

דיני ראיות

שיעורים + תרגולים

פרופ' עמנואל גרוס + עו"ד נירית שולשטיין

מסלול בוקר

2018-2019

לירון משאש

21/10/18

שיעור ראשון

1. מטרת דיני הראיות:

מה שצריך להוכיח בבית משפט זה העובדות, ומה שלא צריך להוכיח זה את הדין. המשפט הקלאסי מורכב מעובדות ומדין (חוק) שמכתיב לנו מה נעשה עם העובדות הללו/ מכתיב לנו אלו עובדות אנחנו צריכים להוכיח על מנת לזכות באותה טענה.

חוק בתי המשפט קובע איזה בית משפט מוסמך לדון באיזה סוג של סכסוך, בית משפט צריך להחליט למשל בסכסוך אזרחי במקרקעין: מי הבעלים החוקי? מה טיבו של הסכסוך? מהו הסעד אם ראוי לתת?

בתימ"ש עוסקים בפתרון סכסוכים. הסכסוך יכול להיות בעל אופי אזרחי ויכול להיות בעל אופי פלילי.

סכסוך במשפט האזרחי - דוג' לסכסוך אזרחי: בתימ"ש אליהם מובא הסכסוך צריכים להכריע האם היה סכסוך, האם החוזה תקף, האם החוזה הופר ואם הופר מהי התרופה הראויה כדי לתת סעד לאותו אדם מולו הפרו את החוזה.

למשל: סכסוך במקרקעין - חוק בתי משפט קובע איזה בימ"ש מוסמך לדון בסכסוך הנ"ל. יש שוני למשל בין בעלות לבין שימוש במקרקעין לגבי הערכאה הנדונה.

סכסוך במשפט הפלילי - כשיש סכסוך במשפט הפלילי זה סכסוך בין האדם לבין המדינה כשיש עבירה פלילית. המדינה חוקרת את הנושא ומחליטה האם האדם הפר את חוק העונשין ואז היא תחליט האם להעמיד אותו לדין והאם לייחס לו את אותו אישום.

גם כאן, כמו במשפט האזרחי יש חוק השולט בסכסוך. "**המוציא מחברו עליו הראיה**" במשפט הפלילי - המדינה היא המאשימה והיא צריכה להוכיח את אשמתו של האדם **מעבר לכל ספק סביר**. נדרש להוכיח שיש התנהגות שאם האדם עבר אותה היא מהווה עבירה אבל כדי שהמדינה תצליח להוכיח לא די לה להצביע שיש עבירה באופן תיאורטי אלא שהיא נדרשת להוכיח את העובדות שהן בעצם מלמדות על כך שהאדם הנ"ל בהתנהגותו עבר את העבירה האסורה הזו. זה הצעד הראשון בפתירת הסכסוך. אם המדינה לא מצליחה להוכיח ברמה הגבוהה ביותר, מעל ספק סביר ולא עמדה בחובת ההוכחה הנאשם יוצא זכאי.

סכסוך במשפט הציבורי - כאשר האזרח נתקל במכשול מול השלטון, סכסוך מול השלטון. דוג': אדם לא קיבל רישיון והשלטון פגע בזכותו ע"י כך. הוויכוח הוא האם המדינה באמת פגעה בזכותו של אדם? עניינים אלו נדונים בבתי משפט מנהליים, בבג"ץ. צריך לדעת איך להוכיח את העובדות המצריכות הוכחה. העובדות נלמדות ונגזרות מאותה זכות שהפרו אותה. הזכות הזו צריכה להיות מבוססת ומעוגנת בחוק מסוים. **אם לא ניתן למצוא את החוק, את מקור הזכות בעצם לא ניתן להוכיח את הפגיעה בזכות.**

דיני הראיות הן דיני ההוכחות הטעונות הוכחה במשפט. כדי שתובע או נתבע יצליחו לזכות בתביעה שניהם צריכים להצביע על הדין שמכוחו הם מבססים את עילת התביעה או עילת ההגנה. דיני הראיות תפקידם להוכיח את העובדות ולא להוכיח את הדין כי "הדין הוא מן המפורסמות שאינו טעון ראיה". יש פיקציה שכל אחד יודע את

הדין ולכן אין צורך להוכיח אותו אך במציאות ברור שזה לא המצב לכן מה שצריך לעשות עם הדין- לטעון אותו! טוענים אותו בכתבי טענות, בסיכום, טוענים בע"פ/ בכתב מה הדין הנכון שצריך באמצעותו לתת את ההוכחות.

גם הדין וגם ההוכחות של העובדות מספקים את התשובה לסכסוך שביהמ"ש מבקש להוכיח.

לקרוא סעיפים 1,2,3 של הסילבוס.

28/10/18

שיעור שני

-המשך- 1. מטרת דיני הראיות:

דיני הראיות עוסקים במסכת העובדות. אלו עובדות? העובדות הטעונות הוכחה בבתי משפט. דיני הראיות הוכונו לאותה מסגרת ששם אנחנו זקוקים להוכיח עובדות כדי לתת פתרון לסכסוך שמתברר כעת באותו פורום, בבית המשפט או בבית הדין. דיני הראיות מכוונים אותנו איך להוכיח את העובדות הרלוונטיות בסכסוך. דיני הראיות מתמקדים בהוכחת העובדות שחייבים להוכיח אותן על מנת לפתור את הסכסוך שמתברר באותו פורום של בית משפט. כל משפט עובר דרך סכסוך של עובדות או אי הסכמה על העובדות. אם למשל ניקח תובענה אזרחית: אדם מגיש נגד חברו תביעה במשפט אזרחי על כסף שלא הוחזר לו למרות שנתן לחבר הלוואה בהסכם. בנוכח העובדה שהנתבע לטענת התובע מפר את הסכם הלוואה ביניהם לא נותר לתובע אלא לפנות למקום אליו תובעים כדי לקבל סעד. **אלו עובדות בסכסוך הזה טעונות הוכחה? נדרש להוכיח את עילת התביעה- אותן עובדות שאם הוכחת אותן תצליח לשכנע את ביהמ"ש שהייתה לך זכות שנולדה מעצם העובדה שהלווית את הכסף.** במסגרת הסכם הלוואה מדובר בחוזה תקף בין אנשים והנתבע מפר את החוזה ולא עומד בו. התובע צריך להוכיח את אותן עובדות שילמדו על קיום הזכות, שיש הלוואה. **אח"כ ביהמ"ש נדרש להוכיח אם זה נכון, אם הייתה הלוואה, אם לא הוחזרה הלוואה וכעת השורה התחתונה- מהו הסעד?**

סכסוך שטעון הכרעה יכול להיות בעל אופי אזרחי ויכול להיות בעל אופי פלילי. יש סכסוך בעל אופי ציבורי- שלטוני שמקום פתרון הסכסוך הוא בית משפט מנהלי שמוסמך לדון בסכסוכים מסוג זה, זהו אגף של בית משפט מחוזי.

בבג"ץ יש מחלוקת בין העותר לבין המדינה, לא רק אם צודק העותר בבקשה שיש לו זכות שהופרה ע"י השלטון אלא גם מחלוקת בנוגע לאיך מוכיחים את העובדות של אותו סכסוך. **נקבע שהעובדות יוכחו בדרך של תצהירים כדי להקל על בג"ץ ולא ע"י הבאת עדים** שמפיהם ילמד ביהמ"ש על העובדות. כל צד מגבה את העובדות באמצעות תצהירים של אנשים שיכולים לתמוך. באופן תאורטי לבג"ץ יש סמכות לאפשר חקירת מצהירים, להורות על הבאת עדים שמאחורי התצהיר כדי להעיד בפני ביהמ"ש אך בפועל זה לא קורה. ביהמ"ש מוריד את התיק לערכאה נמוכה יותר כדי ששם ישמעו את העדים.

בכל הערכאות מלבד בג"ץ הוכחת עובדות היא ע"י עדים חיים. בעבר זה היה בשבועה והיום זה תחת אזהרה שהיא תחליף לשבועה. הרעיון הוא שבימ"ש צריך להתרשם בעצמו מעדותם של העדים. החקירה של אותו עד היא הבסיס המאפשר לביהמ"ש להתרשם מה טיבו של העד הזה, אם דובר אמת או אם לאו. לאחר מכן המסקנות. הוכחה תלויה באופי הסכסוך: אזרחי פלילי. למשל: כשמדינה מעמידה אדם לדין המדינה היא זו שצריכה להוכיח את העובדות שהיא טוענת להן בכתב האישום, שאם תוכיח אותן ברמה הדרושה, מעבר לכל ספק סביר זה יוכיח את אשמתו, את העבירות המיוחסות לנאשם.

הסכסוך האזרחי מלווה בכתבי טענות: כתב תביעה, כתב הגנה, כתב תשובה. לומדים מה טיבו של הסכסוך, איפה המחלוקת בין הצדדים. לעומת ההליך הפלילי בו יש כתב אישום, ובו רק צד אחד פורס את טענותיו נגד הצד שני- המדינה נגד הנאשם. **במשפט האזרחי מחויב הנתבע להשיב לתביעה שאם לא ישיב תתקיים "שתיקת הנתבע".**

כמוה כהודאה בעובדות הכתובות בכתב התביעה. לא כך בהליך הפלילי. בהליך הפלילי זכותו של הנאשם לשמור על זכות השתיקה ומשכך אינו חייב להשיב לכתב האישום. במשפט הפלילי המשפט מתחיל בהקראת כתב האישום כדי לוודא שהנאשם מכיר את כתב האישום, קרא את כתב האישום ובסוף השופט שואל את הנאשם מהי תשובתו לכתב האישום. הוא יכול להמשיך לשמור על זכות השתיקה. חוק סד"פ אומר שאם הנאשם שותק ולא משיב לכתב האישום שתיקתו עלולה להוות חיזוק לעובדות התביעה ואם יהיה צורך בחיזוק בסוף המשפט ישתמשו בשתיקה של הנאשם. פרופ' גרוס קורא לזה "סנקציה ראייתית". המדינה צריכה להוכיח את אשמתו של הנאשם ולא הנאשם צריך להוכיח את חפותו. **זכות השתיקה היא זכות חוקתית** אבל אם הנאשם משתמש בה יקחו זאת בחשבון. כשהתביעה מסיימת את ראיותיה ומגיע תור הנאשם להביא את ראיות ההגנה, להבדיל מכל עד אחר שחייב להעיד (אם הוא מוזמן ועדותו רלוונטית) הנאשם מכוח זכות השתיקה רשאי שלא להעיד ולהמשיך לשמור על זכות השתיקה אך השתיקה שלו או ההימנעות שלו מלהעיד יכולה להוות סיוע, מקום שראיה כזו של סיוע דרושה במשפט, זה יותר מחיזוק.

3. רלוונטיות, קבילות וכללי פסילה:

רלוונטיות:

המונח "רלוונטיות" – באמצעותו מסננים אלו עובדות יבואו כהוכחה בפני ביהמ"ש. רק ראיה ששייכת לעניין ויש לה יכולת לתרום לבירור חקר האמת בסכסוך רק היא תורשה להגיע להיכל ביהמ"ש, הואיל והוכחת העובדות היא באמצעות עדים או מסמך בכתב או ראיה חפצית. האופן המרכזי של הוכחת עובדות זה עדים. נניח התובע מביא עד מטעמו כדי להעיד על עובדות מסוימות אם אין ביכולתן של העובדות האלה לקדם ואפילו לא במקצת את בירור האמת באותו סכסוך אין טעם להביא את אותו עד וביהמ"ש לא יאפשר לאותו עד להעיד. רק עד שדבריו רלוונטיים ומקדמים את בירור האמת רק עד כזה יורשה להעיד ולהיחקר על עדותו. המטרה היא לחסוך בזמן שיפוטי.

כיום, כל תובענה אזרחית חייבים ללוות אותה בתצהירים בכתב מראש, ככה כל צד יודע מיהם העדים של הצד האחר ומה הם הולכים להגיד ויש גם רווח תועלתני כי אם עדותו של עד חשופה לצד השני אין צורך להביא את אותו עד, חוסכים את הוצאות הבאת העד ואת זמן שיפוטי של ביהמ"ש.

קדם משפט פלילי – במסגרתו ביהמ"ש יכול לפרוס בפניו אלו עדים רוצים ואלו לא.

קבילות:

העדות צריכה להיות קבילה. לפעמים העדות יכולה לתרום אך טיבו של העד הוא כזה שלא ניתן להעיד אותו כמו בן זוג ואז מדובר בחוסר כשרות של העד שכנגד בן זוג.

חסיונות – למשל רופא שמתבקש להגיע לבימ"ש ולהעיד על רקורד רפואי של הנתבע אך הוא לא יכול לעשות זאת כי יש חיסיון רפואי בין הרופא למטופל. ישנם חסיונות יחסיים להבדיל מהחסיונות המוחלטים. את היחסיים ניתן להסיר בהתקיים תנאים מסוימים למרות קיומו של החיסיון. **חיסון רפואי** הוא דוג' **לחיסיון יחסי** – ביהמ"ש מוסמך לצוות על הרופא לחשוף את הפרטים הרפואיים למרות החיסיון אם סבר ביהמ"ש שעדיפה חשיפת האמת כדי לאפשר לבירור הסכסוך כי אם לא יוסר החיסיון ייגרם עיוות דין. הפרטים נחשפים לאותם צדדים וביהמ"ש יכול להורות על איסור פרסום לכולי עלמא.

למשל **חיסיון בין עו"ד ללקוח** הוא **חיסיון מוחלט**. מה שאומר לקוח לעו"ד שלו חסוי באופן מוחלט. לביהמ"ש אין סמכות להורות על הסרת החסיונות הזו. היחיד שמוסמך להורות על הסרת החסיונות הוא הלקוח.

רוב החסיונות שמנויות בפקודת הראיות ושנוצרו ע"י הפסיקה רובן בעלות אופן יחסי. רק מעטות מהן בעלות אופי מוחלט.

חיסיון מפני הפללה עצמית- הוא חיסיון מוחלט.

חיסיון בין כהן דת והמתוודה בפניו- הוא חיסיון מוחלט, גם האדם עצמו לא יכול לוותר על החיסיון.

העדות צריכה להיות לא רק רלוונטית אלא גם קבילה. היא נפסלת באחד מכללי הפסילה בדיני הראיות.

כדי שעדות תהיה קבילה עליה להיות רלוונטית אבל צריכה שלא להיפסל ע"י אחד מכללי הפסילה של דיני הראיות.

כללי הפסילה של דיני הראיות:

אין חוק אחד מרכזי שמכיל בתוכו את דיני הראיות. יש מספר חוקים שהמרכזי שבהם הוא פקודת הראיות (נוסח חדש מ-1971). במקור זו הייתה חקיקה מנדטורית. במקור היא הייתה נקראת "פקודת העדות". הפקודה מכילה כ- 50 סעיפים רחוקה מלמצות את דיני הראיות. הפקודה מתייחסת להיבטים שונים של דיני הראיות. הרוב נמצא בפסיקה. עד 1980 קלטנו את דיני הראיות מאנגליה באמצעות דבר המלך במועצתו. חוק יסודות המשפט קטע את השאיבה של הדינים החסרים לנו מהמשפט האנגלי. מ- 1980 נאלצנו למלא את החסר באמצעות משפט מקובל בישראל. ביהמ"ש קובע הלכות פסוקות בנוגע לדיני ראיות כדי להשלים את החוסר. דיני הראיות שמיעוטם נכללים במספר חוקים ובמרביתם נמצאים בהלכות הישראליות.

מהם כללי הפסילה?

אלו כללים שנועדו למנוע מראיות רלוונטיות או מעובדות רלוונטיות להגיע לידיעת ביהמ"ש או בגלל שאותה ראייה רלוונטית יש לה כוח לשחד, היא יכולה ליצור דעה קדומה אצל השופט (באנגליה זה המושבעים ולא השופט) לבל יוטעו ולבל נשחד את דעתם של אותם מושבעים באמצעות הראיה הזו שגם אם היא רלוונטית היא יכולה להיות הרסנית בשיקול הדעת של המושבעים. ניתן לפסול אותה. זו הסיבה **לפסול עדות שמיעה** למרות שיש לה ערך רלוונטי כי אם נאפשר את השמעתה המושבעים עלולים לטעות ולחשוב שאותה עדות שמיעה מייצגת אמת וזה לא כך.

יש כללי פסילה שנוצרו לאו דווקא מתוך רצון להגן על המושבעים מפני הטעייתם- אלא הם נולדו מצרכים אחרים למשל חסיונות. אלו כללים שנועדו להסתיר מהצדדים למשפט ראיות רלוונטיות משום שמנגד יש אינטרסים לא פחות חשובים מחקר האמת כמו למשל לאפשר לעו"ד להגן ביעילות על הלקוח שלו גם במחיר של אי ידיעת האמת של בימה"ש.

גם חיסיון מטעמי ביטחון המדינה- ביטחון המדינה מול גרימת עיוות דין- ביהמ"ש למרות ביטחון המדינה מצווה להורות על חשיפת הראיה כדי להקל על הנאשם.

*** לקרוא מהסילבוס- הכלל הפוסל עדות שמיעה וחריגים לכלל.

1. "אמרות נפטרים"- אמרתו של נפטר הנוגד את האינטרס הרכושי שלו
2. אמרת נפטר במילוי תפקיד ואותה אמרה שהוא יצר במסגרת התפקיד שהופכת להיות חריגה.

ההקרנה החוקתית של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו על דיני הראיות.

2. התנאה בדיני ראיות:

האם ניתן להחליף את דיני הראיות בתנאים שאנחנו הצדדים מסכימים עליהם?

ההקרנה החוקתית של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו על דיני הראיות:

ב- 1992 נחקקו חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד חופש העיסוק. הש' ברק כינה זאת המהפכה החוקתית. שני החוקים הללו ובעיקר חוק יסוד כבוד האדם וחירותו חל על כל מוסדות המדינה: גם הכנסת, גם הממשלה ובתי המשפט. הוא מעגן את זכויות האדם שלנו בחוקי יסוד. זה לא אומר שעד אז לא היו זכויות אדם אלא היו זכויות הלכתיות בלבד מכוח הפסיקה של העליון ולא מכוח חוק. הכוח שלהן היה מועט- הכנסת יכולה הייתה לבטלן. עכשיו מאז 1992 לקחו את אותן זכויות הלכתיות והפכו אותן לזכויות יסוד חוקתיות מכוח חוק היסוד עצמו. יש את הזכויות המנויות (זכות מפני ציטוט, פרטיות, מאסר, חיפוש). ויש זכויות אדם שלא מנויות- שביהמ"ש בדרך של פרשנות מהכותרת כבוד אדם וחירותו הוא גוזר אותן מהם. זה לא אומר שאי אפשר לפגוע בזכויות, אבל כדי לפגוע בהן- כמו הכנסת או הממשלה, היא צריכה לעמוד בפסקת ההגבלה בסעיף 8.

אין פוגעים בזכויות אלה אלא מחוק לתכלית ראויה. ובעיקר לא מעבר לנדרש ושיהיה מידתי והולם את ערכיה של מדינת ישראל כיהודית וכדמוקרטית. ביהמ"ש העליון קבע 3 פעמים שחוק המסתננים לא מידתי כי הוא לא עומד בפסקת ההגבלה, התכלית לא ראויה והוא לא מידתי. המושיעה היא פסקת ההתגברות שאינה קיימת היום בחוק אך רוצים להוסיף אותה ולמרות שפסיקת בימ"ש העליון כי חוק מסוים פוגע בזכויות אדם ניתן להתגבר על הוראת הפסילה של ביהמ"ש העליון אם הכנסת תשוב ותחוקק את אותו חוק ברוב חברי הכנסת (61 קולות) לתקופה של לא יותר מ- 4 שנים. זוהי יכולת של הכנסת לעקוף את בית המשפט ולפגוע בזכויות שלנו.

חוק בתי משפט- סעיף 42- עילות לפתיחת תיק.

04/11/18

שיעור שלישי

המשך-3. רלוונטיות, קבילות וכללי פסילה:

האם דיני הראיות הם כללים קשיחים שאינם ניתנים לשינוי או שאלו כללים שנועדו לעזור לנו לדעת כיצד להוכיח עובדות? והעובדות שאנחנו מתבקשים להוכיח זה כדי לפתור סכסוך בין אם אזרחי ובין אם פלילי. האם ניתן להתנות על דיני הראיות? האם הצדדים למשפט יכולים להסכים על כללים שונים שמהווים את דיני הראיות? **כן, ניתן להתנות על דיני הראיות, הצדדים יכולים להחליט ביניהם להחליף את אופן ההוכחה של העובדה באופן אחר שהם יסכימו עליו. מצד שני, הם לא יוכלו לעשות זאת כאשר מדובר בתחליף שהוא נוגד את טובת הציבור ושהוא גם אינו מתקבל על הדעת.** למשל: בסכסוך אזרחי כשאדם תובע את זולתו בתביעה כספית- במקום להביא את העדים, את הראיות- הצדדים מחליטים להטיל מטבע ומי שיזכה ויהיה צודק אז הוא בעצם יזכה בתביעה. לא ניתן להחליט על דרך כזו כי היא לא הגיונית, היא תלויה מזל והליכים משפטיים בבימ"ש לא יכולים להתברר ע"י הטלת מטבע. זה נוגד את האינטרס הציבורי לפתור סכסוך. אם החליטו לא ללכת לבימ"ש וללכת לידענית אבל לא קיימו את ההסכם, הצד שלא קיימו מולו לא יוכל לתבוע להפרת חוזה כי זהו אינו הסכם שניתן לאכוף אותו. יחד עם זאת, אם הדינים שהצדדים מסכימים עליהם אין בהם סתירה ואין בהם ניגוד לתקנת הציבור אז כן מותר.

-המשך- קבילות:

פס"ד ביאזני נ' לוי- במקום להביא עדים וראיות לבימ"ש כדי לבחון האם הייתה שכירות, בחרו בבדיקת פולגרף ומי שיאמר אמת יזכה. עם השנים הגענו למסקנה שהפולגרף איננו מדויק מספיק בצורה גבוהה ולכן לא ניתן להחליף אותו בעדויות של ממש. במשפט פלילי צריך להוכיח מעל לכל ספק סביר והפולגרף לא מגיע לדרגה הזו. הפולגרף מודד את התגובות הפיזיקליות שלנו: דופק, זיעה. אם אדם לא דובר אמת זה יכול להתגלות בתגובותיו הפיזיקליות. במשפט הפלילי היה אפשר להרשיע חפים מפשע אם היו משתמשים בפולגרף.

פולגרף הוא אינו ראיה קבילה במשפט פלילי! ויחד עם זאת פולגרף כן קביל באותם הליכים מוקדמים של ההליך הפלילי כמו למשל מעצר. המשטרה כדי לנהל חקירה לפעמים כשיש לה ספקות לגבי העצור היא יכולה להציע לו להיבדק בפולגרף כדי שהמשטרה תדע אם היא בכיוון נכון של החקירה או לא. הממצאים של הפולגרף שהמשטרה עשתה בשלב המוקדם כדי שהיא תדע אם לבקש הארכת מעצר ימים היא יכולה לבקש את בדיקת הפולגרף כדי שזה יעזור לה להבין את הכיוון.

פולגרף בהליך אזרחי- בהסכמת שני הצדדים הוא קביל. אם מדובר בהליך אזרחי ולא פלילי ושני הצדדים מסכימים על בדיקת פולגרף, ההסכמה של הצדדים בפולגרף ובמצאי הפולגרף קבילים כמו בפס"ד ביאזני.

אם השופט קובע ממצא עובדתי בין אם זה בהסתמכות על פולגרף ובין אם זה הסתמכות על ראיות רגילות לא ניתן לערער על זה. בימ"ש לערעורים אינו עוסק בערעור על עובדה. לא ניתן לערער על מה שבימ"ש קבע מבחינה עובדתית. עובדות זה דבר סופי עם חריגים.

סעיף 56 לפקודת הראיות- ראיה שנתקבלה שלא כדין- "ראיה שאינה קבילה במשפט פלילי ונתקבלה בטעות או בהיסח הדעת לא תשמש הוכחה לאשמה ואין לבסס עליה שום פסק דין ואף על פי כן, העובדה שביהמ"ש שמע את הראיה והתרשם ממנה לא תפסול את פסק הדין אלא אם סבור ביהמ"ש שהנאשם לא היה מורשע אילולא נמסרה אותה ראיה או שאין ראיה מספקת אחרת זולתה לתמוך בה את האשם".

בארץ השופט מקצועי ואין לו חבר מושבעים וכששופט מקצועי מקבל ראיה לא קבילה הוא לא מושפע כמו שופט בחבר מושבעים. חזקה על שופט מקצועי שקיבל ראיה לא קבילה שידע להתעלם ממנה כשהוא בא להעריך אותה בבימ"ש.

ציר הראיות בבימ"ש- האם יש בכוחה של אותה ראיה לקדם את ביהמ"ש בחקר האמת של העובדות באותו מקרה? דיני הראיות לא דורשים שאותה ראיה רלוונטית תהיה בעלת יכולת גדולה, מופלגת להוכיח את העובדות. די בהוכחה קטנה כדי שאותה ראיה תיחשב כרלוונטית. **אין בה די בהיותה רלוונטית כדי שהיא תוכשר לשמש כראיה במשפט (קבילה) מפני שבנוסף לרלוונטיות יש דרישה שאותה ראיה רלוונטית לא תיפסל ע"י אחד מכללי הפסילה של דיני הראיות.**

אותה ראיה שכשירה לבוא בביהמ"ש היא זאת שרלוונטית וקבילה ושלא נפסלה באחד בכללי הפסילה.

מה קורה לאחר שהראיה היא קבילה ונתקבלה בביהמ"ש?

ביהמ"ש מקבל ראיות קבילות מכל צד בסכסוך, הוא צריך להעריך אותן: מה משמעויות העדויות האלו? ביהמ"ש יצטרך להחליט למי מהעדים שהוא שמע הוא מאמין. על יסוד מה? אלו כלים יש לביהמ"ש כדי להיות מסוגל להחליט מי מבין העדים מהימן בפניו?

אם אין עדים ישירים בד"כ יש ראיות נסיבתיות, כמו במקרה אונס.

עדות כבושה = אדם שמר, כבש את העדות ולא סיפר, "כובש את עדותו" – ההנחה היא שיש לו סיבה לעשות זאת, שהוא לא דובר אמת אבל לא כך בעבירות מין. אישה שנפגעת בעבירת מין לא ממחרת לגשת למשטרה לתת עדות וגם לא ממחרת לגשת לאותן רשויות שעוזרות לנשים במצב כזה, הסיבה העיקרית לכך היא בושה. לא ניתן לפסול עדות של המתלוננת רק בגלל שהתעוררה אחרי מס' שנים והחליטה לספר מה שקרה.

אישה שנאנסה בתור קטינה ע"י בני ביתה בביתה, יכולה להגיש תלונה באיחור של 28 שנים ואם היא נאנסה ע"י מי שאינו מהמשפחה מאז שהיא בת 18 יש התיישנות של 20 שנה. סעיף 354 לחוק העונשין – סייג להתיישנות עבירות מין בקטין – (א) בעבירות המנויות בסעיף קטן זה, שנעברו בקטין, יחל מנין תקופת ההתיישנות ביום שמלאו לו עשרים ושמונה שנים; ואולם אם חלפו עשר שנים מיום ביצוע העבירה – לא יוגש כתב אישום אלא באישור היועץ המשפטי לממשלה –

(1) עבירה לפי סעיף 351;

(2) עבירה שעבר האחראי על הקטין כהגדרת "אחראי על קטין או חסר ישע" בסעיף 368א והוא אינו בן משפחה כהגדרת "בן משפחה" בסעיף 351(ה) והיא אחת מן העבירות הבאות:

(א) אינוס – לפי סעיף 345;

(ב) בעילה אסורה בהסכמה – לפי סעיף 346(א);

(ג) מעשה סדום – לפי סעיף 347(א) או (ב);

(תיקון מס' 61 תשס"א-2001)

(ד) מעשה מגונה – לפי סעיף 348(א), (ב), (ג) או (ד);

פרקי ההתיישנות בתוך המשפחה. בעבר עבירות מין היו כמו עבירות פשע- ההתיישנות עליהן הייתה 10 שנים.

מהימנות

איך ביהמ"ש יודע לקבוע למי להאמין?

סעיף 53 לפקודת הראיות- משקלה של עדות- "ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם ענין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט".

איך שופט שאינו בוחן כליות ולב אלא כאדם רגיל יכול להחליט? הוא מקשיב לסיפור למרות שלפעמים הוא לא מתקבל על הדעת. זוהי אבן הבוחן, ניסיון החיים של השופט להעביר את הסיפור במבחן ולהבין אם זה סביר. ניסיון החיים של השופט לאחר ששומע את שני הצדדים צריך להכריע מי מבין שני הצדדים דובר אמת.

למשל במקרה של אונס: המחלוקת היא בזיהוי, האם הנאנסת צדקה בכך שהצביעה על אותו נאשם אם האנס לא היה מוכר לה לפני. דיני הראיות קובעים איך מזהים אדם שהוא חשוד: עפ"י תמונות, מסדר זיהוי, מסדר חי. עכשיו השאלה היא האם ייתכן שהנאנסת טעתה או לא?

הפרובלמטיות היא אונס בין בני זוג שבאותו מקרה ספציפי היא לא רצתה. הבעיה היא להכריע האם היא באמת לא רצתה. אין מחלוקת על הבעילה אלא האם נתנה הסכמתה החופשית או לא. השופט מחליט עפ"י התרשמות, למשל למה אותה בחורה תקום באותו בוקר ותחליט שהיא נאנסה, האם יש מניעים אחרים, האם זו לא עדות שבאמת היא דוברת אמת או אולי ההפך, אולי יש הסבר לנכס. לשופט יש דרך מילוט כשהוא לא יודע להחליט ולא

בטוח מה קרה, הוא לא שולל מה שהנאנסת אומרת אך מצד שני לא יכול לדחות את דבריו של הנאשם. די באמירה שיש לו ספק האם הדבר קרה כדי לפטור, לתת זיכוי.

משקל ראיות:

כדי שביהמ"ש יעריך את העדויות שבאו בפניו, השאלה היא מה ביהמ"ש לומד מכך או איזה משקל הוא צריך לתת לאותה ראיה? כדי להגיע לעובדות, הוא צריך לעבור את הראיות שיהיו קבילות, כשרות, מהימנות ומשקל שיקבע לגביהן. לאחר מכן הוא כותב את הכרעת הדין, את העובדות, מהן העובדות שהוא קובע. ישנם כללי פסילה שהתפתחו בפסיקה וחלקם נכנסו לחוקים.

כלל הפסילה שפוסל עדות שמיעה: עדות יכולה להיות קבילה אם אדם שמע משהו שהוא רלוונטי לקיום העובדות. העדות הזו תיפסל כאשר זו עדות שנקראת **עדות שמועה**, זו אותה עדות שהעד שמתבקש לספר עליה לא יכול מידיעתו האישית לאשר ולאמת את האמת מאותם דברים. הוא מקבל את הסיפור הזה, הוא לא היה במקום ההתרחשות ומה שהיה הוא שמע מפי אדם שהיה שם. מה שנאמר לו, מביאים אותו כעד ואומרים לו לספר מה קרה באירוע, הוא לא היה שם אבל סיפרו לו מה קרה שם. זו עדות שמועה כי הוא עצמו ששמע את הסיפור הוא לא יכול לאשר לבימ"ש שמה ששמע זה בדיוק מה שקרה שם ולכן הוא לא יכול לאמת את זה. עדות שמועה לא נפסלת בגלל היותה לא רלוונטית. בהרבה מקרים זה כן רלוונטי, זה נותן משנה תוקף לבימ"ש, אינדיקציה שזה נכון. במשפט האנגלי החליטו שלמרות שהעדויות רלוונטיות היא תיפסל- זהו כלל שנוצר לפני למעלה מ-300 שנה במשפט האנגלי. האנגלים חששו מאוד שכאשר ירשו לשומע לספר את סיפורו בפני המושבעים (12 המושבעים) בגלל שהיותם לא מקצועיים יטעו ויחשבו שאותו אדם ששמע לא ימציא להם סיפור ויש לתת בו אמון ולכן ניתן לטעות ולהטעות. **נימוקים נוספים לפסילת עדות שמועה:** לא ניתן לחקור אדם על מידת המהימנות של הדברים שהוא אומר כי הוא לא היה שם. בנוסף, מי ששמיע את הדברים לא משמיע אותם תחת אזהרה או תחת שבועה שזה מאוד חשוב. לכן, האנגלים קבעו שניתן לפסול עדות שמועה למרות שלפעמים היא רלוונטית מפני שבד"כ באותה עדות שמועה טמון חשש של הטעיית מחשבתם של המושבעים. האנגלים למדו שעדות השמועה היא העדות היחידה שבנמצא שניתן להשמיע ואם לא יורשה להשמיע אותה אין כל אפשרות לדעת מה קרה באותו עניין. **כך נולד מצד אחד הכלל הפוסל עדות שמיעה ומצד שני האנגלים קבעו לו חריגים לכלל הפסילה.** ישנם 31 חריגים בסעיף 800 ויש עוד סעיף סל, **שאם לא מצאת תשובה מוסמכים להשתמש בעדות שמועה.** הכלל היוצר עדות שמועה נועד להגן על המושבעים. בישראל לא צריכים את זה אבל יש נוהג כזה בארץ, קלטנו את זה והוא השתרש. העליון אומר שהוא לא צריך את הכלל הפוסל עדות שמועה, הוא יכול היה לקבל את כל עדויות השמועה ולהתייחס אליהן במקצועיות אבל הכלל הזה השתרש ואין אפשרות לפסול אותו. הוא קורא למחוקק שהוא יתערב כדי לפסול את הכלל. אין התערבות של החקיקה, **ביהמ"ש לא פוסל את הכלל אלא מרחיב את החריגים הקיימים** מעבר למספרם ומעבר לגבולות שלהם. זה הפיתוח התורתי של המשפט המקובל הישראלי. במקום הפסיקה האנגלית יש משפט מקובל ישראלי.

החריג הבא: אמרות נפטרות בתוכן יש שני חלקים:

1. אמרת נפטר בניגוד לאינטרס הרכושי שלו.
2. אמרות נפטר במילוי תפקיד.

הנחת העבודה של האנגלים שאם לא נקבל את אמרות הנפטרים באמצעות מישהו ששמע את זה, אם לא נקבל את עדות השמועה לא נוכל לפתור סכסוך.

גם לגבי אותו נפטר שמילא תפקיד ובמסגרת מילוי תפקיד מילא דו"ח והוא חשוב לצורך פיתרון הסכסוך.

**** לקרוא בקשר לאמרות נפטרים בסילבוס.

המשך-3. רלוונטיות, קבילות וכללי פסילה:**אמרות נפטרים**

המשותף לחריגים שכולם נוצרו תוך אילוץ כי הפסיקה לא יכלה לעמוד מול הכלל ולקיים את דיני הראיות. מעבר לאילוץ הראיות שמתקבלות כחריג הבדיקה שלהן מלמדת שאלו לא ראיות שבאמת צריך לחשוך בהן ומי שיצר אותן לא התכוון לשקר ולכן יש אמינות בהן. האמינות מביאה את המשפט האנגלי לאפשר החרגת ראיות. כיום לאחר שנים שהחריג נוצר, אנו יודעים לספור את מה שכתוב בחוק האמריקאי שאלו 39 חריגים. המשפט האמריקאי מוסיף סעיף סל ואומר שאם לא מצאנו חריג ניתן להמשיך לפתח את החריגים אם זה נכון וזה צודק. **המגמה היא להרחיב את מס' החריגים וככל שמחריגים יותר הכלל עצמו מצטמצם.** השיטה נוצרה כדי לא להטעות מושבעים אבל אצלנו אין מושבעים אז למה לא מבטלים את הכלל הפוסל עדות שמועה? בתיהמ"ש גם אם הם חושבים שכלל מסוים אינו נכון הם אומרים שחיים עם זה שנים וציבור עורכי הדין התרגל לזה ולכן לא ניתן לבטל את הכלל, מי שאם כבר יוכל לבטל אותו זה המחוקק שלא הוא יצר את המשפט המקובל. ביהמ"ש לא מבטל את הכלל אלא ממשיך לפתח חריגים.

ראוי לצמצם ככל שאפשר את כללי הפסילה במשפט כדי לאפשר לשופטים לקבל את מירב הראיות והם יחליטו לגבי משקל הראיות. **המגמה של מעבר מכללי פסילה לכללי משקל יש לבדוק את המשך פיתוח החריגים.**

יש קטגוריות שהמשפט האנגלי פיתח באמרות נפטרים:

אמרת נפטר הנוגדת את האינטרס הרכושי שלו:

1. **התנאי הראשון- שהאדם נפטר-** בחייו של הנפטר, השומע שמע מהנפטר את אותה אמרה שאנחנו רוצים לשמוע ואותו אחד ששמע- נשמע את האמרה ממנו. יוצרים ככה חריג.
2. **התנאי השני- שהאמרה הייתה בניגוד לאינטרס הכספי או הרכושי של הנפטר בשעת האמירה-** ההנחה היא שאדם רציונלי, נורמלי לא יצהיר נגד האינטרס של עצמו. למשל: אדם לא יודה שהוא חייב כסף אם הוא לא חייב כסף ואם הוא מודה בזה כנראה שיש דברים בגו. בוחנים את האמינות כרגע רק במישור הקבילות.
3. **התנאי השלישי- הנפטר היה אמור לדעת כי האמרה היא אכן בניגוד לעניינו הכספי-** כיוון שכך הוא מוריש חוב לאלו שיורשים אותו.
4. **התנאי הרביעי- מבקשים שתהיה לו ידיעה אישית על אותו אינטרס רכושי-** העניין של ידיעה אישית הוא מרוכך כי אדם לא תמיד יודע לנהל את עניינו לבד אלא נעזר באנשי מקצוע.

אמרת נפטר במילוי תפקידו:

גם כאן מדובר במצב בו אדם בחייו מילא תפקיד בחייו בין אם מכוח חוזה עבודה או מכוח הוראת דין שזכיתי במכרז מסוים ואני ממלא תפקיד כדן. אדם שממלא תפקיד וחלק מהתפקיד שלו זה לערוך או לתעד פעולות מסוימות, פעולות שחוזרות על עצמן. הנחת העבודה שאדם שממלא תפקיד ומתעד את תפקידו כחלק משגרת הדברים לא ניתן לחשוך בדיווחים של אדם כזה שהם כוזבים אלא אם יש לנו סיבה מיוחדת לחשוך מראש באותו אדם. **אותו אדם שממלא תפקיד יש לו את חזקת הכשרות, הוא נראה לנו אמין ואין סיבה לחשוך בו.** אנחנו צריכים לקבל את אותו אדם שמשמיע תיעוד אחר למרות שהוא לא זה שיצר אותו אלא רק שמע ולכן זו עדות שמועה.

התנאים:

1. קיומה של חובה לפעול ולדווח- יכולה להיות חובה חוזית או סטטוטורית.
2. מדובר בפעולה שכבר בוצעה בעבר והסתיימה.
3. האמרה נמסרה בו זמנית לפעולה או בסמוך לה.

נושא תג של אמינות- מי שכתב את האמרה עשה אותה בסמוך לפעולה כי אם יש זמן גדול, פער בין הזמנים החשש הוא שאדם לא יזכור מה קרה בדיוק לפני כמה חודשים והתיעוד לא יהיה מדויק.

ברור שאם זה תיעוד רחוק מהזמן זה לא יתקבל.

4. סיבה לחשוד מראש שהאמרה הזו נוצרה על מנת להוליך שולל, על מנת לדווח כזב- כאילו היה מניע לעושה הפעולה לדווח משהו שקרי.

הרחבת אמרות נפטרים מעבר לגבולות כפי שמוכר לנו במשפט המקובל:

פס"ד ברנשטיין נ' היועמ"ש- מדובר באישה ערירית חולת סרטן שאושפזה בבי"ח סיעודי שאין לה קרובי משפחה, מי שסעדו אותה היו שכנים (אבא ובן) שהמשיכו לסעוד אותה בביה"ח. לקראת סוף חייה הוחתמה האישה ע"י האבא על צוואה שם לפי הכתוב היא מורישה את כל רכושה לאבא המבוגר שסעד אותה. המצב שלה היה קשה שלא הייתה מסוגלת לתקשר עם המחתמיים אותה לכן החתימו אותה בחתימת דיו, בתביעת אצבע. לאחר שנפטרה הגיש האבא הסועד לביהמ"ש השלום בקשה ליתן צו לקיום צוואה. לשם כך חייבת התייחסות של האפוטרופוס הכללי שהוא ממונה על נכסים של אנשים חסויים או של אנשים במצב כזה. האפוטרופוס התנגד מיד ואמר שאין לאשר את הבקשה כי יש חשש שהאישה לא הייתה במצב מנטלי של יכולת להבין ולאשר מה שעשתה. בנוסף, גם האב השכן היה בפני עצמו צריך לפסול את הצוואה רק בגלל זה ובנוסף, מי שהיה נוגע בדבר זה עורכי הצוואה בעצמם שלפי חוק הצוואות זה אסור. כדי להעיד על מצבה הבריאותי, הנפשי והפיזי של אותה אישה ביקשו להעיד את הרופאה שטיפלה בה כדי שתעיד מה מצבה עובר פטירתה, דא עקא הרופאה ירדה מהארץ. היא סירבה להגיע לעדות. הגיעו למסקנה שלא ניתן לכפות עליה להגיע. ניסו להעיד במקומה את מנהלת המחלקה שהייתה ממונה על הרופאה שתביא את התיק הרפואי ותעיד מה קרה שם. מנהלת המחלקה לא יכולה להעיד כי מה שתעיד זו עדות שמועה. ההתנגדות העיקרית היא שמנהלת המחלקה לא יכולה להעיד כי זו עדות שמועה. לפי המשפט האנגלי המקורי לא ניתן לקבל את העדות הזו, לא מדובר בתנאים של אמרת נפטר וכעת ביהמ"ש נאלץ להתמודד במצב בו לפי החרגיים העיקריים לא ניתן להעיד אותה. ביהמ"ש החליט לקבוע שחרף העובדה שמדובר באדם שלא שמע את האמרה בעצמו אלא לגביו זו עדות שמיעה מובהקת, הוא לא יכול לאשר שזה היה המצב. בזמן שהחתימו אותה על הצוואה היא לקחה תרופות מטשטשות שבעצם ערפלו וטמטמו את יכולתה להבין ולהתמצא. לא התקיים התנאי של כשירותו של אדם למתן צוואה. **ברנשטיין אמר בכל זאת שביהמ"ש הישראלי מאשר לקבל את האמרה הזו בתנאי שאותו אדם שהיה אמור למסור את האמרה לא יכול להגיע להעיד.**

פס"ד ז'אפר נ' מד"י- שוד בנק בבנק הפועלים בקפלן בצהרי היום בכפ"ס. אישה עוברת ומבחינה במכונית שעוצרת ליד הבנק ויש אנשים שרצים לכיוון הבנק, הלכה לטלפון הציבורי והתקשרה למשטרה ואמרה שיש שוד. היומנאי כתב בפנקס את מה שהיא אמרה לו והוא שכח לשאול מי היא. מצאו במכונית תביעת אצבעות וחפצים של השודדים. ניתן היה לתפוס אותם רק בעזרת הראיות הפורנזיות הללו. התביעה ביקשה להעיד את היומנאי על מה ששמע מאותה אישה אלמונית על מנת שנלמד שבאמת היה שוד. הסנגורים קמו והתנגדו וטענו שזו עדות שמועה כי היומנאי לא יכול לאשר את עדות הדברים ששמע מהאישה. **הש' דורנר יצרה חריג נוסף שאם אכן מדובר בדיעתו של אדם שהיה עד במעשה עבירה, שהשוד הוא מעשה עבירה ניתן לקבל את עדותו גם אם הוא איננו ולא ניתן להביאו לביהמ"ש ובלבד שאכן ניתן להוכיח שהוא באמת לא זמין. התנאי למסירת אמרה של אדם שהיה עד למעשה עבירה זה שהוא עצמו יבוא ויעיד במשפט. אם הוא לא יוכל להגיע ניתן לקבל את האמרה.**

חריג GESTAE RES - עצם העניין:

גם כאן כמו במקרה של אמרות נפטרים יש כמה קטגוריות תחת הנושא הזה :

חריג מס' 1 לרסט גסטה- אמרה המלווה ומסגירה מעשה רלוונטי:

הרעיון הוא שנעשה מעשה ולא ניתן לפרש אותו ומי שעשה את המעשה גם ליווה את המעשה הזה באמירה. למעשה האמירה הזו שמלווה את המעשה יכולה להאיר ולהסביר מה בעצם המעשה.

ע"א 6/51 קירשבאום נ' קרויניק- מדובר במקרה שאירע בזמן שהגרמנים פלשו לצ'כיה שהייתה תחת הכיבוש הגרמני. בזמן הזה נמצא אדם ששלח כסף לאחיו דרך התובע. הוא שלח שני מכתבים שמשמע מהם ששלח כסף וששלח אותו לאחיו. התובע כדי להוכיח שהכסף היה מיועד לו הוא ביקש להושיט ולהסתמך על שני המכתבים שאחיו שלח. מדובר בעדות שמיעה כי הוא לא יכול לאשר את אמיתות הדברים שכתובים במכתב. בעל המכתב נספה בשואה. ביהמ"ש היה מוכן לקבל את המכתבים כחריג של ה"רס גסטה". מכתבים שיש בהם אמרה המלווה ומסבירה את אותו המעשה- משלוח הכסף. זה אומר שאני שולח כסף, שולח מתנה לאחי. יש בה יכולת להסביר את אותה התנהגות.

ה"רס גסטה"=

יש אמרה ספונטנית שנאמרה בו זמנית עם האירוע על רקע אירוע מרגש. המטרה היא להכשיר אמרות של אנשים שראו אירוע לא צפוי, מרגש, דרמטי ואז באופן ספונטני הם מגיבים על אותו אירוע. אדם שמגיב ככה יש לקבל את דבריו בין שהאדם הזה שאמר את הדברים מגיע כעת כעד לביהמ"ש ובין אם לאו. אם הוא מגיע כעת למה צריך לשמוע עדות ממישהו אחר? יש ערך לכך שביהמ"ש שמע מפי אדם מה האדם אמר באותו המקרה כדי שיוכל להחליט מה קרה.

חריג מס' 2 לרסט גסטה- אמרה ספונטנית:

המשפט האנגלי מיישם אמרה ספונטנית, דוג':

פס"ד הר נ' פוסטר- 1834- אדם מואשם בדריסת אחר למוות. דריסת אדם ע"י כרכרה. סמוך לאחר התאונה פלוני חש לעזרתו של הקורבן ומספיק לשמוע ממנו תיאור של מה שפגע בו. הוא אפיין את הכרכרה והמשטרה מאתרת את הכרכרה. המשטרה רוצה להביע את פלוני אבל לגביו זו עדות שמיעה, אי אפשר להכשיר נגד אמרת נפטר. מדובר ברסט גסטה- אמרה ספונטנית, הקורבן אומר במקום התאונה אמרה ספונטנית. הוא משמיע לפלוני שחש לעזרתו את התיאור של מי שפגע בו. אמר זאת באופן נרגש. **לכן קבע ביהמ"ש שיש לקבל זאת.**

1952- תביעת פיצויים נגד מעביד בשל תאונת עבודה, בה מצא עובד את מותו. נתקבלה עדות על אמרה של אותו עובד של המנוח, שנשמע אומר מיד לאחר התאונה "לא הייתי צריך לעשות זאת" יש פה הודאה מטעמו של הנפגע שהוא תרם או גרם לתאונה הזו.

לעומת זאת, אמרות שלא נתקבלו ולא עמדו במבחן הזה של ספונטניות ובו זמנית לאירוע:

1979, הר נ' בדנפילד- אדם הועמד לדין באשמת רצח ע"י שיסוף גרונה של אשתו. רוצים להשמיע עדות של עדה שראתה את המנוחה, האישה המנוחה עוד מספיקה לפלוט לאישה "ראי מה הבעל שלי עשה לי". ביהמ"ש דוחה את הבקשה לא בגלל שזה לא ספונטני ועל רקע מרגש, אלא משום שלא נאמרה בו זמנית לאירוע.

פס"ד טפר נ' הר- אדם מואשם בהצתת העסק שלו בשביל לתבוע את חברת הביטוח. אז לאדם היה מותר להצית את הרכוש שלו כל עוד הוא לא פוגע ברכוש של אחר. המחוקק ביטל את האפשרות להצתה וכיום אין את החלוקה של הצתת רכוש שלו או הצתת רכוש של אחר. יש עבירת הצתה על כל הצתה. כעבור זמן מה מישהי רואה את הבעלים שהצית נכנס לאוטו שלו כשהעסק בוער והוא עוזב את המקום. מי ששמע את זה זה איש משטרה ששמע

את זה מאותה אישה. התביעה מבקשת להעיד את השוטר על מה ששמע מהאישה. ביהמ"ש קיבל את ההתנגדות כי לא הייתה אמרה שנאמרה במקביל או בסמוך אלא לאחר 30 דק'. למרות שהאמרה היא ספונטנית היא לא קרובה לאירוע. היום לו היה קורה הדבר בארץ היו מקבלים את האמרה ע"י הרחבת החרג.

שיעור הבא - הריגים הסטוטוריים:

סעיף 9 לפקודת הראיות-

סעיף 10- קורבן למעשי אלימות.

18/11/18

שיעור חמישי

-המשך-3. רלוונטיות, קבילות וכללי פסילה:

-המשך- חריג RES GESTAE - עצם העניין:

אין התניה שהאמרה תתקבל בתנאי שנותן האמרה יבוא לביהמ"ש להעיד אלא היא יכולה להתקיים בשני תנאים: שאומר האמרה אומר זאת לא בכותלי ביהמ"ש והאמרה עומדת כראיה בפני עצמה או שהוא מגיע לביהמ"ש ואומר את זה פיזית.

האמרה הספונטנית היא החוויה הפנימית של האדם כמו שאדם יהיה עד לתאונת הולך רגל, שיגיד – "תראו את המשוגע הזה, הוא עומד לדרוס אותי". האמרה הזו חשובה ללב המשפט כדי להבין מה קרה שם. באמירה הזו יש ביטוי לאותה ספונטניות שמחפשים אחריה. האמרה לא מתוכננת אלא זו תגובה ספונטנית.

בפס"ד ז'אפר- ברסט גסטה לפי המשפט האנגלי אין להתנות קבלתה של אמרה כזו בכך שנותן האמרה יגיע להעיד בביהמ"ש. האמרה תתקבל בין שהנותן הגיע להעיד ובין שלא.

חריג מס' 3 לרסט גסטה: החריג הנפשי:

אם מצב נפשי רלוונטי להוכחת אותה עובדה שטעונה הוכחה ששנויה במחלוקת כי אז אמרה מפי אדם על מצבו הנפשי ובלבד שהנסיבות הן כאלו שניתן לשלול כוונה לסלף את המציאות הרי אותה אמרה תהיה קבילה. הכוונה היא לאפשר הכנסתה של אמרה של אדם שמעיד על מצבו הנפשי בזמן מסוים בעבר ואם המצב הנפשי הזה הוא אחת מהמחלוקות במשפט- המשפט האנגלי איפשר ברסט גסטה להביא את אותה אמרה.

המשפט האמריקאי אימת את זה ע"י דוגמאות, למשל: אדם שמביא מניע, במשפט פלילי זה אחד הדברים הכי חשובים כי זהו ההסבר הכי טוב למה אותו אדם יעשה את הדבר הזה. כשהשופטים בוחנים האם זה הגיוני להאשים בעבירה מסוימת הם מחפשים את המניע. אם אין מניע ניתן להרשיע אבל קשה יותר. אם אדם מעיד על המניע שלו זו עובדה רלוונטית וחשובה שאמורה להתקבל כראיה אם מי שאומר אותה אמר אותה בעבר ואמר אותה בנסיבות שלא צריך לחשוש שהוא תכנן את מה שאמר. אפשרות אחרת היא תכנון שאדם מדבר על תוכנית פעולה שיש לו. **המשפט האנגלי מאפשר קבלת האמרה אם זה עוזר למשפט להבין את העובדות.**

ביהמ"ש יחפש את המניע כדי שבאמצעותו הוא ישתכנע אם הראיות הגיוניות או לא הגיוניות. גם בלי מניע, אם יש ראיות חזקות מעבר לספק סביר שאדם מסוים ביצע עבירה ביהמ"ש אנוס, חייב להרשיע.

פס"ד- אדם שירה בשכנו למוות ואין לכך הסבר- לא היה סכסוך שידעו עליו- ביהמ"ש אמר בערעור על ההרשעה, שכדי שזה ייחשב לרצח צריכה להיות כוונה. העליון אמר שגם אם לא הצלחנו לפענח מהו המניע אין בכך כדי לשלול את החובה להרשיע את האדם אם יש ראיות מעל לכל ספק סביר. מניע הוא חשוב, ברוב המקרים הוא נמצא אבל יש מקרים שהוא לא נמצא, כלומר התביעה לא הצליחה לחשוף את המניע אבל הראיות כ"כ חזקות שיש להרשיע.

המניע הוא לא חלק מיסודות העבירה. המניע זה למה האדם הגיע למעשה הזה, מה הניע אותו.

חריג מס' 4 לרסט גסטה- מצב גופני:

המצב הגופני של האדם בעבר רלוונטי למחלוקת שדנים בה בבימ"ש ואם המצב הגופני רלוונטי הרי אמרתו של אותו אדם על אותו מצב באשר לתכונותיו הגופניות יכולות להתקבל כאמרה קבילה כאשר אותה תחושה גופנית שהרגיש אותו אדם יכולה להיות למשל: כאשר אדם מתלונן על כאב שהוא חש באותו אירוע מסוים. השאלה למה אותו אירוע גרם? לאותו כאב בלתי נסבל. כדי להוכיח שהאיש לא המציא עכשיו את הכאב הפיזי אלא שזה קרה בעבר וכבר אז הוא התלונן עליו יש את חריג התחושה הגופנית וזה כשאדם ניגש לרופא להיבדק והרופא חוקר אותו על תחושות במסגרת האמנה שלו: מה הוא חש כיום ומה לא בסדר היום. התחושות של היום גורמות לרופא להיות מסוגל להבין טוב יותר מאיפה זה בא. כשמדובר על תחושות עכשוויות זה לא היה מתקבל במסגרת הרסט גסטה אבל אם התחושות העכשוויות בטיפול רפואי הדבר יתקבל כחריג לחריג. אם אותו אדם בא לרופא לא כדי לקבל טיפול אלא כדי להתייעץ איתו ולקבל חוות דעת רפואית על אותה בעיה רפואית כי הוא מגיש תביעה בבימ"ש והוא צריך שהרופא יתמוך בו ביהמ"ש אומר שיש לחשוד בו שהאמירות שלו על תחושותיו העכשוויות או תחושותיו מהעבר לא אמיתיות.

בעבר סיפור הכאבים לאדם אחר זה היה מתקבל. למשל אדם שקיבל מכות נמרצות ומתלונן במקום בפני חברים הוא מובהל לחדר מיון ובהזדמנות הראשונה שהרופא ניגש אליו ורוצה לדעת איך לטפל בו הוא שואל מה מקור החבלות והפצוע מספר לו איך זה קרה ומה תחושותיו הגופניות-זו אמרה קבילה. לעומת זאת אם לאחר שיצא מביהמ"ש ניגש לרופא לקבל חוות דעת כדי לתבוע את המזיק, את המרביץ בפיצויים ולצורך חוות הדעת הרופא שואל אותו ופותח את התיק הרפואי שלו, המשפט לא מקבל את האמרה הזו אבל פקודת הראיות מאפשרת הגשת חוות דעת רפואית אם אדם פועל נכון, אם באמת מדובר ברופא מומחה שמוסמך לתת חוות דעת אז **חוות הדעת מתקבלת לא לפי הרסט גסטה אלא לפי פקודת הראיות.**

גם במשפט הפלילי וגם במשפט האזרחי ניתן להגיש את חוות הדעת **שזו עדות סברה** כי הרופא לא היה במקום התקרית, לא היה עד לדברים שהתרחשו ומה שהוא אומר זו סברה מבחינתו איך בעצם צריך להבין את הפגיעה הזו וממה היא נגרמה. **עדות רופא ועדות מומחה זו עדות סברה.** הסברה היא ממה האדם סבל, האמצעים ממנו האדם סבל יכולים להתקשר לעניין שביהמ"ש בודק. מקבלים את העדות של הרופא או של המומחה למרות שזו עדות סברה. לעומת זאת **מומחה שמגיע לבימ"ש לתת את הסברה שלו היא מתקבלת כחריג.**

החריגים הסטטוטוריים לכלל של עדות שמיעה מתוך החקיקה:

החליטו לקחת את החריגים כחלק מהחוק ולאחד אותם לסעיפי החוק.

אמרת עד בעת ביצוע עבירה:

החריג בסעיף 9 לפקודת הראיות- אמרת עד בעת ביצוע עבירה- "עדות על אמרה שנאמרה בשעה שנעשה, לפי הטענה, מעשה עבירה, או בסמוך לפניו או לאחריו, והאמרה נוגעת במישרין לעובדה השייכת לעניין, תהא קבילה אם אמר אותה אדם שהוא עצמו עד במשפט".

מצד אחד לוקח המחוקק את העיקרון שנשאב מהרסט גסטה האנגלי אבל בניגוד למשפט האנגלי שלא דורש את התייצבותו של בעל אמרה כתנאי לקבלת האמרה **הסעיף 9 דורש התייצבות כתנאי**. אחד החריגים שנלקחו מהרסט גסטה הוא ספונטניות ואירוע מרגש. הנחת המחוקק היא שאמרה שאומר עד שהוא עד למעשה עבירה בד"כ האמרה הזו נושאת על פניה תג של אמינות כי מעשה עבירה זה דבר לא צפוי ולא מתוכנן ודבר שאדם עד לו- לגבי העד זה מעשה חריג ואם הוא מתבטא באופן ספונטני על רקע המעשה הזה המחוקק אומר שכמו שהוא קיבל את יתר האמרות הספונטניות כאמירות גם מעשה כזה נחשב לאמרה אותנטית, מה העד ראה, מה הוא הרגיש כאשר הוא עד למעשה עבירה.

העיקרון בדיני ראיות שהצדדים יכולים להסכים על הראיות ואין צורך להוכיח אותן. אין צורך להטריח את בימ"ש שישמע אותן. מה שאי אפשר לעשות זה להגיש אמרה רק כדי להוכיח שהיא קבילה, שלא אילצו את העד לומר זאת אבל אין טענות על כך שהאמרה נתקבלה אלא יש טענות אם העד דייק במה שאמר שם או לא. אם יש הסתייגות לאחד הצדדים על מה שכתוב באמרה לא ניתן להגיש אותה. ניתן להגיש את האמרה בלי העד רק אם שני הצדדים מסכימים שמה שאמר העד זו אמת ואלה העובדות.

יש כמה תנאים נוספים בסעיף 9 שחייבים להתקיים על מנת שאמרת העד תתקבל:

זה לגבי מתי האמרה התקבלה, אם האמרה היא ספונטנית והוא מגיב בו זמנית לאירוע שהתרחש זה מתקבל. הבעיה היא שני הביטויים שמתייחסים לאמרה שבסמוך לפניו או בסמוך אחריו (לפני או אחרי האירוע). כאן נשאל העליון יותר מפעם אחת איך צריך לפרש את זה. לפניו/ לאחריו צריכים להיות צמודים לאותה ספונטניות שאנחנו מחפשים אחריה. אם עבר זמן ואדם יצא תחת הרושם הראשוני של מה שקרה למשל: יורים באדם, פוצעים אותו וכעת מגיע האמבולנס שלוקח אותו לביה"ח. עובר זמן של 30 דק' מזמן הפגיעה עד ההגעה לביה"ח. הרופא המטפל שומע מהפצוע לראשונה מה קרה, פגע בו אדם מכיוון שהנפגע סירב להיפרד מאחותו. נשאלת השאלה האם האמרה שהוא מספר לרופא היא אמרתו של עד לעבירה שנאמרה בסמוך לעבירה? אמנם אין למדוד את סמיכות הזמנים באופן מדויק אבל במימד העקרוני מדובר במצב בו אדם עדיין נתון תחת רושם של מה שעבר, של אותה טראומה וחוויה. ביהמ"ש כן קיבל את הזמן.

לעומת זאת, במקרה בו חלפה תקופה של שעה ביהמ"ש העליון אמר ששעה אחרי מקרה שלא בטוחים כמה האדם היה תחת השפעה של המקרה זה הרבה זמן. שעה זה זמן שאדם יכול היה לתכנן ולכלכל את דבריו ואז למעשה העליון אמר ששעה זה זמן ארוך שאי אפשר לכוונת אותו "בסמוך לאחריו" אך ביהמ"ש נזהר מאוד לא להפוך את העניין לטכני מדי. למשל אם מוכיחים לביהמ"ש שהאדם היה צמח והתעורר לראשונה שנה אחרי האירוע ומיד כשהוא מתעורר הוא מספר מה שקרה. זו שנה שבה האיש לא הפסיק להיות תחת רושם האירוע. לאדם לא הייתה הזדמנות להתבטא ואיך שפקח עיניו סיפר. **המבחן של ביהמ"ש הוא מבחן ההשפעה- האם האדם היה עדיין תחת ההשפעה של האירוע.**

המשפט המקובל הישראלי מפתח את ההלכה מעבר לגבולות סעיף 9 או מפתח בעצמו חריגים נוספים לכלל הפוסל עדות שמועה:

פס"ד ז'עפר- המקרה של שוד לאור היום בכפ"ס. האישה שהתקשרה למשטרה לא אותרה.

הש' דליה דורנר לפי חוק הראיות הפדרלי אומרת שנקבע שאם לא ניתן להביא את העד הרי שאפשר לקבל את העדות של העד. התנאי הוא שבימ"ש ישוכנע שהעד איננו, שלא ניתן לקבל את האמרה. אם הוא ישנו אפשר כאמור להכניס את האמרה שלו גם באמצעות אדם ששמע את האמרה בזמן שהעד נתן אותה, בזמן ביצוע העבירה ובנוסף

אותה אמרה עכשיו יכולה להתקבל ע"י אותו אדם עצמו. יש שתי מערכות עדויות: אחת שניתנה באמצעות צד ג' ואחת שניתנה באמצעות האדם עצמו.

חריג- אמרתו של קורבן למעשה אלימות:

החריג הקבוע בסעיף 10- אמרתו של קורבן למעשה אלימות-

***לקרוא אמרתו של קורבן למעשה אלימות

25/11/18

שיעור שישי

-המשך-3. רלוונטיות, קבילות וכללי פסילה:

חריג- אמרתו של קורבן למעשה אלימות:

קורבן אלימות הכוונה היא לזמן האלימות שנעשית כלפיו או בהזדמנות הראשונה שיש לו- לבטא את תחושותיו וסיפורו מי פגע בו ואיך- בדרך כלל זה סיפור נכון. זוהי אמת מפני שאדם שהוא קורבן למעשה אלימות האלימות נוחתת עליו וכתוצאה מכך הוא משמיע דברים באופן ספונטני.

סעיף 10א לפקודת הראיות- אמרת עד מחוץ לבית המשפט- (א) אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לבית המשפט תהיה קבילה כראיה בהליך פלילי אם נתקיימו אלה:

- (1) מתן האמרה הוכח במשפט;
- (2) נותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו;
- (3) העדות שונה, לדעת בית המשפט, מן האמרה בפרט מהותי, או העד מכחיש את תוכן האמרה או טוען כי אינו זוכר את תכנה.
- (ב) בית-המשפט רשאי לקבל אמרה כאמור בסעיף קטן (א) אף אם נותן האמרה איננו עד, בין משום שהוא מסרב להעיד או אינו מסוגל להעיד, ובין שלא ניתן להביאו לבית-המשפט משום שאינו בחיים או לא ניתן למצאו, ובלבד שבית-המשפט שוכנע שמנסיבות העניין עולה, כי אמצעי פסול שימש להניא או למנוע את נותן האמרה מלתת את העדות.
- (ג) בית המשפט רשאי לסמוך ממצאיו על אמרה שנתקבלה לפי סעיף זה, או על חלקה, והוא רשאי להעדיף את האמרה על עדותו של העד, והכל אם ראה לעשות כן לנוכח נסיבות העניין, לרבות נסיבות מתן האמרה, הראיות שהובאו במשפט, התנהגות העד במשפט ואותות האמת שנתגלו במהלך המשפט, והטעמים יירשמו.
- (ד) לא יורשע אדם על סמך אמרה שנתקבלה לפי סעיף זה אלא אם יש בחומר הראיות דבר לחיזוקה.

הסעיף הוא תרגום דיי מדויק של הסעיף המקביל לו שהיה קבוע בפקודת העדות המנדטורית. **יצירה מנדטורית בלבוש חדש ישראלי.**

הרישא- עדות על אמרה שאמר אדם שנעשה בו לפי הטענה מעשה אלימות והאמרה נוגעת לאותו מעשה, או לנסיבות לוואי שלו, תהא קבילה אף אם האדם שאמר אותה אינו נוכח כעד, ואף אין להביאו למשפט. בסעיף 9 התנאי שאותו

אדם ששמע אמרה מפי קורבן יבוא לבית המשפט להעיד. לעומת זאת, בסעיף 10א- אין צורך שהאדם ששמע אמרה מפי קורבן יגיע לבית המשפט.

מבחן ההזדמנות הראשונה:

קטגוריה ראשונה - מה אמר הקורבן בזמן המקרה?

קטגוריה שנייה - אם הוא בכל זאת ישנו, מה הוא אומר כעת בזמן שהוא בבית משפט?

ברגע שיש סתירה בין 2 הגרסאות, נחליט איזו מבין הגרסאות היא הגרסה הנכונה ביותר. הבדל נוסף - נוגע לעיתוי - סעיף 9, סעיף 10 - האמרה נאמרה בשעת מעשה האלימות או בסמוך לאחריו או שעה שיכל להתלונן עליו. החלק השלישי של מבחן ההזדמנות הראשונה לא מופיע בסעיף 9. בסעיף 9 יש בסמוך לפניו ובסעיף 10 אין. דברים שאמר אדם לפני שהפך להיות קורבן לאלימות. מה זה בסמוך אחריי או בהזדמנות ראשונה שהייתה לו להתלונן?

הסיבות למה אדם לא מגיע כעד לבית המשפט:

משום שהוא **נפטר**, ברור שאדם שהיה קורבן למעשה אלימות וכתוצאה מכך מצא את מותו - ברור שאי אפשר להביאו לעדות בבית משפט. או מפני שתשוש - איך מפרשים את המונח תשוש? המחוקק לא התכוון לתשישות פיזית, שהרי ניתן להמתין עד אשר אותו אדם יתאושש קרי, יקום מאותה תשישות ואז יוכל להגיע בעצמו לתת עדות בבית משפט. אם הוא תשוש במתקן רפואי - בית משפט יגיע למיטת חוליו, יגבה משם את העדות. ניתן להתגבר עליה בכך שבית המשפט יגיע אליו במקום שהוא יגיע לבית משפט. אז הכוונה **לתשישות נפשית** - מצב מנטלי, נפשי שבשל סיבות שונות הביאו את האדם להתנתק מסביבתו. אדם נסגר בתוך עצמו ומנתק מגע - זה יכול להיות כתוצאה מטראומה קשה. אי אפשר ליצור קשר - לכן לא יעזור שנביא את בית המשפט אליו. אם המוות הוא לא תולדה של האלימות - אז אי אפשר להכשיר עדות כי בהכשרה כזו אתה מונע מהנאשם להיות מסוגל לבדוק את האמת. אין עם מי לבדוק כי האדם איננו. חולה - אין לקבל את המונח כשפוטו, לא שבשל חוליו מרותק למיטת בית החולים, משום שאם הוא **חולה** - בית משפט יגיע אליו בהנחה שהוא מסוגל להבין ולהעיד. צריך קשר סיבתי, חולה בשל אותה אלימות שהופעלה כלפיו - הוא נכנס למצב של צמח. איבד את ההכרה וכעת הוא מוגדר על ידי הרפואה כצמח, מוחזק בחיים באמצעים מלאכותיים, מנותק הקשר עמו מבחינה תודעתית. אותה המחלה היא תולדה של האלימות שהופעלה כלפיו.

אדם שעוזב את הארץ - יש מצב בו אדם שנמצא מחוץ לישראל ולישראל אין שליטה ואין יכולת חוקית לכפות על אותו אדם מתן עדות שם או פה בישראל. גם כאן יש קשר סיבתי - הוא עזב את הארץ באותו מקרה בקשר לאותה אלימות שביצעו בו.

המחוקק מונה את הסיבות למה אותו אדם לא מגיע להעיד. המחוקק לא בהכרח צפה את כל המקרים בהם אדם לא יהיה עד במשפט מעבר לסיבות שהוא מונה בסעיף הזה. כדוג' לכך הוא מדבר על האדם שעזב את הארץ אך מה עם האדם שלא עזב את הארץ אבל הוא נעלם, מסתתר? כל המאמצים של המשטרה באמצעיה לא מסייעים. במקרה כזה שאדם נעדר ולא מגיע להעיד במשפט כי הוא נעלם - לא מופיע ברשימת המקרים של המחוקק. לכאורה, היינו צריכים להגיד שאם המחוקק דיבר על סדרה של מעשים חזקה שהוא דיבר על המעשים הללו בלבד אבל הפסיקה אומרת ועתידה לומר שאם יימצאו עוד מקרים לא מדובר ברשימה ממצה, סגורה אלא ברשימה מדגימה בלבד ומה שזה אומר שבדרך של פרשנות יגידו שאדם שנעלמו עקבותיו בתוך המדינה הוא לא עזב את המדינה ולמרות שהמקרה לא נמנה ברשימת הסעיף יגידו שכוונת המחוקק הייתה גם למקרה כזה. בעקבות המגמה שרווחת מזה הרבה שנים בפסיקה הישראלית בתחום דיני הראיות הנושא של לעבור מצמצום כללי הפסילה אל עבר המשקל. **המגמה לקבל יותר ראיות מבעבר שנפסלו ולאפשר לביהמ"ש לקבל את המשקל הראוי שלהם.** גם בגלל המגמה הזו בתי המשפט אמרו שיש לצמצם ככל שאפשר את פסילת הראיה ולאפשר לביהמ"ש את שיקול הדעת לקבל ראיות.

ע"פ 257/74 יחזקאל אמקייס נ' מד"י- החלופה שמדברת על קורבן מעשה אלימות כשהוא גוסס "שכיב מרע".

ע"פ 571/86 עמרם אדרי נ' מד"י- עלתה כאן השאלה איך יש לפרש את השאלה של קרבת הזמנים: בסמוך או לאחרי?

ע"פ 3737/91 אסדי חיר נ' מד"י- גם כאן ביהמ"ש מתבקש להכריע באשר לדברים שנאמרים לקורבן אלימות בשעת מעשה אלימות או לאחרי.

פרופ' גרוס- לא צריך למדוד את סמיכות הזמנים במדויק. בסמיכות או באחרי הרעיון הוא שכל זמן שהאירוע קרה הוא טרי בזיכרון של אותו אדם. יש מקרים שהטראומה תלווה את האדם הרבה מעבר לדקות. הרעיון הוא שהאמרה הזו נאמרת ע"י אדם שחווה אלימות שזו חוויה טראומתית וכשהוא מספר את הדברים למשל לרופאים בבית"ח שלשם הוא מובהל אחרי הפציעה, הרופא שואל אותו מה קרה והוא מספר מה קרה. גם אם יגיע אחרי שעה וחצי לבית"ח זה לא המבחן העיקרי. **המבחן העיקרי הוא אם הוא היה תחת הרושם הזה של האלימות ואז חלף הזמן לא צריך להפריע.**

כשאדם מגיע כעבור שעה וחצי לתחנת משטרה והשוטר יודע על האלימות שנעשתה בו והוא רוצה לחקור אותו, הנחקר לא מתנדב לספר בעצמו מה קרה ואז החוקר מדובב אותו בחקירות של חקירה נגדית שתי וערב ומנסה לשלוף ממנו את המידע. במקרה כזה אין לומר על אמרה כזו שהיא אותה אמרה ספונטנית שאנחנו מחפשים אותה ושהיא אופיינית לחוויה טראומתית כזו.

הנושא של סמיכות הזמנים חשוב אבל יש להצמיד אותו אל הנסיבות של כל מקרה ומקרה לגופו.

האמרה נוגעת למעשה אלימות לפי סדר האירועים עד כדי אותה חוליה בשרשרת הנסיבות הקשורות במישרין לביצוע העבירה.

ע"פ 1275/95 נסים נ' מד"י- מקרה שבו בעל מונית שלצורך השלמת הכנסה היה עוסק בקנייה ומכירה של רכוש גנוב וביום המקרה הוא מודיע לאשתו שהוא עתיד להיפגש בערב במקום ליד נס ציונה עם אדם מסוים שבד"כ מוכר לו את הציוד הגנוב והוא לקראת הפגישה הזו ביקש מאשתו לנסות להשיג לו את סכום הכסף שנדרש לו לצורך הקנייה הזו. הוא נסע לפגישה הזו וממנה לא שב. בוקר לאחר מכן מצאו את גופתו מוטלת בתא המטען של המונית שהוא נסע איתה לאותו מפגש. התביעה ביקשה להביא את אותה אישה למתן עדות על אותם דברים שבעלה אמר לה שהם חוליה בשרשרת האירועים שמסבירים את מותו. ביהמ"ש הכשיר את העדות של האישה או את אמרתו של קורבן האלימות באמצעות העדות של האישה כחלק מההגנה הזאת שמדובר בחוליה בשרשרת הנסיבות שקשורה במישרין לנסיבות המקרה. יש קשר בין האדם שראה אחרון בחייו את האדם שנפטר, הוא גם קשור למעשה אבל לא בהכרח.

קטגוריה שלישית- אמרת קורבן האלימות התחילה מהקטגוריה הזו והתרחבה לשתי הקטגוריות הקודמות. הקטגוריה הזו אומרת שאותה אמרה נאמרה בשעה שקורבן האלימות היה גוסס או האמין שהוא גוסס בעקבו של מעשה האלימות. הכשרת אמרת קורבן אלימות נעשתה בתחילה דרך קבלת הדברים שאמרו אנשים שהיו גוססים בשעה שאמרו את הדברים האלו. הרעיון בלקבל אמרת גוסס זה משום שמניסיון החיים נדמה שאלו שיצרו את החריג הזה שאין דעתו של גוסס נתונה בשעה שהוא גוסס לבדות ממוחו שקרים או להמציא שקרים אודות אנשים חפים מפשע. אדם גוסס בד"כ יגיד מי פגע בו ולמה פגע בו. בד"כ אמרה זו היא אמת. מבחינה פרקטית כי בד"כ אין אמרות נוספות, לכן יש רצון להכשיר אותה כדי לעשות משפט צדק. המשפט הישראלי לקח את אמרת הגוסס והרחיב את התחולה לכל מעשה אלימות בין שהביא למותו של האדם ובין שלא הביא למותו.

הבעיה עם הגוסס זה שהמחוקק הישראלי שלא כמו מדינות אחרות שאימצו את הכלל כמו אנגליה וארה"ב זה שאדם שמבין שהוא גוסס משמיע את הדברים ומספר על מי שפגע בו. הבעיה היא שבארץ לקחו את המצב הנוסף שאדם שחווה אלימות והוא לא גוסס אבל מבחינה אובייקטיבית הרופאים יגידו שאותו אדם היה גוסס. יש אנשים

שעל אף חומרת הפגיעה שלהם לא מוכנים להודות שהם גוססים. הבעיה היא שאם אפשר להבין אמרתו של אדם שמבין שהוא גוסס בעקבות מעשה אלימות יש לייחס לדברים שלו במצב כזה את טבעם. אבל אדם שאינו מרגיש שהוא עומד למות גם אם יתברר אח"כ שהוא גוסס- **אם מבחינה אובייקטיבית אדם היה גוסס ואמר דברים על מעשה האלימות שהביאו לגסיסתו יש לקבל את הדברים. אבל אדם שמרגיש שהוא גוסס- האם המבחן לגבי אדם כזה הוא מבחן אובייקטיבי או מבחן סובייקטיבי?**

המבחן הוא שמבחינה אובייקטיבית הוא היה גוסס ודבר שני זה שהוא האמין שהוא גוסס וניצל את רגעיו האחרונים כדי לומר מי פגע בו ולמה פגע בו.

המבחן האובייקטיבי חייב להתקיים, יש להוכיח לבימ"ש ע"י עדויות רפואיות שמבחינה אובייקטיבית הוא עומד למות.

יש כאן פיתוח תורת של הרסט גסטה האנגלי באופן שמתיישב עם העיקרון של הרסט גסטה. יש כאן אמרות שנושאות עליהן את תג האמינות. העבירות הללו מביאות את האנשים להביע באופן ספונטני בין שהם גוססים ובין שהם לא גוססים **וזה החידוש של הפסיקה הישראלית שמאפשרת לקלוט אמרות לא רק של גוססים וזה מתוך אותה מגמה של מתן שיקול דעת לבימ"ש לבחון כמה זה יהיה חשוב מבחינת המשקל.**

אם נותן האמרה ניתן להבאה לבימ"ש חייבים להביא אותו כי אח"כ האמרה לא תתקבל.

חריג- אמרת עד מחוץ לכותלי בית המשפט:

סעיף 10א לפקודת הראיות.

עד 1980 דברים שאמר אדם מחוץ לכותל בית משפט אם הם לא נתפסו כחריגים לא ניתן היה להשמיע אותם בבימ"ש משום שאותם דברים שאמר מחוץ לכותלי ביהמ"ש נתפסו כעדות שמועה. כך למשל אדם שהיה עד לעבירת אלימות ומסר עדות, כעבור זמן כשהוגש כתב אישום באותו מקרה הוזמן האדם כעד ראיה לבימ"ש והוא הגיע. התופעה הייתה שאנשים היו משנים את גרסתם שאמרו מחוץ לכותלי בימ"ש וכתוצאה משינוי הגרסה מה שהיה קביל אז זו העדות בבימ"ש. אם התובע היה רוצה להגיש באותו זמן את האמרה שלו במשטרה (מחוץ לכותלי בימ"ש) זה לא היה אפשרי כי העדות לא הייתה קבילה כי היא הייתה בחזקת עדות שמועה כי היא לא הייתה תחת אזהרה, בחקירה נגדית ובמעמד שופט. עד 1980 ניתן היה להשתמש באמרה הזו במספר מצבים וכך למשל עד היום זה לצורך בדיקת מהימנותו של העד. חוקרים בבימ"ש את העד על אותו אירוע עם שאלות אחרות כדי להראות שהוא לא אומר אמת. הוא לא אומר אותו דבר מה שאמר מחוץ לכותלי ביהמ"ש. הרעיון היה ליישב את הסתירה. העדות הזו נתקבלה רק לצורך הוכחת הסתירה אבל ביהמ"ש לא היה מורשה לקבל באותם ימים את האמרה לגופה.

מקרה אחר הוא עד עוין- כל אימת שהעד הנקרא להעיד בבימ"ש ע"י צד אחד הופך להיות עוין לאותו צד שזימן אותו עדיין ניתן להביא אותו לבימ"ש ולהוכיח שהוא משנה את עורו. ניתן להעיד עד עוין מחוץ לכותלי משפט, ההכרזה הזאת כעד עוין עוזרת לחקור את העד של אותו צד בחקירה ראשית כאילו הייתה זאת חקירה נגדית כחריג.

כשלא הייתה עדיין הכשרה חוקית של קבלת אמרת עד לתוכנה- פרשנות של העליון- עד הגיע לבימ"ש ונשאל האם זה נכון שהוא מסר עדות למשטרה באותו עניין? העד אמר שכן, הוא ראה את האמרה והשיב בחיוב. ביקשו ממנו להגיד מה הוא בדיוק ראה. העד אומר שהוא לא זוכר מה הוא בדיוק אמר אבל מה שהוא כן זוכר זה מה שהוא אמר במשטרה זו אמת והוא לא רוצה לחזור על זה או לא זוכר.

בפס"ד מרילי - קבע הש' שאין על דוכן העדים המאמץ את אמרתו כאמרת אמת לא יוכל לחזור עליה בבימ"ש אבל מאמץ אותה כאמרת אמת ניתן לקבל את האמרה כי האימוץ הזה על דוכן העדים הופך את האמרה לחלק מהעדויות שנותן העד בבימ"ש.

כלל הקפאת הזכירה של העבר :

מדובר או במקרה ישן מאוד שקרה לפני שנים או במקרה שגרתי שנעשה ע"י אדם. בשני המקרים האיש מאשר בשבועה/ באזהרה שהוא לא זוכר מה היו הנסיבות של המקרה שדובר בו אבל הוא כן זוכר שהוא נקרא למתן עדות ושהוא אמר אמת באותו זמן. במקרה כזה כשביהמ"ש משתכנע שלאדם אין יותר זיכרון באשר לאותה עדות אבל הוא מאשר את אמיתות האמרה שלו- ניתן לאשר את האמרה תחת הכלל של הקפאת זכירה מהעבר שהאמרה היא תחליף לעדות של אותו אדם בבימ"ש. מקבלים את זה רק במישור הקבילות ולא במישור המשקל. זה לא עוזר כשהעד מתעקש שהדברים הפוכים ממה שאמר בעדות במשטרה (מחוץ לכותלי בימ"ש).

במקרים של חזרה מהדברים שאמרו עדים מחוץ לכותלי בימ"ש או חוסר זיכרון או היעלמות העד בתי המשפט נאלצו לזכות את הנאשמים בעבירות חמורות ביותר כולל רצח משום שלא ניתן היה להציג את אמרת העד כאמרה קבילה לגופה בשל החריג הפוסל עדות שמועה.

בתי המשפט פנו אל המחוקק בעתירה לבדוק את האפשרות לפתוח חריג נוסף שבמסגרתו גם יקבלו את האמרה שמסר עד מחוץ לכותלי ביהמ"ש בהתקיים תנאים מסוימים.

הכלל שפוסל אמרת עד מחוץ לכותלי בימ"ש פותח בפסיקה והמחוקק לא היה מעורב. אז הפסיקה יכולה לשנות את הכלל אבל בתי המשפט לא העזו לשנות לכן העליון פנה אל המחוקק וב- 1980 נפתח חריג נוסף כסעיף 10א לפקודת הראיות. לא רק ישראל פתחה את החריג הזה אלא גם ארה"ב ואנגליה.

**** לקרוא פס"ד תחת הנושא אמרת עד מחוץ לבית המשפט.

02/12/18

שיעור שביעי

המשך-3. רלוונטיות, קבילות וכללי פסילה :

- המשך - אמרת עד מחוץ לכותלי ביהמ"ש :

ב- 1980 הכנסת תיקנה את פקודת הראיות והוסיפה את סעיף 10א שמאפשר לקבל את הראיות שנאמרות מחוץ לכותלי בימ"ש כראיות קבילות כחריג לכלל הפוסל עדות שמועה.

סעיף 10א לפקודת הראיות - אמרת עד מחוץ לבית המשפט - (א) אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לבית המשפט תהיה קבילה כראיה בהליך פלילי אם נתקיימו אלה :

- (1) מתן האמרה הוכח במשפט ;
 - (2) נותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו ;
 - (3) העדות שונה, לדעת בית המשפט, מן האמרה בפרט מהותי, או העד מכחיש את תוכן האמרה או טוען כי אינו זוכר את תכנה.
- (ב) בית-המשפט רשאי לקבל אמרה כאמור בסעיף קטן (א) אף אם נותן האמרה איננו עד, בין משום שהוא מסרב להעיד או אינו מסוגל להעיד, ובין שלא ניתן להביאו לבית-המשפט משום שאינו בחיים או לא ניתן למצאו, ובלבד שבית-המשפט שוכנע שמנסיבות הענין עולה, כי אמצעי פסול שימש להניא או למנוע את נותן האמרה מלתת את העדות.
- (ג) בית המשפט רשאי לסמוך ממצאיו על אמרה שנתקבלה לפי סעיף זה, או על חלקה, והוא רשאי להעדיף את האמרה על עדותו של העד, והכל אם ראה לעשות כן לנוכח נסיבות הענין, לרבות נסיבות מתן האמרה, הראיות שהובאו במשפט, התנהגות העד במשפט ואותות האמת שנתגלו במהלך המשפט, והטעמים יירשמו.

(ד) לא יורשע אדם על סמך אמרה שנתקבלה לפי סעיף זה אלא אם יש בחומר הראיות דבר לחיזוקה.

= אמרה =

מדובר באמרה, השאלה הראשונה היא מה היא אמרה? ומהו בכתב? שאם האמרה לא בכתב לא ניתן להכשיר אותה. **אמרה בע"פ שלא הועלתה על הכתב לא יכולה להיכנס תחת הסעיף ולא ניתן יהיה להכשיר אותה.** אמרה זה כל דבר שאדם אומר לזולתו, בין שמדובר בהעברת אינפורמציה בדרך מילולית, בין שמדובר בהעברת אינפורמציה לזולת בדרך אחרת כמו שפת הסימנים. דרך שיש בה זהות ותכנים מוכרים לכולם- זו אמרה.

מדוע המחוקק מגביל את האמרה רק לכתב? הכתב הוא האכסניה הכי טובה שאנו מכירים כדי לשמור אינפורמציה. זה מראה גם על רצינות העדים.

בחוק המקרקעין דרישת הכתב היא מהותית כי הכתב הוא חלק מהעסקה עצמה ואין עסקה אם היא לא כוללת את דרישת הכתב. הסיבה של המחוקק לדרוש את הכתב הוא בין היתר כדי להבטיח שהצדדים מבינים ומודעים לרצינות העסקה שהם הולכים להתקשר בה. מבחינת המחוקק בפקודת הראיות אם אני רוצה להסתמך על אמרה ולהיות בטוח שאלו הדברים שאמר אותו אדם ולא תמצית של האמרה שנאמרה מחוץ לכותלי ביהמ"ש למשל במשטרה אז צריך למצוא דרך לשמר את זה והדרך של המחוקק היא לדרוש שהאמרה תהיה בכתב כדי לשמר את האמרה.

כיום יש אמצעים טכנולוגיים לשמר אמרות.

חוק חקירת חשודים במשטרה- דורש כתנאי לעריכת חקירה בפשעים חמורים שהחקירה תתועד באמצעות וידאו. אם אין תיעוד ויזואלי של וידאו אין משמעות לאותה חקירה. הדרישה מהמשטרה לתעד את חקירותיה באמצעות הקלטות מצולמות זה כדי להבטיח שמה שיקבל ביהמ"ש אח"כ אלו אמרות או חקירות שניתנו ושזה מה שקרה באמת ולא משהו אחר.

אמרה בכתב שנתן עד- האם הוא חייב למסור את העדות במשטרה? האם רק אדם שמוטלת עליו חובת מתן עדות הוא עד או כל אדם שהיה עד למקרה מסוים והוא מספר עליו, בין שהייתה עליו חובה לספר ובין שלא? **התשובה של הפסיקה היא שעד הוא כל אדם שהיה פשוטו כמשמעו עד למקרה מסוים והוא מספר אותו, לא חייב שיספר אותו בגדר חובה לאיש משטרה אלא אפילו אם סיפר לפלוני או לבן זוגו למשל.**

מי יעלה את החקירה על הכתב?

המחוקק לא מגביל את הדרך ואת זהות האנשים שיעלו את זה על הכתב, התנאי הוא להעלות את זה על הכתב, המשטרה חייבת לתעד את החקירה ולהעלות אותה על הכתב. **ברגע שהמשטרה מצלמת את חקירת העד היא מעלה את הדברים עלי כתב.** כל גורמי החקירה במדינת ישראל שיש להם סמכויות חקירה כולם ממילא מחויבים עפ"י חוק לתעד את חקירותיהם בכתב.

מה קורה כשאדם מגיע הביתה ומספר לבת זוגו בהתרגשות שהיה עד למעשה עבירה? אם לא יועלו כאן הדברים על הכתב, במצב בו לא ניגשים למשטרה והמצב נודע אח"כ למשטרה, בת הזוג מספרת בדיעבד שהיא שמעה אבל אם היא העלתה עלי כתב, הקליטה את הדברים ולאחר שסיפר לה מה קרה היא כתבה את הדברים זה מתקבל. השאלה היא אחרי כמה זמן זה קורה שהיא מעלה את האמרה על הכתב?

ד"נ 23/85 מד"י נ' טובול- שוטר חוקר מקרה מסוים ובמהלך החקירה הוא נפגש עם אחד הנחקרים במסדרון והנחקר אומר לו דברים מסוימים שהחוקר היה צריך באותו זמן להיכנס למשרד ולכתוב תזכיר שהחשוד אמר לו

את אותם דברים. החוקר שכח ומה שהזכיר לו זה זימון לבימ"ש. השוטר הגיע לבימ"ש באיחור של כמה חודשים וכתב את התזכיר בדיעבד. העליון שאל את השאלה האם דברים שמועלים עלי כתב לאחר מס' חודשים האם זה אותו כתב שהתכוון אליו המחוקק? **דעת הרוב בפסה"ד הייתה שגם אם הדברים מועלים באיחור הם עדיין כתב לצורך סעיף 10א לפקודת הראיות.**

יש לקבל את זה בקבילות אבל לתת את המשקל המתאים.

סעיף 10א מוגבל להליך פלילי בלבד ולא ניתן להשתמש בו במשפט האזרחי.

סעיף 42א(ז) הסעיף מסדיר שימוש בפס"ד מרשיע במשפט פלילי לצורך קביעת ממצאים ומסקנות במשפט האזרחי.

סעיף 42א לפקודת הראיות- קבילות פסק דין- (א) הממצאים והמסקנות של פסק דין חלוט במשפט פלילי, המרשיע את הנאשם, יהיו קבילים במשפט אזרחי כראיה לכאורה לאמור בהם אם המורשע או חליפו או מי שאחריותו נובעת מאחריות המורשע, ובכלל זה מי שחב בחובו הפסוק, הוא בעל דין במשפט האזרחי.

(תיקון מס' 18) תשע"ז-2017

(א1) הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם על פסק דין חלוט במשפט פלילי של בית משפט צבאי, כהגדרתו בתקנות שעת חירום (יהודה והשומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז-1967, כפי שהוארך תוקפן ותוקן נוסחון בחוק, מעת לעת.

(ב) הוראות סעיף זה אינן חלות על –

(תיקון מס' 15) תשע"ב-2012

(1) פסק דין של בית משפט עירוני שלא ניתן מאת שופט של בית משפט שלום ;

(2) ממצאים ומסקנות שבגזר הדין, להבדיל מהכרעת הדין.

למשל: אם אותו אדם אשם בתאונה- צריך לחכות שיוורשע בפלילי ואז ניתן לעשות בפסה"ד שימוש לתביעה האזרחית וזה יחסוך בהבאת עדים אחרים. יש 7 שנים של התיישנות. לכן, גם אם הסעיף מגביל להצגת האמרה רק להליך הפלילי זה לא בהכרח נכון כי דרך הסעיף הזה אפשר לעשות שימוש בהליך האזרחי.

שני התנאים/ המצבים שהמחוקק קובע שצריכים להתקיים לצורך קבלת אמרה מחוץ לכותלי בימ"ש :

1. אותה אמרה מוצגת לביהמ"ש באמצעות העד והעד נמצא בביהמ"ש, הגיע למתן עדות על אותה אמרה.
2. אין עד, העד שנתן את האמרה לא מגיע לביהמ"ש ובכל זאת אנו מבקשים להציג את אמרתו והסיבה שהוא לא הגיע לביהמ"ש היא שאמצעי פסול הופעל עליו על מנת למנוע ממנו את הגעתו או את מתן העדות. אם אמצעי פסול כזה הופעל ניתן לקבל את האמרה גם בלעדיו.

פירוט מצב ראשון- התנאים המצטברים לקבלת העדות/ לקבלת אמרה מחוץ לכותלי בימ"ש :

1. **תנאי ראשון- מתן האמרה הוכח במשפט- שמוכיחים שזו אמרתו של האדם שמבקשים להעיד.** אין מוכיחים את מתן האמרה? בשני אופנים: אחד- כשהוא על דוכן העדים, מציגים לו את האמרה שנאמרה מחוץ לכותלי בימ"ש (בד"כ במשטרה) שהוא חתום על האמרה ואומר שזה מה שהוא אמר, שואלים אם הוא מזהה שזו אמרתו, אם התשובה היא כן יוצאים ידי חובת הוכחת האמרה. שני- אם העד מתכחש לאותה אמרה שהצגנו בפניו ואומר שהוא לא אמר את האמרה הזו התביעה בד"כ תצטרך להזמין למתן עדות את החוקרים שגבו ממנו את העדות להעיד שאכן גבו מהאדם את האמרה ומה התייחסותו לדברי העד שבעצם מתכחש. כאן ביהמ"ש יצטרך להכריע מי מבין העדים דובר אמת- מצד אחד העד המתכחש ומצד שני החוקרים המאשרים את האמרה. אם יכריע לטובת החוקרים, האמרה הוכחה במשפט. בין שמוכיחים את הדבר באמצעות העד עצמו ובין שמוכיחים את הדבר באמצעות אלו שהיו מעורבים באותה גביית עדות.

2. **תנאי שני- בעייתי- שנותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו- יש כאן שני דברים מצטברים שצריכים להתקיים: א. נותן האמרה הוא עד במשפט. ב. מאפשרים לצדדים הזדמנות לחקור אותו.**

בפס"ד אשכנזי-1985 השאלה עלתה בפני הש' בן פורת- האם העובדה שאדם נמצא על דוכן העדים פיזית אבל לא מאפשר לצדדים לחקור אותו האם הוא נחשב לעד? העד לא שיתף פעולה עם חוקריו, הוא שתק וענה תשובות לא רלוונטיות. הש' בן- פורת החליטה שהוא לא עד כי הוא עד שנמצא פיזית אבל גם משתף פעולה כשחוקרים אותו. אם הוא לא עד נפקא מינה שעוברים לחלופה השנייה- האם מדובר במצב שיש אמרה אבל אין עד כדי להכניס אותה פנימה לביהמ"ש בכל זאת? אולי הוא שותק בגלל אמצעי פסול שהופעל עליו. אם הקביעה של ביהמ"ש שעד שותק הוא לא אותו עד שסעיף 10 מתכוון אליו למרות שפיזית הוא נמצא בבימ"ש אבל הוא לא מאפשר לצדדים לחקור אותו אז אם התביעה בכל זאת רוצה להכשיר את האמרה היא יכולה לנסות לשכנע את ביהמ"ש שהוא שתק כי אמצעי פסול שימש להניא או להניע לגרום לו לא לענות על השאלות. מבחינת התביעה זה עול ועליה להוכיח שאמצעי פסול הופעל על העד. **עצם השתיקה שלו תילקח בחשבון לעניין המשקל.** בן פורת אמרה שבעניין השתיקה לא ניתן לקבל את האמרה והיא לא קבילה בכלל.

העניין חזר לעליון לאחר כמה שנים. בפס"ד לוי של הש' גולדברג חזרה השאלה האם עד שותק הוא עד לפי סעיף 10 לפקודת הראיות? מה פתאום ביהמ"ש העליון מסכים לבחון מחדש את השאלה הזו? התשובה הפורמלית היא שחוק בתי המשפט קובע את מושג התקדים המחייב אבל קובע שתקדים מחייב מחייב את כל הערכאות תחת העליון ולא מחייב את העליון עצמו, הוא לא כבול בתקדימיו ולכן הש' גולדברג הסכים לבחון מחדש האם ההחלטה הייתה צודקת בפס"ד אשכנזי. ברוב דעות הוחלט לשנות את הלכת אשכנזי ולקבוע שעד שותק הוא בכל זאת עד **והמבחן הוא מבחן פונקציונלי-** עד הוא כל מי שהגיע פיזית לביהמ"ש ועומד בדוכן העדים לרשות חקירת הצדדים. מה שיצליחו להוציא ממנו לא רלוונטי לעניין כשירות העדות. אם חשבנו שעד לפי פס"ד לוי זה כל עד שמגיע לדוכן העדים לאחר מכן הוחלט אחרת,

בד"נ מד"י נ' חגי יחיאל- חגי יחיאל הגיע לעליון בהרכב של 3 שופטים שיו"ר ההרכב הוא פרופ' איילון- השאלה הייתה אותה שאלה- האם עד שותק הוא עד? 3 שופטים החליטו להפוך עוד פעם את פס"ד לוי ולחזור להלכת אשכנזי ולקבוע שעד שותק הוא לא עד. הערפל הזה גרם למדינה לפנות לנשיא ביהמ"ש העליון בבקשה לדיון נוסף והסיבה לכך היא שיש אי בהירות ויותר מדי דעות. נשיא העליון שם את כל שופטי העליון- 11 שופטים והרעיון היה לא להכריע סופית אלא גם לעשות סדר לא רק בשאלה המשפטית "מיהו עד?" אלא גם במה מותר לבימ"ש העליון לעשות ומה לא. ברוב דעות של 6 מול 5 הכריעו השופטים בעד פס"ד לוי שעד הוא כל אדם המגיע לבימ"ש ועומד בדוכן העדים ואפשר לחקור אותו ומה שיוצא מהחקירה לא רלוונטי- זה רלוונטי רק לעניין המשקל, ולעניין הקבילות הוא כן נחשב עד.

מה שיצא מפסה"ד זה שנפסקת הלכה לא צריך ללכת ולבדוק אותה שוב למרות שמותר מפני שהש' צריכים לכבד את מה שהוחלט. אם חלף הרבה זמן מאז אותה הלכה או שקרה משהו אחר מאוד דרמטי מותר לבדוק את העניין שוב.

מאז ועד היום ביהמ"ש לא היה מוכן לשמוע טיעון נוסף למיהו עד. ההלכה של עד יחיאל קיימת במשך שנים ולא בוחנים אותה מחדש.

3. **התנאי השלישי- לדעת ביהמ"ש העדות שונה מן האמרה בפרט מהותי או העד מכחיש את תוכן האמרה או טוען כי אינו זוכר את תוכנה-** עד 1980 נתקלו הצדדים בעיקר התביעה בעדים שנקראו עדים עוינים כי בדוכן העדים בעת עדותם גילו את עוינותם כלפי הצד שהביא אותם. הם שינו את מה שאמרו מחוץ לכותלי

ביהמ"ש ביחס לדברים מסוימים. עד עוין קיים גם במשפט האזרחי והתופעה קיימת לאורך שנים. הסיבות לשינוי הגרסה של העד שונות, בין משום שמופעלים עליו לחצים ופיתויים. לפני שתוקן סעיף 10א הדבר היחיד שהתובע יכול היה לעשות הוא לשאול את העד שאלות לפני הדיון. לא מעלים עד לדוכן העדים אלא לאחר שמראיינים אותו לפני. זו עבירה אתית חמורה לחקור את העד רק בדוכן העדים ולא לפני. זו לא הפתעה לתובע אם העד יתכחש משום שהוא ראיין אותו כבר ובריאיון ניתן לראות מה העד אומר. בדוכן העדים כשהעד אומר דברים מנוגדים אותו צד צריך לבקש מבימ"ש שיכריז שהוא עד עוין כי הסתירה הזו היא מהותית בין הדברים שאמר לפני ובין הדברים שאמר בדוכן העדים. ביהמ"ש מקבל את האמרה לא כדי להסתמך עליה אלא לצורך ההכרזה שיש סתירה בין העדות לאמרה, שהוא עד עוין אם העד אומר שהוא לא זוכר שאמר את האמרה או מכחיש שאמר את האמרה. הדבר היחיד שיכול היה תובע מאוכזב לעשות כשהעד שלו הפך לעוין זה לנסות לחקור אותו ולהביא לידיעת בימ"ש שהוא סותר את עצמו בגלל לחצים שהופעלו עליו. ברוב המקרים החוק מאפשר לצד שהבין שהעד שלו עוין לחקור אותו במסגרת החקירה הראשית שלו כאילו זו הייתה חקירה נגדית. יש לקבל את האמרה כאמרה קבילה לתכנים שלה לפי סעיף 10א. היום הטכניקה במצב שמתגלה עד כעד עוין היא לא רק לחקור אותו בחקירה נגדית אלא שאח"כ יחליטו איפה העד דיבר אמת לעניין המשקל.

16/12/18

שיעור שמיני

-המשך-3. רלוונטיות, קבילות וכללי פסילה:

פירוט מצב שני שצריך להתקיים לצורך קבלת אמרה מחוץ לכותלי בימ"ש - מצב שבו אין עד:

מצב שבו אין עד - בעל האמרה איננו עד והסיטואציה הזו מוסדרת ומוגדרת בסעיף 10א(ב) לפקודת הראיות - אמרת עד מחוץ לבית משפט - (ב) "בית-המשפט רשאי לקבל אמרה כאמור בסעיף קטן (א) אף אם נותן האמרה איננו עד, בין משום שהוא מסרב להעיד או אינו מסוגל להעיד, ובין שלא ניתן להביאו לבית-המשפט משום שאינו בחיים או לא ניתן למצאו, ובלבד שבית-המשפט שוכנע שמנסיבות העניין עולה, כי אמצעי פסול שימש להניא או למנוע את נותן האמרה מלתת את העדות".

אם המחוקק היה מסתפק באמירה הזו זה היה בסדר ולא היינו צריכים לחפש את הסיבה למה הוא לא עד, המחוקק מגביל ומכוון אותנו לסיבות שבגללן בעל האמרה איננו עד - למשל שהוא מסרב להעיד כמו בסעיף 10 לפקודת הראיות. לא מדובר באדם שמסרב להגיע למשפט או מסרב להעיד כי כשמדובר בסרבן יש עיגון בחוק סד"פ שבימ"ש מוציא נגד הסרבן צו הבאה שכופה עליו להגיע בעזרת המשטרה ולהביא אותו תוך כדי מעצר לבימ"ש על מנת לכפות את הגעתו והעדתו במשפט, המחוקק לא מתכוון לזה כשהוא מדבר על האדם שמסרב להעיד. הכוונה היא כנראה למצב שבו אין אפשרות משפטית לכפות על עד להגיע לביהמ"ש, זה קורה **כאשר העד לא נמצא באותו תחום שיפוט של ביהמ"ש נניח נמצא בחו"ל** ובאותו מקום שהוא נמצא אין למד"י הסכם עם אותה מדינה לשיתוף פעולה משפטי ואין אפשרות איפוא למד"י לחקור אותו או להעיד אותו שם, אלא רק חיקור דין בא"י ואין אפשרות לכפות עליו שם מתן עדות. **במצב כזה - שקיימת מניעה משפטית לכפות על אותו סרבן מתן עדות - זה המצב שאליו מתכוון המחוקק שאומר שאין המסרב להעיד או המצב השני - שאינו מסוגל להעיד, שאינו בר העדה.** אין לקרוא את הדברים כפשוטם, כמו למשל שהאדם חולה ואינו יכול להגיע לבימ"ש, גם במצב שאדם מרותק למיטת חוליו ולא יכול להגיע לבימ"ש ולמסור את עדותו גם למצב זה יש תשובה בחוק, נניח והוא בר העדה התשובה למצב זה שבימ"ש מגיע אליו וגובה את עדותו של העד במקום בו הוא נמצא בליווי הצדדים למשפט. **אנחנו מדברים על מצב בו לא יעזור לבימ"ש להגיע לאותו עד כי הוא לא יהיה מסוגל לתת עדות, הוא לא בר העדה בשל מצבו, למשל אדם הפך**

להיות צמח והוא לא מחובר מבחינת הכרתו למציאות. כשאדם נמצא במצב שאינו בר העדה זה המצב שהמחוקק מתכוון אליו.

מצב נוסף שהמחוקק מתכוון אליו- לא יכול להעיד ואינו מסוגל להגיע לבימ"ש כי אינו בין החיים או לא ניתן למצאו. המצב הוא שהאדם נעלם וכל ניסיונות המשטרה לבדוק ולנסות לאתרו עלו על סרטון. עושים בדיקה במסוף משטרת הגבולות ורואים שהאדם לא יצא מהארץ- זו הכוונה שאדם נעלם ושלא ניתן למצוא אותו. כל הסיבות הנ"ל צריכות כולן להיות קשורות בדבר הבא: **נותן האמרה לא נמצא בחיים בגלל שאמצעי פסול שימש להניא או למנוע ממנו מלתת את העדות.** כל הסיטואציות קשורות באמצעי פסול שגרם לאותו אדם לא להגיע לבימ"ש, בין שהמיתו אותו, בין שהעלימו אותו ובין שהפכו אותו לצמת. זה אמצעי פסול כי המחוקק רוצה באמצעותו לתת תשובה לאלו שנקטו באמצעי הפסול מתוך כוונה לא לאפשר את מתן העדות הזו. **הם רוצים להכשיל, למנוע מאותו אדם להגיע לבימ"ש באמצעי פסול לכן המחוקק יכשיר את העדות הזו בכל זאת.** אמצעי פסול = אמצעים לא חוקיים, אין הגדרה לכך בחוק אבל הפסיקה קבעה שמדובר באמצעי שעל פניו הוא אמצעי לא חוקי והכוונה היא שאותו אמצעי פסול הופעל כלפי האדם הזה מתוך מטרה למנוע ממנו להגיע לבימ"ש. נשאלה שאלה: יש פעמים שאדם מסרב להגיע לבימ"ש לא בגלל אמצעי פסול אלא כי הוא מעורב במקרה והוא לא רוצה להגיע לבימ"ש שמה בחקירה בבימ"ש יתגלה חלקו במקרה ולכן מטעמים שלו הוא מסרב להגיע לבימ"ש. **אם בימ"ש ישתכנע שאין קשר בין האמצעי הפסול לאי ההגעה לבימ"ש ושאי ההגעה נובעת ממניע פנימי של האדם ולא בגלל אמצעי פסול לא ניתן יהיה להכשיר את האמרה דרך הסעיף הזה.** חייבים לוודא ולהשתכנע שמה שגרם לאי הגעתו של האדם לבימ"ש הוא אמצעי פסול ולא משהו פנימי של האדם. עלתה שאלה האם צריך להוכיח שהנאשם הוא שהפעיל את האמצעי הפסול? היה סביר להניח שהאמצעי הפסול הופעל ע"י הנאשם או למצער ע"י עושה דברו, ע"י האנשים שפועלים בשמו. **ביהמ"ש העליון קבע שאין צורך להוכיח שהאמצעי הפסול הופעל מטעמו של הנאשם וע"י הנאשם.** גם אם מישהו אחר זולת הנאשם והאמצעי הפסול הופעל לא בתיק הנוכחי אלא בתיק אחר ושבתמקרה אותו עד שלנו הוא גם עד שם שמופיע בכמה תיקים, בכמה בתימ"ש והאמצעי הפסול מופעל על העד שלנו אבל בתיק אחר, גם במקרה כזה שהאמצעי הפסול מופעל בתיק אחר על אותו עד זה מספיק כדי להיחשב אמצעי פסול. יש על כך ביקורת של מלומדי משפט וחוקי משפט שאומרים שאין בזה היגיון. אם הנאשם לא עשה כלום כדי למנוע מהעד להגיע לבימ"ש למה יש למנוע ממנו להעיד את העדות?

השאלה היא מהו אמצעי פסול?

כמעט כל פעולה שיש עימה לחץ כלפי אדם, איום על אדם, רמז לנוגע בדבר שכדאי שיחשוב פעמיים, כל פעולה שברור שהיא מכוונת למנוע מאותו האדם להגיע לבימ"ש, כל אמצעי לא לגיטימי שיש בו הפעלת לחץ. קשת המקרים היא רחבה.

עניין המשקל:

לא די בכך שהראיה התקבלה ע"י ביהמ"ש כראיה קבילה. סעיף 10א(ג) לפקודת הראיות- אמרת עד מחוץ לבית המשפט- "בית המשפט רשאי לסמוך ממצאיו על אמרה שנתקבלה לפי סעיף זה, או על חלקה, והוא רשאי להעדיף את האמרה על עדותו של העד, והכל אם ראה לעשות כן לנוכח נסיבות העניין, לרבות נסיבות מתן האמרה, הראיות שהובאו במשפט, התנהגות העד במשפט ואותות האמת שנתגלו במהלך המשפט, והטעמים יירשמו."

מדברים על שתי ראיות שסותרות זו את זו. מצב אחד האמרה שנאמרה מחוץ לכותלי בימ"ש, במשטרה ובבימ"ש סותרת. נותן האמרה טוען שהאמרה שונה ממה שהוא אמר כאמרה במשטרה, העדות סותרת את מה שאמר במשטרה. במצב כזה ביהמ"ש צריך להחליט מה מהן אמת. **הנחיית ביהמ"ש עליון שיש לתת משקל מועדף לעדות שניתנה בהזדמנות הראשונה שניתנה לעד לומר שזה במשטרה ואז כל ניסיון לחזור מהעדות הזו מלמדת על כך שהעד מנסה לברוח מהדברים הראשונים שאמר באמרה הראשונה.** יכול להיות שעד יגיד למה הוא אמר משהו

שונה במשטרה ולפעמים ביהמ"ש יאמין לעד ששיקר במשטרה. זה נדיר שבימ"ש ישתכנע מאדם ששיקר במשטרה כי בהזדמנות הראשונה שניתנת לעד לדבר הוא יגיד את האמת. סעיף 10א(ג) אומר איך ביהמ"ש יעשה את ההחלטה מהי האמת.

סעיף 53 לפקודת הראיות- משקלה של עדות- "ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם ענין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות העניין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט".

המחוקק אומר שערכה של עדות שבע"פ ומהימנותם של עדים הם עניין של ביהמ"ש להחליט בו עפ"י התנהגותם של העדים, נסיבות העניין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט. דומה למה שרשום בסעיף 10א(ג) לפקודת הראיות.

אחד המקרים החריגים שבימ"ש יסכים לקבל גביית עדות מאדם מומחה זה כשמדובר בקטינים, הוא יהיה גם רשאי למסור את העדות לבימ"ש במקום הילד. החוק מחייב את חוקר הילדים להביא את תיעוד החקירה לבימ"ש כדי שבימ"ש יוכל לצפות איך נחקר הילד. המחוקק מעניק לאותו מומחה את הסמכות ואת הזכות להציע לבימ"ש איך להתייחס לעניין מהימנות הילד.

בימ"ש מתרשם איך העיד העד בדוכן העדים למשל: סתירות בין העדויות, התחמקות מתשובות.

הרושם של איך העיד העד עוזר לבימ"ש לעניין קבלת העדות או לא. לבימ"ש יש שיקול דעת עפ"י הרושם שהשאירו העד ועדים אחרים להחליט מה קרה, איפה האמת נמצאת.

סעיף 10א(ד) לפקודת הראיות- אמרת עד מחוץ לבית המשפט- "לא יורשע אדם על סמך אמרה שנתקבלה לפי סעיף זה אלא אם יש בחומר הראיות דבר לחיזוקה".

עד 1980 מבחינת דיני ראיות לא הכרנו ראיית תמיכה שקראו לה **דבר לחיזוקה** אלא שהיו שני סוגים של ראיות תמיכה שהמשמעותית מביניהן זו ראיית הסיבות והשנייה "דבר מה נוסף" = בעיקר נדרש כתוספת ראייתית, זו ראייה מאמתת שנדרשה לתמוך בהודאת חוץ של נאשם (מחוץ לכותלי בימ"ש).

הודאה של אדם שעבר עבירה יכולה לשמש כהודאה נגדו אם אותו אדם מסר את ההודאה הזו מרצונו הטוב והחופשי, תנאי לקבילות הודאה שמסר אדם מחוץ לכותלי בימ"ש זה שהיא ניתנה על ידו מרצונו הטוב והחופשי ללא אמצעי פסול שהופעל עליו.

יש שני סוגי לחצים שפועלים על אדם כשהוא מוסר הודאה:

1. **לחצים חיצוניים-** לחצים שמופעלים על אדם בעיקר ע"י החוקרים, האמצעים הללו פוגמים ברצון הטוב והחופשי של האדם. אם יוכיחו שזה נגרם עקב לחץ חיצוני ההודאה לא תהיה קבילה.
2. **לחצים פנימיים-** מה האדם חש באותו רגע, למשל: לחץ, בלבול.

כדי למנוע מאדם להיות מואשם עקב דברים שלא ביצע דורשים "**דבר מה נוסף**" שנועד לסלק מאיתנו חשש שאדם לקח על עצמו דברים שהוא לא עשה. אם בהתחלה הראיה הזו הייתה משמעותית ונועדה לשכנע את בימ"ש שמה שכתוב בראיה זה אמת, "הדבר מה הנוסף" נשחק כי יש אמירה בעליון ש"דבר מה נוסף" יכול להיות "קל כנוצה" למשל אם אדם כותב בהודאתו שהוא אכן נטל חיייו של מישהו איך יודעים שזו אמת? די להוכיח שבתחילת הודאתו הוא מודיע שהוא גר בר"ג. צריך להוכיח שהוא גר בר"ג. די בכך שמאמתים עובדה מסוימת, לא את כל העובדות כדי להוכיח לבימ"ש שההודאה היא אמת.

ב- 1980 כשעידכנו את סעיף 10א, היו שתי ראיות: סיוע ו"דבר מה נוסף".

המחוקק אמר בסעיף 10א(ד) שלא יורשע אדם על סמך הסעיף הזה אלא אם לאמרה יש תמיכה ראייתית מסוג "דבר לחיזוקה" = אם מלבד לאותה אמרה אין ראיות נוספות והיא ראייה יחידה שקושרת את הנאשם לעבירה במקרה כזה המחוקק לא מסתפק בראייה הזו אלא הוא דורש שהתביעה תתמוך את האמרה הזו בתוספת שנקראת "דבר לחיזוקה". אם זה היה סיוע או "דבר מה נוסף" הרי חזקה על המחוקק שהוא היה כותב את זה. הוא מתכוון לסוג שלישי של ראיית תמיכה שהוא קורא לה "דבר לחיזוקה". הקושי הוא שהמחוקק לא מגדיר מה זה "דבר לחיזוקה". בתי משפט יחד עם חוקרי משפט ניסו למצוא פתרון אבל לא נמצאה תשובה מהו "דבר לחיזוקה" זאת לא ראיית סיוע כי זו ראייה מסבכת שבעצם יש לה שלושה נדבכים:

1. הסיוע צריך להיות ממקור עצמאי שלא נתמך במקור אחר.
2. הראייה צריכה להיות נתמכת בפרט מהותי ולא שולי השנוי במחלוקת בין הצדדים.
3. יש בסיוע נטייה לסבך ולקשור את הנאשם אל העבירה המיוחסת לו.

האם דבר לחיזוקה זה דבר מה נוסף? לא, המחוקק לא ציין שזה דבר מה נוסף אלא זה משהו בין דבר מה נוסף לבין ראיית הסיוע.

כשמדובר באמרה שהתקבלה לפי סעיף 10א צריך דבר לחיזוקה ש כמו דבר מה נוסף היא ראייה מאמתת בלבד שנועדה לסלק את החשש שמה שהתקבל באמרה הראשונה הוא אמת.

בגלל שאין הגדרת מחוקק וקושי של בתי משפט להנחות מהי הגדרה ל"דבר לחיזוקה", בתי המשפט ניסו להגדיר אותה כמה שיותר קרוב לראיית סיוע. העליון ביטל את זה, כדי להרשיע אדם על סמך האמרה הזו לא צריך למצוא שהראייה הנוספת היא ראייה מסוג סיוע כי זה יותר מדיי וזה לא מה שהמחוקק התכוון אליו.

ראיית דבר לחיזוקה זה יותר מדבר מה נוסף אבל רחוק מראיית סיוע. מחפשים את ראיית דבר לחיזוקה רק אם היא הראייה היחידה. בנוסף, מחפשים את ראיית דבר לחיזוקה גם אם ביהמ"ש נתן משקל של 100% לראייה.

סעיף 10ב לפקודת הראיות-קבלת אמרה בהסכמה - "אמרה בכתב שניתנה מחוץ לבית המשפט תהיה קבילה כראייה בהליך פלילי אף אם נותנה אינו עד במשפט, אם שני הצדדים הסכימו לכך ותוכן האמרה לא היה שנוי במחלוקת, ובלבד שהנאשם היה מיוצג על ידי עורך דין."

אמרה בכתב שניתנה מחוץ לביהמ"ש תהיה קבילה כראייה בהליך פלילי אף אם נותנה אינו עד בביהמ"ש אם שני הצדדים הסכימו לכך ותוכן האמרה לא היה שנוי במחלוקת ובלבד שהנאשם היה מיוצג ע"י עו"ד.

ניתן להתנות על דיני הראיות וכך למשל הצדדים מורשים להסכים שבעצם העובדות כולן או חלקן שהיו שנויות במחלוקת הן כעת מקובלות ואין צורך להוכיח אותן, כלומר, במקום להביא עדים כדי להוכיח עובדות מסוימות שהוכחו במשטרה אפשר לקחת את העדויות הכתובות שלהם ולהושיט אותן לביהמ"ש ולהגיד לביהמ"ש לפי הסעיף שהם מסכימים למה שכתוב בעדויות הכתובות, **הדגש הוא ההסכמה על העובדות הכתובות בעדויות. לא ניתן להסכים רק על הקבילות של העדויות כי אם לא מסכימים על העובדות זה לא יעזור שמציגים שמסכימים על העדות כי בימ"ש צריך את העד.** מצד שני, אם אין ויכוח עם העד על העובדות שאמר אז במקום לקרוא לעד ולבזבז זמן שיפוטי הסגור יכול להגיד שאין לו ויכוח עם העד ויטען שייקח את העדות של העד לבימ"ש ושהעובדות מוסכמות על הסניגוריה. הטכניקה של הבאת העובדות בכתב ולא בע"פ אומרות שאני מסכים לעובדות ולכן הצד שהיה אמור להביא את העד פטור מלהביא אותו כי אני מסכים לעובדות. התנאי הוא שאותו אדם מיוצג ע"י עו"ד. רק עו"ד יכול להעריך את הדברים ולתת הסכמה.

סעיף 10ג לפקודת הראיות- שמירת הדינים - "אין האמור בסעיפים 10א ו-10ב כדי להכשיר ראייה שאינה קבילה מסיבה אחרת שבדין או לפסול ראייה שהיא כשרה לפי דין אחר".

הסעיף אומר שסעיף 10א בא להסדיר חריג נוסף לכלל האוסר עדות שמועה. הסעיף הזה בא להכשיר אמרה שלא הייתה מתקבל בגלל היותה עדות שמועה. המחוקק אומר שאם האמרה הייתה פסולה לא בגלל עדות שמועה אלא בגלל היותה אישה ולא בגלל הכתוב בסעיף 10א. סעיף 10ג אומר שאם יש כלל שפוסל אמרה לא בגלל עדות שמועה יש להתעלם מזה ואם יש כלל שמכשיר את האמרה בלי קשר לנושא של עדות שמועה אז נקבל את זה בשל אותו כלל שמכשיר ולא בגלל סעיף 10א שיש לו ייעוד אחד והוא חריג לכלל הפוסל עדות שמועה. נקבל את האמרה אם היא תענה על התנאים של סעיף 10א.

23/12/18

שיעור תשיעי

-המשך-3. רלוונטיות, קבילות וכללי פסילה:

רשומה מוסדית:

זהו חריג נוסף לכלל הפוסל עדות שמועה-

סעיף 35 ואילך, זהו חריג חדש יותר מסעיף 10א לפקודת ראיות.

סעיפים 35-39 לפקודת הראיות - רשומה מוסדית -מדובר בתיקון האחרון שנעשה בשנת 1995. כוונת התיקון הינה לאפשר קבלת רשומות שיוצרו ע"י מוסדות שבעיקרם עובדים אל מול קהל (נותני שירות לקהל הרחב). רשומה זו ללא התערבות המחוקק על מנת להכשירה, הייתה אמורה להיחשב כעדות שמועה. הסדר זה מאפשר כאמור קבלת הראיה כקבילה לתוכנה. המיוחד בהסדר זה – אופן קבלתה והצגתה בבית המשפט.

סעיף 35 לפקודת הראיות-הגדרות (תיקון מס' 11) תשנ"ה-1995 בפרק זה –

"הליך משפטי" - הליך אזרחי או פלילי בפני בית משפט, שניתן להביא בו ראיות;

"מוסד" - המדינה, רשות מקומית, עסק או כל מי שמספק שירות לציבור;

"עסק" - לרבות משלח יד;

"פלט" - כהגדרתו בחוק המחשבים, תשנ"ה-1995;

"רשומה מוסדית" - מסמך, לרבות פלט, אשר נערך על ידי מוסד במהלך פעילותו הרגילה של המוסד;

"תאגיד בנקאי" - כמשמעותו בחוק הבנקאות (רישוי), תשמ"א-1980, ולרבות בנק ישראל.

- "הליך משפטי" – אזרחי או פלילי שניתן להביא בו ראיות. הרשימה המוסדית מתקיימת בשני סוגי ההליכים.
- "מוסד" – מוגדר ע"י המחוקק כמדינה, רשות מקומית, עסק או כל מי שמספק שירות לציבור. הגדרה רחבה. כל עסק של אדם פרטי שאותו עסק עונה ונותן שירותים לציבור הרחב, הוא חלק מההגדרה אליו מתכוון המחוקק.
- מהי **רשומה מוסדית**? מסמך לרבות פלט (מחשב) אשר נערך ע"י מוסד במהלך פעילותו הרגילה של המוסד. הכוונה הינה להכשיר כל מסמך או פלט מחשב של מוסד שנוצרים כדרך שגרת עבודה. בעבר, באנגליה הסוחרים היו עושים לעצמם תרשומות של מכירות, סחורה וכ"ו. עם השנים, כאשר היה צורך לעקוב בדיון משפטי בסכסוכים אצל סוחרים היו פונים לרישומים שלהם. "מנהג הסוחרים" נתן השראה למה שנקרא היום "רשומה

מוסדית". ההיגיון – כשמדובר בעסק או במוסד שעל מנת לשמור על עצמו מנהל רשומה, הרי שאין סיבה לחשוד בתקפותם ובאמינותם של אותם רישומים ויש לקבל את הרישום כחומר עובדתי באותו זמן ומקום שהוא נדרש במסגרת בירור העובדות בהליך שיפוטי.

- **"התאגיד הבנקאי"** עשה את אותו הדבר – הוא מנהל את חשבונותינו באמצעות רישומים שהוא מייצר על מנת לאפשר לו ולנו לדעת את תנועת הכספים שלנו. המחוקק אכן מוסיף לצד ההגדרות גם את ההגדרה של "תאגיד בנקאי" – כמשמעותו בחוק הבנקאות, ולרבות בנק ישראל.

סעיף 36 לפקודת הראיות – קבילות רשומה מוסדית - (א) רשומה מוסדית תהא ראייה קבילה להוכחת אמיתות תוכנה בכל הליך משפטי, אם נתקיימו כל אלה –

(1) המוסד נוהג, במהלך ניהולו הרגיל, לערוך רישום של האירוע נושא הרשומה בסמוך להתרחשותו;

(2) דרך איסוף הנתונים נושא הרשומה ודרך עריכת הרשומה יש בהן כדי להעיד על אמיתות תוכנה של הרשומה;

(3) היתה הרשומה פלט - הוכח בנוסף, כי –

(א) דרך הפקת הרשומה יש בה כדי להעיד על אמיתותה;

(ב) המוסד נוקט, באורח סדיר, אמצעי הגנה סבירים מפני חדירה לחומר מחשב ומפני שיבוש בעבודת המחשב.

(ב) היתה הרשומה פלט, יראו לענין סעיף קטן (א)1 את מועד עריכת הנתונים המהווים יסוד לפלט, כמועד עריכתה של הרשומה.

(ג) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על רשומה אשר נערכה על ידי רשות מרשויות החקירה או התביעה הפלילית והמוגשת בהליך פלילי על ידי רשות כאמור. אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לפסול או להגביל הגשת רשומה כאמור, אם ניתן להגישה בהתאם להוראות סעיף 39ב.

(ד) התקבלה ראייה מכוח סעיף זה, יהיה הצד שכנגד זכאי לחקור חקירה נגדית עדים שזומנו על ידו לעדות, לשם הזמת הראייה, אם עדים אלה קשורים עם בעל הדין שמטעמו הוגשה הראייה.

כבר ברישא רואים את כוונת המחוקק להכשיר את הרשומה שתהא קבילה בכפוף לתנאים הבאים:

1. **שגרת הדברים וסמיכות זמנים** - אנחנו רוצים להבטיח כי מדובר ברשימה שמשמשת את המוסד בשגרת העבודה שלו. בנוסף, המחוקק רוצה לוודא גם שהרשומה נוצרת בסמוך למה שהמוסד מתעד. יש לנו תיעוד באופן שגרתי בסמוך לאירוע נושא הרשומה.
2. **לא די בכך שאתה מתעד ושאתה עושה את זה בסמיכות זמנים**, אלא אנחנו רוצים להבטיח כי מה שתיעדת הוא אמיתי והוא מאמת את האירוע אותו הוא אמור לתעד. על מנת להבטיח זאת, עלינו לבדוק את דרך התיעוד – האם היא מעידה על אמיתות ומקצועיות שיבטיחו את האמת במה שהוא משקף.
3. במידה והרשומה היא **פלט מחשב**, ולא מסמך שגרתי – המחוקק מוסיף כי **יש צורך בהוכחה שדרך הפקתה אמינה ומקובלת בתחום המחשב**. כמו כן, המוסד חייב להוכיח כי הוא נוהג להגן על התכנים של המחשב באמצעות חומרה או תוכנה שאמורה למנוע ממישהו זר לחבל ברשומות.

חריג – סעיף 36(ג) - " הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על רשומה אשר נערכה על ידי רשות מרשויות החקירה או התביעה הפלילית והמוגשת בהליך פלילי על ידי רשות כאמור. אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לפסול או להגביל הגשת רשומה כאמור, אם ניתן להגישה בהתאם להוראות סעיף 39ב. "

הוראות סעיף זה לא יחולו על רשומה אשר נערכה ע"י רשות מרשויות החקירה או התביעה הפלילית ומוגשות בהליך פלילי ע"י רשות – אם המחוקק לא היה מגביל באמצעות הוראה זו את הרשומות שנמצאות אצל המשטרה או החקירה, היינו יכולים לעקוף את כל תנאי הקבילות. המשטרה נוהגת כדרך שגרה לכתוב הודאות/הודעות מחשודים או עדים. היינו אמורים להגיד – הרשימה היא רשומה מוסדית ואז היו מגישים את זה בדרך שהמחוקק

קובע לנו. בדרך זו אנחנו עוקפים את הוראות סעיף 12 (ההודאה נמצאה מרצונו הטוב והחופשי של החשוד) ומגישים ישר לבית המשפט כרשומה מוסדית. **המחוקק אומר לנו שכשמדובר במסמכים או ברשומות שרשויות החקירה עושות תוך כדי עבודתן, הרשימות הללו לא נכללות במסגרת הכשרות של הרשומה המוסדית- זהו החריג!**

היינו אמורים להניח כי הודאת נאשם שנגבתה ע"י המשטרה בשגרת העבודה שלה ניתנת להגשה לבית המשפט מבלי הצורך לעבור את הסעיפים המסדירים את קבילות ההודאה/עדות העד.

רשומה מוסדית כן קבילה, אבל לא של המשטרה או של הרשות הפלילית עליהם יחולו ההסדרים הקודמים.

יחד עם זאת, כאשר מסמך נוצר ע"י רשות חקירה פלילית ואנחנו רוצים להשתמש ברשומה הזאת בהליך אזרחי- המקרה היה של רשות המכס במדינת ישראל שעובדת בקשר רצוף אל מול רשויות מקבילות לה במדינות אחרות. במקרה זה מדובר על הרשות האמריקאית שמעבירה מידע לרשות הישראלית לגבי מטען שמיועד להגיע לישראל והשולח מנסה להימנע מתשלום מס בכך שמזייף את מיקום השליחה. המטען מגיע לארץ והבעלים מנסה להציג מצג שווא לפיו הוא זכאי למכס מופחת לפי המקום ממנו הוא מגיע. רשויות המכס מחרים את המטען ומוציאות כלפי הבעלים את החיוב במס האמיתי ומגישות נגדו תביעה אזרחית לתשלום נכון והנזקים שנגרמו. במשפט האזרחי מבקשים להציג את המסמך שהופק על ידי הרשות כחלק משגרת עבודתה ושם כאמור יש את הנתון שהרשויות האמריקאיות אבחנו אצל האדם הזה שהוא ניסה לרמות אותם. ההתנגדות היא על סמך סעיף 36 – טענו כי הרשות החוקרת של המכס היא רשות חקירה והיא לא יכולה לשמש כראיה. **בית המשפט אמר שנכון שהיא מפיקה את הרשומה באופן קובע, אבל המחוקק הגביל את זה לפלילי בלבד, ולכן הרשומה התקבלה.**

סעיף 36 (ד) "התקבלה ראיה מכוח סעיף זה, יהיה הצד שכנגד זכאי לחקור חקירה נגדית עדים שזומנו על ידו לעדות, לשם הזמת הראיה, אם עדים אלה קשורים עם בעל הדין שמטעמו הוגשה הראיה".

הליבה המרכזית של ההסדר הזה. בד"כ כל מסמך אמור להיות מוצג לבית המשפט בדרך אחת: א. בידי יוצר המסמך. ב. בידי מחזיק המסמך. מסמך צריך להגיע לבית המשפט ע"י היוצר או זה שמחזיק. בשני המקרים, על מנת שניתן יהיה לחקור אותם על מה שכתוב ולמה כתוב מה שכתוב – המחוקק אומר לנו כי כשמדובר ברשומה מוסדית, אם אכן מוכח כך, אין צורך שהמסמך יוגש בדרכים האלו. בעל המוצג יכול להציגו ישירות לבית המשפט כמוצג קביל. אם כך, זאת דרך מיוחדת מאוד שאין לה מקבילה בדברים אחרים. בעל הדין הרוצה להגיש את הרשומה המוסדית, יכול להגישה היישר לבית המשפט. אם כך, מה קורה לבעל הדין שכנגדו מוגש המסמך? בדרך זו בעל הדין שכנגד לא יכול לחקור חקירה נגדית את מי שייצר את המסמך או מחזיק בו. במקרה זה, כאמור אומרים לו – המסמך בתיק בית המשפט התקבל כראיה קבילה ועכשיו אתה רוצה להתווכח על מה שרשום שם, אבל במקרה זה אתה תצטרך להביא את העדים. היות והמחוקק פטר את בעל הדין שמגיש את הרשומה מלהביא את הרשומה, בעל הדין יאלץ להזמין את העדים והם ייחשבו כעדים מטעמו. באופן זה, הוא היה מוגבל לחקור אותם רק בחקירה ראשית, אולם אם ההגבלה הזאת הייתה מתקיימת כאן, בעל הדין היה נפגע. במקרה זה בעל הדין שכנגדו מגישים את המסמך יוכל לחקור בחקירה נגדית. בדרך זו חוסכים את הזמן בהבאת העדים על מה שאין ויכוח לגביו בד"כ. **הרשומה המוסדית מתקבלת כראיה כשירה לתכנים שלה במישור הקבילות בלבד.** גם אם הראיה התקבלה, ניתן יהיה לתקוף אותה במישור המשקל.

לפי שהעניין של הרשומה המוסדית הוסדר בשנת 95', הייתה רשומה שהוסדרה – הרשומה הבנקאית. במסגרת סעיפים אלה, המחוקק מסדיר את ההסדרים שהיו כבר והוא כולל אותם גם בפרק זה:

סעיף 38 לפקודת הראיות- אי כפיית הגשה של רשומה מוסדית של תאגיד בנקאי- "בהליך משפטי שהתאגיד הבנקאי אינו בעל דין בו, אין כופים בנקאי או פקיד של תאגיד בנקאי, להגיש רשומה מוסדית של תאגיד בנקאי, שתוכנה

ניתן להוכיח לפי סימן זה, או להעיד דברים, על עסקאות או חשבוניות הרשומים ברשומה המוסדית, אלא לפי צו בית המשפט שניתן מטעם מיוחד".

כשלא מדובר בהליך בו אחד מהצדדים הוא הבנק, אלא מדובר ביריבות בין שני אנשים פרטיים והבנק הוא צד ג'. הבנקאים תמיד היו מיוחסים בהתחשבות המחוקק בהם. כלומר, אם בד"כ היית רוצה להציג בבית המשפט את ספרי הבנק על מנת להוכיח את מה שאתה רוצה, היית צריך להזמין את מנהל הבנק או פקיד שיביא עמו את הספרים ויציג אותם בבית המשפט. לא כך הדבר – כאשר מדובר בבנק או בפקידיו, המחוקק פטר אותם מלהגיע, אלא אם הוכחת לבית המשפט שלא ניתן להבין את הכתוב בספרי הבנק מבלי שאותו פקיד יבוא ויסביר. צו זה נדרש מאחר ובד"כ עיון בספרי בנק הם עם חיסיון (לקוח של הבנק). כאשר הבנק לא צד לסכסוך ואתה צריך את הספרים לצורך פתרון הסכסוך שלך מול פרט שני, במקרה זה כפי שהיה מקודם, לא תזמין את הפקיד או המנהל, אלא תקבל צו המאפשר לך לצלם בעצמך ולהביא את המסמך, אלא אם מדובר בנימוק מיוחד שיוכל להביא את המנהל או הפקיד.

סעיף 39 לפקודת הראיות- רשות עיון ברשומה מוסדית של תאגיד בנקאי- (א) "בית המשפט רשאי, על פי בקשת בעל דין בהליך משפטי, לצוות שהמבקש יהא רשאי, לצורך אותו הליך, לבדוק ולהעתיק כל רישום שברשומה מוסדית של תאגיד בנקאי.

(ב) צו לפי סעיף זה אפשר שיינתן בלי להזמין את התאגיד הבנקאי או כל בעל דין אחר או לאחר שהוזמנו, והצו יומצא לתאגיד הבנקאי שלושה ימים תמימים לפני הזמן שבו יש לקיים את הצו, זולת אם הורה בית המשפט אחרת".

יש לנו הסדר טכני שאומר – לא נזמין את הבנקאי או מי מטעמו, אלא נאפשר לך להגיע אל אותם ספרים שאתה רוצה, לעיין, לצלם ולהביא לבית המשפט, אלא אם תוכיח שהגעתם חיונית ובלעדיהם לא נבין מה כתוב שם. כך היה לפני שנת 95' וכן אחריו.

מה קורה כאשר הבנק הוא בעל דין?

אם אני תובע את הבנק או ההפך ואני צריך לעיין במסמכי הדין לצורך ביסוס התביעה? לא ניתן לפטור את הבנק, מאחר והוא בעל דין.

סעיף 39 לפקודת הראיות- חוות דעת של מומחה- "היה הפלט חיווי דיעה בענין שבמדע, שבמחקר, שבאמנות, שבידיעה מקצועית או בענין שברפואה, לא יהיה הפלט קביל כראיה, אלא אם כן הוגש בהתאם להוראות הדין החל על הגשת עדות בענינים אלה".

ישנם מוסדות שאוגרים בתוך המחשבים שלהם מסמכים או רשומות של מומחים מטעמם.

שימוש בתעודת מומחה נאגרת בתוך מחשב – המחוקק אומר כי לא תוכלו לאכוף את תנאי הקבילות של הרופאים או המומחים ע"י שימוש בפלט מחשב. **גם אם מדובר ברשומה מוסדית של מומחה או של רופא, הרשומה תצטרך לעמוד בתנאי הקבילות הרגילים המוגדרים לגביהם בנפרד מהכתוב בסעיפים בפרק זה.**

סעיף 39 לפקודת הראיות- שמירת דינים- (א) הוראות סימן זה לא יהיה בהן כדי להכשיר ראיה שאינה קבילה מחמת טעם אחר, שאינו הכלל האוסר עדות שמיעה, ולא יהיה בהן כדי לפסול או להגביל הגשת ראיה שהיא כשרה לפי הכללים האמורים או לפי דין אחר.

(ב) בסעיף זה ובסעיף 39א, "דין" - לרבות הלכה פסוקה.

שמירת הדינים – הרעיון הינו שהמחוקק אומר לנו כי הוא פתח חריג לכלל הפוסל עדות שמועה, אבל אם יכולת להכשיר את הראיה הזאת גם מקודם, מבלי קשר לכלל הפוסל עדות שמועה, אז חריגים אלה לא רלוונטיים. במידה והראיה לא קבילה מכלל פסלות אחר שפוסל אותה, לא ניתן להכשיר את הראיה הזו. **הרשומה המוסדית** **הזו שאני מסדיר ומכשיר אותה כעת, אם הראיה פסולה לפי כלל פסילה אחר, לא תוכל להכשירה וההפך.** כלומר, ניתן להכשירה רק לפי הכלל של עדות פסולה.

30/12/18

שיעור עשירי

כללי פסילה:

עדות שיטה ומעשים דומים:

כלל פסילה: פסילת ראיות בקשר לנטיותיו של אדם לעבור עבירה או עוולה:

ראיות שמגמתן מנסות להוכיח את העבירה המיוחסת לאדם או העוולה בתובענה האזרחית ע"י הבאת הראיות שאמורות להוכיח כי האיש הזה שמועמד כעת לדין יש לו נטייה לעבור עבירות או לבצע את אותה עוולה אזרחית. האם הראיות שבאות לשכנע את חבר המושבעים הן אלו שצריכות לקבוע את העובדות ולא השופט? האם עדות שמועה היא רלוונטית לנושא שנדון בביהמ"ש? האם ניתן לומר על עדות שמועה שהיא לא שייכת, שהיא זרה ואין לה יכולת לתרום לביורר האמת באותו משפט? בוודאי שיש לעדות שמועה כוח אם אותה עדות שמועה מתגברת, מתחזקת, מסתייעת בראיות נוספות. לכן אי אפשר לסלק עדות שמועה מפני היותה בודדה. החליטו לפסול עדות שמועה בגלל שבצד יכולת לתרום לביורר עובדות יש בה גם סכנה שהיא עלולה לשחד ולהטות את דעת המושבעים במובן זה שמי שמשמיע את עדות השמועה לא יודע בעצמו את האמת אלא רק משמיע ממקור נוסף ששמע את הדברים ולכן המושבעים עלולים לטעות כאילו זו האמת עצמה וכדי לא להסתכן שמושבעים יוטעו החליטו לוותר על עדות השמועה (בכפוף לאותם חריגים). גם בכלל הפוסל עדות לפי נטיותיו של האדם, האם העדויות הללו בגלל אופיו של האדם, נטיותיו של האדם הן רלוונטיות? אם אדם שעומד לדין על עבירה של גניבה או אינוס זה לא משנה אם נוכיח שאותו אדם בעבר כבר כמה פעמים גנב, האם העובדות הללו שיש לנו, יכולות ללמד שגם הפעם הזו הוא גנב? אם נגיד שאדם בעבר עשה מעשה פלילי לא מעיד שהוא חזר ועשה את אותו מעשה שוב. אם הראיה לא רלוונטית אין לנו עניין לפסול אותה ולכן, האנגלים יצרו את כלל הפסילה כי הם חשבו שהראיות האלו כן רלוונטיות, ראיות שמצביעות על אופיו של האדם, על עברו הן רלוונטיות לביורר השאלה האם גם הפעם עבר עבירה פלילית או עוולה אזרחית. למרות הרלוונטיות הצד השני של המטבע זו הסכנה שמושבעים יחשבו שאותו אדם שגנב בעבר גם הפעם יגנוב. זה לא כלל שלא ניתן לסתור אותו ולכן המשפט האנגלי אמר שזו סכנה גדולה להשליך על כך שהאדם יחזור על עברו, לכן יש כלל פסילה בפסה"ד שיוביץ':

ע"פ 265/64 שיוביץ' נ' היועמ"ש - פסה"ד ניתן ע"י הש' אגרנט - אם אדם טוען שהתנהגותו הייתה מקרית, בתו"ל, ללא כוונה פלילית, אקראית לגמרי, צריך להוכיח את הכוונה הפלילית או המודעות של האדם לגבי העבירה הפלילית. אם האדם מודה שהוא גנב למשל אבל שהוא גנב בטעות כי חשב שהחפץ שלו אבל **אם האדם חוזר על העבירה, לדעת אגרנט נכנסים כאן לתורת המקריות. פעם אחת ניתן לקבל את הטענה של מקריות, של טעות אבל בפעם השנייה זה כבר מתחיל לא להתקבל על הזעת. בפעם השלישית בטח שאין כאן טעות.** אדם הטוען לטעות שלוש פעמים על מה שהוא עושה מתוך כוונה לשלול את האפשרות שהייתה לו מחשבה פלילית, מודעות, כוונה, לאדם כזה לא ניתן להקשיב ולהאמין ומן הסתם זו בדיה. המשפט האנגלי פותח חריגים ויוצר עיקרון, כלל פסילה

שלא מרשה להביא ראיות בדבר נטיותיו של האדם שכל הרעיון להביא את עברו של האדם, המשפט האנגלי לא מרשה זאת אבל הוא פותח חריגים.

האם שם שאדם יצר לעצמו זה רלוונטי והאם ניתן להשתמש בו במשפט הפלילי או האזרחי?

לא יכול להיות שאדם עם מוניטין יעשה עבירה מסוימת. האם אדם יכול להשתמש בשם הטוב שלו או בטענה שיש לו שם טוב כדי להדוף את האישום הפלילי או התובענה האזרחית? המשפט האנגלי איפשר והרשה לכל מואשם שעמד למשפט פלילי לנסות לשכנע שזה לא מתקבל על הדעת להאשים אותו.

לפני 400 שנים אנשים שגרו בקרבה לנאשם היו אמורים להכיר אותו ואותם אנשים שימשו גם עדים וגם מושבעים כדי להגיד מיהו השכן, היו אוספים עדויות מהשכנים כדי להבין אם הנאשם הוא אדם ישר. מאותה תקופה שהמושבעים הורשו לאסוף טענות לגבי העומד לדין, הפרידו בין המושבעים לבין העומדים לדין. הרשות להצביע על שמו הטוב של אדם נשארה גם אחרי זה. גם היום לפי המשפט האנגלי ניתן להביא ראיות על תכונותיו הטובות של הנאשם: איך הוא מוכר בקהילה שלו, גם במשפט הישראלי. ביהמ"ש לא יוכל לסלק את העדויות האלו כלא רלוונטיות. למרות שעדויות האופי אמורות להיחשב כעדות שמועה, **המשפט האנגלי החשיב את זה כעדות מקור ולא כעדות שמועה** כי כך יוצרים את שמו של האדם כי השם של האדם יכול להוות טענת הגנה מפני אישום פלילי או מפני עוולה אזרחית אבל אדם שינסה להתגונן מאישום פלילי בצורה כזו מסתכן בכך שהוא פותח פתח לתביעה או לתובע להביא ראיות הזמה.

סעיף 163 לחוק סדר דין פלילי - אם נאשם בחר להעיד להגנתו (נאשם לא חייב להעיד, הוא יכול לשתוק) אסור לחקור אותו על עברו הפלילי בטרם הוא הורשע בדין. אסור להשתמש בעברו של האדם במסגרת החקירה הנגדית של הנאשם.

אין אמירה לגבי זה שהנאשם בוחר לשתוק ולא מעיד, האם מותר לתביעה ליזום הבאת ראיות שתצביע על הנאשם כבעל נטייה פלילית או כבעל הרשעות קודמות? **הפסיקה הישראלית השאובה מהפסיקה האנגלית קבעה במפורש שגם אם הנאשם בוחר לשתוק אסור לגלות לביהמ"ש את הרשעותיו הקודמות אלא אם הנאשם בעצמו או באמצעות חקירת עדי התביעה או באמצעות הבאת עדים מטעמו מעלה קדימה את שמו הטוב.**

סעיף 163 מעלה את זה שאם נאשם מעלה את שמו הטוב מותר לחקור אותו על עברו ולהזים את דבריו.

1. חריג ראשון לכלל הפסילה בקשר לנטיותיו של האדם:

החריג הראשון בהקשר של עדויות אופי זה כשנאשם מנסה להתגונן באמצעות עברו הנקי ולכן לא יכול להיות שביצע את העבירה אז כאמור הוא פותח לצד השני את האפשרות להביא ראיות הזמה.

העדויות הללו פסולות אך יחד עם זאת הנאשם רשאי בעצמו להתגונן ע"י שמו הטוב ורק אז מותר להזים את זה וזה החריג!!

מעשים דומים:

מתי נוכל להשתמש במעשים הדומים של הנאשם כדי לשכנע שטענת הנאשם שעומד לדין שלא הייתה לו מודעות פלילית או כוונה אינה נכונה?

אדם הטוען שהסתבך באותה התנהגות ואין מבחינתו וויכוח שהוא ביצע את אותה התנהגות אבל בזמן שביצע אותה לא הייתה לו כוונה פלילית, לא הייתה לו מודעות. אם יצליח להוכיח או אם התביעה לא תצליח להוכיח (כי עליה נטל ההוכחה) שכשהוא עשה את העבירה הוא ידע מה עושה והייתה לו כוונה. במקרה כזה אם מתברר שהאיש הטוען לחפות בגלל טענה של היעדר מחשבה פלילית או היעדר מודעות וכוונה פלילית, **מותר לחרוג מהכלל שלא מרשה להשתמש בהרשעות קודמות או מעשים קודמים אם מתברר שהאיש הזה לפני ההתנהגות נשוא האישום כבר הסתבך באותה התנהגות יותר מפעם אחת**. פעם אחת כשאדם מואשם טוען שהמעשה היה במקרה ובהיסח הדעת ניתן להאמין לו אבל אדם שחוזר ועושה את אותה עבירה מס' פעמים אי אפשר לקחת ברצינות את הטענה שלו למקורות או לחוסר כוונה. אלו מעשים דומים. **הפסיקה פיתחה כלל שאומר שמותר להשתמש במעשים דומים שעשה אדם על מנת להזים את טענת הנוגע בדבר שלא הייתה לו כוונה או שמדובר היה במעשה בתום לב בלבד**.

השאלה שטעונה הוכחה ודין היא מהו "אותו מעשה"?

הפסיקה אומרת לפני ואחרי פס"ד שיוביץ' שאין רשימה של מעשים שיכולים ללמד אותנו מהו מקרה דומה, אלא כל מקרה לנסיבותיו. המקרה לא חייב להיות מדויק כמו המקרה הקודם אלא דומה.

הדגש הוא שמעשים דומים ניתן להביא לידיעת ביהמ"ש כדי להזים טענותיו של אדם שאומר שעשה את המעשה הפלילי או האזרחי כשהיסוד העובדתי, ההתנהגות עצמה לא שנויה במחלוקת אבל היסוד הנפשי שנוי במחלוקת.

אותו אדם שהועמד לדין באשמת אינוס שפעל במקרים דומים בעבר או אחרי המקרה, עשה דבר שהוא בגדר "ייחודי" לאדם שעושה זאת, למשל אנס שמטביע את שמו על הנאנסת.

2. חריג שני- שיטה:

ראיות בדבר שיטה, הכוונה היא להביא ראיות כדי להוכיח שאותו אדם שאנו בוחנים את התנהגותו פעל באותה שיטה שהוא יצר והמקרה הנוכחי שאנחנו בודקים אותו הוא עוד דבר במסגרת השיטה. אם ניתן להוכיח שאותה התנהגות היא מיוחדת וייחודית לאדם מסוים די בכך שנוכיח את הייחוד הזה למשל: האונס עם הטבעת השם ואז מוכיחים לא רק את היסוד הנפשי אלא את העבירה בשלמותה, את העבירה+ היסוד הנפשי.

ע"פ 648/77 קריב נ' מד"י- הש' חיים כהן שואל הכיצד נזהה כי לפנינו שיטה? באשר לסימני ההיכר צריכים להיות פשוטם כמשמעם שעל פיהם ניתן להכיר את הפושע הפועל בצורה זו ולא אחרת. "בחנית הכר נא למי החותמת, הפתילים והעד". נאמרו פריטים אישיים מאוד שרק לאותו אדם יש. בזכות סימני הזיהוי נמנע מותה של האישה. הש' חיים כהן משתמש בכללי הזיהוי הייחודיים ואומר: "יפה אמרו על סימני ההיכר שעליהם להיראות כמו כרטיס ביקור שלו שהשאיר הפושע במקום הפשע או כמו חתימת ידו שבה חתם על המעשה". כלומר, זה צריך להיות כ"כ ייחודי שזה מזכיר חתימת יד שהיא ייחודית לאדם או כרטיס ביקור שגם הוא ייחודי לאדם. **כשמדובר בשיטה ולא במעשים דומים הפסיקה דורשת דמיון כמעט מלא בין ההתנהגויות הדומות לבין האדם שאנו מאשימים אותו**.

באמצעות עדות שיטה, בתי משפט עושים בזה שימוש כדי לזהות וכאן יש ויכוח על הכל כי הנאשם אומר שזה לא הוא, פה צריך להראות התנהגות שהיא חלק משיטה שייחודית לאדם.

כשמדובר בפדופיליה יש חריג- מחפשים את אותו דימיון בין המעשה הנוכחי למעשים הדומים, אם מדובר בהתנהגות הנוגעת לעבירות מין או בהתנהגויות כלפי קטינים (פדופיליה) הפסיקה מאפשרת להוכיח שהאדם העומד לדין לא במקרה שם את אותו ילד על ברכיו למשל, בגלל שמדובר בפדופיליה ופדופילים חוזרים על עצמם מותר

להביא ראיות שגם במקרים אחרים אותו איש ארב לקטינים. כדי להוכיח שהנאשם הוא עבריין מין מותר להביא מעשים דומים או אפילו הרשעות קודמות.

*** לקרוא פסקי דין בקשר לחיסיון לטובת המדינה

לקרוא סעיף 44 לפקודת הראיות.

5. חסיונות:

חסיון לטובת ביטחון המדינה:

ראיות חסויות- כלל פסילה:

יש ראיות שאין ספק ברלוונטיות שלהן והן צריכות לעמוד מול ביהמ"ש כדי שהוא יוכל לברר את האמת אבל אותן ראיות שאמורות לקדם את בירור האמת יש בצידן גם היבטים מסוימים למשל: ביטחון המדינה- שאם נחשוף את הראיה הזו הרי היא עלולה בשל חשיפתה לפגוע באינטרס חשוב כמו ביטחון המדינה או היא עלולה לסכן את יחסי החוץ של מדינת ישראל או לסכן את הסודות של מדינת ישראל. מה עושים במצב כזה? הראיה רלוונטית לנאשם לבירור האמת אך מצד שני, היא רלוונטית לתביעה שלא לחשוף אותה כדי לא לפגוע באינטרסים של המדינה. במקרה כזה, המחוקק מכוון אותנו בהתנגשות בין האינטרסים של בירור האמת וביטחון המדינה ויש לתת עדיפות לביטחון המדינה ע"י הטלת חיסיון וזה ע"י פרוצדורה של השר או רה"מ שנוגע בעניין, אחד מהם די בכך שיחתום על צו, מסמך שבו הוא יחליט להטיל חיסיון על אותה ראיה וההסבר לכך זה שהוא ישתכנע שנימוקים של ביטחון המדינה עלולים להיפגע אם הראיה הזו תיחשף בפומבי. פוסלים את הראיה באמצעות הטלת החיסיון. קיימת דרך שלמרות החיסיון שהוטל אם ביהמ"ש יגיע למסקנה שהראיה הזו היא חשובה ומהותית להגנתו של הנאשם, ביהמ"ש יכול להחליט על פי בקשתו של הנאשם להסיר את החיסיון ולחשוף לנאשם את אותה ראיה.

06/01/19

שיעור אחד עשר

-המשך- 5. חסיונות:

-המשך- ראיות חסויות- כלל פסילה:

כשמדברים על ראיות חסויות יש להעמיד לנגד עינינו את השיקולים שמנחים את המחוקק או את הפסיקה בבואם לקבוע אם ראיה מסוימת ראוי לה שלא לתקבל כראיה קבילה ומצד שני ראוי לה שהיא תיפסל ויוטל על אותה ראיה חיסיון. מה שיכול להביא להחלטה כזו אלו שיקולים שניתן לכמת אותם:

1. שיקול של אינטרס ציבורי מובהק- כמו למשל האינטרס לשמור בסוד ראיה שמכילה פרטים שחשיפת אותם הפרטים עלולה לפגוע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ של מדינת ישראל או שחשיפת אותם פרטים עלולה לפגוע בסודותיה של מדינת ישראל. במסגרת האינטרס הציבורי אנו כוללים גם את שיטות העבודה של המשטרה שרלוונטיות לבירור העובדות השנויות במחלוקת. בשם האינטרס הציבורי החוק מעניק

לאותו שר הנוגע בדבר ומקנה לו את הכוח להחליט מאותם טעמים של אינטרסים להטיל חיסיון על ראייה מסוימת כדי שהחיסיון ימנע את זה שרוצה להשתמש בראיה, להשתמש בראיה כקבילה במשפט.

2. **שיקול של יחסי אמון- יחסי אמון** שמתבקשים מקשרים שיש בין בני אדם כמו למשל:

- **הקשר בין עו"ד ללקוח-** כדי שעוה"ד יוכל לספק שירות מקצועי ללקוח שלו הקשר הזה מביא את הלקוח ואף מצופה מהלקוח שיפרוס בפני עוה"ד את כל המידע הרלוונטי, פרטים אישיים, מהותיים וסודיים, חשיפת הפרטים נחוצה כדי לתת את המענה המשפטי הנכון. לולא היינו קובעים שעל הדברים שיוחלפו בין עו"ד ללקוח יוטל חיסיון והם לא יוכלו להיחשף בפני אף גורם, גם לא גורם משפטי, היינו עלולים להכשיל את עבודת הייעוץ והייצוג של עוה"ד. בשל הציפייה ליחסי אמון מיוחדים בין עו"ד ללקוח אנו מחליטים להעניק חיסיון לדברים שהוחלפו לצורך הכנת אותו ייצוג משפטי.
- **יחסי רופא- מטופל-** החיסיון הרפואי נובע מהצורך שהמטופל יגלה לרופא שלו את כל הפרטים האינטימיים הקשורים לתולדות המחלה שלו מתוך ציפייה שהגילוי הזה יאפשר לרופא לאבחן באיזו מחלה מדובר ומהו הטיפול הראוי והנכון שיש להציע לאותו מטופל. המטופל מצפה מהרופא שלו שהפרטים שהוא חושף בפניו לא יצאו החוצה מתוך אותה נאמנות שיש למטופל כלפי הרופא. בשל אותם יחסים מיוחדים נוצר החיסיון שבין הרופא והמטופל. כנ"ל גם עובד סוציאלי והמטופל על ידו.
- **אדם המתוודה בפני כהן דת-** האדם מגיע לכהן דת על מנת להתוודות על חטאים שביצע מתוך אמונה שהכהן ששומע את זה יעניק לו מחילה. הציפייה של המתוודה זה שהדברים הללו לא יצאו מהכהן החוצה. כהן הדת מעניק חיסיון מיוחד ששונה באופיו מהחסינות האחרים.

רשימת החסינות המופיעה והנמצאת בפרק הראיות החסויות בפקודת הראיות היא לא רשימה סגורה, לא רשימה ממצה ויש לזכור ולדעת שבנוסף בראיות החסויות, הסטטוטוריות יש בצידן ראיות חסויות שנוצרו ונקבעו בפסיקה. הפסיקה הוסיפה על הראיות החסויות, הסטטוטוריות חסיונות נוספים. הרשימה עדיין לא סגורה. דוג' לראיה חסויה שהיא יציר פסיקה: הראיה שבין העיתונאי למקור שלו, כלומר, כדי לאפשר לציבור לקבל ידיעות שונות ושהעיתונות תהיה עיתונות חופשית (שזקוקה למקורות) המקורות לא יוכלו להבטיח להביא את המידע אלא אם יהיה על המידע חיסיון. בשל יחסי האמון בין מקורות מידע לבין העיתונאים הפסיקה נתנה תוקף ויצרה את החיסיון הזה.

בעידן של היום מוצאים צורך לדון בזיקות המיוחדות (כמו ברשתות החברתיות) ולשאול את עצמנו מתי אנחנו צריכים לתת הגנה לדפוס מסוים של יחסים בין בני אדם בעידן הזה. עד שהמחוקק ייתן דעתו בעניין שבד"כ הוא צד איטי ביצירת הדברים האלו. מה שיותר מהיר זה לפנות לבתי המשפט שבאמצעות הסמכות שלהם יקדימו את המחוקק.

החלוקה שמקובלת להיעשות באשר לסוגי הראיות החסויות, סוגי חסיונות:

1. **החיסיון המוחלט-** יותר נדיר- משמעותו שמרגע שהוא הוטל כדין אין אף גורם שיפוט או משפטי שיכולים להסיר אותו. קיימים שלושה סוגי חסיונות מוחלטים:

- **חיסיון בין עו"ד ללקוח-** מסוג הדברים שמקובל שלקוח מוסר לעוה"ד שלו יימצאו במעטה של חיסיון ואף אחד לא יוכל לחייב את עוה"ד או את הלקוח לחשוף אותם בביהמ"ש. לביהמ"ש אין סמכות לכפות לא על עוה"ד ולא על הלקוח לוותר על החיסיון או להסיר אותו. היחיד שמוסמך לוותר על הזכות לחיסיון הוא הלקוח שהוא בעל החיסיון.
- **חיסיון מפני הפללה עצמית-** אם משתכנעים שמדובר בדברים שנכנסים בגדר לחיסיון של הפללה עצמית אז אי אפשר להסיר את החיסיון הזה ולכפות על האדם בעל החיסיון שיחשוף את הדברים המפלילים שיפלילו

אותו, גם לא בימ"ש. הואיל והחיסיון נוצר לטובתו של האדם כדי למנוע את הכפייה שלו להפליל את עצמו הרי הוא היחיד שמוסמך אם ירצה בכך לוותר על הזכות הזו ולהפליל את עצמו אם הוא חושב שכך ראוי ונכון לעשות. העד יכול להימנע ממתן תשובה אם התשובה עלולה להפליל אותו. בימ"ש יכול לפעמים לכפות על עד לומר דברים מפלילים תוך שימור הזכות לא לתת לתביעה להשתמש בדברים אלו.

פס"ד גלעד שרון..

- **חיסיון במערכת הקשרים בין המתוודה לכהן הדת** - פעם אחת היה וידוי בפני כהן דת, אין אפשרות להסיר את החיסיון ולחשוף את השיחה שהייתה בין כהן הדת לבין אותו אדם. אי אפשר למנוע מאדם לחשוף את הדברים שאמר אם ירצה.

2. **החיסיון היחסי** - לעומת שלושת החסיונות המוחלטים כל היתר הם חסיונות יחסיים בלבד: זה אומר שיש חיסיון אבל בהינתן נסיבות מיוחדות שהחוק קובע או הפסיקה, ניתן לביהמ"ש לכפות את הסרת החיסיון, יש נוסחה מתי בימ"ש מוסמך לצוות על הסרת חיסיון. היום המגמה הרווחת היא שיש לשאוף לכל החסיונות החדשים שבימ"ש או המחוקק שוקלים לייצר: תמה תקופת המוחלטות של החיסיון המוחלט כי הרבה פעמים זה לא צודק ונמנע מביהמ"ש לעשות צדק.

חיסיון לטובת ביטחון המדינה:

סעיף 44 לפקודת הראיות - חיסיון לטובת המדינה - (א) אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל, ראיה אם ראש הממשלה או שר הבטחון הביע דעתו, בתעודה חתומה בידו, כי מסירתה עלולה לפגוע בבטחון המדינה, או אם ראש הממשלה או שר החוץ הביע דעתו, בתעודה חתומה בידו, כי מסירתה עלולה לפגוע ביחסי החוץ של המדינה, אלא אם מצא שופט של בית המשפט העליון, על-פי עתירת בעל-דין המבקש גילוי הראיה, כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה, ובהליך פלילי – כי הראיה עשויה להועיל להגנת הנאשם ומידת התועלת שבה להגנה עולה על העניין שיש לא לגלותה, או שהיא חיונית להגנת הנאשם.

(ב) הוגשה לבית המשפט תעודה כאמור בסעיף קטן (א), רשאי בית המשפט, על פי בקשת בעל הדין המבקש גילוי הראיה, להפסיק את המשפט לתקופה שיקבע כדי לאפשר הגשת העתירה לגילוי הראיה, ואם ראה לנכון - גם עד להחלטה בעתירה.

הסעיף נמנה על החסיונות היחסיים בלבד.

הסעיף אומר שאין אדם המוסמך למסור ראיה וביהמ"ש לא יקבל אותה - למרות זאת בתי המשפט לקחו את זה לא כעצה אלא כעניין ברור ומוחלט שאם מזהים שמדובר בראיה שיש עליה חיסיון, האדם שמחזיק בראיה לא יוכל להציע אותה לבימ"ש ובכל מקרה אם מישהו הציע אותה בטעות ובימ"ש יודע שיש עליה חיסיון בימ"ש מצווה לא לקבל את הראיה ולדחות אותה.

ראש הממשלה מטבע הדברים יודע כל מה שקורה בממשלה וחולש על עניין הביטחון. אם שר הביטחון שמופקד על משרד הביטחון חושב שראיה עלולה לפגוע בביטחון המדינה הוא רשאי להטיל חיסיון על אותה ראיה. זה מתרחש רק בקשר לראיה שעלולה להתברר בעניין עובדתי בבימ"ש, אם היא לא חלק מהחקירה אין טעם להטיל עליה חיסיון. כחלק מסעיף 74 לחסד"פ אם חוקר שם לב שבתוך החקירה יש ראיות שחשיפתן לנאשם עלולה לפגוע בביטחון המדינה, שר הביטחון או רה"מ מוסמכים להטיל חיסיון על אותה ראיה. סעיף 74 - מזכה את הנאשם רק לאחר הגשת כתב האישום לעיין בחומר החקירה שנאסף בעניינו ובמקרה כזה אם רה"מ או שר הביטחון חושבים שיש דברים שיפגעו בביטחון המדינה הם יכולים להטיל חיסיון. אין בעובדה שיש חיסיון על הראיה להסתיר את זה מעניינו של הנאשם, העובדה שהראיה הופכת ללא קבילה בגלל החיסיון אין משמעותה שלנאשם אסור לדעת אותה.

אסור להסתיר מהנאשם את העובדה שיש חיסיון על ראייה. יותר מכך, הפסיקה מחייבת לחשוף בפני הנאשם בקווים כלליים שאין בהם לסכן את התוכן מה יש בראייה החסויה הזו. הסיבה לכך זה שהנאשם יוכל לנסות להעריך את חשיבותה, משמעותה של הראייה החסויה לגבי ההגנה שלו, האם הוא באמת זקוק להגנה ע"י הראייה הזו.

כשמוטל חיסיון על ראייה המשמעות של זה זה שהתביעה וויתרה על אותה ראייה כחומר ראייתי, כהוכחה במשפט. מבחינת התביעה יותר חשוב להטיל עליה חיסיון כי ניתן להסתדר בלעדיה במשפט. אין מצב בו התביעה מטילה חיסיון וגם משתמשת באותה ראייה חסויה.

• **הגנה על יחסי החוץ של מדינת ישראל:** יש שני אינטרסים ציבוריים חשובים שסעיף 44 מגן עליהם באמצעות החיסיון:

1. הגנה על ביטחון המדינה

2. הגנה על יחסי החוץ של מדינת ישראל

אם אותו חומר חקירה ייחשף ועלול לפגוע ביחסי החוץ של מדינת ישראל שר החוץ שמופקד על זה רשאי להורות על הטלת חיסיון על אותה ראייה שמדובר בה.

החיסיון הוא יחסי אלא אם מצא שופט בימ"ש עליון כי בעל דין הגיש בקשה לגילוי הראייה כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה ובהליך פלילי כי הראייה עשויה להועיל להגנת הנאשם ומידת התועלת שבה להגנה עולה על העניין שיש לא לגלותה או שהיא חיונית להגנת הנאשם.

התוספת הזו "ובהליך פלילי..." זהו תיקון שהוכנס לסעיף בתשע"ו. עד לתיקון הזה נוסחת האיזון הייתה זו שנקבעה שמצא שופט בימ"ש העליון כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה. המחוקק בא והרחיב את זה. החיסיון חל גם על ההליך האזרחי וגם על ההליך הפלילי. כשמדובר בהליך אזרחי נוסחת האיזון להסרת החיסיון הרבה יותר צרה מאשר בהליך הפלילי שהמחוקק אומר שבנוסף לנושא ש"עשיית צדק עדיפה משלא לגלותה", בהליך פלילי די בכך שאותה ראייה חסויה עלולה, עשויה להועיל להגנת הנאשם או אפילו מידת התועלת שבה להגנה עולה על העניין של לא לגלותה.

הפסיקה הדגישה את המרכזיות של אותה ראייה, עד כמה היא מהותית, מרכזית להגנתו של הנאשם. האם אי הסרת החיסיון יגרום לאי צדק לנאשם בשל העובדה שהנאשם לא יכל להשתמש בה כדי להוכיח את צדקתו? המחוקק אמר שכדי שהנאשם יצליח להוכיח את חפותו לא די שהראייה החסויה תהיה לא מרכזית מפני שגם אם היא לא מרכזית אבל יש לה יכולת בהצטרף לראיות אחרות להועיל לו ולקדם את עניינו, מבחינת המחוקק גם תרומה כזו של הראייה החסויה היא מספקת.

מי ביהמ"ש האמור להחליט על הסרת החיסיון או לא?

בד"כ בימ"ש היושב בעניינו של אותו אדם אבל בחשיבות של עניינים של ביטחון המדינה המחוקק הפקיד את ההחלטה בעניין לסמכותו של שופט בימ"ש עליון. מרגע שהנאשם סבור שהראייה החסויה בעניין ביטחון המדינה או בעניין יחסי החוץ, הראיות הדרושות לו כדי לנהל את הגנתו ביעילות ולהיות מסוגל להוכיח את צדקתו, מאותו רגע שהוא מבקש לפנות אל שופט ביהמ"ש העליון בבקשה להסרת החסינות, ההודעה הזו משמעותה כלפי בימ"ש המקיים את הדיון, יש לו שיקול דעת- הוא יכול להורות על הפסקת הדיון עד שהעליון יחליט מה הוא יעשה באשר לאותה ראייה חסויה והוא יכול להחליט שאין בבקשה הזו סיבה לעכב את העדים האחרים באותו תיק. על פי רוב ביהמ"ש הדיוני ייעתר וידחה את הדיון עד לאחר שהעליון יחליט בעניין.

מהן הפרוצדורות שמנחות את בימ"ש העליון בבואו להחליט האם להסיר או לא את החיסיון?

הנושא נקבע הן בפסיקה והן בסעיף 46 לפקודת הראיות- הדיון בעתירה לגילוי ראיה חסויה- (א) הדיון בעתירה לגילוי ראיה לפי סעיפים 44 או 45 יהיה בדלתיים סגורות; לשם החלטה בעתירה רשאי השופט של בית המשפט העליון או בית המשפט, לפי הענין, לדרוש שהראיה או תכנה יובאו לידיעתו, ורשאי הוא לקבל הסברים מהיועץ המשפטי לממשלה או מנציגו ומנציג המשרד הממשלתי הנוגע בדבר, אף בהעדר יתר בעלי הדין.

(תיקון מס' 17) תשע"ו-2016

(1א) בהחלטה כאמור בסעיף קטן (א) ישקול בית המשפט, בין השאר, את הקשר שבין החומר החסוי לגדר המחלוקת בין בעלי הדין, בשים לב לגרסת ההגנה, את הקשר שבין החומר החסוי לראיות הגלויות וחומר חסוי אחר בתיק, ואת קבילות החומר החסוי ומשקלו הצפוי אם יוגש כראיה במשפט, ורשאי הוא לקבל הסברים מהעותר אף בהעדר שאר בעלי הדין; לא יתיר בית משפט גילוי של ראיה חסויה, אלא לאחר שניתנה לתובע אפשרות להתייחס לטענות שנטענו שלא בפניו.

(תיקון מס' 17) תשע"ו-2016

(2א) החליט בית המשפט שלא להתיר גילוי של ראיה חסויה, רשאי הוא לשוב ולבחון את החלטתו עם התקדמות הדיון בהליך העיקרי.

(ב) שר המשפטים רשאי להתקין תקנות סדרי דין לדיון בעתירה לפי סעיפים 44 ו-45 וסעיף זה.

** לקרוא את סעיף 45(ד) ואילך, סעיף 46 לפקודת הראיות

*** לקרוא פס"ד ליבני- הנ' אהרן ברק- לעניין החסינויות.

13/01/19

שיעור שניים עשר

-המשך- 5. חסיונות:

המשך- חיסיון יחסי:

5.1 חיסיון לטובת ביטחון המדינה:

אם רה"מ סבור כי בראיה שתיחשף לנאשם (כל חומר חקירה שנאסף חייב להיחשף לנאשם) יהיה בכך כדי לסכן את ביטחון המדינה, יחסי החוץ שלה והסודות הרשמיים, כתוצאה מהסכנה לאינטרסים הללו המחוקק מעדיף בשלב הזה להטיל חיסיון על אותה ראיה, לאסור את חשיפתה לנאשם או לכל מישהו אחר. כל זמן שביהמ"ש לא הסיר את החיסיון הוא קיים. הוא ניתן להסרה ע"י בימ"ש.

המחוקק החליט בעקבות הערות העליון להוסיף ולהרחיב על נוסחת האיזון שהייתה קיימת עד אז, להוסיף נוסחה נוספת שתשמש בהליך הפלילי. הרעיון של הראיות החסויות המוסדרות בפרק הראיות החסויות כולל סעיף 44 חולשות וחלות על כל סוגי ההליכים, גם במשפט האזרחי וגם במשפט הפלילי.

התיקון שהוכנס לחוק הוא שבהליך פלילי הראיה עשויה להואיל להגנת הנאשם במידת התועלת שבה וזה עולה על העניין שיש לא לגלותה שהיא חיונית להגנתה.

נוסחת האיזון:

העליון פירש "עשיית צדק" – במצב בו אם לא יסירו את החיסיון יש חשש לעיוות דין וכדי למנוע עיוות דין ביהמ"ש מצווה להסיר את החיסיון אלא שהעליון בעיקר התקשה בעצם להסכים שרק מקרה שעלול להביא איתו עיוות דין הוא המקרה היחידי המצדיק הסרת חיסיון כי עיוות דין = אם ממשכים את ההליך ניתן לגרום לכך שהנאשם או בעל הדין האזרחי יחויבו שלא בצדק- באזרחי או יורשעו שלא בצדק- בפלילי. כדי שראיה מסוימת תיבחן בהקשר של עשיית צדק אותה ראיה מספיק לה שיש בה כדי להואיל להגנת הנאשם, היא יכולה לקדם את טענת ההגנה והיא לא צריכה להפוך את תפיסת הראיות בתיק, היא תומכת ומחזקת את גרסת ההגנה ולכן העליון ניסה באמצעות פרשנות מרחיבה לצקת תכנים תכליתיים יותר נוחים להגנה מאשר מה שהמחוקק התכוון אליו. המחוקק יישר קו עם העליון. די לאותה ראיה שתועיל להגנת הנאשם או שתהיה חיונית לנאשם. הנאשם צריך להוכיח לבימ"ש שאם לנאשם לא תהיה הזדמנות להשתמש בראיה החסויה הזו הוא יורשע שלא כדין. הטלת החיסיון על הראיה מצד המדינה משמעותה שהיא מוותרת על שימוש בראיה כי יש לה ראיות מספיקות כדי להרשיע את הנאשם.

חיסיון מוטל מטעמים של אינטרס ציבורי חשוב. בשני המקרים: גם באינטרס ציבורי חשוב וגם באינטרס של המדינה.

השאלה שנשאלת היא איך ביהמ"ש בודק באופן פרוצדוראלי את העתירה? בטעמים של ביטחון המדינה מי שמחליט זה שופט בימ"ש עליון כי בשאר החסיונות מי שמטפל זה בימ"ש מנהלי. הסיבה לכך היא הסודיות והחשיבות.

בעניין הפרוצדורה נפנה לסעיף 46 לפקודת הראיות- הדיון בעתירה לגילוי ראיה חסויה- (א) הדיון בעתירה לגילוי ראיה לפי סעיפים 44 או 45 יהיה בדלתיים סגורות; לשם החלטה בעתירה רשאי השופט של בית המשפט העליון או בית המשפט, לפי הענין, לדרוש שהראיה או תכנה יובאו לידיעתו, ורשאי הוא לקבל הסברים מהיועץ המשפטי לממשלה או מנציגו ומנציג המשרד הממשלתי הנוגע בדבר, אף בהעדר יתר בעלי הדין.

(תיקון מס' 17) תשע"ו-2016

(1א) בהחלטה כאמור בסעיף קטן (א) ישקול בית המשפט, בין השאר, את הקשר שבין החומר החסוי לגדר המחלוקת בין בעלי הדין, בשים לב לגרסת ההגנה, את הקשר שבין החומר החסוי לראיות הגלויות וחומר חסוי אחר בתיק, ואת קבילות החומר החסוי ומשקלו הצפוי אם יוגש כראיה במשפט, ורשאי הוא לקבל הסברים מהעותר אף בהעדר שאר בעלי הדין; לא יתיר בית משפט גילוי של ראיה חסויה, אלא לאחר שניתנה לתובע אפשרות להתייחס לטענות שנטענו שלא בפניו.

(תיקון מס' 17) תשע"ו-2016

(2א) החליט בית המשפט שלא להתיר גילוי של ראיה חסויה, רשאי הוא לשוב ולבחון את החלטתו עם התקדמות הדיון בהליך העיקרי.

(ב) שר המשפטים רשאי להתקין תקנות סדרי דין לדיון בעתירה לפי סעיפים 44 ו-45 וסעיף זה.

ברגע שמוטל חיסיון על הראיה, הנאשם פונה ומגבש עמדה באמצעות עורך דינו. החוק והפסיקה מחייבים לומר על מה בקווים כלליים הראיה מדברת כדי שהנוגעים בדבר יוכלו לערוך שכלול האם כדאי להם לאור הקווים הכלליים לחשוף את הראיה. **הנאשם וסניגורו צריכים לפנות בבקשה לבימ"ש העליון להסרת החיסיון.** אם המשפט התחיל במחוזי או בבימ"ש אחר **מגישים בקשה נוספת לעצור את הדיון המתנהל**, אבל אין חובה לבימ"ש ששומע את הדיון להיעתר לבקשה, הוא יכול להמשיך עם הדיון אבל בעניין הפרקטיקה בתי המשפט נענים לבקשה. השופט שניהל את הדיון מחייב את העליון שיחייב את האחראי, גובה ממנו עדות ושולף את אותם החומרים הרלוונטיים לאותה ראיה שהוטל עליה חיסיון. הוא מסביר לעליון מיהם מקורות המידע ועד כמה הם מוכרים למפעילים של השב"כ והמוסד, מה מהימנותם וכל זאת כדי לאפשר לשופט העליון להעריך עד כמה מבחינת מהימנותה היא אמינה. לאחר שביהמ"ש שמע את אותם הסברים ואותה עדות של איש השב"כ או המוסד ייצאו מחוץ לשכנת השופט ומי שייכנס במקומם זה הנאשם או נציגו, עוה"ד כדי שיסבירו לשופט העליון למה לדעתם מבלי לראות את הראיה עצמה הראיה מועילה וחיונית להם. השופט שומע את ההסבר לאיך הראיה משתלבת בקו ההגנה, מהו קו ההגנה של הנאשם.

לאחר שמיעת ההסברים הוא מוציא את הנאשם וההגנה ומכניס פנימה את נציגי המדינה, התביעה כדי לשמוע למה הראיה הזו כ"כ חיונית וחסויה ולא ניתן להסתדר אלא ע"י הטלת החיסיון. מה שאומר הנאשם וסנגורו הוא במעמד צד אחד, המדינה לא יודעת מה מתכנן הנאשם לעשות במשפטו. בסופו של דבר, חלק גדול מהשיבות בעליון נדרשות פחות לתוכנה של הראיה החסויה ויותר לניסיון של הנאשם לחשוף בפניו יותר ממה שנחשף, הנאשם רוצה לדעת יותר כדי להיות מסוגל באופן אינטליגנטי להיות בטוח מה יש בראיה. גם אם לא מצליחים להסיר את החיסיון אבל מצליחים לשכנע את העליון לחשוף יותר מהראיה זה טוב לנאשם, להגנה.

פס"ד ליבני נ' מד"י- חמישה יהודים שנחקרו בטרור יהודי, ארגון שהוקם באותן שנים כדי לנקום בחלק מההנהגה הפלסטינאית, מי שהיו אחראים על הארגון אלו יוצאי יחידות קרביות, הם פוצצו בבת אחת כמעט באותו זמן פצצות שהוטמנו במכוניותיהם של ראשי הערים בחברון ושכם וכמובן התכוונו לפוצץ אוטובוס עם נערים ונערות פלסטינאיים. במאמץ גדול מאוד השב"כ חשף את ההתארגנות הזו אחרי שזה קרה. בין ראשי הקושרים וראשי המחותרת עמד מנחם ליבני- הוגש נגדו ונגד חבריו כתב אישום קשה על עבירות רצח וניסיון לרצח וכ"ו. לאחר הגשת כתב האישום ליבני לומד שיש ראיות שהוטל עליהם חיסיון מטעם ביטחון המדינה, הוא ביקש להסיר את החיסיון בטענה שרוצה לדעת מי היו האנשים שהסגירו אותו ומה היו אמצעי החקירה ואיסוף המידע של השב"כ. החיסיון הוטל בדיוק כדי למנוע חשיפת מקורות המידע, למנוע את חשיפת השיטות שהשב"כ הצליח להגיע אליהן. **הש' ברק דחה את העתירה להסרת החיסיון** ועשה סדר בעניין מהי הסרת חיסיון בהקשר של ביטחון המדינה:

סעיף 8 של פסה"ד- ברק מסביר ש"עשיית צדק זה לא לגרום לעיוות דין לאותו נאשם ספציפי שעומד לדין. אם חומר החקירה שעליו הוטל חיסיון- חיוני הוא ומועיל להגנת הנאשם כי אז הצדק דורש גילוי ושיקול זה עדיף על כל שיקול ביטחוני- מדיני. שום נימוק ביטחוני ויהא הוא הנכבד ביותר אינו שוקל שיקול יתר מעניין ביטחון המדינה.. עדיף זיכוי של נאשם שאת אשמתו אין להוכיח בשל הצורך לגלות ראייה".

מה היה קורה אם בימ"ש היה מחליט להסיר חיסיון על ראיות שהוטל עליהן חיסיון והשופט מחליט שהסרת החיסיון תעזור לנאשם? מה קורה אם השופט היה אנוס על פי הנוסחה להסיר את החיסיון בכל מקרה ויהיה מה שיהיה? **השופט יודע והחוק מכיר בזה שיש להסיר את החיסיון על הסודות הכמוסים אבל למדינה יש דרך מילוט לא לציית לכך, אם היא לא רוצה להסיר את החיסיון היא צריכה לבטל את האישום או את האישום הנוגע באותה ראייה (במקרה של מנבר).** במקרה של סעיף 44, מי שמקיים את הדיון זה השופט שקובע את ההחלטה, אז אין אפשרות לערער מעל שופט של העליון. החוק קובע שהדיון אמנם בעליון, אבל הוא יהיה בדן יחיד. התיקים האלה מתנהלים בדלתיים סגורות.

חיסיון לטובת אינטרס ציבורי-

המחוקק החליט לפחות במשפט הפלילי, שאין ערעור על החלטת ביניים. ברגע שיש החלטת ביניים כזו, המחוקק אומר תמתין עם הערעור עד לסוף המשפט ותגיש אותו אם תרצה כחלק מהערעור של התוצאה הסופית של המשפט. **בית המשפט עצמו ששומע את המשפט, גם שומע את העתירה, הבקשה להסרת החיסיון. יכולה להיות בעיה כי הוא נחשף לראיות שיכול להיות שלא יהיו בתיק. המחוקק תיקן את החוק על מנת לתקן את המצב הזה, אם מדובר במשפט המתנהל בפני דן יחיד אזי מי שישמע את העתירה, זה שופט אחר באותו בית משפט. אם זה משפט המתנהל בהרכב של מספר שופטים, אז את העתירה ישמע אחד מתוך שופטי ההרכב או ישמע את זה שופט אחר שלא כלול בהרכב, שופט שלא דן בכלל במשפט הזה. אותם מקרים שכל משרד ממשלתי שבתחום הטיפול שלו נתקל לפעמים במצבים שבהם הוא אוסף ויוצר חומרים, הוא נחשף לחומרים ואז שיטות העבודה שלו עתידות להיחשף ברבים בשל משפט המתנהל בהקשר הזה.**

סעיף 45 לפקודת הראיות- חיסיון לטובת הציבור- (א) אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל, ראיה אם שר הביע דעתו, בתעודה חתומה בידו, כי מסירתה עלולה לפגוע בעניין ציבורי חשוב, אלא אם מצא בית המשפט הדן בדבר, על-פי עתירת בעל דין המבקש גילוי הראיה, כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה, ובהליך פלילי – כי הראיה עשויה להועיל להגנת הנאשם ומידת התועלת שבה להגנה עולה על העניין שיש לא לגלותה, או שהיא חיונית להגנת הנאשם.

(תיקון מס' 17) תשע"ו-2016

(ב) אין בבירור עתירה כאמור בסעיף קטן (א) כדי לעכב את הדיון בהליך העיקרי למעט במקרים שבהם הכרעה בעתירה נחוצה להמשך הדיון.

(תיקון מס' 17) תשע"ו-2016

(ג) בית המשפט רשאי להעביר את הדיון בעתירה לשופט יחיד שאינו דן בתיק, ואם היה בית המשפט הרכב – לשופט יחיד שהוא אחד משופטי ההרכב או שאינו דן בתיק.

(תיקון מס' 17) תשע"ו-2016

(ד) (1) השר לביטחון הפנים רשאי לאצול את סמכותו לפי סעיף זה לאחד מאלה (בסעיף קטן זה – ממונה על חסיונות):

- (א) שופט מחוזי בדימוס בעל ידע וניסיון מקצועי בדין הפלילי;
- (ב) קצין משטרה בכיר בדימוס בדרגת תת-ניצב ומעלה ששירת באגף החקירות והמודיעין במשטרת ישראל;
- (ג) פרקליט בדימוס ששימש בתפקיד משנה לפרקליט המדינה, מנהל המחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה או פרקליט מחוז;
- (ד) יועץ משפטי לשעבר של משרד ממשלתי או של גוף ביטחוני בעל ניסיון מקצועי בתחום המודיעין;
- (2) אצילה לפי פסקה (1) יכול שתהיה לכמה ממונים על חסיונות;
- (3) דין ממונה על חסיונות כדין עובד המדינה לעניין חיקוקים אלה:
 - (א) חוק שירות הציבור (מתנות), התש"ס-1979;
 - (ב) חוק העונשין, התשל"ז-1977 – ההוראות הנוגעות לעובדי הציבור;
 - (ג) חוק שירות הציבור (הגבלות לאחר פרישה), התשכ"ט-1969;
 - (ד) חוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים), התשי"ט-1959;
 - (ה) פקודה זו;
 - (ו) חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963, בשינויים שיקבע השר לביטחון הפנים, ככל שיקבע.

החוק קובע שהדיון הוא בעליון אבל בדין יחיד ולא בהרכב שלם. המחוקק החליט לפחות במשפט הפלילי שאין ערעור על החלטת ביניים, החלטה שלא מסיימת את הדיון. המחוקק אומר שצריך להמתין עם הערעור עד לסוף המשפט ואם רוצים ניתן להגיש אותו ניתן להגיש כערעור כחלק מהתוצאה הסופית. הנחיית המחוקק בסעיף וביתר הסעיפים היא שבימ"ש השומע את הדיון ישמע את העתירה להסרת החיסיון. אם מדובר במשפט המתנהל בדין יחיד, מי שישמע את העתירה זה שופט אחר ולא שופט היושב בדין ואם זה משפט המתנהל בהרכב של כמה שופטים מי שישמע את העתירה זה אחד מהם או שופט אחר שלא כלול בהרכב, שלא דן במשפט עצמו. יש כאן תיקון של מצב שהיה לא סביר שאותו בימ"ש ששמע את המשפט עלול להיחשף לראיה שאולי מבחינתו היא בלתי קבילה.

כל משרד ממשלתי בתחום טיפולו נתקל במצבים שבהם הוא נחשף לחומרים שהוא אוסף ואז שיטות העבודה שלו עתידות להיחשף ברבים בגלל משפט שמתנהל. כל שר רשאי להחליט במשרד שהוא מנהל אילו מבין הראיות שעומדות להיות מוצגות במשפט יש בהן לפגוע באינטרס ציבורי חשוב מבחינתו של המשרד. על פי רוב המשרד הפעיל ביותר בתחום הזה מהטעמים של אינטרס ציבורי זה המשרד לביטחון הפנים, הוא מרכז בדי"כ את עיקר העשייה בתחום סעיף 45.

שיטות החקירה של המשטרה, שיטות המודיעין שלה נחשפות או עלולות להיחשף לעבריינים לדוג': איסוף מודיעין בתיקי סמים. השר לביטחון פנים יטיל חיסיון על אותה ראייה מטעמים של אינטרס ציבורי חשוב. אדם שהואשם בעסקת סמים טען כי חשב שהוא משתף פעולה עם המשטרה על פי בקשת המשטרה ומי שפנה אליו הוא איש משטרה ואז הוא מבקש לחשוף את אותו איש משטרה, הדילמה היא האם להיעתר להגשת בקשת החיסיון של אותו איש משטרה כי אם לא ניעתר הנאשם לא יוכל לבסס את טענתו שהיה לו מפעיל.

פס"ד גרינברג- תיק סמים. אדם שמואשם בהברחת סמים מסוחר לבנוני וקובע איתו נק' מפגש על גדר המערכת, זורק את הסמים מעבר לגדר והוא חשוד כסוחר שקיבל את הסמים. הסוחר אומר שהוא לא היה שם מעולם במקום שהתבצעה בו עסקת הסמים. הוא הבחין שבמרחק מסוים יש נק' תצפית של צה"ל מטעמים מודיעיניים ואמר שאם הייתה תנועה חשודה לגדר יש להניח שזה מתועד ביומן המבצעים של צה"ל ומבקש מאותו ניצב להגיע ולראות מה היה שם. אם היה- אז הוא קנה סמים ואם אין כלום- מה שהם טענו זה לא נכון. **ברק** אמר שמדובר בראיה מהותית לנאשם וצה"ל התנגד לחשוף את היומן, את הראייה לבימ"ש. ברק אמר שהוא הסיר את החיסיון שהוטל משר הביטחון לא לאפשר גילוי תצפית, מטעמים שזה חשוב להגנה אז המדינה ביטלה את תיק הסמים. זו ראייה מהותית חשובה בהגנת הנאשם. סעיף 45 עוסק בחיסוי של שיטות עבודה של מקורות מטעם המשטרה או אותו גוף ממשלתי עובד אז זה כדי לשמור על עמימות, אלא אם לא נחשוף את אותו מקור הגנתו של הנאשם עלולה להיות בעייתית. **יש בכל זאת דרכים לא לחשוף את הראייה ובכל זאת להגן על הנאשם.**

סעיף 45(ד)- תשע"ו השר לביטחון הפנים- השר לביטחון פנים רשאי לאצול את סמכותו לפי סעיף זה... עיקרו של הסעיף הזה, המדבר על שרים כל אחד, **מי שמשתמש בד"כ בסעיף 45 זה השר לביטחון פנים**. בסעיף זה יש רשימה של אנשים היכולים לעשות את מה שהשר בעצמו יכול לעשות, במקום שהשר יטיל בעצמו את החיסיון, יש שורה של בעלי תפקידים שיכולים לעזור לשר. האנשים הללו יודעים מתי נכון להטיל חיסיון ומתי לא, ולאותם אנשים יש ניסיון רב.

סמסטר ב'

החיסיון מפני הפללה עצמית- סעיף 47

*** לקרוא פס"ד- הפללה עצמית.

17/02/19

שיעור ראשון

-המשך- 5. חסיונות:

-המשך- חסיונות יחסיים:

עברנו על סעיפים 44, 45, 46 (איך מקיימים דיון בנושא של בקשה להסרת חיסיון). **הדיון לגבי הבקשה להסרת חיסיון הוא לא בפני השופט הדן בתיק אלא מי שיבחן את הבקשה של הנאשם להסרת החיסיון מראיה שנמצאת בתיק החקירה, מקיים הדיון הוא שופט העליון.** זה המקרה היחיד שהדיון לא מתקיים אצל השופט או אצל ביהמ"ש בו הוגש כתב האישום. במקרה כזה בקשה להסרת חיסיון לפי סעיף 24 המשפט ייעצר לאחר הגשת בקשה מיוחדת. מודיעים לשופט של ביהמ"ש שבפניו המשפט מתקיים ואז ההודעה לביהמ"ש היא לא רק כדי ליידע אותו שהנאשם פונה לביהמ"ש העליון כדי להסיר חיסיון אלא כדי לבקש מביהמ"ש שאם הוא התחיל לדון בתיק שיפסיק לדון בו עד שהעליון יחליט בבקשה. תיאורטית ביהמ"ש יכול להמשיך לדון אבל ברוב המקרים ביהמ"ש שבפניו התיק מתנהל יפסיק את הדיון. יש אפשרות לכפות על שופט להפסיק את הדיון ואם הוא לא מסכים פונים לשופט עליון שיתערב.

סעיף 46- הדיון בעתירה לגילוי ראיה חסויה - (א) הדיון בעתירה לגילוי ראיה לפי סעיפים 44 או 45 יהיה בדלתיים סגורות; לשם החלטה בעתירה רשאי השופט של בית המשפט העליון או בית המשפט, לפי הענין, לדרוש שהראיה או תכנה יובאו לידיעתו, ורשאי הוא לקבל הסברים מהיועץ המשפטי לממשלה או מנציגו ומנציג המשד הממשלתי הנוגע בדבר, אף בהעדר יתר בעלי הדין.

(תיקון מס' 17) תשע"ו-2016

(1א) בהחלטה כאמור בסעיף קטן (א) ישקול בית המשפט, בין השאר, את הקשר שבין החומר החסוי לגדר המחלוקת בין בעלי הדין, בשים לב לגרסת ההגנה, את הקשר שבין החומר החסוי לראיות הגלויות וחומר חסוי אחר בתיק, ואת קבילות החומר החסוי ומשקלו הצפוי אם יוגש כראיה במשפט, ורשאי הוא לקבל הסברים מהעותר אף בהעדר שאר בעלי הדין; לא יתיר בית משפט גילוי של ראיה חסויה, אלא לאחר שניתנה לתובע אפשרות להתייחס לטענות שנטענו שלא בפניו.

(תיקון מס' 17) תשע"ו-2016

(2א) החליט בית המשפט שלא להתיר גילוי של ראיה חסויה, רשאי הוא לשוב ולבחון את החלטתו עם התקדמות הדיון בהליך העיקרי.

(ב) שר המשפטים רשאי להתקין תקנות סדרי דין לדיון בעתירה לפי סעיפים 44 ו-45 וסעיף זה.

דבר חדש שלא היה לפני התיקון- יש כאן בעיה- אם אותו שופט שמקיים את המשפט צריך להיחשף לראיה החסויה ומה יש בה ולהחליט אם להסיר את החיסיון או לא, יש כאן סכנה של הטיה, זה יכול להיטמע במוחו בהמשך הדיון. החוק תוקן כדי לאפשר לשופט אחר לשמוע את העתירה לבקשה הסרת החיסיון או אם מדובר בהרכב- אחד משופטי ההרכב ישמע את הדיון.

לוקחים בחשבון שהשופט הוא מקצועי ויהיה אפשר להשמיע בפניו את הראיה החסויה.

חסיונות מוחלטים:

5.4 חיסיון מפני הפללה עצמית:

החיסיון קבוע בסעיף 47 לפקודת הראיות- ראיות מפלילות- (א) אין אדם חייב למסור ראייה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה.

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

(ג) נאשם שבחר להעיד במשפטו כעד הסניגוריה, לא יחול עליו סעיף זה לגבי העבירה שהוא מואשם בה באותו משפט.

מדברים על אחד מתוך שלושה סוגי חסיונות שהם מוחלטים שגם בימ"ש לא יכול להסיר אותם: חיסיון מפני הפללה עצמית, חיסיון שבין עו"ד ולקוחו, החיסיון שבין כהן דת והמתוודה בפניו- לא ניתן להסירם אלא ע"י הבעלים של החיסיון (נניח הלקוח- אם הלקוח מסכים ורוצה שעו"ד יעיד או יגלה מה הם דיברו ביניהם הוא יכול להגיד לעו"ד שהוא מוותר על החיסיון ושיחשוף את הדברים שנאמרו ביניהם).

חסיונות יחסיים: ביטחון המדינה ואינטרס מדיני חשוב- חסיונות יחסיים בלבד- ניתן להסיר אותם עפ"י החלטת בימ"ש.

הזכות מפני הפללה עצמית = זכותו של כל אדם אשר יכול להיות עד, במעמד של עד ואז במעמד זה הוא נשאל שאלות בין במשטרה ובין בביהמ"ש בין במשפט פלילי ובין במשפט אזרחי שיש סכנה שאם ייתן תשובה לשאלה זו התשובה עלולה להפליל אותו. לכן, עד שנמצא במצב דברים כזה רשאי לבקש מביהמ"ש היתר להימנע מלתת תשובה כי עד חייב לענות לכל שאלה שהוא נשאל בביהמ"ש זולת אם ביהמ"ש פסל את השאלה או התיר לו לא להשיב. השופט צריך לבדוק האם באמת יש סכנה שבתשובה, שהעד ירשום לשופט בפתק רק לעיניו ואם השופט ישתכנע שבאותה תשובה יש להפליל אותו הוא יתיר לו להימנע מלהשיב.

כחשוד: אדם שנחקר כחשוד על אותה עבירה- יש לו זכות לא להשיב לשאלות שהמקור של הזכות הוא סעיף 2(2) לפקודת העדות (1927)- חקירת עדים ע"י קצין משטרה- "אדם, הנחקר כך, יהיה חייב להשיב נכונה על כל השאלות, שיציג לו בשעת החקירה אותו קצין משטרה, או קצין מורשה אחר כנ"ל, חוץ משאלות שהתשובות עליהן יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית."

זה אחד משני הסעיפים המעגנים את הזכות מפני הפללה עצמית. החשוד יכול להיהפך לנאשם ואז כנאשם הוא רשאי לסרב בכמה צורות של סירוב: נניח הוא רשאי לא להשיב לכתב האישום. הנאשם יכול להחליט שהוא לא משיב מפני שיש לו את זכות השתיקה כחלק מהחיסיון מפני הפללה עצמית. **המשפט הישראלי לא מקבל את שתיקתו של הנאשם כדבר מובן מאליו אז הוא קובע סנקציה:**

- **מצב ראשון- ניתן לנאשם לא להשיב אבל שיידע שאם הוא בוחר לשתוק שתיקתו יכולה לשמש חיזוק לראיות התביעה אם וכאשר החיזוק הזה יידרש בסוף המשפט כדי להסיר את הספק שהוא אכן אשם.**
- **מצב שני- נניח הוא ענה והשיב לכתב האישום והסביר גם, השופט יכול לפי החסד"פ להבהיר את תשובותיו. גם במצב כזה יכול הנאשם לסרב לשתף פעולה וגם כאן אם סירב לשתף פעולה אותה סנקציה עלולה לפקוד אותו.**

סעיף 162 לחסד"פ- שתיקת הנאשם- (א) הימנעות הנאשם מהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה וכן סיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להן סיוע, אך לא תשמש סיוע לצורך סעיף 11 לחוק לתיקון הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955 או לצורך סעיף 20(ד) לחוק הליכי חקירה והעדה של אנשים עם מוגבלות.

(ב) הימנעות הנאשם מהעיד לא תשמש ראיה לחובתו, אם התקבלה חוות דעת מומחה שלפיה הנאשם הוא אדם עם מוגבלות שכלית או אדם עם מוגבלות נפשית כהגדרתם בחוק הליכי חקירה והעדה של אנשים עם מוגבלות, ובשל מוגבלותו כאמור הוא נמנע מהעיד.

הנאשם הוא העד היחיד בהליכים הפליליים שיש לו את הפריבילגיה לא להעיד. כל עד אחר אם זומן כדין חייב להעיד ואין לו אפשרות שלא להעיד. במקרה שהוא בחר להעיד הוא יהיה עד הגנה מס' 1. הוא חייב להיות עד מס' 1 שהוא ראשון כדי שלא ילמד מהעדים הבאים אחריו, שלא יושפע מהם. בכך שהוא בחר להעיד הוא ויתר על החיסיון מפני הפללה עצמית. הוא לא יוכל לסרב לחקירת שתי וערב, לחקירה הנגדית של התובע. ברגע שהחליט לוותר על החיסיון מפני הפללה עצמית הוא ויתר על החיסיון. אם הוא יישאל בקשר לפרשה שהיא לא חלק מכתב האישום ועדיין אין לגביה כתב אישום הוא יכול כמו כל עד לא להתייחס לזה. אבל אם הוא נשאל שאלות מפלילות ביחס לתיק שהוא מועמד לדין הוא לא יכול לסרב כי ברגע שבחר להעיד הוא ויתר על החיסיון מפני הפללה עצמית.

חיסיון מפני הפללה עצמית בתוך ביהמ"ש מוסדר בסעיף 47 לפקודת הראיות (מופיע לעיל).

סעיף 52 לפקודת הראיות- תחולה- "הוראות פרק זה יחולו הן על מסירת ראיות בפני בית משפט ובית דין והן על מסירתן בפני רשות, גוף או אדם המוסמכים על פי הדין לגבות ראיות; ובמקום שמדובר בפרק זה ב"בית משפט" - גם בית דין, גוף או אדם כאמור במשמע."

הסעיף קובע שיש להחיל את הוראות הפרק לא רק בביהמ"ש אלא בכל הליך מוקדם יותר של חקירה, גם על חקירה במשטרה. לא רק סעיף 2(2) לפקודת העדות אלא גם סעיף 47 לפקודת הראיות שעניינו בביהמ"ש אבל יחול גם בחקירה מחוץ לביהמ"ש, במשטרה.

המשפט הישראלי שאב את החיסיון מפני הפללה עצמית כחלק מהמשפט האנגלי, מהבריטים שהין בתקופת המנדט.

24/02/19

שיעור שני

-המשך- 5. חסיונות:

-המשך- חסיונות מוחלטים:

-המשך- 5.4 חיסיון מפני הפללה עצמית:

המקור של החסיונות הוא המשפט האנגלי והחיסיון מפני הפללה עצמית הוא אחד מהחסיונות הוותיקים שנקבעו באנגליה באמצע המאה ה-18. בבתי הדין הכנסייתיים היה מקובל שכשמעמידים אדם לדין לא מיידעים אותו רק בהעמדתו לדין אלא שמיידעים אותו גם במי מעמיד אותו לדין, מי מאשים אותו. **נוצר כלל לפיו אין אדם חייב להשיב על כל אשמה אם התשובה שלו עלולה להפליל אותו.** אין לחייב אדם להיות עד נגד עצמו כי בכך יש משום הפרת דין המקום (אמירה של שופט אנגלי). הכלל הזה התחיל להתקבע ולהשתרש כחלק מהמשפט המקובל, מהמשפט הנוהג והכלל יצא החוצה ע"י המתדיישים האנגליים שעברו לאמריקה והקימו את המושבות הראשונות

בארה"ב. שנה אחרי זה ארה"ב נלחמה באנגליה וניצחה, בנתה לה חוקה כשאחד התיקונים הראשונים הכיל בתוכו את הכלל לחיסיון מפני הפללה עצמית: "אין אדם חייב להיות עד נגד עצמו".

סעיף 2(2) לפקודת העדות (מצוין לעיל) המקרה היחיד הפוטר אדם ממתן תשובה בזמן חקירה מלהשיב לשאלות החוקר הוא רק אם תשובתו עלולה להפליל אותו. זה רק בתשובה מילולית. מדובר בתשובה מפלילה אם החוקר דורש למשל להציג מסמך, אקדח או חפץ, הסעיף לא חל על הנאשם. הוא לא יוכל לסרב להציג מוצגים.

פקודת העדות הופכת להיות פקודת הראיות- סעיף 47 לפקודת הראיות- המקור הנוסף במשפט הישראלי החולש על עיקרון חיסיון מפני הפללה עצמית בצמוד לסעיף 2(2). **סעיף 2(2) לפקודת העדות מוגבל לתשובות בלבד לעומת סעיף 47 לפקודת הראיות שרחב יותר ומתפשט על כל ראיה.**

סעיף 52 לפקודת הראיות- תחולה- (מצוין לעיל) אומר שסעיף 47 לפקודת הראיות וכל סעיפי החסיונות המוגדרים בפרק זה יחולו הן על מסירת ראיות בפני בימ"ש ובי"ד והן על מסירתם בפני רשות, גוף או אדם המוסמכים עפ"י הדין לגבות ראיות ובמקום שמדובר בפרק זה בבימ"ש גם בי"ד, גוף או אדם כאמור במשמע. הפרק יחול גם בחקירה עפ"י דין כמו חקירת משטרה. אין לשוטר אפשרות לצוות על אדם להראות איפה הנשק הקטלני או הראיה המפלילה כי עצם הצגת הראיה המפלילה זו הפרת הזכות מפני הפללה עצמית.

אם בסוף המשפט צריך חיזוק כראיה תומכת- השתיקה של אותו נאשם יכולה לשמש כחיזוק.

סעיף 47 הוא המקור השני בדין הישראלי לקיומו של החיסיון מפני הפללה עצמית.

ע"פ 663/81 אברהם חורי נ' מד"י- פסה"ד בחן על מה מתפשט החיסיון מפני הפללה עצמית ע"י הנ' שמגר. אברהם חורי היה משתי"פ, מקור של המשטרה שהיה מסייע למשטרה להגיע לעבריינים שסחרו בסמים, הוא בעצמו היה עבריין סמים אבל בשל העובדה שהיה קרוב לעבריינים האלה המשטרה החליטה להפעיל אותו בתנאי שהוא בעצמו באותו זמן שיתוף הפעולה לא ישתמש בסם ולא יסחור בסם. התברר שבזמן ההפעלה הוא כן השתמש בסמים. הוא נעצר ע"י מפעיליו, הובא לתחנת המשטרה, ביקשו מאדון חורי להביא תמיסה שמכילה חומר מסוים שמסוגל להסיר מאצבעות האדם כל מה שהיה עליו. החומר אמור להסיר את הפירורים המיקרוסקופיים של הסם מהאצבעות אבל בבדיקת מעבדה כימית ניתן לגלות לאיזה סם הם משתייכים. לפי התקנות שהותקנו לפי פקודת העדות אדם שנעצר ע"י המשטרה, המשטרה רשאית לא רק לחפש בכליו ועל גופו אלא גם לקחת טביעת אצבעות וגם לצלם אותו ואם הוא מתנגד ניתן להפעיל כוח סביר על מנת לעשות זאת. המשטרה ביקשה לא רק את טביעת האצבעות אלא גם חיפוש גופני, חורי סירב לחיפוש וטען שאם הוא יאפשר את החיפוש יש כאן לשלול את זכותו להפללה עצמית. בתי המשפט דחו את טענתו והוא ערער לעליון. **האם יש לאדם זכות לסרב שיחפשו בגופו מהטעם שמא החיפוש יפליל אותו?** הנ' שמגר בחן מה מדינות דומות לנו עושות במצב כזה. הוא לומד מהפסיקה האמריקאית והאנגלית **שהחיסיון מפני הפללה עצמית מוגבל רק לראיה מילולית או קומוניקטיבית.** רק על זה מתפשט החיסיון מפני הפללה עצמית. כשאדם נחקר ע"י שוטר ברור שהתשובה היא ראיה מילולית. הנ' שמגר בחן האם למשל הדרישה שאדם יטבול את אצבעותיו בשביל טביעת אצבעות זו ראיה מילולית? **ביהמ"ש העליון הגיע למסקנה שאין לאדם זכות לסרב לחיפוש בגופו כי יש חוק המחייב אותו להסכים לכך גם אם הוא חושש שהגילוי יביא אותו להפללה עצמית.** ביהמ"ש אומר שזוהי לא ראיה קומוניקטיבית כי טביעת אצבעות זו לא ראיה אקטיבית, מילולית. הנ' שמגר הגביל מיד את תחולת החיסיון מפני הפללה עצמית רק לראיה מדברת, מילולית והוציא מכלל שימוש הרבה ראיות שעלולות להפליל.

צה"ל אימץ שיטה לאתר את עברייני הסמים:

• שיטה אחת- **חיפוש, פשיטה על יחידה מסוימת, חיפוש על גופם של חיילים**- הגיעו למסקנה בצבא שניתן לעשות חיפוש על מדים של אותו חייל במדי א' לעומת מדי ב' שעוברים מחייל לחייל ואם תופסים סמים על מדי ב' לא מחייב שזה שייך לאותו חייל שלבש אותם.

• השיטה השנייה שיותר מקובלת- **דגימת שתן**- הסמים מתפרקים בגוף ויוצאים בשתן, כשדם מסרב לביצוע בדיקת שתן הוא בעצם מספק לחוקריו את החשד בהפללתו. זו לא ראייה קומוניקטיבית. החיילים למדו להערים על האיסור. הסנקציה לאותו חייל שלא רוצה לציית קבועה בסעיף 27 לחוק שיפוט צבאי- חייל שמסרב לצו הזה ייאסר לשנתיים. זה שימוש בסם מסוכן לפי סעיף 7 לפקודת הסמים המסוכנים וזה 3 שנות מאסר. לפי פס"ד חורי זו לא ראייה מילולית ולכן שתן לא נחשב לחלק מהחיסיון מפני הפללה עצמית.

בדיקת דם לפי החסד"פ (סמכויות אכיפה)- חיפוש בגוף האדם (חוק החיפוש) מסדיר את נושא החיפוש בגופו של האדם. החוק הישן יותר זה פקודת סדר הדין הפלילי [נוסח חדש] 1968, מאפשר חיפוש בכליו של אדם ובחצריו של אדם לפי צו של שופט או צו חיפוש. החוק הזה מרחיב את סמכויות החיפוש ומסדיר אותן.

החוק מבחין בין חיפוש חיצוני לבין חיפוש פנימי:

חיפוש פנימי = חיפוש בתוך גופו של האדם או באותו חלק בגוף שהחוק מאפשר להגיע אליו. כמו למשל חיפוש בפי הטבעת או בדיקה גינלית בגוף הנשי. החיפוש הזה ייעשה ע"י רופאה שמוסמכת לכך. אין הרשאה לחדור לתוך מעיו של האדם. בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר- אסיר שחזר לכלא והכלא קיבל מידע שהוא הביא סמים לתוך הכלא, החשד היה שהוא בלע את הסמים ויפלוט אותם בשירותים בהזדמנות הראשונה. עשו לו חוקן בעל כורחו. העליון (ב- 1979 למרות שלא היו חוקי יסוד) לא אישר פגיעה ופלישה לתוך פרטיותו וגופו של האדם. העליון לא אישר ופסל חיפוש ע"י חוקן וכל חיפוש הפולש לגופו של האדם הוא אסור. החוק מתיר לקחת דם מהאדם שזו חדירה פנימה ולמרות שזו חדירה פנימה החוק מרשה בהתקיים תנאים מסוימים. גם בדיקה גינלית ובדיקה בפי הטבעת היא חיפוש פנימי.

פס"ד קורטם- המשטרה מקבלת מידע שעברייני סמים המוכר לה עומד לסחור בסמים, המשטרה מגיעה אליו והוא רואה אותם, המשטרה אמרה שהיא ראתה איך הוא בלע את הסמים. השוטרים יודעים שהוא בלע כמה שקיות של הרואין והוא הסכים לצילום בו ראו את השקיות. החתימו אותו על צו שיאפשר לנתח אותו אפילו נגד רצונו כדי שלא ימות. השופט חותם על הצו, מרדימים אותו ומנתחים אותו ומוציאים ממנו כמה שקיות הרואין. מעמידים אותו לדין אח"כ על החזקה ושימוש בסם מסוכן. עוה"ד שלו אמרו שזה חיפוש לא חוקי בניגוד לרצונו. **ביהמ"ש אומר שיש חריג לחיפוש בגופו של אדם ע"י חדירה וזה כדי להציל את האדם מעצמו.**

ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנני- המקרה הגיע לעליון לאחר ב"ד צבאי, ואז ב"ד צבאי לערעורים ואז לדיון נוסף. ועקנני היה חייל שנחשד שהוא צורך סמים. רצו לבדוק את זה בבדיקה פשוטה ע"י שתיית נוזל, מי מלח, החייל הקיא לאחר השתייה אבל הסם לא יצא. הוא סירב לשתות שוב. הם לקחו משפך, שמו לו בתוך הגרון, שפכו את מי המלח. בניסיון זה הסמים נפלטו ע"י הקאה. מגישים כתב אישום נגד החייל והסניגור אמר שלא ניתן להשתמש בראייה הזו, היא פסולה, היא לא קבילה. לא היו את חוקי היסוד אז אבל היה חוק הגנת הפרטיות. העליון אמר שנכון שיש את חוק הגנת הפרטיות, **בישראל מפרידים בין ראייה שרלוונטית לדיון, ברור שסם הוא רלוונטי לבין הפרוצדורה, לשאלה של איך תפסו את הסם**. במד"י לא אימצו את כלל הפסילה שנוהג בארה"ב שנקרא "פירות העץ המורעל". לפי החוקה בארה"ב לאדם יש זכות לפרטיות שאם מפרים אותה אז יש כלל פסילה שפוסל לא רק את התוצר הישיר, מההודאה אלא כל מה שנובע מההודאה, מהתוצר הישיר.

פס"ד יששכרוב- ע"י דורית בייניש- לאחר חוק יסוד כבוד האדם וחירותו הזכויות עלו והפכו להיות חוקתיות. אם אנו מפרים זכות יסוד של האדם כמו למשל הזכות להיות מיוצג ע"י עו"ד או שעורכים חיפוש לא חוקי הרי מעבר לכלל הפסילה של הודאה (הכלל הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות) אנו יוצרים כלל פסילה נוסף לא כמו בארה"ב

אבל משהו שדומה לכלל הפסילה שקיים בקנדה. גם כאן בארץ נחליט לקבוע כלל פסילה הלכתי, יחסי שבעצם לביהמ"ש יש שיקול דעת האם לפסול את הראיה, את ההודאה או לא ומהם השיקולים שיש לקחת בחשבון וכתוצאה מכך ההלכה של יששכרוב מבטלת את פסה"ד של ועקנין משנות ה-90. יששכרוב מסתמך על חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

חיפוש שלא הותר במפורש ושאינו לו אסמכתא ברורה בחוק הוא אסור.

ההלכה היא שהחיסיון מפני הפללה עצמית קרוי על ראייה מילולית.

*** לקרוא פס"ד גלעד שרון.

ופס"ד קלקודה- 725/97.

03/03/19

שיעור שלישי

-המשך- 5. חסיונות:

-המשך- חסיונות מוחלטים:

-המשך- 5.4 חיסיון מפני הפללה עצמית:

סעיף 47 לפקודת הראיות- הסעיף מוחל גם על הליכים שקודמים למשפט, הליכי חקירה ולכן חשיבותו מתבטאת מעבר לתחולתו במשפט.

לשון סעיף 2(2) לפקודת העדות מצומצמת יותר לעומת סעיף 47 לפקודת הראיות ששם לא רק שאין אדם חייב למסור תשובה אלא כאן הביטוי הוא הרבה יותר רחב והאדם לא חייב למסור ראייה, כל ראייה באה להפיל את האדם או אם יש באותה ראייה כדי להוכיח עובדה והוכחתה של אותה עובדה יהיה בה כדי להפיל את האדם. ההוכחה של העובדה לא חייבת להיות ישירה אלא גם עובדה עקיפה, עובדה נסיבתית. המחוקק אומר שכל עובדה בין שהיא ישירה ובין שהיא עקיפה אם יש בה כדי לשכנע בדבר הפללתו של האדם, עובדה כזו שהיא בגדר ראייה שאדם מתבקש להציג, ראייה כזו- האדם יורשה שלא לספר אותה כי יש לו זכות לא להפיל את עצמו.

סעיף 47(ב)- אם אדם בביהמ"ש סבור שלא נכון, לא ראוי וזכותו לא להשיב על השאלה או לא להציג את הראיה חובה עליו לומר זאת לביהמ"ש שהוא מתנגד להשיב לשאלה או להציג את הראיה בגלל שיש לו זכות מפני הפללה עצמית. המשמעות היא שאם אדם לא יתבע את זכותו להפלה עצמית, שתיקתו עלולה להכיר בכך שהוא מוותר על הזכות. כל זכות שעומדת בדיני ראיות אם לא תובעים אותה נחשבים כי שמוותרים על הזכות. למשל אם יש לי זכות להתנגד לשאלה שהיא קשורה לעדות שמועה זכותי שהיא לא תושמע כלפיי, אם לא אתנגד לשאלה הזו ביהמ"ש יבין שלא אכפת לי לענות על אותה שאלה, שאני מוותר על הזכות שלי לא להשיב לשאלה הנופלת באחד מכללי הפסלות. כדי שאדם יעמוד על זכויותיו הדיוניות או המהותיות הוא חייב לתבוע אותן. חזקה על אדם שיוודע את זכויותיו.

כשאדם עומד על דוכן העדים ונדרש לענות על שאלה או להציג ראייה שיש בהן להפיל אותו, במקרה זה הוא חייב לבקש מביהמ"ש להימנע מלענות על השאלה או מלהציג את הראיה.

בסעיף קטן (ב) - ביהמ"ש מוסמך לכאורה לכפות על האדם להפליל את עצמו ע"י מתן התשובה או ע"י הצגת הראיה. יש כאן מצב שנוגד לכאורה את התפיסה של החיסיון מפני הפללה עצמית. ביהמ"ש יכול להתרשם שהראיה מפלילה והנאשם צודק ולכן על ביהמ"ש לאשר את סירובו אך למרות זאת הוא רשאי לחייב אותו לענות וזאת כאשר הוא מתרשם שאין לדעתו במתן התשובה כדי הפללתו של האדם. ביהמ"ש רואה על מה האדם מבסס את התנגדותו לענות לשאלה, הוא לא אומר את זה בקול רם אז מה שעושים בד"כ זה שהנאשם והפרקליט שלו רושמים פתק לשופט בו מתוארת הסיבה להתנגדות לענות לשאלה והשופט מחליט אם הנאשם צודק או לא צודק. **למה שביהמ"ש יכפה על האדם לומר את התשובה גם כשהוא מבין שהיא עלולה להפליל אותו? יכול להיות שהשופט טעה.** רק כשמדובר בטעות של ביהמ"ש בזיהוי ההפללה העצמית החוק בא לתקן את המקרה שאדם כבר נאלץ להפליל את עצמו ואז אוסרים על התביעה להשתמש בראיה המפלילה או בתשובה המפלילה נגד האדם אך זה לא כך בפרקטיקה. יש להשוות למשפט האמריקאי. ארה"ב נהגה בחיסיון מפני הפללה עצמית (שמעוגן בחוקה האמריקאית - בתיקון החמישי לחוקה) "אין אדם חייב להיות עד נגד עצמו". איך אפשר להתגבר על החיסיון הזה? **האם יש דרך לכפות על האדם לוותר על הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית? בארה"ב אמרו שיש דרך אם מבטיחים לאדם שלא יעונה לו רע, שלא יוכלו להשתמש בראיה או בתשובה המפלילה שהוא סיפק.** בארה"ב נאלצו לחוקק חוק שיבטיח לנחקרים חסינות עסקתית. כל מה שמשמיעים בוועדה האדם יהיה חסין ולא יהיה ניתן להגיש כתב אישום בשל אותן ראיות או תשובות שהציג. אם אנשי התביעה מצאו ראיות אחרות שלא נובעות מהתשובה של הנאשם זה לא יחסום את הראיה שהוא הציג. ביהמ"ש יכול לכפות על אדם למרות שהוא מבקש את החיסיון להפליל את עצמו אם כתוצאה מכך הוא מבטיח לתת לו את החסינות השימושית כלומר, חסינות מפני שימוש בראיה שהוא נאלץ להציג. אבל אם יום אחד הוא ימצא ראיות שלא מכוח הראיות שהציג הוא ישתמש בזה.

האם ביהמ"ש מודע לזה שהאדם שמבקש את החיסיון צודק ולמרות זאת הוא יכול לכפות על האדם להפליל את עצמו בתמורה לחסינות השימושית שסעיף קטן (ב) מדבר עליו או שחסינות שימושית היא רק כשביהמ"ש טעה שחשב שלא מדובר בראיה מפלילה אבל כן דובר בראיה מפלילה?

רע"פ 8600/03 מד"י נ' שרון - פסה"ד מאשר את הסברה השנייה, שבימ"ש יכול לכפות על אדם להפליל את עצמו. בפסה"ד שהגיע לעליון התחיל בכך שהמשטרה חקרה פרשות של שחיתות, חשד לקבלת שוחד. בתיק זה נחקרו בין היתר גם בנו של אריאל שרון, גלעד בכך שהוא היה שותף מסייע שסירב למסור ראיה מפני שיש לו זכות לחיסיון מפני הפללה עצמית וטען שבתור חשוד בעבירות פליליות עומד לו החיסיון מפני הפללה עצמית וגם ברגע שהוא הופך להיות חשוד והמשטרה דורשת לגבות ממנו עדות באזהרה, לחשוד יש זכות לא רק מפני הפללה עצמית אלא זכות השתיקה, כך טען גלעד. על רקע זה המשטרה רצתה להגיע אל המסמכים המוחזקים ע"י אריאל האבא וגם ע"י גלעד הבן שיכולים לאשש את החשדות. מדובר על אישורי בנקים וכ"ו. בד"כ כשמדובר במקרה כזה שהמשטרה מבקשת לתפוס מוצגים היא בעצם מפתיעה את האדם שלא יודע שמנהלים נגדו חקירה כי בד"כ זו חקירה סמויה. המשטרה מתייצבת לפנות בוקר בביתו של האדם עם צו חיפוש החתום ע"י שופט על מנת לחפש אחר אותם מוצגים, ראיות שהיא רוצה לשים עליהם את היד. זה בד"כ עובד כי אדם פרטי שאין לו חסינות מפני חיפוש הוא בעצם מופתע לגלות את השוטרים. כשמדובר בח"כ כמו במקרה של אריאל שרון יש את חוק חסינות חברי הכנסת - 1952 שקובע שלח"כ יש חסינות מפני חיפוש בכליו, בחצריו, במסמכיו ולכן המשטרה לא יכולה לעשות איתו מה שהיא עושה עם האזרח הרגיל. לאריאל שרון הייתה חסינות מפני חיפוש. אבל באותו מקרה רצו לחפש אצל הבן שלו אך הבן התגורר עם אביו ולכן לא ניתן היה איפוא להיכנס לחפש בחווה כי זה היה נחשב כהפרת הזכות שלו. הדרך היחידה של המשטרה להגיע לבן זה ע"י סעיף 43 לפקודת סד"פ [חיפוש] - הסעיף אומר שבימ"ש מוסמך להורות לכל אדם שיש אצלו ראיה לבוא ולהציג אותה בביהמ"ש. אם ביהמ"ש סבור שאדם מחזיק בראיה שהיא רלוונטית לחקירה מסוימת והמדינה מבקשת מביהמ"ש להפעיל את הסמכות לצוות על האדם להביא את הראיה לביהמ"ש, ביהמ"ש מוסמך להוציא צו. המשטרה פנתה לבימ"ש שלום שיצווה על הבן שמחזיק את המסמכים שיבוא להציג

אותם בביהמ"ש. גלעד שרון השיב לצו וביקש לבטל את הצו מנימוקים אלו: א. אני נחקר בעצמי בתיק הזה, אני החשוד ולכן אני מבקש לא להפליל את עצמי. ב. בגלל שאני נחקר יש לי זכות שתיקה שכוללת התעלמות מוחלטת מהצו של ביהמ"ש, הוא אכן התעלם וסירב להציג את המסמכים וגם סירב לומר שיש לו את המסמכים שאם היה מודה המדינה הייתה יודעת שהיא בדרך הנכונה. **בסירובו של גלעד להיענות לצו הש' החליטה שזה לא נכון. גלעד ערער על ההחלטה של בימ"ש שלום, המחוזי קיבל את הערעור של גלעד וביטל את הצו של שופטת השלום בנימוק שגלעד צודק, הוא חשוד וכחשוד בתיק הזה יש לו זכות מפני הפללה עצמית וזכות לשתיקה והוא לא צריך לשתף פעולה. המדינה הגישה בקשה לרשות ערעור בטענה שזה מקרה מיוחד. השאלה המשפטית: האם אדם שצווה ע"י בימ"ש להציג מסמכים רשאי לסרב לציית לצו בטענה של חיסיון מפני הפללה עצמית? ביהמ"ש העליון אישר את רשות הערעור וזה הפך לערעור ממש.** הש' תאודור אור כתב את פסה"ד המרכזי והפריד בין כמה שאלות:

1. הוא נתלה על השאלה הראשונה: האם אדם חייב או לא חייב לציית לצו של בימ"ש? יהיו התנגדויותיו אשר יהיו. **הש' תאודור אמר שאם שופט מצווה לעשות משהו לעולם האדם לא יוכל להתעלם מהצו שלו.** לפי תאודור אור כששופטת שלום הפעילה את סמכותה לצו הוא חייב לציית לצו, להציג את הראיות ורק אח"כ להתנגד ולבקש שלא ישתמשו בראיות מפני החיסיון מפני הפללה עצמית. התשובה לכך היא שכן, אדם חייב לציית לצו של בימ"ש ולאחר הציות, האדם יכול לבקש שלא לגלות את הצגת המסמכים למדינה. אי הציות נבע מזכות השתיקה לדעתו של גלעד כולל לא להציג את המסמכים. הש' תאודור אמר שאין ספק שזכות השתיקה מעוגנת בסעיף 162 לחוק סד"פ- הסעיף דן במהן זכויותיו של האדם כאשר הוא מתבקש להגיב. **להבדיל מכל עד שאם צווה חייב להעיד, נאשם יכול להחליט שהוא לא רוצה להיות עד במשפטו שלו ואז טוען לזכות לשתיקה, המחוקק מקנה זכות שתיקה. בהמשך- נאשם שבוחר להפעיל את זכות השתיקה צריך לקחת בחשבון שהעובדה הזו שהוא נתלה על זכות השתיקה יכולה לפעול נגדו במובן זה שהשתיקה יכולה לשמש חיזוק לראיות התביעה אם חיזוק זה נדרש ואפילו חמור מכך- לשמש כסיוע אם סיוע כזה יידרש. זוהי סנקציה ראייתית כדי להרתיע את הנאשם מלשתוק.** הש' תאודור אמר ששתיקה בחוק קיימת רק במקרה שנאשם במשפטו בוחר שלא להעיד והוא מודע לכך שהפסיקה נטתה להעניק זכות שתיקה לחשוד מעבר לחיסיון מפני הפללה עצמית, הם ייבאו לארץ את תקנות השופטים באנגליה שהם יצרו את כלל השתיקה הזו. הש' תאודור אומר שהוא מודע לכך שחלק מהשופטים נטו לאמץ את זכות הנאשם לשתוק אבל הוא השאיר את העניין בצריך עיון. הוא הוסיף לצורך הדיון בלבד שנגיח גם אם יש זכות שתיקה זה לא נותן לגיטימציה לאדם להפר צו של בימ"ש, חובה עליו להיענות לצו ולהביא את החומרים. ולאחר מכן יוכל להתנגד להצגתם למדינה.

2. השאלה השנייה של הש' תאודור: **איך ניתן ללמוד מסעיף 47(ב) שבימ"ש רשאי לכפות על האדם להשיב על שאלות או להציג ראיות? מדובר בסעיף שמעניק לבימ"ש סמכות של מתן חסינות שימושית שאם היא ניתנת יש בכוחה בעצם לנטרל את החיסיון מפני הפללה עצמית או להבטיח מה שהחיסיון מבטיח. חסינות שימושית מבטיחה לאדם שלא יופלל בכך שאוסרים על המדינה להשתמש בראיות האלה נגד אותו אדם. הש' אמר שמדובר בסמכות שקמה ונוצרה לא בגלל טעות בזיהוי הראיה המפלילה ע"י בימ"ש אלא שמדינה בזמן חקירתה את אותו עד שרוצה להימנע ממתן תשובה בגלל החיסיון מפני הפללה עצמית, המדינה יכולה להחליט שאם הוא צודק וזה יכול להפליל אותו אבל יש עוד כמה נאשמים חוץ ממנו והיא צריכה את הראיה שהוא מחזיק בידו או צריך את התשובה שלו כדי להגיע לנאשמים האחרים היא מוכנה לוותר ולא להשתמש בראיה המפלילה הזו נגד הנאשם עצמו כי חשוב למדינה לא פחות להגיע באמצעות הראיה הזו אל השותפים האחרים לעבירה. סמכות בימ"ש לצוות להציג את הראיה כי המדינה מבטיחה לא להשתמש בראיה עצמה נגד הנאשם אלא רק כדי להגיע לנאשמים אחרים. אדם לא יכול לא להציג ראיה כדי לחפות על אדם אחר. החיסיון מפני הפללה עצמית לא מתפשט על עניינו של אדם אחר אלא רק על**

אותו אדם. החיסיון מפני הפללה עצמית לא יכול להצדיק הימנעות ממתן תשובה רק כי היא עלולה להביד
אותו.

לפי סעיף 43 לפקדות סד"פ- אין לשום אדם רשות לסרב לציית לצו מבימ"ש גם אם בראיות שהוא מחויב להביא
יש להפלייל אותו. הוא צריך להביא את הראיות לבימ"ש ואז לבקש מכוח הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית לא
להציג את הראיות לבימ"ש.

לבימ"ש יש סמכות לכפות הצגת ראיות ומענה לשאלות וכנגד להעניק חסינות שימושית.

ע"פ 725/97 קלקודה נ' הרשות לפיתוח חקלאי- מצב שבו החוק מחייב חקלאים לנהל רישומים של אופן ניהול
המשק החקלאי שלהם. ישנם צווים המתבססים על חוקים שונים באשר לניהול המשק החקלאי, למשל לעמוד
במכסות הייצור באותו תחום. נניח תנובת ביצים וכ"ו. הרעיון הוא שהמדינה רוצה להבטיח תחרות הוגנת ושליטה
על המשק החקלאי. במקרה של קלקודה הגיע מפקח וביקש ממנו להציג את המסמכים שהוא חויב ליצור, הוא
התנגד כי אם יציג אותם יהיה בכך להפלייל אותו. עלו כמה שאלות עקרוניות: **האם יש אפשרות שחוק של הכנסת
ישהה את הזכות מפני הפללה עצמית ואפילו יבטל אותה?** אדם צריך למשל להציג דוח של מס הכנסה גם אם יש
בו כדי להפלייל אותו. לכנסת יש סמכות במקרה מסוים שהחיסיון מפני הפללה עצמית לא ייכנס לתוקף או יישאר
מאחור. אין עדיין אמירה ברורה בנושא שההיית הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית ע"י הכנסת. כיום לאחר 1992
(חוקי יסוד) אין ספק שזו אחת מהזכויות המנויות מהזכות להליך ראוי (זכות חוקתית המעוגנת בחוק יסוד: כבוד
האדם וחירותו). **האם חוק רגיל של הכנסת יכול להחליט שבעניין מסוים אין זכות לחיסיון מפני הפללה עצמית?**
היועמ"ש רשאי לדרוש מהחקלאי לחשוף את "פירות" עבודתו של החקלאי. אבל בהמשך נאמר שאין אפשרות לכפות
על החוקר הפרטי לחשוף את המסמכים של הלקוח שלו. לא ניתן לכפות על החוקר למסור את המסמכים המפלילים.
פסה"ד ניתן לפני 1992. אם חוק מחייב אדם לבצע פעולות מסוימות למשל לנהל פנקסים, לא ניתן אח"כ לטעון שלא
חייב לספק את המסמכים כי האדם חושש שיהיה בכך להפלייל אותו. **הרציונל הוא שאם מדובר בראיה שהיא
תולדה, תוצאה של משהו שהחוק חייב את האדם לא ניתן לומר שזה מפלייל אותו. חייב להציג את הרישומים לפי
בקשת המוסמכים גם אם יש בהם להפלייל.** הכנסת לא יכולה להתגבר על החיסיון אלא בדרך שפסקת ההגבלה
מכתיבה: בחוק, לתכלית ראויה, אותו חוק צריך להלוים את ערכיה של מד"י כיהודית ודמוקרטית, לא מעבר לנדרש
(מידתיות).

רע"פ 4574/99 מד"י נ' לגזיאל- אדם הועמד לדין פלילי בעבירות מסוימות וכשהגיע דיון ההוכחות, התביעה הגיעה
לביהמ"ש והסבירה לביהמ"ש שלמרבה הצער תיק הראיות של התובע, חומר הראיות הלך לאיבוד. התובע אמר
שביקש מסניגורו של הנאשם שיאפשר לו לצלם את החומר שהציג לו בגלל שאיבד אותו. הסניגור לא הסכים וטען
כי יש בחומר להפלייל את הלקוח שלו. ביהמ"ש אמר שהמדינה יצרה את חומרי החקירה וזה לא של הסניגור.
המדינה רוצה שהסניגור יחזיר לה את החומר שהוא שלה. לא ניתן לטעון טענת חיסיון מפני הפללה עצמית על חומר
שהוא לא שלו.

חסינות סטטוטוריים שמתבססים על יחסי אמון.

10/03/19

שיעור רביעי

5.5 חסיונות סטטוטוריים שמתבססים על יחסי אמון:

חיסיון מטעם יחסי אמון

- עורך דין ולקוח
- כהן ומתווה
- רופא \ פסיכולוג \ עובד סוציאלי מול לקוח.

מעבר לחיסיון מטעמי ביטחון המדינה, שמירה על יחסי החוץ שלה או אינטרס ציבורי חשוב, יש גם אינטרסים אחרים שבאו להגן על סוד הדברים, סוד שיחות של האדם כמו אלו שאנחנו עומדים כעת לפנות אליהם. הטעמים של יחסי אמון בין מערכת של בני אדם לפחות בין שני אנשים שבעצם מבקשים להתקשר ביניהם או ליצור יחסים של נותן שירות ומקבל שירות. כדי להצליח בקשרים הללו של אספקת השירות צריך שיהיה אמון מלא בין נותן השירות למקבל השירות. דוגמת רופא ומטופל, אם נרצה שרופא יצליח בתפקידו כמעניק שירות רפואי מוצלח הוא צריך לקבל אינפורמציה אודות המחלה של המטופל, גם אם יש חשיפה לפרטים הללו, כניסה לתוך נושאים אינטימיים פרטיים מאוד- בלעדי פרטים אלו הרופא לא יצליח, לא ידע לאבחן נכון. הרופא צריך להבטיח למטופל שהדברים שחושף בפניו יישארו בגדר פרטים שנשמרים ונמצאים אצל הרופא בלבד ולא עוברים לצד ג'. בלעדי ההבטחה הזאת, יתקשה אדם לרצות לחשוף את האינפורמציה האינטימית הפרטית ולכן בעצם ההבטחה של הרופא שהדברים שהוא, המטופל מוסר לרופא יישארו כסוד או בסוד אצלו בלבד. ההבטחה היא שבעצם החוק מאמין שמצדיקים הטלת חיסיון על אותה אינפורמציה. אלו יחסי אמון שנוצרים על ידי הבטחה.

איפה יש סכנה שצד ג' יכנס לתמונה ויחשוף לאינפורמציה הזאת? בסכסוכים בין בני אדם, לא אחת קורה שתיק רפואי מעניין מאוד את צד ג', הוא ירצה לדעת למשל אם אותו צד ג' נטען כלפיו שהוא פגע במטופל נניח בתאונה, וגרם לו נזק רפואי, הוא ירצה בעצם לדעת אם הנזקים הללו שהוא נתבע בגינם לפיכוח המטופל, האם נזקים אלו הם תולדה של התאונה או שמא תאמר שהנזקים הללו הם דבר שהיו עם המטופל עוד קודם לכן ולכן עולה טרמפ על התאונה על מנת להוציא כסף מהנתבע. הוא ירצה להזמין את הרופא המטפל באותו תובע שיביא עמו את התיק הרפואי ויחשוף את כל הנמצא שם. הרופא יגיד שהוא מנוע מלהיעתר לבקשה של צד ג', הנתבע בגלל חיסיון, בגלל שהוא הבטיח כרופא המטפל במטופל והדברים שלמד אודותיו ושקשורים בו כרופא, ישמרו אצלו בסוד.

האם בכך זה ייגמר? כדי לתת תשובה האם אכן הפרטים שהם בגדר החיסיון הם חיסיון מסוג שאי אפשר לוותר עליו או אי אפשר לכפות את הרופא שיחשוף אותם תלוי על איזה חיסיון מדברים. כל מערכות האמון שפקודת הראיות יצרה כחיסיון ניתן להסיר חוץ מיחסים בין עו"ד ללקוח שלו ויחסים בין כהן דת למטופל שלו שאלו חסיונות מוחלטים שאותם לא ניתן להסיר באמצעות בימ"ש כי אין לו סמכות להורות לבעל החיסיון לוותר עליו מיוזמתו. חיסיון הוא כמו כל זכות שאדם יכול לוותר.

חיסיון עו"ד- לקוח- (חיסיון מוחלט) אם בעל החיסיון נניח לקוח של עו"ד מטעמו מחליט לוותר על החיסיון וחושף את מה שדיברו עליו או שמתיר לעו"ד לחשוף את הדברים שגילה או שנחשפו בפניו ע"י הלקוח- עו"ד לא יכול לסרב ללקוח אלא הוא חייב לפעול על פי מה שהלקוח מצווה אותו לעניין החיסיון. עו"ד לא אמור לספק מחסה איך להצליח בעבירה. החיסיון חל על דברים שבוצעו כבר ע"י הלקוח.

חיסיון בין כהן דת למתווה- (חיסיון מוחלט)- אפילו אם האדם המתווה ירצה לוותר על החיסיון ולהורות לכהן הדת על מה הוא התווה בפניו זה לא פשוט וזה תלוי באותה דת אם היא מאפשרת את הווידוי או לא.

איך הסדיר המחוקק את נושא החיסיון במערכת של קשרי אמון בין בני אדם?

הואיל ורשימת החסיונות היא לא רשימה סגורה- בפקודת הראיות נמצאים חלק מהחסיונות ולא כולם. קיימים חסיונות מעבר לפקודה שנוצרו בפסיקה ועדיין נוצרים.

חסינות יחסיים:

החיסיון הרפואי- חיסיון רופא- מטופל:

החיסיון קבוע בסעיף 49 לפקודת הראיות- עדות רופא- (א) רופא אינו חייב למסור ראיה על דבר הנוגע לאדם שנוזקק לשירותו והדבר הגיע אליו תוך עבודתו כרופא והוא מן הדברים שלפי טיבם נמסרים לרופא בדרך כלל מתוך אמון שישמרם בסוד, אלא אם ויתר האדם על החיסיון או שמצא בית המשפט כי הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה; והוא הדין באדם שאגב עבודתו בשירות הרופא או בשירותו של מוסד רפואי או בצוות המקצועי העובד עם הרופא, תוך טיפול בחולים, הגיע אליו דבר שנמסר לרופא.

(ב) הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם לאחר שחדל העד להיות רופא או לעבוד כאמור בסיפה לסעיף קטן (א).

(ג) נטען חסיון לפי סעיף זה, יהיה הדיון בטענה בדלתיים סגורות; החליט בית המשפט לשמוע את העדות, רשאי הוא לשמעה בדלתיים סגורות.

החיסיון נוצר ע"י חיקוק על דברים שהושמעו והועברו מהמטופל אל הרופא המטפל. מדובר בדברים שמקובל שהם מועברים ממטופל לרופא כחלק מההבנה של המטופל שהרופא אמור לדעת אותם והציפייה של המטופל שהרופא ישמור זאת בסוד. לא ניתן לצפות שרופא ישמור בסוד אם המטופל מספר לו על מעשים פליליים שביצע. החיסיון הוא רק על דברים רפואיים.

החיסיון בין כהן הדת למתוודה-

החיסיון קבוע בסעיף 51 לפקודת הראיות- עדות כהן דת- "כהן דת אינו חייב למסור עדות על דבר שנאמר לו בווידוי ואשר גילוי אסור עליו לפי דיני דתו".

בגלל שהחיסיון הוא מוחלט בימ"ש לא מוסמך להפעיל כפייה על בעל החיסיון לוותר על החיסיון ולחשוף את הדברים. מדובר במצב שבו אכן הדת של אותו אדם מאפשרת לו להתייצב בפני כהן דת שלו ולהתוודות על דברים. תהליך ההתוודות הוא תהליך של היטהרות ע"י הסגרת סודות של האדם מול כהן הדת שהאדם מבקש מכהן הדת שאלוהים יסלח לו ולאחר שיקבל את הסליחה והכפרה הוא רוצה להבטיח שמה שסיפר יישאר אצל כהן הדת. לפעמים ההתוודות הזו כרוכה בהודאה בביצוע עבירות פליליות. ברור שמה שעשה אותו אדם זה נתן הודאה מחוץ לכותלי בימ"ש שאם הייתה ניתנת לאדם אחר שהוא לא כהן דת ברור שהיה ניתן לזמן את אותו אדם להעיד בעדות פורמלית, זו ראיה שניתן להציג אותה בבימ"ש לפי סעיף 12 לפקודת הראיות (ההודאה היא אחד מהחריגים הפוסל עדות שמועה) לו ניתן היה לצוות על כהן הדת להציג את הראיה, היה ניתן להשתמש בעדות הזו כראיה מרכזית אפילו במשפט שכל מה שהיא צריכה מעבר להיותה חופשית ומרצון זה דבר מה נוסף אבל המחוקק מעדיף את חופש הפולחן על פני חקר האמת כי אין שום ספק שחקר האמת היה מחייב את הבאתו וחקירתו של כהן הדת בבימ"ש. במצב בו המתוודה אומר לכהן הדת שהוא הולך לרצוח והוא מבקש את סליחת אלוהים, יש כאן מצב של אפשרות למנוע את המזימה ולהציל בני אדם- כאן לא מדובר בחיסיון הזה. החיסיון לא חל על מצב זה. האם החיסיון מתפשט על דברים עתידיים? יש מחלוקת על זה. לא כל דת מאפשרת את תהליך את ההתוודות הזו והחיסיון הזה איפוא רלוונטי לאותן דתות שזה חלק מובנה של תהליך הדת שם, ההטמעה של הדת שבה יש התוודות בפני כוהנים. בדת היהודית אי אפשר להסתיר ולהטיל חיסיון על דברים שאומר אדם אצל רבו כי הדת היהודית לא מכירה בתהליך ההתוודות שהדת הקתולית כן מכירה.

בהקשר לחיסיון הרפואי- המבחן המשפטי הוא כפול:

1. האם הדברים הם מסוג הדברים הרלוונטיים שהרופא צריך לדעת לענין הטיפול הרפואי?

2. האם חלק מהדברים שנאמרו במהלך הטיפול נחוצים לעניין קביעת החלטה באשר לטיפול הרפואי?

קשה לתחום את כל הדברים הרלוונטיים ששייכים לנושא, כל עניין נבדק לגופו ונבחן האם אותו עניין רלוונטי לספר לרופא? זה יוכרע עפ"י זמן ומקום, מבחן אקטואלי של המציאות כיום, האם רלוונטי כיום לקבל אינפורמציה כזו?

בג"ץ 447/72 ישמחוביץ' נ' פקיד שומה לחקירות ת"א והמרכז - התעוררה שאלה משפטית האם צדק רופא בכך שסירב להציג בפני פקיד השומה את רשימת החולים? פקיד השומה רצה לבדוק את רשימת החולים של הרופא על מנת לבדוק האם השומה שיצר וערך הרופא משקפת באמת במי הוא טיפל. הרופא סירב כי חל על זה החיסיון הרפואי. **זה הגיע לעליון שקבע שרשימת המטופלים ע"י אותו אדם שהוא רופא היא לא חלק מהחיסיון.** השמות לא חסויים. בעבר רצו להסתיר את העובדה שאדם ניגש לפסיכולוג או לפסיכיאטר לכן עלתה טענה למה לא לשמור את שמו של המטופל כחיסיון? העליון אמר שלא לשם כך נוצר החיסיון הרפואי, אין היא מצדיקה שפקיד השומה לא יידע את שמות המטופלים והרשימה כדי שידע לעניין המס.

ע"פ 8974/07 לין נ' מד"י- פסקאות כט'- נז' של הש' א. רובינשטיין- דובר בעוד מקרה של אדם שנעצר והיה חשד שהאיש לקה במחלת נפש והוא לא כשיר לעמוד לדין ויכול להיות גם שאם אכן לקה במחלת נפש אין לו אחריות פלילית ולכן ביהמ"ש ציווה על אשפוזו של האיש הזה בבי"ח לחולי נפש לתהליך הסתכלות שבמהלך ההסתכלות יבררו את מצבו הנפשי, יאבחנו אותו ויחזרו אל ביהמ"ש, אל המשטרה והתביעה עם חוות דעת מאורגנת של אלה שבדקו אותו. **השאלה שהתעוררה במקרה דנן: האם חוות דעת שנוצרה לצורך קבלת החלטה ע"י בימ"ש בעניין כשירותו של האדם לעמוד לדין או אחריותו הפלילית נכללת ונופלת בגדר חיסיון רפואי? הסניגור של העצור טען שלא ניתן לחשוף את חוות הדעת לא למשטרה, לא לתביעה וגם לא לביהמ"ש בגלל החיסיון הרפואי.** בצוות הבודקים שבחן ובדק את אדון לין החשוד, היה גם קרימינולוג קליני. פקודת הראיות לא מסדירה ולא מתייחסת לבדיקה של קרימינולוג קליני וכתוצאה מכך הדברים שנאמרו ע"י העצור לקרימינולוג הקליני הם לכאורה לא חסויים ולא נופלים לגדר החיסיון המצוי היום וביהמ"ש העליון שאל:

א. בהיבט העקרוני- האם חוות דעת שכותבים רופאים המומחים למחלת נפש, פסיכיאטריים עפ"י ציווי של ביהמ"ש חסויה או לא חסויה? גדר הספק משום שהטענה היא שהחיסיון הוא כלפי מטופל והעצור שנשלח לבירור פסיכיאטרי הוא לא מטופל ולכן הטענה היא שהמחוקק לא התכוון להחיל את החיסיון על מצב של הסתכלות או כל מצב דומה להסתכלות.

ב. האם גורם פרא- רפואי כמו קרימינולוג קליני שבעצם מצורף אל חבורת הבודקים ומסייע לרופאים הפסיכיאטריים לגבש עמדה האם הדברים שנאמרו לו ע"י העצור הם חסויים או לא? הש' רובינשטיין אומר שכשאדם נשלח להסתכלות אין זמן מוגדר עד מתי חוות הדעת צריכה לחזור לביהמ"ש. הרי אם אדם מגיע לביה"ח כשחשוד שהוא חולה ובביה"ח נותנים לו תרופות ומקיימים איתו שיחות טיפוליות. הש' אומר שלא מדובר במגע עם אדם שלא על דרך הטיפול. אין לומר על הסתכלות שזה לא חלק מטיפול רפואי ולכן המסקנה שמציע הש' היא שלא בהכרח המסגרת הפורמלית של "הסתכלות" היא שתכתוב לנו אם מדובר בטיפול. הש' אומר שהחיסיון לא מוגבל לטיפול אלא שגם מתן שירות רפואי הוא חלק מהחיסיון. כדי להכריע האם דבר מסוים נופל בגדר חיסיון רפואי צריך לגזור את התשובה מאופי הדברים שמתרחשים בין המטופל/ העצור לבין המטופלים בו. **הש' לא מכריע אבל נוטה לחשוב שגם הסתכלות זה חלק ממתן טיפול. זה חל גם על כל העוזרים של הרופאים. אם כך מה עשה הקרימינולוג הקליני שאפשר לראותו כאחד העוזרים של הרופא הפסיכיאטר? כדי לגבש חוות דעת הוא נחשף לאינפורמציה שאנו מדברים עליה ולכן גם מהטעם הזה החיסיון חל לא רק על הרופא אלא על כל מי שעזר לו בטיפול. חלק מהעזרה שהקרימינולוג הקליני נותן צריך להיות חלק מהחיסיון.**

אם אדם מטופל באופן עצמאי ולא במסגרת טיפול אצל רופא הפסיקה צריכה לבדוק אם יש חיסיון בין המטופל לקרימינולוג הקליני כמו שהוא יצר חיסיון בין העובד הסוציאלי למטופל.

מבחינת סעיף 49 החיסיון לא מסתיים ולא פוקע בשעה שהרופא סיים את תפקידו. החיסיון גם לא נוצר עפ"י מס' טיפולים מסוים של אדם אצל הרופא. גם התייעצות לקראת טיפול יכולה להיות מובנת ובצדק כחלק מההיגיון של הטלת החיסיון עצמו.

האם כחלק משיחת חולין בין מטפל למטופל החיסיון קיים? החיסיון הרפואי אינו פוקע עם סיום עבודתו של הרופא, אם פרש לגמלאות- האם הדברים שנחשפו בפניו ימשיכו להיות חסויים חרף העובדה שהוא כבכר לא רופא? כן, החיסיון נמשך גם מולו וגם מול העוזרים שלו שנחשפו לאותו מידע, גם כאשר יעזבו את מקום עבודתם החיסיון ימשיך.

לא משנה באיזה רופא מדובר ובלבד שמדובר ברופא מוסמך לפי פקודת הרופאים. אם אדם לא יודע שמדובר במתחזה לרופא והולך לאדם שמציג עצמו כרופא וחושף בפניו פרטים אינטימיים האם קיים חיסיון עדיין? אין עדיין פסיקה בעניין זה. פרופ' גרוס טוען שיש להגן על אותו אדם כאילו הלך לרופא ממש.

חיסיון פסיכולוגי- מטופל:

סעיף 50 לפקודת הראיות- עדות פסיכולוגי- (א) פסיכולוג-מומחה כמשמעותו בצו שהותקן לפי סעיף זה אינו חייב למסור ראיה על דבר הנוגע לאדם שנוקק לשירותו והדבר הגיע אליו תוך עבודתו כפסיכולוג והוא מן הדברים שלפי טיבם נמסרים לפסיכולוג בדרך כלל מתוך אמון שישמרם בסוד, אלא אם ויתר האדם על החיסיון או שמצא בית המשפט כי הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה.

(ב) הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם לאחר שחדל העד להיות פסיכולוג-מומחה.

(ג) נטען חסיון לפי סעיף זה, יהיה הדיון בטענה בדלתיים סגורות; החליט בית המשפט לשמוע את העדות, רשאי הוא לשמעה בדלתיים סגורות.

(ד) שר הבריאות יתקין בהסכמת שר המשפטים, צו שיגדיר מיהו פסיכולוג-מומחה לענין סעיף

זה.

אותם טעמים של יצירת חיסיון שבין פסיכולוג ומטופל על ידו כי כדי להצליח בטיפול הפסיכולוגי צריך שאדם יחשוף בפני המטפל דברים מאוד אישיים ואינטימיים ולא היה רוצה שהדברים יעברו לצד ג'. לכן, המחוקק יצר את החיסיון הפסיכולוגי לאחר החיסיון הרפואי כדי למנוע את העברת המידע האינטימי. גם כאן המחוקק מתנה את החיסיון בכך שהדברים שנמסרים לפסיכולוג הם רלוונטיים לשירות המקצועי של הפסיכולוג והם גם מסוג העניינים שנהוג ומקובל להעביר אותם בין מטופל לפסיכולוג המטפל. גם כאן יכולה להישאל השאלה מה מקובל ומה נהוג להעביר בין מטופל למטפל? אין לכך תשובה. כל מקרה לגופו. בעניין זה יש גופים מקצועיים שאמונים על אותו שירות פסיכולוגי כמו איגוד הפסיכולוגים במד"י שהם מופקדים מקצועית על הנהגת השירות הזה. מועצת הפסיכולוגים הארצית צריכה לדעת על אלו עניינים יש להגן על מנת להצליח במתן השירות. אין רשימה סגורה והמבחן הוא פרטני, כל מקרה לגופו אבל מי שרוצה לטעון שהדברים שמסר לפסיכולוג הם מהדברים המקובלים שיש למסור במקצוע זה עליו הראיה. גם כאן החוק אומר שהחיסיון נמשך ולא נפסק גם כאשר הפסיכולוג סיים את תפקידו והפסיק לתת את השירות המקצועי. השאלה האם נוצרו יחסי פסיכולוג מטופל אינה פונקציה לגבי עניין מס' טיפולים מסוים.

לפי הש' רובינשטיין גם אם אין יחסים פורמליים ויש מערכת יחסים קצרה בין המטופל למטפל קיים החיסיון. האם דבר שמטופל השמיע למטפל לצורך היוועצות הוא חלק מהחיסיון? כן, מאותו הטעם לעיל.

גם כאן רשימת המטופלים ע"י הפסיכולוג לא חוסה תחת החיסיון.

לא רק שרשימת המטופלים היא לא חסויה אלא גם ששכ"ט לא חסוי. זה חשוב בעיקר לעניין תקבולים, מס הכנסה וכ"ו.

חיסיון עובד סוציאלי- מטופל:

החיסיון הוכנס לדיני הראיות ע"י תוספת לסעיף 50 שהוא סעיף 50 א לפקודת הראיות- עדות עובד סוציאלי- (א) עובד סוציאלי כהגדרתו בחוק העובדים הסוציאליים, תשנ"ו-1996, אינו חייב למסור ראיה על דבר הנוגע לאדם שנזקק לשירותו והדבר הגיע אליו תוך עיסוקו כעובד סוציאלי והוא מן הדברים שלפי טיבם נמסרים לעובד סוציאלי בדרך כלל מתוך אמון שישמרם בסוד, אלא אם כן ויתר האדם על החיסיון או שבית המשפט מצא כי הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק עדיף על הענין שיש שלא לגלותה.

(ב) הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם לאחר שחדל העד להיות עובד סוציאלי.

(ג) נטען חסיון לפי סעיף זה, יהיה הדיון בדלתיים סגורות; החליט בית המשפט לשמוע את העדות, רשאי הוא לשמעה בדלתיים סגורות.

לפני שתוקן סעיף 50 זה התחיל בפרקטיקה של עובדים סוציאליים שההתמקצעות שהוסיפה את אותו חלק קליני של טיפול עובד סוציאלי המטפל באופן קליני בנזקקים לשירותיו. זה התפתח כחלק מפרקטיקה, גובש ועוצב ע"י המופקדים והאחראים למקצוע זה. הם הצליחו לשכנע את המחוקק שכדי להצליח בעבודתם בדומה לפסיכולוגים ורופאים הם גם זקוקים להגנה של חיסיון מקצועי, לכן המחוקק הוסיף את החיסיון וגם כאן המחוקק מתנה את החיסיון וזה ע"י זה שיהיה מדובר בדברים שמקובל לחשוף בפני עובד סוציאלי. בהמשך לחיסיון הרפואי גם כאן החיסיון הוא חסיונו של המטופל כך שאם המטופל רוצה לוותר על החיסיון הוא יכול לוותר עליו ולמסור את כל המידע שהוא נדרש. אם הוא מסרב יש נוסחה- לביהמ"ש שמורה הזכות להחליט מטעמים של עשיית צדק שמוטב לחשוף את האינפורמציה מאשר שאולי ייגרם עיוות דין לאותו אדם שדורש את האינפורמציה.

גם כאן החיסיון לא פוקע עם סיום עבודתו של העובד הסוציאלי. כמו הפסיכולוג- העובד הסוציאלי עושה את עבודתו לבד ולכן החיסיון לא חל על אדם אחר מלבד העובד הסוציאלי.

****החסינות המדוברים הם גם במשפט הפלילי וגם במשפט האזרחי****

שיעור הבא:

חיסיון שבין עיתונאי למקורות המידע שלו-

פס"ד ציטרין

חסינות של יחסי אמון שנוצרו בפסיקה:

עורך פטנטים- לקוח

חיסיון בנקאי

חיסיון של וועדות פנימיות

כשמתדיינים בבימ"ש מנסים למצוא פתרון לסכסוך מחוץ לכותלי ביהמ"ש, מנסים למצוא פשרה והסדר, עוה"ד מחליפים ביניהם מידע ומסמכים. אם הניסיון להגיע לפשרה נכשל- מה קורה עם האינפורמציה שהוחלפה? האם יש עליה חיסיון? האם הדברים שהוחלפו בין עורכי הדין הם חלק מחיסיון שהפסיקה יצרה כחלק מהחסינות שבפקודה?

חיסיון לתחקיר מבצעי- הצבא נהג לבדוק את עצמו בתחקיר מבצעי. אחרי כל פעילות שהשתבשה הצבא בחן את עצמו ושמע את הנוגעים בדבר כדי ללמוד מטעויות. מצ"ח למד והזדרז לעיין בתחקירים האלה שלא היו מוגנים, לא היה עליהם חיסיון. לפני מס' שנים הכנסת הפסיקה את זה וביקשה להסדיר את הנושא ע"י כך שהיא יצרה **חיסיון לתחקיר מבצעי** כלומר, דברים שמשמיע חייל במסגרת תחקיר מבצעי לא ישמשו נגדו אלא במקרה חריג שיש טעם להורות למצ"ח לפתוח בחקירה וגם כשפותחים את החקירה היא מנותקת מהתחקיר, לא תוך היחשפות לחומר התחקיר.

17/03/19

שיעור חמישי

-המשך- 5. חסיונות:

-המשך- 5.5 חסיונות סטוטוריים שמתבססים על יחסי אמון:

-המשך- חיסיון מבצעי- חיסיון סטוטורי שקבעה הכנסת בתיקון לחוק השיפוט הצבאי, קבועות ההוראות באשר לכללים המשפטיים בצבא. בצה"ל מקובל לבצע תחקיר אחרי כל תאונה, בעיה שמתגלית בין באימון הצבאי ובין פעילות מבצעית. התחקיר נועד ללמד בעיקר את צה"ל מה אירע, מה הן העובדות של אותה תאונה, נועד לנסות להבין וללמוד לקחים, להפיק לקחים לעתיד כדי לא לחזור על אותה טעות. מטבע הדברים כדי שהתחקיר יצליח במשימתו, בתכליתו, צה"ל מצפה מחייליו, אלו שהשתתפו באותו אימון, מבצע, להיות נכונים להסביר את כל העובדות גם אם אותן עובדות עלולות להצביע על מי שאחראי או תרם לאותה תאונה. כאמור דרך זו של התחקיר המבצעי נהגה במשך שנים עד שלפני מספר שנים מישהו אמר שזה לא סביר ולא בסדר, לא מבחינת הרצון של הצבא ללמוד מה קרה אלא זה שהוא לא מגן על חיילים שיש להם את החובה המצופה מהם לומר את האמת והם יכולים להפליג את עצמם ע"י כך, כלומר אין להם הגנה. חייל המפליל את עצמו, לא מיועד בזמן שהוא מוסר את עדותו, לא מיועד על זכויותיו החוקתיות, אומרים לו שאין לו זכות לשתוק. מגישים כתב אישום על יסוד דעתם הכנה של החיילים שראו את עצמם מחויבים לצבא לומר את האמת ולעזור לצבא למנוע תאונות כאלה בעתיד, והם מועמדים לדין באמצעות כך שהם בעצמם הביאו את זה. **תקלה זו של אי הגנת החיילים הגיעה לכנסת, הכנסת התרשמה שצריך לעשות משהו, להמשיך לאפשר לצבא לחקור את עצמו ולחקור את חייליו**. מצד שני, מכאן והלאה להגן על החיילים. **הכנסת יצרה הגנה לחייל שהוא יוכל לספר מה קרה ולא יחשוש מה יקרה נגדו**. התיקון משנת 1997- סעיף 539א' לחוק השיפוט הצבאי – הסעיף מגדיר "תחקיר" – בירור שנערך בצבא, בהתאם לפקודות הצבא, בנוגע לאירוע שהתרחש במהלך אימון או פעילות מבצעית, או בקשר אליהם. אומנם התחקיר סגור ולא פתוח לעיני אף אחד, אבל לרמטכ"ל יש סמכות להחליט בנסיבותיו של מקרה זה או אחר לאפשר קבלת המסקנות והממצאים של התחקיר לאותם אנשים שנפגעו, הכנסת לא סגרה את האפשרות שאם התחקיר מגלה רשלנות פושעת, פעולת זדון שהביאה לאותה תאונה, במקרה כזה תימצא הדרך איך לבוא בחשבון עם אותם אנשים אשמים באותה תאונה קטלנית וכך הדרך **שנמצאה ע"י המחוקק היא הפרקליט הצבאי הראשי, הכנסת העניקה סמכות לקבל לידי את התחקיר המבצעי, לעיין בו ואם הפרקליט הצבאי מתרשם שאכן עולה מתמונת התחקיר עדות לכך שמי מהחיילים ביצע עבירה פלילית במהלך אותו אימון או פעילות מבצעית הוא יכול להחליט שבמקרה כזה יש להורות למצ"ח (מבלי להצביע למשטרה הצבאית) איזה חיילים לחקור**.

התיקון הוכנס בסוף שנות ה-90 ומאז עברו הרבה שנים ונרכש ניסיון לא מועט והיו מקרים שהגיעו עד לעליון בהתדיינות של הורים שקוללים שסברו שהצבא שלא כדין ולא בצדק סירב לחשוף בפניהם את חומר התחקיר במלואו או בחלקו הנוגע לדבר.

חסינות מהפסיקה:

חיסיון בנקאי:

הכוונה היא לאותו חיסיון שאנחנו מצפים שיתקיים כלפי האינפורמציה שאני הלקוח של הבנק, מפקיד לבנק אינפורמציה, שתישאר אצל הבנק והוא לא ימסור את האינפורמציה הזו לצד ג'. האינפורמציה הזו יכולה להיחשב כחלק מפרטיות האדם, היא אמורה להיות מוגנת על פי חוק הגנת הפרטיות, כי החוק משמיע לנו שזכותו של כל אדם שהדברים הנוגעים לפרטיותו יישמרו בסוד בין אותו אדם לבין אנשים שהוא מתקשר איתם, מפקיד אצלם את האינפורמציה הזו. חוק הגנת הפרטיות- האינפורמציה הזו מוגנת משני דברים עיקריים:

1. **היבט אזרחי-** הפרת האמון שבין האדם הזה לבין מי שנמסרה לו האינפורמציה עלולה להיחשב כעוולה אזרחית.

2. **היבט פלילי-** הפרת חובת סודיות בדיון. אדם שהגיע אל אינפורמציה מסוג הזה שיש בה הפרת הפרטיות של אדם מנוע על פי הכתוב בחוק הגנת הפרטיות, האינפורמציה הזו לא תהיה קבילה בבית משפט, המחוקק אוסר על שימוש באותה אינפורמציה כקבילה בבית משפט זולת אם בית המשפט מטעמים של עשיית צדק מחליט לאפשר את השימוש הזה. כאשר חוקק חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, הזכות לפרטיות הפכה להיות זכות מנויה שחוק היסוד מגן עליה, היא הפכה להיות זכות חוקתית- זכות על חוקית. כשאני מוסר למישהו שאני מאמין בו אינפורמציה פרטית, הציפיה שלי ממנו שהוא ישמור את זה בסוד. החובה לשמירת האינפורמציה בסוד נובעת מהיחסים המיוחדים שנוצרים בין בנק לבין הלקוח שלו. בחוק הגנת הפרטיות ישנו סעיף המדבר על כך שאם אדם מסכים עם זולתו להפקיד בפניו את אותה אינפורמציה פרטית הרי הוא יכול לצפות כתוצאה מאותו קשר, מאותו הסכם עם אותו אדם שאכן הפרטים האלו יישמרו בסוד. אין בחוק הבנקאות שום הוראה המדברת במפורש על חיסיון. כאשר החוק שותק בעניין זה, המציאות מכתובה לבתי המשפט את הצורך לדון בכך, לא יכול להיות שמערכת זו תהיה לא מגובה ולא מכוסה ולא שמורה ע"י חיסיון. **מה אפשר ללמוד על שתירת המחוקק שהוא לא מגן על האינפורמציה הזו? האם הוא מתכוון בכך שהוא לא רוצה לתת את החיסיון? הם יש כאן הסדר שלילי? התשובה של שופטי בית המשפט העליון שאין להסיק מסקנה מהעובדה שהמחוקק לא הסדיר את החיסיון הבנקאי בחוק שהוא לא רצה לתת את החיסיון, יש כאן לקונה, פס"ד הבא הוא מבוא טוב ללמד אותנו שאין מניעה ליצור חסינות נוספים על אלו שנקבעו בפקודת הראיות אם אכן התנאים יתקיימו, כי הנחת העבודה של בתי המשפט היא שפקודת הראיות באותו פרק של ראיות חסויות בפקודה היא לא הסדר ממצה, המחוקק לא התכוון למצות את כל הראיות החסויות. לא נמצא בפסיקה חיסיון שהפסיקה יצרה והוא מוחלט, זה חיסיון יחסי משום שלדעת בתי המשפט זה מה שהיה צריך להיות בכל החסינות. בחיסיון הבנקאי מצד אחד, בית המשפט מכיר בצדקת החיסיון ומצד שני הוא אומר שזה חיסיון יחסי שיהיו מצבים שיהיה מוצדק להורות לבנק לתת את אותה אינפורמציה. שני הסעיפים שפקודת הראיות מדברת על הרשומה המוסדית של תאגיד בנקאי לא רלוונטיים לנושא החיסיון שמדובר עליו כעת. לאחר שיצרנו את החיסיון הבנקאי, ש- א' תובע את ב' על חוב כספי כאשר ב' הוא בעל החשבון, הטענה של א' היא שכדי להוכיח זאת- ב', בעל החשבון, חייב לתת לבית המשפט את אותם הרישומים. נושא החיסיון הבנקאי מצא את פתרונו בארץ ע"י החיסיון בפסיקה, המבטיחה לבעל החיסיון בבנק, שלא יתנו את האינפורמציה למעט עשיית צדק הדרושה כדי להגיע לפתרון אותו סכסוך הנמצא בפני אותו בית המשפט.**

רע"א 1917/92 יעקב סקולר ואחרים נ' ניצה גרבי ואחרים- פסקה 6 בפסק הדין.

חיסיון עורך פטנטים - לקוח:

החיסיון נועד להגן מצד אחד על בעל פטנט המבקש לרשום את הפטנט ומצד שני הוא מבקש להבטיח את האינפורמציה הזו של בעל ההמצאה, כי אחרת אין ערך לאותו פטנט אם הוא ייחשף. הוא מופקד על המומחיות של רישום והגנה של הפטנט באותה מערכת שהיא מורכבת, הנושא הזה של רישום הפטנט והגנה עליו טעון מומחיות וידע, ורק אנשים שהתמחו בנושא הזה יודעים לעשות את העבודה, יש את חוק הפטנטים אבל החוק הזה לא מדבר בדומה לחוק הבנקאות על חיסיון של בעל הפטנט או של עורך הפטנטים. כתיבת הפטנט ורישום הן פעולות משפטיות, רישום פטנט יש לו משמעות ענקית לגבי הנוגע בדבר, המדינה מגנה באמצעות החוקים שלה על זכויותיו של בעל ההמצאה והפטנט, אם כך הדברים מה זה אומר עורך פטנט? זו עוד פעולה שצריכה להימסר לעורכי הדין.

בית המשפט אומר שהוא בא לבדוק מה היקף החיסיון שהוא נותן לעורך הפטנטים גם שהוא אינו עורך דין - ת"א (מחוזי ת"א) 2284/83 מפעל מתכת נען נ' הידרופלן הנדסה בע"מ - נכתב ע"י מי ששימש כנשיא בית המשפט המחוזי, השופט ווינוגרד - עמ' 406-407 בפס"ד - פסקה 9 - נתון לדיון עניין החיסיון של עורך הפטנטים - הייתה התנגדות של אחד הצדדים.

זו מערכת שחייב שתהיה בה אמון בין מי שמופקד על רישום הפטנט שלו ויש מטבע הדברים ציפייה שהאינפורמציה המיוחדת הזו של הפטנט תישמר בסוד ותעוגן בחוק או לפי ההלכה הפסוקה שהיא לא תתגלגל ותגיע לאנשים אחרים. לאחר שהשופט נובר בפסיקה האנגלית הוא מגיע למסקנה שמאז היא נמצאת איתנו שיש ונכון וצודק ליצור חיסיון של עורך פטנטים - לקוח, גם החיסיון הזה הוא לא חיסיון מוחלט אלא חיסיון יחסי, לאמור באותם מקרים שהצדק דורש שהחיסיון יוסר על מנת לאפשר עשיית צדק בסכסוך שמתנהל בית המשפט, הנחת העבודה והקדימות היא לכך שהחומר הגלום ברישום הפטנט יישמר כחסוי במסגרת זו של החיסיון של עורך הפטנטים.

עורכי הדין מטבע הדברים, כאשר הם מתדיינים בבית המשפט הם מתדיינים כדי לתת מענה לסכסוך שהם הביאו בפני בית המשפט והם מצפים בית המשפט ייתן פתרון משפטי, נורמטיבי לסכסוך הזה. מכל מיני סיבות שהיו בעבר ועדיין קיימות גם כיום, היקף התובענות האזרחיות הוא עצום, וכדי לאפשר לבית המשפט לייעל את הדיון בפניו לא כל פתרון המוצע ע"י הצדדים, יתקבל ע"י בית המשפט, כך למשל לא יעלה על הדעת שהצדדים ירצו להטיל מטבע. הצדדים כדי להגיע לפתרון מחוץ לכותלי בית המשפט לא אחת מחליפים ביניהם אינפורמציה רלוונטית כולל מסמכים הנוגעים בדבר. השאלה האם זה צודק לבנות את הראיות על חשיפה שאני עודדתי את אותו צד לחשוף כדי להגיע לפשרה? התשובה היא שעל מסמכים ואינפורמציות שהוחלפו בין צדדים לסכסוך מחוץ לכותלי בית המשפט וכדי להגיע לפשרה על הנושאים הללו יוטל חיסיון, לא ניתן יהיה לעשות שימוש באותם מסמכים, עובדות שכאמור נחשפו במהלך משא ומתן לקראת פשרה. הגם שהדבר לא עולה במפורש, ההנחה של גרוס היא שמדובר בחיסיון יחסי בלבד.

ע"א 440/75 זנדבנק נ' דנציגר - בעמ' 274 לפסק הדין - "אין אנו רואים לקבל טענה זו: הרישום "בלי לפגוע בזכויות" או "כל הזכויות שמורות (באנגלית ("WITHOUT PREJUDICE"), בהם נוהגים פרקליטים ושאינם פרקליטים לקשט מכתביהם, אין בהם כדי לשלול מן האמור במכתב את אופיו כהצעה מחייבת ואין בהם, בכפיפות למה שייאמר להלן, כדי למנוע הסתמכות על המכתב והאמור בו כראיה להעלאתה של ההצעה ונוסחה. מטרתם ומשמעותם של המונחים המסייגים הנ"ל היא מוגבלת: כאשר מתנהל משא ומתן לפשרה, ומשא ומתן זה נכשל, הרי אין באמור במכתב הנושא רישום כנ"ל, כדי לשמש הודאת-בעל-דין".

בית המשפט היה מוכן להעניק חיסיון על מסמכים או אינפורמציה שהצדדים החליפו ביניהם מחוץ לכותלי בית המשפט אם המסמכים הללו והאינפורמציה הזו בעצם נסובה על ניסיון לפשרה, לשכנע את הצד השני להיכנס לפשרה. השימוש שהיה מקובל לוודא שאכן אנחנו מודעים לאיזה מסמכים, אינפורמציה החלפנו, השתמשו בכותרת הזו - "מבלי לפגוע בזכויות, כל הזכויות שמורות". הנוהג הזה בדרך"כ ביקש לסווג את המסמך כמשמש למשא ומתן אבל הוא לא מחייב. בית המשפט אומר שכדי שזה יהיה נכון, שזה יחייב לפי הכותרת, יש להוכיח שהמסמך הזה

היה מושא לאחד המסמכים ששימשו למשא ומתן. בית המשפט מאוד מעודד ודוחף למצוא פשרה מחוץ לבית המשפט. מצד שני אם המשא ומתן נכשל ואין פשרה לא יוכלו הצדדים להסתמך בהמשך המשפט על דברים שהחליפו ביניהם כדי לשכנע אחד את השני להגיע לפשרה ועכשיו הם עלולים לנצל את זה לטובתם. עם או בלי כותרת – "מבלי לפגוע בזכויות", הבדיקה היא עניינית של המסמך, הכותרת שלעצמה אינה מאשרת את מהות המסמך.

חיסיון שבין עיתונאי למקורות המידע שלו:

פסק הדין העיקרי המדגים את יצירת החיסיון ההלכתי שמחוץ לבית המשפט הוא: בג"ץ 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב-זכותו של מתדיין המבקש להטיל חיסיון על מערכת קשרים מיוחדת, אם המערכת הזו מצדיקה את החיסיון ואם המערכת הזו לא הוסדרה בחוק. בציטרין מדובר במקרה שבו נכפה על שני עיתונאים להגיע למתן עדות בבית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין, לפי האתיקה שנהגה שאסרה על פרסום עצמי של עו"ד או לסייע בפרסום הזה (הכלל הזה הוא כלל שבור שלא קיים היום), באותה תקופה שפסק הדין הזה ניתן הדבר היה אסור, לשכת עורכי הדין גילתה על פי תמונה שהוגשה לה שבעיתון מסוים יש כתבת תחקיר, די גדולה וחושפנית על מה עושים שני עורכי דין מסוימים, במה הם עוסקים ומה המומחיות שלהם, עם אמירות ברורות באשר לטיב עבודתם. עקב התמונה שהוגשה ללשכת עורכי הדין, נעשה בירור ועל פניו הלשכה אמרה שיש הפרה בוטה של כללי האתיקה, מטבע הדברים לפי הכתוב בכתבה מי שעומד מאחורי הכתבה זה הנוגעים בדבר, הוגשה נגדם קובלנה משמעתי, כדי להוכיח את הדברים קראו לעיתונאים על מנת שיבואו ויסבירו מי פנה אליהם, האם לא היה זה עורכי הדין עצמם שהם יזמו? למרבה ההפתעה העיתונאים החליטו לסרב, הם אמרו שהם מסרבים להעיד, מסרבים במיוחד להסגיר את מקורותיהם. הם טענו שיש להם חיסיון, מכוח חיסיון של עיתונאי-הם מסרבים לגלות מי היו המקורות שעל פיהם, מכוחם פרסמו את הכתבה הזו. הפסיקה נכנסת לתמונה, במקום שהמחוקק לא עשה את העבודה, היא משלימה את עבודתו. התשובה הייתה שהם לא יכולים להצביע על מקור נורמטיבי של החוק, הם כן טענו שהחיסיון העיתונאי מקורו במשפט המקובל, גם באנגליה וגם בארה"ב ואין סיבה שהוא לא יבוא ויוכר גם בארץ. הוא הגיע למסקנה שבארה"ב, החליטו לעגן את החיסיון הזה בתיקון הראשון לחוקה בארה"ב, בזכות חופש הביטוי ובצד זה גם חופש העיתונאי הנגזר מזה. יש חופש ביטוי, יש זכות לעיתונות לפרסם את דבריו אבל אין לך זכות לחיסיון, כתוצאה מהחלטה זו של בית המשפט העליון, המדינות בארה"ב חוקקו חוק המסדיר חיסיון לעיתונאי, התגברו על החוק הפדרלי.

גם בית המשפט העליון נקלע והודה שחיסיון כזה קיים אם כי היקפו מצומצם. השופט שמגר נותן דוגמאות לכך שעיתונאים נצמדו לחובה האתית שלהם להגן על המקורות שלהם, שמגר מגיע למסקנה שצריך לפעול לפי אנגליה וארה"ב, שצריך לאפשר את החיסיון העיתונאי. בלא עיתונאות חופשית אין דמוקרטיה, כדי שנמשיך להיות מדינה דמוקרטית אנחנו צריכים לאפשר לעיתונאים לבטא את עצמם. בית המשפט מדגיש את האינטרסים המיוחדים של בני אדם, מקור עיתונאי המוסר אינפורמציה לעיתונאי עושה זאת מתוך אמון ברור ומוחלט שהעיתונאי לא יסגיר את זהותו לאף אחד. **זהו חיסיון יחסי, צריך להעמיד מול האינטרסים שהם לא רק נוגעים לאדם הנוגע בדבר, אלא אינטרסים של הציבור בכללותו.** אבל מצד שני יש לפעמים אינטרסים מתנגדים למשל- חברה רוצה להגיע לפשר הפשעים ואם המקור עוצר אצלו מידע חשוב כדי ללמוד על המבצעים את הפשע אזי למעשה בית המשפט צריך לחשוב האם האינטרס הזה של הציבור לחשוף פשעים לא גובר על החיסיון של המקור עצמו. כשמדובר באינטרסים קשים כמו עוולות קשות, זה ברור. אם מדובר בעוולות קלות כמו לשכת עורכי הדין, הפרת כלל משמעת, כשמדובר במצב דברים כזה אין להעדיף את הגילוי על פני חובת החיסיון. אז אם יש הפרה של עבירה קלה, אם בכלל, מוטב לבלוע את העבירה הזו ולא לחשוף את מקורות המידע כדי לתת הגנה ראויה.

היקף החיסיון העיתונאי- האם הטלת החיסיון היא רק על המקור או גם על המידע עצמו?

24/03/19

שיעור שישי

6. סיווג הראיות :

דיני הראיות החולשים על החקירות בבתי המשפט :

מהם סוגי החקירות המתנהלות בבתי המשפט ומהם ההיבטים הראייתיים של החקירות האלה?

ניהול משפטים בבתי משפט מתבסס על שלושה אדנים :

1. **הדין המהותי** שהוא זה שצריך לספק את הזכות שאותה אתה תובע או שבאמצעותה אתה מתגונן מול התביעה. הדין המהותי מלמד במישור הפלילי אלו התנהגויות אסורות על פי החוק ומהם העונשים הצפויים לאדם המפר אותן. הדין המהותי אין בו לבדו להגשים את התביעה, ההגנה או העתירה שלנו מפני שהדין המהותי אינו מסוגל מעצמו להניע את המערכת השיפוטית. הוא צריך מסוע על מנת להצליח להביא את הדין המהותי לבירור בפני ביהמ"ש. המסוע מורכב משניים.
2. **סדרי הדין (הדין הדיוני/ פרוצדוראלי)-** מאפשר לבתי הדין לדעת מהם הכללים שבאמצעותם מתקיימת התדיינות בין הצדדים בבתי המשפט, מי פותח ראשון את ההוכחות, מי צריך להשיב. ההליך בביהמ"ש מתחיל הרבה לפני שהוא מגיע לשולחנו של השופט, הוא מתחיל בכתב תביעה שמגיש התובע. כתב התביעה יטופל בצד תשובתו של הנתבע בכתב ההגנה, אם מדובר בהליך אזרחי סדרי הדין מסדירים אותו בעיקר בתקנות סד"א שהם אותם כללים משפטיים שמכוונים את הצדדים איך להגיש את המסמכים לבתי המשפט וכשהצדדים נמצאים כבר בבתי המשפט מה התפקיד של כל אחד מהם לעניין בירור התביעה. בהליך פלילי מדובר בסד"פ הקבועים בחוק סדר הדין הפלילי- 1982 ובצד החוק הזה התווספו לו חוקים נוספים המשלימים אותו והם בעצם מסדירים את נושא החקירה הפלילית, מיהו הגוף החוקר, מה מותר שייעשה ע"י הגוף החוקר, מהן זכויות הנחקרים עובר לחקירתם ובהגיע הדברים עד כדי הגשת כתב אישום נגד החשוד שהופך להיות נאשם, מהם הצעדים שצריכים להתנהל נגדו בביהמ"ש עצמו, מי מנהל את המשפט. השיטה האדברסרית מפקידה את ניהול המשפט בידי הצדדים גם בהליך האזרחי וגם בהליך הפלילי אך בפועל השופט מנהל את המשפט ומוודא את זה שהמשפט מתנהל בהתאם לחוק. עתירה לבג"ץ גם מתנהלת עפ"י כללים קבועים בתקנות שנקבעו בעניין הזה והן מנחות אותנו מה אמור לעשות עותר הפונה לביהמ"ש העליון ומה המדינה צריכה לענות לאותה עתירה, אלו מסמכים יש להגיש, דברים שקשורים לעבודת הניהול של ביהמ"ש. לכל דין מהותי צריכים להיות צמודים סדרי דין שיאפשרו את ההנעה של הדין המהותי.
3. **דיני הראיות לצדי סדרי הדין-** כשנמצאים בביהמ"ש צריכים לדעת גם איך מוכיחים ואיך מתגוננים. התשובה לכך היא חלק מתפיסת דיני הראיות שחולשים על ההוכחות בביהמ"ש. דיני הראיות אמורים לעזור לפרקליטים באופן הטעון הוכחה בביהמ"ש. הדין המהותי מתפקידו ללמד מה צריך להוכיח, איזו זכות לה טוענים מופיעה בדין מהותי ומה יש להוכיח. לאחר שמאתרים את הדין המהותי שבאמצעותו צריכים להוכיח את התביעה, דיני הראיות באים להראות איך יש להוכיח. אחד הרכיבים החשובים ביותר בעבודתו של הפרקליט זה דיני הראיות והוא צריך להיות בקיא בהם.

ההיבטים הראייתיים של דיני ההוכחות בבתי המשפט :

חקירה הנפתחת נגד אדם שהוא חשוד בעבירה - החקירה יכולה להיפתח הן ע"י הגשת תלונה ע"י המתלונן והן ע"י יוזמת המשטרה כדי לפתוח את החקירה. חקירה סמויה שמסתיימת מבחינת המשטרה עם תוצאות חיוביות כלומר, אספו מספיק ראיות שיכולות לאפשר את המעבר לחקירה הגלויה. יסוד החומר שנאסף נותן אפשרות לזמן את החשודים, לחקור אותם ולאמת מולם את החומרים שנאספו בחקירה הסמויה. חקירה של אזרח רגיל שונה מחקירה של איש ציבור. למעשה, ממצאי החקירה הפלילית צריך לקבל החלטה לגביהם. החוק מבחין בין סוגי עבירות ובהתאם להבחנה שהוא עושה הוא בסוף יחליט לגבי הממצאים שיש להשיג לחומרי החקירה. אם מדובר בגדולי האומה זה שונה.

אדם שמסר עדות במשטרה ונקרא למסור עדות בבימ"ש וסותר לחלוטין את הגרסה שלו- ניתן לבקש מהתובע שיציג בבימ"ש את אמרתו של אותו אדם במשטרה כדי שביהמ"ש בסוף ההליך יעדיף את אותה גרסה שניתנה מחוץ לכותלי ביהמ"ש. בכל זאת ביהמ"ש יזמן אותו לעדות, אם הוא יתמיד בהכחשתו יבקשו להכריז עליו **עד עוין** ובהמשך לקבל את אמרתו במשטרה ולהעדיף אותן על פני העדות בביהמ"ש. יש מצב בו הוא יכול לסרב להעיד בביהמ"ש ואז הוא ייחשב **כעד שותק**.

ההליך נפתח ע"י חקירה, המחוקק מכתוב לנו מיהו הגורם המחליט על יסוד חומר החקירה שנאסף אם יוגש כתב אישום ואם לא. כשמדובר בעבירות שאינן פשעים חמורים התביעה המשטרית הוסמכה להחליט בנושא הזה אבל אם מדובר בחומר חקירה שהוא פשע ומעלה מי שיחליט זו הפרקליטות ע"י העברת החומר מהמשטרה לפרקליטות. התובע ו/ או פרקליט המחוז יחליטו אם להגיש כתב אישום או לא. לפני הגשת כתב האישום יש שימוע, היועמ"ש שהחליט על הגשת כתב אישום יעשה זאת בכפוף לשימוע. מוסד השימוע תחילתו בפרקטיקה בנוהג שהתפתח במדינת ישראל (אין דוגמת השימוע הזה במדינות אחרות) בפני המערכת המאשימה שזו הפרקליטות. במדינות אחרות אין דבר כזה ששימוע ייערך בפני אותו גורם שמחליט על הגשת כתב אישום. בארה"ב מביאים את חומר החקירה בפני חבר המושבעים והם אמורים להחליט האם צודקת המדינה שחומר הראיות שהיא חושפת בפניהם מצדיק הגשת כתב אישום. בישראל מי שמחליט על השימוע זה מי שהגיש את כתב האישום. השימוע התפתח בישראל לטובתם של אנשי ציבור ועוד יותר מזה אנשים רמי מעלה. נניח כשמדובר על החלטה להגשת כתב אישום של ח"כ או שר בממשלת ישראל הנוהג שהתפתח היה שמגיע לאותו נבחר ציבור שישמיע את טענותיו כלפי כתב האישום או טיוטת כתב האישום שהונחה נגדו כדי לנסות לשכנע את מקבלי החלטה, במקרה הזה את היועמ"ש ו/או סגנו של פרקליט המדינה שאין בחומר החקירה שמבסס את אותו אישום כדי להצדיק את הגשת כתב האישום כי הוא לוקה בחסר. המבחן בחוק סדר הדין הפלילי הוא סיכוי סביר להשיג הרשעה וכך גם בעניינם של אותם נבחרים ציבור שהפרקליטים שלהם ינסו לשכנע שאין סיכוי סביר בחומר כמו שהחוק דורש כדי לפתוח בכתב אישום. יש כמה מקרים שהיועמ"ש חזר בו מכוונתו אבל ברוב המקרים היועמ"ש לא שינה את דעתו וכתב האישום בסופו של דבר הוגש. הפסיקה קבעה ביחס לשימוע שנקבע- שעל היועמ"ש ועוזריו להיות נכונים לשמוע את טענות הסנגורים בנפש חפצה ובראש פתוח ואכן מאז אותה הנחיה של העליון היועמ"ש ידגיש את העניין שהוא שמע את הטענות ולא היה נעול על עמדה מסוימת, היה נכון לשמוע עמדות אחרות שנוגדות את עמדתו ועשה זאת בנפש חפצה.

עיקוב הגשת כתב האישום עד אשר הנאשם או החשוד יביא את טענותיו בפני היועמ"ש, על יסוד זה קמה זעקה ציבורית- למה לאיש הפשוט אין שימוע? הנפקות של הגשת כתב אישום כלפי איש ציבור היא הרת גורל ויכולה לפגוע במעמדו ובמשפחתו, אבל מה עם האזרח הרגיל? גם שמו יכול להיפגע. הכנסת הרימה את הכפפה ותיקנה את חוק סדר הדין הפלילי על מנת להעניק שימוע גם לפשוטי האדם ומדובר בכתב אישום שמייחס לאדם עבירת מסוג פשע. השימוע כלפי פשוטי העם הוא בכך שהאדם מקבל רשות להציג את טענותיו נגד האישום בכתב ולא להופיע בפני היועמ"ש אלא בפני פרקליט זוטר וגם לא להופיע אלא להגיש בכתב.

סדר הדברים:

- כוונת החלטה להגיש כתב אישום שיש סיכוי סביר להרשעה באמצעותה
- שימוע (למי שרוצה)
- הגשת כתב אישום בכפוף לשימוע- התחלת ההליך הפלילי

ניהולו של ההליך הפלילי:

המהלך הראשון שמניע את ההליך הפלילי- ההליך הפלילי מתחיל לנוע בהקראת כתב האישום- ביהמ"ש חייב להקריא לנאשם את כתב האישום. כשביהמ"ש מתכנס לשימוע את האישום, עוד לפני ההקראה של כתב האישום יש אפשרות לטענות פסלות, יכול הנאשם לבקש באותו שלב להתנגד להרכב השופטים שנקבע שהוא אמור לשפוט אותו, בין אם זה דן יחיד ובין אם זה הרכב. הוא יכול להעלות טענות שישכנעו את השופטים להימנע מלשפוט אותו בגלל חשד לחוסר אובייקטיביות וחוסר יכולת לשפוט באופן הוגן ואובייקטיבי את הנאשם. נניח אם השופט בעצמו היה עד למעשה העבירה. המחוקק קבע שכדי ששופט יהיה מסוגל לדון בצורה אובייקטיבית בכתב האישום עליו להימנע מלהיחשף לעברו של הנאשם, לגיליון הרשעותיו וכן מלהיות חשוף לחומר הראיות נגדו. ההמלצה של המחוקק היא להפריד בין אותו שופט שמתפקידו לדון בבקשת המדינה להאריך את המעצר של אותו נאשם עד תום ההליכים אחרי הגשת כתב האישום לבין אותו שופט או שופטים שישבו וידונו באותו תיק עצמו. הבעיה היא שזה לא תמיד אפשרי מכמה טעמים: בימ"ש קטן נניח. לא ניתן להעביר את הנאשם למקום אחר, אם פרקטית אי אפשר אז אותו שופט ישפוט אותו עם כל האזהרות ומשתדלים ככל שאפשר לא להציב בביהמ"ש הרכב שדן בהליך המעצר וזה יהיה לרוב בבתי משפט גדולים שאפשר לעשות את ההפרדה.

המהלך השני- טענות טרומיות/ טענות מקדמיות- סעיף 7 לחוק סדר הדין הפלילי- הוא מנסה לייתר את ההגעה לבירור כתב האישום ע"י כך שבאותה טענה מקדמית יש בכוחה לייתר את ההליך כולו.

- א. למשל: נושא של **התיישנות**. אם יש התיישנות אין לביהמ"ש יכולת להיכנס ולבדוק את האישום לגופו והוא צריך לבטל את כתב האישום בגלל אותה התיישנות. יכולה להיות מחלוקת בין הצדדים האם העבירה כולה התיישנה ואז מתקיים משפט זוטא, הוכחות לגבי עניין ההתיישנות.
- ב. טענה מקדמית חדשה יחסית זו טענת **הגנה מן הצדק**- ההגנה הזו נולדה והתפתחה בפסיקה, השתמשו בה באופן הלכתי עד שהמחוקק לקח את הפסיקה והפך אותה לחלק מהחוק. זו טענה מאוד מורכבת והיא יכולה להתייחס להרבה סיטואציות. יש בהגשת כתב האישום משום פגיעה מהותית בהליך הצדק.
- ג. **הדחה פסולה**- "הפח היקוש"- אותה מלכודת ששמים כדי ללכוד ציפורים, דימוי שמזכיר את עניין ההדחה הפסולה שהוא תעלול על מנת לגרום לכך שכתב האישום יבוטל.

הפסיקה מלמדת שיש מצבים למשל של הגנה מן הצדק כדוגמא שזה לא בהכרח צריך להביא לביטול כתב האישום אלא שיש לזה שלבים, זה יכול להביא לתיקון כתב האישום ולא דווקא לביטולו.

המהלך השלישי- שלב התשובה של הנאשם לכתב האישום- מטרתו של הליך ההקראה:

- מוודא שהנאשם קיבל לידי את כתב האישום,
- שהנאשם מבין את ההאשמות המיוחסות לו
- ואם המקרה מבחינת החוק מצדיק הסתייעות בפרקליט/ בעו"ד האם הוא באמת קיבל פרקליט ואם לא, ביהמ"ש ימנה לו פרקליט לפי הקבוע בחוק.

זהו השלב בו ביהמ"ש מוודא שהנאשם מביין איפה הוא נמצא, במה הוא מואשם ושיש לו יכולת להיעזר בפרקליט מיומן.

לאחר מכן תגיע תשובת הנאשם לכתב האישום, בעבר ביהמ"ש שאל את הנאשם אם הוא מודה או לא בכתב האישום, זו טעות ולא שואלים את זה היום כי הנאשם לא יודע ולא אמור לדעת אם העבירות שמייחסים לנאשם מבססות את סעיפי האישום נגדו, האם העובדות שהתביעה מייחסת לנאשם מלמדות על אותם אישומים, זה תפקידו של בימ"ש לדעת את זה. מה שכן יישאל זה: **"האם אתה מודה בעובדות כולן או מקצתן שכתב התביעה מייחס לך?"**

הנאשם מוחזק עד שביהמ"ש יקבע, אם יקבע כחף מפשע, חזקת החפות עומדת לו עד שיוכח אחרת. חזקת החפות מביאה או אמורה להביא את האופציה של הנאשם לשתוק כי מי שצריך להוכיח את אשמתו זו התביעה ולכן הוא לא רוצה לשתף פעולה. זו זכותו של הנאשם לא להשיב לכתב האישום או לשתוק אבל אז המדינה עושה תרגיל **"סנקציה ראייתית"** = חוק סדר הדין הפלילי אומר שאם הנאשם יחליט להשתמש בזכות השתיקה שלו ולא להשיב לשאלות ביהמ"ש, הראיה יכולה לשמש כסוג ראיית חיזוק לראיות התביעה אם בסוף המשפט באם ראיה כזאת תיגדרש, אם ייווצר ספק, השתיקה של הנאשם יכולה לשמש כגירוש הספק.

נניח שהנאשם ענה והשיב לכתב האישום, ביהמ"ש מוסמך לבקש ממנו הבהרות של תשובתו. גם בעניין הזה של מתן הבהרות לביהמ"ש יכול הנאשם להחליט עפ"י זכותו לא לספק את התשובות ולא להשיב לביהמ"ש. גם כאן סירוב לתת הבהרות ייחשב כחיזוק לראיות התביעה אם וכאשר חיזוק כזה יידרש.

לאחר מתן התשובה עם או בלי שתיקת הנאשם ביהמ"ש אמור לדעת מה עמדת הנאשם, האם הוא מודה בעובדות או לא, מה חזית היריבה.

סמכות ביהמ"ש לערוך קדם משפט פלילי:

ביהמ"ש בדומה למשפט האזרחי מוסמך לכנס את הצדדים ולנסות לבדוק איתם מה בעצם המחלוקת האמיתית ביניהם מעבר לטענות הפורמליות, על אלו עובדות הם חלוקים ביניהם. לקדם המשפט נכנס גורם נוסף והוא שופט מוקד- אותו שופט שלא יישב בהרכב ביהמ"ש אם וכאשר המשפט יתנהל, זהו קדם משפט שתפקידו של השופט לנסות להבין מהצדדים היכן המחלוקת ביניהם ובעיקר, תפקידו הוא תפקיד גישור על מנת לצמצם את המחלוקות ביניהם, הוא מוסמך ללחוץ על התביעה ולהציע לנאשם הסדר טיעון, הסכם שבמהלכה המדינה תוותר על חלק מהאישומים או תפחית חלק מהם ומול זה הנאשם יסכים להודות על עבירות מסוימות. בנוסף, השופט יכול לגשר לעניין העונש. אם המדינה מקבלת את הפחתת העונש שהנאשם רצה, אותו שופט נותן פס"ד על יסוד אותו גישור. אם הגישור לא צולח התיק מועבר למשפט בפני אותו הרכב שנקבע מראש והוא לא כולל מראש את השופט המגשר.

****הגישור הפך לחובה בהליך האזרחי.**

31/03/19

שיעור שביעי

-המשך- 6. סיווג הראיות:

אופן חקירת העדים בביהמ"ש:

מצד אחד יש את המשפט האזרחי ומהצד השני את המשפט הפלילי. הציר המרכזי בדיני הראיות במדינת ישראל, ובכלל במשפט האנגלי, זה שעובדות הטעונות הוכחה הן אלה שמוכיחים באמצעות עדים. בצד העדים יש עוד דרכי הוכחה נוספות והן באמצעות מסמכים או באמצעות ראיות חפציות כשדרך המלך היא הוכחה באמצעות עדים.

העדת עדים = העדים מופיעים בבתי המשפט. העדות היא בע"פ בפני השופט/ שופטים- החריג הוא מתן עדות בכתב באמצעות תצהירים- וזאת על מנת לאפשר לשופט להתרשם מאופן מתן העדות ע"י העדים וכתוצאה מכך לאפשר לשופטים על יסוד זאת לקבוע ממצאים של מהימנות (מאמינים/ לא מאמינים לעדים) ומה המסקנות הנובעות מאמון בעדים. כדי לאפשר לצדדים שמביאים את העדים להעיד את עדיהם ולאפשר לביהמ"ש להתרשם מהעדויות האלה- קלטנו בארץ את צורות החקירה שנהוגות בבתי המשפט.

כל עד עשוי להיחקר ע"י 3 חקירות מרכזיות: חקירה ראשית, משנית וחוזרת.

חקירה ראשית = לאפשר לצד שהביא את העד להשמיע באמצעות העד את העובדות שהוא רוצה להציג לביהמ"ש. בשנים האחרונות החקירה הראשית הוצבה באופן כזה שמטעמים של יעילות וזמן שיפוטי תקנות סדר דין האזרחי קבעו שכל תובענה אזרחית צריכה להיות נתמכת ע"י תצהיר ראשי של העדים שכל צד מביא בעניינו. היום ההחלטה היא שכל צד חושף בפני הצד השני, עוד לפני שמתחיל המשפט, עם הגשת/ בצמוד להגשת כתבי הטענות חייבים הצדדים ללבות את כתבי הטענות באותם עדים שבאמצעותם הם מתכוונים להוכיח, את זה עושים ע"י הכנת תצהירים שהם בעצם העדות הראשית של אותם עדים. זה נועד לחסוך גם בזמן שיפוטי: התצהיר שהוגש ישמש כחקירה ראשית, כתחליף לחקירה ראשית. התצהיר בסופו מלווה תמיד בהצהרת המצהיר, עו"ד חייב לעשות זאת ולהזהיר את המצהיר שזה תחליף עדות- זה נועד כדי לתת תוקף לתצהיר לביהמ"ש. הצד השני לא יבקש ולא ייזום חקירתו של המצהיר על התצהיר הזה אזי התצהיר יהפוך לעדות היחידה לביהמ"ש- אי הזמנתו של העד לחקירה נגדית משמעותה שבעצם התצהיר מתקבל ככזה. יתרה מזאת, אם אתה מזמין את המצהיר להיחקר על תצהירו- התצהיר הופך לחקירה ראשית! אתה לא צריך להעלות את העד ולשאול אותו על מה שכתוב בתצהיר כי התצהיר עצמו זו החקירה הראשית והוא יעבור מיד לחקירה נגדית של הצד השני. **העניין הזה של תצהירים כתחליף לחקירה ראשית, שנהוג בסד"א אינו קיים כמעט בסדר דין פלילי, מפני שסדר הדין הפלילי נוהג בצורה שונה באשר להעדת עדים.** אבל בכל זאת בחסד"פ יש הליך מוגדר יותר בדומה להליך האזרחי של קדם משפט (ששם השופט יכול לבקש מהצדדים לצמצם את המחלוקת ולחייב אותם להגיש תצהירים) גם בחסד"פ יש קדם משפט פלילי שהשופט יכול בעצם באמצעות ההליך הזה להביא את הצדדים לתחום את יריעת המחלוקת ביניהם, איזה עובדות שנויות במחלוקת בין הצדדים ולעשות שימוש בסעיף 10b – ס' שמאפשר לצדדים להגיש עדויות במקום להעיד את העדים. זה בעצם שוב מצב שמסמן על עדות שמסר אדם במשטרה, שני הצדדים מסכימים שאין מחלוקת על מה שהוא אמר ויותר מכך- הם מסכימים על האמת שכתובה שם. מה שמאפיין את החקירה הראשית באותם מקרים שכן צריך לעשות שימוש מלא בחקירה ראשית, אין בהליך הפלילי את התצהיר שמחליף את החקירה ראשית! אתה צריך להעיד את העדים! לחקור את העד על העובדות. אין עד שיכול להעיד לביהמ"ש לפני שהוא מסר עדות לפני כן בכתב, לפני שהצד מעיד אותו הוא חייב שהדברים שהוא אומר כבר תועדו והועברו בכתב לעיונו של הצד השני. לכן כאשר התובע מבקש להעיד את עדיו, למעשה הצד השני (נאשם) יודע לא רק מי הם העדים האלה אלא גם מה הם אמרו במשטרה (בדרי"כ זה המקום שהם נחקרו) הם יצפו שהעד הזה יחזור בע"פ עכשיו על הדברים שהוא מסר במשטרה. לכן, החקירה הראשית מיועדת להביא את דבר העד, את העובדות שהצד שמביא את העד יספר לביהמ"ש שהוא כבר מסר לביהמ"ש לפני כן. העניין בחקירה הראשית הוא שלחקירה הראשית יש **מגבלות**- כאשר אחד הדברים העיקריים זה **איסור בדבר הנחיית העד**: כלומר, אסור לצד שמביא את העד להנחות אותו לתשובה שהוא מבקש לשמוע ממנו. אתה לא יכול לשאול למשל: "האם זה נכון שבתאריך X היית עד לדבר הבא: ...?"- אסור! מפני שזה מאפשר לעד לדעת מראש מה אתה מצפה ממנו, והחשש שהוא יאשר באמצעות התשובה שלו את מה ששאלת אותו ולכן אין ביטחון שמה שהוא אומר זה מתוך ידיעת העובדות עצמן או רק לרצות את מי שחוקר אותו. אין להביא את העד לומר גרסה שאתה מצפה לה, אין להכניס לעד מילים. אחד הדברים שבעצם יכולים לעזור לנו להבין שיש כאן הנחייה זה האם העד מתבקש לענות "כן או לא"- זה לא מאפשר לעד להשאיר שיקול דעת בתשובה שלו- זה בעצם מנחה ואסור. בהרבה מקרים הפרקליט שמביא את העד מתקשה למצוא את הנוסח הנכון של השאלה על מנת שלא ייכשל בהנחיית העד. במקרה כזה, כשהפרקליט מגיע למסקנה שהוא לא מסוגל להביא את העד לומר את דברו מבלי להנחות אותו, הפרקטיקה היא שאותו פרקליט יפנה לביהמ"ש ויסביר את הקושי, למה הוא מתקשה

בניסוח השאלה, ויבקש מביהמ"ש אישור חריג לשאול את השאלה המנחה. לביהמ"ש יש שיקול דעת לאשר זאת, לסטות מהאיסור של ההנחייה. קורה שבעצם העד שאתה מביא לביהמ"ש לא יאמר את הדברים שאתה רוצה או ציפית שהוא יאמר. מה המשמעות בלספר לביהמ"ש מה קרה בתאריך X? הוא מספר, אבל לא את כל מה שציפית שיגיד, אתה רצית שיגיד את מה שהוא אמר לפני כן במשטרה ויחזור על כך. השאלה למה הוא לא חוזר על אותם דברים? עד יכול לטעון אני פשוט לא זוכר- זאת בעיה. עדים יכולים לא לזכור פרטים עובדתיים במיוחד כשמדובר בפרשות שהתקיימו בעבר או פרשות מורכבות עם הרבה פרטים. אם אכן, מתרשם הפרקליט שהעד בתו"ל לא זוכר, ישנה דרך להביא את העד לרענן את זכרונו. צריך לפנות לביהמ"ש במקרה כזה, ולהציע לביהמ"ש "לרענן את זכרונו של העד"- אחרי קבלת האישור של ביהמ"ש אתה מציג לו את העדות שהוא מסר במשטרה ואז זה ירענן את זכרונו. הכלל לגבי כל העדים: לא מעידים עד בביהמ"ש אלא אם ראינת אותו לפני! ואם אכן עשית זאת לפני, ממילא הצגת בפניו את העדויות שהיו לו במשטרה ורעננת את זכרונו!! הראית לו יום לפני כן, אבל בהחלט יכול להיות מצב שהעד לא יזכור בכל זאת. מה שעוד יכול להיות- כשהעד מתעקש שאין לו זיכרון למרות מה שאתה מראה לו- זה מצב שהעד הופך להיות **עד עוין**. הוא חוזר בו מגרסה שהוא מסר בזמנו, "זה לא נכון מה שאמרתי במשטרה, הכניסו לי מילים לפה..." יכול להיות שכחלק מההצגה כלפי ביהמ"ש, ביהמ"ש לא יבקש להכריז עליו עד עוין מיד אלא ייתן לו הזדמנות "לרענן את זכרונו" ואם אכן אחרי שהוא מראה לו את העדות שהייתה לו במשטרה הוא עדיין מתעקש שהוא לא זוכר אז הוא יבקש מביהמ"ש להכריז עליו עד עוין. אכן, בעניין הזה של הכרזת עד עוין יש את סעיף 179 לחסד"פ: "קבע בית המשפט כי עד שקרא לו בעל דין הוא עד עוין לאותו בעל דין, בין מפני שמסר לביהמ"ש... רשאי לחקור בחקירה ראשית כאילו הייתה חקירה שכנגד..."; המחוקק אומר שיכול להיות אדם שהיה אמור להיות עד שלך יכול להיות עוין כלפיך בכך שיחזור בו מגרסה שמסר במשטרה וימסור גרסה אחרת. ס' 10א', מאפשר לצד שמביא את העד לבקש מביהמ"ש, אחרי שהעד סותר את דבריו ומתכחש לאמרתו, **הדרך שקבועה בס' 10א' היא לבקש מביהמ"ש לקבל את אמרתו של העד במשטרה ולהעדיף אותה על פני העדות שלו שאומר כעת בביהמ"ש**. נוכח המצב הזה של "עד עוין" שקדם לס' 10א' משלבים את שני הדברים ביחד. כדי להכריז על עד עוין הצד המבקש צריך להגיש לביהמ"ש את האמרה של העד שנאמרה במשטרה, לא כדי שביהמ"ש יסתמך עליה אלא כדי שביהמ"ש יראה בעצמו שאכן העד סותר את דבריו שנאמרו במשטרה. **אותה אמרה אפשר להשתמש בה לא רק לצורך ההכרזה שלו כעד עוין אלא גם לפי ס' 10א לקבל אותה כראיה לתוכנה**. אמרה כזו נחשבה בזמנו בס' 10א כעדות שמועה והייתה אסורה על קבלה בביהמ"ש. כיום, הפרקטיקה היא לקבל את אמרתו של העד ולהכריז עליו כעד עוין ולקבל אותה כקבילה לפי ס' 10א. בעצם, גם אם ביהמ"ש קיבל את האמרה לפי ס' 10א עדיין לפרקליט שביקש להכריז על עד עוין, נפתח הפתח לנסות למזער את הנזקים כי למעשה העד של הפרקליט, שהביא מטעמו, בעצם לא מאשר את הגרסה של הפרקליט וזה בהחלט נזק לצד שהביא אותו. איך ימזער את הנזקים? סיפא של ס' 179: אחרי ההכרזה הפרקליט יכול לחקור את העד שלו בחקירה כאילו הייתה זו חקירה שכנגד. לחרוג מההגבלות של חקירה ראשית ולאפשר לו לחקור את העד שלו כאילו הייתה זו חקירה שכנגד. הוא יכול באמצעות חקירה נכונה לחזור בו מההכחשה וכך להסביר לביהמ"ש למה פתאום הוא "שכח"- אולי הוא אוים וקרו דברים אחרי זה שהכריחו אותו לחזור בו מהדברים שלו. הבהרה: אין שתי חקירות נגדיות!!!

9. החקירה הנגדית:

יש אומרים שזה ההישג הטוב ביותר משיטת המשפט האנגלי כדי להגיע לחקר האמת. יש הרבה חקירות נגדיות שגם לא מצליחות להתקרב לחקר האמת, ומצד שני פרקליט שהוא מנוסה וחכם יכול באמצעות החקירה הנגדית להביא את העד לאותה גרסה עובדתית שנוחה לחוקר, לצד שכנגד, ולגלות סתירות שיסבירו לביהמ"ש שמה שאמר העד בחקירה הראשית הוא לא בדיוק אמין. הוא בעצם חוזר בו, אומר דברים לא נכונים, ובכל מקרה החוקר בחקירה נגדית לא צריך לגרום לעד לחזור בו מכל וכל מהחקירה הראשית- אבל די בכך שיצליח לחשוף את העד לחוסר אמינות (גם אם לא מוחלט) כדי שביהמ"ש יבין שלא צריך לסמוך על העד הזה. החקירה הנגדית, להבדיל מהחקירה הראשית, **כמעט** לא מוגבלת ולא מסויגת באותו היקף של החקירה הראשית והדבר העיקרי הוא

שבחקירה הנגדית מותר להנחות ואפילו מותר להציע לעד מצב עובדתי מסוים ולבקש ממנו לאשר את המצב הזה. מהן השאלות הנכונות בחקירה נגדית? איך לנהל נכון חקירה נגדית? אין לזה כללים! נושא החקירה הנגדית זה עניין של אומנות וכישרון של הפרקליט, לא ניתן למצוא הרבה ספרים שינחו איך הפרקליט "שובר" את העד שיגיד מה שהוא רוצה- זה הרבה ניסיון וחוכמת חיים. **יש גם גבולות של מותר ואסור בחקירה נגדית: חוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים) 1957:**

חקירת עדים

סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים) 1957- "בחקירת עד בבית משפט, לא ירשה בית המשפט חקירה אשר, לדעת בית המשפט, אינה לעניין הנידון ואינה הוגנת; ובפרט לא ירשה בית המשפט חקירה שיש בה משום עלבון, הפחדה, התעיה או ביוש, שאינם לעניין הנידון ואינם הוגנים".

מה שאסור לעשות בחקירה נגדית זה לבייש, להפחיד או להטעות את העד. פרקליטים משתמשים בגבולות של החקירה הנגדית כדי לעצור חקירה מהיותה חקירה לא הוגנת, חקירה שבעצם מאיימת על העד או מביישת אותו. בתי המשפט מפעם לפעם נאלצים לקבוע גבולות. אם אתה מטיח בעד "אדוני שקרן" אפילו "שקרן מובהק" האם זה מותר או אסור? מצד אחד, אתה מטיח בעד ביוש או קלון, זה לא כבוד גדול להיות מכונה שקרן במיוחד שאתה על דוכן העדים. התשובה של ביהמ"ש היא להימנע מהכינוי הזה, אבל אם יש לחוקר בסיס ראייתי לטענה הזאת שהוא שקרן אז מותר להטיח שהוא שקרן. התנאי הוא שצד יטיח בפני העד את העובדות למה הוא שקרן. יחד עם זאת, ביהמ"ש לא ירשה להטיח בעד דברי ביוש בלי קבלות לדבר הזה. הביטויים שמשמש ס' 2 הם לא מוחלטים וזה תלוי נסיבות, ביהמ"ש יחליט בעניין לפני- האם מה שנאמר נופל להגדרות האלה.

דבר נוסף, זה איסור בחקירה נגדית להשתמש בעברו המיני של מתלונן בעבירת מין:

סעיף 2א לחוק לתיקון סדרי הדין- חקירת נפגע בעבירת מין (תיקון מס' 1) תשמ"ח-1988 (תיקון מס' 3) תשס"ג-2003

"בית המשפט לא ירשה חקירה בדבר עברו המיני של הנפגע בעבירה לפי סימן ה' של פרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (בחוק זה – חוק העונשין), אלא אם כן ראה, מטעמים שיירשמו, כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין."

הסעיף הזה נולד משום שהייתה פרקטיקה ארוכת שנים שבה בעצם פרקליטים שהגנו על נאשמים בעבירות מין נהגו ל"שובר" את המתלוננת על דוכן העדים ע"י שחשפו את עברם המיני. זה היה חשוב כי באותם ימים אלה לא היו ימים של מתירנות, ואישה שבעצם הודתה שהייתה מתרועעת עם גברים ללא הגבלה היא אישה לא חסודה ולא הוגנת וצריך להיזהר עכשיו לקבל את טענתה שדווקא במקרה הזה היא לא הסכימה ואז התחילו לנבור בעברה המיני ומציגים אותה לפני כל כ"זונה". בהרבה מקרים זה הצליח והבנות היו נשברות על דוכן העדים ולא היו יכולות להמשיך במתן העדות. ואז בתי המשפט הגיעו למסקנה שבד"כ אין קשר בין עברו המיני של הקורבן לבין העובדות של המשפט עצמו. גם אישה זונה, שהיא בוודאי לא נחשדת שהיא חסודה וצנועה, גם אישה כזו רשאית להגיד לא! ואתה לא יכול לכפות את עצמך עליה רק מפני שהיא כזו, ולכן זה לא רלוונטי שהיא כזו כדי לאשר/ להכחיש את הטענה שלה שבמקרה של הנאשם הזה היא לא רצתה והוא כפה עצמו עליה. בתי המשפט בעצם מדגישים שעברה המיני של האישה לא רלוונטי לבדיקת הטענה העובדתית שצריכה להיות מוכחת בתיק, אם הייתה כאן התנהגות מינית אסורה או לאו. לכן בא המחוקק וקבע את זה באיסור ברור ומוחלט לא להתיר דרישת חקירה על העבר המיני של הנפגע/ המתלוננת. המקרה היוצא מן הכלל זה כאשר ביהמ"ש מתרשם שאיסור העבר המיני יכול לגרום במקרה המיוחד הזה לעיוות דין. מתי זה יכול להיות דבר כזה? ישנן נשים שכדי להפיל גברים בפח, ללכוד אותם ולעשות כסף קל, היו מביאות את הגברים לקיים איתן יחסי מין ובאיזה שהוא שלב אותה אישה הייתה אומרת אני מבקשת שאתה תשלם לי סכום מסוים של כסף ואם לא תעשה את זה אני פונה למשטרה ומגישה תלונה על אונס או ניסיון לאונס וחלק מהגברים נבהלים ושולפים את הארנק וזהו. עד שבא מקרה אחד בו האדם התעקש ואמר שהוא לא

משלם כלום, והאיום של האישה לא יעזור. זה הגיע לביהמ"ש ואם ביהמ"ש היה אוסר עכשיו על הפרקליט של אותו נאשם לחקור בעברה המיני של האישה לא נדע על כל המקרים הקודמים שהאישה הזאת ניסתה לסחוט גברים. עם חקיקת חוקי יסוד וחוק כבוד האדם וחירותו היו כאלה שניסו לשכנע שבעצם החקירה הנגדית הפכה להיות זכות חוקתית ומשום כך אי אפשר בעצם להגביל אותה אלא רק בדרך שהמחוקק קבע בס' 8 - **ביהמ"ש דחה את הטענה הזאת שהחקירה הנגדית היא זכות חוקתית!**

בתי המשפט נוהגים להגביל מראש את משך החקירה הנגדית, אם שואלים את הפרקליט שיעריך כמה אדוני צריך כדי לסיים את החקירה הנגדית והוא יענה על דרך ההגזמה, בית המשפט יכול להחליט לא לקבל את זה ולהגביל את הזמן. הרבה פעמים זה הגיע לביהמ"ש העליון שהגבלת הזמן גרמה נזק לנאשם, גם בהליך האזרחי וגם בפלילי. חקירה נגדית נתונה להחלטה של ביהמ"ש, בכפוף להחלטה של ביהמ"ש, ומי שמופקד על משך החקירה זה האחראי על ניהול המשפט ולכן באותם מקרים שביהמ"ש חושב שיש לקצוב זמן הרי שיש לו סמכות לעשות זאת. אבל בעיקרון, ניתן להגביל בזמן את משך החקירה הנגדית.

הימנעות מלחקור בשאלות השנויות במחלוקת:

מצד אחד, יש עד שסיפר את סיפורו במסגרת החקירה הראשית. האם יש לעד זכות וציפייה שהצד שכנגד יחקור על הגרסה שמסר? לא. אין לעד זכות שעדותו תעמוד לחקירה נגדית אלא החקירה הנגדית נועדה לשיקול דעת של צד השני. אם הוא לא יחקור את העד חקירה נגדית המשמעות היא שהוא מקבל את הדברים שהעד אמר בחקירה הראשית. הסכנה שאי חקירת העד על הדברים שאמר בחקירתו הראשית היא שביהמ"ש עשוי להסכים שהטענה של אי החקירה כמוה כהסכמה לדברים שנאמרו בחקירה ראשית. אבל לא תמיד ולא בהכרח: אם קובע ביהמ"ש והפרקליט שהחקירה הראשית היא כה מבולבלת וכה משובשת ומרחיקת לכת ודמיונית שאין שופט בעולם שהיה מסכים לקבל עדות כזאת משובשת אז אין מה לחקור. אתה צריך להסביר למה נמנעת מלחקור בחקירה נגדית כאמור למעלה. חקירה נגדית צריכה לחקור את הדברים שנאמרו בחקירה הראשית והיא יכולה לפסוח מדעת או לא, ואם באמת לא חקרת את העד על דבר מסוים שהוא כן אמר אתה צריך להסביר למה נמנעת מלעשות את זה כי אם לא כן, אתה תיתפס כמי שהסכים לדברים של אותו עד.

ע"א 642/87 + ע"פ 639/79 אפללו נ' מד"י - עד המדינה, אדון קלנר היה העד המרכזי במשפט אולמרט, בשל מצב בריאותו הרעוע נפסקו הדיונים כדי שיתאושש עד ששבק חיים. הוא סיים את החקירה הראשית וסיים חקירה נגדית לגבי חלק מהנאשמים, ולגבי החלק השני החקירה הנגדית לא הסתיימה. עולה השאלה, בעדות שהחקירה הנגדית לא הסתיימה בה האם משום עובדה זו יש בעצם לבטל את העדות בכללותה? ביהמ"ש העליון בדק את הערעור בעניין הרשעתו של אולמרט ואימץ את הדעה שאכן נושא של אי השלמת חקירה נגדית לא בהכרח צריכה להביא לביטול העדות. ביהמ"ש אמר שהעדות שנמסרה בחקירה ראשית וקרה אירוע שבגללו לא הייתה יכולה להיות חקירה נגדית העדות לא בטלה! אלא שמשקלה של העדות, להבדיל מקבילותה, נתון לשיקול דעת של ביהמ"ש אשר יבדוק זאת על פי הנסיבות של אותו מקרה. בין היתר, ביהמ"ש ייקח בחשבון מי הביא לאותו אירוע שהתרחש. הרבה פעמים צד שהביא את העד מפעיל עליו לחצים וממוטט אותו, אם הוא זה שגרם לו שלא להיות מסוגל להיחקר בחקירה נגדית זה יפעל כנגד הצד שהביא אותו - אבל זה תלוי נסיבות.

אמירת מחוקק בצורה מפורשת בהסדר שקבע המחוקק לגבי עדות מוקדמת: אותו מושג שמאפשר לתובע להקדים ולהעיד עדים עוד לפני שבעצם המשפט יוצא לדרך. זה יכול להיות כאשר יש חשש שהעד המהותי הזה בעצם עומד לעזוב את הארץ ולא ניתן יהיה לכפות עליו את העדות ו/או יש סיכויים שיופעלו עליו לחצים ואיומים כך כשהוא יגיע לביהמ"ש הוא לא ימסור את העדות האמיתית. בפרשת טלנסקי הייתה שם למעשה בקשה למתן עדות מוקדמת כי היה חשש בשל מצב בריאותו לא יגיע ולא ישמיע את העדות החשובה ולכן ביהמ"ש קיבל את הבקשה לעדות מוקדמת. ההוראה של עדות מוקדמת בחסד"פ היא שלא תמיד אנחנו יודעים את זהותו של החשוד, תיירת נאנסה למשל אבל היא לא יכולה להצביע במדויק מי אנס אותה או שהאנס שהיא מתארת עדיין לא אותר ולא נתפס.

ממילא העדות מוקדמת נגבית ע"י ביהמ"ש אבל אין חשוד או שיש לפעמים אבל הוא עדיין לא מיוצג ע"י עו"ד. היא הולכת הביתה, המשטרה ממשיכה לחקור ומוצאת את האדם. החסד"פ אומר: לעולם עדות מוקדמת שגבייתה תהיה קבילה לתוכנה כלפי שופטים (השופט שגבה את העדות המוקדמת הוא לא בהכרח יושב בתיק אלא מעביר את הפרוטוקול לשופטים בהרכב שעתידי לשפוט כעת את הנאשם). זה הופך להיות קביל במשפט אבל אם אכן לנאשם לא הייתה הזדמנות לחקור בחקירה נגדית את המתלונן, אומר המחוקק יש לנסות להזמין את אותו עד פעם נוספת לחקירה בבימה"ש. מה קורה כאשר העד לא יכול להגיע או לא מגיע? האם זה משפיע על אותה עדות שנמסרה? במילים אחרות, אין חקירה נגדית אז מה קורה כשאין חקירה נגדית? המחוקק אומר שעדיין העדות קבילה ואולם המשקל שיינתן לעדות הזאת צריך להתחשב בעובדה שלא הייתה חקירה נגדית. יש לחפש תמיכות ראייתיות לעדות מוקדמת ואם לא תמצא יש לזה משקל בפני ביהמ"ש. הנושא של אי חקירה נגדית בדרכ"כ לא צריך להשפיע על הקבילות של אותו חלק שהושמע (חקירה ראשית וקצת חקירה נגדית) אבל זה כן ישפיע על המשקל! הצד שכנגד לא היה בידו כדי לפתור את הדבר הזה. עדות שלא עמדה בחקירה הנגדית, לא משנה למה, לא מאבדת מקבילותה אלא ממשקלה.

10. חקירה חוזרת:

אם החקירה הראשית בעצם נועדה לצד שמביא את העד לפרוס את גרסתו בפני ביהמ"ש והחקירה שכנגד נועדה לבדוק את אמיתות הגרסה של העד הזה, הרי בעצם החקירה החוזרת היא שוב חקירתו של אותו עד ע"י הצד שהביא אותו. ולשם מה בעצם נועדה החקירה החוזרת? העד סיים את החקירה הראשית, עובר לנגדית, שואל אותו הסנגור האם זה נכון שכך וכך קרה? העד אומר כן, אבל (הסתייגות)- קוטע אותו הסנגור אתה מאשר זהו, אני לא צריך שתוסיף. מותר בהחלט בחקירה הנגדית להגביל את חוסר הדיבור/ תנועה של העד.

החקירה החוזרת, נועדה בין היתר לאפשר לעד להבהיר את תשובותיו במסגרת החקירה הנגדית. כך בעצם יבוא הפרקליט ויאמר: אתה זוכר שנשאלת ע"י "חבריי" שאלה כך וכך ורצית לומר דבר מה נוסף והוא השתיק אותך, אני שואל אותך עכשיו מה התכוונת להוסיף ונמנעת מלהוסיף, למה התכוונת. ניתן להכריז על עד עוין גם בחקירה החוזרת!! זה לא מוגבל לשלב דיוני של חקירה מסוימת. החקירה החוזרת לא נועדה לפתוח נושאים חדשים שאני זה שהבאתי את העד שכחתי לשאול או להוסיף דברים שלא חקרתי בחקירה ראשית. יש דרך שלפעמים פרקליטים נוקטים בה ואתה מבין שפספסת משהו, אתה יכול לפנות לביהמ"ש ולהודות שהייתה שאלה מאוד חשובה שהיית צריך לשאול ושכחת, להודות שלא היית בסדר אבל שהלקוח שלך לא צריך לסבול מזה ששכחת, לביהמ"ש יש שיקול דעת וסמכות לאשר חריגה כדי לשאול את השאלה.

07/04/19

שיעור שמיני

11. חקירת עדים ע"י ביהמ"ש והבאתם על ידיו:

ראיות הזמה:

ניתן להביאן בפני ביהמ"ש כדי להזים טענה עובדתית שהועלתה במהלך החקירה הנגדית ושלא ניתן היה לצפות אותה מראש. כך למשל כשמעידים עד לתביעה או עד שבעצם עולה מטעם ההגנה שסירב למסור גרסה במשטרה או שתק במשטרה- אין יכולת לדעת מפיו של האדם עצמו מה הגרסה שהוא עתיד להשמיע בביהמ"ש, או שהוא כן מסר גרסה וכעת בניגוד לגרסה שהוא מסר הוא משמיע גרסה שונה. התובע יכול להיות במצב בו העד הפתיע אותו והוא לא יכול היה להעלות על הדעת שהוא ישמיע את אותה עדות. החוק מאפשר לאותו בעל דין שאמור היה לצפות את הנולד ואת הגרסה שהעד השמיע, לפנות לביהמ"ש בתום ראיות ההגנה וביהמ"ש יאפשר לו להביא ראיה נוספת שתזים את הטענה החדשה שהשמיע העד. לביהמ"ש יש שיקול דעת במקרה הזה כי הכלל הוא שכל צד מביא את

ראיותיו בתורו אלא אם משתכנע ביהמ"ש שמדובר בעדות או בטענה עובדתית שאותו בעל דין לא יכול היה לצפות אותה לכן לביהמ"ש מותר לאפשר את הבאת העדות על מנת להזים את דבריו של העד. מדובר במקרים חריגים. לא רק הצדדים עצמם מביאים את עדיהם אלא שיש את ביהמ"ש בעצמו, כשמדובר בהליך הפלילי שהוא חורף גורלות, לפני שביהמ"ש חותם על המוגמר מותר לו לשקול באם להביא מטעמו עדים על מנת שאלו העדים (בין שהעדים הללו כבר העידו ובין שהצדדים החליטו שלא להביא את אותם עדים) ישפכו אור על מצב עובדתי שמבחינתו של השופט/ים זה לא ברור. החוק מסמיך את ביהמ"ש בתום הבאת ראיות הצדדים כל אחד בתורו, לזמן עדים מטעמו. כשמוזמן עד מטעם ביהמ"ש שלא כמו הצדדים שמוגבלים בחקירתו של העד שלהם בשלוש החקירות, ביהמ"ש בניגוד לצדדים, מוסמך כלפי העדים שלו לשאול אותם שאלות מנחות, מסוג השאלות שנשאלות בחקירה נגדית ואז כשביהמ"ש סיים את חקירתו של העד שהביא, העד עובר לחקירתם של הצדדים. כאן, כל צד מורשה בתורו לחקור את עד ביהמ"ש במתכונת של חקירה נגדית.

השיטה שפועלים לפיה, השיטה האדברסרית מניחה כהנחת יסוד שבעצם מי שמביא את העדים ומי שאמור לנהל את הדיון זה הצדדים עצמם ולא ביהמ"ש שהוא הגורם האובייקטיבי, שתפקידו לפקח ולהכריע במשפט ולא לתפוס צד מסוים. ההנחייה של ביהמ"ש העליון היא שכדי לשמור על אותה אובייקטיביות ועל אותו חוסר הטיה שראוי ונכון לביהמ"ש הדיוני לא למהר ולקרוא לעדים מטעמו שמא הבאת העדים מטעם ביהמ"ש תאותת לכך שבעצם ביהמ"ש כעת נוטה לצד מסוים שהעד הזה אמור לתמוך באותו צד. לכן, ההנחייה היא למעט ככל שניתן על הבאת עדים מטעמו של ביהמ"ש. מעבר לכך שחסד"פ מאפשר הבאת עדים מטעם ביהמ"ש, גם העליון מקבל את זה שישנם מצבים שמותר לביהמ"ש למרות שהצדדים לא רצו להביא את אותו עד, ביהמ"ש לא רוצה להישאר עם סימני שאלה ולכן הוא רוצה שהעד יגיע וישמיע את דברו.

קיים איסור חמור בין הסניגור לבין עדי התביעה. כתוצאה מכך, התביעה מוגבלת לדעת מה אותם עדים (של ההגנה) הולכים להגיד מעבר למה שאמרו במשטרה. יתרה מכך, ברגע שיעלו לדוכן העדים ויעידו, הסניגור זכאי לחקור אותם בחקירה נגדית. אם התובע מוותר על העד מטעמו נוצר מצב בו בעצם, הצד השני, הסניגור והנאשם רשאים להזמין את עד התביעה כעד הגנה מטעמם אבל הואיל ומקודם היו זכאים לחקור אותו חקירה נגדית, הם יוכלו לחקור אותו בחקירה ראשית כאילו הייתה חקירה נגדית.

למרות שמצפים מהשופטים לא להתערב בעבודת הצדדים זה רחוק מלשקף את המציאות, יש שופטים שהם יותר אקטיביסטים ויש שופטים שהם יותר אינקוויזיטוריים.

החוק קובע שמותר לביהמ"ש להתערב בחקירתם של העדים המובאים ע"י הצדדים וזה עפ"י הנוסחה הבאה: אם העד מעיד וטרם סיים את עדותו לצדדים: ראשית, נגדית, חוזרת, אמנם מותר לביהמ"ש לעצור אותו ולשאול שאלה אבל השאלה שמותר לביהמ"ש לשאול היא שאלת הבהרה. אסור לביהמ"ש לשאול את העד שאלות חדשות, מהותיות אלא שכאשר העד סיים את העדתו לצדדים, את חקירתו לצדדים, בסוף החקירה מותר לביהמ"ש לפנות אליו ולשאול אותו שאלות חדשות. גם כאן הנחיית העליון חד משמעית, על השופט להיזהר לא להשלים את מה שהצדדים עצמם החסירו בחקירות.

כלל הקפאת הזכירה:

יש פעמים שבעצם העובדות שעליהן נחקרים העדים הן עובדות רחוקות, ישנות מהעבר הרחוק. העד יכול לומר שהוא מצטער, לא בגלל שהוא רוצה להתחמק אלא שבאמת הוא לא זוכר. מה ביהמ"ש יכול לעשות? הכלל הוא שהעד חייב לספר בעצמו מה קרה. ניתן להכריז עליו עד עוין ולקבל את הגירסה שלו לפי סעיף 10א לפקודת הראיות. אם ביהמ"ש אכן מתרשם שבנסיבותיו של אותו מקרה, העד דובר אמת ואינו זוכר יש כאן מצב של הקפאת הזיכרון. הכלל הראייתי הוא שמותר לקבל במקום העדות שלא קיימת, העדות שהוקפאה, את אותה עדות כתובה או מוקלטת שנאמרה בסמוך לאירוע ובלבד שהעד צריך לאשר ש:

א. נתן את העדות.

ב. כשהוא נתן את העדות הוא זכר אותה.

ג. שהעדות היא עדות אמת.

ואז לביהמ"ש מותר לקבל את העדות הכתובה שהיא בעצם תהיה תחליף לחוסר העדות בביהמ"ש. העדות הכתובה מתקבלת כקבילה אבל לעניין המשקל זה כבר תלוי בנסיבות עצמן. מבחינת הקבילות העדות הזו מאפשרת תחליף לעדות הקבועה.

במצב בו יש לנו דו"ח תנועה/ דו"ח חנייה, אם כפרתי באשמה הפקחים יגיעו למשפט וישמיעו את דבריהם. לא ניתן לצפות מאדם שזו שגרת עבודתו לזכור כל דו"ח על פרטיו, גם במצב כזה בו שגרת העבודה לא מאפשרת לאדם לזכור את הפרטים אפשר לקבל במקום חוסר הזיכרון שלו את הדו"ח עצמו שהוא רשם כתחליף לאותה עדות של הפרטים שהוא לא זוכר.

כלל סופיות תשובות העד בעניינים צדדיים:

נניח בחקירה נגדית שואלים אדם שאלה שהיא לא קשורה דווקא למקרה עצמו, ניתן להתנגד לה כי השאלה לא רלוונטית. מותר לצד לחקור רק על על העובדות השייכות לעניין, אך אם צד רוצה לבדוק את רמת מהימנותו של העד ושואל נניח "נכון שיש לך הרשעות קודמות?" "נכון ששיקרת בדברים דומים?" מותר לשאול את השאלה הזו אם מסבירים שזה למטרת בחינת מהימנותו של העד, גם אם היא לא נוגעת ישירות בעובדות אלא שהן עובדות צדדיות. ברגע שהעד משיב על השאלות זה נגמר, לא ניתן להמשיך ולחקור מעבר למה שאמר אלא אם מחזיקים ביד עובדות שבאמצעותן ניתן להוכיח את העד שהוא שקרן. במצב זה מותר להמשיך לחקור אותו ברגע שמציגים לביהמ"ש עדות הזמה. זה חשוב לזה שאם תופסים את העד בשקר, גם אם לא שקר לגבי העובדות הספציפיות זה מספיק כדי להראות את האופי של העד כאדם שקרן. העובדה שאדם הורשע אינה מלמדת שהוא שקרן לגבי המקרה שהוא מעיד הפעם. בעבר, היו תקופות בהיסטוריה שעד שהוא עברייך נפסל מלתת עדות, כיום כל אחד כשיר לתת עדות, כולל עברייך. לא ניתן להמשיך לחקור אותו בעניין צדדי לאחר שהעד השיב כבר על התשובה אלא אם מדובר במקרים נדירים.

להשלים.

מותר להשמיע את האדם השומע כי יש באדם השומע...

12. ראייה בכתב:

עניינים שאין להוכיחם אלא בכתב:

דיני הראיות בארץ של המשפט המקובל מאפשרים לצדדים במשפט להוכיח את העובדות שהם מבקשים להוכיח בכל צורה שהיא כלומר, בכל דרך שדיני הראיות מכירים. דרך המלך היא ע"י עדים או ע"י הצגת מסמך או ע"י ראייה חפצית. חופש ההוכחה. המשפט משאיר בידי הצדדים את שיקול הדעת וההחלטה באיזו דרך להוכיח את העובדות. ואולם, פעמים המחוקק ו/או בתי המשפט מתערב בחופש ההוכחה וכופה על הצדדים להוכיח את העובדות אך ורק בדרך מסוימת. למשל, אך ורק ע"י הצגת כתב כלומר, אם אין כתב אז יש בעיה. הוא מגביל את שיקול דעת הצדדים להביא עדים ובמקום עדים עליהם לבסס את ההוכחה שלהם על נושא הכתב. נושא/ דרישת הכתב יכולה לבוא לידי ביטוי כפול:

- **הכתב כאמצעי הוכחה (במקום עדות ע"י עדים)**

- **הכתב כתנאי לתקפות הפעולה המשפטית** - כאשר המחוקק דורש את הכתב כחלק מהותי של העסקה המשפטית. לדוג': סעיף 8 לחוק המקרקעין- עסקה במקרקעין טעונה כתב. כאן מדובר בכתב לא כאמצעי הוכחה אלא כתנאי מוקדם לכך שנעשתה פעולה משפטית. לא ניתן לקרוא לעדים לביהמ"ש שיגידו שהייתה עסקה כי העסקה טעונה כתב. חוק המתנה מתן מתנה בכתב. לא ניתן לתבוע את המבטיח באין כתב.

מתי הכתב נדרש כאמצעי הוכחה?

כאשר המחוקק אומר. אם המחוקק לא אומר במפורש או במשתמע שהוא דורש כתב זה אומר שאנחנו ממשיכים להיות רשאים להציג ראיות שלא על הכתב.

חוק הפרוצדורה האזרחית העות'מאנית-1879 החקיקה העות'מאנית במרביתה קיבלה השראה ואפילו הועתקה מהחקיקה הצרפתית. החוק עדיין תקף. כוחו בכך שהוא מחייב את בעלי הדין הרוצים להוכיח באותם נושאים שהחוק מונה אותם, את טענותיהם העובדתיות בדרך של הבאת עדים, הם מוגבלים להוכחה רק באמצעות הכתב. מהחוק הארוך נותרו בתוקף שלושה סעיפים: 80, 81, 82. הואיל והחוק הוא עות'מאני במקורו ושפתו היא ערבית, העליון החליט לאמץ את אחד הנוסחים שהוצעו לו, אחד התרגומים לעברית ומאז 1948 התרגום שביהמ"ש אימץ אותו הוא המחייב.

סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מאנית- "תביעות הנוגעות להתחייבויות וחוזים או לשותפות, למוכסנות^u או להלוואות שעל פי הרגיל והנהוג הם נעשים במסמך בכתב, והעולות על עשר לירות, צריך להוכיח במסמך בכתב.

טענה ותביעה נגד מסמך בכתב בנוגע לדברים האמורים, אף אם איננה עולה על עשר לירות, צריך להוכיח במסמך בכתב או ע"י הודאתו או פנקסו של הנתבע".

הסעיף מורכב משני חלקים כאשר **החלק הראשון מיישם את דרישת הכתב** כל אימת שיש כוונה להוכיח את אחד הדברים שאותה רישא מתייחסת אליהם. ביהמ"ש אמר שכל עוד מדובר בהתחייבויות או בחוזים, חוזה קבלנות, חוזה בדבר הלוואה, בכל המקרים הללו צריך כתב רק אם לגבי אותם הסכמים והתחייבויות הוכח שהיה נוהג שלפיו עושים את החוזה הזה בכתב. הכתב נדרש אם אכן הוכח שהיה מקובל ונהוג לגבי ההתחייבויות האלה לעשות אותן בכתב. אם כן היה נהוג לא ניתן להביא עדים. כדי שיהיה כתב צריך להוכיח שהיה נהוג ומקובל בין האנשים באותו נושא שאת ההסכמים הללו יש לעשות בכתב. הטוען לנהוג הוא זה שצריך לשאת בנטל ההוכחה לנהוג. **החלק השני, הסיפא מטפל במצב בו הכתב קיים ולא משנה מה מקורו של הכתב**. גם כתב כדרישה מהותית וגם כתב שלא נדרש בחוק אבל הוסכם ע"י הצדדים לפי רצונם. כתב שנעשה מכל סיבה שהיא והוא קיים, לא ניתן לסתור את הכתוב בו אלא ע"י כתב אחר, כתב נוסף.

במשך השנים הפסיקה ריככה את הרישא והיא מאפשרת כיום להסתפק במקצת ראייה או ראייה לכאורה לגבי הכתב. לא כל הפרטים השייכים להסכם צריכים להיות בכתב אלא ניתן להסתפק שרק חלק מהפרטים יהיו בכתב ויתר הפרטים שחסרים ניתן יהיה להשלים ע"י מתן עדות בע"פ.

כשהכתב הוא דרישה מהותית של הדין לא ניתן להשלים הסכם שטעון כתב כחלק מהותי של העסקה ולא ניתן להסתפק במקצת הכתב אלא שהכתב צריך להתפרס על כל הפרטים המהותיים שבהסכם. אם אין כתב שמתפרס על הפרטים המהותיים לא ניתן להתגבר על דרישת הכתב בעסקה.

הפסיקה ניסתה לרכך את הדרישה ע"י השלמה נורמטיבית, פנייה לנורמות, לחוקים שיסבירו מה קורה אם הצדדים לא הסכימו בכתב.

14/04/19
שיעור תשיעי

-המשך- 12.ראייה בכתב:

חופש ההוכחה הוא מרכיב מרכזי בדיני הראיות אבל כחריג לחופש הוכחה, דיני הראיות מכתיבים לצדדים את דרך ההוכחה. בנושאים מסוימים ניתן לראות שהמחוקק מחליט להורות לצדדים שבמקום להביא עדים כמקובל להוכחת אותן עובדות באותם נושאים, במקום זאת יביאו כתב ויוכיחו באמצעות הכתב את אותן עובדות טעונות הוכחה. מה פתאום המחוקק מתערב ומכתיב לצדדים את דרך הכתב ולא ע"י עדים? ישנן כמה סיבות שהמרכזית שביניהן היא שהיו תקופות שלא היה בטוח באותם נושאים לסמוך על העדים שיאמרו את האמת. הזיכרון של האדם יכול להיות פגום ולכן במקום להיתלות על זכרוננו של האדם יש להכתיב מראש שאת אותן עובדות מעלים על הכתב ובאותו יום שיתגלע סכסוך בין הצדדים הוא ישמש כראיה, כל עוד הכתב אותנטי ולא מזויף. תוקפו של החוק העות'מאני (חוק הפרוצדורה האזרחית העות'מאנית) הוא רק לגבי הדין האזרחי. סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מאנית- הרישא- כדי שיהיה כתב צריך להוכיח שהיה נהוג ומקובל בין האנשים באותו נושא שאת ההסכמים הללו יש לעשות בכתב. הטוען לנהוג הוא זה שצריך לשאת בנטל ההוכחה לנהוג.

אותו אדם יהיה פטור מלהוכיח רק אם יש ידיעה שיפוטית= שזה הוכח כבר בפסיקה וביהמ"ש קבע שיש נהוג. היה ניסיון לצמצם את דרישת הכתב רק להתחייבויות וחוזים אבל זה לא צלח. הכתב נדרש בנושאים אלו כדי להבטיח את אמינות העובדות שמוצגות בפני ביהמ"ש, נניח כשמדברים על שותפות רוצים להוכיח שבאמת היה הסכם שותפות ויש צורך בכתב כדי שיראה מה היו תנאי השותפות, על מה השותפות התפרסה, מה הייתה תכליתה וכ"ו. אם אין כתב בעצם נחסמת דרכו של הרוצה לפנות לביהמ"ש ולהוכיח את אותו הדבר באמצעות עדים. ביהמ"ש היה אמור להחליף את הכתב בעדים.

דיני הראיות ניתנים להתנאה, חלקים גדולים בדיני הראיות מוצעים לנו, יש כללי פסילה, ניתן למנוע עדות שמועה ע"י כללי הפסילה אבל אם לא מתנגדים, הצד השני שמציע את עדות השמיעה- הפירוש הניתן לעובדה הזו היא שאותו צד שלא התנגד מסכים, מסכים לכך שכלל הפסילה לא יחול. במקרים רבים עו"ד לא מתנגדים ומגלים שלא עשו כלום, זה כבר מאוחר מדי ולא ניתן לפנות לביהמ"ש בדיעבד כדי להתנגד לעדות שמועה. כדי שדיני הראיות יחולו וכדי שכללי הפסילה אכן יפעלו חייבים להתנגד בזמן. ביהמ"ש לא יפנה את תשומת לב הצדדים לכללי הפסילה, זה לא מסמכותו. הכלל של הכתב בא להבטיח את אמינות ומהימנות העובדות המוצגות לביהמ"ש. דורשים את הכתב בשלמותו עפ"י הנהוג והמקובל להכניס להסכם. אולם, לא תמיד ניתן לעמוד בכללים.

ביהמ"ש העליון החליט להגמיש את הכלל ע"י מעבר מקבילות למשקל, בתי המשפט היום נוטים להגמיש את דיני הראיות על מנת לקבל ראיות שבעבר היו אמורות להיפסל. ביהמ"ש יעיין בראייה הפגומה, הפסולה והוא ייתן לה את המשקל הראוי.

ראשית ראייה= ניתן להשתמש בראשית ראייה. כלומר, ביהמ"ש מקטין את דרישת הכתב- במקום כתב מלא, למקצת הכתב שזו ראשית ראייה. אותו מסמך בכתב מאפשר להבין שהצדדים רצו להיקשר בחוזה באותו נושא. יכול להיות

שהצדדים לא היו ערים שיש להעלות את אותם פרטים על הכתב. אז במצב זה, ביהמ"ש במקום לפסול את הכתב הוא מאשר את הכתב החלקי ומאפשר להשלים את אותו כתב חלקי באמצעות הבאת עדויות בע"פ.

הכלל של דרישת הכתב ידוע בספרות כדרישת הכתב הפרובטיבית מהמונח האנגלי "הוכחה" = דרישת כתב הוכחתית וזה שונה מדרישת כתב אחרת שהיא דרישת כתב קונסטיטויבית = מהותית. דרישת הכתב המהותית היא לא לצורכי הוכחה אלא שזה חלק מהדין עצמו. הדין עצמו דורש כתב כדי לשכלל את אותה עסקה שמדובר בה. כך למשל סעיף 8 לחוק המקרקעין שדורש שעסקת מקרקעין תהיה טעונה כתב וזה לא כדי להוכיח שהייתה עסקה במקרקעין אלא כדי להוכיח שהייתה עסקה כזו והייתה גמירות דעת. העניין המהותי בא להדגיש את גמירות הדעת.

ביהמ"ש נדרש להבחין האם מדובר בכתב מהותי או כתב הוכחתי- זה תפקידו של ביהמ"ש לפרש את אותו סעיף בדין.

למשל: סעיף 21 לחוק השקעות משותפות בנאמנות- הגבלות אישיות של דירקטור ועובד של מנהל קרן- (א)(1)-(א) דירקטור של מנהל קרן, או חבר ועדת השקעות –

(1) לא יקנה ולא ימכור נייר ערך הנסחר בבורסה אלא במהלך המסחר בבורסה, על פי הוראה בכתב שנתן לפחות יום אחד לפני ביצוע הקניה או המכירה;

כאן ביהמ"ש פירש את דרישת הכתב כדרישה מהותית, שאם אין כתב כלום לא נעשה.

חוק חוזה הביטוח- 1981- סעיף 6(א)- חובת גילוי "הציג המבטח למבוטח לפני כריתת החוזה, אם בטופס של הצעת ביטוח ואם בדרך אחרת שבכתב, שאלה בענין שיש בו כדי להשפיע על נכונו של מבטח סביר לכרות את החוזה בכלל או לכרותו בתנאים שבו (להלן - ענין מהותי), על המבוטח להשיב עליה בכתב תשובה מלאה וכנה".

גילוי נאות של הפרטים שאמורים להשפיע על המבטח. בלי שיש פניה כזו בכתב אל המבוטח אין חובה על המבוטח להשמיע את הדברים. הכתב נתפס כדרישה מהותית ולא הוכחתית.

ע"א 8234/09 לילי שם טוב נ' כדורי פרץ ואח' - דובר במריבה בין קרובי משפחה על השאלה למי יש זכות במקרקעין בדירה מסוימת שנבנתה באותו מקום, כאשר המשיב שזכה בתביעה הביא הוכחות שבעצם בגלל שהם היו קרובי משפחה מדרגה ראשונה הם לא חשבו שהם צריכים לקבע את ההסכם בכתב ולכן, הסכימו בזמנו שאותו קרוב ישלם סכום מסוים על מנת שאותו קרוב יבנה עבורו את אותו בית. אין מחלוקת שהוא קיבל את הכסף ושהוסכם מה שהוסכם אלא שהאדם רצה את הבית לעצמו ולא נתן לו את הבית למרות שקיבל את מלוא התמורה. הטענה הייתה שאין כתב והוא לא חייב לתת כלום ולכן על ביהמ"ש לדחות את התביעה על הסף. התביעה הייתה לקבלת הדירה (אכיפה) או לחילופין השבת הכסף + פיצויים. ביהמ"ש הסתמך על פס"ד קודם שנכתב ע"י הנ' ברק שהוא בעצם פיתוח של עיקרון תום הלב: נכון שיש להקפיד על קיום דרישת המחוקק לכתב כדי לעמוד באותה פעולה משפטית של עסקה במקרקעין אבל יש לזה חריג שהוא נדיר, אם אכן מדובר בחוסר כתב שניתן להצדיק אותו בתום לב. הנ' ברק אמר שאם מדובר בפעולה שנעשית בתום לב ומסבירה למה אין כתב, הטוען לדרישת הכתב יושתק. לביהמ"ש יש שיקול דעת מטעמים של עשיית צדק ומוסר שחוטא לא ייצא נשכר. תוכן גובר על צורה במקרים מיוחדים כמו במקרה שדובר בקלמר נ' גיא. פסה"ד אישר את החלטת ביהמ"ש לקבל את תביעתו של אותו קרוב משפחה. אמנם הוא לא הוציא צו פינוי לאותו אדם אבל חייב אותו במלוא הסכום שקיבל + פיצויים על הנזק שגרם. דרישת הכתב המהותית שאמורה להיות יותר קשיחה מדרישת הכתב ההוכחתית יכולה להיות לפעמים גמישה אם מדובר במקרים מיוחדים שאותן פעולות מקוממות את תחושת הצדק.

סעיף 5(א) לחוק המתנה- התחייבות לתת מתנה- (א) התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב.

(ב) כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות, רשאי הנותן לחזור בו ממנה, זולת אם ויתר בכתב על רשות זו.

(ג) מלבד האמור בסעיף קטן (ב), רשאי הנותן לחזור בו מהתחייבותו אם היתה חזרה מוצדקת בהתנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או כלפי בן-משפחתו או בהרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן.

ביהמ"ש העליון מפרש זאת כדרישה מהותית. אם אין כתב אין מתנה.

חוק ההסכמים הקיבוציים קובע בסעיף 7 הסכם קיבוצי חייב כתב- "הסכם קיבוצי יהיה בכתב והוא הדין לכל שינוי בו או להארכתו."

גם זו דרישה פורשה כדרישה מהותית ולא הוכחתית.

סעיף 3 לפקודת השטרות- שטר חליפין מהו- (א) שטר-חליפין הוא פקודה ללא תנאי ערוכה בכתב מאת אדם אל חברו, חתומה בידי נותנה, בה נדרש האדם שאליו ערוכה הפקודה לשלם לאדם פלוני או לפקודתו, או למוכ"ז, סכום מסויים בכסף, עם דרישה או בזמן עתיד קבוע או ניתן לקביעה.

(ב) מסמך שלא נתקיימו בו תנאים אלה, או שיש בו פקודה לעשות מעשה בנוסף על פרעון כסף, איננו שטר-חליפין.

(ג) פקודה לפרוע מתוך קרן מיוחדת אינה פקודה ללא תנאי כמשמעותו בסעיף זה; אבל פקודה לפרוע שאין בה סייג אלא שיש בצדה נקיבת קרן מיוחדת שממנה יחזור וייפרע הנמשך, או נקיבת חשבון מיוחד שלחובתו ייזקף הסכום, או הודעה בדבר העסקה המשמשת עילה לשטר – היא פקודה ללא תנאי.

(ד) על שלוש אלה אין השטר נפסל;

(1) על שאין בו תאריך עריכתו;

(2) על שאינו מפרש הערך שניתן בעדו או שאינו מפרש שניתן בעדו ערך כלשהוא;

(3) על שאינו מפרש את מקום המשיכה או את מקום הפרעון;

אלא שלעולם, באין מקום פרעונו של השטר נקוב במפורש, יראו כמקום פרעונו את המקום שניקב כמקום עסקו של הנמשך, או כמקום מגוריו.

כאן הנושא של "ערוכה בכתב" התפרשה כדרישה מהותית.

לעומת זאת, סעיף 82 לחוק הפטנטים- העברת אמצאות ופטנטים- "זכויות באמצאה ובפטנט ניתנות להעברה בכתב ועוברות מכוח דין."

זו דרישה הוכחתית.

חוק הסכמים לנשיאת עוברים-

התנאי הראשון שנערך הסכם בכתב בין אם נושאת להורים מיועדים אשר אושר בוועדת אישורים- גם כאן הדרישה לכתב היא מהותית כדי לבטא ולהבטיח שכולם רציניים.

חוק הירושה- 1965

אחת מצורות ההורשה היא צוואה בעדים- סעיף 20- צוואה בעדים תהיה בכתב.

יש חריגים בהם ניתן לשחזר צוואה ע"י אותם עדים שהיו עדים לכתיבתה, נניח אם היא נשרפה.

פקנ"ז סעיף 57- דרישה מהותית.

סעיף 56 מדבר על תרמית- היצג של עובדה בידיעה שהיא כוזבת...

כאן עלתה השאלה בביהמ"ש האם דרישת הכתב ההוכחתית מתפשטת וחלה גם על דברים שהם מחוץ לדיני החיובים, החוזים? ביהמ"ש העליון לא הכריע סופית אבל יש שופטים שסוברים שיש להגביל ולייחד את דרישת הכתב ההוכחתית רק לדיני החיובים והחוזים.

חוק האזנת סתר- כל המטרה שלו היא להגן על הפרטיות ולמנוע את זה שהזולת יוכל להזין לשיח שלנו בלא רשותנו. החרג לכך הוא שאם ההאזנה הזו הייתה דרושה על מנת ללמוד על ביצוע עבירה או כדי שתהיה הוכחה לאותה האזנה על ביצוע עבירה, אם הסיבה להאזנת סתר היא אכיפת חוק חובה יש לפנות לביהמ"ש כדי שהוא ייתן צו המתיר לפי שיקול דעתו את האזנת הסתר. **החוק קובע שהצו חייב להיות בכתב**. שופט לא יכול לתת צו בעל פה. אם אין סימוכין שהשופט התיר להאזין אזי שמדובר בהאזנת סתר פסולה שלא ניתן להסתמך עליה. האיסור על האזנת סתר זהו חלק מהמשפט המנהלי.

כשיש כתב בין אם הוא נובע מדרישה מהותית ובין שהוא נובע מדרישה הוכחתית או שהצדדים העדיפו שהסכם שלא צריך להיות בכתב שיהיה בכל זאת בכתב, הסיפא של סעיף 80 אומר איך ניתן לשנות או לסתור את הסעיף. הסעיף אומר שאם יש כתב, כל ניסיון להוכיח שהוא שונה, גם השינוי חייב להיות בכתב או אם אין כתב אחר שבאמצעותו ניתן להוכיח את השינוי הסיפא מאפשרת לעשות זאת ע"י הודאתו בעל פה בפני השופט בדיון או הודאה בכתב מחוץ לכותלי ביהמ"ש, נניח שאלון. נשאלה השאלה מה זאת אומרת "לסתור את הכתוב בכתב?" אם לקחתי הלוואה ופרעתי אותה, האם יש להוכיח את הפרעון בכתב? לא, ביהמ"ש פירש זאת שהפירעון לא משנה את הכתוב ולא סותר אותו אלא מקבל את הכתוב ואומר שהאדם עמד בהסכם ופרע. את טענת הפירעון ניתן להוכיח בעל פה. **ניתן להוכיח בעל פה כל דבר שאינו סותר את ההסכם עצמו.**

מותר להוכיח את אי תוקפו של ההסכם ע"י הבאת עדים בעל פה כי הדברים אינם סותרים את החוזה עצמו. כשהכתב נדרש כסיבה הוכחתית בתי המשפט מגמישים את דרישת הכתב מבחינת זה שיהיה מלא בפרטים, אלא די שתהיה ראשית ראייה. די בכך שחלק מאותם פרטים נכתבו בכתב ואת יתר הפרטים ניתן להוכיח או להשלים ע"י הבאת עדים.

לעניין הכתב המהותי- ההגמשה היא פחות מובנת, בתי המשפט יותר הקשיחו את עמדתם אבל גם כאן בסופו של דבר כאשר הצדדים מסכימים על מכירת נכס ויש את כל הפרטים מלבד מועד מסירת הנכס, במקרה כזה בתי המשפט לא ידרשו ללכת עם הכתב עד הסוף אלא ליצור כלל שאפשר "השלמה נורמטיבית" = אם אפשר להשלים את החסר באמצעות הוראה אחרת בחוק, מוטב לעשות זאת מאשר לבטל את כל הפעולה.

אם הצדדים לא הסכימו לעניין התמורה, **ביהמ"ש לא ישלים נתון שהוא מהותי.**

לעניין מיסים שחלים על מי מהצדדים והצדדים לא קבעו כלום, חזקה על הצדדים שהם התכוונו להחיל על אותו חוזה את דיני המיסים שקבועים ואמורים לחול על כל עסקה כזו. במצב כזה ביהמ"ש יכול להשלים אלא אם כן החוזה מכתיב אחרת.

העניין של השלמה נורמטיבית בא להגמיש את נושא הקשיחות של הכתב המהותי.

** לקרוא ע"פ 2286/91 מד"י נ' אשר בן אברהם אילוז ואח'

05/05/19

שיעור עשירי

14. מהימנות, משקל ודיות הראיות:

כשמדברים על מהימנות הכוונה היא לאותו אמצעי שחייב להתקיים ולהימצא בבתי המשפט, בכל מערכת מעין שיפוטית השומעת עדים. דיני הראיות = דיני ההוכחות שנעשים באמצעות עדים שזו דרך המלך או באמצעות מסמך (ראיה בכתב) או באמצעות ראיה חפצית. בעיקר כשמדובר בעדים ביהמ"ש נדרש לאחר שמיעת העדים לקבוע את

מידת האמון שיש לביהמ"ש בעד הזה. נושא מהימנות העדים הוא בעצם חוליה חשובה בדרך לקביעת העובדות. בלי זה לא ביהמ"ש לא יוכל לקבוע עובדות. הוא מחליט למי מהעדים להאמין ועד כמה.

מהו האמצעי שהמשפט נתן בפני השופטים על מנת לאפשר להם לגבש את נושא המהימנות? למעשה, המחוקק וגם הפסיקה לא ציידו את בתי המשפט בכלים משוכללים ומדויקים שבאמצעותם יוכלו למדוד בצורה מדויקת את מהימנות העדים.

סעיף 53 לפקודת הראיות- משקלה של עדות- "ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם ענין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות העניין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט".

הסעיף מדבר על משקלה של עדות. ביהמ"ש רשאי לקבוע את משקלה של העדות על יסוד עדותו של האדם בפני ביהמ"ש ועל יסוד התנהגותו של האדם על דוכן העדים, על יסוד אותות האמת שמותיר העד על דוכן העדים ושאר נסיבות העניין. איך יידע ביהמ"ש לתרגם מתוך התנהגותו של עד שנראה נפחד או מגמגם תוך כדי תשובותיו או נראה נסער? מה הסימנים שאמורים ללמד את השופט שמהם הוא אמור להסיק את מידת האמת? אין הנחייה ע"י המחוקק אבל לפי הפסיקה יודעים שכל שופט מביא לכס השיפוט את הניסיון האנושי ואת עולם המושגים שיש לו ועל יסוד זה הוא מנסה בעצם ללמד את עצמו מה יש ללמוד מהתנהגותו של העד.

אמצעי אחר- חקירה נגדית = כלי חשוב מאוד בעבודת הפרקליטות שכן חקירה נגדית ייעודה להביא את העד או לתפוס אותו בסתירות בין מה שאומר בביהמ"ש ובין מה שאמר מחוץ לכותלי ביהמ"ש (בתצהיר/ באימרה). אם הצליח הפרקליט לתפוס את העד בסתירה בין הדברים, הוא יישען על עובדות אלו כדי לשכנע את ביהמ"ש שאין לתת אמון בדבריו של העד אשר בעצם סותר את עצמו.

מעבר להתנהגות העד בדוכן העדים גם האמצעי של חקירה נגדית יכול לסייע לפרקליטים להבין את מידת האמון שיש לתת בעד.

אין כללים מדויקים לקביעת האמון בעד אלא קווים כלליים. השופט בוחן את דבריו של העד לגופם ואת דרך הבאתם של העד.

במשך השנים בתי המשפט אמרו שהעובדה שהעד נתפס בסתירה לא מחייבת שהוא נמצא כשקרן בכל החזית. זה יכול לנבוע מהרבה מאוד הסברים ולא דווקא מלמדים שהאיש הוא שקרן אלא שהוא התרגש, שכח.

לא ניתן לקבוע עובדות מפי עדים שלא על דרך הערכת המהימנות שלהם. בעבר כשהשופט קבע את מידת האמון של העד, הכל תלוי בסופו של דבר למי יאמין השופט, לאיזה משני העדים. לפעמים המצב הנפשי של הקורבן יכול להוות סיוע, אם אותו אדם נראה מרוגש לגמרי לאחר האירוע ולא נראה כמו תמיד, מצב זה יכול לעזור לשופט לגבש דעה מי מבין השניים דובר אמת. בעבר, עד 1980 הפסיקה דרשה שלא ניתן להרשיע נאשם בעבירת מין אלא אם היה סיוע, נמצא סיוע לדבריו של המתלונן/ת. בלא הראיה התומכת לא ניתן להרשיע את אותו אדם.

פעם כשביהמ"ש קבע את עמדתו, את יסוד המהימנות שעל סמך העובדות קבע את המהימנות לא ניתן לערער על כך שביהמ"ש קבע את העובדות האלה ולא אחרות. אין ערעור על ממצאי אמון. במשך השנים ביהמ"ש הגמיש את הקשיחות ויש ארבעה דברים יוצאים מן הכלל, בין השאר כאשר ממצאי האמון לא נשענים על התרשמות מהעד אלא על הסתכלות למשל בווידאו, ביהמ"ש לומד מהווידאו את התרחשות העבירה. אם העובדות נקבעות על סמך הסתכלות, התבוננות אין לביהמ"ש יתרון על מי שראה את העד ובמקרה כזה כן ניתן להתערב בממצאים. כעיקרון, ביהמ"ש מתעקש לא לאפשר ערעורים על עובדות.

המושג "מהימנות" שלוב במושג "המשקל"- כדי לדעת איזה משקל להעניק לעדות מסוימת חייבים לקבוע את מידת האמון שנותנים בעדות הזו. לפעמים קורה גם שלא כל העדות כולה מקובלת על השופט, הוא מוכן לקבל חלק אחד בעדות וחלק אחר לדחות. המסקנה הזו יכולה להיות מבוססת על כך ששמע עדים נוספים ולאור העדויות הנוספות הוא נתמך בדעתו שחלק מהעדות נכון וחלק לא. המשקל של העדות יכול להיות אפס, נניח המשטרה יכולה לאלץ אדם להודות בעבירה, הממצאים לא מגיעים עד כדי פסילת הראיה אבל לאור הממצאים שננקטו זה לא בטוח מבחינת השופט לקבל את זה. לכן, הוא לא יכול לפסול את ההודאה אבל מצד שני, הוא לא מוכן לתת אמון בה ומשקל ואם ייתן משקל הוא יהיה משקל אפסי.

ככלל, כעקרון מספיקה ראיה אחת על מנת שביהמ"ש יהיה מסוגל על פיה לקבוע את העובדות.

סעיף 54 לפקודת הראיות- הכרעה על פי עדות יחידה במשפט אזרחי- פסק בית משפט במשפט אזרחי באחד המקרים שלהלן על פי עדות יחידה שאין לה סיוע, והעדויות אינה הודיית בעל דין, יפרט בהחלטתו מה הניע אותו להסתפק בעדות זו; ואלה המקרים:

- (1) העדות היא של קטין למטה מגיל 14;
- (2) העדות היא של בעל דין או של בן-זוג, ילדו, הורו, אחיו או אחותו של בעל דין;
- (3) העדות היא של אדם המעוניין בתוצאות המשפט לטובת בעל הדין שקרא אותו להעיד;
- (4) התובענה היא נגד עזבון, קטין, חולה נפש או נעדר;
- (5) נסיבות אחרות שבהן דרוש, לדעת בית המשפט, פירוט כאמור.

מכאן ניתן ללמוד שביהמ"ש יכול לפסוק עפ"י עדות יחידה בלא סיוע, אבל אם הוא יסתפק בעדות יחידה ללא סיוע הוא יצטרך להצדיק את זה במקרים הנ"ל.

לגבי קטין מתחת לגיל 14- חוק הגנת ילדים אוסר על העדת ילדים בבימ"ש אלא בהיתר חוקר ילדים שבדי"כ לא ניתן. **אם מדובר בעדות כזו המחוקק דורש מהשופטים זהירות יתר.** עדותו אינה נתמכת בראיה מסייעת לכן יש להיזהר. זה בשונה מההליך הפלילי כי כשמדובר בקורבן שהוא בעצם עד ובזמן המשפט הוא בן פחות מגיל 14, החקירה שלו מתבצעת ע"י חוקר הילדים וגם הופעתו בביהמ"ש אינה מותרת אלא באישור חוקר הילדים. בהליך הפלילי אם במקום הילד מופיעה חוקרת הילדים, חובה על חוקר הילדים לצלם את מעמד חקירת הילד ואז החוקרת לא רק מעידה מה היה בחקירה אלא תמציא לביהמ"ש עותק מהצילום של החקירה.

החוק לא מאפשר הרשעה של אדם בפלילים על סמך עדותו היחידה של הילד אלא אם נמצא לילד ראיה תומכת מסוג סיוע. החוקר צריך להציע לביהמ"ש מהי מידת האמון שיש לתת באותו אדם. מי שקובע את נושא האמון זה ביהמ"ש שיש לו את הפררוגטיבה (זכות היתר) לעשות זאת ולכן חוקר הילדים מוסמך להציע לביהמ"ש את מידת האמון וגם את הפירוט מדוע יש לתת את האמון בילד. ביהמ"ש מחויב לשמוע את הדברים האלו. ביהמ"ש הוא הדיבר האחרון, הוא זה שפוסק אם לאמץ את דברי הילד או לא.

כיום, ישנה מגמה בפסיקה להגמיש את הכלל שאין מרשים למומחים להציע לבתי המשפט את נושא האמון. נניח לאחר חווייה מינית קשה אדם יכול לסבול מפוסט טראומה, מי שיכול לזהות את זה אלו מומחים או פסיכיאטרים. כאמור, המגמה היא לאפשר למומחה להגיע לביהמ"ש ולהציע לביהמ"ש שעל פי התסמינים שהמומחה מכיר שאדם שעבר חווייה מינית קשה, תסמינים קשים התגלו אצלו, הוא יציע לביהמ"ש לקבל את העובדות האלו ולהאמין שאכן האדם דובר אמת. בתי המשפט נוטים לאפשר את העדויות הללו של המומחים ולקבל את הצעתם לקבל את האמון בקורבנות.

לאחר שנות ה-80 ארגוני הנשים התעוררו ושאלו למה בעבירת רצח דורשים עדות אחת ובעבירות מין דורשים סיוע? **לכן, ב-1980, המחוקק ביטל את זרישת הסיוע בעבירות מין,** לא צריך תמיכה אבל צריך הנמקה של ביהמ"ש שיפרט בהכרעת הדין מה גרם לו להאמין לאותו קורבן ולא לאותו נאשם. גם בעניין של שותפות לעבירה, עד 1980 לא היה ניתן להרשיע שותף לעבירה על יסוד עדותו היחידה של שותפו לעבירה אלא אם כן נמצא סיוע לעדותו של אותו שותף לעבירה. לכן תוקן החוק ב-1980. אם אותו שותף קיבל

מעמד של עד מדינה והוא מקבל מהמדינה טובת הנאה על מנת להעיד נגד שותפו, במקרה כזה צריך לחשוך מאוד במהימנות של אותו עד מדינה ולכן, סעיף 54 לפקודת הראיות- הכרעה על פי עדות יחידה במשפט פלילי- (א) בית המשפט לא ירשיע נאשם על סמך עדותו היחידה של שותפו לעבירה, אלא אם מצא בחומר הראיות דבר לחיזוקה; ואולם אם היה השותף עד מדינה - טענה עדותו סיוע; לענין זה, "עד מדינה" - שותף לאותה עבירה המעיד מטעם התביעה לאחר שניתנה או שהובטחה לו טובת הנאה.

(ב) הרשיע בית משפט במשפט על עבירה לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, תשל"ז-1977, על פי עדות יחידה של הנפגע, יפרט בהכרעה הזין מה הניע אותו להסתפק בעדות זו.
(ג) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מהאמור בסעיף 11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955.

את ראיית הסיוע מחליפים בראיה תומכת אחרת, "דבר לחיזוקה" ואם מדובר בשותף לעבירה שהוא עד מדינה ובעבר נדרש סיוע ימשיכו לדרוש סיוע.
כשמדובר בעדות של ילד בן פחות מ-14 שנים, שם צריך סיוע ובלי סיוע לא ניתן יהיה להרשיע.

ראיית הסיוע במשפט הישראלי עדיין נדרשת במצבים הבאים:

- שותף לעבירה שהוא עד מדינה.
- לפי סעיף 11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים) כשמדובר בעדותו של קטין בן פחות מ-14 שעדותו נמסרת לביהמ"ש באמצעות חוקרת ילדים (פס"ד מימרוך- מה קורה כאשר בזמן הדיון הילד בן פחות מ-14 הפך להיות מעל גיל 14? הפסיקה קבעה שניתן להעיד אותו ואף לכפות עליו כי הפך לעד רגיל והתנגדות חוקרת הילדים לא תסייע כאן. במקרה כזה אפשר למסור את עדותו בפני חוקרת הילדים, העדות ממשיכה להיות קבילה ואז יש בפני ביהמ"ש שתי מערכות: העדות פיזית בביהמ"ש והעדויות שלא בביהמ"ש שנגבתה ע"י חוקרת הילדים. לסגור יש מטרה למצוא את ההבדלים בין שתי העדויות).

לראיית הסיוע יש שלושה מאפיינים:

1. צריכה להיות לא תלויה ולא קשורה, מנותקת קשר מהראיה הדורשת את הסיוע.
2. הראיה המסייעת צריכה לתמוך בראיה מהותית השנויה במחלוקת בין הצדדים. צריך למצוא את הראיה המסייעת לנק' השנויה במחלוקת, לא ניתן להביא ראיה מסייעת לנושא שאינו שנוי במחלוקת.
3. הראיה המסייעת צריכה לנטות לקשור את הנאשם אל העבירה המיוחסת. היא צריכה לאפשר לשופט להאמין שאכן הנאשם הספציפי הזה קשור בעבירה שבה מדובר בגלל הראיה המסייעת.

במשך השנים הגמישו את הדרישות הללו אבל העיקרי שבהם הוא סיוע הדדי. נניח אדם מואשם בעבירת מין בקטין, האם העובדה שאותו אדם שיש עדויות שעשה את זה גם בקטנים אחרים, האם עדותם של הקטינים האחרים יכולה להוות סיוע שהאדם הנאשם הזה הוא פדופיל? האם ניתן ללמוד מההתנהגות הדומה של פדופיל לתמוך ולהוות ראיית סיוע גם במקרה של קטין אחר? הפסיקה קבעה שכן, **בעבירות מין עדותו של קטין אחד על מה שנעשה בו יכולה להוות ראיית סיוע על מה שמיוחס לנאשם שעשה בקטין אחר.** ביהמ"ש מוכן לקבל את זה שאם אדם הוא פדופיל ועשה את זה בעוד ילד ניתן לראות זאת כשיטה של אותו אדם.

כך נעשה גם במקרה של הנשיא קצב, הביאו עדויות הזמה כדי להראות שהאדם לא דובר אמת וגם כשמדובר בשיטה.

התמיכות הראייתיות כיום הן:

- **סיוע** - למרות שצומצם לחלק קטן של מקרים. נראה ששופטים מתלבטים אם לקבל את הראיות, להחליט לחפש את ראית סיוע למרות שיודעים שאין בה צורך אבל בגלל הספקות של השופט שלא היה מוכן להרשיע על סמך עדות יחידה, הסיוע משמש ככלי להסיר ספקות אבל כיום צומצם ונדרש למקרים מוגבלים מאוד.
- הפסיקה הדגישה ש"דבר לחיזוקה" היא פחות מראיית הסיוע מבחינת עוצמתה.
- "דבר מה נוסף" = אותה ראייה שבעצם מי שדרש והמציא אותה זו הפסיקה, המשפט האנגלי ממנו זה לקוח. ראייה זו היא ראייה חיצונית והיא באה בעצם להסיר מליבו של השופט ספק כי מה שאמר אדם בהודאתו זה אמת.

על אדם המודה בעבירה יכולים להיות מופעלים שני לחצים:

- **לחצים חיצוניים** - אלו שהחוקרים מפילים על הנאשם. כדי לוודא שאדם לא אמר את הודאתו בשל הלחצים של חוקריו, יש את סעיף 12 לפיו יש להוכיח לשופט שההודאה ניתנה ע"י האדם מרצונו הטוב והחופשי. לאחר מכן יש את פס"ד יששכרוב שיצר כלל פסילה חוקתי, הלכתי.
- **לחצים פנימיים** - מצפון, דעתו נטרפה עליו. כדי למנוע מצב בו ביהמ"ש מקבל הודאה של אדם ומרשיע אותו על יסוד הודאה זו מבלי לדעת שההודאה זו היא בעצם כוזבת בגלל לחצים פנימיים, בא ה"דבר מה הנוסף" לעזור, חיפוש ראייה חיצונית שתתמוך בהודאתו של האדם. בעבר, הפסיקה המעיטה את גודל "דבר מה נוסף", עד כדי שבמשפט מסוים שופט גינה זאת כדבר "קל כנוצה".

קיימים שני מבחנים:

- מבחן פנימי - האם ההודאה נשמעת קוהרנטית, מסודרת?
- מבחן אובייקטיבי, חיצוני - האם הראייה, "דבר מה נוסף" תומך בליבה של ההודאה של הנאשם?

כיום דבר מה נוסף מהווה דרישה מהותית, ראייה תומכת שיכולה לאשר לביהמ"ש שהאדם דיבר אמת בהודאתו.

12/05/19

שיעור אחד עשר

-המשך-14. מהימנות, משקל ודיות הראיות:

ע"א 5739/18 מפעילי האתר נ"מ ד"י - (פס"ד חדש מהעליון) - דובר בערעור שהגיע לעליון בניסיון של מד"י לאכוף על שני אתרי אינטרנט את החוק החדש שיצא לדרך לפני כשנה והוא חוק סמכויות לשם מניעת ביצוע עבירות באמצעות אתר אינטרנט, תשע"ז-2017. החוק חוקק לנוכח העובדה שאתרי אינטרנט ידעו לעקוף את האיסור על פרסום הצעות זנות שהאיסור הזה קבוע בחוק העונשין וכמובן יש איסור על פרסום ושידול זנות בעיתונות הכתובה אבל לא היה איסור ולא הייתה פעולת אכיפה באמצעות האינטרנט. בגלל היות האתרים הללו שייכים לחו"ל מד"י התקשתה לשים עליהם את ידה. אם אותם אתרים יושבים בחו"ל ומסרבים להישמע להוראות החוק הישראלי וממשיכים לפרסם את אותו היצע אסור, החוק מאפשר למד"י מבחינה טכנית פשוט לחסום את הגישה אל אותם אתרים. גולשים ישראלים לא יוכלו לגשת לאתרים בשל החסימה הטכנית. דובר בשני אתרים שמד"י גילתה שהם

עוסקים בדבר האסור הזה. המדינה ניסתה לבדוק מי הם המפעילים, ניסתה לפנות לכתובות ולשדל את מפעילי האתר לרדת מהנושא. מד"י הזמינה לשימוע את אותם מפעילים והחליטה לאחר מכן להוריד את האתרים מהאינטרנט. האתרים פנו אל ביהמ"ש המנהלי בדרישה/ בתביעה לבטל את ההחלטה של חסימת האתרים. הם שינו את שם הדומים על מנת לומר שזה משהו שונה, נראה שיש ניסיון להתחכם. כשהם פנו בעתירה לביהמ"ש המנהלי הם לא ציינו את שמות העותרים, שמות המפעילים וכשהתבקשו לעשות זאת סירבו לציין את שמות העותרים ולהישאר אלמוניים והסיבה לכך, כך נימקו שהם חוששים שזיהויים באמצעות השם יביא לידי חשיפתם והאפשרות שמד"י תביא אליהם את רשויות האכיפה, את הפרקליטות ותעמיד אותם לדין. השאלה העקרונית שביהמ"ש היה צריך להכריע בה: **האם יכול להיות תובע אלמוני?** זוהי שאלה מיוחדת בה ביהמ"ש כמעט ולא נדרש בעבר להשיב לה. ביהמ"ש אומר שאין דבר כזה, הרוצה לבקש סעד או הרוצה להתגונן בפני תביעה חייב לזהות את עצמו. כתוצאה מהחלטה עקרונית זו שעליה ערערו, מנסה בא כוחם של מפעילי האתרים לטעון שיש סמכות לעותר, לתובע, לבעל דין שלא לזהות את עצמו משני טעמים:

1. **חיסיון מפני הפללה עצמית** מכוח סעיף 47 לפקודת הראיות. הטענה היא כאן שאם אדם מזהה את עצמו יש סכנה בהפללה עצמית. ביהמ"ש מזכיר שהחיסיון בפני הפללה עצמית לא חל על זהותם של הנחקרים או העדים. יחד עם זאת, ביהמ"ש העליון השאיר בצריך עיון ואמר שיכול להיות שבעתיד ימצא מקרה מיוחד ונדיר שיכול להיות שזהותו של האדם תחסה תחת החיסיון אבל ככלל אין דבר כזה.
2. **חיסיון עו"ד- לקוח**- עוה"ד לא צריך למצוא לביהמ"ש את הלקוחות שלו ולהגיד מיהו הלקוח שלו. ביהמ"ש קבע שהחיסיון של עו"ד ולקוחו לא חל על זהות הלקוח. לא ניתן לייצג אדם ולסרב לזהות את שמו. זה לא חלק מאותם דברים שהחיסיון חל עליהם. אם החשש הוא שהציבור יידע מי הלקוח, הפיתרון הוא הגשת בקשה לדין בדלתיים סגורות אבל לא לגבי השם שלו.

ע"פ 6296/13 אמג"ד אדריס נ' מד"י- עלתה השאלה מבחינת תמיכות ראייתיות ובעיקר בתוספת הנדרשת להודאת הנאשם: **מה יכול להיחשב כדבר מה נוסף?** פסה"ד מלמד אותנו שכאשר מחפשים דבר מה נוסף לא ניתן למצוא אותו בהודאה אחרת. לא יכול להיות שהודאה אחת תיחשב דבר מה נוסף להודאה אחרת.

ע"פ 2879/14 פלוני נ' מד"י- ביהמ"ש העליון מלמד אותנו כי בימ"ש לא רשאי על פי דין להרשיע נאשם אף אם האמין לעדותו של העד המפליל בין היותו שותף אם ההפללה נעשתה מחוץ לכותלי ביהמ"ש. מדובר בעדות שותף לעבירה- סעיף 54 לפקודת הראיות מלמד אותנו שלא ניתן להסתפק לצורך הרשעה בעדותו של השותף אלא אם נמצא לעדותו של השותף דבר לחיזוק. השאלה שעלתה בפסה"ד היא **מה קורה אם למשל מדובר בשותף שבעצם מתנער ומנסה להתכחש לאמרתו, לעדותו במשטרה ואז מגישים את העדות של השותף באמצעות 10א? האמרה המתקבלת עפ"י 10א גם היא נזקקת לתמיכה ראייתית של דבר לחיזוקה**. גם אם הוא לא היה מתכחש לעדותו היה צריך למצוא חיזוק לעדות שלו. לא רק שהוא בא להעיד, הוא מתנער מההודאה שלו ואז בעצם מציעים לביהמ"ש את אותה אמרה, את אותה עדות לפי 10א שגם שם צריך דבר לחיזוקה. ביהמ"ש אמר שזה שצריך שתי תמיכות ראייתיות לעדותו של אותו אדם אינה מלמדת בהכרח שכתוצאה מכך האופי של הראיה התומכת משתנה. עדיין צריך דבר לחיזוק גם אם מדובר בדבר לחיזוק כפול מהמצב הרגיל.

ע"פ 6813/16 אלי סמסון נחמני נ' מד"י- עלתה השאלה בקשר לדרישת ראיית סיוע. השאלה היא **למה אנחנו צריכים את הסיוע?** נניח שחשוד נחקר במשטרה, מעלה גרסה אחת ואומר מה שיש לו, לאחר מכן נחקר פעם נוספת ומשנה את גרסתו. לאחר מכן מוגש נגדו כתב אישום והוא מגיע לבימ"ש ועונה גרסה מס' 3, מגיע תורו להעיד בביהמ"ש, הוא עולה להעיד ויש לו גרסה מס' 4. השאלה היא למה צריך את הסיוע? הרי צריך שתהיה נקי מהותית השנויה במחלוקת בין הנאשם לבין המאשים. על איזו מחלוקת מדברים? התשובה של ביהמ"ש היא שכאשר מדובר בריבוי

גרסאות התשובה היא שהסיוע צריך להיות לגרסה שכוללת את תשובתו של הנאשם לאישום (גרסה מס' 3), לא הגרסה במשטרה ולא הגרסה לאחר מכן.

15. "אמת משפטית"

מה זו אמת משפטית ולמה אנחנו זקוקים לה?

המושג אמת משפטית נוצר על מנת לתת מענה לדילמה או לפער שנוצר לפעמים בין מה שפוסק ביהמ"ש בעובדות, הממצא העובדתי של ביהמ"ש באותו פס"ד לבין מה שמתגלה אח"כ כמצא עובדתי אחר, המציאות בעצם. העיקרון הזה הוא מה שיש לשופט מול עיניו והוא צריך להכריע כמיטב יכולתו בראיות עפ"י הראיות שהובאו בפניו. אם כתוצאה מכך, העובדות הללו לא חופפות ממש את העובדות האמיתיות שמחוץ לכותלי ביהמ"ש, ביהמ"ש אומר שזו המגבלה האינהרנטית, הטבועה בו. כנראה שביהמ"ש מצא את האמת המשפטית ולא את האמת העובדתית, אין לו התיימרות שהפסיקה של השופט תחפוץ תמיד בהכרח את האמת בחוץ.

בכל זאת, הדבר במיוחד נכון בהליך הפלילי, שם לא ניתן להגיע לתוצאה צודקת של חפות או הרשעה אלא אם השופט עבר דרך האמת. ביהמ"ש לא יכול לנקות את עצמו בזה שהוא יגיד שזו המגבלה והוא לא יכל למצוא את האמת. נכון שיש אמת משפטית וזו המגבלה שבימ"ש לא תמיד יכול להשיג את כל הראיות שיביאו אותו אל האמת והוא לפעמים כבול בראיות שלא תמיד מייצגות את האמת אבל השאיפה שלמרות המושג של אמת משפטית בהליך הפלילי, אמורה להיות חפיפה בין האמת המשפטית ובין האמת העובדתית, אחרת מחטיאים את ההליך הפלילי. אם לאחר מכן מוצאים שיש פער בין האמת המשפטית לבין האמת העובדתית ויש ספק אם הנאשם הוא באמת אשם, אם מוצאים ראיות אחרות ומוצאים שנגרם עיוות דין יש לתקן למרות האמת המשפטית.

האמת העובדתית זו הליבה של ההליך הפלילי אבל לא כך בהליך האזרחי:

בהליך האזרחי ההגעה לפתרון הסכסוך האזרחי לא בהכרח עוברת דרך האמת כי סכסוך אזרחי זה עניינם של הצדדים וכדי לפתור את הסכסוך, ביהמ"ש לא צריך לדעת את האמת והראיה היא שהצדדים יכולים להציע לביהמ"ש פשרה, פתרון לסכסוך גם כשביהמ"ש יודע שזו לא האמת, ביהמ"ש לא ימנע מתן פס"ד במשפט אזרחי גם אם ידוע לו שפסה"ד הזה נשען על עובדות שהן לא כל האמת כי נושא האמת הוא עניינם של הצדדים במשפט האזרחי. לא כך במשפט הפלילי.

במשפט פלילי, כשבימ"ש מתחיל לשמוע הוכחות, מתחילים להביא עדויות, באיזשהו שלב הנאשם חוזר בו מהכפירה ורוצה להגיע להסדר טיעון, ביהמ"ש מציע לנאשם ולבימ"ש להסיר חלק ניכר מהאישומים שיוחסו לו ולשנות חלק מפרטי העובדות כשביהמ"ש שם לב שבצד התביעה מציעה לבימ"ש עובדות בניגוד למה שבימ"ש שמע. הוא כבר שמע עדות. במקרה כזה הדעה השלטת היא שאל לו לבימ"ש לדחות הסדר טיעון כי זה החלטת הצדדים ועניינם. מצד שני, יש לבימ"ש סמכות לא לקבל את זה, זה תלוי בשופט עצמו.

16. הודאה במשפט אזרחי

16.1 הודאה והדחה:

הנושא יכול לעלות בכמה הקשרים, מכתבי הטענות בהליך האזרחי, גם בקדם המשפט, באותם שלבים מוקדמים עוד בטרם נשמעו הוכחות בתיק. נניח צו לגילוי מסמכים - התובע פונה לנתבע ומבקש שהנתבע יגלה לו את כל המסמכים שעומדים ברשותו, או מפנה אותו לשאלון בו הנתבע מתבקש לענות לתובע על שאלות בנושא המחלוקת. במצב כזה אחד המתדיינים יכול להודות באותן עובדות שהוא מתבקש להודות. במקרה כזה, הודאתו של צד להליך

בעובדות שהן חלק מהמחלוקת שבינו לבין הצד השני, תופסת ולעומת זאת, כאשר צד לדיון עולה לדוכן העדים בין מטעמו ובין מטעם הצד השני. כאשר הנתבע נחקר ע"י הצד שזימן אותו על העובדות השנויות במחלוקת הוא יכול להודות או לא להודות באותן עובדות, במקרה שהודה מה טיבה של אותה עובדה? בעניין זה הפסיקה מלמדת שהודאת בעל דין על דוכן העדים היא כמו כל עדות אחרת. כלומר, היא מותנית בכך שביהמ"ש כמובן התרשם כי מדובר בעדות אמת והיא מותנית ברלוונטיות של אותה הודאה במחלוקת השנויה הקיימת בין הצדדים שלא כמו הודאה ע"י שאלון. **הודאה בזמן דיון בבימ"ש נתונה לשיקול דעת.**

עולה השאלה לגבי "הודאה והדחה" - אדם לווה כסף מהבנק או מחבר ונתבע לאחר מכן שלא החזיר את כל הכסף או מקצת הכסף. תשובתו של הנתבע שנטען כלפיו שלקח הלוואה ולא החזיר, תלוי מה תהיה תשובתו, אם הוא יודה שלקח הלוואה אבל יוסיף שהחזיר את הכסף, יש כאן הודאת בעל דין בחוב, בעובדות ויחד עם זאת, ההודאה משמיעה לנו שהוא יצא ידי חובה כי החזיר את הלוואה. אדם המודה, מעביר את הנטל אל הצד השני, אליו, הוא זה שצריך להוכיח. זהו הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" - זה עוזר לנו לדעת מי פותח ומי חייב להוכיח את העובדות שיוצרות את עילת התביעה. אם החבר אכן מאשר שהוא קיבל את הלוואה אז בעצם הוא פטר את התובע מחובת ההוכחה שאכן הלווה לו. אם הוא טוען שהוא לא חייב לך כלום כי הוא החזיר לך את הכסף, הוא זה שצריך להביא ראיות ולהוכיח את הטענה. זה מצב של הודאה והדחה. המצב השגרתי של חבות, שאדם טוען שחייבים לו הוא זה שצריך להוכיח.

16.2 חזרה מהודאה:

חזרה מהודאה בהליך הפלילי - אם מדברים על הודאה בהליך פלילי, אדם יכול להודות. ביהמ"ש לא חייב לקבל את ההודאה אבל אין לביהמ"ש את הכלים לדעת אם זו האמת או לא. חזקה שאדם יודה באמת (לא תמיד). על יסוד ההודאה הזו ביהמ"ש מוסמך עפ"י חוק סד"פ לקבל את ההודאה ואם יש בהודאה לבסס את המשפט. מה קורה אם הנאשם בזמן ההרשעה או אחרי ההרשעה, בטרם ניתן גזר הדין רוצה לחזור בו ממתן ההודאה? החוק והפסיקה מאפשרים לביהמ"ש בשלבים המאוחרים הללו לאפשר לנאשם לחזור בו מהודאתו ויחד עם זאת, החזרה מהודאה היא עניין של רשות ולא זכות. כלומר, **נאשם לא יכול אוטומטית לבטל את ההודאה, הוא לא יכול לחזור בו מהודאתו אלא ברשות בימ"ש, היא תינתן רק אם ביהמ"ש נוכח לדעת שמדובר בטעות או בדבר שאינו אמת.** במצב בו אדם מיוצג ע"י עו"ד וטוען שעוה"ד הטעה אותו ואמר לו להודות, העליון אומר שזה נדיר שביהמ"ש ייתן לו לחזור מהודאתו. ברוב המקרים ברור שעורכי הדין יתנערו מהאשמות המופנות אליהם.

חזרה מהודאה בהליך האזרחי - גם כאן בדומה להליך הפלילי, בעל דין לא יכול לסגת מהודאה שנתן אלא אם ינמק אותה. כאן זה פחות קריטי כי לא מדובר בדיני נפשות. חזרה מהודאה טעונה היתר מביהמ"ש.

16.3 הודאה שילוחית:

הכוונה למושג השליחות. בדומה לכך ששליח הוא בעצם ידו הארוכה של מי ששלח אותו והוא מחליפו ופועל מטעמו הוא יכול לזכות אותו ויכול לחייב אותו, לחתום בשמו של השולח התחייבויות חוזיות. כאן השאלה היא מה קורה אם השליח מודה בעובדות שהן חלק מהסכסוך שמתברר כעת בביהמ"ש? **האם הודאתו של שליח מחייבת את השולח אותו?** כן, הודאה שילוחית פירושה שבעצם, כאילו השולח עצמו הודה באותם מקרים. אם לא מדובר בהודאה שהיא חורגת ממסגרת המשפט, השליח לקח על עצמו סמכות שלא הייתה במינוי תפקידו אבל אם מדובר בשליחות במסגרתה השליח מודה הדבר מחייב את השולח. **ההודאה השילוחית תהיה תקפה רק בהליך האזרחי.** **בהליך הפלילי לא ניתן למנות שליח שיעשה במקומך את העבודה.** אם שלחת אדם לבצע עבירה בשבילך, אתה משדל שותף לעבירה. מי שבעצם מחויב ונהנה זה מי ששלח את השלוח. בהליך הפלילי אם אדם פועל בשליחותו של מישהו אחר, הוא בעשותו כן לקח על עצמו אחריות אישית. בהליך הפלילי תפיסת האשם היא אישית, היא לא

ניתנת להעברה ולא ניתנת למחיקה. המבצע נושא באחריות אישית על מה שעשה וזה ששלח אותו יהיה משדל או שותף לעבירה.

לעניין דיונים בבימ"ש- גם בהליך הפלילי עו"ד יכול לייצג את הנאשם כשהוא לא נמצא באולם הדיונים- מבחינה זו כן יש אחריות שילוחית. ברוב המקרים הנאשם יידרש להיות נוכח בדיונים ולכן לא תתקיים השליחות הזו.

17. נטלי ההוכחה:

בדיני הראיות מבחינים בין נטל השכנוע/ ההוכחה לבין נטל הבאת הראיות.

בהליך האזרחי- "המוציא מחברו עליו הנטל של הבאת הראיות ונטל השכנוע". בו בזמן שבד"כ הנטל הראשון, נטל ההוכחה הוא קבוע ולא עובר מצד לצד הרי שהנטל השני, נטל הבאת הראיות יכול להשתנות לפי נסיבות המקרה. בהליך האזרחי- נטל השכנוע, נטל ההוכחה הוא בד"כ על שכמו של המוציא מחברו, התובע. לעומת זאת, אם הנתבע מודה בכך שאכן הוא חב חוב לתובע אבל מוסיף גם את ההדחה, כאן נטל ההוכחה לא משתנה אבל נטל הבאת הראיות משתנה. במקום שהתובע יביא את הראיות להוכיח שהנתבע לא החזיר לו את הכסף, כאן הנתבע הוא זה שצריך להביא ראיות שהוא אכן החזיר את הכסף.

נטל הבאת הראיות משתנה או עובר מצד אחד לצד השני עפ"י מצב הדברים, אם הצד השני, הנתבע מודה בעובדות הנטענות ע"י התובע, הוא זה שצריך להוכיח את הפעולה שמזכה אותו.

בהליך הפלילי- זה יותר פשוט. מבחינת נטל השכנוע תמיד ולעולם על המאשים נטל ההוכחה. יש את חזקת החפות, עד שלא מואשם הנאשם ועד שלא יוכח אחרת כל נאשם הוא חף מפשע. מכוח החזקה הזו נובע שהרשעתו של אדם או הפיכתו של אדם לפושע, לעברייך הוא חריג כי הכלל הוא שאנחנו חפים מפשע. אם המדינה רוצה להוכיח שאנחנו אשמים היא תישא בנטל ההוכחה, נטל השכנוע שלעולם לא יעבור לכתפי הנאשם. הנאשם לא צריך להוכיח את חפותו, המדינה המאשימה צריכה להוכיח את אשמתו של האדם מעל לכל ספק סביר. העניין לא נתון לשינוי. בסוף המשפט לא חשוב מי הביא ראיות, ביהמ"ש צריך לשאול את עצמו האם התביעה הביאה בפניו את אותה כמות ראיות שמשכנעת מעל לכל ספק סביר שאכן הוכחה אשמתו של האדם.

ישנם מצבים בהם המחוקק מחליט לפטור את המדינה מחובת ההוכחה ומעביר את הנטל לכתפי הנאשם: אם התביעה צריכה להוכיח את מודעותו של האדם שקיבל צו גיוס ולמרות שהיה חייב להתייצב לגיוס הוא לא התייצב, זו עבירה לפי חוק שירות הביטחון. הרוצה להאשים את האדם שחמק משירות ביטחון צריך להוכיח שהיה מודע לקבלת הצו ולמרות זאת לא התייצב. המדינה החליטה בחוק שירות ביטחון שזה קשה מדי לדרוש מהמדינה להוכיח במקרה נתון שהאדם היה מודע לצו שניתן לו, יש פרסום של המגויסים, גם כאן יש להוכיח שהאדם ראה את ההודעה, היה מודע לה ולמד אותה דרך אתר האינטרנט למשל. נקבע שאם מדובר בפרסום פומבי, המחוקק יצר חזקה שאותם בני גיל היו מודעים לאותה חובה, להתגייס. מאותו רגע שהמחוקק קבע את הקביעה העובדתית חזקה על אדם שהיה מודע לצו. לעומת זאת, הוא קובע שחזקה (שלא ניתנת לסתירה) על האדם שישכנע שהוא לא ידע כי הצבא שולח צווי גיוס אישיים. יש חזקה שאם נשלח צו בדואר רשום והוא אושרר ע"י אחד מבני המשפחה שגרים באותה כתובת והם בגירים, חזקה שהצו הגיע לאותו אדם והוא יודע. גם אם יוכיח כי ניתק קשר מהבית זה לא מעניין את המחוקק. **יש כאן הקלה משמעותית מבחינת עמידה בנטל ההוכחה מצד המדינה בגלל שיקולים של מדיניות** לפיה בני המשפחה נמצאים בקשר אחד עם השני או שאם לא, חובתו של האדם להתקשר ללשכת גיוס ולברר.

18. חזקות שבדין ושבעובדה :

מושג זה בתחום דיני הראיות מתכוון שיש לנו מושג הקשור באמצעי ההוכחה. חזקות הן אחת מאמצעי ההוכחה המקובלים בתחום דיני הראיות בארץ ובח"ל. בדיני הראיות דיברנו גם על נטלי ההוכחה ומידת ההוכחה שבאים להשמיע לנו שכאשר החזקה מתקיימת היא באה לסייע לעזור למי שאמור לשאת בנטל ההוכחה. היא באה לסייע ולעזור במונח זה שאם העובדות היוצרות את החזקה מוכחות החזקה נועדה להקים רעיון או להקים הוכחה שכביכול אחרי שהחזקה הזו הוכחה התוצאה הבאה היא שהעובדות שהיו טעונות הוכחה על ידי מי שנושא בנטל, הרי העובדות הוכחו לכאורה בעקבות קיומה של החזקה הזו. **החזקות באות להקל עם מי שאמור להוכיח את העובדות ומי שאמור לשאת בנטל ההוכחה.** החזקה פוטרת אותו מחובת ההוכחה הסופית של אותן עובדות.

על מנת להבין על החזקה אנחנו צריכים לחלק אותה לשתי קטגוריות:

1. הקטגוריה הגדולה הראשונה - חזקה עובדתית - חזקה שנוצרה ע"י השופטים בהלכה הפסוקה. השופטים

יצרו אותה ככלי ראייתי כדי לסייע לשופטים ולמתדיינים בפניהם להוכיח את העובדות שהצדדים צריכים להוכיח. החזקה העובדתית היא בעצם ביסוס של הסקת מסקנות על יסוד היגיון וניסיון חיים. אם האדם הוכיח סט של עובדות מסוימות חזקה שבעצם נניח אדם רצח והחזקה היחידה זה אדם שעמד ליד וראה. כדי להוכיח את הרצח או את ההמתה יש להוכיח את כוונתו של האדם ליטול חיוו של מישהו אחר. על יסוד ניסיון החיים יכולים להניח כמעט בוודאות כי מי שמכוון אקדח לרקתו של הזולת, חזקה עליו שהוא צפה את הנולד, חזקה עליו שהוא התכוון לתוצאות הטבעיות הנובעות מהתנהגות. המטרה של **חזקת הכוונה** היא להקל על התובע להוכיח מה הייתה כוונתו של האדם. כדי לסייע בפתרון הבעיה, לאחר שהוכיח כי נגרם מוות שהיה צפוי והמוות הוא מהלך טבעי של אותה התנהגות וחזקה על אותו אדם שהתכוון להגיע לאותה תוצאה. **מדובר בחזקה בלבד, חזקה הניתנת לסתירה. החזקה העובדתית מעבירה את נטל הבאת הראיה אל כתפי הנאשם** (אותו אדם שהחזקה פועלת לרעתו) על מנת שינסה להתמודד עם המשמעות של מעשיו, או לנסות לשכנע את ביהמ"ש או לפחות להטיל ספק בנכונותה של החזקה. הנאשם צריך להסביר למה במקרה שלו זה לא כך ולמה במקרה שלו הוא לא התכוון לכך שיהיה מוות. ביהמ"ש חייב לבדוק האם ייתכן שבאמת זה מה שקרה בניסיונות אותו מקרה.

החזקה העובדתית, חזקת הכוונה מקלה על התביעה להוכיח מה עלה על דעתו של הנאשם והיא מבוססת על ניסיון חיים ועל היגיון בריא אבל היא לא יותר מחזקה עובדתית. היא ככזו, כעובדתית מעבירה אל כתפי הנאשם את נטל הבאה הראיה להראות לביהמ"ש שבמקרה שלו לא כך הייתה הכוונה, לא הייתה לו כוונה לרצוח.

החזקה מעלה את זה שהייתה לנאשם מטרה לרצוח. העובדות מלמדות שכל אחד בנעליו של הנאשם, חזקה עליו שהייתה לו כוונה ואז מותר לנאשם, הוא רשאי להסתייג מהסקת המסקנה ולהתמודד עם החזקה שקמה נגדו ואז יסביר למה זה לא נכון במקרה שלו. היות ומדובר במשפט פלילי, די לנאשם שיעורר ספק סביר כדי לגרום לביהמ"ש לזכות אותו מאותו אישום.

חזקת הכוונה כדוגמא לחזקה עובדתית - בתי המשפט עושים שימוש רב בחזקה הזו מפני שבחלק גדול מהמקרים לא ניתן להביא הוכחות.

בצד חזקת הכוונה קיימת עוד חזקה שהיא יצירת הפסיקה: **חזקה תכופה (מבחינת קרבת הזמנים) -** הכוונה היא לאותם מקרים שבעצם מגלים בידי של אדם רכוש שנגנב סמוך לפני זה וכאמור הרכוש הזה מצא את דרכו אל אותו אדם - הניסיון מלמד על כך שרכוש גנוב הנמצא בידי בסמיכות זמנים קרובה לגניבה עצמה, הרי יש להניח שזהו הגנב או למצער הוא אותו אדם המחזיק ברכוש גנוב (קיבל את הרכוש

הגנוב ממישהו). כשמעמידים לדין את אותו אדם על גניבה או על רכוש גנוב יש להוכיח שהוא גנב ושהייתה לו כוונה לשלול מהבעלים את השליטה והבעלות לתמיד. החזקה התכופה פוטרת את התובע מלהוכיח כי אין לו הוכחות. החזקה אומרת שהתובע לא צריך להוכיח אלא די בכך שהנאשם מחזיק ברכוש של הבעלים והוא נגנב, עכשיו נטל הבאת הראיה עובר אל כתפי הנאשם להוכיח שהרכוש שנמצא אצלו הוא לא הרכוש של התובע או של הנגנב אלא של מישהו אחר. כלומר, על הנאשם לסתור את החזקה התכופה. מקום הקנייה של רכוש הוא מאוד קריטי (תקנת השוק) - לפיה כשאדם קונה רכוש במקום שמקובל והמחיר הוא סטנדרטי גם אם התובע יוכיח שהבעלים של אותו מקום קיבל את הרכוש בצורה לא תקינה זה לא צריך ליפול על אשמו של הקונה). **החזקה התכופה פוטרת את המדינה או את התובע מלהוכיח את המצב הנפשי של מודעות הנאשם.**

החזקות פועלות גם במשפט האזרחי, ניתן לתבוע את הגנב בגזל (עולה נזיקית).

חזקה עובדתית = יצירת הפסיקה שנועדה להקל עם אותו אדם הנושא בנטל ההוכחה - במשפט פלילי- המדינה, במשפט אזרחי- התובע.

כדי להוכיח את אותן עובדות שהוא צריך להוכיח, החזקה פוטרת אותו אם הוא הוכיח את התשתית העובדתית שמולידה את החזקה הזו. בהליך פלילי החזקה העובדתית מעבירה את נטל הבאת הראיה אל כתפי הנאשם והוא יכול להשתחרר מעמידה בנטל ע"י כך שיצליח להפריך את הכוונה ע"י זה שיראה שלא הייתה לו כוונה או למצער להיות מסוגל ליצור ספק סביר שמא ובכל זאת במקרה שלו הדברים לא היו כמו שהחזקה מתיימרת להיות.

2. הקטגוריה השנייה - חזקות שבדין - להבדיל מהחזקה העובדתית שנוצרה ע"י הפסיקה, החזקה שבדין

נוצרה ע"י החוק עצמו. המחוקק מחליט ליצור חזקה שכאשר אכן היא נוצרת, כמו החזקה העובדתית היא פוטרת את הגורם שצריך להוכיח את הדברים, להוכיח את אותן עובדות ומעבירה את נטל הבאת הראיות לצד השני, בין שזה בהליך פלילי ובין שזה בהליך אזרחי. הכוונה היא לאותם מצבים שבהם המדינה או המחוקק מחליט שזה יהיה קשה או אפילו לא מתקבל על הדעת לבקש מהתביעה להוכיח את אותה כוונה פלילית או את המצב הנפשי שהיה שרוי בו אותו אדם וכדוגמא:

סעיף 200 לחוק העונשין - חזקת סרסרות - "גבר הגר עם זונה או שהוא רגיל להלוות אליה דרך קבע או משתמש בפיקוחו או בהשפעתו עליה בדרך שיש בה כדי לסייע בידה או להכריחה לזנות, חזקה עליו שהוא חי על רווחיה, זולת אם הוכח היפוכו של דבר."

הסיפא של הסעיף - ברגע שרשום "זולת אם הוכח היפוכו של אדם" מדובר בחזקה שבדין שמעבירה את נטל הבאת הראיות אל אותו אדם, אל הנאשם שיוכל להוכיח שהוא כן גר איתה אבל לא על מנת לחיות מרווחיה. שהרי אומר המחוקק שלאחר שהתביעה הוכיחה שאדם חי עם זונה דרך קבע, מלווה אותה או מפקח עליה דרך קבע, המחוקק יכול להניח כחזקה שהוא חי על רווחיה. המחוקק קובע ענישה של גינוי חברתי, להיות מואשם בעבירה פלילית שעונשה לא פחות מכמה שנות מאסר. המחוקק רוצה למנוע התנהגויות שפוגעות בסדר החברתי ובחוק יסוד: כבוד האדם.

חזקה שבדין שניתנת לסתירה:

סימן ההיכר לכך שנמצאים בפני חזקה שבדין זה המונח "אלא אם כן הוכח היפוכו של דבר" - אם לפני כן היה די בספק סביר, לא כך כשמדובר בחזקה שבדין שהמחוקק יצר, כלומר, כדי לסתור את החזקה לא די בספק סביר אלא מבחינת מידת ההוכחה צריך לעמוד בנטל ההוכחה האזרחי, מאזן ההסתברויות כלומר שזה יותר מתקבל על הדעת

מאשר לא. צריך להוכיח בלפחות 51%, שאם לא הוא לא יעמוד בנטל. החזקה שבדין בד"כ מעבירה את הנטל אל כתפי הצד השני עם דרישה שהוא יוכיח במידת הוכחה המקובלת במשפט האזרחי. סעיף 34 לחוק העונשין- נטל ההוכחה- "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית".

הסעיף ממוקם לפני הפרק של הסייגים, של ההגנות. הסעיף הוכנס לחוק העונשין בתיקון הגדול ב-1995, זו הייתה רפורמה גדולה שהמחוקק החליט להחליף את הפרק המקדמי והכללי של חוק העונשין. המחוקק החליט להיפרד משאלה המטרידה במשך הרבה שנים: מי נושא בנטל הפרכת ההגנה? נניח האדם מודה שביצע את העבירה אבל הוא לקוי בנפשו. על מי הנטל להוכיח שהאדם לוקה בנפשו? או למשל כשאדם פעל מתוך הגנה עצמית, מי צריך להוכיח שלא הייתה הגנה עצמית? עד 1995 התחלקו ההגנות: התביעה הייתה צריכה להוכיח מראש שאין הגנה וחלקן של ההגנות היו מועברות אל הנאשם שהיה צריך ליזום את הטענה שיש לו הגנה וגם להוכיח. המחוקק רצה להפסיק את העניין ולעשות סדר: לפי הסדר החדש- אם התביעה מוכיחה שהנאשם אכן עבר בהתנהגותו לכאורה את אותה עבירה שמיוחסת לו, במצב דברים כזה חזקה שהנאשם שעבר את העבירה לא הייתה לו שום הגנה שהיא. זה אומר שבעצם עכשיו אם נאשם רוצה להתגונן מפני האישום הפלילי, הוא ולא התביעה זה שצריך להגיד שיש לו הגנה מפני האישום שהתביעה מאשימה אותו. נניח זו הייתה תולדה של הגנה עצמית או כורח, צורך לבחור בין שתי אפשרויות, היה במצב לכאורה של הצלת חיים: נניח פריצה לביתו של אדם כדי להציל אותו ממוות. במצב זה החוק יעדיף את ההצלה.

מאז 1995 לתביעה יותר קל להוכיח, עליה להוכיח את התשתית העובדתית, את העובדות שיוצרות את האשם. אם הנאשם לא עושה כלום, הוא יכול להגיד, אם הוא כופר באשמה הוא יגיד שזה לא הוא ביצע את העבירה, באומר את הדבר הזה הוא משמיע שאין לו עבירה.

כיום, אם הנאשם רוצה להתגונן מפני האישום מפני שיש לו סייג לאחריות פלילית, יש לו את ההגנה הוא זה שצריך לקום ולהגיד לביהמ"ש בתחילת הדין שיש לו הגנה. מה קורה אז? אחרי שהוא מודיע לביהמ"ש שיש לו הגנה, מה קורה מבחינת נטלי ההוכחה? התביעה חייבת להוכיח את העובדות, בלי זה החזקה שאין לנאשם הגנה לא תקפה. **אם הנאשם טוען שהוא כן עבר את ההתנהגות המיוחסת לו אבל יש לו הגנה מפניה עליו להגיד את זה ולהוכיח.** כלומר, התביעה לא צריכה לצפות שיגיד את זה ולסתור מראש. **במצב זה, התביעה יכולה לנסות להזים את הטענה אבל הנאשם מצידו צריך להביא בעצמו ראיות שיקימו את ההגנה.**

באיזו מידת הוכחה נושא הנאשם שטוען להגנה? די בספק שמעורר הנאשם שמא באמת עומדת לו אותה הגנה.

סעיף 34 כב לחוק העונשין- נפקותו של ספק- (א) לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר.

(ב) התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג.

כל מה שנאשם צריך לעשות זה בעצם לעורר ספק שמא בכל זאת הייתה לו הגנה עצמית, היה לו צורך/ כורח וזה לעניין האחריות הפלילית ולא להפחתה בעונש. אם הוא מוכיח את ההגנה, את הסייג זה מסייג את האחריות הפלילית ופותר את הנאשם מלשאת את האחריות הפלילית.

קיימות שתי סוגי הגנות: הגנת פטור והגנה מצדיקה. בהגנה מצדיקה מזכים.

אי שפיות הדעת- זהו פטור אישי, אדם שאולץ לבצע את העבירה כי הוא סובל מאותו דבר ועל כן לא ראוי לבוא איתו בחשבון אלא לפטור אותו מאחריות פלילית אבל אלו שביצעו איתו את העבירה לא יוכלו להנות מההגנה כי מדובר בפטור ולא בהצדק.

בפטור ובהצדק הסייג מטרתו למחוק את הכתם הפלילי של אותה עבירה.

סעיף 144(ד) לחוק העונשין- עבירות בנשק- "מקום שנמצא בו נשק, רואים את מחזיק המקום כמחזיק הנשק כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר".

נשק טעון רישום ורישוי. נניח המדינה תופסת כמה כלי נשק ומבינה שחלקם גנובים, מה דינו של המחזיק באותו מקום לעניין הזיקה שלו לנשק? **הסעיף מעלה חזקה שהמחזיק באותו מקום חזקה עליו שהוא גם מחזיק בנשק אלא אם הוכיח היפוכו של דבר.** כלומר, אותו אדם לא היה מודע שהשותף שלו לדירה הביא אליה בלא ידיעתו והסתיר נשק וכלי נשק. אדם לא יכול להיות אחראי על דבר שהוא לא עשה. כדי שהמשטרה תוכיח שהנשק שייך לאותו אדם, שהוא הבעלים ושהוא זה שהחזיק את הנשק זה לא פשוט ולכן זו חזקה המתבססת על ניסיון חיים-אם תופסים נשק בדירה, חזקה על מי שחי שם שהוא הבעלים, **אם הוא רוצה לסתור את החזקה, עליו להוכיח, הוא זה שנוטל בנטל ההוכחה על פי מאזן ההסתברויות.** החזקה באה להקל עם התביעה בנטלי ההוכחה שהיא חייבת בה שלולא זה היא לא יכלה להוכיח.

דוג' נוספת: נניח סמים שנתפסו בבית של בני זוג, למי זה שייך מביניהם? למי לייחס את החזקה? לכאורה לשני בני הבית כי שניהם בעלים משותפים של אותה דירה. די בכך שאחד מבני הזוג יגיד שהסמים לא שלו ולא הייתה לו שליטה בהם. אותו בן זוג עליו לשכנע את ביהמ"ש על פי מאזן ההסתברויות שכן הזוג השני ביצע את זה ושהוא לא היה שותף.

דוג' נוספת: מחפשים סמים על מדים של חייל- כשמדובר בחיפוש של מדי א' של חייל זה שונה מחיפוש של מדי ב' של חייל. מדי א' זה אישי לעומת מדי ב' שמסתובבים בין חיילים. יכול להיות שהחייל קיבל מדי ב' של חייל אחר שיכול להיות שהחזיק בסם. הפיתרון הוא ליטול דגימת שתן מחייל. לאותו חייל שנתן דגימת שתן ונתגלו אצלו סמים, זו ההוכחה שיש לתביעה. הבדיקה לא מצליחה לגלות כמה זמן לפני החייל נטל סמים ובאיזו כמות (כיום הבדיקה שונה כנראה). פקודת הסמים המסוכנים בסעיף 32 נוסח חדש- מי שמחזיק בסם מעל כמות מסוימת חזקה עליו שהוא החזיק את זה לצורכי מסחר להבדיל מצרכים אישיים והעונשים הם בהתאם. לכן זה מאוד חשוב לתביעה להשתמש בראייה הזו כדי להוכיח שהסם שנתפס הוא מעל כמות מסוימת. חיילים שנמצא בחילוף החומרים שלהם סם הם בבעיה כי קמה חזקה שמאוד קשה להתמודד איתה שבעצם אם התגלה בגופך סם מסוכן חזקה עליך שהיית מודע שאתה משתמש באותו סם. ניסיון החיים מלמד שסם לא מתגלגל חופשי בראש חוצות, זה דבר חריג ואם הוא נכנס אליך לגוף חזקה עליך שאתה הכנסת אותו.

לגבי סם האונס- בעבר לא ניתן היה לגלות לאחר כמה שעות, כיום ניתן לזהות גם לאחר מס' ימים ע"י בדיקת שיער מיוחדת. כאן אין על הקורבן חזקה שהוא אכן השתמש בסמים מרצונו.

סעיף 144 לפקודת מס הכנסה- "דוח אמרה אותות הנחזים כניתנים לפי פקודה זו ע"י אדם פלוני או בשמו, רואים אותם לכל עניין כאילו ניתנו ע"י אותו אדם או בהרשאתו, זולת אם הוכח אחרת וכל החותם על כל דו"ח, אמרה או טופס רואים אותו כמי שיודע כל עניין בהם".

המטרה היא להקל על פקידי מס הכנסה להוכיח שאכן הטופס שחתום עליו אדם מסוים הוא שייך לאותו אדם, אלא אם כן אותו אדם הוכיח אחרת, הוא יכול לסתור את זה עפ"י מאזן ההסתברויות. האמרה של הנאשם שלא ידע על מה הוא חותם לא תעמוד לו כי יש פה חזקה שאותו אדם ידע על מה הוא חתם וזה פוטר את מס הכנסה להוכיח את מודעותו של אדם לאותם דברים.

חזקה בדין שאינה ניתנת לסתירה:

סעיף 55 ד לחוק שירות ביטחון-

אדם שלא התייצב לשירות, התביעה צריכה להוכיח שהוא קיבל את הצו ושהוא לא התייצב, התביעה מפרסמת ברשומות וחזקה על כל מי שאמור להתגייס שיש לו מודעות לחובתו להתגייס ושם הדבר התפרסם הוא מודע לכך. אם אדם עוצם את עיניו הוא לא יוכל לטעון שלא ידע, לא יוכל לסתור את החזקה.

זוהי חזקה חלוטה שפוטר את התביעה מלהוכיח.

לעניין דיות הראיות והשימוש בסיוע שבלעדיו לא ניתן להרשיע - דוגמא שהמחוקק פוטר מהצורך להשתמש בסיוע סעיף 135(ב) לחוק העונשין - סייגים לאישום ולהרשעה - "אין להרשיע בעבירת המרדה ללא סיוע לעדותו" בגלל רצינות העבירה שיכולה לעלות לאדם בחירותו ובכלימתו, גם כשלא מדובר בשותף לעבירה, התביעה צריכה למצוא סיוע.

עבירות השוחד נעשות בהסתר - במקרים שמדובר בשותף לאותו אדם שמבצע שוחד, המחוקק אומר בסעיף 296 לחוק העונשין - ראיות - "במשפט על עבירה לפי סימן זה רשאי בית המשפט להרשיע על יסוד עדות אחת, אף אם זו עדות של שותף לעבירה." אפשר להסתפק בעדות יחידה של השותף ללא סיוע. יש כאן פיתרון של המחוקק שגם כשמדובר בשותף לא צריך סיוע כשמדובר בעבירת שוחד.

26/05/19

שיעור שלושה עשר

20. עניינים שאין צורך להוכיחם:

20.2 הודאה פורמלית:

הודאה פורמלית הוא מונח המתייחס להליך האזרחי שבמסגרתו של ההליך מוצאים דבר שקרוי "הודאה פורמלית".

תקנה 102 לתקנות סד"א 1984 - הודעה על הודיה - "בעל דין רשאי למסור הודעה, אם בכתב טענותיו ואם בכתב אחר, כי הוא מודה באמיתות טענותיו של בעל דין אחר, כולן או מקצתן."

בתקנות 103-104 לתקנות סד"א 1984 יש המשך הפירוט של מה המשמעות של הודיית בעל דין, עובדות שהתייחס אליהן בעל הדין שכנגד. גם מצב בו בעל הדין מסרב להודות בעובדות. בעל דין רשאי לבקש מבעל הדין שכנגד להודות בעובדות רלוונטיות לדיון ושעולות מכתבי הטענות משום שהודעה כזו יש בה גם הודאה, זה אמור לפטור את הצד שמבקש את ההודאה להוכיח את העובדות שממילא הצד שכנגד הודה בהם - זוהי הודאה פורמלית כאשר הצד שכנגד מודה בעובדות שהן רלוונטיות לסכסוך הנדון בביהמ"ש כעת.

איך בעצם גוררים בעל דין שיוודה בעובדות?

בדרך של שאלונים ובדרך של צו גילוי מסמכים שיוודה בקיומן של עובדות שיעזרו למבקש כדי להוכיח את אותן עובדות המופיעות באותם מסמכים.

לאחר שניתנה הודאה כזו לא ניתן לסגת ממנה אלא ברשות מיוחדת של ביהמ"ש. בעל דין שהודה בעובדות שבידו בעצם נתפס על הודאתו ולא יכול לחזור ממנה אלא לאחר קבלת רשות מיוחדת מביהמ"ש.

החזקות שבעובדה משמשות כאמצעי הוכחה ונוצרו ע"י בתי המשפט בדרך של הלכה פסוקה וכשמדובר בחזקה שנוצרת ע"י בתי המשפט זו חזקה שבעובדה שהיא נועדה להקל על הוכחת עובדות מסוימות הטעונות הוכחה דוגמת חזקת הכוונה שאומרת שחזקה על אדם שהתכוון לתוצאות הטבעיות הנובעות מהתנהגותו. זה עוזר להוכיח מה הייתה כוונתו של האדם וזה מעביר את הנטל לסתור את החזקה לכתפיו של הנאשם. ההיגיון של החזקה העובדתית היא שהיא מתבססת על ניסיון חיים ומקלה על התביעה שצריכה להוכיח את היסוד הנפשי של הנאשם. כשמדובר

בחזקה עובדתית, הנאשם כדי לסתור את החזקה הוא צריך להעלות ספק סביר באשר לקיום היסוד הנפשי ובכך ממילא התובע לא הוכיח את האשם.

קיימות שתי חזקות: חזקות שבדין וחזקות שבעובדה.

לעומת החזקה שבעובדה שהיא יציר פסיקה, החזקה שבדין היא יצירת המחוקק.

ההבדל בין הנטל בחזקה שבדין לבין הנטל בחזקה שבעובדה, הוא שבחזקה שבעובדה מספיק להעלות ספק סביר לעומת החזקה שבדין שצריך מאזן ההסתברויות.

יש שני סוגי חזקות שבדין:

1. **החזקה היותר שכיחה - חזקה שניתנת לסתירה** - המחוקק יוצר על מנת להעביר את נטל הבאת הראיות, חזקה על אדם המתגורר עם זונה כי הוא גם חי על רווחיה. המחוקק אומר שמי שרוצה לסתור זאת, עליו הראיה. ההבדל בין הנטל לסתור של חזקה בדין לבין הנטל של החזקה העובדתית (הלכה פסוקה) שם די בספק סביר וכאן לעומת זאת, אומר המחוקק אלא אם הוכיח אחרת - פירשו את הדבר במאזן ההסתברויות, אותו נטל של ההליך האזרחי.
2. **חזקה חלוטה - אינה ניתנת לסתירה** - הכוונה היא שיש מצבים שבהם אני יכול להניח במידה גדולה של וודאות שאכן אלו העובדות. למשל: במקרה של שירות הביטחון: התובע צריך להוכיח שהאדם היה מודע לצו שחייב אותו להתייצב לגיוס. איך נוכיח שהאדם הסתכל וקרא את הרשומות? קשה להוכיח את זה. המחוקק יצר חזקה ברורה שלא ניתן להתווכח איתה שאם הוא מזמין אדם להתייצב באמצעות פרסום ברשומות חזקה עליו שקיבל את הצו, ידע עליו ועל כן הוא לא צריך להוכיח את המודעות האישית שלו. יכול להיות שאדם לא הסתכל ברשומות וזה מקביל לכך שלא כל בני האדם בודקים את ספר החוקים אבל יש חזקה שאדם יודע את החוק, אי ידיעת החוק אינה פוטרת מענישה. לגבי הגיוס, העובדה שאדם עצם עיניים לא פוטרת אותו.

19. מידת ההוכחה:

19.1 מידת ההוכחה במשפטים פליליים:

בהליך פלילי מידת ההוכחה היא המקסימלית, מעבר לכל ספק סביר. הפסיקה התעכבה להבין מהי המשמעות ל"מעבר לכל ספק סביר"? האם היא יכולה להיות 100%? לא. מדובר באותה וודאות של אדם סביר שבוחן ומשקיף על זה ואין לו ספק שלפי אותן ראיות אלו העובדות שעולות מאותן ראיות. לא לוקחים בחשבון אפשרויות תיאורטיות, רחוקות, לא מתקבלות על הדעת ולכן לעניין הספק הסביר לא מתחשבים באפשרויות לא ריאליות אלא רק באפשרויות ריאליות שיש אפשרות שהן אמיתיות. בהליך פלילי עניין הספק הסביר הוא בעצם אותן ראיות שגורמות לשופט לחשוב על פיהן שאלו העובדות ואין אפשרות אחרת.

לצורך ההוכחה הבחנו בין **ראיות ישירות** לבין **ראיות נסיבתיות** ששתיהן אמורות להביא לאותה תוצאה:

הראיות הישירות מקלות במובן שמדובר בראיות שאם נותנים בהן אמון ונותנים להן את כל המשקל, העולה מאותן ראיות אלו עובדות שטעונות הוכחה במשפט הפלילי. לעומת זאת, **הראיות הנסיבתיות** הן לא בעלות יכולת מתוך עצמן לשכנע על קיומן של העובדות עצמן. אם מוכיחים את הראיות הנסיבתיות הן מפנות לראיות אחרות שאם מסיקים אותן ומשתכנעים מהן אולי הן יגיעו לאותה תוצאה משכנעת שמדובר במעל לכל ספק סביר. יש לעשות מלאכת מיפוי או ניפוי של אלימינציה, צריך להגיע אל העובדות השניות, לאחר הראיות הנסיבתיות זה מפנה לראיות השניות שאם יאמצו אותן זה ישכנע שמדובר בכל ספק סביר. צריך לשלול כל אפשרות אחרת. הראיות הנסיבתיות מפנות אל הנאשם את האצבע המאשימה. אם הנאשם חושב שזה לא נכון הוא צריך לתת הסבר למה זה לא נכון, הוא צריך להציע אפשרות אחרת שתבוא בחשבון. הנטל עובר אל הנאשם לסתור את המסקנות שהתקבלו. הוא

צריך לשכנע שיש עוד אפשרות נוספת מעבר לזו הנלמדת, שאם ביהמ"ש יאמץ אותה משום שהיא סבירה לפחות יהיה ספק. חלק מהמקרים ניזונים מראיות נסיבתיות. למשל: DNA, טביעת אצבע- זה לא אומר שזו הראיה המוחלטת, היחידה. יכול להיות שמישהו חיבל בבדיקות או שהתנאים במעבדה לא היו טובים ולכן יש אפשרות לנתק את הקשר הסיבתי בין הראיה הנסיבתית לנאשם ולהראות שלפחות יש ספק.

19.2 מידת ההוכחה במשפטים אזרחיים:

נטל ההוכחה ומידת ההוכחה בד"כ רובצים על מי שמוציא מחברו "המוציא מחברו עליו הראיה". התובע צריך להוכיח את צדקת העובדות שהן יוצרות את עילת התביעה שלו במידת מאזן ההסתברויות = 51%. הנטל לפעמים עובר למי שמודה (הודאה והדחה) ואז התובע פטור מלהוכיח. הנתבע יכול להודות בעובדה מסוימת, ברגע שזו הטענה שלו שהוא מודה בעובדות אבל מדיח את העניין מעליו ואז הוא זה שצריך להוכיח. נניח הנתבע הודה שנטל הלוואה מחברו התובע אבל כן החזיר אותה הוא צריך להוכיח שהחזיר את הלוואה, הנטל עובר אליו.

כשהמשפט האזרחי נבנה על התנהגות שיש לה בעצם אופי פלילי נניח מגישים תביעת נזיקין על גניבה, על גזל, על מרמה, אם אכן ביהמ"ש יקבל את התביעה ויפסוק שאותו אדם רימה, מעבר לקביעת הפיצויים יש כאן קביעה של ביהמ"ש שאותו אדם רמאי. במצב כזה לא נסתפק בנטל של 51% של הוכחה אלא **שיש פוסקים שאומרים שיש לאמץ נטל ביניים- בין נטל מקסימלי של ספק סביר לבין מאזן ההסתברויות וזה יהיה בערך 70%**. מדובר באומדנה, הערכה של השופט. 70% זה יותר הגיוני ויותר מתקרב למשפט הפלילי, הראיות משכנעות אותו יותר במצב כזה. **כשמדובר בהתנהגויות בעלות צביון אופי פלילי, יידרשו 70% של הוכחה**, לא כל השופטים מסכימים לזה.

19.3 מידת הוכחה בדין המשמעתי:

הדין המשמעתי מובדל מההליך הפלילי ומההליך האזרחי. הדין המשמעתי הוא הליך שנקרא דיציפלנרי, משמעתי שנוצר ע"י המחוקק. המחוקק יוצר אותו כדי להעמיד לדין אנשים בתפקיד ציבורי: משטרה, בתי סוהר, שב"כ וכ"ו. כשאנחנו מדברים על חוק שירות המדינה (משמעת), החוק יוצר בית דין למשמעת של עובדי מדינה. מח"ש (מחלקת חקירת שוטרים) בפרקליטות, מוסמכת לסגור את התיק בלי לנקוט צעדים כלשהם או להעמיד את השוטר בפני הליך פלילי. מח"ש עובדת כפרקליטות פלילית רגילה. לפעמים מח"ש תמצא שהמקרה לא מספיק חמור כדי להעמיד אותו לדין פלילי, לעומת זאת זה לא מקרה שאפשר לסגור את התיק מהטעם שאין אינטרס ציבורי להעמדה לדין. מה עושים? כי בכל זאת השוטר סטה מן השורה, לא ניתן לעבור לסדר היום. אז מעמידים אותו לדין משמעתי. בפקודת המשטרה יש הוראות משמעת, אם שוטר הפר אחד מהקודים ההתנהגותיים והתנהג בצורה לא ראויה, מעמידים אותו לדין משמעתי שביה"ד למשמעת יבחן את התנהגותו. החומרה של הדין המשמעתי לפעמים יותר גרועה מההליך הפלילי כי העונשים שביה"ד מורשה לגזור לפעמים יותר חמורים מהענישה הפלילי. לעיתים אדם מעדיף להיות במאסר מאשר שיורידו אותו בדרגה או שיקפאו את קידומו או יפטרו אותו. הדין המשמעתי לא מגיע לדרגת המשפט הפלילי אבל לעיתים הוא לא פחות חמור.

מהי מידת ההוכחה שיש להביא כדי לשכנע את הרכב ביה"ד שהאיש עשה את מה שמייחסים לו?

אין הנחיה ברורה מהי מידת ההוכחה הרצויה. כשאין אמת מידה ברורה מה שמשפטנים עושים זה לפי כל מקרה ומקרה, ביהמ"ש ידרוש את מידת ההוכחה שנראית לו באותו עניין לפי הנסיבות.

הדין המשמעותי בצבא הוא אכיפת משמעת שמתבצעת ע"י המפקדים. מי ששופט את החיילים בעבירות משמעת אלו המפקדים שהוסמכו לשמש כקציני שיפוט אבל ההליך הוא לא אותו הליך מאותה חקיקה אזרחית לגבי דין משמעותי. אין סדר דין כמו שיש סדר דין בבתי הדין למשמעת. אין הנחיה באשר למידת ההוכחה. ההליך צריך להיות מהיר ואפקטיבי. אין ייצוג, חייל לא מוסמך להביא אל מפקדו עו"ד שייצג אותו. לעומת זאת, כמובן שיש ייצוג בדין המשמעותי של המדינה.

ביה"ד הצבאי מקביל לבימ"ש פלילי לשם יגיעו מקרים של עריקות, נפקדות, שימוש בלתי חוקי הנשק וכ"ו. ביה"ד מוסמך לשפוט חיילים בכל העבירות המעוגנות בחוק העונשין. כמובן שחייל שמבצע עבירה פלילית שלא קשורה לתפקיד הוא יישפט בבימ"ש פלילי כי אין קשר לשירות הצבאי שלו.

-המשך-20. עניינים שאין צורך להוכיחם:

20.1 ידיעה שיפוטית:

יש דברים שהפסיקה קבעה שמיותר להוכיח אותם כי הם נמצאים בידיעת כל אדם כולל ידיעתם של השופטים. ע"א 224/78 חמישה יוד תכשיטנים בע"מ נ' פיירמנס פאנד אינשורנס קומפני- בעל חנות תכשיטים סגר את העסק, לקח איתו את אותם תכשיטים שהיה אמור להפקיד בכספת ובדרך לכספת עצר ובדק מה עם הבניין שהוא בונה, הוא טיפס למעלה והשאיר את התיק עם התכשיטים במכונית, המכונית נפרצה והתכשיטים נגנבו. הוא תבע את חברת הביטוח, חברת הביטוח אמרה שבידיעתו של שופט ושל כל אדם סביר אין היגיון בלהשאיר רכוש כזה ברכב וללכת. השופט היה צריך להאמין לו שהוא השאיר את זה באוטו ושה "מנהג המקום", שכך עושים כולם. השופט לא האמין לזה וקבע שזה לא מתקבל על הדעת, אדם סביר לא ישאיר ללא פיקוח דבר כזה ולכן זו לא ידיעה שיפוטית שמשאירים רכוש בעל שווי באוטו. כשהשופט צריך להאמין לתובע, הוא צריך לסמוך על ניסיון החיים שלו. הוא דחה את התביעה כי זו לא ידיעה שיפוטית שאדם סביר ישאיר באוטו תכשיטים יקרי ערך ויטען שזה "מנהג המקום".

21. פסק דין במשפט פלילי- כראיה במשפט אזרחי:

סעיפים 42א-42ה לפקודת הראיות- התיקון נולד לאחר שבעצם הגיעו דברים למצב שבימ"ש פלילי קובע עובדות במקרה מסוים ועל יסוד אותן עובדות, המקרה שנחקר ונשפט במשפט הפלילי משמש מושא בתביעה אזרחית. נניח בתאונה קטלנית, המשטרה בוחנת, חוקרת ולפעמים זה מסתיים בהעמדה לדין של האחראים לתאונה, לפי פקודת התעבורה בסעיף 64 אם זה מוות, וגם חוק העונשין מייחס לגורם התאונה שהביא למוות עבירות חמורות של גרימת מוות ברשלנות או בזלזול בוטה בחוקי התנועה (עבירה באדום למשל). המקרים האלו מסתיימים בעבירה. **תיקון 137 לחוק העונשין**- מדובר בהחלפת כל עבירות ההמתה שהיו עד כה לא מעודכנות בעבירות פליליות ליותר מודרניות. התיקון ייכנס לתוקף ביוני 2019 ומאז כל עבירה שמסתיימת במוות, האדם יואשם לפי העבירה החדשה, לפי התיקון החדש.

קיימת תביעה אזרחית גם במצב כזה של תאונה קטלנית. בעבר, המשפט האזרחי והמשפט הפלילי הגיעו לעובדות סותרות ע"י שמיעת עדויות. כדי להפחית את המצב הזה של ממצאים סותרים בין ערכאות שונות הומצא סעיף 42א לפקודת הראיות שאומר שממצאים ומסקנות של פס"ד פלילי יכולים לשמש כראיה לכאורה בהליך האזרחי. ההיגיון הוא שכדי להוכיח עובדות בהליך הפלילי נזקקים לרמת שכנוע מירבית של למעלה מ-90%, מעל ספק סביר, לעומת זאת במישור האזרחי לא נזקקים למעל 51% הוכחה. **החוק אומר שאם מדובר בפס"ד מרשיע ולא מזכה אז ניתן להשתמש בממצאים ובמסקנות של פסה"ד המרשיע בפס"ד אזרחי אם מדובר באותו אדם שעומד מאחורי הדברים, אותו נאשם שהוא גם נתבע בהליך האזרחי או מי שבא בנעליו או בחליפו.** ביהמ"ש מקל על הצדדים

בהליך האזרחי אם מדובר באותם אנשים כי הוא חוסך מהם את הצורך לחזור ולהשמיע את אותם עדים שהעידו במשפט הפלילי על אותן עובדות. לא ניתן לקחת את הראיות שהובאו במשפט הפלילי ולהביא אותן למשפט האזרחי אבל מה שכן הם יכולים לעשות זה ללמוד את הממצאים ואת המסקנות שעולים מהמשפט הפלילי ולהשתמש בהם במשפט האזרחי. אין רשות לכאורה להביא את הראיות עצמן מההליך הפלילי, אלא ללמוד את הממצאים ודרכם ללמוד מה יהיו הראיות. סעיף 42 לפקודת הראיות מתיר לביהמ"ש במקום שיש לו ספק איך הגיעו לממצאים, לעיין בראיות שהיו בפני ביהמ"ש הפלילי.

יתרה מכך, הצדדים המעוניינים בתביעה אזרחית יכולים לבקש מבימ"ש הפלילי לפי חוק בתי המשפט, מיד עם תום הדיון לחזור ולבדוק את התביעה האזרחית (מאותם שופטים ששפטו בהליך הפלילי) ולפסוק בתביעה האזרחית. מדובר בתביעה נגזרת.

השופט הפלילי מוסמך גם לשפוט בעניין האזרחי ואפילו לפסוק פיצויים בהליך הפלילי.

סעיפים 42-א-42 לפקודת הראיות:

קבילות פסק דין

42. (א) הממצאים והמסקנות של פסק דין חלוט במשפט פלילי, המרשיע את הנאשם, יהיו קבילים במשפט אזרחי כראיה לכאורה לאמור בהם אם המורשע או חליפו או מי שאחריותו נובעת מאחריות המורשע, ובכלל זה מי שחב בחובו הפסוק, הוא בעל דין במשפט האזרחי.

(תיקון מס' 18) תשע"ז-2017

(1א) הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם על פסק דין חלוט במשפט פלילי של בית משפט צבאי, כהגדרתו בתקנות שעת חירום (יהודה והשומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז-1967, כפי שהוארך תוקפו ותוקן נוסחן בחוק, מעת לעת.

(ב) הוראות סעיף זה אינן חלות על –

(תיקון מס' 15) תשע"ב-2012

- (1) פסק דין של בית משפט עירוני שלא ניתן מאת שופט של בית משפט שלום ;
- (2) ממצאים ומסקנות שבגזר הדין, להבדיל מהכרעת הדין.

עיון בפרוטוקול ובחומר אחר

42. הוגשה ראייה כאמור בסעיף 42א, רשאי בית המשפט לעיין גם בכתב האישום, בפרוטוקול ובכל חומר אחר שהוגש במשפט הפלילי, אם ראה צורך בכך לשם הבהרת האמור בראיה.

ראיות לסתירת פסק דין

42. הוגשה ראייה כאמור בסעיף 42א, לא יהיה המורשע או חליפו או מי שחב בחובו הפסוק רשאי להביא ראיה לסתור, או ראייה שכבר נשמעה או הוגשה במשפט הפלילי, אלא ברשות בית המשפט, מטעמים שיירשמו וכדי למנוע עיוות דין.

ממצאים ומסקנות בתביעה אזרחית נגזרת

42. בדיון בתביעה אזרחית לפי סעיף 35א לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, יראו את הממצאים והמסקנות שנקבעו במשפט הפלילי כאילו נקבעו במשפט אזרחי.

שמירת דינים

42. הוראות סימן זה באות להוסיף על כל דין בדבר קבילות פסק דין כראיה.

23/10/18

שיעור ראשון

מצגת 1-

הכשרות והחובה להעיד:

סעיף 2 לפקודת הראיות-

• "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 מעבידו, עובדו, בן זוגו או קרובו של התובע, המתלונן, הנתבע או הנאשם, או מפני שהורשע או נושא עונש על עבירה".

• זו אינה רשימה ממצה של הכשרים לעדות, אלא המחשת הכלל שהכל כשרים לעדות, חרף חשש לפגמי מהימנות.

כעיקרון השופטים מעוניינים לקבל כמה שיותר מידע וככל שיש יותר אנשים שיכולים להעיד יוכל להגיע לביהמ"ש מידע רחב יותר. מצד שני, ייתכן שישנם עדים מסוימים שניתן לחשוש שלא היו מהימנים או לא היו אמינים, אולי יש להם נגיעה עם הנאשם. **הכלל הוא "הכל כשרים"**. למשל: יחסי עובד- מעביד (אולי יש אינטרס), בן זוג/ קרוב של תובע, הם כשרים למרות החשש.

יש עניין של כשרות- קבילות- כלומר הראיה קבילה ויכולה להיכלל במכלול הראיות.

• כשרות (קבילות) מול משקל;

• מהימנות מול אמינות (ע"פ 10009/03 פלוני נ' מדינת ישראל).

ראיות שלא יהיו קבילות = החשש שהסתמכות עליהן עלולה להטעות. מקור ההבחנה נבע משיטת מושבעים והחשש הוא שהראיות עלולות להטעות את המושבעים. שופט יבחן את הראיות ויגיד מה קביל ומה לא ואז השופטים ישתמשו בראיות הקבילות. **בשנים האחרונות חלה מגמה של מעבר מקבילות למשקל.**

ראיות קבילות זה "שער הכניסה". אם הראיה נחשבת כחלשה שופט יכול לתת לה משקל 0 למרות שהיא קבילה אבל קשה להסתמך עליה בהכרעת הדין. ראיות קבילות זה הכל או כלום.

מהימנות מול אמינות:

אדם מהימן מאמין שמה שהוא מספר זה נכון, הוא מדבר דיבור רציף, הדברים שלו לא סותרים אחד את השני אך כאשר בוחנים את הדברים רואים שהעדות שלו לא מהימנה. עד שרואים בעדות שלו סימני אמת, דהיינו דיבור רציף ללא סתירות פנימיות בדברים ייתכן שלמרות שהוא מאמין בדברים שהוא מסר המצב העובדתי שונה. הוא לא משקר לכן הוא נחשב מהימן אבל הוא לא אמין כי המציאות היא שונה. במקרה כזה המשקל שניתן לעדות שלו יהיה מאוד נמוך.

מעיקרון הכשרות להעיד נובעת החובה להעיד:

• החובה להעיד

הסמכות להזמין עדים: ס' 1 לפקודת הראיות, ס' 106 לחסד"פ, ת' 178 לתקסד"א:

יזומן רק מי שעדותו קבילה ושייכת לעניין.

בית המשפט רשאי לסרב להוציא הזמנה לעד אם אין בה צורך.

– סנקציה של מי שאינו מציינת להזמנה: ניתן להוציא נגדו צו הבאה, לקנוס אותו או לאסרו (ס' 73-73 לחוק בתי המשפט)

– סנקציה של "העד השותק": מי שמסרב להשיב שלא מטעמי חיסיון, עובר על ס' 241 לחוק העונשין ועל ס' 5 לפקודת ביזיון בית המשפט (נבולסי)

בימ"ש לא חייב לזמן כל עד שאחד הצדדים מבקש לזמן אותו. הכלל- יזומן רק מי שהעדות שלו באמת קבילה, שייכת ורלוונטית. נניח זימנו אדם והוא לא מעוניין להגיע, יש סנקציות נגדו: אפשר להוציא צו הבאה וכ"ו.

נניח הבאתי עד אבל הוא לא מדבר בשולחן העדים אז זה לא תורם, מי שעולה על שולחן העדים גם חייב להשיב על השאלות ששואלים אותו. הוא יכול לא להשיב מפני חיסיון עו"ד- לקוח.

סעיף 5 לפקודת ביזיון בימ"ש- אם עד סירב להעיד או להיחקר ולא הראה סיבה לסירוב- בימ"ש רשאי לאסור אותו עד 30 יום.

ע"פ 217/59 היועמ"ש נ' נבולסי- ערעור על זיכוי מאשמת רצח- שני עדים הגיעו מטעם התביעה והם אחיו של נבולסי הנאשם ואז טענתם הייתה שהאם ציוותה עליהם לפני מותה לא להעיד נגד אחיהם אז בימ"ש עצר אותם לחודש ימים לפי סעיף 5 לפקודת ביזיון ביהמ"ש ואז עלתה השאלה בבימ"ש אם אפשר לאסור אותם שוב, לא- יענישו אותם לפי סעיפים אחרים. הכלל הוא שלא ניתן להפעיל את אותו סעיף שוב כנגד אותו עד. הרציונל הוא סופיות הדיון, החשש שביהמ"ש עלול לעכב את גמר המשפט לתקופה בלתי מוגבלת.

• החובה להעיד אמת

– עדות שקר היא עברה על ס' 237 לחוק העונשין.

– הזכות לחיסיון, לרבות הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, אינה מקנה זכות "לשקר".

עדות שקר היא עבירה וניתן לאסור את העובר עליה למשך 7 שנים. אם עדות השקר הייתה לטובת הנאה ניתן לאסור למשך 9 שנים.

סעיף 10א לפקודת הראיות- הפחדת עדים במשפט הפלילי ואז ניתן לקבל את העדות שלו במשטרה ולא בבימ"ש.

• הזכות לחיסיון- אני יכול לא להעיד על דברים ספציפיים שעלולים להפליל אותי אך אני לא יכול לשקר. תצהיר דינו כדין עדות כולל החובות הקבועות בחוק. אם יש פרט שהוא לא טוב לי- אני לא אוסיף אותו.

חריגים לכשרים להעיד- בבימ"ש:

חריגים מכח החוק:

בעל ואישה, הורה וילד.

• סעיף 3 :

"במשפט פלילי אין בן זוג כשר להעיד לחובת בן זוגו..."

• סעיף 4 :

"במשפט פלילי אין הורה וילד כשרים להעיד האחד לחובת משנהו..."

- עדות מטעם התביעה אסורה ;
- עדות מטעם ההגנה מותרת ופותרת פתח לחקירה נגדית, שבה יעיד אדם לחובת בן המשפחה.

סעיף 3 לפקודת הראיות- מתייחס רק למשפט הפלילי- בן זוג אינו רשאי להעיד לחובת בן זוגו"

אם לא מצוין אחרת בחוק לגבי הכשרות להעיד ההוראה להעיד חלה הן במשפט האזרחי והן במשפט הפלילי.

- סעיפים 3 ו-4 לפקודת הראיות ;
- רק בהליך שיפוטי, ולא בהליכי חקירה ;
- רק בהליך פלילי ולא בהליך אזרחי ;
- רק בני זוג נשואים בעת העדות (דרשני) ;
- ילד טבעי או מכח אימוץ כדון, שבתוקף יום מתן העדות (ס' 8 לפק', ס' 35 לחוק אימוץ ילדים).

חריג ראשון: בני זוג:

עי"פ 500/77 עומרי נ' מד"י- הש' שמגר מונה שלושה נימוקים ללמה קיים הכלל של היעדר כשרות :

1. נימוק ראשון- היסטורי, עובדתי- רואים את בני הזוג כיחידה אחת.
2. נימוק שני- הם בעלי עניין אחד של השני. הביקורת: הם לא היחידים שהם בעלי עניין.
3. נימוק שלישי- נימוק מרכזי- שמירה על שלום בית ועל שלמות התא המשפחתי.

מד"י לא יכולה להזמין בן זוג להעיד כנגד בן זוגו. בן זוג הוא מי שנחשב לכה על פי הדין הדתי, ספק בני זוג וידועים בציבור.

אם אני רוצה להעיד לטובת בן זוגי?

זה אפשרי! אבל יש גם חקירה ראשית וגם חקירה נגדית וברגע שנאמר בחקירה נגדית משהו, כל מה שנאמר בעדות זה סוג של סיכון שעוה"ד לוקח כי כל מה שאני אומר לטובת בן זוגי יכול להיות לטובתו או לרעתו.

חריג שני: הורים- ילדים:

ילדים- הילדים הטבעיים.

המבחן: "האם הם בני זוג או האם הם הורים וילדים?" הוא **ליום מתן העדות**.

חריג לחריגים: כשיש עבירת אלימות (לא רק בין בינו לבינה) ניתן להעיד. הרציונל הוא להילחם בפשיעה.

• בן משפחה – העדות אינה קבילה;

• שותפו של בן המשפחה – אין כפיה להעיד,

אך העדות מותרת, לרבות לעניין בן הזוג (מטוסיאן).

סעיף 3:

"...ואין כופים אותו להעיד לחובת אדם המואשם יחד עם בן זוגו בכתב אישום אחד."

סעיף 4:

"...ואין כופים אחד מהם להעיד לחובת אדם המואשם יחד עם משנהו בכתב אישום אחד."

נניח רוצים להעיד אותי נגד השותף לכתב האישום של בן זוגי אני יכולה לבחור שכן להעיד ואני יכולה לבחור שלא אך אם אני מעידה אני לוקחת סיכון שאני אגיד משהו נגד בעלי. אם ויתרתי על הזכות שלי לא להעיד והעדתי לטובת בעלי ופישלתי זה ישמש כנגדו.

06/11/18

שיעור שני

-המשך- המצגת:

הכלל- כולם כשרים להעיד- סעיף 2.

חריג: בעל- אישה, הורה- ילד- לא ניתן להעיד- סעיף 3, 4.

חריג לחריג: אלימות במשפחה או כלפי אנשים חיצוניים- יש חובה להעיד בין בני זוג- סעיף 5.

חריגים לחריג – עדות מותרת – ס' 5 לפקודת הראיות:

• עבירה על חבלת גוף, אלימות או איום באחד מאלה. אין הכרח שהעבירה תופנה כלפי בן המשפחה (פס"ד עומרי).

חבלת גוף ואלימות פורשו בפסיקה בצורה מרחיבה: אם אני מפרשת את החריג לחריג אז יותר ראיות יכולות להיות קבילות כי החריג לחריג מבטל את החריג. זו המגמה של המעבר מקבילות למשקל. ניתן להכליל יותר מקרי אלימות כעבירות אלימות. גם אלימות לרכוש, אם אדם מצית בית של שכן זו אלימות. אלימות פיזית קלה כחמורה, ניסיון לרצח, אלימות כלפי בעלי חיים.

הש' קדמי דיבר על שלושה מבחני סיווג לאלימות:

1. יכולה להיות עבירה שבין היסודות שלה יהיה קיים יסוד אלים.

2. שטיב העבירה תסווג כעבירת אלימות

3. שהביצוע היה כרוך בהפעלת אלימות.

העבירה שעל פי טיבה מסווגת כעבירת אלימות היא הרווחת בפסיקה.

ע"פ 7895/04 פלוני נ' מד"י- מקרה של אב אלים כלפי אשתו, כלפי ילדיו, נתן עונשים איומים, התעלל מינית באישה, איים עליהם ברצח. הש' ארבל שאלה מה הכוונה בעבירת אלימות כדי שיוכל להיכנס תחת ס' 5? כשמבוצעת אלימות במשפחה בן הזוג יכול להעיד נגד בן זוגו, זו אחת הדרישות. כדי שנוכל להכליל יותר בני משפחה שיעידו אחד את השני יש לכלול עבירות אלימות בצורה רחבה יותר. שלילת כושר התנגדות של הבעל מהאישה זו גם עבירת אלימות. הוא סיפק לה סם מסוכן בניגוד לרצונה. גם סחיטה באיומים זו עבירת אלימות. הש' ארבל מסבירה שהמגמה של מעבר מקבילות למשקל בדיני הראיות בעקבותיה אנחנו צריכים לפרש בצמצום את החריגים בס' 4, 5 ואז יותר ראיות הופכות להיות קבילות וכך יותר קל לחשוף את האמת. לכן גם איומים וגם אלימות מילולית ואלימות כלפי רכוש נכללים במובן אלימות. **מרחיבים את הגדרת האלימות ואז יש יותר ראיות.**

מה שקביל נשאר. אם הוא נוטל סמים או מרמה את מס הכנסה זה לא נכנס בגדר עבירת אלימות ולכן אישה לא תוכל להעיד נגד בעלה. בעבירות צווארון לבן לא ניתן להסתמך על עדות בת הזוג, גם אם בעדות היא כללה עניינים שקבילים- לא פוסלים את העדות. האישה יכולה להעיד לטובתו של הבעל ולא נגדו. אם היא רוצה להעיד נגדו והיא לא נכנסת בחריג לחריג היא לא יכולה להעיד.

במקרים של עבירות שלא נכללות במסגרת סעיף 5 דהיינו, מהוות חריג בהתאם לסעיף 3, 4 בן המשפחה יוכל להעיד אך ורק לטובת בן המשפחה. לא ניתן להכריח אותו להעיד נגדו אלא אך ורק מטעם ההגנה במקרה ואלו עבירות שאינן עבירות אלימות. כל העבירות במסגרת סעיף 5 התביעה יכולה לזמן את בן המשפחה להעיד כנגד בן המשפחה.

- עבירות בתוך המשפחה.
- הפרת הוראה חוקית לעניין הפרת צו הגנה- הכוונה לפי חוק למניעת אלימות במשפחה.
- עבירות שיבוש הליכי משפט בקשר לאחת העבירות- גם אם בן זוג רואה את בת זוגו מחביאה את כלי הרצח הוא חייב להעיד נגדה, לשקר בחקירה וכ"ו.
- ניסיון לעבור אחת העבירות הנ"ל- ניסיון תקיפה, ניסיון רצח זה גם נחשב.

עדות על כמה עניינים קבילה לגבי החריגים לחריג ואינה קבילה לגבי מה שאינו חריג לחריג; למרות שהאישה מעידה על חלק מהדברים שהם כן קבילים מפרידים את העדות ומקבלים את החריגים כקבילים.

העדות אינה נפסלת כולה רק משום שעלו בה עבירות שאינן נכללות בחריגים לחריג (פס"ד פלוני)

הרציונל הוא שכולם כשרים להעיד וכך נוכל להגיע לחשיפת האמת. למרות שרוצים לשמור על התא המשפחתי מתי נתיר עדות בין בני משפחה? יכולה להיות סיטואציה בה האישה רואה את הבעל מסתכסך עם שכן ומוציא סכין. נניח שהוא מאיים ופוגע בשכן- העדות של האישה היא מותרת וזה חובה בעצם.

כשרות להעיד= אם העדות רלוונטית אז היא הכרחית.

חריג מכוח ההלכה: שופט

- שופט לא יעיד על דבר שטיפל בו כשופט.
- שופט יעיד על דבר שלא טיפל בו כשופט רק לאחר אישור בית המשפט.
- העדות תהיה בכתב במענה לשאלות שיתיר בית המשפט.

• יוצגו שאלות הבהרה בכתב, שיתיר ביהמ"ש- עוברות דרך מסננת ביהמ"ש.

• חקירה נגדית תיערך בדרך שיקבע בית המשפט לאחר קבלת חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה. (פס"ד יוסף)- ברגע שביהמ"ש אישר שאלות הבהרה ואני רוצה לחקור את השופט בחקירה נגדית ביהמ"ש יחליט באיזה אופן: בדלתיים סגורות/ בלשכת השופט או בכל דרך אחרת. המסננת הנוספת זה היועמ"ש שצריך לאשר את החקירה הנגדית.

רע"א 3202/03 מד"י נ' יוסף- דובר במקרה של שוד ורצח של חלפן כספים, הוגש כתב אישום ברצח, הוא הורשע. לאחר שהורשע ברצח הוא זוכה לאחר שריצה חלק מהעונש. ההרשעה הזיקה לו, הגיש תביעה נזיקית ובמסגרת ההליכים להוכחת התביעה שלו עוה"ד שלו ביקש להעיד את הפרקליטה שניהלה את התיק שלו. בינתיים הפרקליטה התקדמה והפכה להיות שופטת אך העדות שלה קריטית. עלתה השאלה האם אפשר להעיד שופט בעניין שלא קשור לעניין השיפוטי שלו, לתפקיד השיפוטי שלו? בביהמ"ש המחוזי דחו את הבקשה להעיד את השופטת ואז הוגשה רשות ערעור לעליון. הבעייתיות שיכולה להיות זה ביזוי שופט. ישנם אינטרסים מנוגדים: האם לאפשר עדותה של השופטת או לא? מצד אחד אם מאפשרים עדות וחקירה של שופט על שולחן העדים הדבר יכול לבזות את השופט ואת מערכת המשפט, הגנה על מעמד בתי המשפט, אי תלות, הבטחת אמון הציבור. מצד שני חשוב לנו לחשוף את האמת, עשיית משפט צדק, הגינות ההליך השיפוטי. השאלה היא איך מאפשרים? **נקבע שלא ראוי להעיד שופט כעד בבימ"ש על דבר שקשור בתפקידו השיפוטי. אלא יש להגיש ערעור. בעניין שלא קשור לתפקידו השיפוטי יש לנהוג לפי הכללים הבאים: ביהמ"ש שדן בהחלטה אם להעיד אותו יחליט לפי החומר שיוצג בפניו ולפי טענות הצדדים. אם יש צורך בעדות הזו של השופט תוך הדגשה שמדובר בעניין שלא קשור לתפקידו השיפוטי. אם ניתן אישור לעדות שופט, העדות שלו תהיה באמצעות כתב, מענה על שאלות שביהמ"ש יבדוק תחילה את השאלות עצמן ויחליט אילו שאלות יוצגו לשופט. קודם בודקים אם העדות לא קשורה לתפקיד השיפוטי, לאחר מכן בודקים את השאלות, אם הן לא פוגעניות מדי או לא רלוונטיות לקידום התיק. אישור של בימ"ש שניתן לעדות זה ע"י אותו ביהמ"ש שדן בתיק (האזרחי). הרציונל של פסה"ד הוא שמירה על טוהר ההליך השיפוטי ועל מעמד ביהמ"ש. לא מעוניינים להגיע למצב שעו"ד תוקף שופט על שולחן העדים או לחילופין שעו"ד נמנע מלתקוף שופט ואז לא ממלא את תפקידו כראוי. זה חריג שנוצר למעשה מכוח ההלכה.**

דוג' לשאלה למבחן: מוצגים לפניכם שני היגדים:

לא ניתן להעיד שופט/ ניתן להעיד שופט אך ורק בעניין שלא קשור לתפקידו השיפוטי.

1. ההיגד הראשון נכון.

2. ההיגד השני נכון- ניתן להעיד שופט בדוכן העדים.

3. ההיגד השני נכון באמצעות שאלות בכתב.

4. אף אחד מההיגדים אינו נכון.

חריג מכוח ההלכה: שותף שנשפט בנפרד

• הלכת קינזי: אין להעיד אדם נגד שותפו שנשפט בהליך אחר, אלא לאחר תום משפטו של העד.

שני כתבי אישום נפרדים- התביעה רוצה להעיד שותף אחד לעבירה כנגד השותף השני. עד פסה"ד הזה ההלכה הייתה שלא ניתן להעיד אדם נגד שותף שנשפט בהליך אחר אלא אם כן הסתיימו ההליכים שהכוונה הייתה שהוא לא ייטה לטובת התביעה מתוך ציפייה שיקלו עליו במשפט שלו. יש שני נאשמים משני כתבי אישום שונים, יבוא אחד שיעיד נגד השותף שלו ויעיד לפי האינטרסים שלו ולא לטובת התביעה. הלכת קינזי 194/75 קינזי נ' מד"י- במקרים כאלה המדינה לא יכולה להעיד שותף נגד שותפו בכתב אישום נפרד עד שיסתיימו ההליכים כשהחשש היה שהוא יקבל טובות הנאה מהתביעה או יעיד עדות שקרית, יאיר את הדברים באור שנוח לו. הבעייתיות בהלכה היא

שיש התמשכות ההליכים עקב הצורך להמתין לסיום משפטו של השותף. זה פוגע בסדר הדיוני של שמיעת עדים, לפעמים עלולים אפילו לוותר על העדות שלו ואם אני מוותרת על העדות שלו זה עלול לפגוע בחקר האמת. רשויות התביעה נאלצו לעיתים למתן את חומרת כתבי האישום ולערך הסדרי טיעון מקלים עם שותפים כדי שהם יעידו במטרה שהתיק ייסגר ואז העד השותף יעשה הכל כדי להשהות את ההליכים בעניינו. כל עוד לא מציעים לי הצעות טובות אני לא אגיע להעיד. כשמשחררים אותם זו סכנה לציבור לעיתים.

• כיום ההלכה: אין מניעה להעיד במשפטו של נאשם את שותפו כשמשפטו עודנו מתנהל.

• במקרים נדירים ביותר, כגון כשמשפטו של השותף מתנהל ביעילות, והוא מתכוון להעיד כעד תביעה, ניתן לשקול לדחות את העדות, ובית המשפט ינמק החלטת דחייה.

(מ"י נ' ביהמ"ש המחוזי בבאר שבע)

בג"ץ 1139/05 מד"י נ' ביהמ"ש המחוזי בבאר שבע - בהרכב של שבעה שופטים נקבע שהלכת קינזי לא קיימת יותר- אין מניעה ששותף יעיד כנגד השותף השני גם אם המשפט של השותף הראשון עדיין מתנהל. שם דובר בשלושה כתבי אישום- היו מאבקי כוחות בין עבריינים ואז נקבע שהמתנה לסיום משפטו של עד תהיה בשיקול דעתו של ביהמ"ש והיא תופעל רק במקרים מצומצמים מאוד ומטעמים מיוחדים שבימ"ש ינמק. במצבים נדירים אולי כן ימתינו לשותף שהתיק שלו יסתיים.

*****לקרוא :

4.2- קטין בסילבוס.

4.3- העד שלוקה בנפשו ובשכלו

4.4- פס"ד חכמי ופס"ד קדוש

4.5- עד מדינה.

20/11/18

שיעור שלישי

עדים מיוחדים : עד מדינה

אותו אדם ששותף בעבירה והמדינה מציעה לו טובת הנאה על מנת שיוכל להעיד נגד השותף.

סוגי טובות ההנאה :

1. טובת ההנאה הקלאסית- ביטול כתב אישום.
2. פיצוי כספי תמורת העדות.
3. הקלה בסעיפי אישום.
4. התחשבות בתיקים אחרים שהוא מואשם בהם.
5. עונש מופחת.

"עד מדינה" –

"שותף לאותה עבירה המעיד מטעם התביעה לאחר שניתנה או שהובטחה לו טובת הנאה".

(סעיף 54א סיפא)

התנאים שאדם ייחשב לעד מדינה :

- שותפות לאותה עברה ;
- קבלת טובת הנאה או הבטחה לטובת הנאה ;
- קיום זיקה בין מתן טובת ההנאה למתן העדות ; שכתוצאה מההבטחה לאותה טובת הנאה הוא הסכים למסור את העדות שלו.
- זיקת הנאה – מבחן אובייקטיבי ;

"יתקווה" של העד משפיעה רק על משקל עדותו (שמרלינג)

"עד מדינה לשיטתו", נדרשת תוספת לעדותו לפי נסיבות העניין (אבו-ליטאף) ;

- ניתן להרשיע על סמך עדות יחידה של עד מדינה, אך נדרש לה סיוע (לעומת חיזוק אצל שותף)
 - אם בוטל הסכם עד המדינה, ניתן להגיש את הודאותיו של עד המדינה שניתנו בעקבות ההסכם, בתלות במבחני סעיף 12 : כל עוד ההודאה חופשית ומרצון (תורק)
 - מקרה מיוחד : ניתן להרשיע בעברות שוחד גם לפי עדות יחידה של שותף לעברה. אך לעתים לנוכח אופיו של העד ומעורבותו נדרשת תוספת ראייתית, בהתאם למשקל העדות גופה (בן עמי)
- אי אפשר להרשיע אדם רק על סמך עד מדינה אלא צריך תוספת ראייתית הכי חזקה בדיוק מהסיבה שיכול להיות שהוא ישקר.

מי יכול להעניק מעמד של עד מדינה ?

היועמ"ש או פרקליט המדינה, המשנה לפרקליט המדינה או פרקליטי המחוז. ההסכם עצמו זו הבטחה שלטונית. במידת הצורך ניתן לעתור לבג"ץ.

למי ניתן להציע מעמד של עד מדינה ?

כשמדובר בשותף זוטר ולא ביוזם העבירה, מבצע העבירה העיקרי. מעמד כזה יוענק רק במקרה של עבירה שהיא חמורה ואז חומרתה מציעה פטור לשותף הזוטר או שהיא שכיחה מאוד ויש עניין מסוים בציבור בקשר לאותה עבירה.

הענקת מעמד של עד מדינה היא רק ע"י הסכם מסודר.

האם ניתן להציע למישהו להיות עד מדינה בתור תחבולה, אם אין כוונה אמיתית לעשות זאת? לא, זו תחבולה מכוונת, לא מציעים לאדם אם לא מתכוונים לתת לו להיות עד מדינה באמת.

למשל אם מגיע נאשם ואומר לחוקר שהוא מתאים להיות עד מדינה, אם נחתם הסכם זה בסדר אבל אם לא נחתם הסכם עדיין ניתן להשתמש בכל הדברים שלו כנגדו וגם ההצעה שלו להיות עד מדינה- ניתן להשתמש בזה.

אם התביעה מציעה לחשוד לשמש כעד מדינה התגובה שלו לא רלוונטית (התלהבות וכדו') לעומת זאת אם החשוד מציעה לחוקר/ משטרה לשמש כעד מדינה לא רק שזה משמש לרעתו אלא זה יכול לשמש כראשית הודיה.

הודיה/ הודאה = האדם מפליל את עצמו.

הודעה = האדם מפליל אדם אחר.

מתי בוחנים האם קיימת טובת הנאה או לא? בשלב בו מסר את הגרסה לראשונה, בוחנים האם באותו שלב שהוא מסר את הגרסה שלו פעם ראשונה אחרי שהובטחה לו טובת הנאה ואז מתייחסים לעדות שלו כעד מדינה.

ע"פ 7450/01 אבו- ליטאף נ' מד"י- הרשעה על רצח ולתא שלו הוכנס מדובב כשהוא נעצר. המדובב דיבר איתו אם יש סיכוי שהוא יהיה עד מדינה או לא. הוא אמר לו את טובות ההנאה שעד מדינה מקבל. הנאשם נשבר וסיפר את הכל, הוא הפליל את השותף שלו לעבירה. הסניגוריה אמרה שיש לראות אותו בתור עד מדינה. הוא טען שהוא חשב שהוא עד מדינה לשיטתו. הש' ברלינר באוביטר קבעה שעד מדינה לשיטתו זהו עד ביניים ואז הדבר מאפשר לביהמ"ש להצהיר עליו כסוג של מעמד ביניים בין עד שהוא שותף לבין עד שהוא עד מדינה. ביהמ"ש בוחן עד כמה הוא באמת האמין שהוא עד מדינה ובהתאם הוא יקבע איזו תוספת ראייתית נדרשת.

3 תוספות ראייתיות:

- סיוע (הכי חזק- יש להביא אותו בנוסף לעדות),
- חיזוק (אם זה שותף שמעיד על הנאשם צריך חיזוק),
- דבר מה.

לא ניתן להרשיע את הנאשם על סמך עדות יחידה של עד מדינה אלא אם כן יש סיוע (תוספת ראייתית שיכולה להיות ממצא נוסף או עדות נוספת).

עפ"י עד רגיל, עדות יחידה ניתן להרשיע.

כשיש עדות של שותף קשה להרשיע על סמך העדות שלו כי יש לו אינטרס להקטין את הענישה שלו. לכן צריך חיזוק. כשיש עדות של עד מדינה דרוש סיוע של ראיות נוספות (תוספת ראייתית).

הפרת הסכס- פס"ד תורק נ' מד"י- נגרם מותו של ילד בן 3 בפיצוץ מטען חבלה ברכב של אביו, תורק הפליל את עצמו ואת חברים שלו כשהביע רצון לשמש כעד מדינה. נחתם איתו הסכס מסודר והתחייבותו הייתה שהוא יעיד נגד השותפים שלו ובתמורה לא יעמידו אותו לדין. עבר זמן והוא הפר את הסכס. הסניגור שלו טען שאי אפשר להשתמש בהודעות שהוא מסר כדי להפליל את עצמו. השאלה אם ניתן להשתמש בהודעות האלה או לא? והאם יש משמעות למי שהציע (מבחן היוזמה) להיות עד מדינה במקרה וההסכס הופר? אם התביעה הציעה אי אפשר להשתמש בהודעות לעומת זאת אם העד הציע את עצמו אין להשתמש בהודעות. יש בהסכס סעיף הפרה מפורש, העד חתם וידע מה החובה שלו להעיד נגד החברים שלו ומה יקרה אם לא יעשה זאת לכן אין משמעות למי שיזם.

לאחר חתימה על הסכס עד מדינה הכללים ברורים לשני הצדדים ומוסכמים. טובת ההנאה שמובטחת מעוגנת בהסכס. במקביל ההתחייבות של עד המדינה גם מצוינות בהסכס וישנו סעיף הפרה שמדבר על אופציה של הפרה ומה דין ההודעות שנמסרו. במקרה הזה ובכלל כשמפרים את ההסכס ניתן להשתמש בהודעות גם כנגדו. הערעור נדחה.

כשמופר הסכס של עד מדינה כל ההודעות וההודאות קבילות וניתן להרשיע אותו.

המקרה המיוחד הוא שההודאה ניתנה שלא חופשית ומרצון- ההודאה לא תהיה קבילה.

עדות שוחד:

במקרים של עבירות שוחד מסתפקים בעד בבימ"ש ולא בעד מדינה. ניתן להסתפק בשיתוף ולא נדרש חיזוק. עדות יחידה של שותף לעבירה שהוא עד מדינה יכולה להספיק לצורך הרשעה בעבירת שוחד כי זו עבירה שבסתר ואם מעוניינים לתפוס את העד המרכזי לפעמים מאפשרים. זה תלוי באופי העדות.

סעיף 296 לחוק העונשין- קובע שניתן להרשיע על סמך עד מדינה בלבד ללא תוספת ראייתית.

עדים מיוחדים: הלוקים בנפשם או בשכלם

• אם הליקוי אינו שולל מהעד לקלוט את המתרחש ולמסור דיווח אמין; וכושר העדותו לא נפגע - יכולתו להבין חובה לומר אמת בביהמ"ש - הריהו כשיר לעדות (גיבארי)
בעבר היו אומרים שלא יעידו לוקה בנפשו היום כן, אבל צריך לבחון אותו.
הכלל- גם עד שלוקה בשכלו או בנפשו כשר להעיד.

החריג- כשהלקות שהוא סובל ממנה שוללת מהעד את כושר ההעדה אז העדות שלו תיפסל.

ע"פ 684/80 עבד נ' מד"י- המבחן הוא כפול:

החלק הראשון- בוחנים האם מחלת הנפש או הלקות שוללת מהעד יכולת לקלוט מה מתרחש סביבו ולמסור דיווח אמין על מה שקלט. אם הוא מודע לקורה סביבו.

החלק השני- יכולתו להבין את החובה שלו לומר את האמת.

קודם בוחנים אם העדות של האדם קבילה, כושר העדה ואז כמה משקל ניתן לעדות שלו.

פס"ד ברדה- הש' גולדברג קבע מבחן משולש:

- כדי להעריך את העדות, לדעת איזה משקל צריכים לתת לה השלב הראשון של המבחן: מבחן ההתרשמות- התרשמות בלתי אמצעית מהלוקה בנפשו, הש' בוחן את התוכן שלה באופן כללי.
- השלב השני של המבחן- מבחן פנימי של העדות- התוכן- האם מה שהוא אמר סותר או הגיוני ואז בודקים את סימני האמת שעולים מהעדות עצמה.
- השלב השלישי של המבחן- מבחן העדות לפי סימנים חיצוניים: האם זה מתאים לעובדות, למשל אם הוא מספר שזה היה בלילה והמקרה היה בבוקר.

ע"פ 10009/03 פלוני נ' מד"י- דובר בקטינה שנעשה בה מעשה סדום, מעשה מגונה. בכתב האישום הוא הואשם באונס. פסה"ד קיבל את כתב האישום בגלל התסמונת הגנטית שלה שגרמה לה להיות נאיבית ולבטוח באנשים. בחקירה שביצעו מולה לא ידעו איך להתנהג מולה והחשש הוא שהיא המציאה דברים בגלל ההתלהבות שלה. לא ברור אם היא פשוט רצתה לספק פרטים כדי להרשיע ולמצוא חן בעיני החוקרים. שחררו את הנאשם מחמת הספק והוא זוכה מאחר שלא ידעו אם התסמונת גרמה לה להגיד את הדברים או לא.

התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית. חוקר משטרה במהלך חקירה סבור שלפניו עומד לקוי בשכלו ובנפשו, הוא נדרש לעצור את החקירה ולהעביר לחוקר מיוחד. אם יש חקירה דחופה חוקרים אותו גם ללא חוקר מיוחד. מי שהוא חוקר מיוחד ההכשרה הנדרשת היא של פסיכולוג/ עובד סוציאלי או קרימינולוג קליני. החוקר כותב חוות דעת תוך כדי החקירה ומתאר את מהלך החקירה. הלוקה בשכלו ובנפשו רשאי להביא איתו לחקירה מלווה אלא אם החוקר המיוחד סבור שהדבר יפגע בחקירה. הכלל הוא שהוא כן יכול לבוא עם מלווה אלא אם כן החוקר סבור שזה יכול להפריע. התביעה חייבת להוכיח שההודאה היא חופשית ומרצון גם אם הנאשם לא העלה את הטענה הזו. הנטל להוכחה כאן הוא על התביעה. נדרש לתעד את החקירה הזו. בד"כ נאשם שמעלה טענה שההודאה היא לא חופשית ומרצון מעלים משפט זוטא, פה התביעה נדרשת להוכיח בכל מקרה. משקל העדות נקבע לפי שלושת המבחנים הבאים:

שלושה מבחנים לקביעת משקל עדותם:

- מבחן התרשמות הבלתי אמצעית של ביהמ"ש מהעד לצד האמור בחוות הדעת הרפואית;
- מבחן פנימי של העדות - סימני אמת מהעדות פנימה;
- מבחן סימני אמת חיצוניים לעדות (ברדה, פלוני)

עדים מיוחדים: ילדים

- ילד מגיל 12 כשר לעדות לכל דבר ועניין- לא נדרשת תוספת ראייתית כדי להרשיע. העדות קבילה ואם השי' מחליט שהעדות ראויה יש לה משקל.
- ילד מתחת לגיל 12 – כשר להעיד אך נדרשת אזהרה לפי ס' 55(א) לפקודת הראיות.
- עדות יחידה של ילד מתחת לגיל 12 דורשת חיזוק לצורך הרשעה במשפט פלילי; במשפט אזרחי יכול בית המשפט לפסוק לפי עדות יחידה של ילד מתחת לגיל 14, אך עליו לנמק החלטתו.
- במשפטים פליליים - בעברות המנויות בחוק לתיקון דיני הראיות- חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955- עבירות קשות: נדרש חוקר ילדים שיודע איך לחקור בצורה עדינה.
- העבירות: זנות ותועבה; מין; עברות של הורים או אחראים כלפי קטינים; עברות אלימות, הפרת חובה של הורים כלפי ילדם, תקיפה, הזנחה, עבירות אלימות של קטין שהחשוד הוא הורה או אח, עבירה נלווית שנעברה בתוספת לעבירה הראשית, חטיפה וכליאה במשפחת הילד; רצח, ניסיון לרצח והריגה שלא בתאונת דרכים או במעשה טרור או איבה –

לפי עבירות אלו נוצר תפקיד חדש= חוקר ילדים/ חוקר נוער (אותו דבר).

חוקר ילדים גם בוחן את העניין וגם מחליט אם ניתן להעיד אותו.

סעיף 2(א) לחוק הגנת הילדים- לא ניתן להעיד ילד מתחת לגיל 14 ללא רשות חוקר ילדים במקרים הבאים:

1. העבירה נעשתה בגופו של הקטין.
2. העבירה נעשתה בנוכחותו של הקטין.
3. הקטין עצמו חשוד בביצוע עבירה.

החוקר בוחן את העבירה ומעיד אם זה אמין ומגיש את ההתרשמות האישית שלו לביהמ"ש. החוקר מחליט האם הילד יכול להעיד בביהמ"ש או לא יכול להעיד. בלי ההסכמה של חוקר הילדים לא ניתן להעיד אותו.

עדות של ילד מול חוקר ילדים ולא בבימ"ש לא מספיקה ולא ניתן להרשיע על בסיסה בלבד אלא נדרשת תוספת ראייתית של סיוע. לעומת זאת אם יגיע להעיד בבימ"ש ניתן להסתפק בעדות שלו כדי להרשיע.

עי"פ 1741/99 יוסף נ' מד"י – האב נהג באלימות כלפי ילדיו. ההורים נפרדו והאבא השתמש באמצעים אלימים כדי שהילדים יגידו שהם רוצים לגור איתו. הוגש נגדו כתב אישום. הילדים היו בני 6 ו-8. עברו שנתיים מאז שנחקרו. הסניגור רצה שייחקרו בבימ"ש. עלתה השאלה האם ההחלטה של חוקר הילדים שלא להעיד בבימ"ש היא סופית או שניתן לשקול זאת פעם נוספת עם חלוף הזמן? ביהמ"ש רשאי להורות לחוקר הילדים/נוער לשקול שוב את ההחלטה שלו אבל ההחלטה נשארת בידי חוקר הילדים שבוחן את טובת הילד. אם חלף זמן ניתן להורות על חוקר הילדים שיבחן שוב.

• המצב שונה:

• ילד מגיל 14 כשיר לעדות,

• וילד מתחת לגיל 14 יעיד רק בתנאים המנויים בחוק.

עדים מיוחדים: ילדים – עבירות מסוימות

• עדות וקבלת הודעה – רק בנוכחות חוקר נוער (הכלל מוחלט – דני"פ פלוני); מה שרשם חוקר הנוער קביל.

• החלטתו של חוקר הנוער שהילד לא יעיד, אינה סופית (יוסף)

• התרשמותו של חוקר הנוער ממהימנות הילד קבילה כראיה, אך ההכרעה הסופית נתונה לבית המשפט (דני"פ פלוני)

• ילד מעל גיל 14 יכול להעיד, אך אינו חייב, ואי העדה עשויה להשפיע על משקל העדות הכתובה, אך אינה חייבת (דני"פ פלוני)

• אם הוגשה העדות שניתנה בפני חוקר הנוער טרם הגיע הילד לגיל 14, והילד העיד לאחר גיל 14 – העדות הכתובה קבילה (בן אברהם); אם העדות הכתובה טרם הוגשה בהגיע הילד לגיל 14, נראה שאין להגיש את העדות הכתובה (דני"פ פלוני)

• לעדות הכתובה נדרש סיוע, אך רק כשאין ראיות אחרות שמספיקות להרשעה (בן אברהם)

• מה דינה של עדות ילד בבית המשפט שהופסקה (מזרחי)?

• העדות קבילה, אך יש לבחון את משקלה

• העדות הכתובה קבילה. גם התרשמותו של החוקר קבילה, אך ככל שהעדות בעל פה התקדמה, יפחת משקל ההתרשמות

• לעדות הקטועה נדרשת תוספת בין חיזוק לסיוע, לפי שלב הפסקת העדות.

דנ"פ פלוני- כאשר חוקר נוער חוקר ילד במסגרת חוק הגנת ילדים בנוסף להחלטה שהוא צריך לתת לבימ"ש, המלצה האם להעיד את הילד בבימ"ש או לא, בנוסף לכך הוא מכין דו"ח קביל בפני עצמו תוך התרשמות כללית מעדות הילד. ההתרשמות עצמה היא קבילה וזה בניגוד לכלל שאוסר על עדות שמועה. הדו"ח שלו קביל.

גם אם חוקר הילדים אישר העדה של ילד והגיע למסקנה שלמרות שהילד בן 10 הוא כן מסוגל להעיד בבימ"ש. אם בימ"ש רואה שנגרם לו נזק נפשי מהעדות בימ"ש רשאי להפסיק את עדות הילד וזה קבוע בסעיף 2(ג) לחוק הגנת ילדים.

סעיף 4 לחוק הגנת ילדים - כעיקרון ילד מתחת לגיל 14 יכול להיחקר רק ע"י חוקר ילדים אבל ישנם שני מקרים בהם למרות שלא חוקר ילדים הוא זה שחקר הראיה תתקבל:

1. המקרה הראשון- שאלות ששאל הורה או אפוטרופוס או רופא כן ניתן לקבל אותם.
2. המקרה השני- שאלות שנשאלו מיד אחרי העבירה. למשל: עובר אורח שראה ילד בוכה ושאל אותו מה קרה מיד לאחר העבירה.

תיעוד חקירה צריך להיות בוודאו, אם אין אפשרות אז בהקלטה קולית, אם גם זה לא אפשרי אז תיעוד בכתב.

פס"ד מזרחי- רע"פ 3904/96 מזרחי נ' מד"י - דובר בשכן שביצע מעשה מגונה בילד בן 10. חוקרת נוער חקרה את הילד והקליטה את החקירה והחליטה שהוא כן יכול להעיד בבימ"ש אבל המליצה במקביל להעיד את העדות שהקליטה כי לא הייתה בטוחה שיצליח לסיים את העדות בבימ"ש. את החקירה הראשית הוא הצליח לסיים, גם הדברים שנאמרו בחקירה הראשית תאמו את הדו"ח של החוקרת. במהלך החקירה הנגדית הוא התחיל לבכות והוא לא היה מסוגל להמשיך. טובת הילד היא להפסיק את החקירה. **לצורך הרשעה צריך עדות בפני חוקר ילדים ולא בבימ"ש ותוספת ראייתית מסוג סיוע** עפ"י סעיף 11 לחוק הגנת הילד. סיוע = איזושהי ראיה הגיונית שהיא הכי חזקה. בפסה"ד עלתה השאלה- יש עדות חיצונית ועדות של חקירה ראשית בבימ"ש. מהי התוספת הראייתית שנדרשים לה כרגע? אם הילד לא מופיע בכלל בבימ"ש אין שיקול דעת. **ההחלטה, ההלכה שניתנה בפסה"ד היא שאם בפני ביהמ"ש מוצגת עדות קטועה של הילד ובנוסף לכך עדותו בפני חוקר נוער או ילדים אין לדרוש כי תנאי על ההרשעה בכל מקרה תוספת ראייתית של סיוע אבל גם לא ניתן להסתפק בחיזוק, נדרש משהו בין חיזוק לסיוע.**

מצגת 2-

הודאת נאשם:

מדובר על הודאה שניתנת מחוץ לכותלי בימ"ש.

יש להודאה משקל משמעותי כשאדם מודה בביצוע עבירה. אם אדם יושב בחקירה בביהמ"ש ומודה בעבירה, באופן עקרוני ניתן להרשיע אותו על סמך ההודאה שלו בלבד אבל כשמדובר בהודאה מחוץ לכותלי בימ"ש המצב הוא שונה.

כללי:

- להודאת נאשם **במשפטו** משקל מכריע. ההנחה היא שבמצב זה הנאשם מודע להשלכות מעשיו, והמצב איננו כה מלחיץ. לכן די בהודאת נאשם במשפטו לבדה, ללא תוספת ראייתית, כדי להביא להרשעה. רק לעתים נדירות לא יקבל בית המשפט הודאה כזו או יתיר לנאשם לחזור ממנה.
- בתרגול זה נדון בהודאת נאשם **מחוץ לבית המשפט**, למשל בחקירה, מול מדובב, בהליכי מעצר או בהליך משפטי אחר.

מהי הודאה?

הודאה זה שונה מהודעה. כשאדם מפליל עצמו זו הודאה וכשאדם מפליל אדם אחר זו הודעה.

- **הודאה** (או הודיה) היא התבטאות של נאשם שמביעה את נכונותה של עובדה מפלילה, כלומר תורמת ישירות להוכחת האשמה, והיא נועדה בדרך כלל להציג את גרסתו של הנאשם לאירוע.
- **ראשית הודיה** היא התבטאות שממנה משתמעת אשמתו של הנאשם בעקיפין, למשל הצעה לשמש כעד מדינה, "הצלחתי לעשות מה שרציתי", "אכלתי אותה". ראשית הודיה תשמש לכל היותר כתוספת ראייתית.

הודיה = **ראשית הודיה** = **תוספת ראייתית** - לא ניתן להשתמש בה בלבד אלא בה ובתוספת ראייתית נוספת. המשקל שנדרש הוא מאוד תלוי במצב. למשל: כשעד מדינה אומר לחוקרים שכדאי להם לקחת אותו כעד מדינה. אלו משפטים שיכולים לרמוז על כך שהוא קשור בעבירה. למשל כשיש עבירות בינו לבין והוא אומר לה שהוא היה מפצה אותה וחבל שניגשה להגיש תלונה. זה תוספת ראייתית.

לא ניתן להרשיע על סמך ראשית הודיה אבל היא יכולה לשמש תוספת ראייתית.

הודאת חוץ של נאשם - כללי

הודאת חוץ = הודאה מחוץ לכותלי בימ"ש (למשל במשטרה).

- המשפט הישראלי מעניק משקל רב מאוד להודאת חוץ של נאשם, "מלכת הראיות".
 - לעומת זאת, במשפט העברי: "אין אדם משים עצמו רשע". – ואדם פסול מלהעיד על עצמו.
 - החשש הינו מפני **הודאת שווא** –
- החשש הוא שאנשים יודו על עבירות שהם לא ביצעו, רוצים להימנע מזה אך מצד שני יש זכויות נאשמים.
- לדוגמה, הודאה שהתקבלה כתוצאה מ:
 - לחץ החוקרים על הנאשם להודות; גורמי לחץ אחרים הביאו את הנאשם להודות; הנאשם פותה להודות; הנאשם למד את פרטי המקרה מהחוקרים או ממקורות אחרים; ועוד
 - בנוסף, יש לשמור על זכויות נחקרים:

יש צורך באיזון בין חקר האמת מול זכויות נחקרים.

• משקל הודאה קבילה :

בחינה פנימית – בחינת ההודאה בפני עצמה.

בחינה חיצונית – כיצד ההודאה משתלבת בראיות האחרות הקיימות. (לוי)

• בין הבחינה הפנימית לחיצונית מתקיים יחס הפוך : ככל שגדל כוחו של המבחן האחד פוחת כוחו של השני (מילשטיין).

איך בודקים איזה משקל ניתן להודאה ?

יש שתי בחינות :

בחינה פנימית- בודקים האם ההודאה מסודרת, האם המבנה הפנימי שלה הגיוני, האם יש חסרים, קפיצות, סתירות פנימיות, ריבוי פרטים, ריבוי תיאורים.

בחינה חיצונית- בוחנים איך ההודאה משתלבת עם הראיות האחרות. בודקים עם עדים. בודקים התאמה של ההודאה לעובדות חיצוניות.

הסממן האובייקטיבי, החיצוני להודאה שמאפשר לנו לראות את האובייקטיביות זו התוספת הראייתית שנקראת "דבר מה" שבדק את הודאת הנאשם.

יחס בין המשקל : ככל שההודאה חזקה, חסרת סתירות צריך פחות תוספות ראייתיות ולהפך- ככל שההודאה חלשה ולא ברורה, מבולבלת צריך תוספת ראייתית גבוהה יותר.

התמודדות עם החשש מפני הודאת שווא

• החשש מפני הודאת שווא קיים בשני מישורים :

– מישור חיצוני לנאשם : חשש מפני תחבולות ואיומים שהפעילו אחרים על הנאשם. כדי להתגבר על הלחץ החיצוני נקבעו התנאים שבסעיף 12(א) לפקודת הראיות.

– מישור פנימי לנאשם : חשש שלחץ פנימי כלשהו הביא את הנאשם להודות במה שלא עשה. כדי להתגבר עליו נקבעה דרישת ה"דבר מה" הנוסף, תוספת ראייתית שתואמת את נכונות האמור בהודאה (אימות כדי לוודא אמינות).

האם ההודאה קבילה ?

במישור החיצוני- הכוונה לפעולות של החוקרים, איך הם הוציאו את ההודאה מהנאשם, יש חשש מתחבולות שהפעילו החוקרים על הנאשם. סעיף 12(א) קובע האם ההודאה קבילה או לא.

במישור הפנימי- יכול להיות שאיזשהו לחץ פנימי של הנאשם גרם לו להודות בעבירה.

מבחינת ההודאה יש קבילות ויש משקל.

קבילות = מבחן חיצוני ומבחן פנימי של התנהלות החקירה : חיצוני- התנהלות החוקרים, פנימי- איך האדם חש. אם ההודאה לא קבילה היא לא רלוונטית.

במידה וההודאה קבילה, בוחנים את המשקל של ההודאה.

משקל = כמה משקל יש לתת להודאה? בוחנים לפי מבחן פנימי ומבחן חיצוני. פנימי- איך ההודאה נראית (מסודרת או לא, היעדר סתירות). חיצוני- דבר מה = תוספת ראייתית.

• סעיף 12(א) לפקודת הראיות- החשש מפני הודאת שווא קיים בשני מישורים :

– מישור חיצוני לנאשם : חשש מפני תחבולות ואיומים שהפעילו אחרים על הנאשם. כדי להתגבר על הלחץ החיצוני נקבעו התנאים שבסעיף 12(א) לפקודת הראיות

– מישור פנימי לנאשם : חשש שלחץ פנימי כלשהו הביא את הנאשם להודות במה שלא עשה. כדי להתגבר עליו נקבעה דרישת הדבר מה הנוסף, תוספת ראייתית שתואמת את נכונות האמור בהודאה (אימות כדי לוודא אמינות).

סעיף 12 לפקודת הראיות :

• (א) עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה הייתה חופשית ומרצון.

אם הנאשם אומר שהוא הודה אבל ההודיה היא לא חופשית ומרצון עוצרים את המשפט ומפעילים משפט זוטא. **הנטל הוא על התביעה להוכיח שההודיה היא חופשית ומרצון**. אם הנאשם טוען טענות כנגד גביית ההודאה נניח שהפעילו עליו לחץ נפשי אז מקיימים משפט זוטא, מנהלים הוכחות לגבי נסיבות גביית ההודאה. אם אין מספיק הוכחות לפעמים אדם יוצא זכאי. נטל ההוכחה הוא על התביעה שההודאה נגבתה כדין מעל לכל ספק סביר ואז בימ"ש קובע אם ההודאה קבילה או לא.

• זהו תנאי של קבילות. במידה שההודאה אינה עומדת בתנאי הסעיף, היא אינה קבילה.

• הודאה "חופשית ומרצון" אם המודה יכול לבחור אם להשתמש בזכות השתיקה ובזכות ההיוועצות.

• על התביעה להוכיח זאת במשפט זוטא מעבר לכל ספק סביר.

• בעבר נקבע כי תכלית הסעיף היא בעיקר שמירה על אמיתות ההודאה, ולכן היא נפסלה רק כשהופעל על הנאשם לחץ חיצוני להודות ; כל מקרה נבחן לגופו.

מתי ההודאה יכולה להיות חופשית ומרצון?

אם המודה יכול לבחור להשתמש בזכות השתיקה או האם הוא בחר להיוועץ בעו"ד.

בעבר המטרה של סעיף 12(א) היא לראות את אמיתות ההודאה אז יכול להיות שאם מפעילים עליו לחץ הנאשם כבר יודה. הרציונל היה לדעת את האמת עוד לפני חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ולחץ גורם לאדם להודות.

• בפסיקה נמנו חמישה "אבות פסול" :

אבות פסול = דוגמאות ללחץ חיצוני שהפסיקה הכירה בהם כמעלים חשש שהודאת החוץ היא לא חופשית ומרצון ואז היא נפסלת :

1. אלימות ואיום באלימות על הנחקר ;

2. שיטת תחקור לא הוגנת ;

3. לחץ נפשי לא הוגן ;

4. תחבולה לא הוגנת ;

5. פיתוי והשאה.

דוגמאות לשיטות תחקור לא הוגנות:

אסור לפברק הודאה של שותפים לעבירה, להראות שהשותף הודה והיא כתובה וחתומה אבל מותר לומר שהודו אם באמת הודו. אסור להגיד שמצאו תביעות אצבע שלו, הנחקר נכנס ללחץ וחושב שאין לו סיכוי לצאת מהתיק. אסור לפברק פרוטוקול של בימ"ש.

פיתוי והשאה- הבטחת טובת הנאה ממשית ומוחשית לנחקר תמורת ויתור על החיסיון מפני הפללה עצמית. לכל אחד יש את הזכות לחיסיון. תמורת טובת הנאה הנאשם מוותר על זה. לעומת זאת אם אומרים לו אמירה כללית של אם הוא יודה יתחשבו בו- זה בסדר. **אמירה כללית ולא הבטחה מפורשת זה לא פיתוי והשאה.**

ע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מד"י- רצח של שוטר ע"י דקירה ואז החוקרת הבטיחה לנאשם שאם הוא יודה שהוא דקר את השוטר לא מתוך כוונה לרצוח אותו הוא יזכה לעונש מופחת לאור ההבחנה בין רצח להריגה. היא חרגה כי היא אמרה משהו ספציפי, הוא נכנסה לעניין המשפטי בין רצח להריגה והיא לא עו"ד- אסור לה. זה שפסלו את ההודאה זה לא אומר שמזכים. בוחנים ראיות אחרות שאולי הן מספיקות.

מונולוג סוגסטיבי- זו חקירה פסיכולוגית- איזשהו מהלך שהחוקר עושה שהוא בעצם משכנע וחוזר על הדברים שלו שוב ושוב בלי להפסיק כדי להשפיע על יכולת ההתנגדות של הנחקר. זאת שיטת חקירה פסולה, היא פוגעת בזכות של הנאשם לשתיקה ופוגעת בזכותו לחיסיון בפני הפללה עצמית (שזכות השתיקה נובעת ממנה) כי היא ביטלה את הרצון החופשי שלו.

- כך נבחנה כל הודאה, לרבות של הלוקים בנפשם ושנמסרה במסגרת משא ומתן לקראת חתימה על הסכם עד מדינה- בוחנים את העדויות הרפואיות.

- **בישכרוב** נקבע כי לאחר קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עלה משקלה של תכלית אחרת – שמירת זכויות החשוד: שלמות הגוף והנפש והאוטונומיה של הרצון החופשי. לעתים פגיעה חמורה בזכויות אלה תביא לפסילת הודאה אמינה.

ע"פ 5614/92 מד"י נ' מסיקה- דובר בחולה נפש מוצהר שהגיע למשטרה והודה בעבירת הצתה שהייתה במבוי סתום. הוא הלך לשחזר למשטרה את הכל. שחזור = דבר מה. הודאה מפורטת ומסודרת. המבחן החיצוני מתקיים = השחזור עצמו תואם את העובדות. ואז הרשיעו אותו. עוה"ד שלו אמר שהוא חולה נפש ובזמן שהוא מסר את ההודאה הוא היה בהתקפה פסיכוטית ולכן ההודאה שלו לא חופשית ומרצון, לא עוברת את סעיף 12 ולכן אין קבילות. ביהמ"ש המחוזי קבע שההודאה לא קבילה והוא זכאי אך בעליון נקבע שכשמדובר בחולה נפש, העובדה שהוא חולה נפש זה יילקח בחשבון כאשר תיבחן סוגיית המשקל. יכול להיות שיהיה משקל מופחת. העליון קבע שההודאה קבילה.

***לקרוא בנושא: הודאת נאשם

פס"ד ישכרוב

פס"ד לין

פס"ד מילשטיין

פס"ד אלזם

פס"ד אבו עזא

פס"ד וולקוב

פס"ד פינטו, אדריס, יהודה ופלוני.

18/12/18

שיעור חמישי

פס"ד ישכרוב - מאז חוקי היסוד עלה משקל של תכלית אחרת שהיא שמירה על זכויות הנאשם, שמירה על הגוף, על הנפש והאוטונומיה, הרצון החופשי של החשוד שייתכן שהזכויות הללו נפגעו אבל אמינות ההודאה נשארה בתוקפה. במצב זה ייתכן וההודאה עוברת את סעיף 12א אבל תיפסל מסיבות אחרות כמו פגיעה בזכויות העצור.

ע"פ 8974/07 לין נ' מד"י - דובר במערער שהוא עובד זר מסין והוא הורשע ברצח של עובדת זרה, נגזר עליו מאסר עולם וכעת הוא מגיש ערעור על ההרשעה שלו. ראש צוות החקירה מודיע לו על זכותו להיוועץ בעו"ד אבל על הזכות להיות מיוצג ע"י סניגור ציבורי הודיעו לו רק בסיומה של החקירה הראשונה ואחרי שהוחלט לעצור אותו. החוקר העביר בקשה לסניגוריה הציבורית. היו לו מס' הודאות כך שגם אם הודאה אחת מתבטלת בטוח שיפסלו את שאר ההודאות. נקבע שבענייני חשודים מסוימים כמו חסרי אמצעים או אחרים שעולה שיש להם קושי בהשגת עו"ד פרטי, **הודאה על זכות ייצוג, היוועצות ללא הצגת האפשרות למינוי של סניגוריה ציבורית היא שקולה למעשה לאי מתן הודאה. אבל במקרה דנן לא נפסלו ההודאה והשחזור** כי למרות שהודיעו לו הוא לא ביקש לעצור את החקירה, הוא עדיין יצא לשחזור והסכים לשיתוף פעולה. ההודאה על פיה הוא הורשע הייתה ההודאה השנייה והשחזור ולא לפי ההודאה הראשונה. **השאינו בצריך עיון את השאלה האם צריך להרחיב את הלכת ישכרוב גם להסבר ייצוג, הסבר זכות לקבלת סניגור ציבורי.**

דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

• לצד הפרשנות החדשה של סעיף 12, נקבעה דוקטרינת הפסילה הפסיקתית:

- חזקת קבילות
- הראיה הושגה שלא כדין: בניגוד לחיקוק או לנוהל, באמצעי בלתי הוגן, בפגיעה שלא כדין בזכות מוגנת. נדרשת זיקה בין הפגיעה לבין השגת הראיה
- קבלת הראיה תפגע באופן משמעותי ובלתי מידתי בזכות להליך הוגן: אופי הפגיעה וחומרתה; כוונת פגיעה; "נסיבות מקלות" לפגיעה; אפשרות השגת הראיה באופן חוקי; השפעת אי החוקיות על השגת הראיה ועל אמינותה; תוצאות פסילת הראיה מול תוצאות קבלתה; ועוד

הדוקטרינה נקבעה מכוח פסיקת ישככרוב והיא אומרת שניתן לפסול ראיות שהושגו באמצעים פסולים גם במקרים בהם הראיה עוברת את המבחנים שנקבעו בפקודת הראיות. ביהמ"ש בישככרוב לא רק שפירש בצורה מחמירה יותר את סעיף 12א לפקודת הראיות אלא שקבע את הדוקטרינה של הפסילה.

שלושה מבחנים מצטברים שנקבעו בפס"ד ישככרוב:

1. **מבחן ראשון: חזקת קבילות** - כל ראיה שהיא רלוונטית ואין עליה מחסומי קבילות, היא לא נפסלת מסיבות אחרות שנקבעו בפקודת הראיות או בחקיקה, נניח שהיא קבילה.

2. **מבחן שני: הראיה הושגה שלא כדין** - בניגוד לאיזשהו נוהל לאיזשהו חוק, באמצעי לא הוגן, פגיעה בזכות מוגנת. צריך להיות קשר סיבתי בין הפגיעה בזכויות לבין השגת הראיה. ז"א אם הופרו הזכויות של העצור ובעקבות ההפרה גבו את ההודאה שלו זה אומר שהראיה הושגה שלא כדין.

פס"ד אלזם - מדובר במדובר משטרתי שהוכנס לתא המעצר של אלזם ושכנע אותו שאי אפשר לסמוך על עורך הדין שלו ושעדיף לו לדבר עם המשטרה. אותו חשוד ויותר על ייצוג עו"ד. נראה שההודאה שהושגה הושגה שלא כדין.

3. **מבחן שלישי: קבלת הראיה תפגע באופן משמעותי ובלתי מידתי בזכות להליך הוגן** - יש עוד אמות מידה שנקבעו לצורך הפסילה: בודקים מה אופי הפגיעה וחומרת הפגיעה בזכויות - נניח הודיעו לחשוד שיש לו זכות להיוועץ בעו"ד. האם הוא ביקש ודחו את הבקשה שלו? יכול להיות שהוא לא ביקש וזה שונה. האם הייתה כוונה לפגוע או שהפגיעה אירעה בתו"ל או שזו הייתה החלטה מודעת?

אמות המידה שבוחנים בבימ"ש:

- **האם יש נסיבות מקלות לפגיעה בזכויות?**
למשל: נכנסו לבית ללא צו כי ידעו שאם לא יכנסו מיד תהיה פגיעה חמורה בחקירה, או שייפגעו אנשים או שיהיה נזק, או שימצאו בני ערובה או שיעלימו את הראיה המרכזית.
אם יש סיבה מקלה יכול להיות שיקבלו את ההודאה למרות הפגיעה בזכויות.
- **האם ניתן להשיג את הראיה באופן חוקי?**
יכול להיות שיכולתי להשיג את ההודאה בלי להפר את הזכויות.
- **מה ההשפעה של אי החוקיות על השגת הראיה?**
למשל הפעילו על העצור לחץ פסיכולוגי כבד, נקבל הודאה שהיא לא קבילה, לכן רוצים לבחון מה הלחץ שהפעילו עליו לעניין האמינות. ביהמ"ש בוחן מה ההשפעה של אי החוקיות הזו. אם הפעילו לחץ לא סביר יכול להיות שזה השפיע על האמינות.
- **התוצאות של פסילת הראיה מול קבלת ההודאה:**
האם אפשר לקבל אותה, להרשיע בעקבותיה? עושים מאזן.

דבר מה נוסף

הודאה שניתנת מחוץ לבימ"ש לא ניתן להרשיע בהסתמכות רק עליה. אנו זקוקים לתוספת ראייתית שלמעשה התוספת הראייתית זה סוג של ראיה נוספת שתוכל לחזק את הראיה העיקרית. חיזוק, סיוע, דבר מה.

דבר מה זה רק במצב של הודאת נאשם. דבר מה לא יכול לחזק ראייה אחרת. **באמצעות דבר מה אנחנו רוצים לוודא שההודאה התקבלה שלא בלחץ.** יש לחץ חיצוני ולחץ פנימי. רוצים לוודא שהנאשם לא הודה מלחץ פנימי. הדבר מה נותן לנו אובייקטיביות לגבי דברים שלא רק הנאשם אמר.

התנאים ל"דבר מה":

- נדרש לאמרת חוץ של נאשם (ע"פ 3/49 אנדרלסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב 589 (1949)).
- כדי לוודא שהנאשם לא הודה מתוך לחץ פנימי במעשה שלא עשה, נדרשת הוכחה לאמיתות דבריו – ההודאה אינה בדיה, אלא גרסה אפשרית.
- תנאי הדבר מה הנוסף: ראייה ישירה או נסיבתית; חיצונית להודאה; מאשרת במידת מה את תוכן ההודאה ומצביעה על אמיתותה, אך לא בהכרח על אשמת הנאשם.
- דוגמאות לדבר מה נוסף

- שחזור- הנאשם יוצא עם החוקרים לשחזור ומתאר מה בדיוק קרה שזה כולל שפת גוף.
- ידיעת פרטים מוכמנים- פרטים שרק מי שהיה בזירה או שביצע את העבירה יכול לדעת אותם, הוא יודע את אופן ביצוע העבירה. דוג': ידיעה שהקורבן נדקר בסכין כשהמידע שנחשף בפניו הוא רק את העובדה שהקורבן נרצח. עצם העובדה שהוא יודע שהקורבן נדקר הוא מידע מוכמן ואיכותי.
- ראיות נסיבתיות מפלילות
- אמרת חוץ בכתב של עד שהוגשה לפי ס' 10א- האמרה שנאמרה מחוץ לבימ"ש+ "דבר מה" נוסף שיכול לחזק את ההודאה של הנאשם כדי לדעת שהוא לא בדה את ההודאה.
- שתיקת נאשם במשפטו: רק אם להודאה משקל פנימי משכנע, נשלל לחץ פנימי שהביא להודאה, ונשלל לחץ שהביא לשתיקה – במקרים חריגים (מילשטיין)

רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי- עלתה השאלה האם שתיקת נאשם במשפט שלו יכולה לספק את דרישת ה"דבר מה נוסף" להודאות שהוא מסר בחקירה מחוץ לביהמ"ש? **רק במקרים נדירים יקבלו את השתיקה בתור "דבר מה נוסף" כי אין אחיזה מבחוץ.** בכתב האישום נקבע שרבי"ט מילשטיין השתמש בסם מסוכן במהלך שירותו הצבאי. הוא הודה בחקירה ושתק במשפט. המחוזי הרשיע אותו בעבירת שימוש בסם מסוכן, בערעור הוא זוכה כי **נקבע שרק במקרים חריגים שתיקת נאשם במשפטו תהווה "דבר מה נוסף"**.

אמות המידה המצטברות שבאותם מקרים חריגים כן מתקבלת השתיקה כ"דבר מה נוסף":

1. **על ההודאה עצמה להיות בעלת משקל פנימי גבוה במיוחד.** משקל פנימי= ההודאה צריכה להיות מאוד מסודרת, מאוד מפורטת, קוהרנטית, רציפה ואז בימ"ש ישתכנע שמדובר בהודאה שניתן לתת לה משקל גבוה.
2. **מידת יכולתו של ביהמ"ש להשתכנע על סמך מכלול נסיבות חיצוניות להודאה** (הוא שומע איך גבו את ההודאה) לשלול במידת ודאות אפשרית את החשש שהנאשם פעל מתוך לחץ פנימי שעלול היה להביא אותו ליטול אחריות על מעשה שלא עשה.
3. על ביהמ"ש להשתכנע בהסתמך על כלל נסיבות העניין ששתיקת הנאשם אינה נובעת ממניע תמים והמסקנה המתבקשת היא שאכן אין לנאשם תשובות להאשמות שהופנו כלפיו.

- מבחנים לדבר מה נוסף: ידיעת הפרטים, מבחן ההזדמנות, מבחן ההשתלבות במציאות (הרחבה בשיעור של התוספת הראייתית)

מה משקל התוספת הראייתית?

ככל שהראיה המרכזית חזקה יותר מן הסתם התוספת הראייתית שנדרשים לה קלה יותר ולהפך, ככל שההודאה חלשה וקשה להסתמך עליה אנו נדרשים לתוספת "דבר מה" משמעותית.

- משקל התוספת הראייתית נגזר ממשקל הראיה העיקרית שהיא באה לחזק: ככל שמשקל הראיה העיקרית גבוה, נדרשת תוספת קלה יותר (שעדיין עונה על תנאי התוספת הנדרשת), וככל שמשקל הראיה העיקרית נמוך, נדרשת תוספת חזקה יותר.
- בכל מקרה בודקים לגופו של עניין אם נדרש, למשל, דבר מה נוסף "קל כנוצה" או "חזק כסיוע". אך לא ניתן לוותר על דרישת "דבר מה".

דבר מה נוסף

- תוספת חיצונית לנאשם.
- הודאה אחת אינה יכולה לשמש "דבר מה נוסף" להודאה אחרת.
- (ע"פ 6296/13 אדריס נ' מדינת ישראל)

ע"פ 6296/13 אדריס נ' מד"י – המערער הורשע בעבירה של נשיאת נשק וגם בעבירה של ירי במקום מגורים. הרשיעו אותו בשתי עבירות: אחת – השתייכות לארגון טרור. הערעור מתייחס לנשיאת נשק במקום מגורים. כשהוא נחקר הוא גם הודה שהוא נשא נשק, סיפר איך זה קרה. בדקו את זה וראו שזה לא קרה. החברים שידעו שיש לו רובה הגיעו והעידו. מצד אחד יש את העדות שלו של איך המקרה קרה ומצד שני יש את העדות של שני החברים שסיפרו שיש לאדריס רובה. העליון אמר שלא ניתן להרשיע כי אין "דבר מה נוסף". פעם אחת הוא הודה בפני החוקרים ופעם שנייה הוא הודה בפני החברים שלו. העליון אמר שיש לבדוק את הראיה הזו, את העדות לחברים – האם זה יכול לשמש כ"דבר מה"? **נקבע שאין תוספת של "דבר מה" וזה מספיק לשחרר אותו.** הוא לא הורשע על העבירה של נשיאת נשק וירי במקום מגורים אלא הורשע על עבירת השתייכות לארגון טרור.

הבחינה המשולשת שנקבעה ע"י הש' הנדל בוולקוב כדי להימנע מהרשעה על סמך הודאת שווא:

ע"פ 4179/09 מד"י נ' וולקוב – הזוג וולקוב ואשתו, יוליה נישאו ברוסיה, נולד להם בן והם עלו לארץ, חייהם היו במשבר, הוטל על הבעל צו הרחקה, היא הייתה במקלט לנשים מוכות, הם התגרשו, הכירה מישהו ואחרי כמה חודשים נמצאה ללא רוח חיים בדירתה. עצרו את וולקוב הגרוש, הוא מסר 3 גרסאות. בגרסה הראשונה הוא הכחיש, בגרסה השנייה הוא הודה שהוא היה בדירה אבל הכחיש מעורבות ברצח, בגרסה השלישית הוא הודה ואפילו שיחזר. כשהוא הגיע למשפט הוא כפר בכל ההודאות ודבק בגרסה השנייה שהוא היה בדירה ולא רצח. הש' הנדל שלא חידש משמעותית אבל הדגיש דברים חשובים שבתיהם שמים עליהם דגש בבחינת הודאות.

הש' הנדל בפסה"ד אמר שיש 3 סוגים של אנשים שמודים לשווא:

הראשון – מודה וולונטרי – אחד שמקבל אחריות מרצונו על מעשה שלא עשה.

השני- המודה שנכון להיענות לחוקריו- הוא יושב, עורך את שיקוליו אם להודות או לא ומגיע למסקנה שכדאי לו להודות.

השלישי- מודה מתוך הפנמה- פעל משיקולים לא רציונליים בעקבות הלחץ בו הוא שרוי.

השי הנדל אומר שראיית הודאת חוץ של נאשם עלולה להטעות אם מדובר באחד הסוגים הנ"ל ואז הוא הציע 3 מבחנים נוספים שמהווים כלי עזר ליישום המבחנים הפנימי והחיצוני :

• 3 מבחני עזר ליישום המבחנים הפנימי והחיצוני:

• **מי אמר** – מיהו המודה? האם הוא שייך לקבוצת סיכון לעניין הודאות שווא? מה מאפייניו האישיים? - **זהות הנאשם** - האם הוא נמצא בקבוצת סיכון- מודה על מה שלא עשה. למשל: לקוי בנפשו, קטין, חסר בית. וולקוב לא היה נמצא בקבוצת סיכון.

• **מה אמר** – תוכן ההודאה ובאיזה שלב חקירתי ניתנה – העיתוי וההקשר בו ניתנה. בשלב הזה הכוונה להתמודדות חזיתית עם פרטי ההודאה עצמה: ההיגיון הפנימי, הסבירות, התמונה הרחבה יותר, איך הפרטים שהוא מסר משתלבים אחד עם השני, התוכן והעיתוי וההקשר שבו הם נאמרו.

• **דבר מה** – המבחן החיצוני – הצורך בראיה חיצונית מאמתת נוסף על ההודאה. האם קיימים דברי מה מחזקים, חסרים וסותרים – מעבר לבדיקת קיומו של "דבר מה נוסף". זה "דבר מה" לא רק בעניין של בדיקת תוספת ראייתית אלא לבדוק אם יש "דבר מה נוסף" או "דבר מה חסר" או "דבר מה סותר" אם יש "דבר מה סותר" זו בעיה. זה לא מכריע אבל עשוי להשפיע. במקרה של וולקוב הוא מצא "דבר מה חסר"- הרבה דברים שציפה שיהיו בהודאה לא היו ולכן הוא זוכה מחמת הספק. העליון השאיר את ההחלטה של המחוזי על כינה ורק הרחיב על הנושא של הודאת שווא.

• נראה שקווים מנחים אלו שנקבעו בוולקוב מפרטים תהליכי בחינת ראיות שהתקיימו עד עתה ומדגישים את הזהירות הנדרשת בבחינת הודאות.

• מקום בו חסרה ראייה בדבר עצם התרחשות העבירה – פרט להודיית הנאשם – עשוי להוביל לדרישת דבר מה מוגבר במשקלו.

(ע"פ 4275/16 פלוני נ' מדינת ישראל)

*** לקרוא פלוני נ' מד"י

01/01/19

שיעור שישי

-המשך- מצגת 2 :

פס"ד שמסכם את נושא ההודאה:

פס"ד פלוני נ' מד"י- השאלה שעלתה היא האם ניתן להרשיע אב שנטען שביצע מעשים מגונים בביתו החורגת בהסתמך על הודאתו? הוא נעצר בעקבות חוקר ואז הוא הודה במעשה פגיעה בשכנה קטינה וגם בביתו החורגת לפני עשר שנים כשהייתה בת, 5 היום היא בת 15. הגישו נגדו כתב אישום נגד ביתו החורגת וגם עם השיחה בצי"אט. אחרי שעצרו אותו הוא הודה בפגיעה בשכנה שהיא קטינה לפני 20 שנה וגם בבית החורגת שלו לפני 10 שנים שהייתה בת 5. הוא הודה וביקש משפט זוטא כנגד ההודאות שלו וטען שההודאות שלו לא ניתנו מרצונו החופשי, הוא טען ללחץ

שהופעל מצידם של החוקרים. בימ"ש מחוזי הרשיע אותו ופסק לו מאסר של 4 שנים בפועל. הערעור נסב רק סביב ההרשעה על הפגיעה בבתו החורגת כי הבת עצמה והאם הכחישו את המעשים.

בוצעו 4 חקירות. בראשונה הוא דיבר על הבת והשכנה ובשנייה אמר שאשתו ידעה על זה, ואמר ששיקר כי הוא פחד לשבת במעצר, בחקירה השלישית- הודה והתחרט, התפתל בחקירה, בחקירה הרביעית- שוב אישר.

המחוזי קבע שההודאות הן קבילות ושאלם היה לחץ שהופעל הוא לא חריג ולכן הוא לא פוסל את ההודאות. הש' ברק- ארז בחנה את הבחינה החיצונית והפנימית הן לגבי קבילות והן לגבי המשקל של ההודאות שלו ואמרה לגבי המשקל שהמבחן הפנימי זו ההודאה עצמה, תוכנה והמבחן החיצוני איזושהי ראייה שיכולה לשמש כדבר מה נוסף לחומר הראיות, היא חזרה על המבחנים שנקבעו בוולקוב.

נאמר בפסיקה שכאשר חסרה ראייה בדבר עצם התרחשות העבירה עצמה, פרט להודיה של הנאשם. לא יודעים שבוצעה העבירה ומה שיש זו רק הודאה. במקרה כזה הדבר עשוי להוביל לדרישת דבר מה נוסף מוגבר במשקלו.

דבר מה קשור להודאה. במקרה שאין בכלל ראייה חיצונית ויש רק הודאה שמצביעה על העבירה אנחנו זקוקים לדבר מה נוסף מוגבר כי החשש הוא שהנאשם יודה לא רק במשהו שהוא לא ביצע אלא במשהו שלא התרחש.

בפסה"ד נקבע שאין הוכחה שהתרחשה עבירה פלילית ובנוסף שקיים דבר מה סותר שהבת העידה שהוא לא ביצע את המעשים. הערעור התקבל, הוא לא הורשע.

תוספות ראייתיות:

מהי תוספת ראייתית?

לפעמים אי אפשר לבסס הרשעה של אדם על סמך עדות יחידה, זה קורה כשיש עדות שיש חשש לגבי המהימנות שלה, שיש סיבות לחשוש לגבי המהימנות שלה. למשל: מקרה של שותף, כשותף מעיד בבימ"ש נגד השותף שלו, יש חשש שהוא מקטין את חלק מהביצוע שלו בעבירה. לא ניתן להרשיע על סמך עדות שותף ללא תוספת ראייתית. **כשיש הודאות שמטיבן הן חשודות נדרש בחוק ובפסיקה תוספת ראייתית.** המטרה היא כמובן לוודא שהעדויות או הראייה היא אכן אמינה ואז הראייה המשנית שנדרשת זוהי התוספת הראייתית שמטרתה להוכיח את המהימנות של הראייה הראשית.

- לעתים בהליך הפלילי עומדת בפני בית המשפט ראייה קבילה, אך חשודה מטיבה, כמו הודאת נאשם, עדות שותף לעברה שהוא עד מדינה או תמליל שערך חוקר נוער מחקירת קטין, ולא ניתן להרשיע בלעדיה.
- כדי להסתמך על הראייה מעוניין בית המשפט לוודא שהאמור בה נכון – שהיא אמינה,
- על התביעה להציג ראייה משנית, נוספת לראייה המקורית, שתוכיח את מהימנות הראייה המקורית – זוהי תוספת ראייתית.

סוגי התוספות הראייתיות

- קיימים שלושה סוגי תוספות ראייתיות: סיוע, חיזוק (או "דבר לחיזוק") ודבר מה נוסף.
- התוספת המרבית היא סיוע

• לכל תוספת מטרה משלה ותנאים משלה

• דרגות החוזק :

- סיוע- התוספת הכי משמעותית היא סיוע.

- חיזוק

- דבר מה נוסף- זקוקים לו רק בהודאה.

אם קיבלתי ראיה שיכולה לשמש כסיוע האם היא תוכל לשמש גם כחיזוק או דבר מה נוסף? הסיוע יכול לשמש/ לכסות את דרישת החיזוק, את הראיות החלשות יותר.

סיוע

כשיש חשש שהעד עלול להעיד עדות שקר, עלילת שווא ואנחנו רוצים לוודא שדברים שאמר הם אמינים לכן סיוע זו ראיה שמסבכת את הנאשם בביצוע העבירה, היא למעשה קושרת אותו לעבירה עצמה. יש שלושה תנאים מצטברים לראיה, לתוספת ראייתית כדי שהיא תוכל לשמש כסיוע. במקרים אלו עולה חשש כי העד מעליל על הנאשם עלילת שווא, ולכן יש להבטיח את אמיתות דבריו.

• לכן הסיוע הוא ראיה "מסבכת" או נוטה לסבך – ראיה עצמאית שקושרת את הנאשם לביצוע העבירה.

תנאי הסיוע המצטברים:

1. **ראיה שמקורה נפרד ועצמאי ממקור הראיה הראשית**- התנאי הראשון שהיא אינה נובעת מאותו מקור שעדותו טעונה תוספת ראייתית. כשהראיה היא חשודה אם ההודאה טובה זה לא מספיק, זקוקים לראיה נפרדת, חיצונית לעדות שלו. עקביות בדברי העד לא יכולה לשמש סיוע.

2. **מסבכת את הנאשם באחריות לביצוע העבירה**; (חייבת להתייחס לעבירה עצמה, ולא לאמינות העדות בלבד). דוגמא: עד שראה בזמן המדובר, באותו זמן שעד המדינה מסר עדות, הוא ראה מישהו שדומה לנאשם, זה יכול להיות סיוע אם הפרטים של מצע העבירה תואמים.

3. **מתייחסת לעניין מהותי השנוי במחלוקת בין הצדדים**- אין צורך שהתוספת הראייתית, שהסיוע תתייחס לכל הנקודות ששנויות במחלוקת אבל היא כן צריכה להתייחס לעניין ממשי. כשהנאשם מרחיב את זירת המחלוקת ומכחיש, מספיק להביא את העד שראה אותו.

• מתי נדרש סיוע?

1. **עדות יחידה במשפט פלילי של שותף לעבירה שהוא עד מדינה** (ס' 54א(א) לפקודת הראיות) – למעט בעבירות שוחד (ס' 296 לחוק העונשין) ובעבירות הימורים, משחקים מסוכנים והגרלות (ס' 232 לחוק העונשין). כשיש עד מדינה נדרש סיוע כדי להגיע להרשעה. כשיש הודאת נאשם צריך דבר מה נוסף להגיע להרשעה. ככל שההודאה בעייתית נצטרך סיוע שזו התוספת הכי חזקה. מתי אפשר להסתפק בעדות עצמה של עד מדינה? במקרים של שוחד, הימורים ומשחקים מסוכנים, לא נדרש סיוע כי אלו עבירות אחד על אחד.

2. **עדות יחידה במשפט פלילי של קטין בפני חוקר נוער** (ס' 11 לחוק לתיקון דיני ראיות (הגנת ילדים); שתיקת נאשם לא יכולה להיות סיוע בעניין זה, לפי ס' 162 לחסד"פ). – אך עדות קטין שנגבתה ע"י חוקר נוער יכולה לסייע לעדות קטין אחר שנגבתה ע"י חוקר נוער – רק בנסיבות מיוחדות בשק"ד ביהמ"ש. למה עדות יחידה של קטין בפני חוקר נוער צריכה סיוע? הבעיה היא

- שחקירה מחוץ לבימ"ש זה כביכול עדות שמועה ואין חקירה נגדית ואז נדרשת אוטומטית תוספת ראייתית של סיוע. גם שתיקה של נאשם יכולה לשמש סיוע אבל במקרה של עדות של קטין בפני חוקר אבל במשפט הוא שתק, זה לא יספיק להרשעה לכן תידרש תוספת ראייתית מסוג סיוע.
4. **עדות יחידה במשפט פלילי בעברות המרדה ופרסומי המרדה** (ס' 135(ב) לחוק העונשין)- נדרש סיוע. עבירת המרדה אוסרת על קיום התנהגות שמטרתה למוטט את מוסדות השלטון. כדי להרשיע לא מספיקה עדות יחידה אלא יש צורך בסיוע.
5. **עד יחיד בעברת עדות שקר** (ע"פ 675/81 מדינת ישראל נ' אלבזיז, פ"ד לו(3) 265 (1982))
6. **עדות יחידה במשפט פלילי של אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית בפני חוקר** (ולא בפני ביהמ"ש) – כמו בחוק הגנת ילדים, אף הרשעה על סמך אמרת אדם עם מוגבלות בפני חוקר טעונה סיוע (ס' 20(ד) לחוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005). גם כאן זה מהווה עדות שמועה ואין חקירה נגדית וזה בעייתי. לכן, נדרש סיוע.

דוגמאות למקרים המהווים סיוע:

1. **שתיקת נאשם במהלך הדיון בביהמ"ש** (ס' 162(א) לחסד"פ), למעט כשעליה לסייע לעדות קטין, ולמעט נאשם ששותק בשל ליקוי בשכלו או בנפשו לפי חו"ד מומחה, ובשל המוגבלות נמנע מלהעיד. המטרה היא להרתיע את הנאשם מלשתוק. השתיקה מהווה תוספת ראייתית של סיוע. שתיקה של חשוד במשטרה יכולה להוות חיזוק ולא סיוע כי זו זכות יסוד להיוועץ בעו"ד.
2. **ראשית הודיה**- התבטאות נאשם מחוץ לביהמ"ש שהיא מבטאת תחושת אשם יכולה לשמש סיוע.
3. **ידיעת פרטים מוכמנים במקרים מסוימים**- שהעד שעדותו טעונה סיוע למשל: עד מדינה יודע פרטים מוכמנים, מיוחדים, מסבכים והנאשם מתכחש לנסיבות האלו. ידיעת הפרטים יכולה לשמש סיוע ואז היא מהווה ראיה עצמאית, נפרדת ביחס לעדות העד בדבר התרחשות העבירה.
4. **ראיה אחת שצריכה סיוע עשויה לסייע לראיה אחרת שדורשת סיוע, למשל, שתי עדויות של עדי מדינה שונים**- דוג': שני עדי מדינה- עדות של עד מדינה אחד לא מספיקה לבד, אבל של שניהם ביחד יכול להיות שיספיק. שני עדים שונים שמעידים על אותו דפוס פעולה, כל עדות בנפרד לא תוכל להספיק אבל שתיהן ביחד יוכלו לשמש סיוע זו לזו.
5. **עדות על מעשים דומים ושיטת ביצוע, שמאפיינת את הנאשם**- דפוס הפעולה של מבצע העבירה- עברייני מין.
6. **שקרים ברורים של הנאשם בעניינים מהותיים**, שמוכחים בראיות עצמאיות, אשר נעשו בזדון בכדי להעלים את האמת מביהמ"ש- בע"פ 9608/11 מד"י נ' פלוני- דובר על **4 תנאים שבהם שקרים של נאשם יכולים לשמש כראיית חיזוק ואפילו סיוע**:

- **תנאי ראשון**- השקרים התייחסו לעניינים מהותיים ולא לעניינים קלי ערך.
- **תנאי שני**- השקרים היו ברורים, אין ספק בהם.
- **תנאי שלישי**- השקרים מוכחים מתוך עדויות אחרות ולא רק מהעדות שטעונה תוספת ראייתית. זה הוכח שהוא שיקר מראיה חיצונית.
- **תנאי רביעי**- השקר נעשה בזדון כדי להעלים את האמת מביהמ"ש.

7. **התנהגות מפלילה של הנאשם** - דוגמא: בריחה ממעצר, הימנעות מפנייה למשטרה שניתן היה לצפות מאדם סביר בנסיבות מסוימות כן לפנות. נניח פרצו למבצע העבירה שודדים הביתה - סביר שיפנה למשטרה וידווח והוא לא עשה זאת.

חיזוק

חיזוק זו ראיה מאמתת, היא לא מסבכת, מטרתה להוסיף נופח של אמת, היא לא מצביעה בהכרח על אשמת הנאשם.

קיימים שלושה תנאים לחיזוק:

1. שהיא מאמתת את הראיה הראשית ולא מסבכת אותה.
2. שמקורה נפרד ועצמאי.
3. שהיא מתייחסת לפרט רלוונטי, לא בהכרח שנוי במחלוקת.

החיזוק פותח פתח להרבה ראיות.

מתי נדרש חיזוק?

- **אמרת חוץ של עד** (ס' 10א(ד) לפקודת הראיות) - בגלל עדות שמועה, צריך חיזוק ולא סיוע כי לא מדובר בעד מדינה, לא בקטין ולא במוגבל שכלית.
- **עדות שותף לעברה** (ס' 54א(א) לפקודת הראיות), למעט בעברות שוחד והימורים (ס' 296, 232 לחוק העונשין) - לא ניתן להסתפק בעדות השותף (שהוא נושא באחריות פלילית) לבד אלא צריך תוספת ראיתית מסוג חיזוק. העדות של עד המדינה חשודה יותר משל השותף.
- **עדות קטין בן פחות מ-12** (ס' 55(ב) לפקודת הראיות) - דורשת חיזוק וזה בשונה מעדות קטין בפני חוקר שהיא דורשת סיוע.
- **עדות של אדם המוגבל בשכלו שלא הוזהר לומר אמת** (ס' 18(ב) לחוק הליכי חקירה והעדה)
- **עדות יחידה של קטין נפגע בעבירת מין ושהוארכה לגביה תקופת ההתיישנות, והתלונה הוגשה למשטרה לאחר זמן רב** (ס' 354(א1), (ד) לחוק העונשין) - מקבלים את העדות הזו אבל דורשים חיזוק בגלל חלוף הזמן.
- **זיכרון מודחק?**

15/01/19

שיעור שביעי

דוגמא לשאלה על חיזוק ממבחני לשכה:

נגד יואב הוגש כתב אישום בגין ביצוע מעשים מגונים ברמי (התיק הראשון), שלו מוגבלות שכלית וכתב אישום נוסף בגין ביצוע מעשים מגונים באמג'ד שלו מוגבלות נפשית. רמי ואמג'ד הם עדי התביעה היחידים (בנפרד) בכל אחד מהתיקים. טרם מתן עדותם מצא ביהמ"ש כי אי אפשר להזהירם לומר את האמת מאחר שאינם מסוגלים להבין את החובה לומר את האמת ולכן לא הזהירם. מה הדין?

א. אי אפשר להרשיע את יואב בשני התיקים אלא אם יימצא בחומר הראיות דבר לחיזוק בכל אחד מהתיקים בנפרד.

ב. אי אפשר להרשיע את יואב בתיק הראשון אלא אם יימצא בחומר הראיות דבר לחיזוק, אולם אפשר להרשיעו בתיק השני ללא צורך בכל תוספת ראייתית שהיא.

ג. אי אפשר להרשיע את יואב בתיק השני אלא אם יימצא בחומר הראיות דבר לחיזוק, אולם אפשר להרשיעו בתיק הראשון ללא צורך בכל תוספת ראייתית שהיא.

ד. אפשר להרשיע את יואב בשני התיקים ללא צורך בכל תוספת ראייתית שהיא.

• דוגמאות לחיזוק

– אי שיתוף פעולה בחקירה - סירוב הנאשם להשתתף במסדר זיהוי או סירוב לאפשר עריכת בדיקות מעבדתיות. ניתן להרשיע באמצעות העדות והחיזוק של אי שיתוף הפעולה בחקירה. זה נקבע בע"פ 663/81 חורי נ' מד"י.

– שתיקת נאשם (ס' 162(א) לחסד"פ) - שתיקה יכולה לשמש חיזוק או סיוע למעט במקרה של עדות בפני חוקר ילדים. ילד קטין שלא מעיד בבימ"ש ועבר חקירה מול חוקר הילדים, השתיקה שלו לא תהווה חיזוק או סיוע.

– הימנעות הנאשם מלהשיב לאשמה (ס' 152(ב) לחסד"פ)

– סירוב חשוד שייערך בגופו חיפוש (ס' 11(א) לחוק החיפוש)

– סימנים פיזיים שתומכים בגרסת העד

• עדות שדורשת חיזוק משני טעמים, למשל אמרת חוץ של שותף לעברה, נדרש לה חיזוק בדרגת חיזוק משמעותית, אך אין הכרח שיגיע לכדי ראיה מסבכת. אמרת חוץ = סעיף 10א(ד). נניח יש שותף, העדות יכולה להיות בעייתית כי יכול להיות שירצה להקטין את חלקו, לא ניתן להרשיע על סמך עדות שותף. נניח השותף העיד במטרה בלבד, נדרש חיזוק, אבל בגלל שהוא עד שותף צריך חיזוק מוגבר, חיזוק בדרגת חיזוק משמעותית.

דבר מה נוסף

• נדרש לאמרת חוץ של נאשם (ע"פ 3/49 אנדרלסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב 589 (1949)) - נאשם שמודה מחוץ לבימ"ש לא מספיק לנו להסתפק בעדות שלו אנחנו רוצים משהו שיחזק את ההודיה. לא רוצים להרשיע אדם שהודה נניח מתוך לחץ. המטרה של דבר מה היא לאמת את הדבר שהנאשם אמר, נגיעה ממהו חיזוני, למשל תיאור של העובדות אם למשל הקורבן היה עם נעליים אדומות והוא מתאר את זה. צריך לדעת שזו גירסה אפשרית ולא בדיה.

• יש לוודא שהנאשם לא הודה מתוך לחץ פנימי במעשה שלא עשה, נדרשת הוכחה לאמיתות דבריו.

• לכן דבר מה נוסף הוא ראיה מאמתת שתשכנע כי ההודאה אינה בדיה, אלא גרסה אפשרית

• **תנאי הדבר מה הנוסף:** ראייה ישירה או נסיבתית; חיצונית להודאה; מאשרת במידת מה את תוכן ההודאה ומצביעה על אמיתותה, אך לא בהכרח על אשמת הנאשם- הודאת נאשם- אם צריך תוספת ראייתית זה דבר מה נוסף.

• **דוגמאות לדבר מה נוסף**

• **שחזור-** היכולת של הנאשם לשחזר את האירוע עצמו יכולה להוות דבר מה בתנאי שהשחזור אינו מטעם החוקרים או לפי הנחייתם.

• **ידיעת פרטים מוכמנים ע"י הנאשם-** פרטים שהוא לא יכול היה לדעת אלמלא היה מעורב בביצוע העבירה- יש 3 מבחנים לידיעת הפרט המוכמן:

1. הבקאות בפרט תהיה ברורה וגלויה.
2. קיום הפרט יוכח במציאות- למשל קעקוע על הקורבן.
3. פרט זה לא יכול היה להימצא אלא בידיעת מי שביצע את העבירה למשל: אופן ההריגה, נניח חניקה וכ"ו.

• **ראיות נסיבתיות מפלילות-** נניח תפסו מזוודת סמים ע"י השותף לעבירה, זה יכול להפליל אותו.

• **אמרת חוץ בכתב של עד שהוגשה לפי ס' 10א-** יש את ההודאה של הנאשם ועוד מישהו העיד לא בבימ"ש ומסר את הדברים בדומה למה שהנאשם אמר. סעיף 10א נועד למנוע את זה שעד מעיד מחוץ לבימ"ש ואז כשהוא מזומן להעיד בבימ"ש הוא לא מגיע.

• **שתיקת נאשם במשפטו** – רק אם להודאה משקל פנימי משכנע, נשלל לחץ פנימי שהביא להודאה, ונשלל לחץ שהביא לשתיקה- כעיקרון שתיקת נאשם במשפט לא יכולה לשמש דבר מה נוסף אלא אם כן יש הודאה מאוד חזקה ונשלל לחץ פנימי ולחץ חיצוני של ההודאה.

• **ראשית הודיה כשהחשוד מתכחש לביצוע העבירה.**

3 מבחני עזר מהפסיקה לדבר מה נוסף:

1. **מבחן ידיעת הפרטים המוכמנים-** שרק הנאשם היה יכול לדעת עליהם.

2. **מבחן ההזדמנות-** ראיות שממקמות את הנאשם בסביבת האירוע כשזה אינו מקום שהוא נמצא בד"כ. בוחנים מה הוא עשה שם כי הוא לא אמור להיות שם. עצם זה שמישהו ראה אותו במקום שהוא לא אמור להיות לא אומר בהכרח שהוא קשור לעבירה אבל זה מחשיד וזה מחזק את ההודאה שניתנה. זה פרט שמאמת את הדברים.

3. **מבחן השתלבות במציאות-** השאלה היא לא האם יכול להיות שהתרחיש התקיים, שההודאה התקיימה, האם יכול להיות שהתיאור שמסר התקיים אלא האם שילוב עם שאר פרטי ההודאה קיימים מתקיימים ספציפית אלא בהתאם למידע שברשותנו בהתאם ליתר הראיות. האם יש תסריט שמשתלב עם הנתונים.

המבחנים לא מצטברים.

השוואת התוספות

דבר מה נוסף	חיזוק	סיוע	
כן	כן	כן	ממקור עצמאי?
מאמת	מאמת	מסבך	מסבך או מאמת?
לא בהכרח	לא בהכרח	כן	קשור לפרט שנוי במחלוקת?

- סיוע צריך להיות פרט שנוי במחלוקת.

מה משקל התוספת הראייתית?

- משקל התוספת הראייתית נגזר ממשקל הראיה העיקרית שהיא באה לחזק: ככל שמשקל הראיה העיקרית גבוה, נדרשת תוספת קלה יותר (שעדיין עונה על תנאי התוספת הנדרשת), ולהיפך, ככל שמשקל הראיה העיקרית נמוך, נדרשת תוספת חזקה יותר.
- בכל מקרה בודקים לגופו של עניין אם נדרש, למשל, דבר מה נוסף "קל כנוצה" או "חזק כסיוע".

כללי

- אם לבד מהראיה הדורשת תוספת, קיים מארג ראייתי שדי בו להרשיע, אין צורך להידרש לתוספת – התוספת נועדה להבטיח שלא יורשע אדם על בסיס ראיה בעייתית בלבד, וכאן קיימת תשתית ראייתית מרשיעה שאינה בעייתית.
- לעתים ישנה חובת הנמקה מדוע מסתפקים בראיה מסוימת.
- במקרים מסוימים בית המשפט דורש תוספת ראייתית למארג ראייתי בעייתי מטעמים אחרים.

הנמקה

- במקרים בהם אין צורך בתוספת ראייתית, אך נדרש מביהמ"ש לפרט בהכרעת הדין מה גרם לו להסתפק בעדות, שעל בסיסה הרשיע את הנאשם בעבירה. למשל הרשעה בעבירת מין- סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות.

מתי נדרש דבר מה נוסף?

- הרשעה בעבירת מין (ס' 54א(ב), ס' 354 לחוק העונשין): ביהמ"ש נדרש להנמקה ודרישת ההנמקה תפסה את מקומה של דרישת הסיוע.

• הרשעה על סמך עדות יחידה (עדות בבימ"ש) של קטין שלא בנוכחות הנאשם (ס' 2 לחוק חקירת עדים)- גם שם נדרשת הנמקה. אם בימ"ש מרשיע הוא נדרש לנמק.

- עדות יחידה של כל קטין בגין העבירות הבאות: זנות ותועבה; אלימות חמורה; חבלה בגוף והתעללות בקטינים (כשהקטין מעיד נגד האחראי עליו, אחיו או בן זוגו או נגד צאצא שלהם); עבירות שעונשן עשר שנות מאסר ומעלה, כשהמשפט מתנהל בביהמ"ש המחוזי.

- עדות יחידה של קטין שאינו המתלונן בגין העבירות הבאות:

עבירות סחר באדם לשם הבאתו לידי מעשה זנות; עבירות מין חמורות.

- עדות יחידה של קטין שאינו המתלונן, המעיד נגד הורו, ידועו בציבור או אפטרופסו, בגין ביצוע עבירות מין.

דוגמאות שמספקות את דרישת ההנמקה:

- אמון מלא בנכונות העדות, הטעונה הנמקה- מספיק שהעדות וצורתה מאוד אמינה.
- שקרים של הנאשם- אם בימ"ש ראה את השקרים וגילה את זה- זה יכול להוות הנמקה.
- שתיקת נאשם- יכולה לשמש חיזוק.
- תלונה מיידית של הקורבן- הנמקה.
- התנהגות מפלילה מצד הנאשם.

חובת ההנמקה במישור האזרחי (זו אינה תוספת ראייתית כמקובל במשפט הפלילי).

*** לשים לב בחוק אם מדובר במשפט פלילי או במשפט אזרחי.

חובת ההנמקה קיימת כשמתמלאים שלושת התנאים הבאים: (ס' 54 לפק' הראיות)

1. ביהמ"ש פוסק על סמך עדות יחידה שאין לה סיוע.

2. העדות אינה הודאת בעל דין.

3. מדובר באחד המקרים הבאים:

העדות היא של קטין מתחת לגיל 14;

העדות היא של בעל דין או של בן זוגו, ילדו, הורהו, אחיו או אחותו של בעל הדין;

העדות היא של אדם המעוניין בתוצאות המשפט לטובת בעל דין שהזמינו להעיד;

נסיבות אחרות שלדעת ביהמ"ש דרושה הנמקה.

שאלה לדוגמא מבחינת לשכה:

דוד מואשם באינוסה של דנה, דנה שהייתה בת 11 בעת החקירה נחקרה ע"י חוקרת ילדים ומסרה גירסה מפלילה, דנה לא העידה בביהמ"ש בעקבות החלטת חוקרת הילדים. חוקרת הילדים העידה אף היא על נסיבות מתן האמרה. איזו תוספת ראייתית דרושה כדי שאפשר יהיה להרשיע את דוד על בסיס אמרותיה של דנה בפני חוקרת הילדים?

א. נדרש חיזוק.

ב. נדרש חיזוק ובלבד שגילה של דנה עולה על 14 שנים.

ג. נדרש סיוע.

ד. נדרש סיוע ובלבד שמתן האמרה תועד ע"י חוקרת הילדים בתיעוד חזותי.

26/02/19

שיעור ראשון

ראיות שהושגו באמצעים פסולים, הגנת הפרטיות והאזנת סתר:

האינטרסים המתנגשים:



מצד אחד יש אינטרס לשלום הציבור, להרחיק את העבריינים מהציבור, לחשוף את האמת. המעבר מקבילות למשקל. עילות הפסילה של הראיות היו רחבות מאוד. המעבר מקבילות למשקל זה כדי להגיע לחקר האמת, לכן ניתן ליותר ראיות להיות קבילות כדי שנוכל לדון בהן. ביהמ"ש שואף לקבל כמה שיותר ראיות רלוונטיות, זה כולל גם ראיות שהושגו באמצעים פסולים. הלכת יששכרוב ניתנה על קרקע חוקי היסוד וזה מהווה את הזכות של הנאשם, של החשוד לזכות במשפט צדק ובזכות להליך הוגן. עצם ההשגה של קבילות הראיות מהווה פגיעה משמעותית בזכותו של הנאשם, החשוד. צריכים איזון.

הדין הישן:

- פגמים בהליכי גביית הראיה אינם משפיעים על קבילותה, אלא לכל היותר על משקלה ואולי על העונש
- חריגים סטטוטוריים: הודאת נאשם, הגנת הפרטיות והאזנת סתר

עד 2006 הדין הישן אמר שגם אם יש איזושהו פגם בהליך גביית הראיה עדיין אין סיבה לפסול אותה אם היא לא מסיטה אותנו ממטרת גילוי האמת, אם היא מהימנה אבל הושגה בהליך פסול. ראיות חפציות שהושגו בעקבות חיפוש שנערך שלא כדין עדיין נחשבו קבילות (ע"פ 421/78 בן בסת נ' מד"י, ע"פ 369/78 אבו מדיגים נ' מד"י - האם מותר לבימ"ש לשמוע על עברו הפלילי של הנאשם? לא, זו ראייה שאינה קבילה).

ע"פ 9613/04 בן סימון נ' מד"י- לא פסלו את פסה"ד למרות שנודע לביהמ"ש במהלך המשפט על העבר הפלילי של הנאשם. אמרו שזה נעשה מתוך היסח הדעת.

החריגים לפסילה מכוח החוק (כיום):

1. הודאת נאשם- כאשר ההודאה היא לא חופשית ומרצון בהתאם לדרישות סעיף 12 היא נפסלת והיא לא קבילה.
 2. ראייה שהושגה בניגוד לחוק האזנת סתר
 3. ראייה שהושגה בניגוד לחוק הגנת הפרטיות
- אם אותן ראיות הושגו בניגוד לחוק הן פסולות.

בעבר, האינטרס של גילוי האמת גבר על זכויות החשודים- התקבלו ראיות פסולות. הבחינה נעשתה בעיקר האם הראייה מהימנה אז גם אם היא התקבלה באמצעי פסול ואין בעיה עם המהימנות שלה היא התקבלה.

דוקטרינת "פירות העץ המורעל"

בארה"ב-

נפסלות ראיות שהושגו, שלא כדין, בניגוד ל:

תיקון הרביעי לחוקה – עקרונות החיפוש והתפיסה,

תיקון החמישי לחוקה – הגנה על הזכות מפני הפללה עצמית והזכות להליך הוגן.

תיקון השישי לחוקה – זכות לייצוג ע"י עו"ד.

ותוצריהן.

המטרה- חינוכית הרתעתית.

בארה"ב התקבלה דוקטרינת "פירות העץ המורעל" שלא התקבלה בארץ ולפי התורה הזו על ביהמ"ש לפסול לא רק את הראייה שהושגה ישירות כתוצאה מהפרה ישירה של הזכות החוקתית של הנאשם אלא יש לפסול גם כל ראייה אחרת שאותרה ישירות או בעקיפין באמצעות המידע שהושג באותה ראייה ראשונה גם אם אין בעיית מהימנות. העילה לפסילה היא הזכות של הנאשם להליך הוגן. **למה בארה"ב רוצים לפסול את הראיות הנגזרות? האינטרס העיקרי לתורה הזו של "פירות העץ המורעל" הוא חינוכי- הרתעתי ושהמטרה לא תחזור שוב ותעשה שימוש באמצעי החקירה הפסולים. גם בארה"ב בהתחלה כללי הפסילה היו גורפים אבל בעקבות הביקורת הרבה שהייתה שם הכירו בתי המשפט בחריגים לכללים.**

דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

• **לגבי כל ראייה, לרבות הודאה:** לאחר קבלת חוק היסוד ניתן לפסול ראיות שהושגו באמצעים פסולים בהתבסס על דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (גם אם עומדת במבחני פקודת הראיות). לאחר חוק היסוד נקבע שניתן לפסול, לא אוטומטית, ראיות שהושגו באמצעים פסולים גם אם הראיה עוברת את כל מבחני פקודת הראיות. במקרה של יששכרוב ההודאה הייתה חופשית ומרצון אבל הושגה באמצעי פסול ולכן היא נפסלה.

• **הפסילה נועדה למנוע פגיעה עתידית בערך המוגן שתרחש אם הראיה תתקבל במשפט-**

המטרה היא לא הרתעתית אלא המטרה להגן על זכויות הנאשם להליך הוגן ועל כך שהוא ממשיך להיפגע אם מקבלים את אותה ראיה בהמשך המשפט. לא ניתן לתקן את הפגיעה שנעשתה כשהראיה הושגה באמצעי פסול אבל אפשר לתקן את ההשלכות העתידיות של הפגיעה הזו ולכן פוסלים את הראיה.

• **הדוקטרינה יחסית – יש לאזן בכל מקרה בין שלל שיקולים**

הנקי היא שיש צורך לאזן בכל מקרה ומקרה בין השיקולים.

3 מבחנים, 3 אמות מידה:

1. **חזקת קבילות- נק' המוצא** היא שכל ראיה רלוונטית שיכולה לתרום לנו במצב העובדתי כדי לחשוף את האמת, כל ראיה שיכולה לפזר אור היא רלוונטית וכל ראיה שהיא רלוונטית ואין עליה מחסום של קבילות, והיא לא נפסלת אז היא קבילה.

2. **הראיה הושגה שלא כדין:** בניגוד לחיקוק או לנוהל, באמצעי בלתי הוגן, בפגיעה שלא כדין בזכות מוגנת נדרשת זיקה בין הפגיעה לבין השגת הראיה – קש"ס.

(פס"ד אלזם - מדובב, פס"ד שמש – תאונות רכבת, פס"ד שי – תאונת שרשרת).

אם מעלים טענות נגד הראיה צריך לבדוק אם היא הושגה שלא כדין, האם ההשגה של הראיה כרוכה בעבירה על החוק. צריך לבדוק כל מקרה לגופו, אם זה מנוגד לחיקוק או לנוהל פנימי של רשויות. **בהלכת יששכרוב פגעו בזכות המוגנת להיוועצות. אנחנו חייבים שיהיה קשר סיבתי ישיר בין הפגיעה לבין השגת הראיה. אם אין קשר אז אין סיבה לפסול אותה.**

ע"פ 1301/06 עיזבון המנוח אלזם נ' מד"י- מדובב משטרתי הצליח להשפיע על אלזם לוותר על ייצוג משפטי, לפטר את עורך דינו שזה אמצעי לא הוגן ולא מידתי.

הפעלת מדובב היא תחבולה חקירתית מותרת, היא לא מפרה את זכות החשוד, היא אינה מפרה את זכות החשוד לאי הפללה עצמית. אם הוא מדבר עם המדובב הוא עדיין יכול לשמור על זכות השתיקה. על ביהמ"ש לבחון האם התחבולה היא לגיטימית או לא. במקרה של אלזם המדובבים שידלו אותו לוותר על זכות השתיקה אחרי שהם גרמו לו לפקפק בעצה של הסניגור שלו. הם פגעו לו בשתי זכויות: זכות הייצוג וזכות השתיקה. במקרה הזה החליטו שצריך לפסול את ההודאות גם לפי סעיף 12, לא חופשיות ומרצון וגם לזכות אותו מהעבירות מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

רע"פ 851/09 שמש נ' מד"י- היו שתי תאונות דרכים קשות שמעורבות בהן רכבות ב- 2005, נהרגו 8 בני אדם והיו פצועים. הרכבת הקימה ועדת חקירה פנימית בה גבו הודאות, עדויות של עובדי הרכבת ואז עלתה

השאלה האם אפשר להעביר למשטרה את ההודאות של עובדי הרכבת שמראש הבטיחו להם שלא מעבירים את ההודאות? את הדוחות סיכום העבירו למשטרה. הדיון היה האם אפשר להעביר גם את המסמכים של העובדים שהטענה הייתה שלא רוצים להעביר את המסמכים בגלל החיסיון מפני הפללה עצמית. **השאלה שעלתה היא האם דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה ביששכרוב תקפה ומיישמים אותה כבר בשלב תפיסת המסמכים לצורכי חקירה?** המטרה כאן היא עוד לא להעמיד לדין אלא לקבל מידע כדי שלמשטרה יהיה כל המידע. האם יש לבחון את מבחני יששכרוב בשלב מוקדם יותר מההעמדה לדין? ברע"פ שמש נ' מד"י ההכרעה הייתה שתיגרם פגיעה בזכות העובדים להליך הוגן אם ימסרו את ההודאות שלהם. הציפיות שלהם היו שההודאות חסויות ולא יוכלו לשמש נגדם בהליך פלילי. זה נוהל מסודר של הרכבת, ששיתוף פעולה בנוהל פנימי נוגד את העברת המסמכים. **מתי מפעילים את הלכת יששכרוב? זה נקרא אפקט מצנן = אם אנשים שומרים על הזכות שלהם ולא רוצים לשתף פעולה. אפקט מצנן בנוגע לחקירות של עובדים עם ועידות פנימיות. זה עלול לפגוע באפקטיביות של קו החקירה ובאינטרס הציבור שלא יהיו תאונות.** זה המשיך לדנ"פ 5852/10 מד"י נ' שמש - המדינה רצתה הרחבה על פסילת הדוקטרינה הפסיקתית. הדיון הנוסף נפסק ברוב של 5 שופטים מול 2, להפוך את ההחלטה ולחייב את הרכבת למסור את המסמכים. הני' בייניש שכתבה את פסה"ד העיקרי כתבה שככלל הלכת יששכרוב היא לא חלה על הליך לפי סעיף 43 לפקודת סד"פ (מעצר וחיפוש) ואין טעם לקבוע חיסיון של מסמכי ועדת החקירה הפנימית של הרכבת. עלו ספקות אם יש להשתמש בראיות האלה לצורך משפט פלילי. כאן יש אינטרסים אחרים. לדעת בייניש הצטרפו הש' ארבל, נאור, ריבלין ולוי. רובינשטיין ודנצינגר נשארו בדעת מיעוט כמו ברע"פ ומשיקולי הגינות טענו שאין למסור את המסמכים. **הדוקטרינה של יששכרוב לא הורחבה וניתן היה להשתמש במסמכים.**

ע"פ 9956/05 שי נ' מד"י- דובר בנהג משאית שפגע ברכב פרטי שנעצר לפני הפגיעה, גרם לתאונת שרשרת קטלנית שכללה מוות של אחד, השני נותר צמח. פסה"ד ניתן ע"י הני' בייניש. הוא נחקר בסמוך לאירוע והוא לא סיפר שהוא עיין במפה תוך כדי נהיגה. הוא הורשע בעבירה הריגה, ללא אפשרות שליטה ברכב. חודשיים אחרי התרחשות התאונה הוא הגיע לבית דין לתעבורה, הוא ביקש את רישיון הנהיגה שלו בחזרה בעקבות פסילה מנהלית. בתום הדיון ניגש אליו איש משטרה שרצה לקחת אותו לתחנה והשוטר הזהיר אותו שהוא חשוד שבגלל שהוא לא שמר מרחק הוא גרם לתאונה הזו, אמר לו שיש לו זכות שתיקה. שי, החשוד אמר שהוא לא רוצה להמשיך את החקירה ללא היוועצות עם עו"ד. החוקר המשיך לשאול אותו שאלות ושי ענה לו על השאלות. הוא תיאר שבמהלך הנסיעה לפני התאונה הסתכל הצידה, הדליק סיגריה, הסתכל במפה ואז כשהרים את הראש הוא לא הפסיק לבלום. הסניגור שלו אומר שהטענה לא קבילה. **ההודאה כן מהימנה אך האם היא קבילה? האם נפגעה הזכות להליך הוגן? כן. ההודאה נפסלה והערעור התקבל, הוא זוכה מעבירת הריגה והורשע בעבירה של גרימת מוות ברשלנות. הסיבה לפסילה זה שהחוקר פגע פעמיים בזכות היוועצות שלו: שלא יידע אותו לראשונה, נמנע מלהזהיר אותו בזכות היוועצות בעו"ד והפעם השנייה זה גם שלאחר ששי ביקש לא להמשיך בחקירה הוא המשיך לחקור אותו. ביהמ"ש פסק שאי הפסקת חקירה והמשך גביית הודאה היא פגיעה חמורה בזכות היוועצות באופן שמחייב פסילה.**

סעיף 34(ב) לחוק המעצרים אם עצור מבקש להיפגש עם עו"ד אז האחראי על החקירה אמור לאפשר לו.

מצד אחד יש את זכות היוועצות שהיא הזכות להליך הוגן, למנוע ניצול לרעה של פערי כוחות בין נחקר לאיש מרות ומצד שני הפסקה מידית של החקירה כשהנחקר רוצה לבקש עו"ד עלולה לשבש את החקירה, לפגוע ברצף הדרוש שהמטרה שעומדת לנגד עיני החוקר היא לחשוף את האמת ולשמור על ביטחון הציבור. בכל מקרה לגופו ביהמ"ש צריך לבחון מתי ישנן נסיבות מיוחדות שכן מצדיקות את הפסקת החקירה לצורך

היוועצות עם עו"ד ומתי לא. בעניין של שי לא היו נסיבות שהצריכו את הפסקת החקירה, הוא לא היה מסוכן לציבור, ההודאה נגבתה חודשיים לאחר ההודאה הקודמת, לא נוסף מידע ופרט חדשים שחייבו חקירה נוספת אלא רק נסיבות- החוקר ראה את שי לבד וחשב שזה זמן מתאים, זה היה ניצול הזדמנות! החוקר אמר לשי שהוא יצטרך להביא 30,000 ₪. **ביהמ"ש קבע שבנסיבות המקרה ובהתאם לאמות המידה שנקבעו ביששכרוב קבלת ההודאה תוביל לפגיעה מהותית ובלתי מידתית בזכות המערער להליך הוגן וזו הסיבה שההודאה נפסלה, פסלו את הקבילות שלה.**

3. הדרישה היא שקבלת הראיה תפגע באופן משמעותי ובלתי מידתי בזכות להליך הוגן:

המשך- האם קבלת הראיה פוגעת בזכות להליך הוגן של החשוד?

- **אופייה של הפגיעה וחומרתה**; למשל כשהודיעו לחשוד על זכותו להיוועץ בעו"ד, בודקים מה הייתה התגובה שלו. אם הוא רוצה או בעצמו מבקש והחוקרים דחו אותו כל הזמן- הפגיעה היא חמורה. אבל אם הציעו לו עו"ד והוא לא רצה- יהיה קשה להראות שפגעו לו בהליך ההוגן.
- **כוונת פגיעה מצד החוקרים המשטרתיים (או תו"ל)**; האם הייתה לרשויות אכיפת החוק כוונה לפגוע או שהדבר נעשה בתו"ל, האם במקרה שכחו שפגעו בזכות או שזו הייתה פגיעה מודעת? **בישכרוב** הש' גרוניס אמר שבמכוון החוקר לא הודיע על הזכות. חוסר ההודעה מבחינתו מכוונת ולא נעשתה בתו"ל.
- **"נסיבות מקלות" לפגיעה**; נניח כניסה לבית בלי צו כי החוקרים ידעו שאם לא ייכנסו באותו רגע כל החקירה תיהרס. אם עלול להיגרם נזק חמור מאוד ועיכוב יש נסיבות מקלות לפגיעה. אי החוקיות נבעה מצורך דחוף להגן על ביטחון הציבור.
- **אפשרות השגת הראיה באופן חוקי**; האם היה ניתן להשיג את הראיה באופן חוקי, באיזו קלות היה ניתן להשיג את הראיה? מצד אחד אם היה אפשר להשיג בקלות למה לא השיגו את זה כך? מצד שני אם הראיה הייתה מושגת ע"י הרשות בכל מקרה הפגיעה בזכות להליך הוגן מופחתת.
- **השפעת אי החוקיות על השגת הראיה ועל מהימנותה**; מהי ההשפעה של אי החוקיות על מהימנות הראיה? כאן חוזרים לאינטרס חשיפת האמת. אם הראיה לא מהימנה זה לא עוזר לחשיפת האמת אלא להפך. כמה אי החוקיות השפיעה על אמות המידה? אם הודאת הנאשם הושגה באמצעים פסולים יש סיכוי שהיא מרחיקה מהאמת. זה רלוונטי יותר לעניין הודאות ופחות ראיות חפציות. יתכן שלחץ כבד שהפעילו חוקרים על הנאשם מובילה לפגיעה במהימנות ההודאה ואז הנטייה היא לפסול את הראייה.
- **תוצאות פסילת הראיה מול תוצאות קבלתה**; ועוד. נדרש לערוך מאזן כללי, להשוות בין תוצאות הראיה לבין קבלת תוצאות הראיה. בוחנים אם העבירה היא חמורה. מצד אחד ככל שהעבירה חמורה יותר נרצה יותר להגן על הציבור, מצד שני הסנקציות על הנאשם חמורות יותר. שוקלים שיקולים של מידתיות, אלו פתרונות ניתן למצוא בסיטואציה. כל מקרה לגופו יש את השיקולים הספציפיים שלו.

-המשך- ראיות שהושגו באמצעים פסולים, הגנת הפרטיות והאזנת סתר:

יששכרוב – יישומים

- נפסלה הראיה – יש לבחון את אשמת הנאשם לפי יתר התשתית הראייתית; אין זיכוי אוטומטי- גם אם נפסלה הראיה זה לא אוטומטית מזכה את הנאשם. יכול להיות שנוכל להרשיע אותו על סמך ראיות אחרות.
- ברע"פ שמש נקבע שההלכה חלה גם טרם הגשת כתב האישום (דנציגר בשמש; לוי התנגד לכך, רובינשטיין לא פסק בעניין)
- אך בדנ"פ שמש נקבע שככלל מן הראוי לערוך את הבירור השיפוטי של שאלת קבילות הראיות, שנטען כי הושגו שלא כדין, במסגרת ההליך המשפטי העיקרי (ביניש)
- הרחבת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אף על חקירת עד.
- האם רק כשמדובר בפגיעה בעלת עוצמה מיוחדת שנגרמה לעד בחקירתו?
פסקי הדין: ז'אנו, יהודה וזהאדה

ע"פ 4988/08 פרחי נ' מד"י- הסוגייה שעמדה לדיון היא הצהרה של המשטרה שלא תעשה שימוש בראיה שנמסרה לה בהסכמה, ראיית דנ"א אבל היא הפרה את ההבטחה. השאלה שעולה היא האם יש לפסול את הראיה ואת הראיות הנגזרות ממנה? במסגרת חקירת רצח, המשטרה ביקשה מתנדבים כשהייתה בעיה לחקור את מקרה הרצח, המתנדבים הסכימו למסור דנ"א כאשר הובטח להם שלא יעשה בהן שימוש למעט עניין פיענוח הרצח. איתרע מזלו של פרחי שהחוקרת הראשית זכרה את מבנה הדנ"א שלו והיא זיהתה במקרה התאמה בין פרופיל הדנ"א של המתנדב לאותו דנ"א שזוהה בשלוש זירות שונות. דובר באונס, שוד, הטרדה. המחוזי הרשיע אותו. מצאו עוד דגימת דם ע"י כך שעישן סיגרית וזו ראיה נגזרת שאותה כן היה אפשר לקבל. אם לא היו מבקשים דנ"א מהאדם לא היו יודעים. הוא לא הסכים להשתתף במסדר זיהוי, להתעמת עם המתלוננות. נמצאה ראשית הודיה באמירות שלו לחוקרים. היו מספיק ראיות גם ללא הדנ"א. בנוסף, היה איכון טלפון נייד שתאם לשלוש הזירות. דובר על מה היא משמעות ההפרה של ההבטחה- זה פוגע בשתי זכויות יסוד: הזכות להליך הוגן (שזה גם חיסיון מפני הפללה עצמית) וגם הזכות לפרטיות- השימוש בדנ"א שלו. זה היה מנוגד לסעיף 14(א) לחוק החיפוש. נשאל האם מידע ביולוגי של דנ"א חוסה תחת סעיף 2(8) לחוק הגנת הפרטיות? בימ"ש אמר שבוודאי שגם מידע ביולוגי חוסה. במקרה הזה פסלו את ראיית הדנ"א, היו מספיק ראיות כדי להרשיע אותו, הערעור נדחה והוא הורשע.

האם הרחיבו את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית צעד אחד נוסף בנוגע לחקירה של עד?

ע"פ 5002/09 מד"י נ' ז'אנו- השי' לוי קבע שתחולת הלכת יששכרוב היא כללית והיא לא מוגבלת רק להודאת נאשם אבל נדרש שזו תהיה פגיעה בעלת עוצמה מאוד מיוחדת שנגרמה לעד במהלך החקירה, למשל שההודאה נמסרה בשל איומים, שימוש באלימות, הפחדה או נסיבות מאוד מיוחדות.

ע"פ 3237/15 יהודה נ' מד"י- האם רק כשמדובר בפגיעה חמורה בעלת עוצמה מיוחדת שנגרמה לעד בחקירתו או שמדובר על הרחבה באופן כללי? יש דעת רוב ודעת מיעוט. מדובר בשוד של אזרח זר, שלושה הציגו עצמם כשוטרים

והודיעו לאזרח הזר שצריכים לבדוק את האשרה שלו וצריכים לעשות לו חיפוש, חטפו ממנו את הארנק והנייד וכשתפסו אותם עידן, העד (שהיה שותף) הודה בכל והפליל את חבריו מול המשטרה. כשהגיע למשפט הוא כבר בהודאה שלו. באמצעות סעיף 10א לפקודת הראיות העדות שלו במשטרה הועברה לבימ"ש. בימ"ש קבע שהיו פגמים בחקירתו של עידן. **השאלה עד איפה אפשר להפעיל את הדוקטרינה? מה הגבול? החוקר לא הזהיר אותו בדבר זכות השתיקה והזכות להימנע מהפללה עצמית וגם לא הודיע לו על זכות ההיוועצות, רק לאחר 4 דק' הוא דיבר, נתן הודאה לאחר שהחוקר הודיע לו על זכויותיו. אחרי 4 דק' מתחילת החקירה הוא הזהיר אותו אבל הדברים וההודאה שלו נמסרו אחרי שהוא הזהיר אותו. החוקר אמר לו שהחברים דיברו עליו שזו תחבולה מותרת. רק לאחר הדברים האלה הוא ציין בפניו את הזכויות שלו (4 דק' אחרי שהחל בחקירה). הש' מזוז בדעת מיעוט קבע שהזכויות של עידן הופרו. **השאלה שעלתה היא האם נוכח הפרת הזכויות שלו בחקירה זה מביא לידי פסילה של ההודאה והאם הדוקטרינה חלה כשמדברים על אמצעי פסול בחקירת עד ולא בחקירת נאשם? בדעת מיעוט הש' מזוז אמר שאין להבחין בין נאשם לבין עד בכל מה שקשור בהחלת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ולכן יש סיכוי שאת ההודאה נפסול, יש לשמור על הגינות ההליך הפלילי והטוהר, יש ליישם את הדוקטרינה על כל הראיות. הש' חיות והש' ג'ובראן בדעת רוב קבעו שיש לדחות אותו ולהשאיר בצריך עיון את השאלה הזו. הש' חיות- הפגמים שנוצרו בחקירה של עידן לא קשורים לעניין ואין כאן משהו חריג שפוגע בחקירה שלו. **האזהרה ניתנה כמה דק' לאחר תחילת החקירה ולפני שהעד נתן את ההודאה, לפני החקירה הוא התייעץ עם עו"ד. קודם הייתה תחילת החקירה, לאחר 4 דק' הייתה האזהרה של החוקר ואז ההודאה של העד. אין הכרעה האם בעצם יש הבדל והאם נדרשת פגיעה שונה כשמדובר בעד בהשוואה לנאשם. הש' ציינה שיש להילחם בפשיעה ולכן יש צורך בשימוש בתחבולות בחקירה ואם נפסול באופן גורף את ההודאות הללו נאבד כלי חקירה מאוד יעיל. מבחינת ההודאה קבילה ואין צורך לדון בכך, כך גם הש' ג'ובראן אמר שזה לא המקום לדון האם הפגמים שפוסלים חקירת נאשם פוסלים חקירת עד. הערעור נדחה.******

ע"פ 7679/14 זהאדה נ' מד"י- הש' סולברג- דובר ברצח אישה ע"י בעלה, הם היו גרושים והיא הייתה במעון לנשים מוכות, לאחר שהשתחררה קיבלה את הילדים לחזקתה והחלה חיים חדשים בזהות בדויה. הנאשם ניסה לאתר אותה, הוא פנה לבן דודו ואמר לו שהוא רוצה שלום בית, בן הדוד אמר שינסה לעזור לו לאתר אותה. בן הדוד איתר אותה, איברהים ואז כשיצאה מקופ"ח הוא ירה בה. איברהים העיד במשטרה ובבימ"ש הוא היה עד עוין, לא השיב לשאלות ששאלו אותו והוכרז כעד עוין. הייתה חקירה בעייתית אבל דובר בגרסה שלא היו בה פגמים. השופטים החליטו שאין צורך לדון בהאם באמת נדרשים בפגיעה חמורה בעד. החקירה הבעייתית לא רלוונטית ואין צורך לדון בזה. דחו את הערעור.

פסילת ראיות בחקירה: הודאת נאשם

- סי' 12 לפקודת הראיות מתיר להגיש הודאת נאשם מחוץ לכותלי ביהמ"ש רק אם הייתה "חופשית ומרצון".
- "12(א) עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה הייתה חופשית ומרצון."

שלוש דרכים לפסול ראיות באמצעות החקירה:

1. סעיף 12א לפקודת הראיות
2. חוק האזנת סתר
3. חוק הגנת הפרטיות

ע"פ אבו עצה- מצויין לעיל.

ע"פ 6144/10- גטצאו נ' מד"י- אדם ניסה לשדוד, פרץ לבית. השודד ירה בבעל הבית ורצח אותו מול אשתו. האיטום היה על ניסיון לשוד ועל רצח. הסניגור העלה טענות לגבי פגמים בחקירה. הסניגור נתלה על טענת הגנה מן הצדק = הסניגור הסתמך על ע"פ 4855/02 בורוביץ' שעלה בו מבחן של שלושה שלבים להגנה מן הצדק. ניסו לבחון האם הוא חל בעניין של גטצאו.

שלושה שלבים/ תנאים מצטברים לטענת "הגנה מן הצדק":

השלב הראשון- פגמים- ביהמ"ש צריך לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שנקטו בעניין הנאשם ולבחון את העוצמה שלהם ללא קשר אם הוא אשם או חף מפשע. כאן בוחנים באופן כללי.

השלב השני- איזון אינטרסים- האם בקיום ההליך הפלילי למרות הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות? מדובר באיזון אינטרסים בנוגע למקרה הקונקרטי. כאן בוחנים באופן ספציפי את המקרה הנדון.

השלב השלישי- האם לא ניתן לרפא פגמים אלו באמצעים מיזתיים ומתונים יותר מאשר ביטול כתב האישום? אולי אפשר להקל בענישה.

הטענות של גטצאו הן שלמרות הבקשות החוזרות והנשנות הוא לא זכה לייעוץ עו"ד במהלך החקירה לאחר שהציג בפניו מידע ממחלקת זיהוי פלילי שהדם שלו נמצא בזירה. לפני החקירות הוא התייעץ עם עו"ד. הוא לא הסכים מראש על ביצוע שחזור, נדרשת הסכמה. הוא הסכים בדיעבד לאחר שהשחזור בוצע בפועל. שלב ראשון מתקיים, ישנם פגמים לא מבוטלים בהליכי החקירה. שלב שני- איזון אינטרסים- האם תחושת הצדק וההגינות זועקת בשל קיום הפגמים האלו? הוא הורשע כדין בגין עבירות חמורות, ניסיון לשוד, רצח לעיני אשתו של הנרצח? יש כאן גם אשמה שהוכחה באמצעים שלא קשורים לחקירות שלו: יש את הדם שלו בזירה, יש עדות מהימנה של האישה, יש דברים שמסר בעדות בבימ"ש שתומכים באשמה שלו. השלב לא מתקיים. במקרה כזה אין צורך להמשיך לבחינת השלב השלישי. **הערעור נדחה.**

- בעבר נקבע כי תכלית הסעיף (סעיף 12) היא בעיקר שמירה על אמיתות ההודאה, ולכן היא נפסלה רק כשהופעל על הנאשם לחץ חיצוני להודות להבדיל מלחץ פנימי פסיכולוגי; כל מקרה נבחן לגופו.
- יששכרוב: לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עלה משקלה של תכלית אחרת: שמירת זכויות החשוד: שלמות הגוף והנפש והאוטונומיה של הרצון החופשי; לעתים תיפסל הודאה גם אם היא אמינה – לחץ חיצוני – סעי' 12.

הבחנה בין תחבולה לגיטימית לנפסדת: (אבו עצה)

- מבחן הסבירות
- מונולוג סוגסטיבי
- פיתוי והשאה

האם פגמים בהתנהלות חוקרי המשטרה יכולים להקים לנאשם הגנה מן הצדק? (גטצאו)

פסילת ראיות בחקיקה: האזנת סתר

חוק האזנת סתר- 1979.

המטרה של החוק זה להגביל את הפגיעה בזכות הפרטיות ולצמצם אותה רק לפעילויות חיוניות.

- מהי האזנה? (ס' 1)
- "האזנה" – האזנה לשיחת הזולת, קליטה או העתקה של שיחת הזולת, והכל באמצעות מכשיר;
- "שיחה" – בדיבור או בבזק, לרבות בטלפון, בטלפון אלחוטי, ברדיו טלפון נייד, במכשיר קשר אלחוטי, בפקסימיליה, בטלקס, בטלפרינטר או בתקשורת בין מחשבים;
- מהי האזנת סתר? (ס' 1)
- "האזנת סתר" – האזנה ללא הסכמה של אף אחד מבעלי השיחה; די בהסכמת אחד הצדדים כדי לשלול את אופייה של ההאזנה כהאזנת סתר. רק אם צד שלישי מאזין לשניים שמשוחחים זו האזנת סתר.
- חריג – סעיף 3 – **האזנה למטרת ביצוע עבירה/ נזק/ גילוי בינו לבניה שלא לצורך הליך ביניהם נחשבת כהאזנת סתר ואסורה גם אם נעשתה בהסכמת אחד מבעלי השיחה.**

סעיף 3 לחוק האזנת סתר- האזנה למטרת עבירה או גרימת נזק – "האזנה לשיחה והקלטתה, אף שהן נעשות בהסכמת אחד מבעלי השיחה – אסורות, ודין כדין האזנת סתר, אם נעשו למטרת ביצוע עבירה או מעשה נזק, או למטרת גילוי דברים שבינו לבניה והם מצנעת האישות ושלא לצורך הליך משפטי בין בני זוג."

דוג' לחריג: ת"פ (ת"א) 2745/01 מד"י נ' שלי כהן- עובדת ניסתה לגרום לעובד בכיר בב"ל נזק ולהעליל עליו עלילת שווא על הטרדת מינית וניסתה לסחוט אותו כדי שיעזוב את המחלקה. היא הקליטה אותו מדבר עם נערת פיתוי ששלחה אותה שהמטרה הייתה לתפוס אותו עם נערת הפיתוי, לצלם אותם, לסחוט אותו שאם לא יעזוב את המחלקה היא תתלונן עליו. כשהיא מקליטה או שולחת מישהו מטעמה להקליט זה החריג של סעיף 3- זה נחשב האזנת סתר. נקבע שזה האזנת סתר.

מהי הסכמה?

הסכמה מכללא שהאדם שיושב בקרבת מקום ישמע. נניח ישבתי בתחנה ודיברתי בטלפון אני מסכימה מכללא שמי שיושב בתחנה לידי יאזין לי.

- הכלל הוא שהאזנת סתר היא אסורה, ויש לכך שתי השלכות:
- **דיונית** – הראיה אינה קבילה (סעיף 13)
- **מהותית** – מהווה עבירה (סעיף 2)- מאסר 5 שנים.

לא רק שראיה שהתקבלה ע"י האזנת סתר היא לא קבילה זה גם אסור. כל ראיה שהתקבלה בניגוד להוראות החוק היא לא קבילה.

- איזו האזנת סתר אינה טעונה היתר? (ס' 8)- האזנה לשיחה ברשות הרבים, האזנה מטעמי ביטחון המדינה, האזנה למניעת עבירות.

סעיף 8 לחוק האזנות סתר- האזנות שאינן טעונות היתר- האזנות סתר אלה אינן טעונות היתר לפי חוק זה:

(1) האזנה לשיחה ברשות הרבים, אם נעשתה –

- (א) בידי מי שהסמיכו לכך ראש רשות בטחון, מטעמים של בטחון המדינה;
(ב) בידי מי שהסמיכו לכך קצין משטרה מוסמך, לשם מניעת עבירות או גילוי עבריינים;
(ג) באקראי ובתום לב, אגב הקלטה גלויה שנועדה לפרסום ברבים או למחקר;

(תיקון מס' 1) תשנ"ה-1995

לענין פסקה זו, "רשות הרבים" – מקום שאדם סביר יכול היה לצפות ששיחותיו יישמעו ללא הסכמתו, וכן מקום שבו מוחזק אותה שעה עצור או אסיר;

- (2) האזנה לשיחות בינלאומיות, שנעשתה למטרות צנזורה מטעם הצנזור הצבאי הראשי;
(3) האזנה בידי חייל או שוטר שהוסמך לכך בפקודות הצבא או בפקודות הקבע של המשטרה, לפי הענין, לשיחה המתנהלת באמצעי תקשורת שבשימוש צבא-הגנה לישראל או משטרת ישראל;

(תיקון מס' 1) תשנ"ה-1995

(4) האזנה בידי עובד משרד התקשורת או בידי בעל רשיון, לפי חוק הבזק, התשמ"ב-1982 (להלן – חוק הבזק), או פקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], התשל"ב-1972, או בידי עובדו של כל אחד מהם, לצורך מתן השירות או לצורך ביקורת תקינות קו הבזק או קיום הוראות חוק הבזק או הפקודה;

(תיקון מס' 1) תשנ"ה-1995

(5) האזנה במערכת אלחוטית בתחומי התדרים של חובבי רדיו ושל שידורים לציבור.

- איזו האזנת סתר אסורה? (ס' 2, 3, 4א7) – סעיף 2- השלכות פליליות על האזנת סתר.

סעיף 2 לחוק האזנת סתר- האזנת סתר שלא כדין ושימוש שלא כדין בהאזנה- (א) המאזין האזנת סתר שלא על פי היתר כדין, דינו – מאסר חמש שנים.

(תיקון מס' 1) תשנ"ה-1995

(ב) המשתמש ביודעין וללא סמכות כדין בידיעה או בתכנה של שיחה שהושגו על ידי האזנת סתר, בין שנעשתה כדין ובין שנעשתה שלא כדין, או מגלה ידיעה או תוכן שיחה כאמור ביודעין לאדם שאינו מוסמך לקבלה, דינו – מאסר חמש שנים.

(תיקון מס' 1) תשנ"ה-1995

(ג) המציב או המתקין מכשיר למטרת האזנת סתר שלא כדין או כדי לאפשר שימוש בו למטרה האמורה, דינו – מאסר חמש שנים.

סעיף 4 מדבר על האזנות למטרות ביטחון המדינה. זקוקים לאישור של שר או רה"מ- נדרש אישור מגורם בכיר.

סעיף 4 לחוק האזנת סתר- האזנה למטרות בטחון המדינה- (א) שר ראשי, אם נתבקש לכך בכתב מאת ראש רשות בטחון ואם שוכנע לאחר ששקל גם את מידת הפגיעה בפרטיות כי הדבר דרוש מטעמי בטחון המדינה, להתיר בכתב האזנת סתר.

(תיקון מס' 1) תשנ"ה-1995

(ב) בהיתר לפי סעיף זה יתוארו זהות האדם אשר האזנה לשיחותיו הותרה, או זהות הקו או המיתקן, המשמשים או המיועדים לשמש לקליטה, להעברה או לשידור של בזק, ואשר האזנה אליהם הותרה ומקום השיחות או סוגן, הכל אם הם ידועים מראש; כן יפורטו דרכי ההאזנה שהותרו.

(ג) בהיתר תפורש תקופת תקפו; התקופה לא תעלה על שלושה חדשים מיום נתינת ההיתר; ההיתר ניתן לחידוש מפעם לפעם.

(תיקון מס' 1) תשנ"ה-1995

(ד) היה ההיתר מאת שר הבטחון – יודיע שר הבטחון מיד לראש הממשלה על מתן ההיתר או על חידושו; שר יודיע ליועץ המשפטי לממשלה אחת לשלושה חדשים על היתרים שניתנו לפי פרק זה.

(תיקון מס' 1) תשנ"ה-1995

(ה) שר ידווח, מדי שנה, לועדה משותפת של ועדת החוקה חוק ומשפט ושל ועדת החוץ והביטחון של הכנסת (להלן – הועדה המשותפת), על מספר ההיתרים שניתנו לפי פרק זה; הועדה המשותפת תדון בנושא בדלתיים סגורות.

סעיף 4 לחוק האזנת סתר- האזנה לאיתור או מניעה של דליפת מידע בטחוני- (א) לצורך איתור או מניעה של דליפת מידע ביטחוני העלולה לגרום נזק חמור לביטחון המדינה, רשאי שר, אם נתבקש לכך בכתב מאת ראש רשות ביטחון, להתיר האזנה לשיחות של עובד מערכת הביטחון, המתנהלות באמצעות מיתקן המשמש או המיועד לשמש לקליטה, להעברה או לשידור של בזק, כגון ציוד קצה או מחשב, שניתן לו על ידי מעסיקו.

(תיקון מס' 6) תשע"ז-2017

(א) לא יינתן היתר לפי סעיף זה אלא לעובד מערכת הביטחון שמועסק בתפקיד מסווג ונחשף או עשוי להיחשף למידע ביטחוני רגיש במסגרת העסקתו, ולאחר שנמסרה לו הודעה כאמור בסעיף קטן (ב).

(תיקון מס' 6) תשע"ז-2017

(א) היתר לפי סעיף זה יינתן להאזנה שמידת פגיעתה בפרטיותו של עובד מערכת הביטחון תהיה קטנה ככל הניתן, ולאחר שנשקלו אמצעים אחרים שפגיעתם בפרטיות העובד פחותה.

(תיקון מס' 6) תשע"ז-2017

(ב) היתר השר לפי סעיף זה יהיה בכתב ויינתן לתקופה שלא תעלה על 15 ימים, על פי כללים שיקבע שר הביטחון בהתייעצות עם שר המשפטים, לרבות כללים בדבר הסיווג הביטחוני של עובד כאמור בסעיף קטן (ד); השר רשאי לחדש את ההיתר מעת לעת, ואולם חידוש לתקופה העולה על 30 ימים יהיה טעון את אישור היועץ המשפטי לממשלה; בהיתר יתוארו זהות האנשים, הקווים, התדרים או המיתקנים אשר ההאזנה להם הותרה.

(תיקון מס' 6) תשע"ז-2017

(א) הודעה בכתב בדבר הסמכות להאזין לשיחה המתנהלת באמצעות מיתקן כאמור בסעיף קטן (א) תימסר לעובד מערכת הביטחון שהוראות סעיף זה חלות עליו עם תחילת העסקתו בתפקיד המסווג, והוא יאשר, לאחר מסירת ההודעה, כי הוא מודע לסמכות האמורה; הודעה לפי סעיף קטן זה תימסר לעובד אחת לשנה כל עוד הוא מועסק בתפקיד המסווג.

(ג) הכללים האמורים בסעיף קטן (ב) לא יפורסמו ברשומות או בדרך אחרת והם יוצגו רק בפני הועדה המשותפת.

(ד) לענין סעיף זה, "עובד מערכת הביטחון" – נושא משרה או ממלא תפקיד שסווג סיווג ביטחוני בגוף שעל-פי החלטת הממשלה אבטחתו מונחית על-ידי שירות הביטחון הכללי, וכן בגוף הקשור בחוזה עם גוף כאמור ואבטחתו מונחית, במישרין או בעקיפין, על-ידי שירות הביטחון הכללי.

סעיף 5 לחוק האזנת סתר- האזנת סתר במקרים דחופים- (א) שוכנע ראש רשות בטחון כי בטחון המדינה מחייב האזנת סתר שאיננה סובלת דיחוי וכי אין סיפק לקבל בעוד מועד היתר לפי סעיפים 4, 4א או 9א(א)(1), רשאי הוא להתיר בכתב את ההאזנה; ההיתר יכלול פרטים כאמור בסעיף 4(ב) או 4א(ב), לפי הענין ומשך תקפו לא יעלה על ארבעים ושמונה שעות.

(תיקון מס' 1) תשנ"ה-1995

(ב) נתן ראש רשות בטחון היתר לפי סעיף זה, למעט היתר להאזנה לשיחה חסויה, יודיע על כך מיד בכתב לשר והשר רשאי לבטל את ההיתר.

(תיקון מס' 1) תשנ"ה-1995

(ג) ניתן לפי סעיף זה היתר להאזנה לשיחה חסויה, יודיע ראש רשות בטחון על כך מיד בכתב ליועץ המשפטי לממשלה, והיועץ המשפטי לממשלה יהיה רשאי לבטל את ההיתר.

(תיקון מס' 1) תשנ"ה-1995

(ד) האזנה שנעשתה לשיחה חסויה יכול שתאושר למפרע בידי מי שהיה מוסמך להתירה לפי סעיף 9א(א)(1), ויחולו הוראות סעיף 9א(א)(1), ו- (ב).

סעיף 7 לחוק האזנת סתר- האזנת סתר במקרים דחופים- (א) שוכנע המפקח הכללי של המשטרה כי לשם מניעת פשע או גילוי מבצעיו יש צורך בהאזנת סתר שאיננה סובלת דיחוי וכי אין סיפק לקבל בעוד מועד היתר לפי סעיף 6, רשאי הוא להתיר בכתב את ההאזנה; ההיתר יכלול פרטים כאמור בסעיף 6(ד) ומשך תקפו לא יעלה על ארבעים ושמונה שעות.

(תיקון מס' 1) תשנ"ה-1995

(ב) נתן המפקח הכללי של המשטרה היתר לפי סעיף זה, יודיע על כך בכתב מיד ליועץ המשפטי לממשלה; היועץ המשפטי לממשלה רשאי לבטל את ההיתר.

(ג) האזנה שנעשתה לפי סעיף זה יכול שתאושר למפרע בידי מי שהיה מוסמך להתירה לפי סעיף 6, ויחולו הוראות סעיף 6 בשינויים המחוייבים.

אלו מקרים דחופים משטרתיים שנדרש אישור מפכ"ל משטרה.

סעיף 5- מגבילים את התוקף ל- 48 שעות. סעיף 7- הגבלה של 48 שעות. סעיף 6- מדבר על איך מאזינים לצורך מניעה וגילוי עבירות ועבריינים. זקוקים להיתר של נשיא מחוזי או סגנו. יש טופס בקשה להיתר.

תקנות האזנת סתר (בקשה להיתר האזנה- תשס"ז, 2007 רלוונטי היום)- מפורט שם איך מגישים את זה. נדרש תצהיר של קצין משטרה ואישור מבימ"ש. יש לשכנע את בימ"ש שזקוקים להאזנת הסתר. בסופו של דבר צריך חתימה של בימ"ש.

ע"פ 2286/91 מד"י נ' אילוז- מטרות מניעת עבריינים- ביקשו האזנת סתר בעניין עבירת ייבוא סם והפצתו. ציינו את אופן ההאזנה ולכמה זמן ביקשו את ההיתר והיה חסר החלק של החלטת השופט. פסה"ד היה לפני התקנות **והשאלה הייתה האם יש להתייחס לפן הפורמלי שחסר אישור פורמלי, חתימת שופט ויש את הפרטים האחרים? מה הדין? הש' שמגר העלה שאלה האם החתימה חייבת להיות בכתב? בס' 6 אין הוראה מפורשת שצריך להינתן אישור בכתב אבל בכל זאת הש' קבע שהאישור בכתב הוא כן חיוני, מהותי והסיבה היא גם ראייתית וגם הרתעתית.**

***לקרוא חוק האזנת סתר

חוק הגנת פרטיות

חיסיון עו"ד לקוח.

26/03/19

שיעור שלישי

המשך- ראיות שהושגו באמצעים פסולים, הגנת הפרטיות והאזנת סתר:

סעיף 7א לחוק האזנת סתר- האזנת סתר במקרים דחופים- (א) שוכנע המפקח הכללי של המשטרה כי לשם מניעת פשע או גילוי מבצעיו יש צורך בהאזנת סתר שאיננה סובלת דיחוי וכי אין סיפק לקבל בעוד מועד היתר לפי סעיף 6, רשאי הוא להתיר בכתב את ההאזנה; ההיתר יכול פרטים כאמור בסעיף 6(ד) ומשך תקפו לא יעלה על ארבעים ושמונה שעות.

(תיקון מס' 1) תשנ"ה-1995

(ב) נתן המפקח הכללי של המשטרה היתר לפי סעיף זה, יודיע על כך בכתב מיד ליועץ המשפטי לממשלה; היועץ המשפטי לממשלה רשאי לבטל את ההיתר.

(ג) האזנה שנעשתה לפי סעיף זה יכול שתאושר למפרע בידי מי שהיה מוסמך להתירה לפי סעיף 6, ויחולו הוראות סעיף 6 בשינויים המחוייבים.

שיחות שנקלטו כדרך אגב ופתאום גילו שיחה חסויה צריך אישור של שופט שנתן היתר להאזנה.

סעיף 9 לחוק האזנת סתר- האזנות אסורות- "חוק זה אינו בא להתיר האזנת סתר לשיחה שעדות עליה חסויה לפי סעיפים 48 עד 51 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971".

אסור להאזין לשיחות חסויות.

סעיף 9א לחוק האזנת סתר- האזנה לשיחות חסויות- (א) על אף הוראות סעיף 9, רשאי נשיא בית משפט מחוזי או סגן הנשיא כאמור בסעיף 6(א), להתיר בצו האזנת סתר לשיחה שהעדות עליה חסויה, אם שוכנע שיש יסוד לחשד שעורך דין, רופא, פסיכולוג, עובד סוציאלי או כהן דת מעורב בעבירה ונתקיימו התנאים שבאחד מאלה:

(1) נתבקש לכך בכתב מאת ראש רשות ביטחון, כשהעבירה היא מסוג פשע שיש בה סכנה לפגיעה בביטחון המדינה, והאזנת הסתר דרושה מטעמי ביטחון המדינה ;

(תיקון מס' 7) תשע"ט-2019

(2) נתבקש לכך בכתב מאת קצין משטרה מוסמך, כשהעבירה היא עבירת רצח, הריגה, עבירה שיש בה סכנה לפגיעה בביטחון המדינה, או עבירה על עיסקת סמים כהגדרתה בפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973, או קשר לעבור אחת העבירות האמורות, והאזנת הסתר חיונית למניעתה או לחקירתה של העבירה.

(ב) בקשה להיתר להאזנת סתר לפי סעיף קטן (א) תוגש באישור היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה על פי טופס שייקבע.

(ג) ניתן היתר להאזנת סתר לפי סעיף קטן (א)(2) תהיה ההאזנה על דרך של הקלטה בלבד, אלא אם כן הורה השופט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, על דרך אחרת; חומר ההקלטה יועבר לעיונו של השופט שנתן את ההיתר באופן שייקבע.

(ד) השופט שנתן את ההיתר לפי סעיף קטן (א)(2) ובהעדרו שופט מוסמך אחר כאמור בסעיף (א), רשאי להאזין להקלטה או להורות על עריכת תמליל ולעיין בו, במעמד המבקש.

(ה) מצא השופט כי חומר הקלטה שההאזנה אליו הותרה בסעיף קטן (א)(2) כולל חומר הנוגע לעבירה שבשלה ניתן ההיתר, לעבירה אחרת שיש חשד שבוצעה על ידי מי שההאזנה אליו הותרה לפי סעיף זה, לעבירה אחרת מסוג פשע, או חומר העשוי להביא למניעתה של עבירה כאמור, יורה על העברתו של חומר זה בלבד למבקש ההיתר בדרך שתיקבע; מצא השופט כי חומר ההקלטה אינו כולל חומר חקירה כאמור – יורה על אופן הטיפול בו.

הסעיף הוא חריג והוא אומר מתי אפשר לבצע האזנת סתר במקרה שאחד הצדדים הוא עו"ד, רופא, פסיכולוג. כשיש יסוד לחשד שעוה"ד או רופא או עובד סוציאלי או פסיכולוג חשודים בעצמם בביצוע עבירה.

ע"פ 5135/11 מד"י נ' ברקו- עו"ד ברקו הייתה חשודה בקשירת קשר לביצוע רצח שאמורה להעביר רעל לאחד הלקוחות שלה באמצעים כלשהם ולכן התחילו לבצע האזנות סתר לשיחות שלה. בהאזנות הסתר גילו דברים אחרים, שהיא הגיעה לבית הכלא מצוידת בשפתון. היא העבירה סמים, ויאגרה ועוד כמה דברים. התלונה שלה הייתה על הפרטים הטכניים, שאת התוצרים בהאזנת הסתר שהשיגו ע"י השיחות שלה מיינה המשטרה ולא השופט. היא רצתה שהשופט הוא זה שיאזין ולא המשטרה. היא הפנתה לסעיף 9א(ג)- ביהמ"ש לא ביצע את זה בצורה הזו והמשטרה היא זו שמיינה את התוצרים. הערעור שלה נדחה. השופט קבע שמותר היה לו להטיל על כתפי המשטרה לערוך את מלאכת הסיווג הזו, במקרים דחופים במיוחד וכשיש חשש לביצוע פשע כמו בעניין שלנו ניתנת לשופט האפשרות להתיר גם לרשות החוקרת, למשטרה להאזין לשיחות ולא רק להקליט אותן. זה נתון לשיקול דעת של בימ"ש ובמקרה כזה מן הראוי אפילו שבימ"ש יאצול את סמכותו למשטרה.

ס' 13 לחוק האזנת סתר

(א) דברים שנקלטו בדרך של האזנת סתר בניגוד להוראות חוק זה ... לא יהיו קבילים כראיה בבית משפט, אלא באחד משני אלה :

(1) בהליך פלילי בשל עבירה לפי חוק זה ;

(2) בהליך פלילי בשל פשע חמור, אם בית משפט הורה על קבילותה לאחר ששוכנע, מטעמים מיוחדים שיפרט, כי בנסיבות העניין הצורך להגיע לחקר האמת עדיף על הצורך להגן על הפרטיות. האזנת סתר שנעשתה שלא כדין בידי מי שרשאי לקבל היתר להאזנת סתר, לא תהיה קבילה כראיה לפי פסקה זו, אלא אם כן נעשתה בטעות בתום לב, תוך שימוש מדומה בהרשאה חוקית.

...

(ב) דברים שנקלטו בהאזנה כדין לפי סעיף 7 ... לא יהיו קבילים כראיה אם לא אושרה ההאזנה כאמור באותם סעיפים לפי העניין.

(ג) דברים שנקלטו כדין בדרך האזנת סתר לא יהיו קבילים כראיה אלא בהליך פלילי שאינו על פי קובלנה.

(1ג) דברים שנקלטו כדין בדרך האזנת סתר יהיו קבילים כראיה בהליך פלילי להוכחת כל עברה...

(ד) אין באמור בסעיף זה כדי לגרוע מטענה בדבר קבילות ראיה גם אם נקלטה בדרך האזנת סתר בהתאם להוראות חוק זה.

סעיף קטן (א)- הסעיף אומר מתי כן האזנות סתר תהיינה קבילות. כשאנחנו רוצים להגיש ראיה שהיא תוצר של האזנת סתר, אם ההאזנה הזו בוצעה בניגוד לחוק והחוק מפרט אילו מקרים- אז זה לא קביל. סעיף 13 פוסל את הראיה אם היא לא הושגה בדרך שנקבעה בחוק, אלא אם מתקיימים שני חריגים: קודם כל שמדובר בהליך פלילי בשל עבירה לפי חוק זה. מי שביצע האזנת סתר, גם הראיה לא קבילה וגם הוא בעצמו ביצע עבירה. חריג נוסף מדבר על מקרה חמור, הליך פלילי בשל פשע חמור- ענישה מעל 7 שנים. אם ביהמ"ש השתכנע מטעמים מיוחדים שיירשמו שהצורך להגיע לחקר האמת עדיף על הצורך להגן על הזכות לפרטיות. אבל מי שיכל להשיג את ההיתר להאזנה כדין רק אם ביצע את ההאזנה בטעות, בחוסר תום לב ניתן יהיה לאשר את הראיה הזו. משאירים כאן פתח לשיקול דעת של ביהמ"ש במקרים חריגים שכן יכול לאשר את ההאזנה.

סעיף קטן (ג)- בהליך פלילי שהמדינה מגישה זה יהיה קביל ולא בהליך של קובלנה פרטית כי הליך פלילי יש בו אינטרס ציבורי.

שאלה מבחינות לשכה:

אברהם הגיש קובלנה פלילית נגד יצחק בגין עבירות לפי חוק הגנת הצרכן על שיצחק שיווק מכשיר אייפון משומש כמכשיר חדש. אברהם יודע כי יצחק הוקלט ע"י המשטרה בהאזנת סתר שניתן לה היתר כדין לפי חוק האזנת סתר ובה הודה בשיווק זה. אברהם מבקש להגיש את הדברים שנקלטו בהאזנת סתר כראיה לאמיתות תוכנה. מה הדין?

א. הדברים שנקלטו בהאזנת סתר יהיו קבילים כראיה.

ב. הדברים שנקלטו בהאזנת סתר יהיו קבילים כראיה רק אם ניתן לכך היתר מהיועמ"ש או נציגו.

ג. **הדברים שנקלטו בהאזנת סתר לא יהיו קבילים מאחר ומדובר בהליך של קובלנה.**

ד. הדברים שנקלטו בהאזנת סתר לא יהיו קבילים כראיה מאחר שהקלטה לא בוצעה ע"י אברהם עצמו.

סעיף קטן 13(ג)1 (1) הסעיף הוסף לאחר ע"פ 10532/09 סמעדרן נ' מד"י- השאלה שעמדה לדיון- האם שיחות שנקלטו בדרך של האזנת סתר לצורך חקירות שבוצעו לצורך חקירת רצח, האם הן יכולות להיות קבילות בחקירה אחרת? למשל חקירת סמים? כל ההיתרים שהוגשו היו בעניין עבירת רצח. הייתה חקירת רצח וכעבור שנה וחצי תפסו אותו נוהג עם 12 ק"ג חשיש. האזנות הסתר עזרו להם להפליל אותו בעבירות הסמים. אלמלא צו ההרחבה שהפרקליטות הגישה ניתן היה להיעזר בהאזנות הסתר שנקלטו כדין. הערעור שלו נדחה, ניתן להשתמש בהאזנה כראיה לכל עבירה.

פסילת ראיות בחקיקה: האזנת סתר

• בעת מתן היתר להאזנת סתר מאזן ביהמ"ש בין:

- זכות אדם לשמירת פרטיותו

לכן הדרישות הן לפרטים מדויקים של האדם, מה הסיבה לבקשות, מה החשד, צריכים אישור של קצין משטרה.

לבין

- אינטרס שמירת שלום הציבור ומניעת מעשים פליליים.

מבקש ההיתר נדרש להציג בפני ביהמ"ש מידע מפורט ככל הניתן: פרטים מזהים של האדם, פרטי מידע על המקום בו מותקן הטלפון, מהות החשד, סעיף העבירה ונימוקים נוספים.

(דבור)

רוצים לבדוק אם ההאזנה שבוצעה היא האזנת סתר, השלבים:

1. שלב ראשון בודקים לפי הגדרות החוק.
2. האם באמת בוצעה האזנה?
3. האם היא האזנת סתר? תוך התייחסות להאזנת סתר, גם אם הגענו למסקנה שזו האזנת סתר אסורה בודקים לפי סעיף 13 אם זה נכנס לחריג שייכנס כקביל. גם אם הכשירו את הראיה לפי חוק האזנת סתר זה יכול להיפסל ע"י חוק הגנת הפרטיות.
4. מתייחסים לבחינה של סעיף 3 שזה החריג.
5. לאחר מכן בודקים אם ניתן היתר או שמדובר בהאזנה שאין בה צורך בהיתר (סעיף 8)

פסילת ראיות בחקיקה: הגנת הפרטיות

- מהי פגיעה בפרטיות? (ס' 2 – רשימה סגורה)

סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות- פגיעה בפרטיות מהי- פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה:

- (1) בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת;
- (2) האזנה האסורה על פי חוק;
- (3) צילום אדם כשהוא ברשות היחיד;
- (4) פרסום תצלומו של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו;

תיקון מס' 11 תשע"א-2011

(4א) פרסום תצלומו של נפגע ברבים שצולם בזמן הפגיעה או סמוך לאחריה באופן שניתן לזהותו ובנסיבות שבהן עלול הפרסום להביאו במבוכה, למעט פרסום תצלום בלא השהיות בין רגע הצילום לרגע השידור בפועל שאינו חורג מהסביר באותן נסיבות; לעניין זה, "נפגע" – מי שסבל מפגיעה גופנית או נפשית עקב אירוע פתאומי ושפגיעתו ניכרת לעין;

תיקון מס' 9 תשס"ז-2007

(5) העתקת תוכן של מכתב או כתב אחר שלא נועד לפרסום, או שימוש בתכנו, בלי רשות מאת הנמען או הכותב, והכל אם אין הכתב בעל ערך היסטורי ולא עברו חמש עשרה שנים ממועד כתיבתו; לענין זה, "כתב" – לרבות מסר אלקטרוני כהגדרתו בחוק חתימה אלקטרונית, התשס"א-2001;

- (6) שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו, לשם ריווח;
- (7) הפרה של חובת סודיות שנקבעה בדין לגבי עניניו הפרטיים של אדם;
- (8) הפרה של חובת סודיות לגבי עניניו הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע;
- (9) שימוש בדיעה על עניניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה;
- (10) פרסומו או מסירתו של דבר שהושג בדרך פגיעה בפרטיות לפי פסקאות (1) עד (7) או (9);

תיקון מס' 8 תשס"ו-2005

(11) פרסומו של ענין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, לרבות עברו המיני, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד.

כל העילות לפגיעה בפרטיות, מה נחשב לפגיעה בפרטיות.

סעיף קטן (1)- מדבר על **הטרדה אחרת- פס"ד קורטס**- האדם שבלע שקיות עם סמים שהוציאו אותן עם ניתוח. השתמשו בשקיות כראיה כנגדו. טענו שהניתוח נועד להציל את חייו. השי' בך קבע שבאמת עבירת אלימות יכולה להיחשב הטרדה אחרת אבל כאן הוא יצק תוכן ל"הטרדה אחרת" וגם ניתוח של אדם ללא הסכמה יכול להיות הטרדה אחרת אבל כאן זה לא נחשב כי המטרה הייתה להציל את חייו. הערעור של קורטס נדחה וכן השתמשו בשקיות הסמים כראיה.

• הגנות ופטורים – לעניין חקירה משטרתית (ס' 18(2)(ב), 19)

• ס' 32 לחוק- כלל פסילה יחסי: "חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה".

ראייה שהושגה בניגוד לחוק הגנת הפרטיות לא תהיה קבילה אלא אם כן בהתאם לשיקול דעתו של ביהמ"ש יהיה צורך, יאפשרו להגיש אותה מטעמים מיוחדים שיירשמו. **כלל פסילה הוא לא מוחלט**. בעבר לפני 1995, חוק האזנת סתר היה מוחלט וכל ראיה שהושגה בניגוד לחוק האזנת סתר נפסלה.

גם סעיף 13 לחוק האזנת סתר וגם סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות לא מוחלטים.

בג"ץ 6650/04 פלונית נ' ביה"ד הרבני הארצי- דובר בהליכי גירושין, בני זוג שגרים בנפרד, הבעל עזב את הבית והחלו בהליכי גירושין. לאישה כבר היה בן זוג חדש, תוך כדי הסכסוך פורץ הבעל לבית ותופס את אשתו עם חבר שלה בחדר, צילם אותם ורצה להגיש את זה לביה"ד הרבני האזורי- טענה ראשונה של הבעל- לא בטוח שזה פוגע בפרטיות שלה כי מדובר בדירה של שניהם, טענה שנייה של הבעל- יש לו הגנה. לפי סעיף 18(2)(ג) לחוק הגנת הפרטיות- "הפגיעה נעשתה לשם הגנה על עניין אישי כשר של הפוגע";

האישה טענה שיש פגיעה בפרטיות כי הבעל חדר לרשות היחיד וצילם שם. העובדה שהם עדיין נשואים לא שוללת את הזכות של האישה לפרטיות. עולה השאלה: האם הצילום בחדר השינה הוא צילום ברשות היחיד? דבר ראשון שנקבע הוא שעצם הנישואין לא שולל זכות של אנשים עצמם לפרטיות, דבר שני שנקבע שברגע שהוא עזב את הבית- הדירה והחדר הפרטי שלה הפך להיות ברשות היחיד. לעניין הגנת הפרטיות המצב הרישומי בטאבו לא רלוונטי. הבעל טען שמגיעה לו הגנה שאחד התנאים להגן על ההגנה זה שהפגיעה בזכות לפרטיות צריכה להיות מבוצעת בתום לב.

נקבע בפס"ד פלונית שחוק הגנת הפרטיות חל גם בבתי הדין הרבניים ולא רק במשפט אזרחי. חוק הגנת הפרטיות למעשה משקף את התפיסה שאומרת שהצורך בגילוי האמת הוא מטרה חשובה ונעלה אבל לא כל האמצעים כשרים.

מצד אחד יש הצורך לחשוף את האמת אך מצד שני רוצים לשמור על כבודו של האדם, שמו הטוב, פרטיותו. הזכויות הללו יכולות להטיל מגבלות על ראיות שיכולות לסייע לגילוי האמת.

הסנקציות לפגיעה בפרטיות:

נקבע שעבירה על חוק הגנת הפרטיות זו עוולה אזרחית, ניתן לתבוע בניזקין מי שעובר עליה וזו גם עבירה פלילית.

• עוולה אזרחית – סעי' 4

• עבירה פלילית – סעי' 5

• פס"ד ועקנין: (תקיפה לא מהווה הטרדה אחרת)

השיקולים להכשיר ראיה (הש' שמגר):

- כוח הוכחתי של הראיה- אם היא יכולה לסייע בתיק.
- מידת הפגיעה בפרטיות
- האם הפגיעה נעשתה בתום לב או בכוונה?
- האם הייתה דרך אחרת חוקית להסדיר את הבעיה ולהוכיח שלא ע"י פגיעה בזכות לפרטיות?
- הזכות לפרטיות – זכות חוקתית (סעי' 7 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו). חוק הגנת הפרטיות חל בבתי"ד הרבניים.
- הערכים והעקרונות שהוראת הפסילה בסעי' 32 נועדה להגשים:
- שמירה על הפרטיות (משקל ניכר)
- שמירה על זכויות האדם שפגיעה בפרטיות נועדה להגן עליהם (דוג' חופש ביטוי)
- קיום הליך הוגן (חיפוש האמת) – ערך יחסי. (פלונית נ' ביה"ד הרבני)
- המסקנות בנוגע לשיקול הדעת השיפוטי: (פלונית נ' ביה"ד הרבני)
- ביהמ"ש אינו יכול לאמר שמכיוון שהחומר הושג תוך פגיעה בפרטיות, אין להתיר השימוש בו כראיה.
- אינו רשאי לאמר שמאחר שהחומר הושג תוך כדי פגיעה בפרטיות רלבנטי לקביעת האמת, יוכל לשמש ראיה בביהמ"ש.

נדרש איזון

כשמדובר בהפרה חמורה בזכות יסוד מרכזית – יגדל משקל הערכים המצדדים בפסילת הראיה (יששכרוב)

דוגמא לשאלה מבחינות לשכה לגבי חוק הגנת הפרטיות:

סמיר תבע את אחמד בתביעה אזרחית בעילה נזיקית. ב"כ של סמיר מבקש להגיש לביהמ"ש ראיה שהושגה ע"י חוקר תוך כדי פגיעה בפרטיות כמשמעות פגיעה זו בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"ה-1981 מה הדין?

- א. הגשת ראיה זו אסורה לחלוטין עפ"י החוק ואין כל דרך להגיש לביהמ"ש.
- ב. הגשת ראיה זו מותרת אם מי שפרטיותו נפגעה הסכים להגשתה ובלבד שביהמ"ש התיר את ההגשה מטעמים שיירשמו.
- ג. הגשת ראיה זו מותרת אם מי שפרטיותו נפגעה הסכים לבקשה ובלבד שלפוגע יש הגנה או פטור עפ"י חוק הגנת הפרטיות.
- ד. **הגשת ראיה זו מותרת ללא הסכמת הנפגע אם ביהמ"ש התיר זאת מטעמים שיירשמו.**

חיסיון שמקורו ביחסי אמון:

חיסיון עו"ד- לקוח:

סעיף 48 לפקודת הראיות

"(א) דברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך-דין לבין לקוחו או לבין אדם אחר מטעם הלקוח ויש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, אין עורך הדין חייב למסרם כראיה, אלא אם ויתר הלקוח על החיסיון; והוא הדין בעובד של עורך-דין אשר דברים ומסמכים שנמסרו לעורך הדין הגיעו אליו אגב עבודתו בשירות עורך הדין.

(ב) הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם לאחר שחדל העד להיות עורך-דין או עובד של עורך דין."

הסעיף עוסק בפן הראייתי לעומת סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין. ברגע שהדברים חסויים תחת החיסיון, עוה"ד לא חייב למסור אותם, הוא פטור מלמסור אותם אלא אם הלקוח וויתר על החיסיון. הסעיף חל גם כשמפסיקים להיות עו"ד.

סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין

"דברים ומסמכים שהוחלפו בין לקוח לבין עורך דין ויש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, לא יגלה אותם עורך הדין בכל הליך משפטי, חקירה או חיפוש, בלבד אם ויתר הלקוח על חסינותם."

אסור לעוה"ד לחשוף פרטים, הוא חשוף לתביעת רשלנות מקצועית וגם לעבירת האתיקה.

הסעיף עוסק בפן המשמעתי, בפן האתי.

מה קורה אם מפריס את סעיף 48 לפקודת הראיות ואם מפריס את סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין?

סעיף 48 קובע את הזכות המהותית של הלקוח לחיסיון התקשרות עם עו"ד. מכוח הוראה זו עוה"ד פטור מלתת מידע מסוים על הלקוח בהליך משפטי. החיסיון הוא של הלקוח ואנחנו מצויים במישור הראייתי. עוה"ד יכול לסרב לתת את הפרטים.

סעיף 90 לעומת זאת, מטיל איסור על עוה"ד לחשוף את פרטי ההתקשרות שלו עם הלקוח ואם הוא עובר על האיסור זו עבירה משמעטית וזה יכול לחשוף אותו לתביעת רשלנות. דברים שעו"ד אומר בבימ"ש זה קביל, אם אמרתי לא ניתן לחזור אחורה. זה מזכיר עדות של בן משפחה, שאם מעידים נגד בן המשפחה לא ניתן לחזור אחורה.

נק' המוצא והמטרה של החיסיון הזה זה לתת ללקוח להרגיש בטוח, שיוכל לחשוף את כל הפרטים הנדרשים כדי לקבל טיפול וכדי לזכות בהליך משפטי ובייצוג הוגן. החיסיון לא חל על עבירות עתידיות.

החיסיון לא חל על צד ג' - אם הלקוח סיפר לחבר שלו למשל, זה לא חל על החבר.

*** לקרוא פס"ד בקשר לחיסיון עו"ד לקוח.

- מטרת החיסיון –

הגנה על המבקש ייעוץ משפטי – הבטחת היוועצות חופשית וגלויה ללא חשש על מנת לאפשר לעורך הדין לתת השירות המשפטי הטוב ביותר. (זינגר)

הזכות לקבל ייעוץ משפטי מהווה חלק מהזכות להליך הוגן.

רוצים להגן על אנשים שרוצים לקבל ייעוץ משפטי, שהיצוג יהיה הולם.

ע"א 327/68 זינגר נ' ביימון- נקבע שמספיק שאחת מהמטרות היא לצורך משפט, להתכונן להליך משפטי על מנת שהמסמך עצמו יהיה חסוי.

ההלכה הזו השתנתה בפס"ד הדסה- מישהו שהתאבד בביה"ח- דו"ח ביקורת פנימית שערך בי"ח הדסה לבדיקת נסיבות אירוע התאבדות כשהמטרה העיקרית של הדו"ח היא ביקורת, לדעת איך להימנע. כשהגיעו החקירות ביקשו את הדו"ח וטענו לאור הלכת זינגר שלא רוצים למסור את הדו"ח כי אחת המטרות היא להכין אותו לבימ"ש, נקבע שההלכה השתנתה- כדי שהדו"ח יהיה חסוי נדרש שהמטרה העיקרית של הכנתו תהיה לצורך הליך משפטי. לא די בכך שאחת המטרות היא לצורך הליך משפטי אלא צריך שהמטרה העיקרית תהיה לצורך הליך משפטי. דובר על ביקורת פנימית וזו לא המטרה העיקרית ולכן הדו"ח לא חסוי והיה צריך לגלות אותו.

- סעיף 48 הוא כלל של דיני ראיות – חיסיון

- (סעיף 90 לחוק הלשכה מטיל על עורך הדין חובה אתית – תוצאת ההפירה – עבירה משמעותית)

- החיסיון שייך ללקוח אך אינו מגן עליו מעדות; ויתר הלקוח על החיסיון – הגשת הראיה מותרת

- מהות החיסיון –

החיסיון מוחלט: עורך הדין אינו חייב למסור ראיה;

- אם הפר עוה"ד את החיסיון ביוזמתו ומסר את הראיה – הראיה כשרה ואינה פסולה (ועורך הדין עלול לעמוד לדין משמעותי).

- החיסיון אישי, להבדיל מחיסיון חפצי, ואינו חל על מידע שנתגלה לצד ג' (ע"י הלקוח)

מהם "דברים ומסמכים"?

- חילופי דברים מילוליים.

- מסמכים שהוכנו לצורך התייעצות עם עורך דין חסויים גם אם טרם הוחלפו בין עורך הדין והלקוח- גם אם עדיין לא הביא את המסמכים.

- מסמכים שהכין צד שלישי לבקשת הלקוח או עורך הדין לצורך הכנה למשפט, חסויים :

הבדלים בין מסמכים שאני מכינה לבין מסמכים שאני מעבירה :

נניח אני מייצגת לקוח ברכישת דירה ואני מעבירה דברים הלאה, ברגע שהעברתי אותם הלאה למשל הערות שניסחתי זה כבר לא חסוי, לעומת זאת אם הלקוח שלי נמצא בחו"ל ונותן לי הוראה לדבר עם אדם שהוא שותפו בעסק, הייעוץ המשפטי שאני נותנת לשותף של הלקוח חסוי באותה מידה כמו שאני מדברת עם הלקוח.

גם אם אמרתי, גיליתי דברים שהם תחת חיסיון, אני כבר לא אוכל לעשות כלום כי הם יהיו קבילים.

- לצורך הכנה למשפט - המבחן : (הלכת הדסה)

הסתברות של ממש כי יתקיים משפט, וגם

שהמטרה העיקרית של המסמך היא הכנה למשפט.

- החיסיון מהותי – במה דן המסמך – ולא גיאוגרפי – האם הוא במשרד עורך הדין או בבית הלקוח- גם אם תופסים בבית הלקוח התכתבויות עם עו"ד, דוח סיכום של עו"ד זה גם יהיה חסוי. הנטל יהיה גבוה יותר להוכיח אם זה מצוי בבית הלקוח.

- בנוסף, אין הצדקה להבחין בין צורות תקשורת שונות בין עו"ד ללקוחו. (כלומר, החיסיון חל במידה שווה על שיחה שהתנהלה בעת מפגש, באמצעות טלפון, דואר אלקטרוני או במדיום רלוונטי אחר).

היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל- המשטרה רצתה לתפוס מסמכים שהיו אצל הלקוח ואז הם טענו שהמסמכים שנתפסו הם חוסים תחת חיסיון עו"ד- לקוח. המדינה טענה שהעובדה שהמסמכים נמצאו ברשות הלקוח הם לא חסויים. **העליון קבע שגם שהמסמכים שנמצאים אצל הלקוח חוסים תחת החיסיון.**

טיב המסמך, אופיו ומקום הימצעו משפיעים על היקף נטל ההוכחה, ז"א נטל קל יותר נדרש ביחס למסמך שעל פניו מהווה ייעוץ משפטי, התכתבות בין הלקוח לעו"ד ונטל כבד יותר זה ככל שהמסמך בעל אופי שונה ומקום הימצאו שונה.

לפי פס"ד היינץ זה השתנה ויכול להיות שיחול החיסיון.

אין שום משמעות אם מדובר במסמך בכתב, קובץ במחשב, שיחה טלפונית וכ"ו- כולם נחשבים למסמכים החוסים תחת החיסיון.

מה אינו חסוי ?

- זהות הלקוח, עצם פנייתו לעורך הדין

- הסכם שכ"ט

- סוג השירות ומהות הטיפול, להבדיל מתוכן השירות; פעולות שנעשו ותוצר השירות (חוזה, תביעה)

- מסמכי הנה"ח של עורך דין גלויים לפקיד שומה (סכום שכ"ט + חשבוניות - אברגיל)

רע"פ 751/15 אברגיל נ' מד"י- חששו שעצם העובדה שיחשפו את חשבונות המס ויראו כמה כסף הלקוח שילם לעורכי הדין, היה חשש שעצם הגילוי הזה יוביל להפללת הלקוח בעבירות הלבנת הון. עוה"ד טען לפגיעה בחופש העיסוק שלו כי הלקוח לא יחזור אליו אם הוא יופלל. ביהמ"ש קבע שהמטרה היא לא חופש העיסוק ולא חופש הפרטיות של עוה"ד אלא להגן על הלקוח ולאפשר התייעצות משפטית חופשית. לכן כן אפשרו לחשוף את כל המסמכים גם אם יש חשש שזה ישמש לרעתו בהליכים משפטיים.

- מסמכי חשבונות בנק שעורך דין מנהל, נאמן בהם או מיופה כוח בהם – נתפסו בבנק ולכן אינם חסויים
- התכתבות של עורך הדין עם צד ג' אינה חסויה,

למעט שני חריגים:

1. כשצד ג' הוא שליחו של הלקוח (בגדר "אדם אחר מטעמו"); אם אני כותבת מכתב בשם הלקוח שלי לצד ג'- זה כבר יצא החוצה, זה לא חסוי. הפרטים שכתבתי במסמך לא חסויים.
2. כשההתכתבות עם צד ג' מהווה חילופי מידע לצורך התייעצות עתידית- למשל: אם הלקוח בחו"ל וביקש ממני לדבר עם שלוח מטעמו, המידע הזה כן חסוי.

- סכסוך בין עורך דין ללקוח

"עורך דין" ו"לקוח"

- עורך דין – לרבות עובדי משרדו (סעיף 48(א))- מזכירה, מתמחה וכ"ו.
 - לקוח – לרבות שליח מטעמו
 - לקוח –
- לרבות לקוח בעבר, לגבי מה שנמסר ביחס לייצוג- אסור לגלות מה שהוא סיפר לי בעבר, לרבות לקוח פוטנציאלי, מי שפונה לקבלת ייצוג; לרבות לקוח שנפטר (החיסיון עובר ליורשים)
- נדרשים יחסי עורך דין-לקוח:
- אין חיסיון על מה שנאמר למי שהוא במקרה עורך דין; אם מישהו ברחוב מתייעץ איתי ולא יודע שאני עו"ד, אין חיסיון עו"ד- לקוח.
- מי שמזמין ייצוג עבור אחר אינו לקוח (אלא אם כן הוא שליח מטעמו)- אין לי חיסיון לומר שהוא זה שהזמין אותי.

בג"צ גוזלן נ' הש' אמינוף- עלתה השאלה האם באמת נותנים חיסיון למי שהזמין שירות עבור מישהו והוא לא מעוניין שידעו שהוא זה שהזמין את השירות? מישהו ביקש מעו"ד שתייצג "חבר שלו", הוא שילם את שכה"ט וביקשו מעו"ד שתעיד שאותו בחור פנה אליה, העותרת היא עורכת דין, מישהו פנה אליה שתייצג מישהו אחר ושילם עבורו את שכה"ט, אותו אדם ששילם הוא לא הלקוח אלא מזמין שירות. עוה"ד רצתה לחשוף את השם של אותו מזמין שירות. ביהמ"ש אמר שאין כאן חיסיון עו"ד- לקוח. היה חשוב שעוה"ד תעיד מי אותו אדם ששילם עבור השירות. זה חושף את מעורבותו בעניין.

"הרחבת המושג "לקוח" גם על מי שלא ביקש בעבור עצמו שירות כלשהו מעוה"ד הינה הרחבה מוגזמת של הערך המוגן ע"י החיסיון על חשבון הערך לגילוי האמת בהליך השיפוטי".

אם מרחיבים את החיסיון עבור מזמין שירות שהוא לא לקוח אנחנו חוסים תחת חיסיון עו"ד- לקוח וזו הרחבת המושג "לקוח", הרחבה מוגזמת של הערך המוגן.

קשר ענייני לשירות המקצועי

- מה שקשור עניינית לנושא השירות, להבדיל ממידע שרק כרוך במתן השירות, כגון תשלום.
- מה שדרוש במידה מתקבלת על הדעת לצורך ביצוע הפעולות שמנויות בסעיפים 20 ו-22 לחוק הלשכה- הפעולות הן למשל: הופעה בבתי משפט, ייצוג בפני בתי משפט, ייצוג בפני רשמים, מס הכנסה, עריכת מסמכים בעלי אופי משפטי, ייעוץ משפטי, מתן חו"ד משפטי. הסמכויות של עו"ד שיש לבצע נקראות קשר ענייני לשירות המקצועי.
- מידע על ביצוע עברה עתידית אינו חסוי; ביצוע עברה על ידי עורך הדין עבור הלקוח אינו חסוי. (ברקו)- נניח הלקוח מספר לי מה הוא רוצה לעשות מחר (עבירה) זה לא חוסה תחת חיסיון עו"ד- לקוח. אני חייבת לדווח.

ויתור על החיסיון

- הלקוח יכול לוותר על החיסיון, ובכך תם החיסיון
- הוויתור יכול להיות במפורש או במשתמע מהתנהגות של הלקוח:
 - חילופי דברים בנוכחות צד ג' שאינה כפויה
 - לקוחות משותפים – אין חיסיון ביניהם (גרומט)- נניח אם בא אליי זוג, האישה מגיעה עם בעלה הלקוח, במצב כזה הוא וויתר על החיסיון. נניח בית משותף עם דיירים, אין חיסיון ביניהם, הם כמו גוף אחד מול הגוף השני.
 - לא ניתן לגלות רק חלק ממסמך- צריך את התמונה המלאה, לא ניתן להסיק מחלק אחד של מסמך, זה לא אמין. החיסיון או שיישאר בשלמותו או שיוסר לחלוטין.

21/05/19

שיעור חמישי

מקרים מיוחדים

- נחשדו הלקוח ועורך דינו בעברות על דיני מס הכנסה, ונטענה טענת חיסיון, יועברו המסמכים במעטפה סגורה לבית המשפט המחוזי, ועורך הדין רשאי לבקש תוך 7 ימים כי נשיא בית המשפט או סגנו ידונו בטענת החיסיון (סעי' 235א-235ד לפקודת מס הכנסה).

במצב בו עוה"ד ולקוח חשודים בהעלמת מס הכנסה. לאן מעבירים את המסמכים? האם עוה"ד יכול לטעון לחיסיון המסמכים?

- האזנת סתר –

תוצרי האזנת סתר לעורך דין ימוינו על ידי שופט, והוא ישים לב גם לחומר מזכה.

(סעי' 9א לחוק האזנת סתר – האזנה לשיחות חסויות)

סעיף 9א האזנת סתר- במקרים בהם עוה"ד חשוד בעבירה ועונה על דרישות הסעיף, תוצאות האזנת הסתר ייבחנו ע"י שופט.

- זימון עורך דין לחקירה –

לפי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה (4.2202)

הנחיות היועמ"ש בזימון עו"ד לחקירה כשרוצים לחקור עו"ד כחשוד או כעד בנוגע לעבודתו המקצועית של עוה"ד החקירה צריכה להתנהל באופן כזה שלא ייאלץ את עוה"ד להפר את החיסיון. כאשר לעוה"ד יש אפשרות להתייעץ עם נציג וועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין כשהמטרה היא של חיסיון עו"ד- לקוח הוא לא רק האינטרס של הלקוח אלא אינטרס ציבורי.

- הכללים בנוגע לאופן חקירת עורכי דין נקבעו על מנת לאזן בין האינטרסים הציבוריים בדבר שמירה על יחסי עורך דין – לקוח, מחד, לבין הקפדה על צרכי החקירה מאידך.

חזרה למבחן:

בחינה בחומר סגור, מבחן אמריקאי- 40 שאלות. גם בבחינות לשכה, החלק הדיוני בחומר סגור.

סוג ראשון: יש שאלות של קייס קצר: "מה הדין?" לרשום בצד את הנושא של השאלה לפני שמסתכלים על התשובות.

סוג שני: שאלה על הלכות או פסיקה: יהיו שאלות רק על פס"ד שלמדנו בכיתה. לפני שמסתכלים על התשובות להיזכר במה פסה"ד עוסק.

סוג שלישי: שאלת נכון/ לא נכון. אם השאלה היא מה נכון- להדגיש את זה- לחסוך בלבול.

סוג רביעי: שני היגדים- שני היגדים נכונים/ שני היגדים לא נכונים וכ"ו...

טיפ ללמידה: כל סעיף שמוזכר- לעבור עליו טוב. לראות הבדלים- לרשום בנקודות למה הסעיף מתכוון.

לרשום הלכות חשובות בסילבוס ליד כל פס"ד.

כלל וחריגים- נניח כלל הפוסל עדות שמועה+ החריגים שלו או נניח הכלל שבני זוג לא יכולים להעיד אחד לא לטובת השני.

שאלה לדוג' ממבחני לשכה- דצמבר 2018:

דוד ובת שבע הם בני זוג המנהלים משק בית משותף (כבר רואים שמדובר בכשירות כי מדובר בבני זוג). אוריה הגיש תובענה אזרחית נגד דוד בעוולת הגנת הפרטיות (להדגיש את המילה אזרחית) והזמין את בת שבע להעיד נגד דוד בעניין זה. בת שבע התייצבה לדיון. מה הדין?

(סעיף 3. יש כאן כיוון פלילי כי הגנת הפרטיות זה פלילי ואזרחי)

- א. בת שבע אינה כשרה להעיד נגד דוד
- ב. בת שבע כשרה להעיד נגד דוד אך אי אפשר לכפות אותה להעיד נגדו
- ג. בת שבע כשרה להעיד נגד דוד אך היא זכאית לשמור על זכות השתיקה
- ד. **בת שבע כשרה להעיד נגד דוד ואפשר לכפות אותה להעיד אותו** - אם האדם כשר להעיד הוא גם חייב להעיד, בגלל שזו תובענה אזרחית היא כשרה להעיד.

שאלה 2:

לאחר ששלגיה נגסה בתפוח המורעל שנתנה לה אמה החורגת היא גססה אך לא ידעה ולא האמינה שהיא גוססת עד שנפטרה. בזמן שגססה שוחחה עם 7 משותפיה לדירה, לקראת סוף השיחה סיפרה שקיבלה את התפוח מאמה החורגת ולאחר מכן נפטרה בפתאומיות. נגד האם החורגת הוגש כתב אישום בעבירת רצח בכוונה תחילה.

מה הדין?

סעיף 10(3) עדות על אמרת אדם שנעשה בו עבירה - קורבן אלימות. האמרה נאמרה בשעה שהוא היה גוסס או האמין שהוא גוסס בעקבות מעשה אלימות. זה לא סותר את האופציה.

א. עדותם של השותפים לדירה קבילה כראיה לאמיתות התוכן

- (זה בזמן שקרה האירוע ולכן רוצים לשמוע את השותפים לדירה ולכן הקבילות זה שאפשר לקבל את העדות לפי תוכנה. זה הרעיון של מעבר מקבילות למשקל, להכניס כמה שיותר ראיות פנימה).
- ב. עדותם של השותפים לדירה אינה קבילה כראיה לאמיתות התוכן מכיוון ששלגיה כלל לא ידעה ולא האמינה שהיא גוססת.
- ג. עדותם של השותפים לדירה אינה קבילה כראיה לאמיתות התוכן מכיוון ששלגיה לא סיפרה על כך בהזדמנות הראשונה. (זו לא הזדמנות ראשונה אם כבר חקרו אותם ואמרה את זה לאחר מכן)
- ד. עדותם של השותפים לדירה אינה קבילה כראיה לאמיתות התוכן מכיוון שהמקור לעדות היא בתה של הנאשמת שממילא לא הייתה כשרה להעיד נגד הנאשמת לו הייתה עדיין בחיים.

טיפ: אם יש נושא קטן לא מובן לגשת לפסה"ד ולקרוא.

שאלה 3:

דוד היה עד לאירוע שבו התפרץ איתן לבית עסק. בסמוך לאחר האירוע אמר דוד לשלמה כי זיהה את איתן כמי שביצע את המעשה אולם בחקירתו במשטרה טען דוד כי כלל לא נכח בזירת האירוע והדברים שמסר לשלמה אינם נכונים. איתן הועמד לדין, דוד הוא עד במשפט. מה הדין? (לעשות סדר מבחינת הדמויות שמופיעות, איתן = נאשם, דוד עד) להדגיש את זה שזה בסמיכות האירוע - זה נכנס לחריג של סעיף 9 - עדות עד בעת ביצוע העבירה, בשעה שנעשה מעשה העבירה או בסמוך לפניו והאמרה קשורה במישרין, ואם הוא עד יוכל להגיד אותה)

יש הבדל בין קבילה לאמיתות תוכנה לבין קבילה. החריג הוא שאפשר לקבל את תוכן הדברים.

- א. **עדותו של שלמה לגבי אמרתו של דוד באשר לזהות המבצע תהא קבילה כראיה לאמיתות תוכנה** - החריג שסעיף 9 מדבר עליו
- ב. עדותו של שלמה לגבי אמרתו של דוד לא תהיה קבילה כראיה לאמיתות תוכנה אם דוד יעמוד בעדותו במשפט על כך שלא נכח בזירת האירוע - התנאי של סעיף 9 זה שהעד נכח בזמן המעשה.

ג. עדותו של שלמה לגבי אמרתו של דוד לא תהיה קבילה כראיה לאמיתות תוכנה מאחר שלא מדובר במעשה אלימות

(זה מערבב את סעיף 10 שמדבר על קורבן אלימות. סעיף 9 על עבירה. דובר פה בגניבה ולא באלימות).

ד. עדותו של שלמה לגבי אמרתו של דוד באשר לזהות המבצע תהא קבילה כראיה לאמיתות תוכנה אולם, אי אפשר להרשיע את איתן על סמך עדות זו אלא אם יש בחומר הראיות דבר לחיזוקה.

(סעיף 10א (ד)- דבר לחיזוק- כשמעידים מחוץ לבימ"ש ושלמה מעיד בבימ"ש- העדות שלו קבילה. **כשכתוב עדות הכוונה היא שזה בבימ"ש!!! כשמתכוונים למשטרה יהיה רשום: חקירה במשטרה**)

דוד- עד, אמר לשלמה בסמוך לאחר האירוע. שלמה צריך להגיד את זה כדי שידעו, הוא אמר את זה בבימ"ש = עדות ולא צריך שום תוספת ראייתית.

איתן נאשם (התפרץ)

עדים במשפט:

- דוד
- שלמה- העדות שלו אמורה להגיע לבימ"ש, היא הגיעה ע"י שלמה.
- איתן (?)- הפללה עצמית, זכות שתיקה וכ"ו.

ההבדל בין עדות במשטרה או בבימ"ש זה רלוונטי לעניין התוספות הראייתיות. אם אדם אמר משהו במשטרה ולא מגיע לבימ"ש זו בעיה. העדות בבימ"ש יכולה לעזור להגיע לחקירה הנגדית שעוזרת להימנע מטעויות של הכנסת חפים מפשע למאסר. אם הכל נאמר שמשטרה ולא בבימ"ש צריך תוספת ראייתית של דבר לחיזוקו.

שאלה 4:

עינב תבעה את עמיחי בנזיקין בגין נזק גוף שגרם לה באופן אישי (להדגיש את האזרחי, באופן אישי). ביהמ"ש מצא את עדותה של עינב מהימנה וקיבל את התביעה על סמך עדות זו בלבד. מה הדין?

א. ביהמ"ש היה רשאי לקבל את התביעה רק על סמך עדותה של עינב אולם, עליו לפרט בהחלטתו מה הניע אותו להסתפק בעדות זו.

(מדובר בסיטואציה של הנמקה)

ב. ביהמ"ש היה רשאי לקבל את התביעה רק על סמך עדותה של עינב רק אם היה בחומר הראיות דבר לחיזוקה.

ג. ביהמ"ש היה רשאי לקבל את התביעה רק על סמך עדותה של עינב אם הזהיר את עצמו שמדובר בעדות יחידה.

סעיף 54 לפקודה- הכרעה עפ"י עדות יחידה במשפט אזרחי שאין לה סיוע, השופט יפרט בהחלטתו מה הניע אותו, במקרים של עדות קטין מתחת לגיל 14, העדות היא של בעל דין, בן זוגו, הוריו. העדות היא של בעל דין.

ד. בשום מקרה ביהמ"ש לא היה רשאי לקבל את התביעה רק על סמך עדותה של עינב.

שאלה 5:

גד הועמד לדין בעבירה של שוד, בידי התביעה מצויה הקלטה של יוחנן שאינה האזנת סתר בה הוא מספר לחברו כי ראה את גד מבצע את השוד. יוחנן זומן להעיד ע"י התביעה ועלה על דוכן העדים, אולם שתק בתגובה לשאלות שהופנו אליו. התביעה מבקשת להגיש את ההקלטה של יוחנן כראיה בכפוף לתנאי הקבילות הקבועים בדין. איזה מהמשפטים הבאים מבטא נכונה את הדין?

גד- נאשם

יוחנן- עד- שתק. הוא יכול לשתוק אבל אז ניתן להשתמש בעדות שמועה. רוצים לקבל את ההקלטה שלו- לא מדובר בהאזנת סתר גם אם מדובר בהקלטה בלי רשות. מה עושים עם ההקלטה?

א. ניתן להגיש את ההקלטה של יוחנן כראיה רק אם ביהמ"ש שוכנע שמנסיבות העניין עולה שיוחנן שתק מחמת אמצעי פסול שננקט כלפיו.

ב. לא ניתן להגיש את ההקלטה של יוחנן כראיה מאחר שהיא אינה נחשבת לאמרה בכתב.

ג. ניתן להגיש את ההקלטה של יוחנן כראיה

בהתאם לסעיף 10א(א)- התנאים מצטברים.

ד. לא ניתן להגיש את ההקלטה של יוחנן כראיה מאחר שהדברים לא נאמרו בפני אדם הנמנה עם רשויות החקירה או התביעה.

סעיף 10א(א)- אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לביהמ"ש בהליך פלילי אם נתקיימו אלה: מתן האמרה הוכח במשפט, נותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו, העדות שונה לדעת ביהמ"ש מהאמרה בפרט מהותי או שהעד מכחיש את תוכן האמרה או טוען שלא זוכר את תוכנה.

חיסיון רופא – מטופל:

• סעיף 49 לפקודת הראיות

• (א) רופא אינו חייב למסור ראיה על דבר הנוגע לאדם שנזקק לשירותו והדבר הגיע אליו תוך עבודתו כרופא והוא מן הדברים שלפי טיבם נמסרים לרופא בדרך כלל מתוך אמון שישמרם בסוד, אלא אם ויתר האדם על החסיון או שמצא בית המשפט כי הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה; והוא הדין באדם שאגב עבודתו בשירות הרופא או בשירותו של מוסד רפואי או בצוות המקצועי העובד עם הרופא, תוך טיפול בחולים, הגיע אליו דבר שנמסר לרופא.

• (ב) הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם לאחר שחדל העד להיות רופא או לעבוד כאמור בסיפה לסעיף קטן (א).

• (ג) נטען חיסיון לפי סעיף זה, יהיה הדיון בטענה בדלתיים סגורות; החליט בית המשפט לשמוע את העדות, רשאי הוא לשמעה בדלתיים סגורות.

מה אינו חסוי?

• העובדה שאדם נזקק לשירות רופא (בניגוד לממצאים ולדרכי הטיפול)

• הסכום ששולם לרופא

(בג"ץ ישמחוביץ)

חיסיון פסיכולוג – מטופל:

- 50 (א) פסיכולוג-מומחה כמשמעותו בצו שהותקן לפי סעיף זה אינו חייב למסור ראייה על דבר הנוגע לאדם שנזקק לשירותו והדבר הגיע אליו תוך עבודתו כפסיכולוג והוא מן הדברים שלפי טיבם נמסרים לפסיכולוג בדרך כלל מתוך אמון שישמרם בסוד, אלא אם ויתר האדם על החסיון או שמצא בית המשפט כי הצורך לגלות את הראייה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה.

חיסיון עובד סוציאלי – מטופל:

- 50א. (א) עובד סוציאלי כהגדרתו בחוק העובדים הסוציאליים, תשנ"ו-1996, אינו חייב למסור ראייה על דבר הנוגע לאדם שנזקק לשירותו והדבר הגיע אליו תוך עיסוקו כעובד סוציאלי והוא מן הדברים שלפי טיבם נמסרים לעובד סוציאלי בדרך כלל מתוך אמון שישמרם בסוד, אלא אם כן ויתר האדם על החסיון או שבית המשפט מצא כי הצורך לגלות את הראייה לשם עשיית צדק עדיף על הענין שיש שלא לגלותה.

חיסיון כהן דת- מתוודה:

- "51. כהן דת אינו חייב למסור עדות על דבר שנאמר לו בוידוי ואשר גילויו אסור עליו לפי דיני דתו."
- חיסיון מוחלט, לביהמ"ש אין סמכות להורות על הסרתו.