגות מודעים למחסום, ולכן אין הוא משפיע על התנהגותם.²⁶⁰ ההנחה שבני זוג מודעים למחסום בהינשאה, כמו ההנחה שיש למודעות כזו השפעה על ההחלטה להינשא או לתקשר עם בני זוגם, נראית להם דמיונית.²⁶¹

ניתן לטעון כי קשרי משפחה שונים מהותית מקשרים מקצועיים, שבהם צד אחד מצופה ליידע את הצד האחר על דבר החיסיון. בקשרי משפחה אין מי שיעשה זאת. אפשר לפקפק בהנחה כי חוקי הראיות ידועים לציבור הרחב, וכי ידע זה משפיע על התנהגותו. התנהגות תושפע מדיני הראיות רק אם המתקשר יחזה שהסודיות תהיה רלוונטית לדיון משפטי, וכי בן הזוג יגלה את התקשורת שביניהם אם ייכפה לכך על ידי בית המשפט. ניתן לתהות אם אנשים מודעים לחסיונות המשפחה ואם היו מושפעים מהם, שהרי יש בסיס לסברה כי תקשורת בין בני זוג מבוססת על אמון ולא על דיני הראיות, ואין נתונים אמפיריים התומכים בהנחה, ששלילת החסיונות תדכא תקשורת. תומכי ההצדקות התועלתניות סבורים שחיסיון היריבות לא נועד לקדם הרמוניה בקרב משפחות באופן כללי, אלא רק למנוע מחלוקות בקרב משפחות ספציפיות. ברם, אף אם המשפחה שעל הפרק מודעת לחיסיון, אין ודאות שהוא ישפיע על התנהגותה; וגם אם ישפיע, אין ודאות שהשפעתו תחול לטווח ארוך. ייתכן שעם הזמן זכר המשפט ידער, ויצמח אמון מחודש. בנוסף, ייתכן שמדובר במחיר שאינו כבד יותר מאובדן הראיות החשובות. המידה שבה חסיונות מקדמים

260. Robert M. Hutchins, Donald Slesingert, "Some Observations on the Law of Evidence: Family Relations", 13 *Minn. L. Rev.* (1929) 675, p. 682. להרחבה בעניין התפקיד הביטויי של החוק ראו: Cass R. Sunstein, "Symposium: Law, Economics, & Norms: On the Expressive Function of Law", 144 *U. Pa. L. Rev.* (1996) 2021. על התפקיד החינוכי של הדין הפלילי המהותי (להבדיל מדיני הראיות) ראו גם: Michael C. Harper, "Comment on the Tort/Crime Distinction: A Generation Later", 76 *B.U.L. Rev.* (1996) 23, pp. 24-26; Paul H. Robinson, "The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert", 76 *B.U.L. Rev.* (1996) 201, p. 208.

261. Stuntz כותב כי קהל היעד של הדין הפלילי הוא אוכפי החוק ולא האזרחים הרגילים. לאנשים רגילים חסרים הזמן או ההכשרה ללמוד את תוכני הקוד הפלילי; אפילו פרופסורים למשפט פלילי רק לעתים רחוקות יודעים הרבה על התוכן של התנהגות מותרת ואסורה בתחום סמכות השיפוט שלהם. לפיכך הדין הפלילי אינו פונה ואינו יכול לפנות במישרין לאזרחים הרגילים. ראו: William J. Stuntz, "Self-Defeating Crimes", 86 *Va. L. Rev.* (2000) 1871, p. 1881. במקום אחר נכתב כי יומרני לחשוב שהאזרח הממוצע אכן יודע את התוכן המפורט של המשטר הפלילי והמסדיר, שלא לדבר על ההלכה הפסוקה (הדברים אמנם נאמרו בנוגע לדוקטרינת העמימות במשפט הקנדי, אך דומני שהם מתאימים גם לענייננו). ראו: Evan Fox-Decent, "Review: Limiting Arbitrary Power: The Vagueness Doctrine in Canadian Constitutional Law", 30 *Queen's L.J.* (2005) 923, p. 924.

הרמוניה משפחתית ותקשורת סודית היא ספקולטיבית, ואילו הנזק של אובדן ראיות ברור וודאי.²⁶²

אין סימוכין לכך שהאדם הממוצע יודע על החסיונות שלו. גם לו ידע, אין ודאות שהידע על החיסיון היה מעודד תקשורת או שידע על היעדר חיסיון היה מרתיע תקשורת. השאלה הרלוונטית אינה, אם מעט מדי אנשים יודעים על החיסיון, אלא אם מספיק אנשים היו מודעים להיעדרו. ניתן לטעון כי גם לולא היה חיסיון, אנשים היו מתקשרים זה עם זה משום שהצורך שלהם בתקשורת גובר על הסיכון הנמוך לחשיפתה, אם תידרש על ידי בית המשפט.²⁶³

מידת מודעות הציבור לדיני הראיות חשובה לקביעת תועלתם בהקשר זה. בני זוג לומדים על החיסיון רק לאחר שאחד מהם מעורב בהליך משפטי והאחר נקרא להעיד. כלומר החיסיון מסייע רק למיעוט של זוגות נשואים, שבהם אחד מבני הזוג יודע על החיסיון. ניתן לפקפק בכך שדיני הראיות האמורים השפיעו על חיי המשפחה באופן כללי. ההחלטה להינשא מבוססת על שילוב של גורמים, וקשה להאמין שלחיסיון הנישואין יש תפקיד משמעותי בכך. התקשורת בין בני הזוג נובעת מאמון הדדי, לא משום חיסיון משפטי שמגן על התקשורת. ניתן אף לומר כי קשרי נישואין שהחיסיון היווה להם תמריץ הם יחסים שאינם ראויים להגנה.²⁶⁴

מנגד, יש סבורים כי היעדר מודעות כאמור בקרב בני זוג אינה סותרת את ציפיותיהם לסודיות מוחלטת;²⁶⁵ אפשר לשער כי הם יתעבו את רעיון כפיית חשיפת סודות הנישואין.²⁶⁶ כמו בדיון בהגנת הפרטיות, ציפייה סבירה היא המפתח.²⁶⁷ כשבחנו את השאלה אם להכיר בחיסיון הורה-ילד, הסיקו בתי משפט בארצות הברית שחיסיון כזה אינו עונה על התנאי הרביעי של Wigmore, משום שכל נזק שייגרם עקב סירוב להכיר בחיסיון יהיה יחסית צנוע.²⁶⁸ השקפה זו בוססה על כך שלא סביר שהילד או ההורה ידעו אם התקשורת ביניהם חסויה.²⁶⁹ טיעון נוסף היה, שלא סביר שחיסיון ישפר

262. "Developments in the Law: Privileged Communication: V. Familial Privileges" (לעיל, הערה 105) בעמ' 1579-1580. המחברים מפנים למאמרו של Richard O. Lempert, "A Right to Every Woman's Evidence: A Mason Ladd Lecture", 66 *Iowa L. Rev.* (1981) 725, p. 731.

263. "Developments in the Law: Privileged Communication: II. Modes of Analysis" (לעיל, הערה 176) בעמ' 1475-1479.

264. Frost (לעיל, הערה 179) בעמ' 17-18.

265. Covey (לעיל, הערה 77) בעמ' 888, 896-897.

266. Ann M. Stanton, "Child-Parent Privilege for Confidential Communications: An Examination and Proposal", 16 *Fam. L.Q.* (1982) 1, p. 6.

267. *Katz v. U.S.* 389 U.S. 347, p. 361 (1967): "...a reasonable expectation of privacy".

268. *In re Grand Jury* 103 F.3d 1140, p. 1153 (3d Cir. 1997) (להלן: עניין *In re Grand Jury*). על ארבעת תנאיו של Wigmore, ראו: Wigmore (לעיל, הערה 18).

269. Moberly (לעיל, הערה 26) בעמ' 543.

את התקשורת,²⁷⁰ משום שקיום חיסיון או היעדרו הוא בוודאי אחד השיקולים החשובים פחות בהחלטת ילד אם לחשוף משהו בפני ההורה.²⁷¹ לפי הטיעון הנגדי מקרים שבהם נמנע חיסיון בתוך המשפחה עשויים לזכות בתשומת לב רחבה;²⁷² אפשר גם לומר כי היעדר מודעות אינו התשובה אלא הבעיה; יש צורך לעורר מודעות לקיום חיסיון בתוך המשפחה, ולא למנוע אותו.²⁷³ ניתן לגרוס כי העובדה שהביקוש לזוגיות הוא קשית, אינה מצדיקה לאפשר למשפט לפגוע בו; אך מצד אחר, הביקוש הקשית לזוגיות פירושו שלא כל פגיעה תסב נזק ממשי למוסד הזוגיות. בארצות הברית, למשל, במרוצת השנים התעצמה המדיניות שהגנה על **נישואין במוסד**, כאשר בתי משפט התמקדו בהגנה על ה**נישואין הספציפיים** במשפט, ולא במוסד הנישואין בכללותו.²⁷⁴

סבורני כי בנוגע למחסום הכשרות, אכן אין חשיבות ותועלת מיוחדת לפן הדקלרטיבי. מחסום הכשרות במשפט מסוים אינו אמור לסייע באופן כללי למערכות היחסים בין גברים לנשים, הורים לילדים. דומה כי החברה מקדשת את היחסים הללו כל כך עד כי היא נכונה לשלם מחיר בעדם גם כאשר אין בהכרח תמורה קונקרטית או ברורה בעד האגרה.²⁷⁵ אך

270. עניין *In re Grand Jury* (לעיל, הערה 268) בעמ' 1152.
271. בעניין *Ulibarri* פסק השופט Jefferson Lankford מבית המשפט לערעורים באריזונה, שבניגוד לחסיונות התקשורת המקצועית, חיסיון בני זוג אינו מעורר תקשורת כנה משום שלא סביר להניח שבני זוג מודעים לחיסיון. מה שמעורר אותם לבטוח זה בזה אינו הבטחת חיסיון בבית המשפט, אלא האמון שיש להם בנאמנותם זה לזה. ראו: *Ulibarri v. Superior Court in and for County of Coconino* 909 P.2d 449, p. 458 (Ariz. Ct. App. 1995).
272. "Developments in the Law: Privileged Communication: II. Modes of Analysis" (לעיל, הערה 176) בעמ' 1475.
273. Moberly (לעיל, הערה 26) בעמ' 546-547.
274. הלכת *Stein* קבעה כי הכלל של פסילת עדות בני זוג יוסד על העקרונות העמוקים והמוצקים ביותר של הטבע, עקרונות היוצרים את הבסיס לחברה האזרחית והחיוניים לכינון יחסי אמון בין מי שקשורים ביחסים "הקרובים והיקרים ביותר בחיים". שבירת עקרונות אלו, המגנים על קדושת הבעל והאישה – נפסק – תביא לידי הרס מקור הנחמה הטוב ביותר (best solace) של הקיום האנושי. ראו: *Stein v Bowman* 38 US 209, p. 223 (1839). בעניין *Ryan* סירב בית המשפט לצעוד בעקבות הלכת עניין *Stein* בסרבו לאפשר חיסיון, משום שהנישואין העומדים על הפרק לא יכלו עוד להיפגע, שכן הבעל מת במהלך ההליכים. ראו: עניין *Ryan* (לעיל, הערה 118) בעמ' 543. אין פירושו של דבר שקיימת התעלמות מוחלטת ממוסד הנישואין, שכן חיסיון התקשורת האמריקני (בו אגע בקצרה בדיון במבט הרביעי) מגן על תקשורת במהלך הנישואין גם כאשר הם תמו. איני מוצא עקיבות בהחלטה להגן על נישואין שהסתיימו בגירושין אך שלא להגן על נישואין שהסתיימו במות אחד הצדדים.
275. האם הסדרי הכשרות נועדו להמחיש צדק (שמירה על המשפחה מפני המשפט הדורסני) או להפיק מבע באמצעות החוק (איתות למשפחות כי משהו שומר עליהן)? סבורני שלא. דווקא משום שבני משפחות אינם קהל יעד לעצמו של פסיקה וכתובה משפטית, נראה כי מבע משמעותי כלל חברתי לא יופק מפסק דין כזה או אחר.

למעשה, נראה כי ביטול המחסום לא יפגום באותן מערכות יחסים בכל צורה שהיא.²⁷⁶ מאמר זה, כנראה, לא ייקרא על ידי בני זוג וילדים "מן המניין", שאינם משפטנים, אף שלקחיו היו עשויים לעניין את חלקם. לכן יכולתו לשנות התנהגות ודפוסי חשיבה בקרב בני משפחה אינה משמעותית. פסקי הדין בסוגיה לא זכו לחשיפה מיוחדת, ככל הידוע לי; ואף הוראות החוק (לא כל שכן פירושן) אינן ידועות ונהירות לכול.²⁷⁷ דומה שגם לו היה המאמר מביא לידי שינוי הלכתי וחקיקתי, ספק עד כמה הייתה משתנה מודעות בני זוג למצבם;²⁷⁸ פסיקה וכתובה משפטית נרחבת בעניין הזכות לחיסיון מהפללה עצמית לא מנעו מנחקרים רבים להודות במיוחס להם.²⁷⁹ אכן, הציבור הרחב מתעניין בעיקר בתוצאה ולא בדרך.²⁸⁰ וגם אם נייחס לציבור ידיעה, תחכום ותובנה מעמיקות בעניין, גם אז לא אמורה הווגיות בהכרח להיפגע; בני זוג יכולים להמשיך לשוחח בחופשיות בינם לבין עצמם, לאחר שיפנימו כי עליהם להימנע מלספר על ענייני פלילים למשטרה או לגורמים אחרים.

276. ולהבדיל, הכרוז על אי כיבוד חסיון בעל מקצוע בהחלט עשויה לפגוע בעתיד במערכות היחסים שעליהן מבקש החיסיון להגן מכיוון שבעלי אותו מקצוע עשויים לשנות את התנהגותם מכאן ואילך, ואולי אף מחויבים לעשות כן.

277. שאלת הקשר בין החוק הפלילי לבין הנורמות החברתיות היא שאלה מורכבת, שזוכה לדיונים רבים בעיקר בנוגע לדין הפלילי המהותי. ראו, למשל: Stuntz (לעיל, הערה 260) בעמ' 1871-1872, 1882. Robinson כותב כי אכיפת החוק והפסיקה שולחת מסר לכל מי שקורא או שומע על כך. כל הטלת אחריות פלילית מזכירה לנו את הנורמה האוסרת את התנהגות העברייין ומאשרת את אופייה המגונה. הפרסום שאופף את הפסיקה יכול ללמד אנשים על התוצאות של התנהגויות מסוימות ועל הכדאיות להימנע מהן; Paul H. Robinson, "Why does the Criminal Law Care what the Layperson Thinks is Just? Coercive versus Normative Crime Control", 86 Va. L. Rev. (2000) 1839, p. 1866. יובהר כי Robinson אינו מתייחס להשפעת דיני הראיות והפרוצדורה על הנורמות החברתיות.

278. Stuntz מתייחס לכך שמקרי פשע, שהציבור צפוי לשמוע עליהם, אינם צפויים לייצג נכונה את ההתנהגות שהחוק מפליל, כאשר נתון שיקול דעת רחב לרשויות האכיפה. ראו: לעיל, הערה 259, בעמ' 1898. הדברים אינם קשורים במישרין לענייננו, אך הם מעלים קו מחשבה מעניין. אם יוכשר בעל להעיד נגד אשתו, הרי לכשיבוסס כלל משפטי כזה, עשויה עדותו במשטרה של הבעל לחזק את מערך הראיות, וכך לגרום לאשתו להודות באשמה בלי לנהל משפט – מה שכמובן ימנע מהציבור כל ידיעה עליו.

279. דומני כי המחיר שמשלמת החברה בגין מתן החיסיון מהפללה עצמית ראוי יותר מהמחיר שהיא משלמת בגין הסדרי הכשרות. לדעתי, מאזן הזכויות והאינטרסים ברור יותר לטובת הזכות להימנע מהפללה עצמית, אך שאלה זו, כמו שאלת הצדקותיהם של חסיונות אחרים, חורגת ממסגרת מאמרי, ולא ארחיב עליה את הדיבור.

280. מנחם מאוטנר כותב כי קהל היעד של פסק דין מורכב משלושה: הצדדים לסכסוך הספציפי, קהילת המשפטנים והציבור בכללותו. ראו: מנחם מאוטנר, *ידידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי* (תשנ"ג) בעמ' 36, אולם אין פירושו של הדבר שהציבור מתעניין

לפיכך **מחוסם כשרות עניינו נקודתי**. המסקנה הנגזרת חשובה היא, גם אם פרובוקטיבית במקצת: בדיון בנוגע לעדות בני זוג או הורים וילדים במקרה ספציפי, אין לייחס משקל ממשי לשאלת חשיבות מערכת היחסים המשפחתית בראייה חברתית כוללת; מערכת היחסים המשפחתית שעל הפרק היא החשובה. אם היא תקינה, אם ראוי להגן עליה מפני הסיכון להיפגע, אם היא ראויה להצלה – ייתכן שאז צריך האזיון להיות אחד; אם מערכת היחסים אינה ראויה להצלה – ייתכן שהאזיון צריך להיות אחר: אין להצילה רק כדי לקדש ערכי משפחה בחברה. ערכי המשפחה בחברה באופן כללי **כמעט לחלוטין אינם מושפעים** מהחלטה בעניין הכשרות בתיק ספציפי, לא במישרין ולא בעקיפין. בסוגיה זו אין חשיבות מיוחדת לשיח המשפטי המקדש את ערכי המשפחה. להבדיל מסוגיות משפחתיות "טהורות", חשיבות ערכי המשפחה בסוגיית הכשרות היא קונסטרוקטיבית הרבה יותר מדקלרטיבית. הכרות בית משפט על קידוש יחסים אלה, גם אם היא עשויה להשתלב במארג היחסים שבינו לבין הציבור, אינה משפיעה בצורה מהותית על יחס החברה כלפי התא המשפחתי; היא לכל היותר עשויה לשקף פן מסוים שלו. קביעת בית משפט עשויה להכווין התנהגות בהמשך, בעיקר של בני הזוג באותו דיון; בני הזוג יכולו להבין ולהפנים את ההחלטה גם בלי לקרוא כתיבה משפטית.

5. מה לבית המשפט הפלילי ולמשפחה?

לנוכח המסקנה שמחסום כשרות עניינו נקודתי, הרי אופי מערכת היחסים המשפחתית שעל הפרק הוא שצריך לעניין אותנו. אך האם בית המשפט הוא הגוף המתאים לקבוע אם מערכת היחסים שעל הפרק ראויה להצלה? שאלה זו לא נידונה לעומקה בפסיקה הישראלית. אפנה, אם כן, לזווית שנוערך בהקשר זה בארצות הברית.

בעניין *Trammel* נקבע כי כאשר אדם רוצה להעיד נגד בן זוגו, אין הנישואין ניתנים לתיקון ואין הרמוניה לשמר.²⁸¹ בביקורת אקדמית נכתב כי גם בחוסר הרמוניה הנישואין קיימים כדין ונושאים עימם את כל הזכויות הניתנות לאנשים נשואים; ואין זה תפקיד בתי המשפט לקבוע שנישואין אינם ניתנים לתיקון.²⁸² אין להם מומחיות לקבוע אם נישואין

בהנמקת פסק הדין ולא בתוצאה בלבד. ראו: בג"ץ 1661/05 **המועצה אזורית חוף עזה נ' בננת ישראל** (טרם פורסם) בפסקה 483 לפסק דינם של הנשיא ברק והשופטים חשין, ביניש, ריבלין, פרוקצ'יה, גרוניס, נאור, ארבל, חיות ועדיאל; דברי השופט לנדוי בבג"ץ 390/79 **דווקא נ' ממשלת ישראל**, פ"ד ל"ד(1), בעמ' 4 ("...ביודעי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד"). גם Sunstein (לעיל, הערה 260) בעמ' 2050-2051 כותב כי החלטות בית המשפט העליון במקרה הטוב ביותר מסוננות באמצעות כותבי עיתונים וכתבי עת, ומציין כי ההכרזה של החוק עשויה להיות שונה מזו ששומע הקהל. אלון הראל תוהה אף הוא, בהקשר אחר, על תחכום הציבור והעיתונות ועל יכולתם לעכל מסרים מורכבים. ראו: אלון הראל, "עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן אפשרות ההתממשות של נזק" – חשיבה מחודשת, **משפטים** ל (תשנ"ט) 69, בעמ' 98.

281. עניין *Trammel* (לעיל, הערה 68) בעמ' 50.

282. Gofman (לעיל, הערה 185) בעמ' 861.

הידרדרו למקום שממנו אין חזרה, מקום שבו אין על מה להגן.²⁸³ המוסמך בית המשפט לבחון אמיתות קשר או אהבה? כיצד מבדילים בין אהבת אמת לאהבה התלויה בדבר, לתשוקה וכדומה? בתי המשפט האמריקנים לא הצליחו לנסח סטנדרטים ברורים למבחן תקפות הנישואין, ועל כן הותירו לשופטים לקבוע עד כמה הנישואין הרמוניים. בעבר ניכר חשש כי חקירת מידת ה"הרס" של הנישואין תסבך מאוד את המשפט, גם לנוכח ראיות שנישואין היו למראית עין.²⁸⁴ במקרים אחרים, בתי המשפט דווקא בחנו את מעשיות הנישואין.²⁸⁵ מאוחר יותר הוצע כלל יישום שמגדיר את משך הפרדה כדי לקבוע אם הנישואין בני קיום, כשפרידת קבע אינה מאפשרת מחסום עדות, כי לחברה אין עניין להגן על יחסי זוג פרוד. מטרת הכלל הייתה לחסוך את הצורך לקבוע אם הנישואין הידרדרו, ולפשט את תהליך מציאת העובדות.²⁸⁶ בעניין אחר הסתפק בית המשפט בהשערה בדבר חוסר האפשרות לתקן את הנישואין, בלי הוכחה חד משמעית.²⁸⁷

האם יש לבתי המשפט כלים להעריך יחידה משפחתית? מדוע לא להותיר זאת למומחים, כוועדות מיוחדות או בתי המשפט לענייני משפחה?²⁸⁸ למיטב ידיעתי בישראל לא נערך דיון כזה. אם שופט מבקש לקבוע כי זוגיות אינה בעלת ערך או כי צדדים נפרדו סופית, כיצד עליו לעשות כן? האם עליו להסתמך על פסק דין הצהרתי או שמא מותר לו להסיק

283. David Medine, "The Adverse Testimony Privilege: Time to Dispose of a 'Sentimental Relic'", 67 *Or. L. Rev.* (1988) 519, pp. 532-533.

284. *U.S. v. Walker* 176 F.2d 564, p. 568 (2d Cir.), cert. denied, 338 U.S. 891 (1949).

285. בעניין *Fisher* נקבע שגם בהיעדר גירושין, לא יחול חיסיון היריבות, שכן הזוג היה פרוד כמה שנים, והבעל חי עם אישה אחרת וממנה נולדו לו שני ילדים. בית המשפט הצביע על הצהרת הבעל, שהסיכוי להתפייסותו עם אשתו נמוך. ראו: *U.S. v. Fisher* 518 F.2d 836, p. 840 (2d Cir.), cert. denied, 423 U.S. 1033 (1975). בעניין *Cameron* נקבע שחיסיון לא יועיל לשמר את הרמוניות הנישואין בקרב בני זוג שחיו יחדיו רק במשך שבועיים לאחר הנישואין, ואחריהם עזב הבעל עם חברתו לשעבר, והיא ילדה לו את בנו. בית המשפט סבר שהנישואין תמו הלכה למעשה. ראו: *U.S. v. Cameron* 556 F.2d 752, p. 754 (5th Cir. 1977). בעניין *Brown* הניח בית המשפט שפירוד של שמונה חודשים אינו מאפשר עוד פיוס, ולכן אין טעם להגן על הנישואין. ראו: *U.S. v. Brown* 605 F.2d 389 (8th Cir.), cert. denied, 444 U.S. 972 (1979). הביקורת שנמתחה על כך הייתה, שעל בתי המשפט לשאוף לשמר את הרמוניות הנישואין כל עוד אפשרי פיוס. ראו: Gofman (לעיל, הערה 185) בעמ' 863.

286. עניין *Byrd* (לעיל, הערה 187) בעמ' 592-593.

287. *In re Witness before the Grand Jury* 791 F.2d 234, p. 238 (2d Cir. 1986). הביקורת שנמתחה על כך הייתה, שדוקטרינת המעשיות סותרת את המשפט המדינתי הפנימי, ולפיו רק בני זוג ולא שופטים יכולים לסיים את הנישואין. הנשוי כחוק, אל לבית המשפט לקבוע שאין נישואין ראויים להגנה. כיבוד החסיונות אינו מצריך אמונה במדיניות שבסודם. ראו:

Gofman (לעיל, הערה 185) בעמ' 865-872.

288. שם, בעמ' 844-845.

מסקנות עצמאיות בנוגע לפוטנציאל קיום התא? היש לו כלים לקבוע כל זאת? אפנה מבט הצדה, לסוגיית כשרות אחרת להעיד: עדות ילד מתחת לגיל 14.

סעיף 2 (א) לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), קובע כי אין מעידים ילד (מתחת לגיל 14) על עבירות מסוימות שנעשו בגופו או בנוכחותו או שהוא חשוד בעשייתן ואין מקבלים כראיה הודעת ילד על עבירות כאמור, אלא ברשות חוקר ילדים (בעבר: חוקר נוער). פירוש הדבר כי בהיעדר רשות (והכלל מנוסח כהיעדר רשות), אין הילד כשר להעיד.²⁸⁹

כשרות זו שונה מהותית מהכשרות שבפקודת הראיות. ההכרעה הסופית והמחייבת בשאלת כשרות ילד להעיד בבית המשפט נתונה בידי חוקר ילדים.²⁹⁰ לבית המשפט אין יכולת לגבור על ההוראה המפורשת של החוק החרות.²⁹¹ מטרת מחסום כשרות זה להגן על הילד מפני נזק נפשי בעקבות חשיפתו להליכים משפטיים.²⁹² בעניין כשרות ילד להעיד מכריע אפוא חוקר ילדים, שזו מומחיותו. מדוע לא יכריע מומחה לדבר בשאלת תקינות התא המשפחתי שעל הפרק? אגע בפתרון אפשרי זה, כמו בפתרונות אפשריים נוספים, במבט הבא והאחרון במאמרי.

ח. מבט רביעי – פתרונות אפשריים

1. מודלים שונים לפתרון

בכל מובן שהוא, הסדרי הכשרות בדין הישראלי אינם עקיבים.²⁹³ שליחת מסרים מחייבת

289. חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשס"ו-1955, ס"ח 96. שימוש מפורש במונח "כשרות" מצוי בסעיף 9(א), הקובע כי עדות בעבירות האמורות, אשר תועדה בידי חוקר ילדים לפי הוראות החוק, לרבות זיכרון דברים או דו"ח חקירה שתועדה כאמור, שנרשמו בידי חוקר ילדים בשעת החקירה או אחריה, כשרה להתקבל כראיה בבית משפט.

290. החוק אינו מכונן הליך המאפשר דיון בצדקת החלטת החוקר לאסור העדת הקטין, ובית המשפט מקבל את החלטתו כמחייבת. אין מעידים ילד שחוקר אסר את העדתו, גם אם בעלי הדין מסכימים לכך, והורי הילד מבקשים זאת. חוות דעת מומחה, המנוגדת לזו של חוקר הנוער, לא תשנה זאת; מדובר ב"כשרות" הקטין להעיד, ומשזו ניטלה ממנו בהחלטת החוקר, לא ניתן להעיד; זאת, אף שאותו קטין "כשר" לעדות בכל הליך אחר, אזרחי או פלילי. קביעת חוקר הילדים תקפה כל עוד לא מלאו לילד 14 שנה; החלטתו "משעה" את העדת הילד (כפי שמחסום הכשרות הוגית נמשך רק במהלך הנישואין). ראו: ע"פ 1360/93 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) בפסקה 3 לפסק דינו של השופט קדמי. השופט קדמי ציין שהילד עשוי להעיד אפילו בהליך אזרחי הדין באירוע נושא ההליך הפלילי, שבעניינו ניתנה ההחלטה האוסרת של חוקר הילדים.

291. ע"פ 1880/91 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מה(3) 137, בעמ' 143-144. החוק אמנם תוקן מאז פעמים מספר, אך נראה שאין התיקון משפיע על האמור.

292. רע"פ 3904/96 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 385, בעמ' 396.

293. אם כי, כמובן, גם חוסר עקיבות מתמשך יוצר סוג של עקיבות. בדיון מפורט מאוד בהרוארד,

עקיבות,²⁹⁴ וסבורני כי כל פתרון שיתקבל צריך להתאפיין בעקיבות, או לפחות לאפשר עקיבות.²⁹⁵

הכללים בעניין עדויות בני זוג, התלויים בהשקפות חברתיות משתנות, חייבים להיבחן מחדש מעת לעת. עליהם להתגמש לפי השינויים בנורמות החברתיות, בערכים ובמדיניות הממשלה.²⁹⁶ אילו מודלים ניתן להציע לפתרון הסוגיה?

מחסום כשרות כולל עשוי להגן על המשפחה.²⁹⁷ אם נקבע כי בני משפחה אינם כשרים להעיד זה לחובת זה בכל הליך משפטי, ייתכן שההגנה על התא המשפחתי תתחזק.²⁹⁸ מנגד, הפגיעה באמת תהיה קשה בהרבה. אם נחיל את ההסדר גם על עבירות פנים משפחתיות, הרי למעשה ניתן לעבירות אלו הכשר גורף. קשה לדמיין הסדר כזה, שאכן מקים מצודות פשע ושחיתות.

להבדיל, **הסדר כשרות מסויג יכול להתבצע בכמה דרכים.** אפשר להחליט שבדיון בכל עבירה (או כל פשע) בתוך המשפחה – אין כשרות.

פתרון אפשרי נוסף הוא **ביטול מוחלט של הסדרי הכשרות**, כנהוג בטריטוריה הצפונית באוסטרליה. בהתאם לחוק הראיות המקומי משנת 1930, בני זוג כשרים ובני כפייה להעיד לחובת בני זוגם **בכל תיק**. חיסיון התקשורת אינו קיים, והחוק מתיר לכפות גילוי תקשורת שהתקיימה בין הצדדים בעת הנישואין.²⁹⁹ המחוקק ביכר את אינטרס הציבור לקבל את כל הראיות על התא המשפחתי, בכל תיק ותיק. פתרון כזה ודאי מועיל לחקר האמת, אף

לאחר ניתוח סוגי החסיונות וההצדקות להם, הגיעו לכלל מסקנה שאין הצדקה אחת המאחדת את כל סוגי החסיונות. ראו: "Developments in the Law: Privileged Communication: VIII. Conclusion", [Part Eight of Eight] 98 *Iowa L. Rev.* (1985) 1665 ברם, אין פירוש הדבר שבנוגע לסוגיה ספציפית של חסיונות לא נדרשת עקיבות כאמור.

294. הדבר נכון, כמובן, לא רק בעניין מסרים משפטיים. ראו: Stuntz (לעיל, הערה 217) בעמ' 521.

295. בנושא הקשר בין עקיבות לבין חוק ראו, למשל: Tom Baker, Alon Harel and Tamar Kugler, "The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach", 89 *Iowa L. Rev.* (2004) 443.

296. Wendy Harris, "Spousal Competence and Compellability in Criminal Trials in the 21st Century", *QUTLJ* (2003) 7 Vol 3 No 2, 1, pp. 1, 7, 23-24. עותק מן המאמר ניתן למצוא באתר: [http://www.law.qut.edu.au/about/ljj/editions/v3n2/harris_full.jsp].

297. לפני 1977 לא היה אדם כשר להעיד נגד בן זוגו במדינת Queensland, למעט בנוגע לעבירות מסוימות, כלומר הונהג שם כלל של חוסר כשרות. באותה שנה הוחלף ההסדר בכלל, שקבע כי בן זוג תמיד כשר להעיד, והוא בן כפייה להעיד רק בנושאים מסוימים, כעבירות נגד ילדים. ראו: Evidence Act 1977 (Qld).

298. אך ראו מנגד את טיעוני הפמיניזם, שלפיהם אי התערבות בתא המשפחתי אין פירושה הגנה עליו.

299. The Evidence Act 1930 (NT), s. 9 (5), s. 9 (6).

שהוא מתעלם מהתכלית ההיסטורית והמודרנית של הגבלת עדות בני משפחה.³⁰⁰ הדבר עלול לכפות עדות משפחתית גם במשפט שבו חקר האמת לא בהכרח מצטייר כאינטרס רם מעלה. ברם, ייתכן בהחלט שההשפעה של מודל כזה תהיה מצומצמת ותחול רק על אותן משפחות, בהנחה שמרבית הציבור ממילא אינו מודע להסדרים הקיימים בעניין (לא שמעתי על שבר חברתי בטרטוריה הצפונית באוסטרליה שנבע מדיני הראיות). אם יסרבו בני משפחה להעיד זה נגד זה, ראוי להימנע ככל הניתן מהפעלת הסנקציה של ביזיון בית משפט.³⁰¹ בד בבד, משעלה בן המשפחה על דוכן העדים, אמרתו ניתנת להגשה מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות, בהתאם להלכת חג' יחיא.³⁰²

כבר בעניין עומרי נפסק, כי בחברה שבה האלימות גוברת, אין מקום להמשך קיום הפטור מחובת מתן עדות קרובי משפחה, ובוודאי אין מקום לפסול עדותם מעיקרה. נכתב כי האינטרס החברתי דורש שבר בבד עם שינוי העתים, יתאים עצמו החוק למציאות החדשה. הצעת פלר והרנון לעבור לשיטת החיסיון הוצגה כתמימה, שכן כשאישה שנפגעה מאלימות בעלה מעדיפה שלא להעיד לחובתו, לרוב מהווה הדבר סימן כי היא חוששת מנחת זרועו ומנקמתו ואינה מאמינה שרשויות החוק תוכלנה להושיעה; לכן, גם אם בינתיים הושג שלום בית, אין בכך כדי לפטור מעדות.³⁰³ בקנדה, בעניין McGinty, פסקה השופטת מקלכלין (McLachlin) כי נזקן של חיסיון למשפחה רב מתועלתו, בהותרת הקורבן חשוף לפגיעה עתידית.³⁰⁴ בתשובה לסלידה הטבעית מעדות פנים זוגית גרסה השופטת שקיימת

300. Harris (לעיל, הערה 296) בעמ' 23.

301. ראו: Frost (לעיל, הערה 179) בעמ' 33 ואילך, אשר הציעה להנהיג פטור מענישה בגין סירוב להעיד.

302. עניין חג' יחיא (לעיל, הערה 181). הלכה זו מתירה לבית המשפט להסתמך על דברי "עד" שהובא לבית המשפט, אך לא פצה את פיו כלל (העד השתקן), או לחלופין דיבר שלא לעניין (העד הפטפטן).

303. ההתייחסות אל מחסום הכשרות כאל פטור מהחובה להעיד הוצגה בעניין עומרי, ואינה מדויקת כמובן; מחסום הכשרות שולל את האפשרות להעיד גם בעת רצון לכך. גישת הפטור, מנגד, היא למעשה גישת שיקול הדעת. ראו: ע"פ 500/77 עומרי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2) 681, בעמ' 698-699 (להלן: עניין עומרי). בדומה, סבורה Frost (לעיל, הערה 179) בעמ' 23, כי דווקא היכולת לבחור להעיד (ולוותר על החיסיון) היא שמעמידה את בן הזוג המעיד במצב רע משהיה אלמלא היה מחויב להעיד.

304. דובר בנאשמת בחבלה, שנישאה לקורבן העבירה לכאורה, שלושה שבועות לפני המשפט. הקורבן ביכר שלא להעיד. הערכאה הראשונה קבעה שהוא כשר וכן כפיה; הוא העיד ואשתו הורשעה. בערעור, הצטרף השופט Taggart לנימוקי השופטת McLachlin ולתוצאתה; השופט Lambert הצטרף לתוצאה, מנימוקים אחרים. ראו: עניין McGinty (לעיל, הערה 74). יכולת הקורבן לקבל החלטות מכריעות בנוגע להליך מעוררת את השאלה בעניין קורבנות אחרים המעדיפים לסלוח על הפשע, אפילו תמורת דמי שתיקה. השאלה, אם לקורבן צריכה להינתן שליטה בהליך, חורגת ממסגרת מאמרי. בהקשר זה ראו: Duff ו-Marshall (לעיל, הערה 119).

סלידה טבעית מכך שעברייני משפחה לא ייענשו; אם נותנים לבן הזוג אפשרות שלא להעיד, לעתים התוצאה היא שאשם מזוכה, ואז עלולה האלימות להימשך. מנגד, אם בן הזוג האלים ידע שקורבנו יחויב להעיד, הוא לא ישוב לסורו.³⁰⁵ באנגליה, בעניין *Hoskyn* התקבל ערעור נאשם שהורשע בפציעה בכוונה לגרום חבלה חמורה לאשתו, לפי עדותה שנכפתה עליה.³⁰⁶ בפסק דין מנחה הסכימו כל השופטים שהאיש הייתה כשרה להעיד. ברוב דעות הוחלט שאסור היה לכפותה להעיד.³⁰⁷

היש מקום בעידן הנוכחי להנהיג מחסום כשרות משפחתית להעיד בישראל? בעבר היו קבוצות עדים בלתי כשרים להעיד, כגון הנאשם או בעל הדין. בסוגיה זו חלו שינויים, בדומה לסוגיית התוספות הראייתיות הדרושות להרשעה.³⁰⁸ מגמת המעבר המתמשכת מקבילות למשקל צריכה לחול גם כאן.³⁰⁹ מדוע לא לפסוע צעד נוסף קדימה?

בעמ' 15 וכן *David Friedman*, "Comment: Beyond the Tort/Crime Distinction", 76 *B.U.L.* Rev. (1996) 103.

305. השופט התייחס לשכיחות פשעי האלימות הבין זוגית בחברה ולתוצאות העגומות מאוד של חלקם, ולכך שלעתים קרובות מבוצעות עבירות אלו בתוך הבית, ואז קשה להעמיד לדין ולהרשיע בלי עדות בן הזוג. צוין כי לעתים קרובות מבכר אדם שלא להעיד, בין מחשש לפגיעה עתידית של בן הזוג בו, ובין משום "התחנפות ושידולים".

306. הנאשם נישא לקורבנו יומיים לפני המשפט. ראו: *Hoskyn v. Metropolitan Police Commissioner* [1979] AC 474.

307. השופט השלישי, Lord Salmon, סבר שכשאישה אינה רוצה להעמיד עצמה לרשות התביעה, אין לחייבה לעשות כן. הוא הדגים: אישה שסבלה אלימות בבית, אך סלחה לבעלה, בטוחה שהאלימות לא תישנה, ורוצה לשמור על התא המשפחתי – כפייתה להעיד אינה מתיישבת עם המשפט המקובל. מובן שלאור פקודת הראיות [נוסח חדש] התוצאה בישראל הייתה הפוכה; דומה שקדושת הנישואין נתפסה כחוקה יותר באנגליה. הדבר הומחש בפסיקה משנת 2002, שבחנה אם ניתן לעכב רישום נישואי נאשם ברצח עם עדת תביעה נגדו כדי שיהיה ניתן לכפותה להעיד לחובתו. בדעת רוב (Waller LJ) נקבע שאחראי הרישום (the Registrar General or the director of the prison), בבואו לדון בבקשת האסיר, אינו רשאי לשקול את שיקול המשפט. ראו: *R. v. Registrar General of Births, Deaths and Marriages* [2002] EWCA Civ 1661, [2003] 1 All ER 540. [http://www.lexisnexis.co.uk/lawcampus/dataitem.asp?ID=25546&tid=7]

308. שנים רבות חולקו קטינים עד גיל 14 לשלוש קבוצות, לפי מבחן הבנת משמעות השבועה והמודעות לחובה לימור אמת; מי שלא עמד בקריטריונים האמורים, לא היה כשר להעיד. גישה זו חלפה מן העולם משהוחל סעיף 55 לפקודת הראיות [נוסח חדש] בתשס"א, שהעביר את מישור הדיון מן הכשרות אל המשקל. ראו: קדמי (לעיל, הערה 69) בעמ' 385.

309. מגמה שנזכרה כבר על ידי הנשיא שמגר בד"נ 23/85 *מדינת ישראל נ' טובול*, פ"ד מב(4) 309, בעמ' 353; וראו גם: ע"פ 2603/90 *אלפאר נ' מדינת ישראל*, פ"ד מה(3) 799, בעמ' 806.

מעבר להסדרי חיסיון עשוי להועיל לחקר האמת, ובד בבד לאפשר לאדם לבחור להעיד נגד בן משפחתו. גם אם הבחירה לא תמיד תהיה חופשית, טובה יכולת בחירה מוגבלת מהיעדר יכולת. גם באנגליה קובע החוק מ-1999 הסדר חיסיון בנוגע לבני זוג.³¹⁰ מנגד, אין חיסיון הורה-ילד באנגליה³¹¹ או בארצות הברית.³¹² ההגנה הניתנת לבני זוג לא הוקנתה ברוב ערכאות השיפוט האמריקניות המוסמכות לדון ביחסי הורים-ילדים.³¹³ בעניין בני זוג, בהליכים פליליים חל **החסיון היריבות** (adverse testimonial privilege), המונע עדות אדם לחובת בן זוגו הנאשם, אם השניים נשואים בעת המשפט.³¹⁴ החיסיון חל רק על עדות ישירה, ואינו מונע קבלת הודעות בן זוג באמצעות צד שלישי.³¹⁵ להבדיל, **החסיון התקשורתי** (confidential communications privilege) מונע מבן הזוג להעיד בקשר למידע שנמסר בסודיות (בתקשורת מילולית או אחרת) לבן הזוג האחר, בין לטובת בן הזוג ובין לחובתו. חיסיון זה מגן על יחסי הנישואין בהבטיחו סודיות מלאה בתקשורת בין בני הזוג.³¹⁶ חיסיון התקשורת אינו דורש נישואין **במהלך המשפט**, אלא רק **במהלך התקשורת**. הוא חל לרוב גם במשפט הפלילי וגם במשפט האזרחי. אף ששני החסיונות שונים ביישומם, שניהם מקדמים קשרי נישואין. חיסיון התקשורת מגן על הנישואין **במהלך התקשורת**, וחסיון היריבות מגן עליהם **במהלך המשפט**. שניהם מצריכים החלטה בעניין סטטוס הנישואין של הצד להליך ושל העד.³¹⁷ שני החסיונות אינם חלים במשפט פלילי שבו אדם נאשם בעבירה נגד בן זוגו.³¹⁸

כלל חיסיון יועיל לבני המשפחה במידה שיוחל גם על דיונים במשפט אזרחי ועל הליכי חקירה נוספים.³¹⁹ ברם, מעבר להסדר חיסיון מחייב לשקול את שאלת

310. כמפורט בראשית המבט השני.

311. Phipson (לעיל, הערה 47) בעמ' 219, שם מוצגת הדוגמה הנגדית - של המצב בישראל (סעיף 4 לפקודת הראיות [נוסח חדש]).

312. Watts (לעיל, הערה 20) בעמ' 615.

313. אף שניכרת כתיבה המנסה להביא לידי שינוי מצב דברים זה; ראו, למשל: Kimberly L. Schilling, "Intrafamilial Communications: An Analysis of the Parent-Child Privilege", 37 *FCCR* (1999) 99, pp. 111-113.

314. Jack B. Weinstein, Margaret A. Berger, *Weinstein's Evidence Manual* (1988) pp. 18-44.

315. *U.S. v. Archer* 733 F.2d 354, pp. 358-359 (5th Cir. 1984).

316. *Byrd* (לעיל, הערה 187) בעמ' 593.

317. Gofman (לעיל, הערה 185) בעמ' 849.

318. "Developments in the Law: Privileged Communication: V. Familial Privileges" (לעיל, הערה 105) בעמ' 1574.

319. עוד ב-1985 הוצע בישראל לבטל את כלל הכשרות ולהמירו בכלל חיסיון, כשהחסיון יינתן לעד ולא לנאשם. ראו: תזכיר חוק הראיות, תשמ"א-1985, סעיף 49 לתזכיר הציע: "א. לא חייב אדם למסור ראיה נגד בן זוגו, הורה או ילדו, זולת אם נקרא להעיד מטעם הסנגוריה או שהאשמה היא בשל חבלת גוף, מעשה אלימות או עבירת מין. ב. לעניין סעיף זה, 'הורה' ו-'ילד' - לרבות הורה חורג, ילד חורג, מאמץ ומאומץ." סעיף נוסף שהוצע באותו תזכיר,

המודעות.³²⁰ חיסיון מצריך מודעות של לפחות אחד מהצדדים לתקשורת. בדרך כלל מדובר באיש המקצוע, אך במשפחה אין איש מקצוע. לפיכך יש לעורר את המודעות האמורה, בין בחינוך (לקראת הקמת משפחה, למשל) ובין באזהרה בשעת החקירה, בדומה לאזהרה הנוגעת לחיסיון מפני הפללה עצמית.³²¹

דרך נוספת היא **גישת הפטור** – גישת שיקול הדעת הנהוגה בחלק ממדינות אוסטרליה, כשהכרעה באיזון בין הערכים והאינטרסים נמסרת לבית המשפט הדין בסוגיה, בכל תיק לגופו. תוצאה נלווית צפויה היא גולת זמן שיפוטית.³²² בית המשפט ישקול מה עדיף: חקר האמת או הניסיון לשמור על התא המשפחתי, וזאת לפי פרמטרים שונים שהוזכרו לעיל.

הסדרי פטור או חיסיון עשויים לשלב קבלת חוות דעת סוציאלית שתבחן אם מדובר בתא משפחתי אמיתי ותקין, ובאיזו מידה, אם בכלל, הוא צפוי להיפגע מכפיית עדות ומהתרתה.³²³ בשלב הבא ייבחן ערך הראיה שאמור בן המשפחה לספק. לבסוף יקבל בית המשפט הכרעה ערכית: מה יועדף בנסיבות העניין, התא המשפחתי או הראיה עצמה. אפשר להישען על הנחה כללית ובלתי מחייבת כי הערך המשפחתי עדיף (חיסיון) או כי השאיפה למצוא את האמת עדיפה (פטור). מובן שיש מחיר לפתרון כזה, כגון חדירה לפרטיות (נוספת על החדירה הכרוכה בעצם ניהול משפט פלילי) ועלות גבוהה (כסף, זמן וכדומה). לכל הפתרונות יתרונות וחסרונות, אך רובם ככולם מאפשרים מידת מה של עקיבות.

סעיף 48(א), קבע שאדם איננו חייב למסור ראיה על דבר שבינו לבינה והוא מצנעת האישות, וזולת אם מצא בית המשפט שהצורך לגלות את הראיה לשם עשיית הצדק עדיף מן העניין שלא לגלותה. תחולת הסעיף המוצע הוגבלה למשפט שאינו בין בני הזוג. ולצמן (לעיל, הערה 60) בעמ' 68-71 בירכה על ההצעה בציינה שכלל הפסלות שבפקודת הראיות [נוסח חדש] נשען על תפיסת חברתיות נושנות.

320. על השאלה הכללית של מודעות לחסיונות והיעדרה ראו: "Developments in the Law: Privileged Communication: II. Modes of Analysis" (לעיל, הערה 176) בעמ' 1474-1476. דומה שהמודעות היא המפתח להגשמת מטרות כל חיסיון. בלא מודעות לחסיונות המקצועיים, אין בהם תועלת. אילו הייתה מודעות רחבה לחיסיון מפני הפללה עצמית, סביר שמספר ההודאות בחקירה היה מצטמצם במידה ניכרת.

321. לפחות נדרש מהשופט להזהיר את העד וליידעו בדבר קיום החיסיון בטרם יעיד. באוסטרליה המערבית (Western Australia), לפי חוק מ-1906, על השופט ליידע את העד בדבר זכותו שלא להעיד. ראו: (Austl. Evidence Act, 1906, (WA) s. 9(5)). כך גם בקווינסלנד (Demirok v. R. [1977] 137 C.L.R. 20 (Austl.), p. 27) ובוויקטוריה, שם חייב השופט לוודא שהעד יודע את זכותו לבקש פטור מעדות, שאם לא כן עשוי הדבר להוות עילה לערעור. ראו: DJT v. R. [1999] 73 ALJR 460 (Austl.).

322. Harris (לעיל, הערה 296) בעמ' 24.

323. על שימוש במומחים (כמומחה להתפתחות רגשית של תינוקות) לקבלת הכרעות בנוגע למבנה התא המשפחתי וערכו ראו: בע"מ 377/05 פלזנית ופלזני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגים (טרם פורסם).

2. הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות

א. תמצית ההצעה

ביום 12/6/06 פורסמה מטעם הממשלה הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות [נוסח חדש] (מס' 16) (עדות קרובים), התשס"ו-2006, ה"ח 242, בעמ' 457. מדובר בהצעת חוק מפורטת שלא אוכל להיכנס במאמר זה לכל פרטיה. היא עוסקת הן בעדויות בני זוג והן בעדויות הורים ילדים.

בדברי ההסבר מצוין כי התיקון המוצע נועד להרחיב את רשימת החריגים לכלל אי הכשרות. הטעם המוצג לכך הוא שישנן עבירות רבות שחומרתן אינה פחותה מזו של העבירות הקבועות כיום בין החריגים לכלל אי הכשרות, ולכן ראוי להוסיפן לרשימת העבירות המנויות בסעיף 5 לפקודה. כך, למשל, מוצע להוסיף עבירות מין בלא קשר לשאלה, כלפי מי נעברו, הואיל וחומרת עבירות המין אינה פחותה מעבירות האלימות ופגיעת הגוף. כן מוצע לכלול בסעיף במפורש ולמען הסר ספק את העבירה של גרם מוות ברשלנות, וזאת בגלל הנגע הכבד של תאונות הדרכים. מוצע להוסיף לסייגים לסייג לכלל הכשרות עבירות שונות של פגיעה בחירות (נגזרות שונות של חטיפה) וכן עבירות לפי פקודת הסמים המסוכנים – ייצור, החזקה ושימוש בסמים (למעט החזקה ושימוש עצמי), סחר והעברת סמים והדחת קטין לסמים מסוכנים. מוצע להוסיף עבירות מסוג פשע לפי חוק איסור הלבנת הון, תשס"ו-2000 ולפי חוק מאבק בארגוני פשיעה, תשס"ג-2003. הואיל ובמהותן שונות עבירות אלו מהעבירות המהוות חריג לכלל האוסר עדות קרובים, שהן עבירות מין, אלימות ועבירות נגד קטינים, מוצע להגביל תחולת חריג זה למקרים שבהם העד הוא בגיר. עוד מוצע להוסיף לסעיף עבירות שונות הקשורות באחזקת נשק חם, וזאת בשל הפוטנציאל הקטלני הכלול בהן.

תוספת מהותית וחשובה לפקודה מציעה לקבוע, כי בנוגע לכל עבירה שהיא, כאשר קרוב המשפחה הוא המתלונן, לא יחול כלל אי הכשרות. במקרה כזה, משהוגשה התלונה, יהיה המתלונן חייב להעיד, כדי למנוע מצב שבו מוגש כתב אישום בהסתמך על תלונתו של אדם הפטור לאחר מכן מלהעיד. עוד מוצע לקבוע כי לא חשוב אם העד הוא הנפגע בעבירה אם לאו.

ב. הערכת ההצעה

אף שההצעה פותרת או למצער מצמצמת כמה מהבעיות הקיימות בהסדר, ובמובן זה משפרת את המצב המשפטי הנוגע להסדרי הכשרות, הרי אין בה די. היתרון הגדול ביותר שאני רואה בהצעה, נוגע לאי החלת כלל אי הכשרות כאשר אדם התלונן במשטרה נגד בן זוגו. כלומר הכשרות ניתנת לבן זוג מתלונן, ומשניתנה לו – לא תילקח שוב. חרסת המתלונן לאחר הגשת התלונה לא תסייע בידו. משהתלונן, כשר הוא להעיד; ומשהוכשר להעיד, הוא בן כפייה. למעשה מדובר במעין חיסיון מוגבל; איש אינו כופה על בן הזוג להתלונן, אך משהתלונן – לא יוכל לסגת.³²⁴ כלל זה פותר קשיים במקרים כגון האב והבן

324. הלכה למעשה, זהו המצב בנוגע לעבירות אלימות כיום. המתלוננת לא תאולץ להגיש תלונה, אך משהתלוננה – מאבדת היא את השליטה בהליך. אם תסרב להעיד, יהיה ניתן לכפותה

הגנב שהצגתי; לא עוד יוכל הגנב להסתתר מאחורי כלל אי הכשרות.³²⁵ עם זה, לא מדובר בהסדר חיסיון, ואין בהצעה התייחסות לשאלת המשפט האזרחי. ההצעה אינה מבהירה מיהו מתלונן – האם הכוונה רק לאדם שזם תלונה פלילית, או גם לאדם שנחקר והפליל קרוב משפחה (באותו עניין או בעניין אחר); הרי המתלונן אינו חייב להיות נפגע העבירה, ולכן גם חקירה אגבית של אדם או אפילו חקירתו כחשוד (ואף כשותף) עשויים להוליד סוג של "תלונה". ומה דין אדם שמסר פרטים מפלילים לחבר, שהעביר בעצמו את התלונה למשטרה? האם זהו מתלונן? האם חייבת המשטרה במצב דברים זה להבהיר למתלונן פוטנציאלי את המשמעות המשפטית של תלונתו לפי החוק? והאם אנו אכן מצפים שהמשטרה תעמוד בחובה כזו? מדוע לא לקבוע היעדר כשרות בכל עבירה פנים משפחתית, ולהתמקד במעשה הנדון ולא בזהות הפונה למשטרה? כל אלו הן שאלות שההצעה אינה מיטיבה להשיב עליהן. תועלת נוספת שעולה מן ההצעה נובעת מביטול הסדרי הכשרות בשלל עבירות חמורות. משמעות ההצעה שנאשמים בעבירות קשות כעבירות פגיעה בחירות, סמים, הלבנת הון ועוד לא יוכלו להסתתר מאחורי כלל אי הכשרות.

ובכל זאת, ההצעה אינה טובה דיה, לדעתי. העבירות הנוספות שהוצאו מכלל אי הכשרות – אין להן כל מכנה משותף מיוחד. עדיין קיימות עבירות חמורות בספר החוקים שאינן שוללות את כלל אי הכשרות, כעבירות בגידה וריגול.³²⁶ ההצעה מרחיבה את הסייגים לסייג בשפע תאונות ונימוקים: הנגע הכבד של תאונות הדרכים (בקשר לגרימת מוות ברשלנות), חומרת העבירה (בקשר לעבירות סמים, הלבנת הון ועוד), והפוטנציאל הקטלני (בנוגע לעבירות אחזקת נשק). כלומר יש פה ערבוביה של שיקולים שונים, המתמקדים לעתים בנוק בלתי מכוון שאכן נגרם (גרימת מוות ברשלנות), לעתים בסיכון עצמו (אחזקת נשק) ולעתים בתכלית בלתי ידועה (חומרת העבירה כמובן אינה תכלית). אך במה שונים נוקים מהסוג האחד מנוקים מן הסוג האחר? במה שונים סיכונים מסוימים מאחרים? ובמה שונות עבירות חמורות מסוימות מאחרות?

להעיד; אם תשתוק או תחזור בה מעדותה בבית המשפט, יהיה ניתן להסתמך על אמרת החוץ שלה.

325. בדיון שנערך לקראת הכנת הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית, ציינה נציגת משרד המשפטים כי היה מקרה של קשישה שבנה זייף פנקסי המחאות שלה והיא התלוננה נגדו, אך נמסר לה שאינה כשרה להעיד – ראו פרוטוקול מס' 272 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט (31 ביולי, 2007), מצוי ב- <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2007-07-31.rtf>.

326. בפרוטוקול ועדת החוקה, חוק ומשפט נדון גם עניין עבירת הריגול, ועמדת נציגת משרד המשפטים הייתה שהיא מניחה שהפרקליטות הייתה שמחה לכלול אותה (לצד עבירות חמורות נוספות), אך היה ניסיון "לעשות איוונים כלשהם". מעניין לראות שבאוגוסט 2007 הודה המרגל מרכוס קלינברג כי גייס את אשתו כמרגלת שותפה לטובת ברית המועצות – <http://news.walla.co.il/?w=1/1158841>. כלומר, התרחיש של זוג מרגלים הוא תרחיש קיים (גם אם מדובר בעבירה נדירה, הרי שעדיין מדובר בעבירה חמורה ביותר); ותחת החוק הקיים, כמו גם ההצעה לתיקונו – זוג המרגלים לא היו כשרים להעיד זה נגד זה וזה נגד זה.

דומני כי הן בעניין זה והן בעניין הכשרת בני זוג מתלוננים, ההצעה מנסה לפתור בעיות בשיטת טלאי על טלאי, במקום לתור אחר המשמעות העמוקה של החוק הקיים ושל התיקונים המוצעים. זאת ניתן ללמוד גם מדברי ההסבר להצעה. דברי ההסבר מציינים כי סעיף 5(1) לפקודה אינו מוגבל למקרה שבו הנפגע בעבירה הוא הקרוב דווקא, ולעומת זאת, סעיף 5(2) לפקודה משתרע רק על נסיבות שבהן עבר את העבירה בן זוג נגד בן זוגו, הורה נגד ילדו או ילד נגד הורהו. דברי ההסבר מתעלמים מההיסטוריה שהביאה לידי השוני המדובר, לטובת הצגת המצב הפוזיטיבי כמצב שאין מהרהרים עליו מבחינה נורמטיבית. מלכתחילה, כזכור, קשר כלל אי הכשרות בין העד לבין נפגע העבירה, כאשר הרציונל להשבת הכשרות לעד במקרה של עימות משפחתי לא היה איוון חיצוני, כזה שביכר הצגת מלוא הראיות וגילוי האמת בעבירות חמורות על פני הגנת המשפחה, אלא מבט פנימי, כזה שלא מצא תא משפחתי שראוי לשמור עליו, לנוכח הקרע הפנימי שבו. החוק הישראלי ניתק את הקשר האמור, לאו דווקא במכוון, ולאחר הניתוק – כך מסתבר – שכח את הרציונל ההיסטורי לסייג לכלל אי הכשרות, או פשוט בחר להכתיר רציונל חלופי, וממנו נובע כלל של איוונים. אולם כלל של איוונים בהכרח מחליש את ההגנה הדקלרטיבית של המשפט על המשפחה, משום שהוא אומר שיש למשפחה – לרבות משפחה בלתי פגומה – תג מחיר שהחברה מוכנה לשים עליה לנוכח חומרת העבירות הנידונות. שאלה של איוונים היא שאלה של מידה ומדידה חיצונית – ולא אך מבט פנימי על התא המשפחתי. החברה מצהירה על סדר עדיפויות כזה: משפט פלילי חמור חשוב ממשפחה; ואילו משפחה חשובה ממשפט פלילי קל. למדרג זה יש להוסיף ולהזכיר כי משפט אזרחי חשוב אף הוא ממשפחה. כלומר גם לפי ההצעה, נותרת בעינה אמירה בלתי עקיבה של המשפט. חוסר העקיבות מתבטא מחד גיסא בכך שההצעה מפרטת מיני עבירות חמורות בלי להסביר במה בירורן חשוב יותר לחברה מבירור עבירות חמורות אחרות (הסבר כזה יכול להתייחס לתוצאה האפשרית של העבירות, ליסוד הנפשי הנדרש להן, למידת שכיחות קיומן בנסיבות משפחתיות וכדומה) או אפילו מבירור עבירות קלות יותר (שהרי גם בירור כזה בא לקיים את שלטון החוק); ומאידך גיסא, מתבטא חוסר העקיבות בכך שמדרג העדיפויות שיצר החוק לפי סוג הדיון אינו הגיוני ואינו מסוגל לשלוח כל מסר ברור שהוא.³²⁷

327. מקריאת פרוטוקול הכנת הצעת החוק המדוברת לקריאה השנייה (לעיל, הערה 325) ניתן להתרשם מחוסר ההסכמה בין הנוכחים (רק שניים מהם, אגב, חברים בוועדת החוקה, חוק ומשפט, המונה 17 חברים), מביקורות שונות על ההצעה הקיימת, ויותר מכל מחוסר התכליתיות של הנוגעים בדבר: ההצעה נעדרת כל כיוון ברור (הן מטעם הממשלה או הכנסת, והן מטעם משרד המשפטים, שמידת העניין שלו בהצעה אינה ברורה, וטעמיו בהקשר זה משתנים ללא הסבר ראוי), והיא נעה ונדה מתכלית לתכלית ומרציונל לרציונל. יור' הוועדה, ח"כ מנחם בן-ששון, הקשה (בצדק רב) על נציגות משרד המשפטים, ושאלותיו המחישו את חוסר העקיבות של ההצעה בשלל היבטים. גם עו"ד איתמר גלבפיש הציג ביקורות אנליטיות משכנעות הממחישות חלק ניכר מחולשות ההצעה ושטחיותה. חשוב להדגיש כי הצעת החוק האמורה הוגשה כבר בשנת 2001, ונוכח חוסר התכליתיות והיעדר יד מכוונת, קשה לשער שתגבש לכדי חוק בקרוב. בתגובה לאמירת עו"ד גלבפיש, לפיה "הוועדה לא מתכנסת לדון

לדעתי, כל הצעה המבקשת לפתור את בעיות החוק הקיים בנוגע לעדויות בתוך המשפחה צריכה לצאת מנקודת מבט רחבה ככל האפשר. עליה לבחון את המינוח שבו משתמש ההסדר, לקשייו השונים; עליה לבחון אם ההסדר המוצע במישור הפלילי עקיב לעומת ההסדר הקיים במשפט האזרחי; עליה לבחון אם הסדר המנסה לפשר בין שתי גישות (שמירה על המשפחה לעומת השגת מטרות המשפט הפלילי) אכן משיג פשרה שמסייעת להשגת כל אחת מהגישות (לדעתי, ההצעה הקיימת לא נועדה לקדם כלל שמירה על המשפחה, אלא אך מתמודדת עם רציונל זה כנתון היסטורי קיים שאין ברירה אלא לקיימו); עליה להתמקד לא בסייגים לסייג הכשרות, אלא בסייג עצמו: האם נקודת המוצא של סעיפים 3-4 לפקודת הראיות עודנה ראויה בימינו. הצעת החוק הנידונה מסתפקת בסתימת חורים בקיר (והותרת חורים אחרים פתוחים), בשעה שיש לבנות קיר חדש ויציב, כזה שנוכל לדור עימו בנוחות, ולא חשוב פחות – בעקיבות.

ט. סיכום

אדיפוס: "אשתי, מוכר לך הרועה שזה עתה קראנו לו? אליו הוא מתכוון?"
 יוקסטה: "ומה אם מתכוון אליו? כעת עצור, ושכח את השטויות האלה!"
 אדיפוס: "לא ייתכן. כשבידי הסימנים שעל פיהם אדע כיצד נולדתי?"
 יוקסטה: "חי האלים, אתה רוצה לחיות, אז אל תחקור. די שאני חולה כבר!"
 אדיפוס: "אל פחד. אם אמי הייתה שפחת בית עבדים, אין פסול בייחוסך."
 יוקסטה: "ציית לתחינתי, אל תעשה את זה."
 אדיפוס: "לא אציית, עליי ללמוד את האמת."
 יוקסטה: "הבן, דבריי הם רק לטובתך."
 אדיפוס: "הטוב הזה בינתיים כבר מעיק עליי."
 יוקסטה: "אומלל, הלוואי שלא תדע מי אתה!"
 אדיפוס: "...כזה אני, לא אשתנה ולא אחדל לחקור..."³²⁸

ויכוח זה בין אדיפוס לאשתו־אמו מייצג עימות בין הרצון להגן על האמת לבין הרצון לשמור על המשפחה, מעוותת ככל שתהיה. העימות אמנם שונה משאלת הכשרות; אך הוא מעיד כי האמת והמשפחה לא תמיד פוסעות יד ביד. לצד הצורך האנושי באמת, מלמד

מדי שבוע בעדות קרובים, השיב יו"ר הוועדה: "אחת לשש שנים, ולא נורא אם נחכה עוד שש שנים". אין זה פלא כי ישיבה נוספת של הוועדה, שתוכננה לאוגוסט 2007, בוטלה.
 328. סופוקלס, **אדיפוס המלך** (1985) בעמ' 69-70.

אותנו סופוקלס שלא תמיד יש תועלת בתקשורת ובידע. לעתים עדיף שלא לדעת, ובורות היא אושר.³²⁹

איננו מצויים בעיצומה של טרגדיה יוונית. אל לנו לטמון ראשינו בחול ולהוסיף להתעלם מהקשיים הרבים שבהסדרי הכשרות להעיד בישראל. עלינו לבחון ברצינות את המודלים האפשריים לפתרון. בין המודלים השונים שהוצגו, שניים עדיפים בעיניי מן היתר. האחד הוא גישת הפטור, המאפשרת לבית המשפט לקבוע (בעזרת מומחים) את ערך התא המשפחתי וחשיבות הערכים המתנגשים לאור טיב הראיה, המשפט ועוד. גישה זו מאפשרת להגיע לצדק ולא להיתקל במחסום בלתי עביר שלעיתים אינו משרת אלא את הנאשם. גישה כזו לא תבחין בין הליך פלילי לאזרחי. עם זה, אין היא מאפשרת חיסיון בחקירה, אלא רק במשפט; וכך תיתכן פגיעה מסוימת ששופטת לא הייתה מאפשרת (אף שנמנעת פגיעה לא ראויה במשפט עצמו). אמנם גישה כזו מרחיבה את שיקול הדעת השיפוטי, מה שלא בהכרח יתרום לעקיבות, כשכל שופט יסלול את דרכו, אך מוטב שהחוק יהיה עקיב ופסקי הדין לא בהכרח, משהחוק יהיה בלתי עקיב ופסקי הדין בהכרח לא.

המודל האחר, שבו נוטה אני לצדד בסופו של דבר, הוא ביטול מוחלט של מחסום הכשרות. המחסום ממילא אינו מוחל על סוגי משפטים רבים, כהליך האזרחי ושלל הליכים פליליים; חרף זאת, לא זועזעה המסורת המשפחתית בחברה בישראל. אכן, בית אדם הוא מבצרו וטירת סודו, אך אין סיבה מיוחדת להקנות מעמד סודי לעניינים פליליים. חרף הערך הרב שאני רואה במשפחה אמיתית פלונית, איני סבור כי יש לשמור עליה במחיר זיכוי אשמים. ממילא, הן חיסיון מוחלט והן מחסום כשרות מוחלט לא בהכרח מגנים על המשפחה, ואני בהחלט מצדד בטיעון הפמיניסטי שלעיתים דרושה התערבות, גם כזו הכרוכה בפגיעה בפרטיות, דווקא כדי להגן על בני תא משפחתי. הצעת החוק הנידונה מקדמת אותנו צעד נוסף לעבר ביטול מוחלט של הסדרי הכשרות; למרבה הצער, היא אינה יוצאת מנקודת מבט רחבה ותכליתית אינה ברורה כל צורכה.

ההשקפות בנוגע למשפחה ולהגנה החוקית הנוצחה לה משתנות עם העתים. בעבר היה הניאוף עבירה פלילית, מה שבוודאי ביטא תפיסה מסורתית של המשפחה ושל תפקיד המשפט הפלילי.³³⁰ מחסום הכשרות מבטא קשר שונה בין המשפט הפלילי לבין תפיסת החברה את תפקיד המשפחה; לא הגנה עליה **באמצעות** המשפט הפלילי, אלא הגנה עליה **מפני** המשפט הפלילי.

329. בסרט מטריקס, 1999 אומרת אחת הדמויות כי בורות היא אושר; כוונתה כי לעתים מוטב שלא לדעת אמת יסודית; טובים חיי אשליה שלווים מחיי אמת גועשים וקשים. על חשיבות ההבחנה בין העולם המדומה לעולם האמיתי במטריקס בהקשר האינטרנט, כמו גם על הבדלי תפיסות לפי טיב המבט (פנימי או חיצוני), ראו: Orin S. Kerr, "The Problem of Perspective", 91 *Geo. L.J.* (2003) 357, pp. 359-360. במחזהו של סופוקלס (לעיל), הערה (328) בעמ' 74, בגלותו את האמת, זועק אדיפוס: "הוי, הוי, אכן הכל היה אמת! הו אור, אביט בך עוד פעם, זה הכל, אני שעל אף האיסור, כך נתגלה, נולדתי, נישאתי ורצחתי".

330. ראו: עניין עומרי (לעיל), הערה (303) בעמ' 696-697.

התמיכה בהסדרי כשרות או חיסיון של בני משפחה שעונה על תפיסה מסורתית (השעונה על תפיסה דתית) של המשפחה והחברה. בחברה שאינה מעודדת קיום משפחה כיחידה חברתית אטומית, אין מקום להסדרים כאלה, שבהכרח מביאים לפגיעה באמת ולתוצאות שהמשפט אינו חש עימן בנות. זיכוי אשם בגין מחסום כשרות הוא תוצאה קשה, הנובעת מכללי ראיות שמטרתם אינה להגן על חפים מפשע.

הסבור המשפט שהמשפחה היא אבן הבניין של החברה? תפיסה כזו מתיישבת עם עידוד קיום המשפחה על ידי החברה, אך לא בטוח שהיא מבוססת. שאלת חשיבותה של תפיסת המשפחה, עם זה, חורגת מקו העומק שהתווייתי במאמרי, וייתכן שהשעה לדין בה בוא תבוא.³³¹ מצדו האחר של המתרס מצויה האמת, שמעטים מערערים על חשיבותה. ובכל זאת, האמת אינה חזות הכול. כמו כל הדברים הטובים, עשויה האמת להיות נאהבת בצורה בלתי מושכלת, ולהיות נרדפת בלהיטות יתר, לגבות מחיר כבד מדי.³³²

מאמרי הציע לנסות וליצור כלל עקיב, כדי שסדר העדיפויות החברתי העכשווי בעניין, אם יש כזה, יזכה לביטוי אמיתי. המערכת הפלילית בנויה מהליכים רבים, שלעתים מייצגים איוון מסוים, אופקי או אנכי, בין אינטרסים או זכויות. כפי שניסיתי לומר בפתיח, לא די לפקוח עיניים ולהסתפק במבט אחד; צלילה לתוך נושא והחלפת זוויות המבט – רק הן סוללות את ראשית הדרך להבנתו לעומק. והבנה היא מפתח ראשון, גם אם לא אחרון, בדרך אל העקיבות. המסע בשבילי מחסום הכשרות מעורר שאלות רבות ומורכבות בנוגע לקשר בין משפחה לחברה, בין משפט פלילי לזכויות ואינטרסים ועוד; ואף אם רבות מהשאלות שהצגתי נותרו פתוחות, הרי הבנת קיומן תחילה ומורכבותן בהמשך היא ראשית הדרך לפתרון.

331. בארצות הברית נכתב כבר לפני זמן מה כי הגיעה השעה להעריך את הטיעון הנורמטיבי, לפיו החברה מרוויחה מקידום המוסדות המסורתיים של נישואין ומשפחה. הטיעון התועלתני לתמיכה בחסיונות בני זוג מניח כי מוסדות הנישואין והמשפחה ראויים לתמיכה חברתית. למעשה, מוסד הנישואין זוכה לתמיכה משפטית משום שהוא מגלם את האידיאל החברתי של יחסי אהבה ואינטימיות, אבל אם המטרה הינה הגנה על ערך האינטימיות, כך נכתב, הרי ההתמקדות הבלעדית בנישואין כדין אינה הולמת. יחסים רבים אחרים הם אינטימיים ואוהבים, ונישואין רבים הם אפופי אלימות. נראה שהרקע לחיסיון בהקשר זה היה פוליטי. ראו: "Developments in the Law: Privileged Communication: V. Familial Privileges"

(לעיל, הערה 105) בעמ' 1582-1578.

332. Watts (לעיל, הערה 20) בעמ' 595.